

Hansun Brief

발행일: 2018년 4월 9일(통권54호) / 발행인: 박재완 / 발행처: 한반도선진화재단 / 서울 중구 퇴계로 197, 407호 / 전화: 02-2275-8391 / email: hansun@hansun.org / www.hansun.org



헌법의 존재이유: 개헌은 왜 필요한가?

최 대 권
서울대학교 헌법학 명예교수

목 차

1. 헌법의 본질과 가치
2. 헌법의 이상 · 목표와 기본적 기능
3. 헌법 개정의 한계 및 범위
4. 헌법 개정의 필요성 및 정당성

2,000원으로 내 마음같은 '정책후원' 하기

☒ 문자 한 통 #7079-4545

머리말

그간 정치권과 그 동조자들은 호헌이 아니라 개헌을 마치 우리나라 대한민국이 처한 대내외적인 위기의 이 시점에서도 반드시 해야 하는 불가역적 목표인양 개헌논의를 이끌어 왔다. 게다가 헌법이 최고법규범이라면서 헌법 바꾸기를 마치 하위 법령을 다루듯 헌법 전체를 쉽게 이리저리 바꾸려한다. 그러면서도 정작 헌법은 무엇이며 무엇이어야 하느냐, 특히 자유민주주의와 시장경제질서 및 법치주의를 선택(결단)한 대한민국에 대하여 대한민국헌법은 무엇이며 무엇이어야 하는가 하는 헌법의 본질에 관한 고뇌에 찬 진지한 정치철학적 성찰과 격론은 솔직히 들어본 일이 없다. 무성한 개헌논의는 당리당략적 이해득실을 당위적인 명제로 포장한 논리가 지배해 왔을 뿐이다. 그러므로 헌법은 정치의 종속변수냐 하는 질문이 제기되는 것은 당연하다. 전체주의적인 일당독재체제(북한, 중국 등)에서는 철저하게 헌법은 정치의 종속변수다. 그러나 대한민국은 일당지배체제를 가졌던 적은 없었으며 자유가 억압되었던 독재시대는 있었다. 그러나 비록 탄압은 받았을지언정

야당이 엄연히 존재했고 활약했다. 그리고 야당의 활약 및 활발한 민주화운동에 힘입어 대한민국은 다시 자유민주주의로 복귀했다. 오히려 자유민주주의가 더욱 강화된 소위 1987년 체제는 그 역사적 산물이다. 그리고 1987년의 민주화 이래 평화적 정권교체의 전통까지도 이룩했다. 그렇다면 1987년 체제를 바꾸자면서 사회주의적 요소가 강화된 개헌을 주장할 것이 아니라 오히려 목소리를 높여 호헌을 역설해야 하는 것이 아닌가? 대체 헌법을 무엇으로 알기에 헌법을 하위 법령 바꾸듯 쉽게 생각하며 헌법 전부를 놓고 이리저리 바꾸려하느냐 하는 질문을 던지지 않을 수 없다.

우리가 자유민주주의 · 시장경제체제법치주의의 모델로 삼는 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 비롯한 선진 민주국가에서 우리만큼 자주 헌법을 개헌으로 변경하는 나라는 없다. 더구나 이번 우리나라의 개헌논의에서는 특히 헌법 전문(前文)부터 시작해서 헌법 전체를 놓고 이곳저곳 개헌의 이름을 빌려 마구 바꾸려 한다. 선진 민주국가 가운데는 그러한 나라는 없다. 헌법의 존중 · 준수가 상수라서 헌법을 자주 바꿀 줄 모르는 그들이 현명하나 혹은 바보(stupid)냐, 아니면 우리가 현명하나 혹은 바보냐 하는 의문이 강하게 제기된다. 더구나 정부나 여당 측에서 나온 개헌안들은 이곳저곳 은근히 사회주의 체제로의 변경을 내용으로 하고 있다. 헌법을 자주 바꾼다는 것은, 그것도 개헌의 이름으로 헌법 전반을 자주 바꾼다는 것은 헌법의 정신을 어기는 것만큼이나 헌법이라는 대 헌장을 받아들이고 이를 지킴으로써 자유민주주의 질서를 정착 · 안정(stability)화시키려는 입헌주의 본래의 취지에 어긋나는 것이 아닌가?

1. 헌법의 본질과 가치: 대한민국헌법은 정의와 자유 등 천부적 인권을 담보하기 위해 선언한 역사적 대헌장이다. 대한민국헌법은 대한민국민에게는 독립선언서(1919)와 함께 영국의 마그나 카르타(1215), 프랑스의 인권선언(1789), 미국의 독립선언(1776) · 연방헌법(1787)에 해당하는 것이다.

2. 헌법의 이상 · 목표와 기본적 기능: 대한민국헌법은 주권재민의 민주공화국의 수립 · 번영을 이상과 목표로 하고 있다. 여기서 민주공화국의 민주는 당연히 자유민주주의를 말한다. 이로써 대한민국헌법은 군주주권의 군주국, 일제의 탄압과 착취의 타율적 지배체제, 인민(노동자 · 농민)이 주권을 가지는 인민공화국을 거부한다. 나아가 대한민국헌법은 권력통제를 기본적 기능으로 하고 있다. 이 권력통제기능은 인권보장, 권력분립, 견제와 균형, 법치주의(the rule of law, 법의 정치로부터의 독립)를 통하여 실현된다. 대한민국헌법의 권력통제기능은 인민공화국헌법의 권력

통합기능(민주적 중앙집중제 democratic centralism, 당 영도주의 등)과 대척관계에 서며, 대한민국헌법의 바탕인 법치주의는 사회주의국가(인민공화국 등)의 통치수단으로서의 법치(the rule by law, 법은 정치의 종속변수)와 차별화된다.

3. 헌법 개정의 한계 및 범위: 헌법의 본질과 가치 및 목표와 기본적 기능을 해하거나 파괴하는 개헌은 불가하다. 왜냐하면 그것은 개헌의 수단을 교묘하게 이용한 대한민국헌법=대한민국의 파괴나 훼손을 의미하는 것이기 때문이다. 예컨대 자유민주주의(헌법 전문 및 제4조의 자유민주적 기본질서)에서 자유를 빼고 민주주의를 규정하는 것이 그것이다.¹⁾ 민주주의는 북한의 인민민주주의나 대중민주주의, 진보적민주주의도 포용하는 개념이기 때문이다. 또 제헌헌법 때부터 사용해오던 헌법의 근로자를 구지 노동자로 바꾸려는 것은 북한식 인민주권을 의식한 것인가, 인민공

1) 최대권, "헌법의 '자유' 삭제는 대한민국否定," 문화일보 2018년 2월 5일자 칼럼(포럼) 참조.

화국(북한)의 주권은 인민 즉 노동자·농민에게 있다고 규정되어 있다. 최저임금제, 공무원의 노동3권, (국회 개헌 자문위원회의) 비정규직 폐지, 정리해고 금지, 노동이사제, 동일노동·동일임금 규정²⁾, 농어민의 자조 조직·활동·발전의 보장 등 노동자·농민의 각종의 권리 및 권력을 강화하고 있다. 특히 공무원의 노동3권은 국가란 자본가계급 즉 부르주아의 노동자계급 즉 프로레타리아에 대한 억압·착취기구에 불과하다고 보는 그러한 국가를 상대하는 것으로 보는 사고의 반영이라 생각될 수밖에 없다. 공무원이 국가 즉 국민(헌법 제1조제2항)을 상대로 파업도 할 수 있다는 것은 상상하기 힘들다. 또 대통령의 개정안은 경제질서의 한 부분으로 토지공개념을 도입하고 있는데, 토지공개념은 사회주의 국가(예, 북한)의 토지국유·공유화 개념의 1보직전의 개념이다.

4. 헌법 개정의 필요성 및 정당성: 개헌은 의사의 진단(예: 암)과 처방(예: 수술)에 비유될 수 있다. 어느 헌법조항이 문제를 일으킨다는 판단 즉 문제의 그 헌법조항을 바꾸지 않으면 중대한 그 문제점을 바로잡을 수 없다는 판단(즉 진단)이 전제되지 않으면 개헌(즉 처방)은 정당화될 수 없다. 정확한 진단에 기초하는 원포인트 개헌만이 정당화된다고 할 수 있다. 또 수술이 필요한 질병의 진단이 나왔다고 하더라도 그 환자의 건강·연령 등에 비추어 수술을 연기하거나 포기하고 다른 방법을 강구하는 것이 옳다고 할 수도 있다. 이와 마찬가지로 개헌이 아무리 필요하다고 할지라도 지금 대한민국이 처한 북핵 폐기를 둘러싸고 나라의 명운이 걸린 전쟁과 평화의 급박하고 심각한 안보위기 극복에 써야 할 국력과 국민적 지혜를 하필 이러한 때에 개헌에 쏟는 것은 도저히 정당화될 수 없다. 더구나 헌법전문을 비롯해 헌법 전반을 이곳저곳 고치는 것은 정당화될 수 없다. 헌법이 잘못되어서 우리가 안보위기를 맞는 것은 전혀 아니기 때문이다.

2) 최대권, "국가 정체성 허무는 改憲 자문위원," 문화일보 2018년 1월 4일자 칼럼(포럼) 참조.

기본권의 주체를 자유대한민국의 주체인 국민에서 모든 사람으로 바꾸는 것(모든 사람은 동성애·동성혼자도, 외국인도 포함)도 첫째로는 그러한 개헌이 왜 꼭 필요한지도 모르겠거니와, 둘째로는 "제왕적 대통령"을 바로 잡겠다는 그럴싸한 명분에서 보았을 때도, 그리고 나라가 위기에 처한 이 시점에서는 더구나 정당화될 수 없다. 셋째로 "제왕적 대통령" 현상은 대통령 개인의 리더십 등 정치가로서의 자질의 문제, 인재를 널리 쓰지 못하고 보은인사·인맥인사의 문제, 대통령과 청와대 수석 등 참모진이 진짜 정부고 각료(국무위원들)로 구성된 행정부는 지시받고 대외적으로 책임지는 위치에 서는 구조, 국회가 자기 역할을 수행하는 국회가 아니고 대통령의 지시를 따르는 여당과 이에 반대하는 야당 간의 당파싸움의 장이 되는 등의 정치적 관행과 정치문화의 문제지 헌법의 문제가 아니라는 점에서 그 자체로도 개헌을 정당화하기 어렵다. 하물며 "제왕적 대통령"을 바로 잡겠다고 해놓고는 이와 상관이 없는 기본권의 주체를 국민에서 모든 사람으로 바꾸는 개헌을 어떻게 정당화할 수 있겠는가? 독립·헌법제정·건국·자유 및 민주화 쟁취한 대한국민을 그 쟁취의 트로피인 기본권의 주체의 지위에서 배제하고 그 자리에 "모든 사람"을 들이는 개헌은 어떻게 정당화되는가? 대한민국헌법의 본질과 가치 및 이상·목표와 기본적 기능을 선언한 독립 및 인권헌장이자 그 자체 역사적 문건인 헌법 전문에 5·18 등을 넣는 등 손질하는 개헌도 마찬가지로 정당화될 수 없다.

대한민국을 지역분권국가화하고 지방정부의 자치권이 독자의 지역주민으로부터 나오는 개헌이라면 그것은 연방제국가를 만들자는 개헌에 불과하다. 우리나라의 단일국의 전통에 비추어 그것이 왜 필요하며 어떻게 정당화할 수 있느냐? 헌법으로 연방제를 하는 나라는 대체로 정치·경제·사회·문화적인 지역분권과 함께 간다. 옛 유고 및 체코슬로바키아와 함께 소련은 연방국가였지만 공산당 일당지배(democratic centralism)였기 때문에 중앙집권적이었지 연방국가

라 할 수 없었고 공산당이 와해되자 분방이 독립해 나갔다. 연방국가에서는 입법권이 중앙정부와 지방정부 사이에 나누이는데 무슨 사항을 지방정부의 전속입법관할사항으로 할 것이냐(예: 경찰권이나 교육권이나 재정권이나 등)의 문제가 생기며, 중앙정부나 지방정부가 서로의 입법권한을 침해하는 경우에는 헌법재판의 문제가 생길 수밖에 없다. 지역분권국가화가 연방국가화라면 그것은 김일성이래의 북의 연방제통일방안의 토대를 닦아주는 것이라는 치명적 비판을 면할 수 없다. 이러한 문제점으로부터 자유스러운 지방자치를 지향한다면 현행 헌법의 지방자치규정을 개헌할 필요성이나 정당성은 전혀 없다. 현행 지방자치의 최대 문제점은 지방자치단체장과 의원의 공천권을 중앙의 정당이 장악하고 있다는 점이다. 그것이 지방분권을 어렵게 만든다.

결론

어떻게 대한민국헌법의 그 많은 헌법조항들이 제안되어 나와 있는 개헌안들에서 문제 삼듯이 이곳저곳 그렇게 많이 문제가 된다는 말인가? 결국 지금 전개되고 있는 개헌논의는 3·1독립운동과 임시정부헌법의 정신과 전통을 계승한 대한민국=대한민국헌법을 폄훼하는 시도라고 판단될 수밖에 없다. 그것은 대한민국을 "태어나서는 안 되는 나라"로 폄훼하는 태도나 언설과 궤를 거의 같이하는 논의라고 생각되기 때문이다. 북한이나 친북세력은 3·1독립운동과 임시정부의 정신과 전통의 계승을 거부하고 김일성·백두혈통이 민족의 정통성을 지닌다고 주장하고 있음은 널리 알려진 바이다. 1987년 민주화의 결실인 현행 헌법의 무엇이 얼마나 잘못되어서 어떻게 개헌으로 죽고 살듯이 개헌을 논의하는가?

대한민국헌법을 하위 법 다루듯이 가볍게 빼고 놓으며 여기저기 손질하는 태도는 국가(대한민국)의 신성해야할 최고의 법규범인 헌법典을 존중치 않는다는 태도의 반영에 불과하다. 그리고 그것은 헌법이 뒷받

침하는 우리나라 민주정치가 불안정함을 뜻한다. 불안정한 민주정부가 국민에게 희망을 주는 생산적인 정부일 수는 없다. 우리가 개헌을 논의하면서 결정적으로 놓치고 있는 헌법의 매우 중요한 포인트는, 어떻게 하면 우리나라의 민주정치가 정치적 안정(political stability)을 얻을 수 있는가 하는 점이 그 하나이고, 더 나아가 어떻게 하면 정부로 하여금 국민에게 희망을 주며 국민을 잘 선도해서 한 단계 한 단계 더 발전해 나가는 일(performance) 잘 하는 국가를 만들 수 있는가 하는 점이 그 다른 하나이다. 우리는 이제 선거를 통해 민주적 정당성을 지니는 정권은 이어서 들일 수는 있다. 그렇지만 개헌이나 들먹이면서 정치적 안정성의 획득에는 실패하고 더 나아가 독재시대라고 폄하해 마지않는 그 시대의 정부의 성취에 훨씬 이르지 못하는 低생산적 정부를 계속해서 들이게 된다면, 그리고 이러한 문제에 초점을 맞춘 호헌 또는 개헌을 해 내지 못한다면, 개헌을 백번이고 한들 무슨 소용인가? 국민들은 생산적인 독재(소위 선의의 독재라 부른다)나 불안정하고 비생산적 민주정부냐를 계속 저울질하고 있는데, 설사 "제왕적 대통령"인들 어떠랴. 인재를 널리 발굴하여 적재·적소에 쓰며 국민적 화합과 정치적 안정을 얻어 나라를 한 단계 도약하게 하는 리더십을 발휘할 수 있는 정부를 들일 수 있는 방안이 있다면 국민은 그것을 진정으로 바라고 있다.

**이 자료가 도움 되셨다면 수신번호
'#7079-4545'로 ☒ 문자후원 보내주세요.^^
(한 통 2,000원)**