일감법학 | 제34호
2016년 6월 87-148쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.34, Jun., 2016. pp.87-148
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

제5공화국 헌법의 성립 및 헌법발전*

The Birth and Developments of the Constitution of the Fifth Republic

김 백 유**
Kim, Baik-Yu

목 차

Ⅰ. 처음말
Ⅱ. 제8차 개헌(1980년 10월 27일, 전부개정)
Ⅲ. 대통령 선거 및 국회의원선거
Ⅳ. 제5공화국 당시의 헌법논쟁(Verfassungsdiskussion)
Ⅴ. 제5공화국 헌법 및 헌정사에 대한 평가
Ⅵ. 맺음말

제5공화국 헌법은 대통령 단임제(7년 임기)와 정의사회 및 도의정치 구현을 내세우면서 국민들로부터 정통성을 얻으려고 했다. 그러나 제5공화국을 탄생시킨 1980년 헌법은 제4공화국의 유신정권의 몰락을 가져온 1979년 10・26사태 후에 우리 국민이 원하는 대통령 직선을 포함한 민주화의 열망을 충분히 수용하지 못한 채, 군사 쿠데타의 주도세력이 추구하는바에 따라 비상계엄이 선포된 가운데 국민들의 자유로운 헌법토론조차 거치지 못한 채 일방적인 정치적인 힘에 의하여 만들어졌다. 헌법이론상으로는 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)이 헌법규범(Verfassungsnorm)을 일탈하거나 이들 간에 괴리(乖離)가 발생했을 때에는 가능한 한 헌법의 적절한 해석을 통해 헌법현실의 변화를 헌법규범이 이를 수용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 그러나 적절한 헌법해석의 방법을 통하여 헌법규범 안에 헌법현실을 담아둘 수 없을 때에는 부득이하게 헌법개정(Verfassungsänderung)이 필요하다. 그러나 과거 대한민국의 헌법개정사를 살피건대 실제로 그 대부분은 국민의 기본권 보장을 위한 것이 아니었고 국민적 참여가 아닌 정치권의 일방적인 주도로 이루어졌으며, 그 내용도 주로 권력구조에 편중되어, 통치권자의 임기연장

투고일 : 2016. 5. 2. / 심사의뢰일 : 2016. 5. 13. / 게재확정일 : 2016. 5. 26.
* 본 논문은 한성대학교 교내연구비 지원과제임.
** 한성대학교 사회과학대학 행정학과 교수, 법학박사
Prof. Dr. Hansung University, College of Social Sciences, Department of Public Administration

이 주된 목적이었다.

[주제어] 헌법현실, 헌법규범, 헌법개정, 유신헌법, 제5공화국

Ⅰ. 처음말

대한민국의 헌법의 역사는 1894년 대한제국의 홍범14조(열네가지의 큰법) 및 1899년 대한국국제(9개조)로부터 시작한다. 이는 한국 최초의 성문헌법으로서 국호를 조선에서 대한제국으로 개칭하고, 군주주권의 원리에 입각한 전제군주제를 채택한 헌법이었다. 이후 일제 강점기를 거치며 중국의 상해(上海)에 대한민국 임시정부가 성립되었고 대한민국 임시정부는 근대 입헌주의적인 성격을 가지는 '상해임시헌장'을 제정하였다. 이후 1948년 대한민국의 성립과 함께 탄생한 제1공화국 헌법 이후 1987년 제6공화국 출범시까지 우리나라 헌법은 총 9차례의 헌법개정을 거쳤다. 그러나 헌법개정의 목적과 동기는 시대적 상황의 변화에 따라 나타나는 정상적인 국민들의 욕구가 아닌 집권자의 정권연장이나 정치권의 정략적 판단에 의한 헌법개정이 대부분이었고 그러한 과정 속에서 대한민국의 헌법은 유린되고, 다시 회복하기를 반복하였다.

헌법정치사(헌정사/Verfassungsgeschichte)에 대한 연구는 정치학자나 역사학자 및 법사학자 이외에 오히려 헌법학자에게 커다란 연구의무가 부여된다. 왜냐하면 헌정사는 단순한 정치현상이나 지나간 정치사에 대한 역사적 의미를 발견하는 것만으로는 부족하고, 헌법현실(정치)의 배경이 되는 헌법규범(Verfassungsnorm)에 대한 이론적 탐구를 통하여 장래에 있어서 보다나은 헌법규범을 발견하기 위한 것이기 때문이다. 특히 헌법조문은 그 특성상 추상적이고 개방적, 탄력적 성격을 지니고 있으며, 이러한 특성으로 인하여 헌법은 많은 부분 헌법의 해석을 통하여 완성된다. 헌법해석 방법은 주관주의와 객관주의 방법 등 다양한 방법이 있으나, 예컨대, 주관주의에 의할 경우 헌법제정 당시의 제정권자의 의지와 뜻을 살펴서 해석하게 된다. 이러한 측면에서 헌정사(헌법정치사)의 연구는 헌법연구에 있어서 매우 중요한 영역에 해당하며, 우리나라의 헌법개정사는 마치 현대사를 압축해 놓은 것처럼 당대의 사회상을 반영하고 있기 때문에 이를 통해 우리나라 현대사의 굵직한 흐름과 민주주의의 발전과정을 엿볼 수 있다는 점도 있다. 필자는 제5공화국 헌정사를 논하기에 앞서, 먼저 '제5공화국' 및 '헌정사'에 대한 정의를

내리고자 한다. 제5공화국이란 1981년 3월 3일 제12대 대통령 전두환 정부의 출범일로부터 제6공화국 제13대 대통령 노태우 정권 탄생 이전(1988년 2월 25일)까지 존재했던 공화국을 말한다. 그리고 필자는 헌법사(憲法史)와 헌정사(憲政史)를 구별하여 사용하고자한다.[1] 헌법사는 법학적 측면에서의 헌법발전, 즉 헌법의 변천사(헌법변개)를 위주로 연구하는 것으로서 헌법의 생성과 그 변개(變改)와 소멸과 같은 헌법발전의 역사적 과정을 그 대상으로 한다.[2] 그러므로 헌법사는 헌법현실(정치현실・정치현상) 보다는 헌법의 제정・개정의 변천과정, 제정・개정목적 및 이에 수반되는 헌법이론 등을 위주로 고찰하는 것을 목적으로 한다. 헌정사는 헌법규범(Verfassungsrecht/Verfassungsnorm) 뿐만 아니라 정치현상・정치현실등과 같은 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)을 포함하여 헌법규범과 헌법현실의 역동적이고 유기적인 상호기능관계를 체계적・포괄적으로 연구한다는 점에 차이가 있다.[3] 즉 헌법규범이 어떤 절차・과정을 거쳐 제정・개정되고 그 민주

1) 대한민국은 제1공화국부터 현재의 제6공화국까지 존재한다(제6공화국의 경우에는 제5공화국과 비교하여 볼 때, (ㄱ) 그 이념적 측면에서는 다 같이 자유민주주주의(자유민주적 기본질서)를 추구한다는 점에서 질적인 차이가 없고, (ㄴ) 개헌작업이 구헌법 하의 정치주도세력에 의해 여야합의로 이루어졌으며, (ㄷ) '6월 항쟁' 또한 우리나라 헌정사에 있어서 커다란 의미를 지니는 민주화투쟁이었지만 궁극적으로는 헌법제정권력의 주체변화로 인하여 새로운 공화국이 탄생한 것도 아니었다는 점, (ㄹ) 제5공화국의 핵심세력인 노태우 대통령 후보가 대통령으로 당선되었고, (ㅂ) 1990년 3당 통합으로 인하여 정당구조가 바뀌기 전까지는 제5공화국의 집권세력과 6공화국의 집권세력은 정치적으로는 완전히 동일한 집단이었다는 점 때문에 이러한 정치적 상황 속에서 제6공화국이라 부르는 것은 헌법이론적으로는 문제가 있다는 견해도 있다). 제1공화국인가, 혹은 제2공화국인가 등의 공화국을 나누는 기준은 전・후헌법의 동질성 여부 등을 기준으로 한 '헌법제정' 및 '헌법개정'을 중심으로 하여 판단하는 것이 일반적인 견해이다. 우리나라는 지금까지 1987년을 마지막으로 총 9차례에 걸쳐 헌법을 개정하였는데, 그 중에서 부분개정(일부개헌)이 아닌, 전면개정(전부개헌)으로 급격한 정치상황의 변화와 체제의 변화를 가져왔을 때를 기준으로 하여 공화국 구분기준으로 삼고 있다. 대법원 판례(대법원 1985. 1. 29. 선고 74도3501 판결; 대법원 1991. 9. 10. 선고 91다18989판결) 및 헌법재판소(헌법재판소 1995. 12. 15. 선고 95헌마221 결정 등)는 1980.10. 이루어진 제8차 개헌을 제5공화국 헌법의 제정이라고 판시함으로써 헌법의 제정과 제1, 제2, 제3공화국 등 공화국의 명칭이나 순서의 구분에 관한 일반적인 견해를 채택하였다. 공화국의 명칭이나 순서(제1, 제2, 제3공화국 등)에 대하여 통설적인 견해에 대한 반론도 있다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 98-101 쪽). 헌법제정권력(주권)의 소재여부에 따라 군주국・공화국을 구분하는 학설에 의할 경우, 해방이후 최초로 1948년 최초의 제1공화국 탄생 이후, 헌법제정권력의 주체가 한 번도 변하지 않았기 때문에 여전히 제1공화국이라는 견해도 있다. 오늘날 세계 대부분의 나라가 공화국이며, 다시 군주국으로 회귀할 가능성도 없기 때문에 공화국인가 아닌가는 헌정사적 가치를 제외하고, 헌법상의 가치는 거의 상실하였다. 공화국 명칭사용은 왕정복고를 경험한 프랑스헌정사에서 유래한 것으로서 미국, 독일, 일본 등에서는 제1, 제2공화국 … 등의 명칭을 사용하고 있지도 않다. 김백유, 헌법학(I), 도서출판 한성, 2016, 744쪽 이하 참조.

2) 한태연 외, 한국헌법사(상), 한국정신문화연구원, 1988, 11쪽.

3) 허영 교수는 '헌법사'는 정태의 개념으로서 한 나라의 헌법의 단순한 개정사 내지 변천사라고 보고 있고, '헌정사'는 헌법규범과 헌법현실의 유기적이고 역동적인 상호기능관계를 포괄적으로 표현하는 하나의 동태인 개념이라고 한다(허영, 헌정사의 시대구분, 108 쪽). 권영설 교수는 원칙적으로 양 개념을 구별해야 한다고

적 정당성을 인정받게 되었는가? 그리고 국가에서 시행되고 있는 헌법규범의 규범력이 정치현실에서는 어떠한 영향을 실제로 미치고 있는지를 역사적인 관점에서 연구하는 것으로서의 '헌법정치사'[4]가 '헌정사'라고 정의하고자 한다.

Ⅱ. 제8차 개헌(1980년 10월 27일, 전부개정)

1. 개헌과정

1.1 제4공화국 헌법상의 헌법개정 규정 및 1979년 말(末)~1980년의 정치상황 – 춘래불사춘(春來不似春)

제4공화국 헌법상 헌법의 개정은 대통령 또는 국회 재적의원 과반수의 발의로 제안하며(제124조 제1항), 이를 20일 이상 공고한 후(제125조 제1항) 대통령이 제안한 개정안은 국민투표로 확정하고 국회의원이 제안한 개정안은 국회의 특별의결을 거친 후 통일주체국민회의의 의결(제124조 제2항)로 확정하도록 되어 있었다. 1980년 제8차 헌법개정[5]은 1979년 12월 12일 군사쿠데타에서 1980년 5 월 17일 전국적인 비상계엄선포로 이어지는 일련의 과정을 통하여 이루어졌다. 1979년 10월 26일, 18년간 장기집권 한 박정희 대통령이 사망하였고, 같은 해 12월 6일 통일주체국민회의에서 제10대 대통령으로 선출된 최규하(崔圭夏)[6]는 12월 8일 0시를 기해 긴급조치 제9호를 해제하여 헌법개정논의를 가능하

하면서도 편의상 양 개념을 혼합하여 다루고 있다. "…비록 양자의 인식대상이 같은 정치현상을 가리키기는 하지만, 후자는 대체로 규범적 내지 헌법질서의 차원에서 가늠하기 때문이다. 방법론상의 차이에도 불구하고 그 인식대상의 중복성에 비추어 이 글에서는 편의상 이를 혼합하여 다루기로 한다(권영설, "한국헌법 50년의 발자취", 헌법학연구 제4집 제1호, 한국헌법학회, 1998.6, 8쪽).

4) 현상적인 헌법을 가진 경우라도 그것이 규범성을 발휘하지 않으면 별 가치가 없다. 필자가 헌정사와 '헌법정치사'를 동의어로 사용하는 이유는 정치는 헌법에 따른 정치(헌법정치), 즉 헌법실현으로서의 발전과정(Verfassungsentwicklung; 헌법발전; 정치발전)을 의미하는 것이므로, 헌법에 규범성을 부여하고 정치권력이 헌법에 의하여 규율되어야 한다는 것을 강조하기 위함이다.

5) 제5공화국 헌법은 구헌법의 절차에 의하여 개정되었지만, 이 헌법의 시행과 함께 구헌법질서의 청산과 새 주도세력에 의한 새 공화국을 출범시켰기 때문에 헌법개정이 아닌 헌법제정이다(갈봉근, 제5공화국헌법의 성립과 그 발전과정, 한태연 외, 한국헌법사(하), 한국정신문화연구원, 1991, 266쪽); 동지: 김철수, 헌법학개론; 권영성, 헌법학원론; 허영, "제5공화국과 합의개헌", 국회보, 1988.7.

6) 제4공화국 헌법에는 대통령이 궐위된 때에는 통일주체국민회의는 3월 이내에 후임대통령을 선출하게 되어 있었다(제45조 제1항). 이와 같은 상황 속에서 최규하 대통령권한대행은 헌법의 중단 없이 정권이양이 이루어

게 하였다. 이로서 1975년 5월 13일 선포되었던 긴급조치 제9호는 4년 7개월 만에 해제되었으며, 이에 따라 김대중을 포함한 긴급조치 제9호 위반자 모두를 석방시켰고, 그 때까지 금지되어 온 개헌논의가 다시 가능하게 되어,[7] 이때부터 다음해 1980년 비상계엄이 전국적으로 확대되기 이전까지는 활발한 개헌논의가 있었다. 유신독재의 몰락을 가져온 '10·26사태' 후의 우리 정치상황은 '민주헌법에 의한 새 정치'에의 기대감에 사로잡힌 '서울의 봄'이자 '정치의 봄'이었다.[8] 그러나 이러한 기대로 대변되는 '서울의 봄'은 잠시였다. 제5공화국은 12·12 쿠데타의 비합법적·비정상적인 정치 변혁을 가져오면서 신군부의 정권장악을 확고히 함으로써 민주화의 기대를 좌절시킨 것이다. 비상계엄이 선포된 상황 아래서도 우리 사회에 팽배해진 새로운 헌법에의 의지는 우리 국민의 생활 속에 파고들 수 있는 새로운 생활규범으로서의 헌법(헌법의 생활규범성)을 마련해 보겠다는 광범위한 합의의 표현이기도 하였다. 1979년 10·26이 일어나고 박정희 정권이 무너지면서 민주화를 향한 움직임은 시작되고 있었지만, 본격적인 서울의 봄을 1980년 2월 29일 김대중을 비롯한 재야인사 678명에 대한 사면복권조치가 발표되면서부터였다.[9] 그러나 정국은 불안하고 어수선했으며, 권력의 실체는 베일에 싸여 있었다. 그 불안한 정치상황을 김종필은 다음과 같이 표현했다. : 한국에는 지금 봄이 오고 있다. 그러나 아직 꽃이 피어날 봄인지, 겨울 속으로 돌아갈 봄인지 알 수가 없다. '춘래불사춘(春來不似春)'의 정국이다 … 안개가 가득 끼어 있어 앞이 잘 보이지 않고 있다. 안개정국이라고나 할까(빼앗긴 서울의 봄, 한국일보사, 31쪽).

1.2 국회(헌법개정심의특별위원회), 사회단체 및 정부(헌법연구반) 등의 개헌활동 및 경과

박대통령 사후(死後), 1979년 11월 26일 당시의 국회에 여야동수(28명)로 국회의 '헌법개정심의특별위원회'[10]가 구성되고, 또 행정부도 '헌법연구반'활동을 바탕으로 1980년

져야한다는 방침 아래 그를 제4공화국헌법에 의거하여 통일주체국민회의에서 대통령으로 선출하되, 이에 의한 대통령은 임기를 채우지 않고 헌법을 개정하여 새 헌법에 의한 대통령선거를 또 다시 실시한다고 하여 본인이 통일주체국민회의에서 대통령으로 선출되었다. 결국 최규하 정부는 새로운 헌법(제5공화국 헌법)에 따른 정부수립 이전까지만 존속하는 과도정부에 불과하였다. 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 615쪽; 최규하 대통령은 스스로 이를 "위기관리정부"라고 하였다(최규하 제10대 대통령취임사, 1979.12.21.).

7) 갈봉근, 앞의 책, 270쪽.

8) 김영수, 앞의 책, 615쪽.

9) 김영수, 위의 책, 615쪽.

3월 14일에는 각계인사 69명으로 하는 정부의 '헌법개정심의위원회'를 구성하여 개헌작업을 진행시키는 등(개헌작업을 정부・국회 따로 진행함) 새 헌법질서를 모색하는 움직임은 여야를 초월한 하나의 범국민적인 일이었다.[11] 1980년 당시 정당・사회단체에서 제출한 헌법안으로는 공화당안・신민당안・6인 연구회안・대한변협안 등이 대표적이다. 공화당안은 1962년 헌법문안을 거의 그대로 옮겨 놓은 것[12] 이었으며, 신민당안은 1962년 헌법의 골격과 거의 유사[13]하였으며, 6인 연구회안은 1962년 헌법을 골격으로 하되, 기본권을 대폭 보강한 것[14]이었으며, 대한변협안 역시 1962년 헌법의 골격과 거의 유사[15]하였다. 1962년 제3공화국 헌법이 각계각층이 제시한 개헌안의 일반적인 개헌모

10) 국회는 헌법개정을 위하여 11.26. 여야 동수인 각 14인의 비율로 '헌법개정심의특별위원회'를 구성했다. '헌법개정심의특별위원회' 위원은 민주공화당의 김택수・남재희・박찬종 의원 등 7인, 유신정우회의 김세배・이경호・이도환 의원 등 7인, 신민당의 김수한・송원영・예춘호 의원 등 13인, 민주통일당의 김록영 의원 등으로 구성되었다. 1979.12.7. 제2차 위원회에서 1980.3.20.까지 여야 합의로 헌법 개정안을 마련하기로 의결하였다. '헌법개정심의특별위원회'는 1980.1.16.부터 1.29.까지 개헌을 위한 공청회를 개최하였다. 공청회의 주요 의제는 국민의 기본권 보장강화, 대통령 직선제, 국회의 권한강화 등이었다. 5.15.에는 국회 개헌안이 합의 작성되었다.

11) <http://contents.archives.go.kr/next/content/listSubjectDescription.do?id=001438&pageFlag=A>, 검색일 : 2016.4.22.

12) 법제처, 헌법심의자료, 각계개헌의견요약(79.12.6 - 80.3.10 현재), 법제처, 1980, 313쪽 : 보안처분의 폐지, 구속적부심제의 부활, 개별적 법률유보조항의 삭제, 환경권・행복추구권의 신설, 남녀평등권의 분리규정, 대통령중심제・국민직선제・4년1차중임제의 채택, 긴급조치권의 폐지, 긴급명령권・긴급재정처분권의 부여, 국민투표회부권・국회해산권의 폐지, 임기4년의 단원제 국회, 국무총리・국무위원에 대한 개별적 불신임의결권, 헌법위원회의 폐지, 대법원의 위헌법률심사권・정당해산권, 탄핵심판위원회의 신설 등을 주요 내용으로 하였다.

13) 법제처, 헌법심의자료, 각계개헌의견요약(79.12.6 - 80.3.10 현재), 법제처, 1980, 316쪽 : 구속적부심사제의 부활. 보안처분・연좌제의 폐지, 기본권(법률)유보 조항의 삭제, 사생활비밀의 보장, 언론・집회의 검열・허가제 부인, 단체행동권의 법률에의 위임, 환경권・환경보호의무의 신설, 대통령중심제・국민직선제・4년1차중임제(중임조항은 개정불가)의 채택, 대통령 긴급조치권의 폐지, 긴급명령권・긴급재정처분권의 부여, 국무회의를 심의기구에서 의결기구로 격상, 임기4년의 단원제국회, 국회의 국정감사권의 부활, 국회의 국무총리・국무위원에 대한 개별적 불신임결의권, 헌법위원회를 폐지하고, 대법원의 위헌법률심사권・정당해산권, 탄핵심판위원회의 신설 등을 주요 내용으로 하였다.

14) 법제처, 헌법심의자료, 각계개헌의견요약(79.12.6 - 80.3.10 현재), 법제처, 1980, 322쪽 : 대한민국 임시정부의 정통성 승계, 검찰・경찰 및 군의 정치적 중립성, 생명권・인격권・행동자유・행복추구권・알권리의 신설, 구속적부심제의 부활, 연좌제의 폐지, 비인도적 잔혹형의 금지, 교수의 자유・대학의 자치보장, 언론・출판・집회・결사의 허가제・검열제 금지, 18세 이상자 정치활동의 자유, 근로자의 경영참가권・이익균점권(인용자 주 : 이익균점권은 제1공화국헌법 당시에 있었으나, 헌법부속법률이 없어서 사실상 사문화(死文化) 되었던 조항임.), 보건권・환경권・헌법수호의무・저항권의 신설, 권력분산형 대통령제를 채택하되, 대통령국민직선제・6년 단임제의 채택, 임기 4년의 단원제국회, 국회의 정부불신임권(의원내각제적 요소 가미), 국정감사권의 부활 및 국정조사권의 신설, 법관선거인단의 대법원장・대법원판사 선출, 헌법재판소의 신설 등을 주요 내용으로 하였다. 6인 회안은 헌법재판소설치를 강조하고 있음이 다른 안과 비교하여 볼 때 특이하다.

15) 법제처, 위의 책, 331쪽 : 영장발부・집행시의 적법절차 규정, 구석적부심제의 부활, 보석범위의 확대, 국외이

델이 된 것은 아마도, 1962년 헌법이 대체적으로 미국헌법과 유사한 순수한 대통령제를 토대로 한 헌법이었기 때문인 것으로 보인다. 당시 각계의 여론조사 결과를 살펴보면 구속적부심제의 부활, 대통령제・대통령직선제・대통령임기 4년 1차중임제의 채택, 부통령직의 불설치, 임기4년의 단원제국회, 비례대표제의 채택, 국정감사권의 부활 등이 공통적으로 나타나는 다수의견으로 나타나고 있다. 그러나 1979년 12월 12일 군사쿠데타를 일으켜 세력을 장악한 전두환・노태우가 이끈 신군부[16] 세력은 1980년 5월 17일 24시를 기해 비상계엄을 전국으로 확대하고[17][18] 다음날부터 일어난 5・18 광주민주화운동을 비롯한 국민들의 민주화요구를 무력으로 진압하면서 개헌논의를 봉쇄하여 버렸다.[19] 1980년 5・17비상계엄과 함께 짧고도 긴 '서울의 봄'은 그 막을 내렸다.[20] 종전의

주의 자유 삽입, 근로자 단체행동권의 법률에의 위임, 건강권・환경권의 신설, 대통령제・국민직선제・4년 1차중임제의 채택, 대통령의 긴급조치권의 폐지, 긴급명령권・긴급재정처분권의 부여, 임기4년의 단원제국회, 국무총리・국무위원에 대한 개별적 불신임결의권, 국정조사권의 신설, 헌법위원회의 폐지, 대법원의 위헌심사권・계엄선포심사권・정당심사권, 탄핵심판소의 신설 등을 주요 내용으로 하였다.

16) 신군부란 1979년 10・26이후 1979년 12・12 군사쿠데타로 전면 등장하여 제5공화국 창출까지 주도적인 역할을 한 전두환 소장을 비롯한 노태우・정호용 등의 군부 내 하나회 세력, 하나회 후견세력 및 지지세력을 지칭한다. 이들은 1979.12.12. 군대를 동원하여 계엄사령관 정승화(鄭昇和)를 연행함으로써 군부의 실권을 장악하였다. 같은 시간에 전두환 합동수사본부장은 총리공관에 머물고 있던 최규하 대통령에게 정승화 총장 체포에 대한 재가를 요청하였지만 거절당했다. 이에 저녁 9시 30분경 유학성・황영시・차규헌・박희도 등과 함께 집단적으로 대통령을 찾아가 재차 정승화 총장의 체포 및 연행에 대한 재가를 강압적으로 요구하였지만 뜻을 이루지 못했다. 이 부분에 대해 대법원은 12.13. 새벽 5시 10분경 신군부세력의 주장대로 재가를 했다고 하더라도 이는 정승화 총장이 이미 체포되었고 또 신군부 세력이 군권을 장악한 이후 이루어진 것으로서 '사후승낙'에 불과하기 때문에 반란행위가 정당화될 수 없다고 판결하고 있다. 신군부 세력은 1980.5.17. 비상계엄 전국확대를 계기로 국가권력을 탈취함으로 긴 쿠데타 일정을 마무리하였다. 1980년 '서울의 봄'을 짓밟고 등장한 제5공화국의 뿌리는 여기서 시작되었다.

17) 이날 오후 5시 전두환 등은 신현확 국무총리를 찾아가 전군지휘관회의 서명을 제시하면서 계엄확대와 국회해산, 정치활동금지, 국보위설치 등을 요구하였다. 그러나 최규하 대통령은 헌정중단 불가론을 역설하여, 결국 비상계엄확대만(전국적)을 국무회의에서 결의하기로 하였다. 전국적인 비상계엄을 실시한 이유는 계엄법에는 전국적 비상계엄일 경우, 계엄사령관(전두환)이 내각을 거치지 않고 대통령과 직접 연결하여 국가의 행정, 사법업무를 관장하도록 되어 있다. 이는 신군부가 사실상 국가기능을 완전히 장악하고자 하였음을 의미한다. 이점에 있어서 박정희대통령 서거 후 1979.10.26. 제주도를 제외한 전국에 비상계엄을 선포한 것과 다르다.

18) 18일 새벽에는 계엄사가 포고령 10호를 발표, 정치활동 중지, 정치목적의 옥내 외 집회 및 시위금지, 모든 대학의 휴교를 명령했다. 이는 주요정치인 등에 대한 체포・연금・연행, 계엄군 병력의 국회점거와 국회의원의 등원 저지, 모든 정치 활동을 금지하는 내용의 계엄포고였다.

19) Naver <국가기록원>.

20) 이들은 전국에 비상계엄을 선포하여 국가원수비방금지・정치활동금지・대학휴교 등의 조치를 단행하고, 김종필 등 9인을 권력형 부정축재 혐의로, 김대중 등 7인을 학생・노조 조종혐의로 각각 연행하였다. 기왕의 개헌논의는 일체 중단되고 만다. 1980.5.18. 광주 일원의 학생・시민들이 계엄령 철폐와 민주주의 회복을 요구하며 시위를 일으키자, 신군부는 계엄군을 진입시켜 대규모의 살상을 자행한다(5・18광주민주화사건).

국회와 대한변호사협회안, 6인 학자안[21] 및 여성유권자연맹안, YMCA안, 대한교련의 개헌의견서[22] 등 사회단체 등의 개헌논의는 사라지고 정부만의 개헌작업이 진행되었다. 1980년 5월 31일 정부는 국가보위비상대책위원회령을 발령하여 국가보위비상대책위원회(국보위)[23] 를 설치하였는데 이 위원회는 사실상의 국가최고기관으로서 국정전반을 통제하였다. 1980년 8월 13일에는 가택연금 상태에 있던 신민당 총재 김영삼이 정계은퇴를 선언하고, 최규하 대통령이 1980년 8월 16일 학생시위, 광주민주화운동에 책임을 진다는 이유로 하야함으로써 국가보위비상대책위원회의 개헌 논의 등의 정치적 조정작업이 이루어졌다.[24][25]

권력을 장악한 신군부는 5.31. 국가보위비상대책위원회를 설치하여 본격적인 집권 준비작업에 착수하였고, 최규하 대통령이 1980.8.16. 학생시위, 광주민주화운동에 책임을 진다는 이유로 하야한 후, 8.27. 통일주체국민회의에서 보궐선거를 통하여 제11대 대통령으로 선출(통일주체국민회의 재적대의원 2,540명 중 2,525명(투표율 99.4%)이 출석한 가운데 2,524명의 찬성을 얻어 당선)된 전두환은, 10.17. 비상계엄을 해제하고, 이어 10.22. 국민투표로써 새로운 헌법을 가결·확정하게 된다(투표 95.5%, 찬성 91.6%).

21) 6인 학자는 김철수, 양호민, 양건, 임종률, 장을병, 한정일이다(갈봉근, 앞의 책, 286쪽 이하 참조); 6인 학자안의 내용과 평가는 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1992, 288쪽 이하 참조; 김철수, "바람직한 헌법개정의 내용", 크리스찬아카데미, 1980.1.

22) 갈봉근, 앞의 책, 279쪽.

23) 국가보위비상대책위원회 : 대통령이 비상업무를 지휘, 감독하고 내각과 계엄군당국 간의 협조체계를 강화하여 대통령 자문보좌기관의 역할을 하기 위하여 대통령 최규하를 의장으로 주요 행정각료 10명과 군장성 14명 등 24명으로 구성하고, 위원회가 위임한 사항을 심의·조정하기 위한 상임위원회를 두었다(상임위원장 전두환; 당시 보안사령관 겸 중앙정보부장서리). 상임위원회는 13개 분과위원회를 설치하고 국정 전반에 걸쳐 통제기능을 하는 등 제반 업무를 분담하였다. [네이버 지식백과] 국가보위비상대책위원회 [國家保衛非常對策委員會] (두산백과). 국가보위비상대책위원회(국보위)는 그 모델이 1961년 5·16 군사쿠테타 직후의 국가재건최고회의였으며, 소위 '정치쇄신', '공무원 숙정', '사회정화'등의 명분아래 정치·사회적 반대세력 및 기존의 정치 기득권 세력에 대한 인적쇄신을 추진한 위원회 성격의 '준군정기관'이었으며 신군부세력이 새로운 정권을 창출하기 위한 '예비정부'였다. 국보위는 5.27. 국무회의에서 의결, 대통령의 재가를 얻어 설치된 것으로 계엄법 제9조·제11조·제12조 및 동법 시행령 제7조, 정부조직법 제5조에 근거하여 설립되었다. 위에서 살펴본바와 같이 국보위는 상임위원회를 설치하고 전두환 위원을 상임 위원장으로 임명하였는데, 그 임무는 비상계엄 하에서 국가를 보위하기 위한 국책 사항을 심의 의결하여 대통령의 자문에 응하거나 대통령을 보좌하며 행정과 사법 전반에 걸친 업무를 지휘·감독·통제·조정하는 것이었다. 전두환 상임위원장의 지휘 아래 국보위는 안보태세 강화, 경제 난국 타개, 정치발전, 사회악 일소를 통한 국가 기강 확립 등 4대 기본 목표를 실현하고자 하였으며, 국보위는 권력형 부정 축재자들의 재산을 국가에 자진 헌납토록 하고 공직에서 물러나게 했으며, 공직자의 숙정 작업, 과열 과외를 금지한 7·30 교육 개혁, 사회악 사범의 검거 등의 조치를 단행하였다. 국보위는 국가보위입법회의의 출범과 함께 해체 되었다.

24) 최규하 대통령의 사임에 따라 8.21. 전군지휘관회의에서 전두환을 만장일치로 대통령에 추대했으며, 통일주체국민회의는 1980.8.27. 서울 장충체육관에서 제7차 회의를 열고 제11대 대통령보궐선거를 실시하였다. 선거방식은 제8대~제10대 대통령선거 때와 마찬가지로 유신헌법에 의거해 국민의 직접선거로 선출된 통일주체국민회의 대의원들이 대통령을 선출하는 간접선거 방식을 그대로 적용하였다. 선거 결과 국가보위비상대책위원회 상임위원장을 지낸 신군부 출신의 전두환이 단독후보로 출마해 통일주체국민회의 재적대의원 2,540명

1.3 국회 및 사회단체의 개헌활동 봉쇄 및 정부만의 헌법개정심의위원회의 존속 – 제5공화국의 출범

위에서 언급한바와 같이 정부는 유신헌법 제24조 제1항의 규정에 의해 대통령이 제안하는 형식의 헌법개정안을 작성하여 대통령에게 보고하기 위하여 발 빠른 행동에 들어갔다. 정부는 1980년 1월 18일 헌법개정안의 대통령 발의 방침을 발표하고, 1월 20일 법제처에 '헌법연구반'을 설치하였다. '헌법연구반'은 전문 및 총강, 정부형태 및 대통령, 기본권 및 사법권, 경제 등 4개 분과로 구성하였다. 정부는 '헌법연구반' 활동을 토대로 헌법개정심의위원회 규정에 의거, 1980년 3월 14일 각계인사 69명과 전문위원으로 '헌법개정심의위원회'를 구성하여 개헌작업을 진행했다. 심의위원들간의 대체토론 후(1980년 4월 28일부터 5월 9일까지), 5월 16일에는 '요강작성(13인)소위원회'를 구성하고, 이 '요강작성 13인 소위원회(헌법심의원원회소위원회/요강작성소위원회)'에서 요강안(要綱案)을 작성하여 전체회의를 개최(1980년 5월 17일부터 9월 5일까지)하고, 전문(前文)과 본문 131개 항목에 걸친 헌법개정요강안을 작성하였다.[26] 그 후 1980년 9월 6일 제9차 회의에서 요강안 조정과 병행하여 헌법개정시안작성 6인 소위원회가 요강에 대한 자구수정 등 조문화를 거쳐 작성한 요강안을 보고 받고, 9월 8일 제10차 회의에서 10인 위원으로부터 들은 의견을 바탕으로 이를 조정한 후, 9월 9일 신현확 총리가 주재한 제11차 회의에서 헌법개정심의위원회는 심의위원회안을 헌법개정안으로 확정짓고, 이를 헌법개정심의위원장(신현확)이 전두환 대통령에게 9월 12일에 보고하였다.[27] 이러한 과정을 거쳐 헌법개정안은 부칙(附則)과 함께 9월 26일 국무회의에서 정부안으로 의결되었다. 이어 대통령은 이 개정안을 1980년 9월 27일 국민투표에 회부・공고하고, 동년 10월 22일 국민투표 실시로 유권자 95.5%의 투표와 투표자 91.6% 찬성[28]에 의한 제5공화국 헌법을 10월 25일 확정하였고(제8차 개헌), 10월 27일 공포되어 그날부터 발효(시행)되었다.[29]

중 2,525명(투표율 99.4%)이 출석한 가운데 2,524명의 찬성을 얻어 당선되었다. 투표는 무기명 비밀투표 방식을 취하였고, 1980.9.1. 제11대 대통령으로 취임하였는데, 이 선거가 유신헌법 제4공화국의 마지막 대통령 선거였다(제11대 대통령 전두환 정권/1980.9-1981.3). [네이버 지식백과] 제11대 대통령선거 (두산백과).

25) Naver <국가기록원>.

26) 1980년 '5・17조치'로 인해서 국회를 비롯한 모든 재야의 개헌활동이 정지된 강운데 개헌작업은 정부의 '헌법개정심의위원회'가 맡게 되었고 실질적으로는 그 '요강작성소위원회'가 주도했다.

27) 갈봉근, 앞의 책, 282쪽.

28) 10.22. 국민투표에서 총유권자 20,373,869명 중 19,453,926명이 투표하여 91.6%인 17,829,354표의 찬성으로 확정되었다. Naver <국가기록원>.

이로써 국회의원의 임기는 종료되었고(부칙 제5조 제1항 : 이 헌법시행 당시의 국회의원의 임기는 이 헌법시행과 동시에 종료된다.), 또 정당이 해산되었으며(부칙 제7조 : 새로운 정치질서의 확립을 위하여 이 헌법시행과 동시에 이 헌법시행 당시의 정당은 당연히 해산된다.), 통일주체국민회의는 폐지되고 그 대의원의 임기도 종료되었다. 국회도 해산되었다. 그리고 새 헌법에 의한 새로운 국회가 구성될 때까지 국회의 권한을 대행할 '국가보위입법회의'[30]가 1980년 10월 29일 전두환 대통령이 임명한 81명의 의원으로 구성되어 제5공화국헌법의 각종 부속법률에 대한 입법활동을 펼쳤다. 국가보위입법회의는 5·18 군사쿠데타 직후인 1980년 5월 31일 설치되어 신군부의 권력찬탈을 주도한 국가보위비상대책위원회의 후신으로서 그 위원들은 모두 제5공화국 대통령인 전두환이 임명한 이들로 구성되었고, 쿠데타 포고령이나 마찬가지인 입법회의의 법률들이 국가의 최상위 규범으로 군림하고 헌법이 최고규범성을 상실하였다는 점에서 제5공화국에는 정상적 의미에서의 헌정질서가 존재하였다고 보기는 어렵다. 아무튼 새 헌법의 발효와 새 헌법부칙에 따른 국가보위입법회의 활동 등으로 헌법부속법령의 정비를 마친[31] 전두환 대통령(이때는 제11대 대통령이었음)은 1981년 1월 25일에는 비상계엄을 해제했다. 2월 11일에는 대통령선거인단(5271명)이 선출되고 곧 이어 2월 25일에 있은 대통령 선거에서는 대통령선거인단 4755(90.24%)명의 지지를 얻은 민주정의당의 전두환 대통령 후보가 제5공화국의 새 대통령(제12대)으로 당선되어 1981년 3월 3일 제12대 대통령직에 취임했다(제4공화국 유신헌법상[유신헌법말기에는 제10대 최규하), 제11대 전두환 대통령이 있었다]의 제11대 대통령이었던 전두환이 또다시 새롭게 시작하는 제5공화국의 제12대 대통령으로 당선). 또 1981년 3월 25일에는 국회의원총선거를 실시하여 276명의 새 국회의원을 지역구와 비례대표제에 의해서 선출하고[32] 새 국회가 1981년 4월 11일

29) Naver <국가기록원>.

30) 1980.10.27. 공포된 제5공화국 헌법의 부칙에 따라 11대 국회가 구성될 때까지 국회의 권한을 대행하기 위해 10.29. 발족한 과도입법기구이다. 제5공화국 정권의 통치기반 구축을 위한 118건의 법률안과 동의안을 처리한 국가보위입법회의는 1981.4.10. 새 국회의 개원을 앞두고 150일 만에 해산되었으나, 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행해진 재판 등은 헌법부칙에 의해 그 효력이 지속되었을 뿐만 아니라 제소하거나 이의를 제기할 수 없도록 규정되었다. [네이버 지식백과] 국가보위입법회의(한국근현대사사전, 2005.9.10, 가람기획).

31) 국가보위입법회의는 다섯 달 동안 헌법부속법률뿐 아니라 무려 189건의 법률안을 처리하였는데, 이 때 만들어진 많은 법률들이 그 후 인권을 탄압하는 법적근거가 되어 지탄의 대상이 되었다. 국가보안법을 비롯해서 이미 개정내지 폐지된 언론기본법, 집회 및 시위에 관한 법률, 사회보호법 등이 그 대표적인 예이다.

32) 국회의원총선거는 92개 지역구에서 1구 2인 다수대표선거제에 따라 184명, 전국구비례대표선거제에 따라 92명 등 모두 276명을 뽑는데, 지역구에서 제일 많은 당선자를 낸 제1당이 전국구의석의 2/3를 차지했다.

처음 집회함으로써 제5공화국이 정식으로 출범하게 되었다.

2. 개정헌법의 내용 및 문제점

2.1 헌법전문・총강

주요 개정내용은 헌법전문에서 제4공화국 유신헌법의 4・19의거와 5・16혁명 이념계승을 삭제, 3・1운동정신의 계승만을 천명하고 제5공화국 출범을 명기(제5민주공화국의 출발에 즈음하여 …)하였다. 제8차 헌법개정은 전문에서 제5공화국의 출범임을 강조하고 있어 공화국의 명칭에 관하여 그동안에 있었던 학설상의 대립(제3공화국이냐, 제4공화국이냐 등의 논쟁)을 입법론적(법적 개념)으로 해결한 것이다.[33] 헌법전문에는 국민주권주의, 민족주의의 지향과 함께, 정의로운 복지사회의 실현, 조국의 평화적 통일[34]과 국제평화주의의 추구 등을 명시하였고, 새로운 헌법질서(Verfassungsordnung)로서 자유민주적 기본질서(Freiheitliche Demokratische Grundordnung)의 확립 등을 규정하였다. 다만 현재의 대한민국은 상해임시정부의 정통성을 계승했다고 하였어야만 해외에 있는 동포나 북한영역에 대하여 그 지배권을 강조할 수 있었을 것이고 평화적 통일에의 명분도 강화 될 수 있을 것이다. 이러한 점에서 상해임시정부의 정통성을 이어 받아 대한민국이 성립됐음을 강조해야 하였다. 또한 제5공화국 헌법은 민주복지국가를 향한 국가적 이상과 목표가 실천가능 하도록 제도적으로 보장하였는바, 제1장 총강에서 재외국민보호 (제2조 제2항)・ 국가의 정당보조금지급 조항을 신설하였다(제7조 제3항). 정당보조금제도의 문제점은 선거자금(선거보조금) 이외에, 정당운영자금(경상보조금)까지 지급하도록 한 것인데, 이러한 정당운영자금의 국고보조조항을 헌법에 규정한 것은 "… 국민이 납부한 세금으로 … 선거자금(선거보조금) 지원이 아닌 정당운영자금을 지원하는 것은 위헌이라는 독일연방헌법재판소의 결정"을 참작하여 우리나라는 이를 헌법에 규정함으로써 하위법률규정에 의한 '위헌논쟁(Verfassungsdiskussion)'문제를 헌법적으

그 결과 의석분포는 민정당 151석, 민한당 81석, 국민당 25석, 기타 19석이었다.

33) 헌법전문에 제5공화국임을 명시하여, 제5공화국의 개념은 역사적 개념이 아닌 법적 개념이 되었다(한태연 외, 한국헌법사(상), 한국정신문화연구원, 1988, 129쪽).

34) 헌법 전문에서 '평화애호의 전통'과 '조국의 평화적 통일'을 강조하고 있었으며, 헌법 제4조에서 국제평화유지의 의무를 규정했고, 대통령의 평화통일의무를 규정하여 평화통일원칙을 선언하고 있었다. 또 비효율적이던 통일주체국민회의제도를 없애고, 새로이 '평화통일정책자문회의' 를 두어(제68조) 평화통일의 실현을 다짐하고 있었다(김철수, 헌법개정 과거와 미래, 진원사, 2008, 180쪽).

로 해결한 것으로 보여진다(독일연방헌법재판소의 그러한 위헌판례는 미처 알지 못했다는 주장도 있다). 국가는 전통문화[35]의 계승・발전과 민족문화[36]의 창달을 위하여 노력할 의무를 규정하였다(제8조). 전통문화의 계승 및 민족문화가 창달이 되지 않으면 국제경쟁사회에서 살아남을 수 있는 독창적인 경쟁력(이를 한류[韓流]라고 표현할 수도 있을 것이다)이 나오기 어렵기 때문이다. 헌법전문에 "자유민주적 기본질서를 더욱 확고히"한다고 하고, 헌법 제1조 제1항은 "대한민국은 민주공화국이다"고하여 민주공화국에 있어서의 '민주라는 개념은 자유민주주의를 의미'하며, 자유민주주의에 입각한 공화국임을 강조하고 있다. 따라서 헌법 제1조 제1항의 "대한민국은 민주공화국이다"의 의미는 "대한민국은 자유민주공화국이다"의 의미인 것이다. 이것은 우리나라가 권력분립주의와 법치주의를 근거로 한 민주국가이며, 군주제도를 두지 않는 국민주권 국가(공화국가)임을 강조한 것이다.[37] 또한 국민주권주의와 관련하여 "우리 대한국민"이 "헌법을 제정하고, 개정했음"을 명시하여 국민이 헌법제정권자(Verfassunggebende Gewalt; Pouvoir Constituant)이며, 헌법개정권자(Verfassungsändernde Gewalt; Pouvoir Constitué)임을 명시하고 있다.[38] 또 제1조 제2항에서 "대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민

35) 전통문화는 전통법문화도 포함된다. 조선왕조의 500여 년 간의 법문화는, 조선경국전(1394년)・경국대전(1485년)・속대전(1746년)・대전통편(1785년)・대전회통(1865년)등과 같은 법전 이외에도 흥법14조, 대한국국제9개조를 비롯한 40여종의 법전을 편찬하여 유교주의(Konfuzianismus)에 입각한 법치국가적 법문화의 전통을 가지고 있다. 따라서 오늘날의 정치・경제・사회・문화적 측면에서의 민주주의적 가치관이나 자유민주적 기본질서(Freiheitliche Demokratische Grundordnung)에 위배되지 않는 전통법문화는 이를 계승・발전시킬 필요가 있음은 당연하다.

36) 민족주의에 입각한 문화국가를 건설하고자 하였다. 대통령의 취임선서에서도 "민족문화의 발전"을 위하여 대통령의 책임을 다할 것을 선서하고 있어 민족주의 색채를 강하게 나타내고 있었다.

37) 오늘날에는 "민주공화국이다"라는 의미는 그것이 헌정사적 의미는 있을지언정 오늘날 '민주주의' 혹은 '공화국'이라는 명칭을 사용하지 않는 나라가 없기 때문에 사실상 헌법상 별다른 의의는 없다(북한도 민주주의 인민공화국이라는 명칭을 사용하고 있다). 형식적인 군주국가는 존재할지언정 종래와 같은 군주주권국가는 더 이상 찾아보기 어려울 뿐만 아니라, 이런 형태의 국가가 소생할 전망도 없는 것이 오늘날의 현실이므로 공화국 역시 민주국과 마찬가지로 현실적 의미를 거의 상실하였다. 독일의 경우 1919년 바이마르 헌법 제1조에 "독일은 공화국이다"라고 - 자랑스럽게 - 규정하였으나, 오늘날 독일연방헌법은 - 저만치 멀리 떨어진 - 제20조 제1항에서 "독일연방공화국은 민주적・사회적 연방국가다(Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.)."라고 하여 헌법국가의 기본원리로서 - 다른 여러 가지 원리들과 함께 - 공화국원리를 채택하고 있다는 것을 선언하고 있는 정도에 그치고 있다.

38) 헌법재판소 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정【국회의원선거법 제33조 제34조의 위헌심판제청】헌법 제1조는 '대한민국은 민주공화국이다', '대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다'라고 하여 국민적 합의로 국가권력을 조직하고 그 국민의 기본권을 최대한으로 보장한다(헌법 제10조)는 국민주권론의 원칙을 채택하여 국민에게 선언하고, 헌법전문은 각인의 기회를 균등히 보장하고 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하는 헌법을 국민이 제정하고 그 헌법을 국민투표에 의하여 개정한다고 밝히고 있다. 헌법은

으로부터 나온다."고하여 국민주권주의, 주권재민의 원칙을 선언하고 있다. 전반적으로 보아 제5공화국 헌법의 총강규정은 구헌법의 총강의 보완에 치중한 감이 있으며, 민족적 문화국가에의 길을 모색하고 있는 것이 특색이었다. 다만 모든 국민에게 헌법수호의 의무를 부과하며, 국민은 헌법침해적인 사실을 안 경우에는 고발할 의무를 부과하고(예컨대 헌법수호법[Verfassungsschutzgesetz]의 제정), 국가공권력으로부터 헌법침해적 사실이 있는 경우, 다른 구제방법이 없는 경우에는 저항권(Widerstandsrecht)을 행사할 권리와 의무가 있다는 것을 두었어야 한다.[39]

2.2 기본권

유신헌법 하에서는 기본권의 법적 성격에 대하여 기본적으로 실정권설의 입장이 지배했었지만,[40] 제5공화국 헌법에서는 이를 다시 천부적 자연법상의 권리인 자연권으로

국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다.

39) 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1992, 271쪽.

40) 대부분의 개별적 기본권 규정마다 법률유보를 두고(헌법조문에 "법률에 의하지 아니하고는(이는 행정권의 침해로부터 보호하기 위한 것(갈봉근)이라고 하지만, 결국 "법률에 의하면~(제한) 할 수 있다"는 의미이므로 법(률)실증주의(법률만능사상)에 빠질 우려가 크다. 갈봉근 교수는 개별적 법률유보는 행정권에 대한 방어적 권리이고 일반적 법률유보는 입법권에 대한 방어적 권리라고 한다(갈봉근, 유신헌법론, 한국헌법학회출판부, 1976, 433쪽)"이라는 부분을 대폭 첨가함으로써, 개별적 법률유보조항을 대폭추가[법률에 의하지 아니하고는 제한 받지 아니한다는 것은 결국 법률에 의하면 제한할 수 있다는 의미이기 때문에 기본권보장이 축소된다]) 하였고(제3공화국 헌법상의 기본권보장 및 제한에 있어서는 개별적 법률유보(제10조, 제20조) 이외에는 제32조 제2항(일반적 법률유보)에 의해서만 제한이 가능했다. 따라서 통신의 자유나 거주이전의 자유에 있어서와 같이 개별적 법률유보 규정이 없는 기본권에 대해서는 일반적 법률유보(제32조 제2항)에 의하여만 그것을 제한할 수 있었다. 일반적 법률유보에 의한 기본권제한은 개별적 법률유보에 의한 제한보다 까다롭고 따라서 기본권보장의 폭이 넓다고 할 수 있다(일반적 법률유보에 의한 기본권 '제한규정'이 아니고, '제한의 한계규정'이기 때문이다), 임의성 없는 자백에 대한 증거능력제한 규정을 삭제, 구속적부심사제도 폐지, 기본권의 본질적 내용의 침해금지조항을 삭제(제32조 제2항)하였다(갈봉근 교수는 "기본권의 본질적 내용을 삭제한 이유는, 이 내용은 서독헌법을 그대로 모방한 것인데, 독일에서도 기본권의 본질적 내용이 무엇인가는 다툼이 있고, 이 규정은 법률로서 심하게 제한해서는 안된다는 정도로 해석되므로, 이 규정은 '있으나 마나'한 규정이므로 없애 버렸다"고 한다(갈봉근, 위의 책, 433쪽). 그러나 기본권의 본질적 내용 침해금지는 과잉금지의 원칙(Übermaßverbot)을 실제로 적용하여 기본권보장에 만전을 기할 수 있는 있는 것이기 때문에 '있으나마나'한 것이 아니라 대단히 중요하다.). 이외에도 일반적 법률유보에 의한 기본권제한(기본권제한의 한계) 사유로서 국가안전보장을 추가(제1-제3공화국 헌법에서는 제한사유로 '질서유지'와 '공공복리'만을 규정)하여, 국민의 자유와 권리를 제한하는 법률의 제정은 '국가안전보장', '질서유지' 또는 '공공복리'를 위하여 필요한 경우에 한한다(제32조 제2항)고 제한조건을 확대하였다(일반적 법률유보에 의한 기본권제한은 예시규정이

규정(인정)하고 있는바, 국민의 권리와 의무에서 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인(제9조)하고 - 기본권의 불가침성 - 이를 보장할 의무를 지며, 국민의 자유와 권리는 이 헌법에 열거하지 아니한 이유로 경시되지 아니한다(제35조 제1항), 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다(제35조 제2항)는 규정 및 개별적 법률유보조항의 폐지 등은 국민의 기본권이 자연권임을 반영[41][42]하고 있는 것이다(제4공화국 유신헌법은 기본권을 실정권으로 규정하였다).[43] 국가의 의무와 책임을 강화하되, 국민의 기본적 권리를 대폭 확대(거주・이전의 자유[제13조], 직업선택의 자유[제14조], 통신의 불가침[제17조]에 관해서는 기본권의 개별적 법률유보조항 삭제하여 기본권보장을 강화하였고, 연좌제 폐지・환경권・행복추구권을 신설)하여 인권보호를 기하였고, 양성(兩性)평등조항 신설(제10조 제1항)하였다. 특히 제9조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 … 그리고 헌법 제37조 제2항에 기본권의 본질적 내용침해금지를 규정하여 기본권의 불가침성에 관한 조항을 신설하였다. 인간으로서의 존엄권과 가치를 규정한 것은 입법방침규정 혹은 기본원리를 선언하는 것에 불과하다는 종래의 학설대립을 입법적으로 해결한 것이다(인격권). 특히 인간으로서의 존엄과 가치는 기본권(인격권)으로서 국가권력을 구속하는 기본권(주기본권; 포괄적 기본권)으로 보장한 것이다. 또한 제5공화국 헌법은 포괄적 기본권으로서 인간의 존엄과 가치이외에 행복추구권[44]도 규

아니고 열거규정으로 보아야 한다. 왜냐하면 이는 단순히 제한규정이 아닌 제한의 한계규정이기 때문이다(목적상의 한계・형식상의 한계・내용상의 한계・방법상의 한계). 제한 가능한 목적조건을 추가하는 것은 결국 기본권제한 가능성이 확대되어지는 것을 의미한다). 또한 노동기본권 가운데에도 특히 단체행동권에 대한 특별한 제한・금지 규정(제29조 제3항)을 두었다. 그러나 대통령 비상대권(비상조치권)으로 불리우는 긴급조치권을 통한 '자유와 권리의 잠정적 정지(제53조 제2항)'가 가장 큰 기본권 배제장치였고, 유신헌정사에 있어서도 정치통제의 가장 주된 무기로 사용되었다(김영수, 앞의 책, 563쪽).

41) 양건, "한국헌법 III -제4공화국 및 제5공화국 헌법사의 개관, 1972-1988- ", 공법연구 제17집, 한국공법학회, 1989, 131쪽.

42) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정【형법 제250조 등 위헌소원】인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다(동지의 판례 : 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌바81 결정【민법 제3조 등 위헌소원 (제762조)】).

43) 갈봉근, 앞의 책, 375쪽.

44) 행복추구권의 개념은 로크(Locke)의 '시민정치론(1689)에서 연유한다. 로크는 천부의 자연권으로서 생명, 자유 및 재산권 등을 언급하였다. 이러한 사상은 1776년의 미국독립선언(버니지아주)에서 계승되었는바, '… 모든 인간은 평등하게 창조되었고, 조물주에 의하여 불가양의 권리가 부여되었으며, 그 가운데는 생명, 자유 및 행복의 추구가 포함되어 있다고 확신한다.'라고 하였다. 이러한 인간의 불가양의 권리로서 행복추구의 권리는 제2차 대전 후에 제정된 일본국 헌법에서 확인되어 일본국 헌법 제13조는 '모든 국민은 개인으로서

정하고(제9조 제1문)있다. 이것은 주기본권(포괄적 기본권)으로서 모든 기본권의 근원이 되는 것이며, 여기에서부터 평등권과 자유권, 생존권, 청구권, 참정권 등이 파생적 기본권으로서 구체화・개별화되는 것이다. 그리고 헌법 제37조 제2항의 기본권의 본질적 내용 침해금지의 구성요소가 되는 것이다. 그러나 인간의 존엄권의 내용도 보다 상세하게 규정하여 행복추구권 이외에도 생명권・일반적 인격권・일반적 행동자유권 등을 현대적 기본권을 확충하고 이를 명문화 했어야 한다. 또한 알 권리, 읽을 권리, 들을 권리를 규정함으로써 보다 폭넓은 인격형성을 가능케 해야 하였으며, 이에 따른 일반적 인격권, 명예권, 성명권, 초상권 등도 헌법에 명문으로 보장하였어야 할 것이다. 뿐만 아니라 인간의 기본권을 국가권력이외에도 사회단체 또는 개인에 의한 기본권침해가 문제되기 때문에 "모든 국가기관과 사회단체 및 개인은 이러한 권리들을 침해하여서는 안된다."는 것을 강조함으로서 기본권의 대사인적 효력(Drittwirkung)도 헌법상 명문으로 두는 것이 바람직했을 것이다. 제5공화국 헌법은 근대형법의 기본원리인 개인책임주의 원칙(자기책임의 원칙)에 따라 연좌제를 폐지하여(제12조 제3항) 인권보호를 기하였다. 구속적부심사제를 부활하되 법률유보조항을 두었고(제11조 제5항),[45] 임의성 없는 자백의 증거

존중된다. 생명・자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 관하여는 공공의 복지에 반하지 아니하는 한 입법 그밖에 국정에서 최대의 존중을 필요로 한다.' 라고 규정하였다. <https://namu.wiki/>, 검색어 : 일본국헌법, 검색일 : 2016.4.27.

45) 구속적부심사청구는 변호사를 통해서하는 것이 일반적이므로, 경제적 약자를 위하여 누구나 할 수 있도록 어레인먼트(arraigment)제도를 도입하는 것이 바람직하다(김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1992, 282쪽). [어레인먼트(arraignment : 기소사실인부(認否)절차)] (정의) : 영미법상의 기소사실인부(認否)절차를 말한다. 공소장 낭독에 이어 피고인에게 기소사실에 대한 인부(認否)를 구하는 절차이다. 사건의 경중을 불문하고 모든 사건에 적용되며, 증거조사절차가 생략되고, 법관에 의한 형의 양정의 절차만이 이루어진다. 우리나라에서 이 제도는 채용되고 있지 않으나, 유사한 것으로는 간이공판절차(형사소송법 제286조의2 : 피고인이 공판정에서 공소사실에 대하여 자백한 때에는 법원은 그 공소사실에 한하여 간이공판절차에 의하여 심판할 것을 결정할 수 있다)를 들 수 있다. 승인하느냐 않느냐는 피고인의 자유인데, 피고인이 유죄의 답변(plea of guilty)을 하면 배심에 의한 유죄평결(有罪評決)과 같은 효력을 발생시킨다. 이와 같이 어레인먼트는 공판정에서 피고인에 대하여 기소사실에 관하여 유죄 또는 무죄의 답변을 구하는 절차로서 영미법이 채택하고 있는 것이다. 만일 피고인이 유죄의 답변을 한 경우에는 그것만으로써 배심의 유죄판결이 내린 것과 같은 효력이 인정되어, 증거조사를 행함이 없이 판결에 의하여 형을 선고할 수 있다. 무죄의 답변, 즉 공소장 기재의 사실을 부인한 경우에는 통상의 절차에 따라서 기소사실에 관한 증거조사가 행하여진다. 미국에서는 형사사건의 약 85%가 이 어레인먼트(arraignment : 비난, 힐난, 문책)제도로서 해결되고 있으나, 우리나라에서 이 제도를 채용하는 것은 민사소송의 청구의 인낙(認諾 : Klaganerkenntnis)과 같은 제도를 도입하는 것이 되어 형사소송의 본질에 반하게 될 염려가 있고(현암사 <http://www.hyeonamsa.com/>), 우리 형사소송법은 '피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다(형사소송법 제310조[불이익한 자백의 증거능력] 피고인의 자백이 그 피고인에게 불이익한 유일의 증거인 때에는 이를 유죄의 증거로 하지 못한다.)' 고 하여 이 제도를 명문으로 부인하고 있다<http://my.g4c.go.kr/…>. 우리나라의 경우 재판실무자간에는 소송

능력제한(제11조 제6항) 및 형사피고인의 무죄추정권(제26조 제4항)을 인정하였다. 무죄추정권은 1789년의 프랑스 인권선언에서 정해져 있고, 또 근대 형사법의 원칙이기도 하다.[46] 사생활의 비밀・보호(제16조)[47]와 언론・출판의 자유는 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 못하도록 명시하여 언론・출판의 사회적 책임(제20조 제2항)을 신설하였고, 언론・출판의 사회적 책임을 강조하여 타인의 권리, 공중도덕이나 사회윤리를 침해하지 못하도록 하여, '기본권의 내재적 한계(immanente Schranken)'를 명문화하였다.[48] '알권리' 및 정보접근권, 신문의 자유의 구성요소로서 편집권의 자주성도 활발히 거론되었으나, 언론출판과 집회결사의 자유의 보장과 그 한계로서 권리나 명예 또는 공중도덕이나 사회윤리의 침해금지 규정을 부활시키는데 그쳤다. 평생교육 등이 규정되었으며, 재산권보장규정이 변경되었고,[49] 형사보상청구권에서는 유신헌법상의 '… 보상을 청구할 수 있다.'라는 규정을 '… 정당한 보상을 청구할 수 있다'고 개정함으로써 정당보상청구권을 인정하였다.[50] 국가배상청구권을 직접적

의 능률화를 도모하기 위하여 이 제도를 채용하려는 요구가 점차 고조되고 있다.

46) 한상범, "제5공화국 헌법의 특색", 고시계, 고시계사, 1981.2, 17-18쪽.

47) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다31628 판결【사생활침해행위금지등】개인의 사생활과 관련된 사항의 공개가 사생활의 비밀을 침해하는 것이더라도, 사생활과 관련된 사항이 공공의 이해와 관련되어 공중의 정당한 관심의 대상이 되는 사항에 해당하고, 공개가 공공의 이익을 위한 것이며, 표현내용・방법 등이 부당한 것이 아닌 경우에는 위법성이 조각될 수 있다. 초상권이나 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 행위를 둘러싸고 서로 다른 두 방향의 이익이 충돌하는 경우에는 구체적 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량을 통하여 침해행위의 최종적인 위법성이 가려진다. 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있다. 그리고 일단 권리의 보호영역을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 아니하다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다.

48) 갈봉근, 앞의 책, 375쪽.

49) 제4공화국 유신헌법 제20조 제3항은 재산권의 제한과 보상에 관하여 "공공필요에 의한 재산권의 수용・사용 또는 제한 및 그 보상의 기준과 방법은 법률로 정한다."라고 규정하였으나, 제5공화국 헌법 제22조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용・사용 또는 제한은 법률로써 하되, 보상을 지급하여야 한다. 보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량 하여 법률로 정한다."고 하여 이익형량의 원칙을 채택하고 있다. 이 경우 이익형량의 원칙에 따라 보상액수를 구체적으로 정하는 것은 법원에서 최종적으로 그 타당성과 함께 심사・확정한다. 만일 이 규정대로 법률에서 보상의 구체적인 액수를 세부적으로 일일이 이익형량의 원칙을 따라서 정하는지, 아니면 그 원칙에 따라 보상기준을 정하는지 문제다. 아마도 후자의 경우를 예정하고 있는 것이라고 생각된다.

50) 대법원 2013. 4. 18. 결정 2011초기689【형사보상】(긴급조치 형사보상청구 사건) : 피고인에 대한 공소사실에 적용할 법령이자 면소판결의 전제가 된 긴급조치 제9호는 헌법에 위배되어 당초부터 무효라 할 것이고, 이와 같이 위헌・무효인 긴급조치 제9호를 적용하여 공소가 제기된 경우에는 형사소송법 제325조 전단의

효력규정으로 하였고(군인・군속등은 제외),[51] 노동자의 적정임금의 보장(제30조 제1항), 노동운동으로서 단체행동 등을 제한하는 업체로서 '방위산업체'를 제31조 제3항에서 추가하고 있고, 종전에 학설에 의하여 주장되었던 환경권을 신설(제33조)하였다. 이리하여 사권으로서 환경상의 권익의 주장은 헌법적인 근거로 뒷받침을 받게 되었다.

2.3 권력구조

2.3.1 국회

입법권의 주체인 국회는 단원제이지만, 200인 이상으로 구성하고(제77조 제2항) 사표(死票)방지의 목적으로 비례대표제(제77조 제3항 : 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.[52])를 가미하여 국회의원의 일부를 비례대표제로 선출하고 있다(의석수를 기준으로 가중치가 부여되는 왜곡된 비례대표제로써 제1당의 우위가 제도적으로 보장되었다.[53]). 국회의원의 임기도 제4공화국의 유신헌법과는 달리

'피고사건이 범죄로 되지 아니한 때'에 해당하므로 법원은 무죄를 선고하였어야 할 것이다(위에서 본 대법원 2010도5986 전원합의체 판결 참조). 그런데 피고인이 면소판결을 받은 경위 및 그 이유, 이 사건 원판결 당시 법원이 긴급조치 제9호에 대한 사법심사를 자제하는 바람에 그 위반죄로 기소된 사람으로서는 재판절차에서 긴급조치 제9호의 위헌성을 다툴 수 없었던 사정, 그리고 앞서 본 긴급조치 제9호의 효력, 폐지된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌・무효인 경우 법원이 취할 조치 등을 종합하여 보면, 이 사건 결정에서 긴급조치 제9호의 위헌・무효를 선언함으로써 비로소 면소의 재판을 할 만한 사유가 없었더라면 무죄재판을 받을 만한 현저한 사유가 피고인에게 생겼다고 할 것이다. 따라서 피고인의 재산상속인인 청구인은 법 제26조 제1항 제1호, 제3조 제1항, 제11조를 근거로 국가를 상대로 긴급조치 제9호 위반으로 인하여 피고인이 구금을 당한 데 대한 보상을 청구할 수 있다.

51) 갈봉근, 앞의 책, 284쪽.

52) 이 헌법규정에 의거하여 새 헌법이 통과된 후부터 새 국회가 구성되기 전까지 국호의 권한을 대행하던 국가보위입법회의(1980.10.29. 발족한 과도입법기구로서, 1981.4.10. 새국회(제11대)의 개원 이전까지 존재[4.9.])가 새로운 국회의원선거법을 제정하여 1981.1.29 공포하였는데 이전의 선거법과 비교하여 살펴본 동 선거법의 주요골자는 다음과 같다. (ㄱ) 유신헌법에서와 같이 지역구의 기준인구수를 명시하지 않고 "지역구는 인구・행정구역・지세・교통・기타의 조건을 고려하여 이를 확정한다(제14조 제1항 전단)."라고만 규정되어 있다. (ㄴ) 선거구는 지역구와 전국구제도를 병용하며 전국구의원의 정수는 지역구의 2분의 1로 한다(제15조). (ㄷ) 지역구는 92개(서울 14; 부산 6; 경기도 12; 강원도 6; 충북4; 충남8; 전북 7; 전남 11; 경북 13; 경남 10; 제주 1)를 두되 '1지역구에서 선출할 의원은 2인으로 한다(제14조 제2항)'고 규정하여, 의원 2인씩을 뽑는 중선거구제로 하였다. (ㄹ) 전국구 의석의 배분에 있어 지역구 선거에서 최다의석을 얻은 정당에 대하여 전국구 의석의 3 분의 2를 우선 배분하며, 나머지 3분의1은 지역구 선거의 의석수게 있어 제2당 이하의 정당에게 그 의석수의 비율로 배분한다(제130조 제2항). (ㅁ) 전국구에서의 당선은 각 정당이 중앙선거관리위원회에 미리 제출한 전국구 후보자명단에 기재된 순위에 의한다.

53) 국회의원 선거법에 따라, 지역구 의석 1위인 민정당에 전국구 의석수의 2/3인 61석이 배분되었고, 지역구 5석 이상을 획득한 민한당과 국민당에 지역구 의석수에 따라 각각 24석과 7석이 배분되었다.

임기 4년(제78조)으로 환언하였다. 국정조사권을 인정(제97조)[54]하였으나, 국정감사권은 불인정하였다(국정감사권은 제6공화국 헌법 제9차 개헌에서 이루어지게 된다). 생각건대 피감사기관을 방문하여 행하는 국정감사권(방문 국정감사 : 과거 방문국정감사는 피감사기관으로 부터의 향응 및 접대가 심했다)은 아니더라도 국회 내에서의 국정감사권은 인정하는 것이 바람직하였다. 부정부패를 배제하여 도덕정치를 확립하고 사회정의가 실현되도록 하기 위하여 국회의원의 청렴(淸廉)의무(제82조 제1항)와 국익(國益)우선의무(제82조 제2항) 조항 등을 신설하였다. 제4공화국 유신헌법상의 유신정우회 같은 대통령의 지명에 의한 국회의원들의 탄생을 배제하고 국민직선에 의한 국회의원선거를 실시하도록 하여 국민주권주의의 확립을 기하였다. 구 헌법상의 대통령의 긴급조치권에 갈음하여 사후 교정적 조치로만 행사 가능한 비상조치권을 규정하였으며, 대통령이 행한 비상조치에 대하여도 비상조치승인권(제51조 제3항 : 제1항과 제2항의 조치를 한 때에는 대통령은 지체 없이 국회에 통고하여 승인을 얻어야 하며, 승인을 얻지 못한 때에는 그때부터 그 조치는 효력을 상실한다)과 비상조치해제요구권(제51조 제5항 : 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 비상조치의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다)[55]을 인정하여 국회의 권한을 강화하였다. 국회는 고위공무원에 대한 탄핵소추권(제101조), 국무총리 임명에 국회의 동의를 얻도록 하고(제62조 제1항), 국무총리・국무위원에 대한 해임의결권(제99조), 비상조치승인권 및 해제요구권(제51조 제3항・제5항) 등의 권한을 가지고 행정부에 대한 통제를 강화하고, 또한 대법원장 임명동의권(제105조 제1항) 등을 가지고 있어 법원에 대한 통제도 하고 있다. 대법원에 행정・조세・노동・군사 등을 전담하는 전담부를 둘 수 있도록 하고(제13조 제2항) 법관은

<https://ko.wikipedia.org/wiki/>, 검색어 : 제11대국회의원선거, 검색일 : 2016.4.25.

54) 국회는 특정한 국정사안에 관하여 조사할 수 있으며, 그에 직접 관련된 서류의 제출, 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. 다만, 재판과 진행 중인 범죄수사・소추에 간섭할 수 없다(제97조). 국정조사의 범위는 다음과 같다. ① 입법에 관한 사항 : 국회는 입법을 위하여 필요한 사항에 관하여 조사권을 가진다(입법조사권). ② 행정에 관한 사항 : 국회는 행정부의 행위에 대해서도 국회의 권한행사를 위하여 필요한 범위 내에서 조사를 할 수 있다. ③ 사법행정(Justitzverwaltung)에 관한 사항 : 사법에 관한 사항 중에서도 법원의 사법행정작용과 대법원의 규칙제정작용 등은 국정조사의 대상이 된다. ④ 국회내부의 자율적 사항 : 국회는 국회의원의 신분에 관한 조사를 할 수 있다. 이는 국회의원에 대한 징계권의 행사, 국회의원의 체포동의권 및 석방요구권 등을 위한 것이다.

55) 과거 유신헌법상의 긴급조치(헌법 제53조)는 사법적 심사의 대상이 될 수도 없고(제53조 제4항) 또 국회는 그것에 대해 해제를 건의(제53조 제6항)할 수 있는 것에 그쳤었다. 제53조 제6항 : 국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 긴급조치의 해제를 대통령에게 건의할 수 있으며, 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

징계처분으로 파면할 수 없도록 하였다(제107조 제1항).

2.3.2 대통령

2.3.2.1 헌법규정

우리나라가 처하여 있는 국내외적 여건과 북한공산집단의 위협에 대처하여 국가의 안전과 번영의 기틀을 마련하기 위하여 대통령제 정부형태를 채택하되, 대통령제 정부형태에서 나타날지도 모르는 행정부의 독주(獨走)와 전단(專斷)을 방지하고 책임정치를 구현할 수 있도록 하기 위하여 대통령의 권한을 제한하였다. 대통령은 국가원수(제38조 제1항)인 동시에 행정부의 수반으로서의 지위(제38조 제4항)을 가지도록 하였다. 대통령은 임기동안 탄핵소추의 경우를 제외하고 국회의 정치적 책임을 지지 않고, 국회는 대통령에 대해 불신임의결을 할 수 없도록 하였다. 대통령의 임기는 7년으로 하고 중임이 불가능하도록 하였으며(제45조 : 7년 단임제),[56][57] 대통령은 국무총리와 국무위원의 임

56) 대통령의 임기가 7년이고 국회의원의 임기가 4년이므로 대통령 임기 중 4년째 맞이하는 국회의원의 선거는 그동안의 대통령의 국정수행에 대한 국민적 평가를 간접적으로 물어보는 성격도 가질 수 있어서 그것도 하나의 정치적인 견제작용을 할 수 있다(한상범, 제5공화국 헌법의 특색, 고시계, 고시계사, 1981.2, 23쪽). 1985.2.12. 치루어 진 제12대 국회의원 총선선거 결과는 민주정의당이 35.25%의 득표율을 보여 제11대 국회의원 선거 시와 비슷한 지지도를 유지했으나, 신당인 신민당은 기존의 야당들을 제치고 29.26%의 득표율을 얻어 민주정의당과 불과 6%내의 근소한 차이를 보였는데, 이는 새로운 야당에 대한 유권자들의 기대와 지지가 높았다는 것을 말해 준다. 1985년 총선거를 불과 얼마 앞두고 창당된 야당인 신한민주당(구신민당)이 84석을 차지함으로써 148석의 여당(민주정의당)을 견제할 수 있는 강력한 정치세력으로 등장했다.

57) 단임제의 문제점(특히 5년 단임제)을 지적하는 견해(김계환, 헌법학정해, 박영사, 1998, 1157-1158쪽)가 있다. ① 대통령의 레임덕현상, ② 국민의 지도자 선택권 박탈, ③ 행정부의 부패심화, ④ 대통령의 임기(5년)와 국회의 임기(4년)가 일치하지 않아 분리된 정부(divided government; seperated government)의 혼란(정국의 불안, 경제위기, 입법의 정체, 정책의 표류 등) 등 이 지적되고 있다(김계환 교수는 1988년 제13대국회의원선거의 여소야대 현상을 분리된 정부라고 한다). 그러나 (ㄱ) 대통령의 레임덕(lame duck) 현상은 오히려 4년 1차중임제를 실시하고 있는 미국에서 문제로 제기된 것이며 5년 단임제 하에서만 유독 문제된다고 할 수 없다. 이는 중임에 제한을 두는 한(예컨대 1차에 한하여 중임할 수 있다는 규정 : 4년1차중임제), 그 마지막 임기에는 항상 발생 할 수 있는 문제이기 때문이다. (ㄴ) 국민의 지도자 선택권을 박탈한다는 것도 오히려 반대의 결론에 도달하게 된다. 4년1차중임제는 기성정치인이나 구태에 빠진 정치인들의 기득권이나 지배를 강화함으로써 오히려 정치권을 노쇠화하고, 참신한 정치인의 등장을 막는 작용을 할 것이므로, 장기적으로는 5년 단임제보다 국민의 지도자 선택권을 더욱 제한해버리는 결과를 가져온다(헌법연구반보고서, 201쪽 참조). (ㄷ) 대통령의 짧은 임기로 말미암아 행정부의 부패가 심화된다는 주장도 타당하지 않다. 대통령의 임기와 국무총리・국무위원・각 부 장관 등 정부구성원의 임기를 동일선상에서 판단할 수는 없기 때문이다. 그렇다면 국회의 내각불신임으로 인하여 행정부가 더욱 자주교체 되는 의원내각제에 있어서는 몇 배는 더 부패한다고 보아야 한다. (ㄹ) 분리된 정부의 혼란 문제는 대통령의 임기와는 전혀 무관한 것으로서 오히려 4년1차 중임제를 채택하는 미국에서 보편화된 현상이다(신우철, "현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각 -우리 헌정사의 경험을 반추하면서-", 법학 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 326쪽 각주 27) 참조). 분리된 정부에

명권을 가졌다(제62조 제1항, 제63조 제1항). 임면권[58]이 아닌 임명권이라는 표현을 하고 있으나, 임명권에는 해임권도 포함되는 것으로 본다. 다만 탄핵소추를 당한 경우에는 임명권자는 피소추자의 사직원을 접수하거나 해임할 수 없다(국회법 제134조 제2항). 당사자의 사임이나 임명권자의 해임으로 탄핵을 면탈하게 되면 탄핵제도가 유명무실해지게 될 것이기 때문이다. 국회의 동의나 승인을 얻도록 한 행위(선전포고・강화조약의 체결・총리임명) 등은 상대적 통치행위에 해당한다.[59] 국무회의는 정책심의기관으로 하였다(제64조 제1항). 대통령의 임기 또는 중임금지에 관련한 헌법개정은 개정당시의 대통령에게는 효력이 없게 하여 장기집권을 배제하고(제129조 제2항),[60] 평화적 정권교체의 기틀을 마련하고자 했다. 국민주권주의에 충실하기 위하여 종전의 주권적 수임기관이던 통일주체국민회의를 폐지하고, 대통령선거인단을 국민이 선거하도록 하였다(대통령선거인단에 의한 대통령간선제). 대통령선거는 직선제가 가지는 폐단을 고려하여 간선제를 채택하되,[61] 대통령 선거 시마다 국민에 의하여 새로이 선거인단을 선출하고(제40조 제1항), 선거인단에는 정당원(政黨員)도 포함될 수 있게 하며(제41조 제3항), 그 수는 최소한 5,000인 이상이 되도록 하여(제40조 제2항) 국민의 의사를 광범위하게 집약할 수 있도록 함으로써 직선제와 같은 효과를 얻도록 하고(신군부의 주장), 1972년 유신헌법상의 통일주체국민회의에 의한 선거와는 달리 복수후보의 자유경쟁을 보장하여(종전의 유신헌법에 의하면 정치방해공작 등으로 인하여 실제로는 야당후보는 출마가 불가하였으나, 제5공 헌법에서는 야당후보도 출마가능) 정권의 평화적 교체를 위한 제도적 장치를 마련하였다.[62] 그러나 이처럼 신군부가 유신헌법의 핵심이라고 해도 과언이 아닌 대통령간선제를 그대로 답습한 것은 대통령직선제로는 선거에서 승리할 수 없을 것이라는 것을 예측했기 때문이고,[63] 이는 결국 국민의 정부선택권, 즉 국민주권주의(Volkssouveränität)를 침해한 것이라고 할 수 있다. 이와 같은 관점에서 전두환 정권은

관한 상세한 내용은 이항경, "미국대통령제에 관한 연구", 경희대학교박사학위논문, 1992.8, 149-152쪽 참조.

58) 임면권은 임명・파면・휴직・전직・징계처분을 포함하는 넓은 개념이다(성낙인, 헌법학, 법문사, 2016, 589쪽).

59) 김백유, 앞의 책, 2060쪽.

60) Naver <국가기록원>.

61) 신군부 내에서도 제5공화국의 출범은 국민이 소망하는 대통령직선제를 주장하는 사람도 있었지만, 이에 회의적인 사람이 더 많아 간선제가 됐다고 한다. 허삼수, 나의 진실, 해냄출판사, 1988, 36-37쪽.

62) Naver <국가기록원>.

63) 대통령직선제로는 승리하기가 어려울 것으로 판단한 신군부는 이원정부제를 차선의 방책으로 생각하였다. 이는 국가관료제를 통제해 온 자신들의 영향력을 계속 유지할 수 있을 것으로 판단했기 때문이다(박상훈/한상정, "대통령중심제냐, 내각책임제냐 -논쟁의 역사적・이론적 지형-", 정치비평 2호(봄,여름), 1997, 13쪽).

국민적 지지를 받지 못하는 민주적 정당성(Demokratische Legitimität)이 취약한 정권이다.[64] 대통령선거인단에 의한 대통령의 간접선거에 대한 국민의 불만이 그 당시부터 상존하고 있었음이 이를 반영하며, 이는 훗날 1987년 6월 항쟁 당시 국민들이 가장 중요시했던 것이 '대통령직선제 개헌' 이었다는 점에서 입증된다.

2.3.2.2 특징

5공화국 헌법상의 대통령제의 특징은 기본적으로 대통령제 정부형태이기는 하였지만, 고전적 의미의 순수한 미국형 대통령제에서는 볼 수 없는 대통령의 국회해산권[Parlamentsauflösungsrecht](제57조 제1항), 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있으며, 대통령 비상조치권(제51조),[65] 헌법개정제안권(제129조 제1항), 법률안 제출권(의원내각제적 요소) 등을 규정하여 국회에 대하여 대통령의 권한이 절대적으로 우월하였다.[66] 이것은 프랑스형 대통령제에 가까운 반대통령제(이원정부제) 또는 준대통령제의 형식에 속하는 것이다. 다만 국무총리제도를 두고, 대통령이 국무총리를 임명할 경우에는 국회로부터 사전 동의를 얻게 하고(제62조 제1항), 국회도 국무총리와 국무위원에 대한 개별적 해임의결을 할 수 있으며(제99조 제1항), 국무총리에 대한 해임결의는 내각전체에 대한 불신임으로 보아 연대책임을 지도록 하였다(제99조 제3항). 정부의 법률안제출권(제88조)을 인정하는 등 의원내각제적 요소를 가미하였다.[67] 대통령과 국회와의 관계에 있어서도 제5공화국 헌법은 유신헌법과 같이 국회해산권을 대통령에게 부여하고 있다(제57조). 물론 이 국회해산권의 행사에는 유신헌법과 달리 '국가의 안정 또는 국민 전체의 이익을 위하여 필요하다고 상당한 이유'가 있을 때에 국회의장의 자문 및 국무회의의 심의를 거친 후 그 사유를 명시하여 해산할 수 있도록 제한하였고(제57조 제1항), 동시에 국회해산은 국회가 구성된 후 1년 이내에는 할 수 없고(제57조 제1항 단서), 그밖에 같은 사유로 2차에 걸쳐 국회를 해산할 수 없다(제57조 제2항)는 제약은 두었지만 국회에 대하여 대통령이 강력한 견제권(통제권)을 행사할 수 있도록 하였다.

---

64) 김태일, "유신체제를 어떻게 볼 것인가," 역사비평, 역사비평사, 1995, 335쪽.

65) 제4공화국 유신헌법하의 긴급조치(제53조)는 사법적 심사의 대상이 될 수도 없고 또 국회는 그것에 대해 해제를 건의할 수 있는 것에 그쳤었다. 그러나 제5공화국 헌법에서는 비상조치로 국민의 기본권을 일시 정지(합헌적 헌법정지)할 수 있고 또 정부나 법원의 권한에 대하여 특별조치를 취할 수 있으나, 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 비상조치의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 (의무적으로) 해제하도록 하여(제51조 제5항) 국회의 통제권을 다시 회복시켰다. 양건, 앞의 논문, 130쪽.

66) 이러한 점에서 제5공화국 헌법도 위기정부 헌법이며, 유신헌법과 제5공화국 헌법의 동질성이 있다는 견해가 있다(한태연, 헌법학, 근대헌법의 일반이론, 1985, 462-464쪽, 갈봉근, 앞의 책, 380쪽에서 재인용).

67) 이러한 점에서 제5공화국 헌법은 프랑스제5공화국(1958-1962)의 헌법과 유사하다(갈봉근, 위의 책, 377쪽).

국회에 대하여 정치적 책임을 지지 않는 행정권의 수반이 국회해산권을 갖는 것은 그 자체로서 국회의 지위를 약화시키는 것이고, 비상조치권과 함께 국회해산권도 제5공화국에서 실제로 행사된 적은 없으나, 정상적 헌정에 위축적 효과를 가져왔음은 부인할 수 없다.[68][69]

2.3.3 법원 - 사법권의 독립과 법관의 신분보장

제4공화국 유신헌법 시대에는 법원의 권한을 대폭 약화시켜 대법원장을 비롯한 모든 법관을 대통령이 임명・보직・파면이 가능했었다. 제5공화국 헌법에서는 사법부의 독립성을 확보하기 위하여 징계처분에 의한 법관 파면을 금지하고(헌법 제107조 제1항), 대법원장에게 임기 10년의 일반법관 임명권을 부여하였고(제105조 제3항), 따라서 법관의 보직권(補職權)과 징계권도 대법원장이 가지게 되었다. 대법원장의 법관 임명권의 부여는 사법권 독립에 기여하는 바가 있을 수 있지만, 5년 단임의 대법원장에게 큰 기대를 할 수 있는가 하는 의문이 있다. 대법원에 행정・조세・노동・군사 등(제103조 제2항)의 전담부 설치 근거규정을 마련하였고, 대법원판사 이외에 일반법관을 두게 하여 재판의 전문화 및 능률화를 기했다. 법률의 위헌여부에 대한 제1차적 심사권은 법원에 부여하여 사법부의 독립과 권한을 다소 강화하였다.[70] 그러나 제105조 제1항에서, "대법원장은

68) 양건, 앞의 논문, 130쪽.

69) 국회해산제도: 우리나라에서는 제1공화국(이승만) 당시, 대통령의 개헌안을 국회가 부결시켰다고 해서 국민소환운동을 벌인 적이 있었다. 그러나 제1공화국에서는 한 번도 국회가 해산된 일은 없었으며, 1960년 4・19의 거로 인하여 국회는 헌법개정을 단행한 뒤 국민에게 신임을 묻고 민・참의원 양원의 선거를 실시하기 위하여 국회의 의결로써 자진해산(Selbstauflösung)한바 있다. 1961년 5・16 군사쿠데타 이후 포고령으로 제2공화국(장면정부)의 민의원과 참의원을 해산한 것은 쿠데타에 의한 타율적 해산이었다. 제3공화국 당시 1972.10.17. 박정희 대통령에 의하여 국회가 해산되었다. 이는 당시헌법에는 없던 국회해산으로서 위헌적 국회해산이었다(이를 초헌법적인 국회해산이었다는 견해도 있다[한태연/갈봉근]). 제4공화국(박정희정권) 헌법은 국회해산제도를 규정하였다. 1980년 개정된 제5공화국 헌법은 부칙에서 "이 헌법시행 당시의 국회의원 임기는 이 헌법시행과 동시에 종료된다."고 하여 국회를 해산하였다(국가보위입법회의에서 대체). 제5공화국 헌법은 "대통령은 국가의 안정 또는 국민전체의 이익을 위하여 필요하다고 판단할 상당한 이유가 있을 때는 국회의장의 자문 및 국무회의의 심의를 거친 후 그 사유를 명시하여 국회를 해산할 수 있다. 다만 국회가 구성된 후 1년 이내에는 해산할 수 없다. 그리고 대통령은 같은 사유로 2차에 걸쳐 국회를 해산할 수 없다(제57조)"라고 규정함으로써 제4공화국 헌법보다는 해산의 요건을 강화하고, 해산권행사도 제한하였다. 1987년 개정(제9차 개헌)된 제6공화국 헌법에서는 행정부와 입법부 간의 권력불균형의 상징으로 인식되어 온 국회해산권이 전면 폐지되었다. 이는 한국 헌정사에 나타났던 국회해산권제도의 폐해를 반영한 것이며, 의원내각제가 아닌 대통령제에서의 대통령의 국회해산권폐지는 당연한 것이다. 의원내각제에서의 대통령의 국회해산은 의회의 내각불신임권(Mißtrauensvotum)에 대응하기 위하여 인정되는 무기평등의 원칙(Waffengleichheitsprinzip)상 인정되는 것이다.

70) 갈봉근, 앞의 책, 376쪽.

국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다." 제2항에서는 "대법원판사는 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명한다."고 규정하여, 대법원장 및 대법원판사의 임명제도는 유신헌법과 동일하였다(제105조). 제5공화국 당시 집단적 재판거부와 대법원장에 대한 탄핵소추문제가 발생한 것은 이러한 제도적 결함에도 그 요인이 있다.[71]대법원장의 임기를 5년으로 하고 그 중임을 금지하고(제106조 제1항) 대법원 판사의 임기를 5년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있도록 한 것이 특색이다(제106조 제2항).

권력분립주의에 입각하여 사법부가 입법부와 행정부를 견제하기 위하여서는 무엇보다도 그 독립성이 보장되어야 한다. 사법부의 독립을 위해서는, (ㄱ) 물적 독립으로서 조직의 독립이 필요하고, (ㄴ) 인적 독립으로서 인사의 독립 등이 보장되어야 한다. 인사의 독립을 위하여서는 대법원장과 대법관을 전국 법관회의에서 선출하도록 하는 것이 바람직하다.[72] 법관의 신분이 보장되지 않으면 사법권의 독립을 이룰 수 없으며, 따라서 사법권의 독립을 보장하기 위하여 법관의 신분을 철저히 보장하여야 한다. (ㄱ) 대법원장의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다(제106조 제1항)고 규정하고 있으나, 대법원장은 임기제로 하지 않고, 정년 때까지 재임하도록 하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 대법원장에 대한 법관임명권의 부여는 사법권의 인적 독립을 위한 것인데, 5년 단임(중임금지)의 대법원장에게 얼마나 큰 기대를 할 수 있는가 하는 의문이 들기 때문이다. (ㄴ) 법관은 탄핵 또는 형벌에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직・감봉 또는 불리한 처분을 받지 아니한다(제107조 제1항)고 규정하여, 제4공화국 헌법[73]의 징계처분에 의한 면직(파면)제도를 폐지하고,[74] 오로지 탄핵 또는 형벌에 의해서만 면직(파면)되도록 하여 사법권의 독립을 강화하였다.

---

71) 양건, 앞의 논문, 131쪽.

72) 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며(헌법 제105조 제1항), 임기는 5년이고, 중임할 수 없다(헌법 제106조 제1항). 그 자격은 15년 이상의 법조 경력을 가진 40세 이상인 자로 하고 있다(1981년 법원조직법 제33조 제1항). 대법원장은 대법원판사가 아닌 법관을 임명하며(헌법 제105조 제3항), 대법원의 일반사무를 관장하고 대법원의 직원과 각급 법원의 사법행정사무에 관하여 직원을 지휘・감독하며, 대법관회의 의장(1981년 법원조직법 제60조 제2항)이 된다. 그밖에도 대법원판사 임명제청권, 각급 판사의 임명권, 헌법재판소 재판관 지명권, 중앙선거관리위원회 위원 지명권, 법원직원 임명권, 사법행정권 등이 있다. 대법원장은 탄핵결정, 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다. 대법원장의 정년은 70세이며(1981년 법원조직법 제39조 제5항), 궐위되거나 유고시에는 선임대법원판사가 그 권한을 대행한다(1981년 법원조직법 제15조 제3항).

73) 제4공화국 헌법 제104조 제1항 : 법관은 탄핵・형벌 또는 징계처분에 의하지 아니하고는 파면・정직・감봉되거나 불리한 처분을 받지 아니한다.

74) 갈봉근, 앞의 책, 376쪽.

재판의 전심 절차로서 행정 심판을 할 수 있다고 하는 근거 규정을 두고, 행정심판의 절차가 사법절차를 준용하도록 하였는데(제108조 제3항), 이는 현대 행정법치국가에서 행정심판의 절차에 의한 쟁송의 해결의 필요가 늘어나고 있는 상황을 감안한 규정이었다. 그밖에 군법회의의 조직・권한 및 재판관의 자격을 법률로 정한다고 하는 헌법적인 근거를 마련하는 규정을 두었다(제111조 제3항).

2.3.4 헌법위원회

1979년 10월 26일부터 1980년 5월 17일 비상계엄이 전국에 확대조치 되기 이전까지 국회, 정당, 대한변호사협회 및 학자들의 모임들에서 제5공화국의 개헌안이 활발하게 논의되었다. 각계에서 작성・공표된 개헌안 중 위헌법률심사제에 관하여 제시된 의견은 대체로 다음과 같았다. 국회의 헌법개정심의특별위원회안과 신민당에서 제출한 안(案)은 모두 사법심사형을 채택하여, (ㄱ) 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가, (ㄴ) 재판의 전제가 된 때에는, (ㄷ) 대법원이 이를 최종적으로 심사하도록 하였고, 공화당안과 대한변호사협회안도 법률에 대한 위헌심사권을 대법원에서 행사할 수 있도록 하였다. 통일당안은 법관의 자격이 있는 9인의 위원으로 구성되는 헌법위원회가 위헌법률심사권을 갖도록 하였으며, 6인 학자안은 서독의 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)를 모델로 한 헌법재판소를 설립하고 헌법재판소가 법률과 조약에 대한 추상적・구체적 규범통제를 할 수 있도록 하는 등 광범위한 권한을 부여하였다. 그러나 이와 같은 각계의 개헌안은 1980년 5월 17일의 신군부에 의한 비상계엄의 확대조치로 인하여 더 이상 활발한 논의가 진행되지 못하였고, 결국 제5공화국 헌법상의 헌법재판제도(Verfassungsgerichtsbarkeit)는 신군부세력이 본래 의도하였던 대로 제4공화국 유신헌법상의 헌법위원회를 그대로 유지하였다. 그에 대한 명분은 대법원에 위헌법률심사권을 주는 경우에는, '사법의 정치화'를 가져 올 우려가 있다는 것을 이유로 하여, 독립된 헌법기관인 헌법위원회에 두기로 하였다는 것이다. 이결과 제5공화국 헌법은 제6장 헌법위원회,[75] 제112조 제1항에서 헌법위원

75) 개정된 헌법위원회법(1982.4.2, 법률 제3551호)은 유신헌법 하에서의 헌법위원회 법(1973.2.16, 법률 제 2530호)의 기본적인 구조는 그대로 유지하면서 다음과 같이 일부내용을 변경하였다. 헌법위원회 위원의 자격을 다소 완화하여 20년 이상 판사・검사 또는 변호사의 직에 있던 자 또는 20년 이상 공인된 법과대학에서 법률학 조교수이상의 직에 있던 자에서 각각 15년 이상의 해당 직에 있던 자로 그 경력기간을 낮추었고, 그 자격범위를 넓혀 판사・검사 또는 변호사의 자격이 있는 자로서 15년 이상 국가기관, 국・공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 자로 하였다(법 제3조). 헌법위원의 위원은 연임할 수 있도록 하고 상임위원을 별정직에서 정무직 국가공무원으로 보하였다(법 제5조, 제10조). 다만 공인된 법과대학교수들에게도 헌법위원회의 위원자격을 부여한 점은 긍정적으로 평가되나, 이를 '공인된 법과대학'

회는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부(제1호), 탄핵(제2호), 정당의 해산(제3호)을 규정하였다. 그러나 ('사법의 정치화'가 아닌) '정치의 사법화'를 위하여 헌법재판소를 두어 위헌법률심판이라든가 위헌적인 계엄선포, 위헌조약 등의 심사 및 국가기관간의 권한쟁의, 정부와 지방자치단체간의 권한쟁의, 탄핵재판, 헌법소원 등의 권한을 가진 헌법재판소의 신설이 요청되었으며, 이는 뒤늦게 제9차 개헌인 1987년에 실현되게 된다(제6공화국 헌법). 제4공화국 헌법과 같이 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우, 법원은 법률이 헌법에 위반되는 것으로 인정할 때에는 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다(헌법 제108조 제1항)고 하였으나, 국가보위입법회의가 제정한 법령과 이에 따라 행하여 진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없도록 하여(헌법, 부칙 제6조 제3항), 위헌인 헌법부칙이라는 논쟁을 야기시켰음은 주지의 사실이다. 대법원에 위헌제청권[76]을 부여하였는데, 대법원은 하급법원의 위헌여부제청에 대하여 대법원 판사 전원의 3분의 2이상으로 구성되는 합의체에서 당해 법률의 헌법 위헌여부를 결정하고 헌법에 위반된 것으로 인정될 때에는 그 제청서를 헌법위원회에 송부하여야 하며, 대법원에서 위헌여부를 제청하는 경우에도 또한 같다(법 제15조 제3항)고 규정하여 유신헌법 하에서의 위헌법률심사를 문맥상의 표현만을 일부 바꾼 채 그대로 유지하였다. 이에 따라 대법원은 실제로는 사전적인 법률의 위헌판단권을 행사하였으며(대법원의 사전위헌심사권·사전통제), 대법원이 위헌이라고 판단한 경우에만 헌법위원회에 위헌심사를 제청하도록 하였으므로 제도적으로 헌법위원회의 기능과 역할은 심히 제한되게 되었다.[77] 실제 헌

으로만 한정하였다는 점에서 또한 문제가 있었다.

76) 위헌법률심판은 법원의 제청을 받아 헌법재판소가 그 위헌 여부를 심사·판단하는 사후적·구체적인 규범통제제도이다. 위헌제청의 대상이 되는 것은 모든 법률과 긴급명령, 조약 등이다. 위헌제청을 할 수 있는 자는 일반법원에 소송이 계류 중인 소송당사자로서 당해 사건에 적용될 특정의 법률 또는 법률조항이 헌법에 위반된다고 주장하는 자와 소송을 진행 중인 법원이다. 법원이 당사자의 신청 또는 직권으로 위헌제청결정을 하고 대법원을 거쳐 헌법재판소에 위헌제청결정서 정본이 송부되면, 헌법재판소는 이를 접수하여 심판절차를 진행한다. 법원이 위헌법률심판을 제청한 때에는 당해 소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 정지된다. 다만, 법원이 긴급하다고 인정하는 경우에는 종국재판 외의 소송절차를 진행할 수 있다. 위헌법률심판에 있어 내려질 수 있는 종국결정의 기본적 유형은 소송법적 결정으로서, 각하결정과 본안에 관한 결정, 즉 실체법적 결정의 유형으로서 합헌결정과 위헌결정 및 소위 헌법재판소의 합헌적 법률해석인 변형결정이 있다. 위헌제청신청을 기각하는 결정에 대하여는 민사소송에 의한 항고나 재항고를 할 수 없다. 헌법재판소는 결정일로부터 14일 이내에 결정서정본을 제청한 법원에 송달한다. 제청법원은 헌법재판소의 결정이 내려지면 그동안 중단되었던 소송절차를 속개하며, 제청법원은 이 재판에 헌법재판소의 결정에 따라야 한다.

77) 제6공화국 헌법상(1987년 제9차 개헌)의 위헌법률심판에서는 제4공화국과 제5공화국에서 인정되던 "법원의

정사에 있어서도 제5공화국시절 헌법위원회는 한건의 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판을 한 적도 없었고,[78] 제4공화국과 마찬가지로 휴면기관에 불과하였다. 이외에도 제5공화국의 헌법재판제도는 처음부터 제한된 형태를 가지고 있었다. 헌법부칙 제6조 제3항에 의하여 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없게 되어 있었기 때문이다.[79][80]

전심권(前審權)과 대법원의 불송부결정권이 폐지"되었다는 점이 제4·제5공화국 헌법위원회의 위헌법률심판권과 가장 큰 차이점이다. 현재는 헌법재판소법상 위헌제청 시 대법원을 거치도록 되어는 있으나 이는 다분히 행정적인 절차일 뿐, 대법원이 이를 거부할 권한은 없다.

78) 1948년 건국헌법상의 제1공화국 헌법은 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 심사하기 한 기구로서 부통령을 위원장으로 하고 위원은 대법관 5인과 국회의원 5인으로 구성된 헌법위원회를 두었으나 1960년도까지 10년간에 걸쳐 불과 7건의 법률에 대한 위헌여부 심사를 하고, 그 중 2건에 대하여 위헌결정을 한 바 있다. 그 후 1960년의 제2공화국 헌법은 헌법위원회 제도를 폐지하고(제1공화국에서 정치인들이 위원이 됨으로서 정치화되었다는 비판 때문) 대통령, 대법원, 참의원이 각 3인씩 선출하는 9인의 심판관으로 구성되는 헌법재판소 제도를 채택하였으나, 그 구성 전에 5·16 군사쿠데타가 일어나 탄생되지 못하였다. 1962년의 제3공화국 헌법은 헌법재판소제도를 폐지하고, 대법원에 위헌법률심사권 등을 부여하였으나 국가배상법 제2조 제2항 단서에 대한 대법원의 위헌판결(1971년, 군인 등에 대한 이중배상금지[특별권력관계]는 평등권 침해)은 있었으나 별다른 실적이 없었다. 1972년 제4공화국 유신헌법과 1980년의 제5공화국 헌법은 다시 대통령, 국회, 대법원장이 각 3인씩 선출하는 9인의 위원으로 구성된 헌법위원회가 헌법기관으로서 법률의 위헌 여부를 심사토록 하였으나 단1건의 심판도 없는 명목적인 것이었다(휴면(休眠)기관). 이는 1987년 제9차 개헌에서 헌법재판소제도를 두게 되는 원인이 되었다.

79) 다만, 제5공화국 헌법 하에서 대법원은 박세경 변호사의 계엄포고위반사건과 강신옥 변호사의 대통령 긴급조치 위반, 법정 모욕 사건의 판결에서 헌법적 쟁점을 다룬 바 있다. 박세경 변호사가 1980년 재야 인사 김대중의 집에서 집회를 가짐으로써 계엄포고 위반으로 구속 기소되어 유죄판결을 받고 대법원에 상고한 사건에서, 대법원은 대통령이 필요하다고 인정할 경우에는 군법회의의 재판권을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다고 규정한 계엄법 제24조 제2항은 헌법에 위배하지 않는다고 판결하였다. 그 이유는 다음과 같다. "계엄법 제24조 제2항은 국가비상사태가 평상 상태로 회복되었음에도 불구하고 군법회의의 재판을 받지 않을 국민의 권리를 일시적으로 제한한 것은 분명하지만 이는 군법회의의 재판을 받지 않을 권리 자체를 박탈하는 것이라거나 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수는 없을 뿐만 아니라 비상계엄 지역 내의 사회질서는 정상을 찾았으나 일반 법원이 미처 기능을 회복하지 못하여 군법회의에 계속 중인 재판사건을 넘겨받아 처리할 수 있는 태세를 갖추지 못하고 있는 경우와 같은 상황에 대처하기 위한 것으로서 합목적성이 인정되므로 헌법에 위반되지 않는다."는 것이었다. 대법원 1985. 1. 29. 선고 74도3501 판결.

80) 이에 대한 반대의견으로는 이정우, 이회창, 오성환 대법원 판사는 비상계엄은 이른바 국가 긴급권에 속하는 것으로 본질적으로 입헌주의를 정지하는 독재적 권력 행사이므로 국가적 위기 극복을 위하여 필요한 최소한의 한도 내에서만 헌법이 이를 용인하고 있고, 비상계엄 해제 후에도 군법회의의 재판권을 연기할 수 있다는 것은 비상계엄이 선포한 중이 아닌 때에도 민간인으로 하여금 군법회의의 재판을 받도록 하는 것으로서 군법회의의 재판을 받지 아니할 권리를 명백히 침해하는 것이고, 군법회의의 재판권을 연기할 수 있는 기간이 1개월 이내의 짧은 기간이라 하여 달리 볼 수 없다고 하였다. 이일규 대법원 판사도 헌법 스스로가 설정하고 있는 경우 외에는 법률로써도 군법회의 재판권을 확대할 수 없다는 취지로 해석되는 바, 비상계엄이 선포된 경우에 군법회의 재판을 받지 아니하게 됨이 명백하므로 계엄법 제23조 제2항은 헌법에 위반된다고 하였다

2.4 경제질서

정직하고 성실하게 노력하는 국민이 잘 살 수 있는 사회기풍의 조성과 경제성장의 혜택을 모든 국민이 누릴 수 있는 사회국가(복지국가)의 건설을 지향하여 국가의 사회복지시행의무 조항을 두었다. 적정임금조항, 소비자보호,[81] 독과점규제, 농지의 임대차 및 위탁경영의 예외적 허용[82] 등을 추가하였다. 자유시장경제질서를 기본으로 하되(제120조 제1항), 독·과점의 폐단규제·조정 등 공법적 규제를 강화(제120조 제2항, 제3항)[83]하는 등, 경제질서에 관한 새로운 조항을 대폭 신설하여 산업의 발전과 부(富)의 균배에 기여하여 통제경제·관리경제를 포함하는 사회적 시장경제질서를 도입하였다.[84] 이러한 점에서 제5공화국 헌법은 자유주의(자유시장경제질서)를 원칙으로 하며, 동시에 사회적 시장경제질서도 기본원리로 하여 서로의 조화와 양립을 기도하고 있다.[85] 국가표준제도(제128조 제2항)[86]를 확립하고, 중소기업의 보호·육성(제124조 제2항),[87]

(대법원 1985. 1. 29. 선고 74도3501 판결).

81) 소비자는 자유시장경제를 구성하는 주체이다. 소비자의 기본적 권리를 정당하게 행사하여야 하며, 스스로의 권리나 이익을 증진하기 위하여 필요한 지식과 정보를 습득하도록 노력하여야 하고, 자주적이고 합리적인 행동과 자원절약적이고 환경친화적인 소비생활을 함으로써 소비생활의 향상과 국민경제의 발전에 적극적인 역할을 다하여야 한다. 국가 및 지방자치단체는 소비자의 기본적 권리가 실현되도록 하기 위하여 관계 법령 및 조례의 제정 및 개정·폐지, 필요한 행정조직의 정비 및 운영 개선, 필요한 시책의 수립 및 실시, 소비자의 건전하고 자주적인 조직활동의 지원·육성 등의 책무를 진다.

82) 농지소작을 원칙적으로 금지하되 농업생산성과 농지의 합리적인 이용을 위해서 임대차 및 위탁경영을 법률이 정하는 바에 따라서 허용(제122조)함으로써 유신헌법이 농지의 소작제도를 금지하고 있는 것과는 다르다. 다만 여기서 '농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용' 이란 개념은 농업이 수익성을 전제로 하여 영위되는 경제활동의 일환이라는 점과 현대사회에서 과거와 같은 영세적인 소작농 경영방식이 생산과정이나 유통과정에서 수익성을 충족시키는 것이 어렵다는 점을 감안할 때에 이 단서 규정이 추구하는 것은 농업의 기계화 및 그의 전제가 되는 농업의 기업화를 목표로 하고 있는 것이라고 보여진다(한상범, "제5공화국 헌법의 특색", 고시계 제288호, 고시계사, 26쪽). 이는 현행 제6공화국 헌법에서도 마찬가지이다.

83) 사업자의 시장지배적 지위의 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고, 부당행위 및 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다. 시장지배적 사업자는 지위를 남용하는 행위를 하여서는 안 된다. 공정거래위원회는 그에 위반하는 행위가 있을 때에는 가격의 인하, 위반행위의 중지, 위법사실의 공표, 과징금의 부과 기타 시정에 필요한 조치를 명할 수 있다. 경제력 집중을 억제하기 위하여 기업결합, 지주회사, 채무보증제한대규모기업집단, 대규모기업집단, 내부거래공시대상회사, 기업결합신고 대상회사 등의 주식거래나 채무보증은 일정한 제한과 감독을 받는다.

84) 제8차 개정헌법 (1980.10.27.의 국보위 개헌), <http://blog.naver.com/uridom/30178935280>.

85) 갈봉근, 앞의 책, 382쪽.

86) 제128조 제2항은 "국가는 국가표준제도를 확립한다."고 정하였다. 국가표준제도의 확립을 위한 기본적인 사항을 규정함으로써 과학기술의 혁신과 산업구조 고도화 및 정보화 사회의 촉진을 도모하여 국가 경쟁력

국토의 효율적이고 균형 있는 이용(제123조), 소비자보호를 위한 헌법규정(제125조) 등을 두었다.

2.5 헌법개정절차의 일원화(Verfassungsmonismus)

제4공화국헌법은 헌법개정의 제안권자를 대통령과 국회의원으로 하는 동시에 대통령이 제안한 헌법개정안은 직접 국민투표를 통하여, 국회위원이 제안한 헌법개정안은 통일주체국민회의에서 최종적으로 확정하도록 하여 헌법개정에 있어서 이원주의(Verfassungsdualismus)를 채택하였다. 그러나 제5공화국헌법은 대통령이 제안한 것이든 국회의원이 제한한 것이든 모든 헌법개정안은 모두 국회가 3분의 2상의 찬성을 얻어 이를 의결하고(제131조 제1항), 국민투표로 확정케 함으로써(제131조 제2항) 헌법개정절차를 일원화(Verfassungsmonismus)하였다.

2.6 기타

2.6.1 헌법사항

행정심판[88]의 헌법적 근거조항을 신설하여, "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하며, 사법절차가 준용되어야 한다(제108조 제3항)" 라고 규정하여 행정심판제도가 헌법에 근거를 둔 국민의 권리구제수단임을 천명하고 있을 뿐만 아니라, 행정심판 절차의 공정성과 행정구제제도로서의 실효성을 확보하

강화 및 국민복지 향상에 기여함을 목적으로 한다. 현대국가는 도량형 등을 표준규격으로 통일하는 과제를 국가적 사업으로 추구해 왔다.

87) 중소기업이 나아갈 방향과 중소기업의 육성을 위한 시책의 기본적인 사항을 규정함으로써 창의적이고 자주적인 중소기업의 성장을 조장하고 나아가 산업구조의 고도화와 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 한다.

88) 행정심판은 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력행사(행정청의 위법・부당한 처분 그밖에 공권력의 행사・불행사) 등으로 인하여 권리와 이익을 침해당한 자가 그 구제를 위하여 행정청에 시정을 요구하고 행정청(행정심판위원회)에서 이를 심판(재결)하는 쟁송절차를 말한다. 행정심판은 종전에는 소원법상의 소원(訴願)이라는 용어 이외에도 개별법에 따라 이의신청・심사청구・심판청구・불복신청・소원 등과 같이 다양한 명칭으로 사용되었고, 개별법에서 그 절차도 조금씩 다르게 규정하고 있었다. 1984년 제정된 행정심판법에서는 종전 소원법상의 소원(訴願)이라는 용어를 행정심판으로 하여 학문상의 용어와 실정법상의 용어를 일치시키고, 각 개별법에서 사용되는 소원(訴願)이라는 용어도 최대한 행정심판이라는 용어로 통일하도록 하였다. 그러나 아직도 이의신청・심사청구・불복신청・심판청구 등의 용어가 각개별법에서 많이 사용되고 있다. 김백유, 행정구제법, 동방문화사, 2012, 참조.

기 위하여 사법절차를 준용 하도록 명시하고 있다. 그밖에 군법회의의 조직・권한 및 재판관의 자격을 법률로 정한다고 하는 헌법적인 근거를 마련하는 규정을 두었다(제111조 제3항). 국정자문회의(제66조)와 평화통일정책자문회의(제68조)를 신설하였다. 통일주체국민회의를 폐지하고(부칙 제4조), 헌법개정절차를 일원화하여 국민투표로만 확정하였으며(제131조 제2항), 부칙(附則) 제6조에 과도입법기관으로 국가보위입법회의를 규정하였다.[89]

2.6.2 법률사항(헌법부속법률/개혁입법)

2.6.2.1 개관

제5공화국 헌법부칙은 국가보위입법회의가 잠정적으로 국회의 권한을 대행 하면서(부칙 제6조 제1항), 이 입법회의가 제정한 법률 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의할 수 없다고 규정하고 있었다(부칙 제6조 3항). 국가보위입법회의는 소위 개혁입법이라는 미명 아래 수많은 비민주적인 법률을 심의・확정하였다. 그 대표적인 것으로 '정치풍토쇄신을위한특별조치법', '사회보호법', '언론기본법' 등을 들 수 있다. 이하 정치풍토쇄신을위한특별조치법, 정당법, 정치자금에관한법률의 내용 및 문제점을 살펴보고자 한다.

2.6.2.2 정치풍토쇄신을위한특별조치법 제정(1980년 11월 5일 법률 제3261호)

신군부는 정치적 반대세력(민주화운동)의 정치활동을 금지하고, 새로운 세대의 등장을 위해서는 명분하에 구시대의 퇴장이 불가피하다고 보고, 이를 제도화하는 방안으로 '정치풍토쇄신을위한특별조치법'의 제정에 착수했다. 국가보위입법회의 법제사법위원회는 이 법안의 심의를 국가보위입법회의법 제32조 제1항의 규정에 의하여 비공개로 할 것을 결의하였다.[90] 그 이유는 정치풍토쇄신을위한특별조치법의 제정은 법치국가원리를 침해하는 것으로서 위헌적 요소를 갖는 소급입법을 제정하는 것이어서 법사위소속 위원은 자신의 발언이 외부에 그리고 역사적으로 공개되는 것을 원하지 않았을 것으로 판단된다. 정치풍토쇄신을위한특별조치법은 그 입법목적에 있어서 정치적・사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 정치인의 정치활동을 규제함으로써 정치풍토를 쇄신하

89) [네이버 지식백과] 제8차 개헌 [第八次改憲] (한국근현대사사전, 2005.9.10., 가람기획).

90) 국가보위입법회의법 제32조 제1항 : 본회의는 공개한다. 다만, 본회의의 의결이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다.

고 도의정치를 구현해 민주정치의 발전에 기여한다고 정의했다(동법 제1조). 찬반토론에 이어 행해진 표결에서 정치풍토쇄신을위한특별조치법은 재석75인 중 가 66, 부 8, 기권 1로 통과됐다. 이 법에서 정치활동을 금지당하는 자는 과거의 "정치적 또는 사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 자"이며, 이들에 대하여 금지하는 정치활동은 1. 공직선거에 있어서 후보자가 되는 일, 2. 공직선거에 있어서 특정후보자를 지지 또는 반대하는 행위를 하는 일, 3. 정당 또는 정치적 사회단체에 가입하거나 그 고문 기타 이에 준하는 직위 또는 그 결성의 발기나 준비를 위한 직위에 취임하는 일, 4. 정치적 집회의 주최자 또는 연사가 되는 일, 5. 전 각호 이외에 특정한 정당, 정치적 사회단체 또는 타인의 정치활동을 원조하거나 방해하는 일이다(동법 제2조).[91] 신군부는 깨끗한 정치가 실현될 수 있는 합리적이고 제도적인 장치가 마련되었다고 하였으나, 제10대 국회의원 210명을 포함해 정당간부, 정치인 등 총 835명이 정치활동 규제대상자로 분류돼 정치활동을 하지 못함으로써 법치국가원리를 정면적으로 침해하는 진정소급입법에 의하여 참정권을 박탈당하는 사태가 벌어졌다. 뿐만 아니라 정치풍토쇄신을위한특별조치법은 특정한 소수의 사람들을 대상으로 한 특별법으로서, 이는 전형적인 개인적 법률(Einzelpersonengesetz)[92] 로서의 처분적 법률(Maßnahmegesetz)이며, 그 유효기간을 1988년까지로 정하였다는 점에서 한시적 법률(Zeitgesetz)인 처분적 법률이었다. 현대 사회적 법치국가(sozialer Rechtsstaat)에서 처분적 법률의 제정은 그 제정목적이 사회국가원리를 구현하기 위한 것이 아닌 한, 원칙적으로 금지되는 것이 법치국가원리에 합당하다.[93]

독일연방공화국헌법(독일기본법)[94] 제19조 제1항에서는 법률(durch Gesetz)이나 법률

91) [네이버 지식백과] 정치풍토쇄신을위한특별조치법 (두산백과).

92) 부정선거관련자처벌법・정치활동정화법・부정축재처리법・정치풍토쇄신을위한특별조치법 등.

93) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정【5・18 민주화운동 등에 관한 특별법 제2조 위헌제청 등】.

94) 과거 통일되기 이전의 서독연방헌법은 기본법(Grundgesetz) 혹은 본기본법(Bonner Grundgesetz/서독의 수도인 Bonn에서 만든 기본법이라는 뜻임)이라는 명칭을 사용했다. 그 이유는 서독연방헌법의 아버지들은 독일이 통일되기 이전에는 연방헌법이라는 명칭을 사용하지 않고 기본법이라는 명칭을 사용하자고 약속하였기 때문이다. 통일이 된 현재에 와서도 법률용어의 사용관습상 기본법이라는 명칭을 사용하고 있지만, 기본법이라는 용어대신에 독일연방헌법이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다. 한국사람 중에는 통일헌법이라고 부르는 사람도 있다. Bonn(과거 서독의 수도)에서 만든 서독연방헌법도 그 초안은 Herrenchiemsee-Entwurf/헤런힘세-엔트부르프)라고 부르는데, 힘세(Chiemsee)는 독일 바이에른주(州)에 있는 호수명이다. 힘세(킴세 : Chiemsee)라고 하는 호수에는 세 개의 섬이 있는데, 가장 큰 섬은 '남자의 섬(Herreninsel),' 이고, 헤런힘세(Herrenchiemsee)라고도 한다. 두 번째 큰 섬은 '여자의 섬(Fraueninsel)'이다. 본(Bonn)기본법 초안은 이 호수(힘세 : Chiemsee) 안에 있는 '남자의 섬(Herreninsel)'에서 작성했다. 독일헌정사에서 헤런힘세-엔트부르프(Herrenchiemsee- Entwurf)라고 하는 것은, 헤런힘세(남자의 섬)에서 제안한 헌법초안(草案)이라는 말이다.

에 근거하여(auf Grund eines Gesetzes)[95] 개별사건법률(Einzelfallgesetz)을 제정할 수 없다(Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten.)고 규정하고 있고, 개인적 법률 역시 인정하지 않는다는 것이 통설・판례의 입장이다. 왜냐하면 처분적 법률은 법규범의 기본적 속성을 결하고 있으며, 과잉행사가 기본권침해의 결과를 초래할 수 있고, 권력분립의 원칙이나 평등의 관점에서도 많은 문제점이 지적되고 있기 때문이다.[96] 미국판례도 "법원의 심리에 의하지 아니하고 어느 개인 또는 어느 단체의 구성원으로 용이하게 특정할 수 있는 자에게 형벌을 과하는 입법인 사권박탈법(bill of attainder)은 헌법상 금지된다."[97]고 하고 있다.[98] 1985년 단행된 최종 해금조치로 규제대상이 없어짐으로써 사실상 사문화(死文化)하였지만, 공식적으로는 1988년 12월 31일 '정치풍토쇄신을위한특별조치법폐지법률(제4039호)'에 의하여 폐지되었다. 법률의 폐지는 법률에 의해서 가능하기 때문이다.

---

95) 법률유보는 '… 법률에 의하여(durch Gesetz),'즉 형식적 의미의 법률(Gesetz im formalen Sinn)인 의회법률(Parlamentsgesetz)만을 의미하며(의회유보(Parlamentsvorbehalt) 내지 의회입법원칙은 행정입법으로의 위임금지를 의미하는 개념으로서, 의회유보는 형식적 의미의 법률(Gesetz im formalen Sinn), 즉 의회법률(Parlamentsgesetz), 단순법률유보(einfacher Gesetzesvorbehalt)를 의미한다), '… 에 근거를 둔(auf Grund eines Gsetzes)'이라는 표현은 형식적 의미의 법률(Gesetz im formalen Sinn)인 의회법률(Parlamentsgesetz)외에 법규유보, 즉 … 법률에 근거를 둔 시행령・시행규칙을 포함하기 때문이다. <http://www.jura-schemata.de/gesetzesvorbehalt.htm>, 검색일 : 2015.5.5; durch Gesetz(법률에 의하여): Gesetz im formalen Sinn(형식적 의미의 법률) - Parlamentsgesetz(의회법률); aufgrund eines Gesetzes(법률에 근거하여): Parlamentsgesetz(의회법률) od(혹은). untergesetzliche Rechtsnorm(하위법규범) : 행정입법(시행령・시행규칙)・자치법규[조례・규칙]), 즉 의회에서 제정한 형식적 의미의 법률(의회법률)뿐만 아니라 행정입법(시행령・시행규칙[untergesetzliche Rechtsnorm])에 의해서도 기본권제한이 가능하다(단순법률유보[einfacher Gesetzesvorbehalt]). 제한의 경우 '침해의 법률적합성(Rechtmäßigkeit des Eingriffs)'의 원칙이 요구되며, 여기에는 (ㄱ) 형식적 합헌성(formelle Verfassungsmäßigkeit)과, (ㄴ) 실질적 합헌성(materielle Verfassungsmäßigkeit)이 있다.

96) 헌법재판소 1996. 2. 16. 선고 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 결정【5・18 민주화운동 등에 관한 특별법 제2조 위헌제청 등】개별사건법률금지의 원칙은 "법률은 일반적으로 적용되어야지 어떤 개별사건에만 적용되어서는 아니 된다"는 법원칙으로서 헌법상의 평등원칙에 근거하고 있는 것으로 풀이되고, 그 기본정신은 입법자에 대하여 기본권을 침해하는 법률은 일반적 성격을 가져야 한다는 형식을 요구함으로써 평등원칙위반의 위험성을 입법과정에서 미리 제거하려는데 있다 할 것이다. 개별사건법률은 개별사건에만 적용되는 것이므로 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적인 규정이라는 강한 의심을 불러일으킨다. 그러나 개별사건법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에, 특정규범이 개별사건법률에 해당한다 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니다. 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 따라서 개별사건법률의 위헌 여부는, 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라, 나아가 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다.

97) United States v. Lovett, 328 U S 303(1946).

98) 김백유, 앞의 책, 1534쪽.

2.6.2.3 정당법 개정 [시행 1980년 11월 25일] [법률 제3263호, 1980년 11월 25일, 일부개정]

다당제를 유도하여 정당이 난립하는 것이 신군부의 정권획득에 유리하다는 판단에 따라 입법회의는 정당설립을 보다 용이하게 하는 방향으로 정당법을 개정했다.[99] 왜냐하면 예컨대 선거구제에 있어서 1구 2인 선출제(유신시대에 처음 등장)에서는 야권이 분열되면 될수록 여당이 유리하기 때문이었다.[100] 정당법 개정을 위한 제안설명에서 정당법 개정의 이유와 골자로 세 가지를 들었다. (ㄱ) 정당의 창당과 존속을 용이하게 함으로써 국민의 정치적 의사형성(Politische Willensbildung)에 필요한 조직의 확보를 원활히 할 수 있게 하고, (ㄴ) 정당에 참여할 수 있는 문호를 대폭 개방함으로써 다원화된 국민의 정치적 의사를 국정에 고루 반영할 수 있게 하며, (ㄷ) 당원자격이 없는 사람의 정당 관여행위를 규제해 새 시대에 부응하는 건전한 민주정치 풍토조성에 기여하려는 것이라고 요약했다. 그러나 신군부는 정당의 결성을 용이하게 하고 정당가입조건을 확대하는 조치를 취하면서도, 다른 한편으로는 이와 반대되는 장치를 마련하였다. 즉, 정당등록의 취소사유를 추가했고,[101] 당원자격이 없는 사람은 정당에 관여하지 못하도록 했으며,[102] 해산되거나 등록 취소된 정당의 명칭을 다른 정당이 다시 사용하지 못하도록 하였다.[103] 정당법이 이와 같이 개정됨으로서 신군부가 주도하는 정당은 기성 정치인들이 결성하는 정당보다 유리한 위치를 차지할 수 있었다. 과거와의 단절이 강요된 상태에서 수많은 제약 앞에서, 모든 것을 새롭게 출발해야 하는 기성 정치인들과는 달리 거대한 정치권력을 이용해 정당결성에 필요한 제반 자금의 동원 및 지원을 받을 수 있었기 때문이다. 이를 위하여 신군부는 정치자금에관한법률의 개정이라는 수순을 밟는데, 특히 위헌논쟁을 불식하기 위하여(독일연방헌법재판소에서 정당운영자금지원은 위헌이

99) 창당준비에 필요한 발기인 수를 30인에서 20인으로 낮추고(제5조), 법정지구당 수를 국회의원 선거구 3분의 1에서 4분의 1로 줄였으며(제25조), 지구당의 법정당원 수를 50인 이상에서 30인 이상(제27조)으로 줄였다.

100) 이는 1980.10.27. 제5공화국헌법 발효와 동시에 해산된 정당이 4개인 데 비해, 1981.3.25. 실시되는 11대 총선거를 앞두고 12개의 정당이 창당된 것만보다도 알 수 있다.

101) 개정정당법 제38조 제1항 제2호는 국회의원 총선거에 후보자를 추천하지 않거나 고의로 참여하지 않을 때, 제3호 선거에서 의석을 얻지 못하고 총 유효투표총수의 100분의 2이상을 득표하지 못 한 때에는 정당등록을 취소한다고 규정하였다.

102) 개정정당법 제42조의2 제1항은 "당원의 자격이 없는 자는 정당의 간부, 고문, 기타 이에 준하는 직위 도는 정당결성의 발기나 준비를 위한 직위에 취임하거나 정당활동에 영향을 미치는 행위를 할 수 없다"고 규정했다. 그리고 46조에는 이를 어겼을 경우 3년 이하의 징역이나 300만 원 이하의 벌금에 처하도록 했다.

103) 개정정당법 제43조 제2항은 "이법과 헌법위원회의 해산결정에 의하여 해산 또는 등록취소 된 정당의 명칭과 같은 명칭은 정당의 명칭으로 다시 사용하지 못한다."고 규정했다. 이로 인해 해산된 민주공화당, 신민당, 민주통일당 등의 명칭은 사용이 금지됐다. 이 때문에 후일 이들 정당에 소속됐던 정치인들은 신민주공화당, 신한민주당 등의 명칭으로 정당명을 개명하였다.

라는 결정이 난바 있었다), 헌법 제7조 제3항에 "정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당의 운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다."고 규정하여 두었다.

2.6.2.4 정치자금에관한법률 개정[시행 1980년 12월 31일] [법률 제3302호, 1980년 12월 31일, 전부개정]

신군부는 정당운영에 필요한 비용을 보조할 수 있도록 한 제5공화국 헌법 제7조 제3항에 따라 보조금의 지급대상과 배분비율 등을 정하기 위해 정치자금에관한법률(현행 정치자금법)의 전면적인 개정에 나섰다. 당비와 후원금, 기탁금, 보조금, 후원회의 모집금품과 정당의 당헌・당규 등에서 정한 부대수입(법 제3조 제3호)등 모든 정치자금의 적정한 제공을 보장하는 한편, 그 회계를 공개해 정치자금을 양성화함으로써 정치활동의 공명화를 촉진하고 민주정치의 건전한 발전에 기여하도록 한다(법 제1조)고 하였다. 그리하여 예산범위 내에서 국고보조금을 지급하되, 보조금은 정당의 운영경비에만 쓰도록 했으며(법 제19조), 특정 정당을 지정해서 정치자금을 기탁할 수 있도록 했고(법 제11조), 정치자금 조달을 위해 정당에 후원회(법 제5조)를 둘 수 있게 하는 등의 내용을 골자로 하는 개정안을 제출해 통과시켰다. 정치자금에관한법률의 개정은 기존정당의 해산과 신군부의 새로운 정당의 결성을 주도하면서 추진한 것이었기 때문에 이법의 개정은 내부적으로는 신군부의 정당창설・정권유지를 위한 음모가 숨어 있었다. 자신들의 정당창설・정권유지를 위하여 법의 형식을 빌린, 합법적인 정치자금을 모으는 한편 정치자금을 이용해 야당으로 하여금 신군부에게 실질적 복종관계를 만들기 위한 의도가 숨어 있었던 것이다. 왜냐하면 국고보조금을 받기 위하여는 예산편성을 하여야하고, 이 과정에서 국회의 심의를 거쳐야 하는데, 여기서는 여당의 동의가 필수적이었기 때문이다. 정치자금을 비롯한 제반인력 및 자원의 부족으로 야당은 여당과의 경쟁에서 불리한 위치에 놓일 수밖에 없었고, 이것이 야당의 정치적 위상을 더욱더 왜소하게 만드는 악순환을 반복하였다.[104]

2.6.2.5 기타 - 언론기본법・사회보호법・노동관계법 등

언론기본법[105]은 종전의 '신문・통신의 등록에 관한 법률'과 '방송법'을 각각 폐지하

104) 정당국고보조금에 대한 문제점은 박효종, 정당 국고보조금제 비판과 대안, 자유기업센터, 1997, 참조.

105) 형식적으로 동등한 효력을 갖는 법률 상호간에는 특별법우선의 원칙(lex-specialis- Regel)이나 신법우선의 원칙(lex-posterior-Regel)에 의해 그 적용상의 우월(Anwendungsvorrang)을 결정(효력상의 우월(Geltungsvorrang)은 아님)하지만, 어떤 법률에 기본법이란 명칭을 부여할 것인지에 관하여 확립된 기준은 없고 또 입법의

고 이를 통합하여 새로인 언론기본법으로 법명을 부여한 것으로서 특히 신문 등 정기간행물의 등록취소사유를 확대시킴으로서 언론통제 기능을 강화하고 있다. 사회보호법은 일반형사법에 대한 보안처분을 규정한 것으로서(보호감호처분[106]) 사회안전법과 같이 이중처벌금지원칙의 위반문제[107]와 특히 10년의 감호처분 시 법관의 재량판단을 박탈(동법 제20조 제1항 단서)했다는 점이 문제되었었다. 집회및시위에관한법률[108]도 통제의 대상이 되는 시위의 개념을 확대하였을 뿐만 아니라 경찰관의 출입・지시할 수 있는 집회・시위를 확대하고 금지집회의 예비・음모의 처벌 및 기타 처벌규정을 강화하였다.

실제상으로도 그때 그때 기본시책이나 계획, 프로그램, 대강, 기본조직 등을 규정하는 법률에 '기본법'이란 명칭을 붙이고 어떠한 통일적인 기준이나 근거가 존재하지는 않는다. 따라서 이 기본법이란 법률유형에 일반적으로 특수한 법적 효력을 부여하는 것은 사실상 곤란하다. 즉 기본법은 그것이 기본법으로 제정되었다고 해서 그것을 구체화하기 위한 세부법(細部法), 즉 기타 개별법률에 대해 형식적으로 우월한 효력을 갖는다고는 할 수 없고, 다만 그 세부법의 해석상의 지침 혹은 입법정책적 방향제시 정도에 불과하다. 그러나 기본법 이후에 제정・개정되는 법률들을 기본법의 취지나 내용, 기타 입법정신에 위반해서는 안될 것이다. 따라서 언론기본법에 통제규정이 강화되어 표현의 자유 등이 제한되어 있다면 결국 언론기본법이후에 제정・개정되는 기타 언론관련 법률들도 당연히 비민주적 언론법 들이 될 수 밖에 없는 것은 당연하다. 김백유, 앞의 책, 2013쪽 각주 3) 참조.

106) 사회보호법에 의한 보호감호처분의 위헌여부에 대하여 대법원은 죄형법정주의나 평등원칙에 위반되지 않는 합헌으로 보았다(대법원 1982. 2. 9. 선고 81도2897 판결【특정범죄가중처벌등에관한법률위반・보호감호】【판시사항】 사회보호법 시행 이전의 실형전과자에 대한 보호감호처분과 법률불소급원칙에의 위배여부(소극)【판결요지】 사회보호법 시행 이전에 동법 소정의 실형을 받고 동법 시행 이후 그 소정 각 죄를 범한 자는 보호감호대상자가 되는 것이고, 이는 법률불소급의 원칙을 정하는 헌법에 반하는 것이 아니다; 대법원 1983. 5. 10. 선고 83도731 판결【강도상해・보호감호】【판시사항】 사회보호법 제5조 제1항이 죄형법정주의 및 평등원칙에 위반되는지 여부(소극)【판결요지】 사회보호법 제5조 제1항이 죄형법정주의의 원칙에 반한다거나 사회적 신분에 의한 차별대우를 규정한 법률규정이라고 볼 수 없다.

107) 사회안전법에 의한 보안처분을 대법원은 합헌으로 보았으며, 소급적용에 대하여도 형벌불소급의 원칙이나 일사부재리원칙(이중처벌금지원칙)에 위반하지 않는다고 보았다(대법원 1987 8. 18. 선고 87누64 판결【보안감호처분기간갱신결정무효확인】 사회안전법 소정의 보안처분은 처분대상자가 이미 실행한 행위에 대한 책임을 물어 과하는 제재조치가 아니라 장래에 그 법소정의 특정범죄를 다시 범할 위험성을 미리 예방하여 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하는 한편 처분대상자를 교육 개선시켜 사회에 복귀토록 하려는 것을 본질로 하는 예방조치로서의 행정작용인 점에서 형벌과는 그 본질을 달리하는 것이므로 이와 같은 사회안전법상의 보안처분은 헌법이 보장하는 재판을 받을 권리와 일사부재리의 원칙 또는 양심의 자유에 관한 규정 및 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 내용 기타 기본적 인권보장을 밝힌 헌법규정에 위반된다고 볼 수 없다.

108) 대법원은 "헌법이 보장하는 집회의 자유도 스스로 한계가 있어 무제한의 자유가 아닌 것이므로 집회 및 시위를 보호함과 아울러 공공의 안녕과 질서를 유지함을 목적으로 제정된 집회및시위에관한법률을 위헌이라 할 수 없다."고 하면서, 금지사유의 규정 및 벌칙규정(구법 제3조 제1항 제4호, 제14조 제1항)의 위헌여부에 대하여도 대법원은 합헌으로 보았다(대법원 1987. 7. 21. 선고 87도1081 판결) : 집회및시위에관한법률 제14조 제1항, 제3조 제1항 제4호 위반죄는 이른바 다중범 또는 군집범을 예상하고 있어서 따로 형법 제30조를 적용할 필요가 없다.

노동관계법의 경우도 노동조합설립요건의 강화, 제3자개입금지조항의 신설,[109] 직권중재대상의 확대, 냉각기간의 연장 등이 문제되었고, 이는 1987년 6월 항쟁 이후 동년 11월 28일 노동관계법이 개정되어, 산업별노조체제의 지향, 냉각기간의 단축 등 일부조하의 통제적 성격이 완화되기도 하였다. 그리고 1980년 12월 31일 국가보위입법회의를 통해 종전의 반공법이 폐지되고 그 핵심적 내용은 국가보안법[110][111]에 흡수되었다.[112]

Ⅲ. 대통령 선거 및 국회의원선거

1. 제4공화국의 소멸과 제5공화국 전두환 정권의 탄생 - 최규하의 사임(1980년 8월16일)과 제12대 대통령선거

1980년 9월 1일 제11대 대통령(제4공화국 후기 : 1980년 9월 1일-1981년 3월 2일)으로 취임한 전두환[113]과 집권당인 민주정의당은 박정희 정권이 집권을 연장하기 위한 수단

109) 헌법재판소는 "제3자 개입금지조항은 노동자측으로의 개입뿐만 아니라 사용자측으로의 개입에 대하여서도 마찬가지로 규정하고 있고, 노동자들이 변호사나 공인노무사 등의 조력을 받는 것과 같이 노동삼권을 행사함에 있어 자주적 의사결정을 침해받지 아니하는 범위 안에서 필요한 제삼자의 조력을 받는 것을 금지하는 것이 아니므로 근로자와 사용자를 실질적으로 차별하는 불합리한 규정이라고 볼 수 없다."고 하였다(헌법재판소 1990. 1. 15. 89헌가103, 판례집 2, 4, 17-18).

110) 대법원 1987. 7. 21. 선고 87도1081 판결【국가보안법위반,집회및시위에관한법률위반】국가보안법은 헌법이 지향하는 조국의 평화적 통일과 자유민주적 기본질서를 부인하면서 공산계열인 북괴 등 불법집단이 우리나라를 적화변란 하려는 활동을 봉쇄하고 국가의 안전과 국민의 자유를 확보하기 위하여 제정된 것이어서 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

111) 국가보안법 제7조 제1항은 그 용어가 지나치게 다의적이고 그 적용범위가 광범위하여 만일 문리 그대로 해석·운영한다면, 헌법상의 언론·출판·학문·예술의 자유를 위축시킬 우려와 헌법 제19조의 양심의 자유를 침해할 가능성이 있고 법운영당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 있어 법치주의 및 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨날 것이며, 평화적 통일에 관한 헌법전문과 제4조에 양립하기 어려운 문제가 생길 수도 있다. 그러나 일찍이 남북간에 전쟁이 있었고 아직도 대치상태이므로 비록 그 다의성 때문에 위헌의 문제가 생겨날 수 있다고 해서 제7조 제1항을 전면위헌으로 완전 폐기되어야 할 규정으로 보지는 않으며, 이에 합헌적 제한해석을 할 필요성이 있으며 (국가보안법 제7조 제1항(찬양·고무 등) 및 제5항에 관한 헌법재판소의 한정합헌결정(헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정).

112) 양건, 앞의 논문, 134쪽.

113) 최규하 대통령이 1980.8.16. 재직 8개월 20일 만에 사임함에 따라 최규하 대통령의 사임으로 박충훈(朴忠勳) 국무총리가 대통령 권한대행으로 취임하였다. 궐위된 제11대 대통령을 선출하기 위하여 박충훈 통일주체국민회의 의장대행은 1980.8.20. 제11대 대통령선거를 위한 통일주체국민회의의 집회일을 8.27.로 공고하였다. 통일주체국민회의는 1980.8.27. 당시 헌법(유신헌법 제45조 제2항, 제3항)에 따라 대통령 보궐선거를 실시하였다.

으로 도입한 통일주체국민회의 제도를 모방해 '대통령선거인단' 제도를 도입하였다. 그러나 명칭만 다를 뿐 통일주체국민회의 대의원의 손을 통해 대통령을 뽑던 박정희 정권의 대통령 간접선거 제도를 그대로 답습한 것에 지나지 않았다. 제5공화국 헌법 제41조 제1항에 따르면, 대통령선거인의 수는 법률로 정하되 5,000인 이상으로 하며, 대통령선거인단에서는 대통령을 무기명투표로 선출하되 재적 대통령선거인 과반수의 찬성을 얻은 자를 대통령 당선자로 선출하도록 하였다. 헌법에서 대통령선거는 대통령선거인단에서 선출하도록 하였기 때문에 1980년 12월 대통령선거법(법률 제3331호)을 제정하여 국민에 의한 대통령선거인(단)의 선거와 대통령선거인(단)에 의한 대통령선거에 관한 사항을 규정하였다.[114][115] 대통령선거법에는 대통령선거인은 (대통령선거법)제25조에서 규정하고,[116] 대통령 후보자는 정당 또는 대통령선거인 300인 이상 500인 이하의 추천을 받아 중앙선거관리위원회에 등록 신청하도록 규정하였다(대통령선거법 제110조 제1항, 제2항). 그리하여 1981년 2월 11일 전국 1,905개 대통령선거인선거구에서

통일주체국민회의는 1980.8.27. 서울 장충체육관에서 제7차 회의를 열고 제11대 대통령선거를 실시하였다. 선거 방식은 제8대~10대 대통령선거 때와 마찬가지로 유신헌법에 의거해 국민의 직접선거로 선출된 통일주체국민회의 대의원들이 대통령을 선출하는 간접선거 방식을 그대로 적용하였다. 선거 결과 국가보위비상대책위원회 상임위원장을 지낸 신군부 출신의 전두환이 단독 후보로 출마해 통일주체국민회의 재적대의원 2,540명 중 2,525명(투표율 99.4%)이 출석한 가운데 2,524명의 찬성, 무효 1표를 얻어 당선되었다. 투표는 무기명 비밀투표 방식을 취하였고, 같은 해 9.1. 제11대 대통령으로 취임하였는데, 이 선거가 유신헌법 제4공화국의 마지막 대통령선거였다. 제4공화국 헌정사에 있어서 박정희 정권(제1기・제2기)・최규하 정권을 거쳐 마지막 단계를 이끌어 나갈 전두환 정권(제11대 대통령)은 1980.9.1. 취임하여 1981.3.2. 까지 존속하였다(1980.9.1.-1981.3.2.). 1981.3.3.부터는 유신헌법이 종말을 고하고 전두환 정권(제12대 대통령) 제5공화국이 시작된다.

114) 1948년 건국헌법은 대통령과 부통령은 국회에서 선출하도록 하고 그 선출방법도 헌법에서 직접 규정하였기 때문에 별도로 선거에 관한 사항을 법률로 정할 필요가 없었다. 그러나 1952.7. 이른바 '발췌개헌'으로 대통령과 부통령을 국민이 직접 선거하게 됨에 따라 선거인 명부의 작성, 후보자 등록, 선거운동, 투표와 개표에 관한 사항을 정하기 위하여 1952.7. 법률 제247호로 <대통령・부통령선거법>이 제정되었다. 그러나 1960.6. 내각책임제의 채택으로 이 법률은 효력을 잃었다. 1962.12. 이른바 제3공화국 헌법이 대통령중심제를 채택하면서도 부통령은 두지 않고 대통령을 국민이 직선하기로 함에 따라 다시 대통령의 선거에 관한 사항을 규정하기 위해 1963.2. 법률 제1262호로 이 법이 제정되었다. 그러나 1972.12. 다시 헌법이 개정되어 국민이 직선하던 대통령을 통일주체국민회의에서 선출하게 함에 따라 이 법은 폐지되고, 통일주체국민회의에서의 대통령선거방법은 주로 헌법에서 직접 규정하고 절차적인 사항은 <통일주체국민회의법>(1972.12. 법률 제2353호)에서 규정하였다. [네이버 지식백과] 대통령선거법 (한국민족문화대백과, 한국학중앙연구원).

115) [네이버 지식백과] 대통령선거법(한국민족문화대백과, 한국학중앙연구원).

116) 제25조 (등록) ① 대통령선거인후보자(이하 이 장에서는 "후보자"라 한다)가 되려는 자는 대통영선거인선거일공고일로부터 5일 이내에 그 선거구 안에 주민등록이 된 선거권자 200인 이상 300인 이하(인구 5,000미만인 선거구에서는 100인 이상 150인 이하)가 기명・날인(무인은 허용하지 아니한다)한 추천상을 첨부하여 관할선거구선거관리위원회에 등록을 신청하여야 한다.

국민의 직접선거에 의해 5,272명의 대통령선거인이 선출되었다.[117] 이 가운데 당선이 취소된 1명을 제외한 5,271명으로 구성된 대통령선거인단에 의해 1981년 2월 25일 국회의원 선거구 단위별로 대통령선거 투개표가 실시되었다. 후보는 민주정의당의 전두환, 한국국민당의 김종철(金鍾哲), 민권당의 김의택(金義澤), 민주한국당의 유치송(柳致松) 등 4명이었다. 선거 결과 전두환 후보가 유효투표수의 90.23%인 4,755표를 얻어 압도적 표차로 당선, 1981년 3월 3일 임기 7년의 제12대 대통령에 취임함으로써 제5공화국을 출범시켰다.[118][119] 이처럼 전두환의 대통령 당선은 10·26 이후 여권은 물론이고 반유신 세력도 정치적 탄압 등으로 인하여 사분오열되었고, 다만 군(軍)만이 체계적으로 조직되어 있었기 때문에 가능했다고 할 수 있다.

2. 전두환 정권하에서 실시된 제11대 국회의원선거(1981년 3월 25일)

대통령선거에 이어 1981년 3월 25일 실시되는 11대 국회의원선거도 민주정의당(民主正義黨)의 승리가 이미 예상되었다. 정계개편과 세대교체가 불가피하다는 것을 내세워 경쟁상대가 될 만한 정치인은 정치활동을 이미 금지시켰고, 민주정의당이 정치적 자원을 모두 독점하는 정치구도 하에서 치르는 선거였기 때문이다. 개정된 국회의원선거법에 의하면 지역구를 종래 77개에서 92개로 늘리고 한 선거구에서 2명의 의원을 선출(1구 2인 선출제)하며, 전국구(비례대표) 의원은 지역구 의원수의 2분의 1로 하여 국회의원 수는 모두 276명이 됐다. 선거일이 공고됨에 따라 각 당은 후보자를 공천하는 등 선거준비에 나섰다. 3월 10일 후보등록을 마감한 결과 92개 선거구에 정당추천 529명, 무소속 106명 등 635명이 등록해 전국평균 3.4 대 1의 경쟁률을 보였다. 정당별 후보등록 상황을 보면 민주정의당 하나만이 92개 선거구 전부에 후보를 등록했고, 민주한국당이 전략지역 한 곳을 제외한 91개 선거구에, 국민당이 75개 선거구에, 민권당이 82개 선거구에 후보등록을 했다. 선거결과 민주정의당은 지역구에서 90석을 획득해 전국구 61석을 합쳐, 과반수보다 13석이나 더 많은 151석을 확보할 수 있었다. 민주한국당의 경우 82석(지

117) <http://blog.naver.com/sungbosungbo/10183122019>.

118) [네이버 지식백과] 제12대 대통령선거 [第十二代大統領選擧] (두산백과).

119) 각 정당별 득표율 빛 대통령선거인 비율.

	민정당	민한당	국민당	민권당	무소속
득표율	90.2	7.7	1.6	0.5	
선거인비율	69.5	7.8	0.9	0.4	21.4

역구 58석, 전국구 24석)을 획득해 제1당이 됐으며, 한국국민당의 경우 25석(지역구 18석, 전국구 7석)을 획득했다. 그밖에 민권당과 신정당, 민주사회당이 각각 지역구 2석씩을, 민주농민당과 안민당이 각각 지역구 1석씩을 획득했고, 무소속 당선자는 10명이었다.[120] 민주정의당의 경우 전체 지역구 후보 중에서 단지 2명만이 낙선해 97.8%의 당선율을 보였는데, 이는 한 선거구에서 두 명을 뽑는 선거제도(1구 2인 선출제) 및 경쟁력 있는 정치인의 출마를 금지시키고 야권의 분열을 유도한 신군부의 전략 때문이었다. 이로 인해 민주정의당은 전체 유효투표의 35.6%만 획득하고도 의석의 54.7%를 차지할 수 있었다. 제1야당이 된 민한당 역시 1구 2인 선출제로 이익을 본 경우에 해당된다. 21.6%의 득표를 하고도 29.3%의 의석을 차지할 수 있었기 때문이다. 이와 반대로 국민당은 13.3%의 득표를 하고도 9.1%의 의석만 차지하는 데 그쳐, 1구 2인 선출제(중선거구제) 선거제도의 피해를 보았다고 할 수 있다. 중선거구제는 그 장점으로서는, (ㄱ) 비교적 광범위한 지역에 기반을 둔 인물의 진출이 가능하고, (ㄴ) 선거구역의 과대・과소에 따른 각종 결점이 완화되며, (ㄷ) 대정당, 소정당에게 공정한 진출이 용이하다는 장점이 있으나, 단점으로는 (ㄱ) 동일정당내의 당원끼리 경쟁하는 폐해가 발생할 염려가 크며, (ㄴ) 보궐선거 및 재선거실시 곤란, 후보자의 식별곤란 등이 있고, (ㄷ) 선거간섭・정실・매수 기타 부정방지가 곤란하며, (ㄹ) 선거비용이 비교적 많이 소요된다는 단점이 있다.[121] 아무튼 1구 2인 투표제는 민주정의당의 의석확보에 가장 유리한 선거제도 였다. 결국 국회의 주도권을 민주정의당이 장악하고, 그의 의도대로 국가정책이 결정됨으로써 국민의 의사는 왜곡될 수밖에 없게 되었다.[122]

제11대 국회가 출범(1981년 4월 11일 최초집회[개원])하면서, 국가보위비상대책위원회는 폐지되었다. 이후 민주정의당이 정책적으로 다당구도를 유지하기 위해 한 일은 국고보조금을 정당에 지급한 것이었다(헌법 제7조 제3항). 정당국고보조금제도의 문제점은, (ㄱ) 국가로부터 보조금을 받는 정당들은 기득권유지를 위해 신생정당의 출현을 저지하려는 경향이 강하고, (ㄴ) 정당 스스로도 재정적으로 자립하려고 노력하기보다는

120) [네이버 지식백과] 제11대 국회의원 총선거 [第十一代國會議員總選擧] (두산백과).

121) 김백유, 앞의 책, 896쪽 참조.

122) 전두환은 광주민주항쟁의 배후자로 몰려 사형 선고를 받은 김대중을 신변치료의 명분으로 미국에 가는 것을 허락하였다(1982.12). 1983년 정치활동 규제자의 일부를 해금하여 정치활동을 가능하게 하였으며, 중고교학생의 머리 및 교복 자율화를 시행하고, 통행금지의 해제를 실시하는 등 유화정책을 실시하였다. 문교부는 1983.12. 해직교수의 타 대학의 복직을 허용하였고, 민주화운동을 주도하다 제적된 대학생들의 복교를 1984년에 허용하였다. 정부는 1984.2.에는 정치활동규제자 202명을 추가로 해금하였다. 그리고 학원에 투입한 경찰병력을 철수하였다.

국고보조금을 늘리는 방식을 선호하게 되며(바로 이점 때문에 '선거보조금'이외에 정당운영자금[운영보조금][123]을 지급하는 것이 문제되며, 과거 독일연방헌법재판소에서 정당운영자금지원에 대한 위헌결정을 한 이유도 여기에 있었다.[124]), 그 결과 정당 상호간에 있어서도 경쟁의 필요성을 느끼지 못해 긍정적인 정당발전을 기하기 어렵다는 폐단을 가져온다. 이는 국가가 재정지원을 함으로써 기성정당(旣成政黨)의 소멸을 막고, 이를 통해 신생정당의 출현을 저지하는 동시에 기성정당이 정치인을 흡수・분산시키는 역할을 하여 민주정의당의 독재에 유리하게 작용하도록 함이 정치적인 목적이 있었음을 부인할 수 없다. 결론적으로 제11대 국회의원 총선거는 국가보위입법회의에서 제정된 '정치풍토쇄신을위한특별조치법' 등 각종 법적 조치에 의해 상당수 정치인들이 정치활동을 규제받거나 정치적 이유로 처벌됨으로써 신군부 세력의 정권 안정을 위해 고안된 선거라는 비판을 받았다.[125] 제11대 국회의원선거는 평등선거의 원칙, 특히 투표가치의 평등이 이루어지지 않아 최대・최소 선거구의 인구비율이 4.4 : 1 이었다.[126]

3. 전두환 정권하에서 실시된 제12대 국회의원선거(1985년 2월 12일)와 개헌논쟁의 시작

1984년 7월 25일 여・야 협상으로 국회의원 선거법이 부분적 개정으로 공포되었다. 1984년 12월 18일 제11대 국회의 마지막 정기국회가 폐회됨에 따라 각 정당들은 제12대

123) 이 헌법규정에 근거하여 정치자금법은 보조금의 계상, 지급방법, 보조금의 용도제한 등에 관하여 규정하고 있다(정치자금법 제25조-제30조). 또한 정당은 선거공영제에 따라 선거에 관한 경비를 원칙적으로 부담하지 아니할 권리(헌법 제116조 제2항)와 정당이 수령하는 기부(정치자금법 제2조 참조)나 찬조 기타 재산상의 출연에 대한 면세특혜(정치자금법 제59조)를 받는다. 정당제민주주의에 바탕을 둔 우리 헌법은 정당설립의 자유와 복수정당제를 보장하고 정당의 목적이나 조직 및 활동이 민주적인 한 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 정당운영에 필요한 자금도 보조받을 수 있도록 하는 등 정당을 일반결사에 비하여 특별히 두텁게 보호하고 있다. 김백유, 앞의 책, 837쪽.

124) 독일에서는 1966년 정당의 경상활동비를 국가가 보조하는 것은 헌법상 평등권을 근거로 위헌이라 판시(BVerfGE 20, 56 ff; 정만희, 헌법 제8조, 헌법주석서(I), 법제처(2010.3), 220쪽)하였기 때문에(독일연방헌법재판소는 정당은 자유롭게 설립된 정치결사에 불과하고, 국가영역에 속하는 것이 아니므로 국가는 정당의 재정을 떠맡을 의무가 없다고 하였다). 그 후 연방헌법재판소는 1992.4.9.의 결정에서 판례를 변경하여 일정한 조건 하에 정당에 대한 직접적인 국고보조금의 지급도 허용되는 것으로 판시하였다. 이에 따라 상대적 정치자금총액의 제한과 절대적 정치자금총액의 제한을 준수하는 한도 내에서 허용되고 있다(정만희, 헌법 제8조, 헌법주석서(I), 법제처, 2010.3, 220쪽).

125) [네이버 지식백과] 제11대 국회의원 총선거 [第十一代國會議員總選擧] (두산백과).

126) 양건, 앞의 논문, 132쪽.

총선을 위한 활동에 들어갔고, 신한민주당(가칭)의 창당작업도 본격화되었다. 1985년 1월 21일 제12대 국회의원 선거일이 2월 12일로 공고된 후 1월 28일 마감된 후보자 등록 결과 지역구 의원정수 184명에 정당추천 411명, 무소속 29명 등 모두 440명이 등록하여 전국 평균 2.4대 1의 경쟁률을 기록했다.[127] 1985년 2월 12일 치루어진 제12대 국회의원 총선선거[128] 결과는 민주정의당이 35.3%의 득표율을 보여 지난 제11대 국회의원 선거 시와 비슷한 지지도를 유지했으나, 신당인 신민당은 기존의 야당들을 제치고 29.3%의 득표율을 얻어 민주정의당과 불과 6% 내의 근소한 차이를 보였는데, 이는 새로운 야당에 대한 유권자들의 기대와 지지가 높았다는 것을 말해 준다. 한편 제11대 국회의 제1야당이었던 민주한국당은 19.7%를 득표하여 35석(지역구 26, 전국구 9)을 차지하였고, 한국국민당은 9.2%를 득표하여 20석(지역구 15, 전국구 5)이라는 저조한 의석을 차지하였고, 나머지 5개 정당은 2% 미만의 득표율을 보이는 데 그쳤고, 무소속 입후보자들의 경우도 지난번 선거 때보다 지지도가 떨어져 3.24%의 득표율을 보이는 정도였다.[129][130] 1985년 2월 12일 국회의원 총선거에서 대통령직선제 개헌을 주요선거 공약으로 내세운 3개 야당(신민당, 민한당, 국민당)의 득표율(58.1%)이 여당인 민주정의당의 득표율(35.3%)을 훨씬 능가했을 뿐만 아니라, 1980년 제5공화국 출범 당시 쿠테타 주도세력에 의해서 인위적으로 만들어진 이른바 '관제야당/제도권정당(민한당[131] · 국민당)'[132]이 선거에서 참패하는 대신, 1985년 총선거를 앞두고 급히 창당된 야당인 신한민주당(약칭 신민당)[133]이 84석을 차지함으로써 148석의 여당(민주정의당)을 견제할 수 있는 강력한

127) [네이버 지식백과] 제12대 국회의원선거(1985.2.12.) (한국의 정당정치, 도서출판 들녘, 2005.4.25).

128) 1984.7.25. 여야 협상으로 개정·공포된 국회의원선거법에 따라 실시되었는데, 내용은 제11대 국회의원 총선거 때와 거의 다른 것이 없고, 몇 부분만 보완되었다. 주요 보완 내용은, 전국구 후보자 등록 시 중앙선거관리위원회에 700만 원의 기탁금을 기탁하도록 하였고, 선전벽보 첨부매수(添附枚數)를 구·시는 인구 300인에 1매, 군은 인구 100인에 2매로 책정하였다. 또 합동연설회 횟수를 늘리고, 고지벽보(告知壁報)를 연설회당 200매로 늘리는 한편, 투개표 참관인 수를 11대 때의 8명에서 12명으로 늘렸다. [네이버 지식백과] 제12대 국회의원 총선거 [第十二代國會議員總選擧] (두산백과).

129) [네이버 지식백과] 제12대 국회의원선거(1985.2.12.) (한국의 정당정치, 도서출판 들녘, 2005.4.25).

130) [네이버 지식백과] 제12대 국회의원 총선거 [第十二代國會議員總選擧] (두산백과).

131) 기존 제1야당인 민한당은 의석수의 획득에서 크게 신민당에 미치지 못하였고, 소속 의원들의 신민당의 입당으로 와해되었다.

132) 제5공화국 출범과 같이 창설된 제도권정당제는 관제정당제적 현실아래서는 진정한 의미의 평화적 정권교체는 어렵다(갈봉근, 앞의 책, 384쪽).

133) 1985.1.18. 1980년 '정치풍토쇄신을 위한 특별조치법'에 의하여 정치활동이 금지되었던 구(舊)신민당 인사들이 해금되면서 야권정치인들과 함께 창당하였다(해산된 정당은 종전의 명칭을 사용할 수 없었으므로 신한민주당이라는 새로운 명칭을 사용함). 창당대회에서 총재에 이민우(李敏雨), 부총재에 김녹영(金祿永)·조연하

힘으로 등장했었다. 특히 제12대 국회의원총선 직전 창당된 신한민주당이 제1야당으로 부상한 것은 민주주의에 대한 열망과 새로운 정권의 탄생을 모색하는 국민들의 바람을 반영한 것이었다. 왜냐하면 헌법과 정치체제에 대한 비판이 뜨거운 정치적 쟁점이 되었고, 미국에서 귀국한(1985년 2월 8일) 김대중이 신한민주당에 가세하였기 때문이다. 제12대 국회의원선거는 평등선거의 원칙, 특히 투표가치의 평등이 이루어지지 않아 최대·최소 선거구의 인구비율이 5.26 : 1 이었다.[134] 제12대 국회의원 선거에서 예상외의 성공을 거둔 신민당은 양심수 구속학생 석방 등을 정부에 촉구하고 직선제 개헌투쟁을 전개하였다.[135] 개헌논의는 1985년 후반기부터 점차 논의되기 시작한 후 1986년에 본격화되었다.

Ⅳ. 제5공화국 당시의 헌법논쟁(Verfassungsdiskussion)

1. 전두환의 4·13 호헌(護憲)과 노태우의 6·29선언

제12대 국회의원 선거에서 예상 외의 성공을 거둔 신민당은 양심수 구속학생 석방 등을 정부에 촉구하고 직선제 개헌투쟁을 전개하였다. 개헌논의는 1985년 후반기부터 점차 논의되기 시작한 후 1986년에 본격화되었다. 전두환 대통령은 임기 내의 개헌불가 입장을 1986년 국정연설에서 발표하였고, 이에 따라 법무부는 헌법논의를 빙자한 범법행위를 엄벌하겠다고 공언하였다. 정부의 이러한 방침에도 불구하고 개헌논의는 쉽게 가라앉지 않았다.

(趙淵夏)·이기택(李基澤)·김수한(金守漢)·노승환(盧承煥) 등 5명을 선출하였다. 정강정책으로 대통령직선제 개헌, 독재와 독선 배제, 지방자치제 조기실시, 언론기본법 폐지, 군(軍)의 정치적 엄정중립 등을 채택하였다. 1985.2.12. 창당 후 처음으로 실시된 제12대 국회의원선거에서 지역구와 전국구를 합쳐 84석을 확보, 제1야당으로 부상하였다. 그러나 그동안 신민당의 실질적인 산파역이며 막후 실력자였던 당고문 김영삼(金泳三)과 김대중(金大中)이 1987.4. 내각제를 전제로 한 '이민우 구상'에 반발, 소속의원 74명을 이끌고 통일민주당을 창당한 이후 당세가 약화되다가 이민우의 정계은퇴와 함께 사실상 붕괴되었다. [네이버 지식백과] 신한민주당 [新韓民主黨] (두산백과).

134) 양건, 앞의 논문, 132쪽; 양건, 한국의 선거와 선거제에 관한 법제도적 고찰, 한국사회과학연구협의회, 선거연구방법론에 관한 심포지움, 1986, 79쪽 이하 참조.

135) 우리나라는 이승만 정권 제1공화국 초기와 장면정권 제2공화국을 제외하고는 대통령을 직선제로 선출하다가, 제4공화국 유신헌법(박정희정권)에서는 통일주체국민회의가, 제5공화국(전두환정권)은 대통령선거인단이 선출하였다. 그러나 이러한 간선제는 민주적 정당성 문제에 따른 비판이 있었고, 신민당이 개헌서명을 벌이자, 전두환 대통령은 4·13 호헌조치를 내렸다.

1987년 4월 김대중・김영삼이 74명의 국회의원과 더불어 신민당을 탈당하여 통일민주당을 창당함으로써 이민우 구상이 좌절되자 제5공화국은 여야합의에 의한 내각제 개헌을 포기 할 수밖에 없었으며 새로이 대통령 직선제 개헌을 추진하던지 현행 헌법을 고수하든지 양자택일의 기로에 놓이게 되었다. 결단이 필요한 시점에 이르렀다. 드디어 4월 13일 전두환 대통령은 특별담화를 통하여 평화적인 정부이양과 서울 올림픽 등 국가 대사를 성공적으로 치르기 위하여 국론을 분열시키고 국력을 낭비하는 개헌논의를 지양하고 민정당의 후임 대통령을 결정하겠다는 내용의 소위 '4・13호헌조치'를 발표하였다. 이와 같은 조치는 개헌에 대한 기대와 열망에 가득 찬 국민들을 자극하여 당시 전국 각지에서는 4・13 조치의 철회와 대통령 직선제 개헌안을 주장하는 대규모의 시위가 일어났는데 전국 33개 도시에서 하루 100만여 명의 군중이 시위를 벌이는 등 이른바 6월 항쟁이 정점에 이르게 되었다. 이 같은 상황을 수습하고자 당시 민주정의당 대표위원이었던 노태우대표가 8개항에 달하는 "6・29 선언"을 발표하였다. 그 주요 내용을 보면, ① 대통령직선제 : 여・야 합의에 의한 대통령 직선제 개헌안을 마련하고, 개헌안에 의한 대통령선거를 실시하여 88년 2월까지 평화적으로 정부를 이양한다. ② 대통령선거법 개정 등을 통한 공정한 경쟁보장 : 직선제 개헌은 정책적 대결로 선의의 경쟁을 할 수 있는 기본 바탕이 전개되어야 한다. ③ 김대중사면복권 및 시국관련사법석방 : 정치권을 포함한 모든 분야에서의 반목과 대결을 과감히 제거하여 국민화합과 대단결을 도모한다. ④ 국민 기본권 신장 : 인간의 존엄성은 존중되어야 하며 국민 개개인의 근본적 인권은 최대한 신장되어야 한다. ⑤ 자유언론의 창달 : 언론자유의 창달을 위해 관련 제도와 관행을 획기적으로 개선한다. ⑥ 지방자치제 실시와 대학의 자율화 : 사회 각 부분의 자치와 자율을 최대한 보장한다. ⑦ 정당활동의 자유보장 : 정당은 건전한 활동이 보장되는 가운데 대화와 타협의 정치 풍토를 조속히 마련한다. ⑧ 사회정화 : 건전한 사회건설을 위한 과감한 사회정화조치를 강구한다. 등이다.

2. 제8차 헌법개정(헌법 제9호) - 대통령 직선제・지방자치제・국회의원소선거구제 등 채택

이와 같은 국민적 여망을 헌법개정안에 최대한 수용하기 위하여 여・야 대표로 구성된 8인의 정치회담이 개최되고 이 회담에서 마련된 단일 개헌안이 1987년 9월 18일 여・야 264인의 의원서명으로 발의되고, 10월 12일에 의결되었다. 헌법개정안의 주요내용은 대통령 직선제와 지방자치제 실시, 국회의원 소선거구제 등을 내용으로 하였다. 정부는 1987년 10

월 17일 국무회의를 거쳐 10월 27일 국민투표를 실시하기로 의결, 공고하였다. 투표결과 78.2%의 낮은 투표율이었으나, 찬성율은 사상 제일 높은 93.1%를 기록하였다.

3. 제13대 대통령 직접선거(전두환 정권 - 노태우 당선)

제5공화국 말기인 1987년 10월 27일에 국민투표로 확정된 새 헌법에 의하여 국민의 직접선거 형태로 바뀐 제13대 대통령선거가 12월 26일 국내외의 비상한 관심 속에 실시되었다. 민주정의당에서는 6・10전당 대회를 통해 선출된 노태우 당대표가 대통령후보에 출마하였으며, 야당인 통일민주당에서는 11월 9일에 임시 전당대회에서 김영삼총재가 대통령후보로 지명되었다. 그리고 당시 통일민주당의 고문으로 있던 김대중은 총재인 김영삼과 대통령후보 단일화에 실패한 후 분당하여 평화민주당을 창당하여 대통령후보로 출마하였다. 한편 구 공화당 세력을 규합하여 10월 30일에 신민주공화당을 창당한 김종필은 민주공화당 정권의 18년 평가를 요구하며 대통령후보로 나섰다. 이 외에도 일체민주당의 김선적 총재와, 한주의통일한국당의 신정일 총재(한얼교 창시자),[136] 사민당의 백기완 후보 등이 입후보하였다. 그러나 유세과정에서 김선적 일체민주당 총재는 민정당 노태우 후보 지지를, 홍숙자 사민당후보는 민주당의 김영삼후보 지지를 선언하고 사퇴하였으며, 무소속의 백기완 후보는 야권의 단일화를 요구하며 사퇴하였다. 여당인 민정당의 노태우 후보는 '안정 속의 발전'을 구호로 '위대한 보통사람의 시대'를 역설하였고, 야당인 민주당의 김영삼 후보는 '군정종식'을 요구하며 '민주적인 깨끗한 정부'를 공약으로 내걸었으며, 김대중 후보는 '중소기업인, 근로, 대중, 농민의 이익 대변과 국민화해'를 슬로건으로 내세운 선거유세를 펼쳤다. 선거결과는 선거쟁점과 달리 영・호남 표의 격심한 지역편중 현상을 보인 가운데, 8,282,738표(36.6%의 지지)를 얻은 민정당의 노태우후보가 야당의 김영삼, 김대중 후보를 누르고 제13대 대통령으로 당선되었다.

136) <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EC%8B%A0%EC%A0%95%EC%9D%BC>, 검색어 : 한주의통일한국당; 검색일 : 2016.4.20.

Ⅴ. 제5공화국 헌법 및 헌정사에 대한 평가

1. 일반적 고찰

1980년 제5공화국 헌법의 의의는 다음과 같다. 제5공화국 헌법은 유신헌법에 대한 반성으로 제3공화국 헌법으로 상당히 복귀하고 있다.[137] (ㄱ) 국민의 기본권을 유신헌법보다 강화하고 기본권에 대한 본질적 내용의 침해금지조항(기본권의 본질적 내용 침해금지)을 두어 기본권 보장의 실효성을 높이려고 하였다. (ㄴ) 제4공화국 헌법상 대통령이 갖는 국회해산권[138]과 비상조치권(헌법 제51조)의 발동요건에 제한을 가함으로써 그 악용 내지는 남용의 소지를 줄였다. 그러나 국회해산권에 있어서도, 국회에 대해 어떠한 정치적 책임도 지지 않는 행정권의 수반인 대통령이 국회해산권(Parlamentsauflösung)을 갖는다는 것 자체가 국회의 헌법상의 지위 및 정치적 입지를 약화시키고 있음은 당연하다. 대통령의 국회해산권은 의원내각제 정부형태하에서 의회의 내각불신임(Mißtrauensvotum)에 대항하여 총리(수상)의 의회에 대한 복종청구권(Gefolgschaft)의 행사로서 행하는 수상의 의회에 대한 신임질의(Vertrauensfrage), 그리고 이에 대한 의회의 거부에 대한 최후의 수단(ultima ratio; letztmögliche, äußerste Mittel zur Konfliktlösung; der letzte Ausweg)으로서 총리(수상)의 건의에 의하여 대통령이 의회를 해산하는 것으로서 - 수상의 헌법상의 지위 강화를 목적으로 하는 - 수상제민주주의(Kanzlerdemokratie), 무기평등의 원칙(Waffengleichheitsprinzip)의 정신에 입각한 것이다. 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)에 있어서 비상조치권과 국회해산권은 제5공화국 하에서 실제로 행사된 적은 없으나, 그 행사의 잠재적 가능성 자체가 정상적인 헌정생활을 영위하는데 있어서 위축을 가져왔음을 부인할 수 없을 것이다. (ㄷ) 1972년 유신헌법 하에서 대통령이 가지고 있던 국회의원 1/3(유신정우회)의 추천권을 삭제하였다. 이는 헌법기관인 국회의원의 민주적 정당성을 확보하기 위한 당연한 조치임은 두말할 나위가 없다. (ㄹ) 대통령의 임기를 7년 단임으로 정한 점 등은 1979년 10·26사태 이후의 개헌논의에서 나타난 국민의 여론을 많이 반영한 것 이었다(제5공화국 헌법의 축조에 기여한 문홍주 교수의

137) 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1992, 328쪽.

138) 제5공화국 헌법 제57조 ① 대통령은 국가의 안정 또는 국민전체의 이익을 위하여 필요하다고 판단할 상당한 이유가 있을 때에는 국회의장의 자문 및 국무회의의 심의를 거친 후 그 사유를 명시하여 국회를 해산할 수 있다. 다만, 국회가 구성된 후 1년 이내에는 해산할 수 없다. ② 대통령은 같은 사유로 2차에 걸쳐 국회를 해산할 수 없다. ③ 국회가 해산된 경우 국회의원 총선거는 해산된 날로부터 30일 이후 60일 이내에 실시한다.

구두증언에 의하면, 대통령임기를 7년으로 정하는데 신군부로부터 어떠한 회유나 압박을 받았다는지 하는 일은 전혀 없었다고 한다.[139] (ㅁ) 1980년 제5공화국 헌법은 유신헌법의 비민주적인 요소를 많이 완화 내지 배제하면서 유신헌법에서 폐지되었던 제도를 부활시키거나(예컨대 구속적부심사제도) 새로운 규정을 신설(예컨대 환경권)함으로써, 1972년 제4공화국 유신헌법보다는 다소나마 민주화된 것이었다. (ㅂ) 그러나 제5공화국 헌법은 헌법발효와 동시에 국회를 해산하고 국회의 기능을 대신할 기관으로 국가보위입법회의를 설치하였고,[140] (ㅅ) 제5공화국 헌법도 헌법시행에 필요한 여러 부속법률(附屬法律)들이 정상국회가 아닌 국가보위입법회의에서 제정되었기 때문에 입법형성과정에 있어서의 민주적 정당성(Demokratische Legitimität)을 확보하였다고 볼 수 없다. 왜냐하면 국민투표[141]에 의하여 형식적인 절차적 민주적 정당성을 확보하기는 하였지만, 신군부 군사쿠데타세력에 의해 조성된 강압적인 분위기 속에서 시행되었다는 점에서 내용적 정당성, 즉 실질적인 실체적 민주적 정당성이 확보되었다고 보기는 어렵기 때문이다. (ㅇ) 대통령 선거도 유신헌법과 마찬가지로 간선제 그대로 유지된 점 역시 문제였다. 물론 의원내각제에서 볼 수 있는바와 같이 대통령간선제를 채택하더라도 민주적 정당성에 있어서 문제가 없는 경우도 있지만, 대통령제를 취하는 나라의 경우, 국민주권주의에 입각한 국민의 직접적 의사에 기초하지 못하고 간선제에 의하는 것은 민주적 정당성에 있어서 취약점을 지니는 것이다. 왜냐하면 간선제란 곧 국민의 의사가 중간매체(Medium)를 통하여 표출되고 궁극적으로 결정된다는 것을 의미하는데, 그 과정에 있어서 국민의사는 정치적으로 굴절될 가능성이 항상 존재하기 때문이다. 이와 같은 선거제

---

139) 문홍주 교수 : "그 때 내가 위원장을 하였는데 내가 '대통령의 임기는 어떻게 할까요?' 했드니 XXX 씨가 '대통령 임기는 7년으로 합시다' 라고 해서 다른 사람들에게 이의 없습니까? 하고 내가 물었드니, 모두 '이의 없습니다' 라고 해서 결정된 것이지 신군부로부터 회유나 협박 기타 압력 등은 전혀 없었다"라고 했다.

140) 제5공화국 헌법 부칙 제6조 제1항에서 "국가보위입법회의는 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 존속하며, 이 헌법시행일로부터 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지 국회의 권한을 대행한다"고 규정한 것이 그것이다.

141) 제5공화국 출범 시 까지의 역대 국민투표 실시내용은 다음과 같다. ① 제1차 국민투표 : 1961년 5·16군사쿠테타 이후 1962년 제3공화국 헌법에 대한 투표(제5차 개헌), ② 제2차 국민투표 : 1969년 3선 개헌안에 대한 투표(제3공화국; 제6차 개헌), ③ 제3차 국민투표 : 1972년 유신헌법에 대한 투표(제4공화국; 제7차 개헌), ④ 제4차 국민투표 : 제4공화국 1975년 유신헌법 및 대통령에 대한 신임을 묻는 투표(Plebiszit), ⑤ 제5차 국민투표 : 1980년 유신헌법의 개정안에 대한 찬반 투표(제5공화국헌법; 제8차 개헌) 등이다. 이와 같이 국민투표는 제5공화국헌법까지 모두 5차례에 걸쳐 실시되었지만, 단 한 번도 부결된 적이 없고 독재정권을 추인하는 도구로 사용되었다. 이과정에서 절차적 정당성은 확보하였더라도 실체적 정당성을 확보했다고 보기는 어렵기 때문에 민주적 정당성(Demokratische Legitimation)을 인정할 수 없다.

도에 대하여 간선제이기는 하지만 직선제적 성격을 가진다고 주장하면서 한국의 대통령 간선제는 미국의 간선제와 크게 다르지 않다는 견해도 있었으나, 미국의 대통령선거제도는 간접선거이지만 사실상 직접선거와 같은 효과를 가져오는 것으로서 우리나라 제5공화국의 간선제와 미국의 선거제도는 근본적으로 다른 선거제도 이다. 우리나라의 간선제는 다음과 같은 문제점이 있었다. (ㄱ) 대통령 선거에 있어서 정당의 참여를 인정하면서도 대통령선거인후보의 정치활동의 자유는 제한되고 있다. 즉, 대통령선거인은 정당에 소속할 수 있으나, 국회의원은 대통령 선거인이 될 수 없고, 또한 대통령 선거인은 대통령 선거인이 된 후 처음 실시되는 국회의원선거에는 출마할 수 없도록 되어있다는 점, (ㄴ) 대통령선거인의 자유투표가 인정되고 그 소속정당에 대한 구속성은 배제되어 있다는 점, (ㄷ) 철저한 선거공영제를 취하고 선거운동의 자유는 극히 제한되어 있다는 점 등이다.[142] 선거운동에는 낙선운동도 포함되기 때문에 이를 제한하는 것은 실질적인 정치활동을 제한하는 것이며, 이것도 사실상 전두환의 대통령당선을 목적으로 한 것에 불과한 것이기 때문이다. 국정조사권[143](국정감사권은 1980년 제5공화국에서는 인정하지 않고[헌법 제97조 : 국회는 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며 …] 1987년 제6공화국 헌법[제61조]에서 인정됨)과 헌법위원회는 유명무실한 휴면(休眠)기관이었다. 실제 헌정사에 있어서도 제5공화국시절 헌법위원회는 단 한건의 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판을 행한 적도 없었다. 또한 탄핵소추절차를 지나치게 엄격하게 규정하고 있을 뿐 아니라 대통령의 탄핵심판기관인 헌법위원회의 구성에 있어서도 대통령에게 그 위원정수 9인 중, 3분의 1인, 3인에 대한 인선권을 가짐으로써, 헌법상 대통령에 대한 유일한 책임추궁방법조차도 사실상 실효성이 없게 되어, 결과적으로 자유민주적 기본질서(Freiheitliche Demokratische Grundordnung)의 구성요소인 대통령의 자의지배(Willkürherrschaft)와 독재지배(Gewaltherrschaft)를 막을 수 없었고, 이는 헌법상으로는 물론이고, 심리적으로도 대통령은 어느 것에도 제한을 받지 않는 제왕적 지위를 누릴 수 있었다. 또한 국회의 동의를 받아서 임명(제62조 제1항)되는 국무총리의 헌법상 지위와 권한을 단순한 대통령의 보좌기관 내지는 '대통령의 명을 받아' 행정각부의 통할・조

142) 양건, 앞의 논문, 130쪽.

143) 국정감사・조사는 1953년 제정된 국정감사법이 일반감사와 특별감사로 구분한 것으로부터 비롯된다. 국정감사・조사권은 제7차 개헌(유신헌법)에서 삭제되었으나, 다만 국정조사권은 명문의 규정이 없어도 국회의 보조적 권한으로 인정되어야 한다는 것이 일반적인 견해였고, 이에 따라 1975.7. 국회법이 개정되어 국정조사제도를 명문화하였고, 국회에서의 증언・감정 등에 관한 법률도 새로 개정되었다(양건, 앞의 논문, 131쪽). 그 후 제5공화국 탄생헌법인 8차 개헌에서 헌법상 국정조사권(국정감사권은 불인정)을 부활시켰으며, 제9차 개헌(1987년) 현행헌법은 다시 국정감사권을 부활시켜 국정감사・조사권 모두 헌법에 규정하고 있다.

정기관으로 제한(제69조 제2항) 함으로써 그 기관존립의 헌법적 정당성이 의문시될 뿐 아니라 대통령과 국무총리의 이 같은 집행구조내의 위계질서 때문에 국무총리의 대통령에 대한 국무위원임명제청권(제63조 제1항)과 해임건의권(제63조 제3항)이 사실상 유명무실해지게 되었고, 국무총리해임을 대통령의 임의(자유재량)에 맡긴 것은 국무총리에 대한 국회에서의 사전 임명동의를 받음으로써, '간접적 민주적 정당성'을 확보한 국무총리의 헌법상의 지위를 무력화 시켜버렸다.[144] 이는 독일 바이마르공화국(1919-1933) 헌법 제53조에서 대통령이 수상(총리)임명권과 해임권을 가짐으로서 수상의 헌법상의 지위가 무력하여 정부위기(Regierungskrise)의 원인이 되었음은 독일 헌정사에 있어서도 잘 나타나고 있다. 바이마르 헌정사의 교훈은 '본은 결코 바이마르가 되어서는 안된다(Bonn sollte nicht Weimar werden)'는 명제아래 현재 독일연방헌법(Bonn 기본법)에서 수상의 헌법상의 지위를 강화한 단초가 되었음은 널리 알려진 사실이다(수상제민주주의 : Kanzlerdemokratie).

2. 개별적 고찰

2.1 국가보위비상대책위원회의 위헌성

국가보위비상대책위원회(약칭 국보위)는 박정희 대통령의 서거 후, 전두환을 주축으로 한 1979년 12・12 군사 반란, 5・16 쿠데타를 일으킨 신군부가 내각을 장악하기 위해 설치한 임시 행정기구이다. 1980년 5월 31일에 발족되어 제5공화국 헌법의 성립을 주도한 국가보위비상대책위원회(국보위)는 "국가보위비상대책위원회설치령"이라는 대통령령(제9897호)[145]에 의거하여 설치되었다. 그러나 이는 당시의 정부조직법 제2조에 위반하는 것이었고, 또한 국회의 입법권규정(당시 유신헌법 제75조) 및 대통령령에 관한 규정(당시 유신 헌법 제52조)에 저촉되는 위헌적인 것이었다. 당시 정부조직법 제2조

144) 이는 대통령제에 의원내각제적인 요소를 도입(가미)한 것인데, 대통령제와 의원내각제라는 서로 상이한 정치제도를 기계적으로 접목한 경우에는 결국 대통령제를 포기하고 의원내각제 형식으로 운영하든지, 의원내각제적 요소를 포기하고 대통령제 형식으로 운영하는 수 밖에 없게 되는 데, 우리나라 이는 차후 우리나라의 정부형태에 있어서 참고가 될 것이다.

145) 국가보위입법회의설치령 : 제1조 (설치) 비상계엄 하에서 계엄법 제9조 및 제11조의 규정에 의하여 계엄업무를 지휘 감독함에 있어서 대통령을 보좌하고 국가를 보위하기 위한 국책사항을 심의하며, 기타 법령에 의하여 부여된 기능을 수행하게 하기 위하여 대통령 소속하에 국가보위입법회의(이하 "입법회의"라 한다)를 설치한다. [전문개정 1980.9.29.].

제1항에 의하면, “중앙행정기관이 설치 및 직무범위는 법률로 정하고, 그 보조기관의 설치 및 분장은 법률로 정한 것을 제외하고는 대통령령으로 정한다.”고 되어 있는데, 국가보위비상대책위원회는 단순한 보조기관으로 볼 수 없기 때문이다.[146] 신군부는 기존의 정치인들을 강제 격리시킨 가운데 1980년 5월 31일 국가보위비상대책위원회(대통령 자문기구 형식으로 최규하 대통령을 위원장으로, 자신을 국보위 상임위원장으로 하는 국가보위비상대책위원회가 출범했다)라는 기관을 별도로 조직함으로써 최규하의 공식적 행정부와 전두환이 실질적인 권력을 행사하는 국가보위비상대책위원회(국보위)라는 이원적 정부구조가 탄생하기에 이르렀다.[147] 국가보위비상대책위원회는 공직자 숙청, 언론인 해직, 언론 통폐합 등과 같은 국정시책을 결정하고 이를 대통령과 내각에 통보하여 시행하도록 함으로써, 국가보위비상대책위원회가 사실상 국무회의 내지 행정각부를 통제하거나 그 기능을 대신하였고, 이로 인하여 헌법기관인 행정각부와 대통령(당시 최규하 대통령)을 무력화시켰다. 특히 국가보위비상대책위원회의 전체회의는 불과 2회만 형식적으로 개최되었을 뿐 상임위원회의 상임위원장(전두환)을 중심으로 운영되었는데,[148] 상임위원회 아래 내각과 비슷한 13개 분과위원회를 두어 국정시책을 결정하였다.[149] 또 전두환 사령관은 국보위상임위원장 취임 직후 헌법개정안 요강(要綱)을 작성, 차후에 정권을 장악할 의도 하에서 권력구조 등을 검토했다. 결국 이 위원회는 대통령긴급조치에 의한 ‘정상적 비상기구’라기 보다는 행정각부의 상위기구로서 행정각부를 통제하는 ‘변종적(變種的) 권력기구’였다(위헌적 기구). 이와 같이 국가보위비상대책위원회를 설치하여 헌법기관인 행정각부와 대통령의 권한행사를 형해화(形骸化) 시킨 것은 국헌문란에 해당한다.[150] 1980년 8월 최규하 대통령[151]이 하야(下野)하고 전두환이

146) 양건, 앞의 논문, 129쪽.

147) 한배호, 한국정치변동론, 법문사, 1994, 312-315쪽.

148) 김영수, 앞의 책, 629쪽.

149) 위원회의 구성은 행정부 각료 10인, 군요직자 14인 등 총24인으로 이루어졌다. 국보위의 위임사항을 심의・조정하기 위한 상임위원회(위원장 전두환)와 상임위 소속하에 13개(운영・법제사법・외무・내무・재무・경제과학・문교공보・농수산・상공자원・보건사회・교통체신・건설・사회정화) 분과위원회를 설치, 각 분과위는 분야별 소관사항에 대한 기획・조정・통제업무를 관장했다. 상임위원회 위원 30인 가운데 신군부 계열 인물이 18인이었다. 국보위 상임위원회가 실질적인 실세 기구였으며, 보안사령관 겸 중앙정보부장 서리였던 전두환은 상임위원장을 맡으며 권력 인수를 명시화했다. <https://ko.wikipedia.org/wiki/…>, 검색어 : 국가보위입법회의, 검색일 : 2016.4.19.

150) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 판결; 김영수, 앞의 책, 629, 650쪽.

151) 박정희 대통령의 갑작스러운 서거와 함께 1979.10.26. 24시에 긴급 소집된 국무회의는 유신헌법 제48조의 규정에 의하여 최규하 국무총리가 대통령의 권한을 대행하도록 하였으며 1979.10.27. 04시를 기하여 제주도를 제외한(제주도만을 계엄지역에서 제외한 이유는 계엄법상 전국을 계엄지역으로 하는 경우 계엄사령관은

보궐선거에 의하여 제11대 대통령[152]에 선출된 다음, 10월 국가보위비상대책위원회는 '국가보위입법회의법'을 통과시켰다. 국가보위비상대책위원회는 제5공화국 헌법 부칙에 따라 입법권을 가진 국가보위입법회의로 개편됐다.[153]

1997년 4월 대법원은 국보위가 대통령 자문기구의 형식을 빌렸다 하더라도, "국가보위비상대책위원회 및 그 산하의 상임위원회를 설치하고, 그 상임위원장에 피고인 전두환이 취임하여 공직자 숙정, 언론인 해직, 언론 통폐합 등 중요한 국정시책을 결정하고 이를 대통령과 내각에 통보하여 시행하도록 함으로써, 국가보위비상대책상임위원회가 사실상 국무회의 내지 행정 각부를 통제하거나 그 기능을 대신하여 헌법기관인 행정각부와 대통령을 무력화 시킨 사실 등을 인정한 다음, 피고인들이 비상계엄을 전국으로 확대하게 하여 비상계엄 하에서 국가행정을 조정하는 일과 같은 중요 국정에 관한 국무총리의 통할권과 이에 대한 국무회의의 심의권을 배제시킨 것은 헌법기관인 국무총리와 국무회의의 권능행사를 강압에 의하여 사실상 불가능하게 한 것이므로 국헌문란에 해당하며, 국가보위비상대책위원회를 설치하여 헌법기관인 행정 각 부와 대통령을 무력화시킨 것은 행정에 관한 대통령과 국무회의의 권능행사를 강압에 의하여 사실상 불가능하게 한 것이므로 역시 국헌문란에 해당한다."[154]고 판단하였다.

직접 대통령의 지휘 감독을 받아야 하게 되어 있었기 때문이다.), 전국에 비상계엄을 선포하였다. 최규하(대통령 권한대행)는 1979.11.6, 유신헌법에 따라 새 대통령을 선출한 뒤에 빠른 시일 안에 헌법을 개정하겠다는 '시국에 관한 담화'를 발표하였고, 통일주체 국민회의는 12.6. 대통령 보궐선거를 실시하여 최규하 대통령 권한대행을 대통령으로 선출함으로써, 최규하는 12.21. 제10대 대통령으로 정식 취임하였다. 제4공화국 헌법에는 대통령이 궐위된 때에는 통일주체국민회의는 3월 이내에 후임대통령을 선출하게 되어 있었다(제45조 제1항). 이와 같은 상황 속에서 최규하 대통령권한대행은 헌법의 중단 없이 정권이양이 이루어져야한다는 방침 아래 그를 제4공화국헌법에 의거하여 통일주체국민회의에서 대통령으로 선출하되, 이에 의한 대통령은 임기를 채우지 않고 헌법을 개정하여 새 헌법에 의한 대통령선거를 또다시 실시한다고 하여 본인이 통일주체국민회의에서 대통령으로 선출되었다. 결국 최규하 정부는 새로운 헌법(제5공화국헌법)에 따른 정부수립 이전까지만 존속하는 과도정부에 불과하였다. 김영수, 앞의 책, 615쪽; 최규하 대통령은 스스로 이를 "위기관리정부"라고 하였다(최규하 제10대 대통령취임사, 1979.12.21.). 김백유, "제4공화국 헌정사(憲政史)", 법학논총 제21집 제3호, 조선대학교 법학연구소, 2014, 320쪽.

152) 국가보위비상대책위원회 상임위원장을 지낸 신군부 출신의 전두환이 단독 후보로 출마해 통일주체국민회의 재적대의원 2,540명 중 2,525명(투표율 99.4%)이 출석한 가운데 2,524명의 찬성을 얻어 당선되었다. 투표는 무기명 비밀투표 방식을 취하였고, 같은 해 9.1. 제11대 대통령으로 취임하였는데, 이 선거가 유신헌법 제4공화국의 마지막 대통령선거였다. 제4공화국 헌정사에 있어서 박정희 정권(제1기・제2기)・최규하 정권을 거쳐 마지막 단계를 이끌어 나갈 전두환 정권(제11대 대통령)은 1980.9.1.취임하여 1981.3.2.까지 존속하였다(1980.9.1.-1981.3.2.). 1981.3.3.부터는 유신헌법이 종말을 고하고 전두환 정권(제12대 대통령) 제5공화국이 시작된다. 김백유, 위의 논문, 321쪽.

153) <https://ko.wikipedia.org/wiki/…>, 검색어 : 국가보위입법회의; 검색일 : 2016.4.19.

154) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

2.2 국가보위입법회의・헌법부칙 제6조(제1항-제4항)의 위헌성 및 처분적 법률의 문제점

2.2.1 국가보위입법회의[155] - 헌법부칙 제6조 제1항의 위헌성과 헌법부칙의 법적 성격

국민이 직접 선출한 국민의 대표(국회의원/국회)가 아닌 사람들로 구성된 기관이 국회를 대신하여 입법기능을 수행하도록 한 것은, (ㄱ) 1961년 5・16 군사쿠테타 직후의 '국가재건최고회의'와, (ㄴ) 1972년 10월 유신직후의 '비상국무회의'에 이어, (ㄷ) 1980년 '국가보위입법회의'가 대한민국 헌정사상 세 번째였다. 국가보위입법회의는 헌법부칙 제6조 제1항에 의거하여 발족된 기구로서 국회의 기능을 대행하였다. 그리고 국가보위입법회의 설치의 법적 근거인 국가보위입법회의법은 1980년 10월 27일 남덕우 당시 국무총리가 대통령 전두환을 대리하여 주재한 국가보위비상대책위원회(국보위) 회의에서 통과되었다(대통령 자문기구로서 입법권이 없던 국가보위비상대책위원회(국보위)에서 의결된 이 법안은 무효라는 주장도 있다). 법안 통과 이튿날인 10월 28일부터 이듬해(1981년) 대한민국 제11대 국회가 개원하기 전날인 1981년 4월 10일까지 156일간 존속하면서 제5공화국 수립을 위한 법적 토대를 마련했다. 사실상 신군부의 어용기관이었던 국가보위입법회의는 김상협(고려대총장), 정의숙(이화여대총장), 권이혁(서울대총장), 서명원(충남대총장), 안세희(서울대총장) 및 박일경 교수(헌법) 등 입법의원이 81명으로 구성되었으며,[156] 156일의 활동 기간 동안 215건의 안건을 접수하여 모두 가결하였다. 일부 정치권 인사들의 정치 활동을 한시적으로 금지하는 정치활동규제법을 비롯하여 언론기본법, 국가보안법 개정안, 노동법 개정안, 집회 및 시위에 관한 법률 개정안, 새 헌법에서 규정된 대통령 간선제를 위한 선거법안 등, 국가보위입법회의에서 통과시킨 법안들은 나중에 악법 시비나 각종 논란이 끊이지 않는 경우가 많았다.[157] 국가보위입법회의를 통해 신군부는 위에서 살펴본 바와 같이 215건(법률안 189건, 동의[승인]안 16건)[158]의 안건을 - 하나의 부결된 안건도 없이 - 모두 가결한데서 엿볼 수 있는 바와 같이 사실상 자신이 의도하는 대로 모든 법률을 제정・개정하여 무소불위의 권력을 휘두를 수 있었다. 특히 국민대표기관도 아닌 국가보위입법회의는 소위 개혁입법이란 명분 아래 많은 비민주적 법률들을 만들었다. 특히 제5공화국헌법에 따른 각종 부속법률

155) 홍준형, "21세기 한국법제의 과제와 발전방향 -공법분야-", 월간법제, 법제처, 1999.8, 7쪽 이하 참조.
156) 동아일보 1980.10.28.
157) <https://ko.wikipedia.org/wiki/…>, 검색어 : 국가보위입법회의; 검색일 : 2016.4.18.
158) 양건, 앞의 논문, 133쪽.

중에는 헌법관련법으로서 대통령선거법, 정당법, 국회의원선거법, 국회법 등이 있었으며, 소위 '개혁법률'로서는 정치풍토쇄신을위한특별조치법, 언론기본법, 집회및시위에관한법률, 정치자금에관한법률, 국가보안법(반공법 대체법률), 사회보호법,[159] 사회안전법,[160] 제3자 개입금지등을 규정한 노동관계법 등이었는데,[161] 이러한 법률들은 과거 제4공화국 당시의 대통령긴급조치에 포함되었던 내용을 제5공화국 헌법에서 법률의 형식으로 규정한 것으로서(제4공화국 당시의 긴급조치들은 나중에 모두 대법원 및 헌법재판소에 의하여 위헌선고[162][163][164]를 받게 된다), 실질적 법치국가 원리에 입각한 내용

159) 죄를 범한 자에 대한 보호처분에 관한 사항을 규정하기 위하여 1980.12.18. 법률 제3286호로 제정되었으나 2005.8.4.에 폐지된 법률이다. 사회보호법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육・개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다. 수 개의 형을 받거나 수 개의 죄를 범한 자, 심신장애자 또는 마약류・알코올 기타 약물중독자로서 죄를 범한 자를 보호대상자로 한다. 보호처분의 종류는 보호감호, 치료감호, 보호관찰로 한다. [네이버 지식백과] 사회보호법 [社會保護法] (두산백과).

160) 이 법은 정권에 의해 사상범 또는 공안사범으로 규정된 사람들이 형기를 마치고도 사회에 복귀하는 것을 원천적으로 봉쇄한 악법으로 위헌시비의 대상이 되었으며, 87년 6월 항쟁 이후 국가보안법과 함께 폐지운동이 광범위하게 전개된 결과 89.3. 폐지, <보안관찰법>으로 대체되었다. [네이버 지식백과] 사회안전법 [社會安全法] (한국근현대사사전, 2005.9.10, 가람기획).

161) 김영수, 앞의 책, 650쪽.

162) 2013.3.21. 헌법재판소는 긴급조치 1・2・9호에 대한 헌법소원 심판사건에서 재판관 8명의 전원 일치 의견으로 위헌 결정했다. 헌법재판소는 "정부비판 일체를 원천 배제한 긴급조치 1・2호는 자유민주주의 기본질서에 부합하지 않는다"며 "국가형벌권을 자의적으로 해석했고 참정권과 표현의 자유, 영장주의, 법관에 의해 재판받을 권리 등을 지나치게 제한하고 침해하는 등 모든 면에서 헌법에 위배된다"라고 밝혔다. 긴급조치 9호에 대해서는 "헌법개정권력자인 국민은 당연히 유신헌법의 문제점을 주장하고 청원할 수 있는데 이를 금지한 9호는 정당성을 인정할 수 없다"라고 판시했다. 남상욱, 헌법재판소 "긴급조치 1・2・9호 위헌" 전원 일치 … "자유민주주의 기본 질서에 위배", 한국일보, 2013.3.21; 헌법재판소의 결정으로 긴급조치 피해자들이 권리를 구제받을 길이 크게 넓어졌다. 헌법재판소의 결정에 앞서 2010.12. 대법원 역시 긴급조치 1호에 대해 위헌 판단을 내렸었지만 대법원 판결의 효력은 재심 소송을 낸 사람들에게만 해당되는 것인 반면, 헌법재판소의 결정으로 소송을 내지 않은 피해자들에게도 법적 효력이 생기게 되었기 때문이다. 진실・화해를 위한 과거사정리위원회 자료에 따르면, 1970년대 긴급조치 위반으로 기소된 사람은 1,140명에 이른다. 여현호, "박정희 정권 '긴급조치' 피해자 1,140명 일괄구제 길 열려", 한겨레, 2013.3.21. [네이버 지식백과] 긴급조치 1・2・9호 위헌(트렌드 지식사전, 2013.8.5, 인물과사상사).

163) 2010.12.16. 대법원 전원합의체(주심 차한성 대법관)는 16일 유신헌법을 비판하고 정부를 비난하는 유언비어를 날조 해 대통령 긴급조치와 반공법 위반 혐의로 징역 3년을 선고받고 복역했던 오종상(69)씨의 재심에서 일부 무죄를 선고한 원심을 깨고 파기자판해 모든 혐의에 무죄를 선고했다. 재판부는 판결문에서 "대통령 긴급조치 1호는 국회의 입법절차에 따라 만들어진 법률이 아니어서 위헌 여부에 대한 심사권이 대법원에 속한다"며 "당시 유신헌법상의 발동 요건조차 갖추지 않고 한계를 벗어나 국민의 기본권을 침해했기 때문에 위헌"이라고 밝혔다. 이번 판결은 처음으로 대법원이 유신시절 선포된 대통령 긴급조치가 위헌이라고 판결한 것이다. 재판부는 또 "긴급조치 1호가 위헌인 이상 오씨의 긴급조치 위헌혐의는 무죄를 선고해야 함에도 유죄를 선고한 원심에는 법리를 오해한 위법이 있다"고 명시했다. 이번 판결로 오씨는 36년 만에 무죄를

적 정당성을 상실하고 형식적 법치국가원리에 입각한 형식적 합법성만을 갖춘 위헌적 법률이었다.[165][166] 이는 제5공화국이 형식상 법치국가(형식적 법치국가)였으나, 실질적 법치국가를 의미하는 헌법국가(Verfassungsstaat)는 아니었음을 반영하는 것이었다.

2.2.2 헌법부칙 제6조 제2항의 위헌성 - 조직・구성

국가보위입법회의는 정상국가에 있어서의 국민대표기관인 국회와 마찬가지로 포괄적인 입법형성권을 가지는데, 이러한 국가보위입법회의의 조직 및 구성을 제5공화국 헌법부칙(제6조 제2항)에서 단순하게 법률에 백지위임(포괄위임)하는 형식으로 창설할 수 있는가 하는 위헌논쟁이 야기되는 문제가 있다. 왜냐하면 헌법부칙은 새 헌법이 시행됨에 있어서의 일반적인 경과조치를 설정하기 위하여 두는 경과규정이며, 헌법부칙의 법적 성격은 헌법전문이나 헌법본문을 보완하는 성격을 갖는 것이지, 헌법규범력을 새롭게 창설하는 형성적・창설적인 규범은 아니라고 보아야하기 때문이다.[167] 뿐만 아니라 국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타의 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법이나 기타의 이유로 제소하거나 이의를 제기할 수 없다는 규정을 헌법부칙에 두어 자신들이 한 행위에 대한 면책특권까지 인정함으로써(부칙 제6조 제3항), 국가보위입법회의가 만든 많은 법률들의 위헌성 여부에 대한 검토를 원천적으로 차단시킨 것은 헌법정신(Verfassungsgeist)을 위배하는 것이며, 헌법국가원리

확정 받게 됐다. 재판부는 이번 파기자판과 함께 기존 대통령 긴급조치 1호에 위배되어 내려졌던 대법원 판례들도 모두 폐기했다. 남도방송 2010.12.17. 13:47, <http://blog.daum.net/nbn-news/4259>.

164) 2013.5.16. 대법원 전원합체는 긴급조치 제4호가 위헌이라는 판결을 내렸다. 재판부는 "긴급조치 4호는 민주주의의 본질적 요소인 표현의 자유를 침해하고 영장주의에 위배되는 등 헌법상 보장된 국민의 기본권을 침해한다."며 "유신헌법은 물론 현행 헌법에 비춰 보더라도 위헌이므로 무효"라고 판시를 했다(김백유, 앞의 논문, 324쪽).

165) 김영수, 앞의 책, 651쪽.

166) 대통령이 임명한 81명의 의원들로 출범한 이 입법회의에서 처리한 주요입법 내용은 다음과 같다. (ㄱ) 구정치인들의 정치활동을 88년까지 규제하는 <정치풍토쇄신을 위한 특별조치법안>, (ㄴ) 정당자격요건을 완화하는 반면 국회의원 선거 유효투표 2% 미만 득표정당의 등록을 취소케 한 정당법 개정안, (ㄷ) 정치자금의 범위를 확대하고 중앙선거관리위원회의 감독기능을 강화한 정치자금법 개정안, (ㄹ) 상습범・범죄단체의 수괴(首魁), 심신장애자・마약중독자 등을 감호・교화한다는 보호처분제도와 사회보호법안, (ㅁ) 집회・시위에 대한 규제를 강화한 집시법 개정안, (ㅂ) 반공법을 폐지하고 그 내용을 흡수한 국가보안법 개정안, (ㅅ) 대통령간선제의 선거법안, (ㅇ) 언론기본법안, (ㅈ) 제3자개입을 금지시킨 노동법 개정안, (ㅊ) 농어촌 후계자 육성기금법안 등이었다. [네이버 지식백과] 국가보위입법회의 [國家保衛立法會議] (한국근현대사사전, 가람기획, 2005.9.10).

167) 갈봉근, 앞의 책, 389쪽 이하 참조.

를 침해한 것으로서 위헌이라고 볼 수밖에 없고, 국민의 의사를 수렴하는 개헌이 아니라 권력을 장악한 신군부가 권력을 유지하고 정당화하기 위한 사후수단으로 헌법을 이용했기 때문에 제5공화국 헌법은 유신헌법과 마찬가지로 민주적 정당성의 문제가 있음은 당연한 것이다. 헌법재판소는 1994년 과거 '1972년 유신헌법 당시의 국가보위에관한특별조치법의 위헌여부'에 대하여, "국가보위에관한특별조치법은 첫째, 초헌법적인 국가긴급권을 대통령에게 부여하고 있다는 점에서 이는 헌법을 부정하고 파괴하는 반입헌주의, 반법치주의의 위헌법률이다. 둘째, 국가긴급권 발동(비상사태선포)의 조건을 규정한 특별조치법 제2조의 "국가안전보장(이하 "국가안보"라 한다)에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사태대비조치를 취할 필요가 있을 경우"라는 규정내용은 너무 추상적이고 광범위한 개념으로 되어 있어 거의 대통령이 마음 내키는 대로 적용할 수 있게 되어 있으므로 남용·악용의 소지가 매우 크다. 이는 기본권 제한법률 특히 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다. 그럼에도 불구하고 국회에 의한 사후통제장치도 전무한 상태이다. 이러한 점에서 비상사태선포에 관한 특별조치법 제2조는 위헌무효이고 비상사태선포가 합헌·유효인 것을 전제로 하여서만 합헌·유효가 될 수 있는 특별조치법의 그 밖의 규정은 모두 위헌(헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 92헌가18 결정)"이라고 판시한 것을 비추어 볼 때, 국가보위입법회의에서 제정한 법률들도 이와 마찬가지로 위헌임을 면하지 못할 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 후일 반민주적 악법이라고 불리우게 된 대부분의 법률 들은 이 국가보위입법회의에서 제정·개정된 것이며, 예컨대 언론기본법과 사회보호법의 제정, 집회및시위에관한 법률(집시법)과 노동관계법의 개정을 그 대표적인 예로 들 수 있다.[168]

2.2.3 헌법부칙 제6조 제3항의 위헌성(재판청구권 등의 침해[제소금지조항]) 및 헌법재판소 판례

제5공화국 헌법 부칙 제6조 제3항은 "국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의를 할 수 없다."고 규정하였다. 그러나 이러한 헌법부칙 제6조 제3항에 대하여 1989년 12월 31일 헌법재판소는 "구 헌법 부칙 제6조 제3항의 규정은 구 헌법의 기본권보장 규정과도 모순, 충돌되는 것이었던 만큼 현행 헌법에서는 국민의 민주화 요구에 부응하여 반성적 견지에서 제소금지 조항을 승계하지 않았다고 봐야 할 것이고,

168) 양건, 앞의 논문, 133쪽.

따라서 모든 국민은 아무런 제약이 따르지 않는 기본권에 의하여 언제 어떤 절차로 만들어졌느냐에 관계없이 모든 법률에 대하여 법정절차에 의해서 그 위헌성 유무를 따지는 것이 가능하다고 할 것이다. 따라서 … 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌성 유무를 밝히는 것은 구 헌법 부칙 제6조 제3항에 대한 위헌여부심판을 기다릴 것 없이 가능하다"라고 하였다.[169]

2.2.4 헌법부칙(附則) 제6조 제4항의 위헌성 - 법치국가원리의 침해(진정소급입법금지의 원칙위배)

제5공화국헌법은 소급입법을 통하여 참정권을 제한하였다. 국가보위입법회의는 '정치풍토쇄신을위한특별조치법'을 제정하여 상당기간동안의 일부 정치인의 정치활동을 금지하였다. 신군부가 이처럼 정치인들의 참정권을 제한하는 조치를 취한 것은 과거 1961년 5・16 군사쿠테타 이 후 군부가 참신한 정치풍토를 확립한다는 구실로 정치활동정화법을 제정하였던 선례를 그대로 답습한 것이었다. 정치활동규제의 구실로 신군부는 정치풍토의 쇄신과 도의정치의 구현을 내세웠다. 제5공화국 헌법 시행 이전의 정치적・사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 정치인의 정치활동을 규제하는 법률을 제정할 수 있다(부칙 제6조 제4항 : 국가보위입법회의는 정치풍토의 쇄신과 도의정치의 구현을 위하여 이 헌법시행일이전의 정치적 또는 사회적 부패나 혼란에 현저한 책임이 있는 자에 대한 정치활동을 규제하는 법률을 제정할 수 있다)는 것은 전형적인 진정소급입법으로서 법치국가의 기본원리인 (진정)소급입법금지의 원칙을 침해한 것이다. 이는 헌법정신을 위반한 헌법이다. 이러한 형태의 헌법이 허용되는 경우는 '혁명헌법'의 탄생시에만 가능하다고 보아야한다.[170] 왜냐하면 혁명의 법리와 예컨대 헌법파괴(Verfassungsvertnichtung)적 쿠데타의 법리는 전혀 다른 것으로서 헌법제거

169) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32 결정【국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원】따라서 청구인들의 주된 공격대상이 되고 있는 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌성 유무를 밝히는 것은 구 헌법 부칙 제6조 제3항에 대한 위헌여부심판을 기다릴 것 없이 가능하기 때문에 결국 이에 대한 헌법소원심판청구도 부적법하다.

170) 혁명헌법의 탄생은 헌법파괴(Verfassungsvernichtung)에 의하여 헌법제정권력이 변경된 경우(주권의 소재가 변경된 경우)에 한한다고 보아야 한다. 예컨대 1789년 프랑스혁명에 의한 1791년・1793년 프랑스헌법, 1917년 볼쉐비키 혁명에 의한 소련헌법 등이며, 우리나라의 1948년 건국헌법(제헌헌법)도 헌법제정권력(주권)의 주체가 종전의 황제로부터 국민에게 이전되었으므로 혁명헌법이라고 할 수 있다. 따라서 건국헌법 부칙에서 특별법을 제정하여 친일반민족행위자에 대한 처벌을 소급하여 할 수 있도록 한 것(건국헌법 부칙 제101조)은 건국헌법이 혁명헌법이라는 전제하에서는 가능하다고 본다. Carl Schmitt의 헌법변동, 헌법파괴이론 참조. 상세한 내용은 김백유, 앞의 책, 150쪽 참조.

(Verfassungsbeseitigung) 내지 헌법파괴적(Verfassungsvernichtung) 쿠데타는 실패하면 내란이 됨은 물론이고 성공하더라도 불법질서의 형성에 불과하다(전두환 군사쿠테타). 그러나 혁명(헌법제정권력의 주체가 변경 된 경우로서, 주권의 소재변경 등[헌법제정권력과 주권을 동일한 개념으로 보는 경우])은 그것이 성공하면 신 헌법질서가 형성되어 형사처벌의 대상이 아니라 오히려 형사법의 보호대상에 해당되는 것이며, 설사 실패하더라도 이는 근본적으로 저항권의 행사로서 헌법수호(Verfassungsschutz)인 것이지 내란이라고 할 수 없는 것이기 때문이다.[171]

2.2.5 소결

제5공화국 헌법부칙은 오로지 슈미트(Carl Schmitt)의 결단주의적 헌법관에 입각하여서만 합리화될 수 있다.[172] 그리고 이러한 경우 '법은 이것을 어떻게 할 수도 없고, 법의 세계에서는 개정된 헌법은 소여의 법으로서 받아들일 수 밖에 없다'고 주장하는 견해,[173] 즉 완성된 사실(fait accompli)이론 또는 '사실의 규범적 효력(normative Kraft des Faktischen)' 등을 역설하는 게오르크 옐리네크(G. Jellinek)적 사고의 유형에 의해서만 인정될 수 있는 것이다.[174] 게오르크 옐리네크(그의 아들, 발터 옐리네크[Walter Jellinek]와 구별)는 일단 '실력'에 의하여 '완성된 사실'이 성립된 경우에는 그것이 설령 위법적인

171) 법철학적 측면에서의 혁명은 새로운 법적 가치(헌법[적]가치 : Verfassungswert)와 국민들의 법적 확신에 기한 신질서가 창출되고 그에 따라 기존의 정치체계의 전복이 정당화되는 것을 말한다(예컨대 1789년 프랑스 혁명 혹은 1917년 러시아의 볼쉐비키 혁명). 이는 헌법론적 측면에서 헌법제정권력(주권)의 소재변경(혁명)을 의미한다(헌법파괴 : Verfassungsvernichtung). 이에 반하여 쿠데타(coup d'État)는 법적 가치(헌법적 가치)와 국민들의 법적 확신과는 무관한 지배세력간의 무력충돌이거나 오히려 법적 가치(헌법적 가치)와 국민을 자의적(Willkürherrschaft)이고 폭력적(Gewaltherrschaft)으로 파괴하고 제압하는 것에 불과하다(자유민주적 기본질서의 파괴). 기존의 정치체계나 통치질서를 전복한다고 하여 '새로운 헌법질서의 창출'과 '새로운 정권의 창출'이 동일시 될 수는 없는 것이며, '새로운 헌법질서'에는 국민들의 정당한 욕구에 의거한 '새로운 법이념의 구현'이 반드시 요청된다. 법의 효력(Rechtswirkung)은 법의 힘(법력[法力] : Rechtskraft)을 의미하는 것으로서 그 구속력은 바로 정당한 힘(형식적 합법성, 내용적 정당성과 절차적 정당성)에서 연유한다. 현대 헌법국가가 추구하는 법질서(Rechtsordnung)의 가치지향성, 정의의 법이념 및 사회공동체의 객관적 가치질서(objektive Wertordnung)를 무시해버리는 경우, 단순히 기존 정치질서나 법체계에 대한 실력적 전복이라는 현상적 측면에서는 혁명과 쿠데타는 동일시될 수 있을 것이고, 쿠데타의 정당화에 혁명의 정당화의 법리를 동원하여 쿠데타를 혁명으로서 합리화 시킬 수도 있을 것이다. 그러나 이는 '쿠데타'를 성공시킨 새로운 정치세력을 '혁명'의 이름으로 포장하거나 정당화하려는 시도에 불과한 것이다. 성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다(fait accompli)는 논리도 성립되지 아니한다.

172) 제5공화국 헌법부칙의 문제점은 갈봉근, 앞의 책, 389쪽 이하 참조.

173) 박일경, 헌법, 1977, 120-124쪽.

174) 허영, 헌법이론과 헌법, 단락번호 133.

사실이라고 할지라도 마땅히 '규범적 효력(normative Kraft)'을 가지는 사실(Faktum)이 된다는 것이다. 결국 모든 법규범의 원천은 '사실(=법)'이라고 보아야 하는데, '법규범(Rechtsnorm) = 법률'은 합법적인 절차 외에도 불법적인 절차에 의하여 성립될 수도 있다고 주장한다.[175] 옐리네크적 헌법관에 의한 완성된 사실이론은, 이미 끝나버린, 완성된 사실은 헌법형성적 힘을 가지는 역사적 현실(fait accompli[die vollendete Tatsache] ist eine historische Erscheinung von verfassungsbildender Kraft)[176]이라고 보고 있다. 이러한 점에서 헌법학자로서는 유일하게 박일경 교수가 국가보위입법회의 의원으로 참가한 것도, 그가 법(률)실증주의적 헌법관(헌법철학)을 가진 학자임에 비추어 볼 때 결코 놀라운 일은 아닐 것이다.

2.3 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단의 위헌성 – 처분적 법률로서의 문제점 및 헌법재판소 판례

2.3.1 위헌성

국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단, "소속공무원의 귀책사유의 유무라던가 다른 공무원과의 관계에서 형평성이나 합리적인 근거 등을 제시하지 아니한 채 임명권자의 후임자임명이라는 처분에 의하여 그 직을 상실하는 것을 규정"하였으므로 처분적 법률의 일례로 볼 수 있다.[177] 이는 개인적 법률(Einzelpersonengesetz)에 해당하는 것으로서, 이는 이미 제2공화국 시절 (ㄱ) 1960년 3월 15일 부정선거관계자 및 부정선거항의자에 대한 살상 기타 부정행위자 처벌을 위한 특별법으로서 부정선거관련자처벌법, (ㄴ) 1960년 4월 26일 이전 부정축재특별처리법, (ㄷ) 반민주행위자공민권제한법, (ㄹ) 특별재판소 및 특별검찰부 설치 등에서 엿볼 수 있는 바와 같이 이는 기본적으로 현대 헌법국가의 기본원리 중의 하나인 법치국가원리(소급입법금지의 원칙; 소급적용금지의 원칙; 소급처벌 금지의 원칙)에 역행하는 것일 뿐만 아니라, 현대 헌법국가에서의 민주주의 실현요소인 처분적 법률의 제정금지에도 위반되기 때문이다. 독일 기본법(연방헌법)에서는 처분적 법률의 구성요소인 '개별사건법률(Einzelfallgesetz)' 제정금지 규정(제19조 제1항)이 있고, 그리고 학설・판례가 금지하는 '개인적 법률(Einzelpersonengesetz)'의 제정금지

175) 허영, 위의 책, 단락번호 510.

176) G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 21; 허영, 위의 책, 단락번호 107.

177) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32・33(병합) 결정【국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원】.

(원칙)에도 위반된다. 특히 독일의 경우에는 개인적 법률(개인대상 법률)은 어떠한 경우에도 허용될 수 없다고 한다(독일의 통설・판례). 미국판례도 "법원의 심리에 의하지 아니하고 어느 개인 또는 어느 단체의 구성원으로 용이하게 특정할 수 있는 자에게 형벌을 과하는 입법인 사권박탈법(bill of attainder)은 헌법상 금지된다"[178]고 한다. 아무튼 처분적 법률에 대한 시각이 사회국가원리에 의하여 부득이하게 인정 될 수밖에 없다는 것을 이유로 하여 호의적인 것으로 변하고 있다 하더라도 처분적 법률은 국회의 법률제정권의 한계가 됨은 분명하다할 것이다.

2.3.2 헌법재판소 판례

헌법재판소도 1989년 "구(舊) 국가보위입법회의법 부칙 제4항 후단은 "그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다."라고 규정함으로써 조직의 변경과 관련이 없음은 물론 소속공무원의 귀책사유의 유무라던가 다른 공무원과의 관계에서 형평성이나 합리적 근거 등을 제시하지 아니한 채 임명권자의 후임자임명이라는 처분에 의하여 그 직을 상실하는 것으로 규정하였으니, 이는 결국 임기만료 되거나 정년시까지는 그 신분이 보장된다는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법에서 보장하고 있는 공무원의 신분보장 규정에 정면으로 위반된다고 아니할 수 없는 것이다. … 본 건 청구인들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 당사자의 귀책사유 없이 인사 상 불이익을 받지 않는다는 공무원으로서의 법적 지위를 기존의 법질서에 의하여 이미 확보하고 있었고 그와 같은 법적 지위는 구 헌법의 공무원의 신분보장규정에 의하여 보호되고 있었는데 국가보위입법회의법이라는 새로운 법률에서 공무원의 위와 같은 기득권(旣得權)을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 신뢰보호(信賴保護)의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권(立法形成權)의 한계를 벗어난 위헌적인 것이라 할 것이다. … 합리적 이유 없이 임명권자의 후임자 임명처분으로 공무원직을 상실하도록 함으로써 직업공무원제를 침해하였으므로 구(舊) 헌법 제6조 제2항, 헌법 제7조 제2항에 위반된다."[179]고 하였다.

178) United States v. Lovett, 328 U S 303(1946).

179) 헌법재판소 1989. 12. 18. 선고 89헌마32 결정【국가보위입법회의법 등의 위헌여부에 관한 헌법소원】.

Ⅵ. 맺음말

1980년 제9차 개헌 헌법은 1972년 유신헌법으로 인하여 많은 침해를 받았던 국민의 기본권을 회복・보강하고 기본권의 '본질적 내용(Wesensgehalt)의 침해 금지조항'을 두어 기본권보장의 실효성을 높이려고 노력하였으며, 대통령이 갖는 국회해산권과 비상조치권을 제한함으로써 그 악용 내지는 남용의 소지를 줄인 점, 유신헌법 당시 대통령이 가지고 있던 국회의원 1/3 추천권을 삭제한 점, 대통령의 임기를 7년 단임으로 정한 점 등은 "10・26사태" 이후의 개헌논의에서 나타난 국민의 여론을 어느 정도나마 반영한 것이었다. 특히 1980년 헌법은 유신헌법의 비민주적인 요소를 많이 완화내지 배제하면서 유신헌법에서 폐지되었던 제도를 부활시키거나 새로운 규정을 적지 않게 신설하여 1972년 헌법보다 발전한 것이었다. 그러나 1980년 헌법은 군사쿠데타의 주도세력의 정치력에 의해 만들어졌을 뿐 아니라, 헌법시행에 필요한 여러 헌법관련 부속법률들도 정상적 국민대표기관인 국회가 아닌 국가보위입법회의에서 제정되었기 때문에 민주적・절차적 정당성을 확보할 수 없었다. 국민투표(Volksentscheidung)에 의하여 형식상으로는 민주적 정당성을 확보하기는 하였지만, 군사쿠데타세력에 의해 조성된 강압적인 분위기 속에서 만들어졌다는 점에서 진정한 민주적 정당성이 확보되었다고 하기는 어렵다. 1980년 제5공화국은 헌법적 정통성(민주적 정당성)을 상실했던 제4공화국 유신헌법의 계승자가 아니라는 사실을 강조하면서(제5공화국이라는 명칭을 붙인 것도 제4공화국의 계승자가 아닌 새로운 정권으로서의 공화국임을 나타내고 싶었을 것이다), 그 나름대로 새로운 이미지를 형성하려고 노력했다. 이를 위하여 유신체제와의 차별화를 기하고자 하였다. 정의사회 및 도의정치 구현을 내세우면서 국민들로부터 정통성을 얻으려고 했다. 그러나 1980년 제8차 개헌은 제4공화국의 유신정권의 몰락을 가져온 1979년 10・26사태 후에 우리 국민이 원하는 대통령직선을 포함한 민주화의 열망을 충분히 수용하지 못한 채, 군사 쿠데타의 주도세력인 신군부가 추구하는 정치구상에 따라 비상계엄이 전국적으로 선포된 가운데 국민들의 자유로운 헌법토론조차 거치지 못한 채 일방적으로 만들어졌다. 이는 위에서 언급한 바와 같이 헌법 뿐만 아니라, 헌법시행에 필요한 여러 헌법부속법률들도 정상국회가 아닌 위헌적 성격을 지니는 국가보위입법회의에서 개혁법률이라는 미명하에 제정되었기 때문에 처음부터 국민적 지지나 헌법으로서의 생활규범성을 가질 수 없었다. 특히 헌법부칙 제6조(입법회의 설치 및 입법회의 법률에 대한 제소 및 이의 금지규정)는 위헌적 규정임은 이미 살펴본 바와 같다. 1979년 이른바 12・12사태

와 1980년 5·18광주민주화운동과잉진압의 당위성과 합법성에 대한 강한 회의와 그 후 국가보위비상대책위원회의 구성 등 전두환이 대통령에 당선될 때까지의 비정상적인 정치상황 때문에 그가 이끄는 정부는 그 출범 당시부터 그 민주적 정당성에 커다란 문제가 있는 것으로 지적되었고, 이는 나중에 대대적인 국민적 저항으로 나타났다. 국민주권의 원리는 신군부의 힘에 의하여 파괴되었고, 광주민주화운동은 그러한 신군부의 주권 찬탈행위에 맞서 헌법을 수호하기 위한 국민의 최후의 선택으로서의 저항권의 행사였다(헌법수호·저항권). 여기에 광주민주화운동의 헌정사적 의의가 있는 것이다. 통치권의 민주적 정당성이 다수국민으로부터 부인되는 열악한 통치기반 위에서 전두환 정권은 '힘의 통치(Gewaltherrschaft)'를 행사 할 수밖에 없었다. 제4공화국의 권력의 인격화에 따른 영도적 대통령을 내세운 1인 독재정치에서 제5공화국의 권위주의 정치로 변모되었을 따름이고, 비민주적으로 제정된 이른바 개혁입법의 남용으로 인한 기본권 침해 등 권위주의적 통치행태는 자유민주주적 기본질서(freiheitliche demokratische Grundordnung)를 위태롭게 하는 지경에까지 이르게 되었다. 1980년 헌법 체제하에서의 자유민주공화국에 대한 인식은 자유민주공화국에 대한 의미를 어떻게 적극적으로 구성할 것인가 하는 여유를 가지고 검토하지 못한 채 오로지 장기간 지속되어온 군부 독재체제와 제4공화국 유신헌법 당시의 인격화된 권력(pouvoir personalisé)의 독주를 어떻게 종식시킬 것인가에만 초점을 맞추고 있었음은 부인할 수 없는 사실이다.

과거 우리나라의 헌법개정사가 오늘날 우리에게 가르치는 교훈은 무엇인가? 생각건대 헌법이론상 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)이 헌법규범(Verfassungsnorm)을 일탈하거나 이들 간에 괴리(乖離)가 발생했을 때에는 곧바로 헌법개정논의를 시작하는 것 보다는 가능한 한 헌법의 적절한 해석을 통해 헌법현실의 변화를 헌법규범이 이를 수용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다(헌법재판소의 역할). 그러나 적절한 헌법해석의 방법을 통하여 헌법규범 안에 헌법현실을 담아둘 수 없거나 헌법문제를 해결할 수 없는 경우에는 부득이하게 헌법개정(Verfassungsänderung)이 필요할 것이다. 그러나 과거 대한민국의 헌법개정사를 살피건대 실제로 그 대부분은 국민의 기본권 보장을 위한 것이 아니었고, 그것도 국민주도하에 이루어진 것이 아니고, 정치권의 일방적인 주도로 한 하향적 개헌이 이루어졌으며, 그 내용도 주로 권력구조에 편중되어, 통치권자의 임기연장이 주된 목적이었다. 대한민국 헌법사(憲法史)는 헌법통사(憲法痛(아플 통)史)였음은 누구도 부인 못할 것이다. 이제는 어느 누구도 1인 독재나 장기집권을 위해서 혹은 당리당략을 위해서 헌법개정을 도모하는 일은 사라져야 할 것이다. 오늘날 논의되고 있는 개헌문제에 있어서도 마찬가지이다.

참고문헌

1. 단행본

갈봉근, 제5공화국헌법의 성립과 그 발전과정, 한태연외, 한국헌법사(하), 한국정신문화연구원, 1991.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009.
김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000.
김계환, 헌법학정해, 박영사, 1998.
김백유, 헌법학(I), 도서출판 한성, 2016.
김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1992.
_____, 헌법개정 과거와 미래, 진원사, 2008.
박효종, 정당 국고보조금제 비판과 대안, 자유기업센터, 1997.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2016.
한태연 외, 한국헌법사(상), 한국정신문화연구원, 1988.
한태연 외, 한국헌법사(하), 한국정신문화연구원, 1991.
한배호, 한국정치변동론, 법문사, 1994.
허삼수, 나의 진실, 해냄출판사, 1988.

2. 학술지

김철수, “바람직한 헌법개정의 내용”, 크리스찬아카데미, 1980.1.
김태일, “유신체제를 어떻게 볼 것인가”, 역사비평, 역사비평사, 1995.8.
권영설, “한국헌법 50년의 발자취”, 헌법학연구 제4집 제1호, 한국헌법학회, 1998.6.
박상훈/한상정, “대통령중심제냐, 내각책임제냐 -논쟁의 역사적・이론적 지형-”, 정치비평 2호(봄, 여름), 1997.
신우철, “현행 대통령제에 관한 몇 가지 생각 -우리 헌정사의 경험을 반추하면서-”, 법학 제41권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2000.
한상범, “제5공화국 헌법의 특색”, 고시계, 고시계사, 1981.2.
허 영, “제5공화국과 합의개헌”, 국회보, 1988.7.

홍준형, “21세기 한국법제의 과제와 발전방향 -공법분야-”, 월간법제, 법제처, 1999.8.

3. 자료집 및 보고서

법제처, 헌법심의자료, 각계개헌의견요약(79.12.6 – 80.3.10. 현재), 법제처, 1980.
법제처, 헌법연구반보고서, 1980.

4. 기타자료

Naver <국가기록원>
[네이버 지식백과] 국가보위입법회의 [國家保衛立法會議] (한국근현대사사전, 가람기획, 2005.9.10.).
[네이버 지식백과] 사회보호법 [社會保護法] (두산백과).
[네이버 지식백과] 신한민주당 [新韓民主黨] (두산백과).
[네이버 지식백과] 사회안전법 [社會安全法] (한국근현대사사전, 가람기획, 2005.9.10).
[네이버 지식백과] 제11대 국회의원 총선거 [第十一代國會議員總選擧] (두산백과).
[네이버 지식백과] 제12대 국회의원 총선거 [第十二代國會議員總選擧] (두산백과).
[네이버 지식백과] 대통령선거법 [大統領選擧法] (한국민족문화대백과, 한국학중앙연구원).
[네이버 지식백과] 국가보위비상대책위원회 [國家保衛非常對策委員會] (두산백과).
<http://blog.naver.com/sungbosungbo/10183122019>.
<http://blog.naver.com/uridom/30178935280>.
<http://contents.archives.go.kr/next/content/listSubjectDescription.do?id=001438&pageFlag=A>.

[Abstract]

The Birth and Developments of the Constitution of the Fifth Republic

Kim, Baik-Yu*

The constitution of the Fifth Republic tried to make the people regard it as legitimate through the ideas of the single-term system for the presidency (seven-year term) and the establishment of just society and moral politics. However, the 1980 constitution that made the fifth Republic born was established by one-sided political power even without free discussion about the constitution among the people under martial law according to what the leading power of the military coup pursued and failed to fully accept the desire for democratization, including a direct presidential election system people wanted, following president Park Chung-Hee's death in 1979 that led to the fall of the Yushin administration of the Fourth Republic. In constitutional theory, it is desirable to allow Verfassungsnorm to accept the changes in Verfassungswirklichkeit through proper constitutional interpretation, if possible, when Verfassungswirklichkeit deviates from Verfassungsnorm or when they are detached from each other. When it is impossible to contain Verfassungswirklichkeit in Verfassungsnorm through proper constitutional interpretation, however, it is unavoidable to make Verfassungsänderung. However, in the history of the constitutional revision for the Republic of Korea, most of the constitutional revisions didn't aim to secure the fundamental rights of the people, were made by one-sided political authority, not by the people's participation, and had a principal purpose of extending the ruler's term, with the details of revision mainly focused on the power structure.

[Key Words] Verfassungswirklichkeit, Verfassungsnorm, Verfassungsänderung, Yusin-Verfassung, 5 Republik

* Prof. Dr. Hansung University, College of Social Sciences, Department of Public Administration