

발간번호

33-9750040-000163-01

헌법재판연구원

제6회 국제학술심포지엄

The 6th International Symposium of
the Constitutional Research Institute

**“헌법현실의 변화와 헌법개정
– 이론과 경험의 국제비교”**

Changes in Constitutional Reality and Constitutional Amendment
– International Comparative Studies in Theory and Experience

December 8, 2017 | Seoul Korea



헌법재판소
헌법재판연구원

개회사

안녕하십니까.

연말의 바쁜 일정에도 불구하고 귀중한 시간을 내어 이 자리에 참석해주신 내외 귀빈 여러분께 먼저 감사의 말씀을 드립니다.

헌법재판소는 국민의 민주화 열망과 더불어 개정된 1987년 헌법에 근거하여 1988년에 창설되었습니다. 지난 수십 년의 기간 동안 헌법재판소가 헌법적 가치와 질서를 수호하고 국민의 기본권을 보장하는 최고의 헌법기관으로서 그 본연의 역할을 충실히 수행해 왔다는 점, 그리고 그 결과, 짧다면 짧은 기간 동안 여러 헌법기관 가운데 국민으로부터 가장 신뢰받고 가장 크고 깊은 영향력을 가진 기관이 되었으며, 국제적으로도 모범적인 헌법재판기관의 모델로서 그 위상을 인정받고 있다는 사실을 공히 인정하실 것이라 생각합니다.

2011년에 설립된 헌법재판연구원은 헌법재판에 관한 연구와 전문교육을 담당하기 위하여 헌법재판소가 설립한 기구입니다. 헌법과 헌법재판 이론에 관한 중·장기적인 연구를 계획·실행함으로써 헌법재판실무에 원용될 수 있는 법리연구의 기반을 마련하는 역할을 수행해 왔습니다.

헌법재판소가 설립된 이후 지난 30년 가까운 기간 동안 우리 사회의 변화는 실로 크나큰 것이었고 그 변화의 속도도 또한 대단했습니다. 세대와 계층을 막론하고 국민의 생활과 정서도 눈에 띄게 변화되고 있음을 실감합니다. 헌법적 실천의 토양과 헌법재판의 객관적 조건의 변화된 환경 속에서 헌법재판연구원이 어떻게 시대적 소명을 다할 것인가를 고민하지 않을 수가 없습니다. 연구원은 연구기관으로서의 소임을 다하여 헌법재판소가 ‘살아있는 헌법’을 실천할 수 있도록 다양한 헌법적 쟁점들에 대하여 선행적·능동적 연구를 수행함으로써 이 시대적 과제에 부응해야 할 필요성을 나날이 절감하고 있습니다. 저희 연구원의 방향성과 연구 콘텐츠는 헌



재 진행되고 있는 개헌 논의와도 무관할 수 없습니다. 윤곽규범으로서의 헌법과 헌법규정에 대한 올바른 해석과 입론을 전제하여야 하고, 해석의 통일성과 현실적응성을 확보하기 위한 제도적 노력과 학문적 교류 또한 시급하고 중요한 문제가 아닐 수 없습니다. 이러한 목표와 과제인식 하에서 우리 연구원은 학계와도 또 국제적으로도 활발하게 학문적 연구교류를 수행해 내고 그 결과를 축적해 감으로써 헌법재판소의 명실상부한 연구기관으로서 시대적 소임을 다해가야 할 것이라고 생각합니다.

헌법재판연구원은 개원 이래 매년 국제학술 심포지엄을 개최하였습니다. 헌법 및 헌법재판의 이론과 실무에 대한 국제적 협력강화와 이해증진을 도모하며 이를 통해 외국의 경험과 지식을 공유하려는 노력의 일환이었습니다. 이번 제6회 국제학술 심포지엄에서는 ‘헌법현실의 변화와 헌법개정-이론과 경험의 국제비교’를 주제로 선정하였습니다. 헌법에 어떤 내용이 담겨야 하는가라는 질문, 이를 둘러싸고 어떤 사회적 논쟁이 존재하는가 하는 문제를 탐색하는 과정은 우리 사회의 기본가치와 민주주의의 실현과정을 가늠하고 평가하는 과정이기도 합니다. 이러한 점에서 ‘헌법현실의 변화와 헌법개정-이론과 경험의 국제비교’를 주제로 한 이번 심포지엄은 헌법개정과 관련한 전제적 논의를 정리하는 데 매우 유용할 것으로 생각됩니다. 특히 세계 헌법이론의 흐름에 주도적 역할을 하고 있는 미국, 독일, 일본의 대표적인 헌법학자인 Mark Tushnet 교수님, Uwe Volkmann 교수님, Komamura Keigo 교수님의 헌법개정 및 이와 관련한 헌법적 이론에 대한 심도 있는 고찰은 우리 헌법현실에 대한 분석과 헌법개정 관련논의 전개에 유의미한 방향성을 제시해 줄 것입니다.

아무쪼록 오늘 이 심포지엄의 주제발표와 토론이 폭넓은 비교법적 시각과 새로운 관점을 제시해주는 계기가 되고, 나아가 심포지엄에서의 논의가 앞으로의 헌법개정 논의에서 우리의 헌법현실을 선도할 수 있는 헌법이론을 한 단계 더 진전시키는 유의미한 시도가 되기를 기대합니다.

이번 심포지엄에 참석할 것을 흔쾌히 수락하시고 주제발표를 해주실 세 분 교수님께 진심으로 감사드립니다. 그리고 바쁘신 중에도 토론과 사회를 맡아주신 이상경 교수님, 정태호 교수님, 이경주 교수님과 김종철 교수님께 감사의 마음을 전합니다. 또한 이번 행사를 위해 여러모로 애쓰신 김선희 연구관을 비롯한 헌법재판연구원 담당자들 모두의 노고에 감사드립니다. 마지막으로 이번 국제학술 심포지엄의 개최와 성공을 위해 물심양면으로 지원해주시고 관심을 가져주신 이진성 헌법재판소장님께 깊은 감사를 드립니다.

감사합니다.

2017년 12월 8일
헌법재판연구원장 석인선



축사

존경하는 내외 귀빈 여러분!

바쁜 일정에도 불구하고, 헌법재판연구원이 주최하는 제6회 국제학술심포지엄에 참석해 주신 데 대하여 감사의 말씀을 드립니다.

특히 발표를 위해 한국까지 와 주신, 마크 터쉬넷(Mark Tushnet) 미국 하버드로스쿨 교수님, 코마무라 케이고(駒村圭吾) 일본 게이오 대학교 부총장님, 우베 폴크만(Uwe Volkmann) 독일 프랑크푸르트 대학교 법철학 및 공법 연구소 소장님께 감사드립니다.

사회를 맡아 주신 김종철 교수님, 그리고 토론을 준비해 주신 이상경, 이경주, 정태호 교수님을 비롯한 여러분께도 감사드립니다.

현재 우리나라에서는 1987년 개정된 이래 30년간 시행되어 온 현행헌법에 대한 개정 논의가 활발히 진행되고 있습니다.

헌법은 한 국가의 구성과 운영, 지향하는 가치에 관한 근본법이라는 점에서 본질상 쉽게 변경될 수 없는 속성을 가질 수밖에 없습니다.

다른 한편으로 헌법은 특정 시점에 그 당시 헌법제정자에 의해 만들어진 것이므로 당시 헌법제정자의 의사나 당시의 의미가 후세대를 당연히 구속한다고 할 수는 없습니다.

세대가 거듭하면서 헌법현실에 변화가 생기는 것은 전 세계적으로 공통된 현상이라고 하겠습니다.

현세대는 종래의 헌법을 스스로의 판단에 따라 바꿀 수 있고, 그

방법으로 가장 직접적인 것은 헌법개정이 될 것입니다.

오늘 발표하시는 해석을 통한 헌법발전, 헌법개정의 절차와 유형을 고찰해 보는 것은 헌법개정과 관련하여 의미있는 작업이 될 것입니다.

현재 우리나라에서 헌법개정을 둘러싼 논의의 대부분은 현실적, 정치적 이유에서 개헌대상과 개헌방향에 집중되고 있습니다.

이러한 시점에 헌법재판연구원이 국제학술대회를 통해 이러한 현실적, 정치적 논의와는 다른 각도에서 헌법현실의 변화와 헌법개정에 관한 학술적, 비교법적 논의의 자리를 마련한 것은 큰 의미가 있다고 하겠습니다.

이번 학술대회를 계기로, 헌법현실의 변화와 헌법개정에 관한 비교법적 논의가 더욱 풍성해지기를 기원합니다.

끝으로 오늘 국제학술대회를 기획하고 준비하신 관계자 여러분 모두에게 진심으로 감사드립니다.

2017년 12월 8일
헌법재판소장 이진성



프로그램

2017. 12.08 | 헌법재판소 대강당(1층)

13:00~13:30	등록		
13:30~13:50	개회식		
	개회사	석인선	헌법재판연구원장
	축사	이진성	헌법재판소장
제1세션	사회	김종철	연세대 법학전문대학원 교수
13:50~14:40	헌법 개정에 관한 고찰 (Considerations on Constitutional Amendment)		
	발표 1	Mark Tushnet	미국 하버드로스쿨 교수
	토론 1	이상경	서울시립대 법학전문대학원 교수
14:40~15:30	일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동” (日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”)		
	발표 2	Komamura Keigo	일본 게이오대 법학부 교수, 부총장
	토론 2	이경주	인하대 법학전문대학원 교수
15:30~15:50	휴식		
제2세션	사회	김종철	연세대 법학전문대학원 교수
15:50~16:40	헌법개정과 헌법변천 (Verfassungsänderung und Verfassungswandel)		
	발표 3	Uwe Volkmann	독일 프랑크푸르트 대학교 법철학 및 공법 연구소 소장
	토론 3	정태호	경희대 법학전문대학원 교수
16:40~17:10	종합토론		
17:10~17:20	폐회식		

Program

December 8, 2017 | Auditorium (1F), The Constitutional Court

13:00~13:30	Registration		
13:30~13:50	Opening Ceremony		
	Opening Remarks	Seok, InSun	President, Constitutional Research Institute
	Congratulatory Remarks	Lee, Jinsung	President, Constitutional Court of Korea
Session 1	Moderator	Kim, JongCheol	Professor, Yonsei University School of Law
13:50~14:40	Considerations on Constitutional Amendment		
	Speaker 1	Mark Tushnet	William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School
	Discussant 1	Lee, SangKyung	Professor/Vice Dean, University of Seoul Law School
14:40~15:30	Constitutional Amendment and Constitutional Changes of the Constitution of Japan 日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”		
	Speaker 2	Komamura Keigo	Vice President/Professor of Law, Keio University
	Discussant 2	Lee, KyeongJu	Professor, Inha University Law School
15:30~15:50	Coffee Break		
Session 2	Moderator	Kim, JongCheol	Professor, Yonsei University School of Law
15:50~16:40	Verfassungsänderung und Verfassungswandel		
	Speaker 3	Uwe Volkmann	Prof. Dr., Chair of Public Law and Legal Philosophy, Faculty of Law, Goethe-University Frankfurt
	Discussant 3	Chung, TaeHo	Professor, Kyunghee University Law School
16:40~17:10	Discussion and Q&A Session		
17:10~17:20	Closing Ceremony		



〈목 차〉

제1세션

- » 발표 1 - 헌법 개정에 관한 고찰 13p
 Mark Tushnet | 미국 하버드로스쿨 교수
- » 토론 2 41p
 이상경 | 서울시립대 법학전문대학원 교수

-
- » 발표 2 - 일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동” 57p
 Komamura Keigo | 일본 게이오대 법학부 교수, 부총장
 - » 토론 2 107p
 이경주 | 인하대 법학전문대학원 교수

제2세션

- » 발표 3 - 헌법개정과 헌법변천 117p
 Uwe Volkmann | 독일 프랑크푸르트 대학교 법철학 및 공법 연구소 소장
- » 토론 3 157p
 정태호 | 경희대 법학전문대학원 교수

〈Contents〉

Session 1

- » **Presentation 1 - Considerations on Constitutional Amendment** 29p

Mark Tushnet | William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School

- » **Discussant 1** 49p

Lee, SangKyung | Professor/Vice Dean, University of Seoul Law School

- » **Presentation 2 - Constitutional Amendment and Constitutional Changes
of the Constitution of Japan**

日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動” 85p

Komamura Keigo | Vice President/Professor of Law, Keio University

- » **Discussant 2** 113p

Lee, KyeongJu | Professor, Inha University Law School

Session 2

- » **Presentation 3 - Verfassungsänderung und Verfassungswandel** 137p

Uwe Volkmann | Prof. Dr., Chair of Public Law and Legal Philosophy,
Faculty of Law, Goethe-University Frankfurt

- » **Discussant 3** 163p

Chung, TaeHo | Professor, Kyunghee University Law School

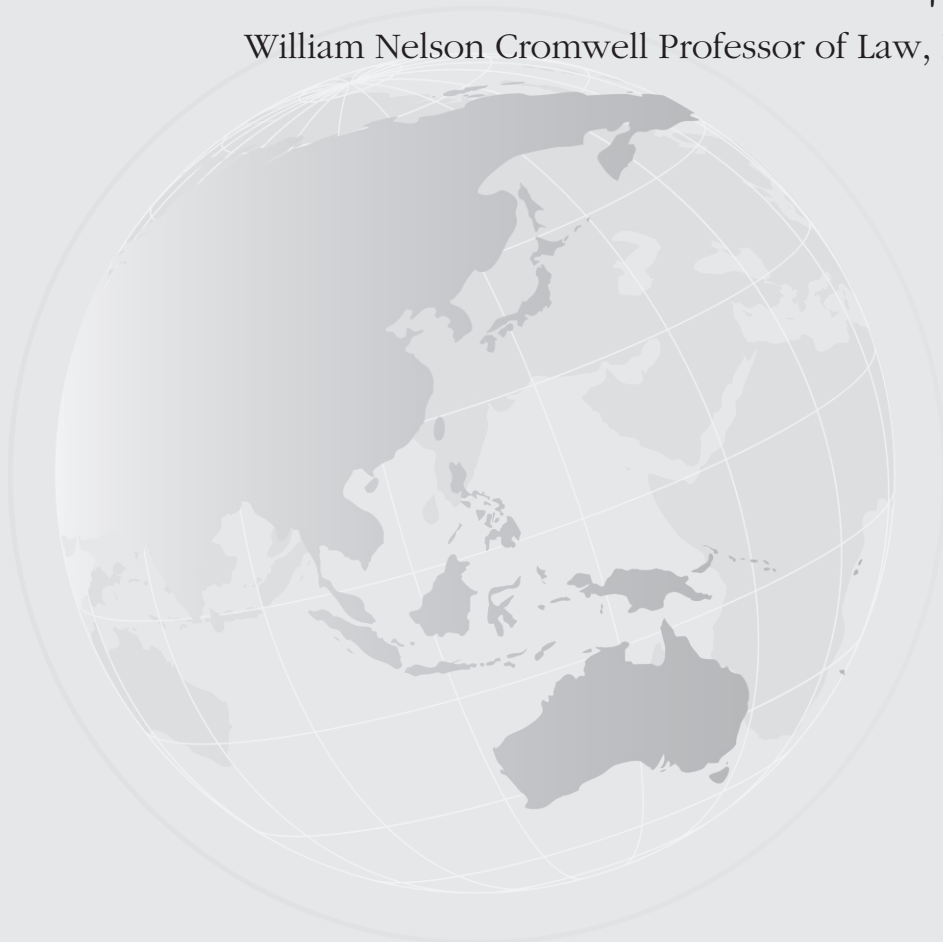
Session 1 - Presentation 1

헌법 개정에 관한 고찰
Considerations on Constitutional
Amendment

Mark Tushnet

미국 하버드로스쿨 교수

William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School



초 록

헌법 개정에 관한 고찰

최근 수십년간을 살펴보면 헌법 개정 이론은 헌법 제정 이론(foundational constitutional theory)과 상당히 밀접하게 연관되어 있음을 알 수 있다. 동 이론에서는 한 국가의 국민은 효과적이기만 하다면 어떠한 절차이든 활용하여 그 국가의 헌법을 개정, 수정 및 나아가 교체할 수 있는 권한을 행사할 수 있으며, 그러한 절차들이 개정, 수정 또는 교체될 기존 헌법에서 규정하는 절차들과 상충된다 할지라도 (또한, 그러한 개정의 본질이 일부 헌법 조항들은 개정될 수 없도록 하는 기존 헌법 내 문구와 상충된다 할지라도) 마찬가지로는 점에서 헌법 개정 에 대한 '법적' 제한은 있을 수 없다고 본다. 헌법을 개정 내지 교체하는 국민의 권한에 대한 유일한 제한이 있다면 그것은 얼마나 신중하게 접근하느냐 하는 문제일 뿐, 법적 제한의 문제는 아니다.

헌법 개정의 사유로는 애초에 잘못 설계된 결정을 교정하는 것, 새로운 상황에 헌법을 맞추는 것, 또는 국가의 정체성의 변경을 나타내기 위한 것 등이 있다. 이러한 각각의 사유들에 관하여 보다 자세히 살펴본다.

Considerations on Constitutional Amendment

Abstract

Recent decades have shown that amendment theory is tied quite tightly to foundational constitutional theory. That theory shows that there can be no legal limitations placed upon constitutional amendments, in the sense that a nation's people can exercise its power to amend, alter, and even replace the nation's constitution by using any processes that turn out to be effective, even if those processes are inconsistent with the processes laid out in the constitution that is being amended, altered, or replaced (and even if the substance of the amendments is inconsistent with language in the existing constitution purporting to insulate some provisions from amendment). The only limitations on the people's power to amend or replace the constitution are prudential, not legal.

Reasons for amendment include rectifying initially bad design decisions, adapting the constitution to novel circumstances, or to express changes in the nation's identity. Each of these reasons receives closer examination.

헌법 개정에 관한 고찰

마크 터쉬넷(Mark Tushnet)¹⁾

지난 10여년 간 전세계 헌법 이론가들은 헌법 개정의 바탕을 이루는 이론에 상당한 관심을 기울여 왔다.²⁾ 그 이유는 아마도 헌법 개정에 관하여 헌법이 규정한 바로 그 메커니즘을 통해 채택된 개정안을 헌법재판기관이 위헌선언할 수 있는 권한을 부여하는 이론 - 통상 헌법 재판기관 자신이 만들어 낸 - 을 헌법재판기관들이 차용한다는 사실 때문일 것이다. 이론가들이 그러한 결정을 하나의 일관된 체계 안에서 설명해 보려고 노력하는 과정에서, 그들은 헌법 개정과 헌법 교체 간의 차이에 관하여 상세한 설명을 하였으며, 헌법 개정과 한 국가의 헌법적 정체성 간의 관계를 명확히 하였고, 더 이상 상용되지 않던 “헌법 제정 권한(constituent power)”이라는 개념에 대한 분석을 일부 부활시켰다. 나의 견해로는 헌법 이론가들이 해 온 작업은 매우 생산적이었다.

내가 생각하기에 이론가들이 입증했다고 보여지는 내용을 간략히 요약하면 다음과 같다.³⁾ 한 국가의 국민은 효과적인 절차이기만 하다면 어떠한 것이든 활용하여 그 국가의 헌법을 개정, 수정 및 나아가 교체할 수 있는 권한을 행사할 수 있으며, 이는 그러한 절차들이 개정, 수정 또는 교체될 기존 헌법에서 규정하는 절차들과 상충된다 할지라도 (또한, 그러한 개정의 본질이 일부 헌법 조항들은 개정될 수 없도록 하는 기존 헌법 내 문구와 상충된다 할지라도) 마찬가지로, 헌법 개정에 대한 ‘법적’ 제한은 있을 수 없다. 헌법을 개정 내지 교체하는 국민의 권한에 대한 유일한 제한이 있다면 그것은 얼마나 신중하게 접근하느냐 하는 문제

1) 하버드 로스쿨 윌리엄 넬슨 크롬웰 법학 교수(William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School)로 재직 중. 본 에세이 초안을 검토하고 의견을 준 리처드 알버트(Richard Albert)와 비키 C. 잭슨(Vicki C. Jackson)에게 감사의 뜻을 표한다.

2) 내 개인적 생각으로는 아마도 지금까지 가장 중요한 저작물로는 야니즈 로즈나이(Yaniv Roznai)저, ‘위헌적 헌법 개정: 개정 권한의 한계 (Unconstitutional Constitutional Amendment: The Limits of Amendment Powers (2017))’와 조엘 콜론-라이오스(Joel Colon-Rios)저, ‘취약한 입헌주의 및 헌법 제정권의 문제 (Weak Constitutionalism and the Question of Constituent Power (2012))’를 들 수 있다. 개정 이론의 전범위에 관한 주제들을 다루고 있는 리처드 알버트의 출간 예정 서적이 동 분야에서 가장 중요한 저작물이 될 것이라 본다.

3) 이 요약은 내가 이론적 논의들을 통하여 어떠한 것들이 입증되었는지에 관한 나의 ‘개인적’ 견해이며, 어떠한 특정 저자의 생각이 아님을 밝힌다. 사실, 내가 평가하기에 나의 견해는 비록 옳은 것이기는 하지만 개정 이론에 관한 일반적 다수 견해와는 거리가 있다.



일 뿐, 법적 제한의 문제는 아니다.

여기에서 내가 말하는 ‘법적’ 제한이 있을 수 없다는 의미는 무엇인가? 물론, 이는 개정의 절차 또는 내용을 제한하기 위한 문구가 헌법에 포함될 수 없다는 의미는 아니다. 또한, 헌법재판기관이 헌법 개정 권한(amendment power)에 대한 어떠한 한계가 침해되었다고 판단할 적법한 권한이 없다는 의미도 아니다. 오히려, 내가 의미하는 바는 헌법 개정 권한에 대한 제한은 영구적인 법칙(law “all the way down”)으로 인식되어서는 안된다는 것이다. 왜냐하면 애초에 헌법 개정 권한에 대한 제한 역시 사회적 관습에 따라 이루어진 것이기 때문이다.

그 예로 대한민국 헌법에서 규정한 개정 절차의 몇몇 요소들을 살펴보도록 하자. 설명을 위해 간단히 요약하면, 제129조 내지 제130조에서는 국회 재적의원의 3분의 2 이상 찬성 및 국민투표에서 국회의원 선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다고 규정하고 있다. 그런데, 만약 어떠한 개정안이 국회에서 60퍼센트의 찬성밖에 얻지 못했으나, 그럼에도 불구하고 국민투표에 부쳐져 투표권자 75퍼센트의 참여율에 투표자 중 80퍼센트의 동의를 얻었다고 하자. 내가 생각하는 최선의 헌법 개정 이론 해석에 따르면 그러한 개정이 법적으로 유효(legally valid)하게 될 ‘가능성’은 있으나, 그것이 실제로 법적인 효과가 있을지 여부는 수많은 변수들에 달려 있다.⁴⁾

1962년 국민투표에 의한 프랑스 헌법 개정이 바로 그러한 실제 사례이다. 설명을 위해 간단히 요약하면, 기존 헌법에서는 의회의 참여를 요구하는 개정 절차를 규정하고 있었다. 또한 기존 헌법에는 (헌법이 아니라) ‘법률’에 대해 국민투표가 실시될 수 있는 절차에 대한 내용이 포함되어 있었다. 샤를 드 골 대통령은 헌법이 정한 대통령 선출 시스템, 즉 기존의 선거인단을 활용한 방식을 직접 선거 방식으로 바꾸기 위한 국민투표를 제안하였다. 국민투표 절차가 그가 제안한 헌법 개정에 적용될 수 없다는 것은 명백하였다. 그럼에도 샤를 드 골 대통령은 국민투표를 강행하였고, 그 결과 77퍼센트의 투표율과 투표자 62퍼센트의 동의를 얻었다. 그리고 그 이후 직접 보통선거 방식으로 대통령이 선출되게 된 것이다.

이는 물론 매우 논란의 소지가 많을 수 있는 주장이며, 이에 나는 먼저 이를 뒷받침하는 논거를 간략히 언급하고자 한다. 그런 후, 사전에 규정된 형태를 통해서든 혹은 그 외의 방법을 통해서든 헌법 개정의 사유가 될 수 있는 몇 가지 사항들을 보여 주는 “지도”를 제시하고, 그 지도의 몇몇 요소들을 본 글에서 설명하는 기본 이론과 연결시켜 보도록 할 것이다.

4) 본 예가 실제로 효과적일지 여부는 가정된 수치에 따라 상당히 달라질 수도 있다. 대안으로 근소한 차의 지지만을 얻은 “승인되지 않은” 국민투표나, 또는 큰 폭의 차이로 지지를 얻었으나 참여율이 59퍼센트에 한참 미달한 “승인되지 않은” 국민투표를 생각해 보자. 이러한 경우 그 이후에 공직자들과 일반 대중이 개정이 채택된 것처럼 행동할 가능성은 상대적으로 낮다고 생각된다.

헌법 개정 이론의 출발점은, 대개들 그렇게 생각하겠지만, 바로 헌법 제정 이론(foundational constitutional theory)이다. 후자의 이론은 모든 헌법들은 궁극적으로 한 국가의 국민들의 헌법 제정 권한의 행사에 기초하고 있다는 원칙에 근거한다.⁵⁾ 헌법 제정 권한이 행사되었는지 여부는 “실제 사실들”에 기초하여 판단된다. 우선, 그러한 사실들에서는 공무원들이 헌법 제정 권한이 행사되었다고 인정하는지가 문제된다. 나아가 그와 같이 인정하는지 여부는 공무원들 및 부수적으로 일반 시민들이 헌법제정문서(foundational documents)들에서 정한 법적 규정에 일반적으로 충실히 따르는지 여부에 달려 있다. 효과적으로 행사되는 경우 이러한 헌법 제정 권한은 정부의 향후 활동을 위한 토대가 된다. 다시 한 번 간단히 말하자면, 헌법 제정 권한을 통해 입법, 행정 및 사법 기관들을 구성하는 헌법이 제정되고, 또한 여기서 중요한, 헌법 자체를 개정하기 위한 절차를 규정하는 헌법이 제정되는 것이다.

각 국가마다 다양한 헌법 개정 절차를 규정하고 있다. 거의 대부분의 국가에서 법 제정에 필요한 단순 과반수 이상의 요건을 요구하고 있다. 만일 이처럼 단순 과반수 이상의 요건을 요구하지 않는다면 일반적인 법 개정과 헌법 개정은 이름만 다를 뿐 사실상 구분하기 힘들 것이다.⁶⁾ 헌법 개정절차와 요건은 반드시 가중다수결(supermajority)을 요구해야 하나, 여기에도 매우 다양한 가능성이 있다.⁷⁾ 헌법 개정 이론에서는 개정이 얼마나 용이하게 이루어질 수 있는지 그 용이성의 정도가 다양하다는 것 이외에는 상대적으로 거의 다루고 있는 것이 없다.

헌법 개정 절차에는 여러 층위가 존재한다.⁸⁾ 가장 아래 층위에는 현대의 발전에 따른 기술적인 수정 또는 추가와 같은 우리가 일반적 헌법 개정이라고 부를 수 있는 것이 자리하고 있다. 헌법 체계 내에서 이러한 개정에 관한 개정 규칙이 가장 약하다. 때로 헌법은 보다 강한

5) 헌법 제정권자가 실재하는 사회 집단인지 혹은 개념적 카테고리인지에 관한 나의 논의에 관한 보다 자세한 사항은 마크 투쉬넷(Mark Tushnet)저, ‘쇠스랑을 든 소작농들, 그리고 트위터를 가진 노동자들(Peasants With Pitchforks, and Toilers With Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power, 13 I-CON 639 (2015))’을 참조하기 바람.

6) 이스라엘은 예외이다: 이스라엘 국회는 일반 입법 기구이면서 동시에 개헌 의회이다. 개헌 의회로 기능함에 있어 이스라엘 국회는 단순 과반수로 헌법 조항을 채택할 수 있다. 이는 헌법 개정을 “기본법(Basic Law)”으로 지정함으로써 이스라엘 국회가 어떠한 권한에서 활동하는지를 보여 준다. 또한 리처드 알버트는 캐나다의 헌법 개정 절차 중 하나에서도 단순 과반수를 요구한다는 점을 지적한다.

7) “지배적”이라는 개념이 헌법 개정에 요구되는 인원보다 큰 규모의 지속적인 과반수를 의미한다고 본다면, 지배적 정당인 국가에서는 가중다수결(supermajority)을 요구하는 개정 규칙이 실제로는 거의 효과가 없을 수 있다는 점 또한 지적되어야 할 것이다.

8) 리처드 알버트의 저서 ‘헌법이라는 수갑(Constitutional Handcuffs), 42 Ariz. St. L. J. 663 (2010)’에서 ‘층위(tier)’이라는 용어를 차용하였다.

규칙에 의해 보호되는 일련의 조항들을 제시하기도 하는데, 여기에는 인권 및 정부 구조에서 특별히 중요하다고 생각되는 특징들이 포함될 수 있다. 어떤 헌법들에서는 기존 헌법을 아예 완전히 교체하기 위한 절차를 규정하기도 한다. 통상 이러한 “교체” 또는 “대체”의 요건에는 개헌 의회(constituent assembly)와 국민투표의 조합이 수반된다.

헌법 교체에 관한 명시적 조항이 존재하는 경우 - 그리고 때로는 헌법에서 헌법 교체라는 암묵적 이론을 인정하는 경우 - 의견상으로는 개별적인 헌법 개정으로 보여지는 것에 관한 의문이 생길 수 있다. 이 문제는 만일 어떤 헌법이 오직 두 가지의 개정 절차, 즉 일반적 개정과 필요한 절차와 교체에 필요한 절차를 제시하고 있다면 가장 파악하기가 쉬울 것이다. 예를 들어 한 가지, 두 가지, 혹은 몇 가지의 개별적인 조항에 대한 것으로 보이는 헌법 개정안이 발의되었다고 가정하자. 그러나 이러한 각각의 개정이 너무나 중대한 것이어서 이러한 개정이 이루어진 헌법은 개정이 이루어지지 않은 헌법과 전혀 다른 것이 될 수 있다. 따라서, 때로는 개별적인 개정 조차도 대대적인 헌법 교체와 마찬가지로 될 수 있다는 주장도 가능하다.⁹⁾

위와 같은 배경 하에, 헌법 제정 이론으로 돌아가 보겠다. 헌법에 의해 수립된 체제 내에서 이루어지는 모든 활동은 헌법 제정 권한을 직접 행사하는 것이 아니라 헌법 제정 권한 그 자체로부터 파생된 권한을 행사하는 것이다. 이러한 설명의 논리에 따르면 헌법 제정 권한은 헌법 개정에 관한 규칙 또는 일반 법률을 막론하고 국내법으로는 제한될 수 없다. 파생된 권한으로는 그러한 권한이 파생되어 나온 원천을 제한할 수 없는 것이다.¹⁰⁾

그렇다면 대한민국 헌법 제129조 내지 제130조와 같은 조항들은 어떻게 이해해야 하는가? 가장 기본적인 차원에서 그러한 조항들은 ‘신중한 계승자들이라면 어떻게 해야 하는가’에 대한 헌법 제정자들 - 혹은, 어쩌면 헌법이 채택된 당시에 헌법 제정 권한을 행사한 사람들 - 의 ‘권고사항(recommendations)’으로 이해해야 할 것이다. 그러한 절차적 요건들은 헌법 제정자들이 생각하기에 오직 개정을 통해 헌법의 기능이 향상될 수 있을 때에만 개정이 이루어지도록 할 가능성이 높은 방법들을 기술하고 있다. 그러나, 그러한 요건들은 권고사항이기에 만일

9) 이는 남미 지역에서 대통령의 연임을 허용하는 헌법 개정을 “위헌적”인 것으로 보아 거부하는 결정을 옹호하기 위해 종종 제시되는 해석이다. 이러한 결정에 대한 한 가지 논거는 위와 같은 헌법 개정은 너무나 중차대한 사안으로서 오직 헌법 교체에 필요한 규정된 절차를 통해서만 채택될 수 있다는 것이다.

10) 때때로 개정 이론과 관련한 논의에서는 국제법이 헌법 개정 권한을 제한할 수 있다고 논의되기도 한다. 예를 들어 어떠한 특정 국제 협약에서 헌법의 내용에 관한 요건을 구체화하고 있다면 아마 그럴 지도 모른다. 그러나, 일반적으로는 국제법은 절차(절차가 결과에 영향을 미치는 한도 내에서는 예외)보다는 결과(고문 혹은 차별 등)를 다룬다. 보다 명확한 예를 들자면, 내가 생각하는 다수 견해에 따르면 한 국가가 단순히 헌법에 고문을 금지하는 조항을 포함시키지 않았다고 해서 국제법을 위반하는 것은 아니다. 국가는 오직 고문에 가담함으로써만 국제법을 위반하게 된다.

신중한 고려 결과 헌법 개정자들이 당면한 상황 하에서 그러한 요건들이 헌법적 향상을 도모하기보다는 오히려 방해한다고 판단할 경우에는 거부될 수 있다. 나는 헌법에 규정된 절차와는 다른 절차를 통해 이루어지는 개정을 “비관례적 개정(unconventional amendments)”이라고 부르기로 하겠다.

1789-91년 프랑스 개헌 의회에서 이루어진 논의에 관한 한 가지 예를 들어 보자.¹¹⁾ 만일 어떠한 헌법에서 개정의 발의는 600명으로 구성된 개헌 의회에 의하여 이루어져야 함을 요구한다고 가정하자. 이같은 인원 수가 정해진 것은 그 헌법이 채택될 당시에는 그 정도면 모든 사회 분야의 대표자들을 포함할 수 있는 규모가 되면서도 그렇다고 해서 그것이 통제가 불가능할 정도로 많지는 않은 인원이었기 때문이다. 그러나 이와 같은 인원수를 시대에 뒤떨어진 - 너무 많거나 혹은 너무 적은 - 것으로 만드는 사회 변화를 생각해 내는 것은 어렵지 않다. 미래의 사회에서는 300명 또는 800명으로 구성된 제헌 의회가 개정을 발의할 수 있도록 한다고 해서 불합리한 것이 되지는 않을 것이다.

이러한 예가 만일 통한다고 한다면 그 이유는 바로 최초의 헌법이 지나치게 경직된, 고정된 수치를 사용하고 있기 때문이다.¹²⁾ 그러나, ‘그 어떤’ 개정 절차이든 헌법 내에 개정 절차에 관한 내용이 포함되어 있는 것은 바로 헌법 규정들이 시대에 뒤떨어진 것이 될 수 있다는 가능성 - 또는 애초에 잘못 설계되었을 가능성 - 이 그 밑바탕에 깔려 있기 때문이다. 또한, 개정 절차에 관한 조항들이 다른 조항들보다 시대에 뒤떨어질 가능성이 적다고 볼 일반적인 근거도 없다. 여기에 대해서는 시대에 뒤떨어진 개정 절차들이 있다면 그러한 개정 절차들도 개정이 되어야 한다는 설득력 없는 주장을 펼 수도 있을 것이다. 이러한 주장은 명백히 순환논리적이다. 만일 그러한 절차들이 ‘다른’ 발의된 개정에 관하여 시대에 뒤떨어진 것이라고 한다면, 그러한 절차들은 바로 그 절차들 자체를 개정하는 것에 관해서도 시대에 뒤떨어진 것이라고 볼 수밖에 없기 때문이다.

여기서 다시 한 번 헌법개정안의 발의는 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의해 이루어져야 한다는 요건에 대해 생각해 보자. 예를 들어 정당들이 지나치게 과편화되어 그 어떠한 개정안도 3분의 2 의 이상의 찬성을 얻는 것이 사실상 불가능하다고 가정해 보자. 이러한 경우 단순 과반수의 지지를 요하는 법안의 채택에는 문제가 없을지 모르나, 헌법을 개정하는 것

11) 본 예시에 관한 보다 자세한 사항은 비교 헌법 이론 (Comparative Constitutional Theory) (Miguel Schor & Gary Jacobsohn eds. 2018)에 게재된 마크 터쉬넷 저, “헌법 개정 이론 및 헌법 제정 권한(Amendment Theory and Constituent Power)”을 참조하기 바람.

12) 단, 헌법에는 통상적으로 숫자가 많이 포함된다는 점은 주목할 필요가 있다. 아마도 가장 중요한 예로는 상원에서 각 주는 2인의 의원에 의해 대표되어야 한다는 미국 헌법의 요건을 들 수 있다.



은 사실상 불가능할 것이다.¹³⁾ 그런 경우 어떻게 될 것인지를 보여 주는 단편적이지만 유용한 사례들이 있다. 개헌을 추진하는 어떤 정치적 운동이, 투표에 부쳐질 개헌안에 대한 국회의 사전 의결 절차 “없이” 실시되는 국민투표를 지지한다고 하자. 혹은, 그러한 운동이, 기존 헌법을 교체할 신규 헌법을 (헌법적으로 승인되지 않은) 국민투표를 통해 채택하는 안을 발의하기 위하여 기존 헌법 체계에서 벗어난 방식에 따라 개헌 의회를 소집한다고 하자.¹⁴⁾ 이러한 활동들은 어떤 측면에서는 불법적이고 위헌적이거나, 헌법 제정 권한이라는 개념으로 다시 돌아가 생각해 본다면, 만일 그 결과가 효과적일 경우 - 즉, 만일 공직자들 및 시민들이 개정된 헌법 또는 신규 헌법에 따른다면 - 그러한 개정 또는 교체된 헌법이 그 국가의 헌법이 될 것이다.

일부 사람들 - 통상적으로 반대자들, 그러나 때로는 개정의 실질적인 내용을 지지하는 사람들 - 은 위에서 서술한 활동들이 불법적이라고 생각할 수도 있다는 사실은 중요하다. 물론 헌법에 개정 절차에 관한 내용이 존재한다는 것은, 그 헌법의 설계자들은 오직 “바람직한” 개정만 채택될 것을 보장하기 위해서는 그러한 조항들이야말로 최선이라고 생각했음을 시사한다. 또한 그러한 판단은, 후세대가 ‘헌법의 개정’과 ‘비관례적 개정의 채택’이라는 두 가지를 고려함에 있어 존중되어야 한다. 그러나, 응당 받아야 할 존중을 받는 문제 이외에도, 개정절차는 정치에 영향을 미칠 것이다. 비관례적 개정을 지지하는 사람들은 추진하고자 하는 개정의 내용에 반대하는 사람들의 반대는 물론, 헌법이 정한 개정 절차를 따르는 것이야말로 중요한 법의 지배의 가치를 실현하는 것이라고 생각하는 사람들의 반대도 극복해야만 할 것이다.

비관례적인 개정이 채택되게 되면 일반적 개정보다 훨씬 취약할 수 있다. 사실, 추정컨대 사람들은 곧 개정된 헌법에 따라 행동하게 될 것이므로 이 같은 개정이 효과적일 수 있다. 그러나, 여기에 대해서는 저항이 있을 수도 있다 - 다시 말하지만, 개정이 현명한 판단이 아니라고 계속 생각하는 사람들뿐만 아니라 그러한 개정의 “불법성”에 반대하는 사람들의 저항도 있을 수 있다. 바로 그러한 이유로 저항의 규모는 보다 커질 수도 있다. 반대론자들은 미리 정해진 규칙에 따라 행해진 싸움에서 지는 것과, 오직 그 싸움만을 위해 승자가 만들어 낸 규칙에 따라 행해진 싸움에서 지는 것은 완전히 다른 것이라고 말할지도 모른다.

현행헌법상 개정절차가 (그 이외의 다른 방식의 개정을) 제한하는 법적 효과를 가지지 않을 수도 있지만, 이러한 개정절차는 실제 정치에 상당한 영향을 줄 수 있다. 신중한 정치가라면

13) 리처드 알버트는 이를 구조적 개정불가능성 (constructive unamendability)이라 칭한다. 리처드 알버트 저, 헌법 불사용과 폐용 (Constitutional Disuse and Desuetude), 94 B.U. L.Rev. 1029 (2014).

14) 여기서 든 예시는 카탈루냐 독립에 관해 최근 실시된 카탈루냐 국민투표, 그리고 1999년 베네수엘라 헌법 채택 방식에서 가져온 것이다.

비관례적 개정을 추진할 것인지 여부를 검토할 때 이러한 실제적 영향을 고려할 것이다. 비관례적 개정의 범주 내에 있는 행동의 예로, 소폭의 변화조차 완강하게 거부하는 고집스럽고 굳어진 정치체제에 대한 반대 운동을 들 수 있다. 다시 말하지만, 헌법 이론으로 볼 때 비관례적 개정은 '어떠한' 상황에서든 추진될 수 있으나, 신중히 고려한 결과 정치 상황이 매우 심각하게 악화된 경우 외에는 그러한 비관례적 개정을 추진하는 것이 바람직하지 않다고 판단할 수도 있다. 이것이 바로 실제에서 신중함이 어떤 역할을 할 수 있는지를 보여 주는 것이라고 할 수 있다.

그렇다면 어떤 경우에 헌법 개정이 신중하다고 할 수 있는가? 본 학술행사에서의 대략의 논의 방향과 쟁점사항으로 전달받은 내용에서 대부분의 경우를 포착하고 있으며, 이에 대해 좀 더 자세히 논의해 보고자 한다.¹⁵⁾

첫째, 만일 헌법에서 애초에 잘못 설계된 조항들을 포함하고 있는 경우에는 개정이 적합할 수 있다. 헌법 설계의 기본 내용은 주지의 사실이므로 이러한 문제는 드물어야 마땅하다. 그러나, 실제로는 이러한 문제가 발생하고 있다. 최근에 있었던 가장 좋은 예로 의회 체계를 가지고 있는 이스라엘에서 의회와 별도로 총리를 선출하기로 한 결정을 들 수 있으며, 이러한 결정은 오래 가지 못했다.¹⁶⁾ 예상 가능한 대로, 이 결정은 총리가 의회 내에서 지속적인 과반수 이상의 지지를 확보하지 못하는 결과를 가져왔다. 이러한 예에서 보듯이 잘못된 설계는 처음부터 피할 수 있었다. 또 다른 예로는 헌법에서 누락된 사항들, 예를 들어 선거관리위원회에 관한 조항 누락 등이 있을 수 있다.

그러나 이러한 '실수들'은 사실상 실수가 아닐 수도 있다. 그러한 실수들은 헌법 기안 당시의 정치적 상황에 따른 것일 수도 있으며, 또한 헌법 기안자들도 당시 자신들이 무엇을 하고 있는지 충분히 인지하고 있었음에도 그저 자신들이 그러한 실수를 만들 수 밖에 없다는 사실을 받아들였던 것일 수도 있다. 따라서, 이스라엘의 예에서 보면, 그러한 설계를 만들어 낸 정치적 여건으로 인해 당시에는 이를 채택하는 것이 정치적으로 합리적인 것이었을 수 있다 - 그러한 설계로 인해 당면한 정치적 문제가 해결되었을 수도 있으며 - 그리고 나중에 정치 상황이 변경되었을 때 그러한 설계는 폐기될 수도 있는 것이다.¹⁷⁾

15) 예를 들어 당면한 정치적 문제를 해결하기 위한 방안으로 때로는 헌법 제정이 적합한 사유와 동일한 사유로 헌법 개정이 적합하게 여겨지는 경우도 있다. 그러나 본 글에서는 오직 헌법 개정에만 특수하게 적용되는 사유들에 대해서만 주목하고자 한다.

16) 인용 주석

17) 이것이 이스라엘의 해당 헌법조항의 기원에 대한 정확한 설명인지는 알 수 없다. 비록 내가 제시할 수 있는 예시

채택 당시에는 바람직한 헌법 조항이었던 것이 사회, 경제 또는 단순한 정치적 변화로 인해 시대에 뒤떨어진 것이 되기도 하는데, 이런 경우에 또 다른 문제들이 발생한다. 예를 들어, 연방제도에서 일부 권한은 반드시 국가의 하위 단위에만 부여되어야 하며, 그러한 권한 배분의 몇몇 요소들이 당시에는 합리적일 수 있다. 그러나 상황이 바뀌어 연방정부에 해당 사항에 대한 권한을 공동으로 또는 독점적으로 부여하는 것이 적절한 것이 될 수도 있다. 이러한 것은 오직 헌법 개정을 통해서만 실현될 수 있다.¹⁸⁾ 또는, 다민족 사회의 경우 그 국가 내 다양한 민족 및 지리적 공동체의 분포, 그리고 그들의 다양한 경제적 지위에 비추어 합리적으로 생각되는 방식으로 헌법이 다양한 권한을 민족 및 지역 공동체에 배분할 수 있다. 그러나 시간의 경과에 따라 지리적, 경제적 이동성이 향상됨으로 인하여 이러한 권한배분은 갈수록 더 문제가 될 수 있다. 예를 들면 과거 어떤 지역 혹은 전국에 상당한 입지를 가졌던 한 소수집단에게, 그 집단이 더 이상 장악하고 있지 않은 지역에 관한 입법에 있어 실질적인 거부권을 부여하는 경우를 들 수 있다.

상기한 마지막 예는 시대에 뒤떨어진 헌법 조항의 문제에 관한 중요한 변수를 제시한다. 헌법 기초자들은 상호 연관된 두 과제를 갖고 있다. 먼저 그들은 당면한 정치적 필요를 충족시키는 헌법을 만들어야 한다 - 즉, 채택 당시 정치적으로 수용 가능한 헌법을 만들어야 한다. 또한, 그들은 새로운 문제들이 발생했을 때, 그리고 정치적 상황이 변경되었을 때 국가가 대처할 수 있도록 하는 헌법을 만들어야 한다. 이러한 두 과제는 상충될 수 있다. 아마도 가장 바람직한 것은 헌법기초자들이 향후 정치적 결정에 따라 문제가 해결될 수 있도록 열어 놓음으로써 변경 가능성을 예측하는 것일 것이다.¹⁹⁾ 그러나, 그들은 최초 헌법에 해결책을 명시할 것을 요구받는 정치적 상황에 처할 수도 있다. 이러한 상황은 예를 들어 어떤 중요한 정치단체가 그 단체와 관련된 어떤 문제가 추후 정치 협상의 대상이 되지 않도록 할 것을 주장하고 있고, 그

는 없지만 이 문제에 대해 보다 일반적인 설명을 하자면, 헌법제정자들은 각각 그 자체는 합리적이지만 실제 상호작용을 통하여 바람직하지 않은 결과를 가져올 수 있는 2개 이상의 조항을 채택할 가능성도 있다는 것을 들 수 있다.

18) 좋은 예로 주간 통상에 대한 권한을 연방정부에 부여하는 미국 헌법조항을 들 수 있다. 이 조항은 미국 연방대법원이 초창기에 인정한 바와 같이, 하나의 주 내에서만 발생하는 경제적 문제들이 있다는 전제에서 출발하였다. 미국 경제가 확장됨에 따라 순수하게 주 내 통상에 해당하는 범주는 현격히 줄어들었음에도 불구하고, 연방권한에 대한 제한으로 인하여 때로는 적절한 국가 정책을 채택하는 과정이 더딜 수밖에 없었다. 학자적 입장에서 최대한 선해하면, 미국 헌법은 이러한 문제를 해결하기 위하여 사법부의 해석을 통해 개정되었다고 본다.

19) “법률로 정한다”라는 조항을 통해 결정을 유예하는 것에 대한 논의는 로잘린드 디슨과 톰 긴즈버그 (Rosalind Dixon & Tom Ginsburg) 공저, “결정하지 않기로 결정(Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design, 9 I-CON 636 (2011))”을 참조하기 바람.

러한 문제를 자신들이 만족할 수준으로 해결해 주지 못하는 헌법을 거부할 수 있는 권한을 보유하고 있을 때 발생할 수 있다.

그렇다면 헌법 개정은 몇 가지 조건이 충족될 때 적절할 수 있다. 규범적인 문제로서든 정치적인 문제로서든, 헌법에서 해결되었던 쟁점은 재고될 수 있어야 한다. 또한, 한때는 헌법에 의한 해결을 주장할 수 있었던 단체가 이제는 그 힘을 잃어, 이제는 그러한 이슈를 정치적 해결에 맡기는 헌법 개정이 가능하다 (혹은, 과거 막강한 힘을 가졌던 단체에 불리한 방식으로 문제를 해결하는 헌법개정이 가능하다).

이러한 측면에서도 미국은 좋은 예가 될 수 있다. 당시 노예제는 사회 및 경제 조직에 매우 중요한 것이었기에 헌법기초자들은 노예제를 보장하는 조항들을 포함시키지 않는 한 헌법이 비준되기는 어려울 것이라고 생각했으며, 이러한 생각은 틀리지 않았다. 즉, 정치적으로 볼 때 남부는 헌법에 노예제 찬성 조항을 두어야 한다고 주장할 수 있을만큼 충분히 강력하였다. 그러나 19세기에 접어들어 수십 년 사이에 북부는 남부와 대등한 수준으로 경제적, 인구적 측면에서 힘을 확보하였으며, 이에 노예제 폐지 운동이 힘을 얻었다. 헌법의 설계 측면에서 보면, 헌법의 개정을 통해 노예제를 헌법이 보호하는 정책에서 일반 정치에 의해 그 형태가 결정될 수 있는 정책으로 전환하는 것이 바람직했을 것이다. 그러나 미국의 헌법개정에 관한 규정은 너무나 경직되어 있어, 그러한 해결 방식은 불가능했으며 결국 남북전쟁이라는 폭력을 통해서만이 비로소 헌법의 변경이 가능했다.

나는 본 글의 서두에서 위헌적 헌법개정이라는 법리를 언급한 바 있다. 이 법리는 국가 정체성의 변경을 반영하는 개정, 즉 개정의 마지막 유형을 소개하고 있다.²⁰⁾ 동 법 이론에서는 국가의 “기본 구조”를 변경하는 개정은 위헌적이라고 본다.²¹⁾ 기본 구조의 전형적인 요소로는 연방주의, 자유주의 및 세속주의(secularism) 등이 있다. 그렇다면, 어떠한 국가 헌법의 기본 구조에 세속주의가 포함되어 있는데, 국민이 어떠한 특정 종교 (전 세계적으로 예를 들면 불교, 기독교, 이슬람교, 유대교 등)를 점점 더 신봉하게 되는 경향을 반영하여 그러한 헌법에 대한 개정을 추진하는 경우를 생각해 보자. 그리고 헌법재판소가 그러한 개정을 위헌이라고 판

20) 이러한 변화들은 규범적으로 긍정적인 수도, 또는 부정적인 수도 있다는 점은 강조할 필요가 있다. 나의 견해로는, 예를 들어 권리 헌장 (Charter of Rights)의 채택에도 반영되어 있듯이 캐나다가 이원적 국적의 국가에서 다문화 국가로 변화하게 된 것은 긍정적인 변화이다. 반면, 국가적 성격으로서 평화주의에 대한 포기를 반영하기 위한 일본 헌법 제 9조의 개정은 부정적인 변화로 보인다.

21) 로즈나이와 수디르 크리슈나스와미 (Roznai, note --- above, and Sudhir Krishnaswamy) 공저, “인도 내 민주주의와 헌법주의: 기본 구조 이론에 대한 연구 (Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine (2009))”를 참조하기 바람.



단한다고 가정해 보자. 그렇다면 그 다음 실제 어떠한 일이 일어날까?

물론 개정을 지지하는 세력들은 일반적인 정치적 수단을 통하여 헌법재판소의 재판관 구성과 헌법재판소의 결정을 바꾸고자 할 수도 있다. 만일 해당 헌법에 새로운 헌법으로의 교체를 허용하는 조항이 있다면, 그러한 세력들은 제헌의회 소집 등의 “교체” 매커니즘을 활용할 수도 있을 것이다. 그러나, 우리는 해당 헌법에 그와 같은 조항이 없다고 추정해 볼 수 있다.²²⁾ 더욱이, 개정을 지지하는 사람들은 바뀌어야 할 ‘유일한’ 대상은 세속주의에 대한 수호뿐이며, 단일 주제에 대한 국민투표와 같은 다른 선택지를 두고 굳이 제헌의회와 같은 강력한 무기를 동원하는 것은 지나친 비용이 들며 또한 불필요하다고 생각할 수도 있다.

이제 우리는 다양한 개정의 형태를 헌법 개정 이론과, 그리고 구체적으로는 개정을 점점 어렵게 만드는 절차적 단계의 존재와 연결지어 생각해볼 수 있다. 비록 잘못 설계되고 시대에 뒤떨어진 헌법 조항들이라도 지자자들은 있게 마련이며, 특히 그러한 조항의 작동 내지는 그러한 조항의 효과로 인해 정부가 어떠한 행동을 취하지 못하게 됨으로 인하여 혜택을 받는 사람들은 그러한 조항을 지지할 것이다. 때로 이러한 수혜자들은 잘못 설계되었거나 시대에 뒤떨어진 조항들을 삭제하기 위한 일반적인 개정안의 채택조차 저지시킬 수 있는 충분한 힘 (또는 수)를 가지고 있기도 하다. 이는 가장 완화된 헌법개정절차와 요건에 의해 보호되는 최하위 단계에 속하는 조항의 경우에도 마찬가지이며, 만일 그러한 조항이 보다 (엄격한 개정절차가 적용되는) 상위 단계에 속하는 경우는 더더욱 그러하다. 이러한 상황은 물론 기존 헌법이 바람직한 통치를 방해하는 정도에 따라서는 비관례적 헌법 개정을 추진할 이유가 될 수도 있다.

이는 헌법의 기본 구조에 영향을 미치고, 따라서 그 개정은 위헌으로 판단되어 헌법재판소에 의해 보호되는 정체성을 변화시키는 조항들의 경우에도 마찬가지이다. 개정 찬성론자들은, 법원의 구성이나 법리를 바꾸기보다는 - 이러한 방법은 그 자체로 법의 지배와 관련한 우려를 낳는다 - 비관례적 개정을 활용할 수 있다. 다만, 이러한 비관례적 개정 역시 법의 지배 측면에서 우려되는 부분이 있다.

미국은 노예제 문제의 취급에 있어 비관례적 개정의 예시를 보여 준다. 최초의 헌법은 노예제를 보호하였으나, 그러한 노예제 보호는 애초에 비도덕적인 것이었으며, 19세기에 들어서는 시대에 뒤떨어진 것이 되었고, 미국의 본래의 정체성의 한 단면을 보여 주는 것이었다. 미국의 개헌절차와 요건은 세계에서 가장 엄격한 편에 속하며, 이는 그러한 개정절차를 통해 헌법을 시대에 맞게 개편한다는 것은 불가능하다는 것을 의미했다.²³⁾ 형식적으로 보면, 노예제

22) 예컨대, 미국 헌법에는 그러한 조항이 없다.

23) 남북전쟁 발발 바로 직전에 남부 주들 내에서의 노예제를 명시적으로 보호하는 헌법 개정이 발의되었다. 본 개정

가 철폐된 것은 일반적인 헌법 개정, 즉 수정헌법 제13조의 채택에 따른 것이었다. 그러나, 그와 같은 개정이 채택될 수 있었던 것은 오직 피비린내나는 남북전쟁에서 북부군이 승리했었기에 가능했다. 남북 전쟁의 역할이 그와 같았기 때문에, 나의 견해로는 수정헌법 제 13조는 비관례적 개정으로 이해되어야 한다고 본다.

세속주의를 개정불가능한 헌법적 특징으로 다뤄온 헌법재판소를 두고 있는 국가들은 궁극적으로 비관례적 개정이 이루어지도록 할 수 있는 과정의 중간에 있는지도 모른다. 지금까지 그러한 결정들에 대한 대부분의 대응은 법리에 대한 수정²⁴⁾, 또는 헌법적으로 정해진 절차나 다소 비관례적인 수단을 통한 헌법재판소 구성의 변경²⁵⁾ 이라는 형태로 이루어졌다. 앞서 언급한 바와 같이, 국가의 세속주의에 대한 의지가 변화되어야 한다는 견해를 지지하는 사람들은 헌법 교체를 추진할 수도 있다. 그러나 - 만일 그들이 헌법이 세속주의를 인정하는 것 때문에 헌법에 흠결이 있다는 점만을 우려한다면 - 그들은 대대적인 헌법교체를 하기 위한 절차가 그러한 문제 해결에 부적절하다고 생각할 수도 있다. 만일 이러한 변화들 - 헌법재판소에서, 법리에서, 또는 헌법 전체에서의 - 중 어떠한 변화도 불필요하다고 여겨진다면, 찬성론자들은 비관례적 개정을 그 해결책으로 생각할 것이다.

최근 수십년간을 살펴보면 헌법 개정 이론은 기본적인 헌법이론과 상당히 밀접하게 연관되어 있음을 알 수 있다. 이에 대한 연구는, 여기서 검토한 바와 같이, 상당히 유용한 방식으로 헌법제정 권한에 대한 생각들과 법의 지배 간의 관련성을 보여줄 수 있을 것이다. 혹은, 적어도 본 글이 이를 보여주었기를 바란다.

발의안은 비준을 위해 주에 제출되었으나 결과적으로 비준되지 못하였다.

24) 발간 예정인 이본느 튜(Yvonne Tew)의 논문에서는 “은밀한 신정체제(stealth theocracy)”라는 용어를 이와는 다소 다른 현상을 묘사하는 데 사용하고 있으나, 본 문맥에서는 이 용어가 유용하다.

25) 후자에는 절차적으로 일반적인 헌법개정이 채택되었으나, 기본 구조에 대한 위헌적 변경에 해당한다고 볼 수 있는 경우도 포함된다. 인도 대법원은 그러한 개정을 위헌적이라고 판결하였는데, 그러한 배경에는 일반 국민의 삶에서 힌두교의 역할을 점점 더 인정하는 방향으로 입법을 하는 것을 인도 법원이 위헌적인 것으로 판단할 가능성, 혹은 이러한 힌두교에 대한 인정이 헌법 개정에서 채택되는 경우 기본 구조 법리를 위배하는 것으로 판단될 가능성에 대한 우려가 그 일부 요인이 되었을 수 있다.

Considerations on Constitutional Amendment

Mark Tushnet¹⁾

Over the past decade or so constitutional theorists around the world have devoted a great deal of attention to the theory underlying constitutional amendment.²⁾ The reason is probably the use by constitutional courts of a doctrine – usually of their own devising – that authorizes them to hold unconstitutional amendments that had been adopted by using the precise mechanisms prescribed in the constitution for amending it. As theorists attempted to account for such decisions within a coherent framework, they elaborated distinctions between constitutional amendments and constitutional replacements, clarified the relation between constitutional amendments and a nation’s constitutional identity, and retrieved some aspects of the analysis of the idea of a “constituent power” that had fallen out of common use. In my view the work constitutional theorists did was extraordinarily productive.

Here is a simple summary of what I believe these theorists have shown.³⁾ There can be no legal limitations placed upon constitutional amendments, in the sense that a nation’s people can exercise its power to amend, alter, and even replace the nation’s constitution by using any processes that turn out to be effective, even if those processes are inconsistent with the processes laid out in the constitution that is being amended, altered, or replaced (and even if the substance of the amendments is inconsistent with language in the existing constitution purporting to insulate some provisions from amendment). The only limitations on the

1) William Nelson Cromwell Professor of Law, Harvard Law School. I thank Richard Albert and Vicki C. Jackson for comments on a draft of this essay.

2) In my view the most important works are probably Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendment: The Limits of Amendment Powers* (2017), and Joel Colon-Rios, *Weak Constitutionalism and the Question of Constituent Power* (2012). Richard Albert’s forthcoming book, which deals with topics across the entire range of amendment theory, is likely to become the most important in the field.

3) I note that the summary is my view of what the theoretical discussions have established, not what any specific author believes. In fact, my assessment is that my view, while correct, is rather far from the consensus about amendment theory.



people's power to amend or replace the constitution are prudential, not legal.

What do I mean in saying that there can be no legal limitations? Not, of course, that constitutions cannot contain words purporting to limit either the processes or the substance of amendments. Nor do I mean that courts cannot lawfully enter judgments asserting that some limitation on the amendment power has been violated. Rather, I mean that limitations on the power to amend a constitution cannot be law “all the way down” – because law all the way down is itself constituted by social practices.

Take as an example some elements of the amendment process laid out in the Constitution of Republic of Korea. Simplifying for purposes of exposition: Articles 129-130 require a vote by a two-thirds majority of the national assembly and approval by a majority of voters in a referendum, provided that more than one half of the nation's eligible voters actually vote on the referendum. Suppose, though, that an amendment receives a 60 percent vote in the national assembly but is nonetheless put to a referendum, in which it receives an 80 percent approval vote, with a 75 percent participation rate. According to my view of the best account of amendment theory, such an amendment could be legally valid, though whether it will be legally effective depends on a large number of contingent facts.⁴⁾

The amendment of the French Constitution by referendum in 1962 is a real-world example. Simplifying for purposes of exposition: The existing constitution set out a procedure for its amendment that required participation by parliament. It also contained a procedure whereby referenda could be held on laws. President Charles de Gaulle proposed a referendum that would shift the system – prescribed by the constitution – for electing the president from one using an electoral college to direct elections. The referendum process was clearly inapplicable to proposed constitutional amendments, but De Gaulle went ahead with the referendum, which succeeded with 62 percent of the vote with a 77 percent turnout. Thereafter there were direct popular elections for the president.

This is obviously a very strong thesis, and I begin with a summary of the argument supporting it. After doing so, I will provide a “map” of some possible reasons for amending

4) The actual effectiveness in the example might well be quite sensitive to the hypothesized numbers. Consider as an alternative an “unauthorized” referendum that received only a narrow margin of support, or a large margin of support but where the participation rate was significantly below 59 percent. I suspect that thereafter the odds that officials and the general public would act as if the amendment had been adopted, are relatively low.

a constitution, whether through the prescribed forms or otherwise, and will attempt to connect some elements of that map to the basic theory described here.

The starting point for the theory of constitutional amendments is, not surprisingly, foundational constitutional theory itself. The latter theory rests on the principle that all constitutions ultimately rest on exercises by a nation's people of its constituent power.⁵⁾ Whether the constituent power has been exercised is determined by "facts on the ground." In the first instance those facts deal with whether officials recognize that the constituent power has been exercised. That recognition, in turn, rests on whether officials, and derivatively ordinary citizens, regularly adhere to the legal prescriptions of the foundational documents. The constituent power, when effectively exercised, creates the framework for future acts of government. Again to simplify, the constituent power enacts a constitution that creates legislative, executive, and judicial institutions and, importantly here, that also sets out procedures for amending the constitution itself.

The procedures for amendment vary a great deal. More than the simple majorities needed to enact legislation is almost universally required; otherwise we could distinguish between ordinary laws and constitutional amendments only by the labels attached to them.⁶⁾ The amendment rule must require some supermajority, but there is a wide range of possibilities.⁷⁾ Amendment theory says relatively little about anything other than variations in the ease with which amendments can be made.

There are several tiers of procedure for constitutional amendments.⁸⁾ At the lowest tier are what might be called ordinary constitutional amendments, such as technical corrections

5) For my discussion of whether the constituent power is a real social group or a conceptual category, see Mark Tushnet, *Peasants With Pitchforks, and Toilers With Twitter: Constitutional Revolutions and the Constituent Power*, 13 I-CON 639 (2015).

6) Israel is an exception: The Knesset is both an ordinary legislature and a constituent assembly. When acting as a constituent assembly it can adopt constitution provisions by a simple majority. It signals the capacity in which it is acting by designating a constitutional amendment a "Basic Law." Richard Albert points out that one of the amendment procedures in Canada also involves simple majorities.

7) It is worth noting as well that amendment rules requiring a supermajority may in practice have little effect in nations with a dominant political party, where "dominance" is defined as consistent majorities of a size larger than that required to amend the constitution.

8) I take the language of tiers from Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 Ariz. St. L. J. 663 (2010).



or additions based on modern developments. The amendment rule for these amendments is the weakest in the constitutional system. Sometimes the constitution identifies a set of provisions protected by a stronger rule; these might include some aspects of human rights and what are thought to be especially important features of government structure. Some constitutions also set out procedures for a whole-scale replacement of the existing constitution. Typically these “replacement” or “substitution” requirements involve a combination of a constituent assembly and a national referendum.

Where express provisions dealing with constitutional replacement exist – and sometimes where constitutional law recognizes an implicit doctrine of constitutional replacement – questions can arise about what appear to be discrete constitutional amendments. The problem is easiest to see if the constitution has only two amendment procedures, one for ordinary amendments and one for replacements. Suppose one, two, or a few seemingly discrete amendments are proposed. They might be so significant that a constitution with them is quite different from one without them. One might say, then, that sometimes even discrete amendments can amount to constitutional replacements.⁹⁾

With this as background, I return to fundamental amendment theory. All actions taken within the framework established by the constitution are exercises not of the constituent power directly but of a power derived from the constituent power itself. It follows from this description that the constituent power cannot be constrained by domestic law, whether ordinary laws or rules for constitutional amendment: Derived powers cannot limit the sources from which they are derived.¹⁰⁾

How then are we to understand provisions like Articles 129-130? At the most basic level

9) This is the account sometimes offered in defense of decisions in Latin America rejecting as “unconstitutional” amendments to allow presidents to run for successive terms. One rationale for such decisions is that the amendments are so significant that they can be adopted only through the prescribed procedures for constitutional replacement.

10) It is sometimes said in discussions of amendment theory that international law might constrain the amendment power. Perhaps so, for example if a specific international agreement embodies requirements for constitutions’ content. Ordinarily, though, international law deals with outcomes (such as torture or discrimination) rather than processes (except to the extent that processes have some effect on outcomes). A rather clear example is that, on what I take to be prevailing views, a nation would not violate international law merely by having a constitution lacking a provision banning torture; it violates international law only by engaging in torture.

they should be understood as recommendations from the constitution-writers – or, perhaps, from those exercising the constituent power at the moment of the constitution’s adoption – about what prudent successors should do. The procedural requirements describe methods that, the writers believe, are likely to produce amendments only when the amendments would improve the constitution’s performance. But, as recommendations they can be rejected if, upon serious consideration, they appear to obstruct rather than promote constitutional improvement under the circumstances facing the amenders. Let me call amendments that go through a course different from that prescribed in the constitution as “unconventional amendments.”

Consider an example built upon discussions in the French Constituent Assembly in 1789-91.¹¹⁾ Suppose a constitution purports to require that amendments be proposed by a constituent assembly consisting of 600 members. That number is chosen because, at the time of the constitution’s adoption, it is large enough to allow for the inclusion of representatives from all social sectors, but not so large as to be unmanageable. It is easy to imagine changes in society that make the number outdated – either too large or too small. It would not be unreasonable for a later society to allow amendments to be proposed by a constituent assembly with 300 or 800 members.

Of course the example works, if it does, because the initial constitution used a fixed number that could become overly rigid.¹²⁾ Yet, the possibility that constitutional provisions can become outdated – or might have been badly designed from the outset – is what underlies the inclusion of any amendment procedure in a constitution. And, there is no general reason to believe that provisions dealing with amendment procedures are less likely to become outdated than any other provision. One unavailing response is to contend that the outdated amendment procedures should themselves be amended. This is evidently circular: If the procedures are outdated with respect to other proposed amendments, they must be outdated with respect to amendments to themselves.

11) For this example, see Mark Tushnet, “Amendment Theory and Constituent Power,” in *Comparative Constitutional Theory* (Miguel Schor & Gary Jacobsohn eds. 2018).

12) It is worth noting, though, that constitutions are typically full of numbers – most notably, perhaps, the U.S. Constitution’s requirement that each state be represented in the Senate by two members.



Again, consider the requirement that amendments be proposed by a two-thirds vote in the national assembly. Suppose the political party system becomes so fragmented that it is in practice impossible for any proposal to receive a two-thirds vote. That might not impede the adoption of legislation requiring support by a simple majority, but it would make it in practice impossible to amend the constitution.¹³⁾ There are isolated but instructive examples of what happens then. A political movement seeking constitutional change sponsors a public referendum without the prior adoption by the national assembly of the proposals to be voted on. Or, the movement convenes a constituent assembly outside the prescribed constitutional framework to propose the adoption, by (constitutionally unauthorized) referendum, of a replacement for the existing constitution.¹⁴⁾ These actions are in some sense illegal and unconstitutional, but, to return to the idea of the constituent power, if the results prove to be effective – if officials and citizens guide their actions with reference to the amendments or the new constitution – the amended or replacement constitution will become the nation’s constitution.

The fact that some people – typically opponents, but sometimes supporters of the amendment’s substance – might well regard the actions I have described as illegal is important, though. Of course the presence of amendment procedures in a constitution indicates that the constitution’s designers thought that those provisions were the best ones to ensure that only “good” amendments would be adopted. And that judgment deserves weight as future generations consider both amending the constitution, and adopting unconventional amendments. But, beyond having whatever weight they rationally deserve, the amendment procedures will have an effect on politics. Proponents of unconventional amendments will have to overcome opposition not only from those who disagree with the sought-for amendments on the merits, but also those who believe that adhering to the constitution’s amendment procedures serves important rule-of-law values.

Unconventional amendments might be more vulnerable than ordinary ones after their

13) Richard Albert refers to this as constructive unamendability. Richard Albert, *Constitutional Disuse and Desuetude*, 94 B.U. L.Rev. 1029 (2014).

14) The examples here are drawn from the recent referendum in Catalonia on independence, and the method by which the Venezuelan Constitution of 1999 was adopted.

adoption. True, by assumption such amendments are effective because people start to behave consistent with them. But, there might be pockets of resistance – again, not only from those who continue to believe that the amendments are unwise, but also from those who object to their “illegality.” For that reason, the pockets of resistance might be larger than otherwise. It is one thing, opponents might say, to lose a fight conducted according to the rules in place, quite another to lose a fight conducted by rules devised by the winners for that fight alone.

The existing amendment procedures might not have constraining legal effects, but they might well have significant effects upon practical politics. Prudent politicians will take these practical effects into account when they consider whether to pursue unconventional amendments. The examples of actions in the general neighborhood of unconventional amendments involve insurgent political movements facing a congealed and recalcitrant political system that unyieldingly resists even modest changes. As a matter of constitutional theory, again, unconventional amendments might be sought in any circumstances, but it might well be that prudence counsels against using them except when political conditions have deteriorated quite substantially. That is how prudence might work in practice.

When might constitutional amendments be prudent? The prospectus for this conference identifies most of the circumstances, and I will expand a bit on them.¹⁵⁾

First, an amendment might be appropriate if the constitution contains provisions that are badly designed from the outset. Knowledge about the basics of constitutional design has become so widely distributed that this problem should be rare. It does occur, though. The best recent example is the short-lived decision in Israel, a parliamentary system, to have the prime minister elected separately from parliament.¹⁶⁾ As could have been expected this produced a prime minister who lacked a consistent supporting majority in parliament. Here the bad design could have been avoided from the beginning. Other examples might include omissions from constitutions, for example, the failure to include a provision for an electoral commission.

15) Sometimes amendments might be appropriate for exactly the same reasons that creating a constitution is, for example as a solution to a pressing political problem. I confine my attention here to reasons distinctive to amendments.

16) citation



These ‘mistakes’ might not actually be mistake, though. They might result from the political circumstances at the time of constitution-writing, and the constitution-writers might be quite aware of what they were doing, and simply resigned to the fact that they have to make the mistakes. So, in the Israeli example, the political conditions producing the design might have made its adoption politically sensible at the moment – it might have solved an immediate political problem – and then it could be abandoned when the political circumstances changed.¹⁷⁾

Another set of problems arises when constitutional provisions are good ones when adopted but become outdated because of social, economic, or merely political change. For example, in a federal system some authority must be committed exclusively to the subnational units, and some components of that allocation might be sensible at the time. But circumstances change and it might become appropriate to give the national government either concurrent or exclusive authority over the subject. That can be accomplished only by constitutional amendment.¹⁸⁾ Or, in an ethnically divided society the constitution might allocate various powers to ethnic and geographic communities in ways that make sense in light of the distribution of those communities within the nation, and in light of their differing economic statuses. As time goes on, geographic and economic mobility might make these allocations increasingly problematic, for example by giving a minority group that had a significant presence in a region, or in the nation as a whole, an effective veto power over legislation for a region that it no longer dominates.

This last example can introduce an important variant on the problem of outdated constitutional provisions. Constitution-writers have two related tasks. They must craft a constitution that satisfies immediate political needs – that is, that is acceptable politically

17) I do not know whether this is an accurate description of the genesis of the Israeli provision. A more general version of this problem, for which I do not have any examples, is that constitution-makers might adopt two or more provisions, each sensible in itself, but which interact in practice to produce undesirable results.

18) A good example of this is the provision of the United States Constitution giving the national government power over commerce among the several states, which, as the Supreme Court recognized early on, presupposed that there are some economic matters that are wholly internal to a single state. As the U.S. economy expanded, the category of purely internal commerce shrank dramatically, but the limits on national power sometimes operated to slow down the adoption of appropriate national policy. On the best scholarly understanding, the U.S. Constitution was amended via judicial interpretation to address this difficulty.

at the time of adoption. And, they must craft a constitution that will allow the nation to address new problems as they arise, and when political conditions have changed. These tasks can conflict. Ideally, perhaps, the constitution-writers would anticipate the possibility of change by leaving issues open to later political resolution.¹⁹⁾ But, they might face political circumstances that require them to write a solution into the initial constitution. This will occur, for example, when an important political group insists that a matter that concerns it not be left to later political negotiation, and has the power to veto a constitution that does not address the matter to its satisfaction.

A constitutional amendment is then appropriate when several conditions are met. Either as a normative matter or as a political one, the issue resolved in the constitution ought to be reopened. And, the group that once had the power to insist upon a resolution in the constitution has lost enough power that a constitutional amendment leaving the issue to political resolution is within reach (or even, that an amendment resolving the issue against the previously powerful group is possible).

Here too the United States provides a good example. The Constitution's framers believed, probably correctly, that they could not get the Constitution ratified unless it contained provisions protecting slavery in the states where it was central to social and economic organization. Politically, that is, the South was strong enough to insist upon including pro-slavery provisions in the Constitution. Over the first decades of the nineteenth century, the North gained economic and demographic power vis-à-vis the South, and the movement to abolish slavery gained strength. From a constitutional design point of view, it would have been desirable to amend the Constitution to shift slavery from a policy protected by the Constitution to a policy whose shape could be determined by ordinary politics. The U.S. amendment rule is so strong, though, that such a solution was not available, with the effect that constitutional change came about through the violence of the Civil War.

I began this Article by referring to the judicial doctrine of unconstitutional constitutional amendments. That doctrine introduces a final category of amendments, those that reflect

19) For a discussion of deferral through "by law" provisions, see Rosalind Dixon & Tom Ginsburg, *Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design*, 9 I-CON 636 (2011).



a change in the nation's identity.²⁰⁾ The judicial doctrine is that amendments that alter a nation's "basic structure" are unconstitutional.²¹⁾ Typical components of the basic structure are federalism, liberalism, and secularism. Consider, then, an amendment to a constitution whose basic structure includes secularism that reflects the increased commitment of a nation's people to a specific religion; the examples from around the world include Buddhism, Christianity, Islam, and Judaism. Assume that the constitutional court holds such an amendment unconstitutional. What happens next, in practice?

Of course the forces supporting the amendment can use ordinary political means to alter the court's membership and so its doctrine. If the constitution contains provisions authorizing its replacement by a new constitution, those forces might use the "replacement" mechanism, such as convening a constituent assembly. We can imagine, though, that the constitution does not contain such provisions.²²⁾ Further, those supporting the amendment might believe that the only thing that needs changing is the commitment to secularism, and that deploying the heavy weaponry of a constituent assembly rather than, for example, a single-subject referendum is both too expensive and unnecessary.

At this point we can connect the amendment types to amendment theory and specifically to the existence of procedural tiers making amendments increasingly difficult. Even badly designed and outdated constitutional provisions have their supporters, in particular people who benefit from the provisions' operation or from the government's inability to act because of the provisions' effects. Sometimes those beneficiaries have enough power (or numbers) to block the adoption of even an ordinary amendment to eliminate the badly designed or outdated provisions. This might be true even when the provisions fall into the lowest tier protected by the weakest amendment rule, and is more likely when the provisions fall into a higher tier. This situation might provide the occasion for an unconventional constitutional

20) It bears emphasizing that these changes can be normatively positive or negative. From my point of view, for example, the change in Canada from a binational state to a multicultural one, reflect in the adoption of the Charter of Rights, is a positive change, while an amendment to Article 9 of the Japanese constitution to reflect the abandonment of pacifism as a national characteristic would be a negative change.

21) See Roznai, note --- above, and Sudhir Krishnaswamy, *Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine* (2009).

22) The U.S. Constitution does not, for example.

amendment, depending of course on the degree to which the unamended constitution is obstructing good governance.

Similarly with identity-changing provisions protected by courts that treat such amendments as affecting the constitution's basic structure and therefore unconstitutional. Rather than change the courts' composition and its doctrine – itself raising rule-of-law concerns – the amendment's proponents can use an unconventional amendment, which also carries with it rule-of-law concerns.

The United States provides an example of unconventional amendment in its treatment of the issue of slavery. The original Constitution protected slavery, but that protection was immoral at the outset, became outdated in the nineteenth century, and was an aspect of the nation's original identity. The U.S. amendment rule is among the most stringent in the world, which meant that updating the Constitution through the amendment process was impossible.²³⁾ Formally speaking, slavery was eliminated by the adoption of an ordinary constitutional amendment, the Thirteenth. But, adopting that amendment became possible only as a result of the North's victory in a bloody civil war. Because of the war's role, the Thirteenth Amendment should be understood as an unconventional amendment in my sense.

We may be in the midst of processes that will ultimately produce unconventional amendments in nations whose constitutional courts have treated secularism as an unamendable constitutional feature. So far most responses to such holdings have taken the form of modifications of judicial doctrine,²⁴⁾ or changes in the composition of the courts either through constitutionally authorized processes or through somewhat unconventional means.²⁵⁾ As noted earlier, advocates for altering a nation's commitment to secularism might

23) Immediately before the Civil War broke out a constitutional amendment was proposed that would have explicitly protected slavery in the Southern states. Though it was submitted to the states for ratification, it was not ratified.

24) In a forthcoming article Yvonne Tew introduces the term “stealth theocracy” to describe somewhat different phenomena, but the term is useful in this context.

25) The latter include adoption of procedurally regular constitutional amendments that might have been described as unconstitutional alterations in the basic structure. The Supreme Court of India did hold unconstitutional such an amendment, which was may have been motivated in part by concern about the possibility that the court would find legislation in the direction of greater recognition of the role of Hinduism in Indian public life would be unconstitutional or, if adopted in constitutional amendments, would violate the basic structure doctrine.



seek a constitutional replacement, but – if they are concerned only that the constitution is defective because of its recognition of secularism – they might think that the procedures for large-scale replacement are inapt for the problem. If none of these changes – in the courts, in doctrine, or in the entire constitution – are thought necessary, proponents see an unconventional amendment as the solution.

Recent decades have shown that amendment theory is tied quite tightly to foundational constitutional theory. Examining it, as I have here, can illuminate the connections between ideas about constituent power and the rule of law in quite useful ways. Or, at least, so I hope to have shown.

Session 1 - Discussant 1

헌법 개정에 관한 고찰
Considerations on Constitutional
Amendment

이상경 | Lee, SangKyung

서울시립대 법학전문대학원 교수
Professor/Vice Dean, University of Seoul Law School



헌법 개정에 관한 고찰에 대한 토론문

이상경(서울시립대 로스쿨 교수)

무엇보다도 터쉬넛 교수님의 발표문을 통하여 헌법 개정의 바탕을 이루는 여러 이론에 대해 공부할 기회가 주어진 점에 대해 감사하게 생각하고, 개인적으로는 이 자리를 통하여 터쉬넛 교수님을 뵈게 되어 큰 기쁨이라 생각한다.

본 토론문은 터쉬넛 교수님께서 작성하신 발표문의 내용을 중심으로 이루어진다. 아쉬운 점은 터쉬넛 교수님께서 각주에 제시하신 여러 참고문헌들을 두루 살펴보고 이를 반영하여 토론문을 작성할 시간적 여유가 부족했다는 점이다. 그러한 이유로 토론문에서 터쉬넛 교수님의 발표문의 행간의 내용을 제대로 이해하지 못한 점이 있다면 이를 널리 해량하여 주시기 바란다.

1. 대한민국 헌법이론상의 헌법제정권력과 헌법개정권력의 준별에 의한 헌법개정의 한계

터쉬넛 교수님께서서는 “헌법 개정에 대한 ‘법적’ 제한은 있을 수 없다…애초에 헌법 개정 권한에 대한 제한 역시 사회적 관습에 따라 이루어진 것이기 때문이다”라고 하셨는데 저는 개인적으로는 이 부분에 대해 헌법이론에 기초한 의문이 있다. 대한민국의 헌법이론은 오랫동안 헌법제정권력과 헌법개정권력을 구별하여 왔다. 터쉬넛 교수님께서도 ‘헌법제정권자의 실체’에 대해 언급하고 계시는 것처럼, 1791년 프랑스 혁명헌법의 설계자이자 국민주권론자인 아베 시에에스(Abbé Sieyès)는 그의 저서 ‘제3신분이란 무엇인가?’에서 오로지 국민에게만 귀속되고 단지 그에 의해서만 행사될 수 있는 시원적이고 절대적인 권력을 ‘헌법제정권력’이라고 하고, 이는 ‘형성적 권력’(konstituierende Gewalt)이며, 그에 기반 하여 조직된 ‘형성된 권력’(konstituierte Gewalten)을 헌법개정권력이라고 부르면서 양자를 구분하였다. 따라서 헌법제정권력자 혹은 헌법제정권자는 ‘국민’이다. 시에에스의 이론은 독일 공법학자인 칼 슈미트(Carl Schmitt)에 의하여 계승되어 헌법제정권력과 헌법개정권력을 구분하는 이론으로 발전하였고, 이러한 독일법계의 이론이 대한민국에 영향을 미쳐 헌법개정의 한계를 밝히는 이론적 기초가 되고 있다. 칼 슈미트에 의하면 ‘헌법제정권력의 근본적인 결단사항’은 헌법개정권



력에 의해 침해될 수 없다는 한계가 인정된다. 또한 실정헌법의 상위에는 헌법제정권자까지 구속하는 자연법상의 원리¹⁾가 존재하므로, 그에 위반되는 헌법개정은 인정되지 않는다. 다만 구체적으로 헌법개정의 대상이 될 수 없는 내용이 무엇인가에 관해서는 의견이 갈리고 있다. 이와 같은 제한 - 헌법개정권력자의 결단사항으로서 의 ‘헌법률’에 대비하여 헌법제정권력자의 근본적인 결단사항을 ‘헌법’이라고 부르는 칼 슈미트의 이론에 따르는 경우의 제한과 자연법상의 원리에 의한 제한 - 은 ‘사회적 관습’에 따라 이루어지는 것으로 생각하기는 어렵고, 부분적으로는 ‘사회적 관습’이 배경이 될 수는 있어도, 적어도 제한 혹은 한계의 ‘형식면’에서는 ‘규범적인 제한’ 혹은 ‘법적인 한계’라고 봐야한다. 또한 성문헌법의 최고규범성에 비추어 볼 때도 ‘헌법 개정 권한에 대한 제한 역시 사회적 관습에 따라 이루어진다’는 것은 수증하기 어렵지 않나 싶다. 더불어 터쉬넛 교수님께서서는 “헌법 제정 권한은 헌법 개정에 관한 규칙 또는 일반적 법을 막론하고 국내법으로는 제한 될 수 없다 파생된 권한으로는 그러한 권한이 파생되어 나온 원천을 제한할 수는 없는 것이다”라고 하시면서, 대한민국 헌법 제129조와 130조를 언급하고 이어 ‘신중한 계승자’들의 언급을 통해 마찬가지로 헌법제정권자와 헌법개정권자를 구별하고 있는 것으로 보인다. 따라서 말씀하신 ‘권고사항’으로 이해되는 부분도 “헌법상의 제한 또는 한계”로서 명시적으로 규정된 것으로 본다면 적어도 ‘법적인 제한’이 아닌가 싶다. 나아가 헌법에서 정한 절차와는 다른 절차를 통해 이루어지는 개정을 “비관례적 개정”이라고 부르시는데, 이는 결국 헌법의 경성(rigidity) 혹은 개정 곤란성이라는 성문헌법의 본래적 특징을 우회하기 위한 방법으로 사용할 수 있다는 뜻으로 해석해야 하는지 궁금하다. 또한 만일 비관례적 개헌이 비록 ‘위헌적인 개정’이지만 사후에 ‘민주적 정당성(democratic legitimacy)’을 획득하여 그 승인이 이루어질 수 있는데 이럴 때의 위헌성은 제거되는 것으로 이해되는 것인지 교수님의 고견을 듣고 싶다. 더불어 “연방주의, 자유주의 및 세속주의” 등 “국가의 기본구조”를 변경하는 개정은 위헌적인다고 보시는데, 이는 결국 헌법개정의 ‘헌법제정권자의 근본결단에 의한 한계’ 또는 ‘헌법내재적 한계’를 수용한 것으로 보인다. 참고로, 대한민국 헌법재판소는 독일계통의 ‘집중형’으로 (centralized constitutional review) 헌법재판소의 심판권한은 ‘법률’이 ‘헌법’에 위반되는지 여부를 심판한다. 따라서 특정 헌법개정조항이 ‘헌법’에 위반되어 위헌인지 여부에 대한 심판권한은 없음을 말씀드린다.²⁾ 이 점에서는 미국의 연방대법원의 역

1) 초국가적·전(前)국가적 질서, 즉 시간과 장소를 초월하여 국가 이전에 이미 존재하는 보편타당한 객관적 질서로서, 오히려 국가와 인간이 만든 법이 존중하고 따라야 하는 불변의 진리를 의미한다.

2) 헌법재판소 결정 1995. 12. 28. 95헌바3: 헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치 체계를 이루고 있는 것으로서, 헌법의 제규정 가운데는 헌법의 근본가치를 보다 추상적으로 선언한 것도 있고, 이를 보다 구체적으로 표현한 것도 있으므로 이념적·논리적으로는 규범상호간의 우열을 인정할 수 있는 것

할과 다소 상이한 점이 있다.

2. 헌법개정과 구별되는 개념으로서의 헌법의 폐기(파기) · 폐지(대체) · 침훼

대한민국의 헌법이론은 일반적으로 헌법의 폐기, 폐지 및 침훼를 구별하고 있다. 헌법의 폐기(파기: Verfassungsvernichtung)는 기존의 성문헌법을 폐기하고 새로운 ‘헌법제정권력’에 의하여 헌법을 제정하는 것이다. 1789년 프랑스혁명 이후 제정된 프랑스 제1공화국헌법, 1917년 러시아혁명 후 제정된 소비에트 헌법 및 제1차 세계대전 이후 제정된 독일의 1919년 바이마르공화국헌법등이 그 예이다. 헌법의 폐지 혹은 대체(Verfassungsbeseitigung)는 기존의 성문헌법을 폐기하고 새 헌법을 제정한다는 점에서 헌법의 폐기와 동일하지만, 헌법제정권력의 변화를 수반하지 않는다는 점에서 헌법의 폐기와 구별된다. 1958년 프랑스 제5공화국헌법의 제정이 이에 속한다. 헌법의 침훼 혹은 침해(Verfassungsdurchbrechung)은 헌법의 일부조항을 배제 혹은 정지함이 없이 헌법을 침범하는 것으로 헌법이 이를 인정하는 경우와 부정하는 경우로 나뉜다. 헌법이 인정하는 헌법의 침훼는 ‘헌법상의 국가긴급권’이다. 예컨대, 바이마르 헌법 제48조 제2항의 대통령의 비상조치와 한국헌법 제77조의 대통령의 비상계엄선포에 따라 헌법의 개별조항을 침훼할 수 있다. 터쉬넛 교수님께서도 ‘헌법의 교체’라는 것을 “헌법개정절차의 여러 층위” 중에 하나로 보셨는데, 한국의 헌법이론은 ‘헌법의 폐지 또는 대체’라는 표현을 쓰고 이를 헌법개정과 구별하고 있다.

3. 대한민국 헌정사 중 헌법개정의 부정적인 측면의 예(참고사항)

1948년 대한민국 헌법이 제정된 이래, 수 차례의 헌법개정을 통하여 대한민국의 헌정사는 부정적인 경험으로 얼룩졌다. 1948년 제헌헌법에서 규정된 임기 198명의 직선의원으로 구성된 ‘국회’에서 4년의 임기에 1차 중임이 가능하도록 규정된 대통령직에 이승만은 ‘간선’되었다. 그러나 1950년 5월 30일 제2대 국회의원선거 실시결과 국회내 지지세력이 미미하게 될 것을 감지한 대통령 이승만은 1950년 7월 4일 정부측의 대통령직선제 개헌안과 야당측이 제시한 국무원불신임개헌안을 절충한 소위 “발취개헌안”을 통과시켰다. 당시 발취개헌안은 비상계엄령이 선포되고 국회가 완전히 포위된 상태에서 국회의원의 자유로운 토론이 원천봉쇄된 가운데 기립투표로 통과된 것이며, 헌법개정절차의 하나인 공고절차를 생략한 절차적 정의의 원

이 사실이다. 그러나, 이때 인정되는 규범상호간의 우열은 추상적 가치규범의 구체화에 따른 것으로 헌법의 통일적 해석에 있어서는 유용할 것이지만, 그것이 헌법의 어느 특정규정이 다른 규정의 효력을 전면적으로 부인할 수 있을 정도의 개별적 헌법규정상호간에 효력상의 차등을 의미하는 것이라고는 볼 수 없다.



리에 위배되는 위헌적인 헌법개정이었다. 물론 당시에 이를 위헌이라고 선언할 수 있는 기관도 존재하지 않았고 사회적으로도 헌법개정을 통하여 직선으로 제2대 대통령에 이승만이 당선됨으로서 위헌 논란이 제기될 상황이 성립하지 않았다. 이어서 1954년 5월 20일 실시된 제3대 국회의원총선거에서 집권 자유당이 승리하자 이승만 정부는 초대 대통령에 한하여 중임조항을 철폐하는 위헌적인 개헌안을 1954년 9월 8일 국회에 제출하였다. 1954년 11월 27일 시행된 민의원 표결결과 재적 203명 중 찬성 135표로 헌법개정에 필요한 의결정족수인 재적의원 3분의2 이상의 찬성에 1표가 부족하여 이 개헌안은 부결선포되었으나, 다시 ‘4사5입’이론을 주장하여 자유당의원만 참석한 가운데 가결선포를 하였다. 제2차 헌법개정은 헌법이 요구한 의결정족수를 정면으로 위배하여 원천적으로 무효인 헌법개정이며, 이승만 대통령의 종신 집권을 위하여 초대 대통령에 한하여 중임제한을 철폐함으로써 헌법상 자유와 권리보장의 근본규점인 법 앞의 평등원리를 위배한 위헌적인 내용을 담고 있었다. 그럼에도 여전히 헌법의 규범력이 통용되고 있었지만, 이승만 정부의 연이은 대통령 부정선거(소위 3·15부정선거)에 항의하여 1960년 4월 19일에 부정선거를 규탄하는 학생들의 총궐기가 일어남으로써(4·19 민주혁명) 이승만 정권은 무너지고, 의원내각제를 채택한 제3차 개정헌법에 근거하여 제2공화국이 출범하게 되었다. 자유당정부의 권위주의체제를 무너뜨린 학생들의 고귀한 4월혁명으로부터 탄생의 기원을 가진 “사실상의 헌법제정”이라고 평가되기도 하며, 이러한 이유로 새로운 공화국 출범을 의미하여 제2공화국이라고 명명하고 있다.³⁾ 그러나 분출하는 국민적 욕구를 충족시키기에는 역부족이었던 제2공화국의 민주당 정부는 국정의 혼란만을 가중시킨채 1961년 5월 16일 박정희 장군을 비롯한 일단의 무장군인들의 쿠데타에 의하여 그 종언을 고하게 되었다. 박정희 군사정부는 민정이양에 따른 새 헌법을 제정함에 있어서, 비상조치법을 개정하는 방식을 채택하였고, 1962년 12월 6일 최고회의의 의결을 거친 헌법개정안은 12월 17일 국민투표에서 확정되었다. 제5차 헌법개정은 헌법파괴의 상황에서 채택된 헌법이라는 점에서 사실상 헌법의 제정과 마찬가지로 보아 “제3공화국헌법”이라고 부르는 견해도 있다.⁴⁾ 그러나 1967년 재선에 성공한 박정희 대통령은 1969년 10월 17일 대통령의 3선재임을 가능하게 하는 제6차 헌법개정(소위 3선 개헌)을 단행하였고, 이어 1971년 3선에 당선된 박정희 대통령은 ‘국가보위에 관한 특별조치법’을 제정하여 1972년 10월 17일 마침내 “10월 유신”을 단행하였다. 국회는 해산되고 비상국무회의가 국회의 권한을 대신하는 또 하나의 헌정중단사태가 초래되었으며, 1972년 11월 21일 유권자 91.9%의 국민투표에, 투표자 91.5%의 찬성 속에

3) 보다 자세한 것은 성낙인, 헌법학, 제17판(법문사, 2017), 80쪽 참조.

4) 성낙인, 앞의 책, 82쪽.

‘유신헌법’이 확정되었다. 임기 6년의 대통령은 통일주체국민회의 대의원에 의한 간접선거로 선출됨으로써 박정희 대통령의 종신집권이 가능하게 되었으며, 권위적인 대통령권력의 인격화를 제도화함으로써 현대판 독재정부의 한 전형을 보여주었다.⁵⁾ 다만, 위헌적인 헌법개정이 이루어졌을 때 이전의 헌법과의 동일성 내지 관계에 대하여, 두 가지 논의가 가능하다. 하나는 형식적으로는 동일성이 인정되나, 실질적 내용이 완전히 상이한 경우이고, 다른 하나는 형식적으로 다르지만, 실질적 내용이 동일한 경우이다. 후자의 경우 법의 수용이론을 통하여 유효성(validity)을 인정하는 논의가 있다. 이에 대해서는 다음 각주에 처리된 내용을 참조할 수 있다.⁶⁾

5) 국가권력은 국가재건최고회의에 집중되었으며, 그것은 일종의 과도기적인 회의체정부였다. 국회는 해산되고 제2공화국 헌법은 비상조치법에 위배되지 않는 범위 내에서만 효력을 가지게 됨으로써 “헌법파괴”상태가 지속되었다.

6) 이하의 내용은 Sangkyung Lee, THE BEGINNINGS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN KOREA, GERMANY, AND THE UNITED STATES, JSD Dissertation, Washington University in St. Louis School of Law (2007), p.49, FOOTNOTE 147 참조. “Shortly after the 5·16 Military Coup d’ état (Militärputsch) of 1960 in Korea, the Constitution of Korea was again revised by “the Committee of the State Reconstruction” (Kookga-Jaegeon-Choigo-Hoieu) (formerly called the Committee of Military Revolution) and confirmed by a plebiscite that was provided by the Emergency Act for the State Reconstruction. In this regard, the reception of norms should be reflected, because according to José Juan Moreso and Pablo E. Navarro, their use of ‘revolution’ also refers to the so-called coup d’ état and to other irregular changes in the constitution. In terms of legal validity of the old norms, we conceive “reception”, which may mean the abbreviated procedural form of law-creation, for the legal norms representing material continuity will normally be brought into the new legal system expressly or implicitly under the process of “reception”. Here, my inquiry is whether there was a reception as an “abbreviated procedure of law-creation” and how to deal with “substantial discontinuity” between the Constitutions of the 2nd and 3rd Republics that just had the formal continuity. At any rate, with regard to my inquiry, Kelsen answers it in part, articulating “reception” in following terms: “if law which were introduced under old constitution ‘continue to be valid’ under the new constitution, this is possible only because validity has expressly or tacitly been vested in them by the new constitution. The phenomenon is a case of reception (similar to the reception of Roman law). The new order ‘receives’, i.e. adopts, norms from the old order; this means that the new order gives validity to (puts into force) norms which have the same content as norms of the order. ‘Reception’ is an abbreviated procedure of law-creation.” and for comparative cases, it is noteworthy that, according to Moreso and Navarro, “it is interesting to note, in passing, that the American Constitution of 1787 is likewise a revolutionary instrument in Kelsen’s sense. That is, the American Constitution of 1787 marks a break in legal continuity with its predecessor, the Articles of Confederation of 1781. The latter required that all thirteen states agree to proposed amendments to the document, whereas the Constitution of 1787 declared, in article VII, which the new constitution would count as having been ratified as soon as nine of the thirteen states, in state conventions, had proved it. Thus, from the standpoint of the Articles of Confederation, the Constitution of 1787 was illegal, a revolutionary document in Kelsen’s sense. Alongside the formal discontinuity between old and new constitutions in Austria and in the United States, there is a nearly complete continuity of material (or substantive) law.” José Juan Moreso and Pablo E. Navarro, The reception of Norms and Open Legal Systems, In Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1998) at 273; See Hans Kelsen, General Theory of Law and State, (Cambridge, Mass.: Harvard U.P., 1945) at 117; see also



거듭 터쉬넛 교수님의 발표문에 대하여 토론을 할 수 있게 되어 감사하며, 본 토론문이 조금이라도 컨퍼런스의 학술적 논의에 기여가 되었으면 하는 바람이다.

Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2nd ed. Vienna, Franz Deuticke, 1960, at 212-215 [34(f)].”

Discussion on “Considerations on Constitutional Amendment”

Lee Sangkyung (Professor, University of Seoul Law School)

First of all, I would like to express my appreciation for Professor Tushnet’s insightful presentation, which provided me the opportunity to study various theories underlying constitutional amendment. It also gives me great pleasure to be able to meet Professor Tushnet in person.

This discussion paper centers on the contents of Professor Tushnet’s article. Regrettably, I did not have enough time to thoroughly review the many references that Professor Tushnet cited in the footnotes and to reflect them when drafting this paper. Having said that, I would like to ask for your kind understanding if you should feel that this paper fails to grasp your intended meaning in the article.

1. Limitations on Constitutional Amendment Due to the Differentiation between Constituent Power and Amendment Power under Korea’s Constitutional Theories

Professor Tushnet mentioned that “There can be no legal limitations placed upon constitutional amendments... [because] limitations on the power to amend a constitution cannot be law ‘all the way down’ – because law all the way down is itself constituted by social practices.” With regard to this, I have a question based on constitutional theory. The constitutional theory of the Republic of Korea has long differentiated between constituent power and amendment power. While Professor Tushnet also mentioned the ‘people with constituent power’, Abbé Sieyès, who was the designer of France’s 1791 Constitution of the French Revolution and an advocate of popular sovereignty, differentiated between constituent power and amendment power in his book entitled *What Is the Third Estate?*. In this book, he described constituent power as the original and absolute power that is



vested only in the people and can be exercised only by the people, and classified it as being ‘constituent(constituting) power (konstituierende Gewalt)’. He then described the ‘constituted power (konstituierte Gewalten)’ formed based on constituent power as amendment power. Thus, those with the constituent power shall be the people themselves.

Sieyès’ theory was succeeded by Carl Schmitt, a German scholar in public law, and evolved into a theory that differentiates between constituent power and amendment power. Such German law theories have influenced Korea and have served as a theoretical basis in clarifying the limitations on constitutional amendment. According to Carl Schmitt, it can be recognized that a ‘fundamental resolution of constituent power’ cannot be infringed upon by amendment power. Furthermore, above constitutional law, there exist the principles of natural law¹⁾ that even bind the people holding constituent power, and therefore, any constitutional amendment that goes against them cannot be approved. However, opinions vary regarding specifically what cannot be the subject of constitutional amendment. These limitations– the limitations under the theory of Carl Schmitt, who described a ‘Constitution’ as being the fundamental resolution of the people holding constituent power as opposed to a ‘constitutional law’, which is the resolution of the people holding amendment power; and the limitations imposed by the principles of natural law– cannot be said to have been constituted by ‘social practice’. ‘Social practice’ may provide some background, albeit only partially, but when considering the ‘form’ of the limitations at least, the limitations should be considered ‘normative’ or ‘legal’. Further, in light of the written constitution being the highest norms, I found it somewhat difficult to agree that ‘limitations on amendment power were also constituted by social practices.’ In addition, Professor Tushnet seems to differentiate between constituent power and amendment power, as he noted that “constituent power cannot be constrained by domestic law, whether ordinary laws or rules for constitutional amendment. Derived powers cannot limit the sources from which they are derived,” citing Articles 129 and 130 of the Constitution of the Republic of Korea, followed by mentioning ‘prudent successors’. Against this backdrop, what can be understood as the

1)This means the supranational and pre-national orders, or universally valid and objective orders that transcend time and space and existed before nations coming into existence. This is rather a permanent truth that nations and man-made laws must respect and abide by.

‘recommendations’ that Professor Tushnet mentioned should be seen as ‘legal limitations’ if they are to be understood as having been statutorily provided for as “constitutional restrictions or limitations”. Also, Professor Tushnet labels amendments that go through a course different from those prescribed in the constitution as “unconventional amendments”.

I wonder if we should construe this as meaning that they can be used as a means to circumvent the inherent nature of the written constitution – in other words, the rigidity of the constitution or the difficulty in carrying out amendment of the constitution. In addition, although an unconventional amendment is an ‘unconstitutional amendment’ at the outset, it may later acquire ‘democratic legitimacy’ and be approved. I would like to hear your valued opinion on whether the unconstitutionality of such unconventional amendment can be eliminated in such a case. Further, you opined that any amendment that alters the ‘basic structure’ of a nation, such as “federalism, liberalism and secularism” is unconstitutional, which I understand as you accepting the ‘limitations due to the fundamental resolution of the people holding constituent power’ or the ‘limitations inherent in a constitution’ for constitutional amendment. For your reference, the Constitutional Court of Korea adopts Germany’s centralized constitutional review. Thus, it reviews whether a law violates the constitution, but does not have the authority to determine whether a specific constitutional amendment provision is in violation of the ‘constitution’.²⁾ In this sense, Korea’s Constitutional Court plays a somewhat different role than the US Supreme Court.

2. Destruction (Annihilation), Abrogation (Replacement) and Interruption (Encroachment) of a Constitution as Opposed to Constitutional Amendment

2) Constitutional Court of Korea decision dated December 28, 1995 Hunba 3: The preamble and the individual provisions of the Constitution are closely related to one another to create a unified value system. Of the provisions of the Constitution, there are those that declare the fundamental values of the Constitution in a more abstract manner, while there are also those that describe such values more specifically. In light of the aforementioned, ideally and logically there can be an order of precedence among different provisions of the Constitution. Such order of precedence may be of use when trying to construe the Constitution in a comprehensive and consistent manner as it is the result of the specific construction of the provisions on abstract values. However, it cannot be said that it suggests there exists a hierarchy among individual provisions of the Constitution in terms of effectiveness to the effect that a specific provision can completely nullify the effectiveness of a different provision.



Constitutional theory in Korea generally differentiates among the destruction (annihilation) of a constitution (*Verfassungsvernichtung*), the abrogation (replacement) of a constitution (*Verfassungsbeseitigung*) and the interruption (encroachment) of a constitution (*Verfassungsdurchbrechung*). First, the destruction of a constitution occurs when the existing written constitution is destroyed and a new constitution is enacted by the new ‘constituent power’. Examples include the Constitution of the First Republic of France enacted after the 1789 French Revolution, the Soviet Constitution enacted after the 1917 Russian Revolution and Germany’s 1919 Weimar Constitution enacted after the First World War. The abrogation of a constitution is the same as the destruction of a constitution in the sense that the existing written constitution is abrogated and a new constitution is enacted. However, it differs from the destruction of a constitution in that it does not entail a change in the constituent power. The enactment of the Constitution of the Fifth Republic of France in 1958 pertains to this category. Lastly, the interruption (encroachment) of a constitution occurs when a constitution is encroached upon without some provisions of the constitution being excluded or suspended, and the constitution itself may or may not approve this course of action. An example of the interruption (encroachment) of a constitution approved by the constitution itself is the nation’s constitutional emergency right. For instance, an individual provision of the constitution can be encroached upon by a presidential emergency measure under Article 48 Clause 2 of the Weimar Constitution or the president’s proclamation of martial law under Article 77 of the Constitution of Korea. Professor Tushnet viewed ‘constitutional replacement’ as one of the ‘many tiers of constitutional amendment procedures’. Korea’s constitutional theory, however, uses such terms as the ‘abrogation or replacement of a constitution’ and differentiates this from constitutional amendment.

3. Examples Demonstrating Negative Aspects of Constitutional Amendment throughout Korea’s Constitutional History (For reference)

Since the enactment of the first constitution of Korea in 1948, its history has been plagued with negative experiences due to several constitutional amendments. In 1948, Rhee Syngman was elected president through an indirect election by the National Assembly, then

consisting of 198 directly elected members. Korea's first constitution of 1948 provided that the president shall be elected to a four-year term by the National Assembly and may serve up to two terms. However, expecting that his support base in the National Assembly would weaken significantly following the second National Assembly elections held on May 30, 1950, President Rhee Syngman passed the so-called "Excerpt Bill for Constitutional Amendment" on July 4, 1950, which was a compromise between a bill for direct presidential election proposed by the government and a bill for the National Assembly's right to a nonconfidence resolution against the State Council proposed by the opposition party. However, the Excerpt Bill was passed by a standing vote when free discussion among members of the National Assembly was not possible as a state of emergency had been declared and the National Assembly was completely besieged.

Furthermore, it was an unconstitutional amendment of the constitution that contradicted the principle of procedural justice because public announcement, one of the procedures of constitutional amendment, was omitted. Regrettably, the situation at that time was such that claims regarding the unconstitutionality of the Excerpt Bill could not be raised – there was no institution that could declare it unconstitutional, and Rhee Syngman had been elected through direct election for his second term through the constitutional amendment. Subsequently, as the ruling Liberal Party won the third National Assembly general election held on May 20, 1954, the Rhee Syngman administration submitted to the National Assembly on September 8, 1954, an unconstitutional bill proposing the elimination of the provision on the restriction on serving more than two terms for the first president only. As the result of the voting of the House of Representatives held on November 27, 1954, 135 of the 203 total members, one vote short of the two-thirds quorum necessary for constitutional amendment, approved the bill and thus the bill was declared disapproved. However, the Liberal Party insisted that 135.333, which is two-thirds of 203, should be rounded down to 135, and declared the bill approved, with the attendance of the members of the Liberal Party only. The second constitutional amendment was essentially null and void as it failed to meet the quorum required by the constitution. Further, it contained unconstitutional contents that contradicted the principle of equality before the law, which is a fundamental principle for guaranteeing freedom and the rights protected by the constitution, as it



eliminated the restriction on serving more than two terms only for the first president in a bid to enable Rhee Syngman's lifelong presidency. Nevertheless, the constitution continued to retain its normative power until a students' rally took place on April 19, 1960 (April 19 Students' Democratic Revolution), to protest a series of rigged presidential elections under the Rhee Syngman administration (the so-called the March 15 Rigged Presidential Election) that eventually brought down the Rhee administration. Subsequently, based on the third constitutional amendment that adopted the parliamentary system, the Second Republic of Korea was established. The third constitutional amendment is viewed as the "de facto enactment of the constitution", which was initiated by the April 19 student revolution that brought down the authoritarian rule of the Liberal Party – hence the name the 'Second Republic of Korea', meaning the launch of a new republic.³⁾ However, the Democratic Party government of the Second Republic of Korea was incapable of dealing with the strong desire and enthusiasm of the people and only added to the confusion in the government. Then, on May 16, 1961, the Second Republic of Korea finally came to an end with the military coup by armed soldiers under General Park Chung-hee. The military government of Park Chung-hee, in enacting a new constitution following the transfer of power to a civil government, chose to amend the Law on Emergency Measures. The bill on constitutional amendment was passed by the Supreme Committee on December 6, 1962, and then was approved by the national referendum held on December 17. Some call the fifth constitutional amendment the "Constitution of the Third Republic", in that it is equivalent to the enactment of a constitution as it was adopted at a time when the previous constitution was destroyed.⁴⁾ However, President Park Chung-hee, having succeeded in being re-elected in 1967, carried out the sixth constitutional amendment (the so-called the "Three Terms Constitutional Amendment") on October 17, 1969, which enabled a president to serve three terms. Subsequently, President Park, elected for his third term in 1971, enacted the "Law on Special Measures for National Integrity", and finally conducted the 'October Revitalizing Reform(Yu-shin)' on October 17, 1972. As a result, the National Assembly was disbanded

3) For more information, please refer to page 80 of Sung Nak-in, CONSTITUTIONAL STUDY, 17th edition (Beopmunsa, 2017).

4) Sung Nak-in, CONSTITUTIONAL STUDY, page 82.

and the Emergency Cabinet Meeting took over the authorities of the National Assembly, yet again leading to the destruction of constitutional orders. Further, on November 21, 1972, the so-called “Revitalizing Reform Constitution (Yu-shin Constitution)” was approved with a 91.5% approval rate and a 91.9% participation rate of eligible voters. As the president was now to be elected through indirect election by the representatives of the National Council for Unification, President Park Chung-hee became able to serve for his lifetime. Moreover, it institutionalized the authoritarian power of the president and became a prototype for modern dictatorship.⁵⁾ Yet, there can be two possibilities to explain the continuity or relationship between an unconstitutional amendment of a constitution and the former constitution, after an unconstitutional amendment of a constitution has been conducted. The first possibility is where the two are considered the same in their form but are completely different in their content, and the second is where the two are different in their form but are the same in their content. For the latter case, some recognize its validity by relying upon the ‘reception’ theory. For this, the footnote below can be of reference.⁶⁾

5) The Supreme Committee of the State Reconstruction, essentially an interim decision-making conference government was at the center of the power of the country. As the National Assembly was disbanded and the Constitution of the Second Republic was effective only to the extent not contradicting the Law on Emergency Measures, the state of the "constitutional destruction" persisted.

6) For more information about the following, please refer to Sangkyung Lee, THE BEGINNINGS OF CONSTITUTIONAL REVIEW IN KOREA, GERMANY, AND THE UNITED STATES, JSD Dissertation, Washington University in St. Louis School of Law (2007), p.49, FOOTNOTE 147. “Shortly after the 5·16 Military Coup d’état (Militärputsch) of 1960 in Korea, the Constitution of Korea was again revised by the “Supreme Committee of the State Reconstruction” (Kookga-Jaegeon-Choigo-Hoieu) (formerly called the Committee of Military Revolution) and confirmed by a plebiscite that was provided by the Emergency Act for the State Reconstruction. In this regard, the reception of norms should be reflected, because according to José Juan Moreso and Pablo E. Navarro, their use of ‘revolution’ also refers to the so-called coup d’état and to other irregular changes in the constitution. In terms of legal validity of the old norms, we conceive “reception”, which may mean the abbreviated procedural form of law-creation, for the legal norms representing material continuity will normally be brought into the new legal system expressly or implicitly under the process of “reception”. Here, my inquiry is whether there was a reception as an “abbreviated procedure of law-creation” and how to deal with “substantial discontinuity” between the Constitutions of the 2nd and 3rd Republics that just had the formal continuity. At any rate, with regard to my inquiry, Kelsen answers it in part, articulating “reception” in following terms: “if law which were introduced under old constitution ‘continue to be valid’ under the new constitution, this is possible only because validity has expressly or tacitly been vested in them by the new constitution. The phenomenon is a case of reception (similar to the reception of Roman law). The new order ‘receives’, i.e. adopts, norms from the old order; this means that the new order gives validity to (puts into force) norms which have the same content as norms of the order. ‘Reception’ is an abbreviated procedure of law-creation.” and for comparative cases, it is noteworthy



Once again, I appreciate the opportunity to discuss Professor Tushnet's article. It is my sincere hope that this paper can help contribute to the academic discussion of our conference.

that, according to Moreso and Navarro, "it is interesting to note, in passing, that the American Constitution of 1787 is likewise a revolutionary instrument in Kelsen's sense. That is, the American Constitution of 1787 marks a break in legal continuity with its predecessor, the Articles of Confederation of 1781. The latter required that all thirteen states agree to proposed amendments to the document, whereas the Constitution of 1787 declared, in article VII, which the new constitution would count as having been ratified as soon as nine of the thirteen states, in state conventions, had proved it. Thus, from the standpoint of the Articles of Confederation, the Constitution of 1787 was illegal, a revolutionary document in Kelsen's sense. Alongside the formal discontinuity between old and new constitutions in Austria and in the United States, there is a nearly complete continuity of material (or substantive) law." José Juan Moreso and Pablo E. Navarro, The reception of Norms and Open Legal Systems, In *Normativity and Norms. Critical Perspective on Kelsenian Themes*, ed. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, (Oxford: Clarendon Press, 1998) at 273; See Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (Cambridge, Mass.: Harvard U.P., 1945) at 117; see also Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2nd ed. Vienna, Franz Deuticke, 1960, at 212-215 [34(f)]."

Session 1 - Presentation 2

일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동”
Constitutional Amendment and Constitutional Changes
of the Constitution of Japan
日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”

Komamura Keigo

일본 게이오대 법학부 교수, 부총장
Vice President/Professor of Law, Keio University



일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동”

게이오기주쿠 상임이사 / 게이오기주쿠대학 법학부 교수

코마무라 케이고(駒村 圭吾)

Keigo KOMAMURA

Vice President / Professor of Law, Keio University, Tokyo

초록

일본국헌법은 1945년 제2차 세계대전이 끝난 직후인 1946년 11월 3일에 공포되어 이듬해 5월 3일에 시행되었다. 전 세계 헌법 중에서도 비교적 새로운 부류에 들어가는 현대헌법(contemporary constitutions)이다. 하지만 제정 이래 단 한 번도 원문이 개정되지 않아, 제정 당시의 것을 그대로 유지하는 헌법으로는 세계에서 가장 오래되었다. 일본국헌법은 정말 단 한 차례의 개정도 이루어지지 않았다. 그러나 전후 70년 동안 일본국헌법이 걸어온 길은 헌법 개정의 비교법에 있어서도 몇 가지 중요하고도 의미 있는 시점을 제공한다고 생각된다.

우선 첫째, 일본의 경험은 정식 헌법개정을 거치지 아니하더라도 “헌법변동(constitutional changes)”은 일어날 수 있음을 시사하고 있다. 여기서는 “해석개헌(kaishaku kaiken)(interpretive amendment, de facto constitutional change through reinterpretation of the constitution)”이라는 전략이 소개된다.

둘째, 일본의 경험은 헌법개정운동 좌절의 역사를 회고해 봄으로써 적절한 개정이란 어떤 것인지에 대해 생각할 기회를 제공할 수 있다. 전후 일본에서 헌법개정운동이 몇 차례 시도되었으나 성공하지 못한 원인으로서는 개정을 요구하는 동기에 나타나 있는 “헌법에 대한 시각”그 자체가 적절한 것이 아니었다는 것을 들 수 있다. 여기에는 헌법개정의 배경적인 동기로서, 과거로의 회귀(내셔널리스트틱한 헌법개정), 일본의 진정한 독립(반미적인 헌법개정운동)을 들 수 있다. 이러한 것들은 “헌법(constitutional law)”과 “이야기(narrative, 심지어 국수주의적인 이야기)”를 혼동하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 또한, 최근의 정치가들은 그들의 정책목표를 차례로 헌법에 담고자 하고 있는데, 이것은 “헌법”과 정책에 관한 “wish list”를 혼동하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 이러한 것 외에도 전후의 개정운동에는 몇 가지 카테고리가 있었던 것으로 생각된다. 예컨대, ‘강요된 헌법’에 대한 반동으로서의 개정운동, 일본을 국제표준에 적합한 나라로 만들기 위한 개정운동, 해석개헌의 성과를 추인하기 위한 개정운동 등이 있다.



본고는 다음과 같은 순서로 살펴나가고자 한다. 우선, 일본국헌법을 정확하게 이해하기 위해서는 먼저 그 탄생에 대해 알아둘 필요가 있다. I에서는 상당히 이례적인 그 탄생비화를 간단히 회고해 본다. II에서는 현행헌법의 개정절차를 소개하고, III에서는 전후 헌법개정운동의 특징을 대략적으로 돌이켜보면서 해석개헌의 개요에 대해서도 설명한다. 마지막으로 IV에서 “전후”라는 가치와 헌법개정에 관한 사건을 밝히고자 한다.

日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”

慶應義塾常任理事・慶應義塾大学法学部教授 駒村圭吾
Keigo KOMAMURA

Vice President / Professor of Law, Keio University, Tokyo

Abstract

日本国憲法は、1945年に第2次世界大戦がおわった直後、1946年11月3日に公布され、翌年5月3日に施行された。世界の憲法の中でも比較的新しい部類に入る現代憲法 (contemporary constitutions) である。しかし、制定当時のテキストが一度も改正されたことなく、当時のままである憲法としては世界最古のものとなった。そう、日本国憲法は一度も改正されたことがない。しかし、戦後70年にわたる日本国憲法の歩みは、憲法改正の比較法にとっていくつかの重要で意味のある視点を提供してくれるだろう。

まず、第1に、正規の憲法改正を経なくとも、“憲法變動” (constitutional changes) は起こり得る、ということを日本の経験は示唆している。ここでは、“解釈改憲” (kaishaku kaiken) (interpretive amendment, de facto constitutional change through reinterpretation of the constitution) という戦略が紹介される。

第2に、憲法改正運動の挫折の歴史を回顧することにより、適切な改正とはどのようなものかを考える契機を日本の経験は提供できる。戦後の日本で憲法改正運動が何度か試みられたものの、それが成功しなかったのは、改正を求める動機に現れていた“憲法に対する見方”そのものが適切なものではなかったことが挙げられる。ここでは、憲法改正の背景的な動機として、過去への回帰 (ナショナリスティックな憲法改正)、日本の真の独立 (反米的な憲法改正運動) が取り上げられる。これらは、“憲法” (constitutional law) と“物語” (narrative) (しかも国粹主義的な物語) を混同するものと言えよう。また、最近の政治家たちは、彼らの政策目標を次々に憲法に書き込もうとしているが、これは“憲法”と政策に関する“wish list”を混同するものと言えよう。これら以外にも、戦後の改正運動にはいくつかのカテゴリーがあったように思



われる。たとえば、「押しつけ憲法」に対する反動としての改正運動、日本を国際標準に適合した国にするための改正運動、解釈改憲の成果を迫認するための改正運動、等である。

本稿は、次のような順序で考察を進めていきたい。まず、日本国憲法を正確に理解するには、まずその誕生について知っておかなければならない。Iでは、かなり異例なその誕生秘話を簡単に振り返る。IIでは、現行憲法の改正手続を紹介し、IIIでは、戦後の憲法改正運動の特徴を大まかに振り返るとともに、解釈改憲の概要についても説明する。最後に、IVにおいて“戦後”という価値と憲法改正に関する私見を述べてみたい。

일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동”

게이오기주쿠 상임이사 / 게이오기주쿠대학 법학부 교수

코마무라 케이고(駒村 圭吾)

Keigo KOMAMURA

Vice President / Professor of Law, Keio University, Tokyo

서문

일본국헌법(日本國憲法)은 1945년 제2차 세계대전이 끝난 직후(이하, ‘중전 후’ 혹은 ‘전후’로 약칭함 - 역자주)인 1946년 11월 3일에 공포되어 이듬해 5월 3일에 시행되었다. 전세계 헌법 중에서도 비교적 새로운 부류에 들어가는 현대헌법(contemporary constitutions)이다. 하지만 제정 이래 단 한번도 원문이 개정되지 않아, 제정 당시를 그대로 유지하는 헌법으로는 세계에서 가장 오래되었다.¹⁾

일본국헌법은 정말 단 한 차례의 개정도 이루어지지 않았다. 따라서 각국의 헌법개정에 대하여 비교 검토하는 본 프로젝트에서 일본의 현황을 소개하는 것에 과연 어떠한 의미가 있을지 의구심이 드는 것 또한 당연하다. 이와 관련하여 우선 다음 몇 가지 사항을 지적할 수 있을 것 같다.

첫째, 일본의 경험은 정식 헌법개정을 거치지 아니하더라도 “헌법변동”(constitutional changes)은 발생할 수 있음을 시사한다. 일본국헌법은 약 70년동안 정식으로 개정된 적은 없었으나 수 차례에 걸쳐 헌법개정운동에 대한 도전을 받아왔다. 모두 성공하지 못하였으며 원문에는 전혀 변동이 없다. 그러나 “해석개헌”(kaishaku kaiken) (interpretive amendment, de facto constitutional change through reinterpretation of the constitution)이라는 전략을 통하여 일본정부는 실질적으로 헌법을 변동시켜 왔다. 이 해석개헌이라는 전략으로 인하여 제정 당초의 약속이 크게 흔들린 것이 바로 그 유명한 전쟁포기조항인 헌법 제9조였다.

둘째, 일본의 사례는 ‘constitution’과 ‘constitutional law’의 구별 필요성을 시사한다. 헌법개정운동이 몇 차례 시도되었으나 성공하지 못한 이유로는 다양한 원인이 있을 수 있다. 필자가

1) Kenneth Mori McElwain, The Anomalous Life of the Japanese Constitution [August 15, 2017] (<http://www.nippon.com/en/in-depth/a05602/>) (visited 2017/10/11)



생각하기에는 개정을 요구하는 동기에 드러나 있는 “헌법에 대한 시각” 그 자체가 적절치 않았다는 것이 그 배경에 있는 큰 패인이 아닐까 한다.

예컨대 과거로의 회귀, 특히 천황을 중심으로 하는 내셔널리스트틱한 일본으로의 회귀를 추구하는 헌법개정운동, 나아가 미합중국의 지배로부터 벗어나 일본이 “자주국가”로 자립하기 위한 반미적 헌법개정운동 등이 그러하다. 이러한 시도는 헌법에 “이야기(narrative)” (더구나 국수주의(國粹主義)적인 이야기)를 써넣고자 하는 시도로, 마치 헌법을 국민이 공유해야 할 이야기를 기록한 그림책처럼 생각하는 시각이다. 확실히 ‘constitution’의 본래 뜻은 body, 기본 구조, 기본적 성격 등을 의미하며 정체(政體)의 전체적인 프로젝트(comprehensive project of body politic)를 가리킨다. 그러한 의미에서라면 헌법전을 이야기를 담은 신화(神話)물로 보는 것도 자연스러운 일일지 모르겠다. 그러나 우리 법학자의 시점에서 볼 때, 헌법은 우선 ‘constitutional law’로 파악하여야 한다. 헌법전은 보편적 원리 및 이념을 정하고 국가기관을 구체적으로 구속하는 규범을 통괄한다. ‘이야기’는 법의 영역이 아닌 정치의 영역에서 이루어져야 마땅하며, 그 이야기 방법은 ‘constitutional law’를 통하여 끊임없이 체크될 수 있어야 한다.²⁾ 요컨대 법과 이야기는 서로 다른 존재로, 양자를 합체시켜 생각하는 것은 위험하다.

또한 최근 정치가들의 개헌 제안에서도 자주 찾아볼 수 있는데, 법률 제정이나 행정 재검토로 대응 가능한 “통상의 정책목표”를 헌법에 담고 싶어하는 경향이 보인다. 예를 들어 정보공개 촉진, 환경권 도입, 교육 무상화 등등이 그러하다. 이들은 법률과 예산을 재검토하거나 기존의 법률에 따른 행정을 제대로 실행하는 행위만으로도 가능한 정책이다. 요컨대, 기본적으로 헌법 문제가 아니다. 선거가 가까워지면 이러한 정책을 헌법에 담으려고 하는 정치가가 나타난다. 이는 헌법을 “선거 공약” 혹은 “wish list”로 보는 것으로, 헌법에 대한 근본적으로 그릇된 시각이다.

셋째, 지금 일본은 그야말로 종전 후 처음으로 헌법 원문 그 자체를 수정하는 정식 개정을 향하여 본격적으로 나아가고 있다. 현재 아베 신조(安倍晋三) 총리는 몇 차례에 걸친 선거를 통하여 여당인 자민당과 공명당을 통합함으로써 중의원 및 참의원 양쪽 모두에서 헌법개정 발의에 충분한 3분의 2를 초과하는 의석을 확보하였다. 아베 총리는 최근 2017년 10월 선거에서 압승을 거두기는 하였으나 오히려 당내 기반은 불안정해졌으며, 이대로 헌법개정에 돌입

2) 이 ‘constitution’과 ‘constitutional law’의 상세한 구별에 대해서는 참조, 駒村圭吾 「憲法学にとっての『憲法改正』」 駒村圭吾・待鳥聡史編 『「憲法改正」の比較政治学』 (2016年、弘文堂) 30-34頁. 또한 본 논문은 필자 자신의 헌법개정에 대한 기본적 견해를 서술하였으며, 헌법개정을 둘러싼 이론적인 제반 논점을 개관하는 내용을 담고 있다.

할지 여부는 불확실하다. 헌법 제9조의 개정을 포함한 개헌의 방향성은 시사되었지만 구체적인 제안은 여전히 이루어지지 않고 있다. 그러나 정치적 상황에 따라서 우리는 머지않은 미래에 역사적 순간을 목격하게 될지도 모른다.

이러한 몇 가지 사항을 염두에 두면서 아래에서는 다음과 같은 순서로 고찰해 보고자 한다. 일본국헌법을 정확하게 이해하기 위해서는 먼저 그 탄생에 대하여 이해하여야 한다(I). 상당히 이례적인 이 탄생 비화는 그 후 헌법 운용에 그림자를 드리우게 된다. 다음으로 현행 헌법의 개정 절차를 소개하고(II), 종전 후 헌법개정운동의 특징을 대략적으로 살펴보면서 해석개헌의 개요에 대하여 설명하기로 한다(III). 마지막으로 “전후”라는 가치와 헌법개정에 대한 개인적 의견에 대하여 서술하고자 한다(IV).

I. 일본국헌법 탄생의 특수성

(unusual story of the birth of the Constitution of Japan)³⁾

1. 포츠담 선언의 이행으로서의 국가개조(國家改造)

일본의 근대화는 1868년 메이지유신(明治維新)에 따라 종래의 쇠국 일본을 널리 개국함으로써 시작되었다. 1889년에 제정된 메이지헌법(明治憲法)은 프로이센의 헌법을 모델로 입헌군주제를 채택하였으며, 불완전하기는 하나 몇몇 인권 규정도 도입하였다. 그러나 그 후 역사적 전개는 군국주의의 대두, 천황의 신격화(神格化), 국가신도(國家神道)에 의한 사상 통제를 초래하였고, 이는 일본을 제2차 세계대전으로 치닫게 하였다.

일본은 전쟁 초반에는 몇 차례 승리를 거두었지만, 전쟁의 판국은 계속해서 악화되기만 하였고, 1945년 7월 26일 연합국은 포츠담 선언을 통해 일본에 항복을 강요하였다. 천황 수호(守護)에 대한 약속만을 고집한 일본정부는 좀처럼 포츠담 선언을 수락하지 않았지만, 히로시마와 나가사키에 원자폭탄이 투하됨으로써 비로소 1945년 8월 14일에 이 선언을 수락하였고, 다음날 8월 15일에, 전쟁은 종결되었다(항복문서 조인은 같은 해 9월 2일). 이 포츠담 선언은 일본에 대하여 완전한 무장해제(제9항), 전쟁범죄인의 처벌(제10항), 민주주의 경향의 부활(제10항), 언론·종교·사상의 자유를 비롯한 기본적인 인권의 존중(제10항), 평화주의적 책임정부의 수립(제12항) 등을 요구하는 내용을 담고 있었다(Appendix 1 참조). 이는 메이지헌법 체제를 근본적으로 변혁하는 국가개조를 요구하는 것이었다. 신헌법의 제정은 이 포츠담 선

3) 본고에서 일본국헌법의 제정 과정에 대한 역사적 서술은 다음 문헌에 의거한다. 古関彰一『日本国憲法の誕生 [増補改訂版]』2017年、岩波書店、佐藤達夫『日本国憲法成立史 第1卷~第4卷』(1962年~1994年、有斐閣)、高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程 1・2』(1997年、有斐閣)。



언의 이행으로서 이루어지게 되었다.

그러나 일본정부는 이 포츠담 선언의 요구를 쉽게 보고 당초에는 메이지헌법의 부분 수정으로 대응할 수 있다고 생각하였다. 실제로 일본정부는 메이지헌법과 거의 다르지 않은 헌법안을 준비하였다. 연합국으로부터 일본의 전후 처리를 위임 받은 더글러스 맥아더 연합국 최고사령관(the Supreme Commander for the Allied Powers)은 이를 간파하였고, 일본정부에는 포츠담 선언을 이행하려는 의사도 능력도 없다고 판단, 최고사령부(GHQ: General Headquarter)에 헌법 초안 수립을 명하였다. 1946년 2월 13일, GHQ는 일본정부안을 거절하고 그 대신에 GHQ 초안을 전달하였다. 이때, GHQ는 이 초안을 수락하지 아니할 경우, 천황의 신체(person of the Emperor)를 보호할 수 없으리라고 말했다고 전해진다.⁴⁾ 포츠담 선언을 바르게 반영한 헌법 제정을 서둘러야만 연합국 내 대일 강경파를 제압할 수 있다는 취지였으리라 생각된다. 이렇게 하여 새로운 헌법은 이 GHQ 초안을 토대로 수립되기에 이르렀다.⁵⁾

아울러 천황제의 유지(‘국체(國體)의 수호’)를 간절히 바라는 일본국민을 안심시키기 위하여, 또한 국가개조를 신속하고도 온건하게 추진하기 위하여 신헌법의 제정은 메이지헌법의 개정이라는 절차에 따라 실행되었다.

2. 8월 혁명설과 ‘강요된 헌법’론

위의 헌법 제정 경위는 두 가지 사상 혹은 이데올로기를 낳았다.

먼저, ‘8월 혁명설(August Revolution Theory)’이다. 위 살펴본 바와 같이 일본국헌법의 탄생은 포츠담 선언을 근거로 메이지헌법 체제를 근본부터 변혁하는 것이었다. 천황은 주권자

4) 松本烝治『二月十三日会見記略』(東京大学法学部法制史資料室松本文書所蔵) (<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/077shoshi.html>) (visited 2017/10/29) °

5) 또한 신헌법 탄생의 프로세스를 법적인 관점에서 살펴볼 때, 맥아더는 1946년 1월 시점에서 일본의 개조와 관련해 권한이 없어졌다고 생각된다. 즉, 그 전해인 1945년 12월 17일 모스크바 회담에서 일본의 전후 문제를 관리하는 극동위원회(Far Eastern Commission)의 설치가 결정되었다. 1946년 1월 29일, 극동자문위원회(Far Eastern Advisory Commission) 조사단과 만난 맥아더는 신헌법 제정 등 일본 개조의 실권이 조만간 활동을 개시할 극동위원회로 이관될 것임을 인정하고, 자신의 관여는 조언에 머무를 것임을 밝혔다. 그러나 본문에서 서술하였듯이 맥아더는 2월 13일 GHQ 초안을 일본 정부에 전달했고 GHQ 주도로 헌법 제정을 실시함으로써 이를 기성 사실화한 것이다. 신헌법이 제국의회에서 성립된 후, 극동위원회는 이러한 제정 프로세스에 강력한 거부감을 느끼면서도 결국 신헌법을 승인하기에 이른다. 즉 맥아더는 당시 국제적 약속에 반하여 권한이 없음에도 불구하고 일본국헌법의 제정을 추진했다. 이는 어떤 의미에서 쿠데타라고 해도 좋을 것이다. 그러나 최종적으로는 권한을 지닌 극동위원회에 의해 신헌법은 승인된다. 이로써 맥아더의 쿠데타는 법적으로 추완되게 된다. 이상의 내용은 Keigo Komamura, Legitimacy of the Constitution of Japan: Redux [2010/02/11] (<https://projects.iq.harvard.edu/crrp/publications/legitimacy-constitution-japan-redux>)(visited 2017/10/30) 참조.

에서 상징적 의미로 추락하였고 주권은 국민의 손에 맡겨졌다. 군대는 무장해제되었으며 군국주의는 전쟁 포기를 핵심으로 하는 평화주의로 탈바꿈하였다. 기본적 인권 리스트는 비교도 되지 않을 만큼 충실했다. 그러나 이 또한 이미 서술한 바와 같이 신헌법은 명백히 그 존재가 부정되었던 메이지헌법의 개정헌법으로서 탄생하였다. 즉, 신헌법은 그 실체(substance)상 메이지 체제와의 연속성을 부정하지만, 그 절차(procedure)상 메이지 체제와의 연속성을 유지하는 것이었다. 이 모순을 극복하기 위하여 신헌법의 제정에 참여한 헌법학자 미야자와 도시요시(宮澤俊義)가 생각해 낸 것이 바로 8월 혁명설이다.⁶⁾ 미야자와에 따르면 1945년 8월 포츠담 선언의 수락은 하나의 혁명이었다. 당시 존재하던 메이지헌법의 경우, 확실히 그 의견이나 원문 자체는 패전 후에도 즉각적으로 폐기되지 아니한 채 그대로 유지되었으나, 이 8월 혁명의 영향으로 그 근본 정신은 전환되었던 것이다. 이러한 전환을 거친 메이지헌법을 그 개정 절차에 따라 신헌법으로 변환하는 데에는 모순이 없다. 이것이 8월 혁명설이다.

8월 혁명설은 일본국헌법의 수립 프로세스상의 모순을 이론적으로 해소하는 것이기는 하나, 한편으로 신헌법이 메이지헌법을 명시적으로 부정한 것은 아니라는 역사적 사실이 남게 되었다. 신체제와 구체제의 관계는 연속성과 비연속성, 계승과 단절이라는 쌍방성을 띠게 되었다. 메이지 체제는 완전히 폐기된 것이 아니하였기 때문에, 역사는 구체제에 일정한 정통성(正統性)을 부여하게 되었고, 또 보수파로 하여금 늘 향수(鄉愁)를 갖게 하였다. 일본이 그 과거의 역사를 완전히 청산하지 못하는 원인 역시 사상적으로는 이러한 부분에 있을지 모른다.

또 한가지 이데올로기는 ‘강요된 헌법론(imposed constitution ideology)’이다. 위에서 서술한 바와 같이 GHQ는 일본정부가 하여금 천황제의 유지를 거래조건으로 GHQ 초안을 수락하도록 강요하였다. 이러한 점이 신헌법은 미국에 의하여 강압된, 혹은 미국이 만든 헌법의 번역에 불과하다는 시각을 널리 확산시켰다. 강요된 헌법론은 특히 1950년대에 보수 정치가들 사이에서 강력하게 주장되었는데, 최근에는 확실히 쇠퇴하였다고 해도 과언이 아니다. 하지만 이 이데올로기는 종전 후 대표적인 저음부(通奏低音; basso continuo / through bass)로 자리잡으면서 지금도 일정한 잠재적 힘을 지니고 있다.

‘강요된 헌법론’에 대한 필자의 견해를 간략하게 서술하자면, 사실 문제로서 강요가 있었던 것은 틀림없다고 본다. 연합국으로부터 일본의 전후 처리를 위임 받은 맥아더는 당초 워싱턴 DC의 초기 대일처리방침에 관한 지령에 따라 일본의 국가개조에 대한 권한을 부여 받았고, 일본이 최고사령관의 지시에 따르지 아니할 경우에는 실행행사까지 허용되었다. 그러나 극동위원회가 설치되면서 그의 권한은 동 위원회로 이관되었다. 그럼에도 불구하고 맥아더는 신

6) 宮澤俊義 「日本国憲法誕生の法理」 同『憲法の原理』 (1967年、岩波書店) 所収。



헌법 제정을 서둘렀고 일본정부안을 거절하는 동시에 일본 정부에 GHQ 초안을 무리하게 전달하면서까지 극동위원회의 활동 개시 전에 일본국헌법 제정을 기정사실화하고자 했다. 이미 러시아와 중국과의 냉전을 예측한 그는 신생 일본을 미국이 주도하여 탄생시키고 싶었던 것이라 생각한다. 이리하여 국제 협정상으로는 권한이 없는 맥아더가 주도한 신헌법의 제정은 그나마 무사히 완결되었고, 극동위원회는 이러한 경위에 강한 위화감을 느끼면서도 결국 최종적으로는 신헌법의 탄생을 사후 승인한 것이다. 이렇게 맥아더의 “위법행위”는 정치적으로나 법적으로나 추완되었다. 위 경위에서 볼 때, 신헌법은 GHQ의 강요에 의한 것이었으나 이는 합법적으로 강압당했다고 할 수 있는 것이 아닐까.⁷⁾ 더 솔직히 말하면 애당초 맥아더는 일본정부에 포츠담 선언의 이행으로서 신헌법을 제정할 기회를 부여하였다. 그러나 일본정부는 포츠담 선언의 혁명적 의미를 이해하지 못한 채 메이지헌법의 미미한 수정으로 대응한 것이다. 2월 13일 GHQ 초안의 전달은 포츠담 선언을 이행할 의사가 없는 일본정부에 다시금 포츠담 선언의 수락을 요구한 순간이라 할 수 있으며, 이는 그야말로 제2의 패전의 순간이었다(그러한 뜻에서 1945년 8월을 ‘8월 혁명’이라 한다면, 1946년 2월 13일은 ‘2월 혁명’이라 말할 수 있을 것이다).⁸⁾ 일본은 군사적인 측면뿐 아니라 지적(知的)으로도 패배했다고 해도 과언이 아니다.⁹⁾ 포츠담 선언은 전쟁을 종결시키기 위하여 일본에 강요한 항복 조건이다. 포츠담 선언이 강요된 것인 이상, 그 이행인 헌법 제정 그 자체도 강요된 것임은 당연하다. 이 선언의 이행 능력이 없었던 일본정부로 하여금 이행을 강제하는 것은 어쩔 수 없는 일이었을 것이다.

II. 헌법개정의 절차

일본국헌법 제96조는 헌법개정과 관련하여 다음과 같이 정하고 있다.

【제96조】

제1항 이 헌법 개정은 각 의원(議員)의 총 의원 3분의 2 이상의 찬성으로 국회가 발의하고 국민에게 제안하여 승인을 거쳐야 한다. 이 승인에는 특별한 국민투표 또는 국회가 정하는 선거에서 하는 투표에서 과반수의 찬성이 필요하다.

제2항 헌법 개정이 전항의 승인을 거친 때에는, 천황이 이 헌법과 일체를 이루는 것으로서

7) See Komamura, *supra* note 7.

8) *Ibid.*

9) 古関, 전계주3) 148-167쪽.

국민의 이름으로 즉시 공포한다.

여기에서 명백하듯이 헌법 원문의 정식 개정은 ①중의원 및 참의원 양원의 특별 다수결에 의한 ‘발의’⇒② ‘국민투표’에 의한 과반수 찬성⇒③천황에 의한 ‘공포’라는 3단계를 밟아야 한다.

①의 경우, ‘각 의원의 총의원’이 어떤 뜻인지가 문제가 되는데 다수결은 법정의원수(공직선거법이 정하는 의원 정수의 총수)가 아니라 현재 의원수(법정의원수에서 결원을 제외한 수)로 해석하고 있다. 결원을 반대표로 세는 것은 불합리하기 때문이라는 이유인데, 한편으로 헌법 개정의 중대성을 감안하고 또 제명 등의 수단으로 반대파를 배제할 가능성을 막는다는 관점에서 법정의원수를 채택하여야 한다는 견해도 유력하게 주장되고 있다.

②는 국민 주권을 단적으로 구체화한 것이다. ‘과반수 찬성’의 모수(母數)는 유권자 총수, 투표자 총수, 유효투표 총수 중 어느 것으로 할 것인지 조문만으로는 분명하지 않다. 이러한 점에서 2007년 제정된 국민투표법에서는 가장 문턱이 낮은 유효투표 총수가 채택되었다. 다만 헌법개정의 중대성을 감안하여 백지투표나 무효표까지 개정 반대표로 셀 수 있는 투표자 총수의 채택을 요구하는 목소리도 높다.

③은 메이지헌법의 경우, 천황이 개정안을 칙명(勅命)으로써 제국의회(帝國議會)에 부의(附議)하도록 되어 있었으나, 이를 부정해 천황의 관여를 공포에 그치게 함으로써 국민 주권을 측면에서 강조하는 것이다. 조문의 ‘국민의 이름으로’ ‘즉시 이를 공포한다’는 천황의 관여가 명목적인 것에 그친다는 취지에서 나온 것이라 생각된다.

또한 제96조의 제2항은 헌법개정안이 승인되자 이는 ‘헌법과 일체를 이루는 것으로서’ 공포된다고 정하고 있다. 이는 현행 헌법이 예정하고 있는 헌법개정은 어디까지나 부분 수정에 그친다는 것을 시사한다. 전면 개정은 “개정”이 아닌, 새로운 헌법의 “제정”인 셈이다.

여기에서 일본국헌법의 개정과 관련하여 다시 두 가지 사항을 지적하고자 한다.

첫째, 헌법개정에 한계가 있는가 하는 쟁점이다. 헌법학자의 통설은 헌법개정에는 한계가 있다고 한다. 법적 세계의 밖에 존재하는 만능의 주체인 헌법제정권력은 헌법을 만듦으로써 법적 세계를 수립하는데, 이 헌법제정권력은 스스로 만든 헌법 안에서는 ‘제도화된 헌법제정권력(=개정권)’으로서 행동하게 된다. 그러한 의미에서는 법적 세계 밖에서 가졌던 만능성은 제한을 받게 된다. 이러한 제한의 경우, 헌법제정권력이 스스로 부과한 제96조 소정의 개정절차규정은 헌법개정의 대상에서 제외된다. 개정절차규정은 헌법제정권력의 법적 세계에 있어서 유일한 자기 구속이며, 이러한 게임 규칙 하에서 플레이한다고 스스로 결정한 이상, 이를 개정하는 행위는 금지되는 것이다. 다음으로 자연법에 근거한 보편적 원리는 변경할 수 없다



고 여겨진다. 실제로 일본국헌법의 전문(Appendix 2 참조)은 대표민주주의, 자유의 보장, 평화주의를 첫머리에 내걸고 이를 ‘인류 보편의 원리’로 한 다음, ‘우리는 이에 반하는 일체의 헌법, 법령 및 조칙(詔勅)을 배제한다’고 정하고 있다. 이처럼 현행 헌법의 전문은 인류 보편의 원리에 반하는 일체의 헌법을 인정하지 아니한다는 것을 명백하게 선언하고 있으며, 이는 헌법개정에 명확한 한계를 부여한다고 말할 수 있다.

둘째, 96조가 부과하는 절차는 전세계적으로도 보기 드물 정도로 엄격하며, 그 점이 헌법개정을 저해한다고 알려져 있는 점에 대하여 언급하고자 한다. 이는 주요국의 개정 절차와 비교해 보더라도 일본국헌법 제96조가 예외적일 정도로 엄격한 절차를 부과하고 있다고는 할 수 없다는 보고가 있으며,¹⁰⁾ 일본의 개정 절차를 각별한 것으로 보는 데는 이렇다 할 실증적 근거가 없고, 단순한 감정론(感情論)이라 할 수 있을 것이다.

III. 현행 헌법에 대한 도전

1. 해석개헌과 헌법 제9조

정식 개정은 없었으나 일본국헌법은 1946년 성립된 이래 다양한 도전을 받아 왔다. 그 대표적인 예가 바로 일본정부의 해석개헌과 정권 여당의 헌법개정운동이다.

해석개헌이라 함은 헌법의 원문을 정식으로 수정하는 것이 아니라, 기존의 확립된 해석을 변경함으로써 실질적으로 헌법개정과 같은 효과를 낳고자 하는 전략이다. 그리고 이 해석개헌이라는 전략이 이용된 대표적인 예가 바로 헌법 제9조의 해석이다. 헌법 제9조의 조문은 다음과 같다.

【제9조】

제1항 일본 국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화를 성실하게 추구하고, 국권이 발동하는 전쟁과 무력적 위협 또는 무력행사는 국제분쟁을 해결하는 수단으로서는 영구히 포기한다.

제2항 전항의 목적을 달성하기 위하여 육해공군과 그 밖의 전력(戰力)은 보유하지 아니한다. 국가 교전권은 인정하지 아니한다.

Article 9.

(1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese

10) 辻村みよ子『比較のなかの改憲論』(2014年、岩波書店) 34-58頁。

people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes.

- (2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

일본정부는, 제국 의회의 심의단계에서 이미 해당 조문이 자위(自衛)를 위한 부분까지 포함하여 ‘전력(war potential)’ 일반을 포기하였으며, 일본은 자국의 안전보장을 UN에 위임하기로 결의하였다는 해석을 표명하였다.¹¹⁾ 그러나 신헌법이 제정된 지 얼마 지나지 않아 1950년 6.25 전쟁이 발발하고 동서 냉전의 전개 등으로 인하여 극동 정세가 긴박해졌으며, 또 1951년 샌프란시스코 강화조약의 체결로 일본이 주권을 회복하자, 일본정부는 ‘자위를 위한 필요 최소한의 실력(實力)’은 제9조가 금하는 ‘전력’에 해당하지 않는다는 해석으로 전환해 나간다.¹²⁾ 이 해석에 따라 자위대는 ‘전력’이 아닌 ‘자위를 위한 필요 최소한의 실력’으로 간주되어 헌법에 적합한 국가 조직으로 인정받게 되었다.

이리하여 자위전쟁을 포함해 일체의 전력 및 전쟁을 포기한 제9조는 그 해석의 변경만으로 ‘자위를 위한 필요 최소한의 실력’이라는 애매한 개념을 갖게 되었으며, 이 해석을 밑받침으로 일본은 자위대를 증강시켜 나갔다. 상식적으로 생각할 때 자위대가 ‘전력’임은 초등학교도 알 수 있다. 제9조는 그 규범 내용을 정부 해석의 변경을 통해 실질적으로 바꿀 수 있다는 것과 진배없는 취급을 받고 있다. 게다가 그러한 해석상의 속임수는 영리한 초등학교생들이라면 그 속을 뻔히 간파할만한 내용이었다. 지금의 자위대가 ‘전력’이 아니라면, 도대체 무엇이란 말인가. 그렇긴 하나, 이러한 해석은 자위대의 증강을 ‘필요 최소한’으로 억제한다는 제한적 역할도 동시에 수행한 것이었다. 이것이 종전 후 일본의 헌법 운용을 크게 규정해 온 해석개헌이라는 전략이다.

11) 1946년 6월 26일 제국의회 중의원 대일본제국 헌법개정 본회의에서 하라 후지로(原 夫次郎) 의원에 대한 요시다 시게루(吉田 茂) 총리의 답변, 같은 달 28일 동 회의에서 노사카 산조(野坂 参三) 의원에 대한 요시다 총리의 답변 등. 또한 1950년 1월 28일 제7회 국회 중의원 본회의에서 사타케 하루키(佐竹 晴記) 의원에 대한 요시다 시게루 총리의 답변, 1952년 3월 10일 제13회 국회 참의원 예산위원회에서 요시다 총리의 답변도 참조.

12) 1954년 12월 21일 제21회 국회 중의원 예산위원회에서 고노 미쓰(河野 密) 의원에 대한 하야시 슈조(林 修三) 내각법제국 장관의 답변(하토야마 내각), 1958년 4월 18일 제28회 국회 참의원 내각위원회에서 이토 겐도(伊藤 顕道) 의원에 대한 하야시 슈조 내각법제국 장관의 답변(기시 내각), 1972년 11월 13일 제70회 국회 참의원 예산위원회에서의 정부통일견해(다나카 내각) 등을 참조.

이 ‘필요 최소한의 실력’이라는 일본정부의 해석에서 파생된 대표적 해석이 바로 1972년에 제시된 집단적 자위권의 행사를 금하는 정부 견해이다.¹³⁾ 일본은 필요 최소한의 자위력만 보유하므로 자국이 외국으로부터 공격을 받을 경우는 차치하고라도, 동맹국이 외국으로부터 공격을 받을 경우에 자위권을 발동하는 것은 필요 최소한을 넘어선다고 보았다. 이 해석은 40년 이상에 걸쳐 역대 내각에 의하여 유지되어 왔다. 나아가 이 1972년의 정부 견해는 헌법 자체를 개정해야만 변경할 수 있다고 역대 내각이 국민에게 약속해 온 사항이다.¹⁴⁾ 그러한 의미에서 헌법의 일부를 이루게 되었다고 해도 좋을 것이다. 그러나 2014년 7월 1일, 아베 신조 내각은 이 정부 해석을 변경하여 집단적 자위권의 행사를 한정적으로 용인하고, 2015년 미일안전보장체제를 강화하기 위한 평화안전보장법(平和安全保障法)을 성립시켰다. 그 상세한 경위와 정부 해석의 변경이 지닌 문제성에 대해서는 생략하겠으나,¹⁵⁾ 해석개헌의 역사는 제9조의 규범적 힘을 여전히 불안정한 상황 속에 남겨두고 있다.

2. 헌법개정운동의 전개

헌법개정운동의 도전을 받고 있는 바, 이와 관련해서는 몇몇 대표적 사례만 간단히 살펴보고자 한다.

1954년 자위대가 설치되었을 무렵부터 보수정당 안에서 헌법개정을 표방하는 경향이 나타났는데, 이듬해인 1955년 7월 초당파적으로 ‘자주헌법기성의원동맹(自主憲法期成議員同盟)’이 결성되었고 같은 해 11월 보수정당 합동으로 자유민주당(自由民主黨)이 결성되었다. 자민당은 현재에 이르기까지 한 때를 제외하고 정권을 쥐어 온 정당이다. 1958년 여당 자민당은 기시(岸) 내각 산하에 헌법조사회(다카야나기 겐조(高柳 賢三) 회장)를 설치하였다. 동 조사회 멤버 중에는 보수적인 인물도 많아 그들은 ‘강요된 헌법’을 신속하게 개정해 일본 독자적인 자주헌법의 실현을 지향하였다. 이 조사회의 활동은 6년동안에 걸쳐 이루어지는데, 최종적으로 다카야나기 회장은 ‘일본국헌법은 강요에 의한 것이 아니라 미일의 합작이었다’ ‘제9조를 개정하지 않더라도 자위대는 합헌이다’는 의견서를 공표했다. 이 때문에 1964년에 제출된 보고서에서는 개헌필요론과 개헌불요론 양쪽 모두를 병기하는데 그쳤고 헌법개정은 실현되지

13) 1972년 10월 14일 제70회 국회 참의원 결산위원회에 제출된 정부견해(다나카(田中) 내각).

14) 1983년 2월 22일 제98회 국회 중의원 예산위원회에서 이치카와 유이치(市川雄一) 의원에 대한 쓰노다 레이지로(角田 礼次郎) 내각법제국 장관의 답변(나카소네(中曾根) 내각), 1990년 10월 24일 제119회 국회 중의원 유엔평화협력활동에 관한 특별위원회에서 이치카와 유이치 의원에 대한 구도 아쓰오(工藤 敦夫) 법제국 장관의 답변(가이후(海部) 내각).

15) 상세한 내용은 駒村, 전계주3)을 참조하기 바란다.

못하였다.¹⁶⁾ 이리하여 일본국헌법의 정통성은 일단 안정화되었고 또 해석개헌의 노선이 승인된 것이다.

1960년, 일본에서는 미일안전보장조약의 개정을 둘러싸고 대규모 데모가 발생해 국회 주변을 둘러싸는 저항운동이 대대적으로 전개되었다. 이른바 안보투쟁이다. 안보조약의 개정은 실현되었지만, 당시 기시 내각이 퇴진하자 저항운동은 기세가 꺾였고 일본은 이른바 고도성장시대에 접어들면서 일본정부와 국민은 경제적 발전을 추진하는데 집중하게 된다. 그러한 가운데 헌법개정운동도 약간 퇴조경향을 보인다.

1970년대는 헌법 제9조에 관한 정부해석(‘필요 최소한의 실력은 헌법이 금지하는 전력에는 해당하지 아니한다’는 해석)에 다양한 주석(paraphrase)이 달린 시대이다(1972년 ‘전수방위론(專守防衛論)’이나 1976년 ‘방위비를 GNP의 1% 미만으로 제한하는 방침’ 등). 정식 개정이 아닌 해석개헌 전략이 일반화되던 시대였다.

1980년대에는 진보세력인 사회당(社會黨)이 쇠퇴하기 시작하면서 자민당 내에 현실주의적인 개헌 구상이 부상하기 시작했다(‘현실주의적’이라는 것은 미일동맹을 전제된 사실로 하고, 그 기반에 선 국가구상(國家構想)을 헌법에 담는다는 것이다). 하지만 당시 여론조사에 따르면, 국민의 대부분은 미일 동맹을 용인하였고 자위대 또한 받아들이는 동시에 헌법개정에는 반대한다는 입장을 취하였기 때문에 개헌은 구호에 그쳤다.

1990년대에는 걸프전쟁(Gulf War)이 발발하였고 페르시아만에 떠오른 기뢰(機雷)를 제거하기 위하여 자위대의 해외파견이나 자위대의 PKO참가 등의 과제가 수면으로 떠올랐다. 자위대를 활용하여 국제공헌을 해야 한다는 목소리와 함께 헌법 제9조 또한 그러한 관점에서 재해석할 필요가 있다는 주장이 강력하게 전개되었던 것이다. 말하자면 이 시대에는 일본 외교나 자위대의 활동을 국제 표준에 맞추는 작업이 헌법개정의 잠재적 과제로 명확하게 설정되었다.

그 후 2000년대에 들어서자 국회의 양원(兩院)에 헌법조사회가 설치되었고 자민당은 본격적으로 헌법개정을 목표로 하기 시작한다. 이 시대 개헌론의 특징은 부분적 개정이 아닌 헌법의 모든 문제점을 망라해 대상으로 삼는 전면적 개정을 지향하는데 있다. 그러한 노선은 순조롭게 실현을 향하여 움직이고 있다. 2007년에는 헌법개정에 대한 국민투표 절차법으로 ‘국민투표법’¹⁷⁾이 성립되었고, 이를 계기로 중의원 및 참의원 양원에 헌법심사회가 설치되어 이미

16) 헌법조사회에 대한 상세한 내용은 竹前栄治・岡部史信・藤田尚則『日本国憲法・検証第7巻 護憲・改憲史論』(2001年、小学館) 第3章 참조.

17) 동 법의 문제점에 대한 상세한 내용은 高見勝利『憲法改正とは何だろうか』(2017年、岩波書店)을 참조하기 바란다.



헌법개정의 제논점에 대하여 논의가 시작되었다. 특히 2012년 자민당 헌법개정추진본부가 발표한 ‘일본국헌법 개정초안’¹⁸⁾은 현시점에서 가장 유력한 개정안이며, 거의 현행 헌법을 전면적으로 재검토한 내용을 담고 있다. 이는 1950년대 복고주의적 개헌론, 1980년대 현실주의적 개헌론, 1990년대 국제 표준화로서의 개헌론 등 각각을 포섭한 내용으로 이루어져 있다(필자는 이 자민당 초안의 핵심적 부분을 강력하게 비판하는 입장에서 있으나 여기에서는 생략하기로 한다¹⁹⁾.)

3. 헌법개정의 카테고리

각각의 개헌운동에서 구체적으로 어떠한 개정안이 제시되었는지에 대해서는 언급하지 않았으나, 위 개관을 통하여 개헌의 동기 및 이유에는 몇 가지 카테고리가 있음을 알 수 있다.

첫째, ‘강요된 헌법’에 대한 반발을 들 수 있다. 이는 헌법제정 스토리에 대한 하나의 해석 혹은 이데올로기이며, 아마도 일본 특유의 개헌 카테고리일 것이다. 특히 1950년대 개헌론에는 이러한 성향이 짙다. 이 ‘강요된 헌법’에 대한 반발은 동시에 미국에 대한 종속으로부터의 탈피를 함의하는 것이 통례이다. 그러나 이는 반미주의가 아닌 오히려 미일동맹에서 일본이 미합중국과 대등한 파트너가 된다는 것을 의미하는 경우가 많다.

둘째, 복고주의적 개헌 카테고리이다. 천황을 국가원수로 하는 규정을 헌법에 두는 것, 국가나 국가를 헌법에 명기하는 것, 일본의 문화나 전통, 아름다운 국토 등등 도무지 법적인 사항이라고는 생각되지 않는 개념을 헌법에 담고자 하는 문제 등등이다. 이는 메이지헌법의 가치관이나 사회모습으로 회귀하는 것을 추구하는 것으로 전후적 가치를 총체적으로 리셋하고자 하는 움직임이다.

셋째, 국제 표준에 맞추기 위한 개헌을 들 수 있다. 자위대의 PKO 및 UN군 참가 등이 그러하다. 긴급사태조항의 도입 등도 ‘세계적 상식’으로 소개되는 경우가 있으므로 이 또한 일본을 국제 표준에 근접하게 하기 위한 개헌 제안이라 할 수 있을지 모른다.

넷째, 해석개헌이 일궈낸 성과를 추인하기 위한 개헌을 들 수 있다. 자위대를 헌법상에 명기하고자 하는 제안, 전수방위를 헌법에 명기하고자 하는 제안 등이 바로 그것이다.

18) 초안은 다음 URL에서 확인할 수 있다. <http://constitution.jimin.jp/draft/> 또한 동 초안에 대한 Q&A는 다음 URL에서 확인할 수 있다. <http://constitution.jimin.jp/faq/>

19) 동 초안의 문제점에 대한 상세한 내용은 다음의 필자의 논문을 참조하기 바란다. See Keigo Komamura, “Constitution and Narrative in the Age of Crisis in Japanese Politics,” 26 Washington International Law Journal 75 (2017) (<https://digital.law.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1658>)

다섯째, 물론 극히 상식적인 개헌 카테고리도 있을 것이다. 예컨대 건물에 생긴 하자를 보수함으로써 더욱 살기 편하게 만들기 위한 개량, 즉 리노베이션에 해당하는 개헌이다. 여기에는 예를 들면, 현행 헌법상 제약이 없는 중의원 해산권에 제약을 두기 위한 개헌이나 긴급사태 조항의 도입 등이 해당될 것이다. 또한 새로운 시대를 위하여 지금까지와는 다른 새로운 아이디어를 헌법에 담는 개헌 제안도 있다. 리노베이션과 비교하여 이는 이노베이션을 위한 개헌이라 할 수 있을 것이다. 여기에는 헌법재판소의 신설이나 환경권, 프라이버시 도입 등을 들 수 있다(다만 필자는 환경권이나 프라이버시 도입이 진정으로 헌법개정을 필요로 하는 문제인지에 대해서는 의구심을 갖고 있다).

IV. “전후”라는 가치-지켜야 하는가, 탈피해야 하는가-

2017년 10월 22일의 총선 결과, 자민당과 공명당의 연립정권이 압도적 의석수를 확보하면서 대승을 거뒀다. 아베 총리는 헌법개정 발의에 충분한 의석수를 중의원 및 참의원 양원에서 확보하였다. 그는 선거 중 공약에 헌법 제9조의 개정을 포함했다. 웬지 모르나 선거기간 중 이에 대한 언급이 적고 다른 공약만 부각되었는데, 선거 결과가 나온 후 각 신문들은 헌법개정이 궤도에 올랐다고 보도하면서 마치 이 선거가 개헌에 OK 사인을 내기 위한 선거였던 것처럼 다루었다.

한편, 아베 총리가 공약에 슬그머니 내걸었던 개헌안은 헌법 제9조에 자위대를 명기한다는 심플한 내용이다. 이미 해석개헌에 따라 그 존재를 인정받아 온 자위대를 헌법에 적어 넣는 정도라면, 국민의 이해도 얻기 쉬우리라고 생각하는지도 모르겠다. 그러나 자위대라는 이름만 헌법에 기재한들 그것은 거의 의미가 없다. 헌법에 기재하는 이상 ‘자위대에 관한 헌법상의 개념’이 필요하다. 과연 그것이 제9조가 금지하는 ‘전력(war potential)’으로서의 자위대인지, 전수방위라는 조건에 한정되는 자위대인지, 등에 대한 명확한 결단이 수반되어야만 비로소 ‘자위대에 관한 헌법상의 개념’이 명백해진다. 아베 총리는 이 부분에 대하여 전혀 밝히지 않고 있다. 자위대를 ‘전력’으로 인정한다면 이는 기존의 정부 해석을 근본부터 뒤집는 것이다. 놀랄만한 이노베이션에 해당하는 셈이다. 그러나 만약 종래의 자위대 본연의 모습을 그대로 추진하는 것이라면, 해석개헌의 성과를 그대로 헌법에서 사후 승인하는 것에 그칠 것이다. 어느 쪽이든 일본의 헌법은 그것이 걸어온 역사 그 자체라 할 수 있는 전후적 가치를 지킬 것인가, 그렇지 않으면 이탈할 것인가라는 갈림길에 서있다.

일본국헌법은 ‘강요된 헌법’이라고 하여, 당초부터 그 정통성(legitimacy)을 의심받아왔다. 그러나 필자의 생각으로는 일본국헌법이 갖는 정통성의 원천은 일본에 근대적 보편원리를 부



여한 포츠담 선언에 있으며, 몇 차례의 헌법개정운동에서 살아남아온 그 전후사(戰後史)에서 찾아야 한다. 여러 번의 헌법개정운동을 거치면서도 신헌법은 그 정통성을 공고히 해 왔다. 요컨대, 헌법개정운동이라는 위기적 상황이야말로 일본국헌법의 정통성을 시험하는 최대의 기회였던 것이다.

이리하여 70년간을 살아남아온 헌법은 ‘전후(the postwar)’ 그 자체의 상징이 되었다. 일본인에게 ‘전후’라는 가치와 헌법은 같은 의미일지도 모른다. ‘전후’라는 용어는 헌법에 필적할 정도의 가치를 지니기에 이르렀다. 전후란, 패전과 헌법제정에 따라 일어난 빅뱅의 시간적 표현이다. 이는 역사의 단계성을 나타내는 단순한 시대구분에 불과한 것인가, 아니면 미완의 혁명으로서 반영구적으로 추구되어야 할 보편원리의 다른 이름인가. 아베 총리의 대표적 정치 슬로건은 ‘전후 체제로부터의 탈피’이다. 전후가 헌법과 같은 뜻을 갖는다고 한다면 이 슬로건은 ‘전후 헌법으로부터의 탈피’로 대체될 수 있어야 한다. 우리 일본국민은 바야흐로 그 갈림길에 서있다.²⁰⁾

20) 전후를 지키려 하는 것(保守)이 함이 진보(liberal)이고, 전후를 쇄신하려는 것이 복고주의의 보수라는, 일종의 역전현상이 일어나고 있는 것과 관련해서는 ‘전후 일본’을 ‘보수(保守)한다는 것’의 의미를 논한 樋口陽一 『いま、「憲法改正」をどう考えるか』 (2013年、岩波書店)를 참조하기 바란다.

Appendix 1

포츠담선언 (미합중국, 영국, 중화민국 3국 선언, 1945년 7월 26일 포츠담에서)

.....

9. 일본국의 군대는 완전히 무장이 해제된 후, 각자의 가정으로 복귀하여 평화적이고 생산적인 생활을 영위할 기회를 부여 받아야 한다.
10. 우리는 일본인을 민족으로서 노예화하고자 하거나, 또는 일본 국민을 멸망시키고자 하는 의도가 있는 것은 아니나, 우리 포로를 확대한 자를 포함한 일체의 전쟁범죄인에 대해서는 엄중한 처벌을 가한다. 일본국 정부는 일본국 국민 간에 있어서의 민주주의적 경향의 부활과 강화에 대한 일체의 장애를 제거하여야 한다. 언론, 종교 및 사상의 자유와 더불어 기본적 인권의 존중은 확립시켜야 한다.

.....

12. 전기의 여러 목적이 달성되고, 또 일본국 국민의 자유롭게 표명된 의사에 따라 평화적인 경향을 가지고 책임있는 정부가 수립된 경우에는 연합군의 점령군은 즉시 일본국에서 철수하여야 한다.
13. 우리는 일본국 정부가 즉시 모든 일본국 군대의 무조건항복을 선언하고, 또 위 행동에 있어서 동 정부가 성의를 가지고 적정하고 충분한 보장을 제공할 것을 동 정부에 요구한다. 이러한 것 이외의 일본국의 선택은 즉각적이고 완전한 괴멸이 있을 뿐이다.

(<http://www.ndl.go.jp/constitution/etc/j06.html> (visited 2017/11/12))

Potsdam Declaration (Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender Issued, at Potsdam, July 26, 1945)

.....

9. The Japanese military forces, after being completely disarmed, shall be permitted to return to their homes with the opportunity to lead peaceful and productive lives.
10. We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation, but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited cruelties upon our prisoners. The Japanese Government shall remove all obstacles to the revival and strengthening of democratic tendencies among the Japanese people. Freedom of speech, of religion, and of thought, as well as respect for the fundamental human rights shall be established.



.....

12. The occupying forces of the Allies shall be withdrawn from Japan as soon as these objectives have been accomplished and there has been established in accordance with the freely expressed will of the Japanese people a peacefully inclined and responsible government.
13. We call upon the government of Japan to proclaim now the unconditional surrender of all Japanese armed forces, and to provide proper and adequate assurances of their good faith in such action. The alternative for Japan is prompt and utter destruction.
(<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c06.html>)(visited 2017/11/12)

Appendix 2

일본국헌법 (1946년 11월 3일 공포, 1947년 5월 3일 시행)

【전문】

일본 국민은 정당하게 뽑힌 국회 대표자를 통하여 행동하고, 우리와 우리의 자손을 위하여 세계 모든 국민들과 협력하고 화합하여 얻은 성과와 우리나라 전 영토에 자유가 가져오는 혜택을 확보하며, 다시는 정부 행위로 전쟁 참화가 일어나지 않도록 할 것을 결의하고, 이에 주권이 국민에게 있음을 선언하며 이 헌법을 확정한다. 본래 국정은 국민의 엄숙한 신탁에 의한 것으로서 그 권위는 국민에게서 유래하고 그 권력은 국민의 대표자가 행사하며 그 복리는 국민이 누린다. 이는 인류보편의 원리이며 이 헌법은 이러한 원리에 바탕을 둔 것이다. 우리는 이에 반하는 모든 헌법, 법령 및 조칙(詔勅)을 배제한다.

일본 국민은 항구적인 평화를 염원하고 인간 상호관계를 다스리는 숭고한 이상을 깊이 자각하는 바이며 평화를 사랑하는 세계 모든 국민의 공정과 신의를 신뢰하여 우리의 안전과 생존을 보유하자고 결의하였다. 우리는 평화를 유지하고 전제와 예종, 압박과 편협을 영원히 지상에서 없애려 노력하는 국제사회에서 명예로운 지위를 얻고자 한다. 우리는 전 세계의 국민이 다 함께 공포와 결핍에서 벗어나 평화롭게 생존할 권리를 가진다는 것을 확인한다.

우리는 어떠한 국가도 자국만을 생각하여 타국을 무시해서는 아니 되며, 정치도덕의 법칙은 보편적인 것으로 이 법칙에 따르는 것은 자국의 주권을 유지하고 타국과 대등한 관계에서 고자 하는 각국의 책무라고 믿는다.

일본 국민은 국가 명예를 걸고 전력을 다하여 이 숭고한 이상과 목적을 달성할 것을 맹세한다.

【제9조】

제 1 항 일본 국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화를 성실하게 추구하고, 국권이 발동하는 전쟁과 무력적 위협 또는 무력행사는 국제분쟁을 해결하는 수단으로서는 영구히 포기한다.

제 2 항 전항의 목적을 달성하기 위하여 육해공군과 그 밖의 전력은 보유하지 아니한다. 국가 교전권은 인정하지 아니한다.

【제13조】

모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명과 자유, 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공복지에 반하지 않는 한 입법과 그 밖의 국정에서 최대의 존중이 필요하다.

【제96조】

제 1 항 이 헌법 개정은 각 의원의 총 의원 3분의 2 이상의 찬성으로 국회가 발의하고 국민에게 제안하여 승인을 거쳐야 한다. 이 승인에는 특별한 국민투표 또는 국회가 정하는 선거에서 하는 투표에서 과반수의 찬성이 필요하다.

제 2 항 헌법 개정이 전항의 승인을 거친 때에는, 천황이 이 헌법과 일체를 이루는 것으로서 국민의 이름으로 즉시 공포한다.

【제97조】

이 헌법이 일본 국민에게 보장하는 기본적 인권은 인류가 오랫동안 자유를 획득하기 위하여 노력한 성과이며, 이러한 권리는 과거 수많은 시련을 견뎌내고 현재와 장래의 국민에 대해 침해할 수 없는 영구적 권리로서 신탁된 것이다.

The Constitution of Japan

(Promulgated on November 3, 1946. Came into effect on May 3, 2017)

Preamble

We, the Japanese people, acting through our duly elected representatives in the National Diet, determined that we shall secure for ourselves and our posterity the fruits of peaceful cooperation with all nations and the blessings of liberty throughout this land, and resolved that never again shall we be visited with the horrors of war through the action



of government, do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution. Government is a sacred trust of the people, the authority for which is derived from the people, the powers of which are exercised by the representatives of the people, and the benefits of which are enjoyed by the people. This is a universal principle of mankind upon which this Constitution is founded. We reject and revoke all constitutions, laws, ordinances, and rescripts in conflict herewith.

We, the Japanese people, desire peace for all time and are deeply conscious of the high ideals controlling human relationship, and we have determined to preserve our security and existence, trusting in the justice and faith of the peace-loving peoples of the world. We desire to occupy an honored place in an international society striving for the preservation of peace, and the banishment of tyranny and slavery, oppression and intolerance for all time from the earth. We recognize that all peoples of the world have the right to live in peace, free from fear and want.

We believe that no nation is responsible to itself alone, but that laws of political morality are universal; and that obedience to such laws is incumbent upon all nations who would sustain their own sovereignty and justify their sovereign relationship with other nations.

We, the Japanese people, pledge our national honor to accomplish these high ideals and purposes with all our resources.

Article 9. (1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. (2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.

Article 96. Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all the members of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify. (2) Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of this Constitution.

Article 97. The fundamental human rights by this Constitution guaranteed to the people of Japan are fruits of the age-old struggle of man to be free; they have survived the many exacting tests for durability and are conferred upon this and future generations in trust, to be held for all time inviolate.

Appendix 3

Comparison between the current constitution (Constitution of Japan (1946)) and the proposed constitution (LDP draft constitution (2012))²¹⁾

THE PREAMBLES

- Current Preamble

We, the Japanese people, acting through our duly elected representatives in the National Diet, determined that we shall secure for ourselves and our posterity the fruits of peaceful cooperation with all nations and the blessings of liberty throughout this land, and resolved that never again shall we be visited with the horrors of war through the action of government, do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution. Government is a sacred trust of the people, the authority for which is derived from the people, the powers of which are exercised by the representatives

21) English text of the current constitution, the Constitution of Japan (1946), was cited from <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html>. Translated text of the LDP draft constitution, was from <http://www.asuno-jiyuu.com/2013/11/blog-post.html>.



of the people, and the benefits of which are enjoyed by the people. This is a universal principle of mankind upon which this Constitution is founded. We reject and revoke all constitutions, laws, ordinances, and rescripts in conflict herewith.

- LDP Draft Preamble

Our nation, with its long history and unique culture, is a country that has the Emperor, the symbol of unity of the people, governed based on the separation of powers, legislation, government, and justice, under popular sovereignty. Our nation has overcome and developed from the ruins of the Second World War and a number of catastrophes and now currently holds a prominent position in the global community, promoting friendlier relations and contributing to the peace and prosperity of the world through pacifism. We, the Japanese people, protect our own country and tradition with pride and spirit, respect fundamental human rights, along with treasuring conformity, and formed this nation by families and communities helping each other. We, the people, respect freedom and discipline, protect our beautiful land and natural environment as we promote education and technology, and develop the country through economic activities. We, the Japanese people, in order to transmit good tradition and our nation to posterity for many years to come, herein, establish this constitution.

현 헌법(1946년 일본국헌법)과 제안된 개정헌법 (2012년 자유민주당 초안)의 비교

【전문】

- 현재 전문

일본 국민은 정당하게 뽑힌 국회 대표자를 통하여 행동하고, 우리와 우리의 자손을 위하여 세계 모든 국민들과 평화적으로 협력하여 얻은 성과와 우리나라 전 영토에 자유가 가져오는 혜택을 확보하며, 다시는 정부 행위로 전쟁 참화가 일어나지 않도록 할 것을 결의하고, 이에

주권이 국민에게 있음을 선언하며 이 헌법을 확정한다. 본래 국정은 국민의 엄숙한 신탁에 의한 것으로서 그 권위는 국민에게서 유래하고 그 권력은 국민의 대표자가 행사하며 그 복리는 국민이 누린다. 이는 인류보편의 원리이며 이 헌법은 이러한 원리에 바탕을 둔 것이다. 우리는 이에 반하는 모든 헌법, 법령 및 조칙(詔勅)을 배제한다.

- 자유민주당 초안의 전문

일본국은, 오랜 역사와 고유한 문화를 가지고, 국민통합의 상징인 천황을 받드는 국가로, 국민주권 하에서 입법, 행정 및 사법의 3권분립에 기반하여 통치된다.

우리나라는 일전의 대전에 의한 황폐와 수많은 대재해를 극복하여 발전하였고, 이제는 국제사회에서 중요한 지위를 가지고 있으며, 평화주의 하에서 여러 외국과의 우호관계를 증진하고, 세계의 평화와 번영에 공헌한다.

일본국민은 국가와 향토에 긍지와 기백을 가지고 스스로 지키며, 기본적 인권을 존중함과 더불어 순응(和)을 소중하게 여기며, 가족과 사회 전체가 서로 도와 국가를 형성한다.

우리는 자유와 규율을 존중하고, 아름다운 국토와 자연환경을 지키면서, 교육과 과학기술을 진흥하고 활력있는 경제활동을 통하여 국가를 성장시킨다.

일본국민은 좋은 전통과 우리의 국가를 오래 자손에게 계승하기 위해 여기에 이 헌법을 제정한다.

WHAT KIND OF SUBJECT SHALL WE BE RESPECTED?

- Current Article 13

All of the people shall be respected as individuals.

- LDP Draft Article 13

All of the people shall be respected as persons.



〈 존중 대상의 차이 〉

현행 제13조 모든 국민은 개인(個人)으로서 존중된다.
자유민주당 초안 제13조 모든 국민은 사람(人)으로서 존중된다.

NARRATIVE OF HUMAN BEING

- Current Article 97

The fundamental human rights by this Constitution guaranteed to the people of Japan are fruits of the age-old struggle of mankind to be free; they have survived the many exacting tests for durability and are conferred upon this and future generations in trust, to be held for all time inviolate.

- LDP Draft Article 97

- Deleted -

日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”

慶應義塾常任理事・慶應義塾大学法学部教授 駒村圭吾
Keigo KOMAMURA
Vice President / Professor of Law, Keio University, Tokyo

はじめに

日本国憲法は、1945年に第2次世界大戦がおわった直後、1946年11月3日に公布され、翌年5月3日に施行された。世界の憲法の中でも比較的新しい部類に入る現代憲法 (contemporary constitutions) である。しかし、制定当時のテキストが一度も改正されたことなく、当時のままである憲法としては世界最古のものとなった¹⁾。

そう、日本国憲法は一度も改正されたことがない。したがって、各国の憲法改正を比較検討するこのプロジェクトにおいて、日本の状況を紹介することに果たして意味があるのかとの訝りが生まれるのは当然である。これに関しては、とりあえず、次の諸点を指摘することができるだろう。

まず、第1に、正規の憲法改正を経なくとも、“憲法變動”(constitutional changes) は起こり得る、ということを経験は示唆している。日本国憲法は、この約70年間、正規の改正こそなかったが、いくつかの憲法改正運動の挑戦を受けてきた。そのいずれも成功しておらず、テキストはまったく變動していない。しかし、“解釈改憲”(kaishaku kaiken) (interpretive amendment, de facto constitutional change through reinterpretation of the constitution) という戦略を通じて、政府は憲法を実質的に變動させてきた。この解釈改憲の戦略のよって、制定当初の約束が大きな變動にさらされてきたのが、かの有名な戦争放棄条項である憲法9条であった。

第2に、constitutionとconstitutional lawを区別する必要を日本の例は教えてくれる。憲法改正運動が何度か試みられたものの、成功しなかったのは、さまざま原因が

1) Kenneth Mori McElwain, The Anomalous Life of the Japanese Constitution [August 15, 2017] (<http://www.nippon.com/en/in-depth/a05602/>) (visited 2017/10/11)



考えられるが、私が見るところ、改正を求める動機に現れていた“憲法に対する見方”そのものが適切なものではなかったことが大きな背景的な敗因であったと思われる。

例えば、過去への回帰、とりわけ天皇を中心とするナショナリスティックな日本に回帰することを求める憲法改正運動、また、アメリカ合衆国の支配から脱し、日本が“一人前の国”として自立するための反米的な憲法改正運動、などがそうである。これらの試みは、憲法に“物語”(narrative)(しかも国粹主義的な物語)を書きこもうとするものであり、憲法を、国民が共有すべき物語を記した絵本のように理解する見方である。確かに、constitutionの原義は、body、基本構造、基本的性格、等を意味し、政体の全体的なプロジェクト(comprehensive project of body politic)を指すものである。その意味では、憲法典を物語の書かれた神話の書物のように見ることも自然なことなのかもしれない。しかし、われわれ法学者の視点から見れば、憲法はまずもってconstitutional lawとして捉えなければならない。憲法典は、普遍的な原理・理念を定め、国家機関を具体的に拘束する規範を束ねているものである。物語は、法の領分ではなく、政治の領分で語られるべきものであり、その語り方はconstitutional lawによって絶えずチェックされなければならない²⁾。要するに、法と物語は別のものであり、両者を合体させて考えるのは危険である。

また、最近の政治家たちの改憲提案でもしばしば見られることであるが、法律の制定や行政の見直しで対応可能な“通常政策目標”を憲法に書き込みたがる傾向が見られる。例えば、情報公開を促進する、環境権を導入する、教育を無償化する、等々である。これらは、法律と予算を再検討したり、既存の法律に従った行政をきちんと実行させるだけでできる政策である。要するに、基本的に、憲法問題ではない。選挙が近づくと、このような政策を憲法に書き込もうとする政治家が現れる。これは、憲法を“選挙公約”あるいは“wish list”と見るものであり、根本的に憲法に対する見方を誤るものであろう。

さらに、第3に、日本は、今まさに戦後初めて、憲法のテキストそのものを書き換える正規の改正に向かって本格的に進み始めている。現在の首相である安倍晋三氏は、数回にわたる選挙により、与党である自民党と公明党を合わせて、憲法改正の発議を

2) このconstitutionとconstitutional lawの区別の詳細は、駒村圭吾「憲法学にとっての『憲法改正』」駒村圭吾・待鳥聡史編『「憲法改正」の比較政治学』(2016年、弘文堂(Kobundo))30-34頁。なお、この論文は、私自身の憲法改正に対する基本的な見方を記したものであり、憲法改正をめぐる理論的な諸論点を概観するものである。

するのに十分な3分の2を超える議席を衆議院・参議院の双方で獲得した。直近の2017年10月の選挙で圧勝した安倍首相であったが、党内基盤は逆に不安定化してきており、このまま憲法改正に突入するかどうかは実は不明確なところがある。憲法9条の改正を含む改憲の方向性は示されているが、具体的な提案は依然としてなされていない。しかし、政治状況次第では、わたしたちは歴史的な瞬間に近い将来目撃することになるかもしれない。

これらの諸点を念頭に置きつつ、以下では次のような順序で考察を進めていきたい。日本国憲法を正確に理解するには、まずその誕生について知っておかなければならない（Ⅰ）。かなり異例な、その誕生秘話は、その後の憲法の運用に影を落とすことになる。次に、現行憲法の改正手続を紹介し（Ⅱ）、戦後の憲法改正運動の特徴を大まかに振り返るとともに、解釈改憲の概要についても説明する（Ⅲ）。最後に、“戦後”という価値と憲法改正に関する私見を述べてみたい（Ⅳ）。

I. 日本国憲法誕生の特殊性 (unusual story of the birth of the Constitution of Japan)³⁾

1. ポツダム宣言の履行としての国家改造

日本の近代化は、1868年の明治維新によってそれまでの閉じた日本を広く開国することによってスタートした。1889年に制定された明治憲法は、プロイセンの憲法をモデルとして、立憲君主制を採用し、不完全ではあるが人権規定もいくつか導入するものであった。しかし、その後の歴史的展開は、軍国主義の台頭、天皇の神格化、国家神道による思想統制をもたらし、日本国を第2次世界大戦に巻き込んでいったのである。

緒戦ではいくつかの勝利を収めたものの、日本にとって戦局は悪化の一途をたどり、1945年7月26日に連合国はポツダム宣言を発出して、日本に降伏を迫った。天皇を護るという確約を得ることのみに固執した日本政府はなかなかポツダム宣言を受諾しなかったが、広島と長崎に原子力爆弾が投下されたことによって、ようやく1945年8月14日に同宣言を受諾し、翌日8月15日に、戦争は終結に至ったのである（降伏文書

3) 本稿における日本国憲法の制定過程に関する歴史的叙述は、次の文献に依拠している。古関彰一『日本国憲法の誕生〔増補改訂版〕』（2017年、岩波書店(Iwanami-shoten)）、佐藤達夫『日本国憲法成立史 第1巻～第4巻』（1962年～1994年、有斐閣 (Yuhikaku)、高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程 1・2』（1997年、有斐閣(Yuhikaku)）。

の調印は同年9月2日)。このポツダム宣言は、日本に対して、完全な武装解除（第9項）、戦争犯罪人の処罰（第10項）、民主主義的傾向の復活（第10項）、言論・宗教・思想の自由をはじめとする基本的人権の尊重（第10項）、平和主義的な責任政府の樹立（第12項）、等を求めるものであった（Appendix 1を参照）。これは、明治憲法体制を根本から変革する国家改造を要求するものである。新憲法の制定は、このポツダム宣言の履行として行われることとなった。

しかし、日本政府は、このポツダム宣言の要求を軽視し、当初は明治憲法の部分修正で対応できると考えていた。実際、日本政府は、ほとんど明治憲法と変わらない憲法案を用意していた。日本の戦後処理を連合国より託されたダグラス・マッカーサー連合軍総司令官(the Supreme Commander for the Allied Powers)はこれを察知し、日本政府にはポツダム宣言を履行する意思も能力もないと判断して、総司令部(GHQ: General Headquarter)に憲法草案の策定を命じた。1946年2月13日、GHQは日本政府に対して、日本政府案の受け取りを拒絶し、その代わりにGHQ草案を手交した。その際、GHQは、この草案を受け入れなければ、天皇の身体(person of the Emperor)を護ることはできない、と述べたとされている⁴⁾。ポツダム宣言を正しく反映した憲法制定を急がないと、連合国内の対日強硬派をおさえることはできないという趣旨であったと思われる。こうして、新しい憲法は、このGHQ草案を基に策定されることになったのである⁵⁾。

4) 松本烝治『二月十三日会見記略』（東京大学法学部法制史資料室松本文書所蔵）(<http://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/077shoshi.html>) (visited 2017/10/29)。

5) なお、新憲法誕生のプロセスを法的な観点からながめてみると、マッカーサーは1946年1月の時点で、日本国の改造について無権限になっていたと解される。つまり、前年の1945年12月17日のモスクワ会談において、日本の戦後処理にあたる極東委員会(Far Eastern Commission)の設置が決定された。1946年1月29日、極東諮問委員会(Far Eastern Advisory Commission)調査団と面会したマッカーサーは、新憲法制定等の日本改造の実権は、ちかく活動が開始される予定の極東委員会に移管されることを認め、自らの関与は助言にとどまることを明らかにした。しかし、本文で述べるたように、マッカーサーは2月13日にGHQ草案を日本政府に手交し、憲法制定をGHQ主導で行い、その既成事実化を行ったのである。新憲法が帝国議会で成立した後、極東委員会はこのような制定プロセスに強い違和感を抱きつつも、最終的に新憲法を承認するに至る。つまり、マッカーサーは、当時の国際的な取極めに違反して、無権限であるにもかかわらず、日本国憲法の制定を推し進めた。これはある意味でクーデターと言っていいだろう。しかし、最終的には権限を有する極東委員会によって、新憲法は承認される。これにより、マッカーサーのクーデターは法的に追完されることになったのである。以上については、Keigo Komamura, Legitimacy of the Constitution of Japan: Redux [2010/02/11] (<https://projects.iq.harvard.edu/crrp/publications/legitimacy-constitution-japan-redux>) (visited 2017/10/30)参照。

なお、天皇制の維持（「国体の護持」）を切望する日本国民を安心させるため、また、国家改造を速やかにかつ穏やかに進めるために、新憲法の制定は明治憲法の改正という手続によって実行された。

2. 八月革命説と「押しつけ憲法」論

以上の制定経緯は、ふたつの思想あるいはイデオロギーを生み出した。

ひとつが「八月革命説（August Revolution Theory）」である。既に見たように、日本国憲法の誕生は、ポツダム宣言を根拠に、明治憲法体制を根本から変革するものであった。天皇は主権者から象徴に後退し、主権は国民の手に委ねられた。軍隊は武装解除され、軍国主義は、戦争放棄を核心とする平和主義に変わった。基本的人権のリストは比較にならないほど充実した。しかし、これも既に述べたように、新憲法は、それが否定したはずの明治憲法の改正憲法として誕生したのである。つまり、新憲法はその実体（substance）においては明治体制との連続性を否定するものであったが、その手続（procedure）においては明治体制との連続性を維持するものであったのである。この矛盾を克服するために、新憲法の制定に関わった憲法学者である宮澤俊義（みやざわ・としよし）が考案したのが八月革命説である⁶⁾。彼によれば、1945年8月のポツダム宣言の受諾はひとつの革命であった。当時存在していた明治憲法は、確かにその外見やテキストは敗戦によっても直ちに廃棄されず、旧来のままであったが、この八月革命を受けて、その根本精神は転換されたのである。このような転換を経た明治憲法をその改正手続にしたがって新憲法に変換することには矛盾はない。これが八月革命説である。

八月革命説は日本国憲法の策定プロセスにおける矛盾を理論的に解消するものであるが、他方で、新憲法が明治憲法を明示的に否定しなかったという歴史的事実は残った。新体制と旧体制の関係は、連続性と非連続性、継承と断絶の双方の性格を持つことになった。明治体制は完全に廃棄されなかったので、歴史は、旧体制に一定の正統性を与えることになり、また、郷愁の念を常に思い起こすことを保守派に可能にしたのである。日本がその過去の歴史を清算しきれない原因も、思想的には、このあたりにあるのではないか。

6) 宮澤俊義「日本国憲法誕生の法理」同『憲法の原理』（1967年、岩波書店（Iwanami-shoten）所収）。



さて、もう一つのイデオロギーであるが、それは「押しつけ憲法論 (imposed constitution ideology)」である。既に述べたように、GHQは日本政府に対して、天皇制の護持を取引条件にしてGHQ草案の受け入れを押し付けた。このことが、新憲法はアメリカに押し付けられた、あるいは、アメリカ製の憲法の翻訳に過ぎない、といった見方を広く浸透させることになった。押しつけ憲法論は、特に1950年代には保守政治家の間で強力に主張されたが、さすがに最近では衰退していると言ってよい。しかし、このイデオロギーは戦後の代表的な通奏低音 (basso continuo / through bass) となり、現在でも一定の潜在的力を有している。

「押しつけ憲法論」に対する私の見解を簡略に述べておきたい。事実の問題として押しつけがなされたことは間違いないと思う。連合国から対日戦後処理を委ねられたマッカーサーは、当初、ワシントンDCからの初期対日処理方針に関する指令によって日本の国家改造の権限を与えられており、日本が最高司令官の指示に従わない場合は、実力を行使することすら許されていた。しかし、極東委員会が設置されたことにより彼の権限は同委員会に移管されることとなった。にもかかわらず、マッカーサーは新憲法の制定を急ぎ、日本政府案を拒絶すると同時にGHQ草案を日本政府に有無を言わせずに手交してまでも、極東委員会が活動を開始する前に日本国憲法の制定を既成事実化しようとした。既にロシアや中国との冷戦を予期した彼は、新生日本をアメリカの主導によって誕生させておきたいと考えたのだろう。こうして、国際取り決めの上では無権限なマッカーサーによってリードされた新憲法の制定はそれでも無事に完結し、極東委員会はこの経緯に強い違和感を抱きつつも、結局、最終的には新憲法の誕生を事後承認したのである。こうして、マッカーサーの“違法行為”は、政治的にも法的にも、追完された。以上の経緯からすれば、新憲法はGHQに押し付けられたものであるが、それは合法的に押し付けられたと言えるのではなかろうか⁷⁾。さらにいえば、そもそもマッカーサーは、ポツダム宣言の履行として新憲法を制定するチャンスを日本政府に与えていたのである。しかし、日本政府はポツダム宣言の革命的な意味を理解できず、明治憲法の微修正で対応したのであった。2月13日のGHQ草案の手交は、ポツダム宣言を履行する意思のない日本政府に、再びポツダム宣言の受諾を改めて求めた瞬間と言えるのであり、それはまさに第二の敗戦の瞬間であった（その意味では、1945年8月が八月革命であるとすれば、1946年2月13日は二月革命と言えるだ

7) See Komamura, supra note 7.

ろう)⁸⁾。日本は軍事的にだけでなく、知的にも敗北したと言ってよいだろう⁹⁾。ポツダム宣言は戦争を終結させるために日本に押し付けられた降伏条件である。ポツダム宣言が押しつけである以上、その履行である憲法制定それ自体も押し付けられたものになるのは当然である。同宣言の履行能力をもたなかった日本政府に履行を強制することはやむをえない事柄であろう。

II. 憲法改正の手續

日本国憲法はその96条で憲法改正について次のように定めている。

【第96条】

第1項 この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

第2項 憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する。

ここで明らかなように、憲法のテキストの正規改正は、①衆参両院による特別多数決による「発議」⇒②「国民投票」による過半数の賛成⇒③天皇による「公布」、という三段階を踏むことが求められている。

①については、「各議員の総議員」の意味が問題となるが、多数説は、法定議員数（公職選挙法が定める議員定数の総数）ではなく、現在議員数（法定議員数から欠員を除いたもの）と解している。欠員を反対票にカウントするのは不合理であるからというのがその理由であるが、他方で、憲法改正の重大性に鑑み、また、除名などの手段で反対派を排除する可能性を防ぐ観点から、法定議員数を採用すべきであるとの見解も有力に主張されている。

②は、国民主権を端的に具体化したものである。「過半数の賛成」の母数については、有権者総数、投票者総数、有効投票総数のいずれにするかは条文からは明らかで

8) Ibid.

9) 古関・前掲注3)148-167頁。



はない。この点、2007年に制定された国民投票法では、最もハードルの低い有効投票総数が採用されている。もっとも、憲法改正の重大性に鑑み、白票や無効票も改正反対票にカウントできる投票者総数の採用を求める声も強い。

③は、明治憲法においては天皇が改正案を勅命をもって帝国議会に付議することになっていましたが、それを否定し、天皇の関与を公布にとどめることによって、国民主権を側面から強調するものである。条文に「国民の名で」「直ちにこれを公布する」とあるのは、天皇の関与を名目的なものにとどめる趣旨に出たものであろう。

また、96条の2項は、憲法改正案が承認されると、それは「この憲法と一体を成すものとして」公布されると定められている。これは、現行憲法が予定する憲法改正は、あくまで部分修正のみである、ということを示唆している。全面改正は、“改正”ではなく、新たな憲法の“制定”ということになるということであろう。

さて、日本国憲法の改正についてさらに二点だけ指摘しておきたい。

まず、第一点は、憲法改正には限界があるのか、という争点についてである。憲法学者の通説は憲法改正には限界があるとしている。法的世界の外に存在する万能の主体である憲法制定権力は、憲法をつくることによって法的世界を樹立するが、この憲法制定権力は、自ら作った憲法の中では「制度化された憲法制定権力（＝改正権）」として行動することになる。その意味では法的世界の外で有していた万能性は制限されることになる。ひとつの制限は、憲法制定権力が自らの課した96条所定の改正手続規定は憲法改正の対象から外される。改正手続規定は、憲法制定権力の法的世界における唯一の自己拘束であり、このゲームルールの下でプレイすると自己決定した以上、これを改正することは禁じられるとされるのである。次に、自然法に根拠を持つ普遍的原理は変更できないとされる。実際、日本国憲法の前文（Appendix 2参照）は、代表民主主義、自由の保障、平和主義を冒頭に掲げた上で、これらを「人類普遍の原理」とおき、「われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と定めている。このように、現行憲法の前文は、人類普遍原理に反する一切の憲法を認めないと明白に宣言しており、その限りでは、憲法改正に明確な限界を課していると言えよう。

さて、第二に触れておきたい点は、96条の課す手続は世界でも珍しいほど厳格であり、それが憲法改正を阻んでいると盛んに言われている点についてである。この点、主要国の改正手続と比較してみても、日本国憲法96条が例外的に厳しい手続を課して

いるとは言えないとの報告があり¹⁰⁾、日本の改正手続を特別視することにはさしたる実証的根拠はなく、単なる感情論と言えるだろう。

III. 現行憲法への挑戦

1. 解釈改憲と憲法9条

正規の改正こそなかったものの、日本国憲法は1946年の成立以来、さまざまな挑戦を受けてきた。その代表的な例が、日本政府による解釈改憲と、政権与党による憲法改正運動であった。

解釈改憲とは、憲法のテキストを正式に修正するのではなく、既存の確立した解釈を変更することによって、実質的に憲法改正と同じような効果を生み出そうとする戦略である。そして、この解釈改憲という戦略が用いられてきた代表的な例が、憲法9条の解釈であった。憲法9条とは次のような条文である。

【第9条】

第1項 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

第2項 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

Article 9.

- (1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes.
- (2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

10) 辻村みよ子『比較のなかの改憲論』(2014年、岩波書店(Iwanami-shoten)34-58頁。



帝国議会の審議の段階ですでに、この条文は、自衛のためのものも含めて「戦力 (war potential)」一般を放棄しており、日本は自国の安全保障を国際連合にゆだねることを決意したとの解釈を日本政府は表明していた¹¹⁾。しかし、新憲法が制定されて数年しかたっていない1950年の朝鮮戦争の勃発や東西冷戦の進展などにより極東情勢が緊迫し、また、1951年のサンフランシスコ講和条約の締結により日本が主権を回復すると、政府は、「自衛のための必要最小限度の実力」は9条が禁止する「戦力」に該当しないとの解釈に転換していく¹²⁾。この解釈によって、自衛隊は「戦力」ではなく「自衛のための必要最小限度の実力」とみなされることになり、憲法に適合する国家組織として認められることとなった。

こうして、自衛戦争を含めて一切の戦力・戦争を放棄したはずの9条は、その解釈の変更のみのよって、「自衛のための必要最小限度の実力」というあいまいな概念を持ち込まれることになり、この解釈に支えられて、日本は自衛隊を増強していった。自衛隊が、常識的に考えて「戦力」であることは小学生にもわかることである。9条はその規範内容を政府解釈の変更によって実質的に書き換えられたに等しい扱いを受けている。しかも、その詐術的な解釈は頭のいい小学生でさえそのごまかしを見破るものであった。今の自衛隊が「戦力」でなくて、一体何であるというのか。もっとも、この解釈は、自衛隊の増強を「必要最小限度」に抑え込むという制限的な役割も同時に果たしてきたのである。これが戦後日本の憲法運用を大きく規定してきた解釈改憲という戦略である。

この「必要最小限度の実力」という政府解釈から派生した代表的な解釈が、1972年に示された集団的自衛権の行使を禁ずる政府見解である¹³⁾。我が国は必要最小限度の自衛力しか保持しないのであるから、自国が外国から攻撃を受けた場合はともかく、同盟国が外国から攻撃を受けた場合に自衛権を発動するのは必要最小限度を超えるも

11) 1946年6月26日帝国議会衆議院帝国憲法改正本会議における原夫次郎議員に対する吉田茂首相の答弁、同年同月28日同会議における野坂参三議員に対する吉田首相の答弁、等。また、1950年1月28日第7回国会衆議院本会議における佐竹晴記議員に対する吉田茂首相の答弁、1952年3月10日第13回国会参議院予算委員会における吉田首相の答弁、も参照。

12) 1954年12月21日第21回国会衆議院予算委員会における河野密議員に対する林修三内閣法制局長官の答弁(鳩山内閣)、1958年4月18日第28回国会参議院内閣委員会における伊藤頭道議員に対する林修三内閣法制局長官の答弁(岸内閣)、1972年11月13日第70回国会参議院予算委員会における政府統一見解(田中内閣)、等を参照。

13) 1972年10月14日第70回国会参議院決算委員会に提出された政府見解(田中内閣)。

のとされたのである。この解釈は40年以上にわたって歴代内閣によって維持されてきた。しかも、この72年政府見解は、憲法自体を改正しなければ変更できないと歴代内閣が国民に約束してきたものである¹⁴⁾。その意味で憲法の一部を成すに至ったと言っ
てよいだろう。しかし、2014年7月1日、安倍晋三内閣はこの政府解釈を変更し、集団
的自衛権の行使を限定的に容認し、2015年に、日米安全保障体制を強化するための平
和安全保障法を成立させた。その経緯の詳細と政府解釈の変更の問題性については割
愛するが¹⁵⁾、解釈改憲の歴史は、9条の規範的力を依然として不安定な状況に置き続け
ている。

2. 憲法改正運動の展開

さて、憲法改正運動からの挑戦であるが、これについては代表的なものいくつかに
ついてのみ簡単に見ておくことにしたい。

1954年に自衛隊が設置されたころから、保守政党の中に憲法改正を標榜する傾向
が生まれ、翌55年の7月に超党派で「自主憲法期成銀同盟」が結成され、同年11月に
保守政党が合同し、自由民主党が結成された。自民党は現在に至るまで、一時期を除
き、政権を担ってきた政党である。1958年に与党自民党は岸内閣の下に憲法調査会
(高柳賢三会長)を設置した。同調査会のメンバーには保守的な人物も多く、彼らは
「押しつけ憲法」をすみやかに改正し、日本独自の自主憲法の実現を目指していた。
この調査会の活動は、6年間にわたった。が、その最終局面で、会長の高柳が「日本
国憲法は押し付けられたものではなく、日米の合作であった」、「9条を改正しなく
ても自衛隊は合憲である」との意見書を公表したため、1964年に提出された報告書に
おいては、改憲必要論と改憲不要論の両論を併記するにとどまり、憲法改正は実現す
るに至らなかった¹⁶⁾。こうして、日本国憲法の正統性は一応安定化し、また、解釈改
憲の路線が承認されたのである。

14) 1983年2月22日第98回国会衆議院予算委員会における市川雄一議員に対する角田礼次郎内閣法制局長官
の答弁(中曽根内閣)、1990年10月24日第119回国会衆議院国連平和協力活動に関する特別委員会にお
ける市川雄一議員に対する工藤敦夫法制局長官の答弁(海部内閣)。

15) 詳細については、駒村・前掲注3)を参照されたい。

16) 憲法調査会についての詳細については、竹前栄治・岡部史信・藤田尚則『日本国憲法・検証第7巻
護憲・改憲史論』(2001年、小学館(Shogakkan))第3章参照。



1960年、日本は日米安全保障条約の改定をめぐり、大規模なデモが発生し、国会周辺を取り囲む抵抗運動が大々的に行われた。いわゆる安保闘争である。安保条約の改定は実現したが、当時の岸内閣が退陣すると、抵抗運動は下火になり、日本はいわゆる高度成長の時代に入り、政府と国民は経済的発展を推進することに集中することになる。そんな中、憲法改正運動もやや退潮傾向を見せる。

1970年代は憲法9条に関する政府解釈(「必要最小限度の実力は憲法が禁止する戦力には当たらない」という解釈)が、さまざまにパラフレーズされていった時代である(1972年の「専守防衛論」や1976年の「防衛費をGNP1パーセントの枠内にとどめる方針」等)。正規改正ではなく、解釈改憲の戦略が一般化していった時代であった。

80年代には、革新勢力である社会党が衰退を始めたため、自民党内に現実主義的な改憲構想が浮上してくる(現実主義的というのは、日米同盟を所与と捉え、その基盤に立った国家構想を憲法に書き込むということである)。が、当時の世論調査によると、国民の大半は、日米同盟を容認し、自衛隊も受け入れ、かつ、憲法改正には反対する、というスタンスを取ったので、改憲は掛け声だけに終わった。

90年代には、湾岸戦争が発生し、ペルシャ湾に浮かんだ機雷を除去するために自衛隊を海外派遣することや、PKOに自衛隊を参加させることなどの課題が浮上してきた。自衛隊を活用して国際貢献を果たすことが求められ、憲法9条もその観点から再解釈する必要があるという主張が強力に展開されたのである。いわば日本外交や自衛隊の活動を国際標準に合わせることを、憲法改正の潜在的課題として明確に設定されたのがこの時代であった。

その後、2000年代に入ると、国会の両院に憲法調査会が設置され、自民党は、憲法改正を本格的に目指し始める。この時代の改憲論の特徴は、部分的改正ではなく、憲法のあらゆる問題点を網羅的に対象とした全面改正を指向する点にある。その路線は着々と実現に向かって動き出している。2007年には、憲法改正の国民投票の手続法として「国民投票法」¹⁷⁾が成立し、それを受けて、衆参両院に憲法審査会が設置され、既に憲法改正の諸論点について議論が開始されている。とりわけ、2012年に自民党憲法改正推進本部が公表した『日本国憲法改正草案』¹⁸⁾は、現時点で最も有力な改正案

17) 同法の問題点の詳細については、高見勝利『憲法改正とは何だろうか』(2017年、岩波書店(Iwanami-shoten))を参照されたい。

18) 草案は次のURLで見ることができる。<http://constitution.jimin.jp/draft/>また、同草案について

であり、ほぼ現行憲法を全面的に見直すものとなっている。これは、50年代の復古調の改憲論、80年代の現実主義的改憲論、90年代の国際標準化としての改憲論、のそれぞれを包摂したような内容になっている（私自身は、この自民党草案の核心的部分に対して強く批判をしているところであるが、ここでは割愛する¹⁹⁾）。

3. 憲法改正のカテゴリー

それぞれの改憲運動において具体的どのような改正案が提示されていたのかについては触れることができなかったが、以上の概観で、改憲の動機ないし理由にはいくつかのカテゴリーがあることが分る。

まず、第1に、「押しつけ憲法」に対する反発が挙げられる。これは、憲法制定のストーリーに対するひとつの解釈あるいはイデオロギーであり、おそらく日本に特有の改憲カテゴリーであろう。特に50年代の改憲論にはこの傾向が強い。この「押しつけ憲法」への反発は、同時に、アメリカへの従属からの脱却を含意するのが通例である。しかし、それは反米主義ではなく、むしろ、日米同盟において日本がアメリカ合衆国と対等なパートナーとなることを意味する場合が多い。

第2に、復古調の改憲カテゴリーがある。天皇を元首とする規定を憲法に置くこと、国旗や国歌を憲法に明記すること、日本の文化や伝統、美しき国土、等々のおよそ法的とは思われない概念を憲法に書き込もうとすること、等々である。これは、明治憲法下での価値観や社会像への回帰を求めるものであり、戦後的価値をトータルにリセットしようとするものである。

第3に、国際標準に合わせるための改憲が挙げられる。自衛隊のPKOや国連軍への参加、などがそうである。緊急事態条項の導入なども、「世界の常識」として紹介されることがあるので、これも日本を国際標準に近づけるための改憲提案と言えるかもしれない。

第4に、解釈改憲が作り上げた成果を追認するための改憲が挙げられる。自衛隊を憲

のQ&Aは次のURLで見ることができる。 <http://constitution.jimin.jp/faq/>

19) 同草案の問題点の詳細については次の私の論文を参照されたい。See Keigo Komamura, "Constitution and Narrative in the Age of Crisis in Japanese Politics," 26 Washington International Law Journal 75 (2017) (<https://digital.law.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1658>)



法上に明記しようとする提案、専守防衛を憲法に明記しようとする提案などがそれである。

第5に、もちろん、きわめて常識的な改憲カテゴリーもあるだろう。例えば、建物に生じた支障を補修し、より住みやすいものにするための改良、つまりリノベーションに相当するような改憲である。これには、例えば、現行憲法では無制約な衆議院解散権に制約を設けるための改憲や、緊急事態条項の導入、などが該当するだろう。また、新しい時代に向けて今までと異なる新しいアイデアを憲法に持ち込む改憲提案もある。リノベーションに対して、こちらは、イノベーションのための改憲と言えるだろう。これには、憲法裁判所の新設や、環境権やプライバシーの導入、などが挙げられる（もっとも、環境権やプライバシーの導入が本当に憲法改正を必要とするかは疑わしいと私は考えている）。

IV. “戦後” という価値 —それを保守するのか、そこから脱却するのか—

2017年10月22日、総選挙が行われ、その結果、自民党と公明党の連立政権が圧倒的な議席数を獲得して大勝した。安倍首相は憲法改正を発議できるに十分な議席数を衆参両院で確保した。彼は、選挙にあたり、公約の中に憲法9条改正を組み込んだ。なぜか選挙期間中にそれが言及されることは少なく、他の公約ばかり目立ったが、選挙結果を受けて新聞各紙は憲法改正が政治日程に乗ると報道し、あたかもこの選挙が改憲にゴーサインを出すための選挙であったかのような扱いであった。

さて、安倍首相が公約にひっそりと掲げていた改憲案は、憲法9条に自衛隊を明記するというシンプルなものである。既に解釈改憲によってその存在を認められてきた自衛隊を憲法に書き込む程度なら、国民の理解も得やすいだろうと安倍首相は考えているのかもしれない。しかし、自衛隊という名前だけを憲法に書き込んでもそれはほとんど意味がない。憲法に書き込む以上、「自衛隊に関する憲法上の概念」が必要である。果たして、それは9条が禁止している「戦力（war potential）」としての自衛隊なのか、専守防衛という条件の内にとどまる自衛隊なのか、等々についての明確な決断をとまなつてこそ、はじめて「自衛隊に関する憲法上の概念」が明らかになる。そのあたりのことを、安倍首相はまったく明らかにしていない。自衛隊を「戦力」と認めるのであれば、これは従来の政府解釈を根底から覆す意味をもつ。驚くべきイノベーションにあたる。が、もし従来の自衛隊のあり方をそのまま追認するのであれば、

解釈改憲の成果をそのまま憲法で事後承認するだけのものにとどまろう。いずれにしても、我が国の憲法は、その歩みそのものである戦後的価値を保守するのか、それともそこから離脱するのかの瀬戸際に立たされている。

日本国憲法は「押しつけ憲法」と言われ、その正統性 (legitimacy) を当初から疑われてきた。しかし、私見によれば、日本国憲法の正統性の源泉は、近代的普遍原理を日本の与えたポツダム宣言であり、いくつかの憲法改正運動を生き延びてきた、その戦後史の求められるべきである。幾たびかの憲法改正運動を生き延びることにより、新憲法はその正統性を確固たるものにしてきた。要するに、憲法改正運動という危機的状況こそは、日本国憲法の正統性をテストする最大のチャンスであったのである。

こうして70年間を生き延びた憲法は、「戦後 (the postwar)」そのものの象徴となった。日本人にとって、戦後という価値と憲法とは同義なのかもしれない。憲法に匹敵するほどの価値を「戦後」というタームは持つに至った。戦後とは、敗戦と憲法制定によって起きたビッグバンの時間的表現である。それは歴史の段階性を表す単なる時代区分に過ぎないのか、未完の革命として半永久的に追求されるべき普遍原理の別名なのだろうか。安倍首相の政治スローガンの代表例が「戦後レジームからの脱却」である。戦後が憲法と同義ならば、このスローガンは「戦後憲法からの脱却」と読み替えられるべきである。私たち日本国民は、今そういう地点に立っている²⁰⁾。

Appendix 1

ポツダム宣言 (アメリカ合衆国、英国、中華民国三国宣言、1945年7月26日ポツダムにおいて)

.....

九、日本国軍隊ハ完全ニ武装ヲ解除セラレタル後各自ノ家庭ニ復帰シ平和的且生産的ノ生活ヲ営ムノ機会ヲ得シメラルヘシ

十、吾等ハ日本人ヲ民族トシテ奴隷化セントシ又ハ国民トシテ滅亡セシメントスルノ意図ヲ有スルモノニ非サルモ吾等ノ俘虜ヲ虐待セル者ヲ含ム一切ノ戦争犯罪人ニ対シテハ嚴重ナル処罰加ヘラルヘシ日本国政府ハ日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾

20) 戦後を保守するのがリベラルで、戦後を刷新しようとするのが復古調の保守であるという、ある種の逆転現象が起きていることについては、「戦後日本」を「保守する」ことの意味を論じた、樋口陽一『いま、「憲法改正」をどう考えるか』(2013年、岩波書店 (Iwanami-shten)) を参照されたい。



向ノ復活強化ニ対スル一切ノ障礙ヲ除去スヘシ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人
権ノ尊重ハ確立セラルヘシ

.....

十二、前記諸目的カ達成セラレ且日本国国民ノ自由ニ表明セル意思ニ従ヒ平和的傾
向ヲ有シ且責任アル政府カ樹立セラルルニ於テハ聯合國ノ占領軍ハ直ニ日本国ヨリ撤
収セラルヘシ

十三、吾等ハ日本国政府カ直ニ全日本国軍隊ノ無条件降伏ヲ宣言シ且右行動ニ於ケ
ル同政府ノ誠意ニ付適當且充分ナル保障ヲ提供センコトヲ同政府ニ対シ要求ス右以外
ノ日本国ノ選択ハ迅速且完全ナル壊滅アルノミトス

(<http://www.ndl.go.jp/constitution/etc/j06.html> (visited 2017/11/12))

Potsdam Declaration

(Proclamation Defining Terms for Japanese Surrender Issued, at Potsdam, July 26, 1945)

.....

9. The Japanese military forces, after being completely disarmed, shall be permitted to
return to their homes with the opportunity to lead peaceful and productive lives.

10. We do not intend that the Japanese shall be enslaved as a race or destroyed as a nation,
but stern justice shall be meted out to all war criminals, including those who have visited
cruelties upon our prisoners. The Japanese Government shall remove all obstacles to
the revival and strengthening of democratic tendencies among the Japanese people.
Freedom of speech, of religion, and of thought, as well as respect for the fundamental
human rights shall be established.

.....

12. The occupying forces of the Allies shall be withdrawn from Japan as soon as these
objectives have been accomplished and there has been established in accordance with
the freely expressed will of the Japanese people a peacefully inclined and responsible
government.

13. We call upon the government of Japan to proclaim now the unconditional surrender of
all Japanese armed forces, and to provide proper and adequate assurances of their good
faith in such action. The alternative for Japan is prompt and utter destruction.

(<http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c06.html>)(visited 2017/11/12)

Appendix 1

日本国憲法（1946年11月3日公布、1947年5月3日施行）

【前文】

日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。

われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。

日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。

【第9条】

第1項 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動



たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

第2項 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

【第13条】

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

【第96条】

第1項 この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

第2項 憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する。

【第97条】

この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。

The Constitution of Japan

(Promulgated on November 3, 1946. Came into effect on May 3, 2017)

Preamble

We, the Japanese people, acting through our duly elected representatives in the National Diet, determined that we shall secure for ourselves and our posterity the fruits of peaceful cooperation with all nations and the blessings of liberty throughout this land, and resolved that never again shall we be visited with the horrors of war through the action

of government, do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution. Government is a sacred trust of the people, the authority for which is derived from the people, the powers of which are exercised by the representatives of the people, and the benefits of which are enjoyed by the people. This is a universal principle of mankind upon which this Constitution is founded. We reject and revoke all constitutions, laws, ordinances, and rescripts in conflict herewith.

We, the Japanese people, desire peace for all time and are deeply conscious of the high ideals controlling human relationship, and we have determined to preserve our security and existence, trusting in the justice and faith of the peace-loving peoples of the world. We desire to occupy an honored place in an international society striving for the preservation of peace, and the banishment of tyranny and slavery, oppression and intolerance for all time from the earth. We recognize that all peoples of the world have the right to live in peace, free from fear and want.

We believe that no nation is responsible to itself alone, but that laws of political morality are universal; and that obedience to such laws is incumbent upon all nations who would sustain their own sovereignty and justify their sovereign relationship with other nations.

We, the Japanese people, pledge our national honor to accomplish these high ideals and purposes with all our resources.

Article 9. (1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes. (2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.

Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.



Article 96. Amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two-thirds or more of all the members of each House and shall thereupon be submitted to the people for ratification, which shall require the affirmative vote of a majority of all votes cast thereon, at a special referendum or at such election as the Diet shall specify. (2) Amendments when so ratified shall immediately be promulgated by the Emperor in the name of the people, as an integral part of this Constitution.

Article 97. The fundamental human rights by this Constitution guaranteed to the people of Japan are fruits of the age-old struggle of man to be free; they have survived the many exacting tests for durability and are conferred upon this and future generations in trust, to be held for all time inviolate.

Appendix 3

Comparison between the current constitution (Constitution of Japan (1946)) and the proposed constitution (LDP draft constitution (2012))²¹⁾

THE PREAMBLES

- Current Preamble

We, the Japanese people, acting through our duly elected representatives in the National Diet, determined that we shall secure for ourselves and our posterity the fruits of peaceful cooperation with all nations and the blessings of liberty throughout this land, and resolved that never again shall we be visited with the horrors of war through the action of government, do proclaim that sovereign power resides with the people and do firmly establish this Constitution. Government is a sacred trust of the people, the authority for which is derived from the people, the powers of which are exercised by the representatives

21) English text of the current constitution, the Constitution of Japan (1946), was cited from <http://www.ndl.go.jp/constitution/e/etc/c01.html>. Translated text of the LDP draft constitution, was from <http://www.asuno-jiyuu.com/2013/11/blog-post.html>.

of the people, and the benefits of which are enjoyed by the people. This is a universal principle of mankind upon which this Constitution is founded. We reject and revoke all constitutions, laws, ordinances, and rescripts in conflict herewith.

- LDP Draft Preamble

Our nation, with its long history and unique culture, is a country that has the Emperor, the symbol of unity of the people, governed based on the separation of powers, legislation, government, and justice, under popular sovereignty. Our nation has overcome and developed from the ruins of the Second World War and a number of catastrophes and now currently holds a prominent position in the global community, promoting friendlier relations and contributing to the peace and prosperity of the world through pacifism. We, the Japanese people, protect our own country and tradition with pride and spirit, respect fundamental human rights, along with treasuring conformity, and formed this nation by families and communities helping each other. We, the people, respect freedom and discipline, protect our beautiful land and natural environment as we promote education and technology, and develop the country through economic activities. We, the Japanese people, in order to transmit good tradition and our nation to posterity for many years to come, herein, establish this constitution.

Session 1 - Discussant 2

일본국헌법의 “헌법개정”과 “헌법변동”
Constitutional Amendment and Constitutional Changes
of the Constitution of Japan
日本国憲法における“憲法改正”と“憲法變動”

이경주 | Lee, KyeongJu

인하대 법학전문대학원 교수
Professor, Inha University Law School



일본국 헌법에 있어서의 헌법개정과 헌법변동

코마무라 케이고 駒村圭吾(게오대학교수)

토론: 이경주(인하대학교 법학전문대학원)

코마무라교수님의 발표 잘 들었습니다. 코마무라교수님은 헌법 중에서도 표현의 자유, 언론법분야의 대가로도 잘 알려져있지만, 헌정사에도 대가이신 것 같습니다. 일본의 전후 정치사는 헌정사라고 할 수 있을 정도로 복잡다기한데도 불구하고 그 핵심적 흐름을 잘 알 수 있었습니다.

현재 일본에서도 개헌논의가 진행 중이고 한국에서도 개헌논의가 진행되고 있어서 아마도 이러한 국제세미나가 개최된 것 같습니다. 일본의 개헌과 관련한 논의와 경험이 한국의 개헌에 시사하는 바, 한일간 헌법교류에 시사하는 바가 무엇인가를 중심으로 토론하고자 합니다

1. 일본의 개헌과 관련한 논의와 경험이 한국의 개헌에 시사하는 바

- 개헌보다 개혁이 필요한 것은 아닌지?

코마무라 교수님께서서는 일본에서도 개헌논의가 진행 중이고 한국에서도 개헌논의가 진행되지만, 그 정치정세와 지형 그리고 방향성은 매우 다르고, 지난 70년간 헌법변동은 있었을지라도 명문개헌이 없었던 일본의 상황이 한국에 시사하는 바가 무엇인가 의아해할 수 있다고 염려하셨습니다. 그렇지만 그럼에도 불구하고, 저는 나름 시사하는 바가 있다고 생각합니다.

코마무라교수님도 지적하셨지만, 일반적인 비교헌정사를 보면 진보가 개헌을 하려하고 보수가 호헌을 하고자 하는데, 일본의 경우 민주적이고 평화적인 헌법을 진보진영은 이를 지키려하고, 복고적인 보수진영이 이를 바꾸려하는 역전현상이 있습니다.

아시다시피, 일본의 경우, 군국주의라는 구체제와 구세력의 해체를 위해서는 비무장화뿐만 아니라 발본적인 민주화가 필요하고 그 일환으로서 비무장평화주의를 핵심으로 하는 일본헌법이 만들어졌던 반면에, 한국의 경우 구세력이 해체되지 않고 식민지 유제가 잔존하고는 형태로 나아갔고 게다가 진보진영이 배제된 상태로 헌법이 만들어지고 군사정권에 의해 헌법이 더욱 왜곡되었기 때문에 한국의 1987년 개헌은 민주화의 연장선상에 있었습니다.



이러한 일본의 전체적인 상황('역전현상')에 기반하여, 코마무라교수님의 경우 일본의 개헌 논의를 5개의 유형으로 분류하고 계십니다. 첫째는 이른바 '강요된 헌법'에 반대하기 위한 개헌논의, 둘째는 왕(天皇)을 중심으로 하는 정치체제로 복귀하려는復古적인 개헌론, 셋째 국 제공헌을 이유로 하는 개헌론, 넷째 명문개헌을 피하고 헌법해석을 통한 사실상의 개헌론, 다섯째 이노베이션차원의 개헌논의입니다.

이 중 현재한국에서 진행되고 있는 개헌논의와 가장 유사성이 있는 것은 이노베이션차원의 개헌논의가 아닌가 싶습니다. 한국의 개헌논의도 복잡다기하지만, 대통령제의 제왕성 완화, 중앙집중을 지방분권으로, 새로운 기본권 목록의 보강 등을 내용으로 하고 있는 것 같습니다.

코마무라교수님께서서는 일본의 경우, 첫번째부터 네번째까지의 개헌논의에 물론 반대하시면서도 다섯번째 이노베이션차원의 개헌논의에도 의문을 제기하고 계신 것 같습니다. 헌법의 이노베이션은 헌법운용의 개혁(법률의 제개정, 예산편성 등 운영방식의 변화-정보공개촉진, 환경권, 교육무상화 등)을 통해서도 충분히 가능하다고 보시는 것 같습니다. 헌법을 'Wish 리스트'로 볼 것이 아니라 당장의 명문개헌없이도 헌법적 가치의 실현은 다양한 레벨에서 실현될 수 있다는 얘기로 해석됩니다. 이러한 관점은 한국사회에서도 지금은 개헌을 통한 이노베이션이 필요한 것이 아니라 개혁을 통한 이노베이션이 필요하다는 헌법학계 및 시민사회의 논의와도 맞닿아 있는 것 같습니다. 1987년 한국헌법의 경우 불충분성이 많다고 봅니다. 그렇지만 개헌논의라는 블랙홀에 모든 사회개혁의 과제를 빠트릴 것이 아니라 악법의 개폐를 통한 인권보장의 확대, 제왕적 대통령제 및 권력의 중앙집중에 대한 운용상의 개혁이 선행되면서 개헌논의가 중장기적 과제로 논의되어야 하는 것은 아닌가 하는 논의가 사실은 폭넓게 존재하고 있습니다.

2. 일본개헌논의와 관련 일본헌법의 정통성 논의에 대한 인식확대의 필요성은 없는가

- 포츠담선언 8조에 대한 인식현황은?

저는 제2차 세계대전 후의 비교헌정사에 매우 관심이 있는 연구자 중의 한 사람인데, 일본의 개헌을 이해하는데 있어서는 포츠담선언을 이해하는 것이 매우 중요하다고 생각합니다. 일본의 헌정사적 관심이 대체로 일본헌법이 맥아더사령부에 의해 강요되었는가 아닌가 하는 측면에서의 출생의 비밀에 집중되어 있는데, 코마무라교수님이 말씀하신 것처럼 사실은 출생의 비밀은 맥아더 사령부가 왜 일본을 점령하게 되었는가, 그리고 왜 맥아더사령부는 헌법초안을 제시할 수 밖에 없었는가 하는 것으로 확대되어야 한다고 생각합니다.

작년에 연구년으로 일본에 체류할 기회가 있어서 일본에 체류하면서 재미있게 읽은 책이 하나 있습니다. [전후의 탄생](戰後の誕生、新泉社)라는 책인데, 이 책에서는 일본의 지성계가 '패전'이라는 표현보다는 '전후'라는 무채색의 표현을 쓰고 있는데 패전, 식민지책임 등을 회피하기 위한 무의식의 발로라는 것이었던 것으로 기억합니다. 그러한 의미에서 보면 일본국 헌법의 정통성의 근원으로서의 패전을 직시하고 있는 것은 매우 의미있는 출발점이라고 생각합니다.

코마무라교수님의 발표문에 따르면, 1970년대부터 이른바 해석개헌의 시대로부터 일본국민의 헌법의식이 모순되기 시작하였다고 지적하고 계십니다. 개별적 자위권마저도 부인한 헌법에도 불구하고(1946년 개헌을 위한 제국의회심의 단계에서 자위를 포함한 전력 war potential 일만을 포기) 자위대를 용인하거나, 집단적 자위권을 부정한 헌법에도 불구하고(1972년 집단적 자위권행사를 금지한다는 정부견해) 미일동맹을 용인한다거나, 그러면서도 개헌에는 반대하는 여론이 공존하고 있다는 것입니다. 결국 이러한 모순된 인식을 깨고 들어온 것이 아베수상의 '자위대를 헌법에 명문화'하는 새로운 9조개헌론이 아닌가 싶습니다.

저도 일본국민의 비무장평화주의헌법을 지키기 위한 고군분투에도 불구하고, 이러한 모순된 헌법의식의 근원에는 코마무라교수님이 지적하신 포츠담선언(9항 무장해제와 평화주의, 10항 민주화와 인권존중, 12항 평화주의적 정부수립)이 일본헌법의 정통성이 근원이라는 인식이 부족한 것이 아닌가하는 생각이 듭니다. 이러한 인식이 모순된 헌법인식의 공존을 낳고 있다고 생각합니다.

나아가 이러한 모순된 헌법인식을 개선하기 위해서는 포츠담선언 제8조(한반도를 비롯한 식민지에 대한 일본의 주권박탈)에 대한 인식의 확산도 필요하다고 생각합니다. 왜냐하면 모순된 인식의 이면에는 일본이 제2차 세계대전을 포함하는 아시아태평양전쟁과 식민지배의 가해자였다는 인식보다는 제2차 세계대전의 원폭피해국이라는 피해자로서의 평화주의가 강하다는 생각이 듭니다. 이러한 인식의 확산이 이루어지지 않는다면 코마무라교수님이 말씀하신 일본헌법 [제정당시의 약속]에 대한 풍화현상이 가속화될 것으로 생각합니다. 물론 과거와 같은 노골적인 침략은 어렵겠지만, 그리고 아직은 후방지원의 단계에 머물고 있다고는 하지만, 자위대의 아시아지역 해외파병이나 아시아지역에서의 집단적 자위권의 행사로 이어질 가능성도 있다고 생각합니다. 2015년 일본의 안보관련법의 제정은 이러한 우려를 더욱 낳게 하고



있는 것 같습니다.

일본의 헌법이 강요될수 밖에 없었다는 사실을 부인할 것이 아니라 직시하고 오히려 포츠담 선언이 근대적(헌법의) 보편원리를 일본에 부여한 것이 정통성(legitimacy)이라고 말씀하실 때에 포츠담 선언 제8도 포함되는 것인지에 대한 일본헌법학계의 인식상황대하여 여쭙고 싶습니다.

3. 일본의 개헌과 관련한 경험과 한반도를 비롯한 동아시아 평화에 대한 상호인식 확대방안은?

일본개헌세력의 2017년 10월 일본총선 승리로 '자위대'를 명문화할지(종래의 해석개헌을 추진할지), '국군'을 명문화하는 개정을 추진할지는 모르는 위기에 봉착하고 있지만 그간의 일본 헌정사를 보건데 오히려 일본 헌법의 정통성을 강화하는 찬스가 될 수도 있다고 전망하셨습니다.

사실 일본의 개헌논의는 한일관계, 한반도 위기와 밀접한 관련이 있습니다. 일본 국민이 자위대와 주일미군을 용인하면서도 개헌에는 반대하고, 아베씨의 경우에는 한반도 위기를 최대한 악용하여 개헌국면을 조성하고 있는데, 이런 측면에서보면 한일 양국간에는 헌법차원의 국제협력이 필요하다고 생각합니다.

한국에서는 민주주의와 평화를 위하여 고군분투하고 있는 일본의 헌법학계와 시민사회의 헌법운동에 대한 인식확대가 필요하고, 일본의 경우 한반도가 우여곡절에도 불구하고 평화로 나아가고 있다는 인식이 필요하다고 생각합니다. 일본정부의 오랜 헌법개약 움직임에도 불구하고 일본의 헌법학계를 비롯한 시민사회가 일본헌법을 수호하여 자위대와 주일미군이 존재하는 현실에도 불구하고 이를 규제하는 역할(15페이지, 자위대의 존재에도 불구하고 이를 '필요최소한'으로 억제하는 역할)을 그나마 하고 있다는 점은 평가할 필요가 있다는 점입니다. 반대로 일본의 경우, 한반도의 남북관계가 악화일로에만 있었던 것이 아니라 즉 현재의 북핵문제에도 불구하고 남북기본합의서, 9.19공동성명, 남북정상회담 등 의미있는 진전이 있었다는 점, 동북아의 외교안보정세는 평화적 발전가능성이 있다는 점에 대한 인식이 확산될 필요가 있다는 생각입니다.

이에 대한 일본내에서의 한일간의 상호인식 및 이를 위한 헌법레벨의 한일간 교류협력에 대한 교수님의 견해도 여쭙고 싶습니다.

日本国憲法における憲法改正と憲法変動

討論 李京柱 (仁荷大学)

駒村先生のご報告ありがとうございました。先生は憲法の中でも表現の自由、言論法の分野の第一人者であると広く知られていますが、今日の報告からすれば憲法政治史においても著名ではないかと感じました。特に、日本の憲法政治史は非常に複雑であるが、先生の報告を通じて核心的な流れを非常に分かりやすく掴むことができました。

現在、日本でも憲法改正に関する議論があり、韓国でも改憲に関する論議が進行中であるので、このような国際比較研究が行われることになったと思います。日本の憲法改正に関する議論と経験が韓国に示唆すること、憲法レベルの国際交流の方向性などについて討論を行いたいと思います。

1. 日本の憲法政治史が韓国の改憲に示唆すること

駒村先生は日本でも憲法改正に関する議論が行われているが、政治情勢と方向性が異なることなどから日本の議論が韓国に示唆することが乏しいかもしれないと心配をしています。基本的には私も共感を覚えております。ただ、いくつかのところでは共有できる点もあると思います。

駒村先生によれば、「戦後」70周年の憲法史を振り替えてみれば、5つほどの改憲論のカテゴリーがあったこととなります。一つ目は、「押し付けられた憲法」に反対するための改憲論、二つ目は、復古的な改憲論、三つ目は、国際貢献を理由とする改憲論、四つ目は、解釈改憲論、五つ目は、イノベーションのための改憲論です。

韓国の改憲論で一番類似しているのはこの五つ目の改憲論であると思います。韓国の1987年憲法というのがもう古いので新しい基本的人権を追加し、地方分権を強化する、そして帝王的性格の大統領制を緩和すべきだということだと思っています。



駒村先生はこのようなイノベーションとしての改憲論に疑問を投げかけ、改憲と改革を峻別して、「法律の制定、行政の見直し対応できるもの」はそのようなレベルでの改革で対応すればよい、憲法というのは「Wish List」ではないと指摘されていると思います。

まさに、韓国でも法律の制定および廃止、行政や政治の見直しで対応できるものもある、憲法改正というブラックホールに改革の諸課題を入れ込むことが「憲法に対する見方を誤る」可能性があると思います。

2. ポツダム宣言に関する認識状況は？

私も（東アジア）比較憲法政治史に関心のある研究者の一人として、日本の憲法を理解するにおいてポツダム宣言を理解することが非常に大事であると思います。日本の憲法制定史に関する関心が主に日本国憲法がGHQによって押し付けられたかの如何、つまり「誕生秘話」に集中されているが、駒村先生が話されたようになぜマッカーサー司令部がGHQ草案を提示せざるを得なかったかまで認識を拡大することは非常に大事であると思います。

昨年、サバティカルで日本に滞在する機会があり、面白く読んだ本が一冊あります。『戦後の誕生』（新泉社、2016年）という本ですが、この本では日本のアカデミズムの世界までも「敗戦」という言葉よりも「戦後」という無彩色の言葉を使うのは敗戦、植民地支配責任という言葉を嫌う無意識があると指摘されていたと覚えています。そのような流れからすれば、駒村先生のポツダム宣言（9項—武装解除と平和主義、10項—民主化と人権尊重、12項—平和主義的政権の樹立）を直視すべきであるという指摘は非常に意味のあるものであると思います。

ところが、駒村先生の報告によれば、1970年代の「解釈改憲」の時代から日本国民の平和に関する憲法意識の矛盾が著しくなっていると思います。個別的自衛権を否認（「1946年の改憲のための帝国議会の審議の段階で自衛を含む戦力Wa Potentialの否認」）、集団的自衛権の否認（「1972年の集団的自衛権を否認した政府見解」）にもかかわらず、自衛隊と日米軍事協力を容認し、同時に憲法9条の改正には反対する世論

が共存している状況が続いていると思います。安倍首相の新しい改憲論（自衛隊を憲法に明文化する）はこのような隙を刺すものであると思います。

このような隙間を埋めるためには、認識の拡大が必要であると思いますが、例えば、ポツダム宣言の第8項（日本の植民地に対する主権制限）も主な対象になりえると思うのですが、これに関する日本の憲法学会の認識状況はいかがでしょうか。

制限的集団的自衛権とは言え、2015年の安保法制によって後方支援の名前で「現に戦闘が行われていない」ところ（アジアを含む）まで自衛隊の海外派兵の道が開かれ、必要最小限という制限が付いたとはいえ、日本が直接攻撃を受けなくても同盟国とともにアジア地域で戦う道が開かれたことになったことは、日本の植民地支配を受けていたアジア諸国からは心配の目を逸らすことがなかなか難しいところがあると思います。

3. 日本の改憲に関する経験と東アジアの平和情勢に関する認識の拡大策は？

2017年10月日本の改憲勢力が総選挙で勝利し、「自衛隊を明文化」するか（従来の解釈改憲論を追認するか）、「国軍を明文化」するかは確かではないが、大きな危機が訪れていると診断し、ただ、日本の憲法政治史からすれば非武装平和主義を定めた日本国憲法の正統性（Legitimacy）を強化する機会になることもありうると展望されました。

そもそも近年の日本の憲法改正に関する議論は韓半島など東アジアの情勢の不安を煽っている側面が非常に強く、安倍氏の場合それを最大限悪用し、日本国民の矛盾した憲法意識のさらなる定着および明文化を図っていると思います。なので、東アジアの平和情勢に関する憲法レベルでの国際協力が非常に大事な時期になっていると思います。

韓国では日本の憲法学会と市民社会の悪戦苦闘に対して認識を拡大し、日本の場合は紆余曲折はあるにせよ韓半島が平和にむけて歩み始めていることに対して認識を拡大する必要があると思います。日本の場合、自衛隊と駐日米軍があるにもかかわらず憲法9条がそれを「必要最小限度」に抑制する役割をしている、韓半島でも北朝鮮の



核開発問題にもかかわらず、「9. 19 共同声明」などの大事な合意文書があり、今後の平和的发展可能性が残っていることに対する認識の拡大が必要であると思いますが、韓国と日本との憲法レベルでの交流拡大策に関する駒村先生のご意見も聞かせてください

Session 2 - Presentation 1

헌법개정과 헌법변천
Verfassungsänderung und
Verfassungswandel

Uwe Volkmann

독일 프랑크푸르트 대학교 법철학 및 공법 연구소 소장
Prof. Dr., Chair of Public Law and Legal Philosophy, Faculty of Law,
Goethe-University Frankfurt



헌법개정과 헌법변천

U. Volkmann(U. 폴크만)

법비교에서는 일반적으로 강한 역동적 (개방적, 연성) 헌법과 강한 정적 (고정적, 경성) 헌법을 구분할 수 있으며, 이는 각각 잣대의 양쪽 끝부분에 자리한다. 특정 헌법을 이들 양극 사이의 정확한 지점에 위치시키기 위해서는 해당 헌법에 규정된 절차에 따라 형식적인 헌법개정을 할 수 있는 가능성뿐만 아니라 해석을 통한 비형식적인 방법, 즉 종종 “헌법변천 (Verfassungswandel)”이라는 독립적인 범주로 정리되기도 하는 헌법개정의 가능성도 관찰해야 한다. 그 관찰에 따르면 기본법은 전세계적으로 비교해서도 꽤 역동성이 큰 헌법이라는 것이 드러난다. 즉 한편으로는 기본법의 길지 않은 역사 속에서도 비교적 자주 개정될 정도로 형식적 헌법개정의 장벽(주로 상하원 의원 2/3의 찬성)이 그리 높지 않은 것으로 드러났다. 다른 한편으로 무엇보다 연방헌법재판소가 매우 강력하게 “살아있는 헌법(living constitution)”이라는 모델에 따라 기본법을 해석하고 있으며, 그 중에서도 특히 기본권은 사회의 변화에 지속적으로 맞춰지고 새로운 도전에 적응해 왔다. 본 발제에서는 우선 헌법발전의 두 형식을 서로 비교하여 소개한 다음, 그것이 독일의 공적 생활에서 헌법이 가지는 위상에 어떤 영향을 미쳐왔는가라는 문제를 제기해 보고자 한다.



Verfassungsänderung und Verfassungsentwicklung

U. Volkmann

Im Rechtsvergleich lassen sich ganz allgemein stärker dynamische (flexible, offene etc.) von stärker statischen (festen, rigiden etc.) Verfassungen unterscheiden, wobei damit nur die äußersten Pole einer gleitenden Skala bezeichnet sind. Für die nähere Zuordnung einer konkreten Verfassung zu einem dieser Pole darf dabei nicht nur die Möglichkeit der formellen Verfassungsänderung in der Verfassung selbst eingerichteten Verfahren in den Blick genommen werden, sondern mindestens ebenso sehr auch die Möglichkeit der informellen Verfassungsänderung durch Interpretation, die in der Verfassungstheorie oft auch zu einer eigenständigen Kategorie des “Verfassungswandels” zusammengezogen wird. Das Grundgesetz erweist sich danach im internationalen Vergleich als eine Verfassung von ausgesprochen hoher Dynamik: Einerseits haben sich die Hürden für formelle Verfassungsänderungen (im Wesentlichen eine Zweidrittelmehrheit in beiden Kammern) als nicht besonders hoch erwiesen, so dass es in seiner kurzen Geschichte relativ häufig geändert worden ist. Andererseits wird das Grundgesetz namentlich vom Bundesverfassungsgericht sehr stark nach dem Muster einer “living constitution” interpretiert; dabei sind vor allem die Grundrechte kontinuierlich an Veränderungen des gesellschaftlichen Umfelds angepasst und auf neue Herausforderungen eingestellt worden. Der Vortrag stellt zunächst die beiden Formen der Verfassungsentwicklung einander gegenüber, bevor in einem letzten Schritt gefragt wird, wie sich dies auf den Stellenwert der Verfassung im öffentlichen Leben der Bundesrepublik ausgewirkt hat.

헌법개정과 헌법변천(Verfassungsänderung und Verfassungswandel)

독일 헌법에서 안정성(Stabilität)과 역동성(Dynamik)의 관계에 대한 고찰

I. 개방적 질서로서의 헌법

헌법은 한 정치공동체의 상황을 장기적이고 가능한 한 지속적으로 규율하기 위한 것이다. 따라서 헌법은 한편으로는 “시대정신을 초월한 일관성”을 구현해야 하는 동시에, 독일의 상황에 빗대어 잘 표현한 것처럼, “전체가 휴식하는 극점(ruhende Pol des Ganzen)” [역주-쉴러의 “산책(Spaziergang)”에 나오는 사람으로 여유를 발산하고 사리에 밝아서 믿고 따를 수 있는 사람이어야 한다¹⁾]. 다른 한편으로 헌법은 사회적 변화를 배척하지 않고서 잘 품으며, 이를 통해 변화를 가능하게 해야 한다. 전통적으로 이를 위해 헌법과 일반법을 구별하는 방법을 사용했고, 그 속에서 헌법이 우선시 되었다. 이를 통해 헌법은 일반법의 제정에 필요한 구속력 있는 틀을 제시하는 동시에 민주적 입법자들이 광범위한 범위에서 자유롭게 적극적으로 일반법을 형성할 수 있도록 하고, 그러면 이들 입법자들은 사회적인 현실의 변화에 대응하거나 이런 변화를 직접 유도할 수 있게 되는 것이다. 그렇다면 헌법이 실행이나 구체화보다는 이론과 절차의 차원에서 보다 높은 단계의 지속성을 제도화한다는 전제 하에, 안정성과 변화의 관계가 좀 더 자세히 결정될 수 있을 것이다²⁾. 다른 한편 헌법이 시대를 막론하고 동의를 이끌어 내면서 이 과제를 수행하려면 스스로 변화에서 제외되지 말아야, 적어도 완전히 제외되지는 말아야 한다. 한 번 공포된 헌법은 그 내용과 더불어 영원히 유효해야 한다는 사상에 대해 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)은 어떤 세대도 다음 세대를 구속할 수 없다는 자신의 유명한 문장을 통해 반박했다. 즉, 그는 죽은 자는 산 자에게 아무런 권력을 휘두르지 못한다고 했다³⁾. 따라서 모든 헌법은 특정 조건이나 특정 범위 내에서 스스로 변신 또는 변화할 수 있다. 물론 범비

1) A. Voßkuhle, 헌법의 양식과 헌법의 기능(Verfassungsstil und Verfassungsfunktion), 공법서고지(紙)(AöR) 119 (1994), 35 (52); K. Stern, 독일의 국법(Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland), Bd. I, 2쇄, 1984, S. VIII. (H. Kelsen의 인용이 담긴) W. Kägi, 국가의 법적 기본규범으로서의 헌법(Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates), 1945, 재쇄, 1971, S. 77: “헌법개념은 안정성이라는 개념과 결부되며, 헌법의 기본원칙은 모든 국가법규의 확고한 기반을 형성하고 따라서 지속적인 기반을 형성한다.”

2) D. Grimm, 헌법의 미래(Die Zukunft der Verfassung), 2쇄, 1994, S. 429 f. 참조.

3) T. Jefferson이 J. Cartwright에게 쓴 편지 참조, 1824, in: The Writings of Thomas Jefferson, Memorial Edition 1903 - 04, Vol. 16, S. 48에 게재 됨.

교를 해보면 헌법이 변화되는 범위와 정도에는 큰 차이가 있는 경우가 적지 않다. 일반적으로 관찰할 때 강한 정적(고정적, 경성) 헌법과 강한 역동적(개방적, 연성) 헌법으로 구분할 수 있으며, 이는 각각 잣대의 양쪽 끝부분에 자리한다⁴⁾. 특정 헌법을 이들 양극 사이의 정확한 지점에 위치시키기 위해서는 해당 헌법에 규정된 절차에 따라 형식적인 헌법개정을 할 수 있는 가능성뿐만 아니라 해석을 통한 비형식적인 방법, 즉 종종 “헌법변천(Verfassungswandel)”이라는 독립적인 범주로 정리되기도 하는 헌법개정의 가능성도 관찰해야 한다⁵⁾. 그리고 이런 수단을 얼마나 자주 그리고 어떤 범위에서 사용할 것인지가 헌법실무에서 결정되므로, 이러한 헌법실무에도 역시 유념해야 한다. 이런 의미에서 아래에서는 독일에서 헌법의 변화와 발전을 이끌어 나가는 이 두 형식을 짧게 분석하여 소개하고, 끝으로 그것이 정치계와 사회에서 헌법의 역할과 위상에 어떠한 영향을 미쳤는지에 대해 질문해 보고자 한다.

II. 헌법개정법률을 통한 형식적 헌법개정

(Formelle Verfassungsänderung durch verfassungsänderndes Gesetz)

기본법 제79조 제1항에서는 형식적 헌법개정은 기본법의 문구를 명시적으로 개정하고 보완하는 법률에 의거해서 시행되어야 한다고 규정하고 있다. 이로써 기본법은 과거 독일의 헌법, 특히 헌법에서 이탈하기 위해서는 명시적인 법문수정 없이 가중다수 표결만을 요구한 바이마르 제국헌법과 결별한다. 제국헌법의 결과 일반법 단계에서 다양한 “헌법침쇄(Verfassungsdurchbrechung)”가 발생했고, 이로 인해 헌법전에서는 현행 헌법의 완전하고 정확한 형상을 확인할 수 없었다⁶⁾. 법문을 명시적으로 개정하게 한 것은 바로 이런 현상을 막기

4) 이 구분은 J. Bryce가 역사와 법제 연구(Studies in History and Jurisprudence), Bd. 1 1901, S. 124 ff에서 “경성(rigid) 헌법과 “연성(flexibel) 헌법을 고전적으로 구분한 것과는 일치하지 않는다. Bryce는 “연성 헌법”이라는 개념을 주로 영국의 헌법과 같이 불문헌법에만 사용하는데, 사실상 불문헌법은 일반적인 법률제정의 처분에 완전히 맡겨져 있기 때문이다. 하지만 여기서도 문제는 더 복잡하다. B.-O. Bryde, 헌법발전(Verfassungsentwicklung), 1982, S. 43 ff 참조.

5) 물론 합법성과 같은 실제적인 의미에 대해서는 의견의 일치를 볼 수는 없겠지만 별도로 독일에 대해서는 이런 형상이 학문적으로 포괄적으로 정리되어 있다. 여러 출판물 중에서도 E.-W. Böckenförde, 헌법변천의 개념에 대한 논평 (Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel), 현재는 같은 곳, 국가, 민족, 유럽(Staat, Nation, Europa), 1999, S. 141 ff. 그리고 P. Häberle, 시간과 헌법(Zeit und Verfassung), 현재는 같은 곳, 공적 절차로서의 헌법(Verfassung als öffentlicher Prozess), 2쇄, 1998, S. 111 ff. A. Voßkuhle, 헌법변천 이론이 있는가, 그렇다면 이 이론은 어디에 필요한가?(Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?), 슈타트지(紙)(Der Staat) 43 (2004), 450 ff.; L. Michael, 헌법을 변천시키는 권력(Die verfassungswandelnde Gewalt), RW 5 (2014), 426 ff.

6) H. Dreier, in: 같은 곳 (발행인), 기본법-주석서(Grundgesetz-Kommentar), Bd. II, 3 쇄, 2015, Art. 30 Rn. 3 에서 예시들 참조.

위함이었다⁷⁾. 기본법 제79조 제2항에는 이에 대한 절차로서 해당 법률에 대해 연방하원과 연방참사원 의원 2/3의 동의를 요구하고 있다. 반면에 여러 다른 헌법과는 달리 헌법개정권력의 주체인 국민에 문의하라고는 규정하지 않고 있다. 각 주의 차원에서도 그렇고, 연방 전체의 차원에서도 마찬가지이다.⁸⁾ 대신 헌법개정 절차는 일반 법제정 절차와 완전히 동일하며, 단지 최종적으로 양원의 가중다수를 요구한다는 점에서만 차이가 있다. 반면 내용적인 면에서는 헌법개정에는 제한이 가해진다. 기본법 제79조 제3항은 어떤 헌법개정도 헌법의 정체성을 형성하는 요소, 즉 인간의 존엄성 보장, 민주주의 원칙, 사회적 법치국가 및 연방제의 본질에 손해를 대거나 폐지해서는 안 된다고 규정하고 있다. 실제 역사적으로 전례가 없었던 이러한 소위 항구성보장(Ewigkeitsgarantie)은 국가사회주의(나치)의 경험, 다시 말해 형식적으로 합법적인 몇 차례의 펜놀림과 제국헌법에 허용된 가능성을 악용하여 이를 제거하고 권력을 쟁취하는 모습에서 얻은 교훈을 통해 탄생되었다. 이로써 헌법의 내적 핵심은 수정이 불가능해졌다. 이 핵심 내용 외에는 비교적 수정이 어렵지 않은데, 국민투표가 필요 없이 의회의 2/3 이상의 찬성만 요구되기 때문에 이는 그다지 높은 장벽이 되지 않는 것으로 밝혀졌고, 특히 독일에는 전반적으로 합의와 타협 중심의 정치 문화가 형성되어 있어서 이 정도의 찬성은 원칙적으로 얻어 낼 수 있다. 따라서 전세계적으로 보더라도 기본법은 개정이 용이한 헌법에 속한다. 예컨대 200년 이상의 역사를 가진 미국에서 단지 18회에 걸쳐 헌법이 개정된 반면, 68년의 역사를 가진 기본법이 62회 개정된 것을 보면 잘 알 수 있다⁹⁾. 따라서 현재 전체적으로 기본법에는 개정되었거나 새로 삽입된 규정이 한 번도 개정되지 않은 규정보다 훨씬 많다¹⁰⁾. 물론 헌법 전체에 걸쳐 골고루 개정된 것은 아니고 그 정도와 중요성도 각각 상이하다. 간단하게 요약해보자면 다음과 같이 설명할 수 있을 것이다.

1. 기본권

1990년에 독일이 통일된 이후에 상당 부분 손을 보기는 했지만 형식적인 헌법개정에서 지

7) 국제법적 조약 체결 시와 고권을 유럽연합에 이양할 때에는 여기에서 예외가 적용된다. 기본법 제23조 제1항, 제24조 참조.

8) 반면 예컨대 미국 헌법 제5조는 주 3/4의 인준을 요구하고 있어 거의 모든 곳에서 국민투표가 규정되어 있다.

9) 마지막 기본법개정: 2019년 7월 13일자 기본법 개정을 위한 법률(§ 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g), 연방관보(BGBl.) I, S. 2347.

10) D. Grimm, 헌법과 정치(Die Verfassung und die Politik), 2001, S. 126 ff., 에서 비평적인 입장들도 확인할 수 있다. (“어떻게 하면 헌법을 망칠 수 있는지에 대하여(Wie man eine Verfassung verderben kann)”).



금까지도 광범위하게 제외된 부분은 특히 기본권과 관련된 부분이다. 뒤에서 다시 다루겠지만 이때까지는 군사규정(Wehrverfassung) 및 비상사태규정 (Notstandsverfassung) 도입과 관련해서 몇 가지 조정 정도만 있었다. 이들 조정 중에서 가장 중요했고, 적어도 가장 광범위했던 조정은 기본법 제12a조에 보편적인 병역의무를 도입한 것이었지만, 2011년에 일반법을 통해 병역의무가 평상시에는 폐지되었고, 따라서 이 조정들은 현재로서는 다시 무의미해졌다¹¹⁾. 그 외에는 1990년 이후에 크게 3 차례 헌법개정이 있었는데, 한 번은 기본권보호가 확대된 반면 두 번은 크게 제한되었다. 통일 이후 결과적으로는 전반적으로 소규모로 시행된 헌법개혁 과정에서 기본법 제3조의 평등권과 관련하여 기본권이 확대되어 남녀 평등의 장려(제2항)가 요청되고 장애인 차별(제3항 제2문)이 금지되는 내용이 보완되었다¹²⁾. 반면 기본권보호를 축소한 두 내용은 크게 논란이 되었고, 격렬한 논쟁을 통해 탄생했다. 그 첫 번째는 망명권에 대한 것으로, 국가사회주의(나치)의 폭력지배와 외국으로 망명한 독일인들이 겪은 시련의 경험이 있었기에 처음에는 아무런 제한도 없이 보장되었다. 즉 “정치적으로 박해 받는 자는 망명권을 가진다” 라고 아무런 제한도 없이 단순하게 약속해 준 것이다. 1990년 초에 난민 수가 상상하지 못할 정도로 증가하자 (1972년에 5천명이던 것이 1992년에는 44만 명으로 증가) 기민/기사당 그리고 자민당으로 구성된 연립정부와 야당인 사민당은 1992년 말에 소위 망명타협(Asylkompromiss)을 통해 망명법을 다시 규정하기로 결의하였고, 그 결과 기본법의 보장내용도 근본적으로 재구성되어 하나의 독자적인 헌법조항, 즉 기본법 제16a조에 명시되었다¹³⁾. 이로 인해 결과적으로는 망명권이 폭 넓은 제한을 받게 되어 그 자체만을 근거로 해서는 청구할 수 없게 되었고 국제적 규정과 유럽법 규정 외에는 사실상 완전히 무의미해져 버렸다. 두 번째 제한은 기본법 제13조의 거주 불가침의 기본권에 대한 것으로, 여기에는 경찰 및 정보기관의 감시 가능성, 특히 소위 대규모 감청[역주-Großer Lauschangriff은 수사기관이나 정보기관이 행하는 감청을 말한다] 가능성이 보완되었다(제3항-제6항)¹⁴⁾. 여기에도 정치권 내부에서 일부 격렬한 논쟁이 있었는데, 해당 제한의 필요성뿐만 아니라 자유와 안보의 관계 전반에

11) 병역의무법(Wehrpflichtgesetz) 제2조, 제5조, 2011년 4월 28일자 병역법 개정법률을 통해 개정, 연방관보(BGBl.) 1 S. 678 참조.

12) 1994년 10월 27일자 기본법 개정을 위한 법률 (Artikel §§ 3, 20a, 28, 29 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 11a und 125a), 연방관보(BGBl.) 1, S. 3146.

13) 1993년 6월 28일자 기본법 개정을 위한 법률 (제16조 및 제18조), 연방관보(BGBl.) 1, S. 1002.

14) 1998년 3월 26일자 기본법 개정을 위한 법률 (제13조), 연방관보(BGBl.) 1, S. 610.

결친 근본적인 변화가 그 대상이었다¹⁵⁾. 제출된 규정을 검토했던 연방헌법재판소는 결국 두 건 모두 통과시켰고, 항구성보장(Ewigkeitsgarantie)에 대한 위반을 확인하지 못했다. 다만 기본법 제13조의 개정에는 재판부 내에서 논쟁이 있었다¹⁶⁾.

2. 국가조직법 관련 부분

이에 반해 가장 큰 규모의 개정은 기본법 제20조 - 제146조에 걸쳐 시행된 것으로, 이들은 주로 국가조직을 규정하는 조항이다. 특히 두 가지 사례에서 정치적으로 논쟁이 뜨거웠는데, 그 하나는 1956년에 군사규정(Wehrverfassung)이 삽입된 것으로 이로써 자체 병력을 창설하고 그 전년도에 있었던 독일의 나토 가입의 토대가 마련되었다¹⁷⁾. 다른 하나는 1968년의 비상사태규정(Notstandsverfassung)으로, (내외부의) 비상상황을 가능한 한 법제화하려는 시도였다¹⁸⁾. 여기서 촉발된 논쟁은 지금까지 독일에서 벌어진 가장 격렬한 국내정치적 논쟁이었다. 특히 비상사태규정 제정은 1968년도의 학생운동에 불을 지폈다. 하지만 이 두 사례는 헌법 내부의 단순한 변화라기보다는 전후 시기라는 독일의 몇 가지 특수성으로 인해 헌법제정 시에 누락된 내용을 “차후에 보완”한 것에 해당하기 때문에 여기서 관심 있는 문제에 대한 전형적인 사례라고는 할 수 없다. 기본법이 발효될 때, 그리고 그 이후에도 독일에는 아직까지 연합군의 (비호 하에) 점령조례(Besatzungsstatut)가 적용되고 있었고, 따라서 해당 규정을 헌법에 포함시켜야 할 필요성이 없었다. 게다가 논의할 수 있는 시간이 부족했고, 연합군과도 지속적으로 조율해야 했기 때문에 이런 어려운 문제는 일단은 배제되었다¹⁹⁾. 더 나아가 사회의 모든 영역에서 국가의 사전대비 기술이 다양하게 발전해서 고전적인 국가비상사태는 칼 슈미트

15) 두 논쟁은 C. Hillgruber의 “기본법 제10조, 제13조 및 제16조의 예시에서 바라본 헌법개정의 필요성과 의의(Notwendigkeit und Bedeutung einer Verfassungsänderung am Beispiel von Art. 10, 13 und 16 GG)”, in: M. Jestaedt/H. Suzuki (Hrsg.), 헌법발전(Verfassungsentwicklung) I, 2017, S. 149 ff.에서 종합적으로 관찰하고 있다.

16) 망명타협(Asylkompromiss)에 대해서는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 94, 49 ff. ; 기본법 제13조의 개정에는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 109, 279 ff.에서 Jaeger와 Hohmann-Dennhardt 판사의 소수의견 참조(382 ff.).

17) 1956년 3월 19일자 기본법 보완을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1, S. 111; 유럽 방위공동체 사업은 결국 수포로 돌아갔지만 이와 관련하여 그 이전인 1954년에 소위 병역법개정 등 몇 차례의 소규모 개정이 시행되었는데, 이에 대해서는 1954년 3월 26일자 기본법 보완을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1, S. 45 참조.

18) 1968년 6월 24일자 제17차 기본법 보완을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1, S. 709; 여기서는 제115a조 이하에서 국방사태에 대한 규정이 가장 광범위하다.

19) Bryde (Fn. 4), S. 118 ff. 에서 현재 가장 지배적인 해석을 확인할 수 있다. A. Bauer/M. Jestaedt, 법문 속에 나타난 기본법(Das Grundgesetz im Wortlaut), 1997, S. 32.

(Carl Schmitt)의 말처럼 “어딘가 유행이 지난 것”이 되어버렸고, 비상사태규정은 한 번도 시행되지 않은 채 오늘까지도 거의 개점휴업상태이다²⁰⁾. 그 외 헌법개정 중에서는 특히 다음에 설명하는 3차례 개정이 그 정치적 중요성에서 부각되고, 적어도 특별한 의미가 있는 것으로 체감되고 있다. 연방국가의 이상을 “협력적 연방주의 (kooperatives Föderalismus)”로 강도 있게 정리하며 1969년에 시행된 연방과 주 간의 금융관계 개혁²¹⁾, 종래 기본법의 잠정적 성격을 제거하고 정식으로 완전헌법으로 선언한 것을 비롯한 1990년 독일 통일에 따른 변화²²⁾, 끝으로 독일이 유럽연합의 일원이 되고, 그에 이어 통합의 심화가 이루어지도록 한 1992년도의 소위 마스트리히트 개정(Maastricht-Novelle)을 들 수 있다²³⁾. 하지만 이 헌법개정들의 내용을 자세히 들여다보면 그 의미가 상당히 축소된다. 통일 과정에서 구동독 주들을 구서독에 편입시키는 방식이 채택되어 기본법으로서는 전반적으로 부담이 최소화되었고, 이와 관련하여 기본법을 대규모 개정하려는 시도가 없지는 않았지만, 결과적으로는 제3조 제2항에 성평등 장려 조항과 제20a조에 환경보호를 새로운 국가목표로 삽입하는 등 전반적으로 비교적 빈약한 성과에 그쳤다²⁴⁾. 마스트리히트 개정에 따라 새로운 “유럽조항(Europaartikel)”으로 탈바꿈한 기본법 제23조 역시도 유럽 통합을 독자적인 국가목표로 격상시켰지만 기본적으로는 연방헌법 재판소가 이미 유럽통합의 요건으로 제시했던 요소들만을 명시하고 있을 뿐이다²⁵⁾. 이에 반해 대부분의 헌법개정은 단편적이며 대부분 연방과 주의 관계와 관련된 것이다. 예컨대 권한을 위임하거나 이양하는 것(주의 권한을 연방으로 이전하는 것이 대부분), 자금을 (가능한 모든 방향으로) 배분하거나 재편성하는 것, 또는 (최종적으로 임의의 분야에) 다양한 협력 가능성을 마련하는 것 등이었다. 이 과정에서 이들 규정들은 너무나 기술적인 형태를 취하게 되었고, 헌법보다는 일반법 규정으로 더 적절해 보이는 세부규정들로 변질되어 버렸다는 불만이

20) C. Schmitt, 1924 – 1954년 사이의 헌법 관련 논문, 3 쉘, 1985, S. 261.

21) 1969년 5월 12일자 제20차 기본법 개정을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1, S. 357; 1969년 5월 12일자 제21차 기본법 개정을 위한 법률 (재정개혁법률(Finanzreformgesetz)), 연방관보(BGBl.) 1, S. 359.

22) 1990년 9월 23일자 통일조약법(Einigungsvertragsgesetz), 연방관보(BGBl.) 2, S. 885. 통일과 관련해서는 1991년에 설치된 연방과 주 연합 헌법위원회가 시도한 더 큰 규모의 헌법개혁, 최종보고서도 참조. BT-Drucksache 12/6000, S. 5 ff.; 그 결과에 대해서는 곧 본문에서 다룬다.

23) 1992년 12월 21일자 기본법 개정을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1, S. 2086. 여기서는 소위 유럽조항(Europaartikel)이라고 불리는 기본법 제23조를 새롭게 작성한 것이 특별히 의미가 있다.

24) 1994년 10월 27일자 기본법 개정을 위한 법률, 연방관보(BGBl.) 1 S. 3146; 위 각주 12번도 참조.

25) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 37, 271 – Solange I 판결; 58, 1 – 유로컨트롤(Eurocontrol); 73, 339 – Solange II 판결.

터져 나왔다²⁶⁾. 바로 이런 단편성(Kleinteiligkeit) 또는 세부성(Detailfreudigkeit) 으로 인해 법 규정들의 유연성이 사라지고, 상황이 조금만 바뀌면 개정의 필요성이 발생하여 새로운 규정을 마련하지 않을 수 없게 되고, 그 결과 이 규정들도 언제라도 다시 개정될 수 있는 상황에 놓이게 된다.

3. 요약 평가

이런 배경에 비추어볼 때 전세계적으로 비교해서 헌법개정의 횟수가 두드러지게 높다는 것을 가지고 기본법이 거의 완전한 역동성을 갖추었다는 결론을 내릴 수는 없다²⁷⁾. 이를 위해서는 일종의 목록을 작성해서 수정이 가해진 부분과 그렇지 않고 그대로 잘 적용되고 있는 부분이나 표현을 대조해 보아야 할 것이다. 이 경우 큰 차이를 확인하게 된다. 더욱이 기본권 부분을 한 번만 더 살펴보면 실제로 심도 있는 개정으로 볼 수 있는 유일한 사례는 기본권의 가치를 크게 저하시키며 망명권을 개편한 것이었고, 반면에 그 외 다른 개정은 내용을 가다듬거나 몇 가지 항목을 정정한 정도였다. 즉 인간의 존엄성, 인격의 자유로운 발현, 법 앞에 평등, 종교 및 양심의 자유, 언론의 자유, 결혼과 가족의 보호, 집회의 자유, 직업 및 재산의 자유는 1949년도에 발효될 때 모습 그대로 기본법에 명시되어 있다. 국가조직 분야에서도 상당 부분에 대해서는 아무런 수정이 없었거나 기껏해야 몇 가지 부수적인 측면에만 수정이 가해졌다. 이는 최고 국가기관인 연방하원, 연방참사원, 연방정부 그리고 연방대통령의 소관업무와 이들 사이의 내부 관계에 관련된 것으로, 이 중에서는 대부분 연방과 주의 관계가 다양하게 개편되면서 연방하원과 연방참사원의 관할관계에 수 차례 변경이 있었던 경우만을 들 수 있다. 물론 여기서도 연방참사원이 연방의 법제정에 협력하는 원칙적인 방식에 변화가 있었던 것이 아니라 협력이 필요한 구체적 사안에 변화가 있었던 것뿐이다. 기본법의 전체 존속기간 동안(선거제도에서부터 정부구성 방식 그리고 법제정 절차에 이르기까지) 민주적-정치적 과정의 핵심원칙도 놀라우리만치 변함이 없었는데, 이는 프랑스나 이탈리아와 같은 다른 유럽국가들의 선거제도를 감안해 볼 때 주목할 만한 사실이다²⁸⁾. 법치주의와 사회국가주의의 기본구조도

26) M. Brenner, 헌법의 새로운 기술성과 헌법재판의 과제(Die neue Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, 공법서고지(紙)(AöR) 120 (1995), 248 ff.; 이와 관련해서 Grimm의 비판도 참조(각주 10), S. 126 ff.

27) 이미 1982년에 Bryde가 내린 결론이 이러했다. 같은 곳, S. 118. 매년 헌법개정 횟수는 대부분 비슷한 정도에 머무르는 가운데 (1949년-1982년 기간에 매년 평균적으로 1.03회의 헌법개정이 있었던 반면 1949-2017년도를 전부 합쳐 계산할 때 매년 0.91회가 나옴) 이 점에는 별 변동이 없었다. 이에 대해서는 본문에서 곧 다룬다.

28) 다른 헌법과는 달리 기본법은 선거제도를 직접 다루지 않고 있다. 하지만 이 점은 전통적으로 독일의 “실질적 헌

사정은 비슷한 것이 확실하다. 이렇게 볼 때 형식적 헌법개정의 의의를 가지고 기본법의 안정성과 역동성 정도를 평가하는 일은 우리가 기대하는 것보다 더 제한적일 수 있다.

III. 해석을 통한 비형식적인 헌법발전

(Informelle Verfassungsentwicklung durch Interpretation)

이와 동시에 해석을 통해 헌법이 발전하고 진화할 수 있는 가능성을 (그리고 변천할 수 있는 가능성을) 고찰하지 않는다면 전체 형상은 불완전할 수 밖에 없다. 연방헌법재판소는 판례집 제1권에서 헌법제정자의 의도에 따라 헌법을 해석하는 것에서 결별하고 그 대신 규범의 “객관적인” 의미에 초점을 맞추므로써 이 작업을 위한 첫걸음을 내디뎠다. 헌법규정의 발생사는 규정을 해석할 때 다른 방법으로는 제거되지 않는 의문을 해소하기 위한 보충적인 의미 정도만을 가질 뿐이라는 게 연방헌법재판소의 주장이었다²⁹⁾. 더 나아가 그 이후의 결정에서 헌법은 “성문의 개별적 문장으로만 구성되는 것이 아니라, 이 문장들을 연결시키고 내부적으로 묶어주는 보편적인 원칙과 핵심사상”으로도 이루어지며, 이 원칙과 핵심사상은 특히 “헌법 이전의 전체 형상”을 통해 파악될 수 있다고 하였다³⁰⁾. 그 이후로 계속 독일에서 헌법해석은 “구체화(Konkretisierung)”라는 법창조 과정으로 파악되고 있고, 해석의 대상이 되는 규범의 내용은 사전에 제시되어 있는 것이 아니라 규범을 적용하는 과정에서 직접 창조해야 하는 것으로 보았다³¹⁾. 이를 통해 규범은 자체적으로 가지고 있지 않던 내용을 획득하고, 따라서 해석은 늘 새로운 내용을 헌법에 충전해주고 풍성하게 만드는 것으로 이해될 수 밖에 없다. 동시에 이로 인해 헌법은 현실에 대해 대폭 개방되고 현실의 변화에 내맡겨졌는데, 이는

법(materielle Verfassung)”으로 설명된다. K. Stern, 독일의 국법(Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland), Bd. 1, 2쇄, 1984, S. 107; P. Unruh, 기본법의 헌법개념(Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes), 2002, S. 424 참조.

29) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 1, 299 (판결요지 2); 그 이후의 지속적인 판결 중에서 가장 최근의 것으로 연방헌법재판소(BVerfG), NJW 2017, 611 (621) - 2차 NPD(독일 국가민주당) 금지 소송.

30) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 2, 380 (판결요지4); in: 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 141, 1 (33)에서 마지막으로 확인됨. 유사사례인 캐나다 대법원 판결 참조: “헌법은 기술된 (법문) 문장 이상의 것이다. 헌법에는 헌법기관의 활동을 통제하는 전반적인 규범과 원칙 체계가 담겨 있다. 성문헌법에서 발췌한 조항을 피상적으로만 읽어 보고 더 이상 아무 것도 하지 않는다면 오해가 생길 수 있다. 헌법전체에 흐르고 있는 숨은 원리를 더 깊이 있게 조사하는 작업이 필요하다. 이들 원리는 헌법적 권리와 의무에 대한 우리의 전체적인 평가를 제공해 줄 것이다.” Reference re Secession of Quebec (1998), 2 S.C.R. 217 (Can.).

31) 기초적인 내용은 K. Hesse, 독일 헌법개요(Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland), 신판 20쇄, 1999 Rn. 60 f. 참조.

오랜 기간 독일의 헌법실무에 큰 영향력을 행사해 온 루돌프 스멘(Rudolf Smend)의 통합론(Integrationslehre)에서 이미 생각했던 것이다³²⁾. 이를 비판하는 입장에서는 이를 “해석을 빌미로 자행되는 영구적인 법창조적 헌법변천”이라고 비난 했다³³⁾. 어쨌거나 헌법해석을 구체화로 보는 입장이 독일의 헌법실무에 큰 영향을 행사하고 있고, 무엇보다 연방헌법재판소가 이를 주도하였다³⁴⁾. 그에 따라 주요 분야의 상황은 다음과 같이 기술할 수 있다.

1. 기본권

헌법개정 입법자는 기본권에 부분적으로 개입하였을 뿐이었다. 기본권들은 애초부터 해석을 통해 더욱 발전시키고 판결을 통해 내용을 풍부하게 할 수 있는 주요 대상이었다. 이는 기본권의 규정양식이 매우 개방적이고 파편적인 데 기인한다. 즉 기본권의 보장 내용뿐만 아니라 그에 대한 제한의 이유까지도 극히 일반적으로 쓰여 있거나 종종 다소간의 걱정을 담고 있거나 어쨌든 통상적인 법적 엄밀성에 대한 기대와는 동떨어진 수준으로 쓰여 있다는 사정에 기인하는 것이다³⁵⁾. 이런 배경 하에서 특히 연방헌법재판소는 기본권 체계를 처음부터 광범위하게 형성하는 데 관여했고 부분적으로는 이를 개편하기도 했는데, 기본권 체계의 일반구조와 목표설정뿐만 아니라 개개 요소들에 대해서도 그렇게 하였다. 기본권체계의 일반구조와 목표설정과 관련해서 연방헌법재판소는 기본권심사에 비례성 원칙을 삼입했는데, 그 이후로 이는 기본권에 대한 제한(침해)을 심사하는 데 핵심 기준이 되고 있다³⁶⁾. 그 이후에 연방헌법재판소는 원래 법형식에 의한 명령적(rechtsförmig-imperativ) 조치를 제한이라고 보았던

32) R. Smend, (추상적) 헌법과 (구체적) 헌법(Verfassung und Verfassungsrecht), 현재는 같은 곳, 국법관련 논문과 기타 논문, 4쇄, 2010, S. 191: “성문 헌법의 고유하고 당연한 의미는 이런 유연성을 가진다는 것과 필요하다는 스스로의 체계를 직접 보완하고 바꾼다는 것이다.” 독일의 구체적인 적용절차 및 헌법실무에 대해서는 U. Volkman, 독일 헌법론 개요(Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland), 2013, S. 129 ff.

33) E.-W. Böckenförde, 국가, 헌법, 민주주의 (Staat, Verfassung, Demokratie), 1991, S. 67 f.

34) 헌법재판소를 “헌법을 변화시키는 권력(verfassungswandelnde Gewalt)”이라고 한 Michael (각주 5) 참조; 그 전에 Bryde도 유사하게 표현했다(각주 4), S. 147 ff.; T. Würtenberger, 기본법에서의 헌법개정과 헌법변천(Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes), in: H. Neuhaus (Hrsg.), 헌법개정(Verfassungsänderungen), Beiheft 20 zu “슈타트지(紙)(Der Staat)”, 2012, S. 287 (294): “헌법을 발전시키는 권력(verfassungsentwickelnde Gewalt)”.

35) 즉 예컨대: “재산과 상속권은 보장된다. 내용과 제한은 법률에서 규정한다.”, “주거는 불가침이다.” 등등, 이에 대해서는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 32, 54 (72) 참조.

36) 이런 취지로 기본적인 내용은 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 7, 377 (399 ff.) - 약국판결(Apothekenurteil) 참조.



것을 기본권제약의 효과가 있는 모든 조치로 그 개념을 직접 확대했고, 그 결과 현재는 사실상 국가가 시민에게 부과하는 모든 부담이나 제한에 대하여 사법절차를 통해 포괄적으로 합헌성을 심사 받을 수 있게 되었다³⁷⁾. 그러나 연방헌법재판소는 무엇보다 오늘날까지도 독일에서 헌법이해에 대하여 기본적 의미를 갖고 있는 뤼트 판결(Lüth-Urteil)을 통해 기본권의 효력 범위를 전반적으로 확대했다. 여기서 기본권을 국가권력을 배제하는 것, 즉 본질상 간섭을 중지할 것을 요청할 수 있는 단순한 청구권만으로 해석하지 않고 적극적으로 기본권을 장려하라는 위임 및 법질서 전반에 대한 기준으로도 해석했다. 즉, 기본권이 “최우선적으로” “국가에 대한 국민의 방어권”이기는 하지만 (하지만 꼭 그것만은 아님), 대신 기본권 속에는 “모든 법 영역에 대한 헌법적 기본결정으로서 타당한 객관적인 가치질서”가 구현되어 있다고 했다³⁸⁾. 이는 기본권에 계속 새로운 기능이 추가되어 풍요로워지는 단초가 되었고, 그 기능 중에서 현재로서는 특히 국가가 수행해야 하는 “보호의무”가 두드러진다³⁹⁾. 기본권체계의 개별 요소들을 살펴보면 특히 새로운 기본권이 “발견” 됨으로써 특히 내용이 풍요로워졌는데, 그 시작은 기본권 제1조 제1항의 인간의 존엄성 보호와 결부된 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권이었다⁴⁰⁾. 연방헌법재판소는 두 기본권을 민사법원의 법창조(Rechtsschöpfung)에 준해 “일반적 인격권”으로 결합시켰는데, 시간이 지나면서 이로부터 계속해서 새로운 기본권이 도출되었다. 명예권, 초상권, 자신이 행한 발언에 대한 권리, 사적 공간에 대한 일반적인 보장, 끝으로 (신기술로 인해 발생한 새로운 도전(난제)들과 정보처리 가능성과 관련된) 개인정보 자기결정권 또는 정보기술체계의 신뢰성 및 온전성의 보장에 대한 새로운 기본권 등이 그것이다⁴¹⁾. 그러나 기본권의 확대는 여기에 국한되지 않고 그 외 다른 많은 분야, 즉 공정한 소송에 대한

37) H. Dreier, in: 같은 곳, (Hrsg.), 기본법 - 주석서(Grundgesetz-Kommentar), Bd. I, 3 책, 2013, 제1조에 대한 서문, Rn. 125; S. Müller-Franken, in: B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (Hrsg.), 기본법 주석서(Grundgesetz Kommentar), 13 책, 2014, 제1조에 대한 서문, Rn. 45.

38) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 7, 198 (판결요지2, 204 ff.) – Lüth.

39) 기본적인 내용은 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 39, 1 – 낙태(Schwangerschaftsabbruch); 추가적으로 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 56, 54 (63) – 항공소음(Fluglärm); 53, 30 (57) – Mülheim-Kärlich; 121, 317 (356) – 비흡연자법률(Nichtraucher-gesetz).

40) A. Voßkuhle, 안정성, 미래개방성 그리고 다양성 보장(Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung) – 연방헌법재판소의 헌법상의 “원시(原始)코드(Quellcodes)” 보호(Die Pflege des verfassungsrechtlichen “Quellcodes” durch das BverfG), JZ 2009, 917 (920 f.).

41) 개인정보 자기결정(Informationelle Selbstbestimmung): 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 65, 1 (43 ff.) – 인구조사판결(Volkszählungsurteil); 정보기술체계의 신뢰 및 통합의 보장에 대한 기본권(Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme), 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 120,

일반적 권리에서부터 어린이가 부모에 의한 양육 보장을 국가에 요구할 수 있는 특별한 권리에 까지 이른다⁴²⁾. 이로 인해 전체적으로 기본법은 법문에서 확인할 수 있는 것보다 훨씬 많은 기본권을 포함하고 있다.

2. 국가조직법

국가조직법 분야에서도 주로 일반적이고 추상적인 차원, 즉 국가의 내용과 형태를 결정하는 기본적인 원칙과 기본적인 선언과 관련하여 변화가 있었고 그 내용도 풍부해 졌다. 민주주의 원칙을 예로 들자면 연방헌법재판소와 통설의 해석에서는 이 원칙을 점점 더 실질적이고 엄격한 이론(Konzeption)과 결합시켜 형식적인 절차원칙이나 구성원칙을 준수하는 것 이상을 요구하고, 모든 국민을 정치적 과정에 공동체적 결합을 시켜야 할 필요성을 견지하고 있다⁴³⁾. 그 결과 기본법 제38조 제1항 제1문의 선거의 보통, 직접, 자유, 평등, 비밀 원칙은 민주주의에 대한 보편적인 기본권으로 기능이 바뀌었고, 이에 힘입어 오늘날 유럽통합 진행 과정에서 특정 민주주의 표준을 준수할 것을 촉구할 수 있게 되었다⁴⁴⁾. 이와 유사하게 법치국가원리도 이미 해석 초기단계에서 실질적 정의 사상에 맞추어졌고, 그 때부터 내용적 충전에 대해 개방적인 지도원리의 하나로 이해되었다. 이런 의미에서 불완전하게나마 그 내용을 기술해 보자면, 신뢰보호에 대한 일반 원칙, 국가적 조치의 일반적 소급금지, 기본권 관련 법률에 대한 충분한 명확성(Bestimmtheit) 요구, 더 나아가 규범의 명료성, 이해가능성(Verständlichkeit) 및 일관성 요청, 죄의 정도에 비례하는 처벌 등등이 여기에 해당할 것이다⁴⁵⁾. 기본법상에 부수적으로만, 그것도 평범한 형용사로만 언급된 사회국가 원칙은 지금은 포괄적인 국가적 목표로 확대되어 국가에게 사회보장과 사회정의라는 의무를 포괄적으로 부여하고 있고, 인간의 존엄성 보장과 결부되어 현재 최저생계에 대한 청구권의 기초가 되고 있다⁴⁶⁾. 마지막으로

274 (313 ff.) – 온라인 검색(Online-Durchsuchung).

42) 가장 최근의 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 133, 59 (판결요지 1, 73 ff.).

43) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 5, 85 (196 f.) – 서독 공산당-판결(KPD-Urteil); 인상적인 사례로는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 123, 267 (358 f.) – 리스본(Lissabon).

44) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 89, 155 (171 ff.) – 마스트리히트(Maastricht); 123, 267 (329 ff.) – 리스본(Lissabon).

45) 각주 30의 논거 참조; 최근의 것으로는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 133, 168 (198) – 형사소송에서 의사소통(Verständigung im Strafverfahren). 규범의 명확성과 특정성 원칙에 대해서는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 141, 220 (265) – 연방범죄청법(BKA-Gesetz).

46) 사회국가원칙 일반에 대해서는 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 22, 180 (204); 최저생계 청구권에 대해서는 연방

연방국가원칙도 분업적·연대적 협력 사상과 결부되어졌다. 그리하여 그 원칙으로부터 연방과 주들 상호간의 지원의무 및 배려의무는 물론 연방과 주들 간의 재정조정(Finanzausgleich)에 관한 구체적인 지침도 도출되었다⁴⁷⁾. 하지만 여기서도 헌법의 변화와 내용적 보충은 아주 일반적인 차원에서부터 구체적인 개별적 선언이나 개별규범의 차원에 걸쳐 이루어지고 있으며, 그에 따라 헌법은 지속적으로 새로운 의미로 채워지고 있다. 실제로 현재 어떤 분야도 이와 같은 변화와 내용적 보충의 대상에서 제외될 수 없다. 오늘날 전세계 차원에서 (UN이나 NATO 파병의 일환으로) 실제로 행해지고 있는 것과 같은 독일 연방군의 해외파병의 문제를 헌법해석을 통해 처리한 것은 교훈적인 그리고 한국과 일본의 상황에 대해서도 시사성 있는 예로 보아도 좋을 것이다. 즉 연방헌법재판소는 한편으로는 연방군의 파병 자체를 제한하는 기본법 제87조 제2항의 규정에 반하여 40년 전에는 명백히 이유 없는 것으로 배척했을 이유를 들어 파병을 승인했다⁴⁸⁾. 다른 한편으로 연방헌법재판소는 같은 결정에서 파병을 연방하원의 사전승인과 결부시키는 방법으로 이른바 군사헌법영역에 대한 의회유보의 기초를 마련하였고, 그 이후 이를 새로운 헌법원칙으로 인정하는 데 이의가 없다⁴⁹⁾.

3. 요약 평가

이와 같은 현재상황에 대한 검토를 통해서 헌법의 해석을 통한 발전과 헌법개정입법자들의 활동을 비교해보면 적어도 외면적으로는 이들이 집중하는 부분이 다르다는 사실이 맨 먼저 눈에 띈다. 연방헌법재판소가 헌법 중에서 기본권 부분과 일반성을 띠는 선언이나 헌법문언에 중점을 두는 반면, 통계에서 알 수 있듯이 헌법개정입법자들은 권한질서, 특히 연방과 주의 관계에 가장 많은 활동을 하고 있다. 하지만 실제적인 차이는 더 깊고 근본적인 데에 있다. 군사규정이나 비상사태규정 추가와 같은 역사적 사정으로 설명되는 특수사례를 제외하면, 입법자의 개입은 대부분 국부적 성격을 띤다. 즉, 그 개입이 급박한 상황에 대한 대처만을 위해 이

헌법재판소 결정(BVerfGE) 132, 134 (159).

47) 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 72, 330 (419); 101, 158 (220 f.).

48) J. Masing은 “연속성과 불연속성 사이에서: 헌법개정(Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung)”에서 일본 정세를 참조하여 이렇게 표현했다. 슈타트지(紙)(Der Staat) 44 (2005), 1 (1 f.). 기본법 제87a조 제2항은 다음과 같다: 군대는 국방의 목적 이외에는 기본법에서 명시적으로 허용하고 있는 경우에만 한해서만 투입될 수 있다.

49) 표준 결정: 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 90, 286 – 역외 파병(Out-of-area-Einsätze), 이와 관련해 Maing의 비판 참조. 현재 이는 2004년 3월 18일자 의회참여법률 (Parlamentsbeteiligungsgesetz)을 통해 일반법으로 제정되었다. 연방관보(BGBl.) 1, S. 775.

루어진 경우 이외에는 항상 자신들이 개입해야 해결될 수 있다고 하는 특정한 구체적인 문제를 겨냥한다⁵⁰⁾. 반면에 해석을 통한 헌법 발전에서는 헌법의 추상적인 표준점과 지향점에 자리를 잡은 후에 그 근본구조나 심층구조에 작용하며, 궁극적으로 헌법 전체에 대한 근본이해(Grundverständnis)에도 관련되는데, 이 근본이해는 헌법 해석을 통한 헌법 발전에 의해 특정 방향으로 인도되거나 어찌면 바뀔 수도 있다. 이 점을 고려할 때에야 비로소 기본법이 전세계적으로 비교하더라도 가장 역동적이고 변화에 개방적이며, 그에 구속되는 것들에게도(글자 그대로, 즉 헌법의 구속을 받는 것들도) 지속적으로 변화하고 진화하도록 하는 질서라는 사실이 드러난다. 이런 점에서 아마도 기본법은 “살아있는 헌법(living constitution)” 모델의 본보기라고 본다⁵¹⁾. 물론 이것이 헌법을 완전히 임의적인 것으로 철저히 유동화시켜 버리는 것을 의미하지는 않는다. 정반대로 바로 그 심층구조에서의 변화는(우리가 가정하고 있는 기본권의 다차원성에서부터 민주주의원칙, 법치국가원칙 또는 사회국가원칙에 대한 실질적인 이해를 거쳐 헌법 전반에 대한 이해에 이르기까지) 수십 년을 거치면서 매우 견고한 것으로 증명되었고, 계속성과 경로의존성(Pfadabhängigkeit)을 구축하였다. 이러한 계속성과 경로의존성에서 하루 아침에 돌발할 수 있는 것은 없으며, 종종 있는 심층구조의 변화도 매우 긴 기간에 걸쳐서만 일어날 수 있다⁵²⁾. 이에 반해 유동성(Beweglichkeit)은 법의 표면에서 두드러지게 나타나는 경향이 있어서 예컨대 구체적인 사례를 해결할 때나 당면한 문제를 극복할 때에 나타난다. 여기서는 당연히 급작스런 단절이나 뜻밖의 변화가 발생할 수 있는데, 그것은 형식적인 헌법개정일 수도 있고 판례를 통한 변경일 수도 있으며, 그 횟수는 과거 수년 동안 크게 증가했다⁵³⁾.

IV. 헌법의 변화된 위상에 대하여

결국 이처럼 규범적인 근본 지향점의 항상성과 피상적인 유동성이 공존했지만 이는 독일

50) 이와 관련하여 P. Häberle는 “시간과 헌법(Zeit und Verfassung)”, in: 정치저널(Zeitschrift für Politik) 21 (1974), 111 (135 f.)에서 “조정적 성격(Anpassungscharakter)”만을 가진 헌법개정과 자체적인 “주도력(Steuerungskraft)”을 가진 헌법개정을 구별한 것을 인용.

51) 이에 대한 기초는 H. McBain, 살아있는 헌법(The Living Constitution), 1948; 최근에 나온 타협안으로는 J. M. Balkin, 살아있는 원전(元典)주의(Living Originalism), 2014.

52) R. Wahl, 법 속에서의 발전경로(Entwicklungspfade im Recht), JZ 2013, 369 ff.

53) B. Schlink는 도그마틱과의 결별(Abschied von der Dogmatik), JZ 2007, 157 ff.에서 이를 한탄하고 있다. 대표적인 예로는 이슬람 머릿수건 문제에 대한 정반대되는 결정인 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 108, 282 과 연방헌법재판소 결정(BVerfGE) 238, 296 을 참조



헌법의 규범성과 권위에 아무런 해를 끼치지 않았고 오히려 격상시켜 역사적으로나 국제적으로 이에 비견할 만한 사례가 없는 정도에 이르렀다. 전반적으로 정태적이고도 실증주의적으로 해석되었던 1871년 제국헌법은 국법학으로부터 정치상황이 헌법과 따로 움직였다는 평가를 받았다. 즉, 헌법의 모든 법규가 국가의 권력분배를 사실상 통제할 수 없는 상태에 있었다는 평가를 받았다.⁵⁴⁾ 1919년에 제정된 바이마르 헌법은 정치권의 논쟁을 벗어나지 못하고 오히려 논쟁의 대상이 되어 사회평화조성에 기여할 수 없었다. 오늘날 헌법의 권위가 약해졌거나 적어도 모든 사람으로부터 조건 없이 수용 되지 못하는 유럽 국가로는 폴란드, 헝가리 그리고 최근에는 스페인을 들 수 있다. 반면에 독일에서는 헌법의 가치나 헌법을 적용하는 법원의 권위를 문제 삼을만한 우려가 있는 규모 있는 정치 단체가 없다. 수년 전부터 연방헌법재판소는 어떤 기관을 가장 신뢰하느냐를 묻는 설문조사에서 가장 높은 점수를 받고 있으며, 지지율은 80%에까지 이르고 있다. 이런 비슷한 점수는 그 외에는 경찰과 특히 정치적 경쟁과는 아예 무관하게 주로 상징적인 기능만을 맡고 있는 연방대통령만이 받고 있다⁵⁵⁾. 이렇게 개방성(Offenheit)과 유동성(Beweglichkeit)은 반드시 규범성과 대립되는 개념이 아닌 것으로 증명되었고, 역설적이게도 그것이 헌법을 변화하는 현실과 언제든지 다시 결부시키기만 한다면 규범성의 전제조건도 될 수 있는 것으로 드러났다⁵⁶⁾. 동시에 이로 인해 헌법은 이전의 그 어떤 것보다도 정치적 과정에 가까이 접근했다. 그 결과 지구 상의 그 어떤 나라에서도 정치적 논의로 자주 헌법이 논의되거나 헌법논의 자체가 독일처럼 이렇게 활발한 나라는 거의 없다⁵⁷⁾. 따라서 독일에서는 유전자연구, 생물공학, 또는 안락사 문제가 인간의 존엄성 문제로 다루어지고, 유럽연합의 성공여부는 기본법에서 전개된 민주적 정당성에 대한 요구조건을 충족하는지로 평가되고, 공립학교 교사가 이슬람 머릿수건을 두르고 수업을 해도 되는지가 헌법을 고려하여 판단된다. 이것이 해당 문제를 의미 있게 해결하는 것인지는 당연히 논란이 될 수 있다. 정치적 논의에 헌법을 결부시키는 것의 단점은 모든 문제들의 정치적 성격을 제거시켜 버리는 경향이 있다는 점이다. 또한 이에 대한 최종적인 판단을 내리는 연방헌법재판소

54) G. Jellinek, 헌법개정과 헌법변천(Verfassungsänderung und Verfassungswandlung), 1906, 신판, 1996, S. 1 f., 72; 유사하게는 P. Laband, 독일 제국헌법의 변천(Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung), 1895, S. 2.

55) H. Vorländer, 칼스루에시(市)[역주-연방헌법재판소 소재지]와 함께하는 통치(Regiert Karlsruhe mit), in: 정치와 현대사로부터(Aus Politik und Zeitgeschichte) 61 (2011), S. 4 (21 f.).

56) A. Voßkuhle, 헌법양식과 헌법기능(Verfassungsstil und Verfassungsfunktion), 공법서고지(紙)(AöR) 119 (1994), 35 (44 f., 47 f., 51)에 안정성과 변화의 관계에 대한 유익한 고민들을 확인할 수 있다.

57) M. Jestaedt, 연방헌법재판소 현상(Phänomen Bundesverfassungsgericht), in: C. Schönberger/M. Jestaedt/O. Lepsius/S. Möllers, 한계에서 벗어난 법원(Das entgrenzte Gericht), 2011, S. 77 (85 f.).

의 권력을 강화한다. 하지만 다른 한편으로 이는 지금까지 독일 정치체계의 안정에 크게 기여했다고 볼 수 있다. 이를 통해 헌법은 공동체를 통합하는 가치기반으로 격상되었다. 어느 비평가가 오래 전에 통용되던 개념을 사용하여 표현한 문장을 인용하자면, 헌법은 오늘날 “‘통치계약(Herrschaftsvertrag)’, 즉 정치적 지배권력의 조직, 목표 및 제한을 다루는 구속력 있는 규범일 뿐만 아니라 동시에 ‘사회계약(Gesellschaftsvertrag)’, 즉 사회적 공동생활을 위한 실질적 기본골격”으로 통한다.⁵⁸⁾ 역사적 측면에서 볼 때 나치의 공포정치와 세계대전의 패전 이후 정치적 통합이나 지도 이념이 될 만한 다른 후보들이 탈락했고, 이로 인해 헌법은 더 쉽게 성장할 수 있었다. 문명의 파괴는 보편적인 가치의식을 뒤흔들어 놓았고, 민족적 정체성과 자기확신은 영원히 사라진 것 같이 보였다. 사람들은 이를 대체할 무언가를 찾아 나섰고 헌법에서 그것을 찾았으며, 결국 헌법은 새로운 충성심, 즉 바로 헌법에 대한 충성심의 기초가 되었다⁵⁹⁾. 그래서 오늘날 독일에서 점점 더 다원적, 다인종적, 다종교적으로 되어가는 사회에 살아가는 국민들을 하나로 묶어주는 것이 무엇인지, 이들을 묶어주는 “주도적 문화(Leitkultur)”를 어디에서 찾을 수 있는지 질문해 보면 우리의 시선은 자동적으로 가장 먼저 기본법으로 향한다. 이 모든 것을 종합해 보면 우리는 이렇게 말할 수 밖에 없을 것이다. “헌정의 상태(Verfassung)는 지금보다 나쁠 수도 있다.”

58) E.-W. Böckenförde, 국가, 헌법, 민주주의(Staat, Verfassung, Demokratie), S. 48 f.

59) D. Sternberger의 컨셉, 헌법충성(Verfassungspatriotismus), 1982, J. Habermas가 사실성과 유효성(Faktizität und Geltung), 3쇄, 2006, S. 632 ff.에서 이를 논박하고 발전시키고 있다.

Verfassungsänderung und Verfassungswandel.

Beobachtungen zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland

I. Verfassungen als offene Ordnungen

Verfassungen sind dazu bestimmt, den Zustand einer politischen Gemeinschaft langfristig und möglichst auf Dauer zu ordnen. Insofern sollen sie einerseits ein Stück “zeitgeistlose Kontinuität” verkörpern und gleichsam der “ruhende Pol des Ganzen” sein, wie man es für die Verhältnisse der Bundesrepublik beispielhaft formuliert hat¹⁾. Andererseits sollen sie sozialen Wandel nicht ausschließen, sondern sinnvoll einhegen und auf diese Weise auch ermöglichen. Das klassische Mittel dazu ist die Trennung von Verfassung und einfachem Recht, innerhalb derer der die Verfassung den Vorrang hat. Die Verfassung setzt dadurch einen verbindlichen Rahmen für die Erzeugung des einfachen Rechts, gibt dieses aber auch in weitem Umfang für die positive Gestaltung durch den demokratischen Gesetzgeber frei, der dadurch seinerseits auf Veränderungen der sozialen Wirklichkeit reagieren oder solche Veränderungen selbst anstoßen kann. Das nähere Verhältnis von Stabilität und Wandel lässt sich dann dahin bestimmen, dass Verfassungen auf der Ebene der Prinzipien und Verfahren höhere Kontinuität institutionalisieren als auf der Ebene ihrer Ausführung und Konkretisierung²⁾. Andererseits kann die Verfassung, wenn sie diese Aufgabe in die Zeit hinein auf möglichst zustimmungsfähige Weise erfüllen soll, ihrerseits vom Wandel nicht oder jedenfalls nicht vollständig ausgenommen sein. Gegen die Vorstellung, eine Verfassung müsse mit dem Inhalt, mit dem sie einmal erlassen worden ist, auf immer und

1) A. Voßkuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), 35 (52); K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Auflage 1984, S. VIII. Siehe auch bereits – unter Aufnahme eines Zitats von H. Kelsen – W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, unveränderter Neudruck 1971, S. 77: “Mit dem Begriff der Verfassung verbindet sich die Vorstellung der Stabilität; ‘die Grundregel der Verfassung bildet das feste und darum möglichst dauerhafte Fundament aller staatlichen Ordnung’.”

2) So D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Auflage 1994, S. 429 f.



ewig gelten, hat schon Thomas Jefferson den bekannten Einwand formuliert, dass keine Generation die ihr nachfolgenden binden könne: Die Toten, schrieb er, haben keine Macht über die Lebenden³⁾. Alle Verfassungen sind deshalb unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmten Grenzen auch selbst wandel- oder änderbar. Allerdings unterscheiden sie sich im Rechtsvergleich oft erheblich in dem Ausmaß und Grad, in dem sie sich auf die Veränderung einlassen. In einer typisierenden Betrachtung lassen sich dabei stärker statische (unbewegliche, starre etc.) von stärker dynamischen (beweglichen, entwicklungs-offenen etc.) Verfassungen unterscheiden, die aber jeweils nur die äußersten Pole einer gleitenden Skala bezeichnen⁴⁾. Für die nähere Zuordnung einer konkreten Verfassung zu einem dieser Pole kommt es dabei nicht nur auf die Möglichkeit der formellen Verfassungsänderung in der Verfassung selbst eingerichteten Verfahren an, sondern mindestens ebenso sehr auch auf die Möglichkeit der informellen Verfassungsänderung durch Interpretation, die oft auch zu einer eigenständigen Kategorie des “Verfassungswandels” zusammengezogen wird⁵⁾. Zusätzlich muss die Praxis in den Blick genommen werden, in der darüber entschieden wird, wie oft und in welchem Umfang von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird. In diesem Sinne sollen die beiden Formen der Veränderung und Fortentwicklung einer Verfassung im Folgenden für die Bundesrepublik kurz analysiert und vorgestellt werden, bevor in einem letzten Schritt gefragt wird, wie sich dies auf die Rolle und den Stellenwert der Verfassung im politischen wie gesellschaftlichen Leben ausgewirkt hat.

3) Siehe etwa T. Jefferson im Brief an J. Cartwright, 1824, abgedruckt in: *The Writings of Thomas Jefferson*, Memorial Edition 1903 – 04, Vol. 16, S. 48.

4) Die Unterscheidung deckt sich nicht mit der klassischen Unterscheidung von “rigider” und “flexibler” Verfassung bei J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Bd. 1 1901, S. 124 ff. Den Begriff der “flexiblen Verfassung” behielt Bryce im Wesentlichen den ungeschriebenen Verfassungen wie derjenigen Großbritanniens vor, weil diese praktisch vollständig zur Disposition der normalen Gesetzgebung stehen. Auch hier sind die Dinge aber komplizierter, vgl. B.-O. Bryde, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 43 ff.

5) Speziell für die Bundesrepublik ist diese Figur umfassend wissenschaftlich aufbereitet, ohne dass sich allerdings Einigkeit über die praktische Bedeutung wie über die Legitimität hätte erzielen lassen. Siehe aus der Vielzahl der Veröffentlichungen nur E.-W. Böckenförde, *Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel*, jetzt in: ders., *Staat, Nation, Europa*, 1999, S. 141 ff.; einerseits und P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, jetzt in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 2. Auflage 1998, S. 111 ff.; ferner etwa A. Voßkuhle, *Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?*, *Der Staat* 43 (2004), 450 ff.; L. Michael, *Die verfassungswandelnde Gewalt*, *RW* 5 (2014), 426 ff.

II. Formelle Verfassungsänderung durch verfassungsänderndes Gesetz

Für die förmliche Verfassungsänderung sieht Art. 79 Abs. 1 GG zunächst vor, dass sie nur durch ein Gesetz erfolgen kann, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Das Grundgesetz setzt sich damit von früheren deutschen Verfassungen wie insbesondere der Weimarer Reichsverfassung ab, die für Abweichungen von der Verfassung lediglich eine qualifizierte Mehrheit, aber keine ausdrückliche Textänderung verlangten. Die Folge waren vielfältige “Verfassungsdurchbrechungen” auf der Ebene des einfachen Rechts, die im Ergebnis dazu führten, dass sich der Verfassungsurkunde ein vollständiges und zutreffendes Bild des geltenden Verfassungsrechts gar nicht mehr entnehmen ließ⁶⁾. Gerade dies soll durch das Gebot ausdrücklicher Textänderung verhindert werden⁷⁾. Für das Verfahren schreibt Art. 79 Abs. 2 GG vor, dass das betreffende Gesetz der Zustimmung von 2/3 der Mitglieder von Bundestag und Bundesrat bedarf. Anders als in zahlreichen anderen Verfassungen ist eine Anrufung des Volkes als des eigentlichen Trägers der verfassungsgebenden Gewalt demgegenüber nicht vorgesehen, und zwar weder auf der Ebene der einzelnen Länder noch auf der Ebene des Bundes als Ganzes⁸⁾. Das Verfahren der Verfassungsänderung entspricht stattdessen vollständig dem Verfahren der normalen Gesetzgebung, von dem es sich am Ende nur durch das Erfordernis einer hinreichend qualifizierten Mehrheit in beiden Kammern unterscheidet. Grenzen sind der Verfassungsänderung dagegen in inhaltlicher Hinsicht gesetzt: Keine Verfassungsänderung, so bestimmt es Art. 79 Abs. 3 GG, darf die identitätsbestimmenden Bestandteile der Verfassung, namentlich die Menschenwürdegarantie, das Demokratieprinzip, den sozialen Rechtsstaat und die Grundzüge der bundesstaatlichen Ordnung, antasten oder gar vollständig abschaffen. Mit dieser sog. Ewigkeitsgarantie, die praktisch keine historischen Vorläufer hat, zieht das Grundgesetz die Konsequenz aus den Erfahrungen der

6) H. Dreier, in: ders., (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Auflage 2015, Art. 30 Rn. 3 m.w.N.

7) Eine Ausnahme von diesem Gebot gilt für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge und die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union, vgl. Art. 23 Abs. 1, 24 GG.

8) Siehe demgegenüber namentlich Art. V der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika; für die danach erforderliche Ratifikation in einer 3/4 Mehrheit der Bundesstaaten ist nahezu überall ein Referendum vorgeschrieben.



nationalsozialistischen Machtergreifung, bei der die Weimarer Reichsverfassung mit einigen formell legalen Federstrichen und unter Ausnutzung der von ihr selbst zur Verfügung gestellten Möglichkeiten beseitigt wurde. Ein innerer Kern der Verfassung wird damit jeder Änderung entzogen. Außerhalb dieses Kerns sind Änderungen aber relativ leicht möglich, weil sich das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit bei gleichzeitigem Verzicht auf ein Referendum nicht als wirkliche Hürde erwiesen hat; in der insgesamt noch stark konsens- und kompromissorientierten politischen Kultur der Bundesrepublik ist diese Mehrheit jedenfalls prinzipiell organisierbar. Im internationalen Vergleich gehört das Grundgesetz dementsprechend zu den am leichtesten änderbaren Verfassungen: In den bislang 68 Jahren seines Bestehens ist es insgesamt 62 Mal geändert worden, im Vergleich etwa zu lediglich 18 Änderungen der amerikanischen Verfassung in den mehr als 200 Jahren ihres Bestehens⁹⁾. Insgesamt gibt es deshalb heute im Grundgesetz deutlich mehr Bestimmungen, die irgendwann geändert oder neu eingefügt worden sind, als solche, die nicht geändert worden sind¹⁰⁾. Allerdings verteilen sich die Änderungen auf die verschiedenen Teile der Verfassung in unterschiedlichem Maße und sind auch in sich von ganz unterschiedlichem Gewicht. Eine kursorische Zusammenstellung sähe etwa wie folgt aus:

1. Grundrechte

Zu den von förmlichen Verfassungsänderungen immer noch weitgehend ausgenommenem Teil der Verfassung gehört vor allem der Abschnitt über die Grundrechte, wengleich auch hier vor allem nach der Wiedervereinigung im Jahre 1990 einige stärkere Eingriffe zu verzeichnen sind. Bis zu diesem Zeitpunkt erfolgten nur einige Anpassungen im Zuge der Einführung der Wehr- und der Notstandsverfassung, auf die noch zurückzukommen sein wird; die wichtigste oder jedenfalls umfänglichste dieser Anpassungen – die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht in Art. 12a GG – ist derzeit schon wieder bedeutungslos, weil die Wehrpflicht durch ein einfaches Gesetz im Jahre 2011 für die Normallage wieder ausgesetzt

9) Letzte Änderung des Grundgesetzes: Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) vom 13.07.2017, BGBl. I, S. 2347.

10) Vgl. D. Grimm, Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 126 ff., dort zugleich mit deutlicher Kritik (“Wie man eine Verfassung verderben kann”).

worden ist¹¹⁾. Nach 1990 kam es ansonsten im Wesentlichen zu drei Änderungen, von denen eine den Grundrechtsschutz erweiterte, die beiden anderen dagegen ihn teils erheblich einschränkten. Die Erweiterung betraf den Gleichheitssatz des Art. 3 GG, der im Zuge einer insgesamt doch recht klein ausgefallenen Verfassungsreform nach der Wiedervereinigung um das Gebot der Förderung der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Abs. 2) und ein Verbot der Benachteiligung Behinderter (Abs. 3 Satz 2) ergänzt wurde¹²⁾. Die beiden Verkürzungen des Grundrechtsschutzes waren demgegenüber stark umstritten und gingen erst aus heftigen Auseinandersetzungen hervor. Die erste davon betraf das Asylrecht, das wiederum als Reaktion auf die nationalsozialistische Gewaltherrschaft und die oft bitteren Erfahrungen deutscher Exilanten im Ausland zunächst ohne jede Möglichkeit der Einschränkung gewährleistet war: “Politisch Verfolgte genießen Asylrecht”, lautete das ebenso schlichte wie unbegrenzte Versprechen. Nachdem die Flüchtlingszahlen Anfang der 1990er-Jahre in bislang unbekannte Höhen schnellten (von rd. 5.000 im Jahre 1972 auf bis zu 440.000 im Jahre 1992), beschlossen die Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP und die Opposition in Gestalt der SPD im sog. Asylkompromiss Ende 1992 eine Neuregelung des Asylrechts, in deren Folge auch die Gewährleistung des Grundgesetzes von Grund auf umgestaltet und in einem eigenen Verfassungsartikel, dem neuen Art. 16a GG, untergebracht wurde¹³⁾. Im Ergebnis ist das Asylrecht dadurch so weitgehenden Einschränkungen unterworfen worden, dass es als solches kaum mehr in Anspruch genommen werden kann und neben den internationalen und den europarechtlichen Regelungen praktisch völlig bedeutungslos geworden ist. Die zweite Einschränkung betraf das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG, das um Bestimmungen der Möglichkeit polizei- und nachrichtendienstlicher Überwachung, insbes. den sog. großen Lauschangriff, ergänzt wurde (Absätze 3 – 6)¹⁴⁾. Auch dem ging eine teils heftige

11) Vgl. §§ 2, 5 Wehrpflichtgesetz, geändert durch das Wehrrechtsänderungsgesetz vom 28.04.2011, BGBl. 1 S. 678.

12) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 11a und 125a) vom 27.10.1994, BGBl. 1, S. 3146.

13) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16 und 18) vom 28.06.1993, BGBl. 1, S. 1002.

14) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26.03.1998, BGBl. 1, S. 610.



innenpolitische Debatte voraus, in der es sowohl um die Notwendigkeit der entsprechenden Beschränkung als auch um die grundsätzlichen Verschiebungen im allgemeinen Verhältnis von Freiheit und Sicherheit ging¹⁵⁾. Das Bundesverfassungsgericht, dem die Regelungen zur Überprüfung vorgelegt wurden, hat beide jedoch im Ergebnis passieren lassen und keinen Verstoß gegen die Ewigkeitsgarantie erkennen können; im Falle der Änderung des Art. 13 GG war dies jedoch innerhalb des Senats durchaus umstritten¹⁶⁾.

2. Staatsorganisationsrechtlicher Bereich

Die mit weitem Abstand meisten Änderungen betrafen demgegenüber die Art. 20 – 146 GG, die im wesentlichen Fragen der Staatsorganisation regeln. Politisch in besonderer Weise kontrovers waren dabei vor allem zwei Fälle: zum einen die Einfügung der Wehrverfassung im Jahre 1956, mit der die Grundlage für die Aufstellung eigener Streitkräfte und den schon ein Jahr zuvor vollzogenen Beitritt der Bundesrepublik zur NATO schuf¹⁷⁾, zum anderen die Notstandsverfassung des Jahres 1968, mit der versucht wurde, den – inneren wie äußeren – Ausnahmezustand so weit wie möglich zu verrechtlichen¹⁸⁾. Die davon ausgelösten Debatten zählen bis heute zu den heftigsten innenpolitischen Debatten, die die Bundesrepublik in ihrer Geschichte je erlebt hat; unter anderem an der Notstandsgesetzgebung entzündete sich die Studentenbewegung von 1968. Beide Fälle sind allerdings für die hier interessierenden Fragen insoweit untypisch, als sie weniger eine bloße Veränderung innerhalb der Verfassung als vielmehr Vorgänge “nachgeholter Verfassunggebung” darstellen, die aus einigen Besonderheiten der deutschen Nachkriegsgeschichte erklärbar sind: Bei Inkrafttreten

15) Beide Kontroversen sind aufgearbeitet bei C. Hillgruber, Notwendigkeit und Bedeutung einer Verfassungsänderung am Beispiel von Art. 10, 13 und 16 GG, in: M. Jestaedt/H. Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung I, 2017, S. 149 ff.

16) Siehe zum Asylkompromiss BVerfGE 94, 49 ff.; zur Änderung von Art. 13 GG BVerfGE 109, 279 ff., siehe dort das Minderheitsvotum der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt (382 ff.).

17) Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19.03.1956, BGBl. 1, S. 111; vorausgegangen waren einigen kleinere Änderungen der sog. Wehrnovelle von 1954, im Zusammenhang mit dem letztendlich gescheiterten Projekt einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 26.03.1954, BGBl. 1, S. 45.

18) Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24.06.1968, BGBl. 1, S. 709; am umfangreichsten hier die Regelung des Verteidigungsfalles in Art. 115 a ff.

des Grundgesetzes und auch danach stand die Bundesrepublik zunächst noch unter dem Besatzungsstatut – und damit auch der Schutzglocke – der Alliierten, sodass zunächst gar kein Bedarf für die Aufnahme entsprechender Bestimmungen in die Verfassung bestand; zudem wurden unter dem Zeitdruck der Beratungen und der Notwendigkeit der ständigen Abstimmung mit den Alliierten schwierige Fragen wie diese zunächst einmal ausgeklammert¹⁹⁾. Die Notstandsverfassung ist darüber hinaus noch kein Mal aktiviert worden und liegt bis heute weitgehend brach, so wie es schon in dem Wort Carl Schmitts anklingt, der klassische Ausnahmezustand sei angesichts der vielfältigen Techniken staatlicher Prävention in allen gesellschaftlichen Bereichen heute “etwas Altmodisches” geworden²⁰⁾. Unter den sonstigen Verfassungsänderungen ragen vor allem die folgenden drei wegen ihrer politischen Bedeutung heraus oder werden jedenfalls als politisch besonders bedeutsam empfunden: die 1969 erfolgte Reform der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern, die das Leitbild des Bundesstaates stärker auf die Idee eines “kooperativen Föderalismus” hinordnete²¹⁾, die Umstellungen im Zusammenhang mit dem Vollzug der Deutschen Einheit von 1990, die vor allem den bisherigen Provisoriumscharakter des Grundgesetzes beseitigte und es auch formell zu einer Vollverfassung erklärte²²⁾, schließlich die sog. Maastricht-Novelle des Jahres 1992, mit der die Eingliederung der Bundesrepublik in die Europäische Union und die weitere Vertiefung der Integration geschaffen wurde²³⁾. Bei näherem Hinsehen dürfte sich aber auch die Bedeutung dieser Änderungen ein Stück relativieren. So wurde für die Wiedervereinigung der für das Grundgesetz als

19) Bryde (Fn. 4), S. 118 ff.; so auch die heute insgesamt vorherrschende Deutung, vgl. A. Bauer/M. Jestaedt, Das Grundgesetz im Wortlaut, 1997, S. 32.

20) C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954, 3. Auflage 1985, S. 261.

21) Zwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12.05.1969, BGBl. 1, S. 357; Einundzwanzigstes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz) vom 12.05.1969, BGBl. 1, S. 359.

22) Einigungsvertragsgesetz vom 23.09.1990, BGBl. 2, S. 885. In dem Zusammenhang der Wiedervereinigung auch der Versuch einer größeren Verfassungsreform durch die 1991 eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission von Bund und Ländern, siehe deren Abschlussbericht, BT-Drucksache 12/6000, S. 5 ff.; zu den Ergebnissen siehe sogleich im Text.

23) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992, BGBl. 1, S. 2086. Von besonderer Bedeutung ist hier insbes. die Neuformulierung des Art. 23 GG, des sog. Europaartikels.



Ganzes insgesamt schonendste Weg eines Beitritts der Länder der ehemaligen DDR zur Bundesrepublik gewählt, und auch der im Zusammenhang damit in Angriff genommene Versuch einer größeren Revision des Grundgesetzes brachte insgesamt nur vergleichsweise magere Ergebnisse wie etwa das bereits angesprochene Gebot zur Förderung der Geschlechtergleichberechtigung in Art. 3 Abs. 2 oder die Einfügung eines neuen Staatsziels Umweltschutz in Art. 20a GG²⁴⁾. Der im Rahmen der Maastricht-Novelle zu einem neuen “Europaartikel” umgestaltete Art. 23 GG wiederum erhob die Europäische Integration zwar zu einem eigenständigen Staatsziel, kodifiziert aber gerade in seinen grundlegenden Elementen nur vieles von dem, was das Bundesverfassungsgericht bereits als Anforderungen an diese Integration formuliert hatte²⁵⁾. Die allermeisten Verfassungsänderungen sind demgegenüber deutlich kleinteiliger und beziehen sich ganz überwiegend auf das Bundes-Länder-Verhältnis; es ging dann etwa um die Übertragung oder Verschiebung von Kompetenzen (ganz überwiegend von den Ländern auf den Bund), um die Verteilung oder Umschichtung von Geld (in alle möglichen Richtungen) oder die Begründung verschiedener Möglichkeiten der Zusammenarbeit (auf letztlich beliebigen Gebieten). In concreto fallen die Regelungen dabei, was laut beklagt worden ist, oft sehr technisch aus und verlieren sich in einer Fülle von Details, die so an sich nicht in eine Verfassung gehören, sondern auf der Ebene des einfachen Rechts besser aufgehoben wären²⁶⁾. Gerade die Kleinteiligkeit und Detailfreudigkeit macht die Regelungen dann aber unflexibel und löst bei jeder geringfügigen Änderung der Verhältnisse neuen Änderungsbedarf aus, auf den mit neuen Regelungen reagiert werden muss, die dann ihrerseits selbst wieder unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Abänderbarkeit stehen müssen.

3. Zusammenfassende Würdigung

Vor diesem Hintergrund lässt sich aus der im internationalen Vergleich ausgesprochen hohen Zahl der Verfassungsänderungen nicht auf eine entsprechend hohe oder nahezu

24) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. 1 S. 3146; siehe dazu bereits oben Fn. 12.

25) Siehe BVerfGE 37, 271 – Solange I; 58, 1 – Eurocontrol; 73, 339 – Solange II.

26) Siehe M. Brenner, Die neue Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), 248 ff.; siehe diesbezüglich etwa auch die Kritik von Grimm (Fn. 10), S. 126 ff.

vollständige Dynamisierung des Grundgesetzes insgesamt schließen²⁷⁾. Dafür müsste man in einer Art Kartierung die Teile und Aussagen der Verfassung, die Gegenstand von Änderungen gewesen sind, denen gegenüberstellen, die von den Veränderungen ausgenommen und intakt geblieben sind. Dabei ergibt sich dann doch ein sehr differenziertes Bild. Blickt man dazu noch einmal zurück auf den Grundrechtsteil, so ist die einzige wirklich tiefgreifende Änderung die Umgestaltung des Asylartikels, die das Grundrecht selbst weitgehend entwertet hat, während die anderen Änderungen entweder nur modifizierenden oder überhaupt nur ganz punktuellen Charakter hatten. In die allermeisten Grundrechte ist demgegenüber vom Gesetzgeber überhaupt nicht eingegriffen worden: Menschenwürde, freie Entfaltung der Persönlichkeit, Gleichheit vor dem Gesetz, Religions- und Gewissensfreiheit, Meinungs- und Pressefreiheit, Schutz von Ehe und Familie, Versammlungsfreiheit, Berufs- und Eigentumsfreiheit stehen immer noch genauso im Grundgesetz, wie sie bei seinem Inkrafttreten im Jahre 1949 gestanden haben. Auch im Bereich der Staatsorganisation sind weite Bereiche von den Veränderungen unberührt geblieben oder wurden von ihnen allenfalls in einigen Nebenaspekten erfasst. Das gilt etwa für die Zuständigkeiten und Binnenbeziehungen der obersten Staatsorgane Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und Bundespräsident, von denen im Wesentlichen nur die Zuordnung von Bundestag und Bundesrat im Zuge der verschiedenen Reparaturen im Bund-Länder-Verhältnis mehrfach verschoben wurde; allerdings betreffen auch hier die Verschiebungen nicht die grundsätzliche Art und Weise der Mitwirkung des Bundesrates bei der Bundesgesetzgebung, sondern nur die konkret mitwirkungsbedürftigen Materien. Auch die Grundzüge des demokratisch-politischen Prozesses – vom Wahlsystem über die Art und Weise der Regierungsbildung bis hin zum Gesetzgebungsverfahren – sind über die gesamte Bestehenszeit des Grundgesetzes hinweg beeindruckend konstant geblieben, was mit Blick auf das Wahlrecht vor allem gegenüber anderen europäischen Ländern wie Frankreich oder Italien bemerkenswert ist²⁸⁾. Dasselbe wäre sicher auch von den Grundstrukturen der

27) So bereits das Fazit von Bryde im Jahre 1982, siehe ders., S. 118. Daran hat sich bei einer für die einzelnen Jahre im wesentlichen gleichgebliebenen Zahl von Verfassungsänderungen (im Schnitt 1,03 Verfassungsänderungen pro Jahr von 1949 – 1982 gegenüber zusammengesetzten 0,91 Verfassungsänderungen pro Jahr von 1949 – 2017) nichts wesentliches geändert, siehe dazu sogleich im Text.

28) Im Unterschied zu vielen anderen Verfassungen regelt das Grundgesetz allerdings nicht selbst das Wahlsystem;



Rechts- und Sozialstaatlichkeit zu sagen. Insofern könnte die Bedeutung der förmlichen Verfassungsänderung für die nähere Verortung des Grundgesetzes auf der Skala von Statik und Dynamik doch begrenzter sein, als man oft meint.

III. Informelle Verfassungsentwicklung durch Interpretation

Allerdings bleibt das Gesamtbild unvollständig, wenn nicht zugleich auch die Möglichkeit der Fort- und Weiterbildung – und damit auch eines möglichen Wandels der Verfassung – durch Interpretation in den Blick genommen wird. Für diese hat das Bundesverfassungsgericht gleich im ersten Band seiner Entscheidungssammlung die Tür geöffnet, als es sich von der Auslegung der Verfassung nach dem Willen der Gründer verabschiedete und stattdessen auf den “objektiven” Sinn der Norm abstellte; der Entstehungsgeschichte, so meinte es, komme für die Auslegung einer Vorschrift allenfalls ergänzende Bedeutung für die Ausräumung von Zweifeln zu, die sich auf anderem Wege nicht beseitigen ließen²⁹⁾. In einer späteren Entscheidung hat es darüber hinaus festgestellt, die Verfassung bestehe überhaupt nicht nur aus “den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen”, die nicht zuletzt aus einem “vorverfassungsmäßigen Gesamtbild” zu erschließen seien³⁰⁾. Verfassungsinterpretation wird in der Bundesrepublik seither weithin als rechtsschöpferisches Verfahren der “Konkretisierung” begriffen, das den Inhalt der zu interpretierenden Norm nicht als

dieses wird aber traditionell zur sog. “materiellen” Verfassung der Bundesrepublik gerechnet, vgl. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Auflage 1984, S. 107; P. Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, 2002, S. 424.

29) BVerfGE 1, 299 (Leitsatz 2); seitdem ständige Rechtsprechung, siehe zuletzt BVerfG, NJW 2017, 611 (621) – Zweites NPD-Verbotsverfahren.

30) BVerfGE 2, 380 (Leitsatz 4); zuletzt bestätigt in: BVerfGE 141, 1 (33). Siehe etwa auch die Parallele in der Rechtsprechung des kanadischen Supreme Court: “The constitution is more than a written text. It embraces the entire global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority. A superficial reading of selected provisions of the written constitutional enactment, without more, may be misleading. It is necessary to make a more profound investigation of the underlying principles animating the whole of the constitution... Those principles must inform our overall appreciation of the constitutional rights and obligations”, *Reference re Secession of Quebec* (1998), 2 S.C.R. 217 (Can.).

vorgegeben unterstellt, sondern ihn im Prozess der Anwendung selbst erst herstellt³¹⁾. Die Norm erhält dadurch einen Inhalt, den sie aus sich heraus nicht hatte, und Interpretation bedeutet in diesem Sinne notwendig Aufladung und Anreicherung der Verfassung mit immer neuen Inhalten. Zugleich wird die Verfassung dadurch in weitem Umfang zur Wirklichkeit hin geöffnet und ihren Veränderungen gegenüber freigegeben, so wie es in der für die Verfassungspraxis der Bundesrepublik lange Zeit maßgeblichen Integrationslehre Rudolf Smends vorgedacht ist³²⁾. Von einem kritischen Standpunkt ist dies als “permanenter rechtsschöpferischer Verfassungswandel unter dem Etikett der Interpretation” kritisiert worden³³⁾. So oder so prägt es die Verfassungspraxis der Bundesrepublik weitgehend mit, wobei vor allem das Bundesverfassungsgericht die Führungsrolle übernommen hat³⁴⁾. In den zentralen Bereichen stellt sich die Situation danach wie folgt dar:

1. Grundrechte

Während die Grundrechte von Eingriffen des verfassungsändernden Gesetzgebers nur punktuell betroffen waren, bildeten sie von Anfang an einen Hauptgegenstand interpretatorischer Weiterentwicklung und inhaltlicher Anreicherung durch die Rechtsprechung. Begünstigt wird dies durch den weithin offenen und fragmentarischen Normierungsstil, bei dem sowohl die Inhalte der jeweiligen Gewährleistungen als auch die Gründe möglicher Einschränkungen nur ganz allgemein, oft mit einem Schuss Pathos und

31) Grundlegend K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Neudruck 1999 Rn. 60 f.

32) Siehe R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, jetzt in ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 4. Auflage 2010, S. 191: “Es ist einfach der immanente und selbstverständliche Sinn der formulierten Verfassung, dass sie diese Elastizität hat und dass ihr System sich gegebenenfalls von selbst ergänzt und wandelt”. Zum konkreten Verfahren der Anwendung und der Verfassungspraxis der Bundesrepublik siehe U. Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 129 ff.

33) E.-W. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 67 f.

34) Vgl. dessen Charakterisierung als “verfassungswandelnde Gewalt” bei Michael (Fn. 5); ähnlich zuvor etwa schon Bryde (Fn. 4), S. 147 ff.; T. Würtenberger, Verfassungsänderungen und Verfassungswandel des Grundgesetzes, in: H. Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsänderungen, Beiheft 20 zu “Der Staat”, 2012, S. 287 (294): “verfassungsentwickelnde Gewalt”.



jedenfalls fernab von gängigen Vorstellungen juristischer Präzision beschrieben werden³⁵⁾.

Vor diesem Hintergrund hat namentlich das Bundesverfassungsgericht das System der Grundrechte von Anfang an in erheblichem Umfang mit- und teils auch umgestaltet, und zwar sowohl in seiner allgemeinen Struktur und Zielrichtung als auch in seinen einzelnen Elementen. Hinsichtlich der allgemeinen Struktur und Zielrichtung fügte es der Grundrechtsprüfung zunächst den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein, der seitdem als zentraler Maßstab für die Beurteilung von Grundrechtseingriffen gilt³⁶⁾. Später erweiterte es den Eingriffsbegriff selbst von rechtsförmig-imperativen auf alle Maßnahmen mit grundrechtsbeeinträchtigendem Effekt mit der Folge, dass heute praktisch jede staatliche Belastung oder Beeinträchtigung der Bürger in einem gerichtlichen Verfahren umfassend auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft werden kann³⁷⁾. Vor allem aber erweiterte das Bundesverfassungsgericht in dem für das Verfassungsverständnis der Bundesrepublik bis heute grundlegenden Lüth-Urteil den Geltungsumfang der Grundrechte insgesamt, indem es diese nicht nur als Ausgrenzungen der Staatsgewalt, in der Sache also als bloße Ansprüche auf Unterlassung von Eingriffen deutete, sondern als Aufträge zu aktiver Grundrechtsförderung und Maßstäbe für die Rechtsordnung insgesamt: Die Grundrechte seien zwar „in erster Linie“ (aber eben nicht nur) „Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“; stattdessen verkörpere sich in ihnen auch „eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt“³⁸⁾. Dies bildete den Auftakt für die Anreicherung der Grundrechte mit immer neuen Funktionen, unter denen heute vor allem ihre Bedeutung als vom Staat zu erfüllende „Schutzpflichten“ hervorragt³⁹⁾. Hinsichtlich der einzelnen Elemente des Grundrechtssystems zeigt

35) Also etwa: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“, „Die Wohnung ist unverletzlich“ etc., zu Letzterem siehe BVerfGE 32, 54 (72).

36) Grundlegend in diesem Sinne etwa BVerfGE 7, 377 (399 ff.) – Apothekenurteil.

37) Vgl. etwa H. Dreier, in: ders., (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Auflage 2013, Vorbemerkung v. Art. 1 Rn. 125; S. Müller-Franken, in: B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 13. Auflage 2014, Vorb. v. Art. 1 Rn. 45.

38) BVerfGE 7, 198 (Leitsatz 2, 204 ff.) – Lüth.

39) Grundlegend BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch; siehe ferner etwa BVerfGE 56, 54 (63) – Fluglärm; 53, 30 (57) – Mülheim-Kärlich; 121, 317 (356) – Nichtrauchergesetz.

sich die Anreicherung vor allem in der „Erfindung“ neuer Grundrechte, die ihren Ausgangspunkt im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG hat⁴⁰⁾. Beide hat das Bundesverfassungsgericht in Anknüpfung an eine entsprechende Rechtsschöpfung der Zivilgerichte zu einem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ zusammengezogen, aus dem im Laufe der Zeit immer neue Grundrechte abgeleitet wurden: das Recht auf Ehre, ein Recht am eigenen Bild, ein Recht am gesprochenen Wort, die allgemeine Garantie der Privatsphäre, schließlich – im Zusammenhang mit den neuen Herausforderungen durch die neuen Techniken und Möglichkeiten der Datenverarbeitung – das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung oder sogar ein neues Grundrecht auf Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme⁴¹⁾. Die Erweiterung der Grundrechte ist aber darauf nicht beschränkt, sondern findet sich auch in vielen anderen Bereichen, vom allgemeinen Recht auf ein faires Verfahren bis hin etwa zu einem speziellen Recht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung⁴²⁾. Insgesamt enthält das Grundgesetz dadurch heute viel mehr Grundrechte, als sie aus seinem Text ablesbar sind.

2. Staatsorganisationsrecht

Auch im Bereich des Staatsorganisationsrechts setzen die Veränderungen und inhaltlichen Anreicherungen wesentlich auf einer allgemeinen und abstrakten Ebene an, nämlich bei den elementaren Prinzipien und Grundaussagen, die Inhalt und Form des Staates bestimmen. Das Demokratieprinzip etwa haben das Bundesverfassungsgericht und die vorherrschende Interpretation nach und nach mit einer materialen und anspruchsvollen Konzeption verbunden, die über die Einhaltung formaler Verfahren- und Organisationsprinzipien

40) A. Voßkuhle, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ 2009, 917 (920 f.).

41) Informationelle Selbstbestimmung: BVerfGE 65, 1 (43 ff.) – Volkszählungsurteil; Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme BVerfGE 120, 274 (313 ff.) – Online-Durchsuchung.

42) Zu letzterem BVerfGE 133, 59 (Leitsatz 1, 73 ff.).



hinausweist und auf der Notwendigkeit gemeinschaftlicher Einbindung aller Bürger in den politischen Prozess beharrt⁴³⁾. In der Folge sind etwa auch die Wahlgrundsätze der Allgemeinheit, Unmittelbarkeit, Freiheit, Gleichheit und Geheimheit der Wahl in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG umfunktioniert worden zu einem allgemeinen Grundrecht auf Demokratie, mit dessen Hilfe heute etwa die Einhaltung bestimmter Demokratiestandards im weiteren Fortgang der Europäischen Integration angemahnt werden kann⁴⁴⁾. Ähnlich ist das Rechtsstaatsprinzip schon in der Frühphase der Interpretation auf eine Vorstellung materieller Gerechtigkeit hingeordnet und von hier aus als eine der Leitideen verstanden worden, die der inhaltlichen Ausfüllung in besonderer Weise offen stehen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit umfasst es in diesem Sinne etwa: einen allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes, ein allgemeines Verbot der Rückwirkung staatlicher Maßnahmen, die Forderung nach hinreichender Bestimmtheit grundrechtsrelevanter Gesetze, ferner Gebote der Klarheit, Verständlichkeit und Widerspruchsfreiheit von Normen, die Orientierung der Strafe am Maß der Schuld etc.⁴⁵⁾.

Auch das im Grundgesetz nur ganz beiläufig und letztlich nur in Form eines unscheinbaren Adjektivs erwähnte Sozialstaatsprinzip ist mittlerweile zu einem umfassenden Staatsziel ausgebaut worden, das den Staat umfassend auf die Gewährleistung sozialer Sicherheit und sozialer Gerechtigkeit verpflichtet und in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie heute auch den Anspruch auf das unabdingbare Existenzminimum begründet⁴⁶⁾. Zuletzt ist auch das Bundesstaatsprinzip mit einer Vorstellung arbeitsteilig-solidarischer Kooperation verbunden worden, aus der sich wechselseitige Einstands- und Rücksichtnahmepflichten ebenso ableiten lassen wie konkrete Vorgaben für den Finanzausgleich zwischen Bund

43) Siehe etwa BVerfGE 5, 85 (196 f.) – KPD-Urteil; markant ferner etwa BVerfGE 123, 267 (358 f.) – Lissabon.

44) Siehe etwa BVerfGE 89, 155 (171 ff.) – Maastricht; 123, 267 (329 ff.) – Lissabon.

45) Siehe etwa die Nachweise in Fn. 30; aus neuerer Zeit etwa BVerfGE 133, 168 (198) – Verständigung im Strafverfahren. Zu den Grundsätzen der Bestimmtheit und Normenklarheit siehe ferner BVerfGE 141, 220 (265) – BKA-Gesetz.

46) Zum Sozialstaatsprinzip allgemein BVerfGE 22, 180 (204); zum Anspruch auf das Existenzminimum BVerfGE 132, 134 (159).

und Ländern⁴⁷⁾. Aber auch hier reichen die Veränderungen und Anreicherungen von der ganz allgemeinen Ebene hinunter zu den konkreten Einzelaussagen und Einzelnormen der Verfassung, die in ihrer Anwendung beständig mit neuem Sinn gefüllt werden. Auch davon ist heute praktisch kein Bereich mehr ausgenommen. Als instruktives und etwa auch für die Lage in Korea oder Japan aufschlussreiches Beispiel mag man etwa den interpretatorischen Umgang mit Auslandseinsätzen der Bundeswehr ansehen, wie sie heute praktisch auf der ganzen Welt – etwa im Rahmen von UN- oder NATO-Einsätzen – stattfinden: Diese hat das Bundesverfassungsgericht gegenüber der sie an sich beschränkenden Bestimmung des Art. 87 Abs. 2 GG einerseits mit einer Begründung gebilligt, die man vierzig Jahre vorher noch als unseriös zurückgewiesen hätte⁴⁸⁾. Andererseits band das Gericht den Einsatz in derselben Entscheidung an die vorherige Zustimmung des Deutschen Bundestages und begründete so den sog. wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt, der als neuer Verfassungsgrundsatz seitdem einhellig anerkannt ist⁴⁹⁾.

3. Zusammenfassende Würdigung

Vergleicht man von dieser Bestandsaufnahme aus die interpretatorische Fortentwicklung der Verfassung mit den Aktivitäten des verfassungsändernden Gesetzgebers, so fällt zunächst auf, dass sie sich jedenfalls äußerlich auf unterschiedliche Teile der Verfassung konzentrieren: Während das Bundesverfassungsgericht einen Schwerpunkt der Verfassungsentwicklung im Grundrechtsteil sowie bei den eher allgemeinen Aussagen und Sätzen der Verfassung hat, wird der verfassungsändernde Gesetzgeber, wenn man auf die Statistik schaut, am häufigsten im Bereich der Kompetenzordnung und hier vor allem im Bund-Länder-Verhältnis tätig. Aber der eigentliche Unterschied ist tieferer und

47) Siehe etwa BVerfGE 72, 330 (419); 101, 158 (220 f.).

48) So die Charakterisierung von J. Masing, Zwischen Kontinuität und Diskontinuität: Die Verfassungsänderung, *Der Staat* 44 (2005), 1 (1 f.) mit entsprechendem Verweis auf die Lage für Japan. Art. 87 a Abs. 2 GG lautet: außer zur Verteidigung dürfen die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit dieses Grundgesetz es ausdrücklich zulässt, Hervorhebung nur hier.

49) Maßgebliche Entscheidung: BVerfGE 90, 286 – Out-of-area-Einsätze, darauf bezogen auch die Kritik von Masing. Einfach gesetzlich ausgestaltet ist dieser mittlerweile durch das Parlamentsbeteiligungsgesetz vom 18. März 2004, BGBl. 1, S. 775.



grundsätzlicher Natur. Sieht man von den historisch zu begründenden Sonderfällen wie der Einfügung der Wehr- oder Notstandsverfassung ab, so haben die Eingriffe des Gesetzgebers in der großen Mehrzahl immer nur punktuellen Charakter; soweit sie nicht überhaupt nur in Anpassungsversuchen an eine vorausgeeilte Wirklichkeit bestehen, zielen sie immer auf bestimmte konkrete Probleme, die mit ihrer Hilfe bewältigt werden sollen⁵⁰⁾. Demgegenüber setzt die Verfassungsentwicklung durch Interpretation bei den abstrakten Richt- und Orientierungspunkten der Verfassung an, sie wirkt in ihre Grund- und Tiefenstrukturen hinein und betrifft zuletzt das Grundverständnis der Verfassung insgesamt, das von ihr in eine bestimmte Richtung dirigiert oder vielleicht auch verschoben wird. Erst dies weist das Grundgesetz auch im internationalen Vergleich als eine außerordentlich dynamische und entwicklungs offene Ordnung aus, die ihren Subjekten – im Wortsinne also denjenigen, die ihr unterworfen sind – auch zur beständigen Fort- und Weiterentwicklung aufgegeben ist. Insoweit steht es vielleicht exemplarisch für das Modell einer „living constitution“⁵¹⁾.

Allerdings bedeutet dies auf der anderen Seite keine vollständige Verflüssigung der Verfassung zu vollständiger Beliebigkeit. Im Gegenteil haben sich gerade die Veränderungen in den Tiefenstrukturen – von der angenommenen Mehrdimensionalität der Grundrechte über ein materiales Verständnis des Demokratie-, Rechtsstaats- oder Sozialstaatsprinzips bis hin zum Verfassungsverständnis insgesamt – über die Jahrzehnte hinweg als außerordentlich stabil erwiesen, sie haben Kontinuitäten und Pfadabhängigkeiten begründet, aus denen sich nicht von heute auf morgen ausbrechen lässt und innerhalb derer Veränderungen sich ihrerseits oft nur in sehr langfristigen Zeiträumen ereignen können⁵²⁾. Beweglichkeit herrscht demgegenüber tendenziell an der Oberfläche des Rechts, also bei der Lösung konkreter Fälle und der Bewältigung je anstehender Probleme. Hier kann es natürlich immer wieder einmal zu abrupten Brüchen oder Überraschungen kommen, sei es in Gestalt von förmlichen

50) Angelehnt an P. Häberle, *Zeit und Verfassung*, Zeitschrift für Politik 21 (1974), 111 (135 f.), der insofern zwischen Verfassungsänderungen mit bloßem „Anpassungscharakter“ und solchen mit eigener „Steuerungskraft“ unterscheidet.

51) Die Grundlagen bei H. McBain, *The Living Constitution*, 1948; als Kompromissangebot jüngst J. M. Balkin, *Living Originalism*, 2014.

52) Siehe grundlegend R. Wahl, *Entwicklungspfade im Recht*, JZ 2013, 369 ff.

Verfassungsänderungen, sei es in Gestalt von Rechtsprechungsänderungen, deren Zahl in den letzten Jahren stark zugenommen hat⁵³⁾.

IV. Zum veränderten Stellenwert der Verfassung

Im Ergebnis hat dieses Nebeneinander von Kontinuität in den normativen Grundorientierungen und hoher Beweglichkeit an der Oberfläche weder der Normativität noch dem Ansehen der Verfassung in der Bundesrepublik geschadet, sondern beides in Höhen getrieben, denen sich sowohl im geschichtlichen Rückblick als auch international wenig Vergleichbares an die Seite stellen lässt. Der weitgehend statisch und positivistisch interpretierten Verfassung des Kaiserreichs von 1871 hatte man, als sich die politischen Verhältnisse von ihr wegbewegten, von Seiten der Staatsrechtslehre noch bescheinigt, hier zeige sich einfach das Unvermögen aller Rechtssätze, die staatliche Machtverteilung tatsächlich zu beherrschen⁵⁴⁾. Die Weimarer Verfassung von 1919 war dem Streit der politischen Lager nicht entzogen, sondern bildete selbst dessen Gegenstand, der zur Befriedung der Gesellschaft nichts beitragen konnte. Heute sind es andere europäische Länder wie Polen, Ungarn oder jüngst auch Spanien, in denen die Autorität der Verfassung brüchig geworden ist oder jedenfalls nicht mehr von allen vorbehaltlos akzeptiert wird. Demgegenüber gibt es in der Bundesrepublik keine ernstzunehmende politische Gruppierung, die die Geltung der Verfassung oder auch die Autorität des Gerichts, das sie anwendet, auch nur ansatzweise in Frage stellen würde. Seit Jahren landet das Bundesverfassungsgericht in allen Umfragen, in denen die Bürger gefragt werden, welchen Institutionen sie am meisten vertrauen, auf den obersten Plätzen und erzielt Zustimmungswerte von bis zu 80%; auf ähnliche Werte kommen ansonsten nur noch die Polizei oder der – dem politischen Wettbewerb weithin entrückte und im Wesentlichen auf

53) Siehe schon die entsprechende Klage bei B. Schlink, Abschied von der Dogmatik, JZ 2007, 157 ff.; als sprechende Beispiele etwa die gegenläufigen Entscheidungen in der Frage des islamischen Kopftuchs, BVerfGE 108, 282 einerseits und BVerfGE 238, 296 andererseits.

54) G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, Neuausgabe 1996, S. 1 f., 72; ähnlich P. Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, 1895, S. 2.



repräsentative Funktionen beschränkte – Bundespräsident⁵⁵⁾. Offenheit und Beweglichkeit erweisen sich so nicht notwendig als Gegenbegriffe, sondern paradoxerweise auch als Voraussetzung von Normativität, insofern sie es ermöglichen, die Verfassung an die sich verändernde Wirklichkeit jederzeit rückzukoppeln⁵⁶⁾. Zugleich ist die Verfassung dadurch so nah an den politischen Prozess herangerückt wie noch keine vor ihr. Im Ergebnis hat dies dazu geführt, dass in kaum einem Land der Erde politische Debatten so häufig Verfassungsdebatten sind oder als solche geführt werden, wie es in der Bundesrepublik der Fall ist⁵⁷⁾. Fragen der Genforschung, der Biotechnologie oder der Sterbehilfe werden deshalb bei uns als solche der Menschenwürde verhandelt, der Fortgang der europäischen Union wird an einem aus dem Grundgesetz entwickelten Anforderungsprofil für demokratische Legitimität gemessen, und ob Lehrerinnen an öffentlichen Schulen mit dem islamischen Kopftuch unterrichten dürfen oder nicht, wird am Ende mit einem Blick in die Verfassung entschieden. Man kann natürlich darüber streiten, ob dies ein sinnvoller Umgang mit den entsprechenden Fragen ist. Ihre Schattenseite hat diese Verfassungslastigkeit des politischen Diskurses darin, dass sie alle diese Fragen ihres politischen Charakters tendenziell entkleidet; dazu erhöht sie die Macht des Bundesverfassungsgerichts, welches darüber am Ende entscheiden kann. Auf der anderen Seite dürfte dies aber erheblich zur bisherigen Stabilität des politischen Systems der Bundesrepublik beigetragen haben. Die Verfassung ihrerseits ist dadurch mittlerweile zur integrierenden Wertgrundlage des Gemeinwesens aufgestiegen; sie gilt, um einen Kritiker zu zitieren, in Anknüpfung an ältere Begriffe heute “nicht allein als ‘Herrschaftsvertrag’, d. h. als verbindliche Regelung der Organisation, Ausrichtung und Begrenzung der politischen Herrschaftsgewalt, sondern zugleich als ‘Gesellschaftsvertrag’, d. h. als materiales Grundgerüst des sozialen Zusammenlebens überhaupt”⁵⁸⁾. Geschichtlich wurde dieser Aufstieg der Verfassung dadurch begünstigt,

55) Vgl. etwa H. Vorländer, *Regiert Karlsruhe mit*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 61 (2011), S. 4 (21 f.).

56) Vgl. bereits A. Voßkuhle, *Verfassungsstil und Verfassungsfunktion*, AöR 119 (1994), 35 (44 f., 47 f., 51), dort auch mit aufschlussreichen Überlegungen über das Verhältnis von Stabilität und Wandel.

57) Siehe nur M. Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, in: C. Schönberger/M. Jestaedt/O. Lepsius/S. Möllers, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 77 (85 f.).

58) E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, S. 48 f.

dass nach der Terrorherrschaft der Nationalsozialisten und dem verlorenen Weltkrieg alle anderen Kandidaten für Orientierung oder politische Einheitsbildung ausgefallen waren: Das allgemeine Wertebewusstsein war nach dem vorrangegangenen Zivilisationsbruch erschüttert, die nationale Identität und Selbstgewissheit schienen auf immer dahin. Man suchte nach einem Ersatz und fand ihn in der Verfassung, die schließlich sogar zur Grundlage eines neuen Patriotismus, nämlich eines Patriotismus gerade der Verfassung, gemacht wurde⁵⁹⁾. Wenn in der Bundesrepublik deshalb heute gefragt wird, was die Bürger einer zunehmend pluralen, multiethnischen und multireligiösen Gesellschaft zusammenhält oder worin ihre verbindende “Leitkultur” gesehen werden kann, richten sich bei uns alle Blicke automatisch zuerst auf das Grundgesetz. Zieht man dies alles zusammen, wird man sagen müssen: Es könnte um eine Verfassung heute schlechter stehen.

59) Das Konzept bei D. Sternberger, Verfassungspatriotismus, 1982, aufgegriffen und fortentwickelt etwa bei J. Habermas, Faktizität und Geltung, 3. Auflage 2006, S. 632 ff.

Session 2 - Discussant 3

헌법개정과 헌법변천
Verfassungsänderung und
Verfassungswandel

정태호 | Chung, TaeHo

경희대 법학전문대학원 교수
Professor, Kyunghee University Law School



「헌법개정과 헌법변천」에 대한 토론문

정태호(경희대학교 법학전문대학원 교수)

I.

독일 헌법인 기본법(Grundgesetz)은 제2차 세계대전 이후의 독일의 민주주의의 안정화, 경제적 재건과 부흥, 그리고 재통일의 과정에서 정치세력들의 활동을 성공적으로 향도·제어한 것으로 평가받고 있다. 그렇기 때문에 기본법은 정치공동체의 기본적 법질서를 민주주의와 법치주의에 입각하여 새롭게 구축하거나 재건하려는 많은 나라들에게 모델이 되고 있다.

Volkmann교수님의 발제문은 헌법이 변화하는 현실에 대한 규범력을 지속적으로 유지하는 두 가지 방법, 즉 헌법이 예정한 개정절차에 따라 헌법을 개정하는 방법과 헌법의 해석을 통해 변화하는 현실을 수용하는 헌법의 변천이 적절하게 역할을 분담하면서 기본법이 살아 있는 헌법(Living constitution) 모델의 본보기가 되고 있다고 평가하고 있다. 즉 유연성과 개방성이 적절히 배합됨으로써 기본법은 실효성 있는 통치계약으로서의 역할을 넘어 점차 인종, 종교, 가치 등의 면에서 다원화되어 가는 사회공동생활을 위한 기본질서, 즉 사회계약의 기능까지 온전히 수행하고 있다는 것이다. 독일에서 헌법개정은 대체로 헌법해석을 통해 대처할 수 없었던 개별적·구체적인 문제들이나 연방과 주의 권한 조정과 같은 헌법질서의 표피적인 문제들을 해결하기 위하여 이루어진 반면, 헌법질서의 심층적 변화, 그 기본구조의 변화는 개방성이 큰 기본권규정이나 헌법의 기본원리들에 대한 해석을 통해 장기간에 걸쳐 점진적으로 진행되어 왔다는 분석도 특히 인상적이었다.

Volkmann교수님의 발제문은 전후 독일 헌정의 성공의 배경에는 바이마르헌법의 실패에 대한 철저한 반성을 토대로 훌륭하게 만들어진 기본법만이 아니라 이 기본법을 존중하고 가꾸고 보완하는 일을 담당해 왔던 독일의 주요 정치세력, 연방헌법재판소 구성원들, 독일의 헌법학계 등이 있음을 시사하고 있는 것이다.

II.

대한민국의 많은 시민들은 2016-2017년 겨울 내내 전임 대통령과 그 주변 인물들의 국정농단에 항의하며 촛불을 들었고, 분노한 민심의 높은 파고에 떠밀린 국회는 탄핵소추안을 의결



하였다. 헌법재판소도 2017년 3월 봄의 문턱에서 헌법을 무시했던 대통령을 탄핵심판절차를 통해 파면하였다.

그러나 전 세계가 주목했던 촛불혁명에 담긴 시민들의 정치적 염원을 구현하려면 현행 헌법을 변화된 현실에 맞게 개정하여야 한다는 주장이 정치권을 비롯하여 시민사회에서도 붓물처럼 터져 나오고 있다. 현행 헌법은 1987년 최고권력자였던 대통령을 간선제로 선출하도록 함으로써 국민의 직접적 정부선택권을 박탈한 당시 헌법을 고수하려던 당시의 정권에 대하여 전국의 시민들이 대통령 직선제 등 민주화를 요구하며 봉기한 것이 계기가 되어 탄생했다. 1987년 헌법은 장기독재의 사슬을 끊고 평화적·수평적 정권교체를 가능하게 하는 등 민주주의의 제도적 토대를 구축하면서 한국의 역대 헌법 중 가장 긴 수명을 누리고 있다.

정치권의 가장 뜨거운 개헌쟁점은 정부형태의 변경여부 내지는 대통령 권한의 분산·통제의 문제이다. 대한민국은 내각제적 요소가 살짝 가미된 대통령제를 60여 년 동안 채택해 왔다. 한국에서 대통령제 정부형태는 독재 내지 권위주의의 긴 그늘을 남기기도 했으나, 급속한 경제성장 그리고 1987년 이후 불안정하기는 했지만 민주주의 발전과도 함께 해왔다. 그럼에도 이번 탄핵사태의 근본원인을 대통령 개인의 실패나 한국의 권위주의적 정치문화에서 찾는 것이 아니라 대통령에게 권한을 상당히 집중시키고 있는 현행 대통령제에서 찾으면서 정부형태를 내각제나 이원정부제로 교체하여야 한다는 소리가 높다. 그러나 국회 내지 국회의원에 대한 국민의 불신 역시 대통령에 대한 불신 이상으로 크다. 이는 국회의원이 집행부 구성을 주도하는 내각제나 이원정부제에 대해 부정적인 여론조사 결과를 통해서도 나타난다. 어쨌든 국민여론은 대통령에게 귀속되어 있는 권한의 일부를 분산하고 대통령에 대한 통제를 강화하는 것에 대해서는 긍정적이다. 요컨대, 한국 국민의 다수는 대통령제 골격을 유지하되 대통령의 권한을 일부 덜어내고 견제를 강화하기를 원하는 것으로 분석된다.

한편, 한국의 시민사회는 개헌을 통해 성평등의 실질적 보장, 사회적 기본권 보장의 강화 등 기본권목록의 보장 및 현대화, 지방분권의 실효적 보장, 법원과 헌법재판소 그리고 법관 및 헌법재판관 독립성 강화, 직접민주제적 요소의 강화를 원하고 있다.

한편, 개헌, 특히 정부형태 교체가 대한민국이 직면하고 있는 민주주의의 불안정이라는 문제를 해결하는 길인지에 대해서는 회의를 품는 헌법학자나 정치학자들도 적지 않다. 한국의 민주주의의 불안정성은 민주적 정치문화의 취약성, 정당의 미숙, 특히 정당의 당내민주주의의 빈약, 권위주의적 대통령들이 헌법이 예정한 권력 이상을 만들어 내는 수단으로 악용되어 온 검찰, 국가정보원, 경찰 등의 비정상성, 공영방송의 독립성 취약, 국민의 정치참여를 어렵게 만드는 선거법 및 정당법 등에서 그 근본원인을 찾아야 한다는 것이다.

어쨌든 현재 각계에서 제기되는 개헌 요구들을 모두 반영하려면 사실상 새로운 헌법이 제정되어야 할 것이다. 그러나 개헌논의는 내년 6월로 예정되어 있는 개헌일정에 쫓기는 가운데 진행되고 있다. 그에 따라 중차대한 영향을 미치는 구체적인 개헌제안들이 필요한 만큼의 심도 있고 세밀한 검증은 받고 있지 못한 상태이다. 현재로서는 내년 6월 가능한 개헌의 폭이나 개헌의 성사여부가 모두 불확실한 실정이다.

III.

Volkmann교수님의 발제문은 개헌논의가 진행되고 있는 한국사회에 대하여 귀중한 시사를 주고 있다고 생각한다. 한국의 개헌문제와 관련한 지혜를 얻기 위해 Volkmann교수님께 몇 가지 질문을 드린다.

1. 독일 기본법에 따르면 기본법의 개정을 위해서는 연방의회와 연방참사원에서 각각 재적 2/3 이상의 압도적 찬성을 얻어야 한다. 그럼에도 기본법은 70년간 62차례나 개정되었다. Volkmann교수님은 이처럼 기본법이 자주 개정될 수 있었던 원인을 독일의 정치세력이 타협을 잘 하기 때문이라고 간략하게 설명하셨다. 그런데 개헌 내용에는 국방질서(Wehrverfassung), 긴급사태질서(Notstandsverfassung), 주거감청(Großer Lauschangriff) 등 정당의 추구하는 이념과 가치에 따라서는 양보하기 어려운 문제들까지 들어 있다. 그럼에도 관련 기본법규정들에 대한 개정을 필요로 하는 현실의 변화가 있을 때마다 적시에 개정될 수 있었던 것은 주요 정치세력들 사이의 이념이나 정강정책의 차이가 그다지 크지 않기 때문인가, 정치세력들로 하여금 현실문제에 대하여 책임 있게 행동하도록 요구하는 독일 다수 국민들의 정치적 압력이 크기 때문인가? 아니면 보다 중요한 다른 근본적 원인이 있는 것인가?

2. 기본법은 국가조직 부분을 중심으로 거의 1년에 한 차례씩이나 개정되었다. 이는 독일사회가 기본법 제정 당시에 예견할 수 있었던 것 이상의 큰 변화를 자주 겪었거나, 관련 규율이 지나치게 구체적이고 세밀하여 현실의 크지 아니한 변화에도 개정의 필요성이 제기 때문이거나, 아니면 두 가지 요인이 복합적으로 작용되었기 때문일 수 있을 것이다. 그 원인이 무엇이든 기본법은 주요 정치세력의 타협과 절충의 태도가 없었다면 적어도 부분적으로 현실에 대한 규범력을 상실하거나 비현실적인 규범적 요구로 독일의 발전을 저해했을 수도 있다고 본다. 헌법이 국가의 기본질서로서의 역할을 온전히 수행하려면 헌법의 개방성과 헌법의 고정성의 요소가 적재적소에 적절한 비율로 배치되어야 한다. 기본법이 특히 국가조직의 영역에서 빈번하게 개정되고 있다는 것은 이 영역에 대한 규율이 독일적 엄밀성 때문에 지나치게



세세하기 때문이라고 볼 수도 있다. 이와 같은 평가에 대하여 Volkmann교수님의 견해는?

3. 기본권을 객관적 가치로 이해하고, 민주주의원리, 법치국가원리, 연방국가원리 등 주요 헌법원리에 실질적 내용을 충전하면 할수록 다원화된 복잡한 사회에서 관련 헌법문제에 대한 헌법재판소의 판단이 헌법해석방법의 일관성을 유지하는 것도 판단결과의 객관성 내지 간주관성(Intersubjektivität)을 확보하는 것도 그만큼 어려워지게 될 것이다. 독일 연방헌법재판소가 헌법을 실질적으로 이해하고 있음에도 불구하고 독일국민으로부터 많은 신뢰를 받고 있는 이유는 그 판례가 방법론적 일관성을 유지하면서도 설득력 있는 결론을 내려오고 있기 때문인가?

4. 독일은 기본법제정과정에서 바이마르헌법이 채택했던 이원정부제를 버리고 건설적 불신임제를 통해 내각의 안정성을 강화한 의원내각제를 선택했다. 독일의 민주주의의 역사는 영국이나 미국 등에 비하면 상당히 짧다. 그렇지만 독일국민은 나찌 불법체제에 대한 철저한 반성을 토대로 민주주의를 모범적으로 실천하고 있다는 평가를 받고 있다. 독일국민은 빠르게 민주주의를 학습하고 그 가치를 내면화하면서 독일의 민주주의를 반석 위에 올려놓는 데 성공한 한 것이다. 극우 정당인 독일민족민주당(NPD)에 대한 해산청구에 대한 독일 연방헌법재판소의 기각판결은 유럽인권재판소의 판례가 제시한 정당해산기준을 의식한 것이기도 하겠지만 독일 국민의 민주주의 역량에 대한 자신감의 표현이기도 한 것 같다. 독일국민이 전후에 보여주었던 민주주의 학습·실천능력이라면 독일이 의원내각제가 아닌 미국식대통령제를 선택했다더라도 민주주의를 꽃피우는 데 성공했을 것이라고 생각한다. 독일이 전후에 의원내각제를 채택하지 않았다면 현재와 같은 수준의 민주주의는 생각할 수 없는 것인가?

5. 한국의 시민사회는 한국의 대의정치에 대한 불신이 매우 큰 편이다. 대의정치 불신은 대중정치인들의 맨얼굴을 생생하게 보여주고 있는 다양한 매체들, SNS 등 정보기술의 발전과 맞물리며 더욱 가중되고 있다. 두 명의 전임 대통령의 독단과 국정농단사태까지 경험한 한국의 시민사회는 국민소환제, 국민발안제, 국민표결제 등 직접민주적 요소를 강화하는 헌법개정을 통해서 대통령과 국회의 독주를 견제하여야 한다고 주장하고 있다. 독일에서도 유사한 주장들이 제기되는지, 헌법개정을 통한 직접민주제적 요소의 강화에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금하다.

6. 끝으로 한국의 정치권과 시민사회에 개헌문제와 관련한 직접적 조언의 말씀을 부탁드립니다.

Discussion on “Verfassungsänderung und Verfassungswandel”

Chung Tae-ho (Kyung Hee University Law School)

I.

The constitution of Germany, the Grundgesetz, is widely accepted as having guided and controlled the activities of political forces throughout the post-WWII period of Germany, as the nation put down the roots of its democracy, reconstructed and revived its economy, and underwent the process of reunification. Thus, the Grundgesetz stands as a model for the many nations endeavoring to establish or reconstruct the fundamental legal order of their political communities based on the principles of democracy and the rule of law.

In his presentation, Professor Volkmann identifies two approaches to ensure that a nation’s constitution retains its normative power amidst the changing realities within its society. The first is to amend the constitution in accordance with the procedures it sets forth for that purpose, and the second is to interpret the constitution in a manner that reflects the changing realities. Professor Volkmann identifies the Grundgesetz as a model example of incorporating these two approaches and of a “living constitution.” The appropriate combination of such flexibility and openness has not only enabled the Grundgesetz to remain a valid agreement of governance, it has led to its further development as a basic set of rules for members of a society that is ever diversifying in terms of race, religion, values, and the like, and for the Grundgesetz to serve as a basic social contract.

It is particularly impressive to see how Germany has approached overarching changes to constitutional order only through a long-term and gradual process of reinterpreting fundamental provisions with a sufficient margin of openness or basic principles of the constitution, while specific and individual issues beyond the scope of constitutional interpretation or surface-level issues from the perspective of constitutional order, such as adjusting the scope of federal or state authority, are more or less addressed through



constitutional amendment.

Professor Volkmann's presentation conveys the message that the success of Germany's constitutional order is due not only to the superb design of the Grundgesetz, painstakingly drafted to mend the flaws within the Weimar Constitution, but also to the role played by major political forces, members of the federal constitutional court, and the constitutional academia of Germany who have been at the forefront of respecting, developing and complementing the Grundgesetz.

II.

Throughout the winter of 2016-2017, the citizens of the Republic of Korea held candlelight vigils in protest against scandals involving the president and those around her, thereby effectively pressuring the National Assembly into passing a motion to impeach the president. With this parliamentary action being affirmed by the Constitutional Court, the president, who had failed to respect and uphold the Constitution, was removed from office in March of 2017.

It is, nevertheless, widely recognized, that if the deep-seated political wishes expressed by the people through the candlelight protests are to be realized, it will be necessary to amend the Constitution to render it better suited to the realities of today. The current Constitution was born in 1987, out of the demands for democratization when the government at the time insisted on continuing with the practice of electing the president through indirect election, which had been a violation of the people's right to directly select a chief executive to represent them. The 1987 Constitution has endured longer than any other in Korea's history, providing the institutional foundations of democracy through the abolishment of long-term dictatorship and making it possible for power to change hands in a peaceful and equitable manner.

The issue now at the most heated debate in political circles is whether to effect a change to Korea's government system, and whether to deconcentrate or impose additional limitations on presidential power. The presidential system of the Republic of Korea which has been in place for over 60 years, combines certain elements of a parliamentary government system. Its presidential system casts the long shadow of authoritarian rule on its history, but since

1987 it has also been accompanied by the maturation of democracy, albeit in a faltering way at times. A large segment of the population do not believe that the recent impeachment was ultimately a result of the individual wrongdoing of the president herself, or the authoritarian political culture that pervades Korean politics. Instead, there is a strong public demand to identify these developments as a failure of the current presidential system — which provides for a significant concentration of power in the president — and to change the government into a parliamentary cabinet system or dual executive system. However, the public also harbors a deep distrust of the National Assembly and its members, perhaps to a stronger degree than their distrust in the president. This is evident in surveys about a parliamentary cabinet or dual executive system in which National Assembly members largely constitute the executive branch. In any event, the people are very much inclined toward devolving some of the power vested in the president and imposing additional limitations upon the president's office. The results indicate that the majority of Koreans want the current presidential system to remain intact, but with somewhat less power and stronger checks and balances in place.

Meanwhile, Korean advocacy groups have been calling for an amendment to the Constitution that provides actual guarantees for sexual equality; stronger guarantees for basic social rights, together with an updated list of basic rights; effective guarantees for the decentralization of power; greater independence of the courts, the Constitutional Court, judges and constitutional court justices; and additional elements of direct democracy.

Nevertheless, a significant number of constitutional scholars and political scientists remain unconvinced that constitutional amendment, and in particular a change in the government system, is the best solution to restore stability in Korea's democracy. Instead, this line of reasoning identifies the fundamental causes of the instability in the nation's democracy as certain vulnerabilities in the democratic political culture, the immaturity of political parties, lack of democratic process in the parties' decision-making process, and the irregular behavior of the Prosecutors' Office, National Intelligence Service, Police Agency, and other institutions allowing presidential power to be abused beyond the scope provided for by the Constitution. Other causes that have been identified include the relative lack of independence of public broadcasters, and Election Law and Political Party Law that had



made it difficult for the people to participate in the political process.

The only way it would be possible to incorporate all these demands would be to draft a whole new constitution. There is scant time to prepare for a constitutional revision process as the most likely window of opportunity will open in June of next year. The numerous proposals for constitutional revision are not being scrutinized adequately. It presently remains uncertain whether a constitutional revision process will commence at all, and if so, to what extent this would be possible by June 2018.

III.

Professor Volkmann's presentation offers important implications for the discussions of constitutional amendment in Korea. I would like to pose the following questions to Professor Volkmann in regard to the issue of Korea's constitutional revision.

1. The Grundgesetz states that an amendment to the constitution requires the approval of a super-majority of over two-thirds of all registered members of the Bundestag and Bundesrat. Despite such a rigorous requirement, 62 amendments have been made to the Grundgesetz in the last 70 years. Professor Volkmann briefly explains that this was possible because German political parties are good at reaching compromises. However, the scope of revisions engenders national security (Wehrverfassung), national emergencies (Notstandsverfassung), eavesdropping in private residences (großer Lauschangriff), and other issues on which agreement could not have been easily reached among different political parties in light of their differing ideologies and values. Was it because these differences in ideology or policy were not as pronounced as they appear, or that the majority of the German people called for a responsible response to evident problems, that it has been possible to amend the Grundgesetz whenever new realities required change? Or, perhaps, was there a more profound, fundamental reason that made this possible?

2. The Grundgesetz has been revised on a nearly annual basis, specifically with regard to its provisions for the national organization. This could have been necessitated either by major changes unforeseeable at the time of drafting the Grundgesetz, or the related

provisions requiring such revisions due to their being overly specific and detailed, or indeed a combination of both. Regardless of the reason, it remains likely that the Grundgesetz would have lost, at least to some extent, its normative power or become an obstacle to Germany's growth if the major political forces had not remained willing to compromise. If a constitution is to properly serve as the source of basic order for the nation, it must appropriately combine elements of openness and fixedness. The fact that amendments to the Grundgesetz have particularly focused on the national organization structure seems to indicate that statutes in this area are excessively detailed or perhaps too precise. I would like to ask for Professor Volkmann's views on this issue.

3. The more we understand basic rights as an objective set of values and the more we charge substantive content into fundamental constitutional principles, including the principles of democracy, rule of law, federalism, the more it becomes difficult to maintain consistency in the interpretation of the constitution, or to ensure objectivity and Intersubjektivität in the judgment of constitutional issues within a complex and diversified society. Is it because the German federal constitutional court has maintained a consistent set of methodology to yield persuasive conclusions that it is widely trusted by the German public even while understanding the Grundgesetz in a substantial way?

4. During the process of drafting the Grundgesetz, Germany forsook the dual executive system adopted by the Weimar Constitution, instead opting for a parliamentary cabinet system that incorporates a constructive vote of non-confidence to improve the stability of the cabinet. While the history of democracy in Germany is significantly shorter than that of Great Britain or the United States, the German model of democracy is held in high esteem for realizing democracy based on a thorough renunciation of the illegal Nazi system. The German people learned the values of democracy and internalized them in a short period of time to form the basic platform for democracy. The ruling by the federal constitutional court to dismiss a petition to dissolve the far-right National Democratic Party of Germany(NPD) was not only based on a precedent made at the European Court of Human Rights, but I think it was also a confirmation of the democratic capabilities of the German people.



When considering such strong capability of the German people in learning and practicing democratic principles, I personally believe that Germany would also have succeeded in achieving a flourishing democracy even if it had adopted a U. S. style presidential system. In your opinion, would Germany have been able to develop the level of democracy it enjoys today, even if it had not adopted a parliamentary cabinet system?

5. Korea's advocacy groups strongly distrust the current state of representative politics in Korea. This lack of confidence is further exacerbated by the flood of media that expose politicians in their true colors, and the development of social networking through IT devices. Witnessing the dogmatic rule of the two previous administrations and the recent scandals, the Korean advocacy groups are calling for a constitutional revision to add elements of direct democracy, such as public recall and people's initiative, or national referendums on constitutional amendments or other major issues of the nation, claiming these are necessary to check the power of the president and the National Assembly. Are there similar demands in Germany? And I am curious as to what you think of amending the constitution to provide for such direct democracy elements.

6. Lastly, I would appreciate it if you could provide any advice for Korea's politicians and advocacy groups in regard to constitutional amendment.

