헌법재판소 헌법재판연구원 · 헌정사연구회 공동학술대회

헌정의 중단과 입헌주의

- 일시 2021년 12월 16일 (목) 14:00-17:00
- 장소 헌법재판소 헌법재판연구원 대강의실
- 주최 헌법재판소 헌법재판연구원 · 헌정사연구회

헌법재판소
헌법재판연구원

헌정사연구회

일 정

14:00-14:10 개회식 ▸사회: 류지현 제도연구팀장(헌법재판연구원)
▸개회사: 이경주 헌정사연구회 회장(인하대학교)
▸환영사: 이헌환 헌법재판소 헌법재판연구원 원장

14:10-15:40 제1부 주제 발표 ▸사회: 한동훈 책임연구관(헌법재판연구원)
[제1주제] 부마민주항쟁의 헌법적 평가
— 저항권과 헌법전문 명시를 중심으로 —
▸발표: 전종익 교수(서울대학교)

[제2주제] 제5공화국 헌법의 성립
— 정부헌법개정 활동을 중심으로 —
▸발표: 이병규 교수(동의과학대학교)

15:40-16:00 휴식

16:00-17:00 제2부 종합토론 ▸사회: 황승흠 교수(국민대학교)
▸토론: 배정훈 책임연구관(헌법재판연구원)
이상록 편수연구관(국사편찬위원회)
이황희 교수(성균관대학교)
정일영 박사(서울시립대학교)

17:00- 폐회식 ▸사회: 류지현 제도연구팀장(헌법재판연구원)
▸폐회사: 이경주 헌정사연구회 회장(인하대학교)

목 차

제1주제

부마민주항쟁의 헌법적 평가
— 저항권과 헌법전문 명시를 중심으로 — ····· 전 종 익 1

제2발제

제5공화국 헌법의 성립
— 정부헌법개정 활동을 중심으로 — ····· 이 병 규 19

종합토론

▶토론 ····· 배 정 훈 91
▶토론 ····· 이 상 록 99
▶토론 ····· 이 황 희 105
▶토론 ····· 정 일 영 109

【제1주제】

부마민주항쟁의 헌법적 평가

— 저항권과 헌법전문 명시를 중심으로 —

전 종 익*

Ⅰ. 서
Ⅱ. 저항권의 의의와 성격
Ⅲ. 저항권의 행사와 부마민주항쟁
Ⅳ. 부마민주항쟁과 헌법전문
Ⅴ. 결

Ⅰ. 서

1979. 10. 16. 유신체제에 반대하며 부산대에서 시작된 시위는 도심으로 확대되었고 동아대 등 다른 대학의 학생들과 시민들까지 합세하여 같은 달 18.까지 계속되었다. 경찰의 시위진압에도 불구하고 경찰에 맞선 시위대의 공격으로 파출소 등 공공기관이 파괴되기도 하였다. 한편 마산에서도 같은 달 18. 경남대를 중심으로 시위가 시작되어 부산과 같은 양상으로 같은 달 20.까지 계속되었다. 이를 소위 '부마항쟁'이라 하며, 현재 법적으로 '유신체제에 대항하여 발생한 민주화 운동'에 해당하는 것으로 평가되어 국가는 그 진상규명과 관련자들의 명예회복 및 실질적 보상이 이루어지도록 할 의무를 지고 있다.[1)]

부마항쟁을 '민주화운동'으로 평가하고 그 진상을 규명하기 위한 입법이 과거에

* 서울대학교 법학전문대학원

1) '부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(이하 '부마항쟁보상법'이라 한다)' 제1조, 제2조 제1호.

없었던 것은 아니다. 우선 '민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률(2000. 1. 12. 제정, 법률 제6123호)'의 시행으로 부마항쟁 관련자들의 개별적인 신청에 따른 명예회복 및 보상이 이루어졌고, '진실·화해를 위한 과거사정리 기본법(2005. 5. 31. 제정, 법률 제7542호)'의 시행으로 부마항쟁과정에서 발생한 위법한 공권력 작용과 인권침해에 대한 진상이 밝혀지기도 하였다. 그러나 전자는 관련자들이 한 개별신청의 적절성을 심사하여 명예회복 등의 처분을 하는 것이 주된 목적이었고 후자는 과거사 중 인권침해 등과 관련된 사안에 중점을 두고 왜곡되거나 은폐된 진실을 밝혀내는 것을 목적으로 하고 있어 이로써 부마항쟁에 대한 진상규명 등이 충분히 이루어진 것으로 볼 수는 없었다. 2013. 6. 4. 부마항쟁보상법의 제정으로 비로소 부마항쟁은 민주화운동으로서 '부마민주항쟁'으로 명명되었고, 이로써 '1979년 10월 16일부터 10월 20일까지 부산·마산 및 창원 등 경남일원에서 유신체제에 대항하여 발생한 민주화운동'에 대한 총체적인 진상규명과 본격적인 관련자들의 명예회복 등이 가능하게 되었다.

이와 같이 그동안 부마민주항쟁에 대한 진상규명 자체가 제대로 이루어지지 않는 상황에서 그에 대한 학문적인 평가 역시 활발하게 이루어지지는 않았다. 부마민주항쟁에 대한 그간의 연구활동은 항쟁 관련 각종 자료(문서, 참여자의 구술 등)를 수집하여 진상을 규명하고, 정치적, 사회경제적 배경과 요인 및 항쟁의 전개과정을 밝혀내며, 박정희 유신체제의 붕괴와 이후 전개된 5·18 민주화운동 등 민주화와 관련된 정치적 의의 등을 찾아가는 것에 초점을 두고 이루어져 왔다.[2] 이와 같이 진상 규명을 위한 노력과 정치적, 역사적 의의에 대한 논의가 이루어져 온 것에 비하여 부마민주항쟁에 대한 법적인 분석과 평가는 찾아보기 어렵다. 부마민주항쟁 그 자체를 대상으로 하는 연구는 아직까지 이루어지지 않았다. 다만 일반적인 헌정사 서술에서 유신체제의 붕괴를 다루면서 "1978년 제10대 국회의원 총선 결과 야당의 높은 득표로 국민의 경고가 있었고 YH사건과 김영삼의 신민당총재당선 및 직무집행정지가처분, 국회의원 제명 등을 전주곡으로 하여 국민의 민주화요구가 부마항쟁에 의하여 절정에 달하였다"고 평가하거나[3] "유신정권은 국민의 자유와 권리를 철저하게 유린

---

2) 예를 들면 부마민주항쟁 10주년 기념 자료집, 부마민주항쟁기념사업회, 1989; 부마민주항쟁기념사업회 편, 부마민주항쟁증언집 1-3권, 불휘미디어, 2011-2019; 차성환, 부마항쟁과 민중, 한국학술정보, 2013; 김경호, '부마민주항쟁의 배경과 정치사적 의의', 21세기정치학회보 10(1), 2000; 조정관, '한국 민주화에 있어서 부마항쟁의 역할', 21세기정치학회보 19(2), 2009.

하는 가운데 박정희 대통령의 1인 지배를 정당화하여 나갔고 국민적 저항이 날로 심각하게 제기되어 마침내 부마사태 등의 저항을 초래하였다"고 서술하고[4] 또는 "인권억압적인 통치에 기반을 두고 정권을 유지하던 박정희 정부는 해가 갈수록 그 지지기반이 약해져 결국 부산과 마산지역에서 시민들에 의한 반정부 저항운동인 '부마사태'가 발생하였다."고 간략히 언급[5]하는 등 부마민주항쟁을 '국민의 민주화요구', '국민적 저항', 또는 '반정부 저항'으로 표현한 것을 찾아볼 수 있을 뿐이다.

지금까지 부마항쟁보상법 제정 이후 그에 따른 '부마민주항쟁 진상규명 및 관련자 명예회복 심의위원회'의 활동으로 그 진상은 상당부분 규명된 것으로 볼 수 있다. 또한 헌법재판소와 대법원의 결정과 판결에 따라 유신헌법과 당시 박정희 정부에 대한 법적인 평가 역시 이루어졌다.[6] 특히 부마민주항쟁 당시 계엄사령관에 의하여 발령된 계엄포고 제1호 위반의 공소사실로 기소되어 징역형이 확정된 피고인이 제기한 재심사건에서 대법원은 위 계엄포고는 "이른바 유신체제에 대한 국민적 저항인 부마민주항쟁을 탄압하기 위한 것이었을 뿐" 당시 헌법과 계엄법에 위반되어 무효라고 판시[7]하여 직접적으로 부마민주항쟁에 대한 법적인 평가를 내리고 있다. 이 글은 이러한 성과들을 바탕으로 부마민주항쟁에 대한 법적인 평가를 저항권을 중심으로 살펴보고 그 헌정사적인 의의를 찾아보려는 시도이다. 무엇보다 당시에는 위법하였던 부마민주항쟁이 국민들의 저항권행사로서 정당화될 수 있는지를 살펴봄으로써 관련자들의 명예회복을 넘어 재심 등 법적인 구제에 기여할 수 있도록 하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 우선 헌법상의 저항권 이론들을 정리하고, 이어서 부마민주항쟁의 사실들이 저항권 행사의 개별요건들에 해당하는지 여부를 검토한다. 나아가 이를 토대로 부마민주항쟁의 헌정사적 의의를 찾아보고 결론적으로 헌법전문에 명시할지 여부를 살펴본다.

---

3) 김영수, 한국헌법사, 학문사, 2000, 614쪽.
4) 성낙인, 대한민국헌법사, 2011, 275쪽.
5) 정종섭, 대한민국헌법이야기, 나남, 152-153쪽.
6) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바70등, '구헌법 제53조 등 위헌소원'; 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 판결
7) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781 판결

Ⅱ. 저항권의 의의와 성격

저항권은 헌법에 직접적으로 명문으로 규정되어 있지 않으나, 전문의 "불의에 항거한 4·19 민주이념 계승" 부분에서 간접적으로 인정되고 있거나, 주권자로서 당연히 인정되는 국민의 기본권으로 헌법학자들 사이에 널리 인정되고 있다.[8] 헌법재판소 역시 입법절차상 하자와 관련된 노동조합및노동관계조정법 등 위헌제청 사건에서 저항권에 대하여 "국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리"라고 판시[9]하며 헌법상 저항권의 존재를 인정하고 있다.

사상사적으로 보면 저항권은 서구의 폭군방벌론(暴君放伐論)이나 동양의 역성혁명론에서 근거를 찾을 수 있다. 이에 의하면 국민을 위해 존재하는 군주가 국민을 괴롭히고 불행하게 만드는 경우에는 국민이 군주를 타도하는 권리를 가진다.[10] 이러한 저항권 사상의 취지는 멀리 1215년 영국의 마그나카르타 제61조에서 명문화되었고, 근대에 들어와서는 1776년 미국의 독립선언이 '정부가 인민의 천부적 인권을 확보한다는 목적을 해치는 경우 인민은 정부를 변경하거나 폐지하고 새로운 정부를 수립할 권리는 가짐'을 밝히고[11] 1789년 프랑스의 '인간과 시민의 권리선언' 제2조가 '압제에 대한 저항권(la résistance à l'oppression)을 자연적, 절대적 권리로 규정한 것[12]에서 명문화의 예를 찾을 수 있다. 헌법으로 보면 미국은 독립선언 이전 이미 메릴랜드, 버몬트 등 저항권을 명문화한 여러 주헌법들이 존재하였고, 프랑스는 1793년 헌법 제35조에서 저항권을 명문으로 규정하였으며, 독일은 여러 주헌법은 물론 1968년 개정된 연방기본법 역시 저항권을 명문으로 보장하고 있다.[13]

전통적으로 저항권은 인간이 자신의 자유와 권리를 침해하는 군주 등 공권력의

---

8) 김철수, 학설판례 헌법학(상), 박영사, 2009, 209쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 80-81쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 73쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2019, 72쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2020, 88쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2020, 73쪽.

9) 헌재 1997. 9. 25. 97헌가4, 판례집 9-2, 332, 338.

10) 정종섭, 앞의 책, 69쪽.

11) 나종일 편역, 자유와 평등의 인권선언 문서집, 한울, 2012, 261쪽.

12) 위의 책, 279-280쪽.

13) 권영성, 앞의 책, 76-77쪽.

부당한 침해에 대항하여 방어하는 권리를 의미하였다. 이러한 권리는 명문화되어 있는지에 상관없이 인간과 국가공권력 작용의 본질에 해당하는 것으로 기본권으로 받아들여지기 이전에도 신민에 대하여 지는 의무를 이행하지 않는 지배자에 대한 권리로서 인정되어 왔다.[14] 이후 저항권이 헌법에 명문으로 규정되어 실정화되면서 그 성격을 '국가권력에 대항하여 저항할 수 있는 권리'에서 국민이 '헌법을 수호하는 수단'으로 파악하는 경향을 볼 수 있다. 이러한 모습은 대표적으로 독일 기본법의 저항권 규정에서 찾아볼 수 있다. 독일 기본법 제20조는 제1항에서 제3항에 걸쳐 독일이 민주적, 사회적 연방국가임과 동시에 국민주권주의와 법치주의 원칙을 선언하였고 이어서 제4항에서 "모든 독일인은 이러한 질서를 폐지하려고 기도하는 모든 자에 대하여 다른 구제수단이 불가능할 경우에는 저항할 권리를 가진다."라고 규정하고 있다. 이 조항은 긴급사태입법과 관련하여 기본법에 첨가된 것으로서 한편으로 헌법질서의 수호는 긴급사태법을 통해서 국가의 과제로 부과되어야 했을 뿐 아니라 저항권을 통하여 국민의 권리로 되어야 한다는 이중의 의도를 가지고 규정된 것이다.[15] 따라서 이 조항은 국가권력보유자에 의한 헌법의 불법적 폐지인 '위로부터의 정변'에 대한 저항권 뿐 아니라, 국가권력을 탈취하고자 하는 혁명세력에 의한 헌법의 불법적 폐제인 '아래로부터의 정변'에 대한 저항권의 행사도 포함하는 것으로 해석된다. 또한 여기서 저항으로서 보호하려는 헌법질서는 제20조의 앞선 조항들에서 표현되고 있는 기본법의 '자유민주적 기본질서(Freiheitliche demokratische Grundordnung)'를 구성하며 헌법개정에서 제외되어 있는 헌법의 구성부분을 의미하는 것으로 본다.[16] 이에 따라 우리의 헌법학자들의 대부분도 저항권을 국민의 기본적 권리와 의무와 관련하여 논의하는 것이 아니라 헌법수호 및 국가긴급권과 관련하여 국민에 의한 최후의 헌법수호수단으로 설명하고 있다.[17] 또한 저항권을 이렇게 파악함에 따라 저항권 행사의 목적을 기존 헌법의 민주적 기본질서를 수호하기 위한 것으로 한정하고 그러한 점에서 기존 헌법질서를 제거하고 새로운 헌법질서나 국가질서를 수립하기 위한 적극적 목적의 혁명과 구별된다고 설명한다.[18]

---

14) Michael Sachs, Verfassungsrecht II : Grundrechte, Springer, 2017, p.661

15) Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatrecht II, C.F.Müller, 2003, p.267.

16) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C.F.Müller, 1999, p.313; 콘라드 헷세, 계희열 역, 통일 독일헌법원론, 박영사, 2001, 446쪽.

17) 예외적으로 국민의 기본권으로 논의하는 예로서 양건, 헌법강의, 법문사, 2018, 1060쪽.

18) 권영성, 앞의 책, 75쪽; 정종섭, 앞의 책, 75쪽; 성낙인, 앞의 책, 70쪽; 한수웅, 앞의 책, 74쪽.

그러나 저항권의 헌법질서수호 수단으로서의 성격 및 혁명과의 구별에 대해서는 좀 더 명확한 설명이 필요하다. 인간의 존엄성 및 인민의 기본적 권리를 부정하는 군주의 공권력작용에 맞서 저항할 권리로서 인정되어 온 저항권은 애당초 폭압적인 국가를 전복하고 새로운 민주적 헌정질서를 세우는 것을 목적으로 하였다. 인간의 존엄을 부정하는 법질서가 종래부터 존속하고 있을 때 이를 유지하고 수호하기 위한 저항권이라는 것은 있을 수 없기 때문이다. 이런 경우 저항권은 정당한 민주주의 질서를 실현하기 위하여 행사됨으로써 전면적인 저항권의 행사, 즉 혁명권의 행사로 발전할 수 있으므로[19] 저항권의 행사와 혁명의 실행을 구분하는 것은 의미가 없다. 민주적 기본질서에 입각한 헌법이 존재하여 실행되고 있는 상황에서야 비로소 저항권은 그러한 헌법질서에 위협의 있는 경우 이를 수호하는 기능을 수행하게 된다. 실정헌법에서 저항권을 규정하는 경우 전자와 같이 기존에 정립되어 있는 헌법질서를 전복하기 위한 권리를 보장하는 것은 자기부정에 해당하여 생각하기 어렵다. 따라서 헌법에서 보장하는 실정권으로서의 저항권은 후자의 경우에 제한될 수밖에 없다. 그렇다고 하여 본래적 의미의 저항권, 즉 민주적 기본질서의 수립과 수호를 위한 국민의 기본권이라는 성격이 변경되는 것은 아니다. 이렇게 보면 저항권의 목적을 구체적인 기존의 헌법질서를 수호하기 위한 것으로 한정하여 보는 것은 적절하지 않으며, 인간의 존엄과 가치, 민주주의와 법치주의 등의 가치를 수호하기 위한 것[20]으로 넓게 보고 이를 실현하기 위해서 상황에 따라 새로운 헌법질서를 수립하거나 기존 질서를 보전하는 것이 모두 가능하다고 보아야 한다. 특히 이러한 입장은 위 또는 아래로부터의 정변이 성공하여 기존 민주적 헌법질서가 폐지되고 불법적인 헌법이 정착되어 실제로 실행되고 있는 상황에서 민주적 질서를 회복하기 위한 저항권을 행사하는 경우를 설명하기에 적절하다.

저항권의 목적과 행사를 이와 같이 보면 '저항'이라는 용어가 가지는 의미도 다른 각도에서 살펴볼 수 있게 된다. '저항'은 불법적인 국가권력, 특히 당시 주권자였던 군주권에 대항한다는 의미에서 사용되어 왔다. 그러나 국민주권주의가 기본적인 헌법원리로 인정되는 지금의 상황에서 불법적인 국가권력에 대한 대항을 국민의 '저항'으로 보는 것은 적절하지 않다. 근대 입헌주의 헌법에서 국가권력은 개인들이 모여 공동체를 구성하고 그 유지존속과 구성원의 이익을 위해 수립되는 것이다. 모든

19) 김철수, 앞의 책, 204쪽.
20) 정종섭, 앞의 책, 72쪽.

국가권력은 개인들로 구성된 공동체가 가지는 권력으로부터 도출되어 나오는 것으로서, 인민은 국가의 본체로서 최종적인 의사결정권자이며 정부는 일정한 목적을 위하여 헌법을 통하여 권한이 부여되고 그에 따라 업무를 수행하는 존재에 해당한다. 따라서 정부의 구성과 권한부여를 '위임(delegation)'으로 표시하기도 하고 단순한 '권력 또는 권한의 수여(authorization)'로 표시하기도 한다. 이러한 공동체와 정부의 관계를 17세기 이후 영미법에서는 민사법에서 발전한 신탁(trust)관계로 설명하기도 하였다. 신탁에 의하면 국가권력의 수탁자인 정부는 자신의 이익이 아닌 수익자인 공동체, 즉 인민의 이익을 위하여 성실하게 자신에게 주어진 제한된 권한을 행사할 신인(信認)의무(fiduciary duty)를 부담한다. 다른 한편 인민공동체가 헌법을 통해 국가라는 법인을 설립하고 권력을 부여하는 것으로 보는 것도 가능하다. 이에 의하면 헌법은 법인설립의 근거이며 당해 법인의 임무와 목적 그리고 권한의 범위 등을 규정해 놓은 문서에 해당한다. 헌법을 통하여 법인인 국가는 업무를 수행하기 위해 입법부, 사법부, 행정부 등의 기관을 설치하고 공무원들로 하여금 이들 기관에 소속되어 임무를 수행하게 한다. 국가를 법인으로 보고 각 공권력 주체들을 그 기관에 소속된 것으로 보면, 국가는 법인설립의 목적에 의하여 권한이 제한되며 기관들이 신인의무를 부담하는 것이 자연스럽게 설명될 수 있다. 어느 경우에나 정부의 구성원들이 전체국민의 이익이 아닌 자신들의 이익을 위하여 국가권력을 행사하거나 또는 국민의 권리를 침해하여 손해를 입히는 것은 용납될 수 없고, 전체 국민의 이익을 위하여 행위해야 한다는 목적달성을 위하여 부여된 권한범위를 넘어 권력을 남용하는 것은 권한부여의 취지에 반하는 것으로서 허용되지 않는다.[21] 국가가 자신의 임무를 망각하고 신탁이나 법인설립의 취지를 넘어 국민의 기본권을 침해하고 민주주의를 훼손하는 상황이 발생한다면 주권자로서 국가권력의 본래적 담지자인 국민은 언제든지 부여한 권력을 반납하도록 하고 새로운 정부를 세워 본연의 임무를 수행하도록 할 수 있다. 불법적인 국가권력에 대항하는 국민의 권리는 공동체로서의 국가와 정부의 본질 및 국민주권원리에서 당연히 전제로 하고 있는 것으로서 주권행사의 한 형태에 해당한다. 따라서 국민주권주의를 기본원리로 하는 헌법질서 하에서 저항권의 본질적 성격을 상위의 권력에 '저항'하는 것으로 보기보다 헌법상의 위와 같은 원칙을 수호하고 실현하기 위하여 국민이 기왕에 부여했던 권력을 회수하는

21) 이상의 국민주권과 정부의 권한에 대한 설명은 전종익, "공동체로서의 국가와 정부", 서울대학교 법학 제55권 제4호, 2014, 289-299쪽을 요약·정리한 것임.

행위 또는 국가권력을 부여받은 권력자의 소환하는 행위로 보는 것이 보다 적절하다.

Ⅲ. 저항권의 행사와 부마민주항쟁

앞서 살펴본 바와 같이 저항권은 헌법의 근본적 가치질서인 민주적 기본질서를 수호하고 실현하기 위한 것으로서, 일반적으로 저항권을 행사하기 위해서는 우선 그러한 민주적 기본질서에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그러한 상황이 객관적으로 명백하여야 하며, 헌법과 법률에 의하여 보장된 다른 구제수단들로서는 목적을 달성할 수 없을 경우에 최후의 수단으로 행사되어야 한다고 설명된다. 또한 그러한 행사요건이 충족되는 경우에는 폭력적인 방법을 동원하는 것도 가능하나 어디까지나 목적달성을 위해 필요한 범위에서 이루어져야 한다. 이와 같이 저항권은 기존의 법질서가 더 이상 제 기능을 수행하지 않을 때 그 테두리 밖에서 행사되는 것이므로 그 행위는 법적으로 승인되지 않는 행위에 해당한다.[22] 따라서 정당한 저항권의 행사라도 공무집행방해죄 등 범죄의 구성요건에 해당하게 되나 형법상 정당행위로서 위법성 조각사유에 해당되므로 형사법적 책임으로부터 제외된다.[23] 이하에서는 부마민주항쟁이 이와 같은 요건들을 충족하여 저항권의 정당한 행사에 해당하는지 여부를 검토하기로 한다.

1. 1972년 헌법의 성격과 저항상황의 존재

1969년 소위 3선개헌 이후 실시된 1971년 대통령 선거에서 민주공화당 박정희 후보가 신민당의 김대중 후보를 누르고 당선되기는 하였으나, 장기집권에 대한 국민들의 불만은 커져갔고 이는 뒤이은 국회의원 선거에서 야당이 약진하는 결과로 나타났다. 이에 박정희 대통령은 1971. 12. 6. 국가비상사태를 선포하고 같은 달 27. '국가보위에 관한 특별조치법'을 제정하여 이를 뒷받침한 후[24] 1972. 10. 17. 전국에

---

22) Pieroth/Schlink, 위의 책, p.270.
23) 정종섭, 앞의 책, 71쪽; 성낙인, 앞의 책, 74쪽.
24) 위 법은 국가비상사태의 선포(제2조)와 그에 따른 특별조치에 대한 근거를 마련하기 위한

비상계엄을 선포하고 소위 '10월 유신'을 선언하였다. 이 선언에는 국회 해산, 정당 및 정치활동의 중지 등 헌법 일부 조항의 효력 정지, 국회의 기능은 비상국무회의에 의하여 수행되며 비상국무회의의 기능은 국무회의가 수행함, 그리고 비상국무회의에서 개헌을 실시한다는 내용 등이 포함되어 있었고, 그에 따라 같은 해 10. 23. 비상국무회의에서 비상국무회의법을 제정한 후 같은 달 27. 헌법개정안을 의결·공고하였다. 이어서 11. 31. 개헌안에 대한 국민투표가 실시되어 압도적 다수로 가결됨으로써 같은 해 12. 27. 개정된 헌법이 공포되어 시행되었다. 이와 같이 헌법에 규정된 절차가 아닌 대통령의 비상사태선포와 10월 유신 선언과 같은 비정상적인 권력행사와 그에 따른 절차에 의하여 이루어진 1972년 헌법개정은 그 절차의 면에서 국가권력보유자에 의한 기존 헌법의 불법적 폐지로서 위로부터의 정변에 해당하는 것이었다.

이와 같이 하향식 정변에 의하여 개정된 소위 유신헌법은 그 내용의 면에서도 인간의 존엄과 가치를 존중하는 민주적 기본질서를 구현하는 것과 거리가 멀었다. 우선 기본권의 본질적 내용 침해금지조항 삭제, 구속적부심사제의 폐지 등 신체의 자유 약화, 개별적 법률유보의 증가 등으로 인하여 기본권 보장이 크게 약화되었다. 또한 국민의 주권적 수임기관으로서 통일주체국민회의를 설치하고 여기에서 대통령과 국회의원 정수의 3분의 1을 선출하게 하여 민주주의의 원칙을 크게 훼손하였다. 여기에 더하여 대통령에게 긴급조치권, 국회해산권, 국회의원 정수의 3분의 1에 대한 추천권 등 막강한 권한을 부여하여 대통령의 권한을 확대한 반면, 국회는 회기가 단축되고 국정감사권이 폐지되는 등 약화되었다. 이에 따라 박정희 대통령은 막강한 권한을 바탕으로 입법부와 사법부를 모두 장악하고 긴급조치를 통해 국민의 기본권을 무력화함으로써 권위주의적 독재정치를 계속해나갈 수 있었다.

이와 같이 헌법개정과정과 내용의 면에서 1972년 헌법은 인간의 존엄과 가치 및 국민의 기본권을 무의미하게 만들고 법치주의와 민주주의를 무력하게 함으로써 민주적 기본질서에 정면으로 반하는 것으로 평가될 수 있다. 실제 운영의 면에서도 막강한 권한을 바탕으로 대통령이 국회와 행정부, 사법부 등 헌법기관들을 완전히 장악하고 있는 상황에서 권력분립 등 헌법원칙들은 사실상 의미가 없는 것이었고, 제9

것이었다. 그러한 특별조치에는 경제규제(제4조)와 국가동원령의 선포(제5조)는 물론 언론, 출판, 집회, 시위 등 표현의 자유(제7조, 제8조)와 근로자의 단체교섭권과 단체행동권의 규제(제9조) 등이 포함되어 있었다.

호에 이르기까지 단행된 긴급조치로 말미암아 표현의 자유, 참정권 등 국민의 기본권은 극도로 제한되었다. 또한 이러한 긴급조치는 국회에 해제 건의권만이 부여되어 있어 정치적 통제가 이루어지기 어려웠고 사법심사의 대상에서도 제외되어 있었으므로 대통령의 권한행사에 대하여 어떠한 견제장치도 작동되기 어려운 상황이었다. 게다가 긴급조치로 말미암아 헌법을 비판하고 그 개정을 주장하는 것 자체가 처벌대상이 됨으로써 잘못된 헌법 규정을 변경하는 것도 불가능하였다.

따라서 부마민주항쟁이 발생하였던 당시의 상황은 위로부터의 정변으로 기존 헌법질서가 폐지되고 민주적 기본질서에 반하는 불법적인 헌정질서가 존재하는 가운데에 국민들이 달리 헌법과 법률에 규정되어 있는 수단들에 의하여 독재자와 헌법질서에 대항하는 것이 불가능한 상황에 해당한다. 물론 부마민주항쟁을 일으킨 도화선이 된 사건으로 YH사건과 김영삼의 신민당총재의 직무집행정지가처분 및 국회의원 제명 등이 존재한다. 그렇다고 하더라도 기본적으로 부마민주항쟁이 앞서 살펴본 유신헌법체제와 박정희 대통령의 독재에 대항하여 민주적 기본질서를 회복하려는 국민의 민주화요구에 의하여 일어난 점이 부인되는 것은 아니며, 저항권과 관련하여 당시 부마민주항쟁의 발생 원인과 배경이 저항상황의 존재와 보충성의 요건을 충족하는 것에 아무런 어려움은 없는 것으로 판단된다.

2. 부마민주항쟁의 전개와 저항권 행사

부마민주항쟁은 대학생들을 중심으로 국민의 기본권 보장과 사회·경제적 발전을 위해 유신헌법을 폐지하고 박정희 독재를 종식시키기 위한 목적[25]으로 시작된 시위가 부산과 마산 등 도심으로 확대되고 이러한 취지에 동감하는 시민들이 합세함으로써 이루어진 것이다. 또한 학생과 시민들의 평화적인 시위가 이를 봉쇄하기 위한 경찰 등 공권력과 충돌하는 과정에서 시민항쟁으로 발전하게 되었다.

당시 부산 및 마산 지역에서 시위로 말미암아 연행된 사람들의 구성을 보면 당시 민주항쟁이 시위를 시작한 대학생들을 넘어 광범위한 시민들의 참여로 이루어진 것을 확인할 수 있다. 부산지역 연행자들을 보면 학생들이 압도적으로 많은 수를 차지하고 있으나 공무원, 상업, 농업 등의 종사자, 회사원, 공원, 잡급직, 선원, 운전수

25) 이러한 시위의 목적은 당시 배포된 선언문들을 통해 확인할 수 있다. 구체적인 내용은 부마민주항쟁 10주년 기념 자료집, 31-34쪽에 수록되어 있는 민주선언문 등 참조.

등 다양한 직업군이 포함되어 있었고, 이러한 상황은 마산지역 연행자들에서도 마찬가지였다.[26] 특히 연행자 가운데 학생들보다 일반 시민들의 수가 더욱 많았던 점을 보면 학생들의 요구가 시민들의 많은 공감을 얻었음을 알 수 있다. 물론 다양한 구성의 참여자 모두가 항쟁의 목적과 의미를 같은 정도로 인식하고 일치단결하여 행위하였다고 보기는 어렵다. 그럼에도 불구하고 대체로 참여자들 사이에 시위의 취지에 대한 공감대가 형성되면서 저항을 위한 공동체를 구성한 것으로 평가될 수 있을 정도로 일체성과 연대의 감정이 존재하였음이 인정되고 있다.[27] 또한 시위와 연행과정에서 음료수와 물수건을 건네주고 다친 사람을 치료해주는 등 처벌의 위험성에도 불구하고 시민들이 시위자들에게 많은 도움을 주었던 점에서 비록 시위에 적극적으로 참여하지 않는다 하더라도 심정적으로 이들에게 동의하고 있는 시민들이 폭넓게 존재하였음을 알 수 있다. 게다가 항쟁이 종결된 이후에도 항쟁의 소식이 전파되면서 울산, 진주, 통영, 대구, 광주, 서울 등 전국각지로 유신헌법 철폐와 독재타도를 외치는 요구가 확대되었고, 정부는 전국적으로 경찰병력만으로 시위의 진압이 어려움을 인식하고 군을 지속적으로 동원하려는 정책을 추진하기도 하였다.[28] 따라서 부마민주항쟁은 비록 일부 지역에 한정하여 발생한 것이기는 하나 당시 유신헌법의 폐지와 박정희 독재를 타도하여 민주적 기본질서를 수호하고 실현하고자 하는 광범위한 국민들의 요구가 지역적으로 표출된 대표적인 예라고 할 수 있다. 그러한 의미에서 부마민주항쟁은 주권자인 국민을 대표하여 저항상황에서 저항권을 행사한 것에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

부마민주항쟁은 기본적으로 학생과 시민들이 자신들의 정치적인 의사를 표출하는 시위의 형태로 수행되었으므로 비록 긴급조치 등 당시 법에 위반되는 행위라 하더라도 정당한 표현의 자유의 행사로서 그 자체로는 저항권의 행사 여부가 문제될 수 없다. 다만 진압하는 경찰에 대항하여 시위를 전개하는 과정에서 파출소 등 공공기관과 기물들을 파괴하는 등 폭력행사가 있었으므로 이에 대한 정당성의 검토는 별도로 이루어져야 한다. 시초에 있었던 투석 등 폭력행위는 시민과 학생들의 정당한 기본권의 행사를 제한하는 경찰 및 군의 진압행위에 대항하여 발생하였고, 시위가 발전하면서 파괴와 방화 등의 행위가 있었으나 정부의 불법과 독재행위를 실현하고

26) 부마민주항쟁 진상조사보고서(안), 199, 300쪽.
27) 차성환, 앞의 책, 224-228쪽.
28) 진상보고서, 360쪽.

뒷받침하는 경찰, 신문사, 방송사 등 공공기관과 경찰차와 군차량, 취재차량 등에 한정하여 이루어졌다.[29] 일부 민간의 시설들이 피해를 입은 사례가 존재하기는 하나 이들은 시위대의 의도적인 파괴행위로 인한 것이 아니라 대부분 시위와 진압에 대항하는 과정에서 부수적으로 발생한 것에 불과하다. 저항의 상대방은 반드시 국가권력의 최고담당자에게만 국한되지 않으며 그 모든 지배조직까지 포함되는 것으로 보아야 한다.[30] 일반 국민이 일상적으로 대면하는 것은 최고권력자가 아닌 말단의 지배조직이며 실제로 권력자의 의사를 실행하는 것은 이들 조직의 구성원들이다. 그러한 점에서 국민의 입장에서 직접적인 저항의 대상은 경찰 등 공권력 주체들일 수밖에 없고, 이들을 대상으로 한 부마항쟁 주체들의 행위가 적절하지 않았다고 볼 수는 없다. 당시 경찰이나 방송사 등 기관과 차량의 파괴행위는 이들 독재의 실행기관에 대한 직접적인 분노의 표출이면서 경찰의 진압을 뚫고 시위를 계속해나가기 위한 것이었으며 자신들의 의사를 내외에 왜곡없이 알리기 위한 행위였다고 볼 수 있다. 따라서 부마민주항쟁에서 이루어진 폭력행위들이 당시 상황에서 저항권의 행사에 필요한 범위를 넘은 것이라 볼 수는 없다.

이와 같이 부마민주항쟁은 유신헌법체제와 박정희 대통령의 독재에 대항하여 민주적 기본질서를 회복하려는 국민의 민주화요구에 의하여 발생하였고 이러한 목적을 실현하기 위한 다른 합법적인 수단이 존재하지 않았으며 비록 파괴 등 폭력적인 수단이 사용되었지만 목적 실현을 위한 적절한 범위에서 일어난 것으로 볼 수 있어 저항권의 정당한 행사 요건을 모두 충족하는 것으로 볼 수 있다.

Ⅳ. 부마민주항쟁과 헌법전문

2018. 3. 26. 국회에 문재인 대통령이 발의한 헌법개정안 서문은 종래 “불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고”부분을 “불의에 항거한 4·19혁명, 부마민주항쟁과 5·18민주화운동, 6·10항쟁의 민주이념을 계승하고”로 수정하는 내용을 담고 있다. 이에 따라 헌법전문에 부마민주항쟁을 위와 같이 명시하는 것이 적절한지 여부 내지 이를 권고하기 위해서는 이후 어떠한 활동이 뒷받침되어야 하는지 등의 검토가

29) 위의 책, 152쪽.

30) 정태호, “5·18 광주민주화운동과 저항권”, 공법연구 제28집 제2호, 2000, 231쪽.

필요하다.

헌법전문은 헌법이 본문 내용에 들어가기 전에 헌법이 제정된 유래 또는 헌법이 채택하고 있는 기본원리와 기본가치 등을 정하고 있는 서문으로서 성문헌법의 구성부분을 말한다. 각국의 헌법을 살펴보면 전문을 두고 있는 나라도 있으나 전문이 없는 나라의 헌법도 상당수 있어 반드시 두어야 하는 것은 아니다. 다만 헌법에 전문을 두는 경우 그곳에서 명시하고 있는 근본이념, 기본가치, 기본원리 등은 헌법의 모든 규정을 지배하는 이념적·가치적인 기초로서 기능하게 된다.[31]

헌법재판소 역시 국회의원선거법 중 기탁금과 관련된 규정의 위헌판단에서 "우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜가야 하는 최고의 가치규범이다.(헌재 1989. 9. 8. 88헌가6, 판례집 1, 199, 205)"라고 하며 전문의 이와 같은 기능을 분명히 선언하였다. 또한 헌법재판소는 독립유공자 유족들의 서훈추천과 관련된 사건에서 "헌법은 전문(前文)에서 '3.1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승'한다고 선언하고 있다. 이는 대한민국이 일제에 항거한 독립운동가의 공헌과 희생을 바탕으로 이룩된 것임을 선언한 것이고, 그렇다면 국가는 일제로부터 조국의 자주독립을 위하여 공헌한 독립유공자와 그 유족에 대하여는 응분의 예우를 하여야 할 헌법적 의무를 지닌다고 보아야 할 것이다.(헌재 2005. 6. 30. 2004헌마859, 판례집 17-1, 1016, 1020)"라고 하여 헌법전문으로부터 헌법적 의무를 도출하여 서문이 단순한 법령해석의 기준이나 입법의 지침을 넘어 독자적인 규범적 효력을 가지며 재판규범으로 기능할 수 있음을 분명히 하였다. 다만 헌법재판소는 '대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정'에 대하여 어민 등이 제기한 헌법소원심판사건에서 "헌법전문에 기재된 3.1정신은 우리나라 헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용한다고 할 수 있지만, 그에 기하여 곧바로 국민의 개별적 기본권성을 도출해낼 수는 없다고 할 것이므로, 본안판단의 대상으로부터 제외하기로 한다.(헌재 2001. 3. 21. 99헌마139 등, 판례집 13-1, 676, 693)"라고 하여 서문의 문구로부터 곧바로 기본권

31) 정종섭, 위의 책, 217쪽.

을 도출할 수 있음은 부인하고 있다.

이와 같이 헌법전문은 헌법의 유래와 기본원리 등을 나타내는 것으로 전체 헌법전의 가치기초로서 기능하므로, 헌법개정시 어떠한 내용을 명시하는지 여부는 개정안을 마련하는 국회나 대통령의 입장에서 국민들에게 개정의 의미를 상징적으로 나타내는 것에 해당한다. 따라서 부마민주항쟁을 개정을 통하여 헌법전문에 명시하는 것은 당해 개정의 전체 방향을 나타내는 것으로서 상징적인 의미가 크다. 1948년 헌법에서부터 헌법전문의 해당부분을 살펴보면 다음과 같다.

1948년 헌법	기미 삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세계에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립국가를 재건
1963년 헌법	3·1운동의 숭고한 독립정신을 계승하고 4·19의거와 5·16혁명의 이념에 입각하여
1972년 헌법	3·1운동의 숭고한 독립정신과 4·19의거 및 5·16혁명의 이념을 계승하고
1980년 헌법	3·1운동의 숭고한 독립정신을 계승하고 조국의 평화적 통일과 민족중흥의 역사적 사명에 입각한 제5민주공화국의 출발에 즈음하여
1987년 헌법	3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고

이상에서 알 수 있는 바와 같이 개정시마다 헌법전문의 문구에 변동이 있었던 것은 아니다. 1948년 헌법 제정시 3·1운동을 대한민국을 탄생시킨 시초의 사건으로 명시한 이래 이 부분은 변동이 없었다. 이는 대한민국 건립의 유래를 나타내는 것으로서 헌법이 개정된다고 하여도 변경될 수 있는 부분이 아니었다. 이후 1963년 헌법에서 이와는 별도로 4·19와 5·16을 명시한 것은 박정희 등이 군사쿠데타를 일으키면서 4·19 정신을 이어받는다는 명분을 쿠데타의 근거로 내세웠던 것에서 유래한 것으로서 1972년 헌법에까지 문구를 수정하여 그대로 유지되었다. 이후 1980년 헌법개정시 정권을 장악한 신군부는 그 정당화를 위해 4·19와 5·16에 기댈 필요가 없었으므로 이를 삭제하고 헌법개정의 계기가 된 제5공화국의 출범을 명시하였다.[32] 이상 3회의 헌법개정은 군사정변을 정당화하기 위한 후속조치로 이루어진 것으로서

32) 최호동, 1987년 헌법규정의 형성과정 연구, 서울대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2020, 175쪽.

그러한 내용이 전문이 해당부분에 반영된 것으로 보면 이후 있을 헌법개정에서 이를 참조하는 것은 적절하지 않다.

이와는 달리 1987년 헌법에서 '4·19민주이념을 계승'을 명시한 것은 단순히 헌법개정의 계기나 정당화를 위한 것이 아닌 점에서 독자적인 이유가 존재하였다. 1985년 이래 야당인 신한민주당 등은 헌법전문에 4·19혁명이 정권에 대한 저항정신을 상징한다는 점에서 '4·19민주이념'을 명시할 것을 주장하여 왔다. 반면 민정당은 애당초 이를 차단하기 위하여 "헌법에 역사적 사실을 일일이 나열하지 않는다."는 기조 아래 3·1운동만을 유지하는 것을 기본방침으로 정하였다. 그러나 여당은 당내에서조차 세칭 4·19 세대 소속의원들의 반대에 직면하였고 결국 헌법개정시안에서 '4·19민주이념'만은 예외적으로 삽입하기로 하면서 개헌협상과정에서 이 부분은 쟁점이 될 수 없었다.[33] 오히려 저항권과 5·18을 명시할지 여부가 쟁점이 되었다. 개헌협상에서 야당인 통일민주당은 이들을 명시할 것을 주장하였다. 반면 여당인 민정당은 저항권에 대하여 폭력에 의한 국법질서 교란, 불법집단에 의한 악용 우려 등을 이유로 반대하였고, 5·18에 대하여는 "역사적 평가가 마쳐지지 않은 사실을 헌법전문에 나열하는 것은 적절하지 않다."는 원론적인 입장을 보이며 반대하였다. 결국 최종협상에서 통일민주당이 저항권과 5·18에 대하여 '그와 같은 내용이 반영되면 괜찮다.'고 양보하였고, 통일민주당은 '5·18'삽입주장을 그리고 민정당은 '제5공화국' 존치주장을 각각 철회하며, 저항권에 대하여는 '불의에 항거한 4·19민주이념'을 명시하는 것으로 타결되었다.[34]

이와 같은 개정과정에 따르면 전문의 '불의에 항거한 4·19민주이념의 계승' 부분은 헌법개정의 계기로서 특정한 사건을 명시한 것이라기보다 불의한 정권에 대항하여 기본권보장과 민주법치국가 등 민주적 기본질서를 실현할 것을 열망한 국민의 의사에 따라 헌법이 개정되었음을 나타낸 것이며 이러한 정신을 헌법의 기본이념으로 선언한 것이다. 이와 함께 간접적으로 저항권을 명시한 근거로서 인정되고 있음[35]은 물론이다. 그러한 점에서 2018년 제안된 헌법개정안에서 '부마민주항쟁, 5·18민주화운동, 6·10항쟁'을 모두 명시하는 것이 가지는 독자적인 의미가 무엇인지 고민할 필요가 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 '3·1운동과 대한민국임시정부 법통계

33) 위의 논문, 176-177쪽.
34) 위의 논문, 187-188쪽.
35) 권영성, 앞의 책, 80-81쪽; 한수웅, 앞의 책, 74쪽; 양건, 앞의 책, 1064;

승’ 부분은 대한민국의 유래와 관련되는 역사적 의미를 가지며 이어진 ‘4·19민주이념의 계승’ 부분은 국민의 저항과 그 의사에 따른 헌법개정을 나타내는 것으로 단순한 역사적 사실의 나열이 아니다. 여기에 위의 사실들을 더 나열한다는 것이 가지는 의미를 찾기는 쉽지 않다. 헌법개정의 계기인 사건으로서의 의미를 부여한다고 하더라도, 1987년 헌법개정의 직접적인 계기로서 ‘6·10항쟁’을 명시하는 것과 ‘부마민주항쟁, 5·18민주화운동’을 명시하는 것은 다른 의미를 가진다. 물론 헌법상의 국민주권과 저항정신, 저항권에 대한 이념을 더욱 강화하는 의미를 가진다고 볼 수는 있다. 그러나 이는 부마민주항쟁을 명시할 독자적인 이유에 해당하지는 않는다. 따라서 부마민주항쟁에 대한 법적 평가가 저항권의 행사로서 국민들의 정당한 국민주권과 민주적 기본질서의 실현을 위한 것이었고, 이후 전개된 민주화의 여정에서 역사적인 의미가 크다는 점을 인정한다 하더라도 헌법 전문에 명시할 것을 권고하기에는 좀더 다른 보완 논거가 필요한 것으로 생각된다.

Ⅴ. 결

불법적인 국가권력에 대항하는 국민의 권리는 공동체로서의 국가와 정부의 본질과 국민주권원리에서 당연히 전제로 하고 있는 것으로서 주권행사의 한 형태에 해당한다. 따라서 국민주권주의를 기본원리로 하는 헌법질서 하에서 저항권은 단순히 기존의 헌법질서를 수호하는 기능을 넘어 헌법질서 자체가 민주적 기본질서에 반하는 경우에는 기존의 권력자를 소환하고 헌법을 개정하여 새로운 민주적 헌법질서를 형성하는 것까지를 포함한다. 부마민주항쟁이 대항한 소위 유신헌법과 박정희 정부는 인간의 존엄과 가치를 포함한 국민의 기본권을 침해하고 민주주의와 법치주의를 말살하는 불의한 체제로서 그에 대한 대항은 민주적 기본질서를 회복하려는 국민의 민주화의 요구에 의한 것이었고, 긴급조치와 당시 국가기관의 상태에 비추어 이러한 국민의 요구가 헌법적 질서내에서 법적 수단에 의하여 전달되고 실현되기에는 불가능한 상황이었다. 또한 부마민주항쟁 자체가 국민들의 요구를 시위의 형태로 나타내는 것이었으므로 기본적으로 이는 표현의 자유 등 기본권의 행사에 해당하였다. 시위가 발전하여 파괴 등 일부 폭력행위 등이 발생하기도 하였으나 이는 정당한 기본권의 행사를 침해하는 공권력에 대항한 부득이한 것이었고 그러한 폭력행위 조차도

목적 실현을 위한 범위에서 공권력의 주체들에 대하여만 한정하여 있었던 점에서 저항권의 정당한 행사요건을 모두 충족하는 것으로 볼 수 있다.

부마민주항쟁의 진상이 규명되고 법적, 역사적 의미가 밝혀지면서 이를 헌법전문에 명시해야 한다는 주장이 나타났고, 이는 2018년 대통령이 제안한 헌법개정안에 반영되었다. 부마민주항쟁이 기본권 보장과 민주주주의의 발전에 가지는 의의가 크다고 하더라도 헌법 전문에 이를 명시하는 것은 이와는 다른 의미를 가진다. 부마민주항쟁을 전문에 명시하기 위해서는 '3·1운동'과 '4·19민주이념'이 가지는 헌법의 제정유래와 국민의 저항정신의 의미를 넘어 다른 독자적인 의미와 기능이 무엇인지를 찾아야 할 것이며, 이러한 연구와 평가가 심화되고 공감을 얻을 때 비로소 헌법전문에서 명시해야 한다는 주장이 설득력을 가지게 될 것이다.

【제2주제】

제5공화국 헌법의 성립

— 정부헌법개정 활동을 중심으로 —*

이 병 규**

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 제8차 헌법개정 과정
Ⅲ. 정부헌법개정 활동
Ⅳ. 제8차 개정헌법의 주요 내용
Ⅴ. 결론

Ⅰ. 서론

이 글은 제8차 개헌에 의한 제5공화국 헌법의 성립 과정을 '정부헌법개정 활동'을 중심으로 살펴본다. 이는 정부 주도로 행해진 제8차 개헌 과정에 대한 이해와 함께 제8차 개헌에 의한 제5공화국 헌법[1]의 성립이 우리 헌정사에서 어떤 의미를 가지며, 또한 현행 헌법에 그 의미가 어떻게 투영되어 있는지 알아보는 데 그 목적이 있다.

제5공화국 헌법은 '10·26사태' 이후 '12·12'와 '5·18'을 거쳐, 대통령이 두 차례나 취임하는 혼란스러운 정국 상황에서 성립하였다. 개헌 과정도 순탄치 않아 1년 가까운 개헌 기간 국회 '헌법개정심의특별위원회'는 개헌안을 성안하고도 5·17비상

---

* 본 발표문은『헌법학연구』제23권 제4호에 게재된 "제5공화국 헌법의 성립과 정부헌법개정 활동"을 최소한의 수정을 거쳐 제출한 것임을 밝힙니다.

** 동의과학대학교 교수

1) 헌법 전문에서 '제5공화국'이라고 규정하고 있으므로, 본고에서도 '제5공화국 헌법'이라고 부르기로 한다.

계엄확대조치로 그 활동이 중단되어, 결국에는 정부 '헌법개정심의위원회'로 그 활동이 일원화되었다. 이에 본고는 정부개헌의 중심이 된 헌법개정심의위원회 활동에 주목하였다. 즉 헌법개정심의위원회 활동을 포함한 정부개헌활동 과정에 국회개헌특위안이 얼마나 기능하였는지, 각계각층에서 내놓은 개헌안은 얼마나 반영되었는지, 당시 국민들은 정부개헌활동을 불신하지 않았는지, 정부개헌활동에 한계는 없었는지 등에 대하여 알아보고자 한다. 이를 위해서는 「헌법연구반 보고서」, 「헌법개정심의위원회 회의록」[2], 각계각층의 헌법안 등을 포함한 제8차 개헌 관련 자료[3]들을 들여다보지 않을 수 없다.

제9차 개헌에 의한 현행 헌법은 30년을 넘어 모름지기 헌법의 안정기에 들었다고 해도 과언이 아니다. 그런데도 현행 헌법에 대한 개정 시도는 여전히 계속되고 있다. 제20대 국회에서 발족한 국회헌법개정특별위원회 활동에 이어, 2018년 3월에는 정부헌법개정안이 발의되기도 하였다.[4] 우리 헌정사를 회고할 때마다 마주치는 권력구조를 중심으로 한 개헌 논의는 현 정부에서도 예외가 아니다. 특히 개헌 논의가 있을 때마다 그 주된 관심은 아홉 차례에 이르는 우리 헌정사에 대한 회고나 반성보다는 새로운 헌법에 가 있는 것 같다.

그러한 의미에서 본고는 제8차 개헌에 대한 이해와 함께 그 개헌 과정이 우리 헌정사에 던지는 메시지가 무엇인지 생각해본다. 아울러 본고가 제5공화국헌법 관련 자료 집성과 헌정사 연구에 조그마한 보탬이 되도록 한다.

Ⅱ. 제8차 헌법개정 과정

1. 제5공화국 前史

제8차 개헌의 일환으로 진행된 정부 개헌활동을 살펴보기 전에 긴박했던 '10.26 사태'[5] 이후의 정국 상황을 살펴보지 않을 수 없다. 이 시기 정국 상황은 이후 개헌

---

2) 1980. 3. 28(제1차 회의) ~ 9. 9(제11차 회의).

3) 관련 자료 목록은 본고 '참고문헌' 참조.

4) "헌법개정특별위원회 보도자료", 대한민국국회, 2017. 10. 17; "대한민국헌법 개정안", 2018. 3. 26.

5) 1979년 10월 26일 19시 40분경 서울 종로구 궁정동 중앙정보부 安家에서 중앙정보부장

방향이 결정되는 중요한 배경으로 작용한다.

1979년 10월 26일 박정희 대통령이 김재규 중앙정보부 부장에 의해 피살되고, 최규하 국무총리가 통일주체국민회의 대의원회에서 제10대 대통령에 선출되었다.[6] 국민들은 이를 계기로 유신체제와 군사정권은 종말을 고할 것으로 내다봤다.[7] 국민들의 그러한 기대는 얼마 가지 못했다. 최규하 국무총리가 대통령에 오른 지 6일 만인 12월 12일, 이른바 신군부[8]에 의한 '12·12사태'[9]가 발생했다. 신군부는 대통령의 사전 재가 없이 계엄사령관 정승화 대장을 체포하는 하극상을 벌이면서 권력을 쟁취하기 위한 행보를 이어갔다.

1980년 5월 14일부터 서울에서는 '민주화 대행진'을 내건 대규모 학생시위가 벌어져 서울 시내는 시위대로 가득했다. 5월 15일에 10만여 명이 서울역 앞에 모이면서 시위는 절정에 이르렀다. 이 시위는 4·19 이후 최대 규모로 '서울의 봄'[10]이라고 일컫는다. 그러나 신군부는 5월 17일 전국에 계엄령을 선포하고 일체의 정치활동을 금지했다. 서울의 봄은 그렇게 끝이 났다. 대학에는 무장군인들이 진주하고, 김대중·김종필 등 정치인들이 내란음모, 권력형 부정축재 등의 명목으로 체포되었고, 야당 총재 김영삼은 자택에 연금되었다. 이어 신군부는 '국가보위비상대책위원회'[11]를 설

김재규가 박정희 대통령을 살해한 사건(『한국민족문화대백과』, 한국학중앙연구원).

6) 헌법 제45조 ① 대통령의 임기가 만료되는 때에는 통일주체국민회의는 늦어도 임기만료 30일 전에 후임자를 선거한다. ② 대통령이 궐위된 때에는 통일주체국민회의는 3월 이내에 후임자를 선거한다. 다만, 잔임기간이 1년 미만인 때에는 후임자를 선거하지 아니한다. ③ 대통령이 궐위된 경우의 후임자는 전임자의 잔임기간 중 재임한다.

7) 한영우, 『다시 찾는 우리역사: 제3권 근대·현대』, 경세원, 1998, 203면.

8) 육군사관학교 출신 장교들이 만든 비공식 사조직인 하나회를 중심으로 정권을 잡은 군 장성들을 이르는 명칭(『한국민족문화대백과사전』, 한국학중앙연구원).

9) 1979년 12월 12일 군부의 실세였던 전두환·노태우 등이 중심이 되어 일으킨 군사적 충돌 사건(『한국민족문화대백과사전』, 한국학중앙연구원).

10) 1979년 10·26사태 이후 1980년 5·17 이전까지의 정치적 과도기를 일컫는 말이다. 체코 '프라하의 봄'에 비유한 말로 민주화운동이 활발하게 일어났기 때문에 '민주화의 봄'이라고도 한다(『한국민족문화대백과사전』, 한국학중앙연구원).

11) 국가보위비상대책위원회는 비상계엄하에서 국가를 보위하기 위한 국책사항을 심의·의결하여 대통령의 자문에 응하거나 대통령을 보좌한다는 명분으로 설치·운영되었다. 최규하 대통령을 의장으로 주요 행정각료 10명과 군장성 14명 등 24명으로 구성하고, 위원회가 위임한 사항을 심의·조정하기 위한 상임위원회를 두었다. 상임위원장에는 전두환 보안사령관이 올랐다. 1980년 10월 23일 8차 개헌이 확정되자 국회, 정당, 통일주체국민회의가 해산되고 동 위원회는 국가보위입법회의로 개편되었다. 국가보위입법회의는 제반 법과 제도를 정비하여 신군부의 제5공화국 출범을 위한 기반을 마련한 후 제11대 국회 개원과 함께 해산되었다(이에 관하여는 문화공보부, 『국가보위비상대책위원회는 왜 설치되었는가』, 문

치하였다.

민주화에 대한 기대가 그렇게 무산되고 국민들의 실망이 커진 가운데 1980년 5월 18일 광주에서는 대규모 학생시위가 일어났다. 신군부는 이를 진압하기 위하여 계엄군을 투입했다. 그러나 계엄군의 과잉진압으로 많은 사상자가 발생하자 흥분한 학생과 광주시민들은 무기를 탈취하여 계엄군과 시가전을 벌이게 되면서 시위는 인근의 다른 지역으로 확산되었다. 계엄군의 진압으로 5월 27일 광주는 평온을 되찾았지만 수많은 사상자를 낸 비극의 상처는 쉽게 아물지 않았다.[12)]

1980년 8월 최규하 대통령이 신군부의 압력으로 사퇴하고[13)] 9월 1일 전두환 국보위 상임위원장이 통일주체국민회의에서 제11대 대통령에 선출되었다. 그 해 10월 27일 제8차 개헌에 의한 제5공화국 헌법이 성립했다. 이 헌법에 따라 1981년 2월 전두환 대통령은 다시 대통령선거인단에 의한 선거에서 제12대 대통령에 선출되고, 여당으로서 민주정의당이 조직되었다. 이때부터를 제5공화국이라고 부른다.[14)]

2. 제8차 개헌과 제5공화국 헌법의 성립

1979년 11월 10일 최규하 대통령 권한대행은 특별담화에서 새로 선출되는 대통령은 현행 헌법, 즉 維新憲法에 규정된 잔여임기를 채우지 않고 현실적으로 가능한 빠른 시일 내에 각계각층의 의견을 광범위하게 수렴하여 헌법을 개정하고 그 헌법에 따라 선거를 실시해야 한다[15)]고 하면서 다음과 같이 조속한 개헌 입장을 표명하였다.

> 현재 국회를 위시하여 각계각층에서 헌법문제에 관한 논의와 연구가 진행되고 있는 것으로 알고 있습니다만, 훌륭한 구상과 방안이 나오기를 기대합니다. 국가의

화공보부, 1980; 김행선, 『1980년대 전두환 정권의 수립 : 국가보위비상대책위원회와 국가보위입법회의를 중심으로』, 선인, 2015 참조).

12) 정해구 지음, 『전두환과 80년대 민주화운동 - '서울의 봄'에서 군사정권의 종말까지』, 역사비평사, 2011, 50-75면 참조.

13) 한영우, 앞의 책, 204면.

14) 헌법 전문에서 제5공화국이라고 한 이유에 대하여 윤세창 교수는 "유신헌법은 우리 헌정사에 오욕적인 헌법이니 그것을 불식하는 의미로 새로운 질서를 뜻하는 제5공화국으로 하는 것이 좋지 않으냐 해서 전문에 제4공화국 다음의 제5공화국으로 뚜렷이 해 둔 것"이라고 하였다(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 월간조선, 조선일보사, 1980, 11, 128면). 이에 대한 비판으로는 성낙인, 『대한민국헌법사』, 법문사, 2012, 283면.

15) 매일경제, 1979년 11월 10일자.

> 최고기본법을 제정함에 있어서 본인은 중대한 책임을 지고 있기 때문에 이미 천명한 바와 같이 정부로서도 앞으로 전국의 각계각층의 의견을 광범위하게 들어가면서 적절한 시기에 구체적인 연구와 검토를 시작할 것입니다.[16]

대통령 권한대행의 특별담화를 통한 조속한 기간 내의 개헌과 총선 실시 공약과 함께 12월 8일 긴급조치 9호의 해제에 따라 각 정당을 위시한 재야 및 각계 사회단체에 의한 개헌안이 속출했다.[17]

이런 가운데 국회는 11월 14일 국회교섭단체 원내총무 회담에서 '헌법 관계 특별위원회' 구성에 합의하고, 11월 26일 국회 본회의에서 여야 동수인 각 14인 총 28명[18]으로 국회 '헌법개정심의특별위원회' 구성 결의안을 채택했다. 국회개헌특위는 국회안을 정부에 이송, 대통령이 발의하여 국민투표에 붙이는 방식을 택하기로 하고, 1980년 1월 중 공청회를 끝내기로 합의하였다. 개헌특위는 5대 도시(서울, 부산, 대구, 대전, 광주)에서 6차례의 공청회[19]를 개최하고 각계 의견을 취합하였고, 5월에 전체 회의와 부문별 회의를 열고 조문을 축조·심의하여 5월 15일에 개헌안을 합의·작성하였으나, 성문화 직전 5·17비상계엄확대조치[20]로 그 활동이 중지되었다.

---

16) 대통령각하의 취임사 중에서(1979. 12. 21), 법제처, "정부개헌추진관련자료", 1980. 4. 21. 5-6면.

17) 대표적인 개헌안으로 '공화당안' '신민당안' '대한변호사협회안' '6인학자안'을 들 수 있으며, 그 외에도 각계각층에서 다양한 개헌안이 나왔다(개헌안 목록은 본고 '참고문헌' 참조).

18) 민주공화당: 김택수(위원장), 김용호, 김유탁, 김택수, 남재희, 박찬종, 장영순, 최치환(간사), 유신정우회: 김세배, 이경호, 이도환, 이석제, 이승윤, 이정식, 이해원(간사), 신민당: 고재청, 김동영(간사), 김수한, 박용만, 박일, 박해충(간사), 예춘호, 이용희, 이필선, 채문식, 이해원, 민주통일당: 김녹영

19) 1월 16일 서울(공술인: 최호진, 계희열, 김철수, 차기벽, 윤후정, 양호민, 김택현, 김기석), 1월 18일 대전(공술인: 정종학, 안홍국, 김계환, 박응구, 성백선, 정기호, 안영진, 1월 19일 광주(공술인: 채중묵, 김원규, 김수용, 윤용섭, 이덕수, 이기홍, 박인성, 서재일, 고민영), 1월 22일 부산(공술인: 임동혁, 서주실, 황의균, 정한상, 정시영, 김진정, 최남식, 김병국), 1월 23일 대구(공술인: 변재옥, 김원주, 류만곤, 현애숙, 이대환, 손석기, 김도현, 오상도), 1월 29일 서울(공술인: 권영성, 김영모, 양승두, 한상범, 문인구, 송진혁, 이경숙, 양재권, 이병주, 김덕화)

20) 1980년 4월 이후 전국적으로 확산된 학생들의 민주화투쟁과 노동자들의 생존권투쟁을 진압하는 한편 군부의 집권을 위해 계엄사령부가 80년 5월 17일을 기해 단행한 계엄확대조치(한국사사전편찬회, 『한국근현대사전』, 2005). 당시 최규하 대통령은 특별담화에서 "정부는 국가를 보위하고 3천 7백만 국민의 생존권을 수호하며 안정 속에 성장과 발전을 바라고 있는 대다수 국민의 여망에 부응하여 단안을 내리게 된 것"이라고 5·17 비상계엄선포 이유를 밝혔다(동아일보, 1980년 5월 18일자).

정부도 국회 개헌 추진과 별도로 독자적인 개헌 작업을 진행했다. 1980년 1월 18일 연두기자회견에서 최규하 대통령은 헌법개정안을 대통령이 발의하고 국민투표에 붙이는 방안을 다음과 같이 주장하였다.

> 헌법을 합헌적으로 개정하는 방법으로서는 대통령이 발의하는 경우와 또 국회에서 발의하는 경우의 두 가지가 있다고 기억하고 있읍니다. 대통령이 발의하는 헌법개정안은 국민투표에 붙여서 확정되고, 국회의원이 발의하는 헌법개정안은 통일주체국민회의의 의결로 확정되는 것으로 이해하고 있읍니다. 그런데 국민투표에 붙여서 개헌안을 확정시켜야 한다는 것이 국민 대다수의 의견이라고 한다면 헌법상의 규정뿐만 아니라 작년 11월 10일자 본인의 시국담화를 통한 공약에 비추어서도 이번 개헌의 발의 책임은 대통령에게 있다고 생각합니다.[21]

1월 19일 개헌 준비 작업의 일환으로 법제처 산하에 '헌법연구반'을 설치하여 국내외 헌법 및 헌정 운영의 실태에 대한 조사·연구를 하도록 했다. 이어 3월 14일 '정부헌법개정심의위원회'를 발족하여 「헌법연구반 보고서」를 토대로 본격적인 개헌 작업에 착수했다.

헌법개정심의위원회는 3월 28일 제1차 회의에서 위원회 운영계획을 심의·확정하였다. 위원회는 대체토론·공청회를 통한 의견청취·요강작성·시안작성·보고의 순으로 헌법개정안 작성을 추진하도록 하였다. 대체토론은 4월 4일 제2차 회의로부터 5월 2일 제6차 회의까지 5차에 걸쳐 진행되었다. 그리고 5월 15일부터는 공청회를 개최하기로 하였으나[22] 국민들의 반발로 취소되었다.[23] 이에 곧바로 헌법개정요강 작성으로 들어갔다. 5월 16일 제8차 회의에서 요강작성소위원회가 구성되었다.

이러한 과정에서 개헌 주도권 문제[24]와 함께 개정안 내용에 대한 국민들의 불신

---

21) 대통령각하의 연두기자회견 중에서(1980. 1. 18), "정부개헌추진관련자료", 법제처, 1980. 4. 21. 12-13면.

22) 전주, 청주, 창원, 여수, 부산, 안동, 서울, 춘천, 천안, 수원, 인천, 제주 지역에 예정되어 있었다. 자세한 공청회 일정이나 계획은 "헌법개정심의위원회회의록" 제5차 회의, 부록 공청회계획안, 1980. 4. 25 참조.

23) 경향신문, 1980년 5월 12일자.

24) 개헌 절차가 국회 발의로 통일주체국민회의에 의해 확정하는 방식과 대통령의 발의와 국민투표로 확정하는 방식으로 나뉘어 있어 헌법개정의 민주적 정당성 문제가 내포되어 있음을 지적한다(갈봉근, "제5공화국 헌법의 성립과 그 발전과정", 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 280-281면 참조). 이에 국회, 특히 신민당은 유신헌법을 철폐하고 헌

이 쌓여갔다. 이원정부제개헌안에 대한 반대와 계엄해제요구 등으로 정국은 혼란스러웠고, 5월 17일 비상계엄이 전국에 확대·실시되면서 국회 집회가 불가능해졌으며 학원은 폐쇄되었다.[25]

5월 19일 요강작성소위원회가 제1차 회의를 시작으로 8월 4일까지 19차에 걸쳐 회의를 개최하여 총강·기본권·법원·경제조항 등에 관한 심의를 완료하였다. 권력구조에 대해서는 8월 8일부터 요강작성에 들어갔다. 9월 5일 부칙을 제외한 전문과 본문 131조의 요강안이 작성·완료되었다. 9월 6일 제9차 회의에서 소위원회가 작성한 요강안을 보고받았으며, 보고된 요강안에 대하여는 9월 8일 제10차 회의에서 조정하여 9월 9일 제11차 회의에서 확정했다.[26]

9월 12일 국무총리가 대통령에게 보고함으로써 헌법개정 작업은 일단락되었다. 9월 29일 국무회의에서 헌법개정안이 확정되었고, 전두환 대통령의 발의로 헌법개정안이 공고되고, 10월 22일 국민투표로 확정되었다. 국민투표에서는 유권자 20,373,869명 중 95.8%인 19,453,926명이 투표하여, 투표자 중 91.6%인 17,829,354명의 찬성으로 헌법개정안이 확정되었다. 10월 27일 제5공화국 헌법이 공포되어 발효하게 되었다.[27]

법을 전면 개정해야 한다는 입장에서 유신헌법상의 개헌 절차와 관계없이 국회 심의를 거쳐 국민투표에 회부해야 한다고 주장하였고, 정부는 처음부터 현행 헌법에 따른 개헌 절차를 고수했다.

25) 동아일보, 1980년 5월 19일자.

26) 그 기간 '시안작성소위원회'가 구성되었다. 시안작성소위원회는 9월 6일부터 9월 8일까지 3차에 걸쳐 회의를 개최하여, 요강 자구 수정을 비롯한 조문화 과정을 거쳐 헌법개정시안을 완료하였다.

27) 헌법재판소 반대의견(재판관 김진우, 재판관 이재화, 재판관 조승형)은 제8차 개헌에 의한 제5공화국 성립 과정에 대하여 그 절차적 정당성을 다음과 같이 부정하고 있다. "피의자 전두환이 통일주체국민회의 등을 통한 간접선거를 통하여 두 차례 대통령으로 당선된 것이나 제5공화국 헌법개정안이 국민투표에 의해 통과된 것은 그것이 비록 형식적으로는 당시의 헌법과 법률의 규정에 의한 것이기는 하지만 그 진상이 은폐되고 계엄령 하의 강압적인 분위기하에서 이루어진 것이어서 이를 가리켜 국민이 자유롭게 그들의 주권적 의사를 결정할 수 있는 상태에서 피의자들의 이 사건 내란행위에 대하여 승인을 한 것이라고 볼 수 없다"(헌재 1995. 12. 14. 95헌마221 등, 판례집 7-2, 697).

<표 1> 제8차 헌법개정 일지[28)]

국회	정부
[1979년] 11월 14일 교섭단체 원내총무회담: 헌법관계 특별위원회 구성 합의 11월 26일 본회의 헌법개정심의특별위원회구성 결의안 채택 12월 17일 국회안 정부이송·대통령 발의 합의 12월 26일 80년 1월 공청회, 3월 정부 이송 합의	[1979년] 11월 10일 최규하 대통령 권한대행 특별담화: 조속한 개헌 및 총선 실시 12월 21일 최규하 대통령 취임사: 새 헌법 1년 내 마련
[1980년] 01월 16일 공청회: 서울세종문화회관 01월 18일 공청회: 대전시민회관 01월 19일 공청회: 광주시민회관 01월 22일 공청회: 부산시민회관 01월 23일 공청회: 대구시민회관 01월 29일 공청회: 세종문화회관 01월 30일 위원회운영·소위원회 구성 03월 06일 헌법개정에 관한 정부보고 04월 21일 간사선임·의사진행 05월 03일 헌법개정에 관한 정부보고 05월 07일 헌법개정안: 권력구조 05월 09일 헌법개정안: 기본권 분야 05월 13일 헌법개정안: 경제·사회 분야 기타 05월 14일 헌법개정안 05월 17일 5·17계엄확대 조치: 헌법개정 활동 중지	[1980년] 01월 18일 최규하 대통령 연두기자회견: 개헌안 국민투표, 대통령 발의·공포 01월 19일 헌법연구반 발족 03월 14일 헌법개정심의위원회 발족 03월 28일 헌법개정심의위원회 1차 회의: 전문위원 위촉, 운영계획 확정 04월 04일 헌법개정심의위원회 2차 회의: 대체토론 04월 11일 헌법개정심위원회 3차 회의: 전문위원·간사 위촉, 대체토론 04월 18일 헌법개정심의위원회 4차 회의: 대체토론, 공청회계획 심의, 소위원회 구성 04월 25일 헌법개정심의원회 5차 회의: 대체토론, 공청회계획 심의 05월 02일 헌법개정심의위원회 6차 회의: 특별고문(유진오 박사) 소견 발표 05월 12일 헌법개정심의위원회 7차 회의: 공청회 취소 05월 16일 헌법개정심의위원회 8차 회의: 요강작성소위원회 구성 05월 19일 요강작성소위원회 1차 회의 06월 2일 ~ 08월 04일 요강작성소위원회 19차 회의까지 총강·기본권·법원·경제 조항 등 심의 완료

28) 갈봉근, “제5공화국 헌법의 성립과 그 발전과정”, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 법제처, “헌법개정(안)작성경과”, 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 10. 16-18면 참조.

국회	정부
	08월 08일 요강작성소위원회 20차 회의: 권력구조 심의 착수 09월 05일 요강작성소위원회 27차 회의: 부칙 제외 전문·본문 131조 작성 완료 09월 06일 헌법개정심의위원회 9차 회의: 요강안 보고, 시안작성소위원회 구성 09월 08일 헌법개정심의위원회 10차 회의: 요강안 심의 09월 09일 헌법개정심의위원회 11차 회의: 요강 확정, 시안 확정 09월 12일 헌법개정안 대통령 보고 09월 26일 헌법개정안 국무회의심의: 부칙 확정 09월 29일 국무회의 헌법개정안 확정·발의·공고 10월 22일 국민투표 확정 10월 27일 공포

Ⅲ. 정부헌법개정 활동

1. 헌법연구반

(1) 설치·운영

정부는 1980년 1월 20일경부터 법제처 내에 '헌법연구반'을 설치하여 3월 13일 '헌법개정심의위원회'가 발족하여 본격적인 개헌 활동이 시작될 때까지 2개월여 기간 동안 헌법 전반에 관한 조사와 연구를 진행하였다.

헌법연구반은 정부조직법 제27조[29]에 따라 설치된 법제처가 관장하는 국내외 법제에 관한 조사·연구기능의 일환으로 국내외 헌법제도를 연구하였다. 헌법연구반은 법제처장을 위원장[30]으로 하고 법학자 10인, 정치학자 6인, 경제학자 6인, 법조인 3

29) 정부조직법(1980) ① 국무회의에 상정될 법령안과 총리령안 및 부령안의 심사와 기타 법제에 관한 사무를 관장하게 하기 위하여 국무총리소속하에 법제처를 둔다.

30) 당시 김도창 법제처장(제10대, 1979. 12 14. ~ 1980. 5. 21.)

인, 공무원 5인 등 총 30인의 연구위원으로 구성되었다. 총 4개 분과로 나뉘어 연구를 추진하였는데, 해당 분과별 연구 과제를 살펴보면, 제1분과는 전체 총괄 및 전문·총강·헌법개정을, 제2분과는 정부형태·대통령·내각·의회·선거제도·지방자치를, 제3분과는 기본권·사법제도·헌법보장을, 제4분과는 재정·경제를 각각 담당하였다. 헌법연구반 연구위원과 분과별 편성 현황은 아래와 같다.

<표 2> 헌법연구반 연구위원 및 분과별 편성 현황[31]

분과별	연구과제	연구위원
제1분과위원회 위원장: 문홍주	1. 전체총괄 2. 전문 3. 총강 4. 헌법개정	전 연구위원 (단 전문 및 총강은 권영성, 헌법개정은 허경)
제2분과위원회 위원장: 박일경 간사: 계희열	1. 정부형태 2. 대통령 3. 내각 4. 국회 5. 선거제도 6. 지방자치	박일경(명지대, 헌법), 문홍주(성균관대, 헌법), 계희열(고려대, 헌법), 배성동(서울대, 정치학), 권영성(서울대, 헌법), 정인흥(성균관대, 정치학), 안용교(건국대, 헌법), 한배호(고려대, 정치학), 허 경(연세대, 헌법), 이상희(내무부), 김운태(서울대, 정치학), 최경원(법무부), 나종일(경희대, 정치학), 남기환(외교안부연구원), 박승재(한양대, 정치학), 허 영(경희대, 헌법), 한원도(법제처)
제3분과위원회 위원장: 이종극 간사: 장원찬	1. 기본권 2. 사법제도 3. 헌법보장	이종극(변호사), 최광률(변호사), 구병삭(고려대, 헌법), 장원찬(총리실), 한상범(동국대, 헌법), 최경원(법무부), 최 건(변호사)
제4분과위원회 위원장 간사: 김성훈	재정·경제	박우희(서울대, 경제학), 김성훈(중앙대, 경제학), 윤석범(연세대, 경제학), 김완순(고려대, 경제학), 김동희(한국농촌경제연구원), 연하청(한국개발연구원)

반위원장: 법제처장, 반부위원장: 법제처차장, 간사: 법제처 기획관리관

연구위원은 학계의 경우 법학·정치학·경제학 전공자로 구성되었는데, 그중 법학 분야는 전원이 헌법학 전공자이다. 분과마다 공무원이 위원으로 참여하고 있는 것이 특징적이다. 이에 대하여 "헌법연구반의 구성부터가 친정부적 인사로 구성되어 있었고, 행정공무원이 참여해 있었기 때문에 연구반의 의도는 정부의 의도를 대변하는 것으로 받아들여졌다"고 평가 절하하기도 한다.[32]

---

31) 각 위원 경력은 당시 기준임.

32) 김철수, "제5공화국헌법의 제정방향", 『한국헌법사』, 대학출판사, 1988. 303면.

박일경 교수와 문홍주 교수는 당시로서 학계와 행정계에 두루 경험이 있는 원로 학자로 이미 제3차 개헌[33]과 제5차 개헌[34]에서 전문위원으로 활동한 경험이 있었다. 그 외 연구위원들은 당시 40대 중후반의 중견 학자로서 다수가 독일에 유학한 경험이 있었다.[35]

헌법연구반의 운영은 개별분과회의에서 개별 과제를 선정하고, 총괄분과회의에서 개별 분과회의에서 선정한 개별 과제를 조정·확정하는 방식으로 이루어졌다. 개별분과회의에서는 과제별 담당연구위원을 1명 내지 2명 이상 선정하고 과제별 연구 일정을 정했다. 선정된 담당연구위원은 차기 회의까지 과제별 중간보고서를 작성하여 제출하였는데, 이때 국내외 헌법제도와 그 운영 실태를 분석하고, 또 과제별로 채택 가능한 제도의 유형에는 어떤 것이 있는지 검토하였으며, 채택한 제도에 대하여는 장·단점을 비롯하여 예상되는 문제점을 분석하였다. 제출된 중간보고서는 개별분과회의에서 검토와 조정을 거쳐 총괄분과회의에서 비교·조정한 후 담당연구위원이 최종보고서를 작성하였다.

<표 3> 헌법연구반 업무흐름도[36]

개별분과회의	개별과제 선정
총괄분과회의 (전체위원회의)	분과회의에서 선정한 개별 과제 조정·확정
개별분과회의	1. 과제별 담당연구위원 선정(1인 또는 2인 이상 공동 담당) 2. 과제별 연구일정 결정
담당연구위원	1. 매차기 회의까지 과제별로 중간보고서 작성 <참고사항> ⓐ 과제별 우리 헌법제도 및 운영실태 분석 ⓑ 관련 외국제도 및 운영실태 분석 ⓒ 과제별 채택 가능한 제도의 제 유형과 채택한 경우에 예상되는 장·단점 분석 * 단 ⓒ항을 중심으로 하되 그 내용 중에 ⓐⓑ항을 포함시킬 수 있음 2. 차기 분과회의에 중간보고서 제출

33) 이병규, "제2공화국 헌법상의 의원내각제",『공법학연구』제11권 제2호, 한국비교공법학회, 2010. 5. 227면.

34) 대한민국국회,『헌법개정심의록』제1집, 1967, 9면.

35) 헌법연구반 연구위원 중 김도창, 박일경, 문홍주, 계희열, 구병삭, 한상범, 허경, 허영, 배성동, 김동희, 김성훈, 윤석범, 최건, 최광률, 박윤흔, 장원찬, 최경원, 한원도 이상 18명은 헌법개정심의위원회에서도 활동하였다.

36) 헌법연구반, "헌법연구반현황", 1980, 9면.

개별분과회의	개별과제 선정
개별분과회의	담당연구위원이 제출 중간보고서의 검토 조정 총괄분과회의 ↓ 개별분과회의 개별분과회의에서 타 분과와의 조정이 필요하여 회부된 중간보고서 조정
총괄분과회의	개별분과회의를 통과한 중간보고서 내용에 대한 비교·검토·조정
담당연구위원	최종 보고서 작성: 최종 보고서에 포함될 사항 * 중간보고서의 경우와 동일

(2) 서구헌법제도조사반

1) 구성

헌법연구반은 외국의 헌정제도와 그 운영 실태를 조사·연구하고 필요한 자료를 수집하기 위하여 연구위원 중 8인의 위원으로 구성된 '서구헌법제도조사반'을 편성하여 파견하였다. 이는 문헌을 통하여 파악하는 데 한계가 있는 헌법규범과 헌법현실 간의 괴리 등 동태적 헌정 운영의 실태를 조사·연구하기 위한 것이었다.

조사반은 두 개 반으로 나뉘어 해외로 파견되었는데, 제1반은 1980년 1월 22일부터 2월 7일까지 서독·그리스·오스트리아로, 제2반은 1980년 1월 24부터 2월 8일까지 영국·핀란드·스페인·프랑스로 파견되어 조사·연구를 진행하였다. 조사반은 조사결과를 헌법연구반에 제공하고, 별도로 보고서를 작성하여 헌법심의 자료로 활용할 수 있도록 하였다.

<표 4> 조사반별 구성원 및 파견대상국

반별	성명, 소속	파견대상국
제1반	배성동(서울대, 정치학): 서울대 정치학과 졸업, 서울대 정치학 박사 허 경(연세대, 헌법): 성균관대 법학과 졸업, 튀빙엔대 법학박사 허 영(경희대, 헌법): 경희대 법학과 졸업, 뮌헨대 법학박사	서독, 오스트리아, 그리스
제2반	문홍주(성균관대, 헌법): 경성제대 법문학과, 시카고대 대학원 수료 한배호(고려대, 정치학): 연세대 정치외교학과 졸업, 프린스턴대 정치학 박사 나종일(경희대, 정치학): 서울대 정치학과 졸업, 케임브리지대 정치학 박사 한원도(법제처 법제관): 서울대 법학과 졸업	영국, 핀란드, 스페인, 프랑스

연구반은 파견대상국을 위와 같이 선정한 기준에 대하여 다음과 같이 밝혔다. 첫째, 헌정을 모범적으로 운영하는 국가로 서독과 영국, 둘째, 동구권 국가들과 인접하여 국가안보에 있어서 어려움이 많음에도 불구하고 안정과 독립을 유지하고 있는 핀란드와 오스트리아, 셋째, 만성적인 정국 불안을 헌정의 일대 개혁을 통하여 안정된 정부형태로 변모시킨 프랑스, 넷째, 민주화가 성공적으로 추진되고 있는 스페인과 그리스 등 이상 7개국을 파견대상국으로 선정하였다. 그러나 헌정제도의 어떤 부분을 연구대상으로 하고, 그 운영에 대한 어떤 부분을 조사할 것인지 등과 같은 구체적이고도 상세한 사전 계획이나 준비에 대한 것은 알려지지 않았다.

헌정을 모범적으로 운영하는 국가로 서독과 영국을 들고 있지만, 영국은 성문헌법전을 가지지 않았고[37] 권력구조도 의원내각제였던 것임에 반해 당시 의원내각제 개헌에 대한 논의는 활발하지 않은 상황에서 과연 영국을 대상국으로 했던 것이 적절했는가라는 의문이 든다. 또한 동구권 국가들과 인접하여 국가안보에 어려움이 많음에도 불구하고 안정과 독립을 유지하고 있다는 이유로 핀란드와 오스트리아를 대상국으로 선정한 것도 명확한 기준으로 생각되지는 않는다. 다만 이것은 분단국으로서 북한과 대치하고 있는 한국적 현실을 감안한 것이라고 생각된다.[38] 이와 함께 해당 국가를 파견국으로 선정한 것이 이원정부제를 염두에 둔 것이라는 의심을 사기도 하였다.

이러한 연구반의 해외 파견에 대하여는 '구한말의 신사유람단'에 비유할 정도로 강한 비판이 가해지기도 하였다. 특히 파견의 실효성이나 파견대상국 선정과 관련한 비판이 적지 않았다.[39]

> 이 막대한 예산을 쓰면서 더더군다나 가관인 것은 연구위원을 2진으로 나누어 가지고 「유럽」의 각국의 헌법제도와 운영실태조사라는 명목으로 지난 1월말에 '유럽'에 파견한 바가 있습니다. 그래 이러한 짧은 기간 안에 우리 국회도서관에 오면 얼마든지 그 자료가 산적되어 있는데 이러한 단기간 내의 연구 아닌 여행을 통해서 도대체 「유럽」관계국에서 무엇을 조사하려 했고 무엇을 조사를 했으며 그 조사

37) 이병규, "영국헌법의 본질과 특색", 『동아법학』 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010, 8, 63면 이하 참조.

38) 한편 각 반에 소속된 일부 위원들은 방문국과 일정한 연관성을 가지고 있다는 판단이 가능하다. 본문 [표-4]와 같이 일부 위원이 유학한 국가와 방문국이 일치한다. 이는 이후 발간된 보고서 내용이나 문체 뉘앙스를 통해서도 알 수 있다.

39) 경향신문 1980년 3월 12일자; 동아일보 1980년 1월 18일자 참조.

결과는 어떤 것이냐 조사연구원들이 어느 나라에 어떻게 가서 어떤 방법으로 어떤 자료를 취합했느냐?[40]

기간이나 조사 활동 등에 대한 이러한 문제 제기는 어느 정도 공감되는 면이 있다. 일부 위원들이 이미 대상국에서 유학한 경험이 있는 상황에서 헌정제도의 운영 실태를 조사하기 위하여 파견한다는 것이 적절했는가라는 것이다.[41] 다만 헌법의 정태적 연구가 가진 한계, 즉 헌법규범과 헌법현실 간의 괴리를 직접 보고 듣는 과정에서 확인하고, 또한 이를 메우는 방법을 찾을 수 있는 등의 성과를 기대할 수 있었을 것이다.

2) 조사일정·면담자

조사일정은 반별로 각각 서독, 오스트리아, 그리스 등 3개국을 방문한 제1반과 영국, 핀란드, 스페인, 프랑스 등 4개국을 방문한 제2반이 공히 15일여의 일정으로 조사 활동을 벌였다.

제1반은 서독에서 약 7일간의 일정으로 조사활동을 하였고, 오스트리아, 그리스에서는 각각 3일간의 일정으로 조사활동을 하였다. 제2반은 영국에서의 이틀 일정을 제외하고는 각각 3일간의 일정으로 조사활동을 하였다.

대상국별 면담자를 보면 서독을 제외하고는 대체로 2~3명 정도였다. 서독의 경우 상대적으로 긴 체류기간과 함께 면담자도 7명이나 되었다. 면담자는 공법학 교수와 정치학 교수가 대부분이었고, 일부 정관계 인사가 대상인 경우도 있었다.

<표 5> 제1반, 1980년 1월 22일 ~ 1980년 2월 7일

국별	일정	면담자
서독	1월 23일 ~ 1월 30일	Fritz Ossenbühl(1934)[42] 본 대학 공법학 교수 Josef Isensee(1937)[43] 본 대학 공법학 교수 Klaus von Beyme(1934) 하이델베르크대학 정치학 교수 Peter Lerche(1928)[44] 뮌헨대학 공법학 교수

40) 제103회 “국회 헌법개정심의특별위원회회의록” 제16호, 대한민국국회사무처, 1980. 3. 6. 8-9면.

41) 김도창 법제처장은 헌법조사연구반의 해외 파견에 여러 잡음이 있었던 점을 인정하고, 그 성과에 대하여 100% 소기의 성과를 달성하지는 못했다고 한바 있다(제103회 “국회 헌법개정심의특별위원회회의록” 제16호, 대한민국국회사무처, 1980. 3. 6. 17-18면).

		Hans F. Zacher(1928)[45] 뮌헨대학, 공법학 교수 Gottfried-Karl Kindermann(1926) 뮌헨대학 정치학 교수 Hans Zehetmair(1936) 정치가, 바이에른 주 교육문화부 장관 Erich Kiesl(1930-2013) 뮌헨 시장
오스트리아	1월 31일 ~ 2월 2일	Günter Winkler(1929) 빈대학교 공법학 교수 Robert Walter(1931-2010) 빈대학교 공법학 교수
그리스	2월 3일 ~ 2월 5일	Prodromos Dagtoglou(1929) 아테네대학교 공법교수 John C. Loulis 집권당(N.D.P) 부설 정책연구소장 정치학박사

<표 6> 제2반, 1980년 1월 25일 ~ 1980년 2월 6일

국별	일정	면담자
영국	1월 25일 ~ 1월 26일	David Rogers 로이터통신 기자 Nigel Johnson 내무성 차관보 Bernard Rowland Crick(1929-2008) 런던대 정치학 교수
핀란드	1월 27일 ~ 1월 30일	Curt Olof Olsson(1919-2014) 대법원장 Mikael Hiden(1939) 헬싱키대 헌법 교수 Gustaf Laurent (헬싱키 시의회 의장)
스페인	1월 31일 ~ 2월 2일	Raul Monrodo (Menedez Pelayo 대학장) (헌법학 및 정치학) Manuel Pastor (마드리드대 정치학 교수) Nicolas Perez-Serrano Fauregui (하원 사무총장)
프랑스	2월 3일 ~ 2월 6일	Georges Vedel(1910-2002) 파리 제2대학 공법학 교수 Jacque Robert(1928) 파리 제2대학장 공법학 Michelle Villey(1914-1988) 파리 제2대 법철학 교수 Bernard Pollain (헌법평의회 Magistrat)

3) 보고서

서구헌법제도조사반은 유럽 각국의 헌정 상황을 조사·연구한 뒤 1980년 2월 중순에 귀국하여 「서구헌정제도조사연구보고」[46]라는 제목의 보고서를 제출하였다.

보고서는 전체 240면으로, 여섯 개의 장으로 구성되어 있다. Ⅰ~Ⅲ(1~3면)에서는 '헌법조사연구반의 일반 현황'으로, 헌법조사연구반의 임무[47], 편성, 조사일정과 면

42) 김효전 편, 『독일의 공법학자들』, 동아대학교 출판부, 2010 참조

43) 김효전 편, 위의 책 참조.

44) 김효전 편, 위의 책 참조.

45) 김효전 편, 위의 책 참조.

46) 법제처 헌법조사연구반, 『서구헌정제도조사연구보고: 서독·오스트리아·그리스·영국·핀랜드·스페인·프랑스』, 법제처 헌법조사연구반, 1980. 2.

담자를 소개하였다. 여기서 서구헌법조사연구반이 법제처 내부기구인 헌법연구반의 한 분과로 설치되었다는 점을 밝히고 있다.

Ⅳ(5~70면)에서는 '유럽 각국의 헌정제도의 실태'를 소개하였다. 이 부분은 헌법조사연구반이 조사·연구 대상 국가를 직접 방문하여 면담하고 시찰한 결과를 반영한 것이라고 할 수 있다. Ⅴ(73~83면)에서는 '자료수집' 상황을 정리하였고, Ⅵ(85~240면)에서는 방문한 '유럽 각국의 헌법'을 요약·정리하였다. 내용 구성에서 볼 때 보고서에서 가장 비중 있는 부분이 '유럽 각국의 헌정제도와 그 운영실태'라고 생각되지만, 분량은 그리 많지 않다. 조사 대상국의 헌법을 요약한 부분이 거의 절반 이상을 차지하는 것을 봐서는 기초 자료의 역할에 중점을 두었던 것이 아닌가 생각된다.

방문국별 조사 내용을 보면 각국의 정부형태를 중심으로 그 내용이 전개되고 있다. 다만 그 내용상 국가별 편차가 확인된다. 또한 방문국별 헌정 관련 면담 일정이 위와 같이 소개되어 있지만, 보고서에 면담이 어떻게 이루어졌는지, 헌정과 관련하여 어떤 질문이 오갔는지, 면담을 통해 어떤 것을 확인할 수 있었는지는 확인되지 않는다. 헌정 실제에 대하여 국가별 정치·문화적 상황과 국민들의 정치의식 수준이 높다는 일반적 내용이 대동소이하게 기술되어 있다. 국가별 조사 내용을 간략히 정리하면 다음과 같다.

첫째, 각국의 정부형태는 해당 국가의 역사적·전통적 배경과 정치집단 간의 세력관계 여하에 따라서 결정되고 있지만, 그 주된 결정 요인은 국가의 중심이 어디에 있는가에 의하는 것으로 보인다. 예컨대, 영국과 스페인과 같이 군주가 정치의 중심에 있거나 강력한 의회가 정치의 중심에 있을 때는 의원내각제로 치우치는 경향이 있다.

절충형 정부형태의 경우에는 현실 여건에 따라 달리 운영되고 있다. 프랑스의 경우 애초에는 드골식의 영도적 대통령제에 가깝게 운영되었으나 당시는 의회주의를 존중하는 방향으로 운영되었고, 핀란드의 경우에는 케코넨(Urho Kekkonen) 대통령의 대중적 인기와 군소다당제 등으로 인하여 대통령을 중심으로 운영되고, 오스트리아에서는 대통령이 헌법상 부여된 권한을 행사하는 데 있어서 사실상 의원내각제에 가깝게 운용되고 있었다.

절충형 정부형태에서 대통령에게 비상대권이 부여되지 않은 경우, 특히 대통령과

47) 헌법조사연구반의 임무는 "헌법개정에 앞서 기초자료로서 서구헌정의 운영실태를 조사·연구하고 필요한 자료를 수집함"이라고 되어 있다(위의 책, 1면).

수상이 그 소속하는 정당을 달리하거나 정치이념을 달리할 때는 양자 간의 수평적 분권은 오히려 국가비상시에 국가 기능의 정체와 행정상의 혼선을 초래할 위험성이 많은 것으로 인식되었다.

정부형태에 있어서 의원내각제나 대통령제 혹은 절충형 가운데 어느 것을 선택하든지 그 성공적인 운영을 기대할 수 있는 조건은 강력한 의회와 행정부 간에 견제와 균형을 유지하는 것으로, 어느 하나가 약화되거나 무력해지는 경우에 민주정치체제는 원활하게 작동되지 않는다는 것이 서구 헌정의 경험이다. 또한 이에 못지않은 높은 수준의 정치의식을 가진 국민과 중립적이고 사명감에 입각한 보도 태도를 보인 언론, 그리고 지도급 정치인들의 투철한 민주적 성향과 이들에 의해 뒷받침되는 건전한 정당 체제의 확립이 요청되는 바이다.

둘째, 민주주의 발전을 위해서는 건전한 정당정치의 확립이 필요하므로 서구 국가들은 정당 운영 자금을 국고에서 보조한다. 예컨대, 영국은 40만 달러까지, 프랑스와 핀란드도 상당 부분을 정당운영자금으로 보조하고 있다. 서독에서 정당은 국가기관이 아니므로 그 운영 자금의 국고보조는 위헌이라는 판결이 나온 이후 선거공영제의 일환으로 선거 자금의 보조형식을 취하고 있다.

이와 함께 서구 국가들을 둘러본 결과 국회의원 선거제도에서는 대다수 국가(방문국가 7개국 중 서독 등 5개 국가)가 비례대표제를 채택하고 있고, 채택하지 않은 영국과 프랑스에서도 사표 방지를 위한 방책으로 비례대표제 도입이 논의되고 있다. 선거 관리에서는 대다수 국가가 선거공영제를 채택하고 있으며, 서독의 경우 정당이 얻는 표마다 3.5마르크의 선거 자금을 직전 총선거를 기준으로 총선거 전과 후로 나누어 각 정당에 보조하고 있는 점이 특징적이다.

셋째, 스페인은 프랑코(Francisco Franco) 사후 격심한 정국 혼란이 예상되었으나 제헌의회의 헌법심의 과정에서 좌파는 군부의 집권을, 우파는 근로자와 학생의 소요를 우려하여 서로 자제한 결과 민주헌법을 1년 6개월에 걸쳐 큰 혼란 없이 제정하기에 이르렀으며, 제헌 후 헌법에서 위임한 각종 민주 입법이 제대로 이행되지 않음에도 불구하고 종전 큰 정치적 세력이었던 학생들이 프랑코 말년의 반체제 활동을 유보한 채 현행의 민주화를 신뢰하여 자제하고 있는 것에 감명을 받았다고 한다.

독일 방문에서는 헌법의 생명력과 규범적 효력은 헌법재판소와 같은 독립된 헌법보장기관의 지속적인 노력에 의해서만 유지될 수 있다고 한다. 또한 각국은 주민자치 원칙에 따라 철저한 지방자치제도를 실시하고 있었으며, 지방자치와 지방재정자

립도 사이에는 상관관계가 깊지 않다는 것을 발견하였다. 국민의 정치의식과 교육의 정도는 정치발전과 불가분의 함수관계에 있으므로 민주주의는 교육에서부터 시작되어야 하고, 9년 이상의 의무교육의 제도화가 긴요하다고 하였다. 또한 서구 국가들에서는 교육 분야의 투자가 국가예산에서 사회보장 분야 다음으로 큰 비중을 차지하고 있었다.

결론적으로 한 나라의 정치발전은 해당 국가의 정치의식수준, 정치인의 민주적 성향, 언론, 정당제도, 국제적인 주변 상황 등의 상승작용에 의해서 각기 다른 형태로 나타나는 것이라고 평가하였다. 정치생활의 큰 흐름을 규범적으로 주도하는 헌법은 반드시 그 나라의 정치적 전통이나 사회현실을 감안하여 제정되었을 때 그 규범적 효력이 커지고 헌법규범과 헌법 현실의 괴리를 줄일 수 있다고 하였다.

이상과 같이 보고서 내용은 권력구조와 정치제도에 치중한 면이 있다. 또한 각국 전문가들과의 면담도 이 부분에 집중되어 있다. 이는 당시에도 개헌 문제에서 가장 관심이 높았던 것이 정부형태를 결정하는 것이었고, 또한 정부형태의 경우 제도적인 면과 아울러 실제적인 면도 중요하다는 점이 고려되었다고 생각된다.

조사반을 해외에 파견한 목적에는 대상국의 헌정 자료를 수집하는 데도 있었다고 생각된다. 그러나 보고서에 게재된 자료수집 목록을 보면 그리 풍부하거나 다양하지 않은 것을 알 수 있다. 또한 방문국별 자료수집 상황에 편차가 많은 점도 확인된다. 예컨대, 서독은 24개의 문헌을, 오스트리아는 13개의 문헌을, 희랍은 3개의 문헌을, 영국은 6개의 문헌을, 핀란드는 7개의 문헌을, 프랑스는 7개의 문헌을, 스페인은 하나의 문헌을 수집한 것으로 나와 있다. 특히 일본문헌이 46개로 가장 많다.

(3) 발간문헌

헌법연구반은 헌법개정안을 마련하는 데 있어서 그 기초 자료로 활용하기 위하여 항목별로 우리 헌법제도 및 관련 외국제도와 그 운영 실태를 분석·평가하고, 또한 거론 가능한 제도의 유형과 채택하는 경우에 예상되는 장·단점과 보완책을 분석하는 것을 그 임무로 하였다. 그러한 연구 결과는 바로 「헌법연구반 보고서」 등을 포함한 10여 종의 책자를 통하여 수록·발간하여 헌법개정안심의위원회 기초 자료로 제공했다. 발간문헌 목록은 아래와 같다.

<표 7> 헌법연구반 발간문헌[48)]

책 명	면 수	규 격	발행일자	비 고
서구헌정제도 조사연구보고	240면	4.6배판	1980년 2월	보고서
역대헌법 및 외국헌법비교	790면	5.7배판	1980년 3월 5일	조문대비표
각계 헌법개정시안 대비	193면	4.6배판	1980년 3월 5일	조문대비표
각국헌법 요약	346면	4.6배판	1980년 3월 5일	
각계 개헌의견요약(1)	385면	4.6배판	1980년 3월 20일	개헌 기사, 각계
각계 개헌의견요약(2)	115면	4.6배판	1980년 5월 1일	의견, 시안 등
각계 개헌의견요약(3)	153면	4.6배판	1980년 6월 12일	
헌법연구반보고서	647면	4.6배판	1980년 4월 17일	
한국헌법개정연혁요약	155면	4.6배판	1980년 5월 15일	보고서
현행 각국의 헌법전	350면	5.7배판	1980년 3월 31일	
현행 각국의 헌법전	505면	5.7배판	부록	

(4) 연구과제, 보고서 내용

헌법연구반은 4개 분과로 나뉘어 연구를 추진하였는바, 제1분과는 전체 총괄 및 전문·총강·헌법개정을, 제2분과는 정부형태·대통령·내각·의회·선거제도·지방자치를 제3분과는 기본권·사법제도·헌법보장을, 제4분과는 재정·경제를 각각 분담하였다.

<표 8> 분과별 연구과제[49)]

[제1분과]

구분	과제	담당연구위원	비고
총괄	1. 전체 총괄 2. 전문: 역사적 사건의 존치 여부 등 3. 총괄 4. 헌법개정	1) 전 연구위원 공동담당 2) 일반적 연구 박일경 권영성 허 경	분과별 연구종료 후 작업 예정

48) 법제처 편, "헌법개정(안)작성경과", 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 10. 16면 참조.
49) 헌법연구반, "헌법연구반현황", 1980, 11면 이하.

[제2분과]

구분	과제	담당연구위원	비고
1. 행정부	1. 대통령제 (1) 대통령의 선거방법 (가) 국민에 의한 직선제 (나) 선거인단에 의한 간선제 (다) 국회의원, 지방의회대표자로 구성된 선거인단에 의한 간선제 (라) 의회에서 선출하는 간선제 (마) 의회에서 선출한 자에 대한 찬반국민투표로 확정하는 방법 (바) 국민에 의한 직선으로 하되 대통령과 국회의원을 동일 티켓으로 선출하는 방법 (2) 직선제의 경우 선거 과열 등 방지책 (3) 대통령 선거에 관하여 헌법에 직접 규정할 범위 (4) 대통령의 임기와 중임 (가) 4년 또는 5년 단임 (나) 4년 또는 5년 1차 중임 (다) 6년 단임 (5) 부통령제 필요성 여부 (6) 대통령과 내각 간 권한 분담 (7) 대통령과 정당, 국회와의 관계 (가) 대통령선거에 있어서의 정당 추천제 채택 여부 (나) 대통령의 당적 이탈 (8) 정부의 전단 방지 수단 (가) 국회의 정부불신임제 (나) 대통령의 긴급권 행사에 대한 국회 사법부의 통제 (9) 대통령의 권한 대통령의 긴급권	박일경 안용교 박승재 이상희 배성동 김효전	
	2. 내각책임제 (1) 내각책임제 제도의 장단점 (2) 내각의 구성과 대통령선출 (3) 내각과 대통령과의 관계 (4) 내각과 국회와의 관계 (5) 국무총리의 권한	박일경 계희열	
	3. 절충형 정부형태 (1) 절충형태의 유형별 특징 (가) 제1절충형(예: 그리스, 터키) 의원내각제에 대	문홍주 허 경 남기환	

구분	과제	담당연구위원	비고
	통령제적 요소가 가미 (나) 제2절충형(예: 핀란드, 오스트리아) 대통령제에 의원내각제적 요소가 강하게 가미 (다) 제3절충형(예: 프랑스) 대통령제에 의원내각제적 요소가 강하게 가미 (2) 대통령의 선거방법 (3) 국무총리 및 국무위원의 선임방법 (4) 대통령과 내각의 권한관계 (5) 대통령의 내각통제 수단 (6) 대통령과 국회, 내각과 국회와의 관계(정부의 국회해산권·국회의 내각 불신임권·각원의 의원겸직 문제) (7) 정국의 안정을 위한 장치	배성동 최경원	
	4. 직무상 독립적 지위를 가지는 기관 [감사원의 직무범위 경찰 검찰 및 정보 기구의 정치적 중립 보장]	김운태	
	5. 대통령의 직속기관에 관한 문제		
2. 국회	1. 국회의 구성 (1) 단원제로 할 것인가, 양원제로 할 것인가 (2) 국회의 경솔을 방지하기 위한 제도적 장치(단원제의 경우) (3)국회의원의 정수	남기환 권영성	
	2. 국회의원의 임기		
	3. 국회의원의 선거방법 (1) 선거구제도(소·중·대 선거구별, 혼합선거구제) (2) 비례대표제 (3) 선거과열 방지를 위한 방법 (4) 선거에 관한 사항을 헌법에 규정할 범위	박승재 이상희 나종일 한원도 최경원 허 경 허 영 배성동	
	4. 정당관계 (1) 정당과 국회의원 후보자의 추천 (2) 정당 후보자에 대한 특전 부여 여부	한배호	
	5. 국회의 권한 (1) 국정감사권의 부활여부, 국정조사권의 명문화 여부 및 그 내용 (2) 국회의 국무총리 등의 불신임권	정인흥	
	6. 국회운영의 능률화를 위한 규정		

구분	과제	담당연구위원	비고
	(1) 국회회기 개회일수 (2) 소집요구 정족수 (3) 국무위원 출석요구 정족수		
3. 선거 관리	1. 선거관리 기구를 정비할 필요성 2. 선거공영제 3. 정치자금의 양성화	문홍주 박승재 이상희 나종일 한원도 최경원 허 경 허 영 배성동 한배호	
4. 지방 자치	1. 지방자치의 실시 단계 2. 지방의회 설치시 그 구성 및 권한	문홍주 이상희	

[제3분과]

구분	과제	담당연구위원	비고
5. 국민의 권리와 의무	1. 기본권 일반 (1) 자유와 책임의 관련성 규정 신설 여부 (2) 헌법 수로를 위한 국민의 저항권 신설 여부 (3) 해외 교포의 기본권 보장 규정 신설 여부(참정권 등) 2. 평등권 여성의 지위에 관한 규정 신설 여부 3. 신체의 자유 (1) 구속 적부심제도 부활 여부 (2) 자유에 관한 규정 부활 여부 (3) 강제노역은 형의 선고에만 의할 것인지의 여부 (4) 보안처분에 관한 규정의 정비 여부 (5) 영장제도에 관한 규정의 정비 여부 · 검사의 요구라는 용어의 타당성 검토 · 영장의 구속영장-수색영장으로의 구분 · 의사에 반하는 동행금지 · 사후영장 발부 범위 축소 (6) 잔혹형 금지 문제 (사형 폐지 포함) (7) 필요적 보석 제도를 헌법에 명시 여부 (8) 고문금지 (9) 변호사의 조력을 받을 권리 확대 강화	구병삭 한상범 장원찬 최경원	

구분	과제	담당연구위원	비고
	4. 사회적·경제적 자유 (1) 해외여행·이주·국적이탈 자유 규정 신설 여부 (2) 주거불가침 강화 (3) 재산권 규정의 정비 여부 · 정당보상과 전시보장 · 토지공개념 등 5. 정신·표현의 자유 (1) 통신자유의 강화 여부 (2) 도청(판사의 영장에 의해서만 인정하는 것 여부) (3) 종교의 자유 규정 정비 여부 (4) 양심의 자유의 구체화 여부(사상·세계관 등) (5) 언론·출판 자유의 정비 여부 · 검열제 등의 금지 · 알권리·정보에의 접근 자유 신설 · 전파 매체 내지 방송 매체의 관리 · 신문·방송 시설 기준 등 (6) 집회·결사의 자유 강화 여부 (7) 개인의 프라이버시 보장책 (8) 학문·예술의 자유의 보완 여부 교수·대학자치 등 6. 생활권 (1) 근로자의 단체행동 금지 조항 삭제 여부 (2) 환경권 신설 여부 (3) 근로자의 적정임금제·경영참가 이익균점권 신설 여부 (4) 혼인에 있어 남녀 동권 규정 부활 여부 (5) 생활무능력자의 생활 보호청구의 보완 여부 (6) 국가의 질병예방·의료보장 증진 노력에 관한 선언규정 신설 여부 (7) 교육을 받을 권리 보완 여부 · 교원의 지위 보장 · 개인의 존엄을 위한 민주주의 교육을 받을 권리 명시 (8) 소비자 보호에 관한 규정의 신설 여부 7. 청구권적 기본권 (1) 국가배상제도 보완 여부 (2) 형사피고인의 유죄판결 확정시까지의 무죄추정 규정 신설 여부 (3) 형사보상 대상 확대 여부		

구분	과제	담당연구위원	비고
	(4) 적법절차조항 신설 여부 8. 참정권 (1) 선거연령 인하 여부 (2) 공무담임권 정비 여부		
6. 법원	1. 법관 특히 대법원장·대법원판사의 선임 방법 및 임기 2. 법관의 임기·정년제 및 신분보장 3. 대법원 법관의 명칭 및 수	최 건 최광률 장원찬 최경원	
7. 헌법보장	1. 독립적인 헌법보장기구를 둘 것인지 대법원에 헌법보장에 관한 권한을 줄 것인지 여부	최 건 최광률 장원찬 최경원	

[제4분과]

구분	과제	담당연구위원	비고
8. 재정 경제	<경제일반> · 경제질서의 기본(반독점, 소비자보호, 사기업자유, 관주도형 경제에 대한 문제점) · 기업의 윤리성 문제	윤석범 연하청 (박우희) (김완순)	
	<재정, 회계> 1. 감사원 기능(국회의 국정조사권 등 관련) 2. 준예산 등 3. 조세(실질적 조세(방위성금 등)) 4. 중앙은행의 독립성과 자율성	김완순 (박우희)	
	<토지, 자원, 농업> 1. 국토와 자원 2. 농지소작제도 토지공개념	윤석범 연하청 김동희 김성훈 (박우희) (김완순)	
	3. 농업, 농촌개발 4. 협동조합(농민, 어민, 중소기업자)	김동희 김성훈	
	<교역 및 경제계획> 1. 대외무역 2. 과학기술의 창달 3. 경제계획에 있어서 장기계획 4. 장기계획 경제와 경제기구	박우희 (김완순)	

헌법연구반 보고서는 개별 검토 사항에 대한 내용과 학설, 그리고 주요 외국의 관련 법제도를 함께 소개하였다. 이를 토대로 개별 사항에 대한 검토의견을 냈다. 다만 대부분의 검토의견은 특정한 조항이나 제도의 선택이나 결정보다는 각 조항이나 제도에 대한 장단점을 소개하여 최종 결정을 돕는 형태로 기술되어 있다. 이러한 검토의견은 이후 헌법개정심의위원회 회의에서 쟁점 사항에 대한 중요한 검토 자료로 활용되었다.[50]

<표 9> 헌법연구반 보고서 검토 사항

전문	- 헌법전문의 형태·내용·성격
총강	- 국민의 주권행사 - 국적규정과 교민보호조항 - 영토조항 - 국제평화주의·침략전쟁부인 - 국제법의 국내법적 효력규정 - 공무원의 정치적 중립성 보장 규정 - 정당조항 - 국기와 수도에 관한 규정
국민의 권리와 의무	- 인간의 존엄과 가치의 존중 규정 구체화 여부 - 기본권의 직접적 효력 규정 신설 여부 - 기본권에 대한 유보조항 문제 - 적법절차 조항의 신설 여부 - 저항권의 신설 여부 - 남녀평등규정의 상세화 여부 - 강제노역 요건 보완 여부 - 보안처분 규정의 정비 여부 - 잔혹한 형벌금지규정 신설 여부 - 구속영장제도 - 변호인 의뢰권 - 구속적부심사제도 부활 여부 - 임의성 없는 자백 등의 증거능력 부인 규정 부활 여부 - 주거의 불가침 - 거주·이전의 자유 - 직업선택의 자유 - 통신비밀의 자유

50) 헌법연구반 보고서의 개별 검토 사항에 대한 의견은 'Ⅳ. 개정헌법의 주요 내용'에서 부분적으로 다룬다.

전문	- 헌법전문의 형태·내용·성격
	- 양심의 자유 - 언론·출판·집회·결사의 자유 - 학문예술의 자유보장규정의 구체화 여부 - 선거연령 인하 문제 - 적정임금보장 내지 근로조건 개선문제 - 근로자의 경영참가권과 이익균점권 등 신설 문제 - 근로3권에 대한 제약 조항 문제 - 공무원 등의 단체행동권에 대한 제한·금지조항 존치 여부 - 정치적 파업금지규정 신설 여부 - 환경권 강화를 위한 별도의 규정을 둘 것이냐의 문제 - 소비자 보호 규정 신설 여부 - 교육자치제 명문화 여부 - 교원의 지위우대 규정 신설 여부 - 의무교육 확대 - 이중배상금지 규정 삭제 여부 - 재산권 수용 등에 따른 보상 규정 - 일반보상과 징발보상의 구분 여부 - 피의자로서 구금되었던 자에 대한 형사보상청구권 인정 여부 - 보상 기준의 적정화 - 민간인에 대한 군사재판의 한계
권력구조 일반	- 대통령제 - 의원내각제 - 내각책임제에 대통령제적 요소가 가미된 정부형태 - 대통령제에 내각책임제적 요소가 강하게 가미된 정부형태 - 대통령제에 내각책임제적 요소가 다소 가미된 정부형태
국회	- 단원제로 할 것인가 양원제로 할 것인가의 여부 - 단원제의 단점에 대한 보완책 - 국회의원 정수 및 임기 - 국회 개회 일수 및 임시국회소집요구정족수 - 국정감사권 - 조약의 체결·비준에 대한 동의권 - 국회의 재정에 관한 권한 - 국회의원 선거제도
대통령 선거방법	- 국민에 의한 직선제 - 간선제 - 대통령유고시의 선출 - 대통령 후보 정당 추천 문제 - 선거 과열 방지책

전문	- 헌법전문의 형태·내용·성격
대통령 소속기관	- 감사원 - 지위 또는 기능 재조정이 필요한 기관 - 신설을 필요로 하는 기관
선거관리·정치자금	- 중앙선거관리위원회 구성과 기능 - 선거공영제 - 정치자금, 선거자금, 정당운영자금
사법제도	- 사법권의 귀속 - 법원의 종류 - 법관의 자격에 관한 규정의 신설 - 대법원의 구성, 대법원법관 구성의 이원제 채택 여부 - 대법원에 부를 둘 것인가의 여부 - 대법원법관의 수 - 대법원장의 선임방법 - 추천기구의 제청으로 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하는 방법 - 선거인단에 의한 선거방법 - 대법원법관의 선임방법, 일반법관의 선임방법 - 법관의 임기제와 정년제, 법관의 신분보장 - 규칙제정권, 법률안제안권, 예산안편성권 인정 - 재판공개의 원칙 - 검찰제도 - 군법회의 단심제
헌법의 보호	- 헌법소송의 범위와 그 관장기관 - 헌법소송사건의 범위결정문제 - 헌법소송사건의 관장기관 문제 - 독립기관의 유형에 관한 문제 - 독립기관의 구성에 관한 문제
국가긴급권	- 긴급명령
경제질서	- 경제질서의 기본원칙 - 대외무역의 육성과 규제·조정 - 공공기업의 국·공영과 사영기업의 국유화 등 - 과학기술의 창달과 자문기구 - 정치와 경제의 분리 - 농지제도 - 자연자원 - 국토의 효율적 이용 등(토지의 공개념) - 농어민과 중소기업자의 보호
지방자치	- 지방자치에 관한 헌법규정방식 - 지방의회에 관한 규정 - 지방자치단체장의 선임에 관한 규정

2. 헌법개정심의위원회

정부는 유신헌법 제124조 제1항에 의하여 대통령이 제안하는 헌법개정안을 대통령에게 보고하기 위하여 대통령령 제9811호 '헌법개정심의위원회규정'에 따라 1980년 3월 14일 헌법개정심의위원회를 발족시켰다. 정부는 다양한 분야의 인사로 위원회를 구성하여 범국민적 기구로서의 성격을 가지도록 한 것으로 보인다. 헌법개정심의위원회는 정부조직법 제5조에 규정된 대통령 소속의 자문기구적 성격을 가진 기구였다.

(1) 조직 구성

헌법개정심의위원회는 위원장 1인과 부위원장 2인을 포함한 50인 이상 70인 이내의 위원으로 구성되며 필요한 경우 특별고문을 위촉할 수 있도록 하였는바, 위원장은 국무총리가 되고, 특별고문 1인과 정계·경제계·법조계·언론계·교육계·근로계 기타 각계 인사 가운데서 위촉한 위원 67명 총 69명으로 구성되었다.

<표 10> 헌법개정심의위원회 명단

위원장	신현확 (국무총리)
특별고문	유진오
부위원장	전봉덕(변호사, 한국법학원장), 김상협(고려대 총장)
간사	김도창(법제처장), 박윤흔(법제처 기획관리관)

구분	분야	성명	비고
사회각계 (45인)	정계(4)	유진오 권중돈(전 국회의원) 김정렬(전 공화당 의장) 백남억(공화당 총재, 상임고문)	
	경제계(4)	김봉재(중소기업협동조합 중앙회장) 김영선(대한상의회장) 박충훈(무역협회장) 정주영(전경련회장)	
	근로계(4)	정한수(노총위원장 대리) 황대영(평택 화양새마을지도자)	

구분	분야	성명	비고
		김우하(옥구개야도 어촌계장)	
		김 준(새마을지도자 연수원장)	
	종교계(4)	배송원(불교 조계종 총무원장)	
		김형태(한국기독교교회 협의회 부회장)	
		김남수(천주교 수원교구장)	
		이영복(천도교 교령)	
	언론계(6)	김종규(한국신문협회장)	
		최세경(한국방송협회장)	
		류건호(한국신문편집협회장)	
		김병수(경기신문주필)	
		김승한(중앙일보주필)	
		박동운(한국일보논설위원)	
	법조계(8)	김태청(대한변호사협회장)	
		권 일(재야법조인)	
		서일교(대법원 행정처장)	
		양준모(변호사, 국제법학회장)	
		양회경(변호사, 전 대법원판사)	
		윤길중(변호사)	
		전봉덕(변호사, 한국법학원장)	
		정희택(변호사, 국민회의 운영위원)	
	교육계(4)	곽종원(대한교련 회장)	
		고병익(서울대 총장, 사학)	
		김상협(고려대 총장, 정치학)	
		김우주(연세대 총장, 의학)	
	재향군인(1)	이맹기(재향군인회 회장)	
	여성계(1)	이철경(한국여성단체협의회장)	
	문화계(1)	조연현(문협이사장)	
	이북(1)	박인각(이북5도위원장)	
	해외교민(1)	장총명(재일거류민단장)	
	유교(1)	이병주(성균관재단이사장)	
	원호단체(1)	최태호(대한상의군경회장)	
	자연보호(1)	이덕봉(한국자연보존협회장)	
	과학기술(1)	안세희(과학기술단체연합회 부회장)	
	의료(1)	한격부(전 대학의사협회장)	
	체육(1)	손기정(한국올림픽위원회 상임이사)	
학계 (15인)	형사법(1)	김기두(서울대 교수, 형사법)	
	헌법학(3)	김운태(서울대 행정대학원 교수, 전 한국정치학회장, 정치학)	
	행정법(1)	문홍주(성균관대 교수, 헌법)	
	국제법(1)	박동서(서울대 행정대학원 교수, 한국사회과학협의회장, 행정학)	
	민사법(1)	박일경(명지대 대학원장, 헌법)	

구분	분야	성명	비고
		손제석(서울대 교수, 국제정치학회장, 국제정치학)	
		신기석(전 부산대 총장, 외교사)	
	행정학(1)	류달영(서울대 명예교수, 농학)	
	농 학(1)	윤근식(성균관대 교수, 한국정치학회회장, 정치학)	
	국문학(1)	윤세창(고려대 대학원장, 행정법)	
	외교학(1)	이숭녕(학술원회원, 한국정신문화연구원 대학원장, 국어국문학)	
	정치학(3)	이종극(변호사, 헌법)	
	경제학(1)	이한기(서울대 법대학장, 국제법)	
		최호진(전 연세대 교수, 한국경제학회 명예회장, 경제학)	
		현승종(성균관대 총장, 민사법)	
헌법기관 (2인)	헌법위원회	이 호(헌법위원회 위원장)	
	선거관리위원회	주재황(중앙선거관리위원회 위원장, 대법원판사)	
행정부 (6인)	국무총리	신현확(헌법심위위원회 위원장)	
	경제기획원장관	이한빈	
	내무부장관	김종환	
	법무부장관	백상기	
	국방부장관	주영복	
	법제처장	김도창(헌법심위위원회 간사장)	

위 표의 내용과 같이 단일 분야에서는 학계에서 가장 많은 인사가 참여하였다. 다만 헌법연구반 구성과 달리 법학 외에도 경제학, 행정학, 외교학, 농학 등 다양한 학문 분야의 전문가들이 참여하였다.

그 밖에 소위원회를 둘 수 있는바, 이는 위원장이 위임한 특정 사안을 심의하여 위원회에 보고하게 하도록 위원장이 설치할 수 있고, 소위원회는 위원장 1인과 위원 약간 명으로 구성하도록 했다. 위원회운영 과정에서 공청회계획 심의소위원회와 요강작성소위원회[51], 시안작성소위원회[52] 등 3차례에 걸쳐 소위원회가 구성되었다.

헌법개정심의위원회에는 비상근 전문위원[53]을 두었는데, 이는 위원장의 명을 받아

51) 전봉덕, 권중돈, 김승한, 김정렬, 김태청, 문홍주, 박동서, 박일경, 서일교, 신기석, 윤근식, 윤세창, 최호진

52) 전봉덕, 박일경, 서일교, 양용식, 윤세창, 이숭녕

53) 양용식(법제처차장), 계희열(고려대, 헌법), 구병삭(고려대, 헌법), 남기환(외교안보연구원, 헌법), 한상범(동국대, 헌법), 허경(연세대, 헌법), 허영(경희대, 헌법), 박승재(한양대, 정치학), 배성동(서울대, 정치학), 나종일(경희대, 정치학), 김동희(농촌경제연구원 부원장), 김성훈(중앙대, 경제학), 윤석범(연세대, 경제학), 최건(변호사), 최광률(변호사), 김남진(경희대, 행정법), 김이열(중앙대, 행정법), 김철용(건국대, 행정법), 서원우(서울대, 행정법), 양승두

위원회 또는 소위원회에 상정할 의안을 정리하도록 하기 위한 것으로서, 법학자·정치학자·사회학자·경제학자·법조인 기타 관계 전문가와 정부 공무원 가운데서 위촉했다.

그리고 헌법개정심의위원회 서무를 총괄하기 위하여 간사장과 간사를 두었다. 간사장은 법제처장이 되고, 간사는 법제처 기획관리관이 되었으며, 기타 5인의 연구간사가 위촉되었다.

<표 11> 헌법개정심의위원회 기능[54]

위원회	· 운영계획의 심의·결정 · 대체토론·논점추출 · 공청회 주관 · 개헌요강심의·결정 · 개헌시안심의·결정 · 위원장의 일부위원 소집·주재
소위원회	· 위원장의 위임사안심의·조정·보고 · 개헌요강 초안 작성·보고 · 개헌시안 초안 작성·보고
전문위원	· 위원회 또는 소위원회에 상정한 의안 연구 및 심의 지원 · 공청회 결과 종합 정리·보고
간사	· 위원회 또는 소위원회에 상정할 의안 정리 및 심의결과 정리 보고 · 위원회 및 소위원회 서무처리

(2) 회의일정과 방식

헌법개정심의위원회는 1980년 3월 14일에 개회식을 가진 후 3월 28일 제1차 회의에서 운영계획을 심의·확정하였다. 운영계획에 의하면 대체토론·공청회를 통한 의견청취·요강작성·시안작성·보고 순으로 헌법개정안 작성은 진행된다. 당시 공청회 개최 일정 및 계획을 간략히 정리하면 다음과 같다.

(연세대, 행정법), 이강혁(한국외대, 헌법), 한창규(성균관대, 행정법), 이영호(이화여대, 정치학), 이택휘(서울교대, 정치학), 최효환(동국대, 법학), 최창호(행정학), 한승조(고려대, 정치학), 이영수(서울고법 부장판사), 박윤흔(법제처 기획관리관), 이상희(내무부 지방행정국장), 장원찬(국무총리 제3행정조정관), 최경원(법무부 검사), 한원도(법제처 법제관), 손권호(총무처 행정관리국장)

54) 헌법개정심의위원회, "헌법개정심의위원회 운영 자료", 1980. 4. 21.

<표 12> 헌법개정심의위원회 공청회 계획[55]

구분	개최지역	심의위원	전문위원	비고
제1반	전주(전북), 청주(충북)	박일경, 신기석, 양회경, 정희택	김남진, 이강혁, 박승재, 허경	2박3일
제2반	창원(경남), 여수(전남)	김승한, 문홍주, 손제석, 양준모, 윤길중	김이열, 최광률, 최창호, 한상범	2박3일
제3반	부산, 안동(경북)	김운태, 박인옥, 윤세창, 전봉덕, 최호진	계희열, 배성동, 서원우, 윤석범	2박3일
제4반	서울특별시	권중돈, 김병수, 김상협, 유달영, 이덕봉	김철용, 양승두, 이영호, 최효환, 허 영	
	춘천(강원)			1박2일
	천안(충남)			1박2일
제5반	수원(경기)	고병익, 박동서, 윤근식, 이맹기, 이병주, 한낙부	구병삭, 나종일, 이택휘, 최건, 한창규	당일출발당일귀경
	인천(경기)			당일출발당일귀경
	제주(제주)			1박2일

<표 13> 헌법개정심의위원회 공청회 사항[56]

부문	공 청 사 항
총강	1. 현행헌법에 공무원의 정치적 중립성 보장에 관한 규정이 있으나 그밖에 특별히 국군, 경찰 등의 정치적 중립성 보장을 강조할 필요가 있다고 봅니까? 있다고 본다면 그 이유는?
	2. 공무원의 부패방지조항을 헌법에 두는 경우 어떤 내용을 규정하면 좋겠습니까?
	3. 재외교민보호에 관한 규정을 헌법에 둘 필요가 있다고 생각합니까? 필요가 있다면 어느 정도의 보호규정을 두는 것이 좋겠습니까?
국민의 기본권	4. 개인의 인신보호와 관련하여 구속적부심사제도를 부활하자는 의견과 부활할 필요가 없다는 의견 등이 있는바, 어느 것이 바람직하다고 생각합니까?
	5. 언론·출판의 자유와 그 책임의 한계를 어떻게 규정하는 것이 좋겠습니까?
	6. 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권은 보장되어야 하는바, 그 경우 공익과의 관계를 조화시키는 규정을 두는 것이 좋겠습니까?
	7. 기본권 보장을 위하여 보탤 말씀이 있으면 해주십시오.
국회	8. 국회의원의 정수에 관하여 헌법에 규정하자는 의견과 법률에 위임하자는 의견이 있고, 헌법에 규정하는 경우에도 200인 이상 250인 이하 등으로 상한과 하한을 동시에 규정하자는 의견과 250인 이하 등으로 상한만 규정하자는 의견이 있는바, 어느 것이 바람직하다고 생각합니까? 그 이유는?

55) "헌법개정심의위원회 제6차 회의록", 1980. 5. 2. 2면; "헌법개정심의위원회 제7차 회의록", 1980. 5. 12. 26면. 공청회 일정은 다음과 같다. A팀: 5월 12일 전주, 5월 13일 청주, 5월 16일 부산, 5월 17일 안동, 5월 19일 수원, 5월 23일 제주, 5월 12일, B팀: 5월 12일 춘천, 5월 15일 창원, 5월 20일 여수, 5월 26일 인천, 5월 28일 서울.

56) "헌법개정심의위원회 제7차 회의록", 1980. 5. 12. 29-31면.

부문	공 청 사 항
	9. 국회의원의 임기에 관하여 3년제, 4년제, 5년제, 6년제로 하자는 의견 등이 있는바, 어느 것이 바람직하다고 생각합니까?
	10. 국회의원 선거구에 관하여 소선거구제, 중선거구제, 시도단위의 대선거구제, 대선거구제와 소선거구제 혼합형, 전국구와 중선거구제 혼합형으로 하자는 의견 등이 있는바 어떤 방법이 좋다고 생각합니까? 그 이유는?
	11. 비례대표제의 채택 여부에 대하여 어떻게 생각합니까? 채택할 경우, 특히 후보자 추천방법 등을 어떻게 하여야 한다고 생각합니까?
정부	12. 정부형태에 있어서 대통령제가 좋다고 생각합니까? 그 이유는? 의원내각제가 좋다고 생각합니까? 그 이유는? 대통령제에 의원내각제적 요소를 가미하여야 한다고 생각합니까? 그 이유는? 의원내각제에 대통령제적 요소를 가미하여야 한다고 생각합니까? 그 이유는?
	13. 대통령의 선거방법을 직선과 간선 중 어느 것이 바람직하다고 생각합니까?
	14. 대통령의 임기에 관하여 4년 1차 연임허용, 5년 1차 연임허용, 6년단임 등의 의견이 있는바, 어느 것이 바람직하다고 생각합니까?
	15. 차기의 대통령선거와 국회의원선거의 실시는 동시가 좋습니까? 별도가 좋습니까? 그 이유는?
	16. 정치권력의 남용과 부정방지를 위하여 어떤 제도적 장치가 필요하다고 생각합니까?
	17. 대통령 직속 하에 가칭 통일정책심의회의나 국가원로회의 기타 새 헌법기관을 신설한 필요가 있다고 생각합니까? 그 이유는?
정치 자금 선거 관리	18. 선거과열 특히 대통령선거의 과열 등을 방지하기 위하여 좋은 방안이 있다면 말씀해주십시오.
	19. 정당의 선거자금과 운영자금 문제를 개선하기 위하여 좋은 의견이 있으면 말씀해주십시오.
법원	20. 대법원장 기타 법관의 선임방법과 임기를 어떻게 규정하면 좋겠습니까?
	21. 기타 사법권 독립을 위하여 좋은 의견이 있으면 말씀해 주십시오.
경제	22. 소비자 보호와 독과점 규제를 위하여 좋은 의견이 있으면 말씀해 주십시오.
	23. 농지의 소작제도에 관하여 소작제도 금지를 그대로 유지하자는 의견과 소작제도를 금지하되 필요한 범위 내에서 예외적으로 농지임차제도를 인정하자는 의견 등 여러 가지 있는데, 어떤 방법이 좋다고 생각합니까?
지방 자치 기타	24. 지방의회의 구성에 관하여 찬반 의견이 있는바, 그 구성여부, 시기, 범위 등에 관한 의견을 말씀해 주십시오.
	25. 기타 헌법개정에 관하여 의견이 있으면 말씀해 주십시오.

공청회 개최의 경우는 구체적 계획이 수립된 상태에서 5월 11일 전면 보류가 발표되었고, 5월 12일 헌법개정심의위원회 제7차 회의에서 최종 취소가 결정되었다.[57]

57) 최태호 위원 등은 당시의 정국 상황이 헌법개정 절차에서 대단히 중요한 공청회를 취소할 정도는 아니라고 하면서, 기왕 보류가 발표된 상황이라면 최소한 여론조사라도 실시해야 한다고 주장하였다("헌법개정심의위원회 제7차 회의록", 1980. 5. 12. 4면).

정부는 공청회 보류에 대하여 “전국 12개 지역에서 공청회를 개최하려고 했으나 주요 도시의 치안상태나 학원사태로 보아서 차분하고 진지한 분위기 속에서 생산적이고 공정한 토론이 진행되기 어려운 실정이라고 판단되었기 때문”이라고 그 배경을 설명했다.[58] 그 외 일정은 계획대로 추진되었다.

헌법개정심의위원회는 먼저 헌법 전반에 걸쳐 심의위원들의 의견을 집약하기 위하여 대체토론[59]을 가졌다. 대체토론은 4월 4일 제2차 회의부터 5월 2일 제6차 회의까지 5차에 걸쳐 위원 33인이 발언 또는 서면을 통하여 의견을 개진했다.

대체토론이 종료된 후 공청회 개최 계획이 취소됨에 따라 바로 헌법개정 요강작성으로 들어갔는데, 이는 소위원회에서 요강안을 작성하여 전체회의에서 조정하는 방식이었다. 요강 작성에 있어서는 대체토론에서 집약된 의견을 중심으로 하되 국민 각계각층의 의견을 광범위하게 수용하였고, 외국입법례 등을 검토하여 우리 현실에 맞는 제도를 채택하였다. 특히 각계 의견이 엇갈리는 항목 가운데 중요 항목을 논의함에 있어서는 관계기관·단체의 대표자, 정부관계 기관, 헌법개정심의위원회 전문위원 등을 초청하여 직접 의견을 청취하는 방식을 취했다.[60]

그리하여 전문과 본문 131개 항목의 헌법개정요강안을 작성하여 9월 6일 제9차 회의에 보고하였다. 보고된 요강안에 대하여는 시안작성소위원회가 9월 6일 구성일로부터 9월 8일까지 3차에 걸쳐 회의를 개최하고 요강에 대하여 자구 수정 등 조문화를 거쳐 헌법개정시안을 작성했다. 그리하여 9월 9일 제11차 회의에서 동 시안을 보고하고 동 회의에서 이를 헌법개정안으로 확정했다.[61]

---

58) 신현확 국무총리는 이와 함께 당시 극소수의 과격한 의견에 침묵하는 다수(silent majority)가 추종하는 사태가 일어나는 문제가 있다는 이유를 들었다(“헌법개정심의위원회 제7차 회의록”, 1980. 5. 12. 7면).

59) 의견발표는 서면으로 요지를 제출하고 구두로 발표하는 방법, 서면 제출 없이 구두로 발표하는 방법 또는 서면으로만 제출하는 방법으로 한다(헌법개정심의위원회, “헌법개정심의위원회 운영 자료” 참조, 1980. 4. 21).

60) 의결방식은 대체토론: 위원회, 공청회: 위원참가·좌담회 방식, 개헌요강 작성·심의: 소위원회→위원회, 개헌안 시안작성·심의: 소위원회→위원회, 시안보고: 위원장→대통령(“헌법개정심의위원회 운영 자료”, 1980. 4. 21 참조).

61) 헌법개정심의위원회 회의 내용은 ‘Ⅳ. 개정헌법의 주요 내용’에서 부분적으로 다룬다.

<표 14> 헌법개정심의위원회 회의 일정

차수	일자	회의내용	비고
	80. 3. 14 (금)	개회식	
제1차	80. 3. 28 (금)	· 부위원장 위촉 · 전문위원 위촉 보고 · 운영계획 심의·확정	
제2차	80. 4. 4 (금)	· 대체토론	
제3차	80. 4. 11 (금)	· 전문위원·간사 위촉 보고 · 대체토론	
제4차	80. 4. 18 (금)	· 대체토론 · 공청회계획심의소위원회 구성	
제5차	80. 4. 25 (금)	· 대체토론 · 공청회계획심의	
제6차	80. 5. 2 (금)	· 대체토론 · 특별고문 소견발표	
제7차	80. 5. 12 (금)	· 공청회 취소	
제8차	80. 5. 16 (금)	· 요강작성소위원회 구성	
제9차	80. 9. 6 (토)	· 요강안 보고 · 시안작성요위원회 구성	회의록 없음
제10차	80. 9. 8 (월)	· 요강안심의	요약 수록
제11차	80. 9. 9 (화)	· 요강 확정 · 시안 확정	

<표 15> 헌법개정안요강작성소위원회 일정

차수	일자	회의내용	비고
제1차	80. 5. 19 (월)	회의진행방법심의	
제2차	80. 6. 2 (월)	총강(국호 등 ~ 조약의 효력)	
제3차	80. 6. 5 (목)	총강(공무원조항, 정당조항) 기본권(인간의 존엄·가치 ~ 신체의 자유)	
제4차	80. 6. 9 (월)	기본권(신체의 자유 ~ 공무담임권) * 의견청취: 내무부·법무부(신체의 자유)	요약 수록
제5차	80. 6. 12 (목)	기본권(언론조항) * 의견청취: 문공부·신문협회 등(언론조항)	
제6차	80. 6. 16 (월)	기본권(언론조항 ~ 교육조항)	
제7차	80. 6. 19 (목)	기본권(국가배상 ~ 교육조항) * 의견청취: 법무부·국방부(국가배상) 문교부·대한교련(교육조항)	
제8차	80. 6. 23 (월)	기본권(근로조항 ~ 기본권보장한계)	
제9차	80. 5. 26 (목)	기본권(교육조항 ~ 국방의무) 법원(사법권, 법원의 조직)	
제10차	80. 6. 26 (목)	법원(법원의 조직 ~ 재판의 공개)	

차수	일자	회의내용	비고
제11차	80. 7. 4 (금)	법원(군사재판) 선거관리 지방자치	
제12차	80. 7. 7 (월)	법원(군사재판) * 의견청취: 국방부 지방자치(지방의회구성시기) * 의견청취: 내무부	
제13차	80. 7. 11 (금)	법원(군사재판)	
제14차	80. 7. 14 (월)	경제(경제질서 기본, 독과점 규제) * 의견청취: 국가안보회의(국가동원관계조항)	
제15차	80. 7. 18 (금)	경제(농지소작 금지 등)	
제16차	80. 7. 21 (월)	경제(농지소작 ~ 경제·과학 등 진흥)	
제17차	80. 7. 28 (월)	<미결사항> 헌법보장 * 헌법위원회 의견청취 중앙은행조항 * 재무부 의견청취 평생교육조항 * 문교부 의견청취	
제18차	80. 8. 1 (금)	<미결사항> 지방의회구성시기 * 내무부 의견청취 국군의 사명 신문의 편집과 편성의 독립 이중배상금지	
제19차	80. 8. 4 (월)	구속적부심조항 * 법무부 의견청취 법원의 조직 등	요약 수록
제20차	80. 8 (월)	권력구조에 관한 대체토론	요약 수록
제21차	80. 8. 11 (월)	권력구조에 관한 대체토론 법원의 조직·행정심판 중앙은행조항 지방의회 구성시기	요약 수록
제22차	8. 16 (토)	미결사항 권력구조(대통령) · 구속적부심조항 · 법원의 조직 등 · 중앙선관위원장 선임방법	요약 수록
제23차	8. 18 (월)	권력구조(국회)	
제24차	8. 22 (금)	권력구조 · 조약체결비준동의권 * 외무부 의견청취 · 국회의원정수 · 위헌법률심사권 · 국정자문회의 · 국회해산권 등	

차수	일자	회의내용	비고
제25차	80. 8. 25 (월)	전문 권력구조 · 대통령소속기관 · 국무총리 등 해임의결권 중앙은행조항	
제26차	80. 8. 29 (금)	전문 통일정책자문회의 국정자문회의	
제27차	80. 9. 5 (금)	전체조정	미수록

(3) 소결

헌법개정심의위원회는 3월 14일 개회식을 시작으로 9월 9일까지 6개월여 기간의 회의를 통하여 헌법개정안을 성안하였다. 회의 내용을 검토해 볼 때 일부 조문을 두고 논쟁이 벌어질 때도 있었지만 대체로 난항 없이 개헌안이 완성되었다고 생각된다. 그것은 국회개헌특위가 성안해놓은 국회안을 사실상 원안으로 하였던 점, 『헌법연구반 보고서』가 기초자료로 제공되어 회의 진행을 도왔다는 점, 그리고 다수의 헌법연구반 연구위원이 심의위원회 위원으로 참여하여 인적 연속성이 있었다는 점 등이 이유가 되었다고 생각한다. 이와 함께 헌법연구반과 헌법개정심의위원회가 정부기구로 설치되었다는 점, 두 기구 모두 정부 측 인사가 구성원으로 참여하였다는 점, 회의 진행 과정에서 매번 정부 측 인사가 개정 조항에 대한 의견 개진을 통하여 사실상 회의에 영향력을 끼쳤다는 점을 들 수 있을 것이다. 심의위원회 위원장인 국무총리가 첫 회의에서 헌법개정 이유를 '국가의 방위'와 '경제의 안정적인 발전', 그리고 '새 시대에 맞는 정치발전'이라고 제시[62]함으로써, 사실상 개헌의 가이드라인을 설정한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 이러한 요소들이 정부헌법개정 활동의 한계이자 제5공화국 헌법의 한계로 작용하지 않았을까 생각한다.

회의 일정별 내용을 보면 먼저 2개월 정도 진행된 대체토론에서는 위원 각자가 헌법에 대한 구상이나 의견을 개진하는 형태였다. 다만 개별 위원들은 각 분야의 대표성을 띠고 있었기 때문에 해당 분야와 관련된 헌법개정 의견을 피력한 경우가 대부분이었다. 따라서 사회 각 분야의 국민 여론의 수렴이나 문제점들을 청취할 수 있는 기회가 되는 경우도 있었지만, 헌법 전공자가 아닌 인사가 대부분이었기 때문에

62) "헌법개정심의위원회 제1차 회의록", 법제처, 1980. 3. 28.

개헌 쟁점과 동떨어진 의견이 개진되는 경우도 있었다.

4개월여 진행된 요강작성소위원회에서는 국회 개헌특위안을 원안으로 위원 각자가 의견을 피력하고, 의사 합치가 이루어지지 않을 때는 다수결로 결정하는 방식이었다. 또한 쟁점이 되는 조항들, 예컨대 구속적부심사제도나 헌법소송 관장기관 문제, 중앙은행 설치 등과 같은 문제들에 대하여는 관계기관에서 직접 나와 의견을 피력하기도 하였다. 국민들의 이원정부제에 대한 우려와 함께 개헌의 주된 논점이었던 정부형태는 대통령제로 하는데 이견이 없었기 때문에 의외로 쉽게 마무리되었다.

Ⅳ. 제8차 개정헌법의 주요 내용

제5공화국 헌법은 "새로운 제5공화국의 출발에 즈음하여 새 시대 새 질서에 부응하는 확고한 제도적 기틀이 될 민주헌법을 국민적 합의에 의해 마련하고자 한다"는 개정 이유를 밝혔다. 이어 개정안의 주요 특징으로, 민주복지국가 건설을 위한 제도적 보장, 국민의 기본권 확대·신장, 7년 단임의 대통령제를 통한 장기집권 배제, 대통령 간접선거제 도입으로 평화적 정권 교체를 위한 제도적 장치 마련, 국회 견제기능과 사법부의 독립성 강화, 정의사회 구현 등을 들었다.[63]

이하에서는 제5공화국 헌법의 주요 내용을 『헌법연구반 보고서』와 「헌법개정심의위원회 회의록」과 함께 살펴보기로 한다.[64]

1. 헌법 전문

제8차 개정헌법은 전문에서 '제5민주공화국'의 출범을 명시하여 새 정부를 '제5공화국'으로 칭하도록 하였다. 새로운 헌법질서의 지표로 국민주권주의, 민족주의의 지향, 자유민주주의적 기본질서의 강화, 정의로운 복지사회의 실현, 조국의 평화적 통일과 국제평화주의 추구 등을 명시하였다. 그리고 제7차 개정헌법 전문의 '4·19와 5·16혁명의 이념'을 삭제하고 3·1운동의 독립정신만을 계승한다고 규정하였다.

---

63) 한태연 외, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 370-371면 참조.

64) 제8차 개정헌법안의 주요 내용에 대하여는 "헌법개정안요강작성소위원회 제26차 회의록", 1980. 8. 29. 3-4면 참조.

전문의 경우 당시 국회특위안은 미정이었다. 『헌법연구반 보고서』는 제8차 개헌이 새로운 헌법의 제정이 아니니 전문 개정을 해서는 안 된다는 의견과 일부 수정·보완하자는 의견이 있었다. 일부 수정·보완 의견의 경우에는 3·1운동, 4·19, 5·16 등과 같은 역사적 사건을 전문에 넣어야 하는지가 문제였다. 이에 대하여 『헌법연구반 보고서』는 역사적 사건을 단순히 나열하는데 그친다면 그것은 무의미한 것이고, 특정한 역사적 사건을 지적하여 그러한 사건들만의 이념을 강조한다면 가치관 또는 입장에 따라 각각의 평가가 다를 수 있으므로 국민적 합의를 발견해 낸다는 것이 어려운 일일 것이라는 검토의견을 낸 바 있다.[65]

요강작성소위원회에서는 시안작성 5인위원회에서 작성한 시안을 놓고 회의가 이루어졌다. 여기서는 전문 내용이 당시 국민교육헌장과 중복된 내용이 많다는 의견(김승한 위원)과 4·19, 5·16과 더불어 3·1운동에 관한 사항이 삭제되었는데 3·1정신은 표현하는 것이 좋겠다는 의견(이용훈 간사장)이 있었다. 또한 제2공화국 헌법도 대통령중심제에서 내각책임제로 바뀌었으니 개정헌법에 표현할 필요가 있다는 의견이 있었다(윤근식 위원).[66] 위원회 회의에서는 실무자 측에서 작성한 대로 하기로 하였고, 여기에는 '제5공화국' 문구는 들어있지 않았다. 그러나 이후 최종안에는 '제5민주공화국의 출발에 즈음하여'라는 부분이 들어갔다. 이에 대하여 윤세창 교수는 다음과 같이 설명하였다.

> 이번에도 내용은 많이 변질되었으나 구헌법 절차에 의해 했거든요. 그렇다면 개정이지 제정이 아니란 말입니다. 그래서 논의를 거듭하다가 우리는 헌법 내용이 완전히 변질되었으면 그것만으로 충분히 새 공화국이라 할 수 있지 않느냐? 더군다나 유신헌법은 우리 헌정사에 오욕적인 헌법이니 그것을 불식하는 의미로 새로운 질서를 뜻하는 의미에서도 제5공화국으로 하는 것이 좋지 않으냐 해서 전문에 제4공화국 다음의 제5공화국으로 뚜렷이 해 둔 것입니다.[67]

---

65) 법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 21면.

66) "헌법개정안요강작성소위원회 제8차 회의록", 법제처, 1980. 8. 29. 1-2면.

67) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 월간조선, 조선일보사, 1980, 11, 128면. 헌법개정 후 법제처에서는 제5공화국 명시에 대하여 다음과 같은 입장을 내놓았다. "이번의 헌법개정은 개정의 형식을 취하여 헌법의 계속성을 유지하고 있으면서도 한편으로는 새로운 민주복지국가의 건설을 지향하는 헌법개정권력의 주체로서의 전체국민의 결의가 헌법전반에 걸쳐 뚜렷이 나타나 있다는 점을 고려하여 전문에 새 헌법이 제5공화국헌법임을 명시하였다(법제처 편, "개정헌법의 주요 내용", 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 10. 34면).

이와 함께 “사회적 폐습과 불의를 타파하고” “정의로운 사회를 구현”을 헌법의 기본정신으로 전문에서 선언하였다.

2. 총강

(1) 안보국가의 원리와 평화통일주의

제8차 개정헌법은 국가안보에 있어서는 제7차 개정헌법의 기본정신을 그대로 유지하였다고 할 수 있다. 다만 구체적인 규정방식에서는 다른 헌법적 가치들과의 조화와 균형을 고려하였다는 데 그 특징이 있다고 할 것이다.

즉 국민의 기본권 보장 범위를 확장하여 기본권 신장에 진일보한 면이 있으나, 또 한편으로는 여러 곳에 국가안보를 이유로 한 기본권 제한 요소들을 두었다. 예컨대 기본권 제한 사유로 ‘국가안전보장’을 존치시킴으로써 언론·출판·집회·결사의 자유, 근로3권 등 국가안보와 관련 있는 기본권에 대한 제한을 가능하도록 하였고, 군의 복무의식을 고취시키기 위하여 병역의무이행으로 인한 불이익처우 금지와 전몰군경 유가족 등의 우선취업 보장조항 등을 신설하였으며, 군법회의 관할 대상 민간인 범죄의 범위 조정과 군인 등의 이중배상금지 조항[68]을 존치시켰다.

이와 함께 유신헌법에 있는 ‘조국의 평화적 통일이념’을 이어받아 전문에서 개정헌법이 조국의 평화적 통일이라는 역사적 사명에 입각하고 있음을 선언하였고, 대통령에게 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 부과하고 이를 취임선서에서 밝히도록 하였다. 또한 대통령 소속하에 평화통일정책의 수립에 관한 자문기구로서 평화통일정책자문회의를 설치할 수 있도록 하였다.

(2) 사회적 시장경제질서

제8차 개정헌법은 민주복지국가 건설을 중요한 책무로 규정하였다. 이는 사유재산제와 개인의 자유로운 경제활동을 보장하고, 또한 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 이룩하도록 하는, 이른바 사회적 시장경제질서를 지속적으로 발전

---

68) 이중배상금지 조항의 존폐 여부를 놓고는 요강작성소위원회에서 5대 5로 의견이 팽팽히 맞섰다. 또한 이와 관련하여 국방부와 법무부 측에서는 국방·법무예산상 문제가 심각하다는 의견을 피력하면서 존치를 주장했다(“헌법개정안요강작성소위원회 제18차 회의록”, 법제처, 1980. 8. 1. 6면).

시키고자 하는 것에서도 잘 나타난다.

사회적 시장경제질서는 사유재산제의 보장, 자유경쟁을 원칙으로 하는 시장경제의 유지 외에 사회적 정의의 지향을 특징으로 한다. 사회적 정의란 실질적 자유와 평등 원칙의 유지와 아울러 빈곤의 구제와 생존의 보장 및 정당한 배분을 의미하는 것으로서, 구체적으로 공정한 거래, 독과점의 배제, 재화의 공정한 분배, 사회적 수요에 상응한 생산, 저소득층의 이익을 위한 국가의 적극적인 분배정책, 불평등 요인의 제거 등을 그 내용으로 한다.

제8차 개헌에서는 기본권 영역에서 재산권 보장, 직업선택의 자유, 경제 영역에서 "대한민국의 경제질서는 개인의 경제적 자유와 창의를 존중함을 원칙으로 한다"는 규정 등 사유재산제와 시장경제의 원칙을 계속 유지하고, 또한 천연자원의 원칙적 국유화, 대외무역의 규제 조정, 국토개발계획의 수립, 농어촌개발과 지역사회의 균형 있는 발전, 경제과학기술의 창달 등 종래에 있던 규정 이외에 독과점의 폐단 규제, 중소기업의 보호육성, 소비자보호규정 등을 신설함으로써 "모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전"을 기할 수 있도록 하였다.[69]

(3) 정의사회의 구현, 민족문화 창달

제8차 개정헌법은 민주주의의 토착화 등 여타의 이념 외에 정의로운 사회를 건설하려는 의지를 반영하였다. 이에 개정헌법에서는 구체적 방안으로서 국회의원의 국익우선의무와 청렴의무 및 이권개입금지의무조항과 같이 직접 관련이 있는 조항을 신설하고, 또한 건전한 선거 풍토의 조성을 위한 선거관리조항의 정비, 정당 발전을 지원하기 위한 정당운영자금 지급을 위한 근거조항을 신설했다.[70]

---

69) 중앙은행 설치 근거를 헌법에 마련하기로 하였으나 재무부 측에서 중앙은행의 설치근거나 그 목적 등을 헌법에 명시하는 것은 불필요할 뿐 아니라 무용한 폐단 내지는 오해를 야기한다는 반대 의견에 따라 최종적으로는 채택되지 않았다("헌법개정안요강작성소위원회 제17차 회의록", 법제처, 1980. 7. 28. 4-6면).

70) "정당에 대한 정치자금보조조항도 처음엔 안 들어갔어요. 정당의 설립은 기왕의 제3공화국헌법과 같습니다. 다만 제7조 3항은 전체회의에서 박동운 씨가 우리나라 정당이 부패된 건 보스가 정치자금을 끌어 오고, 그 점에서 권위성을 느껴 인맥이 생기고 부패가 나온다, 그러니까 정당이 재정적인 원조를 국가에서 받아 운영한다면 참된 정당이 되지 않겠느냐, 그러자면 당비만으로는 안 될 테니 국가가 보조를 해주는 길을 트자고 했어요"(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 월간조선, 조선일보사, 1980, 11, 130면).

또한 “국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다”는 문화조항을 신설함으로써 국가로 하여금 전통문화 유산을 계승·발전시키고, 새로운 민족문화의 창달에 이바지하도록 하였다.[71]

3. 기본권

제8차 개헌에서 국민의 기본권보장은 대체로 제3공화국 헌법의 태도로 복귀하였고, 아울러 당시의 시대적 변화에 따라 새롭게 대두된 기본권을 일정 부분 추가함으로써 기본권 보장규범으로서의 헌법의 특질을 보여주고자 했다.

(1) 인간의 존엄과 가치·행복추구권·기본적 인권의 불가침성

기본권 장 모두에서 ‘인간의 존엄과 가치’를 규정하고 있는바, 이는 구체적 기본권을 보장한 것이 아니라 “모든 기본권 보장의 목적이 되는 기본원리”를 규정한 것으로 이해하고 있으며, 제8차 개헌에서는 ‘인간의 존엄과 가치’에 부연하여 ‘행복을 추구할 권리’를 규정함으로써, 이 규정이 최고의 헌법적 원리를 이루고, 동시에 모든 기본권의 원천을 이루는 주 기본권으로서의 성격을 가진다는 점을 강조하였다. 동조 후단에서는 국민의 기본권이 천부불가침의 권리라는 자연권적 사상을 실정법화하여 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”라고 선언하였다. 이는 국회특위안 제8조를 그대로 반영한 것이다. 『헌법연구반 보고서』는 행복추구권과 함께 생명권, 인격권을 동 조에 추가할 것을 검토의견으로 제시했다.

소위원회 회의에서는 행복추구권의 신설 여부에 대한 이견이 있었다. 즉 행복추구권이 불필요하다는 의견(서대교 위원)과 행복추구권은 인간의 존엄성과 관련하여 의미가 있다는 의견(윤세창 위원)이 있었다. 또한 기본권의 천부인권성에 대하여도 위원들 간에 이견이 있었다. ‘불가침의 기본적 인권’이라는 표현은 초헌법적 권리를

71) “유신헌법은 우리 헌정사에 오욕적인 헌법이니 그것을 불식하는 의미로 새로운 질서를 뜻하는 의미에서도 제5공화국으로 하는 것이 좋지 않으냐 해서 전문에 제4공화국 다음의 제5공화국으로 뚜렷이 해 둔 것입니다. 유신헌법과 또 다른 점은 민족문화창달이죠. 새 질서의 우리 헌법은 민족문화 창달에 힘쓰는 국가가 되어야겠다는 강력한 요청이어서 별로 문제가 되지 않았습니다”(윤세창·권영성, “[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다”, 월간조선, 조선일보사, 1980, 11, 128면).

의미하기 때문에 넣지 않아야 한다는 의견(윤세창 위원)과 인권은 천부인권이 대전제이고(김승한 위원) 또한 외국의 입법례도 불가침이라는 표현을 쓰고 있기 때문에 넣어야 한다(김태청 위원)는 의견이 대립했다. 최종적으로는 국회특위안대로 하되, 본회의에 현행대로 두자는 의견이 있었다는 것을 보고하기로 하고 넘어가기로 했다(박일경 위원).[72]

> 행복추구권을 규정한 일본의 해석론을 보면 행복추구권은 Privacy, 환경권 등을 주된 내용으로 보고 있는 것 같아요. Privacy는 우리 세 헌법 제16조에도 사생활의 비밀과 자유의 불가침으로 되어 있습니다. 그런데 서양법에는 Privacy권(尹교수「열거되지 않은 권리로…」)이 보장되어 있어요. 그러면 이런 것을 제외한 나머지가 행복추구권의 내용이 되는데 어떤 사람들은 빈정대는 뜻으로서 담배 피울 자유(尹교수「열거되지 않은 자유로 생각한단 말이지요」웃음) 등으로 해석한단 말입니다. 그래서 앞으로 행복을 추구할 권리가 어떤 의미를 갖느냐에 대해 연구가 되어야 할 것 같습니다.[73]

행복추구권이 새롭게 신설되면서 그것이 구체적으로 어떤 의미를 가지고 또한 어떻게 해석할 것인가가 당시로서는 새로운 과제가 되었던 것으로 보인다.

(2) 평등권

평등에 관한 규정은 전문에서 "모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고…"라는 문구와 기본권 장에서 법 앞의 평등, 성별·종교·사회적 신분에 의한 차별의 금지, 사회적 특수계급의 금지 등, 각종 선거에 있어서의 평등, 경제의 장에서 "균형있는 국민경제의 발전"이라는 규정 등 여러 곳에서 찾아볼 수 있다.

제8차 개정에서는 이러한 규정을 계속 유지하였다. 제8조 평등권 조항의 경우도 국회특위안을 별다른 이견 없이 수용하였다.[74] 다만 종래 평등이념을 실생활에서 구현하는데 문제가 된 영역인 '혼인과 가족생활'에 있어서 종전 제31조 "모든 국민은 혼인의 순결과 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다"는 규정을 양성평등의 원칙을

---

72) "헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 5. 3-4면.

73) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 월간조선, 조선일보사, 1980. 11. 136면.

74) "헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 5. 4면.

강조하여 제34조 제1항에서 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 한다”라고 규정하였다.[75] 국회특위안에 있었던 ‘재산권’ 관계 부분[76]을 둘 것인지에 대한 이견이 있었으나, 이 조항을 넣게 되면 유림의 반대가 심할 것이고 또한 상속분에 관한 남녀차별은 합리적인 차별이라는 것 등을 이유로 이는 민법에 맡기도록 하자는 의견에 따라 제외하기로 했다. 그리고 제2항에는 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다”라는 규정을 둘 것을 주장한 박일경 위원의 안이 수용되었다.[77]

경제 영역에서 독과점의 폐단규제[78], 중소기업의 보호육성[79], 소비자보호[80] 등의 규정을 신설한 것은 평등의 의미가 국가의 적극적인 경제, 사회정책의 시행에 의한 실질적 평등의 실현이라는 방향으로 변화되는 것에 비추어 평등이념의 구현과 밀접한 관계가 있다고 할 수 있다. 이는『헌법연구반 보고서』시안과 국회특위안을 그대

---

75) 『헌법연구반보고서』는 혼인의 순결보호조항에 “혼인은 남녀동권을 기본으로 한다”는 규정을 두는 것과 근로의 권리조항에 동일 노동에 대한 동일임금제보장 규정을 두는 것을 검토할 수 있다는 의견을 낸바 있다(법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 92면).

76) 국회특위안 제33조 제1항 후단: 혼인이나 재산권 또는 가족생활에 관한 법률은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 하여 제정되어야 한다.

77) “헌법개정안요강작성소위원회 제8차 회의록”, 법제처, 1980. 6. 23. 5면.

78) 제8차 개헌에 의해 제120조 제3항에서 “독과점의 폐단은 적절히 규제·조정한다”는 규정이 신설되었다. 이 조항이 신설에는 최호진 위원의 강력한 주장에 힘입은 바가 크다. 최호진 위원은 회의에서『헌법연구반보고서』의견과 당시 한국개발연구원(KDI) 세미나 발표 자료를 토대로 당시 우리나라의 독과점 현황을 제시하면서 이 조항의 신설 필요성을 주장한 것이 수용되었다. 다만 해당 규정의 배치와 형식에 관하여는 국회특위안 제110조에 독과점 규제를 삽입하자는 의견(최호진 위원, 윤근식 위원, 김태청 위원, 김정렬 위원, 박일경 위원)과 국회특위안 제110조는 그대로 두고 독과점규제는 별도로 규정하자는 의견(윤세창 위원, 신기석 위원, 서대교 위원),『헌법연구반보고서』“시안”의 제116조를 주장하는 의견(김승한 위원)으로 나뉘었다(“헌법개정요강작성소위원회 제14차 회의록”, 법제처, 1980. 7. 14. 5-7면). 최종적으로는 국회특위안 제110조 제2항을 수정하고, 제3항에 독과점 규제 조항을 신설하게 되었다.

79) 국회특위안 제114조는 “중소기업의 사업활동을 보호하여야 하며 그를 위하여 필요한 중요사항은 규제·조정할 수 있다”고 규정하였으나, 이는 중소기업을 육성하자는데 그 목적이 있는 것이니 규제와 조정을 빼자는 의견(문홍주 위원)을 수용하여, “국가는 중소기업의 사업활동을 보호육성하여야 한다”는 문구로 수정(박일경 위원)되었다. 이에 대하여는 규제와 조정 대상이 대기업만은 아니라는 반대 의견이 있었다(윤근식 위원, 김승한 위원), “헌법개정안요강작성소위원회 제16차 회의록”, 법제처, 1980. 7. 21, 1면.

80) 최호진 위원은 “경제의 건전한 발전과 소비자의 보호를 위해서 꼭 규정할 필요가 있다”고 하였다. 다만 국회특위안 “국가는…소비자보호운동은…보장된다”를 “소비자보호운동은…보장된다”로 수정하여 헌법에 반영하였다(“헌법개정안요강작성소위원회 제16차 회의록”, 법제처, 1980. 7. 21, 2면).

로 수용한 것으로, 위원회에서도 독과점 폐단의 규제에 대하여 공감하고 있었다.

(3) 자유권

1) 신체의 자유

신체의 자유에 관한 조항은 제3공화국 헌법의 제 규정을 부활함과 아울러 신체의 자유를 보다 실효성 있게 보장할 수 있는 새로운 규정을 신설하였다.

신체의 자유를 선언한 제11조 제1항 전단[81]과 죄형법정주의와 그로부터 파생되는 형벌불소급의 원칙, 일사부재리의 원칙에 관한 제11조 제1항 후단, 제12조 및 고문의 금지[82]와 불리한 진술거부권에 관한 제11조 제2항 등 실체법적 규정과 적법절차를 규정한 제11조 제1항 후단과 영장제도, 변호인의 조력을 받을 권리, 재판청구권, 공개재판제도, 형사보상청구권 등 절차법적 규정은 제7차 개정헌법을 유지한 것이다. 국회특위안 제10조 제1항 "누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·연행·구금·압수·수색·심문 또는 처벌을 받지 아니하며…", 제3항 "체포·연행·압수·수색에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야…", 제4항 "누구든지 체포·연행·구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리…"에서 '연행'을 둘 것인지에 대한 이견이 있었다. 이에 대하여 "강제연행은 체포에 포함되는 것이므로 구태여 임의연행에도 영장이 필요하다는 것은 법률적으로 이해할 수 없다"는 의견(박일경 위원)도 있었고, 또한 "범죄수사에 있어서 임의동행을 인정하지 않으면 수사에 많은

81) 국회특위안의 경우 '보안처분'은 빠져있으나, 소위원회 회의에서 보안처분의 정치적 남용은 문제되나 그 필요성은 인정된다는데 대체로 동의하였다. 특히 서대교 위원은 미전향 사상범의 출소 이후 관리와 정신이상자의 범법행위를 이유로 보안처분을 둘 것을 주장하였다("헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 4면). 이에 대하여는 "보안처분제도에 대하여 헌법적 근거를 삭제한다면 미전향사상범의 보안처분에 대하여 규정한 사회안전법의 운영이 어렵게 될 것이므로 헌법에 보안처분제도에 대한 근거를 존치시켜야 한다"는 법무부 측의 의견이 반영되어 최종적으로는 두게 되었다("헌법개정안요강작성소위원회 제4차 회의록", 법제처, 1980. 6. 9. 2면).

82) 국회특위안 제10조 제2항에서 "모든 국민은 공무원에 의한 고문 및 잔혹한 형벌을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다"라고 되어 있었으나 최종적으로는 제11조 제2항에서 "모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다"라고 규정하였다. 소위원회 회의에서 '잔혹한 형벌'을 두게 되면 사형제의 위헌이 문제된다는 의견(서대교 위원)과 잔혹한 형벌과 사형제는 무관하다는 의견(윤세창 위원)이 있었다. 또한 '잔혹한 형벌'은 그대로 두고 "공무원에 의한 고문…을 받지 아니하며"에서 '공무원에 의한'을 삭제하자는 의견이 있었다(박일경 위원), ("헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 5. 6면).

문제점이 있다"는 의견도 있었다.[83] 위원회는 법무부와 내무부의 의견을 듣고 결정하기로 하였는데, 법무부는 "연행이 강제연행을 의미한다면 현행 헌법상의 체포에 당연히 포함되므로 별도 규정을 둘 필요가 없다"고 하였고, 내무부는 "연행이 강제연행을 의미한다면 현행 헌법상의 체포에 당연히 포함되므로 별도로 규정할 필요가 없고, 연행이 임의연행(임의동행)을 의미한다면 그것을 법관의 영장에 의하여서만 하는 경우 경찰관의 직무집행이 사실상 불가능하므로 헌법에 그러한 규정을 두는 것은 불가하다"고 하였다.[84] 최종적으로는 위 규정에서 '연행'을 빼기로 하였다.

강제노역은 형의 선고에 의해서만 가능하게 하고[85], 긴급구속의 요건을 "장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때"로 강화한 것, 구속적부심제도, 고문 등 강요에 의한 임의성 없는 자유의 증거능력 부인 등은 제5차 개정헌법에 규정되었던 조항을 부활시킨 것이다. 그밖에 형사피고인의 유죄판결 확정 전까지의 무죄추정 조항은 형사소송법상의 원칙을 헌법적 규정으로 새로이 신설한 것이다.

구속적부심사제도에 대하여는 당시 법무부 배명인 검찰국장이 소위원회에 출석하여 다음과 같이 반대 의견을 분명히 했다.

> 이론상의 모순, 운영상의 문제점, 인신보호에 별 이익이 없는 점 등의 이유로 구속적부심사제도의 부활을 반대하며, 영장발부 행위 자체에 대한 불복제도가 꼭 필요하다면 형소법 제416조 소정의 준항고제도를 보완하는 것이 타당하다고 봅니다. 선진국에 없는 제도가 제헌 당시 어떻게 규정되었는가를 생각해보니 영미법상의 인신보호영장제도를 상정하였던 미군정 법령 제176호를 무비판적으로 도입한 착오의 산물이 아닌가 생각됩니다. 저희들로서는 구속적부심사제도를 부활시키지 않더라도 형소법상 인신보호에 관한 일반적 보편적 제도를 활용하면 족하다고 보며, 꼭 해야 된다면 일본의 준항고식으로 형소법에서 해결하면 된다고 생각됩니다.[86]

이러한 법무부 측의 의견에 대하여 동의하지만, 영장 발부를 신중히 할 수 있는

---

83) "헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 5. 5면.

84) "헌법개정안요강작성소위원회 제4차 회의록", 법제처, 1980. 6. 9, 2면.

85) 강제노역 요건을 '형의 선고'로 한정하면 '풍수해대책법' 등이 문제될 수 있다는 의견(박일경 위원)이 있었으나, 이는 근로의 의무에 포함시킬 수 있다고 보고 그대로 두기로 하였다("헌법개정안요강작성소위원회 제3차 회의록", 법제처, 1980. 6. 5. 6면).

86) "헌법개정안요강작성소위원회 제19차 회의록", 법제처, 1980. 8. 4. 3면.

제도적 장치가 마련되지 않은 상황에서 구속적부심제도를 빼자고 하면 국민들이 납득하지 않을 것이라는 의견이 있었다(서대교 위원). 소위원회 회의에서 구속적부심사제도의 부활 여부에 대한 결정이 나지 않았으나, 최종적으로는 두게 되었다. 국회특위안에 구속적부심사제도와 함께 "사인으로부터 신체의 자유의 불법한 침해를 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다"는 규정에 대하여 '사인으로부터'와 관련한 이견이 있었으나 그대로 두기로 결정하였다. 그러나 최종적으로는 다시 삭제되었다.

2) 언론·출판·집회·결사의 자유

국회특위안은 허가제·검열제의 금지, 신문·통신의 시설기준, 옥외집회의 시간·장소의 규제 등 이에 관한 비교적 상세한 규정을 두었던 제5차 개정헌법으로의 복귀를 의미했다.[87] 이는 제7차 개정헌법이 언론·출판·집회·결사의 자유를 개별적 법률유보사항으로 둠으로써 그 보장에 큰 후퇴를 가져온 것에 대한 반성적 의미를 가진다.

이에 대하여 『헌법연구반 보고서』는 법률유보조항을 삭제하는 대신 제한 사유를 명시하자는 의견과 허가·검열제 금지규정을 부활시키는 대신 어떤 형식으로든 신문·방송 등의 발행시설기준을 법률로 정할 수 있도록 헌법에 명시하여야 한다는 의견이 있었다. 또한 옥외집회의 규제 요건을 법률에 위임하자는 의견과 결사의 자유는 정당가입과 노조결성의 문제와 깊은 관련이 있으므로 함께 검토해야 한다는 의견이 있었다.[88]

헌법개정심의위원회에서는 국회특위안대로 하되 "영화의 시설기준도 법률로 정할 것인지 여부", "편집과 편성의 독립보장에 관한 규정을 둘 것인지의 여부", "공중도덕과 국민윤리를 위하여 텔레비전방송에 대하여도 사전규제(검열)을 허용할 것인지의 여부"에 대하여는 관계부처 및 발행인협회와 기자협회의 의견[89]을 듣고 결정하

87) 국회특위안 제19조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사의 자유에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만 공중윤리나 사회윤리를 위하여는 영화와 연예에 대하여 법률로 규제할 수 있다. ③ 신문이나 통신·방송·영화의 시설기준은 법률로 정할 수 있다. 편집과 편성의 독립은 보장한다. ④ 옥외집회에 대하여는 그 시간과 장소에 관한 규제를 법률로 정할 수 있다. ⑤ 언론·출판은 타인의 명예와 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해하였을 때 이에 대한 피해의 보상을 청구할 수 있다.

88) 법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 122-131면.

89) 문화공보부 정종진 법무담당관, 한국신문협회 김종규 회장, 한국신문편집인협회 유건호 회

기로 하였다. 이 중 편집·편성권 독립에 대하여는 대체로 실현 가능성이 없다는 이유로 반대하였으나 방송 검열을 두고 문공부 측은 방송의 중요성을 이유로 찬성하였으나 방송협회 측은 하위법률에서 사실상 사전심사를 하고 있기 때문에 헌법에 두는 것을 반대했다. 편집·편성권 독립 문제에 대하여는 위원들 간에도 의견이 대립했기 때문에 다시 논의하기로 하였으나[90] 회의록에 재론한 기록은 나오지 않는다.

제8차 개정헌법은 최종적으로 언론·출판·집회·결사의 자유를 법률유보 없이 규정하고, 제35조 제2항에서 기본권 제한의 일반적 요건으로서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 규정하였다. 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다고 한 취지와 관련할 때 언론·출판·집회·결사의 자유는 이전보다 신장된 기본권 중의 하나라고 할 수 있다. 이와 함께 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 이에 대한 손해배상을 청구할 수 있다는 조항을 신설하였다.[91] 이는 민사상 불법행위로 인한 손해배상청구권으로도 인정되지만, 언론·출판의 사회적 책임이 중요한 문제로 부각됨에 따라 이를 헌법적 차원에서 규정하여 강조하고자 한 것이다.

3) 사생활의 비밀과 자유

제8차 개정헌법에서는 종래 통신의 비밀, 주거의 불가침 등의 조항에서 개별적으로 보장되고 있었고, 또한 프라이버시(privacy)권은 '인간으로서의 존엄과 가치'에 관한 규정에서 도출할 수 있다고 보던 것을 새롭게 '사생활의 비밀과 자유'에 관한 조항을 신설하여 명문으로 규정하였다. 이는 국회특위안 제15조를 그대로 반영한 것이다.[92] 이에 대하여 『헌법연구반 보고서』는 다루지 않았고, 또한 헌법개정심의위원회 대체토론 및 소위원회 회의에서도 논의한 바는 찾을 수 없다.[93]

장, 한국방송협회 최세경 회장, 기자협회 불참. 유건호 회장과 최세경 회장은 사견임을 전제로 발언하였다("법개정안요강작성소위원회 제5차 회의록", 법제처, 1980. 6. 12, 1-3면 참조).

90) "법개정안요강작성소위원회 제6차 회의록", 법제처, 1980. 6. 16, 1-4면 참조.

91) 제8차 개정헌법 제20조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다. ② 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다"고 규정하였다.

92) "헌법개정안요강작성소위원회 제4차 회의록", 법제처, 1980. 6. 9. 5면.

93) 새롭게 신설된 행복추구권의 내용이 무엇인지에 대한 논의 과정에서 프라이버시권이 독자적인 권리인지 행복추구권의 한 내용인지에 대한 얘기가 개헌 회고에 나타난다(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11,

사생활의 비밀과 자유는 국가권력의 침해로부터의 자유라는 측면이 강조되었다고 할 수 있는바, 이는 개인 상호 간의 물리적 침해는 주거침입죄 등의 범죄로 처벌을 받게 되는 경우가 많으며, 수인한도를 넘은 사생활의 침해나 공표는 불법행위로서 그 구제를 법원에 청구할 수 있는 길이 열려 있다.

4) 재산권

우리 헌법은 "모든 국민의 재산권은 보장된다. 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다"는 조항을 제헌헌법 이래로 일관되게 유지해왔다. 그러나 공공필요에 의해 재산권에 제한을 가한 경우 그 보상에 관한 규정 방식은 여러 차례 변경되었으며, 이에 대한 논의도 많았다. 제헌헌법에서의 '상당한 보상'과 제5차 개정헌법의 '정당한 보상'은 같은 의미로 인정되었으나, 유신헌법에서는 그 보상의 기준과 방법을 포괄적으로 법률에 위임하였다.

이에 대하여 『헌법연구반 보고서』는 정당한 보상을 명문화하자는 의견, 현행대로 법률에 위임하자는 의견, 관계이익의 형량을 기준으로 정하자는 의견을 각각 소개하고, 검토의견으로 국가보상(국가배상, 손실보상 포함) 제도 운영 전반에 걸쳐 종래 공공이익의 이름 아래 재산권 보장을 경시하는 경향이 있었음에 비추어 이러한 폐습이 근절될 수 있도록 강력한 장치를 마련할 필요가 있으며, 또한 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한에 대한 보상규정(제20조 제3항)과 공무원의 직무상 불법행위에 대한 손해배상청구권 규정(제26조 제1항)을 부담의 사회화 견지에서 통합하자는 의견을 제시했다.[94]

소위원회 회의에서는 국토이용관리법 등이 채택한 기준시가에 의한 보상이 위헌으로 해석될 우려가 있어 앞으로의 토지정책에 차질을 가져올 수 있다는 의견이나 제3공화국 헌법 하에서와 같이 민사소송절차에 의한 직접 청구를 인정하게 되어 미리 징발보상심의회를 거치게 한 징발법 등이 위헌으로 해석될 우려가 있다는 의견이 있었으나[95] 최종적으로는 국회특위안대로 하되, 제3항은 서독기본법의 규정 방식에 따라 "보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다"고 수정하였다. 이는 현대 국가의 복지국가적 성격에 비추어 사유재산권의 침해에 대하여

135-136면 참조).

94) 법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 170-173면.

95) "헌법개정안요강작성소위원회 제4차 회의록", 법제처, 1980. 6. 9. 7-8면.

반드시 적정한 보상을 하는 것을 원칙으로 하되, 개발이익의 귀속 문제와 관련하여 합리적인 기준지가제도를 채택하고 있는 국토이용관리법·토지수용법 등의 입법취지를 살릴 수 있도록 한 것이라고 생각된다.[96]

(4) 사회권

1) 교육을 받을 권리

제8차 개정헌법에서는 교육의 전문성과 평생교육진흥, 그리고 교육재정 및 교원의 지위에 관한 법적 보장을 새롭게 규정하였다. 『헌법연구반 보고서』는 교육자치제 명문화 여부, 교원의 지위 우대 규정 신설 여부, 의무교육 확대에 대한 찬반 의견을 각각 소개하였다.[97]

요강작성소위원회 회의는 국회특위안을 토대로 진행되었는데, 여기서는 특히 교육의 자주성과 함께 '전문성'을 포함시킬 것인지에 대한 논의가 집중되었다. 즉 교육의 전문성을 넣게 되면 교육행정의 전문성도 의미하기 때문에 일선 교육공무원의 전문성도 요구하는 것이 아닌가라는 의견이 있었던 반면에 교육의 전문성을 살리는 것이 교육정책을 올바른 방향으로 이끄는 것이라는 의견도 있었다.[98] 문교부 측에서 교육 관련 조항은 수정 없이 기존 헌법대로 할 것을 의견으로 냈으나 최종적으로는 교육의 전문성이 자주성, 정치적 중립성과 함께 새롭게 들어갔다. 즉 교육제도의 내실을 기하기 위하여 교육에 관한 정책의 수립과 집행에 가급적 교육전문가가 참여할 수 있도록 교육의 전문성을 보장한 것이다. 이와 함께 교육재정과 교원의 지위에 관한 사항을 법률로 정하도록 명문화함으로써 교육을 위한 인적·물적 시설의 보강을 도모하였다는 점도 큰 의미를 가진다고 할 것이다.

제8차 개헌에서는 교육을 받을 권리를 더욱 실효성 있게 보장하기 위하여 교육의 개념을 정규 학교교육 이외에 성인교육·사회교육·직업교육·청소년교육·국민교육 등 다양한 목적과 내용을 가진 교육을 포괄하는 의미로서의 '평생교육'에까지 확장하였다는 데 그 의미가 있다. 평생교육이 헌법에 새롭게 규정되는 데는 요강작성소위원회 회의 막바지까지 평생교육진흥에 관한 조항의 신설을 강력히 주장한 김승한 위원의 노력이 있었다.[99]

---

96) 법제처 편, "개정헌법의 구조와 특징", 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 10. 22면 참조.
97) 법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 161-165면 참조.
98) "헌법개정안요강작성소위원회 제9차 회의록", 법제처, 1980. 6. 26. 1-2면.

당시 급속히 발전·변화하는 생활양식에 대응하기 위해서는 교육의 질과 양의 고도화가 요구됨은 물론 교육이수 기간이 평생이어야 할 만큼 연장되고 있으며, 교육의 형태도 복잡해질 수밖에 없기 때문에 헌법상 교육을 받을 권리의 범위를 일정기간에 걸친 정규 학교교육에만 국한시킨다는 것은 무의미하게 되었다고 할 수 있다. "초등교육과 법률이 정하는 교육"을 의무교육으로 규정함과 아울러 국가의 평생교육 진흥의무를 선언적으로 규정하고 이에 관한 기본적인 사항을 법률로 정하도록 명문화함으로써 교육을 위한 인적·물적 시설의 보강을 도모하였다는 점도 큰 의의가 있다고 할 것이다.[100]

2) 근로의 권리와 근로3권

제8차 개정헌법에서는 근로조건의 기준을 법률로 정하되 인간의 존엄성을 보장하도록 하여야 한다는 것과 근로조건 가운데 핵심을 이루는 적정임금의 보장을 위한 국가의 노력의무를 규정함으로써 근로자의 권익을 향상시키려는 국가의 의지를 분명히 하였다. 『헌법연구반 보고서』도 적정임금제 보장과 근로조건 개선을 위한 구체적 규정을 둘 필요가 있다는 검토의견을 내었다.[101] 요강작성소위원회 회의에서도 국회특위안에 대한 이견이 없었다. 국방부와 계엄사령부로부터 "상이군인과 군인유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다"는 취지의 조항을 신설해달라는 요청을 받아들여 국회특위안에 제5항을 추가하였다.[102]

근로3권의 보장에서도 종전에는 이를 개별적 법률유보조항으로 하고 있었으나, 제

99) "현재 서구 각국은 평생교육제도를 이미 채택하고 있으며, 우리 정부도 이미 성인교육 활동에 관하여 국제협약에 가입되어 있습니다. 평생교육제도를 공교육화 하는 것이 현재의 교육문제를 해결하는데 있어 중요한 수단이 될 것으로 생각합니다"(김승환 위원, "헌법개정안요강작성소위원회 제12차 회의", 법제처, 1980. 7. 7).

100) 교육의 '전문성'에 대한 심의위원회의 논의는 지체되기도 했다. "교육의 전문성을 넣으면 교육행정을 모두 교육자가 하는 것으로 되어 우려하는 것 같으나, 교육행정 중에도 회계사무나 기타 일반 행정직이 해야 할 것은 그들이 할 수 있습니다. 다만 교육감·교육구청장 등 교육을 직접 담당하는 자리는 교육전문가가 해야 한다는 것이지요"(김승환 위원, "헌법개정안요강작성소위원회 제9차 회의록", 법제처, 1980. 6. 26).

101) 법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 137-139면. '근로자의 경영참가권'과 '이익균점권'의 신설에는 부정적인 의견을 보였다.

102) 헌법에 군인에 관한 사항만 규정한다면 경찰 등의 경우는 곤란하기 때문에 '軍警'으로 하는 것이 좋다는 의견에 따라 최종적으로는 "상이군경과 전몰 및 상이군경의 유가족"으로 되었다("헌법개정안요강작성소위원회 제8차 회의록", 법제처, 1980. 6. 23. 1면).

8차 개헌에서는 단체행동권 행사를 제외하고는 법률유보를 삭제하였다. 『헌법연구반 보고서』는 노동3권을 모두 법률유보로 하고 있어 국가보위에 관한 특별조치법 같은 법률이 제정되어 헌법에 보장된 노동3권에 많은 제약을 가하고 있기 때문에 헌법적 보장이 필요하다는 검토의견을 냈다. 정치적 파업금지규정 신설에 대하여는 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 근로3권을 가진다"라고 규정하고, 이를 반대해석으로 정치적 파업을 배제하는 것이 검토되어야 한다는 의견을 냈다.[103] 국회특위안은 노동3권 모두 법률유보를 두지 않았고, 이에 대한 소위원회 위원들도 대체로 동의하였으나, 신기석 위원이 단체행동권 행사만은 제한이 되어야 한다는 강한 주장이 있었고, 이에 "다만 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의하여 행한다"라는 단서를 추가하게 되었다.

> 단체행동권을 무제한 행사하도록 한다면 과잉행사가 되어 사회혼란이 반드시 일어나게 됩니다. 현행 규정에는 제한이 있으며, 비상계엄이 선포되어 있는데도 사북사태와 같은 사회혼란이 있었습니다. 그리고 외국에서도 단체행동권을 제한하는 경우가 많이 있습니다. 따라서 단체행동권의 행사는 법률로 제한할 수 있도록 하는 것이 타당할 것입니다.[104]

제3항의 경우는 공화당안인 "공무원과 국가·지방자치단체·국영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제외하거나 인정하지 아니할 수 있다"에서 '공무원과 국가·지방자치단체'를 빼고 '국영기업체'를 '국공영기업체'로 수정하자(문홍주 위원, 박일경 위원)는 의견이 반영되었다.

3) 환경권

제8차 개헌에서는 '깨끗한 환경에서 생활할 권리'로서 환경권과 국가의 환경보전 노력의무를 새롭게 규정하였다. 이는 급속한 산업화와 고도성장의 부산물로 공해가 발생하는 등 환경 파괴가 심각해진 상황에서 새롭게 대두된 권리로 인정된 것이다. 당시 환경권에 관한 독립의 규정이 없었음에도 불구하고 인간의 존엄과 가치, 인간

103) 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 145-154면 참조.
104) "헌법개정안요강작성소위원회 제8차 회의록", 법제처, 1980. 6. 23. 3-4면.

다운 생활을 할 권리 및 보건에 관한 권리로서의 성질을 아울러 갖는 총체적 기본권으로서 환경권을 인정하고 있었다.

『헌법연구반 보고서』는 환경권의 중요성이 점증하고 있는 실정에 비추어 이를 명문화해야 한다는 의견과 함께 환경권을 헌법에 규정하면 국가의 인적·물적 부담이 많으며 배상사태로 국고부담 증대 내지 예산집행상 어려움이 예상되고 경제발전이 둔화될 우려가 있다는 반대 의견을 소개했다. 요강작성소위원회 회의에서도 환경권 신설에 관한 이견은 없었다. 다만 국회특위안 제32조 제1항 "모든 국민은 보다 건강하고 쾌적한 환경을 향유할 권리를 가진다", 제2항 "국가와 국민은 환경의 적정한 이용관리 및 보전을 위하여 노력하여야 한다"는 규정을 한 항으로 묶어서 "모든 국민은 깨끗한 환경에서 생활할 권리를 가지며 국가는 이를 보호할 의무를 진다"로 규정하기로 하였다. 이는 당시 대한변호사협회안이기도 했다.[105]

(5) 기본권 제한

제8차 개정헌법에서는 각각의 기본권에 규정된 개별적 법률유보조항을 삭제하고 일반적 법률유보조항만을 두도록 하였으며, 나아가 국민의 자유와 권리의 본질적 내용은 침해할 수 없다는 규정을 신설하여 일반적 법률유보조항에 의하여 불가피한 목적으로 기본권을 제한하는 경우에도 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 것을 분명히 함으로써 기본권의 자연권적 성격을 강조한 면이 있다.

이와 관련하여 헌정사를 회고해 보면 제헌헌법에서는 개별적 유보와 일반적 유보를 함께 규정하였고, 그 후 제3차 개헌에서는 일반적 유보만을 규정하였으며, 제7차 개헌에서는 다시 주거·이전의 자유, 직업선택의 자유, 주거의 불가침, 통신의 비밀, 언론·출판·집회·결사의 자유, 근로3권 등에 관하여 '법률에 의하지 아니하고는' '법률이 정하는 바에 의하여' 또는 '법률의 범위 안에서' 등과 같은 표현을 사용함으로써 개별적 법률유보를 규정하고, 아울러 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 법률로 기본권을 제한할 수 있다는 일반적 법률유보를 두었다. 이러한 점을 감안하여 제8차 개헌에서는 개별적 유보 문구를 삭제하고 제35조 제2항에서 일반적 유보

105) "국회특위안 중 '보다 건강하고'에서 '보다'라는 표현은 영어로는 'more'로서 본래는 우리나라 말이 아니라고 한글학자 이희승 선생 등이 말씀하고 있었습니다. 삭제하는 것이 좋겠습니다"(최호진 위원, "헌법개정안요강작성소위원회 제9차 회의록", 법제처, 1980. 6. 26. 2면).

만을 규정하였으며, 나아가 기본권을 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없도록 함으로써 기본권의 불가침성을 선언한 제9조와 더불어 기본권 보장에 진전을 보였다고 할 수 있다.

이와 관련하여 『헌법연구반 보고서』는 일반적 법률유보 중 '국가안전보장'은 그 유무와 관계없이 해석상 문제가 없으며, '본질적 내용침해금지 조항'의 부활 여부에 대하여는 판례를 통하여 기본권의 본질적 내용의 기준을 정할 수도 있으나 명시하는 것이 기본권 보장에 실효적이라고 하였다. 또한 개별적 법률유보조항에 대하여는 그것이 있는 기본권은 상대적 보장으로 전락되어 보장에 미흡한 점이 있을 수 있고, 또한 제한의 정도를 넘어서는 경우에도 합리화될 수 있다고 하였다.[106]

소위원회 회의에서는 '국가안전보장' 삭제 여부에 대한 위원들 간에 의견 대립이 있었다. 박윤흔 헌법개정심의위원회 간사는 "대통령 각하의 취임사 등에서 헌법개정의 4대원칙의 하나가 국가안보를 확고히 하는 데 있으며, 또한 관계 부처에서 국가안전보장을 넣어 두기를 강력히 희망하고 있다"는 정부 측 입장을 전달했다. 이에 대해 김태청 위원은 다음과 입장을 보였다.

> 안보는 좋지요, 그러나 안보를 빙자하여 국민의 자유를 많이 제한하여 왔습니다. 안보를 이유로 자유를 제한하지 않는다면 문제가 없지요. 민주헌법을 만든다면서 유신헌법 그대로 한다면 헌법개정이 무슨 필요가 있습니까?[107]

최종적으로는 '국가안전보장'을 넣기로 하였다. 기본권의 불가침성에 대하여도 요강작성소위원회 회의 과정에서 위원들 간 의견 차가 있었다는 점을 다음과 같이 밝히고 있다.

> 새 헌법안 제9조의 인간의 존엄성, 행복의 추구권, 그리고 개인이 갖는 불가침의 기본권을 두고 무척 검토를 많이 했었지요. 논란은 우리가 국가를 인정하고 국가목적을 인정한 이상 이건 국법 속의 기본권리인데 불가침이란 말이 해당될 수 있느냐는 거였지요. 그래서 한참 시비가 되어 불가침이란 말을 빼면 어떻겠느냐는 견해도 있었어요. 기본권이란 천부의 인권으로 헌법에서도 제한할 수 없으나 최근에 와선 법률에 의해 제한할 수 있다고 하지 않습니까? 그래서 이번 헌법안에서는

106) 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 82-86면.
107) "헌법개정안요강작성소위원회 제8차 회의록", 법제처, 1980. 6. 23. 6면.

기본권의 개별적 유보조항을 모두 없애고 포괄적인 유보조항 하나만 두었지요.[108]

4. 권력구조

(1) 정부형태

제8차 개헌 과정의 정부형태에 관한 논의에서는 대통령제와 함께 의원내각제[109]와 이원정부제로 알려진 절충형 정부형태[110]에 대한 이론적 검토가 있었으나, 최종적으로는 그간의 헌정 운영의 회고와 반성 그리고 시대적 여건을 고려하여 제3공화국 정부형태에 가까운 대통령제 정부형태를 채택하였다.[111] 개헌 정국에서 정부의 이원정부제에 대한 검토[112]와 이에 대한 국민들의 부정적 여론[113]이 있었다. 헌법연

108) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 125면.

109) 의원내각제는 대통령과 행정부의 전단화 가능성을 배제하는데 기여할 것이라는 관점에서 채택 여부가 검토되었으나, 이는 오랜 정치적 경험에서 체득되는 국민의 정치의식의 고도화, 안정된 정당제도의 정비, 정치인의 타협적 태도, 언론의 지도적 기능 등이 전제되지 아니하였을 경우에는 극도의 혼란과 정국의 불안을 초래할 수 있다는 경험에 비추어 채택이 어려웠다(법제처 편, "개정헌법의 주요 내용", 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 9. 38면 참조).

110) 이원정부제는 행정권을 대통령과 내각이 분담한다는 점에서 채택이 거론되었으나, 이를 헌법에서 채택한 외국의 운영실태를 조사한 결과 대통령 또는 내각의 어느 한쪽으로 보이지 않는 권력의 집중 현상이 일어난 이른바 헌법의 변천을 가져옴으로써 원래의 의도를 달성할 수 없다는 것과 그러한 변천 과정에서 대통령과 내각 사이에 대립과 마찰을 빚을 소지가 있다는 것 그리고 우리에게 생소한 제도로서 시행착오의 모험을 감당할 수 없다는 이유 등으로 채택할 수 없다고 판단했다(법제처 편, "개정헌법의 주요 내용", 『법제』 제46호, 법제처, 1980. 9. 38면 참조).

111) 헌법개정심의위원회 제6차 회의에서는 유진오 특별고문의 '소견발표'가 있었다. 정부형태 유형별 특징과 우리 헌정사에 대한 회고를 중심으로 소견을 발표했다. 정부형태 채택에 대한 명확한 입장 표명은 하지 않았지만 대통령제와 이원정부제에 대한 문제점을 지적하는데 많은 부분 할애하였다. "내가 글을 잘못 썼기 때문에 그런 모양인데 나는 국회에다가 중심을 둔 제도 이것을 주장하는 것입니다. 뭐냐 하면 그렇지 않고서는 대통령에게다 중심을 두는 그것을 내가 싫어하는 근본 이유가 그것입니다"("헌법개정심의위원회 제6차 회의록", 법제처, 1980. 5. 2. 7-19면).

112) 『헌법연구반 보고서』는 "우리 현실에서 두 가지 정부형태를 가미한 절충형태가 우리의 관심을 끌기는 하지만"이라고 하면서 이원정부제를 선호하는 듯한 결론을 내렸다(법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 241면). 또한 헌법개정심의위원회 개회식에서 김도창 법제처장도 절충형 정부형태의 세 가지 예를 강조하였다. "일응 우리의 관심을 끄는 것은 다음 세 가지로 분류할 수 있겠습니다. 즉 그리스나 터키 등과 같이 대통령제를 기본으로 하되 의원내각제의 요소가 상당히 가미된 형태도 있으며, 또 핀랜드나 오스트리아 등이 채택하고 있는 대통령제에 의원내각제 요소가 강하게 가미된 정부형태도 있고, 불란서의 제5

구반의 보고 대상이 정부형태와 대통령 선출방법, 특히 이원정부제에 대한 연구 관심, 그리고 헌법연구반의 이원정부제 국가의 파견 조사 때문에 정부가 혹시 이원정부제 구상과 대통령직선제의 회피를 의도하려는 것이 아닌가 하는 국민들 사이의 의심이 조장되기도 하였다.[114] 헌법개정심의위원회 회의에서는 대통령제 정부형태를 채택하는데 별다른 이견은 없었던 것으로 보인다.[115] 당시 국민들이 대통령제를 선호했던 것은 대통령 직선제에 대한 기대감이 높았기 때문이다. 국회특위안도 4년 중임제 직선제 대통령이었다.

대통령제 정부형태는 대통령의 강력한 권한에 의하여 정치·사회·경제적 안정을 기할 수 있다는 점과 함께 특히 북한과 대치하는 상황에서 국가안보를 고려하지 않을 수 없는 국내적 여건에 부합하는 면이 있지만, 그간의 헌정사가 말해주듯 '대통령제=독재'라는 인식과 함께 대통령과 행정부의 전단을 초래할 우려가 있다는 점을 신중히 고려하고, 또한 이에 대한 보완책을 마련하지 않을 수 없었다. 이에 제8차 개헌에서는 첫째, 대통령의 권한조정과 국회의 견제기능강화, 사법부의 독립성 보장 등 권력분립의 원칙을 구현하고, 둘째, 대통령의 장기집권 방지 장치를 규정함으로써 그와 같은 단점을 제도적으로 보완하고자 했다.

이와 함께 견제와 균형의 원리에 비교적 충실한 대통령제 정부형태를 채택하면서 동시에 행정부를 중심으로 한 적극적인 국가기능의 수행을 보장하는데 유의하였다. 이에 일정한 요건 하에 대통령의 국회해산권을 인정하고, 이에 대응하여 국회의 국무총리·국무위원의 해임의결권을 인정함으로써 의원내각제적 요소를 도입하였는데,

---

공화국과 같이 대통령제에 의원내각제 요소가 약하게 가미된 형태 등 3가지로 분류할 수가 있습니다"("헌법개정심의위원회 개회식 회의록", 법제처, 1980. 3. 14. 2면).

113) 『헌법연구반 보고서』와 나오고 헌법개정심의위원회 회의가 시작된 3월 중순 즈음부터 절충형 정부형태를 반대하는 언론 기사들이 줄을 이었다. 동아일보는 '절충식 정부형태 허와실'이라는 제목으로 전문가 칼럼을 연재하기도 했다.

114) 한태연 외, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 368면.

115) "정부형태를 어떻게 하느냐가 문제가 전체회의에서 논의되었는데 대다수가 대통령책임제로 해야 한다는 견해였어요. 국민들이 대통령책임제에 익숙해져 있는 편이고 또 국회안 등 각 시안들도 대통령책임제로 되어 있었죠. 심의 도중에 2원집정제가 대두되어 학생들의 집회에서 '정부개헌안의 중지' '2원집정제반대'라는 구호가 나오기도 했는데 그 원인은 당시 최규하 대통령이 헌법개헌심의위원회가 발족할 때에 치사에서 독재화의 방지, 대통령 유고시의 헌정 중단 방지 등을 내세워 문홍주 씨를 단장으로 2원집정제의 장단점을 본다고 핀란드·오스트리아·그리스 등을 방문한 때문인 것 같아요"(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 136-137면).

이는 책임정치의 구현이라는 의원내각제의 장점을 살리면서 대통령과 국회의 대립을 원만하게 조정하기 위한 것이라고 할 수 있을 것이다.[116]

(2) 대통령

1) 대통령 간접선거와 7년 단임제

국회특위안은 4년 중임의 대통령 직선제를 제시하였다. 이에 반해『헌법연구반 보고서』는 대통령 직선제와 간선제를 선택하는 경우의 장단점을 비롯하여 주요국의 대통령선거제도까지 상세히 소개하였다. 동 보고서가 양 제도 중 특정한 하나를 제시한 것은 아니나 종합의견의 내용을 유추할 때 간선제를 긍정하는 의견인 것으로 생각된다.

> 우리의 특수한 안보상황·경제상황 등 한국의 현실에서 볼 때 대통령직선제에서 발생되는 문제점을 그대로 반복하는 것은 너무나 값비싼 대가라 하겠다. 따라서 대통령선거를 직선제로 하는 경우 과거에 겪었던 문제점을 해소시킬 수 없다 하더라도 가능한 범위 내에서 이를 해소하기 위하여 필요한 보완책을 강구함이 필요할 것으로 사료된다.[117]

그리고 간선제를 채택했을 때 그 보완책으로 제시한 것이 5~7년의 단임제와 당적 이탈이다.[118] 결과적으로 제8차 개헌에서는 당시의 안보적·경제적 상황에 비추어 직선제 채택에 따르는 문제점을 감당할 수 없다는 점을 고려하여 대통령선거인단에 의한 간선제를 채택하였다. 윤세창 교수는 직선제와 간선제를 두고 논란이 있었지만 당시 언론이 국론의 분열, 선거과열, 선거비용의 막대한 지출, 지역감정의 대립 등의 이유를 들어 대통령책임제로 하되 선거는 간선제가 좋다는 논조를 보였고, 또한 일반 여론도 간선제에 전혀 이의가 없었다고 했다.[119]

---

116) 이에 제5공화국 헌법상의 정부형태를 유신헌법보다 더 프랑스 제5공화국 헌법에 근접한 것으로 보기도 한다(한태연 외,『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 377면).

117) 법제처,『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 368-369면.

118) 법제처,『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 380-381면.

119) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다",『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 137면. 당시 신군부가 개헌 작업에 깊숙이 관여하였고 특히 7년 임기의 대통령 간선제를 당시 전두환 보안사령관이 직접 지시했다는 기사가 있다(동아일보, 1996년 5월 16일~17일자). 다만 이러한 신문기사의 내용은 고증을 요한다.

다만 과거 통일주체국민회의에 의한 간선제가 지니고 있던 문제점을 보완하여 대통령 입후보가 자유롭고 복수 후보자간의 경쟁이 가능하며 선거인의 자주성이 보장되도록 함으로써 평화적 정권교체라는 과제를 해결하고자 했다.

> 선거활동을 보장하는 직선제는 지역감정 격화, 국력의 낭비, 부패정치의 요인 등 부정적 요소가 많이 나타난 것이 사실입니다. 그래서 나 자신도 과거와 같은 직선제에는 문제가 있다고 봅니다. 따라서 새 헌법안은 직선제의 효과를 최대한으로 살리는 간선제를 채택한 것입니다.[120]

이와 함께 대통령 임기를 7년 단임[121]으로 하고 중임을 금지하며, 또한 중임변경에 관한 조항은 개정하더라도 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없도록 하였다.

> 임기가 처음엔 5년에 1차연임, 6년단임제, 7년 단임제 등이 나왔는데 신문지상에는 6년 단임제로 보도되기도 했죠. 이건 회의 때 얘기가 흘러나간 것 같아요. 그러다가 미국은 4년 연임제이고 또 연임을 안 한 나라가 없어 결과적으로 8년 동안 집권하는 셈이죠. 8년을 하더라도 두 번의 선거로 2년간을 보내야 하니 실제로는 6년밖에 안됩니다. 가령 경제계획 같은 것도 4년~5년인데 대통령이 장기계획을 마련해 밀고 나가려면 적어도 실제로 일은 6년은 해야 되니 1년은 전후로 가감하여 7년을 집권해야 된다는 것이지요. 프랑스도 7년 연임제고 하니 우리도 7년쯤 하더라도 나쁠게 없지 않느냐고 해서 임기를 두고 논란을 하다 7년으로 된 겁니다.[122]

대통령의 중임을 금지함으로써 장기집권의 소지를 없앴다는 점은 당시로서는 물론이고 우리 헌정사에서도 중요한 의미를 가진다고 할 것이다. 헌정사를 회고할 때 두 차례의 대통령 중임 변경을 위한 개정이 있었기 때문에 이에 대통령의 임기 또는 중임변경을 위한 헌법개정의 효력을 제한하여 개정 제안 당시의 대통령에게는 효력이 없도록 한 것으로 생각된다. 이는 장기집권을 방지하고 또한 현직 대통령의

---

120) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 138면.

121) 『헌법연구반 보고서』와 "헌법개정심의위원회"는 선거인단에 의한 간선제와 6년 단임제를 제안했다.

122) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 140면.

출마에 따른 선거의 과열, 공무원의 선거개입 등을 방지하는 효과를 기대할 수 있었다.

3) 대통령의 권한

제7차 개정헌법 하에서 대통령은 국가원수이자 행정부 수반으로서의 지위를 가지고 있었을 뿐만 아니라 국정 최고 지도자 내지 헌법 수호자로서 강력한 권한을 행사함으로써 사실상 권력의 인격화[123]를 초래하였다. 이에 제8차 개헌에서는 이러한 대통령의 지위와 권한을 합리적으로 조정하여 대통령의 전단화를 방지하고자 했다. 우선 대통령의 통일주체국민회의 의장으로서의 권한 등이 폐지되고, 국회의원 정수의 3분의 1을 추천하는 권한과 일반 법관의 임명에 관한 권한을 배제함으로써 입법, 사법 등 국가기관 구성에 관여하는 권한을 축소시켰다. 국가긴급권 발동요건을 제한하는 한편[124] 그에 대한 국회의 통제권을 강화하였고[125], 국회해산의 요건을 제한하였으며, 또한 국정자문회의[126]와 평화통일정책심의회의[127] 등을 신설하였다.[128] 이

123) 한태연 외, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 276면.

124) 『헌법연구반 보고서』는 대통령의 국가긴급권에 대한 다음과 같은 민주적 통제장치를 제시했다. ① 긴급명령 발령 후 가능한 최단기간 내에 국회에 보고하고 승인을 얻도록 하며 국회에서 해제를 의결하면 즉시 실효되도록 한다. ② 긴급명령이 발령되면 국회는 자동적으로 집회되도록 한다. ③ 긴급명령의 남용을 탄핵사유로 한다. ④ 긴급명령의 합헌성에 대하여는 헌법보장기관의 심사대상으로 한다(법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 534면). 그리고 시안으로 제시한 것은 국회특위안과 내용이 거의 같다(한태연 외, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 360면 참조).

125) 요강작성소위원회 회의록에는 "대통령 긴급권은 인정하되 그 발동요건과 의회에 의한 사후 통제장치를 두어야 한다는 의견이 오고 갔다"는 내용이 나와 있다("헌법개정안요강작성소위원회 제21차 회의록", 법제처, 1980. 8. 11. 1면).

126) 요강작성소위원회 회의에서 "국정자문회의의 의장은 전직 직전 대통령이 된다. 다만 전직 직전 대통령이 없는 때에는 대통령이 지명한다"로 되어 있는 것을 "직전 대통령이 전직 대통령이 디는 것이 당연하니 직전으로 하자는 의견"(박일경 위원)과 직전 대통령으로만 한다면 현직 대통령도 가능하다는 해석도 나올 수 있으므로 전직 직전으로 표현한 것이라는 의견(박윤흔 간사)도 있었으나 최종적으로는 직전 대통령으로 하게 되었다("헌법개정안요강작성소위원회 제26차 회의록", 법제처, 1980. 8. 29. 2면).

127) 요강작성소위원회 회의에서 '통일정책자문회의'라는 명칭을 '평화통일정책자문회의'로 변경해달라는 법제처의 요청을 받아들인 것이다("헌법개정안요강작성소위원회 제26차 회의록", 법제처, 1980. 8. 29. 1면).

128) 「헌법개정심의위원회 회의록」에 대통령 권한에 대한 개별 위원들의 회의 내용은 나오지 않는다. 다만 제21차·제22차 회의에 요강작성에 관한 회의 내용을 간략히 요약하여 개재하였다("헌법개정안요강작성소위원회 제20차 회의록", 법제처, 1980. 8. 8; 헌법개정안요강작성소위원회 제21차 회의록, 법제처, 1980. 8. 11).

러한 일련의 제도를 채택함으로써 대통령의 지위와 권한을 국정의 효율적인 수행을 위하여 필요한 범위로 축소시켰다.

제7차 개정헌법상 대통령의 긴급조치권과 또 하나 다른 것은 대통령의 비상조치권을 사법심사 대상이 될 수 있도록 한 것이다. 종래 대통령의 긴급조치권에 대하여는 사법부의 통제를 배제하였지만, 제8차 개정헌법에서는 그런 규정이 없었기 때문에 사후에 긴급조치에 대한 위헌 여부를 법원에서 심사할 수 있는 길을 열었다고 할 수 있다.

국회해산권의 경우 종래 "대통령은 국회를 해산할 수 있다"고 한 것을 "국가의 안정 또는 국민전체의 이익을 위하여 필요하다고 판단할 상당한 이유가 있을 때에는 국회의장의 자문 및 국무회의의 심의를 거친 후 그 사유를 명시하여 국회를 해산할 수 있고" 또한 "같은 사유로 2차에 걸쳐 국회를 해산할 수 없도록 함"으로써 대통령의 국회해산권 행사 요건을 제한한 면이 있다. 그러나 대통령의 국회해산권 남용에 대한 우려와 대통령제 정부형태 하에서의 국회해산제도의 정합성 문제를 지적할 수 있을 것이다. 이에 대해 윤세창 교수는 다음과 같이 회고하였다.

> 이러한 해산권을 준 것은 3권의 조정자로서의 대통령의 영도적 지위에서 나오는 권리가 아니냐 해서이죠. … 그렇다면 국회가 해임결의를 할 때만 아니라 다른 국가 전반에 걸쳐 필요한 경우를 헌법상에 제한했어요. 국가의 안정(처음엔 안전이라 했어요), 국민전체의 이익을 위해 필요하다고 판단할 상당한 이유가 있을 때로 한 것입니다. 그러면서도 국회 해산의 판단성을 객관조항으로 만들기 위해 상당조항을 넣은 것이죠. 이건 내가 주장해서 넣은 것입니다만 대통령이 국가의 안정에 필요하다고 자유재량이나 임의로 판단해서는 안 되지 않느냐는 이유지요.[129]

이와 같이 제8차 개헌에 의해 종래 대통령의 권한이 축소·완화된 면이 있었지만 여전히 대통령에게 국회해산권, 비상조치권, 대법원장임명권이 부여되어 있는 점에서 볼 때 당시 개헌으로 대통령의 권위주의적 색채가 불식되었다고 볼 수는 없었을 것이다.[130]

---

129) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 141-142면.

130) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 126-127면.

(3) 국회

제7차 개헌의 정당국가적 성격의 지양과 국가권력의 대통령 집중에 따른 국회 지위의 약체에 대한 반성으로, 제8차 개헌에서는 국회의 지위를 회복시키고 그 기능을 활성화하는데 역점을 두었다.

이에 첫째, 국회 구성에 있어서 종전에 국회의원 정수의 3분의 1을 대통령 추천에 의하여 통일주체국민회의에서 선출하도록 한 제도를 폐지하고, 전체 국회의원을 국민의 직접선거에 의하여 선출[131]하도록 함으로써 대통령의 국회 구성에 대한 관여권한을 배제하고 권력분립의 원칙에 충실하도록 하였다.

둘째, 비례대표제를 채택할 수 있는 근거를 헌법에 명시하여 전문지식을 가진 각계의 직능대표 등이 국회에 진출할 수 있도록 함으로써 국회의 기능을 활성화하고 정당정치를 발전시키는데 기여하도록 하였다. 국회특위안에도 비례대표제가 있었으며, 요강작성소위원회 회의에서도 별다른 토론 없이 채택되었다.[132] 『헌법연구반 보고서』도 정치현실상 비례대표제 도입이 필요하다는 의견을 냈다.[133]

셋째, 국회의 국무총리 등에 대한 임명동의권과 대통령의 국회해산권에 대응한 국무총리·국무위원 해임의결권을 존치시킴으로써 행정부와 국회가 서로 견제와 균형을 이루도록 하고, 국회의 행정부에 대한 감시·비판기능을 실효적으로 보장함으로써 책임정치와 책임행정을 구현하도록 하였다. 국무총리·국무위원 해임의결권에 대한 요강작성소위원회 회의에서 해임의결 정족수를 '3분의 2 이상'으로 해야 하지 않는가라는 의견(김정렬 위원)이 있었으나, 우리 헌법은 대통령제에 의원내각제의 요소를 가미한 것으로 의원내각제의 경우에는 국무총리·국무위원 해임의결은 '재적의원 과반수'로 하는 것이 통례라는 의견(문홍주 위원)에 따라 최종적으로는 국회특위안

---

131) 국회의원 수는 국회특위안대로 법률에 위임하되 200인 이상으로 하한선을 정했다. 이에 대하여는 요강작성소위원회 회의에서 상·하한선의 문제와 인원수의 문제를 놓고 많은 의견이 있었다("헌법개정안요강작성소위원회 제23차 회의록", 법제처, 1980. 8. 18. 1-2면). 『헌법연구반 보고서』는 200~250인 정도로 할 것을 제시했다(법제처, 『헌법연구반보고서』, 법제처, 1980, 264면).

132) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 143면.

133) 헌법연구반보고서, 법제처, 1980, 351면. 이와 함께 『헌법연구반 보고서』는 '국회의원 선거제도'에 대하여 우리나라 선거제도의 실태를 사회학적 방법으로 분석하고, 또한 선거구제별 선거 방식을 비교법적으로 검토하는 등 방대하면서도 체계적으로 분석하여 제시한 점이 인상적이다(법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 300-359면).

대로 '3분의 1이상의 발의에 의하여 국회재적의원 과반수의 찬성'으로 규정되었다.[134]

넷째, 앞서 언급한 바와 같이 대통령의 비상조치권 행사에 대한 국회의 통제권을 강화하고 헌법개정절차의 일원화에 따라 헌법개정안이 반드시 국회의 의결을 거치도록 한 것도 국회의 지위를 상대적으로 향상시킨 것이라고 할 수 있다.

다섯째, 종래 국회법상 규정되었던 국정조사권을 헌법에 명문화하였다. 제3공화국 헌법까지 존속했던 국정감사권을 부활시키지 않은 것은 국정감사권은 그 성질상 권력분립의 원칙에 위배된다는 이론상의 문제점이 제기되었고, 또한 외국의 입법례도 없으며 그 운영에서도 실효를 거두지 못하였기 때문에 제8차 개헌에서는 국정조사권만을 인정하여 국회의 정부에 대한 감시기능과 입법심의 등 고유 업무 수행에 필요한 자료수집 기능을 보장하도록 하였다. 다만 요강작성소위원회 회의에서 국정조사권의 권한 범위에 대한 다음과 같은 이견이 있었지만, 이는 양 권한에 대한 오해가 아닌가 생각된다.

> 그곳에는 국회는 "특정한 국정사안에 관하여 조사"할 수 있도록 되어 있는데 "특정한 국정사안" 뿐 아니라 "일반사항"에 대하여도 조사가 가능하여야 되지 않습니까? "특정한 국정사안에 관하여"를 "국정사항에 관하여"로 하는 것이 좋을 것 같습니다(신기석 위원).
>
> 국정전반에 관하여 조사할 수 있도록 한다는 것은 곤란합니다. 그렇게 하면 과거와 같은 "국정감사"[135]가 되어버려 여러 가지 폐단이 나올 우려가 있습니다(서대교 위원)
>
> "특정한 사안"으로만 표시하면 조사가 잘 이루어지지 못할 우려가 있습니다. 조사는 전반적 범위에 걸쳐 행하여야 할 필요도 있을 것입니다(권중돈 위원).
>
> 여기에서 "특정사안"이라 함은 일반적·포괄적 사항이 아닌 구체적 사항을 조사하라는 의미로서 문제가 없을 것으로 봅니다(박일경 위원).[136]

---

134) "헌법개정안요강작성소위원회 제23차 회의록", 법제처, 1980. 8. 18. 7면.

135) 윤세창 교수는 종래 국정감사제도의 문제를 다음과 같이 지적하였다. "국정조사권은 입법의 보조적인 권한인데 종래는 국정감사권이 문자 그대로 국정의 감사권이 되어 국회가 정부보다 상위적인 입장에서 모든 국정을 감사하고 시시비비를 따지고, 결의하고, 더구나 회기가 90일밖에 안되니 회기가 아닌 때엔 전 국회의원이 반으로 나눠 전국을 돌아다니며 얻어먹곤 했답니다"(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 143면).

136) "헌법개정안요강작성소위원회 제23차 회의록", 법제처, 1980. 8. 18. 5-6면.

이와 같이 국회의 지위 회복과 국회 기능의 활성화와 함께 국회의원의 성실한 역할 수행을 담보하기 위하여 국회의원의 청렴의무조항과 직무수행에 있어서의 국익우선의무조항 및 지위를 이용한 이권개입 금지 조항을 신설하되 국회의원의 겸직 제한을 완화하여 국회 구성의 질적 향상을 기하기 위하여 종래 국회의원은 '법률이 정하는 모든 공사의 직'을 겸하지 못하도록 하였던 것을 '법률이 정하는 직'을 겸하지 못하는 것으로 규정함으로써 국회에 부과된 권한을 제대로 수행하도록 했다. 요강작성소위원회 회의에서 이러한 조항의 신설을 반대하는 의견이 없었던 것은 아니나[137], 사실 정부 측에서는 이 조항뿐만 아니라 국회의원의 직업화 방지를 위한 국회의원 임기에 대한 연임금지조항을 두는 것, 국회의원 보수를 임기 중 변경하지 못하도록 하는 것, 국회의원을 명예직으로 하는 것까지 논의해달라는 요청을 하였다.[138]

(4) 법원, 헌법위원회

사법권의 독립은 본래 법관의 재판상 독립, 즉 법관이 어떠한 외부적 간섭도 받지 않고 헌법에 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다는 이른바 재판의 자유를 의미하는 것이고, 이를 위해서는 법관 지위의 독립과 법관의 신분보장, 즉 법관의 인적·물적 독립이 선행되어야 한다.

이에 제8차 개헌에서는 법관 지위의 독립을 보장하기 위하여 종래 대통령이 가지고 있었던 법관인사권 가운데 일반법관의 임명권을 대법원장에게 부여하도록 하였다. 『헌법연구반 보고서』도 사법권 독립을 실질적으로 보장하려면 법관의 지위 또는 인사권 독립이 수반되어야 하는 것이므로 대법원장에게 귀속시키는 것이 보다 합리적이라는 의견을 냈다.[139] 다만 요강작성소위원회에서는 대법원장과 대법원판사의 선임방식을 법관추천회의를 거치도록 한 국회특위안을 통과시켰으나 최종적으로 채택되지 않았다.[140] 이와 함께 법관의 신분보장을 강화하기 위하여 징계처분에 의하

137) "이런 규정을 두면 마치 우리나라 국회의원은 아주 유치한 사람들만 있는 것 같아 인상이 좋지 않습니다. 국회의원은 당연히 부정을 해서는 안 되는 것인데 이것을 헌법에 꼭 넣어야 될 것인지 … 좀 창피하다는 생각이 듭니다. 어떻게 법률로 하면 안 될까요"(전봉덕 위원, "헌법개정안요강작성소위원회 제23차 회의록", 법제처, 1980. 8. 18. 4면).

138) 박윤흔 간사, "헌법개정안요강작성소위원회 제23차 회의록", 법제처, 1980. 8. 18. 2면

139) 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 456면.

140) "헌법개정안요강작성소위원회 제10차 회의록", 법제처, 1980. 6. 30. 4면. 이에 대하여 윤

여서는 법관을 파면할 수 없도록 하였는데, 이는 제5차 개정헌법의 태도로 복귀한 것이다.

그리고 위헌법률심사권, 정당해산심판권 등 헌법소송사건을 관장하는 별도의 헌법보장기구로서 헌법위원회제도를 존치시켰다.[141] 이는 헌법규범의 특질에서 유래되는 헌법해석의 특수성을 충분히 살리고자 하는 측면도 있으나, 동시에 정치적 성격을 띤 헌법소송사건을 통하여 사법부가 정치화하거나 정치투쟁에 휘말려 사법권의 독립을 해칠 가능성을 배제하기 위한 것으로 이해할 수 있다. 헌법위원회의 존재 가치에 대하여는 요강작성소위원회 회의에서 헌법위원회 측의 다음과 같은 입장 표명이 있었다.

> 헌법위원회는 일이 없다고 하지만 다른 심판기관과 마찬가지로 헌법위원회는 수동적 기관으로 위헌판결은 대법원의 제소가, 탄핵심판은 국회의 소추가, 정당해산심판은 정부의 제청이 있어야만 비로소 심판을 하게 되는 것이나 이때까지 이와 같은 청구가 없었기 때문이며 앞으로 헌법위원회의 활용방안으로서는 현 관장 사항 외에 대통령선거에 관한 분쟁, 정당내분에 관한 사항 등을 관장케 함으로써 국정의 안정과 발전에 기여케 함이 조국의 먼 장래로 보아서 보람된 일이 아닐까 생각합니다.[142]

이와 관련하여 허영 전문위원은 요강작성소위원회 회의에서 앞으로 권력구조에서 사법권 우월을 예정한다면 대법원에 위헌법령심사권을 주어도 좋겠지만 그렇지 않으면 헌법재판소와 같은 독립기관을 두어야 한다고 주장하였다.[143] 『헌법연구반 보

세창 교수는 다음과 같이 회고하였다. "처음에 대법원장임명만은 대법원장추천회의에서 하도록 구상했었습니다. 그러다가 대법원은 현재 대법원판사가 16명인데 대법원장 추천회의를 만들면 대법원장을 하려고 서로 좋지 않은 일도 나오게 될 것이고, 또 법원 측의 여론도 「그렇게 되면 법관끼리 질시를 하게 되어 제도는 민주주의의적이 될는지는 모르나 행정의 공정성 또는 독립성이 해롭게 될지도 모르지 않느냐」고 해서 대법원장추천회의와 법관추천회의가 없어졌죠"(윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 145면).

141) 위헌법률심사권을 현행 헌법대로 헌법위원회에 부여하기로 하되, 재판지연방지를 위한 조항을 넣어달라는 서일교 의원의 의견이 있었다("헌법개정안요강작성소위원회 제17차 회의록", 법제처, 1980. 7. 28).

142) 김성재 헌법위원회 상임위원, "헌법개정안요강작성소위원회 제17차 회의록", 법제처, 1980. 7. 28. 2면.

143) "헌법개정안요강작성소위원회 제17차 회의록", 법제처, 1980. 7. 28. 3면.

고서』의 경우는 위헌법률의 심사만이 아니고 정당·선거 나아가서 탄핵 등 헌법소송 사항의 범위를 넓히는 경우에는 헌법재판소가 바람직하나, 반면 최고법원의 이원화·이중화를 가져오게 되는 폐단을 방지하기 위하여는 헌법위원회가 바람직하며, 헌법위원회는 결국 대법원에 주자는 안과 헌법재판소에 주자는 안에 대한 중간적·절충적인 안이라는 검토의견을 낸 바 있다.[144] 최종적으로 헌법위원회 제도가 존치하게 된 것을 윤세창 교수는 다음과 같이 평가하였다.

> 유신헌법에는 대법원이 위헌법률심사를 제청한 경우에 헌법위원회에서 다루게 되어 있어요. 그런데 헌법위원회법을 보면 대법원이 적법이라고 인정한 때는 대법원의 판단대로 하고 위헌이라고 판단되는 경우에 한해 제청할 수 있다고 되어 있어요. 그러니까 현행대로 헌법위원회법을 그대로 헌법에 옮겨 와야 되겠다고 하는 건데 그렇게 되면 우습게 되는거죠. … 재판이란 확고한 효력이 있는 법률과 헌법을 근거로 재판을 해야 하는 것인데 헌법위원회에 제청하면 확고한 것이 아닌데도 재판이 진행되고 재판이 중지되는 게 아니라는 것 아닙니까? 그래서 결국은 현행 헌법위원회의 법에 있는 것을 그대로 옮겨오게 된 것이지요. 이것은 아주 미지근한 일입니다. 차라리 아예 미국식으로 하든지 아니면 프랑스나 서독식으로 하든지 해야 할 텐데 그렇게 되지 않아 아주 유명무실하게 되고 만 거죠.[145]

대법원에 행정·조세·노동·군사[146] 등에 관한 사건을 전담할 부를 설치할 수 있는 근거를 명시하여 재판업무의 전문성과 효율성을 높이도록 하였고, 대법원에 대법원 판사 이외에 일반법관을 둘 수 있도록 하여 최고법원 운영의 합리화 및 재판의 신속을 기하도록 하였다. 또한 행정심판제도가 국민의 권리구제수단으로 발전할 것을 촉구하여 이에 관한 근거조항을 마련하였다.[147]

---

144) 법제처, 『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980, 521면.

145) 윤세창·권영성, "[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다", 『월간조선』, 조선일보사, 1980, 11, 147면.

146) 군사 부문의 경우에는 국방부 측의 요구가 있었다. 이에 관하여는 "헌법개정안요강작성소위원회 제12차 회의록", 법제처, 1980. 7. 7. 1-3면 참조.

147) 요강작성소위원회 회의에서 윤세창 위원은 행정심판제도의 필요성을 다음과 같이 주장하였다. "행정심판의 근거를 두어 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 보장하고 또한 행정심판의 공정성을 보장하기 위하여 국회특위안 제100조에 제3항을 신설하여 재판의 전심절차로 행정심판을 두도록 하고 행정심판은 공정성이 보장되어야 한다는 취지를 넣도록 하는 것이 좋겠습니다"("헌법개정안요강작성소위원회 제10차 회의록", 법제처, 1980. 6. 30. 6면).

Ⅴ. 결론

지금까지 제8차 개헌에 의한 제5공화국 헌법의 성립 과정을 정부헌법개정 활동을 중심으로 살펴보았다. 특히 헌법연구반 및 헌법개정심의위원회 활동 사항을 통하여 국회를 포함한 각계각층의 개헌안이 정부개헌 활동에 어떤 영향을 미쳤는지, 헌법연구반의 개헌 기초 작업이 헌법개정심의위원회에 어떤 역할을 했는지, 헌법개정심의위원회 회의 과정에서 어떻게 달라졌는지 등에 대하여 알아보고자 했다.

제5공화국헌법은 10·26사태 이후 혼란스런 정국 상황에서 헌법연구반, 헌법개정심의위원회, 서구헌법제도조사반 운영을 통하여 헌법개정 과정의 전문성과 민주성을 기하고자 한 것으로 생각된다. 헌법 내용적으로는 스스로 제5공화국의 출발로 규정하고 '민주복지국가 건설' '정의사회 구현' '평화적 정권교체'를 이념적 기초로 하면서 유신헌법과 단절하고자 했다. 이에 기본권 영역의 권리 확대나 대통령 단임제, 국회 권한 강화, 사법부 독립성 강조 등은 우리 헌정사에서 의미 있는 변화로 볼 수 있을 것이다.

그러나 제8차 개헌은 10·26 이후 한층 높아진 국민들의 민주주의에 대한 열망을 제대로 담아내지 못한 점이 있다. 국회개헌 활동이 중지되고 정부개헌으로 일원화되고, 12·12, 5·18 등을 거치면서 헌법개정에 대한 국민 의사와 실제 개헌 사이에는 큰 간극이 있었다고 생각된다. 이는 국민들의 정부 주도 개헌에 대한 불신으로 이어졌고, 이후 성안된 헌법과 정부에 대한 신뢰에도 영향을 주었을 것으로 생각된다.

정부개헌 활동이 헌법연구반 운영을 통해 국내외 헌법제도를 조사·연구하여 헌법개정심의위원회의 기초 자료를 제공하고, 각계각층의 다양한 인사들을 헌법개정심의위원으로 선정하여 운영한 점 등은 긍정적으로 평가할 수 있다. 또한 회의록에 나타난 심의 과정이 이전 헌법개정 회의와 비교할 때 한층 체계적으로 이루어진 점도 특징적으로 보인다. 그러나 심의 과정 내내 정부의 헌법개정 4대 원칙을 제시하고, 쟁점이 되는 개정 사항마다 정부 부처의 의견을 듣고 사실상 반영하는 회의 과정, 공청회 취소 등을 통해서 볼 때 제5공화국 헌법은 개헌의 민주적 정당성이라는 비판으로부터 자유로울 수 없을 것이다.

개헌의 절차적인 면에서 볼 때 헌법연구반의 전문적이고 체계적인 헌법이론과 제도에 대한 연구 결과를 헌법개정심의위원회 회의 자료로 사용한 점, 다수의 전문위원을 두고 헌법재판제도와 같은 당시로서는 대중적 이해가 부족한 제도나 첨예한

대립이 생긴 쟁점 사항에 대하여 전문위원의 의견을 청취한 점, 위원회 전체회의부터 소위원회 운영까지 다양하고 체계적인 절차와 방식을 통하여 헌법개정 회의를 진행한 점 등은 긍정적인 면이라고 할 수 있다. 그러나 헌법개정심위원회 전체회의의 대체토론이 각계 단체의 이익을 대변하는 의견 개진이 주를 이루었고, 또한 회의는 국회개헌특위가 성안한 헌법개정안을 놓고 진행된 만큼 국회특위안을 그대로 옮기거나 아니면 제외하는 두 가지 논의 외에는 크게 다른 논의가 없었다는 점을 지적할 수 있다. 요강작성소위원회에서도 조문마다 정부 측 가이드라인이 고려되는 등 관계 정부기관의 의견 제시가 강하게 작용했다는 점을 지적할 수 있다.

이러한 논의에 의할 때 제5공화국 헌법은 그 성립 과정의 민주적 정당성 결여와 함께 그 자체의 고유한 정치이념이나 정치철학의 결여로 처음부터 일정한 한계를 가지고 출발했다고 생각된다.[148] 또한 제5공화국 헌법은 스스로 새로운 공화국의 출발을 내세웠지만, 이상의 요소들이 작용하면서 국민 속에서 제대로 정착하지 못하는 길을 가게 된다. 그러한 의미에서 볼 때 새로운 헌법, 새로운 공화국으로서 이전 헌법과 이전 정부와 단절한 것이 과연 맞는가라는 생각을 하게 된다.

지난 30여 년간 현행 헌법은 끊임없는 개헌 시도에도 별 탈 없이 잘 이어져 오고 있다. 근년에 있었던 헌법재판소의 위헌정당해산심판[149]이나 대통령탄핵심판[150]은 현행 헌법의 역동성을 보여주는 것이 아닌가 생각된다. 생각건대, 우리 헌법은 헌법개정절차에 의한 헌법개정 없이도 이미 많이 변화해 왔는지도 모른다.[151] 헌법개정에 대한 집착 이전에 우리 헌정사에 대한 회고와 반성, 그리고 우리 헌법 조문마다 투영된 아홉 차례 개정을 통한 의미 변화를 찾아보는 것이 필요한 시점이며, 본고도 바로 그러한 논의의 일환이다.[152]

---

148) 한태연 외, 『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991, 404면 참조.

149) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1.

150) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1.

151) 이병규, "미연방헌법 제5조와 헌법의 변화", 『공법학연구』 제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2017. 2. 104면 이하 참조.

152) 본고는 제5공화국 헌정사의 서론적 논의라고 해야 할 것이다. 본고에서 본격적으로 다루지 않은 국회개헌활동이나 『헌법연구반 보고서』의 내용, 그리고 「헌법개정심의위원회 회의록」의 내용은 물론이고 회의 결과와 개헌 내용 사이의 간극들도 다시 검토해야 할 대상이다. 또한 새로운 기본권 조항들이 어렵지 않게 도입되기도 하지만 민감한 논의 대상들이 회의 내용에 나오지 않는 점이나 헌법개정심의위원회에 외부적 영향력이 작용했다는 의혹 등은 향후 검토해야 할 대상들이다.

참고문헌

1. 제8차 개헌 관련 자료

대한민국국회사무처, “헌법개정심의특별위원회회의록”(제1차-제22차), 1979. 12. 3 - 1980. 5. 14.

대한변호사협회, “헌법개정안”, 1980.

문교부, “이규호 장관 TV 방송대담요지”, 1980.

문교부장관, “교수님들께 보내는 호소문”, 1980. 7. 22.

법제처,『한국헌법개정연혁요약』, 법제처, 1980.

_____,『각계헌법개정시안대비』, 법제처, 1980.

_____,『각국헌법요약』, 법제처, 1980.

_____,『각계개헌의견요약(1-3)』, 법제처, 1980.

_____, “각계헌법개정시안(민주공화당안, 신민당안, 대한변협안, 6인연구안)”, 법제처, 1980. 1.16.

_____,『역대헌법 및 외국헌법비교』, 법제처, 1980.

_____, “정부개헌추진 관계자료”, 1980. 4. 21.

_____,『헌법연구반 보고서』, 법제처, 1980.

법제처 헌법조사연구반,『서구헌정제도조사연구보고 : 서독, 오스트리아, 그리스, 영국, 핀랜드, 스페인, 프랑스』, 법제처 헌법조사연구반, 1980.

새 헌법 표현 문제 협의회, “새 헌법 표현 문제 발표 요지”, 1980. 5. 17.

유진오, “헌법개정에 대한 의견”, 법제처, 1980.

정대철, “개헌문제에 관한 여론조사”, 1980 .2.

헌법개정심의위원회, “헌법개정심의위원회회의록”(제1차-제11차), 1980. 3. 14. - 9. 9. (제9차 미수록)

헌법개정심의위원회, “헌법개정안요강작성소위원회 회의록”(제1차-제26차), 1980. 5. 19. - 9. 5. (제27차 미수록)

헌법개정심의위원회, “헌법개정심의위원회 구성 및 헌법연구경과보고”, 1980.

헌법연구반, “헌법연구반현황”, 1980.

헌법연구반, 『헌법개정에 관한 각계의견요약(내용별·주체별·국회공청회공술인의견통계)』, 1980. 3. 31.

헌법연구반, “국회공청회공술인의견통계”, 1980.

2. 각계 헌법안

국회의원동우회, “헌법개정시안”, 1980. 3. 15.

광복회, “헌법개정에 관한 건의서”, 1980. 1. 18.

단군정신선양회, “건의서”, 1980. 2. 9.

대종교총본사, “헌법개정에 관한 건의서”, 1980. 3. 19.

대한간호협회, “건의문 및 결의문”, 1980. 2. 12.

대한교육연합회, “헌법개정시안에 관한 의견서”, 1980. 1. 19.

대한민국재향경우회, “건의서”, 1980. 3.

대한YMCA연합회, “개헌안에 대한 제안”, 1980. 2. 2.

민주통일당, “헌법개정시안 공표에 즈음하여”, 1980. 1. 14.

수광산, “헌법초안”, 1980.

서울특별시교육회, “교육 관계 헌법조항 보완에 관한 건의서(관계 헌법개정시안 첨부)”, 1980. 2. 25.

재일본 대한민국거류민단 중앙본부, “헌법개정에 대한 건의서”, 1980. 2. 7.

천도교 중앙총부, “헌법개정에 대한 청원서”, 1980. 3. 1.

한국국어교육학회, “건의서”, 1980. 2. 1.

한국교회사회선교협의회, “노동삼권은 절대 보장되어야 한다”, 1980. 3. 9.

한국노동조합총연맹, “헌법개정에 관한 건의”, 1980. 1. 22.

한국여성단체협의회, “헌법개정안 관계 제안문”, 1980. 2. 4.

한국과학기술단체총연합회, “신헌법제정에 반영될 건의서”, 1980. 1. 23.

한국사회복지협의회, “개헌에 있어 사회복지권의 보강에 관한 건의문”, 1980. 2. 26.

한국사회사업학회, “개헌에 있어서 사회복지권의 수정에 관한 건의”, 1980. 3. 13.

한국산업정책연구소, “헌법개정건의서”, 1980.

한국여성유권자연맹, “우리가 원하는 새 헌법”, 1980. 1. 30.

한국영화인협회·한국연극협회, “헌법개정안에 대한 의견서”, 1980. 3. 12.

한국표준화연구소, “신헌법제정안에 관한 건의서”, 1980. 3. 1.

한글학회, “개정 헌법 조문의 표기 및 표현에 대한 건의서”, 1980. 1. 28.

해외교포문제연구소, “헌법개정에 즈음한 건의서”, 1980. 1. 22.

3. 일반문헌

가라타니 고진, 헌법의 무의식, 도서출판 b, 2017.

갈봉근, 『헌법논집: 1961-2001』, 세종출판사, 2002.

권영성, “제5공화국 헌법의 특색”, 『고시연구』 통권 제81호, 고시연구사, 1980. 12.

_____, “제5공화국 헌법과 기본권의 제한”,『고시계』통권 제287호, 국가고시학회, 1981. 1.
_____, “제5공화국 헌법과 경제질서”,『법학』제47호, 서울대학교 법학연구소, 1981. 11.
김백유, “제5공화국 헌법의 성립 및 헌법발전”,『일감법학』제34호, 건국대학교 법학연구소, 2016. 6.
김영수,『한국헌법사』, 학문사, 2001. (수정증보)
김철수,『한국헌법사』, 대학출판사, 1988.
김한강,『(제5공화국) 헌법해설』, 한섬사, 1981.
박일경,『새 헌법』, 일명사, 1981.
법제처, “헌법개정연혁”,『법제』제46호, 법제처, 1980. 10.
_____, “신·구 헌법대비”,『법제』제46호, 법제처, 1980. 10.
_____, “개정헌법의 구조와 특징”,『법제』제46호, 법제처, 1980. 10.
_____, “헌법개정(안)작성경과”,『법제』제46호, 법제처, 1980. 10.
_____, “제5공화국헌법”,『법제』제46호, 법제처, 1980. 10.
문화공보부, “새 시대 새 헌법 - 민주복지국가 제5공화국의 기틀』, 1980.
문홍주,『제5공화국 헌법』, 해암사, 1980.
배상오, “제5공화국헌법 개정시안소고: 양당과 정부시안을 중심으로”,『논문집』제7권, 충남대학교 법률행정연구소, 1980, 12.
성낙인,『대한민국헌법사』, 법문사, 2012.
신우철·정상우·전종익,『기록으로 보는 대한민국 헌정』, 행정자치부 국가기록원, 2015.
양 건, “제4공화국 및 제5공화국 헌법사의 개관: 1972-1988”,『공법연구』제17호, 한국공법학회, 1989. 7.
역사학연구소,『함께 보는 한국근현대사』, 서해문집, 2004.
윤근식,『제5공화국헌법해설』, 탑출판사, 1980.
윤세창,『신헌법』, 일조각, 1980.
윤세창·권영성, “[대담] 제5공화국 헌법심의과정은 이렇다”,『월간조선』, 조선일보사, 1980. 11.
이병규, “제2공화국 헌법상의 의원내각제”,『공법학연구』제11권 제2호, 한국비교공법학회, 2010. 5.
_____, “미연방헌법 제5조와 헌법의 변화”,『공법학연구』제17권 제4호, 한국비교공법학회, 2017. 2.
이영훈,『대한민국역사: 나라만들기 발자취 1945-1987』, 기파랑, 2013.
전종익, 제5공화국 헌법개정과 헌정사 자료의 현황, 헌정사연구회 학술대회 발표문, 2017.12.27.

정해구 지음,『전두환과 80년대 민주화운동 - ‘서울의 봄’에서 군사정권의 종말까지』, 역사비평사, 2011,
조갑제,『제5공화국』, 월간조선사, 2005.
크리스챤아카데미,『바람직한 헌법개정의 내용』, 1980.
한영우,『다시찾는 우리역사: 제3권 근대·현대』, 경세원, 1998.
한상범, “제5공화국 헌법의 특색 - 특히 신·구 헌법의 대조를 통해서”,『고시계』통권 제288호, 국가고시학회, 1981. 2.
한태연·갈봉근·김효전·김범주·문광삼 공저,『한국헌법사(상)』, 한국정신문화연구원, 1988.
한태연·구병삭·이강혁·갈봉근 공저,『한국헌법사(하)』, 한국정신문화연구원, 1991.
허 영,『한국헌법론』, 박영사, 2013.

【종합토론】

<헌정의 중단과 입헌주의> 종합토론문

배 정 훈*

먼저 귀한 자리에서 종합토론을 할 수 있는 기회를 마련해 주신 헌정사연구회와 헌법재판소 헌법재판연구원 관계자 분들께 진심으로 감사 말씀을 올립니다. 부끄럽지만 한국헌정사에 견식이 짧은 종합토론자는 특히 1980년 헌법 성립을 전후로 한 역사적 흐름을 오늘 학술대회의 주제인 '헌정의 중단과 입헌주의'라는 맥락 속에서 고찰하신 두 편의 주제 발표문을 읽고 많은 것을 배울 수 있었습니다. 두 분 주제발표자 분들께 깊이 감사합니다.

부마항쟁과 1980년 헌법이 기초되는 과정 속에서는 아직 태어나지도 않았던 종합토론자가 오늘 토론에 임할 수 있게 된 배경에는, 어쩌면 이제 한국헌정사 연구가 1948년 제헌헌법[1]과 관련한 논의[2] 내지는 권위주의 정권 형성의 초반부에 해당하는 1960년대의 논의[3]에서 한 걸음 더 나아갈 수 있도록 하는 여건이 조금씩 성

* 헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구관, 변호사.

1) 1948년 헌법의 명칭과 관련하여, '제헌헌법'이라는 명칭은 헌법을 제정하는 헌법임을 의미하고, 이는 헌법으로 헌법을 만든다는 논리이므로 '건국헌법'이라는 표현의 사용이 타당하다는 견해가 있습니다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 89쪽 참조, '건국헌법'이라는 용례를 사용한 다른 문헌으로 예컨대 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018, 83쪽 이하 참조. 다만 제헌헌법이라는 표현은 보통명사가 아니고 고유명사로 이해되어야 한다는 점(김철수, 신고헌법학개론, 박영사, 1989, 50쪽 각주 1번 참조) 및 건국헌법 개념은 대한민국임시정부의 법통을 인정한다면 사용하기 곤란한 측면이 있는 점(양건, 헌법강의, 법문사, 2021, 83쪽 참조), 제헌의회에서 제정된 헌법이라는 의미를 감안함이 적절하다는 점에서(이헌환, 대한민국헌법사전, 박영사, 2020, 650쪽 '제헌헌법' 항목 참조) '제헌헌법'이라는 표현에 문제가 없다는 반론도 있습니다. 이 토론문에서는 일응 후자의 입장을 채택하여 '제헌헌법'이라는 표현을 사용하였습니다.

2) 이를테면 김수용, 건국과 헌법 - 헌법논의를 통해 본 대한민국건국사 -, 경인문화사, 2008; 이영록, 우리 헌법의 탄생, 서해문집, 2006; 정상우, 미군정기 중간파의 헌법구상에 관한 연구, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2007 등 참조.

3) 최근 연구로 조동은, 연속과 불연속 - 5·16 쿠데타와 헌법적 단층 -, 헌법학연구 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021; 최호동, 1962년 헌법상 정치제도의 형성과정에 관한 고찰 - 국회

숙되어 가고 있다는 사정[4]이 놓여있는 것일지도 모르겠습니다. 앞서 말씀드린 것처럼 관련 지식이 일천한 종합토론자가 충실한 토론을 할 수 있을지 두려움이 앞서는 것이 사실입니다. 다만 오늘 이 자리에서 부여된 역할을 수행한다는 차원에서 발표문들을 읽으며 다소 궁금했던 사항들에 대해 - 토론문이라는 조금은 자유로운 형식에 의지해 - 두서없이 적어보는 것으로 토론을 갈음하고자 합니다. 종합토론자의 부족한 이해로 인해 모자란 부분이 있다면 미리 너른 양해 부탁드립니다.

1. 부마항쟁과 1980년 헌법 사이의 헌정의 '중단'에 관하여

토론자는 두 발표문이 각각 1980년 헌법(제5공화국 헌법)이 만들어지게 되는 일종의 도화선으로서 기능한 부마항쟁과, 그 결과로서의 1980년 헌법의 성립 과정 및 그 주요 내용을 분석하였다는 점에서 통하는 측면이 있다고 생각했습니다. 그런데 "민주적 기본질서를 회복하려는 국민의 민주화 요구에 의하여 발생"[5]한 부마항쟁으로 인해 기존의 소위 '유신헌법' 체제가 붕괴된 후 만들어진 1980년 헌법이 "성립과정의 민주적 정당성 결여"[6]라는 형태로 귀결되었다는 점이 흥미로웠습니다. 어쩌면 이 지점에서 - 이른바 '12·12 사태'와 '5·17 비상계엄확대조치'[7] 등으로 나타난 - 이번 학술대회의 주제인 '헌정의 중단' 이 나타나고 있는 것 같다는 생각이 문득 들었습니다.[8]

다만 헌정의 '중단'이라는 표현의 의미가 정확하게 무엇인지를 짚고 넘어갈 필

와 정부에 관한 제도의 변형과정을 중심으로 -, 공법연구 제50집 제1호, 한국공법학회, 2021 등 참조.

4) 관련하여 현행 1987년 헌법의 성립 과정까지 논의의 범위를 확대한 최근 연구로, 대표적으로 최호동, 1987년 헌법규정의 형성과정 연구, 서울대학교 법학전문대학원 법학과 박사학위논문, 2020 등 참조.

5) 전종익 교수님 발표문, 10쪽.

6) 이병규 교수님 발표문, 48쪽.

7) 당해 계엄확대조치에 해당하는 계엄포고령 제10호에는 크게 계엄시행지역을 대한민국 전역으로 변경하고, 모든 정치활동 중지, 언론, 출판 등에 대한 사전검열, 대학 휴교 조처, 태업 및 파업행위 등 금지, 유언비어 날조 및 유포 금지 등이 규정되어 있었습니다(김영수, (수정증보) 한국헌법사, 학문사, 2000, 620쪽 각주 12번 참조).

8) 특히 5·17 비상계엄확대조치로 인해 정치활동이 금지됨에 따라 국회 '헌법개정심의특별위원회'의 활동 등이 중지되어 이후로는 정부 조직 위주로 헌법 개정 작업이 진행되었다는 점(이병규 교수님 발표문, 3-6쪽 참조)에서 이러한 측면이 드러나고 있는 것으로 보였습니다.

요가 있는 것은 않을까 싶었습니다. 한편으로는 기존에 유지되었던 헌정질서가 작동하지 않는다는 차원으로 헌정의 '중단'을 쉽게 이해할 수도 있을 것입니다. 다만 다른 한편으로는 유신헌법의 '중단'을 명시적으로 보여준 5·17 비상계엄확대조치에 따른 유신헌법의 '중단'이 헌법의 정지(Verfassungssuspension)[9]에 해당하는지, 아니면 헌법의 폐지(Verfassungsbeseitigung)[10]에 해당하는 것인지에 따라 '중단'의 의미가 사뭇 다르게 평가될 여지가 있을지도 모르겠다는 다소 엉뚱한(?) 생각도 들었습니다. 물론 오늘날 헌법국가는 대체로 국민주권원리를 부정하지 않고, 형식적으로는 기존 헌법의 개정 절차를 갖추려고 노력하는 경우가 많다는 점에서 이를 엄밀히 구별할 실익이 적다는 취지의 논의도 있습니다.[11] 하지만 특정한 조치로 인해 기존의 헌법이 정지되었던 것인지, 아니면 (전부 또는 일부가) 폐지되었던 것인지를 나누어 살펴보아 새로 만들어진 헌법의 정당성을 판단할 수 있다는 점에서는 양자의 구별이 여전히 어느 정도는 논의될 여지가 있지 않을까 싶었습니다.

능력적·시간적 한계로 인해 많은 자료를 살펴보지는 못했지만, 토론자가 검토했던 문헌들에서는 5·17 비상계엄확대조치를 대체로 기존 헌법을 정지시킨 예시로 들고 있었습니다.[12] 그렇다면 1980년 헌법, 환언하여 제5공화국 헌법은 유신헌법이 예정한 정상적인 절차에 따라 개정된 것으로 평가될 여지가 있다고 판단됩니다. 하지만 위 조치로 인해 대통령의 정치적 결단 없이 보안사령관에 의한 비상기구의 설치 및 정치활동 규제 등이 이어졌고, 계엄 확대조치를 위한 국무회의 심의에 집총한 병력이 대거 배치되었던 점 등을 감안하면 해당 조치는 유신헌법에 따른 적법한 절차에 따라 이루어진 것인지 의문입니다.[13] 또한 제5공화국 헌법의 개정 과정에서 쿠데타 세력은 형식적으로는 가급적 기존 헌법에 규정한 절차를 준수하려고 애

9) 헌법의 정지는 비상시기(예컨대 계엄 상황)에 헌법의 일부 또는 전부의 효력을 일시적으로 정지시키되, 당해 조치가 종료되면 정지되었던 헌법조항의 효력이 그대로 회복되는 것을 의미하는 것으로 새길 수 있을 것 같습니다(성낙인, 헌법학, 법문사, 2021, 66쪽; 이헌환, 앞의 책(각주 1번), 789쪽 헌법의 정지 항목; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 96쪽 참조).

10) 헌법의 폐지는 헌법제정권력의 변경 없이 기존 헌법에서 정한 개정절차에 의하지 않고 그 내용을 배제하거나 변경하는 것으로 일응 정리할 수 있을 듯합니다(성낙인, 위의 책, 66쪽; 이헌환, 앞의 책(각주 1번), 789쪽 헌법의 폐지 항목; 정종섭, 위의 책, 96쪽 참조).

11) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2019, 49-50쪽 참조.

12) 이헌환, 앞의 책(각주 1번), 789쪽 헌법의 정지 항목; 정종섭, 위의 책, 96쪽 참조.

13) 김영수, 앞의 책(각주 7번), 621-622쪽 참조.

쓴 것으로 보이나 국가보위비상대책위원회 자체가 당시 정부조직법에 반하여 설치된 것으로 평가될 수 있다는 점[14]도 고려될 필요가 있을 것으로 생각됩니다.

이상의 관점에 기반할 경우, - 헌법 문언상 다소 무리한 접근으로 볼 여지도 충분할 것으로 생각됩니다만 - 5·17 비상계엄확대조치를 비롯한 일련의 쿠데타 세력의 행위들은 실질적으로 권한을 유월하여 기존 헌법을 폐지하고 헌법제정권력을 행사한 것[15]으로 볼 수도 있지 않을까 생각됩니다. 이렇게 볼 경우, 제5공화국 헌법 성립의 전후에 있었던 헌정이 멈춰진 상황의 부당성을 보다 명확하게 평가할 수 있는 한편, 이에 반대하며 일어난 5·18 민주화운동의 정당성을 드러내는 데에도 일정 부분 기여할 수 있지 않을까 싶습니다.

2. 전종익 교수님의 발표문에 관하여

토론자는 발표문에 전반적인 논지 흐름(부마항쟁은 정당한 저항권의 행사로 평가될 수 있으나, 이를 헌법 전문에 명시하기 위해서는 이에 대한 추가적인 보완 논거가 필요하다는 점)에 대체로 동의합니다. 먼저 전자의 경우, 다수설과는 다소 구별되게 “인간의 존엄을 부정하는 법질서가 종래부터 존속하고 있을 때 이를 유지하고 수호하기 위한 저항권이라는 것은 있을 수 없”[16]다는 점에 주목해 “저항권의 행사와 혁명의 실행을 구분하는 것은 의미가 없다.”[17]라고 밝히는 입론이 인상적이었습니다. 저항권 행사와 혁명[18]의 실행은, 결국 동일한 사건에 대해 규범적-사실적 관점이라는 각각의 측면에서 의미를 부여한 결과일지도 모르겠다는 생각이 들었기 때문입니다.

아울러 후자의 논의 결과 또한 기본적으로 공감되는 측면이 많았습니다. 특히 일정한 역사적 사실을 규범화하게 되면 그에 대한 역사적 평가를 자유롭게 논의할 수 있는 여지가 축소되어 표현의 자유와 학문의 자유와 같은 기본권 침해로 이어질 여

---

14) 양건, 한국헌법Ⅲ - 제4공화국 및 제5공화국헌법사의 개관, 공법연구 제17집, 한국공법학회, 1989, 129쪽 참조.

15) 대법원도 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결에서 위 조치와 이후의 국가보위비상대책위원회 설치가 국헌문란에 해당한다는 취지로 판시한 바 있습니다.

16) 전종익 교수님 발표문, 4쪽.

17) 전종익 교수님 발표문, 4-5쪽.

18) 여기서의 혁명은 정당성이 결여된 이른바 ‘쿠데타’와는 구별되는 개념일 것으로 판단됩니다.

지가 있다는 점을 추가로 감안할 필요가 있다고 생각됩니다.[19] 그러한 차원에서 특히 헌법 전문에 일정한 사건을 명시하는 데에는 신중한 접근이 필요하다는 발표문의 논지에 큰 틀에서 동의합니다. 다만 그렇다면 어떠한 독자적 의미 내지는 기능이 있는 역사적 사건이 헌법 전문에 기재될 필요가 있는지에 관하여 혹시 발표자께서 생각하고 계시는 일응의 기준이 있으실지 여쭙습니다. 아울러 헌법은 특정한 시대가 지향하는 가치를 담아[20] 공동체의 법적 기본질서(rechtliche Grundordnung)를 제시하는 역할을 수행한다는 점에서[21] 우리나라라는 공동체에 소속된 이들이 공통적으로 동의할 수 있는 기반을 제시할 필요가 있다는 입장도 다른 한편으로는 개진될 수 있을 듯한데 이에 대한 발표자님의 고견 또한 여쭙고 싶습니다.

3. 이병규 교수님의 발표문에 관하여

제5공화국 헌법의 도입 과정 및 구체적인 내용에 대한 다양한 사료가 충실하게 반영된 발표문을 통해 토론자는 관련된 많은 지식을 새롭게 알 수 있었습니다. 토론자로서는 특히 남녀를 차등하여 재산을 상속하는 것이 합리적 차별(?)로 여겨지고 유림의 심한 반대에 부딪칠 수 있음이 논의되는 장면[22]과 구속적부심사제도가 "이론상의 모순, 운영상의 문제점, 인신보호에 별 이익이 없"[23]다는 점을 들어 법

---

19) 한편 이병규 교수님의 발표문 28쪽에서 유사하게 1980년 헌법 성안 당시에 일정한 역사적 사건을 명시하는 것에 대해 "역사적 사건을 단순히 나열하는데 그친다면 그것은 무의미한 것이고, 특정한 역사적 사건을 지적하여 그러한 사건들만의 이념을 강조한다면 가치관 또는 입장에 따라 각각의 평가가 다를 수 있으므로 국민적 합의를 발견해 낸다는 것이 어려운 일일 것"이라는 당시 헌법연구반 보고서 검토의견이 실려 있는 점이 인상적이었습니다. 관련하여 법률 차원의 논의이기는 하지만 유사한 논점을 언급하는 연구로 한동훈, 프랑스의 역사부정죄 법률에 대한 헌법적 검토 - 게소 법률(loi Gayssot)을 중심으로 -, 헌법학연구 제27권 제3호, 한국헌법학회, 2021, 198-199쪽 참조. 더하여 5·18 민주화운동에 대한 허위사실의 유포 행위를 처벌하는 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 제8조 제1항이 표현으로 인한 해악의 요건과 맥락 등이 구체화되지 않았다는 점을 들어 명확성원칙 및 과잉금지원칙에 반하여 위헌이라는 입장으로는 김현귀, 5·18민주화운동법 제8조에 대한 헌법적 검토, 세계헌법학회 제27권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2021, 200-204쪽 참조.

20) 성낙인, 앞의 책(각주 9번), 28쪽; 정종섭, 앞의 책(각주 9번), 37쪽; 한수웅, 앞의 책(각주 1번), 16쪽 참조.

21) 한수웅, 위의 책, 20쪽 참조.

22) 이병규 교수님 발표문, 32쪽 참조.

23) 이병규 교수님 발표문, 34쪽 참조.

무부 검찰국장이 해당 제도를 반대했던 부분, 단체행동권의 보장이 사회혼란으로 이어진다는 지적[24]을 읽으면서 일종의 격세지감(!)을 느낄 수 있었습니다. 아울러 5·17 비상계엄확대조치로 인해 국회를 중심으로 한 다양한 주체로부터의 개헌 논의가 중단되고, 정부 중심의 '정부헌법개정심의위원회'로 논의의 장이 축소된 것에서 아쉬움이 느껴졌습니다.[25]

발표문과 관련하여 두 가지 사항을 여쭙는 것으로 토론을 대신하고자 합니다. 먼저 발표문 48쪽에서 언급되고 있는 "정부의 헌법개정 4대 원칙"이 구체적으로 무엇이었는지 궁금합니다. 토론자가 발표문을 꼼꼼하게 읽지 못한 탓인지, 4대원칙 중 하나가 국가안보를 확고히 하는 데 있다는 서술은 확인할 수 있었지만,[26] 그 외의 내용은 잘 눈에 띄지 않았습니다. 당해 헌법의 성안 당시에 "쟁점이 되는 개정 사항마다 정부 부처의 의견을 듣고 사실상 반영하는 회의 과정"[27]이 있었음을 미루어 볼 때, 위 4대 원칙의 내용이 1980년 헌법에 상당 부분 반영되었을 듯한데, 관련한 사료 등 자료가 있는지 여쭙습니다. 다음으로 제5공화국 헌법은 "그 자체의 고유한 정치이념이나 정치철학의 결여"[28]라는 발표자 분의 평가와 관련하여, 당해 헌법이 만들어지는 과정 중 특히 어느 부분에서 이러한 면모를 느끼셨는지 여쭙고 싶습니다. 발표문에도 기재되어 있는 것처럼[29] 민주복지국가 건설, 정의사회 구현, 평화적 정권교체라는 기초 하에 기본권 영역의 권리확대나 임기 7년의 대통령 단임제, 국정조사의 부활 등 국회 권한의 강화 등에서는 약간이나마 일정한 방향성 자체는 엿보이지 않는가 하는 생각도 일견 들었기 때문입니다.[30]

---

24) 이병규 교수님 발표문, 38쪽 참조.

25) 관련하여 개략적인 제5공화국 헌법 성립 과정은 이병규 교수님 발표문, 3-6쪽에, 특히 헌법개정심의위원회에 관한 상세한 언급은 이병규 교수님 발표문, 20-28쪽에 걸쳐서 서술되어 있습니다.

26) 이병규 교수님 발표문, 39쪽 참조.

27) 이병규 교수님 발표문, 48쪽.

28) 이병규 교수님 발표문, 48쪽.

29) 이병규 교수님 발표문, 48쪽 참조.

30) 물론 대체적인 자료가 정부 측 입장 내지는 정부 측 입장을 대변한 이들의 시각에서 작성된 것이었음을 감안하면 당해 헌법의 이념이나 철학이 단지 문언상으로만 드러나는 것일지도 모르겠습니다.

다시 한 번 뜻깊은 학술대회 자리에서 종합토론을 할 수 있도록 기회를 마련해 주셔서 감사드리면서 이상으로 부족한 종합토론문을 갈음하고자 합니다. 감사합니다.

【종합토론】

종합토론문

이 상 록*

법의 정립은 수단으로서의 폭력을 통해 법으로 제정된 바로 그것을 자신의 목적으로 추구하지만, 자신이 목표로 삼는 것을 법으로 제정하려는 바로 그 순간 폭력을 폐지하는 것이 아니라, 오히려 이제는 엄밀한 의미에서, 더욱이 직접적으로 법을 정립적인 폭력으로 만들 뿐이다. 이는 법의 정립이 폭력으로부터 자유롭게 독립해 있는 것이 아니라 그와 필연적이고 내밀하게 연루되어 있는 목적을 권력의 이름 아래 법으로 제정하기 때문이다. 법의 정립은 권력의 정립이며, 그런 한에서 폭력의 직접적인 발현 행위다. 정당성(정의)은 모든 신성한 목적 정립의 원리이며, 권력은 모든 신화적인 법정초의 원리다.

- 발터 벤야민,「폭력의 비판을 위하여」(1921)

전쟁의 의례 이후 치러지는 평화의 의례는 승리한 자가 새로운 법을 제정한다는 것을 의미한다. 그리고 자연적 목적을 추구하는 원초적이고 원형적인 폭력으로 간주되는 전쟁은 실제로는 법정초적인 폭력일 뿐이다. 이러한 또 다른 법의 실정적이고 정립적이며 정초적인 특징이 인정되는 순간부터, 근대법은 개인적 주체에게 폭력에 대한 권리 일체를 거부한다.

- 자끄 데리다,『법의 힘』(1994)

주지하듯이 정치사적으로 볼 때 1972년 유신헌법과 1980년 제5공화국 헌법이 시행되었던 1972~1987년 시기는 암흑기였다고 볼 수 있습니다. 이 시기는 공히 “모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”(유신헌법 10조 2항, 1980년 헌법 11조 2항)라는 헌법 상에 보장된 국민기본권

* 국사편찬위원회 편사연구관

이 전혀 지켜지지 않았으며, 중앙정보부·국가안전기획부의 정보정치 하에서 통치집단은 정치적 저항세력(으로 추정되기만 해도)에 대해 고문에 의해 허위 자백을 받아내고, 그에 의거하여 사법적 조치를 가했던 권위주의 통치기였습니다. 이 시기의 헌정사는 박정희·전두환의 권력의지를 헌법을 빌어 정립적인 폭력으로 제도화한 측면이 있다는 점에서 볼 때 헌법학자들의 헌법 개정 참여는 '흑역사'였다고 말할 수 있겠습니다. 하지만 헌법은 권력의지의 투명한 반영결과로 드러난 것만은 아니었습니다. 독재자도 어떻게 해볼 수 없는 냉전의 국제질서(데땅뜨를 포함한 이완의 질서를 포함합니다)와 자유민주주의적 압력(위로는 미국의 냉전헤게모니적 지배담론으로서의 자유민주주의 요구로부터 아래로는 민중의 생존권과 연결된 평등주의적 요구에 이르기까지 압력의 맥락은 복잡하고 다양했습니다) 등이 헌법조문에 반영되어 있었고, 이는 헌법의 갱신을 포함한 정치적 변화 요구 및 사회민주화운동의 근거로 작동했다는 점에서 헌법의 이중성 내지 다면성이 존재했습니다. 두 분 선생님의 발표를 통해 정치적 암흑기 헌법의 위상과 헌법의 다면적 특질, 저항권 등의 중요한 의제에 대해 많은 가르침과 시사점을 받을 수 있었습니다. 몇가지 질문을 드리는 것으로 토론자의 소임을 대신하고자 합니다.

<전종익, 부마민주항쟁의 헌법적 평가 - 저항권과 헌법전문 명시를 중심으로>

전종익 교수님의 논문은 한국현대사 전공자인 저에게 매우 흥미로운 주제였습니다. 부마민주항쟁을 '역사적 사건'으로서만 바라본 제 입장에서 볼 때 헌법적 관점에서의 부마민주항쟁을 분석하고 평가한 이 논문은 유신체제에 대한 사회적 저항을 어떻게 생각해야 하는가에 대해 시야를 넓혀주는 의미로 다가왔습니다. 발표자의 논지에 대체로 공감하면서도 두 가지 궁금한 점에 대해 질문을 드리겠습니다.

1. 유신헌법에서의 '자유민주적 기본질서'와 '민주적 기본질서' 관계

주지하듯이 유신헌법 전문에는 "자유민주적 기본질서를 더욱 공고히 하는 새로운 민주공화국을 건설함에 있어서"라는 구절이 포함되어 있어서 대한민국 헌법 역사상 처음으로 '자유민주적 기본질서'라는 용어가 들어간 것으로 알고 있습니다.

유신헌법이 국민의 기본권을 제한하고, 국회의 기능을 사실상 정지시키며, 긴급조

치권을 포함한 대통령의 권한을 극대화하는 것을 내용으로 하고 있어 사실상 자유민주주의의 기본원리를 심각하게 위협하고 있음에도 불구하고 '자유민주적 기본질서'를 전문에 밝힌 이유는 무엇일까요? 제 생각으로는 유신헌법 작성 주체들이 독일 기본법에서의 '자유민주적 기본질서' 를 "전체주의적 권력체제에 대한 모든 대항의 총체" 내지 "전체주의 국가에 대한 반대적 지위"로 인식하며, '방어적 민주주의'를 핵심으로 이해했기 때문이 아닌가 싶습니다. 데땅뜨 국면에서 "북의 남침 위협"이 대한민국이라는 국가의 존재를 위태롭게 할 수 있다는 판단을 대통령 박정희가 하는 순간, 즉, 국가 비상사태를 선언하면 카를 슈미트가 말한 '예외상태'가 되면서 국가를 보존하기 위해 '헌법의 수호자'로서 대통령이 기존 헌법을 일시 정지시키고 체제 방어를 위해 (국회의 동의를 생략하고) '국민투표'로 동의를 얻어 개헌을 할 수 있다(해야한다)는 식의 논리를 전개했던 것으로 보입니다. 이는 박정희 대통령이 자유민주주의의 내포를 '서구적 대의제 민주주의' 대신 '한국적 민주주의'로 정정했던 것과도 관련이 있습니다.

발표자께서는 독일 기본법에서의 저항권을 설명하면서 저항으로서 보호하려는 헌법질서를 '자유민주적 기본질서'를 구성하는 것이라고 하였고, 유신헌법을 "민주적 기본질서에 정면으로 반하는 것"이라고 하셨습니다. '자유민주적 기본질서'와 '민주적 기본질서'를 구분하는 입장과 동일시하는 입장이 있는 것으로 알고 있는데, 발표자께서는 어떤 입장에서 적용하고 계신지 궁금합니다. 독일 기본법 자체에 이미 '자유민주적 기본질서' 개념이 전체주의에 대한 대립항으로 정립되었고, 냉전시대의 맥락에서는 공산주의 국가에 대한 대립항으로 '자유민주적 기본질서' 개념이 정립되어 있었다면, 유신헌법 전문에 등장하는 '자유민주적 기본질서' 구절을 허구적인 것이나 일종의 수사학에 불과한 것으로 볼 수 있는지 의문이 듭니다.

유신헌법이 '민주적 기본질서'에 반하는 것이었음에도 불구하고 역설적으로 '자유민주적 기본질서'라는 헌법적 개념 자체에 '체제 대립 속에서의 국가안보의 문제, 즉 일종의 전쟁상황 속에서도 반드시 지켜야할 국가의 기본 가치(질서)의 문제'이자, '국가 존립을 위해 헌법의 기본 가치가 존재하며 국가가 헌법에 우선한다'는 관념이 들어있다면, 유신헌법이 자유민주적 기본질서에 정면으로 반하는 것으로 단언하기 어려운 지점이 있는 것은 아닌가 싶은 생각이 들기도 합니다. 이 문제에 대한 고견을 부탁드립니다.

2. 부마민주항쟁과 5.18민주화운동, 그리고 헌법전문

부마민주항쟁은 발표자께서 분석하신 것처럼 “불법적인 위로부터의 정변으로 기존 헌법질서가 폐지되고 민주적 기본질서에 반하는 불법적인 헌정질서”가 지배적인 상황에서 이에 대한 저항권의 행사 사례였습니다. 그리고 이때 저항권은 발표자께서 적절히 밝히신 것처럼 기존 헌법질서 수호로 한정되지 않고, 인간의 존엄과 가치, 민주주의와 법치주의 등의 가치를 수호하기 위한 것으로 볼 수 있겠습니다.(다만, ‘법치주의’와 관련해서는 부마민주항쟁 당시 도시하층민의 공공기관 파괴를 포함한 폭력적 시위를 어떻게 볼 것인가가 예민한 쟁점이 될 수 있을 것 같습니다.)

그럼에도 불구하고 헌법전문에 ‘부마민주항쟁’이 포함되어야 하는가에 대해서는 저 역시 부정적입니다. 우선 1973년부터 1979년까지 다양한 층위에서 전개되었던 유신반대운동 전체를 ‘부마민주항쟁’이 대표할 수 있는가에 대한 의문이 있고, 저항권과 관련해서 ‘4.19민주이념’과 변별되는 독자적인 의의를 밝힐만한 점이 있는가에 대해 발표자처럼 저도 부정적인 의견을 갖고 있습니다.

하지만, ‘5.18민주화운동’의 경우는 조금 다른 독자적 의미가 있지 않을까 하는 생각을 조심스럽게 해봅니다. 아시다시피 12.12군사반란에 의해 민주적 기본질서가 다시 위협받는 상황에서 신군부는 광주에 공수부대를 동원하여 시민들을 사살하는 진압작전을 전개했고, 이같은 국가폭력은 ‘여순사건-제주4.3사건-한국전쟁’ 시기를 제외하면 이례적인 것이었습니다. 쿠데타로 권력을 찬탈한 자들의 군사작전에 맞선 광주시민들의 저항은 ‘국민주권’이 철저히 짓밟힌 상황에서 ‘민주적 기본질서’를 어떻게 회복할 수 있는가라는 문제, 인간의 존엄과 가치, 민주주의가 얼마나 고귀한 것인지를 역설적으로 보여주는 사례가 5.18민주화운동이라는 점에서 이 사건은 헌법전문에 포함시키는 것을 긍정적으로 검토해볼 필요가 있지 않을까 생각하는데, 이 문제에 대한 발표자의 의견이 궁금합니다.

<이병규, 제5공화국 헌법의 성립 - 정부헌법개정 활동을 중심으로 ->

이병규 교수님의 논문은 헌법연구반 및 헌법개정심의위원회의 구성과 활동을 포함하여 제8차 개헌의 상세한 과정과 개정헌법의 주요 내용을 꼼꼼히 분석한 글로 많은 정보들을 담고 있어 개인적으로 공부가 많이 되었습니다. 역시 몇가지 궁금한

점을 질문드리고자 합니다.

1. 신군부는 왜 실권을 장악하자마자 헌법개정 준비에 착수했을까?

신군부의 국가기획과 정책적 실행은 '국가보위비상대책위(국보위)의 설치'(1980. 5.31)로부터 비롯되었다고 볼 수 있는데, 헌법연구반과 헌법개정심의위원회는 그보다 각각 4개월과 2개월 전에 발족되었습니다. 이는 법제처나 정부행정 관료의 의지로부터 실행될 수 없는 일이고, 당시 실권집단인 12.12군사반란의 주역들의 개헌의지로부터 나온 것이라고 보아야 할 것입니다. 이들은 개헌 준비와 권한의 상당 부분을 친정부 성향의 전문가집단에게 대부분 위임한 것으로 보입니다만, 권력구조를 포함한 핵심적인 사안에 대해서는 일정한 의지를 갖고 전문가들에게 위임한 것이 아니었는가 하는 생각이 듭니다. 국회특위의 4년 중임 대통령 직선제 안이 거부된 것을 보더라도 전적인 위임은 아니었던 것 같습니다. 개헌에 대한 신군부의 조속한 의지와 전문가 집단에의 위임 사이의 관계를 어떻게 이해해야 할까요?

2. 51조 2항(대통령의 국민 자유와 권리 등에 대한 정지 관련 조항)의 의미

발표자께서 분석하신 것처럼 80년 헌법은 국민의 행복추구권 신설을 포함하여 3공화국 헌법에서 보장된 기본권 이상의 내용을 담고 있었음에도 불구하고, '안보국가의 원리' 등에 입각해 유신헌법의 대통령 긴급조치권에 준하는 내용이 51조 2항에 남아있습니다. 물론 3항 국회승인 얻지못할 경우 비상조치 효력 상실 등의 단서조항을 강화하여 유신헌법에서의 긴급조치에 대한 국회의 견제 규정이 사실상 무의미했던 것을 보다 실효적으로 개정한 의미는 있습니다만, 51조 2항은 대통령이 비상사태를 선언하는 순간 헌법상에 보장된 국민의 기본권이 일순간에 부정될 수 있는 마법같은 조항이었습니다. 유신헌법의 독소 조항에 대한 시민사회의 비판과 그에 대한 개정요구가 부마민주항쟁과 10.26으로 귀결되었음을 신군부 통치세력이 알고 있었음에도 불구하고 51조 2항을 존치시킨 것의 의미를 어떻게 평가해야 할까요?

물론 전두환은 1987년 6월 24일 김영삼, 이민우, 이만섭 등 야3당 총재와의 회담에서 "가능한 한 비상조치는 쓰지 않는 것이 바람직하지만 國基가 문란하고 불안이 조성되는 경우 대통령으로서는 권한과 책임을 다해야 하지 않겠느냐"고 51조 2항 및 52조(계엄선포)의 사용가능성을 시사했지만, 노태우의 6.29선언으로 실제 사용하

지는 않았습니다. 하지만 이 조항의 존재 자체가 헌법개정안소위에서 김태청 위원이 밝힌 것처럼 “안보를 빙자하여 국민의 자유를 많이 제한”할 수 있는 정치환경을 구축하는 헌법적 기초의 역할을 하지 않았을까 하는 생각이 듭니다.

3. 헌법과 현실 사이의 극단적 괴리: 기본권 보장과 사회정화, 삼청교육대

국가와 사회의 지향점을 밝혀놓은 헌법과 현실 사이의 괴리는 언제든지 발생할 수 있는 문제라고 생각되지만, 제5공화국 헌법은 그 괴리가 다른 어느 헌법보다도 심하지 않았나 싶습니다. 예를 들면 헌법에 반영된 ‘정의사회 구현’의 가치가 정책적으로는 ‘사회악 척결’을 위해 ‘사회정화’를 추진해야 하는 방향으로 전개되었고, 보다 구체적으로 사회정화 정책은 전과자·우범자·부랑자 등을 갱생시키기 위해 삼청교육대로 끌고 가 인간의 존엄과 가치를 부정하고 행복추구권을 박탈하며 기본적 인권을 침해하는 행위들을 조직적으로 전개하는 방향으로 실행되었습니다.

이는 물론 헌법의 문제가 아닌 정치와 행정의 문제이겠지만, ‘법의 정립이 권력의 정립’이라는 헌법상에 강화된 기본권과 인권의 美文들이 권력자의 악행을 덮는 역할을 헌법학자들의 의도에 반하여 한 것은 아닐까, 즉, 기본권 강화라는 방향으로의 헌법의 개선, 합리화가 프랑스의 철학자 미셸 푸코가 말한 ‘통치성’을 강화하는 방향으로 기능한 측면은 없을까 하는 생각도 해봅니다. 헌법과 현실 사이의 극단적 괴리 문제에 대해 발표자의 고견을 청하고자 합니다.

【종합토론】

종합토론문

이 황 희*

부마민주항쟁의 헌법적 평가에 관한 첫 번째 발표문에서는 저항권에 대한 기존의 해석을 재검토하고 이를 통해 부마민주항쟁의 헌법적 성격을 분석한 후 이 항쟁이 헌법전문에 명시될 만한 것인지를 살펴보았습니다. 그리고 두 번째 발표문은 제8차 개헌의 과정과 특징, 의미를 분석한 글입니다. 흥미롭고 중요한 문제를 다룬 발표 현장에 토론자로 참여하게 되어 기쁘게 생각합니다. 큰 틀에서 토론자 역시 발표자들의 의견에 공감하는 바입니다. 몇몇 단상과 질문을 제시하는 것으로 토론을 진행하고자 합니다.

<첫 번째 발표문 관련>

1. 저항권

저항권의 개념을 교과서의 통상적인 설명에서 벗어나 접근한 대목이 인상적입니다. 기존의 주류적인 설명은 저항권을 기존 헌법의 수호, 유지를 위한 수단으로 여기지만, 발표자의 지적대로 이는 "민주적 기본질서에 입각한 헌법"이 수립되어 있는 상태를 전제로 할 때 유효한 설명일 것입니다. (발표자의 표현대로) "불법적인 헌법"이 수립되어 있다면, 그 질서를 타도하는 용도로 저항권이 활용될 수 있다고 볼 이유도 충분합니다.

문제는, "민주적 기본질서에 입각한 헌법"과 "불법적인 헌법" 간의 이분법으로 접근하기 힘든, 경계가 모호한 경우도 존재할 수 있다는 것입니다. 민주주의는 개방적 개념이고, 그것이 사용되는 용례는 정말 다양합니다. 수많은 독재자들도 스스로를 민주주의자로 주장하고, 박정희 대통령 또한 그랬습니다. 또, 민주적 기본질서에 입

* 성균관대학교 법학전문대학원

각하지 않은 헌법이 반드시 '정변'에 의해서만 수립되는 것은 아닙니다. 민주적 기본질서에 입각하지 않은 헌법이 민주적인 개헌절차(즉, 국민투표 혹은 국민의 정당한 위임을 득한 대표를 통한 개헌)를 통해 성립하는 경우도 있을 수 있습니다. 가령, 현재 동유럽 국가들에서 발생하는 입헌민주주의의 타락 혹은 퇴행적 개헌은 국민들의 지지 위에서 진행되고 있습니다.

이 경우에는, 그러한 헌법의 수호, 유지를 위한 저항권 행사도 문제가 되겠지만, 그러한 헌법을 지양하고 새 질서를 수립하기 위한 저항권 행사도 문제가 될 것입니다. 전자는 민주적이지 않은 질서의 보호이므로 문제가 되고, 후자는 전체 인민의 의사와 지지로 성립한 질서를 무너뜨리는 것이어서 그 자체로 또한 반민주적이라는 혐의가 주어질 수 있는 까닭입니다.

발표자의 견해에 따를 때, 이처럼 대중적 지지 위에 민주적으로 성립된 헌법의 비민주적 내용에 기초한 억압적인 정부와 관련하여, 저항권의 역할은 어떠해야 하는지요? (기존질서의 보존? 새 질서의 수립?)

2. 헌법문서의 역사성

헌법은 전문과 각 개별조항이 서로 밀접한 관련을 맺으면서 하나의 통일된 가치체계를 이루고 있습니다(헌재 1995. 12. 28. 95헌바3). 그러나 그와 동시에 헌법은 그 사회의 '역사적 문서'로서 시공간적이고 인과적인 맥락 속에 놓여 있기도 합니다. 가령 우리 헌법 제13조 제2항을 봅니다("모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다."). 이 조항이 있다 해서, 참정권과 재산권의 보호에 특별한 가중치가 주어지는 것은 아닙니다. 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권과 재산권 이외의 권리 역시 제한을 받거나 박탈되지 아니하기 때문입니다. 또 위 조항에도 불구하고, 헌법적으로 정당화가 이루어진다면 재산권의 소급적 박탈도 허용될 수 있습니다(헌재 2011. 3. 31. 2008헌바141등). 반대로, 이 조항이 없다 해서 참정권과 재산권에 특별한 위험이 발생하는 것도 아닙니다. 법치국가원리에 따라 참정권과 재산권을 포함한 모든 권리는 원칙적으로 소급적 제한이 불허되기 때문입니다. 그러나 이 같은 헌법이론적인 측면과 무관하게, 역사적 산물로서의 헌법 제13조 제2항은 우리가 그러한 역사를 되풀이하지 않기를 바라는 의미와 다짐을 담고 있으며, 이는 그 자체로 일정한 헌법적 의미를 가질 수 있다고 봅니다.

이는 부마민주항쟁에 대해서도 마찬가지로 통용될 수 있다고 봅니다. 역사가 망각과의 투쟁이자 기억을 조직하는 공동체의 방식이라면, 부마민주항쟁이나 5·18항쟁은 우리의 민주헌정이 민주주의에 대한 아래로부터의 헌신에 지속적으로 의지해 왔음을 확인하고 상기시키는 것이자, 향후 같은 상황이 발생한다면 마찬가지의 헌신이 있을 것을 다짐하는 의미를 가질 수 있다고 생각합니다. (다만, 그렇다고 해서 이들 내용이 반드시 전문에 포함되어야 한다는 의미는 아니며, 이 문제는 결국 우리 공동체가 우리 헌법을 어떤 방식으로 영위할 것인가의 문제가 아닐까 합니다.)

<두 번째 발표문 관련>

3. 대통령제

2016년 가을, 이른바 촛불정국은 대통령제에 관한 근본적인 성찰의 계기를 제공했습니다. 물론 이것이 새로운 것은 아니며, 대통령제의 약점이 노출될 때마다 반복되어 온 현상이기도 합니다. 책임총리제나 분권형 대통령제는 대통령제의 문제를 극복하기 위한 가장 관심도가 높았던 대안들이었습니다.

유신체제는 대통령제의 해악이 가장 극명하게 드러난 시대였습니다. 따라서 유신체제의 혹독한 경험은 대통령제에 관한 근본적인 성찰의 계기를 제공하기에 부족함이 없었을 것입니다. 물론 유신체제의 문제를 박정희 대통령 개인의 문제로 치부할 수도 있겠으나, 그렇게 여기기에는 그에 앞선 이승만 대통령의 사례 또한 버젓이 존재하고 있습니다. 그럼에도 8차 개헌의 준비과정을 보면, '이원정부제로의 개헌에 대한 의심'이 지속적으로 표현되고 있습니다. 물론, 발표자의 설명대로 8차 개헌을 통해 대통령의 권한남용에 대한 여러 견제장치들이 도입된 것은 분명합니다. 그러나 유신체제를 겪고도 대통령제에 대한 강한 신념을 잃지 않았다는 것은 분명 당혹스러운 측면이 있습니다. 일반국민들의 의견이야 그렇다 치더라도, 전문가그룹인 헌법개정심의위원회 회의에서조차도 대통령제 정부형태를 채택하는데 별다른 이견은 없었다는 것은 다소 의아하게 느껴집니다.

그렇다면, 여기에는 개헌 이후 새로운 대통령을 배출할 것이 유력했던 신군부 측의 은폐된 의도가 개입되었기 때문일까요? 아니면, 대통령제에 대한 우리 사회 전반의 굳건한 신념 때문일까요? 아니면, 또 다른 이유가 있는 것일까요? 발표자의 의견

을 여쭙습니다.

4. 헌법위원회

주지하다시피 유신체제 하에서 헌법위원회는 그야말로 유명무실했습니다. 그리고 제8차 개정헌법은 이 같은 헌법위원회 방식을 그대로 계승했습니다. 새 헌법에 제 아무리 좋은 내용을 집어넣어 둔다 하더라도 이를 위반하는 행위를 규제할 수 없다면 그와 같은 좋은 내용은 법적으로 무의미해질 수밖에 없습니다. 따라서 새로운 헌법을 고민함에 있어서 그 새 헌법에 담길 좋은 내용들의 규범력을 보증할 장치를 함께 고민하는 것은 자연스러운 일입니다.

그런 면에서, 헌법위원회 제도를 그대로 계승했다면, (적어도 헌법학자들 사이에서는) 그간 유명무실했던 이 제도의 현실적 작동을 위한 고심의 흔적이 있었을 것으로 추측되는데요, 이에 관하여 발표문에 소개되지 않은 내용이 있다면 한 말씀 부탁드리고자 합니다.

【종합토론】

헌정사연구회 정기학술대회 종합토론문

정 일 영*

제1주제: 부마민주항쟁의 헌법적 평가 - 저항권과 헌법전문 명시를 중심으로

제1주제의 연구는 부마민주항쟁의 역사적 의의와 함께, 기존에 깊게 다루어지지 않았던 그 법적 성격을 저항권의 측면에서 면밀히 분석한 글이다. 글은 크게 두 가지 주제로 이루어져 있다. 첫 번째는 부마민주항쟁이 정당한 저항권의 법적 행사 요건에 해당하는지이며, 두 번째는 현재 문재인 정부에서 개헌안의 전문에 부마민주항쟁을 추가하는 것이 적합한지에 대한 고찰이다. 본 토론문도 이에 맞추어, 질문을 각 주제에 맞추어 두 가지 부분으로 나누어 발제자분께 드리고자 한다. 평소 저항권에 대한 관심이 많았으나 실제 공부는 부족한 토론자이기에 이 기회를 빌려 더 배울 수 있었으면 하는 바람이다.

우선은 저항권 자체의 성격에 관한 질문이다. 저항권은 기본적으로 그 행사에 관한 법적 판단이 어려운 권리에 속한다. 일반적으로 특정 저항권의 행사가 정당하였는지 아닌지는 행사 당시에 판단할 수 있는 것이 아니라 사태가 일단락된 이후에야 역사적, 법적 평가가 이루어지는 경우가 대부분이며, 더 나아가 헌법 질서의 테두리 안에서 행사되고 보호받는 다른 기본권적 권리와 달리 제도권의 밖에서 그 행사가 이루어지기에, 본질적으로 초법규적인 성격이기 때문이다. 따라서 실정법의 틀에서 이러한 저항권이 정당하게 행사되었는지를 판단하기에는 여러모로 어려움이 존재한다. 예를 들어 저항권을 행사하는 이들의 목적은 처음부터 법치주의의 파괴에 대한 전면적인 저항이어야 하는 것일까. 반정부시위에 참여하는 것이 집회 및 결사의 자유에 보호될 수 있다면, 어느 시점부터 집회의 자유의 행사에서 저항권의 행사로 넘어가는 것일까. 참가 당사자들이 제각각 다른 범위에서 저항권을 행사한다면, 즉 구

* 서울시립대학교 박사

성원 중 일부가 필요 최소한도의 폭력 범위를 넘는 행위에 가담한다면 그것이 전체 운동에서 어느 정도 비중을 차지해야 전체 저항권 행사의 위법성이 조각되지 않는 것일까. 또한, 이러한 저항권의 행사는 기존의 헌법 질서가 정당하고 지킬 가치가 있다는 공통된 인식에서 출발해야 하는가? 일례로 미국의 흑표당 같은 경우 비록 성격은 과격했음에도 그 운동의 범위는 어디까지나 합법적인 테두리에 머물렀고, 오히려 주요 지도자 암살 등의 위법한 수단을 동원한 것은 공권력 측이었다. 그렇다면 인종차별이 극심한 미국의 6, 70년대를 살아가는 흑표당의 흑인들이 이러한 탄압 앞에 기존의 합법적 수단이 전부 소진되었다는 이유로 무장봉기 한다면 백인의 관점에서 이는 정당한 저항권의 행사일까. 사실 이러한 문제들의 답을 시간이 충분히 흐르고 더 많은 정보를 종합적으로 파악 가능한 오늘날의 시점에서 내리기란 쉽다. 그러나 당시를 살아가던 이들에게는 그러한 판단이 어려울 수밖에 없고, 그렇다면 저항권을 자연법적 권리라는 추상적인 레벨에서 이해하는 것에 그치지 않고, 현행법의 테두리 내에서 실정법적 개념으로 규정하는 노력이 어떠한 의미가 있는지가 궁금해진다.

두 번째로 헌법전문에 부마민주항쟁의 이념을 추가하는 논의에 관해서도 질문을 드리고자 한다. 발표문에 따르면 4,19 민주 이념의 계승이라는 부분도, 저항권과 5.18의 명시적 언급을 피한 부분도 결국에는 모두 당시 정치인들 사이 타협의 산물로 이해된다. 그렇다면 과거의 사건 중에서 어떠한 것을 기념하고 그 정신을 이어받을지에 대한 오늘날의 논의 또한 옳고 그름이 따로 정해져 있다기보다는 현재 헌법개정과정에 참여하는 이들이 논의와 타협을 통해 결정할 정치적인 문제가 아닌가 하는 생각이 든다. 그렇다면 발제자께서 주장하시듯이 부마민주항쟁을 굳이 넣을 필요는 없을지 몰라도, 이를 넣는다고 별다른 문제점이 없지 않을까? 특별히 그 정당성 여부가 여전히 논쟁이 되는 사건이라면 모를까, 이미 입법과 판례를 통해 여러 번 대내외적으로 합법적 저항권의 행사로 인정된 부마민주항쟁과 같은 사건이라면 이것을 넣을지 말지에 대한 대립이 그렇게 격화될 일일지 의문스럽다. 또 설사 불필요한 소모적 논쟁을 촉발할 위험이 있다 하더라도 이러한 논쟁이 주목받을수록 오히려 더 적극적으로 부마민주항쟁의 당위성을 널리 알릴 계기가 될 수 있다는 점, 더 나아가 앞선 질문과 같이 저항권이라는 개념 자체가 여러 면에서 불명확성을 지니고 있기에, 부마민주항쟁이라는 예시를 법 전문에 4.19 말고도 추가로 새겨놓음으로써 민주주의 헌정질서에 대한 불의한 침해에 대항할 정당한 권리가 어느 경우에

발생하는지 더 명백하게 밝히는 긍정적인 효과가 있지 않을까도 생각한다.

제2주제: 1980년 헌법의 성립 - 정부헌법개정 활동을 중심으로

제2주제의 연구는 대한민국 제5공화국 헌법의 개정과정을 설명하면서, 그 의의와 한계를 다룬 글이다. 기본권과 통치구조로 나누어 각 부분의 다양한 쟁점들에 관해 정부 위원들 사이에 어떠한 고민이 있었고, 또 왜 그러한 선택을 하였는지에 대한 상세한 묘사를 통해 독자로서 많은 것을 배울 수 있었다. 발제자분께 드리고 싶은 질문은 크게 두 가지이다.

제8차 개헌은 직전의 유신헌법과 비교하여 많은 부분에서 발전을 보였는데, 특히 기본권 제한 조항이 크게 회복되었으며, 행복 추구권과 무죄추정의 원칙이 신설되고, 또 환경권과 적정임금 보장 규정 또한 신설되었다. 심지어 12.12를 통해 정권을 잡은 전두환 본인의 임기를 단임으로 제한하는 조항까지 삽입되기에 이른다. 여기서 궁금한 점은 비록 정부 부처의 입장이 많은 부분에서 개입되었다고는 해도, 과연 전두환 당시 대통령과 기타 하나회의 측근들은 어떤 이유로 이러한 개헌 과정을 승인했는지에 대한 역사적 배경의 설명이다. 전두환 정권 아래에서도 5.18 광주민주화운동이나 박종철 고문치사 사건, 삼청교육대의 운영 등, 사실상 기본권의 보장이 명목상으로만 이루어졌을 뿐 실제로 얼마나 지켜졌는지는 미지수란 점에서, 애초에 헌법 자체를 경시했기에 국민 여론을 잠재우기 위해 장식적으로나마 이러한 여러 기본권 조항의 신설과 보장을 내버려 둔 것인지, 아니면 다른 이유인지가 궁금하다. 두 번째로는 제5공화국 헌법과 현행 헌법의 연관성에 관한 질문이다. 둘을 갈라놓고 있는 기간은 단 7년에 불과하다는 점으로부터 전자에 참여한 많은 학자나 정치인들이 후자에도 관여했을 가능성이 크다고 보이는데, 그렇다면 1987년의 헌법개정에 착수한 이들은 이전의 경험으로부터 무엇을 배우고, 또 어떠한 점이 부족하다고 생각하고 더 반영하려 하였는지, 예를 들어 헌법위원회가 어떻게 헌법재판소로 격상했는지 등에 대해 더 들려주실 수 있으면 하는 바람이다.