

# 現行 憲法의 爭點과 展望

鄭在晃\*

## 차 례

- I. 意 義
- II. 헌법규범론과 총강
  - 1. 헌법의 법원(法源)
  - 2. 영토조항
- III. 기본권 분야
  - 1. 기본권총론 분야
  - 2. 기본권각론 분야
- IV. 국가권력규범
  - 1. 정부형태의 문제
  - 2. 국회의 조직과 권한
  - 3. 집행부의 조직과 권한(대통령의 선임과 권한 등)
  - 4. 사법부의 권한
- V. 과제와 전망
  - 1. 기본권분야
  - 2. 국가권력규범 분야 - 정부형태
  - 3. 헌법재판의 강화
- VI. 결 어

\* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 意 義

금년이 바야흐로 대한민국의 1948년 성문헌법이 제정된지 60주년을 맞이하는 해이다. 1948년 헌법이 제정되는 과정 자체도 우여곡절을 겪었지만 민주혁명에 의한 제2공화국의 헌법도 잠시 한순간이었고 우리의 헌법사, 헌정사가 순탄하지 못하여 국민주권이 외면된 권위주의적 헌법의 시기가 있었기에 더욱 소회가 깊다고 할 것이다. 이는 헌법이 한 국가의 기본법이기 때문에 더욱 그러함은 물론이다. 1987년에 여야합의와 국회의결을 거치고 국민투표로 확정된 현행 헌법이 탄생한 지도 20년이 넘어 사람으로서는 성년에 이르렀고 역대 우리나라 헌법 중에 가장 오래 존속되고 있기도 하다.

아울러 헌법재판소가 출범한지 올해로 20주년이 된다. 헌법재판의 활성화는 헌법적 쟁점을 실제화하고 이러한 현실적 쟁점을 해결하는 판례의 축적은 동시에 헌법의 법리를 확인하고 새로이 형성하여 나가고 헌법규범력의 강화에 기여하기도 하므로 그 의의가 더욱 깊다.

이즈음에 1987년 현행 헌법의 해석과 적용이 있어서 그동안 논의되어 온 쟁점을 다시 검토하고 앞으로의 전망을 관측하는 것은 중요한 일이다. 현행 헌법이 그동안 걸어온 길을 다시 살펴보고 앞으로의 과제를 진단하는 것은 입헌주의의 발전을 위하여 중요한 과업이라고 할 것이다. 이러한 관점에서 아래에서는 그동안 제기되어 온 헌법적 중요 쟁점들을 살펴보고 앞으로의 발전방향이나 개선방안에 대해 전망해 보고자 한다.

근래에는 실제로 헌정현실이나 헌법재판에서 제기된 헌법적 쟁점들이 점차 증대되었다. 이는 과거에 정치적 차원에서 끝났을 문제나 사건이 현행 헌법 이래 헌법재판의 장으로 이끌려나왔기 때문이기도 하다. 한편 지난 정부에서 대통령의 임기에 관한 대통령의 헌법개정 제안이 있었고 학계에서는 정부형태나 대통령임기 등의 국가조직에 관한 문제들 뿐 아니라 헌법총강, 기본권규정 등 헌법전반적인 헌법개정 문제들에 대한 논의가 활발하게 이루어졌다. 이러한 논의와 더불어 현행 헌법이 가지는 많은 쟁점들이 부각되었고 이에 관한 연구들이 수행되었다.

위와 같은 상황에서 헌법적 쟁점들이 적지 않고 물론 헌법의 영역들이 광범위한데 본고의 지면은 한정되어 있기도 하여 망라하여 볼 수는 없으므로 이하에서는 헌법규범론과 헌법총강, 기본권, 국가권력규범, 헌법재판 등 영역별로 중요한 쟁점들을 검토하고 발전방향을 전망해보고자 한다.

## II. 헌법규범론과 총강

### 1. 헌법의 법원(法源)

헌법의 법원 문제로서 헌법관습법의 문제가 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 사건을 둘러싸고 제기되었다. 헌법재판소는 “성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법<sup>2)</sup>으로 인정할 소지가 있다”라고 하면서<sup>1)</sup> 일정한 요건 하에 헌법관습법<sup>2)</sup>을 인정할 수 있다고 본다. 나아가 헌법재판소는 “관습헌법은 이와 같은 일반적인 헌법사항에 해당하는 내용 중에서도 특히 국가의 기본적이고 핵심적인 사항으로서 법률에 의하여 규율하는 것이 적합하지 아니한 사항을 대상으로 하는 것이다”라고 하면서 “수도의 문제는 내용적으로 헌법사항에 속하는 것이며 그것도 국가의 정체성과 기본적 조직 구성에 관한 중요하고 기본적인 헌법사항으로서”라고 하여 수도에 관한 사항이 헌법관습법사항임을 인정한다.<sup>3)</sup> 그리하여 헌법재판소는 “서울이 수도라는 점은 우리의 제정헌법이 있기 전부터 전통적으로 존재하여온 헌법적 관습이며”라고 하여 이의 폐지를 위해서는 헌법개정이 필요하다고 보았다.<sup>4)</sup>

1) 헌재 2004.10.21. 2004헌마554결정, 판례집 16-2, 하, 39면 이하.

2) 헌법재판소는 ‘관습헌법’이라는 용어를 사용하고 있으나 관습헌법이라고 부르면 주로 관습으로 헌법이 형성되는 불문헌법국가에서의 헌법으로 오해될 소지가 있으므로 성문헌법국가에서는 헌법관습법으로 부르는 것이 낫다고 본다.

3) 앞의 2004헌마554결정, 앞의 판례집 16-2, 40-41면.

4) 위의 2004헌마554결정, 위의 판례집 16-2, 47-49면.

## 2. 영토조항

현행 헌법 제3조는 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다”라고 하여 영토에 관한 규정을 두고 있다. 이 영토조항에 대해 남북간 교류와 UN 동시가입 등 현실에 부합되지 않고 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다”라는 평화통일조항인 제4조와 모순된다는 취지의 견해가 있고 이러한 견해에 반대하는 견해와 또 다른 많은 견해들이 피력되고 있다.<sup>5)</sup> 대법원 판례는 북한지역에도 대한민국의 주권이 미친다고 본다.<sup>6)</sup> 대법원은 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임을 인정하면서도 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 보지 않는다.<sup>7)</sup> 헌법재판소의 판례는 “현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실”이라고 한다.<sup>8)</sup>

5) 이러한 견해대립에 대해 자세한 것은, 박상진(발표)/도희근(연구작성), 한국헌법학회 헌법개정연구 제1분과위원회, “제3조(영토조항)와 제4조(통일조항)”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.6., 11면 이하 ; 장영수, “헌법총장에 대한 헌법개정”, 『공법연구』, 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006.6., 88면 이하 등 참조.

6) 대법원 1996. 11. 12. 선고 96누1221 판결, 집44(2)특,703;공1996.12.15.(24), 3602면. [판시요약] 북한지역 역시 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이어서 대한민국의 주권이 미칠 뿐이고, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 국가단체나 주권을 법리상 인정할 수 없는 점에 비추어 볼 때 . . .

7) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001도4328 판결, 공2003.11.1.(189), 2118면. [판시요약] 지금의 현실로는 북한이 여전히 우리나라와 대치하면서 우리나라의 자유민주주의 체제를 전복하고자 하는 적화통일노선을 완전히 포기하였다는 명백한 징후를 보이지 않고 있는 이상, 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 적화통일노선을 고수하면서 우리의 자유민주주의 체제를 전복하고자 획책하는 반국가단체의 성격도 아울러 가지고 있다고 보아야 하므로, 남·북한의 정상 사이에 회담이 성사되고, 남·북한 사이의 교류와 협력이 이루어지고 있다고 하더라도 대한민국의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 국가보안법의 규범력이 상실되었다고 볼 수는 없다.

8) 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등 결정, 판례집 9-1, 22-23면([관련판시]) “현 단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성

헌법 제4조는 통일의 방식에 관한 규정이고 헌법 제3조는 분단을 부정하고 우리 영토의 보전성과 통일지향의 전제가 되는 헌법적 의지를 명시한 것이라고 보아 상호모순되지 않는다고 본다.

### Ⅲ. 기본권 분야

#### 1. 기본권총론 분야

기본권의 일반이론에 있어서는 기본권의 성격, 기본권의 주체, 기본권의 효력, 기본권의 상충, 기본권의 제한 등에 관한 헌법이론과 판례들이 논의되어 오고 있다.

기본권의 개념과 관련하여 기본권의 성격 문제에 대해서는 기본권이 자연권인가, 실정권인가 아니면 통합적 과정인가 하는 기본권의 성격에 대한 논의가 여전히 없지 않다. 이러한 논의는 기본권의 본질적 내용 문제나 기본권의 파생에도 연관된다.

현행 헌법이 제정되었던 당시에서와 달리 새로이 요구되거나 판례에서 발견된 기본권들의 체계화에 대한 논의가 있다. 예를 들어 정보기본권이 나 문화적 기본권을 설정하여 관련기본권들을 체계화하자는 논의이다.<sup>9)</sup>

우리의 학설은 기본권의 제3자효를 많이 논하고 이를 인정하고 있다. 그런데 실제 기본권의 제3자효를 직접 다룬 헌법판례를 찾기가 힘들다. 이유는 헌법재판소에서 행하는 위헌법률심판은 법률이란 국가권력의 행

격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법의 전문과 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진하는 법적 장치로서 남북교류협력에관한법률 등을 제정·시행하는 한편, 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제하기 위한 법적 장치로서 국가보안법을 제정·시행하고 있는 것으로서, 위 두 법률은 상호 그 입법목적과 규제대상을 달리하고 있는 것이므로 남북교류협력에관한법률 등이 공포·시행되었다 하여 국가보안법의 필요성이 소멸되었다거나 북한의 반국가단체성이 소멸되었다고는 할 수 없다”). 국가보안법규정에 대한 동지의 합헌결정들 : 현재 2002. 4. 25. 99헌바27등 결정, 판례집 14-1, 279면 이하 ; 2003.05.15. 2000헌바66, 판례집 15-1, 514면 이하 등.

9) 한국헌법학회, 『헌법개정연구』, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 한국헌법학회, 2006.11., 19면. 정보기본권에 관한 논의로, 김배원, “정보관련 기본권의 독자적·통합적 보장을 위한 시론”, 『헌법학연구』, 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001.8., 79면 이하 참조.

사결과가 심사대상이고 헌법소원심판의 경우에도 그 대상이 공권력작용이고 순수히 사인들 간의 분쟁이 그 대상이 아니기 때문이기도 하다. 헌법재판의 대상이 된 법률이 규율하는 관계는 사인들 간의 관계일지라도 법률 자체는 국가권력의 소산이기 때문에 제3자효의 인정여부가 헌법재판에서 직접 논의되지 않는 경우가 많은 것이다. 법원의 민사재판 등에서는 상황이 다를 수 있다. 사인들간의 분쟁이 재판대상이 되는 민사재판 등에서 헌법의 기본권규정이 적용되어야 기본권의 제3자효가 제대로 발휘될 수 있다. 우리는 일찍이 민사소송 등에서 기본권규정을 제대로 적용하지 않은 경우에 이에 대한 통제를 위해 재판소원이 인정되어야 한다는 점을 지적한 바 있다.<sup>10)</sup>

기본권상충(충돌) 문제에 대해서는 그동안 이를 다룬 헌법재판소의 판례들<sup>11)</sup>도 나타나고 있기에 이에 대한 검토가 필요하다. 첫째는 기본권충돌이 기본권의 제3자적 효력과 문제상황이 다르다는 견해들이 있는데 그 논거로 “제3자효력 문제는 대체로 어느 일방의 사인이 사실적인 힘에 의하여 다른 사인의 기본권을 침해하는 경우에 제기되는 문제인데 대하여, 충돌문제는 대체로 사인과 사인간의 기본권이 국가공권력을 매개로 하여 상호 대립하는 상황에서 국가공권력이 그 대립을 해소하기 위해 여기에 개입하는 경우에 제기되는 문제이기 때문이다.”<sup>12)</sup> 생각건대 국가공권력이 그 대립을 해소하기 위해 개입하는 경우에 기본권상충이 문제된다고 하나 기본권의 제3자효가 문제되는 상황도 사인들 간에 국가에 의한 기본권의 보호가 요구될 상황이다. 국가가 아닌 사인과 또다른 3자인 사인 간, 즉 사인들인 기본권주체들 간에 아무런 분쟁이 없다면 물론이고 분쟁이 있더라도 그들 간의 자율적인 평화로운 해결이 이루어지는 경우라면 국가와 헌법이 개입할 것은 아니고 헌법적 문제가 되지 않을

10) 정재황, “헌법재판소의 권한과 일반소송”, 『공법연구』, 제24집 제1호, 한·독국제학술대회 발표논문, 한국공법학회, 1996.6., 172면 참조.

11) 반론권과 보도기관의 언론의 자유의 상충 문제를 다룬 결정(헌재 1991.09.16, 89헌마165, 판례집 3, 518면 이하), 흡연권과 혐연권(건강권)의 상충 문제를 다룬 결정(헌재 2004.08.26. 2003헌마457, 판례집 16-2 상, 355면 이하), 근로자의 단결권과 노동조합의 단결권[조직강제(Union Shop)] 간의 상충 문제를 다룬 결정[헌재 2005.11.24, 2002헌바95·96, 2003헌바9(병합), 판례집 17-2, 392면 이하] 등이 있다.

12) 권영성, 『헌법학원론』, 2007년판, 법문사, 2007, 335면.

것이다. 기본권의 제3자효의 문제도 결국 다른 사인과의 관계에서의 자신의 기본권을 국가가 보호해달라는 요구가 있을 때 헌법적 문제가 되기에 문제의 성격이 다르지 않다.

둘째, 기본권상충의 해결방법에 관한 논의이다. 해결방법으로 여러 방안들이 제시되고 있고 규범조화적 해석(실체적 조화원리)방법이 강조되고 있는데 규범조화적 해석방법은 그것 자체가 해결을 가져오게 하는 구체적인 방법이 아니라 지향하고 달성하여야 할 목표 내지 결과이다. 규범조화적 방법이라는 설명아래 다시 규범조화를 가져오는 방법으로 비례(과잉금지)원칙, 대안식 해결방법 등을 구체적인 방법으로 제시하고 있다는 것은 규범조화적 해석이 하나의 방법이라기 보다 해결방향 내지 목표임을 보여주는 것이다. 제3차해결준거로 입법에 의한 해결을 제시하는 이론은 해결방법들 중의 하나로 보기 힘들다. 기본권상충의 해결을 ‘어떻게’ 할 것인가 하는 것이 해결방식의 문제이므로 상충을 해결하는 입법을 함에 있어서 어떤 방법을 취할 것인가가 제시되어야 하는데 아무런 해결기준을 제시하지 않고 그냥 입법에 해결을 맡긴다는 것은 결국 전혀 문제해결을 가져오게 하는 것이 아니고 문제를 그대로 남겨두는 것이다.

기본권상충의 해결에 있어서 관건은 충돌되는 기본권들간의 최적의 조절에 있고 이러한 조절은 충돌되는 각 기본권을 가능한 한 최소한으로 제한하여 최대한의 기본권보장을 가져오도록 하는 데에 있다. 따라서 기본권상충의 해결은 결국 기본권의 제한과 조절의 문제로 귀결된다.<sup>13)</sup> 그리하여 기본권상충에 있어서도 기본권에 대한 최소한의 제한을 위하여 적용되는 비례원칙 등이 해결기준이 된다. 기본권상충을 다룬 헌법재판소의 판례들의 사안을 검토하여도 그 점을 파악할 수 있다.<sup>14)</sup>

13) 이와 달리 기본권상충의 문제를 기본권의 제한 문제와 별개로 보는 견해로서, “기본권충돌은 처음부터 복수의 주체가 각자의 기본권을 주장하고 나서는 경우를 문제삼는 것으로, 일방의 기본권보장에 있어 타방의 기본권을 그 제한사유로서 고려하는 일반적 기본권제한의 문제상황과 구별되는 유형적 특징을 갖고 있다”라고 보는 견해(성낙인, 『헌법학』, 제7판, 법문사, 2007, 270면)가 있다. 그러나 복수의 주체가 각자의 기본권을 주장하고 나서면 결국 각각 기본권의 제한의 문제가 나타난다.

14) 판례와 학설에 대한 자세한 검토는, 정재황, “기본권의 상충에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제19권 제2호, 2007.8., 15면 이하 참조.

## 2. 기본권각론 분야

기본권각론 분야에 대해서는 당연히 그 광범위성으로 인하여 지면이 한정된 이 글에서 세세히 논의하기는 어렵기에 각 분야 별로 몇 가지 대표적인 쟁점들을 살펴보고자 한다.

### (1) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권

인간의 존엄과 가치에 대해 기본권적 성격을 인정하지 않는 견해<sup>15)</sup>와 이를 인정하는 견해<sup>16)</sup>가 있다. 우리 헌법재판소는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 규정이 보장하는 기본권들을 인정하고 있고<sup>17)</sup> 헌법이 명시하지 않은 기본권을 파생시키고 있다.<sup>18)</sup>

15) 권영성, 전게서, 375면 ; 정종섭, 『헌법학원론』, 제3판, 박영사, 2008, 358면 등.

16) 계희열, 『헌법학(중)』, 신정판, 박영사, 2004, 208면 ; 김철수, 『헌법학개론』, 제19전정판, 박영사, 2007, 486면 ; 강경근, 『헌법』, 신판, 법문사, 2004, 512면 ; 성낙인, 전게서, 321면 등. 인간의 존엄과 가치가 구체적 권리로 기능하는 경우를 인정하는 견해로, 홍성방, 『헌법학』, 개정5판, 현암사, 2008, 374면 이하 참조.

17) 헌법재판소는 “헌법 제10조는 . . . 모든 기본권 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다. 그리고 개인의 인격권·행복추구권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고”라고 하여 인간의 존엄과 가치를 인격권으로 보는 것으로 이해하게 하는 판시를 한 바 있다[헌재 1990. 9. 10, 89헌마82, 형법 제241조의 위헌여부에 관한 헌법소원, 판례집 2, 310면 ; 1997.7.16, 95헌가6 내지 13(병합), 민법 제809조 제1항 위헌제정, 판례집 9-2, 16면]. 또한 “헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권에는 개인의 자기운명결정권이 전제되는 것이고”라고 판시한 바 있다(헌재 2001.10.25. 2000헌바60, 판례집 13-2, 485면). 그리고 “헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리가 있다고 규정하고 있는 바, 이로써 모든 국민은 그의 존엄한 인격권을 바탕으로 하여 자율적으로 자신의 생활영역을 형성해 나갈 수 있는 권리를 가지는 것이다”라고 하여[헌재 1997.3.27, 95헌가14, 96헌가7(병합), 판례집 9-1, 204면] 존엄한 인격권이라는 기본권을 나타내는 표현도 하고 있다. 그리고 “헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치로부터 유래하는 인격권”이라고 판시하기도 하였다(헌재 2001.7.19. 2000헌마546, 유치장내 화장실설치 및 관리행위 위헌확인, 판례집 13-2, 112면 ; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327, 신체과잉수색행위 위헌확인, 판례집 14-2, 64면 등).

18) 예를 들어 헌법재판소는 “인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장되는 개인정보자기결정권은 . . .”이라고 판시하여 헌법에 명시되지 않은 개인정보자기결정권을 도출시키고 있다(헌재 2005.07.21. 2003헌마282, 판례집 17-2, 90면).

행복추구권에 대해서는 기본권성을 인정하는 견해들이 많으나 이의 독자적 기본권성을 부정하는 견해도<sup>19)</sup> 있다. 구성요건이 모호한 행복추구권을 헌법 제17조 등이 대신할 수 있으므로 행복추구권을 삭제하자는 견해도 있다.<sup>20)</sup> 우리 헌법재판소는 독자적 기본권성을 인정한 바 있다.<sup>21)</sup> 또한 헌법재판소는 행복추구권에 포괄적 자유권인 일반적 행동자유권이 포함되어 있다고 보고<sup>22)</sup> 이 일반적 행동자유권에서 헌법에 명시되지 않은 자유들, 예를 들어 계약의 자유, 하객접대의 자유, 기부금품모집의 자유 등을 파생시키고 있고<sup>23)</sup> 행복추구권규정에서 그 외에도 예를 들어 사적 자치권, 소비자의 자기결정권, 휴식권 등을 끌어내고 있어<sup>24)</sup> 그 포괄성을 인정하고 있다.

## (2) 평등권 분야

헌법재판의 많은 사안에서 자주 그 위헌 여부가 거론되고 있는 영역이 평등권 분야이다. 따라서 그 심사에서의 기준이나 강도에 대한 논의가 중요하다. 우리 헌법재판소는 평등원칙에 위반되는지 여부를 심사함에 있어서의 척도를 사안에 따라 엄격한 심사척도와 완화된 심사척도로 구분하여 적용하여 심사한다.<sup>25)</sup> 헌법재판소는 엄격한 심사척도에 의한 엄격한 심사를 “자의금지원칙에 따른 심사, 즉 합리적 이유의 유무를 심사하는 것에 그치지 아니하고 비례성원칙에 따른 심사, 즉 차별취급의 목적과 수단간에 엄격한 비례관계가 성립하는지를 기준으로 한 심사를 행

19) 허영, 『한국헌법론』, 전정4판, 박영사, 2008, 327면 ; 정종섭, 전게서, 374면 등.

20) 정태호, “권리장전의 개정방향”, 『공법연구』, 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006.6., 138-139면.

21) 군검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원, 헌재 1989.10.27, 89헌마56, 군검찰관의 공소권행사에 관한 헌법소원, 판례집 1, 309면.

22) 헌재 1991.6.3, 89헌마204, 판례집 3, 268면 이하. 일반적 행동자유권에 관한 판례는 적지 않다.

23) 헌재 1991.6.3. 89헌마204, 판례집 3, 268면 ; 1998. 10. 15. 98헌마168, 판례집 10-2, 586면 ; 1998.5.28. 96헌가5, 판례집 10-1, 541면 등.

24) 헌재 1998.8.27. 96헌가22, 97헌가2·3·9, 96헌바81, 98헌바24·25(병합), 판례집 10-2, 339면 ; 1996.12.26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680면 ; 2001. 9. 27. 2000헌마159, 판례집 13-2, 353면 등.

25) 헌재 1999.12.23, 98헌마363, 제대군인지원에 관한 법률 제8조 제1항 등 위헌확인, 판례집 11-2, 787면.

함을 의미한다”라고 한다.<sup>26)</sup> 헌법재판소는 “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것”이라고 본다. 그리하여 엄격한 심사가 행해져야 할 경우로 헌법재판소는 두 가지 경우를 들었다. 즉 “먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화 된다”라고 한다. “다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다”라고 한다.<sup>27)</sup> 위와 같은 판례이론은 이른바 세대군인가산점 결정에서 표명된 것이다.

한편 비례심사를 하면서도 보다 완화된 기준의 심사를 한 2001년의 결정례가 있었다. 이 결정은 이후 2006년에 판례가 일부변경 되었다. 2001년의 이 결정은 국가유공자와 그 유족 등에 대한 가산점제도(채용시험에서의 만점의 10%를 가산하는 제도)를 규정한 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제34조 제1항에 대한 법령소원에 대한 결정이었다.<sup>28)</sup> 헌법재판소는 이 결정에서 “국가유공자와 그 유족 등에게 가산점의 혜택을 부여하는 것은 그 이외의 자들에게는 공무담임권 또는 직업선택의 자유에 대한 중대한 침해로 의미하게 되는 관계에 있기 때문에, 헌법재판소의 위 결정에서 비례의 원칙에 따른 심사를 하여야 할 두번째 경우인 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 해당한다고 할 것이다. 따라서 자의심사에 그치는 것은 적절치 아니하고 원칙적으로 비례심사를 하여야 할 것이나, 구체적인 비례심사의 과정에서는 헌법에서 차별명령규정을 두고 있는 점<sup>29)</sup>을

26) 위 결정, 위 판례집, 787-788면.

27) 이상의 판시는 위 결정, 위 판례집, 787면 참조.

28) 현재 2001.2.22. 2000헌마25결정, 판례집 13-1, 403면 이하 참조.

29) 이는 헌법 제32조 제6항이 국가유공자 등에 대한 우선적 근로기회를 부여하도록 규정하고 있음을 의미한다.

고려하여 보다 완화된 기준을 적용하여야 할 것이다”라고 판시하였다. 헌법재판소는 심리를 한 결과 제대군인에 대한 가산점제도에 대한 입장과는 달리 이 국가유공자 등에 대한 가산점제도는 헌법위반이 아니라고 보아 기각결정을 하였다. 그러나 현재는 2006. 2. 23.에 판례를 일부 변경하였다. 즉 헌법 제32조 제6항을 엄격하게 해석하여 위 조항의 대상자는 조문의 문리해석대로 “국가유공자”, “상이군경”, 그리고 “전몰군경의 유가족”이라고 보아 국가유공자 본인이 아닌 가족의 경우는 헌법 제32조 제6항이 가산점제도의 근거라고 볼 수 없다고 하여 완화심사가 아니라 엄격심사를 하였고 그 결과 헌법불합치결정을 하였다.<sup>30)</sup> 이처럼 판례변경이 있긴 하였으나 2001년의 위 결정에서 헌법재판소가 비례성심사를 하면서도 완화된 기준을 적용하는 예를 남겼다.

한편 이후 2003년에 있었던 7급 공무원시험 자격증가산제에 대한 기각결정에서 헌법재판소는 기본권에 대한 제한이라면 중대한 침해가 아닌 경우에도 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다는 입장을 보여주고 있다. 이 결정에서 헌법재판소는 중대한 침해의 경우에는 ‘보다’ 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 의미이지 일반적인 기본권침해에도 그 정도는 낮으나 그래도 엄격한 심사척도를 적용한다는 입장을 취하고 있는 것으로 이해된다.<sup>31)</sup>

30) 현재 2006.2.23. 2004헌마675·981·1022, 국가유공자등에우및지원에관한법률 제31조 제1항 등 위헌확인, 판례집 18-1 상, 269면.

31) 현재 2003. 9. 25.. 2003헌마30, 공무원임용및시험시행규칙 제12조의3 위헌확인, 판례집 15-2 상, 510면. [관련판시] 제대군인 가산점 사건에서 “차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”고 한 바 있는데(현재 1999. 12. 23. 98헌마 363, 판례집 11-2, 770, 787), 이러한 판시는 차별적 취급으로 인하여 기본권에 중대한 제한을 초래할 수록 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다는 취지이며, 기본권에 대한 제한이기는 하나 중대하지 않은 경우에는 엄격한 심사척도가 적용되지 않는다는 취지는 아니라고 볼 것이다. 이 사건 조항의 경우, 7급 공무원 시험에서 정보관리기술사, 정보처리기사, 정보처리산업기사 자격 소지자에 대해서는 만점의 2~3%에 해당하는 가산점을 부여하면서, 정보처리기능사의 경우에는 아무런 가산점을 부여하지 않는 바, 이는 같은 유사한 분야에 관한 자격증의 종류에 따라 가산점에 차이를 둬으로써 청구인과 같은 정보처리기능사 자격을 가진 응시자가 공무담임권을 행사하는데 있어 차별을 가져오는 것이므로, 이 사건에서는 그러한 차별을 정당화할 수 있을 정도로 목적과 수단 간의 비례성이 존재하는지를 검토하여야 할 것이다.

위와 같이 2001년과 2003년의 결정을 두고 보면 비례성심사를 행하는 엄격한 심사의 경우에도 심사강도에 있어서 차이가 있을 수 있고 엄격심사와 완화심사의 2단계 구분이 아니라 단계가 더 나누어질 수 있다는 가능성을 인정하는 것이다. 문제는 비례성심사가 행해지는 엄격심사에도 이처럼 강도의 차이가 있다면 강한 엄격심사에서 행해지는 비례성심사와 덜 엄격한 심사에서 행해지는 비례성심사가 그 내용이나 강도에 있어서 그 차이는 무엇인지 하는 문제들이 제기된다. 심사의 단계나 각 단계에서의 심사의 정도 등에 대한 체계적 정리가 요구된다.

### (3) 생존권적 기본권 분야

생존권적 기본권을 사회적 기본권이라고 부르는 경향이 많고 생존권적 기본권의 성격 내지 효력에 관해서는 논란이 여전하다. 추상적 권리로 보는 견해<sup>32)</sup>, 구체적 권리로 보는 견해<sup>33)</sup>, 불완전한 구체적 권리라고 보는 견해<sup>34)</sup>, 제한적인 구체적 권리라고 보는 견해<sup>35)</sup>, 원칙모델로서의 권리로 보는 견해<sup>36)</sup>, 입법위임규정으로 해석하는 견해<sup>37)</sup>, 구체적 권리라고 보기는 어렵고, 일종의 잠정적인 권리로서 그 성격은 “입법자에 대한 헌법적 위임으로”보는 견해<sup>38)</sup> 등도 있다. “상세한 권리규정을 두면서도 최소한의 보장 또는 실현으로 해석하기 보다는 차라리 국가목표규정 또는 입법위임규정을 두고 해석을 통하여 권리를 도출하는 방안이 어떤지 하는 견해들이” 있는데 이에 대해 “입법재량에 맡기면 사회적 기본권의 실효성이 확보될 수 있을지 의문이며 지금도 실현이 어려운데 권리 형식에서 국가목표규정 같은 약한 형태의 규정형식으로 바꾸면 규범력이

32) 문홍주, 『제6공화국 헌법』, 해암사, 1987, 213면.

33) 김철수, 전계서, 945면.

34) 권영성, 전계서, 633면.

35) 양건, 『헌법강의 I』, 법문사, 2007, 626-627면.

36) 계희열, 전계서, 699면 ; 이준일, 『헌법학강의』, 제2판, 홍문사, 2007, 795면 등. 원칙 모델로서의 권리의 이론에 대해서는 정태호, “원리(Prinzip)로서의 사회적 기본권:R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodell)을 중심으로”, 『법과 인간의 존엄』, 청암 정경식박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997, 238면 이하 참조.

37) 홍성방, 전계서, 546면 이하.

38) 장영수, 『헌법학』, 제2판, 홍문사, 2007, 798면.

저하될 것이라는 의견”도 피력되고 있다고 한다.<sup>39)</sup>

헌법재판소는 “인간다운 생활을 할 권리”로부터는, 그것이 사회복지·사회보장이 지향하여야 할 이념적 목표가 된다는 점을 별론으로 하면, 인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 차원의 권리라고 할 것이다”라고 한다.<sup>40)</sup> 또 헌법재판소는 “사회적 기본권은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다”라고도 한다.<sup>41)</sup>

논의에 있어서 근본적으로 검토되어야 할 점들이 있다. 생존권은 그 구체적 내용을 형성해 나가야 한다는 점에서 헌법 자체만의 규정으로는 구체적 권리성이 약하다는 사고가 잠재해 있다. 그러나 구체적 내용을 형성해 나가야 한다고 해서 헌법의 규정만으로는 권리로서의 효력을 가질 수 없다고 볼 것은 아니다. 권리로서의 효력을 인정하여야 권리로서의 실현이 강제될 수 있다. 생존권만 구체적 형성을 요하는 것은 아니고 청구권, 심지어 자유권을 보장하기 위한 권리들에 있어서도 마찬가지로 구체적 형성을 요할 경우가 있다. 다음으로 생존권의 권리성에 대한 문제의 제기는, 법적 논리적 체계의 소산 보다는, 생존권을 실현하기 위해서 국가재정의 확보가 필요하다는 현실적 고려를 바탕으로 하고 있다. 그러나 국가재정의 확보라는 현실적 조건을 감안하여 법논리 차원에서 생존권적 기본권들에 대해 구체적 권리성을 부정하여서는 아니되고 우리 헌법도 현대적 복지주의적 헌법이므로 국가에 생존권을 위한 재정의 확보의무를 지우기 위해서도 생존권적 기본권들에 대해서 헌법직접적 효력

39) 김배원(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제2분과위원회, “기본권의 개정방향과 구체적 검토”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.6., 65면.

40) 현재 1995.07.21, 93헌가14, 판례집 7-2, 30-31면.

41) 현재 2002.12.18, 2002헌마52, 판례집 14-2, 910면.

을 인정하는 것이 타당하다. “헌법학계에서는 권리형태로 보장된 사회적 기본권의 권리성을 부인하고 이를 객관적 국가목표, 입법위임, 헌법위임 등으로 해석하는 방식으로 현실과 이상의 간극을 가교하려는 설이 유력하게 주장되고 있다”라고 한다.<sup>42)</sup> 그러나 현실과 간극이 있다는 점에서 국가목표규정 등으로 해석하려는 견해도 현실이 이상을 실현하고 있지 못한 점을 고려한 것이므로 결국 헌법의 법리적 논의 보다는 현실을 더 고려하는 것이다.

#### (4) 청구권적 기본권 분야

국가배상청구권에 있어서의 문제로서는 군인·군무원 등에 대한 금지를 규정한 헌법 제29조 제2항을 들 수 있다. 헌법 제29조 제2항에 대해서는 비판적인 견해들이 많다.<sup>43)</sup> 헌법재판소 판례는 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정헌계론은 그 자체로서의 이론적 타당성여부와 상관없이 우리 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 원용될 수 있는 것이 아니라는 이유로 헌법규정은 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 보아 심사를 하지 않았다.<sup>44)</sup> 헌법규정에 대한 위헌성을

42) 정태호, 전계논문(권리장전의 개정방향), 144면의 주 79) 참조.

43) 이 조항은 당시의 어려운 국가재정 때문에 들어간 조항인데 이제 국가재정의 팽목 할만한 개선으로 그 정당성의 토대가 없다고 보는 견해로, 정태호, 상계논문, 121면 참조. “군인 등은 국가의 안보와 치안의 중요한 직무를 수행하는 이들이므로 그 업무의 위험성과 공적 성격에 대한 충분한 보상을 함으로써 직무수행에 대한 자부심을 가질 수 있도록 하여야 할 것”이라는 견해로, 송기춘, “청구권적 기본권의 개정과 관련한 몇 가지 문제”[김배원(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제2분과위원회, 전계논문, 61면에서 재인용] 참조.

44) 헌재 1995. 12. 28, 95헌바3, 국가배상법 제2조 제1항 등 위헌소원, 판례집 7-2, 846-847면. [판시] 이른바 헌법제정권력과 헌법개정권력을 준별하고, 헌법의 개별규정 상호간의 효력의 차이를 인정하는 전제하에서 헌법제정규범에 위반한 헌법개정에 의한 규정, 상위의 헌법규정에 위배되는 하위의 헌법규정은 위헌으로 위헌심사의 대상이 된다거나, 혹은 헌법규정도 입법작용이라는 공권력 행사의 결과이므로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 된다는 견해가 있을 수는 있다. 그러나, 우리 나라의 헌법은 제헌헌법이 초대국회에 의하여 제정된 반면 그후의 제5차, 제7차, 제8차 및 현행의 제9차 헌법 개정에 있어서는 국민투표를 거친 바 있고, 그간 각 헌법의 개정절차조항 자체가 여러 번 개정된 적이 있으며, 형식적으로도 부분개정이 아니라 전문까지를 포함한 전면개정이 이루어졌던 점과 우리의 현행 헌법이 독일기본법 제79조 제3항과 같은 헌법개정의 한계에 관한 규정을 두고 있지 아니하고, 독일기본법 제79조 제1항 제1문과 같이 헌법의 개정을 법률의 형식으로 하도록 규정하고 있지

인정할 경우에 헌법재판소가 헌법을 변경하는 결과를 가져온다는 점을 우려할 수도 있으나 헌법재판소는 하위 헌법규범이 상위 헌법규범에 위반됨을 확인할 수는 있다고 본다. 헌법재판소는 전문적이며 유권적인 최고의 헌법해석기관이기 때문이다.

배심제에 대해서는 현행 헌법 하에서도 이를 받아들일 수 있다는 견해와 이의 도입을 위해서는 헌법개정이 필요하다는 견해 등 논란이 있었다.<sup>45)</sup> 배심제는 배심원이 사실문제에만 관여하므로 문제가 없다고 보는 견해들이 있는데 헌법재판소 판례는 사실상의 재판도 법관에 의하여 받을 권리가 보장되어야 한다고 본다.<sup>46)</sup> 국민의 형사재판 참여에 관한 법률이 2007. 6. 1.에 제정되어 일정한 형사사건에 대해서 국민참여재판제도로써 배심제도 도입되었고 배심재판이 실제 열린 바도 있었다. 그러나 동법 제46조 제5항은 배심원의 평결과 의견은 법원을 기속하지 아니한다고 규정하여 법원에 의한 사실심재판을 받을 권리에 관련된 문제점을 피하고 있다.

#### IV. 국가권력규범

이는 통치구조라고 종래 불리워 온 분야의 헌법규범영역이다. 우리는 통치라는 용어가 현대의 우리나라에서 적절하지 못한 용어라고 보아 통치구조를 국가권력구조라고 부른다. 국가권력의 조직과 행사에 관한 헌법규범에 관련된 논점들로는 다음과 같은 중요한 것들이 있다.

---

도 아니한 점 등을 감안할 때, 우리 헌법의 각 개별규정 가운데 무엇이 헌법제정규정이요 무엇이 헌법개정규정인지를 구분하는 것이 가능하지 아닐 뿐 아니라, 각 개별규정에 그 효력상의 차이를 인정하여야 할 형식적인 이유를 찾을 수 없다. 이러한 점과 앞에서 검토한 현행 헌법 및 헌법재판소법의 명문의 규정취지에 비추어, 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정한계론은 그 자체로서의 이론적 타당성 여부와 상관없이 우리 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 인용될 수 있는 것이 아니다.

45) 그 도입은 필요하나 현행 헌법하에서 “전문법관이 아닌 자가 ‘재판’을 하기 위해서는 그 헌법적 근거가 별도로 마련되지 않는 한 합헌으로 볼 수 없다”라는 견해로, 권영철, “국민의 사법참여제도와 헌법”, 『국민의 사법참여』 공청회, 사법개혁위원회·한국공법학회, 2004, 발표문 40면 이하 참조. 헌법개정 없이도 참심제 및 배심제의 도입이 가능하다는 견해로, 황성기, “한국에서의 참심제·배심제의 헌법적합성”, 국민의 사법참여 공청회 발표문, 62면 이하 등 참조.

46) 헌재 1995.9.28, 92헌가11, 93헌가8·9·10(병합), 판례집 7-2, 264면.

## 1. 정부형태의 문제

### (1) 평가

한국의 정부형태는 현행 헌법에 있어서는 대통령제를 원칙으로 하는 유형의 정부형태라고 보는 견해가 학계에서는 많다. 헌법재판소의 판례도 대통령중심제의 정부형태를 취하고 있는 것으로 본다.<sup>47)</sup> 그러나 전형적인 미국식 대통령제는 아니라고 보고 의원내각제적 요소가 다소 가미되어 있다고 본다. 헌정의 현실에서 보면 현행 헌법하에서는 대체적으로 대통령제적으로 운영되었다고 평가될 수 있다.<sup>48)</sup>

### (2) 개정논의

입헌주의적 정부형태로는 대통령제 외에 의원내각제, 혼합정부제 등을 들 수 있다. 대통령제에서 다른 정부형태로의 이행 등 정부형태에 대한 개정논의가 있어 왔다. 먼저 의원내각제로의 개헌을 지지하는 주장의 논거들 중 중요한 것을 보면 내각불신임제를 통한 의회 앞에서의 책임정치에 유리하다는 것이다. 반면 내각제개헌론에 대한 비판적인 입장에서의 논거들을 보면 우리나라의 비타협적, 대립적 정치풍토에 의원내각제는 적절하지 않다거나 의원내각제가 성공하기 위한 중요한 요건인 정당정치가 우리나라의 경우 성숙하지 못하여 의원내각제가 제대로 기능하기 어렵다는 등의 주장이 있다.<sup>49)50)</sup>

47) 헌재 1994.4.28, 89헌마221, 정부조직법 제14조 제1항 등의 위헌여부에 관한 헌법소원, 판례집 6-1, 239면 이하.

48) 제3공화국 박정희 정권시대, 제4공화국 유신정부 시기의 권력집중적인 상황이나 제5공화국의 권위주의 정부 시기의 헌법에 비해 현행 헌법에서 대통령의 권한이 완화되었으나 제왕적 대통령제라는 비판이 제기되기도 하였다. 한편 그동안 김대중 정부하에서의 이른바 공동정부의 경험도 있었고 노무현 정부하에서는 이른바 책임총리제라고 하여 대통령과 국무총리 간에 어느 정도의 역할분담을 하려는 국정운영이 시도되기도 하였다.

49) 임중훈(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제3분과위원회, “국가권력구조의 개편방향”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.6., 79면에서는 의원내각제에 대한 비판을 하고 있는 문헌으로 정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 통일시대를 대비한 헌법개정의 방향(한국공법학회 제129회 학술발표회 발표논문), 136면을 들고 있다. 그러나 위 논문에서의 정재황의 견해는 대통령제, 의원내각제 중 어느 것을 지

당분간 대통령제를 보완·유지하고 장차 의원내각제의 도입을 고려하는 견해들도 있다. 한편 혼합정부제에 대한 오해가 있어 왔다. 이원정부제라고 불려온 것 자체가 오해를 보여준다. 혼합정부제는 의원내각제에 대통령제가 혼합된 정부형태이다. 이를 이원정부제라고 부를 경우에 의원내각제와 혼동이 온다. 의원내각제가 대통령과 수상의 이원적 정부제이기 때문이다. 현행 헌법 하에서 혼합정부제적 운영가능성을 지적하는 견해<sup>51)</sup>도 있고 이러한 견해에 대해 부정적으로 보는 견해<sup>52)</sup>도 있다.

## 2. 국회의 조직과 권한

### (1) 국회의 구성과 국회의원

현행 단원제 국회에서 양원제로 변경할 것인가 하는 문제가 통일시대를 대비하는 문제 등과 관련하여 논의되기도 하였다.

국회의원의 불체포특권과 면책특권에 대해서는 그 남용이 문제되어 이에 대한 제한을 설정하여야 한다는 주장들이 제기되었다. 헌법개정을 통하여 제한하여야 한다는 견해, 법률적 차원에서도 제한이 가능하다고 보는 견해, 국회의 자율적인 통제에 맡기자는 견해 등 여러 견해가 제시되었다. 헌법규정의 엄격한 해석을 통해 제한이 이루어져야 한다는 견해도

---

지하여 논하고 있는 것이 아니라 대통령제, 의원내각제 각각의 장단점이라고 학자들이 지적하고 있는 것을 객관적으로 정리하고 있을 뿐이다. 오해의 소지가 있어서 여기에서 이를 지적해두고자 한다. 또 위 헌법학회 헌법개정연구의 글에서 의원내각제의 장단점이라고 거론된 것도 고유한 장단점이 아니라 그 운영실태에 따라 달라질 수 있다고 하는데 위 정재황의 논문에서도 “각 정부형태마다 장점과 단점이 지적되고 있지만, 그렇다고 그렇게 지적되고 있는 장단점이 절대적인 것이 아니다. 더욱이 전통적인 대통령제, 의원내각제 등의 정부형태가 이론대로 순수히 구현되고 있는 것은 아니며 나라마다의 현실적 여건에 따라 달리 나타날 수도 있고”라고 하여 이미 그 점을 적시하고 있다(위 발표논문, 138면. 그리고 위 발표논문이 수록된, 『공법연구』, 제34집 제4호, 제2권, 한국공법학회, 2006.6., 159-160면 참조).

50) 한 설문조사에 따르면 공법학자들은 65% 정도 대통령제를 더 선호하는 것으로 나타났다. 도희근, “헌법개정의 쟁점과 과제 - 공법학자 설문조사 결과분석 -”, 『공법연구』, 제34집 제1호, 한국공법학회, 2005. 11., 54면.

51) 성낙인, 전계서, 753면 이하 참조.

52) 강경근, “한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향”, 『헌법학연구』, 제10권 제1호, 한국헌법학회, 2004.3., 189면 이하.

있을 것이다.<sup>53)</sup> 면책특권의 경우 독일기본법의 규정처럼, 즉 중상, 모욕의 경우에 제한을 두는 규정과 같이 개헌시에 헌법상에 적절한 제한을 두자는 견해<sup>54)</sup>도 있다.

불체포특권의 경우 국회법 차원에서의 제한이 가해졌다. 2005.7.28. 개정된 국회법은 이른바 ‘방탄국회’라는 오명의 비판을 불식하고 불체포특권의 남용을 막기 위하여 두 가지 변화를 가져왔다. 첫째는 체포동의안의 신속한 처리를 위하여 국회의장은 체포동의를 요청받은 후 처음 개의하는 본회의에 이를 보고하고, 본회의에 보고된 때부터 24시간 이후 72시간 이내에 표결하도록 처리시한을 신설하였다(국회법 제26조 제2항). 둘째, 석방요구의 발의에 있어서 과거에는 의원 20인 이상의 연서로 요구발의가 가능하였던 것을 “의원이 체포 또는 구금된 의원의 석방요구를 발의할 때에는 재적의원 4분의 1 이상의 연서로 그 이유를 첨부한 요구서를 의장에게 제출하여야 한다”라고 규정하여(제28조) 그 발의요건을 강화하여 석방요구를 어렵게 하였다.

## (2) 위원회활동과 국민대표주의

국회의원의 상임위원회활동에 있어서 국민대표주의에 관련한 문제가 제기된 바 있다. 그 문제는 당론에 반대하는 소속 의원을 원내교섭단체 대표의 요청으로 국회의장이 강제사임시킨 데 대해 국회의원의 법률안 심의·표결권이 침해되었다고 하여 제기된 권한쟁의심판사건을 둘러싸고 나타났다. 헌법재판소는 “정당내부의 사실상의 강제”로 보아 청구를 기각하는 결정을 하였다.<sup>55)</sup>

53) 이러한 견해와 방안들에 대한 검토로, 김선택, “국회의원의 면책특권·불체포특권 제한입법의 헌법적 한계”, 『헌법학연구』, 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004.9., 13면 이하 참조.

54) 임종훈(대표발표), 전계논문(국가권력구조의 개편방향), 90면.

55) 현재 2003.10.30. 2002헌라1, 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의, 판례집 15-2 하, 17면 이하. [판시요지] 국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회내에서의 정치 의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 구속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중

그러나 오늘날 우리 국회는, 비판이 없지는 않지만, 현실적으로 상임위원회중심주의로 운영되고 있다고 보기에<sup>56)</sup>, 그리고, 헌법재판소도 바로 위의 결정에서 위원회중심주의를 인정하는 것을 보건대,<sup>57)</sup> 상임위원회의 위원에서의 강제사임 문제는 정당내부만의 문제가 아니라고 볼 것이다.

### (3) 입법에 관한 권한

국회의 입법의 충실성을 제고하기 위하여 입법절차나 의사절차는 계속해서 개선되어 오긴 하였다. 입법절차 준수의 위반에 대한 헌법재판 통제가 가능한가에 대해서는 논란이 있다. 그러나 이른바 변칙처리의 국회의원의 심의권·표결권 침해에 대한 권한쟁의심판에서 헌법재판소는 국회의원의 권한쟁의심판 청구인적격을 부정하던 판례를 변경하여 1997년 결정에서 이를 인정하고 권한쟁의심판을 통해서 국회의원의 심의권·표결권의 침해에 대한 통제를 행한 바 있다.<sup>58)</sup> 1997년 결정에서 헌법재판소는 국회의원의 심의권·표결권의 침해는 인정하면서 법률안 가결선포행위를 무효로 선언하지는 않았는데 그 뒤 2001년의 다른 사건에서 다

---

시하는 입장에서 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 ‘당론’)에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분 상실하게 할 수는 없으나 “정당내부의 사실상의 강제” 또는 소속 “정당으로부터의 제명”은 가능하다고 보고 있다. 그렇다면, 당론과 다른 견해를 가진 소속 국회의원을 당해 교섭단체의 필요에 따라 다른 상임위원회로의 전임(사·보임)하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 헌법상 용인될 수 있는 “정당내부의 사실상 강제”의 범위내에 해당한다고 할 것이다. . . . 요컨대, 피청구인의 이 사건 사·보임행위는 청구인이 소속된 정당내부의 사실상 강제에 터잡아 교섭단체대표의원이 상임위원회 사·보임 요청을 하고 이에 따라 이른바 의사정리권한의 일환으로 이를 받아들인 것으로서, 그 절차·과정에 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반하여 재량권의 한계를 현저히 벗어나 청구인의 권한을 침해한 것으로 볼 수 없다.

56) 이 점과 우리 국회의 상임위원회제도에 대한 평가와 문제점 등에 대해서는, 권영설, 「입법과정의 헌법적 조명」, 『입법과정의 현황과 개선방안』, 국회법제실·한국공법학회 학술대회 발표문, 2005.11., 13면 이하 ; 권영설, 『헌법이론과 헌법담론』, 법문사, 2006, 396면 이하 참조.

57) 헌법재판소도 “우리나라 국회의 법률안 심의는 본회의 중심주의가 아닌 소관 상임위원회 중심으로 이루어진다. 소관 상임위원회에서 심사·의결된 내용을 본회의에서는 거의 그대로 통과시키는 이른바 “위원회 중심주의”를 채택하고 있는 것이다”라고 밝히고 있다. 앞의 2002헌라1결정, 앞의 판례집 15-2 하, 30면.

58) 현재 1997.7.16. 96헌라2, 판례집 9-2, 154면 이하 참조.

수의견이 무효선언까지 하는 의견을 제시하고자 하였으나 청구인의 청구 취하로 인해 다수의견 대로 결정이 이루어지지 못하고 심판절차가 종료된 아쉬운 예가 있다.<sup>59)</sup>

의원입법의 효율성을 제고하고 입법평가 등이 체계화·활성화되어야 할 것이다.<sup>60)</sup> 양적 실적 위주의 입법활동에서 질적 수준을 담보하는 입법활동으로 나아가는 것이 요구된다.

#### (4) 대 집행부 통제권

##### 1) 해임건의권

헌법 제63조 제1항은 “국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이 국무총리·국무위원에 대한 해임건의권의 법적 효력이 논란되어 왔다. 즉 국회의 해임건의의 법적 효력에 관해서는 먼저 국회의 해임건의가 있으면 대통령이 반드시 이에 따라 해임을 하여야 하는가 하는 대통령에 대한 법적 구속력 여부가 논란되고 있다. 실제 국회의 행정자치부장관의 해임건의 의결에도 불구하고 대통령이 즉시 수용하지 않은 예가 있다.<sup>61)</sup>

이 문제에 대해 학설은 부정설과 긍정설로 대립되어 있다. 헌법재판소 판례는 부정설의 입장이다. 헌법재판소는 2004년에 있었던 우리 헌정사상 초유의 대통령에 대한 탄핵심판에서 기각결정을 하면서 부정설의 입장을 취하였다. 즉 국회의 탄핵소추사유들 중의 하나가 2003. 9. 3. 국회가 행정자치부장관 해임결의안을 의결하였음에도 이를 즉시 수용하지 아니한 사실에 대해 판단하였다. 헌법재판소는 “국회의 해임건의는 대통령을 기속하는 해임결의권이 아니라, 아무런 법적 구속력이 없는 단순한

59) 헌재 2001.6.28. 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218면 이하 참조.

60) 의원입법의 효율성 등에 대해서는, 박영도, “의원입법의 타당성, 효율성에 대한 검토와 개선방안”, 『입법과정의 현황과 개선방안』, 국회법제실·한국공법학회 학술대회 발표문, 2005.11., 115면 등 참조,

61) 이러한 예는 2004년 대통령에 대한 탄핵소추에 대한 헌법재판소의 결정에서 확인된 바 있다(“대통령이 . . . 2003. 9. 3. 국회가 행정자치부장관 해임결의안을 의결하였음에도 이를 즉시 수용하지 아니한 사실이 인정된다.” 헌재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 650면).

해임건의에 불과하다”라고 결정하였다. 헌법재판소는 “우리 헌법 내에서 ‘해임건의권’의 의미는, 임기 중 아무런 정치적 책임을 물을 수 없는 대통령 대신에 그를 보좌하는 국무총리·국무위원에 대하여 정치적 책임을 추궁함으로써 대통령을 간접적이거나 견제하고자 하는 것에 지나지 않는다”라고 하고, “헌법 제63조의 해임건의권을 법적 구속력 있는 해임결의권으로 해석하는 것은 법문과 부합할 수 없을 뿐만 아니라, 대통령에게 국회해산권을 부여하고 있지 않는 현행 헌법상의 권력분립질서와도 조화될 수 없다”라고 보며, “결국, 대통령이 . . . 국회의 해임건의를 수용할 것인지의 문제는 대의기관인 국회의 결정을 정치적으로 존중할 것인지의 문제이지 법적인 문제가 아니다”라고 판시하고 따라서 대통령의 이러한 행위가 헌법이나 법률에 위반되지 아니한다고 판단하고 있다.<sup>62)</sup>

해임건의제도의 법적 구속력에 관한 논의에 대해서는 다음과 같은 점들을 먼저 검토해야 한다. ①우리 헌법상의 국가권력 구도 전반에서의 체계조화적 헌법해석이 필요하다. 현행 헌법에서의 대통령의 권한은 여전히 강하고 이 제도가 국회 앞에서 책임을 질 경우가 적은 대통령에 대한 견제라는 점도 고려되어야 한다. ②많은 학자들은 우리나라의 정부형태는 대통령제에 의원내각제적 요소가 다소 가미되었다고 보는 견해가 많고 이 해임건의제도를 그러한 의원내각제적 요소로 본다. 물론 해임건의제가 의원내각제의 내각불신임제와 동일한 것으로 볼 수는 없지만 해임건의제가 의원내각제적 요소라고 인정하는 입장에서는 이를 법적 구속력 없는 것으로 보는 것이 과연 일관성있는 법적 논리성을 가지는 것인지 하는 점에 대해 재고를 요한다. ③우리 헌법이 국회해산권을 부여하고 있지 않으니 해임건의의 구속력을 인정할 수 없다는 논리는 국회해산제도를 내각불신임의 대응무기로 보는 일면적인 단순논리이다. 의회해산제는 대응무기의 의미 보다는 보다 근본적으로 총선거실시에 의한 국민의 직접적인 심판으로서의 의미를 가지는 것이다. 따라서 국회해산제도를 전제하지 않고도 대통령과 행정부에 대한 통제를 위한 해임건의제도를 둘 수 있기에 설득력이 약하다. ④정치적 책임제도에 불과하다면, 해임건의제도가 헌법에 명시되어 있지 않더라도 국회가 일반가결표수인 출

62) 현재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 650-651면.

석의원 과반수의 찬성으로도 해임건의를 할 수 있을 것이고 현행 헌법이 특별히 해임건의제도를 명시하고 그것도 가중가결표수로 의결하도록 하고 있는 점을 이해할 수 없다.

## 2) 인사청문의 구속력 문제

국회가 대통령의 임명에 동의권을 가지거나 국회가 직접 선출할 대상인 고위 공무원에 대한 인사청문의 경우에는 국회가 부적격 판정을 할 경우에 국회의 부결로 결정을 할 수 있기에 법적 구속력을 가질 것이다. 반면에 그러한 고위 공무원이 아닌 경우에도 국회가 인사청문회를 소관 상임위원회에서 행하게 되는데 그 청문에서 부적격 판정을 할 경우에 대통령은 임명을 할 수 없는 구속력을 가지는가 하는 문제가 있다. 국회가 부적격 판정을 하였음에도 대통령이 임명을 한 예가 있다.<sup>63)</sup> 헌법재판소는 법적 구속력이 없다고 본다.<sup>64)</sup>

## 3) 탄핵소추 및 탄핵심판

탄핵소추는 국회에서 행하고 탄핵심판은 헌법재판소에서 수행한다. 대통령에 대한 초유의 탄핵심판에서 우리 헌법재판소는 탄핵(파면)사유를 “파면을 정당화할 정도로 ‘중대한’ 범위반의 경우를 말한다”라고 하여 한정적 입장을 보여주었다.<sup>65)</sup> 다른 고위공무원의 경우의 파면사유는 어떠한지, 그리고 탄핵사유와 탄핵소추사유 간에는 차이가 없는 것인지 하는 등이 앞으로의 연구대상이다. 2004년의 탄핵심판결정에서 소수의견의 개진이 없었기에 논란이 된 바 있는데 그 뒤 2005.7.29. 헌법재판소법 제36

63) 이러한 예는 2004년 대통령에 대한 탄핵소추에 대한 헌법재판소의 결정에서 확인된 바 있다(“대통령이 2003. 4. 25. 국회 인사청문회가 고영구 국가정보원장에 대하여 부적격 판정을 하였음에도 이를 수용하지 아니한 사실 . . . 이 인정된다”. 헌재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 650면).

64) 헌재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 650면. [관련판시] 대통령은 그의 지휘·감독을 받는 행정부 구성원을 임명하고 해임할 권한(헌법 제78조)을 가지고 있으므로, 국가정보원장의 임명행위는 헌법상 대통령의 고유권한으로서 법적으로 국회 인사청문회의 견해를 수용해야 할 의무를 지지는 않는다. 따라서 대통령은 국회 인사청문회의 판정을 수용하지 않음으로써 국회의 권한을 침해하거나 헌법상 권력분립원칙에 위배되는 등 헌법에 위반한 바가 없다.

65) 헌재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 654면.

조 제3항을 개정하여 탄핵심판의 경우에도 소수의견이 표시되게 하였다.

### 3. 집행부의 조직과 권한(대통령의 선임과 권한 등)

#### (1) 대통령의 선임방식

현행 헌법하에서 대통령선거가 상대다수대표제를 채택한 결과 과반수의 지지를 받지 않아도 당선될 수 있다는 점이 문제로 지적되어 왔다. 그리하여 대통령의 민주적 정당성을 제고하기 위하여 1회 투표결과 과반수의 득표가 없을 경우에 결선투표제를 도입하여야 할 것인지에 대한 논의가 있다.

#### (2) 대통령의 권한

이에 관해서는 대표적으로 헌법 제72조의 국민투표부의권의 대상이 문제되었다. 헌법 제72조는 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다”라고 하여 대통령의 국민투표부의권을 인정하고 있다. 이러한 헌법 제72조의 국민투표를 통하여 대통령이 자신의 신임을 물을 수 있느냐 하는 점이 논란되었다. 헌법재판소의 판례는 2003년에 대통령신임을 국민투표에 붙이는 행위에 대한 헌법소원심판사건에서는 “심판의 대상이 된 대통령의 행위가 법적인 효력이 있는 행위가 아니라 단순한 정치적 계획의 표명에 불과하기 때문에 공권력의 행사에 해당하지 않는다”라고 판시하여 각하결정을 하였다.<sup>66)</sup> 그뒤 대통령의 탄핵심판결정사건에서는 재신임을 국민투표로 물을 수 없다는 입장을 명백히 하였다.<sup>67)</sup> 국민투표제는 국민

66) 헌재 2003.11.27. 2003헌마694, 2003헌마700, 2003헌마742 (병합), 판례집 15-2(하), 350면 이하.

67) 헌재 2004.05.14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 647-649 [결정이유요지] 국민투표는 직접민주주의를 실현하기 위한 수단으로서 ‘사안에 대한 결정’ 즉, 특정한 국가정책이나 법안을 그 대상으로 한다. 따라서 국민투표의 본질상 ‘대표자에 대한 신임’은 국민투표의 대상이 될 수 없으며, 우리 헌법에서 대표자의 선출과 그에 대한 신임은 단지 선거의 형태로써 이루어져야 한다. 대통령은 헌법상 국민에게 자신에 대한 신임을 국민투표의 형식으로 물을 수 없을 뿐만 아니라, 특정 정책을 국민투표에 붙이면서 이

주권론에 따른 간접민주정치를 원칙으로 하는 현행 헌법의 구조 하에서는 예외적인 제도이므로 국민투표에 붙일 수 있는 사유는 헌법이 인정하고 있는 사유에 한정된다.

국민투표와 관련하여서는 그 결과의 법적 구속력에 관해 헌법이 규정을 두고 있지 않아 이를 두고도 논란이 있는데 앞으로 이에 대한 입법적 보완이 필요하다.

대통령의 사면권의 남용을 막기 위한 논의가 있어 왔다. 특히 국회의 동의의 대상이 되지 않는 특별사면권에 대한 제한이 주장되고 있다.

#### 4. 사법부의 권한

사법부에 관한 쟁점으로는 사법부의 수장인 대법원장의 권한과 관련된 것이 있다. 즉 대법원장이 동료 대법관들의 임명에 있어서 제청권을 가진다는 것은 타당하지 않는다는 견해들이 개진되고 있는 것을 들 수 있다.<sup>68)</sup>

### V. 과제와 전망

위에서 거론한 쟁점들만도 적지 않으므로 그중에서도 대표적인 것들만을 대상으로 그 과제를 살펴보고 전망해보면서 본고에서 아래에 지적되지 않은 사항들은 앞으로 지속적인 검토에 맡기기로 한다.

---

에 자신의 신임을 결부시키는 대통령의 행위도 위헌적인 행위로서 헌법적으로 허용되지 않는다.

68) “대법원장이 대법원의 동료 대법관 전원의 임명에 대하여 제청권을 행사하는 것은 그 입법례를 보기 어려우며 대법관과 대법원장의 관계의 성격에도 맞지 않다고 생각한다”라는 견해로, 김문현, “헌법개정의 기본방향”, 『공법연구』, 제34집 제4호, 제2권, 한국공법학회, 2006.6., 62면 이하 참조. “대법원장이 임명제청권을 행사하기 때문에 합 의기관으로서 대등하여야 할 관계가 임명제청권자와 그에 의해 임명된 자들의 관계로 변화하여 대법원이 일정한 위계질서를 형성할 가능성도 배제할 수 없다. . . . 따라서 대법원장의 대법관 임명제청제도를 폐지하고 대법관 임명제청을 모든 법조인을 풀로 하여 하여야 한다”라는 견해로, 김승환(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제4분과위원회, “사법제도 관련 헌법규정의 개정논의”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006.6., 105면 참조.

## 1. 기본권분야

헌법개정을 통하여 기본권보장을 보다 확장하는 것도 필요할 것이나 헌법재판소가 재판과 헌법해석을 통하여 기본권을 파생시키는 노력이 계속되어야 한다. 이는 헌법을 명시적으로 개정한다고 하여 인간에게 필요한 기본권을 헌법에 빠짐없이 망라할 수는 없을 것이기에 기본권을 확대적으로 확인해가는 헌법해석이 중요하기 때문이다. 그동안 기본권의 구체적 사건들을 다루는 헌법재판에서 기본권에 관한 많은 판례들이 축적되어 오기도 하였다

인간의 존엄과 가치의 기본권성을 둘러싼 논쟁이 얼마나 실익이 있는지 의문이다. 기본권성을 부정하는 견해도 “인간으로서의 존엄과 가치는 기본권의 근원 내지 중핵에 해당하는 것이므로, 법률로써 기본권을 제한하는 경우에도 침해할 수 없는 기본적 내용이 되는 것”이라고 하고, 인간의 존엄가치의 “침해행위의 배제를 주장할 수 있음은 물론이고 그로 말미암아 피해를 입은 경우에는 국가에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다”라고 하여 대국가적 방어권성을 인정하고 있다.<sup>69)</sup> 기본권의 중핵이라고 한다면 그것은 기본권으로서의 핵심으로서 기본권을 구성하는 것이고 또한 방어권이라는 권리로서의 성격을 인정한다면 더욱이 인간의 존엄가치는 기본권으로서의 성격을 가진다는 사실을 부정할 수 없을 것이므로 부정설의 논거를 이해하기 힘들다.

평등권은 빈번하게 거론되는 기본권이므로 평등권 관련 위헌심사에서 완화된 심사. 엄격한 비례성 심사의 단계와 그 정도에 대한 체계화가 요구되며 앞으로의 판례가 보다 정치해져야 할 것이다.

생존권적 기본권의 권리성에 관한 논의에 있어서는 보다 그 권리성을 강화하는 법적 논증을 구축하는 것이 필요하다. 재정적 수요 등을 감안하는 현실 볼모적인 사고를 벗어나 현대적 복지주의적 헌법을 실현하기 위한 적극적 법리를 구축하는 것이 필요하다. 한편 현행 헌법규정들이 권리 형식으로 규정하고 있지 않은 생존권적 기본권 영역의 헌법조문들에 대한 권리

69) 권영성, 전거서, 376-377면.

규정화가 논의되고 있다. 즉 대표적으로 헌법 제36조 제1항이 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”라고 규정하고 있고 동조 제3항이 “모든 국민은 보전에 관하여 국가의 보호를 받는다”라고 규정하고 있는 데 대해 이를 “권리”규정의 형식으로 강화하자는 견해들이 개진되고 있다.<sup>70)</sup>

그동안 이루어진 헌법이론에 관한 논의가 과연 얼마나 헌법문제를 해결하고, 헌법이론의 발달과 충실에 실질적인 기여를 하였는지에 대한 평가가 필요하다. 예를 들어 기본권의 충돌이론 문제에 있어서 위에서 살펴본대로 결국 중요한 것은 기본권주체들마다의 충돌되는 기본권들을 어떻게 하면 가장 최소로 제한하느냐 하는 문제이므로 결국 기본권의 제한과 그 한계 문제로 귀착된다. 새로운 이론들의 구축도 기존의 이론들의 한계나 문제점들을 극복하거나 기본권확장적인 효과를 위한 의미를 가져야 할 것이다.

우리나라 헌법에 따른 기본권이론을 전개하는 것이 무엇보다 우선되어야 한다. 더욱이 성문헌법을 가지고 있기에 더욱 그러하다. 예를 들어 제3자효이론의 경우를 보면, 우리 헌법 제10조는 국가의 기본권보장의무를 규정하고 있는데 그 의무를 국가가 기본권을 침해하는 경우로만 한정하고 있지는 않고 따라서 사인에 의한 기본권의 침해에도 당연히 기본권의 규정이 적용되어 보호가 이루어져야 하며 그것이 제3자효인 것이다.

## 2. 국가권력규범 분야 - 정부형태

### (1) 기본방향

바람직한 정부형태에 대한 논의에 있어서 먼저 기본적인 방향의 설정이 전제되어야 효과적인 논의가 될 것이다. 우리는 3가지 방향, 즉 ①민주성과 책임성, ②안정성, ③효율성의 추구를 기본방향으로 설정하고 이를 구현할 수 있는 정부형태를 갖추는 것이 바람직하다고 본다.<sup>71)</sup> 그런

70) 김배원(대표발표), 전계논문(기본권의 개정방향과 구체적 검토), 67면 ; 한국헌법학회, 전계서(헌법개정연구), 158면 등 참조.

71) 이러한 논의에 관해서, 정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 『공법연구』, 제34집 제4호, 제2권, 한국공법학회, 2006.6., 158면 이하 참조.

데 보다 근본적인 문제로서 위의 ①, ②, ③ 각각의 방향에 있어서 입헌주의적 정부형태들인 대통령제, 의원내각제, 혼합정부제 등등에서 어느 한 정부형태가 가진다고 보는 장점이나 단점이 반드시 그 정부형태에서만 절대적으로 나타나는 것은 아니라는 점을 재검토할 필요가 있다. 예로서 ①책임성의 관점만을 들어 보면 내각불신임제와 같은 책임규명제도를 두고 있는 의원내각제가 장점을 가진다고 하나, 의원내각제에서도 의회의 다수파가 내각을 구성하므로 현실적으로는 협력적 체제이기에 의원들의 대정부견제활동이 제대로 이루어지지 않을 경우에 집행부에 대한 통제가 약할 수 있다. 결국 대통령제, 의원내각제 등 전통적인 정부형태들 중에 어느 한 형태만이 위 ①, ②, ③의 방향이 요구하는 바를 절대적으로 보다 더 충분히 실현할 수 있다고 볼 수는 없다. 주지하는 대로 대통령제, 의원내각제, 혼합정부제 등 각 정부형태마다 장점과 단점이 지적되고 있지만, 그렇다고 그렇게 지적되고 있는 장단점이 절대적인 것이 아니다. 더욱이 전통적인 대통령제, 의원내각제 등의 정부형태가 이론대로 순수히 구현되고 있는 것은 아니며 나라마다의 현실적 여건에 따라 달리 나타날 수도 있고, 대통령제, 의원내각제 등의 제도들 중 어느 제도가 비교우위를 가지는지에 대해서는 단언하기 어렵다. 그렇다면 종래의 전형적인 정부형태의 분류 속의 어느 한 정부형태를 이상형(理想型)으로서 고집하기 보다는 위의 ①, ②, ③의 방향들로 국정이 운영될 수 있도록 하는 성공조건이 무엇인지를 찾아보고 이 조건을 충족하도록 뒷받침하는 제도들을 강화해나가는 일이 더욱 중요하다고 볼 것이다.

## (2) 우리 정부형태의 성공조건

첫째, 무엇보다도 중요한 것은 의회주의의 구현과 정착이다. 특히 우리의 정치현실은 비타협적이고 소모적인 정쟁과 대립을 보여왔다. 의회주의의 실현이 없이는 어떠한 정부형태를 취하더라도 발전의 희망이 없다. 실질적인 의회주의의 실현을 위한 제도들, 즉 소수의견의 존중을 통한 국민의 다양한 의사를 수렴하는 다원주의의 구현, 다수파와 소수파간의 합의, 설득, 조정의 과정이 충실히 이루어질 수 있게 하고 졸속의 의사결

정을 막을 수 있게 하는 제도적 장치들을 더욱 강화해가야 한다.

둘째, 국가권력의 행사원리에 관한 규범이나 국가권력 상호간의 통제제도 등이 제대로 실효성을 가지도록 헌법규정을 실질적으로 해석하는 것이 필요하다.

셋째, 정당정치의 혁신이 필요하다. 정당정치의 성숙성이 의원내각제에서만 요구되는 것은 아니고 다른 정부형태를 취하더라도 그러하다. 대통령제적 정부에서는 정당정치가 민주적이지 못하면 특히 여소야대의 상황에서는 국정운영의 안정성, 효율성이 저해된다. 의원의 자질이 향상되어야 하고 교차투표(cross voting)도 정착되어야 한다.<sup>72)</sup>

### 3. 헌법재판의 강화

오늘날 헌법재판이 활성화되어 있고 중요한 역할을 수행하고 있는 만큼 헌법재판의 영역에서도 지속적인 발전이 기대된다.

조직적 측면에서 재판관임명제도에 대한 논의가 있어 왔다. 현행 헌법 제111조 제2항과 제3항은 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명하며 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하도록 하고 있다. 헌법재판관의 임명에 관한 현행의 이러한 3분식 방식에 대해서는 개선방안이 논의되어 왔다. 대법원장에 의한 지명제도는 보다 근본적으로 사법부의 헌법재판소 구성에의 관여가 민주적 정당성이 약한데 더욱이 대법원장 독임기관에 의한 지명제도가기에 민주적 정당성이 취약하다. 대법원장에 의한 지명제도는 폐지되어야 하며 적어도 사법부의 합의체에 의한 재판관후보선출로 바뀌어야 하고 이렇게 선출되는 재판관후보들에 대해 민주적 정당성을 부여하기 위해 국회의 동의절차를 거치도록 하여야 한다. 헌법재판소의 업무에 있어서의 계속성과 일관성 유지를 위하여 재판관의 순차적 개선(改選)제도나 일정시차를 두는 교체방식의 도입을 검

72) 현행 국회법 제114조의2가 “의원은 국민의 대표자로서 소속정당의 의사에 기속되지 아니하고 양심에 따라 투표한다”라고 규정하여 교차표결(자유투표)을 원칙으로 규정하고 있긴 하다.

토할 필요가 있다.<sup>73)</sup>

헌법재판소의 권한, 관할을 확대하는 방안에 대해 그동안 논의가 있어 왔고 이에 관한 헌법개정론도 개진되고 있다. 헌법재판소의 권한으로서 외국의 경우에는 선거재판 등이 그 관할로 되어 있는 예를 볼 수 있는데 우리의 경우에는 이에 관한 권한이 헌법재판소에 없다. 그 외 국회의원의 자격심사나 검직금지 문제 등에 대한 판단권을 부여하는 방안 등을 검토할 필요가 있다.

규범통제에 있어서도 종래 추상적 규범통제나 사전적·예방적 규범통제를 도입하자는 의견이 학계에서는 많았다. 이는 국민의 기본권보장수단인 헌법재판을 보다 효율적이고 치밀하게 기능하도록 하기 위한 논의였다.<sup>74)</sup> 국제화시대에 늘어나는 조약에 대해 국내헌법과의 합치성을 판단하기 위한 조약심사제는 사전심사가 사후심사에 비하여 효율적이다. 사후심사를 통하여 헌법에 합치되지 않는다는 결론에 이르게 되더라도 조약을 체결한 상대국은 여전히 유효한 것으로 주장할 것이고 이 경우에 조약의 위헌심사결정에 대한 기속력과 국제신의가 문제될 것이기 때문이다.<sup>75)</sup> 광범위한 국가들

73) 헌법재판관의 임명방식 등 헌법재판소의 조직과 구성에 있어서의 문제점과 개선방안에 대해서는, 김문현·정재황·한수용·음선필, 『현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안』, 헌법재판연구 제16권, 헌법재판소, 2005.11., 85면 이하 참조.

74) 사전적 심사는 단기의 심사기간이 그 본질이라고 보고 “대강의 부정확한 심사가 될 수 밖에 없으며”, “법치국가적 문제점을 안고 있다”라는 견해가 국내에 있다(김문현 등, 위의 연구보고서, 242-243면). 그러나 사전적 심사라고 하여 모든 조문들이 심사가 되는 것도 아니라는 점에서, 그리고 어떠한 논리적 이유로 ‘대강의 심사’이고 더욱이 ‘부정확한’ 심사로 규정지을 수 있는지 이해할 수 없어 객관성이 없는 견해이다. 단기의 심사가 사전심사에서의 본질이라는 것도 이를 양적으로만 볼 것은 아니고, 사전심사제를 두면서 제정된 조문을 중심으로 충분한 재판인력에 의한 집중심리 등을 통해 신중하면서도 신속한 재판을 합리적인 기간에 할 수도 있을 것이라는 점을 간과한 것이다(참고로 사전심사제국가인 프랑스의 경우 원칙적으로 1달이 심사기간이다). 물론 사전심사제에 대해서도 검토되어야 할 문제들이 있고 위 보고서가 걱정하는 사전심사에서의 기 심사된 법률조항에 대한 사후심사의 문제와 그 외 문제들이 사전적 심사제에 대한 선행연구에서 이미 검토된 바 있다(김철용·김문현·정재황, “헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구”, 『헌법재판연구』 제4권, 헌법재판소, 2003, 95면 이하 ; 정재황, 사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론”, 『헌법재판의 이론과 실제』, 금강 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993, 335면 이하 등 참조).

75) 이 점에 대해서는 정재황, “사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론”, 『헌법재판의 이론과 실제』, 금강 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993, 346면 ; 정재황, “헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점 및 그 개선방안”, 『공법

이 가입한 다자조약의 경우에는 더욱 그러하다.

불기소처분에 대한 헌법소원은 헌법소원의 기능적 중요성을 인식시키는 데 공헌하여 왔는데 형사소송법 제260조가 개정되어 2008. 1. 1.부터 재정신청제도가 확대시행됨에 따라 불기소처분이 재정신청의 대상이 되지 아니하는 경우 등 적절한 권리구제 수단이 없는 때가 아닌 경우에는 불기소처분이 헌법소원심판의 대상이 되지 않게 되었다. 헌법재판소로서는 종래 헌법소원심판대상의 많은 비중을 차지했던 불기소처분사건에 대해 앞으로 업무가 경감되는 만큼 다른 헌법적 성격의 사건들에의 집중도가 제고될 것으로 기대되고 다른 권한을 부여받을 여지가 확대되었다고 할 수 있다.

최근 헌법재판소는 중요한 헌법적 이슈가 포함되고 국민의 관심이 많은 사안 등을 중심으로 공개변론을 실시하고 있다. 이는 국민들에 미치는 헌법재판의 영향을 고려하더라도 바람직하다고 할 것이다.

헌법재판은 기본권규범들을 더욱 적극적으로 확인하여 파생시켜 나아가야 한다. 헌법소원심판의 청구요건을 보다 완화하여 기본권보장의 실효성을 증대하여야 한다. 헌법소원심판에 있어서는 그동안 2003. 3. 12. 헌법재판소법 개정으로 헌법소원심판의 청구기간을 확대하는 등 절차적 개선이 있었다. 권한쟁의심판에 있어서도 청구인적격을 보다 넓혀 오늘날 고전적 권력분립주의가 가지는 한계인 견제기능의 약화를 헌법재판이 보충하거나 대신하도록 하는 것이 필요하다. 헌법재판소의 결정이 보다 강한 실효성을 가질 수 있도록, 예를 들어 부작위와 거부행위에 대한 헌법소원심판에서의 인용결정에 대해 집행력 등을 강화하는 방안이 강구되어야 한다.<sup>76)</sup>

헌법재판의 활성화를 통하여 헌법학의 연구가 반영되고 헌법판례에 대한 분석연구를 통하여 더 나은 판례의 형성을 가져오도록 하여야 한다. 헌법재판의 발달이 헌법이론의 발달을 견인해 왔다.

---

연구』, 제22집 제2호, 한국공법학회, 1994.6., 60면 등 참조.

76) 입법부작위에 대해 헌법재판소가 위헌확인결정을 하면 가능한 신속한 입법이 되도록 강제하여 집행력을 제고하는 것이 필요하다. 이에 관해서는, 정재황, 『헌법재판개론』, 제2판, 박영사, 2003, 1019-1020면 등 참조.

## VI. 결 어

위에서 다룬 헌법적 쟁점들 외에도 기본권 영역에서 자유권적 기본권이나 참정권 등에 대해 그리고 경제조항에 대한 개정논의 등 살펴보아야 할 쟁점들이 적지 않다. 본고의 지면이 한정된 관계로 별도로 다룰 필요가 있을 것이다. 또 기왕에 논의가 이루어진 연구성과를 참조할 수 있겠다. 그동안 국내의 연구가 활발하여 본고에서 국내문헌만을 인용함에도 지면이 부족하였다. 이제 우리의 헌법학 이론을 정립하는 노력이 필요함은 물론이다.

위에서 살펴본 개선방안들을 헌법개정의 문제로 해결하고자 하는 노력들이 가능할 것이고 그러한 주장들이 개별 사안들에 따라서 있어 오기도 하였다. 그러나 헌법개정에 의한 개선이 긍정적인 측면만 있는지에 대한 고민이 있어야 할 것이다. 헌법의 명시적 개정이 필요한 부분도 있겠으나 적극적인 헌법해석을 통하여 현실에 헌법규범의 적용력을 강화하는 것이 헌법의 안정성을 위해 바람직하다고 본다.

헌법개정에는 국민적 공감대의 형성이 필요하고 국민들의 의견이 충실히 반영되어야 한다. 국민들의 의견이 충실히 반영된다는 것은 국민들이 논의의 대상이 되는 헌법문제에 대해 제대로 인식함을 요한다. 국민의 의사를 떠난 정치권의 당리당락을 위한 헌법개정논의가 되어서는 아니된다. 국민적 합의에 의한 헌법개정이어야 국민의 지지 속에 민주적 정당성은 물론이고 안정성과 효율성을 가지게 된다.

성년을 넘어선 현행 헌법의 앞으로의 전개에 대해 전망하면서 현행 헌법이 국민의 기본권보장의 보루가 되고 보다 헌법현실을 효율적으로 규율하는 헌법으로 거듭 나면서 입헌주의 꽃이 만개하기를 기대해 본다.

**주제어** 헌법, 헌법의 법원(法源), 기본권, 정부형태, 국회, 대통령, 헌법재판

## 參考文獻

### [단행본]

- 강경근, 『헌법』, 신판, 법문사, 2004.
- 계희열, 『헌법학(중)』, 신정판, 박영사, 2004.
- 권영설, 『헌법이론과 헌법담론』, 법문사, 2006.
- 권영성, 『헌법학원론』, 2007년판, 법문사, 2007.
- 김철수, 『헌법학개론』, 제19전정신판, 박영사, 2007.
- 문홍주, 『제6공화국 헌법』, 해암사, 1987.
- 성낙인, 『헌법학』, 제7판, 법문사, 2007.
- 양 건, 『헌법강의 I』, 법문사, 2007.
- 이준일, 『헌법학강의』, 제2판, 홍문사, 2007.
- 장영수, 『헌법학』, 제2판, 홍문사, 2007.
- 정재황, 『헌법재판개론』, 제2판, 박영사, 2003.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 제3판, 박영사, 2008.
- 한국헌법학회, 『헌법개정연구』, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006. 11.
- 허영, 『한국헌법론』, 전정4판, 박영사, 2008.
- 홍성방, 『헌법학』, 개정5판, 현암사, 2008.

### [논문]

- 강경근, “한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향”, 『헌법학연구』, 제10권 제1호, 한국헌법학회, 2004. 3.
- 곽상진(발표)·도희근(연구작성), 한국헌법학회 헌법개정연구 제1분과위원회, “제3조(영토조항)와 제4조(통일조항)”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6.

- 권영설, “국민의 사법참여제와 헌법”, 『국민의 사법참여』 공청회, 사법 개혁위원회 · 한국공법학회, 2004.
- \_\_\_\_\_, “입법과정의 헌법적 조명”, 『입법과정의 현황과 개선방안』, 국회법제실 · 한국공법학회 학술대회 발표문, 2005. 11.
- 김문현, “헌법개정의 기본방향”, 『공법연구』, 제34집 제4호, 제2권, 한국 공법학회, 2006. 6.
- 김문현 · 정재황 · 한수웅 · 음선필, 『현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점 과 개선방안』, 헌법재판연구 제16권, 헌법재판소, 2005. 11.
- 김배원, “정보관련 기본권’의 독자적 · 통합적 보장을 위한 시론”, 『헌법 학연구』, 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001. 8.
- 김배원(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제2분과위원회, “기본권 의 개정방향과 구체적 검토”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한 국헌법학회, 2006. 6.
- 김승환(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제4분과위원회, “사법제 도 관련 헌법규정의 개정논의”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6.
- 김선택, “국회의원의 면책특권 · 불체포특권 제한입법의 헌법적 한계”, 『헌법학연구』, 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004. 9.
- 김철용 · 김문현 · 정재황, “헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구”, 『헌법재판연구』, 제4권, 헌법재판소, 2003.
- 도희근, “헌법개정의 쟁점과 과제 - 공법학자 설문조사 결과분석 -”, 『공법연구』, 제34집 제1호, 한국공법학회, 2005. 11.
- 박영도, “의원입법의 타당성, 효율성에 대한 검토와 개선방안”, 『입법과 정의 현황과 개선방안』, 국회법제실 · 한국공법학회 학술대회 발표문, 2005. 11.
- 임중훈(대표발표), 한국헌법학회 헌법개정연구 제3분과위원회, “국가권 력구조의 개편방향”, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6.

- 장영수, “헌법총강에 대한 헌법개정”, 『공법연구』, 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006. 6.
- 정재황·송석운, “헌법개정과 정부형태”, 『공법연구』, 제34집 제4호, 제2권, 한국공법학회, 2006. 6.
- 정재황, “기본권의 상충에 관한 연구”, 『성균관법학』, 제19권 제2호, 2007. 8.
- \_\_\_\_\_, “헌법재판소의 권한과 일반소송”, 『공법연구』, 제24집 제1호, 한·독국제학술대회 발표논문, 한국공법학회, 1996.6.
- \_\_\_\_\_, “사전적·예방적 위헌법률심사제도의 도입에 관한 입법론”, 『헌법재판의 이론과 실제』, 금량 김철수 교수 화갑기념논문집, 박영사, 1993.
- \_\_\_\_\_, “헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점 및 그 개선방안”, 『공법연구』, 제22집 제2호, 한국공법학회, 1994.6.
- 정태호, “권리장전의 개정방향”, 『공법연구』, 제34집 제4호 제2권, 한국공법학회, 2006. 6.
- 정태호, “원리(Prinzip)로서의 사회적 기본권:R. Alexy의 원리모델(Prinzipienmodel)을 중심으로”, 『법과 인간의 존엄』, 청암정경식박사 화갑기념논문집, 박영사, 1997.
- 황성기, “한국에서의 참심제·배심제의 헌법적합성”, 『국민의 사법참여』, 공청회, 사법개혁위원회·한국공법학회, 2004.

## Issues and Prospects of the Korean Constitution

Jeong, Jae Hwang\*

As the year, 2008, the Korean constitution law celebrates its 60th formulation anniversary and the Korean Constitutional Court celebrates its 20th opening anniversary. In this paper, I will review important issues related to current Korean constitutional law which was revised in 1987 and discuss the strategies and direction for improving the constitutional law.

Recently, the divers constitutional issues raised from the cases of the Constitutional Court or the real situation have been increased.

The sources of the constitutional law has been discussed when the Constitutional Court examined the constitutionality of the act about new administrative capital city. The Article 4, on Korean territory has been discussed with relation to the problem of national unification.

In the area of basic theories of human rights(fundamental rights), the theories and cases on the subjects, effects, conflicts, and limitation of basic human rights were discussed.

In the specific areas of basic human rights, the dignity and value of human beings and the rights to pursue happiness have been recognized their nature of basic human rights by the Constitutional Court and from this recognition, the human rights which were not written in the constitutional law could be drawn.

In the rights of equal protection, the Constitutional Court has reviewed cases differently based on the category of strict scrutiny and moderate test.

The rights of social welfare should be recognized as the rights as firmly as possible, while the nature of rights has been evaluated weak by some theorists.

---

\* Sungkyunkwan University, professor of constitutional law

In the area of national government framework, the constitutional revision on the form of government has been discussed.

As to the parliament, there has been the proposition to restrict privilege of Parliament members of exemption from apprehension and their immunity. In addition, the issues such as the control of constitutional judgement on the violation of the legislative process, the legal effect of a propose of the dismissal of minister, and the legal effect of hearings on the nominees have been discussed.

The method of election of the President is discussed. His power, for instance, concerning the referendum has been also discussed.

In the future, in order to guarantee broadly the basic human rights, it is important for the Constitutional Court to reinforce the human basic rights by judging and interpreting the constitution actively as well as the revision of constitutional law. For the constitutional stability, it may be desirable to strengthen the applicability of the constitutional principles by active constitutional interpretation rather than the constitutional revision.

It is necessary to improve the method to nominate judges of The Constitutional Court and strengthen its power. The results of the theoretical research on constitutional law can give feedback for active constitutional judgement and the analytic research on constitutional cases can contribute to the better judgement.

<b>KEY WORDS</b> The sources of the constitutional law, human rights or fundamental rights, form of government, parliament, President, Korean Constitutional Court
--