



제1장

헌법 전문

제 1 절 전문의 의의



대한민국 헌법 전문

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19 민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본 질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다. 1987년 10월 29일

01 헌법 전문의 의의

(1) 개념

헌법 전문이란 헌법의 본문 앞에 위치하는 문장으로 헌법에 꼭 필요한 내용은 아니다. 하지만 대부분의 나라들은 헌법에 전문을 담고 있으며, 그 내용에는 헌법제정의 역사적 의미와 제정과정, 헌법제정의 목적과 제정권자, 헌법의 지도이념과 기본적 가치질서들을 담고 있다.

(2) 헌법 전문과 일반 법령의 공포문과의 비교

헌법 전문은 제정권자의 근본적인 결단으로 헌법의 일부를 구성하지만, 법령의 공포문은 공포기관에서 붙인 것으로 법령의 일부가 아니다. 따라서 헌법 전문은 규범적 효력이 있지만, 공포문은 규범적 효력이 없다는 것이 가장 큰 차이점이다.

02 헌법 전문의 법적 효력

(1) 최고규범성

헌법 전문은 대한민국 법질서의 근본이념을 규정한 것이므로 헌법 본문을 비롯한 모든 법령에 우월한 효력을 가지며, 그 내용을 한정하고 그 타당성의 근거가 된다.



관련판례

헌법 전문과 본문과의 우열관계

헌법은 전문과 단순한 개별조항의 상호관련성 없는 집합에 지나지 않는 것이 아니고 하나의 통일된 가치체계를 이루고 있는 것이므로.....이념적 논리적으로는 규범 상호 간의 우열을 인정할 수 있는 것이 사실이나, 그렇다 하더라도 이때에 인정되는 규범 상호 간의 우열은.....헌법의 어느 특정 규정과 다른 규정의 효력상의 차등을 의미하는 것이라 볼 수 없다(헌재 1995.12.28, 95헌바3).

(2) 헌법 및 법령의 해석기준

헌법 전문은 헌법 본문과 기타 법령의 해석기준이 되므로 헌법 본문의 각 조항이 충돌하는 경우, 헌법의 의미를 결정짓는 기준이 된다.

(3) 헌법개정의 한계

헌법 전문은 그 동일성을 침해하지 않는 범위 내에서의 자구수정은 가능하며, 우리 헌법도 제 5·7·8·9차 헌법개정시 전문을 개정한 바 있다. 즉 헌법 전문은 헌법제정권자의 근본 결단인 헌법의 핵이므로 그 근본이념에 반하는 헌법개정은 인정되지 않는 것이다.

(4) 재판규범성

헌법 본문의 일의적이 아니거나 명시적인 언급이 없을 때 헌법 전문이 직접 구체적인 사건의 재판에 적용되는 규범이 되는가에 대하여, 긍정설과 부정설로 나뉘는데 통설은 헌법 전문의 재판 규범성을 긍정하는 태도이다.



관련판례

정당 추천 후보자에게만 별도로 정당 연설을 허용하는 구 국회의원 선거법 제55조 제3항이 헌법 전문 등에 위반한다고 하여 위헌이라고 판시한바, 헌법 전문에 재판규범성을 인정하는 태도이다(헌재 1992.3.13, 92헌마37).



확인학습문제



01 헌법 전문의 법적 효력이 아닌 것은?

- ① 구체적인 기본권 부여
- ② 헌법 및 법령의 해석기준
- ③ 헌법개정의 한계
- ④ 재판규범성

해설

1. 최고규범성

헌법 전문은 대한민국 법질서의 근본이념을 규정한 것이므로 헌법 본문을 비롯한 모든 법령에 우월한 효력을 가지며, 그 내용을 한정하고 그 타당성의 근거가 된다.

2. 헌법 및 법령의 해석기준

헌법 전문은 헌법 본문과 기타 법령의 해석기준이 되므로, 헌법 본문의 각 조항이 충돌하는 경우, 헌법의 의미를 결정짓는 기준이 된다.

3. 헌법개정의 한계

헌법 전문은 그 동일성을 침해하지 않는 범위 내에서의 자구수정은 가능하며, 우리 헌법도 제5·7·8·9차 헌법개정시 전문을 개정한바 있다. 즉 헌법 전문은 헌법제정권자의 근본 결단인 헌법의 핵이므로 그 근본이념에 반하는 헌법개정은 인정되지 않는 것이다.

4. 재판규범성

헌법 본문의 일의적이 아니거나 명시적인 언급이 없을 때 헌법 전문이 직접 구체적인 사건의 재판에 적용되는 규범이 되는가에 대하여 긍정설과 부정설로 나뉘는데 통설은 헌법 전문의 재판규범성을 긍정하는 태도이다.

02 헌법 전문에 관한 다음 기술 중 틀린 것은?

- ① 전문의 기본원리를 파괴하지 않는 한도 내에서의 자구수정 내지 개서는 가능하다.
- ② 전문은 직접 국민에게 권리를 부여하고 의무를 부담한다.
- ③ 전문의 정신에 반하는 헌법의 구체적 조항의 개정은 금지된다.
- ④ 전문의 내용·형식은 헌법에 따라 다양하다.

해설

② 입법례에 따라서는(프랑스 제4공화국) 기본권조항까지 포함하고 있는 것이 있으나, 우리나라는 기본원리의 선언에 그치고 있다.

03 우리 헌법 전문에 선언되어 있는 기본원리가 아닌 것은?

- ① 국민주권의 원리
- ② 기본권의 보장
- ③ 임정의 법통계승
- ④ 시장경제질서

해설 * 우리 헌법의 전문에 표현된 기본원리로는 임정의 법통계승, 국민주권주의 선언, 자유민주적 기본질서의 확립, 기본권 보장주의, 책임과 의무의 강조, 민족주의, 평화통일과 국제평화주의, 기회균등주의, 복지국가의 이념(국민생활의 균등한 향상) 등을 표현하고 있다.

04 다음 중 가장 부적당한 것은?

- ① 전문의 법적 성격에 관하여는 효력긍정설과 부정설이 있다.
- ② 전문은 공포문을 말하며, 헌법전의 필수적 구성부분이다.
- ③ 우리 헌법전문에는 제정과 개정 과정이 기술되어 있다.
- ④ 전문은 헌법개정의 한계요인이기도 하다.

해설 * ② 헌법의 구성부분이나 필수적 구성부분은 아니다(전문 없는 헌법도 있다).

05 현행 헌법의 전문에 새로 추가된 내용이 아닌 것은?

- ① 조국의 민주개혁
- ② 자율과 조화
- ③ 4·19 민주이념의 계승
- ④ 국제평화주의

해설 * 헌법 전문에 새로 추가된 내용은 대한민국 임시정부의 법통, 불의에 항거한 4·19 민주이념, 조국의 민주개혁, 자율과 조화 등이다.



제2장

헌법의 개념

제 1 절 헌법의 개념



헌법이란 정치적 공동체의 존재형태와 기본적 가치질서에 관한 국민적 합의를 법규범적인 논리 체계로 정립한 국가의 기본법이다.¹⁾

제 2 절 헌법 양면성에 따른 헌법 개념



헌법 개념은 양면성을 가지는 바, 역사적 상황에서 정치적 공동체의 정치적 현실을 반영하는 사실적 측면과 정치적 관계를 규율하는 규범적 측면이 있다. 결단주의와 통합주의는 헌법의 제도적 측면을 강조하고, 법실증주의는 헌법의 법규범적인 측면을 강조한다.

참고

역사적 발전과정에서 본 헌법개념

- 고유한 의미의 헌법(국가고유의 헌법, 본래의 의미의 헌법)이란 국가의 통치체제에 관한 기본사항을 정한 국가의 기본법을 의미하는 것으로, 국가 최고기관의 조직구성과 권한행사방법, 권력기관의 상호관계 및 활동범위를 규정하는 것이다.
- 근대 입헌주의헌법(역사적 의미의 헌법, 시민국가의 헌법)이란 개인의 자유와 권리의 보장 그리고 권력분립에 의하여 국가권력의 남용을 억제하는 것을 내용으로 하는 헌법으로서, 국민주권의 원칙·기본권보장의 원칙·권력분립의 원칙 등을 그 구성원리로 하고 있다.
- 현대 복지주의헌법(사회적 법치국가의 헌법, 현대 자유민주주의 헌법)은 실질적 평등, 재산권행사의 의무화, 경제활동의 규제와 조정을 강조하는 것이 특징이며, 국민주권의 실질화, 기본권보장과 사회정의실현, 사회적 시장경제질서 체제의 보장 등을 그 내용으로 하고 있다.

1) 권영성, 헌법학원론, 6면.

제 3 절 존재형식에 따른 헌법 개념

01 성문헌법

(1) 성문헌법 국가에서 헌법적 관습법의 인정 여부

성문헌법이란 명문의 헌법전이 있는 헌법의 형태로 미국, 독일, 프랑스 등 대부분의 국가들이 채택하고 있는 유형이다. 그러나 성문헌법 국가에서도 성문헌법이 모든 헌법을 규정할 수는 없으므로, 성문헌법을 보충하고 실효성을 증대시키는 범위에서 헌법적 관습법이 인정된다. 헌법적 관습법의 효력은 어디까지나 보충적이라는 점에서 헌법개정절차를 거치지 않고 헌법적 관습법이 성문헌법을 배제할 수는 없다.

(2) 성문헌법 국가에서의 헌법개정

일반적인 견해는 헌법개정이 형식적 의미의 헌법을 수정·삭제·추가하는 것이므로 성문헌법 국가에서 인정되는 개념이라고 본다. 그러나 헌법재판소의 다수 의견은 서울이 수도라는 관습헌법도 헌법개정에 의하지 않고서는 개정할 수 없다고 하여 성문헌법이 아닌 관습헌법도 헌법개정의 대상이 된다고 한다.

02 관습헌법

(1) 관습헌법의 개념

관습헌법이란 반복된 관행이 국민의 법적 승인을 통하여 헌법적 효력을 가지는 것을 의미한다. 관습헌법을 불문헌법과 동일한 의미로 보아 관습법과 헌법적 관습법을 구별하는 것이 일반적인 견해이나 헌법재판소는 관습헌법과 헌법적 관습을 구별하지 않아 성문헌법 국가에서도 관습헌법을 인정할 것으로 볼 수 있다.



관련판례

우리 헌법상 관습헌법이 인정될 수 있는지 여부

우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 특히 헌법제정 당시 자명하거나 전제된 사항 및 보편적 헌법원리와 같은 것은 반드시 명문의 규정을 두지 아니하는 경우도 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정하려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다(헌재 2004.10.21, 2004헌마554·566 병합).

(2) 관습헌법의 성립요건

1) 헌법적 사항일 것

일정한 관습이 관습헌법으로 인정되려면 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 우월적 지위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적인 사항이어야 한다.

2) 일관성 있는 관행이 일정기간 반복될 것

- ① 반복·계속성: 기본적 헌법 사항에 대한 관행이 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어 관행이 계속될 것이라는 점에 대한 국민의 사회적 신뢰를 얻어야 한다.
- ② 항상성: 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로 반복되는 관행에 어긋나는 다른 관행이 존재하지 않아야 한다.
- ③ 명료성: 관행은 여러 가지 해석가능성이 있는 것이 아닌 명확한 것이어야 한다.

3) 국민의 사회적 승인이 있을 것

관행이 관습헌법으로 인정되기 위해서는 폭넓은 국민의 신뢰를 얻어야 하며 일정한 사회집단의 승인만으로는 부족하다.

제 4 절 개정방법에 따른 헌법 개념



01 연성헌법

(1) 연성헌법의 개념

연성헌법은 일반 법률의 개정 절차와 동일한 방법으로 헌법개정이 가능한 헌법을 말한다.

(2) 연성헌법과 불문헌법의 개념관계

1) 불문헌법이 연성헌법인지 여부

- ① 긍정설: 불문헌법 국가는 형식적인 헌법전은 없으나 헌법사항이 일반법률의 형식으로 성문화되어 있다. 따라서 일반적인 법률개정절차에 따라 개정되므로 불문헌법은 개념 필수적으로 연성헌법이다.²⁾
- ② 부정설: 경성헌법과 연성헌법은 성문헌법을 전제로 한 개념이므로 불문헌법은 연성헌법이라 할 수 없다.³⁾

2) 허영, 헌법이론과 헌법, 35면.

3) 장영수, 헌법총론 I, 17면.

2) 성문헌법이 경성헌법인지 여부

성문헌법은 경성헌법인 것이 일반적이거나 1848년 이탈리아 샤르디니아왕국헌법은 성문헌법임에도 연성헌법이었으므로, 성문헌법이 개념 필수적으로 경성헌법이라고 할 수는 없다.

02 경성헌법

일반 법률보다 더 어려운 개정절차와 방법으로 헌법을 개정하도록 규정하는 것이 경성헌법이다. 헌법의 경성화는 헌법개정에 의한 헌법 침해를 방지하여 헌법의 최고규범성을 높이는 방법이 될 수 있으나, 지나친 경성화는 헌법의 개정이 사실상 불가능해 헌법전 자체를 사문화할 우려가 있다.

제 5 절 실질적 의미의 헌법과 형식적 의미의 헌법

01 실질적 의미의 헌법

(1) 실질적 의미의 헌법의 개념

실질적 의미의 헌법이란 국가기관의 조직과 작용, 국가와 국민의 관계에 관한 사항 등의 헌법 사항을 규정한 법규범 전체를 의미한다.

(2) 실질적 의미의 헌법의 존재형식

실질적 의미의 헌법은 법률의 형식으로 존재할 수도 있고, 영국에서와 같이 불문헌법으로 존재할 수도 있다. 예컨대 정부조직법은 형식적으로는 법률이나 실질적 의미의 헌법이다. 실질적 의미의 헌법에 해당하는 법률의 개정은 법률개정절차에 따라 개정되므로 헌법개정은 형식적 의미의 헌법 또는 성문헌법을 전제로 하는 개념이다. 또한 실질적 의미의 헌법이라고 해서 일반적인 법률에 대하여 우월적 효력을 가지는 것도 아니다.

02 형식적 의미의 헌법

형식적 의미의 헌법이란 헌법전의 형식으로 존재하는 헌법이다.



제 3 장

헌법의 특성과 기능

제 1 절 헌법의 특성



01 헌법의 사실적 특성

(1) 정치성

대립하는 정치세력이 공존을 위해 합의한 최소한의 정치·사회적 질서에 대한 합의가 규범화 된 것이 헌법이다. 따라서 헌법은 정치성을 가지게 되고, 일반 법률과는 달리 최소한의 합의 규범이므로 본질적으로 완결성을 추구하지 아니한다. 따라서 헌법은 추상성, 유동성, 미완성성, 개방성 등의 특징을 가지게 된다.

(2) 이념성

헌법은 일정한 정치개념, 가치질서 등을 내용으로 한다. 헌법에 내재되어 있고 동시에 지향하고 있는 일정한 이념과 가치는 선형적인 것은 아니며, 역사적 조건이나 지배상황에 따라 제약된 역사적 가치 또는 소산이다.

(3) 역사성

헌법은 일정한 역사적 조건과 상황 속에서 만들어지는 것이므로 역사성을 그 특성으로 한다. 이와 같이 헌법은 그때그때의 역사적 단계에 상응하는 이념 또는 가치를 그 내용으로 한다.

헌법의 역사성은 헌법이 성문화될 때 특히 강하게 나타난다.

02 헌법의 규범적 특성

(1) 최고규범성

선언적 규정이 아니라 강행적 규정이다.

1) 최고법 조항이 필요한지 여부

헌법은 국가기관을 창설하는 기능을 가지므로 최고규범성을 그 특질로 한다. 최고규범성을 확보하는 방법으로는, 우선 헌법은 법률보다 상위의 효력을 가진다고 규정한 최고법 조항을 직접 헌법에 규정하는 방법이 있다. 미국이나 일본 헌법은 최고법 조항을 직접 규정하고 있으나, 우리나라 현행 헌법은 최고법 조항을 두지 않고 헌법 부칙 제5조에서 “이 헌법 시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.”라고 규정하여 간접적으로 헌법의 최고 규범성을 인정하는 바이다. 그러나 최고법 조항이 직접 규정되어 있지 않더라도 헌법의 최고규범성은 헌법의 본질이므로, 최고법 조항이 있다면 헌법의 최고법 조항은 선언적 의미를 가지는 것이다.

2) 헌법의 최고규범성 확보방법

헌법의 최고규범성을 확보하기 위해서는 헌법개정 방법을 어렵게 하는 경성헌법주의, 위헌법률심판, 헌법소원심판, 국민의 헌법수호의지 등이 있다.

(2) 기본권 보장 및 권력제한 규범성

헌법의 궁극적 목적은 국민의 자유와 권리, 즉 기본권 보장에 있다. 통치구조도 기본권 수호를 위해 기능하는 것이다. 또한 헌법은 국가 권력의 분립을 통해 상호감시·견제·통제하도록 하여 권력의 남용을 방지하는 권력제한 규범이다. 근대 입헌주의에서는 직접적 권력통제 방법(국민소환, 국민발안, 국민투표)이 주를 이루었으나 현대에 와서는 간접적 권력통제 방법(국가기관 간 상호통제, 견제, 감시)이 주를 이루고¹⁾ 직접적 권력통제 수단은 대의민주주의의 문제점을 보완하는 한도에서 가미하는 방식을 사용한다.

(3) 수권적 조직규범성

우리 헌법 제40조는 입법권을, 제66조 제4항은 행정권을, 제101조 제1항은 사법권을 규정하고 있다. 이 조항들은 조직규범이면서 입법권, 집행권, 사법권이 각각 어느 국가기관에 속하는가를 규정한 수권규범이다. 즉 모든 국가기관은 헌법에 의하여 조직되고, 모든 국가작용은 헌법으로부터의 위임이 있는 경우에만 발동될 수 있는 것이다.

(4) 생활규범성

헌법은 사회구성원의 모든 생활영역을 대상으로 하는 생활규범이자 가치규범이다.

생활규범성은 모든 규범의 공통된 특성이므로 헌법 고유의 특성이 아니라는 견해도 있으나, 『민법』은 요건-효과의 구조에 의한 조건규범이고, 『형법』은 금지규범임에 대하여, 헌법은 전 생활영역을 대상으로 하는 가치규범적 성격을 가진다는 긍정적인 견해가 있다. 긍정적인 견해에서 생활규범성을 제고한다는 것은 헌법규범과 헌법현실의 괴리를 줄여 살아있는 규범으로 만들기 위한 것이

1) 허영, 헌법이론과 헌법, 31면.

다. 헌법의 상반구조적 입법기술은 헌법규범과 헌법현실의 갭을 줄이고자 하는 입법기술이다. 헌법이 생활 규범성을 상실한다면 그 국가는 형식적 헌법국가로 전락하고 말 것이기 때문이다.

제 2 절 헌법의 기능



01 국가창설적 기능

국가창설적 기능이란 헌법이 비조직적인 사회를 정치적인 통일체로 구성·조직하는 기능으로 성문헌법은 물론 불문헌법에서도 인정되는 기능이다. 법실증주의와 결단주의는 국가를 이미 주어진 것으로 생각하기 때문에 헌법의 국가창설적 기능을 주장하지 않으나 통합주의는 국가를 형성되어 가는 과정으로 보고 헌법의 국가창설적 기능을 강조한다.

02 정치생활주도 기능

헌법이 정치생활을 규범적으로 주도하고 규제하는 기능이다.

03 기본권 보장을 통한 사회통합 기능

헌법이 사회공동체의 공감대적 가치인 기본권을 보장함으로써 사회를 동화·통합시키는 기능이다.

04 수권 및 권력제한적 기능

헌법이 국가생활에 필요한 국가기관을 설치하고 그 기관에 일정한 권한을 부여하는 동시에 제한하는 기능이다.

※ 사회보전기능 = 치안유지기능 = 「형법」의 기능

03 다음 중 근대 입헌주의적 헌법의 특성으로 예외적인 내용이 될 수 있는 사항은?

- ① 헌법개정의 곤란성
- ② 3권 분립주의
- ③ 기본권보장
- ④ 의회주의

해설 * 근대 입헌주의 헌법의 특성

- ㉠ 국민주권주의
- ㉡ 기본권보장
- ㉢ 의회주의
- ㉣ 권력분립주의
- ㉤ 법치주의
- ㉥ 성문헌법·경성헌법(다만, 영국은 예외임)

04 다음 중 현대 사회복지국가의 헌법의 특징이라고 할 수 없는 것은?

- ① 문화국가원리의 보장
- ② 권력분립의 강화
- ③ 행정국가화·계획국가화 경향
- ④ 재산권행사의 공공복리 적합성 인정

해설 * 현대 복지국가 헌법의 특징

- ㉠ 실질적·사회적 법치주의
- ㉡ 헌법재판제도의 강화
- ㉢ 행정국가화·계획국가화 경향
- ㉣ 권력집중 내지 집적현상
- ㉤ 정당정치의 활성화
- ㉥ 국민주권주의의 실질화
- ㉦ 사회적 시장경제질서의 활성화
- ㉧ 인간다운 생활 및 실질적 평등권 보장
- ㉨ 재산권행사의 공공복리 적합성
- ㉩ 국제평화주의 지향
- ㉪ 복지국가화 경향
- ㉫ 문화국가의 원리



제 4 장

헌법의 제정 및 개정

제 1 절 헌법제정권력의 의의



01 헌법제정권력의 개념

(1) 개념

헌법제정권력이란 국가법질서의 근본인 헌법을 창조하는 힘을 뜻하는 바, 사실상 헌법을 창조하는 힘이라는 측면과 헌법을 정당화시키는 권위라는 두 가지 측면을 가지고 있다.

시에스(A, Sieyes)는 헌법제정권력을 시원적이고 창조적인 권력이라고 보았고, 슈미트(C, Schmitt)는 법적 의사나 규범적인 것이라기보다는 사실적인 힘으로 보고 있다.

(2) 헌법제정권력과 헌법개정권력과의 비교

법실증주의자들과 같이 헌법제정권력과 헌법개정권력의 구별을 부인하는 견해도 있으나, 결단주의자들과 같이 헌법제정권력과 헌법개정권력을 구분하는 견해가 일반적이다. 헌법개정권력은 헌법에 의해 주체·절차·행사방법 등이 규정되어 헌법에 의해 정당화되는 권력이므로, 시원적인 권력인 헌법제정권력과는 구분해야 할 것이다.

(3) 헌법제정권력과 주권과의 비교

새로운 법질서와 국가권력을 창출하는 힘이라는 점에서 주권과 헌법제정권력은 동일한 개념이라는 것이 다수설이나, 헌법제정권력 자체는 위임할 수 없으나 주권은 위임이 가능하며, 헌법제정권력은 새로운 헌법제정시에만 기능함에 비하여 주권은 항상 행사 가능한 것이라는 점에서 구분되어야 한다.

02 헌법제정권력의 한계

(1) 학 설

1) 한계부인설

시에스(A.Sieyes)는 헌법제정권력이 시원적인 권력이라는 점에서, 슈미트(C.Schmitt)는 헌법제정 권력이 헌법제정권자의 의지에서 나오는 힘이라는 점에서 헌법제정권력 행사의 한계를 부인한다.

2) 한계긍정설

마운쯔(Maunz)는 자연법을 뷔르도(Burdeau)는 법이념을 헌법제정권력의 한계로 보았다.

(2) 헌법제정권력 한계의 유형

1) 절차상의 한계

헌법제정권력의 행사로 비로소 실정법인 헌법이 제정되므로 헌법제정권력의 행사에는 실정법상의 한계는 없다. 또한 헌법제정절차에 일정한 법규범적인 제약은 없으나 국민이 헌법제정 권력자이므로 국민의 기본적 합의가 반영될 수 있도록 하기 위하여 헌법제정안에 대한 공고, 여론수렴 절차 등이 요구된다.

2) 자연법적인 한계

인간의 존엄성 존중은 초국가적인 자연법에서 유래하기 때문에 헌법제정권력도 이에 구속된다고 본다.

3) 이념적 한계

헌법제정권력은 국민주권·민주주의와 같은 이념적 한계를 지니고 있다. 헌법제정 당시의 시대사상, 정치이념, 생활감각 등의 시대보편적 이데올로기와 일치해야 한다는 견해도 있다.

4) 국제법적 한계

제2차 세계대전에 패배한 독일이나 일본의 전후 헌법제정 과정에서 볼 수 있듯이 헌법의 제정에 승전국이 영향력을 행사하는 경우가 있다.

(3) 헌법제정권력의 한계를 넘는 헌법제정

헌법제정은 헌법제정권자의 의사를 반영하는 절차·방법을 통하여 제정되어야 하고 헌법제정권자의 근본적 사상이나 이념에 반하지 않아야 한다는 한계가 있다. 그러나 헌법제정의 한계를 벗어나 헌법이 제정된 경우 이는 위법의 문제가 아니라 정당성의 문제일 뿐이다. 즉 헌법제정의 한계를 벗어난 헌법 조문이 정당하지 않다고 할 수 있으나 제정헌법은 합법성의 최고 근거이므로 위법의 문제를 논할 수 없고, 헌법재판절차 등을 통하여 이를 무효화할 수 없다. 다만 국민은 주권자로서 헌법제정권자이므로 국민의 뜻에 반하는 헌법제정을 정치적으로 부정하는 저항권을 행사할 수 있다.

제 2 절 헌법의 개정



01 헌법개정의 의의

(1) 헌법개정의 의의

헌법개정이란 헌법의 규범력을 높이기 위해 헌법에 규정된 헌법개정의 절차에 따라 헌법의 기본적인 동일성을 유지하면서 성문헌법전의 전부 또는 일부를 의식적으로 수정·삭제 또는 증보함으로써 헌법의 형식이나 내용에 중국적인 변경을 가하는 행위를 말한다.

(2) 구별되는 개념

제헌과는 형식요건상 구별되고, 헌법의 동일성을 파괴하는 헌법의 파괴와는 실질요건상 다르며, 합법적으로 행해진다는 점에서 혁명과 구별된다. 또한 의식적으로 행해진다는 면에서 무의식적으로 행해지는 헌법의 변천과 다르다.

02 우리나라 헌법상 개정절차

- 제128조 ① 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.
- ② 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.
- 제129조 제안된 헌법 개정안은 대통령이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 한다.
- 제130조 ① 국회는 헌법 개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.
- ② 헌법 개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
- ③ 헌법 개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.

부 칙

제1조 이 헌법은 1988년 2월 25일부터 시행한다. 다만, 이 헌법을 시행하기 위하여 필요한 법률의 제정·개정과 이 헌법에 의한 대통령 및 국회의원의 선거 기타 이 헌법시행에 관한 준비는 이 헌법시행 전에 할 수 있다.

(1) 헌법개정절차

1) 제 안

국회의원과 대통령이 헌법 개정안을 발의할 수 있다. 대통령은 국무회의의 의결을 거쳐 제안하며, 국회의원은 재적의원 과반수의 찬성으로 발의한다(제128조 제1항).

2) 공 고

대통령이 20일 이상 개정안을 공고해야 하는데(제129조), 이는 국민적 합의를 형성하기 위한 절차이다. 즉 공고제도는 헌법 개정안의 내용을 국민에게 널리 알림으로써 국민의 자유로운 의견교환을 통한 국민적 합의를 형성하게 하는 절차인 것이다.

3) 국회의 의결

대통령이 헌법 개정안을 공고한 날로부터 60일 이내에 국회는 헌법 개정안을 의결해야 하는데, 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(제130조 제1항). 이때 수정의결은 불가능하며 국회의원의 정치적 책임소재를 명확히 하기 위하여 기명투표 방식을 취한다.

4) 국민투표에 의한 확정

헌법 개정안은 국회의 의결을 거친 후 30일 이내에 국민투표에 회부하여야 한다. 국민투표는 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 과반수의 찬성을 얻어 확정된다(제130조 제2항).

5) 공포와 효력발생

국민투표를 통해 헌법개정이 확정되면 대통령은 이를 즉시 공포하여야 한다(제130조 제3항). 헌법 개정의 발효시기는 공포시설과 20일 경과시설이 있는데, 보통 공포시설이 관례이나 현행 헌법은 부칙 제1조에서 1988년 2월 25일부터 효력이 발생한다고 직접 규정하고 있다.

03 헌법개정의 한계

(1) 학 설

1) 한계부정설

한계부정설은 헌법의 적응력을 제고하기 위하여 사회변화에 따른 헌법개정이 무한히 인정된다고 하는 설이다.

근거로 ① 헌법제정권력과 헌법개정권력은 본질상 구별될 수 없으므로, 상하관계가 존재하지 않는다고 한다. ② 헌법개정의 한계를 인정한다 해도 그 유효 여부를 판단할 법적 기관이 없으며, ③ 모든 가치는 주관적이며 상대적인 것이므로 현재의 규범에 장래의 세대를 구속하는 것은 부당하다고 주장한다.

04 헌법제정권력이 한계긍정설에 의할 경우, 그 한계가 아닌 것은?

- ① 식민지의 제정권행사에 있어서 볼 수 있는 국제법적 한계
- ② 정의와 법적 안정성과 같은 법원리적 한계
- ③ 헌법제정권력의 행사방법에 관한 실정법적 한계
- ④ 기본권보장과 같은 자연법적 한계

해설 * 헌법제정권력의 행사로 비로소 실정법인 헌법이 제정되므로 헌법제정권력의 행사에는 실정법상의 한계는 없다. 따라서 헌법제정권력의 시원성·창조성·자율성에 반한다. 헌법제정권력의 한계긍정설에 의한다면 그 행사방법에 관한 절차상의 한계가 있다.

05 헌법개정에 관한 설명 중 무한계론자들의 논거로서 타당한 것은?

- ① 헌법규정 중에 상하의 위계질서 또는 가치질서가 있음을 부인한다.
- ② 헌법에는 수호해야 할 최후적 가치가 있기 때문이다.
- ③ 헌법제정권력과 헌법개정권력은 본질적으로 다르다.
- ④ 의회의 다수의 자의로부터 헌법을 수호하려는 의도에서 나온 이론이다.

해설 * 헌법개정의 한계에 관한 학설(논거 및 학자)

1. 헌법개정무한계설

- ㉠ 헌법제정권과 헌법개정권은 구별될 수 없다.
- ㉡ 헌법규범 상호간 상하위계질서 부인(헌법조문 상호간 효력의 우열을 부인)
- ㉢ 개헌을 무효화할 법적 수단이 없다.
- ㉣ 개정절차에 따르는 한 합법적이라는 형식적 합법성을 중시(법실증주의)
- ㉤ 현재의 규범·가치에 의해 장래의 세대를 구속하는 것은 부당하다.
- ㉥ 사회생활의 조건이 변화함에 따라 헌법도 그에 적응하여야 한다.
- ㉦ 대표자: G.Anschütz, P.Laband, R.Thoma, G.Jellinek, G.Burdeau, 박일경 등

2. 헌법개정한계설(한계긍정설)

- ㉠ 헌법제정권력과 개정권력의 구분(전자는 상위, 후자는 하위)
- ㉡ 헌법규범의 위계적 구조인정
- ㉢ 헌법의 기본적 동일성 유지
- ㉣ 실정헌법의 상위에는 초실정법적인 자연법상의 원리가 있다.
- ㉤ 국제법상의 제약
- ㉥ 개정행위의 정당성을 중요시한다.
- ㉦ 대표자: H.Triepel, C.Schmitt, R.Smend, 한국의 다수설

06 헌법개정의 형식적 절차를 거치지 않고 헌법조문의 의미·내용이 실질적으로 변화하는 경우는?

- ① 헌법의 파괴
- ② 헌법의 변천
- ③ 헌법의 폐지
- ④ 헌법의 파훼

해설 헌법의 변천이란 헌법의 특정조항을 헌법의 규정된 개정절차에 따라 정식으로 변경되는 것이 아니고, 당해 조문은 그대로 있으면서 그 의미·내용만이 실질적으로 변화하는 것이다. 일반적으로 헌법이 변천되는 경우는 다음과 같다.

1. 헌법에 위반되는 입법이 있는 경우
2. 국가기관이 헌법으로부터 위임받지 아니한 사항에 관하여 동일한 권한행사를 반복할 경우
3. 법원이 헌법의 내용과 다른 판결을 반복할 경우
4. 헌법에 위반되는 관행이나 선례가 누적되는 경우 등이다.

07 헌법개정절차에 위배되는 것은?

- ① 국회는 헌법개정을 확정할 수 없다.
- ② 국회는 헌법 개정안을 부결할 수 있다.
- ③ 국민은 헌법 개정안을 발의할 수 없다.
- ④ 국회에서는 헌법 개정안을 수정의결할 수 있다.

해설 헌법개정절차

제안(제128조 제1항)	<ul style="list-style-type: none"> • 대통령: 국무회의의 심의 • 국회의원: 재적과반수
공고(제129조)	<ul style="list-style-type: none"> • 대통령이 공고 • 20일 이상
국회의결(제130조 제1항)	<ul style="list-style-type: none"> • 공고된 날로부터 60일 이내 • 재적의원 3분의 2 이상 찬성 • 기명투표·수정권 없음.
국민투표(제130조 제2항·제3항)	<ul style="list-style-type: none"> • 국민투표로 확정 • 국회의결 후 30일 이내 • 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수 찬성
공포(제130조 제3항)	<ul style="list-style-type: none"> • 대통령의 공포 • 즉시공포(거부권 없음)