발 간 등 록 번 호
11-1170000-000309-01

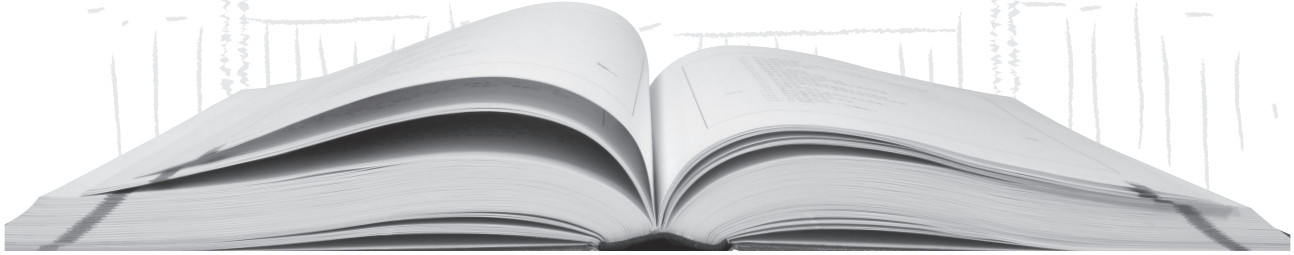
헌법 주석서 Ⅲ

(제2판)

국회·정부에 관한 장
(제40조부터 제100조까지)

2010. 2.

법제처
Ministry of Government Legislation



발 간 사 (제2판)

헌법은 우리 생활을 떠받쳐주는 무형·유형의 국가의 기본적인 틀로서 우리가 활동할 수 있는 역사적·물리적 생활공간을 확보해주는 근간이며, 이념과 가치관을 떠나서 합의할 수 있는 기본텍스트이기도 합니다.

따라서 헌법의 규범적 의미를 제대로 이해하는 것은 국민통합과 자유민주주의 및 법치주의를 확립하는데 있어 매우 중요한 의의를 갖습니다.

법제처는 법령심사·법령해석·법령정비 등 정부의 입법업무를 총괄·조정하는 기관으로서 입헌민주국가의 기본 이념이라고 할 수 있는 법치주의의 정착을 위하여 많은 노력을 기울여왔습니다.

법제처는 2007년 당시 그 중요성에도 불구하고 국가의 기본법인 헌법에 대한 주석서가 아직 발간되지 않았다는 점과 헌법재판소 결정례, 대법원 판례 등 헌법 관련 결정이 많이 집적되어 있는 점 등을 고려하여 국가 입법역량 강화의 기초 자료로 활용하기 위해 2007년부터 2009년까지 3년에 걸쳐 대한민국 헌법의 각 조문별로 그 규범적 의미를 객관적·종합적으로 조명하는 작업을 수행하였습니다.

「헌법주석서 Ⅲ」은 국회·정부(헌법 제40조부터 제100조까지)에 대해 한국헌법학회의 전문연구팀들이 해당 조문별로 입헌취지, 연혁, 비교법적 의의, 다른 조문과의 체계적 관계, 관련 판례 및 학설 등을 객관적 입장에서 기술한 것으로 2008년에 처음 발간하였습니다.

금년에 3년에 걸친 헌법주석서 작업의 마지막 부분인 「헌법주석서 Ⅳ」 법원 등에 관한 장(헌법 제101조부터 제130조까지)을 발간한 후 각계각층에서 「헌법주석서 Ⅲ」의 재발간 요청이 많아 다시 발간하게 되었습니다. 이번에 재발간 되는 「헌법주석서 Ⅲ」의 내용은 2008년에 발간된 내용과 동일하며 독자들이 더욱 쉽게 읽을 수 있도록 편집을 수정·보완하였습니다.

대한민국 헌법 주석서는 국가작용의 기초가 되는 정책을 법제화하거나 법령을 입안·해석·집행하는 과정에서 중요한 기초 자료로 활용될 수 있을 것이며, 일선 법집행기관뿐만 아니라 일반 국민의 헌법에 대한 이해도를 높이는 데에도 기여할 것으로 봅니다. 또한, 법학계 및 법조계에서 헌법과 관련 법제도의 발전을 위한 연구에 유용한 자료로 활용되기를 기대합니다.

한편, 대한민국 헌법에 대한 주석사업은 미래지향적인 헌법담론을 시작하는 계기를 마련해 줄 것으로 기대됩니다.

2009년 12월 29일 「저탄소 녹색성장 기본법」이 국회를 통과하면서 저탄소 녹색성장에 대한 규범화·제도화 노력이 본격화 되고 있습니다. 인류의 공동유산인 환경을 보전하고 지속가능한 개발을 보다 확실히 이루어 나가기 위해서는 법률적 차원을 넘어서 국민의 기본적 권리와 의무 그리고 국가의 정책목표를 제시하는 헌법적 차원에서 저탄소 녹색성장을 직접 다룰 필요가 있다고 생각합니다.

우리 국민의 행복추구권을 실현하고 세계 11위의 경제대국으로서 국제사회에서의 책임을 다하기 위해서 국가의 항구적 목표로서 저탄소 녹색성장을 헌법규범화하는 방안에 대해 적극적으로 고민할 시점에 왔다고 생각합니다.

끝으로, 열정을 아끼지 않은 한국헌법학회 관계자 여러분들께 감사의 말씀을 드립니다.

2010. 3.

법제처장 이 석 연



발 간 사

헌법은 공기나 물처럼 우리가 느끼지 못하는 사이에도 우리 생활을 떠받쳐주는 무형·유형의 국가의 기본적인 틀로서 우리가 활동할 수 있는 역사적·물리적 생활공간을 확보해주는 근간이기도 합니다. 따라서 헌법의 규범적 의미를 제대로 이해하는 것은 국민통합과 자유민주주의 및 법치주의를 확립하는데 있어 매우 중요한 의의를 지닌다 할 것입니다.

법령심사, 법령해석, 법령정비 등 정부입법의 총괄·조정을 통한 법치주의의 확립을 그 주된 기능으로 하고 있는 법제처는, 헌법에 대한 이해를 높이기 위해 2007년부터 3년에 걸쳐 「대한민국 헌법」의 각 조문별로 그 규범적 의미를 객관적·종합적으로 조명하는 작업을 수행하고 있습니다.

2007년에 수행한 「대한민국 헌법」의 총강 및 기본권 부분(헌법 제1조 ~ 제39조)에 대한 주석사업에 이어, 2008년에는 국가통치구조 중 국회와 정부 부분(헌법 제40조 ~ 100조)에 대해 주석사업을 수행하였습니다. 2009년에는 나머지 부분에 대한 주석사업을 추진할 예정입니다.

이 헌법 주석서는 한국헌법학회의 전문연구팀들이 적절한 역할분담을 통하여 해당 조문별로 입헌취지, 연혁, 비교법적 의의, 다른 조문과의 체계적 관계, 관련 판례 및 학설 등을 객관적 입장에서 기술한 것이며, 법제처는 특별한 수정 없이 연구내용을 받아들였습니다.

아무쪼록 이 헌법 주석서가 국가기관과 지방자치단체에서 법령을 입안·해석·집행하는 과정에서 헌법가치를 구현하는데 도움이 되기를 바라며, 더 나아가 법학계 및 법조 실무계에서 헌법과 관련 법제도의 발전을 위한 연구에 유용한 자료로 활용되기를 기대합니다.

끝으로 열성을 바쳐 연구해 주신 한국헌법학회 관계자 여러분들께 감사의 말씀을 드립니다.

2008. 12.

법제처장 이 석 연



제출문

법제처장 귀하

본 보고서를 '헌법 주석서 발간(국회·정부에 관한 장)'의 최종보고서로 제출하는 바입니다.

2008. 12

연구기관 : 사단법인 한국헌법학회

연구책임자 : 최대권(서울대)

공동연구자 : 김대환(서울시립대)/김상겸(동국대)/김종철(연세대)/노기호(군산대)
명재진(충남대)/박선영(동국대)/박종보(한양대)/방승주(한양대)
송기춘(전북대)/신평(경북대)/이성환(국민대)/임지봉(서강대)
장영수(고려대)/장용근(홍익대)/전학선(한국외대)/정극원(대구대)
정문식(전남대)/정영화(서경대)

목 차

서 론

대한민국 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 연혁* · · · · · 2
현행 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 특징* · · · · · 49

제3장

국 회

헌법 제40조 · · · · · 56
헌법 제41조 · · · · · 66
헌법 제42조 · · · · · 101
헌법 제43조 · · · · · 113
헌법 제44조 · · · · · 117
헌법 제45조 · · · · · 124
헌법 제46조 · · · · · 132
헌법 제47조 · · · · · 139
헌법 제48조 · · · · · 154
헌법 제49조 · · · · · 164
헌법 제50조 · · · · · 181
헌법 제51조 · · · · · 194
헌법 제52조 · · · · · 199
헌법 제53조 · · · · · 206
헌법 제54조 · · · · · 220
헌법 제55조 · · · · · 237
헌법 제56조 · · · · · 246
헌법 제57조 · · · · · 251

헌법 제58조 · · · · · 258
헌법 제59조 · · · · · 265
헌법 제60조 · · · · · 274
헌법 제61조 · · · · · 296
헌법 제62조 · · · · · 317
헌법 제63조 · · · · · 324
헌법 제64조 · · · · · 337
헌법 제65조 · · · · · 348
헌법 제66조 · · · · · 392

제4장 정 부
헌법 제67조 · · · · · 438
헌법 제68조 · · · · · 461
헌법 제69조 · · · · · 473
헌법 제70조 · · · · · 484
헌법 제71조 · · · · · 496
헌법 제72조 · · · · · 501
헌법 제73조 · · · · · 509
헌법 제74조 · · · · · 517
헌법 제75조 · · · · · 522
헌법 제76조 · · · · · 532
헌법 제77조 · · · · · 548
헌법 제78조 · · · · · 561

목 차

헌법 제79조 · · · · · 570
헌법 제80조 · · · · · 581
헌법 제81조 · · · · · 586
헌법 제82조 · · · · · 592
헌법 제83조 · · · · · 600
헌법 제84조 · · · · · 605
헌법 제85조 · · · · · 613
헌법 제86조 · · · · · 618
헌법 제87조 · · · · · 641
헌법 제88조 · · · · · 652
헌법 제89조 · · · · · 667
헌법 제90조 · · · · · 673
헌법 제91조 · · · · · 676
헌법 제92조 · · · · · 681
헌법 제93조 · · · · · 690
헌법 제94조 · · · · · 698
헌법 제95조 · · · · · 703
헌법 제96조 · · · · · 707
헌법 제97조 · · · · · 714
헌법 제98조 · · · · · 729
헌법 제99조 · · · · · 738
헌법 제100조 · · · · · 743

참고문헌, 판례색인 및 찾아보기 · · · · · 752

세부목차

대한민국 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 연혁 — 2

Ⅰ 제헌헌법 — 2
1. 헌법규정의 편제 — 3
2. 국회와 행정부의 구성과 운영 — 4
3. 국회와 행정부의 권한 — 5

Ⅱ 제1차개정헌법 — 9
1. 국회와 행정부의 구성과 운영 — 10
2. 국회와 행정부의 권한 — 11

Ⅲ 제2차개정헌법 — 13
1. 국회와 행정부의 구성 — 13
2. 국회와 행정부의 권한 — 14

Ⅳ 제2공화국 헌법(제3·4차개정헌법) — 16
1. 헌법규정의 편제 — 17
2. 국회와 행정부의 구성과 운영 — 18
3. 국회와 행정부의 권한 — 20

Ⅴ 제3공화국 헌법(제5·6차개정헌법) — 26
1. 헌법규정의 편제 — 28
2. 국회와 행정부의 구성과 운영 — 29
3. 국회와 행정부의 권한 — 31

Ⅵ 제7차개정헌법 — 36
1. 헌법규정의 편제 — 36
2. 헌법상 권력구조의 구성과 운영 — 37
3. 국회 및 행정부의 권한 — 40

Ⅶ 제8차개정헌법 — 43
1. 헌법규정의 편제 — 44
2. 국회와 행정부의 구성과 운영 — 45
3. 국회와 행정부의 권한 — 46

Ⅷ 참고문헌 — 48

현행 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 특징 49
Ⅰ 헌법규정의 편제 50
Ⅱ 국회와 행정부의 구성과 운영 50
1. 국회 50
2. 행정부 51
Ⅲ 국회와 행정부의 권한 51
1. 국정감사권의 부활 51
2. 인사에 대한 권한 51
3. 긴급권 52
4. 기타 권한 53
Ⅳ 현행 헌법상 국회와 행정부의 관계 53
Ⅴ 참고문헌 53

헌법 제40조 56
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 56
Ⅱ 연혁과 입법례 56
Ⅲ 입법의 의미 58
Ⅳ 입법의 형식 59
Ⅴ 입법의 내용 60
Ⅵ 국회의 전속적 입법권 62
Ⅶ 입법권의 한계 63
Ⅷ 개정의 필요성 64
Ⅸ 관련문헌 65

헌법 제41조 66
Ⅰ 서 론 66
Ⅱ 국회의 구성 67
1. 양원제와 단원제 67
2. 우리 헌법상 국회구성의 변천 68
3. 현행헌법상 국회의 구성 69
4. 개정에 관한 논의 69

Ⅲ 선거의 원칙 69
1. 기본개념과 입헌취지 69
2. 연혁 70
3. 입헌례 71
4. 체계적 관계 72
5. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 74
Ⅳ 국회의원의 수 85
1. 기본개념과 입헌취지 85
2. 연혁 85
3. 입헌례와 비교법적 의의 87
4. 국회의 의원정수의 변천 87
Ⅴ 선거구와 비례대표제 등 법정주의 88
1. 선거제도 법정주의 88
Ⅵ 관련문헌 98
1. 국내문헌 98
2. 외국문헌 100

헌법 제42조 101
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 101
1. 대의제 민주주의와 국회의원의 지위 101
2. 정당제 민주주의 등장과 국회의원지위의 변화 102
Ⅱ 연 혁 103
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 104
1. 독일의 규정 104
2. 미국의 규정 104
3. 일본의 규정 104
Ⅳ 규정적 내용, 판례와 학설 105
1. 독립한 국가기관인 국민대표로서의 지위 105
2. 국회의 구성원으로서의 지위 105
3. 정당소속원으로서의 지위 106
4. 자유위임과 정당기속의 상충문제 106

5. 국회의원의 당적변경의 문제 107
6. 국민의 국회구성권의 인정여부 107
7. 의원자격의 발생 109
8. 의원자격의 소멸 109
Ⅴ 관련문헌 111
1. 단행본 111
2. 논문 111

헌법 제43조 113
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 113
Ⅱ 연 혁 113
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 114
Ⅳ 규정의 내용, 판례 및 학설 114
1. 겸직금지의무의 내용 114
2. 법률규정 115
Ⅴ 관련문헌 116
1. 단행본 116
2. 논 문 116

헌법 제44조 117
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 117
1. 불체포특권의 의의 117
2. 불체포특권의 법적 성질 118
3. 위법성조각사유와 인적처벌조각사유 119
Ⅱ 연 혁 119
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 119
Ⅳ 규범적 내용과 판례 및 학설 120
1. 불체포특권의 내용 120
2. 계엄시 국회의원의 불체포특권 122
3. 효 과 122

Ⅴ 개정의 필요성에 관한 검토 122
Ⅵ 관련문헌 123
1. 단행본 123
2. 논 문 123

헌법 제45조 124
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 124
1. 면책특권의 의의 124
2. 입헌 취지 125
3. 법적 성질 125
Ⅱ 연 혁 125
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 126
Ⅳ 규범적 내용과 판례 및 학설 126
1. 면책특권의 내용 126
2. 면책특권판례 129
Ⅴ 개정의 필요성에 관한 논의 130
Ⅵ 관련문헌 130
1. 단행본 130
2. 논 문 131

헌법 제46조 132
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 132
Ⅱ 연 혁 133
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 133
Ⅳ 규범적 내용, 판례 및 학설 134
1. 청렴의무와 이권운동금지의무의 내용 134
2. 국회법 등의 구체화 규정 134
3. 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 부패방지 등 법률)의 규정 134
4. 국회의원윤리실천규범 135
5. 국가이익우선의무와 자유위임의 원리 135
6. 의무위반에 대한 국회의 징계 136

Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 137
Ⅵ 관련문헌 138
1. 단행본 138
2. 논 문 138

헌법 제47조 139
Ⅰ 회기의 개념 139
1. 정기회 141
2. 임시회 142
3. 특별회 143
Ⅱ 연 혁 143
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 146
1. 미 국 147
2. 영 국 148
3. 프랑스 148
4. 독 일 149
5. 일 본 151
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 151
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 152
Ⅵ 관련문헌 152
1. 단행본 152
2. 논 문 153
3. 외국문헌 153

헌법 제48조 154
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 154
Ⅱ 연 혁 154
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 155
1. 독일 기본법 155
2. 미국 헌법 155

3. 일본 헌법 155
4. 프랑스 헌법 156
5. 이태리 헌법 156
Ⅳ 의장·부의장의 선거 156
Ⅴ 의장·부의장의 임기와 사임 157
Ⅵ 국회의장의 지위와 권한 157
1. 의장의 직무 157
2. 의장의 권한 158
3. 의장의 당적보유금지 162
4. 임시의장과 직무대행 등 162
Ⅶ 관련문헌 163

헌법 제49조 164
Ⅰ 정족수의 의의와 다수결의 원칙 164
1. 의사정족수 165
2. 의결정족수 167
3. 다수결의 원칙 169
4. 가부동수의 문제 171
Ⅱ 연 혁 172
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 174
1. 미 국 174
2. 프랑스 175
3. 독 일 176
4. 일 본 177
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 177
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 177
1. 국가보안법 위헌소원 177
2. 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 178
Ⅵ 관련문헌 179
1. 단행본 179
2. 논 문 180
3. 외국문헌 180

헌법 제50조 181
Ⅰ 의사공개원칙의 의의와 제한 181
1. 의사공개의 원칙 181
2. 의사공개원칙의 제한 183
Ⅱ 연 혁 185
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 186
Ⅳ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 188
1. 회의공개의 범위 188
2. 방청허가불허 위헌확인 189
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 191
Ⅵ 관련문헌 192
1. 단행본 192
2. 논문 192
3. 외국문헌 193

헌법 제51조 194
Ⅰ 회기계속의 원칙의 의의 194
Ⅱ 연 혁 195
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 196
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 197
Ⅴ 관련문헌 197
1. 단행본 197
2. 논 문 198

헌법 제52조 199
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 199
Ⅱ 연혁과 입법례 200
Ⅲ 국회의원의 법률안 제출 201
Ⅳ 정부의 법률안 제출 202
Ⅴ 제출 법률안의 심의와 의결 203

Ⅵ 개정의 필요성 204
Ⅶ 관련문헌 205

헌법 제53조 206
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 207
Ⅱ 연혁과 입법례 207
Ⅲ 법률안의 의결 209
Ⅳ 법률안의 의결 이후 절차 211
Ⅴ 대통령의 법률안 재의요구권 212
1. 법률안 재의요구권의 인정이유 212
2. 법률안거부권 행사의 요건과 절차 213
3. 재의요구권의 효과 215
Ⅵ 법률의 확정 216
Ⅶ 법률의 공포 216
Ⅷ 개정의 필요성 218
Ⅸ 관련문헌 219

헌법 제54조 220
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 220
1. 입헌취지 220
2. 기본원칙 221
Ⅱ 연 혁 222
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 222
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 224
1. 예산심의권과 입법권의 관계 224
2. 예산과 법률의 상호관계 225
Ⅴ 예산의 내용 227
1. 예산의 의의 227
2. 예산의 원칙 228
3. 예산의 형식과 법적 성질 230

4. 예산의 성립 233
5. 예산의 불성립 235
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 236
Ⅶ 관련문헌 236

헌법 제55조 237
Ⅰ 계속비 237
1. 기본개념과 입헌취지 237
2. 연혁 238
3. 다른 조문과의 체계적 관계 239
4. 계속비의 규범적 내용(판례 및 학설) 239
5. 개정의 필요성에 대한 검토 239
Ⅱ 예비비 240
1. 예비비의 입헌취지와 기본개념 240
2. 연 혁 241
3. 입헌례와 비교법적 의의 242
4. 다른 조문과의 체계적 관계 243
5. 예비비의 내용(판례 및 학설) 243
6. 개정의 필요성에 대한 검토 245
Ⅲ 관련문헌 245

헌법 제56조 246
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 246
1. 입헌취지 246
2. 기본개념 247
Ⅱ 연 혁 247
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 248
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 248
Ⅴ 추가경정예산의 요건 및 제한(판례 및 학설) 248

1. 추가경정예산의 허용사유 248
2. 본예산과 추가경정예산의 관계 249
3. 추가경정예산의 실제적 문제점 249
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 249
Ⅶ 관련문헌 250

헌법 제57조 251
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 251
1. 입헌취지 251
2. 기본개념 252
Ⅱ 연 혁 252
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 253
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 253
Ⅴ 예산총계주의와 그 예외 254
1. 예산총계주의 254
2. 예산총계주의 예외 255
3. 세입세출에 대한 기관단위와 펀드단위간의 일치 255
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 257
Ⅶ 관련문헌 257

헌법 제58조 258
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 258
1. 입헌취지 258
2. 기본개념 259
Ⅱ 연 혁 260
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 260
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 261
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 261
1. 국채와 조세의 구별 261

2. 국채의 종류 262
3. 국고채무부담행위의 범위와 성질 262
4. 국채의 발행 및 모집의 법적 근거 263
5. 국채의 발행방법 263
6. 국채발행의 절차 264
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 264
Ⅶ 관련문헌 264

헌법 제59조 265
Ⅰ 입헌취지 및 기본개념 265
1. 입헌취지 265
2. 기본개념 265
Ⅱ 연 혁 266
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 267
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 268
Ⅴ 조세법률주의 내용 268
1. 조세요건법정주의 268
2. 과세요건의 명확성원칙 271
3. 적법성의 원칙 272
4. 절차충족의 원칙 272
5. 소급입법금지의 원칙 272
6. 조세법률주의와 조세평등주의의 관계 273
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 273
Ⅶ 관련문헌 273

헌법 제60조 274
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 274
Ⅱ 연 혁 275
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 277

1. 미 국 277
2. 프랑스 277
3. 독 일 277
4. 일 본 277
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 278
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 279
1. 국회의 동의를 요하는 조약의 범위 279
2. 국회동의의 시기 284
3. 국회동의의 대상이 되는 행위: 체결인가 비준인가 286
4. 국회동의의 효력 290
Ⅵ 현실적 검토 291
1. 수정동의의 가능 여부 291
2. 입법론 293
Ⅶ 관련문헌 294

헌법 제61조 296
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 296
Ⅱ 연 혁 297
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 299
1. 영 국 299
2. 미 국 299
3. 프랑스 299
4. 독 일 300
5. 일 본 301
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 301
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 302
1. 국정감사와 국정조사의 구별 302
2. 국정감사와 국정조사의 주체 302
3. 국정감사와 국정조사의 대상, 시기와 기간 303
5. 국정감사와 국정조사의 한계 306
6. 국정감사·조사의 결과 보고 및 처리 309

Ⅵ 현실적 검토 310
1. 지방자치단체에 대한 국정감사의 개선 또는 폐지 310
2. 국정감사 폐지 및 국정조사 강화론 312
Ⅶ 관련문헌 315

헌법 제62조 317
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 317
Ⅱ 연 혁 318
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 319
1. 미 국 319
2. 프랑스 319
3. 독 일 319
4. 일본 320
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 320
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 320
1. 국무총리 등의 출석·발언권 320
2. 국회의 출석요구권 321
3. 국회의 질문권 322
Ⅵ 관련문헌 323

헌법 제63조 324
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 324
Ⅱ 연 혁 325
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 327
1. 영 국 327
2. 미 국 328
3. 프랑스 328
4. 독일 328
5. 일 본 329

Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 329
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 330
1. 해임건의의 사유 330
2. 해임건의의 절차 330
3. 해임건의의 효과 331
Ⅵ 현실적 검토 335
1. 입법론 335
Ⅶ 관련문헌 336

헌법 제64조 337
Ⅰ 자율권의 의의와 내용 337
1. 자율권의 의의 337
2. 자율권의 내용 338
3. 자율권의 한계 340
Ⅱ 연 혁 340
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 341
1. 독 일 341
2. 영 국 342
3. 프랑스 343
4. 일 본 343
Ⅳ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 344
1. 의회규칙 제정권의 법적 성격과 효력 344
2. 방청허가불허 위헌확인 344
3. 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의 345
Ⅴ 관련문헌 346
1. 단행본 346
2. 논 문 347
3. 외국문헌 347

헌법 제65조 348
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 348
Ⅱ 연 혁 350
1. 탄핵소추의 대상 351
2. 탄핵소추의 발의 및 의결 351
3. 탄핵소추의 효과 352
4. 탄핵심판기관 352
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 353
1. 영 국 353
2. 미 국 354
3. 프랑스 355
4. 독 일 355
5. 일 본 356
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 356
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 357
1. 탄핵소추의 주체, 대상, 절차 및 효과 357
2. 탄핵소추의 사유 360
Ⅵ 현실적 검토 379
1. 탄핵소추를 의결한 국회의 임기만료 379
2. 탄핵사유의 추가 380
3. 국회의 탄핵소추 취소 381
4. 입법론 382
Ⅶ 관련문헌 386

헌법 제66조 392
Ⅰ 정부형태의 기본유형과 구조 392
1. 정부형태의 분류와 그 의의 392
2. 의원내각제 395
3. 대통령제 400
4. 의원내각제와 대통령제의 혼합형 405

Ⅱ 헌법 제66조의 연혁과 정부형태의 변천 408
1. 제헌헌법의 규정과 제1공화국의 정부형태 408
2. 제2공화국 헌법과 대통령의 헌법상 지위 410
3. 제3공화국 헌법과 정부형태 412
4. 제4공화국 이래의 헌법과 정부형태 414
Ⅲ 대통령제 정부형태와 국가원수로서의 대통령 418
1. 현행헌법상의 권력분립과 대통령의 헌법상 지위의 특수성 418
2. 국가원수의 개념 420
3. 대외적으로 국가를 대표하는 지위와 권한 421
4. 헌법상 기관의 구성권자로서의 지위와 권한 422
5. 이른바 국정의 통합·조정자로서의 지위와 권한 423
6. 대통령의 국가원수로서의 지위와 권한에 대한 제한적 해석의 필요성 425
Ⅳ 대통령의 헌법수호 의무 426
1. 대통령의 권한과 의무의 기초로서의 헌법 426
2. 대통령의 국가와 헌법을 수호할 의무 427
3. 대통령의 헌법수호 의무와 헌법의 수호자 논쟁 428
Ⅴ 대통령의 평화적 통일에 대한 의무 429
1. 평화적 통일에 대한 헌법의 요청과 통일의 당위성 429
2. 평화적 통일의 실현구조와 대통령의 역할 430
3. 평화적 통일에 관한 다른 국가기관의 역할 431
Ⅵ 대통령제 정부형태와 집행부 수반으로서의 지위 432
1. 권력분립원리와 집행부 수반의 위치 432
2. 집행부의 조직권자로서의 지위 433
3. 집행부의 최고책임자로서의 지위 434
Ⅶ 개정의 필요성에 대한 검토 435
Ⅷ 관련문헌 435

헌법 제67조 438
Ⅰ 대통령제 정부형태와 대통령 선거의 의의 438
Ⅱ 헌법 제67조의 연혁 439

1. 제1공화국 당시의 대통령 선출방식 439
2. 제2공화국 헌법과 대통령의 선출방식 441
3. 제3공화국 헌법 442
4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정 443

Ⅲ 선거의 기본원칙: 보통·평등·직접·비밀선거 445
1. 선거의 이념과 그 구체화로서의 선거원칙 445
2. 보통선거의 원칙 446
3. 평등선거의 원칙 448
4. 직접선거의 원칙 453
5. 비밀선거의 원칙 453

Ⅳ 대통령 선거에 관한 특별규정과 그 정당성 여부 454
1. 대통령 선거의 특수성과 헌법상의 특별규정 454
2. 상대적 다수대표제와 절대적 다수대표제 455
3. 국회에 의한 결선투표와 그 문제점 456
4. 단일후보의 당선요건 457
5. 대통령 후보자의 연령제한 458
6. 법률에 의한 선거관련 규정의 구체화 458

Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 459
Ⅵ 관련문헌 459

헌법 제68조 461
Ⅰ 대통령의 역할과 후임자 선출의 중요성 461
Ⅱ 헌법 제67조의 연혁 462
1. 제1공화국과 대통령 및 부통령의 후임자 선출 462
2. 제2공화국 헌법과 대통령의 후임자 선출방식 464
3. 제3공화국 헌법상 대통령의 후임자 선출방식 464
4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정 465

Ⅲ 대통령의 임기 만료와 후임자의 선출 466
1. 대통령의 임기와 원활한 인수인계의 중요성 466

2. 후임자 선출의 적기 467
3. 대통령 당선자의 대통령직 인수절차 467
Ⅳ 대통령의 궐위와 후임자의 선출 469
1. 대통령의 궐위와 그 유형 469
2. 대통령의 궐위에 의한 후임자 선출의 방법 469
3. 대통령의 궐위시 선출된 후임자의 임기 470
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 470
Ⅵ 관련문헌 471

헌법 제69조 473
Ⅰ 대통령의 취임선서와 그 의미 473
Ⅱ 헌법 제69조의 연혁 474
1. 제헌헌법의 규정 474
2. 제2공화국 헌법 475
3. 제3공화국 헌법 476
4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정 476
Ⅲ 대통령의 직무상 의무의 내용과 성격 477
1. 헌법 제69조에 명시된 직무상 의무의 유형과 성격 477
2. 헌법을 준수하고 국가를 보위할 의무 478
3. 조국의 평화적 통일에 관한 의무 479
4. 인권보장과 민족문화 창달에 관한 의무 480
Ⅳ 대통령으로서의 직책의 성실한 수행 480
1. 헌법규정과 그 의미 480
2. 성실한 직무수행의 내용 481
3. 성실한 직무수행 의무의 불이행과 그에 대한 책임 482
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 482
Ⅵ 관련문헌 483

헌법 제70조 484
Ⅰ 임기제도의 의의와 대통령의 임기가 갖는 의미 484
Ⅱ 헌법 제70조의 연혁 485
1. 제헌헌법의 규정 485
2. 제2공화국 헌법과 대통령의 임기 및 중임제한 486
3. 제3공화국 헌법 487
4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정 487
Ⅲ 대통령 5년 단임제의 역사적 기능 489
1. 대통령의 독재화 우려와 5년 단임제의 성과 489
2. 대통령 임기의 5년 단임제와 관권선거의 약화 489
3. 대통령 임기 5년 단임제의 역사적 소명은 다 마쳤는가? 490
Ⅳ 대통령 4년 중임제 개헌론과 그 논거 491
1. 문제상황: 5년 단임제의 장점은 약화되고, 단점이 부각되는 상황 491
2. 임기말 대통령의 권력누수와 레임덕 현상의 심화 491
3. 국정장악력 및 국정운영의 효율성 약화와 대통령의 무책임성 492
4. 대통령 임기의 4년 중임제 도입의 전제조건 493
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 494
Ⅵ 관련문헌 494

헌법 제71조 496
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 496
Ⅱ 비교법적 검토 496
Ⅲ 학설과 판례 497
Ⅳ 개정의 필요성에 대한 검토 498
1. 대통령유고시 직무수행능력의 유무확인기관(헌법 제71조에 부가) 498
2. 부통령제의 도입 499
3. 정부조직법 제12조 제2항의 개정여부 499
Ⅴ 관련문헌 500

헌법 제72조 501
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 501
1. 국민투표부의권한 501
2. 입헌취지 502
Ⅱ 연 혁 503
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 503
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 505
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 해설 505
1. 국민투표부의의 대상 505
2. 국민투표부의의 요건 506
3. 국민투표의 효력 507
Ⅵ 현실적 평가 508
Ⅶ 관련문헌 508

헌법 제73조 509
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 509
Ⅱ 연 혁 510
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 511
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 512
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 해설 513
1. 조약 체결·비준권 513
2. 외교사절 신임·접수·파견권 514
3. 선전포고 및 강화권 514
Ⅵ 현실적 평가 515
Ⅷ 관련문헌 516

헌법 제74조 517
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 517
Ⅱ 연 혁 518

Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 518
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 519
Ⅴ 개념과 원리에 대한 판례 및 해설 519
1. 국군의 통수: 군정군령통합주의 519
2. 국군통수권의 민주적 통제 520
Ⅵ 관련문헌 521

헌법 제75조 522
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 522
1. 기본개념 522
2. 법규명령과 행정명령의 구별 523
3. 입헌취지 524
Ⅱ 연 혁 524
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 525
1. 입헌례 525
2. 독일의 명확성조항과 미국의 명료성의 원리 525
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 527
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 527
1. 위임입법의 한계 527
2. 판 례 529
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 530
Ⅶ 관련문헌 531
1. 단행본 531
2. 논 문 531

헌법 제76조 532
Ⅰ 위기정부 532
Ⅱ 긴급재정경제명령권(제1항) 534
1. 의 의 534

2. 요 건 535
3. 긴급재정·경제명령에 대한 국회의 승인절차 538
4. 한 계 538
5. 긴급재정·경제명령의 해제 539
6. 긴급재정·경제명령에 대한 통제 539
Ⅲ 긴급재정·경제처분권 540
1. 의 의 540
2. 요 건 541
3. 긴급재정·경제처분에 대한 국회의 승인절차 542
4. 한 계 542
5. 통 제 542
Ⅳ 긴급명령권(제2항) 543
1. 의 의 543
2. 요 건 543
3. 긴급명령의 발령 및 국회의 승인 545
4. 긴급명령의 효력 545
5. 긴급명령의 해제 546
6. 긴급명령에 대한 통제 546
Ⅴ 입법론 546
Ⅵ 관련문헌 547

헌법 제77조 548
Ⅰ 계엄제도 548
1. 병력의 사용과 국민의 기본권보장 548
2. 계엄의 종류 549
Ⅱ 계엄선포의 요건 550
1. 전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 있을 것 550
2. 군사상의 필요 또는 공공안녕질서의 유지를 위하여 병력을 사용할 필요가 있을 것 551
3. 국무회의의 심의를 거칠 것(제89조 제5호) 552
Ⅲ 계엄선포의 효과 552

1. 국민의 기본권제한의 강화 552
2. 행정사무와 사법사무의 관장 554
3. 군사재판 관할권의 확장 554
Ⅳ 계엄의 해제 556
Ⅴ 입법론 557
1. 헌법조항의 개정 557
2. 계엄법의 개정 558
Ⅵ 관련문헌 559

헌법 제78조 561
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 561
Ⅱ 연 혁 563
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 563
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 565
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 566
1. 대통령의 공무원임면권의 제약 566
2. 판 례 567
Ⅵ 관련문헌 568
1. 국내문헌 568
2. 외국문헌 569

헌법 제79조 570
Ⅰ 의 의 570
Ⅱ 사면권의 헌법적 정당성 571
1. 권력자의 은혜에 의한 행위가 아니다 571
2. 법체계의 불완전성의 시정을 위한 장치 571
Ⅲ 사면권의 내용 572
1. 특별사면 572
2. 일반사면 573

3. 감 형 573
4. 복 권 573
Ⅳ 사면권행사의 한계 574
1. 사면권 행사의 목적상의 한계 574
2. 사면권 행사의 대상의 한계 575
3. 사면권 행사 절차상의 한계 : 보충성 577
4. 사면권 행사 시기상의 한계 577
5. 사면권행사의 정도 578
6. 효과상의 한계 578
Ⅴ 사면권행사에 대한 사법부의 심사가능성 578
Ⅵ 입법론 579
Ⅶ 관련문헌 579

헌법 제80조 581
Ⅰ 의 의 581
Ⅱ 영전수여에 관한 원칙 581
Ⅲ 영전의 수여 582
1. 대 상 582
2. 절 차 583
Ⅳ 서훈의 취소(상훈법 제8조) 583
Ⅴ 입법론 584
Ⅵ 관련문헌 585

헌법 제81조 586
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 586
1. 서 론 586
2. 대통령의 국회출석권의 개념 587
Ⅱ 연 혁 587
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 588
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 589
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 589

Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 590
Ⅶ 관련문헌 591

헌법 제82조 592
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 592
1. 서 론 592
2. 대통령 국법상 행위의 문서주의 593
3. 부서제도의 의의와 기능 594
Ⅱ 연 혁 594
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 595
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 596
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 596
1. 부서의 법적 성격 596
2. 부서 없는 대통령의 행위의 효력 597
3. 국무총리 또는 국무위원의 부서거부의 문제 597
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 598
Ⅶ 관련문헌 599

헌법 제83조 600
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 600
Ⅱ 비교법적 검토 600
Ⅲ 다른 조문과의 체계적 관계 601
Ⅳ 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 601
1. 규범적 내용 601
2. 국가공무원법 및 공무원복무규정의 검토 601
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 603
Ⅵ 관련문헌 603

헌법 제84조 605
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 605
Ⅱ 연 혁 605
Ⅲ 다른 조문과의 체계적 관계 606
Ⅳ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 606
1. 규범적 내용 606
2. 헌법재판소판례 608
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 612
Ⅵ 관련문헌 612

헌법 제85조 613
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 613
Ⅱ 비교법적 검토 613
Ⅲ 학설과 판례 614
Ⅳ 개정의 필요성에 대한 검토 614
Ⅴ 관련문헌 614

헌법 제86조 618
Ⅰ 제도적 의의 618
Ⅱ 헌법상 지위 619
1. 헌법상 지위의 변천 619
2. 현행 헌법에 있어서 국무총리의 지위 623
Ⅲ 임 명 624
1. 임명방식의 변천 624
2. 현행 헌법상 국무총리의 임명방식 625
3. 국회 동의의 법적 성격과 국무총리 '서리' 제도의 위헌성 626
4. 국무총리의 임명과 인사청문회제도 629
Ⅳ 대통령보좌기관으로서의 국무총리 630
Ⅴ 국무총리에 의한 행정각부의 통할 631

1. 행정각부통할의 의의 631
2. 통할대상기관 632
Ⅵ 문민통제(제86조 제3항) 633
1. 연 혁 633
2. 의의 및 내용 633
Ⅶ 개정의 필요성에 대한 논의61) 634
1. 국무총리제도 폐지론 635
2. 현행 국무총리제도의 적극적 해석론 636
Ⅷ 관련문헌 638

헌법 제87조 641
Ⅰ 제도적 의의 641
Ⅱ 헌법상 지위 641
Ⅲ 임면(제87조 제1항) 643
1. 임면방식의 변천 643
2. 국무총리의 임명제청권 644
Ⅳ 대통령보좌기관으로서의 국무위원 647
Ⅴ 국무회의 구성원으로서의 국무위원 647
Ⅵ 문민통제 647
Ⅶ 관련문헌 648

헌법 제88조 652
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 652
1. 헌법규정과 국무회의의 제도적 의의 652
Ⅱ 연 혁 653
1. 우리나라 헌법상 국무회의제도의 변천 653
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 655
1. 미국식대통령제 655
2. 유럽의 의원내각제의 내각 656

3. 이원정부제의 내각 658
4. 우리나라의 국무회의 660
Ⅳ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설(1) 660
1. 국무회의의 헌법상 지위 660
2. 국무회의의 구성과 운영 664
Ⅴ 관련문헌 665

헌법 제89조 667
Ⅰ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설(2) 668
1. 국무회의의 심의 668
Ⅱ 개정의 필요성에 대한 검토 671
Ⅲ 관련문헌 672

헌법 제90조 673
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 673
Ⅱ 연 혁 674
Ⅲ 조 직 674
Ⅳ 직무범위 674
Ⅴ 평 가 675
Ⅵ 관련문헌 675

헌법 제91조 676
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 676
Ⅱ 연 혁 677
Ⅲ 조 직 677
1. 의 장 677
2. 위원 677
3. 국가안전보장회의 678

4. 기 타 678
Ⅳ 직무범위 679
Ⅴ 관련문헌 680

헌법 제92조 681
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 681
Ⅱ 연 혁 682
Ⅲ 조 직 682
1. 의장과 부의장 682
2. 사무처 682
3. 자문위원 684
4. 위원회 685
Ⅳ 운 영 687
Ⅴ 직 무 689
Ⅵ 평 가 689
Ⅶ 관련문헌 689

헌법 제93조 690
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 690
Ⅱ 연 혁 691
Ⅲ 조 직 691
1. 의장과 부의장 691
2. 당연직 위원 691
3. 위촉위원 692
4. 지명위원 692
5. 기 타 692
Ⅳ 운 영 692
1. 회의 일반 692
2. 분야별회의 693

Ⅴ 직 무 694
Ⅵ 관련문헌 694

헌법 제94조 698
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 698
Ⅱ 연 혁 698
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 699
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 700
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 700
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 701
Ⅶ 관련문헌 701

헌법 제95조 703
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 703
Ⅱ 연 혁 703
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 704
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 704
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 705
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 705
Ⅶ 관련문헌 705

헌법 제96조 707
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 707
Ⅱ 연 혁 707
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 708
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 708
Ⅴ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 709
Ⅵ 개정의 필요성에 대한 검토 709
Ⅶ 관련문헌 709

헌법 제97조 714
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 714
1. 감사원의 직무 714
2. 감사원의 소속 718
Ⅱ 연 혁 720
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 722
1. 소속형태와 관련한 입헌례와 비교법적 의의 722
2. 직무범위와 관련한 입법례 723
Ⅳ 다른 조문과의 체계적 관계 724
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 725
1. 직무범위에 대한 개선론 725
2. 소속에 대한 개선론 726
Ⅵ 관련문헌 727

헌법 제98조 729
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 729
1. 감사원의 구성 729
2. 감사원장의 지위 731
3. 감사위원의 지위 732
Ⅱ 연 혁 732
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 733
1. 구성형태 733
2. 감사원장의 임명절차와 임기 734
3. 감사위원의 임명절차와 임기 734
Ⅳ 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설 735
Ⅴ 개정의 필요성에 대한 검토 736
Ⅵ 관련문헌 737

헌법 제99조 738
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 738
1. 결산검사 738
2. 결산검사의 보고 739
3. 수시보고 739
Ⅱ 연 혁 740
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 740
Ⅳ 개정의 필요성에 대한 검토 741
Ⅴ 관련문헌 742

헌법 제100조 743
Ⅰ 기본개념과 입헌취지 743
1. 감사원조직등의 법정주의 743
2. 감사원법상의 감사원 조직과 직무범위 744
3. 감사위원의 자격 745
Ⅱ 연 혁 746
Ⅲ 입헌례와 비교법적 의의 747
Ⅳ 관련문헌 750

참 고 문 헌 751

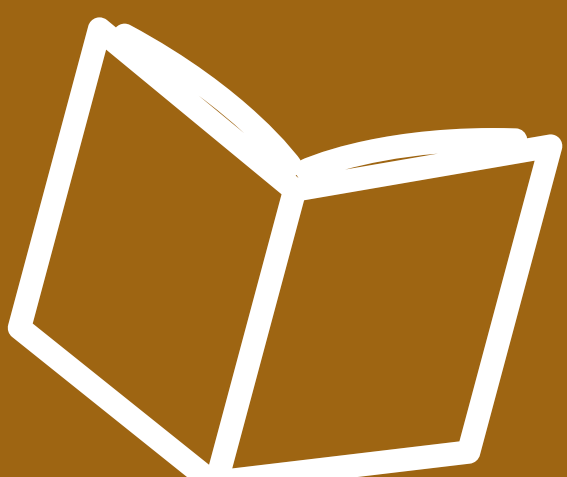
판 례 색 인 771

찾 아 보 기 776

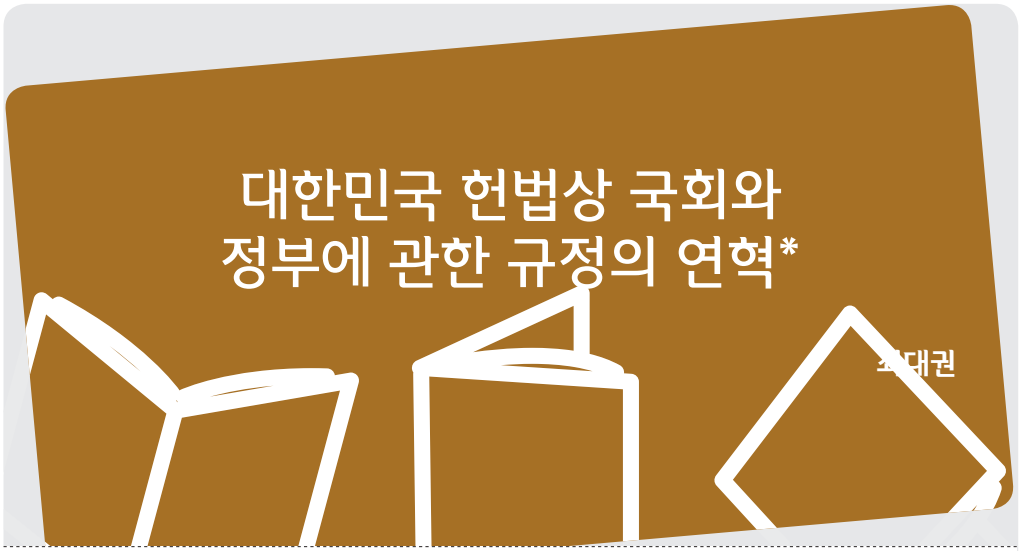


서 론

대한민국 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 연혁 · · 2
현행 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 특징 · · · 49







대한민국 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 연혁*

조대권

대한민국의 헌법은 1948년 7월 17일 제정·공포된다. 이후 9차례의 개정을 거쳐 현재의 헌법에 이르게 되는데, 그 동안 정부형태에 있어서 그리고 특히 국회와 정부의 관계에 있어서 많은 변화가 있었다. 한 때는 의원내각제를 채택했었고 한때는 부통령이라는 직책이 설치되었던 적도 있었고, 국무총리제가 폐지되었던 적도 있었다. 정부형태에 관한 개념이 변경되는 동안 헌법규정도 그리고 체계도 그에 맞춰 변경되었다. 국회, 정부, 법원의 삼권분립 및 견제와 균형에 변화가 생기고 새로운 헌법기관들이 생겨나기도 하고 없어지기도 했다.

이 장에서는 각각의 헌법마다 어떤 특색을 가지고 있는지 개괄적으로 살펴보도록 할 것이다. 대체로 헌법규정상의 편제, 국회와 행정부의 조직 및 구성, 그리고 국회와 행정부가 가지고 있는 권한의 순서대로 살펴볼 것이다.

Ⅰ. 제헌헌법

1945년, 광복 직후 한국은 독립하지 못하고 3년간 남과 북으로 분단되어 각각 미국과 소련의 군정을 거쳐야만 했다. 그리고 그렇게 분단된 상태로 미국과 소련의 군정 하에서

남과 북은 각각 정부 수립과정을 거치게 된다. 1948년 5월 10일 남한에서만 먼저 UN 소총회의 결의에 따라 임시한국위원단의 감시 하에서 미군정에 의해 총선거가 실시된다. 제헌의회의 구성을 위한 이 첫 선거는 남조선과도정부 법률인 입법원의원선거법을 골자로 해서 만든 미군정의 국회의원선거법(1947.3.17 제정, 군정법령 제175호)에 의해서 실시되었다.[1] 이 때 남한 만의 선거를 반대하는 인사들은 대거 선거에 참여하지 않게 된다.

이렇게 구성된 제헌의회는 이승만을 국회의장으로 선출하고 곧 헌법제정 작업에 착수하는데, 당시 제출되었던 헌법안들이 대체로 양원제 및 내각책임제 정부형태를 채택하고 있었고 이와 같은 정부형태를 염두에 둔 상태에서 헌법이 제정되고 있었다. 그러나 헌법제정 작업 막바지에 당시 대통령이 될 것이 유력했던 이승만 국회의장이 "내각책임제하에서는 어떠한 지위도 맡지 않겠다"고 강력히 반대하고 나섬으로써 헌법안은 하루아침에 단원제 및 대통령제 정부형태의 헌법으로 변경되고 말았다.[2] 덕분에 제헌헌법은 대통령제를 채택했지만 의원내각제적인 요소를 많이 가지고 있었다.

이런 우여곡절 끝에 제헌의회는 1948년 7월 17일 제헌헌법을 제정·공포하고, 이 제헌헌법에 따라서 7월 20일 이승만 국회의장을 대통령으로 선출했다. 이어서 정부구성을 마친 이승만 초대 대통령은 동년 8월 15일 대한민국정부수립을 선포한다.

1. 헌법규정의 편제

제헌헌법은 제3장이 국회(제31조 이하), 제4장이 정부(제51조 이하), 제5장이 법원(제76조 이하)의 순서로 규정되었다. 정부의 장은 다시 제1절에서 대통령(제51조 이하), 제2절에서 국무원(제68조 이하), 제3절에서 행정각부(제73조 이하)를 규정하고 있다. 그리고 제7장(제90조 이하)에서 재정에 관한 장을 따로 두고 그 안에 국회의 재정기능들을 별도로 규정하고 회계감사직무를 수행하는 심계원(제95조)이라는 정부기관을 규정하고 있었다. 광의의 헌법재판기관으로 탄핵재판소와 헌법위원회가 그것이다. 탄핵재판소(제47

* 이 장의 자료조사에는 연세대 박사과정의 김현귀 연구보조원이 수고하였음을 밝힌다.

1) 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 400.

2) 최대권, 헌법학 -법사회학적 접근-, 박영사, 1989, 90; 同旨: 김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1988, 150; 유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 74. 그러나 제헌의회의 헌법안이 변경되는데 이승만의 반대가 결정적인 역할을 했다고 보는 견해에 대해 이견을 제시하는 학자도 있다. 김홍우, "제헌국회에 있어서의 정부형태론 논의 연구", 김일영 외 공저, 한국정치와 헌정사, 한울 아카데미, 2001, 187-243.

조)는 국회의 장 속에 있고, 헌법위원회(제81조)는 법원의 장 속에 각각 규정되어 있다. 제4차개정헌법까지 조문의 순서, 위치 등에 있어서는 제헌헌법의 형태가 거의 그대로 유지된다.

2. 국회와 행정부의 구성과 운영

가. 국회

헌법제정 당시 국회를 양원제로 구성할 것으로 논의되었었지만, 일단 단원제로 국회가 구성되었다. 국회의원은 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의해 선출된 자들로 구성되었다. 이는 선거의 기본원칙으로 제헌헌법에서부터 현행헌법에 이르기까지 선거에 관한 헌법규정에서 공히 찾아볼 수 있다. 제헌헌법에서 국회의원의 임기를 4년으로 정했으나(제33조), 예외적으로 제헌의원들의 임기는 2년이었다(제102조). 1948년 5월 31일에 제헌의회가 구성되었으니 1950년 5월 30일까지가 제헌의원들의 임기였다. 국회의원의 정수는 제헌헌법에서 특별히 제한하고 있지 않았고 한 선거구에 한 명의 후보자를 선출하는 단순다수대표제를 채택하였기 때문에 당시 국회의원선거법에서 정하는 선거구의 수에 따라 국회의원의 수가 결정되었다. 이렇게 해서 구성된 국회는 의장 1명과 부의장 2명을 선출하는데(제48조), 주지하듯이 초대 국회의장은 이승만 전 대통령이었다.

제헌헌법에는 정기회가 1년에 1회, 12월 20일에 소집되도록 정해져 있었다(제34조). 당시 국회에는 회기의 제한이 없었다. 그래서 당시에는 회기계속원칙도 헌법에 규정되어 있지 않았다. 이런 회기제한이 없는 국회운영방식은 제2공화국까지 지속된다. 임시회는 현행헌법과 같이 긴급한 사안의 처리를 위하여 대통령과 국회 재적의원 4분의 1의 요구가 있으면 소집하는 것이다(제35조). 소집권자 중에 대통령은 제헌헌법에서부터 현행헌법까지 한 번도 빠진 적이 없었다.

제헌헌법이나 지금이나 국회의 회의는 기본적으로 공개되지만, 비밀회로 할 수도 있다(제38조). 그리고 일반의결정족수는 재적의원 과반수 출석에 출석의원 과반수 찬성이다(제37조). 한편, 제헌헌법에는 국회의장에게 가부동수인 경우 결정권이 주어졌다(제37조). 이 국회의장의 권한은 제2공화국까지 유지된다.

나. 행정부

행정부도 헌법제정 당시에는 의원내각제 정부를 구성하자는 논의가 많았으나 대통령제 정부로 구성되었다. 그래서 대통령은 행정부의 수반으로서 지위를 가졌다(제51조). 그리고 부통령이 있는데, 대통령과 부통령은 모두 국회에서 선출하게 되어 있었다(제53조). 그러나 애초에 의원내각제 정부를 구성하려고 했기 때문에, 의원내각제적인 요소라고 할 만한 것들이 있었다. 일단 국무원이 의결기관으로서 지위를 가졌고(제68조, 제71조), 부서제도가 도입되었으며(제66조), 국무총리의 임명은 대통령이 하더라도 국회의 승인을 받도록 했다. 특히 총선거로 새로운 국회가 구성될 경우에 국무총리는 다시 승인을 받아야 한다(제69조). 국무위원은 대통령이 임명한다. 그 수는 8인 이상 15인 이내이다(제69조). 한편, 감사원은 제헌헌법에 규정되어 있지 않았다. 대신 심계원이라는 기관에서 감사원의 직무 중 하나인 회계감사를 맡았었다(제95조). 감사원은 제5차개정헌법에 가서야 등장한다.

대통령과 부통령의 임기는 4년이었고, 중임할 수 있었다(제55조). 부통령은 대통령의 임기 안에서만 재임하고, 대통령 유고시 부통령이 권한을 대행한다(제52조). 그러나 대통령이 궐위한 경우에는 즉시 그 후임자를 선거한다(제56조). 즉, 부통령이 대통령 유고시 권한을 대행할 뿐, 미국의 부통령처럼 궐위시 대통령 대신 잔여임기를 채우는 것이 아니었다.

대통령의 권한에 속하는 중요국책은 국무회의의 의결을 거쳐야만 한다. 국무회의의 의결은 과반수로써 행하고 가부동수인 경우 의장인 대통령이 결정권을 가지게 된다(제71조). 또한 국무에 관한 대통령의 행위는 모두 문서로써 해야 하고, 모든 문서는 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다(제66조).

국무총리는 대통령의 명에 따라 행정각부를 통리감독하고, 행정각부에 분담되지 않은 행정사무를 담임한다(제73조).

3. 국회와 행정부의 권한

가. 국정에 대한 권한

제헌헌법에 따르면, 국회는 국정에 대해 감사할 권한이 있고(제43조), 국무총리, 국무위원 등의 출석 및 답변을 요구할 수 있다(제44조). 반대로 국무총리, 국무위원, 정부위원도

국회에 출석하여 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있고(제44조), 대통령도 "중요 국무에 관하여" 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표할 수 있다(제60조). 국회의 국정감사권한을 제외하고, 다른 권한들은 대체로 현행헌법에까지 그대로 이어진다.[3)]

나. 인사에 대한 권한

(1) 행정부 구성에 관한 권한

제헌헌법에서 국회는 대통령과 부통령을 선출하는 기관이었다(제53조). 투표는 무기명 투표로 진행되고, 재적의원 3분지 2이상의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성투표로써 당선을 결정한다. 3분의 2이상 득표자가 없으면 2차 투표를 하고, 그래도 없으면 최고득표자 2인에 대해 결선투표를 하여 다수득표자가 대통령 및 부통령에 당선되도록 규정하고 있었다. 또한 대통령은 당선이 되면 "국회에서" 헌법에 규정된 선서를 하도록 하고 있다(제54조).

제헌헌법에는 지금과는 달리 국무총리는 대통령이 임명하지만 국회의 승인, 동의가 아닌 "승인"을 받도록 했으며, 선거로 국회가 개원이 되면 재차 국무총리의 임명에 관해 승인을 받도록 규정하고 있었다(제57조).

대통령은 국무위원에 대한 임명권(제69조)과 공무원 임면권(제62조)을 가지고 있었다. 현행헌법도 공무원을 "임면"한다고 표현한다.[4)] 행정각부의 장이 아니라 "행정각부장관"이라는 표현을 사용했고, 행정각부장관은 국무위원 중에서 대통령이 임명한다(제73조).

한편, 제헌헌법은 심계원장의 임명을 국무회의 의결사항(제72조 11호) 중에 하나로 취급하고 있을 뿐, 헌법상 국회가 개입할 여지를 주지 않았다.

(2) 다른 헌법기관의 구성에 관한 권한

"대법원장인 대법관"은 국회의 승인을 받아 대통령이 임명하게 되어 있었다(제78조). 제헌헌법에서 대법원장은 대법관 중의 한 명이 맡는 일종의 '보직' 개념으로 보고 있었다. 대법관의 "임면"에 관해서는 국무회의에서 의결하도록 규정하고 있었을 뿐(제72조 11호) 헌법에서 그에 관해 별 다른 규정을 두고 있지 않았는데, 당시 법원조직법을 보면 모든

3) 대통령의 국회 출석 및 서한을 통한 의견표시권한은 1960년 제3차 헌법개정에서 "중요 국무에 관하여"라는 항목이 빠진다. 당시 의원내각제 정부형태에서 대통령이 가지는 의전적인 권한 중의 하나로 평가될 수 있던 이 권한은 그 이후 제3차개정헌법의 형태로 현행헌법에 이르기까지 그대로 유지된다.

4) 제5차 ~ 제8차개정헌법에서는 공무원을 "임명"한다라고 표현했다.

법관들의 임명은 원칙적으로 대통령이 하게 되어 있었다(1949년 법원조직법 제37조, 제38조).[5] 다만, 법관의 보직은 대법원장이 행했다.

그 밖에 헌법재판기관으로서 헌법위원회와 탄핵재판소가 있는데, 그 위원장 및 재판장은 국회에서 대통령과 함께 선출된 부통령이 맡도록 되어 있었다(제47조, 제81조). 다만, 탄핵재판소에 심판 회부된 인사가 부통령인 경우에는 대법원장이 그 직무를 수행하게 되어 있었다. 그 밖의 헌법위원회의 위원과 탄핵재판소의 심판관들은 대법관 5인 그리고 국회의원 5인으로 구성되어 사법부와 국회의 인사가 반반씩 구성하게 되어 있었다.

(3) 탄핵소추에 관한 권한

국회는 대통령, 부통령, 국무총리, 국무위원, 심계원장, 법관 기타 법률이 정하는 공무원이 직무수행에 관하여 헌법 또는 법률을 위배한 때에는 국회가 해당 공무원을 탄핵재판소에 소추할 수 있다(제46조). 탄핵소추를 발의하기 위해서는 구회의원 50인의 발의가 있어야 하고 소추의결을 위해서는 재적의원 3분의 2 출석에 출석의원 3분의 2 찬성의 강화된 의결정족수가 요구된다.

다. 입법 및 재정에 관한 권한

(1) 입법에 관한 권한

국회는 기본적으로 입법권을 담당하는 기관으로서 법률을 제정할 수 있었고(제31조), 헌법개정권한도 가지고 있었다. 국회는 재적의원 3분의 1로써 헌법개정안을 제안할 수 있고, 재적의원 3분의 2의 의결로 헌법을 개정할 수 있었다(제98조). 국회의 의결로서 헌법은 개정되고 국민투표 등의 절차는 없었다.

대통령은 국회에서 의결되어 이송된 법률안을 15일 이내에 공포해야 한다(제40조). 그리고 대통령에게는 법률안거부권이 있었다. 대통령이 거부권을 행사할 경우, 이의서를 붙여 국회로 환부해야 한다. 단순히 법률안을 공포하지 않고 15일을 넘긴다고 해서 거부권이 행사되는 것이 아니다. 거부된 법률안을 국회에서 재의결하기 위해서는 일반 의결정족수보다 강화된 의결정족수가 요구되는데, 재적의원 3분의 2 출석에 출석의원 3분의 2 이

5) 대법관 임용 및 대법원장 보직은 대법원장 및 대법관 그리고 고등법원장들로 구성된 법관회의에서 대통령에게 제청하고 그 밖의 판사들의 임용은 대법원장이 대법관회의의 결의로 제청했다.

상의 의결이 요구되었다(제40조).

한편, 대통령은 법률의 위임을 받아 대통령령을 발할 수 있고(제58조), 국무총리 및 행정각부장관도 그 직무에 관하여 직권 또는 위임에 의해 총리령 및 부령을 발할 수 있었다(제74조).

(2) 재정에 관한 권한

기본적으로 정부에게 예산편성권이 있었다. 그리고 국회는 매년 정기회 기간 동안에 정부가 편성한 예산안을 심의·의결할 권한을 가지고 있다(제41조). 심의 의결을 할 권한은 국회에게 있었어도 정부의 동의 없이 새비목을 설치하거나 증액할 수 없었다(제91조). 이와 같은 예산편성권과 예산의결권의 권한분배는 현행헌법까지 유진된다. 회계연도가 개시되기까지 국회에서 예산안이 의결되지 못하면, 국회는 가예산을 1개월 내 의결하여야 한다(제94조).

조세의 종목과 세율은 법률로써 정한다는 규정(제90조)과 계속비(제91조), 예비비(제93조), 그리고 국채모집 및 국가에 부담이 될 계약(제92조)은 모두 국회의 의결을 받아야 한다는 조항은 제헌헌법에서부터 현행헌법에 이르기까지 바뀌지 않는다. 그리고 최종적으로 국회는 전년도 정부 집행예산의 회계검사 결과를 심계원으로부터 보고를 받는다(제95조).

라. 긴급권

대통령은 긴급명령 및 긴급재정처분권한이 있었다. 제헌헌법 제57조에 따르면, "내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에 제하여 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치를 할 필요가 있는 때"에 "국회의 집회를 기다릴 여유가 없는 경우에 한하여 법률의 효력을 가진 명령을 발하거나 또는 재정상 필요한 처분"을 할 수 있다. 이렇게 발해진 명령이나 처분은 "지체없이" 국회에 보고되어야 하고 국회가 이를 승인하지 않으면, 그 때부터 그 명령 및 처분은 효력이 없어진다. 대통령의 긴급권은 예방적으로 발동될 수 없었고 국회에 의해 사후적으로 통제되었다.

그리고 대통령은 법률이 정하는 바에 따라 국무회의의 의결을 거쳐 계엄을 선포할 수 있다(제64조). 그런데 국회의 계엄해제요구권은 헌법이 아니라 계엄법에 규정되어 있었다(1949년 계엄법 제21조).

마. 외교·국방에 관한 권한

제헌헌법에 따르면, 기본적으로 외교·국방에 관한 권한들은 대통령에게 있다. 대통령은 외국에 대하여 국가를 대표하고(제51조), 조약체결 및 비준에 대한 권한과 외교사절을

신임접수하며, 선전포고 및 강화를 할 수 있다(제59조). 그리고 국군통수권도 기본적으로 대통령에게 있다(제61조). 그러나 이들 주요 사항들에 대해서는 국무회의의 과반수 "의결"을 거쳐야 하고(제72조 2호, 7호 등), 군사문제를 포함하여 모든 대통령의 국무행위는 국무총리 및 관계 국무위원의 부서가 있어야 했다(제66조).

한편, 외교 및 국방에 관하여 국회의 동의를 받아야 하는 사항들이 있었는데, "국제조직에 관한 조약, 상호원조에 관한 조약, 강화조약, 통상조약, 국가 또는 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 비준과 선전포고"에 관한 사항이 그것이다(제42조).

바. 기타 권한

제헌헌법에 따르면, 대통령은 영전을 수여할 수 있고(제65조), 법률이 정하는 바에 따라 사면, 감형 및 복권을 명할 수 있지만, 일반사면은 국회의 동의를 얻어야 가능했다(제63조). 이들 대통령의 권한은 현행 헌법에도 그대로 존속한다.

Ⅱ. 제1차개정헌법

1950년 5월 31일 제2대 국회는 제헌의회에 참여하지 않았던 많은 재야인사들이 참여하여 여소야대로 국회가 구성되었다. 당시 이승만 대통령으로서는 국회에서 새로 대통령에 당선될 가능성이 희박했었고, 대통령직선제 개헌은 정권유지를 위해 꼭 필요했다. 전쟁 상황 중에 개정된 제1차개정헌법은 이미 앞서 공고되고 부결된 국회의 의원내각제 개헌안과 정부안을 각각 발췌하여 이승만 대통령이 대통령직선제 개헌을 발의한 것이다. 그 과정에서 앞서 부결된 개헌안들을 발췌한 것이더라도 별도의 개헌안임이 분명한데, 시간에 쫓겨 정식의 공고절차를 거치지 않았고, 전시상황에서 그리고 국회의 계엄해제 요구가 있었음에도 계엄을 해제하지 않은 상황에서 강제로 국회의원들이 소집되어 개정된 헌법으로서 그 개정절차상 문제가 많았던 헌법이다.[6)]

6) 김영수(주 1), 435-442 참조.

1. 국회와 행정부의 구성과 운영

헌법규정을 살펴보면, 일단 헌법규정의 편제는 제헌헌법과 같이 그대로 유지된다. 그러나 제1차개정헌법은 국회의 의원내각제 개헌안을 많은 부분 받아들여 제헌헌법에 비해 헌법규정상으로는 권력구조에 있어 상당한 변화가 있었다. 대표적인 것이 국회 양원제를 도입한 것과 국회의 국무원 불신임권이다.

가. 국회

제1차개정헌법은 국회를 민의원과 참의원, 양원으로 구성하도록 규정하면서(제31조) 민의원의 임기는 4년, 참의원의 임기는 6년으로 규정했다. 그리고 참의원은 2년에 3분의 1씩 그 인원을 개선하도록 하고 있다(제33조). 그러나 실제로 이승만 대통령 집권기 동안 참의원이 구성되거나 운영된 적은 없었다.

민의원과 참의원에서는 각각 의장 1인과 부의장 2인을 두는데, 참의원 의장은 부통령이 맡고 나머지는 모두 각원에서 선출하도록 규정했었다(제36조). 양원합동회의에 있어서는 참의원의장이 의장이 되도록 하고 있으나, 실제 참의원은 구성된 적도 없고, 이 경우 부칙에 따라 양원합동회의는 민의원이 대행하고 참의원의장이 할 일도 민의원의장이 하도록 하였다(부칙 제2호). 회기제한은 없었고, 임시회는 민의원 재적 4분의 1이상 또는 참의원 재적 2분의 1이상의 요구가 있어야 했다(제35조).

제1차개정헌법의 국회는 양원제 국회로서 일반적으로 의결은 양원이 각각 의결하여 일치되어야 하는 이중의 의결과정을 거치게 되어 있다. 만약 일치되지 아니하면 각원의 재적의원 과반수가 출석한 양원합동회의에서 출석의원 과반수로 의결할 수 있다(제37조). 순서는 기본적으로 하원인 민의원에 먼저 제출되어야 하지만, 국무총리와 대법원장의 임명안은 참의원에 먼저 제출될 수 있다(제39조). 일단 어느 쪽에서든 부결된 의안은 타원으로 이송될 수 없고 양원합동회의에서 의결할 수 있을 뿐이다. 그러나 이 또한 역시 참의원이 구성된 적이 없었기 때문에 실제로 의미를 가지지는 못했다.

나. 행정부

대통령과 부통령은 국회에서 선출하지 아니하고, 국민이 직접 선출하게 되었다(제53조). 대신 대통령선거에 대한 개표보고를 받거나 당선을 공표하는 등의 선거관리에 관한 일들을 국회가 담당했다. 제1차개정헌법의 특징은 대통령직선제 개헌을 얻어내면서 야당

의 의원내각제 개헌안을 많은 부분 수용한 것이다. 행정부의 의원내각제적 요소가 강화되어 국무총리와 국무위원은 국회에 대하여 연대 및 개별적 책임을 져야 했고(제70조 제3항), 국무원은 국회의 국무원불신임결의나 신임결의가 없으면 총사직을 해야 했다(제70조의2). 그리고 국무위원도 대통령이 임명하지만 국무총리의 제청을 받아 임명하도록 개정되었다(제93조).[7]

2. 국회와 행정부의 권한

가. 인사에 관한 권한

(1) 행정부 구성에 관한 권한

제1차개정헌법은 대통령과 부통령의 선출을 국민이 직접 투표하도록 규정하고 있다. 다만, 대통령 및 부통령 선거관리를 국회에서 하고, 당선자 공표를 참의원의장이 하도록 규정하고 있었다(제53조). 또한 부차적으로 대통령 및 부통령 선거결과 최고득표자가 2인 이상인 때에 국회가 대통령 및 부통령을 선출하게 되는데, 이는 양원합동회의에서 다수결로 결정하도록 규정하고 있었다(제53조). 그리고 대통령은 국민이 직접 선출하게 되었지만, 여전히 당선되면 국회, 즉 "양원합동회의"에서 대통령선서를 하도록 규정하고 있다(제54조).

국무총리의 임명은 제헌헌법과 같이 국회의 승인을 받고 민의원총선거 이후에 10일 이내에 다시 승인을 받도록 했다(제69조).[8] 한편, 대통령은 국무위원을 국무총리의 제청을 받아 임명해야 하고(제69조), 국무회의에 관한 규정에 국무총리 및 국무위원은 국회에 대해 책임을 진다는 규정이 추가된다(제70조).

제헌헌법과 같이 대통령은 공무원을 임면한다(제62조). 그리고 제1차개정헌법부터 "행정각부의 장"이라는 표현을 사용하기 시작하는데, 행정각부의 장은 국무위원이어야 하고 국무총리의 제청을 받아 "임면"한다고 규정한다(제73조).

7) 부서제도는 완화되어서, 모든 대통령의 주요 국무행위에 관한 문서에는 관계국무위원의 부서만을 요구하도록 개정되었다(제66조).

8) 국무총리가 궐위된 경우 10일 이내에 승인을 얻도록 규정하고 있었다.

(2) 다른 헌법기관의 구성에 관한 권한

대법원 구성에 관해서는 제헌헌법과 같고, 헌법위원회와 탄핵재판소는 그대로 유지되지만, 각 기관의 위원장 및 재판장이 되는 부통령은 국민이 직접선출하게 되었고, 헌법위원 및 탄핵심판관 중 국회의원으로 배정된 5인은 참의원 2인과 민의원 3인으로 변경되었다(제47조, 제81조).

(3) 국무원불신임결의권

국회의 탄핵소추에 관한 권한은 제헌헌법과 같다. 한편, 제1차개정헌법에는 제70조의 2의 신설로 국회는 국무원에 대해 신임 및 불신임결의권을 가진다. 만일 민의원에서 국무원에 대해 불신임결의를 하였거나 민의원이 총선거 후 국무총리임명승인과는 별도로 국무원에 대해 신임결의를 하지 않은 경우 국무원은 총사직해야 한다. 민의원의 국무원에 대한 신임 또는 불신임결의는 발의된 후 24시간 경과된 다음에 재적의원 과반수의 찬성으로 행해진다. 민의원은 국무원 조직완료 및 신임결의 후 1년이 경과되지 않으면 불신임결의를 할 수 없으나, 특별 정족수인 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있는 경우에는 가능하다. 총사직한 국무원은 새로운 국무원의 조직이 완료될 때까지 직무를 계속 수행한다.

나. 입법에 관한 권한

헌법개정발의는 대통령, 민의원 재적의원 3분의 1 이상 혹은 참의원 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 이뤄지고, 의결은 양원합동회의가 아니라 양원에서 각각 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(제98조). 규정상으로는 양원제 국회에서 헌법개정절차가 단원제 국회였던 제헌헌법의 것보다 더 엄격해진 것으로 보인다. 그러나 실제로 양원제 국회가 구성된 적이 없었기 때문에 현실적으로 달라진 것은 없었다.

대통령의 거부권 행사에 대한 국회의 재의결 정족수도 역시 양원합동회의가 아니라 각원에서 재적의원 3분의 2 출석에 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결되도록 하여(제40조), 역시 규정상으로는 단원제 국회였던 제헌헌법보다 더 강화된 의결정족수인 것 같다. 물론 실제로는 변화된 것이 없었다.

다. 기타

그 밖에 국정에 관한 권한, 재정에 관한 권한, 긴급 권한, 외교·국방에 관한 권한 등은 제헌헌법과 크게 달라지지 않았다.

Ⅲ. 제2차개정헌법

제1차 헌법개정이 비록 대통령직선제를 위해 이뤄진 것이지만, 당시 여소야대의 국면에서 의원내각제를 골자로 하는 국회의 헌법개정안도 많이 반영되었다. 반면에 제2차 헌법개정은 이승만 대통령을 지지하는 자유당이 원내 다수세력이 된 상황에서 이뤄진다. 1954년 5월 31일 구성된 제3대 국회는 제1당이 여당인 자유당으로 의석은 114명이었고, 민주국민당이 15명, 대한국민회와 대한국민당이 각각 3명, 무소속이 68명을 차지하였다. 이후 교섭단체명부가 제출되었을 때 자유당이 확보한 의석이 136석으로 그 때 이미 개헌 의석수를 확보하였다. 당시 민의원의장은 자유당 의원인 이기붕이었다. 이와 같은 정치 환경 속에서 이뤄진 제2차 헌법개정은, 물론 이번에도 역시 이승만 대통령의 정권연장이 그 주요 골자였지만, 제1차개정헌법과는 대조적으로 정부형태에 있어서 직접민주주의적 요소와 정부권한이 강화되는 경향을 보였다.[9)]

1. 국회와 행정부의 구성

가. 국회

제2차개정헌법에서는 국회를 제1차개정헌법과 마찬가지로 양원제로 구성되도록 규정하고 있으나, 참의원은 구성되지 않았다. 그래서 큰 의미는 없지만, 헌법규정은 참의원 의원을 2년마다 3분의 1씩 개임하는 것에서 3년마다 2분의 1씩 개임하도록 변경된다(제33조 제2항). 그 밖의 국회구성에 관한 사항은 변동되지 않는다.

이전까지는 국회의 정기회가 매년 1회 "12월 20일"에 개최된다고 헌법에서 규정했었지만, 정기회의 구체적인 개최일은 이제 국회법에 위임되었다(제34조). 제2차개정헌법은 기본적으로 양원제의 틀을 유지하여 양원에서 각각 의결하는 이원 구조를 취하고 있었지만, 제1차개정헌법의 내용에 비하여 양원합동회의의 비중이 상당부분 줄어들게 된다. 먼저 예산안에 관하여는 민의원에 먼저 제출하도록 규정하고(제39조 제2항) 참의원에서 부결된 경우 양원합동회의가 아니라 민의원에서 재의결하도록 개정되었다(제37조 제2항). 그리고 법률안의 경우도 민의원에서 부결된 경우 참의원은 물론 양원합동회의로도 이송할 수 없게 개정되었다(제39조 제3항). 그 밖에 타원에 이송된 의안을 받은 날로부터 휴

9) 정상우, "1954년 헌법개정의 성격에 대한 비판적 고찰", 법사학연구 제28권(2003), 236-241.

회 중인 기간을 제외하고 60일 이내에 의결하지 아니하면, 부결된 것으로 간주하는 조항이 추가된다(제39조 제4항).

나. 행정부

행정부의 구성에 있어서는 큰 변화가 생긴다. 일단, 의원내각제적 요소라고 평가되던 국무총리가 헌법에서 사라진다. 국무원은 의결기관으로서의 지위는 유지하지만, 국무위원과 대통령으로만 구성되게 된다(제68조). 그리고 국무위원도 대통령이 직접 임명한다(제69조). 그리고 국무총리와 국무위원은 국회에 대해 책임을 진다는 규정도 삭제되고, 국회는 국무원을 불신임할 수 없게 된다. 다만, 그것은 개별 국무위원에 대해 국회가 불신임결의를 할 수 있는 형태로만 남게 된다(제70조의2).

대통령의 임기는 4년, 재선에 의해 중임할 수 있다(제55조). 그러나 부칙에 노골적으로 "헌법공포당시의 대통령"에 대해서는 이 규정의 적용을 배제하여, 이승만 대통령의 3선 출마를 가능하게 만들었다(부칙 제3호). 대통령과 부통령이 모두 유고시에는 국무총리가 권한대행을 했었는데, 이제 국무총리가 없어졌으니 법률이 정하는 순위에 따라 국무위원이 그 권한을 대행한다(제52조). 그리고 대통령이 궐위된 경우 새 대통령을 선출하는 것이 아니라 부통령이 잔여임기 동안 대통령으로 재임하도록 개정된다(제55조). 이것이 고령이 된 이승만 대통령을 염두에 둔 것이라고는 할 수도 있으나, 사실 대통령과 부통령은 각각 선출되며 실제로 제3대 정·부통령선거에서 부통령은 야당후보자가 당선되었었다. 부통령이 궐위 된 경우 즉시 후임자를 선거하고, 대통령과 부통령이 모두 궐위한 경우에는 권한대행체제에서 3개월 이내 대통령과 부통령 선거를 실시한다.

한편, 행정각부의 장과 국무총리의 직무 분담에 대한 규정(제73조 제2항)은 제2차개정헌법에서 이미 국무총리에 관한 규정들이 모두 사라지면서 삭제된다. 이후 이런 직무분담 규정은 헌법에서 찾아볼 수 없게 된다.

2. 국회와 행정부의 권한

가. 인사에 관한 권한

(1) 행정부 구성에 관한 권한

대통령은 국민이 직선하되 선거관리 및 당선자 공표를 국회가 맡았던 것은 변동되지 않는다. 국무원에는 국무총리가 없어서 국무총리임명승인을 국회로부터 받을 필요도 없어

졌고, 국무위원도 대통령이 스스로 임명했다. 행정각부의 장도 국무위원 중에서 임면했고, 공무원도 대통령이 임면한다. 제2차개정헌법에서는 행정부 인사에 관하여 국회가 직접 관여할 여지는 줄어들었다. 다만, 국무위원에 대해 민의원에서 불신임결의를 할 수 있었다(제70조의2). 불신임 결의는 발의된 후 24시간 이상 경과된 뒤 민의원 재적의원 과반수의 찬성으로 결정되고, 불신임이 결의되면 해당 국무위원은 사직해야 한다.

(2) 다른 헌법기관 구성에 관한 권한

한편, 주로 국무회의 의결을 거쳐 임명되는 대법관, 검찰총장, 심계원장, 대사, 공사 등 기타 법률에서 지정한 공무원의 경우에는 참의원이 인준권을 가지게 되었다(제42조의2). 그래서 감사원장에 해당하는 심계원장의 임명에 국회가 인준권을 가지게 되었고, 대법원장은 물론 대법관의 임명에 대해서도 국회가 관여할 수 있게 되었다. 그 밖에 헌법위원회, 탄핵재판소는 제1차개정헌법과 변함없이 운영되었다.

(3) 탄핵소추에 관한 권한

제2차개정헌법에서 국회의 탄핵소추요건은 완화된다. 이전에는 민의원 50인 이상의 발의가 요구되었으나 민의원 30인 이상의 발의만 있으면 되었고, 의결조건도 재적의원 3분의 2 이상 출석, 출석의원 3분의 2 이상 찬성이 요구되었으나 재적의원 과반수 찬성이면 탄핵소추의결을 할 수 있게 개정되었다(제46조).

나. 입법에 관한 권한

(1) 헌법개정에 관한 권한

헌법개정권한은 여전히 국회에서 가지고 있었다. 그러나 헌법개정안 발의에 있어서 대통령과 국회는 물론, 국민들도 참여할 수 있도록 헌법이 개정된다(제98조 제1항). “대통령, 민의원 또는 참의원의 재적의원 3분의 1이상 또는 민의원의원선거권자 50만인 이상의 찬성으로써” 헌법 개정의 제안이 가능하게 되었다. 그 외 절차는 제1차개정헌법과 다르지 않은데, 비록 이렇게 개정된 헌법이라도 제2차개정헌법 제7조의2에 규정된 국민투표로써 소급하여 무효로 만들 수 있었다(제98조 제5항 단서). 이는 또한 개폐 불가능한 헌법개정의 한계조항이 된다(제98조 제6항).

(2) 거부된 법률안 재의결 요건

제2차개정헌법에서도 국회에게 입법권이 있고 대통령에게 법률안 제출권 및 거부권이

있다는 점은 변화가 없었다. 다만, 거부된 법률안을 재의결할 때 요구되는 특별 의결정족수가 완화되었다. 대통령이 이의서를 부하여 국회로 환부한 법률안은 각원에서가 아니라 각원 재적의원 3분의 2이상이 출석한 양원합동회의에서, 출석의원 3분의 2이상이 아니라 과반수의 찬성으로 재의결된다(제40조 제2항).

그 밖에 입법에 관한 사항은 변화되지 않았다. 다만, 국무총리제가 폐지되어 당연히 총리령에 관한 규정도 삭제되었다(제74조).

다. 국민투표제

제2차개정헌법의 가장 중요한 특징 중의 하나는 국민의 직접참여가 확대되었다는 점이다. 앞의 헌법개정도 뒤집을 수 있었던 국민투표의 절차는 제1장 총강에서 규정하고 있었다.

국민투표사안은 우선 대한민국의 주권제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대 사항이고, 국민투표의 발의권자는 국민이다. 주로 국회의 의결에 대해 국민이 직접 이를 심판하는 형태로 이뤄진다.[10] 일단 해당 중대 사항에 관하여 국회의 가결이 있은 후 1개월 이내에 민의원의원 선거권자 50만인이상의 찬성으로 국민투표는 발의된다. 그리고 국민투표를 거쳐 국민투표에 의한 찬성을 얻지 못한 국회의 가결사항은 소급하여 무효가 된다.

Ⅳ. 제2공화국 헌법(제3·4차개정헌법)

1956년 3대 정·부통령 선거에서 부통령에 장면 민주당 후보가 자유당 후보를 누르고 당선되고, 1958년 5월 31일 구성된 제4대 민의원 선거에서 총 223석의 의석 중 자유당이 126명으로 전체의원 정수의 과반수 의석을 차지하였으나, 민주당이 79명, 무소속이 26명의 당선자를 내서 양당제 국회구도가 성립된다. 이에 위기를 느낀 자유당 정권은 1960년 제4대 정·부통령선거에서 이승만과 이기붕의 당선을 위해 3·15 부정선거를 저

10) 1954년의 헌법개정 초안 작성에서 가장 쟁점이 된 것은 중요사안에 대한 국민투표보다 국회의원 소환제였다고 한다. 국회의원 소환제는 이미 이승만이 1952년 헌법개정 직후부터 요구하여 오던 터였지만, 자유당 내부에서의 반발은 물론 무소속의원의 설득차원에서 국회의원 소환제는 개헌안 작성당시 철회된다. 이런 배경 속에서 도입된 국민투표제는 여전히 국회가 가결한 사항만을 대상으로 하기 때문에 국민투표제가 결국 국회의 신임을 묻게 된다는 점에서 문제가 되었다. 정상우(전주), 237-238.

지르는데, 이는 4·19 혁명으로 연결되고, 결국 이승만 대통령이 하야하게 되면서 제1공화국은 붕괴된다.

부통령의 사임, 대통령의 하야로 일단 수석국무위원이며 외무장관인 허정을 수반으로 하는 과도정부가 구성이 되고, 민주당 내 구파의 주장대로 과도정부기간에 개헌이 진행된다. 그리고 헌법개정안은 1960년 5월 11일 국회에 제출되고, 30일의 공고기간을 거친 후, 1960년 6월 15일 압도적인 다수로 국회를 통과, 공포되어 제2공화국 헌법이 탄생한다.

이후 1960년 10월 17일 3·15 부정선거의 원흉과 부정축재자에 대한 소급처벌의 법원을 마련하는 것을 골자로 하는 헌법부칙 개정안이 제출되어, 동년 11월 29일 제4차 헌법개정이 이뤄진다. 그러나 이 헌법개정은 단순히 부칙규정이 개정되었을 뿐 권력구조 및 정부형태상 의미있는 변화가 없었기 때문에 여기서는 다루지 아니한다.

1. 헌법규정의 편제

헌법규정체계상 조문의 순서, 위치 등에 있어서는 거의 그대로 유지되지만, 제3차개정헌법에서는 장·절 구조에 큰 변화들이 생겼다. 대표적으로 의원내각제 정부형태의 특성을 반영하여 대통령이 별도의 장으로 편성된 것을 볼 수 있다. 제3장은 그대로 국회이고, 정부는 제4장 대통령(제51조 이하) 그리고 제5장 정부(제68조 이하)로 나뉘는데, 행정권은 국무원에게 귀속되고(제68조), 대통령은 국가원수로서의 지위만 가지도록 규정하고 있다(제51조). 그 밖에 큰 변화들이 더 있었는데 그 중 하나는 3·15 부정선거에 대한 4·19 의거의 결과물로서 중앙선거관리위원회가 별도의 장으로 신설·규정된 것이다(제6장, 제75조의2). 그리고 다른 하나는 법원의 장(제7장, 제76조 이하) 뒤에 헌법재판소가 이전의 탄핵재판소와 헌법위원회의 기능에 권한쟁의심판, 정당해산심판[11] 및 선거에 관한 심판 등의 기능을 더하여 별도의 장으로 신설·규정된다(제8장, 제83조의 3).

11) 제3차개정헌법에 정당에 대한 특별한 보호(제3차개정헌법 제13조)가 최초로 규정되었는데, 이는 위 헌법재판소 관할 사항인 정당해산에 관한 심판의 전제가 된다.

2. 국회와 행정부의 구성과 운영

제2공화국 헌법은 이전의 헌법처럼 의원내각제적 요소를 받아들인 게 아니라 의원내각제 정부형태를 취하고 있었다. 따라서 제1차개정헌법처럼 국무원은 민의원에 대해 책임을 지고, 국회가 국무원을 불신임할 수 있었을 뿐 아니라, 반대로 국무원이 민의원을 해산할 수 있었다. 그리고 대통령은 국가원수의 지위로 물러났고, 행정권은 국무원에 속해 있었다.

가. 국회

4·19 혁명으로 이승만정권이 무너지고, 1960년 7월 29일에 드디어 첫 번째 참의원 선거를 처음 실시하여 양원제 국회가 구성된다. 양원제는 제2차개정헌법의 틀을 그대로 유지하지만, 의원내각제 정부형태의 특성이 반영되어 국무원의 민의원 해산권에 관한 사항들이 추가된다. 대체로 의원의 정수와 선거에 관한 사항을 이전까지 법률에 위임하고 있었으나, 제3차개정헌법에서는 참의원의원의 선거에 관하여 특별시와 도를 선거구로 하고 민의원의원정수의 4분의 1을 초과할 수 없도록 규정하고 있다(제32조 제4항). 임기는 민의원의원 4년, 참의원의원 6년이고, 참의원의원은 3년마다 의원의 2분의 1씩 개임하도록 하여 제2차개정헌법의 방식을 유지한다(제33조). 그리고 제2공화국부터는 이전에 참의원의장직을 맡았던 부통령이 없어지므로 참의원의장 1인을 참의원에서 선출하도록 개정되고, 부의장은 1인만 선출하도록 개정된다(제36조).[12)]

회기 및 임시회의 소집요건, 의장의 가부동수 결정권, 국회의 일반의결정족수 등은 기존의 형태를 그대로 유지한다. 다만, 기존보다는 민의원의 위상이 높아지는데, 의안에 관해 참의원과 민의원이 다른 의결을 하면, 양원합동회의가 아니라 민의원에 재의를 붙이고, 이 중 민의원 재적의원 과반수 출석에 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 재의결된 것으로 본다(제37조 제2항). 예산안에 관한 재의결은 제2차개정헌법의 것과 변함이 없다(제37조 제3항).

12) 초대 참의원의장은 백낙준, 부의장은 소선규였다. 제36회 참의원 제1차 본회의 회의록(1960.8.8), 국회 홈페이지 국회회의록시스템 <URL = http://likms.assembly.go.kr/record/ index.html>.

나. 대통령

대통령이 "국가의 원수"라는 규정은 우리 헌정사에 있어 의원내각제 정부형태를 취했던 제2공화국 헌법에서 최초로 등장했다. 반면, 대통령은 별도의 장에 규정되어 정부에 속해 있지 않았다. 대통령은 국무회의에 참여하지도 않았고, 제3차개정헌법 제68조 제1항은 "행정권은 국무원에 속한다."라고 규정하여 국무원인 내각에게 행정권이 있음을 분명히 하였다. 뿐만 아니라 대통령은 정당에 가입할 수도 없게 되어 있었다(제53조).

대통령의 임기는 5년이고, 1차에 한해 중임할 수 있다(제55조). 대통령 유고시에는 참의원의장, 민의원의장, 국무총리의 순위로 그 권한을 대행한다(제52조). 궐위시에는 즉시 후임자를 선거하게 되어 있다(제56조). 대통령은 국민이 직접 선출하는 것이 아니라 다시 국회에서 선출하게 된다.

대통령의 권한들은 대부분 국무회의의 의결에 의하지 않으면 집행할 수 없고,[13] 모든 국무에 관한 문서는 군사에 관한 것을 포함하여 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다(제66조). 대통령은 국무회의에 참여하지 않기 때문에, 국무회의의 의결에 의하여야 한다는 말은 매우 큰 의미가 있다. 대통령이 국무회의에 참여하여 적극적으로 의결을 제안할 수도 없고, 오직 국무회의가 대통령과 별도로 의결하면 이에 따라서 대통령이 집행할 수 있을 뿐인 것이다. 다만 대통령은 국무원의 독주를 견제하는 역할을 수행할 수 있을 뿐이다.

다. 국무원

대통령을 양원합동회의에서 선출하지만, 국무총리는 민의원에서 지명 동의를 하거나 선출한다(제69조). 국무위원은 국무총리가 임면하고 대통령은 이를 확인할 뿐이기에, 국무총리와 국무위원으로 조직된 국무원은 민의원에 대해 연대책임을 진다(제68조). 행정권은 이렇게 민의원에 대해 책임을 지는 국무원에게 속해 있고, 국무회의에서는 대통령이 아니라 국무총리가 의장을 맡는다. 국회에 대하여 의안도 국무총리가 제출하고 국무총리가 행정각부를 지휘감독한다(제70조).

13) "국무회의의 의결에 의하여"라는 문구는 제2공화국 헌법에서만 찾아볼 수 있다. 그리고 이 문구는 대통령의 장(제4장)에서만 발견된다. 제2공화국 헌법상 대통령이 국군통수권 이외에 국정에 관하여 국무회의의 의결에 의하지 않고 할 수 있는 일들은 수동적으로 국무위원의 임명이나 공무원의 임면, 대법관의 선임을 확인하는 것, 계엄선포를 거부하거나(제64조) 정부의 정당해산에 관한 소추를 승인하는 것(제13조), 의전적으로 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시하는 것(제60조), 그리고 유일하게 적극적으로 헌법재판소심판관 3인을 선임하는 것(제83조의4)이다.

국무총리 유고시에는 법률이 정하는 순위에 따라 국무위원이 그 권한을 대행한다(제70조). 그러나 국무총리가 궐위된 경우에는 국무원은 총사직을 해야 한다(제71조). 국무원은 민의원의 불신임결의가 있으면, 총사직하거나 10일이내에 민의원의 해산결의를 해야 한다(제71조). 그리고 민의원의원 총선거 직후 민의원이 새로이 구성되어 집회하면 역시 총사직해야 한다. 그러나 신임 국무총리가 선임될 때까지는 그 직무를 계속한다.

제2공화국 헌법에 따르면, 중요 국정사안들이 국무회의의 의결을 통해 처리되었는데, 이럴 경우 그 의결정족수는 매우 중요한 의미를 가질 것이다. 그런데 제2차개정헌법까지 제71조에서 규정하고 있던 국무회의의결시 의결정족수 조항이 제2공화국 헌법에서는 자취를 감춘다.

한편, 특이하게도 제2공화국 헌법은 행정각부의 조직과 직무범위에 대한 법률에 "경찰의 중립"을 보장하기 위해 필요한 기구에 관한 규정을 포함시키도록 직접 위임하고 있다(제75조 제2항).[14]

3. 국회와 행정부의 권한

가. 국정에 대한 권한

의원내각제 정부에서 민의원과 국무원은 국정에 관하여 긴밀한 관련을 맺게 된다. 정부가 법률안제출권을 가지고(제39조), 국무총리 및 국무위원 등이 가지는 국회에서의 발언권과 국회의 관계국무위원에 대한 답변요구권(제44조), 그리고 국회의 국정감사권(제43조) 등은 이전에도 있었고, 국정감사권을 제외하고는 이후에도 계속 유지된다. 그러나 이런 조항들은 대통령 중심의 정부형태를 구성하는 다른 헌법에서와는 같이 예외적인 것으로 평가되는 것이 아니라 당연히 있어야 할 규정으로 평가할 수 있다는 점에서 차이가 있다. 더구나 대통령이 이런 국정운영에 있어서 대부분 배제된다는 점, 그리고 행정부의 조직 및 구성에 있어서 국무원은 민의원에 대해 연대책임을 지고, 민의원이 해산된 경우가 아니면 국무위원의 절반 이상은 반드시 국회의원으로 구성되어야 한다는 점(제69조) 등은 대통령이 아니라 국회가, 그 중에서도 법률안과 예산안을 처리하는 민의원이 국정 전반에 광범위한 영향을 미칠 수밖에 없는 구조를 만든다.

14) 지난 이승만 정권에서 관권선거를 주도하고 4·19혁명 당시 국민들을 과잉 진압한 것은 경찰력이었다.

나. 인사에 대한 권한

(1) 대통령의 선출

대통령은 양원합동회의에서 제적국회의원 3분의 2이상의 득표로 선출된다. 재적의원 3분의 2를 득표한 자가 없을 때에는 2차투표를 행하고 2차투표에서도 당선자가 없을 때에는 재적의원 3분지2 이상의 출석과 출석의원 과반수의 투표를 얻은 자를 당선자로 정했다(제53조). 그리고 양원합동회의에서 대통령은 취임선서를 하게 된다(제54조).

(2) 행정부 구성에 관한 권한

헌법상 행정권이 부여된 국무원의 의장이 될 국무총리는 일단 대통령이 민의원의원 총선거 후 처음으로 민의원이 집회한 날로부터 5일 이내에 지명하고 24시간이후 48시간이내에 민의원이 동의해야 한다(제69조). 그러나 민의원이 동의하지 않은 경우, 5일 이내에 대통령이 다시 2차 지명을 하고 이에 대해서도 민의원이 동의하지 않으면, 5일 이내에 민의원이 국무총리를 선출한다. 대통령이 5일 이내 2차 지명을 하지 않아도, 역시 민의원에서 국무총리를 선출한다. 국무총리 임명에 관하여 민의원이 대통령보다 더 유력한 지위에 있는 것을 확인할 수 있다.

국무위원은 국무총리가 임면하고 대통령의 확인을 받는다(제69조). 이렇게 구성된 국무원은 국무총리가 궐위되면 총사직해야 한다(제71조). 한편, 민의원은 국무원에 대해 재적의원 과반수의 찬성으로 불신임결의를 할 수 있고, 민의원이 조약비준동의안을 부결하거나 총예산안을 법정기일내에 의결하지 않은 경우에도 국무원에 대한 불신임결의로 간주된다(제71조). 불신임결의안이 가결되거나 그것으로 간주되는 사태가 발생하면, 국무원은 10일 이내에 민의원을 해산결의를 하거나 총사직해야 한다. 행정각부의 장은 국무위원이어야 하고 국무총리의 제청에 의하여 국무총리가 임명한다(제73조). 공무원도 기본적으로 법률에 의해 국무원에서 임면하고 이를 대통령이 확인한다(제62조).

궁극적으로 민의원에 의해 임명되는 국무총리, 그 국무총리에 의해 구성되는 국무원과 행정부, 그리고 민의원의 국무원에 대한 불신임결의권한과 민의원에 대한 국무원의 연대책임규정(제68조)은 국정운영에 있어서 민의원이 가지는 위상을 말해준다. 반면, 대통령은 수동적으로 행정부 구성과정을 확인함으로써 민의원과 국무총리에 대하여 일종의 견제자 혹은 감시자의 역할을 하는 구도이다.

한편, 민의원과는 대조적으로 참의원은 일부 행정부 구성에만 관여하는데, 주로 국무희의 의결에 의해 임면되는 검찰총장, 심계원장, 대사, 공사 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대해 인준권을 가진다(제40조의2). 이는 제2차개정헌법에서부터 참의원에 대해 인정된 권한이다.

(3) 다른 헌법기관 구성에 관한 권한

기본적으로 제2공화국 헌법에서 대법원은 선거로 선출된 대법원장과 대법관으로 구성된다. 그래서 대법원의 구성에 관하여, 민의원이나 국무원은 직접 관여하지 않는다. 그만큼 사법부의 독립은 그 어느 때 보다도 강화되었다고 볼 수 있다. 대법원장과 대법관은 법률에 따라 법관자격이 있는 자로 구성된 선거인단에 의해 자체적으로 선출되는데, 이를 대통령이 확인하고(제78조) 참의원이 이를 인준한다(제40조의2). 기타 법관은 대법관회의에서 결의하여 대법원장이 임명한다(제78조). 「대법원장및대법관선거법」이 1961년 4월 26일 제정되었지만, 짧은 제2공화국의 운명 때문에 한 번도 시행되어보지 못하고 폐지되었다.

제2공화국 헌법에서는 헌정사상 최초로 헌법재판소제도가 도입되고 기존의 탄핵재판소와 헌법위원회의 기능이 헌법재판소로 통합된다(제83조의3). 이 헌법재판소를 구성하는 심판관은 총 9인으로 각 3인씩을 대통령, 대법원, 참의원이 선임한다(제83조의4). 그래서 헌법재판소의 구성에도 대법원과 마찬가지로 실질적인 입법부인 민의원과 행정권을 가진 국무원이 직접 관여하지 않는다.[15] 심판관의 자격은 법률로 정하게 되어있는데, 1961년 4월 17일 공포된 헌법재판소법 제2조에 따르면 심판관의 자격은 "법관의 자격에 있는 자 중에서 선임한다."고 한다. 그러나 이 역시 한 번도 시행되어보지 못하고 폐지되었다.

3·15 부정선거에 대한 반발로 시작된 4·19 혁명으로 탄생한 제2공화국 헌법은 그런 역사적 배경을 반영하듯 선거관리에 관하여 별도의 장을 두고 있다. 제6장 중앙선거관리위원회가 바로 그것인데, 중앙선거관리위원회의 구성에 있어서도 역시 국회 및 행정부가 관여하지 못한다. 중앙선거관리위원회는 대법관 중에서 호선한 3인과 정당에서 추천한 6인의 위원으로 조직한다. 그리고 위원장은 대법관인 위원 중에서 호선한다(제75조의2).

15) 현행헌법에서도 대통령, 국회, 대법원장이 헌법재판소 구성에 관여하지만, 제2공화국의 대통령, 참의원, 대법원과는 전혀 다른 의미를 띈다. 의전적인 국가원수의 지위에 있는 제2공화국의 대통령과 행정부의 수반인 현행헌법의 대통령이 다르고, 실질적인 입법권자인 민의원에 대한 견제의 의미가 강한 제2공화국의 참의원과 입법권자인 현행헌법의 국회가 다르고, 선거로 선출되는 제2공화국의 대법원과 대통령이 임명하고 국회가 동의한 현행헌법의 대법원장은 또 서로 다른 의미를 가진다. 헌법재판소 구성방식에 있어서 현행헌법의 방식이 헌법재판기관의 구성에 대한 삼권의 개입이라는 의미가 강하다면, 제2공화국의 방식은 사법부의 독립이라는 의미가 훨씬 더 강하다.

(4) 탄핵소추에 관한 권한

대통령, 헌법재판소심판관, 법관, 중앙선거관리위원회위원, 심계원장, 기타 법률에서 정하는 공무원에 대하여 국회는 탄핵 소추를 결의할 수 있다(제46조 제1항). 제2차개정헌법에서와 같이 탄핵소추의 발의는 민의원에서 민의원의원 30인 이상이 하고, 소추결의는 양원에서 각각 재적의원의 과반수 찬성으로 한다(제46조 제2항). 헌법 조문만 살펴보면, 탄핵의 대상이 되는 사람 중에는 국무원의 구성원인 국무총리나 국무위원을 찾아 볼 수 없고, 탄핵소추 발의는 민의원에서 한다. 탄핵소추의 대상이 되는 사람들을 보면, 대통령을 제외하고는 그 선임에 있어서 민의원이 직접 관여한 사람들이 아니다. 사실 정확히 말하면, 대통령도 민의원이 아니라 양원합동회의에서 선출한다.

한편, 탄핵소추가 결의되면 그 대상자의 권한행사가 정지된다(제47조). 이 규정은 제2공화국 헌법에서 처음 등장하는 조항이다. 앞서 살펴본 대로 탄핵소추의 대상 중에 행정부인 국무원과 관련된 사람이 없다는 점에서 이때의 탄핵소추대상자의 권한행사 정지규정은 국정공백을 일으킬 위험이 적었다는 점에서 주목할 만하다.

(5) 국회해산권

제2공화국 헌법에 따르면, 국무원은 민의원이 불신임결의를 하거나 그리 한 것으로 간주할 수 있을 때, 민의원을 해산할 수 있다(제71조). 이는 국회의 집권내각에 대한 불신임결의권한에 대응하는 내각의 권한으로서 의원내각제 정부형태에서 전형적으로 찾아볼 수 있는 모습이다. 민의원이 해산되면, 해산된 날로부터 20일 이후 30일 이내에 민의원의원총선거를 실시해야 한다(제35조의2). 참의원은 폐회되지만, 필요한 경우 국무총리가 소집 요구를 할 수 있다.

다. 입법 및 재정에 관한 권한

(1) 입법에 관한 권한

헌법개정에 관해서는 제2차개정헌법과 다름없다. 대통령, 민의원 또는 참의원 재적의원 3분의 1이상, 그리고 유권자 50만인 이상이 헌법개정의 제안을 할 수 있고, 양원에서 각각 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 헌법개정안은 의결된다. 국회의 이 결정에 대해서도 국민들은 이의를 제기할 수 있었고 국민투표에 의해 부결되면 그 의결은 소급 무효가 될 수 있었다(제98조).

법률안제출은 국회와 정부에서 할 수 있다(제39조). 재적의원 과반수 출석, 출석의원 과반수 찬성이라는 일반정족수로 법률안은 각원에서 의결된다(제37조 제1항). 이렇게 국

회에서 의결된 법률안을 대통령이 공포하지만, 대통령에게는 거부권이 없다(제40조). 대신 민의원의 독주에 대해서는 참의원이 견제를 한다. 참의원은 민의원과 다른 의결을 하거나(제37조 제2항) 60일 이상 의결하지 아니하면(제39조), 민의원에서 가결된 법률안은 부결된다. 이 경우 민의원에서 그 법률안을 재의하게 되고, 이때에는 특별정족수가 요구된다. 민의원의 재적의원 과반수 출석에 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재의결된다(제37조 제2항).

대통령에게 행정권이 없기 때문에 대통령은 대통령령을 발할 권한이 없다. 대신 국무총리가 국무회의 의결을 거쳐 국무원령을 발한다(제70조). 부칙규정에 의해 기존의 대통령령은 모두 국무원령으로 간주된다(부칙 제4호). 행정각부장관은 변함없이 직무에 관해 직권 또는 특별한 위임을 받아 부령을 발할 수 있다(제74조).

(2) 재정에 관한 권한

예산편성권은 정부에서 있고, 예산안은 먼저 민의원에 제출된다(제39조). 예산안에 대해서도 민의원의 독주를 참의원이 견제를 할 수 있다. 이 경우 비록 참의원은 불과 며칠 정도 그 처리를 지연시키는 역할 밖에 할 수 없었지만(제71조, 제94조), 예산안이 회계연도가 개시되기 전에 통과되지 못하면 국무원에 대한 불신임결의로 간주되기 때문에 이는 국무원과 민의원에 대한 강력한 견제수단으로 작용할 수 있었다. 보통 참의원에서 부결되면 민의원에서 재의결 할 때 특별정족수가 요구되는데, 예산안의 경우에는 다르다. 민의원에서 가결된 예산안이 참의원에서 부결되거나 20일 이내에 참의원 의결이 없으면 부결된 것으로 간주되어 민의원에서 재의결되는데, 이때는 특별정족수가 요구되지 않는다(제37조 제3항, 제39조). 그러니까 결국 참의원에 의해 내각이 총사퇴하거나 민의원이 해산되지 않으려면 회계연도가 개시되기 한 달 전에는 예산안을 심의 의결해야 했다.

회계연도 개시되기 전에 예산안이 통과되지 못하면, 민의원이 해산되거나 국무원이 총사퇴해야 하기 때문에, 만약 민의원이 해산된다면 가예산의 의결이 불가능하다. 그래서 '가예산제도'는 폐지되고 일정 항목에 한해 전년도 예산에 준하여 지출되는 '준예산제도'가 도입된다(제94조). 즉 공무원 봉급과 사무처리에 필요한 기본 경비, 법률에 의해 설치된 기관과 시설의 유지 및 법률상 지출의무가 있는 경비, 그리고 전년도 예산에서 승인된 계속사업비에 한하여 전년도 예산에 준하여 지출할 수 있게 되었다. 이 준예산제도는 이후 정부형태가 바뀌어도 계속 유지된다.

민의원이 해산된 경우 정부는 다시 예산안을 제출해야 하고, 민의원의원 총선거 후 첫 집회로부터 2개월 안에 예산안을 심의 결정하여야 한다. 이 경우, 참의원은 10일 이내에

의결하지 않으면 부결한 것으로 간주된다.

기타 예비비, 계속비, 국채발행 등에 관한 국회의 의결권한에 관해서는 변함이 없다.

라. 긴급권

국무회의 의결에 따라 대통령은 내우, 외환, 천재, 지변 또는 중대한 재정, 경제상의 위기에 대하여 긴급한 조치를 할 필요가 있을 때, 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 긴급재정처분을 할 수 있다(제57조). 제헌헌법과는 달리 제2공화국 헌법에서는 "국무회의의 의결에 의하여"라는 문구가 삽입되었는데, 주지하듯이 그 의미는 사뭇 강하여 '국무회의의 의결에 따라서'라고 해석하는 것이 더 정확할 것이다. 즉, 대통령이 주도하여 긴급재정처분을 하고 국무회의가 수동적으로 그에 관한 의결을 하는 것이 아니라 오히려 국무회의가 주도하여 의결하면 대통령이 수동적으로 해당 처분을 해야만 하는 것으로 해석될 수 있다는 것이다. 게다가 대통령은 법률의 효력을 가지는 긴급재정처분을 위한 명령을 발할 수 없고 그에 관한 명령은 국무총리가 발하게 되어 있다. 오히려 대통령이 해당 처분을 "할 수 있다"라고 규정한 것은 대통령이 국무총리나 국무원의 독주를 견제할 수 있게 하기 위한 장치로 보여 진다.

이 처분과 명령은 즉시 국회에 보고되고 승인을 받아야 하는데, 민의원이 해산된 상태라면 참의원의 승인을 받아야 한다(제58조). 만약 국회가 승인하지 않으면, 그때부터 해당 긴급재정처분과 명령은 효력을 상실한다.

계엄도 제헌헌법과 마찬가지로 대통령이 국무회의 의결에 의하여 선포한다. 국무회의에서 계엄안이 의결되면 대통령은 이를 선포해야 하는 위치에 있는 것이다. 그러나 계엄선포가 부당하다고 인정될 경우, 대통령은 국무회의의 의결에 불구하고 계엄선포를 거부할 수 있다(제64조). 제2공화국 헌법에서는 계엄이 선포된 경우, 법률이 정하는 바에 의하여 국민의 권리와 행정기관 및 법원의 권한에 관하여 특별한 조치가 취해질 수 있다는 내용이 규정에 추가된다. 이는 예전에 계엄법으로만 규제되던 내용들을 헌법차원에서 유보해 놓은 것으로 평가할 수 있다.

마. 외교·국방에 관한 권한

국무회의의 의결에 따라 대통령은 조약의 비준하고, 외교사절의 신임접수하며, 선전포고 및 강화를 행한다(제59조). 제헌헌법과 마찬가지로 국회는 각종 조약에 대하여 동의권을 가지는데, 조약에 대한 동의가 국회에서 부결된 경우에도 국무원에 대한 불신임결의가 된 것으로 간주된다(제71조).

한편, 제2공화국 헌법에서 대통령은 제헌헌법에서와 마찬가지로 직접 국군을 통수하는데, "헌법과 법률의 정하는 바에 의하여"라는 문구가 추가된다(제61조).

바. 기타

(1) 영전수여 및 사면권

대통령은 "국무회의의 의결에 의하여" 훈장 기타 영예를 수여한다(제65조). 그리고 역시 "국무회의의 의결에 의하여" 그리고 법률에 정해진 바에 의하여 사면, 감형 및 복권을 명한다(제63조). 물론 일반 사면의 경우 국회의 동의를 얻어야 한다.

(2) 국민투표제

제2차개정헌법에 도입된 국민투표제도는 제2공화국 헌법에서도 그대로 유지된다.

(3) 정당해산소추권

제2공화국 헌법에서 최초로 정당은 국가의 보호를 받는 존재가 된다. 이는 국민의 언론자유를 보호한다는 측면에서 헌법에 도입된 것이었기 때문에 국민의 권리와 의무의 장(제2장)에 있는 제13조에서 언론·출판·집회·결사의 자유와 함께 규정된다. 이 조항에 따르면, "정당의 목적이나 활동이 헌법의 민주적 기본질서에 위배될 때" 정부는 대통령의 승인을 얻어 국무회의 의결로써[16] 헌법재판소에 정당의 해산을 소추할 수 있고, 헌법재판소는 판결로써 정당의 해산을 명할 수 있다. 정당의 해산과 관련하여 정부에게는 소추권이 있고, 대통령에게는 그 소추에 대한 승인권이 있으며, 헌법재판소에게는 그에 대한 심판권이 있는 것이다.

Ⅴ. 제3공화국 헌법(제5·6차개정헌법)

제2공화국은 1961년 5월 16일에 일어난 군사쿠데타로 중단된다. 쿠데타로 군부가 집권하면서 헌법은 정지되었고, 국회 및 지방의회는 해산되었으며, 법원의 기능도 잠시 중단된다. 이틀 뒤에 장면 총리는 마지막 국무회의를 열고 계엄을 추인하면서 정권을 군사

16) 정당해산에 관한 사항은 국무회의 의결사항이다(제3차개정헌법 제72조 14호).

혁명위원회에 이양한다. 이렇게 헌법이 중단된 상태에서 군사혁명위원회의 후신인 국가재건위원회는 동년 6월 6일 국가재건비상조치법을 공포한다. 국가재건비상조치법은 국가재건최고회의를 만들고 그것을 임시적이지만 대한민국 최고의 통치기관으로 만들었다(국가재건비상조치법 제2조). 그리고 국민의 기본권마저도 이 법에 저촉되지 않는 범위에서만 존중되었다(국가재건비상조치법 제3조). 국가재건비상조치법은 통치구조의 측면에서 그리고 기본권의 측면에서 실제로 제2공화국 헌법을 대신하고 있었다. 즉, 국가재건비상조치법이 공포되면서 제2공화국 헌법은 끝이 났다고 볼 수 있었다.[17)]

국가재건비상조치법의 국가재건최고회의는 제2공화국 헌법 하에서 국회가 가지고 있었던 권한들을 대신했다(국가재건비상조치법 제9조). 입법기능을 수행했고 예산안을 의결했다. 그리고 국가재건회의가 내각을 구성하고 해임할 수 있었으며, 내각은 국가재건최고회의에 대하여 연대책임을 졌다(국가재건비상조치법 제13조, 제15조). 그러나 내각은 국가재건최고회의를 해산할 수는 없었다. 사법부의 인적구성에 관해서도 강력한 영향력을 행사했다. 대법원장과 대법관에 대한 제청권을 가지고 있었고(국가재건비상조치법 제18조), 그 밖의 법관의 임용 및 보직에 관해서는 승인권한을 가지고 있었다(국가재건비상조치법 제19조). 한편, 국무회의 의결사항이었던 군사 및 사면 등의 사안도 국가재건최고회의 의결사항이 되었고, 참의원의 권한이었던 검찰총장, 심계원장 등 각종 고위인사에 대한 인준권도 국가재건최고회의의 의결사항이 되었다(국가재건비상조치법 제12조). 실제로 국가재건비상조치법은 거의 모든 권력을 국가재건최고회의에게로 집중시켰고 이 비상조치법에서 권력분립은 기대할 수 없었다.[18)]

1962년 7월 11일 국가재건최고회의는 헌법심의위원회라는 특별위원회를 구성하여 1963년 여름에 정권을 이양한다는 목표 하에 새로운 헌법을 만드는 작업에 착수한다. 이렇게 헌법안을 마련하는 한편, 국가재건비상조치법을 개정하여 제2공화국 헌법에는 없던 헌법개정을 위한 국민투표절차를 추가하고 1962년 10월 12일 국민투표법을 제정·공포한다. 그리고 1962년 11월 5일, 헌법개정안은 국가재건최고회의에 정식 상정되고 찬성·발의된다. 30일의 공고기간이 지난 후인 12월 6일 경비계엄은 해제되고, 헌법개정안은 다시 국가재건최고회의에서 가결되어 드디어 12월17일 국민투표에 회부된다. 1962년 12월 22일, 사상 처음으로 국민투표를 통해 헌법개정안은 가결되고, 12월 26일 제3공화

17) 김영수(주 1), 506.

18) 최대권(주 2), 92.

국 헌법은 공포된다. 이것이 비록 헌법 개정이라고 하는 절차를 밟았다하나 기존의 헌법을 정지시키고 새로운 헌법개정절차를 국가재건비상조치법에 규정하여 그에 따라 개정했기 때문에 거의 새로운 헌법을 제정한 것이라고 보아도 무방할 것이다.[19]

전체적으로 제3공화국 헌법은 비교적 순수한 대통령제 정부형태를 골자로 하고 있었다.[20] 국회 운영의 합리화를 강조하면서, 양원제도 버리고 단원제로 돌아간다. 그리고 정당국가를 지향하면서 국민대표의 정당기속을 제도적으로 강화시켰으며 상대적으로 법원중심으로 사법권을 강화했다.

한편, 1969년에 제3공화국 헌법에 따라 제6차 헌법개정이 있었는데, 대통령의 중임제한규정이 3선까지 가능하도록 변경하는 것을 주요 골자로 하는 것이었다. 그와 함께 통치기구의 장에서 국회의원 정수범위의 상한선과, 국회의원의 국무총리 및 국무위원 겸직금지규정, 그리고 국회의 탄핵소추요건도 변경되었다. 제6차개정헌법은 통치구조상 중요한 변화가 없어서 별도로 다루지 않고 제3공화국 헌법으로서 제5차개정헌법과 함께 서술할 것이다. 헌법조문은 제5차개정헌법을 기준으로 한다.

1. 헌법규정의 편제

제5차개정헌법에는 제3장 통치기구라는 하나의 장에 국회(제1절, 제35조 이하), 정부(제2절, 제63조 이하), 법원(제3절, 제96조 이하), 선거관리위원회(제4절, 제107조 이하) 지방자치(제5절, 제109조 이하)에 관한 절들이 규정된다. 이전까지와는 달리 국회의 재정에 대한 권한 규정들이 별도의 재정의 장에서 국회의 규정들 속으로 들어갔으며, 회계감사기관인 심계원은 직무감찰기능이 더해져 감사원으로서 재편되어 정부의 규정들 속에 들어간다.

대통령은 다시 정부의 한 부분으로 구성되었고 국무원은 국무회의로 고쳐졌다. 그래서 제2절 정부는 대통령(제2절 제1관, 제63조 이하), 국무회의(제2절 제2관, 제83조 이하), 행정각부(제2절 제3관, 제88조 이하) 그리고 감사원(제2절 제4관, 제92조 이하)의 순서로 구성된다. 그리고 대통령 자문기구인 국가안전보장회의(제87조)는 헌법에 처음으로

19) 김영수(주 1), 505; 문홍주, 한국헌법, 해엄사, 1988, 116면; 김철수, "주권·헌법제정권력·헌법개정권력", 법조 1977년 3월호 참조.

20) 최대권(주 2), 93.

등장하여 의결기관에서 심의기관으로 성질이 바뀐 국무회의와 함께 규정된다. 제3차개정헌법에 등장했던 헌법재판소는 없어지고, 위헌법률심사기능(제102조)이나 정당해산에 관한 심판(제103조) 등이 법원으로 흡수된다. 그리고 다시 탄핵심판위원회(제62조)가 국회의 장에 규정된다.

2. 국회와 행정부의 구성과 운영

가. 국회

제5차개정헌법에서 양원제 국회는 폐지되고 다시 제헌헌법과 같이 단원제 국회로 구성된다. 이후 다시는 우리 헌법에서 양원제를 채택하지 않았다. 1963년 12월 17일, 1961년 5월 16일 양원제 국회가 해산된 이후 만 2년 7개월만에, 그리고 제5차개정헌법이 만들어지고 그 헌법이 부칙에서 정한시한인 1년이 거의 다되어서야 가까스로 제6대 국회가 구성된다(부칙 제6호). 국회의원의 임기는 제헌헌법에서와 같이 4년이다(제37조). 그러나 제6대 국회는 헌법부칙에 따라 그 임기가 1967년 6월 30일 종료한다.

국회의원의 정수범위도 헌법에 등장하는데 국회의원의 총수는 150인이상 200인이하로 제한된다(제36조 제2항). 그러나 1969년 제6차 헌법개정에서 국회의원 정수의 상한선은 250명으로 증가된다. 한편, 제6대 국회의원 선거서부터 정당제를 기초로 한 전국구의원 선거제도가 도입된다. 제6대, 제7대 국회는 175석의 의석 중에서 44석이 전국구의원 의석이었고, 제8대 국회는 204석의 의석 중에서 51석이 전국구의원 의석이었다.

이전까지는 국회가 상시적으로 개회되어 있는 것이 일반상식이었는데, 합리적인 국회운영을 제고한다는 명분으로 제5차개정헌법에서부터는 회기제가 도입된다(제43조). 정기회는 1년에 1회 소집되고, 120일을 초과할 수 없으며, 임시회는 30일을 초과할 수 없었다. 이 회기제 도입을 보완하기 위해 회기계속의 원칙도 헌법에 규정된다(제47조). 국회의장과 부의장은 각 1인과 2인씩을 국회에서 선출한다(제44조). 일반의결정족수는 과반수 출석에 출석의원 과반수의 찬성으로 제헌헌법 때와 같아졌다. 그러나 가부동수일 때 의장이 과거에는 결정권한을 가졌는데 제5차개정헌법 이후부터는 부결된 것으로 본다고 규정한다(제45조).

한편, 국회의원에 대해 강력한 정당기속을 요구하게 되는데, 우선 국회의원 후보자에게 소속정당의 추천을 요구해서 정당추천이 없으면 국회의원직에 출마할 수 없게 해 놓았다(제36조 제3항). 그리고 정당의 합당 또는 제명으로 국회의원의 소속이 변경된 경우를 제

외하고 국회의원이 당적을 이탈하거나 변경할 때 또는 소속정당이 해산된 경우 국회의원은 그 자격을 상실한다(제38조).

나. 행정부

대통령은 다시 헌법규정상으로는 국가원수의 지위를 상실한다. 행정부의 수반으로서 대통령은 다시 행정권의 주체가 된다(제63조). 대통령은 제1차개정헌법에서와 같이 다시 국민의 보통·평등·직접·비밀선거를 통해 선출된다(제64조). 한편, 제5차개정헌법은 대통령 후보자에게도 정당추천을 요구하여 역시 공직후보자의 정당기속을 강화한다.

대통령의 임기는 제헌헌법과 마찬가지로 4년이고 중임할 수 있다(제69조 제1항). 그러나 부통령은 없다. 대통령 유고시에는 국무총리가 권한을 대행하고, 그 다음은 법률에서 정한 국무위원의 순서대로 권한을 대행한다(제70조). 대통령이 궐위 된 경우에는 즉시 후임자를 선거하는데(제67조 제2항), 만약 궐위된 대통령의 잔여 임기가 2년 미만인 경우에는 대통령을 국회에서 선출하고, 그 이상인 경우에는 다시 선거한다(제64조 제2항). 이렇게 선출된 후임자는 전임자의 잔임기간 중에만 재임한다(제69조). 한편, 주지하듯 대통령의 중임제한규정은 1969년 10월 21일 개정되어 3선까지 가능하도록 개정된다.

행정부는 대통령을 중심으로 재편된다. 대통령은 다시 국무회의에 참여하게 되는데, 국무총리와 함께 10인이상 20인이하의 국무위원으로 구성되는 국무회의는 제5차개정헌법에서부터 의결기관에서 심의기관으로 그 위상이 변한다(제83조). 그리고 국회의 관여 없이 국무총리와 국무위원은 모두 대통령이 임명한다(제84조 제1항). 국무회의 의장은 대통령이 되고, 국무총리는 대통령을 보좌한다(제85조). 그리고 헌법상 처음으로 대통령의 자문기구인 국가안전보장회의가 심의기구인 국무회의와 함께 규정된다(제87조). 이들 헌법조항들을 종합해 봤을 때, 국무총리 및 국무회의의 위상은 제헌헌법 때보다 훨씬 더 대통령에게 종속적으로 변한다. 비록 제헌헌법에 도입되었던 부서제도가 여전히 남아있었지만(제80조), 이러한 국무총리 및 국무회의의 위상변화로 인해 부서제도가 가지는 의원내각제적 요소라는 의미도 크게 약해졌다.

한편, 제5차개정헌법부터는 기존의 심계원이 가지고 있던 회계감사권한에 행정기관 및 공무원의 직무에 대한 감찰권한을 더하여 재편된 감사원이라는 기관이 행정부의 한 부분으로 헌법에 등장한다(제2절 정부; 제4관).

3. 국회와 행정부의 권한

가. 국정에 대한 권한

국회의 국정감사권(제57조), 국무총리, 국무위원 등의 국회 출석발언권 및 국회의 출석답변요구권(제58조)은 유지된다. 그러나 국회의 국정감사권에 전에 없던 단서가 붙는데, "다만, 재판과 진행중인 범죄수사·소추에 간섭할 수 없다."는 것이 바로 그것이다.

한편, 국회는 국무총리 및 국무위원 등에게 국회에 출석답변을 요구할 수 있는데, 과거의 헌법과는 달리 일정한 자격요건이 헌법에 추가된다. 즉, 국회나 그 위원회 그리고 국회의원 30인 이상의 요구가 있을 경우에 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변해야 하는 것이다(제98조 제2항).

나. 인사에 대한 권한

(1) 행정부 구성에 관한 권한

제5차개정헌법에서는 다시 대통령을 국민이 직접선출하고 선거관리 및 당선자 공표도 예전 제1공화국 때처럼 국회에서 하지 않고 중앙선거관리위원회에서 맡는다. 대통령은 국회와는 별도의 완전한 국민 대표성을 가지고 이제는 대통령 취임선서도 국회에서 하지 않는다. 국회의원과 대법원 법관을 대통령 취임식에 참석시킬 뿐이다(제68조). 그러나 예외적으로 국회는 대통령 선출에 여전히 관여하는데, 대통령이 궐위된 경우 잔여임기가 2년 미만인 때에는 국민에 의한 선거가 아니라 국회에서 선출한 사람이 후임자가 된다(제64조 제1항 단서). 이 경우 국회는 재적의원 3분의2 이상의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성을 얻은 자를 대통령 당선자로 정하는데, 3분의 2이상의 찬성을 얻은 자가 없는 때에는 2차 투표를 하고, 2차 투표에도 전항의 득표자가 없는 때에는 최고득표자가 1인이면 최고득표자와 차점자에 대하여, 최고득표자가 2인 이상이면 최고득표자에 대하여, 결선투표를 하고 이 결선투표의 다수득표자를 대통령 당선자로 정했다(제66조). 그리고 국민에 의한 선거결과 최고득표자가 2인 이상인 경우에도 국회가 대통령을 선출하게 된다(제65조). 이 경우 국회 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자가 당선자가 된다.

의원내각제를 채택한 제2공화국 헌법에서 민의원과 국무원이 인사에 관하여 상호 긴밀한 관계를 맺었던 것과는 달리 대통령제를 채택한 제5차개정헌법에서는 행정부 구성에 관하여 국회는 관여할 여지가 별로 없었다. 오로지 대통령을 위주로 하는 행정부 구성 권한이 헌법에 규정되어 있었을 뿐이다. 헌법규정들을 살펴보면, 국무총리는 국회의 동의

없이 대통령이 임명하고, 국무위원도 국무총리의 제청을 받아 대통령이 임명한다(제84조). 행정각부의 장도 국무위원 중에서 역시 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다(제89조). 공무원도 대통령이 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 임명한다(제76조). 게다가 제5차개정헌법에는 국회의원은 또한 국무총리, 국무위원의 직을 겸직할 수조차 없어서(제39조), 헌법상 행정부 구성에 국회가 직접 관여할 여지는 거의 없었다. 다만, 국회는 재적의원 과반수 찬성으로 국무총리나 특정 국무위원에 대해 대통령에게 해임건의를 할 수 있었을 뿐이었다(제59조). 이 경우 대통령은 특별한 경우가 아니면 해임건의에 응해야 했다(제59조 제3항).

대통령직속기관인 감사원의 감사원장 임명에 대해서는 국회가 관여할 수 있었는데, 감사원은 국회의 동의를 받아 대통령이 임명한 감사원장과 그 감사원장이 제청하여 대통령이 임명한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성된다(제92조, 제93조). 이러한 감사원장과 감사위원들의 임명방식은 이후 현행헌법에까지 그대로 유지된다.

한편, 1969년 10월의 제6차 헌법개정으로 위에서 언급한 국무총리 및 국무위원 등의 직을 국회의원이 겸직할 수 없다는 조항(제39조)이 그 공직의 종류를 법률에 위임하는 것으로 개정되고, 그해 11월 국회법이 곧바로 개정되어 국회의원은 국무총리 및 국무위원의 직을 겸할 수 있게 된다.

(2) 다른 헌법기관 구성에 관한 권한

대법원은 16인 이하의 법관들로 구성된다(제97조 제2항). 제2공화국 헌법에서는 사법부의 독립을 강조하여 대법원장과 대법관들을 선거인단 선거로 선출하였다. 제3공화국에서도 대법원장과 대법관 인사에는 별도의 합의체 기관인 법관추천회의가 주도적인 역할을 한다. 법관추천회의는 법관(4인), 변호사(2인), 대통령이 지명한 법률학교수(1인), 법무부장관과 검찰총장으로 구성되어 법원, 검찰, 법조계, 학계, 행정부 등의 다양한 이해관계를 대변할 수 있는 사람들로 구성된다(제99조 제4항). 대법원장은 법관추천회의의 제청으로 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하고(제99조 제1항), 대법관은 대법원장이 법관추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통령이 이를 임명해야 한다(제99조 제2항). 실제로 대법원 인사에 대통령이나 국회가 관여할 여지는 대법원장의 임명으로 한정된다.

제2공화국의 헌법재판소제도는 폐지되고 탄핵심판기능은 탄핵심판위원회(제62조)가 그 외 위헌법률심사와 정당해산심판기능은 대법원(제102조, 제103조)이 맡게 된다. 탄핵심판위원회는 위원장인 대법원장과 대법관 3인 그리고 국회의원 5인으로 구성된다. 대법원장이 탄핵심판의 대상인 경우에는 국회의장이 대법원장 대신 위원장이 된다(제62조 제2항).

중앙선거관리위원회의 구성에 제2공화국 헌법에서는 대법원과 직접 이해당사자라 할 수 있는 정당이 그 구성에 관여했었지만, 제5차개정헌법에서는 정당 대신에 국가권력기관인 대통령과 국회가 관여한다. 제5차개정헌법에 따르면, 중앙선거관리위원회는 대통령이 임명하는 2인, 국회에서 선출하는 2인 그리고 대법원 판사회의에서 선출하는 5인의 위원으로 구성된다(제107조 제2항). 위원장은 위원 중에서 호선한다.

(3) 탄핵소추에 관한 권한

탄핵소추는 제2차개정헌법 때와 같이 국회의원 30인 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 의결된다(제61조 제2항). 헌법에 규정된 탄핵소추의 대상은 "대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 법관, 중앙선거관리위원회위원, 감사위원 기타 법률에 정한 공무원"이다(제61조 제1항). 행정부, 사법부, 중앙선거관리위원회, 감사원 등 국회의 탄핵소추권은 거의 모든 헌법상 주요기관의 구성원들에게 인정되고 있다. 한편, 탄핵소추 의결을 받은 자는 탄핵결정이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다(제61조 제3항). 이는 제2공화국 헌법에서 도입된 내용과 같은 것인데, 이 이후에도 현행헌법에까지 이 규정은 그대로 남아있게 된다.[21]

한편, 탄핵소추요건은 제6차개정헌법에서 변경되는데, 다른 공무원들에 대한 탄핵소추요건에는 변함이 없으나 대통령에 대한 탄핵의 경우, 제헌헌법때와 같이 국회의원 50인 이상의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 요구된다(제6차개정헌법 제61조 제2항 단서). 이는 대통령에 대한 탄핵이 가지는 정치적인 비중과 그로 인한 국정공백의 부담이 반영된 것이라고 평가할 수 있다.[22]

다. 입법 및 재정에 관한 권한

(1) 입법에 대한 권한

제5차개정헌법에는 헌법개정절차에 있어서 몇 가지 특징적인 변화가 있는데, 첫째는 헌법개정제안을 대통령이 할 수 없게 된 것이다. 국회의 재적의원 3분의 1이상 또는 유권자 50만인 이상의 찬성으로 한다(제119조 제1항). 제2차개정헌법에서 규정했던 제안권

21) 그리고 2003년에 와서야 대통령에 대한 탄핵소추사건에서 이 규정으로 인하여 발생한 대통령의 국정공백이 문제된다.

22) 제6차개정헌법의 개정이유서 중에 보면, 당시 "국내외정세에 비추어 시급한 정국의 안정·국방태세 확립 및 지속적인 경제성장등의 제요청에 부응하기 위하여" 개헌하는 것이라고 한다.

자들 중에서 대통령만 빠졌다. 그리고 두 번째는 이전 헌법들과 마찬가지로 헌법개정안은 30일 이상의 공고기간을 거치고 국회에서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결되어야 하는데(제120조), 과거와는 달리 이로써 최종의결이 되는 것이 아니라는 것이다. 즉, 제5차개정헌법부터는 '헌법개정을 위한 국민투표제도'가 도입된다. 제2차개정헌법과 제2공화국 헌법에서는 국회의 헌법개정의결이 있으면 예외적으로 국민투표로써 이를 뒤집을 수 있게 하였으나, 제5차개정헌법부터는 정식절차로서 헌법개정안을 국민투표에 붙여 유권자의 과반수 투표에 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 최종적으로 헌법이 개정되도록 규정하고 있다(제121조).

입법권은 당연히 국회에게 있다(제35조). 법률안제출권은 정부와 국회의원에게 있고(제48조), 일반의결정족수도 주지하는 바와 같다. 제2공화국 헌법에서는 폐지되었던 대통령의 거부권은 제5차개정헌법에서 다시 도입된다(제49조). 대통령은 법률안에 이의가 있을 때, 이의서를 첨부하여 국회로 환부하고 재의를 요구할 수 있다는 부분까지는 제헌헌법과 다르지 않은데, "수정하여 재의를 요구할 수 없다"는 규정이 새로 추가된다(제49조 제3항). 국회의 재의결 요건은 제2공화국 헌법에서 참의원에서 부결된 법률안 재의결 요건과 같이 재적의원 과반수 출석에 출석의원 3분의 2이상의 찬성이 요구된다(제49조 제4항). 이 경우 재의결된 법률안을 대통령이 공포하지 않으면, 국회의장이 공포할 수 있다는 내용이 제5차개정헌법에서 처음으로 추가된다(제49조 제6항).

(2) 재정에 대한 권한

정부에게 예산편성권이 있고, 국회는 이를 심의·확정할 권한이 있다. 헌법의 예산안 처리에 관해서는 규정이 매우 구체화되었고 그 기한도 앞당겨 졌다. 예산안의 제출시한은 회계연도 개시 120일전까지이고 처리시안은 제2공화국 헌법에서는 회계연도 개시 전까지였는데 회계연도 개시 30일전까지라고 헌법에 규정된다(제50조 제2항). 그러나 실제로 제2공화국의 민의원도 회계연도개시 한 달 전에는 예산안을 처리해야 했으므로 크게 바뀐 것은 없다고 할 수도 있다. 그리고 기간 내에 예산안이 의결되지 못한 경우에는 준예산제도를 채택한다. 예비비와 계속비, 국채발행에 대한 국회의결은 역시 변함없다.

라. 긴급권

대통령의 긴급재정경제처분과 명령권은 제헌헌법에서부터 인정되어온 대통령의 긴급권과 그 내용이 다르지 않다. 그러나 제5차개정헌법에서는 새로운 대통령의 긴급권이 하나 등장한다. 그것은 국가 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어 국가를 보위하기 위해 국

회의 집회가 불가능한 경우 대통령이 발하는 긴급명령권이다(제73조 제2항). 이들 모두 국회에 즉시 보고되어야 하고, 승인을 얻지 못하면 그때로부터 바로 효력이 없어진다.

계엄 선포권도 여전히 대통령의 비상시 긴급권이다. 그런데 이전에는 계엄법에 있던 내용들이 제5차개정헌법에는 헌법에 추가된다. 먼저 계엄선포의 요건(계엄법 제1조)이 헌법규정이 된다. 대통령은 "전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때" 계엄을 선포할 수 있다(제75조 제1항). 그리고 계엄의 종류도 계엄법은 비상계엄과 경비계엄 두 가지로 규정했었는데 이 또한 헌법규정이 된다(계엄법 제2조, 제75조 제2항). 계엄선포시 국회에 즉시 보고해야 하는 대통령의 의무와 국회의 계엄해제 요구가 있을 때에는 계엄을 해제할 의무도 이제는 헌법에 규정되기 시작한다(계엄법 제5조 및 제21조, 헌법 제75조 제4항와 제5항).

마. 외교·국방에 관한 권한

대통령은 제헌헌법에서와 같이 외국에 대하여 국가를 대표하고(제63조 제2항), 조약체결 및 비준에 대한 권한과 외교사절을 신임접수하며, 선전포고 및 강화를 할 수 있다(제71조). 그리고 국군통수권도 대통령에게 있다(제72조). 그리고 이들 주요 사항들은 국무회의에서 심의해야 할 사항이다(제86조 2호, 3호, 6호 등).

국회도 마찬가지로 일정한 조약들에 대해 비준동의권을 가지고 선전포고 등의 중요 군사행위에 대해 동의권을 가진다. 제5차개정헌법에서는 국회가 비준동의해야 하는 조약의 종류를 예전의 헌법보다 더 많이 나열하고 있다. "상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 국제조직에 관한 조약, 통상조약, 어업조약, 강화조약, 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 외국군대의 지위에 관한 조약 또는 입법사항에 관한 조약"이 그것이다(제56조 제1항). 또한 국방에 있어서도 국회가 동의해야 하는 사항을 더 많이 나열하는데, 선전포고 이외에도 "국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국영역안에서의 주류"에 관해 국회가 동의권을 가진다고 규정한다(제56조 제2항).

바. 기타

정부는 대법원에 정당의 해산을 제소할 권한이 있고(제7조 제3항), 대통령은 영전수여 및 사면권이 있고 일반사면에 관해서는 국회의 동의를 얻어야 한다(제77조 제78조).

Ⅵ. 제7차개정헌법

1972년 박정희 대통령은 대국민특별담화를 통해 대통령의 국민 직선제 헌법을 폐지한다. 10월 17일 대통령은 비상계엄을 선포하고 국회를 해산하고, 정치활동을 중단시키면서 국회의 기능을 비상국무회의에게로 전환시킨다. 이렇게 박정희 대통령의 소위 '10월 유신'은 단행되고 제3공화국 헌법도 새로운 헌법체제를 형성하기 위해 정지된다.

국회의 기능을 받은 비상국무회의에서 1972년 10월 23일 비상국무회의법, 국민투표에관한특별법, 선거관리위원회에관한특별법 등을 통과시켜 헌법개정을 위한 사전 준비 작업을 진행해간다. 그리고 10월 27일, 비상국무회의는 헌법개정안을 의결·공고하고, 11월 21일에 국민투표가 실시되어 헌법개정안이 마침내 확정된다. 그리고 12월 27일 제7차개정헌법은 공포·시행된다.

1. 헌법규정의 편제

유신헌법이라고도 하는 제7차개정헌법은 제3장에 그동안 볼 수 없었던 통일주체국민회의(제35조 이하)라는 주권행사기관으로서의 최고권력기관을 등장시킨다. 권력기관 중 제일 앞에 규정된 통일주체국민회의는 대통령의 선출 및 국회의원 3분의 1의 선출을 담당하고 통일정책에 관하여 심의하는 기관이다. 제4장은 대통령(제43조 이하)이다. 대통령은 제2공화국에서와 같이 다시 정부의 장과 독립하여 규정되고 국가원수로서의 지위를 인정받는다(제43조). 제5장은 정부로 제1절 국무총리와 국무위원(제63조 이하), 제2절 국무회의(제65조 이하), 제3절 행정각부(제68조 이하), 그리고 제4절 감사원(제71조 이하)으로 구성된다.

제6장은 국회(제75조 이하)가 그리고 제7장은 법원(제100조 이하)이 뒤를 따른다. 제헌헌법부터 제6차개정헌법까지는 국회가 정부의 앞에 나오는 구조를 유지했었다. 그러나 제7차개정헌법에서는 정부와 국회의 순서가 처음으로 바뀐다. 국회는 제6장에 배치되어 정부에 소속되어 있는 감사원보다도 뒤에 배치된다. 이와 같이 대통령과 정부가 국회 앞에 오는 편제는 프랑스 제5공화국헌법에서도 찾아 볼 수 있지만, 보통은 의회가 정부보다 앞에 위치하는 것이 일반적인 편제라는 점에서 매우 특수한 편제라 할 수 있다.

그 다음 장은 헌법위원회(제8장, 제109조 이하)인데, 탄핵심판위원회와 법원의 헌법재판기능이 다시 하나로 모아지게 된다. 헌법위원회는 위헌법률심사, 탄핵심사, 정당해산에 관한 심판을 맡는다.

2. 헌법상 권력구조의 구성과 운영

가. 통일주체국민회의

조국의 평화적 통일을 촉진하기 위해 국민적 조직체로서 "국민의 주권적 수임기관"인 통일주체국민회의가 헌법에 등장한다(제3장). 공산권 국가의 소비에트 혹은 전국인민대표자대회와 비슷한 형태의 기관으로서 통일에 관한 주요정책을 다루지만 동시에 국민대표기관인 대통령과 국회의원 정수의 3분의 1을 선출하는 기관이면서, 국회의원이 제안하는 헌법개정안을 최종 의결할 권한을 가진 기관이기도 하다. 제7차개정헌법에서 이 통일주체국민회의의 활동에 붙이는 수식어는 "국민의 총의", "국민주권", "국론통일" 등으로 마치 2,000명에서 5,000명 정도의 대의원들이 국민주권을 대신하는 것처럼 서술하고 있다(제35조, 제37조, 제38조).

통일주체국민회의의 대의원들은 국민에 의해 선출되고 그 임기는 6년이며, 정당 가입이 금지되는 등 한시적으로 소집되는 기관이 아니다. 통일주체국민회의는 대통령을 선출하고 대통령은 통일주체국민회의의 의장이 된다(제36조, 제37조). 통일정책에 관한 통일주체국민회의의 재적대의원 과반수의 찬성은 곧 국민의 총의로 간주되고(제38조 제2항), 역시 같은 정족수의 의결이면 대통령도 선출하고 헌법도 개정할 수 있다(제39조, 제41조).

나. 대통령

대통령은 제2공화국 이후에 다시 국가원수의 지위를 가지게 된다. 하지만, 제2공화국 때와는 달리 대통령은 국가원수인 동시에 행정권의 주체가 된다(제43조). 제7차개정헌법에서 대통령은 행정부의 수반이면서, 통일주체국민회의의 의장이고, 동시에 국가원수로서 입법부, 사법부에 대해서도 막강한 영향력을 행사하고 필요하다면 국민에게 직접 국가중요정책에 관하여 국민투표로써 물어 볼 수 있는 존재가 된다. 일종의 조국의 평화통일을 위한 "영도적 지도자"로서 대통령에게 막강한 권한이 집중된 권력구조라고 볼 수 있다. 이와 같은 권력집중 및 국가권력의 불균형은 헌법의 통치구조에 관한 조항들 전반에서 찾아 볼 수 있다.[23]

23) 김영수(주 1), 568.

대통령의 임기는 4년에서 6년으로 연장되고, 중임이나 연임제한 같은 것은 헌법에서 찾아 볼 수 없다(제47조). 대통령 유고시에는 제3공화국과 같이 국무총리가 그 다음에는 법률에 정한 국무위원의 순위대로 권한을 대행한다(제48조). 대통령이 궐위된 경우 통일주체국민회의에서 3개월 내 후임자를 선거하고 이렇게 선출된 후임자는 전임자의 잔임기간 중에만 재임한다(제45조). 그리고 잔임 기간이 1년 미만인 경우 후임자를 선출하지 않는다고 규정하여(제45조 제3항), 이 경우에는 정식 대통령 선거를 진행하는 것으로 보인다.

다. 행정부

대통령은 국가원수이지만 제3공화국에 확립된 대통령의 행정부에 대한 수반으로서의 지위는 그대로 유지된다. 국무회의는 심의기관일 뿐이고, 국무총리는 대통령을 보좌하고, 부서제도가 있으나 그렇게 큰 의미가 없다. 이렇게 대통령의 권한행사에 있어서는 의미 있는 변화가 없었으나, 그래도 대통령이 행정부에서 벗어나 국가원수의 독립된 지위를 가지게 되어서인지, 의원내각제적인 요소가 많이 발견된다. 우선 행정부 인사 구성에 국회가 관여할 수 있는 폭이 넓어졌다. 국무총리의 임명에 국회가 관여할 수 있게 되었고(제63조), 국무위원도 국무총리의 제청으로 임명되며(제64조), 국회는 국무총리 및 국무위원의 해임을 건의하는 것이 아니라 의결할 수 있다(제97조). 특히, 국회가 동의하여 임명된 국무총리에 대한 해임의결은 국무위원들 모두를 해임할 수 있도록 하여 마치 국무원에 대한 불신임결의와 비슷한 효력을 가지게 된다(제97조 제3항 단서).

그러나 이렇게 행정부에 대한 강력한 대통령 장악력과 이들 의원내각제적인 요소는 권력의 큰 불균형을 초래한다. 결정적으로 대통령이 국무회의의 심의를 거쳐 국회를 해산할 수 있었기 때문이다(제59조, 제66조 7호). 이 또한 의원내각제적인 요소라고 볼 수 있겠지만, 더 이상 대통령은 제2공화국과 같은 의원내각제의 대통령이 아니고, 국회도 더 이상 제2공화국의 국회가 아니었다.

라. 국회

대통령이던 박정희의 1972년 10월 특별담화로 제8대 국회는 1년 3개월 17일 만에 강제 해산되고, 다시 유신체제하에서 1973년 3월 12일에 제9대 국회가 구성된다. 유신헌법 하에서 국회의 지위는 입법자로서의 지위를 유지하기는 하지만 통일주체국민회의와 국가원수인 대통령에 비하면 국민대표성 및 국민주권으로부터 좀 거리가 먼 지위를 가지게 된다. 국회의원은 여전히 국민에 의해 직접 선출되었지만, 제7차개정헌법에는 대통령이 일괄추천하고 통일주체국민회의에서 선출되는 '유신정우회' 국회의원들이 있었다. 이

들은 전체 국회의원 정수의 3분의 1이나 차지했었다(제40조). '유신정우회' 의원들은 대통령이 제출한 명단에 대해 통일주체국민회의의 재적대의원 과반수 출석에 출석대의원 과반수 찬성으로 의결함으로써 선출된다. 한편 정당 명부를 기초로 한 전국구 국회의원은 제9대 국회에서는 사라진다. 정당 명부 비례대표제는 폐지되고 그 자리를 대통령의 명부로 선출되는 유신정우회가 차지했다고 봐도 과언은 아닐 것이다. 그리고 국회의원 임기는 과거 4년에서 6년으로 연장되었다(제77조). 국민들이 국회의원 선거에 참여할 기회가 그만큼 줄어들었다. 대신, '유신정우회' 국회의원의 임기는 3년이었다. 대통령은 국민보다 더 자주 국회의원들을 바꿀 수 있었던 것이다.

유신헌법에서는 국회의 회기일수에 대한 제한도 변칙적으로 강화되는데, 국회의 활동을 크게 제약하는 연간 총 회기일수의 제한이 이때 처음 도입된다. 정기회의 회기는 120일에서 90일로 줄었고 임시회는 그대로 30일간 열 수 있었지만, 연간 총 회기일수가 150일을 초과할 수 없도록 규정하고 있어 국회의 활동은 크게 제약될 수밖에 없었다(제82조 제3항). 그리고 임시회 소집요건도 국회의원의 경우에는 더 강화되어, 재적의원 3분의 1의 요구가 있어야 임시회를 소집할 수 있었다(제82조 제1항). 이 재적의원 3분의 1이란 정수는 민선 국회의원의 절반, 유신정우회 의원 전부와 같은 수이다. 한편, 대통령이 소집한 임시회는 정부가 제출한 의안만 처리해야 하며 대통령이 정한 기간 동안만 개회하는 제약이 있다(제82조 제4항, 제5항). 대신에 대통령이 소집한 임시회는 위 회기제한일수에 포함되지 아니한다(제82조 제3항 단서). 이 규정을 종합해 보면, 결국 국회의 국회의원이 자체적으로 소집할 수 있는 회기는 제한되어 있고, 대통령이 임시로 국회를 소집하는 경우에는 회기제한이 없는 것이다.

제7차개정헌법에서 국회는 그 구성에 있어서도 국민 대표성을 심하게 훼손당했고 회기운영에 있어서도 대통령에 비해 낮은 지위에 있었고 심한 제약을 받고 있었다. 그러나 대통령과 국회의 관계에서 무엇보다 주목해야 할 점은 국회는 대통령에 의해 해산될 수 있었다는 것이다(제59조). 회기계속의 원칙은 유신정우회 국회의원 임기가 아니라 민선 국회의원의 임기에서 끝났지만(제86조), 대통령에 의해 국회가 해산된 경우 국회의원 임기는 물론 회기계속도 끝났다.

3. 국회 및 행정부의 권한

가. 국정에 관한 권한

제7차개정헌법에서 국정감사제도는 폐지된다. 국회나 그 위원회의 요구[24]가 있으면 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회에 출석·답변해야 했지만(제96조 제2항), 국회가 국정운영에 관하여 개입할 여지는 확실히 줄어들었다. 국무총리 및 국무위원 등에 대한 출석답변요구권도 단서조항이 붙어, 국무총리 또는 국무위원은 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 대신 출석하여 답변하게 할 수 있게 된다(제96조 제2항 단서). 이 단서조항은 현행헌법에까지 이어진다.

나. 인사에 대한 권한

(1) 행정부 구성에 관한 권한

'10월유신'으로 박정희 대통령이 헌법을 개정하면서, 헌법은 대통령을 권력의 중심에 놓게 되는데 제7차개정헌법은 대통령을 국민도 아니고, 국회도 아닌, 통일주체국민회의라는 초주권적인 회의체 기관에서 선출하게 된다(제39조). 따라서 국회는 직접적으로든 간접적으로든 대통령의 선출에 관여할 수 없게 된다.

제7차개정헌법에서 국회는 행정부 구성에 관여할 수 있게 된다. 주지하듯, 제3공화국에는 국회가 행정부 구성에 직접 관여할 수 없었다. 국무총리는 국회의 동의를 얻어야 하고 국무총리 및 국무총리의 제청으로 임명된 국무위원들에 대해 재적의원 3분의 1 이상의 발의와 재적의원 과반수 찬성으로 해임을 의결을 할 수 있다(제97조). 국무총리를 해임 의결할 경우 국무위원들도 모두 해임시킬 수 있다. 그러나 실제로 이와 같은 해임의결은 국회 해산의 위험을 감수해야 한다(제59조). 행정부의 수반인 대통령에 대한 국회의 현저하게 불균형적인 지위는 국회가 행정부 인사에 개입하는 것을 거의 무색하게 만드는 것이다.

감사원 구성방식은 제3공화국 헌법과 같다. 감사원장을 국회동의를 얻어 대통령이 임명하고, 감사위원들은 감사원장의 제청으로 대통령이 임명한다(제72조).

24) 제3공화국 헌법에 있었던 국회의원 30인 이상의 요구라는 요건은 제7차개정헌법에서 빠졌다.

(3) 다른 국가기관의 구성에 관한 권한

제2공화국과 제3공화국에서는 공히 사법부의 독립을 강조하여 대법원 구성에 있어서 되도록 법원 및 법조계의 의사가 반영되도록 제도가 구성되었었다고 평가할 만했다. 그러나 1971년 사법파동을 계기로 제7차개정헌법에서는 대통령이 사법부의 구성에 관하여 우월적 지위에 서게 된다. 일단 법관추천회의는 폐지되고 모든 법관의 임용 및 보직은 대법원장의 제청으로 대통령이 직접 한다(제103조 제2항; 1973년 법원조직법 제37조 및 제38조). 대법원장만 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명했다(제103조 제1항). 제헌헌법에서도 법관의 임용을 대통령이 했지만 법관의 보직까지 대통령이 직접하지는 않았다는 점에서 제7차개정헌법에서 사법부와 대통령의 관계도 그리 균형적이라 할 수 없었다.

제7차개정헌법에서는 대법원의 헌법재판기능은 분리되고 탄핵심판위원회가 폐지되면서 헌법위원회가 구성된다. 헌법위원회는 위헌법률을 심사하고, 탄핵심판과 정당해산심판을 담당한다(제109조). 헌법위원회의 구성방식은 현행헌법의 헌법재판소 구성방식과 같다. 9인의 헌법위원회 위원을 대통령이 임명하되, 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하는 것이다(제109조 제2항, 제3항). 이 때는 헌법위원회 위원에게 법관의 자격을 요구하지는 않았다.

중앙선거관리위원회의 구성도 헌법위원회의 구성과 같은 방식으로 구성된다. 대통령이 9인의 위원을 임명하고, 3인은 국회가 선출한 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다(제112조 제2항, 제3항). 중앙선거관리위원회 구성방식은 이후 현행헌법까지 변동되지 않는다.

(3) 탄핵소추에 관한 권한

국회는 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법위원회위원, 법관, 중앙선거관리위원회위원, 감사위원, 기타 법률에 정한 공무원이 직무집행에 있어 헌법이나 법률을 위반한 경우 탄핵소추를 의결할 수 있다(제99조 제1항). 제7차개정헌법에서 국회의 탄핵소추요건은 제6차개정헌법보다 조금 더 강화된다. 탄핵소추의 발의는 국회재적의원 3분의 1 이상으로 그 요건이 강화되었기 때문이다. 탄핵소추의 의결은 제6차개정헌법 때와 다름없다. 국회재적의원 과반수 찬성으로 의결되고, 대통령 탄핵의 경우에는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다(제99조 제2항). 탄핵소추 의결시 권한이 정지되는 것도 변함없다.

(4) 국회해산권

대통령은 국회를 해산할 수 있다(제59조). 그런데 제2공화국 헌법과는 달리 아무 조건이 붙지 않는다. 국정 주요사안이라 국무회의에서 이를 심사할 수 있을 뿐 다른 조건은 없다. 단순히 대통령은 국회를 해산할 수 있을 뿐이다. 해산되면 해산된 날로부터 30일 이후 60일 이전에 국회의원 총선거를 실시한다.

다. 헌법개정절차상의 권한

국회의 입법권, 국회와 정부의 법률안제출권, 대통령의 공포권 및 거부권 그리고 국회의 재의결권한 및 그 요건, 대통령령 및 부령제정권 등 입법에 관한 국회와 행정부의 권한과 정부의 예산편성권, 국회의 예산안 심의의결권한, 예산안 처리기한 및 기한내 처리가 안 된 경우 준예산을 사용하는 것, 예비비와 계속비의 국회의결 등 재정에 관한 행정부 및 국회의 권한은 제3공화국 헌법과 다르지 않다.

다만 헌법개정에 관해서는 변화가 생겼는데, 우선 다시 대통령이 헌법개정을 제안할 수 있게 되었고 국민들의 헌법개정 제안절차는 없어졌다. 그래서 대통령과 국회만이 헌법개정안 발의권을 가지는데, 국회의 발의 요건은 더 강화된다. 헌법개정을 국회에서 제안하기 위해서는 재적의원 과반수의 찬성이 요구되는 것이다(제124조 제1항). 헌법개정절차도 제안자에 따라 이원화되는데, 대통령이 헌법개정을 제안한 경우에는 국회 의결 없이 공고기간을 거쳐 국민투표에 회부되어 유권자 과반수 투표에 투표자 과반수의 찬성으로 확정되는데 반해(제126조), 국회에서 제안된 경우에는 공고기간을 거쳐 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결되고(제125조 제2항) 다시 통일주체국민회의에서 재적대의원 과반수 찬성으로 확정된다(제124조 제2항, 제41조 제2항). 공고기간도 이전 헌법에서는 30일이었는데, 20일로 줄어든다(제125조 제1항).

라. 긴급권

제7차개정헌법은 계엄에 관해서는 제3공화국 헌법과 차이가 없다. 그러나 대통령에게 제한적으로 인정되는 긴급명령권은 폐지되고, ①“천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기”, ②“국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서에 대한 중대한 위협을 받거나” 받을 우려가 있거나 신속한 조치가 필요하다고 있다고 판단할 때도, 그러니까 사전적·예방적으로도 광범위하게 국정전반에 걸쳐서 필요한 조치를 할 수 있는 긴급조치권이 도입된다(제53조 제1항). 대통령은 긴급조치로 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지시킬 수 있고, 정부나 법원의 권한도 제한받을 수 있다(제53조 제2항). 그리고 이상의 긴급조치는 사법

적 심사의 대상도 되지 아니한다(제53조 제4항).

물론 긴급조치도 국회에 즉시 보고되어야 하지만(제53조 제3항), 국회는 재적의원 과반수 찬성으로 그 해제를 건의할 수 있을 뿐이다(제53조 제5항). 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응해야 하지만, 응하지 않을 수도 있다는 점은 큰 의미가 있다. 그러니까 국회는 대통령의 긴급조치권 발동에 대해 사전적으로도 사후적으로도 통제할 수 없는 위치에 있게 된다.

마. 기타 권한: 국민투표부의권

그밖에 기타 대통령의 조약체결 및 비준권, 특정조약에 대한 국회의 비준동의권, 대통령과 국회의 선전포고 및 강화에 관한 권한, 대통령의 국군통수권 등 외교·국방에 관한 권한에 대해서는 제3공화국 헌법에서 변화된 것이 없다. 그리고 대통령의 영전수여권 및 사면권, 일반사면에 대한 국회의 동의권, 정부의 정당해산 소추권 등에도 변화가 발견되지 않는다.

그런데 대통령의 권한 중에 전에 없던 것이 하나 등장하는데, 그것은 대통령이 필요하다고 인정될 때 국가의 중요정책에 대하여 국민투표에 붙일 수 있는 권한, 즉 대통령의 국민투표부의권이다. 이전에도 제2차개정헌법 때 중요정책에 대한 국민투표제도가 도입된 바 있었지만, 그것은 국회에 대한 국민의 견제라는 차원이었지 대통령이 단독으로 중요정책에 관해 국민투표를 붙일 수 있는 권한은 제7차개정헌법이 처음이었다. 이 권한은 현행헌법에까지 유지된다.

Ⅶ. 제8차개정헌법

1979년 10월 26일 박정희 대통령이 김재규에 의해 살해당하는 10·26사태가 발생하면서 유신체제는 붕괴된다. 박정희 대통령의 사망으로 인해 최규하 국무총리가 권한대행을 맡았고, 유신헌법에 의하여 12월 6일에 통일주체국민회의 제3회 회의에서 권한대행인 최규하는 대통령에 당선된다. 최규하 대통령은 헌법중단 없이 정권을 이양해야 한다는 방침 아래 스스로 임기를 채우지 않고 새 헌법에 의한 대통령선거를 실시하겠다고 하여 대통령에 당선되었다. 때문에 최규하 정권은 다음 정부수립을 위한 과도정부였다. 최규하 대통령은 대통령취임 바로 다음날 긴급조치 9호를 해제하고 개헌논의가 다시 가능해진다. 이후 활발한 개헌논의가 진행되어 이윽고 국회의 헌법개정특별위원회가 새로운 헌법의 조

문화를 1980년 5월 15일 마치게 된다.

한편, 12·12사태로 소위 전두환을 중심으로 하는 '신군부'가 군권을 장악하고, 이후 1980년 5월 17일 비상계엄을 전국으로 확대하면서 신군부는 국무회의의 기능을 마비시키고 국가보위비상대책위원회를 통해 정국의 주도권을 잡게 된다. 이후 신군부는 5·18 광주민주화항쟁을 강경진압하고 무고한 사상자를 내고 헌법개정작업을 중단시킨다. 오직 정부만이 헌법 개정작업을 진행시킬 수 있게 된다.

정부의 헌법개정심의위원회는 1980년 9월 9일 개헌안을 확정, 9월 12일에 대통령에게 보고하고, 이 안은 국무회의 심의를 거쳐 9월 29일 공고된다. 그리고 10월 22일 정부 개헌안에 대한 국민투표가 실시되고 압도적인 찬성으로 확정된다. 이 개헌안은 1980년 10월 27일 공포되고 실시된다.

1. 헌법규정의 편제

제5공화국헌법이라고 하는 제8차개정헌법에는 유신헌법에 있었던 통일주체국민회의가 사라진다. 따라서 그 기관이 가지고 있던 기능들은 폐지되었지만, 대통령선출기능만은 대통령선거인단(제39조~제41조)이라는 기관에게 남겨진다.

대통령은 다시 정부의 장(제3장, 제38조 이하)으로 들어가게 된다. 그러나 대통령의 국가원수지위 규정(제38조)은 그대로 남아 현행헌법에까지 이어진다. 그리고 과거 대통령과 나뉘었던 정부의 장은 행정부라는 절(제3장 제2절, 제62조 이하)로 축소되어 정부의 장은 대통령과 행정부 두 절로 구성된다. 이는 제헌헌법과 제5차개정헌법에서 대통령과 국무회의 또는 국무원, 행정각부 등이 각각 똑같은 수준에서 나열되었다는 사실과 대조될 수 있다. 국무총리와 국무위원, 국무회의, 행정각부 그리고 감사원은 제3장 제2절 행정부 아래 관으로 그대로 전환된다. 결국 대통령이 정부의 장 아래 들어갔으나 제7차개정헌법의 편제를 그대로 유지하게 된다.

국회(제4장, 제76조 이하)는 여전히 정부의 뒤에 위치하고, 그 뒤를 법원(제5장, 제102조 이하)이 따른다. 헌법위원회(제6장, 제112조 이하)와 선거관리(제7장, 제115조 이하)도 그대로 유지된다.

2. 국회와 행정부의 구성과 운영

가. 행정부

대통령은 다시 정부의 장 안으로 들어간다. 그러나 대통령은 행정부의 수반이면서 동시에 국가원수의 지위를 그대로 유지한다(제38조). 대통령은 여러 조건이 더 붙었지만, 제7차개정헌법과 같이 여전히 국회를 해산할 수 있었다(제57조).

대통령의 임기는 7년이고 중임할 수 없다(제45조). 국민의 주권적 수임기관이라고 하는 통일주체국민회의는 유신헌법과 함께 없어지지만, 통일주체국민회의를 통하는 유신헌법의 대통령 선출방식은 제8차개정헌법에도 그대로 남는다. 대통령선거인단 선거가 바로 그것인데, 5,000인 이상의 대통령선거인으로 구성된 대통령선거인단은 선출한 대통령의 임기가 개시되면서 끝나는 한시적인 조직이다(제40조 제2항, 제41조 제5항). 대통령에 입후보하려면 정당의 추천을 받거나 정해진 수의 대통령선거인의 추천을 받아야 한다(제39조 제2항). 대통령선거인은 국민이 직접 선거로 선출한다(제40조). 대통령은 이 대통령선거인단에서 재적대통령선거인 과반수의 찬성으로 선출한다(제39조 제3항). 대통령 유고시에는 국무총리 및 법률에 정한 국무위원 순서대로 권한을 대행하고(제46조), 궐위시에는 3개월 이내 대통령선거인단을 새로 구성하여 후임자를 선거한다(제43조).

한편, 통일주체국민회의가 없어지고 평화통일정책 수립을 위한 대통령의 자문회의로 평화통일정책자문회의가 헌법에 추가된다(제68조).

대통령의 선출방식을 제외하고는 행정부의 구성 및 그 운영방식에 있어서 헌법상 큰 변화는 없었다. 대통령은 여전히 행정부의 수반으로서 행정부를 지배했고 국가원수로서 국회에 대해서도 우위에 있었다. 다만, 대통령의 국회 우위적 권한들에 대해 세부적이 요건 및 제한사항들이 더 부가되었을 뿐이다.

나. 국회

제5공화국 첫 국회인 제11대 국회는 1981년 4월 11일에 개회된다. 통일주체국민회의가 없어지면서, 유신정우회 의원들도 없어진다. 국회의원의 임기는 다시 4년으로 정해지고 국민의 보통·평등·직접·비밀선거로 선출된다(제77조 제1항, 제78조). 그리고 처음으로 선거제도에 관해 "비례대표제"라는 단어가 헌법에 등장한다(제77조 제3항). 제11대 국회의 총 의석수는 276석이었고, 그 중 92석이 전국구의원 의석이었다. 국회의원 정수가 헌법에 다시 등장했는데, 200인 이상으로 제3공화국 헌법과는 달리 상한선은 없다(제77조 제2항).

대통령의 국회에 대한 우위는 제8차개정헌법에서도 지속된다. 대통령은 여전히 국회를 해산할 수 있었고, 국회의 총 회기는 변함없이 년간 150일로 제한되었으며, 대통령이 소집한 임시회는 총 기한 제한이 없었다.

3. 국회와 행정부의 권한

가. 국정에 관한 권한

국무총리 및 국무위원의 국회출석 및 발언권 그리고 국회 및 그 위원회의 출석·답변요구권은 유신헌법의 것과 같다. 그리고 국회는 여전히 국정감사를 할 수 없었다. 다만, 특정 국정사안에 한하여 조사할 수 있는 국정조사권이 주어진다(제97조). 여기에 단서가 붙는데, "다만, 재판과 진행중인 범죄수사·소추에 간섭할 수 없다."라는 것이다. 이 구절은 제3공화국 헌법에서 국정감사권 규정에 붙었던 단서와 똑같은 것이었다.

나. 인사에 대한 권한

(1) 다른 국가기관 구성에 관한 권한

감사원을 포함하여 행정부 구성에 관한 국회 및 대통령의 권한들에는 변동된 것이 없다. 그 밖에 다른 국가기관의 구성과 관련하여, 헌법위원회와 중앙선거관리위원회의 구성방식에도 유신헌법과 차이가 없다.[25] 다만, 법원의 구성에 있어서 대통령이 제7차개정헌법에서는 대법원장의 제청을 받아 모든 법관들을 임명했는데, 제8차개정헌법에서는 대법원 판사까지만 그렇게 임명하고, 기타 법관들은 대법원장이 임명하는 형태로 변경되었다(제105조). 대법원장은 이전과 같이 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.

(2) 탄핵소추 및 해임의결권한

국회의 탄핵소추 대상 및 요건 그리고 그 효과 등은 제7차개정헌법과 달라진 것이 없다. 또 국회는 제7차개정헌법과 마찬가지로 제8차개정헌법에서도 국무총리와 국무위원에 대해 국회는 해임의결을 할 수 있다. 국무총리에 대한 해임의결도 마찬가지로 전체 국무위원에 대한 해임을 의미한다. 단, 국무총리에 대한 해임의결은 국회가 임명동의를 한 후 1년이 경과하지 않으면 할 수 없다는 단서가 붙었다(제99조 제1항 단서).

25) 중앙선거관리위원회에 관한 헌법규정 중에 각급 선거관리위원회는 선거사무 및 국민투표사무에 관하여 행정기관에 필요한 지시를 할 수 있다는 규정이 제8차개정헌법에서 추가된다(제116조).

(3) 국회해산권

국회는 여전히 국무총리 및 국무위원을 해임의결하려면 신중해야 한다. 대통령은 여전히 국회를 해산할 수 있기 때문이다. 그런데 제8차개정헌법은 제7차개정헌법과는 달리 대통령의 국회해산권 발동되기 위한 제약조건들을 규정하고 있다. 먼저 대통령이 국회를 해산하려면, 그에 상응하는 이유가 있어야 한다. 즉 "국가의 안정 또는 국민전체의 이익을 위해 필요하다고 판단할 상당한 이유"가 있어야 한다. 그리고 국회의장의 자문 및 국무회의의 심의를 거쳐야하고, 그 사유를 명시해야 한다(제57조 제1항). 또한 똑같은 사유로 두 번에 걸쳐 국회를 해산할 수 없고(제57조 제2항), 대통령도 국회가 구성된 지 1년이 경과되지 아니하면 국회를 해산할 수 없다(제57조 제1항 단서).

다. 헌법개정에 관한 권한

유신헌법 하에서 통일주체국민회의와 국민투표로 이원화되었던 헌법개정절차는 제8차개정헌법에서 폐기된다. 그 외에는 유신헌법상의 헌법개정절차가 그대로 유지된다. 예를 들어, 헌법개정의 제안은 대통령과 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야만 가능하다는 점(제129조 제1항), 공고기간이 20일이라는 점(제130조)은 유신헌법 때 정해진 것이고 현행헌법에까지 그대로 이어진다. 헌법개정안은 국회에서 재적의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결되어야 하고, 의결이 있은 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 확정하고 공포한다(제131조). 한편, 대통령의 임기연장 및 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정안이 당시 대통령에게는 효력이 없다는 조항이 이때 삽입된다(제129조 제2항). 이는 현행 헌법에도 유지된다.

라. 긴급권

계엄에 관한 조항은 변화가 없다. 유신헌법상 대통령의 긴급조치권은 제8차개정헌법에서는 비상조치권으로 변경된다. 긴급조치권의 발동요건이 사전적·예방적인 조치까지 허용할 정도로 광범위했다면, 비상조치권은 구체적으로 "천재·지변", "중대한 재정·경제상의 위기", "국가의 안전을 위협하는 교전상태" 또는 "그에 준하는 중대한 비상사태"에 처했을 때로 제한하여 비교적 그 요건이 엄격해 졌다고 볼 수 있다(제51조 제1항). 또한 비상조치에 대해 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 그 해제를 요구할 때 대통령은 이를 해제해야 한다고 하여 사후적 통제수단을 보강하였다(제51조 제5항).

마. 기타 권한

제8차개정헌법에는 대통령의 국민투표부의권에 일정한 내용상 조건이 나열된다. 즉 대통령은 "외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책"에 관하여 필요하다고 인정할 때 국민투표에 붙일 수 있는 것으로 개정된 것이다(제47조).

그 외에 입법 및 재정에 관한 국회와 행정부의 권한 및 요건들도 변하지 않았고, 그 밖의 대부분의 권한들도 유신헌법에서 변동된 것이 없다. 대통령은 여전히 외국에 대해 국가를 대표하고 외교·국방상의 권한을 가지고 있으며, 사면권과 영전수여권을 가지고 있다. 국회는 "상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약"의 체결·비준에 대해 그리고 선전포고, 외국파병 및 외국군대의 국내주둔 등에 대해 동의권을 가지고(제96조), 일반사면에 대해 동의권을 가진다(제54조). 그리고 정부는 정당해산제소권을 가지고 있다.

Ⅷ. 참고문헌

김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000.

김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1988.

김홍우, "제헌국회에 있어서의 정부형태론 논의 연구", 김일영 외 공저, 한국정치와 헌정사, 한울 아카데미, 2001, 187-243.

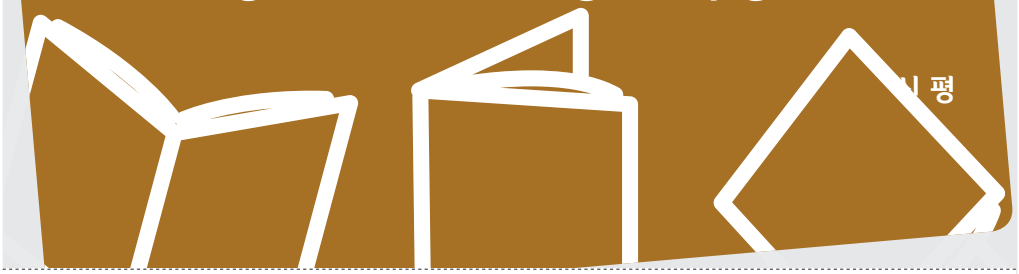
문홍주, 한국헌법, 해엄사, 1988.

유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980.

정상우, "1954년 헌법개정의 성격에 대한 비판적 고찰", 법사학연구 제28권(2003), 236-241.

최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1989.

현행 헌법상 국회와 정부에 관한 규정의 특징*



구정치인들의 정치활동이 재개되고, 1985년 2월 12일 제12대 총선에서 야당이 약진하여 양당체제가 구축되고, 국민여론이 대통령 직선제 개헌을 요구하는 상황에서 1987년 4월 13일 전두환 대통령은 대통령 직선제 개헌을 거부하고 호헌조치를 내린다. 4·13 호헌조치로 더 이상의 개헌논의가 중단되고 각종 인권탄압 사건들이 불거져 나오자 국민들은 이제 전두환 정권에 대해 저항하기 시작한다. 6·10 민주화항쟁으로 국민들이 전두환 정권에 대해 '독재타도', '호헌철폐', '직선제개헌'을 강하게 요구하게 되고 이에 당시 여당이었던 민정당 대표가 직선제개헌을 수용한다는 6·29선언을 함으로써 현행헌법인 제9차 개정헌법이 탄생할 수 있게 된다.

6·29 선언의 약속대로 1987년 7월 31일부터 9월 16일까지 여야의 지도자가 '8인 정치회담'을 통해 쟁점사항들을 점검하고 논의하여, 마침내 최초로 여야합의에 의해 대통령 직선제를 골간으로 하는 헌법개정안이 1987년 9월 17일 정식 제안된다. 9월 21일 대통령은 이를 공고하고, 10월 12일 국회는 이를 압도적인 다수의 찬성으로 의결한다. 10월 17일 국민투표를 공고하고, 10월 27일 국민투표로 헌법개정안은 확정되어 대통령은 이를 10월 29일 공포함으로써 드디어 현행헌법이 탄생한다.

* 이 장의 자료조사에는 연세대 박사과정의 김현귀 연구보조원이 수고하였음을 밝힌다.

Ⅰ. 헌법규정의 편제

현행헌법인 제9차개정헌법에서는 대통령직선제가 도입되면서, 대통령선거인단이 사라지게 된다. 그리고 편제상 국회가 다시 정부의 앞에 위치하게 된다. 제3장은 국회(제40조 이하)가, 제4장은 정부(제66조 이하)가 온다. 정부는 여전히 대통령과 행정부 두 절로 편제되고, 대통령에게 여전히 국가원수의 지위가 부여되고 있다. 그 뒤에 제5장 법원(제101조 이하)이 오고, 헌법위원회는 헌법재판소(제111조 이하)로 변경되어 제6장에 위치한다. 그리고 헌법재판소의 관할범위에 권한쟁의심판, 헌법소원이 더 추가된다.

Ⅱ. 국회와 행정부의 구성과 운영

현행헌법에 와서 대통령과 국회는 각각 국민의 선거에 의해 선출된다. 그리고 국회의 국무총리 및 국무위원에 대한 해임결의권이 해임건의권으로 바뀌고 대통령의 국회해산권도 사라진다. 이로써 대통령과 국회는 각각의 국민 대표성을 가지게 되었고 대통령은 국회에 대해 국가원수의 지위가 아니라 행정부 수반의 지위에 서서, 드디어 '10월유신'으로 무너졌던 국회와 대통령의 균형관계는 상당부분 회복되고 서로 대등한, 견제와 균형이 가능한 위치에 서게 되었다.

1. 국회

국회의 활동을 크게 제약하는 연간 총 회기일수의 제한은 현행헌법에 와서 폐지되고, 정기회는 100일, 임시회는 30일로 규정된다(제47조 2항). 총 회기일수 제한이 사라지면서, 제7·8차개정헌법에 있었던 대통령이 소집한 임시회에 대한 특별규정들은 사라졌다. 그리고 임시회는 대통령과 국회 재적의원 4분의 1의 요구가 있으면 소집하는 것으로 다시 변경된다(제47조 1항). 제7차, 제8차개정헌법에서는 재적의원 3분의 1의 요구가 있어야 임시회를 소집할 수 있었는데, 이때를 제외하고는 제헌헌법부터 현행헌법까지 모두 재적의원 4분의 1을 요구되었다.[1] 이처럼 국회의 활동에 대한 제약들이 사라지면서 국회의 운영여건은 이제 '10월유신' 이전으로 어느 정도 회복된다.

1) 다만, 양원제를 채택하던 시기에는 여기에 참의원 재적의원 2분의 1의 요구가 있을 때 임시회를 소집할 수 있었다(제1차 ~ 제3차개정헌법 제35조).

2. 행정부

현행헌법 제66조 제1항에 따르면, 대통령은 "국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다."라고 규정하고 있다. 대통령은 여전히 국가원수라는 지위를 가지고 있지만, 더 이상 대통령은 국회에 대해 국가원수가 아니라 행정부의 수반이다. 그리고 대통령이 행정부의 수반으로서 행정부에 대해 가지고 있는 지배력은 여전히 강하다. 일단 국무회의가 심의기관이고, 국무총리는 대통령을 보좌한다.

현행헌법에서 대통령은 국민에 의해 직접 선출된다(제67조 제1항). 대통령의 임기는 5년이고 중임할 수 없다고 개정된다(제70조). 이 내용은 개정될 경우, 개정된 내용이 개정 당시의 대통령에게는 적용될 수 없다(제128조 제2항). 대통령 유고시 국무총리 및 법률에 정한 국무위원 순서대로 권한대행을 하고, 궐위시에는 60일 이내에 후임자를 선거한다(제68조).

III. 국회와 행정부의 권한

1. 국정감사권의 부활

현행헌법 제61조 1항은 "국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다."라고 규정함으로써 국정조사권과 함께 국회의 국정감사권을 규정한다. 이로써 국회의 국정감사는 부활한다.

2. 인사에 대한 권한

가. 행정부 구성에 관한 권한

대통령 직선제 개헌이 받아들여지면서, 국회는 다시 대통령 선출에 부차적으로 등장하게 된다. 대통령 선거의 결과 최고득표자가 2인 이상인 경우, 국회는 재적의원 과반수이상이 출석하여 다수득표자를 당선자로 결정할 수 있게 된 것이다(제67조 제2항).

한편, 대통령에게 국회는 국무총리 및 국무위원의 해임을 건의할 수 있다(제63조). 해임건의권은 제3공화국 헌법에 있던 제도였다. 그 때에는 대통령이 특별한 이유가 없는 한

그 건의에 응해야 한다고 규정했으나, 현행헌법에서는 그런 내용이 없다. 그러나 해임건의가 가지는 정치적 의미가 커서 관행적으로 해임건의에 대통령이 따르는 것이 현실이다.

기타 행정부 구성에 대한 사항은 큰 변함이 없다. 국무총리는 국회의 동의를 얻어서, 국무위원과 행정각부의 장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다(제86조, 제87조, 제94조). 공무원에 대한 임명권은 임면권으로 변경되었으나 그렇게 큰 의미를 가지고 있는 것 같지는 않다(제78조). 감사원장은 국회의 동의를 얻어, 감사위원은 감사원장의 제청으로 대통령이 임명한다(제98조).

나. 다른 국가기관의 구성에 관한 권한

대법원 구성에 관하여 국회의 관여폭이 넓어진다. 대법원장은 물론 대법관들도 모두 국회의 동의를 얻어야 하기 때문이다. 대법관들은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(제104조 제2항). 이렇게 임명된 대법관들은 대법관회의를 통해 일반법관의 임명에 관여하게 된다. 대법원장 및 대법관이 아닌 법관은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명하게 된다(제104조 제3항).

헌법위원회는 헌법재판소로 변경되고, 관할사항도 위헌법률심사, 탄핵 및 정당의 해산에 관한 심판뿐 아니라, 헌법소원과 권한쟁의심판이 추가된다. 헌법재판소재판관의 인사는 기존의 헌법위원회위원의 임명방식과 다르지 않다. 그러나 헌법재판소재판관은 법관의 자격을 가진 사람으로 그 자격범위가 한정되고, 헌법재판소장 임명은 별도로 국회의 동의를 얻어 헌법재판관 중에서 대통령이 임명하게 되어있다(제111조 제2항, 제4항).

중앙선거관리위원회 위원 9인의 임명방식은 기존의 제7·8차개정헌법의 방식과 같다. 대통령이 9인을 임명하되, 3인은 국회가 선출한 자를, 3인은 대법원장이 지명한 자를 임명한다. 위원장은 호선한다(제114조 제2항).

3. 긴급권

대통령의 비상조치권은 폐지되고 예전의 제3공화국에 규정되었던 긴급재정경제처분 및 명령권(제76조 제1항), 국가보위긴급명령권(제76조 제2항)이 다시 도입된다. 국회에 즉시 보고되어야 하고 승인을 받아야 하며, 승인을 얻지 못하는 경우 그때부터 해당 긴급처분 및 명령은 효력이 없어진다.

4. 기타 권한

그밖에 입법 및 재정에 관한 국회와 행정부의 권한 및 대통령의 외교·국방에 대한 권한과 국회의 여러 중요 조약의 비준 및 선전포고 등에 대한 동의권, 대통령의 영전수여권과 사면권 그리고 일반사면에 대한 국회의 동의권, 대통령의 국민투표부의권과 정부의 정당해산제소권 등은 제8차개정헌법과 달라진 것이 없다.

IV. 현행 헌법상 국회와 행정부의 관계

이상 현행 헌법상 국회와 행정부의 권한을 중심으로 행정부와 국회의 관계를 압축적으로 정리하면 다음과 같다.

첫째, 의회와의 관계에 있어서 변형적인 제도들이 잔존하기는 하지만 기본적으로 대통령제 정부형태를 표방하고 있다. 국민 직선의 대통령이 국가원수와 행정부의 수반으로서의 지위를 가진다. 행정권의 2인자로 국무총리제가 있으며 국무회의와 국무위원, 대통령자문기관, 행정각부, 감사원이 정부에 소속되어 있다.

둘째, 역대 헌법상 국회의 지위가 상대적으로 강화되어 대통령과 대등한 지위에서 국회가 의회주의에 입각한 정부통제권을 행사하고 있다. 국회는 상설화되었으며, 국정감사권, 국무총리등에 대한 해임건의권을 보유하고 대통령의 우월적 지위를 상징하던 국회해산권은 폐지되었다.

V. 참고문헌

김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000.

김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1988.

김홍우, “제헌국회에 있어서의 정부형태론 논의 연구”, 김일영 외 공저, 한국정치와 헌정사, 한울 아카데미, 2001, 187-243.

문홍주, 한국헌법, 해엄사, 1988.

유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980.

정상우, “1954년 헌법개정의 성격에 대한 비판적 고찰”, 법사학연구 제28권(2003), 236-241.

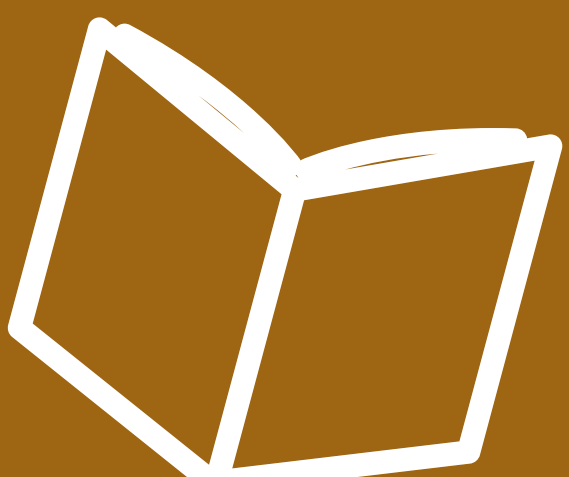
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1989.



[제3장]

국 회

헌법 제40조 · · · · · 56
헌법 제41조 · · · · · 66
헌법 제42조 · · · · 101
헌법 제43조 · · · · 113
헌법 제44조 · · · · 117
헌법 제45조 · · · · 124
헌법 제46조 · · · · 132
헌법 제47조 · · · · 139
헌법 제48조 · · · · 154
헌법 제49조 · · · · 164
헌법 제50조 · · · · 181
헌법 제51조 · · · · 194
헌법 제52조 · · · · 199
헌법 제53조 · · · · 206
헌법 제54조 · · · · 220
헌법 제55조 · · · · 237
헌법 제56조 · · · · 246
헌법 제57조 · · · · 251
헌법 제58조 · · · · 258
헌법 제59조 · · · · 265
헌법 제60조 · · · · 274
헌법 제61조 · · · · 296
헌법 제62조 · · · · 317
헌법 제63조 · · · · 324
헌법 제64조 · · · · 337
헌법 제65조 · · · · 348







Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

헌법 제40조는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국민대표인 국회의원이 국가공동체 생활을 규율할 수 있는 법규범을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이 조항은 헌법 제66조 제4항, 헌법 제101조 제1항과 더불어 국가권력을 입법권, 행정권, 사법권으로 나누어 입법권을 국회에 부여하고 있는 조문이다. 그리하여 우리 헌법이 대의민주주의, 권력분립주의, 법치주의를 채택하고 있다는 근거가 되는 중요한 조문이다. 이 조문은 대한민국 공동체의 중요한 문제는 다양한 국민의 대표로 구성되어 대화와 토론을 거쳐 그 의사를 결정하는 국회에서 제정되는 법률에 의하여 결정되어야 한다는 헌법 제1조의 민주공화국과 국민주권주의를 실질화하는 조문이다.

Ⅱ. 연혁과 입법례

국회는 국가의 의회로서, 의회제도는 세계 역사상 원래 중세의 등족회의에서 국민의회로 발달한 것으로 세속귀족, 종교귀족, 시민의 대표로 구성되는 3부회 등에서 전체 국민의 대표로 구성되는 국민의회로 변경된 것이다. 그리고 의회의 입법권이란 원래 군주에

대한 청원서 제출권에서 발전한 것으로 처음에는 국왕에 대한 건의권으로서의 성격만 있었으나, 군주와 시민계급의 투쟁에서 시민계급이 승리하자 의회가 강제규범인 법을 제정할 수 있는 입법권을 지니게 되어 군주를 구속하고 나아가 국가공동체 모두를 구속하는 권한으로 발전하게 된 것이다.[1)]

우리나라에서의 의회의 입법권은 구한말 독립협회에서 중추원을 개편하여 독립협회에서 추천하는 대표들을 참석하게 하여 일종의 상원적 성격의 대의기관을 개설하여 입법권을 부여하려는 운동이 있었으나 이는 결국 실패로 돌아갔다.[2)] 헌법 제40조와 같은 취지의 규정은 1919년 9월 11일의 상해임시정부 헌법에서 민주공화국을 선언하는 것과 함께, 임시정부 헌법 제5조에서 "대한민국의 입법권은 의정원이 행정권은 국무원이 사법권은 법원이 행사 함"이라고 규정하여 처음 규정되었다. 그리고 1948년 제헌헌법 제31조에서 '입법권을 국회가 행한다.'고 규정한 이래로 그대로 유지되었다. 1952년의 제1차 개정헌법에서는 국회가 양원제로 됨으로 인하여 국회는 민의원과 참의원으로 구성한다는 문언이 첨가되었지만, 1962년 헌법에서 현행과 동일하게 "입법권은 국회에 속한다."로 된 이후 1972년 유신헌법과 1980년 헌법에서도 변경 없이 그대로 유지되었다.

현대 민주주의 정부형태 국가에 있어서 입법권은 의회에 속하는 것이 당연하다. 하지만 입법의 전 과정에 있어서 의회만이 아니라 행정부가 어떠한 형태로든지 관여하는 것도 사실이다. 미국과 같은 대통령제 국가에 있어서는 엄격한 권력분립의 결과 입법에 있어서 거부권행사나 공포 등 사후적으로만 행정부가 관여하지만, 의원내각제 국가에 있어서는 권력의 공화로 인하여 법률안 제출이나 행정부도 입법에 깊이 관여한다. 프랑스는 대통령 중심의 의원내각제 국가로서 정부가 의회의 입법권 행사에 직접 관여하고 있다. 프랑스 헌법 제34조는 의회의 입법권을 제한하고 있고, 제39조는 정부에 법률안제출권을 인정하고, 헌법 제44조는 법률안에 대한 수정안 발의권도 인정하며, 제11조는 입법을 위한 국민투표 발의권을 대통령에게 부여하고 헌법 제10조는 법률안 재의요구권을 등을 부여하고 있다. 그리고 정부 제출의 법률안에 대하여는 제한이 없으나 의원의 법률안제출권에는 여러 가지로 제한하고 있다.[3)] 하지만 이러한 입법권의 제한은 프랑스의 특수한 헌정사에 근거한 것으로 우리나라가 참조하기는 곤란한 제도라고 하겠다.

1) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1242-1244; 정만희, 현대헌법과 의회주의, 법문사, 1995 참조.

2) 이성환, "의회제도의 연혁과 발달", 국민대학교 법학논총 제15집, 2005, 85-103 참조.

3) 예를 들어 하원에서 부결된 의원제출 법률안을 1년 내에는 다시 제출하지 못하게 하고, 공적 재원을 감소하거나 재정적 부담을 초래하는 법률안이나 헌법 제38조에 의하여 이미 법률명령에 위임된 사항에 대한 법률안 등은 의회에서 접수되지 못하게 하고 있다. 임종훈?박수철, 입법과정론, 박영사, 2006, 89-93 참조.

Ⅲ. 입법의 의미

'입법'은 법의 정립 즉 법의 제정이다. 입법이 법의 제정이라면 결국 입법에 있어서 가장 문제가 되는 것은 '법'이란 무엇인가 하는 문제이다. 법에는 자연법과 실정법이 있고 나아가 종교법이나 관습법 등도 있을 수 있다. 그런데 국회에서 제정되는 법은 제정법이기 때문에 실정법인 성문법일 수밖에 없다.

실정법도 법이기 때문에 법으로서의 특징을 갖추어야 한다. 법은 강제규범으로서 처분에 대한 반대개념으로 사용된다. 법은 개별적 사안에 대한 구체적 결정이 아니라, 일반적인 사항에 대한 추상적 결정이다. 처분은 개별사항을 전제로 하지만, 법은 반복가능성이 있는 일반적인 사항에 대한 사전적이고 추상적인 결정이다. 즉 입법이란 일반적이고 추상적인 규범의 정립이라고 할 수 있다. 법은 본질적으로 일반성, 추상성을 그 내용으로 한다. 따라서 개별처분을 규정하는 것은 행정부의 권한이고 국회의 권한은 아니다. 일반성이라 함은 원칙적으로 모든 국민에게 차별없이 적용된다는 것이다. 이는 시간적으로나 장소적으로나 사안적으로 차별없이 일반적이라는 의미이다. 추상적이라는 것은 현실적으로 이미 발생한 구체적 사안에 대한 해결책으로 사후적으로 결정된 것이 아니라 발생 가능한 가상의 사항에 대한 사전적인 결정이라는 의미이다. 하지만 이러한 입법의 속성인 일반성과 추상성이란 상대적인 것이라고 할 수 있다. 일정한 시기에 일정한 장소에서 발생한 일정한 사안에 대한 개별적인 입법도 그 내용이 극단적인 처분성을 가지지 않는 한 입법의 일반성을 충족한다고 보아야 한다. 그리고 어떤 사건이 발생한 후 그 해결방안으로 사후적 입법이라고 하더라도 아직 이 법률에 의하여 특정한 법률효과가 발생하지 않았다면 이는 추상성을 여전히 충족한다고 보아야 한다.[4)]

입법의 일반성에 반하는 입법을 개별입법이라고 하는데 이러한 개별입법에는 특정한 범위의 사람들에게만 적용되는 인적개별법률(Einzelpersonengesetz)과 특정한 사건들에만 효력을 발생하는 개별사건법률(Einzelfallgesetz)을 상정할 수 있다. 그리고 행정부의 집행행위를 거치지 아니하고 법률이 직접 사안에 적용되어 법적 효력을 발생하는 처분적 법률(Massnahmegesetz)이 있다.[5)] 인적개별법률이나 개별사건법률에 대하여는 위에서 설명한

4) 헌법재판소는 행정처분의 매개없이 직접 법적 구속력을 발생하는 법률에 대하여 헌법소원을 허용하는데 이는 이러한 법률도 원칙적으로 가능함을 전제로 한 것이라고 할 수 있다.

5) 憲裁 1996.2.16. 96헌가2 결정에서 5.18사건과 12.12사건에만 적용되고 다른 유사한 상황의 불특정다수의 사건에 적용될 가능성을 배제하고 이 사건들에 관련된 사람들에 대하여 일반 범죄와는 다른 특별한 범죄로 규정하여 규율한 5.18민주화운동등에관한특별법에 대하여 개별사안을 규정하는 개별사건법률임을 부인할 수 없다고 하고 개별사건법률의 위헌 여부는 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다고 판시하고 있다.

바와 같이 차별적 취급으로서 헌법상의 평등의 원칙에 위반되지 않느냐 하는 문제점이 있을 수 있다. 하지만 우리 헌법상 평등의 원칙이란 획일적이고 형식적인 평등이 아니고 실질을 따져서 같은 것은 같게 다른 것은 다르게 판단하는 실질적 평등을 의미하므로 실질적 평등에 반하지 않으면 이들 법률도 허용된다고 보아야 한다. 그리고 처분적 법률에 대하여서는 국민의 선거에 의하여 선출된 다양한 국민의 대표들로 구성되어 민주적 정당성을 가지는 입법부가 국가의 중요한 국가작용에 대하여 행정부의 매개없이 직접 결정하는 것은 허용되기 때문에 처분적 법률 역시 허용된다고 해석하여야 한다.[6)]

Ⅳ. 입법의 형식

실정법에는 헌법, 법률, 명령, 규칙 등이 있고 이러한 실정법을 제정하는 것을 모두 입법이라고 할 수 있다.

그런데 법단계 구조상 최고법인 헌법에 대하여는 이미 헌법전 자체 내에서 그 제정이나 개정에 관한 절차나 그 권한권자에 대하여 헌법 제10장이라는 별개의 장(章)부문에서 명문으로 규정하고 있다. 따라서 헌법의 제정이 헌법 제40조에서 규정하는 입법권에 포함된다고 해석할 수는 없다.

다음으로 법률을 제정하는 권한을 입법권이라고 할 수 있는데, 이는 법률이 바로 국회가 제정하는 특별한 형식의 성문법을 의미한다는 데서 당연히 긍정적으로 해석할 수 있다. 그런데 국회가 제정하는 성문법에는 국회규칙이라는 것이 있는데 이것도 헌법 제40조의 입법권에 속하느냐가 문제로 된다. 규칙은 국가공동체 전체가 아니고 부분 공동체의 자치법 내지 자율법으로 이해하여야 하기 때문에 일반 국민을 대상으로 하는 헌법 제40조의 입법권의 범위에는 속하지 않는다고 보아야 한다.

명령은 대통령령과 부령 등을 의미하는데 그 제정주체는 대통령(헌법 제75조)이나 국무총리 혹은 각부장관(헌법 제95조)이기 때문에 역시 헌법 제40조의 입법권과는 관계가 없다.

그렇다면 결국 헌법 제40조의 입법권이란 법률을 제정하는 권한이라고 할 수 있다.[7)]

6) 독일의 연방헌법재판소 결정(BVerfGE 95,1 참조)이나 학설 역시 처분적 법률을 허용하고 있다.

7) 전통적으로 입법의 개념에 관하여는 형식설과 실질설이 있는데 위에서 살펴본 바와 같이 결과적으로 이상과 같은 이유로 형식설이 일견 타당한 것으로 보인다. 다만 형식설은 국회가 제정한 법형식이 법률이기 때문에 국회는 국회가 제정하는 법형식인 법률을 제정할 수 있다고 하여 헌법 제40조는 헌법적으로 특별히 의미가 없는 규정이 된다. 하지만 본문에서 보는 바와 같이 헌법 제40조는 이와 같이 무의미한 규정이 아니고 국민주권주의나 대의민주주의상 중요한 의미를 띠기 때문에 헌법 제40조를 단순히 형식설에 근거하여 해석하는 것은 타당하지 아니하다.

Ⅴ. 입법의 내용

국회의 입법권을 법률이라는 형식의 법을 제정하는 권한으로 이해한다고 하더라도, 국회가 어떠한 내용을 법률로 제정할 수 있느냐 하는 점에 대하여는 살펴보아야 한다. 국회는 국민의 대표기관으로 국민으로부터 주권의 행사를 위임받은 기관이다. 국민으로부터 비교적 짧은 기간동안에 계속 반복적으로 행하여지는 선거에 의하여 국민에게 책임을 지는 민주적 대표기관이다. 국회가 다양한 국민의 대표로 구성되어 있고 국민에게 직접 책임을 부담하는 기관이기 때문에 국회는 국가공동체의 모든 사항에 관하여 법률로 제정할 수 있다고 보아야 한다. 따라서 국회가 입법할 수 있는 사항은 단순히 국민의 권리를 침해하거나 새로운 의무를 추가 부담하는 사항인 침해사항만을 의미한다고 보아서는 아니 되고, 국가공동체 생활에 있어서 본질적인 사항 혹은 중요사항만을 의미한다고 해석하여서도 아니 된다. 원칙적으로 국가의 모든 사항에 관하여 국회는 입법을 할 수 있다. 다만 국회는 헌법에 위반하여 입법을 할 수 없는 것이다. 국회가 법률이라는 이름으로 행정을 행한다거나 재판을 하여서는 아니 된다. 이는 삼권분립의 원칙에 의하여 당연하다. 또한 평등원칙 등 헌법의 개별적 원칙에 반하여 입법을 행할 수는 없다.[8)]

그런데 우리 헌법 제60조는 입법사항이라는 용어를 사용하고 있다. 이는 입법으로 규정되어야 하는 사항인데 입법권은 국회에 속하므로 결국 국회가 법률로 규정하여야 할 사항이라는 의미라고 할 수 있다. 그러면 무엇이 반드시 법률로 규정되어야 할 사항인가 하는 것이 문제로 된다. 국회는 헌법에 반하지 않는 한 모든 사항을 입법으로 규정할 수 있다. 입법사항이 국가공동체 생활의 모든 사항을 아우르는 것이라면 구태여 입법사항이란 용어를 헌법이 특별히 명기하지는 아니 하였을 것이다. 그렇다면 무엇이 입법사항인가 하는 입법사항의 내용을 규정하여야 하는 것이 문제로 대두된다.

먼저 헌법 제37조 제2항에 국민의 자유와 권리의 제한은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로 이를 제한할 수 있다고 하고 있으므로 국민의 권리와 자유의 제한이 법률로 규정되어야 할 입법사항인 것은 틀림없다. 따라서 기본권제한 사항은 반드시 국회의 입법에 의하여 규정되어야 한다.

다음으로 헌법이 개별적으로 법률에 의하여 규정되도록 명문화하여 놓은 사항들이 있다. 예를 들어 헌법 제2조의 국민의 범위에 관한 사항이나 제8조의 정당 등 헌법총강에 관한 사항, 제12조의 죄형법정주의 등 기본권 사항, 헌법 제74조의 국군의 조직과 편성, 헌

8) 다음에서 설명하는 7.입법의 한계 부분 참조.

법 제96조의 각부에 관한 사항 등 정부조직에 관한 사항 등이다.[9]

그런데 이러한 헌법의 명시적 사항 외에도 과연 입법사항이 있느냐 하는 점이 문제로 된다.[10] 이 문제를 파악하는 데에는 헌법과 법치주의에 대한 기본적 이해를 바탕으로 판단하여야 한다. 헌법은 제1조에서 규정하는 바와 같이 국민주권주의와 민주주의를 그 기본적 지도원리로 하고 있다. 국민주권과 민주주의의 원칙에 의하면 결국 지배자와 피지배자의 동일성이 보장되어야 한다. 다시 말하여 지배자와 피지배자의 구별이 없이 모두가 공동체의 이익을 위한 법이라는 요소에만 구속될 뿐 인적 지배에는 구속되지 아니하여야 한다. 그렇다면 공동체 전체의 이익을 위하여 개인에게 구속을 주는 사항이나 공동체 전체에 중요한 사항은 법에 의하여 규정되어야만 한다. 개인의 자유나 권리를 침해하는 침해사항이나 공동체에 중요한 사항은 국민의 대표에 의하여 충분한 논의와 토론을 거친 후 다수가 찬성하는 바에 따라 공동체의 의사로 확정되어 명문화하여야 한다. 이와 같은 공동체 전체의 이익을 위하여 다수가 충분한 논의와 토론을 거쳐 공동체의 의사로 결정한 것이 입법이라고 할 수 있다. 헌법재판소는 "오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포한 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보의 원칙)."라고 판시하고 있다.[11]

따라서 입법사항으로서 반드시 국회에 의하여 규정되어야 할 사항을 말하는 것으로 구체적으로는 국가공동체 생활에 있어서 중요한 사항 즉 본질적 사항들이다. 이러한 사항들은 반드시 국회에 의하여 직접 규율되어야 하고 행정부만 사법부에 의하여 결정될 사항은 아니다. 따라서 이들 사항을 법률유보사항 혹은 의회유보사항이라고 부르기도 한다. 다만 국회에서 그 전체적 내용의 대강(大綱)을 정하고 그 구체적 사항은 범위를 정하여 대통령령이나 총리령, 부령 등에 위임할 수 있다.[12] 그리고 국가공동체 생활에 있어서 중요하면

9) 그 외에도 헌법 제23조, 제24조, 제25조, 제27조, 제29조, 제30조, 제31조 제6항, 제34조 제5항, 제41조, 제100조, 제102조 제3항, 제113조 제3항, 제114조 제7항, 제117조 제2항, 제120조, 제124조 등 많은 조항이 있다.

10) 물론 정부조직법 제15조, 제16조 제2항 등과 같이 법률에 의하여 다른 법률로 규정하여야 하는 사항들이 있을 수 있는데 이는 결국 국회 스스로 입법권을 행사하는 것이므로 국회의 입법권과 관련한 문제는 없다.

11) 憲裁 1995.5.27. 98헌바70.

12) 헌법 제75조는 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항'에 관하여 대통령령을, 그리고 제95조는 '소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로' 총리령 또는 부령을 발할 수 있다 라고 규정하여 구체적으로 범위를 정하거나 법률이나 헌법에서 소관사무로 규정한 사항에 한하여서만 입법권을 가지고 있음을 규정하고 있다.

중요할수록 보다 상세히 국회에서 규정되어야 한다. 이러한 해석은 국민주권 내지 민주주의 원칙 그리고 법치주의원칙상 요구되는 헌법원칙에 부합하는 해석이라고 할 수 있다.

국회 입법권의 구체적 의미는 국회는 헌법에 위반하지 않는 한 모든 국가 공동체 생활사항에 대하여 일반적, 추상적인 성문의 법규범을 정립할 수 있고, 국가공동체 생활에 있어서 중요한 사항은 반드시 국회의 입법형식인 법률에 의하여 규정되어야 한다는 것이라고 할 수 있다.[13] 그리고 국가공동체 생활에 있어서 중요하면 중요할수록 보다 상세히 국회에 의하여 법률로 규정되어야 한다는 의미를 포함한다고 보아야 한다.

Ⅵ. 국회의 전속적 입법권

입법권이 국회에 속한다고 할 경우, 국회라 함은 국회의원 전원으로 구성되는 국회 본회의를 말한다고 할 수 있다. 왜냐하면 국회는 국민전체의 대표기관이지 일부 국민의 대표기관이 아니며, 국민전체의 대표기관은 국회의원 전부로 구성되어야 하기 때문이다. 따라서 국회 본회의가 아닌 상임위원회나 국회의원 개인은 최종적인 입법권이 없다고 하여야 한다. 다만 이들은 본회의의 구성원들로서 입법에 관여할 수 있을 뿐이다.

다음으로 '속한다'는 의미는 국회만이 입법권을 가진다는 국회의 전속적 입법권한을 의미한다고 보아야 한다. 따라서 국회가 아닌 다른 기관은 원칙적으로 입법권을 가지지 아니하다. 다만 헌법에서 다른 국가기관에 입법권한을 부여한 경우에는 예외적으로 다른 기관도 입법권을 가진다. 헌법 제75조나 헌법 제95조 그리고 대법원규칙제정권이나 헌법재판소 규칙제정권 그리고 중앙선거관리위원회 규칙제정권 등이 이에 속한다. 하지만 이러한 입법권은 헌법이 특별히 허용한 것으로 예외적인 것이고 원칙은 국회가 입법권을 가진다고 보아야 한다. 왜냐하면 우리 헌법은 국회를 국민의 대표기관 내지 대의기관으로 간주하고 있기 때문이다.

그런데 문제는 이러한 헌법 규정이 없음에도 불구하고 국회가 스스로 입법권을 타기관에 위임할 수 있느냐 하는 문제이다. 소위 행정규칙과 고시 등에 입법사항을 위임할 수 있느냐 하는 문제이다. 이는 일반적이 법원칙인 이중위임금지의 원칙에 의하여 허용되지 않는다고 보아야 한다. 헌법이 국민을 대신하여 국회에 입법권을 부여하였는데 이를 다시

13) 학설상의 다툼에 의하면 침해사항유보설, 이익유보설, 전부유보설, 중요사항유보설(본질성설)이 있으나 국회는 모든 사항에 대하여 입법할 수 있고 다만 국회에 유보되어 반드시 국회의 입법에 의하여 규정되어야 할 사항은 중요사항 혹은 본질적 내용에 한정된다고 해석하여야 한다.

다른 기관에 재위임하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다. 다만 그 구체적 범위를 정하고 특정한 내용을 법률이 명시적으로 위임하는 것은 가능하다고 하여야 한다. 왜냐하면 현실적으로 구체적 상황이 수시로 변화하고 또 시간적 여유가 없을 경우에는 행정기관 등이 이러한 현실을 규율할 수 있는 권한을 부여하는 것이 타당하기 때문이다. 헌법재판소도 이러한 입장에서 법령보충적 행정규칙이나 고시에 의한 입법사항 규율을 허용하고 있다.[14] 특히 이 경우에 원칙적으로 국회의 심의 및 토론과정을 대체할 수 있는 기능적 상관물(대상기구)이 있어야 한다. 행정부 관료가 단독으로 결정하여서는 아니 되고 전문가들의 토론과 논의를 거친다거나 국민의 의사를 수렴하는 공청회나 의견서제출과정을 두어야 하는 것으로 보아야 한다. 토론과 논의가 다소 변형되고 축소된 범위에서라도 행하여져야 대의의 원칙이 지켜진다고 할 수 있기 때문이다.

그리고 입법을 행함에 있어서는 국회가 중심적 역할을 하여야 한다. 법률을 제안하거나 심의하고 확정짓고 이를 공포하는 일련의 행위를 국회가 주도하여야 한다. 하지만 우리 헌법은 대통령에게 법률안 제안권을 부여하고 있고, 또 법률안거부권도 부여하여 국회의 입법권한을 제한하고 있음도 사실이다. 그리고 법률안의 공포에 대하여는 오히려 대통령의 권한으로 하고 예외적으로 국회의장에게 그 권한을 부여하고 있다.

Ⅶ. 입법권의 한계

입법권의 한계로는 먼저 입법권도 헌법에 의하여 부여된 권리이므로 헌법에 반할 수 없다는 점을 들 수 있다. 이러한 한계로 가장 중요한 것이 권력분립의 원칙이다. 권력분립의 원칙에 의하여 국회는 정부의 법률안제출권, 법률의 공포권 등에 의하여 제한받으며 또 헌법재판소의 위헌법률심판이나 법률에 의한 헌법소원심판에 의하여 제한을 받는다.

다음으로 기본권존중주의에 의한 한계이다. 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 대하여 법률로 규정할 것을 규정하였지만 다른 한편 목적상의 제한과 비례의 원칙을 규정하고 있다. 국민의 기본권은 최소한의 제한에 머물러야 하고 그 본질적 내용은 법률에 의하여서도 침해될 수 없다.

그리고 국제법존중주의이다. 헌법 제6조를 통하여 스스로 일반적으로 승인된 국제법규를 존중할 것임을 밝히고 있다. 침략전쟁을 준비하기 위한 법률 등도 헌법 제5조에 의

14) 憲裁 2004.10.28. 99헌바91; 2001.4.26. 2000헌마122는 자치법규인 공법단체의 정관에 위임하는 것도 허용하고 있다.

하여 허용되지 아니한다. 그 외에도 헌법에서 명시한 규정에 반하여 국회는 입법을 할 수 없다. 사법권의 독립과 선거에 관한 사항과 경제에 관한 사항 등에 있어서 헌법은 많은 규정을 두어 직접 명시하고 있으므로 이에 합치하지 않는 법률을 제정할 수 없다.

특히 명시하여야 할 사항이 지방자치의 보장이다. 물론 지방자치단체의 조례는 법령의 범위 내에서 제정하여야 하지만 우리 헌법에 지방자치를 규정한 것은 수직적 권력분립의 일환으로 중앙정부의 입법권도 일정 제한된다고 할 수밖에 없다. 따라서 지방자치의 본질적 내용인 자치사무에 대하여 법률이 규정하는 것은 허용되기 어렵다고 보아야 한다.

입법권이 한계를 넘어서면 위헌 법률이 되어 위헌법률심판이나 헌법소원심판을 통한 헌법재판소 결정에 의하여 그 효력을 상실하게 된다.

국회 입법권의 예외로는 법률과 동일한 효력을 가지는 대통령의 국가긴급권에 근거한 긴급명령, 긴급재정명령 등이 있다. 하지만 이들은 국가비상시에 발동되는 것으로 그 효력도 잠정적인 것이며 또 대통령은 즉시 국회를 소집하여 국회의 동의를 받아야 하므로 그 효력은 매우 제한적이라고 할 수 있다. 다만 긴급명령과 긴급재정경제명령은 설령 국회의 동의를 받았다고 하더라도 가능한 한 빠른 기간 내에 국회의 의결절차를 거친 정식 법률로 변경되어야 한다고 해석하여야 한다. 왜냐하면 이러한 해석이 국가긴급권의 보충성에 합치하고 다수의 국민의 대표가 참석하여 충분한 대화와 토론을 거쳐 입법하여야 한다는 대의민주주의의 원칙에 충실할 수 있기 때문이다.

국회의 입법권은 국민대표의 지위에서 원칙적으로 국민 모두에게 강제적으로 적용되는 법규범의 정립이기 때문에 국민 전체의 이익에 반하여서는 아니 된다. 국민의 의사를 입법에 반영시키는 헌법적 수단으로는 평시의 언론·출판·집회·결사의 자유와 같은 표현의 자유와 청원권 행사가 중요하고, 선거시에는 선거의 자유와 공정이 중요하다. 그리고 국회 의사절차의 공개가 무엇보다 중요하다. 국민은 국회의 입법과정을 공개된 의사과정을 지켜봄으로써 국민의 의사를 입법으로 실현하였는지 여부를 판단하고 다음 선거에서 그러한 평가에 근거하여 국회의원을 재신임할 것인가 여부를 결정한다. 그리하여 국민주권을 형식적인 것에 머무르지 아니하고 실질적인 것으로 유지시킨다.

Ⅷ. 개정의 필요성

헌법 제40조는 지극히 당연한 규정으로서 개정의 필요성이 없다. 그런데 국회 입법권 행사의 헌법합치성을 보장하기 위하여 추상적 규범통제로서 사전적 위헌법률심사권을 부여할 필요성이 있는지 여부에 대하여는 검토가 필요하다.

프랑스에서는 의회에서 의결된 모든 조직법안에 대하여 공포 전에 헌법평의회의 심사를 받도록 하고, 일반 법률안에 대하여도 공포 전에 대통령이나 총리, 상원의장, 하원의장, 의원 60명이상의 요청이 있을 경우에 헌법평의회의 위헌법률심사를 받도록 하고 있다.[15] 그리고 독일의 경우에도 연방정부, 주정부 또는 연방의회의원 3분의 1이상의 제청에 의하여 사전적 위헌법률심사가 가능하도록 규정하고 있다.[16]

하지만 우리나라의 경우에 대통령에게 법률안 재의요구권을 부여하고 있고, 사후적 위헌법률심판과 헌법소원심판까지 허용하고 있어 법률의 헌법합치성 여부를 판단할 수 있는 제도는 상당부분 갖추고 있다고 할 수 있다. 헌법재판소에 의한 사전적 위헌법률심판 제도를 도입하는 것은 국민대표로 구성되며 국민에게 직접 책임을 지고 대화와 토론을 바탕으로 공동체 의사를 결정하는 대의기관으로서 국회의 지위를 저하시킨다는 측면과, 단순한 헌법전문가로서 국민에 대하여 직접적 책임을 부담하지 않는 헌법재판소에 이러한 강력한 권한을 부여하는 것은 국민주권주의, 민주공화국 원칙에 다소 반할 수 있다는 측면에서 그 도입에 신중하여야 한다고 생각한다.

IX. 관련문헌

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1994.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.
임종훈·박수철, 입법과정론, 박영사, 2006.

15) 프랑스 헌법 제61조 참조.
16) 독일 기본법 제93조 제1항 제2호 참조.

헌법 제41조

방승주

第41條

① 國會는 國民의 普通·平等·直接·秘密選擧에 의하여 選出된 國會議員으로 구성한다.

② 國會의 의원 수는 法律로 정하되, 200人 이상으로 한다.

③ 國會議員의 選擧區와 比例代表制 기타 選擧에 관한 사항은 法律로 정한다.

Ⅰ. 서 론

헌법 제41조는 입법권을 갖는 국회의 구성과, 국회의원의 선거 및 국회의원의 수에 관한 규정을 그 내용으로 한다. 현행헌법은 국회를 단원제로 구성하고 있는 바, 연혁적으로 우리 헌법은 양원제를 택한 때도 있었다.[1] 그러므로 먼저 국회의 구성에 대하여 살펴 본 후, 선거의 원칙, 국회의원의 수, 국회의원선거에 관한 사항 등에 대하여 고찰해 보기로 한다.

1) 제1차 개정헌법(1952. 7. 7) – 제4차 개정헌법(1960. 11. 29).

Ⅱ. 국회의 구성

의회를 어떻게 구성할 것인가, 다시 말해서 하나의 합의체, 즉 단원제로 할 것인가 아니면 둘 또는 그 이상의 합의체, 즉 양원제 또는 3원제나 4원제로 구성할 것인가에 대해서는 각국의 역사와 전통적 사정에 따라 달리 규정되고 있다.[2)]

1. 양원제와 단원제

가. 양원제

양원제는 영국의 귀족원(House of Lords)과 서민원(House of Representatives)으로부터 유래한다. 양원제의 유형은 각국이 가지고 있는 정치적 역사적 상황과 밀접한 관련을 가지고 있다.[3)] 가령 신분제(예컨대 영국), 연방제(예컨대 미국, 독일[4)], 스위스)로 인한 이해관계를 의회에 반영하여야 할 필요가 있는 경우에 채택되어 왔으며, 또한 지역대표(제2공화국의 참의원, 일본의 참의원)나 직능대표(독일 바이에른주, 아일랜드)로서 의회에서의 정책결정이나 심의에 있어서 보다 많은 전문성이나 신중을 기할 목적으로 양원제를 채택한 사례가 있다.[5)] 양원제는 오늘날 영국, 미국, 독일, 일본, 스페인, 스위스, 이태리[6)], 호주, 브라질 등이 채택하고 있다.[7)]

양원제의 장점으로는 연방국가에 있어서 지방이익의 옹호가능성, 상원의 구성이 직능대표로 구성될 수 있는 가능성, 상원이 원로원적인 역할을 함으로써 급진적인 개혁에 제동을 걸 수 있는 가능성, 하원의 경솔한 의결이나 과오를 시정할 수 있는 가능성, 상원이 하원과 정부간의 충돌을 완화할 수 있는 가능성 등이 들어지고 있다.[8)]

이에 반하여 양원제의 단점으로는 국회의결의 지연가능성, 양원의 구성으로 인한 비용

2) 이에 대하여는 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1248 이하 참조.

3) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 858.

4) 독일의 연방참사원제도에 대하여는 Dieter Wyduckel, Der Bundesrat als Zweite Kammer, D?V 1989, S. 181 ff.

5) 이상 홍성방, 헌법학 제5판, 현암사, 2008, 753; 성낙인(주 3), 857; 송길웅, "양원제에 관한 연구", 헌법학연구 6권 4호(2000. 12), 188.

6) 이태리 양원제에 대하여는 Sergio Mattarella, Der Zweikammersystem in Italien, AöR 108 Bd. 1983, S. 370 ff.

7) 김철수(주 2), 1248.

8) 이상 김철수(주 2), 1249.

의 과다가능성, 상원의 견제작용으로 인한 하원의 대정부견제기능의 약화가능성, 연방제 상원의 경우 지방이익의 옹호를 위하여 연방 전체국민의 의사가 왜곡될 수 있는 가능성 등이 들어지고 있다.[9)]

나. 단원제

단원제는 루소(Rousseau)나 시에예스(Si·y·s)에 의해서 주장되었다.[10)] 한편 시에예스는 "제2원이 제1원과 동일한 결의를 한다면 제2원은 불필요한 존재이고, 제2원이 제1원과 다른 결정을 한다면 제2원은 해로운 존재이다."라고 하여 양원제에 대하여 반대하였다.[11)] 역사적으로 최초의 단원제를 채택한 것은 1791년의 프랑스 헌법[12)]이며, 오늘날 우리나라와 덴마크, 룩셈부르크, 파나마, 뉴질랜드, 리히텐슈타인 등이 채택하고 있다.[13)]

단원제의 장점으로서는 국정의 신속한 처리가능성, 국회의 경비절약, 국민의사의 직접 반영가능성 등이 들어지고 있으며, 단점으로서는 국정심의의 경솔가능성, 그리고 국회의 정부에 대한 횡포가능성 등이 지적되고 있다.[14)]

2. 우리 헌법상 국회구성의 변천

우리 제헌헌법은 양원제의 도입필요성을 인식하면서도, 헌법기초위원회에서 복잡다단한 건국초기의 상황을 고려한 끝에 양원제의 도입보다는 단원제의 장점을 인정하고 이를 택하였다.[15)] 그 후 제1차 개정헌법(1952. 7. 7)부터 제4차 개정헌법(1960. 11. 29)까지 양원제를 채택하였다. 제1차 헌법개정에 의하여 양원제가 도입되었음에도 불구하고 4.19 때까지는 참의원선거를 하지 않고 단원제로 운영하였다.[16)] 그 후 제5차 개정헌법(1962. 12. 26)인 제3공화국 헌법부터 현행헌법에 이르기까지 단원제가 유지되고 있다.

9) 김철수(주 2), 1249.
10) 김철수(주 2), 1248.
11) 홍성방(주 5), 755에서 재인용.
12) 홍성방(주 5), 755.
13) 김철수(주 2), 1249.
14) 김철수(주 2), 1249.
15) 유진오 전문위원, 헌법안 제1독회, 제1회 국회속기록 제17호(1948. 6. 23), 211.
16) 김철수(주 2), 1263.

3. 현행헌법상 국회의 구성

현행헌법은 전술한 바와 같이 단원제 국회제도를 채택하고 있다(제41조 제1항). 다시 말해서 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된 단일한 합의체에 의하여 국회가 구성된다.

4. 개정에 관한 논의

현행헌법상 단원제 국회제도의 폐해를 지적하면서, 전국 단위의 직능별·계층별·세대별 구성단위로 대표될 수 있는 상·하원의 양원제의 도입[17], 또는 의원내각제개헌이나 통일시대를 대비하여 연방제적 양원제 또는 지역대표적 양원제의 도입[18], 또는 지방자치에 의해 간선되는 상원을 설치하여 하원과 행정부를 견제하게 함으로써 지나치게 중앙집권화된 권력구조를 지방분권적 구조로 개혁하기 위한 수단으로서 양원제의 도입[19]을 제안하거나 또는 헌법개정의 필요성을 피력하는 견해들이 있으나, 이에 대하여 "의원내각제와 더불어 양원제가 성공을 거두지 못했다고 하는 다수의 평가와 더불어, 의안심의의 신중성 보다는 국가정책결정의 효율성을 강조하는 우리 의정현실의 특성을 고려할 때, 양원제도입은 신중을 기하여야 할 것"이라는 견해[20]가 대립되어 있다.

Ⅲ. 선거의 원칙

1. 기본개념과 입헌취지

헌법 제41조 제1항은 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국

17) 가령 정영화, "의회개혁과 국가경쟁력 – 양원제 도입의 논거로서 13대-17 총선거의 실증분석", 세계헌법연구 11권 1호(2005. 6), 42-43.

18) 성낙인, "국회구성원리로서의 양원제", 고시연구 1995년 5월호, 97 이하.

19) 송길웅, "양원제에 관한 연구", 헌법학연구 6권 4호(2000. 12), 202.

20) 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006, 241; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 456.

회의원으로 구성한다."고 규정하고 있다. 국회는 국민의 선거에 의하여 선출된 국민대표에 의하여 구성되는 대의기관이다. 이 조항은 국회의원의 선거에 있어서 지켜져야 할 선거의 원칙을 분명히 밝히고 있다. 민주선거의 원칙에는 보통·평등·직접·비밀선거 외에도 자유선거가 있는데, 이 자유선거는 당연히 전제되어 있다고 보아야 할 것이다.

이 선거의 원칙은 대한민국은 민주공화국이며, 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 하는 헌법 제1조와 밀접 불가분의 관계에 있는 것으로서, 민주주의원리와 국민주권원리를 구체화하고 실현할 수 있는 선거제도가 되기 위해서 반드시 지켜지지 않으면 안 되는 원칙을 천명한 것이다. 다시 말해서 명목상 선거가 실시된다 하더라도, 선거에 있어서 만일 보통, 평등, 직접, 비밀, 자유선거의 원칙이 준수되지 아니한다면 그러한 선거는 진정한 의미의 민주선거라고 할 수 없다는 것이다.

이러한 헌법 제41조 제1항의 보통·평등·직접·비밀선거는 객관적인 선거의 원칙을 규정하는 것이기도 하지만, 국민이 그러한 객관적 원칙에 따라서 선거할 수 있는 권리 자체를 보장하는 것이라고 할 수 있기 때문에 보통선거권, 평등선거권, 직접선거권, 비밀선거권 등의 주관적 권리라고 볼 수 있다.[21)]

2. 연혁

선거의 원칙에 관한 규정은 제헌헌법 이래 별다른 변화 없이 계속 이어져 내려오고 있다. 다만 그 문구나 조문의 위치 등은 약간씩 달라진 바 있으며 그 내용은 다음과 같다.

가. 제헌헌법

제헌헌법 제32조는 "국회는 보통, 직접, 평등, 비밀선거에 의하여 공선된 의원으로써 조직한다. 국회의원의 선거에 관한 사항은 법률로써 정한다."고 규정하였다. 현행헌법과는 달리 직접선거를 평등선거 앞에 위치시키고 있다.

나. 제1차 개정헌법(1952. 7. 7) – 제4차 개정헌법(1960. 11. 29)

제1차 개정헌법부터 제4차 개정헌법 때까지 제32조에서 "양원은 국민의 보통, 평등,

21) 방승주, "재외국민 선거권제한의 위헌여부", 헌법학연구 13권 2호(2007. 6), 313; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 741.

직접, 비밀투표에 의하여 선거된 의원으로써 조직한다."고 하는 조항을 유지하고 있다. 이때부터 평등선거가 직접선거의 앞에 놓여지고 있다.

다. 제5차 개정헌법(1962. 12. 26) – 제6차 개정헌법(1969. 10. 21)

제5차 개정헌법부터 제6차 개정헌법 때까지 제36조 제1항에서 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 의원으로 구성한다."는 규정이 유지되고 있다.

라. 제7차 개정헌법(1972. 12. 27) – 유신헌법

유신헌법 제76조 제1항은 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 의원 및 통일주체국민회의가 선거하는 의원으로 구성한다."고 규정하였다.

마. 제8차 개정헌법(1980. 10. 27)

제5공화국 헌법 제77조 제1항은 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 의원으로 구성한다."고 규정하였다.

바. 제9차 개정헌법(1987. 10.29) – 현행 헌법

현행헌법은 제41조 제1항에서 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다."고 규정하고 있다.

이상의 내용에 비추어 볼 때 우리 헌법상 민주선거의 원칙, 즉 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙은 제헌헌법 이래로 한 번도 포기되지 않고 유지되어 오고 있음을 알 수 있다.

3. 입헌례

가. 독일 기본법

독일 기본법 제38조 제1항 제1문은 "독일 연방의회의 의원은 보통, 직접, 자유, 평등 및 비밀선거에 의하여 선출된다."고 규정하고 있다. 따라서 독일 기본법은 민주선거의 5대원칙을 모두 명문화하고 있다.

나. 이태리 헌법

이태리헌법 제56조 제1항은 "하원의원은 보통·직접선거로 선출한다."고 규정하고 있다. 그리고 제58조 제1항은 "상원의원은 선거일 현재 25세에 달한 선거인의 보통·직접선거를 통해 선출한다."고 규정하고 있다.[22] 5대 원칙 가운데 보통선거와 직접선거를 명문화하고 있다.

다. 프랑스 헌법

프랑스는 상·하원 양원제를 택하고 있다. 하원의원은 직접선거에 의하여 선출(제24조 제2항)하는 데 반하여, 상원의원은 간접선거에 의하여 선출한다(제24조 제3항).[23] 하원의원선거의 경우 직접선거를 명문화하고 있다.

4. 체계적 관계

가. 다른 조문과의 관계

민주선거의 원칙은 이 조항에서 뿐만 아니라, "대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다."고 규정하고 있는 헌법 제67조 제1항에서도 확인되고 있다.

이 선거의 원칙은 전술한 바와 같이 헌법 제1조 제2항의 국민주권원리와 헌법 제24조의 선거권과도 밀접한 관계에 있다. 즉 헌법 제24조에서 보장하는 선거권은 헌법 제1조 제2항의 국민주권원리를 실현가능하게 하는 기본권이며, 선거가 하나의 형식적인 요식행위로 끝나는 것이 아니라, 민주국가에서 진정으로 국가기관의 구성을 국민의 뜻에 따라 할 수 있게 하는 실질적인 주권행위로서의 의미를 지니게 할 수 있는 원칙이 바로 이러한 민주선거의 원칙이라고 할 수 있는 것이다.

한편 선거가 국민의 직접적인 정치적 의사형성행위로서의 의미를 가지려면, 선거 자체가 공정하게 이루어지지 않으면 안 된다. 선거의 공정한 관리를 위하여 우리 헌법은 제7장에서 선거관리에 관한 장을 마련하고 있으며, 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 두고 있다. 그리고 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리 하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야

22) 중앙선거관리위원회, 이탈리아 선거법, 2004, 6-7.

23) 중앙선거관리위원회, 프랑스 선거법, 2004, 8-9.

한다고 규정하고 있다(제116조 제1항). 그리고 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다고 함으로써 선거공영제의 원칙을 천명하고 있다. 그러므로 선거운동에 있어서의 기회균등보장이나 선거공영제의 원칙은 선거에 관한 사항을 규정함에 있어서 가지게 되는 입법자의 형성의 자유에 대한 제한요소로 작용할 수 있다.

나. 선거원칙 상호간의 관계

(1) 보통선거원칙과 평등선거원칙

우선 보통선거원칙과 평등선거원칙의 관계가 문제된다. 보통선거원칙은 선거할 수 있는 자격, 그리고 또한 피선될 수 있는 자격과 관련한 평등을 요구하는 것이다.[24] 이에 반하여 평등선거원칙은 선거권의 행사내용과 방법과 관련한 평등, 즉 계산가치의 평등과 결과가치의 평등을 요구하는 것이다.[25] 이 원칙들은 모두 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등원칙에 대한 특별규정이라고 할 수 있다.[26]

(2) 비밀선거원칙과 보통선거원칙

한편 비밀선거와 보통선거의 원칙이 서로 충돌하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 가령 원양어업에 종사하는 선원들에게 팩시밀리를 통한 부재자투표를 허용하게 되는 경우 비밀선거원칙이 침해될 우려가 있다는 주장이 있을 수 있다. 하지만 이 경우에는 보통선거원칙이 비밀선거원칙에 우월하다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면 비밀선거원칙은 그 자체가 목적이 아니다. 선거인 스스로가 비밀선거권을 침해받는 한이 있다 하더라도 선거에 참여해야겠다고 한다면, 팩시밀리를 통한 선거의 방법을 통해서라도 그 선거권을 인정하여야 할 것이며, 이는 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 부여하는 보통선거원칙에 부합하는 일이 될 것이다. 따라서 이 경우에는 보통선거원칙이 비밀선거원칙에 우선하며, 우편투표 등의 경우에도 마찬가지 법리가 적용되어야 할 것이다. 헌법재판소 역시 이러한 입장에 입각하고 있다.[27]

24) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 38, Rdnr. 8; Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 80.

25) 방승주(주 21), 314; 전광석(주 20), 476-478.

26) 방승주(주 21), 315; Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 79.

27) 憲裁 2007.6.28. 2005헌마772, 공보 129, 781, 785-786.

(3) 비밀선거원칙과 자유선거원칙

다음으로 비밀선거와 자유선거는 떼려야 뗄 수 없는 불가분의 관계에 있다. 다시 말해서 자유선거란 선거를 할 것인지 말 것인지 아니면 누구를 뽑을 것인지에 관하여 자신의 의사에 따라서 자유롭게 할 수 있어야 한다는 것을 말하는데, 이러한 자유의사에 의한 선거는 선거의 비밀이 지켜지지 않고서는 불가능하기 때문이다. 따라서 자유선거는 비밀선거가 제대로 보장될 때, 비로소 보장될 수 있다.

5. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

가. 보통선거의 원칙

보통선거란 원칙적으로 모든 국민에게 선거권이 인정되는 선거이다. 보통선거는 선거하고 피선될 자격과 관련된 평등을 의미한다. 보통선거는 평등선거의 특별한 경우이다. 보통선거의 원칙은 국민으로 하여금 선거에의 참여로부터 부당하게 배제하는 것을 금지한다. 보통선거의 원칙은 입법자에게 일정한 국민집단을 정치적, 경제적 또는 사회적 이유로 선거권의 행사로부터 배제하는 것을 금지하며 또한 원칙적으로 모든 국민이 그의 선거권을 가능한 한 평등한 방법으로 행사할 수 있어야 한다는 것을 요구한다.[28] 보통선거는 또한 공천권과도 관계된다.

민주주의 국가에서 국민주권과 대의제 민주주의의 실현수단으로서 선거권이 갖는 중요성으로 인해 한편으로 입법자는 선거권을 최대한 보장하는 방향으로 입법을 하여야 하며, 또 다른 한편에서 선거권을 제한하는 법률의 합헌성을 심사하는 경우에는 그 심사의 강도도 엄격하여야 한다. 선거권을 제한하는 입법은 헌법 제24조에 의해서 곧바로 정당화될 수는 없고, 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요하고 불가피한 예외적인 경우에만 그 제한이 정당화될 수 있으며, 그 경우에도 선거권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 더욱이 보통선거의 원칙은 선거권자의 능력, 재산, 사회적 지위 등의 실질적인 요소를 배제하고 성년자이면 누구라도 당연히 선거권을 갖는 것을 요구하므로 보통선거의 원칙에 반하는 선거권 제한의 입법을 하기 위해서는 헌법 제37조 제2항의 규정에 따른 한계가 한층 엄격히 지켜져야 한다.[29]

28) BVerfGE 58, 202 (205).

29) 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644, 공보 129, 763.

헌법재판소는 선거인(투표인)명부에 등재되기 위해서는 국내에 주민등록이 되어 있을 것을 요구함으로써 재외국민의 선거권(국민투표권)을 제한하는 것[30]은 재외국민의 선거권(국민투표권) 뿐만 아니라 보통선거의 원칙에 위반된다고 하면서, 관련 공직선거법 및 국민투표법 조항을 2008년 12월 31일까지 개정하도록 명하면서 그 때까지 잠정적으로 계속적용을 명하는 잠정적인 계속적용명령을 발하였다.[31] 또한 헌법재판소는 선상에 장기 기거하는 자들이 팩시밀리 등을 통해서 부재자 투표를 할 수 있도록 허용하지 않고 있는 것은 그들의 선거권을 침해하는 것이라고 확인하고 역시 공직선거법 제38조 제3항과 제158조 제4항에 대하여 헌법불합치결정을 내린 후, 입법자가 2008년 12월 31일까지 개정할 때까지 잠정적으로 계속 적용할 것을 명하였다.[32]

그리고 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니한 자에 대하여 선거권을 배제하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제18조 제1항 제2호에 대하여 헌법재판소는 보통선거원칙 위반여부에 대하여는 명시적으로 언급하지 않은 채, 합헌선언을 하였으나, 김영일 재판관의 반대의견은 선거권을 침해할 뿐 아니라, 보통선거원칙에 위반된다는 입장을 취하였다.[33]

나. 평등선거의 원칙

평등선거는 모든 사람이 그의 선거권을 형식적으로 가능한 한 평등한 방법으로 행사할 수 있어야 한다는 것을 말한다.[34] 이것은 선거에 대하여는 모든 선거인이 동등한 수의 표를 가져야 한다고 하는 계산가치의 평등을 의미하며, 또한 모든 표들은 의석배분에 있어서 동일하게 고려되어야 한다고 하는 결과가치의 평등을 요구한다. 피선거권에 대하여 선거의 평등이란 모든 입후보자의 기회의 균등을 의미한다. 모든 입후보자는 자신에게 유효하게 던져진 표들이 선거의 결과를 밝힘에 있어서 자신을 위하여 고려되어야 하며, 다른 입후보자에게 던져진 표와 동등한 가치로 평가되도록 요구할 수 있는 권리를 갖는다.[35]

30) 이에 대하여는 방승주(주 21) 및 그 곳에서 인용된 문헌들 참조.

31) 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644, 헌판집 19-1, 859: 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항 등 위헌확인 등.

32) 憲裁 2007.6.28. 2005헌마772, 공보 129, 781.

33) 憲裁 2004.3.25. 2002헌마411, 헌판집 16-1, 468, 478, 482.

34) BVerfGE 79, 161 (166).

35) BVerfGE 85, 148 (157).

내용적으로 이것은 정당의 기회균등이라고 할 수 있다. 평등선거는 공천권 및 입후보와도 관계된다.[36]

헌법재판소 역시 평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라, 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자 선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미한다[37]고 판시하고 있다.

(1) 투표가치의 평등

우선 평등선거의 원칙은 투표가치의 평등을 요구한다. 이것은 모든 사람에게 1인 1표를 인정하는 것을 요구한다. 투표가치의 평등은 계산가치와 결과가치의 평등을 요구한다. 계산가치는 1인 1표의 원칙과 같이 누구나 동일한 수의 투표를 던질 수 있어야 한다는 것을 뜻한다.

그리고 결과가치의 평등은 투표자들이 던진 표가 선거결과에 미치는 영향에 있어서 실질적으로 평등해야 한다는 것을 의미한다. 구체적으로 어떤 때에 결과가치의 평등을 말할 수 있느냐는 간단하지가 않다. 이와 관련해서 제기되는 것이 선거구획정과 선거구 인구의 불균형의 문제이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 「헌법이 요구하는 투표가치의 평등은 선거제도의 결정에 있어서 유일, 절대의 기준이라고는 할 수 없으며, 국회는 구체적인 선거제도를 정함에 있어서 합리적인 다른 정책적 목표도 고려할 수 있는 것이지만, 적어도 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙을 "가장 중요하고 기본적인 기준"으로 삼아야 한다.」[38]고 판시한 바 있다.

그리고 「현행 1인1표제하에서의 비례대표의석배분방식에서, 지역구후보자에 대한 투표는 지역구의원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도

36) 나아가서 선거의 평등은 독일 연방헌법재판소의 확립된 판례에 따르면 정치적 의사형성의 예비영역 특히 정당과 지방자치 차원에서 그들과 경합되는 집단들을 위하여 당비와 후원금의 세제상의 고려에 의한 간접적 국고보조와도 관계된다고 한다(BVerfGE 78, 350 [358]). 하지만 Pieroth는 이에 대하여 부정적이다. 왜냐하면 그렇게 되면 선거의 평등의 경계가 무한히 확대될 것이기 때문이라는 것이다. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 38, Rdnr. 8.

37) 憲裁 1995.12.27. 95헌마224, 헌판집 7-2, 760.

38) 憲裁 1995.12.27. 95헌마224, 헌판집 7-2, 760.

기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속후보자에 대한 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하는바, 자신이 지지하는 정당이 자신의 지역구에 후보자를 추천하지 않아 어쩔 수 없이 무소속후보자에게 투표하는 유권자들로서는 자신의 의사에 반하여 투표가치의 불평등을 강요당하게 되는바, 이는 합리적 이유없이 무소속 후보자에게 투표하는 유권자를 차별하는 것이라 할 것이므로 평등선거의 원칙에 위배된다.」[39]고 보았다.

(2) 결과가치의 평등과 선거구획정

(가) 선거구간의 인구편차와 평등선거의 원칙

선거구획정과 관련하여서 어떤 선거구는 인구 5만명이 1명의 국회의원을 선거하고 어떤 선거구에 있어서는 인구 25만명이 1명의 국회의원을 선출하는 경우에는 사실상 한 쪽에는 5만분의 1이고 한쪽에는 25만분의 1로서의 표의 비중을 갖기 때문에 5:1이라고 하는 결과가치의 불평등이 존재할 수 있다. 우리 헌법재판소는 선거구간의 인구편차를 초기에 상한인구수와 하한인구수간의 비율 4:1을 넘는 경우 위헌으로 보다가[40] 최근 3:1을 넘는 경우 위헌으로 보고 있으며, 선거구간의 인구편차를 앞으로는 2:1을 넘지 않도록 조정할 것을 촉구하고 있다.[41] 따라서 앞으로 국회의원선거에 있어서 선거구간 인구편차가 문제될 경우 2:1의 비율을 기준으로 위헌심판을 할 가능성이 높다고 할 수 있다.

「인구편차의 허용한계에 관한 다양한 견해 중 현시점에서 선택가능한 방안으로 상하 $33\frac{1}{3}\%$ 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 2 : 1)를 기준으로 하는 방안, 또는 상하 50% 편차(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3 : 1)를 기준으로 하는 방안이 고려될 수 있는데, 이 중 상하 $33\frac{1}{3}\%$ 편차 기준에 의할 때 행정구역 및 국회의원정수를 비롯한 인구비례의 원칙 이외의 요소를 고려함에 있어 적지 않은 난점이 예상되므로, 우리 재판소가 선거구획정에 따른 선거구간의 인구편차의 문제를 다루기 시작한 지 겨우 5년여가 지난 현재의 시점에서 너무 이상에 치우친 나머지 현실적인 문제를 전적으로 도외시하기는 어렵다고 할 것이어서, 이번에는 평균인구수 기준 상하 50%의 편차를

39) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 79.

40) 憲裁 1995.12.27. 95헌마224, 헌판집 7-2, 760 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 「국회의원지역선거구구역표」 위헌확인.

41) 憲裁 2001.10.25. 2000헌마92, 헌판집 13-2, 502 공직선거및선거부정방지법 [별표1] '국회의원지역선거구구역표' 위헌확인.

기준으로 위헌 여부를 판단하기로 한다. 그러나 앞으로 상당한 기간이 지난 후에는 인구편차가 상하 33⅓% 또는 그 미만의 기준에 따라 위헌 여부를 판단하여야 할 것이다. 이미 이 사건 선거구구역표에 기한 국회의원선거가 실시된 상황에서 단순위헌의 결정을 하게 되면, 선거구구역표의 성격상 그 개정입법이 빠른 시일내에 이루어지기 어렵다고 할 것이어서, 추후 재선거 또는 보궐선거가 실시될 경우 국회의원지역선거구 구역표가 존재하지 아니하게 되는 법의 공백이 생기게 될 우려가 큰 점 및 국회의 동질성 유지나 선거구구역표의 변경으로 인한 혼란을 방지하기 위하여도 재선거, 보궐선거 등이 치러지는 경우에는 이 사건 선거구구역표에 의하여 이를 시행하는 것이 바람직한 점 등에 비추어, 입법자가 2003. 12. 31.을 시한으로 이 사건 선거구구역표를 개정할 때까지 이 사건 선거구구역표의 잠정적 적용을 명하는 헌법불합치결정을 하기로 한다.」[42)]

다만 지방선거에 있어서 인구편차의 문제는 아직까지 상한인구수와 하한인구수 4:1의 비율을 기준으로 위헌여부를 판단하고 있다. 즉 「시·도의원 지역선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리 나라의 특수사정으로서 시·도의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌 간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이며, 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4 : 1) 기준을 시·도의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다.」[43)]

(나) 게리맨더링과 평등선거의 원칙

선거구획정을 특히 특정한 정당에게만 유리하게 인위적으로 조작하여 분할하는 이른바 Gerrymandering은 위헌성이 농후하다고 할 수 있다. 게리맨더링이 될 수 있기 위한 요건으로서 헌법재판소는 다음을 들고 있다. 「특정지역의 선거인들이 자의적인 선거구 획정으로 인하여 정치과정에 참여할 기회를 잃게 되었거나, 그들이 지지하는 후보가 당선될 가능성을 의도적으로 박탈당하고 있음이 입증되어 특정지역의 선거인들에 대하여 차별하고자 하는 국가권력의 의도와 그 집단에 대한 실질적인 차별효과가 명백히 드러난 경우에

42) 憲裁 2001.10.25. 2000헌마92, 헌판집 13-2, 502.

43) 憲裁 2007.3.29. 2005헌마985, 공보 126, 325.

는 그 선거구획정은 입법적 한계를 벗어난 것으로서 헌법에 위반된다.」[44]

그밖에 선거참여자들의 투표 중 결과발생에 전혀 영향을 미치지 못하는 이른바 사표의 발생이 최대한 억제되어야 결과가치의 평등까지도 실현시키는 실질적인 평등선거가 이루어질 수 있다. 사표의 발생을 최소화시킬 수 있는 것은 비례대표제[45]인데 이것이 평등선거의 원칙에 가장 충실하다고 평가되는 것도 바로 그 때문이다.

비례대표제의 운영과 관련하여 소위 저지조항(Sperrklausel)이 평등선거의 원칙에 위반되지 않는지 여부의 문제가 제기될 수 있다. 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 의회의 원활한 기능을 보장하기 위한 목적으로 일정한 득표율에 미달하는 정당의 경우 비례대표제 의석을 배분하지 아니하는 소위 저지조항은 원칙적으로 평등선거의 원칙에 반하지 않는다고 보았으나[46], 통일 후 첫 번째 전체 독일 선거라고 하는 특수한 상황 하에서 5%저지 조항을 독일 전체 선거구에 획일적으로 적용하는 것은 허용되지 않는다[47]고 본 바 있다. 또한 독일 연방헌법재판소는 평등선거원칙을 선거비용의 보상[48], 기부금을 둘러싼 정당간의 경쟁[49] 등에 대해서도 확대 적용하고 있다. 이 경우에는 선거운동에 있어서 평등을 말하기 보다는 기회의 균등을 말하고 있지만 내용에 있어서는 크게 다르지 않다.[50]

헌법재판소는 「저지조항의 인정여부, 그 정당성여부는 각 나라의 전체 헌정상황에 비추어 의석배분에서의 정당간 차별이 불가피한가에 따라 판단되어야 하는바, 현행 저지조항에서 설정하고 있는 기준이 지나치게 과도한 것인지의 판단은 별론으로 하더라도, 현행 저지조항은 지역구의원선거의 유효투표총수를 기준으로 한다는 점에서 현행 의석배분방식이 지닌 문제점을 공유하고 있다.」고 하면서 1인1표에 의한 전국구비례대표제 의석배분에 있어서 저지조항은 1인1표 전국구비례대표제가 가지는 유권자의 정당지지도를 그

44) 憲裁 1998.11.26. 96헌마54, 헌판집 10-2, 742; 1998.11.26. 96헌마74, 헌판집 10-2 , 764 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 「국회의원지역선거구구역표」 위헌확인; 2001.10.25. 2000헌마92, 헌판집 13-2, 502.

45) Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 93.

46) BVerfGE 1, 208 (247 f.); 82, 322 (338); 95, 408 (419, 421 f.) 등을 인용하며, Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 94.

47) BVerfGE 82, 322 (339 ff.).

48) BVerfGE 69, 92 (106).

49) BVerfGE 69, 92 (106).

50) Hans Meyer, Wahlgrunds?tze, Wahlverfahren, Wahlpr?fung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 35.

대로 직접 반영하지 못한다고 하는 문제점을 포함하고 있는 것으로 보았다.[51] 한편 이 1인1표 전국구비례대표제 위헌결정에서 헌법재판소는 무소속후보를 지지한 선거인의 경우 정당후보자를 지지한 선거인에 비하여 전국구비례대표의석배분에 아무런 영향을 미칠 수 없기 때문에 결과적으로 투표가치의 불평등을 강요받게 되는 것이므로 평등선거원칙에도 위반됨을 인정한 바 있다.[52]

다. 직접선거의 원칙

직접선거란 대표자의 선출이 결정적으로 선거인에 의하여, 즉 투표를 통하여 그리고 투표시에 확정되는 것이 보장되는 선거를 말한다. 직접선거는 국민대표의 구성원이 선거인단의 중간개입이 없이 국민에 의하여 직접적으로 선거될 것을 요구한다. 이것은 대표를 임의로 선출하고 또한 개별선거인에게 미래의 국민대표의 구성원을 선거에 의하여 독자적으로 결정할 가능성을 빼앗는 기관이 선거인과 피선거인과의 사이에 개입되는 모든 선거절차를 배제한다.[53] 따라서 피선거인 스스로가 정당에 가입하지 않거나 추후에 탈퇴하거나 또는 제명되는 경우에 대해서도 자유로이 의사결정을 하는 경우에는 직접선거의 원칙이 침해되는 것은 아니다. 직접선거의 원칙은 입후보자의 선출을 다른 입후보자의 선출에 좌우되게 하는 가능성을 배제하는 것도 아니다.[54] 따라서 명부에 의한 선거 자체는 문제되지 않는다.

헌법재판소는 직접선거의 원칙에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 즉 「직접선거의 원칙은 선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙이다. 국회의원선거와 관련하여 보면, 국회의원의 선출이나 정당의 의석획득이 중간선거인이나 정당 등에 의하여 이루어지지 않고 선거권자의 의사에 따라 직접 이루어져야 함을 의미한다. 역사적으로 직접선거의 원칙은 중간선거인의 부정을 의미하였고, 다수대표제하에서는 이러한 의미만으로도 충분하다고 할 수 있다. 그러나 비례대표제하에서 선거결과의 결정에는 정당의 의석배분이 필수적인 요소를 이룬다. 그러므로 비례대표제를 채택하는 한 직접선거의 원칙은 의원의 선출 뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투

51) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 98.

52) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 98.

53) BVerfGE 47, 253 (279 f.).

54) BVerfGE 7, 63 (69).

표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 것이다.」[55]

한편 헌법재판소는 고정명부식을 채택한 것 자체는 직접선거의 원칙에 위반되지 않으나, 1인 1표에 의한 전국구비례대표제도는 이 직접선거의 원칙에 위반된다고 보았다. 왜냐하면 1인 1표에 의한 전국구비례대표제에 의해서는 선거권자들의 투표행위로써 정당의 의석배분, 즉 비례대표국회의원의 선출을 직접, 결정적으로 좌우할 수 없기 때문이라는 것이다.[56]

비례대표의원이 당적상실을 할 경우에 의원직을 상실하도록 한다면 이는 직접선거의 원칙에 위배되는지 여부가 문제될 수 있다. 정당으로부터 제명당한 경우에는 의원직을 상실하지 않는다고 보아야 하지만 탈당한 경우에는 의원직을 상실하는 것으로 본다고 하여도 직접선거의 원칙에 위반된다고 볼 수는 없을 것이다. 선거인들이 정당의 명부에 대하여 지지를 표한 것은 특정한 정당을 지지한 것이라고 볼 수 있을 것이기 때문이다.

한편 헌법재판소는 의원의 자진 탈당에도 불구하고 전국구국회의원직을 당연히 상실하는 것은 아니라고 본 바 있다.[57] 헌법재판소는 이 결정에서 직접선거의 원칙과의 관련성에 대해서는 언급하고 있지 아니하다.

라. 비밀선거의 원칙

비밀선거는 선거인이 누구에게 투표하였는가를 제3자가 알 수 없도록 하는 것이다. 이는 선거인의 결정에 영향을 미칠 수 있는 직접·간접의 강제나 압력으로부터 선거권자인 국민의 자유로운 결정을 보장하고자 하는 것이다. 비밀선거의 원칙상 누가 어떻게 선거하려는지, 선거하는지, 또는 선거했는지를 밝히기를 강요당하지 아니한다. 이것은 투표과정에만 국한된 것이 아니라 선거준비과정에도 적용된다.[58]

마. 자유선거의 원칙

선거인의 결정의 자유를 침해할 수 있는 직접적 또는 간접적 강제나 압력이 존재하지 않는 선거를 자유선거라고 할 수 있다. 이는 선거의 비밀이 엄격하게 지켜지는 것을 전제

55) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 95-96.
56) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 96-97.
57) 憲裁 1994.4.28. 92헌마153, 헌판집 6-1, 415, 424-428.
58) BVerfGE 4, 375 (386 f.); 12, 33 (35 f.); 12, 135 (139).

로 한다.[59] 현행헌법상 이는 전제가 되어 있다고 볼 수 있다.[60] 헌법재판소는 자유선거의 근거로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정(제1조, 제24조, 제25조, 제41조 제1항, 제67조 제1항 등)을 들고 있다.[61]

헌법재판소는 자유선거의 원칙의 보호영역을 다음과 같이 설명하고 있다.

「이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다. 특히 선거운동의 자유는 널리 선거과정에서 자유로이 의사를 표현할 자유의 일환이므로 표현의 자유의 한 태양이기도 하므로 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 보장한 헌법 제21조에 의하여도 보호받는다.」[62]

선거의 자유에는 다음과 같은 내용이 포함된다.

(1) 선거에 참여할 것인지 여부에 대한 결정의 자유

자유선거의 원칙에는 선거에 참여할 것인지 여부에 대하여 결정할 자유가 포함된다.[63] 즉 자유선거에는 선거에 참여하지 않을 자유도 포함된다. 왜냐하면 선거에 참여하지 않는 것이 또 선거와 관련한 나름대로의 입장표명이 될 수 있기 때문이다. 따라서 선거의 의무는 자유선거의 원칙과 합치되지 않는다.[64] 이에 대하여 헌법재판소는 최소투표율제를 채택하지 않더라도 국민주권원리에 반하지 않는다고 보고 있고, 투표를 하지 않은 경우에 과태료나 벌금 등을 과하는 투표의 강제는 자유선거의 원칙에 대한 위반이라고 보았다.[65]

59) Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 85.

60) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 315; 허 영(주 21), 746.

61) 憲裁 2006.7.27. 2004헌마215, 헌판집 18-2, 200, 204; 2008.10.30. 2005헌바32.

62) 憲裁 2004.3.25. 2001헌마710, 헌판집 16-1, 422, 435-436; 2001.8.30. 99헌바92, 헌판집 13-2, 174, 193을 인용하며, 憲裁 2008.10.30. 2005헌바32.

63) Pieroth, in: Jarass/Pieroth, aaO, Art. 38, Rdnr. 7.

64) Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 85; 김철수(주 2), 246; 허 영(주 21), 746.

65) 憲裁 2003.11.27. 2003헌마259, 헌판집 15-2(하), 339, 348-349.; 선거권이 자연권이 아니라는 점, 선거권은 대의민주주의와 필수 불가결하게 결부되어 인정되는 권리라는 점, 선거는 민주주의를 실현하는 수단으로서 인정되는 권리라는 점, 선거는 최소한 유권자의 과반수가 선거에 참여하여야 민주적 정당성을 확보할 수 있다는 점을 들어서 법률로써 투표참여를 강제하는 나라들도 있다(예: 그리스, 벨기에, 오스트레일리아). 공직선거법은 ?선거권자는 성실하게 선거에 참여하여 선거권을 행사하여야 한다?(동법 제6조 제3항)라고 하여 법적 의무를 부과하고 있으나, 이는 권고규정의 성격을 띠고 있다.: 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 628.

(2) 선거를 어떻게 할 것인지 여부에 대한 결정의 자유

자유선거의 원칙에는 선거를 어떻게 할 것인가 즉, 선거시에 누구를 뽑을 것인지에 대하여 결정할 자유가 포함된다. 자유선거는 우선 투표행위가 강제와 부당한 압력으로부터 자유로워야 한다는 것을 의미한다.[66] 선거의 자유는 선거의 전이든 선거 후이든 보장된다. 선거의 자유는 결정의 자유를 심각하게 침해하기에 적합한 모든 조치로부터 선거인을 보호한다.[67] 고정명부가 자유선거의 원칙을 침해한다고 하는 주장에 대하여 연방헌법재판소는 이를 부인한 바 있다.[68]

한편 1인1표 비례대표제 위헌확인 사건[69]에서 재판관 권성은 1인1표 비례대표제가 자유선거의 원칙에도 위배된다고 하는 보충의견을 제시한 바 있다.[70]

(3) 자유로운 공천권의 보장

선거의 자유에는 원칙적으로 모든 선거권자에 대한 자유로운 공천권과 그리고 당원과 선거인단의 참여 하에서의 자유로운 후보자공천권도 포함된다. 정당은 참여자격이 있는 당원들을 초치하기 위하여 법적으로 가능한 그리고 그들에게 기대가능한 조직적 조치들을 취해야 한다.[71] 자유로운 후보자공천의 원칙과 이러한 원칙의 준수를 보장한다고 하는 입증을 독일 연방헌법재판소는 자유선거의 전제조건에 해당된다고 보았다.[72]

그리고 독일 함부르크 헌법재판소는 중요한 의미가 있는 한 사건에서 시장선거를 무효화시켰다. 왜냐하면 정당의 공천과정에서 가령 지도부의 후보자추천에 비하여 반대추천을 차별하였다든가 아니면 의회구성원의 공천권을 제한하는 등의 선거의 자유를 침해하

66) BVerfGE 44, 125 (139).

67) BVerfGE 40, 11 (41).

68) BVerfGE 7, 63 (69).

69) 2001.07.19, 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77~102.

70) "1인 1표제 하에서는 유권자가 지지하는 후보자와 지지하는 정당이 다를 경우 유권자는 후보자와 정당 중 어느 한 쪽에 대한 지지를 포기하지 않을 수 없게 되는데 이것은 지지하는 후보자나 정당을 위하여, 지지하지 않는 정당측이나 후보자측에게, 투표하지 않을 수 없도록 강제하는 것이고 경우에 따라서는 후보자와 정당 중 하나를 선택하기 어려워 투표 자체를 포기하고 말게 강제하는 것을 의미하므로 결국 유권자의 의사형성의 자유 내지 결심의 자유를 부당하게 축소하고 그 결과로 투표의 자유를 침해하는 것이 되므로 자유선거의 원칙에도 어긋난다."

71) BVerfGE 89, 243 (256).

72) BVerfGE 47, 253 (283).

는 중대한 오류가 있었기 때문이라는 것이다.[73]

(4) 선거운동의 자유

선거의 자유에는 선거운동의 자유도 역시 포함된다. 따라서 국가공권력의 불공정한 선거운동 개입은 금지된다.[74] 선거운동기간 중에 국가기관이 정당차원의 선거운동에 개입하여 선거에 영향을 미치는 행위는 선거의 자유를 침해할 소지가 있다.[75] 이와 관련하여 독일의 마이어(Meyer)는 국가기관의 선거개입과 국가기관이 아닌 자의 선거개입을 구분하여 다루고 있다. 즉 국가기관의 선거개입은 원칙적으로 금지된다고 보고 있다. 따라서 선거 전 2-3개월간 정부의 홍보업무는 원칙적으로 엄격하게 금지해야 할 필요가 있다고 본다.[76] 그리고 국가기관이 아닌 자의 선거개입의 경우는 언론의 자유나 결사의 자유에 의하여 보호되는 것이기 때문에 위법성의 기준을 설정하는 것이 더욱 까다롭다.[77]

그리고 사설 신문의 경우는 선거운동에 있어서 일방적으로 자신의 입장을 표명하는 것이 허용된다. 그러나 만일 이 신문이 독점적 지위에 있으면서도 일정한 후보자의 광고를 거부한다면 이는 자유선거를 침해할 수 있다고 보고 있다.[78] 이에 반하여 공법상으로 설립된 신문은 더욱 강력하게 구속된다고 한다.[79]

---

73) Urteil v. 4. 5. 1993, in: DVBl 1993, S. 1070 ff. Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 28. 이 결정의 내용에 대하여는 방승주, "권력구조의 민주화와 정당 – 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로", 헌법학연구 8권 2호(2002. 8), 43-44. 그 밖에 이와 비슷한 상황에서 합헌결정을 내린 독일 연방헌법재판소의 판례로 BVerfGE 89, 243 (264)과 그 대략적 내용은 방승주, 같은 논문, 43-44.

74) 이러한 국가의 중립의무를 평등선거를 실현하기 위한 기회균등의 요청으로 파악하는 견해로는 허 영(주 21), 744.

75) Magiera, in: Sachs, GG(4 Aufl.), Art. 38 GG, Rdnr. 88; 동지, Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 24.

76) Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 24.

77) 이와 관련하여 연방헌법재판소는 가령 해고를 통한 위협이나, 사민당(SPD)이 승리할 경우에는 기존 투자도 취소하고, 고용규모도 유지하지 않고, 새로운 직원도 채용하지 않겠다고 하는 기업의 통지를 분명하게 불법적 선거개입으로 판단하고 있지 아니하다고 한다. BVerfGE 66, 369 (380 ff.)를 인용하며, Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 25.

78) BVerfGE 42, 53 (62)를 인용하며, Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 27

79) 그리고 자체적으로 구성한 방송에 대해서는 "최소한의 내용적 형평성, 객관성과 상호존중(ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung)"이 요구된다고 하고 있다. 이와 관련하여 공영 방송국에서 2002년도의 수상후보자들간의 TV토론회는 자체적으로 구성한 방송으로 간주되었으며 FDP후보의 배제에 대한 소송에서 뮌스터 고등행정법원은 기각결정을 내린 바 있는데{Beschl. v. 15. 8. 2002, in: DÖV 2003, S. 733 (LS)} 그와 관련한 편집부의 구상을 원칙적으로 상당한 합리적 차별에 해당하는 것으로 보기는 하였으나 어느 정도의 의무도 존재함을 밝히고 있다. Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46, Rn. 27.

대통령이나 공무원의 선거중립의무 역시 이러한 자유선거의 원칙과 결부하여 생각해 볼 수 있을 것이다. 헌법재판소는 대통령 역시 자연인으로서 정치적 표현의 자유의 기본권주체인 것은 맞으나, 동시에 선거의 공정성을 책임져야 할 행정부의 수반으로서, 그의 선거중립의무가 매우 긴요하다고 보았다. 그러한 의미에서 선거활동에 관하여 대통령의 정치활동의 자유와 선거중립의무가 충돌하는 경우에는 후자가 강조되고 우선하여야 한다고 하면서, 중앙선관위의 대통령에 대한 선거중립의무 위반의 경고조치에 대한 헌법소원 심판청구에 대하여 기각한 바 있다.[80)]

Ⅳ. 국회의원의 수

1. 기본개념과 입헌취지

이 조항은 국회의원의 수에 관하여는 법률에 위임하되 그 최소한의 수를 200인으로 함을 헌법적으로 확정하고 있는 조항이다. 우리 공직선거법은 국회의 의원정수를 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 합하여 299인으로 하고 있다(제21조 제1항).

2. 연혁

가. 제헌헌법

제헌헌법에서는 국회의원의 수에 관한 규정은 두고 있지 않았다.

나. 제1차 개정헌법(전문개정 1952.7.7)

제1차 개정헌법 제32조 제3문은 국회의원의 정수와 선거에 관한 사항은 법률로써 정한다고 규정하였다.

80) 憲裁 2008.1.17. 2007헌마700, 대통령의 선거중립의무 준수요청 등 조치 취소, 공보 136, 217, 231; 同旨: 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609, 637.

다. 제3차 개정헌법(개정 1960.6.15)

제3차 개정헌법 제32조 제3항은 민의원의원의 정수와 선거에 관한 사항은 법률로써 정한다고 규정하였다.

라. 제5차 개정헌법(1962. 12. 26)

제5차 개정헌법 제36조 제2항은 국회의원의 수는 150人 以上 200人 以下의 범위안에서 法律로 정한다고 규정하였다. 이 제3공화국 헌법으로부터 국회의원수의 하한과 상한이 헌법에 처음으로 명기되기 시작하였다.

마. 제7차 개정헌법(1972. 12. 27)

제7차 개정헌법인 유신헌법은 통일주체국민회의를 도입하였으며 그 수의 하한과 상한에 관하여도 헌법에 규정하였다. 즉 제36조 제2항에서 통일주체국민회의 대의원의 수는 2,000인이상 5,000인이하의 범위안에서 법률로 정한다고 규정하였다. 그리고 이 헌법 제76조 제1항에서 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 의원 및 통일주체국민회의가 선거하는 의원으로 구성한다고 규정하였으며, 동조 제2항에서 국회의원의 수는 법률로 정한다고 규정함으로써, 결국 국회의원수를 모두 법률에 위임하였다.

바. 제8차 개정헌법(1980. 10. 27)

제8차 개정헌법인 소위 제5공화국 헌법은 제77조 제2항에서 현행헌법과 같이 국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인이상으로 한다고 규정하였다.

사. 제9차 개정헌법(1987. 10. 29)

제9차 개정헌법인 현행헌법은 제5공화국 헌법과 같은 내용으로 조문의 위치만 바뀌었다(제41조 제2항).

연혁적으로 볼 때, 국회의원의 수를 법률로 위임하던 때는 대통령의 권한이 막대한 반면 국회의 기능이 매우 제한적으로 축소되었던 유신헌법의 시절이었음을 알 수 있으며, 제5공화국 헌법 때부터는 그에 대한 반작용으로 최소한의 수를 헌법에 명문화하고 정수를 법률에 위임하기 시작함으로써, 국회의 권한과 기능이 원활하게 돌아갈 수 있게 하였다고 보인다.

국회의원의 수를 헌법에 정확하게 확정해 놓을 필요는 없겠지만, 지나치게 적은 수가 되면 국회로서의 대정부 견제기능이나 입법기능 등을 활발하게 하는 데 제 힘을 발휘할 수 없게 될 가능성이 많아질 것이며, 반면 지나치게 많은 수가 되면, 권한과 활동에 비하여 그 효율성이 떨어지게 될 수 있는 가능성이 있다. 따라서 최소한의 수를 정해 놓고 그 정수에 대해서는 그때 그때 상황에 맞게 입법자 스스로 국민의 뜻에 맞게 정하는 방법이 바람직하다고 보아야 할 것이다.

3. 입헌례와 비교법적 의의

국회의원의 수를 정하는 방식은 국가별로 상이하다. 네덜란드와 같이 헌법에서 의원수를 확정하는 방식, 그리이스와 같이 헌법에서 의원수의 상한선과 하한선을 확정하는 방식, 한국, 이집트, 덴마크와 같이 헌법에서 하한선 또는 상한선만을 확정하는 방식, 미국과 같이 헌법에서 의원수의 결정기준만을 제시하는 방식, 독일, 일본과 같이 의원수를 전적으로 법률에 위임하는 방식이 있다.[81)]

국회의원의 수, 즉 의회의 규모는 그 나라의 인구규모와 밀접한 관련이 있다고 할 수 있으며, 대체로 그 나라 인구규모의 세제곱근에 근사해지는 경향이 있다고 한다.[82)]

국회의원의 수, 즉 의회의 적정한 규모는 단순히 그 나라의 인구규모와의 비례성만을 고려해서는 안되고, 각국의 구체적인 정부형태나 정치현실 등을 반영하여 결정해야 할 문제이다.[83)]

4. 국회의 의원정수의 변천

1994년 3월 16일 법률 제4739호에 의하여 통합선거법인 공직선거및선거부정방지법이 마련된 후 국회의원의 정수는 299명을 유지해 오다가 2000년 2월 16일 법률 제6265호로 개정된 공직선거및선거부정방지법은 273명으로 의원을 축소하였으며, 2004. 3. 12.

81) 음선필, "국회의 규모에 관한 헌법적 고찰", 공법연구 27집 3호(1999. 6), 251 참조.

82) 전주, 252와 그곳의 인용문헌 참조.

83) 전주, 254.

법률 제7189호로 개정된 공직선거및선거부정방지법에 의하여 다시 299명으로 환원된 채 지금까지 그 수가 유지되어 오고 있다.

종전에는 지역구의석수 243석, 전국구비례대표의석 56석을 합하여 299석이었으나, 2008. 2. 29. 일부개정된 공직선거법 별표 1에 의하여 지역구의석수는 254석이 되었으며, 따라서 전국구비례대표의석수는 45석으로 줄었다.

Ⅴ. 선거구와 비례대표제 등 법정주의

1. 선거제도 법정주의

가. 서론

선거란 선거의 자격을 갖는 국민(유권자)이 일정한 범위의 후보자들 가운데서 하나 또는 다수의 국민의 대표자를 선출하는 행위라고 할 수 있다. 이러한 선거를 통해서 국민은 국가의 통치와 운영을 담당할 대표자를 선출하고 그에게 일정한 기간동안 국가적 의사결정권을 위임한다. 이로써 그들의 국가적 의사결정은 곧 국민에게 귀속되는 것이다. 이러한 선거는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을 부여하는 작용과 기능을 한다.[84)]

국회의원의 선거에 관한 사항은 헌법이 자세히 규정하고 있지 않은 채, 입법자에게 위임하고 있다. 따라서 일단 선거와 관련된 사항을 규정함에 있어서 입법자는 광범위한 형성의 자유를 가진다고 볼 수 있다. 다만 헌법이 이 조항에서 명시하고 있는 바, 선거구와 비례대표제를 도입할 것인지 여부에 대해서는 입법자에게 하등의 형성의 자유가 존재한다고 할 수 없고, 오로지 그러한 제도를 어떻게 도입할 것인지의 문제에 대해서만 형성의 자유를 가질 뿐이다. 또한 헌법 제41조 제1항이 규정하고 있는 보통·평등·직접·비밀선거의 원칙은 이러한 입법자의 형성의 자유의 한계로서 기능한다고 할 수 있을 것이다. 다시 말해서 선거제도를 형성함에 있어서 입법자는 민주선거의 원칙이 잘 실현될 수 있도록 하여야 할 것이다.

그러므로 이하에서는 입법자가 선거구와 비례대표제, 그리고 기타 선거에 관한 사항에 대하여 규정하여야 하는 내용은 어떠한 것들이 있으며, 그러한 규정과 관련하여 입법자의 형성의 자유와 그 한계는 어디에 놓여 있는지 등을 중심으로 살펴보기로 한다.

84) Magiera, Art. 38, in: Sachs GG-Kommentar, 4. Aufl., 2007, Rn. 73.

나. 선거제도 법정주의의 연혁

(1) 건국헌법

건국헌법 제32조는 "국회는 보통, 직접, 평등, 비밀선거에 의하여 공선된 의원으로써 조직한다. 국회의원의 선거에 관한 사항은 법률로써 정한다."고 규정하여 선거에 관한 사항을 입법자에게 포괄적으로 위임하였다.

(2) 제1차 개정헌법(1952. 7. 7)

제1차 개정헌법은 양원제를 도입하였으며 이에 따라 기존 선거관련조항에 양원개념을 삽입하였다. 그리고 양원의원의 겸직금지규정을 두었고, 또한 국회의원의 정수와 선거에 관한 사항은 입법자에게 포괄적으로 위임하였다.

(3) 제3차 개정헌법(1960. 6. 15)

제3차 개정헌법에서는 이러한 내용을 제32조 제3항으로 하여 민의원의원의 정수와 선거에 관한 사항은 법률로써 정한다고 규정하여 선거에 관한 사항의 법정주의의 기조를 유지하고 있다.

(4) 제5차 개정헌법(1962. 12. 26)

제5차 개정헌법인 제3공화국 헌법 역시 제36조 제4항에서 국회의원의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다고 규정하였다.

(5) 제7차 개정헌법(1972. 12. 27)

제7차 개정헌법인 유신헌법은 같은 내용을 제76조 제3항에서 규정하였다.

(6) 제8차 개정헌법(1980. 10. 27)

제8차 개정헌법인 제5공화국 헌법부터 현행헌법과 같은 내용으로 규정하였다. 즉 제77조 제3항에서 "국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다."고 규정한 것이다.

(7) 제9차 개정헌법(1987. 10. 29)

제9차 개정헌법인 현행헌법은 제41조 제3항에서 제5공화국 헌법의 규정내용을 그대로 유지하고 있다.

다. 선거제도 법정주의의 내용

(1) 선거구

(가) 선거구의 개념

선거구라 함은 의원을 선출하는 단위로서의 지역을 말한다.[85] 선거구를 구체적으로 어떻게 할 것인지, 즉 소선거구제로 할 것인지 아니면 중선거구제나 대선거구제로 할 것인지에 관해서는 헌법이 직접 결정하지 아니하고 입법자에게 결정을 위임하였다. 따라서 선거구에 관한 결정에 있어서 입법자는 형성의 자유를 가지지만, 그 형성의 자유의 한계는 민주적인 선거의 원칙, 특히 평등선거의 원칙이 잘 유지되는 데에 있다고 할 것이다.

(나) 선거구의 유형

선거구에는 소선거구와 중선거구 그리고 대선거구가 있다. 소선거구는 1인의 후보가, 중선거구는 2내지 4[86] 또는 5[87]인의 후보가, 대선거구는 그 이상의 후보가 당선인으로 확정되는 선거구이다.[88] 현행 공직선거법상 국회의원지역선거구는 소선거구제도를 채택하고 있다. 다시 말해서 이 선거구에서 최다득표를 한 후보자가 선출되는 것이다. 이에 반하여 비례대표제 국회의원선거는 전국을 단위로 하는 대선거구제도를 채택하고 있다. 또한 대통령선거도 전국을 단위로 하는 것이기 때문에 대선거구라고 할 수 있다.

유신헌법 하에서는 소위 2인 선거구제를 채택한 적도 있었다. 2인 선거구제는 최다득표를 한 다수대표자만이 아니라, 소수대표자도 선출되게 하는 제도이다. 그러나 이러한 2인 선거구제는 최다득표를 한 사람은 물론 그에 훨씬 못 미치는 차점자 역시 당선자로 결정되게 하는 제도로서 선거구민의 다수관계를 의석수로 정확하게 반영하는 데 한계가 있는 제도라고 할 수 있다. 특히 이러한 2인 선거구제는 여당에게는 반드시 1석을 안정적으로 확보하게 해주며, 나머지 1석을 둘러싸고 야당끼리 경쟁하는 구도가 될 수밖에 없기 때문에, 처음부터 여당에게만 유리하고, 야당에게는 불리한, 비민주적인 제도라고 할 수 있을 것이다. 최근에도 지역적 대립의 극복 등을 위한 대안으로서 제안되기도 하나, 바로 이러한 운영과정에서의 비민주성 때문에 그러한 선거구제도의 도입은 신중을 기해야 할 것이라고 생각된다.

85) 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1995, 310.

86) 계희열(주 60), 317.

87) 김철수(주 2), 252.

88) 일부학자들은 소선거구와 대선거구만으로 구분하고, 중선거구를 따로 구분하지 않는다. 이 경우에 선거구에서 2인 이상을 선출하는 경우에 대선거구로 본다.: 양건, 헌법강의Ⅱ, 법문사, 2008, 71.

(다) 선거구와 다수대표제와의 관계

한편 선거구와 다수대표제와의 관계가 문제될 수 있다. 소선거구제에서는 가장 많은 득표를 한 후보가 당선되기 때문에 다수대표제라고 할 수 있다. 투표자의 과반수를 득표한 후보자가 당선되도록 하는 제도를 절대다수대표제라고 할 수 있으며, 과반수가 아니더라도, 최다득표자가 당선되도록 하는 제도를 상대다수대표제라고 할 수 있다. 절대다수대표제를 택하는 경우에는 양당제, 상대다수대표제를 택하는 경우에는 다당제의 형성이 용이해진다고 할 수 있다. 현행 공직선거법은 국회의원선거에 있어서는 물론, 대통령선거와 지방자치단체장 및 지방의회의원선거에 있어서 상대다수대표제를 채택하고 있다.

(라) 선거구의 획정

1) 선거구획정위원회

우리 공직선거법은 국회의원의 지역선거구를 획정하기 위해서 선거구획정위원회제도를 두고 있다(공직선거법 제24조 제1항). 국회의원선거구획정위원회는 국회의장이 교섭단체 대표의원과 협의하여 11인 이내의 위원으로 구성하되, 학계·법조계·언론계·시민단체 및 선거관리위원회가 추천하는 자중에서 위촉하여야 한다(동조 제2항). 선거구획정위원회는 제25조(국회의원지역구의 획정) 제1항에 규정된 기준에 따라 선거구획정안을 마련하고, 그 이유 그 밖의 필요한 사항을 기재한 보고서를 당해 국회의원의 임기만료에 의한 선거의 선거일 전 1년까지 국회의장에게 제출하여야 한다(동조 제7항). 국회가 국회의원지역선거구에 관한 규정을 개정하는 때에는 선거구획정위원회의 선거구획정안을 존중하여야 한다(동조 제10항).

2) 선거구획정의 기준

국회의원지역선거구(이하 "국회의원지역구"라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 획정하되, 구(자치구를 포함한다)·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다)·군(이하 "구·시·군"이라 한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다. 다만, 제21조(국회의 의원정수) 제1항 후단의 요건, 즉 각 시·도의 지역구 국회의원 정수는 최소 3인으로 한다고 하는 요건을 갖추기 위하여 부득이한 경우에는 그러하지 아니하다(공직선거법 제25조 제1항).

(마) 선거구획정과 평등선거원칙

선거구를 획정함에 있어서는 특히 선거구간 인구편차가 지나치게 심하지 않도록 하여야 한다. 인구편차가 지나친 경우에는 평등선거의 원칙에 위반될 수 있다. 전술한 바와 같이

우리 헌법재판소는 이와 관련 최대선거구와 최소선거구간의 비율을 4:1로 하였다가 최근에는 3:1로 하여 그 이상을 초과하는 인구편차의 경우 위헌으로 보았으며, 앞으로 입법자가 2:1(평균인구수 기준 상하 33.33% 편차)까지 인구편차를 줄일 것을 촉구한 바 있다.

그리고 선거구를 획정함에 있어서 특정 정당에게 유리하게 선거구를 인위적으로 조작하는 게리맨더링의 경우도 역시 평등선거의 원칙에 위반될 수 있는 소지가 있다. 이와 관련하여 우리 헌법재판소는 게리맨더링이 인정될 수 있기 위한 요건을 매우 엄격하게 설정하고 있음은 전술한 바와 같다.

(2) 비례대표제

(가) 비례대표제의 개념

비례대표제란 각 정당의 득표율에 따라 의석을 배분하는 제도를 일컫는다.[89] 이러한 비례대표제는 소수자라 하더라도 의석배분에 영향을 미칠 수 있기 때문에, 사표를 방지하고 평등선거원칙의 이념을 가장 잘 실현할 수 있는 선거제도라고 평가된다.

(나) 비례대표제의 연혁

우리나라의 전국구 비례대표제도는 1962년 제5차 개정 헌법 하에서 처음 도입되었다. 그러나 당시의 전국구 비례대표제도는 순수한 비례대표제와는 거리가 멀었다. 왜냐하면 제1당의 득표율이 과반수를 초과할 경우에는 정당의 득표율에 따라서 전국구 의석을 배분하지만, 제1당이 과반 이하를 득표하였을 경우에는 제1당에게 전국구 의석의 1/2을 배분하게 하였다. 또한 제2당의 득표가 제3당 이하 정당의 총득표수의 2배를 초과한 때에는 득표율에 따라 의석을 배분하지만, 그렇지 못한 경우에는 제1당에게 배분하고 남은 잔여의석의 2/3를 배분하게 하였다. 이러한 제도는 비례대표제라고 하기보다는 주로 쿠데타 등을 통해 집권한 권위주의 정권이 의회내 과반수의 안정의석을 확보하기 위한 방법으로 즐겨 채택하였던 소위 추가의석할당제라고 할 수 있다.[90] 이러한 전국구제도는 제4공화국과 제5공화국을 거치면서 추가의석할당제의 성격을 보다 분명하게 띠었다. 1972년 유신헌법 이후 채택된 소위 유신정우회제도와 전국구 의석의 2/3를 제1당에 배분하도록 한 제5공화국의 전국구제도는 야당이 의회다수를 점하는 것을 아예 불가능하게 하였다.[91]

그 후 1988년 제13대 국회의원선거에서는 지역구총선거에서 5석이상의 의석을 차지한

89) 허 영(주 21), 751.

90) 서복경, "한국 선거제도의 특성과 변천과정", 입법정보 100호 특집(2003. 7. 11), 9.

91) 전주, 9.

각정당의 지역구의석비율에 따라 전국구의석을 배분하되, 지역구총선거에서 제1당의 지역구의석수가 지역구의석총수의 100분의 50미만일 때에는 제1당에 전국구의석총수의 2분의 1(단수는 1로 한다)을 배분하고 잔여의석은 제2당이하의 정당에 그 지역구의석비율로 배분하였다(국회의원선거법 제133조: 1988. 3. 17. 법률 제4003호).

제14대 국회의원선거부터는 지역구의석비율에 따라서 전국구의석을 배분하는 방법으로 바뀌었다. 즉 중앙선거관리위원회는 지역구총선거에서 5석이상의 의석을 차지한 각 정당의 지역구의석비율에 따라 전국구의석을 배분하였으며, 지역구총선거에서 의석을 얻지 못하였거나 5석 미만을 차지한 정당으로서 그 득표수가 유효투표총수의 100分의 3이상인 정당이 있는 때에는 그 정당에 대하여 우선 1석씩을 배분함으로써(1991.12.31 법률 4462호로 개정된 국회의원선거법 제133조 제1항), 3% 저지조항을 도입하였다.

통합선거법에 따라서 이루어진 제15대 국회의원선거에서부터는 득표율을 기준으로 의석을 배분하는 방식으로 바뀌었지만 1인 1표제는 유지되었다. 즉 중앙선거관리위원회가 지역구국회의원총선거에서 5석이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100分의 5이상을 득표한 각 정당에 대하여 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 전국구국회의원의석을 배분하였으며, 다만 지역구국회의원총선거에서 유효투표총수의 100分의 3이상 100分의 5미만을 득표한 각 정당에 대하여는 전국구국회의원의석 1석씩을 배분하였다(1994.3.16 법률 4739호로 제정된 공직선거및선거부정방지법 제189조). 이때부터는 저지조항은 5%로 상향조정되었다.

제16대 국회의원선거에서도 비례대표제는 마찬가지 내용대로 시행되었다. 그 후 2001년 7월 19일 2000헌마91등 공직선거및선거부정방지법 제146조 제2항 위헌확인 등 사건에서 헌법재판소는 1인 1표에 의한 비례대표제에 대하여 위헌을 선언하였다.

이에 따라 지역구국회의원선거와 비례대표제국회의원선거로 각각 1인 2표씩을 인정하는 공직선거법의 개정이 시도의원선거의 경우 2002.3.7 법률 제6663호에 의하여, 그리고 국회의원선거의 경우 2004.3.12 법률 7189호에 의하여 이루어졌다.

제17대 국회의원선거와 제18대 국회의원선거 때에는 저지조항이 다시 3%로 하향조정되었다.

(다) 1인 1표에 의한 전국구 비례대표제의 위헌성

헌법재판소는 1인 1표에 의한 전국구 비례대표제에 대하여 이러한 비례대표제 방식에 의하면, 유권자가 지역구후보자나 그가 속한 정당 중 어느 일방만을 지지할 경우 지역구후보자 개인을 기준으로 투표하든, 정당을 기준으로 투표하든 어느 경우에나 자신의 진정

한 의사는 반영시킬 수 없으며, 후보자든 정당이든 절반의 선택권을 박탈당할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 신생정당에 대한 국민의 지지도를 제대로 반영할 수 없어 기존의 세력정당에 대한 국민의 실제 지지도를 초과하여 그 세력정당에 의석을 배분하여 주게 되는 바, 이는 선거에 있어 국민의 의사를 제대로 반영하고, 국민의 자유로운 선택권을 보장할 것 등을 요구하는 민주주의원리에 부합하지 않는다[92]고 하였다.

그리고 비례대표의원의 선거는 지역구의원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 1인1표제 하에서의 비례대표의석배분방식에서, 지역구후보자에 대한 투표는 지역구의원의 선출에 기여함과 아울러 그가 속한 정당의 비례대표의원의 선출에도 기여하는 2중의 가치를 지니게 되는데 반하여, 무소속후보자에 대한 투표는 그 무소속후보자의 선출에만 기여할 뿐 비례대표의원의 선출에는 전혀 기여하지 못하므로 투표가치의 불평등이 발생하여 평등선거의 원칙에 위배된다고 보았다.[93]

(라) 현행 비례대표제의 구체적 내용

이러한 위헌결정에 따라 개정된 현행 비례대표제는 1인 2표에 의한 전국구 비례대표제이다(공직선거법 제146조 제2항). 즉 지역선거구 국회의원선거를 위한 1표와 정당명부에 의한 비례대표국회의원선거를 위한 1표가 유권자에게 주어진다.

중앙선거관리위원회는 비례대표국회의원선거에서 유효투표총수의 100분의 3 이상을 득표하였거나 지역구국회의원총선거에서 5석 이상의 의석을 차지한 각 정당(이하 이 조에서 "의석할당정당"이라 한다)에 대하여 당해 의석할당정당이 비례대표국회의원선거에서 얻은 득표비율에 따라 비례대표국회의원의석을 배분한다(공직선거법 제189조 제1항). 따라서 득표율 3%, 그리고 지역구의석 5석이라고 하는 저지조항을 두고 있다.

또한 정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 50/100 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에는 여성을 추천하여야 한다(공직선거법 제47조 제3항, 2005. 8. 4. 개정).

92) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 78.

93) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91, 헌판집 13-2, 77, 79.

(3) 기타 선거에 관한 사항

선거구와 비례대표제 외에도 선거에 관하여 규정해야 할 사항은 매우 많다. 현행 공직선거법이 규정하고 있는 내용을 개관해 본다면 다음 사항들이 있다. 즉 선거권과 피선거권, 선거구역과 의원정수, 선거기간과 선거일, 선거인명부, 후보자추천과 등록, 선거운동, 선거비용, 투·개표, 당선인의 확정, 재·보궐선거, 선거에 관한 쟁송, 선거법위반에 대한 제재규정, 그 밖에 정당의 선거사무에 관한 사항 등이 그것이다.

(가) 선거권과 피선거권

만 19세로서 특별한 결격사유(제18조)가 없는 국민은 국회의원의 선거권을 가지며(제15조), 또한 만 25세가 된 국민으로서 일정한 결격사유가 없는 국민은 국회의원의 피선거권을 가진다. 이와 관련하여 헌법재판소는 「선거범으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지시키는 규정 자체는, 선거의 공정성을 해친 선거사범에 대하여 일정기간 피선거권의 행사를 정지시킴으로써 선거의 공정성을 확보함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적조치로서, 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라고 할 수 없다」[94]고 보고 있다.

(나) 국회의 의원정수와 선거구

또한 국회의 의원정수는 지역구국회의원과 비례대표국회의원을 합하여 299인으로 하되, 각 시·도의 지역구국회의원 정수는 최소 3인으로 한다(제21조 제1항). 현행 공직선거법상 지역구의 수(제18대 국회의 지역구)는 245개[95]이며 전국구 비례대표 국회의원 의석수는 54석이다. 또한 하나의 국회의원지역선거구에서 선출할 국회의원의 정수는 1人으로 함으로써, 소선거구제를 채택하고 있다.

(다) 선거기간과 선거일

선거기간이라 함은 후보자등록 마감일의 다음날부터 선거일까지의 기간을 말한다(제33조 제3항). 국회의원과 지방자치단체장 및 지방의회의원선거의 선거기간은 14일이다(제33조 제1항 제2호).

94) 憲裁 1995.12.28. 95헌마196, 헌판집 7-2, 893, 902.

95) 제17대 국회의 지역선거구는 243개였다.

국회의원선거는 그 임기만료일전 50일 이후 첫번째 수요일을 선거일로 한다(제34조 제1항 제2호).

(라) 선거인명부

선거를 실시할 때에는 그 때마다 구청장, 시장, 읍장, 면장이 국회의원선거에 있어서는 선거일 전 19일 현재로 그 관할 구역 안에 주민등록이 되어 있는 선거권자를 투표구별로 조사하여, 선거인명부작성기준일로부터 5일 이내에 선거인명부를 작성하여야 한다(공직선거법 제37조 제1항). 이 조항으로 인하여 국내에 주민등록이 되어 있지 아니한 재외국민들은 선거인명부에 등록될 수 없어 원천적으로 선거에 참여할 수 없게 되기 때문에, 이 조항에 대하여 헌법재판소는 재외국민들의 선거권을 침해하며, 평등선거의 원칙을 침해한다고 하면서 헌법불합치로 선언하였음은 전술한 바와 같다.[96)]

(마) 후보자추천과 등록

정당은 선거에 있어서 소속당원을 후보로 추천할 수 있다. 이와 같이 정당이 후보자를 추천하는 경우에는 민주적인 절차를 따라야 한다(제47조 제1항 제2항). 또한 정당이 비례대표국회의원후보자를 추천할 경우에는 50/100을 여성으로 추천하여야 하며, 또한 지역구국회의원 후보자를 추천하는 경우에는 30/100이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 한다(제47조 제3항 제4항). 또한 무소속으로 국회의원후보로 출마하고자 하는 자는 300인 이상 500인 이하의 선거인의 추천을 받아야 한다(제48조 제2항 제2호).

국회의원선거의 경우 선거일 전 15일부터 2일간 후보자등록을 신청하여야 한다(제49조 제1항). 기타 등록절차에 관해서는 제49조에 자세하게 규정되어 있다.

(바) 선거운동

공직선거법은 "선거운동"이라 함은 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위를 말한다고 하면서도 다만, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동 등은 선거운동으로 보지 아니한다고 하고 있다(제58조).

선거운동기간과 관련하여 선거운동은 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일전일까지

96) 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644, 헌판집 19-1, 859: 공직선거및선거부정방지법 제15조 제2항 등 위헌확인 등

에 한하여 이를 할 수 있다고 규정하고 있다(제59조).

공직선거법은 선거운동의 방법과 관련하여 가령 선전벽보(제64조)[97], 선거공보(제65조), 선거공약서(제66조), 현수막(제67조), 어깨띠(제68조), 신문광고(제69조), 방송광고(제70조), 방송연설(제71조[98], 제72조), 경력방송(제73조, 제74조), 공개장소에서의 연설대담(제79조), 연설금지장소(제80조), 후보자 등 초청 대담·토론회(제82조의2, 3)[99], 정보통신망을 이용한 선거운동(제82조의4), 선거운동정보의 전송제한(제82조의5), 인터넷언론사·대화방의 실명확인제(제82조의6), 인터넷광고(제82조의7), 교통편의의 제공(제83조), 무소속후보자의 정당표방금지(제84조), 지위를 이용한 선거운동금지(제85조), 공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위 금지(제86조)[100], 단체의 선거운동금지(제87조)[101], 타후보자를 위한 선거운동금지(제88조), 유사기관의 설치금지(제89조), 시설물설치등의 금지(제90조), 확성장치와 자동차 등의 사용제한(제91조), 영화 등을 이용한 선거운동금지(제92조), 탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지(제93조), 방송·신문 등에 의한 광고의 금지(제94조), 신문·잡지 등의 통상방법 외의 배부금지(제95조), 허위논평·보도의 금지(제96조), 방송·신문의 불법이용을 위한 행위 등의 제한(제97조), 선거운동을 위한 방송의 제한(제98조), 구내방송에 의한 선거운동금지(제99조), 녹음기 등의 사용금지(제100조), 타연설회 등의 금지(제101조), 야간연설 등의 제한(제102조), 각종 집회 등의 제한(제103조), 연설회장에서의 소란행위 등의 금지(제104조), 행렬 등의 금지(제105조)[102], 호별방문의 제한(제106조), 서명·날인운동의 금지(제107조), 여론조사의 결과공표 금지(제108조)[103], 서신·전보 등에 의한 선거운동의 금지(제109조), 후보

97) 憲裁 1999.9.16. 99헌바5, 법 제64조 제1항: 선전벽보에 비정규학력게재금지 합헌, 헌판집 11-2, 326.

98) 憲裁 1999.6.24. 98헌마153, 자치구·시·군의 장선거에서 후보자의 방송연설을 종합유선방송만을 이용하여 실시하고 지역방송국을 이용할 수 없도록 방송연설매체를 제한한 법 제71조 합헌

99) 憲裁 1999.1.28. 98헌마172, 언론기관에 의한 후보자의 초청범위 등의 제한을 가능하도록 한 법 제82조 제2항 합헌, 헌판집 11-1, 84; 憲裁 1998.8.27. 97헌마372 병합, 방송토론회진행사항결정행위 취소: 합헌, 헌판집 10-2, 461.

100) 헌법재판소는 공무원의 선거운동기획행위를 전면 금지하고 있는 공직선거법 제86조 제1항 제2호 등에 대하여 종전의 합헌판례를 변경하여 위헌선언하였다. 憲裁 2008.5.29. 2006헌마1096, 공보 140, 807.

101) 憲裁 1999.11.25. 98헌마141, 법 제87조 단서: 단체의 선거운동 제한 합헌.

102) 憲裁 2006.7.27. 2004헌마215, 공직선거및선거부정방지법 제105조 제1항 위헌확인: 합헌.

103) 憲裁 1995.7.21. 92헌마177, 199(병합): 대통령선거법 제65조 위헌확인: "대통령선거의 중요성에 비추어 선거의 공정을 위하여 선거일을 앞두고 어느 정도의 기간 동안 선거에 관한 여론조사결과의 공표를 금지하는 것 자체는 그 금지기간이 지나치게 길지 않는 한 위헌이라고 할 수 없다."{헌판집 7-2, 112(113)}; 憲裁 1999.1.28. 98헌바64, 헌판집 11-1, 33; 1998.5.28. 97헌마362, 헌판집 10-1, 712; 1998.5.28. 97헌마362등 - 기각(법 제108조 제1항).

자 등의 비방금지(제110조), 의정활동보고(제111조)[104], 기부행위의 정의(제112조), 후보자 등의 기부행위제한(제113조), 정당 및 후보자의 가족 등의 기부행위제한(제114조), 제3자의 기부행위제한(제115조), 기부의 권유·요구 등의 금지(제116조), 기부받는 행위 등의 금지(제117조), 선거일 후 답례금지(제118조) 등의 사례가 보여주고 있듯이 아주 자세한 제한과 금지규정을 두고 있어, 공직선거법이 마치 선거운동의 제한에 관한 법전인 것 같은 인상마저 주고 있다. 그러나 공정선거를 명목으로 너무 자세하게 선거운동을 제한하고 규제하는 것은 자유선거의 원칙에 비추어 볼 때 문제가 있을 수 있다.

(사) 선거소송과 당선소송

국회의원선거에 있어서 선거의 효력에 관하여 이의가 있는 선거인·정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 선거일부터 30日 이내에 당해 선거구선거관리위원회위원장을 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다(제222조 제1항).

국회의원선거에 있어서 당선의 효력에 이의가 있는 정당(후보자를 추천한 정당에 한한다) 또는 후보자는 당선인결정일부터 30日이내에 제52조(등록무효)제1항·제2항 또는 제192조(피선거권상실로 인한 당선무효 등)제1항 내지 제3항의 사유에 해당함을 이유로 하는 때에는 당선인을, 제188조(지역구국회의원당선인의 결정·공고·통지)제1항 내지 제4항, 제189조(비례대표국회의원의석의 배분과 당선인의 결정·공고·통지) 또는 제194조(당선인의 재결정과 비례대표국회의원의석 및 비례대표지방의회의원의석의 재배분)제4항의 규정에 의한 결정의 위법을 이유로 하는 때에는 당해 선거구선거관리위원회위원장을 각각 피고로 하여 대법원에 소를 제기할 수 있다(제223조).

VI. 관련문헌

1. 국내문헌

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

김선택, “정당투표제 실시에 따른 문제점과 개선방안”, 선거관리 제50호(2004), 186-210.

104) 憲裁 1996.3.28. 96헌마18 등, 법 제111조 등 위헌확인 – 기각.

김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1995.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
김형성, “민주적 선거제도”, 헌법학연구 7권 3호(2001.10), 9-32.
박진완, “자유위임과 명령적 위임의 갈등에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 12권 1호(2006.6), 95-128.
방승주, “재외국민 선거권제한의 위헌여부”, 헌법학연구 13권 2호(2007.6), 305-349.
방승주, “권력구조의 민주화와 정당 - 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로”, 헌법학연구 8권 2호(2002. 8), 43-44.
서복경, “한국 선거제도의 특성과 변천과정”, 입법정보 100호 특집(2003.7.11).
성낙인, “국회구성원리로서의 양원제”, 고시연구 1995년 5월호, 97 이하.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
송길웅, “양원제에 관한 연구”, 헌법학연구 6권 4호(2000.12), 183-204.
양 건, 헌법강의Ⅱ, 법문사, 2008.
음선필, “국회의 규모에 관한 헌법적 고찰”, 공법연구 27집 3호(1999.6), 249-261.
음선필, “정당과 선거제도 - 전국구비례대표제의 문제점과 개선방안을 중심으로”, 공법연구 30집 3호(2002.2), 25-67.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.
전학선, “헌법 제24조”, 헌법 주석서 II(총강 및 기본권 부분), 법제처, 2007.12, 876-902.
정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 7권 1호(2006.2), 149-194.
정만희, “현행 선거법제의 문제점과 개선방안”, 저스티스 통권66호(2002.4), 37-70.
정연주, “현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책”, 저스티스 통권70호(2002.12), 106-141.
정영화, “의회개혁과 국가경쟁력 - 양원제 도입의 논거로서 13대-17 총선거의 실증분석”, 세계헌법연구 11권 1호(2005.6), 19 이하.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
중앙선거관리위원회, 이탈리아 선거법, 2004.
중앙선거관리위원회, 프랑스 선거법, 2004.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.
홍완식, “지역구도 타파를 위한 선거구제 개편에 관한 헌법적 쟁점”, 공법학연구 7권 2호(2006.6), 25-54.

2. 외국문헌

Magiera, in: Sachs, Michael, Battis, Ulrich, Grundgesetz : Kommentar(4. Aufl.), Beck, M·nchen, 2003, Art. 38.
Mattarella, Sergio Der Zweikammersystem in Italien, A·R 108 Bd. 1983, S. 370 ff.
Meyer, Hans Wahlgrunds·tze, Wahlverfahren, Wahlpr·fung, in: HStR III 2005, § 46.
Pieroth, Bodo, in: Jarass, Hans D., Pieroth, Bodo, Grundgesetz f·r die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, Beck, M·nchen, 2007, Art. 38.
Wyduckel, Dieter Der Bundesrat als Zweite Kammer, D·V 1989, S. 181 ff.



Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 대의제 민주주의와 국회의원의 지위

가. 대의제 민주주의 내용

국민대표의 원리인 대의제 민주주의(의회주의)는 입헌군주제 시대에 있어서의 국민대표의 원리에 그 기원을 두고 있다. 의회에 의한 국민의 대표사상은 자유주의가 절대군주에 의한 정치적 통일체의 대표사상에 대항해서 창안해 낸 정신적 무기였다. 19세기 말경부터 국민대표인 의회가 정부에 대해 우월적인 지위를 차지하게 되었고, 정부가 국민대표기관인 의회의 의사에 종속되기 시작했다. 의회는 이제 명실상부한 국민의 대의기관으로서 정부에 대한 통제와 국가의사형성의 주 무대로 등장하기 시작했고, 국민의 대표로서 국가의 중요한 사무를 법률제정과 의결로써 확정하는 임무를 다하기 시작했다.

대의제 민주주의는 로크의 위임계약사상에 그 사상적 기초를 두고 있다. 로크의 위임계약이론에 의하면 정치권력은 일정한 공동관심사를 처리하기 위한 위임계약에 의해서 성립되는 것이기 때문에 국가기관과 국민간의 관계에서는 무엇보다도 신임이 중요하며, 국

가존립의 근거는 국민의 자연적 자유와 권리를 보호하는 데 있다.[1)]

나. 대의제와 국회의원의 지위

대의제 민주주의는 대의기관에 의해서 내려지는 국가의사가 국민 전체를 기속하는 통치형태원리이다. 대의민주주의는 자유위임을 원칙으로 한다. 1791년 프랑스 헌법에서 “의원은 전 국민의 대표자이고, 특정지역의 대표자가 아니며, 의원에 대하여 위임을 부여할 수 없다”고 규정한 것을 위시하여 오늘날 독일·영국·프랑스·일본 등 자유민주주의국가에서는 거의가 헌법에 국회의원을 전 국민의 대표자라고 규정하여 자유위임 하에 두는 제도를 채택하고 있다. 자유위임제도를 명문으로 채택하고 있는 헌법 하에서는 국회의원은 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에도 법적으로 구속되지 아니하며, 정당의 이익보다 국가의 이익을 우선시한 양심에 따라 그 직무를 집행하여야 하며, 국회의원의 정통성은 정당과 독립된 정통성이다. 헌법 제42조와 아울러 제7조 제1항의 "공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대한 책임을 진다"라는 규정, 제45조의 "국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다"라는 규정 및 제46조 제2항의 “국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다”라는 규정들을 종합하여 볼 때, 우리 헌법은 국회의원을 자유위임의 원칙하에 두었다고 할 것이다.

2. 정당제 민주주의 등장과 국회의원지위의 변화

가. 정당국가현상과 의회주의의 위기

대의제 민주주의에 있어 국회의원은 국민의 대표자이며 그 대표관계는 자유위임을 의미하였지만 정당국가의 현대적 발전은 국회의원의 지위에 변화를 가져왔다. 국회의원의 정당기속적 현상은 대의제 민주주의와 상충하는 문제를 야기하고 이러한 사실은 의회제도의 변모와 위기를 초래하였다. 오늘날 의회주의의 위기는 국민의 정당혐오와, 정당의 이기주의에 있다. 직접민주제가 아닌 오늘날 대의제 형태의 의회주의에서는 정당국가화 현상으로 인해 다원적 이익의 축적, 예상되는 이익간의 충돌의 방지, 혁신적 정치개념의 수립 등이 정당의 과제로 남는다. 정당은 국민과 국가기관들 사이를 매개하는 불가피한

1) 박경철, 국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2000, 147 이하 참조

조직이고, 정당에게는 국가라는 통일체의 공공복리나 사회안정에 대한 고려는 덜한 반면, 특정 국민의 관심사와 이익을 받아들이고 이를 정치적으로 실현하는 데 관심을 둔다. 그러므로 정당은 친국민적 경향은 있으나, 진정한 의미의 행정이나 통치라는 개념과는 관계가 멀다. 국회의원의 정당대표화 현상으로 볼 수 있는 정당국가현상은 국회의원을 정당의 도구로 전락시켰고, 국회의원의 권한축소를 초래하였다. 그 결과 정당이 국가의 정책결정에 적극 개입하게 되었고, 정당 소속의 의원에 대해서도 영향력을 강화시켜 갔다.[2)]

나. 정당제 민주주의에 대한 대책

정당국가화현상을 무조건 잘못된 것으로 보기보다는 역사적 대세로 인식하고 이에 대한 대책을 강구하여야 할 것이다. 정당국가화현상 하에서 정당운영을 어떻게 하느냐에 따라 결과에 있어 커다란 차이점들이 발견된다. 정당들이 사회적 갈등에 대해 단지 미온적 태도로 대응하고 현존하는 권력상황을 고착화시키려 하고, 정당기속을 벗어나는 행위에 대해 규율하려고 하면, 의회주의는 전체적으로 생동감을 상실하고, 의회 내 다수의사의 형성이나 반대의사들 간의 타협점발견은 형식적·의례적인 일로 되고 만다. 이에 반해 정당들이 국민들의 이익들을 구체적인 정책에 반영하고, 관철시킬 수 있도록 노력한다면 긍정적인 결과도 기대할 수 있다. 즉 정당내부적인 소수자의 권한보호와 후보추천의 민주화가 이를 위해 요구된다고 본다.

II. 연 혁

건국헌법 제33조에도 "국회의원의 임기는 4년으로 한다."고 규정되어 있었고, 양원제를 도입한 1952년 제1차 개정헌법 제33조에 "민의원의원의 임기는 4년으로 한다. 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 2년마다 의원의 3분의 1을 개선한다."고 규정되었다. 그 후 1954년 제2차 헌법개정에서는 "민의원의원의 임기는 4년으로 한다. 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 2분의 1을 개선한다."고 규정하였다. 1960년 헌법은 "민의원의원의 임기는 4년으로 한다. 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 2분의 1을 개선한다. 단 민의원이 해산된 때에는 그 임기는 해산과 동시에 종료한다."고 규정하였다.

2) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 890.

1962년 헌법은 현행과 같은 내용의 규정을 두었고, 1972년 헌법은 "국회의원의 임기는 6년으로 한다. 다만 통일주체국민회의가 선거한 국회의원의 임기는 3년으로 한다."고 규정하였다. 1980년 개정헌법 제78조도 현행헌법과 같은 내용의 국회의원임기규정을 두었다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 독일의 규정

독일헌법 제39조에 의하면 "연방하원 선거는 4년을 주기로 실시된다."라고 규정되어 있다.

2. 미국의 규정

미국헌법 제1편 입법부의 제2조에 의하면 하원은 매2년마다 선출되는 국회의원으로 구성되고, 제3조에 의하면 상원은 6년의 임기의 의원으로 구성되며 매2년마다 3분의 1이 개선된다.

3. 일본의 규정

일본헌법 제45조에 의하면 중의원의원의 임기는 4년으로 하며, 제46조에 의해 참의원의원의 임기는 6년으로 하고 3년마다 의원의 반수를 개선한다.

Ⅳ. 규정적 내용, 판례와 학설

1. 독립한 국가기관인 국민대표로서의 지위

국회의원은 국민 전체의 대표자로서 독립한 국가기관성을 지닌다. 대의제도에 있어서 국민과 국회의원은 명령적 위임관계에 있는 것이 아니라 자유위임관계에 있기 때문에 일단 선출된 후에는 국회의원은 국민의 의사와 관계없이 독자적인 양식과 판단에 따라 임할 수 있다.[3] 우리 헌법이 국회의원의 국가이익우선의무를 규정한 제46조 제2항과 공무원이 국민전체에 대한 봉사자임을 규정하는 헌법 제7조 제1항은 국회의원이 국민전체의 대표자임을 보여주고 있다. 헌법소송에 있어서 헌법재판소는 처음에는 국회와 달리 국회의원의 국가기관성을 부인하였으나[4] 종전의 판례를 변경하여 국회의원의 헌법상의 국가기관성을 인정하면서 권한쟁의심판에 있어 청구인이 될 수 있음을 인정하였다.[5]

2. 국회의 구성원으로서의 지위

국회의원은 국회의 구성원으로서의 관직을 가진다. 이 지위에서 볼 때 국회의원은 선거에 의하여 취득되고, 임기만료 등에 의하여 상실된다. 국회의원은 국회의 기관은 아니며, 기관구성자로서의 지위를 가진다.[6] 국회의원은 국회의 운영과 활동에 참가할 권리와 의무를 가진다. 국회의원은 국회법이 정하는 바에 따라 국회에서의 발의권, 토론권, 질문권, 질의권, 표결권을 가지며 그에 상응하는 품위유지의무, 출석의무, 국회의장의 질서유지에 관한 명령에 복종할 의무를 진다.[7]

3) 憲裁 1998.10.29. 96헌마186.

4) 憲裁 1995.2.23. 90헌라1.

5) 憲裁 1995.2.23. 90헌라1.

6) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1290.

7) 국회의원이 국회 내에서 행하는 질의권·토론권 및 표결권 등은 입법권 등 공권력을 행사하는 국가기관인 국회의 구성원의 지위에 있는 국회의원에게 부여된 권한이지 국회의원 개인에게 헌법이 보장하는 권리 즉 기본권으로 인정된 것이라고 할 수 없으므로, 설사 국회의장의 불법적인 의안처리행위로 헌법의 기본원리가 훼손되었다고 하더라도 그로 인하여 헌법상 보장된 구체적 기본권을 침해당한 바 없는 국회의원인 청구인들에게 헌법소원심판청구가 허용된다고 할 수 없다. 憲裁1995.2.23. 90헌마125.

3. 정당소속원으로서의 지위

대중민주주의에 있어서 국민의 정치적 의사형성은 필연적으로 정당을 요하게 되었다. 정당은 국민 대중의 정치적 의사를 결집시켜 전체적 국가의사로 정리하고, 그 기초 위에서 민주적 국가질서를 형성하는 역할을 함으로써 대중민주주의에 있어 필수적 존재가 되었다. 이러한 정당민주주의 시대에서 국회의원의 신분은 다음과 같이 변화하였다.

첫째, 국회의원은 자신의 인격에 기초하여 국민전체를 위하여 독자적 판단과 행동을 하는 것이 아니라, 정당의 통일적이고 일치단결된 행동 속에서만 자기의 의견을 관철할 수 있는 직업정치가가 되었다. 둘째, 대의제 민주주의 하에서 선거는 인물선거를 의미하였으나, 정당국가적 민주주의에서는 일정한 쟁점에 대한 국민투표적 의미를 가지게 되었다. 국회의원 개인의 능력보다 소속정당이 선거에서 중요한 역할을 하게 되었다. 셋째, 의회주의의 기초인 토론과 공개성의 의미가 변질되어 국회는 국회의원이 대화하고 토론하는 장소가 아니라 정당이나 교섭단체가 결정한 바를 전달하고 이에 따라 국회의원들은 표결하는 장소로 전락하였다. 넷째, 정당국가에 있어서 국회의원은 정당의 의사를 집행하는 기관으로 바뀌었다.[8)]

4. 자유위임과 정당기속의 상충문제

가. 자유위임의 우월적 적용

현대의 민주주의가 종래의 순수한 대의제 민주주의에서 정당국가적 민주주의의 경향으로 변화하고 있음은 주지하는 바와 같다. 다만, 국회의원의 국민대표성보다는 오늘날 복수정당제 하에서 실제적으로 정당에 의하여 국회가 운영되고 있는 점을 강조하려는 견해와, 반대로 대의제 민주주의 원리를 중시하고 정당국가적 현실은 기본적으로 국회의원의 전체국민대표성을 침해하지 않는 범위 내에서 인정하려는 입장이 서로 맞서고 있다.

그러나 헌법에서 정당조항은 일반적 규정인데 반해, 헌법 제46조 제2항의 자유위임은 특수한 규정으로서 이 특수규정인 자유위임성이 우월하다. 정당국가적 경향에도 불구하고 정당 내지 교섭단체기속보다는 언제나 자유위임관계에 우월적인 효력을 인정하는 것이 옳다.[9)]

8) 김문현, "정당국가현상과 대의제 민주주의", 공법연구 24집 4호(1996), 97 이하 참조.

9) 허영, 한국헌법론, 2008, 662.

나. 헌법재판소의 입장

국회의원의 원내활동을 기본적으로 각자에 맡기는 자유위임은 자유로운 토론과 의사형성을 가능하게 함으로써 당내민주주의를 구현하고 정당의 독재화 또는 과두화를 막아주는 순기능을 갖는다. 그러나 자유위임은 의회 내에서의 정치의사형성에 정당의 협력을 배척하는 것이 아니며, 의원이 정당과 교섭단체의 지시에 기속되는 것을 배제하는 근거가 되는 것도 아니다. 또한 국회의원의 국민대표성을 중시하는 입장에서도 특정 정당에 소속된 국회의원이 정당기속 내지는 교섭단체의 결정(소위 '당론')에 위반하는 정치활동을 한 이유로 제재를 받는 경우, 국회의원 신분을 상실하게 할 수는 없다.[10)]

5. 국회의원의 당적변경의 문제

국회의원의 헌법상 지위로서 자유위임성과 정당 소속원의 상충으로서 문제되는 것으로 의원의 당적변경이 있다. 현행 공직선거법 192조 제4항에 의하면 전국구 국회의원이 소속정당의 합당, 해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈, 변경하는 경우 의원신분을 상실토록 하고 있는데, 이에 대한 위헌논란이 있다. 자유위임을 우위에 두는 경우 해당조항은 위헌이 되며,[11)] 정당국가적 경향을 중시하는 경우 합헌이 된다는 주장이 있다.[12)] 이에 반해 실질적 국민주권론에 의해 자유위임을 인정하더라도 국민주권과 조화될 수 없는 상태의 당적변경은 의원직 상실을 가져온다는 주장도 있다.[13)]

6. 국민의 국회구성권의 인정여부

가. 국회구성권의 의의와 내용

국회의원의 당적변경으로 인해 국민이 선거당시에 원했던 국회의 구도가 바뀌는 것은 국민주권원리에 어긋난다는 주장이 있다. 이에 의하면 우리 헌법은 국민주권주의를 채택하고 있고(헌법 제1조 제2항), 국민주권주의는 국민의 직접선거에 의한 정부선택권(헌법 제67조 제1항), 국민의 직접선거에 의한 국회구성권(헌법 제41조 제1항) 등으로 구체화

10) 憲裁 2003.10.30. 2002헌라1.

11) 계희열, "당적변경과 의원직 – 탈당의 경우 의원직 박탈은 가능한가?", 헌법재판의 이론과 실제 : 금랑금철수교수화갑기념, 박영사, 1993, 129.

12) G. Leibholz/권영성 역, 헌법국가와 헌법, 1976, 116.

13) 강경근, "자유위임과 국회의원의 당적변경", 법률신문 2397호(1995.4).

되고 있는 바, 헌법 제41조 제1항의 "국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다."라는 규정은 단순히 국회의원을 국민의 직접선거에 의하여 선출한다는 의미를 넘어 국민의 직접선거에 의하여 국회의 정당간(무소속 포함)의 의석분포, 즉 국회의 구도를 결정하는 권리까지 포함하는 의미라고 한다.[14)]

나. 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 국회구성권에 관한 결정에서 “대의제도에 있어서 국민과 국회의원은 명령적 위임관계에 있는 것이 아니라 자유위임관계에 있기 때문에 일단 선출된 후에는 국회의원은 국민의 의사와 관계없이 독자적인 양식과 판단에 따라 정책결정에 임할 수 있다. 그런데 청구인들 주장의 "국회구성권"이란 유권자가 설정한 국회의석분포에 국회의원들을 기속시키고자 하는 것이고, 이러한 내용의 "국회구성권"이라는 것은 오늘날 이해되고 있는 대의제도의 본질에 반하는 것이므로 헌법상 인정될 여지가 없다.”고 판시하였다.[15)]

다. 판례에 대한 비판적 학설[16)]

헌법재판소가 판시하는 것처럼 대의제 민주주의 하에서 국회의원 선거권이란 것은 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 국민의 대표자인 국회의원을 선출하는 권리에 그치는 것이 아니다. 그것은 국회의원을 선출하여 국회를 구성하는 권리를 뜻한다. 국회의원 선거권의 행사는 단순히 한 사람 한 사람의 국회의원을 선출하는 것이 궁극적인 목적이 아니라, 주권자인 국민을 대표하여 정책결정을 책임질 대의기관으로서의 국회를 구성하는 것이 목적이다. 국회의원 한 사람 한 사람이 아무리 헌법기관이라 하더라도 선출된 모든 국회의원이 함께 국회라는 회의체를 구성해서 합의기관으로 활동해야 대의적인 정책결정을 할 수 있기 때문이다. 따라서 '국회구성권' 내지는 '국회구도결정권'은 헌법의 통일성을 바탕으로 국민주권의 이념과 대의제도, 대의제도를 실현하기 위한 전제조건으로서의 선거제도 내지 구체적인 선거권에 당연히 내포된 대의민주주의의 기능적인 표현 개념이다. 그렇기 때문에 국회의원 총선거가 갖는 '국회구성권' 내지는 '국회구도결정권'의 의미와 기능을 부인하는 것은 바로 대의민주주의의 기능적인 메커니즘을 무시하는 것이 된다.

14) 憲裁 1998.10.29. 96헌마186. 이 헌법소원의 청구인의 주장 참조.

15) 憲裁 1998.10.29. 96헌마186.

16) 허 영, 국회의원 선거의 의미와 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계, 연세행정논총 26집, 2001, 169.

7. 의원자격의 발생

가. 의원자격의 발생시기

국회의원의 자격발생시기에 대해 학설이 대립하고 있다. 선거를 통한 당선인의 결정에 의하여 발생한다는 설, 투표의 결과 당선인의 결정과 당선인의 의원취임의 승낙에 의하여 발생한다는 설, 헌법과 법률이 정한 임기개시와 동시에 발생한다는 설 등의 학설이 있다. 다수설은 국회의원의 자격은 헌법과 법률이 정하는 임기의 개시와 동시에 발생한다고 본다.[17)]

나. 선거의 당선과 임기개시의 차이

공직선거법 의해 국회의원의 임기는 총선거에 의한 전임의원의 임기만료일의 다음날로부터 개시된다. 즉 총선거에 의해 당선된 국회의원의 임기는 당선이 결정되었어도 전임의원의 임기만료일의 다음날로부터 개시된다. 다만, 의원의 임기가 개시된 후에 실시하는 선거에 의한 의원의 임기는 당선이 결정된 때부터 개시된다.[18)]

8. 의원자격의 소멸

가. 임기만료

국회의원은 일정기간의 임기를 경과하는 것에 의하여 법상 당연히 그 신분을 상실한다. 국회의원의 임기는 헌법상 4년이다. 다만, 보궐선거에 의한 당선자는 전임자의 잔여임기만 재임한다.

나. 사직

국회의원의 사직은 의원이 신분을 취득한 후 임기 중에 자기의 의사에 의하여 그의 신분을 상실하게 되는 것을 말한다. 국회의원은 자신의 자유로운 의사에 따라 사직할 수 있으며, 의원이 사직을 함에는 국회의 허가를 얻어야 한다. 국회가 폐회중일 때에는 국회의장이 허가여부를 결정한다.[19)] 이 경우 국회는 재량권이 있는 것으로 보기 어려우므로 국회의원의 사직은 무제한적으로 인정되어야 할 것이다.

17) 권영성, 헌법학원론, 2008, 937.

18) 공직선거법 제14조 제2항.

19) 국회법 제135조.

다. 퇴직

국회의원이 헌법 및 법률에 의하여 겸직할 수 없는 직에 취임하거나, 겸직금지규정에 의하여 해직된 후 임기개시일 이후에 해직된 직의 권한을 행사하거나, 형벌의 확정 등에 의하여 피선거권이 상실되어 퇴직하는 경우, 당선무효소송에 의하거나 형벌의 확정에 의하여 당선무효의 판결이 난 경우가 이에 해당된다.

라. 제명

국회의원의 자격을 그 의사에 반하여 박탈하는 국회에 의해 일방적으로 내려지는 행위를 제명이라 한다. 국회는 그 의결로써 의원을 제명할 수 있고, 의원의 제명에는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 요한다.

마. 자격심사

자격심사란 피선거권이 있는지 여부, 겸직으로 인한 자격상실의 사유가 있는 지 여부를 심사하는 것을 말한다. 국회의원은 국회의 윤리특별위원회의 심사를 거쳐 본회의에서 재적의원 3분의 2이상으로 무자격자로 결정되면 의원자격을 상실한다.[20]

바. 당적변경(비례대표국회의원의 경우)

정당명부에 따른 비례대표제 국회의원의 경우에는 소속정당의 합당·해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2이상의 당적을 가지고 있는 때에는 퇴직한다.[21]

사. 사망

국회의원이 사망한 경우에는 당연히 그 의원직을 상실한다.

20) 국회법 제142조 제3항.

21) 공직선거법 제192조 제4항.

Ⅴ. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

박봉국, 국회법, 박영사, 2004.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.

정호영, 국회법론, 법문사, 2004.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논문

강경근, “전국구국회의원 의석승계 미결정 위헌 확인 각하결정”, 판례월보 342호 (1999.3).

강문용, “우리나라에 있어서의 국회의원의 지위와 선거제의 제 문제”, 법정(새) 1권 2호(1971.4).

강태수, “국회의원의 자유위임관계에 대한 연구”, 법학논집 16집 (1999.12).

김문현, “국회의원의 헌법상의 지위”, 고시계 1998년 1월호.

김문현, “정당국가현상과 대의제 민주주의”, 공법연구 24집 4호(1996).

김승환, “국회의원선거에서의 정당의 법적 지위”, 현대공법이론의 전개 : 석정허영민박사화갑기념논문집, (1993.12).

김　욱, “국회의원의 당적 이탈·변경문제에 대하여”, 헌법의 규범력과 법질서 : 정천 허영박사정년기념논문집, 박영사, 2002.5.

김현철, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의”, 헌법재판소결정해설집 2003, 헌법재판소, 2004.11.

박경철, 국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2000.

박경철, “국회의원의 무기속위임적 지위”, 공법연구 32집 4호(2004.03).
박승호, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의에 관한 헌재결정”, 안암법학 11호(2000.08).
임종훈, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판”, 법률신문 2638호(1997.10).
이덕연, “국회의원의 정당(교섭단체)기속과 자유위임”, 법률신문 3232호(2004.01).
장용근, “국회의원의 당적변경에 대한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 9호(2004.06).
정연주, “대의제도와 정당기속, 전국구 국회의원의 당적이탈·변경시 의원직 상실문제와 관련하여” 인권과 정의 통권276호(1999.08).
정종섭, “전국구 국회의원의 당적 이탈·변경과 의원직의 상실 여부”, 헌법연구 2권(1999).
조홍석, “비례대표 국회의원의 당적변경시 의원직 상실규정의 위헌성 : 공직선거 및 선거부정 방지법 제192조 제4항”, 공법학연구 3권 1호(2001.04).
허 영, “국회의원 선거의 의미와 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계”, 연세행정논총 26집(2001).

헌법 제43조

명재진



第43條
國會議員은 法律이 정하는 職을 겸할 수 없다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

국회의원은 국민전체의 이익을 위하여 활동하는 정치적 대표자이며, 국가공무원법상의 공무원으로서 공직자의 지위를 가지게 되며 이로 인해 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 져야 한다. 이렇게 국회의원은 국민의 대표자로서 국가의사결정의 중요한 책임자이므로 헌법과 법률은 이러한 국회의원의 지위에 어울릴 수 없는 직을 겸할 수 없도록 하고 있다. 특히 국회법은 국회의원이 겸할 수 없는 직을 구체적으로 명시하고 그 이외의 직에 대하여 다른 법령에서 정치활동 또는 겸직을 금지하고 있더라도 겸직할 수 있도록 명시하고 있다.

Ⅱ. 연 혁

건국헌법 제48조는 “국회의원은 지방의회의 의원을 겸할 수 없다.”고 규정하였고, 1952년 헌법 제32조는 “누구든지 양원의 의원을 겸할 수 없다.”는 규정을 두었다. 한편 1962년 헌법 제39조는 “국회의원은 대통령·국무총리·국무위원·지방의회의원 기타 법

률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다.”고 하였고, 1969년 헌법 제39조와 1972년 헌법 제78조는 모두 “국회의원은 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다.”고 규정하였다.

1980년 헌법 제79조는 현행헌법과 같은 내용의 규정을 두고 있었다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

겸직금지에 관하여 미국 헌법 제1편 입법부의 제6조는 “상원의원 또는 하원의원은 재임 중에 신설되거나 또는 봉급이 증액된 합중국의 어떠한 공직에도 임명되지 못한다. 합중국의 공직에 있는 자는 누구든지 재직 중 양원중의 어느 원의 의원도 될 수 없다.”고 규정하고 있다. 일본헌법 제48조도 “모든 국민은 동시에 양원의 의원이 될 수 없다.”는 규정을 두었다. 프랑스 헌법 제25조는 “상하 각원 의원의 겸직금지제도는 법률로 따로 정한다.”라고 하고 있다. 비교법적으로 볼 때에 미국의 경우가 가장 강한 겸직금지규정을 가지고 있다고 볼 수 있고, 다른 국가에서는 비교적 완화된 모습을 지니고 있다고 평가할 수 있다.

Ⅳ. 규정의 내용, 판례 및 학설

1. 겸직금지의무의 내용

국회의원이 당선 전부터 겸직이 금지된 직을 가진 경우에는 임기 개시일에 그 직에서 해직된다. 「정당법」 제22조제1항의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 교원이 의원으로 당선된 때에는 임기 중 그 교원의 직은 휴직된다. 국회의원이 당선 전부터 다른 직을 가진 경우에는 임기개시 후 1월 이내에, 임기 중에 다른 직에 취임한 경우에는 취임 후 15일 이내에 의장에게 서면으로 신고하여야 한다. 국회의장은 의원이 다른 직을 겸하는 것이 규정에 위반된다고 인정될 때에는 그 겸한 직을 사임할 것을 권고할 수 있다.

2. 법률규정

가. 겸직금지 규정

국회법은 국회의원이 대통령·헌법재판소재판관·각급선거관리위원회위원·지방의회의원, 다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가지는 직, 정부투자기관관리기본법 제2조에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 임·직원, 농업협동조합·수산업협동조합·축산업협동조합의 임·직원, 정당법 제22조 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 교원의 직은 겸할 수 없도록 하고 있다.[1] 여기서의 '다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가지는 자'에는 한국은행업 제17조의 금융통화위원회위원 등이 포함된다.

또한 '정당법 제22조 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 교원'이라 함은 국공립 대학·교육대학·사범대학·개방대학·방송통신대학·전문대학의 총장·부총장·학장·부학장·교수·부교수·조교수를 제외한자, 사립학교의 총장·부총장·학장·부학장·교수·부교수·조교수를 제외한자를 의미한다. 주로 겸임할 수 없는 교원은 공·사립학교의 초·중등교원이다.

나. 겸직허용 규정

국회의원은 현행법상 국무총리·국무위원과 기타 대통령령으로 정치운동이 허용되는 공무원과 정당에 가입할 수 있는 공무원을 겸할 수 있다. 정치활동이 허용되는 공무원에 대해서 「국가공무원법 제3조 단서의 공무원의 범위에 관한 규정」 제2조에서 구체적으로 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 처의 장, 각 원·부·처의 차관, 정부차관, 대통령·국무총리·국무위원·처의 장 및 각 원·부·처의 차관의 비서실장 및 비서관과 전직대통령의 비서관, 국회의장·부의장 및 국회의원의 비서실장·보좌관·비서관 및 비서와 교섭단체의 정책연구위원 등이 명시되어 있다.

1) 국회법 제29조.

Ⅴ. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
박봉국, 국회법, 박영사, 2004.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논 문

김남철, “지방의원의 유급제와 겸직·겸업”, 자치행정 2006년 8월호(통권221호).
이석연, “국회의원의 국무위원직 겸직의 위헌성”, 법률신문 2386호(1995.2).
이종수, “공직취임과 자유위임, 겸직제한 및 이에 따른 민사법적 평가”, 고시계 2006년 9월호.
최대권, “지방의회의원직 겸직금지조항의 위헌여부 : 농협등의 임원의 경우를 중심으로”, 서울대 법학 31권 3·4호(1990.12).

헌법 제44조

명재진

第44條

① 國會議員은 現行犯人인 경우를 제외하고는 會期중 國會의 同意없이 逮捕 또는 拘禁되지 아니한다.

② 國會議員이 會期전에 逮捕 또는 拘禁된 때에는 現行犯人이 아닌 한 國會의 요구가 있으면 會期중 釋放된다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 불체포특권의 의의

불체포특권은 헌법상 국회의원이 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며, 회기전에 체포 또는 구금된 때에는 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방되는 특권을 말한다.

불체포특권의 제도적 의의는 행정부에 의하여 국회의 기능이 무력화되거나 국회의원의 활동이 제약되는 것을 방지하여 국회와 국회의원이 정상적으로 활동할 수 있도록 하는데 있다.

2. 불체포특권의 법적 성질

불체포특권의 존재목적이 의원 개인을 위한 것인지, 아니면 국회의 정상 활동을 위한 것인지에 대해 학설이 대립된다.[1] 다수적인 견해는 국회의 정상활동보장설의 입장이다.[2]

가. 국회의원의 신체의 자유보장설

행정부에 의하여 국회의원의 직무수행이 방해되지 않도록 신체의 자유를 보장하는 것이 불체포특권의 본질이라고 보는 견해이다. 이 학설은 국회의원에 대한 체포청구의 이유가 정당한 경우에는 비록 당해의원의 체포에 의하여 국회의 활동에 지장이 발생하는 경우가 있더라도 국회는 이에 대하여 체포동의를 해주지 않으면 안 된다고 주장한다.

나. 국회의 정상활동보장설

이 설에 의하면 불체포특권은 국회의원 개인의 자유의 보장을 위한 것이 아니라, 국회의 정상적인 활동을 보장하기 위한 것이라고 한다. 이 설에 의할 경우 국회의원에 대한 체포동의여부는 해당 국회의원이 국회활동을 위하여 특히 필요한지의 여부에 달리게 된다.

다. 절충설

이 설에 의하면 국회의원의 불체포특권은 국회의원 개개인의 신체의 자유를 보장하는 특권인 동시에 국회운영을 위한 특권이다.

라. 입법정책설

이 설에 의하면 국회의원에게 불체포특권을 부여하는지 여부 및 그 내용에 대하여는 나라마다 입법정책과 관련한 문제이기 때문에 법적 성질은 큰 의미를 갖는 것은 아니라고 한다.

1) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1299이하 참조.

2) 박봉국, 국회법, 박영사, 234.

3. 위법성조각사유와 인적처벌조각사유

가. 위법성조각사유설

이 설에 의하면 국회의원의 면책특권에 의해 면책 받는 행위는 형법 제20조 소정의 법령에 의한 행위, 즉 공무원의 직무행위로서 '정당행위'이기 때문에 위법성이 조각된다고 한다.[3)]

나. 인적처벌조각사유설

이 설에 의하면 국회의원의 면책특권은 범죄성립의 요건은 충족하나 그에 관한 형벌권의 발생이 저지되는 경우이기 때문에, 엄격한 의미에서는 위법성 조각사유가 아니라 처벌조각사유를 의미한다고 한다.[4)]

Ⅱ. 연 혁

건국헌법에서는 제49조에 "국회의원은 현행범을 제한 외에는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며 회기 전에 체포 또는 구금되었을 때에는 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다."고 규정되었다. 그 후 1952년 헌법에는 제49조에 "국회의원은 현행범을 제외한 외에는 회기 중 그 원의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며 회기 전에 체포 또는 구금되었을 때에는 그 원의 요구가 있으면 회기 중 석방된다."고 규정되었다. 1962년 헌법이후 현행헌법까지는 동일한 내용의 규정을 두고 있다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

의회 회기 내의 국회의원이 가지는 불체포특권은 국회의원의 신체의 활동의 자유를 보장해 줌으로써 의회 자체의 법적 업무가 방해받지 않도록 함을 목적으로 하는 제도이다.

3) 김영천, 의회의 자율성에 관한 비 법적 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1991, 303.

4) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 894.

국회의원의 불체포특권은 의회를 구성하고 실제로 운영하는 의원의 신체활동의 자유가 보장되지 않고서는 의회라는 기관의 존재는 유명무실해지기 때문에 보장되는 것이다. 따라서 의회주의에 기초한 대의제를 지향하는 많은 서구 국가들은 이 특권을 인정하고 있다.

국회의원의 불체포특권은 두 가지 유형으로 나뉜다. 첫 번째 유형은 의회의 동의 없는 인신구속으로부터의 자유, 즉 불체포특권을 의원 개개인에게 인정하는 방법으로 영국의 제임스 1세 때에 시작되어 미국 등 영미권 국가들에서 채택되었다. 두 번째 유형은 의원 개개인에 대한 형사상의 소추권 자체를 유예하는 불소추특권을 인정하는 방법으로 프랑스에서 시작되어 독일 등 유럽대륙의 국가들에서 수용되었다.[5)]

영국 의회주의 역사의 발전과정에서 불체포특권은 등장하는데 1603년도에 스튜어트 왕조가 의회특권법(Privilege of Parliament Act)을 승인하게 되면서 의원의 불체포특권이 유래하게 되었고, 1787년의 미국 연방헌법 제1조 5절 6항에 명문으로 규정된 후 각국 헌법에 보급되기 시작하였다.

현행 독일헌법 제46조는 "의원은 가벌행위로 인하여 범행 장소에서 또는 다음날 중에 체포되는 경우를 제외하고는 연방의회의 동의가 있을 때에 한하여 문책을 받거나 체포될 수 있다."고 규정되어 있다. 또한 일본헌법 제50조도 "양원의 의원은 법률의 정하는 경우를 제외하고는 국회의 회기중 체포되지 아니하며 회기전에 체포된 의원은 해당 원의 요구가 있으면 회기 중에 이를 석방하여야 한다."고 규정하고 있다.

미국 헌법 제1편 입법부의 제6조 제1항은 "양원의 의원은 반란죄, 특별중죄 및 평화교란자를 제외한 어떠한 경우에 있어서도 그 원의 회의에 출석중이거나 또는 왕복도중에 체포되지 아니하는 특권이 있다."고 규정하고 있다.

Ⅳ. 규범적 내용과 판례 및 학설

1. 불체포특권의 내용

가. 회기 중 체포 또는 구금금지

(1) 체포 또는 구금금지

국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다. 회기 중이란 집회일로부터 폐회일 까지를 말한다. 휴회 중도 포함된다. 여기에서

5) 김종철, "국회의원불체포특권의 연혁과 현황", 민주사회를 위한 변론, 통권56호(2004.2), 6.

체포 또는 구금이라 함은 형사절차상 체포·구금뿐만 아니라 행정상 강제 등 모든 체포·구금을 포함한다.[6)]

현행범인 경우에는 불체포특권이 적용되지 않는다. 현행범이란 범죄의 실행중이거나 실행직후인 경우를 말한다. 현행범을 여기에서 제외한 것은 현행범인은 부당한 체포·구금의 위험이 없으므로 명백한 범죄인을 보호하는 것은 평등의 원칙에 위배되고, 국회의원이란 신분 때문에 명백한 범죄인까지 보호하려는 것은 헌법이 반대하는 특권창출이 되기 때문이다.

(2) 국회의 동의

국회의 동의가 있으면 국회의원은 회기 중에도 체포·구금될 수 있다. 국회의 동의를 얻으려고 할 때에는 관할법원의 판사는 영장을 발부하기 전에 체포동의요구서를 정부에 제출하여야 하며, 정부는 이를 수리한 후 지체 없이 그 사본을 첨부하여 국회에 체포동의를 요청하여야 한다.

정부의 체포동의 요청에 대해서는 국회가 이에 대해 기속되지는 않고, 정당한 이유가 있는 경우에도 의원의 체포가 국회의 운영에 상당한 지장을 줄 수 있으므로 동의해 줄지 여부는 국회재량에 속한 사항이다.

국회의장은 체포동의를 요청받은 후 처음 개의하는 본회의에 이를 보고하고 본회의에 보고된 때부터 24시간 이후 72시간 이내에 표결한다.[7)] 국회의 동의는 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 한다. 이 경우 국회는 체포동의에 있어서 그 요구를 전체로서 거부할 수 있기 때문에, 동의에 기한·조건을 붙일 수 있다는 설과[8)] 조건을 붙일 수 없다는 설이 대립된다.[9)]

나. 회기 전 체포 또는 구금된 경우

국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다. 회기전이란 회기 시작 이전을 말하며, 전회기의 기간도 포함된다. 그러나 현행범인에게는 인정되지 아니한다. 국회 재적의원 4분의 1이상의 연서로 그 이유를 첨부한 요구서를 의장에게 제출하면 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 석방요구를 의결한다. 국회의 석방요구가 있으면 즉각 석방하여야 한다. 회기 중에만 석방되며 회기 후에는 다시 체포·구금될 수 있다.

6) 권영성, 헌법학원론, 2008, 945.
7) 국회법 제26조.
8) 김철수(주 1), 1302.
9) 권영성(주 6), 946.

2. 계엄시 국회의원의 불체포특권

계엄선포 중 국회의원은 현행범인 경우를 제외하고는 체포 또는 구금되지 아니한다.[10] 이는 헌법상 국회의 계엄해제요구권을 보장하기 위한 것이므로, 이 경우 회기 내외를 불문하고 국회의 동의권 자체가 인정되지 아니한다.

3. 효 과

불체포특권은 국회의원의 처벌을 면제하는 것이 아니라, 단지 회기 중에만 체포 또는 구금되지 아니하는 특권이다. 따라서 국회의원은 범죄사실이 있으면 형사소추와 처벌을 받는다.

Ⅴ. 개정의 필요성에 관한 검토

불체포특권은 권력의 균형과 견제를 달성하고, 행정부의 국회에 대한 부당한 간섭을 배제하여 의원의 자유로운 의회활동을 보장하기 위해 인정된 제도이다. 즉, 불체포특권은 연혁적 측면이나 제도보장의 측면에서 국정운영에 대한 비판과 감시기능을 수행하고, 국회에 대한 행정부의 부당한 간섭을 배제할 수 있는 의회 자체의 자유와 독립을 보장하기 위한 특권을 의미한다. 일부 학자의 견해에 의하면 이러한 불체포특권이 남용되지 않도록 일본헌법식 개정을 요구하고 있다.[11]

일본헌법 제50조는 "양의원의 의원은, 법률이 정하는 경우를 제외하고는 국회의 회기 중에 체포되지 않고 회기 전에 체포된 의원은 그 의원의 요구가 있으면 회기 중 이를 석방하지 않으면 안 된다."고 규정하고 있는데, 법률유보에 의한 방식으로 국회의원 면책특권의 제한규정을 국회법 제33조와 제34조에서 두고 있다. 그러나 이러한 주장은 현행 헌법에서도 불체포특권에 대한 법률에 의한 제한이 가능하기 때문에 설득력이 약하다고 본다.[12]

10) 계엄법 제13조.

11) 박찬운, "국회의원 불체포특권의 제한방법을 생각한다",「국회의원 불체포특권에 관한 공청회」 자료집 (대한변호사협회, 2004.2.9), 9-10.

12) 김형성·정순원, "국회의원의 면책특권과 불체포특권 – 헌법 및 법률개정 논의 중심으로", 성균관법학, 16권 2호(2004.12). 340.

Ⅵ. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
박봉국, 국회법, 박영사, 2004.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논 문

김남진, “국회의원의 불체포특권”, 법정 21권 1호(187호, 1966.1).
김선택, “국회의원의 면책특권·불체포특권 제한입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 10권 3호(2004.9).
김성호, “국회의원 불체포특권의 제한”, 민주사회를 위한 변론 통권56호(2004.1.2).
김종철, “국회의원 불체포특권의 연혁과 현황”, 민주사회를 위한 변론 통권56호(2004.1.2).
김형성·정순원, “국회의원의 면책특권과 불체포특권 : 헌법 및 법률개정 논의 중심으로”, 성균관법학 16권 2호(2004.12).
박찬운, “국회의원 불체포특권의 제한방법을 생각한다”,「국회의원 불체포특권에 관한 공청회」자료집(대한변호사협회, 2004.2.9).
윤여헌, “국회의원의 불체포특권”, 공주사대 논문집 24집(1986.12).
윤정인, “국회의원의 면책특권과 불체포특권”, 고시계 2000년 10월호.
장영수, “불체포특권은 불가침인가”, 민주사회를 위한 변론 통권56호(2004.1).

헌법 제45조

명재진



第45
國會議 은 國會에서 職務上 행한 發言과 表決에 관하여 國會외에서 責任
을 지지 아니한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 면책특권의 의의

현행 헌법 제45조는 국회의원들에게 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 않는다는 이른바 면책특권(immunity)을 인정하여 국회의원들로 하여금 국민의 대표자로서 그 기능과 역할을 최대한 발휘할 수 있도록 헌법상 보장하고 있다.

헌법 제45조는 "국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다."고 규정하여 국회의원의 면책특권을 인정하고 있는 바, 그 취지는 국회의원이 국민의 대표자로서 국회 내에서 자유롭게 발언하고 표결할 수 있도록 보장함으로써 국회가 입법 및 국정통제 등 헌법에 의하여 부여된 권한을 적정하게 행사하고 그 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 보장하는 데에 있다.[1)]

1) 大判 1996.11.8. 96도1742.

2. 입헌 취지

면책특권의 입헌취지는 우선 권력분립의 원리에 입각하여 국회의 독립과 자율을 제도적으로 보장하는데 있다. 또한 면책특권을 통해 행정부가 자신에 대한 비판·통제의 기관인 국회의 의원들에게 가할지도 모르는 부당한 탄압을 배제하는 효과를 낼 수 있다.

면책특권은 전체 국민의 대표자로서의 국회의원이 선거민이나 그 밖의 세력의 간섭을 받지 않고 오로지 자신의 양심에 따라 활동할 수 있도록 하는 근거가 된다는 데 그 규정의 입헌 취지가 존재한다.

3. 법적 성질

가. 국회의 특권

국회의원의 면책특권의 법적 성질에 관하여 다수의 견해는 국민의 대표기관으로서의 국회의 기능을 보장하기 위해 인정된 '국회 자체의 특권'으로 보고 있다.

나. 인적 처벌조각사유

면책특권의 본질에 관하여는 처음부터 범죄자체가 성립하지 않는 실체법상의 특권으로 보는 견해와 범죄는 성립하되 책임만 면제되는 책임면제의 특권이라고 보는 견해가 있다. 헌법 제45조는 국회의원의 원내발언에 대해서는 비록 범죄가 성립되더라도 책임이 면제되는 특권이라고 볼 수 있을 것이다.

Ⅱ. 연 혁

제헌헌법에는 제50조에 "국회의원은 국회 내에서 발표한 의견과 표결에 관하여 외부에 대하여 책임을 지지 아니한다."고 규정되었다. 그 후 개정헌법에는 동일한 규정이 이어지다가, 1962년 헌법 제42조에서 현행헌법과 같이 "국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다."로 개정되었다. 이후의 헌법 개정에서는 동일한 내용의 면책특권규정을 유지하였다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

국회의원에 대한 면책은 영국 의회주의의 발달과정에서 왕에 대한 의회의 투쟁의 산물로 생겨난 것이다. 즉 귀족계급이 영주 또는 국왕의 자의적인 공격 및 침해로부터 스스로를 보호하고자 하는 목적으로 생겨난 제도이다. 의사의 자유로운 발표 및 토론은 의원들의 특권의 하나로서 권리장전(1689)의 제9조에 명시되어 오늘날까지 영국의회의 의원들의 면책특권의 중요한 근거로서 작용하고 있다. 독일은 프랑크푸르트 헌법(1849) 제120조에 의원들의 면책특권을 규정한 이래 비스마르크의 독일 통일제국헌법(1871) 제30조 그리고 바이마르공화국 헌법(1919) 제36조에서 면책특권을 규정하여 의원들의 의정활동을 보장하였고, 이 조항은 현행 독일 연방공화국 기본법(1948) 제46조에 계승되어 연방의회 의원들의 면책특권을 보장하고 있다.

독일헌법은 "연방의회와 그 위원회의 공개회의에서 행한 진실한 보고에 대하여서는 어떠한 책임도 지울 수 없다."고 규정하고 있다. 일본헌법 제51조에도 "양의원의 의원은 의원에서 행한 연설, 토론 또는 표결에 관하여 원외에서 책임을 지지 아니한다."고 면책조항을 두고 있다. 미국 헌법 제1편 입법부 제6조 제1항에서도 "양원의 의원은 그 원내에서 한 발언 또는 토론에 관하여 원외에서 문책을 받지 아니한다."고 규정되어 있다.[2)]

Ⅳ. 규범적 내용과 판례 및 학설

1. 면책특권의 내용

가. 면책특권의 주체

면책특권은 오로지 헌법이 정하는 국회의원에게만 인정된다. 국회의원 이외에는 대통령을 포함하여 국무총리, 국무위원, 증인, 참고인 어느 누구에게도 헌법 제45조의 면책특권이 인정되지 않는다. 국회의원과 국무위원을 겸한 자에 있어서는 그 자가 국회의원의 지위에서 국회의원의 직무를 수행하는 경우에 한하여 이러한 책임면제가 인정된다.

국회의원을 보좌하는 보좌관, 비서관, 국회위원회의 직원 등 보조인력의 경우에도 비록 그

2) 성낙인, 헌법학, 2008, 887.

업무가 국회의원의 직무를 보좌하는 것이라고 하더라도 원칙적으로 이러한 면책이 인정되지 않는다.

나. 면책대상행위

(1) 국회에서의 행위

국회란 국회의사당 내만을 의미하는 것이 아니라, 국회의 본회의나 위원회는 물론 국회가 활동하는 모든 장소를 포함하는 개념이다.

(2) 직무상 행위

면책특권의 대상이 되는 직무상 행위는 국회의 직무수행에 필수적인 국회의원의 국회 내에서의 직무상 발언과 표결이라는 의사표현행위 자체에만 국한되지 않고 이에 통상적으로 부수하여 행하여지는 행위까지 포함된다고 할 것이다[3]. 국회의원이 국회의 위원회나 국정감사장에서 국무위원·정부위원 등에 대하여 하는 질문이나 질의는 국회의 입법활동에 필요한 정보를 수집하고 국정통제기능을 수행하기 위한 것이므로 면책특권의 대상이 되는 발언에 해당함은 당연하고, 또한 국회의원이 국회 내에서 하는 정부·행정기관에 대한 자료제출의 요구는 국회의원이 입법 및 국정통제 활동을 수행하기 위하여 필요로 하는 것이므로 그것이 직무상 질문이나 질의를 준비하기 위한 것인 경우에는 직무상 발언에 부수하여 행하여진 것으로서 면책특권이 인정되어야 한다.[4]

(3) 발언과 표결

발언이란 의제에 관한 모든 의사표시로서 발의, 토론, 연설, 질문, 진술 등이 포함된다. 구두로 행한 발언뿐만 아니라 서면으로 작성하여 공표한 의사표시도 포함된다. 의원으로서 직무상 행한 발언이므로 본회의 또는 위원회뿐만 아니라 국회의사당 밖에서 행한 발언이라도 국회의 활동이라고 볼 수 있는 것은 포함되나, 의장 또는 위원장의 허가를 얻어 행한 정규의 발언이어야 한다. 책임이 면제되는 발언은 허위의 발언이어서는 안 된다. 명백히 허위임을 알면서 발언하여 명예훼손의 죄에 해당되는 경우 면책되지 않는다. 다만, 발언내용이 허위라는 점을 인식하지 못하였다면, 비록 발언 내용에 다소 근거가 부족하거나 진위 여부를 확인하기 위한 조사를 제대로 하지 않았다고 하더라도 그것이 직무 수행의 일환으로 이루어진 때

3) 大判 1992.9.22. 91도3317.

4) 大判 1996.11.8. 96도1742.

에는 면책의 대상이 된다.[5]

표결이란 의제에 관하여 찬·반의 의사를 표시하는 것으로 그 방법에는 제한이 없다. 즉 일정한 의사내용의 표시인 이상 기명, 무기명, 거수, 기립, 표결시의 퇴장 등이 모두 포함된다.

다. 면책의 효과

(1) 법적 책임의 면제

국회의원의 발언과 표결에 관한 면책특권은 국회 외에서 형사상, 민사상 또는 기타 실정법상의 일체의 책임을 지우지 않는 것이다. 따라서 면책의 대상에 해당하는 행위에 대해서는 공소를 제기할 수 없으며, 그러함에도 공소가 제기된 경우에는 공소권이 없음에도 공소가 제기된 것이어서 법원은 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하는 판결을 하여야 한다.[6] 여기에 대해 재판권이 없다는 것을 이유로 공소기각판결을 하여야 한다는 견해,[7] 범죄가 될 만한 사실을 포함하고 있지 아니하다는 것을 이유로 공소기각결정을 하여야 한다는 견해 등이 존재한다.[8]

면책의 효과는 국회 외에서의 법적 책임이 면제되는 것이므로 국회 내에서는 책임을 물을 수 있으며, 선거민에 대한 정치적 책임이나 소속정당의 징계처분이 면제되는 것은 아니다.

(2) 국회에서의 징계책임

국회의원이 국회 내에서 한 행위에 관하여 징계책임이 면제되지 않는다. 면책특권은 국회 외에서 책임을 지지 않는다는 것이므로 국회에서의 징계책임까지도 면제되는 것은 아니다.

(3) 시간적 범위

면책의 시기는 재임 중만이 아니며, 따라서 의원의 임기 종료 후에도 영구히 책임을 지지 않는다. 국회의원의 직을 상실하는 경우에도 책임의 면제는 유효하다. 선거무효나 당선무효의 판결, 자격심사, 징계에 의한 제명, 임기만료, 정당해산결정, 기타 법률이 정하는 사유로 의원직을 상실한 경우에도 이전의 국회의원으로서 행한 국회 내 발언과 표결에 대해서는 책임이 없다.

---

5) 大判 2007.1.12. 2005다5772.

6) 大判 1992.9.22. 91도3317.

7) 서울고법 1991.11.14. 87노1386.

8) 구병삭, 국회의원의 발언표결의 면책특권, 고시연구 87.8, 106.

2. 면책특권판례

가. 국회의사당 내 기자실 원고배포사건[9)]

(1) 사실관계

피고인(유성환 국회의원)이 신한민주당 소속 제12대 국회의원으로서 1986.7.경 제131회 정기국회 본회의에서의 정치분야 대정부 질문자로 내정되어 그 질문 원고를 작성함에 있어 우리 나라의 통일정책과 관련하여 '이 나라의 국시는 반공이 아니라 통일이어야 한다' '통일이나 민족이라는 용어는 공산주의나 자본주의보다 그 위에 있어야 한다'는 등 통일을 위해서라면 공산화통일도 용인하여야 한다는 취지 등을 담은 원고를 완성하고 비서인 공소외 양순석으로 하여금 50부를 복사하게 한 다음, 같은 해 10.13. 13:30 국회의사당 내 기자실에서 위 양순석을 통하여 그 중 30부를 국회 출입기자들에게 배포하였다.

(2) 판시내용

원고의 내용이 공개회의에서 행할 발언내용이고(회의의 공개성), 원고의 배포시기가 당초 발언하기로 예정된 회의 시작 30분 전으로 근접되어 있으며(시간적 근접성), 원고 배포의 장소 및 대상이 국회의사당 내에 위치한 기자실에서 국회출입기자들만을 상대로 한정적으로 이루어지고(장소 및 대상의 한정성), 원고 배포의 목적이 보도의 편의를 위한 것(목적의 정당성)이라면, 국회의원이 국회본회의에서 질문할 원고를 사전에 배포한 행위는 면책특권의 대상이 되는 직무부수행위에 해당한다.

나. 면책특권의 범위 사건[10)]

(1) 사실관계

국회의원인 피고인이 국회의 재무위원회, 재정경제위원회 또는 국정감사장 등에서 국무위원 등에게 소관 국정사항과 관련하여 해당 기업체의 비리 의혹 등에 대하여 질의하거나 그 질의를 준비하기 위하여 정부기관 등에 대하여 자료제출을 요구하였다.

(2) 판시사항

국회의원이 국회의 위원회나 국정감사장에서 국무위원·정부위원 등에 대하여 하는 질문

9) 大判 1992.9.22. 91도3317.

10) 大判 1996.11.8. 96도1742.

이나 질의는 국회의 입법활동에 필요한 정보를 수집하고 국정통제기능을 수행하기 위한 것이므로 면책특권의 대상이 되는 발언에 해당함은 당연하고, 또한 국회의원이 국회 내에서 하는 정부·행정기관에 대한 자료제출의 요구는 국회의원이 입법 및 국정통제 활동을 수행하기 위하여 필요로 하는 것이므로 그것이 직무상 질문이나 질의를 준비하기 위한 것인 경우에는 직무상 발언에 부수하여 행하여진 것으로서 면책특권이 인정되어야 한다.

Ⅴ. 개정의 필요성에 관한 논의

면책특권의 남용문제가 심각하여 이를 제한하여야 한다는 논의가 있어 왔다. 특히 국회의원의 허위사실유포와 명예훼손에 의한 국회의원 개개인의 인격침해의 문제가 논란이 됐다. 헌법개정론을 주장하는 견해는 주로 독일기본법 제46조 제1항의 단서조항과 같이 우리나라 헌법 제45조에도 단서조항을 규정하는 입법을 추진하여 해야 한다는 견해이다. 즉 우리 헌법상 허위사실유포나 명예훼손의 경우 면책특권 인정여부가 불분명하기 때문에 이 경우 면책되지 않는다는 것을 헌법에 명시해야 한다는 주장이다.[11] 독일연방헌법 제46조 제1항에 "연방의회의원은 연방의회 또는 위원회에서 행한 발언 또는 표결에 의해 어떠한 시기에 있어서도 재판상 또는 직무상의 소추를 받지 아니하며 원외에서 책임지지 아니한다. 다만 비방적 모독(verleumderische Beleidigung)에 대해서는 이 규정은 적용되지 않는다."고 규정하고 있다. 향후 우리 헌법 개정에서 반영될 수 있는 설득력 있는 주장이다.

Ⅵ. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
박봉국, 국회법, 박영사, 2004.

11) 이석형, "면책특권 남용은 결코 허용될 수 없다", 대한변협신문 제42호(2002.1.17).

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논 문

김대환, “임시국회인사청문회에서의 공직후보자의 사생활의 비밀과 자유의 보장과 국회의원의 면책특권”, 고시계 2001년 2월호.
김문현, “국정조사권과 사법권의 독립 및 국회의원의 면책특권의 인정여부” 고시계 1994년 6월호.
김선택, “국회의원의 면책특권·불체포특권 제한입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 10권 3호(2004.9).
김용균, “면책특권의 제한논의에 대하여”, 국회보 2001년 11월호.
김형성·정순원, “국회의원의 면책특권과 불체포특권 : 헌법 및 법률개정 논의 중심으로”, 성균관법학 16권 2호(2004.12).
박규환, “국회의원 면책특권의 허용범위 확정에 관한 기본권 이론적 연구 : 인격권(명예훼손)을 중심으로”, 공법연구 34집 4호(1)(2006.06).
성낙인, “국회의원의 면책특권과 불체포특권”, 고시계 1996년 5월호.
신용간, “국회의원의 발언, 표결의 면책특권”, 고시계 1984년 5월호.
안경환, “미국법상 국회의원의 면책특권”, 고시계 1987년 4월호.
유남석, “국회의원의 면책특권”, 국민과 사법 : 윤관 대법원장 퇴임기념, 박영사, 1999.1.
최윤철, “국회의원의 면책특권”, 고시계 2006년 4월호.

헌법 제46조

명재진

第46條
① 國會議員은 淸廉의 義務가 있다.
② 國會議員은 國家利益을 우선하여 良心에 따라 職務를 행한다.
③ 國會議員은 [illegible]를 濫用하여 國家·公共團體 또는 企業體와의 契約이나 그 處分에 의하여 財産上의 權利·이익 또는 職位를 취득하거나 他人을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

국회의원은 국민전체에 대한 봉사자적 지위에 있으므로 국가의 중요정책에 대한 심의와 결정을 하는 권한과 함께 이에 합당한 의무를 부과하는 것은 헌법적으로 볼 때 필요적으로 요청된다고 볼 수 있다. 또한 동서양을 막론하고 국회의원들의 비리와 부패범죄가 증가하고 있어 이에 대한 방지책 마련이 현대 입헌주의 국가의 중요한 과제라 볼 수 있다. 각국은 국회의원윤리관련 법령을 제정하고 있으며, 우리나라의 경우 1991년 국회의원윤리강령을 제정하여 실천해 오고 있다.[1] 국회의원은 직무의 공정한 수행을 위해 헌법과 국회법 등에 의해 부과된 일정한 의무를 지게 된다. 헌법은 제46조에 청렴의 의무, 국가이익우선의 의무, 이권개입금지의무를 두고 있다.

1) 권영성, 헌법학원론, 2008, 949.

국회법에 규정된 국회의원의 의무로서는 품위유지의 의무, 회의질서의 유지의무, 모욕적 발언의 금지의무, 발언에 대한 방해의 금지의무 등이 있다.

Ⅱ. 연 혁

제헌헌법과 그 이후 1962년 이전의 개정헌법에는 국회의원의 의무에 관한 헌법 규정을 찾아볼 수 없다. 1962년 헌법 제40조는 "국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 법률이 정하는 기업체와의 계약 또는 그 처분에 의하여 재산상의 권리나 이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다."고 규정하였다. 1972년 헌법에는 제81조에 "국회의원은 그 지위와 특권을 남용하여서는 아니된다."고 하는 직권남용금지의무가 규정되었다. 1980년 헌법은 현행헌법과 동일한 규정을 두었다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

국회의원의 의무에 관한 헌법적 규정을 두고 있는 국가는 많지 않으며, 포르투갈 헌법 제158조에 "국회의원은 의무를 수행하기 위한, 특히 유권자와 접촉할 적합한 환경을 보장받는다. 의원활동과 상관없는 공식행사에 참석하여야 할 국회의원이 회기 중이나 공무상의 출장으로 인하여 참석하지 못함으로써 당해 공식행사가 연기될 수 있는 제조건은 법률로 정한다."고 규정되어 있고, 동 헌법 제162조에는 "국회의원은 정기의회와 위원회의 출석, 의회에서 부여된 책임의 완수 및 분과위원회에서 제기된 안건에 수반되는 권능의 수행, 표결에서의 참여의무를 진다."고 규정하였다.

브라질헌법 제54조는 국회의원에게 금지되는 사항에 대하여 "의원증서를 받은 후에 공법인·공기업 또는 민관합작회사와의 계약체결, 공법인·공기업 또는 민관합작회사들로부터 유급직무 또는 고용을 수급하는 일이 금지되며, 국회의원 취임 후에는 공법인과의 계약에서 생기는 이익을 받는 회사의 소유자 또는 지배인이 되거나 그 유급직무를 행하는 일을 할 수 없다."고 규정하고 있다.

Ⅳ. 규범적 내용, 판례 및 학설

1. 청렴의무와 이권운동금지의무의 내용

헌법은 국회의원의 청렴의무를 규정하고(제46조 제1항) 아울러 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없도록 금하고 있다.

2. 국회법 등의 구체화 규정

가. 상임위원회 위원선임과 공정성담보

국회법 제48조 제7항에 의하면, 국회의장 및 교섭단체대표의원은 상임위원회 위원의 선임 및 개선에 있어 의원이 기업체 또는 단체의 임·직원등 다른 직을 겸하고 있는 경우 그 직과 직접적인 이해관계를 가지는 상임위원회의 위원으로 선임하는 것이 공정을 기할 수 없는 현저한 사유가 있다고 인정하는 때에는 해당 상임위원회의 위원으로 선임하거나 선임을 요청하여서는 아니 된다고 규정되어 있다. 이러한 규정은 헌법상의 청렴의무와 이권운동금지의무를 반영한 것으로 볼 수 있다.

나. 국회윤리위원회의 징계

국회법 제155조 제17항에 따르면 헌법상 청렴의무와 이권운동의 금지의무를 위반하는 경우 국회윤리특별위원회는 그 의결로써 이를 징계할 수 있도록 하고 있다.

3. 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률(이하 부패방지 등 법률)의 규정

부패방지 등의 법률 제7조에 의하면, “공직자는 법령을 준수하고 친절하고 공정하게 집무하여야 하며 일체의 부패행위와 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다.

4. 국회의원윤리실천규범

국회는 국회규칙으로 국회의원윤리실천규범을 마련해 운용하고 있다. 이 규범에 의하면 국회의원의 품위유지의무, 청렴의무, 직권남용금지의무, 직무관련 금품 등 취득금지의무, 국가기밀의 누설금지의무, 겸직금지의무, 회피의무, 재산신고의무, 기부행위금지의무 등이 규정되어 있다.

5. 국가이익우선의무와 자유위임의 원리

가. 자유위임의 원리의 의의

국가이익우선의무는 헌법상의 원리인 자유위임의 원리의 핵심적 부분을 차지한다. 자유위임이라 함은 국회의원은 선거모체인 선거구의 선거인이나 정당의 지령에 법적으로 구속되지 아니하며, 정당의 이익보다 국가의 이익을 우선한 양심에 따라 그 직무를 집행하여야 하며, 국회의원의 정통성은 정당과 독립된 정통성을 의미한다. 여기에서 국가이익은 전체국민에게 이익으로 돌아가는 것을 의미하는 결과적 개념이다. 또한 여기에서 양심은 국회의원이 국민의 대표자로서 자기책임하에 정책을 결정함에 있어서 사안의 타당여부에 대한 인식을 말하는 것으로 직무상의 양심을 뜻한다.[2] 그러므로 자신의 주관적 양심과 직무상의 양심이 충돌하는 경우 직무상의 양심을 우선하여야 한다.

나. 자유위임의 원리의 내용과 효과

국회의원은 개개의 국민이나 선거구민, 또는 특정이익집단을 대표하는 것이 아니라 전국민의 대표자이다. 또한 국회의원은 국민으로부터 명령적 위임을 받는 것이 아니라 어느 누구의 지시나 명령에도 구속되지 않고, 국회의원 스스로의 독자적 판단에 의해 국민을 대표하는 자유위임관계에 있으며 국회의원이 직무상 행한 발언과 표결에 대해서는 면책특권이 인정된다. 이리하여, 국회의원은 선거시에 선거구민이 결정한 정치의 기본노선에 얽매이지 않고, 따라서 선거에 의해 국민이 정당화해 주지 않아도 정책의 근본적 변경이나 새로이 대두되는 원칙적인 문제에 대한 결정을 할 수 있으며, 따라서 국민의 국회의

2) 정종섭, 헌법학원론, 2008, 1030.

원에 대한 영향력은 국회의원을 선출하는 것 이상으로는 미치지 않는다.

헌법 제46조 제2항의 국가이익우선의무는 이러한 자유위임의 원리를 구체화하는 국회의원의 의무이고, 국회의원이 자유위임을 이유로 본인의 사사로운 사적이익을 추구하는 것을 금지하는 헌법적 의무부과이다.

6. 의무위반에 대한 국회의 징계

가. 징계사유

국회의원이 청렴의무나 지위남용금지의무를 위반한 경우 국회법 제155조 제2항에 의해 국회본의회에서 징계할 수 있다.

그 밖에 국회법 제146조(모욕등 발언의 금지)의 규정에 위반되는 행위를 한 때, 제54조의2(정보위원회에 대한 특례) 제2항에 위반하여 국회에서 직무상 발언한 때, 제102조(의제 외 발언의 금지) 및 국회법에서 정한 발언시간의 제한규정에 위반하여 의사진행을 현저히 방해한 때, 제118조 제2항의 규정에 위반하여 불게재부분을 다른 사람에게 열람하게 하거나 이를 전재 또는 복사하게 한 때, 제118조 제4항의 규정에 위반하여 비공개회의 내용을 공표한 때, 탄핵소추사건의 조사를 함에 있어서 국정감사및조사에관한법률이 규정하는 조사상의 주의의무에 위반되는 행위를 한 때, 제145조 제1항의 규정에 해당되는 회의장의 질서문란행위를 하거나 이에 대한 의장 또는 위원장의 조치에 불응한 때, 정당한 이유 없이 국회집회일로부터 7일 이내에 본회의 또는 위원회에 출석하지 아니하거나 의장 또는 위원장의 출석요구서를 받은 후 5일 이내에 출석하지 아니한 때, 국회의원윤리강령 및 국회의원윤리실천규범의 위반 통고를 2회 받았을 때, 국정감사및조사에관한법률에서 정한 징계사유에 해당한 때, 공직자윤리법에서 정한 징계사유에 해당한 때에 징계대상이 된다.

나. 징계절차

윤리특별위원회 위원장은 소속위원 중에서 윤리심사대상의원과 징계대상위원이 있을 때에 의장에게 보고하고, 이 경우 의장은 이를 윤리특별위원회에 회부하고 본회의에 보고한다. 징계요구는 그 사유가 발생한 날, 그 대상자가 있은 것을 알게 된 날로부터 10일 이내에 하여야 한다(국회법 제157조).

국회의원이 징계대상의원에 대한 징계를 요구하고자 할 때에는 의원 20인 이상의 찬성

으로 그 사유를 기재한 요구서를 의장에게 제출하여야 한다. 징계에 관한 회의는 공개하지 아니한다. 다만, 본회의 또는 위원회의 의결이 있을 때에는 그러하지 아니하다. 의장은 윤리특별위원회로부터 징계에 대한 심사보고서를 접수한 때에는 지체 없이 본회의에 부의하여 이를 의결하여야 한다(국회법 제162조).

다. 징계의 종류

징계의 종류는 공개회의에서의 경고, 공개회의에서의 사과, 30일이내의 출석정지(이 경우 출석정지기간에 해당하는 국회의원수당등에관한법률의 규정에 의한 수당 및 입법활동비·특별활동비는 그 2분의 1을 감액한다), 제명이 있다. 제명이 의결되지 아니한 때에는 본회의는 다른 징계의 종류를 의결할 수 있다. 징계를 의결한 때에는 의장은 공개회의에서 이를 선포한다(국회법 제163조). 국회의원의 징계처분에 대해서는 법원에 제소할 수 없다(헌법 제64조 제4항).

Ⅴ. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법 제46조에 규정된 국회의원의 의무는 청렴의무, 국가이익우선의무, 이권운동금지의무로서 이러한 국가기관의 의무는 국가공무원법의 품위유지의무, 영리업무금지의무, 성실의무 등과 비교할 때 대부분의 경우 중복되는 윤리적, 선언적 의무의 성격이 강하다고 볼 수 있다. 헌법에 이러한 국회의원의 의무를 규정하는 국가는 많지 않아 보이며, 특히 선진국의 경우에 이러한 국회의원의 의무에 대한 규정을 상세히 둔 것을 헌법에서 찾아 볼 수 없고, 헌법의 규정을 추상적 규범화시키는 원인이 되므로 다음 개정에서 수정하여 최소한의 내용으로 축소하는 것이 바람직해 보인다. 한편 국가이익 우선의 의무와 양심에 의한 직무수행 규정은 국회의원의 자유위임과 관련된 사항이므로 국회의원의 다른 의무들과는 분리해서 다른 조항에 규정하는 것이 옳다고 본다.

Ⅵ. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

박봉국, 국회법, 박영사, 2004.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

신민수, 정당국가원리와 자유위임과의 관계, 한양대학교, 2002.

이준일, 의원의 자유위임과 명령적 위임 : 그 기초이론을 중심으로, 고려대학교 석사학위논문, 1990.

장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.

정호영, 국회법론, 법문사, 2004.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논 문

강경근, “국민주권과 자유위임 : 전국구국회의원 의석계승미결정 위헌확인 각하결정”, 헌법판례연구 3권, 박영사, 2001.

강경근, “자유위임과 국회의원의 당적변경”, 법률신문 2397호(1995.4).

이원우, “대의 민주주의와 정당국가의 이상과 현실 : 정당국가에 있어서 자유위임”, 법학논집 제4권 제3호(1999.10).

이종수, “공직취임과 자유위임, 겸직제한 및 이에 따른 민사법적 평가”, 고시계 2006년 9월호.

허　영, “국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계”, 고황법학 3권(2001.5).

헌법 제47조

박선영

第47條
① 國會의 定期會는 法律이 정하는 바에 의하여 매년 1回 集會되며, 國會의 臨時會는 大統領 또는 國會在籍議員 4分의 1 이상의 요구에 의하여 集會된다.
② 定期會의 會期는 100日을, 臨時會의 會期는 30日을 초과할 수 없다.
③ 大統領이 臨時會의 集會를 요구할 때에는 期間과 集會要求의 이유를 명시하여야 한다.



Ⅰ. 회기의 개념

국회의 운영은 길게는 입법기를 단위로 생각될 수 있으며, 짧게는 회기를 단위로 이루어진다.[1] 정기적인 의회기는 국가의사형성에 대한 국민의 영향력을 보장하기 위한 것으로서,[2] 회의기(Wahlperiode) 즉, 입법기라 하고 선거에 의해 선출된 의원에 의해 구성된 의회가 헌법에 보장된 일정기간 동안에 일반적인 의회활동을 행하는 기간으로[3] 국회가 동일 의원들로 구성되는 시기로부터 임기가 만료되거나 국회가 해산되기까지의 시기를 말한다. 회기라 함은 입법기 내에서 국회가 실제로 활동능력을 가지는 일정한 기간을 말한다. 국회

1) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1130.
2) Vgl. M. Morlok, GGK, Bd. 2, 1998, Art. 38 Rn. 10.
3) Vgl. L.-A. Versteyl, GGK, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 39 Rn. 7.

의 회기는 소집일(집회일)로부터 기산하여 폐회일까지이며,[4] 국회는 집회 후 즉시 본회의 의결로 회기를 결정하여 회기내 작성된 의사일정에 따라 활동하고 있다. 회기중에는 본회의는 물론 위원회도 당연히 활동능력을 가지고 안건을 심사할 수 있다. 그러나 위원회는 폐회기간 중에도 활동할 수 있으므로 사실상 회기란 본회의를 중심으로 한 개념이라 할 수 있다.[5]

국회의 운영에 관한 문제는 헌법과 법률에 별도의 규정이 없는 한 국회가 자율적으로 결정한다. 국회법은 (ㄱ) 상시 활동하는 생산적이고 능률적인 국회상을 구현하고, (ㄴ) 국회가 국정심의의 중심기관으로서 그 역할을 다하며, (ㄷ) 정부에 대한 국정감시 및 통제기능의 실효성을 확보하고, (ㄹ) 국회의 의정활동의 공개를 통해 국민에 대한 책임성을 제고하기 위하여, 국회의 연중상시개원체제를 규정하고 있다. 이러한 국회의 연수상시활동을 위하여 국회의장은 각 교섭단체대표의원과의 협의를 거쳐, 매년 12월말까지 다음 년도의 국회의 연간국회운영의 기본일정[6]을 정하도록 하였다(국회법 §4, §5의2 참조).[7]

국회는 상시로 개회하여 활동하는 것이 아니라 일정한 기간 동안에만 활동한다. 현행 헌법은 '정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다.'(§47)라고 하여 회기일수를 제한하고 있으며,[8] 구체적인 기간은 국회가 집회한 후 즉시 결정하여야 한다(국회법 §7 Ⅱ).[9]

4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 881; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1104; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 879; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 866; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006, 474; 장영수(전주), 1130; 樋口陽一•佐藤幸治•中村睦男•浦部法穗, 註釋日本國憲法, 青林書院, 1984, 927頁.

5) 국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004, 143 참조; 위원회는 폐회중이라도 본회의의 의결이 있거나 의장 또는 위원장이 필요하다고 인정하거나 재적위원 4분의 1 이상의 요구가 있을 때 개회하며, 또한 이 법 제53조에 따라 폐회중에 최소한 월2회 정례회의를 개회하도록 되어 있다(국회법 §52, §53)(국회사무처, 국회법해설, 2008, 39).

6) 연간 국회운영기본일정은 1년을 단위로 국회의원의 계획성 있는 의정활동을 보장하고, 국정현안에 대한 적시성 있는 심의를 통해 의회정치의 활성화를 도모하며, 행정부 기타 유관기관이 국회의 운영을 예측할 수 있게 하고, 임시회와 정기회의 안건배분을 적정화하여 국회운영의 효율성을 높이기 위해 작성한다. 그러나 연간 국회운영기본일정은 예정적 사항으로 법적 구속력은 없으나 국회운영에 있어서 존중되어야 한다(국회사무처 의사국(전주), 85).

7) 권영성(주 4), 881.

8) 권영성(주 4), 881.

9) 국회의 회기는 정기회나 임시회의 구별없이 본회의 의결로 연장 또는 단축할 수 있으며, 그 횟수 및 일수에 대하여는 아무런 제한이 없다. 회기의 연장은 그 회기 종료일 또는 그 전일에 의결한 예가 많다. 또한 회기의 단축은 대통령 선거, 국회의원 총선거, 지방자치단체의 장 또는 지방의회의원 선거 일정과 관련한 경우와 임시회 집회의 목적이 달성되는 등 계속 국회를 개회할 필요가 없는 경우 잔여기간에 대해 행하는 것이 예이다.회기단축의 예는 아래와 같다.

- 정기회의 예: 제12대 국회 제137회 정기회는 대통령선거(1987.12.16.)와 관련하여 당시 법정일수 90일보다 39일 단축한 51일로 결정하였다.
- 임시회의 예: 제15대 국회 제191회 임시회는 당초 1998.4.8.~5.7.까지 30일간으로 회기결정을 하였다가 국회운영위원회에서 4.24.까지 13일간을 단축하여 '제191회 국회(임시회)회기단축의 건'을 제안함에 따라 본회의 의결로 회기를 단축하였다(국회사무처(주 5), 145).

국회는 회기중이라도 의결로써 일정한 기간을 정하여 활동을 중지할 수 있다(동법 §8 Ⅰ). 이것을 휴회[10]라 한다. 휴회일수도 회기에 산입한다. 국회가 휴회중이라도 대통령의 요구가 있을 때, 의장이 긴급한 필요가 있다고 인정할 때 또는 국회재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있을 때에는 회의를 재개한다(동법 §8 Ⅱ). 본회의를 재개할 때에는 의장은 의원전원에게 본회의 재개사실을 알려 의원이 회의에 참석할 수 있도록 하여야 하며, 휴회기간중 본회의를 재개한 때에는 그 이전의 휴회결의(休會決議)는 그 효력이 소멸되므로 다시 휴회를 할 필요가 있으면 새로이 휴회결의를 하여야 한다.[11] 회기가 종료하면 폐회하며, 폐회로 국회는 활동을 중지한다.[12] 국회의 회기에는 정기회와 임시회 및 특별회가 있다.[13]

1. 정기회

매년 1회 정기적으로 소집되는 국회를 정기회라 한다. 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 9월 1일에 집회한다(§47 Ⅰ, 국회법 §4). 즉, 정기회는 헌법에 의

10) 미연방의회는 회기 중에는 양원은 상대방의 동의 없이 3일 이상 휴회할 수 없고, 양원이 함께 회기를 개최한 장소 이외로 회의 장소를 옮길 수 없다(션 헤이즈/황지영 역, "정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) -정치 공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단-", 헌법논총 제14집(2004), 770).휴회와 비교할 개념은 아래와 같다.

· 정회(停會)와 속개(續開): 정회란 본회의 또는 위원회가 개의되어 진행중에 있는 당일의 회를 일시중지하는 것을 말한다. 그리고 속개란 본회의 또는 위원회가 개의된 후 일시 중지(정회)된 회의를 다시 시작하는 하는 것을 말하며, 국회법상의 용어가 아니라 회의진행상의 개념이다.

· 산회(散會): 산회란 개의된 당일의 회의를 마치는 것을 말한다. 당일의 회의를 산회하면 1일 1차 회의의 원칙에 따라 그날 다시 회의를 소집할 수 없다.

· 유회(流會): 유회란 본회의 또는 위원회가 개의예정시간으로부터 일정시간이 지나도록 의사정족수가 미달되어 당일회의를 열지 못하는 것을 말한다.

· 폐회(閉會): 폐회란 국회가 의사활동을 할 수 있는 능력을 가지는 집회기간인 회기가 종료되는 것을 말한다. 국회는 회기의 마지막날의 다음날부터 다음 회기의 개시 전일까지 폐회하게 된다.

; 제헌국회부터 제4대국회까지는 산회에 관한 명문규정이 없었으나 오후 1시가 지나면 산회를 선포하는 것이 관례였고, 사정에 따라 '연회'라 하여 의장이 회의시간을 연장하기도 하였다. 제5대 국회는 국회법에 "민의원은 오후 1시, 참의원은 오후 5시가 지나면 의사가 끝나지 아니하여도 의장이 산회를 선포할 수 있다"고 규정하여 각 원별로 오후 1시 또는 오후 5시가 되면 의장이 산회를 선포하거나 원의에 물어서 회의를 계속할 것을 선포하였다. 그러나 제6대국회 개정국회법에서는 이 규정을 삭제하여 현재에 이르기까지 산회시간에 대해서는 국회법에 규정하고 있지 아니하다(정호영, 국회법론, 법문사, 2004, 299, 각주 1).

11) 정호영(전주), 301.

12) 권영성(주 4), 881.

13) 김철수(주 4), 1104.

한 법정집회이므로 별도의 집회요구는 필요없다.[14] 정기회의 가장 중요한 업무는 예산안의 심의·확정이라고 할 수 있다. 헌법 제54조 제2항에 따라 정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일 전까지 이를 의결하여야 한다. 즉, 정기회가 열리기 전까지 예산안이 국회에 제출되고, 국회는 이를 정기회 기간중에 심의·확정하여야 하는 것이다.[15] 예산안처리를 위한 자료수집을 위해서 국회는 매년 9월 10일부터 20일 동안 국정전반에 대하여 소관 상임위원회별로 국정감사를 한다. 다만, 본회의의 의결로 그 시기를 변경할 수는 있다(국감법 §2 Ⅰ). 정기회가 '예산국회'?'감사국회'로 불리는 이유도 이 때문이다.[16]

그리고 법률안의 효율적인 심사를 위해 정기국회기간 중에는 원칙적으로 예산부수법안만 처리하되, 긴급하고 불가피한 사유로 인한 위원회 또는 본회의의 의결이 있는 때에는 예산부수법안이 아닌 법안도 처리할 수 있다(국회법 §93의2 Ⅱ). 정기회의 회기는 100일을 초과할 수 없다(§47 Ⅱ).[17]

2. 임시회

임시회는 임시집회의 필요가 있을 때에 집회하는 회의를 말한다. 국회는 2월, 4월, 6월의 1일에 임시회를 집회한다(국회법 §5의2 Ⅱ ⅰ). 또한 국회의 임시회는 대통령 또는 국회의 재적의원 4분의 1 이상의 요구로 집회한다(§47 Ⅰ). 이처럼 국회의 재적의원 4분의 1 이상이 임시회집회를 요구할 수 있도록 한 것은 소수의 보호를 위한 것으로 매우 중요한 의미를 갖는 것이며,[18] 과거에 국회의 연간 총회기일수를 헌법상 제한함으로써 국회의 상설화를 차단한 바 있으나, 현행 헌법과 국회법은 국회의 상설화를 위한 배려를 하고 있다.[19] 임시회의 집회요구가 있을 때에는 의장이 집회기일 3일 전에 공고한다(국회법

14) 정호영(주 10), 321.

15) 장영수(주 1), 1130.

16) 허 영(주 4), 880.

17) 권영성(주 4), 882.

18) 허 영(주 4), 880.

19) 성낙인(주 4), 866; 회기제도는 필연적인 것은 아니다. 국회의 상설화를 막기 위하여 제4공화국 헌법과 제5공화국 헌법은 국회의 연간 회기에 관한 제한규정을 두고 '국회는 정기회·임시회를 합하여 연 150일을 초과하여 개회할 수 없다. 다만 대통령이 집회를 요구한 임시회의 일수는 이에 산입하지 아니한다'라고 하여 회기전체일수를 제한하고 있었다. 그러나 제6공화국 헌법은 이 규정을 삭제하여 상설화를 가능하게 하고 있다(김철수(주 4), 1104).

§5 Ⅰ). 그러나 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기, 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태나 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서는 집회기일 1일 전에 공고할 수 있다(동법 §5 Ⅱ). 국회의원총선거후 최초의 임시회는 국회의원 임기개시 후 7일에 집회한다(동법 §5 Ⅱ). 대통령이 임시회의 집회를 요구한 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시해야 한다(§47 Ⅲ). 그리고 국회의 폐회중에 ?국감법?에 의한 국정조사요구서가 제출된 경우에도 임시회의 집회요구가 있는 것으로 본다(국감법 §3 Ⅲ).[20]

임시회에서는 대통령이나 국회의원이 제안한 안건을 처리하고, 법률안의 심의, 추경예산안의 심의 등을 한다. 임시회의 회기 중 1주는 정부에 대하여 질문을 행한다(국회법 §5 의2).[21] 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다(§47 Ⅱ).

3. 특별회

특별회란 국회가 해산된 다음 새로이 선출된 국회의원이 소집되어 집회하는 것을 말하는데, 우리 헌법에는 국회해산제도가 없어 이에 관한 특별한 규정을 두지 않고 있다.[22]

Ⅱ. 연 혁

역대헌법	내 용
1948년 제헌헌법	제34조 국회의 정기회는 매년 1회 12월 20일에 집회한다. 당해일이 공휴일인 때에는 그 익일에 집회한다. 제35조 임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령 또는 국회의 재적의원 4분지 1이상의 요구에 의하여 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다.국회폐회중에 대통령 또는 부통령의 선거를 행할 사유가 발생한 때에는 국회는 지체없이 당연히 집회한다.

20) 정호영(주 10), 321.

21) 김철수(주 4), 1105.

22) 김철수(주 4), 1105.

역대헌법	내 용
1952년 개정헌법 (제1차)	제34조 국회의 정기회는 매년 1회 12월 20일에 집회한다. 당해일이 공휴일인 때에는 그 익일에 집회한다. 제35조 임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령, 민의원의 재적의원 4분지 1이상 또는 참의원의 재적의원 2분지 1이상의 요구에 의하여 양원의 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. [전문개정 1952.7.7]
1954년 개정헌법 (제2차)	제34조 국회의 정기회는 매년 1회 법률의 정하는 바에 의하여 집회한다. [전문개정 1954.11.29] 제35조 임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령, 민의원의 재적의원 4분지 1이상 또는 참의원의 재적의원 2분지 1이상의 요구에 의하여 양원의 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제3차)	제34조 국회의 정기회는 매년 1회 법률의 정하는 바에 의하여 집회한다. [전문개정 1954.11.29] 제35조 임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령, 민의원의 재적의원 4분지 1이상 또는 참의원의 재적의원 2분지 1이상의 요구에 의하여 양원의 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제4차)	제34조 국회의 정기회는 매년 1회 법률의 정하는 바에 의하여 집회한다. [전문개정 1954.11.29] 제35조 임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령, 민의원의 재적의원 4분지 1이상 또는 참의원의 재적의원 2분지 1이상의 요구에 의하여 양원의 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. [전문개정 1952.7.7]
1962년 개정헌법 (제5차)	제43조 ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 집회된다. ② 긴급한 필요가 있을 때에는 대통령 또는 국회재적의원 4분의 1이상의 요구에 의하여 국회의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. ③ 정기회의 회기는 120일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다.
1969년 개정헌법 (제6차)	제43조 ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 집회된다. ② 긴급한 필요가 있을 때에는 대통령 또는 국회재적의원 4분의 1이상의 요구에 의하여 국회의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다. ③ 정기회의 회기는 120일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다.
1972년 개정헌법 (제7차)	제82조 ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 집회되며, 국회의 임시회는 대통령 또는 국회재적의원 3분의 1이상의 요구에 의하여 집회된다. ② 정기회의 회기는 90일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다. ③ 국회는 정기회·임시회를 합하여 년 150일을 초과하여 개회할 수 없다. 다만, 대통령이 집회를 요구한 임시회의 일수는 이에 산입하지 아니한다. ④ 대통령이 임시회의 집회를 요구할 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시하여야 한다. ⑤ 대통령의 요구에 의하여 집회된 임시회에서는 정부가 제출한 의안에 한하여 처리하며, 국회는 대통령이 집회요구시에 정한 기간에 한하여 개회한다.

역대헌법	내 용
1980년 개정헌법 (제8차)	제83조 ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회집회되며, 국회의 임시회는 대통령 또는 국회재적의원 3분의 1이상의 요구에 의하여 집회된다. ② 정기회의 회기는 90일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다. ③ 국회는 정기회·임시회를 합하여 년 150일을 초과하여 개회할 수 없다. 다만, 대통령이 집회를 요구한 임시회의 일수는 이에 산입하지 아니한다. ④ 대통령이 임시회의 집회를 요구할 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시하여야 한다. ⑤ 대통령의 요구에 의하여 집회된 임시회에서는 정부가 제출한 의안에 한하여 처리하며, 국회는 대통령이 집회요구시에 정한 기간에 한하여 개회한다.

우리 국회의 경우 제3공화국까지는 연(年)회기일수의 제한이 없었고, 정기회와 임시회의 회기도 제5대 국회까지는 의결로 제한없이 연장이 가능하였다.[23)]

정기회 및 임시회 회기일수제한 규정은 1962년 개정헌법(제5차)에서 신설되었으며, 1972년 개정헌법(제7차)에서는 국회의 상설화를 막기 위하여 '정기회와 임시회의 회기를 합하여 150일을 초과할 수 없다.'는 규정을 신설하여 유지하여 오다가 현행 헌법에서는 정기회와 임시회의 합산에 의한 제한규정을 삭제하였다.

[표 1] 역대 회기관련 규정

대 별	정기회 집회일	회기한도		연간 집회일수	회기연장	회계연도	임시회 공고일
		정기회	임시회				
제헌(제1회) ~ 제3대(제19회)	12월 20일	90일	30일 이내	제한없음	의결로 제한없이 연장가능	4월 1일	집회기일 7일전
제3대(제20회) ~ 제3대(제25회)	2월 20일	90일	30일 이내	제한없음	의결로 제한없이 연장가능	7월 1일	집회기일 7일전
제3대(제26회) ~ 제5대(제37회)	9월 1일	90일	30일 이내	제한없음	의결로 제한없이 연장가능	1월 1일	집회기일 7일전

23) 국회사무처, 국회법해설, 2008, 39-40.

대 별	정기회 집회일	회기한도		연간 집회일수	회기연장	회계연도	임시회 공고일
		정기회	임시회				
제6대(제39회) ~ 제7대(제75회)	9월 1일	120일 이내	30일 이내	제한없음	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 7일전
제7대(제76회) ~ 제8대(제84회)	9월 1일	120일 이내	30일 이내	제한없음	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 7일전 (대통령 요구시 : 2일전)
제9대(제85회) ~ 제9대(제98회)	9월 20일	90일 이내	30일 이내	정기회와 임시회를 합하여 연 150일	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 3일전
제9대(제99회) ~ 제12대(제139회)	9월 10일	90일 이내	30일 이내	정기회와 임시회를 합하여 연 150일	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 3일전
제12대(제140회) ~ 제15대(제211회)	9월 10일	100일 이내	30일 이내	제한없음	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 3일전
제16대(제212회) ~ 현 재 까 지	9월 1일	100일 이내	30일 이내	제한없음	법정기간의 범위내에서 의결로 연장가능	1월 1일	집회기일 3일전

※ 출처: 국회사무처, 2008 의정자료집(제헌국회~제17대국회(2008), 187-188 참조.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

오늘날 각국 의회의 회기제도는 크게 둘로 나누어지는 바, 하나는 영·미의회식 제도로서 1년을 회기로 하고 필요한 경우 일시 휴회하는 제도이고, 다른 하나는 우리나라 국회

와 같이 회기를 정하여 활동하는 방식이다.[24]

1. 미 국

미국의회는 해당 대수의 임기 2년을 제1회기와 제2회기로 구분한다. 새로운 의회의 제1회기는 홀수해 1월 3일(선거는 짝수해 11월에 실시됨)에 시작하며, 이날 모든 의원은 공직선서를 한다. 제2회기는 그 다음해(짝수년도) 1월에 시작한다.[25]

미국에서는 정기회의와 특별회의의 구별을 인정하고 정기회의에 대해서는 자율적 집회주의를 택하고 있다. 이것은 엄격한 삼권분립주의의 요구에서부터 온 것이라고 할 때 연방회의는 법률에서 다른 날을 지정하지 않는 한, 매년 1월3일의 정오에 몇 명의 소집을 기다릴 것 없이 당연히 집회한다. 회기도 물론 의회가 필요로 하는 기간 계속되고 적당하다고 판단되는 때 폐회한다. 폐회에 관해서 양의원의 의견이 일치하지 않은 때는 대통령이 적당하다고 사료되는 때에 폐회를 명할 수 있게 되어있다. 하지만 대통령에 의해서 폐회된 적은 한 번도 없다. 바로 1946년의 입법부재조직법(Legislative Reorganization Act)에 따르면 전시 또는 대통령에 의해서 선고된 국가긴급사태를 빼고는 의회가 다르게 정해지지 않는 한 늦어도 7월말까지 계속되는 것으로 여겨지고 있다.[26] 그리고 1970년 입법부개혁법에 의해 7월 31일로 정해져 있지만 실제로 양원합동결의에 의해 10월 초순 혹은 12월 하순까지 연결되는 것이 보통이다. 따라서 실제로 미국의회는 연중 개회하는 셈이다.[27]

이와 같이 미국의회는 1년을 1회기로 운영하고 있으므로 본회의와 위원회는 모두 연중 개회하며, 특별한 경우에만 휴회한다. 따라서 연중 특별한 회기를 정하여 개회하는 우리나라와는 다르다. 또한 우리의 경우에는 상임위원회 활동중에는 본회의를 휴회하나 미국의 경우에는 본회의와 상임위원회가 병행하여 활동한다.[28]

24) 정호영(주 10), 326.

25) 국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도(2004), 17; 의회의 2년 기간을 'Congress'라고 하며, 예를 들어 1996년 11월 선거에 따라 구성되어 1997년 1월에 소집된 의회를 105th Congress(제105대 의회)로 명칭하는데, 이는 1789년 헌법 발효 이후 성립된 105번째 의회라는 점에 기인한다.

26) 法學協會, 註解日本國憲法(下卷)(1995), 815頁.

27) 남궁철, "주요국의회의 회기제도", 입법조사월보 1994년 4월호, 88.

28) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 17.

2. 영 국

영국에서는 정기회, 임시회 등의 구별이 없고, 또한 매년 1회 반드시 소집되지 않으면 안 된다는 명문규정도 없다. 예산, 세금, 육군법 등의 필요에서 및 의원내각제의 발달에 따라 정부가 의회의 지지를 불가피하게 된다는 실질적인 근거에서, 매년 열리는 헌법관습이 확립되어 있는 것에 지나지 않다.[29]

회기는 총선이 있는 경우를 제외하고는 보통 1년 단위로 구분되며, 10월말에서 11월초에 시작된다. 총선이 있는 해의 회기는 예년보다 짧아지거나 길어질 수 있다. 만약 총선이 봄에 실시되면 회기가 연장되어 봄부터 다음해 11월까지 계속되는 것이 보통이다.[30]

의회의 소집, 개회 및 해산은 국왕의 대권행사이지만 실제로는 정부의 조언을 기초로 행사하며, 여·야당간의 합의에 의해서 기일을 결정하고 있으며, 회기중 8월부터 10월까지는 하계휴회이고, 그 외에 크리스마스, 부활절, 성령강림제 전후에도 휴회하는 것이 관례이다.[31]

3. 프랑스

프랑스 제3공화국 헌법은 정기회(la session ordinaire)와 임시회(les sessions extraordinaires)를 구별한다. 소집 내지 회기의 개폐에 관하여서 대통령의 권한과 의회의 자율권이 교차하고 있다. 즉, 의회는 매년 1월의 제2 화요일에 대통령의 소집을 기다리지 않고 당연히 정기회로서 집회를 하는 것으로 되어있으며, 그 회기에 있어서 5개월이라고 하는 보장이 있다(공권의 관계에 관한 헌법 §1). 그리고 대통령은 1월의 제2 화요일 이전에 정기회를 소집하고 또는 임시회를 소집하는 것이 가능하고(동법 §1 Ⅰ, §2 Ⅰ), 또는 폐회 및 정회를 명하는 권한을 갖는다(동법 §2 Ⅰ·Ⅱ). 하지만 실제의 실행에 있어서 정기회는 여름까지 계속되고 가을부터의 이것도 관례로 된 임시회의 소집과 겹쳐서 의회는 거의 연중무휴의 상태다.

제4공화국 헌법(1946년)도 의회의 1월 제2화요일 당연집회주의를 받아들이고(§9 Ⅰ),

29) 法學協會(주 26), 814-815頁.

30) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 212.

31) 남궁철(주 27), 89 참조.

게다가 이 취지를 해산의 경우에도 철저히 미치게 하여 하원이 해산된 경우에는 신의회는 총선거 후의 제3목요일에 당연히 집회하는 것으로 되어 있다(§52 Ⅳ). 게다가 회기에 관해서는 정기회와 임시회를 구별하지 않고 회기는 한번 개회 후에는 폐회 없이 다음 연도 회기의 개시에 따라서만 종료하는(즉 다음해 1월 제2화요일에 갱신한다) 주의를 갖는다. 게다가 회의의 기간에 대해서는 적극적으로 정해진 것이 없고, 반대로 회기의 중단은, 총계 4개월을 넘을 수 없는 취지가 정해져 있다(10일을 넘는 회의의 정지는 회기의 중단과 간주된다: §9 Ⅱ). 이것은 의회가 상시개회를 원칙으로 하고 필요에 응해서 수시회기를 중단 내지 휴회하며, 최저 8개월 활동해야 한다는 것이 기대되고 있기 때문이다(하원이 개회되고 있지 않는 경우에는 의회를 소집하는 것은 하원의 의장이다: §12).[32]

종전의 프랑스 의회는 10월초부터 80일간 그리고 4월초부터 90일간으로 하여 3개월씩 연 2회의 정기회제도를 채택하고 있었는데, 1995년에 헌법을 개정하여 10월초부터 9개월간의 단일 정기회제도로 개편하였다.

정기회(ordinary session)는 매년 10월초에 시작되어 다음 해 6월말에 종료하며, 여름·부활절·크리스마스 휴가기간 등은 휴회한다. 다만 의회의 회의가 화·수·목 3일[33] 정도만 열리는 현실을 감안하여 정기회 중에 의회가 개의할 수 있는 본회의일(Sitting days) 수는 120일로 상한을 두고 있다.

정기회 기간 중 120일을 초과하여 추가적인 본회의를 개의하는 것은 총리 또는 상원·하원 과반수에 의한 요구가 있는 경우에 가능하다. 한편 특정한 안건을 심사하기 위한 임시회(extraodinary session)도 총리 또는 의원 과반수의 요구가 있는 경우에 대통령의 소집령(decree)에 의하여 소집될 수 있다.[34]

4. 독 일

바이마르 헌법은 의회가 선거후 늦어도 30일까지(구체적 기일은 구국의회의 의장의 결정 또는 구국의회의 의결에 의해 정해진다.) 및 매년 11월 제1 수요일에 당연히 집회하는

32) 法學協會(주 26), 815-816頁.

33) 의회의 회의가 통상 화요일부터 목요일까지 3일 정도만 이루어지는 주된 이유 중 하나는 대다수 의원들이 자신의 지역구에서 시장·도지사 등을 겸직하고 있어서 금요일에서 월요일까지는 지역에서 업무를 보고 월요일 오후나 화요일 아침에 파리로 상경하기 때문이다.

34) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 287.

것뿐만 아니라 회기의 결정도 없이 폐회 및 재집회의 기일의 결정 등은 모든 국의회의 스스로가 결정하는 부분에 따른다는 철저한 자율주의가 맡겨져 있었다(§24). 여기서 사실상 계산되어 폐회되는 일 없이 개선기가 올 때까지(즉, 해산이 없다면 4년간) 항상 개회되어 있다는 관행이 있다.[35)]

본(bonn) 헌법(1949년)은 연방의회가 회기의 종료와 재개를 결정할 수 있음과 더불어 연방의회의장에 의한 보다 짧은 기간의 회의소집을 규정하고 있으며, 또한 연방하원의 회의는 연방하원 의장이 소집하는데, 연방하원 의원의 3분의 1 이상이 소집을 요구하는 경우 또는 연방대통령(Bundespr?sident)이나 연방수상(Bundeskanzler)의 요구가 있을 경우에는 의장은 이에 응하여 회의를 소집하여야 한다(기본법 §39 및 연방하원 의사규칙 §21).[36)] 그리고 연방상원의 회의는 연방상원 의장이 소집하는데, 최소한 2개주 이상의 대표 또는 연방정부에서 회의소집을 요구하는 경우에는 의장은 이에 응하여야 한다(기본법 §52).[37)]

총선거후 최초의 연방하원 회의는 전임 의장에 의하여 소집되며, 선거 후 30일 이내에 소집되도록 하고 있다(기본법 §39 및 연방하원 의사규칙 §1). 최초로 소집된 의회에서는 의장·부의장과 회의진행을 보좌하는 서기의원(Secretaries)을 선출하는데, 의장이 새로 선출될 때가지는 최연장의원이 사회를 본다.[38)]

동독헌법(1949년)에 있어도 정기회, 임시회의 구별은 되어있지 않다. 인민회의(Volks-kammer)는 원칙으로서 간부회(Praesidium-인민회의의 최초의 집회에서 선출되어 적어도 40명 이상의 구성원이 있는 각 당 파는 간부회에 있어서 대표에 상응하는 것으로 된다.)의 의결에 입각하여 인민회의의장에 의해 소집되지만(제58조 제3항), 선거가 행해진 경우에는 종전의 간부회에 의해 그 이전에 소집되지 않는 한 선거후 늦어도 30일째에는 스스로 집회하는 것으로 되어있다(제55조 제1항).[39)]

35) 法學協會(주 26), 816頁.

36) 김도협, "기본법상 연방의회의 특징에 관한 소고", 법학연구(한국법학회) 19집(2005.10), 30 참조.

37) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 342.

38) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 339.

39) 法學協會(주 26), 817頁.

5. 일 본[40]

일본의회의 회의는 4개의 유형으로 구분할 수 있다. 즉, 연 1회 소집되는 정기회와 수시 소집되는 임시회, 그리고 특별회와 참의원을 소집하는 긴급집회가 있다. 천황은 내각의 보고 및 승인 등을 위해 국회를 소집할 수 있으며, 소집요구는 내각이 한다.

정기회의 소집은 적어도 10일전에 집회기일을 정하여 공포하여야 한다. 정기회는 매년 1월에 소집하여 150일의 기간 동안 집회하는 것을 상례로 하고 있으나 회기중에 의원의 임기가 만료하는 때에는 그 만료일에 회기가 종료한다. 임시회의 소집은 집회기를 정하여 이를 공포한다. 임시회의 소집은 의원도 요구할 수 있는데, 임시회의 소집을 요구하기 위해서는 어느 한 의원(議院)에서 총의원의 4분의 1 이상의 의원이 연서하여 의장을 경유하여 내각에 요구서를 제출하여야 하며, 이 경우 내각은 임시회를 소집하여야 한다. 임시회는 일반적으로 매년 여름부터 가을까지 1회 내지 2회 소집되고 있다.

그리고 임시회의 소집에 있어서 각 의원(議院)의 선거 후 그 소집시기를 법정화하고 있는데, 의원의 임기만료로 총선거가 행하여졌을 때에는 그 임기개시후 30일 이내에 임시회를 소집하여야 한다. 다만 기간내에 정기회가 소집되었거나 그 기간이 참의원의 선거를 행하여야 할 기간인 경우에는 그러하지 아니하다.

특별회는 중의원이 해산되어 총선거를 실시한 후 소집하는 집회의 유형으로 중의원이 해산된 때에는 해산일로부터 40일 이내에 중의원의 총선거를 실시하고 총선거일로부터 30일이내에 특별회를 소집하여야 한다. 특별회에서는 내각총리대신을 선출하며, 기존의 내각은 특별회의 집회와 동시에 총사직한다.

정기회·임시회·특별회의 회기와 회기연장은 양원의 일치된 의결로 정한다. 그러나 양원의 의결이 일치하지 않거나 참의원이 의결하지 않는 경우에는 중의원의 의결에 따른다(국회법 §13).

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

본조는 제51조에 규정된 '회기계속의 원칙'과 관련하여 '회기'의 소집요건과 기일을 규정하고 있다.

40) 국회사무처 국제국 편, 일본 의회: 의회제도·주요인사·관련법규(2006), 16-17; 국회운영위원회 수석전문위원실(주 25), 134-138 참조.

Ⅴ. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법 제47조 제1항은 국회 정기회 회수를 1회로 제한하고 있고, 제2항은 회기를 정기회와 임시회로 나누고 각각 100일, 30일을 넘지 못하도록 규정하고 있다. 또한 국회법에 의거 짝수달마다 임시회가 열릴 수 있는 헌법적 근거는 있으나 현실적으로 연중 국회의 회의개최일은 국민들의 노동일수와 비교할 때 턱없이 부족하며 이로 인하여 하루만의 무더기 법안처리현상이 반복되고 있어 헌법상 회기제한 조항을 삭제함으로써 국회가 상설적으로 운영될 수 있는 근거를 마련하는 것이 필요하다는 주장이 제시되어 왔다.[41] 이 주장은 해외 주요국의 사례를 볼 때 헌법에 국회 회기에 관한 규정이 없으며 법률에 따라 상설적으로 운용하고 있음을 근거로 제시하고 있다.

Ⅵ. 관련문헌

1. 단행본

국회사무처, 국회법해설, 2008.
국회사무처 국제국 편, 일본 의회: 의회제도·주요인사·관련법규, 2006.
국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004.
국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

41) 이에 대한 자세한 내용은 김민전, "국회운영의 문제점과 제도개선 방안", 국회관계법 개정에 관한 공청회 자료(국회개혁특별위원회, 2005.4.28), 17-18 참조.

2. 논 문

김도협, “기본법상 연방의회의 특징에 관한 소고”, 법학연구(한국법학회) 제19집 (2005.10).

김민전, “국회운영의 문제점과 제도개선 방안”, 국회관계법 개정에 관한 공청회 자료 (국회개혁특별위원회), 2005.4.28.

남궁철, “주요국의회의 회기제도”, 입법조사월보 1994년 4월호.

션 헤이즈/황지영 역, “정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) –정치 공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단–”, 헌법논총 제14집(2004).

3. 외국문헌

Vgl. M. Morlok, GGK, Bd. 2, 1998.

Vgl. L.-A. Versteyl, GGK, Bd. 2, 5. Aufl. 2001.

法學協會, 註解日本國憲法(下卷), 1995.

樋口陽一·佐藤幸治·中村睦男·浦部法穗, 註釋日本國憲法, 青林書院, 1984.



Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

이 조항은 국회의장과 부의장의 선출제를 규정함으로써 국회의 내부적 조직을 규정하고 있다. 의장은 1인 그리고 부의장 2인을 선출하도록 하고 있다. 이 조항은 국회의 의장과 부의장, 즉 의장단을 선출하게 함으로써, 국회가 자율적 조직으로서 자신의 과제를 수행할 수 있게 하기 위한 조직적 전제조건을 규정하고 있다.

Ⅱ. 연 혁

이 규정은 건국헌법 제36조[1]로부터 유래한다. 제1차 개정헌법(전문개정 1952.7.7) 제36조에서는 "민의원은 의장 1인, 부의장 2인을 선거한다. 참의원은 부통령을 의장으로 하고 부의장 2人을 선거한다. 참의원의장은 양원합동회의의 의장이 된다."고 규정하였다. 이러한 조항은 계속 유지되다가 제5차 개정헌법(1962. 12. 26. 제3공화국헌법)에서 건국헌법의 내용으로 다시 회귀하였다(제44조). 이 내용은 제8차 개정헌법때까지 유지되다가 제9차 개정헌법인 현행헌법에서 선거가 선출로 바뀐 외에는 그대로 유지되고 있다.

1) 국회는 의장 1人 부의장 2人을 선거한다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 독일 기본법

독일의 경우 연방의회는 의장, 의장대리 및 서기를 선출한다(독일 기본법 제40조 제1항 제1문). 의장은 연방의회의 건물 내에서 가택권과 경찰권을 행사한다. 의장의 허가 없이는 연방의회의 구내에서 수색이나 압수를 할 수 없다(제40조 제2항).

그리고 연방참사원은 매년 그 의장을 선출한다(제52조 제1항). 의장은 연방참사원을 소집한다. 최소한 2 지방의 대표자나 연방정부의 요구가 있으면 의장은 연방참사원을 소집해야 한다(제52조 제2항).

2. 미국 헌법

미국의 경우 하원은 그 의장과 그 밖의 임원을 선임하며, 탄핵 권한을 독점하여 가진다(제2조 제5항)고 규정하고 있다. 합중국의 부통령은 상원의장이 된다. 다만, 의결시 가부동수일 경우를 제외하고는 투표권이 없다(제3조 제4항). 상원은 의장 이외의 임원들을 선임하며 부통령이 결원일 경우이거나 부통령이 대통령의 직무를 집행하는 때에는 임시의장을 선임한다(제3조 제5항).[2)]

3. 일본 헌법

일본의 경우 "양의원은 각각 그 의장과 기타 임원을 선임한다."(제58조 제1항)고 규정하고 있다.[3)]

2) 중앙선거관리위원회, 미국 연방선거운동관계법, 2004, 2.

3) 중앙선거관리위원회, 일본 공직선거법령집 I, 2004, 10.

4. 프랑스 헌법

프랑스 헌법은 "하원의장은 입법회기의 기간을 임기로 하여 선출된다. 상원의장은 상원의원의 부분선거로 의원의 구성이 달라질 때마다 선출된다."(제32조)고 규정하고 있다.[4)]

5. 이태리 헌법

이태리의 경우 상원과 하원은 재적 의원 중에서 의장 및 의장단을 선출한다(제63조 제1항). 또한 의회가 통합회의를 개최할 때에 의장과 의장단은 하원에서 맡는다(제63조 제2항).[5)]

Ⅳ. 의장·부의장의 선거

의장과 부의장은 국회에서 무기명투표로 선거하되 재적의원 과반수의 득표로 당선된다(국회법 제15조 제1항). 재적의원 과반수의 득표자가 없을 때에는 2차 투표를 하고, 2차 투표에도 재적의원과반수의 득표자가 없을 때에는 최고득표자와 차점자에 대하여 결선투표를 하여 다수득표자를 당선자로 한다(제15조 제3항). 의장과 부의장의 선거는 국회의원총선거후 최초집회일에 실시하며, 처음 선출된 의장 또는 부의장의 임기가 만료되는 때에는 그 임기만료일전 5일에 실시한다. 그러나 그 날이 공휴일인 때에는 그 다음 날에 실시한다(제15조 제2항).

의장 또는 부의장이 궐위된 때나 의장과 부의장이 모두 궐위된 때에는 지체없이 보궐선거를 실시한다(제16조).

의장 등 선거에 있어서 국회의원총선거 후 최초의 집회에서 의장과 부의장을 선거할 때나 의장과 부의장이 모두 궐위되어 그 보궐선거를 할 때 등에는 출석의원중 최다선의원이, 최다선의원이 2인 이상인 경우에는 그중 연장자가 의장의 직무를 대행한다(제18조).

4) 중앙선거관리위원회, 프랑스 선거법, 2004, 9.

5) 중앙선거관리위원회, 이탈리아 선거법, 2004, 8.

Ⅴ. 의장·부의장의 임기와 사임

의장과 부의장의 임기는 2년으로 한다. 다만, 국회의원총선거후 처음 선출된 의장과 부의장의 임기는 그 선출된 날부터 개시하여 의원의 임기개시후 2년이 되는 날까지로 한다(제9조). 그런데 의원의 임기시작은 국회의원 총선거가 있는 해의 5월 30일인데 반하여 새 국회의 최초집회일, 즉 의장단 선출일은 의원의 임기개시 후 제7일에 집회하도록 되어 있다(국회법 제5조 제3항). 따라서 이 7일 동안은 의정공백이 발생할 가능성이 있으므로 총선이 있는 해에는 의원의 임기가 개시되는 5월 30일을 최초집회일로 하여 의장단을 선출할 수 있도록 보완할 필요가 있다고 지적되고 있다.[6)]

의장과 부의장은 국회의 동의를 얻어 그 직을 사임할 수 있다(제19조). 사임의 의사표시는 서면 또는 구두로 가능하다. 이에 관해서는 국회법이 아무런 규정을 두고 있지 아니하고 있는데, 정치적 이유 등으로 인해 동의하지 아니한 선례도 있다. 한편 국회의장에 대한 불신임결의안 또는 사임(사퇴)권고결의안이 제출된 경우에는 어떻게 처리해야 할 것인지가 문제될 수 있다. 이에 대하여 국회법에는 별도의 규정이 마련되어 있지 아니하나, 정치적인 이유 등으로 인해 발의된 국회의장의 사임권고결의안 등에 대해서는 본회의에서 표결처리하거나 국회운영위원회에서 폐기처리한 사례가 있다.[7)]

Ⅵ. 국회의장의 지위와 권한

1. 의장의 직무

국회의장의 지위와 권한에 관하여 헌법은 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 다만 국회법에서 의장은 국회를 대표하고 의사를 정리하며, 질서를 유지하고 사무를 감독한다고 규정하고 있을 뿐이다(국회법 제10조). 이 조항을 고려해 볼 때, 국회의장은 국회대표권자로서의 지위, 의사정리권자로서의 지위, 질서유지권자로서의 지위, 사무감독권자로서의 지위를 갖는다고 할 수 있다.[8)]

6) 이러한 지적으로 정호영, 국회법론, 법문사, 2004, 176.

7) 구체적인 사례로는 정호영(주 6) 176-177 참조.

8) 정호영(주 6), 177 이하 참조.

2. 의장의 권한

가. 권한의 종류

국회법이 규정하고 있는 여러 가지 국회의장의 권한들은 국회대표권, 의사정리권, 질서유지권, 사무감독권으로 대별해 볼 수 있다.[9)]

(1) 국회대표권

국회법에서 규정하고 있는 많은 권한들 가운데서 의사정리권, 질서유지권, 사무감독권에 속하지 아니하는 권한들은 대체로 의장의 국회대표권자로서의 권한에 속한다고 볼 수 있다.

가령 의석배정권(제3조), 임시회의 공고권(제5조), 위원회출석 발언권(제11조), 국회소관예산요구서 제출권(제23조 제2항), 국회의 예비금지출권(제23조 제4항), 상임위원장 사임허가권(제41조 제5항), 예산결산특별위원회위원 선임권(제45조 제2항), 인사청문특별위원회 설치권(제46조의3), 특별위원회위원장 사임허가권(제47조 제3항), 상임위원 선임 및 개선권(제48조 제1항), 정보위원회위원 선임 및 개선권(제48조 제3항), 특별위원회위원선임권(제48조 제4항), 전원위원회위원장 임명권(제63조의2 제3항), 법률안재의결의 경우 대통령이 공포하지 않을 때 법률안공포권(헌법 제53조 제6항, 국회법 제98조 제3항), 폐회중 국회의원의 사직허가권(제135조 제1항) 등이 그것이다.

(2) 의사정리권

의사정리권은 의사지휘권이라고도 불리는데. 이러한 의사정리권은 회의에 있어서 의사진행을 원활하게 할 수 있도록 정리할 수 있는 권한은 물론 의사의 진행결과를 정리하는 권한도 포함된다. 국회의장의 의사정리권에 속한다고 볼 수 있는 권한으로는 다음과 같은 것들이 있다.

가령 국회운영기본일정확정권(제5조의2), 휴회 중 회의재개권(제8조 제2항), 소관 상임위원회 결정권(제37조 제2항), 전문위원 발언허가권(제42조 제6항), 위원회개회권(제52조), 개의시변경권(제72조), 유회선포권(제73조 제2항), 회의중지·산회선포권(제73조 제3항), 회의의 비공개결정권(제75조), 의사일정작성권(제76조), 의사일정변경권(제77

9) 이러한 분류로서 정호영(주 6), 177 이하.

조), 상임위원회회부권(제81조), 특별위원회회부권(제82조), 관련위원회회부권(제83조), 예산안과 결산보고서 회부권(제84조 제2항), 예산안과 결산의 예산결산특별위원회 회부권(제84조 제6항), 심사기간지정권(제85조), 수정안의 표결순서결정권(제96조), 의안의 정부이송권(제98조), 의원의 발언허가권(제99조 제1항), 발언시간결정권(104조), 발언자수 결정권(제104조 제4항), 5분자유발언허가권(제105조 제1항), 질의나 토론의 종결선포권(제108조 제2항), 표결할 안건의 제목 선포권(제110조 제1항), 가결선포권(제112조 제3항), 표결결과선포권(제113조), 감표위원지명권(제114조 제2항), 참고문서의 게재허가권(제116조), 국무위원등의 발언허가권(제120조 제1항), 대리출석답변허가권(제121조 제2항), 대정부질문 추가시간허가권(제122조의2 제3항), 국무총리 또는 국무위원의 출석요구 의결권(제122조의3 제4항), 청원요지서의 작성과 회부권(제124조) 등이 그것이다.

(3) 질서유지권

국회의 의사진행을 원활하게 하기 위해서는 회의장의 질서를 유지하기 위해서 일정한 조치를 취할 수 있는 권한이 필요한데 이러한 권한을 질서유지권이라고 할 수 있다. 이러한 질서유지권에 속하는 권한으로는 다음과 같은 것들이 있다.

경호권(제143조), 국가경찰공무원의 파견요구권(제144조 제2항), 회의장내에서 의원체포명령권(제150조), 방청허가권(제152조 제1항), 방청금지와 신체검사권(제153조), 방청인에 대한 퇴장명령권(제154조 제1항), 윤리심사 및 징계의 요구와 회부권(제156조), 징계의결선포권(제163조 제4항) 등이 그것이다.

(4) 사무감독권

국회의 사무총장은 의장의 감독을 받아 국회의 사무를 통할하고, 소속공무원을 지휘·감독한다. 따라서 국회의 사무를 통할하고 소속공무원의 지휘·감독에 책임을 지고 있는 사무총장을 감독할 권한이 사무감독권이라고 할 수 있다. 이러한 권한에 속하는 것으로는 다음과 같은 것들이 있다.

가령 사무총장임면권(제21조 제3항), 국회도서관장 임면권(제22조 제3항), 국회예산정책처장 임면권(제22조의2 제3항), 국회입법조사처장 임면권(제22조의3 제3항), 전문위원 임명권(제42조 제3항), 위촉된 심사보조자에 대한 수당의 지급기준 기타 필요한 사항 결정권(제43조 제4항), 의원의 청가허가권(제32조 제2항), 교섭단체정책연구위원 임면권(제34조 제2항), 비밀문건의 보안관리결정권(제70조 제5항), 국회공보발간권(제80조) 등이 그것이다.

나. 권한관련 헌법재판소 판례

헌법재판소는 몇몇 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의 심판에서 국회의장의 권한문제를 다룬 바 있다.

우선 국회의장이 교섭단체 대표의원과 직접 협의하지 않고 의사일정의 순서를 변경한 것이 국회법 제77조에 위반되는지 여부와 관련한 2008.04.24, 2006헌라2, 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건에서 헌법재판소는 「국회법상 '협의'의 개념은 의견을 교환하고 수렴하는 절차라는 성질상 다양한 방식으로 이루어질 수 있고, 그에 대한 판단과 결정은 종국적으로 국회의장에게 맡겨져 있다. 피청구인 국회의장은 장내소란으로 국회법에 따른 정상적인 의사진행을 기대하기 어려운 상황에서 효율적인 회의 진행을 위하여 의사일정 제5항이던 사립학교법 중 개정법률안을 제일 먼저 상정하여 심의할 필요가 있다고 판단한 점, 사립학교법 중 개정법률안의 상정 자체에 반대하던 한나라당 대표의원과의 협의는 실질적인 의미가 없는 상황이었던 점, 당시 회의록에 의하면 한나라당 의원들을 포함하여 274명의 의원들이 본회의장에 출석하고 있는 것으로 기재되어 있으므로 의사일정을 변경하더라도 그 자체로 국회의원들의 심의·표결에 지장이 있었다고 보기 어려운 점 등을 고려해 볼 때, 피청구인이 한나라당 대표의원과 직접 협의 없이 의사일정순서를 변경하였다고 하여 국회법 제77조 위반으로 보기 어렵다.」[10]고 판시하였다.

다음으로 2006.02.23, 2005헌라6, 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의사건에서는 수정안의 개념을 넓게 해석하고, 국회의장이 방위사업청 신설을 내용으로 하는 의안을 복수차관제와 일부청의 차관급 격상을 내용으로 하는 정부조직법 개정안의 수정안으로 보고 처리한 것은 국회법에 위반되지 않는다고 보았다.[11]

또한 2003.10.30, 2002헌라1, 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의사건에서는 국회의장인 피청구인이 국회의원인 청구인을 그 의사에 반하여 국회 보건복지위원회에서 사임시키고 환경노동위원회로 보임한 행위는 청구인이 소속된 정당내부의 사실상 강제에 터잡아 교섭단체대표의원이 상임위원회 사·보임 요청을 하고 이에 따라 이른바 의사정리권한의 일환으로 이를 받아들인 것으로서, 그 절차·과정에 헌법이나 법률의 규정을 명백하게 위반하여 재량권의 한계를 현저히 벗어나 청구인의 권한을 침해한 것으로는 볼 수 없다고 보았다.[12]

10) 憲裁 2008.4.24. 2006헌라2, 공보 139, 498, 498.

11) 憲裁 2006.2.23. 2005헌라6, 헌판집 18-1 상, 82.

12) 憲裁 2003.10.30. 2002헌라1, 헌판집 15-2 하, 17, 19.

그리고 2000.02.24, 99헌라1, 국회의장과 국회의원 간의 권한쟁의사건에서는 국회의장(피청구인)을 대리한 국회부의장이 국회 본회의에서 일부 국회의원들이 의사진행을 방해하는 가운데, 남녀차별금지및구제에관한법률안 등 법률안들을 가결·선포한 행위가 헌법 또는 법률에 의한 국회의원들(청구인)의 법률안 심의·표결권을 침해하는지 여부가 문제되었는데, 4인의 기각의견은 국회의 자율권을 존중하여야 하는 헌법재판소로서는 이 사건 법률안 가결·선포행위와 관련된 사실인정은 국회본회의 회의록의 기재내용에 의존할 수밖에 없고, 피청구인의 이 사건 법률안 가결·선포행위가 헌법 제49조, 국회법 제112조 제3항 위반으로 인정할 수 있는 증거가 없으므로, 청구인들의 법률안 심의·표결권을 침해하는 위법이 있다는 이 사건 권한쟁의심판청구는 기각을 면할 수 없다고 보았으며, 3인의 인용의견과 2인의 각하의견이 있었으나 결과적으로 심판청구는 기각되었다.[13)]

그리고 1998.07.14, 98헌라3, 74 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의사건에서는 표결이 적법하게 진행되어 정상적으로 종결된 것인지 불분명하고, 이에 관한 여·야의 합의조차 무산된 경우에 국회의장에게 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포하여야 할 작위의무가 있는지 여부가 문제되었는데, 헌법재판소는 「국회의장은 표결이 적법하게 진행되어 정상적으로 종결된 경우에는 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포할 의무가 있다. 그러나 국무총리 임명동의안에 대한 투표가 진행되던중 투표의 유효성을 둘러싸고 여·야간에 말다툼과 몸싸움이 벌어져 정상적인 투표가 이루어지지 않은 끝에 자정의 경과로 상당수의 국회의원들이 투표를 마치지 못한 가운데 본회의가 자동산회되었고, 이미 행하여진 투표가 과연 적법하게 진행되어 정상적으로 종결된 것인지 관련 법규나 국회의 의사관행에 비추어도 분명하지 않은 사정이라면 그 투표절차를 둘러싼 여러 문제는 국회가 여·야의 합의를 통하여 자율적으로 처리할 수 있다고 할 것이나, 여·야간에 타협과 절충이 실패하였다면 투표절차에 관한 최종적 판단권은 국회의장인 피청구인에게 유보되어 있다. 피청구인으로서는 이미 행해진 투표의 효력 여하, 투표의 종결 여부, 개표절차의 진행 여부 등 의사절차를 어떻게 진행할 것인지에 관한 선택권을 가진다고 할 것인데, 피청구인이 이와 같이 논란의 여지가 많은 사실관계하에서 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포하지 아니하였다 하여 그것이 헌법이나 법률에 명백히 위배되는 행위라고는 인정되지 않으므로 다른 국가기관은 이를 존중하여야 한다. 따라서 투표가 정상적으로 종결되었는지에 관하여 헌법재판소가 독자적으로 판단하는 것은 바람직하지 않으며, 그 결과 피청구인

13) 憲裁 2000.2.24. 99헌라1, 헌판집 12-1, 115, 116.

에게 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포할 의무가 있음을 인정할 수 없고, 그러한 작위의무가 인정되지 않는 이상 피청구인의 부작위에 의한 권한침해를 다투는 권한쟁의심판은 허용되지 않는다.」[14]고 판시하였다.

한편 야당의원들에게는 개의일시를 통지하지 않고 여당의원들끼리 법률안을 소위 날치기 통과시킨 사건이 문제가 된 1997.07.16, 96헌라2, 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의 사건에서 헌법재판소는 「국회의장이 야당의원들에게 본회의 개의일시를 국회법에 규정된 대로 적법하게 통지하지 않음으로써 그들이 본회의에 출석할 기회를 잃게 되었고, 그 결과 법률안의 심의·표결과정에 참여하지 못하게 되었다면 이로써 야당의원들의 헌법에 의하여 부여된 법률안 심의·표결의 권한이 침해된 것이다.」[15]고 하여 청구를 인용한 바 있다.

3. 의장의 당적보유금지

의원이 의장으로 당선된 때에는 당선된 다음 날부터 그 직에 있는 동안은 당적을 가질 수 없다. 다만, 국회의원총선거에 있어서 「공직선거법」 제47조의 규정에 의한 정당추천후보자로 추천을 받고자 하는 경우에는 의원 임기만료일전 90일부터 당적을 가질 수 있다(제20조의2 제1항)[16].

당적을 이탈한 의장이 그 임기를 만료한 때에는 당적을 이탈할 당시의 소속정당으로 복귀한다(제20조의2 제2항).

4. 임시의장과 직무대행 등

의장이 사고가 있을 때에는 의장이 지정하는 부의장이 그 직무를 대리한다(제12조 제1항). 의장이 심신상실 등 부득이한 사유로 의사표시를 할 수 없게 되어 직무대리자를 지정할 수 없는 때에는 소속의원수가 많은 교섭단체소속인 부의장의 순으로 의장의 직무를

14) 憲裁 1998.7.14. 98헌라3, 헌판집 10-2, 74, 74-75.

15) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2, 헌판집 9-2, 154, 155. 이 결정에서 헌법재판소는 국회의원이나 교섭단체가 국회의장을 상대로 권한쟁의심판청구를 할 수 없다고 본 종래의 판례(憲裁 1995.2.23. 90헌라1, 헌판집 7-1, 140 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의)를 변경하여 국회의원의 권한쟁의 당사자적격을 인정하기 시작하였다.

16) 개정 2007.12.14.

대행한다(제12조 제2항).

의장과 부의장이 모두 사고가 있을 때에는 임시의장을 선출하여 의장의 직무를 대행하게 한다(제13조). 임시의장은 무기명투표로 선거하되 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 다수득표자를 당선자로 한다(제17조).

국회의원총선거후 의장이나 부의장이 선출될 때까지의 임시회의 집회공고에 관하여는 사무총장이 의장의 직무를 대행한다. 최초로 선출된 의장과 부의장의 임기만료일까지 부득이한 사유로 의장이나 부의장을 선출하지 못한 때에도 또한 같다(제14조).

Ⅶ. 관련문헌

이동윤, "한국 국회의장의 선출과정에 관한 연구", 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 17-37.

이현우, "한국국회의장의 실질적 권한과 위기시 리더십연구", 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 7-16.

임성학, "한국 국회의장의 법률적 권한 변화 연구", 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 39-59.

정호영, 국회법론, 법문사, 2004.

중앙선거관리위원회, 미국 연방선거운동관계법, 2004.

중앙선거관리위원회, 이탈리아 선거법, 2004.

중앙선거관리위원회, 일본 공직선거법령집 I, 2004.

중앙선거관리위원회, 프랑스 선거법, 2004.

헌법 제49조

박선영



第49條

國會는 憲法이나 法律에 특별한 規定이 없는 한 在籍議員 過半數의 출석과 出席議員 過半數의 贊成으로 議決한다. 可否同數인 때에는 否決된 것으로 본다.

Ⅰ. 정족수의 의의와 다수결의 원칙

국회는 회의체이므로 일정한 의원수의 출석이나 찬성으로 회의를 개최하고, 안건을 의결함으로써 능률적인 국회운영을 도모하기 위하여 정족수원칙을 적용한다.[1] 가장 이상적인 국회의 운영은 국회의원 전원이 출석하여 만장일치로 안건을 처리하는 방식이겠지만, 이렇게 될 경우 국회운영의 비능률은 물론 안건처리 지연으로 인한 국정운영의 비능률도 초래하는 한편 현실적으로도 국회의원 전원의 출석을 전제하는 것은 사실상 불가능한 것이다.[2]

이러한 이유로 정족수제도를 두고 있는데, 정족수라 함은 다수인으로 구성되는 회의체에서 회의를 진행하고 의사를 결정하는 데 소요되는 출석자의 수를 말한다.[3] 정족수에는

1) 이한규, 입법과정 개선에 관한 헌법적 고찰, 고려대학교 박사학위논문, 2002, 148.

2) 김은철, 입법과정의 개선방안에 관한 연구, 조선대학교 박사학위논문, 2005, 80.

3) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 885; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1106; 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996, 327; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 871; 樋口陽一·佐藤幸治·中村睦男·浦部法穗, 註釋日本國憲法, 青林書院, 1984, 927頁; 杉原泰雄, 憲法Ⅱ-統治の機構(1989), 294頁.

의사능력에 관한 의사정족수와 의결능력에 관한 의결정족수가 있다. 의사정족수는 의안을 심의하는 데 필요한 출석자의 법정수를 말하고, 의결정족수라 함은 의결에 필요한 출석자의 법정수를 말한다. 정족수에도 일반정족수와 특별정족수가 있다.[4)]

정족수의 기준이 되는 재적의원수는 법정의 의원정수가 아니라 의원정수에서 사직, 사망, 퇴직, 자격상실, 제명 등에 의하여 궐원된 수를 제외한 현재의 실제 의원수를 의미한다.[5)]

정족수는 회의체 또는 안건의 종류에 따라 의사만을 요건을 하는 것과 의사와 의결을 요건으로 하는 것 그리고 의결만을 요건으로 하는 것 등이 있다.[6)]

헌법에 규정된 의사정족수와 의결정족수를 결여한 국회의 의결은 위헌으로 무효이다. 다만 정족수를 결여한 경우인지 아닌지에 관한 판단은 국회의 자율권에 속한다.[7)]

1. 의사정족수

의사정족수란 본회의의 개의, 위원회의 개회에 필요한 최소한의 출석의원 수(數)를 말한다.[8)]

의사정족수에 관해서는 헌법이 별도의 규정을 두고 있지 않다. 대신 국회법이 제73조 제1항에서 "본회의는 재적의원 5분의 1 이상 출석으로 개의한다."고 규정하고 있을 뿐이다.[9)]

회의별 의사정족수는 다음과 같다.[10)]

○ 본회의 : 재적의원 5분의 1이상(국회법 §73 Ⅰ)
○ 전원위원회 : 재적의원 5분의 1이상(동법 §63의2 Ⅳ)
○ 위원회 : 재적의원 5분의 1이상(동법 §54)

4) 권영성(전주), 885; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1134; 法學協會, 註解日本國憲法(下卷)(1995), 855頁.

5) 국회사무처, 국회법해설, 2008, 318.

6) 국회사무처 의사국, 국회의사편람(2004), 153; 국회사무처(전주), 316.

7) 권영성(주 3), 885.

8) 이한규(주 1), 148.

9) 권영설, "국회의사절차의 헌법상 쟁점과 과제", 헌법학연구 10권 3호(2004), 121; 성낙인(주 3), 871: 일본의 경우 일본국헌법 제56조 제1항에 "양의원은 각각 그 총의원의 3분의 1이상의 출석이 없으면, 의사를 열고, 의결할 수 없다."라고 하여 개의정족수라는 별도의 개념으로 규정하고 있다(김철수 외(주 2), 327-328 참조).

10) 국회사무처 의사국(주 6), 153.

○ 소위원회 ; 재적의원 5분의 1이상(동법 §57 Ⅶ)
○ 연석회의 : 재적의원 5분의 1이상(동법 §71)
○ 공청회 : 재적의원 5분의 1이상(동법 §64 Ⅳ)
○ 청문회 : 재적의원 5분의 1이상(동법 §65 Ⅶ)
○ 인사청문회 ; 재적의원 5분의 1이상(인사청문회법 §19)

개의시로부터 1시간 경과시까지 의사정족수에 달하지 못할 때에는 유회선포가 가능하다(국회법 §73 Ⅲ).

이와 같이 의사정족수는 회의의 개회에 필요한 요건이긴 하지만 이를 회의 중에까지 엄격히 요구하는 경우에는 ① 한 두 명의 의원이 부족한 관계로 회의가 진행되지 않음에 따라 참석한 다수의원의 의안심의권이 사실상 침해당하는 결과를 초래하게 되며, ② 본회의에 상정되는 안건에는 그 중요성에 경중이 있고, 일부 안건의 심의에는 5분의 1 이상의 의원이 참석하지 않더라도 별다른 문제가 없는 현실에서 의사정족수 문제로 회의가 지연 또는 중단되는 등 의사진행의 효율성을 떨어뜨리게 되는 문제점이 지적되었다. 이런 점을 감안하여 2000년 개정국회법에서는 회의중 의사정족수에 달하지 못할 때에는 의장은 회의의 중지 또는 산회를 선포함을 원칙으로 본회의의 경우 재적의원 5분의 1 이상이 출석하는 요건은 그대로 두되, 본회의 개회 후[11]에는 교섭단체대표의원이 의사정족수의 충족을 요청하는 경우 외에는 회의를 계속할 수 있도록 하여 본회의 운영에 탄력성을 부여하였다(동법 §73 Ⅲ).[12]

[표 1] 역대 국회의 의사정족수

대별(회별)	국회법 개정	의사정족수	
		본회의	위원회
제헌(제1회) ~ 제5대(제36회)	법률 제5호 (1948. 10. 2)	규정없음 (의결정족수만 규정)	재적위원 과반수

11) 일본 참의원의 경우 회의중 정족수의 결여가 우려되는 경우 의장은 의원의 퇴석을 금하거나 회의장외의 의원에게 출석을 요구할 수 있다(일본 참의원규칙 제84조 제2항).

12) 김은철(주 2), 81: 영국의 경우, 의사의결의 정족수는 눈에 띄게 적다. 하원에서 총의원 615인 중 40인, 상원에서는 총의원 약 750인 중 3인의 출석이 있으면 된다. 게다가 실제에도 출석자가 적어서 의석에 있는 자가 이 정족수를 비우는 것도 비난받지 않는다. 이것은 토론을 착실히 한 결과 의사의 진행과 의장의 질서의 유지에 큰 이익을 주고 있다(法學協會(주 4), 857頁).

제5대(제37회) ~ 제10대(제105회)	법률 제557호 (1960. 9. 26)	재적의원 3분의 1 이상	〃
제11대(제106회) ~ 제13대(제141회)	법률 제3360호 (1981. 1. 29)	〃	재적위원 3분의 1 이상
제13대(제142회) ~ 제15대(제181회)	법률 제4010호 (1988. 6. 15)	재적의원 4분의 1 이상	〃
제15대(제182회) ~ 현 재 까 지	법률 제5293호 (1997. 1. 13)	재적의원 5분의 1 이상	재적위원 5분의 1 이상

※ 「국회법」상 본회의(§ 73①), 전원위원회(§ 63의2④), 위원회(§ 54), 소위원회(§ 57⑦), 연석회의(§ 63 ③), 공청회(§ 64④), 청문회(§ 65⑦) 및 인사청문회(인청§ 19)의 의사정족수는 재적의원 또는 재적위원 5분의 1 이상이다.
※ 출처: 국회사무처, 국회법해설, 2008, 317.

2. 의결정족수

의결정족수란 본회의나 위원회에서 안건을 의결하는데 필요한 최소한의 찬성의원수를 말한다. 국회는 일반적인 의결정족수를 재적의원(또는 위원) 과반수의 출석과 출석의원(또는 위원) 과반수의 찬성으로 규정하고 있다.[13] 따라서 의결정족수는 의사정족수보다 엄격한 정족수를 요구하고 있다. 그러나 안건이 상대적으로 중요한 경우에는 일반정족수와는 다른 특별한 의결정족수를 규정하고 있는데, 국회의 특별의결정족수로는 ① 재적의원 3분의 2이상의 찬성, ② 재적의원 과반수 찬성, ③ 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상 찬성 등이 대표적인 예이다.[14]

의결을 하기 위한 정족수를 정하는 것은 다수결 원리의 실효성을 위해 당연히 요구되는 것이다. 그 수는 과반수의 출석에서 다수결로 의결하면 가장 적은 경우에는 전원의 4분의 1 + 1인의 수로 의결이 이루어진다. 따라서 정족수를 과반수로 하는 것은 다수결의 원리에서 절대적으로 요구되는 것은 아니고 다수결의 원리를 파괴하지 않는 한에서 적당한 그

13) 이한규(주 1), 148.
14) 김은철(주 2), 81.

수를 정하면 좋은 것이다.[15] 따라서 다수결의 원칙은 적극적인 정당성을 갖기보다는 소극적인 정당성을 갖는다.[16]

안건별 의결정족수는 다음과 같다.[17]

○ 일반의결정족수 : 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수 출석에 출석의원 과반수 찬성으로 의결(§49)

○ 재적의원 3분의 2이상의 찬성
- 헌법개정안 의결(§130 Ⅰ)
- 국회의원 제명(§64 Ⅲ)
- 대통령에 대한 탄핵소추 의결(§65 Ⅱ)
- 국회의원 자격상실의 결정(국회법 §142 Ⅲ)

○ 재적의원 과반수의 찬성
- 의장·부의장 선거(동법 §15 Ⅰ)
- 계엄의 해제요구(§77 Ⅴ)
- 국무총리 또는 국무위원 해임건의안 의결(§63 Ⅱ)
- 국무총리·국무위원 등에 대한 탄핵소추안 의결(§65 Ⅱ)

○ 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성
- 대통령이 환부한 법률안의 재의결(§53 Ⅳ)
- 번안동의의 의결(국회법 §91)

○ 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 다수득표
- 의장·부의장 결선 투표(동법 §15 Ⅲ)
- 임시의장 선거(동법 §17)
- 상임위원장(동법 §41 Ⅱ)·예산결산특별위원장(동법 §45 Ⅳ)·윤리특별위원장(동법 §46 Ⅲ)

○ 재적의원 4분의 1이상 출석과 출석의원 과반수 찬성
- 전원위원회 안건 의결(동법 §63의2 Ⅳ)

15) 法學協會(주 4), 855-856 참조.

16) 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006, 62.

17) 국회사무처 의사국(주 6), 154-155.

표결시 출석의원 수의 계산은 다음과 같다.[18)]

○ 전자투표시
  – 재석버튼을 누른 경우에만 출석의원으로 계산되며, 찬성·반대·기권의 의사표시를 할 수 있다.
○ 기립표결시
  – 기립표결시 출석의원 수의 계산은 원칙적으로 표결선포시 회의장에 출석한 의원수가 된다. 그러나 표결시 출석은 했더라도 표결에 참가하지 아니하고 퇴장하는 경우에는 출석의원에 포함되지 아니한다.
○ 기명·무기명투표시
  – 기명·무기명투표시에는 투표함이 폐쇄될 때까지 투표한 의원의 명패수를 기준으로 출석의원 수를 계산한다.
  – 투표시 회의장에 출석하고 있으나 투표에 참가하지 아니한 의원은 투표시의 출석의원 수에 포함되지 아니한다.

3. 다수결의 원칙

다수결의 원칙[19)]은 의회의 의사결정을 의회구성원의 다수의 의사로 결정하는 원칙을 말하며, 이는 최종결정에 대한 소수자의 승복하는 자세를 전제로 한다. 헌법 제49조는 국회의 의사결정방법으로 다수결원칙을 천명하고 있으며, 국회법도 "의사는 헌법 또는 이 법에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다."(§109)고 규정하여 같은 내용을 표명하고 있다.[20)]

다수결에는 절대다수(absolute Mehrheit), 비교다수(relative Mehrheit) 및 특별다수(qualifizierte Mehrheit)의 구별이 있다. 절대다수는 과반수에 의한 다수결로서 회의 의사결정의 방법으로는 가장 원칙적인 것이다. 비교다수는 주로 선거의 경우에 널리 사용되는 방법이며, 득표수가 상대적으로 많은 자를 당선인으로 하며 득표수가 투표수의 과반수에 도달할 것을 요건으로 하지 않는다. 특별다수는 특정의 수를 기준으로 회의의 의사를

18) 국회사무처 의사국(주 6), 254-255.

19) 이에 대한 자세한 내용은 장영수, "민주주의헌법에 있어서 다수결원리와 근본가치", 공법이론의 현대적 과제 : 방산구병삭박사 정년기념논문집, 박영사, 1991, 485-508 참조.20) 이에 대한 자세한 내용은 정호영, 국회법론, 법문사, 2004, 304-305 참조.

20) 이에 대한 자세한 내용은 정호영, 국회법론, 법문사, 2004, 304-305 참조.

결정하는 방법이다. 이것은 소수자의 보호, 현상존중 등 어떠한 특별한 의미를 지닌 의결에서 사용된다. 즉, 절대다수가 다수결의 원칙적인 방법인데 대해 특별다수는 예외적인 방법이라고 할 수 있다.[21]

여기에서 절대다수라는 표현에는 기권이나 무효투표를 포함한 표결의 과반수를 의미하는 것으로 이해되는 경우가 많다. 특히 기권이나 무효를 제외한 유효한 표결의 과반수를 요구하는 경우에는 단순다수(einfache Mehrheit)[22]라는 표현이 사용된다. 이러한 단순다수는 가부의 결정이 찬성과 반대의 대립에서 행해지며 기권이나 무효표가 반대투표와 함께 부(否)의 가운데 합되는 불합리를 피할 수 있다는 장점을 지니고 있으나, 이론상 매우 소수의 찬성투표에 의하여 의결이 되는 것이 가능하기 때문에 이 방법이 채용되기 위해서는 높은 정족수를 전제로 할 것이 필요하다.

의회민주주의의 기본원리의 하나인 다수결원리는 의사형성과정에서 소수파에게 토론에 참가하여 다수파의 견해를 비판하고 반대의견을 밝힐 수 있는 기회를 보장하여 다수파와 소수파가 공개적이고 합리적인 토론을 거쳐 다수의 의사로 결정을 한다는데 그 정당성의 근거가 있는 것이다. 따라서 입법과정에서 소수파에게 출석할 기회를 주지 않고 토론과정을 거치지 아니한 채 다수파만으로 단독 처리하는 것은 다수결원리에 의한 의사결정이라고 볼 수 없다.

헌법 제49조는 '국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.'고 규정하고 있다.

이 규정은 의회민주주의의 기본원리인 다수결원리를 선언한 것으로서 이는 단순히 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수에 의한 찬성을 형식적으로 요구하는 것에 그치지 않는다. 헌법 제49조는 국회의 의결은 통지가 가능한 국회의원 모두에게 회의에 출석할 기회가 부여된 바탕 위에 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 이루어져야 한다는 것으로 해석되어야 한다.

이러한 풀이는 의회민주주의와 다수결원리의 헌법적 의미를 고려하면 당연한 것이다. 헌법 제49조를 형식적으로 풀이하여 재적의원 과반수를 충족하는 다수파에게만 출석의 가능성을 준 다음 그들만의 회의로 국가의사를 결정하여도 헌법위반이 아니라고 해석하는 것은 의회민주주의의 기본원리인 공개와 토론의 원리 및 다수결원리의 정당성의 근거를 외면한 것이고, 복수정당제도를 채택하고 있는 헌법의 정신에 정면배치될 뿐만 아니라

21) 박영도, 입법학 용어해설집, 한국법제연구원, 2002, 11.

22) 예컨대 독일연방의회 의사규칙 제48조 제2항에서는 "기본법, 연방법률 또는 이 의사규칙이 달리 규정하지 않는 한 단순과반수로 결정한다."라고 하여 단순과반수를 명문화하고 있다.

결과적으로 국민의 다원적 의사를 대표하는 국민대표기관으로서의 국회의 본질적 기능을 무너뜨리는 것이다.[23]

4. 가부동수의 문제

단순다수의 방법에 의하면 가부동수란 무효투표나 기권을 제외한 유효투표 중 찬성과 반대가 동수인 경우를 의미하며, 그렇지 않은 경우에는 찬성투표와 반대투표·무효투표 및 기권을 포함한 것과 동수인 경우를 의미한다.[24] 따라서 가부동수의 의미는 과반수의 원칙에 관한 단순다수의 방법을 취하는가 또는 그렇지 않은가에 따라 달라진다.[25]

가부동수인 경우에 이를 해결하는 방법으로는 일반적으로 ① 의장에게 표결권과 결정권을 부여하는 방법, ② 의장에게 결정권을 부여하는 방법, ③ 의장에게 표결권만 부여하는 방법 등 세 가지가 있다. 의장에게 표결권과 결정권을 부여하는 문제에 대해 이를 찬성하는 견해로서는 의장도 의원인 이상 표결권을 가지는 것은 당연하다는 점, 의장의 표결권을 부정한다면 의장이 속하는 당파의 세력을 부당하게 약화시킨다는 점, 의장은 일반의원보다 특별한 권한이 부여되어 있는 만큼 의사결정의 기술적 방법으로서 법률이 결정권을 부여할 수 있다는 점 등을 지적한다. 그러나 이에 반대하는 견해로는 동일인이 동일의제에 관하여 이중의 의사표시를 함으로써 의원평등의 원칙에 위배된다는 점, 의장이 속하는 당파에 유리하게 의사를 진행할 폐단이 있으며, 실질상의 다수결원리를 파괴한다는 점 등을 지적한다.[26]

현행 헌법과 국회법에서 가부동수는 국회의 의결이 출석의원 과반수의 찬성으로 이루어지도록 규정되어 있고, 무효 또는 기권의 의사표시가 찬성을 의미하는 것은 아니므로, 찬성의 의사와 반대·기권·무효의 의사가 동수인 경우를 의미한다고 하여야 할 것이며, 가부동수인 경우의 처리방법과 관련하여 헌법 제49조는 "가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다."[27]고 명문으로 규정하고 있다.[28]

23) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2, 헌판집 9-2, 174-175(재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고중석의 의견).

24) 박영도(주 21), 11.

25) 정호영(주 20), 370.

26) 박영도, 입법과정의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1994, 75-76.

27) 제5대 국회까지 당시의 헌법과 국회법에서는 의장과 위원장은 "표결권을 가지며, 가부동수인 때에는 결정권을 가진다."고 규정하여 의장에게 표결권은 물론 결정권까지 주었으나 제6대 국회부터는 의장의 표결권만을 인정하여 가부동수인 때에는 부결된 것으로 하고 있다(국회사무처, 국회법해설, 1996, 318).

28) 정호영(주 20), 370.

Ⅱ. 연 혁

역대헌법	내 용
1948년 제헌헌법	제37조 국회는 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다. 의장은 의결에 있어서 표결권을 가지며 가부동수인 경우에는 결정권을 가진다.
1952년 개정헌법 (제1차)	제37조 각원은 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다. 법률안 기타 의안에 관하여 양원의 의결이 일치되지 아니할 때에는 각원의 재적의원 과반수가 출석한 양원합동회의에서 출석의원 과반수로써 의결한다. 민의원의장은 의결에 있어서 표결권을 가진다. 양원의 의장은 의결에 있어서 가부동수인 경우에 결정권을 가진다. [전문개정 1952.7.7]
1954년 개정헌법 (제2차)	제37조 ① 각원은 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다. ② 의안에 관하여 양원의 가부의결이 상반할 때 또는 의결내용이 일치하지 아니할 때에는 각원의 재적의원 과반수가 출석한 양원합동회의에서 출석의원 과반수로써 의결한다. 단, 예산안에 관하여 참의원이 민의원과 다른 의결을 하였을 때에는 민의원의 재의에 부하고 그 의결을 국회의 의결로 한다. 〈개정 1954.11.29〉 ③ 민의원의장은 의결에 있어서 표결권을 가진다. ④ 양원의 의장은 의결에 있어서 가부동수인 경우에 결정권을 가진다. [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제3차)	제37조 ① 각원은 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다. ② 국회의 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 민의원의 재의에 부하고 각원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 한다. 〈개정 1960.6.15〉 ③ 예산안에 관하여 참의원이 민의원과 다른 의결을 하였을 때에는 민의원의 재의에 부하고 그 새로운 의결을 국회의 의결로 한다. 〈개정 1960.6.15〉 ④ 각원의 의장은 의결에 있어서 표결권을 가지며 가부동수인 경우에 결정권을 가진다. 〈개정 1960.6.15〉 [전문개정 1952.7.7]

1960년 개정헌법 (제4차)	제37조 ① 각원은 헌법 또는 국회법에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원의 과반수의 출석과 출석의원의 과반수로써 의결을 행한다. ② 국회의 의결을 요하는 의안에 관하여 양원의 의결이 일치하지 아니할 때에는 의안을 민의원의 재의에 부하고 각원에서 의결된 것 중 민의원에서 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성으로 다시 의결된 것을 국회의 의결로 한다.〈개정 1960.6.15〉 ③ 예산안에 관하여 참의원이 민의원과 다른 의결을 하였을 때에는 민의원의 재의에 부하고 그 새로운 의결을 국회의 의결로 한다.〈개정 1960.6.15〉 ④ 각원의 의장은 의결에 있어서 표결권을 가지며 가부동수인 경우에 결정권을 가진다.〈개정 1960.6.15〉 [전문개정 1952.7.7]
1962년 개정헌법 (제5차)	제45조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부 동수인 때에는 부결된 것으로 본다.
1969년 개정헌법 (제6차)	제45조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부 동수인 때에는 부결된 것으로 본다.
1972년 개정헌법 (제7차)	제84조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.
1980년 개정헌법 (제8차)	제85조 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

가부동수인 경우에 의장에게 결정권을 주는 입법례도 있으며, 우리의 제헌헌법에서도 그러하였다. 그러나 그러한 경우에는 의장에게 표결권과 함께 결정권을 주는 것이 되기 때문에 제3공화국 이후부터는 이를 폐지하고 부결된 것으로 간주하고 있다.[29]

의사정족수의 요건을 보면 제12대 국회 이전에는 재적의원 3분의 1 이상이었으나 제13대 국회 이후에는 재적의원 4분의 1로 줄었다. 그러다 다시 1997년의 제15대 국회 이후에는 재적의원 5분의 1로 더욱 더 완화되어 오늘에 이르고 있는 바, 이는 본회의의 지

29) 김철수(주 3), 329.

나친 형식화현상의 한 단면이라 볼 것이다.

이와 같은 의사정족수의 완화는 그 정족수 미달로 유회(流會) 또는 회의가 중지되는 등의 비능률을 막기 위해 궁여지책으로 이룬 개정이라 할 것이다. 그러나 비록 본회의에 상정되는 안건들이 모두 똑같은 정도의 중요성이 있는 것은 아니지만 단순히 의사진행의 능률만을 위해서 현재처럼 5분의 1로까지 의사정족수를 완화하는 것은 본회의를 더욱 형식화시키는 문제점이 있다.[30]

더욱이 본회의가 개회된 이후에도 국회법 제73조 제3항 단서에서 "교섭단체대표의원이 의사정족수의 충족을 요청하는 경우 이외에는 효율적인 의사진행을 위해서 회의를 계속할 수 있다."고 규정하여 사실상 의사정족수를 형해화 시키거나 완화를 가중하고 있는 바, 이는 실로 문제가 아닐 수 없다.[31]

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 미 국

미국 의회는 일반안건심사의 경우 의사정족수는 3분의 1 이상, 의결정족수는 재적 과반수이며, 위원회에서 행하는 청문회의 의사정족수는 의원 2인 이상으로 하고 있다.[32] 그리고 의사의결의 정족수로서 과반수의 출석이 요구되고 있으나 출석자가 정족수에 미치지 않을 때는 출석자인 소수의원은 연일 휴회하는 것이 가능하고, 각의원에서 정해진 방법과 제재에 따라서 결석의원의 출석을 요구하는 권능[33]을 가지고 있다(제1조 5절 1항).[34]

30) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2004, 665.

31) 권영설(주 9), 121.

32) 국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004, 65.

33) 표결이 반드시 전제되지 않더라도 회의를 개의함에 있어 정족수가 미달할 경우에는 의장을 포함하여 최소한 15인 이상의 의원이 동의하면 이들 의원에게 불참의원들을 강제로 출석토록 하는 권한, 즉 불참의원출석강제권이 부여된다. 이러한 규정은 성원을 이루지 못함으로써 초래되는 회의의 자동유회를 막기 위한 제도적 장치로써, 불참의원출석강제권이 발효되면 출석호출신호가 하달되고, 출석의원과반수(15명중 8명)의 명령이 있으면, 경위장은 그 소속 직원으로 하여금 불참한 의원들을 수배하여 연행토록 임무를 부여하고 정족수의 출석을 확보토록 한다. 각 의원들이 의원호출신호를 전달받은 후 본회의장에 출석하는 데는 약 15분간의 시간적 여유를 갖게 되는데 일단 의원호출신호가 하달되면 본회의장으로 통하는 모든 구내지하철은 의원들의 신속한 출석을 위해 일반직원 및 외부인들의 사용이 일시 제한된다(정호영, 미국의회의 제도와 운영, 국회사무처, 1996, 33).

34) 法學協會(주 4), 857頁.

본회의의 경우 의사·의결정족수 공히 재적 과반수이다. 다만 경미한 의사절차에 대해서는 의사정족수를 요구하지 않는다. 또한 의사정족수(재적과반수)를 요구하는 경우에도 일단 한번 의사정족수가 이루어지기만 하면 그 이후의 의사진행에는 영향을 주지 아니한다. 그러나 이 경우에도 어느 의원이 정족수 미달임을 정식으로 제기하거나 표결이 전제되면 의장은 정족수 미달여부를 확인하여야 하고 확인 후 그것이 사실이면 의원호출신호를 통해 의원호출을 행한다.[35)]

미국에서는 상원의 탄핵의 유죄의 심판(제1조 3절 6항), 의원의 제명(제1조 5절 2항), 대통령의 거부에 대한 법률안 등 재의결(제1조 7절 2항·3항), 상원의 조약의 비준(제2조 2절 2항), 헌법의 개정(제5조) 등이 3분의 2의 다수결을 요하는 사항으로 되어 있다.[36)]

미하원의장은 의장이 원하는 경우 토론과 표결에도 참여할 수 있는 반면, 상원의장은 하원의장과는 달리 상원에서 선출된 다수당의 최고지도자도 아니고, 상원의원도 아니므로 본회의에 상정된 의제에 대하여 의견을 표시할 수도 없으며, 투표권이나 위원 지명권도 없다. 따라서 상원의장으로서의 회의진행 이외에는 아무런 권한도 없다. 다만 표결결과 가부동수인 경우에는 결정권(casting vote)을 행사할 수 있다.[37)]

2. 프랑스

프랑스 1791년 헌법상의 의사의결 정족수는 총의원 745인 중 200인으로 되어 있었지만, 그 이후의 헌법은 의결의 정족수로서 과반수를 요구하고 있다. 의사의 정족수는 1830년까지는 같은 과반수로 되어있었지만 그 이후에 의사를 여는 것이 별단의 정족수를 요구하지 않는 것으로 되어있다. 제3공화국 헌법은 이것에 관한 규정이 없고 의사규칙에 규정되어있다.[38)] 제4공화국 헌법에서도 정족수의 규정은 없다. 실제에서는 의사일정에 올려있지 않는 의안에 대해서만 의결의 정족수로서 과반수가 요구되고 있다. 그것도 회의장이 아닌 의사당내에 과반수의 의원이 있으면 되고 또 그 정족수가 미달인 때에도 다음의 의회에서는 정족수 없이 의결하는 것이 가능하게 되어있다.[39)]

35) 정호영(주 33), 32.

36) 法學協會(주 4), 858頁.

37) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 32), 69-70 참조.

38) 美濃部達吉, 議會制度論, 393-394頁.

39) Vedel Georges, Manuel élémentaire de droit constitutionnel(1984), p.422.

위원회의 소집은 정부가 요청하거나 위원장이 소집할 수 있다. 회의 개의를 위한 의사정족수는 없으며, 출석위원의 다수결로 의결하고 가부동수인 경우에는 부결된 것으로 간주한다.[40]

3. 독 일

독일 바이마르 헌법은 정족수의 정함을 의사규칙에 양도하고(§32 Ⅱ) 그에 따라 법정의원총수의 과반수가 의결의 정족수로 여겨지고 있었지만, 의사를 개의함에 있어서는 별도의 정족수를 필요로 하지 않았다.[41] 한편 동독헌법은 헌법상 국민의회의 의결의 정족수로서 과반수를 요구하고 있었다(§61 Ⅱ).

현행 독일 기본법의 경우 특별한 규정이 없는 한, 연방의회의 의결에는 원칙적으로 투표수의 과반수가 필요하며(§42 Ⅱ 제1문), 의결할 수 있기 위해서는 의원 과반수가 회의장에 출석할 것을 전제로 한다(의사규칙 §45 Ⅰ). 기본법은 특별한 의의를 갖는 개개의 의결에 대하여 가중(加重)다수결을 요구하고 있다.[42]

예컨대, 독일의 바이마르 헌법에서는 각 연방의 구역의 변경 또는 신연방의 설립(§18 Ⅰ), 비밀회의 개최(§29), 대통령의 해직결의(§43 Ⅰ), 대통령 재상 국무대신에 대한 공소의 제기(§59), 참의원의 이의에 대한 법률안의 재의결(§74 Ⅲ), 헌법의 개정 또는 헌법에 저촉하는 법률의 제정(§76 Ⅰ)에 대해서 3분의 2의 다수결이 필요하였고, 동독헌법에는 비밀회의 개최(§62 Ⅰ), 헌법개정(§83), 참의원의 3분의 2의 다수에 의한 이의에 대한 법률안의 재의결(§84 Ⅲ), 대통령의 파면결의(§103)에 대해서 각각 3분의 2의 다수결이 필요하였다. 그리고 기본법은 비밀회의 개최(§42 Ⅰ), 기본법 또는 기타 연방법률에 대한 고의의 위반에 대해서 대통령의 헌법재판소에의 고발(§61 Ⅰ), 참의원의 3분의 2의 다수에 따른 이의에 대한 법률안의 재의결(§77 Ⅳ), 기본법의 개정법률의 제정(§79 Ⅱ)에 대해서 3분의 2이상 의결을 필요로 한다.[43]

40) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 32), 300.

41) 美濃部達吉(주 38), 394頁.

42) 콘라드 헷세/계희열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001, 359.

43) 法學協會(주 4), 858-859頁 참조.

4. 일 본

일본 의회의 회의는 3분의 1 이상이 출석하지 아니하면 개의할 수 없다.[44] 의장은 항상 정족수를 유지하지 않으면 안 된다. 개회시에 정족수가 미달하면 의장은 연회를 선고하고, 회의중 정족수를 결하게 되었을 때는 의장은 휴식 또는 연회를 선고한다(중의원규칙 §106, 참의원규칙 §84 Ⅰ). 참의원에서는 회의중 정족수를 결한 것이 인정되면 의원은 의장에게 출석의원수의 계산을 요구할 수 있다(참의원규칙 §84 Ⅲ). 그리고 양의원의 의사는 헌법에 특별히 정한 경우를 제외하고는 출석의원의 과반수로 결정하고 가부동수의 경우 의장의 결정에 따른다(§56 Ⅱ).[45]

위원회는 재적위원의 과반수 출석으로 개의할 수 있으며, 출석의원 과반수로 의결하고, 가부동수인 때에는 위원장이 결정한다.[46]

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

본조는 제54조 제1항, 제58조, 제60조, 제64조 제1항 등의 의안에 대한 국회의 일반의 결정족수를 규정하고 있다.

Ⅴ. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 국가보안법 위헌소원

가. 사건개요

국회는 1991. 5. 10. 오후 속개된 제154회 임시국회 본회의에서 의장이 본회의장의 의장석이 아닌 본회의장 뒤쪽 중앙통로에서 "국가보안법 개정법률안"에 대한 제안설명, 심

44) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 32), 141.

45) 杉原泰雄(주 3), 296頁 참조.

46) 국회운영위원회 수석전문위원실(주 32), 164.

사보고, 수정제의보고 및 표결절차를 모두 생략한 채 야당의원들의 반대에도 불구하고 날치기로 위 법률안이 의결되었다고 선포하였다.[47]

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 '당시 의장이 야당의원들의 거듭된 실력저지로 정상적인 의사진행에 의한 표결이 사실상 불가능한 상황이었음을 확인한 후 본회의장 내에서 헌법 및 국회법 소정의 의결정족수를 넘는 다수 의원들이 당해 안건에 대하여 찬성의사를 표시함을 확인하고 "국가보안법 중 개정법률안"이 가결되었음을 선포하였던 것으로 인정된다.'고 하면서 '그렇다면 신법의 개정절차에 헌법 제40조 및 제49조 등을 위반한 위헌적 요소가 있었다고는 볼 수 없으므로 …'라고 판시한 바 있다.[48]

2. 국회의원과 국회의장간의 권한쟁의

가. 사건개요

1996. 12. 23. 신한국당 소속 국회의원들의 소집요구에 따라 제182회 임시회가 소집되었으나 새정치국민회의 및 자유민주연합 소속 국회의원들의 저지로 본회의가 개의되지 못하였고, 같은 사유로 그 다음날에도 본회의가 개의되지 못하였다. 이에 국회의장은 1996. 12. 24. 국회환경노동위원장에게 이 사건 법률안 중 노동관계법안을 같은 날까지 심사보고할 것과 동 기간내에 심사를 마치지 못할 경우에는 중간보고하여 줄 것을 통보하였으나, 환경노동위원회는 위 일시까지 심사를 마치지 아니하였다.

이에 국회의장을 대리한 국회부의장 오세응은 교섭단체인 새정치국민회의와 자유민주연합의 대표의원과 협의하지 않은 채 본회의 개의시를 변경하고, 위 교섭단체 소속 국회의원들에게는 회의의 일시를 적법하게 통지하지 아니한 채, 1996. 12. 26. 06 : 00경 신한국당 소속 국회의원 155인만이 출석한 가운데 본회의를 개의하여 이 사건 법률안을 상정한 다음 질의·토론없이 이의의 유무를 묻는 방법으로 표결하여 약 6분만에 이 사건 법률안이 출석의원 전원의 찬성으로 가결되었음을 선포하였다.[49]

47) 헌판집 9-1, 13-14.

48) 憲裁 1997.1.16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합), 헌판집 9-1, 21.

49) 헌판집 9-2, 168-169 참조.

나. 헌법재판소의 판단

상기 사건에 대한 권한쟁의심판결정의 3인 인용의견은 "의회민주주의와 다수결원리의 헌법적 의미를 고려할 때, 헌법 제49조는 단순히 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수에 의한 찬성을 형식적으로 요구하는 것에 그치지 않고, 국회의 의결은 통지가 가능한 국회의원 모두에게 회의에 출석할 기회가 부여된 바탕위에 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 이루어져야 함을 뜻하는 것으로 해석하여야 하는바, 헌법 제49조를 구체화하는 국회법규정에 위배하여 야당의원들에게 본회의 개의일시를 알리지 않음으로써 출석가능성을 배제한 가운데 본회의를 개의하여, 여당의원들만 출석한 가운데 그들만의 표결로 법률안을 가결선포한 행위는 야당의원들의 헌법상의 권한을 침해한 것임과 아울러 헌법 제49조에 명백히 위배되는 것이다."[50]하고 한 반면, 3인의 기각의견은 "재적의원의 과반수인 국회의원 155인이 출석한 가운데 개의된 본회의에서 출석의원 전원의 찬성으로 의결처리되었고, 그 본회의에 관하여 일반국민의 방청이나 언론의 취재를 금지하는 조치가 취하여지지도 않았음이 분명한바, 그렇다면 이 사건 법률안의 가결선포행위는 입법절차에 관한 헌법의 규정을 명백히 위반한 흠이 있다고 볼 수 없으므로 이를 무효라고 할 수 없다."[51]라고 하였다.

이 결정은 야당의원의 법률안 심의·표결권의 침해는 선언하였으나, 인용의견이 과반수에 이르지 아니하였다 하여 기각결정된 것이다.

VI. 관련문헌

1. 단행본

국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004.

국회사무처, 국회법해설, 1996.

국회사무처, 국회법해설, 2008.

국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004.

50) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2, 헌판집 9-2, 156(재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 고중석의 의견).

51) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2, 헌판집 9-2, 155(재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 이영모의 의견).

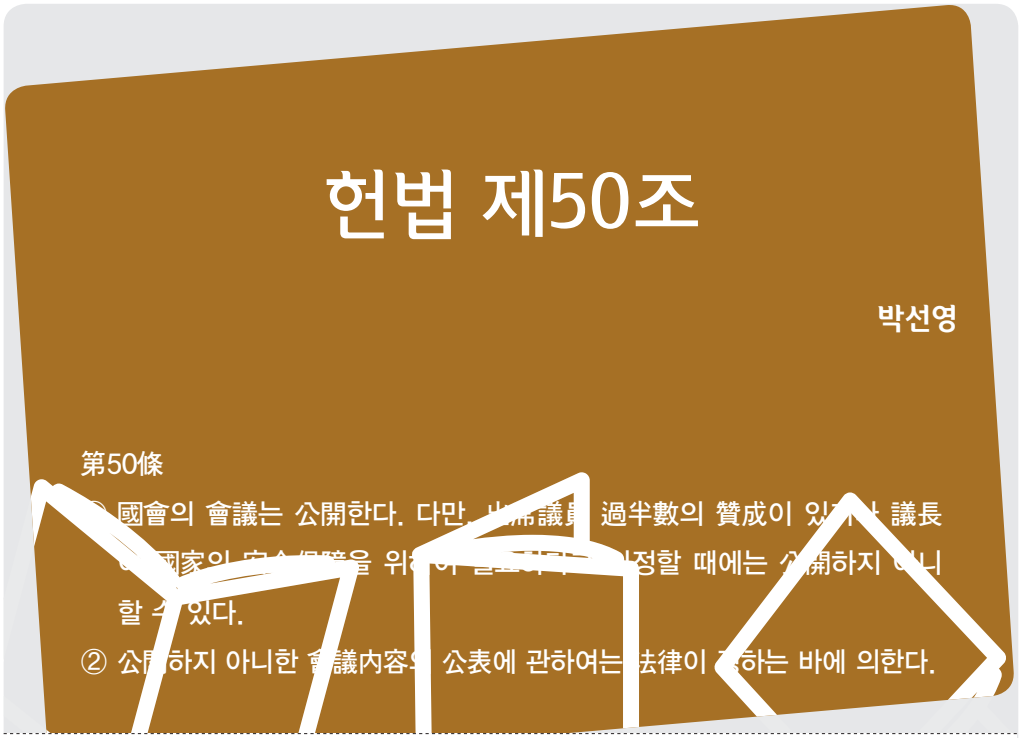
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김은철, 입법과정의 개선방안에 관한 연구, 조선대학교 박사학위논문, 2005.
김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
박영도, 입법과정의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1994.
박영도, 입법학 용어해설집, 한국법제연구원, 2002.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2004.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
이한규, 입법과정 개선에 관한 헌법적 고찰, 고려대학교 박사학위논문, 2002.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
정호영, 미국의회의 제도와 운영, 국회사무처, 1996.
콘라드 헷세/계희열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001.

2. 논 문

권영설, “국회의사절차의 헌법상 쟁점과 과제”, 헌법학연구 제10권 제3호(2004).
장영수, “민주주의헌법에 있어서 다수결원리와 근본가치”, 공법이론의 현대적 과제 : 방산구병삭박사정년기념논문집, 박영사, 1991.

3. 외국문헌

Vedel Georges, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1984.
法學協會, 註解日本國憲法(下卷), 1995.
杉原泰雄, 憲法 II -統治の機構, 1989.
樋口陽一·佐藤幸治·中村睦男·浦部法穗, 註釋日本國憲法, 青林書院, 1984.



헌법 제50조

박선영

第50條

① 國會의 會議는 公開한다. 다만, 出席議員 過半數의 贊成이 있거나 議長 또는 國家의 安全保障을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 公開하지 아니할 수 있다.

② 公開하지 아니한 會議內容의 公表에 관하여는 法律이 정하는 바에 의한다.

Ⅰ. 의사공개원칙의 의의와 제한

1. 의사공개의 원칙

국회는 민의의 전당이므로 그 의사진행을 공개함으로써 국민의 비판과 감사를 받게 하는 것은 당연한 원칙이라고 하겠다.[1] 이는 국민의 의사를 수렴하여 입법을 하며, 국민을 대신하여 정부의 활동을 통제하는 것이 국회의 주된 역할이므로 국회의 의사과정을 공개함으로써 국민의 의사가 제대로 반영되고 있는지를 확인할 수 있도록 하는 것은 민주주의의 기본적 요청이며, 책임정치를 위한 전제조건이라고 할 수 있을 것이다.[2] 그러나 국회의 의사절차에서는 동시에 능률성의 원칙도 제고되어야 한다.[3]

1) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1107.

2) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1132; 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996, 329; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 881.

3) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 869.

회의의 내용을 분명하게 하는 것은 국회 내의 각 정당 및 각 의원들과 정부의 움직임 등에 대해서 국민이 그 여부를 판단하여 다음의 선거에 어떤 당의 누구에게 투표를 할 것인가를 결정하는 것에 대해 중요한 자료를 제공하는 것이고, 이것은 역으로 또 각 정당 각 의원의 정부에 대한 활동을 공정하게 하는 효과를 갖게 된다.[4)]

의사공개의 원칙은 방청의 자유[5)]를 인정하며, 의사에 대한 보도의 자유,[6)] 국회의사록의 공표나 배부의 자유 등의 원칙을 포함한다. 위원회에서는 의원이 아닌 자는 '위원장의 허가를 받아 방청할 수 있다.'고 규정하고 위원장은 질서를 유지하기 위하여 필요한 때에는 '방청인의 퇴장을 명할 수 있다.'고(국회법 §55) 규정하고 있다. 또한, 본회의 또는 위원회의 의결로 공개하지 아니하기로 한 경우를 제외하고는 의장 또는 위원장은 회의장 안(본회의장은 방청석에 한한다)에서의 녹음·녹화·촬영 및 중계방송을 국회규칙이 정하는 바에 의하여 허용할 수 있다(동법 §149의2). 녹음·녹화·촬영 및 중계방송을 하는 자는 회의장의 질서를 문란하게 해서는 안 된다(동법 §149의2, 2005. 7. 28 개정).[7)] 소위원회는 공개해야 하며 회의록을 작성하여야 한다.[8)] 그리고 국회의 회의록을 공개하여 열람 및 공표가 가능하게 하는 것(§118) 등이 모두 의사공개의 원칙에 의해 정당화된다.[9)]

의사공개의 원칙은 간행물이나 방송 등에 의하여 의사내용을 자유로이 보도하는 것을

4) 法學協會, 註解日本國憲法(下卷)(1995), 873頁.

5) 방청은 의원이 아닌 자가 회의의 상황을 참관하는 것을 말한다. 이는 국민에게는 국회에서 어떤 과정을 통하여 법률이 제정되고 예산이 확정되는지 등을 보고 듣게 하고, 의원에게는 국민의 대표로서 국민의 눈을 의식하여 책임감을 느낄 수 있도록 하자는데 그 취지가 있다. 방청의 자유에는 회의진행에 영향을 주지 않아야 하는 정숙의 의무가 내포된 것이므로 방청인이 공개적으로 회의장에서 찬성·반대의 의사를 표명하거나 소란을 피우는 등 회의를 방해하는 것은 허용되지 아니하며, 의장 또는 위원장은 회의장 안의 질서를 방해하는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다(국회법 § 154)(국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004, 158).

6) 회의의 공개는 인쇄·방송 기타의 수단으로 널리 일반에게 알리는 보도의 자유를 전제로 할 때에 의의를 가지므로 방청의 자유보다는 오히려 보도의 자유가 중요한 의미를 가진다. 보도수단에 있어 녹음·녹화·촬영·중계방송 등의 취재행위는 본회의 또는 위원회가 공개하지 않기로 의결한 경우를 제외하고는 의장 또는 위원장이 국회규칙이 정하는 바에 의하여 허용하도록 하고 있다(국회법 § 149 Ⅰ 참조). 국회는 본회의 또는 위원회의 의사진행을 음성 또는 영상(인터넷 중계방송 포함)으로 완전한 상태를 방송하기 위하여 「국회에서의중계방송등에관한규칙」과 「국회영상자료제공및인터넷중계방송에관한규정」을 제정하였다(국회법 § 149 Ⅳ, § 149의2)(국회사무처 의사국(주 5), 159 참조).

7) 헌법상의 의사공개의 원칙에 따라 국회 내에서의 취재·녹화·촬영·중계방송 등은 국회법 및 동법에 근거한 '국회에서의 중계방송 등에 관한 규칙', '회의장 안에서의 녹음·녹화·촬영·중계방송 등 허가에 관한 지침' 등에서 규정하고 있다. 의회활동에 관한 중계방송의 순기능으로는 (ㄱ) 국민의 알 권리의 충족, (ㄴ) 여론형성의 기초자료제공, (ㄷ) 국민의 정치참여활성화, (ㄹ) 책임정치의 제도화, (ㅁ) 국회기능의 확장, (ㅂ) 국회활동에 대한 인식의 제고, (ㅅ) 성숙된 의회상의 구현, (ㅇ) 정치엘리트충원의 적정화, (ㅈ) 국민에 대한 정치교육의 기회부여 등을 들 수 있다(국회운영위원회전문위원실, 의회의 중계방송제도, 1992 참조; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 883에서 재인용).

8) 김철수(주 1), 1107; 권영성(주 7), 883: 성낙인(주 3), 869; 장영수(주 2), 1132.

9) 장영수(주 2), 1132.

포함하므로, 보도내용 중에 비록 불법발언이 포함되는 경우에도 민사상·형사상 책임을 추궁당하지 아니한다. 의사공개의 원칙은 국회의 본회의에만 적용되는 것이 아니고 위원회의 의사(회의)에도 원칙적으로 적용된다. 이와 관련하여 의회활동의 중계방송 문제도 적극적으로 검토되어야 할 것이다.[10]

국회의 '회의'에는 본회의 외에도 각종의 위원회가 있다. 본회의는 물론 공개되어야 하지만, 위원회의 경우에도 이 원칙에 포함되는가에 관하여 논란이 있으나, 위원회도 넓은 의미의 국회의 회의에 당연히 포함될 뿐 아니라 특히 위원회중심주의로 운영되는 오늘날의 국회운영의 경향을 고려할 때 이 원칙에 포함시키는 것이 바람직하다 할 것이다.[11]

2. 의사공개원칙의 제한

모든 의사과정을 예외 없이 공개할 경우에는 국가기밀 등과 관련하여 커다란 문제가 발생될 수 있기 때문에 현행헌법은 한편으로 의사공개의 원칙을 선언하면서도 그에 대한 예외를 인정하고 있으며, 국회법도 이를 구체화하여 의사공개의 원칙에 대한 예외인정의 가능성을 명문화하고 있다.[12]

즉, 본회의는 의장의 제의 또는 의원 10인 이상의 연서에 의한 동의로 본회의 의결이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 비공개회의로 할 수 있으며(국회법 §75 Ⅰ),[13] 의장은 방청권을 발행하여 방청을 허가할 수 있으며, 질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에는 방청인의 수를 제한할 수 있고, 방청석이 소란할 때에는 퇴장을 명할 수 있다(동법 §152~154).[14]

정보위원회는 원칙적으로 공개하지 아니하며(동법 §54의2 Ⅰ), 헌법은 비밀회의의 내용의 공표에 관하여는 법률이 정하는 바에 의하도록 되어 있는데(동법 §50 Ⅱ), 국회법은 비공개회의의 내용은 공표되어서는 아니되며, 다만 본회의의 의결 또는 의장의 결정으로 비밀유지 등 필요가 없을 때에는 이를 공표할 수 있도록 규정하고 있다(동법 §118). 이에 위반하면 징계사유가 된다(동법 §155 Ⅱ ⅴ).[15]

10) 권영성(주 7), 883; 김철수(주 2), 330; 杉原泰雄, 憲法Ⅱ-統治の機構(1989), 305頁.
11) 김철수(주 2), 329-330.
12) 장영수(주 2), 1132.
13) 김철수(주 2), 330.
14) 김철수(주 1), 1107.
15) 김철수(주 1), 1107-1108 참조.

가. 비공개의 요건

○ 의장 제의 또는 10인 이상의 연서에 의한 동의로 본회의의 의결이 있는 때(국회법 §75 Ⅰ 전문)

○ 의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정한 때(국회법 §75 Ⅰ 후문)

○ 국회의원의 윤리심사 및 징계에 관한 회의(국회법 §158)

– 다만, 본회의 또는 위원회의 의결이 있을 때에는 공개하여야 하며, 징계에 대한 의결선포는 공개회의에서 한다.

○ 정보위원회 회의(국회법 §54의2 Ⅰ)

○ 소위원회의 회의(국회법 §57 Ⅴ 단서)

○ 청문회(국회법 §65 Ⅳ 단서)

○ 인사청문회(인청법 §14 단서)

○ 국정감사·조사(국감법 §12 단서)

나. 비공개회의 내용의 보존 및 공표

(1) 회의록의 게재

○ 비공개회의의 내용은 속기방법에 의하여 기록하고, 일반에게 공개하는 회의록에는 게재하지 아니하나 비공개회의록으로 작성하여 국회에 보존한다.

○ 비공개회의가 아닌 경우에도 의장이 비밀을 요하거나 국가안전보장을 위해 필요하다고 인정한 부분에 대해서는 발언자 또는 그 소속 교섭단체대표의원과 협의하여 그 내용을 게재하지 아니할 수 있다(국회법 §118 Ⅰ).

(2) 비공개회의 내용의 공표금지

○ 비공개회의의 의사는 그 내용이 공표·누설되어서는 아니된다. 비밀을 요하는 사항이 공표·누설된다면 회의를 비공개로 하는 의미가 상실될 뿐만 아니라 정부가 중요부분 또는 구체적 내용을 제외하고 의원에게 보고하게 되는 등 심도있는 심의를 저해할 수 있기 때문이다.

○ 의원이 비공개회의의 내용을 공표한 때에는 징계사유가 된다(국회법 §155 Ⅱ ⅴ).

(3) 비공개회의 참석 제한

○ 회의가 비공개로 결정되면 의사 및 안건과 관련없는 국무위원, 국회사무처 직원, 교

섭단체 및 정당 출입인, 언론인, 방청인 등은 퇴장한다.

○ 회의장내의 회의진행에 필요한 최소한의 음향시설을 제외한 영상 또는 음향방송을 중단한다.

Ⅱ. 연 혁

역대헌법	내 용
1948년 제헌헌법	제38조 국회의 회의는 공개한다. 단, 국회의 결의에 의하여 비밀회로 할 수 있다.
1952년 개정헌법 (제1차)	제38조 국회의 회의는 공개한다. 단, 각원 또는 양원합동회의의 결의에 의하여 비밀회로 할 수 있다. [전문개정 1952.7.7]
1954년 개정헌법 (제2차)	제38조 국회의 회의는 공개한다. 단, 각원 또는 양원합동회의의 결의에 의하여 비밀회로 할 수 있다. [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제3차)	제38조 국회의 회의는 공개한다. 단, 각원의 결의에 의하여 비밀회로 할 수 있다.〈개정 1960.6.15〉 [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제4차)	제38조 국회의 회의는 공개한다. 단, 각원의 결의에 의하여 비밀회로 할 수 있다.〈개정 1960.6.15〉 [전문개정 1952.7.7]
1962년 개정헌법 (제5차)	제46조 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성으로 공개하지 아니할 수 있다.
1969년 개정헌법 (제6차)	제46조 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성으로 공개하지 아니할 수 있다.
1972년 개정헌법 (제7차)	제85조 ① 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다. ② 공개하지 아니한 회의의 내용은 공표되어서는 아니된다.
1980년 개정헌법 (제8차)	제86조 ① 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다. ② 공개하지 아니한 회의의 내용은 공표되어서는 아니된다.

비밀회의는 제헌헌법 이래로 국회의 결의에 의하도록 하였으나, 1962년 제3공화국 헌법에서부터 출석의원 과반수의 찬성으로 할 수 있게 하였으며, 1972년 유신헌법에서는 의장이 국가안보를 위해 필요하다고 인정하는 경우에도 할 수 있도록 하여 오늘에 이르고 있다.[16]

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

영국에서는 회의공개의 원칙이 오늘날까지 인정되고 않고 있다. 이것은 의원의 자유로운 발언이나 표결을 보장하기 위한 비밀이 필요했기 때문이다. 그러나 현재에 있어 회의는 실제로 공개되어 있어 의사는 자유롭게 보도되고 각의원의 표결도 공표되고 있다. 다만 이것은 의원의 허용을 전제로 하는 것이어서 의원은 언제라도 공개를 철회하고, 비공개회의로 보도를 금지하는 것이 가능하다.[17]

회의공개의 원칙이 처음으로 확립됐던 것은 프랑스이다. 프랑스혁명후의 최초의 헌법인 1791년의 헌법은 의사의 공개와 의사록의 인쇄발행을 정하고 있었다. 그 이후 상원에 대해서는 비공개주의가 적용되었지만 하원에 대해서는 공개의 원칙이 적용되었다.[18] 제4공화국헌법도 의사를 공개하고 토의의 완전한 의사록 및 의회서류를 관보에 공표하는 취지를 정하고 있었다(§10 Ⅰ).

현재 프랑스는 양원의 회의는 공개하고, 논의내용은 공보로 발간하고 있으며, 양원은 수상이나 의원 10인의 요청이 있으면 비공개로 할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 본회의의 기록은 요약회의록과 전문속기록의 두 종류를 작성·발간한다. 본회의의 요약회의록은 본회의장내에서 즉시 작성되어 발간한 후 다음 회의에 배포되며, 의회 내부용으로만 사용되는데, 요약회의록의 전문직원들에 의하여 작성된다. 본회의의 전문속기록은 전문회의록국의 속기사들이 회의내용을 속기하고 기록자가 번문한 후에 교정관이 확인하여 발간한다. 그리고 위원회의 기록은 통상 요약회의록의 형태로 작성·발간되어 내부 및 언론홍보용으로 배포되는데, 위원회의 행정관들이 요약회의록을 작성한다. 정부의 각료가 위원회에 출석하여 발언하는 경우 속기방식의 전문속기형태로 기록하여 보관하나 회의록은 요약회의록 형태로 발간한다.[19]

16) 김철수(주 2), 330.

17) 美濃部達吉, 議會制度論, 387-388頁.

18) 전주, 388-389頁.

19) 국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004, 294.

회의공개의 원칙은 프랑스를 비롯하여 여러 국가가 이를 인정하고 있다. 그러나 한편으로 사정에 따라 공개를 금지하고 비공개회의를 인정하고 있다. 비공개회의를 여는 요건에 대해서는 각 국가마다 다르다.

먼저 영국, 프랑스 제4공화국 헌법은 의원의 의결에 따라 비공개회의를 여는 것으로 한다. 이와 같은 국가는 그밖에도 많다. 이것에 비해 독일의 바이마르 헌법은 50인의 의원의 청구에 기초하여 출석의원의 3분의2의 동의가 있을 때만이 비공개회의를 열고, 동독헌법은 출석의원의 3분의2의 요구가 있을 경우에 비공개회의를 여는 것으로 계승하여 그 요건을 중요시하였다. 벨기에의 경우 비교적 그 요건이 완화되어 의장의 직권 또는 10인 이상의 의원의 청구로 비공개회의를 여는 것으로 되어있다.

독일 바이마르 헌법은 회의내용의 충실한 정보는 법률상의 책임의 원인이 될 수 없게 규정이 되었지만 본 기본법과 동독헌법도 이것을 계승하였다. 이것은 회의공개의 원칙의 하나의 내용으로 있을 수 있다. 연방하원의 본회의는 공개하며, 본회의장의 의사진행 과정에 대하여는 대개 중계방송이 이루어진다. 다만 하원의원 10분의 1 이상 또는 연방정부가 발의하고 하원의원 3분의 2 이상의 찬성이 있으면 본회를 비공개로 할 수 있다(독일 기본법 §42 Ⅰ). 그리고 연방하원의 본회의는 비공개 결의가 있는 경우를 제외하고는 회의를 공개하도록 하는 반면 위원회의 회의는 일반적으로 비공개로 진행된다(연방하원 의사규칙 §69 Ⅰ·Ⅱ). 그러나 1995년 이후 특정 법안에 관한 위원회의 의결과정에 대한 방청이 허용되기는 하였으나 위원회 다수의 결정으로 일반에 대한 회의공개가 이루어지더라도 최종의결 이전의 위원회 심사과정(deliberations)은 여전히 비공개로 이루어진다. 그리고 위원회 회의의 경우 일반인의 방청이 허용되더라도 중계방송되지는 않는다.[20]

회의록의 작성, 공표, 분포에 대해서 헌법의 규정이 있는 국가는 적다. 프랑스에 대해서는 앞에서 설명했지만 그 외에는 미국이 회의록의 작성, 공표를 인정, 게다가 출석의원의 5분의 1의 요구가 있을 때에는 각의원의 표결을 회의록에 기재하게 되어있다. 따라서 위원회(소위원회 포함)의 모든 회의나 청문회는 공개를 원칙으로 하지만 국가안전보장 등을 이유로 비공개하기로 결정하면 비공개로 할 수 있으며, 모든 위원회(소위원회 포함)는 당해 위원회의 활동을 완전히 기록하여야 한다.[21]

일본의 경우 의회의 회의는 공개하고, 다만 출석의원 3분의 2 이상의 다수로써 의결한 때에는 비공개회의를 열수 있다.

20) 전주, 341-342 참조.

21) 전주, 65.

Ⅳ. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 회의공개의 범위

국회의 회의는 특별한 사유가 없는 한 공개함을 원칙으로 하고 있으며, 이러한 회의공개의 원칙과 관련하여 헌법은 국회의 회의는 공개한다고 명시적으로 규정하고 있다. 여기에서 공개의 대상이 되는 '국회의 회의'가 '본회의'만을 의미하는 것인지 아니면 '위원회 회의'와 '소위원회 회의'도 포함하는 것인지 대하여 해석의 논란이 있다.[22)]

국회회의의 공개원칙은 제정헌법부터 명시되어온 것으로서 국회의 의결에 의하여만 비공개로 할 수 있었다. 이러한 원칙은 본회의 중심주의로 운영해 오던 제5대 국회까지는 문제될 것이 없었으나 제6대 국회이후 실질적인 안건심사를 위원회에서 하게 되는 위원회중심주의로 운영하게 되면서 논란이 있게 되었다.[23)]

'위원회 회의의 공개'를 주장하는 논거로서는 ① 민주주의 의회제도의 원리에서 국회의 활동현황은 어떠한 경우에도 국민의 눈으로부터 가려져서는 안 되고, ② 국회의 심의가 위원회중심주의로 되어 실질적인 심의가 위원회에서 행하여지고 본회의가 형식화되는 경향이 있기 때문에 위원회의 의사는 국민에게 공개되어야 하며, ③ 위원회의 소관이 전문화하면 할수록 위원은 특수한 이해에 얽매이게 되어 비공개하는 경우 불미스러운 원인을 수반하기 쉬우므로 공개하여야 한다는 것이다.

'위원회 회의'의 비공개를 주장하는 논거는 ① 위원회의 활동은 그 성질상 본회의의 예비회의에 불과하므로 일반에게 반드시 공개할 필요는 없고, ② 위원회의 심사경과와 결과는 본회의에 보고되므로 비공개로 하여도 폐해가 없으며, ③ 비공개 회의를 하는 편이 형식적인 논의를 피하고 자유로운 토론과 능률화를 촉진시킬 수 있다는 것 등이다.[24)]

이와 관련하여 국회법 제41조 제2항에서는 '국회의 회의'를 '본회의'라고 용어정의하고 있고, 국회법 제54조의2에서 정보위원회 회의에 대한 비공개원칙을 규정하고 있음을 고려할 때, 헌법 제50조 제1항에서 규정하고 있는 '국회의 회의'는 '본회의'를 의미하며, '위원회 회의'는 반드시 공개하는 것을 원칙으로 하는 것은 아니라고 볼 수 있다. 뿐만 아니라

22) 정호영, 국회법론, 법문사, 2004, 305.

23) 박봉국, 최신 국회법, 박영사, 2000, 290.

24) 국회사무처, 위원회편람, 1996, 170-171.

위원회는 국회의 내부적인 심사기관이라는 점에서 본회의와는 다른 자유로운 토의방식도 채택되고 있으며, 국회법 제55조는 '의원이 아닌 자'에 대한 위원회 방청은 위원장의 허가사항으로 규정함을 고려할 때 반드시 공개되어야 되는 것은 아니라고 할 것이다.[25]

2. 방청허가불허 위헌확인

가. 사건개요[26]

(1) 98헌마443 사건

시민단체인 경제정의실천시민연합은 1998. 11. 30. 예산안의 내용을 결정하는 국회예산결산특별위원회 계수조정소위원회의 방청을 허가해 줄 것을 신청하였으나, 1998. 12. 1. 이를 불허한다는 통보를 받았다.

(2) 99헌마583 사건

국회의원들의 국정감사활동을 감시, 비판함을 목적으로 결성된 '국정감사모니터시민연대'의 회원들은 국정감사활동에 대한 방청을 하기 위하여 국회의장, 3당 원내총무 및 각 소관 상임위원장에게 미리 방청에의 협조요청 공문을 보내고 방청을 하려고 하였으나, 1999. 10. 11. 법제사법위원회의 감사원 국정감사장에서, 같은 달 1. 보건복지위원회의 국민연금관리공단 감사장에서, 같은 달 2. 재정경제위원회 감사장에서, 같은 날 건설교통위원회 감사장에서, 같은 달 4. 정무위원회 감사장에서, 1999. 9. 28. 국방위원회 감사장에서, 같은 날 통일외교통상위원회 감사장에서 구두로 또는 공문으로 각각 회의장의 방청을 불허당하였다.

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 "헌법 제50조 제1항은 '국회의 회의는 공개한다'라고 하여 의사공개의 원칙을 규정하고 있는바, 이는 단순한 행정적 회의를 제외하고 국회의 헌법적 기능과 관련된 모든 회의는 원칙적으로 국민에게 공개되어야 함을 천명한 것으로서, 의사공개원칙의 헌법적 의미, 오늘날 국회기능의 중점이 본회의에서 위원회로 옮겨져 위원회중심주의

25) 정호영(주 24), 306 참조.

26) 헌판집 12-1, 891-892 참조.

로 운영되고 있는 점, 국회법 제75조 제1항 및 제71조의 규정내용에 비추어 본회의든 위원회의 회의든 국회의 회의는 원칙적으로 공개되어야 하고, 원하는 모든 국민은 원칙적으로 그 회의를 방청할 수 있다."[27]라고 하였다.

또한 헌법재판소는 "국회법 제55조 제1항은 위원회의 공개원칙을 전제로 한 것이지, 비공개를 원칙으로 하여 위원장의 자의에 따라 공개여부를 결정케 한 것이 아닌바, 위원장이라고 하여 아무런 제한없이 임의로 방청불허 결정을 할 수 있는 것이 아니라, 회의장의 장소적 제약으로 불가피한 경우, 회의의 원활한 진행을 위하여 필요한 경우 등 결국 회의의 질서유지를 위하여 필요한 경우에 한하여 방청을 불허할 수 있는 것으로 제한적으로 풀이되며, 이와 같이 이해하는 한, 위 조항은 헌법에 규정된 의사공개의 원칙에 저촉되지 않으면서도 국민의 방청의 자유와 위원회의 원활한 운영간에 적절한 조화를 꾀하고 있다고 할 것이므로 국민의 기본권을 침해하는 위헌조항이라 할 수 없다."[28]라고 하였다.

그리고 "소위원회의 회의도 가능한 한 국민에게 공개하는 것이 바람직하나, 전문성과 효율성을 위한 제도인 소위원회의 회의를 공개할 경우 우려되는 부정적 측면도 외면할 수 없고, 헌법은 국회회의의 공개여부에 관하여 회의 구성원의 자율적 판단을 허용하고 있으므로, 소위원회 회의의 공개여부 또한 소위원회 또는 소위원회가 속한 위원회에서 여러 가지 사정을 종합하여 합리적으로 결정할 수 있다 할 것인바, 예산결산특별위원회의 계수조정소위원회는 예산의 각 장·관·항의 조정과 예산액 등의 수치를 종합적으로 조정·정리하는 소위원회로서, 예산심의에 관하여 이해관계를 가질 수 밖에 없는 많은 국가기관과 당사자들에게 계수조정 과정을 공개하기는 곤란하다는 점과, 계수조정소위원회를 비공개로 진행하는 것이 국회의 확립된 관행이라는 점을 들어 방청을 불허한 것이고, 한편 절차적으로도 계수조정소위원회를 비공개로 함에 관하여는 예산결산특별위원회 위원들의 실질적인 합의 내지 찬성이 있었다고 볼 수 있으므로, 이 사건 소위원회 방청불허행위를 헌법이 설정한 국회 의사자율권의 범위를 벗어난 위헌적인 공권력의 행사라고 할 수 없다."[29]하였다.

그러나 이에 대해 김영일 재판관은 "소위원회는 위원회의 내부기관이며, 소위원회에 관하여는 위원회에 관한 규정이 적용되므로, 위원회의 회의와 마찬가지로 소위원회의 회의도 원칙적으로 공개되어야 하고, 소위원회의 회의를 비공개로 하기 위하여는 위원회(또는 산하 소위원회)의 의결이 있거나, 위원장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정하

27) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합), 헌판집 12-1, 886.

28) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합), 헌판집 12-1, 886-887.

29) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합), 헌판집 12-1, 887.

여야 하는 바, 당시의 계수조정소위원회는 위와 같은 비공개회의의 요건을 갖추지 못하였고, 위원회 소속 의원들의 '양해'가 있었다거나, 오래된 관행이라는 이유만으로는 알 권리로서 헌법상 보장되는 국민의 기본권인 국회방청권을 제약하는 정당한 사유가 되지 못하며, 소위원회를 이해관계 당사자들에게 공개함으로써 발생할 수 있는 부작용에 비하여 소위원회를 공개하지 않음으로써 야기되는 폐해가 훨씬 더 심각하다고 할 뿐만 아니라, 회의를 공개한다고 하여 허심탄회하고 충분한 토론·심의를 하는데 특별한 지장이 생긴다고 보기도 어려우므로 이 사건 소위원회 방청불허행위는 청구인들의 헌법상 보장된 알 권리인 국회방청권을 침해한 것이다."[30]라는 반대의견을 제시하였다.

Ⅴ. 개정의 필요성에 대한 검토

우리 국회는 철저히 위원회 중심으로 운영되어 오고 있는 바, 이는 보다 전문적인 심사와 활동을 목표로 하는 것이다. 이와 같은 효율성과 전문성의 장점이 있는 반면에 상임위원회 소속 특정 국회의원들은 소관상임위 관련 공무원들 내지는 압력단체 등과 오히려 깊은 유대관계가 형성될 수도 있다는 단점 또한 지니고 있다. 비록 법률안 등이 최종적으로는 본회의에서 결정되기는 하나 당해위원회 소속이 아닌 의원들에겐 그 법률안의 내용이 덜 숙지되기 때문에 본회의는 형식적인 절차로 전락하게 될 수 있다. 따라서 위원회 중심의 국회운영은 국민전체의 다양한 의사가 수렴되지 못할 가능성을 크게 할 수 있으며, 압력단체나 로비스트의 등에게 집중적으로 이용당할 수 있다는 역기능을 만들어 낸다.[31]

더욱이 상임위원회에서의 심사절차는 다시 소위원회로 회부되어 소위원회가 사실상 법률안에 대한 구체적이고 실질적인 심사를 하게 된다. 따라서 수정안의 작성과 위원회안의 기초작업 등도 소위원회에서 이루어지므로 국회운영에 있어서 소위원회의 역할과 비중이 적지 않다고 할 것이다.[32] 또한 소위원회는 그 구성이 12명 남짓의 소규모적인 집단이기에 더욱 집중적으로 압력단체의 로비의 대상이 될 수 있다는 점에서 그 문제성이 심각할뿐더러 실제 지난날 정치비리의 온상을 제공해온 측면도 부인하기 어렵다. 따라서 이런 점에 비추어 본다면 소위원회의 회의비공개 사유를 단순히 의결로써만 할 것이 아니라 비

30) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합), 헌판집 12-1, 888-889.

31) 권영설, "국회의 위원회제도 -현행 국회법을 중심으로-", 고시계 1995년 2월호.

32) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합) 참조.

공개에 대한 구체적인 사유를 법문에 예시하고 그 요건에 합당할 경우에만 의결을 거치게 하는 것이 타당할 것이다.[33)]

Ⅵ. 관련문헌

1. 단행본

국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004.
국회사무처, 위원회편람, 1996.
국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004.
국회운영위원회 전문위원실, 의회의 중계방송제도, 1992.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
박봉국, 최신 국회법, 박영사, 2000.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논문

권영설, “국회의 위원회제도 –현행 국회법을 중심으로–”, 고시계 1995년 2월호.
권영설, “국회의사절차의 헌법상 쟁점과 과제”, 헌법학연구 제10권 제3호(2004).
정재황, “국회의 입법과정”, 고시계 2004년 2월호.

33) 권영설, “국회의사절차의 헌법상 쟁점과 과제”, 헌법학연구 10권 3호(2004), 111-112; 정재황, “국회의 입법과정”, 고시계 2004년 2월호, 11.

3. 외국문헌

法學協會, 註解日本國憲法(下卷), 1995.
杉原泰雄, 憲法Ⅱ－統治の機構, 1989.

헌법 제51조

박선영



第51
國會에 제출된 法律案 기타의 議案은 會期중에 議決되지 못한 이유로 폐기
되지 아니한다. 다만, 國會議員의 任期가 만료된 때에는 그러하지 아니하다.

Ⅰ. 회기계속의 원칙의 의의

회기계속의 원칙이라 함은 회기중에 의결되지 못한 의안도 폐기되지 아니하고 다음 회기에도 계속 심의할 수 있다는 원칙이다. 헌법은 프랑스 등의 예에 따라 회기계속의 원칙을 채택하고 있다. 이것은 국회가 매회기마다 독립된 별개의 국회가 아니라, 임기중에는 일체성과 동일성을 가지는 국회로서 존재한다는 것을 의미한다.[1] 회기계속의 원칙은 회기중에 모든 의안을 심사하여 처리하지 못한 경우에도 다음 회기에 새로이 안건을 제출하여 처음부터 심의해야 하는 번거로움을 피하고 의안심사의 신속성과 능률성을 확보할 수 있다는 장점을 갖는다. 또한 폐회중에도 위원회의 활동으로 의안의 심사에 능률을 기하기 위하여 채택된 제도적 장치라고 볼 수 있다.[2] 다만 입법기의 변화(국회의원의 임기만료)로 인하여 국회의 구성이 새롭게 된 경우에는 회기계속의 원칙을 유지하기 어렵기 때문에 예외적으로 회기불계속을 채택하는 경우가 많다.[3]

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 883.
2) 국회사무처, 국회법해설, 2008, 45.
3) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1132.

이 점이 미국이나 영국이 채택하는 회기불계속의 원칙[4]과 다르다.[5] 이에 대하여 회기불계속의 원칙이라 함은 의회의 1회기중에 심의가 완료되지 아니한 안건은 그 회기가 끝남으로써 소멸하고 다음 회기에 계속되지 아니한다는 원칙을 말한다.[6] 회기불계속의 원칙은 회기중에 의결되지 않은 의안은 그 회기의 만료와 더불어 폐기되는 것이 정당하다는 생각에 기초하고 있다. 즉, 국회의 매 회기는 별개의 독립된 존재이고, 그 사이에는 의사의 연속이 없다고 보는 것이다. 이러한 회기불계속의 원칙은 의원들이 불요불급한 안건들을 제출하는 것을 방지하는 효과를 가져올 수 있다는 장점을 갖고 있으나, 자칫 의사진행이 원활하지 않은 경우에는 동일한 안건을 회기마다 계속 새롭게 제출하고 심사해야 하는 번거로움이 야기될 수 있다.[7] 의회는 회기중에만 활동능력을 가지며 매회기마다 독립된 의사를 가지므로, 전회기의 의사가 후회기의 의사를 구속하지 못한다는 논리에 바탕한 것이다.[8]

II. 연 혁

역대헌법	내 용
1962년 개정헌법 (제5차)	제47조 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 예외로 한다.
1969년 개정헌법 (제6차)	제47조 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 예외로 한다.
1972년 개정헌법 (제7차)	제86조 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 통일주체국민회의에서 선거되지 아니한 국회의원의 임기가 만료되거나 국회가 해산된 때에는 예외로 한다.
1980년 개정헌법 (제8차)	제87조 국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료되거나 국회가 해산된 때에는 예외로 한다.

4) 이 회기불계속의 원칙은 영국에서 발생한 관습으로 영국에서는 현재에도 유지되어 있다. 이는 영국의 의회가 원래 국왕이 자문의 필요가 있을 때마다 이를 소집하고, 필요가 끝나면 그 폐회를 명한 역사적 영향에 의한 것으로 그 열릴때마다 자문할 의안이 새로 되는 것은 그 자연의 결과이다. 그러나 오늘날의 영국의회는 거의 일년중 열려있으므로 회기의 불계속은 충분한 이유가 있다고 못하게 되었다(김정실, 의회론, 삼일, 1931, 187).

5) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 882; 장영수(주 3), 1132.

6) 권영성(주 1), 883.

7) 장영수(주 3), 1132.

8) 권영성(주 1), 883.

제헌헌법에는 회기불계속에 대한 명문규정이 없었으나 국회법[제정 1948.10.2 법률 제5호] 제61조에서 "회기중에 의결되지 아니한 의안은 차기국회에 계속되지 아니한다. 단, 국회의 결의에 의하여 그 폐회중 위원회에 계속심사케한 의안은 예외로 한다. 회기중에 부결된 의안은 그 회기중에는 다시 제출하지 못한다."고 하여 회기불계속의 원칙을 규정하였다. 1962년 개정헌법(제5차)에서 회기계속의 원칙을 규정함으로써 제6대 국회 이후부터는 '회기계속의 원칙'을 채택하고 있다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

독일의 연방의회의사일정법 제125조 제1항에 의하면 연방의회에서의 입법절차는 당해 회기 안에서 종결되어야 한다. 새로이 선출된 의원들로 구성된 연방의회에서는 민주적 정당성의 문제로 인하여 전 국회에서 의결되어지지 아니한 사항에 대해 책임을 지지 아니한다. 따라서 새 의회는 전 의회의 상속자가 아니며 자기업무는 자기 스스로 결정할 수가 있다. 그러나 이는 연방의회의 입법절차 이상의 의미를 넘어가지 아니한다. 즉, 연방참사원의 동의가 필요한 '동의법률'인 경우, 회기내에 본회의에서 의결이 이루어졌을 경우, 다음 회기내에서 연방참사원의 동의가 있을 경우, 이는 적절한 법률로써 성립이 된다. 다른 한편으로는 법률의 성립을 위하여 이미 연방참사원에서 이의가 제기되어 있거나 양원의 협의절차가 진행되고 있을 때는 회기불계속원칙은 이의성립을 방해하며 차기의회에서 그 효력을 주장할 수는 없다.

현실적으로는 위 원칙으로 인하여 회기 막바지에 법률안이 무더기로 양산됨에 따라 이의존폐여부가 입법활동의 효율성차원에서 논란이 되고 있다. 논의의 핵심은 의회의 정당성 즉, 전 의회와 현 의회의 관계설정을 어떻게 바라 보느냐이며, 그 기준은 연방의회의사일정법 제125조이다. 이에 따르면 임기종료 후 새로이 시작되는 의회의 임기는 전의회의 영향을 받지 아니한다.[9)]

영국의회에서는 회기불계속의 원칙이 적용된다. 심사가 완료되지 않은 공법안(公法案)은 모두 폐회와 동시에 폐기된다. 다만, 사법안(私法案: 특정한 개인, 단체, 지역 등에 관한 특수한 법안)에 관해서는 의회의 의결에 의해 차회기에 계속해서 심의할 수 있다.[10)] 그

9) 임규철, "한국과 독일에 있어서의 입법절차의 비교 연구", 공법학연구 4권 2호(2003. 4), 209.

10) 남궁철, "주요국의회의 회기제도", 입법조사월보 1994년 4월호, 89.

러나 영국의 하원은 임기 5년을 1의회기(議會期)로 하고 있어 실제적으로는 우리나라의 회기계속의 원칙과 같은 결과를 가져오고 있다.

프랑스 의회에서는 회기계속의 원칙이 적용된다. 하원에 있어서 의안의 심의는 의회기 중 계속되며, 상원에서는 의회기의 개념이 없기 때문에 의안의 심의는 원칙적으로 무기한 계속된다. 다만 의원제출법안은 제출후 2회째 정기회 회기말까지 의결되지 않는 경우에는 무효로 된다.[11)]

일본의회는 회기중에 의결되지 않은 안건은 다음 회기에 계속하지 않는다는 회기불계속의 원칙을 채용하고 있기 때문에 회기연장의 유무가 법안의 성부(成否)를 좌우하게 된다. 여기에서 회기말이 되면 주요법안의 심의를 조속히 끝마치려고 하는 여당과 심의말료를 이유로 폐기시키려고 하는 야당간의 첨예한 대립이 있게 되고, 회기연장문제가 여야당 대결의 초점이 되어 강행채결, 난투, 국회공전이라고 하는 이상사태를 빈번히 초래하고 있다. 이러한 점은 국민의 비판을 가져오고, 또 의회내외에 있어서 회기제도 개혁논의를 불러일으키는 요인이 되고 있다.[12)]

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

본조의 규정에 따라 제47조에 규정된 회기에 계속하여 의안의 심의가 이루어지지만, 단서 규정에 의해 의회기를 변경하는 경우에는 미의결 의안은 폐기된다.

Ⅴ. 관련문헌

1. 단행본

국회사무처, 국회법해설, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

11) 남궁철(주 10), 90 참조.
12) 남궁철(주 10), 92 참조.

김정실, 의회론, 삼일, 1931.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

2. 논 문

남궁철, “주요국의회의 회기제도”, 입법조사월보 1994년 4월호.
임규철, “한국과 독일에 있어서의 입법절차의 비교 연구”, 공법학연구 4권 2호(2003).



Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

우리 헌법상 입법권은 국회에 속하기 때문에 법률을 국회가 제정할 수 있어 국회가 법률안을 제출할 수 있음은 당연하다. 그런데 우리 헌법은 정부도 법률안을 제출할 수 있도록 허용하고 있다. 의원내각제에 있어서는 정부의 국무의원이나 내각 구성원이 국회의원을 겸직하므로 법률안을 제출할 수 있도록 하고 있다. 하지만 미국과 같은 대통령제 국가에 있어서는 입법부와 행정부의 권력이 엄격히 분리되어 있기 때문에 정부는 법률제정에 관여할 수 없어 정부의 법률안제출권이 없다. 정부가 새로운 법률제정이 필요한 경우에는 국회의원에게 의뢰하여 국회의원 명의로 법률안을 제출하게 하고 있다. 그런데 우리나라의 경우에는 정부에게도 법률안 제출을 허용하고 있어 의원내각제적 요소를 도입하고 있다고 할 수 있다.[1)]

1) 이점에서도 우리나라의 정부형태는 대통령제가 아니고 의원내각제와 혼합된 절충형 정부형태라고 할 수 있다.

Ⅱ. 연혁과 입법례

제헌 헌법 제39조는 "국회와 정부는 법률안을 제출할 수 있다."고 규정하였다. 1952년의 제1차 개정 헌법에서는 양원제 도입과 더불어 법률안을 하원에 우선 제출하도록 하였고[2], 1954년 개정 헌법에서는 하원 우선 제출의무를 삭제하였다.[3] 의원내각제인 1960년 헌법에서는 다시 하원에 먼저 제출하도록 하였다.[4] 1962년 헌법에서 현행과 동일하게 된 이후 1972년 유신헌법과 1980년 헌법에서도 변경 없이 그대로 유지되었다.

현대 민주주의 정부형태 국가에 있어서 의회 소속의 의원에게 법률안제출권을 인정하는 것은 당연하다. 하지만 의원만이 아니라 행정부에게도 법률안제출권을 인정할 것인가 하는 문제는 정부형태에 따라 다르다.

미국과 같은 대통령제 국가에 있어서는 엄격한 권력분립의 결과 행정부에 법률안제출권을 인정하지 않는다. 하지만 의원내각제 국가에 있어서는 권력의 공화로 인하여 법률안제출권을 행정부에게도 인정하고 있다. 의원내각제 국가에 있어서는 내각의 구성원이 원칙적으로 의회 의원의 신분을 보유한다는 점에서도 이는 당연히 인정된다.

다만 프랑스의 경우에는 대통령 중심의 의원내각제 국가로서 일반적인 예와는 달리 정부의 법률안제출권에는 제한이 없으나 의회 의원의 법률안제출권에는 상당한 제한이 있다. 헌법 제40조와 제41조에서 공적 재원을 감소하거나 재정적 부담을 초래하는 법률안이나 헌법 제38조에 의하여 이미 법률명령에 위임된 사항에 대한 법률안 등은 의회에서 접수되지 못하게 하는 등의 제한을 하고 있다.[5]

2) 1952년의 헌법은 "국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다. 법률안, 예산안 기타 의안은 먼저 민의원에 제출하여야 한다. 단, 국무총리와 대법원장인 법관의 임명에 관한 의안은 참의원에 먼저 제출할 수 있다. 일원에서 부결된 의안은 타원에 이송할 수 없다."고 규정하였다.

3) 1954년의 헌법은 "①국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다. ②예산안은 먼저 민의원에 제출하여야 한다. ③법률안은 민의원에서 부결된 때에는 참의원 또는 양원합동회의에 이송할 수 없다. ④양원중의 일원이 타원에서 이송된 의안을 받은 날로부터 국회 휴회중의 기간을 제외하고 60일이내에 의결하지 아니할 때에는 이송한 원은 그 의안이 이송을 받은 원에서 부결된 것으로 간주할 수 있다."라고 규정하였다.

4) 1960년 헌법은 "국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다. 법률안과 예산안은 먼저 민의원에 제출하여야 한다. 참의원이 국회의 의결을 요하는 의안을 받은 날로부터 60일이내에 의결하지 아니할 때에는 이를 부결한 것으로 간주한다. 단, 예산안에 있어서는 이 기간을 20일로 한다."라고 규정하였다.

5) 앞의 헌법 제40조의 2. 연혁과 입법례 부분 참조.

Ⅲ. 국회의원의 법률안 제출

국회는 국회의원으로 구성되기 때문에 국회의원 전원 명의로 법률안을 제출할 수 있음은 지극히 당연하다. 또 헌법 제49조에 의하면 국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수 찬성으로 의결할 수 있기 때문에 재적의원 과반수가 법률안을 제출할 수 있음도 논리상 당연하다.

문제는 개별 국회의원이 단독으로 법률안을 제출할 수 있느냐 하는 점이다. 헌법 명문에 의하면 국회의원만이라고 규정하기 때문에 최저 일정 수의 국회의원으로 제한하는 것은 불가능한 것처럼 보인다. 국회법은 10인 이상의 국회의원이 법률안을 제출할 수 있다고 하는데, 이 조항이 위헌이 아니냐 하는 의심이 있을 수 있다.

국회는 국민의 다양한 대표로 구성되어 대화와 토론으로 의사를 결정하는 대의기관이다. 이러한 기관의 기능을 발휘하려면 다양한 국민의 의사가 반영되어 국회에서 논의되어 국가의사로 채택되어야 한다. 법률이 이러한 국가의사가 문서화된 것이라고 본다면 국민의 다양한 의사가 논의되는 기초가 되기 위하여서는 국회의원 개인이라도 법률안을 제출하게 하고 그 법률안이 법률로 확정되는 데에는 국회 내에서 충분한 논의를 거치게 하는 것으로 충분하다고 할 수 있다. 그리고 원내교섭단체를 구성하지 못하고 있는 소수 정당의 의사도 국정에 충분히 반영되게 하기 위하여서도 국회의원 개인이 법률안을 제출하게 하고 이러한 법률안을 두고 대화하고 토론하는 과정에서 다수의사로 변화될 수 있는 기회를 제공할 필요가 있다. 하지만 수많은 다양한 의사가 법률안이란 형태로 국회에 제출됨으로 인하여 국회에서의 논의와 심사가 충분한 시간을 두고 충실하게 이루어지지 못하고 숙고의 과정을 거치지 않음으로 민주주의의 결정과정이 미숙하여 설익은 법률이 제정될 위험도 있다. 통과될 가능성이 거의 없는 법률안들이 제출됨으로 인하여 정작 중요한 법률안의 심의가 소홀해질 수도 있다. 결국 법률안 제안에 있어서 최소 일정 수의 국회의원 숫자를 요구하는 것은 일장일단이 있고 어느 한 해석을 확실히 잘못된 것이라고 할 수는 없다.

그렇다면 충분한 수의 국민의 지지를 받을 수 있고 나아가 국회 전체의 의사로 채택될 가능성이 있는 소수의 의사를 터무니없이 제한하여 지나치게 많은 수의 국회의원의 찬성이 없으면 법률안을 제출할 수 없도록 하는 것은 위헌이지만, 효율적인 심의를 위하여 최소 일정한 수 이상의 국회의원만이 법률안 제안을 가능하게 하는 것은 합헌이라고 하여야 한다.

예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 법률안을 발의하는 경우에는 그 법률안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서를 아울러 제출하여야 한다고 국회법 제79조

의 2 제2항은 규정하고 있다.[6] 이 조문이 헌법상 보장한 국회의원의 입법권을 제한하는 것이 아니냐 하는 의문이 있을 수 있으나, 이 조문은 권력분립의 원칙상 예산안 제출권을 가지는 정부의 권한을 보호하고 아울러 국회에 의한 일방적인 예산의 증가를 방지하기 위한 것으로 헌법 제54조 제2항과 제57조에 간접적인 근거가 있으므로 헌법상으로도 허용된다고 보아야 한다.

국회의원만이 아니고 국회의원으로 구성되는 원내교섭단체나 국회의 위원회 명의로 법률안을 제출할 수 있느냐 하는 점에 대하여도 의문이 있을 수 있다. 국회법 제51조는 국회의 위원회는 그 소관에 속하는 사항에 관하여 법률안을 제출할 수 있다고 규정하고 있다. 하지만 이 경우에도 제출자는 위원회 위원장이 된다. 원내교섭단체의 법률안 제출에 대하여는 아무런 규정이 없다. 헌법상 국회의원과 정부라고 명기하고 있으므로 가사 국회의원으로 구성되었다고 하더라도 국회의원이 아닌 위원회나 교섭단체의 명의로는 법률안을 제출할 수 없다고 해석하여야 한다고 본다.[7]

Ⅳ. 정부의 법률안 제출

우리 헌법은 정부에게도 법률안을 제출할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 행정부의 수반은 대통령이기 때문에 정부는 대통령의 이름으로 법률안을 제출할 수 있다. 정부의 법률안의 제출에는 헌법 제89조에서 규정하는 바와 같이 국무회의의 심의를 반드시 거쳐야 한다. 법률안의 제출에는 국무총리와 국무의원의 부서가 있어야 한다.

정부가 법률안을 국회에 제출하기까지는 실무상 상당히 복잡하고 전문적인 심사를 거친다. 먼저 소관업무와 관련하여 새로운 입법의 필요성을 인지한 정부 담당부서에서 법률안 초안을 작성한 후 입법예고를 하고 규제개혁위원회의 심의를 거친 후 정부 부처 원안을 확정한다. 정부부처안이 확정되면 정부 내에서 입법에 관하여 전문적인 지식을 지니어 포괄적인 권한을 가진 법제처의 심사, 차관회의 및 국무회의의 심의를 거친 후 대통령의 재가를 받아 정부 법률안은 확정된다. 이 중에서 헌법적으로 중요한 의미를 지니는 것은 입법예고제도이다. 이는 국민으로 하여금 법률안에 대하여 의견을 제시하도록 하는 제도

6) 국회법 제79조의 2 제2항.

7) 다만 국회의원 10인이 아니더라도 위원회가 결의를 한 경우에는 위원회 위원장이 법률안을 제출할 수 있고, 이 경우에 당해 위원회의 심의는 생략할 수 있도록 하는 것도 허용된다고 하여야 한다.

로서 대의민주주의 하에서 국민의 의사를 직접 확인한다는 점에서 국민주권을 실질화하는 한 제도적 장치라고 할 것이다.[8)]

정부 제출의 법률안에 있어서도 국회의 예산심의권과 관련되는 것은 법률과 예산을 일치시키기 위한 조치가 필요하다. 따라서 국회법 제79조의 제2항은 예산 또는 기금상 조치를 수반하는 정부의 법률안 제출은 비용에 대한 추계서와 함께 재원조달방안에 관한 자료를 법률안에 첨부하도록 하고 있다.

Ⅴ. 제출 법률안의 심의와 의결

국회의원이 제출한 법률안은 본회의에 보고한 후 소관 상임위원회에 회부하여 심사하는 것을 원칙으로 하고 있다. 상임위원회에서는 법률안 제안자의 취지설명, 전문위원회 검토보고, 대체토론, 소위원회 심사, 축조심사, 찬반토론, 표결의 과정을 거치게 된다. 그리고 소관 상임위원회 표결에서 통과한 법률안은 법제사법위원회의 체계·자구의 심사를 거쳐 국회 본회의에 상정되는데 본회의에서 위원장이 전체 국회의원에게 심사보고를 한 후 질의·토론을 거쳐 표결을 하게 되는 것이 원칙이다. 만약 소관 상임위원회이나 법제사법위원회에서 부결되면 법률안은 특별히 본회의로의 부의요구가 없는 한 폐기된다.

국회의원이나 정부가 법률안을 철회나 수정할 수 있느냐 하는 점에 관하여는 긍정적으로 대답하여야 한다고 본다. 국회에서 다른 국회의원들이 법률안에 대하여 논의하기 이전에는 철회할 수 있다고 보는 것이 국회의 효율적 운영을 위하여 도움이 되기 때문이다. 다만 상임위원회나 본회의에서 이미 심의에 착수한 이후에는 일방적으로 철회가 불가능하다고 보는 것이 대의기관의 본질인 국회제도에 합당하다고 볼 수 있다.[9)] 물론 상임위원회나 국회에서 법률안을 폐기하는 것은 심의결과를 반영하는 것이기 때문에 당연히 가능하다고 하여야 한다.

8) 국회의원 제출의 법률안에도 입법예고제도가 국회법 제82조의 2에 규정되어 있으나, 필수적 절차가 아닌 임의적인 절차로서 실무상 지켜지지 않는 유명무실한 절차이다.

9) 국회법 제90조에서 법률안의 철회에 대하여, 그리고 제91조에서 번안동의에 대하여 규정하고 있다.

Ⅵ. 개정의 필요성

국회의원만이 아니고 정부에도 법률안제출권을 부여하는 것은 엄격한 권력분립을 내용으로 하는 정통 대통령제 정부형태에서는 이례적인 조문이다. 또한 법률안거부권을 대통령에게 인정하면서 법률안제출권까지 정부에 인정하는 것은 입법기관인 국회의 지위를 저하시키고 행정부에 지나치게 많은 권한을 부여하여 권력분립의 취지에 어긋나는 측면이 있다. 따라서 정부의 법률안제출권을 삭제하여야 한다는 주장이 있다.

정부의 법률안제출권은 우리 헌법사에 있어서는 임시정부 이래 현행 헌법까지 계속 정부에 법률안제출권을 부여하여 이미 오랜 기간 헌정현실에서 시행된 제도이다. 하지만 정부의 법률안제출권으로 인하여 국회의원 제출의 입법안보다도 오히려 정부제출의 입법안이 보다 중요한 입법안으로 인식되고 국회가 입법부로서 주도적인 역할을 하기보다는 통법부화 하는 헌법현실이 나타났다. 그리고 국정 전반에 있어서 행정부가 우위를 점하고 국회를 무력화하는데 정부의 법률안제출권이 작용한 것도 사실이다.[10] 입법례를 살펴보더라도 대통령의 우월적 지위를 인정하는 변형적 대통령제를 채택한 프랑스나 남미국가들에서 정부의 법률안제출권을 인정하고 있는데 이는 입법부와 행정부의 권력균형과 견제를 하는 진정한 권력분립의 이상과는 부합하지 않는다고 보아야 한다.[11] 또한 국회의 잘못된 법률제정에 대하여서는 대통령의 법률안 재의요구권과 국회에 대한 의견표시로써 정부의 의사를 반영할 수 있다. 법률안 재의요구권과 법률안제출권 모두를 행정부에 인정하는 것은 행정부에게 입법에 관여할 권한을 지나치게 많이 부여하는 것이라 아니할 수 없다. 그리고 정부는 미국의 예에서 보는 바와 같이 사실상 법률안을 입안하여 당의 국회의원에게 의뢰하여 법률안을 제출하게 할 수 있으므로 정부의 입법필요를 관철시키는 데에 있어서도 실무적인 문제점이 없다.[12]

따라서 현행 정부형태 체제에서는 대통령의 법률안 재의요구권을 인정하는 외에 구태여 정부의 법률안제출권을 인정할 필요는 없어 이를 삭제하는 것이 입법론으로는 타당하다고 본다.

10) 물론 현행 헌법의 시행과 더불어 민주화가 진행되는 과정에서 국회의 위상이 상당히 상승하고 국회의원에 의한 입법도 급격히 활성화되고 있지만, 여전히 국회의원 제출의 법률안 보다는 정부 제출의 법률안이 보다 중요하다고 생각하는 것은 국회가 원래의 입법기관이라는 헌법의 기본원리에 부합하지 않고 행정부 우월주의를 초래할 위험이 있다.

11) 주지하다시피 프랑스에 있어서 의회의 입법권은 헌정사적 이유에서 선진 민주국가 중에서 이례적으로 제한되어 있는 예외적인 것으로 이를 바람직한 것이라고 할 수는 없다.

12) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1189.

Ⅶ. 관련문헌

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1994.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.
임종훈·박수철, 입법과정론, 박영사, 2006.

헌법 제53조

이성환

第53條

① 國會에서 議決된 法律案은 政府에 移送되어 15日 이내에 大統領이 公布한다.

② 法律案에 異議가 있을 때에는 大統領은 第1項의 期間내에 異議書를 붙여 國會로 還付하고, 그 再議를 요구할 수 있다. 國會의 閉會중에도 또한 같다.

③ 大統領은 法律案의 일부에 대하여 또는 法律案을 修正하여 再議를 요구할 수 없다.

④ 再議의 요구가 있을 때에는 國會는 再議에 붙이고, 在籍議員過半數의 출석과 出席議員 3分의 2 이상의 贊成으로 前과 같은 議決을 하면 그 法律案은 法律로서 확정된다.

⑤ 大統領이 第1項의 期間내에 公布나 再議의 요구를 하지 아니한 때에도 그 法律案은 法律로서 확정된다.

⑥ 大統領은 第4項과 第5項의 規定에 의하여 확정된 法律을 지체없이 公布하여야 한다. 第5項에 의하여 法律이 확정된 후 또는 第4項에 의한 確定法律이 政府에 移送된 후 5日 이내에 大統領이 公布하지 아니할 때에는 國會[illegible]이를 公布한다.

⑦ 法律은 특별한 規定이 없는 한 公布한 날로부터 20日을 경과함으로써 效力을 발생한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

국회에서 의결된 법률안을 시행하기 위하여서는 그 내용을 국민에게 공포하여야 한다. 대통령은 법률의 집행을 책임지는 행정부의 수반으로 국회에서 의결한 법률안을 확정하고 이를 공포한다.

하지만 국회에서 집행가능성이나 헌법이나 다른 법률과의 체계적합성 등을 고려하지 아니하고 입법하거나 혹은 정파적 이해에 근거하여 입법을 한 경우에는 대통령이 그 법률의 시행에 앞서 국회 의결의 법률안에 대하여 검토하고 이의가 있으면 국회에 재의를 요구하는 법률안 재의요구권 내지 법률안거부권(Presidential Veto)을 대통령에게 부여하고 있다.

다만 이 과정에서 대통령이 국회에서 의결된 법률안을 정당한 이유 없이 인정하지 않는 것을 방지하기 위하여 재의요구의 이유를 문서로 제시할 것을 요구하고 국회가 보다 가중된 의결정족수로 재의요구된 법률안을 재의결할 수 있도록 하고 있다. 그리고 대통령의 법률안 공포거부로 인한 법률의 시행거부를 방지하기 위하여 확정된 법률에 대하여 국회의장의 보충적인 법률공포권을 인정하고 있다.

Ⅱ. 연혁과 입법례

대통령의 법률안 공포권은 원래 국왕의 법률안 재가권에서 유래한다. 전통적으로 의회는 국왕의 주권 하에 존재하는 국가기관으로서 의회를 통과한 법률안은 국왕의 재가(Royal Assent)에 의하여 법률로 성립된다. 이는 의회의 입법권이 원래 군주에 대하여 특정한 법을 제정하여 시행하여 줄 것을 의회가 청원하는 청원권에서 유래하였기 때문에 군주의 재가 없이는 법으로 성립할 수 없었기 때문이다.

우리 헌법과 같이 국회통과의 법률안이 확정적인 법률로 되는데 필요한 대통령의 법률안 서명 공포권과 법률안 재의요구권 내지 법률안거부권은 1789년 미국 제헌헌법 제1조 제7항에서 유래한다.[1] 이 조항은 전통적인 국왕의 법률안에 대한 법률로서의 허가권이

1) 미국 헌법 제1조 제7항은 "……하원과 상원을 통과한 모든 법률안은 법률이 되기 전에 대통령에게 송부된다: 대통령이 찬성하면 이에 서명하고, 반대하면 법률안이 제출된 하원에 이의서를 붙여 다시 환부한다……."고 규정하고 있다.

아니라 국회 의결의 법률안에 대하여 이의를 제기하고 의회에 대하여 그 재의를 요구하는 권한이다. 그리고 미국에서도 법률안에 대한 전부수용과 전부거부만이 인정될 뿐, 일부거부는 인정되지 않는다.

우리 제헌 헌법 제40조는 단원제의 과도한 행동을 견제한다는 취지로 대통령의 법률안거부권을 도입하였다.[2) 3)]

하지만 양원제가 명문화된 1952년의 제1차 개정헌법에서도 거부권은 그대로 인정되었다.[4)]

1954년의 헌법은 재의요구된 법률안을 양원합동회의에서 재의결하도록 하고 그 통과의결정족수를 완화시키는 것으로 변경되었다.[5)] 의원내각제가 도입된 1960년 헌법에서는 대통령의 법률안 공포권만 규정되었을 뿐 법률안거부권은 삭제되었다.[6)]

1962년 헌법에서 현행과 동일하게 규정된 이후 1972년 유신헌법과 1980년 헌법에서도 변경 없이 그대로 유지 되었다.[7)]

2) 제헌헌법 제40조는 "국회에서 의결된 법률안은 정부로 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다. 단, 이의가 있는 때에는 대통령은 이의서를 부하여 국회로 환부하고 국회는 재의에 부한다. 재의의 결과 국회의 재적의원 3분지 2이상의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성으로 전과 동일한 의결을 한 때에는 그 법률안은 법률로써 확정된다. 법률안이 정부로 이송된 후 15일이내에 공포 또는 환부되지 아니하는 때에도 그 법률안은 법률로써 확정된다. 대통령은 본조에 의하여 확정된 법률을 지체없이 공포하여야 한다. 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포일로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다."고 규정하였다.

3) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 102은 제헌헌법에서 대통령에게 법률안거부권을 인정한 이유를 국회구성에 있어서 단원제를 채택하였으므로 국회의 과도한 행동을 견제하기 위한 것으로 각국의 상원의 역할을 하게 하기 위한 것이라고 설명하고 있다. 윤장근, "대통령의 법률안재의 요구제도", 법제연구 8호(1995.6), 313 각주 2에서 재인용.

4) 1952년 헌법에서는 "국회에서 의결된 법률안은 정부로 이송되어 15일이내에 대통령이 공포한다. 이송된 법률안에 대하여 이의가 있는 때에는 대통령은 이의서를 부하여 양원중의 일원에 환부하여 국회의 재의에 부한다. 국회에서 각원이 그 재적의원 3분지 2이상의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성으로써 전과 같이 가결한 때에는 그 법률안은 법률로서 확정된다. 법률안이 정부로 이송된 후 15일이내에 국회에 환부되지 아니하는 때에는 그 법률안은 법률로서 확정된다. 대통령은 전2항에 의하여 확정된 법률을 지체없이 공포하여야 한다. 법률은 특별한 규정이 없는 때에는 공포일로부터 20일후에 효력이 발행한다."고 규정하였다.

5) 1954년 헌법에서는 제2항이 "이송된 법률안에 대하여 이의가 있는 때에는 대통령은 이의서를 부하여 국회에 환부하고 국회의 재의에 부한다. 국회에서 각원의 재적의원 3분지 2이상이 출석한 양원합동회의에서 출석의원 과반수의 찬성으로써 전과 같이 가결한 때에는 그 법률안은 법률로서 확정한다."고 변경되었다.

6) 1960년 헌법은 "국회에서 의결된 법률은 정부로 이송되어 10일이내에 대통령이 공포하여야 한다. 법률은 특별한 규정이 없을 때에는 공포일로부터 20일후에 효력을 발생한다."라고만 규정하였다.

7) 우리 헌정사상 대통령의 법률안 재의요구권은 모두 61건이 행사되었다. 이 중 20건의 재의결, 재의요건 미비로 인한 법률확정이 5건, 철회 2건, 수정통과 7건, 폐기가 27건(회기 불계속의 인한 폐기 5건, 국회의원 임기만료로 인한 폐기 7건)이다(김승렬, "대통령의 법률안 거부권에 관한 고찰", 법제 2008년 4월호, 11 참조).

Ⅲ. 법률안의 의결

국회는 다양한 국민의 대표로 구성된 국가기관으로서 대화와 토론을 통하여 그 의사를 결정하는 대의기관이다. 법률안이 국회의원과 정부에 의하여 제출된 때에도 국회는 대의기관으로서 제출된 법률안에 대하여 대화와 토론의 과정을 거쳐 그 의사를 결정하는 심의와 의결을 하게 된다.

국회의원이나 정부에서 제출된 법률안은 국회에서 본회의에 상정된 후 소관 상임위원회에 배정된다. 이 경우 본회의가 아닌 상임위원회 제도에 대하여 위헌의 의심이 있을 수 있으나 헌법 제49조는 의결정족수와 의결방법에 대하여 헌법과 법률에 특별한 규정을 둘 수 있도록 하고 있다고 해석되므로 의결방법의 하나로 본회의에 앞서 상임위원회를 둘 수 있다고 보아야 한다. 국회법에는 국회의 회의에는 본회의 외에 상임위원회를 두는 상임위원회 제도를 채택하고 있고 또 상임위원회에서 의안을 폐기할 수 있는 상임위원회 중심주의를 채택하고 있다.[8] 국회의원이나 정부에서 제출된 법률안은 국회에서 본회의에 상정된 후 소관 상임위원회에 배정된다. 하지만 소관 상임위원회 외에 그 안건이 다른 상임위원회의 소관업무와 연관이 경우에는 관련된 상임위원회에 이를 회부하여야 하고, 의장이 특별히 필요하다고 인정한 경우 본회의의 의결을 거쳐 특별위원회에 회부할 수도 있다.[9] 상임위원회에 회부된 법률안은 먼저 제안이유 설명, 대체토론, 소위원회 회부, 표결 등의 과정을 거쳐 상임위원회에서 통과여부가 결정된다. 이 과정에서 수정안이 제출될 수도 있고 폐기될 수도 있다. 상임위원회 자체도 수정안을 제출할 수 있다. 상임위원회에서 통과하지 못하면 법률안은 폐기되어 본회의에 상정되지 않지만, 예외적으로 국회의원 상당수가 본회의에서 심의를 요구하면 본회의에서 다시 심의한다.

그리고 헌법적 적합성과 법령체계상의 모순여부, 법문언의 문제점 등을 심의하기 위하여 법제사법위원회에 이송된다. 법제사법위원회에서 법체계나 문언상 문제점이 있다고 판단되면 역시 법률안은 폐기된다. 그런데 법제사법위원회에서 이러한 모든 법률안에 대하여서 심의권을 가지는 것이 과연 타당한지 여부에 대하여는 의문이 있을 수 있다. 하지만 입헌주의와 법치주의의 원칙상 법제사법위원회에 이러한 권한을 부여하는 것이 반드시 위

8) 하지만 이론상 국회는 다양한 국민의 대표 전체가 모여 다양하고도 심도 있는 대화와 토론을 거치는 본회의에서 의안을 결정하는 것이 이론상 원칙이라고 할 수 있으므로 본회의에서 상임위원회의 의결을 번복할 수 있는 상임위원회 해임제도도 두고 있다.

9) 국회법 제81조, 제82조, 제83조를 참조.

헌이라고는 할 수 없다고 본다. 특히 법제사법위원회에서 부결되더라도 본회의에서 심의할 기회를 보장하고 있는 제도 아래에서는 더욱 위헌의 소지는 적다고 할 수밖에 없다.

국회법은 상임위원회에서 심의가 지연되는 경우 국회의장이 직권으로 본회의에 법률안을 상정할 수 있는 권한을 부여하고 있는데[10] 이 조항의 합헌성이 문제로 된다. 국회는 법리상 합의제 국가기관으로 다양한 국민의 의사를 대화와 토론을 거쳐 국가 혹은 국회의 의사로 결정하는 기관이다. 그럼에도 불구하고 독임제 기관에서 볼 수 있는 수장의 단독적 의사결정을 허용할 것인가 하는 점이 위헌성여부 판단에 있어서 핵심적 문제점이라고 할 수 있다. 국회가 국민의 다양한 대표로 구성되어 대화와 토론에 기초하여 의사를 결정하는 기관이라고 한다면 최종적인 의결기관은 본회의이다. 그 이전의 소위원회 혹은 상임위원회의 결정은 본회의의 심의를 효율적으로 진행시키기 위한 보조적 성격이 강하다고 할 수 있다. 따라서 본회의에서 대화와 토론에 기초한 신중한 심의가 보장되는 한에 있어서는 상임위원회 심의를 생략하였다고 하여 위헌이라고 할 수는 없다. 특히 정당제 의회제도 아래에서 파당적 이해로 말미암아 상임위원회에서 심의가 지나치게 지연될 경우에는 본회의에서 토의하는 것으로 하고 상임위원회 결정을 생략할 수 있다고 하여야 한다. 다만 이 경우에도 만약 상임위원회에서 충분한 대화와 토론의 과정을 거치지 못하였다면 본회의에서 이 과정을 거쳐야만 한다고 해석하여야만 한다. 왜냐하면 대의기관으로서 국회의 본질을 유지하여야 하고, 국민주권주의나 민주주의가 단순한 다수결에 의한 국가의사나 기관의사의 결정이 아니고 현실적 국민의 의사로 존재하는 소수의 의견을 배려하고 존중하는 다수결주의가 우리 헌법이 채택하고 있는 의사결정방법이라는 점에서 그러하다.

본회의에 상정된 법률안은 심의를 거친 후 표결로써 통과여부를 확정한다. 이 과정에서 수정도 가능하고 폐기도 가능하다. 관련 상임위원회나 법제사법위원회에서 부결되어 폐기되었던 법률안도 일정 수의 국회의원의 제의로 본회의에서 다시 심리하여 상임위원회의 결정을 뒤집고 법률안으로 가결할 수도 있다.[11] 이는 이미 수차례 설명한 바와 같이 대의기관으로서의 국회의 특성상 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

국회에서 의결된 법률안이라고 함은 이와 같이 국회에서 심의절차와 의결절차를 거쳐 최종적으로 국회의 법률안으로 확정된 법률안을 말한다. 이 법률안은 헌법 제52조에서

10) 국회법 제85조는 국회의장은 위원회에 회부하는 안건 또는 회부된 안건에 대하여 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 심사기간을 지정할 수 있고, 위원회가 이유 없이 그 기간 내에 심사를 마치지 아니한 때에는 의장은 중간보고를 들은 후 다른 위원회에 회부하거나 바로 본회의에 부의할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

11) 국회법 제87조는 위원회의 결정이 본회의에 보고된 날로부터 폐회 또는 휴회 중의 기간을 제외한 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 그 의안은 본회의에 부의하여야 한다고 규정하고 있다.

말하는 법률안과는 다른 의미의 법률안이다. 제52조의 법률안이란 국회의 심의대상으로 법률안이고 제53조의 법률안은 국회에서 심의가 종료되고 법률로서 효력발생이 예정된 국회의사로 확정된 법률이다.

국회에서 의결된 것으로 송부된 법률안에 대하여 대통령이나 기타 국가기관이 적법하게 의결된 법률안이 아님을 이유로 혹은 의결절차 위반의 법률안으로 무효의 법률안이라고 인정하여 공포하지 않거나 의결된 법률안의 효력을 부인할 수 있느냐 하는 의문점이 있을 수 있다. 권력분립의 원칙상 의결된 법률안인지 아닌지는 국회 자체가 판단할 수밖에 없고, 헌법재판소에 의하여 국회에서 적법하게 의결되었음이 확인되지 않는 한 국회에서 의결된 것으로 처리되었다면 그 의사를 존중하여야만 한다. 물론 국회 내부에서의 의결절차 위배 여부가 권한쟁의심판이나 위헌법률심판에서 다투어질 수는 있다.[12) 13)]

Ⅳ. 법률안의 의결 이후 절차

국회의원이나 정부에서 제출된 법률안은 국회에서 심의를 거쳐 재적의원 과반수의 출석에 출석의원 과반수의 찬성으로 의결할 수 있다. 의결된 법률안은 국회의장이 정부에 즉시 이송한다. 그리고 이송된 후 15일 이내에 대통령이 공포한다. 이송이라 함은 법률안의 내용을 문서로 행정부에 알리는 것을 말한다.

공포라 함은 일반 국민이나 국가기관이 인지할 수 있도록 공중에게 그 내용을 알 수 있는 상태에 두는 것을 말한다. 구체적으로는 법률안의 사본을 일반 공중이 접근가능할 수

12) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2 결정에서 국회의장이 일부 국회의원에게 본회의 개의일시를 통지하지 않음으로써 일부 국회의원들의 법률안의 심의·표결과정에도 참여하지 못하였다면 이는 헌법 제41조 제1항에서 도출되는 국회의원의 심의·표결권 침해로서 권한쟁의심판의 대상이 된다고 하고 또 권한 침해를 인정하였다. 다만 이러한 국회의원의 권한 침해가 있었다고 하더라도 결과적으로 국회 다수의원의 찬성에 의하여 결정된 것이라면 무효는 아니라고 결정하고 있다. 하지만 이러한 결정은 국회가 다수의원들 상호간에 대화와 논의 그리고 토론을 통하여 설득과 타협을 통하여 최선의 결정을 도출하는 대의기관이라는 성격을 무시한 것으로서 납득하기 어려운 결정이라 아니할 수 없다.

13) 특정법률의 입법절차가 헌법 규정이나 헌법의 기본원리에 반한다는 이유로 당해 법률을 위헌으로 결정할 수 있느냐 하는 점에 대하여는 견해의 대립이 있을 수 있다(정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 83-826 참조). 하지만 국회는 기본적으로 국민의 대표로 구성되어 있고 자유위임관계에 있으며 입법형성의 자유를 가진다는 점에서 입법절차에 대하여서도 자율권을 가진다고 보아야 한다. 따라서 원칙적으로 입법절차에 대하여서는 국회의 자율적 판단을 존중하되, 다만 헌법에서 직접 규정하는 절차규정이나 절차에 관한 헌법의 기본원리(적법절차 등)의 핵심적 내용에 명백히 위반한 경우에는 절차위배를 이유로 위헌으로 결정할 수 있다고 해석하여야 한다고 본다.

있는 상태에 제공하는 것으로 관보에 게재하는 것을 의미한다.

15일의 기산점이 문제로 되는데 법률이 국회에서 의결된 시점부터이냐 아니면 대통령에게 도달된 시점부터이냐 하는 점이 다투어질 수 있다. 법률안의 의결여부에 대하여 다투어 질 수 있고 그 시점을 확정하기 어려울 때도 있을 것이므로 일반적인 도달주의 법원칙에 따라 대통령에게 도달된 시점부터 15일이라고 보아야 한다.[14)]

법령의 공포절차에 관하여는 "법령 등 공포에 관한 법률"에서 상세히 규정하고 있다.

Ⅴ. 대통령의 법률안 재의요구권

1. 법률안 재의요구권의 인정이유

입법권은 국회에 속하고 법치주의의 원칙상 국가의 모든 기관과 국민은 국회제정의 법률에 구속된다. 만약 국회가 잘못된 입법을 한다면 국가생활은 엄청난 혼란과 폐해를 경험하게 된다. 법치주의의 원칙상 법률에 구속되는 행정, 사법은 물론 국민의 일상생활까지 피해를 입게 된다. 물론 대의제도의 원칙상 국회가 다양한 국민의 대표로 구성되고 또 대화와 토론을 하여 심사숙고한 결정을 하기 때문에 이러한 위험이 발생할 가능성은 매우 희박하다. 하지만 국회의 구성원인 국회의원이 다음의 선거를 의식하고 국민전체의 이익을 고려하기 보다는 눈앞에 우선 보이는 부분적 이익을 고려하거나 정당의 파당적 이익을 옹호하여 잘못된 결정을 할 수 있는 것도 사실이다.

이러한 경우에 국회 외에 다른 국가기관이 이를 시정할 수 있는 기회를 가지는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 우리 헌법상 이러한 제도로 인정된 것이 대통령의거부권제도와 헌법재판소의 위헌법률심판제도 및 헌법소원심판제도라고 할 수 있다. 그런데 헌법재판소의 위헌법률심사제도나 헌법소원심판제도는 헌법재판이 사법작용이라는 점으로 인하여 법률이 시행된 후에 사후적으로 구제적인 방법으로서만 작용할 뿐 법률이 시행되는 것을 원칙적으로 막을 수는 없다.[15)]

14) 따라서 국회의장은 최대한 신속히 국회에서 의결된 법률안을 정부에 이송하여야 한다.

15) 물론 헌법재판에 있어서 가처분제도를 이용하여 그 시행을 정지시킬 수도 있다고 하겠으나 이 경우에도 가처분이 결정될 때까지는 상당한 기간이 소요되어 사전적 예방제도는 여전히 불충분한 점이 있다고 할 수 있다.

위헌적인 법률안이나 잘못된 법률에 대하여 사전적으로 그 효력을 정지시키는 제도로는 대통령의 거부권행사가 보다 효율적인 제도이다. 국가를 대표하고 국민 전체의 이익을 수호하여야 할 대통령이 잘못된 법률안에 대하여 이의를 제기할 수 있는 기회를 가지는 것은 진정한 국민주권주의의 관철을 위하여 필요하다고 할 수 있다.

정부형태 중 의원내각제는 의회와 정부가 공화의 원칙에 의하여 서로 의사를 소통하여 국민의 의사를 국정운영에 반영하여 노력하므로 행정부의 입장에서 보아 국가에 피해를 주는 잘못된 입법을 할 위험성은 상대적으로 적다. 하지만 대통령제 정부형태는 국회와 정부가 서로 독립되어 철저한 견제와 균형의 원칙에 의하여 국정이 수행되는 것이므로 정부의 의사가 국회에 반영될 제도적 장치가 부족하다. 물론 대통령이 의회에서 그 의사를 발표할 기회가 헌법에 의하여 보장되어 있기는 하지만,[16] 법률안에 대하여 일일이 그 의견을 국회에 출석하여 밝히는 것은 불가능하다. 따라서 대통령제 정부형태에 있어서 일반적으로 대통령에게 법률안거부권을 부여하는 것이 일반적이다.[17]

2. 법률안거부권 행사의 요건과 절차

국회에서 통과한 법률안에 대하여 대통령이 이의가 있으면 재의를 요구할 수 있다. 법률안에 대한 재의요구는 국회의 입법권에 대한 견제권으로서 행정부의 수반인 대통령에게 부여된 권한이다. 국무회의의 심의사항으로 열거되어 있지 않기 때문에 대통령이 단독으로 행사할 수 있다. 다만 국무총리와 관계 국무위원의 부서를 필요로 한다.

거부권의 행사대상은 국회에서 통과한 법률안이다. 우리헌법상 예산은 법률과는 다른 법형식으로 인정되고 있으므로 예산에 대한 거부권행사는 허용되지 않는다.[18] 국회의 국무위원 해임건의나 계엄해제 요구 등에 대하여 거부권 행사는 인정되지 않는다. 물론 국회의 각종 승인이나 동의에 대한 의결에 대하여 다시 재의를 요구하는 것도 허용되지 않는다. 왜냐하면 법률안에 대한 거부권은 헌법이 권력분립의 원칙에 있어서 예외적으로 대통령에게 부여한 권한으로 보아야 하기 때문이다. 그 결과 조약에 대한 동의권 행사에 대

16) 헌법 제81조는 대통령은 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시할 수 있다고 규정하고 있다.

17) 미국헌법 제1조 제7항, 프랑스 헌법 제10조, 브라질 헌법 제62조 등. 중화민국 헌법 제57조는 행정원이 총통의 재가를 거쳐 재의를 요구할 수 있도록 하고 만약 재의결된 경우에는 행정원장이 원안에 따르거나 혹은 사직하여야 한다고 규정하고 있다. 김승렬(주 7)

18) 예산의 법적 성격에 대하여는 여러 설명이 있으나 법률과는 법형식이라는 것이 다수설이다.

하여도 거부권을 행사할 수 없다.

거부권 행사의 사유는 이의가 있는 것으로 충분하다. 국회 본회의를 통과한 법률안의 내용이 위헌이거나 국제법 위반이거나 기타 법적 사유가 없다고 하더라도 예산상 시행이 어렵다거나 국민경제에 피해를 주는 등 경제적 사유 외에 대통령의 통일된 행정방향과 일치하지 않는다는 등 정치적 이유로도 거부권을 행사할 수 있다고 해석된다. 왜냐하면 이의사유에 대한 제한이 헌법 명문상 존재하지 아니하고 법적 사유에 의한 법률의 효력상실이나 정지는 헌법재판을 통하여도 가능한데 구태여 대통령에게 이러한 권한을 인정한 것은 국정의 운영에 있어서 입법부의 전횡이나 독주를 막기 위한 것으로 해석되기 때문이다.

재의를 요구할 수 있는 기한은 법률안을 국회로부터 송부 받은 날로부터 15일 이내이다. 15일의 기한은 법률안이 대통령에게 도착한 날로부터 재의를 요구한 서면이 발송된 날까지 15일 이내이면 충분하다. 다시 말해서 15일 이내에 발송하면 되고 국회도착은 그 이후라도 관계없다. 왜냐하면 헌법 명문상 환부라는 용어를 사용하고 폐회 중에도 환부를 요구하고 있는데 이는 접수를 요구하는 것이 아니고 발송을 하는 것만으로 충분하다고 보아야 하기 때문이다. 환부하는 경우에는 반드시 이의서를 붙여야만 한다. 이의서에는 이의의 이유를 설시하여야 한다. 만약 이의서를 첨부하지 아니하고 환부한 경우에도 기한 내에 이의서를 보완한 경우에는 당연히 적법한 재의요구로서의 효력을 발생한다. 하지만 기한 내에 이의서를 갖추지 못하고 다만 재의요구만 되었다면 이는 요건 흠결로 재의요구로서의 효력을 발생할 수 없다고 보아야 한다.

그런데 국회가 임기가 만료된 경우에는 재의요구가 가능한지 여부에 대하여는 아무런 언급이 없다. 기존 국회가 임기 만료로 폐회되고 새로운 국회가 개회한 경우에는 회기불계속의 원칙에 의하여 계류 중인 기존의 모든 안건은 자동폐기된 것으로 간주된다. 결국 대통령이 재의를 요구하려고 하여도 기존 국회는 소멸되고 새로운 국회는 전혀 새로운 국회로 기존국회와 단절되어 있기 때문에 동일성이 없어 환부할 경우 재의 여부를 새로운 국회가 결정할 수는 없다고 해석하여야 한다. 따라서 이 경우에 대통령은 법률안에 대하여 재의요구를 하여 새로운 국회에 환부하고 새로운 국회는 이를 재의할 수 없어 법률안은 폐기된다고 보아야 한다. 그렇지 아니하고 보류거부라고 하여 대통령이 공포를 거부함으로써 법률로서의 효력을 발생하지 않도록 하는 것은 국회 입법권에 대한 본질적 훼손이어서 허용되지 않는다고 하여야 한다. 국회를 통과한 법률안은 원칙적으로 대통령에 의하여 공포됨으로써 법률로 확정되고 효력을 발생하여야 한다. 다만 국회가 입법권을 남용하였거나 기타 합당한 사유가 있다고 보이는 경우에 대통령은 그 이유를 명시하여 거부를 할 수 있는 것이다. 그럼에도 거부권 행사의 아무런 이유도 제시함이 없이 단순히 공포를

하지 않음으로써 법률로서의 효력을 발생하지 못하도록 하는 것은 국민대표기관이며 입법기관인 국회의 권한을 완전히 무시한 것으로 해석될 수 있다. 국민이나 여론으로부터 거부권 행사의 타당성 여부에 대하여 판단할 근거를 제시하지 않는 것이 되어 대의정치의 원리에 부합하지 않는다고 보아야 한다.

재의의 요구는 법률안의 전부에 대하여 하여야 하며 법률안의 일부에 대하여 할 수 없고 또 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다. 이는 대통령에 의한 사실상 구체적 입법권의 행사라고 보아야 하고, 또 원래의 법률제정의 목적을 왜곡시키고 법률의 전체적 체계적합성을 해할 수 있기 때문이다. 다만 재의를 요구하는 이유서에는 법률에 대하여 일부에 대하여 이의를 한다거나 혹은 어떠한 내용으로 수정하여야 한다는 것을 밝힐 수 있다고 보아야 한다. 근본적으로 우리나라는 정부에도 법률안제안권을 부여하고 있기 때문에 대통령이 공식적으로 법률의 내용결정에 관여할 수 있다는 점을 유념하여야 한다. 그런 측면에서 일부나 수정하여 재의를 요구할 수 없도록 하는 것이 법률안제안권 인정과 논리적으로 정합하는 것인지는 다소 의문이 있을 수 있다.

대통령이 법률안재의를 국회에 요구한 후 다시 이를 철회할 수 있는지에 대하여 의문이 있을 수 있다. 법률안에 대한 재의요구가 국회입법원칙에 있어서 예외적인 조치이므로 원칙에 돌아가 재의를 철회하고 법률안을 공포할 수 있다고 보아야 하고 또 헌법관행상 철회를 인정한 예들이 있으므로 철회를 인정하는 것이 타당하다.[19)]

3. 재의요구권의 효과

재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고 국회의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로 확정된다. 대통령의 재의 요구에 대하여 재의결 여부를 결정하여야 할 시한적 제한은 없다. 따라서 국회는 국회의 자율권에 따라 신속히 재의결할 수도 있고 아니면 보다 신중한 심리를 위하여 상당기간 재의결 여부에 대한 표결을 미룰 수도 있다. 재의결 여부는 상임위원회를 거치지 아니하고 본회의에서 바로 결정한다. 다만 대통령의 재의요구를 헌법에 규정한 입법목적을 충실히 달성하도록 하기 위하여 국회법이나 규칙으로 대통령의 재의 이유에 대한 찬반의 사를 토론할 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

19) 우리 헌정상 철회한 경우가 3건이 있었다.

Ⅵ. 법률의 확정

법률로서 그 내용이 확정되어 더 이상 그 내용의 변경이 불가능하게 된 것을 법률의 확정이라고 한다. 확정된 법률이라고 하더라도 그 효력은 법률자체 혹은 헌법규정에 의하여 일정한 기간이 지나야 발생한다.

법률이 확정된 후 효력을 발생하기 전에 다시 법률의 내용을 국회가 변경할 수 있느냐 하는 점에 대하여 의문이 있을 수 있다. 위헌성의 발견 등 국회의 반성적 판단에 의하여서거나 혹은 상당한 상황변경에 의하여 법률을 다시 수정할 수밖에 없는 경우에는 법률이 시행되기 전이라고 하더라도 국회가 효력발생 전의 법률을 다시 수정할 수 있다고 보아야 한다. 다만 헌법적 사유나 혹은 상당한 상황변경이 없음에도 불구하고 시행되지 않은 법률을 다시 수정하는 것은 극히 삼가는 것이 타당하다. 왜냐하면 다수의 국민대표가 다양한 대화와 토론을 거쳐 숙고한 결과로서 법률안이 확정되고 이것이 다시 대통령의 거부권 행사도 없이 법률로서 확정되었는데, 시행도 되기 전에 다시금 수정한다는 것은 국회나 대통령이 그 직무를 성실히 수행하지 못한 것으로 되고 국민의 법률에 대한 신뢰성을 해하기 때문이다. 특히 단순한 정권의 변경 등을 이유로 아직 시행되지 않은 법률을 다시 수정하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다.[20)]

법률이 확정되는 것은 대통령이 국회를 통과한 법률안을 공포하는 때이다. 하지만 국회로부터 법률안을 송부받은 후 재의요구를 함이 없이 15일이 경과하거나 아니면 국회가 대통령이 재의요구한 법률안을 재의결한 때이다.

Ⅶ. 법률의 공포

국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다. 공포라 함은 국민 일반에게 법률의 내용을 알 수 있도록 공표하는 것을 말한다. 법률의 공포절차에 관하여는 "법령 등 공포에 관한 법률"이 있어 그 구체적 내용을 규정하고 있다. 원칙적인 공포의 구체적 방법은 관보에 게재하여 이를 한다.[21)]

20) 그럼에도 불구하고 대의민주주의 원칙상 법률이 개정되었다면 개정법률 효력자체를 부인할 수는 없다고 본다.

21) 다만, 국회의장이 공포하는 경우에는 서울특별시에서 발간되는 일간신문 2이상에 게재함으로써 한다(법령등공포에관한법률 제11조 제2항).

대통령은 국회에서 대통령의 재의요구에도 불구하고 재의결되어 확정되었거나 혹은 정부에 이송된 지 15일이 재의요구나 공포 없이 경과하여 확정된 법률을 지체없이 공포하여야 한다. 지체없이라는 말은 "최대한 신속하게"라는 의미로 구체적으로는 가장 빨리 발간되는 관보에 게재하는 것을 말한다.

대통령이 공포나 재의를 요구하지 않아 법률이 확정된 후 또는 대통령의 재의요구에도 불구하고 재의결되어 확정된 법률이 정부에 이송된 후 5일 이내에 대통령이 공포하지 아니할 때에는 국회의장이 이를 공포한다. 대통령이 확정된 법률에 대하여 공포를 거부하는 것은 대통령의 헌법상 의무를 게을리 한 것으로 탄핵사유가 된다고 보아야 한다.

'법령 등 공포에 관한 법률'에 의하면 국회의장이 공포한 법률은 대통령이 공포한 법률과는 구별할 수 있는 표지를 하여야 한다고 규정하고 있다. 구별하는 이유에 대하여는 자세히 알 수 없으나 확정되어 공포된 법률은 다 같은 법률이므로 구태여 구별할 이유는 없다고 본다. 특히 구별로 말미암아 법률의 집행에 있어서 차이가 있어서는 아니 된다.

법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생한다. 특별한 규정이라 함은 효력발생일을 법률 스스로 명시한 것을 말한다. 공포 즉시 효력을 발생하거나 혹은 일정한 기간 후에 효력을 발생하도록 그 법률 자체에서 규정할 수 있다.[22] 공포로 즉시 효력발생의 경우에 그 효력발생시점은 법률을 게재한 관보의 발행일을 의미하며 그 효력발생 시점은 관보발행일 새벽 0시로 보고 있다. 하지만 공포라 함은 국민이 법률 내용을 알 수 있도록 하는 것이므로 그 가능성이 비로소 개시되는 관보 최초 구매 가능시점을 공포시점으로 보아야 한다.[23] 따라서 관보발행일이 아니고 발행 다음날 새벽 0시부터 효력을 발생한다고 보아야 한다. 이러한 해석이 '초일 불산입'이라는 법의 일반원칙에도 합치하는 법해석이다. 이 규정으로 인하여 법률이 공포되지 않은 경우에는 법률안이 확정되었다고 하여도 법률로서 효력을 발생하지 않는다고 해석하여야 한다는 것이 판례의 해석이다.[24]

"법령 등 공포에 관한 법률" 제13조의 2는 국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련

22) 大判 1955.6.21. 4288형상95 판결은 법률의 시행일을 당해 법률에 규정하고 있다고 하여도 공포의 지연으로 시행일에 시행되지 못한 경우에는 시행기일에 관한 규정은 공포일의 지연으로 실효되고 일반적인 법률효력발생 원칙규정(현행법 제53조 제7항과 동일한 규정)에 의하여 공포 한 후 20일을 경과한 날을 시행기일로 해석하여야 한다고 설시하고 있다.

23) 大判 1970.7.21. 70누76; 1970.10.23. 70누126 판결은 공포한 날로부터 시행하기로 한 법령 등의 시행일에 관하여는 최초구독가능시설의 입장을 취하고 있다.

24) 大判 1954.9.28. 4287형상61 판결 참조.

되는 법률은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행되도록 한다고 규정하고 있다. 국민생활의 법적 안정성을 보장하고 새로운 법률에 대응할 수 있는 시간적 여유를 주기 위한 것으로 법치주의의 원칙에 따른 규정이라고 할 수 있다. 법률의 효력을 공포일을 소급하여 적용하는 것은 소급입법으로 원칙적으로 금지된다. 다만 재산권을 박탈하거나 참정권을 제한하는 법률이 아닌 경우에는 비례의 원칙에 따라 예외적으로 소급적용이 가능할 수도 있다고 본다(헌법 제13조 제2항). 특히 법률의 적용을 받는 국민에게 이익을 주는 경우에는 많은 법률에서 소급적용을 허용하고 있다.

Ⅷ. 개정의 필요성

대통령에게 법률안 재의요구권 내지 거부권을 인정할 필요가 있는지 여부에 대하여는 논의가 있을 수 있다. 미국에서는 국회의원만이 법률안제출권을 갖고 정부에는 법률안제출권이 없기 때문에 법률안거부권이 중요한 역할을 한다. 하지만 우리 헌법은 정부에 법률안제출권을 부여하고 있는데 이와는 별도로 법률안거부권을 부여하는 것은 입법기관인 국회의 지위를 저하시키고 행정부에 지나치게 많은 권한을 부여하여 권력분립의 취지에 어긋나는 측면이 있다. 따라서 대통령에게 법률안거부권을 부여하지 않아야 한다는 주장이 있다.

우리 헌법사에 있어서는 대통령의 법률안거부권 행사가 국회의 입법권에 대하여 지나치게 간섭하여 헌법현실에서 엄청난 혼란을 초래하고 정쟁을 격화시킨 것은 사실이다. 특히 우리 헌법은 대통령이나 국무위원이 국회에서 그 의견을 진술할 기회가 있으므로 정부의 의사를 입법에 충분히 반영할 수 있는 장치가 마련되어 있다고 할 수 있다. 하지만 권력분립의 원칙과 국민주권을 실질화하기 위하여서는 국회의 지나친 전횡도 견제할 필요가 있다. 특히 국회에서 여당이 소수인 경우에 정부의 의사에 반대하는 많은 입법이 이루어져 집행과정에 있어서 집행불가능이나 관련되는 다른 행정작용과의 충돌 등 여러 가지 부작용을 초래하여 정치적 혼란이나 사실상 국정마비를 야기할 수도 있다. 정부가 집행불가능한 법률 등에 대하여는 법률안제출권을 행사하여 개정 법률안을 낼 수 있지만 기존의 공포된 법률이 확정되기 전에 개정 법률안을 제출한다는 것은 논리적으로 모순되기 때문에 허용되지 않아 집행을 저지할 수 없는 경우가 있을 수 있다.

따라서 결론적으로 현행 헌법의 정부형태가 유지되는 한에 있어서는 대통령의 법률안

재의요구권을 인정할 수밖에 없다고 생각한다. 다만 앞에서 살펴본 대로 정부의 법률안 재의요구권이 유지되는 한 법률안제출권은 삭제하는 것이 행정부와 국회의 권력 균형을 위하여 타당하다고 본다.

IX. 관련문헌

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1994.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.
임종훈·박수철, 입법과정론, 박영사, 2006.

헌법 제54조

정영화

第54條

① 國會는 國家의 豫算案을 審議·확정한다.

② 政府는 會計年度마다 豫算案을 編成하여 會計年度 開始 90日전까지 國會에 제출하고, 國會는 會計年度 開始 30日전까지 이를 議決하여야 한다.

③ 새로운 會計年度가 開始될 때까지 豫算案이 議決되지 못한 때에는 政府는 國會에서 豫算案이 議決될 때까지 다음의 目的을 위한 經費는 前年度 豫算에 準하여 執行할 수 있다.

1. 憲法이나 法律에 의하여 設置된 機關 또는 施設의 유지·운영
2. 法律上 義務의 이행
3. 이미 豫算으로 승인된 事業의 계속



Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 입헌취지

헌법은 국회의 재정에 관한 권한을 기본적으로 담고 있다. 이에 관해서 헌법 제54조 제1항에서 "국회는 국가의 예산안을 심의 확정한다."고 규정하고 있다. 근대재정의 특징은 조세국가이고, 이는 시민혁명을 거치면서 국가가 家産國家로부터 無産國家로 이행했기 때문이다.

근대국가는 재정활동의 주된 재원을 조세에서 구하는 조세국가인 것이다. 조세는 권력적으로 징수되어 개별적인 수익과 대응하지 않는다는 의미에서 무상(無償)의 재원이다. 조세의 징수와 재정지출은 민간의 경제활동과는 이질적인 관계를 형성한다. 자본주의사회는 사유재산제를 전제로서 형식적인 자유와 평등한 구성원 간의 계약관계에 입각하여 화폐이전도 그러한 계약에 의존하는 것을 원칙으로 한다. 조세는 국민의 사유재산을 권력적으로 수탈하는 것을 의미함으로 자본주의원리에 반하는 것이다.

이러한 권력적인 재정활동과 사유재산권과의 모순을 조정하기 위해서 조세의 부과징수에는 사전에 국민의 대표인 국회의 승인을 요건으로 정하고, 조세를 사용하여 행하는 재정지출에 대해서도 국회의 승인을 구한다. 이것을 財政民主主義라고 부른다. 근대국가에서 국민이 대표를 선출하고, 법률에 의한 국가활동을 통제하는 議會民主主義가 채택되었지만, 재정민주주의는 국가활동의 물질적 기초인 재정면에서 통제를 행하는 것으로 의회민주주의의 실현을 보장하는 것이다. 특히 예산과정에서 국회의 역할이 중요한 이슈가 되고 있다.

2. 기본원칙

재정민주주의의 기본원칙은 다음의 4가지이다.[1)]

첫째, 歲入法律·租稅法律의 原則이다. 조세의 부과와 공채의 발행 등 국민에게 부담을 지우는 행위는 국회의 승인이 필요하다.

둘째, 豫算承認의 原則이다. 세입·세출은 예산으로서 국회에 제출하고, 국회의 심의·승인을 받는 것이 필요하다.

셋째, 決算審議·豫算執行監督의 原則이다. 국회는 결산을 심의하고, 정부의 예산집행을 감독한다.

넷째, 下院優越의 原則이다. 국회가 양원제로 구성된 경우에는 하원이 예산심의에 있어서 우선권을 가진다.

이상의 네 가지 원칙 중에서 가장 중요한 원칙은 재정활동의 권력적 측면에 관련된 제1원칙이다. 역사적으로도 영국과 프랑스에서 시민혁명의 발발이 국왕에 의한 위법한 조세징수가 중요한 계기가 되었던 것으로 시민혁명이후에 근대헌법으로서 영국의 權利章典

1) 片桐正俊 編著,「財政學」(轉換期 日本財政)(第2版), 東洋經濟新聞社, 2007, 113.

(1689)과 프랑스의 人權宣言(1789)에는 제1원칙이 포함되었다. 근대적 예산제도가 일찍 완성된 영국에서도 제2원칙과 제3원칙이 확립된 것은 19세기 중반이었다.

Ⅱ. 연 혁

우리나라 헌법의 재정조항은 일본국의 明治憲法의 재정헌법을 수용하였다. 제헌헌법은 당시 일본국의 財政憲法의 조항과 매우 유사하게 규정하였다. 明治憲法 하에서 예산제도는 天皇의 大權에 기하여 정부의 행정권에 대해 의회의 통제권이 크게 제약을 받았다.

그러나 전후 日本國 憲法(第7章 財政)을 중심으로 재정민주주의를 보장하는 재정법규를 다수 포함되었다. 헌법 제83조에서는 "국가의 재정을 처리하는 권한은 의회의 의결에 기하여 그것을 행사하지 않으면 안 된다."고 재정민주주의원칙을 천명했다.

제헌헌법에서는 재정헌법에 관하여 독립된 장(제7장)으로 편성하였다. 즉, 조세법률주의(제90조), 예산편성 및 심의의결(제91조), 국채 및 국가부담계약(제92조), 예비비(제93조), 가예산(제94조), 결산심사권(제95조)으로 구성되었다. 이러한 재정헌법의 장은 1960년 헌법전에서도 존치되었다.[2)]

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

예산을 둘러싼 의회의 역할에 대해서 두 가지 입장으로 대별되고 있다. 하나는 재정총량지표를 제한함으로써 재정규율을 확립하는 요구이고, 다른 하나는 세입 및 세출정책에 관해서 의회의 역할을 확대하는 노력이다. 이러한 두 가지 경향이 보완적 관계 혹은 모순적 관계에 따라서 의회의 예산역할이 달라진다. 첫째, 의회가 재정규율을 강화하면서 예산총액에 대해 책임을 지는 경우가 있다. 둘째, 의회가 정부예산안에 대해서 세입을 삭감하고 세출을 확대하는 예산수정을 통해서 재정규율을 약화시키는 경우도 있다. 실제 예산제도를 검토하면, 의회가 세입 및 세출수단에 대한 검토만이 아니라 예산총액에 대해서도

2) 1960년 헌법에서는 재정헌법을 제10장으로 존치하면서, 다만 이전의 가예산제도에서 준예산제도로 명칭만 변경하는 차이가 유일한 변화이었다.

표결을 시행하고 있다. 이와 같이 정부와 의회가 사전에 정해진 예산총액 범위 안에서 예산과정의 결정이 강화하는 경향이 우세하게 나타난다.[3)]

한편, 의회의 예산에 대한 역할은 정부의 그것과 대등하게 되어서 상호 협조 또는 경쟁의 관계로 나가게 될 것이다. 일면으로 예산에 대한 의회의 책임이 증대하여 재정정책에 있어 의회의 독립성이 강화될 것이고, 다른 일면으로는 의회가 행정부의 협력자로서 행동할 경우도 있다. 대체로 대통령제 하에서는 의회가 행정부를 견제하는 관계가 우세하고, 내각제 하에서 의회와 행정부의 공화관계로 협력관계가 강화될 것이다.

그러나 의회주의(legislative activism)는 재정규율에서 탈피하여 세출을 증대하고 세입을 감소함으로써 만성적 재정적자를 발생시키고 정부지출비중을 누진적으로 증대시키는 예산을 지향한다. 과거 예산운용의 경험에서 의회주의자들이 유권자의 대리인으로서 세금을 감축하고 세출을 증대하는 정치적 성향을 억제하기 어렵기 때문에 예산권한을 행정부로 이전해야 한다는 견해가 지배적인 입장이었다. 이러한 이유로 대다수 헌법은 행정부에 대하여 예산편성권을 부여하는 경향을 반영하고 있다.

예산에 대한 행정부와 의회의 관계를 보면, 행정부의 예산편성과 의회의 지출승인으로써 기본적인 구조를 이루고 있다. 역사적으로 영국은 1215년 마그나 카르타에서 행정부와 의회간의 대립을 보였다. 당시 존(John) 왕은 영주들의 동의 없이는 과세하지 않겠다고 공언하였다. 그 후 상당기간 동안 왕과 의회의 갈등이 심화되었다. 왕의 수입과 조세는 구별되지 않았고, 의회소집의 권한을 갖고서 재정상 위기에는 의회에 대하여 재정확대를 요구했다. 그래서 의회는 왕의 재정행위에 대한 승인을 대가로 왕의 특권을 제한하게 되었다. 예로서 왕궁회계와 공공회계를 분리하고, 또 재정은 반드시 허용된 목적에만 사용하도록 제한했다.

제헌헌법에서는 "국회는 예산안을 심의·확정한다."고 규정했는데, 1962년 12월 26일 제5차 개정헌법 제50조에서는 "국회는 예산안을 심의·확정한다."라고 개정한 후 현재에 이르고 있다.

3) 신해룡, 예산정책론, 세명서관, 1995, 197 참조.

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

1. 예산심의권과 입법권의 관계

헌법 제40조의 입법권과 별도로 제54조에서 국회의 예산심의권을 규정하고 있다. 법률과 예산의 형식을 구별하고 있다는 점이다. 법률과 달리 예산은 일년예산주의, 총계예산주의, 단일예산주의 및 영구세주의를 채택하고 있다. 특히 예산과 법률은 국회의 의결로 성립되는 점에서 동일하지만, 양자의 형식을 달리한다는 점에서 다음과 같은 차이를 나타낸다.[4)]

가. 형식의 차이

주요 선진국과 같이 예산법률주의를 채택하지 않고, 예산을 법률과 다른 형식으로 정하고 있다는 점에서 국민과 국가기관에 대하여 미치는 구속력이 다르다. 따라서 예산을 법률로 규정하지 않고, 법률과 별개의 국법형식인 예산의 형식을 채택하고 있다. 주요선진국과 같이 예산이 법률의 형식에 의하여 성립하는 예산법률주의를 채택할 경우에는 헌법개정이 요구된다.

나. 절차의 차이

예산은 정부만 편성제출권을 갖는 반면에, 법률은 정부와 국회 양자가 제출권을 보유하는 점에서 차이가 있다. 국회의 예산안에 대한 심의권은 정부의 예산안의 범위 내에서 제한을 받기 때문에 정부의 동의 없이는 국회가 예산증액하거나 또는 새로운 비목설치가 금지된다. 또한 법률은 공포가 효력발생의 요건이지만, 예산안은 관보에 공고하여야 하지만 효력발생요건이 아니다(제53조). 국회는 예산심의를 거부하지 못하고, 대통령도 법률안 거부권 행사와 같이 국회가 의결한 예산안에 대하여 거부권을 행사하지 못한다는 점에서 차이가 있다.

4) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2007, 1187.

다. 효력의 차이

첫째, 정부가 예산제출권을 갖고 국회는 제출권을 갖지 않는다. 법률은 국회와 정부가 제출권을 가진다.

둘째, 국회는 정부가 제출한 예산의 범위 내에서 삭감할 수 있지만, 예산의 각 항목의 금액을 정부의 동의 없이는 증가하거나 새로운 비목을 설치할 수 없다. 그러나 정부가 제출한 법률안에 대해서는 정부의 동의 없이 국회가 수정·증보할 수 있다.

셋째, 법률의 효력발생요건은 공포이다. 그러나 예산의 효력발생은 국회의 의결에 의하고, 관보에 공고는 효력발생과는 무관하다.

요컨대 예산은 일 회계연도에만 국회 의결권의 효력이 유지되는 반면에, 법률은 개폐되지 않는 한 영속적인 효력을 가진다. 또 예산은 국가기관만을 구속할 뿐이고, 법률과 같이 일반 국민에 대하여 구속력을 갖지 않는다. 그리고 예산은 국회의 의결로 성립하고 국회의 의결은 정부의 재정행위를 구속하지만, 정부의 세입세출의 권한과 의무는 별도의 법률로 규정하게 된다.

2. 예산과 법률의 상호관계

예산과 법률이 국회의 의결을 통해서 효력을 발생하는 점에서 동일하다. 제40조는 입법권을 국회에 귀속시키고 예산편성권은 행정부에 전유시키는 점에서 구별된다. 이와 달리, 제54조는 국회에 예산심의·확정권을 부여하여 법률과 예산 모두가 별개의 행위형식으로 규정하고 있다. 예산과 법률의 형식이 동일하면, 양자의 불일치 문제가 발생하기 쉽지 않지만, 현행 헌법상 예산의 형식이 법률과 구별되기 때문에 양자의 불일치에 따른 관계가 문제된다. 즉, 예산과 법률은 그 형식과 절차 및 효력에서의 차이 때문에 예산과 법률 상호간의 변경이나 구속 등에 대하여 다음과 같이 검토할 수 있다.[5)]

가. 예산과 법률 상호간의 변경관계

예산과 법률은 상이한 별개의 형식을 취하기 때문에 양자는 형식적 및 실질적으로 그 성질과 효력이 다르다. 법률이 예산을 변경할 수 없을 뿐만 아니라 예산도 법률을 변경시킬 수 없다는 점이다.

5) 김철수(주 4), 1187.

나. 예산과 법률 상호간의 구속관계

세출예산은 비록 예산으로 성립되어 있어도 세출에 대하여 근거법률이 부재한 경우에는 지출을 할 수 없다. 또한 실제적인 문제로서 세출에 관한 근거법률이 존재하더라도 그 실행에 필요한 예산이 확보되지 않으면 정부는 지출할 수 없다. 그리고 국회가 예산을 필요로 하는 법률을 성립시켜 둔 경우는 국회의 예산심의권은 법률에 의하여 제한을 받는다.

첫째, 세출예산이 비록 예산으로서 성립되었더라도 그 지출을 인정하는 법률이 부재하는 경우에 지출하기 어렵다.

둘째, 어느 법률에 의해서 경비의 지출을 인정해도 실제 소요되는 예산이 부재하면 재정지출이 불가능하다.

셋째, 국회가 예산을 필요로 하는 법률을 성립시켜 두었더라도 국회의 예산심의권은 법률에 의한 제한을 받는다.

결국 예산과 법률의 형식이 구별되어서 성립과 대상이 상이하기 때문에 양자의 성질과 효력이 다르다. 따라서 예산에 의해서 법률을 변경하거나 혹은 법률에 의해서 예산을 변경할 수 없다.

다. 예산과 법률의 불일치문제

재정지출을 의무화하고 있는 법률이 성립되어도 예산이 성립하지 않으면 법률집행이 불가능하다. 한편, 예산이 성립되었더라도 그 집행을 명하는 법률이 불성립한 경우에는 예산의 실행이 불가능하다. 이와 같이 예산 및 법률의 성립과 집행에 있어서 불일치한 경우에 정부와 국회는 양자가 상호 일치되게끔 노력해야 한다.

이와 같이 양자의 불일치는 형식이 상이해서 그 제출권의 소재, 제출시기와 성립시기, 심의절차 등에 있어서 차이가 있기 때문이다. 특히 우리나라는 예산과 법률 양자의 성립형식이 법률이 아닌 예산형식의 차이뿐만 아니라 대통령제를 채택하기 때문에 양자의 불일치 문제를 해소하기 곤란한 특성이 존재한다. 결국 이러한 양자의 불일치 문제를 해결하기 위해서는 여야 간의 정치적 타협의 관행도 중요할 뿐만 아니라 양자의 성립방식을 법률의 형식으로 일치시킬 필요성이 크게 요구된다는 점이다. 즉, 예산은 1회계연도에만 효력을 가지며, 국가기관을 구속하게 된다. 그러나 법률의 효력은 그 개정과 폐지되지 않는 한 계속 유효하고, 국가기관이나 국민 모두에게 적용된다. 현재 법률과 예산의 불일치를 예방하기 위한 예비적 방안으로 다음과 같은 입법조정방안이 마련되고 있다.

첫째, 국회법은「정부가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 제출하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서와 이에 상응하는 재원

조달방안에 관한 자료를 의안에 첨부하여 한다.」 또는 「의원 또는 위원회가 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 의안을 발의 또는 제안하는 경우에는 그 의안의 시행에 수반될 것으로 예상되는 비용에 대한 추계서를 아울러 제출하여야 한다.」(국회법 제79조의2)거나 또는 기획재정부 소관에 속하는 법률안과 상당한 규모의 예산 또는 기금상의 조치를 수반하는 법률안을 심사하는 소관위원회는 미리 예산결산특별위원회의 협의를 거쳐야 한다(국회법 제83조의2).

둘째, 의원입법에 의한 예산과 법률의 불일치를 해소하는데 영국과 같이 예산수반의 의원입법을 금지하거나 그러한 법률안을 전부에 전속시키는 방안이 바람직하지만, 우리 법제상으로 불가능하기 때문에 미국과 같이 예산을 수반하는 입법은 정부와 세출위원회 간에서 조정하는 것이 현실적인 방안이다. 그러한 예산과 법률의 불일치가 발생하는 경우에 사후조치로서는 정부는 추가경정예산안을 편성 또는 예비비 지출을 고려하거나 예산의 항목간의 전용 등으로 해결하는 것이 실제인 것이다. 이것도 여의치 않는 경우에는 해당 법률의 시행을 지연하거나 보류하는 방안도 고려할 수 있다.

Ⅴ. 예산의 내용

1. 예산의 의의

헌법 제54조 제1항에서 국회는 국가의 예산안을 심의 확정한다고 규정한다. 예산은 형식적인 의미와 실질적 의미로 구분된다. 형식적인 예산이란 1회계연도에 있어서 국가의 세입세출에 관한 예정적 계산으로서 법형식을 의미한다.[6] 또한 실질적 예산이란 1회계연도에서 국가의 재정행위의 준칙이다.[7] 어떤 정치제도를 가지고 있는 나라든지 예산 없이는 정부의 기능을 수행하기 어렵다. 특히 민주주의국가에서는 행정부를 감독 및 견제하기 위해서 의회가 행정부에 대하여 재정권을 부여하는 예산의 통제기능이 강조되었다. 우리나라는 자유민주주주의 헌법질서를 운영하기 때문에 입법부와 행정부간의 상호관계를 반영하는 예산제도를 가지고 있다. 다만, 그것이 형식적인 내용인가 혹은 실질적인 내용을

6) 강신택, "예산제도", 한국 재정 40년사 제7권, 한국개발연구원, 1991, 288 참조.

7) 김철수(주 4), 997.

반영하는가는 별도의 문제이다. 예산을 '정부의 기능을 수행하기 위한 사업계획과 재정적 수지를 조정하는 계획'이라고 정의할 수 있다. 이러한 입장에서의 예산은 정부의 장기적·종합적 계획 아래에서 도출되는 각종 사업계획과 재정정책의 고려에서 추정하는 세입세출을 연계시키는 결정작성에 관한 제도이다. 예산은 우선 정부가 그 재정적 한계를 준수하려는 장치가 마련되어 있다. 즉, 입헌국가의 예산은 의회민주주의 전통적 이념을 반영하는 소극적 정부관에 입각하여 행정부에 대한 입법부의 우위를 보장함으로써 행정권의 자의적 행사를 견제하는 동시에 재정적 한계를 준수하려는 다양한 원칙을 제도화하고 있다. 이러한 입장에서는 예산내용을 품목별분류를 토대로 하는 행정부에 대한 통제위주의 예산제도가 근간을 이루는 것이다.[8)]

2. 예산의 원칙

예산일년주의(회계연도독립의 원칙)는 헌법상의 예산단일연도주의와의 관계를 명확히 할 필요가 있다. 예컨대 연말에 무리한 예산집행을 행하는 행위는 국회의 의결권 확보에 의한 재정통제를 목적으로 하는 예산일년주의의 폐해가 아니라, 회계연도독립주의에 반하는 것으로 볼 수 있는 행위이다.[9)]

가. 예산일년주의

예산일년주의는 국회의 예산에 대한 의결이 매년 행해지지 않으면 안 된다는 원칙이다. 헌법 제54조 제2항에서 "정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회개연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다."고 규정한다. 예산일년주의는 그 제54조에서 유래한 매 회계연도마다 그의 예산편성의무로서 이해하는 것이다. 그런데 이러한 "회계연도마다 예산"은 1년 단위의 회계연도만을 의미하는가 혹은 복수연도를 단위로 하는 예산을 허용하는지를 검토할 필요가 있다.

실제 국회는 1년에 한 번 개최되는 본회의에서 정부가 제출한 예산안을 심의하여 의결하고 있다. 또한 정부는 국회 및 국민에 대하여 정기적으로 적어도 매년 1회 정도 국가의 재정상황에 대하여 보고해야만 할 것이기 때문이다. 헌법상 결산과는 별도로 국가의 재정

8) 강신택(주 4), 288.

9) 稻生信男 外,「財政の適正管理と政策實現」(財政法講座2), 日本財政法學會, 勁草書房, 2005, 2-3 참조.

상황에 대한 보고에 관하여 국회의 예산에 대한 매년 의결을 전제로 하는 심의를 보다 충실하게 하기 위해서는 정부에 대한 재정 전반의 상황에 대하여 정보제공을 촉구할 수 있다. 이상으로 헌법상으로 1년을 회계연도로 봄에 있어서 학설의 이론은 없다고 본다.

그러나 일본의 학설에는 헌법상 회계연도가 명시하지 않고 있다는 점과 복수년도에 걸친 회계연도를 설정하여 복수년도예산을 편성할 수 있다고 주장하는 입장도 있다. 매 회계연도의 예산이란 2년 이상의 복수연도를 국회의 의결단위로 하는 예산제도는 헌법상 재정의결주의 원칙에도 부합하지 않는다.

나. 회계연도독립주의

회계연도란 국가의 수입 또는 지출을 관리하고, 정리하기 위하여 일정한 기간으로 구분하기 위해서 필요한 기간을 말한다. 세입과 세출이란 1회계연도에 있어서 일체의 수입 또는 지출을 의미한다. 국가재정법 제2조에서 "국가의 회계연도는 매년 1월 1일에 시작하여 12월 31일에 종료한다."고 규정하고 있다. 회계연도를 정하는 방법은 국회의 예산심의의 편의, 계약과 공사시공 등의 예산집행상의 이해득실, 지불자금의 수요조정 등의 관점에서 논의하여 행하게 된다.[10)]

회계연도독립원칙이란 각 회계연도의 세출은 당해 연도의 세입으로 지불하는 것으로서 특정 연도에 있어서 수입과 지출은 다른 연도의 그것과 구분하는 것을 원칙으로 한다. 건전재정의 요청에 기하여 당해 연도의 세입세출의 대응 및 상이한 연도간의 수지의 혼동을 금지하는 두 가지 요소를 포괄적으로 표현하고 있다. 국가재정법은 제3조에서 “각 회계연도의 경비는 그 연도의 세입 또는 수입으로 충당하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이러한 재정법의 규정은 형식적인 수지의 균형과 적자예산의 금지를 구하는 것이라고 본다. 따라서 건전재정의 확보와 수지균형을 위해서는 개개의 수지와 지출의 귀속 가능한 회계연도를 명확하게 정하여서 엄격히 준수하는 것이 필요하기 때문에 회계연도독립원칙이 요구된다고 해석된다.

예산일년주의와 달리, 회계연도독립원칙은 기본적으로 법률의 수준에서 채용되는 원칙이다. 이 원칙의 실질적인 이유로서, 세출총액은 당해 연도의 납세자의 조세부담능력에 의거하는 것이므로 지출부담행위의 총액이 당해 연도의 세입에 의존한다는 것을 고려한

10) 일본헌법의 회계연도에 관한 변천은 다음과 같다. 명치 초기에는 1월 1일에서 12월 31일까지, 10월 1일부터 9월 30일까지, 7월 1일부터 6월 30일까지로 변경되었지만, 명치 19년부터 현재까지는 4월 1일부터 3월 31일까지로 일정하게 유지되고 있다.

다. 후자의 실질적 이유로는 동일 연도의 세입만이 세출에 충당되고, 연도간의 융통과 혼동을 금지하는 것이 회계독립원칙의 취지에 포함된다고 본다.

회계연도를 마련하는 취지는 1년간의 세입세출의 상황을 명확히 하고, 재정건전성을 확보하기 위한 것이다. 국가의 경제활동을 1년의 기간을 두고서 결정하는 이상, 당해 기간에 발생하는 수입과 지출 모두 그 기간에 완결·정리하고, 다른 연도에 영향을 미치지 않는 것이 본래의 관건이다.[11] 따라서 회계연도독립원칙에 대하여 당해 연도에 사용하는 물품을 구입하고, 대금의 결제를 다음 연도의 세입으로 지출하는 것, 연도말에 예산사용 후에 남은 잔액으로 불필요한 물품을 구입하거나 또는 다음 연도 이후의 사용에 제공하는 경우에, 이들은 회계독립원칙에 위반하는 것이다.

3. 예산의 형식과 법적 성질

가. 예산의 형식과 법규범의 관계

예산을 법률의 형식으로 구성하느냐 혹은 법률과 별개의 형식으로 할 것인가에 관하여 입법례가 상이하다. 영국·미국·독일·프랑스 등 많은 국가들이 예산을 법률의 형식으로 정하는 반면에, 우리나라의 경우는 예산을 법률과는 다른 특수한 형식으로 하는 일본·스위스의 예를 따르고 있다. 헌법은 입법권(제40조)과 달리 예산심의확정권(제54조)의 형식을 구분하고 있다. 사실 일본의 명치헌법 이래로 "예산은 일회계연도에 있어서 국가의 재정행위의 준칙으로서 세입세출의 예정준칙을 내용으로 하고, 국회의결을 통해서 성립되는 국법의 한 형식이다."는 견해가 견지되었다. 그것은 단순한 세입세출의 견적표가 아니라, 정부의 행위를 규율하는 법규범이다. 예산은 실질적으로 법규범성을 갖지만, 일회계연도 안에서의 국가기관의 재정행위를 규율한다는 특수한 성격을 갖는 것이므로 '예산'이라는 독자의 형식이 부여된다. 따라서 예산은 법률과는 별개로 국법의 한 형식이라고 한다.[12] 또한 예산의 법적 특질을 조직법규, 혹은 회계조직계통의 조직법규라고 한다. 이러한 논의는 예산은 국가의 내부법으로서 국가기관의 재정지출행위를 구속하기 때문에 법규범성을 갖는 것으로 구성한다. 이러한 견해는 국가의 내부 또는 국가기관 상호간에 관계에 대해서 예산은 법형식적으로는 법률과는 구별하지 않을 수 없으므로 전통적

11) 河野一之,「新版 豫算制度」, 學陽書房(東京), 2001, 20.

12) 清宮四郎,「新憲法と財政」, 國立書院, 1948, 29-32.

인 법규개념을 차용하는 것이다. 부연하면, 예산의 구속력은 주로 세출예산이 있는 경우이지만, 그 금액에 대한 구속력은 국가기관에 대하여 그 전액을 지출하지 않으면 안 된다고 명령하는 것이 아니라, 지출액의 최대한을 표시하는 것에 그친다. 그것은 기능면에 있어서 지출금액을 지출하는 권능을 정부기관에 부여하는 것을 의미한다. 따라서 세출예산이 그 지출목적 및 금액에 있어서 정부 기타 국가기관을 구속하는 것이 명확하고, 그것에 위반하면 위법지출 또는 정부와 담당기관의 책임이 발생한다.

근래 예산이 재정행위를 구속하는 것에 대한 의미를 명확히 하려는 논의가 제기되고 있다. 즉, 예산은 국회에 의한 재정관리권 행사의 사전수단이라는 전제하에서, 세입과 세출이 동일하게 정부 및 각 행정청이 구속되는 당위로서의 법규범이다. 따라서 행정부 등이 그것에 표시된 금액에 따라서 활동하는 의무를 지고, 그의 증감을 할 수 없다. 그것을 크게 일탈하는 것은 국회의 재정권을 침해하여서 위법이다. 이에 대해서 예산의 본질에 영향을 미치는 정도가 소폭이라면 허용될 수 있다.[13] 이러한 견해는 세출예산 구속의 유연성을 시사하는 점에서 중요한 의의를 갖는다. 이상과 같이 예산의 형식과 법규범의 관계에 대한 논의는 아래의 예산의 법적 성질을 어떻게 보는가에 대해서 중요한 시사점을 내포한다.

나. 예산의 법적 성질

예산이 법률의 형식으로 정하는가 혹은 법률과는 다른 형식으로 정하는가에 따라서 각국의 입법례가 상이하다. 영국·프랑스·독일 등 다수국가는 예산을 법률 형식을 채택하는 입법례이다. 우리나라의 예산은 법률과는 구별되는 형식으로서 일본·스위스와 같은 소수국가의 입법례를 채택한다. 실제 헌법의 입법권은 제40조에서 규정하고 있지만, 예산심의·확정권은 제54조에서 별도 형식으로 규정하고 있다. 이와 같이 예산을 법률과 구별되는 형식을 채택하는 경우에 예산의 법적 성질에 관하여 학설의 대립하고 있다.

(1) 학설

(가) 예산행정설

예산은 행정청에 대한 국가대표자의 훈령으로 보는 견해이다. 예산의 구속력은 국회의 결을 거친 후에 국가원수가 재가·공포하는 때에 발생한다고 본다. 이는 일본국의 명치헌법에서 비롯된 입장으로서 예산의 법적 성격을 부정한다.

13) 甲斐素直,「財政法規と憲法原理」, 八千代出版社, 1996, 95.

(나) 승인설

예산의 법적 성질을 부인하여 국회가 정부에 대하여 1년간 재정계획을 승인하는 의사표시로 이해하고, 또는 행정부가 국회에 예산안을 제출하는 것은 행정행위로서 국회에 대한 의사표시로 본다. 국회의 예산승인은 정부의 재정행위에 대한 사전승인에 의하여 정부의 재정지출에 대한 책임을 해제하는 의미로 해석한다. 이는 정부의 예산지출에 따른 결산에 대한 국회심사의 구속력을 약화시킬 수 있다.

(다) 법형식설

이는 예산을 법률과 병립하는 국법의 한 형식으로 본다. 예산은 세입·세출의 예정준칙을 내용으로 하고 국회의결에 의해서 정립되는 국법의 형식이라고 한다.[14] 예산은 단순한 세입·세출의 견적표가 아니라 정부의 재정행위를 규율하는 법규범으로 보아서 정부에 대한 예산의 구속성을 강화한다.[15] 따라서 예산은 국회의 의결이 없으면 성립하지 않는다. 이는 재정민주주의 관점에서 법형식이라고 고찰할 수 있지만, 몇 가지 점에서 법률과 상이하다. 즉, 예산과 법률의 불일치가 발생하는 경우에 행정부의 재정지출에 대한 감독이 보다 엄격하게 된다.[16]

(라) 예산법률설

국회의 입법권과 예산심의권의 이론적 논거는 국민의 대표기관으로서 재정과 입법에 대한 국회의 전속권한에서 기인한다고 본다. 국회가 의결한 예산의 효력이 1년에 한정되어 법률과 같은 영속성을 갖지 못할지라도 법률은 일몰법 및 한시법도 있으므로 적용기간이 문제되지 않을 뿐만 아니라 법규력을 가지는 규범이라고 본다.

이는 예산과 법률 간의 모순의 발생을 배제시키고, 또한 국회의 예산수정권의 한계문제가 발생하지 않는다는 점에서 중요한 의의가 있다. 한편, 행정부의 예산지출에 관해서 반드시 법률에 근거하기 때문에 지출후의 책임문제도 법형식설의 경우에 비해서 덜 엄격하다는 특징도 있다.

14) 김철수(주 4), 1186; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 790; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 734.

15) 김철수(주 4), 1186.

16) 野中俊彦·中村睦男·高橋和之·高見勝利, 전게서, 332.

(2) 소결

예산의 법적 성질에 관한 학설로서 훈령설과 승인설은 국회에 의한 재정의결주의를 배제하는 까닭으로 현대 입헌주의헌법에는 타당하지 않다. 다만, 현행 헌법의 예산에 관한 해석은 헌법적 관례로서 법률과 구별된 법형식을 채택하고 있다. 재정민주주의를 실현하기 위해서는 예산을 법률로서 규정하는 선진국의 입법례를 도입하는 방안을 고려해야 할 것이다. 이를 위해서는 헌법개정이 요구된다.

4. 예산의 성립

가. 예산안의 제출

정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출해야 한다(제54조 제2항). 예산안의 제출은 정부의 권한에 속하는 것이다. 즉, 각 중앙관서의 장은 매년 1월 31일까지 당해 회계연도부터 5회계연도 이상의 기간 동안의 신규사업 및 기획재정부장관이 정하는 주요 계속사업에 대한 중기사업계획서를 제출하여야 한다(국가재정법 제28조). 기획재정부장관은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻은 다음 연도의 예산안편성지침을 매년 4월 30일까지 각 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다(국가재정법 제29조 제1항, 헌법 제89조 제4호). 기획재정부장관은 국가재정법 제7조의 규정에 따른 국가재정운용계획과 예산편성을 연계하기 위하여 제1항의 규정에 따른 예산안편성지침에 중앙관서별 지출한도를 포함하여 통보할 수 있다(국가재정법 제29조 제2항). 부연하면, 각 중앙관서의 장은 국가재정법 제29조에 따른 예산안편성지침에 따라 그 소관에 속하는 다음 연도의 세입세출예산·계속비·명시이월비 및 국고채무부담행위 요구서(이하 "예산요구서"라 한다)를 작성하여 매년 6월 30일까지 기획재정부장관에게 제출하여야 한다(국가재정법 제31조 제1항). 그러한 예산요구서에는 대통령령이 정하는 바에 따라 예산의 편성 및 예산관리기법의 적용에 필요한 서류를 첨부하여야 한다(국가재정법 제31조 제2항). 기획재정부장관은 국가재정법 제31조 제1항의 규정에 따라 제출된 예산요구서가 제29조의 규정에 따른 예산안편성지침에 부합하지 아니하는 때에는 기한을 정하여 이를 수정 또는 보완하도록 요구할 수 있다(국가재정법 제31조 제3항).

이상으로 정부는 국가재정법 제32조의 규정에 따라 대통령의 승인을 얻은 예산안을 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하여야 한다(국가재정법 제32조). 즉, 기획재정부장관은 국가재정법 제29조 제1항의 규정에 따라 각 중앙관서의 장에게 통보한 예산안편성지침을 국회예산결산특별위원회에 보고하여야 한다(국가재정법 제30조).

나. 예산안의 심의

정부가 국회에 제출한 예산안은 소관상임위원회에 회부하여 예비심사를 하고 그 결과를 의장에게 보고하여야 한다. 이 경우에 예산안에 대해서 본회의에서 정부의 시정연설을 듣는다. 의장은 예산안과 그 보고서를 첨부하여 이를 예산결산위원회에 회부하고 그 심사가 종료한 후에 본회의에 부의한다(국회법 제84조). 물론 국회에 제출하는 예산안에는 다음의 서류를 첨부하여야 한다. ① 세입세출예산 총계표 및 순계표, ② 세입세출예산 사업별설명서, ③ 계속비에 관한 전년도말까지의 지출액 또는 지출추정액, 당해 연도 이후의 지출예정액과 사업전체의 계획 및 그 진행상황에 관한 명세서, ④ 국고채무부담행위설명서 ⑤ 국고채무부담행위로서 다음 연도 이후에 걸치는 것에 있어서는 전년도말까지의 지출액 또는 지출추정액과 당해 연도 이후의 지출예정액에 관한 명세서, ⑥ 예산정원표와 예산안편성기준단가, ⑦ 국유재산의 전전년도말에 있어서의 현재액과 전년도말과 당해 연도말에 있어서의 현재액 추정에 관한 명세서, ⑧ 국가재정법 제8조 제2항의 규정에 따른 성과계획서, ⑨ 성인지 예산서, ⑩ 조세지출예산서, ⑪ 국가재정법 제40조 제2항 및 제41조의 규정에 따라 독립기관의 세출예산요구액을 감액하거나 감사원의 세출예산요구액을 감액한 때에는 그 규모 및 이유와 감액에 대한 당해 기관의 장의 의견, ⑫국가재정법 제91조의 규정에 따른 국가채무관리계획, ⑬ 회계와 기금간 또는 회계 상호간 여유재원의 전입·전출 명세서 그밖에 재정의 상황과 예산안의 내용을 명백히 할 수 있는 서류이다.

의장은 예산안을 예산결산특별위원회에 회부하고, 예산결산특별위원회는 소관상임위원회의 예비심사 내용을 존중한다. 소관상임위원회에서 삭감한 세출예산 각 항의 금액을 증가하거나 새 비용을 설치할 경우에는 소관상임위원회와 협의하여야 한다(국회법 제84조). 예산결산위원회는 예산안에 대하여 공청회를 개최하여야 하고, 다만 추가경정예산안의 경우에는 위원회 의결로 이를 생략할 수 있다(국회법 제84조의3).

한편, 정부는 독립기관의 예산을 편성함에 있어 당해 독립기관의 장의 의견을 최대한 존중하여야 하며, 국가재정상황 등에 따라 조정이 필요한 때에는 당해 독립기관의 장과 미리 협의하여야 한다(국가재정법 제40조 제1항). 또한 정부는 제1항의 규정에 따른 협의에도 불구하고 독립기관의 세출예산요구액을 감액하고자 할 때에는 국무회의에서 당해 독립기관의 장의 의견을 구하여야 하며, 정부가 독립기관의 세출예산요구액을 감액한 때에는 그 규모 및 이유, 감액에 대한 독립기관의 장의 의견을 국회에 제출하여야 한다. 나아가 정부는 감사원의 세출예산요구액을 감액하고자 할 때에는 국무회의에서 감사원장의 의견을 구하여야 한다(국가재정법 제41조).

다. 예산안의 의결 및 공고

국회는 회계연도 개시 30일전까지 예산안을 의결하여야 한다(제54조 제2항). 예산안의 확정은 예산결산위원회의 심의를 거친 후 국회본회의에서 의결로 확정한다(국회법 제45조). 예산안에 대하여 폐지, 삭감은 가능하지만, 정부의 동의 없이 예산안의 증액수정 또는 신비목 설치는 할 수 없다(제57조). 국회는 이미 조약 또는 법률로 규정된 세출은 삭감할 수 없고, 또 정부가 수정동의를 하는 경우에 본회의 또는 위원회의 동의를 얻어야 한다(국회법 제90조 제2항). 국회의원이 예산안의 수정동의를 하는 경우에는 50인 이상의 찬성이 필요하다(국회법 제95조 제1항 단서). 국회는 예산안의 전부에 대해서 거부할 수 없고, 일부수정만이 가능하다. 예산안을 거부하면 정부의 재정지출이 불가능하기 때문에 전부의 거부는 허용될 수 없고, 예산안은 가급적 법정기일 내에 심의 의결하여야 한다.

그리고 국회가 의결한 예산은 정부에 이송하여 대통령이 이를 공고한다. 예산의 공고는 전문을 붙여서 대통령이 서명하고 국무총리와 관계국무위원이 부서하여 관보에 게재하여야 한다(법령등 공포에 관한 법률 제8조, 제11조 참조).

5. 예산의 불성립

국회가 예산을 부결한 경우, 예산안의 의결이 일정기간 안에 의결되지 못한 경우와 같이 국회의 소집이 불가능하여 예산이 적기에 의결되지 못하는 경우에 정부의 재정관리행위를 중단할 수밖에 없다. 이와 같이 예산이 불성립되는 경우에 정부의 재정활동을 유지하기 위해서는 나라마다 잠정예산, 가예산 및 준예산제도를 채택하여 운영하고 있다.

가. 임시예산(잠정예산, 준예산)

예산이 회계연도 개시 전까지 국회에서 의결되지 아니한 경우에 예산안이 확정되는 일정기간 동안 재정활동에 필요한 경비지출을 허용하기 위해서 잠정적으로 만든 예산을 말한다. 일본, 영국, 캐나다, 미국이 이러한 잠정예산제도를 채택하고 있다. 잠정예산은 예컨대 4-5개월분의 예산을 편성하여 이를 다시 국회의결을 받아서 집행하는 예산을 의미한다. 본래의 예산이 성립되면 잠정예산은 본예산에 흡수되어 기왕에 지출된 항목이나 국고채무부담행위 등은 본예산에 의하여 지출된 것으로 유효하게 된다.

나. 준예산

헌법 제54조 제3항에서는 새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산안이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 예산안이 의결될 때까지 ① 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영, ② 법률상 지불의무의 이행, ③ 이미 예산으로 승인된 사업의 계속의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있는 준예산제도를 시행한다. 이러한 준예산은 일정범위 안에서 전년도 예산에 준하여 집행하는 권한을 정부에게 부여하는 것이다. 이러한 준예산의 특징은 지출할 수 있는 경비의 항목을 최소한으로 규정하고, 그것에 대해서 국회의 동의를 받지 않고 행정부의 내부절차에 의해서 의결하여 사용한다는 점이다. 이도 역시 본예산이 확정되면 기왕에 집행된 지출액은 당연히 본예산에 흡수되어 유효한 것으로 처리된다. 1960년 6월 15일 제5차 헌법개정에 의해서 도입된 제도이지만, 현재까지 운용된 실적은 없다.

Ⅵ. 개정의 필요성에 대한 검토

예산의 성립을 법률과 동일한 형식으로 채택하면 예산과 법률의 불일치문제의 해소방안이 유용할 것이다. 이는 정부형태에 따라서 예산을 둘러싼 정치적 갈등을 여야의 협상과 양보의 정치적 관행을 가능하게 할 것이다. 따라서 예산과 법률의 형식을 동일한 방식으로 일치시키는 것이 요구된다.

Ⅶ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.



Ⅰ. 계속비

1. 기본개념과 입헌취지

가. 입헌취지

계속비제도는 예산일년주의와 회계연도독립의 원칙에 대한 예외로서 인정되는 것이다. 예산일년주의는 국회의 예산의결이 매년 행해지도록 요청하는 것으로서 국회의 예산심의권을 확보하기 위한 것이다. 계속비란 원칙적으로 경비를 이월하여 사용할 수 없지만, 일면 경비의 이월사용이 허용된 것이다. 계속비 자체가 예산의 일부로서 국회의 전면적인 심의대상이 되므로 각항 이외의 목적외 사용을 금지된다. 적어도 복수연도주의는 효율적인 예산집행을 도모하는데 핵심으로서 활용도가 매우 높은 것으로 기대된다. 복수연도예산에 대한 장점은 재정에 있어서 중기의 시점을 도입해서 다음 연도로의 부담의 전가가 곤란하다. 또 중기의 재정계획은 매년 개선되는 것을 전제하면, 계획초년도의 재정지표가 차년도 예산에 그대로 반영되어서 재정규율이 향상된다. 그리고 다양한 검토작업의 과정

을 통해서 설명책임의 향상 등이 부단한 세출이 개선되어 편의한 예산증분주의에 의한 예산편성을 배제할 수 있다는 점이 지적된다.

나. 계속비의 개념

헌법 제55조에서 한 회계연도를 넘어 계속하여 지출할 필요가 있을 때에는 정부는 연한을 정하여 계속비로서 국회의 의결을 얻어야 한다(제1항). 즉, 계속비란 공사나 제조 및 연구개발사업에서 그것이 완성되기까지 수년을 요하는 소요경비의 총액과 연부액을 정하여 미리 국회의 의결을 얻은 범위 안에서 수년도에 걸쳐서 지출할 수 있는 경비를 말한다. 이는 회계연도를 채택하고 있기 때문에 복수회계연도주의를 예외적으로 인정하는 문제가 발생한다. 즉, 예산은 1년예산주의를 원칙으로 하지만, 계속지출의 필요성이 있을 때에는 회계연도의 제한이 없이 계속비로서 국회의 의결을 얻도록 하는 것이다. 계속비란 수년도에 걸친 사업의 경비에 관하여 미리 일괄하여 국회의결을 얻어서 이를 변경할 경우 이외에는 재차 의결을 얻을 필요가 없는 경비를 말한다.

국가재정법은 "완성에 수년도를 요하는 공사나 제조 및 연구개발사업은 그 경비의 총액과 연부액(年賦額)을 정하여 미리 국회의 의견을 얻은 범위 안에서 수년도에 걸쳐서 지출할 수 있다."고 규정하고 있다(법 24조 제1항). 또한 전항의 규정에 따라 국가가 지출할 수 있는 연한은 그 회계연도부터 5년 이내로 한다. 다만, 필요하다고 인정하는 때에는 국회의 의결을 거쳐 그 연한을 연장할 수 있다(동조 제2항).

2. 연혁

1948년 헌법 제91조 제2항에서 계속비제도를 규정하였음에도 과거의 재정법에는 절차규정이 부재한 까닭에 사실상 헌법상의 계속비에 관한 규정은 사문화되어 있었다. 그래서 다년간 계속하는 공사 또는 공사에 관한 경비도 예산을 매년 계상하든가 국고채무부담행위의 형식에 의하지 않을 수 없었기 때문에 불편이 많았다. 이러한 불편을 없애기 위해서 구 예산회계법 제19조에 공사나 제조 등에 통용되는 계속비에 관한 규정을 두었던 것이다. 1973년 구 예산회계법의 개정에서 연구개발사업이 추가되었던 것이다. 현행 국가재정법 제23조는 공사와 제조 및 연구개발사업을 계속비의 적용대상으로 규정하고 있다.

3. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제55조 제1항의 계속비와 제2항의 예비비를 규정하고 있다. 예산의 구성요소로서 예산총칙, 세입세출예산, 계속비, 명시이월비, 국고채무부담행위 중에서 계속비와 명시이월비로서 예비비를 별도로 규정하고 있는 것이다.

헌법은 계속비와 예비비와 관련하여 임시예산을 국회가 새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산안을 의결하지 못한 경우에는 예산안이 의결시까지 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영, 법률상 지출의무의 이행, 이미 예산으로 승인된 사업의 계속을 위하여 전년도예산에 준하여 집행할 수 있다고 명시하고 있다(제54조 제3항).

4. 계속비의 규범적 내용(판례 및 학설)

가. 계속비의 집행연한

국가재정법 제23조는 「완성에 수년도를 요하는 공사나 제조 및 연구개발사업은 그 경비의 총액과 연부액을 정하여 미리 국회의 의결을 얻은 범위 안에서 수년도에 걸쳐서 지출할 수 있다.」고 규정하고 있다(제1항). 계속비의 사용연한도 과거에는 3년 정도이었지만, 근래에는 5년에 걸친 지출이 많아졌다. 그래서 국가재정법은 「국가가 지출할 수 있는 연한은 그 회계연도부터 5년 이내로 하고, 필요하다고 인정하는 때에는 국회의 의결을 거쳐 그 연한을 연장할 수 있다.」(제2항)고 명시하고 있다.

나. 계속비의 집행절차

계속비를 집행함에 있어서 연도별 세출경비의 금액 중 당해 연도에 지출하지 못한 금액은 당해 계속비사업연도까지 순차로 이월하여 사용하게 된다. 그러나 계속비는 원칙적으로 당해연도부터 5년 이내에 한하여 지출할 수 있지만, 필요하다고 인정할 때에는 국회의 의결을 거쳐 그 연한을 연장할 수 있다.

5. 개정의 필요성에 대한 검토

이에 대하여 계속비의 운영에 관하여 다른 내용의 개정이 필요하지 않다고 본다.

Ⅱ. 예비비

1. 예비비의 입헌취지와 기본개념

가. 예비비의 입헌취지

예산은 실제로 세입과 세출의 추정이기 때문에 예산집행과정에서 과부족이 발생하는 것이 일반적이다. 세입예산을 초과하는 세입이 존재하는 경우에는 별로 문제가 되지 않지만, 세출에 계상한 경비에 있어서 부족하게 되는 경우 또는 예산에 계상하지 아니한 새로운 경비가 필요한 경우에는 그것이 중요한 사항이면 임시국회를 소집하여 추가경정예산을 제출하여 국회의 의결을 얻어서 해결할 수 있다. 그러나 임시국회를 소집할 정도가 아닌 경미하거나 사소한 경비지출이 빈번하게 발생하는 예산의 부족사태에 대처하기 위한 조치가 예비비제도이다.

예비비는 정부가 예견하지 못한 예산의 부족을 충당하기 위해서 정부가 예비비로서 상당하다고 인정하는 금액을 세입세출예산에 계상할 수 있게 한 것이다. 이러한 예비비를 마련하는 것은 의무가 아니라, 그에 대한 판단은 예산편성권을 가진 정부에게 위임되어 있다고 볼 것이다. 예비비의 금액은 예견할 수 없는 예비비의 성질 때문에 구체적인 계상기준을 정하는 것이 곤란하다.

나. 기본개념

헌법 제55조 제2항에서 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 하고, 또한 예비비의 지출은 차기 국회의 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 예비비는 정부가 예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 세입세출예산에 계상할 수 있다. 다만, 예산총칙 등에 따라 미리 사용목적을 지정해 놓은 예비비는 별도로 세입세출예산에 계상할 수 있다(국가재정법 제22조 제1항). 국가재정법에서 원칙적으로 예비비의 금액을 일반회계예산총액의 1/100 이내로 한정하는 것은 정부의 예산재량에 대해서 일정한 범위로 제한하는 점에서 합리적인 기준이다. 실제로 예비비 계상액의 타당성은 1차적으로 예산편성권을 가진 정부의 판단에 위임되어 있지만, 최종적으로 예산을 의결하는 국회의결에 맡겨져 있다고 해석된다.

2. 연 혁

1948년 헌법 제93조에서 「예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위한 예비비는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.」고 규정했으며, 1951년의 재정법은 헌법규정의 위임에 의하여 「예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 정부는 예비비로서 상당하다고 인정하는 금액을 세입세출예산에 계상할 수 있다.」고 규정했다.

구 예산회계법은 재정법의 제19조를 승계하여 제26조 제2항에서 「일반회계에 있어서는 세출예산의 100분의 1이상에 해당하는 금액을 전항의 예비비로서 세출예산에 계상하여야 한다.」고 규정했다. 이를 신설한 이유는 과거 예비비가 항상 부족하여 예비비를 마련한 충분한 의의를 충족하지 못했기 때문이다. 이를 신설함과 동시에 구 재정법 제14조 제2항의 긴급국고채무부담행위를 폐지하였다. 이전에 헌법과 예산회계법의 예비비에 관한 규정에 대해서는 다음과 같은 많은 비판이 제기되었다. 첫째, "예측할 수 없는"이란 구절은 매우 경직적이어서 예비비지출에 대한 국회의 승인과정에서 불필요하게 위헌논의를 야기하였다. 둘째로 "예산 외의 지출 또는 예산초과지출"이란 구절도 예산편성 당시에는 전혀 예측할 수 없었던 사유가 발생하여 경비지출을 요한다는 것을 의미한다. 예비비의 초과지출이란 예산에 일정한 금액을 계상하였지만, 그 후에 사정의 변경으로 예비비에 부족이 생겨 경비의 초과지출을 요하는 것을 의미한다. 1981년 제8차 헌법개정에서 예비비 규정에서 「예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위한」이라는 구절이 삭제되고, "예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 한다."로 규정되어 현행 헌법에서 이러한 구절을 유지하고 있다. 반면에, 구 예산회계법의 전면개정에서 예비비에 관한 규정은 「예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위한」이란 구절은 그대로 존치하였다. 이와 달리 「일반회계에 있어서는 세출예산의 100분의 1 이상에 해당하는 금액을 전항의 예비비로서 계상하여야 한다.」는 구절이 삭제되었다. 이는 1950년대의 재정법의 시대로 회귀한 것이었다. 이 조항의 삭제이유에 대해서 그 동안 예비비의 과다한 팽창을 조장했다는 평가와 향후 예기치 못한 비용발생요인을 추경예산으로 흡수하는 것이 바람직하고 또한 국회의 예산심의권을 초과하는 예산을 최대한 억제하기 위한 것이다.

그러나 현행 국가재정법에서 예비비에 대해서 「정부는 예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 세입세출예산에 계상할 수 있다.」고 규정한다(제22조 제1항). 다만, 예산총칙 등

에 따라 미리 사용목적을 지정해 놓은 예비비는 본문의 규정에 불구하고 별도로 세입세출 예산에 계상할 수 있다(제1항 단서). 특히 헌법규정에 따라서 「제1항 단서의 규정에 불구하고 공무원의 보수 인상을 위한 인건비 충당을 위하여는 예비비의 사용목적을 지정할 수 없다.」(법 제22조 제2항)고 규정하고 있다.

3. 입헌례와 비교법적 의의

예비비제도의 유형은 관점에 의해서 다양하게 구분할 수 있지만, 비교적 많이 사용하는 다음 세 가지를 예시할 수 있다.[1)]

가. 민정긴급기금

영국에서 채택하는 일종의 회전기금이라 할 것이다. 행정부는 예측할 수 없었던 지출이 발생했을 때는 재무성이 관리하는 민정긴급기금에서 일시 융자를 받을 수 있다. 그러나 다음 연도의 본예산 또는 당해 연도의 추가예산에 의하여 의결된 자금으로 이를 상환하여야 한다.

나. 예비금

미연방정부가 채택하는 것으로서 오로지 특수한 목적을 위해서만 사용할 수 있다. 이 예비금은 의회의 예산심의과정에서 삭제, 감액된 경비의 부활을 위해서도 사용할 수 없다는 제한이 있다.

다. 예비비제도

일본과 우리나라에서 사용하는 것으로서, 용도에 거의 제한이 없는 것이 특색이다.

1) 유훈, 재정법, 서울대학교 출판부, 1991, 83.

4. 다른 조문과의 체계적 관계

국회에서 심의·의결하는 예산은 다음과 같은 요소를 담아야 한다. ① 예산총칙, ② 세입세출예산, ③ 계속비, ④ 명시이월비, ⑤ 국고채무부담행위로 구성된다.[2)]

5. 예비비의 내용(판례 및 학설)

가. 예비비의 관리와 사용

예비비는 국가재정법에 의하여 기획재정부장관이 관리하는데, 각 중앙관서의 장은 예비비의 사용을 필요로 하는 경우에는 그 이유 및 금액과 추산의 기초를 명백히 한 명세서를 작성하여 기획재정부장관에게 제출하여야 한다. 즉, 각 중앙관서의 장은 예비비로 사용한 금액의 명세서를 작성하여 다음 연도 2월말까지 기획재정부장관에게 제출하여야 한다(법 제55조 제1항). 또한 대규모 자연재해에 따른 피해의 신속한 복구를 위하여 필요한 때에는 「재난 및 안전관리기본법」제20조의 규정에 따른 피해상황보고를 기초로 긴급재해구호 및 복구에 소요되는 금액을 개산(槪算)하여 예비비를 신청할 수 있다(법 제51조 제2항). 예비비의 관리주체인 기획재정부장관은 예비비 신청을 심사한 후 필요하다고 인정하는 때에는 이를 조정하고 예비비사용계획명세서를 작성한 후 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻어야 한다(법 제51조 제3항).

기획재정부장관은 제출된 명세서에 따라 예비비로 사용한 금액의 총괄명세서를 작성한 후 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻은 후에(법 제55조 제2항), 그 총괄명세서를 감사원에 제출하여야 한다. 여기서 일반회계로부터 전입받은 특별회계는 필요한 경우에는 일반회계예비비를 전입받아 그 특별회계의 세출로 사용할 수 있다(법 제51조 제4항). 끝으로 정부는 예비비로 사용한 금액의 총괄명세서를 다음 연도 5월 31일까지 국회에 제출하여 그 승인을 얻어야 한다.

나. 예비비의 사용제약

국가재정법상 예비비의 사용에 관하여 제한규정이 존재하지 않지만, 다음과 같은 제한을 고려할 수 있다.

2) 국가재정법 제19조에서 예산의 구성은 예산총칙·세입세출예산·계속비·명시이월비 및 국고채무부담행위를 총칭한다고 규정한다.

(1) 국회가 부결한 용도

헌법이나 국가재정법에서 명문의 규정이 없으나 국회에서 부결한 용도를 위하여 예비비를 사용하는 것은 국회의 예산심사권을 침해하는 것이다. 미국의 1943년 세출법에는 명문의 규정을 두고 있다.

(2) 국회개회중의 거액의 지출

국회개회 중에 거액을 예비비에서 지출하는 것은 스스로 억제하여야 한다. 국회 개회중에 예산부족의 사태가 발생한 때에는 추가경정예산을 국회에 제출하여 의결을 얻어서 해결하는 것이 당연한 것이다. 그러나 사소한 금액의 예산부족에 대해서 추경예산안을 국회에 그때마다 제출한다는 것은 국회가 개회 중에 있어도 실제로는 곤란한 일이다. 국회가 개회 중이라도 경미한 예산부족의 경우, 특히 그것이 정부의 의사가 아닌 타율적인 원인에 의한 부족의 경우에는 예비비의 사용이 요청된다.

(3) 예산편성 이전의 사태

헌법에는 "예측할 수 없는 예산 외의 지출 또는 예산초과지출을 위한"이란 구절이 삭제되었지만, 국가재정법에서 존치함으로써 예산성립 전부터 존재한 사태를 위한 지출은 예측할 수 없는 지출로 보기는 어렵다고 본다.

(4) 예비비 사용의 한계

상기의 예비비제도의 취지로부터 다음과 같이 일정한 제약이 있다고 해석할 수 있다.

첫째, 예비비는 예견하기 어려운 사유로 인정되는 것이므로 예산부족의 사유는 예산편성 후에 발생한 것이어야 할 것이다.

둘째, 국회의 예산심의권을 무시하는 경우에 해당하는, 예컨대 국회가 삭제·감액한 경비를 예비비로 사용할 수 없다.

셋째, 연도 도중에 발생한 예측하지 못한 사태에 대하여, 새로운 경비의 지출과 기존의 경비를 증액할 필요가 있는 경우는, 임시국회를 소집하여 추가경정예산을 제출하여서 국회의 의결을 받는 것이 적절한 대응이라고 본다. 그러나 재량의 여지가 적은 경비와 의무적인 경비의 부족에 대해서는 이러한 방법을 요청하는 것이 적당하지 아니한 경우가 있을 수 있다.

그래서 헌법상의 세출의 사전의결원칙과 예비비제도의 조화를 도모하는 관점에서 정부는 예비비의 사용에 대하여 국무회의 심의를 요구하고, 또 국회가 개회중에는 예비비를

사용을 제한하는 것이다.

이러한 입법례로서 일본은 국회가 개회 중에는 예비비의 사용을 하지 않을 뿐만 아니라, ① 재무대신의 지정하는 경비, ② 사업량의 증가 등에 따라서 수반된 경상경비, ③ 재해로 인해서 생겨난 제 경비, 기타 예비비를 사용하지 않으면 시간적으로 대처하기 어렵다고 인정되는 긴급한 경비, ④ 비교적 경미한 것으로 인정되는 경비에 대하여 국회의 개회 중에 예비비 사용을 인정한다. 상기한 이외의 예비비 사용은 국회 개회중에는 인정되지 않는다.[3)]

넷째, 예비비 사용금액의 목적이외 지출을 금지하는 것이다. 이는 예산의 사전유용을 금지하는 점에서 타당한 것이다.

6. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법상 계속비와 예비비에 관해서는 지속적으로 유지되었고 또 장래에 있어서 계속비나 예비비는 다른 형태의 예산제도로 대체될 때까지는 개정의 필요성이 없다고 본다.

Ⅲ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

유 훈, 재정법, 서울대학교 출판사, 1991.

3) 日本 91회 국회중의원결산위원회의록 19호 4면(昭和55.5.7).

헌법 제56조

정영화

第56
政府는 豫算에 變更을 加할 필요가 있을 때에는 追加更正豫算案을 編成하
여 國會에 제출할 수 있다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 입헌취지

헌법규정에 의해서 정부는 적어도 회계연도 개시 90일전까지는 예산안을 국회에 제출해야 하고, 예산안 편성 후에 국내외 정세나 경제사회적 여건의 변화 등에 의하여 이것을 변경하지 않을 수 없는 상황이 발생할 수도 있다. 이와 같이 예산안의 편성후 또는 예산성립 이후에 예산을 변경하기 위한 제도가 필요한 제도로서 수정예산제도와 추가경정예산제도가 있다. 즉, 추가경정예산제도는 국회의 예산의결에 의하여 예산성립 후에 변경하는 것이다. 반면에 수정예산은 예산이 국회의결 이전에 이를 수정할 수 있는 제도이다. 수정예산제도는 영국도 revised estimates라 하여 사용하고 있다. 구 예산회계법 제31조에서 정부가 수정예산안을 제출하는 경우에는 그 첨부서류의 전부 또는 일부를 생략할 수 있게 했다.

현행 국가재정법도 「정부는 예산안을 국회에 제출한 후 부득이한 사유로 인하여 그 내용의 일부를 수정하고자 하는 때에는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 얻은

수정예산안을 국회에 제출할 수 있고」(제35조), 또 「수정예산안 또는 추가경정예산안을 편성하여 국회에 제출하는 때에는 제34조 각 호에 규정된 첨부서류의 일부를 생략할 수 있다.」(제36조)고 규정하고 있다.

2. 기본개념

정부가 예산에 변경을 가할 필요성이 있는 경우로는 수정예산과 추가경정예산을 들 수 있다. 수정예산이란 정부가 제출한 예산안이 국회의 의결을 얻기 전에 예산안을 변경하는 경우에 사용하는 제도를 의미한다. 또한 추가경정예산이란 정부가 국회에 예산안을 제출하여 그에 대하여 의결을 얻어서 이미 성립된 예산에 부득이한 사유로 예산을 변경할 필요가 있는 경우를 전제한 제도이다. 이는 예산에 대한 국회의 사전심의권의 예외를 허용할 것인지에 관한 문제이다.

Ⅱ. 연 혁

1948년 제헌헌법부터 1972년 헌법까지는 「예산성립 후에 생긴 사유로 인하여」라는 제한만을 유지하였으나, 현행 헌법 제56조에는 이러한 문구를 삭제하여 이미 성립된 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 추가경정예산을 제출할 수 있도록 한다.

우리나라에서 추가경정예산이 가장 빈번하게 사용된 회계연도는 1950년도로서 7회나 사용되었고, 그 후 1961년에는 4회나 사용되었다. 추가경정예산안이 사용하지 않았던 회계연도는 1948년을 제외하면, 1957년도, 1959년도, 1973년도, 1983년도 및 1986년도로 국한된다. 그 외 회계연도에는 대체로 1회－3회에 걸쳐서 추가경정예산이 사용되었다.[1)]

1) 유 훈, 재정법, 서울대학교 출판사, 1991, 38.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

추가경정예산은 미국, 영국, 일본 등을 비롯하여 대다수 국가에서 채택하고 있다.[2] 일본의 보정예산제도는 이러한 추가경정예산에 해당하는 것이다. 즉, 보정예산을 제출할 수 있는 경우를 ① 법률상 또는 계약상 국가의 의무에 속하는 경비의 부족을 보충하는 경우와 예산작성 후에 발생한 사유로 인하여 특히 긴급하게 된 경비의 지출, ② 예산작성 후에 발생한 사유로 인하여 예산에 추가 이외의 변경을 가하는 경우로 제한한다(재정법 제29조).

Ⅳ.다른 조문과의 체계적 관계

예산은 회계연도개시 30일 전까지 국회에서 의결되어야 하며, 그 때까지 의결되지 않으면 임시예산을 일정한 범위 안에서 지출할 수 있다. 그러나 예산성립 후에 생긴 사유로 인하여 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 정부가 추가경정예산을 편성하여 국회에 제출할 수 있다. 이 경우에는 정부가 예산안을 편성할 때에 미리 예비비를 두어 예산성립 후에 발생한 예비지출에 대비하지만, 그것으로 충족되지 않을 경우를 대비해서 세입지출의 추가를 할 수 있기 위해서 추가경정예산이 필요하다.

Ⅴ. 추가경정예산의 요건 및 제한(판례 및 학설)

1. 추가경정예산의 허용사유

원칙적으로 예산에 대한 추가경정예산을 허용하지 않는다. 왜냐하면 이는 예산안에 대한 국회의 사전심의권을 침해하는 것이기 때문이다. 그러나 예외적으로 추가경정예산을 허용하지 않으면 안 되는 사유가 발생한 경우에는 엄격한 요건에 의해서 허용된다. 즉,

2) Herbert Brittain, The British Budgetary System, London: George Allen and Unwin, 1959, 234; Jesse Burkhead, Government Budgeting, NY: John Willy, 1956, 237.

국가재정법 제89조 제1항에서 정부는 이미 확정된 예산의 변경이 필요한 예로서는 ① 전쟁이나 대규모 자연재해가 발생한 경우, ② 경기침체·대량실업 등 대내·외 여건에 중대한 변화가 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우, ③ 법령에 따라 국가가 지급하여야 하는 지출이 발생하거나 증가하는 경우에는 추가경정예산안의 편성이 허용된다.

2. 본예산과 추가경정예산의 관계

본예산과 추가경정예산은 각기 별개로 성립하여 집행되지만, 원래 추가경정예산은 본예산의 사항과 금액을 추가하거나 수정하는 것이므로 일단 성립된 후에는 본예산과 추가예산을 합산하여 전체로서 집행되게 된다. 따라서 어느 연도의 예산총액을 알기 위해서는 본예산 외에 추가경정예산을 총계하여야 한다. 따라서 정부는 국회에서 추가경정예산안이 확정되기 전에 이를 미리 배정하거나 집행을 못하게 규제하고 있다(제89조 제2항).

3. 추가경정예산의 실제적 문제점

추가경정예산은 「예산성립 후에 생긴 사유」 때문에 사용하는 경우를 전제하지만, 「예산성립 이전부터 존재하던 사유」를 위한 경비를 포함하는 경우가 많았고, 본예산의 사정과정이나 심의과정에서 삭제된 경비를 반영하기 위하여 사용하는 경우도 비일비재하였다. 따라서 수정예산과 추가경정예산 간의 엄격한 구분이 준수되지 못하였던 것이다.

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

예산제도에서 추가경정예산안의 편성을 엄격히 허용하지 않는 것이 원칙이다. 그런데 예외적으로 추가경정예산안을 허용하는 사유에 관하여 국가재정법의 법조문이 예시규정인지 또는 열거규정인지 해석상의 논의가 제기될 수 있다. 따라서 추가경정예산안의 허용과 관련하여 사전에 국회의 예산심의권을 존중하는 취지로 해석할 수 있도록 포괄적이고 개괄적인 규정으로 명시할 수 있는 개정의 필요성이 있다고 본다. 예컨대, 일본 재정법의 규정방식이 입법례로서 검토되어야 할 것이다.

Ⅶ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

옥동석, 재정민주주의와 지출승인법, 한국조세연구원, 2004.

유 훈, 재정법, 서울대학교 출판부, 1991.

Brittain, Herbert, The British Budgetary System, London: George Allen and Unwin, 1959.

Burkhead, Jesse, Government Budgeting, NY: John Wiley & Sons Inc., 1956.

헌법 제57조

정영화

第57
國會는 政府의 同意없이 政府가 제출한 支出豫算 各項의 金額을 增加하거
나 새 費目을 設置할 수 없다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 입헌취지

헌법 제57조의 「증액 및 신비목설치 금지」를 규정한 취지는 국회가 행정부의 예산안에 대하여 어느 정도 심의권을 갖고 있는지와 관련된다. 이는 의원내각제의 정부에 있어서 의회가 예산의 편성권을 주도하여 무분별하게 행사하는 경우에 의회의 재정권한에 대해서 일정한 통제를 가하기 위한 수단으로서 중요성을 가진다.

실제 의원내각제의 의회에서는 내각이 입법부의 하나의 위원회와 유사한 지위를 갖기 때문에 국회가 예산에 대한 법률을 사실상 주도적으로 제정할 수 있다. 또한 영국에서는 재무상(Treasury)이 의회의 기관과 같이 행정각부를 통할하고 있기 때문에 예산편성에 관한 의회의 권한은 강력하다고 볼 것이다. 이러한 이유로 국회의 재정권한을 일정부분 제한할 목적으로 「증액 및 신비목의 설치금지」라는 의회의 예산심의에 있어서의 관례를 명문화한 것이다.[1)]

1) Arthur Eugene Buck, Public Budgeting: A Discussion of Budgetary in the National, State and Local Governments of the United States, Harper & Brothers Publishers, 1929, 407.

2. 기본개념

본래 의회가 국민의 조세부담을 증대할 수 없다는 취지에서 「증액 및 신비목설치금지」의 원칙을 채택한 것이다. 대개 재정의 적극적 운용이 보편화된 이후에는 이 원칙이 내각불신임을 위한 하나의 수단으로 활용되는 측면이 있다. 현재 예산편성권의 행정부의 권한행사에 대해서 국회가 개입할 수 있는 경우에, 「증액 및 신비목설치금지」 원칙은 중요한 의미를 가진다. 실제로, 국회가 예산결산계수조정소위원회를 통해서 정부와 국회(여·야)에 대해서 재정의 총량규모를 합리적으로 파악하고 이를 통제하는 절차가 없으면 국민의 조세부담의 증대에 관하여 중요한 기여를 할 것으로 본다.

Ⅱ. 연 혁

우리나라는 「증액 및 신비목설치 금지」의 조항을 1948년 제헌헌법 제91조 제3항에서 규정된 이래로 현행헌법에까지 지속적으로 유지되고 있다. 우리나라의 재정헌법의 기초가 되었던 1889년 명치헌법이나 1946년 일본국헌법 모두 이에 관한 규정을 두지 않았다.

그런데 제헌헌법의 기초위원이었던 유진오 박사는 「증액 및 신비목설치 금지」 조문에 관하여 다음과 같이 두 가지 논거를 제시하였다. 첫째로 국회는 국민의 세부담을 경감하는 측면에서 국민의 의사를 대변하여야 한다. 둘째로 프랑스 의회의 경험으로 볼 때, 예산편성에 대한 의회권한의 제한은 당연한 것이라고 설명하였다.[2)]

이러한 유진오 박사의 첫째 논거는 국가의 역할을 과도하게 제한하는 사상에 근거한 것이라고 할 것이다. 경제발전에 대한 국가재정의 적극적인 역할을 인정한다면 의회는 조세

2) 전문위원인 유진오 박사의 설명은 다음과 같다. "국회에 나온 대의원은 직접으로 집행하는 기관이 아닙니다. 이들은 자기가 세금을 받아들이고 그 받아들이는 돈을 가지고서 지출을 해나가는 집행기관이 아닙니다. 다시 말씀하면 그 집행에 대해서는 책임은 지지 아니하는 그러한 기관이올시다. 그런고로 직접 국가수입이 얼마나 되느냐 하는 것을 고려하지 않고서 여러 가지 이상적인 계획을 제출해서 그것을 가결하면 정부는 그것을 집행해 나갈 수가 없습니다. 그러므로 국회에 모인 여러분은 정부가 제출한 지출을 감액할 것은 감액해서 국민의 부담을 경(輕)하게 하는 그곳에만 치중하는 것이지 정부가 제출한 예산을 도리어 우리가 증가시켜놓고 국민의 부담을 증가시키는 그러한 것을 하는 것이 아니라는 그런 취지에서 예산각항을 증가시키지 못한다고 이렇게 한 것입니다. 제가 본 어떤 책에서는 그 사람은 말하기를 불란서 의회는 영국의회의 껍데기만 배워 가지고 정말 영국 의회의 중심이 되어 있는 이 예산각항을 증가시키지 못하는 그 제도를 배워 가지 않았기 때문에 불란서의 의회제도는 대단히 곤란을 당하고 폐해가 많다. 의회제도에는 반드시 제한이 있어야 한다는 말을 유력한 학자가 한 것을 보았습니다. 역시 그 취지를 초안에서 그렇게 규정이 된 것으로 생각합니다(헌법안 제1독회, 1948년 6월 28일, 제1대 국회 제1회 제19차 국회본회의).

부담의 증가보다는 지출효과의 극대화에 더 많은 관심을 기울여야 할 것이다. 또 다른 논거는 프랑스 제4공화정 의회의 경험에 기초한 것이다. 행정부가 예산편성의 주도권을 행사하고 대통령의 권한이 의회를 압도하면 오히려 「증액 및 신비목설치 금지」규정은 부적절한 것일 수도 있다는 점이다. 이러한 논거에 대해서 헌법학자로서 재정제도에 대한 전반적인 이해가 충분하지 못한 판단이라고 비판하기도 한다.[3)]

Ⅲ.입헌례와 비교법적 의의

원래 이러한 조항은 영국의 내각책임제의 의회가 채택했던 원칙이었다. 프랑스 제4공화정에서도 국회가 예산에 관한 권한이 막강했으나, 의회가 예산편성에 관한 자율적인 통제수단을 갖지 못하였다. 즉, 의회가 예산편성을 주도하였지만 영국의 의회와 같은 「증액 및 신비목설치 금지」에 대하여 통제장치가 부재하였다. 그 결과로 프랑스 제4공화정에서는 재정운용이 방만하였다고 평가되고 있다. 제4공화정은 제2차 세계대전 후인 1946년에 성립하였고, 1958년 대통령의 권한을 강화한 제5공화국 헌법이 제정되면서 소멸되었다.

미국도 1921년 예산회계법(Budget and Accounting Act)이 제정되기 전까지 의회의 예산편성권이 행정부를 압도하였다. 미국은 의회의 강력한 예산편성권에서 비롯되는 문제를 해결하고자 예산회계법을 제정하여 행정부 내에 예산실을 설치하면서 예산편성권을 이 기관으로 귀속시켰다. 따라서 예산편성권의 행정부로의 이양과 함께 의회에 대해서는 「증액 및 신비목설치 금지」의 제한이 필요하다는 견해가 주장되었다.

그러나 미국은 의회 내에 재정총량의 규모를 파악하여 합리적으로 통제할 수 있는 의회 내 규칙을 마련하였다. 또한 재정권한은 의회의 고유권한이란 헌법정신을 준수하여 의회에 대한 재정권한의 제한을 부과하지 않았다.

Ⅳ.다른 조문과의 체계적 관계

예산증액 및 새로운 비목설치의 금지는 국회가 예산편성권에 대하여 직접적으로 관여할 수 없게 하는 것이다. 예산심의권만을 가진 국회가 행정부의 예산편성권을 존중하고

3) 옥동석, "예산법률주의와 국회의 예산심의", 법제연구 28호(2005), 283.

정부의 동의에 의하여 예산증액이 가능하게 하고 있다. 그러나 예산계수조정위원회에서 정부와 여야 간의 조정에 의해서 일정한 범위 안에서 예산의 내용이나 규모를 변경할 수 있기 때문에 국회의 증액 및 신비목설치의 금지조문의 의의를 준수할 필요가 있다. 그러나 예산통합을 기관단위 기준과 펀드단위 기준의 통합을 전제할 경우에는 실질적으로 총계예산주의에 구속되어야 할 것이다.

Ⅴ.예산총계주의와 그 예외

1. 예산총계주의

오늘날 국가의 재정정책 시행에 있어서 정부의 역할과 기능이 매우 중시되는 현실을 고려하여 경제발전에 대한 국가재정의 적극적 역할을 인정한다면, 국회는 조세부담의 증대보다는 세출의 효과 극대화를 위하여 국회의 재정권한을 종합적으로 고려할 필요성이 크다. 더구나 대통령제 정부형태에서 행정부가 예산편성권을 주도적으로 행사하고 대통령의 재정권한이 국회의 권한보다 강력한 경우에, 「증액 및 신비목설치금지」의 원칙은 오히려 국회의 권한을 부당하게 제한하여 실제로 부적절한 것이 될 수도 있다. 여기서 국회의 재정권한을 통합적으로 파악할 필요성이 제기된다. 부연하면, 정부의 모든 사업과 재정활동을 총망라하는 재정계획이 국회의 승인을 요구하는 통합예산제도의 시행이 절실하게 요구된다. 예컨대, 국회에 제출된 예산서에 정부의 많은 사업과 활동이 제외되어 있다면 국회의 예산안 심의와 승인은 의미가 반감될 수밖에 없다. 헌법에는 「국가의 모든 수입과 지출이 예산안에 포함되어 있어야 한다.」는 규정은 없다. 대신 국가재정법 제17조에서 예산총계주의로서 「한 회계연도의 모든 수입을 세입으로 하고, 모든 지출을 세출로 하고」 또 예산총계주의 원칙의 예외를 제외하고 세입과 세출은 모두 예산에 계상하도록 함으로써 통합예산을 구비하기 위한 법제도의 기초는 마련하고 있다. 부연하면, 국가재정법 제37조에서 「기획재정부장관은 대통령령이 정하는 사업으로서 세부내용을 미리 확정하기 곤란한 사업의 경우에는 이를 총액으로 예산에 계상할 수 있고」(제1항), 또한 총액계상사업의 총규모는 매 회계연도 예산의 순계를 기준으로 대통령령이 정하는 비율을 초과할 수 없도록 제한하고 있다(제2항).

특히 예산총계주의에 관한 절차에 관하여 각 중앙관서의 장은 총액계상사업에 대하여는 예산배정 전에 예산배분에 관한 세부사업시행계획을 수립하여 기획재정부장관과 협의

하도록 하며, 그 세부집행실적을 회계연도 종료 후 3개월 이내에 기획재정부장관에게 제출하여야 하며(제3항), 또한 각 중앙관서의 장은 총액계상사업의 세부사업시행계획과 세부집행실적을 국회 예산결산특별위원회에 제출하도록 절차규정도 강화하고 있다.

2. 예산총계주의 예외

국가재정법 제53조에서 「예산총계주의 원칙의 예외」에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다. 「각 중앙관서의 장은 용역 또는 시설을 제공하여 발생하는 수입과 관련되는 경비로서 대통령령이 정하는 경비(이하 "수입대체경비"라 한다)에 있어 수입이 예산을 초과하거나 초과할 것이 예상되는 때에는 그 초과수입을 대통령령이 정하는 바에 따라 그 초과수입에 직접 관련되는 경비 및 이에 수반되는 경비에 초과 지출할 수 있다.」(제1항)고 규정한다. 또한 국가가 현물로 출자하는 경우와 외국차관을 도입하여 전대하는 경우에는 이를 세입세출예산 외로 처리할 수 있다(제2항). 그리고 차관물자대의 경우 전년도 인출예정분의 부득이한 이월 또는 환율 및 금리의 변동으로 인하여 세입이 그 세입예산을 초과하게 되는 때에는 그 세출예산을 초과하여 지출할 수 있고(제3항), 동시에 전대차관을 상환하는 경우 환율 및 금리의 변동, 기한 전 상환으로 인하여 원리금 상환액이 그 세출예산을 초과하게 되는 때에는 초과한 범위 안에서 그 세출예산을 초과하여 지출할 수 있다(제4항). 그리고 각 중앙관서의 장은 출연금이 지원된 국가연구개발사업의 개발 성과물 사용에 따른 대가를 기획재정부장관과의 협의를 거쳐 세입세출예산 외로 사용할 수 있으며, 이 경우 수입·지출에 관한 내역을 국회 예산결산특별위원회에 보고하여야 한다(제5항). 이러한 수입대체경비 등 예산총계주의 원칙의 예외에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 규정한다(제6항).

3. 세입세출에 대한 기관단위와 펀드단위간의 일치

현행 세입세출예산은 정부의 모든 사업과 활동을 망라하여 규정하는지가 문제이다. 정부의 사업과 활동은 현금지출입이 수반되는 거래를 통해서도 수행되지만, 현금지출입이 수반되지 않는 방법으로 경제적 자원을 사용하기도 한다.[4] 국가재정법 제18조에서 세입

4) 옥동석, 재정민주주의와 지출승인법, 한국조세연구원, 2004, 138.

세출이 현금지출입이 수반되는 거래임을 명시하고 있으므로 그것만으로 현금지출입이 수반되지 않는 정부의 사업과 활동을 포괄하지 못하기도 한다. 국가재정법은 이러한 현금주의의 한계를 인식하여 물품과 국유재산운용 및 보증채무부담행위는 세입세출에 포함되지 않아도 국회의 동의 또는 법률에 따라 운용될 수 있도록 규정하고 있다. 대다수 선진국들이 현금주의를 원칙으로 채택하기 때문에 예산안은 일반적으로 세입세출만을 포괄하고 있다. 그런데 세입세출예산을 파악하는 기준은 기관단위와 펀드단위의 두 가지 유형이 있다. 기관단위는 정부 또는 공공부문의 전반적인 구조를 살펴보면서 민간부문과의 한계를 설정하는 것이다. 펀드단위는 현금과 유가증권 등과 같은 경상자원의 자금단위를 의미한다. 펀드는 자체 수지균형을 도모하기 위하여 경제적 자원을 구분하여 계상하기 위해서 채택하는 방법이다. 여기서 기관단위로 파악한 정부활동의 범위는 반드시 펀드단위로 파악한 정부활동범위와 일치하여야 한다.[5] 만약 양자 간의 불일치가 발생하는 경우에는 그 재원이 정부활동으로써 수행되고 정부에 의해서 통제되는 조직이지만, 민간기관으로 간주되는 경우가 발생하기 때문이다. 또한 정부가 공권력의 강제력에 의해서 조성된 자금이지만 그 조성과 운용에 대해서 충분한 설명을 하지 않는 경우가 발생하기도 한다. 결국 국가가 재정의 책임성을 실질적으로 구현하기 위해서는 기관단위 범위와 펀드단위 범위를 일치시킬 필요가 있다. 결과적으로 통합예산은 기관단위의 기준으로 파악한 정부사업과 활동을 망라하고 있는 것이다. 현행 국가재정법은 전통적으로 정부활동과 사업의 범위를 펀드단위로서 통합재정을 일반회계와 특별회계 및 기금의 세 가지 유형으로 파악하여 펀드단위라고 할 수 있다. 구 예산회계법은 세입세출예산에서 기금을 제외하였으나, 2001년 기금관리기본법이 개정되면서 기금예산도 일반회계와 특별회계의 세입세출예산과 같이 국회에 제출하여 사실상 동등한 취급을 하였다. 특히 국가재정법은 일반회계와 특별회계 및 기금을 법제상으로 통합하여 운용하고 있다. 국가재정법 제68조 제1항에서 「정부는 주요항목 단위로 마련된 기금운용계획안을 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하여야 하고, 이 경우 중앙관서의 장이 관리하는 기금의 기금운용계획안에 계상된 국채발행 및 차입금의 한도액은 예산총칙에 규정하여야 한다.」고 규정함으로써 법제상의 통합예산을 운용하고 있다.

5) 옥동석(전주), 138.

Ⅵ. 개정의 필요성에 대한 검토

우리나라는 아직 일반회계, 특별회계, 기금 등의 펀드단위로 파악되는 통합재정 또는 통합예산이 기관단위 기준의 범위와 상당한 차이가 있다고 본다. 국가재정법에서 세입세출예산에 포함되지 아니한 정부투자기관이나 비정부공공기관 또는 정부산하기관들이 오랜 관례에서 세입세출예산에서 제외되어 있다. 이 때문에 향후 헌법개정에서는 기간단위와 펀드단위를 일치시키기 위해서는 세입세출예산에 모든 정부 및 공공기관(정부투자기관, 정부산하기관, 비정부공공기관을 망라하여)을 포괄하는 예산재정에 관한 독립의 장을 마련하는 것이 필요하겠다.

Ⅶ. 관련문헌

옥동석, "예산법률주의와 국회의 예산심의", 법제연구 제28호(2005).

옥동석, 재정민주주의와 지출승인법, 한국조세연구원, 2004.

Buck, Arthur Eugene, Public Budgeting: A Discussion of Budgetary in the National, State and Local Governments of the United States, NY: Harper & Brothers Publishers, 1929.

헌법 제58조

정영화

第58조
國債를 모집하거나 豫算외에 國家의 부담이 될 契約을 체결하려 할 때에는 政府는 미리 國會의 議決을 얻어야 한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

1. 입헌취지

국가가 국채를 모집하는 행위는 국민에게 부담을 지울 뿐만 아니라 예산외에 국가부담계약의 체결은 재정민주주의원칙에 의해서 국민 내지는 그 대표자인 국회에 의한 감독이나 통제의 필요성을 명확히 밝힌 것이다. 사실 현대국가의 헌법에서 조세이외 국가의 채무부담이나 국가부담계약 등의 성문화는 1930년대 대공황이 계기가 되었다. 즉, 일반적으로 균형재정론을 주장한 고전경제학파는 경제안정과 자원의 최적배분을 모두 시장의 가격기구에 의해서 달성될 수 있다고 이해하였기 때문에 재정집행이 정부이외는 공급할 수 없는 공공재와 공공서비스의 제공에 한정되어야 한다. 따라서 정부의 재정집행을 위해서 필요한 재원의 조달방안은 국공채의 발행보다는 조세에 의한 재원충당을 강조하였다. 왜냐하면 비생산적인 정부의 재정지출을 지원하는 재원조달로는 민간자본을 감소시키지 않는 조세에 의한 재원조달방법이 민간자본을 감소시키는 국공채의 경우보다 우월한 것으로 보았기 때문이다.

그러나 1929년 세계적인 대공황을 계기로 케인즈경제학파는 고전학파의 균형재정론에

대응하는 적극적인 재정기능을 강조하였다. 즉, 완전고용 및 균등한 부와 소득의 분배는 시장기구에 의해서 달성될 수 없기 때문에 적극적인 재정집행에 필요한 재원조달을 반드시 조세에 의존하는 것이 바람직하지 않다고 보았다. 사실 케인즈학파의 재정이론에 의하면, 조세수입은 국민경제의 경기상태와 밀접한 관계를 갖기 때문에 경기변동에 대비하여 재정정책의 재원을 모두 조세수입에만 의존할 수는 없다는 점이다. 또한 그는 정부의 재정정책의 목적은 균형재정 자체를 이룩하는 것이 아니라, 국민경제의 상태에 따라서 흑자나 적자 또는 균형에 의하여 국공채가 효과적인 재정정책의 집행에 필요한 재원충당의 수단이 될 뿐만 아니라 경기변동에 유연하게 대응하는 정책대안으로서 중요한 역할을 갖는다는 것이다. 이로써 케인즈의 국공채이론이 대다수 국가의 재정정책에 있어서 장기간 동안 채택되었으나, 1970년대부터 등장한 스태그플레이션(stagflation) 현상과 과도한 국공채로 인한 재정적자의 누적으로 인해서 신고전파는 국채의 정치적 및 행정적 측면의 비현실성 때문에 고도한 재정팽창과 재정적자에 따른 인플레이션의 원인이라고 비판하면서 균형재정론을 주장하였다.[1)]

2. 기본개념

국채란 금전채무, 채무지불의 보증, 손실보상의 승인, 재정상 필요한 경비를 조달하기 위하여 국채 부담 등 넓은 의미의 채무를 포괄한다. 그러나 직접 금전을 지불하는 채무일 필요는 없다.

오늘날 국가의 헌법에서 재정지출의 중요한 재원조달방안으로서 조세, 차입, 통화발행 등을 들 수 있다. 국민경제발전과 경제성장을 위하여 필요한 재정지출은 조세수입과 국가채무부담(차입)에 의한 경우로 압축될 수 있다. 물론 조세수입이 가장 중요하고 원칙적인 재원충당의 수단이지만, 조세수입만으로 부족하여 재정적자가 발생할 경우에 이를 보전하는 방법으로는 차입방법에 의존할 수밖에 없다. 여기서 차입재원의 조달방안을 기준으로 보면, 중앙은행으로부터의 차입과 국공채의 민간에 매각에 의한 두 가지 방법이 있다. 그러나 중앙은행으로부터 직접 차입에 의한 방식은 통화발행에 의한 재원충당으로 인플레이션을 유발하므로 제외된다. 따라서 국공채를 발행하여 민간에게 일정한 금리를 조건으로 일정기간 보유한 후에 상환기간에 따라서 원리금을 상환해야 한다는 특성이 있다.

1) 한국개발연구원, 한국재정 40년사(제7권), 1991, 521.

Ⅱ. 연 혁

국채모집과 국가부담부 계약의 체결에 대해서는 제헌헌법 제92조에서 “국채를 모집하거나 예산외의 국가의 부담이 될 계약을 함에는 국회의 의결을 얻어야 한다.”고 규정하였고 또 현행 헌법의 제58조에 이르기까지 반세기 이상 유지되고 있다. 다만, 1962년 제5차 개정 헌법 제54조에서 “국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.”라고 단순한 두 개의 단어(체결, 정부)만 첨언하는 수정이 있었다. 정부수립직후 일상적으로 일반회계의 세입부족을 보충하기 위해서 발행한 1949년 건국국채를 시작으로 지난 60년간 무수한 종류의 국채, 지방채, 및 특수채가 발행되었다. 사실 우리나라에서는 자원과 자본이 항시적으로 부족하고 조세수입도 적은 상황에서 적극적인 재정정책의 수행을 위해서 필요한 재원조달의 중요한 수단이었던 국공채의 규모가 국민경제에 미치는 비중은 지속적으로 증대하였다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

우리나라 재정헌법에 가장 중요한 영향을 미친 일본 헌법에서도 명치헌법의 제62조 및 제64조에서 규정하였던 “국채와 국가부담계약”에 관하여 규정하였고, 현행 일본국 헌법 제85조에서 ”국비(國費)를 지출하고, 또는 국가 채무를 부담하는 것은 국회의 의결에 기할 것을 필요로 한다.“고 규정하고 있다. 이는 일본국 헌법 제83조의 재정국회중심주의를 재정지출 측면에서 구체화한 것이다. 특히 일본 헌법은 채무의 부담에 관하여 의결방식을 규정하고 있지 않지만, 그에 관해서 일본 재정법 제22조에서 예산 또는 법률에 의하지 않으면 안 된다고 규정하고 있다. 이와 같이 재정법은 헌법의 재정조항을 구체화하고 있음을 알 수 있다. 특히 국비의 지출 또는 채무부담을 적법하게 행하는 권한이 있음을 승인하는 것 자체가 국회의 의결사항이다. 또한 국비의 지출에 관한 국회의 의결은 ‘예산’의 방식으로 행하고(제86조) 또 적법하게 성립된 국가의 채무를 이행하는 경우에도 국비지출에 관한 국회의 의결이 필요하다.

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

국채모집과 국고부담행위는 재정민주주의 및 재정국회의결주의 원칙에 대해서 구속되는 것이므로 조세법률주의와 동일하게 국민의 부담으로 귀착되기 때문에 엄격한 국회의 통제를 전제한다. 특히 국채와 국고부담행위는 현대국가의 재정팽창의 현상을 대비하는 의의가 크기 때문에, 이에 대하여 국회의 의결을 법률이나 예산의 형식을 취하게 된다. 따라서 지출에 대한 국회의결을 법률의 형식으로 규정할 필요성이 있다고 본다.

Ⅴ. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 국채와 조세의 구별

국채의 발행 및 모집은 민간의 자발적인 의사에 기하여 차입하고 상환기일에 원리금을 상환하여야 한다. 그러나 조세에 의한 경우는 납세자의사에 반하여 강제적으로 징수된다는 점에서 재원조달의 부담면에서 차이를 보인다. 더구나 조세수입에 의해 뒷받침되는 재정지출은 지출이 발생하는 기간과 동시에 납세자들이 재정부담을 지게 되는데 비해, 국채모집으로 조달되는 재정지출은 그 부담이 국채발행 후, 상환시점에 상환을 위해서 세금을 부담하게 되는 납세자들에게 전가된다.

국채모집에 의한 재정지출은 그 부담이 조세부담과 같이 재정지출이 일어나는 시기의 납세집단에 귀착되는 것이 아니라, 다음 세대에게 전가되어 그 부담의 실현이 연기된다는 차이점이 있다. 요컨대, 조세에 의한 재원조달은 그 부담이 현세대에게, 국채발행에 의한 재원조달은 미래세대에게 부담이 전가되기 때문에 국채부담은 세대 간 전가된다는 반론이 제기되었다. 그렇지만 그 국채가 내국채인 경우는 그 부담이 미래세대에게 전가되는 것이 아니라, 조세와 같이 현재의 세대가 부담하게 된다. 이와 같이 국채와 조세의 부담이 현세대 혹은 미래세대에게 전가되는가 여부에 대해서는 재정논쟁이 지속적으로 진행되고 있다.

2. 국채의 종류

국채의 종류를 분류하는 기준은 국채모집의 지역, 원금의 상환기간, 국채발행에 의한 재원의 용도, 국채인수의 방법 등을 들 수 있으나, 앞의 세 가지가 일반적인 기준으로 사용되고 있다. 첫째, 국채모집의 지역에 따라서 국내에서 모집하는 내국채와 해외에서 모집하는 외국채로 구분된다. 둘째, 상환기간을 기준으로 상환기간이 1년 이내의 단기채와 1년 이상의 경우를 장기채로 구분한다. 단기채는 그 발행목적이 특정 회계연도에 일시적으로 나타나는 재정적자를 보전하는데 비해서, 장기채는 재정재원 부족으로 조달하는 목적 이외에도 법률상 부담해야 하는 채무에 대한 대불변제의 수단으로 발행하는 경우도 있다. 셋째, 조달재원의 용도를 기준으로, 생산적인 용도의 국채와 비생산적 용도의 국채로 분류한다. 전자는 국민경제의 생산력을 증대시키는 철도, 항만, 통신, 전력 등의 건설에 사용하는 경우이고, 또 그에 의해 조달된 재원으로 이루어진 사업의 수익에 의해서 원리금을 지급할 수 있다. 이와 달리, 후자는 단순히 일반세입의 재원부족을 충당하는 목적으로 발행하는 국채이므로 원리금 상환을 조세수입으로 충당하거나 신규 국채모집에 의하여 충당한다. 그 밖에 중앙정부가 발행하는 국채와 지방정부가 발행하는 지방채, 특수법인 등 정부관계기관이 발행하는 채권을 정부가 채무를 보증하는 준공채로서의 정부보증채가 있다.

3. 국고채무부담행위의 범위와 성질

국가는 법률에 따른 것과 세출예산금액 또는 계속비의 총액의 범위 안의 것 외에 채무를 부담하는 행위를 하는 때에는 미리 예산으로써 국회의 의결을 얻어야 한다.[2] 이러한 국가부담계약은 국민의 조세부담을 예정하기 때문에 국회의 의결을 받아야 한다. 물론 국가는 제1항에 규정된 것 외에 재해복구를 위하여 필요한 때에는 회계연도마다 국회의 의결을 얻은 범위 안에서 채무를 부담하는 행위를 할 수 있다. 이 경우 그 행위는 일반회계 예비비의 사용절차에 준하여 집행한다. 또한 국고채무부담행위는 사항마다 그 필요한 이유를 명백히 하고 그 행위를 할 연도 및 상환연도와 채무부담의 금액을 표시하여야 한다.[3]

2) 국가재정법 제25조 제1항.

3) 국가재정법 제25조 제2-3항.

여기서 국고채무부담행위는 예산일년주의가 적용되기 때문에 계속비의 성질을 갖지 않고 매년 예비비와 같이 국회의 의결을 받도록 한다.

4. 국채의 발행 및 모집의 법적 근거

국채발행의 근거법률로는 헌법, 국채법, 국가재정법 및 공공자금관리기금법 등을 들 수 있다. 헌법 제58조는 국채모집에 관하여 기본원칙을 정하고 있으며, 특히 헌법에서는 기채에 대한 국회의 동의권뿐만 아니라 국가부담계약을 체결하는 경우에 국회의 동의를 규정하고 있다. 이는 국채의 발행과 모집뿐만 아니라 국가부담부계약체결이 국민경제적으로 조세와 유사한 부담이 국민에게 전가되기 때문에 국민의 대표자인 국회의 동의를 받도록 함으로써 재정민주주의 내지 국회의 재정중심주의를 실현하기 위함이다.

5. 국채의 발행방법

가.공모발행(직접발행)

장기 국채의 발행시에 주로 이용되는 방법은 자본시장에서 광범위하게 공개적으로 국채를 모집하는 방법이다.

나. 인수발행(간접발행)

인수발행은 국채 발행총액을 중앙은행, 신탁회사, 증권회사 등으로 인수단을 조직하여 공동으로 인수하는 방법을 말한다.

다.교부발행

교부발행은 정부가 채무의 지급을 하고자 할 때, 현금 대신 국채를 발행하여 채권자에게 직접 교부하는 방법이다. 이 방법은 정부가 일방적으로 채권자에게 유가증권을 이전하여 변제하는 방법을 말한다.

6. 국채발행의 절차

국채발행에 관한 기본적인 사항은 헌법과 국가재정법에 규정되어 있고, 또 국채는 공공자금관리기금법 제2조의 규정에 의해서 공공자금관리기금의 부담으로 기획재정부장관이 발행한다. 그러나 일반적 절차를 보면, 국채를 발행하고자 하는 중앙부처는 발행계획안을 기획재정부에 제출하고, 기획재정부는 부처 간의 조정을 거쳐 계획안을 확정하여 국무회의에서 심의하여야 한다. 국무회의에서 심의가 확정되면 대통령의 재가를 얻어 국회에 제출한 후에, 국회는 상임위원회의 심의를 거쳐 본회의에 상정하여 의결하여야 한다. 결국 국회에서 의결이 확정되면 기획재정부는 발행 및 상환에 관한 사무를 처리한다.

그러나 지방채와 특수채의 발행에 관해서는 국채의 범주에 해당하지 않기 때문에 지방채의 발행에 대해서는 행정안전부장관의 승인을, 그리고 특수채의 발행에는 기획재정부장관의 승인을 필요로 한다.

Ⅵ. 개정의 필요성에 대한 검토

국채의 범주를 공공채나 특수채 등을 포함하는 경우에는 국채의 발행과 모집에 관하여 헌법개정의 필요성을 고려할 수 있다. 또한 국고부담행위에 관하여 계속비의 성질을 띠는 경우에도 그 예외에 대하여 고려하여야 할 것이다.

Ⅶ. 관련문헌

한국개발연구원, 한국재정 40년사(제7권), 1991.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
片桐正俊,「財政學」, 東洋經濟新聞社, 2007.



Ⅰ. 입헌취지 및 기본개념

1. 입헌취지

헌법 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.”라는 조세법률주의를 밝히고 있다. 조세의 신설과 세제의 변경은 법률의 형식에 의하여 국회의 의결을 필요로 한다. 조세법률주의는 헌법 제38조에서 '모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.'는 국민의 납세의무와 사유재산권보호의 취지를 규정한 것으로서 역사적으로 “대표 없이는 과세도 없다.”는 사상에 근거한 것이다.

2. 기본개념

조세란 국가 또는 지방자치단체가 재정수요를 충족시키거나 경제적·사회적 특수정책의 실현을 위하여 국민 또는 주민에 대하여 전혀 특별한 반대급부 없이 강제적으로 부과징수하는 과징금을 의미한다.[1] 조세가 자발적인 것이 아니라 강제적으로 징수되지 않으

1) 憲裁 1990.9.3. 89헌가95 참조.

면 안 되는 이유로서는 무임승차의 문제를 내포하기 때문이다. 즉, 공공재를 마련하기 위해서 자금공급을 강제적으로 하지 않으면 아무도 자발적으로 자금을 부담할 인센티브가 없기 때문이다.[2] 구독일 조세통칙법(Reichsabgabenordnung) 제1조에서 "조세란 특별한 급부에 대한 반대급부 없이, 급부의무에 대하여 법률로 정한 요건에 해당하는 자에 대해서 수입을 획득할 목적을 가진 공법상의 단체가 과하는 일회에 한하거나 또는 계속적인 금전급부를 이른다." 또한 일본에서 "조세는 국가 및 지방공공단체가 그의 일반적 경비를 지불할 목적에서 강제적으로 개인으로부터 국가로 이전되는 부를 말한다."[3] 조세법률주의의 기본이념은 과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장하는 것을 의미한다.[4]

국가의 과세권은 국가권력에 당연히 내재되어 있는 권한이다. 국민이 국가의 재정적 경비를 분담할 의무를 본원적으로 부담지우기 위해서 조세법률주의에 관하여 헌법규정은 선언적 및 확인적 성질을 갖는다.

Ⅱ. 연 혁

서양역사에서 중요한 사건 중에서 미국독립운동의 계기가 되었던 보스톤 차사건(1773년, Boston Tea Party)이 소개된다. 그때 운동의 슬로건으로 제기되었던, 영국의 권리청원(Petition of Rights, 1628년)과 권리장전(Bill of Rights, 1689년)에 의해서 「대표 없이는 과세도 없다」는 것이 기본원칙이다. 당시 미국이 영국의 식민지였기 때문에 영국의회에 대표를 보내지 않는 식민지인은 영국정부에 대하여 납세의무를 부담하지 않는다고 생각되었다. 역사적으로 1215년 영국의 대헌장(Magna Charta)[5]에 의해서 전제군주의 자의적인 과세를 억제하고, 자신들의 대표를 통해서만 자신들에게 과세를 결정할 수 있는 "과세자주권"이 확립되기까지는 많은 국가에서 무수한 사람들의 희생의 대가를 지불해야 했다. 그 결과, 현대에는 모든 국가에서 과세자주권 및 그의 구체적 표현으로서의 "조세법률주의"는 헌법의 기본원칙의 하나로 인정된다.

2) Joseph E. Stiglitz, Eoconomics of the Public Sector (2nd Ed.), Prentice Hall Publication, 1992, 340.

3) 川田 剛, 租稅法入門(三訂版), 財團法人 大藏財務協會,2007,4.

4) 憲裁 1994.7.29. 92헌바49등; 1995.11.30. 93헌바32; 2000.6.29. 98헌바92; 2002.8.29. 2000헌바50등.

5) Edward McNall Burns, Western Civilizations (6th Ed.), NY: W.W.Norton & Company, Inc, 1963, 332.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

각국의 헌법에서 조세법률주의를 규정하는 헌법례를 살펴보면 다음과 같다.

일본국 헌법 제30조에서 "국민은 법률의 정하는 바에 의해서 납세의무를 부담한다." 또 제84조에서는 "새로이 조세를 부과하고, 또는 현행 조세를 변경하는 것은 법률 또는 법률의 정하는 조건에 의할 것이 필요하다."고 규정한다. 과거 1898년 명치헌법에서도 동일한 법조문이 있었다.

미국 연방헌법 제1조 제8절 제1항에서 「연방의회는 다음의 권한을 갖는다. 합중국의 채무의 변제, 공동방위 및 일반 복지를 위하여, 조세·관세·개별수입세·소비세를 부과징수하는 것」. 또한 연방헌법 제1조 제10절 제2항에서 「주는 그의 물품검사법의 집행을 위하여 절대 필요한 경우를 제외하고, 연방의회의 동의 없이는 수입품 또는 수출품에 대하여 개별 수입세 또는 관세를 부과할 수 없다.」고 규정하고 있다. 그리고 1913년 수정헌법 제16조에서 「연방의회는 어떠한 원천에서 생겨난 소득에 대해서도 각주 간의 배분하는 것이 아니라, 또 국세조사 또는 인구산정에 준거하여 소득세를 부과, 징수하는 권한을 갖는다.」고 규정하고 있다.

독일 연방공화국 기본법 제105조에서 「연방은 관세 및 재정전매에 대하여 전속적 입법권을 갖는다(제1항). 연방은 기타의 조세수입의 전부 또는 일부가 연방에 귀속하는 경우, 또는 제72조 제2항(연방경합적 입법권)의 요건이 존재하는 경우에는 그로부터의 조세에 대하여 (주와의) 경합적 입법권을 갖는다.」고 규정하고 있다.

이상과 같이 영국을 제외한 주요선진국에서는 모두 헌법에서 조세부과징수를 위하여 법률 또는 의회의 동의를 요구하고 있다. 영국도 헌법으로서 성문화되지 않았지만, 1628년에 제정된 권리청원(Petiton of Rights)에 의하여 조세의 부과에 대하여 법률에 의하여야 한다고 명시하였다.

미국 연방헌법(1788년)에서는 제1조 제8절 ① 연방의회는 다음의 권한을 갖는다. 합중국의 채무변제, 공동방위 및 일반복지를 위하여 조세, 관세, 개별수입세, 소비세를 부과징수하는 것, 제1조 제10절② 주는 그 물품 검사법집행을 위하여 절대 필요한 경우를 제외하고, 연방의회의 동의 없이 수입품 또는 수출품에 대하여 개별수입세 또는 관세를 부과할 수 없다. 수정헌법 제16조(1913년)에서는 「연방의회는 어떠한 원천에서 생겨난 소득에 대해서도, 각주간의 배분하는 것이 아니라 또 국세조사 또는 인구산정에 준거한 것이 아니라 소득세를 징수부과하는 권한을 가진다.」고 규정한다.

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

조세법률주의는 세입예산을 예상하는 반면에, 예산은 세출예산을 고려하는 점에서 차이가 있다. 따라서 세출세입예산의 통합을 전제하는 경우에 조세법과 국가재정법의 통합적인 운용을 고려하는 것이 전제되어야 할 것이다. 따라서 이를 위해서는 예산의 형식을 법률로 정하는 동시에 세출에 관하여 지출승인법의 채택이 요구된다. 예산이 확보되어도 해당 지출을 요하는 경비에 대해서 별도의 근거법률이 존재해야 한다는 점이다.

그리고 조세요건의 법정주의와 관련하여 위임입법에 의한 과세처분의 헌법합치 여부가 중요한 문제이다. 따라서 헌법 제75조의 위임입법은 구체적이고 명확한 수권이 필요하다. 또한 헌법의 평등권(제11조)과 관련하여 조세평등주의를 적용하여야 한다.

Ⅴ. 조세법률주의 내용

조세법률주의의 내용은 과세요건법정주의로 칭하는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 세율 등의 과세요건 및 조세부과·징수의 절차를 법률로 정해야 할 것을 의미한다. 이와 같이 조세의 적법성이 강조되는 이유는 역사적으로 국민의 조세저항 내지 재산권보호와 밀접한 관련성을 갖기 때문이다. 이는 형사법의 죄형법정주의와 함께 국민은 법률에 정해진 요건을 확인하여 장래에의 행동과 그에 따른 법적 효과를 예측할 수 있고, 그것을 토대로 하여 스스로의 행동방향을 설정하여 과세의 불이익 또는 형사법의 불이익을 회피할 수 있는 선택을 보장하기 때문이다.[6)]

1. 조세요건법정주의

가. 개념

과세작용이 국민의 재산권보장을 침해하기 때문에 과세요건과 조세부과징수절차는 국회가 제정하는 법률에 의거해야 한다는 원칙을 의미한다. 여기서 과세부과 및 징수절차는 신고·납부·환급·조사결정·징수·불복 및 벌칙 등 세법상 국민의 권리의무에 직접 영

6) 憲裁 1990.9.3. 89헌가95 참조.

향을 주는 일체의 사항을 의미한다.[7] 이러한 조세법률주의는 국가의 과세권의 남용으로부터 국민의 재산권을 보장하는 것이 목적이다. 이는 납세의무자, 과세물건, 과세표준 및 세율의 대강이 법률로 정해야 한다는 입법상의 요청 내지 조세상의 실질적 법치주의도 내포한다. 대법원은 대통령령으로 과세대상을 규정하는 것에 대하여 헌법에 합치된다고 본다. 즉,「소득세법이 입법사항을 대통령령에 위임하여 소득세법시행령 및 동법시행규칙에 과세대상을 규정하게 되었고 동법 시행규칙에서 그 과세대상이 부동산의 매매사업으로 구체화되었다면 그러한 소득세법시행규칙의 규정이 조세법률주의에 위배되는 무효의 규정이라고 할 수 없다는 것이다.[8] 그러나 법률의 위임 없이 과세요건·과세대상을 대통령령으로 정하는 것은 무효이다.[9]

나. 과세요건법정주의와 위임입법의 문제

과세작용은 법률에 근거 없이 시행령이나 시행규칙의 과세요건을 확대, 변경, 축소하는 새로운 규정을 할 수 없고, 또 법률의 규정에 위반하는 시행령이나 시행규칙은 무효이다. 국민의 조세부담에 관계되는 문제들을 법률로 규정하는 것이 중요하다고 보면, 조세의 위임입법에 있어서 포괄수권이 금지된다는 것에는 이론이 없다. 또한 개별수권에 의한 위임입법이 가능할 경우에도 모법에 그 목적·범위·기준 및 조건을 명시할지라도 엄격한 요건을 전제해야 한다. 위임입법에 의한 과세권에 대하여 개별적인 위임은 명확하고 구체적이어야 한다.

다. 과세요건법정주의의 예외

처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본적 인권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 위임의 구체적성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정보다 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다는 기본입장이다.[10] 대통령령으로 정하는 고급주택, 고급오락장에 대해 중과세하도록 한 지방세법규정은 고급, 오락 등의 개념이 지나치게 불분명하고 포괄적이어서 위헌이라고 헌법재판소는 결정하였다.[11]

7) 大判 1965.2.21. 63누161 참조.

8) 大判 1974.12.24. 70누92.

9) 大判 1987.9.8. 86누64; 1987.10.26. 86누426; 1987.9.22. 86누694.

10) 憲裁 1995.11.30. 91헌바1 병합.

11) 憲裁 1998.7.16. 96헌바52 등 병합.

지방자치법 제126조는 「지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과·징수할 수 있다.」고 규정하고, 또 지방세법 제3조는 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체가 조례로써 정하도록 한다. 이는 조세법률주의에 대한 예외로서 헌법이 지방자치단체에 자치입법권을 인정하는 이상(제117조 제1항), 일정한 범위를 정하여 조례에 위임한 것은 헌법에 위반되지 않는다.[12] 또한 조약에 의하여 협정세율을 정하는 경우에 조약의 체결에 있어서 국회의 동의를 얻으면 법률과 동등한 효력을 갖기 때문에 조약의 예외를 인정할 수 있다. 구체적으로 과세요건법정주의에 관하여 헌법재판소 판례의 입장을 아래와 같이 정리할 수 있다.

① 전세권·질권·저당권에 의해 담보된 다른 채권보다 그 담보설정 후에 성립된 조세채권일지라도 그 조세채권이 1년 범위 안에서 우선 징수된다는 국세기본법 제35조 제1항 제3호의 규정은 조세공평성 및 조세적법성원칙에 반하여 헌법 제59조에 위반된다(憲裁 1990.9.3. 89헌가95).

② 배우자·직계존비속의 부담부 증여시 증여세의 과세가액에서 채무액을 공제하지 않는 상속세법 제29조의4 제2항은 "가족등 특수신분관계라는 이유만으로 채무인수의 진위를 구분하지도 않은 채 채무에 대해서도 세금을 부과한 규정은 조세법률주의에 위반된다(憲裁 1992.2.25. 90헌가69등)." 또 증여재산의 가액을 상속재산의 가액에 가산하면서 증여재산의 가액을 증여 당시의 가액에 의하지 않고 상속 당시의 가액에 의할 것을 규정한 구상속세법 제9조 제1항도 위헌으로 결정되었다. 구상속세법 제34조의4는 "현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익"을 받는 경우를 과세대상으로 정하는데, "이익"을 받는다는 개념은 법조문에 구체적인 기준이 없으므로 예측할 수 없다는 이유로 위헌결정을 했다(憲裁 1997.12.24. 96헌가16).

③ 상속세법 제9조 제2항의 상속재산의 가액평가시기에 관하여 상속세에 관한 신고의무이행 여부에 따라 차등을 두는 것은 조세법률주의에 반하는 것이다(憲裁 1992.12.24. 90헌바21). 또 상속재산 중 사실상 임대차계약이 체결되거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 재산시가 중 큰 금액으로 평가한다는 구상속세법 제9조 제4호는 납세의무의 중요한 사항을 대통령에 포괄적으로 위임한 것이므로 조세법률주의에 반한다(憲裁 1998.4.30. 96헌바78).

④ 구법인세법 제16조 5호는 공과금 손금불산입을 원칙으로 하여 불산입을 정당화하는 특별한 사유가 없는 한, 없는 소득에 대하여 과세한다는 점, 또 손금산입을 허용하는 것이 마땅한 공과금도 시행령규정에 포함시키는 경우에만 손금산입될 수 있어서 실질적으

12) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 789; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1150.

로 조세법률주의를 위반된다(憲裁 1997.7.16. 96헌바36,37 병합).

⑤ 이혼시 재산분할을 청구하여 상속세 배우자 인적공제액을 초과하는 재산을 취득한 경우 그 초과부분에 대하여 증여세를 부과하는 구상속세법 제29조의2 제1항 제1호의 일부규정에 대하여 위헌으로 결정하였다(憲裁 1997.10.30. 96헌바14).

⑥ 국세기본법 제39조 제1항에서 "주식을 가장 많이 소유한 자"라는 형식적인 기준에만 의하여 제2차 납세의무를 부담시키고 있고, 책임의 범위와 한도조차 명확하게 설정하지 아니한 채, 법인의 채납세액 전부에 대하여 일률적으로 제2차 납세의무를 지우고 있고, 또 과세청이 자의로 제2차 납세의무자인 과점주주를 지정하여 보충적인 납세의무를 지울 여지가 있게 하고 있어서 실질적 조세법률주의에 위반된다(憲裁 1998.5.28. 97헌가13).

⑦ 구 지방세법 제234조의16 제3항 제2호 중 "기타 사치성 재산으로 사용되는 토지"부분은 추상적이고 불명확한 사치성 재산의 기준과 범위를 객관적이고 합리적으로 예측하기 어렵고 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 초래할 우려가 있어 조세법률주의에 위배된다(憲裁 1999.3.25. 98헌가11등).

⑧ 부부의 자산소득을 합산하여 과세하도록 규정하는 소득세법 제61조 제1항은 헌법 제36조 제1항의 가족평등주의에 위배된다(憲裁 2002.8.29. 2001헌바82). 또 양도소득세의 과세대상으로 제1호 내지 제4호 외에 대통령령이 자산의 양도로 인하여 발생하는 소득을 규정한 구 소득세법 제23조는 조세법률주의와 포괄적 위임입법금지원칙에 위반된다(憲裁 2003.4.24. 2002.헌가6).

한편, 헌법재판소의 변형결정인 헌법불합치결정은 다음과 같다.

① 토지초과이득세법이 기준시가를 전적으로 대통령령에 위임하는 경우(憲裁 1994.7.29. 92헌바49 등 병합).

② 구 소득세법 제101조 제2항의 양도소득에 대한 의제효과를 수증자에게 미치도록 하여 수증자의 재산권을 침해하여 불합치결정이 있다(憲裁 1995.7.27. 93헌바1 등 병합).

③ 법정기한 내에 취득세신고를 하였으나 미납부자에 대한 신고와 납부의무이행자에 대하여 동일한 비율로 가산세를 부과하는 지방세법 제121조 제1항에 대한 불합치결정이 있다(憲裁 2003.9.25. 2003헌바16).

2. 과세요건의 명확성원칙

법률에서의 규정이 불명확하여 결과적으로 백지위임에 맡기는 것을 방지하기 위해서 필요불가결한 원칙을 말한다. 대법원은 모법에 대하여 포괄위임을 이유로 위헌결정이 선

고된 상태에서 하위법규를 근거로 과세처분을 할 수 없다고 한다. 憲裁 1995.11.30. 94헌바14 결정은 구 법인세법 제32조 제5항이 국민의 권리의무에 관한 기본적 사항에 해당하는 소득처분에 관련된 과세요건을 정하면서도 아무런 기준을 제시함이 없이 이를 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하였다는 점을 이유로 한 것이므로, 같은 법 시행령 제94조의2 제1항 제1호를 근거로 과세하면, 결국 모법의 근거 없이 과세대상인 소득의 종류와 납세의무자를 의제하는 규정인 대통령만에 의하여 과세처분을 하는 것에 해당하여 조세법률주의에 반한다(大判 1997.5.16. 96누8796).

3. 적법성의 원칙

이는 조세법률주의의 절차면에서 요구되는 원칙이다. 조세부과는 법률이 규정하는 바에 따라서 엄격하게 조세를 부과하고 징수하지 않으면 안 된다는 것을 의미한다. 대법원도 조세법률주의 원칙은 조세요건과 부과징수절차는 국회가 제정한 법률로써 이를 규정하여야 하고, 그 법률의 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 행정편의적인 확장해석이나 유추해석은 허용되지 않음을 의미한다고 판시한 바 있다.[13]

4. 절차충족의 원칙

세법의 행사형태에 있어서 조세부과·징수행위는 적정한 절차로 행하지 않으면, 이에 대해서 소송이 제기된 경우에도 과세기관은 공정한 절차에 의거해서 행하지 않으면 안 된다는 원칙이다.

5. 소급입법금지의 원칙

납세자에게 예측가능성을 부여하고 법적 안정성을 보장하기 위해서 불이익한 변경을 공포일 이전으로 소급적용하는 입법은 허용되지 않는다는 원칙이다. 이에 대하여 납세자에게 유리하게 변경하는 경우는, 과거로의 소급입법을 허용된다고 해석된다.[14]

13) 大判 1983.10.25. 82누358.

14) 東京高裁 昭和55.6.16판결 참조.

6. 조세법률주의와 조세평등주의의 관계

조세법률주의에 따른 납세의무도 재산권에 대한 제한이기 때문에 담세능력에 의한 평등하고 공평한 과세가 되어야 한다. 동일한 상황에 있는 사람은 동등한 부담을 진다는 조세형평의 원칙은 조세법률주의와 병행하는 조세법의 중요한 원칙이다.

Ⅵ. 개정의 필요성에 대한 검토

예산이 법률의 형식에 의하여 성립될지라도 세출예산에 대하여 별도로 국회의 의결을 요하는 지출승인법률의 채택을 위한 헌법개정을 검토할 필요가 있다. 이리하여 예산을 법률의 형식으로 의결함으로써 예산과 법률의 불일치 현상을 법제적으로 방지할 수 있고, 또한 행정부의 예산지출에 대한 국회가 지출의 심사에 관하여 법률안을 제정할 필요가 있다. 물론 행정부의 지출에 관하여 국회가 재정통제를 위해서 지출승인에 관한 법률을 제정하는 것이다.

Ⅶ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
최명근, 세법학총론, 세경사, 1996.
川田剛, 租稅法入門, 財團法人大藏財務協會, 2007.

헌법 제60조

박종보

第60條

① 國會는 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 중요한 國際組織에 관한 條約, 友好通商航海條約, 主權의 制約에 관한 條約, 講和條約, 國家나 國民에게 중대한 財政的 부담을 지우는 條約 또는 立法事項에 관한 條約의 체결·비준에 대한 同意權을 가진다.

② 國會는 宣戰布告, 國軍의 外國에의 派遣 또는 外國軍隊의 大韓民國 領域 안에서의 駐留에 대한 同意權을 가진다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

조약이란 '국가 간의 문서에 의한 합의'를 말한다.[1] 헌법 제73조는 조약을 체결·비준할 권한을 대통령에게 부여하는데, 헌법 제60조 제1항은 일정한 중요한 조약의 체결·비준에 국회의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 일정한 조약의 체결·비준에 국회의 동의를 받도록 한 취지는 첫째, 대통령의 자의적 대표권 행사를 민주적으로 통제하려는 것이고, 둘째, 조약은 국민의 권리·의무와 국가재정에 상당한 영향을 미치므로 이에 관한 국민적

1) '조약법에 관한 비엔나 협약'(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제2조 제1항 (a)호는 조약을 "단일의 문서에 또는 둘 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특징의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가 간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의"라고 정의한다. 이하에서는 '조약법에 관한 비엔나 협약'을 '비엔나 협약'이라고 표시한다.

합의를 형성하기 위한 것이라고 설명된다.[2] 그 제도적 의의는 무엇보다도 국민에 의해 직접 선출되는 대의기관인 국회가 그 민주적 정당성을 기반으로 하여 민주적 통제를 행하도록 하는 데 있다.[3] 이것은 대통령이 조약 체결·비준권을 합리적으로 행사하도록 국회가 적절히 견제함으로써 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이다. 조약의 체결·비준은 대외적으로는 대통령에 의한 집행작용이지만 동시에 국가 전체의 의사결정이 되기 때문에 국민의 대표기관인 국회에 의해 통제함으로써 대통령이 헌법에 합치하는 방법으로 권한을 행사하도록 하기 위한 뜻으로 이해된다.[4] 한편, 헌법 제6조 제1항에 따르면 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지는데, 헌법 제60조 제1항이 정한 조약에 대하여 국회가 동의를 거부하면 그 조약은 공포될 수 없고 국내법으로 편입되지 못한다. 그러므로 국회의 동의권은 헌법 제60조 제1항이 규정한 조약을 국내법으로 수용하기 위한 절차적 요건이 된다.[5]

II. 연 혁

조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권은 1948년의 건국헌법에 규정된 이후 현행헌법까지 계속 유지되어 왔다. 9차례의 헌법개정을 거치는 동안 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의를 규정한 헌법 조항은 두 차례 수정되었는데, 나머지 헌법개정에서는 조문 순서가 바뀐 적이 있을 뿐 내용은 바뀌지 않았다.

건국헌법 제42조는 "국회는 국제조직에 관한 조약, 상호원조에 관한 조약, 강화조약, 통상조약, 국가 또는 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 비준과 선전포고에 대하여 동의권을 가진다."고 규정하였다. 국회의 동의가 필요한 조약은 6가지 유형이며, 국회의 동의를 요하는 대통령의 행위는 '비준'으로 표현되어 있었다.

이 조항은 1962년 제5차 개정헌법에서 약간 수정되었는데, 제56조 제1항은 "국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 국제조직에 관한 조약, 통상조약, 어업조약, 강화

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 888.

3) 김선택, "헌법상의 외교권한 배분과 구체화 입법의 헌법적 한계", 헌법학연구 13권 3호(1) (2007), 300.

4) 이상훈, "헌법 제60조 제1항에 대한 고찰: 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로", 국제법 동향과 실무 2권 3호(2003), 93.

5) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 175-76; 임지봉, "헌법적 관점에서 본 국회의 동의를 요하는 조약 -대한민국의 경우를 중심으로-", 국제법 동향과 실무 3권 1호(2004), 113.

조약, 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 외국군대의 지위에 관한 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다."고 규정하였다. 건국헌법과 비교해 보면 국회의 동의가 필요한 조약으로 '안전보장에 관한 조약', '어업조약'과 '외국군대의 지위에 관한 조약' 3가지 유형이 추가되어 모두 9가지 유형의 조약에 국회의 동의가 필요하게 되었다. 이 중에서 어업조약은 일본과의 어업협정 체결에 대비한 것이고, 외국군대의 지위에 관한 조약은 주한미군의 지위에 관한 협정 체결에 대비하여 이에 대한 국회의 통제를 가능하게 하기 위하여 신설한 것으로 이해된다.[6] 그리고 국회의 동의를 요하는 대통령의 행위로는 비준 외에 '체결'이 추가되었는데, 뒤에서 보는 바와 같이 이러한 표현은 오늘날 헌법해석 논쟁을 야기하고 있다.

1980년 제8차 개정헌법 제96조 제1항은 "국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제 조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다."고 규정하였다. 국회의 동의를 요하는 조약에서 '어업조약'과 '외국군대의 지위에 관한 조약'이 제외되고 '주권의 제약에 관한 조약'이 새로 추가되어, 국회의 동의가 필요한 조약은 8가지 유형이 되었다.[7] 그리고 '통상조약'을 '우호통상항해조약'으로, '국제조직에 관한 조약'을 '중요한 국제조직에 관한 조약'으로, '국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약'을 '국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약'으로 각각 변경하였다. 국제조직에 관한 조약과 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약을 '중요한' 국제조직에 관한 조약과 국가나 국민에게 '중대한' 재정적 부담을 지우는 조약으로 바꾼 것은 전문적·기술적·임시적인 국제조직이나 규모가 작거나 덜 중요한 재정적 부담은 국회의 동의를 받지 않도록 하는 것이 바람직하다는 실무적 판단에 따른 것으로 보인다. 어업조약이 삭제된 것은 1965년에 한일어업협정이 체결되고, 원양어업이 발달한 당시 전문적·기술적·행정적인 사항을 주로 담는 어업조약을 신속하게 체결하기 위한 것이고, 외국군대의 지위에 관한 조약이 삭제된 것은 1962년 주한미군의 지위에 관한 협정이 체결되었기 때문에 계속 유지할 필요가 없었기 때문이라고 설명된다.[8]

현행 1987년 제9차 개정헌법에서는 1980년헌법의 해당 조항이 조문 위치만 바뀌고 내용은 그대로 유지되고 있다.

6) 이상훈(주 4), 99.

7) '상호원조 또는 안전보장에 관한 조약'을 한 유형으로 보면 7가지 유형이 된다. 이하에서는 현행헌법의 표현에 맞추어 7가지 유형으로 이해하기로 한다.

8) 이상훈(주 4), 99.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 미 국

미국연방헌법 제2조 제2절 제2항은 “대통령은 상원의 조언과 동의를 얻어 조약을 체결하는 권한을 가진다. 다만, 그 조언과 동의는 상원의 출석의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.”고 규정하고 있다.

2. 프랑스

2008년 7월 21일 통과·확정된 제5공화국 헌법 제53조 제1항은 “평화조약, 통상조약, 국제기구와 관련한 조약 또는 협정, 국가의 재정부담, 법률의 개정, 개인의 신분변화, 영토의 할양·교환·병합을 야기하는 조약 또는 협정은 법률에 의해서만 비준 또는 승인할 수 있다.”고 규정한다. 같은 조 제2항은 “조약 또는 협정은 비준 또는 승인되어야만 효력을 발휘한다.”고 규정하고 있다.

3. 독 일

독일기본법 제59조 제2항은 “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관하여는 연방행정에 관한 조항을 준용한다.”고 규정하고 있다.

4. 일 본

일본국헌법 제73조 제3호는 “조약을 체결하는 것”을 내각의 행정사무 중 하나로 열거하면서, 같은 호 단서에서 “다만 사전에, 경우에 따라서는 사후에 국회의 승인을 거치는 것을 요한다.”고 규정하고 있다. 일본국헌법 제61조는 “조약의 체결에 필요한 국회의 승인에 관하여서는 전조 제2항의 규정을 준용한다.”고 규정하고 있는데, 준용되는 제60조

제2항은 “예산에 관하여 참의원에서 중의원과 상이한 의결을 한 경우에 법률의 정하는 바에 의하여 양원의 협의회를 열어도 의견이 일치되지 아니할 때 또는 참의원이 중의원의 가결한 예산을 접수한 후 국회 휴회중의 기간을 제외하고는 30일 이내에 의결하지 아니할 때에는 중의원의 의결을 국회의 의결로 한다.”는 내용이다.[9)]

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다. 이것은 국제법을 국내법으로 수용하려는 적극적인 태도를 밝힘으로써 우리나라가 국제법질서를 존중하겠다는 의사를 표방한 것이다. 조약이 국내법적 효력을 갖기 위해서는 헌법에 의하여 체결·공포되어야 하는데, 그것은 조약의 체결·공포 절차가 합헌적이어야 할 뿐 아니라 조약의 내용도 헌법에 위배되지 않아야 한다는 것을 의미한다.[10)] 이와 같이 합헌적으로 체결·공포된 조약에 의해 국민의 권리·의무가 규율될 수 있기 때문에 조약은 중요한 대외정책을 결정하는 것일 뿐만 아니라 국내법을 정립하는 입법행위이기도 하다. 국제사회에서 조약이 중요한 의미를 가진다는 점과, 합헌적으로 성립한 조약은 국내법과 동일한 효력을 갖게 된다는 점을 감안하여 우리나라 헌법은 조약의 성립을 통제하기 위한 상세한 규정을 두고 있다.

헌법 제73조는 “대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.”고 규정함으로써 대통령에게 국가를 대표하여 조약을 성립시킬 권한을 부여하고 있다. 그리고 헌법 제89조 제3호는 조약안을 반드시 국무회의의 심의를 거쳐야 하는 필요적 심의사항으로 명시하고 있다. 헌법 제60조 제1항은 헌법 제73조에 따라 대통령이 체결·비준한 조약이 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법적 효력을 가지게 되는 중간과정에서 국회가 행하는 역할을 규정하고 있다. 국가의 대외정책과 국민의 권리·의무에 직접 영향을 미치는 규범으로 작용하는 중요한 조약이 성립되는 단계에서 그러한 규범정립 작용을 행정부에만 맡겨 두지 않고 국회가 견제하게 한 것이다.

9) 국제관계에서 조약 체결 활동이 활발한 민주국가 10개국을 선정하여 조약의 성립과정에서 의회가 차지하는 역할을 비교한 것으로 정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 서울국제법연구 15권 1호(2008), 122-29 참조. 이 10개국에는 오스트리아, 프랑스, 독일, 네덜란드, 이탈리아, 일본, 영국, 캐나다, 인도와 미국이 포함되어 있다.

10) 憲裁 1998.11.26. 97헌바65, 헌판집 10-2, 685(699).

Ⅴ. 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 국회의 동의를 요하는 조약의 범위

우리나라 헌법 제60조 제1항은 일정한 조약에 한하여 국회가 동의권을 가진다고 구체적으로 규정하고 있다. 우리 헌법이 일정한 조약에 한해서 의회의 동의를 요구하는 것은 적어도 문언상으로는 모든 조약에 대해 의회의 동의를 받아야 하는 것으로 규정하고 있는 미국헌법이나 일본헌법과 다른 점이며,[11] 프랑스, 이탈리아, 독일, 오스트리아 헌법 등과 비슷한 점이다. 아무튼 헌법 제60조 제1항이 명백히 일정한 조약에 대해서만 국회의 통제를 받도록 규정하고 있으므로 이 조항의 적용을 받는 조약의 범위가 문제된다. 이 문제는 헌법 제60조 제1항이 예시조항인가 열거조항인가 하는 형태로 논의되어 왔다.

가. 예시조항설과 열거조항설

헌법 제60조 제1항을 예시조항으로 보는 견해는 현대의 국제사회에서 체결되고 있는 조약은 국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 미치는 경우가 많으므로 헌법 제60조 제1항이 열거하지 않은 조약도 민주주의원리에 배치될 우려가 심한 내용인 경우에는 국회의 동의가 필요하다고 본다. 예시조항설이라고 하여 모든 국제조약이 국회의 동의를 요한다고 보는 것은 아니다. 헌법 제60조 제1항에 열거된 조약을 크게 3가지로 종합하면 ① 안전보장, 국제조직 강화, 주권의 제약에 관한 조약 등과 같이 우리나라의 정치적 관계를 규율하는 조약과 ② 상호원조, 통상조약, 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약 등과 같이 국가경제에 관한 조약, 그리고 ③ 입법사항에 관한 조약으로 유형화시킬 수 있는데, 실질적으로 위 3개 분야에 속하는 중요한 조약은 모두 국회의 동의를 필요로 한다고 보는 것이다.[12]

11) 그러나 미국과 일본에서도 실제에 있어서는 매우 제한적인 유형의 조약만이 의회의 승인을 받는다. 미국 헌법은 대통령이 상원의 조언과 출석의원 3분의 2 이상의 동의를 얻어 조약을 체결할 수 있다고 규정하고 있지만, 실제로는 서명 후 비준 전에 동의만 받는 것으로 운영되고 있다. 그리고 일정한 조약은 대통령이 단독으로 체결하는 것이 인정되고 있는데, 이것이 행정협정(executive agreement)이다. 미국에서 상원의 동의를 얻어 비준되는 조약은 5% 미만이라고 한다. 일본에서도 의회의 입법권에 관한 조약, 새로운 예산 지출을 필요로 하는 조약, 외교관계상 정치적으로 중요한 조약 등 3가지 유형의 조약만 의회의 승인을 얻는다고 한다. 정인섭(주 9), 125-26 또 128-29 본문 및 주석의 문헌 참조.

12) 갈봉근, "조약의 체결·비준에 대한 동의권", 고시계 10-8(1965), 79; 제성호, "조약의 체결·비준에 대한 국회동의권", 국제법학회논총 33권 2호(1998), 290.

이에 대하여 헌법 제60조 제1항을 열거조항으로 보는 견해는 이 조항이 나열하고 있는 7가지 유형의 조약들에 한하여 국회의 동의를 요한다고 본다. 국내 대부분의 헌법학자들은 헌법 제60조 제1항을 이렇게 '제한적·열거적'인 것으로 파악하고 있다.[13] 국제법학자들의 경우도 비슷하다.[14]

논리적으로 접근하면 우선 예시조항설은 헌법 제60조 제1항의 문언 자체에 반한다고 지적할 수 있다. 이 조문이 나열하고 있는 7가지 유형을 인위적으로 3가지 유형으로 분류하는 것은 지나치게 작위적인 해석이다. 그리고 국회에 동의권을 부여한 것은 조약의 전속적인 체결권자인 대통령의 권한행사를 예외적·부분적으로 제한하기 위한 것이라고 보아야 할 것이므로 헌법 제60조 제1항은 소극적·한정적으로 해석할 수밖에 없다.[15] 국회의 동의권은 같은 조항에 열거된 조약의 체결·비준에 한하여 인정된다고 보는 열거조항설이 타당하다.

그런데 예시규정설도 헌법 제60조 제1항의 문언을 전혀 도외시하고 국가가 주체가 되는 모든 조약의 체결에는 원칙적으로 국회의 개입이 인정되어야 하므로 동의절차가 필요하다고 주장하는 것은 아니다. 같은 조항에 열거되지 않은 '중요한' 조약이 동의 대상에 포함될 수 있다고 보는 것에 불과하다. 그리고 헌법 조문에서 열거된 조약에 '국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약'과 '입법사항에 관한 조약'이라는 광범위하고 포괄적인 내용이 포함되어 있기 때문에 예시규정으로 보든 열거규정으로 보든 실제에 있어서는 별 차이가 없다.[16] 그러나 국회의 동의를 요하는 조약의 범위와 관련하여 행정부와 국회 간에 소모적인 법리논쟁이 일어날 개연성을 배제하기 위해서도 헌법 제60조 제1항은 열거조항이라고 해석하여 운용하는 것이 타당할 것이다.[17]

나. 개별적 검토

(1) 행정협정

앞에서 살펴본 바와 같이 헌법 제60조 제1항에 열거되지 않은 조약은 국회의 동의를

13) 권영성(주 2), 888; 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1610; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 980; 허 영(주 5), 889; 임지봉(주 5), 113.

14) 정용태, "대한민국 국회의 조약비준동의권", 청주대 법학논집 3권(1988), 55; 이상훈(주 4), 100; 정진석, "조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의", 서울국제법연구 11권 1호(2004.6), 163.

15) 이상훈(주 4), 100.

16) 同旨: 이상돈, "조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권", 고시계 1985년 10월호, 50; 정진석(주 14), 163; 오동석, "민주주의 관점에서 본 한미 FTA 협상과정의 문제점", 민주법학 32호(2006.12), 165; 조소영, "한미 FTA에 대한 헌법적 쟁점의 검토", 공법학연구 8권 3호(2007.8), 9.

17) 이상훈(주 4), 100.

받지 않아도 성립할 수 있다. 그런데 동 조항에 해당하는 내용의 조약이라 하더라도 일정한 조약은 의회의 동의를 요하지 않는다는 헌법관행이 인정되고 있다. 이를 의회의 동의를 받는 조약(treaty)과 구별하여 행정협정(executive agreement)이라고 부른다. 미국이나 일본과 같이 헌법규정상 모든 조약의 체결에 의회의 동의를 요하는 국가에서도 실제관행상으로는 일정한 중요조약에 대해서만 의회의 동의를 요구하고, 의회의 동의를 요하지 않는 행정협정을 인정하고 있다.[18)]

우리나라에서 행정협정은 일반적으로 기존 조약이 위임한 사항, 국내법이 위임한 사항 또는 기존 조약의 시행을 위하여 필요한 사항을 내용으로 하는 조약으로 이해되고, 이러한 사항은 국회의 동의를 받지 않고도 당연히 체결될 수 있다고 인정된다.[19)] 본래 행정협정은 권력분립원칙 하에서도 허용될 수 있는 관념이므로 대통령이 월권행위를 하지 않는 한 의회는 그와 같은 행정협정의 체결에 대해 간섭해서는 안 된다. 그러나 행정협정 개념을 인정한다고 해도 미국에서와 같이 광범한 사항을 의회의 동의를 거치지 않는 행정협정의 방식으로 체결할 수는 없다고 보아야 할 것이다.[20)]

헌법 제60조 제1항은 '안전보장에 관한 조약'을 국회의 동의를 요하는 조약으로 열거하고 있다. 그러므로 1953년 서명되고 국회의 동의를 얻은 후 1954년 발효했던 한미상호방위조약이 현행헌법 하에서 체결된다고 가정하더라도 국회의 동의를 얻어야 하는 것은 당연하다. 그렇다면 이 조약 제4조에[21)] 근거하여 국내에 주둔하는 미군의 지위에 관한 합의인 주한미군지위협정(SOFA)은 국회의 동의를 받아야 하는가? 미국에서는 상호방위조약에 의한 위임을 근거로 하여 외국군대의 지위에 관한 협정을 행정협정으로 체결할 수 있다는 것이 헌법관행상 확립되어 있으나, 우리나라의 경우에는 사정이 다르다. 이 협정의 서명 당시 헌법(1962년헌법) 제56조 제1항은 '외국군대의 지위에 관한 조약'을 국회의 동의가 필요한 조약으로 열거하고 있었기 때문이다. 당시 정부는 1966년 10월 14일

18) 의회의 동의를 요하지 않는 상대적으로 덜 중요한 조약(행정협정)의 범위는 나라마다 다르다. 행정협정은 미국에서 가장 활발하게 이용된다. 미국에서는 조약의 협상과 서명은 대통령의 권한이라는 것이 널리 인정되고 있으며, 대통령은 협정, 교환각서, 약정, 의정서, 우편협정 등 다양한 형식으로 행정협정을 체결하고 있다. 어떤 조약이 반드시 상원의원 3분의 2의 동의를 받아야 하는지에 관한 명확한 경계도 그리기 쉽지 않다. 정인섭(주 9), 128-29 본문 및 주석에 인용된 문헌 참조.

19) 헌법재판소도 "국회의 관여 없이 체결되는 행정협정"이라는 개념을 사용하고 있다. 憲裁 1999.4.29. 97헌가14, 헌판집 11-1, 273(282).

20) 제성호(주 12), 291-92.

21) 한미상호방위조약 § 4: "상호적 합의에 의하여 미합중국의 육군, 해군과 공군을 대한민국의 영토 내와 그 부근에 배치하는 권리를 대한민국은 이를 허여하고 미합중국은 이를 수락한다."

국회의 동의를 거친 후 1967년 2월 9일에 이 협정을 공포하였다.

현행헌법 하에서라면 어떻게 보아야 할 것인가? 헌법재판소는 이 조약은 "우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 근로자의 지위, 미군에 대한 형사재판권, 민사청구권 등 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 하는 것"이라고 판시하였다.[22] 헌법재판소의 이러한 판시를 현행헌법에 적용한다면 다음과 같은 취지로 이해된다. 1980년헌법 이후 국회의 동의를 요하는 조약의 범위에서 '외국군대의 지위에 관한 조약'이 삭제되었으므로 외국군대의 지위에 관한 협정인 주한미군지위협정은 국회의 동의를 받을 필요가 없다는 해석도 가능하지만,[23] 적어도 '국가에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약'과 '입법사항에 관한 조약'에 해당하기 때문에[24] 국회의 동의가 필요하다는 것이다.

(2) 중요한 국제조직에 관한 조약

국제조직이란 주권국가의 합의에 따라 조약에 의하여 설립되는 정기적·상설적 활동 기관을 가진 국제단체로서 국제법상 권리 및 행위능력을 보유한 단체를 말한다.[25] 건국헌법 이래 국제조직에 관한 조약은 줄곧 국회의 동의가 필요한 조약으로 규정되어 왔는데, 1980년헌법부터는 '중요한' 국제조직에 관한 조약으로 변경되었다. 무엇이 '중요한' 국제조직인지에 관해서는 헌법이나 법률에 명문 규정이 없는데, 그 판단기준은 대체로 그 국제조직에 가입함으로써 우리나라가 지게 되는 재정부담의 규모, 우리나라의 주권을 제약하는 규정이 있는지 여부, 입법사항을 포함하는지 여부 등이 제시되고 있다.[26] 이에 따르면 국제연합이나 그 전문기구 및 지역공동체 등은 중요한 국제조직이라고 할 수 있다. 그러나 기술적·전문적·행정적·관리적 성격을 가지는 기구는 중요한 국제조직으로 보기 어렵다.[27] 그러므로 스스로 능동적으로 임무를 수행하기보다는 참가국의 수임사항을 수동

22) 憲裁 1999.4.29. 97헌가14, 헌판집 11-1, 273(282).

23) 헌법 제60조 제1항을 예시규정으로 보는 관점에서는 현행헌법상 외국군대의 지위에 관한 조약도 국회의 동의를 얻어야 하는 것으로 보게 될 것이다.

24) 이 협정은 구체적으로 미군의 국내 주둔을 위한 물적 기반으로서의 시설과 구역의 사용을 둘러싼 문제, 출입국, 통관과 관세, 과세에 관한 문제, 노무관련문제, 형사재판권과 민사청구권에 관한 문제 등을 그 내용으로 하고 있다.

25) 이상훈(주 4), 104.

26) 전주, 105.

27) 김용진, "국회의 동의를 요하는 조약의 범위", 법제 통권244호(1988.10), 35; 정진석(주 14), 164.

적으로 이행하는 행정관리적 기구나 특정한 외교목적을 달성하기 위한 한시적 기구는 중요한 국제조직으로 볼 수 없을 것이다.[28]

이 조항의 용어에서 '중요한'이라는 표현은 의미도 모호하고, 구체적인 판단의 주체가 행정부인가 국회인가 하는 점에도 의문이 있으므로 삭제하는 것이 입법론으로 타당하다는 주장이 있었다.[29] 그러나 이 경우에는 기술적·전문적 성격의 조약과 기존 국제기구 조직의 경미한 변경에 관련되는 조약도 국회의 동의를 받아야 하므로 헌법 제60조 제1항의 적용범위가 너무 확대되어 바람직하지 않다.

(3) 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약

국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약이란 우리나라가 가입함으로써 현실적으로 국고로부터 재정지출을 하거나, 차관협정이나 차관지불보증협정 등과 같이 주채무나 보증채무를 부담하는 경우, 또는 관세 및 세율에 영향을 미치는 조약을 말한다.[30] 조약에 가입함으로써 회비납부 또는 지불출자를 부담하는 경우도 포함된다.[31] 건국헌법 이래 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약은 줄곧 국회의 동의가 필요한 조약으로 규정되어 왔는데, 1980년 제8차 개정헌법부터는 '중요한' 국제조직에 관한 조약으로 변경되었다. 재정부담이 중대한지 여부를 판단하는 기준에 관하여 명문의 규정은 없고, 우리나라의 경제력과 부담금 납부로 인하여 우리나라가 얻게 될 이익의 정도 등을 종합적으로 평가하여 결정하여야 한다는 의견이 제시되어 있다.[32]

중요한 국제조직에 관한 조약에서와 마찬가지로 '중요한'이라는 모호한 형용사를 삭제하는 것이 바람직하다는 주장이 있었다. 그러나 이 경우에는 극히 소액의 재정부담을 유발하는 조약의 성립에도 국회의 동의가 필요하게 되어 현실적으로 불필요하며, 일정한 조약에 한정하여 국회의 동의를 요구하는 헌법의 취지에도 맞지 않는다는 반론이 설득력 있다.[33]

28) 실무적 관점에서 국제조직에 관한 조약 중 국회의 동의를 받은 조약과 국회의 동의 없이 체결한 조약을 정리한 것으로 이상훈(주 4), 105 참조.

29) 이상돈(주 16), 50; 제성호(주 12), 308.

30) 정진석(주 14), 164.

31) 정종섭(주 13), 981.

32) 박영태, "조약심사와 그 사례 소개", 법제 통권473호(1997.5), 113.

33) 정인섭, "조약체결에 대한 국회의 동의제도 -재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로-", 서울대학교 법학 43권 3호(2002.9), 97. 이 논문은 우리나라가 재정적 부담을 지우는 조약으로 처리해 온 유형을 분석하고, 국회의 동의 없이 체결된 조약 중에는 재정적 부담을 지우는 것이 없었는지를 검토하였다.

(4) 입법사항에 관한 조약

입법사항에 관한 조약이란 국내법의 수정·변경을 요하는 사항, 국내법의 제정이 없이는 조약을 시행할 수 없는 사항 또는 국내법으로서 규율할 사항을 포함한 조약, 그리고 국민의 권리·의무에 중요한 영향을 주는 사항을 규율하는 조약을 말한다.[34] 이것은 다시 첫째, 조약안의 내용이 우리나라 국내법에 대한 특례를 정하거나 국내법과 상충·저촉되는 경우 또는 국내법에 근거규정이 없는 경우와, 둘째, 조약을 시행하기 위해서 국내법의 제·개정이 필요한 경우로 나눌 수 있다.[35]

2. 국회동의의 시기

헌법 제60조 제1항은 일정한 조약의 체결·비준에 대해 국회가 동의권을 가진다고 규정할 뿐, 그 동의의 시기에 관해서는 명확히 언급하지 않고 있다. 앞에서 본 바와 같이 일본 헌법은 경우에 따라서는 사후승인도 가능한 것으로 규정하고 있는데, 우리나라의 경우에 사후동의가 가능한가가 논의되고 있다. 이에 관하여는 크게 3가지 견해가 대립하고 있다.

가. 반드시 서명 전 동의이어야 한다는 견해

이 견해는 조약에 대한 국회의 동의권은 대통령의 외교행위에 대한 민주적 통제를 목적으로 하므로 서명(기명조인)만으로 성립하는 조약이든 비준을 요하는 조약이든 구별하지 않고 모두 서명 전에 이루어져야 한다고 본다.[36] 그런데 이러한 견해는 조약에 대한 민주적 통제에만 집착한 나머지 실제의 조약체결 관행을 충분히 고려하지 않은 것으로 비판받을 수 있다. 우선, 조약 본문에 대한 서명 또는 가서명이 있기 전에는 조약의 내용 자체가 확정되지 않아서 국회가 동의할 대상이 아직 존재하지 않기 때문이다.[37] 그리고 비준을 요하는 조약의 경우에는 서명 후 비준 전에 국회의 동의를 얻으면 조약이 법적 구속력을 가지기 전에 충분히 민주적 통제를 달성할 수 있기 때문에 굳이 서명 전에 동의 받을 필요도 없다. 실제의 조약체결 관행도 그러하다.

34) 제성호(주 12), 290.

35) 이에 해당하는 구체적인 사례는 이상훈(주 4), 101-4 참조.

36) 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1995. 277; 권영성(주 2), 889.

37) 그래서 국회의 동의를 요하는 조약의 경우에 전권대표는 협상과정에서 반드시 비준을 유보하는 내용을 포함시켜야 하며, 그렇게 하지 않으면 중대한 헌법위반이라고 보는 견해도 있다. 오동석(주 16), 168. 그런데 이러한 주장은 기명조인 전에 국회의 동의를 받아야 한다는 주장과 일관성이 없다.

나. 예외적 사후동의를 인정하는 견해

이 견해는 비준에 의하여 확정되는 조약에 대한 국회의 동의는 사전동의가 되고, 비준을 유보하지 않고 서명하는 조약에 대한 국회의 동의는 체결에 대한 사후동의가 된다고 한다.[38] 이 견해에 따르면, 정부에서 전권위임장을 수여한 전권위원이 대통령의 비준을 유보하여 서명하고 비준에 의해 확정되는 조약은 서명만으로는 확정되지 않기 때문에 서명 후 비준 전에 국회의 동의를 받으면 된다. 그런데 전권위원의 서명만으로 성립하는 조약은 사실상 사전동의에 회부될 가능성이 거의 없다고 본다. 서명 전에는 조약의 내용이 확정되지 않는데, 조약체결의 기술상 국민여론에 의한 영향을 배제하고 비밀을 유지하기 위하여 서명 전 협상 중에 동의를 얻기는 곤란하다고 한다. 그러므로 서명에 의하여 성립되는 조약의 경우, 이례적으로 부득이한 사정에 의해 동의를 얻는다 해도 그것은 사후동의일 수밖에 없다는 것이다.

이러한 주장에 대하여 비엔나 협약이나 실제의 조약체결 관행을 충분히 고려하지 않은 것이라고 비판할 수 있다. 비엔나 협약 제11조는 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 표시하는 방법으로 비준 외에 서명 등의 방법을 규정하고 있고, 외교실무상 서명만으로 발효하는 조약도 있지만, 이 경우에도 서명 이전에 국회의 동의를 받는 것이 가능하기 때문이다. 어떤 조약을 서명만으로 성립시키는가 아니면 비준을 요하는가 하는 것은 조약당사국 간의 합의에 의하여 결정할 사항인데, 비엔나 협약 제10조에 의하면 서명뿐만 아니라 가서명에 의해서도 조약문을 확정할 수 있으므로 서명만으로 발효하는 조약의 경우 가서명 이후에 국회의 동의를 받고 정식서명을 하면 되는 것이다. 실제의 조약체결 관행도 비준을 요하지 않는 조약의 경우에는 가서명으로 조약문을 확정하고 국회의 동의를 받은 다음에 정식서명을 한다.

다. 기속적 동의 표시 전의 사전동의이면 충분하다는 견해

이 견해는 조약에 대한 국회의 동의는 우리나라가 조약에 대해 기속적 동의를 표시하기 전에 이루어져야 하며, 또 그러한 동의이면 충분하다고 보는 입장이다. 조약에 대한 국회 동의의 제도적 취지를 대통령의 자의적 조약체결행위를 견제하기 위하여 국민의 대표기관인 국회가 민주적 통제를 가하려는 것으로 이해하기 때문이다. 그러므로 비준을 요하는 조약의 경우에는 서명 후 비준 전에 국회의 동의를 얻어야 하고, 서명만으로 성립하는 조

38) 김철수(주 13), 1611-12; 정용태(주 14), 59; 제성호(주 12), 294.

약의 경우에는 가서명으로 조약문을 확정하고 국회의 동의를 받은 다음에 정식서명을 하면 된다고 본다. 이렇게 보더라도 어떠한 경우이든 국회의 동의는 일관되게 사전동의가 된다.[39]

라. 결론

헌법 제60조 제1항이 규정한 국회동의의 시기는 서명만으로 성립하는 조약의 경우에는 가서명 후 정식서명 전, 비준을 요하는 조약의 경우에는 서명 후 비준 전이라고 보는 견해가 타당하다. 과거 우리나라 국회가 조약에 대해 사후동의를 한 예가 없지 않으나, 그것은 허용되는 예외가 아니라 잘못된 예외였고, 현재는 국회의 동의가 필요한 조약에 대해서는 사전동의가 확립된 관행이다.[40]

3. 국회동의의 대상이 되는 행위: 체결인가 비준인가

헌법 제73조와 제60조 제1항은 "체결·비준"이라고 표현하여 조약의 체결과 비준을 구별해서 규정하고 있는데, 체결과 비준을 서로 독립적인 별개의 행위로 볼 것인지 아니면 통합적인 단일한 행위로 볼 것인지가 문제된다. 이 문제는 한국과 미국 간의 자유무역협정(FTA) 체결과 관련하여 최근 정계와 학계의 쟁점이 된 바 있고,[41] 헌법재판소에도 권한쟁의심판이 청구되었으나 각하됨으로써 본안 판단에 이르지는 못하였다.[42]

39) 정진석(주 14), 166.

40) 정인섭, "조약체결에 대한 국회의 사후동의", 서울국제법연구 9권 1호(2002.6), 1 이하 특히 16-17 참조. 지금까지 사후에 동의를 얻은 조약의 수는 17개뿐이며, 사후동의가 있었던 시기가 30년도 더 지난 오래 전의 일이고, 그 이유가 사안의 긴급성 등 불가피한 사유라기보다는 주로 정부의 업무처리미숙이었다고 한다.

41) 2006년 2월 2일 권영길 등 국회의원 39인이 "통상협정의 체결절차에 관한 법률안"을 발의하였는데, 그 추진배경은 국회가 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약 비준에 대한 동의권뿐만 아니라, 체결에 대한 동의권도 책임있게 사용할 수 있도록 한다는 것이다. 이 법안의 주요골자는 통상조약의 추진 자체에 대하여 국회의 동의를 먼저 받고(§ 28), 상대방과 합의된 조약안에는 가서명만 한 후 추가로 국회의 동의를 받도록(§ 39) 하자는 것이다.

42) 2006년 9월 11일 강기갑 등 국회의원 22인은 대통령을 피청구인으로 하여 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구하였다. 이들은 국회가 조약의 체결과 비준에 대한 동의권을 각각 별개로 가진다는 것을 전제로 대통령이 한미FTA 체결과 관련하여 전권대표의 임명 및 협상 개시 전에 먼저 국회의 동의를 얻었어야 하는데 그렇게 하지 않고 단독으로 추진함으로써 국회의원인 자기들의 심의·표결권을 침해하였다는 것이다. 헌법재판소는 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 체결·비준하였다 하더라도 국회의원인 청구인들의 심의·표결권이 침해될 가능성은 없고, '제3자 소송담당'을 명시적으로 허용하는 법률의 규정이 없는 현행법 체계 하에서는 국회의 구성원인 국회의원이 국회의 조약에 대한 체결·비준 동의권의 침해를 주장하는 권한쟁의심판을 청구할 수 없다고 하여 심판청구를 각하하였다. 憲裁 2007.10.25. 2006헌라5, 헌판집 19-2, 436. 이 법리는 그 전의 憲裁 2007.7.26. 2005헌라8, 헌공 130, 824 결정의 판시를 반복한 것이다.

가. 국회가 2종의 동의권을 가진다는 견해

이 견해는 헌법 제60조 제1항에 규정된 국회의 동의권은 조약 체결에 대한 동의권과 비준에 대한 동의권이라는 2종의 동의권을 포함한다고 보는 입장이다. 이러한 헌법해석의 가장 강력한 논거는 헌법의 문언 자체이다. 헌법 제60조 제1항은 "체결·비준에 대한 동의권"이라고 하여 '체결'과 '비준'을 가운뎃점(·)으로 연결하고 있는데, 이것은 두 단어가 대등한 관계로 열거되었다는 의미이며, 따라서 국회의 동의권은 동일한 조약의 '체결과 비준 각각에 대한 동의권'이라는 의미로 해석된다는 것이다.[43] 또 다른 논거로 헌법 제60조 제1항의 국회의 "체결·비준" 동의권은 헌법 제73조의 대통령의 조약 "체결·비준 "권에 대한 견제장치이므로, 대통령이 조약체결권과 비준권을 보유하고 있다면 국회도 그 각각의 권한에 대하여 동의권을 보유하는 것으로 해석하는 것이 논리적이라는 주장도 제시되었다.[44]

그런데 조약 체결에 대한 동의와 비준에 대한 동의가 별개의 절차라고 보더라도 협상을 통하여 조약안을 확정하기 전에 국회의 동의를 얻어야 하고, 확정된 조약안에 대통령이 비준하기 전에 다시 국회의 동의를 얻어야 하기 때문에,[45] 체결동의는 내용에 대한 실질심사가 불가능하고 비준동의는 이미 동의해 준 동일한 내용의 조약에 대하여 다시 동의절차를 거치게 하는 것으로서 조약체결의 현실과 조화되기 어렵다고 스스로 지적한다. 그러므로 조약 체결에 대한 동의는 구체적인 조약 내용의 확정에 대한 동의가 아니라 조약의 상대방, 대상, 기본원칙에 대한 국회의 사전동의, 즉 조약체결절차에 착수하는 것에 대한 동의를 의미한다고 해석한다.[46] 이와 같이 조약 성립과정 전반에 대하여 국회의 실질적 심사를 강화하여야 한다고 보는 입장에서는 조약의 '체결'이라는 용어를 조약을 성립시키는 과정 전반을 가리키는 것으로 이해하게 된다.

43) 김종서, "한미FTA와 민주주의", 민주법학 32호(2006.12), 135; 최원목 "한국 통상절차법안의 문제점과 법제정 방향", 통상법률(2006.12), 19.

44) 최원목(전주), 19.

45) 이것이 헌법의 자구에 충실한 해석이고, 많은 헌법학자가 설명방식은 다르지만 이런 입장을 취하고 있다고 설명한다. 그러나 인용하고 있는 헌법학자들의 문헌은 헌법의 문언에 맞추어 체결과 비준을 별개의 개념으로 구별하고 있을 뿐 체결동의와 비준동의가 중복 가능한 별개의 절차라고 보지는 않는 것으로 파악된다. 더욱이 조약안을 확정하기 전에 국회의 동의를 얻어야 하고, 확정된 조약안을 비준하기 전에 다시 국회의 동의를 얻어야 한다고 주장하는 헌법학자는 발견하기 하기 힘들다. 일부 헌법학자들의 견해가 다소 혼란스러운 이유는 모든 조약이 반드시 비준을 거쳐야 발효한다고 오해하고, 국회의 동의를 모든 조약의 비준에 대한 동의로 파악하기 때문이다.

46) 김종서(주 43), 135-36. 그러나 이에 대하여 2종의 동의권을 인정하면서도 조약추진에 대한 동의는 체결동의권의 개념에 포함시킬 수 없다고 보는 견해가 있다. 국회가 조약협상이 진행 중인 시점 또는 가서명이 이루어진 시점 중에서 택일하여 체결동의권을 행사할 수 있도록 하자고 주장하는 것이다. 최원목(주 43), 19-20. 이러한 주장이 비현실적이라는 비판으로 정인섭(주 9), 119 본문 및 각주 57 참조.

나. 국회가 1회의 동의권만 가진다는 견해

이 견해는 '체결'과 '비준'이 독립적으로 별개의 법적 효과를 가져 오는 용어가 아니라 조약에 대한 기속적 동의를 표시하는 하나의 통합된 의미를 가질 뿐이라고 본다. 우선, 한글맞춤법에 의하더라도 가운뎃점(·)을 통한 두 단어의 연결이 반드시 대등한 별개의 사항을 열거한 것이라고 볼 수 없다는 지적이 제시되었다. 교육과학기술부 고시 한글맞춤법에 따르면 가운뎃점(·)은 열거된 여러 단위가 대등하거나 밀접한 관계임을 나타내는 문장부호로서, '체결'과 '비준'이 대등한 사항을 나열한 것으로 볼 수도 있고, '체결'과 '비준'이 상호밀접한 관계에 있는 하나의 의미를 나타내는 것으로 통합적으로 해석할 수도 있다는 것이다.[47]

둘째, 헌법조문을 역사적으로 해석하면, 건국헌법 제42조의 "조약의 비준"에 대하여 동의권을 가진다는 표현을[48] 1962년 제5차 개정헌법 제56조 제1항이 "조약의 체결·비준"에 대한 동의권을 가진다는 표현으로 수정한 입법의도는 국회의 동의가 필요한 조약이 비준을 거쳐야 하는 경우에 국회는 비준에 대한 동의권을 행사하고, 서명만으로 발효하는 경우에는 서명에 대하여 동의권을 행사한다는 점을 표시하려는 것이었다는 점이 지적되었다.[49]

셋째, 헌법조문을 체계적으로 해석하면 헌법 제60조 제1항이 규정하고 있는 "체결·비준"은 '조약에 대한 기속적 동의를 표시하는 행위의 총합'을 의미한다고 본다.[50] 헌법은 조약의 '체결'이라는 용어를 제6조 제1항, 헌법 제60조 제1항과 제73조 세 군데에서 사용하고 있는데, 그 중 제6조 제1항의 '체결'은 가장 넓은 의미로서 비준을 포함한 조약의 모든 합헌적 성립과정을 거쳐 공포절차만을 남겨둔 최종적 상태를 의미한다.[51] 반면에 헌법 제60조 제1항과 제73조에서는 체결과 비준이 가운뎃점으로 연결되어 함께 규정되어 있으므로 체결이 비준을 포함하지는 않는데, 외교실무상 서명만으로 발효하는 조약은 서명이 곧 발효이므로 비준이 불필요하다는 점 등을 고려하면 "체결·비준"은 기속적 동의 표시라는 하나의 통합적 의미로 해석할 수 있다는 것이다. 그리고 이러한 이해는 실제의

47) 김선택(주 3), 287-89.

48) 원래 건국헌법 제42가 조약의 '비준'이라는 용어만 사용하였던 것은 헌법기초자인 유진오 선생이 20세기 들어 국제사회에서 비준 없이 서명만으로 발효하는 조약이 급증한 현실을 잘 모르고, 모든 조약의 발효에는 비준절차가 필요한 것으로 오해하였기 때문으로 보인다.

49) 상세한 논증은 김선택(주 3), 290-93; 정인섭(주 9), 106-11 참조. 배종인, "대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권", 세계헌법연구 12권 1호(2006), 142; 정진석(주 14), 167도 같은 취지이다.

50) 김선택(주 3), 299; 이상훈(주 4), 96; 정인섭(주 9), 118; 정진석(주 14), 167.

51) 김선택(주 3), 294.

헌법 운영 관행에 의해서도 뒷받침된다. "조약의 비준"이라고 규정했던 건국헌법 하에서나, "체결·비준"이라고 규정한 1962년헌법 이후에서나, 체결 또는 비준에 대한 1회의 동의권만을 의미한다는 것으로 확고히 자리매김해 왔던 것이다.[52]

다. 결론

조약의 성립에 대한 국회동의제도의 의의는 국민에 의해 직접 선출되는 대의기관인 국회가 대통령의 권한 행사에 대하여 민주적 통제를 하도록 하는 데 있다. 그러나 국회와 마찬가지로 독자적인 민주적 정당성을 확보하고 있는 대통령에게 조약체결권을 부여하고 있는 헌법 하에서 국회의 조약 통제 기능만을 강조하는 것은 타당하지 않다. 이것을 법률안 의결절차와 비교하면 다음과 같이 설명할 수 있다. 우리 헌법상 국회의원 외에 정부도 법률안제출권을 가지며, 국회가 의결한 법률안에 대하여 대통령이 재의요구를 할 수 있다고 하여도 어디까지나 본질적인 입법권은 국회가 가지는 것이다. 마찬가지로 국회가 조약 성립에 동의권을 가진다고 하여도 조약을 협상하고 서명할 권한은 어디까지나 대통령에게 속한다고 보아야 한다. 정부가 제출한 법률안을 포함한 모든 법률안이 국회에서 의결될 때까지는 그 처리과정에 대하여 대통령이 간섭할 수 없는 것처럼 조약문이 확정되기도 전에 조약 협상의 개시나 과정에 국회가 개입하는 것은 허용되지 않는다고 생각한다.

헌법은 조약의 체결·비준을 대통령의 권한으로 정하고 국회에는 소극적 거부권인 동의권만을 부여하고 있다. 그러므로 조약에 대한 국회의 동의는 대통령의 권한을 소극적으로 통제하는 데 그쳐야지, 대통령을 대신하여 그 권한을 적극적으로 대행하는 데까지 이르러서는 안 된다. 조약 협상의 개시나 진행도 대통령의 권한에 속하며, 국회는 확정된 조약문에 대통령이 기속적 동의를 하기 전에 이를 거부할 수 있을 뿐 조약의 내용을 적극적으로 형성할 수는 없다고 보아야 한다. 대통령의 조약 협상에 대한 국회의 중간 통제는 대정부질문(국회법 제122조의2)이나 긴급현안질문(국회법 제122조의3), 국무총리·국무위원·정부위원 등에 대한 출석요구(헌법 제62조 제2항, 국회법 제121조) 등의 다른 국정통제수단을 총하여 행해져야 한다. 대통령이 조약의 내용을 형성하는 데 국민의 의사를 충분히 반영하여야 한다는 민주주의적 요청은 당연한 것이지만, 민주적 통제에만 집착하여 그 모든 것을 조약에 대한 국회의 동의권 안에 포섭하려는 것은 우리나라 헌법이 설계한 권력분립구도에[53] 부합하지 않는다고 생각한다.

52) 더 자세한 논증은 정인섭(주 9), 120-22 참조.

53) 김선택(주 3), 323은 이를 '정부전속+의회관여 모델' 내지 '정부우위의 조합모델'이라고 설명하고 있다.

4. 국회동의의 효력

조약에 대한 국회의 동의가 있으면 조약체결권자인 대통령은 정식서명 또는 비준을 함으로써 조약의 국내법적 및 국제법적 효력을 발생시킬 수 있다.

가. 동의의 기속력 여부

국회가 조약에 동의하면 대통령은 반드시 정식서명 또는 비준을 하여야 하는지가 문제될 수 있다. 일반적으로 국회의 동의에는 다른 기관이 반드시 이에 따르도록 강제하는 구속력이 없다. 국회가 조약에 동의하면 대통령이 유효하게 서명 또는 비준할 수 있는 상태가 될 뿐이지 조약의 체결이 강제되는 것은 아니다. 국가가 조약의 구속을 받겠다는 기속적 동의 표시는 대통령의 비준 또는 전권대표의 서명에 의하여 이루어지는 것이며, 조약에 대한 국회의 동의는 기속적 동의가 아니다. 국회의 동의를 얻은 후에도 대통령은 사정변경에 따라 조약을 비준하지 않을 수 있다는 것이 통설이다.

나. 동의거부의 효력

일반적으로 국회의 동의거부는 다른 국가기관을 구속한다. 국회의 동의가 필요한 조약에 대하여 국회가 동의를 거부하면 정부는 더 이상 조약체결절차를 진행할 수 없다. 대통령은 조약을 비준할 수 없고, 조약의 상대방에게 국회의 동의거부로 더 이상 조약체결을 진행할 수 없음을 통보하고 재협상을 하거나 체결절차를 종결하여야 한다.[54)]

문제는 국회가 동의를 거부하였는데도 대통령이 조약을 비준하거나, 국회의 동의가 필요한 조약을 동의를 받지 않고 체결한 경우이다. 체결절차에 흠이 있는 이러한 조약이 헌법 제6조 제1항에 따른 국내법적 효력을 가지지 못하는 것은 당연하지만, 국제법적 효력에는 직접 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 통설적인 견해이다. 조약의 국제법적 효력은 국제법에 근거하여 발생하는 것이지 조약당사국의 국내법에 의하여 발생하는 것은 아니기 때문이다. 이와 관련하여 비엔나 협약 제46조 제1항은 "조약체결권에 관한 국내법 규정의 위반이 명백하며 또한 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 관련되지 아니하는 한 국가는 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하기 위하여 그 동의가 그 국내법 규정에 위반하여 표시되었다는 사실을 원용할 수 없다."고 규정하고 있다. 그러므로 조약체결에 관

54) 국회가 동의를 거부하는 방식으로는 조약체결동의안 처리를 지연시키는 보류거부 방식과 표결로써 부결시키는 표결거부 방식을 생각할 수 있다. 우리 헌정사에서 정부의 조약체결동의안을 국회가 거부했다고 볼 수 있는 사례를 이러한 관점에서 분석한 것으로 정인섭, "조약체결에 대한 국회의 동의거부", 서울국제법연구 9권 2호(2002.12), 1 이하 참조.

한 국내절차법 위반은 원칙적으로 무효사유가 되지 않으며 예외적으로 중대하고 명백한 위반인 경우에만 무효사유가 된다.[55] 그리고 중대하고 명백하게 국내법 절차를 위반하여 체결된 조약이라고 하더라도 그 국제법적 효력이 당연히 무효인 것은 아니며, 그 효력을 부정하기 위하여 국내법 절차 위반을 원용할 수 있을 뿐이다(이른바 상대적 무효사유).[56] 조약의 적법성을 부정하기 위한 사유를 원용하는 당사국은 다른 당사국에 대하여 그 주장을 이유를 표시하여 문서로 통고하여야 하며(비엔나 협약 § 65 Ⅰ 및 § 67 Ⅰ), 상대 당사국이 원칙적으로 통고 접수 후 3개월 이내에 이의를 제기하지 아니한 경우에는 그 조약은 무효가 된다(비엔나 협약 § 65 Ⅱ 및 § 69).

국회의 동의를 받지 않은 조약의 국내법적 효력도 이를 당연무효로 보아 누구나 언제든지 그 조약의 효력을 부인할 수 있다고 볼 수는 없다. 법원과 헌법재판소의 규범통제 절차에 따라 조약을 무효화할 수 있을 뿐이다.[57]

대통령이 국회의 동의를 받지 않고 헌법 제60조 제1항에 열거된 조약을 체결하면 탄핵사유가 된다.

Ⅵ. 현실적 검토

1. 수정동의의 가능 여부

조약에 대한 국회의 동의와 관련하여 현실적으로 발생할 수 있는 문제 중의 하나가 정부의 조약안에 대한 국회의 수정동의가 가능한지 여부이다.[58] 헌법 기타 법령에는 이에

55) 우리나라 헌법 제60조 제1항은 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 해당할 것이다. 이 경우에도 그 위반이 명백해야 하는데, 이것은 "통상의 관행에 의거하고 또한 성실하게 행동하는 어느 국가에 대해서도 위반이 객관적으로 분명한 경우에는 그 위반은 명백한 것이 된다."는 비엔나 협약 제46조 제2항의 해석과 구체적 사실관계에 달려 있다.

56) 조약의 무효를 주장하는 권리의 남용을 방지하기 위하여, 비엔나 협약 제45조는 국가가 조약이 국내법을 위반하고 체결되었다는 사실을 알게 된 후에 그 조약이 적법하다는 것에 명시적으로 동의한 경우 또는 조약의 적법성을 묵인한 것으로 간주되는 행동을 한 경우에는 조약의 부적법화 사유를 원용할 수 없다고 규정하고 있다.

57) 헌법재판소법 제41조 제1항과 제68조 제2항은 심판대상을 '법률'로 규정하고 있으나, 여기서 '법률'에는 '조약'이 포함된다고 보는 것이 헌법재판소의 판례이다. 憲裁 1999.4.29. 97헌가14, 헌판집 11-1, 273; 2001.9.27, 2000헌바20, 헌판집 13-2, 322.

58) 예컨대 국회 내 의석 분포 또는 여론의 향배에 따라, '한미 FTA 재협상'이 정치적인 요구에 그치지 않고 재협상할 사항을 명시한 국회의 수정동의의 형태로 나타날 개연성도 완전히 부인할 수 없다.

관한 명문 규정이 없다. 이 문제에 관하여 부분긍정설은 조약의 수정가결이 정부의 외교 협상에 특정한 결론을 표시하여 의무지우는 것이라면 위헌이지만, 상대국과의 협의 하에 수정하도록 조건부로 의결할 수는 있다고 본다.[59] 국회가 수정동의를 할 수는 있지만 정부는 수정할 정치적 의무만 질 뿐, 법적 의무는 지지 않는다는 견해도 있다.[60] 그러나 국회는 조약을 전체로서 일괄동의하든지 일괄거부할 수 있을 뿐이고, 조약문의 일부를 수정하여 동의하는 것은 허용되지 않으며, 수정동의를 하는 것은 동의거부로 보아야 한다는 것이 다수의 견해이다.[61]

국회의 조약안 수정동의는 허용되지 않는다는 견해에 찬성한다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 조약의 내용은 국가를 대표하는 정당한 권한을 가진 정부대표간의 협상을 통하여 확정되는 것인데, 국회의 수정동의를 허용하면 조약상대국에 새로운 수정제의를 할 수밖에 없으므로 국제관계에서 신뢰를 해칠 수 있다.

둘째, 조약안에 대해 국회가 수정동의를 하는 것은 조약 체결을 대통령의 권한으로 하고 국회는 소극적 동의권만을 행사하도록 규정한 우리 헌법상의 권력분립에 반한다. 국회가 조약의 재협상을 원하더라도 그 내용을 수정동의의 형태로 확정할 수는 없으며, 단순히 거부할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다. 조약의 체결은 우리나라 대통령이 일방적으로 집행할 수 있는 성질의 것이 아니고 상대국과의 협상을 통하여 비로소 확정되는 것이다. 재협상을 개시하기도 전에 최종안을 확정하여 노출하는 것은 협상전략으로는 도저히 채택할 수 없는 일이다. 다양한 협상전략을 구사하여 국회나 국민이 원하는 새 조약안을 마련하는 것은 국회가 아니라 대통령의 임무이다.

셋째, 헌법 제53조 제2항은 국회가 의결한 법률안에 대하여 대통령이 재의를 요구할 때 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다고 명시하고 있는데, 이와 마찬가지로 대통령이 제출한 조약안에 대하여 국회가 거부하거나 재협상을 요구할 때에도 조약안의 일부에 대하여 또는 조약안을 수정하여 거부할 수는 없다고 보는 것이 우리나라 헌법이 설계한 권력분립에 합치한다고 본다.

59) 김철수(주 13), 1612. 類似: 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008 909.

60) 정용태(주 14) 63; 제성호(주 12), 298. 국회에서 수정동의를 한 경우라도 그것이 정부에게 재협상을 하여야 할 의무나 상대국에게 그것을 수락시켜야 할 의무를 지우는 것이 아니고 그 이후는 정부의 재량에 맡겨지는 것이라고 설명한다. 분명하지는 않으나 이 견해는 정부가 재협상하지 않고 비준하는 것을 허용한다는 점에서 결국 법적으로는 가결된 것으로 보는 태도로 이해된다.

61) 권영성(주 2), 890. 정종섭(주 13), 983; 김선택(주 3), 303; 이상훈(주 4), 97-98; 정진석(주 14), 169; 국회사무처, 국회법해설, 2004, 360.

2. 입법론

앞에서 본 바와 같이 한미 FTA와 관련하여 국회가 조약 체결동의권과 비준동의권이라는 2종의 동의권을 가진다는 주장이 제기되어 혼란을 초래하고 있는데, 그 가장 강력한 논거는 헌법 제60조 제1항이 "체결·비준"이라고 표현하고 있다는 점이다. 이들은 이러한 2종의 동의권을 행사하는 것이 과연 합리적인가를 논하기 전에 최소한 헌법조문의 문리해석상 그러한 해석이 불가피하다는 입장을 취하고 있다. 그렇기 때문에 장차 이러한 논란을 되풀이하지 않으려면 헌법을 개정할 기회가 있을 때 입법적으로 해결해 놓는 것이 필요하다.

이와 관련하여 1962년 제5차 헌법개정 당시 제56조 제1항에서 이전의 "비준"을 "체결·비준"으로 고치지 말고, 동 헌법 제5조 제1항(현행헌법 제6조 제1항)과 같이 그냥 "체결"로 고쳤다면[62] 입법의도가 좀 더 명확해졌을 것이라는 견해가 있다.[63] 조약이 비준을 거쳐야 하는 경우에는 국회가 비준에 대한 동의권을 행사하고, 서명만으로 발효하는 경우에는 서명에 대하여 동의권을 행사한다는 입법의도 그대로 "비준"을 "서명 또는 비준"이라고 개정했어도 좋았을 것이다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 조약 체결에 대한 국회의 동의와 비준에 대한 동의가 별개의 절차라고 보는 견해도 조약문을 확정하기 전에 국회의 동의를 얻어야 한다는 비현실적인 주장을 하지는 않는다. 그 대신에 조약 체결에 대한 동의는 조약체결절차 개시에 대한 사전동의를 의미한다고 해석한다. 이와 같이 의회민주주의에 입각하여 조약 성립과정 전반에 대하여 국회의 실질적 심사를 강화하여야 한다고 보는 관점에서는 조약의 '체결'을 '조약을 성립시키는 과정 전반'으로 이해한다. 그리고 그 논거는 헌법 해석보다는 비엔나 협약 제2부 제1절에 크게 의존하고 있다.[64] "비엔나 협약 제2부 제1절에는 '조약의 체결이란 협상을 통한 조약문의 채택, 조약문의 정본인증, 조약에 대한 기속적 동의표시, 비준서

62) 건국헌법 제7조는 "비준 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 지닌다."고 규정하고 있었는데, 이 표현대로라면 서명만으로 성립하는 조약은 국내법적 효력을 갖지 못한다는 비현실적인 결론에 이르게 된다. 그 때문에 1962년헌법 제5조 제1항은 "이 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 규정하여 '비준'을 '체결'로 고쳤던 것이다.

63) 김민서, "조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분", 국제법학회논총 46권 1호(2001.6), 31.

64) 오동석 (주 16), 167; 엄순영, "법의 세계화", 민주법학 32호(2006.12), 203-4. 그 밖에 조약에 대한 국회의 동의권의 성격을 '국정통제권'이 아니라 '입법권'으로 보아야 한다고도 주장하지만 이 문제와 직접 연관성이 없어서 상론하지 않기로 한다.

등의 교환이나 기탁이라는 일련의 과정 전체'를 의미한다고 규정하고" 있다는 것이다.[65]

그러나 비엔나 협약에는 조약의 '비준'에 관한 정의는 있지만,[66] '체결'에 관하여 정의를 내린 조항은 없다. 비엔나 협약 제2부 제1절(§ 6~§ 18)의 제목이 '조약의 체결'(conclusion of treaties)이고, 거기에는 전권대표의 임명부터 비준까지 조약 협상을 위한 전 과정이 포함되어 있는 것은 사실이지만, 이 제목만을 근거로 삼아 조약의 체결을 정의하는 것은 너무 단순한 태도이다. 비엔나 협약 제2부 제1절에 포함된 내용은 조약 체결의 개념을 정의하기 위한 것이 아니라 조약이 체결되기까지의 과정과 관련한 중요 사항을 규정한 것이라고 보아야 한다. 국제법상 '체결'이라는 용어는 다의적으로 사용되고 있는데, 외교실무상 조약의 체결(conclusion)은 양자조약의 당사국이 서명하였을 때 또는 다자조약의 최종의정서에 서명하거나 조약이 서명에 개방된 때를 의미하므로, 국제법상 조약의 체결은 조약이 성립되는 과정상의 특정한 행위 또는 단계를 가리키는 개념으로 이해하여야 한다.[67]

아무튼 이러한 논쟁의 소지를 없애려면 헌법 제60조 제1항에서(나아가 제73조에서도) '체결'이라는 용어를 사용하지 않아야 한다. 대부분의 외국 헌법에서는 조약을 승인(동의, 인가)한다고 간략히 표현하고 있는 점에 비추어 "체결·비준"이라는 표현을 삭제하고 국회는 "조약에 대하여 동의권을 가진다"고 간단히 규정하는 것도 한 방법이다.[68] 그래도 '조약에 대한 동의권'을 '조약을 성립시키는 과정 전반에 대한 동의권'이라고 해석해야 한다는 논란이 재발할 개연성이 있다면, "체결·비준"을 "서명 또는 비준"이라고 개정함으로써 서명만으로 발효하는 조약은 가서명 후 정식서명 이전에, 비준을 거쳐야 하는 조약은 서명 후 비준 이전에 국회의 동의를 한 번만 받으면 된다는 점을 분명히 하는 것도 한 방법이다.

Ⅶ. 관련문헌

갈봉근, "조약의 체결·비준에 대한 동의권", 고시계 1965년 8월호.

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1995.

국회사무처, 국회법해설, 2004.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

65) 憲裁 2007.10.25. 2006헌라5, 헌판집 19-2, 436(439)의 '청구인들의 주장' 참조.

66) 비엔나 협약 § 2 Ⅰ (b): "'비준' '수락' '승인' 및 '가입'이라 함은 국가가 국제적 측면에서 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 확정하는 경우에 각 경우마다 그렇게 불리는 국제적 행위를 의미한다."

67) 자세한 논증은 정인섭(주 9), 114-17 참조.

68) 정인섭(주 9), 130-31.

김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 국제법학회논총 46권 1호(2001.6).
김선택, “헌법상의 외교권한 배분과 구체화 입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 13권 3호(1)(2007), 281-316.
김종서, “한미FTA와 민주주의”, 민주법학 32호(2006.12).
김용진, “국회의 동의를 요하는 조약의 범위”, 법제 244호(1988.10).
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
문준조, 조약의 체결절차와 시행에 관한 연구, 한국법제연구원, 1994.
박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 법제 473호(1997.5).
배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권”, 세계헌법연구 12권 1호(2006), 129-156.
백충현·정인섭, “한국의 국제법 관행”, 서울국제법연구 9권 2호(2002).
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
엄순영, “법의 세계화”, 민주법학 32호(2006.12).
오동석, “민주주의 관점에서 본 한미 FTA 협상과정의 문제점”, 민주법학 32호(2006.12).
이상돈, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 고시계 1985년 10월호.
이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰: 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 국제법 동향과 실무 5권(2003).
임지봉, “헌법적 관점에서 본 '국회의 동의를 요하는 조약 -대한민국의 경우를 중심으로-”, 국제법 동향과 실무 3권 1호(2004).
정용태, “대한민국 국회의 조약비준동의권”, 청주대 법학논집 3권(1988).
정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 서울국제법연구 15권 1호(2008).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 동의거부”, 서울국제법연구 9권 2호(2002.12).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 동의제도 -재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로-”, 서울대학교 법학, 43권 3호(2002.9).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 사후동의”, 서울국제법연구 9권 1호(2002.6).
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정진석, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의”, 서울국제법연구 11권 1호(2004.6).
제성호, “조약의 체결·비준에 대한 국회동의권”, 국제법학회논총 33권 2호(1998).
조소영, “한미 FTA에 대한 헌법적 쟁점의 검토”, 공법학연구 8권 3호(2007.8).
최원목 “한국 통상절차법안의 문제점과 법제정 방향”, 통상법률(2006.12).
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

헌법 제61조

박종보



第61條

① 國會는 國政을 監査하거나 특정한 國政事案에 대하여 調査할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 提出 또는 證人의 출석과 證言이나 의견의 陳述을 요구할 수 있다.

② 國政監査 및 調査에 관한 절차 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

국정감사·조사권은 국회가 입법권이나 다른 국정통제권 등 국회 고유의 권한을 적절하게 행사하기 위하여 일정한 사실을 조사할 수 있는 권한이다. 국회의 국정조사는 영국에서 유래한 것으로 알려져 있다. 1689년 영국 의회가 아일랜드 가톨릭교도들의 폭동 진압 실패의 원인을 조사하기 위하여 특별위원회를 구성하고 책임소재를 규명한 것이 효시라고 한다.[1] 이와 같이 국정조사는 특정한 국정사안을 조사하는 기능으로 시작된 것이다. 그 후 국정조사는 행정부와 사법부에 대한 국회의 통제를 실현하는 조사제도로 보편화되어, 영국뿐만 아니라 미국, 프랑스, 독일, 일본 등 여러 나라에서 채택하고 있다. 현행헌법 제61조 제1항이 국회가 "특정한 국정사안에 대하여 조사"한다고 규정한 것은 이러한 고전적인 조사통제제도를 채택한 것으로 여겨진다.

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 914; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 904; 박종흡, 국정감사·조사와 청문회, 법문사, 1990, 21.

반면에 국정감사제도는 우리나라 1948년 건국헌법이 창안한 제도로 알려져 있다. 그런데 헌법은 국회가 "국정을 감사"한다고만 규정할 뿐 국정감사의 개념을 직접 정의하지는 않는다(건국헌법 제43조, 현행헌법 제61조 제1항). 국정감사를 '국정전반에 관한 정기적 감사'로 이해하게 된 것은 당초의 입법의도는 아니었는데,[2] 제헌국회에서 국가작용 전체를 감사하는 방향으로 운용되면서 그러한 의미로 쓰이기 시작했다고 한다.[3] 헌법은 국정감사 및 조사에 관한 구체적인 사항은 법률에 위임하고 있다(제61조 제2항). 국정감사·조사권을 규율하는 법률로는 국회법 외에 '국정감사 및 조사에 관한 법률'('국감법'), '국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률'('증감법')이 제정되어 있다. 현행법 체계상 국정감사를 국정전반에 관한 정기적 감사로 규정하고 있는 것은 헌법이 아니라 '국정감사 및 조사에 관한 법률' 제2조 제1항이다.

전 세계에 보편화된 국정조사가 특정한 국정사안에 대한 부정기적인 조사인데 비하여, 우리나라 현행법 체계상의 국정감사는 국정전반에 대한 정기적인 조사인 점이 특색이다. 국정감사는 다른 나라에서는 유례를 찾기 힘든 우리나라에 특유한 제도로서 뒤에서 보는 바와 같이 그 효율성이나 필요 여부에 대하여 논란이 있다.

국정감사·조사권의 기능은 다음과 같이 설명된다. 첫째, 국정의 실태를 정확하게 파악함으로써 입법이나 예산심의의 자료로 삼는다. 둘째, 행정부의 국정수행을 감시하고 비판하며 행정부와 사법부의 비행을 적발·시정한다. 셋째, 국정에 관한 국민의 알 권리를 충족시켜 주는 정보제공기능을 행한다.[4]

II. 연 혁

국정감사와 국정조사 중에서 우리나라에서 먼저 제도화된 것은 국정감사이다. 국정감사권은 1948년 건국헌법에서 규정한 이후 1972년 제7차 개정헌법에서 폐지될 때까지 유지되었다. 이 기간 동안 국정감사는 비교적 활발히 실시되었는데, 정기국회 개회 후 예산심

2) 건국헌법의 기초자인 유진오가 국정감사를 영국에서 기원한 것이라고 설명한 사실에 비추어 보면, 그는 건국헌법의 국정감사를 국정조사의 의미로 파악하고 있었던 것으로 보인다. 김효전, "입법부의 정책통제기능", 인권과 정의 통권150호(1989), 16 참조.

3) 이관희, "국정감사제도의 문제점과 개선방향 -국정감사 폐지논의를 포함하여-", 경찰대 논문집 19(1999), 36.

4) 권영성(주 1), 916.

의 전의 짧은 기간 동안에 국정 전반에 관하여 감사하는 것이었기 때문에 폐단 또한 없지 않았다. 건국헌법부터 1969년 제6차 개정헌법까지 유지되었던 국정감사제도는 1972년 제7차 개정헌법에서 종래의 국정감사 근거조항이 삭제되고, 1973년 전면 개정된 제15차 개정국회법이 의결·공포되면서 폐지되었다. 1972년헌법이 국정감사 조항을 삭제하자 당시 학계와 야당은 국정감사와 달리 국정조사권은 국회의 보조적 권한으로서 헌법상 명문의 근거와 상관없이 당연히 인정되어야 한다고 강력하게 주장하였다. 이러한 주장이 받아들여져 특정한 국정사안을 대상으로 하는 국정조사권이 1975년 국회법 개정을 통하여 우리나라에서는 처음으로 도입되었다. 1980년 제8차 개정헌법은 국정감사제도를 다시 채택하지 않고, 국회법상의 기존 국정조사제도를 헌법으로 수용하여 규정하였다. 그러나 1980년헌법 하에서 국정조사권이 발동된 적은 단 한 번도 없었다. 이처럼 국정조사가 활발하게 실시되지 않은 데 대한 반성에 따라, 1987년 제9차 개정헌법에 이르러서는 1980년헌법의 국정조사제도를 그대로 유지하면서, 1972년헌법이 폐지했던 과거의 국정감사제도를 부활시켰다. 그러므로 현행헌법 하에서 국회는 국정전반에 대한 감사권과 특정 국정사안에 조사권을 모두 가진다. 그간의 헌법조항의 변천을 살펴보면 다음과 같다.

건국헌법 제43조는 "국회는 국정을 감사하기 위하여 필요한 서류를 제출케 하며 증인의 출석과 증언 또는 의견의 진술을 요구할 수 있다."고 규정하였다. 이 조항은 1962년 제5차 개정헌법에서 약간 수정되었는데, 같은 헌법 제57조는 "국회는 국정을 감사하며, 이에 필요한 서류의 제출, 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다. 다만, 재판과 진행 중인 범죄수사·소추에 간섭할 수 없다."고 규정하였다. 건국헌법과 비교해 보면 본문은 자구만 약간 수정되었고, 재판과 진행 중인 범죄수사·소추를 하여 국정감사의 범위에서 배제하였다. 앞에서 본 바대로 국정감사의 근거조항인 제57조는 1972년헌법에서 삭제되었다. 1980년헌법 제97조는 "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."고 규정하여, 1972년헌법이 폐지하였던 국정감사 대신 국회법이 도입한 국정조사제도를 헌법상의 제도로 격상시켰다. 현행헌법 제61조 제1항은 "국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다."고 규정하고 있다. 같은 조 제2항은 "국정감사 및 조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다."고 하여, 국정감사 및 조사에 관한 구체적인 사항은 법률에 위임하고 있다. 국정감사·조사권에 대한 법률로는 국회법 외에 '국정감사 및 조사에 관한 법률'('국감법'), '국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률'('증감법')이 제정되어 있다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 영 국

앞에서 본 바와 같이 영국은 국정조사제도를 최초로 발전시킨 나라이지만, 그에 관한 명문규정은 없다. 입법권이나 예산심의권을 근거로 한 영국 하원의 특권으로서 역사적으로 형성되어 온 것이다. 영국에서는 의원내각제가 확립된 이후 의회가 내각불신임 등 행정부 통제를 위한 더 강력한 권한을 행사할 수 있었기 때문에 의회의 국정조사권은 상대적으로 쇠퇴의 길을 걷게 되었다.

2. 미 국

미국 연방헌법에는 국정조사에 관한 명문 규정이 없다. 그러나 식민지 시대에도 13개 식민지의회는 영국 하원의 특권과 권한을 그 고유의 권한으로 계수하였고, 연방헌법제정 이후에는 일종의 '묵시적 권한' 또는 '해석상의 권한'으로서 적극적으로 행사되어 왔다. 굳이 성문헌법상의 근거를 찾으려면 그것은 입법권이나 탄핵권이라고 할 수 있다. 미국에서는 국정조사가 매우 활성화되어 있다. 일반적으로 각 상임위원회가 조사의 주체가 되고, 위원회에 관계 장관과 공무원들을 출석시켜 발언하도록 한다.[5)]

3. 프랑스

프랑스 제5공화국헌법 제51조의2 제1항은 "헌법 제24조 제1항에 정의된 평가 및 감독 업무의 수행을 위해, 법이 정한 조건 하에서 정보수집을 목적으로 각 원내에 조사위원회를 설치할 수 있다."고 규정하고, 같은 조 제2항은 "그 조직과 기능에 대한 사항은 법률로 정한다. 위원회의 설치 조건은 각 원의 의사규정으로 정한다."고 규정하고 있다. 한편, 헌법 제24조 제1항은 "의회는 법을 의결한다. 의회는 정부의 활동을 감시한다. 의회는 공공

5) 미국 제도에 관하여 자세한 것은 이관희, "미국 연방의회의 국정조사권", 경찰대학 논문집 18(1998), 39 이하 참조.

정책을 평가한다."는 내용이다. 프랑스에서는 정권교체가 일상화되고, 의회의 정부불신임제도가 작동하고 있기 때문에 국정조사권 발동은 예외적이라고 한다.[6)]

4. 독 일

국정조사권이 성문헌법에서 최초로 규정된 것은 1919년의 바이마르공화국헌법이다. 같은 헌법 제34조 제1항은 "의회는 국정조사위원회를 구성할 권한이 있으며 의원 5분의 1 의 요구가 있으면 이를 구성할 의무를 진다. 국정조사위원회는 자신 혹은 신청자가 필요하다고 인정한 증거를 공개적으로 조사한다. 공개의 원칙은 국정조사위원회의 3분의 2 의 요구로 배제될 수 있다. 연방의회의사규칙은 국정조사위원회의 활동절차를 규율하고 구성원의 수를 확정한다."고 하여 의회에게 국정조사위원회를 구성할 권한을 부여하면서, 의원 5분의 1 의 요구가 있으면 반드시 구성하도록 의무화하였다. 같은 조 제2항은 "법원과 관청은 국정조사위원회가 증거를 조사하는 데 협조할 의무를 진다. 국정조사위원회의 요구가 있을 경우 관청들은 문서를 제출해야 한다."고 하여 국가기관들의 협조 및 문서제출의무를 규정하였다. 같은 조 제3항은 "국정조사위원회의 증거조사와 이의 요구에 따른 관청의 증거조사에 대해서는 형사소송법의 규정이 적절하게 적용된다. 그러나 서신, 우편, 전보 및 전기통신의 비밀은 침해되지 아니한다."고 규정하였다.

독일기본법 제44조 제1항은 "연방하원은 그 공개심의로 필요한 증거를 조사할 조사위원회를 설치할 권한을 가지며 의원의 4분의 1의 제의가 있으면 설치할 의무를 진다. 공개는 배제될 수 있다."고 규정한다. 같은 조 제2항은 "증거의 조사에는 형사소송에 관한 조항이 적절히 적용된다. 서신, 우편 및 전신의 비밀에는 해당되지 않는다."고 하고, 같은 조 제3항은 "법원과 행정관청은 법적 지원과 직무상의 지원을 할 의무가 있다."고 하며, 같은 조 제4항은 "조사위원회의 의결은 사법심사의 대상이 되지 아니한다. 조사의 기초가 되는 사실의 평가와 판단에 법원은 구속되지 아니한다."고 각각 규정하고 있다. 독일기본법상의 국정조사제도를 구체화한 법률이 국정조사위원회법(Untersuchungsausschussgesetz)이다.[7)]

6) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 943.

7) 독일 제도에 관하여 자세한 것은 이관희, "독일의 국정조사권에 관한 연구", 경찰대학 논문집 20권(2000), 55 이하; 정혜영, "2001년 제정된 독일연방국정조사위원회법과 그 시사점", 공법연구 34집 3호(2006.2), 311 이하; 홍일선, "독일연방의회의 국정조사권 -기본법 제44조의 국정조사위원회를 중심으로", 헌법학연구 11권 3호(2005.9), 101 이하 참조.

5. 일 본

일본국헌법 제62조는 "양원은 각각 국정에 관한 조사를 행하고, 이에 관하여 증인의 출두, 증언 및 기록의 제출을 요구할 수 있다."고 규정하고 있다. 이 조항은 조사 대상을 한정하지 않고 있지만 국정일반에 대한 조사는 허용되지 않으며, 특정사항만을 대상으로 할 수 있다.[8) 9)]

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

근대입헌국가에서 국가조직의 구성 및 활동에 관한 가장 중추적인 원칙이 권력분립이다. 권력의 남용을 방지하고 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 입법권과 집행권 그리고 사법권을 나누어 의회, 행정부, 법원이라는 각각 다른 기관에 분장시킨 것이다. 그런데 권력분립원칙은 최고국가기관들이 각자에게 주어진 권한을 독자적으로 행사하는 것만을 의미하지 않고, 다른 기관들의 권한 행사를 서로 견제함으로써 균형을 이루는 것(checks and balances)을 포함한다. 의회의 일차적이고도 가장 중요한 기능은 입법기능이다. 그러나 현대국가에서는 행정부가 많은 법률안을 제출하고 의회는 이를 심의·의결하는 역할을 주로 담당하게 되어 입법부로서의 의회의 역할은 상당히 축소되었다. 그 대신에 의회가 다른 최고국가기관들을 감시·비판·견제하는 기능은 전보다 더 중요해지고 있다. 탄핵소추권, 국무총리·국무위원해임건의권, 각종의 동의권, 승인권, 국정감사·조사권 등 의회가 감시·비판·견제 기능을 제대로 수행할 수 있도록 하기 위하여 부여한 일련의 권한을 통틀어 국정통제권이라고 부른다. 국정감사·조사권은 국정통제권 중에서도 조사적 통제기능을 담당한다. 의회의 국정통제권 중 최종적 효과라는 측면에서 가장 강력한 권한은 고위공무원을 파면할 수 있는 탄핵소추권라고 할 수 있겠지만, 국정조사권은 의회가 다른 권한을 행사하는 데 필요한 사실을 조사하는 권능을 부여한다는 의미에서 그 중에서도 가장 기초적이면서 실효성 있는 권한이라고 할 수 있다.

8) 일본 제도에 관하여 자세한 것은 최경옥, "일본의 국정조사권과 사법권의 독립", 헌법학연구 11권 3호 (2005.9), 79 이하 참조.

9) 외국의 입법례에 대해서는 전원배, 의회조사권에 관한 비교헌법적 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1995, 10-53 참조.

Ⅴ. 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 국정감사와 국정조사의 구별

현행법상 제도화된 국정감사나 국정조사는 국정에 대하여 사실을 조사하고 증거를 수집한다는 목적과 그 실시방법, 즉 서류제출 및 증인의 출석·증언 요구 등은 같지만, 그 실시주체, 대상, 시기와 기간에서 차이가 있다.[10] 뒤에서 보는 바와 같이 우선, 국정감사는 국정전반에 대하여 실시하는 포괄적 조사인데 반하여 국정조사는 특정한 국정사안에 대한 제한적 조사라는 점이 다르다. 또한 국정감사는 매년 한 번씩 정기국회 개회 직후에 일정기간 동안 행해지는 정기조사인 데 비하여 국정조사는 수시로 국회의 의결에 따라 행해지는 수시조사라는 점에서도 차이가 있다. 국정감사는 법률에 정해진 기간 내에만 실시하는 데 반하여 국정조사는 국회 본회의가 승인하는 조사기간 동안 활동한다는 점도 다르다. 그리고 국정감사는 국회의 모든 상임위원회가 동시에 실시하고, 국정조사는 특별위원회 또는 해당 상임위원회가 실시하므로 실시주체도 다르다.

실제운용 사례를 살펴보면 국정조사는 특정한 국가정책과 관련하여 발동되기보다는 국민적 관심을 끄는 대형 비리·의혹사건이 발생하였을 때 국회 차원에서 그 진상을 규명하기 위하여 발동된 예가 많았다. 국회가 국정조사권을 행사한 예는 상대적으로 적기 때문에 우리나라에서 국회의 조사통제권능은 국정감사에 치중되어 있다고 말할 수 있다.

2. 국정감사와 국정조사의 주체

헌법 제61조 제1항은 국회가 국정감사 및 조사의 권한을 가지는 것으로 표현하고 있지만, 국회 본회의가 국정감사나 국정조사를 직접 실시하는 것이 아니라 이를 담당할 위원

10) 국정감사권과 국정조사권이 국회의 최고기관성에서 유래하는 독립적 권능인지 아니면 국회가 보유하는 다른 권한을 행사하기 위한 보조적 권능인지에 관하여 학설상 대립이 있다. 국정감사권과 국정조사권 모두를 독립적 권능으로 보는 견해로 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 965; 국정감사권과 국정조사권 모두를 보조적 권능으로 보는 견해로 권영성(주 1), 916; 국정감사권은 독립적 권능이고 국정조사권은 보조적 권능이라고 보는 견해로 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1629; 이러한 논란이 실익이 없다는 견해로 허 영(주 1), 907; 이관희(주 3), 35; 정만희, 헌법과 통치구조, 법문사, 2003, 197; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008, 791 참조. 원래 이 논의는 일본에서 유래한 것이다. 일본에서 의회의 특정한 국정조사활동이 사법권의 독립을 침해하는가가 문제 되었던 이 논의의 배경에 관해서는 정만희, 헌법과 통치구조, 195, 주 15; 최경옥(주 8), 81-83 각각 참조.

회를 지정하거나 구성하여 감사 또는 조사를 실시할 권한을 부여하는 것이므로 실제로는 국회 본회의와 해당 위원회가 공동의 주체가 된다. '국정감사 및 조사에 관한 법률'에 따르면 구체적으로 국정감사를 실시하는 주체는 상임위원회이고(국감법 제2조 제1항), 국정조사의 주체는 사안에 따라 별도로 구성되는 특별위원회 또는 해당 상임위원회가 된다(국감법 제3조 제1항).

3. 국정감사와 국정조사의 대상, 시기와 기간

가. 국정감사의 대상, 시기와 기간

국정감사는 매년 9월 10일부터 20일간 국정전반에 관하여 실시한다(국감법 제2조 제1항). 이 20일의 감사 기간은 법정기간으로서 본회의나 상임위원회의 의결로 이를 연장하거나 단축할 수 없다. 다만 국회법상 겸임위원회인 국회운영위원회·정보위원회 및 여성위원회는 정기회 기간 중 별도로 3일 이내의 기간을 정하여 감사를 행할 수 있다(국감법 제2조 제2항). 감사기간과 달리 감사 시기는 본회의의 의결에 의하여 변경할 수 있다(국감법 제2조 제1항 단서). 국정감사는 상임위원장이 국회운영위원회와 협의하여 작성한 감사계획서에 의하여 행한다(국감법 제2조 제2항 1문).

국정감사의 대상인 기관은 다음과 같이 법정되어 있는 기관 중 상임위원회가 선정할 수 있다. 첫째, 정부조직법 기타 법률에 의하여 설치된 국가기관, 둘째, 지방자치단체 중 특별시·광역시·도(그 감사범위는 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업에 국한된다), 셋째, 정부투자기관관리기본법 제2조의 규정에 의한 정부투자기관·한국은행·농업협동조합중앙회·수산업협동조합중앙회 등이 그것이다(국감법 제7조 제1호~제3호). 그 밖의 지방행정기관·지방자치단체·감사원법에 의한 감사원의 감사대상기관 중에서는 본회의가 특히 필요하다고 의결한 경우에 감사할 수 있다(국감법 제7조 제4호).

그런데 감사대상기관을 과다하게 선정하게 되면 세밀하고 심도 있는 감사를 실시하기가 어려울 수밖에 없다. 실제 국정감사의 운용상 문제점으로 20일(토·일요일을 제외하면 실제로는 14~15일) 동안 국정감사를 실시하기에는 그 대상기관 수가 너무 많다는 것이 반복적으로 지적되고 있다. 그러나 이런 문제제기에도 불구하고 아직까지도 400개에 가까운 감사대상기관을 선정하고 있다.[11]

11) 임종훈, "국정감사·조사제도의 재조명", 헌법학연구 10권 3호(2004.9), 61.

나. 국정조사의 대상, 시기와 기간

국정조사는 국회재적의원 4분의 1 이상이 연서한 조사요구서를 제출함으로서 절차가 개시된다(국감법 제3조 제1항 및 제2항). 국회의장은 조사요구서가 제출된 사실을 본회의에 보고하고 교섭단체대표의원들과 협의하여 조사위원회를 결정하는데, 조사특별위원회를 구성할 수도 있고, 해당 상임위원회에 회부할 수도 있다(국감법 제3조 제3항). 주의하여야 할 것은 국정조사위원회가 결정된다고 하여 바로 조사에 착수하는 것이 아니고, 조사의 목적, 조사할 사안의 범위와 조사방법, 조사에 필요한 기간 및 소요경비 등을 기재한 조사계획서를 본회의에 제출하여 본회의의 승인을 받은 후에야 조사를 실시할 수 있다는 점이다(국감법 제3조 제4항). 본회의는 이 조사계획서를 검토한 다음 의결로써 이를 승인하거나 반려한다(국감법 제3조 제5항). 그러므로 국정조사의 대상인 사안, 그 시기와 기간은 조사요구서가 아니라 조사계획서에 의해 결정되며, 이에 대해서는 여전히 본회의가 통제하는 것이다. 국정조사계획서에 대한 본회의의 의결에는 특별의결표수 규정되어 있지 않으므로 재적의원 과반수 출석에 출석의원 과반수의 찬성이 있어야 한다(헌법 제49조, 국회법 제109조). 원래 국정조사제도가 의회 내 소수정파가 의회 내 다수정파와 행정부를 통제하는 장치라는 점을 고려하면 이러한 본회의 승인절차의 타당성은 의문시된다.[12)]

본회의는 의결로써 조사기간을 연장하거나 단축할 수 있다(국감법 제9조 제1항, 제2항). 조사계획서에 조사위원회의 활동기간이 확정되어 있지 않은 경우에는 그 활동기간은 조사위원회의 조사결과가 본회의에서 의결될 때 조사활동을 할 수 있다(국감법 제9조 제3항). 국정조사의 대상인 기관은 국회 본회의가 의결로 승인한 조사계획서에 기재된 기관에 한정된다.

4. 국정감사와 국정조사의 방법

국회가 국정감사권과 국정조사권을 행사하는 방법에는 차이가 없다.

가. 보고·서류제출·증인 등의 출석요구

국정감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회는 그 의결로 감사 또는 조사와 관련된 보고 또는 서류의 제출을 관계인 또는 기관 기타에 요구하고, 증인·감정인·참고인의 출석을

12) 1980년헌법 하에서 국정조사가 한 번도 실시되지 않았던 현실적인 이유는 과반수 의석을 차지하는 여당이 매번 반대함으로써 국회 본회의의 의결을 얻지 못하였기 때문이다. 그 개선방안에 관해서는 후술 Ⅵ. 2. 다. 참조.

요구하고 검증을 행할 수 있다(국감법 제10조 제1항). 서류의 제출과 출석의 요구를 받은 자 또는 기관은 '국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률'에서 특별히 규정한 경우를 제외하고는 누구든지 이에 응하여야 하며, 위원회의 검증 기타의 활동에 협조하여야 한다(국감법 제10조 제3항). 실제로는 국정감사에서 서류제출요구가 너무 과다하다는 것이 늘 문제점으로 지적되고 있다.[13] 반면에 국정조사에서는 서류제출요구가 문제된 적이 별로 없다.[14]

정당한 이유 없이 출석하지 아니한 증인, 보고 또는 서류제출요구를 거절한 자, 선서 또는 증언이나 감정을 거부한 증인이나 감정인, 그리고 정당한 이유 없이 증인·감정인·참고인의 출석을 방해하거나 검증을 방해한 자는 처벌된다(증감법 제12조 제1항, 제2항). 선서한 증인 또는 감정인이 허위의 진술이나 감정을 한 때에도 처벌된다(증감법 제14조). 이러한 처벌조항은 국정감사·조사의 실효성을 확보하고 실체적 진실을 발견하기 위하여 필요하다고 할 것이다. 그러나 정당한 이유 없이 청문회에 불출석하거나 동행명령을 거부한 증인 또는 위증을 한 증인에 대한 검찰의 구형 및 법원의 선고형이 약한 것이 국정조사 청문회가 제 기능을 못하는 원인 중의 하나라고 지적된다.[15]

나. 청문회의 개최

국정감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회는 국정감사·조사에 필요한 경우 증인·감정인·참고인들로부터 증언·진술을 청취하고 증거를 채택하기 위하여 그 의결로 청문회를 열 수 있다(국회법 제65조 제1항, 국감법 제10조 제3항). 위원회는 청문회 개최 5일 전에 안건·일시·장소·증인 등 필요한 사항을 공고하여야 한다(국회법 제65조 제3항). 청문회는 공개를 원칙으로 하되, 위원회의 의결로 청문회의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다(국회법 제65조 제4항).

13) 이관희(주 3), 50-51.

14) 임종훈(주 11), 61-62.

15) 제13대 국회 이후 국정감사·조사 및 위원회 차원의 진상조사와 관련하여 증인의 불출석·위증 등으로 국회가 고발한 84명의 증인 중 실형이 확정된 경우는 한 건도 없었다. 특히 단순한 불출석이 아니라 위증한 혐의로 고발된 증인의 유죄로 인정된 경우에도 모두 집행유예로 석방되는 것은 심각한 문제이다. 임종훈(주 11), 63-64; 이관희, "우리나라 국정감사·조사 제도의 개혁방안", 헌법학연구 11권 3호(2005.9), 532 참조. 미국에서 의회가 국정조사를 실시할 경우 행정부가 보유한 에 의회가 접근하는 방법에 관해서는 루이스 피셔/임종훈 역, "의회의 정부통제", 헌법학연구 11권 3호(2005.9), 39 이하 참조.

다. 동행명령제

국회감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회는 증인이 정당한 이유 없이 출석하지 않는 때에는 그 의결로 그 증인에게 지정한 장소까지 동행할 것을 명령할 수 있다. 동행명령을 할 때에는 위원회의 위원장이 동행명령장을 발부하며, 동행명령장은 국회사무처 소속 공무원이 동행명령장을 해당 증인에게 제시함으로써 집행한다(증감법 제6조). 증인이 동행명령을 거부하거나 제3자로 하여금 동행명령장의 집행을 방해하도록 한 때에는 국회모욕죄로 처벌된다(증감법 제13조).

라. 장소

국정감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회가 정하는 바에 따라 국회 또는 감사·조사의 대상이 되는 현장이나 기타의 장소에서 할 수 있다(국감법 제11조).

마. 공개 원칙

국정감사 및 국정조사는 공개로 한다. 다만 국정감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회는 비공개결의를 할 수 있다(국감법 제12조)

5. 국정감사와 국정조사의 한계

가. 재판에 대한 간섭 금지

국정감사 또는 국정조사를 실시하는 위원회는 법원이나 헌법재판소의 재판에 관여할 수 없다. 국회의 국정감사·조사가 권력분립의 한계를 넘어서 법원의 재판이나 헌법재판에서 요구되는 재판의 독립을 훼손하여서는 안 되기 때문이다. 그러므로 법원에 계속 중인 사건의 소송 지휘나 재판 내용에 개입하거나 사건에 대한 법관이나 재판관의 견해 등에 관하여 조사할 수 없다. 1980년헌법 제97조 단서는 "재판과 진행 중인 범죄수사·소추에 간섭할 수 없다."고 규정하고 있었는데, 1987년헌법 제61조 제1항은 이 단서를 삭제하였다. 그러나 이러한 헌법개정이 재판에 간섭하는 국정감사·조사를 허용하려는 의도가 아님은 물론이다.[16] 현행 '국정감사 및 조사에 관한 법률'도 감사 또는 조사가 계속 중

16) 이 조항의 단서를 삭제한 것은 1980년헌법 하에서 국정조사가 한 번도 실시되지 않은 것에 대한 반발로 이해된다. 권력형 비리로 의심되는 대형사건이 터질 때마다 야당은 국정조사권을 발동시키고자 하였으나, 당시 여당과 법무부장관들이 "검찰이 수사 중이니 헌법 단서 조항에 따라 국정조사를 실시할 수가 없다"고 반대하는 바람에 국회 본회의의 의결을 얻지 못하여 번번이 무산되었다.

인 재판에 관여할 목적으로 행사되어서는 안 된다고 규정하고 있다(제8조). 여기서 '관여할 목적'은 재판의 결과에 영향을 미칠 의도로 해석된다.

그러나 국정감사나 국정조사가 현재 진행 중인 재판에 직·간접적으로 관여하려는 목적이 아니라 국회의 헌법상 권한을 행사하는 데 필요한 사실조사를 위한 것이라면 법원이나 헌법재판소의 재판을 조사하는 것도 허용된다고 보아야 할 것이다. 그러므로 국회는 과거 사건의 재판에 관해서 국정조사를 실시할 수 있고, 관련 재판자료나 관계인을 조사할 수 있다.[17] 그리고 현재 법원이나 헌법재판소에서 재판이 진행 중인 사건이라고 하더라도 재판에 직접 개입하는 형태가 아닌 한 이와 병행하여 국회가 독자적으로 국정조사를 실시할 수 있다(이른바 병행조사). 국정조사의 목적과 재판의 목적은 다른 것이므로 국회가 그 고유 권한을 행사하기 위하여 현재 진행 중인 어떤 사건의 실체를 파악할 필요가 있는데도 재판결과를 기다려야 할 이유는 없기 때문이다. 반면에 병행조사가 허용된다고 하여도 법원이나 헌법재판소는 국정조사의 사실판단에 구속되지 않는다고 보아야 한다.[18] 독일의 경우 연방헌법 제44조와[19] 국정조사위원회법 제18조의[20] 취지에 따라 병행조사가 인정되고 있다. 프랑스와 일본에서도 병행조사가 인정되고 있다고 한다.[21]

국회가 병행조사를 실시하는 경우에 재판자료를 이용할 수 있는가 아니면 재판자료 외의 방법으로 조사하여야 하는가가 문제될 수 있는데, 이에 관하여 법원이나 헌법재판소의 재판을 방해하지 않고 당사자와 이해관계인의 이익을 침해하지 않는 한도 내에서 법원이나 헌법재판소에 제출된 재판자료를 열람하거나 복사할 수 있다는 견해가 제시되어 있다.[22] 국회감사·조사의 방법으로 관계기관에 서류제출을 요구할 수 있는데(국감법 제10조 제1항), 법원이나 헌법재판소를 여기서 제외하여야 할 특별한 이유는 없다고 생각한다.

나. 범죄의 수사·소추에 대한 간섭금지

앞에서 본 재판의 경우와 마찬가지로 국정감사 또는 국정조사는 수사 중인 사건의 소추

17) 同旨: 정종섭(주 10), 968.

18) 독일기본법 제44조 제4항 2문은 "조사의 기초가 되는 사실의 평가와 판단에 법원은 구속되지 아니한다."고 명시하고 있다.

19) 독일기본법 제44조 제3항: "법원과 행정관청은 법적 지원과 직무상의 지원을 할 의무가 있다."

20) 독일 국정조사위원회법 제18조 제4항: "법원과 행정관청은 법적 지원과 직무지원, 특히 객관적 증명수단을 제출할 의무를 진다."

21) 정만희(주 10), 199-200.

22) 정종섭(주 10), 969.

에 관여할 목적으로 행사되어서는 안 된다(국감법 제8조). 이것은 형사사건 수사의 공정성을 보장하기 위한 것이다. 여기서 '관여할 목적'이란 수사의 결과에 영향을 미칠 의도를 의미한다.[23]

그러나 현재 진행 중인 경찰이나 검찰의 수사에 직·간접적으로 관여하려는 목적이 아니라면 수사에 대해서도 국정감사나 국정조사를 병행하여 실시할 수 있다고 보아야 할 것이다.[24] 그러므로 국회는 과거의 사건을 수사기관이 어떻게 처리하였는지에 관해서 국정조사를 실시할 수 있다. 실제로 수사 중인 사건의 경우 국정감사나 국정조사를 받는 기관이 위 조항을 원용하여 감사·조사에 응하지 않는 현상이 있는데, 수사에 직접 개입하는 형태가 아닌 한 국회가 독자적으로 병행조사할 수 있다고 보아야 한다. 앞에서 본 바대로 국회가 그 고유 권한을 행사하기 위하여 현재 진행 중인 어떤 사건의 실체를 파악할 필요가 있는데도 굳이 수사결과를 기다려야 할 이유는 없기 때문이다.

다. 기본권 침해 금지

국정감사와 국정조사도 공권력 행사이므로 헌법이 보장하는 국민의 기본권을 침해하여서는 안 된다. '국정감사 및 조사에 관한 법률'은 국정감사 또는 조사가 개인의 사생활을 침해하여서는 안 된다고 규정하고 있는데(국감법 제8조), 사생활 침해만 금지되는 것은 아니고 형사상 불리한 진술거부권을 포함한 모든 기본권 침해가 금지된다. '국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률'은 증인이나 감정인이 선서·증언·감정 또는 서류제출을 거부할 수 있는 경우로 형사소송법 제148조 또는 제149조의 증언거부권 규정에 해당하는 경우를 들고 있다(증감법 제3조). 물론 국민의 기본권도 헌법 제37조 제2항에 따라 법률로써 제한할 수 있지만 여기에는 과잉금지원칙이 적용된다. 그러므로 정당한 국정감사·조사의 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 기본권 제한만이 허용된다.

라. 국가안위 침해 금지

국정감사권과 국정조사권도 우리 헌법이 추구하는 전체 가치체계 안에서 균형 있게 행사되어야 한다. 국회가 그 고유권한을 행사하는 데 필요한 사실을 조사하는 활동이 그보다 더 큰 국익을 위태롭게 한다면 그것은 자제되어야 한다. 국회로부터 공무원 또는 공무

23) 특히 기소독점주의에 입각한 검찰권 행사의 남용과 그에 따른 폐해가 심각한 현실에서 '관여할 목적'을 엄격히 해석하여 국정감사·조사의 범위를 확대할 필요가 있다. 성낙인(주 6), 947.

24) 정만희(주 10), 201.

원이었던 자가 증언의 요구를 받거나, 국가기관이 서류제출을 요구받은 경우에 증언할 사실이나 제출할 서류의 내용이 직무상 비밀에 속한다는 이유만으로는 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다(증감법 제4조 제1항 본문). 그러나 군사·외교·대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관(대통령 및 국무총리의 소속기관에서는 당해 관서의 장)의 소명이 증언 등의 요구를 받은 날로부터 5일 이내에 있는 경우에는 증언이나 서류제출을 거부할 수 있다(증감법 제4조 제1항 단서). 국회가 주무부장관의 소명을 수락하지 않는 경우에는 본회의의 의결로, 폐회중에는 해당위원회의 의결로 국회가 요구한 증언 또는 서류의 제출이 국가의 중대한 이익을 해친다는 취지의 국무총리의 성명을 요구할 수 있다. 국무총리가 이 성명을 요구받은 날로부터 7일 이내에 그 성명을 발표하지 않는 경우에는 증언이나 서류제출을 거부할 수 없다(증감법 제4조 제2항, 제3항).

마. 지방자치단체의 고유사무에 대한 간섭금지

헌법이 지방자치제를 보장하는 정신에 비추어 볼 때 지방자치단체의 고유사무는 국회가 아니라 당해 지방의회가 감사·조사하는 것이 타당하다. 그러므로 지방자치단체의 고유사무는 국회의 감사·조사 대상에서 제외되어야 한다. '국정감사 및 조사에 관한 법률'은 특히 국정감사의 범위에 관하여 원칙적으로 특별시·광역시·도의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업으로 한정하고 있다(국감법 제7조 제2호).[25]

6. 국정감사·조사의 결과 보고 및 처리

가. 결과의 보고

위원회가 감사 또는 조사를 마친 때에는 지체 없이 감사 또는 조사의 경과와 결과 및 처리의견을 기재하고 그 중요근거서류를 첨부한 감사 또는 조사보고서를 작성하여 의장에게 제출하여야 하며, 보고서를 제출받은 의장은 이를 지체 없이 본회의에 보고하여야 한다. 의장은 위원회로 하여금 중간보고를 하게 할 수 있다(국감법 제15조).

그런데 국정감사의 경우 감사결과보고서가 지연처리 되어 그 해 예산 및 각종 법안 심사 시 반영되지 못하는 것이 문제로 지적된다.[26]

25) 지방자치단체에 대한 국정감사의 문제점과 개선방안에 관해서는 후술 Ⅵ. 1. 참조.

26) 이관희(주 3), 52.

나. 결과의 처리

국정감사 또는 조사를 담당한 위원회가 아니라 국회 본회의가 그 의결로 감사 또는 조사결과를 처리한다. 감사 또는 조사결과 정부 또는 해당기관의 시정(관계자의 문책 등 포함)을 필요로 하는 사유가 있을 때에는 국회는 그 시정을 요구하고, 정부 또는 해당기관에서 처리하는 것이 타당하다고 인정되는 사항은 정부 또는 해당기관에 이송한다. 정부 또는 해당기관이 이러한 시정요구를 받거나 이송 받은 경우에는 해당사항을 지체 없이 처리하고 그 결과를 국회에 보고하여야 한다. 국회는 이 처리결과보고에 대하여 적절한 조치를 취할 수 있다(국감법 제16조).

그런데 국정감사의 경우 국회의원이나 피감사기관 모두 지적된 정책의 오류나 집행상의 과오가 시정되었는지를 점검하는 노력이 부족하여 국정감사가 일과성 또는 일회성으로 끝나는 경향을 보이는 것은 문제이다.[27] 국회의 시정·처리 요구내용 자체가 비현실적이거나 일반적인 경우가 많고, 이에 상응하여 정부의 처리내용도 형식적인 수준에 그치는 것도 문제로 지적된다.[28]

Ⅵ. 현실적 검토

1. 지방자치단체에 대한 국정감사의 개선 또는 폐지

지방자치단체에 대한 국정감사와 관련하여 흔히 지적되는 문제가 중복감사와 감사대상기관을 과다하게 선정한다는 점이다. 중복감사란 같은 지방자치단체에 대해 국회의 여러 상임위원회의 감사반이 여러 차례 감사하는 것을 말한다. 각 상임위원회의 감사마다 주안점이 다르기 때문에 중복감사가 부당하다고 할 수만은 없지만, 피감사기관의 입장에서는 그 준비와 영접 등에 많은 애로가 있을 수밖에 없다.[29] 단기적으로 이 문제는 지방자치단체에 대한 감사는 복수의 위원회가 합동감사로 실시하도록 함으로써 해결하고 있다(국감법 제7조의2). 좀 더 근본적으로는 국정감사와 지방의회의 감사가 중복되는 것도 문제이

27) 임종훈(주 11), 62.
28) 이관희(주 3), 53.
29) 박종흡(주 1), 387.

다. 지방자치법은 지방의회가 매년 1회 그 지방자치단체의 사무에 대하여 지방자치단체에 따라 10일 또는 7일의 범위에서 감사를 실시하고, 지방자치단체의 사무 중 특정 사안에 관하여 본회의 의결로 조사할 수 있도록 하고 있다(지방자치법 제41조 제1항). 국회의 국정감사와 지방의회의 감사는 모두 정치적 통제라는 점에 공통점이 있는데, 같은 성질의 감사가 중복되는 것은 지방자치 보장이라는 헌법원리적 측면에서나 지방자치단체 업무수행의 효율성 측면에서나 결코 바람직하지 않다.

앞에서 본 바와 같이 현행법상 지방자치단체에 대한 국정감사의 범위는 원칙적으로 특별시·광역시·도의 국가위임사무와 국가가 보조금 등 예산을 지원하는 사업에 한정된다(국감법 제7조 제2호). 그리고 국가위임사무 중 국회가 직접 감사하기로 한 사무 외에는 지방의회가 감사할 수 있고 이 경우 국회가 그 감사결과에 대하여 그 지방의회에 필요한 자료를 요구할 수 있도록 제도가 갖추어져 있다(지방자치법 제41조 제3항). 국가가 지방자치단체에 위임하는 사무에 대하여 국회가 감사하는 것 자체가 국정감사제도의 취지에 위배되지는 않는다. 그러나 실제 일어나는 현상을 검토해 보면, 지방자치단체에 대한 국회의 국정감사가 반드시 필요한 것인가에 대하여 의문이 제기된다. 지방자치단체가 처리하는 국가위임사무와 국가예산지원사업만 하더라도 매우 광범위한데다가, 예외적으로 국회 본회의가 의결하면 특별시·광역시·도 외의 지방행정기관·지방자치단체를 국회가 감사할 수 있도록 되어 있어서(국감법 제7조 제4호) 지방자치단체에 대한 국정감사의 범위가 너무 넓다. 게다가 실제에 있어서는 국가위임사무와 지방자치단체의 고유사무의 구분이 모호하다는 이유로 성역 없는 국정감사를 실시하며, 본회의 의결을 거치면서까지 기타 지방자치단체나 지방행정기관에 대한 국정감사를 과다하게 실시하고 있다는 비판이 끊임없이 제기된다.

지방자치단체에 대한 국정감사의 이러한 역기능을 극복하기 위해서는 단기적으로는 국회 스스로 초법적인 감사를 중지하고, 지방자치단체가 수행하는 사무 중 위임사무와 자치사무의 구분이 불분명한 일부 사무의 구분을 명확히 하며, 장기적으로는 점진적으로 국정감사를 폐지하는 대신 지방의회가 감사한 내용 중 미흡한 사무나 위법의 의심이 가는 특정한 사안에 대해서만 국정조사권을 발동하는 것이 바람직할 것이다.[30] 이러한 입장에 반대하여 지방자치단체에 대한 국정감사를 폐지하는 것은 위헌이라고 보는 견해가 있다.[31]

30) 김호섭 외, "자치단체에 대한 국정감사의 법적 한계와 역기능적 실태", 한국행정학보 36권 2호(2002.6), 187 이하 특히 201 참조.

31) 이기우, "국회와 지방의회의 관계정립 -입법과 국정감사를 중심으로-", 한국행정연구 3권 3호(1994.11), 129.

그러나 헌법 제61조 제1항이 정한 국정감사가 반드시 지방자치단체에 대한 감사를 포함한다고 해석하여야 할 이유는 없다. 우선 국정감사의 대상이 국정'전반'이라는 것조차 헌법이 아니라 법률이 정한 것이고(국감법 제2조 제1항), 헌법은 구체적인 국정감사의 범위를 법률에 위임하고 있기 때문에(제61조 제2항), 국정전반 중 일부분에 대한 감사를 폐지한다고 하여 위헌이라고 볼 수는 없다.[32]

지방자치단체에 대한 국정감사의 폐지를 반대하는 입장에서는 지방자치단체에 대한 통제가 필요한데, 우선적으로 내부적인 통제수단인 자체감사제도의 정비, 지방의회의 통제권 강화, 지방감사원의 설치, 주민투표와 주민소환 등 주민통제강화 등의 장치를 보강하고, 국회의 국정감사는 이러한 내부통제와 중복되지 않도록 역할 분담을 하는 것이 바람직하다고 본다.[33]

2. 국정감사 폐지 및 국정조사 강화론

가. 국정감사 폐지론

국정감사는 우리나라에 특유하게 발달한 제도로서, 정기국회가 개회하면 별다른 의결절차 없이 국회 상임위원회별로 국정전반에 걸쳐 동시다발적으로 실시된다는 데 특색이 있다.[34] 국정조사에는 특별한 사유가 있어야 하고 사실상 국회 본회의의 의결에 의해서만 발동되는 것과 달리 국정감사는 정기국회에서의 예산안 심의와 연계하여 국회의 기능을 실효성 있게 하고 이를 통하여 권력을 효율적으로 통제하는 기능을 한다는[35] 긍정적 측면도 있다. 그럼에도 불구하고 헌법을 개정하여 국정감사 자체를 폐지하고, 그 대신 국정조사를 활성화하자는 주장이 있다.

이러한 입장에서는 국정감사제도가 폐지되어야 할 이유로 다음 사항들을 지적한다. 첫째, 건국헌법 제정 당시 국정감사는 사실 국정조사의 의미로 쓰인 것이었지 현재의 국정

32) 同旨: 이관희(주 3), 57. 실제로 국정감사대상기관은 '국정감사 및 조사에 관한 법률' 제7조가 정하고 있다. 그리고 지방자치법 제41조 제3항은 국가위임사무에 관한 감사를 지방의회가 실시할 수 있도록 허용하고 있다.

33) 이기우 외, "국회에 의한 지방자치단체 국정감사 범위의 합리적 조정방향", 한국지방자치학회보 15권 4호(2003.12), 27 이하.

34) 그렇기 때문에 야당의 입장에서는 지난 1년간의 국정전반을 파악하고 비판할 수 있는 가장 강력한 대정부 공격수단이 된다.

35) 정종섭(주 10), 965.

조사와 다른 국정감사제도를 도입하려는 의도는 아니었다는 것이다.[36] 둘째, 국회 본연의 임무는 국민대표로서 국정을 감시·통제하는 것이지 국정전반을 직접 감사하는 것이 아니라는 것이다. 현행헌법상 행정부 등에 대한 감사는 원칙적으로 감사원이 하면 되고, 국회의 감시·통제는 각 상임위원회 정책질의, 그에 대한 보완으로 위원회의 결의 또는 위원회 재적위원 3분의1 이상에 의한 관련서류제출 요구(국회법 제128 제1항, 국감법 제10조 제1항)로도 충분하며, 필요하면 국정조사권을 발동하면 된다는 것이다. 셋째, 국회가 국민대표기관으로서 국정을 감시하는 것은 상임위원회를 중심으로 정책질의, 관련서류 제출요구 등을 통하여 연중 상시적으로 해야 한다는 것이다. 20일간 국정전반을 감사한다는 것은 물리적으로 불가능하므로 졸속감사, 겉핥기식 감사에 머무를 수밖에 없는데도 반드시 해야 하는 것은 구조적 모순이라고 한다. 넷째, 국회의원의 특권의식을 부추기고 각종 이권에 개입하는 계기가 된다고 한다. 정부기관의 장 등이 국정감사 장소에서 구설에 오르지 않으려는 심리를 이용하여 국회의원들이 청탁을 하고 부패하게 될 가능성이 높아진다는 것이다. 그밖에 국정감사 약 1개월 전부터 국감이 끝날 때까지 약 2개월간 사실상 국정이 마비된다는 점, 국정감사의 목적이 정책에 대한 비판이나 대안제시(정책감사)가 아니라 각종 비리나 정치적인 문제에 초점을 맞추고 있다(정치감사)는 점, 사실상 국정감사 내용의 대부분이 국정감사 직전의 대정부질문과 국정감사 종료 후 예결위에서의 정책질의와 거의 중복되고, 그 결과 입법이나 예산심의활동에 필요한 정보 획득이라는 국정감사의 순기능은 거의 수행되지 못하고 예산심의 기간만 단축시키는 결과가 된다는 점 등이 지적된다.[37] 평화적 정권교체가 일상화되고 그에 따라 책임정치가 구현된다면 국정감사제도의 존재 자체에 대한 근본적인 재검토가 불가피하다는 견해도 유사한 입장이다.[38]

나. 국정감사 개선론

반면에 국정감사권을 국회의 예산의결권과 연계시켜 예산안 심의·의결을 위한 선행기

36) 임종훈(주 11), 50. 1948년 제정된 국회법은 국정감사와 관련하여, "국회는 의안 기타 국정에 관한 사항을 심사 또는 조사하기 위하여 의원을 파견할 수 있다."(제72조), "국회로부터 심사 또는 조사하기 위하여 정부 기타의 기관에 대하여 필요한 보고 또는 기록의 제출을 요구할 때에는 이에 응하여야 한다."(제73조)고 규정하였다. 헌법과 달리 국회법에서는 '감사' 라는 용어 대신 '심사' 또는 '조사'라는 표현을 썼던 것이다. 1953년에 국정감사법을 제정함으로써 비로소 국정전반에 대한 국정감사제도가 법제화되었다.

37) 이관희(주 15), 524-30 참조.

38) 성낙인(주 6), 950. 궁극적으로 국정운영에 대한 평가는 선거를 통한 국민의 손에 맡기고 국회는 임기 동안 그 본연의 임무에 충실한 것이 바람직하며, 그런 의미에서 국정감사제도는 한국적 민주주의를 정착시키기 위한 과도기적 제도라고 한다.

능으로 제도화하고 하고, 국정조사권을 특정한 국정사안에 대한 수시적 조사통제기능으로 2원화하고 있는 현행제도가 반드시 불합리한 것이라고 보기 어렵다는 견해도 있다. 그것은 선진국에서는 평상시에도 국정조사권이 매우 활성화되어 있어서 예산안 심의를 위한 특별한 국정감사의 필요성이 크지 않기 때문이라고 한다.[39] 국정감사제도가 문제점을 지니고 있다고 하더라도, 행정부를 통제하기 위한 대안적인 국정통제제도가 부재하거나 기능성이 미약하여 행정부에 대한 효과적인 통제가 행해지지 않는 경우에는 권력분립제의 목적과 운영에 기여하는 바가 있다고 보는 견해도 유사한 입장이다.[40] 국정감사제도를 폐지하기보다는 문제점을 개선해 나가는 한편 감사원 감사와의 관계를 명확히 하고 감사원과의 연계를 도모하는 것이 바람직하다는 견해도 제시된다.[41]

다. 국정조사의 활성화 방안

문제 해결의 기본방향은 국회 조사통제의 순기능을 충실히 유지하면서 현행 국정감사제도의 역기능을 제거하는 것이어야 한다. 우선, 국정감사를 폐지하려면 국정조사가 국회의 조사통제기능을 충분히 실현할 수 있도록 국정조사를 효율적이고 실효성 있게 개혁하는 것이 전제된다.[42] 현행법상 국정조사의 근본적인 문제점은 조사권 발동 요구는 국회 재적의원 4분의 1 이상의 요구가 있으면 가능하므로 쉽게 이루어지는데, 실제 조사 실시는 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성을 얻어야 하기 때문에, 조사계획서에 기재된 조사할 사안의 범위와 조사방법(증인채택과 청문회 계획 등)에 관하여 여야 합의에 이르지 않는 한 사실상 불가능하다는 것이다. 이 문제를 해결하기 위하여 '국정감사 및 조사에 관한 법률' 제3조 제5항을 "본회의는 제4항의 조사계획서를 검토하여 헌법에 반하지 아니하는 한 승인하여야 한다. 불승인의 경우에는 그 이유를 명시하여야 한다."로 개정하여 원내 소수정파의 요구가 있는 경우에도 사실상 그 활동을 승인해야 한다는 주장이 제시되어 있다.[43] 아예 본회의의 승인절차를 폐지하고 국정조사특별위원회(또는 해당

39) 허 영(주 1), 904.

40) 홍완식, "헌법개정에 있어서 국회 분야 논점", 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 430-31.

41) 이 입장에서는 국정감사 대상기관의 축소, 철저한 사후검증, 과다한 서류제출의 해소, 증인채택 방법 등의 개선, 증인불출석 및 위증방지를 위한 형량조정 및 엄격한 처벌 등의 개선이 이루어져야 한다고 본다. 그리고 국회의 국정감사와 감사원 감사의 연계방안으로는 감사기능의 분담, 결과처리를 통한 협력, 감사정보의 교환을 통한 협력, 인적교류를 통한협력 등을 제시하고 있다. 김영조, "국회의 국정감사제도의 문제점과 개선방안", 상명대 사회과학연구 21권(2005), 1 이하.

42) 同旨: 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1149.

43) 이관희(주 15), 533. 대신에 국정조사의 결과는 본회의에 보고하고 그 채택 여부는 본회의 의결로 결정하면 별문제가 없다고 한다.

상임위원회)의 합의만으로 국정조사를 실시할 수 있도록 하자는 주장도 있다.[44] 마찬가지로 증인채택 문제에 있어서도 소수정파의 주장을 수용할 수 있도록 수일 중 하루는 소수정파의 증인만을 신문하는 날로 배정한다든가, 하루에 신문하는 증인 중 일부는 소수정파가 희망하는 증인을 채택하는 것을 보장해 주어야 한다고 본다.[45]

국정감사를 폐지하면서 국회 조사통제의 순기능을 살리려면 국정조사제도를 개선하는 것만으로는 충분하지 않고, 현실적으로 국회의원들이 국정감사를 대신하여 국정조사를 적극적으로 활용하는 것이 필요하다. 국정조사권의 발동을 용이하게 하는 것 외에, 국정조사활동을 지원하는 시스템과 인력을 충분히 갖추어야 하며, 국회를 연중국회로 운영하고, 예산안 심의를 실질화하는 장치를 마련하여야 한다.[46]

Ⅶ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

김영조, “국회의 국정감사제도의 문제점과 개선방안”, 상명대 사회과학연구 21권(2005), 1.

김호섭·김성철·김병기·권혁성, “자치단체에 대한 국정감사의 법적 한계와 역기능적 실태”, 한국행정학보, 36권 2호(2002.6).

김효전, “입법부의 정책통제기능”, 인권과 정의 통권150호(1989).

루이스 피셔/임종훈 역, “의회의 정부통제”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).

박재창, 한국의회정치론, 오름, 2003.

박종흡, 국정감사·조사와 청문회, 법문사, 1990.

44) 임종훈(주 11), 67. 독일에서는 연방의회의원 4분의 1 이상이 국정조사위원회의 구성을 요구할 수 있으며, 이러한 요구가 있을 경우 연방의회는 국정조사위원회를 구성할 의무를 진다(독일기본법 제44조 제1항). 그리고 이 경우 연방의회는 지체 없이 이를 의결하여야 한다(국정조사위원회법 제2조 제1항) 따라서 소수조사위원회의 구성에 대한 연방의회의 의결은 단지 형식적 의미만을 가지고 있는 것으로 해석된다. 홍일선(주 7), 115. 독일의회에서 인정되고 있는 ‘소수자 조사’에 관해서는 그밖에 전원배(주 9), 122-29; 이관희(주 3), 62-64도 참조.

45) 미국의회의 청문회 증인채택절차에서는 청문회가 수일간 개최된다면 그 중에 적어도 하루는 소수정파의 증인만을 신문하는 날로 배정한다. 임종훈(주 11), 67.

46) 정종섭(주 10), 955.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
이관희, “국정감사제도의 문제점과 개선방향 –국정감사 폐지논의를 포함하여–”, 경찰대학 논문집 19권(1999).
이관희, “독일의 국정조사권에 관한 연구”, 경찰대학 논문집 20권(2000).
이관희, “미국 연방의회의 국정조사권”, 경찰대학 논문집 18권(1998).
이관희,“우리나라 국정감사·조사 제도의 개혁방안”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
이기우, “국회와 지방의회의 관계정립 –입법과 국정감사를 중심으로–”, 한국행정연구 3권 3호(1994.11).
이기우·홍준현·이종원·권영주, “국회에 의한 지방자치단체 국정감사 범위의 합리적 조정방향”, 한국지방자치학회보 15권 4호(2003.12).
임종훈, “국정감사·조사제도의 재조명”, 헌법학연구 10권 3호(2004.9).
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
전원배, 의회조사권에 관한 비교법적 연구 –우리나라 국정조사권의 활성화를 위하여–, 서울대학교 박사학위논문, 1995.
정만희, 헌법과 통치구조, 법문사, 2003.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정혜영, “2001년 제정된 독일연방국정조사위원회법과 그 시사점”, 공법연구 34집 3호(2006.2).
최경옥, “일본의 국정조사권과 사법권의 독립”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.
홍완식, “헌법개정에 있어서 국회 분야 논점”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11).
홍일선, “독일연방의회의 국정조사권 –기본법 제44조의 국정조사위원회를 중심으로”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).

헌법 제62조

박종보

第62條

① 國務總理·國務委員 또는 政府委員은 國會나 그 委員會에 출석하여 國政處理狀況을 보고하거나 의견을 陳述하고 質問에 응답할 수 있다.

② 國會나 그 委員會의 요구가 있을 때에는 國務總理·國務委員 또는 政府委員은 出席要求를 받은 때에는 國務委員 또는 政府委員으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.



Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

행정부의 각료들이 자기의 권한으로 국회에 출석하여 발언할 수 있고, 국회가 요구하면 반드시 출석·답변해야 하는 것은 의원내각제 정부형태에서는 당연한 것이지만, 대통령제에서는 이례적인 것이다. 이것은 국회와 행정부의 관계를 더 긴밀히 하여 정책의 수립과 집행을 효과적으로 할 수 있게 하는 반면에, 국회의 비판·감시를 통한 견제적 기능을 보장하는 중요한 수단이 되기도 한다.[1] 사실 의원내각제 정부에서 내각불신임제도는 국무총리·국무위원에 대한 질문제도에서 비롯되었다.[2]

대통령제 국가에서는 국회와 대통령 간에 대화의 단절과 오해가 발생하기가 쉽고, 그

1) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1619.

2) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 952.

결과 서로 대립하여 국정이 마비되거나 경색될 우려가 있는데, 국무위원 등 출석요구제도를 잘 활용하면 대통령제가 안고 있는 한계를 극복하는 데 기여할 수 있다.[3] 국무총리 등이 국회에 출석·발언할 수 있고, 국회가 국무위원 등을 출석시켜 질문할 수 있다는 것은 현행헌법상의 정부형태가 변형된 대통령제임을 나타내는 징표 중 하나이다.[4]

Ⅱ. 연 혁

국무위원 등의 국회 출석·발언권과 국회의 국무위원 등 출석요구·질문권은 1948년 건국헌법에 규정된 이후 현행헌법까지 계속 유지되어 왔다. 9차례의 헌법개정을 거치는 동안 관련 헌법 조항은 네 차례 수정되었는데, 나머지 헌법개정에서는 조문 순서가 바뀐 적이 있을 뿐 내용은 바뀌지 않았다.

건국헌법 제44조는 "국무총리, 국무위원과 정부위원은 국회에 출석하여 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있으며 국회의 요구가 있을 때에는 출석답변하여야 한다."고 규정하였다. 이 조항은 1954년 제2차 개정헌법이 국무총리제를 폐지하였기 때문에 "국무위원과 정부위원은 국회에 출석하여 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있으며 국회의 요구가 있을 때에는 출석답변하여야 한다."로 수정되었다. 권력구조를 대통령제에서 의원내각제로 변경한 1960년 제4차 개정헌법 제44조는 다시 건국헌법과 같은 내용으로 바뀌었다. 미국형에 가까운 대통령제 정부형태를 취하면서 부통령 대신 국무총리를 두었던 1962년 제5차 개정헌법에서 이 조항은 다시 수정되었는데, 같은 헌법 제58조는 "국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있으며, 국회나 그 위원회 또는 국회의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 출석·답변하여야 한다."고 규정하였다.

1972년 제7차 개정헌법 제96조는 제1항에서 "국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다."고 규정하고, 제2항에서 "국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변하여야 하며, 국무총리 또는 국무위원이 출석요구를

3) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 973.

4) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 912.

받은 때에는 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다."고 규정하였다. 1980년 제8차 개정헌법과 현행 1987년 제9차 개정헌법에서는 조문의 위치만 바뀌었을 뿐 1972년헌법 해당 조항의 내용이 그대로 유지되고 있다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 미 국

미국연방헌법에는 행정부 장관의 의회 출석에 관한 명문 규정이 없다. 미국에서는 장관이 의회에 출석할 권한은 인정되지 않으며, 의회 본회의가 장관의 출석을 요구하는 경우도 거의 없다. 그 대신에 일상화된 상임위원회의 국정조사 활동 중에 필요하면 관계 장관과 공무원들을 출석시켜 발언하도록 한다.

2. 프랑스

혼합형 정부형태에 속하는 프랑스의 경우 의회와 내각의 관계는 의원내각제에서와 같이 운영된다. 제5공화국헌법 제31조 제1항은 "국무위원은 양원에 출석할 수 있다. 의회에서 요구하면 발언할 수 있다."고 규정하고, 같은 조 제2항은 "국무위원은 정부위원(commissaires du Gouvernement)의 보좌를 받는다."고 규정하고 있다. 한편, 제5공화국헌법 제48조 제6항은 "제29조에 규정된 임시회를 포함하여 최소한 일주일의 본회의 중 1회는 우선적으로 대정부 질문·답변시간으로 할당한다."고 규정하고 있다.

3. 독 일

의원내각제인 독일의 기본법 제43조 제1항은 "연방하원과 그 위원회는 연방정부의 어느 구성원의 출석이라도 요구할 수 있다."고 규정한다. 같은 조 제2항은 "연방상원과 연방정부의 구성원 및 그 수임자는 연방의회와 그 위원회의 모든 회의에 출석할 수 있다. 그들의 의견은 언제라도 청취되어야 한다."고 규정하고 있다. 그리고 독일기본법 제53조

는 “연방정부의 구성원은 연방상원이나 그 위원회에 참가할 권리를 가지며 또한 요구가 있으면 참가할 의무를 진다. 연방정부의 구성원의 의견은 언제든지 청취되어야 한다. 연방상원은 연방정부로부터 그 업무수행에 관하여 상시 보고를 받는다.”고 규정하고 있다.

4. 일본

역시 의원내각제인 일본의 경우에도 헌법 제63조는 “내각총리대신과 기타의 국무대신은 양 의원 중 하나에 의석을 가지고 있음을 불문하고 언제라도 의안에 대해서 발언하기 위하여 의원(議院)에 출석할 수 있다. 또한 답변이나 설명을 위하여 출석이 요청된 때에는 출석해야 한다. 양원은 각각 국정에 관한 조사를 행하고, 이에 관하여 증인의 출두, 증언 및 기록의 제출을 요구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제81조는 “대통령은 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러므로 국무총리·국무위원·정부위원과 마찬가지로 대통령은 국회의 요구가 없어도 자기의 권한으로 국회에 출석하여 국정에 관한 연설을 함으로써 입법이나 일반정책에 관하여 국회의 이해와 협조를 구할 수 있다. 그러나 국회는 국무총리·국무위원·정부위원과는 달리 대통령에 대해서는 국회 출석을 요구할 수 없다.

Ⅴ. 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 국무총리 등의 출석·발언권

국회나 그 위원회에 출석하여 의견을 진술하고 질문에 답할 수 있는 헌법상 권한을 가진 자는 국무총리·국무위원 또는 정부위원이다. 정부위원은 헌법이 직접 정의하고 있지 않는데, 현행 정부조직법은 국무총리실의 실장 및 차장, 특임장관 밑의 차관, 부처·청의 처장·차관·청장·차장·실장·국장 및 차관보와 외교통상부의 본부장을 정부위원으로 정

하고 있다(정부조직법 제10조). 국회법은 이들 외에도 법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장이 본회의나 위원회에서 그 소관사무에 관하여 발언할 수 있도록 허용하고 있다(국회법 제120조 제2항).

국무총리·국무위원·정부위원·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회사무총장이 국회 본회의나 위원회에서 발언하려고 할 때에는 미리 국회의장 또는 위원장의 허가를 받아야 한다(국회법 제120조 제1항, 제2항).

2. 국회의 출석요구권

국회나 그 위원회의 요구로 출석·답변하여야 하는 헌법상 의무의 주체는 국무총리·국무위원 또는 정부위원이다. 국회법은 본회의 또는 위원회가 이들 외에도 대법원장·헌법재판소장·중앙선거관리위원회위원장·감사원장 또는 그 대리인의 출석을 요구하여 특정한 사안에 대하여 질문할 수 있다고 규정하고 있다(국회법 제121조 제4항).

국회 본회의나 위원회는 그 의결로 국무총리 등의 출석을 요구할 수 있는데, 본회의 출석을 요구할 때에는 의원 20인 이상이 이유를 명시한 서면으로 발의하여야 한다. 위원회가 국무총리 등의 출석을 요구할 때에는 위원장이 국회의장에게 보고하여야 한다(국회법 제121조 제1항, 제2항).

국회 또는 위원회가 출석을 요구하면 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변하여야 한다. 국무총리 또는 국무위원이 출석요구를 받은 때에는 국무총리는 국무위원으로 하여금, 국무위원은 정부위원으로 하여금 대리하여 출석·답변하게 할 수 있는데(헌법 제62조 제2항), 국회의장 또는 위원장의 승인을 얻어야 한다(국회법 제121조 제3항 1문).

출석·답변을 요구받은 국무총리·국무위원이 이에 응하지 않고 대리인도 출석시키지 않는 경우에도 법적 제재수단이 없으므로 정치적 통제에 맡겨지며 해임건의로 발전할 수는 있다고 보는 견해도 있으나,[5] 해임건의뿐만 아니라 탄핵소추사유가 된다고 보는[6] 것이 타당하다. 분명히 "직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때"(헌법 제65조 제1항)에 해당하기 때문이다.

5) 김철수(주 1), 1620.

6) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 927; 정종섭(주 3), 974.

3. 국회의 질문권

국회의 질문권에는 대정부질문권과 긴급현안질문권이 있다.[7)]

가. 대정부질문권

국회 본회의는 회기 중 기간을 정하여 국정전반 또는 국정의 특정분야를 대상으로 정부에 대하여 질문을 할 수 있다(국회법 제122조의2 제1항). 이것을 대정부질문이라 한다. 현행 국회법상 대정부질문은 일문일답의 방식으로 하되, 의원의 질문시간은 20분을 초과할 수 없다. 이 질문시간에는 답변시간이 포함되지 않는다. 그러나 시각장애 등 신체장애를 가진 의원이 대정부질문을 하는 경우, 국회의장은 각 교섭단체 대표의원과 협의하여 별도의 추가 질문시간을 허가할 수 있다(국회법 제122조의2 제2항, 제3항). 질문을 하고자 하는 의원은 미리 질문의 요지를 기재한 질문요지서를 구체적으로 작성하여 국회의장에게 제출하여야 하며, 의장은 늦어도 질문시간 48시간 전까지 질문요지서가 정부에 도달되도록 송부하여야 한다(국회법 제122조의2 제7항).

나. 긴급현안질문권

국회의원은 20인 이상의 찬성으로 회기 중 현안이 되고 있는 중요한 사항을 대상으로 정부에 대하여 질문을 할 것을 국회의장에게 요구할 수 있다(국회법 제122조의3 제1항). 이것을 긴급현안질문이라 한다. 현행 국회법상 긴급현안질문을 요구하는 의원은 그 이유와 질문요지 및 출석을 요구하는 국무총리 또는 국무위원을 기재한 질문요구서를 본회의 개의 24시간 전까지 국회의장에게 제출하여야 한다. 국회의장은 긴급현안질문의 실시 여부와 의사일정을 국회운영위원회와 협의하여 정한다. 필요한 경우 국회의장은 본회의에서 그 실시 여부를 표결에 부쳐 정할 수 있다(국회법 제122조의3 제2항, 제3항). 긴급현안질문을 실시하기로 의장이 결정하거나 본회의가 의결하면 해당 국무총리 또는 국무위원에 대한 출석요구의 의결이 있은 것으로 간주된다(국회법 제122조의3 제4항). 긴급현안질문시간은 총 120분으로 하되, 국회의장이 각 교섭단체대표의원과 협의하여 이를 연장할 수 있다. 긴급현안질문을 할 때 의원의 질문은 10분을 초과할 수 없고, 보충질문은 5분을 초과할 수 없다(국회법 제122조의3 제5항, 제6항). 그 밖의 질문절차는 대정부질문의 절차를 따른다(국회법 제122조의3 제7항).

7) 그밖에 정부에 대한 서면질문도 허용된다(국회법 제122조).

Ⅵ. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

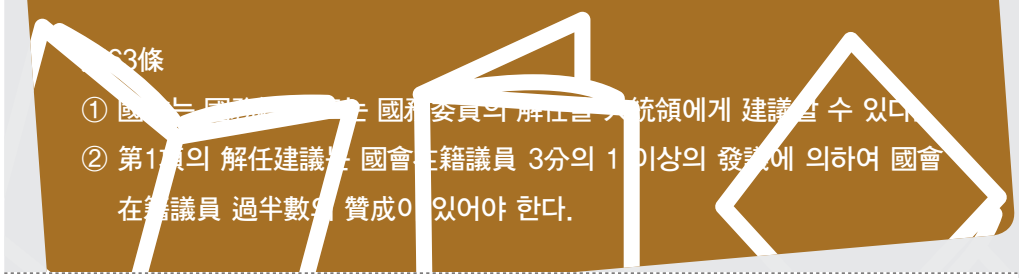
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

헌법 제63조

박종보



63條
① 國[illegible] 國務委員의 解任을 大統領에게 建議할 수 있다.
② 第1項의 解任建議는 國會在籍議員 3分의 1 이상의 發議에 의하여 國會
在籍議員 過半數의 贊成이 있어야 한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

대통령제 정부형태에서 의회가 행정부 구성원을 해임하라고 요구하는 것은 이례적인 것이다. 의회가 그 의결로써 행정부의 정치적 책임을 추궁하는 것은 의원내각제의 본질적 요소 중 하나이다. 의원내각제에서는 국민이 직접 선거하는 의원으로 구성되는 의회가 행정부를 구성하고, 내각의 임기는 보장되지 않으며, 내각은 의회의 불신임에 의하여 퇴진할 수 있다. 그러나 대통령이 국민에 의하여 선거되고 그 임기를 보장받는 대통령제에서는 대통령과 국회가 권력의 정당성을 병렬적으로 보유한다. 여기에는 국가기관의 구성에 근본적으로 독립조직의 원칙이 적용되므로 의회와 행정부는 완전히 분리되어 조직되고 독자적으로 활동하며, 대통령을 비롯한 행정부 구성원들은 의회에 대하여 책임을 지지 않는다. 전형적인 대통령제에서는 대통령에게 의회해산권이 인정되지 않으며, 이와 마찬가지로 행정부 구성원은 오로지 대통령에 대해서만 책임을 진다. 국회가 국무총리·국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다는 것은 현행헌법상의 정부형태가 변형된 대통령제임을 나타내는 징표 중 하나이다.

대통령제의 단점으로 흔히 지적되는 것이 국가원수와 행정부 수반의 지위를 겸하는 대통령이 강력한 권한을 가지게 되어 독재화하기 쉽다는 점과, 대통령의 국정운영과 정책실

패에 대하여 임기동안 책임을 물을 수 없다는 점이다. 대통령을 임기 중 퇴진시킬 수 없는 현행헌법 하에서, 국회는 대통령을 보좌하는 국무총리와 국무위원의 해임을 건의함으로써 대통령의 정치적 책임을 간접적으로 추궁할 수 있다. 그런데 헌법 제63조는 국회가 국무총리 등의 해임을 '의결'한다는 표현을 쓰지 않고 의도적으로 대통령에게 '건의'할 수 있다는 용어를 사용하고 있다. 그러나 그 건의의 효과에 관해서는 침묵하고 있기 때문에, 대통령이 이 건의에 반드시 따라야 하는지 아닌지에 관하여 논쟁의 소지가 있다. 이것은 국회의 국무위원 해임건의권의 성질을 어떻게 이해할 것인가의 문제이기도 하다. 현행헌법상의 국무총리·국무위원 해임건의제도는 의원내각제의 내각 또는 총리 불신임과는 달리 행정부 교체의 효과가 없다. 그것은 대통령을 수반으로 하는 행정부의 독선과 전제를 간접적으로 견제하기 위한 정치적 통제권이라는 의미를 가진다.[1)]

II. 연 혁

국무총리·국무위원 해임건의 또는 해임의결은 우리 헌법사에서 많은 변화를 겪었다. 건국헌법은 대통령제를 택하면서도 대통령과 부통령을 국회에서 선출하고(건국헌법 제53조), 대통령의 권한에 속한 중요 국책을 의결하는 합의체로 국무원을 두었다(건국헌법 제68조). 대통령과 함께 국무원을 구성하는 국무총리와 국무위원은 대통령이 임명하는데, 그 중 국무총리는 국회의 승인을 얻도록 했다(건국헌법 제69조 제1항, 제2항). 그러나 국무총리와 국무위원에 대한 해임건의 또는 의결은 규정하지 않았다.

1952년 제1차 개정헌법은 대통령과 부통령의 직선제(1952년헌법 제53조), 양원제 국회(1952년헌법 제31조 제2항), 국무위원 임명에 있어서 국무총리의 제청권(1952년헌법 제69조 제4항)과 더불어 국회의 국무원불신임제를 채택하였다. 신설된 제70조의2 제1항은 "민의원에서 국무원 불신임결의를 하였거나 민의원 의원 총선거 후 최초에 집회된 민의원에서 신임결의를 얻지 못한 때에는 국무원은 총사직을 하여야 한다."고 규정하였다. 국무원 불신임결의의 의결표수는 재적의원 과반수의 찬성이었다(1952년헌법 제70조의2 제2항).

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 925; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 974. 한편, 국무총리·국무위원 해임건의제도를 이원정부제나 의원내각제의 일반적인 해석과 관례에 따라 이해하여야 한다는 견해도 있다. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 937.

1954년 제2차 개정헌법은 국무총리제를 폐지하고(1954년헌법 제68조, 제69조) 국무위원에 대한 개별적 불신임제를 채택하였다. 전문개정된 제70조의2 제1항은 "민의원에서 국무위원에 대하여 불신임결의를 하였을 때에는 당해 국무위원은 즉시 사직하여야 한다."고 규정하였다. 국무위원 불신임결의의 의결표수는 재적의원 과반수의 찬성이었다(1954년헌법 제70조의2 제2항).

1960년 제3차 개정헌법은 권력구조를 대통령제에서 의원내각제로 변경하였으므로 국회의 국무원불신임제도가 다시 채택되었다. 같은 헌법 제71조 제1항은 "국무원은 민의원에서 국무원에 대한 불신임결의안을 가결한 때에는 10일 이내에 민의원 해산을 결의하지 않는 한 총사직하여야 한다."고 규정하였다. 그리고 국무원은 국무총리가 궐위되거나 민의원 의원 총선거 후 처음으로 민의원이 집회한 때에는 총사직하도록 하였다(1960년헌법 제71조 제5항). 국무원 불신임결의의 의결표수는 재적의원 과반수의 찬성이었다(1960년헌법 제71조 제3항).

우리 헌법사상 가장 미국형 대통령제에 가까웠던 1962년 제5차 개정헌법은 국회의 구성을 단원제로 환원하고(1962년헌법 제36조), 국무총리 또는 국무위원의 해임제도를 존치하되 개별적 해임제로 전환하면서, 용어를 '의결'에서 '건의'로 바꾸었다. 같은 헌법 제59조 제1항은 "국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다."고 규정하였다. 그리고 이 건의의 효과에 관하여 명문의 규정을 두었다. 즉, 같은 조 제3항은 "건의가 있을 때에는 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."고 명시한 것이다. 국무총리·국무위원의 해임건의의 의결표수는 재적의원 과반수의 찬성이었다(1962년헌법 제59조 제2항).

1972년 제7차 개정헌법은 국무위원에 대한 개별적 해임제도를 존치하면서 용어를 다시 '건의'에서 '의결'로 바꾸었다. 같은 헌법 제97조는 "국회는 국무총리 또는 국무위원에 대하여 개별적으로 그 해임을 의결할 수 있다."고 규정하였다. 그리고 그 의결의 효과에 관해서도 명문으로 정하였다. 해임의결이 있으면 "대통령은 국무총리 또는 당해 국무위원을 해임하여야 한다."고 명시한 것이다(1972년헌법 제97조 제3항 본문). 그런데 국무위원이 개별적으로 해임되는 것과는 달리 국무총리 해임이 의결되면 대통령은 국무총리와 국무위원 전원을 해임하도록 하였다(1972년헌법 제97조 제3항 단서). 이것은 대통령에게 국회해산권을 부여한 것(1972년헌법 제59조)과 균형을 맞추어 의원내각제에 가까운 내각불신임의 형태를 취한 것으로 이해된다. 그리고 국회 재적의원 과반수의 찬성으로 해임을 의결하되, 국회재적의원 3분의 1 이상이 해임의결을 발의할 수 있도록 하여 그 요건을 강화하였다.

1980년 제8차 개정헌법은 대통령의 국회해산권(1980년 헌법 제57조)과 더불어 1972년헌법의 국무위원에 대한 개별적 해임과 국무총리 해임에 따른 내각총사퇴를 그대로 유지하였다(1980년헌법 제99조 제3항). 다만 국무총리에 대한 해임의결은 국회가 임명동의를 한 후 1년 이내에는 할 수 없도록 하여 내각총사퇴의 요건을 강화하였다(1980년헌법 제99조 제1항 단서). 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 해임을 의결할 수 있도록 한 것(1980년헌법 제99조 제2항)은 1972년헌법과 같았다.

현행 1987년 제9차 개정헌법은 1980년헌법의 대통령의 국회해산권 조항을 삭제하면서 국회의 국무총리·국무위원 해임의결에 관해서는 그냥 "국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다."고만 규정하여(현행헌법 제63조 제1항), 1980년헌법의 국무총리 해임의결 시기제한을 삭제하였다. 그리고 1980년 헌법이 해임의 '의결'이라는 용어를 쓰던 것을 '건의'로 변경하였다. 전례와 마찬가지로 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 해임을 건의할 수 있도록 특별의결표수를 규정하면서도(현행헌법 제63조 제2항), 정작 이 건의의 효력에 관해서는 규정하지 않았다. 1980년헌법의 해당 조항, 즉 "(해임)의결이 있을 때에는 대통령은 국무총리 또는 당해 국무위원을 해임하여야 한다. 국무총리에 대한 해임의결이 있을 때에는 대통령은 국무총리와 국무위원 전원을 해임하여야 한다."는 조항을 삭제하였던 것이다. 이것은 같은 '건의'라는 용어를 사용하면서도 "건의가 있을 때에는 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."고 규정하였던 1962년헌법 제59조 제3항과도 대비되는 점이다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 영 국

의원내각제의 모국인 영국에서는 내각이 하원에 의해서 구성되고 의회에 대해서 책임을 지며, 의회의 내각불신임권과 내각의 의회해산권이 상호견제수단으로 작용하고 있다. 형식적으로는 국가원수인 국왕이 수상과 각료를 임명하고 내각을 해임하며 하원을 해산하지만, 실제로는 국왕이 하원과 내각의 권고에 구속된다. 국왕은 명목상의 국가원수이고, 행정의 실권은 내각이 가진다. 이러한 형태의 영국식 의원내각제는 오랜 관행에 근거한 불문헌법의 형식으로 유지되어 오고 있다.

2. 미 국

대통령제의 발상국인 미국에서는 의회와 행정부는 완전히 분리하여 구성된다. 국가원수 겸 행정부 수반인 대통령도 의회를 해산할 권한은 가지지 않으며, 대통령을 포함한 행정부 구성원은 의회에 대하여 책임을 지지 않는다. 행정부 구성원은 대통령에 대해서만 책임을 지므로 의회가 각료의 해임을 의결하거나 건의할 권한은 인정되지 않는다.

3. 프랑스

대통령제적 요소와 의원내각제적 요소가 혼합된 프랑스 제5공화국헌법 하에서 국가원수인 대통령은 국민에 의하여 직선되며(1962년 이후), 행정부는 실질적 권한을 갖는 대통령과 의회에 대하여 책임을 지는 수상을 중심으로 한 내각이라는 이원적 구조를 가진다. 이러한 이원정부제(반대통령제)는 의원내각제의 뿌리가 깊은 정치적 전통에서 상징적 국가원수이던 대통령에게 실질적 권한을 부여한 변형된 정부형태이다. 프랑스에서는 행정부를 대표하여 국무총리가 하원에 대하여 책임을 지는 형식으로 운영되고 있다.

국무총리는 국정운용계획 또는 일반정책의 선언, 정부제출 예산법안 또는 사회보장 기금법안의 표결과 관련하여 하원에 대해 정부의 책임을 진다(제5화국헌법 제49조 제1항, 제3항). 또한 하원은 불신임안 표결을 통해 정부의 책임을 추궁할 수 있다. 불신임안은 하원 재적의원의 10분의 1 이상의 서명으로 발의한다. 불신임안은 48시간이 경과한 후에 표결한다. 하원의 재적의원 과반수가 찬성하면 불신임안은 가결된다. 원칙적으로 하원의원은 동일한 정기회기 중에 3개 이상, 동일한 임시회기 중에 1개 이상의 불신임안에 서명할 수 없다(제5화국헌법 제49조 제2항). 하원이 불신임안을 가결하거나 정부의 국정계획 또는 일반정책선언을 부결하는 경우에, 총리는 대통령에게 정부의 사퇴서를 제출하여야 한다(제5공화국헌법 제50조).

4. 독일

독일기본법은 의원내각제를 채택하고 있는데, 그것은 바이마르 공화국의 정부형태를 바탕으로 그 제도적 모순과 결함을 시정한 독특한 것이다. 현재 독일의 의원내각제의 설계와 운영에는 바이마르 공화국 실패의 교훈이 바탕이 되고 있다. 바이마르헌법과 비교

하면 독일기본법상의 의원내각제는 연방수상의 지위를 강화한 이른바 수상제 민주주의(Kanzlerdemokratie)인 점이 특징이다. 내각불신임은 행정부를 이끄는 수상이 하원에 대하여 책임을 지는 형식으로 운영되고 있는데, 바이마르헌법상의 파괴적 불신임제 대신 이른바 건설적 불신임제(konstruktive Misstrauensvotum)를 채택하고 있다.

연방하원이 연방수상에 대한 불신임을 표명하려면 그 재적의원 과반수로 후임자를 선출하고 연방대통령에게 연방수상의 해임을 요청하는 방법으로서만 가능하다. 그리고 연방대통령은 이 요청에 따라 수상을 해임하고 하원에서 선출된 자를 신임 수상으로 임명해야 한다(독일기본법 제67조 제1항). 신임을 요구하는 연방수상의 동의가 연방하원 재적의원 과반수의 찬성을 얻지 못하면 연방대통령은 연방수상의 요청에 따라 21일 내에 연방의회를 해산시킬 수 있으나, 의회가 후임 수상을 선출하면 수상의 의회해산권도 제한받는다. 연방의회가 그 재적의원 과반수로써 다른 연방수상을 선출하면 해산권은 즉시 소멸되기 때문이다(독일기본법 제68조 제1항). 불신임 동의와 선거 간 그리고 신임 요구와 투표 간에는 48시간의 간격이 있어야 한다(독일기본법 제67조 제2항 및 제68조 제2항).

5. 일 본

제2차 세계대전 후의 일본은 영국형에 가까운 전형적인 의원내각제를 채택하고 있다. 불신임의 대상은 총리대신이 아니라 내각이라는 형식으로 운영된다. 중의원에서 내각불신임 결의안을 가결하거나 신임 결의안을 부결하였을 때에는 10일 이내에 중의원이 해산되지 않는 한 내각은 총사직하여야 한다(일본국헌법 제69조). 내각총리대신이 없거나 중의원 의원 총선거 후 처음으로 국회가 소집될 때에도 내각은 총사직하여야 한다(일본국헌법 제70조).

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

국회의 일차적이고도 가장 중요한 기능은 법률 제정과 예산심의·확정이다. 그런데 권력분립원칙은 최고국가기관들이 각자에게 주어진 권한을 독자적으로 행사하는 것만을 의미하지 않고, 다른 기관들의 권한 행사를 서로 견제함으로써 균형을 이루는 것(checks and balances)을 포함한다. 이와 같이 권력의 균형을 추구하기 위하여 국민의 대표기관인 국회에 주어진, 다른 최고국가기관들을 감시·비판·견제하는 일련의 권한들을 흔히 국

정통제권이라고 부른다. 국무총리·국무위원 해임건의권은 국정감사·조사권(헌법 제61조), 국무총리·국무위원 또는 정부위원에 대한 국회출석·답변 요구권(헌법 제62조), 대통령·국무총리·국무위원 등에 대한 탄핵소추권(헌법 제65조)과 더불어 국회가 가지는 국정통제권 중의 하나이다.

Ⅴ. 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 해임건의의 사유

헌법 제63조는 국회가 국무총리나 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있는 사유를 언급하지 않는다. 이것은 헌법 제65조가 대통령을 비롯한 고위직공무원에 대한 탄핵소추의 사유를 "직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때"라고 명시하고 있는 것과 대비된다. 그러므로 해임건의 사유의 해석은 개방되어 있는데, 대체로 집무집행상 위헌·위법한 행위를 한 경우뿐만 아니라 정책의 수립이나 집행에서 중대한 과오를 범한 경우, 집무집행능력이 부족한 경우, 부하공무원의 과오나 범법행위에 대한 감독을 소홀히 한 경우, 국무회의 구성원으로서 대통령이나 국무총리를 잘못 보좌한 경우도 해임건의의 사유에 포함된다고 보는 것이 통설적인 견해이다.[2)]

그러나 국회는 이러한 권한을 남발하지 말아야 한다. 이론적으로 말하면 국무총리나 국무위원이 책임을 져야 할 만한 명백한 사유가 없는데도 불구하고 단순히 대통령의 국정수행을 방해할 목적 또는 국무총리나 국무위원에게 정치적 압박을 가할 목적으로 해임건의권을 행사해서는 안 된다.[3)]

2. 해임건의의 절차

헌법 제63조 제1항은 "국무총리 또는 국무위원의 해임을" 건의할 수 있다고 규정하고

2) 권영성(전주), 925; 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1621; 성낙인(전주), 937; 정종섭(전주), 975.

3) 1962년헌법과 1969년헌법 하에서 모두 25건의 해임건의가 발의되었고, 해임건의의 구속력을 명시하지 않은 1987년헌법 하에서도 지금까지 모두 68건의 해임건의안이 발의되었다. 국회의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp 참조.

있으므로 국회는 국무총리 또는 국무위원에 대하여 개별적으로 또는 일괄적으로 해임을 건의할 수 있다.[4] 이것은 내각 전체 또는 수상에 대하여 불신임하는 의원내각제의 불신임 제도와 구별되는 점이다. 해임건의안은 국회재적의원 3분의 1 이상이 발의하고, 국회재적의원 과반수의 찬성으로 의결한다(헌법 제63조 제2항). 이와 같이 국회재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결하는 일반의결표수(헌법 제49조)에 비하여 의결표수가 가중되어 있는 것은 잦은 해임건의로 인한 정국의 혼란을 방지하기 위한 것이다. 이 점으로부터 국회가 해임건의권을 신중하게 행사하여야 한다는 헌법정신을 확인할 수 있다.

국무총리 또는 국무위원의 해임건의안이 발의된 때에는 의장은 그 해임건의안이 발의된 후 처음 개의하는 본회의에 이를 보고하고, 본회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 무기명투표로 표결한다. 이 기간 내에 표결하지 않은 때에는 그 해임건의안이 폐기된 것으로 본다(국회법 제112조 제7항).

1980년 헌법은 "국무총리에 대한 해임의결은 국회가 임명동의를 한 후 1년 이내에는 할 수 없다."고 규정하고 있었으나(1980년헌법 제99조 제1항 단서), 현행헌법은 이를 삭제하였다.

3. 해임건의의 효과

가. 구속력 유무

현행헌법에는 해임건의의 효과에 관한 명문의 규정이 없다. 그리고 해임건의의 구속력을 인정하던 이전 헌법들의 조항을 의도적으로 삭제하고, 해임의 '의결' 대신 '건의'로 표현하고 있다. 이 때문에 대통령이 이 건의에 구속되는지에 관하여 견해의 대립이 있다.

(1) 해임건의의 구속력을 부인하는 견해

이 입장에 따르면 국무총리 또는 국무위원에 대한 국회의 해임건의가 있어도 대통령은 반드시 해임하여야 할 구속을 받지 않으며, 국회의 건의가 부당하다고 판단하는 경우에는 이를 수용하지 않을 수 있다. 그 논거는 '건의'의 문리적 해석과 헌법개정의 의도인데, 이를 종합하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

4) 국무총리에 대한 해임건의는 정부에 대한 국회의 정치적 책임추궁제도로 볼 수 있지만, 국무위원에 대한 개별적 해임건의는 비정상적이라고 보는 견해도 있다. 성낙인(주 1), 938.

무엇보다도 해임의 '의결'과 '건의'는 다르다. 그리고 현행헌법상의 정부형태는 대통령제를 기본으로 하고 있으므로 해임건의는 의원내각제의 내각불신임 결의와는 다르게 보아야 한다. 현행헌법은 해임의결이 있으면 대통령은 반드시 해임하여야 한다는 1980년헌법의 효력 조항을 삭제하였고, 심지어 1962년헌법의 해임건의 조항에 포함되어 있던 "대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."는 문구조차 두고 있지 않다.[5] 해임건의의 사유와 횟수에 아무런 제한을 받지 않는 현행헌법상의 해임건의권은 대통령을 수반으로 하는 행정부의 독선과 전제를 간접적으로 견제하기 위한 정치적 통제권을 의미하는 데 불과하며 법적 구속력이 없다는 것이다.[6]

헌법재판소는 국회의 해임건의는 대통령을 기속하는 해임결의권이 아니라, 아무런 법적 구속력이 없는 단순한 해임건의에 불과하다고 본다. 우리 헌법 내에서 '해임건의권'의 의미는, 임기 중 아무런 정치적 책임을 물을 수 없는 대통령 대신에 그를 보좌하는 국무총리·국무위원에 대하여 정치적 책임을 추궁함으로써 대통령을 간접적이나마 견제하고자 하는 것에 지나지 않는다는 것이다. 헌법 제63조의 해임건의권을 법적 구속력 있는 해임결의권으로 해석하는 것은 법문과 부합할 수 없을 뿐만 아니라, 대통령에게 국회해산권을 부여하고 있지 않는 현행 헌법상의 권력분립질서와도 조화될 수 없다고 한다.[7]

(2) 해임건의의 구속력을 인정하는 견해

이 입장에 따르면 국무총리 또는 국무위원에 대한 국회의 해임건의는 대통령을 법적으로 구속하는 것으로서, 대통령은 국회의 해임건의에 따라 해당 국무총리 또는 국무위원을 해임해야 한다. 그 논거는 해임건의의 제도적 의의와 해임건의조항의 존재 의의인데, 이를 종합하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

해임의 '의결'이라는 표현은 의원내각제에서 가능한 표현인데, 대통령제에서 이를 '건의'로 바꾸었다고 해서 그 의미가 달라지지 않는다. 해임건의제도의 목적은 임기 중 책임

5) 1962년헌법 제59조 제3항은 국회의 해임건의가 있을 때 "대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."라는 文句를 두고 있었음에도 불구하고, 그 구속력 여부에 관하여 학설의 대립이 있었다. 1972년헌법 제97조 제3항과 1980년헌법 제99조 제3항은 해임의결이 있으면 "대통령은 국무총리 또는 당해 국무위원을 해임하여야 한다."고 명시함으로써, 그 구속력 여부에 대한 학설 대립의 여지를 없앴다. 김철수(주 2), 1621.

6) 권영성(주 1), 925-26; 정종섭(주 1), 975; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 913. 나아가 입법론적 측면에서는 무의미하므로 개정되어야 한다고 지적하기도 한다. 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008, 796. 그러나 해임건의제도를 행정부에 대한 불신임이 아니라 단순히 정치적 통제 정도로 축소이해 할 때에는 비체계적이라고 할 수 없다고 보는 견해도 있다. 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 537.

7) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609(650-51).

을 물을 수 없는 대통령 대신에 국무총리와 국무위원에게 책임을 물어 대통령을 견제하기 위한 것이다. 이것은 의원내각제적 요소를 수용한 것인데, 대통령제 정부형태와 모순되지 않는다. 원래 국회는 금지되지 않는 모든 내용의 결의를 명문의 규정이 없어도 할 수 있는데 해임건의를 명문으로 제도화하고 의결표수 조항까지 둔 것은 대통령을 구속하려는 의도이다. 헌법규범의 정치성과 강령성을 인정한다 할지라도, 이 제도가 한국헌법사에서 계속 존치되고 있는 이유는 이에 대한 헌법적 구속력을 인정하기 위한 것으로 이해해야 한다는 것이다.[8)]

해임건의의 구속력을 인정할 경우 그 구체적인 내용에 관해서는 1962년헌법의 "대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."와 같이 이해하는 것이 타당하다고 한다. 이렇게 본다면 대통령의 판단권을 존중하는 의미에서 '특별한 사유'를 인정하는 점에서 전형적인 의원내각제의 불신임결의와 구별된다.[9)]

(3) 결론

사실 현행헌법상의 해임건의제도는 이율배반적이다. 국회의 해임건의가 전혀 구속력이 없다고 해석하면, 그러한 건의는 헌법에 명문의 규정이 없어도 얼마든지 가능한데 굳이 특별의결표수 규정까지 두어 가면서 성문화한 이유를 설명하기 어렵다. 반대로 구속력이 있다고 해석하면, '의결'을 굳이 '건의'로 바꾸고 기존 헌법의 효력조항을 삭제한 입법의도가 설명되지 않기 때문이다. 이 문제와 관련하여 해임건의에 법적 구속력을 인정하는 것이 대통령에게 국회해산권을 부여하고 있지 않는 현행헌법상의 권력분립질서과 조화될 수 없다고 보는 헌법재판소의 논지는[10)] 타당하지 않다는 지적을 할 필요가 있다. 어떤 정부형태에서도 대통령의 국회해산권은 입법부의 교체를 의미하지만, 대통령제 하에서는 국회의 해임의결이 구속력이 있다 하더라도 행정부의 교체가 아니라 대통령 보좌기관의 교체만을 의미하기 때문이다. 그러므로 대통령의 국회해산권과 국회의 해임의결권은 상응하는 관계에 있지 않다.[11)]

8) 김철수(주 2), 1622; 성낙인(주 1), 939; 권영설, "한국의 대통령제와 그 헌법운용", 중앙법학 9권 2호(2007.8), 28-30.

9) 성낙인(주 1), 939-40.

10) 그리고 허 영(주 6), 913의 견해도 헌법재판소와 같다.

11) 성낙인(주 1), 940은 국회의 해임건의에 구속력이 있다는 전제하에, 헌법정책적으로는 국회와 대통령 사이에 수단의 공유라는 측면에서 해임건의권에 대응하여 대통령에게 국회해산권을 부여하는 것이 타당하다고 주장한다. 그러나 국회의 해임건의에 구속력이 있다고 하더라도, 대통령제 정부에서 대통령의 국회해산권과 국회의 각료 해임건의권은 같은 차원의 권한이라고 볼 수 없다.

결론적으로 해임건의 조항을 현행헌법과 같이 개정한 입법의도에 비추어 보면 해석론상 법적 구속력을 인정하기는 힘들다고 본다. 헌법에 명문의 규정이 없는 경우에도 국회는 국정에 대한 통제·비판기관이라는 지위에서 어떠한 사항이든 대통령에게 건의할 수 있으므로, 해임건의제도는 법적 제도로서는 특별한 의미가 없고,[12] 해석론적·이론적 관점에서는 무의미한 전시적인 통제수단이라고 볼 수 있지만,[13] 그 정치적 의미와 기능이 전혀 없다고 볼 것은 아니다. 국회재적의원 과반수의 찬성을 얻어 가결된 각료의 해임건의를 대통령이 심사숙고하지 않고 곧바로 무시해 버릴 수는 없을 것이기 때문이다.[14] 해임건의가 가지는 구속력의 강약은 헌법해석론의 문제가 아니고, 해임건의가 이루어지는 구체적인 정치상황의 여러 변수에 의해서 결정된다.[15] 법적인 구속력은 없다고 하더라도 국회가 숙고하여 건의한 경우에는 대통령이 국회의 건의를 수용하는 것이 바람직하다.[16] 해임건의제도의 실제 운용에 있어서는 국회와의 관계가 불편한 국무위원에 대한 정치적 공세로 사용하는 경우가 많은데, 그 근거로 작용하는 헌법조항을 존치시키는 것이 헌법정책적으로 타당한지는 의심스럽다.[17]

나. 연대책임 유무

국무총리에 대한 해임건의안이 가결되면 다른 국무위원들에 대한 해임건의도 함께 이루어진 것으로 보아야 할 것인가가 문제된다. 국무위원은 국무총리의 제청을 받아 대통령이 임명하며(헌법 제87조 제1항), 1972년헌법과 1980년헌법은 "국무총리에 대한 해임의결이 있을 때에는 대통령은 국무총리와 국무위원 전원을 해임하여야 한다."고 규정하고 있었기 때문이다(1972년 헌법 제97조 제3항 단서, 1980년헌법 제99조 제3항 단서).

국회의 해임건의에 구속력이 있다는 전제 하에 이를 긍정하는 견해가 있다. 국무총리의

12) 권영성(주 1), 925.

13) 허 영(주 6), 913.

14) 해임건의가 있으면 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다고 규정하였던 1962년헌법과 1969년헌법 하에서 1969년 권오병 문교부장관과 1971년 오치성 내무부장관에 대한 국회의 해임건의를 박정희 대통령이 수용하여 해임한 예가 있다. 현행헌법 하에서도 2001년 임동원 통일부장관 대한 해임건의를 수용하여 김대중 대통령이 해임한 바 있고, 2003년 김두관 행정자치부 장관에 대한 해임건의안이 가결되자 노무현 대통령은 국회의 해임건의를 수용하는 형식으로 이들을 즉각 해임하지는 않았지만, 얼마 뒤 사직 허가의 형식으로 사실상 해임하였다. 국회의안정보시스템 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp 참조.

15) 同旨: 허 영(주 6), 914.

16) 同旨: 정종섭(주 1), 975.

17) 권영설(주 8), 30. 현재 시점에서는 순기능보다 역기능이 많다고 평가하고 있다.

국무위원 제청권과 관련하여 대통령이 국무총리를 해임하는 경우에 국무위원에게도 연대책임을 물어야 한다는 것이다.[18] 오늘날 국무총리를 비롯한 국무위원 전원의 집단적·연대적·정치적 공동체 경향에 비추어 국무총리해임건의는 자동적으로 전국무위원의 사표로 이어져야 한다는 견해도 있다.[19]

그러나 이러한 내각연대책임론은 헌법 제63조 제1항이 국무총리 외에 국무위원에 대한 해임건의를 따로 인정하고 있는 이유를 설명할 수 없다. 그리고 실제로 국무총리의 국무위원 제청절차는 극히 형식적으로 이루어지고, 국무위원들이 '총리의 장관'이 아니라 '대통령의 장관'인 것이 현실이다. 헌법도 국무위원이 국무총리가 아니라 대통령을 보좌함을 분명히 하고 있다(헌법 제87조 제2항). 단순히 국무위원이 국무총리의 제청으로 임명되고, 국무총리가 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다는(헌법 제87조 제4항) 사정만으로 내각이 공동으로 국회에 대하여 책임을 질 이유는 없는 것이다. 국무위원 연대책임론은 입법론으로서는 몰라도 현행헌법 해석론으로서는 타당하지 않고, 현실과도 부합하지 않는다.[20]

VI. 현실적 검토

1. 입법론

앞에서 본 바와 같이[21] 현행헌법 제63조가 규정하고 있는 해임건의제도의 의의는 헌법해석론으로는 설명하기 어렵다. 1952년헌법이 국무원불신임제를 채택한 이래 내각불신임 또는 국무총리·국무위원에 대한 해임의결·건의가 계속 유지되어 왔기 때문에, 일종의 정치적 관성에 따라 폐지하지는 않지만 그 구속력은 인정할 수 없다는 어중간한 헌법정책에 기인한 것이라고 볼 수밖에 없다.

장차 헌법을 개정할 기회가 오면 먼저 우리나라에 적합한 정부형태를 진지하게 모색한

18) 김철수(주 2), 1622.

19) 성낙인(주 1), 940.

20) 同旨: 권영성(주 1), 926; 정종섭(주 1), 975-76.

21) 전술 Ⅴ. 3. 가. (3) 참조.

후에, 그 결과에 따라 효력규정을 명시적으로 두든지 아니면 이 조항을 삭제하여야 한다. 국정을 의원내각제로 운영한다면 해임건의에 구속력을 인정하는 조항을 설치하여야 한다. 대통령제를 선택한다면 이 조항을 삭제하여야 한다. 그것은 국회가 해임건의를 할 수 없다는 의미가 아니라, 법적 구속력 없는 해임건의라면 이 조항이 없어도 국회가 일반결의안의 형태로 의결할 수 있기 때문이다.

이에 대하여 현행헌법 제63조 제2항의 해임건의권이 재적의원 3분의 1의 발의와 재적의원 과반수의 찬성이라는 가중다수결을 요구하므로 이를 유지하는 것은 사실상 단순다수로 해임을 의결하는 것을 어렵게 하는 효과가 있다는 측면도 간과할 수 없다는 견해도 있다.[22] 국회가 정부를 견제할 수 있는 제도로서의 의의를 살리면서도, 그 해임 여부는 임면권자인 대통령의 종국적 판단에 맡기는 현행 해임건의제도의 유지는 커다란 문제점이 없다고 보기도 한다.[23] 그러나 일반의결표수와의 차이가 크지 않아 해임건의권을 삭제하여도 크게 달라질 것은 없다.[24]

Ⅶ. 관련문헌

권영설, “한국의 대통령제와 그 헌법운용”, 중앙법학 9권 2호(2007.8).

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.

정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 공법연구 34집 4호(2)(2006.6), 155-182.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

홍완식, “헌법개정에 있어서 국회 분야 논점”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11).

22) 정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 공법연구 34집 4호(2)(2006.6), 177.

23) 홍완식, “헌법개정에 있어서 국회 분야 논점”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 445.

24) 권영설(주 8), 31.

헌법 제64조

박선영

第64條
① 國會는 法律에 저촉되지 아니하는 범위안에서 議事와 內部規律에 관한 規則을 制定할 수 있다.
② 國會는 議員의 資格을 審査[illegible]懲戒할 수 있다.
③ 議員[illegible]除名하려면 國會在籍議員 3分의 2 이상의 贊成이 있어야 한다.
④ 第2項과 第3項의 處分에 대하여는 法院에 提訴할 수 없다.

Ⅰ. 자율권의 의의와 내용

1. 자율권의 의의

의회의 자율권이라 함은 의회가 그 밖의 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고, 헌법과 법률 그리고 의회규칙에 따라 의사와 내부사항을 독자적으로 결정할 수 있는 권한을 말한다.[1] 이와 거의 유사한 내용을 영국에서는 '의회특권', 프랑스에서는 '의회독립'이라 한다. 18세기말경 의회정치가 유럽대륙에 채택될 때 영국의 의회특권관념(conception of

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008), 928; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1171; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 916; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 955; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1154; 김상겸, "의회의 자율권과 사법: 독일의 경우를 중심으로", 헌법학연구 9권 2호(2003. 8), 103-104.

parliamentary privilege)이 프랑스에 계수된 것으로 생각된다.[2] 이러한 자율성의 원칙은 영국에서 주장되고 발전하여 실정법 및 헌법상의 관습으로 확립된 것으로 그것이 세계각국의 의회에 계승되어 헌법 및 국회법에서 보장되기에 이른 것이다.[3]

오늘날 '의회의 자율권'의 중심이라고 생각되는 '의사규칙의 자율권'의 보장에 대해서 살펴보면, 1787년의 미국헌법 제1조 제5절 제2항은 "각 의회는 그 의사규칙을 정한다."고 규정하고 있다. 한편 프랑스에서는 1789년의 혁명 당초부터 주로 헌법제정권력과 연결되어 AbbéSieyès에 의해 주장되었지만, 헌법에 제정되기까지에는 이르지 않았으나 법률(1791년 6월 13일)에 의해 '의사규칙의 자율권'이 명문화되었다.[4] 그러나 의회특권·의회독립 및 의회의 자율권이 동일한 내용을 갖는지 여부는 각국의 의회 또는 의회의 헌법상 지위·권한 등과 밀접한 관계가 있다.[5]

의회의 자율성을 인정하는 이론적 근거는 다음과 같다. ① 권력분립의 정신에 비추어 의회의 내부사항에 관해서는 집행부나 사법부 등 다른 국가기관의 개입이나 간섭이 허용될 수 없다(권력분립의 요청). ② 의회로 하여금 입법기능·국정통제기능·헌법기관구성기능 등을 적절히 수행하게 하려면 의사와 내부사항에 관한 의회의 자주적 결정을 존중해야 한다(권능독립의 요청). ③ 원내에 있어서 다수파의 횡포로부터 소수파를 보호하기 위해서는 의회의 자율적인 의사규칙이 있어야 한다(기능자치의 요청).[6]

2. 자율권의 내용

가. 의회의 규칙제정 자율권

의회는 헌법의 규정이나 자기책임 하에 법률안 내지 기타 안건에 대한 심의와 결정을 내린다. 의회의 규칙제정의 자율권은 특히 의회의 업무절차에 관한 권한을 포함하고 있다. 즉 의회는 자신의 업무를 처리하기 위하여 절차적 자율권(Verfahrensautonomie)을 갖는다.[7]

2) Frank J.Goodnow, Principles of Constitutional Government, 1961, p.193; 김영천, "제14대 국회와 자율성의 확립방향", 국회보 1992년 11월호, 189에서 재인용.

3) 김철수(주 1), 1171.

4) Kurt Haagen, Die Rechtsnatur der parlamentarischen Geschäftsordnung, S. 10; 김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1991, 17에서 재인용.

5) 김영천(주 2), 189.

6) Karl Löwenstein, Verfassungslehre(1975), S. 177 참조.

7) Arndt, Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht, 1966, S. 64ff.; Bollmann, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenyen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, 1992, S. 35f.

의회의 규칙자율권은 다른 국가기관의 개입을 차단하여 영향을 받지 않고 국민의 의사를 실현하고자 하는 것이고, 변천하는 정치적·사회적 환경에 대응하는 의회의 적응력을 위한 제도라고 할 수 있다.[8] 의회규칙의 범위는 전통적인 의회사무의 영역에서 다루어지는 내용들을 포함한다. 예를 들면 절차에 관한 것과 조직, 규율 등이다.[9]

의회규칙은 헌법의 규정을 통하여 구체화되고, 헌법의 해석과 발전에 기여하게 된다.[10] 즉 헌법은 의회규칙이 무엇을 규정해야 하는지 어디까지 규정해야 하는지 그 범위와 효력의 근거가 된다.[11] 따라서 의회의 의사절차나 의결방법 등은 헌법의 범위 내에서 의회의 결정에 달려 있다. 이런 관점에서 본다면 의회가 하나의 의안이나 두 개의 의안을 연계하여 처리하는 것은 의회가 스스로 결정할 문제라고 할 수 있다.

나. 의회의 조직자율권

의회는 내부조직에 관한 자율권을 가진다. 이것을 원내조직권 또는 자주조직권이라 한다. 의회는 헌법과 법률에 따라 의장·부의장 등 의장단의 선출, 위원회의 구성, 사무총장과 직원의 임면을 스스로 행한다.[12]

다. 의회의 질서자율권

의회는 법률에 따라 내부경찰권과 의원가택권을 가진다. 내부경찰권이라 함은 국회 내에서의 질서유지를 위하여 의원·방청객은 물론 원내에 있는 모든 자에 대하여 일정한 사항을 명하거나 실력으로써 명령을 강제할 수 있는 권한을 말한다. 의원가택권이라 함은 의회가 그 의사에 반하여 타인이 의회내에 침입함을 금지하고, 의회내에 들어오는 모든 자를 의회의 질서에 따르게 할 수 있는 권한을 말한다. 내부경찰권과 의원가택권은 의회의 권한이지만 구체적으로는 의장의 경호권과 질서유지권으로 나타나다(국회법 § 143~§ 154).[13]

8) Dach, in: BK, Art. 40 Rn. 16.

9) Schmidt-Bleibtreu/Klein, in: GG, Art. 40 Rn. 8.

10) Schönberger, Parlamentarische Autonomie unter Kanzlervorbehalt? JZ 2002, 212.

11) Zeh, Parlamentarisches Verfahrens, in: HStR II, § 43 Rn. 2.

12) 권영성(주 1), 929.

13) 권영성(주 1), 931.

3. 자율권의 한계

의회의 자율권은 권력분립의 원칙이나 의회의 위상과 기능에 비추어 존중되어야 한다. 의회의 자율권의 범위 내에 속하는 사항에 관한 의회의 판단에 대하여 다른 국가기관이 개입하여 그 정당성을 가리는 것은 바람직하지 않다는 것이 헌법재판소의 결정이다.[14] 그러나 입법절차나 의사절차에 헌법이나 법률의 규정을 명백히 위반한 흠이 있는 경우에는 헌법재판소에서 심사할 수 있다.[15]

따라서 의회의 자율권은 헌법상 보장되는 것으로서, 의회가 헌법에 의해 부여받은 기능을 원활하게 수행하기 위해 필요한 것이다. 그러나 그러한 자율권도 헌법과 법률의 테두리 내에서만 보장되는 것이기 때문에 무제한적으로 보장되는 것은 아니다.[16]

Ⅱ. 연 혁

역대헌법	내 용
1948년 제헌헌법	제45조 국회는 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다. 의원을 제명함에는 재적의원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다.
1952년 개정헌법 (제1차)	제45조 각원은 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다. 의원을 제명함에는 각원의 재적의원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다. [전문개정 1952.7.7]
1954년 개정헌법 (제2차)	제45조 각원은 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다. 의원을 제명함에는 각원의 재적의원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다. [전문개정 1952.7.7]
1960년 개정헌법 (제3차)	제45조 각원은 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다. 의원을 제명함에는 각원의 재적의원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다. [전문개정 1952.7.7]

14) 憲裁 1998.7.14. 98헌라3, 헌판집 10-2, 74(83).

15) 憲裁 1997.7.16. 96헌라2, 헌판집 9-2, 154.

16) 장영수(주 1), 1155.

1960년 개정헌법 (제4차)	제45조 각원은 의원의 자격을 심사하고 의사에 관한 규칙을 제정하고 의원의 징벌을 결정할 수 있다. 의원을 제명함에는 각원의 재적의원 3분지 2이상의 찬성이 있어야 한다. [전문개정 1952.7.7]
1962년 개정헌법 (제5차)	제60조 ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 국회는 의원의 자격을 심사하며 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
1969년 개정헌법 (제6차)	제60조 ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 국회는 의원의 자격을 심사하며 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
1972년 개정헌법 (제7차)	제98조 ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 국회는 의원의 자격을 심사하며 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.
1980년 개정헌법 (제8차)	제100조 ① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다. ② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다. ③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 한다. ④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 독 일

독일 연방의회의 절차는 실질적으로 연방의회규칙에 규정되어 있다. 의회규칙은 연방의회의 과제나 조직구성에 관한 내용은 담고 있지 않고 절차만 규정하고 있다. 이 규칙은 연방의회를 위한 규정집이고, 이는 기본법과 함께 공동으로 연방의회를 위한 절차법을 구성한다.[17]

17) Zeh, Parlamentarisches Verfahren, in: HStR II, 2. Aufl., 1998, § 43 Rn. 1.

독일 기본법은 의회의 절차에 대하여 명문의 규정들을 두고 있다. 예를 들면 연방의회의 임시회 소집정족수(제39조 제3항 제3문), 일반안건에 대한 의결정족수(제42조 제2항, 제77조 제4항, 제79조 제2항 및 제121조), 연방참사원(Bundesrat)의 구성원과 정부의 구성원의 발언권(제43조 제2항 제2문), 조사위원회 절차의 기본원칙(제44조 제2항 제1문), 연방대통령의 선서를 위한 연방참사원과의 공동회의(제56조 제1항), 연방수상의 선출을 위한 절차(제63조), 불신임안에 대한 기간과 의결정족수(제67조 제1항과 제2항), 법률안에 대한 절차와 의결정족수(제76조, 제77조), 긴급입법에 대한 특별절차(제81조), 연방헌법재판소 재판관선출(제94조 제1항), 연방의 최고재판소들의 재판관선출(제95조 제1항), 그리고 예산안과 예산법의 심의를 위한 특별규정(제110조 제3항) 등이다. 헌법상의 제 규정들은 연방의회가 자신의 절차에 관한 규칙이나 다른 일반법률을 통하여 절차를 규정할 수 있는 근거가 되지만, 다른 한편에서는 헌법이 정한 규정을 일탈할 수 없는 한계규정이 되기도 한다.[18)]

독일 기본법 제40조 제1항 제1문에 의하여 연방의회는 자신의 과제를 수행하기 위하여 필수적인 조직을 구성할 수 있다. 즉 동조항은 연방의회가 의회의 의장과 의장단을 선출한다고 규정하고 있다. 의회의 조직자율권(Organisationsautonomie)은 이외에도 헌법규정과 의회규칙을 통하여 위원회 등의 하위의 조직을 구성한다. 또한 연방의회는 기본법 제40조 제2항 제1문, 의회규칙 제7조 제2항 제1문에 의하여 가택권(Hausrecht)과 내부경찰권(Polizeigewalt)을 행사할 수 있다.[19)]

2. 영 국

영국의 의회특권은 이른바 '의회의 법과 관행(lex et consuetudo parliamenti)'의 일부를 구성한다. 하원의 특권이란 국왕의 대권·보통재판소의 구성 및 상원의 특별한 권리에 대항하는 하원 및 각 의원의 기본적 권리의 총체를 말한다.[20)]

의장에 의해 요구되는 특권(privileges demanded by the speaker)은 체포로부터의 자유·언론의 자유 등이 있으며, 오늘날 각 의원의 불체포특권, 발언의 면책특권 등에 해당되

18) 김상겸(주 1), 108.

19) 김상겸(주 1), 109 참조.

20) Joseph Redheh, The Procedure of the House of Commons, 1908, Vol. 1, p.46; 김영천(주 2), 190에서 재인용.

며, 매 의회기의 모두(冒頭)에 의장이 대법관을 통해서 국왕에게 요구(claim or demand)하고, 국왕이 승인(grant)하는 형식으로 인정된다. 비록 의장에 의해 특권의 요구가 행해지지 않은 경우에도 법원 의회특권을 승인하는 것에는 변함이 없다.

의장에 의해 요구되지 않는 특권(privileges of the House not demanded by the speaker)으로는 선거쟁송판단[21]을 포함한 스스로의 구성을 결정할 권리, 의원내에서 생긴 사항에 관한 배타적·독점적인 판단권 및 특권침해를 이유로 한 처벌권 등이 있다. 의장에 의해 특히 요구되지 않는 이유는 그 중요성이 앞의 특권에 비해 약하기 때문이 아니라 오히려 의회에 고유한 것(inherent in the House)으로 생각되기 때문이다.[22]

3. 프랑스

관리자율권(autonomie administrative)은 의회의 관리, 특히 의회의 각종 행정관련의 구성·조직 및 그 권한은 의장 또는 이사부 등의 의회관리기관의 관할에 속한다.

재무자율권(autonomie financière)은 의회의 독립을 보장하기 위해서는 그의 자유로운 활동을 보장하는 충분한 예산이 필요하며, 그것을 위해 필요한 경비를 자유롭게 사용할 수 있다.

규칙자율권(autonomie règlementaire)은 의회는 헌법적 권한의 범위내에서 스스로 그 활동의 여러 원칙을 정해서 고유한 사무처리방법을 결정할 수 있다.

이처럼 프랑스의 자율권의 관념은 오로지 의회의 조직의 측면을 대상으로 하고 있는 것으로서, 영국의 의회특권관념보다는 상당히 한정되어 있다.[23]

4. 일 본

의원이 회의장의 질서를 혼란하게 하거나 의회의 권위를 손상시키는 때에는 의장은 경

21) 하원의원의 선거쟁송·당선쟁송재판권은 1868년에 사법재판소에 위양되어 현재는 2인의 통상법관이 하원을 대신하여 쟁송재판권을 행사하고, 하원의장에게 그 결과를 보고하는 형식으로 행하고 있어 하원은 형식적으로만 이 재판권을 보유하고 있으며, 그 근거법은 Representation of the People Act(1949), Part Ⅲ이다(김영천(주 4), 89).

22) 이에 대한 자세한 내용은 김영천(주 2), 190-191 참조.

23) 이에 대한 자세한 내용은 김영천(주 2), 191-193 참조.

고하거나 제지하며, 또는 부적당한 언행을 철회하라고 명령한다. 의원이 이러한 지시를 거절하면 의장은 회의가 끝날 때까지 의원의 발언을 금지시키거나 회의장에서 퇴장을 명할 수 있고, 사정에 따라서는 징벌위원회에 회부할 수 있다.[24)]

그리고 의장은 의회의 질서를 유지하기 위해 경찰권을 행사한다. 국회경위는 의회내에서 경찰권을 행사한다. 의장은 필요한 경우 의회내에 경찰파견을 요구할 수 있다. 의장의 요구가 있으면, 내각은 반드시 경찰을 파견하여 의장의 지시를 받아야 한다. 국민이 의회내에서 범죄행위를 하였을 때 국회경위 및 경찰은 즉각적으로 체포할 수 있다. 그러나 회의장 내에서는 의장의 명령없이 국민을 체포할 수 없다.[25)]

Ⅳ. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 의회규칙 제정권의 법적 성격과 효력

의회규칙의 제정권은 의회의 권한이나 법률은 아니기 때문에 그 법적 성격과 효력에 대해서 논란이 있다. 의회규칙이 어떤 법적 성격을 갖는지, 어떤 효력을 갖는지에 대해서 우선 구속력의 관점에서 볼 때는 상대적으로 약하다고 할 수 있다.[26)] 의회규칙이 법률적 효력을 가질 수 있는지에 대해서는 효력의 차등의 문제가 아니라 권한의 문제라고 주장하는 견해가 있으나, 실정법체계에서 법률의 하위의 규범이라고 보아야 한다.[27)] 의회의 규칙은 그 법적 성격상 의회 내부의 자치규칙으로 법규의 성격을 가진다.

2. 방청허가불허 위헌확인

헌법재판소는 의회의 자율권과 관련하여 "원만한 회의진행 등 회의의 질서유지를 위하

24) 국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004, 174.

25) 국회운영위원회 수석전문위원실(전주), 176.

26) Kühnreich, Das Selbstorganisationsrecht des Deutschen Bundestages unter besonderer Berücksichtigung des Hauptstadtbeschlusses, 1997, S. 80f.

27) BVerfGE 1, 144 (148); Dach, in: BK, Art. 40 Rn. 29.

여 방청을 금지할 필요성이 있었는지에 관하여는 국회의 자율적 판단을 존중하여야 하는 것인즉, 피청구인들이 위와 같은 사유를 들어 방청을 불허한 것이 헌법재판소가 관여하여야 할 정도로 명백히 이유없는 자의적인 것이라 보기 어렵다."[28]라고 하였다.

3. 국회의장과 국회의원간의 권한쟁의

가. 사건개요

1997.12.18. 실시된 제15대 대통령선거에서 당선된 대통령 김대중은 1998.2.25. 대통령직에 취임하면서 같은 날 김종필에 대한 국무총리 임명동의안 등을 국회에 송부하였다. 국회의장은 같은 날 14:00 위 임명동의안 등을 처리하기 위하여 회기를 위 같은 날부터 같은 해 3. 2.까지로 하여 제189회 임시국회를 소집하였으나, 한나라당의원들의 불참으로 개회되지 못하였고, 임시국회는 그 후로도 여·야의 대립으로 계속 공전되었다.

그러다가 1998.3.2. 15:21경 여·야 의원들이 출석한 가운데 제189회 국회 임시회 제1차 본회의가 개의되어, 같은 날 15:44경 국회의장은 '국무총리(김종필) 임명동의의 건'을 상정하였고, 곧이어 국회법 제112조 제5항에 따라 무기명투표방식에 의하여 국회의원들의 투표가 시작되었다. 그러나 15:50경부터 새정치국민회의와 자유민주연합 소속 국회의원들은 한나라당 소속 의원들이 백지투표를 하고 있다고 주장하면서 투표용지 교부대와 투표함을 가로막는 등 투표를 방해하였고, 이에 따라 투표의 계속진행을 주장하는 한나라당 소속 의원들과, 투표의 중지 혹은 재투표를 요구하는 새정치국민회의 및 자유민주연합 소속 의원들과 사이에 회의장 곳곳에서 말다툼과 몸싸움이 벌어져 투표의 진행이 곤란할 정도로 회의장이 소란스럽게 되었다. 국회의장은 16:05경 정회를 선포하였다가, 16:08경 회의의 속개를 선언하였으나 16:21경과 16:24경 다시 투표가 중단되는 등 정상적인 투표진행이 이루어지지 않았다. 같은 날 22:00경 국회의장실에서 상황의 타개를 위하여 위 3당의 총무회담이 개최되었으나 합의가 결렬되었다. 피청구인은 22:40경 본회의장에 돌아와 투표를 마치지 아니한 의원들에게 23:00까지 투표할 것을 종용하였으나 투표의 속개는 무산되었고, 같은 날 자정이 경과됨에 따라 회의는 자동 산회되고, 제189회 임시국회의 회기도 종료되었다. 그 후 여·야 대표의원 명의의 투표함 등 보전신청에 의하여 그 때까지 201명의 국회의원들(한나라당 소속 155명, 새정치국민회의 소속 40명, 국민신당 소속 6명)이 투표를 마친 투표함 등이 봉인처리되었다.[29]

28) 憲裁 2000.6.29. 98헌마443등(병합), 헌판집 12-1, 888; 이에 대한 자세한 내용은 제50조 Ⅳ. 2. 참조.
29) 헌판집 10-2, 77-78.

나. 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 "국회의장은 표결이 적법하게 진행되어 정상적으로 종결된 경우에는 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포할 의무가 있다. 그러나 국무총리 임명동의안에 대한 투표가 진행되던중 투표의 유효성을 둘러싸고 여·야간에 말다툼과 몸싸움이 벌어져 정상적인 투표가 이루어지지 않은 끝에 자정의 경과로 상당수의 국회의원들이 투표를 마치지 못한 가운데 본회의가 자동산회되었고, 이미 행하여진 투표가 과연 적법하게 진행되어 정상적으로 종결된 것인지 관련 법규나 국회의 의사관행에 비추어도 분명하지 않은 사정이라면 그 투표절차를 둘러싼 여러 문제는 국회가 여·야의 합의를 통하여 자율적으로 처리할 수 있다고 할 것이나, 여·야간에 타협과 절충이 실패하였다면 투표절차에 관한 최종적 판단권은 국회의장에게 유보되어 있다. 국회의장으로서는 이미 행해진 투표의 효력 여하, 투표의 종결 여부, 개표절차의 진행 여부 등 의사절차를 어떻게 진행할 것인지에 관한 선택권을 가진다고 할 것인데, 국회의장이 이와 같이 논란의 여지가 많은 사실관계하에서 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포하지 아니하였다 하여 그것이 헌법이나 법률에 명백히 위배되는 행위라고는 인정되지 않으므로 다른 국가기관은 이를 존중하여야 한다. 따라서 투표가 정상적으로 종결되었는지에 관하여 헌법재판소가 독자적으로 판단하는 것은 바람직하지 않으며, 그 결과 국회의장에게 개표절차를 진행하여 표결결과를 선포할 의무가 있음을 인정할 수 없다."[30]라고 하였다.

Ⅴ. 관련문헌

1. 단행본

국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

30) 憲裁 1998.7.14. 98헌라3, 헌판집 10-2, 74-75.

2. 논 문

김상겸, “의회의 자율권과 사법: 독일의 경우를 중심으로”, 헌법학연구 9권 2호(2003. 8).
김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1991.
김영천, “제14대 국회와 자율성의 확립방향”, 국회보 1992년 11월호.

3. 외국문헌

Arndt, Klaus Friedrich, Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

Bollmann, Gerhard, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenyen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

Goodnow, Frank J., Principles of Constitutional Government, NY & London: Harper & brothers, 1916.

Redlich, Josef, Steinthal, A. Ernest, Ilbert, Courtenay, Sir, The procedure of the House of Commons : a study of its history and present form, London: Archibald Constable & Co., 1908.

Löwenstein, Karl, Verfassungslehre, J.C.B.Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

Kühnreich, Das Selbstorganisationsrecht des Deutschen Bundestages unter besonderer Berücksichtigung des Hauptstadtbeschlusses, 1997.

Schönberger, Christoph, "Parlamentarische Autonomie unter Kanzlervorbehalt?", Juristen Zeitung v.2002-5, 211-218 ff.

Zeh, Parlamentarisches Verfahren, in: HStR II, 2. Aufl., 1998.

헌법 제65조

박종보

第65條

① 大統領·國務總理·國務委員·行政各部의 長·憲法裁判所 裁判官·法官·中央選擧管理委員會 委員·監査院長·監査委員 기타 法律이 정한 公務員이 그 職務執行에 있어서 憲法이나 法律을 違背한 때에는 國會는 彈劾의 訴追를 議決할 수 있다.

② 第1項의 彈劾訴追는 國會在籍議員 3分의 1 이상의 發議가 있어야 하며, 그 議決은 國會在籍議員 過半數의 贊成이 있어야 한다. 다만, 大統領에 대한 彈劾訴追는 國會在籍議員 過半數의 發議와 國會在籍議員 3分의 2 이상의 贊成이 있어야 한다.

③ 彈劾訴追의 議決을 받은 者는 彈劾審判이 있을 때까지 그 權限行使가 [illegible]된다.

④ 彈劾決定은 公職으로부터 罷免함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 民事上이나 刑事上의 責任이 免除되지는 아니한다.

Ⅰ. 기본개념과 입헌취지

탄핵이란 일반사법절차에 따라 소추하거나 징계절차에 따라 징계하기가 곤란한 고위공무원이 직무상 중대한 비위를 저지른 경우에 의회가 소추하여 처벌하거나 파면하는 제도를 말한다. 헌법재판소는 탄핵심판절차의 목적과 기능에 관하여 "행정부와 사법부의 고위

공직자에 의한 헌법위반이나 법률위반에 대하여 탄핵소추의 가능성을 규정함으로써, 그들에 의한 헌법위반을 경고하고 사전에 방지하는 기능을 하며, 국민에 의하여 국가권력을 위임받은 국가기관이 그 권한을 남용하여 헌법이나 법률에 위반하는 경우에는 다시 그 권한을 박탈하는 기능을 한다. 즉, 공직자가 직무수행에 있어서 헌법에 위반한 경우 그에 대한 법적 책임을 추궁함으로써, 헌법의 규범력을 확보하고자 하는 것"이라고 설명하였다.[1)]

아래 외국 입헌례에서 보다시피 탄핵의 대상과 사유, 탄핵소추기관과 심판기관, 탄핵의 효과에 관한 각국의 입법례와 판례는 다양하게 나타난다.[2)]

우리나라에서는 건국헌법의 기초자인 유진오 교수가 탄핵제도를 "본래 국민의 대표기관인 국회가 보통 징계절차에 의하여서는 파면하기 곤란하거나 보통 검찰기관에 의하여서는 소추하기 곤란한 국가의 중요 공무원의 직무상의 위법행위를 적발하고 처벌하기 위하여 발달된 제도"라고 설명한 이래,[3)] 이러한 이해가 보편적으로 받아들여지는 듯하다. 유진오 교수는 "미국에 있어서는 탄핵은 형사범죄의 경우에 한한다는 것이 통설"이라고 부연 설명하였다.[4)]

그러나 미국에서는 헌법조문의 문언상 표현에도 불구하고 형법위반이 탄핵의 필요조건도 충분조건도 아니라고 보는 것이 통설적 견해이다.[5)] 즉 탄핵가능성(impeachability)과 형사책임성(criminality)을 구별하여, 탄핵과 그 효과인 파면은 공직자가 권한을 계속 행사함으로써 초래할 수도 있는 심각한 위험에서 국가를 보호하는 것을 주된 목적으로 하여 고안된 것이라고 보는 것이다.[6)] 미국연방헌법 제1조 제9절 제3항은 사권박탈법(bills of attainder), 즉 재판에 의하지 않고 의회가 특정인을 벌하는 것을 금지하고 있다. 그런데도 탄핵은 사법심사를 배제하고 그 소추와 심판을 의회의 전속관할 하에 두는 것이기 때문에 탄핵제도의 일차적 기능은 개인을 처벌하는 것이 아니라, 권한을 남용하거나 헌법을 위반하는 공직자가 행하였거나 행할 수 있는 해악으로부터 국가를 보호하는 것이다.[7)] 이러

1) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609(632).

2) 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본의 입법례에 관한 포괄적인 조사로 국회도서관입법조사국, 중요각국의 탄핵제도, 1971; 이승우·정만희·음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 2001, 14-111; 정만희 "탄핵제도에 관한 비교헌법적 연구", 동아법학 32호(2003), 76-134 참조.

3) 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1957, 167.

4) 전주.

5) Raoul Berger, Impeachment: The Constitutional Problems, 1973, 56-7; Cass R. Sunstein, "Impeaching the President," 147 U. Pa. L. Rev. 279(1998), 280; Michael J. Gerhardt, The Federal Impeachment Process, 2000, 103-111.

6) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law, vol. 1, 2000, 155.

7) Tribe(전주), 158.

한 이해는 탄핵과는 별도로 '기소, 심리, 판결, 처벌'할 수 있도록 한 데서도 뒷받침된다.

독일에서도 대통령의 탄핵이 형법적 성격을 가지는지 헌법적 성격을 가지는지가 문제되고 있다. 대통령의 형사책임은 헌법 제61조와는 관계없이 존속하며 연방의회가 면책특권을 해제한 후에 추궁될 수 있기 때문에, 탄핵은 형사절차가 아니라 독자적인 헌법적 수단이라고 보는 것이 통설이다.[8)]

우리나라의 경우에도 탄핵결정의 효과는 공직으로부터 파면함에 그치기 때문에(헌법 제65조 제4항 제1문), 부적격한 공직자가 권한을 계속 행사함으로써 장차 국가적 위난을 초래하는 것을 예방하는 것이 탄핵제도의 목적이라고 일단 이해할 수 있다. 또 한 가지 중요한 참고사항은 탄핵소추의 효과이다. 우리 헌법은 국회의 탄핵소추의결만 받아도 헌법재판소의 탄핵결정이 있을 때까지 권한행사를 정지시키는(헌법 제65조 제3항), 주요 선진국에서 볼 수 없는 극히 예외적인 장치를 마련하고 있다. 그러므로 고위공직자의 권한행사로 초래될 수 있는 위협을 판단하는 데 더 신중할 필요가 있다.

Ⅱ. 연 혁

1948년의 건국헌법 이래 9차례의 헌법개정을 거치는 동안 탄핵제도는 계속 유지되었다. 탄핵발의권자와 탄핵심판기관, 탄핵의 대상인 공무원의 범위는 조금씩 달라졌지만, 탄핵소추의 주체는 늘 국회(건국헌법 제46조 제1항부터 현행헌법 제65조 제1항까지)였고, 탄핵의 사유는 "공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을(에) 위배한 때"로서 조사 한 글자만 고쳤을 뿐 같은 취지로(건국헌법 제46조 제1항부터 현행헌법 제65조 제1항까지) 일관되게 유지되어 왔다. 그리고 탄핵판결 또는 결정의 효과에 관해서도 "공직으로부터 파면함에 그친다. 다만 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되는 것은 아니다."는 원칙을(건국헌법 제47조 제4항부터 현행헌법 제65조 제5항까지) 고수해 왔다.

8) Ulfried Hemmrich, in: v. Münch/Kunig, GG Kommentar, 1995, Art. 61, Rdnr. 2; Ingolf Pernice, in: Dreier, GG Kommentar, 1998, Art. 61, Rdnr. 11; Udo Fink, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner GG Kommentar, 2000, Art. 61, Rdnr. 6; Roman Herzog, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar, 2003, Art. 61, Rdnr. 10.

1. 탄핵소추의 대상

탄핵소추의 대상에 관하여 건국헌법(제46조 제1항)과 1952년 제1차 개정헌법(제46조 제1항)은 "대통령, 부통령, 국무총리, 국무위원, 심계원장, 법관 기타 법률이 정하는 공무원"을 들고 있었는데, 국무총리제를 폐지한 1954년 제2차 개정헌법(제46조 제1항)에서 국무총리는 제외되었다. 헌법재판소 제도를 도입하고 선거관리위원회를 신설한 1960년 6월 제3차 개정헌법(제46조 제1항)부터 1960년 11월 제4차 개정헌법(제46조 제1항)까지는 헌법재판소심판관과 중앙선거위원회위원이 여기에 추가되고, 국무위원은 제외되었다. 다시 헌법재판소와 심계원을 폐지하고 국무총리제와 감사원제를 도입한 1962년 제5차 개정헌법(제61조 제1항)부터 1969년 제6차 개정헌법(제61조 제1항)은 "대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·법관·중앙선거관리위원회위원·감사위원 기타 법률에 정한 공무원"을 소추대상자로 정하였다. 헌법위원회를 신설한 1972년 제7차 개정헌법(제99조 제1항)부터 1980년 제8차 개정헌법(제101조 제1항)까지는 헌법위원회위원이 여기에 추가되었다. 헌법위원회를 폐지하고 헌법재판소를 신설한 현행 1987년 제9차 개정헌법(제65조 제1항)에서는 헌법위원회위원을 대신하여 헌법재판소 재판관이 포함되었고, 감사위원과는 별도로 감사원장이 대상자가 됨을 명시하였다.

2. 탄핵소추의 발의 및 의결

탄핵소추의 발의에는 건국헌법(제46조 제2항)이 국회의원 50인 이상, 양원제를 채택했던 1952년 제1차 개정헌법이 민의원의원 50인 이상, 1954년 제2차 개정헌법(제46조 제2항)부터 1960년 11월 제4차 개정헌법(제46조 제2항)까지는 민의원의원 30인 이상, 다시 단원제국회로 복귀한 1962년 제5차 개정헌법(제61조 제2항)은 국회의원 30인 이상의 찬성을 각각 요구하였다. 1969년 제6차 개정헌법(제61조 제2항)은 대상에 따라 이원화하여 대통령에 대한 발의에는 국회의원 50인 이상, 그 밖의 대상자에 대한 발의에는 국회의원 30인 이상의 찬성을 요구하였다. 1972년 제7차 개정헌법(제99조 제2항)부터는 대통령에 대한 발의는 국회재적의원 과반수, 그 밖의 대상자에 대한 발의는 국회재적의원 3분의 1 이상으로 그 요건을 강화하여 현행헌법(제65조 제2항)까지 유지되고 있다.

탄핵소추의 의결에는 건국헌법(제46조 제2항)이 재적의원 3분의 2 이상의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성을, 양원제를 채택했던 1952년 제1차 개정헌법(제46조 제2항)

이 양원합동회의에서 각원의 재적의원 3분의 2 이상의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성을, 1954년 제2차 개정헌법(제46조 제2항)부터 1960년 11월 제4차 개정헌법(제46조 제2항)까지는 양원에서 각각 그 재적의원 과반수의 찬성을, 다시 단원제국회로 복귀한 1962년 제5차 개정헌법(제61조 제2항)은 재적국회의원 과반수의 찬성을, 1969년 제6차 개정헌법(제61조 제2항)부터는 대상에 따라 이원화하고 대통령에 대한 의결에는 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을, 그 밖의 대상자에 대한 의결에는 재적의원 과반수의 찬성으로 그 요건을 강화하여 현행헌법(제65조 제2항)까지 유지되고 있다.

3. 탄핵소추의 효과

탄핵소추의 효과에 관하여 건국헌법은 직접 규정하지 않았으나, 1960년 제3차 개정헌법 제47조 제1항은 "탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵결정이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다."는 조항을 신설하였는데, 이 조항은 그때부터 현행헌법(제65조 제4항)까지 줄곧 유지되어 오고 있다.

4. 탄핵심판기관

탄핵심판기관은 건국헌법의 탄핵재판소(제47조 제1항), 1960년 제3차 개정헌법의 헌법재판소(제83조의3 제5호), 1962년 제5차 개정헌법의 탄핵심판위원회(제62조 제1항), 1972년 제7차 개정헌법(제109조 제1항 제2호)과 1980년헌법(제122조 제1항 제2호)의 헌법위원회 그리고 현행헌법(제111조 제1항 제2호)의 헌법재판소로 계속 변경되었다.

우리나라에서는 2004년 3월 12일 국회가 노무현 대통령에 대한 탄핵소추를 의결함으로써, 헌법 제65조 제3항에 의하여 헌법재판소가 탄핵여부를 결정할 때까지 대통령의 권한행사가 정지되고, 헌법 제71조에 의하여 국무총리가 그 권한을 대행하는 헌정사상 초유의 사태를 겪은 바 있다. 2004년 5월 14일 헌법재판소는 이 탄핵소추를 기각하였다.

Ⅲ. 입헌례와 비교법적 의의

1. 영 국

영국에서는 탄핵제도를 전반적으로 규율하는 법률이 제정되지 아니한 채 헌법적 관습과 판례를 통하여 확립된 "평민원에 의하여 소추되고 귀족원에 의하여 심리된다."는 원칙에 따라 탄핵제도가 형성되어 왔다. 판례에 나타난 탄핵사유는 각료나 고관들의 반역죄(treason), 중죄(felony), 직무태만(misprision), 경죄(misdemeanor), 직권남용(abuse of power), 수뢰죄(bribery), 기타 사기, 폭력, 살인 등으로 그 유형이 매우 다양하다.[9] 논란이 되는 것은 '중대한 범죄와 경죄'(high crimes and misdemeanors)이다. 오늘날 'crimes and misdemeanors'는 형법상 흔히 사용되는 개념이지만,[10] 'high crimes and misdemeanors'라는 용어는 1386년에 영국의회의 탄핵절차에서 처음 등장한 것이다. 'High crimes and misdemeanors'는 국가에 대한 '정치적 범죄'를 일반형법상의 범죄와 구별하기 위하여 사용된 개념으로서,[11] 형법에서 사용된 적은 없다.[12] 그 핵심적 요소는 국가에 대한 위해(injury to the state)이다.[13] 탄핵재판에서 부과할 수 있는 형벌은 사형, 징역, 금고, 벌금이며 이들을 병과할 수도 있고, 파면의 선고도 가능하다. 사형에 해당하는 범죄가 아니라면 귀족원은 탄핵판결의 선고 시에 적당하다고 생각되는 다른 형벌을 부과할 수 있다.[14]

9) 이승우·정만희·음선필(주 2), 14.

10) 오늘날 misdemeanor는 '중죄'(felony 또는 major crime)와 구별되는 '경죄'라는 의미로 사용되지만, 古語에서는 (felony를 포함한) 모든 범죄라는 뜻으로 사용되었다. 따라서 crimes and misdemeanors는 동의어에 불과하다고 한다. 전자는 더 심각한 느낌을, 후자는 더 가벼운 느낌을 줄 뿐이라는 것이다. William Blackstone, Commentaries of the Laws of England, vol. 4, 1769, 5; Black's Law Dictionary, 1999, "misdemeanor" 항에서 재인용. 그러나 엄밀하게 말하면 crime은 felony와 misdemeanor를 포함하는 말로서, felony는 古代에는 사형시킬 수 있는 범죄를, misdemeanor는 그보다 경미한 범죄만을 의미하였다. Blackstone, Commentaries, vol. 4(1769), 5; Berger(주 5), 59, 주 19에서 재인용. 한편, 영국에서는 felony와 misdemeanor를 더 이상 구별하지 않는다고 한다. Perkins & Boyce, Criminal Law (3rd ed.), NY: Foundation Press, 1982, 15; Black's Law Dictionary, "misdemeanor" 항에서 재인용.

11) Berger(주 5), 61.

12) Tribe(주 6), 172.

13) Gerhardt(주4), 103.

14) 이승우·정만희·음선필(주 2), 23.

2. 미 국

미국연방헌법 제2조 제4항은 "대통령, 부통령 및 합중국의 모든 공무원은 반역죄, 수뢰죄 기타의 중대한 범죄 또는 경죄에 의해 탄핵되어 유죄판결을 받는 경우에는 면직된다."고 규정한다. 이 탄핵사유 중 '반역죄'는 헌법에 정의규정이 마련되어 있으나, '수뢰죄'나 '중대한 범죄와 경죄'에 관하여는 헌법상 정의 규정이 없다. '중대한 범죄와 경죄'(high crimes and misdemeanors)는 연방헌법기초자들(the Framers)이 탄핵사유를 반역죄와 수뢰죄에 국한할 것인지 '失政'(maladministration)까지 포함시킬 것인지를 논의하다가 절충적 입장을 취하여 영국 판례법에서 차용한 것으로서,[15] 영국에서와 마찬가지로 형법상의 용어가 아니라 탄핵에 고유한 관념으로 이해되고 있다.[16] 미국연방헌법 제1조 제2절 제5항은 "탄핵을 행하는 전속적 권한(the sole Power of Impeachment)은 하원에 속한다."고 규정하고, 또 제1조 제3절 제6항은 "모든 탄핵에 대한 전속재판권(the Sole Power to try all Impeachment)은 상원에 속하며, 상원의 재판에 있어서 출석의원 3분의 2 이상의 동의를 얻지 못하면 유죄판결을 받지 아니한다."고 규정하고 있다. 이와 같이 미국은 의회의 양원이 탄핵(소추)과 (탄핵)재판을 담당하기 때문에 탄핵에 관하여는 법원의 심사(judicial review)가 행해지지 않는 것이 특징이다.[17] 탄핵의 효과에 관하여 연방헌법 제1조 제3절 제7조는 "탄핵사건의 판결은 공직에서 파면하는 것과, 명예나 신임 또는 보수를 수반하는 합중국 공직에 취임할 자격을 박탈하는 것을 초과할 수 없다. 다만 유죄판결을 받은 자라도 법이 정하는 바에 따라 기소, 심리, 판결, 처벌을 받는 책임을 진다."고 정하였다.

15) 미국연방헌법제정회의에서 탄핵사유에 관한 논의가 전개된 과정은 Tribe(주 5), 171-73; Berger(주 5), 53-60; 이승우·정만희·음선필(주 2), 29-33; 정만희, "미국헌법상의 탄핵제도", 공법연구 30집 1호(2001.12), 198-200 참조.

16) "High crimes and misdemeanors"를 통틀어 '중죄와 경죄'로 번역하는 예가 있는데, 이 번역은 "felonies and misdemeanors"로 착각하게 할 개연성이 있다. '중대한 범죄와 비행'으로 번역하는 예도 있는데, 이 번역은 "serious offenses and misconduct"로 오해하고, 광범위한 도덕적 비난가능성으로 착각하게 할 위험이 있다. "High crimes and misdemeanors"의 의미는 1998년 Bill Clinton 대통령의 탄핵(소추)과 (탄핵)재판에서 크게 다투어졌다. 어떤 misdemeanor가 이 요건을 충족시키는가 그리고 'high'가 misdemeanors도 수식하는가가 논의되었으나, 명확한 답은 나오지 않았다. Black's Law Dictionary(주 10), " impeachable offense" 항 참조. 미국 문제를 집중적으로 다룬 국내문헌으로는 이명웅, "미국 연방헌법의 탄핵사유", 미국헌법연구 16권 2호(2005.9), 131 참조.

17) 다만, 대통령에 대한 탄핵재판의 경우에는 연방대법원장이 재판장이 된다. 미국연방헌법 제1조 제3절 제6항 제3문.

3. 프랑스

프랑스의 경우 탄핵의 대상은 대통령과 그 밖의 정부구성원인데, 탄핵사유와 심판기관을 달리한다. 프랑스 제5공화국헌법 제68조 제1항은 "대통령은 대역죄(haute trahison)를 제외하고는 그 직무수행 중에 행한 행위에 대하여 책임을 지지 아니한다. 대통령은 양원에서 공개투표로서 그 구성원들의 절대다수에 의한 양원일치의 표결에 의하여 양원이 의결하지 아니하고는 소추될 수 없다. 이 경우 대통령은 고등탄핵재판소의 재판을 받는다."고 규정하고 있다.

1993년 개정헌법은 전원 의회의원들로만 구성되는 고등탄핵재판소와는 달리 12명의 의원과 3명의 대법관으로 구성되는 공화국탄핵재판소를 신설하여(제5공화국헌법 제68-2), 대통령을 제외한 정부구성원의 탄핵재판을 관할하도록 하였다. 헌법 제68-1조 제1항은 "정부구성원은 그 직무수행 중에 행한 행위로서 그 행위 시에 중죄 또는 경죄의 성격을 띠는 행위에 대하여 형사책임을 진다."고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공화국탄핵재판소가 이를 심판한다."고 정한 것이다. 이와 같이 프랑스에서는 대통령에 대한 탄핵사유는 대역죄에 국한하고, 다른 정부구성원은 그 직무수행과 관련하여 일반 형법상의 중죄와 경죄를 범한 경우에 제소된다.[18] 고등탄핵재판소가 대통령의 탄핵을 결정하면 대통령은 파면될 수 있고, 형사처벌도 가능하다. 프랑스 헌법재판소는 헌법 제68조를 해석하면서 대통령의 범죄는 일반법원의 심사대상이 아니라고 판시하였다.[19]

4. 독 일

독일기본법은 탄핵의 대상을 연방대통령과 법관으로 한정하면서,[20] 각각에 대하여 탄핵소추권자, 탄핵사유, 탄핵소추절차 등을 다르게 규율하고 있다. 연방대통령의 탄핵에 관하여 기본법 제61조 제1항 제1문은 "연방의회나 연방참사원은 기본법 또는 기타 연방 법률의 고의적 침해를 이유로 연방대통령을 연방헌법재판소에 탄핵소추할 수 있다."고 규정하

18) 자세한 것은 전학선, "프랑스의 대통령 탄핵심판제도", 헌법학연구 6권 4호(2000.12), 305 이하 참조.

19) 전학선(전주), 319.

20) 바이마르헌법 제59조는 연방대통령뿐 아니라 연방수상과 각료도 탄핵대상으로 삼았다. 법관에 대한 탄핵은 기본법에서 신설된 것이다.

고 있다. 기본법 제98조 제2항은 "연방법관이 직무상 또는 직무 외에서 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서에 위반한 때에는, 연방헌법재판소는 연방의회에 청구에 따라 3분의 2의 다수로 그 법관의 전직이나 휴직을 명할 수 있다."고 규정한다. 이와 같이 독일에서는 대통령에 대한 탄핵소추권은 연방의회와 연방참사원이 가지고, 법관에 대한 탄핵소추권은 연방의회가 행사한다. 대통령에 대한 탄핵사유는 '기본법 또는 기타 연방 법률의 고의적 침해'에 국한되나, 연방법관은 '직무상 또는 직무 외에서 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서에 위반한 때'에 탄핵될 수 있다. 대통령 탄핵의 효과에 관하여 기본법 제61조 제2항 제1문은 "연방대통령이 기본법 또는 기타의 연방 법률을 고의로 침해한 책임이 있다고 확인하면 연방헌법재판소는 대통령직의 상실을 선고할 수 있다."고 규정하고 있다. 이 조항은 고의적인 위반의 확인은 판결이유(Entscheidungsgründe)로서 이루어지고, 판결주문(Urteilstenor)은 공직에서의 파면으로 한정하면 충분하다는 뜻으로 이해된다.[21]

5. 일 본

일본국헌법은 재판관만을 탄핵의 대상으로 한정하는 것이 탄핵제도를 채택한 주요 선진국들과 다른 특징이다. 헌법 제78조는 "재판관은 재판에 의하여 심신의 곤란으로 인하여 직무를 집행할 수 없다고 판정된 경우를 제외하고, 공적인 탄핵에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다. 재판관의 징계처분은 행정기관이 행할 수 없다."고 규정하여 재판관의 신분을 보장하면서, 제64조 제1항은 "국회는 파면의 소추를 받은 재판관을 재판하기 위하여, 양원 의원으로 조직하는 탄핵재판소를 설치"하도록 규정하고, 같은 조 제2항은 "탄핵에 관한 사항은 법률로 정한다."고 하여, 탄핵사유·탄핵소추기관·탄핵소추절차 등에 관한 구체적인 사항은 국회법 및 재판관탄핵법에 위임하고 있다.[22]

Ⅳ. 다른 조문과의 체계적 관계

국회의 일차적이고도 가장 중요한 기능은 법률 제정과 예산심의·확정이다. 그런데 권

21) 음선필, "독일의 탄핵제도", 순천향 사회과학연구 7권 2호(2001), 484.

22) 탄핵제도가 가지는 이념적·원리적 지형에 따라 탄핵제도의 모델을 유형화한 것으로 정종섭, "탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권", 서울대학교 법학 46권 1호(2005.3), 525-34 참조. 또 대통령 탄핵제도를 소추기관과 심판기관에 따라 분류한 것으로 한수웅, "대통령에 대한 탄핵심판절차", 헌법학연구 11권 1호(2005.3), 478-83.

력분립원칙은 최고국가기관들이 각자에게 주어진 권한을 독자적으로 행사하는 것만을 의미하지 않고, 다른 기관들의 권한 행사를 서로 견제함으로써 균형을 이루는 것(checks and balances)을 포함한다. 이와 같이 권력의 균형을 추구하기 위하여 국민의 대표기관인 국회에 주어진, 다른 최고국가기관들을 감시·비판·견제하는 일련의 권한들을 흔히 국정통제권이라고 부른다. 탄핵제도는 국회의 국정통제권 중에서도 집행부와 사법부를 견제하는 가장 강력한 수단이라고 할 수 있다. 정책결정에 이의를 제기하거나 수정을 요구하는 수준을 넘어서 탄핵당한 공무원이 파면되는 등의 직접적 효과를 발생시키기 때문이다.

Ⅴ. 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 탄핵소추의 주체, 대상, 절차 및 효과

가. 탄핵소추의 주체

탄핵소추를 하는 주체는 나라에 따라 다르지만, 대체로 의회를 소추기관으로 하고 있다. 현행헌법 제65조 제1항은 국회를 탄핵소추기관으로 정하고 있다.

나. 탄핵소추의 대상

헌법 제65조 제2항은 탄핵소추 대상자로 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원을 들고 있다. 헌법 조문 외에 특별히 탄핵대상자를 열거한 법률 조항은 따로 존재하지 않으며, 개별법에서 정하고 있다. 현행법상 '기타 법률이 정한 공무원'에 해당하는 자로는 검찰총장을 포함한 검사,[23] 경찰청장과[24] 방송통신위원회위원장을[25] 들 수 있다.[26]

23) 검찰청법 제37조는 "검사는 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분 또는 적격심사에 의하지 아니하고는 해임·면직·정직·감봉·견책 또는 퇴직의 처분을 받지 아니한다."고 규정하고 있다. 같은 법 제6조에 따라 검사의 직급은 검찰총장과 검사로 구분되므로, 탄핵의 대상이 되는 검사에는 검찰총장인 검사와 일반검사가 모두 포함된다.

24) 2003. 12. 31. 개정된 경찰법 제11조는 "경찰청장이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다."는 제6항을 신설하였다.

25) 2008. 2. 29. 제정된 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률 제6조 제5항은 "국회는 위원장이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다."고 규정하고 있다.

26) 입법론으로 탄핵소추 대상 공무원에 국가정보원장을 포함시켜야 한다는 견해가 있다. 조영선, "현행 탄핵제도의 문제점과 개선방향", 민주사회를 위한 변론 통권58호(2004.5), 88.

다. 탄핵소추의 절차

(1) 탄핵소추의 발의와 조사

대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수가 발의할 수 있고 국회재적의원 3분의 2이상의 찬성이 있어야 의결된다. 그 밖의 자에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의와 국회재적의원 과반수의 찬성으로 의결한다(헌법 제65조 제2항). 탄핵소추의 발의가 있으면 국회의장은 발의된 후 처음 개의하는 본회의에 보고하고, 본회의는 의결로 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 할 수 있다(국회법 제130조 제1항). 따라서 현행법상 법제사법위원회의 조사는 임의적 절차이다.

노무현 대통령 탄핵사건에서 대통령측은 국회가 대통령에 대한 탄핵소추를 하려면 소추의 사유와 그 증거를 충분히 조사하여 헌법재판소가 즉시 탄핵심판의 당부를 판단할 수 있을 정도로 소추사유와 증거를 명백하게 밝혀야 한다고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 국회가 탄핵소추를 하기 전에 소추사유에 관하여 충분한 조사를 하는 것이 바람직하지만, 국회법 제130조 제1항은 조사 여부를 국회의 재량으로 규정하고 있으므로 국회가 별도의 조사를 하지 않았다 하더라도 헌법이나 법률을 위반하였다고 할 수 없다고 판시하였다.[27)]

(2) 탄핵소추안 제안 설명, 질의·토론 및 표결

국회 본회의가 탄핵소추안을 법제사법위원회에 회부하기로 의결하지 아니한 때에는 본회의에 보고된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 탄핵소추 여부를 무기명투표로 표결한다. 이 기간 내에 표결하지 아니하면 그 탄핵소추안은 폐기된다(국회법 제130조 제2항). 노무현 대통령 탄핵사건에서 대통령측은 국회의장이 탄핵소추안 심의과정에서 '위원회의 심의를 거치지 아니한 안건에 대해서는 제안자가 그 취지를 설명하고, 안건을 심의함에 있어서 질의·토론을 거쳐 표결할 것'을 규정한 국회법 제93조에 위반하여 제안자의 취지 설명 없이 유인물을 배포하고 질의와 토론절차를 생략한 채 표결을 강행함으로써 국회의원들의 질의·토론권을 침해하였다고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 제안자의 취지 설명을 '서면'으로 대체한 방식이 잘못되었다고 볼만한 법적 근거가 없고, 탄핵소추의 중대성에 비추어 국회 내의 충분한 질의와 토론을 거치는 것이 바람직하지만, 국회법 제130조 제2항을 탄핵소추에 관한 특별규정으로 보아 '탄핵소추의 경우에는 질의와 토론 없이 표결할 것을 규정한 것'으로 해석할 여지가 있기 때문에, 이러한 법해석이 자의적이거나 잘못되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.[28)] 이러한 헌법재판소의 논증에 대하여 탄핵

27) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 629.

28) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 630-1.

소추안을 의결할 경우에는 검사가 공소 제기 여부를 결정할 때와 마찬가지로 충분한 조사와 소추대상자의 소명 기회가 보장되어야 한다는 비판이 가능하다.[29]

또 노무현 대통령측은 국회가 탄핵소추사유 각각에 대하여 개별적인 질의·토론과 표결절차를 거치지 않고 하나의 안건으로 보아 한 차례의 표결로 탄핵소추안을 가결시킨 것은 국회의원의 심의·표결권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다고 주장하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 탄핵소추의결은 개별 사유별로 이루어지는 것이 국회의원들의 표결권을 제대로 보장하기 위해서 바람직하나, 우리 국회법상 이에 대한 명문 규정이 없으며, 다만 제110조는 국회의장에게 표결할 안건의 제목을 선포하도록 규정하고 있을 뿐인데, 여러 소추사유들을 하나의 안건으로 표결할 것인지 여부는 기본적으로 표결할 안건의 제목설정권을 가진 국회의장에게 달려있으므로 노 대통령측의 주장은 이유가 없다고 판시하였다.[30]

(3) 탄핵소추의결서의 송달

국회의 탄핵소추 의결은 피소추자의 성명·직위 및 탄핵소추의 사유를 표시한 탄핵소추의결서로써 한다(국회법 제133조). 탄핵소추의 의결이 있은 때에는 의장은 지체 없이 소추의결서의 정본을 법제사법위원장인 소추위원에게, 그 등본을 헌법재판소·피소추자와 그 소속기관의 장에게 송달한다(국회법 제134조 제1항). 헌법재판소는 사법기관으로서 원칙적으로 탄핵소추기관인 국회의 탄핵소추의결서에 기재된 소추사유에 의하여 구속을 받는다. 따라서 헌법재판소는 탄핵소추의결서에 기재되지 아니한 소추사유를 판단의 대상으로 삼을 수 없다. 그러나 탄핵소추의결서에서 그 위반을 주장하는 '법규정의 판단'에 관하여 헌법재판소는 원칙적으로 구속을 받지 않으므로, 청구인이 그 위반을 주장한 법규정 외에 다른 관련 법규정에 근거하여 탄핵의 원인이 된 사실관계를 판단할 수 있다. 또한, 헌법재판소는 소추사유의 판단에 있어서 국회의 탄핵소추의결서에서 분류된 소추사유의 체계에 의하여 구속을 받지 않으므로, 소추사유를 어떠한 연관관계에서 법적으로 고려할 것인가의 문제는 전적으로 헌법재판소의 판단에 달려있다.[31]

29) 송기춘, "우리 헌법상 대통령 탄핵제도에 관한 소고", 공법연구 32집 5호(2004.6), 433.

30) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 631. 김종철, "노무현대통령탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토", 세계헌법연구 9호(2004.6), 12-13는 국회에서의 충분한 조사와 심사가 전제되지 아니한 점, 충분한 질의와 토의가 결여되었다는 점, 탄핵소추사유별로 의결되지 않은 점의 세 가지 사유와 관련하여서는 헌법이 탄핵소추절차에 요구하는 내재적 한계를 벗어난 소추권의 행사로서 권력분립의 원칙을 무시하는 권한남용으로 보았어야 한다고 비판한다. 국회의 자율권에 관한 비슷한 비판으로 송기춘, "대통령노무현탄핵심판사건결정의 몇 가지 문제점", 민주법학 26호(2004.8) 342-49 참조.

31) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 625. 실제로 노무현 대통령 탄핵사건에서 헌법재판소는 탄핵소추사유서에 기재된 소추사유를 판단의 대상으로 삼았으나, 어떤 헌법 또는 법률 규정을 위반했는지는 독자적으로 판단하였다.

라. 탄핵소추의 효과

탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다(헌법 제65조 제3항). 구체적으로는 탄핵소추의결서 등본이 피소추자에게 송달된 때에 그 권한행사가 정지된다(국회법 제134조 제2항 전단). 소추의결서가 송달되면 임명권자는 피소추자의 사직원을 접수하거나 해임할 수 없다(국회법 제134조 제2항 후단). 그러나 임명권자는 피소추자를 파면할 수는 있다고 해석된다. 피소추자가 헌법재판소의 결정선고 전에 파면되면 헌법재판소는 탄핵심판청구를 기각하여야 한다(헌법재판소법 제53조 제2항).

헌법재판소의 탄핵결정이 있으면 공직으로부터 파면함에 그친다. 그러나 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책임이 면제되지는 않는다(헌법 제65조 제4항). 그러므로 현행헌법상의 탄핵제도는 형사제재적인 성질이 아니고 징계적 성질을 가진다.

2. 탄핵소추의 사유

헌법 제65조 제1항은 "직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때"를 탄핵의 사유로 규정하고 있다. 탄핵사유를 해석하는 데는 엄격한 문리해석과 목적론적 해석 사이에서 갈등을 겪게 된다. 목적론적 해석방법을 취하는 경우, 탄핵제도의 본질과 기능에 대한 이해와 탄핵의 효과가 중요한 판단기준이 될 것이다. 탄핵제도의 본질과 기능은 각국 헌정의 실제와 전통에 따라 다르게 나타날 수 있기 때문에,[32] 특정국가의 해석론에 일방적으로 의존할 수 없고, 외국의 사례는 제한된 범위 내에서 참고할 사항일 뿐이다. 헌법 제65조 제1항이 탄핵소추의 사유를 "그 직무집행에 있어서 헌법과 법률을 위배한" 행위로 명시하고 있으므로 다음의 기준을 충족하여야 한다.

가. 피소추자 '본인의 행위'일 것

탄핵사유가 되려면 우선 피소추자 본인의 행위이어야 한다. 노무현 대통령 탄핵사건의 경우, 대선캠프를 책임졌던 공동선거대책위원장, 총무위원장, 유세본부장 등이 불법정치자금을 수수한 혐의로 구속되었다거나, 노 대통령 측근들이 불법정치자금을 수수하고 각종 뇌물과 향응을 받은 것으로 확인되었다는 것이 탄핵소추의결서의 소추사유에 포함되어 있었다. 그러나 피소추자 본인이 아닌 측근들과 참모들의 권력형 부정부패는 원칙적

32) 이승우·정만희·음선필(주 2), 5.

으로 탄핵심판의 대상이 되지 않는다. 물론 피소추자 본인의 부정부패는 다르다. 만약 탄핵소추의결서의 주장대로 대통령이 국세청에 직접 압력을 가해 감세해 주게 만든 범죄를 저질렀다거나, 측근들의 불법정치자금이나 뇌물수수에 관여한 공범관계에 있다는 사실이 입증된다면 탄핵사유가 될 수 있었을 것이다.

헌법재판소는 대통령으로 취임한 후에 일어난 측근들의 불법자금 수수 등의 행위에 대해서는 노 대통령이 이를 지시·방조하였다거나 기타 불법적으로 관여하였다는 사실이 인정되지 않으므로 이 부분 소추사유는 이유 없다고 판시하였다. 대통령으로 취임하기 전에 일어난 나머지 소추사유에 대해서는 아래에서 보는 직무집행 관련성의 시간적 범위 문제로 해결하여 탄핵사유에 해당하지 않는다고 보았다.[33)]

한편, 헌법재판소는 대통령의 선거개입을 경고하는 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여 청와대 홍보수석이 밝힌 청와대의 입장은 청와대 내부적으로는 수석보좌관회의에서 집약된 의견이지만, 외부로 표명되는 모든 청와대의 입장은 원칙적으로 대통령의 행위로 귀속되어야 하고, 특히 청와대비서실이 회의의 결과를 대통령에게 보고하고 승인을 얻어 보좌관 브리핑을 한 사실이 인정된다고 하여, 청와대 홍보수석의 위 발언을 대통령 자신의 행위로 간주하였다.[34)]

나. '직무집행에 관련된 행위'일 것

(1) 직무행위의 물적 범위

헌법 제65조 제1항이 명문으로 "직무집행에 있어서"라고 규정하고 있기 때문에 적어도 문제가 된 행위가 '직무집행에 관련된 행위'이어야 한다. 탄핵사유로 직무관련성을 명문으로 규정한 것은 우리 헌법의 특이한 점이다. 이 점에 관하여는 미국 대통령이나 독일 대통령에 비하여 우리 헌법상 대통령의 탄핵사유가 더 제한적이라고 할 수 있다. 프랑스의 경우에서는 "그 직무수행 중에 행한 행위"(헌법 제68조 제1항, 제68-1조 제1항)에 대하여 책임을 지도록 하였기 때문에 탄핵사유가 우리 헌법보다 더 제한적인 것으로 이해된다. 법관의 경우, 독일에서는 법관이 직무 중 또는 직무를 떠나서 헌법의 기본원칙을 위배한 것도 탄핵사유에 해당하고(기본법 제98조 제2항), 일본에서는 직무의 내외를 불문하고 재판관으로서의 위신을 현저하게 잃게 할 만한 비행이 있는 것도 탄핵사유에 해당하므로(재판관탄핵법 제2조) 탄핵사유의 범위가 매우 넓다.

33) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609(652).

34) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 647.

그러나 고위직 공무원을 탄핵절차에 의하여 파면시켜야만 하는 경우를 모두 예측할 수 없기 때문에, 헌법 제65조 제1항의 '직무집행'을 지나치게 제한적으로 해석할 필요는 없다고 본다.[35] '직무집행' 요건은 느슨하게 파악하고 다른 요건을 엄격하게 이해함으로써 권력분립에 의한 균형을 유지할 수 있을 것이므로, 해석론상 '직무집행'은 적어도 '직권행사'보다는 넓게 이해되어야 할 것이다. 탄핵사유의 관점에서 공무원의 행위를 넓은 순서대로 단순히 도식화하면 다음과 같이 볼 수 있을 것이다.

직권행사 〈 일반적 공무수행 〈 직무관련성 있는 행위 〈 직무의 내외를 막론한 행위 〈 순수한 사생활

헌법 제65조 제1항의 '직무집행'이 순수한 사생활을 포함하지 않음은 명백하다. 1988년 미국 역사상 두 번째로, 그리고 선거에 의하여 취임한 대통령으로는 최초로 연방하원에 의하여 탄핵된 Bill Clinton의 경우, 탄핵의 사유는 사생활 영역에 속하는 Monica Lewinsky와의 성관계가 아니었다. Paula Jones라는 여성이 대통령을 상대로 제기한 성희롱 사건의 증인으로 소환되어 Lewinsky와 성관계가 없었다고 연방대배심 앞에서 위증한 혐의(grand jury perjury)와 Lewinsky에게 위증을 부탁한 사법방해(obstruction of justice)가 탄핵사유였다.

그러나 탄핵사유로 직무관련성을 요구하는 데 대하여는 반론이 있을 수 있다.[36] 극단적인 예로 대통령이 적성국과 사적인 모의를 하는 경우, 그가 법적인 권한 행사를 한 것이 아니라고 하여 탄핵이 불가능하다고 할 것인가?

영국 판례는 탄핵소추사유가 반드시 피소추인의 직무와 연관된 것만은 아니라고 본다. 특히 법관에 대하여는 직무상의 범죄가 아닌 사유로도 탄핵이 이루어졌다.[37] 1980년대 미국에서는 세 명의 연방판사를 하원이 위증죄로 탄핵하고 상원이 유죄로 판결한 적이 있는데, 그 중 두 명은 재판권과 관련하여 위증한 것이었으나, 한 명은 선서한 상태에서 허위 납세고지서를 제출한 혐의로 탄핵되었다. 그 행위 자체는 공무수행이 아니었지만, 범죄의 태양이 판사직 수행을 내재적으로 불가능하게 하기 때문이라고 이해된다.[38]

35) 아래에 보는 바와 같이 헌법재판소는 직무관련성을 아래와 같이 덜 엄격하게 해석하고 있다.

36) 현행 탄핵제도는 파면의 실체적 요건인 위법행위에 직무관련성을 추가하고 있기 때문에 제 기능을 발휘할 수 없으므로 직무관련성을 폐지하고, 탄핵사유가 되는 불법행위는 불확정개념을 배제하고 구체적으로 적시하는 것이 타당하다는 견해로 정종섭(주 22), 542 참조.

37) 이승우·정만희·음선필(주 2), 19.

38) Tribe(주 6), 190.

독일에서도 탄핵소추의 사유인 '헌법 및 연방법률 위배행위'가 직무집행에만 관한 것인지, 아니면 사적인 침해일 수도 있는지가 문제된다. 사적 영역에서 중대한 위법행위, 특히 중한 범죄를 저지른 경우에는 국가원수직을 수행할 수 없다고 이해되고 있다.[39] 한편 대통령이 위반한 법률이 반드시 공직에 관한 특정한 의무를 규정하는 것만은 아니고 모든 국민을 수범자로 한, 즉 일반적 효력을 가진 연방법을 포함한다고 본다. 따라서 대통령이 민법규정을 사적으로 위반하지 않고 직무수행과 관련하여 위반한 극단적인 경우에도 이론상 탄핵이 가능하다고 본다.[40]

아무튼 대통령의 직무집행을 탄핵사유의 한 요소로 명시하지 않은 미국연방헌법이나 독일기본법과 달리 우리 헌법은 '직무행위에 있어서' 위법한 행위를 할 것을 요구하기 때문에, 이것을 '직무의 내외를 막론한 행위'로 이해하는 것은 지나친 확장해석이 될 것이다. 직권행사나 공무수행보다는 범위가 넓은 '직무관련성 있는 행위'로 이해하는 것이 온당할 듯하다. '직무집행'과 명백히 무관한 사항으로 사생활에 관한 사항 외에 겸직에 해당하는 직무수행을 드는 견해가 있다.[41]

헌법재판소에 따르면 '직무집행에 있어서'의 '직무'란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유업무 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 포함한다고 본다.[42]

(2) 사안에 따라 다른 기준을 적용할 가능성

대통령은 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하므로 그 직무범위가 매우 넓다. 그러나 대통령의 행위의 구체적인 직무관련성은 사안에 따라 다를 수 있다. 예컨대 뇌물죄와

39) Herzog(주 8), Rdnr. 18. 그러나 이런 경우 독일기본법은 연방의회가 대통령의 면책특권 폐지하고(기본법 제60조 제4항), 이어지는 형사소송에서 공무담임권을 박탈할 수 있는 수단을 열어 두고 있다.

40) Herzog(주 8), Rdnr. 19.

41) 우리 헌법과 국회법에 의하면, 국무총리나 국무위원은 국회의원의 직을 겸할 수 있는데(헌법 제43조, 국회법 제29조 제1항, 국회법 제39조 제4항), 국무총리나 국무위원이 국회의원직을 겸하고 있는 경우, 국회의원으로서 행한 직무행위를 이유로 국무총리나 국무위원직에서 파면할 것을 목적으로 이들에 대하여 탄핵소추를 할 수 없다고 보아야 한다는 것이다. 이승우·정만희·음선필(주 2), 150, 주 261.

42) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 633.

공직선거법위반죄의 경우를 달리 취급하여야 할 것이다. 대법원 판례는 뇌물공여죄에서의 대통령 직무범위와 관련하여, 대통령에게 금품을 공여하면 바로 뇌물공여죄가 성립하고 대통령이 실제로 영향력을 행사했는지 여부는 영향을 미치지 않는다고 본다. 즉 대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하여 정부의 중요정책을 수립·추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업 및 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책 및 기업활동에 관한 정책 등 각종 재정·경제 정책의 수립 및 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된 사업자 선정, 신규사업의 인·허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 국책사업의 사업자 선정도 역시 대통령의 직무범위에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위이므로 이에 관하여 대통령에게 금품을 공여하면 바로 뇌물공여죄가 성립하고, 대통령이 실제로 영향력을 행사하였는지 여부는 범죄의 성립에 영향을 미치지 않는다는 것이다.[43]

그러나 이와 같이 '직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위'라는 법리를 공직선거법위반의 경우에도 그대로 적용하는 것과 같이 지나치게 확대하는 것은 삼가야 할 것이다. 헌법재판소는 노무현 대통령이 국회의원 총선과 관련하여 발언한 행위 중에서 대통령이 대선 당시 자신을 지지하였던 노사모 등의 단체가 당선 1주년을 축하하기 위하여 자기를 초청하여 축하행사를 하던 자리에서 선거개혁이나 정치개혁에 동참해 줄 것을 호소하는 발언을 한 것은 허용되는 정치적 의견표명의 범주를 벗어나지 않는 것으로서 선거에서의 정치적 중립의무에 위반되거나 사전선거운동에 해당되지 않는다고 보았다. 또 대통령이 국회의원선거에 입후보하기 위하여 퇴임한 전직 비서관 등과의 청와대 오찬에서 한 발언은 사적인 모임에서 헌법상 표현의 자유에 의하여 정당화되는 정치적 의견표명의 자유를 행사한 것으로 보았다. 그리고 연두기자회견에서 대통령이 '열린우리당 입당시기'를 묻는 기자의 질문에 대해 자신의 입장을 밝힌 것은 선거에서의 공무원의 중립의무를 위반하였거나 선거운동을 한 것이 아니라고 판시하였다. 강원지역 언론인 간담회에서 국민의 정치참여 현상에 관한 자신의 견해를 밝힌 것에 대해서도 선거에서의 중립의무나 선거운동금지에 위반한 것으로 볼 수 없다고 판시하였다.[44]

43) 大判(전) 1997.4.17. 96도3377, 집 45-1형, 927.

44) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 643-5.

반면에 헌법재판소는 노무현 대통령이 경인지역 6개 언론사와의 기자회견과 한국방송기자클럽 초청 기자회견 등 두 차례에 걸쳐 특정정당을 지지하는 발언을 한 행위가 공직선거법 제9조가 규정한 선거에서의 중립의무를 위반한 것으로 탄핵사유에 해당한다고 보았다. 공직선거법 제9조의 '공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자'에 대통령과 같은 정무직 공무원도 포함되며, 대통령이 '정치적 헌법기관이라는 점'과 '선거에 있어서 정치적 중립성을 유지해야 한다는 점'은 서로 별개의 문제라고 보기 때문이다.[45] 이와 같이 발언의 내용을 먼저 판단한 후 헌법재판소는 문제되는 기자회견에서의 대통령의 발언은 공직자의 신분으로서 직무수행의 범위 내에서 또는 직무수행과 관련하여 이루어진 것으로 보았다. 위 기자회견들은 대통령이 사인이나 정치인으로서가 아니라 대통령의 신분으로서 가진 것이며, 대통령은 이 과정에서 대통령의 지위가 부여하는 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것이므로 헌법 제65조 제1항의 의미에서의 '그 직무집행에 있어서' 한 행위에 해당한다는 것이다.

그런데 이러한 발언들은 그 내용에 대한 평가를 하기에 앞서 직무집행과 관련이 있는 행위인지를 먼저 살피는 것이 올바른 순서일 것이다. 대통령이 언론사와 기자회견을 한 것이 발언내용과 상황에 따라 직무에 속할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다는 것은 결코 자연스럽지 않다. 발언 내용의 위법성을 논하기 이전에 대통령이 언론사와 기자회견을 하는 것이 정부의 정책을 수립하고 추진하며 장관을 지휘·감독하여 구체적 사항에 직접 또는 간접적인 영향력을 행사하는 행위이거나, 아니면 최소한 추상적인 법제상의 직무에 근거한 것인지를 분명히 했어야 한다. 헌법 제65조 제1항은 분명히 '직무관련성'을 요구하고 있기 때문이다.[46]

(3) 직무집행 관련성의 시간적 범위

현재의 공직 취임 전의 일이 직무행위에 포함되는지가 문제될 수 있다. 건국헌법의 기초자인 유진오 교수는 취임 전의 행위를 이유로 하여 탄핵할 수 없다고 본다.[47] 탄핵대상자의 현직 중의 행위뿐 아니라 전직 시의 행위까지도 탄핵소추의 사유가 되는가에 관해서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다.

45) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 633-43.

46) 박종보, "국회의 대정부통제권—대통령 탄핵을 중심으로," 공법연구 33집 5호(2004.6), 92-93.

47) 유진오(주 3), 168.

1974년 미국 연방하원 법사위원회가 자기에 대한 탄핵안을 본회의에 회부하자 미국 역사상 최초로 대통령직에서 사임한 Richard Nixon의 경우는 1972년 대통령 재선운동 당시의 Watergate 침입사건이 탄핵의 사유가 된 것이 아님을 주의하여야 한다. 당시 하원 법사위가 탄핵사유로 인정한 것은 첫째, 대통령 직권을 남용하여[48] Watergate 사건의 수사를 계획적으로 방해한 사법방해, 둘째, 정적들을 음해하기 위하여 수개의 정부기관을 동원한 행위, 셋째, 법사위가 정당하게 발행한 소환장(subpoena)에 의하여 제출하도록 명한 문서와 물건들의 제출을 거부한 행위 등이었다. 나아가 미국의 경우 탄핵의 요건으로 '직무행위'일 것을 요하지 않는다는 점도 지적하여야 할 것이다.

헌법재판소는 헌법 제65조 제1항은 '그 직무집행에 있어서'라고 하여, 탄핵사유의 요건을 '직무' 집행으로 한정하고 있으므로, 위 규정의 해석상 당해 직위를 보유하고 있는 상태에서 범한 법위반행위만이 소추사유가 될 수 있다고 본다. 따라서 당선 후 취임 시까지의 기간에 이루어진 대통령의 행위도 소추사유가 될 수 없다. 비록 이 시기 동안 대통령직인수에관한법률에 따라 법적 신분이 '대통령당선자'로 인정되어 대통령직의 인수에 필요한 준비작업을 할 수 있는 권한을 가지게 되나, 이러한 대통령당선자의 지위와 권한은 대통령의 직무와는 근본적인 차이가 있고, 이 시기 동안의 불법정치자금 수수 등의 위법행위는 형사소추의 대상이 되므로, 헌법상 탄핵사유에 대한 해석을 달리할 근거가 없다는 것이다. 그러므로 대통령으로 취임하기 전에 일어난 사실에 바탕을 두고 있는 것은 그러한 일에 관여한 사실이 있는지 여부를 살필 것 없이 탄핵사유에 해당하지 않는다.[49]

다. '위헌·위법한 행위'일 것

(1) 정치적 책임 추궁의 배제

헌법 제65조 제1항은 "헌법과 법률을 위배한 때"를[50] 탄핵요건으로 정하고 있다. 그러므로 우리 헌법의 해석으로는 직무집행과 관련한 단순한 부도덕이나 정치적 무능력 그리고 정책결정상의 과오는 탄핵 사유에 해당되지 아니한다고 보아야 한다. 이와 같이 헌

48) 이 점에서 1988년 Clinton 대통령이 사생활영역에서 사법방해를 저지른 경우와 구별된다.

49) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 651-2.

50) 헌법재판소는 별다른 논증 없이 여기서 '헌법'에는 명문의 헌법규정뿐만 아니라 헌법재판소의 결정에 의하여 형성되어 확립된 불문헌법도 포함되며, '법률'이란 단지 형식적 의미의 법률 및 그와 등등한 효력을 가지는 국제조약, 일반적으로 승인된 국제법규 등을 의미한다고 본다. 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 633. 그러나 여기서 탄핵 사유인 '헌법위반'에 '불문헌법' 위반을 포함시키는 것은 타당하지 않다. 同旨: 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 539, 주 72.

법·법률위반을 요건으로 한다는 점에서 탄핵소추 사유는 헌법 제63조의 해임건의 사유와 구별된다. 유진오 교수도 같은 입장을 취한다. 즉, 탄핵은 명백하게 헌법이나 법률에 위반한 경우에 한하는 것이므로 국책수립이나 법률집행이 부적당하다든가 직무에 충실치 못하다는 등의 이유로는 탄핵소추를 할 수 없음은 물론이고, 후자의 경우 정부의 불신임의 이유는 되더라도 탄핵의 이유는 되지 못한다고 한다.[51]

탄핵사유에 관한 이해는 나라마다 다르다. 의원내각제 정부형태를 채택하고 있는 영국의 경우, 거의 모든 고위공직자가 의회에 대해 책임을 지고 있었기 때문에 탄핵제도는 예외적으로 의회에 대해 책임을 지지 않는 고위공직자와 법관에 대한 권력통제의 필요성에서 창안된 것이라고 한다.[52] 미국 연방헌법제정회의에서 George Mason은 헌법초안이 탄핵사유를 반역죄와 수뢰죄만으로 제한한 것을 반대하고 失政(maladministration)을 추가하자고 제안하였다. 이와 같이 탄핵사유를 추가하자는 주장에 대하여 James Madison이 실정이라는 애매한 용어를 넣음으로써 대통령이 끊임없이 상원의 압력을 받을 위험이 있고, 대통령이 4년마다 재선되기 때문에 실정은 저지될 것이라고 반론을 제기하였다. 결국 Mason이 실정 대신에 '국가에 대한 그 밖의 중대한 범죄 및 경죄'를 추가하는 안을 제출하여 최종적으로 채택되었던 것이다.

다만, 미국에서는 탄핵의 대상이 되는 범죄나 비행은 제정법이나 판례법상의 형사범죄가 아니라 정치범죄(political crimes)로서의 중대한 범죄 및 비행을 의미한다. 탄핵대상이 되는 행위는 기소 가능한 범죄(indictable offences)에 한정되는 것이 아니고 국가에 대한 권력남용(abuses against the state)도 포함한다는 것이 헌법제정회의 논의의 핵심이었다. 탄핵제도 적용의 실제에 있어서는 의회 제정법 위반행위, 심지어 범죄행위가 모두 탄핵의 대상이 되는 것도 아니었다. 제3대 대통령 Thomas Jefferson의 부통령 Aaron Burr는 1804년 헌법기초자의 한 사람인 Alexander Hamilton과 결투하여 그를 살해하였으나 하원에서 탄핵발의조차 되지 않았다. Richard Nixon 대통령이 허위 납세신고서를 제출하여 연방형법을 위반한 혐의에 대하여 하원 법사위원회는 탄핵안을 부결한 바 있다.[53]

51) 유진오(주 3), 168.

52) 이승우·정만희·음선필(주 2), 17.

53) 바로 이 표결이 선례(precedent)가 되는가가 하원의 Clinton 대통령 탄핵절차에서 격렬하게 다투어졌다. Nixon 대통령의 조세범죄가 충분히 입증되지 않았기 때문이라는 입장과, 집행권 남용을 포함하지 않는 私事로운 잘못은 국가에 직접적이고 즉각적인 위협이 되지 않는 한, 현직대통령을 탄핵하는 사유가 될 수 없다(그리고 私事에 관한 위증은 통상 그러한 위협이 되지 않는다)는 주장이 팽팽히 대립했던 것이다. Tribe(주 6), 156 주12 참조.

미국의 경우 탄핵사유를 '정치범죄'로 이해하는 것은 그것을 단순한 형사범과 구별하기 위한 노력이지 '범죄성'을 전혀 띠지 않는 모든 정치적 문제를 탄핵사유로 포섭하기 위한 것은 아니다. 가장 넓게 해석하더라도 최소한 '헌법파괴행위'라는 혐의는 있어야 하는 것이다. 미국의 경우 탄핵소추와 탄핵재판이 모두 의회 내에서 이루어지고 사법심사를 받지 않기 때문에, 탄핵대상이 되는 범죄(impeachable offenses)의 범위, 즉 '중대한 범죄 및 경죄'의 엄밀한 정의를 내리는 노력 없이 탄핵제도가 운영되어 왔다는 점을 주의하여야 한다. 미국의 경험에서 배울 것은 탄핵의 목적을 공직 부적격자를 파면하여 장래의 위험을 방지하는 방법으로 이해하는 것이 탄핵사유를 판단하는 기준이 될 수 있다는 점이다.[54]

독일기본법은 우리 헌법과 유사하게 연방대통령 탄핵사유를 '기본법 또는 기타의 연방법률'을 위배한 경우로 규정하고, 탄핵재판은 입법부가 아니라 사법기관인 헌법재판소가 관할하도록 정하였다. 따라서 직무집행과 관련한 단순한 부도덕이나 정치적 무능력은 탄핵소추의 사유에 해당하지 않는다고 해석된다. 기본법은 연방대통령을 정치적인 이유로 정치적인 절차에 따라 파면할 수 있는 가능성을 배제하였다고 보는 것이다.[55]

이상의 논의를 종합해 보면, 노무현 대통령 탄핵사건 당시 국회의 탄핵소추의결서가 세 번째 탄핵사유로 드는 "국민경제와 국정을 파탄시켜 민생을 도탄에 빠뜨렸다"는 것은 국무위원 해임건의의 사유가 될지언정 탄핵사유는 아니다. "국민에게 극심한 고통과 불행을 준다"는 것도 마찬가지이다. 노 대통령이 취임 후 1년 남짓한 기간에 여러 차례 조건부 퇴진을 언급함으로써 국민을 불안하게 한 것은 비판받아 마땅하지만, 그것이 탄핵의 사유가 될 수는 없다. 헌법재판소도 정치적 무능력이나 정책결정상의 잘못 등 직책수행의 성실성 여부는 그 자체로서 소추사유가 될 수 없어, 탄핵심판절차의 판단대상이 되지 아니한다고 판시하였다.[56]

(2) 특정 정당 지지발언과 공직선거법 위반

노무현 대통령 탄핵사건에서는 2004년 2월 18일 청와대에서 열린 경인지역 6개 언론

54) 미국 대통령에 대한 최초의 탄핵소추는 1868년의 Andrew Johnson 대통령에 대한 탄핵이었다. 그에 대한 탄핵은 남북전쟁 복구조치 Reconstruction에 관하여 의회와 협조하기를 집요하게 거부하는 대통령을 파면하기 위하여 시도되었다 이것은 첨예하게 대립하는 당파주의의 와중에서 정치적 이유에 기초한 탄핵사례였다. Andrew Johnson은 상원의원 3분의 2에서 1표가 모자라서 유죄판결을 면하였다. 이 무죄판결은 정치적 이유로 대통령을 탄핵할 수는 없다는 선례가 되었다.

55) Herzog(주 8), Rdnr. 2.

56) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 653-54.

사와 가진 합동회견에서 "개헌저지선까지 무너지면 그 뒤에 어떤 일이 생길지는 나도 정말 말씀드릴 수가 없다"고 한 발언, 2004년 2월 24일 전국에 생중계된 방송기자클럽 초청 대통령기자회견에서 "앞으로 4년 제대로 하게 해 줄 것인지 못 견뎌서 내려오게 할 것인지 국민이 분명하게 해줄 것"이라며, "국민들이 총선에서 열린우리당을 압도적으로 지지해 줄 것을 기대한다", 또 "대통령이 뭘 잘 해서 우리당이 표를 얻을 수만 있다면 합법적인 모든 것을 다하고 싶다"고 한 발언이 주로 문제되었다.

(가) 공무원의 선거운동금지

금권선거의 색깔이 짙고 관권선거의 우려를 불식하지 못한 우리 선거문화의 특성 때문에 공직선거법은 선거운동기간을 제한하고 일반 공무원 및 이와 유사한 영향력을 가진 자의 선거운동을 금지하고 있다. 현행 공직선거법은 선거운동의 주체에 관하여 원칙적으로 "누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있"게 한 다음(제58조 제2항), 공무원 등 선거운동이 금지되는 사람들을 구체적·제한적으로 열거하고 있다(제60조 제1항). 그런데 같은 조 같은 항 제4호는 "국가공무원법 제2조에 규정된 국가공무원과 지방공무원법 제2조에 규정된 지방공무원"이 선거운동을 할 수 없도록 규정하면서, 예외적으로 정당법 제6조 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원은 선거운동을 할 수 있도록 허용하고 있으나, 다시 여기서 국회의원과 지방의회의원 외의 정무직공무원을 제외하고 있다. 이와 같이 공직선거법은 대통령과 지방자치단체장이 정당의 당원이 될 수 있고 선거를 통하여 취임하는 정무직공무원임에도 불구하고 선거운동을 할 수 없도록 제한하고 있다. 대통령과 달리 단임제가 아닌 선출직 지방자치단체장의 경우까지도 재선을 위한 선거운동을 금지하고 있는 것이다. 그러므로 대통령이 정무직공무원이라고 하여 선거운동을 할 수 있다는 주장은 현행 선거법의 문리적 해석으로서는 옳지 않다.

위 선거법 조항들의 합헌성 또는 합리성은 별론으로 하고, 이 조항들이 적용되려면 우선 문제되는 행위가 '선거운동'에 해당하여야 한다. 대법원은 "(사전)선거운동이라 함은 특정의 선거에 있어서 (선거운동기간 전에) 특정한 후보자의 당선을 목적으로 투표를 얻거나 얻게 하기 위하여 필요하고 유리한 모든 행위, 또는 반대로 특정한 후보자의 낙선을 목적으로 필요하고 불리한 모든 행위 중 선거인을 상대로 당선 또는 낙선을 도모하기 위하여 하는 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있고, 일반 보통인의 사이에도 행해지는 의례적인 정의의 범위를 벗어나는 능동적, 계획적 행위"라고 정의한다.[57] 또한 "일상적·의례적·사교적인 행위는 선거운동에서 제외되고, 일상적·의례적·사교적인 행

57) 大判 1992.9.25. 92도1085, 공 1992.11.15, 3051.

위인지 여부는 그 행위자와 상대방의 사회적 지위, 그들 사이의 관계, 행위의 동기, 방법, 내용과 태양 등 제반 사정을 종합하여 사회통념에 비추어 판단하여야 한다."고 본다.[58]

헌법재판소도 "선거운동이라 함은 특정 후보자의 당선 내지 이를 위한 득표에 필요한 모든 행위 또는 특정 후보자의 낙선에 필요한 모든 행위 중, 당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것으로 풀이할 수 있다. 즉 단순한 의견개진 등과 구별되는 가벌적 행위로서의 선거운동의 표지로 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성이 요구된다."고 판시하였다.[59]

2000년 2월 16일 개정된 공직선거법 제58조는 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당활동 등을 선거운동에서 명시적으로 제외하고 있다.

헌법재판소는 노무현 대통령의 기자회견에서의 발언이 선거운동에 해당하지 않는다고 보았다. 무엇보다도 선거운동의 의 개념은 '특정한' 또는 적어도 '특정될 수 있는' 후보자의 당선이나 낙선을 위한 행위여야 한다는 것을 전제로 하고 있는데, 이 발언이 이루어진 시기인 2004. 2. 18.과 2004. 2. 24.에는 아직 정당의 후보자가 결정되지 아니하였으므로, 후보자의 특정이 이루어지지 않은 상태에서 특정 정당에 대한 지지발언을 한 것은 선거운동에 해당한다고 볼 수 없다는 것이다. 아울러 선거운동에 해당하기 위해서는 특정 후보자의 당선이나 낙선을 목적으로 한다는 행위의 '목적성'이 인정되어야 하는데, 이 사건 발언에는 그러한 목적의사가 인정되지 않는다고 보았다. '선거운동'의 개념을 너무 포괄적으로 파악하는 것은 국민의 정치적 활동의 자유를 위축시키기 때문에 기자회견 등에서의 발언이 그 자체로서 선거운동에 해당하거나 또는 반대로 선거운동에 해당하지 않는 것이 아니라, 구체적 행위의 태양, 즉 발언의 시기, 내용, 장소, 상황 등을 종합적으로 고려하여 무엇보다도 '기자회견 등의 기회를 이용하여 선거운동을 하고자 하는 상당한 정도의 목적의지가 인정될 수 있는지'의 여부를 개별적으로 판단해야 한다. 그런데 선거운동의 성격을 인정할 정도로 상당한 목적의지가 있다고 볼 수 없다는 것이다.[60]

58) 大判 2002.7.26. 2002도1792, 공 2002.9.15, 2156.

59) 憲裁 1994.7.29. 93헌가4, 헌판집 6-2, 15 이래 확립된 판례.

60) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 641-3. 이러한 헌법재판소의 논증에 대하여 제17대 국회의원 선거는 새로 도입된 정당투표에 의한 비례대표선거가 가미되었다는 사실을 망각한 것이며, 노 대통령의 발언은 목적성, 계획성 및 능동성을 모두 충족시킨 선거운동에 해당한다는 반론이 있다. 허 영, "노무현 대통령에 대한 탄핵심판", 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004, 250-2. 그러나 정치인의 관점에서 전국민을 상대로 정치적 전망과 견해를 표명한 것에 불과한 기자회견을 선거운동이라고 보는 것은 지나친 견해이다. 이승우, "현행 탄핵심판제도와 노대통령에 대한 탄핵사유의 부당성", 민주사회를 위한 변론 통권57호(2004), 46.

(나) 선거에 영향을 미치는 행위금지

공직선거법 제86조 제1항은 국회의원과 그 보좌관·비서관·비서 및 지방의회의원을 제외한 공무원 등이 선거에 영향을 미치는 행위를 금지하고 있다.[61] 그런데 여기서 '선거에 영향을 미치는 행위'란 포괄적으로 정의된 것이 아니고 같은 조 같은 항 제1호부터 제7호까지 열거되어 있기 때문에, 선거법 제86조 제1항에 해당하는지 여부는 막연히 선거에 영향을 미칠만한 행위인지에 달려 있는 것이 아니라 위 각호에 해당하는 행위인지를 살펴야 한다.[62]

노무현 대통령 탄핵사건에서 헌법재판소는 대통령의 발언들이 선거운동에 해당하지 않으므로 더 나아가 살필 것 없이 공직선거법 제85조 제1항에 위반되지 않는다고 판시하였다.

(다) 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무

그러나 헌법재판소는 노무현 대통령이 2004. 2. 18. 경인지역 6개 언론사와의 기자회견, 2004. 2. 24. 한국방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서 특정정당을 지지하거나 비난한 발언이 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무를 위반한 것이라고 보았다. 공직선거법 제9조는 "공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니 된다."고 하여 '선거에서의 공무원의 중립의무'를 규정하고 있는데, '공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자'에 대통령과 같은 정무직 공무원도 포함되는지의 문제가 제기된다.

헌법재판소는 선거에서의 공무원의 정치적 중립의무는 공무원의 지위를 규정하는 헌법 제7조 제1항, 자유선거원칙을 규정하는 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항 및 정당의 기회균등을 보장하는 헌법 제116조 제1항으로부터 나오는 헌법적 요청이라고 한다. 공직선거법 제9조의 '공무원'이란, 위 헌법적 요청을 실현하기 위하여 선거에서의 중립의무가 부과되어야 하는 모든 공무원 즉, 구체적으로 '자유선거원칙'과 '선거에서의 정당의 기회균등'을 위협할 수 있는 모든 공무원을 의미하며, 특히 집행기관인 대통령, 지방자치단체의 장 등에게는 다른 공무원보다도 선거에서의 정치적 중립성이 특히 요구된다고 한다.

61) 헌법재판소는 지방자치단체장의 홍보물 배부 등을 제한하는 같은 조 제3항이 합헌이라고 결정한 바 있다. 憲裁 1999.5.27. 98헌마214, 헌판집 11-1, 675.

62) 특정 국회의원의 의정활동 내용 등을 수록한 책자 220권을 구청 관내 동사무소 및 구청 각 부서에 무료로 배포하고, 새정치국민회의 금천지구당의 연말불우이웃돕기 사실을 구청 소식지에 게재한 사례에서 대법원은 같은 조 같은 항 제1호에 규정된 '특정 정당이나 후보자의 업적을 홍보하는 행위'에 해당한다고 판시한 바 있다. 大判 1997.4.25. 97도320, 공 1997.6.1, 1699.

요컨대 선거에 있어서의 정치적 중립성은 행정부와 사법부의 모든 공직자에게 해당하는 공무원의 기본적 의무이며, 더욱이 대통령은 행정부의 수반으로서 공정한 선거가 실시될 수 있도록 총괄·감독해야 할 의무가 있으므로, 당연히 선거에서의 중립의무를 지는 공직자에 해당한다고 본다.[63]

헌법재판소는 대통령이 '정치적 헌법기관이라는 점'과 '선거에 있어서 정치적 중립성을 유지해야 한다는 점'은 서로 별개의 문제로서 구분되어야 하며, 또한 소속정당을 위하여 정당활동을 할 수 있는 사인으로서의 지위와 국민 모두에 대한 봉사자로서 공익실현의 의무가 있는 헌법기관으로서의 대통령의 지위는 개념적으로 구분되어야 한다고 본다. 선거에 임박한 시기이기 때문에 공무원의 정치적 중립성이 어느 때보다도 요청되는 때에, 공정한 선거관리의 궁극적 책임을 지는 대통령이 기자회견에서 전 국민을 상대로, 대통령직의 정치적 비중과 영향력을 이용하여 특정 정당을 지지하는 발언을 한 것은, 대통령의 지위를 이용하여 선거에 대한 부당한 영향력을 행사하고 이로써 선거의 결과에 영향을 미치는 행위를 한 것이므로, 선거에서의 중립의무를 위반하였다는 것이다.[64]

공직선거법 제9조의 법문에 충실하게 이 조항을 해석하면 선거법 제58조가 정의하는 선거운동에 해당하지 않더라도 공무원은 '선거결과에 영향을 미치는 행위'를 일절 해서는 안 되기 때문에, 노무현 대통령이 행한 발언들은 선거법 위반행위가 될 수 있다. 그러나 이 조항에 관한 한 지나치게 엄격한 문리해석은 타당하지 않다고 할 수 있다. 헌법재판소의 판시사항에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다.[65]

첫째, 선거법 제9조는 일반원칙을 선언한 총칙조항에 불과하고 구체적인 행위를 규제하는 조항이 아니다. 이 조항 위반행위에 대한 제재가 따로 마련되어 있지 않다는 점이

63) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 634-37.

64) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 637-41. 훗날 중앙선거관리위원회가 노무현 대통령에게 2007. 6. 7.자의 '대통령의 선거중립의무 준수요청 조치'와 2007. 6. 18.자의 '대통령의 선거중립의무 준수 재촉구 조치'를 취하자, 이들 조치에 대하여 노무현 대통령이 헌법소원을 청구함으로써 공직선거법 제9조 자체의 위헌 여부가 문제되었다. 헌법재판소는 동 조항은 '선거의 공정성 확보'라는 정당한 입법목적을 달성하는 데 적정한 수단이며, 대통령의 정치적 표현의 자유를 상시적으로 모든 영역에서 규제하는 것이 아니라, 선거가 임박한 시기에 부당한 영향력을 행사하는 방법으로 선거결과에 영향을 미치는 표현행위만을 규제하는 것이고, 또한 동 조항이 대통령의 직무집행과 관련된 공적인 행위만을 규제하는 것이고 대통령의 순수한 개인적인 영역까지 규제하는 것은 아니며, 나아가 동 조항 위반에 대한 제재조항이 없어 위 조항을 위반한다고 하여도 형사처벌을 받을 위험성이 없으므로 피해의 최소성을 갖추었으며, 민주주의 국가에서 공무원 특히 대통령의 선거중립으로 인하여 얻게 될 '선거의 공정성'은 매우 크고 중요한 반면, 대통령이 감수하여야 할 '표현의 자유 제한'은 상당히 한정적이므로 법익의 균형성도 갖추었다고 하여 합헌결정을 내렸다. 憲裁 2008.1.17. 2007헌마700, 헌공 136, 217.

65) 박종보(주 46), 103-4.

이러한 이해를 뒷받침한다. 즉 이 조항은 공무원의 편파적인 선거개입행위를 금지하기 위한 논리적 전제를 선언한 것일 뿐이고, 구체적인 금지행위는 선거법 제85조(공무원의 지위를 이용한 선거운동) 등에서 따로 규율되는 것이다. 특히 선거법 제86조(공무원 등의 선거에 영향을 미치는 행위금지)는 공무원과 일정한 기관의 상근 임·직원이 선거와 관련하여 해서는 안 되는 일정한 행위를 열거하고 있다. 이 조항이야말로 선거법 제9조의 '공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자가 선거결과에 영향을 미치는 행위'를 구체화한 것이다. 각칙인 선거법 제86조에 위반되지 않는 행위를 총칙인 제9조 위반이라고 하여 제재를 가하는 것은 옳지 않다.[66]

둘째, 금지되는 행위의 범위가 너무 넓다. 선거에 대한 '부당한' 영향력의 행사를 금지하는 것은 옳지만, 긍정적이든 부정적이든 선거결과에 영향을 미치는 행위를 전면적으로 금지하는 것은 공무원의 정치적 자유를 지나치게 제한하는 것이다. 그러므로 이 조항을 합헌적으로 해석하려면 '직권을 남용하여 선거결과에 부당한 영향을 미치는 행위'를 금지하는 것으로 새겨야 한다.

셋째, 선거에 의하여 취임하는 선출직 공무원에게조차 선거에 영향을 미치는 행위를 전면적으로 금지하는 것은 정당화될 수 없다.[67] 우리나라에서 가장 중요한 정치적 공무원인 대통령 자신은 비록 단임이라 하더라도, 대통령의 선거공약과 정책구상을 실천하는 데는 국회 다수파의 지지가 필수적이다. 그러므로 직권남용에 이르지 않는 범위 내에서[68] 국회 내 의석분포가 자기에게 유리해지기를 희망하는 의사를 표현하는 것은 정당한 언론자유의 행사이다.[69]

66) 同旨: 이승우, "대통령노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석", 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004, 276-77.

67) 同旨: 김종철(주 30), 14-7. 중앙선관위와 헌재의 선거법 제9조 제1항의 해석은 현대민주주의의 본질에 대한 잘못된 이해에 바탕하고 있으며 헌법이론적으로 논리적 타당성을 인정할 수 없다고 비판한다. 또 同旨: 송기춘(주 30), 354-6; 차강진, "대통령에 대한 탄핵심판", 공법학연구 5권 3호(2004.12), 197-200.

68) 형법상 '직권남용죄'는 "공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무 없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해"하는 행위이다(형법 제123조).

69) 앞에서 본 憲裁 2008.1.17. 2007헌마700 결정에는 헌법재판관 2인의 각하의견 외에, 또 다른 헌법재판관 2인의 합헌의견이 있다. 중앙선거관리위원회가 대통령의 개인적인 정치적 견해 표현에 대하여 공직선거법 제9조에 위반된다고 판단하고 그러한 위법행위의 재발방지를 촉구한 것은 대통령 개인의 정치적 표현의 자유를 침해하는 것이라고 보아야 하며, 대통령은 선관위 조치의 전제가 되는 공직선거법 제9조 제1항의 受範者가 아니라고 판단한 조대현 재판관의 반대의견과, 공직선거법 제9조 제1항은 선언적 규정에 불과하며, 그 적용대상에는 대통령이 포함되지 않는다고 해석하여야 할 것인데도 선관위가 한 조치는 위헌적 법해석에 근거하여 대통령의 헌법상 정치적 표현의 자유를 침해한 것이라고 판단한 송두환 재판관의 반대의견이 그것이다. 헌공 136, 244-51.

(3) 헌법을 준수하고 수호해야 할 대통령의 의무

대통령이 헌법파괴적인 행위를 한다면 탄핵사유가 될 수 있다. 노무현 대통령 탄핵사건의 소추사유에는 대통령이 일련의 초헌법적 행동을 함으로써 헌법 제66조 제2항(헌법수호 의무)과 헌법 제69조(헌법준수 의무)를 동시에 위반하였다는 점이 포함되어 있었다.

(가) 중앙선거관리위원회의 결정에 반발한 대통령의 행위

헌법재판소는 대통령 선거개입을 경고하는 중앙선거관리위원회의 결정에 반발한 대통령의 행위가 위헌임을 인정하였다. 2004. 3. 4. 노무현 대통령은 청와대 홍보수석을 통하여 “이번 선관위의 결정은 납득하기 어렵다는 점을 분명히 밝혀두고자 한다.”, “이제 우리도 선진민주사회에 걸맞게 제도와 관행이 바뀌어야 한다.”, “과거 대통령이 권력기관을 … 동원하던 시절의 선거관련법은 이제 합리적으로 개혁되어야 한다.”, “선거법의 해석과 결정도 이러한 달라진 권력문화와 새로운 시대흐름에 맞게 맞춰져야 한다.”고 청와대의 입장을 밝힌 바 있다. 헌법재판소는 청와대 홍보수석이 발표한 위 발언내용의 취지는, 중앙선거관리위원회의 결정에 대하여 유감을 표명하면서, 현행 선거법을 '관권선거시대의 유물'로 폄하한 것이라 할 수 있다고 보고, 대통령이 국민 앞에서 현행법의 정당성과 규범력을 문제 삼는 행위는 법치국가의 정신에 반하는 것이자, 헌법을 수호해야 할 의무를 위반한 것이라고 인정하였다.[70)]

이러한 헌법재판소의 논증에 대하여 다음과 같은 비판이 가능하다. 헌법재판소가 지적한 바와 같이 모든 공직자의 모범이 되어야 하는 대통령의 이러한 언행은 법률을 존중하고 준수해야 하는 다른 공직자의 의식에 중대한 영향을 미치고, 나아가 국민 전반의 준법정신을 저해하는 효과를 가져오는 등 법치국가의 실현에 매우 부정적인 영향을 미칠 수 있으므로 바람직하지 않은 것은 분명하다. 그리고 중앙선거관리위원회는 선거에 관한 사무를 관장하는 독립적 헌법기관으로서 선거법에 관한 제1차적인 유권해석권을 가지고 있기 때문에 선관위가 권고하고 제재하는 사항은 존중되어야 한다. 그러나 선관위의 선거법 해석은 최종적인 것이 아니며, 법원이나 헌법재판소의 최종적인 판단이 내려지기까지 선거법의 위헌 여부, 일정한 행위의 선거법 위반 여부에 관한 판단은 열려 있다. 그러므로 선거법의 해석에 관하여 중앙선거관리위원회와 견해를 달리한다는 주장은 얼마든지 가능하고, 현행법의 해석에 머무를 수밖에 없는 중앙선거관리위원회나 법원과는 달리 법률개

70) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 647-48.

정을 위한 정치적 조치를 취할 수 있는 대통령이 현행법의 개선 가능성에 관한 견해를 피력하는 것이 헌법을 파괴하는 행위라고 할 수는 없다.[71]

(나) 재신임 국민투표를 제안한 행위

헌법재판소는 노무현 대통령이 2003. 10. 13. 재신임 국민투표를 제안한 행위도 위헌임을 인정하였다. 헌법 제72조의 국민투표의 대상인 '중요정책'에는 대통령에 대한 '국민의 신임'이 포함되지 않는데, 대통령이 자신에 대한 재신임을 국민투표의 형태로 묻고자 하는 것은 헌법 제72조에 의하여 부여받은 국민투표부의권을 위헌적으로 행사하는 경우에 해당하는 것으로, 국민투표제도를 자신의 정치적 입지를 강화하기 위한 정치적 도구로 남용해서는 안 된다는 헌법적 의무를 위반한 것이라고 한다. 물론, 대통령이 위헌적인 재신임 국민투표를 단지 제안만 하였을 뿐 강행하지는 않았으나, 헌법재판소는 헌법상 허용되지 않는 재신임 국민투표를 국민들에게 제안한 것은 그 자체로서 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법을 실현하고 수호해야 할 대통령의 의무를 위반한 것이라고 보았다.[72]

이러한 헌법재판소의 논증에 대하여 다음과 같은 비판이 가능하다. 노무현 대통령의 재신임 국민투표 제안의 위헌 여부는 이미 헌법재판소에 의해 심사된 바 있다. 헌법재판소의 5인의 다수의견은 당시 대통령의 발언내용 및 이를 전후한 여러 사정들을 종합하여 볼 때, 그 발언의 본의는 재신임의 방법과 시기에 관한 자신의 구상을 밝힌 것에 불과하며, 정치권에서 어떤 합의된 방법을 제시하여 주면 그에 따라 절차를 밟아 국민투표를 실시하겠다는 것이어서 이는 법적인 절차를 진행시키기 위한 정치적인 사전 준비행위 또는 정치적 계획의 표명일 뿐이고, 국민투표안을 공고하기 전에 국민투표의 실시에 관한 정치적 제안을 하거나 내부적으로 계획을 수립하여 검토하는 등의 조치는 일종의 준비행위에 불과하여 언제든지 변경·폐기될 수 있으므로 이 발언만으로는 국민투표의 실시에 관하여 법적인 구속력 있는 결정이나 조치가 취해진 것이라 할 수 없기 때문에 이러한 단순한 정치적 제안의 피력을 헌법소원의 대상이 되는 "공권력의 행사"라고 할 수는 없다고 하여 각하하였다.[73] 두 사건의 논증은 서로 모순된다.[74] 헌법재판소조차 공권력성을 인정하지

71) 同旨: 강기홍, "3.12 탄핵소추에 대한 헌법적 고찰", 공법학연구 5권 1호(2004.2), 215-25; 김종철(주 30), 18; 이승우(주 60), 47; 이승우(주 66), 282; 송기춘(주 30), 349-54; 차강진(주 67), 204-5.

72) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 648-50.

73) 憲裁 2003.11.27. 2003헌마694, 헌판집 15-2하, 350.

74) 同旨: 이승우(주 66), 284. 헌법재판소가 대통령의 재신임 국민투표 제안이 공권력행사가 아니라고 본 이전의 결정을 번복하지 않는 한 헌법위반이란 결정을 내려서는 안 되는 것이었다고 한다. 또 同旨: 김종철(주 30), 18-9; 송기춘(주 30), 352-3.

않는 단순한 정치적 제안을 한 것을 헌법수호의무를 위반한 행위라고 할 수는 없다.[75]

라. '중대한 위법행위'일 것

(1) '법위반의 중대성'의 필요성

설사 위법행위로 인정된다고 하더라도 그것이 파면할 만한 '중대한 사유'여야 한다.[76] 탄핵제도는 부적격한 공직자가 권한을 계속 행사함으로써 장래에 국가적 위난이 발생하는 것을 방지하기 위한 보충적 수단으로 이해하여야 하기 때문이다. 탄핵제도는 공무원법상의 가장 넓은 징계사유인 '직무의 내외를 불문하고 그 체면 또는 위신을 손상한 때'(국가공무원법 제78조 제1항 제3호)와 같은 온갖 사소한 잘못을 시비하기 위한 수단이 아니므로 그러한 '위법'은 탄핵사유가 될 수 없다.[77] 만약 사소한 잘못에도 극단적인 제재를 가할 수 있다고 새긴다면 그것은 비례의 원칙을 위반하는 것이다. 그러므로 탄핵의 사유를 헌법과 법률에 대한 '중대한' 위배로 제한하여 해석하여야 한다.[78] 특히 대통령에 대한 탄핵의 경우에는 더욱 그러하다.

헌법재판소는 노무현 대통령 탄핵사건에서 결론적으로 대통령의 2004. 2. 18. 경인지역 6개 언론사와의 기자회견에서의 발언, 2004. 2. 24. 한국방송기자클럽 초청 대통령 기자회견에서의 발언은 공선법 제9조의 공무원의 중립의무에 위반하였고, 2004. 3. 4. 중앙선거관리위원회의 선거법 위반결정에 대한 대통령의 행위는 법치국가이념에 위반되어 대통령의 헌법수호의무에 위반하였고, 2003. 10. 13. 대통령의 재신임 국민투표 제안 행위는 헌법 제72조에 반하는 것으로 헌법수호의무에 위반하였다고 판시하였다. 그러나 헌법재판소는 헌법재판소법 제53조 제1항의 '탄핵심판청구가 이유 있는 때'란, 모든 법위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 '중대한' 법위반의 경우를 말한다고 하면서, 대통령을 파면하지 않았다. 동 조항을 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 문리적으로 해석하면 피소추자의

75) 同旨: 차강진(주 67), 210-1.

76) '법 위반의 중대성'이 필요한지 여부에 관하여 가능한 두 가지 견해를 자세히 비교한 것으로 한수웅(주 22), 493-504 참조.

77) 공무원법상 징계의 종류는 파면·해임·정직·감봉·견책의 5 가지이다. 징계절차에 의하여 견책당할 만한 사유로 탄핵절차에 의하여 파면당할 수 있다는 논리가 부당함은 긴 설명을 요하지 않을 것이다.

78) 同旨: 문홍주, "탄핵제도," 공법연구 1집(1971), 16-17; 한태연, 헌법학, 법문사, 1979, 590; 이승우·정만희·음선필(주 2), 155; 전광석(주 50), 539. 反對: 헌법 또는 법률에 위배하는 모든 행위를 탄핵사유로 보는 견해로는 박일경, 유신헌법, 박영사, 1972, 365. 송기춘(주 30), 356-7은 헌법위반이면서 중대하지 않은 경우란 있을 수 없으므로 위법의 중대성이라는 요건은 법률위반의 경우에 한정되어야 한다고 본다.

법위반행위가 확인되는 경우 법위반의 경중을 가리지 아니하고 헌법재판소가 파면결정을 해야 하는데, 직무행위로 인한 모든 사소한 법위반을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의 원칙에 위반된다는 것이 그 이유이다.[79) 80)]

(2) '법위반의 중대성'의 판단 기준: 대통령과 일반공무원의 구별

이 때 중대성 판단의 기준은 고의 또는 과실과 같은 주관적 요소의 유무로 따질 것이 아니라 위배의 결과로 나타난 국민의 기본권, 국가의 안전, 헌법질서 등에 끼친 해악의 정도를 기준으로 객관적으로 판단하여야 할 것이다.[81)] 요컨대 권력남용에 준하는 행위로서 파면시킬만한 필요성이 있는지가 핵심적인 기준이 될 것이다. 우리 헌법의 경우 국회의 탄핵소추만으로도 권한행사가 정지되므로 탄핵사유의 중대성을 판단하는데 더 신중하여야 한다. 탄핵사유의 확대해석이 탄핵을 둘러싼 정쟁을 불러일으킬 위험이 있다는 점이 이미 지적된 바 있으며,[82)] 진작부터 그러한 비상한 분란을 방지하기 위하여 발의 및 의결표수를 가중한 것이라고 설명되어 왔다.[83)] 헌법재판소는 '법위반이 중대한지' 또는 '파면이 정당화되는지'의 여부는 그 자체로서 인식될 수 없는 것이므로, '법위반이 어느 정도로 헌법질서에 부정적 영향이나 해악을 미치는지의 관점'과 '피청구인을 파면하는 경우 초래되는 효과'를 서로 형량하여 탄핵심판청구가 이유 있는지의 여부 즉, 파면여부를 결정해야 한다는 기준을 제시하였다.[84)]

그리고 이 '중대성'은 탄핵대상자에 따라 달라질 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 프랑스 헌법은 일반 정부구성원에 대하여는 중죄 또는 경죄의 성격을 띠는 행위에 대하여 탄핵책

79) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 654. 헌법재판소법 제53조 제1항의 '파면하는 결정을 선고한다.'를 법위반이 있으면 헌법재판소가 반드시 파면하여야 한다고 새기는 주장에 대한 비판으로 정종섭(주 22), 535-6 참조. 그러나 탄핵소추권과 탄핵심판권을 분리하여 각기 다른 기관에 부여하고, 탄핵심판에서 그 결정에 따로 의결표수를 하여 이를 행하고 있는 구조에서는 탄핵심판기관이 탄핵대상자를 파면할 것인가 하지 않을 것인가를 결정하는 권한을 독자적으로 가지고 있다는 것은 근거 제시로서는 다소 부족해 보인다.

80) 다만, 헌법재판소는 위법행위의 중대성을 탄핵사유와는 별도로, 위법한 경우 파면이라는 조치를 취할 것인지 선택에 관한 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석론으로 접근하였다. 이러한 입장은 위법행위의 중대성을 탄핵사유의 한 요소로 보는 필자의 입장과 다르다. 필자와 비슷한 입장을 취한 견해로 김종철(주 30), 11; 이승우·정만희·음선필(주 2), 154-155; 송기춘(주 29), 427-431 등 참조.

81) 이승우·정만희·음선필(주 2), 156.

82) 전주, 155.

83) 유진오(주 3), 168.

84) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 655.

임을 묻는데 비하여 대통령은 대역죄의 경우에만 책임을 지우고 있다. 독일기본법상 연방법관은 직무상 또는 직무 외에서 기본법의 원칙이나 주의 헌법적 질서에 위반한 때에 탄핵될 수 있으나, 연방대통령 기본법 또는 기타 연방 법률의 고의적 침해를 이유로 해서만 탄핵된다.

우리 헌법과 같이 탄핵대상에 따라 탄핵사유를 구별하지 않는 미국 연방헌법의 해석에서도 대통령을 포함한 모든 공무원에게 탄핵의 기준이 똑같이 적용되는가가 문제된다. 대통령에 대한 탄핵의 기준은 기타 공무원, 특히 법관에 대한 탄핵보다 높은 기준이 적용되어야 한다고 보는 것이 통설적 견해이다.[85] 미국에서 지금까지 하원에 의해 탄핵(소추)된 사람은 총 17명인데,[86] 그 중 7명의 연방법관이 상원의 유죄판결로 파면되었다.

미국연방의회도 대통령에 대한 탄핵문제에 있어서는 실제로 법관에 대한 탄핵의 경우보다 엄격한 기준에 의거하여 탄핵조항을 적용해 왔다. 그 이유는 같은 행위라도 직무의 성질에 따라 공직자가 권한을 계속 행사하는 데 따르는 잠재적 위험의 정도가 달라지기 때문이다. 법적인 기준은 같더라도 직무의 성질에 따라 탄핵여부도 달라져야 한다. 법관이 위증죄를 범한 경우와 대통령이 위증죄를 범한 경우의 평가는 달라야 한다. 1998년 하원에서 위증죄 등으로 탄핵(소추)된 Bill Clinton 대통령에 대하여 상원이 무죄판결한 것은 대통령의 직무가 아닌 사생활에 관한 위증은 탄핵사유가 될 수 없다는 선례가 되었다. 그러나 판사가 자기의 사생활에 관하여 위증을 하였다면 결론은 달라질 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 선서한 상태에서 허위 납세고지서를 제출한 연방판사는 상원에서 유죄판결을 받았으나, 하원 법사위원회는 Richard Nixon 대통령의 비슷한 행위에 대한 탄핵안을 부결한 적이 있다.

우리나라 공직선거법 제9조(공무원의 중립의무)를 적용하는 데에도 공무원의 직무의 성질에 따라 다른 기준을 적용할 수 있다. 만약 선거를 공정하게 관리하여야 할 중앙선거관리위원회 위원이 이 조항을 위반한다면 충분한 탄핵사유가 될 것이다. 그러나 공직선거법과 정당법상 정치활동이 허용되는 선출직 공무원인 대통령의 경우라면 다를 수 있다. 국가지도자로서 대통령의 정통성은 정치적 중립성을 지키는 데서 나오는 것이 아니라, 국민이 그를 선출했다는 데서 나오기 때문이다.

85) Cass R. Sunstein, "Impeachment and Stability", 67 George Washington L. Rev. 699(1999), 707.

86) 이 중 13명은 연방법관, 1명은 상원의원, 1명은 각료, 2명은 대통령이었다. 하원에서 대통령에 대한 탄핵이 발의되었으나 의결되지 않은 경우가 둘 있다. 1843년 John Tyler 대통령의 거부권 남용을 주된 이유로 한 탄핵안은 하원에서 127-83으로 부결되었다. 이 사건은 미국의 정부형태를 의원내각제와 구별하는 원칙이 확립된 계기로 평가되기도 한다. 1974년 Richard Nixon 대통령은 하원 법사위에서 탄핵안이 통과되자 본회의가 의결하기 전에 사임하였다.

헌법재판소는 대통령에 대한 파면결정은 국민이 선거를 통하여 대통령에게 부여한 '민주적 정당성'을 임기 중 다시 박탈하는 효과를 가지며, 직무수행의 단절로 인한 국가적 손실과 국정 공백은 물론이고 국론의 분열현상, 즉 대통령을 지지하는 국민과 그렇지 않은 국민간의 분열과 반목으로 인한 정치적 혼란을 가져올 수 있으며, 대통령에 대한 파면효과가 이와 같이 중대하다면, 파면결정을 정당화하는 사유도 이에 상응하는 중대성을 가져야 한다고 보았다. 그리고 대통령을 제외한 다른 공직자의 경우에는 파면결정으로 인한 효과가 일반적으로 적기 때문에 상대적으로 경미한 법위반행위에 의해서도 파면이 정당화될 가능성이 큰 반면, 대통령의 경우에는 파면결정의 효과가 지대하기 때문에 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 법위반이 존재해야 한다는 점도 고려하였다. '대통령을 파면할 정도로 중대한 법위반이 어떠한 것인지'에 관하여 일반적으로 규정하는 것은 매우 어려운 일이나, 대통령의 직을 유지하는 것이 더 이상 헌법수호의 관점에서 용납될 수 없거나 대통령이 국민의 신임을 배신하여 국정을 담당할 자격을 상실한 경우에 한하여, 대통령에 대한 파면결정은 정당화된다는 것이다. 결론적으로 노무현 대통령의 법위반이 헌법질서에 미치는 효과를 종합하여 본다면, 대통령의 구체적인 법위반행위에 있어서 헌법질서에 역행하고자 하는 적극적인 의사를 인정할 수 없으므로, 자유민주적 기본질서에 대한 위협으로 평가될 수 없다. 따라서 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로, 대통령의 법위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가진다고 볼 수 없고, 또한 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 국민의 신임을 저버린 경우에 해당한다고도 볼 수 없으므로, 대통령에 대한 파면결정을 정당화하는 사유가 존재하지 않는다고 판시하였다.[87]

VI. 현실적 검토

1. 탄핵소추를 의결한 국회의 임기만료

탄핵소추를 의결한 국회가 헌법재판소의 탄핵결정이 나기 전에 임기만료로 해산되는

87) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 655-57.

경우[88] 그것이 탄핵심판절차에 미치는 영향에 관하여 헌법과 법률에 명문의 규정이 없다. 탄핵제도의 기능이 직무집행에 있어서 중대한 위헌·위법행위를 한 자를 공직에서 추방함으로써 국가적 위난을 예방하고 헌법질서를 수호하는 것이기 때문에 국회가 임기만료로 해산하더라도 탄핵심판절차는 계속 진행되어야 할 것으로 본다.[89] 이 경우 소추위원은 새로 구성된 국회의 법제사법위원회위원장이 될 것이다.[90] 다만 후임 법제사법위원장이 선임될 때까지 소추위원의 공석이 예상되는데, 국회 사무총장이 대행하는 것이 적절하다는 견해가 있다.[91]

2. 탄핵사유의 추가

노무현 대통령이 탄핵 당시 국회가 탄핵소추의결서를 헌법재판소에 제출하여 탄핵심판이 개시된 상태에서 소추위원이 새로운 탄핵사유를 추가할 수 있는지 여부가 문제된 바 있다. 탄핵심판절차에는 헌법재판소법에 특별규정이 있는 경우를 제외하고는 민사소송에 관한 규정과 형사소송에 관한 규정이 준용되고, 형사소송에 관한 규정이 민사소송에 관한 규정과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 규정은 준용하지 아니한다(헌법재판소법 제40조 제1항). 형사소송에서 검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있다(형사소송법 제298조 제1항 제1문).

그러나 형사소송법상의 공소장 변경을 준용하여 소추위원이 탄핵사유를 추가할 수는 없다고 본다. 검사는 독임제관청으로서 형사소송법상 수사 및 공소유지의 주체인데(형사소송법 제195조, 제246조) 반하여, 소추위원은 합의제기관인 국회의 기관에 불과하기 때문이다. 탄핵소추사유를 추가하기 위해서는 별도의 국회의결이 필요하다고 본다.[92]

88) 노무현 대통령에 대한 탄핵소추는 제16대 국회의 임기만료(2004.5.31.)를 얼마 남기지 않은 2004.3.12. 의결되었고, 헌법재판소는 임기만료 조금 전인 2004.5.14. 기각결정을 하였다.

89) 독일 연방헌법재판소법 제51조는 "절차의 개시와 진행은 … 연방의회의 해산 또는 임기만료 등으로 인하여 영향받지 아니한다."고 규정하고 있다.

90) 同旨: 이승우·정만희·음선필(주 2), 160.

91) 조영선(주 26), 94-5.

92) 反對: 장영수, "대통령탄핵의 헌법적 쟁점과 우리의 과제", 고려법학 42(2004), 65. 기존 사유와는 전혀 무관한 새로운 사유를 추가시키는 경우는 안 되지만, 기존 사유를 좀 더 구체화하고 이를 보충하는 정도에 그치는 것이라면 소추위원이 국회의원들의 소송대리인으로서 처리할 수 있다고 본다.

3. 국회의 탄핵소추 취소

가. 탄핵소추 취소의 가능 여부

노무현 대통령에 대한 탄핵소추가 의결되고 나서 국회 스스로 이를 철회함으로써 문제를 해결하는 방안이 제기된 바 있다. 우리 헌법이나 헌법재판소법은 탄핵소추의 철회에 관하여 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 국회가 탄핵소추를 철회할 수 있는지가 문제된다.[93] 독일연방헌법재판소법 제52조 제1항은 "판결의 선고가 있을 때까지 소추기관의 의결로 그 탄핵의 소추를 취소할 수 있다."고 규정하고 있다. 우리나라에서는 헌법재판소법 제40조 제1항에 따라 제1심판결 선고 전까지 공소를 취소할 수 있다는 형사소송법 제255조를 준용하여, 헌법재판소의 결정 선고 전까지 (소추위원이 아니라) 국회가 탄핵소추를 취소할 수 있다고 본다.[94] 이러한 견해에 대하여 국회의 절대다수가 의결해 놓고 이를 취소하는 것을 인정하면 국회가 경솔하게 탄핵소추권을 발동하는 것은 허용하는 셈이 되고, 경우에 따라 국회다수파가 이를 악용할 가능성이 있다는 등의 이유로 반대하는 견해가 있을 수 있다.[95] 그러나 절차법상 소송행위를 한 자가 이를 철회하거나 취소하는 것을 금지하는 예는 찾기 힘들다. 탄핵소추를 시도하는 것 자체가 엄청난 모험인 것과[96] 마찬가지로, 탄핵소추를 주도한 세력이 자기의 과오를 인정하고 이를 취소하는 데 합의하려면 상당한 정치적 위험을 감수해야 하기 때문에[97] 취소를 염두에 두고 탄핵소추를 남용할 가능성은 희박하다고 생각한다. 무엇보다도 우리의 경우 탄핵소추를 받은 것만으로 피소추자의 권한행사가 정지되는 비정상적 상태가 계속되기 때문에 이것을 시급하게 시정하는 것이 헌법재판소의 법적인 판단을 확실하게 남기는 이익보다 크다. 이 문제는 해석론에 의존하기보다는 명시적인 입법을 하는 것이 필요하다고 본다.

93) 엄밀하게 말하면 장래효만을 가지는 철회라는 용어보다는 소급효를 가지는 취소라는 용어가 옳다고 생각한다. 국회는 소추를 취소하는 새 결의를 하는 것이다.

94) 同旨: 이승우·정만희·음선필(주 2), 161. 김하열, 탄핵제도에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2006, 204-5.

95) 장영수(주 92), 66-67는 국회의 정치적인 판단이 헌법재판소를 구속하지 않는다고 한다. 또 김현성, "탄핵심판청구 취하에 관한 비판적 고찰", 저스티스 통권98호(2007.6), 56은 독일과 같이 명문규정을 두고 있지 않는 이상 심판청구의 취하는 허용되지 않는다고 한다.

96) 노무현 대통령에 대한 탄핵소추와 그것이 몰고 온 정치적 파장과 그 결과인 4.15. 총선에서의 탄핵주도 세력의 참패를 빼고 2004년 대한민국의 역사를 서술할 수는 없을 것이다.

97) 물론 탄핵심판청구가 기각되는 경우보다는 나을 수 있다. 1998년 미국상원이 Bill Clinton 대통령에 대한 탄핵재판에서 무죄를 선고한 뒤 곧이어 치러진 연방의회선거에서 공화당은 참패하였다. 대통령 탄핵을 주도하였던 하원 공화당 지도자 Newt Gingrich는 정계를 은퇴해야만 했다. 그는 1994년 하원의원 선거에서 공화당의 놀라운 승리를 이끌어낸 주역으로서, 1995년 1월 공화당 의원으로는 40년 만에 처음으로 미국 하원의장이 되었었다.

나. 탄핵소추 취소의 의결표수

국회의 결의로 탄핵소추를 취소할 수 있다고 할 때 의결표수를 얼마로 할 것인가가 문제된다. 대통령의 경우 원래의 탄핵소추 의결표수인 재적 3분의 2 이상의 찬성이 있으면 가능하다는데 의문의 여지가 없다. 반대로 원래 탄핵소추 기도를 저지하는 데 필요한 의결표수는 재적 3분의 1에 한 표를 더한 수이다. 그러나 이미 헌법재판소가 탄핵심판을 개시한 마당에 재적 3분의 1 + 1표를 기준으로 삼는 것은 온당하지 않다. 결국 재적 3분의 2와 재적 3분의 1 + 1표 사이에서 중용을 취하여야 한다. 독일의 경우, 연방대통령에 대하여는 연방의회 재적의원 과반수의 찬성, 또는 연방참사원 투표의 과반수를 요구하고 있다. 이는 탄핵소추 기도를 저지하는 데 필요한 연방의회 재적의원 또는 연방참사원 표수의 3분의 1보다는 가중된 수치이다. 그 이유는 이미 탄핵재판절차가 개시되어서 이 절차가 연방헌법재판소에 의하여 주관되고 있기 때문이라고 설명된다.[98]

우리나라의 경우, 형식적으로 보면 "헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 경우"에 해당하므로 헌법 제49조의 일반의결표수를 적용하여 재적의원과반수의 출석과 출석의원과반수의 찬성으로 족하다고 볼 수도 있다.[99] 그러나 헌법 제65조 제3항은 국회 재적의원을 기준으로 삼아 탄핵소추의 발의와 의결의 표수를 정하고 있으므로, 그 취소도 재적의원수를 기준으로 삼는 것이 합리적이라고 생각한다. 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 요건으로 하는 대통령에 대한 탄핵소추뿐만 아니라 국회 재적의원 과반수의 찬성을 요건으로 하는 다른 소추대상자에 대한 탄핵소추도 취소하려면 재적과반수의 찬성이 필요하다고 생각한다.[100] 이 문제 역시 명시적인 입법을 하는 것이 필요하다고 본다.

4. 입법론

가. 탄핵사유에 '중대한 법위반' 명시

앞에서 본 것처럼 "직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 '중대하게' 위배한 때"에만 탄핵을 소추할 수 있다고 해석하여야 하며, 특히 대통령에 대한 탄핵은 일반 공무원과 달리 취급하여야 한다. 헌법재판소도 헌법재판소법 제53조 제1항의 '탄핵심판청구가 이유 있

98) 同旨: 이승우·정만희·음선필(주 2), 161.

99) 전광석(주 50), 540.

100) 同旨: 방승주, "탄핵철회의 법적 허용성", 법률신문 3262호(2004.4).

는 때'란, 모든 법위반의 경우가 아니라, 단지 공직자의 파면을 정당화할 정도로 '중대한' 법위반의 경우를 말한다는 점을 분명히 하였다. 그러나 이에 관한 논란의 여지를 없애기 위하여 입법으로 해결하는 것이 바람직하다. 굳이 헌법을 개정하지 않더라도 국회법과 헌법재판소법에서 이를 명백하게 규정하거나, '탄핵심판에관한법률'을 제정하여 명문으로 규정하면 될 것이다.

나. 탄핵사유의 시효 명시

탄핵소추로 말미암아 생겨날 수 있는 혼란을 고려하면 탄핵소추의 시효를 명문으로 규정하는 것이 바람직하다. 대통령에게 탄핵사유가 있음을 소추기관이 안 때로부터 3월 이내에 탄핵소추를 하여야 한다는 독일의 입법례와, 일반 공무원과 법관의 징계사유가 발생한 날로부터 2년 또는 3년으로 시효를 제한하고 있는 우리나라 법률(국가공무원법 제83조의2와 법관징계법 제8조)을 참고할 수 있을 것이다.[101]

다. 필요적 조사절차

현행법상 탄핵소추가 발의된 후 의결되기 전의 법제사법위원회의 조사는 임의적 절차이다(국회법 제130조 제1항). 노무현 대통령 탄핵사건에서 본 바와 같이 거대야당이 별도의 뚜렷한 증거조사도 없이 단기간에 탄핵소추 의결을 강행함으로써 엄청난 국정혼란과 낭비를 초래하는 것은 억제되어야 한다. 특히 우리나라의 경우 탄핵소추가 의결되면 피소추자의 직무집행이 정지되기 때문에 탄핵소추사유를 더 엄정하게 조사할 필요가 있다. 국회가 조사하는 동안 소추대상자의 위법행위가 국민에게 알려지고, 형성된 여론이 탄핵소추 의결에 반영될 수 있고, 정치세력 간에 토론과 타협의 여지가 생길 수 있다. 그러므로 국회법 제130조 제1항을 개정하여 탄핵소추의 발의가 있으면 반드시 법제사법위원회에 회부하여 조사하게 하여야 한다.[102] 국회법 제130조 제2항은 현행법처럼 본회의가 법제사법위원회에 회부하기로 의결하지 아니한 때 적용할 것이 아니라, 법제사법위원회가 필요적 조사절차를 완료하고 본회의에 조사보고서를 제출한 때로부터 24시간이후 72시간 이내에 탄핵소추의 여부를 표결하고, 이 기간 내에 표결하지 아니한 때에는 그 탄핵소추안이 폐기되는 것으로 개정하여야 한다.

101) 同旨: 이승우·정만희·음선필(주 2), 171; 송기춘(주 29), 436.
102) 同旨: 조영선(주 26), 91.

라. 피소추인의 방어권 보장

국회법 제131조 제2항은 법제사법위원회 조사에 국정감사및조사에관한법률이 규정하는 조사의 방법 및 조사상의 주의의무규정을 준용하도록 규정하고 있다. 그러므로 법제사법위원회는 조사를 위하여 그 의결로 조사와 관련된 보고 또는 서류의 제출을 관계인 또는 기관 기타에 요구하고, 증인·감정인·참고인의 출석을 요구하고 검증을 행할 수 있고, 증거의 채택 또는 증거의 조사를 위하여 청문회를 열 수 있다(국정감사및조사에관한법률 제10조 제1항 및 제3항). 그러나 이러한 조사방법에 소추대상자의 방어권은 명시되어 있지 않다.

노무현 대통령 탄핵사건에서 대통령측은 국회가 대통령에게 혐의사실을 정식으로 고지하지도 않았고 의견 제출의 기회도 부여하지 않았으므로 적법절차원칙에 위반된다고 주장하였다. 이러한 항변에 대하여 헌법재판소는 적법절차원칙이란 국가공권력이 국민에 대하여 불이익한 결정을 하기에 앞서 국민이 자신의 견해를 진술할 기회를 가짐으로써 절차의 진행과 그 결과에 영향을 미칠 수 있어야 한다는 법원리를 말하는데, 국회의 탄핵소추절차는 국회와 대통령이라는 헌법기관 사이의 문제이고, 국회의 탄핵소추의결에 의하여 사인으로서의 대통령의 기본권이 침해되는 것이 아니라, 국가기관으로서의 대통령의 권한행사가 정지되는 것이므로 탄핵소추절차에는 직접 적용할 수 없다고 판시하였다. 그 밖에 달리 탄핵소추절차와 관련하여 피소추인에게 의견진술의 기회를 부여할 것을 요청하는 명문의 규정도 없으므로, 국회의 탄핵소추절차가 적법절차원칙에 위배되었다는 주장은 이유 없다고 보았다.[103]

그러나 직무집행 정지를 당할 수도 있는 소추대상자에게 혐의사실을 고지하고 자기에게 유리한 주장을 펼치거나 증거자료를 제출하는 등의 방법으로 자기를 방어할 기회를 보장하는 것은 적법절차의 정신에 부합하는 바람직한 방향이므로 그러한 방어권을 보장하는 입법조치가 필요하다고 생각한다.

마. 소추사유별 의결 명시

탄핵소추사유 각각에 대하여 표결을 거치지 않고 포괄적 표결을 실시하는 것은 개별 사유에 대한 국회의원들의 의사를 왜곡하여 반영할 위험을 내포하고 있다. 그러므로 개별

103) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 631-2. 이와 같이 헌법재판소가 적법절차원칙이 국가공권력과 국민과의 관계에서 요구되는 절차인 것으로 제한적으로 보고 있는 점에 대한 비판으로 이승우(주 66), 269-71.

소추사유별로 표결하는 것이 바람직한데, 이를 국회의장의 재량에 맡길 것이 아니라 의무화하는 근거규정을 마련할 필요가 있다.[104]

바. 탄핵소추취소 절차의 명시

앞장에서 본 바와 같이 일정한 의결표수로 국회가 탄핵소추를 취소하는 것이 가능하다는 점을 명문으로 정할 필요가 있다.

사. 탄핵소추의결의 효과인 권한행사정지 폐지

탄핵소추만으로 권한행사가 정지되는 입법례는 매우 희귀하다. 1948년 건국헌법에는 없던 규정을 1960년 제3차 개정헌법에서 신설한 것인데, 정확한 입법의도를 확인하기 힘들다.[105] 국회의 탄핵소추는 형사소송에서의 공소제기에 해당하는데, 헌법재판소의 파면결정이 내려지기 전에 직무집행을 정지시키는 것은, 공소제기가 있는 피고인에게 유죄의 확정판결이 있기 전에 불이익을 입히는 것에 해당하므로 헌법 제27조 제4항이 규정한 무죄추정의 원칙과 모순된다.[106] 특히 탄핵소추로 말미암아 대통령의 권한행사가 정지되면, 정상외교의 중지, 대외신인도의 하락, 정책결정의 지연 등의 국정공백과 국정혼란, 대통령직의 권위 실추, 국민의 자존심 훼손 등 회복할 수 없는 국익손상을 초래할 수 있다.

이 문제는 법률개정만으로는 교정할 수 없고, 다음에 기회가 있을 때 헌법 제65조 제3항을 개정하여야 한다. 미국이나 프랑스처럼 탄핵결정이 있을 때까지 직무를 계속 집행하게 할 수도 있다. 그러나 극단적인 경우에는 즉시 직무집행을 정지시키는 것이 필요할 수도 있으므로 독일과 같이 헌법재판소의 재량으로 직무집행정지의 가처분 여부를 판단하도록 하는 것이 좋을 것이다.[107]

104) 미국의 경우 Clinton 대통령은 4가지 사유로 탄핵(소추)되었으나, 연방하원은 그 중 위증죄와 사법방해죄의 두 가지 사유에 대해서만 탄핵(소추)를 의결하였다.

105) 국회회의록에는 의원내각제 개헌에 관한 논의만 있고, 이 개정조항에 관한 토론을 한 흔적을 찾아낼 수 없었다. 아마 4·19 직후의 시대상황으로 미루어 이승만 대통령 독재에 대한 반감이 반영된 것이 아닌가 하고 짐작할 뿐이다.

106) 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 법무부장관이 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있도록 규정한 법률은 위헌이다. 憲裁 1990.11.19. 90헌가48, 헌판집 2, 393. 또 형사사건으로 기소된 사립학교 교원을 반드시 직위해제하도록 규정한 법률도 위헌이다. 憲裁 1994.7.29. 93헌가3, 헌판집 6-2, 1. 만약 법률이 피소추자의 직무집행정지를 규정하였다면 무죄추정의 원칙에 반하여 위헌·무효가 될 것이다.

107) 同旨: 송기춘(주 29), 435.

아. 집중심리제 도입

탄핵심판은 어떠한 경우에도 헌법재판소법 제38조의 심판기간(180일)을 경과해서는 안 된다. 현실적인 이유로 제38조의 심판기간규정을 문언과 달리 訓示規定에 불과하다고 해석하고 있으나, 최소한 탄핵심판의 경우에는 이 심판기간을 준수해야 한다. 우리나라에서는 탄핵소추에 의하여 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 피소추자의 권한행사가 정지되는 비정상적인 국정공백 상태를 신속히 해소해야 하는데, 사실 180일은 너무 길다. 그러므로 일반적 심판기간규정과는 별도로 탄핵심판기간에 관한 특별규정을 둘 필요가 있다. 현실적으로 가능한 최단기간(예컨대 30일)을 설정하고 민사소송절차에 따른 집중심리(민사소송법 제272조)를 의무화하는 입법이 필요하다.[108)]

Ⅶ. 관련문헌

강기홍, "3.12 탄핵소추에 대한 헌법적 고찰", 공법학연구 5권 1호(2004. 2).

김종철, "노무현대통령탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토", 세계헌법연구 9호(2004. 6).

김하열, 탄핵제도에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2006.

김현성, "탄핵심판청구 취하에 관한 비판적 고찰", 저스티스 통권98호(2007. 6).

대한변호사협회, "'대통령 탄핵소추'에 관한 토론회", 인권과 정의 통권333호(2004. 5).

문홍주, "탄핵제도", 공법연구 1집(1971. 4).

박일경, 유신헌법, 박영사, 1972.

박종보, "국회의 대정부 통제권—대통령 탄핵을 중심으로", 공법연구 32집 5호(2004. 6).

방승주, "탄핵철회의 법적 허용성", 법률신문 3262호(2004.4).

송기춘, "우리 헌법상 대통령 탄핵제도에 관한 소고", 공법연구 32집 5호(2004. 6).

송기춘, "대통령노무현탄핵심판사건결정의 몇 가지 문제점", 민주법학 26호(2004. 8).

유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1957.

108) 탄핵(소추)되어도 권한행사가 정지되지 않는 미국에서도 1988년 하원이 Bill Clinton 대통령을 탄핵(소추)하자 상원은 모든 의안을 뒤로 미룬 채 탄핵재판을 18일간 집중심리하여 무죄로 판결하였다.

음선필, “독일의 탄핵제도”, 순천향 사회과학연구 7권 2호(2001).
이명웅, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 미국헌법연구 16권 2호(2005. 9).
이상윤, “일본탄핵제도의 헌법적 의의와 과제”, 공법학연구 8권 2호(2007. 5).
이상윤, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 공법학연구 7권 4호(2006. 11).
이승우, “노무현대통령에 대한 탄핵소추의결과 쟁점분석”, 인권과 정의 통권333호(2004. 5).
이승우, “대통령노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석” 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004.
이승우, “현행 탄핵심판제도와 노대통령에 대한 탄핵사유의 부당성”, 민주사회를 위한 변론 통권57호(2004).
이승우·정만희·음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 2001.
장영수, “대통령탄핵의 헌법적 쟁점과 우리의 과제”, 고려법학 42권(2004).
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.
전학선, “프랑스의 대통령 탄핵심판제도”, 헌법학연구 6권 4호(2000. 12).
정만희, “탄핵제도에 관한 비교헌법적 연구”, 동아법학 32호(2003).
정만희, “미국헌법상의 탄핵제도”, 공법연구 30집 1호(2001. 12).
정종섭, “탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권”, 서울대학교 법학 46권 1호(2005. 3).
조영선, “현행 탄핵제도의 문제점과 개선방향”, 민주사회를 위한 변론 통권58호(2004. 5).
조홍석, “탄핵결정의 법리적 음미”, 공법학연구 5권 2호(2004. 5).
차강진, “대통령에 대한 탄핵심판”, 공법학연구 5권 3호(2004. 12).
한수웅, “대통령에 대한 탄핵심판절차”, 헌법학연구 11권 1호(2005. 3).
허　영, “노무현 대통령에 대한 탄핵심판”, 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004.

Berger, Raoul, Impeachment: The Constitutional Problems, Cambridge: Harvard University Press, 1973.
Black's Law Dictionary, 1999.
Gerhardt, Michael J., The federal impeachment process : a constitutional and historical analysis, Chicago: University of Chicago Press, 2000.
Sunstein, Cass R., “Impeaching the President," 147 U. Pa. L. Rev. 279(1998).
Sunstein, Cass R., “Impeachment and Stability”, 67 George Washington L. Rev. 699(1999), 707.

Tribe, Laurence H., American Constitutional Law, vol. 1, NY: Foundation Press, 2000.

Hemmrich, Ulfried, in: von Münch, Ingo von und Kunig, Philip, GG Kommentar, C.H.Beck, München, 1995, Art. 61.

Pernice, Ingolf, in: Dreier, Horst et al., GG Kommentar. Band Ⅱ, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, Art. 61.

Fink, Udo, in: von Mangoldt, Hermann, Klein, Friedrich, Starck, Christian, Das Bonner GG: Kommentar. Band 2, F. Vahlen, München, 2000, Art. 61.

Herzog, Roman, in: Maunz, von Theodor, et al., GG Kommentar, C.H.Beck, München, 2003, Art. 61.



[제4장]

정 부

제1절 대통령

헌법 제66조 · 392
헌법 제67조 · 438
헌법 제68조 · 461
헌법 제69조 · 473
헌법 제70조 · 484
헌법 제71조 · 496
헌법 제72조 · 501
헌법 제73조 · 509
헌법 제74조 · 517
헌법 제75조 · 522
헌법 제76조 · 532
헌법 제77조 · 548
헌법 제78조 · 561
헌법 제79조 · 570
헌법 제80조 · 581
헌법 제81조 · 586
헌법 제82조 · 592
헌법 제83조 · 600
헌법 제84조 · 605
헌법 제85조 · 613





I. 정부형태의 기본유형과 구조

1. 정부형태의 분류와 그 의의

가. 정부형태의 개념

헌법은 국가질서를 전체적으로 규율하는 법이다. 이러한 헌법은 크게 기본권에 관한 사항을 규율하는 내용과 국가조직에 관한 사항을 규율하는 내용으로 나누어진다. 전자는 국가질서 내에서 국민이 어떤 (헌)법적 지위를 가지고 있으며, 이를 어떻게 구체화시키고 관철시킬 수 있는지에 관한 것이라고 한다면, 후자는 국가기관들의 구성과 활동방식 및 권한범위 등을 정하고 있는 것이라고 할 수 있다.

우리가 말하는 정부형태는 이런 의미에서 국가기관들의 구성과 활동방식 등에 관한 전체적 틀을 몇 가지 유형으로 나누어서 정리한 것이라고 할 수 있다. 현대 민주국가에서

국가기관들의 구성과 활동은 입법부-집행부-사법부가 각기 독자적으로 구성되고 또 상호 견제와 균형의 메커니즘을 형성하게 되는 권력분립을 전제하고 있으며, 특히 사법부의 독립은 자유민주적 기본질서의 내용으로 인정될 정도로 중요한 의미를 갖는 것으로 평가된다.

그러나 권력분립이라는 대전제가 유지된다 하더라도 구체적인 국가기관의 구성방식 및 상호관계 등에 관해서는 국가마다, 그리고 헌법마다 적지 않은 차이가 존재할 수밖에 없다. 그리고 이러한 차이는 – 사법부 독립의 원칙으로 인하여 사법부는 일정한 부동성(不動性)을 갖고 있기 때문에 – 입법부와 집행부의 관계에서 나타난다.

결국 정부형태란 국가기관들, 특히 입법부와 집행부 사이에 국가기능 내지 국가권력을 배분하는 유형이라고 할 수 있으며, 이는 권력분립의 구체적 형태가 어떻게 이루어지고 있는지의 문제라고도 할 수 있다.

나. 전통적인 정부형태의 분류와 그 의의

전통적인 정부형태의 분류는 의원내각제와 대통령제의 구별에 기초한다. 즉, 의원내각제와 대통령제, 그리고 양자의 혼합형으로서의 이원정부제를 기본적 유형으로 하며, 이를 각국의 역사적·정치적 상황에 맞춰서 변형시킨 여러 정부형태가 있다고 할 수 있을 것이다.[1)]

의원내각제의 탄생은 영국에서 민주주의가 정치적으로 관철되기 시작한 17세기로 소급할 수 있으며, 대통령제의 탄생은 1787년 미국헌법의 제정에서 비롯되었다. 하지만 당시의 국가론 내지 헌법학에서는 정부형태의 분류를 중요하게 다루지 않았으며, 그보다는 군주국, 귀족국, 민주국의 구조와 성격을 비교하는 국가형태론에 더 큰 비중을 두고 있었다.

그러나 19세기말, 20세기초에 들어와서는 상황이 달라졌다. 영국, 일본 등과 같이 형식적으로 군주제를 존치시키는 국가는 있으나 군주에게 주권이 있다는 의미에서의 군주국가는 더 이상 존재하지 않게 되었으며, 귀족국가 또한 찾아볼 수 없게 되었기 때문이다. 대부분의 국가들은 민주주의를 표방하게 되었고, 그로 인하여 국가형태를 유형으로 나누어 비교할 실익이 크게 감소되었던 것이다.

그 결과 국가론 내지 헌법학의 관심은 국가형태의 비교에서 국가의 내부질서의 비교로 옮겨지게 되었다. 똑같이 민주국가를 표방한다 하더라도, 실제 국가권력의 구성과 운용의

1) 물론 좀 더 상세하게 분류하는 것도 가능하겠지만, 민주국가에서의 권력분립을 전제한 정부형태의 기본유형은 의원내각제와 대통령제, 이원정부제로 압축될 수 있다.

방식에는 나라마다 적지 않은 차이가 있을 수밖에 없다. 이를 비교·검토하는 가운데 한편으로는 각 국가의 정부형태가 갖는 특성 내지 장단점을 밝힐 수 있고, 다른 한편으로는 특정국가의 정부형태 내지 국가권력구조가 갖는 문제점을 정확하게 진단하고 그에 대한 대안을 제시하는 것도 가능하다는 데 정부형태론의 의미가 있는 것이다.

이런 맥락에서 전통적인 정부형태론은 입법부와 집행부의 구성방식 및 활동방식, 상호관계에 초점을 맞추어 의원내각제와 대통령제를 구별하였고, 이를 기초로 정부형태론의 기본적인 틀을 만들게 되었던 것이다.

다. 정부형태의 새로운 분류와 그 한계

전통적인 정부형태론의 구별기준은 오늘날에도 여전히 널리 활용되고 있으며, 이에 따라 정부형태를 분류함에 있어서 의원내각제와 대통령제를 기본모델로 하는 방식이 여전히 많이 활용되고 있다. 그러나 정부형태를 새로운 기준에 따라서 분류하려는 시도도 적지 않다.

예컨대 칼 뢰벤슈타인(K. Loewenstein)은 정부형태를 전제주의적 정부형태와 입헌주의적 정부형태로 구분하였다.

전제주의적 정부형태는 국가권력이 특정한 개인이나 집단에 집중되어 있고, 권력행사에 대한 통제가 없는 통치방식을 지칭하는 것이다. 이러한 정부형태는 개인에 대한 전체의 우월성을 강조하는 「전체주의적 정부형태」와 그보다는 완화된 형태이지만 국민적 정당성의 근거 없이 집권하는 「권위주의적 정부형태」로 다시금 나누어진다고 하였다. 반면에 입헌주의적 정부형태는 기본권의 보장과 권력의 분립이라는 입헌주의적 요소를 갖춘 정부형태로서 이는 다시금 「직접민주제」, 「의회정부제」, 「의원내각제」, 「대통령제」, 「집정부제」 등으로 분류된다고 하였다.

그밖에 파이너(S.E. Finer)의 분류가 많이 소개되고 있는데, 그는 현대적 정부형태를 「자유민주주의국가의 정부형태」, 「전체주의국가의 정부형태」, 「제3세계국가의 정부형태」로 나누고 있다.

이러한 다양한 유형론적 분류는 나름의 의미를 가지고 있다. 그러나 정치학적(비교정치론적)인 관점에서의 분류는 헌법학적 관점에서 볼 때, 그 의미가 크지 않다고 할 수 있다. 헌법학의 관심은 현행헌법의 해석에 모아지는데, 현행헌법과는 전혀 기초가 다른 전제주의적 정부형태를 논하는 실익도 크지 않다. 또한 입헌주의적 정부형태 중에서도 현행헌법상의 정부형태를 이해하는 데 별 도움이 되지 않거나, 현행헌법상의 정부형태에 대한 대안으로서의 가치를 가지지 못하는 것에 대해서는 관심이 낮아질 수밖에 없는 것이다.

2. 의원내각제

가. 의원내각제의 역사적 발전

(1) 로크(J. Locke)의 이권분립론과 영국에서의 의원내각제의 발전

의원내각제의 탄생은 영국의 정치적 발전을 빼고 이야기할 수 없다. 영국에서의 민주주의의 발전, 권력분립의 관철이 의원내각제의 기초가 되었기 때문이다.

17세기의 명예혁명과 이를 정당화시키는 로크의 이권분립론[2]은 국왕의 권력을 제한하는 근거가 되었고, 결과적으로 의회의 국왕에 대한 우위를 기반으로 의회주권론을 확립하는 계기가 되었다. 이후 의회는 정치적 주도권을 장악하였으며, 내각의 구성에 대해서도 직접 관여하는 의원내각제의 형태를 갖추어 나가게 된 것이다.

이러한 영국의 의원내각제는 의회제도의 발달과 더불어 적지 않은 변화를 겪었다. 초기에는 선거권의 제한으로 인하여 소수 귀족들과 신흥자본가들을 중심으로 운영되던 의회가 선거권의 확대를 통해 더욱 민주화되면서 의회의 구성이 민의에 의존하는 바가 이전에 비할 수 없을 정도로 뚜렷해졌을 뿐만 아니라, 대중민주주의의 시대가 열리면서 정당정치가 활성화됨으로써 의회의 구성 및 내각구성의 방식 또한 달라질 수밖에 없었던 것이다.[3]

2) 로크는 그의 저서 「시민정부에 관한 두 논문(Two Treatises of Government, 1690)」에서 권력분립을 강조함으로써 근대적인 권력분립론의 대표적 주장자 가운데 한 사람으로 꼽히고 있다. 그는 국가권력을 성질에 따라 입법권(Legislative Power), 집행권(Executive Power), 동맹권(Federative Power), 대권(Prerogative)으로 나누었다. 그리고 이들의 상호관계에 있어서는 입법권의 최고성을 인정하는 가운데 집행권과 동맹권이 이에 종속하며, 대권은 공공의 복리를 위하여 법률의 구체적 지시 없이 행사되는 것이지만, 실정법에 의하여 제한될 수 있는 것으로 보았다. 이와 같은 로크의 주장은 국가권력을 서로 다른 4개의 국가권력으로 나누어 놓고 있는 것으로 보인다. 그러나 로크는 실질적으로 국가권력의 담당자와 관련해서는 의회와 국왕이라는 두 개의 국가기관만을 염두에 두고 있다. 집행권과 동맹권이 서로 다른 기관에 의해 담당되기 곤란하다는 점을 인정하고, 나아가 대권이 국왕에게 속한다는 점을 수용함으로써 최고의 국가권력인 입법권은 의회가 담당하지만, 집행권과 동맹권, 대권은 국왕이 담당하는 것으로 인정하고 있는 것이다. 이 때문에 로크의 권력분립론은 2권분립론으로 일컬어지고 있다. 하지만 그의 권력분립론이 – 그의 논문에서는 의회와 국왕의 관계를 중심으로 권력분립에 대한 주장이 전개되었을 뿐이었고, 당시 보편화되어 있었던 「보통법의 지배」 내지 이를 기초로 한 사법권의 독자성에 대한 명시적 언급을 포함하지 않고 있었으나, – 사법권의 독자성을 부정한 것으로 이해되기는 어렵다. 그것은 로크의 권력분립론이 모든 국가권력을 전체적으로 조망하여 체계적인 형태로 완성된 것이 아니라, 당시의 정치적 상황 하에서 1688년의 명예혁명을 정당화하는 데 초점을 맞추고 있었다는 점에 기인한 것으로 볼 수 있다.

3) 종래 군주가 집행부를 장악하고 있는 상황에서 내각구성권을 가지고 있는 의회가 내각에 대하여 상대적인 우월성을 가지고 있던 것과는 달리, 다수당에서 내각을 구성하게 된 이후에는 내각이 실질적으로 의회의 다수당을 장악하는 것과 같은 형태로 변화되었기 때문이다.

현재 영국의 의원내각제는 수상[4]이 각료들에 대하여 우월한 지위를 가지고 있으며, 내각이 의회에 대하여 상대적으로 우월한 지위에 있는 것으로 평가된다.

(2) 유럽에서의 의원내각제의 보급: 프랑스, 독일

영국에서 발전된 의원내각제는 민주주의의 보편화 및 의회주의의 보급과 더불어 프랑스, 독일 등 주변국가로 전파되었으며, 그밖에 전세계의 영연방국가들에도 영향을 미쳤다. 그리고 의원내각제는 일본, 이스라엘 등의 국가에서도 도입되어 전세계적으로 가장 성공적인 정부형태의 하나로 평가되고 있다. 특히 프랑스와 독일에 전파된 의원내각제는 자국의 정치문화에 부합하는 변화를 거쳐서 영국의 의원내각제와는 상당히 구별되는 독자적인 형태로 발전되었다.

현재 프랑스의 정부형태는 제3공화국 및 제4공화국 의원내각제에 대한 반작용이라고 할 수 있다. 당시에는 국민에 의하여 직접 선출된 의회의 민주적 정당성이 높이 평가되었던 반면에, 의회에 의해 구성된 내각은 의회의 권위에 억눌려 있던 상황이었다. 그 결과 의회는 내각불신임권을 자주 행사했지만, 내각은 그에 대응하는 의회해산권을 행사할 엄두조차 내기 어려운 형편이었고, 결과적으로 정국의 불안정이 초래되었다.

이러한 의원내각제 하에서의 강한 의회와 약한 정부의 구조로 인한 문제점을 극복하기 위하여 제5공화국 헌법이 탄생되었는데, 이는 집행부를 이원화시킴으로써 의회에 책임을 지는 내각 이외에 의회의 통제로부터 벗어나 있는 대통령을 통해 강력한 집행부를 구성하는 것이었다. 프랑스 제5공화국 헌법은 이를 위해 의원내각제와 대통령제를 혼합함으로써 이원정부제(二元政府制) 또는 반대통령제(半大統領制) 등으로 지칭되고 있다.

반면에 독일의 경우에는 바이마르 공화국 당시의 변형된 의원내각제[5]의 실패를 거울삼아 의원내각제의 기본구조를 분명히 하는 대신에 정치적 안정을 확보하기 위하여 몇 가지 새로운 요소를 도입하였다. 무엇보다 바이마르 헌법의 실패를 거울삼아 연방대통령에게

4) 최근 국내에서는 의원내각제의 '수상'을 '총리'라는 이름으로 부르는 경우가 많다. 그러나 의원내각제의 수상은 「집행부의 실질적 수반」이라는 점에서 국내의 국무총리와는 구별되어야 한다. 그렇기 때문에 의원내각제의 '수상'을 '총리'로 부르는 데에는 문제가 있다고 보인다.

5) 바이마르 공화국의 정부형태는 의원내각제를 기본으로 하였지만, 몇 가지 점에서 의원내각제의 기본구조를 벗어나고 있었다. 대통령을 국민의 직선으로 선출하며, 평상시에는 의원내각제의 방식으로 운영하되, 비상사태가 선포된 경우에는 대통령이 전권을 가지고 국정 전반을 통솔하도록 하고 있었던 것이다. 그 때문에 바이마르 공화국의 정부형태를 변형된 의원내각제, 또는 (프랑스의 이원정부제와는 다른 의미에서) 이원정부제로 지칭하는 것이다.

강력한 권한을 부여하는 것을 피하고 형식적 국가원수로서의 지위를 인정하는 것으로 방향이 바뀌었다.[6] 이를 위하여 연방대통령을 국민이 직접 선출하는 대신에 의회를 통한 간접 선거의 방식이 선택되었고,[7] 연방대통령의 수상임명[8]도 연방의회에서 지명된 후보자를 임명하는 형식적 행위로 변화되었다.[9]

그밖에 연방의회의 연방수상에 대한 불신임권[10]과 연방수상의 연방의회 해산권[11]이 인정되고 있다는 점에서는 전통적인 의원내각제의 기본구조를 유지하고 있으나, 연방의회의 불신임 방법을 "연방의회가 그 의원의 과반수로써 후임자를 선출하고 연방대통령에게 연방수상의 해임을 건의하는 방식으로써만"[12] 가능하도록 한정시키는 이른바 건설적 불신임제도를 창출함으로써 바이마르 공화국 당시와 같은 의회의 내각불신임권 남용으로 인한 정국의 불안정을 예방하고 있다.[13]

나. 의원내각제의 기본구조

(1) 입법부와 집행부의 공화관계

대통령제와 의원내각제는 그 출발점에서부터 차이를 보인다. 의원내각제는 17-18세기 영국의 정치현실에 기초하여 고안된 것으로 의회주권에 기초한 의회중심적 정부형태라는 특성을 갖는다. 의원내각제는 의회와 집행부의 구성 및 활동을 엄격하게 분리·독립시키는 대통령제와는 달리 의회가 국정운영의 실질적인 중심에 서는 정부형태인 것이다.

의원내각제는 삼권의 엄격한 분립에 기초하여 독립된 기관간의 철저한 견제와 균형에

6) 그러나 헤렌킴제 헌법초안 작성과정에서 연방대통령에게 단순히 형식적 국가원수로서의 지위뿐만 아니라 중립적 권력으로서의 일정한 역할을 부여하고자 하는 논의가 있었으며(Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchimsee vom 10. bis 23. August 1948, S.41), 그 결과 연방대통령의 헌법상 지위를 해석함에 있어서는 아직도 논란이 없지 않다. 하지만 현재 독일의 연방대통령의 지위가 바이마르 당시의 대통령과는 근본적으로 다르다는 점에 대하여는 이론의 여지가 없다.

7) 독일 기본법 제54조.

8) 독일 기본법 제63조 제2항.

9) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchimsee vom 10. bis 23. August 1948, S.42 참조.

10) 독일 기본법 제67조.

11) 독일 기본법 제68조.

12) 독일 기본법 제67조 제1항.

13) 독일의 의원내각제 정부형태에 관한 상세한 것은 장영수, "독일식 의원내각제의 한국적 적용", 헌법학연구 5집 1호(1999.5), 37-62 참조.

서 출발하는 대통령제와는 달리 책임정치의 사상에 보다 철저하다. 그로 인하여 국민적 정당성을 갖는 의회에서 내각을 구성함으로써 의회와 내각은 각기 분리·독립되지만 내적인 상호연관성을 갖는 체제로 발전되었다. 의원내각제는 국민의 선거에 의해 부여된 정당성을 기초로 의회 내의 다수파가 정권을 획득하며, 그 다수파가 내각을 구성하여 정부를 운영하게 된다는 점에서 의회 내의 다수파와 정부가 필연적 연관성을 갖는 구조로 형성된 것이다.

따라서 의원내각제 정부형태는 입법부와 집행부의 공화관계를 그 기초로 한다는 특성을 갖는다. 대통령제가 분리와 독립을 강조하는 가운데 의회와 정부가 각기 독자적인 정당성을 국민으로부터 부여받아서 독자적인 활동을 하도록 하는 반면에, 의원내각제는 의회와 정부의 공화·협력에 비중을 두며, 국민에 의해 부여된 민주적 정당성이 의회를 매개로 해서 정부로 연결된다는 점을 강조한다.

(2) 집행부의 이원적 구조

의원내각제는 집행부를 구성하는 방식에서 대통령제와는 구별되는 특징을 가진다. 대통령제 하에서의 대통령은 개인적 대표로서 자신의 의사결정을 통해 국가질서형성의 방향을 설정하는 반면에, 의회는 각기 다양한 계층, 다양한 집단 및 지역의 국민에 의해 선출된 다수의 의원들이 국민의 의사를 제각기 수렴하여 이를 표현하고 또 조정하는 집단적 대표이다. 그렇기 때문에 의회는 한편으로는 신속한 국가사무의 처리에는 단점을 보이지만, 국민의 다양한 의사를 다각도로 반영시키는 민주성의 측면에서는 대통령보다 더 뛰어날 수 있다.[14)]

또한 입법부와 집행부의 구성에 있어서 대통령제는 상호 독립의 원칙에 기초하여 각기 국민의 선거에 의한 구성을 원칙으로 하는 반면에, 의원내각제의 경우에는 의회의 다수당이 내각을 구성함으로써 상호협력적 관계의 기초가 마련되고 있다. 그 결과 대통령제 하에서는 대통령이 국가원수의 역할까지 담당하는 것이 보통이지만, 의원내각제의 경우에는 내각의 수반인 수상과 형식적 국가원수(왕 또는 대통령)로 집행부가 이원화되는 경향이 나타나고 있다.

14) 대통령제 정부형태는 개인적 대표인 대통령의 리더쉽에 크게 의존하는 반면에, 의원내각제 정부형태는 집단적 대표인 의회의 민주성을 중심으로 움직이고 있는 것이다.

(3) 입법부와 집행부의 평등과 균형

의원내각제가 의회주권을 인정하는 영국에서 발전되었다고 할지라도 권력분립의 원리에 기초하여 의회와 집행부의 분립 및 균형은 중요시되었다. 그렇기 때문에 의원내각제에서도 입법부와 집행부 사이의 평등과 균형은 강조되고 있다.

먼저 입법부와 집행부의 활동에 있어서 평등과 균형이 요구된다. 의원내각제는 입법부가 집행부의 구성과 활동에 대하여 폭넓은 관여를 할 수 있는 반면에, 정부의 각료도 의원의 자격을 가지고 의회의 활동에 직·간접의 영향을 미칠 수 있는 구조를 가지고 있는 것이다. 즉 의원내각제는 국회의원과 집행부각료의 겸직 및 의회와 내각의 광범위한 상호관여를 허용함으로써 협조를 통한 국정수행이 가능하도록 하고 있다는 특징을 가지는 것이다.

나아가 입법부와 집행부의 존속에 있어서도 평등과 균형은 강조된다. 상호 독립의 원칙이 강조되는 대통령제와는 달리 「의회의 내각불신임권」과 「내각의 의회해산권」이 동시에 인정되고 있음으로 인하여, 한편으로는 입법부와 집행부가 상대의 존속에 직접적인 영향을 미칠 수 있지만, 다른 한편으로는 그러한 강력한 권한이 어느 한쪽으로 치우치지 않도록 요구되는 것이다.

다. 의원내각제의 장·단점과 현실적 성공조건

의원내각제에 대하여는 ① 입법부와 집행부의 협조에 의한 신속한 국정처리, ② 능률적·적극적인 국정수행, ③ 책임정치의 실현 등이 장점으로 이야기되는 반면에 ① 정당정치에 치우칠 우려 및 견제장치의 부재, ② 군소정당난립의 경우 정국의 불안정, ③ 정쟁이 격화될 우려 등이 단점으로 지적된다.

그러나 의원내각제의 실제 운영과 연계되지 않은 채 이와 같이 피상적으로 장단점을 논의하는 것은 현실과 맞지 않는 도식적 사고에 빠져들기 쉽다. 예컨대 정당정치가 제대로 발달되지 못한 국가에서는 의원내각제를 도입해도 그 장점이 제대로 발현되기 어려울 것이며, 독일처럼 건설적 불신임제도 등 다양한 대안을 마련한 경우에는 그 단점도 상당 부분 예방될 수 있을 것이기 때문이다. 따라서 의원내각제의 장·단점에 대한 평가는 의원내각제의 현실적 성공조건에 대한 검토로 대신하는 것이 더 바람직하다고 할 수 있을 것이다.

이렇게 볼 때, 의원내각제는 정치적 타협과 조정의 정치문화가 뿌리를 내리고, 정당정치 내지 의회정치의 기초가 마련되어 있을 것을 성공조건으로 한다고 할 수 있다. 이러한 조건들이 갖추어지지 않은 상황에서는 의원내각제가 제대로 실현될 수 없으며, 그 장점

또한 발현되기 어렵다. 하지만 그런 조건이 갖춰진 경우에는 국민의 다원적 의사를 국가의사로 반영시키는 훌륭한 정치제도로 기능할 수 있다.[15)]

3. 대통령제

가. 대통령제의 역사적 발전

(1) 몽테스큐(Montesquieu)의 3권분립론과 미국에서의 대통령제의 발전

대통령제는 1787년 미국헌법의 제정을 통하여 탄생된 것이다. 미국헌법의 제정자들은 한편으로는 영국의 헌정사에서 민주주의 및 법의 지배의 발전에 관한 중요한 교훈을 얻었지만, 다른 한편으로는 영국식의 정치체제에 대한 강한 반발 내지 불신도 가지고 있었다. 그로 인하여 많은 부분 영국의 민주주의로부터 영향을 받으면서도 영국과는 구별되는 독특한 정치체제를 창안하게 되었던 것이다.

미국헌법에 의해 창안된 대통령제는 몽테스큐의 삼권분립론[16)]에 가장 충실한 정부형태로 일컬어진다. 몽테스큐의 삼권분립론이 군주세력, 귀족세력, 시민세력의 병존을 전제로 이들의 견제와 균형을 통한 권력분립을 주장했던 것과는 달리 미국의 경우 군주세력과 귀족세력은 존재하지 않았다. 그러나 미국헌법의 제정자들은 의회주권을 통해 의회의 절대적 우월성을 인정했던 영국식 의원내각제에 대한 불신으로 인하여 의회를 통제할 수 있

15) 이에 관하여 상세한 것은 장영수, "대통령제의 대안으로서의 의원내각제 – 그 장단점과 한국에서의 적용을 위한 전제", 고려법학 제39집, 2002.11, 89-112(105 이하) 참조.

16) 몽테스큐는 모든 국가에 세 가지 종류의 국가권력이 있다고 생각하였다. 즉 입법권, 국제법에 속하는 사항의 집행권(=집행권), 시민법에 속하는 사항의 집행권(=사법권)이 있다는 것이다. 그의 주장에 따르면, 입법권에 의하여 일시적 또는 항구적인 법률을 제정, 개정, 폐지할 수 있으며, 국제법에 속하는 사항의 집행권(=집행권)에 의하여 선전(宣戰), 강화(講和), 외교사절의 교환, 질서의 유지 및 외적의 침략을 예방할 수 있다. 그리고 시민법에 속하는 사항의 집행권(=사법권)에 의하여 죄를 처벌하고 개인의 쟁송을 심판하게 된다. 이에 관하여는 몽테스큐(이영희 역), 법의 정신, 1976, 192쪽(제2부 제6장, 영국의 국가구조) 참조. 몽테스큐가 국가권력을 이와 같이 세 가지로 나누었던 것은 당시에 현존했던 군주세력, 귀족세력, 시민세력의 상호 견제와 균형을 염두에 두었던 것으로 이해된다. 그는 국가권력을 입법권, 집행권, 사법권으로 나누었을 뿐만 아니라, 이를 각기 다른 국가기관이 담당하도록 함으로써 시민의 정치적 자유를 확보하는 것이 권력분립의 의의라는 것을 분명히 하고 있기 때문이다. 입법권과 집행권, 사법권을 분리시켜 놓는 정치체제, 즉 어느 권력도 다른 권력과 결합하여 자의적·폭정적으로 통치할 가능성이 없도록 하는 제한정체가 바람직하다고 주장하고 있는 것이다.이와 같은 몽테스큐의 주장을 통해 입법권, 집행권, 사법권으로 나누어지는 권력분립의 기본적인 틀이 마련되었을 뿐만 아니라, 국가권력(내지 그 배후에 있는 여러 정치세력) 상호간의 견제와 균형을 강조함으로써 근대적인 권력분립의 완성을 보여주고 있다. 이러한 몽테스큐의 권력분립이론은 미국의 대통령제에 의하여 가장 잘 구체화되고 있는 것으로 평가되고 있다.

는 권력분립을 추구하였다.[17] 이를 위하여 – 몽테스큐의 모델에 유사하게 – 국민이 선출한 대통령이 군주에 대신하여 집행권을 담당하도록 하며, 의회의 구성이 국민의 보통선거에 맡겨져 있는 대신에, 연방대법원은 종신직인 대법관들로 구성되도록 함으로써 이들이 의회와 대통령의 영향을 벗어나는 독자적인 세력이 될 수 있도록 하였던 것이다.

초기의 미국헌법은 시민의 자유를 보호하기 위하여 작은 정부를 지향하면서 연방정부의 권한을 매우 제한적으로 인정하였으며, 실질적인 권한은 주(州)에 더 많이 부여하였다. 그러나 미국의 대통령제도 지난 200여년의 역사를 통해 적지 않은 변화를 겪었다. 초기에는 연방의 권한 자체가 미약했기 때문에 연방대통령의 역할과 비중 또한 제한적이었지만, 점차 연방의 권한이 강해지고 상대적으로 주(州)의 독립성이 약해지면서 연방대통령의 권한 또한 강화되었다. 그런 가운데 연방대통령과 연방의회, 연방대법원 사이의 세력균형을 유지하기 위한 노력은 계속되어서 미국의 대통령제는 권력의 분리와 독립을 통한 견제와 균형의 이념에 가장 충실한 정부형태로 평가되고 있다.

(2) 신생독립국들에서의 대통령제의 보급

미국의 대통령제는 제2차 세계대전 이후 아시아와 남미, 아프리카의 신생독립국들에 광범위하게 보급되었다. 서구열강에 의해 식민지 통치를 받았던 신생독립국들이 해방과 더불어 독자적인 정부형태를 선택하는 방식은 크게 두 가지 유형으로 나누어질 수 있다.

첫째, 식민지배의 기간이 비교적 길었고, 체계적인 정치질서를 식민지시대를 통해 습득하였던 국가의 경우에는 독립 이후에도 과거의 정치체제를 그대로 유지하는 경향이 컸다. 영연방국가들이 식민지 상태에서 독립한 이후에도 대부분 의원내각제를 채택한 것이나, 미국의 식민지였던 필리핀에서 대통령제를 채택한 것 등이 그 예가 될 것이다.

둘째, 식민지배의 기간이 비교적 짧거나 식민통치가 체계적인 정치과정 없이 억압을 통해 이루어진 경우에는, 식민지였던 당시의 정치체제와 무관하게 정부형태를 선택하였는데, 이러한 경우 대통령제를 선택하는 경향이 강했다. 그 원인으로는 세계적 강대국인 미국의 정치적·경제적·문화적 영향력이 큰 역할을 하였던 점, 그리고 식민지배 이전의 정치체제인 왕정에 비교적 유사하다는 점을 들 수 있다.[18]

17) 미국헌법의 제정자들이 대통령제를 창안한 가장 중요한 이유의 하나가 바로 의원내각제에서 나타날 수 있는 의회주권적 정치구조에 대한 불신이라고 할 수 있다. 그렇기 때문에 의회의 다수라고 하더라도 모든 일을 좌지우지할 수는 없도록 하고, 엄격한 견제와 균형의 틀 안에서 충분히 통제될 수 있도록 만들어야 한다는 것이 미국에서 대통령제를 만들 당시에 가장 많이 고려되었던 것이다.

18) 뒤집어 말하자면, 의원내각제의 정부형태는 정당정치가 어느 정도 확립된 것을 전제하는 것이었기 때문에 신생독립국들에게 상당히 낯선 제도였다는 점이 문제되었던 것이다.

이처럼 신생독립국들에 대통령제가 광범위하게 보급되었지만, 그 결과는 만족스럽지 못한 것이었다. 민주주의와 법치주의의 이념이 뿌리내리지 못하고, 현실정치의 측면에서도 권력분립적 기초가 확보되지 못한 상태에서 대통령제의 외적 형태만을 답습한 결과 대통령의 독재로 귀결된 경우가 대부분이었기 때문이다.

나. 대통령제의 기본구조

(1) 입법부와 집행부의 상호독립

대통령제 정부형태는 의원내각제와 달리 입법부와 집행부를 엄격하게 분리시키고, 그럼으로써 입법부와 집행부의 공화적 관계보다는 상호독립성을 더욱 강조하는 정부형태이다. 이러한 입법부와 집행부의 상호독립성은 대통령제 정부형태의 가장 기본적인 특성이라고 할 수 있다.

입법부와 집행부의 구성은 독립적이다. 의회에 의하여 집행부가 구성되는 의원내각제와는 달리 대통령제 하에서는 입법부와 집행부가 각기 국민의 선거에 의하여 별도로 구성된다. 국민의 일차적 대표자인 의회가 국민의 선거에 의해 구성되는 것은 당연하지만, 집행부의 수반인 대통령을 국민의 선거를 통해 선출함으로써 독자적인 민주적 정당성을 확보하는 것은 집행부가 의회로부터 독립하여 활동하기 위한 중요한 기초가 되는 것이다.

입법부와 집행부의 활동도 독립적이다. 대통령제 정부형태에서는 입법부와 집행부가 각기 국민의 선거에 기초하여 독자적으로 구성되고, 원칙적으로 구성원의 겸직을 금지함으로써 양 기관의 독립적인 활동을 가능하게 할 뿐만 아니라, 각 기관에 부여된 정당성에 근거하여 각자 입법활동과 집행활동에 전념하도록 하고 있다. 즉, 각자 입법활동과 집행활동에 대해서는 독자적인 권한을 인정하며, 단지 권한의 남용에 대한 통제권만을 서로 행사할 수 있도록 하는 것이다.[19]

나아가 입법부와 집행부의 존속에 있어서도 독립성이 인정된다. 의원내각제의 경우에는 의회의 내각불신임권, 내각의 의회해산권이 인정됨으로써 의회와 내각이 서로의 활동은 물론 존립에 대해서까지 직접 영향력을 행사할 수 있다. 반면에 대통령제에서는 이러한 내각불신임권이나 의회해산권이 인정되지 않음으로 인하여 각자 국민에 대해서만 책임을 지면서 임기 동안 독립적으로 활동할 수 있도록 하고 있는 것이다.[20]

19) 그렇기 때문에 의회의 입법활동에 대해서 정부가 직접 개입하는 법률안제출권은 인정되지 않으며, 단지 의회의 입법권 남용을 막기 위한 최소한의 통제장치로서 법률안거부권만이 인정된다.

20) 물론 임기 중에도 상호 견제와 균형을 위한 제도적 장치들은 가동된다.

(2)집행부의 일원적 구성

대통령제 하에서는 – 의회가 내각의 구성에 관여함으로써 내각의 수반인 수상과 형식적인 국가원수(왕 또는 대통령)가 이원화되는 의원내각제와는 달리 – 대통령이 집행부의 수반일 뿐만 아니라 국가원수를 겸직하는 것이 일반적이다.

이처럼 대통령제가 일원적인 집행부를 특징으로 하는 것은 대통령의 지위가 의원내각제의 수상과는 다르기 때문이다. 의원내각제의 수상은 의회의 다수파에 의해 선임되는 인물이기 때문에, 만일 수상이 국가원수로서의 지위를 겸할 경우에는 수상이 의회와 집행부를 모두 장악하는 결과가 될 우려조차 없지 않다. 이러한 우려를 불식시키기 위하여 집행부를 이원화시킴으로써 수상의 영향력을 감소시키고, 의회와 내각이 대립할 경우에 국가원수가 이를 조정할 수 있도록 하는 정치체제가 만들어진 것이다.

반면에 대통령제는 국민에 의해 정당성을 부여받은 대통령이 집행부를 구성할 뿐만 아니라, 동시에 국가원수로서의 지위를 가지고 있는 것이 일반적이다. 의원내각제와는 달리 원칙적으로 의회가 집행부의 구성에 관여하지 못하게 되어 있으므로 집행부가 일원적으로 구성되며, 그에 따라 대통령이 국가원수로서의 역할도 함께 담당하는 것이다.

(3) 입법부와 집행부의 상호 견제와 균형

대통령제의 특징인 입법부와 집행부의 상호독립은 그 구성과 활동에 있어서의 독자성을 의미한다. 대통령제에서는 의회와 대통령이 각기 국민에 의해 선출된다. 뿐만 아니라 입법기능은 의회가, 그리고 집행기능은 정부가 각기 독자적으로 행사할 수 있는 것이다.

그러나 이러한 활동의 독자성이 입법 및 집행에 관한 절대적인 권한 내지 무제한적 권한으로 이해될 수는 없으며, 오히려 입법부와 집행부가 상호 견제와 균형의 체계를 갖추는 것이 권력분립의 기본적 요청이라고 할 수 있다. 다만, 내부적 과정과 절차에 대해서는 원칙적으로 간섭할 수 없으며, 그 결과에 대한 통제를 가능하게 하도록 함으로써 활동의 독자성과 상호통제라는 두 가지 요청을 조화시키는 것이다.[21)]

21) 예컨대 의회는 법률안의 제안과 심의, 의결에 관한 독자적인 활동을 하며, 이러한 입법과정이 의회 내에서 진행되는 동안 정부는 이에 관여할 수 있는 법적 권한을 갖지 못한다. 다만 의회 내의 절차가 완료된 후에 법률안거부권을 통해 그 결과에 대한 통제를 가할 수 있을 뿐이다. 반면에 정부에 대한 의회의 통제는 훨씬 광범위하게 인정되고 있다. 그것은 행정국가화 현상 등에 의하여 정부의 권한이 확대·강화되는 만큼 그에 대한 통제의 필요성이 커졌기 때문이라고 할 수 있다. 그 결과 대통령의 인사권에 대한 의회의 인준은 법률안에 대한 거부권과 유사하게 대통령의 지명 후에 행해지지만, 정부의 활동에 대한 각종 재정적 통제의 강화, 행정입법에 대한 의회통제의 강화 등은 – 비록 정부의 내부적 활동에 대한 직접적 통제는 아니지만 – 사실상 정부의 활동을 제약하는 측면을 갖게 된다.

즉, 대통령제 하에서는 상호독립의 요청에 따라 원칙적으로 정부의 법률안제출권이 배제되고 겸직이 금지된다. 반면에 정부가 법률안거부권을 통하여 의회의 입법작용을 통제하고, 의회는 각종 대정부통제권(특히 재정에 관한 통제권)을 보유함으로써 상호 균형을 이루는 가운데 효율적인 견제가 가능하도록 하고 있다.

다. 대통령제의 장단점과 성공조건

대통령제는 ① 집행부의 안정, ② 의회 다수파에 의한 횡포의 방지 및 졸속입법의 방지 등과 같은 장점을 갖는 반면에 ① 대통령의 독재화 경향, ② 국정의 통일적 수행의 어려움, ③ 의회와 집행부가 대립할 경우 조정의 어려움 등의 단점을 갖는다고 이야기된다.

그러나 대통령제의 장단점을 구체적인 제도 운영 및 그 전제조건과 무관하게 추상적으로 논하는 것은 현실성이 없다. 대통령제는 아직 정당정치 내지 의회정치가 충분히 발전되지 못한 상황에서도 정부를 의회로부터 상당히 독립시킴으로써 국가기능의 안정적 수행을 가능케 하는 장점이 있는 반면에 독재에 치우칠 우려가 있다. 따라서 대통령제는 대통령이라는 개인의 정치적 리더쉽이 강력하게 작용할 수 있는 정치문화에서 성공할 수 있다. 이러한 대통령제의 특성과 우리의 역사적 경험 및 정치적 문화를 배경으로 대통령제가 현실 속에서 갖는 장단점을 검토할 때 비로소 장단점에 관한 논의가 현실성을 가질 수 있는 것이다.

이렇게 볼 때, 대통령제가 우리의 정치문화에서 갖는 장점은 무엇보다 국민들에게 익숙하며, – 적어도 아직까지는 – 그 왜곡의 경험 때문에 배척되기보다는 개선을 통해 바로잡아질 수 있는 정치제도로 인식되고 있다는 점, 그리고 그 문제점들을 정치인들이나 학자들만이 아니라 일반국민들까지 잘 알게 되었을 뿐만 아니라 그에 대한 대응방법, 즉 대통령의 권력남용에 대한 통제의 필요성과 가능성에 대해서도 상당히 잘 알게 되었다는 점이다. 그것이야말로 지난 50여년간 대통령제를 중심으로 한 정치적 소용돌이 가운데서 피와 땀으로 얻은 훌륭한 교훈이라고 할 수 있을 것이다.[22)]

22) 현실적으로 권위주의적 정치문화가 완전히 극복되지 않은 우리의 상황에 비추어 볼 때 대통령중심의 비정상적 권력집중을 배제하는 데에는 적지 않은 어려움이 있다. 그러나 대통령의 독재에 대한 지난 수십년의 경험에 기초하여 우리 국민은 이에 대한 적지 않은 법적·제도적 통제장치를 발전시켜 왔으며, 특히 대통령의 5년 단임제(헌법 제70조) 및 이를 변경하는 헌법개정의 효력제한(헌법 제128조 제2항)은 매우 중요한 권력통제수단으로서 나름의 실효성을 발휘해 왔다. 다만 최근에는 대통령의 장기집권 위험성이 줄어들고, 책임성 있는 업무수행의 요청이 강조됨에 따라 대통령의 임기를 4년 중임제로 바꾸는 것이 바람직하다는 견해도 강력하게 제기되고 있다.

그러나 우리의 정치문화는 아직까지도 정치적 노선이나 신념체계, 그리고 이를 반영하고 있는 정당조직을 통해 대변되기보다는 오히려 개인의 카리스마나 정치적 지도력을 중심으로 이합집산을 거듭하는 단계를 벗어나지 못하고 있다. 이러한 현실은 대통령에의 권한집중이 – 실정헌법의 조문과 상관없이 – 언제라도 다시금 강화될 수 있다는 가능성을 보여주고 있으며, 대통령제의 잠재적 위험성을 보여주는 것이기도 하다. 따라서 우리의 정치문화 속에서 대통령제가 성공적으로 발전·정착될 수 있는지의 문제는 대통령에 대한 충분한 통제장치를 마련하여 권력의 남용을 억제할 수 있는지에 달려 있다고 할 수 있다.

4. 의원내각제와 대통령제의 혼합형

가. 의원내각제와 대통령제의 변형과 혼합형

영국과 미국에서 각기 탄생·발전된 의원내각제와 대통령제는 지난 수세기 동안 많은 변화를 겪었다. 그 결과 17–18세기 당시 영국의 의원내각제와 오늘날 영국의 의원내각제를 같은 제도라고 보기 어려울 정도이며, 마찬가지로 미국헌법 제정 당시의 대통령제와 오늘날 미국의 대통령제도 적지 않은 차이를 보이고 있다.

그럼에도 불구하고 의원내각제와 대통령제는 서로를 구별해주는 본질적인 징표들을 가지고 있다. 예컨대 의회에 의한 내각의 구성, 집행부의 이원적 구성, 의회의 내각불신임권, 내각의 의회해산권 등은 의원내각제의 본질적인 징표이며, 의회와 대통령을 각기 국민의 선거로 선출하는 것, 집행부의 일원적 구성, 내각불신임권 및 의회해산권의 부인 등은 대통령제의 본질적 징표라고 할 수 있다.

그러나 원형 그대로의 의원내각제와 대통령제가 영국이나 미국에도 존재하지 않는 것처럼, 세계 각국의 헌법에 도입되고 있는 의원내각제나 대통령제 정부형태도 영국이나 미국과는 다른 특징들을 가지고 있는 경우가 적지 않다. 즉, 각국의 정부형태는 영국이나 미국의 정부형태 모델을 그대로 수용하지 않고 나름의 변형을 거쳐서 받아들이고 있는 경우가 많은 것이다.

이러한 변형의 원인으로는 여러 가지를 들 수 있지만, 양 제도의 장점을 결합시키려는 시도가 그 중요한 원인 중의 하나라고 할 수 있다. 예컨대 대통령제를 기본으로 한 정부형태를 취하면서도 의원내각제적 요소를 가미함으로써 대통령의 독주를 막는 등의 방법이 이용되고 있는 것이다. 하지만 한 걸음 더 나아가 양자의 요소를 거의 대등하게 결합시킴으로써 단순한 변형을 넘어서는 혼합형으로 지칭되는 정부형태도 있다.

나. 이원정부제

(1) 이원정부제의 개념과 구조

이원정부제란 의원내각제의 요소와 대통령제의 요소가 거의 대등하게 결합되어 있는 정부형태를 지칭한다. 즉, 단순히 변형된 형태의 의원내각제 또는 대통령제로 부르기 힘들 정도로 원형으로부터 많이 벗어나 있을 뿐만 아니라, 의원내각제와 대통령제의 어느 한쪽으로 환원시키기 어려울 정도로 다른 쪽의 요소를 많이 가지고 있는 정부형태를 일컬어 이원정부제라고 부르는 것이다.[23)]

이러한 이원정부제는 집행부를 대통령과 내각이라는 두 개의 서로 다른 국가기관이 나누어서 담당하고 있다는 점에서 집행부의 이원성을 특징으로 한다.[24)] 이원정부제 하에서의 대통령은 국민에 의해 직접 선출된다는 점에서 대통령제와 유사하고, 내각의 수상은 의회 다수파에 의하여 선임된다는 점에서 의원내각제와 유사하다.

국민에 의해 선출된 대통령은 국가원수로서의 지위와 더불어 집행권의 일부를 담당하며, 특히 외교·국방·안보 등에 관한 사항을 관장하고, 의회에 대하여 책임을 지지 않는 것이 일반적이다. 이를 통해 집행부가 의회로부터 독립하여 안정성을 확보할 수 있다는 대통령제의 장점을 살리는 것이다. 반면에 수상은 국내정치 및 그밖의 행정에 관한 사항을 담당하며, 의회에 대하여 책임을 짐으로써 의원내각제의 장점인 책임정치의 측면을 유지하고 있다.

(2) 이원정부제의 유형

이원정부제는 크게 두 가지 유형으로 나누어질 수 있다.

첫째는 바이마르 공화국이 채택하였던 이원정부제로서 평상시에는 의원내각제의 구조를 가지고 내각의 수반인 수상이 집행권을 행사하며 의회에 대하여 책임을 지지만, 비상시에는 대통령이 집행권을 전적으로 행사할 수 있는 정치체제이다. 즉 평상시의 의원내각



23) 어떤 경우에 이처럼 양쪽의 요소가 거의 대등하게 나타나고 있는지에 대해서는 논란의 여지가 있다. 예컨대 바이마르 공화국의 정부형태에 대해서도 이원정부제로 분류하는 학자가 있는가 하면, 변형된 의원내각제로 보는 견해도 있다(바이마르 공화국 당시의 독일에서는 이러한 견해가 지배적이었다). 또한 프랑스 제5공화국의 정부형태에 대해서도 이를 이원정부제로 분류하는 견해가 있는가 하면, 신대통령제 또는 반대통령제로 지칭하는 학자들도 있다.

24) 이러한 집행부의 이원성은 대통령이 형식적인 국가원수로서의 지위만을 갖는 것이 아니라 실질적인 집행권의 담당자로서의 권한을 갖는다는 점에서 의원내각제와 구별된다.

제와 비상시의 대통령제를 결합시킨 것이다. 그럼으로써 평상시에는 의원내각제의 민주성을, 비상시에는 대통령을 중심으로 한 강력한 리더쉽을 기대하였던 것이다.[25)]

둘째는 프랑스 제5공화국이 채택하고 있는 이원정부제로서 평상시부터 대통령과 내각의 권한이 분장되는 정부형태이다. 의회의 강력한 영향력으로 인한 내각의 불안정이 정국 전반의 불안정으로 연결되지 않도록 하기 위하여 대통령에게 의회에 대한 책임으로부터 벗어나서 강력한 리더쉽을 발휘할 수 있는 권한을 부여하였던 것이다. 이처럼 대통령제의 대통령과 의원내각제의 수상을 결합시킨 정치체제이기 때문에 이원정부제로 분류되지만, 대통령의 강력한 권한 때문에 신대통령제 또는 반대통령제로 지칭되기도 한다.

(3) 이원정부제의 장단점

의원내각제와 대통령제를 결합시킨 이원정부제는 대통령제와 의원내각제의 장단점도 공유하고 있다.

먼저 장점으로는 ① 의원내각제적 운영을 통해 입법부와 집행부의 유기적인 협조 및 공화관계를 형성하고 책임정치를 실현할 수 있다는 점, ② 그리고 정치적 불안정이 문제되는 상황에서는 대통령의 강력한 리더쉽으로 안정된 국정의 운용이 가능하다는 점을 들 수 있다. 반면에 단점으로는 ① 대통령의 권한행사에 대한 내각과 의회의 통제가 약하고, 대통령의 독재화에 대한 견제장치가 별로 없다는 점, ② 대통령의 리더쉽이 약화될 경우에는 정국의 불안정이 야기될 수 있다는 점을 들 수 있다.

결국 이원정부제는 의원내각제와 대통령제의 장점을 고루 갖추고 있는 반면에 단점도 모두 가지고 있는 것이다. 따라서 현실적으로 중요한 것은 장점을 발현시킬 수 있는 조건을 갖추는 것이며, 그렇지 않은 상황에서는 이 제도의 도입이 오히려 위험할 수 있다. 바이마르 공화국이 그러했듯이 의원내각제와 대통령제의 장점을 결합시키려고 만든 제도가 결과적으로는 단점의 결합으로 나타날 수도 있기 때문이다.

25) 그러나 결과는 반대로 나타났다. 평상시에는 리더쉽의 부재로 인한 정국 혼란이, 비상시에는 대통령의 독재가 바이마르 공화국의 몰락을 부채질하였던 것이다.

II. 헌법 제66조의 연혁과 정부형태의 변천

1. 제헌헌법의 규정과 제1공화국의 정부형태

가. 제헌헌법의 규정

제헌헌법 제51조는 "大統領은 行政權의 首班이며 外國에 對하여 國家를 代表한다."고 규정하고 있었다.

이러한 규정은 현행헌법 제66조에 비하여 매우 간단한 내용만을 담고 있으며, 무엇보다 주목되는 것은 대통령을 국가원수로 명시하지 않고 있으며, 행정부의 수반이라는 점을 앞세우고 있는 점이다. 일견하기에 이러한 규정은 대통령제를 전제한 것으로 이해될 수 있을 것이지만, 의원내각제를 전제로 만들어졌던 유진오 박사의 초안에서도 같은 규정이 있었다는 점에 주목할 필요가 있다.[26] 즉, 당시에는 의원내각제를 채택하더라도 대통령이 행정부의 수반으로서 일정한 실질적 역할을 하는 것으로 전제되고 있었으며, 다만 행정권의 실질적 행사와 관련하여 내각이 중심이 되도록 하는 것이었으므로 엄격한 의미의 의원내각제라고 하기에도 어려움이 있었던 것이다.

그런데 의원내각제 정부형태를 대통령제로 바꾸면서[27] 이 조항이 그대로 존치되었을 뿐만 아니라, 의원내각제를 전제한 규정들 중에서 상당수가 잔존하게 되면서 제헌헌법의 정부형태는 대통령제를 기초로 한 것이면서도 의원내각제적 요소를 다수 포함하는 일종의 변형된 대통령제로 이해될 수 있게 되었다.

이처럼 대통령제로 정부형태가 정해지면서 제헌헌법 제51조의 의미는 대통령이 국무원의 구성원이 되고, "행정의 최고결의기관인 국무회의의 의장"으로서 활동함을 의미하는 것으로 해석되었다.[28]

나. 제1공화국의 정부형태

(1) 제헌헌법상의 정부형태

26) 유진오 박사가 국회 헌법기초위원회에 제출하였던 초안의 제54조가 문구상 완전히 동일했다. 이에 관하여는 유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 214 참조.

27) 제헌헌법상 정부형태의 변경과정에 관하여는 유진오(전주), 73 참조.

28) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 127.

1948년 제헌헌법상의 정부형태는 일종의 변형된 대통령제에 속한다고 할 수 있다. ① 대통령이 집행부의 수반이면서 동시에 국가원수의 지위에 있었다는 점,[29] ② 국회의 정부에 대한 불신임권이나 정부의 국회해산권이 인정되지 않고 있었다는 점 등에서 대통령제의 기본구조를 확인할 수 있지만, ① 대통령이 국회의 간선으로 선출되었다는 점,[30] ② 국무총리의 임명 후 국회의 승인을 얻도록 하고 있었다는 점,[31] ③ 대통령이 임시국회의 소집을 요구할 수 있었으며,[32] ④ 정부의 법률안제출권[33]이 인정되고 있었다는 점 등은 전형적인 대통령제에서 벗어나는 것이었기 때문이다.

이처럼 제헌헌법이 변형된 대통령제를 채택하게 된 것은 의원내각제와 대통령제를 결합시키려고 했던 의도에서 비롯된 것이라고 보기 어렵다. 오히려 다분히 우연적인 상황에 의하여 이와 같은 변형이 나타나게 된 것이라고 할 수 있다. 제헌헌법의 초안은 애초에 의원내각제를 염두에 두고 구성된 것이었는데, 중간에 이승만의 강력한 요구에 의하여 대통령제로 급작스럽게 변경되었던 것이다. 그 결과 제헌헌법에서는 – 비록 대통령제의 기본틀을 갖추었고, 또 그에 따라 의회의 내각불신임권, 내각의 의회해산권 등 의원내각제의 핵심적 징표들은 제거되었지만 – 대통령제의 요소와 의원내각제의 요소가 충분히 여과되지 않은 상태로 헌법 안에 혼재하게 되었던 것이다.

(2) 제1차 개헌(拔萃改憲)에 의한 정부형태

1952년의 제1차 헌법개정은 절차의 위헌성 때문에 많은 비판의 대상이 되었다. 사실상 제1차 개헌의 핵심은 대통령의 선출을 간선에서 직선으로 바꾸는 것이었고, 그밖의 조항들은 정치적으로 큰 의미가 없었던 것이다.

그러나 정부형태의 측면에서 볼 때, 제1차 헌법개정에서 대통령 및 부통령을 직선으로

29) 1948년 헌법 제51조: "대통령은 행정권의 수반이며 외국에 대하여 국가를 대표한다."

30) 1948년 헌법 제53조: "① 대통령과 부통령은 국회에서 무기명투표로써 각각 선거한다. ② 전항의 선거는 재적의원 3분지 2이상의 출석과 출석의원 3분지 2이상의 찬성투표로써 당선을 결정한다. 단, 3분지 2이상의 득표자가 없는 때에는 2차투표를 행한다. 2차투표에도 3분지 2이상의 득표자가 없는 때에는 최고득표자 2인에 대하여 결선투표를 행하여 다수득표자를 당선자로 한다. ③ 대통령과 부통령은 국무총리 또는 국회의원을 겸하지 못한다."

31) 1948년 헌법 제69조: "① 국무총리는 대통령이 임명하고 국회의 승인을 얻어야 한다. ② 국회의원 총선거 후 신국회가 개회되었을 때에는 국무총리임명에 대한 승인을 다시 얻어야 한다."

32) 1948년 헌법 제35조: "임시긴급의 필요가 있을 때에는 대통령 또는 국회의 재적의원 4분지 1이상의 요구에 의하여 의장은 국회의 임시회의 집회를 공고한다."

33) 1948년 헌법 제39조: "국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다."

선출하도록 한 것은 대통령제의 요소를 강화한 것이며, 반면에 국회의 국무원에 대한 불신임제를 도입한 것은 의원내각제의 요소를 강화한 것이라고 할 수 있다.

물론 이러한 변화가 정부형태의 기본틀을 바꿀 정도의 의미와 비중을 가지고 있었던 것은 아니었다.

(3) 제2차 개헌(四捨五入改憲)에 의한 정부형태

1954년의 제2차 헌법개정의 경우도 다르지 않다. 제2차 개헌의 핵심은 초대대통령에 대한 3선제한의 철폐[34]이지만, 국무총리제를 폐지함과 동시에 국무원의 연대책임을 폐지하고 국무위원에 대한 개별적 불신임제를 도입[35]한 것은 의원내각제적 요소의 약화로 평가될 수 있을 것이다. 반면에 참의원이 대법관 기타 고급공무원에 대한 인준권[36]을 확보한 것은 의원내각제적 요소의 강화로 볼 수도 있을 것이다.

그러나 이러한 변화도 역시 정부형태의 유형 자체를 다르게 평가할 정도의 의미와 비중을 가지고 있었던 것은 아니었다.

2. 제2공화국 헌법과 대통령의 헌법상 지위

가. 제2공화국 헌법의 규정

1960년 제2공화국 헌법은 대통령제 정부형태를 의원내각제 정부형태로 변경하였다. 그에 따라 제헌헌법 제51조도 "大統領은 國家의 元首이며 國家를 代表한다."는 규정으로 변경되었다.

이 규정의 취지는 대통령이 더 이상 행정부의 수반이 아니라는 점을 분명히 하고, 오로지 국가의 원수로서 대내외적으로 국가를 대표하는 형식적·의전적 권한에 치중함을 선언한 것으로 이해될 수 있다.

34) 1954년 헌법 제55조 제1항: "대통령과 부통령의 임기는 4년으로 한다. 단, 재선에 의하여 1차 중임할 수 있다."부칙: "이 헌법 공포 당시의 대통령에 대하여는 제55조 제1항 단서의 제한을 적용하지 아니 한다."

35) 1954년 헌법 제70조의2: "① 민의원에서 국무위원에 대하여 불신임결의를 하였을 때에는 당해 국무위원은 즉시 사직하여야 한다. ② 전항의 불신임결의는 그 발의로부터 24시간 이상이 경과된 후에 재적의원 과반수의 찬성으로 한다."

36) 1954년 헌법 제42조의2: "① 참의원은 대법관, 검찰총장, 심계원장, 대사, 공사 기타 법률에 의하여 지정된 공무원의 임명에 대한 인준권을 가진다. ② 국회의 폐회 또는 휴회중에 전항의 공무원이 임명되었을 때에는 다음에 집회된 참의원에서 그 사후승인을 얻어야 한다."

그러나 당시의 대통령은 현실적으로 상당한 정치적 영향력을 가지고 있었으며, 그것은 당시 헌법상 대통령의 지위 및 권한이 단순히 형식적·의전적인 것에 한정되지 않았기 때문이다. 예컨대 제2공화국 헌법 제57조는 국가비상사태시에 대통령의 재정상 필요할 처분을 한 권한을 규정하고 있으며, 제61조는 대통령의 국군통수권을, 제63조는 대통령의 사면권을, 제64조는 대통령의 계엄선포권을, 제69조는 대통령의 국무총리 지명권을 각기 인정하고 있었던 것이다.

이로 인하여 대통령이 행정부의 수반이 아닌 국가원수로 명시되고 있었음에도 불구하고[37] 대통령은 사실상 정부에 매우 큰 영향을 미칠 수밖에 없었다.

나. 제2공화국의 정부형태 (1960년헌법상의 정부형태)

제1공화국의 여러 문제점에 대한 반작용으로 탄생된 제2공화국 헌법상의 정부형태는 대통령제의 독재화경향을 벗어나고자 의원내각제로 구성되었다.

제2공화국의 정부형태는 비교적 고전적인 형태에 충실한 의원내각제라고 할 수 있다. 집행부의 이원적 구성(대통령과 총리),[38] 민의원의 국무원에 대한 불신임권, 국무원의 민의원해산권 등이 인정되었으며,[39] 국무원은 민의원에 대하여 연대책임[40]을 지도록 규정하고 있었다. 하지만 앞서 지적된 바와 같이 대통령의 권한은 의원내각제의 전형적인 모습을 벗어나 있었고, 그 점이 제2공화국 정부의 부담으로 남게 되었던 점도 간과될 수 없을 것이다.

국민의 기대와 우려가 교차하는 가운데 출범하였던 제2공화국은 정치적 혼란 속에서 만1년을 넘기지 못하고 5·16 군사쿠데타에 의해 붕괴됨으로써 단명으로 끝났으며, 우리 헌정사상 유일하게 의원내각제 정부형태를 채택하였던 기록을 남겼다.

37) 이러한 변화는 대통령을 제4장 정부의 제1절 대통령으로 규정하였던 제1공화국 헌법의 편제와는 달리 대통령을 정부와 독립된 제4장으로 하고, 정부를 제5장으로 바꾼 것에서도 나타난다.

38) 1960년 헌법은 종전 헌법에서 「제4장 정부」 안에서 '대통령'과 '국무원'을 각기 제1절과 제2절로 다루던 것을 「제4장 대통령」, 「제5장 정부」로 구성함으로써 규정형식에서부터 집행부의 이원화를 명백히 하였다.

39) 1960년 헌법 제71조: "① 국무원은 민의원에서 국무원에 대한 불신임결의안을 가결한 때에는 10일 이내에 민의원해산을 결의하지 않는 한 총사직하여야 한다. ② 국무원은 민의원이 조약비준에 대한 동의를 부결하거나 신년도 총예산안을 그 법정기일 내에 의결하지 아니한 때에는 이를 국무원에 대한 불신임결의로 간주할 수 있다. ③ 민의원의 국무원에 대한 불신임결의는 재적의원 과반수의 찬성을 얻어야 한다. ④ 국무원에 대한 불신임결의안은 발의된 때로부터 24시간 이후 72시간 이내에 표결하여야 한다. 이 시간 내에 표결되지 아니한 때에는 불신임결의안은 제출되지 아니한 것으로 간주한다. ⑤ 국무원은 국무총리가 궐위되거나 민의원의원총선거 후 처음으로 민의원이 집회한 때에는 총사직하여야 한다."

40) 1960년 헌법 제68조 제3항: "국무원은 민의원에 대하여 연대책임을 진다."

다. 5·16군사정부의 정부형태

1961년 5·16군사쿠데타가 성공한 이후부터 제3공화국이 수립되어 민정이양이 될 때까지의 2년여 동안은 국가재건비상조치법에 기초한 통치가 행해졌으며, 국가재건최고회의에 모든 권력이 집중되어 있었다. 이를 의회정부제(회의제)에 해당하는 것으로 보는 견해도 있다.[41]

그러나 5·16군사정부를 정상적인 정부형태의 틀 안에서 설명하는 데에는 적지 않은 어려움이 있다. 당시에는 제2공화국 헌법이 개정되거나 폐지되지 않은 상황이었음에도 불구하고 무력과 국가재건비상조치법을 앞세워서 헌법의 효력을 대부분 정지시킨 가운데 국가재건최고회의에 권력을 집중시킨 것이었기 때문이다.

그런 가운데 국가재건최고회의에 국회의 권한과 내각의 지시·통제권이 집중되어 있었고,[42] 사법행정에 대한 지시·통제권,[43] 지방자치단체장의 임명권,[44] 혁명재판소와 혁명검찰부의 설치권[45] 등이 부여되고 있었다. 뿐만 아니라 국가재건비상조치법이 헌법에 우선하는 효력을 갖는다고 선언[46]함으로써 정상적인 민주적 정부형태의 틀을 벗어나는 독재체재를 만들었던 것이다.

3. 제3공화국 헌법과 정부형태

가. 제3공화국 헌법의 규정

전면개정을 통해 만들어진 1962년 헌법은 제63조에서 대통령의 헌법상 지위에 관한 규정을 두고 있었다. 이 조문은 제헌헌법이나 제2공화국 헌법과는 달리 2개의 항으로 나누어져 있었으며, 제1항은 "行政權은 大統領을 首班으로 하는 政府에 속한다."고 규정하였고, 제2항은 "大統領은 外國에 대하여 國家를 代表한다."고 규정하였다.

이러한 제3공화국 헌법의 규정은 내용상 제1공화국과 크게 다르지 않다. 다만 항을 나

41) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 782.
42) 국가재건비상조치법 제9조, 제13조.
43) 국가재건비상조치법 제17조.
44) 국가재건비상조치법 제20조.
45) 국가재건비상조치법 제22조 제2항.
46) 국가재건비상조치법 제24조.

누었을 뿐이다. 그러나 이미 이 시기에 대통령의 헌법상 지위가 단순히 행정부의 수반일 뿐만 아니라 "전형적인 대통령중심제의 경우와는 달리 국가대표, 즉 국가원수로서의 실질적인 권한까지도 부여하고 있기 때문에 대통령의 권한은 실질적 의미의 행정에 관해서 뿐만 아니라 국정전반에 관하여 광범하게 미치고 있다"는 점이 지적되고 있었다.[47]

나. 제3공화국의 정부형태

(1) 1962년헌법상의 정부형태

1962년의 제5차 개헌을 통해 탄생된 제3공화국의 정부형태는 다시금 대통령제를 기본으로 하여 의원내각제적 요소를 일부 가미한 것으로 평가된다.

① 국회와 대통령이 각기 국민의 선거에 의해 선출되고, ② 국회의 정부에 대한 불신임권과 대통령의 의회해산권이 인정되지 않고 있었다는 점에서 대통령제의 기본틀을 갖추고 있었지만, ① 대통령의 임시국회 소집요구권,[48] ② 정부의 법률안제출권[49] 등이 여전히 인정되고 있었으며, ③ 국회가 국무총리와 국무위원에 대한 해임건의권[50]을 갖는 등 의원내각제적 요소도 적지 않았던 것이다.

(2) 제6차 개헌과 정부형태

1969년의 제6차 헌법개정은 제2차 개헌과 마찬가지로 대통령에 대한 3선 제한을 철폐하는 것만이 문제되었을 뿐이고, 정부형태의 변화로 볼 만한 권력분립체계의 변동은 보이지 않았다.

다만 제39조에서 "국회의원은 대통령·국무총리·국무위원·지방의회의원 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다"를 "국회의원은 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다"로 개정함으로써 국회의원이 국무총리와 국무위원을 겸직할 수 있도록 한 것은 대통령제적 요소를 완화하고 의원내각제적 요소를 강화한 것으로 볼 수 있을 것이다.

47) 한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964, 314. 이 책에서는 당시 헌법상으로 대통령에게는 법률집행권, 외교에 관한 권한, 재정에 관한 권한, 공무원임명에 관한 권한, 국군통수권, 사면권, 영전수여권, 정당해산소추권, 계엄선포권과 같은 행정에 관한 권한 이외에도 긴급명령제정권, 대통령령제정권의 입법에 관한 권한과 국회에 대한 임시집회요구권, 의견표시권 등이 인정되었던 점을 지적하고 있다. 문홍주, 한국헌법, 법문사, 1968, 471 이하에서도 대통령의 헌법상 지위 및 권한에 관하여 비슷한 입장을 보이고 있지만, 권한의 분류를 조금 더 상세하게 하고 있다.

48) 1962년 헌법 제43조 제2항.

49) 1962년 헌법 제48조.

50) 1962년 헌법 제59조.

4. 제4공화국 이래의 헌법과 정부형태

가. 제4공화국 이래의 헌법규정

1972년의 제4공화국 헌법(이른바 유신헌법) 이래로 대통령의 지위에 관한 규정은 현행 헌법과 같은 내용과 형식을 갖추게 되었다.

1972년 헌법 제43조는 대통령의 지위를 4개항으로 규정하면서 제1항에서는 국가원수로서의 지위를, 제2항에서는 국가와 헌법의 수호에 관한 대통령의 의무를, 제3항에서는 대통령의 평화적 통일에 관한 의무를, 제4항에서는 행정부 수반으로서의 지위를 나누어 규정하였다. 이러한 규정은 1980년 헌법 제38조와 현행헌법 제66조에서 그대로 받아들여지고 있다.

이전의 헌법과는 달리 국가원수로서 또는 행정부 수반으로서 대통령의 지위에 대한 규정만을 두지 않고 대통령의 의무를 동시에 규정함으로써 대통령의 헌법상 지위를 좀 더 입체적으로 규정한 것으로 해석될 수 있으며, 이러한 규정은 새로운 해석상의 문제들(예컨대 헌법의 수호자 문제)을 낳기도 하였다.

나. 제4공화국의 정부형태 (1972년헌법상의 정부형태)

1972년의 유신헌법은 정상적인 권력분립을 갖추지 않은 독재적 헌법이라고 할 수 있다. 외견상 대통령을 선출하게 되어 있으므로 대통령제로 분류하는 견해[51]가 많았지만, 국민에 의해 직접 대통령이 선출되는 것도 아니었을 뿐만 아니라 대통령이 국회와 법원 등에 대해서까지 강력한 권한을 보유함으로써 사실상 대통령에 모든 권력이 집중되었던 것이다.

유신헌법은 ① 통일주체국민회의에서 대통령을 선출하도록 함으로써 국민이 선거를 통하여 대통령에게 정당성을 부여하거나 통제하는 것을 배제했으며,[52] ② 국회의원 정수의

51) 물론 전형적인 대통령제로 보는 견해는 많지 않았고, 변형된 대통령제로서 신대통령제, 반대통령제 혹은 영도적 대통령제 등으로 지칭되었다.

52) 1972년 헌법 제39조: "① 대통령은 통일주체국민회의에서 토론없이 무기명투표로 선거한다. ② 통일주체국민회의에서 재적대의원 과반수의 찬성을 얻은 자를 대통령당선자로 한다. ③ 제2항의 득표자가 없는 때에는 2차투표를 하고, 2차투표에도 제2항의 득표자가 없는 때에는 최고득표자가 1인이면 최고득표자와 차점자에 대하여, 최고득표자가 2인 이상이면 최고득표자에 대하여, 결선투표를 함으로써 다수득표자를 대통령당선자로 한다."

3분의 1을 대통령이 추천하도록 하였고,[53] ③ 법관의 임명에 관한 광범한 권한[54]을 대통령에게 부여하고 있었으며, ④ 긴급조치권,[55] 의회해산권[56] 등을 통해 대통령에게 국정 전반에 대하여 강력한 권한을 부여하고 있었다.

반면에 대통령에 대한 통제는 ① 선거를 통한 통제가 불가능하였을 뿐만 아니라, ② 의회에 의한 통제도 기대하기 어려운 상태였고,[57] ③ 법원에 의한 사법적 통제도 사실상 불가능한 상황이었고,[58] ④ 헌법개정을 통한 변화의 가능성도 막혀 있었다.[59]

53) 1972년 헌법 제40조: "① 통일주체국민회의는 국회의원 정수의 3분의 1에 해당하는 수의 국회의원을 선거한다. ② 제1항의 국회의원의 후보자는 대통령이 일괄 추천하며, 후보자 전체에 대한 찬반을 투표에 붙여 재적대의원 과반수의 출석과 출석대의원 과반수의 찬성으로 당선을 결정한다. ③ 제2항의 찬성을 얻지 못한 때에는 대통령은 당선의 결정이 있을 때까지 계속하여 후보자의 전부 또는 일부를 변경한 후보자명부를 다시 작성하여 통일주체국민회의에 제출하고 그 선거를 요구하여야 한다. ④ 대통령이 제2항의 후보자를 추천하는 경우에, 통일주체국민회의에서 선거할 국회의원 정수의 5분의 1의 범위 안에서 순위를 정한 예비후보자명부를 제출하여 제2항의 의결을 얻으면, 예비후보자는 명부에 기재된 순위에 따라 궐위된 통일주체국민회의 선출 국회의원의 직을 승계한다."

54) 1972년 헌법 제103조: "① 대법원장인 법관은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. ② 대법원장이 아닌 법관은 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명한다."

55) 1972년 헌법 제53조: "① 대통령은 천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나, 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어, 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때에는 내정·외교·국방·경제·재정·사법 등 국정전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다. ② 대통령은 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 이 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치를 할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수 있다. ③ 제1항과 제2항의 긴급조치를 한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다. ④ 제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적 심사의 대상이 되지 아니한다. ⑤ 긴급조치의 원인이 소멸한 때에는 대통령은 지체없이 이를 해제하여야 한다. ⑥ 국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 긴급조치의 해제를 대통령에게 건의할 수 있으며, 대통령은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다."

56) 1972년 헌법 제59조: "① 대통령은 국회를 해산할 수 있다. ② 국회가 해산된 경우 국회의원 총선거는 해산된 날로부터 30일 이후 60일 이전에 실시한다."

57) 유신헌법 하에서는 대통령의 국회의원 정수 3분의 1 추천권으로 인하여 여당이 다수당이 될 수밖에 없는 상황이었을 뿐만 아니라, 국회가 대통령에 대하여 직접적으로 책임을 물을 수 있는 제도적 장치는 탄핵소추밖에 없었다. 그러나 탄핵소추의 요건이 국회 재적의원 과반수의 발의와 재적의원 3분의2 이상의 찬성으로서 현실적으로 관철되기 어려웠을 뿐만 아니라, 탄핵의 결정은 대통령의 영향 하에서 임명된 헌법위원회에서 담당하도록 함으로써 실제 탄핵결정이 내려지는 것은 기대할 수 없는 상황이었다.

58) 제3공화국 말기인 1971년 당시 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 대법원의 위헌결정을 둘러싼 정부와 법원의 대립은 유신헌법을 통해 대법원의 위헌법률심판권이 박탈되고 위헌결정에 찬성했던 대법관이 전원 재임용에서 탈락되는 등의 사태를 겪으면서 법원의 약화로 귀결되었다. 이러한 상황은 제4공화국에서 제5공화국까지의 15년 동안 대법원에서 단 1건의 위헌법률심판제청도 하지 않았다는 점에서 극명하게 드러난다.

59) 유신헌법상 헌법개정절차는 대통령이 제안하여 국민투표로 확정하는 것과 국회 재적의원 과반수가 제안하여 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻은 후 통일주체국민회의에서 확정하도록 하는 경우의 두 가지가 있었다. 그러나 어느 절차에 의하더라도 대통령의 의사에 반하는 헌법개정을 관철시킬 가능성은 없었다.

다. 제5공화국의 정부형태 (1980년헌법상의 정부형태)

10·26사태로 인하여 유신체제가 붕괴된 이후 신군부의 집권을 통해 만들어진 제5공화국 헌법은 외견상 유신헌법의 제도적 독재를 벗어나 대통령제로 복귀하는 모습을 보였다. 대통령과 국회가 각기 선출되고, 대통령의 국회에 대한 권한이 상당부분 축소되었으며, 긴급조치권 등을 완화시킴으로써 독재적 요소를 감소시킨 것이다.

그러나 대통령에게 강력한 권한이 부여되고 있었음에도 불구하고 대통령을 간선으로 선출하도록 함으로써 국민적 정당성의 요청을 외면하였고, 실제 운용상으로도 독재적인 측면을 많이 드러내었다. 그 결과 제5공화국의 정부형태는 신대통령제 내지는 반대통령제에 가까운 것으로 평가된다.[60]

라. 현행헌법상의 정부형태

(1) 현행헌법상 정부형태의 기본구조

1987년 6월혁명의 결과로 탄생된 현행헌법은 과거의 헌법과 비교할 때, 가장 민주화된 헌법으로서 국민의 의사를 최대한 반영시킨 것으로 평가될 수 있을 것이며, 특히 정부형태에 관한 것은 직선제 개헌을 요구했던 국민의 직접적인 결정에 기초한 것이라고 할 수 있다.

현행헌법상의 정부형태는 대통령제를 기본으로 하고 있다. 국회의원의 선거와 대통령의 선거를 각기 별도로 치르는 것도 그렇고, 국회가 입법을 담당하는 반면에 집행권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속하게 한 것도 그렇다. 또한 의원내각제의 본질적 요소 가운데 하나라고 할 수 있는 의회의 내각불신임권과 내각의 의회해산권이 인정되지 않고 있다는 점도 대통령제의 모습이다.

그러나 현행헌법상의 대통령제는 미국식의 대통령제와는 모습을 달리하고 있는 점들도 적지 않다. 대통령제의 원래 출발점에서 벗어나는 여러 가지 요소들이 들어와 있는 것이다. 예컨대 국회의원이 집행부의 구성원인 국무위원을 겸직할 수 있는 것도 그러하고, 정부에 법률안제출권(헌법 제52조)이 인정되고 있는 점도 그러하다. 국무총리의 임명에 국회의 동의를 얻도록 한 것(헌법 제86조 제1항)도 미국식 대통령제에서는 찾기 어려우며, 국무총리 및 관계 국무위원의 부서권(헌법 제82조), 국무위원의 임명에 대한 국무총리의 제청권(헌법 제87조 제1항) 등도 그러하다.

60) 권영성(주 41) 783.

따라서 현행헌법상의 정부형태도 대통령제를 기본으로 하였지만, 의원내각제적 요소가 가미된, 이른바 변형된 대통령제라고 할 수 있을 것이다.

(2) 이른바 변형된 대통령제와 그 문제점

이처럼 미국식 대통령제가 아닌 – 의원내각제적 요소가 가미된 – 변형된 대통령제가 꾸준히 유지되어 온 배경은 어디에 있는가?

제헌헌법의 경우에는 급작스러운 헌법내용의 변화에서 그 이유를 찾을 수 있다. 하지만 그 이후의 헌법에서는 이러한 문제를 제거하고 정상적인 대통령제로 회복시킬 수 있는 기회가 적지 않게 있었다. 그럼에도 불구하고 계속 변형된 대통령제를 지속시켰던 것은 당시의 권력자들이 그러한 변형된 모습 안에서 자신에게 유리한 점을 발견했기 때문이라고 할 수 있다.

사실 대통령제는 엄격한 분리·독립을 추구하기 때문에 대통령이 다른 국가기관에 개입할 수 있는 여지가 적으며, 그 대신 대통령이 집행부를 이끌어가는 데 다른 국가기관이 개입할 수 있는 여지도 또한 적다. 반면에 의원내각제는 대통령제와 달리 의회와 집행부의 공화·협조관계를 더 강조하기 때문에 집행부의 활동에 대한 의회의 관여, 그리고 의회의 활동에 대한 집행부의 개입도 광범위하게 이루어진다. 그런데 기존의 헌법에서 대통령제와 의원내각제의 요소가 기묘하게 혼합되면서 대통령에 대한 국회의 관여는 적당한 선에서 허용되는 가운데 국회에 대한 대통령의 개입이 훨씬 광범위하게 이루어질 수 있게 되었던 것이다.[61]

나아가 이러한 대통령제와 의원내각제적 요소의 혼합이 이루어지는 가운데, 대통령이 의회에 대해서뿐만 아니라 모든 국가기관에 대해서 상대적으로 우월한 지위에 있는 것으로 점차 인식될 수 있었다는 점도 간과되어서는 안 될 것이다. 대통령이 단순히 집행부의 수반이라는 지위에 머물러 있는 것이 아니라 모든 국가기관의 문제에 대해 관여하고 전체 국가질서의 형성에 대해 중심적 지위에 있는 존재로 점차 부각되었던 것이다.[62]

61) 예컨대 대통령에 대한 국회의 관여는 대통령의 활동에 대한 직접적 관여보다는 국무총리에 대한 임명동의 등 간접적이고 제한적인 것에 머무르는 반면에, 국회의 활동에 대한 대통령의 관여는 법률안제출권 등에 의하여 보다 직접적이고 강력한 형태로 나타나고 있는 것이다.

62) 이러한 인식이 확산되는 데에는 유신헌법에 의한 대통령의 권한강화 내지 독재화도 큰 역할을 하였다.

III. 대통령제 정부형태와 국가원수로서의 대통령

1. 현행헌법상의 권력분립과 대통령의 헌법상 지위의 특수성

현행헌법 제66조 제1항은 대통령을 국가원수로 규정하고 있다. 그러나 제4항에서는 대통령이 정부의 수반임을 명시하고 있다. 즉, 대통령은 국가원수임과 동시에 정부의 수반으로 인정되고 있는 것이다.

이러한 헌법규정은 현행헌법이 대통령제 정부형태를 취하고 있음을 확인시켜주고 있다. 즉, 대통령이 국가원수로서 형식적·의전적 권한만을 갖는 의원내각제 국가(예컨대 독일)의 경우와는 달리, 우리나라의 대통령은 집행부의 수반으로서 실질적인 권한도 함께 가지고 있다는 점에서 우리 헌법상의 정부형태는 대통령제로 분류될 수 있다.

그러나 현행헌법상의 대통령제는 대통령제의 원형인 미국식 대통령제의 모델에 충실한 것이라기보다는 상당 부분 변형된 대통령제라고 할 수 있다. 이러한 변형의 뿌리는 제헌헌법 당시에 의원내각제로 마련되었던 헌법초안을 순식간에 대통령제로 바꾸면서 전체적인 재구성이 이루어지지 못한 데 있다. 하지만 대통령제 정부형태를 수십년간 유지하면서 이러한 요소들이 제거되지 않고 변형된 대통령제가 계속된 배경에는 대통령직을 둘러싼 장기집권 및 권력집중의 욕구가 있었다.

실제로 우리 헌법의 의원내각제적 요소들을 분석해 보면, 대통령의 권한을 통제하는 국회의 기능이 강화된 측면보다는 오히려 대통령이 국회의 활동에 관여할 수 있게 함으로써 정부의 권한이 강화된 측면이 더 많으며, 국회가 정부의 활동에 관여 내지 통제할 수 있도록 하는 제도적 장치는 미약하다는 점을 확인할 수 있다.[63]

이러한 현상은 결과적으로 대통령에의 권한집중을 통해 다른 국가기관에 대하여 대통령이 상대적으로 우월한 지위에 있음을 밝혀주는 것이며, 그로 인하여 현행헌법상의 대통령제는 엄격한 삼권분립에 기초한 미국식 대통령제에서 벗어나 대통령이 상대적으로 우월적 지위에 있는 변형된 대통령제로 분류되는 것이다.

다른 국가기관에 대한 대통령의 우월성은 현행헌법상 대통령에게 부여되고 있는 권한

63) 예컨대 정부의 법률안제출권으로 인하여 국회의 핵심적 권한인 입법권에 상당한 영향을 미치게 된 점이 그러하다. 반면에 의회가 정부를 통제할 수 있는 의원내각제적 요소는 대부분 국무총리나 국무위원들에 대한 것일 뿐이고, 대통령에 대한 직접적인 통제수단을 찾기 어렵다는 점은 시사하는 바가 크다.

의 분석을 통해 확인될 수 있다. 즉, 대통령은 권력분립의 틀 안에서 집행부의 수반으로서 실질적인 권한을 가지고 있을 뿐만 아니라, 국가원수로서도 (형식적·의전적인 권한만이 아니라) 입법부와 사법부에 대한 상대적 우월성을 가져오게 하는 실질적인 권한을 갖고 있는 것이다.

현행헌법 제66조는 이러한 대통령제 정부형태의 기본적 구조와 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는 규정이다. 즉, 헌법 제66조의 해석을 통하여 대통령의 헌법상 지위가 이해되어야 하며, 대통령이 헌법상 어떤 위치에서 어떤 권한들을 부여받고 있는지, 그리고 그러한 권한들이 인정되는 이유가 무엇인지를 설명할 수 있는 기초가 마련되는 것이다.

이러한 맥락에서 헌법 제66조가 대통령의 헌법상 지위를 국가원수로서의 지위와 집행부 수반으로서의 지위로 나누어 놓고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.[64] 즉, 대통령은 대외적으로 국가를 대표하는 국가원수로 인정되고 있을 뿐만 아니라, 이러한 형식적·의전적 권한을 넘어서는 실질적 권한을 국가원수로서 보유하고 있는 것으로 해석되고 있는 바, 그 근거에 대해서 신중한 분석이 필요할 것이며, 나아가 국가원수인 대통령이 동시에 집행부의 수반으로서 권력분립의 틀 안에서 입법부, 사법부와 대등한 위치에 서게 된다는 점의 특수성에 대해서 체계적인 검토가 필요할 것이다.

이와 같은 검토를 통하여 현행헌법상의 대통령이 과연 제왕적 대통령이라고 불리울 정도로 대통령에게 권한이 집중되고 있는지, 그리고 그와 관련한 문제점은 무엇인지를 확인하는 것도 가능할 것이다.

64) 대통령의 헌법상의 지위에 관하여 권영성(주 41), 954 이하에서는 국민대표기관으로서의 지위, 국가원수로서의 지위, 집행부수반으로서의 지위로 나누어 검토하고 있으며, 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1411 이하에서는 국가의 원수로서의 지위, 국가의 한 주권행사기관으로서의 지위, 행정권의 수반으로서의 지위, 국가수호자로서의 지위로 나누고 있다. 또한 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 935 이하에서는 대통령의 헌법상 지위를 국가원수로서의 지위, 국정의 최고책임자로서의 지위, 행정부수반으로서의 지위, 대의기관으로서의 지위, 기본권보호기관으로서의 지위로 나누어서 정리하고 있다.이러한 구별의 다양성은 대통령의 「헌법상의 지위」에 대한 이해의 혼란에서 비롯되는 것으로 생각된다. 국가기관의 헌법상 지위를 논하는 의미 내지 실익은 그 국가기관이 권력분립의 체계상 어떤 위치에 있으며, 그로 인하여 어떤 권한을 헌법상 부여받고 있는지를 일목요연하게 정리하는 데 있다. 따라서 이를 벗어나서 국가기관의 기능 내지 활동과 관련된 모든 것을 「헌법상의 지위」에서 논하는 것은 적절치 못하다고 할 수 있다. 예컨대 국회의 경우 국민의 「일차적」 대표기관임을 강조하는 것이 특별한 의미를 가지고 있었다. 국회는 국민의 일차적 대표기관이기 때문에 국민을 대신하여 입법기관이 되고, 또 국정통제기관으로서의 지위를 가지게 되는 것이다. 하지만 다른 국가기관에 대해서 대의기관 내지 국민대표기관으로서의 지위를 논하는 것은 특별한 의미가 없다. 그것은 모든 국가기관에 공통된 것이며, 따라서 특정 국가기관이 권력분립체계상 어떤 위치에 있는지를 (즉 「헌법상 지위」를) 밝히는데 직접적인 도움이 되지 않기 때문이다. 마찬가지로 대통령의 헌법상 지위와 관련하여 기본권보호기관이나 국가(헌법)수호자로서의 지위를 논하는 것도 실익이 없다. 오늘날에는 대통령뿐만 아니라 모든 국가기관이 기본권보호기관이며, 헌법수호자로서의 역할을 해야 하기 때문이다.

2. 국가원수의 개념

국가원수(國家元首)란 전체로서의 국가를 상징 내지 대표하는 인물이다.[65] 그렇기 때문에 국가원수는 입법, 집행, 사법으로 나누어지는 권력분립의 기본적 틀 안에서 설명되기 어려운 특수한 지위에 있다고 할 수 있다. 권력분립은 국가작용을 나눔으로써 상호 견제와 균형을 추구하는 반면에 국가원수는 이러한 분립을 뛰어넘어서 전체로서의 국가를 대표하기 때문이다.

그러므로 국가원수는 입법부나 집행부 또는 사법부의 어느 한 쪽에 소속한 인물로 보기 어렵다. 그런 의미에서 국가원수는 권력분립의 틀 안에서 설명되기 어려운, 권력분립에 대해서 이질적인 존재로 평가될 수밖에 없다.[66] 그러나 현대 민주국가의 경우에도 국가원수의 존재를 부정해 버릴 수는 없다. 국내적으로 국가 전체를 대표·상징하는 인물이 필요할 뿐만 아니라, 대외적으로도 국가를 대표하여 의전적 활동을 하는 인물이 꼭 필요하기 때문이다.

그러나 국가원수가 항상 이와 같은 형식적·의전적인 권한만을 보유하고 있는 것은 아니다. 각 국가의 헌법에 따라서는 국가원수에게 일정한 실질적 권한이 부여되기도 한다. 예컨대 의원내각제 국가에서는 대부분 국가원수에게 형식적·의전적 권한만을 부여한다. 이러한 경우에는 국가원수의 존재와 활동이 권력분립에 미치는 영향은 거의 없다고 볼 수 있을 것이다. 반면에 대통령제나 이원정부제를 채택하고 있는 국가에서는 국가원수인 대통령이 입법부 또는 집행부, 사법부의 활동에 직접 관여할 수 있는 실질적 권한을 가지고 있는 경우가 많이 있다. 이러한 경우에는 국가원수의 권한 및 활동이 권력분립원칙과 관련하여 중대한 문제를 야기할 수 있다.

특히 우리나라의 경우에는 대통령이 국가원수라는 것을 근거로 권력분립을 초월하는 권한을 상당히 많이 보유하고 있다. 이럴 경우에는 권력분립과의 충돌이라는 문제가 매우

65) 사전상으로는 국가원수를 '나라를 다스리는 사람'이라고 설명하는 경우가 많이 있다. 그러나 과거 군주국가 시절에 왕이 주권자이며 동시에 통치권자로서 국가원수의 지위를 가지고 있을 경우에는 몰라도 현대국가에서 국가원수를 이렇게 정의하는 것은 적절치 못하다. 각 국가의 헌법에 따라서 국가원수의 지위가 다를 뿐만 아니라, 민주국가에서는 권력분립원칙으로 인하여 국가권력을 담당하는 국가기관들의 지위가 매우 복잡하게 구성되어 있기 때문에 어느 한 국가기관이 나라를 다스린다고 말하기 어렵기 때문이다.

66) 권력분립 이전의 절대군주제 국가의 경우 군주는 입법, 집행, 사법에 관한 모든 권력을 장악하고 있던 실질적인 국가원수였으며, 현재의 영국 등과 같은 형식적 군주제 국가의 경우 군주는 국가를 대표하는 상징적인 국가원수이다. 하지만 어느 경우라 하더라도 군주는 권력분립의 틀 안에서 설명되기 어려운 이질적 존재이다.

심각하게 발생될 수밖에 없으며, 이로 인하여 제왕적 대통령제라는 비판이 야기되고 있는 것으로 이해될 수 있다.

3. 대외적으로 국가를 대표하는 지위와 권한

현행헌법 제66조 제1항은 "대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다"고 명시하고 있다. 이 규정은 대통령이 국가원수라는 것을 밝힘과 동시에 국가원수의 가장 주된 의미가 대외적으로 국가를 대표하는 것임을 확인하고 있는 것으로 해석될 수 있다.

이처럼 국가원수로서의 대통령은 외국에 대하여 대한민국을 대표하는 위치에 있으며, 이에 기초하여 조약을 체결·비준하고 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 할 권한을 갖는다(헌법 제73조). 그밖에 국군의 해외파병과 외국군대의 국내주둔도 이에 해당되는 것으로 해석된다(헌법 제60조 제2항).

이러한 권한은 순수하게 의전적인 것이 아니라 실질적인 것으로 이해될 수도 있다. 하지만 조약의 체결과 비준에 관한 실질적인 작업은 집행부에서 담당하고, 또 일정한 내용의 조약에 대해서는 국회의 동의를 받아야 한다. 즉, 국가원수로서 대통령이 조약에 대해 체결·비준하는 것은 (집행부의 수반으로서 실질적인 작업을 지휘·감독하는 것을 배제하면) 형식적이고 의전적인 것이라고 볼 수 있다.[67]

이런 의미에서 대외적으로 국가를 대표하는 대통령의 역할은 국가원수로서 행사하는 형식적·의전적인 권한과 집행부의 수반으로서 행사하는 실질적 권한이 중첩되어 있는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 집행부 내에서 대외적 활동을 위한 실질적인 작업을 하는 과정에서는 국회의 동의(헌법 제60조)를 얻어야 하는 등 권력분립적 통제과정이 전제되어 있다.[68] 하지만 실질적 작업이 완료된 후에는 대통령이 국가를 대표하여 형식적·의전적 절차를 주관하는 것이다.

또한 대통령은 대외적으로 국가를 대표하는 인물이기 때문에 외국으로부터 외교상의 특권을 누리기도 한다.

67) 외교사절의 신임·접수 또는 파견, 선전포고와 강화 등에 대해서도 같은 맥락으로 이해할 수 있다.

68) 집행부 내부에서의 통제, 예컨대 국무회의의 심의(헌법 제89조)나 부서제도(헌법 제82조) 등에 의한 통제도 이 단계에서 가해질 수 있다.

4. 헌법상 기관의 구성권자로서의 지위와 권한

현행헌법상 대통령은 헌법상 기관의 구성에 관한 권한을 많이 가지고 있다. 그 가운데서 집행부의 구성원에 대한 임면권은 집행부의 수반으로서 가지는 권한이라고 볼 수 있으므로 큰 문제가 되지 않는다. 예컨대 국무총리의 임명권(헌법 제86조 제1항)이나 감사원장의 임명권(헌법 제98조 제2항)은 – 비록 국회의 동의를 얻어야 하지만 – 대통령이 집행부의 수반으로서 행사하는 권한이라고 볼 수 있다.

그러나 집행부의 구성원이 아닌 헌법상 기관의 구성에 대통령이 임명권을 갖는 것은 국가원수로서의 지위에 의해서만 설명될 수 있다. 예컨대 대통령이 대법원장(헌법 제104조 제1항)이나 대법관(헌법 제104조 제2항), 또는 헌법재판소장(헌법 제111조 제4항)을 임명하는 권한을 보유하고 있는 것은 집행부의 수반으로서의 지위로는 설명될 수 없는 것이다.[69]

만일 이러한 헌법상 기관 구성에 관한 대통령의 권한이 실질적인 권한, 즉 대통령이 임의로 행사할 수 있는 권한으로 이해된다면, 이는 권력분립의 심각한 훼손을 의미할 수밖에 없다. 논리적으로는 대통령의 국가원수로서의 지위와 집행부 수반으로서의 지위가 구별되지만, 이를 실제 행사하는 대통령은 한 사람이기 때문에 대통령이 다른 국가기관을 실질적으로 구성할 수 있도록 하는 것은 사실상 집행부가 다른 국가기관을 지배하는 결과를 낳게 될 것이기 때문이다.[70]

현행헌법 제104조 제1항은 대통령이 국회의 동의를 얻어 대법원장을 임명하도록 하고 있으며, 제2항은 대통령이 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대법관을 임명하도록 하고 있다. 비록 국회의 동의를 얻도록 함으로써 대통령의 자의적인 인사권행사는 방지하고 있지만, 국무총리의 예에서 보듯이 대통령이 임명권을 실질적으로 행사할 경우에

69) 이런 의미에서 현행헌법상 대통령이 국가기관의 구성에 관여하는 것은 크게 두 가지 유형으로 나누어질 수 있다. 하나는 집행부의 수반으로서 집행부의 구성을 비롯한 국가기관의 구성에 관여하는 것이고, 다른 하나는 국가원수로서 집행부에 속하지 않는 국가기관의 구성에 관여하는 것이다.먼저 대통령이 집행부의 수반으로서 집행부를 구성하는 권한에 속하는 것으로는 국무총리와 국무위원의 임명권, 감사원장과 감사위원의 임명권이 있다. 반면에 국가원수로서 집행부에 속하지 않는 국가기관의 구성에 관여하는 권한으로는 대법원장 및 대법관의 임명권, 헌법재판소장의 임명권을 들 수 있다.반면에 헌법재판소 재판관 및 중앙선거관리위원회 위원 중의 각 3분의 1을 국회 및 대법원과 함께 선임하는 것은 비록 집행부의 구성에 관한 권한은 아니지만, 대통령이 집행부의 수반으로서 국회, 대법원과 대등한 위치에서 (즉, 권력분립의 틀 안에서) 행사하는 권한으로 이해될 수 있을 것이다.

70) 입법론적으로는 대법원장 및 대법관에 대한 대통령의 임명권 자체를 삭제하는 것이 더 확실한 방법이 될 수 있다. 사법부의 독립을 위해서는 사법부 내부에서 대법원장 및 대법관을 선임하도록 하며, 단지 국회의 청문절차를 거치게 함으로써 자의적 인사에 대한 통제를 가하는 것이 합리적이라고 할 수 있다.

는 대통령의 의사가 대법원의 구성에 결정적인 역할을 할 수도 있다.

이처럼 대통령이 사법부의 구성에 깊이 관여하도록 하는 것은 사법부의 독립을 위해서 결코 바람직하지 않다. 그러므로 대통령이 국가원수로서 대법원장 및 대법관을 임명한다 하더라도 그러한 임명권은 실질적 임명권이 아닌 형식적 임명권으로 이해되는 것이 바람직하며, 대통령은 단지 임명제청을 받아서 의전상 임명장을 수여하는 것으로 보아야 할 것이다.

현행헌법 제111조 제4항에서 규정되고 있는 헌법재판소장의 임명방식도 대법원장의 경우와 유사하다. 즉, 대통령이 국회의 동의를 얻어서 헌법재판소 재판관 중에서 헌법재판소의 장을 임명하는 것이다. 이러한 헌법재판소장의 임명방식이 안고 있는 문제점도 대법원장의 경우와 다르지 않으며, 현행헌법의 해석상으로는 대통령의 임명권을 형식적인 권한으로 보는 것이 합리적인 문제해결의 방법이 될 수 있다.[71) 72)]

그러므로 대법원장, 대법관 또는 헌법재판소장에 대한 대통령의 임명권은 형식적 권한으로 이해되어야 하며, 그렇게 될 수 있도록 하는 관행이 확립될 필요가 있다.[73)]

5. 이른바 국정의 통합·조정자로서의 지위와 권한

대통령의 헌법상 지위와 관련하여 가장 많은 논란이 있는 것은 이른바 국정의 통합·조정자로서의 지위에 관한 것이다.

현행헌법상 대통령의 권한에 속하는 것 가운데서는 집행부의 수반으로서의 대통령에게 인정된 것으로 보기는 어려운 (즉, 권력분립의 틀 안에서는 설명되기 어려운) 권한들이 적지 않다. 이러한 권한들은 결국 국가원수로서의 대통령에게 인정된 권한으로 보아야 할

71) 하지만 역시 문제의 근본적인 해결을 위해서는 역시 헌법개정을 통하여 대통령의 임명권 자체를 삭제하고 헌법재판소 내부에서 헌법재판소의 장을 선임하도록 하는 것이 더 바람직할 것이다.

72) 헌법재판소의 장과는 조금 다른 방식으로 선임되고 있는 것이 헌법재판소의 재판관이다. 현행헌법 제111조 제2항, 제3항에 의해 대통령이 지명한 3인, 국회가 선출한 3인, 대법원장이 지명한 3인의 총 9인으로 헌법재판소가 구성되는 것이다. 이 경우에는 대통령의 지명권을 통해 헌법재판소의 구성이 좌우되지는 않는다고 볼 수도 있으나, 현실적으로 헌법재판소 재판관의 선임방법으로서는 많은 문제를 안고 있다는 비판이 적지 않다.

73) 실제로 대통령의 대법관 임명은 대법원장의 제청에 따르는 것이 관행으로 확립되어 있다. 그러나 대법원장이나 헌법재판소장의 임명에는 그와 같은 제청이 요구되지 않기 때문에 사실상 대통령의 고유권한으로 이해되고 있는 것이 문제라고 할 수 있다.

것이다.

대통령이 국가원수로서 갖는 권한들 중에서 일정 부분은 대외적으로 국가를 대표하는 지위에 나오는 형식적·의전적 권한이므로 큰 문제를 야기하지 않으며, 헌법상 기관의 구성에 관여하는 권한도 형식적 권한으로 해석될 수 있는 여지가 남아 있다. 그러나 일부 권한은 국가원수로서 가지는 권한이되, 실질적 권한으로 볼 수밖에 없는 것이어서 권력분립과 관련하여 많은 문제를 야기하고 있는 것이다.

이에 속하는 것으로는 대통령의 헌법개정발의권(헌법 제128조 제1항),[74] 국민투표부의권(헌법 제72조), 임시국회소집요구권(헌법 제47조 제1항),[75] 법률안제출권(헌법 제52조),[76]

74) 현행헌법 제128조 제1항에 따라 대통령은 헌법개정안의 발의권을 가진다. 동조항이 국회의원 재적과반수에 헌법개정안 발의권을 인정함과 동시에 대통령에게도 헌법개정안의 발의권을 인정하고 있는 것은 헌법의 개정을 포함한 국가질서의 변경에 대해 대통령이 주도적으로 국정을 이끌어 갈 수 있도록 한 것으로 이해될 수 있다. 그러나 대통령에게 헌법개정안의 발의권이 꼭 인정되어야 할 것인지에 대해서는 의문의 여지가 많다. 적어도 세 가지 점에서 대통령의 헌법개정안 발의권은 문제를 안고 있는 것이다.첫째, 권력분립의 틀 안에서 입법에 구속되어야 하는 집행부의 수반인 대통령이 – 비록 그가 동시에 삼권분립의 틀을 넘어서는 국가원수로서의 지위를 갖는다고는 하더라도 – 헌법의 개정을 요구할 수 있는 권한을 갖는다는 것은 정상적이라고 평가하기 어렵다. 둘째, 정당국가화에 따라서 대통령이 소속 정당의 국회의원들의 협조를 얻어서 헌법개정안을 발의할 수 있다는 점을 고려할 때 대통령의 헌법개정안 발의권이 꼭 인정될 필요가 있는지 의문스럽다. 셋째, 발의된 헌법개정안은 국회의 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 하므로, 국회의원 재적과반수의 발의를 거치지 않고 대통령이 단독으로 발의하도록 하는 것이 별로 실효성을 갖기 어렵다. 이런 문제점들을 고려할 때, 대통령의 헌법개정안 발의권은 입법론적으로 재검토될 필요가 있다.

75) 현행헌법 제47조 제1항은 대통령도 국회의 임시회를 집회하도록 요구할 수 있음을 명시하고 있다. 의원내각제적 요소의 하나로 꼽히고 있는 대통령의 임시국회 소집 요구권은 현재 그 존재이유가 분명치 않은 권한 가운데 하나이다. 과거 의원내각제적 요소로 꼽히던 대통령의 권한 가운데 상당부분은 헌법개정에 의한 대통령의 권한 조정을 통하여 삭제되었다. 대표적인 예로서 1972년 헌법 제59조와 1980년 헌법 제57조에 따른 대통령의 국회해산권을 들 수 있다. 의원내각제적 요소의 가미라는 미명 하에 대통령의 권한강화에만 기여하던 제도들은 합리적 이유가 없는 한 제거되어야 할 것이다. 대통령의 임시국회 소집 요구권도 과거의 권위주의적 대통령체제 하에서 국회의 위상을 약화시키면서 대통령의 지위를 강화시키는 데 기여하던 것이었고, 국회의 자율성 존중을 위해서는 삭제되는 것이 입법론적으로는 타당할 것이다.

76) 현행헌법 제52조는 국회의 입법과정에 정부가 관여할 수 있는 방법의 하나로서 법률안제출권을 인정하고 있다. 이러한 정부의 법률안제출권에 대한 평가는 엇갈리고 있다. 고도의 경험과 지식을 필요로 하는 경제입법과 사회입법 등의 수요가 증대되고 있는 오늘날에는 대통령제국가에서도 집행부에 법률안제출권을 인정하는 것이 합목적적이라고 보는 견해가 있는가 하면, 권력분립에 반하며, 의원들의 입법에 대한 책임을 감소시키기 때문에 바람직하지 못하다는 견해도 있다. 결국 이 문제는 정부의 법률안제출권을 인정함으로써 얻을 수 있는 합목적성 내지 정부활동의 능률성의 요청과 입법기능에 대한 국회의 우월성 내지 책임성 가운데 어느 쪽에 더 무게를 두느냐에 따라서 달리 평가될 수 있을 것이다. 다만 개인적인 의견으로는 현재의 상황에서 집행부의 능률성보다는 입법에 관한 국회의 주도권 내지 책임성을 강화시키는 편이 더 절실하게 요청되고 있는 것으로 본다.

사면·감형·복권에 관한 권한(헌법 제79조)[77] 등이 있다.

이러한 권한들로 인하여 대통령의 다른 국가기관에 대한 상대적 우월성이 나타나게 되는 것이며, 또한 많은 경우 이러한 권한의 남용이 문제되기도 한다. 그러므로 이들 권한의 일부는 헌법개정을 통하여 폐지하는 것이 필요할 것이며,[78] 다른 권한들도 그 남용의 금지를 위하여 엄격한 요건과 절차를 통해서만 행사가 가능하도록 하는 것이 필요할 것이다.[79]

6. 대통령의 국가원수로서의 지위와 권한에 대한 제한적 해석의 필요성

대통령제 정부형태를 채택한 현행헌법 하에서 대통령이 집행부의 수반으로서 뿐만 아니라 국가원수로서 일정한 역할을 하는 것은 불가피한 일이다. 그러나 대통령의 국가원수로서의 지위를 강조한 나머지 대통령을 국가권력 전체를 아우르는 위치에 있는 것으로 이해하고, 대통령이 정부뿐만 아니라 국회와 법원, 헌법재판소에까지도 강력한 영향을 미치는 것을 당연시 할 경우에는 권력분립의 근간이 훼손된다.

77) 대통령의 사면·감형 및 복권에 관한 권한은 사법부의 작용에 대한 가장 본질적인 관여 내지 침해라고 볼 수 있다. 그것은 이미 행해진 사법적 판단을 완전히 뒤집는 행위이기 때문이다. 사면은 단순히 법치국가적 절차에 따라 내려진 각종 형벌과 제재, 즉 법치국가적 절차의 결과만을 백지화하는 것이 아니라 그 절차 자체의 의미를 손상시킨다는 데 문제의 심각성이 있다. 전제군주의 대권에서 유래된 사면권은 법을 초월하는 군주의 권위를 상징하는 것이었다. 어떠한 사법적 절차에 따라 어떤 처벌이 예정되어 있거나 또는 집행중에 있더라도 군주는 이를 무효화하는 특별한 권위를 보유하고 있었던 것이다. 이러한 전근대적인 사면권이 현대의 법치국가에서도 여전히 인정되고 있는 이유는 법치국가적 절차도 완벽하지는 못하다는 인식에서 찾을 수 있다. 아무리 법치국가적 절차가 치밀하게 구성되어도 불합리한 결과가 나올 수 있기 때문에 이를 교정할 수 있는 구제수단을 하나쯤 남겨두려는 생각, 그리고 고도의 정치적 고려에 따라 – 법적 판단과는 별도로 – 국가이익을 위해 법치국가적 절차의 효과를 배제시킬 필요가 있을 수 있다는 생각이 사면권을 현대의 법치국가에서도 존치되도록 만든 것이다.그러나 근대 이래 통치행위의 인정범위가 계속 축소되어 온 것처럼, 사면권의 행사도 억제되어야 하며, 말 그대로 예외가 되어야 한다. 법치국가적 절차를 통해서 나온 결과가 – 사법제도 자체의 문제나 사법적 판단과정의 문제로 인하여 – 명백히 정의와 형평에 반하며 별도의 구제수단이 없는 경우에, 또는 법적 판단은 정당한 것임에도 불구하고 국가이익을 위하여 법적 판단의 효과를 그야말로 예외적으로 배제하는 경우에만 사면권을 인정하는 것이 현대의 법치국가적 요청과 사면권을 양립시킬 수 있는 것이다.연례행사처럼 반복되는 대규모 사면을 당연한 것으로 받아들이는 것도 큰 문제라고 할 수 있다. 이러한 문제는 결국 사법절차의 신뢰회복, 나아가 전체 법치국가적 과정의 체계화에 따른 법치의 확립을 통하여 해결되어야 한다. 왜냐하면 사면권을 통한 개별적이고 불충분한, 경우에 따라 자의적일 수도 있는 구제보다는 법치국가적 절차 자체의 개선을 통한 구제가 보다 근본적이고 실효적인 해결이 될 것이기 때문이다.

78) 예컨대 헌법개정발의권, 임시국회소집요구권, 법률안제출권 등은 폐지하여도 큰 문제가 없을 것이며, 오히려 국회의 위상을 강화하는 데 도움이 될 것이다.

79) 예컨대 사면권을 폐지하는 데에는 문제가 있다. 하지만 사면권(특히 특별사면)의 남용을 막기 위하여 요건과 절차를 강화하는 것은 필요할 것이다.

과거 유신헌법 하에서 대통령이 국가원수라는 점을 강조하면서 삼권을 초월하는 존재로 인정되고, 그 바탕 위에서 대통령이 국회의원 정수의 3분의 1을 직접 지명하여 통일주체국민회의의 형식적 동의를 얻어서 임명하였던 것이나, 제3공화국 말기 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대한 대법원의 위헌결정이 있은 이후에 대통령이 위헌의견에 찬성하였던 대법관들을 전원 재임용에서 탈락시켰던 일 등은 우리 헌법사에서 가장 아픈 기억이라고 할 수 있다.

이처럼 집행부의 수반으로서 입법부 및 사법부와 대등한 위치에 서야 할 대통령이 국가원수라는 지위를 이용하여 사실상 입법부와 사법부에 강력한 영향력을 행사할 경우에는 결국 국가질서의 민주성이 훼손되고 독재권력이 형성될 우려가 큰 것이다. 그렇다고 현행 헌법의 해석상 대통령의 국가원수로서의 지위를 부인할 수도 없으며, 국가원수로서 형식적·의전적 권한 이외에 실질적 권한을 전혀 행사하지 못한다고 보기도 어렵다.

결국 해석론상으로는 현행헌법이 대통령에게 권력분립을 초월하는 권한들을 일부 부여한 것을 최대한 제한적으로 해석함으로써 대통령에의 권력집중 내지 대통령의 권력남용을 최소화시키는 것이 필요할 것이다. 예컨대 대법원장이나 헌법재판소장, 대법관 등에 대한 임명권이 가급적 형식화되도록 함으로써 대통령이 국회나 대법원 등에 과도한 영향력을 행사하지 못하도록 할 필요가 있으며, 대통령의 헌법개정발의권, 국민투표부의권, 임시국회소집요구권, 사면권 등도 남용되지 않도록 그 요건을 엄격하게 한정하는 입법적 조치가 필요할 것이다.

그러나 이러한 문제들의 근본적 해결은 헌법의 개정을 통해서만 가능할 것이다.

IV. 대통령의 헌법수호 의무

1. 대통령의 권한과 의무의 기초로서의 헌법

대통령은 헌법상 국가원수이며 동시에 집행부의 수반이다. 비록 국민에 의해 선출되지만, 헌법상 가장 높은 지위에 있는 공직자라고 할 수 있으며, 그 지위는 과거 군주국가시대의 왕에 비견되기도 한다.

그러나 대통령은 어디까지나 주권자인 국민에 의하여 선출된 공무원이며, 그 지위와 권한은 헌법에 의하여 부여된 것이지 세습적으로 주어지는 것은 아니다. 그렇기 때문에 대

통령을 군주국가시대의 왕처럼 통치권자로 지칭하고, 대통령의 정치적 결정에 대해서 통치행위를 주장하는 것은 옳지 않다.[80] 대통령의 지위와 권한이 헌법에 의해 부여된 만큼 헌법에 의해 통제되고 있으며, 이를 무시한 채 대통령의 행위에 대해서는 어떠한 통제도 가해져서는 안 되는 것처럼 주장해서는 안 될 것이기 때문이다.

그런 의미에서 대통령에게 인정되고 있는 권한과 의무는 모두 헌법으로부터 나온다는 점이 다시 한 번 강조될 필요가 있다. 과거 대통령의 헌법상 지위와 관련하여 권한만이 강조되고 의무는 도외시되던 것이 현재의 헌법에서는 권한과 더불어 의무의 측면이 강조되고 있는 점도 이러한 맥락에서 해석되어야 할 것이다.[81]

2. 대통령의 국가와 헌법을 수호할 의무

현행헌법 제66조 제2항은 "大統領은 國家의 獨立·領土의 保全·國家의 繼續性과 憲法을 守護할 責務를 진다." 라고 명시하고 있다. 이와 관련하여 대통령이 국가원수로서 대외적으로 국가를 대표할 뿐만 아니라 「국가와 헌법의 수호자」로서의 지위와 권한을 갖는다고 인정하는 견해가 있다.[82]

그러나 헌법상 대통령이 국가와 헌법의 수호자로서의 역할을 해야 함은 분명하지만 이를 대통령의 특수한 지위로 설명하는 것은 적절하지 않다고 할 수 있다. 비록 헌법 제66조 제2항과 제69조에서 대통령이 국가와 헌법을 수호해야 할 의무를 규정하고 있으나, 이는 대통령만의 의무라고 볼 수 없으며, 모든 국가기관의 의무이기 때문이다. 다만 헌법 제66조 제2항에서 이를 명시하고 있는 것은 대통령이 국가최고기관으로서의 권한과 더불어 의무도 지고 있음을 확인하는 것으로 해석하는 것이 적절할 것이다.[83]

80) 불과 몇 년전 김대중 대통령의 재임 당시 북한과의 비밀 접촉 및 지원과 관련하여 통치권자의 행위이며, 통치행위에 해당된다는 주장이 나왔던 것은 이러한 맥락에서 매우 부적절했다고 평가될 수 있다.

81) 물론 이와 같은 대통령의 의무규정이 유신헌법에 의해 최초로 도입되었고, 그 당시에는 대통령의 권한이 사실상 통제되지 않은 절대권력이었다는 점으로 인하여 대통령의 의무라는 것은 다분히 상징적인 것에 지나지 않았다. 그러나 비록 헌법규정의 문구는 바뀌지 않았어도 우리나라가 민주화되면서 그 규정의 실질적 의미가 달라졌다는 점을 고려할 때, 이와 같은 해석이 가능하고 필요할 것이다.

82) 예컨대 권영성(주 41), 956에서는 국가원수로서의 지위를 설명하면서 "국헌수호자로서의 지위"를 이야기하고 있으며, 김철수(주 64), 2008, 1412 이하에서는 국가원수 및 행정권의 수반으로서의 지위와는 별도로 "국가수호자로서의 지위"로 설명하고 있다.

83) 다만 대통령은 국가원수로서 모든 국가기관을 대표하는 위치에 있으므로 이를 특별히 규정하고 있는 것이며, 헌법 제69조에서 취임선서 등을 통해 국민 앞에서 이와 같은 의무를 선언하도록 하는 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다.

실제로 대통령이 국가와 헌법의 수호자로서 행사하는 권한에 속하는 것으로 설명되고 있는 것들을 살펴보면, 국가긴급권(헌법 제76조의 긴급재정·경제처분 및 그 명령권, 긴급명령권, 헌법 제77조의 계엄선포권)이나 위헌정당해산제소권(헌법 제8조 제4항), 국가안전보장회의의 주재권(헌법 제91조 제2항) 등이 이에 해당되는데, 이러한 권한은 대통령이 집행부의 수반으로서 가지는 권한일 뿐이고, 굳이 권력분립의 틀을 벗어나서 국가원수로서 가지는 특별한 권한으로 이해되어야 할 이유가 없다.[84]

3. 대통령의 헌법수호 의무와 헌법의 수호자 논쟁

독일에서는 바이마르 공화국 당시에 헌법의 수호자가 누구인가에 대하여 헌법학자들 사이에 치열한 논쟁이 벌어진 바 있다.

이 논쟁에서 칼 슈미트(C. Schmitt)는 헌법을 실현시키고, 헌법적 권력행사를 효과적으로 제한할 수 있는 기능을 가진 국가기관이 바로 헌법의 수호자라고 주장하였으며, 바이마르 공화국 헌법 하에서는 국가비상사태에 대한 최종적 권한을 갖고 있던 공화국 대통령이 바로 그러한 위치에 있다고 주장하였다.[85] 반면에 한스 켈젠(H. Kelsen)은 바이마르 헌법상의 중립적 사법기관인 국사재판소(Staatsgerichtshof)가 헌법의 수호자가 되어야 한다는 견해를 피력하였다. 또한 이러한 논쟁의 영향은 제2차 세계대전 이후에까지 미쳐서 테오도르 마운쯔(Th. Maunz)는 기본법상의 헌법재판소를 헌법의 수호자로 주장하기도 하였다.[86]

그러나 어느 하나의 국가기관만을 헌법의 수호자로 보려는 생각은 이미 시대성을 상실하였다. 모든 국가기관, 그리고 무엇보다 국민 전체가 헌법의 규범력을 존중하려는 헌법에의 의지를 가질 때 민주주의 헌법의 수호가 비로소 가능할 것이기 때문이다. 실제로 헌법의 궁극적 수호자는 국민이며, 헌법의 규범력 문제 자체가 그 헌법의 실질적인 주체, 즉 헌법제정권력자 내지 주권자의 문제와 직결되어 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 민

84) 그것은 다른 국가원수로서의 지위에서 파생되는 권한과는 달리 국가긴급권의 행사에 대해서는 국회의 통제가 가해진다는 점, 그리고 위헌정당해산제소에 대해서는 헌법재판소의 판단에 의하여 최종적인 결정이 내려진다는 점에서 분명하다.

85) 이러한 칼 슈미트의 논리는 대통령의 비상대권을 폭넓게 정당화시킴으로 인하여 독재화의 가능성을 인정하였으며, 결국 나치집권의 정당화에 기여하였던 것으로 평가된다.

86) 그러나 헌법재판소의 결정은 입법권·행정권의 자발적인 협조에 의해서만 그 집행이 가능하다는 점에서 헌법재판소를 헌법의 수호자로 보는데 어려움이 있다는 지적도 있다.

주주의국가에 있어서 헌법의 규범력의 문제는 헌법을 제정한 국민의 의사가 관철되느냐 그렇지 못하느냐의 문제이기도 한 것이다.

헌법규범이 (헌법을 제정한 국민자신의 의사를 제외한) 국가 내의 여러 세력들에 의해 무시당하고 침해당할 위험이 있을 때, 이들에 대해 헌법의 준수를 요청할 수 있는 궁극의 힘은 헌법제정자인 국민 자신으로부터 나올 수밖에 없다. 헌법은 헌법의 제정자인 국민이 그 헌법을 수호하고자 하는 강력한 의지를 가지고 있을 때에만 확고한 규범력을 발할 수 있으며, 모든 세력들의 침해에 대하여 스스로를 지킬 수 있다.[87]

V. 대통령의 평화적 통일에 대한 의무

1. 평화적 통일에 대한 헌법의 요청과 통일의 당위성

현행헌법은 평화적 통일에 대한 국민의 의지를 반영하고 있다. 즉, 헌법 제4조에서 "大韓民國은 統一을 指向하며, 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수립하고 이를 추진한다."고 명시하고 있을 뿐만 아니라 이와 관련하여 헌법 제66조 제3항에서 "大統領은 祖國의 平和的 統一을 위한 성실한 義務를 진다."고 규정함으로써 평화통일의 원칙이 단순한 선언에 그치는 것이 아니라 대통령을 비롯한 국가기관에 구체적 의무로 부과되어 있음을 확인하고 있는 것이다.

한반도가 1945년 해방과 더불어 북위 38°선을 기점으로 남쪽에서는 미군정이 북쪽에서는 소련군정이 실시되었고, 결국 남한과 북한으로 분단되었지만 하나의 민족이고 하나의 조국이라는 의식으로 인하여 통일에 대한 염원은 지난 60여년 동안 식지 않았고, 이를 헌법에 반영하여 통일에 관한 명시적 요청을 담고 있는 것은 당연한 것으로 이해될 수 있다.

그러나 통일의 당위성이 절대적이고 영속적인 것이라고 간주하기는 어렵다. 비록 우리나라가 민족국가로서의 성격을 가지고 있고, 민족적·역사적 동질성이 강하게 유지되고 있지만 이미 다민족국가로의 변화가 점진적으로 나타나고 있을 뿐만 아니라 분단의 장기

87) Konrad Hesse는 이를 국민의 헌법에의 의지(Wille zur Verfassung)라고 표현하면서, 헌법의 규범력의 근원으로 매우 강조하였다. 이에 관하여는 콘라드 헷세/계희열 역, "헌법의 규범력", 헌법의 기초이론, 박영사, 2001, 27 이하; 콘라드 헷세/계희열 역, 독일헌법원론, 박영사, 2001, 24 이하 참조.

화에 따라 남한과 북한의 문화가 점차 이질적으로 발전해 나가고 있는 모습은 이러한 민족국가성에 기반한 통일의 요청을 오히려 약화시키고 있는 것이다.

그밖에 민족과 국가의 이익을 논거로 통일의 필요성을 강조하는 견해들도 있지만, 그것은 통일의 당위성을 설명하기에는 부적절할 수 있다. 통일을 함으로써 우리가 강력한 국가로 발돋움하게 될 것이라는 주장이나, 통일의 경제적·사회적 이익을 강조하는 견해, 통일을 통한 국가적·민족적 정통성의 확보·강화에 초점을 맞추는 입장 등은 나름의 설득력은 있으되, 통일의 당위성에 대한 충분한 근거는 되지 못하는 것이다.

그것은 무엇보다 통일의 문제가 결국은 국민의 통일에 대한 의지의 문제라는 점을 간과한 때문으로 보인다. 통일의 정당성은 결국 통일의 주체인 국민이 이를 원하고, 또 그것이 앞서 언급되었던 민족적·역사적 동질성과 결합되었을 때 비로소 확인될 수 있는 것이다. 그리고 이러한 국민의 통일에 대한 의지를 뒷받침할 수 있는 제도적 장치들도 매우 중요할 것이다.[88]

2. 평화적 통일의 실현구조와 대통령의 역할

평화적 통일을 실현하기 위해서는 시간적으로 평화적 통일의 준비단계와 진행단계 및 통일 이후의 조정·정비단계를 거치면서 남북한 주민들의 의사와 이익을 적절하게 수렴하면서 합리적인 제도를 형성하는 것이 필수적이다. 이러한 통일과정의 효율적 진행을 위해서는 적어도 세 가지 조건이 갖추어져야 할 것이다.

첫째, 평화적 통일의 기본적 방향에 대한 남북한의 합의가 있어야 한다. 통일 자체에 대한 합의는 물론이고 통일국가의 기본질서에 대한 합의가 있어야 하는 것이다. 예컨대 현행헌법 제4조는 자유민주적 기본질서에 입각한 통일을 명시하고 있다. 그런데 북한측에서는 공산주의에 입각한 통일을 포기하지 않을 경우, 아무리 통일 자체에 대해서 합의한다 하더라도 그것은 말잔치에 불과할 것이다.[89]

88) 이에 관하여는 장영수, "통일헌법논의의 의의와 필요성", 헌법규범과 헌법현실 : 권영성교수 정년기념 논문집, 법문사, 1999. 11, 73-107 참조.

89) 통일은 국가와 민족을 위한 매우 중요한 요청임이 분명하지만, 어떤 조건 하에서도 달성되어야 하는 절대적 요청이라고는 볼 수 없다. 통일을 달성한 이후의 삶이 통일 이전보다 오히려 불행해진다면 무슨 이유로 통일을 열망하겠는가. 비록 경제적인 이익만으로 통일의 가치를 평가할 수는 없겠지만, 민주주의와 법치주의, 그리고 이를 통해 실현되는 인권이라는 근본가치가 훼손될 경우에는 통일 또한 정당화되기 어려울 것이다.

둘째, 국민과 국가 사이에 통일의 방향과 조건에 대한 공감대가 형성되어야 한다. 특히 통일 이후의 정치적 변화, 사회적 부담 및 통일비용의 문제 등과 같은 민감한 문제에 대하여 충분한 공감대가 형성되지 않은 상태에서 통일되었을 경우에는 그 후유증이 매우 심각할 수 있을 것이다.

셋째, 통일을 준비하는 국가기관들 상호간의 유기적인 협력체제가 구축되어야 하며, 통일에 관한 다양한 준비들이 하나의 커다란 틀 안에서 각기 연결될 수 있어야 할 것이다. 그렇지 못할 경우에는 통일에 대한 준비 자체가 오히려 혼란과 갈등을 야기할 수 있을 것이며, 결국 통일 과정에서 또 다른 부담을 가져오게 될 것이기 때문이다.

이러한 조건들을 제대로 충족시키는 과정에서 국가기관들, 특히 국가원수이자 집행부의 수반인 대통령의 역할은 매우 중요할 수밖에 없다. 통일문제의 성격상 대통령의 독자적인 판단과 행동으로 모든 문제를 처리할 수는 없겠지만, 국회와의 협조를 통해 통일을 위한 준비작업을 주도하며, 때로는 헌법 제72조의 국민투표부의권을 행사해서라도 국민적 합의를 도출하는 등의 역할이 대통령에게 일차적으로 부과되고 있는 것이다.

3. 평화적 통일에 관한 다른 국가기관의 역할

현행헌법은 대통령뿐만 아니라 다른 국가기관들에 대해서도 평화적 통일에 관한 과제를 부여하고 있다.

입법기관이자 국정통제기관인 국회는 평화적 통일과 관련한 법률의 제정 또는 개정을 통하여, 그리고 정부의 통일정책의 수립과 추진에 대한 협력 및 통제를 통하여 평화적 통일에 깊이 관여할 권한과 책임을 부여받고 있다.

또한 현행헌법상 임의적 자문기관으로 규정되어 있는 민주평화통일자문회의(헌법 제92조)도 평화적 통일과 관련된 정책의 자문을 비롯하여 통일교육 등 다양한 통일관련 활동을 수행하고 있다. 하지만 집행기관 중에서 통일에 관하여 주도적 역할을 하고 있는 것은 역시 행정각부의 하나인 통일부라고 할 수 있을 것이다.

정부조직법상 통일부는 "통일부장관은 통일 및 남북대화·교류·협력에 관한 정책의 수립, 통일교육 기타 통일에 관한 사무를 관장한다"(정부조직법 제26조). 그러나 통일에 관한 다양한 업무를 통일부가 전담하는 것은 현실적으로 가능하지 않다. 예컨대 통일과 관련한 교육문제, 환경문제, 국방문제, 경제문제 등에 대해서는 관련부처의 협조가 있어야 할 것이다.

다만 통일부는 이러한 다양한 부처의 통일관련 준비를 전체적으로 조정하여 일관성과 체계성을 확보할 수 있도록 하는 역할을 담당함으로써 통일준비의 중심적 기관이 되고 있는 것이다.

VI. 대통령제 정부형태와 집행부 수반으로서의 지위

1. 권력분립원리와 집행부 수반의 위치

현대적 권력분립원칙은 입법, 집행, 사법의 기능을 분립시키는 것뿐만 아니라, 이러한 국가기능들이 각기 독립된 국가기관에 의해 담당될 것도 요청한다.[90] 그것은 법정립과 법집행, 법판단을 구분함으로써 법치를 실현시키기 위한 것이며, 궁극적으로는 국가권력의 행사를 객관화함으로써 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이다.

이런 맥락에서 볼 때, 집행기능을 담당하는 집행부는 입법, 사법과 구분되는 집행작용의 담당자이며, 집행부의 수반으로서 대통령에게 부여된 권한 또한 일차적으로 집행작용에 관한 권한이라고 할 수 있을 것이다. 즉 대통령은 헌법 제66조 제4항에 따라 정부(즉 집행부)의 수반이며, 정부가 담당하는 집행작용에 관한 권한을 국민과 헌법에 의해 부여받고 있는 것이다.

이러한 대통령의 집행작용에 관한 권한은 집행부의 조직에 관한 권한과 집행부의 활동에 관한 권한으로 나누어질 수 있으며, 그에 상응하여 대통령의 집행부 수반으로서의 지위도 집행부의 조직권자로서의 지위와 집행부의 최고책임자로서의 지위로 구분될 수 있다.[91]

90) 즉, 입법기능은 입법부가, 집행기능은 집행부가, 그리고 사법기능은 사법부가 담당하도록 요구하는 것이다.

91) 권력분립은 그밖에도 국가기관 상호간의 통제를 통한 권력남용의 억제를 요청하고 있기 때문에, 국회가 정부에 대한 국정통제기능을 수행하듯이 정부도 다른 국가기관의 활동에 대한 통제기능을 일부 수행한다. 예컨대 대통령의 법률안거부권도 집행부의 수반으로서 갖는 입법작용에 대한 통제권으로 이해될 수 있다. 그러나 행정국가화 경향에 따른 집행부의 비대화로 인하여 집행부는 주로 통제의 대상이 되며, 통제의 주체가 되는 경우는 많지 않다.

2. 집행부의 조직권자로서의 지위

국민의 선거를 통해 집행권에 대한 민주적 정당성을 직접 부여받은 국민의 대표자가 대통령이다. 이러한 민주적 정당성에 기초하여 대통령은 집행부를 구성할 권한을 갖는다.

대통령은 국회의 동의를 얻어 국무총리를 임명할 권한을 가지며(헌법 제86조 제1항), 국무총리의 제청으로 국무위원을 임명한다(헌법 제87조 제1항).[92] 또한 국회의 동의를 얻어 감사원장을 임명하며(헌법 제98조 제2항), 감사원장의 제청으로 감사위원을 임명하는 것(헌법 제98조 제3항)도 대통령이 집행부의 조직권자로서 부여받은 권한이라고 할 수 있다.[93] 그밖에 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 따라 공무원을 임면할 권한을 갖는다(헌법 제78조).[94]

92) 이처럼 대통령제 정부형태를 취하면서도 부통령을 두지 않고 국무총리를 두고 있을 뿐만 아니라 국무총리의 임명에 대하여 국회의 동의를 얻도록 한 것은 대통령제와는 잘 맞지 않는 이질적인 제도라고 할 수 있다. 제헌헌법 당시에 국무총리 제도를 두었던 것은 의원내각제로 만들었던 헌법초안을 급하게 대통령제로 바꾸는 과정에서 나타났던 부작용의 산물이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 그 이후 국무총리제도가 계속 유지된 이유, 그리고 국무총리의 임명에 대해 국회의 동의를 얻도록 한 이유는 다른 맥락에서 찾을 수 있다. 그것은 한편으로는 (부통령을 두지 않음으로써) 집행부의 권력을 대통령에게 집중시키기 위한 방법이었으며, 다른 한편으로는 국무총리의 임명에 국회가 관여하도록 함으로써 대통령의 강력한 권한을 완화시키는 듯한 외관을 만드는 효과를 가져오기도 하였다. 현실적으로 국회의 동의권이 있다고 하더라도 국무총리는 결국 대통령이 원하는 사람들 가운데서 임명될 수밖에 없다는 것은 명백하다. 그럼에도 불구하고 국무총리가 국회의 동의에 의해서 임명되고, 또 국무총리가 국무위원의 제청권이나 부서권 등을 통해서 대통령을 통제할 수 있는 듯한 외관을 보임으로써 대통령의 권력이 많이 억제되는 듯한 인상을 보이는 것이다. 그러나 실질적으로 대통령의 국무총리 및 국무위원 임명권은 사실상의 집행부 구성권으로서 큰 제약 없이 행사될 수 있다고 볼 수 있으며, 국회의 국무총리 임명동의권과 국무위원에 대한 인사청문회도 미국의 인사청문회를 통한 검토 이상으로 대통령의 임명권을 강력하게 제약하는 것은 아니라고 할 수 있다.

93) 감사원의 구성에 대하여 이와 같은 특별한 규정을 헌법에 두고 있는 이유는 감사원의 중립성과 공정성을 확보하기 위한 것으로 이해된다. 그러나 업무수행의 중립성과 공정성이 필요하다는 점을 놓고 볼 때, 감사원 이외에 검찰이나 경찰, 국가정보원 등의 구성에도 유사한 요건을 도입할 수 있었음에도 불구하고 감사원에 대해서만 이와 같은 특별규정을 두고 있는 것은 감사원이 권력의 행사를 직접 뒷받침하는 기관이 아니기 때문이라고 볼 수 있다. 하지만 입법론적으로는 감사원의 구성에 국회의 관여가 인정되는 것과 같은 방식으로 다른 중요 국가기관에 대해서도 국회에 의한 실질적 통제를 강화하는 것이 필요할 것이다.

94) 대통령의 공무원임면권을 넓게 이해할 경우에는 모든 공무원에 대한 임면을 포괄하며, 따라서 집행부의 공무원뿐만 아니라 입법부나 사법부에 속하는 공무원에 대한 임면권까지 모두 포함하는 것으로 볼 수 있다. 하지만 국회의 경우 선거에 의해 국회의원이 임명되며, 국회사무처의 직원에 대한 임명도 국회의 자율권에 속하는 것으로 인정된다. 사법부의 경우에도 대법원장이나 대법관, 헌법재판소장과 헌법재판소 재판관 등 헌법이 정한 경우를 제외하고는 사법부의 독립이라는 원칙에 따라 대통령의 관여가 배제되는 것으로 이해되어야 한다. 따라서 대통령의 공무원임면권은 집행부의 소속공무원에 대한 임면권을 의미한다고 보는 것이 일반적이며, 이 경우에도 임면권의 자의적 행사를 막기 위하여 헌법과 법률에서 일정한 제약이 가해지고 있는 경우가 많다. 먼저 임명권의 제약과 관련하여서는 ① 국무총리와 감사원장의 경우에는 국회의 동의를 얻어야 임명할 수 있으며(헌법 제86조 제1항, 제98조 제2항), ② 국무위원의 임명에는 국무총리의 제청이, 감사위원의 임명에는 감사원장의 제청이 필요하다(헌법 제87조 제1항, 제98조 제3항). ③

이러한 대통령의 집행부 조직권은 집행부에 대한 대통령의 권한임과 동시에 책임이라고 할 수 있다. 다만, 대통령의 집행부 조직권의 의미는 집행부 구성원의 임면에 관한 것일 뿐이고, 집행부 조직체계 자체의 변경에 대한 것은 아니다.[95]

3. 집행부의 최고책임자로서의 지위

대통령은 집행부의 수반으로서 집행작용에 대한 최고책임자이다. 즉, 집행부의 활동에 대한 최종적인 결정권자이며, 집행부 구성원들의 활동에 대한 최고의 지휘·감독권을 갖는다. 이런 의미에서 대통령은 집행부의 활동에 대한 최종적인 권한을 가지며, 그에 대한 책임을 진다고 할 수 있다.

대통령이 집행부의 활동에 대한 최고책임자로서의 권한을 가지고 있다고 하더라도 이를 자의적으로 행사해서는 안 된다. 대통령의 권한은 헌법과 법률이 정한 절차에 따라 행사되어야 하며, 국무회의의 심의(헌법 제89조)나 국가안전보장회의 등의 자문(헌법 제91조), 국무총리나 관계국무위원의 부서(헌법 제82조) 등이 요구되는 경우가 많다.

또한 대통령은 집행부의 활동에 대한 권한을 보유함과 아울러 책임을 진다는 점에도 유의하여야 한다. 대통령이 직접 불법적인 권한행사를 한 경우뿐만 아니라, 집행부의 활동 전반에서 나타나는 불법적인 활동 내지 부적절한 활동에 대하여 최고책임자 내지 최고지휘·감독자로서의 책임을 져야 하는 것이다. 다만, 정치적 책임이 문제되는 경우와 법적 책임을 져야 할 경우는 그때 그때 구분되어야 할 것이다.

또한 검찰총장·합동참모의장·각군참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체관리자의 임명에는 국무회의의 심의를 거쳐야 하며(헌법 제89조 제16호), ④ 국무위원을 비롯하여 국가정보원장·검찰총장·경찰청장·국세청장 및 방송통신위원회 위원 등에 대해서는 국회의 인사청문회를 거친 후에 임명하여야 한다(국회법 제65조의2). ⑤ 교육위원·교육감 등과 같이 선거를 통해 선출되는 공무원에 대해서는 임명권을 행사할 수 없으며(지방교육자치에 관한 법률 제51조-제139조), ⑥ 시험을 통한 선발과 같이 일정한 자격이 요구되는 공무원은 그러한 자격이 구비되어야 임명할 수 있다.또한 면직의 제약과 관련하여서도 ① 임기제가 보장되는 공무원에 대해서는 위법행위 등을 이유로 한 해임이나 파면이 아니라면 면직할 수 없으며, ② 직업공무원제에 의하여 신분보장이 되는 공무원의 경우에도 일정한 면직사유(탄핵, 형벌, 징계처분 등)가 존재할 경우에만 면직이 가능하다.

95) 집행부의 조직체계를 바꾸기 위해서는 정부조직법 등 관련법률의 개정이 필요하므로, 이는 국회의 권한에 속한다고 할 수 있을 것이다.

VII. 개정의 필요성에 대한 검토

현행헌법 제66조는 대통령제를 전제로 대통령의 헌법상 지위를 명시하고 있는 규정이다. 이 규정으로부터 출발하여 대통령이 국가원수로서, 그리고 집행부의 수반으로서 다양한 권한을 부여받고 있는 것이다. 그러므로 헌법 제66조는 대통령제 정부형태의 핵심규정이라고 할 수 있으며, 만일 정부형태를 의원내각제나 이원정부제 등으로 변경할 경우에는 헌법 제66조의 개정이 필수적이라고 할 수 있다.

반면에 정부형태를 현재와 같이 대통령제로 유지할 경우에는 헌법 제66조의 개정은 필요하지 않다. 물론 대통령제 하에서도 대통령의 권한을 확대 또는 축소하는 헌법개정이 가능하지만, 그 경우에도 헌법 제66조 자체의 개정은 필요하지 않을 것이다. 헌법 제66조는 대통령의 헌법상 지위와 관련하여 국가원수로서의 지위와 집행부 수반으로서의 지위를 명시하고 있으며, 이와 관련하여 대통령의 헌법수호의무 및 평화적 통일에 관한 의무를 규정하고 있을 뿐이고 구체적인 권한에 대한 규정을 포함하고 있는 것은 아니기 때문이다.

다만 대통령의 헌법상 지위에 관한 헌법 제66조의 규정은 대통령의 구체적 권한에 관한 여러 헌법규정들과 유기적으로 연계되어서 해석되어야 하기 때문에 현행헌법 제66조의 해석에 있어서도 현행헌법상 대통령에게 부여되어 있는 다양한 권한들의 성격 및 문제점을 고려할 수밖에 없는 것이고, 만일 헌법개정을 통하여 대통령의 권한이 확대 또는 축소된다면, 헌법 제66조는 그러한 변화에 맞추어 새롭게 해석되어야 할 것이다.

VIII. 관련문헌

강경근, “한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향”, 헌법학연구 10권 1호 (2004. 3), 177-200.

강태수, “집행부에 관한 헌법개정론”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 485-513.

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

권영설, “통일지향적 정부형태로서의 대통령제”, 공법연구 27집 3호(1999.6), 27-47.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김상겸, “권력분립과 정부형태에 관한 연구 – 법치국가원리와 관련하여”, 헌법학연구

12권 4호(2006.11), 451-483.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
문홍주, 한국헌법, 법문사, 1968.
문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.
박일경, 헌법, 일명사, 1980.
서희경, "헌법의 제정과 운영 - 대한민국 건국기의 정부형태에 관한 논쟁을 중심으로", 한국정치연구 10집 (2000.12), 355-397.
서희경, "대한민국 건국헌법의 기초와 수정 - 정부형태에 관한 논의를 중심으로", 공법연구 31집 4호(2003.5), 27-47.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, "한국헌법과 이원정부제(반대통령제)", 헌법학연구 5권 1호(1999.5), 63-105.
신우철, "정부형태, 과연 바꾸어야 하는가? 최근 개헌론에 대한 헌법공학적 비판과 대안", 헌법학연구 8권 4호(2002.12), 451-480.
양 건, "정부형태의 기본문제에 관한 소고", 한양대 법학논총 24집 3호(2007.8), 101-127.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980.
이강혁, "미합중국대통령의 지위와 권한", 미국헌법연구 8호(1997.6), 51-98.
이승우, "불신임정국과 정부형태에 관한 연구", 인권과 정의 통권349호(2005.9), 123-139.
임종훈, "국가권력구조의 개편방향", 헌법학연구 12권 2호(2006.6), 73-94.
임종훈, "국가권력구조의 개편방향", 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 393-419.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
장영수, "독일식 의원내각제의 한국적 적용", 헌법학연구 5집 1호(1999.5), 37-62.
장영수, "대통령제의 대안으로서의 의원내각제 - 그 장단점과 한국에서의 적용을 위한 전제", 고려법학 39집(2002.11), 89-112.
전학선, "개헌논의와 관련된 정부형태 개정논의", 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 515-564.
정만희, "의원내각제 개헌론에 대한 비판적 분석", 헌법학연구 6권 1호(2000.5), 302-323.

한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

헌법 제67조

장영수

第67條

① 大統領은 國民의 普通·平等·直接·秘密選擧에 의하여 選出한다.

② 第1項의 選擧에 있어서 最高得票者가 2人 이상인 때에는 國會의 在籍議員 過半數가 출석한 公開會議에서 多數票를 얻은 者를 當選者로 한다.

③ 大統領候補者가 1人일 때에는 그 得票[illegible]가 選擧權者 總數의 3分의 1 이[illegible]이 아니면 大統領으로 當[illegible]

④ 大[illegible]選擧될[illegible]수 있는 者는 國會議員[illegible] 被選擧權이 있고 選擧[illegible] 현[illegible] 40歲에 達하[illegible]야 한다.

⑤ 大[illegible]領의 選擧에 관한 사[illegible]은 法律로 정한다.

I. 대통령제 정부형태와 대통령 선거의 의의

현행헌법은 대통령제 정부형태를 취하고 있을 뿐만 아니라, 대통령에게 권한이 더욱 집중된 이른바 변형된 대통령제를 채택하고 있다. 그에 따라 대통령은 집행부의 수반으로서 뿐만 아니라 국가원수로서 강력한 권한들을 가지고 있다.

이러한 대통령의 강력한 권한은 그에 상응하는 강력한 민주적 정당성을 요청한다. 의원내각제 국가의 대통령이 대부분 간선으로 선출되는 것과는 달리 대통령제 국가의 대통령은 직선으로 선출되는 것이 원칙인 것도 이러한 민주적 정당성의 요청 때문이다. 대통령이 강력한 권한을 보유하면 보유할수록 그 권한에 대한 (국민에 의한) 보다 직접적인 정

당성부여를 필요로 하는 것이다.

이와 관련하여 미국의 경우에는 대통령선거에서 간선을 채택하고 있으나 실질적으로는 직선에 가깝게 운용하고 있다는 점을 참고할 수 있으며,[1] 한 걸음 더 나아가 프랑스의 경우에는 대통령선거에 있어서 상대적 다수대표제가 아닌 절대적 다수대표제를 채택함으로써 민주적 정당성의 강화에 더욱 노력하고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다.

현행헌법상 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀 선거에 의한 상대적 다수대표제 선거로 선출된다. 다만 최고득표자가 2인 이상인 경우에는 국회에서 결선투표를 하며, 대통령후보자가 1인일 경우에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상이 되어야 한다. 그러나 이러한 대통령 선출방식에 대해서는 비판이 적지 않으며, 최근의 개헌논의와 관련하여 개정의 필요성이 주장되기도 한다.

II. 헌법 제67조의 연혁

1. 제1공화국 당시의 대통령 선출방식

가. 제헌헌법의 규정과 문제점

제헌헌법 第53條

① 大統領과 副統領은 國會에서 無記名投票로써 各各 選擧한다.

② 前項의 選擧는 在籍議員 3分之2 以上의 出席과 出席議員 3分之2 以上의 贊成投票로써 當選을 決定한다. 但 3分之2 以上의 得票者가 없는 때에는 2次投票를 行한다. 2次投票에도 3分之2 以上의 得票者가 없는 때에는 最高得票者 2人에 對하여 決選投票를 行하여 多數得票者를 當選者로 한다.

③ 大統領과 副統領은 國務總理 또는 國會議員을 兼하지 못한다.

널리 알려진 바와 같이 제헌헌법은 헌법기초위원회에서 의원내각제로 초안이 만들어졌

1) 미국의 대통령선거에서는 대통령선거인단을 선출하기에 앞서 선거인단 입후보자가 자신이 지지하는 대통령후보자를 밝힘으로써 대통령선거인단의 선거만 끝나면 누가 대통령으로 당선될 것인지가 확정된다. 즉, 미국의 대통령선거는 형식상 간선이지만, 실질적으로는 직선에 가깝게 운영되고 있는 것이다.

던 것을 제헌국회의 심의과정에서 대통령제로 급하게 바꾸면서 대통령제와 의원내각제적 요소의 혼합이 나타나게 되었다. 이를 일컬어 의원내각제적 요소를 가미한 대통령제라고 말하기도 하지만, 실제로는 대통령제의 본질과 맞지 않는 부분들도 적지 않았다.

제헌헌법 제53조에서 대통령과 부통령을 국회에서 선출하도록 하였던 것은 대통령제의 본질과 맞지 않은 요소의 대표적 예라고 할 수 있다. 대통령제가 엄격한 삼권분립에 기초하여 입법부와 집행부가 각기 독립적으로 구성되고, 활동하는 것을 원칙으로 하는 반면에 의원내각제의 경우에는 의회에 의하여 내각이 구성되는 공화적 관계를 기본으로 한다는 점을 생각할 때, 제헌헌법 제53조의 규정은 대통령제의 본질에 반하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

물론 이와 같은 규정은 당시 이승만 대통령이 제헌국회 내에서 압도적 지지를 받고 있던 상황이었기 때문에 문제되지 않았지만, 헌법이론적으로는 많은 문제를 안고 있었던 것으로 평가될 수밖에 없다.[2)]

나. 제1차 개헌에 의한 대통령 직선제의 도입

1952년 제1차 개정헌법(발췌개헌) 第53條

① 大統領과 副統領은 國民의 普通, 平等, 直接, 秘密投票에 依하여 各各 選擧한다.

② 國會 閉會中에 大統領과 副統領을 選擧할 때에는 그 選擧報告를 받기 爲하여 兩院의 議長은 國會의 集會를 公告하여야 한다.

③ 大統領과 副統領의 選擧에 關한 開票報告는 特別市와 道의 選擧委員會가 立候補者의 得票數를 明記하여 封緘한 後參議院議長에게 送付하여야 한다.

④ 參議院議長은 卽時 各院의 在籍議員 過半數가 出席한 公開된 兩院合同會議에서 前項의 得票數를 計算하여 當選된 大統領과 副統領을 公表하여야 한다.

⑤ 大統領과 副統領의 當選은 最高得票數로써 決定한다. 最高得票者가 2人 以上인 때에는 前項의 兩院合同會議에서 多數決로써 當選者를 決定한다.

⑥ 大統領과 副統領의 選擧에 關한 事項은 法律로써 定한다.

⑦ 大統領과 副統領은 國務總理 또는 國會議員을 兼할 수 없다.

2) 당시의 헌법이론은 이러한 규정을 미국식 대통령제를 그대로 따르지 않고 의원내각제의 장점을 많이 취하여 의회와 정부의 밀접한 상호관계를 수립했다는 점에서 그 근거를 찾고 있다. 또한 이 규정으로 인하여 대통령이 국회에 대해 독립적으로 권한을 행사하기 곤란하게 되었지만, 앞으로 헌법의 운영 여하에 따라서는 대통령이 정치에 초연하게 될 소지를 만든 것이라고 평가하기도 하였다. 이에 관하여는 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 129 참조.

대통령과 부통령의 국회 간선을 규정하였던 제헌헌법 제53조의 규정은 6·25전쟁이 진행중이던 1952년의 제1차 개헌에 의하여 국민의 직선에 의한 선출로 변경되었다. 제1차 개헌이 안고 있던 절차상의 위헌적 요소를 접어두고 생각할 때, 대통령제 정부형태 하에서의 대통령 및 부통령 선거를 국민의 직선으로 변경한 것 자체에는 큰 무리가 없다고 할 수 있다.

그러나 당시의 정치현실을 고려해 보면, 제헌국회에서와는 달리 제2대 국회에서는 당시 대통령이던 이승만의 지지세력이 오히려 소수였기 때문에 대통령의 재선 가능성이 희박하였고, 결국 대통령의 재선을 위해 선출방식을 국회 간선에서 국민의 직선으로 변경한 것으로 보는 견해가 지배적이다.[3] 이렇게 볼 때, 대통령의 선출방식 변경이 대통령의 집권욕 내지 장기집권을 통한 독재화의 길을 열어 놓은 것으로 평가될 수 있을 것이다.

2. 제2공화국 헌법과 대통령의 선출방식

제2공화국 헌법 第53條

① 大統領은 兩院合同會議에서 選擧하고 在籍國會議員 3分之 2以上의 投票를 얻어 當選된다.

② 1次投票에서 當選者가 없을 때에는 2次投票를 行하고 2次投票에서도 當選者가 없을 때에는 在籍議員 3分之2 以上의 出席과 出席議員 過半數의 投票를 얻은 者를 當選者로 한다.

③ 大統領은 政黨에 加入할 수 없으며 大統領職 外에 公職 또는 私職에 就任하거나 營業에 從事할 수 없다.

자유당 정권의 3·15부정선거를 계기로 촉발된 국민의 저항이 결국 4·19혁명으로 연결되었고, 국민의 단결된 힘에 의하여 제1공화국이 붕괴되고 제2공화국이 수립되면서 정부형태가 대통령제에서 의원내각제로 변경되었다.

제2공화국헌법 제53조는 의원내각제의 일반적 예에 따라서 대통령을 의회에서 선출하도록 하였으며, 당시 양원제를 채택하고 있었기 때문에 민의원과 참의원의 양원 합동회의

3) 제1차 헌법개정의 경과 및 그 과정에서 나타난 야당의 대통령 재선 등에 대한 반대에 관하여는 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 435 이하; 송우, 한국헌법개정사, 집문당, 1980, 79 이하 참조.

에서 재적 국회의원 3분의 2 이상의 지지를 얻은 후보자가 대통령으로 당선되도록 하였다.

이러한 규정은 제헌헌법의 규정과 매우 유사하며, 제헌헌법상의 대통령 선출방식이 사실상 의원내각제 하에서의 대통령 선출방식과 다르지 않음을 보여주는 것이기도 하다.

3. 제3공화국 헌법

제3공화국 헌법 第64條

① 大統領은 國民의 普通·平等·直接·秘密選擧에 의하여 選出한다. 다만, 大統領이 闕位된 경우에 殘任 期間이 2年 未滿인 때에는 國會에서 選擧한다.

② 大統領으로 選擧될 수 있는 者는 國會議員의 被選擧權이 있고 選擧日 現在 계속하여 5年以上 國內에 居住하고 40歲에 達하여야 한다. 이 경우에 公務로 外國에 派遣된 期間은 國內 居住期間으로 본다.

③ 大統領候補가 되려 하는 者는 所屬政黨의 추천을 받아야 한다.

④ 大統領選擧에 관한 事項은 法律로 정한다.

1961년 5·16군사쿠데타에 의하여 집권하였던 군부세력은 1963년의 민정이양을 앞두고 국민투표를 거쳐서 헌법을 개정하였다. 이렇게 개정된 1962년의 제3공화국 헌법은 다시금 대통령제 정부형태를 채택하였으며, 제64조에서는 국민이 대통령을 직선하도록 규정하였다.

다만 이전의 헌법과는 달리 대통령의 피선거권과 관련하여 연령제한 규정이 도입된 점과 대통령후보자가 되기 위하여 소속정당의 공천을 받도록 함으로써 정당의 기속력을 강화한 점, 그리고 대통령의 궐위시 잔임기간이 2년 미만인 경우에는 국회에서 대통령을 선출하도록 한 점[4]이 제3공화국 헌법상 대통령 선출방식의 특징으로 지적될 수 있다.

이러한 몇 가지 특징을 제외하면, 제3공화국의 대통령 선출방식은 제1공화국 후반기의 대통령 선출방식과 크게 다르지 않은 것으로 볼 수 있다.

4) 국회에서 간선하는 경우에는 재적의원 3분의 2이상의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성을 얻은 자를 대통령 당선자로 하며(제3공화국헌법 제66조 제1항), 그러한 득표자가 없는 때에는 2차 투표를 하고, 2차 투표에서도 역시 그러한 득표자가 없는 때에는 최고득표자가 1인이면 최고득표자와 차점자에 대하여, 최고득표자가 2인이상이면 최고득표자에 대하여, 결선투표를 함으로써 다수득표자를 대통령 당선자로 한다(제3공화국헌법 제66조 제2항).

4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정

가. 제4공화국 헌법상의 대통령 선출방식

제4공화국 헌법 第39條

① 大統領은 統一主體國民會議에서 討論없이 無記名投票로 選擧한다.

② 統一主體國民會議에서 在籍代議員 過半數의 贊成을 얻은 者를 大統領當選者로 한다.

③ 第2項의 得票者가 없는 때에는 2次 投票를 하고, 2次 投票에도 第2項의 得票者가 없는 때에는 最高得票者가 1人이면 最高得票者와 次點者에 대하여, 最高得票者가 2人以上이면 最高得票者에 대하여, 決選投票를 함으로써 多數得票者를 大統領當選者로 한다.

제4공화국 헌법 第44條

大統領으로 選擧될 수 있는 者는 國會議員의 被選擧權이 있고 選擧日 現在 계속하여 5年以上 國內에 居住하고 40歲에 達하여야 한다. 이 경우에 公務로 外國에 派遣된 期間은 國內居住期間으로 본다.

흔히 유신헌법이라 일컬어지는 제4공화국 헌법은 대통령을 국민이 직선하는 것이 아니라 통일주체국민회의에 의하여 간선하도록 규정하고 있었다.

이러한 대통령 선출방식은 대통령에게 부여되었던 강력한 권한에 비하여 민주적 정당성이 크게 약화된 것이었기 때문에 많은 비판을 받았다. 실제로 유신헌법을 독재헌법이라고 부르는 것은 형식적으로는 민주주의를 선언하고 권력분립을 규정하였지만, 실질적으로는 국민의 의사를 무시한 권력행사가 가능하며, 대통령의 권력행사에 대하여 입법부나 사법부의 통제가 사실상 불가능하도록 만들었기 때문이다.

그와 같은 유신 독재체제의 기본적 구성요소의 하나가 국민에 의한 선출이라는 민주적 정당성 확보를 무시하고 통일주체국민회의에 의한 간선을 통한 대통령의 선출이라고 할 수 있을 것이다.[5)]

5) 그러나 이러한 간선을 위기정부의 성격을 들어 정당화하는 견해도 있다. 이에 관하여는 한태연, 헌법학, 법문사, 1978, 510 이하 참조.

나. 제5공화국 헌법상의 대통령 선출방식

제5공화국 헌법 第39條

① 大統領은 大統領選擧人團에서 無記名投票로 選擧한다.

② 大統領에 立候補하려는 者는 政黨의 推薦 또는 法律이 정하는 數의 大統領選擧人의 推薦을 받아야 한다.

③ 大統領選擧人團에서 在籍大統領選擧人 過半數의 贊成을 얻은 者를 大統領當選者로 한다.

④ 第3項의 得票者가 없을 때에는 2次投票를 하고, 2次投票에도 第3項의 得票者가 없을 때에는 最高得票者가 1人이면 最高得票者와 次點者에 대하여, 最高得票者가 2人以上이면 最高得票者에 대하여 決選投票를 함으로써 多數得票者를 大統領當選者로 한다.

⑤ 大統領의 選擧에 관한 事項은 法律로 정한다.

제5공화국 헌법 第40條

① 大統領選擧人團은 國民의 普通·平等·直接·秘密選擧에 의하여 選出된 大統領選擧人으로 構成한다.

② 大統領選擧人의 數는 法律로 정하되, 5,000人以上으로 한다.

③ 大統領選擧人의 選擧에 관한 事項은 法律로 정한다.

제5공화국 헌법 第41條

① 大統領選擧人으로 選出될 수 있는 者는 國會議員의 被選擧權이 있고, 選擧日 現在 30歲에 達하여야 한다. 다만, 國會議員과 公務員은 大統領選擧人이 될 수 없다.

② 大統領選擧人은 現行犯人인 경우를 제외하고는 逮捕 또는 拘禁되지 아니한다.

③ 大統領選擧人은 政黨에 소속할 수 있다.

④ 大統領選擧人은 選擧人이 된 後 처음 實施되는 國會議員의 選擧에 있어서 國會議員으로 選出될 수 없다.

⑤ 大統領選擧人은 당해 大統領選擧人團이 選擧한 大統領의 任期開始日까지 그 身分을 가진다.

제5공화국 헌법 第42條

大統領으로 選擧될 수 있는 者는 國會議員의 被選擧權이 있고, 選擧日 現在 계속하여 5

年以上 國內에 居住하고 40歲에 達하여야 한다. 이 경우에 公務로 外國에 派遣된 期間은 國內居住期間으로 본다.

1979년 10·26사태에 의하여 박정희가 암살되면서 유신체제는 붕괴되었다. 그러나 1980년 신군부의 집권으로 인하여 군사독재는 계속되었고, 그 결과 1980년의 제5공화국 헌법에서도 대통령을 국민이 직선하는 것이 아니라 간선하도록 규정하고 있었다. 다만, 제5공화국 헌법에서는 유신헌법과는 달리 통일주체국민회의를 폐지하였으므로 대통령의 선출을 대통령선거인단에 의한 간선이라는 방식을 취하였다.[6)]

하지만 제5공화국 헌법에 따른 대통령선거인단의 선출이나 이들에 의한 대통령의 간선은 유신헌법 당시의 통일주체국민회의의 경우와 크게 다르지 않다. 다만, 유신헌법상의 통일주체국민회의가 상설기구로서 대통령의 선출 이외에도 다양한 권한을 보유하면서 국정에 관여하는 것과는 달리 제5공화국 헌법상의 대통령선거인단은 대통령의 선출에 관한 업무만을 담당한다는 점에서 차이를 보인다.

이러한 대통령의 간선은 국민의 의사와 부합되지 않는 정부의 구성이라는 점에서 민주주의에 반하는 것이라 할 수 있으며, 이에 대한 국민의 불만은 결국 1987년 6월 항쟁을 통해 폭발되어 집권층에 대하여 직선제 개헌을 요구하였고, 갈등 끝에 집권층이 이를 수용하는 이른바 6·29선언을 함으로써 1987년의 제9차 개정헌법(현행헌법)으로의 길을 열었다.

III. 선거의 기본원칙: 보통·평등·직접·비밀선거

1. 선거의 이념과 그 구체화로서의 선거원칙

대한민국은 민주공화국이며, 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다(헌법 제1조). 따라서 국민의 대표자로 구성되는 국가기관들의 권위와 정당성은 최종적으로 국민에 의존하고 있는 것이며, 주권자인 국민이 대표자를 선출하는 절차인 "선거"는 대의제 민주주의의

6) 당시에는 이를 선거과열의 문제, 남침위협의 정치현실 등으로 정당화시키기도 하였다. 이에 관하여는 문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980, 405; 박일경, 제5공화국 헌법, 일명사, 1980, 283 이하 참조.

기본구조 하에서 민주적 헌법질서를 구체적으로 형성하기 위한 첫걸음이라고 할 수 있다.

일반적으로 선거는 주권자인 국민이 그들을 대신하여 국정을 담당할 대표자를 선출하는 창설적 행위로 이해된다. 선거는 기본적으로 대표자의 선출, 즉 국정을 담당하는 국가기관의 구성이라는 의의와 기능을 가지고 있다는 것이다. 그러나 선거를 이같이 형식적으로만 이해하여 선거의 본질, 즉 국민과 대표자의 관계의 본질에 관한 전체적 이해를 결여할 경우, 「국민 스스로가 선출한 대표자이니까 국민은 대표자를 무조건 따라야 한다」거나 「대표자의 잘못은 결국 그들을 선출한 국민의 책임이니 감수해야 한다」는 등의 잘못된 주장이 나오게 된다. 이런 주장대로라면 국민은 – 룻소가 당시 영국의 민주주의에 대해 비난했듯이[7] – 단지 선거기간 중에만 자유로울 수 있고 선거 후에는 다시금 자신에 의해 선출된 대표자, 즉 (국민으로부터 나오는) 국가권력의 압제 하에 들어가게 될 수도 있을 것이다. 그러나 그것이 결코 올바른 민주주의의 실현(즉 자유와 평등의 실현)이 아님은 자명하다.

따라서 민주적 선거를 올바르게 이해하기 위해서는 선거의 이념을 먼저 생각할 필요가 있으며, 이는 민주주의의 이념인 자유와 평등의 실현이라는 것과 무관할 수 없다. 즉, 대의제 민주주의 실현의 첫 단추인 선거는 활동력 있는 국가기관을 구성하는 행위임과 동시에 자유와 평등이라는 민주주의의 이념에 부합하는 대표자의 선출방식이 되어야 하는 것이다.

헌법상 명시되고 있는 보통, 평등, 직접, 비밀의 선거원칙들은 이러한 자유와 평등의 이념을 구체화한 것이라고 할 수 있다. 즉, 직접선거와 비밀선거의 원칙을 통하여 유권자인 국민의 의사가 왜곡 없이 자유롭게 형성되고 또 선거결과로 반영될 수 있도록 하는 것이며, 보통선거와 평등선거의 원칙을 통하여 모든 국민에 선거에 평등하게 참여할 뿐만 아니라, 선거결과에 미치는 영향력 또한 평등하게 함으로써 평등의 이념을 실현시키고자 하는 것이다.

2. 보통선거의 원칙

보통선거란 제한선거의 반대개념이며, 원칙적으로 모든 국민에게 선거권이 인정되는

7) 장 자크 루쏘/최석기 역, 사회계약론, 1977, 제3편 제15장 248.

것을 의미한다. 즉 보통선거의 문제는 국민주권에 기초하여 선거권의 인정범위에 대한 제한이 없어야 한다는 원칙을 두는 것이다.[8)]

과거에는 사회적 신분 또는 재산 등을 근거로 선거권의 인정여부를 결정한 적이 있으나, 보통선거가 확립된 오늘날에는 재산, 학력, 직업, 종교 또는 사회적 신분 등을 근거로 선거권을 한정하는 것은 허용되지 않는다. 이에 반하여 선거권의 부여를 일정한 연령과 같은 정당한 형식적 전제조건과 결부시키는 것은 인정될 수 있으며,[9)] 엄격한 요건 하에 선거권에 제한을 가하는 것도 가능하다.[10)]

8) 憲裁 1999.5.27. 98헌마214 결정: "민주주의는 참정권의 주체와 국가권력의 지배를 받는 국민이 되도록 일치할 것을 요청한다. 국민의 참정권에 대한 이러한 민주주의적 요청의 결과가 바로 보통선거의 원칙이다. 즉, 원칙적으로 모든 국민이 균등하게 선거에 참여할 것을 요청하는 보통·평등선거원칙은 국민의 자기지배를 의미하는 국민주권의 원리에 입각한 민주국가를 실현하기 위한 필수적 요건이다. 원칙적으로 모든 국민이 선거권과 피선거권을 가진다는 것은 바로 국민의 자기지배를 의미하는 민주국가에의 최대한의 접근을 의미하기 때문이다."

9) 憲裁 1997.6.26. 96헌마89 결정: "보통선거라 함은 개인의 납세액이나 소유하는 재산을 선거권의 요건으로 하는 제한선거에 대응하는 것으로 이러한 요건 뿐만 아니라 그밖에 사회적 신분 인종 성별 종교 교육 등을 요건으로 하지 않고 일정한 연령에 달한 모든 국민에게 선거권을 인정하는 제도를 말한다. 보통선거제도를 채용하고 있는 모든 국가들은 연령에 의한 선거권의 제한을 인정하고 있다. 이와 같이 연령에 의하여 선거권을 제한할 수밖에 없는 것은 국정 참여수단으로서의 선거권행사는 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 하기 때문이다."

10) 이와 관련하여 헌법재판소가 재외국민의 선거권 제한이 보통선거원칙에 반하는 것으로 판시한 바 있다. 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644등 결정: "선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위험이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다. 북한주민이나 조총련계 재일동포가 선거에 영향을 미칠 가능성, 선거의 공정성, 선거기술적 이유 등은 재외국민등록제도나 재외국민 거소신고제도, 해외에서의 선거운동방법에 대한 제한이나 투표자 신분확인제도, 정보기술의 활용 등을 통해 극복할 수 있으며, 나아가 납세나 국방의무와 선거권 간의 필연적 견련관계도 인정되지 않는다는 점 등에 비추어 볼 때, 단지 주민등록이 되어 있는지 여부에 따라 선거인명부에 오를 자격을 결정하여 그에 따라 선거권 행사 여부가 결정되도록 함으로써 엄연히 대한민국의 국민임에도 불구하고 주민등록법상 주민등록을 할 수 없는 재외국민의 선거권 행사를 전면적으로 부정하고 있는 법 제37조 제1항은 어떠한 정당한 목적도 찾기 어려우므로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 재외국민의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다. 직업이나 학문 등의 사유로 자진 출국한 자들이 선거권을 행사하려고 하면 반드시 귀국해야 하고 귀국하지 않으면 선거권 행사를 못하도록 하는 것은 헌법이 보장하는 해외체류자의 국외 거주·이전의 자유, 직업의 자유, 공무담임권, 학문의 자유 등의 기본권을 희생하도록 강요한다는 점에서 부적절하며, 가속화되고 있는 국제화시대에 해외로 이주하여 살 가능성이 높아지고 있는 상황에서, 그것이 자발적 계기에 의해 이루어졌다는 이유만으로 국민이면 누구나 향유해야 할 가장 기본적인 권리인 선거권의 행사가 부인되는 것은 타당성을 갖기 어렵다는 점에 비추어 볼 때, 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내거주자에 대해서만 부재자신고를 허용함으로써 재외국민과 단기해외체류자 등 국외거주자 전부의 국정선거권을 부인하고 있는 법 제38조 제1항은 정당한 입법목적을 갖추지 못한 것으로 헌법 제37조 제2항에 위반하여 국외거주자의 선거권과 평등권을 침해하고 보통선거원칙에도 위반된다."

3. 평등선거의 원칙

평등선거는 차등선거의 반대개념이며, 모든 선거권자가 행사하는 한표 한표가 동등한 비중, 동등한 계산가치를 가지며, 나아가 원칙적으로 동등한 결과가치를 가지는 것, 즉 선거결과에 어느 표나 동등한 영향을 미치는 선거를 말한다.

평등선거 원칙은 민주적 평등의 요청에 기초하고 있다. 그러나 선거에 있어서 헌법적 평등의 요청을 어떠한 기준에 따라 어느 정도까지 실현시켜야 하는가에 대하여는 그 동안 많은 논의를 통한 변화와 발전이 있어 왔다. 고전적 평등선거원칙의 출발점은 이른바 '1인 1표의 원칙'이라고 할 수 있다. 즉 모든 사람들에게 투표권의 차등을 두지 않고 동등하게 1표씩 인정함으로써 산술적 평등을 확보하는 것이었다.

그러나 이와 같은 산술적 평등의 확보만으로는 선거에 있어서 실질적 평등을 확보하기에 충분치 못하다는 점이 확인되면서, 오늘날 평등선거의 원칙은 산술적 표면가치의 평등만이 아니라 실질적 성과가치의 평등까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 이에 따라 평등선거의 원칙은 이제 – 단순한 산술적 표면가치의 평등이 아니라 실질적 성과가치의 평등을 중심으로 – 사표(死票)의 방지, 선거구의 인구불균형문제 등과 관련하여 매우 현실적인 문제로 대두되고 있는 것이다.

가. 투표가치(표면가치 + 성과가치)의 평등

선거에 있어서 민주적 평등의 요청은 크게 두 가지 관점에서 검토될 수 있다. 하나는 모든 유권자들의 투표가 평등하게 취급된다는 것, 즉 투표가치의 평등을 확보한다는 것이며, 다른 하나는 선거의 전체 과정(후보자등록에서부터 선거운동과 선거결과의 확인을 통한 당선자확정 및 선거쟁송에 이르는 모든 과정)에서 모든 선거참여자들이 동등한 기회를 부여받는다는 것, 즉 기회의 균등이다.

그러나 그동안 평등선거의 원칙과 관련하여서는 주로 선거제도의 구성과 관련하여 투표가치의 평등을 확보하는 것, 즉 산술적인 표면가치의 평등 확보, 그리고 실질적인 성과가치의 평등 확보를 중심으로 논의가 진행되어 왔다.

투표가치의 평등은 일차적으로 모든 유권자의 투표에 대하여 평등한 취급을 요청한다. 유권자의 인종, 성별, 출신지역이나 종교, 재산, 학력, 기타 사회적 신분에 의하여 투표가치에 차등을 두어서는 안 된다는 것이다.[11] 이러한 투표가치의 평등을 확보하기 위한 일

11) 이러한 요청은 전통적으로 모든 유권자에게 똑같이 1표씩을 인정하는 '1인 1표의 원칙'으로 나타났으며,

차적 조건은 산술적 표면가치의 평등이다. 하지만 오늘날 산술적 표면가치의 평등을 부정하는 경우는 찾기 어려우며, 현실적으로 문제되는 것은 실질적 성과가치(결과가치)의 평등이다. 즉 형식적으로 모든 유권자에 똑같이 1표씩 또는 2표씩 인정될 뿐만 아니라 그 표의 행사(즉 투표)가 선거결과에 미치는 효과도 실질적으로 평등해야 한다는 것이다.

이와 같은 실질적 성과가치의 평등은 형식적 표면가치의 평등과는 달리 매우 복잡한 문제들을 많이 안고 있다. 형식적(산술적) 표면가치의 평등은 획일적 평등으로 쉽게 확보될 수 있는 반면에 실질적 성과가치의 평등은 구체적으로 어느 정도까지 어떤 방식으로 확보될 수 있는가에 관하여 많은 어려운 문제들이 중첩되어 있기 때문이다. 그것은 실질적 성과가치의 평등을 주로 문제삼는 사표(死票)의 문제 또는 선거구 인구불균형의 문제가 안고 있는 문제이기도 하다.

나. 선거참여자의 기회균등과 사표(死票)의 문제

(1) 사표의 개념과 문제점

사표(死票), 즉 죽은 표란 선거의 결과(후보자의 당선)에 직접 영향을 미치지 못한 표를 말한다. 다시 말하자면 결과적으로 당선되지 못한 후보자에게 던진 표는 사표가 되는 것이다.

이러한 사표의 발생은 선거제도상 불가피하다. 모든 유권자들이 자유롭게 투표하는 가운데 유권자들의 각 후보자에 대한 지지는 다양하게 나타날 수밖에 없으며, 이러한 경우 유권자들이 원하는 후보자를 모두 다 당선시키는 것은 현실적으로 불가능하기 때문이다. 그러나 사표가 많아지면 많아질수록 선거의 민주성에 대한 의문이 크게 제기되는 것은 간과할 수 없는 중요한 문제이다.

예컨대 여러 후보자가 나선 가운데 10-20%의 저조한 지지율로 당선될 경우에는 상대적으로 그 후보자가 다른 후보자들보다 더 많은 지지를 받았다는 측면보다는 그를 원치 않았던 유권자들이 오히려 압도적인 다수(80-90%)라는 것이 더 큰 문제로 제기될 수 있

이를 평등선거의 원칙과 동일시하기도 했다. 예컨대 헌법재판소는 "평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 복수투표제를 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라"라고 판시하기도 하였다(憲裁 1995.12.27. 95헌마224 등 결정). 그러나 독일의 경우(연방선거법 제4조)나 우리나라의 경우(공직선거법 제146조 제2항)처럼 비례대표선거를 정당에 대한 별도의 투표로 하는 경우에 모든 유권자에게 똑같이 2표씩을 인정하는 '1인 2표제'도 평등선거의 원칙에 반한다고 볼 수는 없으므로 평등선거원칙을 굳이 1인 1표의 원칙으로 정의할 필요는 없을 것이다.

는 것이다. 따라서 사표를 최소화시키려는 노력은 선거에 있어서 실질적 성과가치의 평등이라는 측면뿐만 아니라 선거의 민주성 확보라는 관점에서도 매우 큰 비중을 갖는다.

(2) 사표의 최소화를 통한 평등선거의 실현

사표의 문제는 정당제도 및 선거제도와 밀접하게 연관되어 있다. 정당제도가 어떠한 형태로 정착되어 있는지, 그리고 선거제도를 어떻게 구성하고 있는지에 따라 사표가 어느 정도까지 발생될 수 있는지가 달라지는 것이다.

먼저 정당제도와 관련하여 이야기하자면, 양당제가 확립된 경우와 여러 정당이 난립하고 있는 경우, 그리고 아예 정당제가 뿌리내리지 못하고 있는 경우를 나누어 볼 수 있을 것이다. 양당제가 확립된 경우에는 사표의 문제가 상대적으로 축소될 수 있다. 유권자의 대부분이 2개의 정당 내지 그 정당이 추천한 후보자를 중심으로 투표를 할 경우 당선자는 대부분 과반수의 득표를 올리게 될 것이기 때문이다. 그러나 여러 정당이 난립하고 있는 경우에는 유권자들의 투표도 분산될 것이기 때문에 당선자가 과반수의 득표를 하는 것이 상대적으로 더 어려워지며, 결과적으로 사표의 문제도 심각하게 제기될 수 있다. 나아가 아예 정당제가 뿌리내리지 못하고 있는 경우에는 무소속후보자의 진출을 통한 투표의 분산은 더욱 광범하게 확산될 것이며, 이에 따른 사표의 문제도 더욱 심각해질 것이다.

또한 선거제도도 사표의 문제와 직접 연관되어 있다. 현행 공직선거법상의 선거와 같이 상대다수대표제를 채택하는 경우에는 후보자가 난립하여 당선자의 확정에 있어서 상대적으로 가장 많은 득표를 한 후보자가 아무 제한 없이 당선될 수 있으므로 매우 낮은 득표율에 의한 당선, 그리고 그에 따른 사표의 양산이 예견될 수 있는 것이다. 이것은 국회의원선거 보다는 특히 대통령선거에서 많이 문제될 수 있다.[12] 그리고 국회의원선거에 있어서는 현행 공직선거법상 다수대표제와 비례대표제의 결합이 나타나고 있는데, 정당제도

12) 현행의 대통령선거제도는 – 국회의원선거의 경우와 마찬가지로 – 상대적 다수대표제에 따라 후보자중의 유효투표의 다수를 얻은 자가 당선인이 되도록 정하고 있다(공직선거법 제187조 제1항). 하지만 특히 대통령선거의 경우에는 상대적 다수대표제의 채택에 관하여 논란의 소지가 적지 않다. 그것은 무엇보다도 – 대통령중심제국가에 있어서 – 대통령선거가 갖는 특수한 의의 때문이다. 즉 대통령선거는 개개 국회의원의 선거와는 달리 하나의 선거로써 국정의 전체방향을 결정하는 의미를 갖고 있고, 따라서 – 대통령의 강력한 권한에 상응하는 – 강력한 정당성의 확보를 위해서는 단순히 후보자들 중의 최다득표가 아닌 과반수의 지지를 요하도록 하는 절대적 다수대표제의 방법이 보다 바람직하다는 관점을 제시해 볼 수 있는 것이다. 물론 절대적 다수의 형성이 현실적으로 쉽게 이루어지지는 않을 것이며, 이에 따라 2차투표까지 가는 경우가 빈번할 수도 있다. 그러나 이러한 절차의 번거로움은 대통령선거의 중요성에 비추어 볼 때 충분히 감수될 수 있는 것이다.

가 올바르게 확립된 경우라면 비례대표제를 통하여 사표를 최소화시키는 방법도 긍정적으로 모색될 수 있을 것이다.

다. 선거구획정과의 관계

(1) 선거구 인구불균형과 평등선거의 문제

현행 공직선거법은 국회의원의 지역구선거에서 다수대표제에 따른 소선거구제를 채택하고 있다(제20조 제3항, 제21조 제2항, 제188조 제1항). 이러한 소선거구제에 있어서는 선거구의 획정이 특히 문제된다. 모든 선거제도가 다 그렇지만 특히 소선거구제에 있어서는 합리적인 선거구의 획정 내지 분할에 의해서만 국민의 의사가 선거에 있어서의 대표자의 선출로 정확하게 반영될 수 있으며, 나아가 평등선거의 실현이 가능하다는 점에서 선거구획정의 문제가 더욱 큰 비중을 갖는 것이다.

이런 관점에서 보면 각 선거구마다 선거인의 수가 완전히 동일한 경우가 이상적이겠으나 이것은 현실적으로 불가능하다. 선거가 있을 때마다 선거인의 수에 맞추어 선거구를 새로이 조정하는 경우에 나타나게 될 절차상의 여러 어려움은 접어두고라도, 그 과정에서 게리맨더링(Gerrymandering)과 같은 불합리한 선거구획정이 등장할 위험도 적지 않기 때문이다. 그러나 또한 선거구간의 선거인의 수가 큰 차이를 보이게 되면, 개개 선거인의 표가 선거결과에 미치는 비중(즉 결과가치)에 차이를 보이게 되므로 일정 주기마다 선거구를 재조정하는 방법 등으로 선거구간 선거인수의 편차가 일정범위를 벗어나지 않도록[13] 조정할 필요가 있다.

그러나 이런 관점에서 볼 때 공직선거법은 – 우리나라에서도 이미 현실적 문제로 수차 제기되었던 – 선거구문제에 대해 분명한 해결 또는 해결을 위한 기준의 제시조차 없다는 점에서 이 문제에 소홀하였다는 문제점을 안고 있다.

(2) 선거구획정에 관한 헌법재판소의 입장

이 문제와 관련하여 1995년 12월 27일의 공직선거및선거부정방지법 [별표1]의 「국회

13) 독일의 경우는 1963년 연방헌법재판소의 판결(BVerfGE 16, 130)이래 선거구간의 선거인수의 편차가 평균선거인수의 33.3%이상 되는 것은 평등선거원칙에 반하며, 따라서 선거구의 재조정이 필요하다는 것이 법적으로 인정되고 있다(독일연방선거법 제3조). 또한 영국, 미국 등의 경우도 선거구간의 지나친 선거인수의 차는 평등원칙에 반하는 것으로 인정되고 있다.

의원지역선거구구역표」에 대한 헌법재판소결정[14]은 많은 것을 시사하고 있다. 결국 국회에 의해 해결되지 못한 곤란한 문제가 헌법재판소에 맡겨졌던 것이다.

헌법재판소는 "평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등, 즉 복수투표제를 부인하고 모든 선거인에게 1인 1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라, 투표의 성과가치의 평등, 즉 1표의 투표가치가 대표자 선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함을 의미한다(one vote, one value)"고 보면서 비록 "헌법이 요구하는 투표가치의 평등은 선거제도의 결정에 있어서 유일, 절대의 기준이라고는 할 수 없으며, 국회는 구체적인 선거제도를 정함에 있어서 합리적인 다른 정책적 목표도 고려할 수 있는 것이지만, 적어도 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙을 가장 중요하고 기본적인 기준으로 삼아야 할 것이고, 여타의 조건들은 그 다음으로 고려되어야" 한다는 것을 확인하고 있다.

이같이 국회의 선거구획정에 관한 입법형성권의 헌법적 한계를 확인한 헌법재판소는 "국회가 결정한 구체적인 선거제도의 구조 아래에서 발생한 투표가치의 불평등이 헌법이 요구하는 투표가치 평등의 원칙에 반하는지의 여부를 판단할 때, 이러한 불평등이 위에서 본 바와 같은 헌법적 요청에 의한 한계 내의 재량권 행사로서 그 합리성을 시인할 수 있는지의 여부를 검토하여, 국회가 통상 고려할 수 있는 제반 사정, 즉 여러 가지 비인구적(非人口的) 요소를 모두 참작한다고 하더라도 일반적으로 합리성이 있다고는 도저히 볼 수 없을 정도로 투표가치의 불평등이 생긴 경우에는 헌법에 위반된다고 하여야" 한다는 입장을 보이고 있다.

나아가 2001년 10월 25일의 헌법재판소 결정에서는 1995년의 결정 당시 기준이었던 전국선거구 평균인구수에서 상하 60%(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1)를 상하 50%(이 경우 상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 3:1)로 조정함으로써 평등선거의 요청에 더욱 접근하였다.[15] 그러나 이 역시도 그 동안의 변화를 고려한 새로운 기준의 제시일 뿐이고, 궁극적인 기준이라고는 말하기 어려울 것이다.

14) 憲裁 1995.12.27. 95헌마224등 결정.

15) 憲裁 2001.10.25. 2000헌마92등 결정.

4. 직접선거의 원칙

직접선거란 간접선거의 반대개념이며, 선거권자인 국민이 그들의 대표를 직접 선출하는 것을 의미한다.[16)]

앞서 살펴본 바와 같이 역대 대통령선거 중에서는 간선의 방식을 취한 경우가 적지 않았다. 그러나 대통령제 정부형태를 채택할 경우에는 대통령의 강력한 권한에 상응하는 민주적 정당성의 확보가 요청되며, 이를 위하여 직접선거의 원칙을 명시하는 것이 요청되는 것이다.

직접선거의 원칙이 인정됨에 따라 과거 제헌헌법 당시의 국회에 의한 간선이나, 유신헌법 당시의 통일주체국민회의에 의한 간선, 또는 제5공화국 헌법 당시의 대통령선거인단에 의한 간선과 같이 제3자가 선거에 개입하는 것은 허용되지 않으며, 특히 중간선거인의 개입은 배제된다.[17)]

5. 비밀선거의 원칙

비밀선거는 공개선거의 반대개념이며, 유권자들이 투표한 내용에 대한 비밀을 보장함으로써 유권자의 투표에 영향을 미칠 수 있는 직접·간접의 강제나 압력으로부터 벗어나

16) 이와 관련하여 헌법재판소는 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91 결정에서 "비례대표제를 채택하는 경우 직접선거의 원칙은 의원의 선출 뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는바, 비례대표의원의 선거는 지역구의원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적인 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다"고 판시함으로써 구 공직선거법에서 지역구선거의 결과에 따라 비례대표의원을 배정한 것이 직접선거의 원칙에 위배됨을 확인하였고, 결국 공직선거법이 개정되어 비례대표 선거를 별도의 투표용지로 하도록 하였다.

17) 憲裁 2001.7.19. 2000헌마91 결정: "직접선거의 원칙은 선거결과가 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 원칙이다. 국회의원선거와 관련하여 보면, 국회의원의 선출이나 정당의 의석획득이 중간선거인이나 정당 등에 의하여 이루어지지 않고 선거권자의 의사에 따라 직접 이루어져야 함을 의미한다. 역사적으로 직접선거의 원칙은 중간선거인의 부정을 의미하였고, 다수대표제하에서는 이러한 의미만으로도 충분하다고 할 수 있다. 그러나 비례대표제하에서 선거결과의 결정에는 정당의 의석배분이 필수적인 요소를 이룬다. 그러므로 비례대표제를 채택하는 한 직접선거의 원칙은 의원의 선출뿐만 아니라 정당의 비례적인 의석확보도 선거권자의 투표에 의하여 직접 결정될 것을 요구하는 것이다."

자유로운 결정을 할 수 있도록 하고자 하는 것이다.[18]

그밖에 우리 헌법상 명문화되지는 않았으나 자유선거의 원칙까지도 주장되고 있다.[19]

IV. 대통령 선거에 관한 특별규정과 그 정당성 여부

1. 대통령 선거의 특수성과 헌법상의 특별규정

현행헌법은 대통령제 정부형태를 채택하고 있다. 더구나 현행헌법상 대통령에게는 집행부의 수반으로서의 권한뿐만 아니라 국가원수로서 많은 권한이 부여되고 있다.[20] 따라서 우리 헌법상 대통령의 선거가 갖는 의미는 의원내각제 국가(예컨대 독일)에서의 대통

18) 憲裁 2007.6.28. 2005헌마772 결정: "비밀선거는 선거인이 누구를 선택하였는지 제3자가 알지 못하도록 하는 상태로 투표하는 것을 말하는데, 모사전송(Facsimile, 팩스) 시스템을 이용하여 선상에서 투표를 할 수 있는 방안이 마련된다면, 전송 과정에서 투표의 내용이 직·간접적으로 노출되어 비밀선거원칙이 침해될 우려가 있다는 지적이 있다. 그러나 통상 모사전송 시스템의 활용에는 특별한 기술을 요하지 않고, 당사자들이 스스로 이를 이용하여 투표를 한다면 비밀 노출의 위험이 적거나 없을 뿐만 아니라, 설사 투표절차나 전송 과정에서 비밀이 노출될 우려가 있다 하더라도, 이는 국민주권 원리나 보통선거원칙에 따라 선원들이 선거권을 행사할 수 있도록 충실히 보장하기 위한 불가피한 측면이라 할 수도 있으므로, 이를 두고 섣불리 헌법에 위반된다 할 수 없다. 더욱이 그러한 방식에 의한 선상투표가 인정된다면, 주권자로서의 자발적인 의사에 기하여 선거권을 행사하려는 선원들로서는 자신의 투표 결과에 대한 비밀이 노출될 위험성을 스스로 용인하고 투표에 임할 수도 있을 것이다. ……국민주권의 원리를 실현하고 국민의 근본적인 권리인 선거권의 행사를 보장하려면, 비밀선거의 원칙에 일부 저촉되는 면이 있다 하더라도, 이 사건과 같은 경우 '선거권' 내지 '보통선거원칙'과 '비밀선거원칙'을 조화적으로 해석하여 이들 관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다. 모사전송 시스템이나 기타 전자통신 장비를 이용한 선상투표 결과 그 내용이 일부 노출될 우려가 있다 하더라도, 그러한 부정적인 요소보다는 국외의 구역을 항해하는 선박에 장기 기거하는 대한민국 선원들의 선거권 행사를 보장한다고 하는 긍정적인 측면에 더욱 관심을 기울여야 할 것이다. 이러한 점을 고려할 때, 모사전송 시스템을 이용한 선상투표와 같은 제도는 국외를 항해하는 대한민국 선원들의 선거권을 충실히 보장하기 위한 입법수단으로 충분히 수용될 수 있고, 입법자는 비밀선거원칙을 이유로 이를 거부할 수 없다 할 것이다."

19) 계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005, 314 이하; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 211; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 246 이하; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 746 등 참조. 헌법재판소도 "자유선거의 원칙은 비록 우리 헌법에 명시되지는 않았지만 민주국가의 선거제도에 내재하는 법원리인 것으로서 국민주권의 원리, 의회민주주의의 원리 및 참정권에 관한 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 이러한 자유선거의 원칙은 선거의 전 과정에 요구되는 선거권자의 의사형성의 자유와 의사실현의 자유를 말하고, 구체적으로는 투표의 자유, 입후보의 자유, 나아가 선거운동의 자유를 뜻한다"(憲裁 1994.7.29. 93헌가4등 결정)고 판시함으로써 자유선거의 원칙을 인정하고 있다.

20) 대통령의 헌법상의 지위 및 이와 연결되어 있는 구체적 권한에 대하여는 헌법 제66조 참조.

령 선출과는 비교할 수 없는 의미와 비중을 가질 수밖에 없다.[21)]

이처럼 대통령에게 권한이 집중되면 될수록, 그리고 대통령 선거의 의미가 커지면 커질수록 그에 상응하여 대통령의 선출과정에서 강력한 정당성을 확보할 필요성도 커진다. 즉 국민의 강력한 지지를 받는 대통령만이 이러한 강력한 권한을 담당할 수 있는 정당성을 가질 수 있다는 것이다.

현행헌법이 1987년 국민의 강력한 요구에 따라 대통령 직선제를 채택한 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 하지만 직선제의 도입만으로는 충분치 못하다는 의견도 적지 않다. 즉, 대통령의 강력한 권한을 정당화시키기 위하여는 프랑스의 경우와 마찬가지로 상대적 다수대표제가 아닌 절대적 다수대표제가 도입되어야 한다는 것이다.

하지만 현행헌법은 상대적 다수대표제를 채택하고 있을 뿐만 아니라 국회에 의한 결선투표 등 대통령선거에 관한 특별규정들을 통하여 오히려 대통령의 민주적 정당성을 약화시킬 수 있는 조항들을 두고 있다는 점에 대한 비판이 적지 않다.

2. 상대적 다수대표제와 절대적 다수대표제

현행법상의 대통령선거제도는 – 국회의원선거의 경우와 마찬가지로 – 상대적 다수대표제를 채택하고 있으며, 그에 따라 후보자 가운데 유효투표의 다수를 얻은 자가 당선인이 되도록 정하고 있다.

하지만 국회의원선거의 경우와는 달리 대통령선거의 경우에는 상대적 다수대표제의 채택에 관하여 논란의 소지가 적지 않다. 대통령의 강력한 권한에 상응하는 강력한 정당성의 확보를 위하여는 단순히 후보자들 중의 최다득표가 아닌 과반수의 지지를 요하도록 하는 절대적 다수대표제의 방법이 보다 바람직하다는 주장이 상당히 강력하게 제시되고 있는 것이다.[22)]

물론 절대적 다수의 형성이 현실적으로 쉽게 이루어지지는 않을 것이며, 이에 따라 2차

21) 앞서 지적한 바와 같이 대통령제 국가에 있어서 대통령선거는 대통령 개인의 선출에 그치는 것이 아니라 이를 통하여 국정의 전체 방향을 결정하는 의미를 갖고 있기 때문에, 개개의 국회의원 선거와는 비교할 수 없으며, 국회의원선거 전체를 합친 것 이상의 비중을 차지하게 된다.

22) 이처럼 대통령의 선거에 절대적 다수대표제를 채택하는 예는 무엇보다 프랑스(프랑스헌법 제7조 제1항)에서 찾아볼 수 있다.

투표까지 가는 경우[23]가 빈번할 수도 있다. 그러나 이러한 절차의 번거로움은 대통령선거의 중요성에 비추어 볼 때 충분히 감수될 수 있는 것이라고 할 수 있다.

이것이 문제가 되는 것은 무엇보다도 – 대통령중심제국가에 있어서 – 대통령선거가 갖는 특수한 의의 때문이다. 즉 대통령선거는 개개 국회의원의 선거와는 달리 하나의 선거로써 국정의 전체방향을 결정하는 중요한 의미를 갖고 있고, 따라서 대통령의 강력한 권한에 상응하는 정당성이 직선제의 도입만으로써 충분히 갖추어졌다고 보기 어렵다는 점이 문제되는 것이다.[24]

3. 국회에 의한 결선투표와 그 문제점

대통령선거에 있어서 또 하나의 – 상대적 다수대표제문제에 비해 현실성은 적으나 역시 이론적으로 논란될 수 있는 – 문제는 대통령선거에서 최고득표자가 2인 이상인 경우에 국회에서 재적의원의 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 하는 이른바 결선투표의 제도(헌법 제67조 제2항, 공직선거법 제187조 제2항)이다.[25]

수천만의 선거인들이 투표를 하는 과정에서 완전히 동일한 득표를 한 최고득표자가 2인 이상이 되는 경우는 현실적으로 발생되기 어려울 것이다. 하지만 만일 그런 경우가 발생된다면 왜 이 경우에는 다시 국민이 재선거를 통해 결정하지 않고 국회에서 결선투표를 하게 해야 하는가를 문제삼지 않을 수 없다.

대통령중심제국가의 대통령선거에 있어서는 – 앞서 수차에 걸쳐 강조한 바와 같이 –

23) 2차투표에서는 프랑스의 경우처럼 1차투표의 결과에서 다수득표순위로 2인의 후보자만이 참가할 수 있도록 하여야 할 것이다.

24) 실제로 지난 1987년의 선거에서도 노태우 후보가 최다득표를 얻어 대통령이 되기는 하였으나 그 득표가 과반수의 지지에는 훨씬 미치지 못함으로 인하여 적지 않은 정당성의 약화를 가져오게 되었던 것을 우리는 기억할 수 있다. 만약 군소정당의 난립으로 인하여 정국이 보다 불안정한 상황이 전개된다면 다수의 후보자 가운데에서 전체 투표참가자의 20%미만의 지지만으로 당선되는 것도 논리적으로 가능할 수 있을 것이다. 하지만 그것이 바람직하지 않음은 두말할 필요도 없을 것이다. 또한 "대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1이상이 아니면 대통령으로 당선될 수 없다"라는 헌법 제67조 제3항의 규정도 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 1인의 후보자인 경우는 선거권자 총수의 3분의 1이상의 지지를 받아야만 그 정당성을 확보할 수 있는 대통령이, 다수의 후보자가 난립된 상황에서는 선거권자도 아닌 투표참가자의 5분의 1에도 못 미치는 지지 속에서 정당성을 확보할 수 있다는 것은 모순이라고 할 수 있을 것이다.

25) 이것은 절대적 다수대표제를 채택할 경우에는 물론 발생하지 않게 될 문제이나, 상대적 다수대표제를 채택하고 있는 현행의 대통령선거제도 하에서는 문제가 될 수 있다.

강력한 권한에 상응하는 강력한 정당성의 확보를 위해 국민에 의한 직접선거가 요청된다. 그리고 같은 맥락에서 상대적 다수에 의한 정당성만으로는 불충분하다는 지적도 나오고 있다. 그런데 유독 결선투표의 경우에는 국민이 아닌 국회의원들의 표결로 대통령을 선출하도록 하는 것은, 대통령선거의 민주적 의의와 기능을 살리고자 하기보다 선거의 반복으로 인한 번거로움을 피하고자 하는 편의주의적 사고에 기초하고 있는 것은 아닌가 하는 의문조차 제기되는 것이다.

4. 단일후보의 당선요건

헌법 제67조 제3항에 따라 대통령선거의 후보자가 1인인 경우, 즉 단독후보의 경우에도 선거를 치르도록 하되, 그 득표수가 투표참가자가 아닌 선거권자 총수의 3분의 1이상이 되어야 하도록 명시하고 있다.

지금까지 대통령선거가 단독후보로 치러진 경우가 없기 때문에 이 규정이 크게 문제되지는 않았다. 그러나 현재와 같은 상대적 다수대표제로 대통령이 선출되는 상황과 비교할 때, 선거권자 총수의 3분의 1이상의 지지를 얻는 것은 결코 간단하지 않을 것이다. 예컨대 투표참여율이 60%인 상황에서 투표참가자 중 50%의 지지를 얻은 경우에는 선거권자 총수의 30%지지에 불과하게 되며, 결과적으로 낙선하게 될 것이다.

이렇게 볼 때, 현행헌법 하에서 치러진 5번의 대통령 선거 가운데서 적어도 3번은 단독후보가 아니었기 때문에 당선된 것이고, 만일 단독후보로 출마하여 똑같은 득표를 얻었을 경우에는 낙선하게 되었을 것[26]이라는 점에서 현행헌법 제67조 제3항과 상대적 다수대표제는 논리적 모순을 보이고 있다.

26)

	투표율	당선자	득표율	총 선거권자 중 지지율
제13대 대통령선거	89.2%	노태우	36.6%	32.6%
제14대 대통령선거	81.9%	김영삼	42.0%	34.3%
제15대 대통령선거	80.7%	김대중	40.3%	32.5%
제16대 대통령선거	70.8%	노무현	48.9%	34.6%
제17대 대통령선거	63.0%	이명박	48.7%	30.7%

5. 대통령 후보자의 연령제한

현행헌법 제67조 제4항은 대통령의 피선거권과 관련하여 두 가지 요건을 규정하고 있다. 하나는 국회의원선거의 피선거권을 갖춰야 한다는 것이고, 다른 하나는 선거일 현재 만40세에 달해야 한다는 것이다.

첫 번째 요건은 비교적 합리적인 것으로 인정할 수 있다. 국가원수인 대통령의 피선거권을 인정하기 위해서는 적어도 국회의원선거의 피선거권 정도는 갖춰야 한다고 볼 수 있을 것이며, 현행법상 국회의원선거의 피선거권이 특별히 가중되어 있는 것으로 보기는 어려울 것이기 때문이다.[27)]

반면에 두 번째 요건에 대해서는 신중한 검토가 필요하다. 국회의원이나 지방자치단체장 등의 경우와는 달리 왜 대통령의 경우에는 만40세가 기준연령이 되는지에 대한 합리적 근거를 찾기 어렵기 때문이다. 막연하게 불혹의 나이에 이르러야 국가를 운영할 수 있는 경륜이 쌓인다는 등의 설명으로는 충분치 못한 것이다.

피선거권의 기준연령을 높여서 국민의 선택의 폭을 좁히는 것보다는 오히려 국민이 직접 후보자의 능력과 경륜을 판단할 수 있도록 하는 것이 더 합리적이라고 할 수 있을 것이다.

6. 법률에 의한 선거관련 규정의 구체화

현행헌법 제67조 제5항은 대통령의 선거에 관한 구체적 사항을 법률로 규정하도록 위임하고 있다. 이에 기초하여 공직선거법이 대통령선거를 비롯한 각종 선거에 관한 구체적인 사항들을 규정하고 있다.

27) 피선거권의 제한과 관련하여 특히 선거범으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지하는 규정에 대하여는 헌법재판소의 합헌결정이 내려진 바 있다. 憲裁 1993.7.29. 93헌마23 결정: "선거범으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지하는 규정 자체는 이로써 선거의 공정을 확보함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적 조치로서 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유 없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라 할 수 없고, 그 경우에 구체적으로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼(형량) 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간 동안 피선거권의 행사를 제한시킬 것인가의 문제는 기본적으로 입법형성권을 갖고 있는 입법권자가 결정할 입법재량에 속하는 사항으로서 그것이 합리적 재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라 볼 수 없다."

V. 개정의 필요성에 대한 검토

현행헌법 제67조는 대통령의 선출에 관한 규정이다. 특히 대통령제 정부형태 하에서는 국민의 직선에 의한 강력한 정당성 확보가 요청된다는 점에서, 적어도 대통령제 정부형태를 유지할 경우에는 보통·평등·직접·비밀선거에 의한 대통령의 선출이라는 원칙이 변경될 수는 없을 것이다.

그러나 그밖의 조항에 있어서는 개정의 필요성이 적지 않게 발견된다. 앞서 검토한 바와 같이 절대적 다수대표제의 도입 문제, 국회에 의한 결선투표의 폐지 문제, 대통령 후보자의 연령제한 문제 등이 모두 개정의 대상으로 고려될 수 있기 때문이다. 물론 이들 조항의 개정에 대한 찬반의 견해대립이 존재하기 때문에 신중한 검토와 대안이 필요할 것이지만, 1987년 당시와는 변화된 상황을 고려하여야 할 것이다.[28)]

다만, 이러한 모든 논의는 대통령제 정부형태의 존치를 전제한 것이기 때문에, 만일 정부형태 자체가 변경될 경우에는 현행헌법 제67조의 전체적 틀이 새로운 기초 위에서 전면적으로 재검토되어야 할 것이다.

VI. 관련문헌

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김래영·강승식, "미국헌법상 선거제도에 관한 연구", 헌법학연구 11권 4호(2005.12), 49-103.

김승환, "대통령선거제도와 헌법개정", 헌법학연구 7권 2호(2001.8), 169-188.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 1978.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965.

28) 이와 관련하여 한국헌법학회의 헌법개정연구보고서에서도 역시 이들 조항의 개정을 제안하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006, 196 이하 참조.

문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.
박일경, 헌법, 일명사, 1980.
박인수, “프랑스의 대통령 선거제도”, 헌법학연구 8권 2호(2002.8), 124-152.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
정만희, “현행헌법상 대통령선거제도의 문제점과 개선방안”, 동아법학 23호(1997. 12), 37-58.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.
한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.

헌법 제68조

장영수

第68條

① 大統領의 任期가 만료되는 때[illegible] 任期滿了 70日 내지 40日 전에 後任者를 [illegible]한다.

② 大統領이 闕位된 때 또는 大統領 當選者가 死亡하거나 判決 기타의 사유로 그 資格을 喪失한 때에는 60日 이내에 後任者를 選擧한다.

I. 대통령의 역할과 후임자 선출의 중요성

대통령은 현행헌법상 국가원수이며, 동시에 집행부의 수반이다. 이처럼 대통령이 국가권력의 정점에서 국정운영 전반에 가장 큰 영향력을 행사하고 있는 현행헌법 체계 하에서 대통령의 존재와 역할은 매우 중요한 의미를 가질 수밖에 없다.

이러한 대통령의 위상은 후임자 선출의 문제에도 반영된다. 대통령직이 공석이 되고, 이를 수행하는 사람이 없게 될 경우에는 국정에 큰 혼란이 야기될 수 있기 때문에 대통령의 임기가 만료될 경우에는 사전에 후임자를 선출하여 대통령직에 대한 충실한 인수를 가능하게 할 필요가 있는 것이다.

또한 대통령이 궐위된 경우에도 후임자를 선출하여야 하는데, 이 경우에는 대통령직이 공석이 된 상태에서 후임자의 선출까지 일정한 시간이 소요되는 것이 불가피하다. 그렇기 때문에 일단 대통령의 권한대행을 통하여 국정의 공백을 막으면서 후임자를 선거함으로써 문제를 해결하는 수밖에 없다.[1)]

1) 대통령의 권한대행 문제에 관하여는 헌법 제70조의 주석 참조.

II. 헌법 제67조의 연혁

1. 제1공화국과 대통령 및 부통령의 후임자 선출

가. 제헌헌법상의 대통령, 부통령의 후임자 선출

제헌헌법 第56條

① 大統領, 副統領의 任期가 滿了되는 때에는 늦어도 그 任期가 滿了되기 30日 前에 그 後任者를 選擧한다.

② 大統領 또는 副統領이 闕位된 때에는 卽時 그 後任者를 選擧한다.

제헌헌법 제56조에서는 대통령과 부통령의 임기가 만료되는 때에는 그 임기만료 30일 전까지 후임자를 선출하도록 규정하고 있었다. 당시에는 대통령제 정부형태에도 불구하고 국회에서 대통령과 부통령을 선거하도록 규정하고 있었으므로,[2] 국민투표에 의하여 후임자를 선출하는 것에 비하여 비교적 간단한 규정을 두는 것으로 충분하였다고 볼 수 있다.

이러한 점은 특히 대통령이나 부통령의 궐위시에 "즉시" 후임자를 선출하도록 한 제헌헌법 제55조 제2항의 규정에서 잘 나타난다. 후임자의 선거를 위하여 상당한 준비시간이 필요한 국민투표와는 달리 국회에서의 선거는 즉시 가능할 수 있다고 생각했던 것이다. 그러나 선거의 경우에는 후보자의 등록과 정견발표 등 일정한 절차가 필요하다는 점을 고려할 때, 즉시 후임자를 선거하도록 한 규정에는 문제가 있다고 볼 수 있다.

이러한 제헌헌법의 규정에서 또 한 가지 주목할 점은, 대통령의 궐위시에 부통령이 대통령직을 승계하도록 규정하지 않고 있다는 점이다.[3] 이 점은 제헌헌법의 정부형태가 대통령제임에도 불구하고 미국식 대통령제와는 상당한 거리가 있었던 점을 다시 한 번 확인시켜준다.

2) 물론 부통령이 대통령으로 선출되는 것을 금지하는 것은 아니다. 이에 관하여는 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 132 참조.

3) 물론 부통령이 대통령으로 선출되는 것을 금지하는 것은 아니다. 이에 관하여는 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 132 참조.

나. 제2차 개헌과 후임자 선출규정의 변경

제2차 개정헌법(사사오입개헌) 제56조

② 大統領이 闕位된 때에는 副統領이 大統領이 되고 殘任期間中 在任한다.

③ 副統領이 闕位된 때에는 卽時 그 後任者를 選擧하되 殘任期間中 在任한다.

④ 大統領, 副統領이 모두 闕位된 때에는 第52條에 依한 法律이 規定한 順位에 따라 國務委員이 大統領의 權限을 代行하되 闕位된 날로부터 3個月 以內에 大統領과 副統領을 選擧하여야 한다.

제헌헌법 제56조의 규정은 제1차 개헌 당시에는 변경되지 않았지만, 제2차 개헌 당시에 궐위에 관한 제2항을 삭제하고 제1항만을 남겨두었다. 대신에 제2차 개정헌법 제55조 제2항 이하에서 대통령과 부통령의 궐위시 후임자의 선출에 관한 규정을 상세하게 두었다.

이러한 헌법개정은 뒤늦은 감이 있다. 제1차 개헌에 의하여 대통령 및 부통령을 국회의 간선이 아니라 국민의 직접선거로 선출하도록 하였기 때문에 대통령과 부통령의 궐위시에는 즉시 후임자를 선출하는 것이 물리적으로 불가능하게 되었고, 따라서 제1차 개헌 당시에 이미 개헌의 필요성이 존재하였던 것이다.

그러나 제2차 개헌에서 대통령과 부통령이 모두 궐위된 경우에는 3개월 이내에 선거를 치르도록 하면서도 부통령의 궐위시에는 "즉시" 그 후임자를 선거하도록 규정하고 있는 것에 비추어 볼 때, 당시에도 이러한 문제점을 정확하게 인식하지는 못한 것으로 보인다. 다만 대통령과 부통령을 직선하면서 대통령의 궐위시 부통령이 대통령직을 승계하도록 하는데 초점을 맞춘 것으로 보인다.

개정된 헌법규정에 따르면 대통령의 궐위시 부통령이 대통령직을 승계하되, 그 임기는 잔임기간으로 한정함으로써 제헌헌법과는 달리 미국식 대통령제의 모델에 따르고 있다. 부통령이 궐위된 경우에는 즉시 그 후임자를 선거하도록 하고 있는데, 역시 임기는 잔임기간으로 한정하였다. 그리고 대통령과 부통령이 모두 궐위된 경우에는 법률이 정하는 권한대행의 순서에 따라 대통령의 권한을 대행하되, 궐위된 날로부터 3개월 이내에 대통령과 부통령 선거를 치르도록 명시하였다.

2.제2공화국 헌법과 대통령의 후임자 선출방식

제2공화국헌법 第56條
① 大統領이 闕位된 때에는 卽時 그 後任者를 選擧한다.
② 大統領의 任期가 滿了되는 때에는 그 任期가 滿了되기 前 30日까지에 그 後任者를 選擧한다.

제2공화국은 대통령제가 아닌 의원내각제 정부형태를 채택하였다. 따라서 대통령의 헌법상 지위나 권한에 적지 않은 차이가 있었으며, 부통령제가 폐지되었다.

그에 따라 제2공화국 헌법에서는 대통령이 궐위된 때에는 즉시 그 후임자를 선거하도록 규정하고 있었다. 이는 대통령을 국민이 직접 선거하는 것이 아니라 국회에서 간선하기 때문에 가능한 것으로 판단하였다고 볼 수 있다. 그러나 역시 선거에 앞서 후보자의 등록과 정견발표 등의 절차를 고려할 때, "즉시"라는 표현은 적절치 않은 것으로 보인다.

그리고 대통령의 임기가 만료될 경우에는 그 30일 이전까지 후임자를 선거하도록 규정하고 있었는데, 이러한 규정들은 제헌헌법의 규정과 매우 유사하다는 점에 주목할 필요가 있을 것이다.

3. 제3공화국 헌법상 대통령의 후임자 선출방식

제3공화국헌법 第67條
① 大統領의 任期가 滿了되는 때에는 任期滿了 70日 乃至 40日前에 後任者를 選擧한다.
② 大統領이 闕位된 때에는 즉시 後任者를 選擧한다. 大統領 當選者가 死亡하거나 判決 기타의 事由로 그 資格을 喪失한 때에도 또한 같다.

제3공화국은 다시금 대통령제 정부형태를 채택하였으며, 그에 따라 대통령을 국민이 직선하도록 규정하였다. 이러한 변화는 대통령의 후임자 선출에 관한 규정에도 영향을 미쳐서 대통령의 후임자 선출에 보다 많은 시간적 여유를 두게 하였다.

제3공화국 헌법 제67조 제1항에서는 대통령의 임기만료시, 그 40~70일 이전에 후임자를 선출하도록 명시하였다. 이는 후임 대통령이 너무 일찍 결정되는 것도 바람직하지 않고, 그렇다고 너무 늦게 결정되는 것도 바람직하지 않다는 판단에 따른 것으로 보인다.

그리고 제67조 제2항에서는 대통령의 궐위시 즉시 후임자를 선거하도록 규정하였다. 이와 관련하여 대통령의 임기와 국회의원의 임기를 일치시키기 위하여 필요하다는 점에서 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 해석되었다.[4)]

4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정

가. 제4공화국헌법상의 후임자 선출에 관한 규정

제4공화국헌법 第45條

① 大統領의 任期가 滿了되는 때에는 統一主體國民會議는 늦어도 任期滿了 30日前에 後任者를 選擧한다.

② 大統領이 闕位된 때에는 統一主體國民會議는 3月以內에 後任者를 選擧한다. 다만, 殘任期間이 1年未滿인 때에는 後任者를 選擧하지 아니한다.

③ 大統領이 闕位된 경우의 後任者는 前任者의 殘任期間中 在任한다.

유신헌법으로 일컬어지는 제4공화국 헌법에서는 대통령을 국민이 직선하는 것이 아니라 통일주체국민회의에서 간선하도록 규정하고 있었다. 이에 따라 대통령의 후임자 선출에 대해서도 통일주체국민회의가 주체가 되어 선거를 치르도록 하고 있었다.

제4공화국 헌법 제45조 제1항은 대통령의 임기만료시, 그 30일 전까지 통일주체국민회의가 후임자를 선출하도록 규정하고 있었으며, 제45조 제2항에서는 대통령의 궐위시 후임자의 선출을 3개월 이내에 하도록 규정하였다. 이전의 헌법에서 "즉시" 선거하도록 한 것에 비하여 현실적인 조건을 많이 고려한 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

대통령의 궐위시 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 명시함으로써 대통령의 궐위로 인하여 대통령선거와 국회의원선거의 시기 조절에 영향을 미치지 않도록 하였으며, 이와 관련하여 잔임기간이 1년 미만인 경우에는 후임자를 선출하지 않도록 명시함으로써 권한대행 체제로써 임기를 마무리하도록 하였다.

4) 한동섭, 헌법학, 상학사, 1964, 312.

나. 제5공화국헌법상의 후임자 선출에 관한 규정

제5공화국헌법 第43條

① 大統領의 任期가 滿了되는 때에는 大統領選擧人團은 늦어도 任期滿了 30日前에 後任者를 選擧한다.

② 大統領이 闕位된 때에는 새로이 大統領選擧人團을 構成하여 3月以內에 後任者를 選擧한다.

1980년 제8차 헌법개정으로 탄생된 제5공화국 헌법은 대통령을 국민의 직선이 아닌 대통령선거인단의 간선으로 선출하도록 규정하고 있었다. 이에 따라 대통령의 후임자 선출에 관하여도 대통령선거인단의 선거를 통하도록 규정하고 있었다.

제5공화국 헌법 제43조 제1항은 대통령의 임기만료시, 그 30일 전에 대통령선거인단에서 후임자를 선출하도록 명시하였다. 그리고 제43조 제2항은 대통령의 궐위시 새로운 대통령선거인단을 구성하여 3개월 이내에 후임자를 선출하도록 하였다.

여기서 대통령선거인단을 새로 구성하도록 하는 의미가 문제될 수 있는데, 제5공화국 헌법 제41조 제5항에서 "大統領選擧人은 당해 大統領選擧人團이 選擧한 大統領의 任期開始日까지 그 身分을 가진다."고 규정한 것과 연결시켜서 생각할 때, 기존의 대통령 선거인단은 그들이 선출한 대통령의 임기개시와 더불어 그 신분을 상실한 것이므로 새로운 대통령선거인단의 구성이 불가피한 것으로 이해될 수 있다.

III. 대통령의 임기 만료와 후임자의 선출

1. 대통령의 임기와 원활한 인수인계의 중요성

현행헌법상 대통령의 임기는 5년이며, 단임으로 명시되어 있다. 그에 따라 대통령의 임기가 끝나기 전에 새 대통령을 선출하는 것이 불가피한데, 이와 관련하여 새 대통령이 전임 대통령의 임기만료일에 맞추어 선출되는 것은 바람직하지 않다. 그것은 무엇보다 새 대통령이 임기를 개시하기 전에 국정운영에 대하여 정보를 얻고, 대통령직의 인수를 위한 준비가 필요하기 때문이다.

실제로 현행헌법상 대통령의 위상과 권한 및 역할 등에 비추어볼 때, 대통령직이 공석

이 될 경우에 국정에 큰 혼란이 야기될 수 있음은 물론이고, 형식상으로는 공석이 아니더라도 새 대통령이 대통령직을 수행할 준비가 부족하여 실질적으로는 공석이나 다를 바 없는 결과가 야기되는 것도 적지 않은 문제를 초래하게 될 것이다. 이러한 문제를 사전적으로 차단하기 위하여 후임자를 미리 선출하여 시간 여유를 가지고 대통령직을 인수인계함으로써 국정운영의 공백을 막는 것이 필요하다.

이런 의미에서 현행헌법 제68조 제1항에서 후임자의 선출을 "任期滿了 70日 내지 40日전"으로 정한 것은 적어도 40일 이상의 시간을 가지고 대통령직의 인수인계가 이루어질 수 있도록 한 것으로 볼 수 있다.

2. 후임자 선출의 적기

현행헌법이 정하고 있는 "任期滿了 70日 내지 40日전"이라는 기간은 현재 40일보다는 70일에 가깝게 적용되고 있다. 공직선거법 제34조 제1항 제1호에서 "대통령선거는 그 임기만료일전 70일 이후 첫번째 수요일"에 시행하도록 규정하고 있기 때문이다.

이러한 공직선거법의 태도는 대통령직 인수인계의 범위가 점차 확대되고, 그 의미와 비중 또한 커지고 있다는 점에서 정당한 것으로 평가된다. 국가조직 및 국가기관들의 활동범위가 과거에 비해 더욱 확대되고 있으며, 그에 따라 대통령 당선자가 국정을 정확하게 파악하고, 새로운 국정운영의 방향에 관한 설계를 현실적 조건에 맞춰서 조정하기 위해서라도 상당한 기간의 준비는 필요한 것으로 보이기 때문이다.

다만 이와 관련하여 헌법에서 임기만료 40~70일 전으로 규정한 것이 어떤 합리적 근거를 갖고 있는지가 문제될 수 있는데, 이는 후임자의 선출이 빨라질 경우에는 대통령 당선자의 대통령직 인수인계 등을 위한 준비에는 유리하지만, 아직 임기가 끝나지 않은 현직 대통령의 대통령직 수행에는 불리한 점이 적지 않다는 점에서 양자의 균형을 꾀한 것으로 이해될 수 있을 것이다.

3. 대통령 당선자의 대통령직 인수절차

과거 대통령 당선자의 대통령직 인수에 관하여는 법규정의 근거와 상관없이 사실상의 영향력이나 전임자의 배려 등에 의존하였다. 그러나 정권교체가 빈번해지고 대통령직 인수인계의 중요성이 더욱 강조되면서 대통령직 인수에 관한 법률이 2003년 제정되었고,

이후 2차례 개정을 통해 현재에도 시행되고 있다.

대통령직 인수에 관한 법률은 "국정운영의 계속성과 안정성을 도모"함을 목적으로 하며,[5] 대통령당선인과 배우자에 대한 예우,[6] 국무총리 및 국무위원 후보자의 지명,[7] 대통령직인수위원회의 설치 및 운영[8] 등에 관하여 규정하고 있다. 이러한 법제 정비를 통하여 대통령직 인수가 제도적으로 안정된 것은 사실이지만, 아직도 대통령직 인수과정의 기본적 방향과 목표를 둘러싼 논란은 끊이지 않고 있으며, 과연 어떻게 최대한의 효율성을 확보할 것인지에 대해서 더 많은 고민이 요구되고 있다.[9]

5) 대통령직 인수에 관한 법률 제1조:
"이 법은 대통령당선인으로서의 지위와 권한을 명확히 하고 대통령직의 원활한 인수에 필요한 사항을 규정함으로써 국정운영의 계속성과 안정성을 도모함을 목적으로 한다."

6) 대통령직 인수에 관한 법률 제4조:
대통령당선인과 배우자에 대하여는 다음 각호의 규정에 의한 예우를 할 수 있다.
1. 대통령당선인에 대한 교통·통신 및 사무실 제공 등의 지원
2. 대통령당선인과 그 배우자에 대한 진료
3. 그 밖에 대통령당선인에 대하여 필요한 예우

7) 대통령직 인수에 관한 법률 제5조:
① 대통령당선인은 대통령임기개시전에 국회의 인사청문의 절차를 거치게 하기 위하여 국무총리 및 국무위원 후보자를 지명할 수 있다. 이 경우 국무위원후보자에 대하여는 국무총리후보자의 추천이 있어야 한다.
② 대통령당선인은 제1항의 규정에 의하여 국무총리 및 국무위원후보자를 지명한 경우에는 국회의장에게 국회법 제65조의2 및 인사청문회법에 의한 인사청문의 실시를 요청하여야 한다.

8) 대통령직 인수에 관한 법률 제6조:
① 대통령당선인을 보좌하여 대통령직의 인수와 관련된 업무를 담당하기 위하여 대통령직인수위원회(이하 "위원회"라 한다)를 설치한다.
② 위원회는 대통령의 임기개시일 이후 30일의 범위까지 존속한다.
대통령직 인수에 관한 법률 제7조:
위원회는 다음 각호의 업무를 수행한다.
1. 정부의 조직·기능 및 예산현황의 파악
2. 새 정부의 정책기조를 설정하기 위한 준비
3. 대통령의 취임행사 등 관련업무의 준비
4. 그 밖에 대통령직의 인수에 필요한 사항
대통령직 인수에 관한 법률 제8조:
① 위원회는 위원장 1인, 부위원장 1인 및 24인 이내의 위원으로 구성한다.
② 위원장·부위원장 및 위원은 명예직으로 하고, 대통령당선인이 임명한다.
③ 위원장은 대통령당선인을 보좌하여 위원회의 업무를 통할하며, 위원회의 직원을 지휘·감독한다.
④ 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령당선인이 지명하는 자가 그 직무를 대행한다.

9) 이에 관하여는 이홍규·임성호·정진영·강원택·김병국(공저), 대통령직 인수의 성공조건, 동아시아연구원, 2007 참조.

IV. 대통령의 궐위와 후임자의 선출

1. 대통령의 궐위와 그 유형

궐위(闕位)의 사전적 의미는 자리 내지 직이 비어 있다는 것이다. 따라서 대통령의 궐위는 대통령직이 공석임을 의미하는 것이다. 그러므로 궐위는 대통령이 잠시 직무를 수행할 수 없는 상태에 있기는 하지만 대통령직 자체가 공석은 아닌 경우, 즉 대통령의 사고와 구분되어야 한다.[10)]

대통령이 궐위되는 경우는 다양하다. 대통령의 사망, 장기실종 등으로 인하여 궐위되는 경우가 있는가 하면, 대통령의 당선무효, 또는 탄핵결정으로 인하여 궐위되는 경우도 있다. 그러나 어떤 경우라도 대통령직이 공석이 되었다는 공통점을 가지며, 이는 후임자 선출의 필요성으로 연결된다.

또한 현행헌법 제68조 제2항은 대통령당선인이 대통령직에 취임하기 이전에 사망하거나 판결 등에 의하여 자격을 상실한 경우에도 대통령의 궐위에 준하여 취급하고 있다. 정상적인 임기만료에 의한 선거와는 달리 예측하지 못한 상황에서 대통령을 새로이 선출해야 할 필요성이 발생했다는 점에서 유사성을 갖고 있기 때문이다.

2. 대통령의 궐위에 의한 후임자 선출의 방법

대통령의 궐위가 확정된 경우에는 후임자를 선출하여야 한다. 문제는 정상적인 임기만료의 경우와는 달리 대통령의 궐위는 예측하지 못한 가운데 발생하는 경우가 더 많으며, 이로 인하여 후임자의 선출과 관련하여 더욱 복잡한 문제가 발생될 수 있다는 점이다.

그런데 현행헌법은 궐위시 후임자의 선출에 관하여 "60日이내에 後任者를 選擧한다"는 원칙만을 정하고 있을 뿐, 선출의 방식에 대해서는 구체적으로 규정하지 않고 있다. 과거의 역대 헌법에서도 간선의 경우에 후임자선출의 주체(예컨대 통일주체국민회의, 대통령선거인단)에 대한 규정을 두고 있었던 것 이외에는 구체적 규정을 두고 있지 않았다.

10) 대통령의 궐위와 사고의 구분 및 각각의 경우에 문제되는 권한대행의 범위 등에 관하여는 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1168 이하 참조.

결국 국민의 직선을 통하여 새로운 대통령을 선출함에 있어서는 원칙적으로 대통령선거에 관한 규정들이 준용되어야 할 것이다.

3. 대통령의 궐위시 선출된 후임자의 임기

대통령이 궐위되어 새로운 대통령을 선출할 경우에 그 후임자의 임기를 전임자의 잔여임기에 한정할 것인지의 여부가 문제될 수 있다.

예컨대 제2차 개정헌법과 제4공화국 헌법의 경우에는 이를 명시하였으며, 제4공화국 헌법에서는 한 걸음 더 나아가 잔여임기가 1년 미만인 경우에는 아예 후임자를 선거하지 않도록 명문의 규정을 두었다. 그러나 현행헌법은 이에 관하여 아무 규정을 두지 않고 있기 때문에 해석상 논란이 가능한 상태이다.

그러나 과거에 존재했던 규정이 현행헌법에서는 삭제되었다는 점,[11] 그리고 부통령제를 두어서 대통령직을 승계하는 경우와는 달리 새로이 대통령을 선출할 경우에는 그 정당성에 차이를 두기 어렵다는 점, 현행헌법상 대통령의 임기와 국회의원의 임기가 다르기 때문에 설령 잔임기간으로 한정한다 하더라도 대통령선거와 국회의원선거의 시기조절은 가능하지 않을 것이기 때문에 이를 근거로 하기 어렵다는 점 등을 고려할 때, 대통령의 궐위에 의하여 선출된 대통령도 전임자의 잔임기간에 한정된다고 보기는 어려울 것이다.

그러므로 대통령의 궐위시 선출된 후임자의 경우에도 현행헌법상 5년의 임기를 새로이 개시하는 것으로 보아야 할 것이다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

현행헌법 제68조의 규정은 대통령제 정부형태, 그 중에서도 대통령과 부통령을 두어서 대통령의 유고시 부통령이 권한을 대행하거나 대통령직을 승계하도록 하는 미국식 대통령제가 아니라 부통령이 없이 국무총리를 두어 대통령의 위상과 권한을 더욱 강화시킨 변

11) 특히 대통령의 궐위시 잔임기간이 1년 미만일 경우에는 후임자를 선출하지 않도록 한 규정도 함께 삭제되었다는 점에서, 제5공화국 헌법 이후로는 대통령의 궐위에 의해 선출된 새 대통령의 임기가 잔임기간에 한정되지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

형된 대통령제 정부형태에 따른 것이다.

그러므로 현행헌법상의 정부형태를 대통령제가 아닌 의원내각제나 이원정부제로 변경할 경우는 물론, 대통령제를 유지하더라도 부통령제를 도입하여 미국식으로 운영할 경우에는 현행헌법 제68조의 근본적인 변화가 불가피하다. 임기만료에 의한 선거의 경우에는 큰 변화가 없을 수 있지만, 적어도 대통령의 궐위에 의한 후임자의 선출은 부통령의 승계로 대체될 수 있기 때문이다.

이와 관련하여 헌법학계에서도 부통령제의 도입을 심도있게 논의하고 있다는 점을 참고할 수 있을 것이다.[12)]

VI. 관련문헌

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 1978.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965.

문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.

박일경, 헌법, 일명사, 1980.

박정택, "대통령직 인수와 정책기조의 형성 – 문민정부 이후 대통령직 인수 사례의 분석을 중심으로", 한국정책학회보 16권 4호(2007.12), 1-28.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

성낙인, "대통령의 유고의 헌법문제 – 한국과 프랑스의 논의를 중심으로", 헌법학연구 13권 3호(2)(2007.9), 761-797.

유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.

이홍규·임성호·정진영·강원택·김병국(공저), 대통령직 인수의 성공조건, 동아시아연구원, 2007.

12) 한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006, 199 이하 참조.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.
한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.

헌법 제69조

장영수

第69條

大統領은 就任에 즈음하여 다음 선서를 한다.

“나는 헌법을 준수하고 國家를 保衛하며 祖國의 平和的 統一과 國民의 自由와 福利의 增進 및 民族文化의 暢達에 노력하여 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것을 國民 앞에 엄숙히 宣誓합니다.”

I. 대통령의 취임선서와 그 의미

대통령선거에서 당선된 후보자는 대통령직에 취임함으로써 대통령으로서의 신분을 취득한다.

현행헌법 제69조에 따라 대통령은 취임에 즈음하여 “나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다.” 라는 선서를 한다.

이처럼 대통령이 대통령직에 취임하면서 국민 앞에 선서를 하는 것은 한편으로는 대통령의 직무상 의무를 다시금 되새기도록 하는 의미를 갖고 있으며, 다른 한편으로는 대통령은 주권자인 국민에 의해 선출된 국민의 대표자이기 때문에 국민을 섬겨야 함을 상징적으로 표현하는 것이기도 하다.

그러나 취임선서가 독자적으로 특별한 법적 의미를 가지고 있는 것으로 보기는 어렵

다. 취임선서에 포함되어 있는 대통령의 직무상 의무는 취임선서와 상관없이 당연히 인정되는 것이거나 헌법상의 다른 조문에 명시된 것과 중복되는 것이 대부분이다. 또한 대통령이 국민 앞에 선서한 것은 정치적 의미를 가질 뿐이고, 법적 구속력을 갖는 약속이라고 보기는 어려울 것이기 때문이다.

II. 헌법 제69조의 연혁

1. 제헌헌법의 규정

제헌헌법 第54條
大統領은 就任에 際하여 國會에서 左의 宣誓를 行한다.
「나는 國憲을 遵守하며 國民의 福利를 增進하며 國家를 保衛하며 大統領의 職務를 誠實히 遂行할 것을 國民에게 嚴肅히 宣誓한다.」

제헌헌법은 대통령을 국회에서 선출하도록 규정하였고, 그에 따라 대통령의 취임선서를 국회에서 하도록 규정하고 있었다.

취임선서의 내용은 국헌의 준수, 국민의 복리증진, 국가의 보위를 명시하는 가운데 대통령이 직무를 성실하게 수행할 것을 국민 앞에 선서하는 것으로 정해져 있다. 이러한 규정은 그 구체적 내용에 약간의 차이는 있으나 외국의 헌법에서도 쉽게 찾아볼 수 있는 것이며, 우리 헌법의 제정자도 이러한 외국의 입법례에 따른 것이라고 할 수 있다.[1)]

또한 미국의 경우 대통령의 선서를 대법원장 앞에서 하는 것과는 달리 국회에서 하도록 규정한 것은 국회가 국민의 대표기관이므로 주권자인 국민에 대한 선서임을 명백히 하기 위하여 국회에서 선서하도록 한 것이라고 한다.[2)]

이와 같은 제헌헌법 제54조의 규정은 1952년의 제1차 개정헌법에서 일부 수정되었다. 그러나 선서의 내용에는 변화가 없었고, 단지 국회에서 선서하도록 하였던 것을 양원제의 도입에 따라 양원합동회의에서 선서하도록 변경한 것에 지나지 않았다.

1) 이에 관하여는 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 131 참조.
2) 유진오(전주), 131.

2. 제2공화국 헌법

제2공화국 헌법에서는 정부형태가 대통령제에서 의원내각제로 바뀌었음에도 불구하고 헌법 제54조의 대통령 취임선서에 대해서는 아무런 변화 없이 제1공화국 당시의 규정을 그대로 유지하였다.

이와 관련하여 의원내각제 하에서 대통령의 지위 및 권한은 대통령제 하에서와는 본질적으로 다르기 때문에 이러한 제2공화국 헌법의 태도에 문제를 제기할 수 있을 것이다. 다만 여기서 함께 고려되어야 할 점은, 애초에 의원내각제로 구상되었던 헌법기초위원회의 초안에서도 이와 동일한 조문이 있었다는 점이다.[3)]

의원내각제 헌법을 구상하면서 이러한 규정이 들어와 있었던 것은 독일 바이마르 헌법의 영향에 따른 것으로 보인다.[4)] 하지만 이원정부제로 분류되는 바이마르 헌법뿐만 아니라 의원내각제로 분류되는 독일 기본법에서도 대통령의 취임선서에 관한 규정을 둔 것[5)]은 대통령이 국가원수로서 상징적인 의미를 갖고 있기 때문이라고 볼 수 있을 것이며, 제2공화국 헌법도 같은 맥락에서 대통령의 취임선서에 관한 규정을 둔 것으로 이해되어야 할 것이다.

3) 국회헌법기초위원회로부터 본회의로 이송된 헌법초안 제53조. 이에 관하여는 유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980, 228 참조.

4) 바이마르 헌법 제42조:
"공화국 대통령은 취임시에 다음의 선서를 한다.
「나는 나의 능력을 독일 국민의 복리를 위하여, 국민의 이익을 증진하고 손해를 막기 위하여 사용할 것이며, 공화국 헌법과 법률을 준수하며, 나의 의무를 양심적으로 수행하며, 모두에게 정의롭게 행동할 것을 맹세한다」
이 선서에 종교적 선서를 삽입하는 것도 허용된다."

5) 독일 기본법 제56조:
"연방대통령은 취임시 연방의회와 연방참사원의 합동회의 구성원 앞에서 다음의 선서를 한다.
「나는 나의 능력을 독일 국민의 복리를 위하여, 국민의 이익을 증진하고 손해를 막기 위하여 사용할 것이며, 기본법과 연방법률을 준수하고 수호하며, 나의 의무를 양심적으로 수행하며, 모두에게 정의롭게 행동할 것을 맹세한다. 신의 가호가 있기를…」
이 선서는 종교적인 선서 없이 행할 수 있다."

3. 제3공화국 헌법

제3공화국헌법 第68條

① 大統領은 就任에 즈음하여 다음의 宣誓를 한다. “나는 國憲을 遵守하고 國家를 保衛하며 國民의 自由와 福利의 增進에 노력하여 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것을 國民앞에 엄숙히 宣誓합니다.”

② 前項의 宣誓에는 國會議員과 大法院의 法官이 참석한다.

다시금 대통령제 정부형태를 채택하였던 제3공화국 헌법의 제68조는 대통령의 취임선서에 관한 규정의 문구를 일부 수정하였다. 그러나 그 내용에는 큰 차이가 없었으며, 대통령의 취임선서에 국회의원과 대법관이 참석하도록 명시함으로써 대통령의 권위를 세우려고 한 점이 주목된다.

4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정

가. 제4공화국헌법상의 대통령 취임선서

제4공화국헌법 第46條

大統領은 就任에 즈음하여 다음의 宣誓를 한다.

“나는 國憲을 遵守하고 國家를 保衛하며 國民의 自由와 福利의 增進에 노력하고 祖國의 平和的 統一을 위하여 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것을 國民앞에 嚴肅히 宣誓합니다.”

제4공화국 헌법 제46조는 대통령의 취임선서에서 기존의 헌법과는 달리 조국의 평화적 통일이라는 문구를 추가함으로써 대통령이 헌법과 국가의 수호, 인권의 보장 이외에 평화통일에 관한 의무를 짐을 명시하였다.

이는 당시 정부가 남북대화에 적극적으로 임하였고, 7·4남북공동성명 등을 이끌어냈던 점을 생각할 때, 평화적 통일에 대한 적극적 의지의 천명으로 이해될 수 있으나, 제4공화국 헌법 부칙 제10조에서 “이 憲法에 의한 地方議會는 祖國統一이 이루어질 때까지 構成하지 아니한다.”고 규정함으로써 지방자치를 사실상 폐지하는 근거로 이용되었던 점과 연결시켜서 생각하면, 다른 정치적 의도를 가지고 있던 것으로 해석될 수도 있다.

나. 제5공화국헌법상의 대통령 취임선서

제5공화국헌법 第44條

大統領은 就任에 즈음하여 다음의 宣誓를 한다.

"나는 憲法을 遵守하고 國家를 保衛하며 民族文化의 발전 및 國民의 自由와 福利의 增進에 노력하고 祖國의 平和的 統一을 위하여 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것을 國民 앞에 嚴肅히 宣誓합니다."

제5공화국 헌법 제44조는 제4공화국 헌법에서 새로이 추가된 조국의 평화적 통일이라는 과제 이외에 민족문화의 발전이라는 새로운 과제를 추가함으로써 대통령의 취임선서에서 국민 앞에 선서할 내용을 풍부하게 만들었다.

그러나 민족문화의 발전이라는 것도 대통령의 취임선서에서 언급되고 있는 다른 과제들과 마찬가지로 기존의 헌법규정에서 직접 명시하였거나 추론될 수 있는 것이기 때문에 실질적으로 새로운 내용이 추가된 것이라고 보기는 어렵다.[6)]

III. 대통령의 직무상 의무의 내용과 성격

1. 헌법 제69조에 명시된 직무상 의무의 유형과 성격

현행헌법 제69조는 대통령이 취임할 때 몇 가지 대통령의 직무상 의무를 국민 앞에서 직접 선서하도록 규정하고 있다.

이러한 직무상 의무는 헌법 제69조에 의하여 비로소 인정되는 것은 아니지만, 대통령이 국민 앞에서 직접 선서해야 할 정도로 중요한 직무상 의무라고 할 수 있으며, 그 상징적인 의미도 매우 크다고 할 수 있다.

하지만 헌법 제69조에 포함되어 있는 대통령의 직무상 의무 중에서는 제헌헌법 당시부터 명시되어 있는 것이 있는가 하면, 제4공화국 헌법과 제5공화국 헌법에서 추가된 것이 있다. 헌법의 준수 및 국가의 보위에 관한 의무, 그리고 국민의 자유와 복리의 증진에 관

6) 현행헌법 제9조(제5공화국 헌법 제8조):
"國家는 傳統文化의 계승·발전과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다."

한 의무는 제헌헌법 당시부터 변함없이 인정[7]되고 있는 것인 반면에, 조국의 평화적 통일에 관한 의무는 제4공화국 헌법에서, 민족문화의 창달에 관한 의무는 제5공화국 헌법에서 추가된 것이다.

이는 긍정적으로 평가할 경우에는 변화되는 사회현실에 대응하여 대통령의 중요한 과제를 새롭게 인정한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 당시의 개헌과정 및 국정운영의 실태를 보면, 단지 정치적 미사여구를 첨가한 것에 불과한 것이라는 인상도 준다. 하지만 적어도 현행헌법 하에서는 이들 조항도 보다 적극적으로 해석함으로써 국가와 민족을 위한 대통령의 중요한 책무로 인정하고, 이를 구체화하도록 하여야 할 것이다.

2. 헌법을 준수하고 국가를 보위할 의무

대통령은 헌법을 준수하고 국가를 보위할 직무상의 의무를 진다. 이러한 의무는 대통령만의 의무는 아니다. 모든 국가기관이 헌법을 준수하고 국가를 보위하여야 하며, 나아가 모든 국민이 헌법을 준수하고 국가를 수호할 의지를 가질 때 비로소 국가와 헌법이 안정된 기초 위에서 발전할 수 있을 것이다.[8]

그럼에도 불구하고 이를 대통령의 취임시 국민 앞에 선서하도록 하는 것은 대통령에게 가장 기본적인 의무일 뿐만 아니라, 대통령이 이를 제대로 수행하지 않을 경우에는 국가적으로 심각한 문제가 발생될 수 있기 때문이다. 우리나라의 경우 과거 대통령이 헌법을 준수하지 않은 예들이 – 이러한 내용의 취임선서를 하였음에도 불구하고 – 적지 않았던 것이다.

대통령이 헌법을 준수하지 않는 행위는 무엇보다 대통령이 직무상의 권한을 오·남용함으로써 발생된다. 비록 현행헌법의 경우 제4공화국 헌법이나 제5공화국 헌법에 비하여 대통령의 권한이 축소되고 대통령에 대한 통제가 강화된 편이지만, 여전히 제왕적 대통령제라는 표현이 널리 사용되고 있을 정도로 대통령의 권한은 강력하다. 대통령이 이러한 권한을 오·남용하지 못하도록 하기 위해서는 대통령의 취임선서에서 헌법의 준수를 국민 앞에서 약속하는 것만으로 충분치 못하고, 실질적인 통제수단을 마련하는 것이 필요하다.

7) 물론 문구상의 표현에는 변화가 있다. 하지만 그 내용은 제헌헌법 당시부터 변함없이 유지되고 있는 것으로 볼 수 있다.

8) 대통령의 국가와 헌법을 수호할 의무에 관하여는 헌법 제66조의 주석 참조.

예컨대 권력분립의 구조 내에서 대통령이 이끄는 정부에 대한 국회의 통제권이 효율적으로 행사되도록 하는 것, 정부의 활동에 대한 사법적 통제가 실질화되도록 하는 것이 중요한 의미를 가지며, 특히 헌법재판을 통한 권한행사의 통제는 대통령이 헌법을 준수하도록 하는데 큰 효과를 가져올 수 있다.

이렇게 볼 때, 헌법 제69조가 대통령의 취임선서에서 헌법의 준수와 국가의 보위에 관한 의무를 명시하고 있는 것은 일차적으로 대통령이 이를 유의하도록 하는 상징적 의미를 가질 뿐이고, 이를 담보하기 위한 구체적인 제도적 장치들은 별도의 헌법규정들에 의하여 만들어지는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

3. 조국의 평화적 통일에 관한 의무

분단국가로 60년을 지낸 현시점에서 볼 때, 조국의 평화적 통일이라는 과제의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 정도이며, 이를 대통령이 가장 먼저 신경써야 할 직무상 의무의 하나로 인정하는 것에는 큰 이견이 없을 것이다.

그러나 평화적 통일에 대한 대통령의 의무가 구체적으로 어떤 내용을 담고 있는지, 이를 위하여 대통령이 구체적으로 어떤 행동을 해야 하는지를 헌법 제69조에서 직접 도출하는 것은 불가능하다. 평화적 통일을 어떤 방향으로, 어떤 단계를 거쳐서 추진할 것인지에 따라 평화적 통일에 관한 대통령의 의무는 다른 형태로 구체화될 것이기 때문이다.[9)]

이와 관련하여 현행헌법은 제4조에서 "大韓民國은 統一을 指向하며, 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수립하고 이를 추진한다."고 명시하고 있을 뿐만 아니라 제66조 제3항에서 "大統領은 祖國의 平和的 統一을 위한 성실한 義務를 진다."고 규정함으로써 평화적 통일에 관한 의지를 반복적으로 확인하고 있다.

이렇게 볼 때, 헌법 제69조가 대통령의 취임선서에서 조국의 평화적 통일에 관한 대통령의 직무상 의무를 명시하고 있는 것은 헌법의 준수 및 국가의 보위에 관한 의무와 마찬가지로 대통령이 이를 유의하도록 하는 상징적 의미가 크다고 볼 수 있으며, 이를 구체화하는 것은 통일과 관련한 각종 법률 및 정책에 의존하게 될 것이다.[10)]

9) 이에 관하여 보다 상세한 것은 헌법 제66조의 주석 참조.

10) 통일에 관한 구체적인 법령의 체계 등에 관하여는 제성호, "통일관련 법제의 주요 문제점과 개선방안", 통일문제연구 16권 1호 통권41호(2004 상반기), 141-167 참조.

4. 인권보장과 민족문화 창달에 관한 의무

현대 민주국가에서는 인권보장을 헌법의 중심적 가치로 인정하는 것이 일반적이다. 국민주권의 실질적 의미를 국민의 인권보장에서 찾을 수 있으며, 국가기관들의 존립목적 자체가 인권보장을 실질화하는데 있다는 점이 널리 인정되고 있는 것이다.

그러므로 대통령의 취임선서의 내용에 국민의 자유와 복리를 증진시킬 의무를 포함하고 있는 것은 지극히 자연스러우며, 이에 대한 이견은 찾기 어려울 것이다. 이미 제헌헌법 당시부터도 국민의 복리 증진에 관한 의무가 명시되어 있었고, 이를 당연히 전제되었던 자유까지 포함하는 것으로 규정된 것도 제3공화국 이래 변화가 없었다는 점이 이를 반증하고 있다. 또한 외국 헌법상의 취임선서의 경우에도 유사한 규정이 많이 나타난다.

반면에 민족문화의 창달에 관한 직무상 의무를 대통령의 취임선서 내용에 포함시킨 것은 제5공화국 헌법에서 시작되었으며, 이는 성질상 논란의 소지를 안고 있다. 현대국가를 문화국가로 이해하고, 문화의 증진을 위한 국가의 과제를 인정하는 것에는 대부분의 헌법학자들 사이에 의견의 일치를 보이고 있지만, 이를 민족문화라는 특수한 영역으로 한정하는 것에 대해서는 날카로운 비판이 적지 않기 때문이다.

물론 민족문화를 배타적인 것으로 이해할 필요는 없으며, 민족문화를 발전시키는 것이 세계의 문화적 다양성에 기여하는 것이라고 적극적으로 이해하는 것도 가능할 것이다. 그러나 헌법 제9조에서 민족문화의 창달에 관한 별도의 규정을 두고 있는 상태에서 다시금 대통령의 취임선서에서 같은 내용을 반복함으로써 오해의 소지를 만드는 것은 그다지 현명하지 않은 것으로 보인다.

IV. 대통령으로서의 직책의 성실한 수행

1. 헌법규정과 그 의미

헌법 제69조는 헌법의 준수, 국가의 보위, 국민의 자유와 복리의 증진, 조국의 평화적 통일, 민족문화의 창달이라는 몇 가지 사항에 대한 대통령의 직무상 의무를 명시하였을 뿐만 아니라 "…에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것"을 선서하도록 규정하고 있다.

헌법 제69조의 규정을 볼 때, 헌법의 준수 등이 대통령으로서의 책무에 해당된다는 것은 분명하다. 그러나 헌법 제69조에 명시되지 않은 사항들이 대통령으로서의 책무에 해당되지 않은 것으로 해석될 수는 없을 것이다.[11] 즉, 헌법 제69조에 명시된 사항은 이른바 예시적 규정이지, 한정적 열거규정으로 볼 수는 없다.

다만, 헌법 제69조에서 분명히 확인할 수 있는 것은 대통령의 직무상 의무로 명시된 사항들은 특별한 국민적 관심의 대상이기 때문에 대통령도 국민 앞에서 책무의 존재를 명확히 하고, 이러한 책무의 성실한 수행을 약속함으로써 자의적인 권력행사를 하지 않기를 기대하고 있다는 점이다.

2. 성실한 직무수행의 내용

헌법 제69조는 대통령의 성실한 직무수행을 요구하고 있다. 그러나 구체적으로 어떻게 직무를 수행하는 것이 성실한 직무수행인지에 대한 구체적 판단기준을 제시하지는 않고 있다. 그러므로 해석을 통하여 판단기준을 정립하는 것이 불가피하다.

일반적으로 직무수행의 성실성은 모든 공무원의 기본적 의무에 속하는 것으로 인정되고 있으며, 국가공무원법 제56조와 지방공무원법 제48조에도 공무원에게 법령을 준수하고 성실하게 직무를 수행하도록 요구되고 있다. 헌법 제69조에서 대통령에게 요구하고 있는 성실한 직무수행도 기본적으로 이와 다르지 않다고 볼 수 있으며, 이러한 성실의무는 "공무원에게 부과된 가장 기본적인 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 그 내용으로 한다."[12]

이러한 성실의무는 과거 군주국가에서처럼 무제한의 충성을 의무지우는 것은 아니며, 직무의 수행과 관련하여 국가의 이익 내지 국민의 이익을 최대한 도모하도록 하는 것으로 이해되어야 한다. 또한 "공무원의 성실의무는 경우에 따라 근무시간 외에 근무지 밖에까지 미칠 수도 있다."는 점이 판례상 인정되고 있으며,[13] 구체적으로 성실의무의 범위를 어디까지 인정할 것인지는 개별적 상황에 따라 판단되어야 할 것이다.

11) 예컨대 헌법 전문(前文)에서 명시되고 있는 "政治·經濟·社會·文化의 모든 領域에 있어서 各人의 機會를 균등히"하는 것이나, "항구적인 世界平和와 人類共榮에 이바지"하는 것이 대통령의 직무범위에 속하지 않는다고 볼 수는 없을 것이다.

12) 大判 1989.5.23. 88누3161 판결.

13) 大判 1997.2.11. 96누2125 판결.

3. 성실한 직무수행 의무의 불이행과 그에 대한 책임

헌법 제69조는 대통령으로서의 직책을 성실하게 수행할 것을 국민 앞에 선서하도록 요구하고 있지만, 대통령이 이를 이행하지 않을 경우의 책임에 대해서는 구체적인 규정을 두지 않고 있다. 그로 인하여 해석상의 논란이 발생될 수 있는데, 논란의 핵심은 대통령이 성실한 직무수행의 의무를 이행하지 않을 경우에 선거 등을 통한 정치적 책임만을 물을 수 있는가 아니면 법적 책임까지 물을 수 있는가에 있다.

대통령의 취임선서를 단지 정치적 선언 정도로만 이해할 경우에는 그 위반에 대한 책임추궁도 정치적 책임에 한정되는 것으로 보는 경향이 있다. 반면에 대통령의 취임선서를 법적인 구속력을 갖는 것으로 인정할 경우에는 성실한 직무수행의 불이행에 대해서 법적 책임을 물을 수 있게 된다. 예컨대 헌법 제65조 제1항의 탄핵소추에 있어서 "그 職務執行에 있어서 憲法이나 法律을 違背한 때"라는 요건을 충족시키는 것으로 볼 수 있게 되는 것이다.

이와 관련하여 대통령의 성실한 직무수행의 의무를 정치적 책임으로만 보는 것은 적절치 않을 것으로 보인다. 비록 취임선서 자체는 정치적 선언 정도로 이해하는 것이 가능할 수 있지만, 그 안에 포함되어 있는 대통령의 의무는 가장 본질적인 것들로서 헌법 제69조의 규정에 의하여 비로소 인정되는 것이 아니라 헌법상의 다른 규정들에 의하여 이미 인정되고 있는 것으로 보아야 할 것이기 때문에 이에 대하여 정치적 책임만을 물을 수 있고, 법적 책임을 묻지 못한다고 보기 어려운 것이다.

이런 의미에서 헌법 제69조에 규정된 대통령의 직무상 의무를 성실하게 수행하여야 하는 것은 법적 의무이며, 그 위반의 경우에는 법적 책임이 뒤따르는 것으로 해석되어야 할 것이다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법 제69조의 내용은 대통령의 취임시 행해지는 취임선서의 내용에 관한 것이며, 그 내용은 취임선서에서 선언함으로써 비로소 새롭게 인정되는 것이 아니기 때문에 그 개정이 갖는 파급효는 상대적으로 크지 않다고 볼 수 있다.

그렇기 때문에 헌법 제69조의 개정은 다른 헌법규정들에 비하여 중요한 개정대상으로 거론되지 않는다. 그러나 순수하게 헌법이론적 관점에서 검토한다면 일부 내용을 삭제하

는 것이 체계적으로 더 적합한 것으로 생각된다.

첫째, 조국의 평화적 통일에 관한 대통령의 직무상 의무를 명시하는 것은 헌법 제66조 제3항에서 평화통일에 관한 대통령의 의무를 규정한 것과 중복된다. 단순히 평화통일에 관한 규정의 중복이 아니라 대통령의 평화통일에 관한 의무의 중복이라는 점에서 이를 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 민족문화의 창달에 관한 대통령의 직무상 의무는 헌법 제9조와 중복되며, 자칫 민족문화를 배타적으로 발전시키는 것으로 오인될 우려가 있다. 그러므로 헌법 제9조의 규정은 존치하더라도 제69조에서는 민족문화의 창달에 관한 부분을 삭제하는 것도 적극적으로 검토해볼 필요가 있다.

VI. 관련문헌

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 1978.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965.
문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.
박일경, 헌법, 일명사, 1980.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.
한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.



I. 임기제도의 의의와 대통령의 임기가 갖는 의미

임기제도가 갖는 의의는 고위공직자들이 국가사무를 담당할 수 있는 권한의 부여와 관련한 정당성의 한정에 있다. 임기를 한정하지 않고 무기한으로 권한을 행사할 수 있도록 정당성을 부여하는 경우에는 통제의 가능성이 그만큼 약화되며, 그 결과 직무담당자가 타성에 젖고 보수화되거나 권력을 오·남용하는 경향이 나타나게 된다.

임기제도는 이러한 문제점을 막기 위하여 고위공직자들의 권한과 관련하여 일정한 기간을 임기로 정하고, 임기가 만료된 후에는 새로운 절차를 통하여 권한을 행사할 수 있는 자격 내지 정당성을 회수 또는 갱신함으로써 공직의 수행이 계속 국민의 의사와 이익에 부합되도록 하는 기능을 담당한다.

그러나 임기제도는 잘못 이용되면 오히려 공직의 적정한 수행에 대한 장애요인이 될 수도 있다. 예컨대 임기가 지나치게 짧은 경우에는 그로 인하여 공직수행의 능률성이 저해되는 측면도 있을 수 있고, 임기제도가 정당한 통제가 아닌 부당한 압력의 수단으로 이용되는 경우도 있을 수 있다. 따라서 임기제도를 통한 정당성의 확보·갱신과 공직수행의 능률성·적정성의 긴장관계를 염두에 두고 합리적인 균형점을 모색하는 것이 중요하다고 할 수 있다.

현행헌법 제70조에 따라 대통령의 임기는 5년이며, 중임할 수 없다. 일반적으로 4년

중임제를 채택하고 있는 외국의 입법례와 달리 이처럼 5년 단임제를 채택하고 있는 것은 장기집권의 방지에 그 의미가 있다고 할 수 있다.

해방 후 60여년의 헌법사를 돌아볼 때, 제헌과정에서부터 현행헌법에 이르기까지 늘 대통령의 선출방식 및 임기, 중임제한이 논란의 핵심이었던 것을 확인할 수 있으므로 5년 단임제의 역사적 필요성은 인정될 수 있다.[1] 다만 최근에는 4년 중임제로의 개헌이 필요하다는 논의가 활발하게 전개되고 있으므로 이에 대한 검토가 필요하다.

II. 헌법 제70조의 연혁

1. 제헌헌법의 규정

제헌헌법 第55條

① 大統領과 副統領의 任期는 4年으로 한다. 但 再選에 依하여 1次 重任할 수 있다.

② 副統領은 大統領 在任中 在任한다.

1948년의 제헌헌법은 제55조에서 대통령 및 부통령의 임기에 관한 규정을 두고 있었다. 제1항은 임기를 4년으로 하고, 재선에 의하여 1차 중임이 가능하도록 하는 내용이었으며, 이는 대통령제 정부형태를 취함에 따라 미국의 예를 따른 것으로 설명되었다.[2]

그리고 제2항에서는 부통령이 대통령 재임중에만 재임하도록 하는 규정을 두었는데, 이는 부통령의 경우 원칙적으로 4년의 임기가 있지만, 대통령이 임기만료 이전에 사망, 파면, 사직 등으로 인하여 궐위된 경우에는 부통령도 함께 퇴직해야 한다는 의미로 해석되었다.[3]

이처럼 대통령의 궐위시에는 부통령도 함께 물러나도록 한 것은 제헌헌법에서 대통령

1) 실제로 국민의 대통령 직선과 5년 단임제에 기초한 현행헌법은 역대 어느 헌법과도 비교할 수 없는 최장수 헌법이 됨으로써 그 실효성을 입증하고 있다.

2) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 131.

3) 유진오(전주), 131 이하.

직을 부통령이 승계하도록 하지 않고, 후임자를 선거하도록 규정하였던 것[4]에서 비롯된 결과라고 할 수 있을 것이다.

또한 1954년의 제2차 개정헌법에서는 제55조의 제2항을 삭제하고 제1항만 남겨 놓았던 것도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 제2차 개정헌법 제56조 제2항에서 제헌헌법과 달리 대통령의 궐위시에 부통령이 대통령직을 승계하도록 규정하였기 때문에 이러한 규정[5]의 존치 필요성이 사라진 것이다.

2. 제2공화국 헌법과 대통령의 임기 및 중임제한

제2공화국헌법 第55條
大統領의 任期는 5年으로 하고 再選에 依하여 1次에 限하여 重任할 수 있다.

의원내각제를 채택하였던 제2공화국 헌법에서는 대통령의 임기를 5년으로 하면서 1차에 한하여 중임할 수 있는 것으로 규정하였다. 대통령제와는 달리 의원내각제의 경우에는 대통령의 임기를 약간 더 길게 규정하는 예가 드물지 않으며, 대통령의 임기를 의회의 임기와 일치시켜야 할 필요성이 적어지기 때문이다.[6]

제2공화국 대통령으로 선출되었던 윤보선은 1960년 8월부터 1962년 3월까지 대통령직에 있었다. 이와 관련하여 윤보선이 제2공화국이 붕괴된 이후 군사정부 하에서도 계속 대통령을 맡아 적지 않은 비난을 받기도 하였으나 집권군부세력과의 갈등으로 1962년 3월 대통령직을 사임하였다. 윤보선이 대통령직을 사임한 이후로는 박정희가 1962년 3월부터 1963년 12월까지 대통령 권한대행으로 활동하였다.[7]

4) 제헌헌법 제56조 제2항:
"大統領 또는 副統領이 闕位된 때에는 卽時 그 後任者를 選擧한다."

5) 제2차 개정헌법 제56조 제2항:
"大統領이 闕位된 때에는 副統領이 大統領이 되고 殘任期間中 在任한다."

6) 독일 기본법에서도 연방대통령의 임기를 5년으로 규정하면서 1차에 한하여 중임할 수 있도록 규정하고 있다(독일기본법 제54조 제2항).

7) 1963년 12월에는 제3공화국 헌법에 의하여 제5대 대통령으로 박정희가 선출되어 새로운 임기를 개시하였다.

3. 제3공화국 헌법

제3공화국헌법 第69條
① 大統領의 任期는 4年으로 한다.
② 大統領이 闕位된 경우의 後任者는 前任者의 殘任期間中 在任한다.
③ 大統領은 1次에 限하여 重任할 수 있다.

제6차 개정헌법 第69條
③ 大統領은 계속 在任은 3期에 限한다.

1962년의 제3공화국 헌법은 다시금 대통령제 정부형태를 채택하였으며, 대통령의 임기는 4년으로 환원되었다. 역시 1차에 한하여 중임할 수 있도록 명시하였으나,[8] 1969년의 제6차 개정헌법은 3선이 가능하도록 변경되었다.

흔히 3선개헌이라고 일컬어지는 1969년의 제6차 개헌은 다시금 장기집권의 욕심을 노골적으로 드러낸 것이라고 할 수 있으며, 이와 같은 비정상적인 헌법개정이 국민투표를 통하여 확정됨에 따라 정권의 독재화를 막기 어렵게 되었던 것이다.

4. 제4공화국 헌법 이래의 헌법규정

가. 제4공화국헌법상의 대통령 임기와 중임제한

제4공화국헌법 第47條
大統領의 任期는 6年으로 한다.

우리나라의 역대 헌법 가운데 가장 철저한 독재헌법이라고 평가되는 제4공화국 헌법은 대통령의 선출을 국민의 직선이 아닌 통일주체국민회의에 의한 간선으로 정했을 뿐만 아니라 대통령의 임기 및 중임제한에 있어서도 과거와 크게 달라진 모습을 보였다.

8) 이와 같은 중임제한의 취지가 장기집권 내지 그에 의한 일인정치의 폐해를 막기 위한 것이라는 점은 당시에도 인정되었다. 이에 관하여는 문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965, 475 이하; 한동섭, 헌법학, 상학사, 1964, 311 참조.

먼저 대통령의 임기를 4년에서 6년으로 연장한 것은 국정운영의 안정성과 효율성을 위한 것이라고 설명되었지만,[9] 사실상 대통령에 대한 형식적인 통제조차도 최소화하기 위한 것으로 이해될 수밖에 없다. 물론 통일주체국민회의에 의한 형식적 선거에서 국민의 의사가 정확하게 반영될 수는 없었고, 제4공화국 내내 박정희 이외의 대통령은 상상할 수도 없었다.

이와 더불어 주목을 요하는 것은 중임제한에 관한 아무런 규정도 두지 않고 있었다는 점이다. 즉, 박정희가 원할 경우에는 종신집권이 사실상 가능한 형태로 헌법규정이 만들어져 있었던 것이다.[10]

나. 제5공화국헌법상의 대통령 임기와 중임제한

제5공화국헌법 第45條

大統領의 任期는 7年으로 하며, 重任할 수 없다.

제5공화국 헌법은 과거의 장기집권에 대한 국민적 불신과 불만을 잠재우기 위하여 단임제의 도입을 선언하였으며, 이와 관련하여 제45조에서 대통령의 임기를 7년으로 함과 동시에 중임할 수 없다는 규정을 명시하였다.

그러나 7년이라는 임기는 사실상 4년 중임에 근접하는 장기간이다. 강력한 권한이 집중되어 있는 대통령을 대통령선거인단의 간선으로 선출하게 할 뿐만 아니라, 이처럼 임기를 길게 할 경우에는 대통령의 민주적 정당성 확보 내지 대통령에 대한 민주적 통제에 적지 않은 문제가 야기될 수밖에 없다.

결국 국민의 단호한 요구에 의하여 직선제 개헌이 수용되면서 대통령의 임기도 변경되어 현행헌법에 의한 5년 단임제의 도입으로 이어진 것이다.

9) 이에 관하여는 한태연, 헌법학, 법문사, 1978, 512 참조. 여기서는 위기정부의 요청으로부터 나오는 고려라는 점을 강조하면서 집행권의 강화 내지 항구화를 강조하고 있다.

10) 당시에는 이러한 규정을 국민의 판단에 대한 비민주적 불신의 극복으로 평가하기도 했다. 대통령의 중임에 제한을 둔다는 것은 대통령의 능력을 제한하는 결과를 가져오게 하여 대통령제 자체의 제도적 장점을 약화시킬 뿐만 아니라 대통령의 선출에 대한 국민의 판단을 제한한다는 점에서 비민주적이라는 것이다. 이에 관하여는 한태연(주 9), 512 참조. 그러나 국민의 직선이 아닌 통일주체국민회의에 의한 간선이 제도화되어 있던 상황에서 국민의 판단이라는 주장은 설득력이 약하다.

III. 대통령 5년 단임제의 역사적 기능

1. 대통령의 독재화 우려와 5년 단임제의 성과

1987년 당시에 5년 단임제를 도입하였던 것은 일종의 타협이었다. 제5공화국 헌법 당시의 7년 단임제에서 임기를 줄이는 대신에 4년 중임제를 도입할 경우에는 자칫 3선 개헌으로 연결될 수 있다는 우려[11]도 있었기에 5년 단임제가 채택되었던 것이다.

오늘날에는 민주화가 상당히 진전되었기 때문에 4년 중임제를 도입할 경우에는 대통령이 독재화되거나 다시금 헌법을 고쳐서 장기집권을 시도할 것이라는 우려는 많이 감소되었다. 그러나 아직도 이러한 우려를 가지고 있는 사람이 없지 않다. 역사적으로 민주적 정권교체에 큰 역할을 했던 5년 단임제를 포기하기에는 시기상조라고 생각하는 것이다.

그러나 이러한 대통령의 독재화에 대한 우려는 – 전혀 가능성이 없는 기우라고 말하기는 어렵지만 – 과거에 비해 현저히 낮아졌다. 뿐만 아니라, 5년 단임제의 폐해가 심각하게 드러나고 있는 상황에서 이를 감수해야 할 정도의 중요성을 갖는 것으로 평가하기는 어렵다.

2. 대통령 임기의 5년 단임제와 관권선거의 약화

대통령 임기의 5년 단임제에 있어서 장기집권의 우려에 못지 않게 중요한 성과로 평가되는 것은 관권선거의 약화이다. 단임제로 인하여 현직 대통령이 직접 선거에 다시 출마하는 것은 가능하지 않게 되었으므로 대통령이 주도하여 공직사회 전반을 선거에 동원하는 정도의 관권선거는 더 이상 발생할 가능성이 없게 된 것이다.

물론 대통령이 직접 선거에 출마하지 않는 경우라 할지라도 소속 정당의 대통령 후보를 위하여 일정한 영향력을 행사하는 것은 가능할 수 있으며, 단임제를 도입하는 것만으로 관권선거가 완전히 사라진다고 보기는 어렵다. 하지만 적어도 이승만 정권이나 박정희 정권에서 나타났던 심각한 형태의 관권선거가 발생할 가능성을 현저하게 낮추었다는 점은 인정될 수 있을 것이다.

11) 특히 과거 이승만 정권이나 박정희 정권의 행태를 기억하는 사람들은 4년 중임이 3선 개헌으로 이어질 것을 많이 걱정하였다.

하지만 이를 근거로 5년 단임제의 존속을 주장하는 견해에 대해서는 다음과 같은 반론이 가능하다.

첫째, 위의 논리는 대통령 자신의 필요가 없기 때문에 관권선거가 – 적어도 심각한 형태로는 – 발생하지 않는다는 것을 전제하고 있다. 그렇다면 대통령과 매우 밀접한 인적 관계에 있는 사람이 후보자가 될 경우에는 다시금 관권선거가 발생할 수도 있다는 것이며, 이러한 사태를 막는데 5년 단임제는 도움이 되지 못한다.

둘째, 관권선거를 막고 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 대통령의 의사 내지 현실적 필요와 상관없이 관권선거를 막을 수 있는 다양한 제도적 장치를 마련해야 하며, 국민이 이를 철저하게 감시해야 할 것이다. 이러한 전제가 갖추어진 경우에는 단임제가 아닌 중임제의 경우에도 관권선거를 막을 수 있을 것이며, 그렇지 못한 경우에는 단임제 하에서도 관권선거의 위험은 상존한다고 할 수 있다.

3. 대통령 임기 5년 단임제의 역사적 소명은 다 마쳤는가?

대통령 임기의 5년 단임제가 지난 20여년 동안 나름으로 우리나라의 민주주의 발전, 평화적 정권교체와 정치적 세대교체 등에 긍정적인 기여를 많이 하였음을 부정할 수는 없다. 그러나 급변하는 한국사회에서 20년은 결코 짧은 기간이 아니며, 지난 20년 동안 변화된 사회현실을 고려하여 5년 단임제는 더 이상 존치될 이유가 없다는 주장이 점차 설득력을 얻고 있다.

이와 관련하여 2007년 당시 노무현 대통령이 이른바 원 포인트 개헌을 제안하였고, 이에 대한 찬반이 날카롭게 대립되던 당시에도 개헌의 필요성 자체에는 여야가 공감하면서 단지 개헌의 시기가 적절치 않음을 지적하였고, 결국 18대 국회가 구성된 이후에 국회에서 주도적으로 개헌논의를 진행시키는 것으로 합의되었던 점에 주목할 필요가 있다.

아무리 20년 전을 기준으로 가장 합리적이었던 제도라 하더라도 20년이 경과된 이후에는 현실에 부합되지 않는 점이 많을 수 있다. 대통령 임기를 5년 단임으로 정하였던 것은 적어도 대통령제 국가에서는 일반적인 것이라 보기 어렵고, 특수한 상황에서 예외적 조치를 취한 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 그러한 특수상황이 어느 정도 정리된 시점에서는 다시금 정상적인 제도로 복귀되어야 할 것이다.

이렇게 볼 때, 지난 20년 동안 민주화가 급속도로 진행되었고, 대통령에 대한 국민의 통제가 상대적으로 강해지고, 그로 인하여 대통령의 장기집권이나 관권선거 등에 대한 우

려가 현저하게 낮아진 것을 인정한다면, 이제는 5년 단임제라는 비상조치를 마무리할 때가 되었다고 평가할 수 있을 것이다.

IV. 대통령 4년 중임제 개헌론과 그 논거

1. 문제상황: 5년 단임제의 장점은 약화되고, 단점이 부각되는 상황

대통령 임기의 5년 단임제는 1987년 제9차 개정헌법에서 여야의 합의에 의해 도입되었고, 지난 20년 동안 나름의 기능을 다하였다.

특히 5년 단임제는 "大統領의 任期延長 또는 重任變更을 위한 憲法改正은 그 憲法改正提案 당시의 大統領에 대하여는 效力이 없다."는 현행헌법 제128조 제2항의 규정과 결합하여 대통령이 자신의 임기를 연장하거나 중임을 위하여 헌법을 개정하는 것을 사전적으로 차단함으로써 대통령의 집권 연장 및 이를 통한 독재화를 차단하는데 가장 큰 역할을 한 것으로 평가될 수 있다.

그러나 5년 단임제는 대통령의 연임가능성을 원천적으로 배제함으로써 대통령의 임기말 권력누수가 심각하다는 지적을 받았으며, 그로 인한 레임덕의 문제, 대통령이 자신의 집권연장과 무관하다는 이유로 국민의 의사에 무관심하게 되고, 심지어 무책임해지는 등의 문제가 계속적으로 지적되고 있다.

물론 장기집권 내지 독재화의 위험성과 레임덕 등의 문제를 비교할 때, 전자의 폐해를 막기 위해서 후자의 불편 내지 비효율성을 감수하는 것이 요청될 수 있다. 그러나 문제는 전자의 위험성은 현저하게 낮아지고 있는 반면에 후자의 문제점은 더욱 크게 부각되고 있다는 점이다. 그로 인하여 5년 단임제를 4년 중임제로 변경하자는 의견이 점차 많은 지지를 얻고 있는 것이다.

2. 임기말 대통령의 권력누수와 레임덕 현상의 심화

현행 대통령 임기 5년 단임제의 가장 큰 문제점으로 지적되는 것은 – 4년 중임제에 비하여 – 대통령의 레임덕이 심각하다는 문제, 그리고 대통령의 임기말 무책임성이 매우 강하게 나타나고 있다는 점이다.

실제로 대통령의 5년 단임제는 집권 중반기 이후에는 심각한 레임덕을 초래할 수 있다. 하지만 여기서 분명히 해야 할 것은, 레임덕 현상의 상당 부분은 대통령 자신의 능력과 노력에 따라서 축소될 수 있다는 점이다. 즉, 모든 대통령이 똑 같은 정도로 레임덕에 시달리는 것이 아니라 역대 대통령의 능력과 노력에 따라 정도의 차이는 분명하게 나타난다는 점이다.

그럼에도 불구하고 적어도 임기말 1년의 기간 정도는 레임덕을 피하기 어려운 것으로 보인다. 그것은 우리의 정치상황에서는 1년 정도를 남긴 상태에서 차기 대선의 후보들이 구체화되면서 대선정국이 형성되기 시작하는데, 이러한 상황 하에서는 – 선거에 참여하지 못하는 대통령을 배제한 채 – 차기 정부가 어떻게 구성될 것인지에 관하여 모든 국민, 나아가 공직사회의 관심이 집중되므로 대통령의 레임덕이 불가피하다는 것이다.

이와 관련하여 4년 중임제의 경우에는 레임덕을 피할 수 있을 것인지의 여부가 문제되는데, 4년 중임제 하에서는 적어도 레임덕을 – 완전히 없애는 것은 불가능하겠지만 – 축소시킬 수는 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 현직 대통령이 다음 선거에 직접 출마할 경우에는 레임덕이 강하게 나타나기 어려울 것이며, 대통령이 재선에 성공한 경우에는 두 번째 임기말 레임덕을 피하기 어렵겠지만, 적어도 그 기간은 5년 단임제의 경우보다는 짧다고 볼 수 있기 때문이다.[12)]

3. 국정장악력 및 국정운영의 효율성 약화와 대통령의 무책임성

대통령의 레임덕 문제와 맞물려 있는 것의 하나가 대통령의 국정장악력 내지 업무수행의 효율성 강화의 문제이다. 물론 이 문제도 – 레임덕 문제와 마찬가지로 – 대통령의 능력과 노력에 따라서 상당히 큰 차이를 보이게 된다. 단임제 하에서도 대통령의 능력 여하에 따라서는 국정을 좀 더 강력하게 이끌고 갈 수도 있고, 그렇지 못할 수도 있기 때문이다. 하지만 레임덕 문제와 마찬가지로 5년 단임제와 4년 중임제를 단순 비교할 경우에는 4년 중임제 하의 대통령이 더 강력한 국정장악력을 행사하며 효율적으로 국정을 수행할 가능성이 높다는 점은 부인하기 어려울 것이다.

12) 즉, 임기말 1년씩 레임덕이 발생한다는 전제 하에서 20년의 기간을 놓고 볼 때, 5년 단임제 하에서는 최소한 4차례의 걸쳐서 4년 정도의 기간 동안 레임덕 현상이 발생할 것이다. 반면에 4년 중임제 하에서는 최소 0년(모든 대통령이 재선에 실패한 경우)에서부터 최대 2년(2명의 대통령이 재선에 성공하여 8년씩의 임기를 채울 경우)의 기간 동안 레임덕 현상이 발생할 것이다.

그러나 레임덕 이상으로 중요한 문제는 사실 대통령의 무책임성이다. 노무현 대통령의 경우에도 차기 선거를 의식하지 않기 때문에 이른바 소신에 따라 국민의 의사 내지 여론을 무시하고 정책을 추진한 예가 적지 않았다. 예컨대 2006년의 지방선거에서 여당이 참패한 후에 노무현 대통령이 보였던 반응은 많은 국민을 실망시켰고, 그러한 국민의 실망은 결국 여당의 재보선, 나아가 대선의 참패로 연결되어 당시 여당이 와해 직전의 위기로까지 몰리게 된 원인 중의 하나라고 할 수 있다. 그런데 만일 노무현 대통령이 선거에 한 번 더 나올 기회가 있었다면 그런 태도를 보일 수 있었을까?

오히려 국민이 대통령을 실질적으로 통제할 수 있기 위해서, 달리 표현하자면 대통령이 선거를 의식하면서 국민의 눈치를 보도록 만들기 위해서, 5년 단임제보다는 4년 중임제가 더 바람직하다는 것이다.

4. 대통령 임기의 4년 중임제 도입의 전제조건

1987년의 6월항쟁에 의하여 헌법이 개정되던 당시에는 대통령의 장기집권을 막는 것보다 더 중요한 것은 없다고 할 수 있는 상황이었기에 5년 단임제가 꼭 필요하였고, 실제로 5년 단임제는 기대했던 역할을 충실히 했다고 볼 수 있다. 하지만 현재의 시점에서는 5년 단임제의 순기능이 더 크게 나타나는지, 아니면 역기능이 더 큰 상황인지를 재검토해 볼 필요가 있다.

5년 단임제의 순기능은 무엇보다 장기집권에 따른 독재화의 가능성을 막는 데 있다. 사실 지금이라고 장기집권의 위험이 전혀 없는 것은 아니다. 하지만 적어도 1987년 당시와 비교할 때, 특정인이나 특정집단에 의한 장기집권 및 그에 의한 독재화의 위험성은 매우 낮은 상황이다. 그에 따라 5년 단임제의 역기능이 오히려 더 부각되고 있다는 점도 간과할 수 없다. 연임의 가능성이 없다 보니 임기말이 되면 이른바 레임덕 현상이 강하게 나타날 뿐만 아니라 대통령 자신의 국정에 대한 책임감이 약해지는 문제를 낳게 되었던 것이다.

물론 「장기집권의 위험성 방지」와 「대통령의 책임 있는 국정수행」 가운데 어느 쪽에 더 큰 비중을 두느냐에 따라 결론은 달라질 수 있다. 하지만 이제는 적어도 이 문제를 진지하게 검토할 시점이 되었다고 할 수 있다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법 제70조의 대통령 임기 및 중임제한에 관한 규정은 2007년 노무현 대통령이 원 포인트 개헌을 주장하던 당시부터 관심이 집중되었으며, 그 이후 개헌논의가 있을 때마다 최우선적인 검토의 대상이 되고 있다.

만일 정부형태를 대통령제가 아닌 의원내각제나 이원정부제 등으로 변경할 경우에는 헌법 제70조의 의미 자체가 본질적으로 달라질 것이기 때문에 상응하는 개정이 불가피할 것이다. 그리고 대통령제를 유지할 경우에도 대통령의 임기를 이제는 5년 단임이 아닌 4년 중임으로 환원시켜야 한다는 견해가 다수인 것으로 보인다.

이 문제에 대한 판단은 앞서 검토한 바와 같이 현재의 정치적 상황을 어떻게 평가할 것인지에 따라 달라질 것이다. 즉 지난 20년의 민주화 과정을 통해 장기집권의 위험성이 크게 낮아진 반면에 대통령의 책임 있는 국정수행이 5년 단임제로 인하여 큰 방해를 받고 있다고 평가할 경우에는 4년 중임제로의 개헌에 찬성할 것이다. 반면에 장기집권의 위험성이 여전히 높다고 생각하거나, 5년 단임제가 대통령의 국정수행에 큰 장애가 되지 않는다고 판단할 경우에는 5년 단임제의 유지에 찬성할 수 있다.

그러나 지금까지 민주화의 진전을 현실적으로 평가할 때, 그리고 현행헌법 하에서의 대통령들이 임기말에 겪었던, 그리고 보여주었던 여러 상황을 고려할 때, 이제는 4년 중임제의 도입을 적극적으로 검토해야 할 때라고 판단할 수 있을 것이다.

VI. 관련문헌

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김종철, “대통령 4년 연임제 ‘원 포인트’ 개헌론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 13권 1호(2007.3), 61-104.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 1978.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965.

문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.

박일경, 헌법, 일명사, 1980.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
음선필, “대통령선거 및 국회의원선거의 선거주기 – 정치권력의 시간적 배분”, 헌법학연구 13권 1호(2007.3), 105-153.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
장영수, “헌법개정의 의미와 방향”, 고려법학 44호(2005.7), 61-100.
정태호, “대통령 임기제 개헌의 필요성과 정당성”, 헌법학연구 13권 1호(2007. 3), 1-60.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.
한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.

헌법 제71조

장용근



第71條
大統領이 闕位되거나 事故로 인하여 職務를 수행할 수 없을 때에는 國務總理, 法律이 정한 國務委員의 順序로 그 權限을 대行한다.

I. 기본개념과 입헌취지

대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때 일차적으로 국무총리가, 그 다음은 법률이 정하는 국무위원의 순서로 그 권한을 대행하게 하도록 하였다(현행 헌법 제71조).

이는 대통령제에서 국정의 중심인 대통령직이 공백이 생긴다면 그 자체로써 중대한 국익상 손해가 발생할 수 있기에 이를 방지하기 위한 것이다.

II. 비교법적 검토

1948년헌법-1952년헌법에서는 부통령제를 규정하고 있었기에 대통령의 유고시에는 부통령이 직무수행을 하고 대통령과 부통령의 동시 유고시에는 국무총리가 권한대행을 하게 규정하였다. 1954년 헌법에서는 국무총리제를 폐지하였기에 대통령의 유고시에는 부통령이 직무수행을 하고 대통령과 부통령의 동시 유고시에는 국무총리가 아닌 법률이

정하는 국무위원이 권한대행을 하게 규정하였다. 1962년의 제5차 개정헌법 이후 현재까지는 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때 일차적으로 국무총리가 그 다음은 법률이 정하는 국무위원의 순서로 그 권한을 대행하게 하도록 하였다(현행 헌법 제71조). 현행 정부조직법 제12조 제2항은 (국무회의의) 의장이 사고로 인하여 직무를 행할 수 없을 때에는 부의장인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 의장과 부의장이 모두 사고가 있을 때에는 기획재정부장관, 교육과학기술부장관, 외교통상부장관, 통일부장관, 법무부 등의 순으로(정부조직법 22조 1항) 권한대행을 하도록 규정하였다.

비교법적으로 볼 때, 대통령의 원칙적 모델인 미국의 경우는 대통령의 직무수행을 할 수 없는 경우 부통령이 하고 그 다음에 하원의장이 대행한다.

III. 학설과 판례

1. 대통령이 궐위된 경우 : ① 대통령의 사망, ② 탄핵결정으로 파면된 경우, ③ 대통령이 피선자격을 상실한 경우, ④ 사임한 경우이다.

2. 사고인 경우 : ① 대통령이 존위하면서도 신병이나 장기간의 해외여행 등으로 직무를 수행할 수 없는 경우, ② 국회의 탄핵소추로 권한행사가 정지된 경우이다.

3. 대통령이 궐위된 경우의 선거 : 60일 이내에 후임자를 선출한다(헌법 68조 2항).

4. 대통령의 권한대행순서

대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때에는 1차적으로 국무총리가, 2차적으로는 법률이 정한 국무위원의 순서에 따라 그 권한을 대행한다(제71조). 한편 부통령제를 택하지 않았기 때문에 국민의 선출에 의하지 않은 국무총리, 국무위원이 그 권한을 대행하는 문제가 생긴다.

5. 권한대행자의 직무범위 : 직무대행의 범위는 원칙적으로 대통령 권한의 전반에 미칠 것이나, 그 임시적 성질로 보아 현상유지적인 것에 국한된다고 하겠다.[1] 하지만 현상유지적일 수도 있고 현상변경적일 수도 있다는 견해[2]도 있다. 원인이 궐위든 사고든 원인에 상관없이 대통령의 직무전반에 미치지 않는다는 입장도 있다. 선거로 후임자로 선출되기

1) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1724 참조.

2) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1144 참조.

전이나 대통령이 돌아오기 전에 중요한 사항을 결정할 수 없다면 이는 자칫 실기한 정책결정으로 중대한 국익에 손해를 끼칠 수 있기에 국정전반에 미쳐야 하고 다만 민주적 정당성이 없는 국무총리나 국무위원들이 새로운 정책결정을 한다는 것이 문제가 있기에 현상유지에 그친다는 것이 정당하다고 보인다.

IV. 개정의 필요성에 대한 검토

1. 대통령유고시 직무수행능력의 유무확인기관(헌법 제71조에 부가)

궐위된 경우는 객관적으로 판명할 수 있으므로 유권기관이 이를 확인할 필요가 없으며, 확인한다고 하여도 이는 창설적 효력을 갖는 것이 아니라 사실행위에 지나지 않는다. 궐위라는 사실의 발생으로 당연히 권한대행자에게 대통령의 권한을 대행하는 권한이 발생한다.

이와 달리 '유고'란 사고의 발생과 직무수행의 불가능이라는 두 가지 요건이 충족되어야 하기 때문에 유권기관의 결정이 필요하다. 탄핵소추가 의결된 경우를 제외하고는 대통령이 결정하는 것이 원칙이다. 그러나 대통령이 정신장애 등을 이유로 스스로 결정할 능력이 없는 경우에는 이에 관한 명시적인 규정이 없어서 헌법적인 흠결이 있다. 이는 헌법기관의 본질적인 사항으로서 헌법 자체에서 규정되어야 할 사항이지만, 헌법개정 시까지 임시적으로 법률적 차원에서라도 방안을 만드는 것이 바람직하다. 프랑스는 명문으로 헌법평의회가 대통령의 유고 또는 궐위를 확인하는 권한을 가진다(헌법 제7조). 미국 수정헌법 제25조에 의하면 부통령과 법률이 정하는 행정부의 중요한 공무원 또는 의회의 과반수가 대통령의 유고에 관한 성명서를 제출하면 부통령이 대통령의 권한을 대행할 수 있다. 우리 헌법상 권한대행자가 국무총리 및 국무위원이므로 국무회의가 직무수행의 가능여부를 결정하는 것은 법치국가원리에 적합하지 않다. 국무총리가 집행부의 정책심의기관인 국무회의의 심의를 거쳐서 사고성명서를 국회에 제출하고 국민의 대의기관인 국회가 결정하게 하거나 헌법을 개정하여서 헌법재판소가 결정하게 하는 것이 바람직하다고 사료된다.

2. 부통령제의 도입

대통령 중심제를 택하고 있는 현행 헌법상 국무총리제도는 의원내각제적 요소로서 미국과 같이 부통령제를 도입하여야 한다는 의견이 높다. 대표적인 논거로는 대통령제에 있어서의 대통령 권한대행은 미국에서와 같이 국민의 선거에 의하여 민주적 정당성이 입증된 부통령이 담당하는 것이 헌법체계에 합치한다는 점이다. 이 외에 우리나라에서 부통령제는 지역주의의 완화를 꾀할 수 있다는 장점도 지적되고 있다. 하지만 오히려 기존의 지역주의를 그대로 존속시키거나 심화시킬 수 있으며, 특히 영호남 출신이 아닌 정치인의 소외문제를 해결할 수 없다는 문제점이 있다.

역사적으로 미국의 부통령제는 헌법제정과정에서 대통령의 승계 및 권한대행과 상관없이 도입된 제도였다. 부통령제의 도입에 관한 논의에서 우려되는 점은 대통령과 잠재적인 권한대행자(또는 대통령직 승계자) 내지는 차기 대권주자로서 부통령의 갈등관계 및 권력누수현상이다. 대통령과 부통령을 국민이 각각 선출한다면, 양자는 상호 갈등관계에 있거나 정치적 동질성을 유지하기 힘들다. 이런 상황에서 대통령은 강력한 차기 대권주자인 부통령을 견제하여 부통령의 활동은 극도로 제한될 수밖에 없다. 건국헌법에서 대통령과 부통령을 각각 국회에서 간선했으나, 초대 부통령이었던 이시영과 제2대 부통령이었던 김성수는 이승만 대통령의 독주에 제동을 걸다가 결국 대통령과의 갈등관계에 놓이게 되었다는 사실이 그 전형적인 사례로 제시될 수 있다.

따라서 부통령제를 도입한다면 대통령과 부통령을 '런닝 메이트'로 하는 것이 바람직하다. 대통령과 부통령의 갈등이 있어도 비슷한 정치적 기반을 가지고 있으며 부통령의 권한이 제한적이므로 국정운영의 차질이 생길 정도는 아닐 것이기 때문이다.

3. 정부조직법 제12조 제2항의 개정여부

동법은 직무대행의 사유로 '사고'만을 규율하고 있지만 궐위도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다. 헌법상 권한대행의 사유로 사고와 궐위를 함께 규정하고 있지만, 권한대행의 법적 효과가 같기 때문에 입법상 동일하게 취급한 것이라고 할 것이다. 하지만 입법상 명백히 규정하는 것이 필요하다고 할 것이다.

국회의 동의를 거쳐서 임명되는 국무총리보다는 국민에 의하여 직선되는 부통령제가 보다 안정적인 권한대행제도를 이끌 수 있다고 사료된다. 만약 국무총리제를 유지한다면,

국회의 동의 없이 국무총리나 국무총리서리를 임명하는 것은 위헌이라 할 것이다. 정권교체 시에 예외적으로 임명동의안이 지연되는 경우에는 대통령이 행정부의 수반으로서 국무위원을 임명하고 정부조직법이 정한 순서에 의하여 국무총리 권한대행을 맡기면 될 것이다.

부통령제를 도입하여도 궐위 시에 대통령직의 승계 여부와 임기를 더 검토하여야 할 것이다. 건국헌법은 부통령은 대통령의 재임 중 재임한다는 규정을 두어서, 대통령직 승계를 인정하지 않았지만, 1954년의 제2차 개정헌법은 대통령이 궐위된 때에는 부통령이 대통령이 되고 잔임기간 중 재임한다고 규정하였다(제55조 제2항). 미국의 경우 부통령이 대통령직을 승계하기 시작한 것은 취임 후 1개월 만에 사망한 윌리엄 헨리 해리슨 대통령의 직을 존 타일러 부통령이 1841년에 승계하면서부터이다. 그러나 우리의 경우 이러한 입법례를 따르지 않고 대통령 궐위 시에 대통령의 잔임기간이 1년 이내라면 부통령이 대통령직을 승계하고 1년 이상이라면 60일 이내에 선거를 하도록 하는 방안도 고려할 수 있다.

V. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2000.

헌법 제72조

정문식



第72條
大統領은 필요하다고 인정할 때에는 外交·國防·統一 기타 國家安危에 관한 重要政策을 國民投票에 붙일 수 있다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 국민투표부의권한

국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있도록 한 것(國民投票附議)은, 대통령에게 국가의사를 결정하기 전에 국민의 경험적 의사를 확인할 수 있는 기회를 부여한 것이다. 국민투표는 국민소환·국민발안 등과 더불어 직접민주주의 실현을 위한 대표적인 제도다. 따라서 대통령의 국민투표부의권한은 대의민주주의원리를 기본으로 하고 있는 우리 헌법체제에 직접민주주의적 요소(국민투표)의 실현을 위한 기회를 제공하는 것이다.[1)]

일반적으로 국민투표는 성격과 기능에 따라 특정 사안이나 정책 등과 관련된 국민의사를 묻는 레퍼렌덤(referendum)과 특정인에 대한 신임을 묻는 플레비시트(plebiscite) 두

1) 양 건, 헌법강의II, 법문사, 2008, 146; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 986; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1097; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 942 등 참조.

종류로 나눌 수 있다.[2] 그러나 특정 사안에 관한 국민의 의사는 실제에 있어서 특정인에 대한 정치적 신임문제나 그 밖의 상황에 따라 영향을 받는 경우가 많아서,[3] 양자의 구별이 반드시 명확한 것만은 아니다.[4]

2. 입헌취지

1954년 헌법개정에서 삽입된 국민투표부의는 국회의 가결을 거친 사항에 대하여 일정 선거권자의 찬성으로 발의하도록 함으로써, 주권의 제약이나 영토변경 등 국가안위에 관한 중대한 사항은 최종적으로 국민이 직접 결정하자는 취지로 채택되었다. 1972년 유신헌법의 국민투표부의는 중요정책 뿐만 아니라 신임까지도 물을 수 있어서,[5] 대통령이 장기집권과 독재를 국민에게 직접 호소하여 정당화할 수 있도록 하려는 의도에서 마련되었고, 실제로 1975년 2월 12일 유신헌법과 대통령의 계속 재임여부에 관한 국민투표부의에 이용되었다. 1980년 헌법개정에서는 국민투표부의 대상을 축소하고, 주권제약에 관한 것은 국회의 동의를 얻도록 변경하였다.[6]

2) 양 건(주 1) 146. 성낙인(헌법학, 법문사, 2008, 987-988)은 넓은 의미의 국민투표를 국민거부, 국민소환, 국민발안, 국민투표로 나누고, 좁은 의미의 국민투표를 다시 i) 선택적 국민투표와 필수적 국민투표, ii) 레퍼렌덤과 플레비시트로 구분하고 있다. 음선필("한국헌법과 국민투표", 토지공법연구 33집(2006), 444-445)도 국민투표를 목적에 따라 국민표결, 국민발안, 국민소환으로 구분한다. 이는 직접민주주의 실현을 위한 제도와 국민투표를 동일한 것으로 보는 것이다. 독일헌법에는 직접 민주주의적 요소가 약하지만, 직접민주적인 국민결정(Vorlksabstimmung)으로서 특정 문제에 관한 여론을 조사하는 국민문의(Volksbefragung), 특정 사안에 관한 구속력 있는 결정을 내리는 국민투표(Volksentscheid), 특정 입법을 의회에 요구하는 국민발안(Volksinitiative), 국민투표를 요구하는 국민청원(Volksbegehren) 등을 구분하는 경우도 있다. v.Arnauld, Staatsrecht, 2001, S.26f. 참조.

3) 예컨대 2005년 프랑스의 유럽헌법조약 비준에 대한 부결은 당시 유럽헌법조약을 국민투표에 상정한 시라크(J. Chirac) 대통령과 라파렝(J.-P. Raffarin) 총리에 대한 신임투표의 성격도 있었고(정문식, "유럽헌법의 개정내용과 현황", 헌법학연구 12권 1호(2006), 150), 그 밖에 외적인 요인도 작용한 것으로(이상해, "유럽헌법조약과 유럽연합 위기의 실제", 토지공법연구 34집(2006), 312) 평가된다.

4) 예컨대 우리나라의 경우에도 지금까지 총 6회의 국민투표가 실시되었는데, 5회는 단순히 헌법개정에 대한 국민투표였고(1962.12.17. 제5차 헌법개정(제3공화국 헌법), 1969.10.17. 제6차 헌법개정(3선 개헌), 1972.11.21. 제7차 헌법개정(유신헌법), 1980.10.22. 제8차 헌법개정(제5공화국 헌법), 1987.10.27. 제9차 헌법개정(제6공화국 헌법)), 1회는 박정희 대통령이 유신헌법의 찬반과 대통령 신임을 함께 물은 신임투표적 국민투표였다. 그러나 권영성 교수(주 1, 986)는 1969년 제6차 헌법개정에 관한 국민투표도 박정희 대통령의 신임이 결부된 복합적 국민투표로 보고 있다.

5) 갈봉근, 유신헌법해설, 광명출판사, 1975, 110 참조.

6) 정종섭(주 1), 1097-1098 참조.

국가안위에 관한 중요한 정책은 국민의 대표인 대통령이 직접 결정할 수도 있지만, 공동체와 미래 세대의 운명을 결정짓는 중요한 사안에 대하여는 대통령이 국민투표에 부의함으로써, 주권자인 국민의 승인을 받고[7] 구체적인 정책에 대한 민주적 정당성을 확보하여[8] 직접민주주의의 이상을 실현할 수 있는 것이다. 소극적으로는 대통령이 국민의사를 확인하는 것을 넘어서 자신의 정치적 입지를 강화하거나, 정치적으로 무기화하고 남용하는 것을 방지할 수 있도록 엄격하게 축소해석해야 한다.[9]

II. 연 혁

국민투표부의제도는 1954년 제2차 개정헌법 제7조의2에서[10] "대한민국의 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항"을 국회가 결정하더라도, 민의원선거권자 50만 이상의 찬성을 얻어 국민투표에 부의하고, 국민투표를 할 수 있도록 규정하였다. 1962년 제3공화국 헌법에서 삭제되었다가 유신헌법 제49조에서[11] 포괄적으로 대통령의 국민투표부의권한을 인정하면서 부활하였다. 1980년 제5공화국 헌법 제47조에서 국민투표부의 대상을 "외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책"으로 개정하여 현재에 이르고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

대통령의 국민투표부의권한을 규정한 외국헌법은 바이마르공화국헌법 제73조

7) 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644등, 헌판집 19-1, 859, 885.

8) 권영성(주 1), 986; 성낙인(주 2), 989 등 참조.

9) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609, 650.

10) 제7조의2: 대한민국의 주권의 제약 또는 영토의 변경을 가져올 국가안위에 관한 중대사항은 국회의 가결을 거친 후에 국민투표에 付하여 민의원의원선거권자 삼분지 이이상의 투표와 유효투표 삼분지 이이상의 찬성을 얻어야 한다. 전항의 국민투표의 발의는 국회의 가결이 있은 후 일개월이내에 민의원의원선거권자 오십만 이상의 찬성으로써 한다. 국민투표에서 찬성을 얻지 못할 때에는 제1항의 국회의 가결사항은 소급하여 효력을 상실한다. 국민투표의 절차에 관한 사항은 법률로써 정한다.

11) 제49조: 대통령은 필요하다고 인정할 때에는 국가의 중요한 정책을 국민투표에 붙일 수 있다.

제1항,[12] 이집트헌법 제152조,[13] 스페인헌법 제92조,[14] 프랑스헌법 제11조[15] 등이 있다.

프랑스 대통령의 국민투표부의제도는 내용적으로[16] 국가조직, 경제·사회정책이나 공무원조직의 개혁, 위헌은 아니지만 국가제도에 영향을 주는 조약의 비준 등에 관련된 '법률안'이 국민투표부의 대상이라는 점에서 우리와 다르다. 프랑스에서 국민투표는 특히 제5공화국 초기 드골 대통령이 자신의 인기와 위상을 강화하려는 의도에 따라 신임투표적 국민투표로 변질되었으며, 1970년 이후에는 활성화되지 못하였다.[17] 2005년 유럽헌법조약에 대한 거부에서 보는 바와 같이, 국제적 상황과 국내적 상황이 맞물리는 총체적 변혁의 과정에서 주권적 의사확인의 도구로서는 의미를 갖지만, 전문적이고 복잡한 국제문제를 지속적으로 주권적 의미가 강한 국민투표를 통해 해결할 것인지 의문이다.[18] 특히 헌정체제의 안정기에 미세한 주제와 관련된 국민투표는 오히려 주권자의 정치적 참여를 감퇴시키는 무의미한 도구로 전락할 위험도 안고 있다.[19]

12) 제73조: (1) 공화국(Reich) 의회가 의결한 법률은 1개월 이내에 공화국 대통령의 명령이 있을 때에는 공포에 앞서 국민투표(Volksentscheid)에 회부하여야 한다.

13) 제152조: 공화국대통령은 국가 최상의 이해관계에 영향을 주는 중대사에 대하여 국민의사를 묻는 국민투표를 요청할 수 있다.

14) 제92조: (1) 중요한 정치적 결정은 자문적 국민투표에 붙일 수 있다. (2) 국민투표는 총리의 제안에 따라 하원의 승인을 받은 후에 국왕이 확정한다. (3) 헌법이 규정하고 있는 국민투표의 종류에 따른 요건과 절차는 헌법집행법률로 정한다.

15) 제11조: 공화국 대통령은 의회의 회기 중에 관보에 공표된, 정부의 제안이나 양원의 공동제안에 따라, 공권력의 조직에 관련되거나, 국가의 경제·사회정책 또는 이와 관련된 공역무의 개혁에 관련된 법률안 또는 헌법에 위반되지 않으며 제도의 기능에 영향을 주는 조약의 비준을 목적으로 하는 법률안을 국민투표에 붙일 수 있다. 정부의 제안에 따라 국민투표를 할 경우에는, 정부는 양원에 이를 설명하고, 양원은 의견을 개진한다. 국민투표에 의해 법률안이 인정되는 경우, 공화국 대통령은 국민투표 결과가 발표된 날로부터 15일 이내 법률을 공포한다.

16) 프랑스대통령의 국민투표부의권한에 대한 자세한 내용은 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 371-381; 전학선, "프랑스의 국민투표법을 통한 헌법개정", 헌법학연구 13권 1호(2007), 523 -526 등 참조.

17) 음선필(주 2), 453-454 참조.

18) 실제로 2005년 국민투표를 통한 유럽헌법조약의 거부 경험 때문에, 2008년 헌법개정에서는 이를 배제하고, 의회의 결정으로 리스본조약을 비준하였다.

19) 성낙인(주 16), 381-383 참조.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

제72조가 대통령에 의한 국민투표가능성을 규정하고 있는 반면, 헌법 제130조 제2항은 헌법개정안을 국민투표를 통해 확정하도록 규정하고 있다. 이 때문에 헌법개정을 위한 국민투표를 필요적 국민투표, 제72조에 의한 국민투표를 임의적 또는 재량적 국민투표라 한다.[20] "헌법 제72조에 의한 중요정책에 관한 국민투표는 국가안위에 관계되는 사항에 관하여 대통령이 제시한 구체적인 정책에 대한 주권자인 국민의 승인절차라 할 수 있고, 헌법 제130조 제2항에 의한 헌법개정에 관한 국민투표는 대통령 또는 국회가 제안하고 국회의 의결을 거쳐 확정된 헌법개정안에 대하여 주권자인 국민이 최종적으로 그 승인 여부를 결정하는 절차이다."[21]

제89조 제3호는 국민투표안을 국무회의의 심의사항으로 규정하고 있다.

V. 개념과 원리에 대한 판례 및 해설

1. 국민투표부의의 대상

"외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책"이 국민투표부의의 대상이다. '외교·국방·통일'은 예시적인 문구로서 반드시 외교·국방·통일과 관련되지 않더라도, 대내적인 중요정책으로서 '기타 국가안위에 관한 중요정책'에 해당되는 한 대상이 된다.[22]

법률안도 대상이 될 수 있다는 견해가 있으나,[23] 프랑스 헌법처럼 '법률안'이라는 명시적인 규정도 없을뿐더러, 현행헌법상 입법권은 국회의 권한이며, 법률내용의 구체적 규정

20) 정종섭(주 1), 1098-1099 참조.

21) 憲裁 2007.6.29. 2004헌마644등, 헌판집 19-1, 859, 885.

22) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1726; 양 건(주 1), 146; 정종섭(주 1), 1100 등 참조. 김선택("재신임국민투표의 법률적 무의미성과 정치적 유의미성", 공법연구 32집 3호(2004), 32)은 "외교, 국방, 통일과 같이 전국가적 문제사항으로서 국가의 안정과 직접 관련된 문제"를 대상으로 본다.

23) 성낙인(주 2), 994.

에 관한 기술적 어려움 등이 있으므로 법률안은 국민투표부의의 대상이 될 수 없다.[24] 헌법개정에 관한 헌법규정이 있음에도, 대통령이 헌법개정안을 제72조를 통해 국민투표에 붙이는 것은[25] 헌법개정절차를 왜곡하는 것이므로 제72조의 국민투표부의 대상이 될 수 없다.[26] 국회해산을 국민투표에 붙이는 것도 국회해산을 인정하지 않는 헌법의 취지에 맞지 않는다.[27]

대통령에 대한 신임을 국민투표부의 대상으로 인정할 수 있는지 여부에 관해서, 신임여부만을 국민투표에 붙일 수는 없으나, 특정 정책과 재신임을 결합하여 국민투표에 할 수 있다는 견해가 있다.[28] 그러나 제72조는 유신헌법의 경험에 대한 반성에서 나온 것이며, 신임을 명시적으로 관련시키는 것은 제72조가 가지는 '정책에 대한 국민투표'적 성격을 왜곡시키는 것이므로 허용되지 않는다.[29] 대통령이 부의한 국민투표에 대하여 국민들이 대통령재신임에 대한 의사로 투표하는 것은 정치적인 의미를 가질 수 있거나[30] 결과의 문제일 뿐이다. 헌법재판소도 국민투표부의 대상에 "대통령에 대한 국민의 신임이 포함되지 않(으며)", "대통령에게 국민투표를 통하여 직접적이든 간접적이든 자신의 신임여부를 확인할 수 있는 권한"은 부여되지 않았다고 본다.[31]

2. 국민투표부의의 요건

국민투표에 붙일 수 있는 경우는 "대통령이 필요하다고 인정할 때"다. 국민투표에 부쳐질 중요정책인지 여부,[32] 국민투표에 붙일 것인지 여부는 대통령의 재량이다(임의적 또는

24) 김문현, "대통령의 국민투표부의권", 고시계 2006년 2월호, 34-35; 김철수(주 22), 1726; 권영성(주 1) 987-988; 양 건(주 1), 148-149; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 574; 정종섭(주 1), 1100; 허 영(주 1), 942 등 참조.

25) 1962년 드골대통령이 대통령직선제 헌법개정을 국민투표에 회부시킨 것과 그에 대한 프랑스 헌법재판소의 판결에 대한 자세한 내용과 평석은 전학선(주 16), 511-545 참조.

26) 김문현(주 24), 33-34; 성낙인(주 1), 993.

27) 김문현(주 24), 38-39.

28) 성낙인(주 2), 992; 허 영(주 1), 942-943.

29) 김문현(주 24), 37; 김철수(주 22), 1728; 정종섭(주 1), 1102 등 참조.

30) 김선택(주 22), 33 참조.

31) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609, 648-649.

32) 憲裁 2005.11.24. 2005헌마579등, 헌판집 17-2, 481, 519.

재량적 국민투표).[33] 제72조는 "대통령에게 국민투표의 실시 여부, 시기, 구체적 부의사항, 설문내용 등을 결정할 수 있는 임의적인 국민투표발의권을 독점적으로 부여"한 것이다.[34] 그러나 제89조 제3호는 국민투표안을 국무회의의 심의사항으로 규정하고 있어, 대통령이 국민투표에 부의할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

구체적인 국민투표의 방법과 절차 등에 관하여는 국민투표법이 구체적으로 정하고 있다. 국민투표 투표권자는 19세 이상 국민이다(국민투표법 제7조). 재외국민이라도 대한민국 국적을 가진 경우 국민투표권을 가진다.[35]

중요정책에 대한 국민투표의 결과를 어떻게 확정할지 헌법이나 법률은 규정하고 있지 않다. 중대한 입법적 불비에 해당하지만, 헌법 제49조 또는 헌법 제130조 제2항을 유추적용하여 선거권자 과반수 투표와 투표자 과반수 찬성으로 확정하는 것이 타당하다.[36]

3. 국민투표의 효력

제72조에 의한 국민투표의 결과는 해당정책과 관련하여 모든 국가기관을 구속하기 때문에 이와 배치되는 결정은 할 수 없다고 보는 견해가 있다(기속적 국민투표).[37] 그러나 정책에 대한 결정을 내리기전 대통령이 국민의 의사를 확인하는 것이므로, 국민의 의사가 확인된 경우 국회는 '사실상 정치적'인 입법의무를 지는 것이지(자문적 국민투표)[38] 법적 의무를 지는 것으로 보긴 어렵다.

33) 양 건(주 1), 149; 전광석(주 24), 573.

34) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 609, 649.

35) 憲裁 2007.6.28. 2004헌마644등, 헌판집 19-1, 859, 885.

36) 김문현(주 24), 40.

37) 전광석(주 24), 575; 허 영(주 1), 943. 이준일(헌법학강의, 홍문사, 2007, 974)은 대통령의 국민투표부의요건을 엄격히 해석하는 한, 국민투표에 의한 국가의사결정은 법적 구속력이 인정되야 하는 것으로 본다.

38) 양 건(주 1), 149; 정종섭(주 1), 1106.

VI. 현실적 평가

여러 가지 헌법정책적 고려를 할 수 있지만,[39] 현재로선 어떠한 요건에서 국민의 의사가 확정될 것인가에 대한 요건불비를 해결하는 것이 필수적이다. 따라서 제72조 제2문에 다음과 같이 개정안을 보충해 볼 수 있다: "투표결과는 (국회의원)선거권자 과반수투표와 투표자 과반수 찬성으로 확정한다."

VII. 관련문헌

김문현, "대통령의 국민투표부의권", 고시계 2006년 2월호, 29-42.

김선택, "재신임국민투표의 법률적 무의미성과 정치적 유의미성", 공법연구 32집 3호(2004), 21-54.

음선필, "한국헌법과 국민투표", 토지공법연구 33집(2006), 441-463.

전학선, "프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정", 헌법학연구 13권 1호(2007), 511-548.

39) 예컨대 '폐지 국민표결'의 도입에 대해서는 음선필(주 2), 460-461 참조.

헌법 제73조

정문식



第73條
大統領은 條約을 체결·批准하고, 外交使節을 信任·접수·파견하며, 宣戰布告와 講和를 한다.

I. 기본개념과 입헌취지

헌법 제73조는 국가원수로서 외국에 대하여 국가를 대표하는 대통령의 조약의 체결·비준권, 외교사절의 신임·접수·파견권, 선전포고·강화권 등을 규정하고 있다. 역사적으로 대외관계에 관한 문제는 행정부의 당연한 전속적 권한이었고,[1] 실제에 있어서도 헌법체계상 외교분야에 관한 행정부의 지배적인 지위 때문에 대외문제는 당연히 행정부가 주도권을 가지고, 의회는 제한적으로만 대외문제에 영향을 미칠 뿐이었다.[2] 그러나 세계화(Globalisierung)와 국제화(Internationalisierung)로 인해 대외문제와 국내문제의 엄격한 분리가 점차 불분명해지고,[3] 입헌주의의 발전과 더불어 대외문제에 관한 국가의사형

1) 로크(J. Locke)는 그의 시민정부론(Two Treatises of Government)에서 국가권력을 입법권(legislative power), 행정권(executive power), 동맹권(ferative power)으로 구별하였는데, 동맹권은 전쟁과 평화, 동맹 등 대외관계를 처리하는 권력으로서, 공익을 위하여 행정권의 담당자에게 귀속하는 것으로 보았다. 양 건, 헌법강의II, 법문사, 2008, 13 참조.

2) Calliess, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd.IV, 3.Aufl., 2006, §83, Rn.30. 참조.

3) 전주, §83, Rn.3ff. 참조. Pernice, in: Dreier(Hrsg.), GG, Bd.II, 2.Aufl., 2006, Art.32, Rn.18.

성에 있어서도 점차 의회의 통제를 받는 경향으로 발전하게 되었다.

유진오도 대외문제와 관련하여 "대통령은 외국에 대하여 우리나라를 대표하므로 이와 같은 諸權限을 대통령이 행하는 것은 당연"하고, 다만 "국민의 권리의무에 중대한 영향이 있는" 경우에는 대통령이 단독으로 행할 수 없고, 국회의 동의를 얻어야 한다고 기술하고 있다.[4)]

조약의 '체결'이란, 당사국간 합의를 형성하기 위한 교섭과정 전체를 의미한다. '비준'이란 전권위원이 서명한 조약을 확인하는 것으로서, 국가의 조약체결의사를 최종적으로 확정하고, 조약에 구속력을 부여하는 효과를 갖는다.[5)]

'외교사절'이란 외국이나 국제조직 등에서 국가를 대표하는 인물이다. '신임'은 외교사절 파견을 위해 외교사절에게 신임장을 주는 것이며, '접수'는 외국의 외교사절이 가져온 신임장을 접수하여 외교활동을 수락하는 것이고, '파견'은 우리나라 외교사절을 외국이나 국제조직에 보내는 것을 의미한다.[6)]

'선전포고'는 전쟁을 법적으로 개시하는 공식적인 의사표시이며, '강화'는 전쟁을 법적으로 종결시키고 평화를 회복하는 교전국간의 합의이다.

II. 연 혁

제헌헌법 제59조에서[7)] 대통령의 조약체결·비준권, 선전포고와 강화권, 외교사절의 신임접수권이 규정되고, 제3차 개헌(1960.6.)에서 "국무회의의 의결에 의하여" 조약을 체결·비준하도록 개정하였으며, 제5차 개헌(1960.12.)에서 제71조로[8)] 규정되며 국무회의의 의결이 삭제되고, "파견"이 삽입되었으며, 유신헌법과 제5공화국 헌법에서 조문변경만 거친 채, 현재에 이르고 있다.

4) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 197 참조.

5) 조약 체결과 비준 개념에 대한 상세한 내용은 특히 김선택, "헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권", 헌법실무연구 8권, 박영사, 2007, 74-88 참조.

6) 유진오(주 4), 197; 양 건(주 1), 150 참조.

7) 제59조: 대통령은 조약을 체결하고 비준하며 선전포고와 강화를 행하고 외교사절을 신임접수한다.

8) 제71조: 대통령은 조약을 체결·비준하고 외교사절을 신임접수 또는 파견하며 선전포고와 강화를 한다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

벨기에나[9] 덴마크의[10] 경우에는 대외관계에 있어서 왕이 국가를 대표하여 조약체결과 전쟁선포 등의 권한을 갖는다. 프랑스는[11] 대통령이, 핀란드는[12] 대통령과 주무장관이 대외문제를 관할한다. 독일의 경우 대외문제는 소위 단체권한(Verbandkompetenz)에 있어서 원칙적으로 연방이 권한을 가지고,[13] 기관권한(Organkompetenz)에 있어서 연방대통령이 형식적으로 권한을 갖는다.[14] 유럽연합에 관한 사항은 유럽국가들에게 특수한 문제이기 때문에 일반적으로 헌법에 특별조항을 따로 두고 있다.[15]

9) 제167조: ① 왕은 지방의 권한을 제한함이 없이, 헌법으로 또는 헌법에 근거하여 부여된 사항에 있어서 조약체결을 포함하여 국제협력을 규율하는 국제관계를 주도한다. 왕은 군대를 지휘하며, 전쟁상태와 終戰을 확인한다. 왕은 국가의 이해관계와 안전을 위하여 部(Kammer)를 설치하고 적절한 지시를 내린다. 법률에 근거해서만 영토를 할양, 교환, 편입한다. ② 왕은 제3항에 열거된 경우를 제외하고는 조약을 체결한다. 이 때 조약은 양원의 동의를 얻어야 효력을 발휘한다. ③ 제121조에 열거된 지방정부는 지방의회가 권한을 갖는 부분에 있어서 조약을 체결할 수 있다. 이 때 조약은 지방의회가 동의한 후에 효력을 발휘한다.

10) 제19조: ① 왕은 왕국의 이름으로 국가간 문제를 다룬다. 그러나 왕은 영토의 확장이나 축소에 관한 조약은 하원(Folketing)의 동의 없이는 다루지 못하며, 이행을 위하여 하원의 협력이 필요하거나 그 밖에 중요한 의미를 가진 조약은 체결하지 못한다. 또한 왕은 하원의 동의를 얻어 체결한 조약은 하원의 동의 없이 선포하지 못한다. ② 왕국이나 덴마크 군대에 대한 무력침략의 방위를 제외하고, 왕은 하원의 동의 없이 외국에 대하여 군사적 무력을 행사할 수 없다. 왕이 본 조항에 따라 내린 조치는 즉시 하원에 보고된다. 하원이 회기 중이 아니면, 즉시 소집된다. ③ 하원은 외교정책위원회를 구성하고, 정부는 중대한 외교정책 효력을 갖는 결정들을 보고한다. 외교정책위원회에 관한 자세한 내용은 법률로 정한다.

11) 제52조: 대통령은 조약협상을 이끌고 조약을 비준한다. 제53조: 평화조약, 통상조약, 국제조직에 관한 협약, 국가재정에 영향을 주거나 개인에 관한 법률조항의 변경을 야기하는 조약, 영토의 할양, 교환, 편입을 내용으로 하는 조약은 법률로써만 비준하거나 승인한다.

12) 제93조: ① 핀란드의 외교정책은 대통령이 정부와 협력하여 책임을 진다. 의회는 헌법에서 정한 경우에, 국제조약의 체결과 해지 및 국제조약의 효력발생에 관한 결정 등을 승인한다. 전쟁과 평화에 대해서는 대통령이 의회의 동의를 얻어 결정한다. ② 의회의 동의가 필요 없는 경우, 유럽연합의 결정사항을 위한 준비나 결정과 관련된 핀란드의 조치에 대해서는 정부가 권한을 갖는다. 의회는 유럽연합의 국가적 준비상황에 대해서는 헌법의 규정에 따라 참여한다. ③ 외국과 국제조약에 대한 중대한 외교적 견해의 표명은 국제관계에 책임을 가진 장관이 권한을 갖는다.

13) 제32조: ① 외국과 관계를 촉진하는 것은 연방의 사무다. ② 특히 州와의 관계에 영향을 미치는 조약은, 체결 전 적절한 시기에 주의 의견을 구한다. ③ 주가 입법권한을 가지면, 연방정부의 동의를 얻어 외국과 조약을 체결할 수 있다.

14) 제59조: ① 연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 연방대통령은 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 연방대통령은 사절을 신임하고 접수한다. ② 연방과의 정치관계를 규율하거나 연방입법대상과 관련된 조약은 연방법률의 형태로, 관련 연방입법권자의 동의 또는 협력을 필요로 한다. 행정협정은 연방행정에 관한 규정을 준용한다.

15) 예컨대 독일의 경우 제23조, 제24조, 프랑스의 경우 제53-1조, 핀란드의 경우 제96조, 아일랜드의 경우 제29조 제4항에서 열거적으로 규정되어 있다.

일본에서[16] 외교문제는 기본적으로 내각의 사무에 속하며, 조약체결도 내각의 사무에 해당하지만, 조약체결에 대하여는 국회의 사전승인 또는 사후승인을 요건으로 한다.

미국은 헌법 제2조 제2항 제2호에[17] 근거하여 대통령이 대외문제에 관한 일반적인 권한을 갖고,[18] 상원은 이에 권고하거나 동의할 수 있다. 외교사절의 경우 신임과 접수는 대통령이 하지만[19] 외교사절의 임명에 관하여 상원의 권고와 동의를 얻어야 한다. 전쟁의 선포에 관한 권한은 형식적으로 의회에[20] 있으나, 현대에 들어 실질적으로는 대통령이 행사해 왔다.[21]

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

제6조의 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약"은 기본적으로 제73조에 의거하여 대통령이 체결하고 비준한 조약을 의미하며, 그 중에 특정한 내용의 조약은 제60조에 의거하여 국회의 동의를 받는다. 대통령이 이렇게 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수·파견하며 선전포고와 강화권한을 갖는 것은 제66조의 국가원수로서의 지위와 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위 때문이다. 물론 제73조의 내용은 제89조에 의거하여 모두 국무회의 심의를 거친다.

16) 제73조: 내각은 다른 일반 행정 사무 외에 다음 사무를 행한다. 一. 법률을 성실하게 집행하고 국무를 총리하는 것, 二. 외교관계를 처리하는 것, 三. 조약을 체결하는 것. 단 사전에, 경우에 따라서는 사후에 국회의 승인을 거칠 것을 필요로 한다. 四.

17) 제2조 제2항: (2) 대통령은 상원의 권고와 동의를 얻어 조약을 체결하는 권한을 갖는다. 다만 권고와 동의는 상원 출석의원 2/3 이상의 찬성을 얻어야 한다. 대통령은 대사, 공사, 영사, 연방대법원 대법관, 임명에 관하여 본 헌법에 규정이 없으나, 이후에 법률로써 규정되는 그 밖의 모든 합중국공무원을 지명하여 상원의 권고와 동의를 얻어 임명한다. 다만 연방의회는 적당하다고 인정되는 하급공무원 임명권을 법률에 의하여 대통령에게 단독으로 또는 법원에게 또는 각 행정부서 장관에게 부여할 수 있다.

18) 미국에서 대외문제에 있어서 대통령과 의회의 관계에 관한 구체적인 내용은 강승식, 미국헌법학강의, 궁리, 2007, 175-213 참조.

19) 제2조 제3항: ... 대통령은 대사와 그 밖의 외교사절을 접수하며, 법을 성실하게 집행해야 하며, 또 합중국의 모든 공무원에게 직무를 위임한다.

20) 제1조 제8항: (11) 전쟁을 선포하고, 拿捕許可狀을 수여하며, 지상 및 해상에서의 나포에 관한 규칙을 정한다.

21) 미국 헌법제정자들은 외국의 침략으로부터 국가를 방위하는 권한은 대통령이 보유하되, 외국을 침략하는 전쟁의 결정권은 의회에 유보하였다. 그러나 트루먼(Truman) 대통령이 의회를 무시한 채 한국전쟁에 개입한 이후, 미국 대통령의 전쟁권은 미국 헌법제정자들의 의도와 달리 점차 확대되었다. 미국헌법상 실질적인 전쟁권한에 대해서는 강승식(주 18), 194-200 참조.

V. 개념과 원리에 대한 판례 및 해설

1. 조약 체결·비준권

가. 일반적인 조약체결절차

조약체결은[22] 일반적으로 조약체결권자인 대통령이 임명한 외교통상부장관이나(정부조직법 제25조 제1항) 전권대표가 협상의 결과로서 조약문안을 구성하고, 이를 채택하여 조약본문에 서명하거나 정부의 승인을 조건으로 서명함으로써 인증 또는 확정한다.

조약의 구속을 받겠다는 동의(consent to be bound by a treaty)가 표시되면 조약은 법규범으로서 성립하는데, 동의표시방식에는 조약문의 교환, 비준, 수락, 인준, 가입 등이 있다. 조약의 구속을 받겠다는 동의가 있으면, 일정한 시기에 당사국에 대하여 효력을 발생한다.

나. 조약체결과 효력발생을 위한 국내절차

조약체결을 위한 협상은 외교통상부 또는 관련 정부기관이 조약문안을 작성하는 것으로 시작한다. 우리측 초안과 상대국 초안에 관한 외교통상부 조약국의 의견을 조회하여, 조약내용에 관한 표현, 다른 국제규범과의 상충여부 등 형식적 사항이나 실질적 내용에 관한 조약국의 심사를 거쳐 정부의견을 확정한다. 작성된 조약문안을 가지고 상대국과 협상하고, 수정과정을 거쳐 조약문안을 채택하면 조약에 가서명한다.

가서명된 조약은 국무회의에 상정되기 전에 법제처의 심사를 거쳐 의견을 듣는다. 법제처 심사가 완료된 조약은 국무회의에 상정되어 심의하며, 의결을 거쳐 국무총리와 대통령의 재가를 받는다. 약식조약의 경우 조약에 전권대표가 서명함으로써 조약안이 확정되고, 비준절차를 따로 요구하지 않는다.

헌법 제60조 제1항에 근거하여 국회의 동의가 필요할 경우에, 국회가 충분한 정보를 제공받아 심사할 수 있도록 정부는 일정한 기간을 확보해야 한다. 동의는 사전동의가 원칙이며 그 시기는 조약안의 확정이 있은 후라고 할 수 있다. 조약체결에 대한 국회동의제도는 소극적 입법기능을 갖고 있을 뿐이며, 정부가 유연성을 가지고 조약협상을 할 수 있

22) 이에 관한 이하의 일반적인 내용은 김선택(주 5), 60-67 참조.

도록 하기 위한 것이다.[23]

다. 대통령의 비준

국회의 동의를 요하는 조약에 관하여 국회동의를 거친 조약안은 대통령이 비준한다. 대통령의 비준은 조약체결에 필요한 국내절차의 완료를 의미하며, 조약에 대하여 구속을 받겠다는 동의표시가 된 것이다. 일반적으로 대통령의 비준은 비준서의 교환으로 이루어지는데, 최근에는 조약발효에 필요한 국내절차를 완료하였음을 상호 통보함으로써 해당조약을 발효시키는 등 간소한 형식도 활용된다.[24]

2. 외교사절 신임·접수·파견권

외교사절은 기본적으로 대사, 공사, 상주대표 등 모든 외교적 대표를 의미한다. 외교사절은 신임을 거친 후에 대한민국을 대표하여 외국이나 국제기구에서 활동할 수 있다. 접수는 외국 외교사절의 신임장을 공식적으로 수령하는 것을 의미하며, 공식적 외교사절의 파견 전에 우리나라의 사전동의를 구하는 아그레망(agrément)도 이에 포함된다.[25]

미국의 경우 대사, 영사, 공사 등에 대하여 상원이 권고와 동의를 통하여 대통령의 임명권에 통제를 할 수 있는 반면에, 우리나라는 그러하지 못하다. 이 때문에 대사와 영사 임명에서 외교적 전문성보다 정치적 배려가 앞설 수 있는 위험이 있다.

3. 선전포고 및 강화권

헌법 제5조 제1항에서 침략전쟁을 부인하고 있기 때문에 침략전쟁을 위한 선전포고는 할 수 없다.[26] 방위전쟁을 위한 선전포고가 있게 되면 교전국가 또는 敵國과 외교관계가

23) 김선택, "헌법상의 외교권한 배분과 구체화 입법의 헌법적 한계", 헌법학연구 13권 3호(1) (2007), 301-302 참조.

24) 김선택(주 5) , 65 참조.

25) Pernice, in: Dreier(Hrsg.), GG, Bd.II., 2.Aufl., Art.59, Rn.26.

26) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1236 참조.

단절되고, 조약의 효력이 상실되거나 정지되며, 통상이 금지되고 적국국민의 재산에 대한 강제조치가 가해질 수 있다.[27]

대통령에게 선전포고와 강화를 할 수 있는 권한을 부여하고 있으면서도, 헌법 제60조에 따라 선전포고와 강화 등에 관하여 국회의 동의를 요구하여 대통령의 자의적인 전쟁수행을 방지하도록 하고 있다.[28] 이 때 동의는 사전동의를 의미하는 것이 원칙이나 사후동의도 가능하다. 그러나 전쟁은 국가나 헌법체제의 '사실상' 위기상황이기 때문에 특히 국내에서 전쟁이 발생할 경우 얼마나 '규범적' 측면에서 효력이 있을지에 대해서는 의문이다.[29] 뿐만 아니라 미국의 사례에서 볼 수 있듯이[30] 외국에서 발생한 전쟁에 참여하는 경우 또는 국제조직을 통한 집단적 자위권행사의 경우에도 의회의 통제는 쉽지 않다.

헌법재판소는 선전포고와 강화문제를 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안으로 인정하고, 그 문제에 대해 정치적 책임을 질 수 있는 국민의 대의기관이 관계분야 전문가들과 광범하고 심도 있는 논의를 거쳐 신중히 결정하는 것이 바람직하며, 헌법이 선전포고와 강화권은 국민에 의해 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고, 국회로 하여금 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는 바, 대통령과 국회의 고도의 정치적 결단은 가급적 존중하는 의미에서 위헌심사도 자제한다는 입장이다.[31]

VI. 현실적 평가

대통령의 조약체결 및 비준권과 선전포고 및 강화권은 다른 헌법 조항들을 근거로 국회의 통제가 가능한 반면, 외교사절의 신임에는 국회의 통제가능성이 없다. 따라서 본 조항에 예컨대 다음과 같이 추가함으로써 외교사절에 대한 국회의 통제가능성을 둘 수 있다: 대사의 임명에는 국회의 동의를 요한다.

27) 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1995, 416-417 참조.
28) 憲裁 2004.4.29. 2003헌마814, 헌판집 16-1, 601, 606.
29) 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 560 참조.
30) 강승식(주 18), 198-200 참조.
31) 憲裁 2004.4.29. 2003헌마814, 헌판집 16-1, 601, 606.

VII. 관련문헌

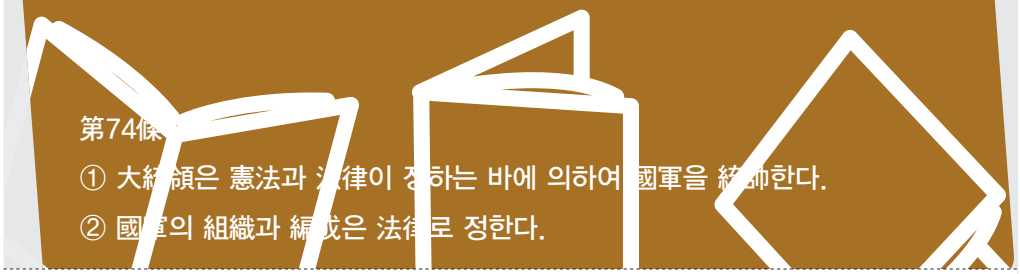
김선택, “헌법상의 외교권한 배분과 구체화 입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 13권 3호(1)(2007), 281-316.

김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 헌법실무연구 8권, 박영사, 2007, 54-106.

배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권”, 세계헌법연구 12권 1호(2006), 129-156.

헌법 제74조

정문식



第74條
① 大統領은 憲法과 法律이 정하는 바에 의하여 國軍을 統帥한다.
② 國軍의 組織과 編成은 法律로 정한다.

I. 기본개념과 입헌취지

국군을 통수한다는 것은 대한민국 군대를 조직·유지·관리·운영하는 군행정상에 관한 권한을 행사하고, 국가와 헌법을 수호하기 위한 국군의 최고지휘자로서 군사작전을 지휘·명령하여 군대를 통솔하고 관할함을 의미한다. 이는 대한민국 군대의 운영에 있어서 군정과 군령을 통합하는 소위 兵政統合主義(軍令軍政一元主義)를 규정한 것이다.

헌법이 이렇게 병정통합주의를 취한 것은, 帝政독일이나 제2차 대전전의 일본과 같이 독립한 군령기관을 설치하여 군대의 조직과 편성에 관한 군정은 정부가 담당하고, 군대의 통솔지휘에 관한 사항은 군령기관이 담당하던 소위 병정분리원칙을 거부하여, "군은 언제나 독자적으로 행동하지 않고 정부의 기본방침에 순응하여 행동하여야 한다."는 기본원칙을 정하여 민주국가로의 발전에 기초로 삼고자 함이었다.[1)]

국군의 조직과 편성을 명령으로 하지 못하고 반드시 법률로 정하도록 한 것은 "국군의 조직과 편성은 국가의 재정에 중대한 영향을 주며 또 국민의 권리의무에도 중대한 관계가

1) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 201 참조.

있기 때문이다."[2)]

II. 연 혁

제헌헌법 제61조는 단순히 "대통령은 국군을 통수한다. 국군의 조직과 편성은 법률로써 정한다."고만 규정되었다가, 제2공화국 헌법에서 "헌법과 법률이 정하는 바에 의하여" 국군을 통수한다고 규정하였고, 제3공화국 헌법 제72조에서 두 문장이 각각 제1항과 제2항으로 분리되었으며, 조항의 변경을 거쳐 현재에 이르고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

군주국가에서는 군통수권이 군주에게 귀속하는 것이 일반적이지만, 대통령제국가에서는 대통령의 권한으로 되어있다.[3)] 미국의 경우[4)] 뿐만 아니라 프랑스의[5)] 경우에도 대통령이 군의 통수권자로 규정되고 있다.

독일의 경우에는 평상시에는[6)] 국방부장관이, 전시에는[7)] 연방수상이 군을 통수한다.

2) 유진오(전주), 199 참조.

3) 국군통수권에 대한 전반적인 비교법적 설명은 구병삭, "대통령의 국군통수권", 고시계 1987년 8월호, 14-15 참조.

4) 제1조 제8항: ... (12) 육군을 모집, 편성하고 이를 유지한다. 다만 이 목적을 취한 경비의 지출기간은 2년을 초과하지 못한다.
(13) 해군을 창설하고 이를 유지한다.
(14) 육·해군의 통수 및 규제에 관한 규칙을 정한다.
(15) 연방법률을 집행하고, 반란을 진압하고, 침략을 격퇴하기 위하여 민병의 소집에 관한 규칙을 정한다.
(16) 민병대의 편성·무장 및 훈련에 관한 규칙과 합중국의 군복무자들을 다스리는 규칙을 정한다. 다만, 각 주는 민병대 장교를 임명하고, 연방의회가 정한 군율에 따라 민병대를 훈련시키는 권한을 각각 보유한다.
(17) 특정 주가 합중국에 양도하고, 연방의회가 이를 수령함으로써 합중국 정부의 소재지가 되는 지역(1평방마일을 초과하지 못함)에 대하여는 어떠한 경우를 막론하고 독점적인 입법권을 행사하며, 요새·무기고·조병창·조선소 및 기타 필요한 건물을 세우기 위하여 주의회의 승인을 얻어 구입한 모든 장소에 대해서도 이와 동일한 권한을 행사한다.

5) 제15조: 공화국대통령은 군의 총사령관이다. 대통령은 모든 국방최고회의와 위원회를 주재한다.

6) 제65a조: (1)연방국방부장관이 군에 관한 명령 및 지휘권을 갖는다.

7) 제115b조: 방위사태의 선포와 더불어 군에 대한 명령 및 지휘권은 연방수상에게 이양된다.

스위스의 경우에는 원칙적으로 연방의회가 군에 대한 권한을 갖지만,[8] 일반적으로 연방의회가 선임하는(제168조 제1항) 총사령관에게 통수권이 있고, 연방정부(내각)도 긴급사태의 경우에는 군을 동원할 수 있고, 이것이 장기화되는 경우에는 연방의회의 통제를 받는다(제185조 제4항).

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제5조 제1항에 근거하여 침략전쟁이 부인되므로 침략전쟁을 위한 국군통수권은 인정되지 않으며, 제2항에 의하여 국군의 정치적 중립성은 보장된다. 이와 관련하여 헌법 제86조 제3항, 제87조 제4항에 따라 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리나 국무위원이 될 수 없다. 제89조 제6호에 따라 군사에 관한 중요사항, 제16호에 따라 군정에 관한 중요한 내용은 국무회의의 심의사항이다. 대통령은 제91조에 근거하여 군사정책에 관한 중요내용은 국무회의 심의에 앞서 국가안전보장회의 자문을 구할 수 있다. 제77조에 근거하여 국가 비상사태시 군사상 필요에 따라 계엄을 선포하고 필요한 조치를 할 수 있다.

V. 개념과 원리에 대한 판례 및 해설

1. 국군의 통수: 군정군령통합주의

이론적으로 대통령의 국군통수권이 국가원수의 지위에서 나오는 권한인지[9] 행정부수반의 지위에서 오는 권한인지[10] 논란이 있다. 역사적으로 볼 때 군주의 권한이던 국군통수권은 국가원수(Staatsoberhaupt)의 지위에서 나오는 것이지만,[11] 이는 비민주적 권위주

8) 제173조: (1) 연방의회는 다음의 임무와 권한을 갖는다. ... d. 연방의회는 군사조치를 명한다. 또한 그를 위하여 군의 전부 또는 일부를 동원한다. ...

9) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 993

10) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1737; 양 건, 헌법강의II, 법문사, 2008, 162.

11) Robbers, in: Sachs(Hrsg.), GG, 4.Aufl., 2007, Art.115b, Rn.1.

의시대의 산물이라는 점,[12] 우리나라의 경우 행정부가 일원화되어 있다는 이유 등을 근거로, 대통령의 국가원수와 행정부수반의 지위에서 동시에 나오는 것으로 인정하는 것이 타당하다.[13]

대통령의 국군통수권은 일반적으로 국방부장관을 통하여 행해지는데, 국방부장관은 대통령의 명을 받아 합동참모의장과 각군참모총장을 지휘·감독한다(국군조직법 제8조). 군령업무에 관하여는 합동참모의장이 국방부장관을 보좌하며, 국방부장관의 명을 받아 각군의 작전부대를 작전·지휘·감독한다. 평시에 주요 군사사항은 국방부장관의 사전승인을 얻어 행한다(동법 제9조 제2항). 전투를 주임무로 하는 작전지휘감독을 제외한 군정업무는 각군참모총장을 통하여 행한다(동법 제10조 제2항).

한국전쟁 발발 후 이승만대통령은 公翰을 통해 맥아더 유엔사령관에게 한국군에 대한 작전지휘권을 이양하였다. 1954년 한미상호방위조약에 따라 작전지휘권은 작전통제권으로 명칭이 변경되었으나 여전히 유엔사령관에게 있음을 확인하였다. 1994년 12월 평시작전통제권은 한국군에 전환되었으나, 전시작전통제권은 여전히 한미연합사령관이 가지고 있으며, 2012년 한국에 전환될 예정이다.[14]

군령과 군정에 관한 권한을 모두 통수권이란 이름으로 대통령에게 부여한 것은, 대통령의 국군통수권자로서의 지위를 보장할 뿐만 아니라, 국가운영에 있어서 민간인에 의한 국가운영, 군대에 대한 문민통제(civil control)원칙을 밝힌 것이다.[15]

2. 국군통수권의 민주적 통제

대통령이 국군통수권을 남용하거나 자의적으로 행사할 경우 돌이킬 수 없는 피해를 야기하므로, 헌법은 여러 가지 통제방법을 마련하고 있다. 제74조 제1항에서는 통수권행사를 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 행사하도록 요구하고 있으며, 제2항에 따라 국군의 조직과 편성은 대통령이 자의적으로 정할 수 없고, 국회의 법률로 정하도록 명문화하여 이에 따라 국군조직법, 군인사법 등이 마련되어 있다.

12) 양 건(주 10), 162.

13) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1012; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1083.

14) 양 건(주 10), 164 참조.

15) 양 건(주 10), 162; 정종섭(주 13), 1083.

대통령의 군사상 중요한 행위와 인사에 대하여 국무회의 심의를 거치고(제89조 제2, 6, 16호), 국무총리와 관계국무위원의 부서를 요구하고 있을 뿐만 아니라(제82조), 선전포고 및 강화조약 또는 국군의 파견과 외국군대의 駐留에 대해서는 국회의 동의를 요구하고 있다(제60조).

그러나 국군의 해외(이라크)파병은 고도의 정치적 결정이기 때문에 대통령과 국회의 판단을 기본적으로 존중하는 입장에서, 헌법재판소는 사법적 심사를 자제하고 있다.[16]

VI. 관련문헌

구병삭, "대통령의 국군통수권", 고시계 1987년 8월호, 14-25.

16) 憲裁 2004.4.29. 2003헌마814, 헌판집 16-1, 601 참조.

헌법 제75조

정극원



第75條
大統領은 法律에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 사항과 法律을 執行하기 위하여 필요한 사항에 관하여 大統領令을 발할 수 있다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 기본개념

행정입법이란 국회입법의 원칙에 대한 예외로서 입법의 위임을 받은 행정부가 국민에 대해 직접 구속력을 미치는 법규명령을 제·개정하는 입법정립작용을 말한다. 헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하여 대통령에게 행정입법의 권한을 부여하고 있다. 이러한 헌법적 관점에서의 행정입법을 흔히 법규명령이라 한다. 법규명령이란 행정기관이 발하는 법규적 성질을 가지는 일반적 명령으로서, 형식적 의미에서의 법률에 속하지는 않으나 실질적으로는 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 것이므로 일정한 형식과 공포를 필요로 하며 반드시 헌법과 법률에 그 근거가 있어야 한다. 대통령이 발하는 법규명령에는 위임명령과 집행명령이 있다. 위임명령은 입법사항에 관하여 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항을 정하는 명령으로 법률에서 위임받은 사항에 대하여는 법률과 같지만, 법률의 위임을 전제로 하는 명령이므로 법률에 대하여 종속성을 가진다. 따라서 법률이 소멸하면 위

임명령의 효력도 상실되는 것이 원칙이고, 또 모법에 위반되는 사항을 규정할 수 없으나 위임의 범위안에서 입법사항의 새로운 규정을 할 수는 있다. 집행명령은 헌법에 근거하여 법률을 집행하는데 필요한 세칙을 정하는 일종의 법률시행세칙이다. 집행명령으로써 모법을 변경·보충할 수 없고 모법에 규정이 없는 새로운 사실을 독자적으로 규정할 수 없으며, 그 근거가 되는 법률이 소멸하면 집행명령도 소멸되고 그 법률에 변경이 있으면 변경된 부분에 관련된 한도내에서 집행명령의 효력도 변경된다.[1] 위임명령과 집행명령은 어느 것이나 궁극적으로는 법률을 집행하기 위한 명령인 점에서는 공통점이 있지만, 그 성질에 있어서 위임명령은 상위법규범으로부터 위임을 받아 법률의 규정을 보충하기 때문에 새롭게 권리나 의무를 창설할 수 있는 명령임에 반하여, 집행명령은 상위법의 집행세목이나 집행절차를 구체화하기 위한 명령이기 때문에 새롭게 권리나 의무를 창설할 수 없다는 점에서 구별된다.

2. 법규명령과 행정명령의 구별

문제는 직접 국민의 권리·의무에 관한 사항을 규정하는 법규명령과 행정기관 내부에서만 효력을 가지는 행정명령과의 구별이 모호하다는 점이다. 과거에는 법규명령과 행정명령을 대국민적 효력이 있느냐 또는 행정기관 내부에서만 효력을 가지느냐를 근거로 쉽게 구별하였다. 그러나 오늘날 행정명령의 경우에도 법규성을 가지게 됨에 따라 반드시 획일적으로 판단할 수 없게 되었다. 즉, 헌법재판소 출범초기에 문제된 바 있었던 법무사법시행규칙과 같이 형식적으로는 규칙으로 제정된 것이라 하더라도 그 실질은 국민의 권리·의무와 관계되는 것이었다.[2] 판례도 점점 행정명령의 법규성을 예외적·부분적으로 인정하려는 경향에 있다.[3] 그러나 법규명령은 반드시 헌법과 법률에 그 근거가 있어야 하는

1) 법무부, "위임입법에 관한 연구", 법제연구 171집(1993), 20-21.

2) 憲裁 1990.10.15. 89헌마178 〈법무사법시행규칙에 대한 헌법소원(위헌)〉.

3) 판례 : 〈전라남도 교육위원회의 1990학년도 인사원칙(중등)에 대한 헌법소원(각하)〉 "이른바 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우 또는 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기 구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다 할 것이다."(憲裁 1990.9.3. 90헌마13)판례 : 〈강남구와 행정자치부장관간의 권한 쟁의(기각)〉 "헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 '법령'에 법률 이외에 헌법 제75조 및 제95조 등에 의거한 '대통령령', '총리령' 및 '부령'과 같은 법규명령이 포함된다는 것은 물론이지만, 헌법재판소의 '법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능을 하게 된다고 보아야 한다'라고 판시한 바에 따라 헌법 제117조 제1항에서 규정하는 '법령'에는 법규명령으로서 기능하는 행정규칙이 포함된다."(憲裁 2002.10.31. 2002헌라2)

것이지만, 행정명령은 특별히 헌법과 법률의 근거를 요하지 않는 것으로서 일반적으로 고시·훈령·통첩 등의 형식으로 정립된다는 점에서 구별된다.

3. 입헌취지

헌법은 국회입법의 원칙 및 권력분립주의 원칙에 따라 국민의 자유와 권리에 관한 사항은 국민을 대표하는 의회가 법률의 형식으로 규율하도록 하고 있다. 그러나 국민의 생존까지 배려하여야 하는 사회적 법치국가의 등장으로 국가기능이 점차 확대되어 감에 따라 입법기관으로부터 집행기관에 대하여 입법권을 위임하는 형식의 입법적 요청이 날로 증대하게 되었다.[4] 이러한 행정입법을 통하여 첫째, 전문적·기술적 사항에 대하여 입법이 가능하며,[5] 둘째, 사정의 변화에 즉응하여 기민하게 적응할 수 있으며, 셋째, 법률의 일반적 규정으로써는 지방적 사정과 같은 특수사정에 대한 규율의 곤란성을 극복할 수 있으며,[6] 넷째, 객관적 공정성이 요구되는 경우에 국회가 그것을 일괄적으로 처리하는 것이 반드시 적절하지 못한 분야에 대하여 객관적 공성성의 확보가 가능하게 되는 것이다.[7] 헌법에 직접 행정입법권을 규정한 것은 바로 이러한 취지에서이다.

II. 연 혁

제헌헌법 제58조에는 "대통령은 법률에서 일정한 범위를 정하여 위임을 받은 사항과 법률을 실시하기 위하여 필요한 사항에 관하여 명령을 발할 수 있다."라고 행정입법에 대

4) 행정입법의 증가는 현대국가에서 나타나는 현대국가의 공통된 현상이다. 이와 같이 행정입법의 증대를 불가피하게 한 이유의 주된 것은 의회의 시간적 제약, 의회의 전문적·기술적 능력의 한계에 있는 것이라 할 수 있거니와, 이것이 다름 아닌 의회의 통제능력에 대한 장애로도 작용할 수 있기 때문이다. 서원우, "행정입법에 대한 통제 – 의회에 대한 통제를 중심으로", 행정법연구 12호(2004), 13.

5) 국회의 입법권능 수행의 정당성의 근거는 국민대표성에 있지만, 국회가 입법권능을 행사하는 경우 대의민주주의 하에서 대의원리에 맞도록 다양한 국민 계층의 의사와 이해관계를 폭넓게 수용하여 전체 국민의 이익을 도모하기 위한 입법활동을 한다기보다는 특정의 정치세력이나 정치집단의 이해에 얽매어 입법기능을 행사하는 것이 일반화되다시피 했다는 지적이 있다. 김세신, "입법과도의 현상과 개정방안", 법제연구 통권3호(1992), 58.

6) 법무부(주 1), 12-13.

7) 이에 대해서는 홍성방, 헌법학, 현암사, 2007 참조.

하여 규정하고 있었다. 그러나 제3공화국 헌법(1962. 12. 26. 제5차 개정)에서는 제74조에 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임을 받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."라고 규정하여, '일정한 범위'를 '구체적 범위'로 자구를 수정하여 그 의미를 보다 명확하게 확정하였으며, 사실적 용어인 '실시'를 행정적 개념인 '집행'으로 수정하여 보다 행정권발동의 의미를 부가하였으며, '명령'을 '대통령령'으로 표현함으로써, 문맥의 완성도를 높였다. 이를 현행헌법 제75조에 규정하여 이어오고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

1. 입헌례

행정입법권에 대하여 헌법에 직접 규정을 두고 있는 대표적 국가는 프랑스와 독일이다. 영국[8]과 미국에서는 각각 법률과 판례를 통하여도 행정입법에 대하여 보다 명확하게 정하고 있다. 프랑스 제5공화국 헌법 제38조 제1항에는 위임입법의 요건에 관하여 "행정부는 계획집행을 위하여 일정한 기간을 정해서 법률사항에 속하는 조치를 명령으로 정하도록 하는 승인을 국회에 요구할 수 있다."라고 규정하고 있다. 독일 기본법 제80조 제1항에는 "법률에 의하여 연방정부, 연방대신, 또는 주정부는 법규명령을 발포할 권한을 부여받을 수 있다. 이 경우, 부여받은 권한의 내용, 목적 및 정도는 그 법률 속에 규정되어야 한다."고 정하고 있다.

2. 독일의 명확성조항과 미국의 명료성의 원리

헌법 제75조의 행정입법권의 허용요건과의 관계에서 살펴 볼 때, 특히 독일 기본법상

8) 영국에는 이른바 skeleton legislation(골격입법)이라는 위임입법이 오늘날에도 존재하고 있다. 이 skeleton legislation에 관하여 일치된 정의는 찾아보기 어렵지만, 통상 수권법이 일반적인 원칙·골격만을 정하고, 행정입법에 실질적인 내용의 결정권을 부여하고 있는 입법으로서, 백지수표형(blank-cheque type)이라고 불리고 있다. 그러나 실제문제로서 이러한 skeleton legislation에 해당하는 것으로 불리는 수권법이 정상형의 위임의 한계를 넘어서서 예외형의 위임을 하고 있는가의 판단은 어렵다고 할 것이다. 서원우(주 4), 3.

의 명확성조항과 미국 연방대법원의 명료성의 원리는 비교법적 의의가 크다고 하겠다.[9] 명확성조항과 관련하여 독일의 연방헌법재판소는 '자기결정정식', '예견가능성정식' 또는 '프로그램정식'[10]이라 칭하는 해석의 공식을 제시하였다. 연방헌법재판소는 그 초기단계에서 이 명확성조항을 상당히 엄격하게 적용함으로써, 약 반수의 수권법률들에 대해 이 명확성조항에 위반한다는 이유로 위헌판결을 내렸다. 그러나 그 뒤 이 명확성조항의 해석이 완화되는 경향에 있으며, 1970년 이후에는 위헌판결이 내려지지 않고 있다.

미국 연방대법원이 위임입법의 한계를 판단하기 위한 척도로 사용해 온 것이 바로 "명료한 원리"였다. 연방대법원은 "명료한 원리"의 공식을 통해 의회가 위임입법의 한계를 준수했는지 여부를 판단해 왔고 이러한 의미에서 "명료한 기준"은 위임입법의 허용여부를 결정해 주는 본래적 척도가 되어 왔다.[11] 미국의 경우 헌법상 전적으로 입법부에 유보되어 있는 권한인 전쟁 및 평화에 대한 결정, 예산의 확정 기타 헌법창시자가 입법부에 부여한 기본적 결정을 내릴 권한은 위임할 수 없다. 나아가 실질적 한계와 관련하여 과세권의 위임, 법률수정권의 위임, 벌칙의 위임 등이 문제된다. 먼저 과세권에 관하여, 지방자치단체 또는 하부조직에 지방행정 및 공적 목적을 위하여 세입을 정할 권한을 부여하는 경우 이외에는 과세권은 순수한 입법부의 권한에 속하는 것이므로 위임할 수 없다고 한다. 벌칙의 위임에 관하여, 범죄의 창설은 의회의 전속적 기능으로서 의회는 위임에 의하여 발하여진 규칙의 위반을 범죄로 규정할 수 있지만, 행정기관에 처벌의 여부를 결정할 권한을 부여할 수 없다고 한다.[12]

9) 독일의 경우에 관해서는 서원우, "법규명령과 수권의 명확성", 고시계 1983년 6·7월호; 미국의 경우에 관해서는 박윤흔, "미국에서의 국회입법권의 행정입법에 대한 수권의 한계", 김철수교수 화갑기념논문집, 1993.

10) 자기결정방식이라 함은 「입법자는 일정한 문제가 규제되어야 하며, 그러한 규제의 한계를 확정하며, 규제가 어떠한 목적에 봉사해야 할 것인가를 제시하여야 한다는 결정을 스스로 행하여야 한다」는 것을 의미하며, 예견가능성정식이라 함은 「수권이 불확정적이며, 어떠한 경우에 있어 어떠한 경향을 가지고 그것이 사용되는가, 그리고 수권에 의거하여 내려지는 명령이 어떠한 내용을 가질 수 있는가라는 것이 예견되지 않을 때에는 필요한 한정을 결하고 있다」는 것을 의미하며, 프로그램정식이라 함은 「명령에 의해 어떠한 프로그램이 달성되어져야 할 것인가가 법률에 의해 명확해지지 않으면 안된다」는 것을 의미한다. 김춘환, "위임입법의 한계와 국회에 의한 통제", 공법연구 34집 3호(2006. 2), 61.

11) 홍준형, "행정입법에 대한 국회의 통제", 공법연구 32집 5호(2004. 6), 143.

12) 법무부(주 1), 54-55.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제75조는 제40조의 입법권 및 제95조의 총리령과 부령과의 밀접한 관계를 가진다. 헌법 제40조는 "입법권은 국회에 속한다."라고 규정하여 국민의 권리와 자유에 대한 법적 규제는 원칙적으로 국회가 제정한 법률의 형식에 의하도록 하고 있으면서도, 동시에 제75조와 마찬가지로 제95조에 "국무총리 및 행정각부의 장은 소관사항에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다."라고 규정하여 예외적으로 대통령, 국무총리 및 행정각부의 장관에게 각각 위임입법을 제정할 수 있게 하고 있다. 위임입법이란 입법기관이 타기관에 입법권한을 위임하는 것이라는 점에서 본다면, 행정기관에 의한 입법 이외에도 보다 넓은 개념으로 국회규칙(헌법 제64조 제1항), 대법원규칙(헌법 제108조)도 위임입법에 포함될 것이다. 그러나 이러한 각각의 위임입법은 법률이 명시적으로 일정한 사항을 위임한 경우에 한하여 성립되는 것이므로, 각각의 규범형성영역은 이미 정하여져 있다고 하겠다. 대통령의 행정입법권은 행정의 체계상으로는 국회입법, 대통령령, 총리령 및 부령의 위계가 성립될 수 있는 것이지만, 국민의 자유와 권리에 대한 구속적 규범성에 비추어 보면 위계성이 성립되지 않는 것이다. 그러므로 제75조는 행정상으로는 국회입법 다음의 순위가 되겠지만, 규범체계상으로는 그러한 위계가 성립될 수 없다고 하겠다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 위임입법의 한계

헌법 제75조는 수권규범임과 동시에 한계규정이다. "구체적으로", "범위를 정하여" 위임의 종적 한계와 횡적 한계가 된다. "법률에 구체적으로 범위를 정하여"라고 규정한 것은 행정입법의 규율대상·범위·기준 등을 명확히 하여야 함을 의미한다. 따라서 일반적·포괄적 위임은 허용되지 않는다. "구체적으로"라는 말과 "범위를 정하여"라는 말은 중복적일 수 있으나, "구체적으로"라는 말은 상위법이 범위를 정하는 경우 일반적·포괄적 입법사항을 일임하는 것과 같은 골격입법은 허용되지 아니함을 뜻하여 그 종적 한계를 의미하며, "범위를 정하여"는 위임명령의 일반적인 횡적 한계를 의미하는 것이라 할 것이다.

헌법 제75조 전단이 요구하는 위임입법의 한계기준의 내용으로 ① 대상의 한정성(위임범위의 한정성)과 ② 기준의 명확성(위임의 구체성)을 일반적으로 도출하고 있다.[13] 헌법 제75조에 일반적 한계요인으로서 "법률에 구체적으로 범위를 정하여"라고 규정한 것은 ① 그 수권법률의 존재가 필요하며 수권법률은 합헌적 법률이어야 한다는 것, 위임은 구체적이어야 하며 추상적이어서는 안 된다는 것, 그리고 ② 위임은 전부위임이나 일반적 위임이 아닌 부분적·개별적 위임이어야 한다고 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다. 학자에 따라서는 위임입법의 한계요인으로 개별적·구체적 위임이기 위해 요구되는 규율대상의 한정성과 기준의 명확성의 정도에 관해서는 일률적으로 말할 수 없고, 여러 요소를 고려하여 다양한 관점에서 구체화하여야 한다고 지적하고 있다.[14] 그러나 제75조의 규범목적에 비추어 그 한계는 권력분립의 원리에 의한 국회입법의 원칙에서 찾아야 하는 것이다. 위임입법을 통하여 국회의 입법책무를 사실상 무의미하게 만들거나 실질적으로 침해하는 결과를 초래하는 것은 허용되지 않는 것이다. 범위의 한정성과 기준의 구체성은 바로 그러한 헌법적 제약을 구체화한 것으로 해석되어야 하며, 기본적이고 중요한 정책결정을 행정부에게 이양하거나 전가하는 결과를 초래하는 수권규정은 위헌이 된다. 다만 무엇이 기본적이고 중요한 정책결정사항인가 하는 문제가 제기되는데 이를 판단하기 위한 준거로는 법률유보에 관한 중요사항유보설의 요구들이나 입법부가 가지는 입법기술적 한계 및 현실적 한계들이 고려될 수 있다. 특히, ① 국민에 대한 영향, ② 규율대상의 국가·사회적 중대성, ③ 위임입법에 대한 절차적 규율여하·수임자의 민주적 정당성·조직형태,

13) 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 226.

14) 그러한 고려요소로 다음과 같은 7개의 요소를 들고 있다. 예컨대, ① 수권의 일반적 근거로서 의회의 「전문적·기술적 능력의 한계」와 「시간적 적응성·임기성의 한계」 등이 음미되어야 하며, 그와 관련하여 위임대상의 범위 등이 정해져야 한다. ② 헌법상 법률주의사항의 경우 모두를 법률로 정해야 하는 것은 아니고 대상을 한정하고 기준을 명확히 하여 일정한 범위에서 행정입법에 위임할 수 있으나, 어느 범위에서 행정입법에 위임할 수 있는지를 사항별로 개별적으로 정해야 한다. ③ 법적 규율은 국민에 대해 미치는 정도에 따라 ㉠ 벌칙이나 의무부과적·제재적 행정처분이나 행정강제에 관한 규율, ㉡ 그 밖의 행정처분에 관한 규율, ㉢ 행정처분 이외의 국민에 대한 구체적 행정작용에 관한 규율, ㉣ 행정작용과 직접 관계없는 행정 내부조직에 관한 규율 등으로 구분될 수 있는데 일반적으로 이러한 순서에 따라 한정성 등의 요구가 완화된다. ④ 관련되는 기본권의 성질 및 행정분야에 따라 한정성의 요구가 달라진다. 가령 표현의 자유 등 정신적 자유권의 제한, 규제행정에 관한 것인 때에는 한정성 등의 요구가 보다 엄격해진다. ⑤ 규율대상의 한정성과 기준의 명확성은 상호 영향을 미치는 요인들로서, 규율대상의 범위가 좁고 중요성의 정도가 낮은 때에는 기준의 명확성의 요구도 덜 엄격하다. ⑥ 수임기관이 누구인가에 따라서도 한정성 등의 요구가 달라진다. 가령 대통령에게 위임되는 대통령령의 경우 국무회의 심의를 거쳐 제정되므로 어느 정도 한정성 등의 요구가 완화되지만, 행정각부장관에게 위임되는 부령의 경우 당해 부만의 입장을 내세울 소지도 있으므로 한정성 등이 엄격하게 요구된다. ⑦ 이해관계인의 참가를 포함한 행정입법의 제정절차가 얼마나 정비되어 있느냐에 따라서 수권법률에 의한 행정입법의 내용에 대한 통제의 요구가 완화된다. 박윤흔(주 13), 226-228.

④ 수임기관의 준수와 사법심사 및 국민의 통제를 가능하게 할 예측가능성의 확보여부, ⑤ 현실적·입법기술적 곤란성 등은 최소한 고려되어야 할 요인이 된다.[15]

2. 판 례

헌법재판소는 위임입법의 한계에 대하여 일반화될 수 있는 구체적 기준을 제시하기보다는 헌법 제75조의 규정에 의한 일반적·개괄적 기준을 전제로 사안에 따라 개별적·구체적으로 판단하는 경향을 보이고 있다.[16] 즉 국가보위에관한특별조치법 제5조 4항에 대한 위헌제청[17]과 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 위헌소원[18]에서는 포괄적 위임을 그 이유로 위헌결정을 내렸고, 교육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원[19]에서는 모법의 규정이 없음을 이유로 위헌결정을 내렸다. 헌법재판소는 제75조의 해석과 적용에 있어서 "형벌법규라고 하더라도 일정한 사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범위의 구성요건의 윤곽만

15) 홍준형, "위임입법의 통제", 고시계 1996년 12월호, 40-42.

16) 大判 1971.1.26. 69도1094; 憲裁 1993.5.13. 92헌마80; 1994.7.29. 93헌가12; 1995.11.30. 93헌바32 등.

17) 국가보위에관한특별조치법 제5조 4항에 대한 위헌제청. [결정요지]: 국가보위에관한특별조치법 제5조 4항은 「대통령은 동원대상지역 내의 토지 및 시설의 사용과 수용에 대한 특별조치를 할 수 있다. 이에 대한 보상은 징발법에 준하되, 그 절차는 대통령령으로 정한다」라고 규정하여 보상을 징발법에 준하도록 하고 있을 뿐 토지수용·사용의 요건과 절차 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차도 규정하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어서 재산권제한을 법률로써 하도록 규정한 헌법 제23조 3항 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되는 것이 명백하다. 憲裁 1994.6.30. 92헌가18, 헌판집 6-1, 557.

18) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조 위헌소원, 「헌법 제75조에서 "법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여"라고 함은 법률 그 자체에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 그렇게 하지 아니한 경우에는 위임법의 한계를 일탈한 것이라고 아니할 수 없다. 특가법 제4조 제1항의 "정부관리기업체"라는 용어가 지나치게 추상적이고 광범위하여 죄형법정주의에서 요구하는 명확성이 원칙에 위배된다고 한다면, 특가법 그 자체에 대통령령(특가법시행령)에 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 없는 경우라고 할 것이므로, 특가법 제4조 제2항이 "정부관리기업체"의 정의에 관한 기본적 사항마저도 규정함이 없이 그 범위를 곧바로 대통령령에 위임한 것은 실질적인 백지위임이나 다를 바가 없어 위임입법의 한계를 일탈한 것임이 명백하다」. 憲裁 1995.9.28. 93헌바50, 헌판집 7-2, 297.

19) 교육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 대한 헌법소원([결정요지]: 당구장 출입문에 18세 미만자의 출입금지표시를 하도록 규정한 체육시설의 설치·이용에 관한 법률시행규칙 제5조 모법(체육시설의 설치·이용에 관한 법률) 제5조에서 그 표시의무의 근거를 찾기 어렵고 따라서 심판대상규정은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것으로 위헌이다). 憲裁 1993.5.13. 92헌마80, 헌판집 5-1, 365.

큼의 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다."고 하거나, "조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 일반적인 급부행정법규에서와는 달리 위임입법의 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다."고 하고, 또한 "대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임 법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고"라고 판시하고 있을 뿐, 위임범위의 한정성과 위임(기준)의 명확성이 어느 정도로 요구되는지에 관해서는 일반화할 수 있는 준거를 제시하지 않고 있다.

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

행정입법의 필요성이 점점 증가하는 추세에 비추어 동 규정 자체의 개정의 필요성이 대두되는 것은 아니다. 다만, 행정입법은 그 법규적 성질을 가지게 됨으로써 실질적으로 국민의 권리·의무에 영향을 미치거나 직접적으로 구속력을 가지게 되는 것이므로, 사법적 통제만으로는 위임입법의 문제를 해결할 수 없다. 사법적 통제는 권리침해의 발생 후의 사후적 구제라는 문제도 있다. 따라서 국회의 통제장치를 제도적으로 마련할 필요성이 제기된다. 이 경우 독일에서 시행되고 있는 위임입법의 효력발생 또는 존속과 관련하여서 그 사안별로 동의권을 유보하는 동의권의 유보제도와 법률을 제정·개정하기에 앞서 당해 법률을 평가하고 그 효력을 심사하기 위한 입법평가제도 등의 도입을 고려할 수 있을 것이다.[20]

20) 독일의 경우는 입법평가를 사전적, 동시적, 회고적 입법평가로 나누어 하고 있다, 제정부, "입법영향평가", 법제 2004년 4월호, 3.

VII. 관련문헌

1. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004.

법무부, 위임입법에 관한 연구, 법제연구, 제171집, 1993.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.

2. 논 문

김세신, “입법과도의 현상과 개정방안”, 법제연구 통권3호, 1992.

김춘환, “위임입법의 한계와 국회에 의한 통제”, 공법연구 34집 3호(2006).

박윤흔, “미국에서의 국회입법권의 행정입법에 대한 수권의 한계”, 헌법재판의 이론과 실제 : 금랑김철수교수화갑기념, 박영사, 1993.

서원우, “행정입법에 대한 통제 – 의회에 대한 통제를 중심으로”, 행정법연구 12호, 2004.

서원우, “법규명령과 수권의 명확성”, 고시계 1983년 6·7월호.

제정부, “입법영향평가”, 법제, 2004년 4월호.

홍준형, “위임입법의 통제”, 고시계 1996년 12월호.

홍준형, “행정입법에 대한 국회의 통제”, 공법연구 32집 5호(2004).

헌법 제76조

송기춘

第76條

① 大統領은 內憂·外患·天災·地變 또는 중대한 財政·經濟上의 危機에 있어서 國家의 安全保障 또는 公共의 安寧秩序를 유지하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 財政·經濟上의 處分을 하거나 이에 관하여 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있다.

② 大統領은 國家의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서 國家를 保衛하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會가 불가능한 때에 한하여 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있다.

③ 大統領은 第1項과 第2項의 處分 또는 命令을 한 때에는 지체없이 國會에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④ 第3項의 승인을 얻지 못한 때[illegible] 또는 命令은 그때부터 效力을 喪失한다. 이 경우 [illegible] 命令에 의하여 改正 또는 廢止되었던 法律은 그 命令이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 效力을 회복한다.

⑤ 大統領은 第3項과 第4項의 사유를 지체없이 公布하여야 한다.

I. 위기정부

전쟁 등 외환, 내란 및 경제공황과 같이 국가의 존립이나 헌법적 질서가 위태롭게 되는

비상사태시에 기본권 보장을 위한 권력분립과 법치주의, 문민우위의 원리에 기초한 헌법상의 권력행사방식은 비상적인 상황을 극복하는 데 적절하지 않을 수 있다. 그러나 이러한 상황에서 헌법을 정지시키고 다른 법 또는 법외적 통치수단을 동원할 경우 그에 대한 적절한 통제가 어려워짐으로 인하여 입헌주의의 위기를 초래할 가능성이 높아진다. 따라서 입헌주의 헌법에 비상시에 대비한 조항을 둠으로써 비상사태가 극복되고 나면 즉시 평시의 헌법조항이 당연히 회복되도록 하는 것이 입헌주의 헌법의 수호를 위하여 필요하다. 이와 같이 비상적 상황에서 국가적·헌법적 위기를 극복하기 위하여 비상적 수단을 발동할 수 있는 권한을 국가긴급권이라 한다.

특히 우리 헌정사에서는 유신헌법에서의 긴급조치권처럼 남용되거나 헌법의 효력을 정지시키고 초헌법적 수단을 동원한 독재가 행해진 예[1]도 있으므로 특히 국가긴급권의 요건과 한계를 정하여 비상시를 빙자한 헌법파괴행위를 막는다는 의미도 있다.[2] 이 점은 아래의 헌법재판소의 판례[3]에서도 지적되고 있다.

"그러나 국가긴급권의 인정은 국가권력에 대한 헌법상의 제약을 해제하여 주는 것이 되므로 국가긴급권의 인정은 일면 국가의 위기를 극복하여야 한다는 필요성 때문이기는 하지만 그것은 동시에 권력의 집중과 입헌주의의 일시적 정지로 말미암아 입헌주의 그 자체를 파괴할 위험을 초래하게 된다. 따라서 헌법에서 국가긴급권의 발동기준과 내용 그리

1) 국가보위에 관한 특별조치법(1971. 12. 27.)에서는 "비상사태하에서 국가의 안전보장과 관련되는 내정, 외교 및 국방상 필요한 조치를 사전에 효율적이고 신속하게 취함으로써 대한민국의 안전을 보장하고 국가보위를 확고히 함"(제1조)을 목적으로 하여 이른바 사전적 국가긴급권을 규정하였는데, "헌법에 있어서 제1의적 문제는 개개의 조문의 위배여부에 관한 문제가 아니라, 전체로서의 헌법의 수호와 국가의 안전에 관한 문제가 아닐 수 없"으므로, "어떠한 입법이 비록 그 해석에 있어서는 개개의 헌법규정에 위배된다고 할지라도, 종국적으로는 그것이 전체로서의 헌법의 수호를 목적으로 할 때에는, 그것은 좀더 고도의 합헌성을 가질 수 있"는 것으로서 이 법률이 '헌법적 법률'이라고 정당화하려는 주장이 있다. 한태연, 헌법과 정치체제, 법문사, 1987, 298-299.

2) 위 국가보위에 관한 특별조치법의 위헌여부와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다. "특별조치법은 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 위헌이다." 憲裁 1994.6.30. 92헌가18, 헌판집 6-1 , 557, 569-569.

3) 憲裁 1994.6.30. 92헌가18 결정.

고 그 한계에 관해서 상세히 규정함으로써 그 남용 또는 약용의 소지를 줄이고 심지어는 국가긴급권의 과잉행사 때는 저항권을 인정하는 등 필요한 제동장치도 함께 마련해 두는 것이 현대의 민주적인 헌법국가의 일반적인 태도이다. 우리 헌법도 국가긴급권을 대통령의 권한으로 규정하면서도 국가긴급권의 내용과 효력 통제와 한계를 분명히 함으로써 그 남용과 악용을 막아 국가긴급권이 헌법보호의 비상수단으로서 제기능을 나타내도록 하고 있다."

헌법이 규정하는 국가긴급권은 긴급재정·경제명령권(제76조 제1항, 제3-5항), 긴급재정·경제처분권(제76조 제1항, 제3-5항), 긴급명령권(제76조 제2항, 제3-5항), 계엄선포권(제77조) 등이다.

II. 긴급재정경제명령권(제1항)

1. 의 의

긴급재정·경제명령권은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 재정·경제에 관하여 필요한 법률의 효력을 가지는 명령인 긴급재정·경제명령을 발할 수 있는 대통령의 권한을 말한다. 긴급재정·경제처분의 실효성을 뒷받침하기 위한 긴급입법이라고 보는 입장[4]이 있지만, 긴급재정·경제명령이 언제나 긴급재정·경제처분을 뒷받침하기 위한 것으로만 이해되어서는 안된다. 재정·경제상의 위기를 극복하는 데 필요한 행정처분에 법률적 근거가 없을 경우 긴급재정·경제명령을 발하면 법률의 효력을 가지는 긴급재정·경제명령에 기초하여 행하는 행정처분은 굳이 긴급재정·경제처분이라 볼 것은 아니고 법률에 근거를 두고 이뤄지는 일반적인 행정처분과 다를 바 없기 때문이다. 또한 긴급재정·경제처분은 재정경제상의 위기극복에 필요한 국회의 추가경정예산안 승인의 효력을 가지는 예산안 추가경정에 관한 재정경제처

4) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 977.

분 등의 경우와 같이 반드시 긴급명령에 의하여 뒷받침되어야 하는 것은 아니므로 긴급재정·경제명령을 긴급재정·경제처분과 반드시 결부시키는 것은 옳지 않다고 생각된다.

대통령의 긴급재정·경제명령은 재정·경제상의 위기를 극복하기 위한 비상입법조치로서 국회입법원칙에 대한 예외가 되며, 헌법은 기본권침해가 필요한 최소한에 그치도록 하기 위하여 발동요건과 내용 및 한계를 엄격하게 규정하고 있다.[5] 긴급재정·경제명령은 비상사태의 극복을 위하여 정상적인 입법절차에 의하지 않고 대통령에 의한 법률적 효력을 가지는 명령의 시행과 사후 승인이라는 방식을 취하고 있다는 점에서 입법절차가 역전된 것이라 할 수 있다. 하지만 입법사항에 관하여 국회의 추후 승인의 방식을 취하고 있긴 하지만 근본적으로 국민의 대표기관인 국회의 관여가 인정되고, 승인하지 않을 경우 긴급재정·경제명령이 효력을 상실한다는 점에서 입헌주의를 침해하는 것은 아니라고 할 수 있다. 그러나 국회의 승인을 얻지 못한 긴급재정·경제명령이라도 승인을 얻지 못한 때부터 효력을 상실하고 그 전까지의 행위에 대해서는 효력이 인정된다는 점에서 국민의 기본적 인권을 침해할 가능성이 높다고 할 수 있다. 특히 비상상황을 악용하여 국회입법권을 배제하기 위한 악용의 여지도 배제할 수 없다. 그러나 위기상황에 대한 판단과 그에 대한 조치의 일차적 권한의 우위를 인정한 데서 국회의 승인을 받지 못한 긴급재정·경제명령이라도 효력이 인정되는 것이라 할 수 있다.

2. 요 건

가. 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기가 있을 것

전쟁, 내란 등 내우·외환·천재·지변 등 비상사태나 정상적인 재정운용·경제운용이 불가능한 중대한 재정·경제상의 위기가 현실적으로 발생한 경우에 한정된다. 위기가 현실적이어야 하므로 위기가 발생할 우려가 있다는 이유로 사전적·예방적으로 긴급재정·경

5) "대통령의 긴급재정·경제명령은 평상시의 헌법 질서에 따른 권력행사방법으로서는 대처할 수 없는 재정·경제상의 국가위기 상황에 처하여 이를 극복하기 위하여 발동되는 비상입법조치라는 속성으로부터 일시적이긴 하나 다소간 권력분립의 원칙과 개인의 기본권에 대한 침해를 가져오는 것은 어쩔 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 헌법은 긴급재정·경제명령의 발동에 따른 기본권침해를 위기상황의 극복을 위하여 필요한 최소한에 그치도록 그 발동요건과 내용, 한계를 엄격히 규정함으로써 그 남용 또는 악용의 소지를 줄임과 동시에 긴급재정·경제명령이 헌법에 합치하는 경우라면 이에 따라 기본권을 침해받는 국민으로서도 특별한 사정이 없는 한 이를 수인할 것을 요구하고 있는 것이다." 憲裁 1996.2.29. 93헌마186 결정.

제명령을 발할 수는 없다.[6] 이러한 요건은 성립의 요건이며 추후 이러한 상황이 해결되었다 해도 긴급재정·경제명령이 효력을 당연히 상실하게 되는 것은 아니다.[7]

나. 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요할 것

내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기로 인하여 국가의 안전보장이나 공공의 안녕질서의 유지에 긴급한 조치가 필요한 경우여야 한다. 위기를 "사후적으로 수습함으로써 기존질서를 유지·회복하기 위하여 위기의 직접적 원인을 제거하"고자 하는 목적을 가지므로 "공공복리의 증진과 같은 적극적 목적을 위하여는 발할 수 없다."[8]

다. 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 것

정상적인 국회의 소집공고 및 집회에 필요한 기간을 기다려서는 비상적 상황에 대처할 수 없을 정도로 급박한 경우여야 한다. '국회의 집회를 기다릴 여유가 없을' 때의 해석에 관하여는 학설의 대립이 있다. 국회의 폐회중을 의미하고 휴회중을 포함하지 않는다는 견해가 있다. 그러나 휴회중이라도 국회의 집회가 언제나 가능한 것은 아니므로 국회의 집회가 사실상 불가능한 경우도 포함해야 한다는 견해[9]가 있다. 또한 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기, 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태나 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서는 집회기일 1일 전에 공고할 수 있다(국회법 제5조 제2항)고 하고 있으므로 임시회의 집회에 필요한 1일간을 기다릴 여유조차 없는 경우를 말한다고 하는 주장이 있다.[10] 또한 긴급재정·경제명령은 법률의 효력을 가지는 명령이므로 국회에서 국회법에 의한 정상적 절차에 의하여 가장 신속하게 비상사태의 해결을 위한 법률을 제정 또는 개정하는 데 필요한 최소한의 시간을 기준으로 판단하는 것이 옳으므로 반드시 국회가 폐회[11]되거나 사실상 집회가 불가능한 경우에만 한정될 것은 아니고 휴회중이거나 심지어 개회중인 경우도 포함하는 것이 옳다는 주장도 제기될 수

6) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186, 헌판집 8-1, 111, 120-121. 1993.8.12. 금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령.

7) 大判 1997.6.27. 95도1964 판결.

8) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186, 헌판집 8-1, 111, 120-121.

9) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1745.

10) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 944.

11) 김철수(주 9), 1745면; 권영성(주 4), 975.

있을 것이다.

긴급한 비상사태에 직면하여 국회의 집회가 가능하다면 1일의 공고기간을 두고 집회가 가능하므로 이 최소한의 시간마저 기다릴 수 없는 경우 긴급재정·경제명령이 가능하다는 견해는 나름의 타당성을 가진다. 또한 국회의 개회중이라도 법률의 제·개정에는 시간이 소요되므로 이러한 시간마저 기다릴 수 없는 경우에도 인정되어야 한다는 주장[12]도 일리가 있다. 그러나 긴급재정·경제명령은 국회입법원칙에 대한 예외로서 비상시에만 최소한으로 인정되어야 함을 헌법이 명시하고 있고 특히 긴급명령과 달리 '국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때'라는 요건을 정하고 있으므로 국회의 집회가 가능하다면 원칙대로 국회의 입법을 거쳐 법률을 제정 또는 개정하여야 할 것이다. 물론 국회에서 필요한 법률 제정 또는 개정이 이뤄지기 전까지 긴급한 조치가 필요할 수 있고 의도적으로 회의의 재개를 지연하고 있는 경우[13]가 있을 수 있으므로 이 경우에도 긴급재정·경제명령이 가능하다고 보려는 입장[14]이 있으나, 그러한 국회의 태도 자체는 긴급사태에 대한 국회의 판단으로 평가되어야 할 것이지만 경우에 따라 이러한 국회의 태도가 사실상의 집회불가능으로 해석될 수 있을 것이다. 그렇지만 국회가 개회중인 경우 또는 회의의 재개를 국회가 의도적으로 지연하고 있는 경우가 사실상의 집회불가능으로 해석되지 않을 경우 항구적인 법률의 제정 또는 개정은 국회의 집회가 가능하다면 국회의 권한행사에 맡겨야 할 것이라고 생각한다. 따라서 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 경우라 함은 국회의 폐회중 또는 사실상 집회가 불가능한 때에 한한다는 주장이 타당하고 생각한다.

따라서 국회입법의 원칙에 충실하여야 하므로 국회의 집회를 기다릴 여유가 있고 법률을 제정 또는 개정할 시간이 있다면 당연히 국회의 의결을 거쳐 제정 또는 개정된 법률에 의하여야 하며, 이 경우 긴급재정·경제명령을 발하는 것은 헌법에 반한다.[15]

라. 재정 및 경제에 관한 입법사항을 대상으로 할 것

내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 국가의 안전보장 또는 공공

12) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186 결정도 이러한 입장에 서 있는 것으로 보인다.

13) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1116에서 예로 들고 있다.

14) 정종섭(주 13), 1116.

15) 국가비상기획위원회에서는 비상시에 대비하여 동일한 효력을 가지는 이에 관한 법률(안)과 대통령긴급재정·경제명령(안)을 마련해 두고 있다. 우선 국회의 입법에 의하는 것이 원칙이며, 법률의 제정을 기다릴 여유가 없을 경우 긴급재정·경제명령에 의하여야 할 것이다.

의 안녕질서를 유지하기 위한 재정·경제상의 운용에 관한 사항을 그 대상으로 하며 그 성질상 법률사항이어야 한다. 급박한 경제위기를 해결하기 위하여 부실기업에 공적자금을 투입하면서 동시에 국유화를 하는 근거법률로 긴급재정·경제명령을 이용할 가능성도 존재한다.

마. 국무회의의 심의를 거칠 것

긴급재정·경제명령을 발하는 데는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다(헌법 제89조 제5호).

바. 대통령의 발령

긴급재정·경제명령은 대통령이 발한다. 국무총리와 관계 국무위원의 부서가 있어야 한다(제82조).

3. 긴급재정·경제명령에 대한 국회의 승인절차

긴급재정·경제명령은 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다(제3항). 국회의 승인을 얻지 못한 때에는 그 때부터 효력을 상실하며 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 그 효력을 회복한다(제4항). 긴급재정·경제명령이 국회에서 승인을 얻었거나 승인을 얻지 못한 때에는 그 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

긴급재정·경제명령은 법률과 동일한 효력을 가지며 국회의 승인 전의 효력이 잠정적이라면 승인 후는 확정적이며 영속적이라는 차이가 있다.[16)]

4. 한 계

법률의 제정은 국회에서 하는 것이 원칙이므로 법률의 효력을 가지는 긴급재정·경제명령을 발하는 것은 정부의 재정경제상의 위기를 극복하는 데 필요한 최소한의 내용에 한정된다. 위기의 직접적 원인의 제거에 필수불가결한 최소의 한도 내에서 헌법이 정한 절차

16) 김철수(주 9), 1742.

에 따라 행사되어야 한다.[17] 국가안전보장 및 공공의 안녕질서유지를 위한 목적으로만 인정되며 적극적인 공공복리의 증진을 위한 목적으로는 발할 수 없다.

5. 긴급재정·경제명령의 해제

긴급재정·경제명령의 해제[18]는 긴급재정·경제명령의 형식으로 한다는 주장[19]이 있으나, 옳지 않다고 생각된다. 긴급재정·경제명령을 발할 요건이 충족된 경우라면 몰라도 그러한 요건을 충족하지 못한 상태에서 다시 긴급명령을 발하는 것은 헌법상의 요건을 충족하지 못한 것일 뿐 아니라 법률의 폐지도 입법행위라는 점에서 국회입법의 원칙에 반하는 것이다. 긴급재정·경제명령이 국회의 승인을 받아 법률의 효력을 가지는 것으로 확정된 경우 이는 영속적인 효력을 가지는 것이며 국회의 개정 또는 폐지의 대상이 되는 것이다.

6. 긴급재정·경제명령에 대한 통제

가. 국무회의, 국회

대통령이 긴급재정·경제명령을 발하려면 국무회의가 이를 사전에 심의하여야 하며(제89조 제5호), 국회의 승인절차에 의하여 통제된다. 국회는 긴급재정·경제명령을 승인한 뒤에도 이를 폐지 또는 개정하는 내용의 법률을 제정 또는 개정할 수 있으며, 긴급재정·경제명령과 관련한 대통령의 헌법 또는 법률 위반의 경우 탄핵소추를 의결할 수 있다.

나. 헌법재판소의 통제

헌법재판소는 구체적 사건의 재판과 관련하여 법원의 위헌법률심판제청에 의하여 긴급재정·경제명령의 위헌 여부를 심판하며, 긴급재정·경제명령이 국민의 기본권을 침해한 경우에는 헌법소원의 청구에 의하여 그 기본권 침해 또는 위헌 여부의 심판을 할 수 있다.

긴급재정·경제명령이 통치행위라 하여 사법심사 가능성을 부인하는 입장도 가능하겠

17) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186, 헌판집 8-1 , 111, 120-121.

18) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186 결정에서도 이러한 관점을 보여준다.

19) 정종섭(주 13), 1119.

지만 헌법재판소의 판례는 긍정적으로 보고 있다. "대통령의 긴급재정·경제명령은 중대한 재정 경제상의 위기에 처하여 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 필요한 경우에 발동되는 일종의 국가긴급권으로서 대통령이 고도의 정치적 결단을 요하고 가급적 그 결단이 존중되어야 할 것"이지만, "이른바 통치행위를 포함하여 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단이라는 한계를 반드시 지켜야 하는 것이고, 헌법재판소는 헌법의 수호와 국민의 기본권 보장을 사명으로 하는 국가기관이므로 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있는 것일 뿐만 아니라, 긴급재정·경제명령은 법률의 효력을 갖는 것이므로 마땅히 헌법에 기속되어야 할 것"이라는 입장[20]이 타당하다. 그러나 헌법재판소의 판례는 긴급재정·경제명령을 헌법소원의 대상으로 인정하긴 하였으나 그 구체적인 심사과정에서는 매우 완화된 심사에 의함으로써 결과적으로는 헌법재판소에 의한 통제가 무의미하게 되고 말았다.

III. 긴급재정·경제처분권

1. 의 의

긴급재정·경제처분권은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 재정·경제상의 긴급한 처분을 할 수 있는 대통령의 권한을 말한다. 예를 들어, 국가의 재정에 관한 사항은 국회의 의결을 거쳐야 하는 것이므로 국회의 집회를 기다릴 여유가 없는 경우 예외적으로 긴급한 재정·경제상의 처분을 할 수 있도록 한 것이다. 상위의 근거법률이 없어서 행정처분으로 대처하지 못하는 경우도 포함된다[21]고 보는 견해가 있지만 재정·경제상의 위기시라도 행정처분이 법률 또

20) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186, 헌판집 8-1 , 111, 115-116.

21) 정종섭(주 13), 1114.

는 법률의 효력을 가지는 긴급재정·경제명령에 의하거나 이에 근거를 두어야 하는 것이고 행정처분을 위하여 긴급재정·경제명령을 발한 경우 이에 기초하여 이뤄지는 행정처분은 굳이 긴급재정·경제처분이라기보다는 일반적인 행정처분이라고 보는 것이 차당하다고 생각된다.

2. 요 건

긴급재정경제처분의 요건은 대체로 긴급재정경제명령의 경우와 같다.

가. 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기가 있을 것
나. 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요할 것
다. 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 것
라. 국회의 동의와 감독을 받아야 하는 사항일 것

평시에도 행정부가 이미 존재하는 법률을 기초로 재량에 의하여 처리할 수 있는 사항 또는 처리한 이후 국회의 승인을 받아야 하는 사항은 긴급재정·경제처분의 대상이 아니다. 정부의 재정에 관한 사항은 원칙적으로 국회의 동의를 얻어야 하므로 긴급재정·경제처분의 대상이 된다고 할 수 있다. 긴급재정·경제처분으로 법률을 개정 또는 폐지할 수 없다. 헌법에 위반되는 처분은 불가능하나 법률에 위반되는 일시적 처분은 가능하다고 보는 견해가 있다.[22] 이에 반하여 긴급재정·경제처분이 기존의 법률에 저촉될 경우는 저촉되는 법률을 폐지하거나 변경하는 내용의 긴급재정·경제명령을 발하고 이에 의하여 행정처분을 해야 한다는 주장이 있다.[23] 비상적 상황이라도 법률우위의 원칙을 지켜야 하므로 후자의 주장이 타당하다고 생각된다. 그러나 긴급재정·경제명령에 기초하여 처분이 이뤄질 경우 그것은 긴급재정·경제처분이 아니라 법률의 효력을 가지는 긴급재정·경제명령에 의한 행정처분이라 할 수 있다.

긴급재정·경제처분이 법률적 효력을 나타내기 위해서는 긴급재정·경제명령의 형식으로 행해져야 한다[24]는 주장이 있으나, 옳지 않다. 예를 들어 예산안의 추가경정이 필요한

22) 김철수(주 9), 1747.
23) 정종섭(주 13), 1114.
24) 허 영(주 10), 944.

경우 국회의 집회를 기다리기 어려울 경우 국회의 추가경정예산안에 대한 동의의 효력을 가지는 처분이 긴급재정·경제명령의 형식이어야만 하는 것은 아니다.

마. 국무회의의 심의를 거칠 것(헌법 제89조 제5호)

아울러 국무총리와 관계 국무위원의 부서가 있어야 한다.

3. 긴급재정·경제처분에 대한 국회의 승인절차

긴급재정·경제처분은 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다(제3항). 국회의 승인을 얻지 못한 때에는 그때부터 효력을 상실한다(제4항). 긴급재정·경제처분이 국회에서 승인을 얻었거나 승인을 얻지 못한 때에는 그 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

4. 한 계

재정·경제상의 사항에 관하여 최소한으로 필요한 것에 한정된다. 국가안전보장 및 공공의 안녕질서유지를 위한 목적으로만 인정되며, 적극적인 공공복리의 증진을 위한 목적으로는 발할 수 없다.

5. 통 제

긴급재정·경제처분은 국회의 승인을 받아야 한다. 국회가 수정승인권을 가진다는 주장[25]이 있다. 국회가 헌법위반 등을 이유로 승인하지 않을 경우 대통령에 대한 탄핵소추가 가능하다. 법원이 긴급재정·경제처분에 대해 사법심사를 할 수 있는지에 대해서 논란이 있으나, 통치행위에 대한 종래의 판례의 경향을 고려하면 이에 대해 부정적으로 판단할 가능성도 배제하지 못한다.[26] 긴급재정·경제처분이 고도의 정치적 판단이 필요한 사안이라

25) 권영성(주 4), 976.

26) 김철수(주 9), 1747.

고 해도 그것이 국민의 기본권 침해에 관련되는 것일 때에는 헌법재판소의 헌법소원심판의 대상이 된다.[27]

IV. 긴급명령권(제2항)

1. 의 의

긴급명령은 중대한 교전상태와 같은 국가비상사태를 당하여 국가보위를 위한 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 경우에 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있는 대통령의 권한이다. 법률의 효력을 가지는 명령을 발하는 것이므로 헌법조항의 변경이나 그 효력을 정지시키지 못한다는 점에서 비상계엄시에 헌법의 일부조항의 효력을 정지시킬 수 있는 점과 구별된다. 또한 긴급재정·경제명령이 재정 및 경제에 관한 사항에 국한되는 데 비하여 긴급명령은 국가를 보위하기 위한 조치 전반에 걸치므로 이러한 제한이 없다.

긴급명령은 긴급재정·경제명령과 마찬가지로 입법권이 국회에 속한다는 권력분립원리의 예외로서 국민의 기본권보장에 위협이 될 수 있고 국회입법권을 침해할 수 있으므로, 위기가 실재하는 경우에 엄격한 요건 하에서만 인정된다.

2. 요 건

가. 국가의 안위와 관계되는 중대한 교전상태가 있을 것

국가의 안전보장에 직접 관계되는 교전상태가 있어야 한다. 국회가 동의한 선전포고에 의한 전쟁이 개시된 경우뿐 아니라 내란·사변을 포함한다.[28] 준비강화태세로서 공격이 임박했다고는 판단되지 않으나 긴장상태가 전개되거나 군사개입의 가능성이 존재하는 상

27) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186 결정.

28) 김철수(주 9), 1743.

태로서 한국의 평시작전통제권이 미국으로 이양되는 단계인 데프콘 3이나 최고준비태세의 전쟁이 임박한 상태로서 동원령이 내려지고 곧바로 전시 체제로 돌입하는 데프콘 1의 단계에서도 이러한 요건은 충족되지 않는다고 봐야 한다. 아직 현실적 혼란이 발생하지 않았으며 긴급한 조치를 위한 입법행위가 가능하기 때문이다. 이미 위헌결정을 받은 바 있는 '국가보위에 관한 특별조치법'[29]에서처럼 "국가안전보장에 대한 중대한 위협에 효율적으로 대처하고 사회의 안녕질서를 유지하여 국가를 보위하기 위하여 신속한 사전대비조치를 취할 필요가 있을 경우"(같은 법 제1조)는 이 요건을 충족하지 못한다.

나. 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요할 것

국가를 보위한다는 것은 국가안전보장을 위한 방어적인 것을 말한다.[30] 긴급한 조치가 법률적 효력을 가지는 명령을 발동하는 것이라는 주장[31]도 있지만, 여기의 조치란 명령을 발동하는 것 자체라기보다는 명령에 근거를 둔 일정한 국가의 권한행사를 말한다고 보는 것이 옳다. 긴급하다는 것은 정상적인 입법절차에 의해서는 적절한 시기에 권한행사의 법률적 근거가 없어 명령으로써 그 근거를 삼지 않으면 안 될 정도로 시간이 촉박한 경우를 말한다.

다. 입법사항에 속하는 사항일 것

헌법사항은 긴급명령으로 정할 수 없다. 국회의 법률로 정해야 하는 입법사항이 그 대상이 되며, 긴급명령이 국회입법원칙의 예외라는 점에서 국가를 보위하기 위하여 필요한 긴급한 조치에 국한되어야 한다. 특히 긴급상태의 수습이 아닌 적극적 공공복리 증진을 위한 목적으로는 발령할 수 없다. 헌법조항을 정지시키거나 국회를 해산하는 것은 불가능하다. 긴급명령으로 군정을 실시하거나 치안목적을 위하여 군대를 동원할 수 없다.[32]

라. 국회의 집회가 불가능한 때

사실상의 집회불능을 말한다. 긴급재정·경제명령이 국회의 집회가 가능하나 집회까지

29) 憲裁 1994.6.30. 92헌가18 결정.

30) 김철수(주 9), 1743.

31) 김철수(주 9), 1743.

32) 同旨: 정종섭(주 13), 1110.

기다릴 시간적 여유가 없을 때 하는 것과 다르다.[33] 국회의 폐회, 휴회 또는 개회중이라도 집회가 불가능할 경우를 포함한다. 집회가 불가능하게 된 원인은 묻지 않는다.[34] 다만 긴급명령을 발하기 위하여 의도적으로 국회의 집회를 불가능하게 한 경우는 이 요건을 충족하지 못한다고 본다.[35]

마. 국무회의 심의를 거칠 것

3. 긴급명령의 발령 및 국회의 승인

긴급명령은 기존에 없는 법령의 내용을 정하는 것일 수도 있지만 기본의 법률을 개정 또는 폐지하는 것일 수도 있다. 긴급명령을 발한 경우 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다. 이 조항의 국회는 제47조 제1항에 의하여 소집되는 임시회를 말한다.

긴급명령은 국회의 승인과 관계없이 일단 효력을 발생하고 국회의 승인을 얻은 경우 긴급명령은 법률의 효력을 가지는 명령으로서 확정되나, 국회의 승인을 얻지 못하는 경우 그때부터 효력을 상실한다. 따라서 이미 발효된 긴급명령에 근거하여 이뤄진 조치들은 법률적 근거를 상실하는 것은 아니지만, 국회의 승인을 얻지 못한 만큼 긴급명령의 발령요건 위반이나 그 내용의 위헌성 등에 따라 탄핵소추 등의 헌법적 통제에 직면하게 될 수 있다.

긴급명령을 국회가 승인하거나 승인하지 않은 경우 대통령은 그 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

4. 긴급명령의 효력

국회의 승인을 받은 긴급명령은 국회에서 제정한 법률과 동일한 효력을 가지며 개정 또

33) 비상시에 대비한 계획의 수립과 자원조사 및 훈련에 관한 법률이 비상대비자원관리법이라 하면, 실제 전시에 적용되는 규범은 아직 존재하지 않으나 「전시자원동원에관한법률(안)」과 「전시자원동원에관한대통령긴급명령(안)」의 이중적 형식(複數法)으로 2급비밀로 분류되어 관리되고 있다.

34) 정종섭(주 13), 1111.

35) 허 영(주 10), 946

는 폐지되지 않는 한 영속한다. 긴급명령을 개정 또는 폐지하려면 국회의 정상적인 입법절차에 따라야 한다. 다만 새로운 긴급명령을 발할 수 있는 요건이 충족된다면 긴급명령에 의한 법률의 개정 또는 폐지도 가능하다.

5. 긴급명령의 해제

긴급명령이 그 목적을 달성하였다고 판단할 경우 그 해제는 긴급명령의 형식으로 한다는 주장[36]이 있다. 그러나 긴급명령은 일정한 요건을 갖춘 경우 대통령에 의한 발령과 사후 국회의 동의를 받는다는 점에서 역전된 입법행위라고 할 수 있으므로, 일단 법률의 효력을 가지는 긴급명령으로 확정된 이상 그 폐지 여부는 국회의 권한에 속한다고 봐야 할 것이다. 대통령이 이를 폐지하려 할 경우 긴급명령의 요건을 충족하는 경우라면 몰라도 그렇지 않은 경우 폐지법률안을 제출하여 국회에서 의결하여야 한다고 보는 게 국회입법의 원칙상 타당하다.

6. 긴급명령에 대한 통제

긴급명령은 법률과 그 성립절차가 다를 뿐 효력은 같으므로 법률에 대한 일반적 통제가 가능하다. 그 성립과정에서 국무회의의 심의나, 국회의 승인거부가 가능하며, 승인거부시에는 대통령 등에 대한 탄핵소추도 가능하다. 법원의 위헌법률심판제청의 대상이 되며, 위헌법률심판 또는 헌법소원심판에 의하여 위헌성이 헌법재판소에 의하여 심사될 수 있다.

V. 입법론

긴급재정·경제명령, 긴급명령에 대한 국회의 불승인의 효과에 대해 헌법 제76조 제4항은 국회의 승인을 얻지 못하는 때부터 효력을 상실한다고 규정한다. 그러나 이러한 처분 또는 명령이 위헌이어서 국회가 승인하지 않는 경우는 당연히 소급적으로 효력을 상실

36) 정종섭(주 13), 1113.

하여야 한다. 또한 위헌은 아니라도 기존의 법률을 유지하거나 당해 처분 또는 명령이 입법자의 관점에서 불합리하다고 판단하여 승인하지 않는 경우라도 예외적인 대통령의 처분이나 명령이 그 효력을 지속한다는 것도 옳지 않다. 그 효력을 유지시켜야 할 필요는 그것에 기초하여 이뤄진 처분 등이 위법하지는 않다는 부분에 한정되어야 할 것이며, 당연히 국회의 권한에 속하거나 국회의 사전통제를 받아야 하는 것임에도 국회의 승인을 얻지 못했다면 그 효력을 소급적으로 상실시키는 것이 당연하다고 생각된다. 따라서 제76조 제4항은 소급적인 효력의 상실을 규정하는 것이 옳다.

VI. 관련문헌

김철수, 헌법학(하). 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.
계희열, "서독의 국가긴급사태법", 고려대 법학논집 23집(1985).
김상겸, "계엄법에 관한 연구", 헌법학연구 11권 4호(2005. 12).
성낙인, "프랑스 제5공화국헌법과 유신헌법상 대통령의 국가긴급권에 관한 비교연구", 공법연구 28집 4호(2)(2006. 6).
조한상, "현행 헌법상 국가긴급권의 개선방향에 관한 고찰", 헌법학연구 13권 2호(2007. 6).

헌법 제77조

송기춘

第77條

① 大統領은 戰時·事變 또는 이에 準하는 國家非常事態에 있어서 兵力으로써 軍事上의 필요에 응하거나 公共의 安寧秩序를 유지할 필요가 있을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 戒嚴을 宣布할 수 있다.

② 戒嚴은 非常戒嚴과 警備戒嚴으로 한다.

③ 非常戒嚴이 宣布된 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 令狀制度, 言論·出版·集會·結社의 自由, 政府나 法[illegible] 權限에 관하여 특별한 措置를 [illegible] 수 있다.

④ 戒[illegible]宣布한 때에는 大統領은 지체없이 國會에 통고하여야 한다.

⑤ 國會가 在籍議員 過半數의 贊成으로 戒嚴의 解除를 요구한 때에는 大統領은 이를 解除하여야 한다.

I. 계엄제도

1. 병력의 사용과 국민의 기본권보장

군대는 무력을 사용하여 국토방위와 군사적 목적의 달성을 위한 작전 및 훈련을 하는 조직이다. 군대는 법령에 합치하는 절차의 이행보다는 작전목적의 달성이라는 결과가 중

시된다는 점에서, 과정의 적법성과 대체로 친하지 않다. 또한 주로 대외적인 적군과의 관계에서 그 권한을 행사하므로 국민을 대상으로 한 권한의 행사는 익숙하지 않으므로, 법치주의의 강한 구속을 받으면서 권한을 행사하는 경찰 등 행정조직과는 그 속성이 매우 다르다고 할 수 있다.[1] 그러므로 군대 또는 병력에 의한 공공질서의 유지나 군대를 통한 행정조직의 유지 및 행정권의 행사는 국민의 기본권을 침해할 가능성이 매우 높다. 그러나 병력에 의하여 군사상의 필요에 응하거나 또는 공공의 안녕질서를 유지하지 않으면 안되는 국가비상사태의 경우 제한적으로 병력에 의한 치안유지 기능 수행의 예외를 인정하고 있는데 이것이 계엄권이다. 계엄이란 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요 또는 공공의 질서를 유지할 필요가 있는 경우에 한해서 그 지역 내의 행정권 또는 사법권을 군대의 권력 밑에 이관하고 헌법에 보장된 개인의 기본권의 일부에 대하여 예외조치를 할 수 있는 법제도[2]이다. 계엄선포권은 이와 같은 계엄을 선포할 수 있는 대통령의 권한으로서 가장 강력한 비상사태의 권한[3]이다. 계엄시 국민의 기본권보장에 대한 위험이 증대되고 계엄을 빙자한 대통령의 권력강화 가능성이 높으므로 계엄이 선포되어도 국민의 대표기관으로서 계엄을 통제하는 국회의 기능을 무력화하여서는 아니 된다.

2. 계엄의 종류

계엄에는 비상계엄과 경비계엄이 있다(제77조 제2항). "비상계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 경우에 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 선포"(계엄법 제2조 제2항)하며, "경비계엄은 대통령이 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 사회질서가 교란되어 일반행정기관만으로는 치안을 확보할 수 없는 경우에 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 선포한다."(같은 법 제2조 제3항).

1) 이계수, "한국의 군사법과 치안법:군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도", 공법연구 31집 4호(2003).
2) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.7, 1747.
3) 전주, 1747-8.

II. 계엄선포의 요건

1. 전시, 사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 있을 것

'전시'라 함은 '국제법적인 의미로는 무력을 중심으로 한 국가상호간 또는 국가와 외교단체간의 투쟁상태'[4]로서 외적으로부터의 침입으로 인한 위기를 말한다. '사변'이라 함은 '국토를 참절하거나 국헌을 문란하게 할 목적으로 한 무장반란집단의 폭동행위'[5]를 말한다. '이에 준하는 비상사태'라 함은 '위에 든 전시 또는 사변은 아니지만, 전쟁에 해당되지 아니하는 외적의 침입, 국토를 참절하거나 국헌을 문란하게 할 목적이 있는 무장 또는 비무장의 집단 또는 군중에 의한 사회질서교란행위와 자연적 재난으로 인한 사회질서교란상태'[6]를 말한다.

계엄법에서는 이러한 요건을 보다 구체화하여 "적과 교전상태에 있거나 사회질서가 극도로 교란되어 행정 및 사법기능의 수행이 현저히 곤란한 경우"라는 요건을 규정하고 있다.

비상계엄의 요건과 관련하여 "병력만에 의한 전투방법으로부터 국가총력전으로 그 양상이 변한 오늘날에 와서는 고도의 정치성과 군사상·기술상의 개념을 내포하고 있음이 그 특징이라 할 것이고, 시야에 나타나는 외형적인 방법만에 의한"[7] 것만을 말하는 것이 아니라고 확대해석할 가능성도 있다. 그러나 "전시개념을 지나치게 관념화할 때는, 현대사회가 고전적인 입헌주의 내지는 법치주의원칙을 근저로부터 뒤흔드는 위기의 연속임을 생각하면, 위험성을 내포하게 될 것"이라는 지적[8]이 옳다.

이러한 요건을 보면 그 동안 군사쿠데타 이후의 계엄, 1972년 유신시의 계엄, 1980년 계엄 등은 사회질서의 교란이라는 현실적 결과가 발생한 것이 아니고, 또한 행정기관 및 사법기관의 기능수행이 현저히 곤란한 경우도 아니면서 오히려 계엄으로써 행정 및 사법기관을 군부가 장악하기 위한 쿠데타의 성격을 가진다는 점에서 헌법의 계엄선포요건을 갖추지 못한 것이라고 봐야 할 것이다. 이 점에서 계엄법에서 "행정 및 사법기능의 수행

4) 김도창, 국가긴급권론, 청운사, 1972, 227.

5) 전주, 228.

6) 전주, 229.

7) 대법원재정 1964. 7. 21. 64초4 결정. 재판권쟁의에 대한 재정신청사건.

8) 김도창(주 4), 232.

이 현저히 곤란한 경우"라는 요건을 비상계엄 선포의 요건으로 추가한 것은 일견 그 동안 비상계엄이 남용되어 온 것을 막기 위한 것으로서 긍정적으로 해석될 수 있을 것이다. 행정만 현저히 수행이 곤란하게 되는 경우는 비상계엄을 선포하지 못하고 경비계엄으로 대처하게 된다. 또한 전시라 해도 행정 및 사법기능이 정상적으로 수행되는 이상 당연히 비상계엄 요건을 충족하는 것은 아니다.

그러나 비상계엄이 선포된 경우 일반법원은 계엄사령관의 지휘감독을 받아 사법사무를 처리하게 되는데, 계엄법 등에 의한 군사법원의 관할 이외의 사항에 대해서는 일반법원이 재판을 담당하는 것을 보면 계엄사령관의 지휘감독을 받을 뿐 그 기능 자체의 수행이 현저히 곤란한 것과는 거리가 먼 것을 알 수 있다. 즉 일반법원의 기능이 제대로 수행되고 있음을 전제로 한 것이며 이는 계엄법상 비상계엄의 선포요건과 충돌하는 것이다. 오히려 비상계엄 요건은 비상계엄이 선포된 뒤 행정사무뿐 아니라 사법사무를 계엄사령관이 장악하는 것이 당연하다는 것을 정당화하기 위한 구실을 하는 것으로 생각된다. 계엄사령관의 지휘감독을 받아서만 기능을 수행할 수 있는 법원일 경우는 극히 예외적인 경우에 한정된다.

이러한 사태 또는 위해는 이미 구체적으로 발생되어야 하며 발생 가능성만 있는 경우는 제외된다. 즉 예방적 계엄은 인정되지 않는다.[9] 또한 국가의 존립 자체 또는 입헌체제에 직접적 위해를 가져오는 정도의 교란상태를 말하며 모든 반정부적 활동을 비상사태로 규정해서는 안 된다.[10] 이에 미치지 않은 긴급사태는 계엄 이외의 다른 수단에 의해야 한다.

2. 군사상의 필요 또는 공공안녕질서의 유지를 위하여 병력을 사용할 필요가 있을 것

군사상의 필요라 함은 '군작전상 필요한 모든 경우'[11] 또는 '군대의 안전을 위한 군작전상의 필요'[12]를 말한다고 하는 견해가 있다. 계엄이 선포되면 행정사무와 사법사무가 계엄사령관의 지휘감독을 받게 되고, '체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집

9) 전주, 230.

10) 전주.

11) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1123.

12) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 980.

회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있'(계엄법 제9조 제1항)고 '동원 또는 징발'(제2항)이나 '국민의 재산을 파괴 또는 소훼'(제3항)할 수 있게 되는 등 국민의 기본권이 강하게 제한될 수 있으므로 단지 군작전에 필요하다는 이유만으로 계엄요건을 충족한다고 보아서는 안 될 것이다. 군작전상 이러한 제한을 수반하지 않고는 작전을 수행할 수 없는 불가피한 경우에 한정된다고 보는 것이 옳다.

공공의 안녕질서의 유지라 함은 '국가의 안전과 국민들의 생활상의 안전과 평화를 유지하는 데 필요한 질서'[13]를 말한다.

병력으로써 이와 같은 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있어야 하므로 경찰력만으로 이러한 필요에 응할 수 있을 경우나 통합방위작전(통합방위법 제2조 제4호)으로써 대응할 수 있는 경우는 이 요건을 충족하지 못한다.

3. 국무회의의 심의를 거칠 것(제89조 제5호)

III. 계엄선포의 효과

계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다(제4항). 계엄을 선포한 경우 다음과 같은 효과가 발생한다.

1. 국민의 기본권제한의 강화

가. 특별한 조치

비상계엄이 선포된 경우 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다(제77조 제3항). 그러나 경비계엄 하에서 국민의 자유와 권리에 대한 제한은 허용되지 아니한다.

그러나 계엄법 제9조 제1항에서 "체포·구금·압수·수색·거주·이전·언론·출판·집

13) 정종섭(주 11), 947.

회·결사 또는 단체행동에 대하여 특별한 조치를 할 수 있"으므로 거주·이전의 자유가 추가된 것과 관련하여 헌법 제77조 제3항에 규정된 제한대상 기본권 이외에 법률에서 별도로 추가된 것이므로 위헌의 소지가 있다는 주장이 있다.[14] 그러나 계엄의 목적과 요건을 고려하면 합헌이라는 주장이 많다.[15] 비상계엄시에 작전수행을 위한 강제소개 또는 대피명령 등이 필요한 경우, 즉 거주·이전의 자유에 대한 제한을 인정할 수 있으므로 쉽게 위헌이라고 단정하긴 어렵다. 극도의 혼란이 수반될 수 있는 계엄시에 국가안전보장 및 질서유지의 필요가 증가하므로 이를 위하여 보다 강한 기본권의 제한이 가능하다는 점에서 거주·이전의 자유에 대한 특별한 조치는 비록 헌법에 명시된 것이 아니더라도 헌법상 가능한 한도의 제한을 초과하지 않는 한 위헌이라고 판단할 것은 아니라는 견해도 설득력이 있다. 그러나 계엄시에 계엄을 악용하여 국민의 기본권을 침해할 가능성이 높으므로 엄격한 해석이 필요한 것이 사실이다. 계엄이 선포된 경우라도 계엄법에 의한 특별한 조치와는 별도로 헌법 제37조 제2항에 의해서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리의 목적상 국민의 기본권을 제한할 수 있고 또 평상시보다는 좀 더 강한 제한이 가능하다고 볼 수 있기 때문에 계엄법상의 '특별한 조치'가 헌법 제37조 제2항의 범위 안에서 허용될 수 있는 정도의 제한을 넘지 않는다면 계엄법 제9조 제1항의 거주이전의 자유 부분을 위헌이라고 할 수는 없다고 생각된다. 하지만 계엄사령관의 특별조치권의 대상이 될 경우 그것의 합헌성 또는 합법성의 심사에서 매우 완화된 심사를 하게 될 것이라는 점에서 헌법에 명시적 근거가 없이 거주·이전의 자유를 계엄법에서 특별조치권의 대상으로 하는 것은 위헌의 소지가 크다고 생각된다.

나. 국회의원의 불체포특권

계엄기간중 국회의원은 현행범인 경우를 제외하고는 체포 또는 구금되지 않는다(계엄법 제13조). 헌법 제44조 제1항에 불체포특권은 국회의 회기중의 특권으로 되어 있으나 계엄시에 불체포특권의 범위는 회기중인지 여부를 묻지 않으므로 비상계엄시 불체포특권의 범위가 확장된다고 할 수 있다. 불합리한 우대라는 근거로 위헌 주장이 가능하나, 비상계엄시 이러한 상황을 빌미로 국회에 대한 탄압이 자행될 수 있으므로 더욱 국회의 자

14) 권영성(주 12), 981; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 948-9; 김도창(주 4), 244; 김기범, "계엄", 고시계 1967년 9월호, 71 등.

15) 김철수(주 2), 1750; 양 건, 헌법강의 I, 법문사, 2007, 255

율성을 존중하고자 하는 의도라고 본다면 반드시 위헌이라고 보기는 어려울 것이다.

다. 동원 및 징발

비상계엄지역 내에서는 법률이 정하는 바에 따라 동원 또는 징발할 수 있으며 작전상 부득이한 경우에는 국민의 재산을 파괴 또는 소훼할 수 있다(계엄법 제9조 제2항, 제3항). 계엄사령관이 국민의 재산을 파괴 또는 소훼하고자 할 때에는 미리 그 사유, 지역, 대상 등 필요한 사항을 당해재산의 소재지를 관할하는 행정기관 및 그 재산의 소유자, 점유자 또는 관리자에게 통보하거나 공고하여야 한다. 이에 따라 발생한 손실에 대해서는 정당한 보상을 하여야 한다(같은 법 제9조의2). 현금보상을 원칙으로 하고 보상청구권은 공고기간 말일로부터 5년간 행사하지 않으면 소멸한다.

2. 행정사무와 사법사무의 관장

비상계엄의 선포와 동시에 계엄사령관은 계엄지역의 모든 행정사무와 사법사무를 관장하며, 행정·사법기관은 계엄사령관의 지휘·감독을 받는다. 경비계엄의 선포시에는 계엄사령관은 계엄지역내에서 군사에 관한 행정사무와 사법사무를 관장한다. 사법사무 전반 또는 군사에 관한 사법사무를 관장한다 해도 이것은 사법행정에 관한 사항에 대한 지휘감독을 말하는 것이지, 법원의 독립을 해치는 지휘감독권까지 부여하는 것이 아님은 당연하다. 계엄이 해제되면 모든 행정·사법사무는 원래대로 회복된다.

3. 군사재판 관할권의 확장

가. 일반국민에 대한 군사재판 관할권의 확장

비상계엄지역 내에서 계엄법에 열거된 죄를 범한 자는 군사법원에 의한 재판을 받는다(헌법 제27조 제2항). 비상계엄하의 군사재판은 군인 군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄와 초병 초소 유독음식물공급 포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있으나 사형을 선고한 경우는 단심제가 배제된다(제110조 제4항).

나. 비상계엄 해제후의 군사재판권의 연장

비상계엄시행중에 군사법원에 계속중인 재판사건의 관할은 비상계엄해제와 동시에 일

반법원에 이관된다. 단 대통령은 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 군사법원의 재판권을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다(계엄법 제12조 제2항).

이 조항에 관하여 위헌설과 합헌설[16]이 대립된다. 이에 관해서는 대법원의 판례[17]가 있다.

이 판례의 다수의견은 합헌이라는 입장이다. "헌법은 비상조치권에 관하여 규정한 제51조에서는 비상조치의 효력상실시기를 명시하면서 계엄에 관하여 규정한 제52조에서는 비상계엄하에서 제한되었던 기본권의 원상회복 시기나 계엄해제의 효력발생시기에 관하여는 아무런 규정을 하지 아니하고 제3항에서 "비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여……법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다"고 규정함으로써 그에 관한 사항은 법률에 위임하고 있어 그 시기는 국민의 기본권을 보장한 헌법정신에 위배되지 않는 범위내에서 합리성이 있다고 수긍되는 한 법률로 규정할 수 있"으므로 군법회의에 계속중인 재판사건의 재판권이 일반법원에 속하게 되는 효력만이 1개월 이내의 기간 안에 단계적으로 발생할 수 있음을 규정한 것은 "국가비상사태가 평상상태로 회복되었음에도 불구하고 국민의 군법회의재판을 받지 않을 권리를 일시적으로 제한한 것임은 분명하지만 그렇다고 하여 그 규정이 국민의 군법회의재판을 받지 않을 권리자체를 박탈하는 것이라거나 그 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수는 없을 뿐만 아니라 비상계엄지역내의 사회질서는 정상을 찾았으나 일반법원이 미쳐 기능회복을 하지 못하여 군법회의에 계속중인 재판사건을 넘겨받아 처리할 수 있는 태세를 갖추지 못하고 있는 경우와 같은 상황에 대처하기 위한 것으로 보여 합목적성이 인정되는 바이므로 헌법의 위임범위를 넘어선 것"이라고 할 수 없다[18]고 한다. 또한 보충의견에서는 "계엄의 선포와 그 해제 및 이에 부수되는 조치 등은 국가통치작용으로서 고도의 정치성이 있는 사항"이므로 "국민의 군사재판을 받지 않을 권리 자체를 박탈하거나 그 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이 아님은 물론, 그 규정의 존재의의도 충분히 인정되는 것이라면 헌법 제26조 제2항(현행헌법 제27조 제2항)의 명문표현과 그 규정형태에 입각한 위헌판단은 마땅히 피하는 것이 합헌해석의 원칙에서 타당하다"[19]고 한다.

이 판례에는 위헌이라는 소수의견이 제시되고 있다. 즉, "비상계엄후에도 군법회의재

16) 김철수(주 2), 1750.

17) 大判 1985.5.28. 81도1045 전원합의체 판결【계엄포고위반】.

18) 大判 1985.5.28. 81도1045 전원합의체 판결【계엄포고위반】.

19) 大判 1985.5.28. 81도1045 전원합의체 판결【계엄포고위반】.

판권을 일정기간 연기할 수 있도록 규정한 것은 위와 같이 헌법상 보장된 군법회의재판을 받지 아니할 국민의 권리를 명백히 침해하는 것"이고, "비상계엄은 헌법 제51조에 규정된 비상조치와 더불어 이른바 국가긴급권에 속하는 것으로 본질적으로 입헌주의를 정지하는 독재적 권력행사이므로 국가적 위기극복을 위하여 필요한 최소 한도내에서 일시적이고 잠정적으로 행사되어야 하"므로 국가긴급권에 관한 엄격해석의 원칙에 서서 헌법 제52조 제3항(현행 헌법 제77조 제3항)의 규정을 보면 이 규정의 취지는 "비상계엄이 선포된 때" 즉, 비상계엄이 선포되어 그 효력이 존속하고 있는 동안에 한하여 법률로서 미리 정한 특별한 조치를 할 수 있다는 뜻이라고 풀이하여야 할 것이므로 비상계엄 선포의 효력이 상실된 위와 같은 특별한 조치를 하거나 이미 한 조치를 연장한다는 것은 위 헌법조항과 정면으로 저촉되는 것"이라고 한다. 다른 반대의견에서는 "다른 기본권에 대해서는 헌법 제35조(현행헌법 제37조)에서 그 제한을 법률에 위임 또는 유보하는 데에 비하여 재판을 받을 권리에 대하여는 헌법 제26조(현행헌법 제27조)에서 제한하는 경우를 한정하고 있는 점을 볼 때 재판을 받을 권리는 법률로서도 제한할 수 없고 따라서 헌법 스스로가 설정하고 있는 경우 외에는 법률로써도 군법회의 재판권을 확대할 수 없다는 취지로 해석"된다는 것이다.(이상 판례의 괄호 부분 현행헌법조항은 필자가 첨가한 것임.)

군사법원의 독립성과 민주성의 결여[20] 및 특히 비상계엄시의 군사법원의 독립성 결여, 비상계엄해제와 함께 사법사무가 회복된다는 원칙에 비추어 대통령이 일반법원이 작동하고 있음에도 굳이 군사법원의 재판을 계속해야 할 필요가 없다는 점에서 군사법원의 재판권을 연장하려 한 것은 국민의 군사법원에 의한 재판을 받지 않을 권리를 침해하는 것이라고 생각한다. 특히 우리 헌법 제27조 제2항에서 규정하고 있듯이 비상계엄시를 비롯하여 평시에도 일반국민에 대한 군사재판의 관할권이 매우 광범위한 것[21]은 전세계적으로 유례를 찾아보기 힘들다는 점을 고려하면 더욱 더 엄격하게 해석되어야 할 것이다.

IV. 계엄의 해제

국가비상사태가 해소되거나 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한

20) 송기춘, "군사재판에 관한 헌법학적 연구", 공법연구 33집 3호(2005) 참조.

21) 송기춘, "평택미군기지이전과 관련한 군사시설보호구역지정의 위법성과 일반국민에 대한 군형법 적용의 문제", 민주법학 31호(2006) 참조.

때에는 대통령은 국무회의의 심의를 거쳐 계엄을 해제하여야 한다(제77조 제5항). 비상상태가 평상상태로 회복되었는지 여부에 관한 판단은 대통령이 하게 되나 무작정 계엄을 해제하지 않는 경우가 예상되므로 이를 배제하기 위한 방안이 필요하다. 국방부장관 또는 행정안전부장관은 비상사태가 평상상태로 회복된 때에는 국무총리를 거쳐 대통령에게 계엄의 해제를 건의할 수 있다(계엄법 제11조 제3항). 계엄과 관련한 헌법 또는 법률 위반에 관하여 탄핵소추를 할 수 있다.

계엄요건에 대한 법원의 심사가 가능한가는 논란이 있다. 대법원의 판례는 사법심사의 대상이 되지 않는다고 한 판례[22]가 주를 이루나 예외적으로 사법심사의 가능성을 언급한 것도 있다. "누구나 일견 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 명백하게 인정될 수 있는 것이라면 몰라도 그렇지 아니한 이상 고도의 정치성을 띠지 아니한 일반행정행위도 공정력이 인정되어 일응 유효한 행위로 취급되거늘 하물며 고도의 정치적·군사적 성격을 갖고 있는 비상계엄선포를 가리켜 당연무효라 할 수 없다"고 하므로 "누구나 일견 헌법이나 법률에 위반되는 것으로 명백하게 인정될 수 있는" 경우[23] 법원에 의한 심사가 가능하다고 할 것이다. 헌법재판소의 통치행위에 관한 판례[24]를 보면 헌법소원심판의 가능성은 열려 있다고 할 수 있다.[25]

V. 입법론

1. 헌법조항의 개정

계엄은 행정사무 또는 사법사무의 수행이 현저히 곤란한 경우에 선포되는 것인데 그 동안의 우리 역사에서는 이를 기화로 행정사무와 사법사무를 군이 장악하고 국민의 기본권을 자의적으로 침해한 경우가 많았다. 계엄제도란 입헌주의에서 불가피한 것이지만 이와

22) 大判 1981.1.23. 80도2756; 1981.2.10. 80도3147; 1981.4.28. 81도874; 1981.5.26. 81도1116; 1981.9.22. 81도1833 판결 등.

23) 大判 1964.7.21. 64초4 결정.

24) 憲裁 1996.2.29. 93헌마186 결정.

25) 김상겸, "계엄법에 관한 연구", 헌법학연구 11권 4호, 2005, 343.

같은 위험을 내포한 것이므로 헌법에 계엄의 남용금지, 계엄시에도 국민의 기본권이 최대한 보장되어야 함과 법원의 독립성 보장 등을 명시하는 것이 좋을 것이다.

또한 계엄선포가 헌법의 요건을 충족하는지를 판단하지도 못한 채 오로지 대통령의 선포에 의하여 효력을 발생하고 국회가 그 해제를 요구할 때까지 효력을 지속하게 하는 것은 계엄이 남용될 가능성을 보여주는 것이다. 따라서 계엄의 선포와 함께 국회의 승인을 얻도록 하고 승인을 얻지 못한 경우 당연히 효력을 상실하도록 하는 것이 좋겠다.

2. 계엄법의 개정

가. 계엄의 남용금지 명시

우리 역사에서 비상계엄 등 계엄의 선포를 통하여 위기를 극복하기도 하였지만, 다른 한편으로는 국민의 기본권보장에 심각한 문제를 초래하기도 하였다. 따라서 계엄은 비상상황 극복을 위한 범위에서 엄격하게 제한적으로 선포되어야 하며 계엄시에도 국민의 기본권을 최대한 보장하여야 함을 명시하는 것이 계엄의 폐해를 줄일 수 있는 방법이라고 생각된다.

나. 계엄사령관의 지휘감독의 범위

계엄법 제8조는 계엄시 계엄사령관의 지휘감독권의 범위를 명확하게 규정하지 아니한 채 계엄지역 안의 행정기관과 사법기관이 그 지휘감독을 받아야 한다고 규정하고 있다. 비록 다른 조문과의 관계에서 그 범위가 비상계엄시에는 사법기관까지, 경비계엄시는 군사에 관한 사법사무와 관련하여서라는 한계를 도출할 수 있지만 계엄이라는 특수한 상황에서 자의적인 해석으로 권한남용의 가능성이 있다. 계엄사령관의 권한의 범위는 제8조의 권한범위 내에서임을 명확히 하고 특히 사법사무의 지휘감독권의 행사로 법원의 독립성을 훼손해서는 안 된다는 점을 명확히 확인하는 규정을 둘 필요가 있다.

다. 계엄사령관의 특별조치권

계엄법 제9조의 특별조치권의 대상으로 규정된 거주·이전의 자유는 헌법에 명시적 근거가 없으므로 계엄사령관의 특별조치권의 대상에서 배제하여야 한다. 그러나 거주·이전의 자유에 대한 제한은 계엄시에 불가피하므로 그 제한에 관해서는 특별조치권과 별도의 규정을 둠으로써 그 제한에 신중을 기하도록 하는 것이 좋을 것이다.

라. 군사법원의 재판관할권

비상계엄시는 사법사무의 수행이 현저히 곤란한 경우이므로 군사법원의 관할권을 확장하는 것은 근거가 있다(계엄법 제10조). 그러나 그 관할대상을 한정하는 것은 사법기관의 기능이 수행되고 있는 경우이므로 군사법원의 관할대상은 임의적인 것이 아니라 군사법원에서 재판을 하는 것이 합리적인 경우에 한정되어야 할 것이다. 따라서 국가 및 사회적 법익에 관한 죄와 군사 관련 범죄에 한정하는 것이 타당하다.

마. 군사법원의 재판권 연장

비상계엄의 해제에도 불구하고 대통령이 필요하다고 인정할 경우 군사재판권을 1개월 이내에 한하여 연장할 수 있다고 하나, 비상계엄의 해제란 이미 사법사무가 정상으로 복귀되었다는 판단에 따른 것이므로 사법사무의 수행이 현저히 곤란한 비상시의 예외적인 군사법원의 관할권을 본래대로 일반 법원으로 이전되는 것이 당연하다. 따라서 계엄법 제12조 제2항 단서규정은 삭제하는 것이 마땅하다.

VI. 관련문헌

김도창, 국가긴급권론, 청운사, 1968.
김철수, 헌법학(하). 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
양 건, 헌법강의 I, 법문사, 2007.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.
강승식, “외교·국방영역에서의 행정부의 권한”, 헌법학연구 12권 5호(2006).
계희열, “서독의 국가긴급사태법”, 고려대 법학논집 23집(1985).
김기범, “계엄”, 고시계 1967년 9월호.
김상겸, “계엄법에 관한 연구”, 헌법학연구 11권 4호(2005. 12).

박종보·방승주·이인호, 계엄법 개정방안 연구, 합동참모본부, 2005. 11.
성낙인, “프랑스 제5공화국헌법과 유신헌법상 대통령의 국가긴급권에 관한 비교연구”, 공법연구 28집 4호(2)(2006. 6).
이계수, “한국의 군사법과 치안법:군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도”, 공법연구 31집 4호(2003).
조한상, “현행 헌법상 국가긴급권의 개선방향에 관한 고찰”, 헌법학연구 13권 2호(2007. 6).

헌법 제78조

정극원



第78條

大統領은 憲法과 法律이 정하는 바에 의하여 公務員을 任免한다.

I. 기본개념과 입헌취지

공무원[1]이란 직접 또는 간접으로 국민에 의하여 선출되거나 임용권자에 의하여 임용되어 국가 또는 공공단체와 공법상의 특별한 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 자를 말한다. 헌법 제78조에는 "대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다."라고 규정하여 공무원관계를 발생, 변경, 소멸시킬 수 있는 공무원임면권을 대통령에 부여하고 있다. 임면은 단순한 임명과 면직은 물론 보직·전직·휴직·징계처분 등

1) 공무원은 국가에 의하여 임용되고 국가기관에서 근무하며 국가로부터 보수를 받고 국가공무원법의 적용을 받는 국가공무원과, 지방자치단체에 의하여 임용되고 지방자치단체로부터 보수를 받고 지방공무원법의 적용을 받는 지방공무원으로 나누어진다. 공무원은 또한 그 임용자격·신분보장·전문성·정치성 등을 기준으로 하여, 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 분류된다. 실적과 자격에 의하여 임용되고 그 신분이 보장되며 평생토록 공무원으로 근무할 것이 예정되어 있는 경력직공무원은 다시 일반직공무원·특정직공무원(법관·검사·군인·경찰공무원 등)·기능직공무원으로 나누어진다. 그리고 특수경력직공무원은 정무직공무원·별정직공무원·계약직공무원·고용직공무원 등으로 세분된다. 또한 직무의 곤란성과 책임도가 높은 중앙행정기관의 실·국장 및 이에 상당하는 직위에 임용되어 재직중이거나 파견·휴직 등으로 인사관리되고 있는 일반직공무원·별정직공무원 및 계약직공무원과 다른 법률에서 정하는 특정직공무원을 고위공무원단으로 통합하고, 중앙인사위원회는 고위공무원단에 속하는 공무원이 갖추어야 할 능력과 자질을 설정하고 이를 기준으로 고위공무원단 직위에 임용하고자 하는 자를 평가하여 신규채용·승진임용 등 인사관리에 활용할 수 있도록 하고 있다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 228-231.

이 포함되는 넓은 개념이다. 임명이란 공무원의 신분을 부여하여 공무원관계를 발생시키는 행위를 말하는데, 임명행위, 선거, 법률의 규정, 채용계약의 형식에 의하여 행해진다. 면직이란 임용권자의 결정에 의하여 공무원의 지위를 박탈하는 것을 말한다. 면직에는 의원면직과 일방적 면직이 있다. 의원면직이란 공무원 자신의 사직의사표시에 의거하여 임용권자가 당해 공무원의 공무원관계를 소멸시키는 처분을 말한다. 권고사직, 명예퇴직은 의원면직에 속한다. 의원면직은 사직원의 제출과 임용권자의 제출된 사직원의 수리에 의해 행해지는 쌍방적 행정행위이다.[2] 일방적 면직이란 공무원 본인의 의사와 관계없이 임용권자가 일방적인 의사결정에 의하여 공무원관계를 소멸시키는 처분을 말한다. 이를 흔히 강제면직이라고도 한다. 일방적 면직에는 징계면직과 직권면직이 있다. 징계면직이란 공무원의 공무원법상의 의무위반에 대한 징계로서 내려지는 파면과 해임을 말한다. 파면과 해임은 모두 공무원의 신분을 박탈하는 징계처분인 점에서는 동일하지만 공직에의 취임제한, 퇴직급여 및 퇴직수당급여의 제한 등 그 부수적인 효과가 다르다.[3] 직권면직이란 법령으로 정해진 일정한 사유가 있는 경우에 본인의 의사와 관계없이 임용권자가 직권으로 공무원의 신분을 박탈하는 것을 내용으로 하는 처분을 말한다.[4] 공무원법상에는 직권면직의 사유를 명시하고 있다.[5]

대통령에게 공무원임면권을 부여하는 것은 헌법 제66조 제4항에 "행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다."라는 규정에서 나오는 행정부의 조직권자로서의 권한을 행사할 수 있게 하기 위함이다.

2) 사직원의 제출만으로 공무원관계가 소멸되는 것은 아니며 임용권자의 면직행위가 있을 때까지 공무원관계는 존속한다. 따라서 사직원을 제출한 공무원도 사직원이 수리될 때까지는 출근하여 직무를 수행하는 등에 따른 책임을 져야한다. 大判 1991.11.22. 91누3666.

3) 즉, 파면의 경우에는 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 경우 공무원에 임용될 수 없고, 퇴직급여 및 급여수당이 감액되는데 반하여 해임의 경우에는 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 경우 공무원에 임용될 수 없지만 퇴직급여의 감액이 없다.

4) 직권면직은 징계면직과 달리 징계처분이 아니다.

5) 국가공무원법 제70조 제1항에 의한 직권면직사유는 다음과 같다 : ① 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과언이 되었을 때, ② 휴직기간의 만료 또는 휴직사유가 소멸된 후에도 직무에 복귀하지 아니하거나 직무를 감당할 수 없을 때, ③ 제73조의3 제3항의 규정에 의하여 대기명령을 받은 자가 그 기간 중 능력 또는 근무성적의 향상을 기대하기 어렵다고 인정된 때, ④전직시험에서 3회 이상 불합격한 자로서 직무수행능력이 부족하다고 인정된 때, ⑤ 징병검사·입영 또는 소집의 명령을 받고 정당한 이유 없이 이를 기피하거나 군복무를 위하여 휴직 중에 있는 자가 재영 중 군무를 이탈하였을 때, ⑥ 당해 직급에서 직무를 수행하는데 필요한 자격증의 효력이 상실되거나 면허가 취소되어 담당 직무를 수행할 수 없게 된 때.

II. 연 혁

대통령의 공무원임면권에 대한 최초의 규정은 제헌헌법 제62조의 "대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다."라는 규정이었다. 이를 제3차 개정헌법(1960. 6. 15.) 제62조에 "대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면을 확인한다."라고 규정하여 직접 임면권을 행사하는 것이 아니라 확인하는 것으로 개정하였다. 제3공화국 헌법(1962. 12. 26.) 제76조에는 "대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임명한다."라고 규정하여 임면을 다시 임명으로 개정하였다. 현행헌법 제78조에는 "대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다."라고 규정하여 그 의미에 다툼의 여지가 있는 임명을 다시 임면으로 개정하여서 제헌헌법에서의 문구를 그대로 사용하고 있다. 공무원임면권이란 단순히 「임명」에 그치는 것이 아니라, 「파면」 할 수 있는 권리도 포함되는 것이므로 현행헌법에서는 이를 명확히 하기 위하여 「임명한다」에서 「임면한다」로 규정하게 된 것이다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

독일 기본법에서의 공무원에 대한 규정은 제33조 제4항과 제5항이다. 공무원이란 공법상의 근무관계와 충성관계에 있는 자로 법규정에 따라 권한 있는 기관에 의하여 임명된 자를 말하는데, 이에 대하여서는 독일 기본법 제33조 제4항에는 "고권적 권한의 행사는 보통 공법상 근무관계와 충성관계에 있는 공무원에게 계속적 과제로서 위임된다."라고 규정하고 있으며, 제33조 제5항에는 "공무원법은 직업공무원제의 전통적인 제원칙을 고려하여 규정하여야 한다."라고 하고 있다. 제33조 제4항이 공무원관계에 관한 규정이라면, 제33조 제5항은 직업공무원제에 관한 규정이라 할 것이다. 공무원은 연방정부, 주정부, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 종사하는 자를 말한다. 독일에서는 공무원과 공공부문근로자를 구별하고 있다. 즉 연방정부, 주정부, 지방정부 및 공법상의 단체, 영조물, 재단에 의하여 고용된 경우에도 '주권업무' 또는 '국가 또는 공공생활의 안전을 위하여 사법상의 고용관계에 있는 자에게 전속적으로 위임될 수 없는 업무'를 수행하는 자만이 공무원으로 임용되고, 이를 제외한 업무를 수행하는 경우에는 공무원이 아닌

공공부문근로자로 임용된다.[6] 기본법 제33조 제4항에 따라 고권적 권한의 행사가 지속적인 과제로서 일반적으로 공법상의 근무관계 및 충성관계에 있는 공무원에게 맡겨져야 한다면 그와 더불어 공무원관계의 헌법적 기초가 마련되게 된다. 고권적 권한을 행사해야 하는 자에게 하나의 직무, 즉 그가 책임을 지고 수행해야 하는, 그 적정한 이행에 특별한 자격 특히 전문지식과 객관성이 전제되며 그의 특별한 지위가 근거 지워지고 정당화되는 임무가 위임된다.[7] 공무원은 민주주의에서 더 이상 존재하지 않는 군주에 봉사하는 것이 아니라, 자신의 직무위임에 의하여 범위가 획정되고 이 범위 내에서 자신의 의무 및 권리의 한도를 확정하고 있는 객관적 목적에 봉사하여야 한다. 공무원은 그러한 직무위임의 수행에 임하는 한 '한 정당의 봉사자'[8]가 아니다. 공무원의 지위의 구체적 형성은 기본법 제33조 제5항에 따라 직업공무원제도의 전통적 원칙을 고려하여 정해져야 한다.[9] 기본법은 전통적인 여러 원칙, 특히 공무원의 직무의 적정한 수행의 전제로서 전문적 예비교육, 종신고용, 전임활동 및 충분한 경제적 보장의 원칙을 보장하고 있다.[10] 연방헌법재판소는 제33조 제5항의 존재근거를 직업공무원제도의 유지와 그 기능의 확보라고 하는 장점에서 보고 있다.[11] 직업공무원제도의 전통적인 원칙에 있어서 중요한 것은 "일반적으로 혹은 압도적으로 전통을 형성할 정도로 오랜 기간 동안 적어도 바이마르 헌법 하에서 구속력이 있는 것으로 인정되었던 구조원리 중의 핵심부분"이라 할 것이다.[12] 기본법 제33조 제5항은 공무원 개인의 법적 지위의 보장에 기여하는,[13] 국가에 대한 개인적 기본권의 근거가 된다.

6) 그러나 배상법상의 공무원개념은 수행하는 직무가 공무라는 점에 주안점이 있는 것이므로 공무원법상의 공무원뿐만 아니라 공무상의 사무직 근로자나 노무직 근로자도 포함하고 있다. 한국법제연구원, 독일법령용어집, 2008, 106.

7) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. Aufl. 1999, S. 539.

8) 즉 바이마르 헌법 제130조 제1항 "공무원은 전단체의 봉사자이며 한 정당의 봉사자가 아니다."라고 규정하고 있다.

9) 이 점에 대하여는 연방공무원에 관한 1977년 1월 3일 개정된 연방공무원법(BGBI. I S. 21)을 참조. 양자는 모두 후에 개정되었다.

10) 전통적인 원칙으로서의 정치적 충성의무에 대하여는 : BVerfGE 39, 334(346ff.).

11) BVerfGE 3, 58(137); 8, 1(12, 16); 8, 332(343); 15, 167(195f.); 56, 146(162).

12) BVerfGE 8, 332(343); 15, 167(195f.); 25, 142(148f.); BVerfGE 64, 323(351) 참조.

13) BVerfGE 8, 1(17); 12, 81(87); 43, 154(167); 44, 249(262ff.).

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제78조의 대통령의 공무원임면권은 제도적 보장이라는 점에서 제7조 제2항의 직업공무원제도와 관련성을 가지며, 또한 그 임명이라는 점에서는 제86조 제1항의 국무총리의 임명, 제87조 제1항의 국무위원의 임명, 제94조의 행정각부의 장의 임명, 제98조 제2항의 대법원장·대법관·법관의 임명, 제111조 제2항·제3항·제4항의 헌법재판소장·재판관의 임명, 제114조 제2항의 중앙선거관리위원회위원의 임명과 관련성을 가지고 있다. 헌법 제7조 제2항에는 "공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다."라고 규정하여 직업공무원제를 보장하고 있다. 따라서 대통령의 공무원임면권은 직업공무원제도의 보장이라는 기본원칙에 위배되어서는 아니 된다. 그 임명행위라는 점에서 본다면 헌법상의 규정에 의한 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 대법원장·대법관·법관, 헌법재판소장·재판관, 중앙선거관리위원회위원의 임명 등은 대통령의 임명에 해당되지만 대통령의 임명 후에 국회의 동의를 받아야 한다는 점에서, 헌법 제75조에 의한 공무원임면권이 그 임면에 있어서 사전에 절차를 거쳐야 하는 대통령의 공무원임면권과는 구별된다. 즉 공무원임면권은 대통령에 있지만, 그 방식에 있어서 3급 이상이 공무원의 채용, 승진에 있어서는 중앙인사위원회의 심의·의결을 거쳐야 하는 경우,[14] 국무총리를 경유하여 임면하여야 하는 경우,[15] 행정각부의 장이 임용하는 경우,[16] 또는 소속기관의 장에게 위임하여 행사하고 있는 경우[17]에서처럼 사전의 절차와 동의를 거쳐야 한다는 점에서 구별된다.

14) 이에 대한 참조는 임종휘, "대통령의 공무원임명에 대한 입법적 제약의 헌법적 한계", 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑 김철수교수 정년기념논문집, 1998, 811-834; 성낙인, "대통령의 공무원임명에 대한 국회의 통제(연습)", 고시계 1996년 9월호, 146-156; 이헌환, "대통령의 공무원임면권과 그 한계(사례연구)", 고시계 2000년 8월호, 101-109.

15) 현행 국가공무원법은 행정기관소속 5급 이상 공무원 및 고위공무원단에 속하는 일반직공무원은 소속장관의 제청으로 중앙인사위원회와 협의를 거쳐 국무총리를 경유하여 대통령이 임면하도록 하고 있다.

16) 즉 6급 이하 공무원에 대하여는 그 소속된 부의 장관이 일체의 임용권을 가진다.

17) 그리고 소속장관은 그 임용권의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 소속기관의 장에게 위임된 경우에는 소속기관장이 행사하게 된다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 대통령의 공무원임면권의 제약

대통령의 공무원면권의 행사는 헌법과 법률이 정하는 바에 의한다. 즉 행정기관소속 5급 이상의 공무원은 소속장관의 제청으로 중앙인사위원회와 협의를 거쳐 국무총리를 경유하여 대통령이 임용하고, 기타 6급 이하의 공무원은 그 소속장관이 임용한다. 그러나 대통령이 공무원을 임면함에 있어서 재량행위가 아니라 법률에 따라 그 임명에 있어서의 제약은 물론 그 면직에 대하여서도 일정한 제약이 있게 된다.[18] 우선 임명에 대한 제약으로서는, 첫째, 선거직 공무원은 대통령의 임명대상이 아니다. 다만 국회에서 선출한 헌법재판소 재판관은 예외적으로 대통령이 임명한다. 그리고 국회에서 선출한 3인 및 대법원장이 지명한 3인의 헌법재판소 재판관의 임명권은 형식적 권한에 불과하다. 둘째, 임명자격이 정해진 공무원은 일정한 임명자격요건을 갖춘 자 중에서 임명하여야 한다. 예컨대 법관이나 교육공무원 등은 일정한 자격요건이 법상 정해져 있다. 셋째, 일정한 고위공무원의 임명에는 국무회의의 필수적 심의를 거쳐야 한다: 검찰총장·합동참모의장·각군참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체관리자의 임명이 그러하다. 넷째, 중요헌법기관구성원의 임명에는 국회의 인사청문회를 거친 후 동의를 얻어야 한다: 대법원장, 대법관, 헌법재판소장, 국무총리, 감사원장의 임명의 경우가 그렇다. 다섯째, 임명에 있어서 일정한 기관의 제청을 요하는 공무원의 경우에는 그 제청이 있어야만 대통령은 임명할 수 있다: 대법관, 국무위원, 행정각부의 장, 감사위원의 경우가 이에 해당한다. 여섯째, 그 밖에도 국회법 등에서 정한 중요공직자의 임명에는 국회의 인사청문회를 거쳐야 한다. 다음으로 면직에 대한 제약으로서는, 첫째, 일반직 공무원이나 신분이 보장되는 별정직 공무원은 적법절차에 의한 법정면직사유(탄핵·형벌·징계 등)가 없는 한 파면시킬 수 없다. 둘째, 국회가 해임건의를 한 국무총리나 국무위원은 특별한 사유가 없는 한 해임하여야 한다. 셋째, 헌법재판소의 탄핵결정을 받은 공무원에 대하여, 대통령은 사면에 의하여 복직시킬 수 없다.

18) 이하는 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1013 이하를 기초로 하여서 정리하였다.

2. 판 례

헌법재판소는 공무원관계와 직업공무원제에 대하여 결정을 내리고 있다. 헌법재판소는 "공무원이란 직접 또는 간접적으로 국민에 의하여 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하고 있는 사람들을 의미하며, 공무원도 각종 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자적인 성격을 지니고 있다. 다만 공무원은 임용주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고, 그가 담당하는 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 특히 그 직무를 수행함에 있어서 공공성·공정성·성실성 및 중립성 등이 요구되기 때문에 일반근로자와는 달리 특별한 근무관계에 있는 사람이다."라고 일반근로자와는 다른 특별한 근무관계에 있는 자로 정의하고 있다.[19] 나아가 직업공무원제에 대해서도 "직업공무원제도 하에서 입법자는 이사건 규정의 직권면직을 통해 행정의 효율성 이념을 달성하고자 할 경우에도 직업공무원제도에 따른 공무원의 권익보호가 손상되지 않도록 조화로운 입법을 하여야 하는데, 직제가 폐지되면 해당 공무원은 그 신분을 잃게 되므로 직제폐지를 이유로 공무원을 직권면직 할 때는 합리적인 근거를 요하며, 직권면직이 시행되는 과정에서 합리성과 공정성이 담보될 수 있는 절차적 장치가 요구된다. 직제가 폐지된 경우 직권면직을 할 수 있도록 규정하고 있는 지방공무원법 제62조 제1항 제3호는 직업공무원제도를 위반하고 있다고 볼 수 없다."라고 판시하고 있다.[20] 대법원의 판례는 임용에 있어서 결격사유가 있는 자를 임명하는 행위의 효력에 관하여 "공무원임용결격사유가 있는지의 여부는 채용후보자 명부에 등록한 때가 아닌 공무원관계가 설정되는 임용 당시에 시행되던 법률을 기준으로 하여 판단하여야 하며, 임용 당시 공무원임용 결격사유가 있었다면 비록 국가의 과실에 의하여 임용 결격자임을 밝혀내지 못하였다 하더라도 그 임용행위는 당연 무효로 보아야 한다."라고 판시하고 있다.[21] 헌법재판소도 "공무원에게 가해지는 신분상의 불이익과 보호하려는 공익을 비교할 때 금고이상의 형의 집행유예 판결을 받은 것을 공무원의 당연퇴직사유로 규정한 법률조항이 입법자의 재량을 일탈하여 공무담임권, 평등권 등을

19) 憲裁 1992.4.28. 90헌바27 등(병합), 헌판집 4, 255[264].

20) 憲裁 2004.11.25. 2002헌바8.

21) 大判 1987.4.14. 86누459; 1996.2.27. 95누9617.

침해하는 위헌의 법률조항이라고 볼 수는 없다."라고 판시하고 있다.[22] 헌법재판소와 대법원의 판례에 비추어 보면, 직업공무원제는 보장되어야 하는 것이지만, 결격사유가 있는 공무원에 대해서는 그 신분을 보장하지 않고 있다. 따라서 대통령의 공무원임면권은 그러한 한도 내에서 행사되어야 하는 것이다. 그러므로 대통령은 공무원임용에 있어서 결격사유에 해당하는 자를 임용할 수 없는 것이다.[23] 결격사유에 해당하는 자를 임용하는 것은 행정부조직권자로서의 대통령의 정당한 권한의 행사가 될 수 없을 뿐더러 당연무효가 되는 것이다.

VI. 관련문헌

1. 국내문헌

가. 단행본

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

박균성, 행정법강의, 박영사, 2007.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

한국법제연구원, 독일법령용어집, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.

22) 憲裁 2003.12.18. 2003헌마409.

23) 다음의 결격사유 중 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임명될 수 없다(국가공무원법 제33조) : ① 금치산자 또는 한정치산자, ② 파산자로서 복권되지 아니한 자, ③ 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자, ④ 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자, ⑤ 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에 그 선고유예기간 중에 있는 자 ⑥ 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 자, ⑦ 징계에 의하여 파면의 처분을 받은 때로부터 5년을 경과하지 아니한 자, ⑧ 징계에 의하여 해임의 처분을 받은 때로부터 3년을 경과하지 아니한 자.

나. 논문

성낙인, “대통령의 공무원임명에 대한 국회의 통제”, 고시계 1996년 9월호.

이헌환, “대통령의 공무원임면권과 그 한계”, 고시계 2000년 8월호.

임종휘, “대통령의 공무원임명에 대한 입법적 제약의 헌법적 한계”, 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑 김철수교수 정년기념논문집, 박영사, 1998.

2. 외국문헌

Hesse, Konrad, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20. Aufl.), C. F. Muller, Heidelberg, 1999.

헌법 제79조

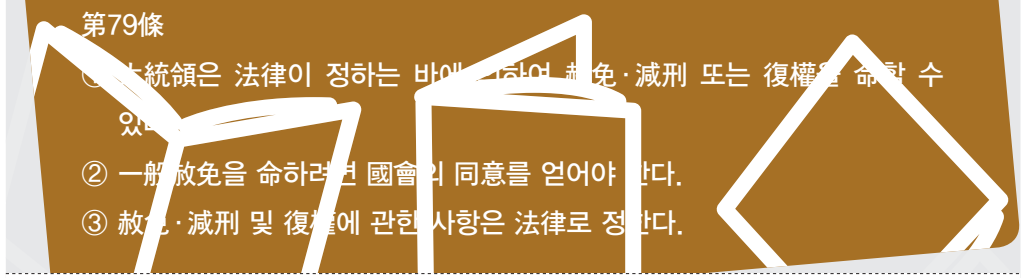
송기춘

第79條

① 大統領은 法律이 정하는 바에 의하여 赦免·減刑 또는 復權을 命할 수 있다.

② 一般赦免을 命하려면 國會의 同意를 얻어야 한다.

③ 赦免·減刑 및 復權에 관한 사항은 法律로 정한다.



I. 의 의

사면은 좁게는 형선고 효과의 전부 또는 일부를 소멸시키거나, 형의 선고를 받지 않은 자에 대하여 공소권을 소멸시키거나 형집행을 면제시키는 국가원수의 행위를 말한다. 감형은 형의 선고를 받은 자에 대하여 선고받은 형을 경감하거나 형의 집행을 경감시켜주는 국가원수의 행위를 말하며, 복권은 죄를 범하여 형의 선고를 받은 자가 그 형의 선고의 부수적 효력으로서 다른 법령에 의하여 자격이 상실 또는 정지된 경우에 그 상실 또는 정지된 자격을 회복시켜주는 것[1]을 말한다. 연혁적으로 사면[2]이 감형과 복권 등을 포함하여 논의되었으며, 그 본질도 차이가 없다는 점에서 사면을 넓게 감형과 복권까지 포함시

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1013.

2) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 962에서는 대통령의 사면권, 감형권 및 복권권을 포괄하여 은사권이라고 부르고 있으나 이래에서 논의하는 바와 같이 사면 등이 대통령의 은전이나 은혜에 의한 행위가 아니므로 적절하지 않은 용어이다.

켜 이해하기도 한다.[3]

II. 사면권의 헌법적 정당성

역사적으로 사면은 군주시대의 국왕의 은사제도에 뿌리를 두고 있다. 따라서 국민주권주의에 바탕을 둔 헌법에서 이 제도가 어떻게 정당화될 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 특히 사면권의 행사에서 권력자의 자기면책 또는 세력확장의 도구로 사용될 수 있다는 점, 법규범의 엄정한 집행을 저해하고 국민의 법의식을 약화시킬 위험이 있다는 점 등의 비판[4]이 있다. 사면권의 본질에 관한 논의는 우리 헌법의 기본원리인 국민주권주의, 법치주의 등에 바탕을 두어야 한다.

1. 권력자의 은혜에 의한 행위가 아니다

국민주권의 원리에서 보면 사면권은 궁극적으로는 국민으로부터 대통령에게 부여된 권한으로서 법이념의 구현을 위한 법적 제도이며 권력을 장악한 자가 임의로 베푸는 은혜의 행위 또는 은사가 아니다.[5] 따라서 군주의 우월성을 확인하기 위한 것과 같은 대통령의 취임을 기념하기 위한 사면, 천재지변이나 민심을 수습하기 위한 사면 등은 헌법상 정당화되기 어렵다. 현대 국가는 세속국가라는 점에서, 종교적 이유로 인한 사면이나 종교적 의미의 사면 역시 허용될 수 없다.

2. 법체계의 불완전성의 시정을 위한 장치

사면제도는 완벽한 법은 존재하지 않고 크건 작건 문제점이 있다는 것, 법률이 목표하

3) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1733; 권영성(주 1), 1011; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1007 등은 광의의 사면권에 감형 및 복권에 관한 권한을 포함시키나 허 영(주 2), 962-3은 사면권을 감형권 및 복권권과 구별하고 이를 은사권으로 포괄하고 있다.

4) 송기춘, "헌법상 사면권의 본질과 한계", 공법연구 30권 5호(2002), 210 이하 참조.

5) Biddle v. Perovich, 274 U.S. 480, at 486(1927).

는 이념과 윤리, 종교, 정치 등이 목표하는 이념이 각각 다르고 각 법률간에도 그 이념이 다르기 때문에 이러한 갈등의 조정장치가 필요하다는 데서도 그 근거를 찾을 수 있을 것이다. 또한 법현실의 변화, 법적 평가의 변화 등에 따라 법은 현실적응적으로 변화하여 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하여야 함에도 불구하고 입법부의 게으름 또는 입법절차의 지연으로 법이 현실적응력을 잃고 있는 경우에 재판의 흠결 또는 오류를 시정하기 위한 기능을 함으로써 법 내부의 문제를 시정하는 장치라고도 할 수 있다. 이 점에서 보면, "사면 없는 법은 불법(Recht ohne Gnade ist Unrecht)"라든가 "사면은 법에 조력하(Gnade steht beim Rechte)"는 것이며, '특별한 성질을 가지는 正法에의 수단(ein besonders geartetes Mittel zu richtigem Rechte)'[6]이며 '법의 안전판(Sicherheitsventil des Rechts)'[7]이라고 할 수 있을 것이다. 법체계가 불완전한 한, 정의를 추구하는 법체계에는 사면이 필요하다.

III. 사면권의 내용

1. 특별사면

특별사면은 이미 형의 선고를 받은 특정인에 대하여 형의 집행을 면제하는 것을 말한다. 검찰총장은 직권, 형의 집행을 지휘한 검찰청검찰관의 보고 또는 수형자가 재감하는 교도소장의 보고에 의하여 법무부장관에게 특별사면 또는 특정한 자에 대한 감형의 상신을 할 것을 신청할 수 있다(사면법 제11조). 법무부장관이 대통령에게 특별사면을 상신할 때는 사면심사위원회의 심사를 거쳐야 하며(같은 법 제10조), 대통령의 명(命)으로써 한다. 특별사면으로 형의 집행이 면제되나, 형의 선고에 의하여 이미 발생한 효과는 변경되지 아니한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 이후 형의 선고의 효력을 상실하게 할 수 있다(같은 법 제5조 제2항).

6) R. Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte, 131.

7) R. v. Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 1, Leipzig : Breitkopf, 1923, 33.

2. 일반사면

일반사면이란 범죄의 종류를 지정하여 이에 해당하는 모든 범죄인에 대하여 형의 선고의 효과를 전부 또는 일부 소멸시키거나 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여 공소권을 소멸시키는 것을 말한다. 일반사면은 법률조항의 효과를 변경시키는 효력을 가지므로 국회의 동의를 요한다. 특별한 규정이 없는 한 일반사면으로 형의 선고는 효력을 상실하고, 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여는 공소권이 상실된다. 일반사면은 대통령령으로써 하며 국무회의의 심의를 거쳐 국회의 동의를 얻어야 한다(헌법 제89조 제9호, 제79조 제2항). 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 일반사면은 형의 선고의 효력이 상실되며 형의 선고를 받지 않은 자에 대하여는 공소권이 상실된다(사면법 제5조 제1조 제1호). 형의 선고로 인한 기성의 효과는 일반사면으로 변경되지 아니한다(같은 법 제5조 제2항).

3. 감 형

감형에는 죄 또는 형의 종류를 정하여 일반적으로 행하는 일반에 대한 감형과 특정한 자에 대하여 행하는 특별감형이 있다. 일반감형은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로 한다. 일반에 대한 감형은 특별한 규정이 없는 경우에는 형을 변경한다(사면법 제5조 제1항 제3호). 특별감형은 법무부장관의 상신으로 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 명으로써 한다. 특정한 자에 대한 감형은 형의 집행을 경감한다. 단, 특별한 사정이 있을 때에는 형을 변경할 수 있다(같은 법 제5조 제1항 제4호). 감형으로 형의 선고에 의해 이미 발생한 효과가 변경되는 것은 아니다(같은 법 제5조 제2항).

4. 복 권

복권에는 죄 또는 형의 종류를 정하여 일반적으로 행하는 일반복권과 특정한 자에 대하여 행하는 특별복권이 있다. 검찰총장은 직권, 형의 집행을 지휘한 검찰청의 검찰관의 보고 또는 사건 본인의 출원에 의하여 법무부장관에게 특정한 자에 대한 복권의 상신을 할 것을 신청할 수 있다(사면법 제15조 제1항). 일반복권은 대통령령으로, 특별복권은 법무부장관의 상신에 따라 대통령이 명으로써 한다. 모두 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 복권의 효과는 장래효만을 가지며 형의 선고시로 소급하지 않는다. 복권은 형의 집행을 종료하

지 않은 자 또는 집행의 면제를 받지 않은 자에 대하여는 행하지 않는다(같은 법 제6조).

IV. 사면권행사의 한계

대통령의 사면·감형·복권에 관한 권한은 사법부의 작용에 대한 본질적인 관여 내지 침해 또는 법치국가적 절차의 의미를 손상시킨다는 문제[8] 또는 위험이 있다. 사면권의 본질을 고려하여 사면권행사의 목적, 대상, 절차, 정도, 효과상의 한계로 나눠서 서술하고자 한다.

1. 사면권 행사의 목적상의 한계

첫째, 사면권의 행사는 "국민의 자유와 복리의 증진(헌법 제69조)" 등 국가 또는 국민 전체의 이익이라는 차원에서 행사되어야 한다. 대통령 자신과 관련된 이해집단 또는 그 구성원에 대한 사면 등은 목적상의 한계를 넘는 것이다. 새로운 질서의 수립과 함께 과거 질서에서 부정적으로 평가를 받았던 이들을 새로운 질서의 관점에서 재평가한다는 점과 민주화과정에서 처벌받은 반민주세력을 자발적인 관용의 정신에 따라 민주질서에 편입시키기 위한 정치적 판단에서 사면이 행해질 수도 있다. 그러나 이러한 사면은 사면의 주체가 되는 민주질서가 확고히 자리잡을 것을 요하며 사면이 단순히 죄의 면제가 아니라 공동체의 평화를 위한 목적에 충실하게 행해져야 할 것이다.[9] 전쟁 후의 화해를 위하여 사면권을 행사하는 것[10]도 이러한 목적에서이다.

둘째, 사면제도는 법 내부의 문제, 즉 법의 획일성, 재판의 흠결이나 오판 등을 시정하기 위한 장치이며, 범죄자의 충분한 반성이 있는 경우 사회복귀를 통하여 기본권을 보장하기 위한 제도이므로 이러한 목적을 넘어선 것은 인정되지 않는다. 법률의 위헌성이 법적 절차를 통하여 시정되지 않는 경우(예를 들어 사형), 보충성이 충족되면 그 위헌성을

8) 장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005, 322.

9) 이국운, "민주화와 사면", (서울대학교)법학연구 4권(1997), 100.

10) 알렉산더 해밀튼·제임스 매디슨·존 제이/김동영 역, 페더랄리스트 페이퍼, 한울, 1995, 74번(주 69), 440-441. P. B. Kurland, Pardoning Power, Encyclopedia of the American Constitution Vol. 4(2nd ed.), New York : MacMillan Reference USA, 2000, 1878.

시정하기 위한 사면 역시 가능하다고 본다.

셋째, 사면제도는 법적 정의와 법 외적 가치 사이의 긴장관계를 조정하는 제도이지만, 이는 법적 정의를 훼손하면서까지 이뤄져서는 안 된다.

2. 사면권 행사의 대상의 한계

가. 일반사면 또는 일반사면성 특별사면[11)]

사면제도는 "공공복리를 자애롭게 분배하는 주권자는 사면권을 행사함으로써 법률을 암묵적으로 부인하는 셈이"되는 것이며, "군주가 사면을 행함으로써 공공의 안전을 일개인에게 부여하고 깨이지 못한 의식을 가지고 자비심을 베푸는 사적 행위가 실은 불벌이라는 공적 칙령을 만들어내는 결과"[12)]가 되므로 사면은 법규범의 엄정성의 유지에 해를 가해서는 안 된다.

특히 일반사면의 경우는 특정한 법률을 사실상 폐지 또는 개정하는 것이나 다름이 없기 때문에 입법부의 입법권을 침해하는 것은 아닌지 의문이 있다. 헌법상 일반사면에 관한 명문규정이 있기 때문에 일반사면이 위헌이라고 보기에 다소 어려움은 있지만, 일반사면을 허용한다 하여도 헌법상의 권력분립의 원리에 따라 입법권은 국회에 속하기 때문에 대통령의 일반사면은 '필요한' '최소한'에 그쳐야 할 것이다. 더 나아가 헌법개정을 통하여 일반사면은 폐지하는 것이 좋다고 본다. 왜냐하면 일반사면은 사실상의 입법권의 행사이며 따라서 법률의 형식에 의하는 것이 타당[13)]하기 때문이다. 독일, 프랑스의 경우 대통령의 사면권은 개별적 사례에 대한 특별사면[14)]이며, 우리와 같은 일반사면은 헌법에 규정되어 있지 않다.

정기적인 특별사면이나 사실상 일반사면의 효과를 가지는 대규모 사면은 이러한 문제가 나타난다.

11) 오영근, "사면에 관한 비교법적 연구", 교정연구 13호(2001), 227.

12) 체자레 베까리아/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995, 106-107.

13) 김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979, 663-664.

14) 독일 기본법 제60조 제2항은 "연방대통령은 개별적 사례에 대해 연방을 위하여 사면을 실시한다."고 규정하며, 프랑스공화국 헌법 제17조 역시 "공화국 대통령은 특별사면을 행하는 권한을 가진다."고 규정하고 있다.

나. 탄핵의 경우

입법권의 침해를 막는다는 측면에서 많이 언급되는 것이 의회의 탄핵소추를 받은 자를 사면하는 경우이다. 미국 연방헌법 제2조 제2항은 의회의 탄핵소추를 받은 경우를 명문으로 제외하고 있다.[15] 탄핵소추는 대통령의 사면권 행사까지를 포함한 대통령의 권한행사에 대한 헌법적 통제수단이라는 점에서 탄핵을 당한 자에 대한 사면권의 행사는 부정되어야 한다.[16]

다. 사면배제대상을 법률로 정할 수 있는가?

대통령의 사면권 행사는 그 가능성 측면보다는 제한의 측면에 중점이 두어져야 한다는 점, 사면을 배제하더라도 타당한 행형방법을 취할 수 있다는 점에서 사면제외대상을 정할 수 있다[17]는 주장이 가능하다. 우리의 경우 입법부의 강력한 처벌의지가 드러난 예라 할 수 있는 "헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법[18]"에 대해 사면이 허용되지 않는다고 하는 주장[19]이 있지만, 이러한 사면대상에서 배제되는 범죄는 적어도 집단학살범죄와 같이 국가질서를 초월한 항구적이고 보편적인 인권침해범죄에 한정되어야 하며 이 또한 오판의 가능성은 언제나 있다는 점에서 반드시 사면의 대상에서 배제하는 것이 타당한지는 의문이다.

라. 자기사면의 금지

현재 집권자가 집권중에 범죄를 범한 자기 자신 또는 자기의 정치세력에 대해 하는 사면은 국가 또는 국민 전체의 이익을 위한다는 목적상의 한계를 벗어나는 것이기도 하지만 사면권의 행사가 과거 군주국가의 그것과 같이 권력 자체의 속성에서 이뤄지는 것이라는

15) 해밀튼은 페더랄리스트 페이퍼 74번(The Federalist Papers No. 74). 알렉산더 해밀튼·제임스 매디슨·존 제이/김동영 역(주 10). 439 이하.

16) 김철수(주 3), 1734.

17) 오영근(주 11), 227에서도 사면불가 선고형을 규정해야 한다고 주장한다.

18) 제정 1995.12.21 법률 제5028호. "헌정질서파괴범죄(형법 제2편제1장 내란의 죄, 제2장 외환의 죄와 군형법 제2편제1장 반란의 죄, 제2장 이적의 죄)와 형법 제250조의 죄로서 집단살해죄의방지와처벌에관한협약에 규정된 집단살해에 해당하는 범죄"에 대하여는 형사소송법 제249조 내지 제253조 및 군사법원법 제291조 내지 제295조에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다(제3조).

19) 김종서, "사면권의 한계", 민주사회를 위한 변호사모임 토론회(1997. 7. 24.) 발표문 참조. 프랑스 사면법을 예로 들고 있다.

점에서 인정될 수 없다.[20]

3. 사면권 행사 절차상의 한계 : 보충성

우리는 오랜 법적 논의를 법제화한 성문법체계를 취하고 있으며, 형사법 역시 상당히 체계화되어 있다. 범죄구성요건과 위법성, 책임 논의, 형벌과 부과과정에 관하여 상당히 세밀하게 규정되어 있어서 동일한 구성요건에 해당하는 범죄라도 책임과 양형의 요소에 따라 세분화된 형벌의 선고가 가능하다. 하급심 판결에 대해 상소, 재심제도가 마련되어 있으므로 사법부에 의한 적정한 형벌의 선고를 기대할 수 있으며, 행형제도에도 가석방 등의 제도가 마련되어 있다. 법규범에 문제가 있을 때에도 그 법규범의 내부적인 시정의 절차 즉 위헌법률심판제도나 위헌·위법명령의 심사제도 등을 통하여 이를 시정할 수 있으면 이에 의하게 할 것이다. 따라서 대통령의 사면권 행사는 이러한 형사법제의 올바른 작동에도 불구하고 정의로운 형벌의 선고나 행형상의 문제가 발견될 때 비로소 보충적으로 이뤄져야 하며 사면권을 우선적으로 행사하는 것은 원칙적으로 피하여야 할 것이다. 또한 사면을 할 경우에도 대법원 또는 사법부의 의견을 물어서 이를 받아들여야 한다.[21]

결국 법규범은 엄격하게 집행되어야 하고 법의 집행 효과의 감소 또는 배제를 의미하는 사면권은 그것을 정당화할 사유가 있는 경우, 즉 법 내부의 이념 사이의 갈등해결, 법과 법 외적 이념의 갈등해결과 법의 지나친 엄격성의 해소를 목적으로 하는 등 예외적인 경우에만 보충적으로 행해져야 하는 것이다.

4. 사면권 행사 시기상의 한계

대통령 임기말의 사면권의 남용에 대해서는 별다른 통제수단이 존재하지 않는다는 점에서 금지되어야 할 것이다.

만약 일정한 범죄행위를 한 자에 대해 사면을 예고 또는 선거공약으로 제시하여 위반자

20) 송기춘(주 4), 192.

21) 김철수(주 3), 1734.

가 계속 발생하게 되는 경우는 객관적 법규범과 판결의 무력화를 가져와 입법권, 사법권에 대한 침해가 될 가능성이 많다.

5. 사면권행사의 정도

국가는 법의 제정과 집행을 통하여 국민의 기본권을 보장하는 의무를 충실히 이행하는 것이며 따라서 법은 엄정하게 집행되지 않으면 안 된다. 사면권을 행사한다고 하여도, 그것을 통하여 법규범이 부정되고 기본권보장이 무력화되는 결과를 낳아서는 안 될 것이다. 따라서 사면권의 행사는 이러한 목적을 달성하는 데 필요한 최소한에 그쳐야 한다고 할 수 있다.

6. 효과상의 한계

사면의 결과 법 자체가 폐지된 것은 아니지만 법규범의 엄정성을 해하여 규범력의 지나친 약화를 초래하는 경우, 입법권에 대한 침해일 뿐 아니라 법질서 전체에 대한 위협이 된다. 판결 직후의 사면 역시 사법권의 본질적 내용을 침해하는 것이다. 이밖에도 사면권의 행사가 입법권이나 사법권의 본질적 내용을 침해하는 것은 사면권의 한계를 벗어난 것이라고 볼 수 있다.

V. 사면권행사에 대한 사법부의 심사가능성

법원은 특별사면의 결정 또는 사면결정의 거부행위에 대한 심리를 할 수 있는가? 부정설[22]은 사면은 권력분립원리와 무관하고 법으로부터 자유로운 행위이며 통치행위의 일종으로서 사법심사의 대상이 되지 아니한다고 본다. 반면 긍정설은 현대민주주의국가에서는 사면권도 헌법적 한계 안에 있는 것이고 통치행위 역시 헌법적 한계를 벗어나는 경우

22) 권영성(주 1), 1014.

라면 사법심사의 대상이 되어야 하는 것이라는 근거를 제시한다.

대통령의 권한행사도 헌법적 한계를 지켜야 하는 것이고 비록 사법심사에 의하여 사면결정 자체를 부정하는 판결을 하기가 어렵다 하더라도 적어도 그 위헌성을 확인함으로써 국회가 탄핵소추를 의결하게 하는 등의 통제절차가 개시될 수 있고, 나아가 사면의 대상이 되고 사면을 받아들인다는 것은 한편으로는 자신의 범죄를 시인하는 결과가 되기 때문에 자신의 무죄를 줄곧 주장하는 수형자에 대한 사면에 대해서는 구제절차가 확보되어야 한다는 점에서 긍정설이 타당하다고 생각한다.

VI. 입법론

사면권에 관한 헌법규정의 문제는 없다. 다만 헌법적 한계에 관한 규정을 명확히 한다면 남용을 일정하게 막을 가능성이 있다고 할 수 있다. 그러나 사면권이 대통령에게 있고 그 행사가 고도의 정치적 행위로 평가되는 한 그러한 한계를 규정한다 하여 남용을 근본적으로 막기는 어렵다. 따라서 사면권의 남용을 막기 위해서는 사면법에 사면절차와 사면의 한계에 관한 규정을 명문으로 마련하는 게 최선의 길이라 생각한다.

VII. 관련문헌

김철수, 헌법학(하). 박영사, 2008.

김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.

장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.

고문현, “제왕적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 세계헌법연구 13권 2호(2007. 12).

김명식, “미연방대통령의 사면권에 관한 소고”, 토지공법연구 19집(2003. 9).
김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 헌법학연구 8권 4호(2002. 12).
김종서, “사면권의 한계”, 민주사회를 위한 변호사모임 토론회(1997. 7. 24.) 발표문.
송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 30집 5호(2002. 6).
이국운, “민주화와 사면”, (서울대학교)법학연구 4권(1997).
오영근, “사면에 관한 비교법적 연구”, 교정연구 13호(2001).
이금옥, “대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제”, 헌법학연구 5권 2호(1999).
체자레 베까리아/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995.
Kurland, P. B., “Pardoning Power”, Encyclopedia of the American Constitution Vol. 4(2nd Ed.), NY: MacMillan Reference USA, 2000.

헌법 제80조

송기춘



第80條

大統領은 法律이 정하는 바에 의하여 勳章 기타의 榮典을 수여한다.

I. 의 의

제80조는 국가 및 사회에 대한 공헌에 대하여 훈장 및 영전을 수여할 수 있는 대통령의 권한인 영전수여권을 규정한 것이다. 이와 관련된 법률로는 상훈법이 있다.

II. 영전수여에 관한 원칙

영전을 수여한다는 것은 신분제사회에서의 귀족작위의 부여 등과 달리 특권이나 신분을 창설하기 위한 것이 아니며 국민평등원칙[1]에 의하여 어떠한 특권부여도 인정되지 않는다. 영전은 이를 받는 자에게만 효력이 있다(헌법 제11조 제3항)[2]. 다만 부상은 같이 줄 수 있다(상훈법 제32조).

1) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1740.

2) 영전일대(榮典一代)의 원칙과 특권불인정(허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 955) 또는 특권부인(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 996)의 원칙으로도 불린다. 영전은 서훈을 받은 당사자에 한정되는 것이므로 영전'일대'라는 표현도 정확한 것은 아니다.

III. 영전의 수여

1. 대 상

서훈은 대한민국국민이나 외국인으로서 대한민국에 공로가 뚜렷한 자(상훈법 제1조)에 대하여 행한다. "영전의 수여는 기본적으로 대통령의 재량에 달려 있는 사항이며, 달리 헌법은 국민에게 영전을 수여할 것을 요구할 권리를 부여하고 있지 않"[3]으므로 "대통령에게 특정인에 대한 영전수여를 하여야 할 헌법상 작위의무가 있다고 볼 수 없다."[4] 헌법재판소의 판례는 "국가는 독립유공자를 제대로 가려내어 마땅히 그들과 유족 또는 가족들에게 그 공헌도에 상응하는 예우를 하여야 할 의무가 있으나, 독립유공자의 구체적 인정절차는 입법자가 헌법의 취지에 반하지 않는 한 입법재량을 가지는 영역에 해당된다."[5]고 한다. 대통령이 외국인에 대하여 훈장 기타의 영전을 수여하는 것은 국가원수의 지위에서 대한민국을 대표하여 행하는 것이다.[6]

상훈법 제10조에서 무궁화대훈장을 최고훈장으로 하고 대통령과 그 배우자 또는 외국국가원수와 그 배우자만을 대상으로 한 것은 대통령의 공적과 무관하게 그 직위만으로 서훈의 격이 결정되며, 국민의 공적이 아무리 뛰어나다고 해도 대통령으로서 이룬 공적에 미치지 못한다는 평가를 아울러 수반하고 있다는 점에서 서훈의 원칙에 어긋난다고 생각된다. 또한 그 배우자는 공직자인 대통령과 달리 그 배우자라는 지위만으로 최고훈장을 수여받을 공적이 있다고는 할 수 없다. 대통령당선자에게 무궁화훈장 수여를 결정하고 취임 후 바로 훈장을 수여하는 것은 법률규정에도 반한다. 대통령이 퇴임 직전 자신에 대한 서훈을 결정하는 것은 공적의 심사가 객관적으로 이뤄지기 힘들다는 점에서 서훈대상에서 배제된다고 해석하여야 할 것이다.

3) 憲裁 2005.6.30. 2004헌마859 헌판집 17-1, 1016, 1021-1022. 김철수(주 1), 1740.

4) 憲裁 2005.6.30. 2004헌마859.

5) 憲裁 2005.6.30. 2004헌마859.

6) 정종섭, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1106.

2. 절 차

서훈의 추천(제5조)은 중앙행정기관의 장(대통령직속기관 및 국무총리직속기관의 장을 포함한다), 국회사무총장, 법원행정처장, 헌법재판소사무처장 및 중앙선거관리위원회 사무총장이 행한다. 위 추천권자의 소관에 속하지 아니하는 서훈의 추천은 행정안전부장관이 행한다. 서훈의 추천을 하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 공적심사를 거쳐야 한다. 공적심사의 통과에 관한 판단에 있어서 국가는 나름대로의 재량을 지니므로 당사자가 서훈추천 신청을 했다고 해서 자동적으로 서훈추천이 이루어지는 것은 아니다."[7] 서훈대상자는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한다(상훈법 제7조). 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다(헌법 제82조).

IV. 서훈의 취소(상훈법 제8조)

서훈된 자가 ①서훈공적이 거짓임이 판명된 경우, ②국가안전에 관한 죄를 범한 자로서 형을 받았거나 적대지역으로 도피한 경우와 ③「형법」(제115조·제117조·제171조 및 제268조를 제외)·「관세법」 및 「조세범처벌법」에 규정된 죄를 범하여 사형·무기 또는 3년 이상의 징역이나 금고의 형을 받은 경우 국무회의의 심의를 거쳐 그 서훈을 취소하고, 훈장과 이와 관련하여 수여한 물건과 금전은 이를 환수하며, 외국훈장은 그 패용을 금지한다. 서훈을 취소하고, 훈장 등을 환수하거나 훈장 패용을 금지하고자 할 경우에는 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 서훈된 자에게 위의 서훈취소사유가 발생한 때에는 행정안전부장관은 그 서훈의 취소에 관한 의안을 국무회의에 제출하여야 한다. 이 경우 당해 서훈을 추천한 중앙행정기관의 장 등도 행정안전부장관에게 그 서훈의 취소에 관한 의안을 국무회의에 제출할 것을 요청할 수 있다. 그러나 3년 이상의 형의 선고 등의 사유가 있음에도 서훈을 취소하지 않는다 해도 이것이 다른 국민의 "행복추구권 등 헌법상 보장된 청구인들의 기본권이 침해하는 것은 아니"라는 판례[8]가 있다.

7) 憲裁 2005.6.30. 2004헌마859 헌판집 17-1, 1016, 1021-1021.

8) 憲裁 1998.9.30. 97헌마263 헌판집 10-2, 558, 561-561.

V. 입법론

훈장 기타 영전수여에 관한 현행 헌법규정은 제80조와 제11조 제3항으로 구성된다. 제11조 제3항의 특권금지규정은 영전수여권에 관한 제80조 규정에 직접 관련되는 것으로 이 두 조항을 한 규정에서 규정하는 것도 의미가 있으나 현행 헌법처럼 특권금지에 관한 내용을 평등조항에서 규정하는 것도 문제를 가진 것은 아니다. 즉, 현행 헌법의 규정체계에 문제가 있다고는 할 수 없다.

그러나 영전 수여에 관한 각칙이라 할 수 있는 상훈법의 몇 규정은 개정이 필요한 부분이다.

첫째, 상훈 가운데 최고훈장이라고 규정된 무궁화대훈장의 성격과 대상의 문제이다. 상훈법 제10조는 "무궁화대훈장은 우리나라의 최고훈장으로서 대통령에게 수여하며 대통령의 배우자·우방원수 및 그 배우자 또는 우리나라의 발전과 안전보장에 기여한 공적이 뚜렷한 전직우방원수 및 그 배우자에게도 수여할 수 있다.[전문개정 1973.1.25]"라고 규정하고 있다. 서훈기준은 서훈대상자의 공적내용, 그 공적이 국가사회에 미친 효과의 정도 및 지위 기타 사항을 참작하여 결정(상훈법 제3조)한다 하고 대한민국에 대한 공로에 따라 수여하는 것이 원칙(같은 법 제1조)이므로 그 공적에 상관없이 대통령만을 대상으로 수여하고 대통령이 아닌 국민은 공적에 무관하게 그 대상이 될 수 없도록 하는 것은 상훈법의 기본원칙에 어긋난다고 할 수 있다. 대통령으로 업무를 수행했다는 사실만으로 최고훈장의 대상이 당연히 되는 것은 아니며 그 공적평가에 따라 상훈이 결정되어야 한다. 대통령만이 대상이 되는 훈장을 최고훈장으로 하는 것은 대통령 역시 공무원의 하나로서 국민전체에 봉사하는 것이라는 점을 고려하면 정당화의 근거가 마땅치 않다고 생각된다.

특히 대통령이 아닌 대통령당선자에 대한 무궁화훈장의 수여 결정이나 재직중에 자신에 대한 상훈을 수여하는 것은 공적평가가 공정하게 이뤄진 결과라고 보기 어렵다. 대통령으로서 직무를 수행한 것은 그것만으로도 명예로운 일이므로 스스로 또는 후임대통령에 의하여 영전을 수여하거나 받는다고 하여 그 명예가 더 높아지는 것은 아니다. 따라서 대통령 스스로 자신에게 영전을 수여하는 것은 상훈법의 취지에 반하는 것이라고 생각된다. 대통령당선자에게 수여를 결정하는 것은 실제 수여하는 시기가 대통령에 취임한 이후라고 하더라도 대통령이 아닌 자에게 수여한다는 점에서 법률위반임은 두말할 나위가 없다. 또한 훈장이 아무리 현실적인 이익을 수반하지 않는 것이라 할지라도 대통령의 배우자에게 수여하는 것은 재고를 요한다. 국가의 원수가 왕조시대의 유산처럼 부부동반하여 의전을 행하는 경우가 많다고는 해도, 선출된 공무원은 대통령이며 공직을 수행하는 것도

대통령이라면 대통령의 배우자에 대한 상훈의 수여는 그 공적에 따르는 것이어야 하며 대통령의 배우자라는 지위에서만 비롯되는 것이어서는 안 된다. 외교적 목적에서 다른 국가의 대통령과 그 배우자에 대한 훈장의 수여는 논외로 하더라도 이 조항에서 대상을 대통령으로 한정한 것은 삭제되어야 하며, 대통령의 배우자에 대한 부분도 삭제되어야 한다. 아울러 외국의 대통령이나 그 배우자에 대한 상훈은 별도로 외교적인 상훈제도를 마련하는 게 타당하다고 생각된다.

둘째, 서훈의 취소(같은 법 제8조)가 임의적인 것으로 해석되기도 하므로, 헌정질서파괴나 인륜에 반하는 범죄와 일정한 형벌 이상을 선고받은 경우 그 취소가 강제적인 것으로 개정될 필요가 있다.

VI. 관련문헌

김철수, 헌법학(하). 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.



I. 기본개념과 입헌취지

1. 서 론

대통령제 정부형태의 특징은 입법부와 집행부 간의 엄격한 권력분립원칙이 적용된다는 것이다. 대통령제 하에서 대통령은 국민의 직접 선거로 선출되기 때문에 입법부인 의회에 대하여 정치적 책임을 지지 않는다. 다만 헌법이 규정한 바에 따라 법적 책임을 질뿐이다. 그래서 기능적 권력분립원칙에 따라서 입법부와 집행부 간에 견제와 균형의 원리가 적용된다. 그렇지만 국가작용의 효율성을 제고하고 극대화하기 위해서는 기능적 관점에서 볼 때 권력의 협력관계를 형성하는 것도 필요하다.

대통령제에서는 대통령뿐만 아니라 입법부의 구성원인 의원들 역시 국민의 직접 선거를 통하여 선출됨으로써 각각 민주적 정당성을 확보하고 있다. 그렇기 때문에 상호 독립성을 유지하면서 협력관계를 유지해야만 국민으로부터 위임받은 국정운영의 묘를 살릴 수 있다. 그런 점에서 집행부의 수장인 대통령이 국정운영의 효율성을 위하여 입법부에 협조를 구하는 방법이 필요하다. 헌법 제81조는 대통령이 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시함으로써 국정의 동반자인 국회의 협조를 얻기 위하여 마련된 제도

를 규정한 것이다.

2. 대통령의 국회출석권의 개념

현행 헌법 제66조 제1항에 의하면 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표하는 지위를 갖는다. 이 뿐만 아니라 동조 제4항은 대통령이 행정권의 수반으로서의 지위를 갖는다고 규정하여, 삼권분립을 채택하고 있는 헌법에서 대통령은 한편으로는 행정부의 대표이면서, 다른 한편으로는 국가의 대표이기도 하다. 그래서 전자의 지위에서는 입법부를 견제하며 국가권력의 균형을 맞추어야 하고, 후자의 지위에서는 국정을 통합적으로 운영해야 할 책무가 주어진다.

미국 대통령제에서 보듯이, 대통령은 새해가 되면 의회에 출석하여 한 해 국가운영의 방향과 추진해야 할 정책의 내용을 국회의원 앞에서 설명하고 협조를 구해야 한다. 아니면 연두교서를 전달하여 자신의 국정운영의 방향과 내용에 대하여 알려야 한다.[1] 또한 대통령의 국회출석·발언권은 대통령의 권한이기 때문에 국회가 대통령의 출석을 요구하는 경우, 이에 대한 구속력은 없다.[2]

II. 연 혁

대통령에게 국회에 출석하여 발언하거나 서한을 전달하여 의견을 표명하는 권한을 부여한 것은 1948년 건국헌법에서부터 규정된 것이다. 건국헌법은 제60조에 "대통령은 중요한 국무에 관하여 국회에 출석하여 발언하거나 또는 서한으로 의견을 표시한다."라고 하여 대통령의 국회출석발언권을 규정하였다. 이 조항은 1952년과 1954년 개정헌법에서도 그대로 유지되었다. 그러나 제1공화국이 1960년 4월 19일 혁명으로 무너지면서 의원내각제로 정부형태를 변경하는 내용으로 헌법이 개정되면서, 대통령은 명목상의 국가대표로서의 지위만 갖게 되었다. 동 헌법 역시 조항의 변경은 없이 제60조에 "대통령은 국

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 996.

2) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 994.

회에 출석하여 발언하거나 또는 서한으로 의견을 표시한다."라고 규정하여 대통령의 국회출언발언권을 규정하였으나, '중요한 국무에 관하여'라는 문구를 삭제함으로써 대통령의 비중을 약화시켰다. 물론 다른 한편으로 보면 대통령의 국회출석과 발언을 일반화함으로써 그 외연을 확대했다는 평가를 할 수도 있지만, 그만큼 대통령의 국회에 대한 영향력은 감소되었다고 볼 수 있다.

1960년 11월 제4차 개정헌법에서 앞의 조항은 변경 없이 그대로 규정되었다가, 1962년 제5차 개정헌법에서는 조항의 내용은 변경하지 않고 제79조에 대통령의 국회출석발언권을 규정하였다. 이 헌법에서부터는 다시 정부형태가 대통령제로 바뀌었지만, 대통령의 국회출석발언권은 그대로 유지되었고, 1969년 제5차 개정헌법을 거쳐 1972년 제6차 개정헌법인 소위 유신헌법에서는 제58조로 조항만 변경된 채, 내용은 그대로 유지되었다. 그리고 1980년 제8차 개정헌법에서도 역시 조항만 제56조로 바뀌었다. 그러다가 현행 헌법인 1987년 개정헌법에서 제81조로 이동되어 규정되고 있다.

대통령의 국회출석발언권에 대한 우리 헌정사의 과정은 제1공화국 때 중요한 국무에 대해서 인정하다가, 이를 삭제한 후 조항의 위치만 바뀐 채 현재까지 그대로 유지되고 있다. 그러나 대통령제와 의원내각제에서 그 내용에 있어서 별 차이 없이 규정되어 왔다는 점에서 볼 때, 이 규정은 권력분립원칙 하에서 대통령의 입법부에 대한 권한으로서 상징성만 갖고 있다고 하겠다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

대통령의 국회출석발언과 관련하여 이를 헌법에 명문화하고 있는 국가는 거의 없다. 이는 대통령제 국가에서나 의원내각제를 채택하는 국가가 형식적 국가의 원수로 대통령제를 가지고 있는 경우에도 마찬가지이다.

대통령제의 대표적인 국가인 미국의 경우, 미국 연방헌법 제2조는 행정부에 대하여 규정하고 있는데, 동조 제3절은 대통령의 연방의회에 대한 보고의무를 규정하고 있다. 그렇지만 이 조항은 대통령의 보고의무일 뿐, 출석하여 발언할 수 있는 권리를 규정하고 있지는 않다. 일반적으로 대통령이 의회에 출석하여 발언하는 것은 정치적 관례로서 국민의 대표기관인 의회를 존중하는 뜻에서, 그리고 의회의 발언을 통하여 국민에게 국정운영의 계획을 알리는 의미도 내포한다.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

대통령은 행정부의 수반으로서 다른 국가권력과 수평적 균형을 이룬다. 권력분립원칙에 따라 대통령은 국무총리를 보좌기관으로 하여 행정부를 통할하는 지위와 권한을 갖고 있으며, 입법부와 사법부를 견제하며 국정운영에 있어서 독립적 위치에서 권한을 행사한다. 대통령의 국회에 대한 권한은 헌법 제47조 제1항에 의하여 임시회의 소집을 요구할 수 있다. 대통령이 국회에 임시회소집을 요구하기 위해서는 헌법 제89조 제7호에 의하여 국무회의의 심의를 거쳐야 하고, 그 기간과 집회요구의 이유를 명시해야 한다. 대통령의 국회임시회소집요구는 헌법 제76조의 긴급명령 등을 발하거나 제77조의 계엄을 선포하는 때, 국회가 휴·폐회 중이면 이를 지체 없이 보고하거나 통보하기 위하여 필요하다. 앞의 경우는 국회에 대한 대통령의 견제권으로서 후자들의 경우는 국회의 대통령에 대한 견제권으로서 작동하는데, 양자가 서로 균형을 이룸으로써 국정통제를 통한 국가작용의 위헌성을 방지하기 위한 것이다.

대통령의 국회출석발언권과 관련하여 이를 규정하고 있는 헌법 조항에 따르면 서면으로도 의견을 제시할 수 있는데, 이는 제82조에 있어서 대통령의 국법상 행위에 대한 문서주의와는 직접적인 관련은 없다. 헌법 제81조는 대통령이 출석하여 발언하지 못하는 경우 이를 대신하여 서면으로 의견을 제시하는 것이기 때문에, 국회는 이에 대하여 구속되지 않는다.

나아가 동조와 관련하여 헌법 제62조 제1항에 보면 행정부의 국무총리나 국무위원 또는 정부위원이 국회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있는 것을 규정하고 있다. 이는 헌법 제81조의 대통령의 국회 출석·발언권과 달리 국무총리나 국무위원의 의무라고 할 수 있다. 그렇지만 헌법 제62조 제1항이 제81조와 직접적인 관련이 없다고 하여도, 간접적으로 대통령의 의견을 전달할 수 있다는 점에서 그 관련성을 찾아볼 수 있다. 물론 국회는 대통령에게 국회의 출석을 요구하거나 발언을 요구할 수는 없다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

대통령의 국회출석발언권은 대통령에게 주어진 권한이다.[3] 그런 점에서 국회가 국가의

3) 권영성(주 1), 996; 성낙인(주 2), 994.

대표이자 행정부의 수반인 대통령에게 출석을 요구하거나 서한에 의한 의견표시를 구할 수는 없다. 따라서 이 권한은 대통령이 행정부의 수장으로서 입법부인 국회에 대해 견제하는 권한이라기보다는 국가의 원수로서 국정운영에 있어서 국회에 대하여 의견을 제시하고 협조를 구하는 협동적 권한이라고 할 수 있다.

국회에 대한 대통령의 출석·발언권은 헌법에 의하여 대통령의 재량권이므로 의무를 수반하지 않는다.[4] 그래서 국회는 대통령에게 국회에 출석할 것을 요구할 수 없으며, 서한으로 의견을 표시할 것을 강제할 수도 없다.[5] 대통령이 국회에 출석하여 발언을 원하는 때에는 동 권한이 헌법상 대통령에게 주어진 권한이기 때문에 국회는 이를 수용해야 한다. 또한 헌법에 대통령의 권한에 대한 어떤 조건도 규정하고 있지 않기 때문에 국회가 개회 중인 경우, 대통령은 필요하다고 판단하면 국회에서 발언을 할 수 있다. 일반적으로 연초 국회가 개원하면, 한 해의 국정운영에 관하여 대통령은 국회에 대하여 연두교서를 전달하거나, 직접 국회에 출석하여 연설을 한다.

대통령의 국회에서 한 발언이나 서한에 대하여 국회는 구속되지 않는다. 이는 어떻게 보면 정치적 행위로 볼 수 있으며, 국정운영에 있어서 국가권력 간의 공조를 위한 장치로서 그 이상의 의미는 없다고 볼 수 있다.

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

헌법 제81조와 관련하여 권력분립원칙에 따르는 문제는 없다고 볼 수 있다. 앞에서 언급한 것처럼 대통령제든 의원내각제든 정부형태와 관계없이 현대 권력분립론은 국가작용의 효율성과 국민의 기본권 최대보장을 위하여 국가권력의 견제와 균형의 틀 속에서 권력융합도 수용하기 때문에, 입법부와 행정부의 공조체제와 협력관계를 위하여 마련된 최소한의 장치라고 할 수 있다. 또한 대통령의 발언이나 서한에 대한 국회의 기속력이 없다는 점에서 이로 인한 국가권력의 균형에 훼손을 가져올 가능성도 없으며, 오히려 입법부와 행정부의 국정운영에 있어서 효율성과 신뢰를 구축하기 위한 방법도 된다는 점에서 볼 때 권한의 존속이 오히려 바람직하다고 본다.

4) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1086.

5) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1225.

VII. 관련문헌

강경근, 헌법, 법문사, 2004.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.

김기영, 헌법강의, 박영사, 2002.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.

김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980.

김학성, 헌법학강의, 성문사, 2001.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000.

윤명선·김병묵, 헌법체계론, 법지사, 1999.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.

최대권, 헌법학강의, 박영사, 1999.

콘라드 헷세/계희열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

Hesse, Konrad, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20. Aufl.), C. F. Muller, Heidelberg, 1999.

Zippelius, Reinhold, Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht(32. Aufl.), C.H.Beck, München, 2008.

헌법 제82조

김상겸



第82條
大統領의 國法上 행위는 文書로써 하며, 이 文書에는 國務總理와 관계 國務委員이 副署한다. 軍事에 관한 것도 또한 같다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 서 론

대통령제에서 대통령은 일반적으로 외국에 대하여 국가를 대표하고, 국내에서는 집행부의 수반으로서 행정을 총괄하며 권한과 책무를 진다. 그렇기 때문에 대통령의 행위는 국정에 중요한 영향을 미치고, 헌법과 법률에 근거한 행위는 그 자체가 법적 효력을 갖게 된다. 이런 이유로 국가의 실정법에 근거한 대통령의 행위는 문서로써 그 근거를 남겨야 한다. 또한 실정법상의 대통령의 행위를 문서화하는 경우에 행정부의 수반이라는 지위에서 하는 행위이기 때문에 이 문서에 대하여 대통령을 보좌하는 국무총리와 문서와 관련하여 관계 국무위원이 부서함으로써 문서의 효력과 함께 책임의 소재가 분명해진다. 헌법은 특히 군사작용과 관련해서도 동일하게 문서주의와 부서제도를 적용하고 있다.

2. 대통령 국법상 행위의 문서주의

대통령제 정부형태에서 대통령은 행정부의 수반으로서 행정과 관련된 모든 사항에 대하여 그의 권한 하에 처리하고 책임을 진다.[1] 여기서 국법상의 행위란 헌법과 하위 일체의 법규, 즉 실정법상에서 대통령의 권한으로 하고 있는 모든 행위를 말한다. 대통령의 국법상의 행위를 문서로 하는 문서주의의 원칙은 대통령이 권한을 행사하는 것을 명백하게 문서화함으로써 국민에게 예측가능성과 법적 안정성을 보장하게 하며, 권한행사에 대하여 문서로써 증거를 남기고 하고, 국민이 선출한 대통령으로서 권한행사를 문서로 남김으로써 권한행사를 신중하게 하고 책임감을 갖게 하려는 것을 목적으로 하고 있다.[2]

대통령의 권한행사를 문서로 함으로써 문서에 의하지 아니한 대통령의 국법상 행위는 원칙적으로 법적 효력을 발생시키지 않는다. 문서주의에 의하여 적용되는 대통령의 국법상 행위의 범위에는 헌법과 법령에 의하여 대통령의 권한으로 정하고 있는 모든 행위가 포함된다.[3] 그러나 대통령의 모든 행위에 문서주의를 적용하기에는 무리가 있다. 왜냐하면 대통령의 직무행위는 법제상 소관 직무에 속하는 업무뿐만 아니라 통념상 이와 관련된 업무도 포함하는데, 대통령의 직무행위는 법령에 근거한 행위와 대통령의 지위에서 국정수행과 관련하여 행하는 모든 행위를 포함한다. 그래서 헌법재판소의 견해에 의하면 대통령의 직무행위에는 각종 단체를 방문하거나 각종 행사에 참석하는 행위, 방송 등에 출연하여 정부의 정책을 설명하는 행위, 기자회견 등이 모두 포함된다.[4] 대통령의 이러한 직무행위도 대외적 효력을 갖는다는 점에서, 문서주의는 헌법과 법령이 정한 행위 이외의 직무관련행위에는 적용되지 않는 것으로 보아야 한다.[5]

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1014.

2) 헌법상의 문서주의를 구체화하기 위하여 2000년부터 '공공기관의 기록물 관리에 관한 법률'이 제정되어 시행되고 있다.

3) 이승우, 국가구조론, 두남, 2008, 269.

4) 憲裁 2004.5.14. 2004헌나1.

5) 이와 관련하여 대통령의 비공식적 행위는 대외적으로 효력을 갖지 못한다는 주장이 있다(정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1130). 그러나 대통령은 1인의 국가기관이란 점에서 공식적 행위와 비공식적 행위를 구분하는 것은 어렵다고 생각한다.

3. 부서제도의 의의와 기능

대통령의 권한행사는 문서의 형식으로 하고, 이 문서에 대하여 국무총리와 관계 국무위원이 서명함으로써 책임의 소재를 확정한다.[6] 부서는 대통령이 서명한 문서에 국무총리와 관계 국무위원이 서명하는 것을 말한다.

부서제도는 국정에 대한 책임소재와 관련된 제도라는 점에서 대통령 대신에 정치적으로 책임을 질 수 있는 자를 밝힌다는 의미를 갖는다. 그러나 다른 한편에서는 대통령에 의한 행정부에 대한 내부통제수단으로서도 의미가 있다. 즉, 부서제도는 국정행위에 대한 행정부 내의 책임소재를 분명하게 한다. 오늘날 부서제도가 과거와 달리 강력한 통제수단으로 기능하지 못한다고 하여도 책임소재를 확인할 수 있다는 점에서 여전히 통제기능을 갖는다고 할 수 있다.[7]

II. 연 혁

대통령의 국법상 행위에 대한 문서주의와 국무총리와 국무위원의 부서행위는 1948년 건국헌법에서부터 규정되었다. 당시 헌법 제66조는 "대통령의 국무에 관한 행위는 문서로 하여야 하며 모든 문서에는 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다. 군사에 관한 것도 또한 같다."라고 하여 현행 헌법의 규정과 대동소이하게 그 내용을 갖고 있었다. 건국헌법의 내용은 1952년 제1차 개정헌법에서도 조항의 변동없이 그대로 규정되었다. 그러다가 1954년 제2차 개정헌법에서 국무총리제가 폐지되면서, 부서권자의 내용이 바뀌었다. 제2차 개정헌법은 제66조에 "대통령의 국무에 관한 행위는 문서로 하여야 하며 모든 문서에는 관계국무위원의 부서가 있어야 한다. 군사에 관한 것도 또한 같다."라고 하여 국무총리란 표현만 삭제하였다.

제1공화국의 대통령제와 달리 제2공화국은 정부형태를 의원내각제로 선택하였다. 1960년 제3차 개정헌법은 국무총리와 국무위원으로 구성된 국무원을 내각으로 하여 행정부를 구성하였다. 그렇지만 국가의 원수로서 대통령을 그대로 두었기 때문에 당시 헌법

6) 이승우(주 3), 269.

7) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 968.

제66조는 "대통령의 국무에 관한 행위는 문서로 하여야 하며 모든 문서에는 국무총리와 관계국무위원의 부서가 있어야 한다. 군사에 관한 것도 또한 같다."라고 하여 1952년 헌법의 내용과 동일하게 규정하였다. 곧 이은 제4차 개정헌법도 그대로 이 조항을 승계하였다.

1962년 제3공화국 헌법은 정부형태를 다시 대통령제로 바꾸었고, 문서주의와 부서제도는 과거 "국무에 관한 행위"에서 "국법상의 행위"로 바뀌어 대통령의 권한행사가 실정법상의 규정에 근거한다는 것을 명확히 하였다. 제5차 개정헌법 제80조에 의하면 "대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다."라고 하였다. 이 내용은 1969년 제6차 개정헌법에서도 그대로 승계되었고, 1972년 제7차 개정헌법에서도 제80조에서 제60조로 조항만 바뀐 채 내용은 그대로였다. 1980년 제8차 개정헌법에서도 제58조에 규정되어 역시 조항만 바뀐 채 내용은 변함이 없었고, 이런 상황은 1987년 현행 헌법에서도 마찬가지로 제82조에 규정되었고 내용은 그대로 변함이 없었다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

부서제도는 군주가 통치하던 시대의 유산이다. 동 제도는 국가문서에 왕을 보필하던 귀족들이 부서하던 영국의 관행으로부터 시작되었다. 당시 부서제도는 왕을 보좌하며 국정에 참여하였던 자들이 왕을 위하여 정치적 책임소재를 분명하게 하기 위한 제도였다. 그 후 부서제도는 군주의 무책임성을 강조하기 위한 제도로 정착되어,[8] 군주의 전횡을 막기 위한 장치로서 기능하였다.[9]

부서제도의 입헌례는 주로 유럽 국가들로부터 찾을 수 있다. 먼저 독일을 보면 1850년 프로이센 헌법 제44조에서 왕의 통치행위에 대한 유효성의 조건으로 대신의 부서제도와 대신의 책임을 규정하였다. 그 후 소위 비스마르크 헌법이라 불리는 1871년 독일 제2제국 헌법은 제17조에 황제의 명령과 처분에 대한 제국수상의 부서와 책임을 규정하였고, 1919년 바이마르 헌법 제50조에도 제국수상 또는 소관 대신의 부서를 규정함으로써 부서제도를 확립하였다. 이러한 부서제도는 1949년 독일 기본법에서도 그대로 이어져 제

8) 허 영(주 7), 968.

9) 문광삼, 한국헌법학 – 국가조직론 –, 삼영사, 2008, 204.

58조에 연방대통령의 명령과 처분에 대한 연방수상 또는 소관 연방장관의 부서를 규정하고 있다.

그 다음 프랑스헌법을 보면 대통령이 일정한 행위를 할 때에는 반드시 수상의 부서를 필요로 하고 있다. 프랑스 제5공화국 헌법 제19조는 대통령의 수상임명권(제8조), 국민투표부의권(제11조), 국민의회해산권(제12조), 비상대권(제16조), 의회교서권(제18조), 조약에 대한 위헌심사제청권(제54조), 헌법재판관임명권(제56조), 위헌법률심사제청권(제61조) 이외의 권한을 행사할 때에는 수상의 부서를, 경우에 따라서는 관계 장관들의 부서를 필요로 하고 있다. 따라서 대통령이 위에서 열거한 권한 이외의 권한을 행사할 때에는 반드시 수상의 부서를 필요로 하기 때문에, 수상의 동조 없이는 국정을 운영해 나아갈 수가 없다고 보아도 과언은 아니다.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

대통령의 국법상의 행위는 문서로 하기 때문에 서명이 들어간다. 대통령 권한행사의 문서주의와 부서제도는 대통령의 권한이 아니라 일종의 의무이다. 대통령의 서명이 들어간 문서에 국무총리나 관계 국무위원이 부서하는 것은 국민에 대한 책임뿐만 아니라, 다른 국가권력 특히 국회에 의한 견제와 관련이 깊다. 이 부서에 의하여 국무총리나 국무위원은 국회에 대하여 통제를 받게 된다. 이 부서에 의하여 책임소재가 분명해지기 때문에 헌법 제62조 제2항에 국회의 출석요구권, 또는 제63조의 해임건의권 등의 근거가 될 수도 있다. 헌법조항은 국법상의 행위는 헌법과 법률 등 국가 실정법상의 모든 행위로 특히 헌법 제89조에 의한 국무회의 심의대상인 각종의 문서에 서명해야 한다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 부서의 법적 성격

부서제도의 법적 성격에 관해서는 학설이 나뉘고 있다. 우선 헌법에 따라서 국무총리와 국무위원은 대통령을 보좌하는 지위에 있는 국가기관이기 때문에 보좌기관으로서의 책임

의 소재를 명확하게 하기 위한 제도라는 점에서 책임설이 있는가 하면, 헌법상 국무회의는 심의기관에 불과하고 국무총리와 국무위원은 원칙적으로 국회에 대하여 책임을 지지 않기 때문에 단지 대통령의 국법상의 행위에 참여했다는 물적 증거에 불과하다는 증거설 등이 있다.[10] 부서제도가 책임소재를 밝힌다는 점에서 책임설이 통설이다.

2. 부서 없는 대통령의 행위의 효력

부서가 없는 대통령의 국법상 행위에 관해서는 무효설과 유효설이 있다. 무효설은 부서의 기능이나 성격에서 볼 때 부서는 대통령의 국법상의 행위의 유효요건이기 때문에 부서가 없으면 무효라고 본다.[11] 이에 반하여 유효설은 대통령의 국법상의 행위에 부서는 유효요건이라 볼 수 없으며, 부서가 없어도 법적으로는 유효라고 본다.[12] 그러나 부서가 없는 대통령의 국법상의 행위에 대해서는 탄핵사유가 될 뿐이라고 한다.

대통령의 국법상의 행위는 문서로 해야 하고, 그 문서에는 국무총리와 관계 국무위원의 서명이 들어가야 하는 것은 헌법이 요구하는 형식요건이다. 그러나 이 형식요건이 충족되지 않았다고 하여 대통령의 국법상의 행위를 당연 무효로 볼 것인지 여부에 대해서는 문제가 있다고 본다. 부서가 없이 대통령이 서명한 문서의 효력을 부인하게 된다면 대통령의 헌법상 지위로부터 부여되는 권한을 부정하는 것이 될 수도 있다. 그렇기 때문에 대통령이 고의로 부서제도를 부정하지 않는 한 부서가 없는 국법상의 행위는 유효하다고 보아야 한다. 즉 국정운영상 긴급하게 국법상의 행위를 해야 함에도 관계 국무위원이 공석인 경우 등 정당한 사유가 있다면 이를 무효라고 하기는 어렵다.[13]

3. 국무총리 또는 국무위원의 부서거부의 문제

헌법은 대통령의 국법상의 행위에 대하여 문서주의를 원칙으로 하고 있고, 이 문서에

10) 정종섭(주 5), 1131-1132.

11) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006, 1262; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1030.

12) 권영성(주 1), 1016.

13) 그러나 이러한 예는 거의 없을 것으로 본다. 이와 관련해서는 정종섭(주 5), 1132.

대하여 국무총리와 국무위원의 부서를 규정하고 있는데, 이러한 부서하는 권한을 재량행위로 볼 것인지 기속행위로 볼 것인지 명확하게 언급하고 있지 않고, '부서한다'라고만 규정하고 있다. 헌법이 국무총리와 국무위원의 부서에 대한 규정을 둔 것은 임면권자인 대통령과의 관계를 고려할 때 부서를 해야 하는 강행규정으로 보아야 한다. 즉 대통령이 서명한 문서에 대하여 국무총리와 관계 국무위원은 기속되는 것이다. 그렇기 때문에 국무총리나 관계 국무위원이 부서를 거부하는 경우, 이에 대한 책임을 져야 한다.[14] 다만 대통령의 국법상의 행위는 적법한 행위를 의미하기 때문에 헌법과 법률에 위반되는 행위에는 국무총리나 국무위원이 부서를 거부할 수 있다고 보아야 한다.[15]

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

대통령의 권한행위에 대한 문서주의는 국가를 대표하는 지위와 행정부의 수반으로 행정을 책임지는 지위에 있다는 점에서 그 근거를 명확하게 하는 것이 행위의 적법성을 보장하는 것이기 때문에 당연하다고 볼 수 있다. 특히 대통령의 국법상의 행위는 헌법과 법률에 근거하기 때문에 중요한 법적 효력을 발생시킨다. 따라서 문서주의의 원칙은 명문으로 규정해야 한다. 그렇지만 부서제도는 대통령의 책임 있는 문서행위에 대하여 부서로써 참여하며 그 책임을 짐으로 인하여 대통령의 책임을 경감시키고, 부서제도가 헌법상에 규정되었어도 대통령의 국법상의 행위를 어느 정도 견제할 수 있는 장치가 되지 못하여 형식화되고 있다. 따라서 헌법개정 때에는 대통령의 권한행사에 대한 문서주의만 채택하고, 국무총리와 관계 국무위원의 부서제도는 폐지하는 것이 좋다.

14) 같은 견해로 문광삼(주 9), 204-205.

15) 예를 들어 대통령의 국법상의 행위가 국무회의의 심의사항임에도 국무회의 심의를 거치지 않은 경우 국무총리나 관계 국무위원은 부서를 거부할 수 있다.

VII. 관련문헌

강경근, 헌법, 법문사, 2004.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.

김기영, 헌법강의, 박영사, 2002.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.

김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980.

김학성, 헌법학강의, 성문사, 2001.

문광삼, 한국헌법론 – 국가조직론 –, 삼영사, 2008.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000.

윤명선·김병묵, 헌법체계론, 법지사, 1999.

이승우, 국가구조론, 두남, 2008.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.

최대권, 헌법학강의, 박영사, 1999.

콘라드 헷세/계희열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

Herzog, Roman, in: Maunz, von Theodor, et al., GG Kommentar, C.H.Beck, München, 2003, Art. 58.

Hesse, Konrad, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20. Aufl.), C. F. Muller, Heidelberg, 1999.

Pernice, Ingolf, in: Dreier, Horst et al., GG Kommentar. Band □, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, Art. 58.

Zippelius, Reinhold, Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht(32. Aufl.), C.H.Beck, München, 2008.

헌법 제83조

장용근



第83條
大統領은 國務總理·國務委員·行政各部의 長 기타 法律이 정하는 公私의 職을 겸할 수 없다.

I. 기본개념과 입헌취지

대통령은 국무총리·국무위원·행정각부의 장 기타 법률이 정하는 공·사의 직을 겸할 수 없다(헌법 제83조). 이 조항은 대통령이 국가원수로서의 품위를 유지하도록 하는 목적 이외에, 대통령이 정부관직을 겸직함으로써 국정을 자의적으로 전단하는 것을 방지하려는 목적을 가지고 있다.[1)]

II. 비교법적 검토

독일의 경우는 헌법상 겸직금지의무 외에 영리행위금지의무도 규정하고 있는데 반해, 우리 헌법은 겸직금지의무를 규정하는 데 그친다. 물론 하위규범들에는 영리금지행위도 금지하고 있다.

1) 장영수, 국가조직론, 2005, 홍문사, 298 참조.

III. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법상 규정으로는 제43조에 "국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다."고 규정되어 있고, 법률상으로는 지방의회의원이나 교육위원의 겸직금지규정이 있다.

IV. 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 규범적 내용

이에 대한 구체적 학설이나 판례는 거의 없고 다만 목적에 대해서 대통령이 국가원수로서의 품위를 유지하도록 하는 목적 이외에 대통령이 정부관직을 겸직함으로써 국정을 자의적으로 전단하는 것을 방지하려는 목적이라는 해석이 존재하는데 이를 좀 더 이해하기 위해서 국가공무원법 제64조를 이해할 필요가 있다. 국가공무원법 제64조(-지방공무원법 제56조와 동일-영리업무 및 겸직 금지)는 제1항에서 "공무원은 공무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속기관의 장의 허가없이 다른 직무를 겸할 수 없다."고 규정하고 있으며, 제2항에서는 " 제1항의 규정에 의한 영리를 목적으로 하는 업무의 한계는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다."라고 규정하고 있다.

이는 공무원이 직무에 전념할 수 있도록 하기 위해 공무 이외의 다른 직무에 종사하는 것을 규제하고 있다. 「국가공무원법」제64조 제1항에 따르면, 공무원이 재직 중 영리를 목적으로 하는 업무에는 소속기관장의 허가 여부에 관계없이 종사할 수 없고, 영리업무의 금지 대상이 되지 않는 다른 직무(공무는 아님)를 종사하고자 할 때에는 소속기관장의 허가를 받도록 규정하고 있다. 한편, 공무원의 퇴직 후 영리기업 관여에 대하여는 공직자윤리법에서 규정하고 있고, 다만 일본의 경우에는 공무원의 퇴직 후 취업제한도 국가공무원법에서 함께 규정하고 있다(일본 국가공무원법 제103조).

2. 국가공무원법 및 공무원복무규정의 검토

가. 영리업무금지

영리업무란 지속적으로 재산상의 이득을 취하는 행위를 말하고 따라서 재산상의 이득을 얻었다고 하더라도 행위의 "지속성"이 없으면 영리업무가 아니라는 것이 공무원복무규정의 내용[2]이다. 그런데 주의할 것은 관련법령이 모든 영리업무를 금지하고 있지는 않다는 것이다. 즉, 국가공무원법 제64조(영리업무 및 겸직금지)에서는 공무원은 영리업무를 할 수 없다는 원칙을 제시하는데 그치고, 동법 동조로부터 위임을 받은 국가공무원복무규정 제25조(영리업무의 금지)에서는 금지대상이 되는 영리업무의 범위를 구체적으로 규정하고 있는데, 영리행위라도 일정 범위[3] 내에서는 할 수 있도록 하고 있다.

나. 소속기관장의 겸직허가가 필요한 직무

겸직허가의 대상이 되는 직무에는 크게 2가지가 있는데 첫째는, 국가공무원복무규정 제25조에서 규정된 금지대상 영리업무를 제외한 영리업무로서 공무원의 직무상 능률의 저해, 공무에 대한 부당한 영향 등을 초래할 우려가 없는 영리업무가 이에 해당되고 둘째는, 비영리 업무이다. 물론 이 경우도 행위의 "지속성"이 있어야 한다고 공무원복무규정에 규정하고 있다.

다. 소결

따라서 어떤 행위가 금지되는 영리행위인지 또는 겸직허가를 받아야 하는 직무인지의 여부는 당해 공무원이 소속하고 있는 기관의 장이 당해 공무원이 하고자 하는 행위의 내용과 성격, 담당 공무원이 하고 있는 공무의 내용과 성격, 그리고 영리업무 금지제도의 취지를 종합적으로 고려하여 결정해야 하여야 하기에 사실상 상당히 재량적 판단이 가능한 사항이다. 영리업무금지 규정에 해당되는지의 여부는 첫째, 국가공무원복무규정 제25조제1호 내지 제4호에서 정한 업무에 종사하고 있는가, 둘째, 동 업무에 종사함으로써 공무원

2) 따라서 책자 발간, 원고료·출연료를 받는 행위, 1회성 출강, 주택 1채를 전세 놓는 행위 등은 공무원공무규정상의 예시로 영리행위가 아니라는 견해이다.

3) 국가공무원복무규정 제25조에서 금지하고 있는 영리행위의 범위는 다음과 같음.- 공무원이 ① 상업·공업·금융업 기타 영리적인 업무를 스스로 경영하여 영리를 추구함이 현저한 업무, ② 공무원이 상업·공업·금융업 기타 영리를 목적으로 하는 사기업체의 이사·감사 업무를 집행하는 무한책임사원·지배인·발기인 기타의 임원이 되는 것, ③ 그 외 직무와 관련이 있는 타인의 기업에 투자하는 행위, ④ 기타 계속적으로 재산상의 이득을 목적으로 하는 업무를 행하는 것 등으로 인하여
- (ⅰ) 공무원의 직무상의 능률의 저해, (ⅱ) 공무에 대한 부당한 영향, (ⅲ) 국가의 이익과 상반되는 이익의 취득 또는 정부에 대한 불명예스러운 영향을 초래할 우려가 있는 경우 등에 금지됨.
- 즉, 위 ① ~ ④의 업무가 무조건 금지되는 것이 아니며, (ⅰ) ~ (ⅲ)중에 하나라도 해당되는 업무만 금지됨.

의 직무상의 능률의 저해, 공무에 대한 부당한 영향, 국가의 이익과 상반되는 이익의 취득 또는 정부에 대한 불명예스러운 영향을 초래할 우려가 있는가라는 두 가지 요건에 해당되는지를 기준으로 판단하여야 하는 바, 특히 대통령의 경우 문제될 수 있는 부동산임대업의 경우 첫째 요건에는 해당되나 사회통념상 부동산 임대업에 소요되는 노력의 정도 등을 감안할 때 둘째 요건에는 해당된다고 보기 어렵고, 다만 지나치게 과도한 부동산임대로 담당 직무 수행에 지장을 초래하거나 관련법령에 저촉되는 부당한 이익을 취득할 경우에는 금지된 영리행위에 해당된다고 볼 수 있다는 것이 공무원복무규정의 내용인데 대통령의 경우에는 이러한 임대업의 경우도 일반공무원과 달리 금지시켜야 한다고 보인다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

대통령겸직의 규정은 헌법상 입버위임을 하였음에도 불구하고 법률상 특별히 규정한 바 없다. 이는 국회의원의 겸직은 국회법 제29조상 명확히 규정된 것과는 차이가 있기에 헌법으로 규정하거나 헌법상 대강을 규정해서 법률로 정할 필요가 있다. 현실적으로는 대통령도 공무원이기에 위에서 검토한 하위규정인 공무원법상의 규정과 공무원복무규정의 적용을 받고 있다고 할 수 있다. 하지만 대통령은 공사의 모든 업무를 사실상 수행할 수 없고 겸직은 허용되어서는 아니 되기에 이를 헌법이나 법률에 명확하게 규정할 필요가 있다. 또한 현실적으로 겸직금지보다는 대통령직을 이용한 본인이나 가족 그리고 친인척들의 영리행위로 인한 사실상 우회적으로 뇌물을 받는 행위 등이 문제될 수 있기에 독일과 같이 영리금지행위도 헌법상 금지할 필요가 있다. 현재의 공무원법규정과 공무원복무규정에 적용상 허용되는 영리행위와 재산증식행위 등에 대해서도 통제의 필요성이 있다[4]고 보이기에 이에 대한 입법의 미비를 보완할 필요가 있다고 보인다.

VI. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.

4) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 1152 참조.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2000.

헌법 제84조

장용근



第84條
大統領은 內亂 또는 外患의 罪를 범한 경우를 제외하고는 在職중 刑事上의 訴追를 받지 아니한다.

I. 기본개념과 입헌취지

대통령은 내란 또는 외환의 죄를 제외한 범죄에 대하여는 재직 중에 형사소추를 받지 않는다. 따라서 內亂 또는 外患의 죄를 범한 경우에는 형사소추가 가능하나, 그 외의 죄를 범한 경우에는 형사소추를 할 수 없다(헌법 제84조). 이는 대통령의 職責의 원활한 遂行을 보장하고, 國家元首로서의 權威를 확보하여 국가의 체면과 권위를 유지케 하기 위한 것이다.

II. 연 혁

제2공화국은 의원내각제이기에 대통령의 불소추특권이 없었지만, 그 이외의 헌법에는 대통령의 불소추특권이 규정되어 있었다.

III. 다른 조문과의 체계적 관계

이 조문으로 인해 대통령이 내란죄나 외환죄 이외에 직무와 관련된 뇌물죄나 국민의 대표로서의 품위를 손상시키는 경우에 있어서는 대통령직을 수행하는 것이 문제가 있더라도 국회에 의한 탄핵절차에 의하지 않는 경우에서는 형사소추가 불가능하게 하는 것이기에 탄핵제도와 밀접한 관련이 있다. 즉 탄핵결정에 의하지 아니하고는 공직으로부터 파면되지 아니한다(제65조 제4항)는 헌법상 규정상 탄핵 후에만 형사소추를 할 수 있다. 탄핵소추의 의결을 받은 경우는 탄핵결정시까지 권한행사가 정지된다. 탄핵결정은 공직으로부터 파면함에 그친다.

또한 국회의원의 불체포특권과 면책특권과 비교검토가 필요하다. 면책특권은 형벌조각사유이고 소송법상의 특권이며, 의원의 임기가 만료한 이후에도 임기 중의 행위에 대하여 책임을 물을 수 없다. 국회의원이 국회(기능적 개념이기에 국회의사당에 한정되지 않음)에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니하는 것을 내용으로 하고, 명예훼손적이거나 심한 모욕적 언사는 명예훼손죄나 모욕죄가 성립할 수 있고 국회의 징계처분이나 정치적 책임이 면제되는 것이 아니다. 불체포특권은 소송법상의 특권이고 회기 중에 한하여 그 체포를 일시적으로 유예받는 특권에 지나지 않으며 기소나 수사 등의 형사책임이 면제되는 것이 아니다. 회기 중에는 의원을 체포·구금할 수 없고 회기 전에 체포·구금한 때에도 국회의 요구가 있으면 석방해야 한다. 다만 현행범인의 경우, 국회의 동의가 있는 경우, 회기 전에 체포·구금되고 현행범이 아닌 경우에도 국회의 석방요구가 없으면 불체포특권은 인정되지 않는다.

IV. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

1. 규범적 내용

가. 내용

헌법 제84조에서 말하는 「형사상의 소추」는 기소를 의미한다. 대통령은 내란 또는 외환의 죄에 해당하지 아니하는 죄를 범한 경우에는 재직 중에 기소되어 법원의 재판을 받지 않는다는 의미이다. 따라서 내란 또는 외환의 죄 이외에 대통령이 범한 죄에 대하여

기소한 경우에는 법원의 재판권이 존재하지 않으므로 법원은 형사소송법 제327조의 제1호의 공소기각의 판결을 한다. 재직 중 형사소추가 면제되기에 퇴직 후에는 가능하다.

나. 공소시효의 진행 정지

대통령에게 불소추특권이 인정되어 재직중 기소되지 아니하는 범죄의 경우에는 공소시효의 진행이 정지된다.[1] 다만 내란·외환의 죄의 경우 헌정질서파괴범죄의 공소시효등에 관한 특례법상 공소시효가 배제된다.

다. 수사의 가능여부

법원의 재판을 전제로 하는 공소의 제기와 이와 연관된 체포나 구속이 금지되는 것이므로 수사기관의 수사는 가능하다. 따라서 대통령이 내란 또는 외환의 죄에 해당하지 아니하는 죄를 범한 경우에 수사기관은 수사를 할 수 있고 수사를 하는 이상 수사의 방법으로 압수·수색을 하는 것도 가능하며, 대통령이 재직하고 있는 중에 자기에 대한 임면권을 가지는 대통령에 대해 경찰이나 검찰이 공정하게 수사하는 것은 쉽지 않으므로, 이해관계 충돌의 법리상 대통령의 영향력이 미칠 수 없는 독립된 특별검사에 의하여 수사하게 하는 것이 타당하다는 견해[2]와 소추란 체포·구속·수색·검증까지를 포함하여 금지된다는 견해[3]로 나누어진다.

라. 민사·행정책임의 불면제

대통령에게 불소추특권이 인정되는 경우는 형사상 소추에 한정되기에 민사·행정책임은 묻지 아니한다.

마. 탄핵심판과의 관계

대통령이 재직 중 내란 또는 외환의 죄에 해당하지 아니하는 죄를 범한 경우에 기소할 수는 없어도 국회는 대통령에 대하여 탄핵소추할 수 있고, 내란 또는 외환의 죄의 경우는 기소할 수도 있고 탄핵소추할 수도 있다. 하지만 두 경우 모두 다 현직의 대통령을 검사들

1) 김철수, 헌법학(上), 박영사, 2008, 1720 참조.

2) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 1061 참조.

3) 홍성방, 헌법 Ⅱ, 현암사, 2000, 446 참조.

이 소추하다는 것은 어렵기에 탄핵소추에 의한 파면 후의 기소가 현실적인 대안일 것이다.

통상 대통령이 범죄행위를 하였을 때는 국회가 탄핵소추를 한다. 다만 국회의 탄핵소추와 헌법재판소의 탄핵심판절차를 거쳐 파면한 후 기소하여 처벌하기에는 시간이 많이 소요되고 그 동안 헌법질서가 매우 위태로워질 우려가 있다.

2. 헌법재판소판례

헌법재판소는 헌정질서파괴범에게 공소시효를 배제하고 있는 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특례법'을 합헌이라고 하였으므로(위헌 5인), 따라서 공소시효가 정지되지 않는 內亂罪의 경우에도 공소시효가 배제된다고 본다.

가. 제의 제기

형사소송법은 공소제기(제253조)와 재정신청(제262조의2)을, 소년법은 소년보호사건의 심리개시결정(제54조)을 시효정지 사유로 규정하고 있을 뿐 소추장애가 있을 경우 시효가 정지되는지 여부에 대하여 명문으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 국가가 소추권을 행사할 수 없는 법률상 또는 중대한 사실상의 장애사유가 있을 경우 법률에 명문으로 규정된 바가 없다고 하더라도 공소시효가 정지된다고 해석해야 하는지 문제된다.

특별법은 12·12군사반란과 5·18내란에 대한 공소시효는 범죄행위 종료일로부터 노태우 전직 대통령의 임기가 끝난 1993. 2. 24.까지 공소시효의 진행이 정지된 것으로 본다고 규정하였다.

이에 따라 소추장애가 있는 경우 공소시효가 정지되는지 여부의 해석과 관련하여 특별법의 법적성격이 확인입법인지 소급입법인지 견해를 달리하게 된다.

나. 견해의 검토

(1) 정지설(확인입법설)

공소시효제도의 본질에 비추어 국가가 소추권을 행사할 수 없는 법률상 또는 중대한 사실상의 장애사유가 있는 때에는 법률에 명문으로 규정된 바가 없다고 하더라도 공소시효의 진행이 정지된다고 해석하여야 한다는 견해이다. 특별법의 법률조항은 법 및 법집행의 왜곡에 따르는 소추의 장애사유가 존재하여 일정 범위의 헌정질서파괴행위자들에 대한 검찰의 소추권행사가 불가능하였으므로 당연히 공소시효의 진행이 정지된 것으로 보아야

한다는 당연한 법리를 확인하여 입법한데 불과하므로 이는 소급입법에 해당하지 않고 따라서 위헌문제가 제기되지도 않는다.[4]

(2) 부정지설(소급입법설)

공소시효는 법률로써 명문규정을 둔 경우에 한하여 정지된다는 견해이다. 따라서 특별법에서 시효정지 규정은 법률조항은 소급적 효력을 가진 형성적 법률이어서 당연히 위헌여부의 문제가 제기될 수밖에 없는 것이다.[5]

(3) 헌법재판소가 판단할 수 없다는 견해

특별법이 확인입법인지 소급입법인지에 대한 판단은 법원의 전속적인 권한에 속하고 헌법재판소가 관여할 사항이 아니라는 견해이다. 원래 공소시효제도는 헌법이 마련하고 있는 제도가 아니라 법률이 규정하고 있는 제도이며, 그 제도의 구체적인 적용은 사실의 인정과 법률의 해석에 관련된 문제라는 점을 근거로 든다.[6] 이 견해는 소추장애로 인하여 시효가 정지되는지에 대하여 명백한 언급이 없다.

다. 검토[7]

(1) 공소시효제도의 취지

공소시효제도는 소추기관이 유효하게 공소권을 행사할 수 있었음에도 불구하고 이를 행사하지 아니한 채 시효기간이 경과하였을 경우에 장기간 소추권행사를 게을리하여 생기는 불이익을 범죄자에게만 감수하라고 하는 것이 부당하다는 인식에서 그 취지가 있다. 이것은 한편으론 공소시효제도의 존립에는 정상적인 소추권의 행사가 가능하다는 전제조건이 필요함을 의미한다.

4) 憲裁 1996.2.16. 96헌가2, 96헌바 7, 13(병합) 결정에서 재판관 김진우, 이재화, 조승형의 의견.

5) 재판관 김문희, 황도연의 의견.

6) 재판관 김용준, 정경식, 고중석, 신창언의 의견.

7) 헌법재판소가 특별법의 합헌 여부를 판단하기 위해서는 공소시효의 본질에 비추어 소추장애가 있는 경우 당연히 시효도 정지한다고 볼 것인지에 관한 해석이 필요하다. 이는 분명히 형사소송법상의 공소시효 제도에 관한 해석이지만 헌법판단을 위하여 반드시 선행되어야 할 사항이고, 사실인정과 관련이 없는 추상적인 법률문제이므로 헌법재판소가 판단하기에 부적당하다고 볼 수도 없다. 종래 헌법재판소의 판례도 헌법판단에 필요한 범위 내에서는 법률에 대한 해석을 할 수 있다고 보았다. 이하 검토부분은 이러한 전제에서 출발한다.

(2) 소추장애의 명문규정유무와 공소시효정지 여부

소추장애로는 명문의 규정이 있는 법률상의 소추장애와 명문의 규정이 없는 사실상의 소추장애를 생각해 볼 수 있다.

헌법이나 법률에 규정이 있는 소추장애의 경우 – 우리 헌법 제84조[8]의 경우가 이에 해당할 것이다 – 에 이를 바로 공소시효의 정지사유로 보는 데에는 다소 의문이 생길 수 있다. 이 경우에는 소추장애를 규정하여 둔 입법자의 의사가 시효정지까지 염두에 두고 있는지는 당해 규정에 대한 해석을 필요로 한다. 그런데 헌법 제84조를 공소시효정지사유로 파악하는 경우에는 대통령의 재직기간중이라 하더라도 형사소추가 필요함을 명시하고 있는 내란 또는 외환의 죄와 같은 중범죄는 시효완성으로 면책되고, 그 밖의 덜 중대한 범죄는 시효가 정지되어 퇴직 후에도 소추가 가능하므로 책임을 물을 수 있게 된다는 식이 되어 헌법해석으로서 도저히 받아들일 수 없는 불합리한 결과에 이르게 된다.[9]

따라서 소추장애를 공소시효의 정지문제와 결부시켜 파악할 때에는 법률상의 소추장애인가 사실상의 소추장애인가의 형식적 구분이 반드시 뚜렷한 해답을 준다고 볼 수 없다. 게다가 '사실상의 소추장애'를 논하는 국면이 대체로 명문으로 규정되어 있지는 않으나 공소시효를 정지시킬 필요가 있을 만큼 중대한 소추장애인 경우를 상정하기 때문에 규정의 유무를 가지고 논하는 것은 실제로 아무런 설득력을 가질 수도 없다.

(3) 소추장애의 중대성과 공소시효의 정지 여부

소추가 불가능한 경우에는 공소시효가 정지된다고 해석하는 것이 공소시효제도의 본질에 부합한다고 볼 때에는 오히려 소추장애의 중대성 여부가 관건이다. 이런 관점에서만이 합리적인 설득력을 가지고 공소시효제도가 추구하는 법적 안정성과 범죄의 처벌이라는 정의의 실현이라는 두 가지 법의 목표 사이에 비교형량과 선택을 가능하게 한다.

8) "대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다."

9) 이와 관련하여 헌법재판소(다수의견)는 1995. 1. 20. 94헌마246 결정에서, 원칙적으로 대통령재직 중 형사소추가 불가능하므로 재직기간동안 시효도 정지되는데, 예외적으로 내란 또는 외환의 죄인 경우에만 형사소추가 가능하고 따라서 시효가 계속 진행된다고 하였다. 결국 다수의견은 헌법 제84조와 공소시효의 정지사유 사이에 직접적인 관련성을 인정하는 입장이다. 그러나 이것은 본문에서 보는 바와 같이 헌법상 도저히 수긍할 수 없는 결과에 이르는 해석일 뿐만 아니라, 동조의 취지는 내란 또는 외환의 죄에 관하여 헌법은 대통령의 형사상 소추유예의 특권을 부여하지 않으려고 한 것이지 오히려 시효제도와 결합하여 경우에 따라 특별히 형사면책이 되는 특권을 보장하려고 한 것은 아니라는 점에서 받아들이기 어려운 입론이다. 同旨: 김선택, "과거청산과 법치국가", 법학논집 31집(1995), 104.따라서 헌법 제84조가 시효정지에 대하여까지 규정한 것이라고 보기 어렵고, 시효정지의 문제는 헌법 및 형사소송법 등 관계 법률의 해석을 통하여서 밝혀져야 할 것이라고 본다.

법의 해석에는 문리적 해석 외에도 법목적적 해석, 역사적 해석 등이 인정되고 있음은 주지하는 바이고, 우리 헌법 및 형사소송법 등이 시효정지에 관하여 개별적으로 대처하고 입법화하고 있는 것일 뿐 그것을 한정적으로만 인정하겠다는 취지로 볼 아무런 근거가 없으므로 소추장애의 정도가 범죄의 처벌을 불가능하게 할만큼 법질서의 마비상태를 가져오는 경우에는 공소시효의 제도의 본질에 비추어 공소시효가 정지된다고 보는 것이 타당하다.

(4) 시효정지에 이르는 중대한 소추장애에 대한 판단

중대성 여부는 개별적 사안에 비추어 판단할 수밖에 없다. 그 기준으로서는 범죄인에 대한 법적 안정성의 보장의 필요성보다 범죄의 처벌을 통한 정의의 실현에 대한 요청이 우월한 경우이어야 하며 소추장애에 어떠한 국가적인 책임요소가 개입되어서도 안 된다(위에서 든 프랑스 판례에서의 시효정지사유가 우리의 경우에도 그대로 적용될 수 있을 것인가에 대해서는 이러한 기준에서의 검토를 필요로 한다).

우리의 경우 문제가 된 헌정질서파괴범죄가 발생하는 경우, 특히 내란의 행위자들이 내란의 목적을 일시적으로 달성하여 사실상 국가권력을 장악한 때에는 내란행위자에 대하여 국가의 형벌권을 발동하여 처벌할 방법이 없게 되므로 사실상 불처벌의 상태로 남을 수밖에 없는 사태가 발생한다. 이 경우에는 위와 같은 기준 하에서 다음과 같은 구체적인 이유로 공소시효의 진행이 정지된다고 보는 것이 타당하다.

① 내란행위자 자신이 소추권행사를 불가능하게 한 경우에는 역시 공소시효의 진행도 정지된다고 보는 것이 정의의 관념과 공평의 원칙에 부합하는 해석이라는 점,

② 내란행위자들이 국가권력을 장악함으로써 소추가 불가능하였던 기간에 대하여서도 공소시효가 진행한다면, 범인들로서는 시효의 이익을 누리기 위하여 불법적인 방법으로 집권기간을 연장하려 할 것이므로 오히려 헌법질서의 파괴를 조장하게 되는 모순이 생긴다는 점,

③ 명문의 규정이 없는 경우이긴 하나, 이미 헌법파괴적인 방법으로 집권에 성공한 범죄자들이 헌법 또는 법률을 개정하는 경우에 명문의 규정여부라는 기준에 의한 판단은 무기력할 수밖에 없다는 점,

④ 법적 안정성이란 이른바 헌법질서와 헌법기능이 정상적일 때에 국가형벌기관과 국민 사이의 관계로부터 거론되는 것인데, 헌정질서파괴범죄의 경우에는 이미 법적 안정성이라는 가치가 그 본래의 의미를 갖지 못하고 왜곡된 상태이므로 법적 안정성의 보호란 불필요하거나 그 필요성이 감소하여 정의의 이념에 양보하여야 할 정도라는 점.

따라서 이러한 결론에서는 특별법도 당연한 법리를 확인한 확인입법에 지나지 않으므로 당초부터 위헌 여부가 제기될 필요도 없다.[10)]

V. 개정의 필요성에 대한 검토

우선 고도의 도덕성이 요구되는 대통령이 형사상 소추할 문제가 심각한 경우에 대통령으로서의 직무를 수행할 수 있는지는 의문이라고 할 수 있기에 본 규정은 대통령의 재직에 지장을 초래하지 않을 사소한 경우로 제한되어야 한다고 볼 수 있다. 또는 사소한 범죄라도 고도의 도덕성이 요청되는 대통령의 경우에는 허용되지 않는다고 보아 본 규정의 삭제가 필요하다고 볼 수 있다. 다만 현직 대통령을 검사들이 소추하는 것은 사실상 불가능하기에 이 문제를 해결하기 위해서 특별검사를 통해서 수사하는 입법을 도입할 필요가 있다.

VI. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2000.

10) 헌법재판소결정에서의 소수의견은 이를 "공소시효의 진행이 정지되는 경우는 형사소송법이 공소시효정지제도 자체를 인정하고 있는 이상 명문에 그 정지규정이 있는 여부를 가리지 아니하고 공소시효제도의 법리에 따라 공소시효의 진행이 정지되는 경우를 인정할 수 있고 형사소송법에 명문규정을 두는 경우가 있다 하더라도 이는 위 법리를 확인함에 불과하다 할 것"이라고 이유를 설시하고 있다. 憲裁 1995.1.20. 94헌마246 결정의 이재화, 조승형 재판관.



I. 기본개념과 입헌취지

전직대통령의 신분과 예우에 관하여는 법률로 이를 정한다(헌법 제85조).

전직대통령은 국가원로자문회의의 의장이 된다(헌법 제90조 제2항). 이는 대통령은 국가원수로서의 지위를 가졌던 점을 고려하여 퇴임 후에도 다른 헌법기관과는 달리 특별히 대우하고 있다. 이는 전직대통령에 대하여 특별우대를 민주적 정당서을 가진 의회가 통제한다는 의미와 다른 헌법기관보다는 더 우대하여 행정부의 자의적으로 대우를 변경하지 못하도록 하는 의미도 있다고 보인다.

II. 비교법적 검토

대통령제를 취하고 있는 미국의 경우에는 헌법에 전직대통령의 예우에 대한 규정은 없고 법률이나 내부규정 등의 형태로 규정하는 데 반해 우리는 헌법에 규정하여 특별히 전직대통령을 대우하고 있다.

III. 학설과 판례

헌법자체에 대한 해석은 거의 없고 법률자체의 해석도 거의 없다. 다만 이 법률에 따르면, 대통령을 지낸 본인과 일정한 범위의 유족에 대해서는 연금이 지급된다. 연금지급액은 전직대통령의 경우 지급당시의 대통령보수액의 100분의 95상당액으로 하고(전직대통령예우에 관한 법률 제4조 제1항), 유족의 경우는 100분의 70상당액으로 한다(同法 제4조 제2항). 또한 전직대통령은 비서관 3인을 둘 수 있다(同法 제6조). 다만 전직대통령예우에 관한 법률이 제정되어 ① 재직중 탄핵결정을 받아 퇴임한 경우 ② 금고이상의 형이 확정된 경우 ③ 형사처분을 회피할 목적으로 외국정부에 대하여 도피처 또는 보호를 요청한 경우 ④ 대한민국의 국적을 상실한 경우에는 전직대통령으로서의 예우를 하지 않는다(전직대통령예우에 관한 법률 제7조).

IV. 개정의 필요성에 대한 검토

이는 정확히 주로 헌법개정의 문제는 아니고 법률의 개정의 문제이나 다만 미국과 달리 헌법에 본 규정이 규정할 필요는 없다고 보이기에 이런 측면에서 헌법에서 삭제하는 것이 타당하다고 보인다. 또한 법률개정의 측면에서 대부분의 대통령의 경우 대통령당선 전에 이미 상당한 재산을 모으거나 어느 정도의 재산을 가지고 있는데 과연 법률로 연금지급액은 전직대통령의 경우에 지급당시의 대통령보수액의 100분의 95상당액으로 하고, 유족의 경우에는 100분의 70상당액으로 할 필요가 있나 하는 의문이 든다. 오히려 대통령직수행자체가 가장 중요한 명예이자 보상이기에 퇴임 후에 대통령상당액의 지급액을 추가로 줄 필요가 없다고 보이기에 상당부분 삭감이 필요하다고 보인다. 또는 미국처럼 행정각부의 장관의 기본급과 동일하게 하는 것이 필요하다고 보인다.

V. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2000.



[제4장]

정 부

제2절 행정부 / 제1관 국무총리와 국무위원

헌법 제86조 · · · · · · · · · · · · · · · · · 618
헌법 제87조 · · · · · · · · · · · · · · · · · 641



헌법 제86조

김대환

第86條

① 國務總理는 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.

② 國務總理는 大統領을 補佐하며, 行政에 관하여 大統領의 命을 받아 行政各部를 統轄한다.

③ 軍人은 現役을 免한 후가 아니면 國務總理로 任命될 수 없다.

I. 제도적 의의

헌법재판소에 따르면 국무총리제의 의의는 부통령제를 두지 않은 상황에서 대통령 유고시 ① 그 권한대행자가 필요하고, ② 대통령제의 기능과 능률을 높이고, 대통령의 의견을 받아 정부를 통할·조정하는 보좌기관이 필요하다는데 있다.[1)]

이러한 국무총리제도는 미국식 대통령제에서는 없는 제도이기 때문에 대통령중심제로 평가되는 현행헌법상의 정부제도[2)] 하에서는 비정상적인 제도[3)]나 거의 무의미한 것[4)]으로

1) 憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 260-261.

2) 憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 260.

3) 정종섭, "한국 헌법상 대통령제의 과제", 헌법학연구 5집 1호(1999), 20; 이관희, 한국민주헌법론 Ⅱ, 박영사, 2008, 387.

4) 조정관, "국무총리(수상)의 정치적 역할에 관한 비교연구: 필리핀과 태국의 정당정치 비교", 한국정당학회보 5권 2호(2006), 152.

평가되기도 하지만,[5] 1948년 헌법에서부터 규정되어 왔을 뿐만 아니라, 1919년의 임시정부헌법에서도 찾아 볼 수 있고, 멀리는 왕조시대의 재상제도에까지 연결될 수 있는 역사적 기원을 가진 제도라는 점은 부인할 수 없다.[6]

비교법적으로는 국무총리가 대통령 유고시 제1의 권한대행자라는 점에서 미국식 대통령제의 부통령과 유사하나, 부통령은 상원의결에 있어서 가부동수일 경우 가부를 결정할 수 있는 권한 외에는 아무런 권한도 없다는 점(미국헌법 수정 제25조)에서 행정각부를 통할하고(제86조 제2항), 국무위원과 행정각부의 장의 임명제청권(제94조), 국무회의에서의 심의·의결권(제88조 제3항, 제89조), 부서권(제82조), 총리령발포권(제95조), 국회출석발언권(제62조 제1항) 등을 가지는 대한민국헌법상의 국무총리와는 다르다. 또 대통령이나 국왕 다음가는 정부의 제2인자라는 점에서 의원내각제나 이원정부제에서의 수상과 유사하나, 수상은 실질적 집행권을 행사하는데 반하여,[7] 국무총리는 행정에 관하여 독자적인 권한을 가지지 못하고 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 대통령의 보좌기관으로서 이해된다는 점(제86조 제2항)에서 구별된다.[8]

이와 같은 국무총리의 제도적 의의와 이하에서 설명하는 바의 헌법적 의의는 헌법이 취하는 정부형태(권력구조)에 따라 달라질 수 있으면서도 다른 한편 국무총리제도 자체 또는 그 내용형성이 정부형태를 결정하는 요인으로 되기도 한다.

II. 헌법상 지위

1. 헌법상 지위의 변천

5) 물론 제2차 개정 헌법인 1954년헌법에서 국무총리제도가 잠시 폐지된 적은 있다.

6) 명재진, "국무총리제의 합리적 운용의 한계와 개헌필요성", 헌법학연구 13권 1호(2007. 3), 165 국무총리제도의 연원에 대한 보다 상세한 연구로는 정종섭, "한국헌법사에 등장한 국무총리제도의 연원", 서울대학교 법학 45권 4호(2004. 12), 432-465 및 이재원, 대한민국의 국무총리, 나남, 2007, 29 이하 참조.

7) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1756. 이원정부제의 3가지 모습에 대해서는 명재진(주 6), 159 참조.

8) 정종섭(주 3), 21; 조정관, "국무총리의 정치적 역할에 관한 비교연구: 권력구조에 따른 차이를 중심으로", 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 151; 심경수, "우리나라 헌법상 국무총리의 지위", 헌법학연구 4집 3호(1998. 11), 80. 기타 정부형태에 따른 국무총리제도의 개괄적인 소개는 서주실, "국무총리의 헌법상 지위", 고시계 1987년 8월호, 40 이하; 장석권, "현행헌법상 국무총리제의 활용방안에 대한 고찰", 고시계 1993년 2월호, 32 이하; 조정관(주 4), 128 이하 참조.

가. 1948년헌법

대한민국의 최초의 헌법인 1948년헌법은 부통령을 둔 대통령제를 취하면서도 국무총리제도를 두고 있었다(제52조, 제53조, 제68조). 원래 전형적인 대통령제에서는 국무총리제도는 생소한 것이다. 국무총리는 부통령 다음가는 제2의 대통령권한대행자로 예정되어 있었고(제52조), 대통령 및 다른 국무위원들과 함께 합의체 의결기관인 국무원의 구성원이 되었다(제68조). 이 국무원은 의원내각제에 있어서 내각과 유사한 것으로 행정의 최고의결기관으로 이해되었다.[9)]

국무회의의 부의장으로서 대통령을 보좌하고(제70조 제2항) 부재시 국무회의에서 의장의 권한을 대행하지만, 의결에 있어서는 다수결에 따르기 때문에(제71조) 다른 구성원과 동등한 지위를 가질 뿐이다. 그리고 제1차 개정헌법이나 현행 헌법과는 달리 다른 국무위원의 임명제청권도 규정되지 않았다(제69조 참조). 고유한 권한으로서는 행정각부장관을 통리감독할 수는 없으나, 대통령보좌기관으로서 대통령의 명을 승하여 행정각부의 장관을 통리감독하고, 다른 행정각부에 분담되지 아니한 행정사무를 담임하며(제73조 제2항), 대통령의 국무행위문서에는 부서하였다(제66조).

나. 1952년헌법(제1차 개정 헌법)

일명 발췌개헌이라는 제1차 헌법개정을 통하여 여당의 대통령직선제(제53조)와 국회의 양원제(제31조) 그리고 야당의 국무원불신임제(제70조의2)가 각각 발췌되어 수용된 1952년헌법에서도 국무총리제도는 비슷하게 유지되었다. 부통령 다음의 대통령권한대행자로서 국무총리는 여전히 대통령의 국무행위문서에 부서하고(제66조), 대통령을 보좌하며 국무회의의 부의장이었고(제70조 제2항), 대통령의 명을 승하여 행정각부장관을 통리감독하며 행정각부에 분담되지 아니한 행정사무를 담임하였다(제73조 제2항). 의결기관으로서의 국무원제도도 그대로 유지되었다(제68조). 다만 국무위원과 함께 국무총리의 국회에 대한 책임이 강화되어 국무원의 권한에 속하는 일반국무에 관하여는 연대책임을 지고 각자의 행위에 관하여는 개별책임을 지도록 하였고(제70조 제3항), 이에 따라 국무총리의 국무위원임면제청권을 규정함으로써 국무위원에 대한 국무총리의 사실상의 우월적 지위를 강화하였다(제69조 제4항).[10)]

9) 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953, 211. 물론 국무원이 의원내각제의 내각과 전적으로 동일하지는 않다(같은 책, 212 참조).

10) 대통령이 국무총리의 제청이 없는 자를 임명하거나 해임할 수는 없지만, 국무총리의 제청이 있는 경우에는 임명하거나 해임하여야 하는지에 대해서는 규정으로서는 불명한 점이 있다. 유진오는 국무총리가 내각통일의 책임을 지기 위해서는 국무총리의 임명제청에는 기속되지 않을 수 있지만, 파면을 제청한 경우에는 대통령이 기속되는 것으로 해석한다(유진오(주 9), 220).

다. 1954년헌법(제2차 개정 헌법)

국무총리제도와 국무원제도를 폐지함으로써 순수한 미국식 대통령제를 채택한 1952년 헌법은 부당한 사사오입방식을 도입하여 부결된 개정안에 대해서 2일 후 다시 의결하여 통과시켰을 뿐만 아니라, 헌법개정당시의 대통령에 대해서는 2차중임금지규정을 적용하지 않도록 부칙에 정한 위헌인 헌법개정이었다.[11]

라. 1960년6월헌법(제3차 개정 헌법)·1960년11월헌법(제4차 개정 헌법)

1960년 4·19혁명으로 이승만 정부가 물러가고 의원내각제의 정부형태를 채택한 1960년6월헌법이 압도적인 찬성으로 국회를 통과하였다. 이 헌법에 의하여 국무원제도와 국무총리제도가 다시 부활되었다. 의원내각제의 이념에 따라 국무원은 민의원에 대하여 연대책임을 졌고(제68조 제3항), 국무총리는 국무회의를 소집하고 그 의장이 되었으며(제70조), 국무원을 대표하여 의안을 국회에 제출하고 행정각부를 지휘감독하는 기관이 되었다(제70조 제3항). 국무총리가 국무위원을 임면하였다(제69조 제5항). 국무총리는 참의원의장, 민의원의장에 이어 제3의 대통령권한대행자로 규정되었다(제52조). 대통령의 국무행위문서에도 반드시 국무총리의 부서가 요구되었다(제66조). 이 헌법상의 국무총리는 의원내각제의 수상과 같은 기능을 수행하였다. 의결기관으로서의 국무원[12]은 행정권을 담당하는 집행기관이었다(제68조).

1960년11월헌법(제4차 개정 헌법)에서는 반민주행위자의 공민권제한특별법과 부정축재자처리를 위한 특별법의 근거를 부칙에 신설하는 것 외에 국무총리 및 국무위원에 대한 어떠한 개정도 없었다.

마. 1962년헌법(제5차 개정 헌법)

1961년 5·16군사쿠데타로 집권한 군부는 같은 해 6월 6일 국가재건비상조치법을 제정하였다. 이 법률에 따르면 국무원은 내각수반과 각원으로 조직되는 내각으로 대체되었고(제14조), 헌법상의 국무원의 권한은 국가재건최고회의의 지시와 통제하에 내각이 행하되, 내각은 국가재건최고회의에 대해 연대책임을 지도록 하였다(제13조).

11) 김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008, 115-116.

12) 1954년헌법(제68조 참조)까지 유지되어온 국무원이 의결기관이라는 명시적인 규정은 없어졌지만, 의원내각제 하에서는 행정권을 담당하는 국무원이 의결기관인 것은 당연하다. 명문상으로도 1960년헌법 제72조에서는 국무회의의 의결을 거쳐야할 사항들을 규정하고 있다.

국가재건비상조치법의 개정형식을 통하여 만들어진 1962년헌법은 삼권분립에 입각한 대통령중심제를 택하였기 때문에 의결기관으로서의 국무원제도는 폐지되었고, 국무회의는 심의기관으로 변경되었다(제83조 제1항). 국무총리는 1948년헌법과 1952년헌법으로 돌아가 다시 대통령의 보좌기관과 국무회의의 부의장이 되었고(제85조 제2항), 대통령권한대행에 있어서는 부통령제도를 두지 않음으로 인하여 제1순위가 되었다(제70조). 대통령의 국법상 행위인 문서에 국무총리의 부서가 필요한 것도 마찬가지였다(제80조). 국무총리의 이러한 제1의 대통령권한대행자로서의 지위는 이후의 헌법개정에서는 변함이 없이 오늘날에 이르고 있다. 1948년헌법과 달리 국무총리가 국무위원임명제청권을 가짐으로써 1952년헌법으로 되돌아갔다(제84조 제1항). 다만, 1952년헌법에서는 임면제청권을 규정하여 임명과 해임을 동시에 규정하였던 것을, 1962년헌법에서는 해임건의권을 임명제청권과 구분하여 별도로 규정하였다(제84조 제3항).[13] 국무총리가 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하도록 한 것(제89조)은 대통령제를 취한 1948년헌법과 1952년헌법과 동일하지만, 이 두 헌법이 행정각부에 분담되지 아니한 행정사무를 국무총리가 담임하도록 한 규정(각 제73조 제2항)은 두지 않았다.

바. 1969년헌법(제6차 개정 헌법)

제6차 헌법개정은 1962년헌법에서는 대통령은 1차에 한하여 중임할 수 있게 하였던 것(제69조 제3항)을, 3기까지 계속 재임을 허용하는 것(제69조 제3항)을 주요내용으로 하였기 때문에 국무총리와 국무위원에 관한 규정에 있어서는 아무런 변화가 없었다.

사. 1972년헌법(제7차 개정 헌법)·1980년헌법(제8차 개정 헌법)·1987년헌법(제9차 개정 헌법)

유신헌법이라고도 불리는 1972년헌법개정은 대통령의 장기집권을 도모하기 위해 단행된 개정이다.[14] 제1의 대통령권한대행자로서 국무총리(제48조)는 이전 헌법과 같이 여전히 국무회의의 부의장이었고(제65조 제3항), 대통령을 보좌하고 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하도록 되어있었다(제63조 제2항). 대통령의 국법행위문서에

13) 현행 헌법상의 동일조항의 해석과 관련하여 대통령은 국무총리의 해임건의권에 구속되지 않는다고 하는 견해가 다수의 입장이다(김철수(주 7), 1765 참조).

14) 김철수(주 11), 121.

는 국무총리의 부서가 요구되었다(제60조). 국무회의도 이전과 같이 심의기관에 머물렀다(제65조 제1항). 그러나 국회는 국무총리를 해임 의결할 수 있고, 이 경우 대통령은 국무총리와 함께 국무위원 전원을 해임하지 않으면 안 되었다는 점(제97조 제3항)에서 국회에 대해 책임이 강화되어 있으므로 1962년헌법 및 1969년헌법과 비교하여 볼 때 국무총리의 헌법적 지위가 높아졌다고 볼 수 있다.[15] 이러한 1972년헌법의 국무총리와 국무회의에 대한 규정은 1980년헌법(제8차 개정 헌법)을 거쳐 현재의 1987년헌법(제9차 개정 헌법)에도 그대로 유지되고 있다.[16]

2. 현행 헌법에 있어서 국무총리의 지위

현행 헌법상 국무총리는 제1의 대통령권한대행자이며(제71조), 대통령을 보좌하고(제86조 제2항), 대통령의 국법행위문서에 부서할 권한과 의무를 가지며(제82조), 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다(제86조 제2항). 국무위원제청권(제87조 제1항)과 해임건의권(제87조 제3항)을 갖고, 심의기관인 국무회의(제88조 제1항)의 부의장이 된다(제88조 제3항).

국무총리의 헌법상의 지위는 대통령과 기타 국무위원 및 행정각부의 장에 대한 관계, 국무회의에서의 위상, 그리고 국무총리의 권한과 의무와 관련하여 다음과 같이 구분해 볼 수 있다. 대통령과의 관계에서 볼 때 제1의 대통령권한대행자로서의 지위[17]와 대통령의 제1의 보좌기관으로서의 지위[18]를 갖고, 행정각부를 통할하거나 행정각부의 장의 임명제청권을 가짐으로써 대통령 다음 가는 제2의 중앙행정관청으로서의 지위를 갖는다. 국무회의와 관련하여서는 국무회의의 부의장으로서 국무위원의 임명제청권과 해임건의권 등을 가지는 국무회의의 제2인자로서의 지위를 가진다.

15) 김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979, 625.

16) 간단한 자구 수정과 국무위원의 숫자에 대한 변경 정도만이 있었다(1980년헌법 제62조와 제63조).

17) 국무총리가 대통령의 제1의 권한대행자가 되는 것은 민주적 정당성의 관점에서 문제될 수 있다. 이에 대하여는 본서 제71조 부분 참조.

18) 憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 260-261. 이 점에서 대통령과 정부기능을 분장하고 있는 이원정부제의 총리와 구별된다(장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1200).

III. 임 명

1. 임명방식의 변천

가. 1948년헌법과 1952년헌법

1948년헌법에서 국무총리는 대통령이 임명하고 국회의 승인을 얻도록 하였다. 그러나 국회의원총선거 후 신국회가 개회되었을 때에는 국무총리임명에 대한 승인을 다시 얻도록 하였다(제69조 제1항). 이러한 헌법규정은 1952년헌법에서도 그대로 유지되었다. 1952년헌법은 양원제를 채택하였기 때문에(제31조), 제69조 제2항에서 민의원의원총선거 후 신국회가 개회되었을 때에 국무총리임명에 대한 승인을 다시 얻도록 개정하였다(제69조 제2항). 또 국무총리가 궐위된 때에는 10일 이내에 국무총리승인요구안을 제출하도록 하였다(제69조 제3항). 당시의 유력한 견해에 따르면, 1948년헌법이나 1952년헌법상의 대통령의 국무총리 임명은 정식임명이 아닌 단순한 지명일 뿐이라고 하였다.[19)]

나. 1960년6월헌법과 1960년11월헌법

의원내각제를 채택한 1960년6월헌법과 1960년11월헌법에서도 국무총리의 임명은 대통령의 권한이었지만 대통령이 '지명'하여 민의원의 '동의'를 얻도록 하고 있었고, 2차에 걸쳐 민의원이 동의하지 않은 때에는 민의원에서 직접 국무총리를 선거한다(제69조 제1항). 이전의 헌법과 비교하여 보면, 대통령의 임명을 지명으로, 국회의 승인을 동의로 수정하였다.

다. 1962년헌법과 1969년헌법

5·16쿠데타 이후 국가재건비상조치법이 지배하던 시기에 국무총리는 내각수반으로 대

19) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 152; 같은 사람(주 9), 215. 이러한 유진오의 견해는 국회의 승인을 사전동의로 이해하는 것이라고 하는 견해가 있다(정종섭, "대통령의 국무총리 임명에 대한 국회의 동의", 헌법학연구 4집 2호(1998.10), 393). 그러나 유진오의 견해를 그렇게(승인=사전동의) 이해하는 것은 국회가 승인하지 않은 경우에 그 동안의 피지명자의 국무행위의 법적 효력 유무의 논의에 관한 한 의미가 없다. 왜냐하면 국회의 승인을 사전동의로 이해하거나 정종섭의 견해처럼 사후승인으로 이해하거나 그것은 이미 사실상 존재하는 바의 소급하여 무효로 하기 곤란한 행위의 효력에 관한 문제이기 때문이다. 따라서 소위 국무총리'서리'제도의 위헌성은 물리적으로 볼 때 국회의 승인행위가 대통령의 행위 이후에 일어나는 한 언제나 발생할 수 있는 문제이다.

체되었고 내각수반은 국가재건최고회의에 의해 임명되었다(동법 제14조 제2항). 그러나 1963년 12월 17일 시행된 1962년헌법부터는 정부형태가 다시 대통령중심제로 환원되면서, 대통령이 임명하는 국무총리제도가 시행되었다(두 헌법 각 제84조). 이전의 헌법에서 볼 수 있었던 국회의 승인이나 동의는 필요로 하지 않았다. 다만, 1948년헌법에서는 국회는 국무총리의 해임을 건의하거나 불신임할 수 없었는데 반하여, 같은 대통령중심제를 취하면서도 이때에는 국회는 국무총리의 해임을 건의할 수 있도록 하였고, 특별한 사유가 없는 한 대통령은 이 건의에 응하도록 규정함으로써(두 헌법 각 제59조), 의원내각제적 요소를 가미하여 대통령의 권력을 어느 정도 제한하려고 하고 있다.[20]

라. 1972년헌법·1980년헌법

소위 영도적 대통령제를 표방한 1972년헌법과 1980년헌법에서는 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하고 있으면서(각 헌법 제63조 제1항, 제62조 제1항), 나아가 국무총리의 해임에 있어서도 국회가 이를 의결할 수 있도록 하고, 의결에 따라 대통령은 반드시 국무총리와 함께 국무위원 전원을 해임하도록 하고 있었다(두 헌법 각 제97조, 제99조). 이것은 대통령에게 국회를 해산할 수 있는 권한을 부여한 것(두 헌법 각 제59조 제1항, 제57조 제1항)에 대한 균형임과 동시에 국무총리로 하여금 국회의 신임을 가지고 행정에 임하도록 하기 위한 배려로 이해된다.[21] 그러나 통일주체국민회의가 선거한 소위 유정회 국회의원(제40조 제1항)이 국회를 장악하는 등 대통령의 국회지배가 이루어지는 상황 하에서 이러한 국회의 통제는 그 제도적 의의에도 불구하고 아무런 사실상의 의미를 가지지 못하였다.

2. 현행 헌법상 국무총리의 임명방식

현행 헌법에서도 국무총리의 임명방식은 기본적으로 유신헌법과 동일하다. 대통령은 국회의 동의를 얻어 국무총리를 임명한다(제86조 제1항). 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 동의안은 가결된다(제49조). 그러나 국회의 국무총리해임에 관한 권한은 1962년헌법과 동일하게 해임건의권으로 약화시키고 있다(제63조 제1항).

20) 한태연, 헌법학, 법문사, 1983, 459.

21) 김철수(주 15), 626; 정종섭(주 19), 399.

이 해임건의권은 대통령을 구속하지 않는다. 이것은 대통령의 국회해산권을 인정하지 않는 것에 대응한 것이다. 국무총리의 임면에 관한 국회의 독특한 관여방식 – 즉, 국회의 선출이나 해임의결이 아닌 임명동의와 해임건의[22]라고 하는 방식 –은 대통령이나 국회 중 어느 일방이 비타협적인 태도로 일관하는 경우에는 헌정은 교착상태에 빠질 수 있고, 후술하는 바의 국무총리서리와 같은 비정상적인 헌정기구가 출현하는 하나의 원인이 될 수 있다.[23]

3. 국회 동의의 법적 성격과 국무총리'서리'제도의 위헌성

가. 동의의 법적 성격 및 효력

국무총리를 임명하기 위해 필요한 국회의 동의는 사전적 동의를 의미한다.[24] 이것은 문언의 의미상 명백하고 또 동의제도를 둔 취지에 부합한다. 대통령의 헌법기관구성에 있어서 국회의 동의제도는 소극적으로는 대통령에 대한 견제의 의미를 가질 뿐 아니라, 적극적으로는 국무총리가 국회의 신임 하에 행정을 할 수 있도록 하기 위한 것이다.[25] 이러한 동의제도의 취지로 볼 때 국무총리의 임명에 대한 국회의 동의는 대통령의 단독행위에 국회가 단순히 부수적으로 협력하는 것에 그치지 아니하고 국회가 대통령과 공동으로 임명에 관여하는 것이라고 보는 것이 타당하다.[26] 따라서 국회의 동의 없는 국무총리의 임명은 위헌무효이다.

22) 국회의 국무총리해임 건의는 대통령을 법적으로 구속하지 못한다는 것이 헌재의 입장이다(憲裁 2004.5.14. 2004헌나1, 헌판집 16-1, 650-651).

23) 조정관(주 4), 140-141 참조.

24) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 904; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 916; 최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001, 116; 김문현, 사례연구 헌법, 법원사, 2000, 389; 정종섭(주 19), 403; 장영수(주 18), 1201.

25) 김철수(주 7), 1762. 따라서 국무총리도 국회에 대하여 책임을 진다. 이러한 책임은 국회의 해임건의권으로 구체화되어 있다.

26) 憲裁 1998.7.14. 98헌라1, 헌판집 10-1, 29의 3인의 반대의견(위헌의견) 및 권영성(주 24), 904. 이에 반해 단순한 통제권의 행사로 보는 견해: 정태호, "국무총리서리 임명의 적법성과 국가기관간 권한쟁의심판의 적법성", 고시연구 2003년 8월호, 163; 곽순근, "국회의 동의를 얻지 않은 국무총리임명의 효력", 고시연구 1999년 7월호, 95; 남복현, "현행헌법상 권력구조의 개편필요성에 관한 검토", 공법연구 26집 3호(1998.6), 284.

나. 국무총리'서리'제도의 위헌성

국회의 동의 없는 국무총리의 임명이 위헌이라면 대통령이 국무총리의 직무를 대행할 자, 즉 국무총리서리를 임명하는 행위도 원칙적으로 허용되지 않는다. 왜냐하면 국무총리 '서리'라는 이름 아래 국무총리의 권한을 행사하는 실질적인 국무총리를 국회의 동의 없이 임명한 것으로 보이기 때문이다.[27] 그러나 이 문제는 비단 동의의 헌법적 성격과 효력만을 가지고 논의할 성질의 것은 아니다.

국무총리서리제도는 헌법에 의해 명문으로 인정되는 제도가 아니다. 국무총리서리와 관련하여 헌법사를 돌이켜 보면, 1948년헌법과 1952년헌법에서 대통령의 임명 후 사후승인규정을 두었었는데, 이 문언에 따르면 국무총리서리의 신분이 존재할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 사후승인 전이든 사전동의 전이든 문제의 본질은 국회에 의해 대통령의 행위가 완성되기 전에 한 피승인자(또는 피지명자)의 국무행위의 법적 효력의 여부이기 때문에, 용어가 지명이냐 임명이냐는 문제되지 않는다.[28] 아무튼 이승만 정부 시대에는 5인의 국무총리서리가 존재하였다. 제2차 개정 헌법인 1954년헌법에서는 국무총리제를 폐지하였고, 1960년의 제3차 개정 헌법과 제4차 개정 헌법에서는 국무총리를 대통령이 지명하고 민의원의 동의를 얻도록 하고 있었으나(각 헌법 제69조 제1항 본문), 대통령이 국무총리를 지명한 때에는 지명 후 24시간에서 48시간 이내에 동의안을 처리하도록 되어 있었고(각 헌법 제69조 제3항), 2차에 걸쳐 동의안이 부결되면 민의원에서 직접 선거하도록 되어 있었기 때문에(각 헌법 제69조 제1항 단서) 국무총리서리의 문제는 발생하지 않았다. 제5차 개정 헌법인 1962년헌법에서는 국회의 국무총리 동의제도를 두지 않고 대통령이 임명하는 것으로 그쳤기 때문에 더더욱 국무총리서리문제는 발생하지 않았다. 1972년헌법에서부터 현재와 같이 국회의 사전동의를 요하게 되었다. 이때부터 수립된 정부마다 모두 국무총리서리를 둔 바 있다.[29] 이로부터 국무총리서리제도라는 헌법적 관행이 성립된 것으로 볼 여지가 있다.[30] 그러나 헌법재판소의 반대의견(위헌의견)이 밝힌 바와 같이, 그것은 헌법의 규정에 명백히 위반되는 정치적 선례에 불과한 것으로 보아야 한다.[31]

27) 헌판집 10-1, 26.

28) 이미 앞에서 언급한 바와 같이 유진오는 제1공화국헌법상의 대통령의 임명을 지명으로 약화시켜 이해하였다.

29) 자세한 것은 정종섭(주 19), 408 이하 참조.

30) 憲裁 1998.7.14. 98헌라1사건에서의 피청구인(대통령)의 주장, 헌판집 10-1, 14.

31) 헌판집 10-1, 30.

다른 한편 국무총리가 궐위된 경우에는 국무총리서리의 임명이 가능하다는 주장이 있다.[32] 이러한 궐위는 신임대통령이 취임하여 처음으로 국무총리를 임명하는 경우에만 발생할 수 있는데, 왜냐하면 국무총리가 일단 정상적으로 임명된 이후에 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 정부조직법이 정한 국무총리 직무대행자가 국무총리의 직무를 수행하면 될 것이기 때문이다.[33] 이 견해에 따르면 신임대통령이 국무총리임명동의안을 국회에 회부하였으나 국회가 동의안을 처리할 수 없는 특수한 상황에서 정부조직법 제23조(현재는 제22조)에 의한 권한대행자도 없는 경우는 헌법이 예견하지 못한 헌법의 흠결 내지 헌법의 틈이기 때문에 해석으로 국무총리서리의 필요성을 인정할 수 있을 것이라고 한다.[34] 그러나 정부조직법상 사고의 개념을 넓게 이해하여 궐위도 포함하는 것으로 해석하면 굳이 국무총리서리를 두지 않고서도 국무총리 직무대행자를 임명할 수 있을 것이고,[35] 앞선 특수한 예외적인 경우에도 종래의 국무총리가 직무를 계속 수행하거나 국무총리직무대행자가 국무총리의 직무를 수행하는 상태에서 대통령이 정치적으로 국회의 동의를 얻어내거나 다른 적합한 인물을 국무총리로 국회에 임명동의 요청하는 것이 타당하다는 반대견해가 있다.[36]

또 다른 견해로서 대통령이 국무총리서리에게 자신의 권한을 위임하여 국무총리서리의 직무를 수행하도록 하는 것이 무조건 위헌이라고 보기는 어렵기 때문에, 국무총리서리제도 자체는 합헌으로 보면서 서리의 권한은 어디까지나 대통령에게서 위임받은 권한에 한정된다고 보는 견해가 있다.[37] 이 견해에 따르면 부서권, 국무위원임명제청권, 해임건의권 등은 서리가 행사할 수 없다고 하는데, 이러한 정도의 서리라면 애초부터 문제가 되지 않았을 것이다.

결국 국무총리서리문제와 관련하여서는 어느 주장의 경우나 일면의 논거가 없는 것은

32) 憲裁 1998.7.14. 98헌라1사건에서 재판관 이영모의 반대견해(합헌견해), 헌판집 10-1, 32 이하.

33) 정부조직법(2007.5.11. 법 제8417호 제22조 참조.

34) 김문현(주 24), 389; 같은 사람, "국무총리의 지위", 고시계 1998년 5월호, 36 이하; 재판관 이영모의 반대견해(합헌견해), 헌판집 10-1, 32 이하. 정태호(주 26), 167. 동조하는 견해로는 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1038.

35) 憲裁 1998.7.14. 98헌라1사건에서 3인의 반대의견(위헌의견), 헌판집 10-1, 31. 비슷하게는 이관희(주 3), 390.

36) 정종섭(주 19), 424. 이러한 반대견해에 대해서는 전임대통령이 임명한 국무총리가 예컨대 새로운 정부의 국무위원을 제청하게 하는 것은 타당하지 않다는 재반론이 있다(김문현(주 24), 390).

37) 장영수(주 18), 1201-1202.

아니다. 다만, ① 헌법의 문언이 국무총리의 임명에 있어서는 국회의 사전동의를 얻도록 하고 있음이 명백하기 때문에 이의가 있을 수 없고, ② 정부조직법상 문언을 엄격하게 해석하여 헌법이 예정하고 있지 않고 있는 – 해석에 따라서는 오히려 명백히 부인하고 있는 것으로 볼 수 있는 – 어떤 제도를 만들어 낸다는 것은 허용할 수 없으며, ③ 과거 존재한 관례라고 하여 반드시 모두 정당한 것으로 평가할 수 없음을 고려하면 국무총리서리의 임명은 헌법에 위반된다고 보는 것이 타당할 것이다.[38]

그러나 새로운 대통령의 취임과 관련하여 언제든지 다시 등장할지도 모르는 국무총리서리를 임명하는 사태를 예방하기 위하여 대통령직인수에관한법률이 2003년 제정되었다. 이에 따르면 대통령당선인은 대통령임기 개시 전에 국회의 인사청문의 절차를 거치게 하기 위하여 국무총리후보자를 지명할 수 있고, 대통령이 일단 국무총리후보자를 지명한 경우에는 대통령은 국회의장에게 인사청문의 실시를 요청하도록 하고 있다(법 제5조). 더구나 현행 인사청문회법은 인사청문결과에 대하여 아무런 법적 구속력도 부여하고 있지 않아서 실효성이 약하다.[39]

4. 국무총리의 임명과 인사청문회제도

대통령이 국회 다수당의 당수인 경우에는 특히 국회의 동의라고 하더라도 형식적인 동의에 그쳐 사실상 대통령의 독단적 국무총리 임명이 되기 쉽다. 이 때 학연, 지연 등에 의한 정실인사가 이루어지는 경우는 자칫 자격미달의 인사가 국무총리로 임명됨으로써 행정부의 효율적이고 효과적인 업무수행이 어렵게 되고, 국정운영의 책임을 묻게 되는 일이 자주 발생하게 되어 국정의 일관성과 효율성이 훼손될 가능성이 있고, 결국 국정전반에 대한 정치과정에 대한 불신으로 될 가능성이 높아질 수 있다.[40] 이에 따라 2000년 2월 국무총리의 임명절차에 인사청문회제도가 도입되었다.[41] 인사청문회제도는 대통령이 객관적 능력과 자격을 기준으로 삼아 국무총리 후보자를 선택할 가능성을 높이고, 잘못된 인

38) 이것이 다수의 견해이다.

39) 최준영·이동윤, "국무위원 인사청문회 제도의 문제점: 게임이론을 통한 분석을 중심으로", 신아세아 13권 3호(2006 가을), 98 이하. 현행 인사청문제도의 문제점과 개선방안에 대하여는 같은 책, 110-111 참조.

40) 최준영·조진만·가상준·손병권, "국무총리 인사청문회에 나타난 행정부-국회 관계분석: 회의록에 대한 내용분석으로 중심으로", 한국정치학회보 42집 2호(2008.6), 155.

41) 2000년 2월 16일 개정된 국회법 제46조의3 참조.

사에서 파생되는 여러 가지 국정운영상의 문제를 사전에 예방할 수 있으며, 그렇게 하여 임명된 국무총리의 신뢰가 높아짐에 따라 보다 뛰어난 국정수행을 가능하게 될 수 있다는 긍정적인 기능을 한다.[42] 그러나 인사청문회제도의 그러한 긍정적인 기능의 실현은 제도 자체에 당연히 수반되는 것이라기보다는, 제도를 어떻게 운영하느냐에 따라 달라 질 수 있는 것으로 보아야 한다.[43]

IV. 대통령보좌기관으로서의 국무총리

국무총리는 대통령의 보좌기관이다(제86조 제2항 전단). 보좌업무에 있어서는 한계가 없다. 대통령은 국가의 원수이며, 행정권을 담당하는 정부의 수반이기 때문에(제66조), 국무총리는 국가의 원수로서 그리고 정부수반으로서 대통령의 국무수행 전반에 있어서 대통령을 보좌하여야 하고 또 보좌권한이 있다. 단순한 수동적 보조기구가 아니라 헌법상 인정된 보좌기관으로서의 기능에 적합한 권한과 의무가 부여되어 있다. 보좌기관으로서 국무총리는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 국무회의의 부의장으로서 의장인 대통령을 보좌하고(제88조), 군사에 대한 것을 포함하여 대통령의 국법상 행위로서의 문서에 부서를 한다(제82조). 또 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하고(제86조 후문), 국무위원의 임명제청(제87조 제1항)과 해임건의(제87조 제3항)도 대통령의 보좌기관으로서의 기능의 수행이다. 대통령의 보좌기관이라는 점에서는 기타 국무위원과 같다(제87조 제2항 참조).[44] 따라서 대통령의 보좌기관과 소위 정부의 제2인자로서의 지위는 구별된다.

42) 최준영·조진만·가상준·손병권(주 40), 155.

43) 최준영·조진만·가상준·손병권(주 40), 156에 따르면 그 동안의 인사청문회에 대한 언론보도에 의거할 때 실제로 내정자에 대한 인신공격이나 정부를 비판하는 성토장이 되어 버린 경우가 인사청문회의 주된 특징이었다고 한다. 이 논문에서는 그 동안 실시된 국무총리 인사청문회에서 국회의원들의 행동방식이 견제와 균형에 입각한 비정당 양식이나 교차정당 양식이 아니라 정당 양식이 지배적인 양식이 되어왔다고 분석하고 있다. 정당 양식이란 인사청문회 위원인 국회의원들이 소속정당에 따라 완전히 다르게 인사청문회에 임하고 있다는 것을 의미한다. 이와 같은 문제의 원인은 소속 정당에 대한 국회의원의 자율성이 상대적으로 매우 낮기 때문이라고 분석하고 있다(163 이하 참조).

44) 물론 제1의 보좌기관이라는 점에서 구별된다.

V. 국무총리에 의한 행정각부의 통할

1. 행정각부통할의 의의

국무총리는 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다(제86조 후문). 통할의 사전적 의미는 '모두 거느려 다스림'을 말한다. 따라서 국무총리는 훈령·지시·통첩 등의 형식으로 행정각부의 장을 지시·조정 및 감독을 할 수 있다.[45] 이에 따라 정부조직법은 국무총리는 대통령의 명을 받아 각 중앙행정기관의 장을 지휘·감독하고, 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정할 때에는 대통령의 승인을 얻어 이를 중지 또는 취소할 수 있도록 하고 있다(법 제19조). 국무총리의 행정각부통할권은 행정각부의 장의 임명제청권 및 해임건의권 등과 더불어 국무총리를 대통령 다음가는 제2의 중앙행정관청의 지위에 서게 한다. 그러나 국무총리의 행정각부통할권은 어디까지나 대통령의 명을 받아서 할 수 있을 뿐이기 때문에[46] 의원내각제에 있어서의 수상과는 구별된다.[47] 예컨대 의원내각제를 취하고 있는 독일에서 연방수상은 독자적으로 책임을 지고 연방정부를 이끌고 있다.[48]

1948년헌법과 1952년헌법에는 행정각부의 통할권 외에도 행정각부에 분담되지 아니한 행정사무를 담임하는 것으로 하고 있었는데(각 헌법 제72조 제2항), 현행 헌법 하에서도 국무총리에게 행정각부의 통할이라는 업무 외에 고유한 업무영역을 인정할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다. 국무총리는 오로지 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할할 수 있을 뿐 국무총리에게 고유임무는 인정되지 않는다고 하는 견해[49]가 있는가 하면, 행정각부의 통할사무 즉, 행정각부의 사무의 조정업무와 성질상 어느 한 부에 관장시키는 것이 불합리한 성질의 사무는 고유업무로 보는 견해[50]가 있다. 전자의 견해에 의하면 법제처, 국

45) 권영성(주 24), 1028.

46) 따라서 행정권 행사에 대한 최후의 결정권자는 대통령이다(憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 261).

47) 김철수(주 7), 1768.

48) 김대환, "우리나라와 독일의 정부제도에 대한 비교고찰", 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑 김철수교수 정년기념논문집, 박영사, 1998, 736.

49) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1157 이하.

50) 김철수(주 7), 1768.

가보훈처의 업무는 행정부에 속하는 업무 가운데 행정각부의 소관으로 정하지 않은 업무들로서 이 업무들도 국무총리의 고유업무로 할 것이 아니라 행정각부의 소관사항으로 하여야 한다고 한다.[51] 1948년헌법 등에서의 취지는 행정각부에 분담되지 않은 행정사무가 존재하는 경우에도 이를 처리하지 않을 수 없기 때문에 이 경우 그 담임기관을 국무총리로 한 것이고, 이 규정을 삭제하였다고 하여 국무총리의 모든 고유업무를 부인하는 것으로 해석하는 것은 지나친 것으로 보인다. 이것은 헌법이 국무총리의 소관사무에 관하여 총리령을 발할 수 있도록 규정하고 있을 것으로 볼 때 미루어 짐작할 수 있다.[52]

2. 통할대상기관

국무총리의 통할을 받는 기관은 행정각부이다. 그러나 헌법상 행정각부가 어느 기관을 의미하는지는 명시적으로 규정되어 있지 아니하다. 행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률에 위임되어 있다(제96조). 행정각부는 일반적으로 정부의 구성단위로서 대통령 또는 국무총리의 지휘 또는 통할 하에 법률이 정하는 소관사무를 담당하는 중앙행정기관이라고 개념할 수도 있지만,[53] 헌법재판소의 판례에 의하면 행정각부는 ① 정부의 구성단위인 중앙행정기관이어야 하고, ② 당해 기관의 장이 국무위원이어야 하며, ③ 부령을 발할 수 있는 권한이 있어야 한다.[54] 이에 따르면 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 모든 중앙행정기관이 바로 헌법상의 행정각부는 아니게 된다. 행정각부에 속하지 아니하는 중앙행정기관은 대통령직속기관으로 할 수 있고,[55] 동시에 국무총리의 통할을 받지 아니한다.[56] 헌법재판소에 의해 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 속하지 않

51) 정종섭(주 49), 1158.

52) 같은 견해로는 박윤흔, "국무총리의 지위", 사법행정 1965년 4월호, 22.

53) 김철수(주 7), 1781.

54) 憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 262; 1994.4.28. 89헌마86, 6-1, 392.

55) 헌재는 대통령직속기관의 설치원리로서 자유민주적 통치구조의 기본이념과 원리를 제시하고 있다. 그 헌법적 최소설치기준으로 ① 법률의 형식, ② 목적·기능의 헌법적합성, ③ 기본권적 가치실현을 위한 권한행사의 제도화, ④ 통제장치의 구비를 제시하고 있다(憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 263).

56) 따라서 국무총리의 통할을 받는 행정각부에 모든 행정기관이 포함된다고 볼 수 없다(憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 261). 그러나 행정각부에 속하지 아니하는 중앙행정기관의 업무에 속하는 사항이라도 국무총리는 대통령의 보좌기관으로서는 대통령의 지시에 따라 관여가 가능할 것이다(헌법 제86조 제2항 참조).

는 기관으로 인정된 것은 대통령 직속의 특별보좌기관인 국가정보원(정부조직법 제16조)가 있다.[57]

VI. 문민통제(제86조 제3항)

1. 연 혁

군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리에 임명될 수 없도록 한 헌법규정(제86조 제3항, 제87조 제4항)은 의원내각제를 채택한 1960년의 제3차 개정헌법과 제4차 개정 헌법 때를 제외하고는 언제나 헌법에 규정되어 있었다. 다만, 1972년헌법부터는 헌법제정 당시와는 달리 국무총리와 국무위원이 구분되어 별도의 조문에 규정되어 있다.

2. 의의 및 내용

군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리에 임명될 수 없도록 하고 있는 이 규정은 국무위원에 대한 마찬가지의 규정인 제87조 제4항과 대통령의 국군통수권행사에 관하여 국회의 동의를 얻도록 하고 있는 제60조 제2항, 군사에 관한 중요사항은 국무회의의 심의를 거치게 하고 있는 제89조, 대통령의 군사에 관한 행위에 대하여 국무총리와 관계국무위원이 부서를 하도록 한 제82조와 더불어 헌법이 문민통제의 원칙 또는 문민우위의 원칙을 규정한 것으로 이해된다.[58] 문민통제란 군사에 관한 최고결정권자는 군인이 아니라 민간정치인인 문민이어야 하고 군은 문민에 의한 국가정책결정에 복종해야 할 뿐만 아니라 군사에 관한 사항도 문민에 의하여 통제되어야 함을 의미한다.[59] 그러나 지난 우리의 역사 속에서 소위 군사정권이라고 비판된 박정희 정부나 전두환 정부 그리고 노태우 정부도 헌법규정의 의미에서는 문민통제의 원칙이 지켜진 것으로 이해된다. 따라서 이 규정만으로 문

57) 憲裁 1994.4.28. 89헌마221, 헌판집 6-1, 264 이하; 1994.4.28. 89헌마86, 헌판집 6-1, 393.
58) 권영성(주 24), 258.
59) 권영성(주 24), 258.

민통제가 완전히 이루어진 것이라고 볼 수 없다.[60] 결국 정치문화가 군사문화화 하지 않도록 하는 노력에 의해 진정한 의미의 문민통제가 이루어질 수 있을 것으로 보인다.

이 규정에서 '군인'이라 함은 전시와 평시를 막론하고 군에 복무하는 자를 말한다(국군조직법 제4조 제1항). '현역'은 병역의 일종으로서 징집 또는 지원에 의하여 입영한 병과 병역법 또는 군인사법에 의하여 현역으로 임용된 장교·준사관·부사관 및 무관후보생을 의미한다(병역법 제5조 제1항 제1호). 현역을 면하는 경우는 전역하여 예비역에 편입되거나(군인사법 제42조) 제적(예컨대 파면의 경우: 법 제40조) 및 퇴역(법 제41조)하는 경우가 있다. 법령상 전역하여 예비역에 편입되는 경우로는 병에 있어서는 현역복무기간의 만료, 장교·준사관·하사관에 있어서는 원에 의한 전역(군인사법 제35조), 정년전역(법 제36조), 각군 전역심사위원회의 심의에 따른 강제전역(법 제37조) 등이 있다.

VII. 개정의 필요성에 대한 논의[61]

현행 헌법상의 국무총리제도는 ① 국무총리의 임명시에 국회의 동의를 요하는 것은 민주적 정당성이 강한 대통령의 지위를 크게 약화시키고, 여소야대의 경우 대통령과 국회가 갈등으로 극한적 대립의 우려가 있으며, 임명동의가 늦은 경우 행정부의 공백이 생길 수 있으며, ② 국회의 동의를 받은 국무총리의 지위를 단순한 보좌기관으로 제한하는 것은 국무총리의 헌법제도적인 정당성이 문제될 수 있고, ③ 대통령과 국무총리의 위계질서로 인하여 국무총리의 국무위원임명제청권과 해임건의권이 유명무실해질 우려가 있다. 또 ④ 국무총리의 해임을 대통령에게 맡기는 것은 임명에 있어서 국회동의요건과 조화되기 어려운 면이 있다는 등의 문제점이 지적되고 있다.[62] 이와 같은 문제점들과 관련하여 국무총리제도에 대해서는 이를 폐지하자는 견해와 현행 규정을 적극적으로 해석하려는 견해가 있다.[63]

60) 구병삭, "문민통제", 고시계 1981년 9월호, 40.

61) 이에 대한 공법학자를 대상으로 한 설문조사연구로는 도회근, "헌법개정의 쟁점과 과제 – 공법학자 설문조사 결과분석 –", 공법연구 34집 1호(2005. 11), 55 이하.

62) 이상 명재진(주 6), 169-70.

63) 김용복, "한국 국무총리제도의 문제점과 개선방안: 권력구조개혁과 총리제도", 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 205-226 참조.

1. 국무총리제도 폐지론

가. 근거

국무총리제도를 폐지하자는 견해가 들고 있는 근거로는 다음과 같은 것들이 거론된다. ① 대한민국헌정사에 있어서 국무총리제도는 대통령직을 성역화해서 대통령직을 격상시키기 위한 권위주의적인 대통령관의 그릇된 역사적인 유물이다.[64] ② 국무총리로 하여금 대통령의 궐위시 권한을 대행하게 하는 것은 대통령의 궐위로 야기되는 정치적 혼란을 제대로 수습하기에는 국무총리의 민주적 정당성의 기반이 너무나 약하다.[65] ③ 대통령에 의해 임명되고 대통령의 보좌기관에 지나지 않는 국무총리직에 대통령의 권한을 대행하는 권한을 부여하거나 국무위원 및 행정각부의 장의 임명제청권과 국무위원해임건의권을 부여하는 것은 대통령제의 정부형태와 체계상 부합하지 않는다.[66] ④ 미국식 대통령제와는 달리 대통령의 권한행사는 내각을 통해서 하게 되고, 내각의 구성원은 수시로 국회의 출석요구에 응해야 하기 때문에 국회가 여소야대로 구성되는 경우에는 국정이 마비되고, 대통령은 국민의 의사와 관계없이 국회에서 여당이 다수당을 형성하도록 정계개편을 하게 되고 따라서 야당은 항상 소수당으로 전락하게 됨으로써 야당에 의한 평화적 정권교체는 불가능하게 되기 때문에 의원내각제적 요소로서의 국무총리제는 사족적인 장애요소가 된다.[67]

나. 개정방향

(1) 부통령제의 도입론[68]

국무총리제도가 갖는 이상과 같은 문제점들을 극복하는 한 방안으로서 미국식 대통령제에 충실하여 부통령제를 도입하자는 견해가 있다.[69] 부통령제 도입론은 대통령의 임기를 4년으로 해서 국회의원의 임기와 일치시킴으로써 잦은 선거로 인한 국력의 낭비를 방지하고자 하는 입장에서도 주장된다. 즉, 대통령의 궐위시에 국무총리가 권한대행을 하고

64) 허 영(주 24), 964. 같은 의견으로는 정종섭, "한국 헌법상 대통령제의 과제", 헌법학연구 5권 1호(1999), 20-22; 명재진(주 6), 170.

65) 허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006), 757.

66) 정종섭(주 63), 20-22.

67) 장석권(주 8), 42.

68) 부통령제 도입시 고려해야할 사항에 대해서는 정재황·송석윤, "헌법개정과 정부형태", 공법연구 34집 4호(2)(2006. 6), 175 이하; 박상철, 한국정치법학론, 리북, 2008, 106-108 참조.

69) 허 영(주 24), 965; 조재현, "책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정", 연세법학 9권 2호(2003), 43.

대통령을 새로 선출하면 국회의원과 대통령의 임기가 다시 어긋나게 되므로 국무총리제를 폐지하고 부통령제를 도입하여야 한다는 것이다.[70]

이러한 방향의 개정론에 대해서는 대통령직을 승계하는 데 적합한 인물보다는 지역적 안배가 우선시 될 수 있기 때문에 대통령 궐위시 국정운영을 제대로 할 수 있을지 의문이고, 순수한 대통령제의 도입[71]으로 현재의 제왕적 대통령제를 변화시키기는커녕 오히려 대통령의 권한강화로 귀결될 수 있다는 지적이 있다.[72]

(2) 의원내각제로의 개헌론

의원내각제 정부형태의 장·단점을 떠나서 국무총리제도와 관련하여 의원내각제로의 개헌이 주장되기도 한다. 이 견해는 국무총리의 현행 헌법상의 위상은 미약하고, 합리적인 운용에 한계가 있으므로 국무총리가 의회의 신임 속에서 강력한 리더쉽을 행사할 수 있는 의원내각제로의 개헌이 요구된다고 한다.[73]

이에 대하여는 안정적인 정당제도의 확립 없이는 안정적인 의원내각제 역시 있을 수 없다는 전제 하에 선거 때만 다가오면 탈당·분당·창당이 끊이지 않는 연약한 정당구조 하에서는 의원내각제의 도입에 의문이 제기되기도 한다.[74]

2. 현행 국무총리제도의 적극적 해석론

가. 이원정부제적 운용의 가능성론

이 견해는 국무총리를 대통령에 종속된 지위에 머무르는 것으로 해석하는 것은 대통령주의제적 헌법현실에만 매달린 편협한 해석이라고 비판하고, 국무총리는 대통령의 신임에 기초하여 있을 뿐만 아니라 국회로부터의 신임에도 기초하고 있음을 강조한다. 다시 말하면 국회의 동의에 해석의 무게를 두는 입장이다. 이를 통하여 간접적으로나마 국민적 정당성을 확보하고 있는 것으로 이해한다. 특히 단일야당이 국회의원의 절대과반수를 차

70) 정재황·송석윤(주 67), 168 참조: 주장자의 인용 없이 내용만 소개되고 있다.

71) 부통령제를 도입하는 것으로 이렇게 표현한 것으로 이해된다.

72) 명재진(주 6), 175 이하.

73) 명재진(주 6), 182.

74) 조재현(주 68), 41; 신우철, 헌법과학, 동현출판사, 2002, 171-173.

지하게 된 경우에 국회의 동의를 얻어 임명된 경우에는 대통령에 종속된 것으로만 이해할 수 없다고 한다. 이 견해는 결국 대한민국헌법을 이원정부제적으로 (또는 책임총리제적으로: 필자 삽입) 운용할 수 있다는 입장이다.[75]

이 견해에 대하여는 ① 국무총리는 기본적으로 대통령의 보좌기능을 가지는데 그치므로 국무총리에게 실질적으로 행정을 통할하는 권한을 부여하더라도 이러한 권한은 언제나 회수될 수 있다는 점과 국회의 국무총리임명동의를 행정부구성의 제도적인 수단으로 이해하는 것은 대통령중심제의 특징적인 요소인 국회와 행정부의 조직상 및 기능상의 독립성이 침해되는 것이기 때문에 헌법제정권자의 의사에 정면으로 반한다는 점,[76] ② 국무총리가 국회의 신임에 기초하지 않고 대통령에 의해 임면되는 헌법제도 하에서 우리 정부형태를 이원정부제로 운영될 수 있다는 주장은 조문해석의 범위를 넘는 것이라는 점,[77] ③ 현행 헌법상 행정의 궁극적인 책임은 대통령이 지기 때문에 책임총리제의 도입으로 국무총리가 국정의 일정부분에 대해 책임을 진다는 것은 헌법(제66조 제4항)과 합치하지 않고,[78] 대통령의 보좌기관이자 권한대행자인 총리를 대통령과 정파를 달리하는 다수파 중에서 임명한다는 것은 정국의 혼란만 가져올 뿐이라고 하는 점 등이 비판으로 제기되고 있다.[79]

나. 다양한 정부형태로의 운용 가능성론

이 견해는 현행 헌법을 개정하는 것이 가장 바람직하지만 개헌을 전제로 하지 않는 경우에는 현행 헌법 하에서도 앞의 견해와 같이 대통령은 국방, 외교, 안보 통일 등 주로 외치를 담당하고, 국무총리는 국내정책 중심의 내치를 담당하게 하는 이원정부제적인 운용이 가능할 뿐만 아니라, 현행 헌법상 국무총리의 역할은 대통령의 명에 의해 이루어지도

75) 성낙인(주 34), 1033. 同旨: 김광선, "국무총리의 국무위원 제청권과 행정각부 통할권에 관한 연구", 중앙법학 6권3호(2004), 17. 국무총리제의 취지를 살리면서 내각제 요소의 적극적 해석이 필요하다고 보는 견해로는 심경수(주 8), 82-83; 함성득, "새로운 국무총리의 역할과 국무회의의 기능: 내각제 개헌논의와 관련하여", 한국행정연구 7권 2호(1998 여름), 151-152; 이관희(주 3), 388. 이원정부제적 발전 가능성을 부정적으로 보는 견해로는 최대권(주 24), 345-346.

76) 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 588.

77) 명재진(주 6), 181.

78) 조재현(주 68), 36 이하.

79) 조재현(주 68), 39, 44. 이 견해는 책임총리제의 도입은 이원정부제로의 개헌을 통해서만 가능하다고 한다. 그러나 이원정부제의 운용은 관용·인내·타협에 의한 정치문화가 수반되어야 하는데, 현재의 정치현실을 고려할 때 이원정부제로의 개헌에 대해서는 회의적이다(39-40).

록 되어있기 때문에 순수한 대통령제와 유사하게 국정을 운영하는 것은 법률적인 문제(헌법적인 문제를 의미하는 것으로 보임: 필자 주)가 없다고 한다. 그러나 가장 현실적인 방안으로서는 현재의 제왕적 대통령제의 점증적 완화방안으로서 대통령은 장기적, 전략적 기획에 집중하고 국무총리는 계층제적, 미시적 감독에 집중하는 것도 가능하다고 한다.[80]

VIII. 관련문헌

곽순근, "국회의 동의를 얻지 않은 국무총리임명의 효력", 고시연구 1999년 7월호, 88-96.

구병삭, "문민통제", 고시계 1981년 9월호, 33-40.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김광선, "국무총리의 국무위원 제청권과 행정각부 통할권에 관한 연구", 중앙법학 6권 3호(2004), 7-23.

김대환, "우리나라와 독일의 정부제도에 대한 비교고찰", 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑김철수교수정년기념논문집, 박영사, 1998, 705-751.

김문현, "국무총리의 지위", 고시계 1998년 5월호, 36 이하.

김문현, 사례연구 헌법, 법원사, 2000.

김용복, "한국 국무총리제도의 문제점과 개선방안: 권력구조개혁과 총리제도", 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 205-226.

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979.

남복현, "현행헌법상 권력구조의 개편필요성에 관한 검토", 공법연구 26집 3호(1998.6), 277-295.

도회근, "헌법개정의 쟁점과 과제 – 공법학자 설문조사 결과분석 –", 공법연구 34집 1호(2005.11), 49-66.

80) 정용덕·김근세, "한국의 핵심행정부 기구: 제도화와 개혁방향", 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 198 이하.

명재진, “국무총리제의 합리적 운용의 한계와 개헌필요성”, 헌법학연구 13권 1호 (2007. 3), 155-185.
문광삼, “국무총리의 지위와 권한 - 그 권한회복을 위하여 -”, 고시계 1997년 5월호, 40-54.
문광삼, “현행 헌법상 통치구조 개편의 쟁점과 방향”, 공법연구 34집 1호(2005. 11), 1-18.
박상철, 한국정치법학론, 리북, 2008.
박윤흔, “국무총리의 지위”, 사법행정 6권 4호(1965.4), 19-22.
서주실, “국무총리의 헌법상 지위”, 고시계 1987년 8월호, 39-52.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
신우철, 헌법과학, 동현출판사, 2002.
심경수, “우리나라 헌법상 국무총리의 지위”, 헌법학연구 4권 3호(1998.11), 57-83.
유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
이관희, 한국민주헌법론 Ⅱ, 박영사, 2008.
이재원, 대한민국의 국무총리, 나남, 2007.
임종훈, “국가권력구조의 개편방향”, 헌법학연구 12권 2호(2006.6), 73-94.
장석권, “현행헌법상 국무총리제의 활용방안에 대한 고찰”, 고시계 1993년 2월호, 31-42.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.
정용덕·김근세, “한국의 핵심행정부 기구: 제도화와 개혁방향”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 177-204.
정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 공법연구 34집 4호(2)(2006. 6), 155-182.
정종섭, “대통령의 국무총리 임명에 대한 국회의 동의”, 헌법학연구 4권 2호 (1998.10), 384-432.
정종섭, “한국 헌법상 대통령제의 과제”, 헌법학연구 5권 1호(1999), 9-36.
정종섭, “한국헌법사에 등장한 국무총리제도의 연원”, 서울대학교 법학 45권 4호 (2004. 12), 432-465.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정태호, “국무총리서리 임명의 적법성과 국가기관간 권한쟁의심판의 적법성”, 고시연

구 2003년 8월호, 155-167.
조재현, “책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정”, 연세법학 9권 2호(2003), 23-55.
조정관, “국무총리(수상)의 정치적 역할에 관한 비교연구: 필리핀과 태국의 정당정치 비교”, 한국정당학회보 5권 2호(2006), 125-158.
조정관, “국무총리의 정치적 역할에 관한 비교연구: 권력구조에 따른 차이를 중심으로”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 227-251.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001.
최준영·이동윤, “국무위원 인사청문회 제도의 문제점: 게임이론을 통한 분석을 중심으로”, 신아세아 13권 3호(2006 가을), 93-116.
최준영·조진만·가상준·손병권, “국무총리 인사청문회에 나타난 행정부-국회 관계 분석: 회의록에 대한 내용분석으로 중심으로”, 한국정치학회보 42집 2호(2008.6), 151-170.
한태연, 헌법학 - 근대헌법의 일반이론 -, 법문사, 1983.
함성득, “새로운 국무총리의 역할과 국무회의의 기능: 내각제 개헌논의와 관련하여”, 한국행정연구 7권 2호(1998 여름), 138-154.
허 영, “국무총리서리판결에 대한 평석”, 고시연구 1998년 12월호, 165-178.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.

헌법 제87조

김대환

第87條

① 國務委員은 國務總理의 提請으로 大統領이 任命한다.

② 國務委員은 國政에 관하여 國務會議를 輔佐하며, 國務會議의 構成員으로서 國政을 審議한다.

③ 國務總理는 國務委員의 解任을 大統領에게 建議할 수 있다.

④ 軍人은 現役을 免한 후가 아니면 國務委員으로 任命될 수 없다.



I. 제도적 의의

국무위원제도는 미국식 대통령제에는 없는 제도로서 형식적으로는 의원내각제의 각료에 유사한 성격을 갖는다고 할 수 있지만, 의원내각제에서의 각료는 의결기관인 각료회의의 구성원임에 반하여 대한민국헌법상의 국무위원은 심의기관인 국무회의의 구성원이라는 점(제88조 제1항)에서 구별된다. 그러나 헌법 제89조에서는 다양하고도 중요한 국정사항에 대하여 필요적으로 국무회의의 심의를 거치게 함으로써 순화된 정책의 수립을 가능하게 하는 법적 토대를 마련하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

II. 헌법상 지위

국무위원의 헌법상의 지위는 우선 국무회의의 구성원이라는 데서 찾을 수 있다. 국무총

리제도가 폐지된 제2차 개정 헌법(1954년헌법)을 포함하여 헌법 제정 이후 현재에 이르기까지 국무위원은 줄곧 국무회의의 구성원이었다. 따라서 국무위원의 헌법적 지위는 국무회의(또는 국무원)의 헌법적 성격에 따라 달라질 수 있다.[1] 1948년헌법과 1952년헌법 그리고 1954년헌법에서는 의원내각제의 내각에 해당하는 조직으로서 국무원이 있었고, 내각의 각의에 해당하는 국무회의가 있었다. 국무원은 대통령, 국무총리[2] 기타 국무위원으로 구성되는 합의체였고, 대통령의 권한에 속한 중요국책을 의결하는 의결기관이었다(각 헌법 제68조). 의원내각제가 도입된 제3차 개정 헌법과 제4차 개정 헌법에서도 국무위원은 여전히 국무회의의 구성원이었다. 다시 대통령제로 회귀한 1962년헌법부터 현재의 헌법에 이르기까지 조직으로서 국무원은 폐지되었고 회의체로서 국무회의는 심의기관으로 약화되었다. 따라서 국무회의의 구성원인 국무위원의 위상도 그만큼 약화된 것으로 이해할 수 있다. 국무회의에서 국무위원은 심의사항의 심의에 관한 한 대통령이나 국무총리와 동등하게 심의권을 가진다고 할 수 있다.[3] 그러나 실제에 있어서는 결정권자인 대통령이나 제2의 중앙행정관청인 국무총리와 동등한 지위를 가진다고 보기는 어려울 것이다.[4]

국무위원의 또 하나의 헌법상 지위로는 대통령의 보좌기관이라는 점을 들 수 있다.[5] 국무위원이 대통령의 보좌기관이라는 점은 유신헌법인 1972년헌법부터 명기되기 시작했다(제64조 제2항). 대통령의 보좌기관으로서 국무위원은 부서를 하는 것으로 이해된다(1987년헌법 제82조).[6] 그런데 대통령의 국무행위문서에 국무위원의 부서가 있어서야 한다는 규정은 헌법 제정이래로 지금까지 변함없이 헌법에 명기되어 있다. 따라서 대통령의 보좌기관으로서 국무위원의 지위는 명문규정의 유무에 불구하고 인정되는 것으로 이해할 수 있다.

1) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1770.

2) 물론 1954년헌법에서는 국무총리제도가 없었기 때문에 국무총리는 국무회의의 구성원이 아니었다.

3) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2007, 855.

4) 김철수(주 1), 1770, 각주1).

5) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2008, 1204.

6) 김철수(주 1), 1770.

III. 임면(제87조 제1항)

1. 임면방식의 변천

대한민국헌법에서 국무위원의 임명권자는 의원내각제가 도입되었던 1960년의 두 헌법을 제외하고는 모두 대통령이었다(1948년헌법 제69조 제2항, 1952년헌법 제69조 제4항, 1954년헌법 제69조, 1962년헌법 제84조 제1항, 1969년헌법 제84조 제1항, 1972년헌법 제64조 제1항, 1980년헌법 제63조 제1항, 현행헌법 제87조 제1항). 의원내각제가 도입된 당시에는 국무총리가 임면하였고 대통령은 단지 이를 확인만 하는 것이었다(각 헌법 제69조 제5항). 현행 헌법과 같이 국무위원의 대통령보좌기관으로서의 성격이 명시되어 있는 경우에는 특히 대통령이 임명하는 것과 체계적으로 일관성이 있는 것으로 보인다.

그런데 국무위원의 임명에 대한 국무총리의 관여에 있어서는 다소간의 변화가 있어왔다. 헌법 제정당시에는 국무총리는 대통령이 국무위원을 임명하는데 관여근거가 없었다. 물론 국회의 동의를 얻는다는 측면에서는 사실상 국무총리의 의사를 무시하는 것은 곤란하다는 견해도 있었다.[7)]

대통령직선제와 국무원불신임이 절충된 1952년의 1차 개정 헌법에서는 대통령이 국무위원을 임면할 때에는 국무총리의 제청에 의하도록 하고 있었다(제69조 제4항). 문언상으로는 국무위원의 임명뿐만 아니라 해임의 경우에도 국무총리의 제청이 요구된다. 이것은 국무총리와 국무위원이 일반국무에 관하여 국회에 대해 연대책임을 지도록 하고 있는 것과 연결된다(제70조). 따라서 소극적으로 국무총리의 임명이나 해임의 제청이 없는 경우에는 대통령은 국무위원을 임면할 수 없고, 적극적으로 국무총리의 해임제청이 있을 경우에는 대통령은 이에 구속된다. 국무총리의 임명제청에 대한 대통령의 구속여부와 관련하여서는 문언상으로는 구속된다고 보아야 하지만, 당시의 유력한 견해에 의하면 구속하지 않는 것으로 해석하고 있다.[8)]

의원내각제가 채택된 1960년의 두 헌법에서는 대통령은 사후 확인권만 가지고 있었고, 국무총리가 국무위원의 임면권을 가졌다(각 헌법 제69조 제5항). 그러나 1962년헌법 이

7) 유진오, 헌법해의, 명세당, 1949, 155.

8) 그러나 장래 의원내각제가 확립된 이후에는 이 해석은 사실상 통용되지 않는 날도 올 것이라고 예견하고 있다(유진오(주 7), 220).

후로는 언제나 대통령의 국무위원 임명권에 대해서는 제청권을 가지고, 해임권에 대해서는 건의권을 가지고 국무위원의 임면에 관여하고 있다. 2005년 7월 국회법의 개정을 통하여 국무위원도 인사청문의 대상으로 포함시키고 있다(법 제65조의2).[9]

2. 국무총리의 임명제청권

가. 제청 없는 임명의 효력

대통령이 국무총리의 제청 없이 국무위원을 임명한 경우에 임명의 효력에 대해서는 유효설과 무효설이 대립한다. 유효설의 입장에서도 국무총리의 임명제청은 대통령의 국무위원임명의 (효력요건이 아닌) 적법요건이기 때문에 대통령의 임명은 그 자체로서 효력이 있고, 다만 적법요건을 침해하여 위헌이므로 탄핵사유가 될 뿐이라고 하는 견해,[10] 국무총리의 국무위원임명제청권은 국무총리의 헌법상 지위의 연장선상에서 보아야 하는데, 국무총리는 대통령의 포괄적인 보좌기관에 불과하므로 그 제청권을 침해한 대통령의 임명행위가 당연히 무효가 되는 것은 아니라고 하는 견해[11] 등이 있다. 이에 반하여 무효설의 입장에서는 국무총리제도를 둔 취지로 보아 국무총리의 제청권을 충분히 존중하여야 하기 때문에 제청 없이 이루어진 임명은 무효라고 보는 견해,[12] 헌법상의 명시적인 권한을 명목적인 권한이라고 할 수 없기 때문에 무효라고 하는 견해,[13] 유효설은 헌법상 절차를 무시한 대통령의 전횡에 대하여 면죄부를 주는 결과를 초래할 수 있고, 임명제청권이 지극히 형식적이고 실효성이 없다는 주장은 대통령주의제적인 헌법현실에 집착한 견해로서 대통령과 국무총리의 권력분점이 현실화 되면 이러한 해석은 자칫 헌법규범의 정확한 자리 매김에 혼란을 초래할 수도 있기 때문에 헌법규정상 명백한 부분은 헌법규범대로 해석하여야 한다는 견해[14] 등이 있다. 국무총리의 임명제청 없는 대통령의 국무위원 임명의

9) 국무위원 인사청문에 대해서는 최준영·이동윤, "국무위원 인사청문회 제도의 문제점: 게임이론을 통한 분석을 중심으로", 신아세아 13권 3호(2006 가을), 93-116 참조.

10) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1027면. 문광삼, "국무총리의 지위와 권한 - 그 권한회복을 위하여 -", 고시계 1997년 5월호, 46.

11) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 967.

12) 김철수(주 1), 1764-1765.

13) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1165.

14) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1040.

효력유무와 관련하여서는 국무총리의 제청권이 현실적으로 어떻게 운용되고 있느냐와 어떻게 운용하는 것이 마땅한가를 구분하지 않으면 안 된다. 어떻게 운용되고 있는가를 보면 유효설도 부당한 것은 아니다. 그러나 국무총리의 제청 없는 대통령의 국무위원 임명의 효력유무는 당위적 측면에서 보는 것이 타당한 것으로 보인다. 헌법이 의원내각제적인 요소를 접목한 취지와 국무총리제도의 긍정적 측면 등이 극대화될 수 있도록 해석하는 것이 마땅하기 때문에 무효설이 보다 설득력이 있는 것으로 판단된다.

나. 임명제청의 구속력

국무총리의 임명제청에 대통령이 구속되는지 여부에 대해서는 구속되지 않는다고 하는 견해가 일반적이다. 그 근거로서는 현행 헌법이 취하고 있는 대통령제의 원칙에 입각할 때 대통령은 국무총리의 임명제청에 구속되지 않는다거나,[15] 국무총리는 대통령의 제1차적 보좌기관에 지나지 않기 때문이라거나,[16] 구속한다는 명문의 규정이 없다거나[17] 또는 구속되는 것으로 볼 경우 대통령의 임명권은 형식적인 것이 되고 국무총리가 실질적인 임명권을 가지는 결과가 되기 때문이라는[18] 등의 이유가 제시되고 있다. 이 문제에 대한 헌법태도여하는 규정의 해석문제로 귀착한다. 헌법 제87조 제1항으로부터 해석으로 도출할 수 있는 내용은 대통령에 의해 임명된 국무위원은 반드시 국무총리의 제청이라는 사전절차를 거치야 한다는 것뿐, 다른 내용이 내포되어 있지 않다. 그렇다면 이 규정이 의도하는 바는 오히려 국무총리의 제청권에 대통령이 구속되지 않는 것이라고 볼 수 있다. 입법의도가 구속설에 입각하는 것이었다면 규정은 이러한 문언의 형태를 취하지 않았을 것으로 보는 것이다.[19]

다. 국무총리의 국무위원 해임건의권

국무총리는 국무위원 전부나 일부에 대해 대통령에게 해임을 건의할 수 있다(제87조

15) 김철수(주 1), 1765.

16) 권영성(주 10), 1027-1028; 홍성방(주 3), 854.

17) 성낙인(주 14), 1040-1041.

18) 문광삼(주 10), 47.

19) 문언의 의미를 보다 분명히 하기 위해서 헌법상 국가기관의 구성에 있어 사용된 제청이라는 용어를 협의 등으로 교체할 것을 주장하는 견해로는 남복현, "현행헌법상 권력구조의 개편필요성에 관한 검토", 공법연구 26집 3호(1998.6), 294.

제3항). 이와 같은 국무총리의 국무위원 해임건의권은 두 가지 점에서 문제가 될 수 있다. 첫째는 대통령이 국무위원을 해임함에 있어서 국무총리의 해임건의가 필수적인가라는 점이다. 달리 말하면 국무총리의 해임건의 없이도 대통령은 국무위원을 해임할 수 있는가의 문제이다. 일반적인 견해는 해임할 수 있는 것으로 본다.[20] 이와 관련하여 헌법규정은 「… 해임을 … 건의할 수 있다.」라고 하고 있기 때문에 문언의 의미에 따르면 해임을 건의할 수도 있고 하지 않을 수도 있게 되는데, 국무총리의 이와 같은 임의적 결정에 대통령의 국무위원 해임권 행사를 종속시키는 것은 대통령을 행정부수반으로 하고, 국무회의의 의장으로 하고 있는 헌법의 정부제도에 대한 기본적 구상과 일치하지 않는다. 오히려 헌법의 취지는 국무회의의 부의장이고, 제2의 중앙행정기관이며 대통령의 제1의 보좌기관으로서 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하여야 할 지위에 있는 국무총리에게 국무위원의 해임을 경우에 따라서는 대통령에게 건의'할 수 있는' 판단의 여지를 부여한 것이라고 보아야 한다.

두 번째의 문제점은 국무총리의 해임건의가 있으면 대통령은 반드시 해임하여야 하는가라는 점이다. 국무총리의 해임건의에 대통령이 구속되도록 해석하는 것이 반드시 현행 헌법의 채택한 기본적 정부제도와 충돌하는 것은 아니나, 헌법이 채택하고 있는 '건의'라는 문언의 의미로 볼 때 대통령을 구속하지 않으려는 헌법의 태도는 분명한 것으로 보인다.[21] 즉, 국무총리는 국무위원의 해임을 건의할 수 있을 뿐, 해임을 결정하고 대통령에게 통보하는 권한을 갖는 것이 아니다. 건의가 갖는 이러한 문언의 의미는 정치적 상황에 따라 국무총리에 대한 국회의 해임과 관련한 규정에 있어서 건의와 의결이 구분되는 것에서도 알 수 있다. 제1차 개정 헌법 제69조 제4항(국무위원은 국무총리의 제청에 의하여 대통령이 임면한다)의 해석과 관련하여 유진오는 대통령은 국무총리의 해임제청 없이는 국무위원을 해임할 수 없다고 해석하였다.[22] 유진오의 이러한 해석은 현행 헌법의 해석과 결과에 있어서는 다르지만 논리에 있어서는 모순되지 않는다는 것은 사용된 용어(건의)와 기술된 문장의 표현상의 차이로 볼 때 명백하다.

20) 김철수(주 1), 1765; 권영성(주 10), 1027-1028; 정종섭(주 13), 1165.

21) 이것이 다수의 견해이다(성낙인(주 14), 1041; 전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007, 592).

22) 유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953, 220.

IV. 대통령보좌기관으로서의 국무위원

국무위원은 대통령의 보좌기관이다(제87조 제2항 전문). 국무위원이 대통령의 보좌기관인 점은 1972년헌법 이후 명문으로 규정되었다. 그러나 해석상으로는 국무위원은 대통령의 국무의 행위문서 또는 국법행위문서에 대해 부서권 또는 부서의무를 지고 있었다는 점 등을 볼 때 그 이전의 헌법에서도 보좌기관이라는 점이 인정될 수 없는 것은 아니다. 대통령보좌기관이라는 점에서 국무위원은 국무총리와 동일하나 국무총리는 행정각부의 장인 국무위원을 통할하고, 국무회의의 부의장이라는 점에서 국무위원에 우월한 대통령보좌기관이다. 문언상으로는 국무위원은 '국정에 관하여' 대통령을 보좌하는 점에서 국무총리에 대한 규정과 구별되지만, 이러한 문언의 차이가 특별한 의미를 갖는 것으로는 보이지 않는다. 국무위원의 보좌영역이 제한되는 것은 당해 국무위원이 특정 행정부처의 장이거나 대통령으로부터 특별한 업무를 위임받았기 때문이고, 국무위원 자체는 모든 국정영역에 대해 대통령을 보좌할 수 있는 것이다.[23]

V. 국무회의 구성원으로서의 국무위원

국무위원은 심의기관인 국무회의의 구성원으로서 국정을 심의한다(제87조 제2항 후문). 국무위원이 국무회의에 출석하여 심의에 참가하는 것은 국무위원에 주어진 헌법상 권리이자 의무이다. 또 국무위원은 국무회의에 의안을 제출할 수 있다(제89조 제17호). 정부조직법에 의하면 국무위원은 대통령에게 국무회의의 소집을 요구할 수도 있다(법 제12조 제3항).

VI. 문민통제

군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무위원으로 임명될 수 없다(제87조 제4항). 이것은 문민통제의 원칙을 규정한 것으로 이해된다. 국무위원의 문민원칙은 헌법 제정이래로 대

23) 권영성(주 9), 1034.

한민국헌법에 예외 없이 규정되어 왔다. 다만, 1972년헌법에서부터는 국무총리의 문민원칙과 분리되어 규정되어 왔다(기타 자세한 것은 국무총리의 해당부분 참조).

VII. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김광선, “국무총리의 국무위원 제청권과 행정각부 통할권에 관한 연구”, 중앙법학 6권 3호(2004), 7-23.

김대환, “우리나라와 독일의 정부제도에 대한 비교고찰”, 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑김철수교수정년기념논문집, 박영사, 1998, 705-751.

김문현, “국무총리의 지위”, 고시계 1998년 5월호, 36 이하.

김문현, 사례연구 헌법, 법원사, 2000.

김용복, “한국 국무총리제도의 문제점과 개선방안: 권력구조개혁과 총리제도”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 205-226.

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

남복현, “현행헌법상 권력구조의 개편필요성에 관한 검토”, 공법연구 26집 3호(1998.6), 277-295.

문광삼, “국무총리의 지위와 권한 – 그 권한회복을 위하여 –”, 고시계 1997년 5월호, 40-54.

성낙인, “헌법상 국무위원”, 고시계 1993년 2월호.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953.

유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.

전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

최준영·이동윤, “국무위원 인사청문회 제도의 문제점: 게임이론을 통한 분석을 중심으로”, 신아세아 13권 3호(2006 가을), 93-116.

허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.



[제4장]

정 부

제2절 행정부 / 제2관 국무회의

헌법 제88조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 652
헌법 제89조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 667
헌법 제90조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 673
헌법 제91조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 676
헌법 제92조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 681
헌법 제93조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 690





I. 기본개념과 입헌취지

1. 헌법규정과 국무회의의 제도적 의의

가. 헌법규정

현행 헌법은 국무회의에 관하여 두 개의 조항에서 규정하고 있다. 즉 제88조 "제1항 : 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다. 제2항 : 국무회의는 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성한다. 제3항 : 대통령은 국무회의의 의장이 되고, 국무총리는 부의장이 된다."고 하여, 국무회의의 기능과 구성에 대하여 규정하고, 제89조에서는 국무회의의 심의사항에 대하여 자세히 열거하고 있다.

이러한 국무회의는 한국헌법사에서 그 명칭을 달리하여 왔다. 1948년 건국헌법에서는 "국무원", 제2차 개정헌법에서 제4차 개정헌법까지는 "내각", 제5차 개정헌법에서 현행 헌법까지는 "국무회의"로 사용되고 있다.

나. 국무회의의 제도적 의의

현행 헌법상 국무회의는 심의기관으로 해석된다. 이와 같이 의결기관이 아닌 단순 심의기관으로서의 국무회의를 헌법기관으로 규정하고 있는 제도적 의의는 첫째, 대통령이 정책을 결정함에 있어서 신중을 기하게 하고, 둘째, 행정각부의 정책을 조정·통합하게 하며, 셋째, 행정각부의 정책의 특수성을 반영하게 하고, 넷째, 대통령의 전제나 독선을 방지하려는 데 있다.[1)]

II. 연 혁

1. 우리나라 헌법상 국무회의제도의 변천

현행헌법상 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 헌법상의 기관이다(§ 88 Ⅰ). 그러나 이러한 국무회의도 우리헌정사에 있어 각 공화국의 헌법에 따라 그 명칭과 기능을 달리해 왔다.

가. 제1공화국헌법

제1공화국헌법 하에서는 대통령중심제를 취하면서 대통령을 견제하기 위하여 의결기관으로서의 국무회의에 해당하는 국무원을 두었다. 국무원은 대통령·국무총리·국무위원으로 구성되며 대통령의 권한에 속하는 중요정책을 심의하고 결정하는 의결기관이었다. 따라서 이 당시의 국무원은 대통령제의 각료회의와 의원내각제의 내각의 중간에 위치하는 성격을 가진 기관이었다.[2)]

나. 제2공화국헌법

제2공화국헌법 하에서는 정부형태로 의원내각제를 채택한 결과, 당연히 국무원은 의결기관이 되었다. 제2공화국은 정부형태가 고전적 의미의 의원내각제에 해당하는 것이어서, 대통령은 명목적 국가원수일 뿐이고 국정전반에 관한 실질적인 집행권은 국무총리와

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1038; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 849.

2) 권영성(전주), 1037 각주1).

국무위원으로 구성되는 국무원이 가지고 있었다. 따라서 국무원은 국회에 대하여 연대책임을 지는 반면에 국회해산권을 가지고 있었다.

다. 제3공화국헌법

제3공화국 헌법은 외견상 미국식대통령제를 취하면서도 실질적으로는 내각책임제적 요소를 여러 가지 가미하였다. 즉, 대통령·국무총리·국무위원으로 구성되는 국무회의가 설치되는 반면에 국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있었다. 이때의 국무회의는 의결기관이 아니라 국정전반에 걸친 정책을 심의하는 헌법상의 필수적인 최고심의기관으로 규정되었기 때문에, 당시의 국무회의는 대통령제의 각료회의와 의원내각제의 내각의 중간적 성격을 가진 기관이었다.[3)]

라. 제4공화국헌법

제4공화국헌법 하의 국무회의도 제3공화국헌법 하의 국무회의와 비슷한 기능을 하였다. 1972년헌법은 국무회의를 대통령·국무총리·국무위원으로 구성하도록 규정하고, 그 기능으로 정부의 권한에 속하는 중요정책을 심의하도록 하였다. 정부의 중요정책을 심의한다는 측면에서는 의원내각제의 내각과 비슷한 성격을 갖지만, 심의만 할 뿐 이에 대통령이 법적으로 구속되지 않는다는 면에서는 미국형 대통령제의 각료회의와 유사한 면이 있었다. 따라서 당시의 통설은 국무회의가 의결기관도 단순한 자문기관도 아닌 심의기관으로서의 성격을 갖는 것으로 보았다.

마. 제5공화국헌법

1980년 제5공화국헌법도 제3·제4공화국헌법과 마찬가지로 국무회의를 정부의 권한에 속하는 중요정책을 심의하는 기관으로 규정하였다. 따라서 그 법적 성격도 의원내각제의 내각과 대통령제의 각료회의의 중간에 위치하는 단순 심의기관으로서의 성격을 갖는 것으로 보는 것이 통설이었다.

현행헌법 하에서도 우리의 국무회의제도는 대통령제의 정부형태를 취하면서 의원내각제적 요소로서의 성격이 짙은 국무회의를 유지하고 있는 관계로, 그 법적 지위와 성격이

3) 권영성(전주), 1037 각주1).

미국식대통령제의 각료회의(Cabinet Meeting)나 의원내각제의 내각회의와는 어떠한 차이가 있는지가 문제된다. 이에 대해 각국의 입헌례와 비교법적 의의를 검토해 보면서 설명하고자 한다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

국무회의의 법적 성격과 기능은 각국의 정부형태에 따라 그 양태를 달리해 왔다. 정부형태의 분류양식에 따라 대통령제, 의원내각제, 변형된 정부형태(이원정부제)에서의 그 역할을 비교법적으로 검토한다.

1. 미국식대통령제

가. 미국식대통령제의 각료회의

미국식대통령제의 각료회의(Cabinet Meeting)는 헌법상 그 설치와 구성이 의무적인 필수기관이 아니며, 단지 헌법적 관례나 편의에 의하여 설치되는 기구라는 점에서 헌법상의 의무적 필수기관인 내각책임제의 내각과는 구별된다. 미국식대통령제의 각료회의는 대통령을 보좌하기 위하여 자문하는 기관이며(자문기관), 필수적 헌법기관이 아닌 임의적 기관(임의기관)이다.[4] 각료회의는 대통령이 제안하는 사항에 대해서만 심의하며, 제안사항에 대한 결정권은 전적으로 대통령의 재량으로 되어있다. 따라서 각료회의는 대통령에 대해서만 책임을 질 뿐 의회에 대해서는 책임을 지지 않는다. 이는 행정권이 대통령을 중심으로 일원화되어있는 미국식 헌정체제의 특징에서 유래된다.[5]

나. 미국식대통령제의 각료회의와 우리나라의 국무회의의 비교

우리 헌법상의 국무회의는 미국식대통령제의 순수한 각료회의와는 다르다. 대통령이 국무회의를 자문하며 정부의 중요정책을 자문하고 심의한다는 면에서는 어느 정도 유사

4) 권영성(전주), 1036; 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1772; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1054; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1176; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2007, 1205; 홍성방(주 1), 848; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 100. 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 972.

5) 김철수(전주), 1772; 성낙인(전주), 1054.

성이 인정되나, 세부적인 내용에 있어서는 상당한 차이가 있다.[6] 이하에서는 김철수 교수가 언급하고 있는 양제도의 차이점을 적시한다.[7]

첫째, 국무회의는 미국의 각료회의와는 달리 헌법기관이며, 그것을 독립한 절-제4장 제2절 제2관-에 규정하여 정부의 일부분임을 명시하고 있다. 따라서 국무회의제도를 없애려면 헌법개정에 의할 수밖에 없다.

둘째, 정부는 행정권의 귀속주체로서 헌법 제89조 각호에 열거된 사항은 반드시 국무회의의 심의를 거치도록 하고 있다. 따라서 국정전반에 걸친 최고의 정책심의기관인 점에서 단순한 자문기관인 미국식 각료회의와는 다르다.

셋째, 미국헌법상에는 수상제도가 없는 데 반하여, 우리헌법은 국무총리제도를 두고 있으며, 국무총리는 대통령을 보좌하여 국무회의의 부의장이 되는 점이 다르다.

넷째, 미국의 각료회의는 의회에 대하여 하등의 책임을 지지 않는 데 반하여, 우리나라의 국회는 국무총리·국무위원의 해임을 건의할 수 있다(§ 63). 그 외에도 국무위원의 국회출석·발언권 및 출석·답변의무(§ 62), 국무총리의 국무위원과 행정각부장관 임명에 대한 제청권(§ 87 Ⅰ, § 94), 국무위원해임건의권(§ 87 Ⅲ), 대통령의 국법상 행위에 대한 국무총리와 관계국무위원의 부서제도(§ 82) 등이 미국식대통령제의 각료회의와 다른 점이다.

2. 유럽의 의원내각제의 내각

의원내각제는 행정부가 대통령(군주)과 내각이라는 두 기구로 구성되지만, 대통령이나 군주는 명목적인 국가원수일 뿐 행정에 관한 실질적인 권한은 내각이 보유한다. 수상에 의하여 구성되는 합의제기관인 내각이 행정에 관한 일체의 사항을 의결할 뿐 아니라, 행정권의 행사는 내각의 의결에 따른다. 또한 내각이 의회에 대하여 연대책임을 지는 등 내각의 성립과 존속이 전적으로 의회의 의사에 의존한다.[8]

우리의 국무회의의 전형은 이러한 의원내각제에서 찾을 수 있다. 의원내각제의 국무회

6) 그 차이점에 대해서는 박규하, "미국식대통령제의 프랑스와 독일에서의 변용", 현대헌법학 4권 2호(1996), 474-494; 임종훈, "미국대통령제의 현실과 전망", 세계헌법연구 3호(1998), 126-147; 심경수, "미국부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰", 충남대법학연구 9집 1호(1998), 229-248.

7) 김철수(주 4), 1773 참조.

8) 권영성(주 1), 1036.

의는 각료의 정치적 책임에 따른 집단성원리로 특징지을 수 있으나 그 운용의 실제는 나라마다 다소 상이하다. 독일, 영국, 프랑스의 운용 실제에 대해서는 성낙인 교수의 저서를 참고한다.[9)]

가. 독일의 의원내각제의 내각

독일에서 중요사항은 연방기본법 제65조에 의한 정부운영에 관한 규정에 따른다. 의사결정은 최종적으로 내각에서 표결하도록 되어있지만, 헌정실제에 있어서는 계쟁사안에 대한 비공식적 사전접촉을 통하여 합의하기 때문에 내각에서 표결까지 하는 예는 많지 않다.

나. 영국의 의원내각제의 내각

영국에서도 국가의 중요정책에 관한 사항은 전체각의(Full Cabinet)에서 공식적으로 결정한다. 각의를 이끌어가는 데 있어서 수상의 역할과 리더십은 매우 중요하다. 관련사항에 관하여 형식적으로는 각 구성원의 투표에 의하도록 되어 있지만, 대부분의 경우는 관계각료회의 등의 논의를 거친 후에 전체 각의의 컨센서스를 통하여 결론을 내린다.

다. 프랑스의 의원내각제의 내각

프랑스 제3·제4공화국의 의원내각제에서 국무회의의 실질적인 책임은 정부수반인 수상이 갖게 된다. 하지만 여전히 대통령이 이를 주재한다는 사실은 헌정실제와 헌법규범 사이의 괴리로부터 기인한다. 국무회의와 내각회의는 형식적으로 그 주재자가 각기 대통령과 수상이라는 차이 못지않게 그 분위기 자체가 다르다.

라. 의원내각제의 내각과 우리의 국무회의의 공통점.

의원내각제의 내각과 우리 국무회의와의 공통된 특징으로는 김철수 교수는 다음과 같은 점을 들고 있다.[10) 11)]

9) 성낙인(주 4), 1055.

10) 김철수(주 4), 1773.

11) 이에 대한 보다 상세한 내용은 Volkmar Götz/박정훈 역, "독일의 정부체제에 있어 수상제원칙과 연립민주주의", 행정법연구 3호(1998), 253-274; 김백유, "수상제민주주의(Ⅱ)-의원내각제하의 신임질의권", 한성대논문집 21권(1997), 33-46; 김도협, 독일의원내각제에 관한 연구, 단국대학교 박사학위논문, 1999.8 등 참조,

첫째, 정부가 의회에 대하여 정치적 책임을 지고 의회의 신임이 정부 존립의 요건인 점이다. 이것은 의원내각제도의 핵심적 원칙이며, 입법부와 집행부의 독립을 강하게 보장하는 대통령제와는 대조적으로 양자의 통합 또는 융합을 꾀하는 것이다. 내각은 수상에 그 중추적 지위를 인정하는 일체성·동질성이 있는 국가기관이므로, 그 책임은 연대이다. 또 이 책임은 정치적 책임이며, 이것을 묻는 강력한 수단은 의회의 정부불신임결의이다.

둘째, 의원내각제를 채택하는 국가에서는 일반적으로 수상은 항상 의회 특히, 하원에 의석을 가지며, 기타의 장관도 대개는 마찬가지로 의석을 갖는 것이 정치적 관행으로 되어 있다. 단, 이것이 법적으로 요구되는 있는 경우는 드물며, 따라서 단지 헌법상으로 장관과 의회의원과의 겸직금지가 정해져 있지 않는 데에 의미가 있다.

셋째, 정부와 의회 간에 균형이 유지되도록 다소간 서로를 억제하고 조정(control)하는 수단이 있다는 점 등이다.

그러나 우리 헌법상의 국무회의는 첫째로 부의장인 국무총리에 의하여 국무위원 간에 어느 정도 유기적인 연관성을 가지나 의결기관이 아니며, 둘째로 국무회의의 존립은 오로지 대통령에만 의존하므로 의원내각제의 내각과 다르다. 그리고 국회는 국무총리·국무위원에 대한 개별적인 해임건의건만 가진다. 다만, 국무위원이 ⅰ) 의회출석·발언권, ⅱ) 답변권, ⅲ) 정부의 의안제출권, ⅳ) 대통령의 국법상 행위에 대한 부서권을 가지며, ⅴ) 국무총리제도를 두어 의원내각제의 수상과 같이 내각조직과 운영에 있어서 어느 정도의 주도적 역할을 인정하는 점, ⅵ) 국무회의가 정부의 모든 정책에 대해서 심의하는 점 등이 의원내각제의 내각과 비슷하다.

3. 이원정부제의 내각

의원내각제의 요소와 대통령제의 요소를 결합하여 대통령 및 정부를 함께 행정담당자로 함으로써 양제도를 절충하는 정부형태를 이원정부제라고 한다. 이와 같이 대통령제와 의원내각제를 혼합한 변형된 정부형태인 경우에도 그것이 대통령제에 보다 가까운 것이냐 아니면 의원내각제에 보다 가까운 것이냐에 따라 각료회의의 유형과 성격은 동일하지 아니하다. 이 유형에 속하는 정부형태로 바이마르공화국헌법과 프랑스 제5공화국헌법을 들 수 있다. 이 양자의 경우 평상시에는 의원내각제의 형태로 국정이 운영되지만, 국가가 비상사태에 처하면 대통령이 국정운영의 중심이 된다. 따라서 그 내각의 성격도 평상시냐 비상시냐에 따라 달라진다.

가. 바이마르헌법의 내각

바이마르헌법은 의원내각제의 기초위에 미국식대통령제를 결합한 것이었다. 즉 대통령은 수상과 장관의 임명권을 가지며, 대통령의 행위는 수상 또는 장관에 의하여 부서되어지는 경우에만 유효하였다. 따라서 대통령의 행위에 대해 수상은 국회에 대하여 책임을 지되, 수상은 국회의 신임 하에서만 내각을 존립시킬 수 있었다.[12)]

나. 프랑스 제5공화국헌법의 국무회의

프랑스 제5공화국헌법 하의 정부도 일종의 이원정부제라고 할 수 있다. 정부의 수반은 수상으로 대통령에 의해 임명되고, 그 밖의 장관은 수상의 제청에 따라 대통령에 의하여 임명된다. 수상은 내각에 대하여 의회의 동의를 필요로 하지 않으며, 국민의회는 불신임결의권을 가진다. 수상은 장관임명제청권을 가지고, 정부의 제반활동을 지휘하며 명령을 제정할 권한을 가진다. 그러나 국무회의는 대통령이 주재하며, 수상은 장관들의 회의를 주재할 뿐이다.[13)]

이와 같이 프랑스 제5공화국헌법에서 국무회의는 의원내각제에서처럼 수상에 의해 주도되는 것이 아니라 대통령에 의해 주재된다는 점에 특징이 있다. 특히 헌정실제에서 대통령의 국무회의 주재는 대통령직의 우월성과 더불어 거의 절대적이라 평가할 수 있는 바, 국무회의에서 그의 위상은 공화적 군주로 평가받고 있다. 하지만 동거정부시대에는 외교·국방·EU문제 등을 제외하고는 행정권의 모든 권한이 사실상 수상을 중심으로 하는 정부에 귀속되므로, 행정권의 주요정책은 수상이 주재하는 내각회의에서 사실상 결정된 사항을 국무회의에서 심의·의결할 뿐이다. 이에 따라 동거정부 하에서의 국무회의는 형식적인 기관으로 전락하게 된다. 그러나 비록 동거정부시기라고 할지라도 대통령은 헌법상 의원내각제의 국가원수보다는 실질적 권한을 행사하기 때문에, 국무회의에서 대통령의 회의주재 및 역할은 과소평가되지 아니한다.[14)]

12) 김철수(주 4), 1774.
13) 전주, 1774.
14) 성낙인(주 4), 1055.

4. 우리나라의 국무회의

우리나라의 국무회의의 지위는 이원정부제의 국무회의의 유형에 가깝다. 우리나라 이원정부제의 대표적인 형태는 발췌개헌에 의한 제도였으나 실효성은 거두지 못하였다. 이것은 미국식대통령제에서 본 바와 같이 대통령의 인격에 따라 많은 변용이 있을 수 있기 때문이다. 따라서 우리나라 국무회의의 성격도 현실적으로는 당시의 대통령에 따라 자문기관이 될 수도 있고 의결기관이 될 수도 있을 것이다.[15)]

IV. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설(1)

1. 국무회의의 헌법상 지위

국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 헌법상의 기관이다(§ 88 Ⅰ). 현행헌법은 비록 변형된 것이기는 하나 기본적으로 대통령제에 해당하는 정부형태를 택하고 있으면서도, 단순한 자문기관이 아니라 행정부(정부)의 권한에 속하는 중요정책을「심의」하는 기관으로서 국무회의를 두고 있다. 따라서 국무회의의 헌법상의 지위를 어떻게 규정할 것인가가 문제된다. 대부분의 국내 헌법학자들은 국무회의의 헌법적 지위를 ⅰ)심의기관, ⅱ)행정부 내 최고의 정책심의기관, ⅲ)헌법상의 필수적 기관, ⅳ)독립된 합의제기관 등으로 분류하여 설명하고 있다.[16)]

15) 김철수(주 4), 1774.

16) 박일경 교수는 비의결기관, 비자문기관, 비대통령소속하급기관, 정부최고심의기관으로 나눈다(박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990, 501-503). 문홍주 교수는 행정부의 최고심의기관, 헌법상의 기관, 정부의 중요정책심의기관, 대통령이 의장이 되는 기관으로 분류한다(문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987, 547-550). 권영성 교수는 헌법상「필수」기관, 정책「심의기관」, 집행부의「정책」심의기관,「최고」의 정책심의기관,「독립된」「합의제」 기관으로 분류한다(권영성(주 2), 1037-1039). 김철수 교수는「심의」기관,「필수적」심의기관,「최고」의 정책심의기관,「대통령이 주재」하는 기관으로 분류한다(김철수(주 4), 1774-1776).성낙인 교수는 헌법상 필수기관, 정부의 최고정책심의기관, 독립된 합의제기관으로 분류한다(성낙인(주 4), 1056-1058). 이준일 교수는 심의기관, 집행부 내 최고의 정책기관, 합의제기관, 헌법상 필수적 기관으로 분류한다(이준일(주 4), 1000). 장영수 교수는 헌법상의 필수기관, 집행부 내의 최고정책심의기관, 독립된 합의제기관으로 분류한다(장영수(주 4), 1205), 정종섭 교수는 심의기관, 헌법상 필수기관, 행정부 내 최고심의기관, 회의제기관으로 분류한다(정종섭(주 4), 1176-1178). 허 영 교수는 대통령의 회의체보좌기관, 집행부의 최고정책심의기관, 회의체헌법기관으로 분류한다(허 영(주 4), 972-973). 홍성방 교수는 헌법상의 필수기관, 집행부의 최고·최종정책심의기관, 독립된 합의제 심의기관으로 분류한다(홍성방(주 1), 849).

가. 국무회의는 심의기관이다.

국무회의의 헌법상의 지위에 대하여 의결기관설, 자문기관설, 심의기관설, 최고정책조정기관설 등이 대립하고 있지만, 통설은 이를 심의기관으로 보고 있다. 우리 헌법 제88조 제1항은 "국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 「심의」한다."고 정하고 있으므로, 헌법규정의 문리해석상 국무회의는 행정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 기관으로 보는 것이 타당하다. 따라서 국무회의는 의원내각제의 내각과 같은 의결기관이 아님은 물론 헌법 제89조에 열거된 사항은 반드시 그 심의를 거쳐야 한다는 점에서 대통령제의 각료회의처럼 단순한 자문기관도 아니다. 이것은 양자의 중간에 위치하는 정책「심의기관」이다.[17] 따라서 국무회의에서 심의하여 이를 의결하였다는 관용적인 표현은 국무회의에 의안이 상정되어 상정된 안건이 가결 내지 통과되었다는 의미에 불과하다.[18]

이와 같이 국무회의는 대통령의 정책결정을 보좌하기 위하여 행정부의 주요 권한에 속하는 주요 정책을 심의하는 기관에 불과하기 때문에, 비록 어떤 정책이 국무회의의 의결의 형식으로 결정되었다 하더라도 대통령은 이에 법적으로 구속되지 않으며,[19] 국무회의의 결정사항과 상이한 내용의 정치적 결정을 내릴 수 있다.

헌법상의 국무회의는 그 구성원이 동등한 지위에서 동등한 권한을 가지고 안건을 심의하기 때문에 비록 국무위원이 행정각부의 장을 겸하고 있다고 하더라도 국무회의에서 대통령이나 국무총리는 이들 국무위원에게 안건과 관련하여 지시하거나 명령하지 못한다. 따라서 국무회의에서는 대통령의 지시사항이나 국무총리의 지시사항을 전할 수 없다. 오로지 안건의 심의만 하여야 한다. 이런 점에서 국무회의는 행정각부의 장 등이 참석하고 여기서 대통령이나 국무총리가 업무상의 지시를 하는 통상의 각료회의와는 구별된다.[20]

결국 우리나라의 국무회의는 강력한 의결기관도 아니고 그렇다고 하여 단순한 자문기관도 아닌 대통령제 각료회의와 의원내각제의 내각회의가 어느 정도 절충된 형태의 심의기관이라고 할 수 있다.[21]

17) 권영성(주 1), 1038.

18) 성낙인(주 4), 1057; 憲裁 2003.12.18. 2003헌마225, 이라크전쟁파견동의안의결 위헌확인(각하), "국무회의의 의결은 국가기관의 내부적 의사결정 행위에 불과하여 그 자체로 국민에 대하여 직접적인 법률효과를 발생시키는 행위가 아니므로 헌법재판소법 제68조 제1항에서 말하는 공권력의 행사에 해당하지 아니한다."

19) 동지 권영성(주 1), 1038; 김철수(주 4), 1775; 성낙인(주 4), 1057; 정종섭(주 4), 1176; 홍성방(주 1), 850.

20) 정종섭(주 4), 1177.

21) 김철수(주 4), 1175.

나. 국무회의는 행정부 내 최고의 정책심의기관이다.

국무회의는 행정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의하는 행정부 내 최고의 정책심의기관이다(§ 88 Ⅰ, § 89). 즉 행정부에 속하는 정책에 대해서는 행정부의 각 부처 내에서도 자문을 하거나 심의하거나 의결하는 등의 기구를 설치할 수 있지만, 이는 어디까지나 부처내의 의사를 결정하기 위한 것이고, 행정부 전체의 수준에서 논의하는 것은 아니다. 행정부 전체의 수준에서 심의하는 곳은 국무회의뿐이다.[22]

이와 같이 국무회의가 최고의 정책심의기관이라고 인정되는 근거는 바로 ⅰ) 대통령도 국무회의의 일원이 된다는 점(§ 88 Ⅱ), ⅱ) 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에는 국가안전보장회의의 자문을 거친 후 다시 국무회의에서 심의하게 하고 있다는 점(§ 91 Ⅰ), ⅲ) 행정부 내에서의 정책의 심의, 특히 헌법 제89조에 열거된 사항의 심의는 국무회의의 심의를 「최종적인 것」으로 하고 있다는 점에 있다.[23]

국무회의가 최고의 정책심의기관이라는 것은 여러 가지의 의미를 내포한다. 즉, 첫째, 국무회의보다 우월한 지위를 갖는 정책심의기관이 행정부 내에는 있을 수 없다는 것이다. 따라서 특정 시국사안에 관한 이른바 '관계기관대책회의'도 국무회의에 우선하는 지위를 가질 수 없다. 둘째, 국무회의는 정책을 심의하는 데 그치고 다수결로 정책을 결정하는 것을 하는 기관은 아니라는 것이다. 셋째, 국무회의는 행정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 모두 심의할 수 있고, 심의하여야 한다는 것이다.[24] 따라서 행정부의 권한에 속하는 중요한 정책은 그것이 대통령에 의하여 최종적으로 결정되기에 앞서 반드시 국무회의에서 심의되어야 한다. 국무회의는 헌법 제89조 제1호에서 제16호까지에 열거된 사항뿐만 아니라 제17호에 따라 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항도 심의해야 한다(§ 89). 넷째, 국무회의가 행정부 내의 최고심의기관이라는 것은 국무회의가 대통령에게 부속되거나 종속된 기관이 아니라는 것을 의미한다. 따라서 국무회의를 대통령의 직속기관으로 설치할 수는 없다.[25]

다. 국무회의는 헌법상의 필수적 기관이다.

우리 헌법은 일정한 사항에 대하여 반드시 국무회의의 심의를 거치도록 하고 있어(§

22) 정종섭(주 4), 1177.

23) 권영성(주 1), 1038; 김철수(주 4), 1175; 정종섭(주 4), 1177.

24) 허 영(주 4), 973.

25) 정종섭(주 4), 1178.

89), 국무회의를 헌법상의 필수적인 기관으로 설치하도록 하고 있다. 그러나 이런 점에서 국무회의는 미국의 대통령제에서 볼 수 있는 임의기관인 각료회의와는 다르며, 헌법적 관례에 의하여 구성되는 의결기관인 영국의 내각과도 구별된다. 한편 대통령은 일단 국무회의의 심의를 거치면 그 심의에 구속받을 의무가 없다는 점에서 대통령제의 각료회의와 비슷한 점도 있다.

이와 같이 국무회의는 헌법이 행정부에 필수적으로 설치하도록 정하고 있는 기관이기 때문에 법률로써 이를 폐지하거나 국무회의 심의사항의 전부 또는 일부를 변경하거나 배제할 수 없다. 국무회의를 폐지하거나 성격을 변경하는 것과 국무회의 심의사항의 전부 또는 일부를 변경하거나 배제하는 것에는 헌법의 개정이 필요하다.[26]

라. 국무회의는 독립된 합의제기관이다.

국무회의가 합의제기관인지 아니면 회의제기관인지 국내의 헌법학자 사이에 논란이 있다. 이는 주로 국무회의의 구성과 관련하여 어느 것에 초점을 두느냐에 따라 견해가 갈리고 있다. 즉 국무회의가 그 구성에 있어 행정부의 수반인 대통령이 의장이 되고 국무총리가 부의장이 된다는 면에 관점을 두는 경우, 이를 회의제의 성격을 갖는 기관으로 본다.[27] 반면에 국무회의의 구성이 대통령을 의장으로 하고 국무총리를 부의장으로 하지만, 대통령과 국무총리도 국무회의에서는 여러 구성원의 일부에 지나지 않으며, 모든 국무위원은 국무회의의 구성원으로서 동등한 지위를 갖고 자유로운 토론과 발언을 통하여 안건을 심의한다는 점을 들어, 국무회의를 합의제기관이라고 보는 견해도 있다.[28]

한편, 정종섭 교수는 국무회의가 서로 동등한 권한을 가진 다수의 구성원들이 자유롭게 안건을 심의한다는 점에서는 합의제기관으로 보지만, 반드시 하나의 결론을 도출해 내야 하는 것은 아니며, 국무위원들의 의견을 확인하고 필요한 경우에는 의결의 방법을 취할 수도 있다는 점에서는 회의제기관이라고 보고 있다.[29]

국무회의가 합의제기관으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있는 법적 근거로는 국무회의 규정 제6조 제1항 "국무회의는 구성원 과반수의 출석으로 개의하고 출석구성원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다."를 들 수 있다. 따라서 실제의 운영에 있어서는 국무위원이

26) 전주, 1177.

27) 허 영(주 4), 973.

28) 권영성(주 1), 1039; 성낙인(주 4), 1058; 장영수(주 4), 1205; 이준일(주 4), 100.

29) 정종섭(주 4), 1178.

대통령에 종속된다 하더라도, 법리적으로는 동등한 지위에서 대통령의 명령이나 지휘를 받지 않고 발언하고 토의할 수 있다.[30] 다만 국무회의가 합의제기관이라 할지라도 이것이 합의제「관청」을 뜻하는 것은 아니므로, 국무회의가 대외적으로 자신의 명의로써 국가의사를 표시할 권한은 없다.[31]

2. 국무회의의 구성과 운영

가. 국무회의의 구성

국무회의는 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성한다(§ 88 Ⅱ). 대통령은 국무회의의 의장이 되고, 국무총리는 대통령을 보좌하고 국무회의의 부의장이 된다(§ 88 Ⅲ). 국무회의의 부의장인 국무총리는 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다(§ 86 Ⅰ). 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다(§ 87 Ⅰ). 국무총리는 대통령에 대하여 국무위원의 해임을 건의할 수 있으나(§ 87 Ⅲ), 대통령은 이에 구속되지 않으며, 또 국무총리의 건의 없이도 해임할 수 있다. 국무총리와 국무위원은 국무회의의 구성원으로서 행정의 최고정책심의권을 가진다.

한편 행정각부의 장이 궐위된 상태에서는 차관이 그 직무를 대행하는데, 이 경우 직무의 대행은 행정각부의 장의 직무를 대행할 뿐 국무위원의 지위를 대행하는 것은 아니므로 차관으로 국무회의를 구성하거나 국무회의를 개의할 수는 없다.[32]

나. 국무회의의 운영

대통령은 국무회의의 의장으로서 회의를 소집하고 이를 주재한다(정부조직법 제12조 제1항). 의장이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 부의장인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 의장과 부의장이 모두 사고로 직무를 수행할 수 없을 때에는 정부조직법 제22조 제1항에 규정된 순서에 따라 기획재정부장관이 겸하는 부총리, 교육과학기술부장관

30) 그러나 이에 대해서는 한편으로, 국무회의의 실제에 있어서 대통령의 권위적 운영이나 국무위원의 대통령 보좌기관으로서의 성격, 그리고 대통령이 행정부의 수반으로서 최고의 지휘·감독권을 갖기 때문에 대통령의 의사를 벗어날 수 없다는 점 등을 비판하고 있다. 성낙인(주 4), 1058; 장영수(주 4), 1205; 이준일(주 4), 100 참조.

31) 권영성(주 1), 1039; 정종섭(주 4), 1178.

32) 정종섭(주 4), 1178-1179.

이 겸하는 부총리 및 국무위원의 순으로 그 직무를 대행한다(정부조직법 제12조 제2항).

대통령은 국무회의의 주재권자로서 국무회의를 소집하고 사회하며 그 운영을 통할한다. 국무총리는 부의장으로서 대통령을 보좌하고, 국무위원은 그 구성원으로서 정무직으로 하며 의장에게 의안을 제출하고, 국무회의의 소집을 요구할 수 있다(정부조직법 제12조 제3항). 국무회의의 운영에 관한 사항은 대통령령으로 정한다(정부조직법 제12조 제4항). 「국무회의규정」이 이에 대하여 정하고 있다.

국무회의규정에 의하면 국무회의는 정례국무회의와 임시국무회의로 구분되며, 정례국무회의는 매주 1회 소집하고, 임시국무회의는 필요에 따라 그때 그때 소집한다(동규정 제2조 제2항). 대통령·국무총리 또는 국무위원은 헌법과 법령에 규정된 국무회의의 심의사항을 안건으로 제출한다(동규정 제3조 제1항). 국무회의에 제출된 의안은 먼저 차관회의의 심의를 거쳐야 하지만, 긴급한 의안은 예외로 한다(동규정 제5조 제1항). 국무회의는 구성원 과반수의 출석으로 개의하고 출석구성원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다(동규정 제6조 제1항). 국무위원이 국무회의에 출석하지 못할 때에는 그 부·처의 차관이 대리하여 출석한다(동규정 제7조 제1항). 대리출석한 차관은 관계의안에 관하여 발언할 수 있으나 표결에는 참가할 수 없다(동규정 제7조 제2항).

국무회의에는 필요에 따라 국무총리실장, 법제처장, 국가보훈처장 그 밖의 법률로 정하는 공무원이 출석하여 발언할 수 있다(정부조직법 제13조 제1항). 또한 '독점규제 및 공정거래에 관한 법률' 제38조 제2항에 의거하여 공정거래위원장도 국무회의에 출석하여 발언할 수 있다.

V. 관련문헌

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1997.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김도협, 독일의원내각제에 관한 연구, 단국대학교 박사학위논문, 1999.8.
김백유, "수상제민주주의(Ⅱ)-의원내각제하의 신임질의권", 한성대논문집 21권(1997).
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987.
박규하, "미국식대통령제의 프랑스와 독일에서의 변용", 현대헌법학 4권 2호(1996).
박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
심경수, “미국부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰”, 충남대법학연구 9집 1호 (1998).
안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1989.
윤세창, 신헌법, 일조각, 1983.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
임종훈, “미국대통령제의 현실과 전망”, 세계헌법연구 3호(1998).
장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.

헌법 제89조

노기호

第89條 다음 사항은 國務會議의 審議를 거쳐야 한다.

1. 國政의 基本計劃과 政府의 一般政策
2. 宣戰·講和 기타 중요한 對外政策
3. 憲法改正案·國民投票案·條約案·法律案 및 大統領令案
4. 豫算案·決算·國有財産處分의 基本計劃·國家의 부담이 될 契約 기타 財政에 관한 중요한 사항
5. 大統領의 緊急命令·緊急財政經濟處分 및 命令 또는 戒嚴과 그 解除
6. 軍事에 관한 중요한 사항
7. 國會의 臨時會 集會의 要求
8. 榮典授與
9. 赦免·減刑과 復權
10. 行政各部間의 權限의 劃定
11. 政府 안의 權限의 委任 또는 配定에 관한 基本計劃
12. 國政處理狀況의 評價·分析
13. 行政各部의 중요한 政策의 수립과 調整
14. 政黨解散의 提訴
15. 政府에 제출 또는 회부된 政策에 관계되는 請願의 審査
16. 檢事總長·各軍參謀議長·各軍參謀總長·國立大學校總長·大使 기타 법률이 정한 公務員과 國營企業體管理者의 任命
17. 기타 大統領·國務總理 또는 國務委員이 제출한 사항

I. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설(2)

1. 국무회의의 심의

가. 국무회의의 심의대상

국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요정책을 심의한다(§ 88 Ⅰ). 특히 헌법 제89조 제1호 내지 제17호에 규정된 사항은 그 권한이 어느 기관에 속하는지의 여부를 떠나 반드시 국무회의의 심의를 거쳐야 한다(§ 89). 헌법 제89조에 규정된 국무회의의 심의사항은 다음과 같다.

1. 국정의 기본계획과 정부의 일반정책
2. 선전·강화 기타 중요한 대외정책
3. 헌법개정안 ·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안
4. 예산안·결산·국유재산처분의 기본계획·국가의 부담이 될 계약 기타 재정에 관한 중요한 사항
5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제
6. 군사에 관한 중요한 사항
7. 국회의 임시회 집회의 요구
8. 영전수여
9. 사면·감형과 복권
10. 행정각부간의 권한의 획정
11. 정부 안의 권한의 위임 또는 배정에 관한 기본계획
12. 국정처리상황의 평가·분석
13. 행정각부의 중요한 정책의 수립과 조정
14. 정당해산의 제소
15. 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사
16. 검찰총장·합동참모의장·각군참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체관리자의 임명
17. 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항

그런데 제17호의 규정에 따르면 대통령이나 국무총리 또는 국무위원이 정부의 권한에 속하는 중요한 정책이라고 생각하는 것은 모두 국무회의의 심의의 대상이 될 수 있다. 따라서 국무회의의 심의사항에는 거의 제한이 없다고 보아야 한다.

나. 국무회의의 심의절차

국무회의의 심의절차에 대해서 헌법이 따로 규정하고 있는 바는 없다. 따라서 「국무회의규정」에 의거하여 심의를 진행한다. 이에 따르면, 대통령·국무총리 또는 국무위원은 헌법 제89조 및 법령에 규정된 국무회의의 심의사항을 의안으로 제출한다(동규정 제3조 제1항). 국무회의에 상정할 의안으로서 2개 이상의 부·처에 관련되는 의안은 사전에 관계부·처간에 합의를 얻어서 제출하여야 한다. 다만, 합의를 얻지 못한 때에는 그 사유를 명시하여 국무회의에 상정할 수 있다(동규정 제4조). 국무회의에 제출된 의안은 먼저 차관회의의 심의를 거쳐야 하지만, 긴급한 의안은 예외로 한다(동규정 제5조 제1항). 국무회의는 구성원 과반수의 출석으로 개의하고 출석구성원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다(동규정 제6조 제1항). 다만, 원격영상회의의 방식으로 회의를 진행하는 것이 가능하며, 이 경우 국무회의의 구성원은 동일한 회의장에 출석한 것으로 본다(동규정 제6조 제2항). 국무위원이 국무회의에 출석하지 못할 때에는 그 부·처의 차관이 대리하여 출석한다(동규정 제7조 제1항). 대리출석한 차관은 관계의안에 관하여 발언할 수 있으나 표결에는 참가할 수 없다(동규정 제7조 제2항).

다. 국무회의의 심의효과

(1) 심의결과의 구속력

국무회의의 심의결과에 대해 대통령이 법적으로 구속되는가가 문제된다. 이에 대해 긍정설과 부정설로 학설이 나누어진다.

(가) 긍정설

국무회의에서의 심의의결사항을 대통령이 채택·집행하여야 할 의무는 없지만, 대통령은 국무회의에서 심의·의결 한 것과 다르게 권한행사를 할 수 없다고 한다.[1)]

1) 김기범, 한국헌법, 교문사, 1973, 406-407; 윤세창, 신헌법(전정판), 일조각, 1983, 243.

(나) 부정설

우리 헌법상 국무회의는 중요한 정책을 심의할 뿐이며, 그것이 비록 의결의 형식으로 결정되었다 할지라도 그 의결은 대통령을 구속하는 효력이 없고, 따라서 대통령은 국무회의의 심의내용과 상이한 정치적 결단을 내릴 수 있다고 한다.[2)]

(다) 소결

국무회의의 심의결과에 대해 대통령이 법적으로 구속되는가의 여부에 대해 지배적인 견해는 부정설을 취하고 있다. 그러나 한편으로는 현실적인 측면을 들어 어느 정도의 강제성을 띨 수도 있다고 보는 견해가 있다. 예컨대, 김철수 교수는 "정치적으로는 대통령의 행위에 대한 부서의 거부 등으로 어느 정도는 국무회의의 의결에 따르도록 강제할 수 있을 것이며, 대통령이 이를 강행하는 경우에는 탄핵사유가 될 것이기에 어느 정도의 견제는 가능하다"고 한다.[3)] 또한 성낙인 교수도 "그러나 현실적으로 대통령이 국무회의의 심의결과와 상이한 국법상 행위를 하기는 어려울 것"이라고 본다. 다만, "국무회의의 심의결과에 불만이 있을 때 대통령은 국무회의에서 심의한 사항에 대한 집행을 미루거나 재론하게 할 수 있다"고 보고 있다.[4)]

(2) 심의를 거치지 않은 대통령의 국법상 행위의 효력

헌법 제89조에 규정된 사항에 관하여 대통령이 국무회의의 심의를 거치지 아니하고 그 권한을 행사한 경우에, 이러한 대통령의 국법상의 행위가 유효한가의 여부가 문제된다. 이에 대해 학설은 유효설과 무효설로 나누어진다.

(가) 유효설

국무회의에서의 심의절차는 효력발생요건이 아니라 적법요건이므로 위헌으로 탄핵소추의 대상이 될 뿐, 그 행위의 효력에는 영향이 없다고 한다.[5)]

2) 문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987, 548; 박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990, 501; 구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1997, 938; 안용교, 한국헌법(전정판), 고시연구사, 1989, 934-935; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1042; 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007, 1778; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1058; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007, 1002; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2007, 1206; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1180; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2003, 850.

3) 김철수(전주), 1178.

4) 성낙인(주 2), 1058.

5) 권영성(주 2), 1041; 안용교(주 2), 934; 이준일(주 2), 1002.

(나) 무효설

헌법이 요구하는 필수적 절차는 효력발생요건으로 간주되므로, 이 절차(심의)를 결한 때에는 무효가 된다고 한다.[6)]

(다) 소결

국무회의는 필수적인 국가정책의 최고심의기관이며, 헌법 제89조에서 명시적으로 국무회의의 심의를 거쳐야 할 사항을 규정하고 있는 이상, 비록 국무회의가 심의기관이고 의결이 아니라 할지라도 이를 결한 대통령의 국법상의 행위는 무효로 보아야 할 것이다. 이에 대해 김철수 교수는 비록 법리상 무효로 하더라도 현실적인 정치에서 그 효력을 부인하기는 어려울 것이라고 한다. 즉 심의절차를 결한 대통령의 권한행사가 탄핵소추의 대상이 될지라도 "이러한 대통령의 행위에 대하여 사법부가 합헌여부의 판단을 자제할 것으로 보이고 헌법재판소도 판단을 회피할 것으로 예상되므로 실질적으로는 효력을 부인하기 어려울 것이다"고 한다.[7)]

II. 개정의 필요성에 대한 검토

우리 헌법상 국무회의는 의결기관도 아니고 단순한 자문기관도 아닌 중간적 위치에 있는 심의기관이다. 또한 대통령은 국무회의의 심의결과에 법적으로 구속되지 아니하여 심의결과와 다른 정치적 결정을 내릴 수 있다. 이 경우 결과적으로 미국식대통령제의 단순한 자문기관인 각료회의와 별다른 차이점이 없다.

헌법상 국무회의를 필수적인 최고의 정책심의기관으로 규정하고 있고, 필수적 심의사항을 또한 규정하고 있는 헌법의 입법목적을 살리는 한편 대통령의 독주와 실수를 방지하고 국정운영의 신중을 기하기 위해서는 비록 국무회의가 심의기관으로서의 성격을 갖는다 할지라도 그 실제의 운영에 있어서는 의결기관화 하는 것이 바람직하다고 사료된다. 이를 위해서는 그 전제로 국무위원의 업무수행능력과 역량이 풍부한 국무총리와 국무위

6) 윤세창(주 1), 243; 구병삭(주 2), 982; 김철수(주 2), 1777; 성낙인(주 2), 1058; 정종섭 교수는 헌법 제89조의 심의절차를 적법요건인 동시에 효력발생요건으로 보고 있다. 정종섭(주 2), 1181; 홍성방(주 2), 850.

7) 김철수(주 1), 1777-1778.

원이 요구된다.[8] 더 나아가 대통령제의 결함인 독재를 방지하기 위해서는 현재의 국무회의제도를 개헌을 통하여 의원내각제의 내각으로 변화시키는 것이 합당하다고 여겨진다.[9]

III. 관련문헌

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1997.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김도협, 독일의원내각제에 관한 연구, 단국대학교 박사학위논문, 1999, 8.

김백유, "수상제민주주의(Ⅱ)-의원내각제하의 신임질의권", 한성대논문집 21권(1997).

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987.

박규하, "미국식대통령제의 프랑스와 독일에서의 변용", 현대헌법학 4권 2호(1996).

박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

심경수, "미국부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰", 충남대법학연구 9집 1호(1998).

안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1989.

윤세창, 신헌법, 일조각, 1983.

이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.

임종훈, "미국대통령제의 현실과 전망", 세계헌법연구 3호(1998).

장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.

8) 정종섭(주 2), 1180.

9) 동지 김철수(주 2), 1776; 구병삭(주 2), 981.

헌법 제90조

전학선

第90條

① 國政의 중요한 사항에 관한 大統領의 [illegible]問에 응하기 위하여 國家元老로 [illegible]성되는 國家元老諮問會議를 [illegible]

② 國家[illegible]諮問會議의 議長은 直前大統領이 된다. 다만, 直前大統領이 [illegible]을 [illegible]에는 大統領이 指名한다.

③ 國家元老諮問會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

I. 기본개념과 입헌취지

국가원로자문회의는 국정의 중요한 사항에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 국가원로로 구성된 대통령의 자문기관이다. 우리 헌법은 국정의 중요한 사항에 관하여 수시로 또는 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 여러 자문기관을 두고 있다. 헌법 제90조에서는 국가원로자문회의를, 제91조에서는 국가안전보장회의를, 제92조에서는 민주평화통일자문회의를, 제93조에서는 국민경제자문회의를 규정하고 있다. 이 가운데 국가안전보장회의는 필수적 자문기구로 반드시 두어야 하고, 나머지 국가원로자문회의와 민주평화통일자문회의와 국민경제자문회의는 임의적 기구이다. 그 밖에도 헌법 제127조 제3항에서 과학기술자문기구를 둘 수 있도록 하고 있지만, 이 기구는 헌법기관이 아니라는 점에서 다른 자문기관과는 구별된다고 할 수 있다.

II. 연 혁

제5공화국에서 국정자문회의로 처음 규정되어 국가원로자문회의로 현행 헌법에서 규정한 것으로, 위헌성이 문제되어[1] 1989년 3월 폐지되었다. 1987년 헌법 개정으로 1988년 국가원로자문회의법으로 개정되어 국가원로자문회의의 구성과 의장의 직무 및 사무처 등을 규정하였었다. 그러나 국가원로자문회의법이 국가원로자문회의에 지나치게 방대한 기구를 설치하고 국가원로자문회의의 소극적·수동적 성격을 무시한 채 적극적·능동적인 건의사항심의권까지 규정함으로써 위헌법률이라는 비판을 받게 되자 1989년 3월에 폐지하였다.[2]

III. 조 직

국가원로자문회의의 조직 및 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 되어 있다. 다만 국가원로자문회의의 의장은 직전대통령이 되도록 되어 있으며, 직전대통령이 없을 때에는 대통령이 지명하도록 되어 있다.

IV. 직무범위

국가원로자문회의는 국정의 중요 사항에 관하여 대통령의 자문에 응하거나 기타 필요한 사항을 심의한다. 국가원로자문회의의 직무범위 및 기타 필요한 사항은 법률로 정하도록 되어 있다.

1) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008, 824.

2) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008, 1043.

V. 평 가

제5공화국 시절 국정자문회의였던 것이 헌법개정으로 국가원로자문회의로 명칭을 바꾸고 법률을 개정하여 1988년부터 1년 여간 설치·운영되었으나 논란이 많아 국가원로자문회의법이 폐지된 이후 아직까지 설치되지 않고 있다. 국가원로자문회의는 전직 대통령을 비롯한 국가 원로의 목소리가 여과 없이 대통령의 국정운영에 도움이 될 수 있도록 하기 위하여 헌법에서 규정한 것인데, 비록 임의적 자문기구라 필수적으로 국가원로자문회의를 두어야 하는 것은 아니지만 헌법의 취지가 충분히 살아날 수 있도록 제도가 정착될 필요는 있다.

VI. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

헌법 제91조

전학선

第91條

① 國家安全保障에 관련되는 對外政策·軍事政策과 國內政策의 수립에 관하여 國務會議의 審議에 앞서 大統領의 諮問에 응하기 위하여 國家安全保障會議를 둔다.

② 國家安全保障會議는 大統領이 主宰한다.

③ 國家安全保障會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.



I. 기본개념과 입헌취지

국가안전보장회의는 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에 관하여 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위한 기구이다. 우리 헌법은 국정의 중요한 사항에 관하여 수시로 또는 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 여러 자문기관을 두고 있다. 헌법 제90조에서는 국가원로자문회의를, 제91조에서는 국가안전보장회의를, 제92조에서는 민주평화통일자문회의를, 제93조에서는 국민경제자문회의를 규정하고 있다. 이 가운데 국가안전보장회의는 필수적 자문기구로 반드시 두어야 하고, 나머지 국가원로자문회의와 민주평화통일자문회의와 국민경제자문회의는 임의적 기구이다. 그 밖에도 헌법 제127조 제3항에서 과학기술자문기구를 둘 수 있도록 하고 있지만, 이 기구는 헌법기관이 아니라는 점에서 다른 자문기관과는 구별된다고 할 수 있다.

II. 연 혁

국가안전보장회의는 국무회의의 전심기구로서 제3공화국 헌법에서 처음 규정되기 시작하여 오늘에 이르고 있다. 즉 1962년 처음으로 국가안전보장회의가 만들어졌고, 1963년 12월 국가안전보장회의법이 만들어졌다. 현재 2008. 2. 29. 법률 제8874호로 국가안전보장회의법이 제정되어 있고, 국가안전보장회의법에서 위임된 사항과 그 시행에 필요한 사항을 규정하기 위하여 2008. 2. 29. 대통령령 제20702호로 국가안전보장회의 운영 등에 관한 규정이 있다.

III. 조 직

국가안전보장회의의 기구로는 의장과 위원, 국가안전보장회의가 있다.

1. 의 장

국가안전보장회의의 의장은 대통령이 된다. 헌법에서는 국가안전보장회의를 대통령이 주재한다고만 규정되어 있으나, 국가안전보장회의법 제2조 제2항은 대통령이 의장이 되도록 하고 있다.

의장은 회의를 소집하고 이를 주재하며, 국무총리로 하여금 그 직무를 대행하게 할 수 있다(국가안전보장회의법 제4조). 또한 의장은 필요하다고 인정하는 경우에는 관계부처의 장, 합동참모회의의장 기타의 관계자를 회의에 출석하여 발언하게 할 수 있다(국가안전보장회의법 제6조).

2. 위 원

국가안전보장회의는 위원을 두도록 하고 있는데, 당연직 위원과 임명직 위원이 있다. 국가안전보장회의법 제2조 제1항은 '국가안전보장회의는 대통령·국무총리·외교통상부장관·통일부장관·국방부장관 및 국가정보원장과 대통령령이 정하는 약간의 위원으로 구성한다.'라고 하여 국무총리·외교통상부장관·통일부장관·국방부장관 및 국가정보원장

은 당연직 위원이 되는 것이고, 또한 국가안전보장회의 운영 등에 관한 규정 제2조가 '법 제2조 제1항에 따라 대통령실장은 국가안전보장회의의 위원이 된다.'라고 규정하고 있어 대통령실장도 당연직 위원이라 할 수 있다.

3. 국가안전보장회의

국가안전보장회의는 필요에 따라 의장이 이를 소집하도록 되어 있다. 국가안전보장회의는 공개하지 않는 것이 원칙이다. 이는 국가안전보장회의의 성격상 국가안보와 관련되고 국가기밀을 다루는 경우가 많기 때문에 비공개를 원칙으로 하고 있는 것이다. 다만, 국가안전보장회의의 의결로써 이를 공개할 수 있다.

국가안전보장회의는 관계부처에 대하여 자료의 제출 및 기타 필요한 사항에 관하여 협조를 요구할 수 있으며, 국가정보원장은 국가안전보장에 관련된 국내외정보를 수집·평가하여 이를 회의에 보고하여 심의에 자(資)하여야 한다.

의안은 심의사항과 보고사항으로 구분된다. 심의사항은 대통령이 자문한 사항과 위원이 특히 필요하다고 인정하여 제안하는 사항으로 하고, 보고사항은 위원이 안보회의의 심의에 참고하기 위하여 필요하다고 인정하여 보고하는 사항으로 한다.

의안은 안보회의 개최일 5일 전까지 간사에게 제출하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 의안은 그러하지 아니하다.

간사는 의안을 의사일정과 함께 안보회의 개최일 3일 전까지 위원과 법 제6조에 따라 출석·발언하는 자에게 배부하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 의안은 그러하지 아니하다.

국가안전보장회의는 재적위원 3분의 2 이상의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

간사는 안보회의의 회의록을 작성·비치하여야 한다.

안보회의의 회의록에는 간사가 서명·날인하여야 한다.

4. 기 타

국가안전보장회의의 회의 운영지원 등의 사무를 처리하기 위하여 간사 1인을 둔다. 간사는 대통령실의 외교안보분야를 보좌하는 정무직인 비서관이 된다.

간사는 안보회의에서 의결된 사항과 소수의견을 안보회의의 회의록에 첨부하여 대통령

에게 문서로 보고하고 그 부본을 위원에게 배부하여야 한다.

2008. 2. 까지는 상임위원회와 사무처가 있었다. 즉 국가안전보장회의에서 회의에서 위임한 사항 즉 국가안전보장에 관련되는 대외정책·대북정책·군사정책 및 국내정책에 관한 사항을 협의하기 위하여 상임위원회를 두었었다. 상임위원회는 위원 중에서 통일부장관·외교통상부장관·국방부장관·국가정보원장 및 사무처장이 위원으로 하도록 되어있었다.

또한 국가안전보장회의의 회의 운영지원 등의 사무를 처리하기 위하여 국가안전보장회의사무처를 두었었다. 사무처에는 의장의 명을 받아 안보회의의 운영과 관련된 사무를 수행하며, 소속공무원을 지휘·감독하기 위하여 사무처장을 두었는데, 사무처장은 대통령비서실의 통일외교안보분야를 보좌하는 정무직인 비서관이 겸직하도록 하였다. 또한 사무처장을 보조하기 위하여 사무차장 1인을 두되, 사무차장은 대통령비서실의 통일외교안보분야의 위기관리 업무를 보좌하는 비서관이 겸직하도록 하였었다. 사무처는 의안의 상정 및 심의에 관한 사항, 회의 심의사항에 대한 이행상황의 점검, 국가위기관리체계의 구축 및 개선에 관한 사항, 국가위기관리 관련 현안정책의 조정 및 경보·훈련·평가 제도에 관한 사항, 국가안보종합상황실의 운영 및 유지, 의안의 심의 및 국가위기관리 관련 조사·연구에 관한 사항, 그 밖에 안보회의 및 상임위원회의 운영에 관한 사항과 관련된 직무를 수행하였었다. 그러나 2008. 2. 28. 국정운영의 효율성을 제고하고 대외·군사정책에 대한 대통령의 자문기능을 강화하기 위하여 국가안전보장회의 운영지원기능이 대통령실로 이관되고 사무처와 상임위원회를 폐지하였다.

IV. 직무범위

국가안전보장회의는 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에 관하여 대통령의 자문에 응하기 위한 기구이다.

국가안전보장회의는 국무회의의 전심기관으로 필수적 헌법기관이지만 국가안전보장회의를 거치지 아니하고 안건을 국무회의에 상정하여도 그 효력과 적법성에는 문제가 없다.[1)]

1) 홍성방, 헌법학, 현암사, 2008, 824.

V. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

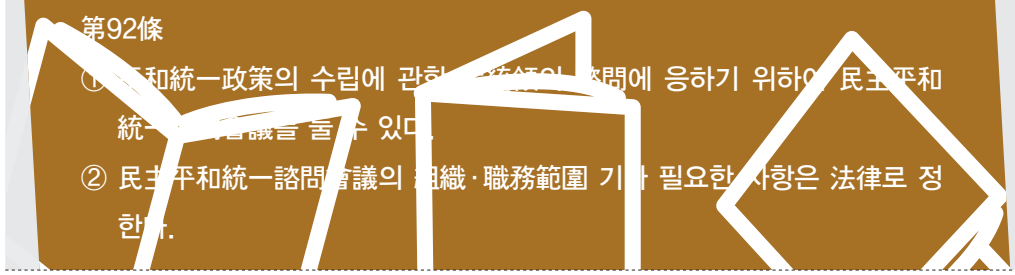
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

헌법 제92조

전학선

第92條
① 平和統一政策의 수립에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 民主平和統一諮問會議를 둘 수 있다.
② 民主平和統一諮問會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.



I. 기본개념과 입헌취지

민주평화통일자문회의는 조국의 민주적 평화통일에 관한 계획을 수립하여 대통령에게 건의하고 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위한 임의적 자문기구이다. 우리 헌법은 국정의 중요한 사항에 관하여 수시로 또는 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 여러 자문기관을 두고 있다. 헌법 제90조에서는 국가원로자문회의를, 제91조에서는 국가안전보장회의를, 제92조에서는 민주평화통일자문회의를, 제93조에서는 국민경제자문회의를 규정하고 있다. 이 가운데 국가안전보장회의는 필수적 자문기구로 반드시 두어야 하고, 나머지 국가원로자문회의와 민주평화통일자문회의와 국민경제자문회의는 임의적 기구이다. 그 밖에도 헌법 제127조 제3항에서 과학기술자문기구를 둘 수 있도록 하고 있지만, 이 기구는 헌법기관이 아니라는 점에서 다른 자문기관과는 구별된다고 할 수 있다.

II. 연 혁

제5공화국 헌법에서 평화통일정책자문회의로 시작하여 오늘에 이르고 있다. 제5공화국 헌법에서는 평화통일정책자문회의였으나 1987년 헌법을 개정하면서 민주평화통일자문회의로 명칭이 변경되었다. 현재 헌법 제92조의 규정에 의하여 민주평화통일자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항을 정함을 목적으로 민주평화통일자문회의법(법률 제6500호)이 있고, 민주평화통일자문회의법에 의하여 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 정할 목적으로 민주평화통일자문회의법 시행령(대통령령 제19903호)이 있으며, 민주평화통일자문회의 사무처의 조직과 직무범위, 그 밖에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 민주평화통일자문회의 사무처 직제(대통령령 제20701호)가 있다.

III. 조 직

1. 의장과 부의장

민주평화통일자문회의에는 의장과 부의장을 두도록 하고 있다. 대통령이 민주평화통일자문회의의 의장이 된다. 의장은 위원 중에서 그 출신지역과 직능을 참작하여 20인 이내의 부의장을 임명한다. 의장은 부의장 중에서 수석부의장 1인을 지명한다.

부의장의 임기는 2년으로 한다. 다만, 부의장이 궐위된 때에 임명된 후임부의장의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.

의장은 통일자문회의의 회의를 주재하고 사무를 통리하며 통일자문회의를 대표한다. 의장은 회의의 질서를 유지하기 위하여 경호권을 행한다. 또한 의장은 수석부의장으로 하여금 의장의 직무를 대행하게 할 수 있고, 수석부의장이 사고가 있는 때에는 의장이 지명하는 부의장이 그 직무를 대행한다.

2. 사무처

민주평화통일자문회의의 사무를 처리하기 위하여 민주평화통일자문회의 사무처가 있다.

가. 사무처장

사무처에 사무처장 1인과 기타 필요한 공무원을 두되, 사무처장은 별정직국가공무원으로 보한다. 사무처장은 의장의 명을 받아 민주평화통일자문회의의 사무를 통할하고 소속 공무원을 지휘·감독한다. 의장은 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 다른 기관의 소속공무원으로 하여금 사무처 소속공무원의 직을 겸하게 할 수 있고, 민주평화통일자문회의의 사무의 일부를 다른 행정기관에 대행하게 하거나 위탁하여 처리하게 할 수 있다. 사무처의 조직·직무범위와 사무처에 두는 공무원의 종류·정원 기타 필요한 사항은 민주평화통일자문회의 사무처 직제(대통령령 제20701호)로 정하도록 되어 있다.

나. 임무

민주평화통일자문회의 사무처는 민주평화통일자문회의의 운영 및 민주평화통일자문회의 자문위원의 활동지원에 관한 다음의 사무를 관장한다.

1. 통일정책의 자문·건의 활동 지원
2. 통일에 대한 국민 참여 확산을 위한 자문위원의 활동 지원
3. 지역회의 및 지역협의회의 활동 지원
4. 민주평화통일자문회의의 업무상 필요한 조사·연구
5. 그 밖에 민주평화통일자문회의의 소집·운영에 대한 지원

다. 통일정책자문국

사무처에 통일정책자문국을 두도록 하고 있다. 통일정책자문국에는 국장 1명을 두되, 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보하도록 하고 있다. 통일정책자문국에는 자문총괄과·중앙지역과·중부지역과·남부지역과 및 해외협력과를 두되, 각 과장은 부이사관·서기관 또는 행정사무관으로 보한다.

라. 정책연구위원

사무처장 밑에 3인의 정책연구위원을 두도록 하고 있다.

정책연구위원은 통일정책의 자문·건의를 위한 조사·연구 및 관련 자료의 수집 등에 관하여 사무처장을 보좌한다. 정책연구위원 중 1명은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보하고, 2명은 서기관 또는 4급 상당 별정직공무원으로 보한다. 정책연구위원별 업무는 사무처장이 정한다.

마. 대변인

사무처장 밑에 대변인 1인을 두도록 하고 있다.
대변인은 서기관, 4급 상당 별정직공무원 또는 행정사무관으로 보한다.

바. 기획조정관

사무처장 밑에 기획조정관 1인을 두도록 하고 있다. 기획조정관은 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로 보한다. 기획조정관 밑에 운영지원담당관 및 기획재정담당관 각 1명을 두되, 각 담당관은 부이사관·서기관 또는 행정사무관으로 보한다.

3. 자문위원

민주평화통일자문회의는 자문위원을 둔다. 민주평화통일자문회의는 조국의 민주적 평화통일을 지향하는 민족의 염원을 받들어 주민이 선출한 지역대표와 정당·직능단체·주요사회단체 등의 직능분야 대표급인사로서 국민의 통일의지를 성실히 대변하여 대통령에게 건의하고 자문에 응할 수 있는 인사 중에서 대통령이 위촉하는 7천인 이상의 자문위원으로 구성한다.[1)]

대통령은 다음 각호의 1에 해당하는 인사를 위원으로 위촉한다. 이 경우 선출직 인사를 우선하여 위원으로 위촉한다.

1. 지방자치법에 의하여 당해 지역주민이 선출한 특별시·광역시·도 및 구·시·군의회의 의원인 인사
2. 특별시·광역시·도 및 시·군·구 지역의 지방자치단체의 장, 이북5도지사, 해외동포대표로서 당해교민회 또는 교민 단체의 장의 천거로 당해 지역 관할 공관장
3. 정당의 대표
4. 주요 사회단체 및 직능단체의 대표급 인사 또는 구성원으로서 민족의 통일의지를 대변할 수 있는 인사

1) 2007. 7. 1.부터 2009. 6. 30까지 임기로 직능대표 11,369명, 지역대표 3,445명(광역의회 의원 696명, 기초의회 의원 2,749명) 및 해외 재외동포대표 1,977명이 자문위원으로 있다.

5. 기타 조국의 민주적 평화통일을 위한 의지가 확고하고 통일과업의 수행에 기여하였거나 할 수 있는 대표급 인사

위원의 임기는 위촉된 날로부터 2년으로 하되, 연임할 수 있다.

위원은 임기초에 통일자문회의에서 다음의 선서를 한다. 다만, 재외동포대표로서 대한민국 국적을 가지지 아니한 위원은 그러하지 아니할 수 있다.

"본 위원은 민주평화통일자문회의의 자문위원으로서 국법을 준수하고 조국의 민주적 평화통일을 지향하는 민족의 염원을 받들어 맡은 바 사명을 성실히 수행할 것을 엄숙히 선서합니다."

위원은 명예직으로 하되 대통령령이 정하는 바에 의하여 예산의 범위 안에서 회의출석 수당과 여비 등을 지급받을 수 있다. 위원은 위원으로서의 품위를 유지하여야 하며, 그 직위를 남용하여 국가·지방자치단체 등 공공단체·정부투자기업체·금융기관 등에 대하여 청탁 기타 이권운동을 하여서는 아니 된다. 또한 위원은 형법 기타 법률이 정한 벌칙의 적용에 있어서는 공무원으로 본다.

위원은 의장의 허가를 받아 사직할 수 있다.

위원이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 위원의 직에서 퇴직된다.

1. 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 때
2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 형이 확정된 때
3. 제10조 제1호에 해당하는 위원이 지방의회의원의 직을 상실한 때

대통령은 위원이 다음 각호의 1에 해당되는 때에는 운영위원회의 의결을 거쳐 해촉할 수 있다.

1. 위원이 직무수행에 불성실하다고 인정된 때
2. 위원이 법령을 위반하거나 위원으로서의 품위를 현저히 손상하는 행위를 한 때
3. 그밖에 통일자문회의의 목적달성을 위하여 위원을 교체할 필요가 있다고 인정하는 때

4. 위원회

가. 상임위원회

민주평화통일자문회의의 회의에서 위임한 사항과 의장이 명한 사항을 처리하기 위하여 상임위원회를 둔다.

상임위원회는 위원 중에서 그 출신지역과 직능을 참작하여 의장이 임명하는 300인 이상 500인 이하의 상임위원으로 구성한다.

부의장은 상임위원이 되며 수석부의장은 상임위원회의 위원장이 된다.

상임위원회는 연 1회 이상 이를 개회한다. 상임위원회의 집회는 의장이 소집하며, 일시·장소를 정하여 이를 공고한다.

상임위원회는 다음의 사항을 심의한다.

1. 통일자문회의에서 위임한 사항
2. 의장이 명한 사항
3. 각 분과위원회에서 의결된 사항

상임위원장은 의장의 승인을 얻어 상임위원회에 10개 이내의 분과위원회를 둘 수 있다. 분과위원회는 분과위원장 1인과 간사 1인을 포함한 20인 이상의 위원으로 구성하되, 분과위원장과 간사는 의장이 임명한다. 분과위원회의 위원은 상임위원 중에서 각 위원의 경력·직책 및 출신지역을 감안하여 상임위원장이 선임한다. 분과위원회의 회의는 분과위원장이 필요하다고 인정하는 때에 상임위원장의 승인을 얻어 이를 소집한다. 분과위원회는 상임위원장의 승인을 얻어 특히 필요하다고 인정할 때에는 분과위원회의 안건을 예비심사하게 하기 위하여 당해 분과위원회에 소위원회를 둘 수 있다. 상임위원장은 분과위원회의 효율적인 운영을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 2이상의 분과위원회를 합동으로 소집하게 할 수 있다. 이 경우 상임위원장이 지명하는 분과위원장이 회의를 주재한다.

상임위원회는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 상임위원회의 회의는 공개한다. 다만, 상임위원회의 의결로 공개하지 아니할 수 있다. 상임위원장은 회의가 끝난 때에는 의장에게 회의의 결과를 보고하여야 한다.

나. 운영위원회

통일자문회의의 운영에 관한 사항을 심의하기 위하여 운영위원회를 둔다. 운영위원회는 위원 중에서 의장이 임명하는 50인 이내의 운영위원으로 구성한다. 수석부의장은 운영위원회의 위원장이 된다. 운영위원회의 간사는 운영위원회의 위원장의 추천으로 의장이 임명한다.

운영위원회의 회의는 의장이 필요하다고 인정하는 때에 이를 소집한다.

운영위원회는 다음 각호의 사항을 심의한다.

1. 통일자문회의 운영에 관한 규정의 제정·개정 및 폐지에 관한 사항
2. 위원해촉의 심사
3. 기타 통일자문회의의 운영에 관한 사항

운영위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 운영위원회의 회의는 공개하지 아니한다. 다만, 위원회의 의결로 공개할 수 있다. 운영위원장은 의장에게 회의결과를 보고하여야 한다. 운영위원장은 해촉심사의 대상이 된 위원에 대하여는 운영위원회의 회의장에의 출입을 제한할 수 있다.

민주평화통일자문회의 조직도



IV. 운 영

민주평화회의의 회의는 2년에 1회 의장이 소집한다. 다만, 의장이 필요하다고 인정하거나 재적위원 3분의 1이상의 요구가 있는 때에는 이를 소집한다. 의장은 늦어도 집회기일전 5일에 집회의 일시·장소 및 의안의 제목을 정하여 공고한다.

민주평화회의는 집회일에 개회식을 행한다. 민주평화회의의 회의는 의장의 개회선포로

개회하고, 폐회선포로 폐회한다. 민주평화회의의 회의에 부의한 안건의 의사가 끝난 때에는 의장은 산회를 선포한다. 의장은 집회기간중 기간을 정하여 휴회를 선포할 수 있다.

통일자문회의의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원과반수의 찬성으로 의결한다.

통일자문회의의 회의는 공개한다. 다만, 의장이 국가안전보장 기타 사유로 필요하다고 인정하는 때에는 공개하지 아니할 수 있다. 공개하지 아니한 회의의 내용은 공표되어서는 아니 된다.

의장은 위원이 회의중 법령 또는 의장의 명령에 위배하여 회의장의 질서를 문란하게 한 때에는 이를 경고 또는 제지할 수 있으며, 위원이 이 조치에 응하지 아니한 때에는 발언함을 금지하거나 퇴장시킬 수 있다.

위원은 의제의 범위 안에서 의장의 허가를 받아 회의장에서 자유로이 발언할 수 있다.

의장은 필요하다고 인정하는 때에는 안건을 표결에 부할 수 있다.

민주평화회의는 회의록을 작성하고 다음 사항을 기재한다.

① 개의·회의중지와 산회의 일시

② 의사일정

③ 출석위원의 수

④ 부의안건과 그 내용

⑤ 표결수

⑥ 기타 의장이 필요하다고 인정하는 사항

회의록은 위원 또는 일반에게 배부하거나 반포할 수 있다.

의장은 방청권을 발행하여 방청을 허가할 수 있다. 누구든지 의장의 허가를 받아 회의장에서 녹음·녹화·촬영·중계방송 등을 할 수 있다. 의장은 회의장의 질서를 방해하는 방청인의 퇴장을 명할 수 있다.

민주평화통일자문회의는 특별시·광역시·도·이북5도 및 재외동포별로 그 지역 출신의 위원으로 구성된 지역회의를, 시·군·구 및 해외 지역별로 지역협의회를 둘 수 있다. 지역회의의 회의는 필요에 따라 의장이 소집하되 그 지역출신의 부의장이 주재한다. 다만, 그 지역출신의 부의장이 없거나 사고가 있는 때에는 의장이 지명하는 위원이 주재한다. 지역회의의 회의결과의 종합에 관한 사항과 지역회의의 조직·운영 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

V. 직 무

민주평화통일자문회의는 다음 각호의 기능을 수행함으로써 조국의 민주적 평화통일을 위한 정책의 수립 및 추진에 관하여 대통령에게 건의하고 자문에 응한다.

① 국내외 통일여론 수렴
② 통일에 관한 국민적 합의 도출
③ 범민족적 통일의지와 역량의 결집
④ 그밖에 대통령의 평화통일정책에 관한 자문·건의를 위하여 필요한 사항

VI. 평 가

현재까지 민주평화통일자문회의는 대통령의 통일정책에 자문을 하는 기관이라기보다 당시 정부의 통일정책을 홍보하고 확산하는 일에 주로 이용되었다. 일종의 국민동원기관과 유사한 성격을 노정하였다. 진정한 대통령의 정책자문기관으로 기능을 하는 것이 필요하다.[2)]

VII. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

2) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1136.



I. 기본개념과 입헌취지

국민경제자문회의는 국민경제의 발전을 위한 중요정책의 수립에 관하여 대통령의 자문에 응하기 위한 대통령의 임의적 자문기구이다. 우리 헌법은 국정의 중요한 사항에 관하여 수시로 또는 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 여러 자문기관을 두고 있다. 헌법 제90조에서는 국가원로자문회의를, 제91조에서는 국가안전보장회의를, 제92조에서는 민주평화통일자문회의를, 제93조에서는 국민경제자문회의를 규정하고 있다. 이 가운데 국가안전보장회의는 필수적 자문기구로 반드시 두어야 하고, 나머지 국가원로자문회의와 민주평화통일자문회의와 국민경제자문회의는 임의적 기구이다. 그 밖에도 헌법 제127조 제3항에서 과학기술자문기구를 둘 수 있도록 하고 있지만, 이 기구는 헌법기관이 아니라는 점에서 다른 자문기관과는 구별된다고 할 수 있다.

II. 연 혁

국민경제자문회의는 현행 헌법에서 신설되었다. 국민경제자문회의의 조직과 직무범위를 정하기 위하여 국민경제자문회의법(법률 제8862호)과 국민경제자문회의 운영에 관한 규정(대통령령 제20657호)이 있다. 현행 헌법에서 규정되어 있는 임의적 헌법기관이지만 현행 헌법 출범 당시에 국민경제자문회의가 구성된 것이 아니라 10여년이 지난 1999년 8월 국민경제자문회의법이 제정됨으로 인하여 1999년 11월 구성되게 되었다.

III. 조 직

국민경제자문회의는 의장 1인, 부의장 1인, 당연직위원 5인 이내, 위촉위원 30인 이내 및 지명위원으로 구성한다.

1. 의장과 부의장

국민경제자문회의의 의장은 대통령이 되고, 부의장은 의장이 위촉위원 중에서 지명한다.

의장은 자문회의의 회의를 소집하고, 이를 주재한다. 그러나 분야별 회의의 경우 의장은 분야별회의의 위원 중 1인을 지명하여 분야별회의를 소집하고 이를 주재하게 할 수 있다. 의장은 부의장으로 하여금 그 직무를 대행하게 할 수 있으며, 부의장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없는 때에는 위원 중 1인을 지명하여 그 직무를 대행하게 할 수 있다.

2. 당연직 위원

당연직위원은 기획재정부장관과 대통령실의 경제업무를 보좌하는 정무직인 비서관 그리고 금융위원회 위원장과 대통령실장이 된다.

3. 위촉위원

위촉위원은 대통령령이 정하는 바에 의하여 국민경제의 발전에 이바지할 수 있는 학식과 경험이 풍부한 자중에서 대통령이 위촉한다.

위촉위원의 임기는 1년으로 한다.

대통령은 위촉위원을 위촉함에 있어서 필요한 때에는 경제단체의 장 등의 의견을 청취할 수 있다.

4. 지명위원

지명위원은 자문회의에 상정된 의안과 관련하여 중앙행정기관의 장과 정부출연연구기관의 장으로 구성되며, 그 밖에 관계행정기관의 장, 국회법의 규정에 의한 교섭단체의 정책을 심의·입안하는 자, 대통령실의 정무직인 비서관, 외국기업(외국인투자촉진법 제2조제1항제6호의 규정에 의한 외국인투자기업을 말한다) 또는 국내에 소재하는 외국인단체의 임원 또는 이에 상당하는 직에 있는 자, 그 밖에 국민경제자문회의의 의장이 상정된 의안과 관련하여 필요하다고 인정하는 자 중에서 회의시마다 대통령이 지명하는 자가 된다.

5. 기 타

한편 국민경제의 발전전략수립 및 국민복지증진을 위한 대통령 보좌기능을 강화하고 조직을 슬림화하며 권한·책임을 명확히 하기 위하여 국민경제자문회의사무처 기능을 대통령실에 이관하게 됨에 따라 2008. 2. 28. 국민경제자문회의 사무처의 조직과 직무범위 기타 필요한 사항을 규정하였던 국민경제자문회의 사무처직제가 폐지되었다.

IV. 운 영

1. 회의 일반

국민경제자문회의의 회의는 위원 전원으로 구성하는 회의와 의장이 지명하는 위원으로 구성하는 회의(분야별 회의)로 구분된다. 자문회의의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 의장은 필요하다고 인정하는 경우에는 관계 기관의 장 또는 관계 전문가를 자문회의의 회의에 출석하여 발언하게 할 수 있다.

국민경제자문회의의 위원은 의장의 요청이 있거나 필요하다고 판단되는 경우 간사위원을 경유하여 국민경제자문회의 또는 의장에게 서면으로 의견을 제출할 수 있다.

자문회의는 필요에 따라 의장이 소집할 수 있다.

간사위원은 회의개최 7일전까지 자문회의의 위원과 법 제6조 제4항의 규정에 의하여 출석·발언하는 자에게 회의개최의 일시와 장소를 통보하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

간사위원은 자문회의의 의안을 회의개최 3일전까지 자문회의의 위원과 법 제6조 제4항의 규정에 의하여 출석·발언하는 자에게 배부하여야 한다. 다만, 긴급을 요하는 경우에는 그러하지 아니하다.

2. 분야별회의

분야별회의로서 다음과 같은 회의를 둔다.

① 거시경제회의
② 산업·통상회의
③ 복지·노동·환경회의
④ 외국경제인회의
⑤ 경제정책협의회
⑥ 그 밖에 자문회의의 효율적 운영을 위하여 의장이 필요하다고 인정하는 회의

산업·통상회의, 복지·노동·환경회의, 외국경제인회의 및 경제정책협의회는 해당 분야별 정책방향 등에 관하여 심의한다.

경제정책협의회는 국가의 주요 정책과제의 협의 및 자문내용에 대한 추진상황의 점검 등의 업무를 수행한다.

거시경제회의, 산업·통상회의, 복지·노동·환경회의, 외국경제인회의, 경제정책협의회의 위원은 기획재정부장관, 대통령실의 경제업무를 보좌하는 정무직인 비서관 및 위촉위

원 중에서 의장이 지명하는 자로 구성한다.

경제정책협의회는 당연직위원으로 구성한다.

의장은 필요하다고 인정하는 경우 법 제3조 제3항 또는 제5항의 규정에 의한 위원을 분야별회의에 참석하게 할 수 있다.

분야별회의는 각 회의별로 연 1회 이상 개최하되, 경제정책협의회는 필요에 따라 수시로 개최한다.

V. 직 무

국민경제자문회의는 다음 사항에 관하여 대통령의 자문에 응한다.

1. 국민경제의 발전을 위한 전략 및 주요정책방향의 수립
2. 국민복지의 증진과 균형발전을 위한 제도의 개선과 정책의 수립
3. 국민경제의 대내외 주요 현안과제에 대한 정책대응방향의 수립
4. 기타 국민경제의 발전을 위하여 대통령이 부의하는 사항

VI. 관련문헌

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.

홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.



[제4장]

정 부

제2절 행정부 / 제3관 행정각부

헌법 제94조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 698
헌법 제95조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 703
헌법 제96조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 707





I. 기본개념과 입헌취지

행정각부는 집행부의 구성단위이다. 그리고 본 제94조의 의의는 '행정각부의 장은 국무위원이어야 하며, 국무총리의 제청으로 대통령이 임명해야 한다.'는 의미이다. 따라서 국무위원이 아니면 행정각부의 장이 될 수 없다.

II. 연 혁

대통령제 정부형태를 받아들인 1948년의 건국헌법에서는 국무총리의 제청없이 대통령이 행정각부의 장관을 국무위원 중에서 임명할 수 있게 되어 있었다. 건국헌법 제73조 제1항이 "행정각부 장관은 국무위원 중에서 대통령이 임명한다."고 규정하고 있었기 때문이다. 1952년의 제1차 개정헌법에서 비로소 행정각부 장관의 임명과 해임에 '국무총리의 제청'이 필요하게 되었다. 1952년 헌법 제73조는 "행정각부의 장은 국무위원이여야 하며 국무총리의 제청에 의하여 대통령이 임면하다."고 규정하고 있었기 때문이다. 의원내각제적 요소를 많이 후퇴시키면서 국무총리제를 폐지한 1954년 제2차 개정헌법에서 다시

행정각부 장관의 임명과 해임에서 '국무총리의 제청'이 삭제되었다. 1954년 헌법 제73조는 "행정각부의 장은 국무위원이어야 하며 대통령이 임면한다."고 규정하였기 때문이다. 그러던 것이 정부형태로서 의원내각제를 채택한 1960년 6월 15일의 제3차 개정헌법(제2공화국 헌법)에서는 행정각부 장관의 임면권을 의원내각제 정부의 수상에 해당하는 국무총리가 가지게 된다. 1960년 헌법 제73조는 "행정각부의 장은 국무위원이여야 하며 국무총리가 임면한다."고 규정하고 있었기 때문이다. 정부형태를 다시 대통령제로 환원시킨 1962년의 제3공화국 헌법에서는 다시 국무총리의 제청으로 대통령이 행정각부의 장을 임명하게 되었다. 1962년 헌법은 "행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다."고 규정했기 때문이다. 이것이 조문의 위치 이동만 거쳐 현행헌법 제94조로 계속 이어져 오고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

국무회의의 국무위원을 "국무총리의 제청으로" 임명하게 한 것은 비교법적으로 드문 경우이다. 이것은 대통령제 정부형태를 근간으로 하면서도 국무총리제라는 의원내각제적 요소를 가미한 결과이다. 의원내각제의 수상에 해당하는 국무총리에게 의원내각제의 내각에 해당하는 국무회의의 국무위원들에 대한 임명제청권을 준 것이다. 국무총리에게 국무위원에 대한 임명제청권을 줌으로써 국무총리의 권한을 강화시키고 다른 국무위원에 비해 국무총리의 우월적 지위를 보장하려 한 조항이다.

이 조항은 과거 여러 정권에 의해 위반되는 일이 발생했다. 즉, 군사정권시절이나 심지어 문민정부시절에 와서도 국무총리와 국무위원을 같은 날 같은 시각에 발표하는 일들이 벌어졌다. 이는 대통령이 국무총리의 제청없이 국무위원을 임명했다는 것을 의미하는 것이었기 때문에 국무총리의 제청으로 국무위원을 임명할 것을 요구한 본 조항에 위반되는 것이다. 이것은 칼 슈미트가 헌법의 개정과 구별되는 인접개념으로 언급한 '헌법의 변동' 중 '헌법의 침해'(Verfassungsdurchbrechung)에 해당하는 것이다. 왜냐하면 대통령이 국무총리의 제청없이 국무위원을 임명하는 행위야말로 위헌임을 인식하면서도 의식적으로 특정한 헌법조항에 위반되는 명령의 발포나 공권력을 행사하는 경우에 해당하기 때문이다.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제95조는 "국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다."고 규정하여 총리령 및 부령 발포권에 대한 근거규정을 두고 있다. 국무위원 중에서 장관을 임명하므로 국무총리의 제청이 있어야 장관에 임명될 수 있는 것이므로 국무총리와 장관의 지위는 상하관계로 구분된다. 따라서 행정명령 발포와 관련해 총리령 발포권과 부령 발포권을 구분하고 있는 헌법 제95조는 국무위원의 임명에 국무총리의 제청을 필요로 하는 헌법 제94조와 연관된다.

헌법 제96조는 "행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다."고 규정함으로써 행정각부의 설치, 조직과 직무범위에 관해 이를 법률에 위임하고 있다. 이것은 국무총리의 제청으로 임명된 국무위원들이 장관으로 임명되고 이들 장관이 이끄는 행정각부에 관한 설치, 조직, 직무범위를 법률에 위임하는 것이므로, 이런 점에서 헌법 제94조와 연관되어 있다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

이 조항에 의해 행정각부의 장관은 국무위원의 지위와 행정각부 장관의 지위, 즉 이중적 지위를 가진다는데 학설은 이설이 없다. 그러나 국무위원과 행정각부의 장은 차이점도 보이는데, 국무위원은 사무의 한계가 없지만 행정각부의 장은 그 부에 국한되는 사무의 한계가 있다.

또한 행정각부의 지위와 관련해 헌법재판소는 "헌법이 '행정각부'의 의의에 관하여는 아무런 규정도 두고 있지 않지만, '행정각부의 장'에 관하여는 '제3관 행정각부'의 관에서 행정각부의 장은 국무위원 중에서 임명되며(헌법 제94조) 그 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 부령을 발할 수 있다고 규정하고 있는바 국무위원이라 하더라도 그 소관사무에 관하여 부령을 발할 권한이 없는 경우에는, 그 기관은 우리 헌법이 규정하는 실정법적 의미의 행정각부로는 볼 수 없다는 헌법상의 간접적인 개념 제한이 있음을 알 수 있다. 따라서 정부의 구성단위로서 그 권한에 속하는 사항을 집행하는 모든 중앙행정기관이 곧 헌법 제86조 제2항 소정의 행정각부는 아니라 할 것이다. 또한 입법권자는 헌법 제96조에 의하여 법률로써 행정을 담당하는 행정기관을 설치함에 있어 그 기관이 관장하는 사무의 성질에 따라 국무총리가 대통령의 명을 받아 통할할 수 있는 기

관으로 설치할 수도 있고 또는 대통령이 직접 통할하는 기관으로 설치할 수도 있다 할 것이므로 헌법 제86조 제2항 및 제94조에서 말하는 국무총리의 통할을 받는 행정각부는 입법권자가 헌법 제96조의 위임을 받은 정부조직법 제29조에 의하여 설치하는 행정각부만을 의미한다고 할 것이다."고 판시한 바 있다.

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

사실상 국무총리와 국무위원을 동시에 임명하는 일이 적지 않게 벌어지고 있다. 국무총리의 제청도 사실상 현실적으로 청와대와의 조율 후에 이루어지는 것이어서 국무총리의 제청권이 형식화하고 있다. 이러한 현실을 고려해 봤을 때, '국무총리의 제청'을 삭제하는 헌법개정도 고려해 볼 수는 있다. 그러나, 여전히 우리 헌법이 대통령제를 근간으로 하면서 의원내각제적 요소를 가미하는 '절충형 대통령제'를 유지한다면 행정각부 장관의 임명에 계속 '국무총리의 제청'을 요하는 것으로 하더라도 큰 무리는 없을 것이다.

오히려 문제는 대통령의 행정각부 장관에 대한 임명규정에서 어떤 때에는 '임명한다'라고 규정하고 어떤 때에는 '임면한다'라고 규정하고 있는 점이다. '임명한다'란 임명만을 의미하고 '임면한다'란 임명과 파면 즉 해임을 의미하기 때문이다. 건국헌법과 1962년 제3공화국 헌법 이후 현행헌법까지는 '임명한다'라고 규정하고 있는 반면에, 1952년의 제1차 개정헌법부터 1960년 11월 29일의 제4차 개정헌법까지는 '임면한다'라고 규정한 바 있었다. 이 조항을 넓게 해석하면, '임명한다'라는 규정 속에 임명과 함께 파면 즉 해임의 의미로 포함된 것으로 해석할 수도 있다. 그러나, 이 조항을 엄격하게 해석하면 '임면한다'라고 규정하면서 '국무총리의 제청'을 같이 요구하고 있는 1952년 헌법 하에서는 행정각부 장관의 임명시 뿐만 아니라 파면시에도 국무총리의 제청이 있어야 하는 것으로 해석해야 할 것이다.

VII. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.

헌법 제95조

임지봉



第95條 國務總理 또는 行政各部의 長은 所管事務에 관하여 法律이나 大統領令의 委任 또는 職權으로 總理令 또는 部令을 발할 수 있다.

I. 기본개념과 입헌취지

행정각부의 장은 이 헌법 제95조에 의해 부령을 제정 또는 공포하는 권한을 가진다. 물론 부령에도 위임명령과 직권명령이 있다. 부령은 행정각부의 장관이 서명한 뒤 관보로써 공포한다. 그리고 '법령 등 공포에 관한 법률' 제13조에 의해 특별한 규정이 없는 한 공포일로부터 20일을 경과함으로써 효력이 발생한다.

II. 연 혁

건국헌법때부터 이와 유사한 조항은 있었다. 건국헌법 제74조는 "국무총리 또는 행정각부장관은 그 담임한 직무에 관하여 직권 또는 특별한 위임에 의하여 총리령 또는 부령을 발할 수 있다."고 규정하고 있다. 현행헌법에서 총리령 또는 부령의 근거로 밝히고 있는 "법률이나 대통령령의 위임" 대신에 "특별한 위임에 의하여"라고 추상적으로 규정하고 있었던 것이다. 1954년의 제2차 개정헌법에서는 국무총리제가 헌법에서 폐지됨에 따

라 “총리령”이 삭제되었다. 즉, 1954년 헌법 제74조는 “행정각부장관은 그 담임한 직무에 관하여 직권 또는 특별한 위임에 의하여 부령을 발할 수 있다.”고 규정하였다. 그러던 것이 다시 1962년 헌법에서 대통령제 정부형태로 환원하고 국무총리제를 두면서 현행헌법과 똑같은 내용의 규정을 두게 되었다. 즉 1962년 헌법 제90조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.”고 규정하였다. 이 규정이 조문의 위치만 바뀌면서 현행헌법 제95조로 이어져 오고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

정부형태로 대통령제를 채택하거나 의원내각제를 채택하거나에 관계없이, 행정각부를 두고 있는 나라들에서는 행정각부 장관이 행정입법의 하나로서 부령을 발할 수 있게 하고 있다. 다만, 총리령의 경우에는 국무총리제를 두고 있는 나라들에서만 총리령 발포권을 국무총리에게 부여하고 있다.

이 때, 총리령 및 부령은 일종의 행정명령이기 때문에 상위규범인 법률이나 대통령령의 위임이 있는 경우에 발할 수 있게 하고, 또한 필요한 경우 우리 헌법처럼 직권으로도 발할 수 있게 하고 있다. 물론 총리령과 부령은 그 내용에 있어 소관사무에 관한 것이어야 한다.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제94조는 “행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.”고 규정하여 대통령에 의한 행정각부 장관의 임명에 국무총리의 제청을 요구하고 있다. 따라서, 이 조항으로부터 국무총리와 행정각부 장관은 상하관계를 가지게 되고 또한 구분된다. 따라서 본 제95조에서 총리령과 부령은 구분되는 것이다. 그리고 헌법 제94조가 대통령이 행정각부 장관을 임명하게 하고 있으므로 대통령령이 부령의 상위규범이 되는 것이고, 따라서 제95조에서 부령은 “대통령령의 위임” 등으로 발할 수 있게 하고 있다.

헌법 제96조는 “행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다.”고 규정함으로

써 행정각부의 설치, 조직과 직무범위에 관해 이를 법률에 위임하고 있다. 본 조항이 규정하고 있는 행정각부 장관의 부령 발포권도 헌법 제96조가 규정하고 있는 "행정각부의……직무범위"에 포함될 수 있다. 이런 점을 고려할 때 본 조항의 행정각부 장관 부령 발포권은 헌법 제96조에 의해 법률로 규정되는 행정각부 장관의 직무범위에 속하는 것 중에서 특히 부령 발포권은 행정각부 장관의 중요한 행정입법권이기 때문에 따로 본 조항에서 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

법률이나 대통령령으로 규정할 사항을 부령으로 규정할 수 있는지 여부와 관련해 대법원은 "행정각부장관이 부령으로 제정할 수 있는 범위는 법률 또는 대통령령이 위임한 사항이나 혹은 법률 또는 대통령령을 실시하기 위하여 필요한 사항에 한정되므로 법률 또는 대통령령으로 규정할 사항이 부령으로 규정되었다고 하면 그 부령은 무효임을 면치 못하는 것이다."라고 판시한 바 있다(大判 1962.1.25. 4294민상9, 民判集 53-230).

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

국무총리제가 헌법개정을 통해 1954년 제2차 개정헌법처럼 폐지된다면 총리령 발포권에 관한 본 조항도 개정되어야 할 것이다. 그러나, 그런 헌법개정이 없고 국무총리제와 행정각부 장관제를 유지하는 한, 본 조항에 대한 헌법개정의 필요성은 별로 없어 보인다.

VII. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.



I. 기본개념과 입헌취지

행정조직도 국민의 권리 및 의무 내지는 이익에 간접적 영향을 미치는 바가 크기 때문에 대부분의 민주국가에서는 행정각부의 설치, 조직과 직무범위를 입법사항으로 하고 있다. 우리 헌법도 이러한 취지를 받아들여 헌법 제96조를 두었다.

II. 연 혁

건국헌법에서는 "설치"를 제외하고 행정각부의 조직과 직무범위에 대한 법정주의를 규정하고 있었다. 즉, "행정각부의 조직과 직무범위는 법률로써 정한다."고 규정하고 있었다. 그러다가 4.19 민주혁명 이후 개정된 1960년 6월 15일의 제3차 개정헌법(제2공화국 헌법)부터 "전항의 법률에는 경찰의 중립을 보장하기에 필요한 기구에 관하여 규정을 두어야 한다."는 제2문이 추가되었다. 4.19 민주혁명의 도화선이 된 3. 15 부정선거에서 경찰에 의한 관권선거, 4.19 민주혁명 과정에서 정치경찰에 의한 발포 등이 있은 후의 헌법개정이어서 "경찰의 중립"이 무엇보다 강조되던 당시의 시대적 분위기를 반영해 경찰

중립 보장 기구에 관한 규정을 꼭 넣도록 한 제2문이 추가된 것이다. 그러나, 1962년의 제5차 개정헌법(제3공화국 헌법)에서는 다시 제2문이 삭제되었고, "조직과 범위" 이외에 "설치"가 행정각부에 대한 법정사항으로 추가되었다. 그리고 이 1962년 헌법조항이 조문의 위치만 바뀌면서 현행헌법 제96조로 이어져 오고 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

세계 대부분의 민주국가에서 행정각부의 설치, 조직 및 직무범위에 대해서는 이를 법률로 정하고 있다. 이 내용을 우리 헌법처럼 헌법조문으로 명문화하고 있는 경우도 있지만, 명문화하고 있지 않은 경우가 더 많다.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

헌법 제94조는 "행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다."고 규정하여 행정각부 장관의 임명에 관한 조항을 두고 있다. 이 헌법 제94조에 의해 대통령이 임명한 행정각부 장관이 행정각부의 장으로서 업무를 수행하고 그 행정각부에 관한 기본적 사항이라 할 수 있는 설치, 조직, 직무범위에 대해 법률로 정하게 하고 있다는 점에서 본 조항은 헌법 제94조와 연관된다.

또한 헌법 제95조는 "국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다."고 규정하여 총리령 및 부령 발포권에 대한 근거규정을 두고 있다. 이 헌법 제95조가 규정하고 있는 행정각부 장관의 부령 발포권도 헌법 제96조가 규정하고 있는 "행정각부의……직무범위"에 포함될 수 있다. 이런 점에서 헌법 제95조의 행정각부 장관 부령 발포권은 본 조항에 의해 법률로 규정되는 행정각부 장관의 직무범위에 속하는 것 중에서, 특히 부령 발포권은 행정각부 장관의 중요한 행정입법권이기 때문에 따로 떼어 별도로 규정한 것으로 볼 수 있다.

V. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

행정각부의 설치, 조직과 직무범위에 관한 사항은 그야말로 행정각부에 관한 기본적 사항이다. 행정각부에 관한 기본적 사항을 입법부인 국회가 만든 법률로 이를 정하게 함으로써 입법부가 행정각부의 기본적 사항을 법률로 정하는 방식으로 행정각부를 '견제'할 수 있게 하려는 데에 본 조항의 제정취지가 있다. 즉, 권력의 분장과 함께 '견제를 통한 균형'을 핵심내용으로 하는 권력분립의 원리 하에서 입법부에 의한 행정부의 견제장치의 하나로 마련한 것이 이 조항인 것이다.

행정각부의 설치, 조직과 직무범위에 관한 법률로는 정부조직법이 있다. 정부조직법은 정부조직에 관한 총칙, 대통령 및 그 소속기관과 국무회의, 국무총리 및 그 소속기관, 행정각부의 구분과 조직 등에 대해 규정하고 있다. 헌법재판소는 이 조항의 의미와 관련해 "입법권자는 헌법 제96조에 의하여 법률로써 행정을 담당하는 행정기관을 설치함에 있어 그 기관이 관장하는 사무의 성질에 따라 국무총리가 대통령의 명을 받아 통할할 수 있는 기관을 설치할 수도 있고 또는 대통령이 직접 통할하는 기관으로 설치할 수도 있다 할 것이므로 헌법 제86조 제2항 및 제94조에서 말하는 국무총리의 통할을 받는 행정각부는 입법권자가 헌법 제96조의 위임을 받은 정부조직법 제29조에 의하여 설치하는 행정각부만을 의미한다고 할 것이다."라고 판시한 바 있다(憲裁 1994.4.28. 89헌마221).

VI. 개정의 필요성에 대한 검토

이러한 헌법규정이 따로 없어도 세계 대부분의 민주국가에서 행정각부의 설치, 조직 및 직무범위에 대해서는 이를 국민대표기관인 의회가 제정한 법률로 정하고 있다. 따라서 일반적이고 보편적인 사항을 우리 헌법이 헌법조문으로 명문화하고 있는 경우이기 때문에 이 규정에 대한 헌법개정의 필요성은 별로 없어 보인다.

VII. 관련문헌

김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.



[제4장]

정 부

제2절 행정부 / 제4관 감사원

헌법 제97조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 714
헌법 제98조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 729
헌법 제99조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 738
헌법 제100조 · · · · · · · · · · · · · · · · · · 743



헌법 제97조

김종철



第九十七條
國家의 歲入·歲出의 決算, 國家 및 法律이 정한 團體의 會計檢査와 行政機關 및 公務員의 職務에 관한 監察을 하기 위하여 大統領所屬下에 監査院을 둔다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 감사원의 직무

감사원은 헌법 제97조에 의하여 설치되는 헌법기관으로 그 직무는 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰이다.

가. 국가의 세입·세출의 결산

감사원의 첫 번째 헌법상의 직무인 국가의 세입·세출의 결산이란 국가의 회계연도상 수입과 지출의 내용에 대한 적정성을 확인하는 것이다. 통상 결산은 정부가 결산보고서를 감사원에 제출(국가재정법 제59조 제1항)하고 감사원이 그 적정성에 대하여 확인(감사원법 제21조)을 한 후, 차년도 국회와 대통령에게 보고(헌법 제99조 및 감사원법 제41조)하고 차년도 국회가 결산의 확인을 승인(국회법 제84조 제1항 및 제2항)하는 과정을 의미한다.

나. 회계검사

감사원의 두 번째 직무인 회계검사란 국가 및 지방자치단체 등의 예산이 위법 혹은 부당하게 집행되었는지의 여부를 검사·감독하여 그 합법성과 적정성을 확보하는 국가작용을 말한다. 국가 등 공공단체의 직무수행은 국민의 세금을 사용하게 되는데 그 사용계획에 해당하는 예산은 국민의 대표기관인 국회가 확정하고 각각의 기관들이 예산에 따라 재정을 집행한다. 만일 정해진 예산을 원래의 목적이나 용도가 아닌 곳에 사용하거나 과다하게 사용하는지에 대한 감독이나 통제가 없다면 국민의 대표가 예산을 확정하는 것은 실질적인 의미를 가지지 못한다. 따라서 재정집행의 위법 및 부당여부를 조사하고 감독하는 국가기능이 필요하고 이 기능이 회계검사라고 할 수 있다.

현행 법제에서 회계검사의 대상은 반드시 검사가 이루어져야 하는 필요적 검사대상과 스스로의 판단이나 국무총리의 요구가 있는 경우 임의로 검사할 수 있는 선택적 검사대상으로 구분된다. 전자에는 국가와 지방자치단체의 회계, 한국은행의 회계와 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 법인의 회계, 다른 법률에 의하여 감사원의 회계검사를 받도록 규정된 단체 등의 회계가 있다(감사원법 제22조 제1항). 후자에는 국가기관 또는 지방자치단체 외의 자가 국가 또는 지방자치단체를 위하여 취급하는 국가 또는 지방자치단체의 현금·물품 또는 유가증권의 수불, 국가 또는 지방자치단체가 직접 또는 간접으로 보조금·장려금·조성금 및 출연금등을 교부하거나 대부금 등 재정원조를 공여한 자나 이를 다시 교부한 자의 회계, 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 일부를 출자한 자나 재출자한 자의 회계, 국가 또는 지방자치단체가 채무를 보증한 자의 회계, 민법 또는 상법 외의 다른 법률에 의하여 설립되고 그 임원의 전부 또는 일부나 대표자가 국가 또는 지방자치단체에 의하여 임명되거나 임명승인되는 단체 등의 회계, 국가·지방자치단체·제2호 내지 제6호 또는 전조 제1항제3호 및 제4호에 규정된 자와 계약을 체결한 자의 그 계약에 관련된 사항에 관한 회계, 「국가재정법」 제5조의 적용을 받는 기금을 관리하는 자나 그 기금에서 다시 출연 및 보조한 단체 등의 회계 등이 있다(감사원법 제23조 제1항).

보통 회계검사는 재정집행의 적정성 확보를 목적으로 한다는 점에서 예산의 편성으로부터 결산의 승인까지에 이르는 예산과정의 핵심부분을 구성하고 세입·세출의 결산확인과 직무내용상 강한 연계성을 가지기 때문에 실질적으로 감사원의 첫 번째 직무인 결산확인은 회계검사의 마지막 단계라고 할 수 있다.

다. 직무감찰

직무감찰이란 행정기관 등의 조직과 권한 및 그 소속직원의 직무수행 등에 대한 합법성과 타당성을 조사함으로써 행정운영의 개선·향상을 도모하고 공무원의 비위를 척결함으로써 공직기강을 제고하는 작용을 일컫는다. 직무감찰은 "행정기관 등의 사무와 공무원 등의 직무 및 이와 관련된 행위에 대하여 조사·평가 등의 방법으로 법령상, 제도상 또는 행정상의 모순이나 문제점을 적출하여 이를 시정, 개선하기 위한 행정사무감찰"과 "공무원 등의 위법·부당행위를 적발하여 이를 바로잡기 위한 대인감찰"로 구분된다(직무감찰규칙[1] 제2조). 행정기관의 사무체계의 합리성을 검사하고 행정기관과 공무원의 비위를 사정하는 것은 행정의 합법성과 효율성을 확보하여 국가재정의 낭비와 국가권력의 오남용을 통제함으로써 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하고 공공의 복리를 확대하기 위해 필요한 국가기능이다. 직무감찰의 대상에 대하여 현행 감사원법은 다음과 같이 규정하고 있다: 정부조직법 기타 법률에 의하여 설치된 행정기관의 사무와 그에 소속한 공무원의 직무; 지방자치단체의 사무와 그에 소속한 지방공무원의 직무; 한국은행의 회계와 국가 또는 지방자치단체가 자본금의 2분의 1 이상을 출자한 법인(법 제22조 제3호에 규정된 자) 및 민법 또는 상법 외의 다른 법률에 의하여 설립되고 그 임원의 전부 또는 일부나 대표자가 국가 또는 지방자치단체에 의하여 임명되거나 임명승인되는 단체 등(법 제23조 제7호에 규정된 자)의 사무와 그에 소속한 임원 및 감사원의 검사대상이 되는 회계사무와 직접 또는 간접으로 관련이 있는 직원의 직무; 법령에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 위탁하거나 대행하게 한 사무와 기타 법령에 의하여 공무원의 신분을 가지거나 공무원에 준하는 자의 직무.

일반적으로 회계검사와 직무감찰을 합하여 감사라는 용어가 사용되고 있다.「감사원법」제25조는 감사원의 직무 중 회계검사 및 직무감찰을 합하여 입법기술상 '감사'로 단축하여 쓰고 있다. 감사원의 기능과 관련된 여타의 법률들에서 회계검사와 직무감찰은 '감사'라는 용어로 통합되어 사용되고 있다. 예를 들어「공공기관의 운영에 관한 법률」제52조는 "감사원 감사"라는 표제 하에 "감사원은「감사원법」에 따라 공기업·준정부기관의 업무와 회계에 관하여 감사를 실시할 수 있다."(제1항)고 규정하고 있다.

그런데 이런 의미의 용어는 헌법에 근거하지 않고 있으며 입법으로도 명문의 정의규정에 근거하지 않고 있다. 헌법상으로는 회계검사와 직무감찰을 담당하는 기관을 제5차 개

1) 직무감찰규칙은 1997.12.15. 감사원규칙 124호로 제정된 것을 말한다.

정헌법(1962년 헌법) 이후 감사원이라고 부르고 있을 뿐이다. 오히려 현행 헌법상 감사라는 용어는 헌법 제61조에서 국회의 국정에 대한 정기적인 조사활동을 일컫는 의미로 사용되고 있다. 이때 "감사"는 통상 회계검사와 직무감찰의 범위를 넘어 다양한 국정활동에 대한 정보수집, 검사, 의견개진 등의 활동을 의미한다. 「국정감사및조사에관한법률」은 감사를 "국정전반에 관하여 소관 상임위원회별로 매년 9월 10일부터 20일간"(법 제2조 제1항) 실시하도록 규정함으로써 연중 일률적으로 국정전반에 대하여 실시되는 조사활동을 의미하는 것으로 입법화하고 있다. 국정감사는 특정 기간에 한정하여 이루어지는 국회의 특수한 권한인 반면 감사원의 회계검사와 직무감찰은 헌법기관의 상시적 활동이기 때문에 현행 헌법체제에서 감사는 헌법상 명문의 근거가 없음에도 통상 감사원의 활동을 의미하는 것으로 사용된다.

그러나 회계검사와 직무감찰을 감사로 통칭하는 최근의 경향은 엄연히 회계검사와 직무감찰을 별개의 구분되는 직무로 규정하고 있는 헌법의 취지에 비추어 신중할 필요가 있다. 통칭하여 사용하는 경우 주요한 헌법기관의 직무가 가지는 성격에 대해 혼선을 빚어 직무의 범위나 조직상의 한계에 대한 헌법해석의 문제[2]가 제기되는 경우나 헌법정책적 개선[3]을 논의할 때 불필요한 혼란이 초래되기 때문이다. 직무감찰 중 행정사무감찰은 조직과 권한상의 합리성을 조사함으로써 궁극적으로 국가작용의 효율성을 제고하고 재정상의 적정성을 추구하므로 회계검사와 실무상 융화될 수 있는 속성을 가지고 있다. 한편 비위감찰은 사정작용으로서의 본질을 가짐으로써 실무수행상 중복될 수는 있다고 하더라도 회계검사와 본질적 연계성을 가지는 것으로 보기는 힘들다. 비교법적으로 보더라도 회계검사와 직무감찰을 통합하여 동일한 국가기관이 담당하는 경우는 드물다.[4] 연혁적으로도 후술하듯이 원래 헌법상 회계검사기관인 심계원과 법률상 직무감찰기관인 감찰위원회가 1962년 헌법체제에서 통합된 것인 만큼 향후 헌법정책적 차원에서 감사원의 직무조정의 필요성이 제기될 때 회계검사와 직무감찰은 감사라는 용어로 일괄적으로 취급되기 보다는 각각 구분하여 논의의 대상이 될 필요가 있다.

2) 예를 들어, 회계검사와 직무감찰의 성격을 분명히 하는 것은 회계검사권의 국회이관 혹은 국회의 병행행사의 문제, 감사원의 소속이 가지는 헌법적 의미 혹은 감사원의 독립적 지위와 관련한 논의에서 중요한 기준이 될 수 있다.

3) 예를 들어, 개헌상황에서 감사원을 국회에 소속시키는 것으로 정할 때 감사원의 직무범위를 확정하는 문제에 있어 직무감찰의 성격은 중요한 판단기준이 된다.

4) 이스라엘과 대만이 예외적인 경우이다.

2. 감사원의 소속

헌법 제97조의 규정에 명문화되어 있듯이 감사원은 대통령 소속하의 필수기관이다. 또한 현행 헌법은 감사원을 제4장 정부편에 규정하고 있다. 정부편은 대통령에 관한 제1절과 행정부에 관한 제2절로 나뉘는데 감사원은 제2절의 제4관에 속해 있다. 헌법상의 편제나 행정권의 수반인 대통령에 소속된다는 사실로 부터 문리적으로 감사원의 헌법상의 지위를 정부의 일원으로 해석하는데 어려움이 없어 보일 수 있다. 그러나 감사원의 직무 중 회계검사가 가지는 행정부에 대한 외부통제적 본질 때문에 그 독립성은 권력의 분립과 견제와 균형이라는 입헌주의 헌법이념을 실현하기 위한 중요한 헌법적 가치가 되므로 감사원의 명확한 헌법상 지위에 대하여는 여러 해석론이 있다. 특히 감사원의 조직 및 직무범위에 관한 기본법률인 감사원법 제2조는 감사원이 대통령에 소속되면서도 직무수행과 관련하여서는 독립의 지위를 가진다고 규정하고 있기 때문에 이 규정의 합헌적 해석의 여지가 문제된다.

제1설은 정부 중 행정부의 일원이지만 국무총리의 통할을 받지 아니하고 국무회의나 행정각부로부터도 자유로운 특수한 최고행정기관이라고 한다.[5] 제2설은 행정부의 수반인 대통령에 직속되는 행정관청이지만 직무의 특수성 때문에 대통령으로부터 독립되어 직무를 수행한다고 한다.[6] 제3설은 행정부의 수반과 구별되는 국가원수로서의 대통령에 소속되어 행정부로부터 독립된 헌법기관이라고 한다.[7]

제1설은 제헌헌법상 감사원의 전신인 심계원의 조직법률인 심계원법 제1조가 심계원의 직무상 독립의 대상을 오늘날 행정부에 해당하는 국무원으로 명시적으로 규정하고 있었던 역사적 경험에 근거한 해석론이다. 그러나 현대민주주의에서 행정권으로부터 독립된 직무수행이 회계검사기관에 요구되고 있는 점을 헌법해석적으로나 입법론적으로 반영하기 힘든 해석론이다. 제2설은 직무수행의 특수성상 직무수행이 독립된다고 하더라도

5) 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996, 518에 이런 학설을 소개하고 있으나 각주가 없어 실제로 주장하는 연구자를 확인할 수는 없다.

6) 김종철, "감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로", 공법연구 31집 2호(2002), 196-201; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2008, 1069.

7) 강경근, 헌법, 법문사, 2004, 1151; 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008, 1785; 윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000, 863; 홍성방, 헌법학, 현암사, 2005, 858. 국가원수의 대내적 최고성을 회의하는 허 영 교수는 감사원이 행정부의 수반이 아닌 국정최고책임자로서의 지위에 있는 대통령에 소속된다고 본다(허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008, 976).

조직상 행정부수반인 대통령에 소속된다면 인사권이나 예산권을 활용한 대통령의 간접적 통제가 가능하기 때문에 감사원이 중립성·객관성에 기초하여 독립적으로 직무를 수행할 것을 요구하는 헌법가치에는 충실하지 못할 수 있다는 한계가 있다. 제3설은 삼권과 구별되는 국가원수로서의 대통령에게 감사원을 귀속시킴으로써 독립기관으로서의 지위를 설명하는데 장점이 있으나, 헌법상 행정부편에 규정된 점을 체계적으로 설명하는데 난점이 있을 뿐 아니라 헌법상 국가원수의 개념을 삼권을 초월하는 것으로 전제하고 실질적인 국가권력의 기초로 인식함으로써 권력분립의 기본정신과 융화되기 힘들다는 한계가 있다. 특히 형식론적으로 국가원수의 지위와 행정부 수반의 지위를 구분할 수 있지만 실질적으로 1인이 동시에 그 지위를 가지는 대통령제 정부형태에서 대통령의 형식적 지위를 이유로 감사원의 독립성을 주장하는 해석론은 현실적 한계를 가질 수밖에 없다. 실제로 현행 법체계와 실무는 제2설에 근거하고 있는 것으로 분석된다.[8] 감사원법은 직무수행상의 독립적 지위를 명문화하면서도 대통령소속이라는 헌법규정을 다시 한번 확인하고 있다. 감사원의 구성에 있어 감사원장의 경우에만 국회의 동의권을 인정하고 감사위원의 경우 감사원장의 제청이라는 절차가 있지만 궁극적으로는 대통령이 임명하도록 하고 있다. 감사원법도 고위직 공무원의 경우 궁극적으로 대통령 임명직이어서 감사원의 독립성을 고려한 절차적 통제에도 불구하고 대통령 소속기관으로서의 한계를 입법적으로 완전히 배제하고 있다고 하기 힘들다.

따라서 현대 입헌민주주의의 발전과정에서 회계검사기관의 행정부로부터의 독립성 확보가 보편화되어가고 있는 추세를 고려할 때 정책론적으로 독립기관화나 국회소속으로의 개선이 요구된다. 현행 헌법체제 하에서도 헌법기관의 소속의 문제를 과도하게 형식론적으로 접근하여 행정부 통제를 본질로 하는 회계검사기관의 독립성을 훼손하지 않도록 입법정책적 개선노력이 필요하다. 현행 감사원법은 직무수행상 독립적 지위를 선언하는 것 외에도 중하위직 인사권의 자율성을 보장하고, 감사위원의 특별한 신분보장, 사법절차와 유사한 심의절차채택, 감사절차 및 감사원의 내부규율과 사무처리에 관한 자치입법권의 보장과 같이 일반행정기관과 다른 특별한 독립성 보장방안을 입법화하고 있다. 그러나 감사원법상 대통령의 고위직 인사권이 여전히 유지되고 있으며 국가재정법에 따른 예산편성과정에서 일반행정기관과는 다른 대우를 받기는 하지만 독립기관에 준하는 대우를 받

8) 현실정치권의 감사원에 대한 인식은 행정부수반에게 그 통할권을 인정하는 것임을 보여주는 상징적 사례가 1987년 헌법개정논의때 의원내각제에 바탕한 당시 여당인 민주정의당의 개헌안에서 감사원을 국가원수인 대통령이 아닌 수상소속 하에 위치시킨 것에서 발견된다.

지 못하는 등 독립적 직무수행에는 미흡한 제도적 요소가 있다. 따라서 대통령의 감사원 조직과 예산에 대한 통제권을 형식화하여 독자적인 인사권과 예산편성권이 확보될 수 있도록 함으로써 최고회계검사기관으로서의 독립성을 확보하기 위해 입법정책적으로 노력할 필요가 있다.

II. 연 혁

감사원의 직무 중 세입·세출의 결산과 그 전제가 되는 회계검사는 입헌국가의 필수적 작용이므로 헌법사항이라고 할 수 있으며 이를 담당하는 기관도 대개 헌법기관이 담당한다. 우리 제헌헌법도 결산검사를 심계원에서 관할하도록 규정하였다. 그러나 결산의 전제를 이루는 회계검사는 명문으로 규정 하지 아니하고 심계원의 직무 등에 관한 법률위임규정에 근거하여 심계원법에 규정하였다.[9)]

제헌헌법은 심계원을 정부편에 기관명을 통해 규정하지 아니하고 일반행정권과 구별되는 특수한 별개의 국가작용으로 재정의 표제 하에 규정하는 특색이 있었는데, 제5차 개정헌법부터 심계원이 직무감찰기능까지 수행하는 감사원체제로 전환되면서 정부편에 편입되었다. 특히 제헌헌법은 심계원의 소속을 헌법에 명기하지 않고 심계원법이 대통령 소속으로 규정하고 있었다.[10)]

직무감찰기능이 헌법에 편입되고 회계검사기능과 통합적으로 수행되게 된 것은 제5차 개정헌법(1962년 헌법)부터이다. 제헌헌법당시 행정공무원의 직무감찰은 7월 17일에 제정·공포된 정부조직법(법률 제1호) 제6장에 의하여 대통령소속의 법률상의 기관으로 설치된 감찰위원회가 담당하였다. 감찰위원회는 신생독립국으로서 민주적인 근대국가체제가 미성숙된 정치현실에서 합리적인 공무원제도의 성립에 필수적인 부정부패근절을 위한 특별한 현실적 요청에 기반하여 설치된 국가기관이었다. 이런 점에서 직무감찰기능은 근대국가에 필수적인 회계검사제도가 헌법기관에 의해 수행되도록 규정되었던 것과는 그

9) 심계원법 제10조는 "심계원은 정부 각 기관과 그 감독에 속한 기관 또는 단체의 회계를 상시심사감독하여 그 시정을 기한다."고 규정하여 회계검사의 기본권한을 수권하였으며 같은 법 제11조가 그 검사의 대상을 나열하였다.

10) 심계원법 (1948.12.4 법률 제12호) 제1조 심계원은 대통령에 직속하며 국무원에 대하여 직무상 독립의 지위를 가진다.

본질을 달리하는 것이다.[11] 그러나 건국후의 정치적 혼란과 5.16군사쿠데타 이후의 권위주의 정권의 지속 등으로 중앙행정기관으로서 감찰기관이 공직사회통제를 위하여 계속 존립할 수밖에 없었던 특별한 사정[12] 때문에 5.16군정시기부터 회계검사와 직무감찰은 통합적으로 운영되었다.[13] 이런 추세는 군정이 민정으로 전환한 1962년 헌법상의 감사제도를 헌법의 발효전에 현실화하는 것으로서 실질적으로 직무감찰기능이 헌법적 기능으로 격상되어 헌법기관인 감사원에 의해 수행되게 된 것을 의미한다.[14] 그 후 감사원제도는 여러 차례의 헌법개정에도 그 기본골격이 그대로 유지되어 현행 헌법에 이르렀다.

건국헌법 ~ 4차 개정헌법	5~6차 개정헌법	7차 개정헌법	8차 개정헌법	9차개정헌법
제7장 재정 제95조 국가의 수입지출의 결산은 매년 심계원에서 검사한다.	제4관 감사원 제92조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계 검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.	제4절 감사원 제71조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.	제4관 감사원 제72조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.	제4관 감사원 제97조 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령소속하에 감사원을 둔다.

11) 헌법기관으로 대통령에 소속되었던 심계원은 1963년 감찰위원회와 통합되어 감사원으로 재편되기까지 14년여 동안 존속한 반면 법률상의 기관인 감찰위원회는 그 직무성격상 감찰대상인 공무원이 주로 소속된 행정기관과의 알력으로 정치적인 부침을 당하는 운명에 처한다. 부패한 이승만 정부와의 알력으로 그 활동에 제약을 받던 감찰위원회는 급기야 1955년 2월의 정부조직법 개정으로 폐지되고 감찰원으로 대체되도록 입법되었으나 이승만 정부는 감찰원을 설치하지 아니하고 그해 11월에 대통령 소속 하에 사정위원회를 설치하여 감찰업무를 담당하게 하였다. 4.19혁명으로 이승만 정부가 전복되고 민주헌정이 회복되면서 감찰위원회법에 따른 감찰기구로 감찰위원회가 다시 설치되었다.

12) 1961년 5.16 군사쿠데타로 민주헌정이 유린되면서 감찰위원회는 군사정부에 소속되어 행정공무원뿐만 아니라 행정기관과 국영기업체 및 그 소속 임·직원의 직무상 비위까지 감찰대상을 확대하여 2년여 동안 활동하였다.

13) 국가재건최고회의에 의한 비상체제 하에서 심계원의 회계검사기능과 감찰위원회의 직무감찰기능은 통합된 단일기관에 의해 수행되는 체제로 전환하게 된다. 1963년 1월에 개정된 국가재건비상조치법(1963.1.26 법률 제47호) 제19조의 2에 두 기관의 회계검사 기능과 직무감찰 기능을 통합하여 감사원을 설치하도록 규정한 후 1963년 3월 5일 감사원법(1963.3.5 법률 제1286호)이 제정됨에 따라 같은 해 3월 20일에 국가재건최고회의의장 소속 하(제2조)에 감사원이 발족되었다.

14) 제5차 개정헌법은 확정후 1년여가 지난 1963년 12월 17일 발효되었는데 감사원에 관한 규정은 국가재건비상조치법에 의하여 조기에 현실화되어 감사원이 회계검사와 직무감찰을 통합적으로 수행하는 체제가 시행되었다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

1. 소속형태와 관련한 입헌례와 비교법적 의의

가. 입헌례

감사원과 비교대상이 될 수 있는 입헌례는 감사원의 직무와 소속의 두 가지 측면에서 고찰되어야 한다. 우선 비교법적으로 결산을 포함하는 회계검사권과 직무감찰권을 동시에 관할하는 경우는 거의 드물며 예외적으로 대만(Taiwan)의 경우를 들 수 있다.

대만헌법은 5권분립체제로 입법권, 행정권, 사법권 외에 고시권과 감찰권을 헌법화하고, 감찰권을 행사하는 감찰원은 공권력행사동의권, 탄핵심판권, 회계검사권과 직무감찰권을 헌법상 부여받고 있다(대만헌법 제9장). 이중 회계검사권은 심계장(審計長, Auditor General)에 의해 독립적으로 집행[15]되고 직무감찰권은 감독원이 특별위원회를 구성하여 조사한 결과에 기초하여 감독원의 전체회의를 통해 집행[16]하므로 조직상으로는 동일기관이 두 기능을 담당하지만 실제로는 분리되어 집행되는 것이라고 할 수 있다. 특히 감독원은 공권력행사동의권과 탄핵심사권까지 가진다는 점에서 회계검사기관으로서의 성격보다는 전통적인 국가삼권을 통제하는 제4의 국가권력으로 기능하는 것으로 볼 수 있고 회계검사권은 삼권을 통제하는 주요한 수단중의 하나로 자리매김된 것이다.

이외에도 이스라엘의 경우 감사총감(State Comptroller)이 회계검사기능 외에 의회소속 고충처리기관으로서 옴부즈만의 직을 겸하는 체제를 가지고 있기는 하지만 옴부즈만으로서의 활동은 옴부즈만으로서의 법적 지위에 의해 별도로 수행된다.[17]

감사원의 소속은 20세기 초반까지는 행정부소속형이 적지 않았으나 현재는 회계검사권을 중심으로 살필 때 대부분의 국가들이 의회소속형이나 독립기관형으로 전환하였다. 특히 국가별로는 독립기관형이 압도적이며 영국이나 호주와 같이 제도형식적으로 입법부에 소속된 경우에도 실질적으로 독립기관형으로 운영되는 국가들도 있다. 주요 OECD국가들의 감사원 소속현황은 다음과 같다.

15) 대만헌법 제104조 및 제105조(http://www.president.gov.tw/1_roc_intro/law_roc.html).

16) 대만헌법 제96조 및 제97조(http://www.president.gov.tw/1_roc_intro/law_roc.html).

17) 이스라엘 감사총감 공식영문홈페이지(http://www.mevaker.gov.il/serve/site/english/index.asp) 참조.

[표 1] 주요 OECD 국가 최고회계검사기관의 소속유형

독립기관형	의회소속형	행정부소속형
미국(의회소속형)/캐나다/일본/ 프랑스/독일/이태리/스페인/체코/ 그리스/아일랜드/네덜란드/ 포르투갈/슬로바키아/터어키/ 벨기에/덴마크(입법)/ 아이슬란드(입법)/노르웨이	영국(독립)/오스트리아/ 호주(독립)/뉴질랜드/핀란드/ 헝가리/멕시코/폴란드	한국/스위스(독립)
18개국	8개국	2개국

* 출처: 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 15(일부 필자 수정)
** ( )는 실질적 분류

나. 비교법적 의의

이상에서 보듯 우리 감사원의 설치에 관한 헌법규정은 다음과 같은 비교법적 특징을 가진다. 첫째, 직무관할의 면에서 비교법적으로 유례를 찾기가 쉽지 않은 직무감찰권까지 관할하는 회계검사기관이다. 둘째, 그 헌법상의 지위를 어떻게 파악하건 형식상 대통령 소속 하의 헌법기관으로 형식상 행정부형이다. 셋째, 형식적 소속에도 불구하고 실질적으로는 법률에 의하여 직무수행상 독립의 지위를 가지는 것으로 규정하여 현대입헌민주주의의 보편적 추세인 최고회계검사기관의 독립화에 부응하기 위하여 노력하고 있다.

2. 직무범위와 관련한 입법례

직무범위와 관련하여 특수기능을 두고 있는 입법례를 정리하면 다음과 같다.

[표 2] 주요 OECD 국가의 최고회계검사기관의 특수기능

구 분	국 가
사전감사를 통한 지출승인	벨기에, 체코, 이태리, 터키, 아일랜드 (국고출납통제)
회계직원의 회계행위에 대한 책임해제 여부 결정	프랑스, 그리스, 이태리, 스페인, 터키
회계직원의 책임으로 인한 국고손실에 대한 변상 판정	미국, 벨기에, 그리스, 멕시코, 프랑스, 이태리, 일본, 포르투갈, 스페인, 터키, 한국

구 분	국 가
정부예산안이 의회에 제출되기 전 사전 검토 후 의견서 의회 제출	독일, 벨기에, 헝가리, 폴란드, 슬로바키아
정부의 성과보고서에 대한 평가	캐나다, 프랑스, 미국
국가 채무부담행위 계약에 대한 부서	오스트리아, 헝가리
조세·연금 등의 심사청구에 대한 심판	그리스, 이태리, 일본, 한국
입찰이의신청에 대한 재결	미국
중앙부처의 권한에 영향을 미치는 법안에 대한 의견 제시	네덜란드
특별감찰: 공직자 윤리규정위반, 권한 남용, 행정기관의 부당행위에 대한 특별조사	한국(직무감찰실시), 미국(특별감찰실 설치·운영)
환경 및 지속가능 발전 전략의 평가	캐나다
새로운 규제 도입 법안의 잠재적 혜택과 비용을 평가하는 「규제영향평가」	영국
예산배정에 대한 예비승인	터키

* 출처: 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 9-10.

IV. 다른 조문과의 체계적 관계

제97조는 감사원의 직무와 소속에 관한 규정인 반면, 제4장 제2절 제4관의 감사원에 관한 나머지 세 조문은 각각 감사원의 구성, 감사원의 결산보고의무와 대상, 감사원조직 등의 법정주의를 규정하고 있어 유기적으로 연계되어 있다.

앞서 직무와 관련한 개념상의 논의에서 지적하였듯이 헌법 제61조가 국정감사 및 조사권을 규정하고 있는데 국정감사와 조사는 회계검사나 직무감찰의 범위를 넘는 광범위한 국정통제활동을 포괄하는 개념이므로 양자 간의 관계는 중첩적이다. 다만 국정감사 등이 시기, 발동요건 등에 따라 비상설적인 권한임에 반하여 회계검사와 직무감찰은 상설기관이 감사원의 상시적 권한이라는 점에서 구별된다. 또한 논란이 있으나 국회가 국정감사나 조사제도를 벗어나 일상적으로 회계검사를 의회주의상의 국정통제권에 따라 행사하는 것은 회계검사권을 명문으로 감사원의 권한으로 인정한 헌법과 권력분립의 원칙에 위반된다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

감사원의 직무범위와 소속에 대한 개선론이 제기되어 있다.

1. 직무범위에 대한 개선론

감사원의 직무범위와 관련한 개선론의 지향은 두 가지로 정리될 수 있다. 첫째, 회계검사기능과 직무감찰기능을 통합적으로 수행하는 것과 관련하여 지속적으로 개선론이 제기되어 왔다. 둘째, 현대국가의 대내외적 환경의 변화로 회계검사나 직무감찰의 성격도 변화를 요구받게 된다.

첫 번째 통합체제에 대한 개선론의 논거는 회계검사와 직무감찰기능의 본질이 다르며, 비교법적으로도 유례를 찾기 힘들다는 것이다. 이에 대하여 두 가지 반론이 제기된다. 첫째, 회계감사와 직무감찰기능이 엄격하게 구분되지 않고 중간지대가 증가하면서 두 기능이 통합화의 길을 걷고 있는 것이 세계적인 추세이므로 굳이 양자를 분리할 필요가 없다는 주장이 있다. 둘째, 회계검사와 직무감찰을 분리하여 별개의 기관에서 담당할 경우 회계검사와 국가사정체계의 분산과 중첩으로 인하여 낭비와 중복감사 등 폐해가 불가피하다는 반론이 있다. 직무감찰과 회계검사의 경계와 불분명해져가고 있다는 주장은 재정집행에 대한 새로운 통제개념의 등장이나 능동적 보조기능의 강화를 통한 성과지향적 직무검사라는 새로운 국가작용의 중요성이 부각되고 있는 점에서 적절한 지적이기는 하지만 새로운 변화의 중심을 비위규찰을 포함하는 직무감찰로 이해하고 있다는 점에서 주객이 전도된 주장이다. 중복감사의 폐해의 문제도 회계검사나 직무감찰을 포함한 국가 전체의 통제시스템의 합리화 차원에서 논의될 문제이지, 지엽적으로 감사원의 직무범위의 차원에서만 논의될 성질의 것이 아니다.

두 번째 감사원의 직무범위 개선론은 현대국가의 상황이나 환경의 변화에 기인한 것이다. 세계화, 정보화, 민주화가 전면적으로 진행되면서 재정집행의 위법성을 검사하는 작용의 성격에 중대한 변화가 불가피해졌다. 회계처리에 대한 미시적 검사의 필요성과 실익은 감소하는 반면 재정집행의 거시적 효율성, 경제성, 효과성을 제고할 필요성과 실익이 증대하고 있다. 회계검사든 직무감찰이든 위법성과 부당성, 비위에 대한 검사의 차원을 넘어 프로그램감사, 직무분석, 조직과 경영실적 진단, 서비스기준의 준수여부 점검, 성과평가 등 공공부문의 성과 향상과 관련된 전향적 검사의 중요성이 부각되고 있다. 특히 회

계검사의 사후통제적 성격이 가지는 한계를 넘어 직무통제의 과정에서 축적된 노하우를 바탕으로 국가주요정책의 수립과정에 능동적으로 기여하는 사전적 통제의 중요성이 강조된다. 이러한 변화를 전통적인 회계검사의 개념을 확장하여 인정할 것인지, 아니면 새로이 발전하는 영역을 성과검사, 정책평가, 전향적 감사 혹은 시스템감사와 같은 새로운 개념으로 포섭할 것인지 그 어떤 경우든 전통적으로 감사원이 수행하여온 직무범위에 대한 미래지향적 개선노력이 요청되고 있다.

2. 소속에 대한 개선론

현행과 같이 감사원의 대통령 소속제도에 대하여는 두 가지 비판론[18]이 제기되어 왔다. 첫째, 국가원수의 지위와 행정수반의 지위를 겸하는 대통령제 정부형태에서 대통령이 감사기관의 독립성을 훼손할 가능성이 있다. 둘째, 예산과정의 일부인 회계검사는 정부의 재정집행에 대한 외부통제적 성격을 가질 때 그 최적성이 보장되므로 통제대상인 행정부 내에 회계검사기관을 소속시키는 것은 현대 민주주의에서 회계검사제의 보편적 흐름에 역행하는 것이다.

이에 대하여 다양한 배경 하에 기본적으로 세 가지 반론이 제기되어 있다. 첫째, 최소한 직무감찰은 행정부 내부통제적 성격을 가지므로 행정부수반인 대통령에게 귀속시키는 것이 바람직하다는 주장이 있다. 둘째, 대안으로 제기되는 국회이관론은 정치권의 각종 청탁이나 압력 때문에 오히려 회계검사의 전제조건인 독립성을 훼손할 우려가 더욱 클 수 있다는 반론이 있다. 셋째, 독립기관형으로의 변화는 회계검사나 직무감찰기능의 실효성을 담보할 만한 실질성을 기대하기 힘들다는 비판이 있다.

첫 번째 주장은 직무감찰을 이유로 회계검사권의 독립을 부인하는 것은 두 직무의 본질적 차이를 고려할 때 적절하지 않다. 두 번째와 세 번째 비판은 정치문화에 대한 인식의 차이에 기반하고 있으므로 결국 헌법개정권을 가지는 국민이 판단할 문제이다. 필자는 국회에 대한 국민적 신뢰가 높지 않고 타협적 정치문화가 부족한 현실을 감안할 때 국회이관론이 시기상조라는 분석에 동의한다. 한편 독립기관형에 대한 실효성관련 비판은 전근대적 정치권력중심적 논거라는 점에서 동의할 수 없으며 수감기관의 협조나 감사결과에

18) 자세히는 김종철(주 6), 203-206 참조.

대한 실효성은 자료제출거부 등에 대한 제재조치 등의 강화, 공개행정을 통한 민주적 압박장치의 강화 등 제도적 보완책을 마련하는 방식으로 추구되어야 한다. 특히 국정평가제도 및 성과검사제도의 발전이라는 회계검사의 성격을 변화시키는 새로운 추세를 반영하기 위해서는 국회로의 이관보다는 독립기관형이 더욱 선호되는 대안이라고 할 수 있다.

마지막으로 소속형태에 대한 개선론에서 유의할 것은 다음 두 가지로 요약될 수 있다. 첫째, 감사원의 소속형태와 정부형태와의 상관관계는 절대적이지 않다. 의원내각제에서도 독립기관형의 회계검사제도를 둘 수 있고 그 반대도 가능하다. 둘째, 소속자체가 회계검사기관의 독립성을 좌우하는 절대적 조건은 아니다. 형식적 소속과 관계없이 실질적으로 직무수행상의 독립성을 확보하거나 의회나 정부에 대한 보조기능을 회계검사기능이 충실히 수행하는 예들이 적지 않다. 소속여부와 무관하게 대개의 국가들은 최고회계검사기관의 직무상의 독립을 헌법적 혹은 법률적으로 보장하고 있는 것이 대부분이다. 특히 의회소속형의 경우에도 감사시기나 내용에 있어서의 독립성을 보장하는 것이 현대적 추세임을 유의할 필요가 있다.

VI. 관련문헌

강경근, 헌법, 법문사, 2004.

감사원(국제협력담당관실), 바람직한 감사원 상과 OECD 국가의 감사원, 2003.

감사원(21세기감사업무발전위원회), 21세기 대비 국가감사체계와 감사원 발전방안, 1998.

김유환, “미국 감사원의 법적 지위와 권력분립원칙”, 미국헌법연구 13호(2002).

김종철, “감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로”, 공법연구 31집 2호(2002).

김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.

김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.

노화준 외, 시스템감사의 효율화 방안, 감사원, 2004.

류춘호, “성과감사와 감사영역의 확대방안에 관한 연구”, 감사논집 5호(2000).

성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.

안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.

윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000.
정재황 외, 감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안, 한국공법학회, 2002.
조익순, 한·미·일 정부회계 및 감사제도의 문화적 조명, 박영사, 1996.
허　영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2005.

National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005.

헌법 제98조

김종철

第98條

① 監査院은 院長을 포함한 5人 이상 11人 이하의 監査委員으로 구성한다.

② 院長은 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命하고, 그 任期는 4年으로 하며, 1次에 한하여 重任할 수 있다.

③ 監査委員은 院長의 提請으로 大統領이 任命하고, 그 任期는 4年으로 하며, 1次에 한하여 重任할 수 있다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 감사원의 구성

헌법 제98조 제1항에 따라 감사원은 원장을 포함한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.

가. 합의제기관으로서의 성격

감사원은 복수의 위원으로 구성되므로 감사원은 합의제기관이다. 비교법적으로 감사기관의 의사결정형태는 독임제(monocratic structure)와 합의제(collegial structure)로 구분할 수 있다. 독임제는 의사결정이 신속하고 효율적이라는 점, 의사결정의 책임소재가 분명하다는 점, 합의제기관일 경우 문제점으로 지적되는 의사결정기관인 감사위원회와

업무보좌기관인 사무처의 기능분리에 따른 조직상의 이원화현상을 해소하고 조직의 슬림화를 도모할 수 있는 점 등이 장점이다. 반면 합의제는 의사결정의 공정성·중립성·신중성, 일인기관인 독임제에 비하여 복수의 구성원으로 구성되기 때문에 외부로부터의 압력에 대처하기 쉽다는 점, 합리적인 감사를 위해서는 단순한 회계지식이나 법률지식 뿐만 아니라 다양한 전문가적 식견이 필요해지고 있는 상황에서 감사의 복합성을 의사결정과정에서 반영할 수 있다는 점 등이 장점으로 지적되고 있다.

우리나라는 회계검사기관의 창설기부터 능률성과 신속성보다는 신중성과 공정성을 중시하여 원칙적으로 합의제를 채택하여 왔다.[1] 그러나 우리나라의 합의제는 순수한 합의제라기보다는 수장우위적 합의제의 성격이 강하다. 물론 감사원의 고유업무에 대한 합의에 관한 한, 감사원장은 한 명의 감사위원[2]으로 다른 감사위원과 법적으로 동등한 지위에 있다. 그러나 헌법은 감사원장과 감사위원의 임명절차를 달리하여 감사원장의 경우 국회의 동의를 받아 임명하도록 하는 반면 감사위원은 감사원장의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있어 양자를 달리 취급하고 있다.[3] 특히 감사원장의 감사위원 임명제청권은 감사원장과 감사위원이 수평관계라기보다는 상하관계로 인식할 수 있는 충분한 사유가 된다. 나아가 현행 감사원법은 감사원장과 감사위원의 보수[4]와 정년[5]을 달리 규정하고 있으며, 일반 감사위원과는 달리 감사원장은 일정한 감사위원회의 권한을 독자적으로 행사할 수 있는 특별한 지위[6]를 가지고 있다. 또한 감사업무의 수행구조도 실무직원에 대하여 일반 감사위원이 실질적 영향력을 행사할 수 있는 위치에 있지 아니하고 감사원장의 지휘와 감독 하에 있는 사무처를 중심[7]으로 운영되기 때문에 상황에 따라서는 감사위원회를 중심으로 하는 합의제의 취지가 제대로 발현되기 힘들 수도 있다. 형식적으로 감

1) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007, 1049.

2) 헌법은 감사원의 구성과 관련하여 "원장을 포함[한] 감사위원"이라는 표현을 쓰고 있어 원장이 감사위원인지 아니면 감사원장과 감사위원은 구별되는 것인지 해석의 여지가 있으나 감사원법 제5조 제2항은 "감사위원인 원장"이라는 표현을 사용하여 입법적으로 논란의 여지를 해결하고 있다.

3) 헌법 제98조 제2항 및 제3항.

4) 감사위원은 정무직으로 하고 그 보수는 차관의 보수와 동액으로 하는 한편 감사원장의 보수는 국무총리의 보수와 국무위원의 보수의 범위 안에서 대통령령으로 정하도록 하고 있다(감사원법 제5조 제2항).

5) 감사위원의 정년은 65세이며 감사원장의 정년은 70세이다(감사원법 제6조 제2항).

6) 감사원장은 감사위원회의 의결사항 중 감사위원회가 시정요구권, 권고권, 재심의권, 심사청구에 대한 결정권, 의견표시권을 행사할 수 있는 경우에 해당하는 것 가운데 경미한 사항으로 감사원규칙이 정하는 사항은 독자적으로 행사할 수 있다(감사원법 제12조 제2항).

7) 감사원법 제4조 제2항, 제16조 제1항, 제19조 제2항 등.

사위원회의를 거치는 사안일지라도 실질적으로 관료적 의사결정에 의한다고 하면 그것은 진정한 합의에 의한 업무처리라고 할 수 없을 것이므로 감사위원의 독립성을 훼손하지 않도록 운영되어야 할 것이다.[8)]

나. 구성원의 수

헌법은 감사원의 구성을 5인 이상 11인 이하로 정하고 있는데, 현행 감사원법은 7인으로 규정하고 있다(법 제3조). 감사원이라는 새로운 헌법기관으로 최고회계검사기관이 도입된 제5차 개정헌법(1962년 헌법)이후 최초의 감사위원은 9인이었으나, 1970.12.31. 법률 제2245호로 7인으로 축소되어 개정된 이후 현재에까지 이르고 있다.

2. 감사원장의 지위

헌법 제98조 제2항은 감사원장을 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있도록 하고 있다.

감사위원 가운데 원장은 감사원을 대표하고 소속공무원을 지휘·감독하는 지위에 있다(법 제4조 제2항). 또한 감사원장은 일부 사안에 대하여 감사위원회의를 대신하여 독자적으로 결정할 수 있는 권한이 있다. 직무상 독립기관인 감사원의 실질적인 대표자로서의 위상을 가지는 원장에 대하여 국민의 대표기관인 국회가 의회주의의 원칙에 따라 임명동의권을 가지는 것은 당연하다.

임명권자가 대통령인 것은 감사원의 소속이 대통령이기 때문에 불가피하다.

원장의 임기가 4년이고 1차에 한하여 중임하도록 한 것은 감사원의 독립성의 측면에서 비판의 여지가 많다. 신분의 보장이 없는 기관의 장에게 독립성을 기대하기가 힘들기 때문이다. 따라서 회계검사기관에게 헌법상 요청되는 독립성의 취지를 제대로 살리기 위해서는 최소한 임명권자보다 임기가 길어야 할 것이다. 한편 감사원장의 정년은 70세이다(법 제6조 제2항).

원장이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 감사위원으로 최장기간 재직한 감사위원이 그 직무를 대행하며, 만일 재직기간이 동일한 감사위원이 2인 이상인 때에는 연

8) 일부 재무행정학자들은 이 같은 성격에 주목하여 우리나라 감사원의 의사결정형태를 단독제(독임제)로 파악하기도 한다. 신무섭, 재무행정학(개정4판), 대영문화사, 2002, 381 참조.

장자가 그 직무를 대행한다(법 제4조 제3항).

3. 감사위원의 지위

감사위원은 감사원장과는 달리 국회의 동의를 필요로 하지 않고 원장의 제청으로 대통령이 임명한다. 행정부 소속형으로서의 감사원의 지위를 고려할 때 그 구성원 전체에 대한 국회의 동의권을 인정하지 않은 것은 행정부의 독립성을 고려한 것으로 선해할 수도 있다. 그러나 회계검사권이 예산과정의 일부를 감독하는 기능이라는 점을 고려하고 예산집행권에 대한 외부통제적 성격을 가질 것이 요청된다는 측면에서 감사위원 임명에 대한 국회의 동의권이 없는 것은 감사원의 독립적 지위가 현행 헌법 하에서 태생적 한계가 있음을 보여주는 것이다.

감사위원은 정무직으로 하고 그 보수는 차관의 보수와 동액으로 한다(법 제5조 제2항).

감사위원의 임기는 4년으로 하고 1차에 한하여 중임할 수 있다. 감사위원의 정년은 65세로 한다(법 제6조 제2항).

독립성이 강조되는 감사원의 성격상 구성원인 감사위원은 강한 신분보장을 받아 탄핵결정이나 금고 이상의 형의 선고를 받았을 때 면직되는 것이 원칙이며 예외적으로 장기의 심신쇠약으로 직무를 수행할 수 없게 된 때에 감사위원회의의 의결을 거쳐 원장의 제청으로 대통령이 퇴직을 명할 수 있다(법 제8조).

감사위원은 직무수행의 독립성과 재정집행에 대한 감독기능의 특수성 때문에 겸직 등의 금지가 강하게 요청되어 국회 또는 지방의회의 의원의 직, 행정부서의 공무원의 직, 감사원법에 의하여 감사의 대상이 되는 단체의 임·직원의 직, 기타 보수를 받는 직을 겸직할 수 없다(법 제9조). 또한 정치적 독립성을 확보하기 위하여 감사위원은 정당에 가입하거나 정치운동에 관여할 수 없다(제10조).

II. 연 혁

역대 헌법에서 감사원의 연혁에 대한 규정의 변화는 다음과 같이 정리될 수 있다. 감사원체제로 회계검사기관과 직무감찰기관이 통합된 이후 헌법상 감사위원의 수에는 변화가 없었다. 임기와 관련하여 제7차 개정헌법에서 1차에 한하여 중임을 제한하는 규정을 삭

제한 외에 줄곧 4년 중임제를 채택하여 왔다. 특이한 것은 현행헌법으로 개정될 때 원장 궐위시 후임자의 임기에 대한 규정이 삭제되었다. 따라서 궐위시의 경우에도 후임자는 전임자의 잔여임기가 아닌 정상적인 임기, 즉 4년을 보장받게 된다.

건국헌법 ~ 4차 개정헌법	5~6차 개정헌법	7차 개정헌법	8차 개정헌법	9차개정헌법
해당조항없음	제93조 ① 감사원은 원장을 포함한 5인이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.	제72조 ① 감사원은 원장을 포함한 5인이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.	제73조 ① 감사원은 원장을 포함한 5인이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.	제98조 ① 감사원은 원장을 포함한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.
	② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 그 임기는 4년으로 하되 1차에 한하여 연임될 수 있다.	② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 그 임기는 4년으로 한다.	② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.	② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.
	③ 원장이 궐위된 경우에 임명된 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.	③ 원장이 궐위된 경우에 임명된 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.	③ 원장이 궐위된 경우에 임명된 후임자의 임기는 전임자의 잔임기간으로 한다.	
	④ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하며, 그 임기는 4년으로 하되 법률이 정하는 바에 의하여 연임될 수 있다.	④ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하며, 그 임기는 4년으로 한다.	④ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.	③ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

1. 구성형태

세계 각국의 최고 회계검사기관들의 국제 협의체인 INTOSAI(International Organization of Supreme Audit Institutions)의 2001년 연구보고서에 따르면, 설문에 응한 90개국

최고회계검사기관의 의사결정형태는 73개국이 독임제를, 17개국이 합의제를 채택하고 있어[9] 독임제가 압도적이다. 독임제는 영국, 미국, 오스트리아, 캐나다, 헝가리, 멕시코 등의 국가에서 채택되고 있으며, 합의제는 독일, 프랑스, 이탈리아, 일본 등이 대표적인 국가들이다.

2. 감사원장의 임명절차와 임기

가. 원장의 임명절차

원장의 임명절차는 네 가지로 분류할 수 있다.[10] 첫째는 의회에서 선출하거나 의회에서 선출한 후 국가원수가 임명하는 유형으로 오스트리아, 헝가리, 멕시코 등의 경우가 이에 해당한다. 둘째는 행정부와 의회가 함께 임명권을 행사하는 유형으로 일본, 미국, 독일의 경우이다. 셋째는 감사원, 의회, 국가원수가 함께 임명하는 유형으로 네덜란드와 스페인이 이 유형에 해당한다. 넷째는 행정부에서 제청하여 국가원수가 임명하는 유형으로 영국, 프랑스, 이탈리아의 경우이다.

나. 임기

원장의 임기에 따른 비교법적 유형을 네 가지로 분류하면 다음과 같다.[11] 첫째 유형으로 영국이나 프랑스, 이탈리아 등과 같이 종신직이거나 정년까지 임기없이 재직하는 경우가 있다. 둘째로 오스트리아, 캐나다 등과 같이 10년 이상의 임기가 보장되는 경우가 있다. 셋째 유형으로 일본, 스페인과 같이 5년에서 10년 미만인 경우가 있다. 넷째 유형으로 우리나라나 포르투갈과 같이 5년 미만의 임기인 경우가 있다.

3. 감사위원의 임명절차와 임기

감사원장과 별도로 감사위원의 임명절차와 임기에 대한 비교법적 연구의 의미는 크지

9) INTOSAI, Independence of SAIs Project Final Task Force Report, 2001, 4-5.

10) 자세히는 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 16 참조.

11) 자세히는 감사원(전주), 16-17 참조.

않다. 독임제의 구성형태의 경우 비교대상이 될 수 없고, 합의제의 경우 원칙적으로 원장의 임명절차나 임기와 같은 경우가 일반적이기 때문이다.

IV. 규범적 내용, 개념과 원리에 대한 판례 및 학설

감사원의 구성에 관한 헌법 제98조에서 학설상의 대립여지가 있는 것은 크게 세 가지이다.

첫째로 감사위원의 임명절차에서 원장의 제청이 가지는 법적 성격의 문제이다. 이 문제는 원장과 대통령의 의중이 일치하지 않는 경우의 법적 효력의 문제이다. 예를 들어 원장이 제청하였으나 대통령이 거부할 수 있는가의 문제가 있다. 원장의 제청권을 대통령에 대한 절차적 통제권으로 이해할 경우 대통령은 거부하여 다른 인물을 제청하도록 요구할 수 있다고 해석할 수 있게 된다.[12] 그러나 제청권을 독립적이고 실체적인 성질의 권한으로 이해하게 된다면 대통령의 임명권은 형식적인 것으로 제청자의 의사를 거부할 수 없다고 해석해야 한다. 대통령제의 정부형태를 고려하고 대통령직속기관으로 헌법상 규정된 감사원의 구성에 있어 대통령의 임명권을 형식적으로 보는 후자의 해석은 설득력이 약하다. 실제로 감사원장 자신이 대통령의 임명대상이라는 점에서 사전협의 없이 독자적으로 제청권을 행사하는 경우를 상정하기는 쉽지 않다. 그러나 감사원장과 대통령 간에 의견대립이 있다는 사실만으로도 정치적 파급효가 큰 만큼 제청권을 요식적인 것으로만 이해하는 것도 적절하지 않다. 헌법에서 임명에 반드시 필요한 절차로 제청절차를 두었기 때문에 감사원장은 최소한 대통령의 의사에 대한 절차적 통제권을 행사할 수 있는 지위를 확보한 것이다.

둘째로 대통령에게 감사원장을 포함한 감사위원의 해임권이 인정되느냐의 문제이다. 임명권은 곧 해임권을 포함하는 것으로 새기는 견해가 있다.[13] 대개 특별한 경우가 아니면 임명권은 해임권을 포함하는 것으로 새기는 것이 합리적이다. 그러나 임명권이 당연한 해임권을 가지지 아니하는 특별한 경우란 무엇인지 분명히 할 필요가 있다. 헌법이나 법률상 독립기관의 장이나 구성원에게 임기가 보장되고 강한 신분보장이 요청되는 경우 임

12) 김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996, 523.

13) 김철수 외(전주), 524.

명권이 곧 해임권을 포함하는 것으로 당연히 새길 수 없다. 예를 들어, 대법원장이나 대법관, 헌법재판소의 장을 비롯한 헌법재판관, 중앙선관위원의 경우가 이에 해당한다. 이들 헌법상 독립기관의 구성원들은 헌법기관의 독립성을 확보하기 위하여 강한 신분상의 지위에 있어 강한 보장이 헌법에 의하여 담보되어진다. 이들의 임명권을 대통령이 가지는 것은 오로지 국민대표기관으로서 민주적 정당성을 확보하고 있기에 주권자인 국민의 대표자로서 주권자가 헌법상 위임하고 있는 국가권력의 구성에 관여할 수 있게 하는 것이지, 당연히 그 반대의 경우가 특별한 헌법적 수권 없이 가능한 것은 아니다. 따라서 헌법에 명문으로 해임권을 규정하고 있지 아니하고 탄핵에 의한 파면제도를 두고 있는 임기제 헌법기관의 경우 탄핵이나 금고이상의 형의 선고, 기타 법률의 특별한 수권에 의하지 아니하면 면직될 수 없다. 감사원장을 포함한 감사위원도 직무상의 독립성이 요청되는 헌법기관이며 법률상 대법관 등과 같은 신분보장을 받도록 되어 있으므로, 임기 내에 대통령이 해임권을 행사할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

셋째로 감사위원의 제청권을 가지는 감사원장이 사임하는 경우 제청된 감사위원도 거취를 같이 하여야 하는지가 문제될 수 있다. 제청권이 실질적으로 독자적인 감사원장의 권한이라는 입장을 취할 경우 감사위원과 감사원장의 연계성은 강화되어 연대책임에 준하는 집단적 진퇴를 주장하는 해석론의 가능성이 있다. 그러나 합의제 기관으로서의 감사원의 위상을 고려하거나 감사원장의 제청권이 절차적 통제권에 불과하다는 시각에서 보면, 집단적 진퇴를 논하는 것은 특별한 명문의 근거가 있는 경우가 아니라면 허용되지 않는 것이 타당하다. 현행 헌법과 관계법률에는 감사원장의 사임과 그에 동반한 감사위원의 사임의 근거로 볼 만한 규정을 찾아볼 수 없다.

V. 개정의 필요성에 대한 검토

현행 헌법상 감사원의 구성과 관련하여 개정의 필요성에 대한 논의가 있는 것은 주로 감사위원의 임명절차와 임기에 대한 부분이다.

감사원장은 국회의 동의를 요구하는 반면 감사위원의 경우 그러하지 못하다. 대통령소속기관으로서의 성격을 감안한다고 하더라도 현대민주주의에서 회계검사의 독립성이 강조되고 있는 경향을 고려하면 감사위원의 경우에도 국회의 임명동의를 받도록 하는 것이 바람직하다.

한편 감사위원의 임명에 감사원장의 제청을 요구하는 것도 논란의 대상이 될 수 있다.

합의제의 성격을 살리기 위하여 국회의 임명동의를 도입하면서 감사원장의 제청권을 폐지하자는 주장이 가능하다. 한편 원장의 기관대표성을 고려하고 지도력을 발휘할 여지를 두어 합의제이되 독임제의 장점을 살릴 수 있도록 원장의 부분적 우월성을 인정하는 현행 체제의 장점도 있다.[14)]

임기의 경우에는 독립성을 강화하기 위하여 최소한 대법관이나 헌법재판소 재판관의 경우와 같이 6년으로 늘리자는 견해가 유력하다. 대법관이나 헌법재판관의 경우에 6년보다 더 늘리는 방안이 고려된다면, 감사위원의 경우에도 같은 수준의 임기를 보장하여 독립성을 보장하는 것이 바람직하다.

VI. 관련문헌

감사원(국제협력담당관실), 바람직한 감사원 상과 OECD 국가의 감사원, 2003.

감사원(21세기감사업무발전위원회), 21세기 대비 국가감사체계와 감사원 발전방안, 1998.

권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008.

김종철, "감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로", 공법연구 31집 2호(2002).

김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.

안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.

정재황 외, 감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안, 한국공법학회, 2002.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.

National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005.

14) 감사원장의 감사위원 제청권이 감사원의 동질성을 확보하고 대통령의 자의적인 임명권을 통제하여 감사원의 독립성과 중립성을 확보하기 위한 것이라고 설명하는 견해도 있다(정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008, 1190).

헌법 제99조

김종철



第99條 監査院은 歲入·歲出의 決算을 매년 檢査하여 大統領과 次年度國會에 그 결과를 보고하여야 한다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 결산검사

감사원은 회계검사의 결과에 의하여 국가의 세입·세출의 결산을 확인한다. 검사의 내용은 필요적 검사사항과 선택적 검사사항으로 구분되는데 이에 관하여 감사원법 제22조와 제23조가 규정하고 있음은 헌법 제97조에 대한 주석에서 설명한 바 있다.

검사의 절차는 국가재정법과 감사원법에 따른다. 국가재정법은 중앙관서의 장에게 회계연도마다 그 소관에 속하는 세입세출결산보고서, 계속비결산보고서, 국고채무부담행위명세서, 성인지 결산서, 통합재정수지보고서, 국가채무관리보고서 등 국가재정법 제58조 제1항이 정하는 보고서를 다음 연도 2월 말까지 기획재정부장관에게 제출하도록 규정하고 있다(국가재정법 제58조 제1항). 기획재정부장관은 회계연도마다 각 중앙관서의 장이 제출한 세입세출결산보고서에 따른 세입세출결산보고서, 예비금사용명세서에 따른 예비금사용총괄명세서에 따라 결산을 작성하여 국무회의의 심의를 거친 후 대통령의 승인을 얻어 다음 연도 4월 10일까지 감사원에 제출하여야 한다(국가재정법 제59조 제1항).

감사원은 정부가 제출한 결산에 대한 확인을 하고 대통령과 차년도 국회에 보고한다(헌법 제99조).

2. 결산검사의 보고

결산검사의 보고는 대통령과 차년도 국회에 한다. 대통령을 보고대상으로 하는 것은 감사원의 소속기관일 뿐만 아니라 행정부의 수반이 정부의 활동에 대해 확인할 수 있는 기회를 주고 내부통제를 원활히 하기 위한 것이다. 차년도 국회를 보고대상으로 하는 이유는 국회가 재정민주주의의 원칙에 따라 예산확정권과 결산권을 가지는 기관이라는 점에서 정부에 대한 의회주의적 통제를 충실히 하도록 하기 위한 것이다.

결산검사의 절차는 국가재정법과 국회법이 정하고 있다. 감사원은 기획재정부장관이 제출한 결산과 그에 첨부된 서류를 검사하고 그 보고서를 다음 연도 5월 20일까지 기획재정부장관에게 송부하여야 하며, 정부는 이송된 결산과 서류를 다음 연도 5월 31일까지 국회에 제출하여야 한다(국가재정법 제60조 및 제61조). 국회는 보고된 결산보고를 소관상임위원회에서 예비심사를 한 후 그 결과를 의장에게 보고하고 의장은 예산결산특별위원회에 회부하고, 그 심사가 끝난 후 본회의에 부의한다(국회법 제84조 제1항 및 제2항).

감사원법 제41조는 감사원의 검사보고의 내용을 정하고 있다. 검사보고에는 국가의 세입·세출의 결산의 확인, 국가의 세입·세출의 결산금액과 한국은행이 제출하는 결산서의 금액과의 부합여부, 회계검사의 결과 법령 또는 예산에 위배된 사항 및 부당사항의 유무, 예비비의 지출로서 국회의 승인을 얻지 아니한 것의 유무, 유책판정과 그 집행상황, 징계 또는 문책처분을 요구한 사항 및 그 결과, 시정을 요구한 사항 및 그 결과, 개선을 요구한 사항 및 그 결과, 권고 또는 통보한 사항 및 그 결과, 기타 감사원이 필요하다고 인정한 사항이 포함되어야 한다.

3. 수시보고

감사원은 결산검사보고를 하는 외에 감사의 결과 중요하다고 인정되는 사항이나 감사원의 중요한 처분요구에 대하여 2회 이상 독촉을 받고도 이를 집행하지 아니한 사항에 관하여 수시로 대통령에게 보고할 수 있다(감사원법 제42조).

수시보고제도와 관련하여 감사원의 독립성에 비추어 적절하지 아니하다는 비판이 있을 수 있다. 권위주의 시대 감사원이 절대적 권력자인 대통령에 종속되어 독립성을 상실하고 권력통치의 일방적 수단으로 악용되었던 경험에서 나온 비판이다. 그러나 민주화된 시대에서 회계검사기관인 감사원은 검사활동을 통해 축적된 재정운용과 관련한 노하우를 정책결정과정에 사전적으로 반영하고 감사결과의 실효성을 확보하기 위하여 정부수반인 대통령에게 보고하는 기회를 활용하는 것이 국정수행의 효율성 및 효과성을 확보하는 주요한 수단이 될 수도 있다는 점을 경시해서는 안 된다.

II. 연 혁

제4차 개정헌법까지 최고 회계검사기관이었던 심계원은 결산보고를 차년도 국회에만 하였다. 그러나 감사원체제로 전환되고 직무감찰권능까지 수행하게 된 제5차 개정헌법이후 현재까지 결산보고는 대통령에게도 하는 체제가 유지되고 있다. 감사원의 기능 확대와 대통령 소속기관으로서의 성격을 분명히 하기 위한 것으로 해석된다.

건국헌법 ~ 4차 개정헌법	5~6차 개정헌법	7차 개정헌법	8차 개정헌법	9차개정헌법
정부는 심계원의 검사보고와 함께 결산을 차년도의 국회에 제출하여야 한다.	제94조 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다.	제73조 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다.	제74조 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다.	제99조 감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

결산검사와 보고는 회계검사의 마지막 종결점인데 결산검사의 보고대상은 대개의 경우 예산확정 및 결산권을 가지고 있는 국민대표기관인 의회이다.

반면 보고의 형식과 내용은 회계검사제도의 특성에 따라 국가별로 다를 수 있다. 보고의 형식의 경우 영국이나 아일랜드처럼 행정각부별로 보고서를 작성하는 경우도 있지만

대개는 정부 전체에 대하여 통합보고서를 작성하는 것이 일반적이다.[1] 보고내용의 경우 회계검사기관의 직무범위와 관련이 있지만 대개 순수한 회계관련 결산보고에 그치는 경우가 있고 결산보고 외에 입법이나 행정개선에 대한 권고사항,[2] 정책평가에 관한 사항 등을 포함하는 경우[3]도 있다.

IV. 개정의 필요성에 대한 검토

개헌논의의 진전여부와 그 내용에 따라 제99조상의 결산보고대상에 변화가 올 수 있다. 예를 들어 정부형태가 의원내각제로 변경되는 경우 대통령은 결산보고의 대상에서 제외해야 한다는 주장이 제기될 가능성이 높다. 감사원의 소속기관이 국회로 변경되거나 독립기관으로 변경되는 경우에도 마찬가지로 대통령에 대한 결산보고에 대한 검토가 수반될 전망이다. 감사원법이 허용하고 있는 수시보고의 경우에는 더욱 그러하다.

그러나 개헌과정에서 감사원의 전문성과 노하우를 국가정책과정에 적극적으로 활용하는 방안을 모색하는 것이 현대 회계검사제도의 발전에 부합하는 측면이 있다. 현대 회계검사제도는 합법성 검사위주에서 성과검사로 검사의 중점이 이동하고 있고, 사후적 검사제도에서 사전적 예방적 정책보조기능의 중요성이 강화되고 있는 경향이 있다. 따라서 어떤 정부형태로 변화하든, 감사기관의 소속기관이 어떻게 변경되건 감사원의 독립성을 최대한 보장하면서 감사원의 능동적 기능을 강화하기 위한 제도개선을 모색할 필요가 있다. 예를 들어, 회계검사의 실효성을 확보하기 위하여 대통령이나 의회에 대한 수시보고제도를 적극적으로 활용하는 것을 전향적으로 검토할 필요가 있다.

1) National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005, 12 ff.

2) 이탈리아와 그리스의 경우가 이에 속한다고 한다. National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005, 12 참조.

3) 영국, 덴마크, 핀란드, 독일 등의 경우가 이에 속한다. National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005, 13 참조.

V. 관련문헌

감사원(국제협력담당관실), 바람직한 감사원 상과 OECD 국가의 감사원, 2003.

감사원(21세기감사업무발전위원회), 21세기 대비 국가감사체계와 감사원 발전방안, 1998.

김종철, "감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로", 공법연구 31집 2호(2002).

김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.

안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.

정재황 외, 감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안, 한국공법학회, 2002.

National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005.

헌법 제100조

김종철



第100
監査院의 組織·職務範圍·監査委員의 資格·監査對象公務員의 범위 기타
필요한 사항은 法律로 정한다.

I. 기본개념과 입헌취지

1. 감사원조직등의 법정주의

헌법 제100조는 감사원의 조직, 직무범위, 감사위원의 자격, 감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항을 법률에 위임하고 있다. 이처럼 국가기관의 조직 등에 대한 법정주의는 현행 헌법의 일관된 원칙이다. 헌법 제96조에서 행정각부의 조직과 직무범위를 법률에 위임한 것, 헌법 제102조에서 대법원과 각급법원의 조직에 대하여 법률에 위임한 것, 헌법 제113조에서 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항을 법률에 위임한 것, 헌법 제114조 제7항에서 각급선거관리위원회의 조직, 직무범위 등을 법률에 위임한 것과 같은 맥락인 것이다. 이는 국가기본법인 헌법에서 국가기관의 골격을 세세히 정하기보다는 국민대표기관인 입법권자로 하여금 민주주의의 원리의 요청 하에 시대정신에 맞추어 융통성 있게 결정하도록 한 헌법제정자의 의지라고 할 수 있다.

이러한 주요 국가기관의 조직 등에 대한 법정주의는 현행 헌법이 헌법개정절차를 통상

의 입법절차보다 까다롭게 하는 경성헌법주의[1]를 채택하고 있는 점에서 이해되어야 한다. 국가기관의 조직 등은 사회의 변화에 대응하여 융통성있게 변화될 필요가 있는데 국가기관조직의 기본골격을 넘어 세세한 규정까지 두는 것은 연성헌법체제라면 몰라도 경성헌법체제하에서는 국가작용의 비효율성을 초래할 위험성이 많기 때문이다.

감사원의 조직 등에 대한 법정주의도 이러한 권력작용의 효율성의 측면을 고려하여 과도하게 세세하게 규정함으로서 조직의 유연성을 과도하게 떨어뜨리지 않도록 적정한 범위내에서 실현되어야 한다.

한편 감사원의 권한과 관련하여 감사원의 직무상 독립기관으로서의 성격 때문에 규칙제정권이 법정되어 있음을 주목할 필요가 있다. 감사원법 제52조는 "감사원은 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다"고 규정하고 있다. 헌법상 독립기관인 대법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회가 헌법상 규칙제정권이 인정되는 것과 비교된다. 감사원의 직무상 독립기관으로서의 성격이 법률에 근거를 두고 있는 점을 고려할 때 규칙제정권은 독립기관으로서의 성격을 법률적으로 확인하는 법률규정이라고 할 수 있다.

2. 감사원법상의 감사원 조직과 직무범위

감사원의 조직 등에 대한 기본법률이 감사원법이다. 감사원법은 감사원의 실체를 구성하는 원장을 비롯한 감사위원 외에 그 기능수행에 필요한 감사위원회의를 비롯하여 사무처, 감사교육원, 감사연구원을 감사원 내에 설치하고 있다.

가. 감사위원회의

합의제기관으로서의 감사원의 기능은 감사원법상 감사위원회의를 통해 구현된다. 감사위원회의는 원장을 포함한 감사위원 전원으로 구성하며, 원장이 의장이 된다(법 제11조 제1항). 감사위원회의는 재적감사위원 과반수의 찬성으로 의결한다(법 제11조 제2항).

감사위원회의의 의결사항은 감사원의 감사정책 및 주요감사계획에 관한 사항, 결산의 확인에 관한 사항, 변상책임의 판정에 관한 사항, 징계 및 문책처분의 요구에 관한 사항,

1) 헌법개정은 헌법 제10장에 따라 대통령과 국회재적의원 과반수의 발의, 국회재적의원 3분의 2의 의결, 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야만 한다.

시정 등의 요구에 관한 사항, 개선요구에 관한 사항, 권고 등에 관한 사항, 재심의에 관한 사항, 결산검사보고 및 수시보고에 관한 사항, 심사청구결정에 관한 사항, 의견표시 등에 관한 사항, 감사원규칙의 제정 및 개폐에 관한 사항, 감사원의 예산요구 및 결산에 관한 사항, 감사의 생략에 관한 사항, 감사사무의 대행에 관한 사항, 기타 원장이 부의한 사항이 있다(법 제12조 제1항).

감사위원회의에는 업무수행의 효율성을 위하여 분과위원회 및 소위원회를 둘 수 있고 그 구성 및 운영에 관한 사항은 감사원규칙으로 정한다(법 제12조의 2).

나. 사무처

감사원의 주요 직무는 감사위원회의를 통해 결정되지만 구체적 사무의 처리는 원장의 지휘·감독 하에 회계검사·감찰·심사결정 및 감사원에 관한 행정사무를 처리하기 위하여 설치되는 사무처에서 담당한다(법 제16조). 사무처에 사무총장 1인, 사무차장 2인, 실장·국장을 두고 필요한 경우에는 실장·국장 밑에 감사원규칙이 정하는 보조기관을 둘 수 있다(법 제17조 제1항 및 제16조 제2항).

다. 감사교육원

감사원 소속직원 및 이 법에 의한 감사대상기관의 감사 또는 회계업무종사자에 대한 교육을 위하여 감사원에 감사교육원을 둔다(법 제19조의 2 제1항).

라. 감사연구원

감사대상기관의 주요 정책·사업·기관운영 등의 회계검사, 성과감사 및 직무감찰과 관련된 감사제도 및 방법 등을 연구·개발하기 위하여 감사원에 감사연구원을 둔다. 감사연구원은 각종 감사제도와 방법에 관한 조사·연구 등 감사인프라의 구축에 관한 지원을 할 수 있다(법 제19조의4 제1항 및 제2항).

3. 감사위원의 자격

감사원법에 따라 감사위원의 임용자격은 「국가공무원법」 제2조의2에 따른 고위공무원단(제17조의2의 규정에 따른 고위감사공무원단을 포함한다)에 속하는 공무원 또는 3급 이상 공무원의 직에 8년 이상 재직한 자, 판사·검사·군법무관 또는 변호사의 직에 10년

이상 재직한 자, 공인된 대학에서 부교수 이상의 직에 8년 이상 재직한 자, 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제9조 제15항 제3호에 따른 주권상장법인 또는 「정부투자기관 관리기본법」 제2조 제1항의 규정에 의한 정부투자기관에서 20년 이상 근무한 자로서 임원의 직에 5년 이상 재직한 자로 제한된다(법 제7조).

감사위원의 자격의 유형을 보면 고위공직출신, 법조인출신, 대학교수출신, 정부투자기관의 임원출신으로 구분된다. 고위공직이나 정부투자기관의 임원의 경우 공직업무처리에서의 경험과 전문성이 고려된 것이며, 법조인출신의 경우 위법행위의 판정과 관련한 법적 전문성의 요청을 고려한 것으로 볼 수 있다. 대학교수의 경우 전공을 제한하지 않고 있으나 대개 회계학, 법률학, 경영학, 경제학, 행정학 등 감사업무에 요구되는 전문성을 갖춘 직군으로 대학교원의 경험을 법적으로 인정한 것이라고 할 수 있다. 또한 감사위원의 자격유형은 감사원의 직무범위와 관계가 있다. 사법적 성격의 판정권을 가지거나 행정적 징계, 처분 등과 관련되는 경우 법률적 전문성이 강하게 요청될 것이지만 행정이나 경영상의 합리성을 보완하는 성과검사에 중점을 두게 될 때 경영학, 행정학, 경제학의 전문성이 강하게 요청될 것이다. 감사위원의 자격유형의 현실은 합의제의 제도적 특성에 따라 법이 정하는 자격유형을 고루 고려하는 자격분포를 보이는 것이 실무의 관행이다.

II. 연 혁

아래 표에서 보듯 감사원으로 직무감찰기관과 회계검사기관이 헌법적으로 통합된 이후 감사조직 등의 법정주의는 일관되게 유지되어 왔다.

건국헌법 ~ 4차 개정헌법	5~6차 개정헌법	7차 개정헌법	8차 개정헌법	9차개정헌법
심계원의 조직과 권한은 법률로써 정한다.	제95조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	제74조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	제75조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.	제100조 감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

III. 입헌례와 비교법적 의의

대개의 국가들에서 최고 회계검사기관의 조직과 직무범위는 법률의 형식으로 정하도록 한다. 그러나 오스트리아와 같이 헌법상의 기관으로 최고 회계검사기관을 설치하면서 비교적 상세한 조직 및 직무범위 등에 관한 규정을 두고 있는 경우도 있다(오스트리아 헌법 제5장 참조). 호주, 영국, 캐나다, 뉴질랜드, 미국, 덴마크, 스위스의 경우 최고 회계검사기관을 헌법기관으로 헌법에 규정하고 있지도 않다.[2)]

유럽연합 소속국가들의 법적 근거와 조직형태 등을 정리하면 다음 표와 같다.

[표1] 유럽연합 국가 최고회계검사기관의 법적 근거 및 구성

국가명	감사기관명	법적 근거	소속[3)]	의사결정 형태	원장 외의 구성원	임기
Austria	Rechnungshof (Court of Audit)	헌법 제5장[회계 및 회계업무감사], 감사원장법(1948) 제21조	입법부형 (독립형)	독임제		12년
Belgium	Rekenhof (Court of Audit)	헌법 제180조, 감사원법	독립형	합의제	12인[4)]	6년
Cyprus	Ελεγκτικής Υπηρεσίας (Audit Office)	헌법	독립형	독임제	부원장	종신
Czech Rep.	Nejvyšší Kontrolní Urad (Supreme Audit Office)	헌법 제97조, 감사원법(1993), 일반재정통제법(2001)	독립형	합의제	부원장 및 위원 15인	9년
Denmark	Rigsrevisionen (National Audit Office)	감사원장법 (1976, 1991 및 1996)	독립형	독임제		정년 (70세)

2) 감사원, 바람직한 감사원상과 OECD국가의 감사원, 2003, 18.

3) 이하의 설명은 형식적인 편제이며, 괄호 안은 실질적인 구분이다.

4) 감사원장(president) 2명, 감사위원(counsellor) 8명, 행정위원(registrar) 2명.

국가명	감사기관명	법적 근거	소속	의사결정 형태	원장 외의 구성원	임기
Estonia	Riigikontroll (National Audit Office)	감사원법 (1990, 1995 및 2000)	입법부형 (독립형)	독임제		5년
Finland	Valtiontalouden Tarkastusvirasto (State Audit Office)	헌법 제90조, 감사원법(2000)	독립형[5]	독임제		6년 (65세)
France	Cour des Comptes (Court of Accounts)	헌법 제13조, 47조 및 제47조의 1, 회계검사원법	독립형	합의제	실장 7인 (정년 65세)	정년 (68세)
Germany	Bundesre-chnungshof (Federal Court of Audit)	기본법 제114조, 연방회계 검사원법	독립형	합의제	부원장, 선임위원 9인 및 위원 52인	12년 (65세)
Greece	Hellenic Court of Audit	헌법 제98조, 감사원조직법(1980)	독립형	합의제	부원장 8인	14년 (67세)
Hungary	Allami Szamvevoszek (State Audit Office)	헌법 제19조 및 제32조, 감사원법(1989)	입법부형	독임제		12년 (70세)
Ireland	Office of the Comptroller & Auditor General	헌법 제33조, 감사원장법(1923)	독립형	독임제		정년 (65세)
Italia	Corte dei Conti (Court of Audit)	헌법 제100조, 감사원조직법	독립형	합의제		정년 (67세)
Latvia	Valsts Kontrole (State Audit Office)	감사원법(2002)	독립형	독임제		4년

5) 핀란드의 감사기관은 감사원과 의회소속의 '의회국가감사위원회'가 존재한다. 양자는 동시에 거의 동일한 업무를 수행하나, 전자는 독립기관으로 국가의 재정운용과 예산을 감사(audit)하는 반면, 후자는 의회소속으로 의회를 대신하여 국가의 재정운용과 예산을 감독(supervise)한다. 또한 구성에 있어 의회국가감사위원회는 의회의원 중에서 5인을 선출한다.

국가명	감사기관명	법적 근거	소속	의사결정 형태	원장 외의 구성원	임기
Lithuania	Valstybes Kontrole (State Audit Institution)	State Control Act	독립형	독임제		5년 (65세)
Luxem-bourg	Cour des Comptes (Court of Accounts)	헌법 제105조, 1999년 7월 8일 법률	독립형	합의제	부원장 및 위원 3인	6년
Malta	National Audit Office	헌법 제108조, 감사원법(1997)	입법부형	독임제		5년
Nether-lands	Algemene Rekenkamer (Court of Audit)	헌법 제76조 내지 제78조, 정부회계법(1976) 제4장	독립형	합의제	2인	정년 (70세)
Poland	Najwyzsza Izba Kontroli (Supreme Chamber of Control)	헌법 제9장, 감사원법	입법부형 (독립형)	합의제	부원장 및 위원 14인 (임기 3년)	6년
Portugal	Tribunal de Contas (Court of Auditors)	헌법, 감사원개혁법(1989)	독립형	합의제	부원장 (임기 3년)	4년 (70세)
Slovak Rep.	Najvyšší Kontrolný Urad (Supreme Audit Office)	헌법 제60조, 감사원법	독립형	독임제		5년
Slovenia	Racunsko sodišce (Court of Audit)	헌법, 감사원법(2001)	독립형	독임제		9년
Spain	Tribunal de Cuentas (Court of Audit)	헌법 제136조, 감사원조직법	독립형	합의제	감사위원 12인 (9년)	3년
Sweden	Riksrevisionen (National Audit Office)	헌법 제7조	입법부형 (독립형)	독임제	감사원장 3인	7년

국가명	감사기관명	법적 근거	소속	의사결정 형태	원장 외의 구성원	임기
U.K.	National Audit Office	국사회계검사법 (1921), 감사원법(1983)	입법부형 (독립형)	독임제		종신
E.U.	European Court of Auditors	마스트리히 조약 (1993), 암스테르담 조약 (1999)	독립형	합의제	감사위원 25인 (6년)	3년

* 출처, 안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.

IV. 관련문헌

감사원(국제협력담당관실), 바람직한 감사원 상과 OECD 국가의 감사원, 2003.

감사원(21세기감사업무발전위원회), 21세기 대비 국가감사체계와 감사원 발전방안, 1998.

김종철, “감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로”, 공법연구 31집 2호(2002).

김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.

안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.

정재황 외, 감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안, 한국공법학회, 2002.

National Audit Office, State Audit in the European Union, 2005.



참고문헌, 판례색인 및 찾아보기



참 고 문 헌

갈봉근, “조약의 체결·비준에 대한 동의권”, 고시계 1965년 8월호.

감사원(21세기감사업무발전위원회), 21세기 대비 국가감사체계와 감사원 발전방안, 1998.

감사원(국제협력담당관실), 바람직한 감사원 상과 OECD 국가의 감사원, 2003.

강경근, 헌법, 법문사, 2004.

강경근, “국민주권과 자유위임 : 전국구국회의원 의석계승미결정 위헌확인 각하결정”, 헌법판례연구 3권, 박영사, 2001.

강경근, “자유위임과 국회의원의 당적변경”, 법률신문 2397호(1995.4).

강경근, “전국구국회의원 의석승계 미결정 위헌 확인 각하결정”, 판례월보 342호(1999.3).

강경근, “한국헌법에 있어서의 통치구조 개정논의와 방향”, 헌법학연구 10권 1호(2004. 3), 177-200.

강기홍, “3.12 탄핵소추에 대한 헌법적 고찰”, 공법학연구 5권 1호(2004. 2).

강문용, “우리나라에 있어서의 국회의원의 지위와 선거제의 제 문제”, 법정(새) 1권 2호(1971.4).

강승식, “외교·국방영역에서의 행정부의 권한”, 헌법학연구 12권 5호(2006).

강태수, “국회의원의 자유위임관계에 대한 연구”, 법학논집 16집 (1999.12).

강태수, “집행부에 관한 헌법개정론”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 485-513.

계희열, 헌법학(상), 박영사, 2005.

계희열, “서독의 국가긴급사태법”, 고려대 법학논집 23집(1985).

고문현, “제왕적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 세계헌법연구 13권 2호(2007. 12).

곽순근, “국회의 동의를 얻지 않은 국무총리임명의 효력”, 고시연구 1999년 7월호, 88-96.

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1995.

구병삭, 신헌법원론, 박영사, 1997.

구병삭, “대통령의 국군통수권”, 고시계 1987년 8월호, 14-25.

구병삭, “문민통제”, 고시계 1981년 9월호, 33-40.
국가안전보장회의 운영의 정상화를 위한 공청회, NSC법 개정을 중심으로, 한나라당 공청회, 2005.
국회사무처, 국회법해설, 1996.
국회사무처, 국회법해설, 2004.
국회사무처, 국회법해설, 2008.
국회사무처, 위원회편람, 1996.
국회사무처 국제국 편, 일본 의회: 의회제도·주요인사·관련법규, 2006.
국회사무처 의사국, 국회의사편람, 2004.
국회운영위원회 수석전문위원실, 주요국의 의회제도, 2004.
국회운영위원회 전문위원실, 의회의 중계방송제도, 1992.
권영설, “국회의 위원회제도 -현행 국회법을 중심으로-”, 고시계 1995년 2월호.
권영설, “국회의사절차의 헌법상 쟁점과 과제”, 헌법학연구 제10권 제3호(2004).
권영설, “통일지향적 정부형태로서의 대통령제”, 공법연구 27집 3호(1999.6), 27-47.
권영설, “한국의 대통령제와 그 헌법운용”, 중앙법학 9권 2호(2007.8).
권영성, 비교헌법학, 법문사, 1981.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2007.
권영성, 헌법학원론, 법문사, 2008,
권해호, 예산법률주의, 세경사, 1995.
권해호, 예산법률주의에 관한 연구, 부산대학교 박사학위논문, 1995.
길병옥, 민주평화통일회의의 효율적 자문건의체계 구축을 위한 조직혁신에 관한 연구, 한국거버넌스학회보 제12권 제1호, 2005. 8, 219면 이하.
김 욱, “국회의원의 당적 이탈·변경문제에 대하여”, 헌법의 규범력과 법질서 : 정천허영박사정년기념논문집, 박영사, 2002.5.
김광선, “국무총리의 국무위원 제청권과 행정각부 통할권에 관한 연구”, 중앙법학 6권 3호(2004), 7-23.
김기범, “계엄”, 고시계 1967년 9월호.
김기영, 헌법강의, 박영사, 2002.
김남진, “국회의원의 불체포특권”, 법정 21권 1호(187호, 1966.1).
김남철, “지방의원의 유급제와 겸직·겸업”, 자치행정 2006년 8월호(통권221호).

김대환, “우리나라와 독일의 정부제도에 대한 비교고찰”, 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑김철수교수정년기념논문집, 박영사, 1998, 705-751.
김대환, “임시국회인사청문회에서의 공직후보자의 사생활의 비밀과 자유의 보장과 국회의원의 면책특권”, 고시계 2001년 2월호.
김도창, 국가긴급권론, 청운사, 1968.
김도협, “기본법상 연방의회의 특징에 관한 소고”, 법학연구(한국법학회) 제19집 (2005.10).
김도협, 독일의원내각제에 관한 연구, 단국대학교 박사학위논문, 1999.8.
김래영·강승식, “미국헌법상 선거제도에 관한 연구”, 헌법학연구 11권 4호(2005.12), 49-103.
김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 헌법학연구 8권 4호(2002. 12).
김명식, “미연방대통령의 사면권에 관한 소고”, 토지공법연구 19집(2003. 9).
김문현, 사례연구 헌법, 법원사, 2000.
김문현, “국무총리의 지위”, 고시계 1998년 5월호, 36 이하.
김문현, “국정조사권과 사법권의 독립 및 국회의원의 면책특권의 인정여부” 고시계 1994년 6월호.
김문현, “국회의원의 헌법상의 지위”, 고시계 1998년 1월호.
김문현, “대통령의 국민투표부의권”, 고시계 2006년 2월호, 29-42.
김문현, “정당국가현상과 대의제 민주주의”, 공법연구 24집 4호(1996).
김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 국제법학회논총 46권 1호 (2001.6).
김민전, “국회운영의 문제점과 제도개선 방안”, 국회관계법 개정에 관한 공청회 자료(국회개혁특별위원회), 2005.4.28.
김배원, “예산의 법적 성격” 국가재정 관련법제의 현안과 과제(1), 한국법제연구원, 2004.
김백유, “수상제민주주의(Ⅱ)-의원내각제하의 신임질의권”, 한성대논문집 21권 (1997).
김상겸, “계엄법에 관한 연구”, 헌법학연구 11권 4호(2005. 12).
김상겸, “권력분립과 정부형태에 관한 연구 - 법치국가원리와 관련하여”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 451-483.
김상겸, “의회의 자율권과 사법: 독일의 경우를 중심으로”, 헌법학연구 9권 2호(2003. 8).

김선택, “국회의원의 면책특권·불체포특권 제한입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 10권 3호(2004.9).
김선택, “재신임국민투표의 법률적 무의미성과 정치적 유의미성”, 공법연구 32집 3호(2004), 21-54.
김선택, “정당투표제 실시에 따른 문제점과 개선방안”, 선거관리 제50호(2004), 186-210.
김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 헌법실무연구 8권, 박영사, 2007, 54-106.
김선택, “헌법상의 외교권한 배분과 구체화 입법의 헌법적 한계”, 헌법학연구 13권 3호(1)(2007), 281-316.
김성호, “국회의원 불체포특권의 제한”, 민주사회를 위한 변론 56호(2004.1.2).
김세신, “입법과도의 현상과 개정방안”, 법제연구 통권3호, 1992.
김승환, “국회의원선거에서의 정당의 법적 지위”, 현대공법이론의 전개 : 석정허영민박사화갑기념논문집, (1993.12).
김승환, “대통령선거제도와 헌법개정”, 헌법학연구 7권 2호(2001.8), 169-188.
김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000.
김영조, “국회의 국정감사제도의 문제점과 개선방안”, 상명대 사회과학연구 21권(2005), 1.
김영천, “제14대 국회와 자율성의 확립방향”, 국회보 1992년 11월호.
김영천, 의회의 자율권에 관한 비교법적 연구, 고려대학교 박사학위논문, 1991.
김용균, “면책특권의 제한논의에 대하여”, 국회보 2001년 11월호.
김용복, “한국 국무총리제도의 문제점과 개선방안: 권력구조개혁과 총리제도”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 205-226.
김용진, “국회의 동의를 요하는 조약의 범위”, 법제 244호(1988.10).
김유환, “미국 감사원의 법적 지위와 권력분립원칙”, 미국헌법연구 13호(2002).
김은철, 입법과정의 개선방안에 관한 연구, 조선대학교 박사학위논문, 2005.
김인철, 예산제도에 관한 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 1997.
김정실, 의회론, 三一, 1931.
김종서, “사면권의 한계”, 민주사회를 위한 변호사모임 토론회(1997. 7. 24.) 발표문.
김종서, “한미FTA와 민주주의”, 민주법학 32호(2006.12).

김종철, “감사조직의 개편방향 – 감사원의 소속과 기능의 재편론을 중심으로”, 공법연구 31집 2호(2002).
김종철, “국회의원 불체포특권의 연혁과 현황”, 민주사회를 위한 변론 통권56호(2004.1.2).
김종철, “노무현대통령탄핵심판사건에서 헌법재판소의 주요논지에 대한 비판적 검토”, 세계헌법연구 9호(2004. 6).
김종철, “대통령 4년 연임제 ‘원 포인트’ 개헌론에 대한 비판적 검토”, 헌법학연구 13권 1호(2007.3), 61-104.
김철수, 비교헌법론(상), 박영사, 1980.
김철수, 한국헌법사, 대학출판사, 1988.
김철수, 헌법학(상), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학(하), 박영사, 2008.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 1978.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2006.
김철수, 헌법학개론, 박영사, 2007.
김철수, 현대헌법론, 박영사, 1979.
김철수, “헌법상 대통령 자문기구의 권한과 책임”, 고시계, 2005. 8, 61면 이하.
김철수 외, (주석헌법)헌법, 법원사, 1996.
김춘환, “위임입법의 한계와 국회에 의한 통제”, 공법연구 34집 3호(2006).
김하열, 탄핵제도에 관한 연구, 고려대학교 박사학위논문, 2006.
김학성, 헌법학강의, 성문사, 2001.
김현성, “탄핵심판청구 취하에 관한 비판적 고찰”, 저스티스 통권98호(2007. 6).
김현철, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의”, 헌법재판소결정해설집 2003, 헌법재판소, 2004.11.
김형성, “민주적 선거제도”, 헌법학연구 7권 3호(2001.10), 9-32.
김형성·정순원, “국회의원의 면책특권과 불체포특권 : 헌법 및 법률개정 논의 중심으로”, 성균관법학 16권 2호(2004.12).
김호섭·김성철·김병기·권혁성, “자치단체에 대한 국정감사의 법적 한계와 역기능적 실태”, 한국행정학보, 36권 2호(2002.6).
김홍우, “제헌국회에 있어서의 정부형태론 논의 연구”, 김일영 외 공저, 한국정치와 헌정사, 한울 아카데미, 2001, 187-243.

김효전, “입법부의 정책통제기능”, 인권과 정의 통권150호(1989).
남궁철, “주요국의회의 회기제도”, 입법조사월보 1994년 4월호.
남복현, “현행헌법상 권력구조의 개편필요성에 관한 검토”, 공법연구 26집 3호(1998.6), 277-295.
노화준 외, 시스템감사의 효율화 방안, 감사원, 2004.
대한변호사협회, “‘대통령 탄핵소추’에 관한 토론회”, 인권과 정의 통권333호(2004. 5).
도회근, “헌법개정의 쟁점과 과제 – 공법학자 설문조사 결과분석 –”, 공법연구 34집 1호(2005.11), 49-66.
루이스 피셔/임종훈 역, “의회의 정부통제”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
류춘호, “성과감사와 감사영역의 확대방안에 관한 연구”, 감사논집 5호(2000).
명재진, “국무총리제의 합리적 운용의 한계와 개헌필요성”, 헌법학연구 13권 1호(2007. 3), 155-185.
문광삼, 한국헌법론 – 국가조직론 –, 삼영사, 2008.
문광삼, “국무총리의 지위와 권한 – 그 권한회복을 위하여 –”, 고시계 1997년 5월호, 40-54.
문광삼, “현행 헌법상 통치구조 개편의 쟁점과 방향”, 공법연구 34집 1호(2005. 11), 1-18.
문장렬, 국가안전보장회의(NSC) 발전방안, 안보정책논총 II, 2001, 355면 이하.
문준조, 조약의 체결절차와 시행에 관한 연구, 한국법제연구원, 1994.
문홍주, 제6공화국 한국헌법, 해암사, 1987.
문홍주, 한국헌법, 법문사, 1965.
문홍주, 한국헌법, 법문사, 1968.
문홍주, 한국헌법, 해암사, 1980.
문홍주, 한국헌법, 해엄사, 1988.
문홍주, “탄핵제도”, 공법연구 1집(1971. 4).
박경철, “국회의원의 무기속위임적 지위”, 공법연구 32집 4호(2004.03).
박경철, 국민주권의 본질과 실현조건에 관한 연구, 연세대학교 박사학위논문, 2000.
박규하, “미국식대통령제의 프랑스와 독일에서의 변용”, 현대헌법학 4권 2호(1996).
박규환, “국회의원 면책특권의 허용범위 확정에 관한 기본권 이론적 연구 : 인격권(명예훼손)을 중심으로”, 공법연구 34집 4호(1)(2006.06).
박균성, 행정법강의, 박영사, 2007.

박봉국, 국회법, 박영사, 2004.
박봉국, 최신 국회법, 박영사, 2000.
박상철, 한국정치법학론, 리북, 2008.
박승호, “국회의원과 국회의장간의 권한쟁의에 관한 헌재결정”, 안암법학 11호(2000.08).
박영도, 입법과정의 이론과 실제, 한국법제연구원, 1994.
박영도, 입법학 용어해설집, 한국법제연구원, 2002.
박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 법제 473호(1997.5).
박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004.
박윤흔, “국무총리의 지위”, 사법행정 6권 4호(1965.4), 19-22.
박윤흔, “미국에서의 국회입법권의 행정입법에 대한 수권의 한계”, 헌법재판의 이론과 실제 : 금랑김철수교수화갑기념, 박영사, 1993.
박인수, “프랑스의 대통령 선거제도”, 헌법학연구 8권 2호(2002.8), 124-152.
박일경, 유신헌법, 박영사, 1972.
박일경, 제6공화국 신헌법, 법경출판사, 1990.
박일경, 헌법, 일명사, 1980.
박재창, 한국의회정치론, 오름, 2003.
박정택, “대통령직 인수와 정책기조의 형성 – 문민정부 이후 대통령직 인수 사례의 분석을 중심으로”, 한국정책학회보 16권 4호(2007.12), 1-28.
박종보, “국회의 대정부 통제권—대통령 탄핵을 중심으로”, 공법연구 32집 5호(2004. 6).
박종보·방승주·이인호, 계엄법 개정방안 연구, 합동참모본부, 2005. 11.
박종흡, 국정감사·조사와 청문회, 법문사, 1990.
박진완, “자유위임과 명령적 위임의 갈등에 대한 헌법적 검토”, 세계헌법연구 12권 1호(2006.6), 95-128.
박찬운, “국회의원 불체포특권의 제한방법을 생각한다”, 「국회의원 불체포특권에 관한 공청회」 자료집(대한변호사협회, 2004.2.9).
방승주, “재외국민 선거권제한의 위헌여부”, 헌법학연구 13권 2호(2007.6), 305-349.
방승주, “탄핵철회의 법적 허용성”, 법률신문 3262호(2004.4).
방승주, “권력구조의 민주화와 정당 – 야당기능의 활성화와 당내민주주의를 중심으로”, 헌법학연구 8권 2호(2002. 8), 43-44.

배정호, 국가안전보장회의(NSC)의 조직과 운영, 국방연구 제47권 제1호, 2004. 6, 169면 이하.
배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권”, 세계헌법연구 12권 1호(2006), 129-156.
백충현·정인섭, “한국의 국제법 관행”, 서울국제법연구 9권 2호(2002).
법무부, 위임입법에 관한 연구, 법제연구, 제171집, 1993.
서복경, “한국 선거제도의 특성과 변천과정”, 입법정보 100호 특집(2003.7.11).
서원우, “법규명령과 수권의 명확성”, 고시계 1983년 6·7월호.
서원우, “행정입법에 대한 통제 – 의회에 대한 통제를 중심으로”, 행정법연구 12호, 2004.
서주실, “국무총리의 헌법상 지위”, 고시계 1987년 8월호, 39-52.
서희경, “대한민국 건국헌법의 기초와 수정 – 정부형태에 관한 논의를 중심으로”, 공법연구 31집 4호(2003.5), 27-47.
서희경, “헌법의 제정과 운영 – 대한민국 건국기의 정부형태에 관한 논쟁을 중심으로”, 한국정치연구 10집 (2000.12), 355-397.
성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2004.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2008.
성낙인, 판례헌법, 법문사, 2008.
성낙인, “국회구성원리로서의 양원제”, 고시연구 1995년 5월호, 97 이하.
성낙인, “국회의원의 면책특권과 불체포특권”, 고시계 1996년 5월호.
성낙인, “대통령의 공무원임명에 대한 국회의 통제”, 고시계 1996년 9월호.
성낙인, “대통령의 유고의 헌법문제 – 한국과 프랑스의 논의를 중심으로”, 헌법학연구 13권 3호(2)(2007.9), 761-797.
성낙인, “프랑스 제5공화국헌법과 유신헌법상 대통령의 국가긴급권에 관한 비교연구”, 공법연구 28집 4호(2)(2006. 6).
성낙인, “한국헌법과 이원정부제(반대통령제)”, 헌법학연구 5권 1호(1999.5), 63-105.
성낙인, “헌법상 국무위원”, 고시계 1993년 2월호.
션 헤이즈/황지영 역, “정치적 문제 원칙(Political Question Doctrine) -정치 공세로부터 사법부를 보호하기 위한 수단-”, 헌법논총 제14집(2004).

송기춘, “대통령노무현탄핵심판사건결정의 몇 가지 문제점”, 민주법학 26호(2004. 8).
송기춘, “우리 헌법상 대통령 탄핵제도에 관한 소고”, 공법연구 32집 5호(2004. 6).
송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 30집 5호(2002. 6).
송길웅, “양원제에 관한 연구”, 헌법학연구 6권 4호(2000.12), 183-204.
신민수, 정당국가원리와 자유위임과의 관계, 한양대학교, 2002.
신용간, “국회의원의 발언, 표결의 면책특권”, 고시계 1984년 5월호.
신우철, 헌법과학, 동현출판사, 2002.
신우철, “정부형태, 과연 바꾸어야 하는가? 최근 개헌론에 대한 헌법공학적 비판과 대안”, 헌법학연구 8권 4호(2002.12), 451-480.
신해룡, 예산정책론, 세명출판사, 2005.
심경수, “미국부통령제의 성립과 그 배경에 관한 고찰”, 충남대법학연구 9집 1호(1998).
심경수, “우리나라 헌법상 국무총리의 지위”, 헌법학연구 4권 3호(1998.11), 57-83.
안경환, “미국법상 국회의원의 면책특권”, 고시계 1987년 4월호.
안경환 외, 감사환경변화에 대응한 감사원의 역할 등에 관한 연구, 한국공법학회, 2006.
안용교, 한국헌법, 고시연구사, 1989.
양 건, 헌법강의 I, 법문사, 2007.
양 건, 헌법강의 II, 법문사, 2008.
양 건, “정부형태의 기본문제에 관한 소고”, 한양대 법학논총 24집 3호(2007.8), 101-127.
엄순영, “법의 세계화”, 민주법학 32호(2006.12).
오동석, “민주주의 관점에서 본 한미 FTA 협상과정의 문제점”, 민주법학 32호(2006.12).
오영근, “사면에 관한 비교법적 연구”, 교정연구 13호(2001).
옥동석, 재정민주주의와 지출승인법, 한국조세연구원, 2004.
옥동석, “예산법률주의와 국회의 예산심의”, 법제연구 제28호(2005).
옥동석, “공공부문과 국가재정의 범주: 현황, 문제점 및 개선방향”, 「재정논집」, 제12집 제2호, 한국재정학회, 1997.
옥동석, “재정범위의 설정에 관한 연구”, 「재정시스템의 개선: 중기재정관리체계, 성과관리, 재정투명성」, 한국개발원, 2004.

유 훈, 재정법, 서울대학교 출판부, 1991.
유남석, “국회의원의 면책특권”, 국민과 사법 : 윤관 대법원장 퇴임기념, 박영사, 1999.1.
유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1953.
유진오, 신고 헌법해의, 일조각, 1957.
유진오, 헌법기초회고록, 일조각, 1980.
유진오, 헌법해의, 명세당, 1949.
윤명선, 헌법학, 대명출판사, 2000.
윤명선·김병묵, 헌법체계론, 법지사, 1999.
윤세창, 신헌법, 일조각, 1983.
윤여헌, “국회의원의 불체포특권”, 공주사대 논문집 24집(1986.12).
윤정인, “국회의원의 면책특권과 불체포특권”, 고시계 2000년 10월호.
음선필, “국회의 규모에 관한 헌법적 고찰”, 공법연구 27집 3호(1999.6), 249-261.
음선필, “대통령선거 및 국회의원선거의 선거주기 - 정치권력의 시간적 배분”, 헌법학연구 13권 1호(2007.3), 105-153.
음선필, “독일의 탄핵제도”, 순천향 사회과학연구 7권 2호(2001).
음선필, “정당과 선거제도 - 전국구비례대표제의 문제점과 개선방안을 중심으로”, 공법연구 30집 3호(2002.2), 25-67.
음선필, “한국헌법과 국민투표”, 토지공법연구 33집(2006), 441-463.
이강혁, “미합중국대통령의 지위와 권한”, 미국헌법연구 8호(1997.6), 51-98.
이계수, “한국의 군사법과 치안법:군사와 치안의 착종과 민군관계의 전도”, 공법연구 31집 4호(2003).
이관희, 한국민주헌법론 Ⅱ, 박영사, 2008.
이관희, “국정감사제도의 문제점과 개선방향 -국정감사 폐지논의를 포함하여-”, 경찰대학 논문집 19권(1999).
이관희, “독일의 국정조사권에 관한 연구”, 경찰대학 논문집 20권(2000).
이관희, “미국 연방의회의 국정조사권”, 경찰대학 논문집 18권(1998).
이관희, “우리나라 국정감사·조사 제도의 개혁방안”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
이국운, “민주화와 사면”, (서울대학교)법학연구 4권(1997).
이금옥, “대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제”, 헌법학연구 5권 2호(1999).

이기우, “국회와 지방의회의 관계정립 –입법과 국정감사를 중심으로–”, 한국행정연구 3권 3호(1994.11).
이기우·홍준현·이종원·권영주, “국회에 의한 지방자치단체 국정감사 범위의 합리적 조정방향”, 한국지방자치학회보 15권 4호(2003.12).
이덕연, “국회의원의 정당(교섭단체)기속과 자유위임”, 법률신문 3232호(2004.1).
이덕연, “법률과 예산”, 「국가재정관련법제의 현안과 과제(1)」, 한국법제연구원, 2004.
이동윤, “한국 국회의장의 선출과정에 관한 연구”, 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 17-37.
이명웅, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 미국헌법연구 16권 2호(2005. 9).
이상돈, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 고시계 1985년 10월호.
이상윤, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 공법학연구 7권 4호(2006. 11).
이상윤, “일본탄핵제도의 헌법적 의의와 과제”, 공법학연구 8권 2호(2007. 5).
이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰: 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 국제법 동향과 실무 5권(2003).
이석연, “국회의원의 국무위원직 겸직의 위헌성”, 법률신문 2386호(1995.2).
이승우, 국가구조론, 두남, 2008.
이승우, “노무현대통령에 대한 탄핵소추의결과 쟁점분석”, 인권과 정의 통권333호(2004. 5).
이승우, “대통령노무현에 대한 탄핵심판결정의 평석” 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004.
이승우, “불신임정국과 정부형태에 관한 연구”, 인권과 정의 통권349호(2005.9), 123-139.
이승우, “현행 탄핵심판제도와 노대통령에 대한 탄핵사유의 부당성”, 민주사회를 위한 변론 57호(2004).
이승우·정만희·음선필, 탄핵심판제도에 관한 연구, 헌법재판소, 2001.
이원우, “대의 민주주의와 정당국가의 이상과 현실 : 정당국가에 있어서 자유위임”, 법학논집 제4권 제3호(1999.10).
이재원, 대한민국의 국무총리, 나남, 2007.
이종수, “공직취임과 자유위임, 겸직제한 및 이에 따른 민사법적 평가”, 고시계 2006년 9월호.

이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2007.
이준일, 의원의 자유위임과 명령적 위임 : 그 기초이론을 중심으로, 고려대학교 석사학위논문, 1990.
이한규, 입법과정 개선에 관한 헌법적 고찰, 고려대학교 박사학위논문, 2002.
이헌환, "대통령의 공무원임면권과 그 한계", 고시계 2000년 8월호.
이현우, "한국국회의장의 실질적 권한과 위기시 리더십연구", 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 7-16.
이홍규·임성호·정진영·강원택·김병국(공저), 대통령직 인수의 성공조건, 동아시아연구원, 2007.
임규철, "한국과 독일에 있어서의 입법절차의 비교 연구", 공법학연구 4권 2호(2003).
임성학, "한국 국회의장의 법률적 권한 변화 연구", 한국국제정치학회, 한국국제정치학회 학술대회 발표논문집 2008 건국 60주년 기념 공동학술회의 라운드테이블/기획서패널, 2008. 8, 39-59.
임종훈, "국가권력구조의 개편방향", 헌법학연구 12권 2호(2006.6), 73-94.
임종훈, "국가권력구조의 개편방향", 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 393-419.
임종훈, "국정감사·조사제도의 재조명", 헌법학연구 10권 3호(2004.9).
임종훈, "국회의원과 국회의장간의 권한쟁의심판", 법률신문 2638호(1997.10).
임종훈, "미국대통령제의 현실과 전망", 세계헌법연구 3호(1998).
임종훈·박수철, 입법과정론, 박영사, 2006.
임종휘, "대통령의 공무원임명에 대한 입법적 제약의 헌법적 한계", 한국헌법학의 현황과 과제 : 금랑 김철수교수 정년기념논문집, 박영사, 1998.
임지봉, "헌법적 관점에서 본 '국회의 동의를 요하는 조약 -대한민국의 경우를 중심으로-", 국제법 동향과 실무 3권 1호(2004).
장석권, "현행헌법상 국무총리제의 활용방안에 대한 고찰", 고시계 1993년 2월호, 31-42.
장선희, "예산의 법적 성격", 국가재정관련법제의 현안과 과제(1), 한국법제연구원, 2004.
장영수, 국가조직론, 홍문사, 2005.
장영수, 헌법총론, 홍문사, 2002.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.

장영수, 헌법학, 홍문사, 2007.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2008.
장영수, “대통령제의 대안으로서의 의원내각제 – 그 장단점과 한국에서의 적용을 위한 전제”, 고려법학 39집(2002.11), 89-112.
장영수, “대통령탄핵의 헌법적 쟁점과 우리의 과제”, 고려법학 42권(2004).
장영수, “독일식 의원내각제의 한국적 적용”, 헌법학연구 5집 1호(1999.5), 37-62.
장영수, “민주주의헌법에 있어서 다수결원리와 근본가치”, 공법이론의 현대적 과제 : 방산구병삭박사정년기념논문집, 박영사, 1991.
장영수, “불체포특권은 불가침인가”, 민주사회를 위한 변론 통권56호(2004.1).
장영수, “헌법개정의 의미와 방향”, 고려법학 44호(2005.7), 61-100.
장용근, “국회의원의 당적변경에 대한 헌법적 고찰”, 세계헌법연구 9호(2004.06).
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2006.
전광석, 한국헌법론, 법문사, 2007.
전원배, 의회조사권에 관한 비교법적 연구 -우리나라 국정조사권의 활성화를 위하여-, 서울대학교 박사학위논문, 1995.
전학선, “개헌논의와 관련된 정부형태 개정논의”, 헌법학연구 12권 4호(2006.11), 515-564.
전학선, “프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정”, 헌법학연구 13권 1호(2007), 511-548.
전학선, “프랑스의 대통령 탄핵심판제도”, 헌법학연구 6권 4호(2000. 12).
전학선, “헌법 제24조”, 헌법 주석서 II(총강 및 기본권 부분), 법제처, 2007.12, 876-902.
정만희, “미국헌법상의 탄핵제도”, 공법연구 30집 1호(2001. 12).
정만희, “선거제도에 관한 헌법재판소 판례의 평가”, 공법학연구 7권 1호(2006.2), 149-194.
정만희, “의원내각제 개헌론에 대한 비판적 분석”, 헌법학연구 6권 1호(2000.5), 302-323.
정만희, “탄핵제도에 관한 비교헌법적 연구”, 동아법학 32호(2003).
정만희, “현행 선거법제의 문제점과 개선방안”, 저스티스 통권66호(2002.4), 37-70.
정만희, “현행헌법상 대통령선거제도의 문제점과 개선방안”, 동아법학 23호(1997.12), 37-58.

정상우, “1954년 헌법개정의 성격에 대한 비판적 고찰”, 법사학연구 제28권(2003), 236-241.
정연주, “대의제도와 정당기속, 전국구 국회의원의 당적이탈·변경시 의원직 상실문제와 관련하여” 인권과 정의 통권276호(1999.08).
정연주, “현행 비례대표 국회의원선거제도의 문제점과 개선책”, 저스티스 통권70호(2002.12), 106-141.
정영화, 국가재정법원론, 다산출판사, (2009 근간 예정).
정영화, “국고보조금의 법적 문제점과 개선방안”, 세계헌법연구 제14권 제3호(2008).
정영화, “국회의 결산심사의 법적 성질과 재정통제방안”, 국가재정관련법제의 현안과 과제(3), 한국법제연구원, 2007.
정영화, “예산에 관한 공공경제학”, 국가재정관련법제의 현안과 과제(1), 한국법제연구원, 2004.
정영화, “의회개혁과 국가경쟁력 – 양원제 도입의 논거로서 13대-17 총선거의 실증분석”, 세계헌법연구 11권 1호(2005.6), 19 이하.
정영화, “헌법상 결산에 대한 국회통제의 비판적 고찰”, 세계헌법연구 제14권 제1호(2008).
정영화·김세진, 공적자금관리법제의 투명성제고를 위한 개선방안, 한국법제연구원, 2007.
정용덕·김근세, “한국의 핵심행정부 기구: 제도화와 개혁방향”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 177-204.
정용태, “대한민국 국회의 조약비준동의권”, 청주대 법학논집 3권(1988).
정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, 서울국제법연구 15권 1호(2008).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 동의거부”, 서울국제법연구 9권 2호(2002.12).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 동의제도 -재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로-”, 서울대학교 법학, 43권 3호(2002.9).
정인섭, “조약체결에 대한 국회의 사후동의”, 서울국제법연구 9권 1호(2002.6).
정재황, “국회의 입법과정”, 고시계 2004년 2월호.
정재황 외, 감사권의 독립성 확보 및 감사원 장기발전방안, 한국공법학회, 2002.
정재황·송석윤, “헌법개정과 정부형태”, 공법연구 34집 4호(2)(2006. 6), 155-182.
정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2008.
정종섭, “대통령의 국무총리 임명에 대한 국회의 동의”, 헌법학연구 4권 2호(1998.10), 384-432.
정종섭, “전국구 국회의원의 당적 이탈·변경과 의원직의 상실 여부”, 헌법연구 2권(1999).
정종섭, “탄핵심판에 있어 헌법재판소의 탄핵여부결정권”, 서울대학교 법학 46권 1호(2005. 3).
정종섭, “한국 헌법상 대통령제의 과제”, 헌법학연구 5권 1호(1999), 9-36.
정종섭, “한국헌법사에 등장한 국무총리제도의 연원”, 서울대학교 법학 45권 4호(2004. 12), 432-465.
정진석, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의”, 서울국제법연구 11권 1호(2004.6).
정태호, “국무총리서리 임명의 적법성과 국가기관간 권한쟁의심판의 적법성”, 고시연구 2003년 8월호, 155-167.
정태호, “대통령 임기제 개헌의 필요성과 정당성”, 헌법학연구 13권 1호(2007. 3), 1-60.
정혜영, “2001년 제정된 독일연방국정조사위원회법과 그 시사점”, 공법연구 34집 3호(2006.2).
정호영, 국회법론, 법문사, 2004.
정호영, 미국의회의 제도와 운영, 국회사무처, 1996.
제성호, “조약의 체결·비준에 대한 국회동의권”, 국제법학회논총 33권 2호(1998).
제정부, “입법영향평가”, 법제 2004년 4월호.
조소영, “한미 FTA에 대한 헌법적 쟁점의 검토”, 공법학연구 8권 3호(2007.8).
조영선, “현행 탄핵제도의 문제점과 개선방향”, 민주사회를 위한 변론 58호(2004. 5).
조익순, 한·미·일 정부회계 및 감사제도의 문화적 조명, 박영사, 1996.
조재현, “책임총리제 실현을 위한 개헌 및 선거법 개정”, 연세법학 9권 2호(2003), 23-55.
조정관, “국무총리(수상)의 정치적 역할에 관한 비교연구: 필리핀과 태국의 정당정치 비교”, 한국정당학회보 5권 2호(2006), 125-158.
조정관, “국무총리의 정치적 역할에 관한 비교연구: 권력구조에 따른 차이를 중심으로”, 2002년 한국정치학회 연말학술대회, 227-251.

조한상, “현행 헌법상 국가긴급권의 개선방향에 관한 고찰”, 헌법학연구 13권 2호(2007. 6).
조홍석, “비례대표 국회의원의 당적변경시 의원직 상실규정의 위헌성 : 공직선거 및 선거부정 방지법 제192조 제4항”, 공법학연구 3권 1호(2001.04).
조홍석, “탄핵결정의 법리적 음미”, 공법학연구 5권 2호(2004. 5).
중앙선거관리위원회, 미국 연방선거운동관계법, 2004.
중앙선거관리위원회, 이탈리아 선거법, 2004.
중앙선거관리위원회, 일본 공직선거법령집 I, 2004.
중앙선거관리위원회, 프랑스 선거법, 2004.
차강진, “대통령에 대한 탄핵심판”, 공법학연구 5권 3호(2004. 12).
체자레 베까리아/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 길안사, 1995
최경옥, “일본의 국정조사권과 사법권의 독립”, 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1989.
최대권, 헌법학 – 법사회학적 접근, 박영사, 1994.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1998.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 1999.
최대권, 헌법학강의, 박영사, 2001.
최대권, “지방의회의원직 겸직금지조항의 위헌여부 : 농협등의 임원의 경우를 중심으로”, 서울대 법학 31권 3·4호(1990.12).
최명근, 세법학총론, 세경사, 1996.
최원목 “한국 통상절차법안의 문제점과 법제정 방향”, 통상법률(2006.12).
최윤철, “국회의원의 면책특권”, 고시계 2006년 4월호.
최준영·이동윤, “국무위원 인사청문회 제도의 문제점: 게임이론을 통한 분석을 중심으로”, 신아세아 13권 3호(2006 가을), 93-116.
최준영·조진만·가상준·손병권, “국무총리 인사청문회에 나타난 행정부-국회 관계 분석: 회의록에 대한 내용분석으로 중심으로”, 한국정치학회보 42집 2호(2008.6), 151-170.
콘라드 헷세/계희열 역, 통일독일헌법원론, 박영사, 2001.
콘라드 헷세/계희열 역, 헌법의 기초이론, 박영사, 2001,
한국개발연구원, 한국재정 40년사(제7권), 1991.
한국법제연구원, 독일법령용어집, 2008.

한국재정40년사편찬위원회, 한국재정 40년사[제1권-제7권], 한국개발연구원, 1990.
한국헌법학회, 헌법개정연구, 2006.
한동섭, 한국헌법, 상학사, 1964.
한수웅, "대통령에 대한 탄핵심판절차", 헌법학연구 11권 1호(2005. 3).
한태연, 헌법학, 법문사, 1978.
한태연, 헌법학 - 근대헌법의 일반이론 -, 법문사, 1983.
함성득, "새로운 국무총리의 역할과 국무회의의 기능: 내각제 개헌논의와 관련하여", 한국행정연구 7권 2호(1998 여름), 138-154.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2007.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2008.
허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2006.
허 영, "국무총리서리판결에 대한 평석", 고시연구 1998년 12월호, 165-178.
허 영, "국회의원 선거의 의미와 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계", 고시계 2000년 12월호.
허 영, "국회의원의 자유위임 및 정당기속의 본질과 한계", 고황법학 3권(2001. 5).
허 영, "노무현 대통령에 대한 탄핵심판", 헌법판례연구 6권, 박영사, 2004.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2000.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2002.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2003.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2005.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2007.
홍성방, 헌법학, 현암사, 2008.
홍완식, "지역구도 타파를 위한 선거구제 개편에 관한 헌법적 쟁점", 공법학연구 7권 2호(2006.6), 25-54.
홍완식, "헌법개정에 있어서 국회 분야 논점", 헌법학연구 12권 4호(2006.11).
홍일선, "독일연방의회의 국정조사권 -기본법 제44조의 국정조사위원회를 중심으로", 헌법학연구 11권 3호(2005.9).
홍준형, "위임입법의 통제", 고시계 1996년 12월호.
홍준형, "행정입법에 대한 국회의 통제", 공법연구 32집 5호(2004).

金子宏, 租稅法, 第11版 , 弘文堂, 2006.
法學協會, 註解日本國憲法(下卷), 1995.
杉原泰雄, 憲法Ⅱ-統治の機構, 1989.
小村武, 豫算と財政法, 新日本法規出版, 3訂版, 2002.
日本財政法學會 編, 財政法の基本課題(財政法講座1), 勁草書房, 2005.
日本財政法學會 編, 財政の適正管理と政策實現(財政法講座2), 勁草書房, 2005.
日本財政法學會 編, 地方財政の變貌と法(財政法講座3), 勁草書房, 2005.
川田剛, 租稅法入門, 財團法人大藏財務協會, 2007.
樋口陽一•佐藤幸治•中村睦男•浦部法穗, 註釋日本國憲法, 青林書院, 1984.
片桐正俊, 財政學, 第2版, 東洋經濟新聞社, 2007.
片桐正俊, 「財政學」, 東洋經濟新聞社, 2007.
河野一之, 新版豫算制度, 學陽書房, 第2版, 2001.

Arndt, Klaus Friedrich, Parlamentarische Geschäftsordnungsautonomie und autonomes Parlamentsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
Berger, Raoul, Impeachment: The Constitutional Problems, Cambridge: Harvard University Press, 1973.
Black's Law Dictionary, 1999.
Bollmann, Gerhard, Verfassungsrechtliche Grundlagen und allgemeine verfassungsrechtliche Grenyen des Selbstorganisationsrechts des Bundestages, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
Brittain, Herbert, The British Budgetary System, London: George Allen and Unwin, 1959.
Buck, Arthur Eugene, Public Budgeting: A Discussion of Budgetary in the National, State and Local Governments of the United States, NY: Harper & Brothers Publishers, 1929.
Burkhead, Jesse, Government Budgeting, NY: John Wiley & Sons Inc., 1956.
Collender, Stanley E., The Guide to the Federal Budget: fiscal 2000, A Century Foundation Report, NY: The Century Foundation Press, 1999.
Dreier, Horst et al., GG Kommentar. Band Ⅱ, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998.
Goodnow, Frank J., Principles of Constitutional Government, NY & London: Harper & brothers, 1916.

Gerhardt, Michael J., The federal impeachment process : a constitutional and historical analysis, Chicago: University of Chicago Press, 2000.

Hesse, Konrad, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20. Aufl.), C. F. Muller, Heidelberg, 1999.

Jarass, Hans D., Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, Beck, München, 2007.

Keith, Robert, Schick, Allen, Davis, Edward/국회사무처 법제예산실 역, 미국의 연방 예산과정, 국회사무처 법제예산실, 1997.

Keith, Robert, Schick, Allen, Davis, Edward, Manual on the Federal Budget Process, CRS Report for Congress,98-720 GOV, Congressional Research Service, The Library of Congress, 1998.

Kühnreich, Das Selbstorganisationsrecht des Deutschen Bundestages unter besonderer Berücksichtigung des Hauptstadtbeschlusses, 1997.

Kurland, P. B., "Pardoning Power", Encyclopedia of the American Constitution Vol. 4(2nd Ed.), NY: MacMillan Reference USA, 2000.

Leibholz, G./권영성 역, 헌법국가와 헌법, 1976.

Löwenstein, Karl, Verfassungslehre, J.C.B.Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1975.

Maitland F. W., The Constitutional History of England, Cambridge University Press, 1920.

Mattarella, Sergio, Der Zweikammersystem in Italien, AöR 108 Bd. 1983, S. 370 ff.

Mangoldt, Hermann von, Klein, Friedrich, Starck, Christian, Das Bonner GG: Kommentar. Band 2, F. Vahlen, München, 2000.

Maunz, Theodor von, et al., GG Kommentar, C.H.Beck, München, 2003.

Meyer, Hans, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: HStR III 2005, § 46.

Münch, Ingo von, Kunig, Philip, GG Kommentar, C.H.Beck, München, 1995.

Olezek, Walter J., Congressional Procedures and the Policy Process(4th Ed.), Washington, D.C: Congressional Quarterly Inc, 1996.

Redlich, Josef, Steinthal, A. Ernest, Ilbert, Courtenay, Sir, The procedure of the House of Commons : a study of its history and present form, London: Archibald Constable & Co., 1908.

Sachs, Michael, Battis, Ulrich, Grundgesetz : Kommentar(4. Aufl.), Beck, München, 2003.

Schick, Allen, Congress and Money: Budgeting, Spending and Taxing, Washington D.C.: The Urban Institute, 1980.

Schönberger, Christoph, "Parlamentarische Autonomie unter Kanzlervorbehalt?", Juristen Zeitung v.2002-5, 211-218 ff.

Stiglitz, Joseph E., Economics of the Public Sector(2nd Ed.), Prentice Hall, 1990.

Sunstein, Cass R., "Impeaching the President," 147 U. Pa. L. Rev. 279, 1998.

Sunstein, Cass R., "Impeachment and Stability", 67 George Washington L. Rev. 699, 1999.

Tribe, Laurence H., American Constitutional Law, vol. 1, NY: Foundation Press, 2000.

Vedel, Georges, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1984.

Vgl. L.-A. Versteyl, GGK, Bd. 2, 5. Aufl. 2001.

Vgl. M. Morlok, GGK, Bd. 2, 1998.

Wyduckel, Dieter, Der Bundesrat als Zweite Kammer, DÖV 1989, S. 181 ff.

Zeh, Parlamentarisches Verfahren, in: HStR II, (2. Aufl.), 1998.

Zippelius, Reinhold, Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht(32. Aufl.), C.H.Beck, München,

판 례 색 인

憲法裁判所 判決

憲裁 1990. 9. 3. 89헌가95 — 264, 268, 270
憲裁 1990. 9. 3. 90헌마13 — 523
憲裁 1990.10.15. 89헌마178 — 523
憲裁 1990.11.19. 90헌가48 — 385
憲裁 1992. 2.25. 90헌가69등 — 260
憲裁 1992. 4.28. 90헌바27 등(병합) — 567
憲裁 1992.12.24. 90헌바21 — 270
憲裁 1993. 5.13. 92헌마80 — 529
憲裁 1993. 7.29. 93헌마23 — 441
憲裁 1994. 4.28. 89헌마221 — 618, 623, 631, 632, 633, 709
憲裁 1994. 4.28. 92헌마153 — 81
憲裁 1994. 6.30. 92헌가18 — 529, 533, 544
憲裁 1994. 7.29. 92헌바49등 — 266, 270
憲裁 1994. 7.29. 93헌가12 — 529
憲裁 1994. 7.29. 93헌가3 — 385
憲裁 1994. 7.29. 93헌가4 — 370, 455
憲裁 1995. 1.20. 94헌마246 — 610, 612
憲裁 1995. 2. 23. 90헌라1 — 105, 162
憲裁 1995. 5.27. 98헌바70 — 61
憲裁 1995. 7.21. 92헌마177, 199(병합) — 97
憲裁 1995. 7.27. 93헌바1 등 병합 — 271
憲裁 1995. 9.28. 93헌바50 — 529
憲裁 1995.11.30. 91헌바1 병합 — 269
憲裁 1995.11.30. 93헌바32 — 266, 529
憲裁 1995.11.30. 94헌바14 — 272

憲裁 1995.12.27. 95헌마224 ——— 76, 77, 449, 452
憲裁 1995.12.28. 95헌마196 ——— 95
憲裁 1996. 2.16. 96헌가2 ——— 58, 609
憲裁 1996. 2.29. 93헌마186 ——— 535, 536, 539, 540, 543
憲裁 1996. 3.28. 96헌마18 등 ——— 98, 105, 108
憲裁 1997. 1.16. 92헌바6·26, 93헌바34·35·36(병합) ——— 178
憲裁 1997. 6.26. 96헌마89 ——— 447
憲裁 1997. 7.16. 96헌라2 ——— 162, 171, 179, 211, 340
憲裁 1997. 7.16. 96헌바36,37 병합 ——— 271
憲裁 1997.10.30. 96헌바14 ——— 271
憲裁 1997.12.24. 96헌가16 ——— 271
憲裁 1998. 4.30. 96헌바78 ——— 270
憲裁 1998. 5.28. 97헌가13 ——— 271
憲裁 1998. 5.28. 97헌마362 ——— 97
憲裁 1998. 7.14. 98헌라1 ——— 626, 627, 628
憲裁 1998. 7.14. 98헌라3 ——— 161, 162, 340, 346
憲裁 1998. 7.16. 96헌바52 등 병합 ——— 269
憲裁 1998. 8.27. 97헌마372 ——— 97
憲裁 1998. 9.30. 97헌마263 ——— 583
憲裁 1998.10.29. 96헌마186 ——— 105, 108
憲裁 1998.11.26. 96헌마54 ——— 79
憲裁 1998.11.26. 97헌바65 ——— 278
憲裁 1999. 1.28. 98헌마172 ——— 97
憲裁 1999. 1.28. 98헌바64 ——— 97
憲裁 1999. 3.25. 98헌가11등 ——— 271
憲裁 1999. 4.29. 97헌가14 ——— 281, 282, 291
憲裁 1999. 5.27. 98헌마214 ——— 371, 447
憲裁 1999. 6.24. 98헌마153 ——— 97
憲裁 1999. 9.16. 99헌바5 ——— 97
憲裁 1999.11.25. 98헌마141 ——— 97
憲裁 2000. 2.24. 99헌라1 ——— 161

憲裁 2000. 6.29. 98헌마443등(병합) ——— 190, 191, 345
憲裁 2000. 6.29. 98헌바92 ——— 266
憲裁 2001. 4.26. 2000헌마122 ——— 63
憲裁 2001. 7.19. 2000헌마91 ——— 77, 80, 83, 93, 453
憲裁 2001. 8.30. 99헌바92 ——— 82
憲裁 2001. 9.27, 2000헌바20 ——— 291
憲裁 2001.10.25. 2000헌마92 ——— 77, 78, 79, 452
憲裁 2002. 8.29. 2000헌바50 ——— 266
憲裁 2002. 8.29. 2001헌바82 ——— 271
憲裁 2002.10.31. 2002헌라2 ——— 523
憲裁 2003. 4.24. 2002.헌가6 ——— 271
憲裁 2003. 9.25. 2003헌바16 ——— 271
憲裁 2003.10.30. 2002헌라1 ——— 107, 160
憲裁 2003.11.27. 2003헌마259 ——— 82
憲裁 2003.11.27. 2003헌마694 ——— 375
憲裁 2003.12.18. 2003헌마225 ——— 661
憲裁 2003.12.18. 2003헌마409 ——— 568
憲裁 2004. 3.25. 2001헌마710 ——— 82
憲裁 2004. 3.25. 2002헌마411 ——— 75
憲裁 2004. 4.29. 2003헌마814 ——— 515, 521
憲裁 2004. 5.14. 2004헌나1 — 85, 332, 349, 358, 359, 361, 363, 364, 365, 366, 368, 370, 372, 374, 375, 377, 397, 503, 506, 507, 593, 626
憲裁 2004.10.28. 99헌바91 ——— 63
憲裁 2004.11.25. 2002헌바8 ——— 567
憲裁 2005. 6.30. 2004헌마859 ——— 582, 583
憲裁 2005.11.24. 2005헌마579등 ——— 506
憲裁 2006. 2.23. 2005헌라6 ——— 160
憲裁 2006. 7.27. 2004헌마215 ——— 82, 97
憲裁 2007. 3.29. 2005헌마985 ——— 78
憲裁 2007. 6.28. 2004헌마644 ——— 74, 75, 96, 447, 503, 505, 507
憲裁 2007. 6.28. 2005헌마772 ——— 73, 75, 454

憲裁 2007. 6.29. 2004헌마644등 ——— 447, 503, 505, 507
憲裁 2007. 7.26. 2005헌라8 ——— 286
憲裁 2007.10.25. 2006헌라5 ——— 286, 294
憲裁 2008. 1.17. 2007헌마700 ——— 85, 372, 373
憲裁 2008. 4.24. 2006헌라2 ——— 160
憲裁 2008. 5.29. 2006헌마1096 ——— 97
憲裁 2008.10.30. 2005헌바32 ——— 82

大法院 判決

大判 1954. 9.28. 4287형상61 ——— 217
大判 1955. 6.21. 4288형상95 ——— 217
大判 1962. 1.25. 4294민상9 ——— 705
大判 1964. 7.21. 64초4 ——— 550, 557
大判 1965. 2.21. 63누161 ——— 269
大判 1970. 7.21. 70누76 ——— 217
大判 1970.10.23. 70누126 ——— 217
大判 1971. 1.26. 69도1094 ——— 529
大判 1974.12.24. 70누92 ——— 269
大判 1981. 1.23. 80도2756 ——— 557
大判 1981. 2.10. 80도3147 ——— 557
大判 1981. 4.28. 81도874 ——— 557
大判 1981. 5.26. 81도1116 ——— 557
大判 1981. 9.22. 81도1833 ——— 557
大判 1983.10.25. 82누358 ——— 272
大判 1985. 5.28. 81도1045 ——— 555
大判 1987. 4.14. 86누459 ——— 567
大判 1987. 9. 8. 86누64 ——— 269
大判 1987. 9.22. 86누694 ——— 269
大判 1987.10.26. 86누426 ——— 269

大判 1989. 5.23. 88누3161 ——— 481
大判 1991.11.22. 91누3666 ——— 562
大判 1992. 9.22. 91도3317 ——— 127, 128, 129
大判 1992. 9.25. 92도1085 ——— 369
大判 1996. 2.27. 95누9617 ——— 567
大判 1996.11. 8. 96도1742 ——— 124, 127, 129
大判 1997. 2.11. 96누2125 ——— 481
大判 1997. 4.17. 96도3377 ——— 364
大判 1997. 4.25. 97도320 ——— 371
大判 1997. 5.16. 96누8796 ——— 272
大判 1997. 6.27. 95도1964 ——— 536
大判 2002. 7.26. 2002도1792 ——— 370
大判 2007. 1.12. 2005다5772 ——— 128

찾아보기

[ㄱ]

가부동수 — 4
가서명 — 278
가예산제도 — 24
각료회의(Cabinet Meeting) — 641
간접선거 — 452
감사 — 717
감사국회 — 142
감사원 — 717
  감사원의 소속 — 718
감사원장 — 745
  감사원장의 임명제청권 — 730
감사위원 — 745
  감사위원의 자격 — 743
감사위원회의 — 730
감사총감(State Comptroller) — 722
감찰위원회 — 717
감형 — 425
  일반감형 — 573
  특별감형 — 573
강화 — 401
개별사건법률 — 58
개별적 불신임제 — 326
건설적 불신임제 — 329
게리맨더링(Gerrymandering) — 78, 92, 451
결과가치의 평등 — 73, 75, 76, 77, 79
결산 — 714
결산검사 — 720
  결산검사의 보고 — 739
결선투표 — 456
겸직금지의무 — 114, 600
겸직허가 — 602
경비계엄 — 549
계속비 — 237
계엄 — 534
  계엄의 해제 — 556
계엄사령관 — 551
  계엄사령관의 특별조치권 — 553
계엄선포권 — 534
고등탄핵재판소 — 355
고시 — 520
공개선거 — 453
공모발행 — 263
공무원 — 560, 562
  별정직 공무원 — 566
  선거직 공무원 — 566
  일반직 공무원 — 566
공무원임면권 — 561
공법안(公法案) — 196
공소시효정지사유 — 610
공소시효제도 — 608
공포 — 206, 208
공화국탄핵재판소 — 354

과세요건법정주의 ——— 268
과세요건의 명확성원칙 ——— 270
과세자주권 ——— 266
관계기관대책회의 ——— 662
관권선거 ——— 489, 706
관리자율권(autonomie administrative) ——— 343
교부발행 ——— 263
국가긴급권 ——— 533
국가안전보장회의 ——— 662
국가안전보장회의 보고사항 —— 678
국가안전보장회의 심의사항 —— 678
국가에 대한 위해(injury to the state) ——— 353
국가원로자문회의 ——— 673
국가원수 ———404, 418, 512
국가이익우선의무 ——— 135
국가재건비상조치법 27, 412, 621, 622
국가재건최고회의 —27, 412, 621, 622
국고채무부담행위 ——— 262
국공채이론 ——— 259
국군통수 ——— 519
국군통수권 ——— 519, 520
국무원 ——— 620
국무원불신임결의권 ——— 12
국무원불신임제도 ——— 326
국무위원제도 ——— 640
국무총리
국무총리의 임명방식 ——— 625
국무총리의 제청 ——— 433
국무총리의 지위 ——— 622
국무총리의 통할 ——— 632, 701
국무총리서리제도 ——— 627
국무총리제 ——— 618, 620
국무총리제도 폐지론 ——— 627
국무회의 ——— 630
국무회의 소집 ——— 647, 665
국무회의 심의사항 505, 507, 519, 642
국무회의 심의절차 ——— 669
국무회의의 운영 ——— 664
국무회의의 의결 ——— 5, 19, 661
국민경제자문회의 ——— 673
국민발안 ——— 501
국민소환 ——— 501
국민투표 ——— 501
기속적 국민투표 ——— 507
신임투표적 국민투표 ——— 504
임의적(재량적) 국민투표 — 505, 507
자문적 국민투표 ——— 504, 507
필요적 국민투표 ——— 505
국민투표부의권 43, 48, 53, 375, 424, 426, 431, 501, 503, 596
국법상의 행위 ——— 593
국사재판소(Staatsgerichtshof) —— 428
국왕의 재가(Royal Assent) ——— 207
국정감사 ———51, 303, 304, 717
국정감사 폐지론 ——— 312
국정감사의 대상 ——— 303
국정의 통합·조정자 ——— 423
국정자문회의 ——— 674
국정조사 ——— 46, 296, 302
국정조사위원회법(Untersuchungs-

ausschussgesetz) 300
국정평가제도 727
국제법존중주의 63
국채 256
국채모집 8, 260
국채발행 25, 34
국채발행절차 264
국회 62, 127
국회구도결정권 108
국회구성권 107
국회대표권 157
국회부의장 161
국회윤리특별위원회 134
국회의원
국회의원의 의무 132
국회의원의 지위 101, 111, 126
국회의원윤리실천규범 135
국회의원지역선거구 90
국회의장 154
국회의장의 권한 157
국회의장의 당적보유금지 162
국회의장의 사임 157
국회의장의 선거 156
국회의장의 임기 157
국회출석발언권 588, 619
국회해산권 23, 42, 50
군대 548
군령군정일원주의 517
군령업무 520
군사상의 필요 551
군사재판 관할권 554
군인 633
군정업무 520
권한행사정지 385
궐위 469, 496
규제개혁위원회 202
규칙자율권(autonomie règlementaire) 339
균형재정론 258
기결정정식 526
기관단위 254
기금관리기본법 256
기금예산 256
기금운용계획안 256
기본권존중주의 63
긴급명령 543
긴급재정·경제명령권 534
긴급재정·경제처분권 540
긴급현안질문권 322

[ㄴ]

내각 3, 621
내각수반 621, 624
내각연대책임론 334
내각책임제 2
내각책임제의 내각 655
내국채 261
내부경찰권 339

[ㄷ]

다수결의 원칙 — 169
다수대표제 — 91
  상대(적) 다수대표제 — 91, 438, 455
  절대(적) 다수대표제 — 91, 438, 455
단기채 — 261
단순다수 — 170
단원제 — 67
당선소송 — 98
당연직위원 — 691
당적변경 — 106, 110
대역죄(haute trahison) — 355
대의제 민주주의 — 74, 101
대인감찰 — 716
대정부질문권 — 322
대중민주주의 — 106, 395
대통령 선거 — 438
대통령 직선제 — 454
대통령령 — 522
  대통령령의 위임 — 704
대통령보좌기관 — 630, 647
대통령선거인단 — 466
대통령의 무책임성 — 493
대통령의 비준 — 514
대통령제 — 400
  반대통령제 — 396, 416
  변형된 대통령제 324, 414, 417, 417
대통령직 인수에 관한 법률 — 467
대통령직인수에관한법률 — 629
독임제 — 729
동원 — 554
동의법률 — 196
동행명령제 — 306

[ㄹ]

레임덕 현상 — 491
레퍼렌덤(referendum) — 501
로크(J. Locke) — 394

[ㅁ]

면직 — 561
  의원면직 — 561
  일방적 면직 — 562
  직권면직 — 562
  징계면직 — 562
면책대상행위 — 126
면책특권 — 125, 606
  면책특권의 남용문제 — 129
명령 — 59
명령적 위임 — 135
몽테스큐(Montesquieu) — 399

무궁화대훈장 ——— 582
문민우위의 원칙 ——— 633
문민통제 ———520, 633, 647
문서주의 ——— 592
민정긴급기금 ——— 242
민주평화통일자문회의 ——— 681
분과위원회 ——— 686
사무처 ——— 682
상임위원회 ——— 685
운영위원회 ——— 686

[ㅂ]

발언 ——— 127
방어권 ——— 384
법규명령 ——— 522
법령 등 공포에 관한 법률 ——— 216
법률안 재의요구권 ——— 65, 206, 211
법률안거부권 ———206, 213, 403
법위반의 중대성 ——— 376
법정면직사유 ——— 567
법제사법위원회 — 203, 209, 358, 384
법체계의 불완전성 ——— 571
병정통합주의 ——— 516
병행조사 ——— 307
보류거부 ——— 214
보정예산제도 ——— 248
보통선거 ——— 446
보통선거원칙 —70, 71, 72, 73, 74, 75
보통선거의 원칙 ——— 446
복권 ——— 570
일반복권 ——— 574
특별복권 ——— 574
부령 ——— 703
부분적·개별적 위임 ——— 527
부서 ——— 606, 647
부서제도 ——— 594, 595
부통령제 ——— 499, 635
불소추특권 ——— 605
불체포특권 ———117, 553, 607
비교다수 ——— 169
비례대표제 ——— 78, 92
비밀선거 ——— 453
비밀선거원칙 ——— 74, 81, 88
비밀선거의 원칙 ——— 453
비방적 모독(verleumderische Beleidigung) ——— 130
비상계엄 ——— 550
비상사태 ———532, 535, 550
비상조치권 ——— 47
비엔나 협약 ——— 274, 286
비위감찰 ——— 718
비준 ———286, 293, 509

[ㅅ]

사권박탈법(bills of attainder) 349
사면 571
일반사면 572
자기사면 577
특별사면 572
사면심사위원회 572
사면제도 572
사무감독권 159
사법방해(obstruction of justice) 361
사법사무 553
사법안(私法案) 196
사변 550
사표 449
산회(散會) 140
3권분립론 399
상임위원회 62, 134, 199
상임위원회 제도 209
상임위원회 중심주의 210
서훈 581
서훈의 추천 582
서훈의 취소 583
석방요구 121
선거 88, 445
선거공영제 72
선거구 90
선거구간 인구편차 77
선거구획정 77, 451
선거구획정위원회 91
선거소송 97
선거운동 96
선거운동금지 369
선거운동의 자유 84
선거원칙 445
선거인명부 95
선거제도 법정주의 88
선전포고 510
선택적 검사대상 716
성과검사제도 727
세입세출예산 255
세출의 사전의결원칙 244
소관사무 61, 704
소추 607
소추장애 609
속개(續開) 140
수상제 민주주의(Kanzlerdemokratie) 328
수시보고 739
수입대체경비 255
수장우위적 합의제 730
수정예산 237
스태그플레이션(stagflation) 252
시스템감사 725
신대통령제 415
신임 510
실정(maladministration) 353, 366
실질적 성과가치 448
실질적 예산 227
심계원 718
심계장(審計長, Auditor General) 722

[ㅇ]

아그레망(agrément) ——— 514
양원제 ——— 67
연방의회의사일정법 ——— 196
영도적 대통령제 ——— 624
영리업무 ——— 602
영리업무금지 ——— 602
영전수여 ——— 581
예견가능성정식 ——— 525
예비금 ——— 243
예비비 ——— 240
  예비비의 내용 ——— 243
예비비제도 ——— 241, 242, 242
예산 ——— 227
  예산의 법적 성질 ——— 231
  예산의 불성립 ——— 235
  예산의 형식 ——— 230
예산결산특별위원회 ——— 227, 234
  계수조정소위원회 ——— 190
예산국회 ——— 141
예산단일연도주의 ——— 227
예산심의권 ——— 224, 232
예산안편성지침 ——— 233
예산요구서 ——— 233
예산일년주의 ——— 227, 237
예산총계주의 ——— 255
예산편성권 ——— 223, 225, 240
예산회계법(Budget and Accounting Act) ——— 246
5권분립체제 ——— 722
옴부즈만 ——— 722
외교사절 ——— 508
외국채 ——— 262
원내교섭단체 ——— 201
위임명령 ——— 522, 702
위임범위의 한정성 ——— 528
위임의 구체성 ——— 528
위임입법 ——— 268,271, 525, 526, 527
위촉위원 ——— 691
유고 ——— 496
유신정우회 ——— 39, 92
유회(流會) ——— 158
의결정족수 ——— 167
의사공개원칙 ——— 180
의사규칙의 자율권 ——— 338
의사정리권 ——— 157
의사정족수 ——— 165
의원가택권 ——— 339
의원내각제 ——— 394
  의원내각제의 내각 ——— 654
  의원내각제적 요소 11, 14, 30, 199, 328, 333, 405, 408, 410, 413, 417
의장에 의해 요구되는 특권(privileges demanded by the speaker) ——— 342
의장에 의해 요구되지 않는 특권 (privileges of the House not demanded by the speaker) ——— 343
의회규칙 ——— 337
의회독립 ——— 337
의회의 규칙자율권 ——— 339

의회의 법과 관행(lex et consuetudo parliamenti) 342
의회의 자율권 337
의회의 조직자율권 339
의회의 질서자율권 339
의회주의(legislative activism) 223
의회주의의 위기 102
의회특권 325
의회특권법(Privilege of Parliament Act) 337
이권분립론 395
이권운동금지의무 134
이원정부제 393, 396
이원정부제의 내각 658
이원정부제적 운용 636
이중위임금지의 원칙 62
인사청문회 566
인사청문회제도 628
인수발행 262
인적개별법률 58
INTOSAI 733
일반의결정족수 168
1인 1표(one man, one vote) 76, 448
1인 1표에 의한 전국구비례대표제도 81, 94
1인 1표의 원칙 448
임기제도 484
임면 566
임명 566
임명제청권 618, 620, 699
임시국무회의 665
임시예산 235, 239, 248
임시의장 162
임시회 141
입법 57
입법의 일반성 58
입법의 형식 59
입법권 56, 57, 59, 198, 202, 213
입법권의 한계 63
입법기 139
입법부재조직법(Legislative Reorganization Act) 147
입법사항 60, 522
입법예고제도 202

[ㅈ]

자유선거 70, 74, 81
자유선거원칙 74, 371
자유위임 102, 105, 135
작전지휘권 520
작전통제권 520
잠정예산 235
장기채 262
재무자율권(autonomie financière) 343
재정국회의결주의 261
재정민주주의 221, 232, 258
재정헌법 222

저지조항(Sperrklausel) — 79, 93, 94
전시 — 536
전시작전통제권 — 520
전체각의(Full Cabinet) — 657
절대다수 — 169
절차적 자율권(Verfahrensautonomie) — 338
절충형 대통령제 — 701
접수 — 508, 511
정기회 — 141
정당국가(화)현상 — 103
정당기속 — 28, 30, 107
정당제 민주주의 — 102
정당해산소추권 — 26
정례국무회의 — 665
정부보증채 — 262
정부위원 — 318
정부의 법률안제출권 — 199
정부조직법 — 61, 160, 303, 320, 431, 497, 499, 500, 513
정부형태 — 392
  입헌주의적 정부형태 — 394
  전제주의적 정부형태 — 394
정족수 — 164
정책심의기관 — 656, 660, 663
정치범죄 — 367
정치적 중립의무 — 364
정회(停會) — 148
제도적 보장 — 565
제왕적 대통령제 — 421, 478
조세 — 254
조세국가 — 220
조세법률주의 — 222, 261, 264
조세적법성원칙 — 270
조세통칙법(Reichsabgabenordnung) — 266
조세평등주의 — 268, 273
조세형평의 원칙 — 273
조약 — 270
  조약의 체결 — 284, 510
조약체결 관행 — 284
조약체결권 — 513
조약체결권자 — 291, 513
주한미군지위협정(SOFA) — 281
준예산 — 34, 235
준예산제도 — 235
중대한 범죄와 경죄(high crimes and misdemeanors) — 353
중앙인사위원회 — 565
증액 및 신비목설치 금지 — 251
지명위원 — 691
지방채 — 260
직권명령 — 703
직무감찰 — 715
  직무감찰의 대상 — 716
직무부수행위 — 129
직무상 행위 — 127
직업공무원제도 — 564, 567
직접민주주의적 요소 — 501
직접선거 — 453
직접선거원칙 — 453

직접선거의 원칙 453
질서유지권 157
집중심리제 386
집행명령 522
집행부 수반 419
집행부의 조직권자 432
집행부의 최고책임자 432
징발 552

[ㅊ]

책임총리제 636
처분적 법률 58
청렴의무 134
청문회 314
체결 278, 286, 290
체포동의 118
총계예산주의 254
총리령 700
추가경정예산 244, 246
출석·발언권 318
출석요구권 321
취임선서 472

[ㅋ]

칼 뢰벤슈타인(K. Loewenstein) 394
칼 슈미트(C. Schmitt) 428, 699
케인즈경제학파 258

[ㅌ]

탄핵 350
탄핵가능성(impeachability) 348
탄핵소추 351
탄핵소추 취소 381
탄핵소추의 대상 351
탄핵소추의 발의 339
탄핵소추의 사유 360
탄핵소추의 시효 370
탄핵소추의 의결 351
탄핵소추의 주체 357
탄핵소추의 효과 352
탄핵소추의결서 358
탄핵심판기관 350
탄핵심판위원회 32, 352
탄핵재판소 7, 355
테오도르 마운쯔(Th. Maunz) 428
통일정책자문국 683
통일주체국민회의 36, 37, 86

통첩 520
통치행위 539
통할 618
통할대상기관 632
투표가치의 평등 76, 448
특별다수 169
특별보좌기관 633
특별한 조치 552
특별회 143
특수채 260

[ㅍ]

파견 508
파면 562
펀드단위 254
평등선거 448
평등선거원칙
73, 76, 77, 79, 90, 92, 94, 96
평등선거의 원칙 448
평시작전통제권 520
평화통일정책자문회의 682
폐회(閉會) 140
표결 156
표면가치의 평등 448
프로그램감사 724
프로그램정식 526
플레비시트(plebiscite) 500
피선거권 95
필요적 검사대상 715

[ㅎ]

한국과 미국 간의 자유무역협정(FTA) 286
한미상호방위조약 281
한미연합사령관 520
한스 켈젠(H. Kelsen) 428
합의제 729
합의제기관 380, 660
해임 664
해임건의
해임건의의 사유 330
해임건의의 절차 330
해임건의의 효과 330
해임건의권 332, 622
해임의결권 46
행정각부 698
행정각부의 설치, 조직, 직무범위 698
행정각부의 장 631
행정각부의 지위 700
행정각부장관 7
행정각부통할권 630
행정명령 523, 700
행정사무 551
행정사무감찰 716

행정입법 ——— 522
행정협정(executive agreement) —— 280
헌법수호 의무 ——— 426
헌법위원회 ——— 351
헌법의 변동 ——— 699
헌법의 수호자 논쟁 ——— 429
헌법의 침해 ——— 699
헌법재판소 ——— 344
현행범 ——— 119
형사책임성(criminality) ——— 348
형식적 예산 ——— 349
회계검사 ——— 714
  회계검사의 대상 ——— 715
회계연도 ——— 225
회계연도독립주의(원칙) —— 228, 229
회기 ——— 117
회기계속의 원칙 ——— 29, 39, 151
회기불계속의 원칙 ——— 195
회의기(Wahlperiode) ——— 139
회의제기관 ——— 663
후임자 선출 ——— 461
훈령 ——— 524
휴회 ——— 141
휴회결의(休會決議) ——— 141

국회 · 정부에 관한 장
(제40조부터 제100조까지)

헌법 주석서 III

발 행 처	법제처(www.moleg.go.kr)
발 행 일	2010년 3월
문 의 처	법제처 기획재정담당관실 02-2100-2555, 2558
디자인 · 인쇄	아미고디자인 Tel. 02-517-5043 www.amigodesign.co.kr