

직무대행의 起源, 대행자의 지위 및 권한 범위에 관한 小考*

-대통령직을 중심으로-

Kurze Überlegungen zur historischen Herkunft, zum Status und Umfang von Befugnissen der stellvertretenden Amtsausübungen

-Fokussierung auf das Amt des Staatspräsidenten-

이 종 수**

Jong-Soo Lee

목 차

- | | |
|--------------------------------------|---------------------|
| I. 서론 | IV. 직무대행자의 지위 |
| II. 직무대행의 역사적 기원 | V. 직무대행자의 권한 범위의 문제 |
| III. 권력의 공백과 그 대응에 있어서 정부
형태별 차별성 | VI. 맺는말 |

우리 헌정사를 통틀어서 지금까지 모두 아홉 차례의 대통령 권한대행체제가 있었고, 현행 헌법하에서도 국회의 탄핵소추와 함께 대통령에 대한 두 차례의 직무 정지 그리고 탄핵심판에서의 인용 결정을 통해 한차례의 파면이 있었다. 정치권을 중심으로 우리 사회에서 그간 노정되어온 ‘정치의 사법화’ 현상이 향후에도 이렇듯 지속된다면, 권한대행체제가 재차 반복될 것으로 짐작된다. 게다가 지방자치단체장들의 유고에 따른 권한대행체제는 이

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2021..48.743>

투고일: 2020. 12. 29. / 심사외뢰일: 2021. 2. 4. / 게재확정일: 2021. 2. 15.

* 이 연구는 2020년도 연세대학교 학술연구비의 지원으로 이루어진 것임.

** 연세대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Dr. jur., Law School of Yonsei University

보다 훨씬 자주 벌어지고 있다.

그동안 있었던 수 차례의 대통령 권한대행 체제에서 여러 문제점들이 불거져왔고, 학계에서 이에 관한 상당한 논의가 있었으며, 일부 내용은 헌법개정 안과 관련 법률안에 반영되기도 했다. 그럼에도 불구하고 여러 오해와 분명하게 정리되지 못한 일부 문제점들이 여전히 남아있다. 즉 권한대행인가 또는 직무대행인가 그리고 권한대행자 또는 직무대행자, 대리 및 대행과 같은 용어의 문제 및 직무대행자가 행사하는 권한 범위 등의 문제들이 그러하다.

이 논문에서는 그간의 선행연구들이 나름 충분히 다룬 부분에 있어서는 중복을 피하기 위해 가급적 논의를 생략하면서, 직무대행의 역사적 기원 그리고 직무(권한)대행자의 지위 및 권한 범위와 관련하여 미국, 독일과 일본 등에서의 비교법적인 논의를 바탕으로 그간 다소 미흡했던 논의 부분에 집중해서 나름의 해명을 도모하고 있다.

[주제어] 직무(권한)대행, 직무(권한)대행자, 권한의 범위, 보충적 대행, 완전한 대행

I. 서론

70여년의 우리 헌정사에서 지금까지 대통령직의 유고(有故)로 인한 권한대행체제가 모두 아홉 차례가 있었다. 비교적 짧은 헌정사에서 결코 적지않은 횟수다. 특히 현행헌법 하에서, 더욱이나 최근에 대통령에 대한 국회의 탄핵소추와 함께 두 차례의 권한대행체제가 있었다. 그리고 지방자치가 실시되고서 여러 지방자치단체들에서 단체장의 유고로 인한 부단체장의 권한대행은 이보다 훨씬 더 잦았다. 서울과 부산 등 일부 지자체에서는 권한대행체제가 현재진행형이기도 하다. 사실적으로는 자연인인 공직자 개인의 유고상황이지만, 규범적으로는 해당 직의 기능장애 상태로 이해된다.

현행헌법하에서 있었던 두 차례의 대통령 권한대행체제에서 권한(직무)대행자의 권한의 행사 범위 등과 관련해서 그간 여러 논란이 불거져왔다. 이와 관련해서 박근혜 대통령에 대한 국회의 탄핵소추의결이 있기 직전인 2016년 11월 30일에 국회에서 「대통령의 권한대행에 관한 법률안」이 발의된 바가 있으나, 해당 법안은 소관 상임위에서 계류되다가 제20대 국회의 입법기 종료와 함께 자동폐기되었다.¹⁾ 이어서 문재인 대통령이 2018년 3월 26일에 국무회의의 심의를 거쳐서 발의한 정부개헌안에서도 대통령 권한대행제도와 관련하여 나름의 개선이 시도되었다.

즉 정부개헌안 제75조 및 제96조 제4호는 종전에 대통령 권한대행 사유로 규정하고

1) 제20대 국회 의안번호 제3986호.

있던 ‘사고(事故)’ 외에 ‘질병’을 명시하여 대통령 권한대행의 개시 여부에 대한 해석상 혼란을 줄이고, 질병이 위중한 경우 등 대통령이 스스로 의사표시를 할 수 없거나 의사표시를 할 수 있음에도 하지 않은 경우에는 국무총리로 하여금 국무회의의 심의를 거쳐서 헌법재판소에 신청하여 권한대행의 개시 등에 관하여 헌법재판소의 최종적인 판단에 따르도록 정하였다.²⁾ 그리고 대통령의 직무수행 가능 여부에 대한 다툼이 있을 때에는 대통령 본인, 3분의 2 이상의 국무위원 또는 국회의장이 신청하여 헌법재판소에서 결정하도록 하고, 국무총리 등이 대통령 권한대행자로서 그 직을 수행하고 있는 동안에는 대통령 선거에 출마할 수 없도록 하여 맡은 바 직무를 충실하게 수행할 수 있도록 하였다. 하위의 법률에 관련 규정을 두어서 추후에 불필요한 위헌시비가 다시 불거지기보다는 개헌안에 관련 내용을 담는 시도는 그 자체로 바람직해 보인다.

특히 대통령 권한(직무)대행자의 직무 내지 권한의 범위와 관련하여 그간 여러 선행연구들이 있었고,³⁾ 이 같은 논의를 바탕으로 지난 2016년에 국회에서 발의되었던 「대통령의 권한대행에 관한 법률안」 제5조에서는 현상유지적인 권한 행사를 원칙으로 대통령 권한대행자의 권한 행사의 범위를 나름 구체화하려는 시도가 행해졌다. 위 법안 제5조 제1항에서 “국민투표 부의권, 사면·감형·복권에 관한 권한, 헌법개정안의 발의권”을 권한대행자가 행사할 수 없도록 명시했다는 점이 특히 주목된다.⁴⁾

그럼에도 불구하고 권한대행체제와 관련해서 여러 의문점들이 남아있다고 판단된다. 아래 논문에서는 학계에서 그동안 충분히 다뤄졌고, 앞서 언급한 여러 법안들에 이미

2) 미국에서는 대통령이 그 권한을 행사할 수 없음을 서면으로 상원임시의장과 하원의장에게 통지하면 그때부터 대통령의 권한을 부통령이 대행하게 되는데, 이후 대통령이 그 직무를 수행할 수 있음을 서면으로 상원과 하원의 지도자에게 다시 통지할 때까지는 부통령이 계속해서 대통령권한대행자로서 봉직한다. 김명식(1), “대통령 권한대행제도와 헌법개정”, 미국헌법연구 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018, 50쪽 (각주 13번)에서 재인용.

3) 예컨대 관련 선행연구로는 정종섭, “대통령 권한의 대행제도에 관한 연구”, 법학, 제41권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 258쪽 이하; 성낙인, “대통령의 유고의 헌법문제-한국과 프랑스의 논의를 중심으로”, 헌법학연구 제13권 제3호, 2007, 761쪽 이하; 이부하, “대통령 권한대행에 대한 법정정책 고찰”, 법학연구, 제20집 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2012, 235쪽 이하; 박진우, “헌법기관의 권한대행에 관한 연구-대통령권한대행을 중심으로”, 헌법학연구 제20권 제1호, 한국헌법학회, 2014, 307쪽 이하; 송기춘, “대통령의 사고 또는 결위로 인하여 발생하는 헌법적 쟁점들에 관하여”, 국가법연구 제13집 제2호, 한국국가법학회, 2017, 1쪽 이하; 김명식(1), 앞의 논문, 39쪽 이하 등등 참조.

4) 이는 현행 프랑스헌법에서 대통령의 국민투표부의권과 국민의회 해산권은 권한대행자가 행사할 수 없다고 명시하고 있는 데에서 착안한 것으로 짐작된다. 즉 국민투표나 의회해산에 따른 총선거 실시라는 국민의 주권적 의사를 표현하는 문제까지 권한대행에게 부여하는 것은 무리하다는 판단을 헌법적으로 반영한 것이라고 한다. 성낙인, 앞의 논문, 782쪽 이하 참조.

반영되어 있는 논의와 관련해서는 따로 중복적인 설명을 가급적 생략하면서 논의가 다소 미진한 부분을 중심으로 해당 논의에 집중하고자 한다. 이른바 ‘정치의 사법화’ 현상이 여전한 가운데 향후에도 대통령에 대한 탄핵소추가 또다시 가능할 것이기에 권한(직무)대행자의 직무 내지 권한 범위의 대강을 미리 확인해둘 필요성은 여전히 현재적이라고 판단된다. 특히 권력은 공백을 허락하지 않지만,⁵⁾ 권력의 공백을 메우는 임시적인 권한대행체제가 그 자체로 불필요하게 헌정운용상의 추가적인 위험요인이 되어서는 아니 되겠기 때문이다.

II. 직무대행의 역사적 기원

1. ‘권력의 공백’ 문제

동서고금을 막론하고 국가 또는 이와 유사한 그 어떤 지배단위에서도 권력의 부침(浮沈)과 공백(空白)은 큰 정치적 혼란을 그리고 심지어는 권력투쟁의 내전(內戰)을 야기해 왔다. 즉 최고 권력자가 어쩔 수 없이 생로병사를 겪기 마련인 자연인이어서 후계자를 통한 권력 승계는 예정되어있는 불가피한 현실이었다. 설령 후계자에게 권력이 승계되더라도 정치상황에 따라서는 섭정(攝政) 내지 대리청정(代理聽政)과 같은 이중권력(二重權力)이 들어서기도 했다. 이러한 가운데 예컨대 제정(帝政)로마시대에서 잦았던 것처럼 측근에 의해 황제 시해(弑害)와 같은 정변(政變)이 성공한다면, 이는 그 자체로 사실의 문제이지 규범적으로는 더 이상 접근하기가 어려운 사안이었다. 왜냐하면 그 당시에는 규범이나 법이 현실의 권력을 전혀 통제할 수가 없었기 때문이다. 즉 게오르크 옐리네크(G. Jellinek)가 말하는 이른바 ‘완성된 사실의 규범적 효력’(fait accompli) 논의의 원형(原型)에 해당하는 문제 상황이었다. 주지하듯이 특히나 현대사에서 두 차례의 군사정변을 겪은 우리의 경우에는 결코 오랜 과거의 문제가 아니다.

이러한 가운데 중세유럽에서 권력승계절차를 규범화하려는 일련의 시도가 행해졌다. 예컨대 1356년에 공포되어 신성로마제국의 황제선출 절차 등을 명시했던 금인칙서(Goldene Bulle)가 당시의 법질서 내에서 규범서열상으로 최고의 법률이었으며, 여기서는

5) “권력은 공백을 허락하지 않는다”, 『한겨레21』, 제1272호(2019. 7.) (http://h21.hani.co.kr/arti/culture/culture_general/47363.html) 참조.

차기에 적용되는 황제선출인(선제후)의 수를 7명으로 정하고 선출절차를 명시했었다.⁶⁾ 또한 전통적으로 불문법국가인 영국에서도 일찍이 1701년에 성문법으로 왕위계승법(Act of Settlement)이 제정되었다.⁷⁾ 이렇듯 대다수의 왕조국가들에서 장자(長子)를 우선하는 적통(嫡統)승계의 원칙을 확립하거나, 세자(世子) 또는 왕세제(王世弟) 등을 미리 정해둔 것은 이른바 ‘왕자의 난(亂)’과 같이 권력의 공백 상황에서 빚어지는 권력승계상의 혼란과 내전 가능성을 최소화하려는 나름의 시도였다고 이해된다. 이 점에 있어서는 동서양이 크게 다르지 않았다.⁸⁾

2. 권력의 공백상황 - 현대 민주국가의 여전한 ‘아킬레스건’

정부형태가 여하튼 간에 오늘날의 민주적인 선거제도는 정해진 임기의 종료와 함께 비록 짧은 동안이지만 주기적으로 권력의 공백 상황을 당연히 예정하고 있다. 특히 선거를 통해서 집권세력이 바뀌는 정권교체가 그러하고, 여기서는 순조롭고 평화로운 정권인수절차를 규범적으로 기대하고 있다.⁹⁾

그러나 최고 권력자의 사고나 궐위 등의 유고(有故)로 인한 권력의 공백이 오늘날에도 여전히 문제적 상황인 것은 분명하다. 따라서 대부분의 헌법국가들에서 최고 권력자의 유고에 따르는 권력의 공백 상황을 해소하기 위해 해당 직의 승계 내지 대행절차를 통해 규범적으로 대응해오고 있다. 이 같은 규범적 대응이 원활하게 작동하는지 여부가 해당 국가의 민주적·법치적 수준을 여실히 드러낸다고 이해된다.

6) Vgl. Michael Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland-Eine Einführung in seine Geschichte 16.-21. Jahrhundert, C.H.Beck, 2014, S. 30.

7) 왕조는 빈번한 혈통교체를 거듭한 끝에 마침내 왕위계승법의 제정으로 안정을 찾게 되었고, 이 법에 의하여 국왕은 의회의 간판 하에 왕관을 보유하고, 국왕의 통치권은 법률의 산물이며 그 법에 근거한다고 이해된다. 알버트 다이시(안경환/김종철 공역), 『헌법학입문』, 경세원, 1993, 5쪽 참조.

8) 내외부에서 왕조(Regime)를 위협하는 강력한 적들이 부재하는 상황에서는 대체로 적통승계 내지 장자승계(Premogeniture)의 원칙과 전통이 관철되고, 이로써 비록 연소한 왕이 즉위하더라도 섭정이나 대리청정으로 왕권을 이어가지만, 반면에 내외부의 여러 여건상 불안정한 왕조들에서는 이른바 ‘실력주의’ 내지 ‘능력주의’(Meritocracy)를 우선해서 후계자를 정하는 경우도 흔했다. 예컨대 중국 청나라에서는 한동안 황태자를 미리 정해 두지 않는 ‘태자 밀건법(密建法)’이 적용되었다. 반면에 때로는 왕이 생존해있는 상태에서 자식 등의 후계자에게 왕위를 물려주고서는 이른바 ‘상왕’(上王)으로 물려나는 경우도 더러 있었는데, 이 역시 권력의 승계에 뒤따르는 공백과 혼란을 최소화하려는 나름의 시도로 이해된다.

9) 이러한 의미에서 최근 미국대통령선거에서 현직인 트럼프 대통령이 대선결과에 불복을 선언하면서, 법정 공방과 지지자들의 의사당 난입 그리고 대통령에 대한 하원의 탄핵소추로 이어지는 유감스러운 정치상황은 미국 민주주의의 취약성을 그대로 드러내고 있다.

즉 최고 권력자의 유고는 규범적으로는 헌법기관의 고장(故障), 즉 일종의 ‘기능장애 상태’인데, 대부분 국가들의 헌법에서는 이 같은 장애상태를 해소하기 위한 절차를 승계 내지 대행의 방법으로 미리 정해 두고 있다. 그러나 이른바 ‘권력의 인격화현상’¹⁰⁾이 지배적인 경우에는 과거의 우리네 10.26사태가 그랬듯이 최고 권력자의 유고상황이 유감스럽게도 곧바로 국가비상사태 내지 정변으로 이어지는 경우가 적지 않았다. 따라서 권력의 공백을 야기하는 최고 권력자의 유고상황은 여전히 현대의 민주국가에서도 정치적으로 가장 취약하고 위태로운 아킬레스의 건으로 남아있는 셈이다.

III. 권력의 공백과 그 대응에 있어서 정부형태별 차별성

1. 합의제 기관과 독임제 기관에서의 차별적 상황

국회나 대법원, 헌법재판소, 감사위원회, 중앙선거관리위원회 등과 같은 합의제 기관의 경우에는 해당 구성원의 유고 시에 ‘권력의 공백’이 따로 헌정 상의 문제로 크게 불거지지 않는다. 합의제 기관의 속성상 의사정족수가 채워지면 비록 결원이 발생하더라도 해당 기관의 기능과 작동에 있어서 별도의 장애상태가 발생하지 않기 때문이다. 또한 해당 기관의 장(長)의 유고시에도 후임자가 정해질 때까지 따로 권한(직무)대행을 정하는 별도의 규범을 마련하는 것으로 족하다. 예컨대 국회의 경우에 복수의 부의장을 두고 있고, 「감사원법」 제4조 제3항은 “(감사)원장이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 감사위원으로 최장기간 재직한 감사위원이 그 권한을 대행한다. 다만, 재직기간이 같은 감사위원이 2명 이상인 경우에는 연장자가 그 권한을 대행한다”고 정하고 있으며, 헌법재판소의 「헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙」에서는 재판소장의 일시적 유고시에는 재판관 중 임명일자 순으로 그 권한을 대행하도록 하고, 궐위되거나 1개월 이상 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 재판관 중 재판관회의에서 선출된 사람이 그 권한을 대행하도록 정하고 있다. 따라서 권력의 공백이 헌정적 차원의 문제로 주어지는 상황은 대통령 또는 총리(수상)와 같은 독임제 헌법기관에서 유고와 직무정지 등으로 인한 기능장애상태이다.

10) 주로 권위주의적인 정치체제에서 최고 권력자의 장기집권으로 인해 빚어지는데, 특정 공직이 특정 인물과 전적으로 동일시되는 현상을 일컫는 표현이다.

2. 의원내각제 정부형태(의회정부제)의 경우

주권자인 국민이 선거를 통해 의회를 구성하고, 의회의 다수가 총리(수상)를 선출하며, 이어서 총리가 내각을 구성하는 정부형태를 의원내각제 정부형태라고 한다.¹¹⁾ 의원내각제 정부형태에서 총리의 유고 상황은 후술하는 대통령제 정부형태와 비교하자면 헌정적 측면에서 상대적으로 큰 문제 상황을 야기하지 않는다. 의원내각제 정부형태에서는 고정된 임기가 없이 의회다수 형성의 가변성에 따라서 언제든지 총리가 해임될 수 있는 가능성이 상존하기 때문에, 설령 총리직의 유고상황이라 하더라도 잠정적인 대행이 있거나 또는 의회다수가 비교적 쉽사리 후임 총리를 새로이 선출할 수 있기 때문이다.

따라서 의원내각제 정부형태를 취하는 나라들에서는 공통적으로 총리의 유고상황에 대응하는 헌법적 규범화가 상대적으로 소홀한데, 예컨대 독일의 경우에 기본법(BG)은 연방총리의 유고상황과 관련해서 아예 아무런 언급이 없다. 반면에 실질적 권한은 없지만 형식적으로 국가수반인 연방대통령에 대해서는 유고상황의 직무대행에 관한 규정을 기본법에 두고 있다.¹²⁾ 이 같은 헌법적 침묵은 1871년 독일제국의 성립 이래로 지금까지 일관되어온 헌정적 전통이기도 하다. 단지 기본법 제69조 제1항에서 “연방총리는 특정 연방장관을 자신의 직무대행자로 임명할 수 있다”고 정하고 있을 따름이다. 일본에서도 1947년에 제정된 내각법(內閣法) 제9조에서 이와 유사하게 정하고 있다.¹³⁾ 이어서 일반 법률인 연방정부사무규정(GO-BReg) 제8조는 “연방총리의 업무 수행이 일반적으로 장애에 놓이게 되는 경우에 기본법 제69조에 따라서 직무대행자로 임명된 연방장관이 자신의 전체적인 업무영역에서 연방총리를 대행한다. 그밖에 연방총리는 대행의 범위를 보다 상세하게 정할 수 있다”고 규정하고 있다.

11) 우리나라에서는 정부형태의 하나로 ‘의원내각제’ 또는 ‘내각책임제’가 이미 고착된 용례이지만, 영국과는 달리 독일에서는 자신들의 정부형태를 의회정부제(Parlamentarisches Regierungssystem)로 칭하고 있다.

12) 독일 기본법 제57조 - “직의 수행에 장애가 있거나 임기 만료 전에 궐위되는 경우에 연방참사원(Bundesrat) 의장이 연방대통령의 권한을 행사한다.”

13) “내각총리대신에게 사고(事故)가 있을 때 또는 내각총리대신이 궐위(闕位)된 때에는 미리 지정한 국무대신이 내각총리대신의 직무를 수행한다.” 이어서 같은 법 제10조에서는 “주임 국무대신에게 사고가 있을 때 또는 주임 국무대신이 궐위된 때에는 내각총리대신 또는 그가 지정한 국무대신이 임시로 주임국무대신의 직무를 수행한다”고 정하고 있다. 그런데 지난 2007년의 참의원선거에서 자민당이 참패한 후에 당시 아베 총리가 느닷없이 사임하고서 병원에 입원해버렸는데, 당시에 총리임시대리를 두지 않았기 때문에 약 2주간 일본의 총리대신이 부재하는 초유의 상황이 벌어졌다고 한다. 나카노 고이치(김수희 역), 『우경화하는 일본 정치』, AK, 2016, 139쪽 참조.

이로써 비록 헌법상으로는 여전히 비공식적이지만 부총리(Vizekanzler)가 사실상 등장하는데, 부총리는 연방총리직을 대행하는 게 아니라, 단지 연방총리의 기능을 대행하는 것으로 이해된다.¹⁴⁾ 이와 관련해서 직무대행자는 연방총리의 이름으로 연방총리의 전적인 권한(Vollmacht)을 행사하는 것이 아니라, 자신의 원래 직분(職分)상으로 연방총리의 권한을 자신의 책임 하에 떠맡는 것이라고 주장된다.¹⁵⁾ 연방장관은 연방총리의 제청으로 연방대통령이 임명하지만, 부총리는 연방대통령의 개입 없이 연방총리가 단독으로 결정한다. 이 결정은 별도의 공식적인 문서 없이 내각회의에서 구두로 공표된다고 한다.¹⁶⁾

독일에서 국제적인 외교관계의 중요성과 이점(利點)을 고려해서 그간 통례적으로 외무장관에게 부총리직을 맡겨 왔는데, 전통적으로 연립정부의 파트너정당에게 대부분 외무장관직을 배정해왔다.¹⁷⁾ 영국에서는 Deputy Prime Minister, 네덜란드에서는 vicepremier 그리고 프랑스에서는 Numéro deux du gouvernement français가 경우에 따라서 총리직을 대행하는 부총리에 해당한다.

행정부의 수반인 연방총리에게 국가를 이끌어가는 과업이 맡겨져 있고, 이른바 ‘총리(수상)제민주주의’(Kanzlerdemokratie)라는 표현에서 드러나듯이 독일 헌법의 제도설계 상으로 연방총리가 매우 중요한 역할을 수행하기 때문에, 비록 짧은 기간이었으나 연방 의회에서의 후임자 선출 가능성과는 무관하게 연방총리를 통한 국가지도기능이 중단 없이 수행될 것이 담보되어야 한다고 주장되어왔다. 이러한 까닭에 일각에서는 이른바 ‘대행의 재대행’ 문제를¹⁸⁾ 포함해서 연방총리직의 대행에 관하여 보다 상세하고 치밀한 규범화가 필요하다고 주장된다. 특히 독일에서 이러한 논의가 수년 전에 미국에서 제작된 드라마 ‘지정생존자’(designated survivor)가 방영되고 나서 더욱 촉발되었다.

연방정부사무규정 제14조는 여러 조항을 통해 연방정부 내부의 직무대행에 관하여 보다 상세하게 정하고 있다.¹⁹⁾ 그런데 특정 장관직의 유고상황에서 실질적인 업무대행

14) Georg Hermes, in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 2. Auflage 2006, Art. 69, Rn. 7.

15) Ute Mager, in: von Münch/Kunig: Grundgesetz-Kommentar II, 5. Auflage 2001, Rn. 2 zu Art. 69.

16) Roman Herzog, in: Maunz/Dürig: Kommentar zum Grundgesetz, 2008, Art. 69, Rn. 11.

17) 현재 독일의 메르켈 정부에서는 재무장관이 부총리로 지정되어있다.

18) Vgl. Timo Schwander, Bundeskanzlerin – Stellvertreter – Stellvertreter-Stellvertreter?! (<https://www.juwiss.de/113-2017/>).

19) 연방정부사무규정(GO-BReg) 제14조

제1항 - “특정 연방장관이 장애상태이면, 지정된 다른 연방장관이 정부 내에서 그를 대행한다.”

제2항 - “연방의회, 연방참사원 그리고 연방정부의 내각회의에서의 설명을 위해 소관부처의 정무차관이

은 해당 부처의 차상급자인 사무차관(*Staatssekretär*)이 말지만, 정부 내부에서의 공식적인 대행은 미리 지정된 타 부처의 장관이 맡도록 정하고 있는 이른바 ‘상호교차적 대행체제’(Gegenseitige Vertretung)가 특이하다.²⁰⁾ 해당 부처의 차관이 법적으로는 내각이나 연방정부의 구성원이 아니기 때문이다.

3. 대통령제 정부형태의 경우

이른바 ‘독임제 헌법기관’인 대통령을 중심으로 행정부가 구성되는 대통령제 정부형태에서 대통령의 유고 상황은 앞서 언급한 의원내각제 정부형태에 비해 상대적으로 더욱 엄중한 헌정적 상황을 야기한다. 의원내각제 정부형태에서는 행정부의 수반인 총리의 유고에도 불구하고, 비록 형식적인 권한만을 갖기는 하나 국왕이나 대통령과 같은 상징적인 국가수반이 따로 존재하기 때문에 국가의 연속성 관점에서는 별다른 문제를 수반하지 않는다. 반면에 대통령제 정부형태에서 대통령은 행정부의 수장이자 국가수반의 지위를 동시에 갖는 까닭에 대통령의 유고는 국가작용의 연속성 측면에서 일정한 문제 상황을 부수한다. 따라서 대통령제 정부형태에서 대통령직의 유고에 뒤따르는 권력의 공백을 최소화할 규범적 필요성과 당위성이 더욱 크다. 이렇듯 권력의 공백을 메우는 대응은 비교헌법적 차원에서 주지하듯이 대통령직의 승계 내지 대행의 절차로 규범화되어 있다.

대통령제 정부형태의 모국(母國)인 미국에서는 대통령직의 유고상황에서 부통령이 바로 해당 직을 승계한다.²¹⁾ 승계와는 달리 질병 등으로 인해 대통령이 일시적으로 직무

연방장관을 대신할 수 있다. 개별적인 경우에 연방장관은 사무차관으로 하여금 위 설명을 행하도록 명령할 수 있다.”

제3항 - “소관 연방행정청의 최상급자인 연방장관은 장애상황에서 특정한 개별사안뿐만 아니라 이 법의 제14a조에 따라서 정부차관에게 위임된 과업범위까지도 사무차관이 대행하게 할 수 있다.”

연방정부사무규정 제14a조 - “해당 부처의 정부차관이 어떠한 업무를 수행해할 것인지는 연방장관이 개별적으로 정한다.”

20) 예컨대 가장 최근으로는 지난 2018년 3월 14일에 연방총리실 장관의 제안에 따라 연방내각결의로써 연방정부 내 서열과 상호적 대행에 관한 규칙이 결정되었다. 기본법 제69조 제1항의 규정에 따라서 재무장관이 연방총리의 직무대행자로 임명되었다. 그리고 예컨대 재무장관은 경제·에너지장관과 그리고 내무·건설장관은 법무장관과 상호교차적으로 대행하도록 정하고 있다. 보다 자세한 내용은 <https://www.protokoll-inland.de/Webs/PI/DE/rang-titulierung/amtliche-reihenfolgen/vertretungen/vertretungen.html> 참조.

21) 미국에서 부통령의 법적 지위에 관하여 보다 상세한 내용은 김명식(2), “미연방 부통령직의 독립성에 관한 소고”, 미국헌법연구, 제25권제2호, 미국헌법학회, 2014. 8, 35쪽 이하 참조.

수행이 불가능한 경우에는 부통령이 직을 대행한다.²²⁾ 선거에서 부통령이 대통령과 함께 이른바 ‘러닝메이트’로 동반 당선되기 때문에 특히 ‘민주적 정당성’의 관점에서 부통령의 대통령직 승계에 별다른 문제가 없다고 이해된다. 우리와는 달리 직의 승계를 채택하고 있는 데에는 미국 특유의 영토적 광역성(廣域性)으로 인해 선거를 통해 후임 대통령을 새로이 선출하기에 여러 어려움이 있는 까닭으로도 이해된다.

미국의 부통령은 선거에서 대통령과 함께 선출되지만, 연방헌법에 따르면 적어도 공식적인 정부직책이 아니다. 따라서 정부 내에서 부통령에게 어떤 과업이 주어지는가는 전적으로 대통령의 임의적인 결정사항으로 남아있다. 심지어 20세기 이전까지는 부통령이 내각회의에 참석한 적이 없었으나, 그 이후로 부통령의 지위가 나름 고양되면서부터 내각의 구성원으로 포함되었다고 한다. 이러한 까닭에 미국의 연방정부 내부에서 가장 존재감이 없는 이가 부통령이라고도 하고,²³⁾ 부통령에게 공식적으로 주어진 유일한 역할과 기능이 대통령직의 유고에 대비하는 것이라고 이해된다. 이러한 맥락에서는 만약의 경우를 대비해서 대통령직을 승계해야 할 부통령이 정치적으로 가급적 ‘무흠결’(無欠缺)의 상태로 남아있어야 하겠기에 따로 정치적 책임을 지는 적극적인 국정행위가 자제됨이 일응 마땅해 보인다.²⁴⁾

부통령은 상원의 의장직을 맡는데, 그러나 상원의 구성원은 아니어서 형식적으로 캐스팅보트를 갖고는 있지만, 상원에서 여야 간에 정치적으로 팽팽하게 대립하는 상황에서는 투표권 행사를 자제한다고 한다. 부통령이 부재하는 경우에는 통례적으로 상원의 다수를 점하는 정당의 최다선 의원이 임시의장(President pro tempore)을 맡는다. 잘 알려져 있듯이 부통령과 하원의장 등 대통령직 승계순위자 모두가 유고인 극단적인 경우에 대비해서 이른바 ‘지정생존자’(designated survivor)제도를 운용하고 있다.

마찬가지로 대통령제 정부형태를 채택하고 있는 우리의 경우에는 이와는 달리 대통령의 유고상황에서 직의 승계가 아니라 국무총리 등의 대행제도를 두고 있다. “해당 공권력 주체가 행사하는 권한의 크기는 민주적 정당성의 크기에 상응해야 한다”고 이해되는 오늘날의 ‘민주적 정당성 원리’에 비추어보면, 미국에서와 같은 선출직 부통령이 부재한

22) 미국의 헌정사에서 그간 부통령의 직무대행이 세 차례가 있었는데, 모두 현직 대통령의 일시적인 발병(發病)과 관련된 것이었다. 미국에서 대통령직의 승계와 대행에 관하여 보다 상세한 내용은 김명식(1), 앞의 논문, 54쪽 이하 참조.

23) 보다 자세한 내용은 함성득, 『미국정부론』, 나남출판, 2002, 177쪽 참조.

24) 반면에 우리 헌정사에서 국무총리제도는 대통령이 실정(失政)을 만회하거나 민심을 수습하고 정치적 국면을 전환하는 이른바 ‘방탄총리’로 이용되어왔다고 지적된다. 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, 884쪽 참조.

가운데 대통령직의 승계가 아니라 대행을 정하고 있는 우리 헌법의 태도가 그 자체로는 나름 체계정합적인 것으로 이해된다. 그렇다면 이러한 대행체제에서 권력의 공백을 최소화하는 최선의 방법은 조속히 새로운 선거를 실시해서 후임 대통령을 선출하는 데에 있다. 이와 관련해서 현행헌법 제68조 제2항은 “60일 이내에 후임자를 선거한다”고 정하고 있다.

IV. 직무대행자의 지위

1. 권한대행인가, 직무대행인가

대통령직의 유고상황과 관련하여 현행헌법은 제71조에서 “대통령이 ... 직무를 수행할 수 없을 때에는 ... 그 권한을 대행한다”고 정하고 있다. 제헌헌법 이래로 줄곧 이와 같이 규정해오고 있다. 그리고 헌법 제65조 제3항 및 「헌법재판소법」 제50조는 “탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다”고 정하고 있다. 이 같은 규정들로 인해 그간 자연스럽게 그리고 마치 당연하다는 듯이 ‘권한대행’이라는 용례가 일반적으로 통용되어왔다. 반면에 국무총리의 직무대행을 정하고 있는 「정부조직법」 제22조에서는 “... 그 직무를 대행한다”고 표현된다.

그런데 직무를 수행할 수 없거나 정지되는 경우에 독일에서는 직무(직위, Stelle)와 대행자(Vertreter)를 합친 단어인 ‘직무대행자’(Stellvertreter)라는 용례가 공사(公私)를 불문하고서 일반적이다. 이렇듯 용례의 혼동은 각 지방자치단체들마다에서 자치법규로 마련된 「권한대행 및 직무대리 규칙」에서도 확인된다.²⁵⁾ 권한대행과 직무대리의 성립요건 등에서 사실상 큰 차이가 확인되지 않는데도, 지금껏 자치단체장의 유고시에는 ‘권한대행’ 그리고 부시장 이하 기타 공직자의 유고시에는 ‘직무대리’로 혼용해오고 있다. 이로써 단지 권위주의적인 차별화의 의도만이 확인된다.

이 같은 ‘권한대행’이라는 용례의 뿌리는 근대화와 더불어서 서구의 정치용어를 우리 보다 앞서 번역해온 일본에서 유래되었다고 짐작된다. 예컨대 1940년에 발간된 일본의 외교관련 잡지인 國際月報 제38권의 목차에서 “アイスランド政府、皇帝の權限代行”이

25) 현재 법제처가 제공하는 대한민국헌행법령 웹사이트에 따르면 전국의 각 자치단체에서 자치법규로서 거의 내용이 유사한 125개의 「권한대행 및 직무대리 규칙」이 제정되어 있는 것으로 확인된다.

라는 표현이 등장한다. 그리고 메이지(明治)헌정에서 ‘총리대신의 권한대행’이라는 표현이 사용되기도 했다.²⁶⁾ 그리고 직을 그대로 유지하면서도, 해당 직에 따르는 권한의 일부를 대행토록 하는 경우가 있었다고 한다.²⁷⁾ 현행 일본헌법 제4조 제2항에서도 “천황은 법률이 정하는 바에 따라 국사(國事)에 관한 행위를 위임할 수 있다”고 정하고 있다. 그렇기 때문에 이러한 맥락에서는 권한대행과는 따로 구별해서 직무대행이 별도의 개념으로 통용될 수 있다고 본다. 즉 해당 직 자체가 아예 공석(空席)이거나 직무가 정지된 경우에는 ‘직무대행’으로 그리고 피대행자가 여전히 직을 유지하는 가운데 피대행자의 위임에 따라서나 또는 헌법과 법률이 정하는 바에 따라서 대행자가 피대행자의 직에 속하는 일부의 권한을 대신하여 행사하는 경우에는 ‘권한대행’으로 따로 구별할 수도 있겠다. 게다가 ‘만기친람’(萬機親覽)이라는²⁸⁾ 말이 상징하듯이 과거의 왕조국가나 권위주의국가에서는 국왕이나 대통령과 같은 최고 권력자의 ‘직무’ 내지 ‘직무 범위’라는 개념이 성립하기가 어려운 상황이었어서 직무대행이 아닌 권한대행이라는 용례가 나름 타당했다고도 짐작된다.

그러나 오늘날의 민주법치국가적인 이해에 따르면 모든 공직에 있어서 헌법과 법령상으로 정해진 지위와 직무(직책)가 있고, 이 직무에 특정한 과업이 부여되며 그리고 해당 과업으로부터 일정한 권한이 비롯한다고 본다. 즉 모든 공직(Amt)에는 개개의 지위와 직무(Stelle)마다에 주어진 과업(Aufgabe)이 있고, 이 과업으로부터 필요한 권한(Befugnis)이 나온다. 예컨대 “직권으로”(ex officio, von Amts wegen)라는²⁹⁾ 용례가 그러하다. 따라서 과거와는 달리 오늘날 민주법치국가의 법질서 아래에서는 대통령직을 위시해서 모든 공직마다에 헌법과 법령상으로 미리 정해진 직무, 직무상의 과업 및 직무상의 권한이 존재한다. 이러한 의미에서 헌법이 그 자체로 거대한 국가조직규범이고, 일반 법률의 차원에서도 국회법, 정부조직법, 법원조직법, 헌법재판소법 등과 같은 다수의

26) 그러나 현재 일본에서는 내각법 제9조에 근거해서 ‘총리임시대리’라는 표현이 통용되고 있다.

27) 예컨대 연소(年少)한 히로히토가 천황에 즉위하면서 원로이자 측근인 사이온지 긴모치(西園寺公望)가 한동안 천황의 총리대신 임명권을 대행했다고 한다. 한즈 가즈토시(박현미 역), 『쇼와사1』, 루비박스, 2010, 51쪽 참조. 특히 메이지헌법에서 주권자는 천황이며, 살아있는 신으로서 공사(公私)의 구별이 없는 천황이 모든 일을 주관했었다. 천황은 모든 문무관(文武官)의 임명권을 갖고 있으면서, 병권(兵權)을 군주의 대권에 귀속시켜 군(軍)을 헌법적 통제로부터 자유롭게 만들었으며, 이로써 ‘대권내각주의’와 ‘천황친재(親裁)주의’를 표방했다고 한다. 신우철, “일본 입헌주의의 초기 형성: 그 서구적 원형과 동아시아적 변형”, 중앙법학, 제9집 제1호, 중앙법학회, 2007, 55쪽 이하 참조.

28) “임금이 모든 정사(政事)를 친히 보살핌”을 뜻하는 말이다. 국립국어원 우리말샘 참조.

29) 자신에게 부여된 공직 그 자체로써 특정한 기능이나 권한 또는 전권을 가지거나 또는 이를 수행하는 것을 뜻한다. 독일어 위키피디아 “von Amts wegen” 참조.

조직규범들이 마련되어 있다. 심지어 헌법 제74조 제2항에서도 국군의 조직과 편성을 법률로 정하도록 하는 이른바 ‘국군조직법정주의’를 밝히고 있다.

또한 형법 제123조에서 정하는 ‘직권남용죄’가 공무원에게만 적용되는 일종의 신분범죄인데, 여기서는 모든 공무원에게 직권, 즉 직무상의 권한이 미리 법으로 정해져 있음을 전제하고 있다. 그리고 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」 제2조 제4호 가목에서도 공직자가 직무와 관련하여 “그 지위 또는 권한을 남용하거나 법령을 위반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 행위”로 정의하고 있다.

여기서 대통령도 결코 예외가 아니다. 헌법재판소는 헌법 제65조에서 정하는 탄핵사유인 대통령이 “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때”와 관련하여 “‘직무집행에 있어서’의 ‘직무’란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다. 따라서 직무상의 행위란, 법령·조례 또는 행정관행·관례에 의하여 그 지위의 성질상 필요로 하거나 수반되는 모든 행위나 활동을 의미한다. 이에 따라 대통령의 직무상 행위는 법령에 근거한 행위뿐만 아니라, ‘대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위’를 포괄하는 개념으로서, 예컨대 각종 단체·산업현장 등 방문행위, 준공식·공식만찬 등 각종 행사에 참석하는 행위, 대통령이 국민의 이해를 구하고 국가정책을 효율적으로 수행하기 위하여 방송에 출연하여 정부의 정책을 설명하는 행위, 기자회견에 응하는 행위 등을 모두 포함한다”고³⁰⁾ 밝히고 있다. 설령 대통령의 직무 범위를 구체적으로 특정하기가 어렵다 하더라도, 어떻게든 넓게 이해해서라도 ‘직무의 개념’과 ‘직무 범위’를 적극적으로 파악하려는 시도로 짐작된다.

필요한 경우에 직무대행자가 피대행자의 권한을 대신하여 행사하는 것은 맞다. 유고나 직무정지로 인해 특정 공직에 기능장애상태가 발생한다면, 그 직무를 대행하는 절차가 필요하지, 직무와 과업을 건너뛰고서 바로 그 권한을 대행하는 것은 다소 논리 비약적이다. 따라서 과거의 권위주의적인 권력사고와 행정조직규범상의 직무설계가 미흡한 상황에서 사용되어왔던 ‘권한대행’이라는 용례는 헌법 및 관련 법령의 개정을 통해 향후에는 개선할 필요가 있다.³¹⁾ 그러나 다른 한편으로는 앞서 언급한 바와 같이 직무대행과

30) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1(노무현 대통령 탄핵심판) 참조. 현재는 이어서 박근혜 대통령 탄핵심판(현재 2017. 3. 10. 2016헌나1)에서도 이와 유사하게 판시하고 있다.

31) 반면에 대통령 권한대행자가 행사할 수 있는 직무범위와 관련하여, 대통령의 권한이 광범위함에 비추어 볼 때 그 직무범위를 어디까지로 할 것인가가 파악하기에 쉽지 않은 문제일 수 있고, 국가가 직면하는 상황에 따라서는 대통령의 권한 중 일부라도 행사하지 못하도록 하는 것이 국가목적 상 합리적이지 않을 수 있으며, 그러한 입법제도 찾아보기 어렵다고 지적하면서 직무 범위의 법정화에 소극적인 견해가 피력된다. 정태호, 「대통령 권한대행의 지위 및 역할 정립을 위한 국회 긴급간담회」 토론문, 2016. 11. 28. 참조.

권한대행이 개념적으로는 구별될 수 있다고 본다. 즉 사임 또는 사망 등 대통령의 궐위(闕位)나 탄핵심판을 통한 파면 등으로 직 자체가 아예 공석(空席)인 경우와 법상 직무가 정지된 경우에는 직무대행으로 그리고 피대행자가 직을 여전히 유지하는 가운데 사고(事故)나 질병 등으로 잠정적으로 직무를 수행하기 어려운 경우에는 권한대행으로 따로 구별하는 것이 나를 가능하다고 본다.

2. 직무대행은 새로운 공직의 창설도, 겸직도 아니다

‘권한(직무)대행’은 대통령이나 자치단체장의 유고로 인해 비롯하는 특정한 상황 그 자체 또는 대행자에게 헌법과 법령상으로 미리 예정된 기능과 과업의 수행을 뜻하는 것이지, 이로써 ‘권한대행’이라는 공직(Amt)이나 직위(Stelle)가 새로이 창설되는 것이 아니다. 즉 국무총리 등에게는 헌법과 법률상으로 대통령직의 권한대행권이 미리 정해져 있다.³²⁾ 따라서 대행 업무에 필요한 범위 내에서 청와대비서실 등의 보좌를 받을 수는 있겠으나, 별도의 의전(儀典)이나 경호 및 수당지급 등은 타당하지 않다고 본다. 이러한 이유에서 2016년에 국회에서 발의되었던 「대통령의 권한대행에 관한 법률안」 제5조 제3항이 “「대한민국헌법」 및 법률에서 정한 국무총리 또는 국무위원으로서의 본래의 직무도 수행한다”고 명시하고 있다고 이해된다. 사실상 겸직(兼職)이겠으나, 공식적으로는 겸직이 아니라 국무총리 등의 권한대행자에게는 헌법과 법률상으로 해당 직에 미리 예정되어있는 예비적이고 보충적인 기능수행으로 이해함이 타당하다.³³⁾ 이와 같은 취지로 독일 학계에서도 “직무대행자는 자신의 원래 직분(職分)상으로 연방총리의 권한을 자신의 책임하에 떠맡는 것”이라고 주장된다.

그런데도 마치 새로운 공직을 떠맡는 것처럼 지금껏 “대통령 권한대행 ○○○”로 명패를 새로이 제작하거나 부서(副署) 등의 국정행위에 있어서 위와 같이 표기하는 것은 마땅한 태도가 아니다. 자치단체장의 직무(권한)를 대행하는 부단체장의 경우에도 이와 다르지 않다. 따라서 직을 대행하는 이를 ‘대행자’로 일관되게 지칭하는 것이 타당하고, 각종의 공문서에서도 “직무(권한)대행자 ○○○”로 표기하는 것이 옳다. 그렇지 않으면 극단적으로는 ‘참칭’(僭稱)의³⁴⁾ 문제로까지 불거진다.

32) 허영, 앞의 책, 1059쪽; 정재황, 『신헌법입문』, 박영사, 2012, 649쪽 참조.

33) 반면에 권한대행을 사실상 새로이 창설되는 공직으로 그리고 겸직으로 보아서 별도의 취임선서 및 보수 등 각종 예우문제 등의 후속논의가 일각에서 주장되는데, 이 견해에 동의하기가 어렵다. 박진우, 앞의 논문, 327쪽 이하 참조.

이러한 관점에서 현행 「헌법재판소장의 권한대행에 관한 규칙」과 「대통령의 권한대행에 관한 법률」에서 일관되게 ‘대행자’로 지칭하면서 ‘권한대행’이라는 상황과 구체적인 ‘대행자’를 구별하고 있는 것은 바람직한 입법태도로 이해된다. 참고로 현행 민법 제52조의2 및 제60조의2에서도 마찬가지로 법인에서 이사의 직무집행이 정지되는 경우에 ‘직무집행자’의 권한에 관하여 정하고 있다.³⁵⁾ 이와 관련해서 지난 2018년에 문재인 대통령이 발의한 정부개헌안 제75조 제4항에서 정하는 “권한대행의 지위는 ...”이라는 문구는 “권한(직무)대행자의 지위는 ...”으로 바꾸어서 표기하는 것이 바람직했다고 판단된다.

3. 대리와 대행

‘대리(代理)’와 ‘대행(代行)’이라는 용어도 따로 구별할 필요가 있다. 앞서 언급했듯이 현재 많은 지자체들에서 자치법규로 사실상 거의 대동소이한 내용으로 「권한대행 및 직무대리 규칙」이 마련되어있는데, 여기서는 “대행 또는 대리한다”며 두 용어를 병기(併記)하고 있으며, 자치단체장의 유고시에는 ‘권한의 대행 또는 대리’로 그리고 부시장 이하 기타 공무원들의 유고시에는 일관되게 ‘직무대리’로 표현하고 있다.³⁶⁾ 심지어 여러 언론들에서도 일관된 기준이 없이 중구난방(衆口難防)으로 권한대행, 직무대행 및 직무대리로 용어를 엇갈려서 혼용하고 있다.

사법(私法)상의 ‘대리’에서는 대리에 따르는 법률효과가 대리인이 아니라 본인에게 귀속되는 반면에, 공법(公法)상의 ‘대행’에서는 대행행위에 따르는 법적 책임의 귀속주체가 피대행자가 아니라 어디까지나 대행자 자신이다. 사법상의 대리에서와 같이 인격적 주체인 개인이나 피대행자를 대리하는 것이 아니라, 어디까지나 구체적인 직무를 대행하는 것이기 때문이다.

참고로 1919년 3.1운동 직후에 상해 임시정부에서 4월에 제정된 대한민국임시정부장정(大韓民國臨時政府章程) 제10조³⁷⁾ 및 제11조³⁸⁾ 그리고 같은 해 9월에 제정된 대한민국

34) 참칭(僭稱)은 “분수에 맞지 않게 스스로 황제나 왕이라고 일컬음”을 뜻한다. 국립국어원 우리말샘 참조.

35) 민법 제60조의2(직무대행자의 권한) 제1항 - “제52조의2의 직무대행자는 가처분명령에 다른 정함이 있는 경우 외에는 법인의 통상사무에 속하지 아니한 행위를 하지 못한다. 다만, 법원의 허가를 얻은 경우에는 그러하지 아니하다”.

36) 예컨대 대표적으로 「서울특별시 권한대행 및 직무대리 규칙」을 참조하기 바람.

37) “國務總理가有故한時난議政院에서其代理를選定함”.

국임시헌법(大韓民國臨時憲法) 제17조에서는³⁹⁾ ‘대행’이 아니라 일관되게 ‘대리’로 표기했었다.⁴⁰⁾ 그리고 실제로 ‘임시정부 국무총리 대리’ 선출을 두고서 논의가 있었다.⁴¹⁾ 결론적으로 ‘대리’ 또는 ‘대행’ 가운데 어느 용어를 선택하든지 간에 하나의 용례로 통일해서 일관되게 사용하는 것이 보다 바람직하다.

V. 직무대행자의 권한 범위의 문제

직무대행자의 권한 범위와 관련해서는 대통령이나 자치단체장 등 여러 공직이 갖는 고유한 특성 그리고 유고 상황의 개별적 차별성 등으로 인해 일률적으로 규범화하는 데에 일정한 한계가 있다고 본다. 따라서 아래에서는 대통령제 정부형태에서의 대통령과 의원내각제 정부형태에서의 총리의 직무대행과 관련한 권한의 범위를 주로 살펴보기로 한다.

1. 직무대행의 상황적 차별성과 권한의 범위

직무대행자의 권한 범위의 문제에 있어서는 먼저 해당 상황을 보다 구체적으로 차별해서 접근할 필요가 있다. 먼저 일시적인 유고상황, 즉 대체로 사고(事故)의 범주에 속하는데, 최고공직자가 과로(過勞)나 가벼운 질환으로 인해 일시적으로 직무수행이 어려운 경우가 이에 해당한다.⁴²⁾ 예컨대 올해 초에 보리스 존슨 영국총리가 코로나19 바이러스에 감염되어 중환자실을 오가면서 수주일 동안 입원치료를 받았던 사례가 그러하다. 이러한 일시적 유고상황에서의 직무대행이 독일에서는 이른바 ‘보충적 대행’으로⁴³⁾ 표

38) “各部總長이有故한時난其次長이臨時代理함. 次長이代理키不得한境遇난國務總理가他國務員에게代理케함을得함”.

39) “臨時大統領이有故한時난國務總理가代理하고, 國務總理가有故한時난臨時議政院에서臨時大統領을代理一人을選舉하여代理케함”.

40) 정종섭(편), 『한국헌법사고문류』, 박영사, 2002, 47쪽 이하 참조.

41) 한국정치평론학회, 『대한민국 임시의정원과 헌정주의: 기원, 이론적 토대, 성립과정 그리고 현대적 유산에 대한 고찰』(국회결과보고서), 2019, 54쪽 참조.

42) Vgl. Roman Herzog, 앞의 책, Art. 69, Rn. 14; Ute Mager, 앞의 책, Rn. 7 zu Art. 69; Georg Hermes, 앞의 책, Art. 69, Rn. 8.

43) 여러 문헌들에서 보충적 행을 Nebenvertretung, Einzelvertretung, Ergänzungsververtretung으로 달리 부르고 있다.

현된다. 보충적 대행의 경우에 직무대행자는 여전히 피대행자의 지시와 명령에 기속된다고 이해된다.⁴⁴⁾

반면에 피대행자의 일반적인 장애상태로서 마찬가지로 ‘사고’에 해당하는 경우인데, 중병을 앓거나, 오랫동안 연락이 두절되거나⁴⁵⁾ 또는 탄핵소추에 뒤따르는 법적 효과로써 당해 직무의 수행이 정지된 경우에는 ‘완전한 대행’이⁴⁶⁾ 행해진다.⁴⁷⁾ 이 경우에는 피대행자의 지시나 명령이 가능하지도 그리고 법상 허용되지도 않기 때문에 직무대행자가 행사하는 권한의 범위가 본격적으로 문제시된다. 즉 같은 ‘사고’에 해당하는 상황이라 하더라도 피대행자의 지시나 명령이 가능한지 여부에 따라서 보충적 대행과 완전한 대행으로 구별된다.

2. ‘완전한 대행’에 있어서 권한 행사의 범위

이른바 ‘완전한 대행’의 경우라 하더라도 대행자가 피대행자의 권한을 전적으로 그리고 독자적으로 행사할 수 있겠는지에 관하여는 논란이 있고, 이를 대별하자면 소극적(제한적) 권한행사설과⁴⁸⁾ 적극적(무제한적) 권한행사설로⁴⁹⁾ 나뉜다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 이와 관련해서 독일에서는 대행자인 부총리가 개각(Umbildung)이나 신임투표(Vertrauensfrage)와 같이 연방총리가 갖는 이른바 ‘지침결정권한’(Richtlinienkompetenz)을 행사할 수 있는지 여부를 두고서 찬반으로 의견이 엇갈린다.⁵²⁾ 그러나 대행하는 부총리는 연방총리의 정책을

44) Georg Hermes, 앞의 책, Art. 69, Rn. 10.

45) Ute Mager, 앞의 책, Rn. 7 zu Art. 69.

46) 여러 문헌들에서 완전한 대행을 Ersatzvertretung, Gesamtvertretung, Vollvertretung으로 달리 부르고 있다.

47) 독일 학계에서 논의되는 ‘완전한 대행’과 ‘보충적 대행’에 관한 논의를 국내 문헌들에서는 대체로 궤위와 사고의 개념으로 같음하고 있다고 판단된다. 즉 궤위의 경우를 완전한 대행으로 그리고 사고의 경우에는 보충적 대행으로 이해하고 있다. 이상경, “헌법 제71조”, 『헌법주석[국회, 정부]』, 경인문화사, 2017, 588쪽 이하 참조.

48) 헌법학계의 다수견해로 이해된다. 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 1423쪽 이하; 허영, 앞의 책, 1030쪽; 한수웅 『헌법학』, 법문사, 2011, 1161쪽, 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2016, 933쪽 참조.

49) 정종섭, 앞의 논문, 273쪽 이하; 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014, 1309쪽 이하 참조.

50) 대통령직의 사고와 궤위를 구별해서 권한대행자의 직무범위를 각기 달리 파악하려는 견해도 있다. 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010, 973쪽 이하 참조.

51) 반면에 국내 행정법학계에서는 대통령 권한대행을 행정청의 권한의 (법정)대리의 문제로 이해하여, 법정대리의 경우 법령에서 특별한 규정이 없는 한 피대리청의 권한 전부에 미치는 것으로 이해함으로써 대통령 권한대행의 경우 그 직무범위는 대통령 권한 전반에 걸치는 것으로 이해하는 견해가 통설이라고 한다. 박진우, 앞의 논문, 318쪽 참조.

가급적 최소한으로 변경해야 하고, 연방총리의 기존 지시와 지침을 유지해야 한다고 주장되는데, 그는 일종의 수탁자 내지 선택한 관리자의 입장에서(*treuhändlich*) 연방총리의 추정적 의사를 고려하면서 행위해야 한다고 이해된다. 다만, 새롭게 변화된 상황이라면 약간의 정책적 변경이 정당화된다고 본다.⁵³⁾ 연방총리의 직무복귀 가능성이 여전히 상존하는 가운데 복귀한 연방총리가 추후에 대행자가 임의로 결정한 정책을 취소하거나 또는 불가역적인 정책결정으로 인해 초래될 여러 혼란을 고려하면 위와 같이 해석함이 타당하다고 판단된다.

우리의 경우에 대통령에 대한 국회의 탄핵소추에 부수하는 법적 효과로써 대통령의 직무가 정지되고서 헌법재판소를 통한 탄핵심판의 종국결정이 있을 때까지 국무총리 등에 의한 ‘완전한 대행’이 등장한다. 탄핵심판에서 기각결정이 있는 경우에 곧바로 대통령이 직무에 복귀하면서 대행 상황이 해소되는데, 그러나 만일 탄핵결정으로 파면되는 경우에는 ‘완전한 대행’이 계속해서 이어진다. 학계의 다수 견해는 전자의 경우를 헌법 제71조상의 ‘사고’로 그리고 후자의 경우를 ‘결위’에 해당하는 것으로 이해하고 있다.⁵⁴⁾

전자의 경우에는 탄핵심판의 종국결정에 따라서 직무정지 상태인 대통령의 복귀가능성이 여전히 상존하기 때문에 앞서 언급한 독일의 해석레처럼 대행자의 소극적 내지 현상유지적인(*status quo*) 권한행사가 마땅하다. 법상 직무가 정지되었기 때문에 대행자에게 직무가 정지된 대통령의 지시나 명령이 허용되지 않는다. 그런데 사망이나 사임 또는 탄핵결정을 통한 파면과 함께 피대행자인 대통령의 직무복귀 가능성이 전적으로 배제되는 경우에는 위와는 달리 평가할 것인지 여부가 논란적이다.

결론적으로 이 경우에도 대행자의 소극적 내지 현상유지적인 권한행사가 마땅하다고 본다. 즉 “대통령의 직무를 대행하여야 되는 사태가 발생할 경우 그 원인이 무엇이든 간에 권한대행자의 직무범위는 대통령의 직무범위와 결코 같을 수가 없다.”⁵⁵⁾ 이렇듯 헌정적으로 엄중한 상황에서 직무대행자에게 주어지는 가장 중요한 과업은 헌법 제68조 제2항에서 정하는 바대로 60일 이내에 후임 대통령을 새로이 선출하는 데에 있다.⁵⁶⁾

52) 찬성의견은 Georg Hermes, 앞의 책, Art. 69, Rn. 10; Ute Mager, 앞의 책, Rn. 11 zu Art. 69. 반면에 반대의견은 Roman Herzog, 앞의 책, Art. 69, Rn. 16/20.

53) Roman Herzog, 앞의 책, Art. 69, Rn. 21.

54) 예컨대 허영, 앞의 책, 1029쪽; 성낙인, 앞의 논문, 767쪽 이하 참조.

55) 허영, 앞의 책, 1030쪽 참조.

56) 같은 취지로 “그 어떠한 경우이든 간에 대통령 권한대행은 일시적인 대행에 불과하기 때문에 하루속히 정상적

만일 대행자에게 적극적인 권한행사가 허용된다면, 민주적 정당성의 원리의 관점에서뿐만 아니라 권력분립원리의 관점에서도 일정한 문제점을 야기한다.⁵⁷⁾ 즉 국무총리는 주권자인 국민의 직접선거로 선출되지 않았고, 따라서 그에게는 민주적 정당성이 결여되기 때문에 대행자라 하더라도 대통령과 동일한 권한행사는 결코 마땅하지가 않다.⁵⁸⁾

이에 추가해서 아래의 논거들이 또한 위 입장을 정당화한다고 판단된다. 즉 오늘날의 기능적 권력통제이론에 따르면 현행 대통령제 정부형태에서 국무총리에게 속한 여러 권한들이 규범적으로는 행정부 내부의 통제장치로 기능하는데, 만약에 대행자에게 적극적인 권한행사를 인정하게 되면 대행체제에서 비록 일시적이기는 하지만 대통령과 국무총리로서의 직무와 권한이 하나의 인물에게 통합되어 행정부 안에서 기관내 통제가 부재한 상태가 발생한다. “떡 본 김에 제사 지낸다”는 옛 속담이 그렇듯이 권력의 공백 상황이므로 오히려 무소불위(無所不爲)의 절대 권력의 등장을 초래하는 결과로 이어지는 이 같은 역설적인 상황은 결코 바람직하지가 않다.⁵⁹⁾

보다 구체적으로 살펴보면, 대행자는 후임 대통령을 선출하기까지 60일의 기간 내에서 원칙적으로 불가역적인 정책적 결정을 내려서는 아니 된다고 본다. 예컨대 대법원장과 대법관 그리고 헌법재판소장과 재판관, 감사원장과 감사위원 등 헌법상으로 임기가 보장되고, 정치적으로 임용되는 헌법기관의 구성원 임명이 불가하다. 왜냐하면 지금껏 그래왔듯이 해당 직의 임기만료 등으로 인해 설령 공석(空席)이나 결원이 발생하더라도 합의체 기관의 특성상 해당 기관의 운영에 별다른 문제가 없으며, 통례적으로 법률과 규칙상으로 기관 내부에서 대행에 관한 절차를 따로 갖추고 있기 때문이다. 또한 국무위원과 부처 장관 등의 경질과 임명 또한 원칙적으로 자제되어야 한다고 본다. 헌법은 국무총리에게 부여된 제청권한이 대통령의 인사권한에 대한 나름의 통제장치로 기능하기를 규범적으로 기대하고 있는데, 대행자에게 개각권한을 허용한다면 마찬가지로 위 통제장치가 무력화되는 결과가 초래되기 때문이다.

인 대통령으로 직무를 넘겨야 하는 입장임에 비추어 권한대행이 정상적인 대통령과 동일한 권한과 책임을 갖는 것은 무리다”라고 지적된다. 성낙인, 앞의 논문, 782쪽; 허영, 앞의 책, 1030쪽 참조.

57) 권한 범위의 문제가 아니라, 국민이 직접 선출하지 않은 국무총리의 직무대행 자체가 국민주권원리에 반한다는 주장도 제기된다. 문광삼, “헌법개정 방향-통치구조 개편의 쟁점과 대안”, 공법연구 제38집 제1호 제1권, 한국공법학회, 2009, 54쪽 참조. 이러한 이유로 국내의 여러 관련 문헌들에서 거의 이구동성(異口同聲)으로 미국에서와 같은 ‘부통령제’의 도입이 강조되고 있다.

58) 같은 취지로 이부하, 앞의 논문, 248쪽.

59) 예컨대 박정희 대통령이 시해된 10.26사태 직후에 당시 전두환 국군보안사령관이 합동수사본부장과 중앙정보부장 서리를 겸직하면서 신군부세력의 권력 장악이 본격화되었다.

또한 비리나 부정 등 각종의 불미스러운 일로 인해 대통령이 자진 사임하거나 탄핵소추 되는 경우라도 이러한 상황과 관련해서 헌법상으로는 대통령의 보좌기구인 국무총리의 정치적 책임 또한 결코 가볍지가 않다. 기실 정치적 책임을 통감하면서 대통령과 함께 동반 사퇴함이 마땅한 상황인데도 대통령을 대신해서 전적인 권한을 행사한다는 것이 정치적인 도의(道義)나 책임의 측면에서 결코 타당하지가 않다. 따라서 국무총리의 정치적 책임의 관점에서도 직무대행자로서의 소극적 내지 현상유지적인 권한행사가 마땅하다.

앞서 언급된 정부개헌안 제75조 제5항에서는 “제1항에 따라 대통령의 권한을 대행하는 사람은 그 직을 유지하는 한 대통령 선거에 입후보 할 수 없다”며, 그 직을 사임하고서는 대통령 선거에 입후보가 가능한 것으로 정하고 있다. 그러나 직무대행자인 국무총리 등의 차기 대통령선거 입후보 또한 제한 내지 자제되어야 한다고 본다. 왜냐하면 이 상황에서 헌법이 대행자에게 부여한 가장 중요한 과업은 60일 이내에 조속히 후임 대통령을 선출하는 것이어서, 공정하고 원활한 선거관리를 위한 당위론적인 관점 그리고 설령 유권자의 선택과 지지가 있다하더라도 직무대행자가 그대로 차기 대통령을 맡는 것이 비록 간접적이기는 하지만 대통령 단임제를 결단한 헌법의 정신과 취지와도 조화되지 않는다는 규범론적인 관점에서 그러하다. 특히나 현행의 대통령 단임제에는 독재방지는 물론이고 또한 여러 선거주무기관들의 최고책임자인 대통령 자신의 재선 출마를 제한함으로써 현직 프리미엄을 차단하는 등으로 선거의 공정성을 담보하려는 취지도 함께 내포되어있기 때문이다.

물론 상황 여하에 따라서는 특정 상황이 요구하는 대행자의 적극적인 권한행사가 때로 불가피하다고 판단된다. 이는 이른바 ‘상황적 정당성’의 관점에서 개별적으로 평가해야할 사안인데, 예컨대 객관적으로 중대한 위법행위를 범한 부처 장관의 경질이나 전시(戰時)나 사변(事變)과 같은 국가적 위기에 당하여 필요한 조치를 취해야할 상황 등이 그러하다.⁶⁰⁾ 그리고 직무대행체제라 하더라도 예컨대 합의체 기관인 헌법재판소에서 의결에 필요한 재판관 정족수 7인에 모자라는 결원이 생기는 경우에는 추천이나 선출 주체와는 무관하게 예외적으로 직무대행자의 후임 재판관 임명이 가능하다고 본다.⁶¹⁾ 이 같은 예외적인 ‘상황적 정당성’도 넓게는 소극적 내지 현상유지적인 권한 행사의 범주에 속한다고 이해된다.

60) 같은 취지로 송기춘, 앞의 논문, 16쪽 참조.

61) 같은 취지로 박진우, 앞의 논문, 321쪽 이하; 송기춘, 앞의 논문, 16쪽 참조.

VI. 맺는말

최고 권력자의 유고로 인한 권력의 공백은 헌정 상의 여러 문제들을 야기하고, 오늘날의 민주법치국가에서도 여전한 ‘아킬레스의 건’으로 남아있다. 특히나 ‘정치적 사법화’ 현상이 더욱 기승하고 있는 우리의 경우에 국회의 탄핵소추로 인한 대통령의 직무정지가 유감스럽게도 그리 드물지 않은 정치현실로 주어져 있다. 이로써 대통령 권한(직무)대행 체제가 등장하는데 이와 관련해서 불거져왔던 여러 법적인 흠결들을 관련 법률안의 발의와 개헌안을 통해 해소시키려고 나름 노력해오고 있다.

최고 권력자의 유고에 뒤따르는 규범적 대응은 정부형태에 따라서 다소 결이 다르다. 의원내각제의 경우에는 총리(수상)의 궐위 시에 의회가 비교적 신속하게 다수결로써 후임 총리를 새로이 선출할 수 있기 때문에 직무대행에 대한 규범화에 있어서 상대적으로 소홀한 것으로 확인된다. 대통령제의 경우에도 대통령의 궐위 시에 미국에서처럼 부통령의 승계를 통해 비교적 쉽게 대응하는가 하면, 반면에 부통령을 따로 두지 않는 우리의 경우에는 국무총리 등의 과도기적인 대행체제를 겪게 된다. 그리고 이로써 그간의 대통령 권한(직무)대행체제 하에서 해명되지 않은 여러 논란들이 불거져 왔다.

지금껏 대통령과 자치단체장 등의 유고시에는 ‘권한대행’으로, 기타 하급직 공직자들의 유고시에는 ‘직무대행’ 내지 ‘직무대리’로 달리 지칭해왔는데, 권위주의적 사고에 따르는 언어관행 이외에 딱히 그렇게 구별해야할 특별한 이유가 있는지가 의문이다. 특정 공직자가 해당 직무의 수행이 어렵거나 정지되었다면, 직무대행 또는 직무대리가 맞지, 직무와 과업을 건너뛰고서 곧바로 행사하는 ‘권한’이 정당화되지는 않겠기 때문이다. 그래서 해당 직 자체가 아예 공석(空席)이거나 직무가 정지된 경우에는 ‘직무대행’으로 그리고 피대행자가 직을 그대로 유지하는 가운데 대행자로 하여금 자신에게 속하는 권한의 일부를 대신해서 행사하게끔 위임하는 경우에는 따로 ‘권한대행’으로 구별하는 것이 가능하다고 판단된다.

또한 상황 또는 기능을 뜻하는 ‘권한(직무)대행’과 구체적인 ‘대행자’는 구별되어야 한다. 이 상황에서 ‘권한(직무)대행’이라는 새로운 공직이나 직위가 창설되는 것은 더더욱 아니다. 헌법과 정부조직법에서 국무총리 등의 대행자에게 미리 규범적으로 예정하고 있기 때문에 권한(직무)대행은 해당 직에 고유한 예비적이고 추가적인 기능수행에 불과하다. 따라서 이 경우는 겸직에도 해당하지 않는다.

대통령 직무대행자의 권한 범위와 관련해서는 민주적 정당성의 관점, 기능적 권력통

제의 관점 및 정치적 책임성의 관점 등에서 학계의 다수견해와 같이 소극적 내지 현상유지적인 권한 행사가 타당하다고 본다. 물론 급변하고 불가피한 상황에서는 예외적으로 ‘상황적 정당성’의 관점에서 필요한 권한 행사가 가능하고, 이 또한 넓게 보자면 기존의 소극적 권한행사설의 입장에서 크게 벗어나지 않는다고 판단된다. 앞서 밝힌 논의가 그간 여러 차례의 권한(직무)대행체제에서 불거져왔던 논란들에 대한 나름의 해명이 되고, 향후에 권한(직무)대행체제의 ‘정상화’에 기여하기를 바라면서 부족한 글을 맺는다.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2010.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007.
- 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018.
- 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2016.
- 정재황, 『신헌법입문』, 박영사, 2012.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2014.
- 정종섭(편), 『한국헌법사고문류』, 박영사, 2002.
- 한수웅 『헌법학』, 법문사, 2011.
- 함성득, 『미국정부론』, 나남출판, 2002.
- 한국정치평론학회, 『대한민국 임시의정원과 헌정주의: 기원, 이론적 토대, 성립과정 그리고 현대적 유산에 대한 고찰』(국회결과보고서), 2019.
- 한국헌법학회(편), 『헌법주석[국회, 정부]』, 경인문화사, 2017.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2019.

2. 학술지

- 김명식, “대통령 권한대행제도와 헌법개정”, 미국헌법연구, 제29권 제1호, 미국헌법학회, 2018. 4, 39-66쪽.
- _____, “미연방 부통령직의 독립성에 관한 소고”, 미국헌법연구 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014. 8, 35-63쪽.
- 문광삼, “헌법개정의 방향-통치구조 개편의 쟁점과 대안-”, 공법연구 제38집 제1호 제1권, 한국공법학회, 2009, 27-58쪽.
- 박진우, “헌법기관의 권한대행에 관한 연구-대통령 권한대행을 중심으로”, 헌법학 연구 제20권 제1호, 한국헌법학회, 2014, 307-336쪽.

- 성낙인, “대통령의 유고의 헌법문제-한국과 프랑스의 논의를 중심으로”, 헌법학연구 제 13권 제3호, 한국헌법학회, 2007, 761-797쪽.
- 송기춘, “대통령의 사고 또는 궐위로 인하여 발생하는 헌법적 쟁점들에 관하여”, 국가법연구 제13집 제2호, 한국국가법학회, 2017, 1-27쪽.
- 신우철, “일본 입헌주의의 초기 형성: 그 서구적 원형과 동아시아적 변형”, 중앙법학 제9권 제1호, 중앙법학회, 2007, 55-70쪽.
- 이부하, “대통령 권한대행에 대한 법정책적 고찰”, 법학연구, 제20권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2012, 235-253쪽.
- 정종섭, “대통령 권한의 대행제도에 관한 연구”, 법학 제41권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2000, 258-292쪽.
- 정태호, 「대통령 권한대행의 지위 및 역할 정립을 위한 국회 긴급간담회」 발표문(2016. 11. 28).

3. 외국 문헌

- 알버트 다이시(안경환/김종철 공역), 『헌법학입문』, 경세원, 1993.
- 한즈 가르토시(박현미 역), 『쇼와사1』, 루비박스, 2010.
- Georg Hermes, in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 2. Auflage 2006, Art. 69.
- Michael Stolleis, Öffentliches Recht in Deutschland-Eine Einführung in seine Geschichte 16.-21. Jahrhundert, C.H.Beck, 2014.
- Roman Herzog, in: Maunz/Dürig: Kommentar zum Grundgesetz, 2008, Art. 69.
- Timo Schwander, Bundeskanzlerin – Stellvertreter – Stellvertreter-Stellvertreter?! (<https://www.juwiss.de/113-2017/>).
- Ute Mager, in: von Münch/Kunig: Grundgesetz-Kommentar II, 5. Auflage 2001, Rn. 2 zu Art. 69.

[Zusammenfassung]

Kurze Überlegungen zur historischen Herkunft, zum Status und Umfang von Befugnissen der stellvertretenden Amtsausübungen

–Fokussierung auf das Amt des Staatspräsidenten–

Jong-Soo Lee*

Im Laufe der koreanischen Verfassungsgeschichte wurde das Amt des Staatspräsidenten neun Mal stellvertretend ausgeübt. Unter der derzeitigen Verfassung hat die koreanische Nationalversammlung zweimal das Amtsenthebungsverfahren gegen den Staatspräsidenten eingeleitet und entsprechend wurde die Staatspräsidenten vom Amt suspendiert, davon ist einmal schließlich des Amtes enthoben worden. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich solche Prozesse wiederholen werden, sollte sich die Tendenz der “Justizialisierung der Politik” in Zukunft fortsetzen. In den Landesregierungen kommen die Fälle noch häufiger vor, sodass das Amt der Regierungschefs nicht selten durch die Stellvertreter ausgeübt wird.

Während der Ausübung des Präsidialamtes durch den Stellvertreter traten mehrere Probleme auf, die zu unzähligen Diskussionen in der Wissenschaft geführt haben, einige dieser Diskussionspunkte wurden in den Entwürfen von Verfassungsänderung und neuem Gesetz berücksichtigt.

Dennoch gibt es immer noch einige Missverständnisse und Probleme, die noch geklärt werden müssen. Es handelt sich hier um die Frage, ob der Stellvertreter die Befugnissen oder das Amt des Staatspräsidenten vertritt bzw. ob diese stellvertretenden Tätigkeiten stellvertretende Kompetenzausübung oder stellvertretende Amtsausübung genannt werden sollten. Außerdem muss der Umfang der Befugnissen der Stellvertreter geklärt werden.

Um Doppelarbeit in diesen Bereichen zu vermeiden, die in den vorangegangenen Studien ausreichend behandelt wurden, wird in diesem Aufsatz versucht, auf der Grundlage

* Professor, Dr. jur., Law School of Yonsei University

vergleichender rechtlicher Diskussionen in den USA, Deutschland und Japan über die historische Herkunft, den Status und den Umfang von Befugnissen stellvertretender Amtsausübung auf diejenige Diskussionen zu konzentrieren, die bisher mehr oder weniger unzureichend geführt wurden.

[Stichwörter] Stellvertretung oder Kompetenzvertretung, Stellvertreter,
Ergänzungsververtretung, Ersatzvertretung