

헌법개정논의에 관한 고찰

洪完植

(建國大學校 法科大學 助教授)

< 目 次 >

I. 머리말

II. 개헌논의에 있어서의 쟁점

1. 기본권론
2. 정부형태론
3. 통치기구의 권한과 관련한 논의
4. 선거와 관련
5. 경제헌법 관련 규정
6. 헌법재판소 관련 규정
7. 영토조항과 평화통일조항과의 조화

8. 지방분권과 관련한 규정

9. 문화국가와 관련한 규정

10. 법치국가원칙의 명시

III. 개헌의 필요, 시기 및 방법에 관한 논의

1. 개헌의 필요와 시기
2. 개헌의 방법

IV. 맺음말

參考文獻

Zusammenfassung

I. 머리말

1987년 현행 헌법이 국민투표에 의하여 확정·공포된 지 18년이 지났다. 1948년 제헌헌법이 공포된 후 1987년 헌법개정이 이루어지기까지 39년간 9차례의 헌법개정이 이루어졌음에 비교하여 볼 때, 현행 헌법은 수명이 길다고 할 수 있다. 그간 헌법의 개정이 대통령의 권력강화나 장기집권을 위하여 이루어졌다는 점을 볼 때, 이와 같은 장수헌법의 등장은 정치적 안정과 민주화의 결과라고도 평가될 수 있다는 점에서는 긍정적이라고 할 수 있다. 1987년에 현행 헌법으로 개정된 이후에 헌

법개정에 대한 논의는 계속되어 왔는데, 우선 헌법개정의 필요성 자체에 대한 논의가 있으며 다음에는 헌법개정을 전제로 그 범위와 내용에 관한 논의가 있다. 우선 헌법개정의 필요성을 경시하는 견해가 있다. 미국연방헌법은 제정된 지 200년이 넘었지만 그 기본골격을 유지한 채로 수정조항만이 추가된 것을 예로 들어 헌법이 중요한 것이 아니라 헌법을 운용하는 것이 중요하다고 하는 것이다. 그러나 헌법개정의 필요성을 중시하는 견해가 다수를 이룬다고 할 수 있다. 개헌을 통한 제도개선은 새로운 한국정치문화의 형성을 위한 필수적인 첫 단계라는 것이다. 제도가 행태에 미치는 영향은 지대하기 때문에, 새로운 헌법 및 이를 구현하기 위한 법률과 제도들은 단기적으로는 정치인과 유권자의 행태를 변화시키고 장기적으로는 한국의 정치문화에 변화를 가져올 것이라는 입장이다.¹⁾

우리의 헌정사에 있어서는 정부형태 또는 권력구조에 관한 논의 자체가 억압당하고 차단당한 경우가 많았다. 대표적인 예로 1974년 1월 8일 긴급조치 제1호 2호에서는 “대한민국헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 제안 또는 청원하는 일체의 행위를 금한다.”고 규정하고 있으며 4호에서는 “전 1, 2, 3호에서 금한 행위를 권유, 선동, 선전하거나 방송, 보도, 출판 기타 방법으로 이를 타인에게 알리는 일체의 언동을 금한다.”고 규정하여 헌법개정에 관한 논의는 물론이고 이를 방송하거나 보도하는 행위 조차도 처벌의 대상으로 하였다. 이러한 규정위반에 대한 처벌을 규정하고 있는 제5호 규정도 영장주의를 배제함은 물론이고 최고 15년의 징역형에 처해질 수 있는 과중한 것이었다. 민주적인 헌법은 고사하고 이를 위한 준비라고 할 수 있는 개헌논의 자체가 불법이었던 것이다.

이와 함께 우리 헌법의 제정과 9차례의 헌법개정 과정에서 주권자인 국민의 자유로운 의사표시가 민주적으로 수렴되고 이러한 국민의 의사가 헌법개정에 반영된 적은 드물다고 평가될 수 있다. 이제까지의 헌법제정과 개정은 집권을 위한 인물들이 집권을 연장하거나 강화하기 위하여 행해졌으며 정당들도 집권목적으로만 헌법을 제정하거나 개정한 것으로 평가되고 있다. 이러한 개헌논의의 실질성 부재는 국민의사의 수렴과 반영을 불가능하게 하였으며, 이로 인하여 우리헌법 개정사의 특징이 도출된다. 즉, 한국헌정체제의 변화와 개헌의 특성으로 지적되고 있는 점은 첫째로 권력구조변화에 집중된 편향성이다. 헌법을 구성의 기본이 되는 기본권 분야와 통치구조 분야에 있어서 그 동안의 제헌, 개헌을 비롯하여 무수히 많은 개헌

1) 박경산, 한국의 민주화와 권력구조개편의 과제 : 헌법개정론을 중심으로, 한국의 권력구조개편 : 헌법개정과제와 전망, 국제평화전략연구원, 2001, 2-16면.

논의들도 정부형태를 중심으로 하는 권력구조에 관한 논의인 것이다.²⁾ 개헌의 두 번째 특성으로 지적되는 것은 기본권의 형식화이다. 정부형태에 관한 합의가 정당간이나 개헌에 관심을 가지는 사회세력간에 이루어지는 경우 기본권조항은 현실적인 실현가능성이나 오랜 논의과정을 거치지 않은 채로 채택되는 경우가 많다. 그간의 개헌과 개헌논의의 또 하나의 특징은 국정지향의 효율성이라는 요소이다. 제헌헌법이 제정될 때에서부터 반공과 경제성장이라는 국가적 목표를 위하여 효율성이 강조되었고, 효율적인 국정을 추진할 강력한 정부로서 대통령제가 선호되어 온 것이다.³⁾

II. 개헌논의에 있어서의 쟁점

1. 기본권론

현행헌법의 독소조항으로 지적되는 헌법규정은 보안처분제도, 즉결심판제도, 영장발부제도, 20세 선거연령, 계엄하의 단심제, 군무원의 군법회의 관할, 군인·군무원의 이중배상금지, 초등교육만의 의무화, 근로삼권의 제약, 생활보호상의 생활기준문제 등이 지적되고 있다.⁴⁾ 그러나 근로삼권의 제약이나 생활보호의 기준을 어떻게 헌법에 규정하느냐의 문제, 보안처분·즉결심판·영장제도 등은 구체적인 문제점의 제시가 없으며, 선거연령에 관한 사항은 헌법에 규정되어 있는 것이 아니라 공직선거 및 선거부정방지법에 규정되어 있었는데 2005년 8월 4일에 선거연령은 20세에서 19세로 개정되었다.⁵⁾ 추가되어야 할 기본권으로서 인간다운 주택에서 살 권리, 근로자지주제에 따른 이익분배균점권, 농민의 단결권, 교원의 단결권, 교원 중소기업자의 정치활동권, 생명권, 정보공개청구권, 이상하고 잔혹한 형벌금지, 사형폐지, 보석을 받을 권리, 채소자의 인간다운 처우를 받을 권리, 모든 피의자의 변호인 선택권, 효과적인 국선변호인의 조력을 받을 권리, 교수의 자유와 신분보장, 일반적 행동자유권, 헌법수호의 의무와 저항권 등을 드는 견해⁶⁾가 있으며, 정보화시대에 상

2) 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2001, 699면.

3) 김혜진, 헌정체제의 변화와 개헌의 정치과정, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005, 108면.

4) 김철수, 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003, 12, 54면.

5) 2005년 8월 4일에 법률 제7681호를 통하여 '공직선거 및 선거부정방지법'이라는 법명이 '공직선거법'으로 변경되었고, 동법 제15조(선거권) 제1항이 "19세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다."로 개정되었다.

응하는 정보관련 기본권을 명시하자고 하는 견해⁷⁾ 이외에도 어린이와 청소년보호 조항의 신설, 사형제도의 폐지, 정보공개청구권의 명문화, 저항권, 망명권, 평화적 생존권, 일조권, 휴식권, 수면권, 안전권, 자기결정권, 스포츠권, 부모의 자녀에 대한 교육권, 채소자의 인간다운 처우를 받을 권리, 효과적인 국선변호인의 조력을 받을 권리, 언론·출판·집회·결사기본권 조항의 분리 등에 관한 논의도 있다. 그러나 추가되어야 할 기본권의 세목들은 논쟁적 요소가 큰 주제들이기 때문에 앞으로 심도있는 논의와 국민적 합의가 필요할 것이다.

현행헌법은 생명권에 관한 명시적인 규정을 두지 않고 있으나 생명권은 당연한 기본권으로 인정되고 있다. 생명권의 헌법적 근거는 제10조 인간의 존엄과 가치 조항이나 제12조 제1항 신체의 자유 및 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 기본권조항을 들고 있다. 그러나 헌법이 개정되면 생명권조항이 신설될 필요가 있다는 주장이 많은 지지를 얻고 있다.⁸⁾ 생명공학의 발달로 인간생명권의 존중에 대한 위험요소가 있다고 한다면 생명권에 관한 근거규정을 헌법에 명시하는 것도 바람직하다. 그러나 이러한 의견에 대하여 인간의 존엄에는 생명이 전제되어 있고 인간에게는 단순히 육체적 존재형식만을 생명의 핵심이라 볼 수 없다는 점에서 구태여 생명권을 헌법에 규정할 필요가 없다고 하는 견해⁹⁾도 있다.

우리헌법 제10조에는 행복추구권이 명시되어 있다. 이는 1980년에 처음으로 도입된 규정인데 도입 시부터 기본권의 체계와 구조에 혼란을 초래하는 규정으로서 평가되고 있는 규정이기도 하다. 즉, 행복추구권 조항은 한국헌법의 전 체계에 비추어보거나 행복추구권의 실체가 애매한 것이라는 점 등을 감안할 때, 인기만을 의식한 개헌시안들의 무책임성과 무지의 일면을 드러낸 일례라는 것이다.¹⁰⁾ 또한 행복추구에 관한 우리 헌법규정은 비교헌법적으로 볼 때 외국에 그 선례가 없는 것은 아니지만 우리 헌법 중에서 체계적으로 가장 문제가 있는 규정이라고 평가되고 있기도 하다.¹¹⁾

6) 김철수, 전제논문, 54면.

7) 김형남, 정보화시대에 있어서 헌법의 실효성확보에 관한 시론, 성균관법학, 제15권 제2호, 2003, 117면 이하.

8) 박선영, 자유민주주의실현을 위한 헌법개정의 기본방향, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004, 88면.

9) 김상겸, 개정이 필요한 헌법개정에 관한 논의, 바람직한 개헌방향 검토, 바른사회를 위한 시민회의, 2005, 14면.

10) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 379면.

11) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 327면.

소위 '이중배상금지의 원칙'과 관련한 문제가 있다. 헌법 제29조 제2항은 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다고 규정하여 군인 등에 대한 '이중배상'을 허용하지 않고 있으며 구체적인 사항은 국가배상법 제2조 배상책임 등에서 규정하고 있다. 이 조항이 국가배상법에만 있고 헌법에는 존재하지 않았으나 1960년대 말 월남전 참전군인들이 동 조항이 평등권 등을 위반하고 있다고 하여 소송이 제기되었고 이와 관련하여 소위 사법파동이 촉발되었다. 국가보상과 함께 국가배상을 이중배상이라고 하여 이를 금지하는 '이중배상금지조항'은 1972년의 소위 '유신헌법'에 신설된 이후로 위헌논의가 끊이지 않았다. 헌법규정에 대한 헌법소원이 허용되지 않기 때문에, 이를 위헌으로 보거나 이러한 '이중배상'의 금지가 바람직하지 않다는 국민적 합의가 있다면 이는 헌법개정을 통하여 시정될 수 있다.

어린이와 청소년보호조항의 신설을 주장하는 의견이 있다. 현행헌법에는 어린이와 청소년과 관련한 조항으로 제32조 제5항 근로의 권리에 연소자의 근로에 관한 특별보호규정과 제31조 제2항에 부모가 자녀의 의무교육을 시킬 의무를 지게 하는 조항만을 두고 있다. 연소자들에게 성인과 동일한 기본권행위능력을 인정하기는 힘들더라도 기본권제한의 범리가 필요한 최소한에 그쳐야 함은 성인과 다르지 않다.¹²⁾ 미성년자를 교육의 대상, 양육의 대상, 체벌의 대상 등으로만 보는 관점에서 미성년자에게 많은 기본권제한이 허용되며 가끔 미성년자를 대상으로 하는 성범죄, 과도한 체벌, 정치적 표현의 엄격한 금지, 두발제한 등 외모에 대한 규제 등에 관한 논란이 있다. 법률의 입법을 통하여 미성년자의 기본권을 보호하기도 하지만, 헌법에 미성년자를 보호하는 규정을 명시하고 그 보호정도와 보호영역 등은 법률을 통하여 규율하는 것도 바람직하지 않을까 한다.

현행헌법은 제10조 2문에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 하여 국가의 기본권보호조항을 두고 있다. 국가의 기본권보호의무란 기본권에 의하여 보호되는 기본권적 법익을 사인인 제3자의 침해로부터 보호하여야 할 국가의 의무를 의미하는 것인데, 기본권을 보장하는 것과 기본권을 구체화시키는 것은 국가권력의 과제이자 의무이며, 국가는 개인의 기본권을 침해하지 않아야 하는 것만이 아니라 적극적으로 보호해야 한다는 것이다. 국가의 기본권보호의무는 생명권의 보호, 신체를 훼손당하지 아니할 권리, 기업 등의

12) 박선영, 전개논문, 86면.

생명공학연구 또는 인간복제시도를 통한 인간존엄의 훼손 등의 문제에 있어서 그 실제적인 의미를 지니고 있으며, 특히 기본권 중에서도 특히 생명, 신체 및 건강의 보호에 중점이 두어지고 있다.¹³⁾ 현대사회에서 그 중요성이 점증되고 있는 국가의 기본권보호조항의 독립조항화를 주장하는 의견이 있다.¹⁴⁾

헌법에 기본권이 규정되더라도 실제로는 잘 보장되지 않기 때문에 기본권조항을 추가할 필요가 없지 않느냐는 회의론도 있지만, 헌법은 행정공무원의 행정행위를 구속하고 국회의원의 위헌입법을 견제하는 것이 되므로 기본권보장을 상세하게 규정할 필요가 있다. 즉, 개정헌법에는 기본권에 관한 규정을 보다 상세히 규정하고 새로운 기본권을 추가하도록 하는 것이 필요하다.¹⁵⁾ 전술한 바와 같이 기본권의 체계와 내용 면에서 개선될 필요가 있으며 헌법개정에서 이러한 사항이 적극적으로 반영될 필요가 있다.

2. 정부형태론

정부형태란 권력분립의 원리가 국가권력구조에 어떻게 반영되고 있는가 하는 권력분립의 구조적·조직적 실현형태를 의미한다. 국가권력구조 중에서도 정부형태와 관련한 논의는 그 자체가 한국의 헌정사였을 만큼 뿌리 깊다는 점에서 정부형태론의 정리와 판단은 국가권력구조 개편의 향방에 기본적인 인자로 작용하고 그 하나 하나가 우리 국가공동체 권력의 향방에 지대한 영향을 주었다.¹⁶⁾ 그러나 이러한 정부형태에 관한 논의가 한국의 정치상황에서는 생산적이고 미래 지향적인 논의가 되지 못하고 소수 실력자의 정치적 야망을 달성하기 위한 미시적이고 정략적인 입장을 벗어나지 못한 것이 정부형태 관련논의의 한계로서 지적¹⁷⁾될 뿐만 아니라, 더 나아가서는 정부형태의 선택에 관한 논쟁이 한국의 입헌주의와 민주정치의 발전에 기여했는가에 대하여는 긍정적으로 평가되고 있지 않다.¹⁸⁾

제헌헌법의 제정 이후 우리나라가 채택한 정부형태는 제2공화국(1960년)헌법의

13) 홍완식, 국가의 기본권보호의무와 낙태문제, 현대공법이론의 제문제, 2003, 1738면 이하.

14) 박선영, 전개논문, 87면.

15) 김철수, 한국입헌주의의 정착을 위하여, 법서출판사, 2003, 51면.

16) 강경근, 국가권력구조개편의 방향, 바른 한국 이렇게 만들자, 바른사회를 위한 시민회의, 나남출판, 2003, 594면.

17) 정만희, 의원내각제 개헌론에 대한 비판적 분석, 헌법학연구, 제6권 제1호, 2000. 5, 313면.

18) 정만희, 전개논문, 322면.

의원내각제를 제외하고는 거의 대통령제와 의원내각제의 요소를 혼합한 절충형 정부형태라고 할 수 있다. 이러한 절충형 정부형태를 운영하면서 헌법이론상의 체계 정당성의 원리보다는 권력강화 등 일정한 정치목적달성을 더욱 중요시했기 때문에 그 기능면에서 많은 문제를 초래하였다. 우리의 헌정사는 이러한 의미에서 합리적인 제도와 슬기로운 운용의 역사라기 보다는 모순된 제도와 강권적인 운용의 역사라고 평가되기도 한다.¹⁹⁾ 우리의 헌정은 대통령을 권력구조의 정점으로 하여 입법부인 국회와 사법부인 법원이 대통령에게 종속되는 구도를 벗어나지 못하였기 때문에 우리의 헌정질서에 있어서의 대통령의 지위가 '제왕적 대통령'²⁰⁾²¹⁾으로 비유된 것이다. 이러한 견해에 대하여 헌법에 규정된 대통령의 권한만을 놓고 본다면 현행 헌법상의 대통령은 결코 제왕적인 지위에 있지 않지만, 정치체도나 선거제도를 매개로 행사되는 대통령의 권력이 우리의 집권적(集權的)이고 인치적(人治的)인 정치문화와 결합하여 정치현실에서 제왕적인 모습으로 발현될 수는 있다고 하는 견해²²⁾도 있다.

1987년 개정된 현행 헌법은 대통령제를 중심으로 하여 의원내각제적 요소 등 순수한 미국형 대통령제에서는 볼 수 없는 제도적 요소²³⁾가 포함되어 있다. 이러한 우리의 정부형태에 대한 헌법학계의 평가는 변형된 대통령제²⁴⁾, 대통령제에 의원내각제적 요소를 가미된 절충제²⁵⁾, 의원내각제적 요소가 가미된 한국적 정치문화에 특유한 한국형 대통령제²⁶⁾, 이원정부제로 운영될 수 있는 정부형태²⁷⁾ 등 약간의 뉘앙스의 차이가 있기는 하지만 공통되는 점은 절충적인 정부형태라는 점이다.

이렇게 정도의 차이는 있지만 대통령제와 의원내각제의 절충형 정부형태를 주로

19) 허영, 전거서, 719면.

20) 이 용어는 미국의 역사학자인 Arthur Schlesinger가 1973년 발간한 그의 저서인 'Imperial Presidency'에서 사용한 표현이다. 미국연방대통령에게는 전쟁선포 및 수행과 관련하여 의회나 사법부보다 우월한 권한이 부여되는 현상을 지칭한 것이다.

21) 우리나라에서는 Arthur Schlesinger가 'Imperial Presidency'에서 사용한 '제왕적 대통령'이라는 표현을 평상시에도 대통령이 다른 헌법기관보다 우월한 지위를 누리는 현상에 대한 묘사로 사용하고 있다. 정종섭, 한국헌법상 대통령제의 과제, 헌법학연구, 제5집 제1호, 1999, 25면.

22) 신우철, 정부형태 과연 바꾸어야 하는가?, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002, 473면.

23) 현행헌법상 의원내각제적 요소는 국무총리 및 국무회의제도의 설치, 대통령의 국법상 행위에 대한 국무총리와 관계 국무위원의 부서제도, 정부의 법률안 제출권, 국무총리와 국무위원 등의 국회출석·발언권, 국회의 국무총리와 국무위원에 대한 해임건의권, 국무위원의 의원직격적 등을 들 수 있다.

24) 허영, 전거서, 732면.

25) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005, 1044면.

26) 권영성, 전거서, 779면.

27) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2005, 661면.

채택하였던 우리의 헌정사에서 있어서 대통령은 국무총리의 권한행사를 형식화하는 등 헌법에 규정된 의원내각제적 요소를 무시하고 권력을 독점적으로 행사해온 것이다. 반면 민주화 이후에는 이러한 절충형 정부형태에서 대통령이 소속한 정당이 국회의 소수당이 되고 야당이 다수당인 경우 즉, 여소야대인 경우에는 국정의 마비 혹은 혼란이 올 수 있음을 우리는 경험하고 있다.²⁸⁾ 이처럼 현재의 정부형태는 보다 더 개선될 가능성이 있고 이에 대한 국민적 요구도 적지 아니하다. 정부형태는 쟁의 현 단계에서의 목표는 국가기능의 효율성을 가능케 하는 것이요 다음 단계의 목표는 통일지향적인 정부형태를 창출하는 것이라고 하는 견해²⁹⁾도 있지만, 정부형태 변경과 관련한 개헌론의 궁극적 과제는 국민들의 주권적 의사를 성실히 집행할 수 있고 효율적인 국가경영이 될 수 있도록 정부형태를 비롯한 통치구조의 여러 제도가 정비될 수 있도록 하자는 점이다.

현재의 통치구조 개편론은 그 중심을 대통령이 행하는 권력행사의 독재와 독단에 대응하는 권력구조론에 있다기 보다는 오히려 권력의 균형을 위한 '집행권의 분점'에 초점이 맞추어지고 있다고 평가된다. 즉, 헌정제도의 큰 축을 단임제질서에 기초를 둔 통치제도로부터 이제는 정부에 책임을 물을 수 있는 권력구조 원리에 바탕을 둔 헌정제도의 설정에 두어야 하는 전환점이라는 것이다.³⁰⁾

대통령제의 위험요소로 지적되는 권력집중에 따른 독재화, 인치로 인하여 정치의 민주화에 역행하는 정치적 틀로서의 제도적 결함을 가지고 있음에도 불구하고, 대한민국 정부수립 이후 지금까지 57년간의 헌정사에서 9개월은 의원내각제 정부형태였고 나머지 56년간은 대통령제 정부형태를 채택하고 있다. 1년이 채 안되는 기간 동안 채택된 의원내각제는 우리의 경험과 기억에서 '약한 정부형태' 또는 '불안정한 정부형태'라는 편견과 부정적인 인식으로 자리하고 있다.³¹⁾

의원내각제로의 개헌을 주장하는 견해³²⁾도 있기는 하지만, 최근에는 대통령의 임기를 4년으로 줄이되 재선을 허용하고 부통령직을 신설하자는 제안³³⁾이 많은 공

28) 김철수, 헌법개정的基本방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003. 12. 54면.

29) 권영설, 통일지향적 정부형태로서의 대통령제, 공법연구, 제27집 제3호, 1999, 37면.

30) 강경근, 한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004, 178면.

31) 김현, 의원내각제의 정치적 평가, 한국방송통신대학교 논문집, 제25집, 1998, 252면.

32) 허경, 내각제개헌의 당위성, 공법연구, 제27집 제3호, 1999, 21면 이하; 서주실, 대통령제 권력구조에 있어서 몇가지 문제점, 변재옥박사화갑기념논문, 현대공법논총, 1994, 47면 등.

33) 전영기, 성공한 권력, 사회평론, 2000, 200면.

감을 얻고 있다.³⁴⁾ 정치적인 평가에 있어서 5년단임제는 제한된 짧은 기간에 큰 업적을 남기기 위하여 무리하게 국정을 운영하게 되고, 임기말에는 일찍 레임덕현상이 나타나기 때문에, 대통령 4년 중임제로의 변경이 주장된다. 4년 중임제는 후술하는 바와 같이 국회의원 선거주기와도 맞물려 필요하다고 한다.³⁵⁾ 법적으로 5년 단임제는 대통령에 대한 국민의 심판권을 제도적으로 막은 것은, 국민에 의하여 직선된 대통령에 대하여 국민이 선거를 통하여 심판의 기회를 갖게 하는 것을 막는 민주적 정당성의 이념 자체를 경시하고 있다는 평가가 있다.³⁶⁾ 대통령의 임기를 단임으로 한 것은 장기집권으로 인한 독재를 막으려고 하는 한국헌정사의 경험과 민주주의를 갈망하였던 국민적 결단이 반영된 규정임에 틀림없다. 그러나 21세기 한국의 현실에서의 4년 중임제는 선거를 통한 대통령의 임기연장에 대한 결정권을 갖게 하고, 레임덕을 방지하여 국가적 효율성을 강화하는 방안을 실현할 때가 온 것이다.

현행헌법의 운용경험상 대통령선거에 있어서 상대적 다수에 의한 당선을 인정하고 있기 때문에 표에서처럼 극단적으로는 30%대의 득표로도 대통령에 당선될 수 있다는 점이 지적된다. 이러한 대통령선거에서의 상대다수선거제도는 대통령이 행사하는 통치권의 민주적 정당성이 약화되는 경우가 생기도록 하기 때문에, 대통령 직선제도 하에서는 절대다수선거제도 및 국민에 의한 결선투표제도를 통하여 선거권자 과반수의 지지를 받는 대통령이 당선될 수 있도록 하는 헌법상의 제도적 장치가 마련될 필요가 있다는 것이다.³⁷⁾

표 : 대통령선거에 있어서의 득표율 비교

대통령	노태우 (13대)	김영삼 (14대)	김대중 (15대)	노무현(16대)
득표율	36.6%	42%	40.3%	48.9%

34) 대통령 4년 중임제 주장의 논거가 여대야소, 정국의 안정, 선거비용 절약이라면, 개헌없이도 총선과 지방선거의 동시선거 등을 통하여 이를 달성할 수 있으며 개헌을 통하여도 여소야대의 상황을 피할 수 없기 때문에 4년 중임제를 반대하는 견해도 있다. 박규하, 권력구조에 관한 헌법개정논의, 외법논집, 제10집, 2001, 23면.

35) 박경산, 전제논문, 10면.

36) 허영, 전계서, 635면.

37) 프랑스 헌법 제7조 1항과 오스트리아 헌법 제60조 2항이 절대다수선거제도를 채택하고 있는 대표적인 예이다. 핀란드, 폴란드, 러시아, 우크라이나, 우루과이, 페루, 브라질도 예로 들 수 있다. 허영, 전계서, 635면.

또한 대통령이 국회의 다수의석을 얻지 못하는 경우에 올 수 있는 갈등과 분리 정부에서 오는 문제점을 조정할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있지 않다는 점이 지적되고 있다.³⁸⁾ 이러한 분점정부(devided government)는 대통령과 의회가 국민의 직접선거에 의하여 선출되어 민주적 정통성을 대통령과 의회가 분점하여 서로 경쟁관계에 놓이게 되는 미국이나 우리나라에서 볼 수 있는 현상이며, 우리는 이를 여소야대라는 표현으로 즐겨 사용한다. 분점정부 하에서는 행정부와 입법부의 대립으로 인하여 국정운영의 교착과 정치적 불안정이 심화되며, 분점정부의 상황은 국정결과에 대한 책임소재를 찾기 어렵게 만드는 문제가 있는 것이다. 의원내각제를 주장하는 논자들은 대통령제하에서 발생하는 이러한 분점정부의 문제는 불가피하기 때문에, 의회에서 다수를 차지하는 정당 또는 정당간의 연합에 의하여 내각이 구성되는 의원내각제를 장점을 주장한다. 대통령제를 주장하는 논자들은 대통령제에서 나타나는 분점정부의 문제는 선거주기의 조정으로 해결할 수 있다고 한다.³⁹⁾

대통령제를 유지하는 경우 부통령직을 신설하자는 의견이 많다. 부통령은 선거에 의해 대통령과 동일한 임기로 선출되지만 대통령의 궐위시 그 지위를 승계토록 하여 국정의 계속성과 민주적 정당성을 유지하는 대통령의 승계자이다. 정치적으로 정부통령제는 지역적 갈등이나 세대적 위화감을 완화시키는 역할을 하고 정당간의 통합을 유인하는 계기가 되는 장점이 있음은 물론, 부통령은 가장 유력한 차기 대통령감으로서 정치의 예측 가능성을 높이는 역할을 할 수 있다고 한다.⁴⁰⁾ 헌법적인 측면에서도 우리 헌법은 부통령제를 두지 않음으로 인하여 대통령의 궐위시 국무총리 내지 국무위원이 그 권한을 대행하게 함으로써 통치권의 민주적 정당성에 잠시나마 공백상태가 생길 수 있도록 한 점은 우리 통치구조의 헌법이론상 문제점으로 지적되고 있다.⁴¹⁾

그간 정부형태에 관해서는 대통령제와 의원내각제 외에도 이원집정부제, 분권형 대통령제, 책임총리제 등이 논의되었다. 이원정부제(double executive) 또는 이원집정부제는 행정권이 대통령과 내각에 나누어져 있는 정부형태를 의미하는데, 평상시에는 내각수상이 행정권을 행사하나 위기 시에는 대통령이 행정권을 행사하는 정부형태를 의미한다. 즉, 이원정부제는 대통령제적 요소와 의원내각제적 요소를 합

38) 김철수, 한국입헌주의의 정착을 위하여, 법서출판사, 2003, 26면.

39) 안용훈, 개헌과 제도주의, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005, 118면.

40) 박경산, 전개논문, 9면.

41) 허영, 전개서, 635면.

게 지니고 있는 혼합정부⁴²⁾로서의 정부형태를 의미하며, 프랑스 제5공화국의 정부 형태를 이원정부제 정부형태의 모델로 보고 있다. 이러한 이원정부제의 실현형태는 헌법규정이나 실제의 운용과정에서 여러 유형으로 나타나고 있으며, 이원정부제는 순수 대통령제와 의원내각제의 문제점을 보완할 수 있을 것으로 평가되고 있다.⁴³⁾

분권형 대통령제에 대하여는 개념정의가 다양하지만 “외교·국방·통일과 같은 위치는 대통령이 맡아서 임기동안 초당적인 입장에서 안정적으로 수행하고 그 밖의 내치분야는 국회과반수 연합이 내각을 구성해서 맡는 제도”라고 설명되고 있다. 분권형 대통령제를 “프랑스를 비롯한 유럽 13개국이 30-70년간 시행하여 부작용이 없다는 것이 입증된 제도”⁴⁴⁾라고 평가되는 것을 보면 이원정부제를 그대로 분권형 대통령제와 동일시하고 있는 것을 알 수 있다. 그렇다면 유사하거나 동일한 내용을 지닌 정부형태에 대하여, 이원정부제와 분권형 대통령제라는 다른 표현을 하고 있는 것에 대한 의문이 생기지 않을 수 없다. Karl Loewenstein교수의 'Die zweigeteilte Exekutive'를 번역한 용어인 이원정부제가 주목을 받기 시작한 것은 1980년 초 과도적 정부 하에서 개헌논의가 진행되던 시기였다. 당시 정당들은 대통령을 직선으로 선출하던 제3공화국 헌법을 모델로 하는 헌법개정에 대체로 합의한 상태였고, 과도정부에 의하여 추진되던 이원집정부제에 대한 인식은 ‘반민주적이고 권위주의체제를 지속시키려는 정부형태’인 것으로 오해되는 경향이 있었다.⁴⁵⁾ 정부의 ‘헌법연구반’은 유럽국가들의 정부형태를 조사하고 보고서를 내었는데, 동 ‘헌법연구반 연구보고서’에는 여론의 민감한 반응 때문에 이원집정부제라는 용어 대신 ‘절충형’이라는 용어를 사용하면서, 이원집정부제 성격을 갖는 정부형태를 ‘권력분산형 대통령제’라고 표현하고 있음을 볼 수 있다.⁴⁶⁾ 즉, 최근 사용되는 용어인 ‘분권형 대통령제’라는 표현은 이원집정부제적 요소를 내용으로 하고 있으며, 정치적인 상황과 판단에 의하여 달리 불리는 것이라고도 평가할 수 있다. 책임총리제에 대하여도 의견이 분분하지만 “분권형 대통령제를 우리 헌법의 국무총리·국무위원 제도를 활용하여 개헌없이 시행하는 이른바 책임총리제”⁴⁷⁾라고 하고 있다. 이러한 관점에 따르면 책임총리제란 현행헌법의 체계 하에서 헌법상 규정된 국무총리의 권

42) 혼합정부제가 우리나라에서 흔히 이원정부제라고 불리고 있다고 한다. 정재황, 프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰, 공법연구, 제27집 제3호, 1999, 49면.

43) 참고 : 정만희, 전개논문, 307면.

44) 국정에 관한 교섭단체대표연설, 제243회 국회 본회의 회의록, 2003. 10. 15, 5면.

45) 김철수, 헌법학개론, 1988, 277면 이하.

46) 이계희, 이원집정부제의 한국적 응용, 사회과학논총, 충남대학교 사회과학연구소, 1998, 262면 이하.

47) 국정에 관한 교섭단체대표연설, 제243회 국회 본회의 회의록, 2003. 10. 15, 5면.

한을 실질적으로 행사할 수 있도록 보장하여, 헌정을 제왕적 대통령제로 운영되지 않도록 하자는 주장이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 논의는 대통령선거를 앞두고 서로간의 이합집산을 추구하는 매개로서 주장되었으며, 헌법이 규정한 대통령 자신의 권한을 국무총리에게 나누어주는 것 자체가 위헌이 되는 것이라고 하는 견해⁴⁸⁾도 있다.

이처럼 '분권형 대통령제'나 '책임총리제'라는 정부형태논의는 기존에 법학분야에서 논의되지 않던 정부형태에 관한 용어로서 다소 창조적인 용어이고 그 개념정의도 다양하다⁴⁹⁾. 그러나 최근의 한국 정치상황에서 분권형 대통령제나 책임총리제가 논의되었던 이유는 "대통령 쪽의 부정부패와 국정차질을 막을 수 있고 다원화된 세력들이 함께 국정에 참여하는 국민통합의 정치를 실현할 수 있게"⁵⁰⁾하는 제도로서의 가능성이 제시되고 있기 때문이다.⁵¹⁾ 그러나 국정의 일부분에 대하여 책임을 지는 총리가 존재한다는 것은 행정권이 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다고 하는 헌법 제66조 4항에 불일치할 가능성이 있기 때문에 현행 헌법상의 정부형태에서는 받아들이기 어려울 것이다.⁵²⁾ 다만, 책임총리제에 관한 논의는 대통령에게 집중된 권력을 분산시키고 총리에게 헌법 및 법률상 보장된 총리의 권한을 원활하게 행사할 수 있도록 하려는 입헌정치의 강화라고 하는 헌정운영에 관한 의지로서 긍정적으로 평가될 수는 있을 것이다.

여러 가지 정부형태에 관한 일반적인 이론적·경험적 장단점에 관한 논의가 있지만, 다음 표에서 볼 수 있는 바와 같이 1996년 이후 수차례의 여론조사의 결과를 보면 대통령중심제에 대한 선호도가 압도적인 것을 알 수 있다.

48) 오호택, 대통령제 하에서의 권력분립, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002, 485면.

49) 국무총리나 내각이 국민에 대하여 국정운영에 따른 법적 책임を負는 것도 아니고 자기 책임 하에 국정을 운영하는 것이 아니기 때문에 책임총리제라는 용어는 부적절하다는 의견이 있다. 정종섭, 대통령의 역할 재조정, 대통령의 성공조건 I, 동아시아연구원, 2002, 145면 이하.

50) 국정에 관한 교섭단체대표연설, 제243회 국회 본회의 회의록, 2003. 10. 15, 5면.

51) 노무현 대통령은 2002년 대선 당시 책임총리제는 2004년 총선거 후에 시행하고 분권형 대통령제는 개헌은 2006년 경 하겠다는 공약을 제시한 바 있고, 한나라당도 1997년과 2002년 대선 당시 책임총리제를 선거공약으로 제시한 바 있는데, 이와 같은 현실정치에서의 비중으로 인하여 분권형 대통령제나 책임총리제에 관한 논의가 힘을 얻었다고도 할 수 있다.

52) 조재현, 책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정, 연세법학연구, 제14호, 2003, 37면.

표 : 정부형태별 선호도에 관한 여론조사 비교

발표일	발표기관	정부형태			
		4년중임 대통령제	5년단임 대통령제	의원내각제	이원 집정부제
1996. 1. 1	한국일보	17.5	30.0	29.1	
1997. 1. 1	한국일보	11.2	46.6	27.8	
1998. 8. 24	문화일보	18.4	50.0	22.0	
1999. 1. 1	한겨레신문	11.1	37.8	25.1	1.9
1999. 7. 16	조선일보	23.0	39.0	7.0	21.0
2000. 12. 9	국민일보	27.8	50.3	10.3	
2001. 4. 12	동아일보	35.7	51.6		
2003. 7. 14	한겨레신문	35.4	51.5	7.6	1.3
2004. 5. 17	한겨레신문	41.3	30.8	10.4	7.4
2005. 2. 7	문화방송	42.2	36.1	16.4	
2005. 2. 24	국민일보	46.2		23.6	

출전 : 이규영, 의원내각제 원리와 한국에서 도입가능성, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년도 춘계학술대회, 2005, 89면.

의원내각제가 선진화된 제도이며 많은 선진국가가 이를 택하고 있으며 민주주의를 구현하기 위한 이론적·경험적으로 최적의 제도라는 평가가 있다고 하더라도 우리국민들은 대통령제를 선호하고 있으며, 특히 2004년 이후에 실시된 여론조사의 결과를 보면 많은 국민들은 5년단임 대통령제보다는 4년중임 대통령제를 선호하고 있는 것이다. 민주주의에서 여론의 영향은 과소평가될 수 없다. 정치적으로도 중요할 뿐 아니라, 법적으로도 주권자의 의사이며 헌법개정안을 최종적으로 결정할 국민투표의 투표권자이기 때문이다.

3. 통치기구의 권한과 관련한 논의

한 국가의 통치구조란 집행부와 입법부의 권한배분을 중심으로 하는 정부형태의 선택만이 전부는 아니다. 대통령제나 의원내각제나 이원집정부제나 하는 것이 한 국가의 통치구조를 결정하는 중요한 요인이기는 하지만, 한 국가의 통치구조는 대

의제를 비롯한 선거제도, 정당제도, 공무원제도, 지방자치제도, 헌법재판제도 등 모든 통치기구의 조직과 운영을 종합적으로 아우르는 제도적 틀을 의미하는 것이다.⁵³⁾

국회의원의 면책특권 및 불체포특권의 제한문제도 개헌논의의 쟁점중의 하나이다. 면책특권과 불체포특권은 의회의 자율성과 독립성을 제도적으로 보장하고 집행부가 대정부견제기능을 수행하는 국회의원에게 가할지도 모르는 부당한 탄압을 방지하기 위한 취지를 지니고 발전해온 제도이며, 현행헌법 제44조와 제45조에 규정되어 있다. 면책특권과 불체포특권은 집행부우위의 권력구조 하에서는 의원의 자율성과 독립성을 효과적으로 보호하는 기능을 하는 것이 사실이다. 그러나 이러한 국회의원의 면책특권은 저질발언이나 무책임한 폭로전을 과보호하는 경우가 문제점으로 지적되고 있으며, 불체포특권은 불법정치자금의 수수 등 국민적 비난의 정도가 강한 사건에 있어서 국회의원을 과잉보호하는 것이 되어 형사사법의 기능을 저해하는 문제점이 지적되고 있다. 이러한 관점에서 의원의 특권을 제한하는 방안을 제도화하자는 논의가 개헌론의 한 내용을 이루고 있는 것이다. 그러나 국회의원의 면책특권의 범위를 확대하여야 한다는 논의도 있다. “국회의원이 경찰의 입건이나 검찰의 인지를 겁내는 경우 국회의원은 정부비판·감시기능을 다할 수 없는 것이다. 국민의 대표기관인 국회가 국무위원에 대한 불신임권을 행사하기 쉽도록 발의정족수를 줄여야 할 것이다.”⁵⁴⁾라고 하여 국회의원의 면책특권을 강화해야 한다고 주장되는 경우도 있다.

대통령제를 원칙으로 하고 있는 우리헌법체계 하에서의 의원내각제적 요소의 하나인 국회의원검직금지조항에 관한 논의가 있다. 행정부, 입법부, 사법부간의 인적교류의 금지는 전형적인 대통령제의 주요원칙 중의 하나이다. 그럼에도 불구하고 우리의 경우에는 국회의원이 장관직을 겸임할 수 있는데, 이는 대통령이 의원들에게 사용할 수 있는 당근으로 기능하게 된다고 지적되어 왔다.⁵⁵⁾ 개헌논의에서의 권력구조개혁안은 국회의 독립성, 자율성 및 권한을 증대하는 내용이 포함되는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 국무위원의 겸직을 금지하도록 제도화하는 것이 우선적인 방안으로서 주장되고 있으며⁵⁶⁾, 국회의원의 국무위원겸직제한에 대하여는 정치

53) 이규영, 한국의 권력구조개편 2 : 의원내각제의 대안가능성, 한국의 권력구조개편 : 헌법개정과제와 전망, 국제평화전략연구원, 2001, 6면.

54) 김철수, 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003. 12, 60면.

55) 박경산, 전개논문, 11면.

56) 조정관, 한국 권력구조 개편논의, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘

학계 및 헌법학계에서 광범위한 공감을 획득하고 있다.

국회의원의 특권에 대한 논의와 함께 대통령의 특권도 폐지하거나 제한하여야 한다는 견해가 있다. 헌법 제84조와 제65조에 의하여 대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니하며, 탄핵의 결정에 의하지 않고서는 공직으로부터 파면되지 않는 특권을 지니고 있다. 이러한 특권은 대통령직을 수행하는 정무직 공무원이라는 입장에서 가능한 한 그 특권을 제한하는 방향으로의 헌법개정이 필요하며, 더 나아가 폐지하는 것이 대통령이 행정권의 측면에서 대의정을 실현함에 있어서 도움이 될 것이라고 한다.⁵⁷⁾ 또한 대통령의 권한 중 사면권을 제한하자는 주장이 있다. 헌법 제79조는 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있는 사면권에 관하여 규정하고 있다. 대통령의 사면권은 형을 선고하는 법원의 결정을 변경하는 것으로 사법권을 제한하는 것이며 이는 권력분립원리에 대한 예외인 것으로 평가된다. 이러한 사면권은 1948년 8월 20일에 법률 제2호로 제정된 사면법에 의하여 행사되어야 하지만, 사면법은 사면의 대상 등에 관하여 특별한 제한을 두고 있지 않다. 그동안 대통령의 잦은 사면권 행사 및 비리정치인에 대한 사면권의 남용 문제가 제기되었다. 2004년 3월에는 대통령의 사면권 행사남용을 방지하고 사법권의 침해가 이루어지지 않도록 국회본회의에서 사면법개정안을 의결하였으나 대통령의 법률안거부권 행사로 인하여 법안이 폐기된 적이 있다.⁵⁸⁾ 2005년 6월 현재 대통령의 사면권을 제한하기 위한 5건의 사면법개정안이 국회에 제출되어 있으며, 더 나아가 헌법규정 자체에 사면권을 제한하도록 하는 헌법개정이 필요하다는 의견도 있다.⁵⁹⁾ 사면권의 본질상 사면제도 자체를 부정하는 경우를 별론으로 하면 대통령의 사면권행사를 사법심사의 대상으로 삼는 것은 곤란하다는 점이 지적되고 있다. 이미 법치국가의 예외로 인정된 사면권행사를 법치국가적 틀 안에서 평가하려는 것 자체가 문제라는 것이다. 다만, 자기 자신의 사면과 탄핵결정으로 파면된 사람을 사면할 수 없다는 한계는 인정된다.⁶⁰⁾

계학술회의, 2005, 193면.

57) 강경근, 대통령직의 교체와 정부권력의 과제, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002, 135면.

58) 사면법 제9조에서 대통령의 사면권 남용을 방지하기 위하여 특별사면 등을 행할 때에는 그 대상자의 명단과 죄명 및 형기 등을 1주일 전에 국회의장에게 통보하도록 하고, 형의 확정 이후 1년이 초과되지 아니한 자에 대하여 특별사면 등을 행할 때에는 국회의 동의를 얻도록 하는 내용을 포함하고 있었다.

59) 강경근, 전제논문, 135면.

60) 장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005, 323면.

감사원에 대하여는 “장래 헌법개정이 이루어질 경우를 대비하여 바람직한 감사원의 위상 및 기능에 대한 폭넓고 심도있는 연구조사의 축적과 국민들의 폭넓은 콘센서스의 형성”이 필요하다는 점이 지적되고 있었으며⁶¹⁾, 2003년을 전후로 하여 감사원의 회계검사기능의 국회이전에 관한 논의가 진행된 적이 있다. 감사원이 지닌 회계검사권의 국회이관은 현행 헌법하에서는 위헌이며 이를 관철하기 위해서는 헌법개정이 필요하다는 의견⁶²⁾이 다수를 점하여 논의가 마무리 되었는데, 이에 관한 사안도 헌법개정논의에서 제기될 필요가 있다. 감사원이 행정부에 소속되어 있어서는 아니 되며 행정부 외부조직으로 해야 한다는 주장이 제기되었는데, 이중 하나는 감사원을 행정부 외부조직으로 하는 경우에도 한편으로는 감사원의 중립성과 독립성을 확보하기 위하여 독립기관화해야 한다는 주장⁶³⁾이며, 다른 하나는 정부가 예산을 제대로 집행하고 있는지에 대해 감독을 할 수 있는 권한을 가진 국회소속이 되어야 한다는 주장이다.⁶⁴⁾ 특히 후자는 국회가 행정부에 대한 견제와 감독기능을 충실히 수행하기 위해서는 지금처럼 감사원이 대통령에 소속되어서는 아니 되고, 감사원이 국회소속이 되어야 한다는 것이다. 체계화된 감사기관의 지원을 받는 국회는 예산의 합법적이고 효율적인 집행 등을 제대로 파악하게 되고 행정부에 맞설 수 있는 실질적 권한과 조직을 얻게 된다고 한다.⁶⁵⁾ 헌법개정시 감사원관련 조항의 개정에는 감사원을 정부로부터 분리할 경우 독립기관으로 할 것이나 국회소속으로 할 것이냐에 관한 것이 주된 쟁점이지만, 감사원을 정부로부터 분리할 경우 감사원의 직무감찰기능은 어떻게 할 것이냐에 관한 것도 해결해야할 문제이다. 감사원의 독립성부여와는 별개로 행정부 내부의 자체적인 직무수행에 대한 감독권은 국가조직의 필수요소라고 할 수 있기 때문에⁶⁶⁾, 직무감찰기능은 분리하여 정부에 남기고 회계검사기능은 독립기관화하는 방안도 제시되고 있다.⁶⁷⁾

옴부즈만제도는 관료들에 의한 위법부당한 행정행위로 인하여 일반국민의 권리나 이익이 침해되었을 때 의회나 정부에 의하여 임명된 옴부즈만이 국민의 대리인

61) 함인선, 감사원의 위상 및 기능의 재정립에 대한 검토, 감사원의 독립성, 정치적 중립성 및 전문성 확보방안, 한국헌법학회 등, 2003, 18면.

62) 강경근, 감사원의 기능과 감사기능에 관한 헌법적 고찰, 감사원의 독립성, 정치적 중립성 및 전문성 확보방안, 한국헌법학회 등, 2003, 9면.

63) 함인선, 전계논문, 18면.

64) 이윤정 편, 정치개혁과 국회개혁, 동아시아연구원, 2003, 217면.

65) 박경산, 전계논문, 12면.

66) 김종철, 감사원의 헌법상 지위 및 기능개편가능성에 대한 검토, 감사, 2002 가을호.

67) 서복경, 권력기구간 견제와 균형의 제도화, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005, 44면.

입장에서 이를 신속히 조사하여 시정케 함으로써 침해받은 국민의 권익을 구제하고자 하는 제도이다.⁶⁸⁾ 옴부즈만제도의 유형으로는 그 소속을 기준으로 의회형, 행정부형, 독립기관형 등으로 구분되고 있는데, 우리나라의 경우 옴부즈만기능을 수행하는 국민고충처리위원회가 국무총리 소속으로 설치되어 있기 때문에 행정부형 옴부즈만으로 분류된다. 현재 국회에 제출된 옴부즈만관련 3개 법률안 중 정부입법안은 국민고충처리위원회를 대통령직속으로 하자는 것이며 2개의 의원입법안은 옴부즈만을 국회에 설치하자는 것이다. 옴부즈만기능을 수행하는 기관을 정부에 두느냐 국회에 두느냐 하는 문제는 국민적 논의와 합의가 필요한 사안이라고 할 수 있지만, 어떠한 경우에도 옴부즈만과 같은 중요한 기능을 수행하는 기관에 관한 사항은 옴부즈만을 처음 도입한 스웨덴과 같이 헌법에 근거규정을 두는 것이 바람직할 것이다.⁶⁹⁾

법원의 권한강화와 법원의 명령규칙심사권이 강화되어야 한다.⁷⁰⁾ 또한 대통령에 의한 대법원장과 대법관의 임명 및 법관의 연임제 등 사법권의 독립을 불완전하게 하는 요소도 문제점으로 지적되고 있다.⁷¹⁾

이외에도 전직대통령에 관한 헌법규정과 헌법개정안 제안권을 삭제하고자 하는 의견⁷²⁾이 있으며, 선거관리위원회의 위원장을 입법에 의하여 다른 헌법기관의 구성원이 겸임하고 그 결과 중앙선관위가 비상임체제로 운영되는 비정상적인 상황과 대법원장의 중앙선관위원 3인의 지명권도 개헌논의에서 검토할 필요성이 제기되고 있다.⁷³⁾ 전체적으로 헌법기관 및 국가기관 등의 권한과 지위에 관한 사항은 기본적인 정부형태와 밀접하게 연계되어 있기 때문에 정부형태 변경논의가 선행될 필요가 있으며, 이에 따라서 통치기구의 권한 등도 조정될 필요가 있다.

4. 선거와 관련

대의제도를 기본으로 하는 통치구조에서 선거제도는 그 필수불가결한 조직원리

68) 하동원, 한국형 옴부즈만제도에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위청구논문, 2001, 13면.

69) 홍완식, 의회형 옴부즈만의 도입에 관한 검토 -국회에 제출된 옴부즈만 관련 3개 법률안에 대한 비교검토, 의정연구, 제19호, 2005, 133면.

70) 김철수, 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003, 12, 60면.

71) 허영, 전제서, 734면.

72) 강경근, 대통령직의 교체와 정부권력의 과제, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002, 135면.

73) 김종철, 개헌론의 한계와 전제, 국회보, 2005, 7, 59면.

를 의미한다. 대의제도는 선거를 통해서만 실현될 수 있는 통치기관의 구성원리로서, 선거없는 대의제도는 상상할 수 없기 때문이다. 선거에 관하여 현행 헌법은 제24조에서 선거권에 관하여 규정하고 있으며, 제41조 제1항의 국회의원선거에 관한 조항 및 제67조 제1항의 대통령선거에 관한 조항에서 선거의 기본원칙으로서의 보통·평등·직접·비밀선거원칙에 대한 규정만을 두고 있다.

현행헌법상 정당제도가 제8조에서 규정되고 있는 것처럼 선거제도에 관한 사항도 헌법적 차원에서 규정될 필요가 있다는 논의가 있다. 특히 현대국가체제에서는 정당제도와 선거제도가 상호불가분의 관계에 있기 때문에 선거제도에 관한 기본적인 사항을 헌법으로 규정하되 정당조항과 동일한 조문에 관련 규정을 두자고 하는 의견이 있다.⁷⁴⁾

대통령선거에 있어서 결선투표제를 두자고 하는 의견이 있다. 1987년 헌법개정 때 결선투표제가 도입되었다면 민주화 이후의 한국정치는 확연히 다른 양상으로 전개되었을 것이라고 하면서, 최근 선출된 4명의 대통령 모두 과반수의 지지를 얻지 못하여서 취약한 국민지지의 토대위에서 출범한 것을 예로 들고 있다.⁷⁵⁾ 대통령제 하에서 결선투표제는 국민 절대다수의 지지를 확인하여 민주적 정당성을 강화하는 방법이라는 것이다.

대통령, 국회의원, 지방정부의 임기를 모두 4년으로 맞추어 놓고 같은 해에 동시에 선거를 치르자는 제안이 있다.⁷⁶⁾ 이는 대통령의 임기와 관련되어 있는데, 대통령 임기가 현재처럼 5년인 경우는 대통령선거, 국회의원총선거 및 재보궐선거, 지방선거 등 선거주기가 각각이고 선거가 거의 해마다 시행되어 많은 사회적·경제적 비용이 지출되는 문제점에 대한 대응방안으로 제시되고 있다. 즉, '선거주기의 정합성'을 위해서 국회의원의 임기와 같이 대통령 4년 중임제로의 개헌이 필요하다는 것이다.⁷⁷⁾ 대통령선거와 국회의원선거를 동시선거방식으로 실시하도록 하는 선거주기의 조정문제는 분점정부의 출현가능성을 낮추고 정부와 의회관계의 안정성을 높이는 제도적 목적 하에 제안되고 있다.⁷⁸⁾

74) 박선영, 전계논문, 82면.

75) 박정산, 전계논문, 3면.

76) 전영기, 전개서, 202면.

77) 박정산, 전계논문, 10면.

78) 서복경, 전계논문, 42면.

5. 경제헌법 관련 규정

경제에 관한 일련의 헌법조항들을 통칭하여 '경제헌법'이라 하고, 기본적인 경제 구조를 경제질서라 한다. 경제헌법 조항이라 함은 제9장 제119조에서 제127조를 포함하여 재산권 일반을 보장한 제23조, 직업선택의 자유를 규정한 제15조 및 지적재산권을 보장한 제22조 제2항 등은 경제질서와 직접 관련이 있는 조항이라고 할 수 있다.

일반적으로 경제질서에 관한 유형은 무엇을 그 기준으로 하는가에 따라 구분되는데, 자본주의적 자유시장경제질서, 사회주의적 계획경제질서, 사회적 시장경제질서 등으로 구분되는 것이 일반적이다.

우리 헌법상의 경제질서에 관한 평가에 대해서는 여러 가지 논의가 있을 수 있다. 우선 현행헌법상의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 경제활동의 자유와 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 자유시장경제를 골간으로 하고 있으며 자유시장경제에 수반되는 모순들을 제거하고 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 인정하고 있다. 이를 전체적으로 보아 사회적 시장경제질서의 성격을 띠고 있다고 평가되고 있다.⁷⁹⁾ 헌법재판소는 “우리 헌법은 전문 및 제119조 이하의 경제에 관한 장에서 균형있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 규정함으로써, 우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다.”⁸⁰⁾고 하여 우리 헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 보고 있다. 그러나 이러한 평가와는 달리 우리헌법상의 경제질서는 사회적 시장경제질서라는 표현으로는 적어도 부족하거나 부정확하다는 평가⁸¹⁾가 있으며, 우리헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제질서라고 하기에는 많은 난점이 있으며, 여러 가지 경제질서의 모델 중에서 복지국가의

79) 권영성, 전거서, 170면.

80) 헌법재판소 2001. 6. 28. 2001헌마132; 1996. 4. 25. 92헌바47; 1989. 12. 22. 88헌가13; 1998. 5. 28. 96헌가4등(병합).

81) 김형성, 경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계, 헌법과 경제정책, 한국법학원, 2004. 6. 9면.

경제질서에 가장 유사한 경제질서라는 평가⁸²⁾도 있다.

경제질서의 핵심조항인 제119조 제1항에서는 자유시장경제질서를 기축으로 하고 있으면서도 제2항에서 경제주체간의 조화를 강조하며 경제의 민주화를 위한 규제와 조정의 기능을 국가에 위임하고 있는 것에 대하여 경제계는 국가에 의한 경제간섭을 위한 조항으로 부정적인 입장을 지니고 있다. 헌법에서 경제에 관한 장이 필요한지 여부를 떠나 경제질서에 관하여 입장을 정리하는 것이 필요하다고 한다.⁸³⁾ 현행 헌법상의 경제조항에 대하여는 “국가가 모든 경제영역에 대해, 거의 모든 수단을 동원하여 법적 제한 없이 간섭할 수 있도록 허용”⁸⁴⁾하며, 경제헌법 중 특히 제9장 부분에서는 제119조 제1항을 제1장 총강에서 독립조항으로 규정하도록 하고 제119조 제2항에서 제127조까지의 경제조항은 삭제하여 제9장 경제조항을 모두 삭제하여야 한다는 주장⁸⁵⁾도 있다. 특히 전국경제인연합회는 현행헌법이 제119조 제1항과 제2항에서 병렬적으로 규정하고 있는 경제자유를 보장하는 조항과 경제에 관한 규제를 허용하는 조항의 모순을 지적하면서, 헌법개정논의에서 경제조항의 손질이 권력구조개편보다 더 시급하다고 하고 있다.

우리헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 보고 있는 견해에서도 경제영역에 대한 국가적 개입의 한계를 명확히 하고 있다. 즉 첫째, 국가가 경제에 관한 규제와 조정을 함에 있어서 화폐경제·자유경쟁·계약의 자유 등 자유시장경제질서의 근간을 이루는 사적 자치의 기본은 유지해야 하고 둘째, 경제에 관한 규제와 조정은 법치국가적 원리에 따라 행해져야 하며 셋째, 개인의 재산권을 침해하는 경우에는 사회적 이익과 조화를 이룰 수 있도록 필요한 한도 내에서 해야 하고 그 본질적 내용은 침해하지 않아야 하고 보상을 전제로 해야 한다. 넷째, 경제계획은 자본주의의 테두리 안에서 규제와 조정을 하는 정도로 가능하고 전면적인 국가관리경제를 의미하는 사회주의 계획경제 내지 전면적 사회화는 허용되지 아니한다⁸⁶⁾는 것이다.

6. 헌법재판소 관련 규정

헌법재판제도는 의회민주주의가 과시즘에 의하여 유린된 근대라는 시대적 상황

82) 정순훈, 경제적 자유보장을 위한 헌법개정 방향, 인권과 정의, 2001. 5, 97-98면.

83) 김상겸, 전개논문, 5면.

84) 정순훈, 전개논문, 107면.

85) 정순훈, 전개논문, 88면.

86) 권영성, 전제서, 174면.

에서의 민주주의의 좌절이나 의회에 대한 불신이라는 정치적 이유에서 출발한 제도이며, 헌법적으로는 헌법기관간의 견제와 균형이라는 권력분립이라는 제도적 틀 안에서 입법권에 대한 사법권의 통제장치를 제도화 한 것이다.

현행헌법상 헌법재판소는 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인을 합하여 대통령이 임명권을 지니는 임기 6년의 9인의 재판관으로 구성되는 헌법기관으로서 위헌법률심판, 탄핵심판, 위헌정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판에 관한 권한을 지닌다.

1987년에 개정된 현행헌법은 헌법재판소를 규정하여 그간 명목상으로만 존재하여온 헌법재판제도를 활성화하려 했으며, 이에 따라 설치 운영된 헌법재판소는 현재 법적·정치적으로 중요한 지위와 권한을 행사하고 있다. 그러나 헌법재판소의 폐지하자는 주장도 있다. 이러한 주장 중에는 헌법재판소를 폐지하고 미국이나 일본처럼 대법원에 최고의 헌법해석권한을 부여하자는 것이다.⁸⁷⁾ 그러나 일반적으로는 헌법재판소가 헌법의 해석기능, 기본권보호기능 등을 포함하여 헌법을 수호하는 긍정적 기능을 수행하는 것으로 평가된다. 헌법재판소는 특히 대통령을 포함한 고위 공무원의 헌법과 법률에 대한 위반행위에 대하여 탄핵소추제도를 통한 파면을 할 수 있게 한다는 점에서 헌법수호를 위한 좋은 제도라고 평가되고 있다.⁸⁸⁾ 그러나 국민의 직접선거에 의하여 선출된 대통령에 대한 탄핵이나 역시 국민의 직접선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된 국회가 만든 법률을 무효화할 수 있는 강력한 권한이 국민에 의하여 선출되지 않은 헌법기관인 헌법재판소에 의하여 행사된다는 점에서 문제가 제기된다. 민주적 정당성이 약한 기관이 민주적 정당성이 강한 헌법기관 자체를 부인하거나 동 헌법기관의 권한을 제한하고 있는 사안에 대한 논란인 것이다.

한편 헌법재판소의 주요 결정들이 미치는 정치적 영향의 중요성 때문에 최근에는 국가권력의 한 축을 이루는 헌법재판소의 구성상의 문제점이 지적되기도 한다. 헌법재판소는 대통령·국회·대법원장이 각각 3인씩 추천해서 대통령이 임명하는 9명의 재판관으로 구성하며 헌법재판소의 장은 재판관 중에서 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하도록 하고 있다. 헌법재판소의 재판관은 법관의 자격을 가진 사람만이 될 수 있도록 제한하고 있으며, 임기 6년에 연임이 가능하도록 하고 있다. 헌법재

87) 박경산, 전제논문, 12면.

88) 김철수, 한국헌정사의 굴절과 발전, 자유공론, 2004. 7, 64면.

판소의 인적 구성이 지니는 보수 또는 진보적 성향이나 정치적 성향 등의 문제나 헌재구성에 있어서의 민주적 참여 등의 문제와 관련하여, 이러한 헌법재판소 재판관의 임명방식 등에서 문제가 제기되기도 한다. 특히 현재의 헌법재판관 임명방식은 임기제 및 연임제도와 관련하여 대통령소속 정파에 유리한 체계이며 헌법재판소의 독립성을 약화시키고 있으며, 다원성과 민주성의 측면에서도 문제가 제기되고 있다.⁸⁹⁾ 강력한 권력통제기관으로서의 헌법재판소는 그 권력통제기능에 상응한 강력한 민주적 정당성이나 독립성 등의 바탕위에 구성되도록 헌법 및 헌법재판소법이 개정되어야 한다는 주장이 있다. 이러한 헌법재판소재판관의 선임에 있어서 재판관들의 독립성과 중립성 뿐만 아니라 전문성과 관련하여서도 개선의 여지가 많다고 평가되고 있다.⁹⁰⁾

이렇게 헌법재판소 구성에 문제가 제기되는 것은 최근 우리나라에서 관찰되는 ‘정치의 사법화’(judicialization of politics)현상과 일정한 관련이 있다. 정치의 사법화란 국가의 주요한 정책결정이 정치과정인 아닌 사법과정으로 해소되는 현상을 일컫는다.⁹¹⁾ 최근 2년 동안 대통령탄핵소추, 행정수도이전을 위한 근거법률에 대한 위헌심판결정과 새로운 행정수도 이전을 위한 근거법률에 대한 위헌심판청구 등 정치과정에서 해결되어야 하는 사안들이 정치과정에서 해결되지 못하고, 국가의 주요 현안들이 사법부 특히 최종적 헌법해석권을 가지는 헌법재판소의 결정에 맡겨지는 경향을 지칭하는 것이다. 이러한 정치적 문제에 대한 사법권이 행사되는 과정에서 의식적으로든 무의식적으로든 정치적 편향성이 잠정적으로 표출될 수 있는 가능성을 제어하기 위하여 사법권력의 민주적 구성, 권한행사에 있어서의 엄정한 합리성의 구비, 사법권력에 대한 공론화 장치의 필요성 등의 문제가 제기되고 있다.⁹²⁾

헌법재판소는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판권을 갖도록 하고 있으며 헌법재판소법은 원칙적으로 법원의 재판에 관한 헌법소원 즉, 재판소원은 헌법소원의 대상에서 제외시키고 있다. 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 할 것이냐는 헌법재판소법을 제정할 때부터 지금까지 논란이 되어 온 사항이다. 헌법재판소의 결정

89) 헌법재판기관의 구성원리인 민주적 정당성의 원리, 전문성의 원리, 독립성의 원칙 등의 관점에서 재판관의 임명제도, 자격제한, 임기제 등의 문제점이 제시되고 있다. 김종철, 헌법재판소 구성방법의 개혁론, 헌법재판소의 발전방향, 한국헌법학회 학술대회, 2005. 5, 19면 이하.

90) 장영수, 전거서, 13면.

91) 이러한 현상은 ‘정치의 법화’(legalization of political disputes) 혹은 ‘정치의 법제화’(juridification of politics)라고 표현되기도 한다. 김종철, ‘정치의 사법화’의 의의와 한계, 공법연구, 제33집 제3호, 2005, 230면.

92) 김종철, 전거논문, 246면.

을 통하여 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법률을 적용해서 기본권을 침해한 법원의 재판이나 한정위헌결정의 기속력을 부인하는 재판 등은 예외적으로 재판소원이 가능하지만, 헌법의 해석을 그르치거나 헌법규정에 어긋나는 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 되도록 하여야 한다.⁹³⁾ 법원의 재판에 대하여도 헌법소원을 제기할 수 있게 하여 진정한 헌법보장기관이 될 수 있도록 하자는 것이다.⁹⁴⁾

7. 영토조항과 평화통일조항과의 조화

현행 헌법은 제3조에서 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”고 규정하고 있으며, 제4조에서는 “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.”고 규정하고 있다. 영토조항은 1948년의 제헌헌법 이래 두고 있는 조항이고, 평화통일조항은 1987년 현행 헌법으로 개정될 때 신설된 조항이다. 이러한 제3조의 영토조항과 제4조의 평화통일조항의 관계는 모순될 수 있기 때문에, 이의 해석으로는 영토조항우위론과 평화통일조항우위론 및 양조항등가론 등으로 학설이 나뉘고 있다.

헌법재판소는 “현단계에 있어서의 북한은 조국의 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자임과 동시에 대남적화노선을 고수하면서 우리 자유민주주의체제의 전복을 획책하고 있는 반국가단체라는 성격도 함께 갖고 있음이 엄연한 현실인 점에 비추어, 헌법의 전문과 제4조가 천명하는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 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.”⁹⁵⁾고 하여 영토조항과 평화통일조항의 규범조화적 해석을 하고 있다.⁹⁶⁾ 국가의 존립·안전과 국민의 생존 및 자유를 수호하기 위하여 국가보안법의 해석·적용상 북한을 반국가단체로 보고 이에 동조하는 반국가활동을 규제하는 것 자체가 헌법이 규정하는 국제평화주의나 평화통일의 원칙에 위반되지 않는다는

93) 홍완식, 재판소원의 기본권보장에의 실용성, 공법연구, 제29권 제2호, 2001, 299면.

94) 김철수, 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003. 12, 60면.

95) 헌법재판소 1997. 1. 16 92헌바6병합; 1993. 7. 29. 92헌바48.

96) 권영성, 전거서, 128면.

해석은 이렇게 헌법 3조와 4조를 규범조화적으로 해석하는 결과인 것이다.

제성호 교수도 “변화하는 남북관계에 능동적으로 대처하고 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일정책을 효과적으로 추진하기 위해서는 언제나 영토조항이 통일조항보다 우월적 효력을 지닌다고 단정해서는 곤란하다. 그 대신 양 조항의 규범조화적 해석을 통해 혹은 양 조항이 갖고 있는 논리구조를 유기적으로 종합하여 체계적으로 이해함으로써 두 조항의 효력을 상황에 따라 시의적절하게 인정함으로써 국익에 이바지하도록 하는 것이 타당하다고 하겠다.”고 하고 있다.

이러한 영토조항과 평화통일조항과의 문제와 관련하여 국가의 구성요소인 국민과 영역 및 주권을 하나의 조문으로 묶고 그 조문 속에 항을 달리하여 평화통일조항을 넣자고 하는 주장도 있다.⁹⁷⁾ 영토조항이 평화통일조항과의 관련 등에서 문제점이 있다는 점에는 공감대가 형성되지만 구체적인 대안을 찾는 작업은 쉽지 않다. 즉, 영토조항을 개정할 경우 어떠한 내용을 규정해야 하는지이다. 하나의 대안으로서 한국의 영토를 휴전선 이남으로 규정해야 한다는 주장이 있을 수 있는데, 이러한 주장은 통일저해적 개헌논의로서 평가되고 있다.⁹⁸⁾ 영토조항과 평화통일조항은 서로 대립되는 충돌규정 내지 상호모순규정이라고만은 볼 수 없기 때문에 이를 문제삼아 양 조항 중 어느 한쪽을 폐지하는 것은 바람직하지 못하다는 지적도 있다.⁹⁹⁾

8. 지방분권과 관련한 규정

지방자치제도는 중앙집중제보다 지역적 고유성과 자율성을 강화하며 사회의 자유와 자율적인 순기능을 발휘할 수 있도록 하여 민주주의의 발전에 기여할 수 있다는 장점이 있다. 또한 지방적 특성을 발현하고 정책적 유연성을 통하여 국제경쟁시대에 경제적 효율성을 증진시킬 수 있다는 장점도 지니고 있다. 이러한 장점이 구현될 수 있도록 대통령과 중앙행정부처는 핵심정책과제에의 집중을 통해 국제적 경쟁과 사회의 가변성에 대한 중장기적 비전의 개발과 그 구체화 능력을 키워나가야 하고 정책집행활동은 독립행정기관이나 지방자치단체로 이전하여야 한다는 견해도 있다.¹⁰⁰⁾ 우리나라의 경우 1949년에 이미 지방자치법이 제정되고 1952년에 지방

97) 박선영, 전계논문, 80면.

98) 김철수, 한국헌정사의 굴절과 발전, 자유공론, 2004. 7, 64면.

99) 김상겸, 전계논문, 10면.

의회가 구성된 바 있으나 제3공화국 이후 오랜 지방자치의 단절기간을 거쳐 1990년대에 들어와서야 비로소 지방자치제도가 부활하였다. 현행 헌법은 제117조 및 제118조 두 조항에서만 지방자치에 관해 규율하고 있다. 개헌에 관한 논의에서는 지방자치에 관한 사항은 크게 쟁점이 되지 않으나, 지방균형발전을 위한 국민적 의지와 국가적 노력이 큰 만큼 이러한 국민적 의지가 헌법개정에 반영될 수 있도록 하는 노력도 필요하다고 본다.

현행 헌법 제7조에는 “①공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ②공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 하는 공무원조항을 두고 있다. 이 조항과 관련하여 공무원조항에 지방공무원에 관한 내용을 첨부하도록 하자는 논의가 있다. 현행 헌법의 편제상 제8장인 제117조와 제118조에서 지방자치에 관한 규정에는 특별히 지방공무원에 관한 조항을 두고 있지 않은데, 지방분권화시대에 상응하도록 지방자치조항과는 별도로 지방공무원에 관한 조항을 전체 공무원조항에 신설하자고 하는 제안이다.¹⁰¹⁾

9. 문화국가와 관련한 규정

현행 헌법 제9조에는 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.”고 규정되어 있다. 이러한 현행헌법상의 문화국가조항은 법문이 전통문화와 민족문화로 양분되어 있어서 두 용어의 개념정의가 명확하지 않다는 점이 지적되고 있다.¹⁰²⁾ 이와 함께 문화 전반에 관한 국가의 기여의지가 헌법에 반영되도록 할 필요가 있다는 점이 지적되고 있다. 또한 지방자치시대에 맞는 문화국가가 될 수 있도록 지방문화육성과 보호 지방문화시설의 확충 등을 종합적으로 아우를 수 있는 조항이 신설될 필요가 있다.¹⁰³⁾

문화국가조항은 선언적인 의미만을 지니고 있어서 문화의 보호와 육성을 위한 단순한 국가의 노력만으로는 어떠한 것도 구체화되기 어렵기 때문에, 문화영역에서 국가의 적극적인 활동을 요구할 수 있는 방안이 헌법규정에 반영되어야 한다는 의

100) 선정원, 법치주의와 행정개혁, 법치국가법치행정에 대한 재검토, 한국공법학회, 제111회 국제학술발표회, 2003, 115면.

101) 김상겸, 전계논문, 11면; 박선영, 전계논문, 81면.

102) 박선영, 전계논문, 83면. 민족문화와 전통문화를 동일한 개념으로 보는 견해도 있다. 최대권, 헌법의 연속성과 변화에 관한 담론, 서울대학교 법학, 제44권 제1호, 93면.

103) 박선영, 전계논문, 84면.

견¹⁰⁴⁾은 문화국가조항의 국가적 구속력을 강화하기 위한 제안으로서 평가될 수 있다.

10. 법치국가원칙의 명시

우리 헌법에는 법치주의에 관한 명문의 규정이 존재하지 않기 때문에 헌법의 총강부분에 법치국가의 원리가 신설 규정되는 것이 필요하다. 특히 법치주의의 실효성을 담보하기 위해서라도 법치주의에 대한 확고한 의지를 담은 조문이 헌법의 총강부분에 들어오는 것은 바람직한 방향이다.¹⁰⁵⁾ 현행헌법은 국가의 정체성에서 민주주의에 입각한 공화국이라는 것에 초점을 맞추고 있으나, 대한민국이 법치국가라는 것을 명시적인 규정을 두는 것은 우리 헌법을 지배하는 국가원리가 법치국가라는 것을 확실히 하여 헌법의 기본원리와 국가질서의 정체성을 확인하는 효과를 지니고 있는 것이다.¹⁰⁶⁾

III. 개헌의 필요, 시기 및 방법에 관한 논의

1. 개헌의 필요와 시기

정치권에서는 정치상황과 환경의 변화에 따라 개헌논의가 부침을 거듭하고 있지만, 학계에서는 개헌논의에 대하여 신중한 접근을 하고 있다. 1987년 개정헌법과 관련하여 87체제의 극복을 목표로 하건 변화된 헌법현실과 헌법규범의 조화를 목표로 하건 또는 현대적 기본권의 신설을 목표로 하건 현실적 목표는 상이하지만 헌법을 개정할 필요가 있다는 의견이 있는 반면에, 문제는 헌법의 운용에 있는 것이기 때문에 헌법개정을 논하는 것은 문제의 본질을 잘못 파악하는 것이라고 하여 호헌론을 개헌의 필요를 배척하는 의견¹⁰⁷⁾도 있다.

개헌의 필요를 인정하는 경우에는 개헌의 시기에 관해서도 여러 가지의 논란이

104) 김상겸, 전계논문, 11면.

105) 박선영, 전계논문, 84면.

106) 김상겸, 전계논문, 3면.

107) 박규하, 전계논문, 29면.

있다. 이에 관해서는 개헌의 시기를 제한하는 등의 헌법적 규정은 존재하지 않는다. 다만, 헌법 제128조 제2항에서 “대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.”고 하여 헌법개정효력의 적용제한조항을 두고 있을 뿐이다. 따라서 헌법 제10장에 규정되어 있는 개헌절차에 따르는 기일과 절차 등이 준수된다면, 개헌은 국민이 원하는 시기에 언제든지 가능하다. 따라서 개헌의 시기는 규범적인 차원의 것이 아니라 정치현실의 차원에서 논의되는 양상을 띠고 있다. 기본적으로는 대통령집권초기의 헌법개정논의는 대통령의 권한강화 및 권력집중적 개헌으로 연결될 가능성이 있기 때문에 바람직하지 못하다는 점이 지적될 수 있다.¹⁰⁸⁾

2. 개헌의 방법

우리 헌법은 헌법개정에 관한 규정을 두고 있지만 헌법개정의 절차에 관해서만 규율하고 있을 뿐 헌법개정의 방법을 부분개정으로 할 것인가 전면개정으로 할 것인가에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하다. 다만 제헌헌법 이후 지금까지 이루어진 헌법개정은 전면개정의 방식으로 이루어졌다.

이처럼 헌법을 개정하는 방식은 부분개정의 방식과 전문개정의 방식으로 대별할 수 있다. 우리의 경우 헌법개정시 전면개정을 하였지만 독일, 프랑스 및 미국의 경우에는 부분개정의 방식으로 헌법개정이 이루어지고 있다. 미국의 경우에 권리장전이라고 불리는 수정헌법 제1조에서 제10조까지의 헌법개정이 1791년에 이루어졌고, 최근의 헌법개정에 해당하는 수정헌법 제27조의 개정은 1992년에 이루어졌다. 조문을 추가하는 방식으로 헌법의 부분개정이 계속 이루어졌다. 독일의 경우 1949년 서독헌법이 제정된 이후 2002년까지 50차례 부분개정되었다. 프랑스의 경우에도 1958년에 제정된 제5공화국 헌법이 수차례 개정되었으며 2000년에는 대통령의 7년 임기를 5년으로 단축하는 부분개정이 통과된 경우가 있다.

전술한 바와 같이 우리나라에서 제헌헌법 이후 지금까지 이루어진 헌법개정은 전면개정의 방식으로 이루어졌지만, 이러한 개헌방식에 대한 헌법적 규정은 없기 때문에 우리도 부분개정의 방식을 택할 수 있지 않을까 한다. 특히 헌법개정의 쟁점에 대한 논란이 격렬하여 전면적인 헌법개정을 위한 합의가 이루어지기 곤란한 경우에는, 국민적 합의가 가능한 사안을 중심으로 하는 헌법규정만을 개정하는 것

108) 김철수, 전개논문, 65면.

도 하나의 방법이 되지 않을까 하는 것이다.¹⁰⁹⁾ 이러한 헌법의 부분개정방식은 실용적이고 점진적인 헌법개정의 방식으로 평가될 수도 있을 것이다.

IV. 맺음말

1987년에 개정된 헌법에 대한 개헌논의가 지속적으로 행해지고 있으며, 이러한 개헌논의의 중심을 차지하는 권력구조 개편논쟁은 대통령선거나 국회의원총선거 등 정치환경의 변화과정에서 자주 등장하고 있다. 이러한 개헌논의는 한편으로는 정부 형태를 중심으로 하는 헌법의 기본틀에 관한 민의를 경청하고 반영시키는 역할을 한다는 점에서는 긍정적으로 평가할 수 있으나, 다른 한편으로는 이러한 개헌논의가 정치권에서의 작위적인 정계개편을 통한 정권유지나 정권장악의 전략으로서의 역할을 한다면 이는 부정적으로 평가될 수 있는 것이다. 이러한 개헌논의의 기본적인 시각과 그에 대한 평가가 다른 것은 개헌논의가 기본적으로 정치적 관심에서 발생된 경우와 국가정책결정구조의 합리화 및 효율화라는 측면에서의 관심에서 발생된 경우로 나누어지기 때문일 것이다. 이러한 개헌논의의 양면성 중 어느 역할이 실현되느냐의 여부는 개헌논의가 국민에 의하여 주도되느냐 아니면 정치권에 의하여 주도되느냐에 의하여 결정된다고도 할 수 있을 것이다.

그간의 헌법개정논의는 정치권이 주도권을 가지고 진행되었으며, 이에 따라 개헌의 내용도 당연히 정치권이 설정한 의제를 벗어나지 않았다고 평가될 수 있다. 그러나 이번의 개헌논의에는 이전의 개헌논의나 개헌과정과는 달리 국민들의 실질적인 참여가 가능하며 정치권, 시민단체, 경제단체 등도 이에 가세하고 있다. 이러한 개헌논의는 국민주권의 실현이라는 측면에서는 바람직하다고 할 수 있지만, 개헌논의의 합의가 원활히 이루어지지 않을 경우에는 오히려 정치적 통합보다는 정치적 분열의 결과만을 남길 가능성도 있다. 특히 영토-평화통일조항과 경제헌법조항과 관련된 개헌논의는 좌우이념논쟁과 보혁논쟁으로 비화할 가능성이 있어서 개헌논쟁

109) 이러한 헌법개정의 방식이라고 하는 간단한 기술상의 문제가 “당장 문제가 되는 최소의 핵심적 조항 - 예를 들어 ‘중입제’ - 만을 개정하고 나머지 제도 변경에 대해서는 보다 장기적 관점에서 긴 호흡으로 가져가는 것이 필요하다”는 주장(전용주, 권력구조의 개편방향, 바른사회를 위한 시민회의, 2005, 16면)을 효과적으로 수용할 수 있는 방법이 될 수도 있다. 개헌이라는 판도라의 상자(김성오, 개헌 - 판도라의 상자, 조선일보, 2005, 6, 24)를 열지 않고도 희망만을 꺼낼 수 있는 방법일 수도 있다.

이 '판도라의 상자'를 여는 결과를 초래할 가능성도 무시할 수 없는 것이다. 이러한 점과 관련하여 개헌과 관련한 무수한 의제를 탁상에 다 올려놓고 논의한다는 것은 좋으나 개헌을 통하여 달성하려고 하는 것이 무엇이나 하는 개헌논의의 방향성에 대한 국민적 합의가 필요하다고 본다. 기술적으로는 모든 것은 한꺼번에 타결하고자 하는 전면개정방식도 좋지만, 국민적 합의가 가능한 사안을 중심으로 하는 부분개정방식도 현실적이지 않을까 여겨진다.

개헌논의과정에서 놓치지 말아야 할 점은 헌법개정의 목적은 국민의 기본권 증진과 민주적 권력분립주의의 강화를 위한 것이어야 한다는 것이다.¹¹⁰⁾ 정부형태론과 권력분립론을 포함한 논의의 목표는 대통령제든 의원내각제든 그것 자체가 목적이 아니라, 합리화되고 최적화된 권한의 분점을 통하여 국민의 기본적 자유와 권리가 충분히 보호될 수 있는 제도를 만들고 이러한 제도를 운영하는 국가의 기관들에게 적절하고 효율적으로 권한을 배분하며, 이들 기관이 헌법과 법률에 의하여 배분된 권한을 넘어서 활동하지 못하도록 균형과 견제의 제도적 장치를 만들고자 하는 것이 논의의 궁극적인 목표가 되어야 할 것이다. 기본권보장성과 긍정적인 의미에서의 국가정책결정의 효율성과 기능성이 보장되는 헌법개정이 되어야 할 것이다.

끝으로 헌법의 용어나 문장표현의 관점에서 살펴야 할 점이 있다. 헌법이 우리말의 표현법을 비껴놓고 일어, 영어, 중어의 표현법을 끌어다 써서 우리말의 체 모습이 일그러졌다고 하는 지적이 있다.¹¹¹⁾ 우리가 일상적으로 사용하는 말과 글에는 외국어의 용어와 문체가 무의식적으로 많이 스며들어서 일거에 헌법의 용어와 문체를 바꿀 수는 없지만, 용어와 서술에 심각한 문제가 있는 조항들은 가능한 고쳐주는 것이 바람직 할 것이다.

110) 김철수, 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003. 12, 52면; 김철수, 한국헌정사의 굴절과 발전, 자유공론, 2004. 7, 64면.

111) 이수열, 우리가 정말 알아야 할 대한민국헌법, 현암사, 1999.

< 參 考 文 獻 >

- 강경근, 한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004.
- , 대통령직의 교체와 정부권력의 과제, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002.
- , 감사원의 기능과 감사기능에 관한 헌법적 고찰, 감사원의 독립성, 정치적 중립성 및 전문성확보방안, 한국헌법학회 등, 2003.
- , 국가권력구조개편의 방향, 바른 한국 이렇게 만들자, 바른사회를 위한 시민회의, 나남출판, 2003.
- 권영설, 통일지향적 정부형태로서의 대통령제, 공법연구, 제27집 제3호, 1999.
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005.
- 김상겸, 개정이 필요한 헌법개정에 관한 논의, 바람직한 개헌방향 검토, 바른사회를 위한 시민회의, 2005.
- 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2001.
- 김종철, '정치의 사법화'의 의의와 한계, 공법연구, 제33집 제3호, 2005.
- , 개헌론의 한계와 전제, 국회보, 2005. 7.
- , 헌법재판소 구성방법의 개혁론, 헌법재판소의 발전방향, 한국헌법학회 학술대회, 2005. 5.
- , 감사원의 헌법상 지위 및 기능개편가능성에 대한 검토, 감사, 2002 가을호.
- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2005.
- , 한국입헌주의의 정착을 위하여, 법서출판사, 2003.
- , 헌법개정의 기본방향, 헌법개정의 과제와 정책방향, 2003. 12.
- , 한국헌정사의 굴절과 발전, 자유공론, 2004. 7.
- 김 현, 의원내각제의 정치적 평가, 한국방송통신대학교 논문집, 제25집, 1998.
- 김형남, 정보화시대에 있어서 헌법의 실효성확보에 관한 시론, 성균관법학, 제15권 제2호, 2003.
- 김형성, 경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계, 헌법과 경제정책, 한국법학원, 2004. 6.
- 김혜진, 헌정체제의 변화와 개헌의 정치과정, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005.
- 박경산, 한국의 민주화와 권력구조개편의 과제 : 헌법개정론을 중심으로, 한국의

- 권력구조개편 : 헌법개정과제와 전망, 국제평화전략연구원, 2001.
- 박규하, 권력구조에 관한 헌법개정논의, 외법논집, 제10집, 2001.
- 박선영, 자유민주주의실현을 위한 헌법개정의 기본방향, 헌법학연구, 제10권 제1호, 2004.
- 서복경, 권력기구간 견제와 균형의 제도화, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005.
- 서주실, 대통령제 권력구조에 있어서 몇가지 문제점, 변재옥박사화갑기념논문, 현대공법논총, 1994.
- 선정원, 법치주의와 행정개혁, 법치국가법치행정에 대한 재검토, 한국공법학회, 제111회 국제학술발표회, 2003.
- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2005.
- 신우철, 정부형태 과연 바꾸어야 하는가?, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002.
- 안용훈, 개헌과 제도주의, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005.
- 오호택, 대통령제 하에서의 권력분립, 헌법학연구, 제8권 제4호, 2002.
- 이계희, 이원집정부제의 한국적 응용, 사회과학논총, 충남대학교 사회과학연구소, 1998.
- 이규영, 한국의 권력구조개편 2 : 의원내각제의 대안가능성, 한국의 권력구조개편 : 헌법개정과제와 전망, 국제평화전략연구원, 2001.
- 이수열, 우리가 정말 알아야 할 대한민국헌법, 현암사, 1999.
- 이윤정 편, 정치개혁과 국회개혁, 동아시아연구원, 2003.
- 장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
- 전영기, 성공한 권력, 사회평론, 2000.
- 전용주, 권력구조의 개편방향, 바른사회를 위한 시민회의, 2005.
- 정만희, 의원내각제 개헌론에 대한 비판적 분석, 헌법학연구, 제6권 제1호, 2000. 5.
- 정순훈, 경제적 자유보장을 위한 헌법개정 방향, 인권과 정의, 2001. 5.
- 정재황, 프랑스 혼합정부제의 원리와 실제에 대한 고찰, 공법연구, 제27집 제3호, 1999.
- 조재현, 책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정, 연세법학연구, 제14호, 2003.
- 조정관, 한국 권력구조 개편논의, 한국민주주의와 헌정제도의 재디자인, 한국정치학회 2005년 춘계학술회의, 2005.

- 최대권, 헌법의 연속성과 변화에 관한 담론, 서울대학교 법학, 제44권 제1호.
- 하동원, 한국형 옴부즈만제도에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위청구논문, 2001.
- 함인선, 감사원의 위상 및 기능의 재정립에 대한 검토, 감사원의 독립성, 정치적 중립성 및 전문성 확보 방안, 한국헌법학회 등, 2003.
- 허 경, 내각제개헌의 당위성, 공법연구, 제27집 제3호, 1999.
- 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2005.
- 홍완식, 재판소원의 기본권보장에의 실용성, 공법연구, 제29권 제2호, 2001.
- , 의회형 옴부즈만의 도입에 관한 검토 -국회에 제출된 옴부즈만 관련 3개 법률안에 대한 비교검토, 의정연구, 제19호, 2005.
- , 국가의 기본권보호의무와 낙태문제, 현대공법이론의 제문제, 2003.

Zusammenfassung

Eine Studie über die Verfassungsänderung

Hong, Wan Sik

(An Assistant Professor, Department of Law, College of Law,
Konkuk University)

Unser Verfassung hat sich schon neunmal, seit ihrer Entstehung 1948, geändert. Jetzt noch eine Verfassungsänderung ist diskutiert. Viele Sozialwissenschaftlern, Politikern, NGOen und Interessengruppen nehmen an diese Diskussion teil. Ob eine Verfassungsänderung sinnvoll ist, hängt wesentlich von den Erwartung ab, die in die Verfassung wirklich gestzt werden. Als obersten Rechtsnorm des Republik Korea kann die Verfassung nicht alle Einzelfragen beantworten. Aber die Verfassung soll die grundsätzliche Richtung des politischen Handelns und gesetzgeberlichen Entscheidungen bestimmen und Grenzen setzen. In 2. Teil unserer Verfassung handelt es sich um Grunrechten, die alle Staatsgewalten bindet. Die in der Verfassung enthaltenen Grundrechte bilden zusammen mit Staatsorganisationsrecht, die Spitze unserer Rechtsordnung. Die stärkste Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips im Verhältnis von Legislative und Exekutive ist 'Imperial Presidency', das sich deutlich abhebt von dem streng gewaktenteilenden Präsidialsystem der USA.

Die Diskussion über die Verfassungsänderung ist noch nicht abgeschlossen. Eine wichtige Stellung aller Diskussionsteilnehmer soll Neutralität über die politischen oder wirtschaftlichen Interessen sein. Die neue Verfassung muß in Zukunft eine wichtige Rolle im Hinblick auf die Stabilität unseres politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Systems spielen.