

헌법을 개정하라

송희성

(전 법무법인 법률고문, 전 수원대 법대학장·행정대학원장, 한국
공법학회부회장, 사법시험위원·행정 고시 위원등 역임, 중부일보
정보정치평론담당, 제주신보논설위원, 법률연구소장 등)



차례

- I. 서설
- II. 개정에서 고려해야 할 사항
- III. 결어

I. 서설

헌법개정론은 상당히 장기간 그 부침을 계속하고 있다. 우리 헌법은 1948년 제정된 이래 9차례의 개정이 있어 왔다. 어느 나라이건 헌법이 빈번히 개정된 것은 그 나라에 정변이 자주 있었다는 것을 말해준다. 우리나라에서도 제헌 후 1980년 제 8차 개헌까지는 잦은 정변으로 인한 개정이었다. 그러나 1987년 9차 개헌 후에는 근 한세대가 계속되었는데, 이는 그동안 정변이 없었다는 반증인바, 상당히 다행스러운 일이다. 1987년의 9차 개헌 시 통치구조 특히 대통령의 임기 5년의 단임제는 그 당시의 정치주역들을 고려한 정치 공화적인 것이었다. 그리고 국민 소득이 1만 불이 조금 넘는 경제 상황을 토대로 한 것이었다. 1987년 9차 개헌 후 5년제 임기의 대통령을 6명을 선출하여 민주정치를 행한 바, 여러 가지 단점이 부각되었고, 국민소득 3만 불을 바라다보는 시점에서 복리 행정 청의 확대, 경제 민주화의 실질적 요구가 강력히 대두하고 있어, 헌법 개정이 필요하다는 주장이 설득력을 얻고 있다. 개헌을 확정하려면 국회의 3분의 2의 의결뿐만 아니라, 국민 투표를 하여 통과 되어야 한다. 그리하여 「헌법개정」 문제가 정치의 블랙홀이 되어 상대적으로 민생정치를 소홀히 하는 정치상황을 초래할 수 있다는 생각에서 개헌론에 반대하는 견해도 있다. 사실 정치가 어떤 난맥상을 보이는 것은 헌법상의 권력구조(통치구조)에 문제가 있어서라기보다는 정치인들(특히 국

회의원들이) 가치관·정치관에 문제가 있고, 양보와 타협의 정신의 부족 때문이라고 볼 수 있다. 경제 민주화 내지 제반 문제의 개혁·개선은 헌법규정에 달려 있는 것이 아니라, 정치인·관료·기업인들의 사고와 행동에 달려 있다고 볼 수도 있다. 이렇게 보면 헌법 개정만이 능사가 아니고, 자칫하면 개헌은 국력낭비로 이어질 뿐이라고 보게 된다. 이점에서도 나 도 개헌을 조금씩 서두를 일이 아니라는 점에 이해되는 면이 있긴 하다.

그러나 현행 권력구조가 문제가 있다고 비판 되고, 국민소득증가에 비례하여 국가 전반이 복리국가화 되지 못하고 있는 점을 외면하면 기득권유지의 소극적 대도라고 보기 쉽다. 특히 우리나라는 특하면 「법이 없어 못한다」는 말을 자주하는 「형식적 법치국가」에 가깝다. 이런 나라일수록 「최고 근본 규범」인 헌법에 규정을 두어 각 법률들이 복리국가 실현을 위한 입법을 하도록 하여야 하고, 행정방향을 제시하여야 한다.

II. 개정에서 고려해야 할 사항

크게 두 가지로 나누어 고찰해 보고자 한다.

첫째, 권력구조와 대통령의 임기제이다.

정치인과 온 국민이 걱정하고 있듯이 우리나라는 「지역감정」이 유난히 강하고, 정치인은 그 토대위에서 활동하는 면이 강하다고 한다. 이리하여 소수자의 저항적 반대를 누그러뜨리고, 다수자의 일방적인 횡포를 방지하려면 내각제 개헌이 필요하다고 주장하는 자가 있다. 그러나 현실 「정치공학」으로 볼 때 상당히 현실성 없는 생각이다. 지면의 제약도 있고 하니, 지금의 당별 국회의원수를 토대로 생각해 보자. 지금의 정치 상황에서 「내각제」를 한다면 「연립내각」을 구성하고, 수상은 제 1당에서 자치하게 될 것이다. 여기서 주로 세 가지 문제가 드러나게 될 것이다. ① 당을 달리하는 의원이 장관을 차지하여 행정에 균립하고, 관료들을 지휘하게 되는 바, 이 장관들이 다음 당선을 위하여 「지역감정」을 대변하는 행정을 하면 행정은 「국가행정」이 아니라 지역이기주의 행정을 하게 될 것이다. ② 수상은 다음선거에서 단독으로 일당이 되려는 노력을 계속할 것이고, 그래서 특정당의 당수가 되면 그는 대통령 못지않은 독재가 가능하게 된다. ③ 전쟁일보의 직전에 있는 나라가 정부 불신임과 국회의원 총선을 반복하면 국도의 불안한 정치 상황을 초래 하게 될 것이다. 영국이 형식적인 헌법이 없어도 혼란 없이 「정부」가 존속되는 것은 그들은 내각책임제의 역사가 길고, 양보와 타협의 신사정치가 정착되어 있기 때문이다. 특히 구체적인 통치를 얹으나 「균립」하고 있는 전통적인 왕의 「위엄」적 존재는 내각 책임제를 성공적으로 이끄는 핵심적 요소이다. 영국과 같이 「나라의 어른으로 왕」이 존재 하지 않고, 지금과 같이 어느 한 당이 국회의원의 다수를 차지하지 못하여, 「연립내각」을 구성하면 「내각」에서의 의결은 다수결 주의에 의할 것이고, 그것이 「지역감정」을 표출 할 때, 「내각」마저 분열적 행정을 하는 4분 5열의 국가가 될 것이다. 만일 어느 일당이 다수당이 되어 「내각의결」로 행정을 하게 될 때, 수상은 뒷집만 쥐고 있을 까. 선거에서 오히려 일당이 되고 정권을 잡기 위하여 지역 선동하는 정치는 더 기승을 부리지 않으려는 법이 없다. 우리는 여기서 「내각제」라고 불리우는 3차 개헌 하에서의 정치 상황

을 잠깐 살펴보자. 3차 개헌 하에서 대통령은 국가원수이고 국가를 대표하고(3차 개헌 § 51) 정부가 헌법재판소에 정당을 해산 제소를 하려면 대통령의 사전 승인을 얻어야 하고, 대통령의 임기는 5년이 보장되고 있었다. 대통령은 비상 시 긴급조치권을 갖고, 조약 비준권, 선전 포고권, 국군통수권, 사면·복권에 관한 권한을 갖고, 외국과의 강화 권을 갖고 외교사절에 대한 신임 접수 권을 가졌다. 그러나 대통령의 긴급조치권의 실행을 위한 법률적 효력을 갖는 명령은 국무총리가 발할 수 있게 하였다. 그리고 조약의 비준, 선전포고, 강화, 신임접수, 사면·감형·복권, 계엄 선포의 내용 등은 국무회의(내각)의 의결을 거치도록 하였다. 그리고 대통령은 국무가 계엄선포의 의결을 하였음에도 불구하고, 그 선포를 거부할 수 있게 하였다. 심지어「행정권은 국무원에 속한다」(3차 개헌 § 68)고 하고 있으면서 대통령이 국무위원의 임면을 확인한다고 하기까지 하였다(3차 개헌 § 62).

더 나아가 이상 대통령의 권한 사항으로 되어 있는 국정의 사항 및 기타 중요 사항은 사전에 「국무회의」의 의결을 거치도록 되어 있었다(3차 개헌 § 72). 이상 1960년의 3차 개헌에서 대통령과 국무총리가 권한을 나누어 분담하는 것을 대략 열거해 보았으나, 이런 헌법의 권력구조(통치구조)로 볼 때, 이것이 과연 「내각책임제」라고 말할 수 있는가 하는 것이다. 교과서들과 정치인은 3차 개헌 헌법을 실패한 「내각책임제」운운하고 있으나, 실재는 대통령 책임제와 다를 바 없고, 이름만 「내각책임제」로 불리워졌을 뿐이라고 본다. 대통령과 「국무총리」와의 권한 분배를 놓고 볼 때 통일적·효율적 통치가 어려운 변형된 「이원적 집행부제」에 속한다고 본다. 내용을 보면 견제가 아닌 갈등과 대립만을 노정시키는 통치 구조였고, 5.16이라는 정변을 불러일으킬 수밖에 없었다고 본다.

거듭 말하거니와 3차 개헌은 「국무원」의 민의원 해산제도 외는 대통령제에 가깝거나 「배가 산으로 가는」 모순되는 「이원적 권력구조」였다고 본다. 깊은 연구 없이 민주당의 「신·구파」의 대립을 헌법에 노정시킨 한심한 헌법 개정이었다. 정치가 그런대로 원만히 행하여지고 있는 내각 책임제 국가에서는 수상에게 거의 대내적·대외적 실권을 행사하게 하고, 대통령 등에게는 몇 가지 의례적·형사적 권한을 부여하고 있다. 그리고 그 대통령은 현행 우리 헌법하의 국무총리처럼, 있는 듯, 없는 듯 행동하는 것이 보통이다. 그런데, 대통령의 권한 내지 업무가 너무 많아 물리적으로 힘들고, 또 권한 집중으로 그 남용의 우려가 크므로 이를 「정치 기술적」으로 합리적으로 분배시키는 제도가 필요하다는 의견이 많이 나오고 있다. 그 한 방법으로 내각 책임제를 채택하여야 한다는 주장이 있으나, 우리나라의 「지정학적 상황」과 「정치적 전통상황」에 비추어 채택이 어렵다는 점은 이미 기술한 바 있다. 그러면 대통령제를 중심으로 하면서 국무총리에게 권한 일부를 맡기고 그가 책임지고 수행하도록 하는 경우다. 몇 번 거론된 바 있는 「책임총리제」이다. 여기에서 가장 문제되는 것은 「민주적 정당성」의 문제다. 즉 민선되지 않은 국무총리가 「최종 책임을 지는 지위를 부여받을 수 있느냐 하는 것이다. 그렇기 위해서는 「국무총리」 혹은 「부통령」으로, 대통령의 「런닝 메이트」로 하여 국민의 선거하는 방법도 거론 된다. 이렇게 하면 「민주적 정당성」을 얻는 계기는 된다. 그러나 미국 등 몇 개 국가가 이 제도를 채택하고 있으나 실재는 대통령 유고시 대통령의 지위 승계 권자 이상의 의미를 갖지 못하고 있다. 사실 민주적 정당성을 얻은 「부통령」이

나, 그렇지 못한 「국무총리」나 조용히 대통령이 「심부름 군」 역할을 하는 것이 「정치 공학적」 바램이다. 실제 나라의 문제 중 외국과의 문제이건, 내국의 문제이건 상호 연관되어 있지 않은 것이 없다. 그 권한 행사의 적정성·효율성을 불가분의 관계에 있다. 그럼에도 어떤 사항은 A가 최종적 결정권자이고 책임자이며, 또 어떤 사항은 B가 결정권자이고 최종책임자라고 하는 것을 그 행사 상 효율성·능률성도 문제이지만 책임 회피 수단이 될 수 있을 뿐이다. 결국 인위적으로 권한을 분배시키는 것은 실제 어렵고, 국무회의가 자유토론을 하여 결정할 수 있도록 하는 것이 필요하고, 일부 대통령의 권한 행사에 대하여 의회의 통제가 강화되어야 한다. 의회의 대통령 권한 행사에 대한 통제에서 대통령의 지시에 따르는 이른바 「리더들」의 「당론정치」가 자유 토론을 방해해서는 안 되나, 한편으로는 대통령의 「리더십」에 손상을 입혀서는 안 된다. 번거롭겠지만, 장관들, 청와대 보좌진은 보다 정확한 통계를 가지고 의원들에게 상세히 설명할 수 있도록 하여야 할 것이다. 다시 말하면 「소통」은 원활히 자주 행하여야 한다. 그리고 외관되나마 드릴 말씀은 정치인·관료들은 그 가치관이 「乙」의 지위를 갖고 있는 국민편에서 있어야지, 잠재적으로도 「정경 유착」 관계에 있어서는 절대 안 된다. 그 다음 대통령의 임기의 5년 단임 문제다. 이를 둘러싼 여론의 대부분은 대통령이 취임 1년여는 국정 파악에 보내고, 또 퇴임 직전 1년은 래임 덕이 작용하거나 정권을 마무리 하는 기간으로 실제 일할 수 있는 기간은 3년이 못된다고 하는 것이 중론이다. 우리나라와 같은 국민소득 국가의 국가경제 및 발전계획은 대개 5년 이상 10년 정도의 기간을 요하는 것이 보통이다. 그런데 현재의 실제 재임의 3년 정도로는 사업을 계획적으로 수행 할 수 없다. 재선거시 관의 선거개입 등 부정선거를 우려하는 견해가 있으나, 우리나라에서 중립적 선거관리 기관이 존재하고, 정보 매체·활영기술의 발달로 어려운 일이다. 과거와 과거 같으면 어렵도 없겠으나 한 국가기관 이 선거에 관여했다는 이유로 수사 받고, 재판받는 현상으로 볼 때, 관의 부정 선거 획책은 가능한 일이 아니라고 본다. 대통령제를 그대로 둘 때, 4년 1차 중임 허용에는 거의 의견이 일치를 보는 같고, 나도 찬성하는 바이다.

둘째, 기본권 기타에 관한 규정이다.

여기서는 기본권과 그 외에 몇 가지를 나누어 살펴본다. 사실 우리 헌법상의 기본권에 관한 규정은 다른 몇 개의 선진국에 의하여 상세한 편이다. 그러나 헌법 정신의 투영인 실정법들의 규정내용이나 행정이 실질화는 선진국에 비하여 미흡하다. 특히 국민 소득에 비하여 「사회 보장적 급부의 비율」은 OECD국가 중 하위에 속하는 것으로 나타나고 있다. 우리 헌법상의 기본권의 내용·구체화정도에 관하여는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나, 본인은 개헌 시 다음 몇 가지를 고려하여야 한다고 본다. 우선 ① 「민주적 기본질서」의 문제다. 우리 헌법 제 8조 제 4항은 정당해산 사유로 「정당의 목적이나 활동」이 「민주적 기본 질서」를 들고, 이에 관하여 헌법 교과서들은 그 내용을 「자유민주주의 정치 질서」 내지 「자유권과 그들과 직접·간접으로 관계가 있는 규정내지 정신을 의미하는 것으로 기술하고 있다. 「기본권보장」을 「민주적 기본질서」의 내용에 포함시키는 것은 통설, 판례이다. 그러나 이 「민주적 기본 질서」에 「경제민주화」 내지 「사회보장행정」의 기본원리가 포함되느냐에 대하여는 견

해가 대답하고 있다. 정당의 목적이나 활동이 「경제의 민주화」 내지 「사회보장의 기본정신」에 반한다고 하여 정당이 해산되는 경우를 상정(想定)하기는 어렵다고 본다. 이렇게 볼 때 헌법 제18조 제4항의 「민주적 기본질서」에 생존권(사회권)의 기본원리, 「경제 민주화」 원리가 포함된다고 보기는 어렵다고 본다. 그러나 오늘날 생활권(사회권)보장, 경제 민주화 지향은 정당은 물론이요, 국가가 나갈 방향이라고 본다. 고로 「분배의 공정」, 「경제 민주화」라는 헌법 내지 국가 경영의 기본 정신은 재왕 규정(率王 規定)으로 헌법 제 10조에 함께 규정되어 있어야 한다. 이에 대하여 우리나라가 무슨 「사회주의 국가」이냐고 비판하는 자가 있을 자 모르나, 독·과점적 특권 사상에 잡혀 있는 자라고 하고 싶다. 다음

② 헌법 제12조 제항에서 「형사피고인」은 「형사피의자 및 형사피고인」으로 개정하여야 한다.

헌법 제12조 제8항에 경찰·검찰·기타 수사기관의 수사단계에서 피의자의 인권보장, 증거확보상 반드시 변호인이 참여가 필요하다는 규정을 두어야 한다. 그리고 변호인은 피의자·피고인을 위하여 신의성실을 다하여 변론·증거수집 확보의 노력을 할 의미가 있음을 규정하여야 한다. 이 원고를 쓰고 있는 동안에도 3300만원의 착수금을 받은 변호인이 성실한 변론을 하지 않았다는 이유로 착수금의 70%를 반환 하라는 법원의 판결을 접하였는바, 변호인이 모두 불성실한 것은 아니나, 공익상 성실의무가 있음은 천명되어야 한다. 자체에 하나 더 붙이고 싶은 것은 현재 변호사의 수로 보아 무리 없이 국선 변호인 제도는 확대 운영될 수 있고, 보수도 확대되어야 한다. 그리하여 국선 변호인 등이 명실 공히 피의자·피고인의 변호에 노력한다면, 지금의 인권상황을 괄목 할 만큼 개선될 것이다. 검사들은 경찰에서 이송되어온 사건의 경우, 다소의 혐의가 있으면 공소유지가 될 수 있도록 증거확보와 이론 구성을 하고, 공판단계에서 비로써 반론에 나선 변호인은 「재판의 전략론」을 들고 나오기 일쑤이고, 적극적으로 검사의 공소 내용을 반복시키려는 노력은 하지 않는 것 같다. 이를 개선하려면 수사기관에서 피의자로 수사로 받은 때로부터 혐의를 받고 있는 자를 돕도록 하는 것이 필요하다. ③ 그 다음 사회권(생활권)에서의 개정이다. 헌법 제214조 제1항은 「모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.」고 규정 하고 있다. 이 조항은 「생활권」(사회권)의 기본정신규정이다. 따라서 생활권(사회권)의 규정이 시작되는 헌법 제31조 앞에 규정되어야 한다. 헌법은 많은 「사회보장」 규정을 두고 있다. 그러나 임대주택제도를 확대 시행하는 의무 규정을 두고, 노인·장애자·무소득자를 정확히 파악하여 적극적으로 보호하는 정책수행의무 규정을 두어야 하고 상당히 구체적으로 수행하는 의무가 있음은 천명하여야 한다. 특히 중증의 장애인·고령의 무재산자 등을 위한 「기본소득제」를 한정적으로나마 시행하는 정책수행의지와 그에 관한 입법 의지가 표현되었으면 하는 것이 나의 생각이다. 헌법이나 행정에서 「乙의 지위를 보호」하려는 강력한 의지가 나타나지 않으면 여당은 전체가 불신 받게 될 것이다. 그리고 ④ 헌법은 국회의원 재적의원 3분의 2의 찬성으로 제명할 수 있다고만 하고 있다(헌법 § 64 ③). 그러나 민선의 「단독제 국가관」을 국회에서 쫓아 낼 때는 그 사유가 헌법에 규정되어 있어야 한다. 이 점도 개정에서 참작되기 바란다.

⑤ 사면의 문제다. 현행 헌법상으로는 일반사면만 국회의 동의를 얻고, 특별사면은 국회의 동의를 얻지 않고, 대통령이 단독으로 할 수 있도록 되어 있다(헌법 § 29 ① ③). 그러나 법원은 정치 기타 사회 지도층, 또는 중대한 경제 범죄자들에게 중형을 선고 하나, 대통령은 이를 백지화하여 남용되는 측면을 가지고 있다고 비판 되고 있다. 이를 시행하기 위하여 아예 대통령의 특별 사면제도를 폐지하자는 견해도 있으나, 본인은 형기 기타형의 내용에 따라 선별적으로 국회의 동의를 얻는 제도가 필요해 보인다. ⑥ 우리 헌법은 「중앙선거 관리 위원회」는 「법령의 범위 안에서」 「선거관리·국민투표관리 또는 정당 사무에 규칙」을 제정할 수 있게 하고 있다(헌법 § 116 ⑥). 즉, 중립적 중앙 선거 관리 위원회의 업무 규정이 중앙 정부의 「명령」보다 하위의 법으로 되어 있다. 이는 법체계상 타당한 입법이 아니다. 만일 중립을 요하는 중앙선거관리위원회의 권한·업무 사항이 대통령령·국무총리령·부령으로 규정하면, 중앙선거관리위원회가 「규칙」(規則)으로 정할 수 있는 경우가 없게 될 수도 있다. 실체는 그렇지 않더라도 중앙 선거 관리 위원회의 규칙이 행정부 명령보다 하위의 효력을 갖도록 한 것은 법체계가 중앙 선거 관리 위원회의 독립성을 보장 하고 있지 못하다. 따라서 「법령의 범위 안에서」를 「법률(法律)의 범위 안에서」로 개정하여야 한다.

⑦ 현행 헌법상의 「지방자치」에 관한 규정은 개정을 요한다.

한마디로 말해서 해방 후 「지방자치」에 관한 정치인들의 사고 방식은 지방자치에 대해 부정적이었다.

그리하여 헌법상 자치 규정은 정치적으로나 법리적으로 마지못해 규정을 두는 소극적 태도였다. 현재 헌법 제117조 제1항은 「지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정 할 수 있다」고 규정하고 있다.

그러나 이는 다음과 같이 개정하기를 바란다.

제117조 제1항 : 지방자치단체의 종류는 법률로 정하고, 지방자치단체에는 지방의회를 둔다.

제117조 제2항 : 지방의회는 법령에 반하지 않는 범위 내에서 조례를 제정할 수 있고, 지방자치단체장은 위임받은 범위 내에서 국민의 권리의무에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

⑧ 끝으로 「경제민주화」 문제다.

이는 앞서도 언급한 바 있다. 우리 헌법 규정 중 매우 추상적 규정으로 머물러 있는 형식적 규정에 속한다.

우리 헌법 제119조 제2항은 「국가는 균형 있는 국민 경제의 성장 및 인정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다」고 규정하고 있다. 한마디로 말해서 헌법조문의 정신은 「경제의 민주화」(經濟의 民主化)를 기하겠다고 선언하고 있다. 그러나 근 50년간 경제성장의 효과가 국민 전체에 비례적으로 배분되었는가는 각종 통계가 그렇지 못하다는 것을 보여주고 있다. 이렇게 된 가장 원인은 정치인들이 안이한 「가치관」에서 못 벗어나고 있기 때문이라고 본다. 정치인들은 언필칭 「민생정치」를 외치고, 심지어 헌법

제정보다는 민생정치가 우선 이라고 한다. 그러나 국가는 부와 빈의 비율의 상대적 격차가 벌어지는 것을 막고, 「실질적인 경제민주화」를 기하려면 이와 관련하여 경제정책·재벌정책을 강력히 수행 할 수 있는 헌법선언적 규정이 필요하다. 예를 들어 「독·과점」의 보다 강력한 규제, 적극적인 실업 정책의 수립·시행·생활무능력자의 강력한 보호의지, 비정규직 대우의 개선, 고임금의 규제, 부동산 투기방지 선언이 요구된다. 매우 엄격히 조사하여 국한적 일 것을 요하나 「기본 소득 지급제」를 검토 할 것을 다시 한 번 제안한다. 이상 말한 것은 곧 「민생정치」의 실현이다.

Ⅲ. 결 어

이상 우리 헌법 개정 시에 검토 했으면 하는 몇 개의 조항에 대하여 주마간산(走馬看山) 식으로 살펴보았다. 만일 개정을 하게 되면 차제에 ① 헌법의 체계, ② 각 규정의 국어 상의 표현, ③ 불필요한 중복규정의 재검토 ④ 선진적 복리국가 지향의 규정 추가 등을 심각히 고려하여야 할 것이다.

물론 헌법개정을 함에 있어서 종전의 조문체계에 큰 혼란이 없어야 하고, 독과점 규제, 경제 민주화는 우리 경제 발전의 기틀이 된 「자유 자본주의」 초석을 흔들지 말아야 한다는 점을 강조한다.

여기서 나는 「정치인」과 「기업가」, 「행정관료」들의 「사해동포」적 가치관을 가져주기를 간절히 바란다.

아울러 실천을 하지 못할 상황이고, 실천의지가 없음에도 헌법 조문화 하는 것은 헌법을 「장식화 헌법」, 「명목적 헌법」을 만드는 것임을 자각해 주기 바란다.