



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

# 체제전환과 헌법제정절차

- 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국을 중심으로 -

2022년 8월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

조 동 은



# 체제전환과 헌법제정절차

- 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국을 중심으로 -

지도교수 송 석 윤

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함  
2022년 5월

서울대학교 대학원  
법학과 헌법전공  
조 동 은

조동은의 박사 학위논문을 인준함  
2022년 7월

위원장	<u>          이 효 원          </u>	(인)
부위원장	<u>          전 종 익          </u>	(인)
위원	<u>          전 상 현          </u>	(인)
위원	<u>          문 재 완          </u>	(인)
위원	<u>          송 석 윤          </u>	(인)



## 국문초록

헌법제정과 헌법개정에 관한 고전적 헌법이론은 시에예스 - 슈미트 전통의 이해를 터잡아 헌법제정을 시원적이고 분할불가능하며 무제한적인 정치적, 사실적 행위로 보는 반면, 헌법개정은 헌법에 의해 창설된 권한이자 헌법의 동일성과 계속성의 범위 내에서 행사될 수 있는 헌법기속적 행위로 이해한다. 그 요건과 절차가 실정헌법의 규율하에 있는 헌법개정과 달리 헌법제정은 강제력 있는 실정헌법적 기속이 가능하지 않으며, 기존 헌법과 단절된 제헌의회가 독점적으로 헌법을 기초하는 것이 헌법제정에 걸맞은 정통성을 확보하는 전형적 방식이라는 것이 고전적 이해의 설명이다. 실증주의 헌법학은 법학적 분석의 대상이 될 수 없다는 이유로 헌법제정을 헌법학의 영역에서 배제하였으나, 헌법제정을 법적 성격이 배제된 정치적, 사실적 현상으로만 보았다는 점에서는 고전적 이론과 이해를 공유한다. 그러나 헌법제정이 법규범으로서의 헌법을 창설하는 행위인 한에서 그 규범적 차원에 대한 분석을 포기하기는 어렵다. 오늘날 헌법학에서 이러한 시도는 헌법제정의 외적, 내적 '한계'를 중심으로 이루어지고 있으나, 이 역시 구체적 차원에서 헌법제정의 과정에 내재하는 입헌주의적 계기를 포착하지는 못하고 있다는 점에서 만족스럽지 못하다고 보인다.

이러한 관점에서 특히 주목되는 것은 체제전환을 배경으로 한 헌법창설절차이다. 고전적 헌법제정에 관한 이해가 18세기 이후 시민혁명의 특성들을 그 절차적 모델에 구현하고 있다면, 1975-78년 스페인, 1989-2011년 헝가리, 1993-1996년 남아프리카공화국과 같이 체제전환의 환경에서 발견되는 헌법창설절차들은 고전적 이해와 차별화되는 특성들을 보이기 때문이다. 이들 사례에서는 정통성원리 차원의 근본적 변화가 형식적·절차적 연속성에 의해 견인되었는데, 이는 기존 헌법과의 형식적·절차적 연속성을 헌법개정에, 단절과 불연속을 헌법제정에 귀속시키는 통념적 이해를 벗어난다. 그러나 개정유보조항을 활용하였음에도 개정권한의 형식적·실체적 수권범위를 현저히 일탈하였다면 새로운 헌법이 기존 헌법과 동일한 효력근거를 공유한다고 볼 수 없다. 따라서 위 사례들은 교정된 헌법제정과 헌법개정에 관한 구별기준에 의할 때 헌법개정이 아닌 헌법제정에 해당하는 것으로 평가되어야 한다. 이들 사례에서는 또한 과도헌법이 중점적으로 활용되었다는 특징이 나타난다. 스페인

「정치개혁에 관한 법률」, 헝가리 1989년 헌법, 남아프리카공화국 1993년 헌법은 모두 체제전환과정을 견인한 과도헌법으로서 단기간에 확정적인 헌법적 합의에 도달하기 어려운 상황에서 불완전하지만 잠정적으로 운용할 수 있는 헌법질서를 제공하였고, 오류와 편향을 시정하면서 세부적 합의를 도출할 수 있는 시한을 확보해 주었다. 과도헌법을 활용하여 단계적으로 진행되는 체제전환 헌법제정절차에서 최종적이고 완전한 헌법을 단번에 완성하는 독점적 헌법제정기관은 찾기 어렵다. 오히려 일반적으로 발견되는 모습은 최종헌법의 확정에 이르기까지 구헌법상의 의회와 과도헌법상의 의회가 순차적으로 역할을 수행하면서 절차에 참여하는 형태였고, 경우에 따라서는 그 과정에서 헌법재판소가 핵심적 역할을 하기도 하였다. 즉, 주권적 독재를 구현하는 독점적 기관 대신 분산되고 다원화된 헌법제정기관들의 분업과 협업이 지배적인 특징으로 나타났던 것이다.

체제전환 헌법제정절차에서 나타나는 특성들은 연속/단절, 한계/무한계, 기속/무기속과 같은 범주들이 헌법제정과 헌법개정 구별에 있어 이분법적으로 사용되는 것을 경계할 필요성을 보여준다. 헌법적 효력의 파생성과 시원성을 기준으로 하는 최소주의적 관점은 단지 전형적인 것에 불과한 속성들이 헌법제정과 헌법개정의 구분에 있어 개념적 혼선을 초래하는 것을 방지해 줄 수 있다. 즉, 헌법제정은 기존 헌법의 변화의 규칙 활용, 절차적·실체적 기속, 관여 기관의 분산 등 헌법개정에만 귀속된다고 이해되었던 여러 절차적 특성들을 차용할 가능성을 배제하지 않는다. 완성된 헌법의 내용 뿐만 아니라 그 성립과정 자체에 권력분립과 헌법적 기속이라는 입헌주의적 장치를 도입한 체제전환 헌법제정절차는 기존 헌법의 자원들을 활용하여 최종헌법을 준비할 수 있는 잠정적 과도헌법을 창설하고, 이를 기반으로 민주적 정통성을 새로 확보한 의회가 과도헌법의 조건하에서 최종헌법을 창설하도록 하는 하나의 통합된 단계적 과정으로 집약될 수 있다.

주제어 : 헌법제정, 헌법개정, 체제전환, 절차의 양상, 법적 연속성과 불연속성, 과도헌법, 헌법제정기관, 「정치개혁에 관한 법률」, 스페인 1978년 헌법, 헝가리 1989년 헌법, 헝가리 2011년 기본법, 남아프리카공화국 1993년 과도헌법, 남아프리카공화국 1996년 헌법

학 번 : 2011-30399

# 목 차

<b>제1장 서론</b> .....	1
제1절 연구의 목적과 방법 .....	1
제2절 선행연구의 검토와 논문의 구성 .....	6
<b>제2장 헌법제정에 대한 고전적 이해</b> .....	11
제1절 헌법제정 - 헌법개정 이론의 小史 .....	11
제2절 고전적 이해의 헌법제정 관념과 그 문제점 .....	46
제3절 고전적 헌법제정의 환경과 그 다변화 : 체제전환을 중심으로 .....	66
제4절 소결론 .....	89
<b>제3장 체제전환 헌법제정 사례들에 대한 구체적 고찰</b> .....	91
제1절 스페인 1978년 헌법 .....	92
제2절 헝가리 1989년 헌법과 2011년 기본법 .....	124
제3절 남아프리카공화국 1996년 헌법 .....	165
제4절 소결론 .....	201
<b>제4장 체제전환 헌법제정절차의 특성과 그 함의</b> .....	203
제1절 절차적 특성들의 개요 .....	204
제2절 합법성·연속성의 의미와 양상 .....	210
제3절 과도헌법의 활용과 단계적 헌법제정 .....	239
제4절 헌법제정에 있어 대표와 기관 .....	268
제5절 소결론 .....	299
<b>제5장 결론</b> .....	305
제1절 연구내용의 요약 및 정리 .....	305
제2절 연구의 결론 및 후속과제 .....	311
<b>참고문헌</b> .....	313
[부록 1] 정치개혁에 관한 법률 .....	347
[부록 2] 남아프리카공화국 과도헌법 별표 4 .....	350



## 상세 목차

국문초록 .....	i
<b>제1장 서론</b> .....	1
<b>제1절 연구의 목적과 방법</b> .....	1
I. 연구의 배경과 목적 .....	1
II. 연구의 범위와 방법 .....	3
<b>제2절 선행연구의 검토와 논문의 구성</b> .....	6
I. 선행연구의 검토 .....	6
II. 논문의 구성 .....	9
<b>제2장 헌법제정에 대한 고전적 이해</b> .....	11
<b>제1절 헌법제정-헌법개정 이론의 小史</b> .....	11
I. 헌법제정 - 헌법개정에 관한 고전적 이해 .....	12
1. 고전적 이해의 위상 .....	12
2. 시에예스와 헌법제정권력 관념의 형성 .....	13
(1) 헌법제정권력론의 前史 .....	13
(2) 결정적 국면으로서의 시에예스 .....	16
3. 칼 슈미트에 의한 계승과 발전 .....	23
4. 소결 .....	28
II. 실증주의 헌법학의 이해 : 안쉬츠와 카레 드 말베르그를 중심으로 .....	30
1. 20세기 초 독일 - 프랑스 실증주의 헌법학의 배경 .....	30
2. 안쉬츠와 바이마르 헌법의 해석 .....	31
3. 카레 드 말베르그와 시원적 헌법제정의 추방 .....	35
4. 소결 .....	40
III. 양 이해의 공유지점과 현재의 국내 논의상황 .....	42
1. 고전적 이해와 실증주의적 이해의 공유지점 .....	42
2. 현재의 국내 논의상황 .....	44

<b>제2절 고전적 이해의 헌법제정 관념과 그 문제점</b> .....	46
I. 헌법개정과 대비되는 헌법제정의 속성들 .....	46
II. 헌법제정에 귀속되는 속성들에 대한 검토 .....	49
1. 헌법제정에 귀속되는 고전적 속성들의 문제점 .....	49
2. 개념적 혼선과 과잉의 문제 .....	50
3. 헌법제정 - 헌법개정에 관한 잠정적 기초규정 .....	53
4. 제도·절차 설계 문제와의 관련성 .....	57
III. 헌법제정의 한계론과 그에 대한 검토 .....	60
1. 헌법제정의 한계론 개요 .....	60
2. 헌법제정의 내재적 한계론 .....	62
3. 검토 .....	64
IV. 소결 .....	65
<b>제3절 고전적 헌법제정의 환경과 그 다변화 : 체제전환을 중심으로</b> .....	66
I. 헌법제정에 대한 이해와 헌법성립 환경의 관련성 .....	66
II. 헌법의 성립환경에 관한 유형학적 고찰 .....	67
III. 환경의 유형으로서의 체제전환 .....	72
1. 정치적 변화의 하부유형으로서의 체제전환 .....	72
(1) 헌법제정 사례의 증대와 환경의 다변화 .....	72
(2) 개혁, 혁명과 체제전환 .....	74
2. 키쉬의 체제전환 모델 .....	78
(1) 모델의 개요 .....	78
(2) 5가지 시나리오의 비교분석을 통한 체제전환 개념의 해명 .....	79
(3) 체제전환 모델이 실행될 수 있는 조건들 .....	82
IV. 모델의 적용과 사례의 선정 .....	84
V. 체제전환 사례와 헌법제정 - 헌법개정 분류의 잠정적 관계 .....	87
<b>제4절 소결론</b> .....	89
<b>제3장 체제전환 헌법제정 사례들에 대한 구체적 고찰</b> .....	91
<b>제1절 스페인 1978년 헌법</b> .....	92

I. 1978년 헌법 이전의 헌정체제 .....	92
II. 「정치개혁을 위한 법률」 과 1977년 6월 15일 선거 .....	97
1. 후계 구도의 편성과 프랑코 사후의 개혁시도 .....	97
2. 「정치개혁을 위한 법률」 .....	100
3. 1977년 6월 총선과 새로운 의회의 구성 .....	102
III. 헌법안 기초에서 헌법안 공포까지 .....	105
1. 헌법제정의 방법에 대한 합의 .....	105
2. 헌법초안 작성에서 헌법의 공포까지 .....	107
(1) 하원 소위원회의 예비초안(Anteproyecto) .....	107
(2) 소위원회 이후의 의회 내부 의결과정 .....	110
(3) 국민투표와 헌법의 공포 .....	112
(4) 헌법제정의 '이중적 과정' .....	113
IV. 제정된 헌법의 특성 .....	115
1. 의회군주제 채택 .....	116
2. 교회와 국가의 관계 문제 .....	117
3. 지역자치 문제 .....	119
4. 헌법개정 문제 .....	121
V. 평가와 함의 .....	122
<b>제2절 헝가리 1989년 헌법과 2011년 기본법 .....</b>	<b>124</b>
I. 1989년 헌법 이전의 헌정체제 .....	125
II. 1989년 원탁회의 협상과 체제전환 헌법의 성립 .....	133
1. 헝가리 공산당의 개혁시도와 원탁회의 협상 .....	133
(1) 협상조건 조성 .....	133
(2) 원탁회의협상의 쟁점과 내용 .....	136
2. 1989년 헌법의 내용과 특성 .....	141
(1) 전문과 총강 .....	141
(2) 정부형태 기타 국가조직 .....	143
3. 1989년 헌법하의 헌법재판소 .....	145
(1) 헌법재판소의 조직과 권한 .....	145

(2) 신생 헌법재판소의 주요 활동 .....	148
III. 실패와 반전 : 신헌법제정 시도의 좌절과 2011년 기본법 제정 .....	153
1. 1996년-1997년 신헌법제정 시도의 실패 .....	153
2. 2011년 기본법 체제의 성립 .....	155
(1) FIDESZ 재집권과 신헌법 추진 .....	155
(2) 기본법의 개요와 그 성격 .....	158
IV. 평가와 함의 .....	162
<b>제3절 남아프리카공화국 1996년 헌법</b> .....	165
I. 아파르트헤이트 체제의 성립과 위기 .....	166
1. 남아프리카 백인지배체제의 기원 .....	166
2. 아파르트헤이트 체제의 성립과 그 위기 .....	168
II. 체제전환 협상의 과정 .....	175
1. 협상조건의 조성 .....	175
2. 다자간 협상과정의 전개(CODESA, MPNF) .....	178
(1) CODESA I, II .....	178
(2) 다자간 협상 포럼(MPNF) .....	180
III. 과도헌법 체제의 개요 .....	183
1. 과도헌법의 내용과 과도헌법 체제의 성립 .....	183
2. 헌법재판소의 조직과 권한 .....	189
IV. 헌법재판소의 인증심사와 최종헌법의 성립 .....	192
1. 최종헌법의 성안(成案)과 제1차 인증심사 .....	192
2. 제2차 인증심사와 최종헌법의 성립 .....	196
V. 평가와 함의 .....	198
<b>제4절 소결론</b> .....	201
<b>제4장 체제전환 헌법제정절차의 특성과 그 함의</b> .....	203
<b>제1절 절차적 특성들의 개요</b> .....	204
I. 형식적 합법성과 연속성 .....	204
II. 과도적 규범의 활용 .....	205

III. 헌법제정기관의 분산과 다원화 .....	207
IV. 체제전환 모델과의 관련성 .....	208
<b>제2절 합법성·연속성의 의미와 양상</b> .....	210
I. 합법성·연속성의 층위와 의미 .....	210
II. 헌법적 수권과 근본규범의 연속성 .....	213
1. 법적 연속성과 헌법적 수권 .....	213
2. 사회적 형태의 연속성과 법체계의 연속성 .....	217
3. 검토 .....	221
III. 헌법규범의 형식적 연속성과 헌법제정 - 헌법개정 개념과의 관계 .....	222
1. 헌법규범의 형식적 효력지속 개념 .....	222
2. 헌법적 수권의 범위 및 실체적 연속성의 고려 .....	227
3. 헌법규범 차원의 형식적·실체적 연속성 기준의 적용결과 .....	231
IV. '연속성'의 적극적 의미 .....	235
V. 소결 .....	237
<b>제3절 과도헌법의 활용과 단계적 헌법제정</b> .....	239
I. 체제전환 헌법제정절차와 과도헌법 .....	239
II. 과도헌법의 개념적 기초와 그 헌법학적 함의 .....	242
1. 과도헌법의 개념적 기초 .....	242
(1) 잠정성 .....	242
(2) 과도성 .....	244
(3) 헌법성 .....	247
2. 과도헌법의 기능과 그 헌법적 함의 .....	249
(1) 헌법규범의 변경에 있어 부담의 전환 .....	249
(2) 오류시정의 기회제공과 인지적 편향에 대한 대처 .....	251
(3) 과도헌법 고유의 위험과 다른 수단들과의 비교 .....	254
3. 결어 .....	255
III. 체제전환 헌법제정 사례들에서 과도헌법의 역할에 관한 구체적 분석 .....	256
1. 과도헌법 개념으로의 포섭 .....	256
2. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」 .....	257

3. 헝가리 1989년 헌법 .....	259
4. 남아프리카공화국 1993년 과도헌법 .....	262
IV. 소결론 .....	265
<b>제4절 헌법제정에 있어 대표와 기관 .....</b>	<b>268</b>
I. 헌법제정기관에 대한 고찰의 필요성 .....	268
II. 헌법제정기관으로서의 제헌의회 .....	271
1. 제헌의회와 역사와 이념 .....	271
(1) 미국적 기원 .....	271
(2) 주권적 제헌의회와 '비'주권적 제헌의회 .....	276
2. 제헌의회와 유형과 분류 .....	279
(1) 제헌위임과 비준권한 .....	279
(2) 제헌권과 입법권의 관계 .....	283
III. 체제전환 헌법제정절차와 헌법제정기관 .....	288
1. 분석의 개요 .....	288
2. 스페인 : 두 개의 헌법제정 입법의회 (1) .....	288
3. 헝가리 : 두 개의 헌법제정 입법의회 (2) .....	291
4. 남아프리카공화국 : 헌법제정 입법의회와 '헌법의회' .....	294
IV. 소결론 .....	297
<b>제5절 소결론 .....</b>	<b>299</b>
I. 헌법제정과 헌법개정의 개념적 규명에 관한 함의 .....	299
II. 체제전환 헌법제정절차의 제도설계론적 함의 .....	301
<b>제5장 결론 .....</b>	<b>305</b>
<b>제1절 연구내용의 요약 및 정리 .....</b>	<b>305</b>
<b>제2절 연구의 결론 및 후속 과제 .....</b>	<b>311</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>313</b>
[부록 1] .....	347
[부록 2] .....	350
Abstract .....	356

[일러두기]

※ 표번호, 그림번호와 각주번호, 앞서 인용한 문헌의 표기는 장 단위로 하였음.

※ 본고는 「서울대학교 연구윤리지침(2022. 1. 18. 일부개정된 것)」 제9조 제2항 제2호에 따라 아래와 같이 출간된 필자의 논문들을 활용하였음.

- 제3장 제1절 : "스페인 1978년 헌법의 성립과정에 관한 연구", 『유럽헌법연구』 제20호(2016. 4.), 111~162면 중 일부
- 제2장 제2, 3절 및 제4장 제3, 4, 5절 : "헌법제정의 유형과 양상에 관한 소고(小考) - 헌법제정의 환경, 절차, 제도적 행위자 -", 『법학논총』 (국민대학교 법학연구소) 제29권 제1호(2016. 6), 173~221면 중 일부(다만, 대부분을 새로 작성하거나 대폭 변형하였음)
- 제4장 제2, 5절 : "연속과 불연속: 5·16 쿠데타와 헌법적 단층", 『헌법학연구』 제27권 제3호(2021. 9.) 중 일부

# 제1장 서론

## 제1절 연구의 목적과 방법

### I. 연구의 배경과 목적

헌법은 국가 단위의 정치과정과 정치권력을 포괄적으로 규율하는 최상위의 국내법 규범이다. 현대적 의미의 성문헌법은 전래되거나 주어진다기보다 의식적으로 제정되는, 탄생일을 특정할 수 있는 실정법 규범이기도 하다. 즉, 역사적 구성물이자 실정법 규범으로서의 헌법은 태어나고 변화하며 - 경우에 따라서는 - 죽음을 맞기도 한다. 이러한 실정헌법의 변동에 특유한 속성들이 무엇이며 다른 법규범들의 변동과 어떤 차별성을 가지는지는 헌법의 고유한 규범적 특성들이 드러나는 문제영역으로서 헌법학의 지속적인 탐구주제가 되어 왔다. 최상위의 실정법으로서 헌법은 그 변동을 규율하는 상위의 실정법을 가지고 있지 않다는 점에서 그 존립근거를 특정한 실정법적 수권규범으로 소급해 갈 수 있는 법률 및 하위 규범들과 확연히 구별되기 때문이다. 이로부터 헌법제정, 헌법개정, 헌법정지, 헌법폐지와 같은 실정헌법의 변동과정을 기술하기 위한 개념적 고안물들의 내용과 본성에 관한 질문들, 특히 헌법의 제정과 개정, 폐지가 과연 법적 규율의 대상을 구성하는지, 만일 그러하다면 그 규율의 성격과 범위는 구체적으로 어떠한지에 관한 물음들이 따라나온다.

이러한 물음들은 추상적·이론적 수준에만 그치는 것은 아니다. "1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다."고 규정하고 있는 대한민국헌법 전문에 의하더라도 헌법제정과 헌법개정 개념의 해명은 실정헌법규범의 규명이라는 헌법학의 회피불가능한 기초적 과제로 제시되고 있음이 분명하다. 헌법재판소는 위 헌법전문 부분이 "제헌헌법 이래 현행헌법에 이르기까지 헌법의 동일성과 연속성을 선언하고 있으므로 헌



법으로서의 규범적 효력을 가지고 있는 것은 오로지 현행헌법뿐이라고 할 것이다"라고 판시하며 헌법제정과 헌법개정에 관한 특정한 이해를 위헌심사 준거규범의 확정이라는 헌법재판의 맥락에서 드러낸 바 있다<sup>1)</sup>. 즉, 이는 헌법학이 회피할 수 없는 근원적 문제이지만, 근거 내지 이유로 삼아 기댈 수 있는 상위의 실정법이 존재하지 않는다는 바로 그 이유 때문에 법적 분석에 있어 특별한 어려움을 수반하는 것이기도 하다.

헌법이 변동하는 양상 중 헌법개정에 관하여는 실정헌법이 그 요건과 절차에 관한 조항을 두는 것이 일반화되어 있고 이를 헌법학적 분석의 대상으로 삼는 것에 대해 별다른 이견이 없는 것으로 보인다<sup>2)</sup>. 그러나 헌법의 제정에 대해서는 그것이 엄연히 실존하는 법적 현상임에도 불구하고 헌법학의 영역 내에서 시민권을 인정할 수 있는지에 대해 논란이 없지 않았다. 가령 헌법의 제정은 순수한 정치적·사실적 현상에 불과하므로 규범과학인 헌법학의 대상이 될 수 없다고 보았던 20세기 전환기 독일, 프랑스 실증주의 헌법학의 입장이 그러하다. 헌법제정을 정면으로 이론화하려고 시도한 시에예스나 슈미트의 고전적 입장은 헌법의 제정을 적극적으로 사고하였지만, 이를 일종의 법적 자연상태, 즉 규범적 공백상태에서 일어나는 것으로 보았다는 점에서는 실증주의 헌법학과 시각을 달리하지 않았다. 현대 헌법학의 주류로 계승된 것은 시에예스 - 슈미트의 고전적 이해라고 볼 수 있지만, 헌법제정 현상의 규범적 성격은 여전히 논란의 대상이 되고 있다.

헌법의 생성과 변동에 관한 이론적 기술은 현실과의 관련하여서 형성되어야 할 뿐만 아니라 헌법현실에 대한 설명력을 가질 수 있어야 할 것이다. 본 연구는 18세기 시민혁명을 배경으로 성립한 고전적인 헌법제정 - 헌법개정에 대한 이해가 20세기 중후반 이후 현대 입헌주의에서 나타나는 특정한 유형의 헌법의 제정과정들을 설명함에 있어 불충분한 설명력만을 가진다는 문제의식에서 출발한다. 그 불충분성은 역사적이고 현실적인 규범생성과정의 정확한 기술에 관한 이론적 설명력의 관점에서, 그리고 향후 헌법제정 - 헌법개정의 설계에 있어 참조할 만한

---

1) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132등, 판례집 25-1, 180, 194 참조

2) 헌법제정과 헌법개정의 개념규정 및 대조에 관한 본격적인 논의는 제2장 제2절 I. II. 참조

제도와 절차의 설계라는 실천적 관점에서 모두 고려될 수 있다. 20세기는 입헌주의적 기획의 시도라는 측면에서 18, 19세기와는 비교하기 어려울 만큼의 양적 팽창이 이루어진 시기였고, 특히 제2차 세계대전 이후 신생국가들과 체제전환 국가들을 중심으로 입헌주의의 경험이 축적되었다. 그 중 본고가 초점을 맞추고자 하는 것은 새로운 헌법을 제정하였지만 그 절차적 양상에 있어 새로운 형태와 패턴을 보여준 사례들로서 1978년 스페인, 1989년 이후 헝가리, 1993년 이후 남아프리카 공화국의 경우이다. 본 연구는 이러한 '체제전환형' 헌법제정 사례들에서 나타난 절차적 특성에 대한 분석을 통해 헌법제정에 대한 이론적 이해에 관해서 뿐만 아니라 헌법제정 - 헌법개정 의 절차설계라는 관점에서도 유의미한 시사점을 도출할 수 있을 것으로 기대한다.

## II. 연구의 범위와 방법

본 연구는 구체적 사례에 대한 비교헌정사적 접근과 그 사례들의 의미를 규명하기 위한 헌법이론적 접근을 양 축으로 하였다. 사례연구에 있어서는 20세기 중후반 이후의 헌법제정 사례들 전반을 대상으로 한 통계적 분석이 아니라 헌법제정의 절차라는 관점에서 주목할 만한 3가지 사례를 집중적으로 조명하는 방식을 채택하였다<sup>3)</sup>. 절차적 사례들의 역사적 배경과 맥락을 고려한 '해석' 없이는 사례와 절차의 이론화가 어렵고, 이러한 해석의 시도를 위해서는 사례의 범위를 지나치게 넓히지 않는 것이 바람직하다고 보았기 때문이다.

사례의 선정에 대해서는 선정의 기준이 우선 제시되어야 할 것이고 이를 위해서는 정치적 급변의 유형으로서 시민혁명과 구별되는 체제전환이 어떤 변별적 요소들로 구성되는지 먼저 살필 필요가 있을 것이다. 본고는 제2장 제3절에서 체제전환의 절차적·경로적 특성을 사고하기 위한 기초적 모델에 대해 살펴본 다음 1978년 스페인 헌법, 1989년 이후 헝가리 헌법, 1993년 이후 남아프리카공화국

---

3) 다수표본에 대한 통계적 분석방법으로 헌법의 지속과 변동을 분석한 대표적 연구로는 Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom & Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press(2009) 참조

헌법을 이에 부합하는 사례로 선정하였다. 사례연구의 중심적 과제는 헌법이 성립하는 과정에서 나타난 절차적·제도적 특이성과 그 규범적 의미에 있지만, 각각의 사례가 가지는 특수한 역사적 배경과 조건을 간과하지 않으려 하였다. 다만, 정치사적 관점보다는 비교헌법적, 비교헌정사적 관점을 중심에 두었고 최근 활발하게 이루어지고 있는 비교헌법연구의 성과들을 가능한 범위 내에서 활용하고자 하였다<sup>4)</sup>. 이를 위해 문헌연구의 방법을 기본으로 삼되, 문헌의 범위에 헌법텍스트와 판례, 관련 논문 뿐만 아니라 가능한 한 다양한 합의문서, 의사록과 참여자들의 증언자료도 포함시키고자 하였다.

본 연구는 사례들에 대한 이론적 분석을 시도하지만, 헌법제정과 헌법개정에 관한 연역적이고 포괄적인 일반이론의 전개를 지향하지는 않는다. 헌법개정의 한계나 헌법제정권력 개념에 대한 해명 등 헌법제정 - 헌법개정의 기초적이고 핵심적인 논점에 관한 연구들은 이미 상당한 규모로 축적되어 있다<sup>5)</sup>. 본고는 이러한 연구들을 지속적으로 참조하였지만, 논의의 초점은 비교법적 사례분석이 기존의 일반이론에 대해 가지는 함의와 시사점을 도출하는데 두었다. 요컨대, 본고에서 더 비중을 둔 것은 추상적 이론과 구체적 사례 간의 대화, 그리고 이를 통한 일반이론의 재검토와 맥락화였다. 이러한 작업은 본문 전체에 걸쳐 있지만 특히

---

4) Rosenfeld, Michel & Sajó, András(eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press(2012), Masterman, Roger & Schütze, Robert(eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press(2019), Hart Publishing에서 출간하고 있는 *Constitutional Systems of the World - A Contextual Analysis* 시리즈 등 최근 영미권에서 활발한 연구가 이루어지고 있다. 구체적 사례들에 관한 역사적, 헌정사적 접근과 관련하여서는 제3장에서 상세한 전거를 제시하였다.

5) 이 분야의 문헌은 대단히 풍부하므로 여기에서 모두 열거할 수는 없다. 본고에서 특히 중점적으로 활용한 문헌은 Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*(8. Aufl.), Ducker & Humblot·Berlin(1993), 특히 75면 이하 ; Beaud, Olivier, *La puissance de l'État*, Presses Universitaires de France(1994) ; Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France(1996) ; Winterhoff, Christian, *Verfassung - Verfassungsgebung - Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck(2007) ; Loughlin, Martin & Walter, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press(2007) ; Colón-Ríos, Joel, *Weak Constitutionalism - Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge(2012) ; Arato, Andrew, *Post Sovereign Constitution Making - Learning and Legitimacy*, Oxford University Press(2016) 등이며 더 상세한 것은 해당 본문에서 소개하였다.

제4장에서 집중적으로 시도하였다.

연구의 목적상 헌법텍스트의 정확한 해석과 체계화를 목표로 하는 도그마틱적 방법론은 제한된 효용성을 가질 수밖에 없다. 본고가 증점적으로 사용한 것은 헌법정책적 연구방법, 즉 제도설계의 관점에서 헌법제정 - 헌법개정과 관련된 제도와 절차의 비교, 분석하는 방법이다<sup>6)</sup>. 본고는 정치적 변화의 구조와 유형, 법체계의 변동을 개념화하고 분석하기 위해 학제간 연구방법을 활용하였다. 비교정치학과 법철학의 논의를 관련 대목에서 검토하였고, 사회적 선택이론을 제도분석에 응용한 논의들도 관련 부분에서 논하였다<sup>7)</sup>. 이러한 학제적 연구는 법규범의 차원뿐만 아니라 절차에 참여하는 제도적 행위자의 유형과 성격에 대한 분석을 요하는 차원을 다루는 한 필수적이었다.

- 
- 6) 이를 본격적으로 다룬 문헌으로는 Landau, David & Lerner, Hanna(eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar(2019) ; Ginsburg, Tom(ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press(2012) ; Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 특히 제3장 ; Albert, Richards, *Constitutional Amendments - Making, Breaking, and Changing Constitutions -*, Oxford University Press(2019) 등 참조.
- 7) 비교정치학의 연구들은 체제전환의 개념과 구조에 관한 부분(제2장 제3절), 법철학 연구들은 법체계의 동일성과 연속성에 관한 부분(제4장 제2절), 엘스터(Jon Elster)를 중심으로 한 사회적 선택이론에 대해서는 제헌회의의 구조와 기능에 관한 부분(제4장 제4절)과 관련하여 인용된 문헌들 참조.

## 제2절 선행연구의 검토와 논문의 구성

### I. 선행연구의 검토

본 연구는 사례연구와 헌법이론적 분석을 양 축으로 하는바, 사례연구 부분 즉, 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 체제전환과 헌법제정에 관하여 다루는 국내문헌은 많지 않다. 헝가리와 남아프리카공화국의 헌법재판소가 체제전환 과정에서 담당할 역할에 대하여 다룬 음선필 교수의 연구<sup>8)</sup>가 있으나, 이 연구는 헌법제정과정 자체보다는 신생 헌법재판소들이 헌법재판을 통하여 어떻게 법치(法治)하의 체제전환을 달성하는데 기여하였는지에 초점을 맞추고 있다. 반면, 본고는 보다 넓은 시각에서 헌법제정과정 일반을 다루면서 헌법재판소들이 설립된 이유와 그 역할을 그 문맥 내에 위치지우고자 하였다. 신우철 교수의 비교헌법동학에 관한 연구<sup>9)</sup>는 비교적 최근까지의 헌법성립과 변동 사례들을 대상으로 삼아 그 절차적 양상에 대한 유형적 분석까지 시도하였다는 점에서 본고와 문제의식을 공유하는 지점이 있다. 그러나 위 연구는 개별 사례들에 대한 보다 심층적 분석 대신 거시적이고 계량적인 조망을 추구하고 있을 뿐만 아니라, 헌법이론적 해명에 있어 더 유의미한 사례들과 그렇지 않은 사례들은 분류 및 중요한 사례들의 의미를 직접 주제로 하고 있지는 않다는 점에서 방법론상의 차이가 분명하다. 위 연구들을 제외하면 본고의 주제에 관하여 헌법학적 관점에서 접근한 국내문헌은 찾아보기 쉽지 않다.

외국의 연구들 중 필자가 참조한 선행연구들은 해당 부분에서 상세히 언급하였으나, 여기에서 브루스 애커만(Bruce Ackerman)과 앤드루 아라토(Andrew Arato)의 연구에 대하여 특별히 언급하고자 한다. 두 저자들이 수행한 연구의 중요성 및 본고 주제와의 관련성 때문이다. 『우리 국민들(We the People)』 3부작<sup>10)</sup>을 통해 미국헌정사와 헌법해석에 있어 이원적 민주주의(dualist democracy)

8) 음선필, "체제전환과 헌법재판소 - 남아공과 헝가리의 경험 -", 『홍익법학』 제11권 제2호(2010), 220-253면.

9) 신우철, "비교헌법동학: 헌법성립과 헌법변경의 비교유형론", 『법학논문집』 (중앙대학교 법학연구소) 제42집 제1호(2018), 43-78면.

모델을 제시한 애커만은 2019년 출간한 『혁명적 헌법들(Revolutionary Constitutions)』에서 연구대상을 세계헌정사로 확장하였다<sup>11)</sup>. 애커만의 기본적인 구상은 입헌주의가 보편적이고 단일한 경로를 따라 발전하지 않으며, 세계 입헌주의가 취한 역사적 경로들을 적어도 세 가지 이념형으로 분류하여 고찰할 수 있다는 것이다. 첫 번째 이념형인 혁명적 입헌주의는 혁명적 아웃사이드들이 구체제를 전복하면서 내세운 정치적 원리들을 헌법으로 구현하면서 성립한다. 첫 번째 경로에서 헌법의 권위는 선행하는 카리스마적 지도자 또는 조직의 유산이라는 측면이 큰 만큼 권위주의로의 회귀라는 위험이 동반될 수 있는 경로이다. 두 번째 이념형은 기성정치 중심주의(establishmentarianism)로 전통적 엘리트의 국정운영 능력에 헌정적 정통성의 기초를 두고 있지만, 여기서 국정운영의 실패는 곧 그 정통성의 위기로 이어질 수 있다. 세 번째 이념형은 엘리트 구성물(elite construction) 입헌주의인데, 여기서 헌법은 온건한 재야세력과 개혁적 기존 엘리트의 타협물의 귀결로 성립하며, 광범위한 대중의 참여 없이 성립하였다는 그 이유 때문에 상시적으로 정통성 자원의 빈곤함에 시달릴 위험이 있다. 『혁명적 헌법들』은 이 중 첫 번째 유형인 혁명적 입헌주의에 천착한 저작으로, 9개국의 사례들을 일관된 틀에 의해 비교분석하고 있다<sup>12)</sup>. 애커만의 작업은 입헌주의의 경로가 그 헌법의 생성배경과 불가분의 관계를 맺고 있음을 시야의 중심에 두면서 입헌주의의 전개과정을 분석한다는 점에서 본 연구에 시사하는 바가 적지 않았다. 그러나 애커만의 연구에서 헌법제정의 절차적 양상은 그가 정의하는 입헌주

10) Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press(1991) ; Ackerman, Bruce, *We the People: Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press(1998) ; Ackerman, Bruce, *We the People: The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press(2014).

11) Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions - Charismatic Leadership and the Rule of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press(2019). 유사한 문제의식을 드러낸 선행작업으로는 Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press(1992) ; Ackerman, Bruce, "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review*, Vol.83 No.4(1997), 771-797면 참조.

12) 구체적으로 인도, 남아프리카공화국, 프랑스 제4공화국과 제5공화국, 이탈리아, 폴란드, 미얀마, 이스라엘, 이란 그리고 미국을 분석의 대상으로 삼고 있다. 이 세 가지 유형에 대해서는 제2장 제3절에서 보다 상세하게 논한다.

의 기획의 실현경로라는 틀에서는 오직 부차적인 지위를 가질 뿐이고, 독자적인 가치를 거의 가지지 못하는 것처럼 보인다. 이에 비해 본고는 애커만의 연구를 참조하면서도 헌법이 성립하는 절차와 과정의 특수성 및 그 의미와 효과에 더 집중한다는 점에서 관심대상을 달리한다. 야노쉬 키쉬(János Kis)의 말을 빌리자면 "절차들의 양상도 중대한 의미를 가지는 것이다(The modality of the processes matters too)."<sup>13)</sup>

본 연구가 중요하게 참조한 또 다른 저자인 앤드루 아라토는 시민사회이론으로 널리 알려진 정치학, 헌법학 이론가이다<sup>14)</sup>. 헝가리 태생으로 동유럽의 체제 전환에 대한 이론적 분석을 수십년간 진행해 오고 있는 아라토는 폴란드, 헝가리, 동독 등 동유럽의 체제전환 과정에서 채택된 헌법제정 절차들의 특성과 그 함의에 대한 연구에서 시작하여 남아프리카공화국, 이라크, 네팔, 터키 등 광범위한 사례들로 연구를 확장하였다<sup>15)</sup>. 아라토의 연구는 구체적 사례분석에서 출발하여 헌법제정 절차들의 이론적 함의를 도출, 일반화하는 방식을 취할 뿐만 아니라 그 특성들의 실천적 응용, 확장 가능성을 모색한다는 점에서 본고의 문제의식과 가까우며 본 연구는 여러 가지 측면에서 아라토의 연구로부터도 시사받은 바 크다. 그러나 필자가 보기에 아라토는 자신이 '탈주권적 헌법제정(Post Sovereign Constitution Making)'이라고 부르는 모델의 우월성을 지나치게 강조하는 것처럼 보일 때가 없지 않으며, 경우에 따라서는 헌법제정과 헌법개정에 관한 헌법이론적 유산과 정합성, 일관성을 충분히 고려하지 않은 채 자신의 이론적 모형을 지나치게 확장시키는 것처럼 보인다. 본 연구는 헌법학 전통에서 전래·전개되어 온 헌법제정 - 헌법개정 이론을 충분히 존중, 고려하면서 분석대상 사례들이 드러내는 절차적 특성과 기존 이론과의 관계를 보다 더 집중적으로 조명하고자 하였다.

13) Kis, János, "Between Reform and Revolution", *East European Politics and Societies*, Vol.12 No.2(1998), 300-383면, 300면.

14) 코헨, 진 L·아라토, 앤드루(박형신·이혜경 옮김), 『시민사회와 정치이론 1, 2』 한길사(2013).

15) 대표적인 저서로 Arato, Andrew, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers(2000) ; Arato, Andrew, *Constitution Making Under Occupation*, Columbia University Press(2009) ; Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5) ; Arato, Andrew, *The Adventures of the Constituent Power - Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press(2017).

여러 현대적 사례들에 근거한 헌법제정 - 헌법개정 이론의 재구성이라는 주제에 천착한 연구들은 애커만과 아라토 이외에도 적지 않다. 중남미의 사례들을 중심으로 한 콜론-리오스(Joel Colón-Ríos)의 연구<sup>16)</sup>, 헝가리, 독일, 인도, 이스라엘의 사례를 통해 '헌법적 혁명' 개념을 발전시킨 제이콥슨과 로즈나이(Gary Jeffrey Jacobsohn & Yaniv Roznai)의 연구<sup>17)</sup>, 유럽연합, 아이슬란드, 아일랜드, 칠레, 카탈루냐 등 광범위한 사례들을 분석대상에 포함시킨 로페스 보필(Hèctor López Bofill)의 연구<sup>18)</sup> 등도 필요에 따라 참조한 최근의 선행연구들이다. 다만, 위 연구들은 본고와 다른 주제의식을 전개하고 있는 부분들도 적지 않으므로 분석대상 사례나 특수한 쟁점들과 관련하여 보다 한정적으로 참조하였다.

## II. 논문의 구성

이하의 연구는 논의의 대간(大幹)을 이루는 세 부분(제2장 내지 제4장)과 이를 요약·정리하는 결론(제5장)으로 구성되어 있다. 제2장은 논의의 전제와 기초, 문제의식에 관한 장이다. 먼저 이론사적 관점에서 헌법제정과 헌법개정에 관한 고전적 이해 및 이와 대비되는 실증주의적 이해를 다루고 그 차이점 뿐만 아니라 양자가 공유하는 암묵적 전제들을 드러낸다(제1절). 다음으로 현대 헌법학이 계승하고 있는 고전적 이해의 헌법제정 관념의 문제점과 그 문제점이 쟁점으로 드러나는 헌법제정의 한계론에 관하여 보다 구체적으로 검토한다. 이 과정에서 논의의 전제를 위한 기초적 개념규정들이 제시되고 정의될 것이다(제2절). 이러한 검토는 고전적 이해와 실증주의적 이해의 공유된 전제들과 특권적 관계를 맺고 있는 배경적 환경이 무엇인지, 나아가 이와 차별화되는 것으로서 본고가 초점을 맞추고자 하는 체제전환은 어떻게 기술될 수 있는지에 관한 고찰로 이어진다(제3절). 이러한 고찰은 헌법제정에 관한 이해가 20세기 중반 이후의 헌정사적 경험

16) Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism*(주 5) ; Colón-Ríos, Joel, *Constituent Power and the Law*, Oxford University Press(2020).

17) Jacobsohn, Gary Jeffrey & Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, Yale University Press(2020).

18) López Bofill, Hèctor, *Law, Violence and Constituent Power - The Law, Politics and History of Constitution Making* -, Routledge(2021), 특히 제5장.



에 관하여 충분한 설명력을 가지지 못하고 있음을 드러냄과 동시에 제3장의 개념적 기초가 될 것이다.

제3장은 본격적인 비교헌정사적 연구에 바쳐진 장이다. 본 연구가 선정한 고찰의 대상은 1978년 스페인 헌법(제1절), 1989년 이후의 헝가리 헌법(제2절), 1993년에서 1996년까지의 남아프리카공화국 헌법(제3절)이다. 이 사례들은 본고가 채택하는 체제전환의 모형과 기준에 부합한다는 점에서 공통되지만, 공통점으로 설명될 수 없는 각기 고유한 역사적 배경과 상호 변별성을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 위 사례들은 절차적 양상의 관점에서 볼 때 체제전환의 특성을 드러내는 주요한 국면들을 가지고 있을 뿐만 아니라 의식적 상호참조와 시간적 영향관계를 보여준다. 즉, 앞선 사례들이 후속 사례에서 연구되고 참조되고 응용되었다고 할 수 있다. 제3장의 논의에서는 - 각 사례들의 공통된 특성들과 그 함의에 대한 분석은 제4장으로 미루고 - 개별 사례들의 배경과 맥락, 요컨대 개별성에 초점을 맞추어 특정한 환경에서 헌법이 생성되는 과정을 집중적으로 조명하고자 하였다.

제4장에서는 제3장에서 살펴본 사례들을 바탕으로 그 일반적 특성을 추출하고 제2장의 검토내용과 비교하여 그 헌법이론적 함의를 도출하고자 하였다. 핵심적 논점들의 개관(제1절) 후 그 개별적 내용들인 형식적 법적 연속성 유지 문제(제2절), 잠정적·과도적 최고규범과 헌법제정절차의 규율 문제(제3절), 헌법제정에 있어 대표 및 기관의 문제(제4절)와 관련하여 체제전환 헌법제정절차의 차별성이 무엇인지, 나아가 고전적 헌법제정론이 내포하는 난점과 관련하여 체제전환 헌법제정이 제시할 수 있는 함의와 시사점이 무엇인지 검토될 것이다. 이는 개념적 차원의 명료화와 절차·제도적 차원에서의 응용가능성이라는 차원에서 재정리될 것이다(제5절).

결론에 해당하는 제5장에서는 이상의 논의를 정리, 요약하고 연구의 함의와 결론을 정리한 다음(제1절), 본 연구의 한계와 향후의 연구과제를 짚어 봄으로써 글을 마무리하고자 한다(제2절).

## 제2장 헌법제정에 대한 고전적 이해

본 장에서는 우선 헌법제정과 헌법개정을 설명하는 이론들을 이론사적으로 고찰하면서 그 발전과정과 역사적 맥락을 점검한다(제1절). 다음으로 현대 헌법학에서 주류를 형성하고 있는 고전적 헌법제정에 관한 이해가 어떤 내용으로 구성되며 어떠한 문제점을 수반하는지에 대해 살펴볼 것이다(제2절). 마지막으로 고전적 헌법제정에 관한 이해와 결부된 특정한 성립환경에 대해 고찰하면서 고전적 이해의 배경이 된 시민혁명과 구별되는 체제전환을 어떻게 개념화할 수 있는지 검토한다(제3절). 이러한 구성은 헌법제정 - 헌법개정에 대한 고전적 이해가 헌법이 성립하는 여러 환경적 여건 중 일부를 특권화한 것일 수 있다는 논제를 뒷받침하기 위해 필수적인 것으로서 제3장 이후 진행될 본격적 분석을 위한 예비적 고찰의 성격을 가진다.

### 제1절 헌법제정-헌법개정 이론의 小史

제1절에서는 먼저 '고전적'이라고 할 수 있는 시에예스(Sieyès) - 슈미트(Schmitt) 전통의 이해에 대해 살펴본다(I.). 이 이해는 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 헌법에 의해 형성된 권력들(pouvoirs constitués)의 준별 및 그 위계에 근거하여 헌법제정과 헌법개정을 구별하는 것으로 많은 헌법학 문헌에서 표준적인 설명으로 채택하고 있는 것이다. 다음으로는 고전적 이해와 여러 가지 측면에서 대조되는 19세기 후반, 20세기 초반 독일, 프랑스의 실증주의 헌법학의 헌법제정 - 헌법개정 이론에 대해 다루면서 양자를 비교해 볼 것이다(II.). 고전적 이해와 실증주의적 이해는 여러 논점에서 대립적인 것처럼 보이지만, 그럼에도 불구하고 양 이해의 기저에서 공유되고 있는 어떤 전제를 발견할 수 있는바, 이어서 그 전제된 공유지점에 관하여 살펴본다(III.).

## I. 헌법제정 - 헌법개정에 관한 고전적 이해

### 1. 고전적 이해의 위상

헌법의 제정을 기존의 실정법에 구속되지 않는 시원적 헌법제정권력의 행사로 정당화하는 것은 헌법이론에서나 헌정현실에서나 상당한 역사를 가지고 있다. 가까이 우리 헌정사에서도 헌법제정은 본질적으로 절차적 구속과 무관하며 헌법제정에 걸맞은 민주적 정당성의 확보를 위해서는 새로운 선거를 통하여 통상의 국회와 준별되는 헌법제정의회, 즉 제헌의회를 구성해야 한다는 주장이 정치적 격변의 장면에서 헌법이론의 언어로 제기되었던 사례들을 찾아볼 수 있다. 갈봉근 교수는 1962년 5·16 쿠데타 직후 "민정 복귀에 따른 신헌법은 현행 헌법의 개정이 아니라 신헌법의 제정이 있어야 한다"며 제헌의회 소집을 통해 국민의 헌법제정권력이 다시금 행사되어야 한다고 주장한 바 있고<sup>1)</sup>, 그로부터 17년 후 5·16 쿠데타의 장본인이 사망한 1979년 10·26 사태 이후 권영성 교수는 신문지상에 연재된 헌법 논의에서 "제헌국회에 의한 신민주헌법의 제정만이 1~2년의 단기적 안정이 아니라 10~20년의 장기적 안정과 국민적 단합을 보장해 줄 것이다"는 주장을 개진하였다<sup>2)</sup>. 이론적 관점에서 볼 때 갈봉근, 권영성 교수의 위 주장은 칼 슈미트의 헌법제정 - 헌법개정론에 직접적으로 영향받은 것으로 보인다<sup>3)</sup>.

1) 갈봉근, "오월혁명과 새헌법제정의 기초", 『고시계』 제7권 제5호(1962. 5.), 77-84면, 79면.

2) 조선일보 1979. 12. 13.자(조건), "새 헌법 이렇게".

3) 갈봉근 교수는 1958년 독일 본(Bonn) 대학에서 박사학위를 취득한 후 귀국하여 활동하였는데 이후 칼 슈미트가 한국 헌정에 미친 영향에 대하여 독일 학회에 참석하여 글을 발표하기도 하였다. Kal, Bongkun, "Carl Schmitts Einfluss auf das koreanische Verfassungsleben", in: Quaritsch, Helmut(Hrsg.), *Complexio Oppositorum Über Carl Schmitt*, Duncker & Humblot · Berlin(1988), 503-507면. 한국어본은 헬무트 크바리치 외 저(김효진 편역), 『반대물의 복합체』 산지니(2014), 299-328면 참조(한국어본은 독일어 판본의 국역본이 아니라 대쪽 증보된 칼 슈미트에 대한 포괄적 소개글이다). 권영성 교수의 글에서도 이에 대한 칼 슈미트의 논의를 인용하는 대목을 쉽게 찾을 수 있다. 위 신문지상 논설로부터 불과 몇 달 전인 1979년 6월 출간된 저서에서 그는 칼 슈미트의 헌법제정권력론을 상세하게 소개하면서 "근대민주주의국가에 있어서는 일반적으로 헌법제정권력은 보통 · 평등 · 직접의 선거원칙에 따라 선출된 이른바 헌법제정국민회의가 국민의 헌법제정의사를 대신하여 실행하거나 또는 제헌의회의 제안을 국민투표에 부의하여 결정하는 방법으로 행사된다"고 쓰고 있다. 권영성, 『헌법학원론(上)』 법

또한, 주지하다시피 슈미트의 헌법제정 - 헌법개정론은 엠마누엘 조지프 시에예스(Emmanuel-Joseph Sieyès)의 헌법제정론을 계승, 변형 내지 재해석한 것이다. 시에예스 - 슈미트적인 이해는 오늘날 다수의 국내 헌법학 저서에서 헌법제정과 헌법개정을 서술하는 기본적 틀로 활용되는 표준적 설명방식이기도 하다<sup>4)</sup>. 이 고전적 이해는 그 생명력만큼이나 적실성 있는 설명력을 가지고 있으나, 이론의 생성배경이 되는 역사적 조건의 변화 내지 발전으로 인하여 어떤 한계를 노정하기도 한다는 것이 필자의 생각이다. 그러나 이러한 논점을 다루기 위해서는 먼저 시에예스 - 슈미트적 이해의 개요를 그 이론사적, 역사적 배경을 고려하여 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 시에예스와 헌법제정권력 관념의 형성

### (1) 헌법제정권력론의 前史

시에예스는 입헌주의적 사고의 초석을 이루는 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 헌법에 의해 창설된 권력(pouvoir constitué)의 구별이 프랑스의 발명품이라고, 즉 자신의 발명품이라고 말하곤 했다<sup>5)</sup>. 그러나 이를 전적으로 시에예스의 창작물로 볼 수 있는지에 대해서는 논란의 여지가 없지 않은 듯하다.

문사(1979), 58-59면.

- 4) 가령 성낙인, 『헌법학(제22판)』 법문사(2022), 40면 이하, 50면 이하 ; 정종섭, 『헌법학원론(제12판)』 박영사(2018), 42면 이하 ; 한수용, 『헌법학(제11판)』 법문사(2021), 29면 이하 ; 김하열, 『헌법강의(제4판)』 박영사(2022), 34면 이하 등.
- 5) "[국민의] 대표들은, 잘못 선출될 경우 자신들만의 이해관계를 창출할 위험이 있는데, 최종단계에서 헌법에 의해 제정된 권력과 헌법제정권력이 구별된다는 것이 증명되었던 중요한 이유가 여기에 있다." Sieyès, Emmanuel-Joseph, "Délibération à prendre pour les assemblées de baillages" in Dorigny, Marcel(ed.), *Oeuvres de Sieyès vol.1*, EDHIS(1989), 41면(n°6) ; "1788년 신성하고 유용한 관념이 설립되었다. 즉, 그것은 헌법제정권력과 헌법에 의해 제정된 권력의 구별이 그것이다. 그것은 학문에서 진보를 이룩한 발견 중 하나로 기록될 것이다. 그것은 프랑스에 귀속될 것이다(Une idée saine et utile fut établie en 1788 ; c'est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Elle competera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science ; elle est due aux Français.)" Sieyès, Emmanuel-Joseph, "Séance du 2 thermidor", *Gazette Nationale ou Le Moniteur Universel N°307(Septidi, 7 thermidor, l'an 3 de la République Française une et indivisible)*, 1237면 참조.  
<https://www.retroneurs.fr/journal/gazette-nationale-ou-le-moniteur-universel/25-juillet-1795/149/1302935/1>, 최종검색일 2022. 5. 17.).

헌법제정권력과 헌법에 의해 창설된 권력의 구별이 성립하기 위해서는 몇 가지 개념적 전제가 확보되어야 한다. 공동체의 정치적 부분의 '구성 내지 구조' 즉 헌법(Constitution)이 인위적으로 만들어질 수 있는 것이어야 하며, 그 인위적 제작 또는 제정의 권한이 궁극적으로 귀속될 수 있는 주체가 있어야 한다(이를 '실정법적 요소'라 하자)<sup>6)</sup>. 나아가 그 권한은 일상적인 통치와 명령의 권한과 구별될 수 있는 것인 동시에 그것보다 우월한 것이어야 한다(이를 '고차법적 요소'라 하자). 이러한 전제조건을 충분히 확보한 형태의 이론적 구성물이 시에예스에 앞서 존재하였는지에 대해 연구자들의 의견이 완전히 일치하지는 않는다. 다만, 이러한 사고가 시에예스에게서만 독자적으로 발견되는 것은 아니며 미국 독립혁명기에 유사한 생각들 심지어 유사한 개념적 표현들이 발견된다는 점<sup>7)</sup>, 더 거슬러 올라가면 17세기 영국 공위시대(Interregnum) 헌법갈등 국면에서 그 원시적 관념이 상당히 발전된 형태로 발견된다는 지적은 상당수 발견할 수 있다<sup>8)</sup>. 이와 관련하여

- 
- 6) 가령 알렉산더 해밀턴(Alexander Hamilton)의 다음과 같은 언급은 이 점을 잘 보여준다. "숙고와 선택을 통해 좋은 정부를 수립할 능력이 정말 인간 사회에 있는가 아니면 정체의 구성을 언제까지나 우연과 폭력에 의존해야만 하는가라는 중대한 문제에 대한 결정이 이 나라 인민의 행동과 본보기에 달려 있는 듯하다(... it seems to have been reserved to the people of this country, by their conduct and example, to decide the important question, whether societies of men are really capable or not of establishing good government from reflection and choice, or whether they are forever destined to depend for their political constitutions on accident and force).", Madison, James, Hamilton, Alexander & Jay, John, *The Federalist Papers*, Penguin Books(1987), 87면(No. 1)[메디슨, 존·해밀턴, 알렉산더·제이, 존(박찬표 옮김), 『페더럴리스트』 후마니타스(2019), 19면].
- 7) 이에 대해서는 특히 Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France(1996), 7-18면 참조. 그 외에도 Beaud, Olivier, *La Puissance de l'État*, Presse Universitaire de France(1994), 219면 및 주 39 ; Zweig, Egon, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant - Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck)(1909), 1면도 이 점을 지적하고 있다.
- 8) Pasquino, Pasquale, "Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple" in Quiviger, Pierre-Yves, Denis, Vincent et Salem, Jean(dir.), *Figure du Sieyès*, Publication de la Sorbonne(2008), 20면 이하 ; Colón-Rios, Joel I., *Weak Constitutionalism - Democratic Legitimacy and the question of constituent power*, Routledge(2012), 80면 이하 ; Loughlin, Martin, "Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice" in Loughlin, Martin, Walker, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press(2007), 40면 이하 ; Kay, Richard S., "Constituent Authority", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.59

여서는 영국 국교회 성직자이자 의회주의자였던 조지 로슨(George Lawson)의 *Politica sacra et civilis*가 핵심적인 텍스트이다. 위 문헌은 청교도혁명 이후 왕정 복고가 이루어진 1660년에 출간되었지만 실제로는 올리버 크롬웰(Oliver Cromwell)이 사망하기 전인 1657년에 집필되었는데<sup>9)</sup>, 로슨은 여기서 구성된 국가의 통치권력인 'majestas personalis'와 공동체에 귀속되는 권력이자 국가의 모델을 정할 수 있는 권력인 'majestas realis'를 명확히 구별하였다. 전자는 '헌법의 근본법'을 건드릴 수 없는 한정된 권한인 반면, 후자는 정부형태를 구성하고, 폐지, 변경, 개혁할 수 있는 권한이자, 국가를 '모델링'할 수 있는 권한이다<sup>10)</sup>. 근본법에 기속되는 통치권력과 근본법 자체를 구성, 재구성하는 권력 사이의 본성상 차이와 위계를 분명히 사고한다는 점에서 로슨의 구별은 후술하는 시에예스의 관점과 눈에 띄는 구조적 유사성을 보여준다. 공화국의 성립과 소멸이라는 상황을 배경으로 대혁명기 프랑스와 유사한 이론적 구별이 시도되는 것도 흥미로운 대목이다. 다만, 로슨의 구별이 시에예스의 구별과 전적으로 일치하는 것인지에 대해서는 논란이 없지 않다. 시에예스의 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 달리 majestas realis는 특수한 예외적 상황 즉, 지배가 정당성을 상실한 상황에서만 작동가능한 원리에 그치기 때문에 저항권의 정당화이론에 가깝다는 점에서도<sup>11)</sup>, majestas realis의 성격에 관한 위와 같은 논점은 시에예스의 정식화(formulation)가 가지는 함의와 특수성이 무엇인지 더 면밀하게 살펴보아야 할 이

No.3(2011), 715-761면, 717면 이하. 반면, 프랑스 대혁명기 이전 시기에서 이론적 단초를 찾는 것은 시대착오적이라는 입장으로는 Rubinelli, Lucia, *Constituent Power - A History*, Cambridge University Press(2020), 18면.

9) Loughlin, 앞의 글(주 8), 39-40면.

10) "Majesty is **real** which is the power to constitute, abolish, alter, reform forms of government and it is **personal** which concerns foreign affairs, peace, war, treaties, embassies; and the regulation of religion and human law. ... As this real majesty is a power to **model** a state, so it's always inherent and can never be separated", Lawson, George(Condren, Conal ed.), *Politica Sacra et Civilis*[1660], Cambridge University Press(1992), 47면.

11) 이를테면 로슨은 majestas realis와 majestas personalis에 논하는 대목에서 "공동체는 정당하고 필연적인 이유가 있는 경우에만 정부를 해산할 권리가 있다"고 하고 있다. Lawson, 앞의 책(주 10), 48면. Colón-Ríos, 앞의 책(주 8), 80면은 로슨의 이와 같은 관념이 저항권 이론에서 완전히 벗어나지 못했다는 점에서 입헌주의적 의미의 헌법제정권력과 헌법에 의해 제정된 권력의 구별에 이르지 못하였다고 평가한다.

유 중 하나일 것이다.

(2) 결정적 국면으로서의 시에예스

1788년 8월 8일 루이 16세가 이듬해인 1789년 5월 삼부회(Etats généraux)를 개최하겠다고 공포하면서 프랑스 각지에서는 삼부회의 구성방법 및 논의사항 등에 대하여 막대한 양의 정치 팜플릿이 출간된다<sup>12)</sup>. 시에예스가 1788년 말부터 1789년 초에 걸쳐 작성한 『1789년 프랑스 대표자들이 취할 수 있는 실행방법에 관한 고찰들(Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789)』, 『특권론(Essai sur les privilèges)』, 『제3신분이란 무엇인가?(Qu'est-ce que le Tiers Etat?)』는 그 정치팜플릿들 중 일부였으나 곧 특별한 주목을 받게 되었다. 1788년 12월 출간된 『특권론』에 뒤이어 1789년 1월 『제3신분이란 무엇인가?』가 간행될 무렵 시에예스는 이미 저자로서 상당한 명성을 확보하고 있었다. 그러나 『제3신분이란 무엇인가?』가 유통되면서 시에예스는 프랑스 대혁명 초기 순식간에 매우 지대한 영향력을 행사한 인물로 급부상하였고 곧 제3신분 대표로 선출되기에 이른다. 이 소책자는 삼부회 대표의 선출을 앞두고 그 구성과 운영 방식에 관한 광범위한 토론에 개입할 의도로 작성된 것이었으며, 입헌주의적 헌법제정에 관한 이론적 기초의 핵심을 명료한 형태로 표현하고 있다<sup>13)</sup>.

시에예스는 우선 헌법에 대한 실질적 정의를 시도하면서 그 기능을 규

12) 소블, 알베르(최갑수 옮김), 『프랑스혁명사(개정판)』 교양인(2018), 144면 이하

13) 시에예스가 요약한 제3신분의 요구는 다음과 같다. 1) 제3신분의 대표자는 진정으로 제3신분에 속하는 시민 중에서만 선출될 것, 2) 제3신분 대표자의 수가 두 특권신분 대표자의 수와 동일할 것, 3) 삼부회에서는 신분별이 아니라 개인별로 투표할 것. Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, Quadrige/PUF(1982) 제3장 참조(이하에서 번역은 시에예스, 엠마뉘엘-조지프(박인수 옮김), 『제3신분이란 무엇인가?』 책세상(2003)을 참고하되 필요한 경우 원문을 참조하여 수정하였다). 『제3신분이란 무엇인가?』 제1장 내지 제4장은 당시 프랑스의 정치적 상황에 대한 현실적 분석과 제3신분의 대응방안을 논하는 반면 제5, 6장은 공법의 일반이론에 관한 원리적 고찰을 다루고 있다. 즉, 시에예스는 구체적인 것에서 시작해서 추상적인 것으로 나아가는 방식을 취한다. 제3신분이란 무엇인가?의 위와 같은 논증구조에 대한 논의로는 Macherey, Pierre, *Etudes de philosophie «française» - de Sieyès à Barni*, Publication de la Sorbonne(2013), 42면 이하 참조.

명하려 한다. 시에에스에게 있어 헌법은 개인들이 국민을 형성하고 그 국민이 권력의 위임을 통해 대표정부를 구성하는 과정에서 필연적으로 발생하는 것이다.

"그것이 목표하는바 기능을 수행할 수 있도록 하는 데 적합한 조직, 형태, 법률 없이 어떤 목적을 가지는 단체(corps)를 창설하는 것은 가능하지 않다. 이것이야말로 그 단체의 헌법이라고 부르는 것이다. 그 단체가 헌법 없이 존재할 수 없다는 것은 분명하다. 모든 위임받은 정부가 헌법을 가져야 한다는 점 또한 마찬가지로 분명하다. 나아가 정부 일반에 대해 참인 것은 정부를 구성하는 모든 부분들에 대해서도 참이라고 할 것이다. 따라서 입법권 또는 공통의지의 행사를 위임받은 대표자들의 몸체는 국민이 부여하고자 한 존재방식을 통해서만 존재할 수 있다. 그것은 그 헌법적 형태 없이는 아무것도 아니다(Il n'est rien sans ses formes consitutives). 그것에 의하지 않고는 행위할 수도, 운영될 수도, 명령할 수도 없는 것이다."<sup>14)</sup>

어떤 단체(corps)도 헌법(constitution) 없이 존재할 수 없다. 그런데 정부는 국민(nation)의 대표자로 구성되는 단체이다. 따라서 국민의 정치적 부문인 정부는 헌법을 가지지 않을 수 없다. 그러나 이 삼단논법적 추론에서 핵심적인 것은 헌법이 어떤 권위 있는 주체에 의해 만들어질 수 있고 만들어져야 한다는 것, 즉 실정법적 요소가 전면적으로 부각된다는 점이다. "우리에게 헌법이 없다면, 헌법을 제정해야 한다. 오직 국민만이 헌법을 제정할 권리가 있다(Si nous manquons de consitutiton, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit.)",<sup>15)</sup> "국민은 항상 헌법을 개혁/재형성할 수 있다(la nation est toujours maîtresse de réformer sa consitution)"<sup>16)</sup>와 같은 인용문에서 분명히 드러나는 것은 헌법을 인위적으로 만들 권위를 가지는 헌법제정권력자로서의 국민이다. 국민은 "공통의 법 하에서 살아가며 동일한 입법자에 의해 대표되는 연합체"<sup>17)</sup>이

---

14) Sieyès, 앞의 책(주 13), 67면.

15) Sieyès, 앞의 책(주 13), 64면.

16) Sieyès, 앞의 책(주 13), 73면.



며, 공통의 법을 적용받기를 거부하는 특권신분은 일종의 부가물, 기생물에 불과한 것으로서 국민에 포함될 자격이 없다<sup>18)</sup>. "국민은 모든 것에 앞서 존재하며 모든 것의 기원이다. 국민의 의지는 항상 합법적이며, 법 그 자체이다. 국민 앞에 국민 위에 있는 것은 자연법 뿐이다."<sup>19)</sup> 프랑스가 헌법을 결여하고 있는지, 아니면 군주와 신분의회를 주된 요소로 하는 헌법을 가지고 있는지에 관한 논란에 대한 유일한 해법은 명사회가 아니라 국민 자신에게 해결을 구하는 것이며, 설령 구체제에 헌법적 성격이 있다고 하더라도 국민은 언제든지 이를 개혁/재형성(réformer)할 수 있다. 그 국민이 프랑스의 국민인 한에서 귀족들이 장악한 상원을 가지고 있는 영국의 헌법을 모방할 이유는 없는 것이다<sup>20)</sup>. 헌법의 실정법적 성격에 이어 그 헌법의 고차법적 성격을 분명히 한다.

"국민의 의사로부터만 도출될 수 있는 실정법에 대해 정당한 관념을 형성하고자 한다면 우리는 첫 번째로 두 부분으로 나눌 수 있는 헌법적 법률을 발견하게 된다. 그 중 한 부분은 입법 단체의 조직과 기능을 규율한다. 다른 한 부분은 다수의 능동적(행정부의) 단체들의 조직과 기능을 결정한다. 이 법률들은 근본적(fundamentales)이라고 말해지는바, 이는 국민적 의지로부터 독립적으로 될 수 있다는 의미에서가 아니다. 근본법들에 의해 비로소 존재하고 작용하는 단체들이 근본법을 훼손할 수 없다는 의미인 것이다. 그 모든 부분에 있어서 헌법은 헌법에 의해 창설된 권력의 산물이 아니라 헌법제정권력의 산물이다. 어떤 종류의 위임받은 권력도 결코 그 위임의 조건을 변경할 수 없다. 헌법적 법률들이 근본적이라는 것은 다른 의미에서가 아니다<sup>21)</sup>. ... 어떻게 헌법에 의해 창설된

17) Sieyès, 앞의 책(주 13), 31면.

18) "특권신분은 공통의 질서에서, 공통의 법에서 벗어난다. ... 진정으로 국가 안의 또 다른 국가(imperium in imperio)라 할 수 있다", Sieyès, 앞의 책(주 13), 31면.

19) Sieyès, 앞의 책(주 13), 67면.

20) Sieyès, 앞의 책(주 13), 59면 이하.

21) Sieyès, 앞의 책(주 13), 66-67면(Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont fondamentales.).

단체(un corps constitué)가 그 헌법에 대해 결정권을 가질 수 있다고 상상할 수 있겠는가?22)"

여기서 대표정부에 대한 국민의 우월적 지위는 헌법에 의해 창설된 권력에 대한 헌법제정권력의 우위로, 나아가 헌법 그 자체의 우위로 나아감을 확인할 수 있다. 또한 그 우위는 위임 내지 수권(authorization)에 있어 위임하는 자의 위임받는 자에 대한 우선성에 근거하고 있음을 알 수 있다. 물론 고차법사상 내지 근본법사상은 근대 이전부터 존속되어 오던 법이념 내지 법전통이었다.23) 프랑스의 구체적인 역사적 문맥에서는 오스트리아와 동맹관계를 맺고 프로이센-영국과 벌인 7년 전쟁(1756년-1783년) 과정에서 고등법원들(parlements)이 고대헌법(ancient constitution)의 수호자임을 자처하며 군주의 조세징수조치에 대한 일종의 규범통제권한을 행사하려는 시도가 있기도 했다24). 또한, 루이 16세가 삼부회를 소집하기 직전인 1787년 8월에는 파리 고등법원이 삼부회 소집 없이 과세를 부과하는 왕령은 '국민의 권리'에 반하므로 무효라고 선언한 사건이 있었다25). 즉, 군주조차도 상위의 법질서를 구성하는 근본법에 기속된다는 고차법사상은 새로운 것이 아니었을 뿐만 아니라 시에예스가 활동하던 시기에 알려져 있던 법관념이었다. 그러나 시에예스는 이 근본법으로서의 헌법이 가지는 실정법적 성격과 세속적 성격에 특별히 명료한 정식을 부여할 수 있었다. 그 기원과 근거가 실정법적 기속을 받지 않는 국민에게 있기 때문에 헌법은 최고규범인 동시에 제정될 수 있는 규범, 즉 실정법규범이다. 따라서 국민은 언제나 헌법을 '개혁·재형

---

22) Sieyès, 앞의 책(주 13), 70면

23) 이황희, "근대 입헌주의의 고전적 기원들 - 근본법 사상과 규범통제제도를 중심으로 -", 『헌법학연구』 제21권 제3호(2015. 9.), 447-489면 참조.

24) Kubben, Raymond, "L'Abbé Sieyès Champion of National Representation, Father of Constitutions" in Galligan, D.J.(ed.), *Constitutions and the Classics - Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford University Press(2014), 290-311면, 294면 참조. 파리 고등법원은 1763년 'ordonnance des rois'와 'ordonnance du Royaume'을 구별하여 전자가 후자에 저촉되는지 심사할 권한이 있다고 판시한 바 있다. Kubben은 '헌법을 변경할 수 있는 국민의 권리'라는 수사(rhetoric)역시 고등법원의 판시에서 이미 나타난다는 점에 주목하고 있다. 위의 글, 300면.

25) 알베르 소블, 앞의 책(주 12), 124면 이하 ; Bredin, Jean-Denis, *Sieyès, La clé de la Révolution française*, Editions de Fallois(1988), 72면 이하.

성(réformer)' - 재구성(reconstituer) - 할 수 있는 것이다. 이 헌법 개념은 이성적·추상적 원칙들에 입각하여 '제정'될 수 있는 것으로 제시된다는 점에서 가령 버크나 헤겔의 헌법 개념과 대립되는 동시에 토마스 페인이 옹호한 헌법 개념에 가깝다<sup>26)</sup>. 또한 저항을 통해 헌정을 회복할 권리 뿐만 아니라 적극적으로 헌법을 제정할 수 있는 권력으로 제시된다는 점에서 헌법제정권력은 저항권과 구별된다<sup>27)</sup>. 『제3신분이란 무엇인가?』에서 이 헌법제정권력은 그 담지자인 국민의 속성으로 인하여 시원적(originaire)인 것이자 - 자연법 외에는 - 어떤 한계를 가지지 않는 것으로 제시된다<sup>28)</sup>.

그렇다면 국민이 배타적으로 **보유**하는 이 헌법제정권력은 어떤 방식으로 **행사**될 수 있는가? 시에예스의 답변은 다음과 같다.

"인민(people)의 통상적 대표들은 헌법적 형식의 틀 내에서 좋은 행정의 유지를 위해 필요한 공통의지의 특정 부분을 행사할 수 있다. 그들의 권력은 정부의 과제에 제한된다. 특별대표만이 국민(nation)이 그들에게 기꺼이 부여할 새로운 권력을 가질 것이다. 대규모의 국민이 통상적 질서를 넘어서는 사정이 요구할 때마다 실제로 회합하는 것은 가능하지 않기 때문에 특별대표에게 그러한 상황에 필요한 권한을 부여해야 한다."<sup>29)</sup>

26) 버크, 에드먼드(이태숙 옮김), 『프랑스 혁명에 관한 성찰』 한길사(2017), 83면("그러한 원리에 입각하여 우리의 조상들을 따름으로써 ... 이런 방식의 상속을 채택함으로써 우리는 정치체제의 골격에 혈연의 이미지를 부여했으며, 우리 헌법을 가장 절친한 가족적 유대로 결합시켰다."); Hegel G.W.F., *The Philosophy of Mind*(1830) [Public Domain, Kindle Edition] §540 "What is (...) called 'making a constitution' is (...) a thing that has never happened in history; a constitution only develops from the national spirit." ; Paine, Thomas, "Rights of Man" in Kimpell, Jessica(ed.), *Peter Linbaugh presents Thomas Paine*, Verso(2009), 61-293면, 97-99면("A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution (...) It is the body of elements, to which you can refer, and quote article by article (...) The persons so met, were not constitution, but a convention to make a constitution.")

27) 위 주 11의 논의도 참조.

28) "국민 이전에, 국민 위에 있는 것은 자연법 뿐이다", Sieyès, 앞의 책(주 13), 67면. "정부는 합헌적인 한에서만 그 권력을 행사할 수 있다. 정부에 부과된 법에 충실한 한에서만 합법적일 수 있는 것이다. 반면 국민의 의사는 합법적이기 위해서는 그 실재성 외에 다른 것을 필요로 하지 않는다. 그것은 모든 합법성의 시원이다"는 언급도 참조. Sieyès, 앞의 책(주 13), 68면.

이 특별대표로 구성되는 특별의회, 즉 제헌의회는 "국민 전체의 의회를 대신하는 것"이며 "의심의 여지 없이 국민의 의사 전체를 담지한다."<sup>30</sup> 그럼에도 권력의 남용을 우려할 필요가 없는 것은 이 특별대표들이 "하나의 과업을 위해, 한시적으로만" 선출되기 때문이다<sup>31</sup>. 시에예스는 '제3신분은 온전한 프랑스의 국민이다'이라는 명제에서 '제3신분 대표가 프랑스 국민 전체를 대표할 수 있다'는 명제를 도출하였다('국민의회'로서의 제3신분 대표)<sup>32</sup>. 특히 여기서 그가 헌법제정 권력을 '대표'될 수 있는 것으로 보았다는 점이 강조되어야 할 것이다. 파스칼레 파스퀴노(Pasquale Pasquino)가 지적하였듯이 정치체를 루소(Jean-Jacques Rousseau)와 같이 순수민주주의의 관점에서 보거나 홉스(Thomas Hobbes)와 같이 절대적 대표의 관점에서 보는 경우 헌법제정권력이라는 개념적 구성물을 사고하기 어렵다<sup>33</sup>. 루소가 이상으로 여기는 인민의 직접통치하에서는 통치권과 구별되는 헌법제정권력을 요청할 실익이 없는 반면, 홉스적 통치 관념에서는 대표에 절대적 권위가 부여되므로 통치권에 선행하는 동시에 그 상위에 있는 헌법제정권력의 장소를 상징할 수 없기 때문이다<sup>34</sup>. 그러나 시에예스는 위와 같이 헌법제정 권력이 대표될 수 있는 것으로 보면서도, 다른 한편 그 대표체인 제헌의회가 통상대표가 아닌 특별대표로서 헌법제정권력의 시원적이고 무제한적인 속성을 그대로 이전받는 것처럼 제시한다. 즉, 헌법제정기관이 헌법제정권력의 모습을 닮게 되는 것이다<sup>35</sup>.

29) Sieyès, 앞의 책(주 13), 71면.

30) *Ibid.*

31) *Ibid.*

32) 이는 『제3신분이란 무엇인가?』 뿐만 아니라 1789년 6월 삼부회에서 시에예스가 직접 제안한 것이기도 하다. Sewell, Jr, William H., *A Rhetoric of Bourgeois Revolution - The Abbé Sieyès and What Is The Third Estate?*, Duke University Press(1994), 6, 17면.

33) Pasquino, Pasquale, "Die Lehre vom pouvoir constituant bei Emmanuel Sieyès und Carl Schmitt", in: Quaritsch(Hrsg.), 앞의 책(주 3), 371-385면, 372-373면(파스퀴노, 파스쿠알레, "엠마누엘 시에예스와 카를 슈미트에 있어서의 '헌법제정권력'론", 헬무트 크라비치 외(김효전 번역), 『반대물의 복잡체』 산지니(2014), 271-296면, 274-275면).

34) *Ibid.*

35) 그러나 이러한 답음이 반드시 필연적인 것은 아니다. 이와 관련하여 흥미로운 최근의

시에에스가 명확한 형태로 제시한 명제 즉, 헌법제정권력과 헌법에 의해 창설된 권력은 엄격히 준별되는 것으로서 모든 창설된 권력은 그 상위의 권위인 헌법제정권력에 기속된다는 명제는 근대 입헌주의에 있어 결정적 장면이다. 그림(Dieter Grimm)은 '공권력에 대한 법적 기속'이라는 고래(古來)로부터의 관념과 차별화되는 근대 입헌주의의 구체적 원칙들을 다음과 같이 다섯 가지로 제시한바 있다<sup>36)</sup>.

- (1) 근대적 의미의 헌법은 철학적 구성물이 아니라 법규범의 집합이다. 이 규범들은 선존하는 진리에서 유래하는 것이 아니라 어떤 정치적 결정으로부터 나온다.
- (2) 이 규범들의 목적은 단지 선존하는 공권력을 변형하는데 그치는 것이 아니라, 공권력의 창설과 행사 그 자체를 규율하려는 것이다.
- (3) 이 규율은 헌법 외적인 공권력의 담당자도, 공권력의 행사에 있어 헌법 외적인 방법과 수단도 인정하지 않는다는 의미에서 '포괄적'이다.
- (4) 헌법은 그 기원을 권력의 유일한 정당성의 원천인 인민에서 찾는다. 헌법제정권력(pouvoir constituant)과 헌법에 의해 창설된 권력(pouvoir constitué)의 구별은 헌법에 있어 본질적이다.
- (5) 헌법은 고차법이다. 헌법은 정부가 발령하는 모든 법과 법령에 대한

---

연구로 루비넬리(Rubinelli)의 것이 있다. 루비넬리는 시에에스가 헌법제정권력론을 새롭게 제기한 이유는 국민에게 부여되는 최종적인 정치적 권위에 관하여 당시의 통념적인 주권에 대한 이해와 다른 해석을 부각시키고자 하였기 때문이라고 본다. 여기서 헌법제정권력의 보유자로서의 국민은 그 행사자인 대표들에게 헌법의 기초를 위임하고 승인하는 지위에 있지 주권자와 같이 이를 직접 행사하지 않는다는 점이 강조되며, 이 점에서 정치적 권위에 관한 주권 중심적인 해석과 차별화된다는 것이다. Rubinelli, 앞의 책(주 8), 특히 55면 이하. 헌법제정에 있어 대표와 기관의 문제는 제4장 제4절에서 보다 자세히 다룰 것이다.

36) Grimm, Dieter, "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World" in Dobner, Petra & Loughlin, Martin, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford University Press(2010), 3-22면, 9면. 그 외에 Grimm, Dieter, "Ursprung und Wandel der Verfassung", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, C.F. Müller(3.Aufl., 2003), 3-43면, 25면 이하[영문본은 "The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution", *Constitutionalism - Past, Present, and Future*, Oxford University Press(2016), 3-37면, 22면]도 참조.

우위를 향유한다. 헌법에 합치되지 않는 법령은 효력을 가지지 못한다.

우리는 시에예스에게서 위에서 제시된 요소들이 명료한 형태를 얻고 있음을 확인할 수 있다<sup>37)</sup>. 고차법(위 제(5)항)과 실정법(제(1)항)인 헌법이 가지는 최고규범성은 인민의 헌법제정권력에 그 기원을 두고 있는데(제(4)항), 이는 헌법이 헌법에 근거하여 구성되고 조직된 권력의 산물이 아니라 그 헌법을 애초에 존재할 수 있게 하는 권력, 헌법제정권력의 산물이기 때문이다. 따라서 헌법제정권력의 산물인 헌법적 기속은 모든 창설된 권력에 미치며 이에 대하여 예외적 지위를 누리는 권력은 원칙상 입헌주의적 체제에서 자리를 가질 수 없다(위 제(2), (3)항). 이를 분명한 형태로 제시했다는 것은 현재까지도 시에예스가 결정적인 중요성을 가지는 이유일 것이다.

그런데 헌법제정권력의 행사에 의해 헌법이 제정된 이후에도 다시 헌법제정권력이 새로이 행사될 수 있는지, 또한 이와 관련된 문제로서 헌법개정권력의 지위를 어떻게 볼 것인지 즉, 헌법제정권력의 제도화된 형태, 제도화된 제한권으로 볼 것인지 아니면 헌법에 의해 창설된 권력 중 하나로서 헌법제정권력에 종속된 것으로 볼 것인지 등에 관하여 시에예스는 분명하게 다루지 않았다<sup>38)</sup>. 이는 시에예스가 활동했던 시기 헌법개정권력의 본성이나 한계에 관한 논의를 본격적으로 전개할 수 있는 기초가 될 만한 안정된 헌정질서가 형성되지 못하였던 점과 관련이 있을 것으로 추측할 수 있다. 그러나 헌법제정권력과 헌법에 의해 창설된 권력의 위계라는 관점에서 헌법개정권력의 지위와 성격을 어떻게 자리매김할 것인가의 문제는 칼 슈미트에게 있어 중심적인 논제가 된다.

### 3. 칼 슈미트에 의한 계승과 발전

---

37) 시에예스의 핵심적 중요성에 대해서는 Grimm, "The Achievement of Constitutionalism"(주 36), 9면도 명시하고 있다.

38) 이 점에 대하여는 Beaud, 앞의 책(주 7), 317면 참조. 여기서 Beaud는 텍스트상의 불분명함에도 불구하고 시에예스적 관점에서 결국 헌법개정권력은 헌법에 의해 창설된 권력 중 하나임을 전제하는 것으로 귀결된다는 주장을 개진하고 있다.

19세기 말, 20세기 초 무렵 독일에서는 후술하는 실증주의적 헌법학의 영향력에 따라 헌법제정에 관한 이론적 기초가 상대적으로 큰 관심과 해명의 대상이 되지는 못하였던 것으로 보인다<sup>39)</sup>. 그러나 독일 카이저 제국 말기와 바이마르 공화국 시기 국법학 방법론에 대한 대대적 반성이 일어나면서 헌법과 정치의 관계가 근본적 수준에서 다시금 활발하게 논의되었고<sup>40)</sup>, 칼 슈미트는 이러한 배경하에서 시에예스의 핵심적 생각을 재소환하여 자신의 입장으로 전유하였다<sup>41)</sup>.

슈미트는 헌법제정의 문제를 법학적 사고의 대상으로 삼으려 하지 않았던 법실증주의적 입장과 달리 적극적이고 분명한 방식으로 헌법제정을 이론화하고자 하였다. '헌법'을 정치단위의 유형과 형태에 관한 전체적 결단이라는 실질적 차원에서 정의하려는 그에게 특정한 헌법이 누구에 의해 어떻게 생성되는지의 문제는 우회할 수 없는 문제였기 때문일 것이다<sup>42)</sup>. "헌법제정권력은 정치적 실존의 유형과 형식에 대해 구체적이고 포괄적인 결정을 내릴 수 있는, 또한 정치적 통일성의 실존을 전체적으로 규정할 수 있는 권력 또는 권위"라는 슈미트의 정식이 이 점을 분명히 보여준다<sup>43)</sup>. "실제에 있어서 헌법은 헌법제정권력(즉, 권력 또는

39) 이 주제를 논한 이 시기의 중요한 문헌으로는 Zweig, 앞의 책(주 7)이 있다. 20세기 초반 독일과 오스트리아 국법학계의 상황 속에서 츠바이크가 헌법제정권력론을 연구한 맥락에 대한 연구로는 Kelly, Duncan, "Egon Zweig and the Intellectual History of Constituent Power", in Grotke, Kelly L., Prutsch, Markus J.(ed.), *Constitutionalism, Legitimacy, and Power - Nineteenth-Century Experiences*, Oxford University Press(2014), 332-350면 참조[위 연구는 츠바이크가 시에예스에 천착한 맥락과 배경으로 엘리네크(G. Jellinek)를 들고 있다. 엘리네크는 일반의지를 대표될 수 없는 것으로 본 루소를 독일적 문맥에서 수용하였는데, 츠바이크는 이를 염두에 두고 정교한 선거 및 대표제도의 운영을 통해 헌법제정권력이 '대표'될 수 있다고 본 시에예스를 부각시켰다는 것이다. 위 문헌은 나아가 츠바이크의 이러한 시도와 로베스피에르 및 산악파와 대립하였던 시에예스의 정치적 입장 사이에 어떤 평행관계가 존재한다고 보고 있다.]

40) 위 국법학 방법론에 관한 논쟁에 관하여는 송석윤, 『위기시대의 헌법학 - 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체』 정우사(2002), 203면 이하 참조. 독일의 헌법제정이론이 전개되는 전반적 과정에서 슈미트가 가지는 위치와 맥락에 관하여는 Klein, 앞의 책(주 7), 101면 이하 참조.

41) Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*(8. Aufl.), Ducker & Humblot · Berlin(1993), 77-78면.

42) Schmitt, 앞의 책(주 41), 20-21면.

43) Schmitt, 앞의 책(주 41), 75-76면. 여기서 슈미트는 '권력 또는 권위(Macht oder Autorität)'이란 문구에 대해 긴 주석을 붙이고 있다. 그 핵심은 권력은 주권 또는 힘(Majestäs)와 같은 개념에 대응하는 반면, 권위는 계속성의 계기에 근거한 존경을 나타내며 전통·지속성과 관련을 가진다는 것이다. 이 점에 대한 상세한 논의로는 Arato, Andrew, *Post Sovereign Constitution Making - Learning and Legitimacy* -, Oxford

권위)에서 나오며 그 의지를 통해 정립되기 때문에 효력을 가진다"는 명제 역시 헌법과 헌법제정권력의 관계에 관한 주장을 명확한 형태로 제시한다<sup>44)</sup>. 즉, 슈미트에게서 헌법제정권력의 결정 그 자체인 '헌법(Verfassung)'과 그 구체적인 집행 규범인 '헌법률(Verfassungsgesetz)' 사이에는 해소불가능한 본성상의 차이가 존재하며 양자의 위계는 소멸될 수 없다<sup>45)</sup>. 헌법제정권력은 단일하고 분할될 수 없다는 점에서 분할, 분립될 수 있는 입법권, 행정권, 사법권과 존재의 평면을 달리 하며<sup>46)</sup>, 한번 행사되어 헌법을 산출한다고 해서 그 실존적 지속이 소멸하지 않는다. 헌법제정권력자는 언제든지 이를 다시 행사할 수 있는 것이다<sup>47)</sup>. 따라서 슈미트에서 국가를 건립하는 행위와 헌법을 제정하는 행위는 별도의 차원임이 강조되며, 헌법제정권력의 새로운 행사가 있다고 하더라도 반드시 국가 차원의 동일성과 계속성이 파괴되는 것은 아니다<sup>48)</sup>.

슈미트에서 헌법제정권력론의 핵심은 헌법제정과 헌법개정의 차이에 관한 논의에서 더 분명하게 드러나는데, 이는 앞서 언급한 바와 같이 시에에스와 비교해 보아야 하는 대목이다. 슈미트는 헌법개정은 헌법에 의해 비로소 부여되고 규율되는 헌법개정권한의 행사이므로 '제도화된 헌법제정권력'으로 지칭되어서는 안되며 기존의 유효한 '헌법률'을 변경하는 헌법 내의 절차에 불과하다고 본다<sup>49)</sup>. 그는 헌법개정에 이와 같이 특정한 의미를 부여하면서 헌법 또는 헌법률이 변경되었지만 헌법개정으로 볼 수 없는 사례들을 여러 비교 개념을 동원하여 설명하고 있다<sup>50)</sup>. 가령 군주제 원리에 입각한 헌법이 민주적 원리에 입각한 헌법으로 바뀌는 것은 방대방향으로의 이행과 마찬가지로 헌법개정일 수 없으며 헌법폐지로 볼 수밖에 없다는 것이다<sup>51)</sup>. 이러한 논의는 헌법개정의 한계를 부정하던 당

---

University Press(2016), 23면 이하 참조.

44) Schmitt, 앞의 책(주 41), 9면.

45) Schmitt, 앞의 책(주 41), 76면.

46) Schmitt, 앞의 책(주 41), 77면.

47) Schmitt, 앞의 책(주 41), 77면.

48) Schmitt, 앞의 책(주 41), 93면 이하.

49) 여기에는 'pouvoir constituant'의 프랑스적 용어사용에 대한 비판도 있는 것으로 보인다. Schmitt, 앞의 책(주 41), 77면. 아래 III.3.의 논의도 참조.

50) Schmitt, 앞의 책(주 41), 99면 이하.

51) Schmitt, 앞의 책(주 41), 103-104면.



대의 헌법학자들의 견해를 염두에 둔 것이었기도 하였지만<sup>52)</sup>, 더 중요한 것은 슈미트의 헌법개정 한계론이 헌법제정권력과 헌법에 의해 제정된 권력 사이의 엄격한 구별과 위계를 재도입하면서 도출된 귀결이라는 점이다. 이를 잘 보여주는 대목은 다음과 같다.

헌법을 개정할 수 있는 자격(Die Zuständigkeit zur Verfassungsänderung)은 어떤 권한이라는 의미에서의, 즉 규율되고 한계 지워진 일련의 과제에 관한 것이라는 의미에서의 통상적인 자격이 아니다. 헌법률을 개정하는 것은 법률을 제정하거나 절차를 결정하거나 행정 행위를 발령하는 것과 같은 통상적인 국가기능이 아니기 때문이다. 그것은 비상적인(außerordentliche) 자격이다. 그러나 헌법적으로 부과된 권위인 한에서 한계가 없는 것은 아니다. 다른 모든 헌법적 권위처럼 이 또한 제한되어 있고, 그러한 점에서 **진정한 권한(Kompetenz)**이라 할 수 있다. ... 헌법개정권한의 한계는 올바르게 이해된 헌법개정의 개념으로부터 도출된다. 헌법에 의해 허용되는 헌법을 개정할 권한은 개개의 또는 다수의 규정을 대체하는 것을 의미한다. 그러나 그것은 헌법이 그 전체로서 가지는 **동일성과 연속성(Identität und Kontinuität)**을 보존한다는 전제하에서만 그러하다. ... 그것은 새로운 헌법을 제정할 권한도, 헌법개정권한의 특수한 기초를 변경할 권한도 아니다. 가령 바이마르 헌법 제 76조의 가중다수결절차를 이용하여 라이히의회의 단순다수결로 헌법을 개정할 수 있도록 헌법을 개정하는 것은 허용되지 않는다<sup>53)</sup>.

여기서 슈미트는 헌법의 전체로서의 동일성과 계속성을 보존하는 범위 내에서 개개의 헌법률을 수정, 보완, 삭제하는데 그치는 헌법개정권력을 정치적 실존에 관한 결단 그 자체인 헌법을 산출하는 헌법제정권력과 명료하게 구별한다. 헌법개정권력은 입법권이나 행정권 같은 통상적인 국가기능과는 구별될 수는 있으나, 여전히 헌법에 의해 창설된 권한 중 하나에 속하는 것으로 이해된다. 반

52) 아래 II.2. 안쉬츠에 관한 논의 참조.

53) Schmitt, 앞의 책(주 41), 102-103면(강조 표시는 필자의 것임).

면 헌법제정권력은 법과 제도에 의해 매개되지 않는다는 점에서 직접적이며, 제한될 수 없는 의지이다<sup>54</sup>). 따라서 헌법제정권력에 의해 비로소 창설되는 헌법개정권력은 - 시원적이고 무제한적인 헌법제정권력과 달리 - 정치적 실존의 유형과 형태에 관한 구체적 결단인 헌법 그 자체에 손댈 수 없다. 헌법개정은 그 본성상 절차적 요건 뿐만 아니라 - 조문에 명시되지 않는 경우에도 - 그 실체적·내용적 중핵에 기속되는 것이다.

슈미트는 시에에스를 계승하고 있음을 밝히고 있지만, 두 저자 사이에 존재하는 간과할 수 없는 차이도 있다. 이들을 비교함에 있어서는 다음의 두 가지 핵심적 논점을 우회할 수 없을 것이다<sup>55</sup>). 1) 헌법제정권력의 주체 문제와 2) 헌법제정권력과 대표의 문제가 그것이다. 첫 번째 논점에 관하여 시에에스는 헌법제정권력이 오로지 국민(nation)에게만 귀속된다고 보았다. 자연상태의 고립된 개인들이 공동체로서의 국민을 형성하고, 형성된 국민이 정부를 구성하면서 헌법제정의 국면이 발생하기 때문이었다. 시에에스에 있어서 헌법의 실정성은 자연상태에서 인위적인 사회상태로의 이행에 관한 설명으로부터 도출되며, 그의 영향이 짙은 1791년 헌법 제2조에서 볼 수 있는 바와 같이 군주조차도 국민으로부터 위임받은 권력을 행사하는 대표기관의 지위를 가질 뿐이다<sup>56</sup>). 이에 반해, 슈미트는 신(神), 군주 또는 소수와 조직이 헌법제정권력의 주체, 보유자가 될 수 있다고 보았다<sup>57</sup>). 이 점은 헌법제정권력을 사실적 힘의 성격을 강조하는지, 규범적 지위를 강조하는지에 따라 달라질 수 있겠으나, 적어도 슈미트가 헌법제정권력 개념이 신정정치(神政政治) 또는 군주제적 정통성과 양립할 수 있는 것으로 보고 있다는 해석을 충분히 가능케 한다<sup>58</sup>). 두 번째 논점 즉, 헌법제정권력이 대표될 수

54) Schmitt, 앞의 책(주 41), 84면.

55) Pasquino, "Die Lehre vom pouvoir constituant"(주 33), 382면 이하, 374면 이하

56) "모든 권력은 국민(nation)에서만 유래하며 국민은 위임을 통해서만 이를 행사할 수 있다. 대표자들은 입법부와 군주이다." 참고로 이 논점에 대한 시에에스와 토마스 페인 간의 서신논쟁에 관하여는 Sonenscher, Michael(ed./trans.), *Sieyès - Political Writings*, Hackett(2003), 168면 이하 참조.

57) Schmitt, 앞의 책(주 41), 77면 이하, 82면.

58) 뵉켄포르데는 이 대목을 논하면서 슈미트의 서술에도 불구하고 헌법제정권력은 근본적으로 세속화된 민주주의적 개념일 수 밖에 없다고 본다. Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Die verfassunggebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts", in: ders., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*(3. Aufl.),

있는지의 문제에 관하여 시에에스는 이를 긍정하는 입장으로서 헌법제정권력의 대표제적 유형을, 슈미트는 부정적인 견해로서 대표에 대립되는 국민투표적 유형을 제시하였다는 분석이 제시되어 왔다<sup>59)</sup>. 텍스트 수준에서 이와 같은 관점의 근거를 확인하는 것은 어렵지 않다. 앞서 본 바와 같이 시에에스는 헌법제정권력이 특별대표에 의해 '대표'될 수 있다고 보았고, 이 특별대표들이 헌법을 기초하고 의결하는 것만으로 헌법의 효력이 발생할 수 있다고 보았다. 반면, 슈미트는 국민이 헌법제정권력의 주체일 경우 그 국민이 '대표'될 수 있는 것인지, 헌법의 효력 발생을 위해 대표들의 의결만으로 충분한지 아니면 국민투표를 거쳐야 하는지에 대해 아주 명확하게 서술하고 있지는 않다<sup>60)</sup>. 오히려 "인민의 헌법제정의사는 근본적으로 예/아니오라는 이분법적 응답에서만 드러난다"는 서술에 비추어 보면 적어도 이상적으로는 국민투표를 거쳐야 한다고 보았던 것으로 추단할 여지도 있다<sup>61)</sup>. 그가 의회주의와 민주주의, 대표의 원리와 동일성의 원리를 이분법적으로 구별하며, 민주적 정통성에 기반한 헌법제정에는 동일성의 원리가 지배적이어야 한다고 보았던 점에 비추어 보면 더 그러하다<sup>62)</sup>.

#### 4. 소결

이상과 같이 살펴본 시에에스 - 슈미트의 고전적 이해는 헌법제정권력의 절대적 권위와 헌법개정권력의 상대적 권위라는 구별, 헌법제정권력의 행사에 의한 기존 헌법질서와의 명확한 단절을 이론적으로 정초하였다. 여기서 헌법제정은 혁명적 현상으로서 구체제와 구별되는 새로운 정통성이 성립하였음을 선언하는

---

Suhrkamp(2019), 97-119면, 102-103면.

59) 대표적으로 Steiner, Udo, *Verfassunggebung und Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Duncker & Humblot · Berlin(1966), 218면. 그러나 파스퀴노는 이러한 이분법적 이해는 잘못이며 시에에스에게 있어서도 헌법제정권력의 보유자로서의 국민과 그 구현을 위해 요청되는 대표제도가 구별되고 있고, 슈미트에 있어서도 국민의 의지는 공적 여론을 통해서라도 매개되는 과정을 거친다고 지적하는바, 이는 타당하다고 보인다. Pasquino, "Die Lehre vom pouvoir constituant"(주 33), 374면 이하.

60) Schmitt, 앞의 책(주 41), 83면 이하.

61) Schmitt, 앞의 책(주 41), 84면.

62) Schmitt, 앞의 책(주 41), 243면 이하, 316면 이하.

행위이다. 다음의 인용문은 이를 잘 보여준다.

"헌법제정은 그 범례적(paradigmatic) 형태에 있어 '무로부터의 창조 (creation *ex-nihilo*)' 또는 온 엘스터가 '자기구동(bootstrapping)'이라고 지칭한 전헌법적 과거와의 깨끗한 단절로 나타난다. 가령 헌법제정이 이제 구체제(ancien régime)로 변한 옛 질서를 전복한 혁명 직후에 일어난다면, 새로운 헌법질서는 더 이상 규범적 정통성 또는 연속성을 찾기 위해 구체제에 기댈 수 없게 된다. 전혁명적 규범질서의 관점에서 볼 때 새로운 헌법질서는 정통성이 없으며 그들이 만든 새로운 질서에 대한 헌법제정자들의 규범적 정통성 주장은 중요한 의미에서 근거가 없다. 옛 정통성에 결부됨이 없다는 점에서 새 헌법이 주장하는 정통성은 어떤 방식이든 '자기구동'된 것이다."<sup>63)</sup>

헌법제정행위에 귀속되는 정초적 성격은 헌법제정권력과 헌법개정권력의 본상상 차이와 위계를 설명해 주는 것이기도 하다. 가령 현대 헌법학에서 헌법개정의 한계로 논의되는 내용은 헌법개정권력조차 침범할 수 없는 헌법제정행위의 핵심적 정초내용을 보호하기 위한 측면이 강하다<sup>64)</sup>. 헌법개정권력이 "현재 존재하고 있는 헌법의 기본적인 동일성과 연속성을 유지하면서"<sup>65)</sup> 행사되는 권한으로 기술되는 이유이기도 하다.

그러나 시에예스와 슈미트의 각 활동시기 사이에는 이들과는 완전히 다른 관점에 입각하여 헌법제정과 헌법개정을 이해하는 학문적 입장이 상당한 영향력을 발휘하였다. 19세기말, 20세기초 독일과 프랑스에서 활발히 개진된 실증주

---

63) Rosenfeld, Michel, *The Identity of Constitutional Subject - Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge(2010), 186면.

64) 이 분야의 문헌은 무수히 많다. 비교적 최근의 집약적 연구로서 이러한 관점을 채택하는 설명으로 Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments - The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press(2017), 105면 이하 ; Le Pillouer, Arnaud, "Le pouvoir de révision" in Troper, Michel & Chagnollaud, Dominique(dir.), *Traité international de droit constitutionnel t.3*, Dalloz(2012), 33-65면, 56면 이하 참조.

65) 한수웅, 앞의 책(주 4), 33면. Schmitt, 앞의 책(주 41), 103면(주 53에서 인용한 대목)도 참조.

의 헌법학은 헌법제정과 헌법개정을 이러한 본성상 구별가능성과 위계에 입각하여 사고하지 않았고, 다른 이론적 틀에 입각하여 헌법의 성립과 변경을 이해하였다. 이하에서는 실증주의 헌법학의 헌법제정 - 헌법개정론에 대해 살펴봄으로써 고전적 이해와 대조해 볼 것이다. 이러한 비교·대조작업은 고전적 이해의 특성을 보다 선명하게 드러내는 동시에 실증주의적 이해와의 숨겨진 공통점을 드러내기 위하여 필수적이다.

## II. 실증주의 헌법학의 이해 : 안쉬츠와 카레 드 말베르그를 중심으로

### 1. 20세기 초 독일 - 프랑스 실증주의 헌법학의 배경

1860년대, 1870년대 독일통일과 카이저제국 성립을 배경으로 독일 국법학에서는 정치적, 역사적, 철학적 요소들, 요컨대 '비법적 요소들'을 국법학에서 배제하고자 하는 실증주의 담론이 형성되었다<sup>66)</sup>. 이러한 경향의 중심에 있었던 파울 라반트(Paul Laband)는 이제 새로운 질문과 의문들은 "정치적 희망 또는 정치권력에 따라서가 아니라 존재하는 법의 기본원칙에 따라 결정되어야 한다"<sup>67)</sup>는 원칙에 따라 실정법 외적 요소들은 그 현실적 영향력과 관계없이 국법학의 영역에서 추방되어야 한다고 주장하였다<sup>68)</sup>. 라반트적 형태의 실증주의에서 중심적인 것은 법을 통해 표현되는 국가의 의사였고, 이는 헌법에 대해서도 우위에 있는 것이었다<sup>69)</sup>. 따라서 "헌법은 국가 위에 존재하는 신비한 권력이 아니라 다른 모

66) 송석윤, 앞의 책(주 40), 63면 이하.

67) Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs Bd.1(1. Aufl)*, H. Laupp'schen Buchhandlung(1876), VI면(Vorwort).

68) 송석윤, 앞의 책(주 40), 64, 65면 ; Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law - The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press(1997), 15면 이하 참조. 라반트를 포괄적으로 소개하는 국내 문헌으로는 파울리, 발터(김효진 옮김), "파울 라반트(1838-1918) 학문으로서의 국법학", 『헌법학연구』 제26권 제1호(2020. 3.), 349-384면 참조[위 번역본의 저본은 Walter Pauly, "Paul Laband(1838-1918) Staatsrechtslehre als Wissenschaft" in Heinrichs, Helmut, Schmalz, Klaus, Stolleis, Michael(Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, C. H. Beck(1993), 310-320면이다].

69) Caldwell, 앞의 책(주 68), 36면.

든 법률과 마찬가지로 국가의사의 행위이고, 그런즉 국가의사에 따라 변경될 수 있는 것"이었다<sup>70)</sup>. 라반트와 옐리네크(Georg Jellinek)의 실증주의 국법학은 이렇듯 군주제적이고 관료제주의적인 카이저제국의 상황을 바탕으로 한 것이었다. 그러나 이들의 학문적 유산은 독일 바이마르 공화국 시기에도 방법론 차원에서 안쉬츠(Gerhard Anschütz)와 토마(Richard Thoma)의 저작들로 계승되었다. 다른 한편, 독일 국법학의 이러한 방법론적 지향은 국경을 넘어 프랑스 제3공화국의 헌법학에도 상당한 영향을 미쳤는데 그 중심에는 라반트의 스트라스부르(Strasbourg) 대학 후임자로 임명되어 실증주의적 관점에서 프랑스 공법학을 발전시킨 카레 드 말베르그(Raymond Carré de Malberg)가 있었다<sup>71)</sup>.

이하에서는 20세기 초 독일과 프랑스의 실증주의 헌법학이 헌법제정과 헌법개정이라는 현상을 어떻게 이해했는지에 관하여 본다. 중심으로 다룰 저자는 안쉬츠와 카레 드 말베르그이다<sup>72)</sup>. 위 두 저자에 집중하는 이유는 당시 논의를 포괄적으로 다루는 것은 본고의 범위를 넘어서기 때문이기도 하고, 위 두 저자가 이 논제에 대해 대표성을 가질 수 있을 만큼 비교적 상세한 입장을 개진하였기 때문이기도 하다.

## 2. 안쉬츠와 바이마르 헌법의 해석

24년 반 동안 하이델베르크 대학의 교수로 재직하면서 바이마르 헌법에 대한 영향력 있는 주석서를 집필한 게르하르트 안쉬츠(1867-1948)는 바이마르 헌법 제76조 제1문("헌법은 입법의 방식으로 개정할 수 있다")<sup>73)</sup>에 대해 다음과 같

70) Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs Bd.2(1. Aufl)*, H. Laupp'schen Buchhandlung(1877), 38면.

71) Schönberger, Christop, "Penser l'Etat dans l'Empire et la République: Critique et réception de la conception juridique de l'Etat de Laband chez Carré de Malberg" in Beaud, Olivier & Wachsmann, Patrick(dir.), *La Science Juridique Française et La Science Juridique Allemande de 1870 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg(1997), 255-271면 참조.

72) 한편, 한국에서 안쉬츠나 토마의 입장을 수용하면서 실증주의 헌법학을 개진하였던 대표적인 이로는 박일경 교수가 있다. 그가 헌법개정의 한계에 대하여 논하는 대목은 명백히 실증주의적 관점에 입각해 있다. 박일경, 『신헌법원론』 법경출판사(1986), 140면 이하 참조.

이 해설을 남겼다<sup>74)</sup>.

"이 규정은 헌법률과 통상의 법률이 하나의 동일한 권력, 즉 입법권의 표현임을 의미한다. 북아메리카와 달리 입법권과 구별되며 그에 대해 우위에 있는 특별한 헌법제정권력이라는 관념은 독일 헌법에는 낯선 것이다. 헌법은 입법자에 대해 우위에 있지 않으며 경우에 따라서는 헌법개정에 있어 특수한 형식을 준수해야 한다는 요건하에 입법자의 처분에 달려 있다."<sup>75)</sup>

이는 안쉬츠가 헌법제정권력, 헌법개정권력, 입법권 사이에 어떠한 본질적인 위계를 식별할 수 없는 지점에서 헌법해석을 개진하고 있었음을 보여준다. 이는 다른 대목에서도 드러나는데, 가령 그는 바이마르헌법의 제정자가 누구인지에 관한 문제에 있어 헌법전문에 "독일국민은 ... 이 헌법을 제정한다"는 구절이 표방하는 헌법제정의 주체는 단순히 명목적일 뿐이라고 보았다. 독일국민이 직접 입법자로서 행동하지 않았고, 헌법제정국민의회에 의해 만들어진 헌법안에 대한 국민투표를 거처지도 않았다는 이유에서이다<sup>76)</sup>. 달리 말하면 이는 헌법을 입법자보다 우월한 권위를 가진 주체에 의해 제정된 것으로 보지 않는다는 의미로 읽을 수 있다.

안쉬츠의 이러한 태도는 헌법개정의 방식과 실체적 한계에 관한 설명에서 다시금 확인되며 구체적 의미를 띠게 된다. 그것은 헌법은 개별 조항의 명시

---

73) "제76조 헌법은 입법의 방식으로 개정할 수 있다. 단 헌법을 개정하는 라이히의회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 동의가 있어야 한다. 헌법개정을 위한 라이히상원의 의결에도 투표수의 3분의 2 이상의 동의가 있어야 한다. 국민청원에 의해 국민투표로써 헌법을 개정하려면 유권자 과반수의 동의가 필요하다. 라이히의회가 라이히상원의 이의에도 불구하고 헌법개정을 결의하고 라이히상원이 2주 내에 국민투표에의 회부를 요구하는 경우에 라이히대통령은 이 법률을 공포할 수 없다."

74) 안쉬츠의 생애와 업적에 대한 압축적인 소개로는 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Gerhard Anschütz", in: ders., *Recht, Staat, Freiheit(Erweiterte Ausgabe)*, Suhrkamp(2006), 367-378면 참조.

75) Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* 14. Aufl., 1. Aufl. 1921), Verlag Gehlen(1963), 401면.

76) Anschütz, 앞의 책(주 75), 32면.

적인 수정, 삭제, 삽입 등의 방법을 통해서 뿐만 아니라 헌법개정에 필요한 정족수를 충족시키는 한에서 헌법전 문면상의 변화 없이 그에 반하는 내용의 법률으로 제정하는 방식으로도 '개정'될 수 있다는 것이다[묵시적 개정(stillschweigenden Verfassungsänderung) 또는 헌법파훼(Verfassungsdurchbrechung)]<sup>77)</sup>. 마찬가지로 헌법개정의 실체적·내용적 한계 또는 제한의 실존을 법학적으로 정당화하는 것은 그에게 있어 어느모로 보나 가능하지 않다<sup>78)</sup>. 바이마르헌법 제정자들의 의사에서도, 문언상으로도 헌법의 근본적 원리 수준의 변화는 헌법개정으로 불가능하다는 결론이 도출되지 않으며, 헌법의 근본적 부분과 그렇지 않은 부분을 판별할 수 있는 기준을 세우는 것이 불가능하기 때문에 주관적 편파성으로부터 자유로운 기준이 제시될 수 없다는 이유에서이다<sup>79)</sup>. 안쉬츠는 헌법개정에 실체적·내용적 한계가 있으며 헌법해석을 통해 이를 규명할 수 있다고 보는 칼 슈미트와 같은 견해를 검토하면서 이를 받아들일 수 없는 견해라고 분명히 말한다<sup>80)</sup>. 헌법제정권력과 헌법개정권력의 본성상 차이와 위계를 인정하지 않는 이상, 헌법개정으로써 변경하는 것이 허용되지 않는 핵심적 부분을 확정할 수 없다고 보는 것이 일관되기 때문일 것이다<sup>81)</sup>.

이와 관련하여 안쉬츠의 서술 중 흥미로운 대목을 찾을 수 있다. 그는 위주석서의 서론에서 독일혁명으로 새로운 국가가 탄생한 것인지, 아니면 국가의 동일성과 연속성은 유지되면서 새로운 헌법만 탄생하였을 뿐인지의 문제를 다룬다. 바이마르헌법은 카이저제국 헌법(1871년 헌법)의 헌법개정조항에 따라 성립한 것이 아니라 헌법제정국민의회의 의결에 의하여 성립한 것이었다. 따라서 -

77) Anschütz, 앞의 책(주 75), 401-402면. 이러한 헌법파훼의 인정은 안쉬츠에게만 특유한 것이 아님을 유념할 필요가 있다. 라반트, 엘리네크, 토마 등 독일 카이저제국과 바이마르 공화국 시기 실증주의 국법학자들에서 이러한 입장은 반복하여 나타난다. Caldwell, 앞의 책(주 68), 36면 ; 엘리네크(김효전 옮김), 『일반국가학』, 법문사(2005), 438-349면 ; Thoma, Richard, "Die Funktion der Staatsgewalt", in Anschütz, Gerhard & Thoma, Richard(Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II*, Mohr Siebeck(1998, 1932), 155면

78) Anschütz, 앞의 책(주 75), 402-403면.

79) Anschütz, 앞의 책(주 75), 404-405면.

80) Anschütz, 앞의 책(주 75), 404-405면.

81) 물론 이는 의회의 지위를 강조하는 것과 연관될 수 있다. Böckenförde, 앞의 글(주 74), 376면 참조.



적어도 고전적 이해에 따른 헌법개정 개념에 의할 때 - 이를 기존 헌법의 개정으로 보기는 어려웠다<sup>82)</sup>. 그런데 그는 이 대목에서 "혁명은 국가를 파괴하지 않았고, 단지 그 헌법을 개정하였을 뿐이다(Die Revolution hat das Reich nicht zerstört, sondern nur seine Verfassung geändert)"<sup>83)</sup>라고 기술한다<sup>84)</sup>. 칼 슈미트는 인상적이게도 안쉬츠의 이 서술을 정확히 짚어 "헌법개정이 아니라 헌법폐지라고 말했어야 한다"고 논평하고 있다<sup>85)</sup>. 물론 여기서 안쉬츠가 '개정되었다 geändert'라는 표현을 어떤 의미로 사용한 것인지 불분명한 측면이 없지 않다. 그가 독일혁명이 구법질서의 폭력적 파괴와 새로운 법질서의 창설로 나타났다는 점을 인정하고 있는 한편, 헌법전문에 대한 해설 부분에서 바이마르 헌법이 카이저제국 헌법의 헌법개정규정이 아니라 헌법제정국민회의에 의해 성립했다는 점을 충분히 명시하기 때문이다<sup>86)</sup>. 그럼에도 불구하고 위와 같은 표현을 사용한 것은 '독일라이히'의 동일성과 연속성이 유지됨으로써 법적으로 표현되는 국가의사의 연속성이 유지되었음을 나타내고자 하는 것이었을 수 있다. 어떠한 경우든 헌법개정을 헌법에 의해 창설된 헌법개정권한의 행사로 이해하는 입장에 설 때에는

82) 이 점에 대해서는 Schmitt, 앞의 책(주 41), 93면.

83) Anschütz, 앞의 책(주 75), 3면.

84) 한편, 이와 비교해 볼 만한 것으로 예일대 아킬 리드 아마(Akhil Reed Amar) 교수의 주장이 있다. 그는 미국연방헌법상 헌법개정규정(제5조)은 정부만을 기속할 뿐 인민을 수범자로 하지 않으므로 인민은 언제나 다른 방법에 의해 - 가령 국민투표에 의해 - 헌법을 합헌적으로 개정(amend)할 수 있다고 주장한다. "Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V", *The University of Chicago Law Review*, Vol.55 No.4(1988), 1043-1104면. 그러나 이러한 견해는 개정(amendment) 개념의 문제를 헌법적 허용성의 문제와 혼동하고 있는 것으로 보인다. 그도 후속 논문에서 헌법의 개정과 새로운 헌법의 성립의 구별은 '명목적(nominal)'이라고 하는데, 이는 이와 같은 반론을 일부 받아들이는 것으로 볼 여지가 있다. "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V", *Columbia Law Review*, Vol.94 No.2(1994), 457-508면, 500면 이하 참조. 마크 투쉬넷(Mark Tushnet) 교수도 헌법개정절차를 완전한 법적 요건 내지 제약이라기보다는 헌법제정자들의 '권고사항(recommendation)'으로 이해하면서 헌법에 규정된 절차가 아닌 다른 절차에 의해 이루어지는 '비관례적 헌법개정(unconventional amendment)'이 있을 수 있다고 한다. 이러한 서술은 헌법개정에 내재하는 해소불가능한 정치적 성격을 드러내어 준다는 의의를 가진다고 볼 수 있을 것이다. 그럼에도 이러한 설명은 헌법개정이 가지는 헌법적 수권에 기초한 권한행사로써의 성격을 간과하게 할 수 있다는 점에서 표준적인 헌법개정에 관한 관념과는 부합하지 않는다고 보인다.

85) Schmitt, 앞의 책(주 41), 93면.

86) Anschütz, 앞의 책(주 75), 1-3면.

가능하지 않은 표현으로 보인다.

### 3. 카레 드 말베르그와 시원적 헌법제정의 추방

20세기 초 프랑스에서 두드러진 독일 공법학에 대한 수요는 한편으로는 1870년-1871년의 프로이센에 대한 패배를 배경으로 한 것이었고, 다른 한편으로는 정치에 대한 상대적 자율성을 견지하려는 과학적 성격의 공법학에 대한 기대를 반영하는 것이기도 하였다<sup>87)</sup>. 레몽 카레 드 말베르그(1861-1935)는 프랑스 제3공화국 시기의 라반트와 옐리네크를 중심으로 하는 독일 공법학의 수용과 변용의 흐름을 대표했던 실증주의 헌법학자였다<sup>88)89)</sup>. 그는 프랑스가 알자스 - 로렌 지역을 수복한 이후 스트라스부르 대학에서 라반트의 후임 교수로 근무한 장본인이기도 하였다<sup>90)</sup>. 그러나 라반트와 옐리네크의 실증주의가 카이저제국의 입헌군주제를 전제로 한 것이었다면, 카레 드 말베르그 헌법학은 1875년 이후 확립되어 간 프랑스의 공화국 질서를 전제하고 설명하기 위한 것이었다는 점에서 중대한 차이가 있다<sup>91)</sup>. 즉, 라반트의 관점에서 공권력은 기본적으로 군주를 정점으로 하

87) Schönberger, 앞의 논문(주 71), 257면 이하 참조.

88) 프랑스 제3공화국 헌법학을 대표하는 모리스 오류(Maurice Hauriou)나 레옹 뒤기(Léon Duguit)와 그의 차별성은 이 방법론적 지향에 있었다. 오류의 방법론적 기초에 대해서는 김충희, "모리스 오류의 제도이론", 서울대학교 석사학위논문(2010), 제2장 제2절을, 뒤기의 학문적 방법에 관하여는 장운영, "레옹 뒤기(Léon Duguit)의 공법 이론에 관한 연구 - 객관주의 행정법을 중심으로", 서울대학교 박사학위논문(2020), 제1장 제3, 4절 참조.

89) Guiheux, Gilles, "La théorie générale de l'Etat de Raymond Carré de Malberg", *Revue juridique de l'Ouest*, n°Spécial(1999), 81-90면, 82면. Schönberger, 앞의 논문(주 71)은 라반트와 카레 드 말베르그의 영향관계에 관한 유용한 자료이다. 카레 드 말베르그에 대해 개관할 수 있는 국내 문헌으로는 이현수, "국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개", 『행정법연구』 제36호(2013. 7.), 88-113면, 특히 100면 이하 참조.

90) Guiheux, 앞의 논문(주 89), 82면. 한편, 라반트가 재직할 당시인 1908년 - 1909년 학기 스트라스부르 대학 재학생 중에는 칼 슈미트가 있었다. Mehring, Reinhard(trans. Steuer, Daniel), *Carl Schmitt - A Biography*, Polity(2014), 10-11면.

91) Maulin, Éric, "Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République" in Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie de l'État* tome 1[1920], 2[1922], Dalloz(2004), préface 참조. 이 글에는 알자스 태생인 카레 드 말베르그가 독일 카이저제국과 가졌던 양가적 관계가 소개되어 있다. 그는 카이저제국과 그 법질서에 대해 매우 적대적이었음에도 그 시기 독일 국법학자들이 발전시킨 방법론과 개념적 장치들

는 국가 관료기구에 의해 행사되고 의회는 시민의 자유와 관련된 제한된 영역에서만 입법권을 행사하는 것이었던 반면, 카레 드 말베르그에 있어 행정과 기타 국가작용들은 모두 '나라의 선출자들(elus du pays)'이 제정한 선결적 법률(lois préalable)을 집행하는 것에 다름 아니었다<sup>92)</sup>. 다시 말해 카레 드 말베르그에서 의회와 그 입법작용은 라반트에 비해 훨씬 더 중심적인 지위를 차지한다고 할 수 있다.

카레 드 말베르그의 주저 『일반국가학(Contribution à la théorie générale de l'État)』은 "공법 일반, 그리고 특수하게는 헌법에 대한 모든 연구는 국가 개념과 관계하며 이를 전제한다"는 국가 중심적 실정법학을 지향하였으며, 국가법인이론(및 그에 수반되는 기관 이론)과 국민주권론이라는 두 가지 핵심 축으로 구성되어 있다<sup>93)</sup>. 국가법인설은 그가 국가의 통일성을 설명하기 위해 독일의 공법학자들로부터 중점적으로 받아들인 부분이었으나 이는 변용 없는 수용은 아니었다<sup>94)</sup>. 그에게 법인으로서의 국가와 국가기관에 관한 이론은 - 독일 공법학자들과 달리 - 국민주권론과, 오로지 국민주권론과만 양립할 수 있는 것이었으며, 여기서 국가는 주권자로서의 국민(nation)의 의인화, 그 법적 표현에 다름 아닌 것이었다<sup>95)</sup>. 그는 이와 같이 국민을 법인격화함으로써 프랑스 혁명기의 국가이론인 국민주권이론이 실정법 내에서 작동할 수 있는 법적 토대와 형식을 마련했다고 평가된다<sup>96)</sup>. 동시에 그에게 있어 국가의 법인격론은 국가기관에 대한 법적 제한

---

이 근대국가를 해명하는 데 있어 필수적이라고 생각하였고 이를 - 중대한 변용을 전제로 - 프랑스의 공화국 질서를 설명하는데 활용하려고 시도하였다.

92) Schönberger, 앞의 논문(주 71), 265-266면.

93) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 1면(t.1) 참조. 이하에서는 제1, 2권의 합본인 위 책에서 인용하되 1권은 't.1', 제2권은 't.2'와 같이 특정하였다. 제1권은 1920년에, 제2권은 1922년에 출간되었으나 기외(Guiheux)에 의하면 1914년경 이미 상당 부분이 완성되어 있었고, 1919년 탈고된 상태에 있었다고 한다. Guiheux, 앞의 논문(주 89), 82면.

94) Maulin, Eric, "Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française", *Annales historique de la Révolution française*, Vol.328(2002), 5-25면, 21면.

95) Maulin, 앞의 논문(주 94), 21면("카레 드 말베르그는 독일의 기관이론을 국민주권 원리가 아니라 군주제 원리에 기반하고 있다는 이유로 거부한다. 그는 국민주권 원리만이 진정한 기관이론과 양립할 수 있다고 본다. 그것만이 국민을 헌법에 의해 창설된 기관들 중 하나가 아닌 국가 자체와 동일시하는 것을 가능케 하기 때문이다.").

96) 이현수, 앞의 논문(주 89), 102면. 카레 드 말베르그는 혁명력 제3년(1793년)의 헌법을 제외하고는 프랑스를 지배한 것은 - 인민주권이 아닌 - 국민주권의 관념이었다고 반복하여 말한다. 그러나 이에 대해서는 역사적 관점이나 헌법해석학적 관점에서 정확

의 논리이기도 했다. 의회조차도 법을 제정할 권한과 책임을 가진 기관일 뿐임을 강조하는 논리였기 때문이다<sup>97)</sup>. 본고의 관점에서 카레 드 말베르그의 저작이 가지는 중요성은 그가 이러한 이론적 관점에 입각하여 헌법제·개정 문제를 정면으로 다루었다는 데 있다. 이하에서는 특히 『일반국가학』 제2권 제4장에서 상세하게 전개되는 이 문제에 대한 그의 입론을 따라가면서 살피기로 한다<sup>98)</sup>.

카레 드 말베르그는 격변이 많았던 프랑스 헌법사에서 헌법제정과 헌법개정, 그리고 헌법제정권력(pouvoir constituant)을 어떻게 설명할 것인지가 중요하고 실제적인 문제로 제기되어 왔다고 본다<sup>99)</sup>. 국민주권론에 입각할 때 모든 국가기관은 권리가 아니라 기능 내지 권한만을 행사하는데, 이는 헌법을 통해 국가화된 국민의 권력을 부여받았기 때문이다. 그렇다면 국가기관을 창설하고, 창설된 기관들에 권력을 배분하는 권한, 요컨대 헌법을 만드는 권한(pouvoir constituant)을 누가 가지는가의 물음은 회피될 수 없다<sup>100)</sup>. 그런데 국가기관이 존재하는 것은 오로지 헌법에 의해서이고 모든 국가기관은 완성된 헌법을 전제하는데 어떻게 국가기관이 헌법을 제정 또는 개정할 수 있는가? 카레 드 말베르그는 이처럼 실증주의 헌법학에서 국가의 최초 헌법, 국가를 탄생하게 하는 헌법에 대해 사유할 수 있는지 묻고, 이를 국가의 기저에 국가 자체의 것과 구별될 수 있는 다른 의지 또는 권력을 법적으로 사유할 수 있는지의 문제와 같은 것이라고 본다<sup>101)</sup>. 여기서 그는 공적 권위 또는 공권력의 발생을 이론적으로 논증·정당화하려는 사회

---

치 못하다는 문제제기도 있음을 염두에 둘 필요가 있다. Grimm, Dieter(Cooper, Belinda trans.), *Sovereignty*, Columbia University Press(2015), 45-46면 ; Hamon, Francis & Troper, Michel, *Droit Constitutionnel(40e. Edition)*, LGDJ(2019), 194면 이하.

97) 이런 점에서 이 시기 프랑스와 이탈리아의 독일 공법학 수용은 의회의 권력을 상대화하고 보통선거요구를 견제하는 경향과 무관하지 않았다는 점을 지적하는 논의로는 Schönberger, 앞의 논문(주 71), 261-262면.

98) 카레 드 말베르그 헌법학의 전모를 살피는 것은 본고의 범위를 훨씬 벗어나는 것이다. 이하에서는 그가 강조하는 기관과 주권에 관한 국가론을 더 상세히 논하는 것을 지양하고 헌법제정과 헌법개정에 관한 논의를 중심으로 서술하기로 한다. 카레 드 말베르그 공법학 전반을 자세히 다루는 문헌으로는 Maulin, Eric, *La théorie de l'état de Carré de Malberg*, Presses universitaires de France(2003) ; Mineur, Didier, *Carré de Malberg - Le positivisme impossible*, Michalon(2010) 참조.

99) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 483-484면(t.2).

100) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 484면(t.2).

101) *Ibid.*

계약론을 동원하기를 거부하며 이를 "국가와 그 첫 번째 조직의 기초를 결정할 수 있는 사건 또는 행위들에 법적 구성을 부여하는 것이 가능하다고 보는 오류"<sup>102)</sup>라고 평가한다. 그가 보기에 "법은 일정한 영토에 거주하는 인민에 대하여 우월한 권위에 의해 부과되는 규칙들, 즉 실질적 지배권과 저항불가능한 강제로써 명령할 수 있는 규칙들의 집합 외에 아무것도 아니기 때문"이다<sup>103)</sup>. 즉, "국가의 최초 형성은 순수한 사실로, 어떤 법적 범주로도 분류될 수 없는 사실로 받아들여질 수밖에 없다."<sup>104)</sup> 따라서 이에 대한 법적 규율은 가능하지 않을 뿐만 아니라, 시도되어서도 안된다. 달리 말해 "기관이론은 국가의 첫번째 헌법의 제정에 대해서는 아무런 의미를 가지지 못한다."<sup>105)</sup> 반면, 이미 최초의 헌법이 성립한 이후 모든 헌법의 변화가 새로운 사회계약 또는 국민과 국가를 새롭게 정초하는 것이라고 볼 수도 없다. 아래에서 보는 바와 같이 헌법제정권력은 그것이 호출되는 조건에 따라 "국민과 국가를 새롭게 정초하기 위해 행사되는 것이 아니라 그 동일성이 변하거나 계속성이 단절되지 않은 국가에 새로운 형식 또는 새로운 법률들을 부여하는 것"<sup>106)</sup>에 불과할 수 있다.

카레 드 말베르그는 그 호출의 구체적 조건이 쿠데타나 혁명과 같은 법적·정치적 단절의 여건일 수도 있고, 평화롭고 통상적인 기존 헌법에 대한 개혁의 여건일 수도 있는데, 후자의 경우에는 헌법 전체를 폐지하거나 교체하는 것일지라도 기존 헌법이 정한 규칙에 따라야 하는 반면, 전자의 경우는 그렇지 않고 한다<sup>107)</sup>. "공법학에서 쿠데타나 혁명 또는 그 효력에 대한 법이론에 할당된 장은 존재하지 않는다"<sup>108)</sup>는 카레 드 말베르그의 명제는 이 대목에서 등장한다. 법률가에게 실정헌법 바깥에 있는 헌법적 원칙들을 찾으라고 요구할 수 없으며, 헌법 너머에는 단지 사실만이 있을 뿐이라는 것이다<sup>109)</sup>. 헌법은 "국가를 구성하

102) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 490면(t.2).

103) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 490면(t.2).

104) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 490-491면(t.2).

105) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 493면(t.2).

106) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 494면(t.2).

107) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 495-497면(t.2).

108) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 497면(t.2).

109) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 500면(t.2).

는 것을 대상으로 하는 법이 아니라 이미 구성되어 있고 통상적인 기관을 보유한 국가에서만 존재할 수 있는 법으로 이해해야 한다."<sup>110)</sup> 따라서 시원적 제헌기관 즉, 최초의 헌법을 제정하는 기관은 엄밀히 말해 '기관'으로서 존재하는 것이 아니며, 국가 내에는 이미 구성된, 즉 헌법에 의해 형성된(constitué) 기관만이 존재할 뿐이다<sup>111)</sup>. 반대로 한번 형성된 국가 또는 헌법이 제정된 국가에서 헌법제정권력의 행사는 유효한 헌법이 지정한 기관에만 귀속될 수 있다<sup>112)</sup>. 달리 말하면, 법학적으로 의미 있는 헌법제정권력의 행사는 시원적인 것(originaire)이 아닌, 파생적인 헌법제정권력(pouvoir constituant dérivé)의 행사일 뿐이라는 것이다. 에릭 몰랭(Eric Maulin)의 표현에 의하면 카레 드 말베르그에게 있어 시원적 헌법제정권력은 "역사적이지만 비법적인 사실(fait historique a-juridique)"인 반면, 파생적 헌법제정권력은 "법적이지만 비역사적인 절차(procédure juridique anhistorique)"이다<sup>113)</sup>. 이러한 관점에서 본래적 의미의 헌법제정권력, 시원적으로 헌법을 창설하는 헌법제정권력은 이론적 시야에서 사라지고, 그 결과 헌법제정권력과 헌법에 의해 창설된 권력 사이의 구별과 위계를 논할 공간은 소멸된다. 이론적으로 포착될 수 있는 헌법제정권력은 파생적 헌법제정권력 뿐인데, 이는 헌법에 의해 창설된 권력, 헌법에서 도출할 수 있는 권한에 불과하다. 이런 관점에 따라 이후 프랑스 헌법학에서는 헌법개정권력이 헌법제정권력과 동치되고 주권적 지위를 차지한다는 이론이 전개될 수 있었다<sup>114)</sup>.

110) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 499면(t.2).

111) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 500면(t.2).

112) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 505면(t.2).

113) Maulin, 앞의 논문(주 94), 9면.

114) Beaud, 앞의 책(주 7), 319면 이하. 이에 대해서는 부연설명이 필요할 듯하다. 파생적 또는 도출된 헌법제정권력이라는 관념은 그 자체로 형용모순이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있기 때문이다. 헌법으로부터 파생, 도출될 수 있는 것은 헌법에 의해 창설된 권력(pouvoir constitué)일 뿐, 헌법제정권력일 수는 없다는 반론이 그것이다. 여기에는 프랑스 헌법학 특유의 용어사용 문제도 개입되어 있다. 프랑스어 constituer는 영어 constitute와 마찬가지로 우선 국가, 정부조직 등을 구성, 조직한다는 의미로 사용되는데, 근대 성문헌법의 헌법개정규정이 존재하는 경우 처음 헌법을 시원적으로 제정함으로써 국가 또는 정부조직을 구성하는 권력 뿐만 아니라 이를 헌법개정규정에 따라 변경함으로써 다시금 국가 또는 정부조직을 구성(reconstituer)하는 권력도 어의(語義)상 pouvoir constituant으로 표현하는 것이 가능할 수 있기 때문이다. 따라서 프랑스적 맥락에서 헌법개정권력(pouvoir de révision)은 pouvoir constituant인 동시에 pouvoir constitué이기도 하다는 역설이 발생하게 된다. Le Pillouer, Arnaud, "Le pouvoir de

법적으로 유의미한 헌법제정권력은 파생적 헌법제정권력일 뿐이라고 할 때, 그러한 헌법제정권력(실제로는 헌법개정권력)은 기관이론의 관점에서 헌법에 의해 창설된 기관으로서의 제헌의회(Assemblée Constituante), 즉 기실은 개헌의회에 귀속된다<sup>115)</sup>. 이 개헌의회는 최고기관이지만, 헌법에 의해 창설되었다는 점에서 제한된 권한을 가져야 한다<sup>116)</sup>. 그러나 카레 드 말베르그는 - 안쉬츠보다는 조금 더 신중하지만 - 그러한 헌법개정에 있어 실체적·내용적 한계가 없을 수 있음을 인정한다. 다시 말해, "국민주권은 개헌의회(les Constituantes, 제3공화국의 헌법개정권한을 가진 양원합동회의를 말한다)가 한계 없는 개정권한을 가질 가능성을 배제하지 않는다"는 것이다<sup>117)</sup>.

#### 4. 소결

안쉬츠는 입법권과 구별되는 헌법제정권력은 독일 헌법에서 사고될 수 없으며 그로 인해 헌법제정권력, 헌법개정권력, 입법권 사이의 위계도 성립할 수 없다고 보았다. 카레 드 말베르그 역시 법학적으로 유의미한 헌법제정권력은 파생적 헌법제정권력 즉, 헌법개정권력일 뿐이라고 보았다. 또한, 위 저자들은 모두 헌법개정에 있어서 실체적·내용적 한계를 인정할 수 없다고 보았다. 우리는 고

---

révision" in Troper, Michel & Chagnollaude, Dominique(dir.), *Traité international de droit constitutionnel t.3*, Dalloz(2012), 33-65면, 34면 ; Holmes, Stephen & Sunstein, Cass R., "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe" in Levinson, Sanford(ed.), *Responding to Imperfection - The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press(1995), 275-306면, 275면 참조.

115) 프랑스 제3공화국에서 헌법개정권한은 1975년 2월 25일 공권력의 조직에 관한 법률 제8조에 의해 양원이 구성하는 국민의회 절대다수가 가지고 있었다("양원은 자발적으로 또는 공화국 대통령의 요구로 인하여 상원과 하원이 서로 분리된 토의를 하고 투표의 절대 다수로 헌법적 법률에 대한 개정이 있다는 것을 선언할 권리를 가진다. 양원 각각이 이와 같은 결정을 한 다음 양원은 헌법적 법률에 대한 개정에 착수하기 위해서 국민의회로 소집된다. 부분적이든, 전부이든 헌법적 법률의 개정을 위한 심의는 국민의회 구성원의 절대다수로 이루어져야 한다"). 한동훈, 『프랑스 제3공화국 헌정체제 - 초기 정립과정을 중심으로』 한국학술정보(2009), 283면 참조.

116) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 604면(t.2).

117) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 604-605면(t.2). 카레 드 말베르그의 후기 저서에서는 헌법과 법률의 효력상의 우열이라는 관념도 받아들이지 않음을 명시하는 대목을 발견할 수 있다. Carré de Malberg, Raymond, *La Loi, expression de la volonté générale*, Recueil Sirey(1931), 138-139면.

전적 이해와 실증주의적 이해의 기본적 차이를 [표 1]과 같이 나타낼 수 있다.

	고전적 이해	실증주의적 이해
헌법제정권력의 분류	시원적인 것과 파생적인 것	법학적 대상으로는 파생적인 것만을 인정
헌법의 우위	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 시원적 제한권 &gt; 파생적 제한권 &gt; 입법권의 위계</li> <li>• 헌법의 입법에 대한 우위</li> </ul>	파생적 제한권의 우월적 속성을 인정하지 않거나, 인정하더라도 입법권과 본질적 차이가 있다고 보지 않음
헌법 개정의 내용적 한계	시원적 제한권을 잠탈하지 않도록 내용적 한계를 인정할 여지 있음	파생적 제한권을 국내법적 최고 권한으로 - 경우에 따라서는 주권적 권한으로 - 보기 때문에 헌법개정의 내용적 한계를 상징하기 어려움

[표 1] 고전적 이해와 실증주의적 이해의 비교

이러한 실증주의 헌법학의 결론들은 다른 한편으로는 헌법학의 탈주술화와 세속화를 시도한 결과라고 볼 수 있다<sup>118)</sup>. 법적 대상과 비법적 대상의 엄정한 구분, 법외적 요소의 법학으로부터의 추방을 목표로 삼은 실증주의 헌법학에서는 무엇이 헌법학의 대상이 될 수 있는지에 관한 문제가 중심적인 위치를 차지할 수밖에 없었던 것이다. 헌법제정현상과 시원적 헌법제정권력의 관념은 이 기준에 부합할 수 없었기에 그 정치적·사실적 중요성에도 불구하고 헌법학의 대상으로서의 자격을 인정받지 못하였다.

헌법학의 탈주술화 시도는 그 과정에서 헌법제정이 가지는 신비적 요소를 드러낸다는 점에서 의의가 없지 않다. 법적 근거를 두지 않는 시원적 헌법창설행위는 적어도 법적 분석의 대상으로서 난점을 야기하는 것만은 분명해 보인다. 그러나 이러한 탈주술화 시도가 가지는 의의와 가치를 완전히 부정할 수는 없다고

118) 헌법이론의 탈주술화에 관하여는 함재학, "국민주권과 정치신학: 헌법이론의 탈주술화는 요원한가?", 『법철학연구』 제19권 제2호(2016), 177-206면, 특히 197면 참조 ("이처럼 현존하는 모든 질서를 언제라도 갈아엎을 수 있는 이 제한권력이라는 개념이 가지는 역동성 내지 휘발성 때문에 프랑스혁명 초기부터 많은 논란이 있었다."). 위 문헌은 이러한 시에에스 - 슈미트 전통의 헌법제정권력론을 정치신학적 주술화의 전형으로 보면서 비판적 입장을 드러내고 있다.



하더라도, 헌법학으로부터 헌법제정의 현상과 그 근거에 관한 물음을 배제하는 것이 가능하고 바람직한지는 의문이다. 무엇보다 실증주의자들의 관점은 입법권, 헌법개정권력, 헌법제정권력 간의 위계를 인정하지 않기 때문에 헌법의 우위를 설명하기 어렵다는 중대한 난점을 가진다. 이는 헌법재판이 보편화되고 헌법의 우위가 원리적으로 인정되는 오늘날의 헌법현실을 설명하는데 있어 무력하다고 하지 않을 수 없다. 오늘날 국내 헌법학에서도 실증주의 헌법학의 설명을 채택하는 문헌은 찾아보기 어렵다는 사정도 이와 무관하지 않다고 보인다<sup>119)</sup>.

### Ⅲ. 양 이해의 공유지점과 현재의 국내 논의상황

#### 1. 고전적 이해와 실증주의적 이해의 공유지점

헌법재판소는 헌법 제29조 제2항에 대한 위헌소원 사건에서 "헌법제정권력과 헌법개정권력을 준별하고, 헌법의 개별규정 상호간의 효력의 차이를 인정하는 전제하에서 헌법제정규범에 위반한 헌법개정에 의한 규정, 상위의 헌법규정에 위배되는 하위의 헌법규정은 위헌으로 위헌심사의 대상이 된다거나, 혹은 헌법규정도 입법작용이라는 공권력 행사의 결과이므로 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원의 대상이 된다는 견해가 있을 수는 있다. 그러나 ... 헌법제정권과 헌법개정권의 구별론이나 헌법개정관계론은 그 자체로서의 이론적 타당성 여부와 상관없이 우리 헌법재판소가 헌법의 개별규정에 대하여 위헌심사를 할 수 있다는 논거로 원용될 수 있는 것이 아니다."<sup>120)</sup>고 판시하면서 헌법제정과 헌법개정에

119) 일관된 실증주의 헌법학의 관점에서 헌법제정 - 헌법개정을 설명한 국내 학자로는 거의 유일하게 박일경 교수를 들 수 있다. 박일경, 앞의 책(주 72), 144면 참조. 헌법제정권력이론을 받아들이면서 법실증주의적 이해를 배척하는 것이 국내의 일반적 경향이 라는 평가로는 정재황, 『헌법학(제2판)』, 박영사(2022), 58면도 참조.

120) 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 846-847. 위와 같은 결론은 이후 헌재 1996. 6. 13. 94헌바118등, 판례집 8-1, 500 ; 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20, 판례집 8-1, 475 ; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289 ; 헌재 2005. 5. 26. 2005헌바28 ; 헌재 2018. 5. 31. 2013헌바22등 여러 사건에서 일관되게 유지되고 있다. 다만, 위 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38 결정에서는 "더 이상 감내할 수 없을 정도로 일반인의 정의감정에 합치되지 아니하는 경우에는 헌법의 개별조항도 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호, 헌법재판소법 제41조 제1항 및 헌법재판소법 제68조 제2항

관한 이해를 드러낸 바 있다. 여기서 헌법재판소는 헌법제정권력과 헌법개정권력 사이의 위계를 강조하는 고전적 이해를 취하더라도 그것이 곧바로 개별 헌법규정에 대한 위헌심사의 근거가 되는 것은 아니라는 입장을 취하고 있지만, 적어도 고전적 이해와 실증주의적 이해 사이의 엄연한 차이를 전제로 논증을 펼치고 있다고 여겨진다<sup>121)</sup>. 이러한 양 입장 사이의 근본적 차이는 앞의 이론사적 논의를 통해서 확인할 수 있는 바이다.

그러나 고전적 이해와 실증주의적 이해는 헌법제정과 헌법개정을 이해하는 판이한 관점에도 불구하고 어떤 중요한 암묵적 전제를 공유하고 있기도 하다. 돌이켜 살펴보면, 실증주의적 이해가 시원적 헌법제정을 법학의 영역에서 추방한 이유는 시에예스 - 슈미트와 마찬가지로 헌법제정이 시원적일 뿐만 아니라 무제한적이고 법적 기속으로부터 자유로우며 그러한 의미에서 합법성의 잣대로 평가될 수 없다고 보았기 때문이었다. 실증주의적 관점에서 볼 때 법적으로 근거지워지지 않은 기관과 그 권한은 법적인 의미를 가지지 않는 것이기에 시원적 헌법제정권력과 최초의 제헌의회는 법학의 세계에서 할당된 자리를 가질 수 없는 것이었다. 이렇게 본다면 실증주의 헌법학의 이해는 많은 면에서 고전적 이해와 대립하지만, 다른 한편으로는 헌법제정권력과 헌법제정현상을 적극적으로 논의하면서도 그로부터 규범적 차원을 배제하는 시에예스 - 슈미트적 입론의 어떤 이면일 수 있다. 오늘날에도 여전히 실정법질서의 효력과 정당성의 궁극적 원천을 법질서 바깥에 두는 위험한 주장이라는 이유로 헌법제정권력 개념을 헌법학에서 추방

---

소정의 법률의 개념에 포함되는 것으로 해석하여 헌법재판소가 그 위헌성을 확인할 수 있어야" 한다는 반대의견이 나오기도 하였다.

121) 반면, 인도 대법원은 Kesavananda Bharati v. State of Kerala 판결(1973) 등에서 칼 슈미트의 헌법제정 - 헌법개정 이론을 토대로 헌법개정에 대한 위헌심사권한을 명시적으로 인정한 바 있다. 위 판결에는 막스 플랑크 연구소 연구원이던 Dietrich Conrad의 델리 강연이 지대한 영향을 미친 것으로 알려져 있다. Grimm, Dieter, "Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments", *Nomos*, Vol.2016-2, 1-8면, 6면. Kesavananda Bharati 판결의 배경과 의미에 대하여 간략한 것은 Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions - Charismatic Leadership and the Rule of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press(2019), 67면 이하 ; 괴출러, 케말(윤정인 옮김), 『헌법개정에 대한 사법심사: 비교연구』, 푸블리우스(2020), 108면 이하 참조. 인도 대법원의 헌법개정 위헌심사에 인용된 헌법의 기본구조 이론에 관하여 보다 자세한 연구로는 Krishnaswamy, Sudhir, *Democracy and Constitutionalism in India - A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford University Press(2009) 참조.

해야 한다는 주장이 일각에서 제기되고 있는 것은 헌법제정에 대한 이러한 이해와 무관하지 않을 수 있다<sup>122)</sup>.

앞서 언급한 바와 같이 현재 국내 헌법학 문헌들은 압도적으로 고전적 이해에 의한 설명을 채택하고 있다<sup>123)</sup>. 이하에서는 위 문헌들이 헌법제정에 대해 기술하고 있는 바를 확인하고 이를 고전적 이해와 실증주의적 이해가 공유하는 전제라는 관점에서 평가해 볼 것이다.

## 2. 현재의 국내 논의상황

"헌법제정권력은 초실정적인 법원칙에 구속되면서도 법질서를 창조하는 권력인 이상 당연히 형식 또는 절차규정에는 구속되지 않으며, 법치국가적인 합법성의 원리를 배제하는 제한권의 발동도 앞서 언급한 근본규범에 합치되는 한 정당성을 획득하여 법규범으로서 타당하게 되는 것이다."<sup>124)</sup>

"시원적 제한권의 발동은 구질서를 새로운 질서로 대체하기 때문에 혁명적일 수밖에 없다. 혁명이란 새로운 질서의 창출을 의미한다. ... 기존의 정치·사회적 조직은 폐지되고, 새로운 법체제로 대체된다. 혁명은 ... 새로운 법질서 창출의 기원이 된다"<sup>125)</sup>. ... 시원적 제한권은 주어진 헌법 질서가 정상적으로 작동되지 못하는 비상시에만 행사될 수 있다. 즉 시원적 제한권의 행사는 기존의 법질서가 소멸되거나 무효화되는 법적 공백상태에서 새로운 질서를 창출하기 위한 무조건적인 것이다."<sup>126)</sup>

---

122) 이와 같은 주장에 대해서는 예컨대 Dyzenhaus, David, "The Politics of the Question of Constituent Power" in Loughlin, Martin & Walter, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press(2007), 129-146면 ; Dyzenhaus, David, "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power", *Global Constitutionalism*, Vol.1, No.2(2012), 229-260면 ; Hasebe, Yasuo, "On the dispensability of the concept of constituent power", *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol.3, No.1(2009), 39-51면 참조

123) 위 II.4. 참조.

124) 김철수, 『헌법학개론(제9전정신판)』 박영사(1997), 39-40면.

125) 성낙인, 앞의 책(주 4), 42면.

126) 성낙인, 앞의 책(주 4), 41면.

"헌법제정은 구 헌법질서를 무너뜨리고 새로운 헌법질서를 형성하는 것을 말한다. 헌법제정은 파괴적이지 창조적인 행위로서, 혁명에 동반되는 경우가 많다. ... 헌법의 제정은 법적 개념이나 이론만으로 설명할 수 없는 정치적, 사실적, 권력적 현상이다."<sup>127)</sup>

"헌법제정권력이 가지는 창조성은 헌법제정의 형식이나 내용에 있어 어떠한 규정에 의해서도 규율되지 않는 무조건성을 의미한다. 헌법제정의 형식이나 절차에서 문제가 되는 것은 정당성일 뿐이다. ... 헌법제정권력이 이 모두를 창출해내는 모체로서 나누어지지 않는 불가분의 것이다."<sup>128)</sup>

위 인용문들은 국내 헌법학 문헌들에서 헌법제정에 관하여 설명한 대목이다. 위와 같은 서술들은 고전적 이해에 터잡아 헌법제정권력과 헌법개정권력의 준별과 위계를 인정하고 있지만, 동시에 헌법제정에 대한 이해에 있어서 실증주의 헌법학이 고전적 이해와 공유하고 있는 지점을 잘 보여준다<sup>129)</sup>. 헌법제정은 혁명적 상황에서 헌법이 시원적으로 성립하는 사태를 가리키며, 구체제의 규범적 기속이 부재하는 공백의 상황에서 일어나는 것으로 기술된다. 헌법제정은 합법성의 잣대로 평가될 수 없으며 정치적, 사실적, 권력적 현상으로서 정당성 관념에 의해 평가될 수 있을 뿐이라는 것이다. 요컨대, 위 서술들에서 고전적 이해를 취하더라도 실증주의적 이해와 공유하는 헌법제정관이 여전히 전제되고 있음을 확인할 수 있다. 이어지는 제2절에서는 이러한 헌법제정에 대한 이해를 헌법개정과 대비하여 정리함으로써 그 속성들을 추출하고, 이러한 고전적 이해의 한계와 문제점은 무엇인지 살펴볼 것이다.

---

127) 김하열, 앞의 책(주 4), 34-36면.

128) 정종섭, 앞의 책(주 4), 45-46면.

129) 앞서 본 바와 같이 국내 헌법학에서 실증주의적 이해를 바탕으로 헌법제정 - 헌법개정을 설명하는 견해는 과거 박일경 교수의 사례를 제외하면 찾아보기 어렵다.

## 제2절 고전적 이해의 헌법제정 관념과 그 문제점

### I. 헌법개정과 대비되는 헌법제정의 속성들

이제 앞서 살펴본 헌법제정의 속성들을 헌법개정에 귀속되는 속성들에 대한 서술과 몇 가지 지점을 기준삼아 비교해 보자. 헌법제정은 "정치적, 사실적, 권력적 현상"<sup>130)</sup>으로서 실정헌법적 근거나 요건의 제한을 받지 않는 것이 통상적인 반면, 헌법개정은 실정헌법적 근거로서의 헌법개정규정이 주체, 절차 또는 내용적 한계에 관한 요건을 두는 것을 전제로 한다<sup>131)</sup>.

헌법제정은 기존 질서와 단절하고 "새로운 질서를 창출"<sup>132)</sup>하는 행위로서 그 전후의 양 헌법 사이에는 통상 불연속과 단절이 발생한다. 이젠제(Josef Isensee)는 이러한 관점에서 독일 기본법 제146조에 의해서 제정된 새로운 헌법이 기본법 문언을 전혀 변경하지 않고 그대로 헌법의 내용으로 삼는다고 할지라도 기본법과 새 헌법은 불연속적 관계에 있는 것으로 보아야 한다고 한다<sup>133)</sup>. 반면, 헌법개정에서는 기존 헌법과의 "동일성과 연속성을 유지"하는 것이 절차적으로나 실제적으로 요구된다고 기술되며<sup>134)</sup>, 경우에 따라서는 독일기본법 제79조

130) 김하열, 앞의 책(주 4), 36면.

131) 특히 슈미트가 헌법제정권력의 자의적이고 무제한적이며 양도불가능한 속성이라는 규정들을 시에에스의 해석으로부터 도출한 양상에 대해서는 Rubinelli, 앞의 책(주 8), 116-118면 참조.

132) 성낙인, 앞의 책(주 4), 41면.

133) Isensee, Josef, "Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* *XV*, C.F. Müller(3.Aufl., 2014), 131-186면, 137-138면("기본법 제146조에 의한 헌법교체는 제79조 제2항에 따른 절차를 준수하지 않아도 되었을 것이다. 그것은 기본법 제79조 제3항에 따른 기본법의 핵심을 침범하지 말아야 할 필요도 없었을 것이다. 기본법 제146조에 의해 교체된 헌법은 시원적 헌법제정에 의해 창설되었을 것이기 때문이다. 소멸하는 헌법의 개정규정은 여기에 적용되지 않는다. 연방헌법재판소 결정의 기속력과 법적 효력도 기본법과 함께 그 기초가 상실되었기 때문에 소멸되었을 것이다. 새로운 헌법이 기본법 텍스트를 전혀 바꾸지 않고 그대로 채택했을 경우이라도 이러한 불연속이 발생했을 것이다."). 독일기본법 제146조는 "독일의 통일과 자유 성취 후 전체 독일 국민에게 적용되는 이 기본법은 독일 국민이 자유로운 결정에 따라 정하는 헌법의 효력발생일에 그 효력을 상실한다"고 규정한다.

134) "헌법의 개정은 현재 존재하고 있는 헌법의 기본적인 동일성과 연속성을 유지하면서 헌법이 정한 절차에 따라 의식적으로 헌법의 조항을 변경하는 헌법개정권력의 행사를

제3항이나 프랑스헌법 제89조 제4, 5문과 같이 이를 보장하기 위한 실체적 개정 금지조항을 두기도 한다<sup>135)</sup><sup>136)</sup>.

헌법개정은 기존 헌법의 근거와 요건에 따라 이루어지며 헌법개정에 따라 성립하는 새로운 헌법규범은 그 효력을 기존 헌법으로부터 도출하지만, 헌법 제정은 "법적 공백상태에서 새로운 질서를 창출하기 위한 무조건적인 것"<sup>137)</sup>으로서 이를 통해 성립하는 헌법규범의 효력은 시원적이다.

"헌법제정권력은 이[입법권, 행정권, 사법권, 헌법재판권으로 분할되는 국가권력]와 달리 이 모두를 창출해내는 모체로서 나누어지지 않는 불가분의 것"<sup>138)</sup>이므로 헌법제정은 헌법에 의해 비로소 창설된 권한들을 조직하는 원리인 권력분립원리의 적용을 받지 않으며 제헌의회 등 단일한 헌법제정기관에 집중될 수 있는 과업으로 이해된다. 반면, 헌법개정은 발의권자, 의결권자, 승인권자를 헌법에 의해 창설된 여러 기관에 분산시킬 수 있다<sup>139)</sup>.

헌법제정은 헌법개정과 달리 주체, 절차, 내용에 관한 실정법적 요건을 상정하기 어렵다는 이유 때문에 합법성이라는 견지에서 평가될 수 없다. 즉, 정통성·정당성(legitimacy)만이 그 평가기준이 될 수 있다<sup>140)</sup>. 어떤 특정한 정통성 관

---

말한다." 정종섭, 앞의 책(주 4), 94면 참조.

135) 독일기본법 제79조 ③ 연방을 각 지방으로 분할편성하는 것, 입법에 있어서 지방의 원칙적인 협력 또는 제1조와 제20조에 규정된 원칙들에 저촉되는 기본법 개정은 허용되지 아니한다.

136) 프랑스헌법 제89조 [제4문] 영토의 보전을 침해하는 헌법개정절차는 개시되거나 계속될 수 없다. [제5문] 정부의 공화체제는 개정의 대상이 되지 아니한다.

137) 성낙인, 앞의 책(주 4), 41면.

138) 정종섭, 앞의 책(주 4), 46면.

139) 대한민국헌법은 발의권자를 대통령 또는 국회 재적의원 과반수(제128조 제1항), 의결권자를 국회(제130조 제1항), 승인·비준권자를 국민투표권자로서의 국민(제130조 제2항)으로 분산시키고 있다. 헌법제정과정에서 승인·비준권한을 국민투표에 유보하는 것은 어렵지 않게 찾아볼 수 있으나, 그렇다고 하더라도 헌법안 기초, 의결의 과정에서 중심적인 기관으로 제헌의회를 소개하는 것은 여러 문헌에서 공통된다. 성낙인, 앞의 책(주 4), 46면 ; 정종섭, 앞의 책(주 4), 48면 ; 김하열, 앞의 책(주 4), 34면.

140) 계획열, 『헌법학(상)(제2보정판)』 박영사(2002), 103면["Badura에 따르면 헌법제정시의 기존 법질서에서 볼 때 헌법의 제정은 합법적(legal)일 수 없고 다만 특정의 정치적 이념에서 볼 때 정당(legitim)할 수 있을 뿐이라는 것이다. 바로 여기에서 헌법제정권력의 이론이 혁명의 개념과 밀접하게 결합되어 있음을 볼 수 있다고 한다. 혁명은 법과괴적(rechtzerstörend)인 동시에 법창조적(rechtbegründend)이라는 것이며 혁명이 법의 계속성을 파괴함으로써(하면서) 혁명의 합법성을 창출한다는 것이다."]. 여기에서 인용되고 있는 문헌은 Badura, Peter, "Verfassung", in: Kunst, Hermann, Herzog,

념과 정통성 원리 - 예컨대 민주주의 - 에 부합하는 절차적·내용적 특성을 보유하는지 여하에 따라서만 평가될 수 있을 뿐이며<sup>141)</sup>, 그 정통성은 기존 법질서에 의존하지 않는 새로운 시작을 정당화할 수 있는 것이어야 한다. 반면, 실정헌법적 근거와 요건이 존재하는 헌법개정은 합법(헌)성이라는 기준에 의해 평가하는 것이 가능하고, 헌법개정에 따라 성립한 헌법규범의 궁극적인 정통성은 기존 헌법으로 거슬러 올라가는 것이 통상적이다.

이상의 비교·대조 내용을 다음 [표 2]와 같이 정리할 수 있을 것이다<sup>142)</sup>.

	헌법제정	헌법개정
성립근거	실정(헌)법적 근거가 없음	실정헌법규정상 수권규범 존재
실정법적 요건	주체, 절차, 내용에 관한 실정법적 요청이나 요건 부재	주체, 절차 (때로는 내용적) 한계가 (헌)법적으로 규정
연속성	규범적 불연속	규범적 연속
효력의 성격과 근거	헌법효력의 시원성	헌법효력의 파생성
제도적 양상	단일한 중심에 집중	여러 기관에 분산될 수 있음
평가기준	정당성(또는 부당성)이 평가기준이 되며, 경우에 따라서는 법적 혁명으로 평가됨	합법성 또는 비합법성이 평가기준이 될 수 있음

[표 2] 고전적 이해에 입각한 헌법제정과 헌법개정의 속성들

Roman & Schneemelcher, Wilhelm(Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon(2. Aufl.)*, Kreuz Verlag Stuttgart(1975), 2708-2725면, 2714면("헌법제정은 그 시점의 법적 상황에 의해 합법적인 것으로 평가될 수는 없으며, 단지 특정한 정치적 이념에 따라 정당화될 수 있을 뿐이다.")이다. 헌법제정에 정당성을, 헌법개정에 합법성을 기준으로 귀속시키는 견해로 정재황, 앞의 책(주 119), 62-63면도 참조.

141) 이 점을 지적함과 동시에 정당성 판별의 어려움을 함께 언급하는 논의로는 성낙인, 앞의 책(주 4), 43면.

142) [표 2]는 Winterhoff, Christian, *Verfassung - Verfassunggebung - Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck(2007), 183-192면의 설명을 토대로 한 193면의 표를 소폭 수정하여 작성한 것임.

## II. 헌법제정에 귀속되는 속성들에 대한 검토

### 1. 헌법제정에 귀속되는 고전적 속성들의 문제점

문제는 헌법제정과 헌법개정을 이분법적으로 대별시키면서 헌법제정에 [표 2]와 같은 속성들을 귀속시키는 관점이 성문의 실정법으로서의 헌법이 생성되는 국면, 즉 그 과정과 절차에 관련된 규범적 차원에 대한 접근을 어렵게 한다는 점이다. 실제로 시에에스 - 슈미트의 헌법제정론에 함축되어 있는 신비적, 신학적 요소에 대한 지적이 없지 않다<sup>143)</sup>. 슈미트 자신도 "현대 국가론의 중요 개념은 모두 세속화된 신학 개념이다"<sup>144)</sup>라고 말한 바 있거니와, 헌법제정권력이라는 개념은 중세적 관념에서 오직 신에게만 귀속되었던 '구성하는 권력(potestas constituens)'을 세속적 주체인 군주나 인민으로 이전시킨 것이다<sup>145)</sup>. 불가분적이고 항구적이며 무제한적인, '무로부터 창조'하는 힘인 헌법제정권력으로부터 어떻게 유한하고 분립된 헌법상의 권한들이 창설되는지, 헌법상 권한을 배분받은 기관들에 의해 영위되는 '정상정치(normal politics)' 와중에 어떻게 다시 헌법제정권력이 개입할 수 있는지를 설명함에 있어 신비적 요소가 소환되는 모습은 오늘날의 문헌에서도 발견할 수 있다<sup>146)</sup>.

필자는 헌법제정에 대한 이러한 이해 - 이는 앞서 보았듯이 실증주의 헌법학이 시원적 헌법제정을 법학의 영역에서 추방한 이유이기도 하다 - 에 관하여 두 가지 측면에서 재검토가 필요하다고 본다. 첫 번째는 헌법제정 - 헌법개정 개

---

143) 슈미트와 동시대의 것으로는 Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften Bd.III(2. Aufl.)*, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck) Tübingen(1992), 394면[헬러, 헤르만(홍성방 옮김), 『국가론』 민음사(1997), 394면("국민은 바로 '의식적 동일성 내에서는 자기 자신'이며 정치적으로 행위능력이 있는 통일체라는 것은 정치신학일 수는 있으나 분명 국가이론은 아니다")]. 최근의 국내 연구로는 함재학, 앞의 논문(주 118), 198면 이하 참조.

144) Schmitt, Carl, *Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität(4. Aufl.)*, Dunker & Humblot · Berlin(1985), 49면[슈미트, 칼(김항 옮김), 『정치신학』 그린비(2010), 54면].

145) Schmitt, 앞의 책(주 41), 77면.

146) 가령 이를 헌법제정권력에 고유한 어떤 해소불가능한 마법적 요소로 이해하는 경우가 그러하다. Klein, Claude, "Le pouvoir constituant" in Troper & Chagnollaude(dir.), 앞의 책(주 114), 6-31면, 24면 이하.



념의 이론적 해명과 관련된 것으로서 헌법제정에 귀속되는 것으로 서술되는 속성들 중 필수적이지 않은 것들이 무엇인지에 대한 검토가 필요하다는 것이다. 단지 전형적인 것에 불과한 요소와 필수적인 요소를 구별하지 못하면 헌법제정행위에 필요 이상으로 많은 속성을 부여함으로써 개념적 오해와 혼선이 발생할 수 있기 때문이다. 따라서 이와 관련하여 우선 개념적 기초 차원에서 헌법제정과 헌법개정의 구별을 재점검할 필요가 있어 보인다(아래 제2, 3항).

두 번째는 제도적이고 절차적인 측면에 관련된다. 고전적 헌법제정의 이해에 터잡을 때 헌법제정의 무제한적이고 불연속적인 속성이 특별대표로서의 제헌의회에 이전되어 제헌의회가 어떤 법적 기속도 없이 '단번에' 헌법을 창설할 수 있는 배타적, 독점적 권한을 가지는 것으로 이해될 가능성이 발생할 수 있다<sup>147)</sup>. 이는 헌법제정의 절차설계 차원에서 규범적 측면을 고려하기 어렵다는 현실적이고 실천적인 문제와 관련하여 검토될 필요가 있다(아래 제4항).

## 2. 개념적 혼선과 과잉의 문제

우선 논의의 적용범위를 명확히 할 필요가 있다. 본고는 헌법제정과 헌법개정의 개념적 구별은 성문헌법전이 헌법규정의 수정과 추가, 삭제 등을 위한 명시적 수권규정을 두고 있는 구체적 상황을 전제로 하여서만 성립할 수 있다고 본다<sup>148)</sup>. 성문헌법의 실정성을 전제하지 않는다면 실정헌법에 의한 명시적 수권에 따른 헌법의 변경으로서의 헌법개정을 논의할 수 없기 때문이고, 특정한 헌법규범의 성립사태를 헌법제정 또는 헌법개정으로 분류하는 실익도 없기 때문이다<sup>149)</sup>. 따라서 이하 논의에서 헌법제정과 헌법개정이라는 개념은 명시적인 개정

147) 이 점에 대해서는 자세한 논의는 제4장 제4절 I, II.1.(2) 참조.

148) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 283면 이하, 287면 이하 참조.

149) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 283면 이하. 헌법 개념의 역사에 있어 성문성과 실정성이 획득되는 과정에 대해서는 Grimm, "Ursprung und Wandel der Verfassung"(주 36), 9면["The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution"(주 36), 22면] ; Grimm, Dieter, "Verfassung (II.)", in: Brunner Otto, Conze, Werner & Koselleck, Reinhard(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe Band 6*, Klett-Cotta(1990), 863-899면[문하우프트, 하인츠·그림, 디터(송석운 옮김), 『코젤렉의 개념사 사전 20』 푸른역사(2021) ; Maddox, Graham, "Constitution" in Ball Terence, Farr, James

규정을 포함하는 성문헌법에 관하여 사용하되<sup>150</sup>), 헌법규범이 만들어지는 사태를 개념적 분류와 무관하게 중립적으로 지칭할 필요가 있을 때에는 '성립(Entstehung)' 또는 '창설(Schaffung)'이라는 용어를 사용할 것이다<sup>151</sup>).

이러한 전제하에서 볼 때, 우리는 여러 실정헌법의 사례들을 통하여 앞서 본 헌법제정의 표지들 중 상당수가 본질적 속성이라기보다는 단지 전형적 표지일 뿐이라는 점을 확인할 수 있다. 앞서 [표 2]에서 본 헌법제정의 첫 번째 속성('성립근거' 항목)는 실정(헌)법적 근거가 부재한다는 것이었다. 그러나 독일기본법 제 146조는 장래 국민의 자유로운 결정에 의한 헌법이 제정되면 기본법은 효력을 상실한다는 것을 규정함으로써 미래의 헌법제정을 합헌(법)적인 것으로 평가할 근거를 실정헌법 차원에서 명시하고 있다<sup>152</sup>). 이는 헌법제정에 실정헌법적 근거

---

& Hanson, Russel L.(eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press(1989), 50-67면 ; Stourzh, Gerald, "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century" in Ball, Terence & Pocock, J.G.A.(eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas(1998), 35-54면 참조.

150) 헌법제정(Constitution-making)을 본격적인 주제로 삼으면서도 그 대상인 헌법에 성문헌법을 초과하는 (불문의) 실질적 의미의 헌법까지 포함시키는 견해로는 아라토의 것이 있다. Arato, Andrew, *The Adventures of the Constituent Power - Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press(2017), 2-3면. 대상에 대한 분석이 형식적 차원에 그치는 것을 경계해야 한다는 문제의식에는 동의할 수 있더라도, 헌법제정과 헌법개정을 개념적으로 구별하는 것과 관련하여서는 실정 성문헌법을 전제로 하는 것이 타당한 방식이라고 생각된다. 그렇지 않다면 불문헌법의 변경에 성문헌법상의 개정 절차가 요구되는지 등이 문제되면서 여러 개념적 혼선이 불가피해질 것이다. 이 논점은 실행정수도 건설을 위한 특별조치법 사건에서 잘 드러난 바 있다. 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 판례집 16-2하, 1.

151) 헌법학적 현상이 아니라 정치사회학적 현상으로 '헌법성립' 개념을 사용하는 예로는 허영, 『헌법이론과 헌법(신8판)』 박영사(2017), 51면 참조. '창설(Schaffung)'이라는 용어를 이와 같이 사용하고 있는 사례로는 Winterhoff, 앞의 책(주 142), 320면 등 참조. 물론 이러한 중립적 개념이 필요한 이유는 헌법개정과 헌법제정의 구별이 그에 대한 명명(命名)의 단순한 기술, 즉 당해 절차를 어떻게 부르는가를 넘어서 학문적으로 성격 규정을 시도하는 것이 적절한 개념적 도구와 사례에 대한 구체적 고찰 없이 이루어지기 어렵기 때문이다. 정교한 개념적 규정의 시도 없이 명명(命名)을 토대로 또는 헌법 전 변화의 규모나 내용만을 토대로 경험적, 양적 연구를 설계하는 것이 난점에 부딪히는 것은 이 때문이다. 이에 대해서는 Law, David S. & Whalen, Ryan, "Constitutional Amendment versus Constitutional Replacement" in Contiades, Xenophon & Fotiadou, Alkmene(eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge(2021), 74-100면 참조(단, 위 연구는 헌법제정 대신 헌법교체의 개념을 기준으로 하고 있다. 헌법교체와 헌법제정의 관계에 대해서는 제4장 제2절 III.1.의 논의 참조.)

가 없다는 명제 뿐만 아니라 기존 헌법의 관점에서 위헌적이라거나 합법/위법을 기준으로 평가하는 것이 불가능하다는 명제([표 2] '평가기준' 항목)에 대해서도 예외를 구성한다<sup>153)</sup>.

다음으로 헌법개정에는 연속성이, 헌법제정에는 규범적 불연속이 귀속된다는 속성 분류에 대해서 보자([표 2] '연속성' 항목). 그런데 스위스 헌법 제193조는 헌법규정의 전부개정을 통한 헌법규정들의 전부교체되어 형식적 불연속성이 발생하는 것을 예정하고 있음에도 이를 전부'개정'으로 개념화하고 있는바, 이 역시 예외 없는 규정이라 할 수 없다<sup>154)</sup>. 다른 한편, 절차적·형식적으로 헌법개정 규정을 활용하였으나, 실체적·내용적 차원에서 정당화 원리의 교체, 즉 불연속이 발생하였다면 여전히 헌법개정으로 볼 수 있는지의 문제도 있다. 가령 1946년 일본국헌법과 같이 메이지헌법(明治憲法)의 헌법개정절차에 따라 성립하였으나 천황주권과 단절하고 국민주권원리를 채택한 경우가 그러하다<sup>155)</sup>. 이러한 사례들을 종합하여 보면 헌법개정은 규범적 연속성을, 헌법제정은 규범적 불연속성을 그 속성으로 한다는 이분법과 연속성과 불연속성이 헌법제정 - 헌법개정과 가지는 관계를 재검토할 필요성이 있어 보인다<sup>156)</sup>.

---

152) 빈터호프는 이 규정의 성격을 '선언적 교체유보조항'이라고 본다. 이에 대해 자세한 것은 제4장 제2절 III.1. 참조.

153) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 329면 이하.

154) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 330면 이하("스위스 전부개정의 범례에 따른 형성적 헌법교체가 있는 경우 새로운 헌법의 효력은 기존 헌법으로부터 도출되며 이로써 파생적 성격을 가지게 된다. ... 새로운 헌법의 창설이라는 목표와 효력지속목표의 결여 및 실체적 한계의 부재도 이러한 분류를 변경하지 않는다."). 헌법규범의 연속성/ 불연속성과 헌법제정/ 헌법개정 분류의 관계에 대해서는 제4장 제2절 III.에서 다시 본다.

155) 최경옥, "일본국헌법의 제정과정과 특징", 『헌법학연구』 제8권 제2호(2002), 373-400면, 392-393면 참조("이런 경우에, 첫째는 이와 같은 일본국헌법이 명치헌법의 전면개정인가 아니면 새로운 헌법제정인가 하는 의문이 남는다. ... 실질적으로는 명치헌법의 전면개정보다는 새로운 헌법제정에 해당한다고 보여진다. 왜냐하면 우선, 일본국헌법의 국체가 명치헌법과는 전혀 다르므로 명치헌법의 내용면에서의 연속성이 발견되지 않기 때문이다. 그 예로는 천황중심적인 제도가 국민주권으로 변한 것이 그 대표적 예가 될 것이다."). 반면, 우리 헌정사에서 1962년 헌법은 1960년 헌법의 헌법개정 규정과 무관하게 성립했다는 점에서 헌법개정으로 보기 어려웠고 당대의 많은 평가도 그러하였지만, 군정은 국제관계에서 국가적 동일성과 연속성에 관한 문제체계를 우려하여 그 성립절차를 헌법의 '개정'이라고 칭하였는데, 이는 절차적·형식적 형태를 기준으로 볼 때 '제정'에 해당함에도 이를 '개정'으로 명명한 경우이다. 상세한 것은 조동은, "1962년 헌법제정론과 헌법개정론의 논쟁에 대한 연구", 『법학연구』 (전북대학교 법학연구소) 통권 제49집(2016. 8.), 57-97면.

이와 같은 몇 가지 반증사례들을 검토해 보더라도 국내외 문헌들을 토대로 [표 2]에서 헌법제정에 귀속되는 것으로 분류한 속성 중 상당수는 필수적이고 본질적인 것이라기보다는 단지 전형적인 것에 불과하다는 것이 드러난다. 그렇다면 우리가 앞서 본 헌법제정의 여러 속성 중 "합법성의 원리의 배제", "기존의 법 질서가 소멸되거나 무효화되는 법적 공백상태", "혁명에 동반되는 경우가 많다"는 언명들은 전형적이고 통상적인 사례에 대한 묘사에 그칠 뿐, 헌법제정의 필수적 속성은 아닐 가능성이 발생한다. 이는 '전형적'이지 않은 헌법제정도 존재할 수 있음을 뜻하며, 역사적 경험의 축적에 따라 전형적인 것에 대한 관념이 변화할 수도 있음을 의미한다.

### 3. 헌법제정 - 헌법개정에 관한 잠정적 기초규정

본고는 이러한 관점에서 제3장의 사례연구와 제4장의 이론적 분석을 통해 기존의 관념에 의할 때는 '비전형적'이지만 독자적인 일관성과 통합성을 가지는 헌법제정절차가 존재할 수 있음을 보이려 한다. 그러나 이를 위해서는 우선 본고가 채택하는 헌법제정과 헌법개정의 개념적 기초를 이 단계에서 점검하고 명확히 할 필요가 있을 것으로 판단된다. 이러한 과제를 수행하기 위해서는 양 개념을 규정함에 있어 비전형적인 요소들까지 포괄하면서도 상호 구별을 유지할 수 있는 최소주의적 관점에 설 필요가 있는바, 필자는 앞서 프랑스적 맥락에서 헌법 제정권력의 유형을 구별하는 데 사용되었던 '시원적(originaire) - 파생적(dérivé)'이라는 규정들로부터 출발하는 것이 유용하다고 본다<sup>157)</sup>. 이는 대부분의 헌법학 문헌에서 채택하고 있는 헌법제정과 헌법개정의 공통된 표지들의 핵심을 집약하는 표현이기도 하기 때문이다.

여기서 주목해야 할 것은 파생성과 시원성은 실정헌법규범의 **효력**과 관련하여 말해지는 속성이라는 점이다. 헌법규범의 효력은 다른 헌법규범으로부터

156) 이 점에 대해서는 제4장 제2절에서 집중적으로 다시 논의할 것이다.

157) 카레 드 말베르그는 시원적 헌법제정권력은 법적으로 무의미하다고 보았고, 기존 실정헌법에 근거를 두고 있는 파생적 헌법제정권력(기실은 헌법개정권력)만이 법학적 분석의 대상이 될 수 있다고 보았음은 앞서 살핀 바와 같다. 위 제1절 II. 3. 참조.

파생적으로 도출되거나, 다른 실정법규범과의 도출관계 없이 시원적으로 성립한다<sup>158)</sup>. 파생적 효력의 필수조건은 그 성립의 합헌(법)성이므로 기존 헌법의 절차적·실체적 요건을 위반한 헌법의 성립은 파생적 효력을 가질 수 없다. 즉, "헌법 창설의 합법성은 그 파생적 효력의 필수적 전제이다."<sup>159)</sup> 다시 말해 새로운 헌법 규범의 파생적 효력은 실정헌법적 수권 또는 위임에 근거하고 그 요건을 준수하였다는 점에 기초하며 그러한 의미에서 기존 헌법으로 소급해 갈 수 있는 성격을 가진다. 반면, 시원적이라는 것은 헌법규범의 효력이 그 발생과 존립을 기존 헌법에 의존하지 않음을, 즉 헌법에 의해 창설된 권한과 도출관계에 있지 않음을 의미한다<sup>160)</sup>. 즉, 시원성은 법규범으로서의 효력이 다른 법규범으로부터 파생적으로 도출되지 않았음에도 불구하고 성립하는 예외적인 경우를 일컫는 것이다.

시원성과 파생성을 이와 같이 규정하는 것은 헌법창설의 절차적 측면과 실체적 측면을 통일적으로 파악할 수 있게 해준다는 장점을 지닌다. 우선 실정헌법에 의해 헌법개정권한을 위임받은 기관이 아닌 다른 주체에 의해 헌법규범이 성립하였다면, 수권에 의한 효력의 연쇄관계가 단절되었으므로 새로운 헌법규범은 - 그것이 효력을 가진다고 볼 경우 - 파생적인 효력을 가질 수 없다<sup>161)</sup>. 이는

158) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 185면.

159) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 334면. 기존 실정헌법이 정한 수권규범의 준수로부터 개정규정의 효력이 도출된다는 의미에서의 효력의 파생성이 헌법개정의 핵심적 표지임은 거의 대부분의 국내 헌법학 문헌들이 취하고 있는 헌법개정의 정의에 의하더라도 확인된다. "헌법개정이란 **헌법이 스스로 정한 개정절차에 따라 기존 헌법의 동일성을 유지하면서, 헌법의 조문이나 문구를 의식적으로 수정·삭제·증보(추가)함으로써 헌법전의 내용을 바꾸는 작용이다.**", "헌법개정의 한계가 실제로 잘 지켜지지 아니하는 사태 ... **위헌무효**라고 보아야 한다." 성낙인, 앞의 책(주 4), 50면, 56면; "헌법개정이란 **헌법에 규정된 개정절차에 따라 헌법의 기본적인 동질성을 유지하면서 헌법전의 조문이나 문구를 명시적으로 변경(수정, 삭제, 보완, 삽입)하는 행위를 말한다.**" 한수웅, 앞의 책(주 4), 33면; "헌법의 개정은 현재 존재하고 있는 **헌법의 기본적인 동일성과 연속성**을 유지하면서 **헌법이 정한 절차에 따라 의식적으로 헌법의 조항을 변경하는 헌법개정권력**의 행사를 말한다. 헌법의 개정은 성문헌법, 즉 형식적 의미의 헌법을 전제로 하여 성립하는 개념이다." 정종섭, 앞의 책(주 4), 94면; "헌법개정이란 **기존의 헌법전에서 규정하고 있는 헌법개정의 절차와 방식에 따라 명시적으로 헌법전의 특정 조항을 수정 내지 삭제하거나 또는 새로운 조항, 규정을 첨가하는 헌법의 변화를 말한다.** 이는 성문헌법의 개정을 의미한다." 정재황, 앞의 책(주 119), 65면 등 참조.

160) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 186면. "시원적 헌법개정권력이라는 표현은 법적 연속성의 단절이 개입하지 않은 법체계 내의 첫 번째 헌법을 창설할 수 있는 권한을 지칭한다"는 정식도 참조. Klein, 앞의 논문(주 146), 6면.

161) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 334면. 앞서 본 1962년 대한민국헌법의 성립과정이 전

성립한 헌법의 내용 또는 실체와 무관한 것이어서 가령 새로운 헌법이 기존 헌법과 내용적 측면에서 대동소이한 경우에도 마찬가지이다<sup>162)</sup>. 즉, 신헌법이 이러한 조건에서도 효력을 가진다고 한다면, 그 효력의 성격은 시원적일 수밖에 없다<sup>163)</sup>. 시원성과 파생성의 구별은 헌법적 수권에 근거한 헌법개정이 표방되지만 그 내용적·실체적 한계 일탈이 문제되는 국면에서도 마찬가지로 관찰될 수 있다. 헌법개정을 헌법에 의해 창설된 권한의 행사로 본다면 그 권한의 일탈이 발생한 경우 당해 절차에 의해 성립한 헌법규범은 기존 헌법과의 파생적 도출관계를 가지지 못하여서 원칙적으로 효력을 가지지 못할 것이다<sup>164)</sup>. 물론 내용적·실체적 권한 일탈은 헌법개정을 명시적으로 금지하는 규정이 존재하는 경우 뿐만 아니라 묵시적으로 전제되거나 포함된 헌법개정의 한계까지 고려해야 하고, 구체적인 사례들마다 해석을 필요로 한다<sup>165)</sup>. 그러나 앞서 본 일본국헌법의 사례에서와 같이 헌법

---

형적이라고 할 수 있다.

162) 이젠제는 심지어 기존 헌법과 완전히 동일한 문언의 헌법이 제정절차에 의해 채택되더라도 이는 시원적 헌법제정(originärer Verfassunggebung)에 해당할 것이라고 한다.

Isensee, 앞의 논문(주 133), 138면.

163) 이는 켈첵식으로 말하면 기존 헌법과 동일한 효력근거 내지 근본규범을 공유하지 않기 때문이다. 이에 대해서는 제4장 제2절 참조.

164) 성낙인, 앞의 책(주 4), 60면.

165) 이는 또한 유사한 쟁점에 대하여 상이한 해석과 결론이 도출될 가능성도 배제할 수 없다. 가령 베네수엘라 최고법원은 2009년 대통령의 연임제한을 폐지한 헌법개정에 관하여 헌법개정권한의 수권범위를 일탈하지 않았다고 보았던 반면[1610/08 Judgment No. 53, <http://www.tsj.gob.ve/es/decisiones#> 참조(Sala Constitucional에서 선고일자인 2009년 2월 3일로 검색가능). 최종검색 2022. 7. 10.], 콜롬비아 헌법재판소는 2010년 대통령의 3회 연임을 가능케 하는 헌법개정이 헌법개정권한의 한계를 일탈한 것으로서 위헌이라고 판시한 것은 이를 잘 보여준다(C-141 of 2010, 콜롬비아 헌법재판소가 제공하는 영문 판결요지는 <https://www.corteconstitucional.gov.co/english/Decision.php?IdPublicacion=9208> 참조. 최종검색 2022. 7. 10.).

콜롬비아 헌법재판소는 여기에서 파생적(derived) 헌법개정권력은 헌법을 '교체(substitute)'할 권한을 포함하지 않는다고 판시하였다. 위 사안들에 대하여 보다 자세한 것은 Colón-Ríos, 앞의 책(주 8), 138면 ; Landau, David & Dixon, Rosalind, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *University of California, Davis Law Review*, Vol.53 No.3(2020), 1313-1387면, 1353면 이하 참조.

위 주 121에서 본 인도 대법원 판례의 '헌법의 기본구조' 이론 등 위헌적 헌법개정에 관한 논의들도 이와 관련된 이론적 시도이다. 다만, 위 사례들이 본고의 입장에서 어떻게 분류되어야 하는지 판단하려면 모든 사례들에 대한 구체적 연구가 필요할 것인바, 이는 연구의 범위를 훨씬 넘어서는 일이다. 본고는 헌법제정과 헌법개정 개념의 구체적 적용대상을 이러한 사례들까지 확장하는 것을 지양하고 이하 논의에서 체제전환의 사례들로 선정한 경우에 집중하려 한다.

개정권한의 내용과 범위를 일탈하여 성립하였음에도 그 헌법규범이 효력을 가진다면 그 효력의 성격을 파생적인 것으로 볼 수는 없음이 분명하다고 할 것이다<sup>166</sup>). 즉, 파생성이라는 기준은 절차적·형식적 차원 뿐만 아니라 실체적·내용적 차원에 서로 신·구 헌법규범 간의 도출관계가 인정될 수 있을 것을 요구한다<sup>167</sup>).

성립한 헌법규범의 효력이 시원적이라고 할 때 제기되지 않을 수 없는 문제는 그 원천과 정당성의 문제이다. 헌법규범의 효력이 기존 헌법으로부터 파생되지 않고 시원적으로 성립할 수 있는 것은 오직 국민의 헌법제정권력으로부터 직접 도출되는 경우 뿐이라면, 이를 보장할 수 있는 절차적·실체적 정당성이 확보되지 않았는데도 이를 헌법제정으로 볼 수 있는지에 관한 의문이 정당하게 제기될 수 있기 때문이다<sup>168</sup>). 물론 국민주권하의 현대 입헌민주주의에서 이러한 규범적 요청은 필연적이다. 그러나 헌 단계에서 당위로서 요청되는 차원과 특정한 헌법규범의 성립과정을 헌법제정이나 헌법개정으로 분류하여 기술하는 개념적 차원의 문제는 구별하여 논의하는 것이 명료성의 유지를 위해 더 바람직해 보인다<sup>169</sup>).

이상의 논의를 종합하면, 결국 기존 헌법이 존재하는 상태에서 새롭게 성립한 헌법규범의 효력이 시원적인지 파생적인지는 성문헌법규범의 헌법적 변화에 관한 수권규범의 해석 및 그 준수 여부와 밀접하게 관련되어 있음을 알 수 있다. 이렇게 본다면 실정헌법적 성립근거나 요건, 연속성, 제도적 양상, 평가기준으로서의 합법(헌)성의 유용성 여부 등 헌법제정 - 헌법개정과 관련된 나머지 변별적 속성들은 본질적 표지가 아니라 더 또는 덜 전형적인 표지에 불과한 것으로 평가할 수 있다<sup>170</sup>). 또한 이로써 시원적 효력을 가지는 것으로 평가되지만 일정 수준

166) 빈티호프는 이러한 점들 때문에 헌법제정과 헌법개정을 구별하는 것이 가능하다면, 그 속성들 중 필수적이고 본질적인 표지가 될 수 있는 것은 효력의 시원성과 파생성이라는 기준 외에는 없다고 본다. Winterhoff, 앞의 책(주 142), 334면.

167) Winterhoff, 앞의 책(주 142), 321면.

168) 정종섭, 앞의 책(주 4), 47면 이하 ; 한수웅, 앞의 책(주 4), 31면 이하.

169) 이는 헌법제정과정의 절차적·실체적 정당성의 문제를 도외시하자는 것이 아니라 잠정적 기초규정의 단계에서 개념적 구별의 차원과 구별하자는 취지이다. 이는 달리 말하면 헌법제정으로 분류되지만 그에 상응하는 민주적 정당성·정통성을 갖추지 못한 경우가 엄연히 있을 수 있음을 의미한다. 헌법제정으로 분류됨이 마땅하지만 이러한 문제 때문에 헌법개정임을 표방한 사례로 우리는 1962년 대한민국헌법을 들 수 있는 것이다. 상세한 것은 조동은, 앞의 논문(주 155), 90면 참조.

170) 가령 독일기본법 제146조와 같이 장래의 헌법제정을 허용하는 실정헌법규정이 존재

의 법적 연속성을 유지하거나 다수의 헌법제정기관들이 관여하는 헌법제정의 사례들이 존재하는지 검증할 수 있게 되고, 이로써 시원성과 파생성이라는 표지들의 의미도 더 명확하게 규정할 수 있게 될 것이다. 즉, 연속/불연속, 집중/분산, 합법(헌)성/위법(헌)성, 시원성/파생성 등의 개념쌍이 이분법적이고 상호배타적인 관계에 있는 것이 아니라 복잡한 상호침투적 관계에 있을 가능성을 검토할 개념적 공간이 확보될 수 있다<sup>171)</sup>.

#### 4. 제도·절차 설계 문제와의 관련성

그러나 헌법제정 - 헌법개정에 대한 고전적 이해의 이분법적 도식이 가지는 문제점은 구체적인 헌법성립 사례들의 분류에 있어 혼란을 야기할 수 있다는 데 그치지 않는다. 제도 및 절차설계라는 헌법정책적, 실천적 문제와도 긴밀하게 관련된다는 점이 간과되어서는 안 될 것이다. 이 문제와 관련하여 온 엘스터(Jon Elster)가 제기한 '헌법제정의 역설'에 관한 논의를 살펴보는 것이 효과적인 것으로 보인다. 엘스터는 헌법제정에 관한 규범적 이상과 그 현실적 환경 사이의 모순을 '헌법제정의 역설(The Paradox of Constitution-Making)'이라는 표현으로 집약한 바 있다<sup>172)</sup>. 헌법제정은 체제붕괴나 이에 준하는 충격적 사건을 직접적인

---

한다면 헌법제정이 기존헌법의 관점에서 항상 위헌·위법한 것은 아닐 것이다. 달리 말하면 헌법적으로 허용되는 새로운 헌법의 성립이 항상 헌법개정인 것은 아니다. Winterhoff, 앞의 책(주 142), 333면. 또한 스위스 헌법 제193조와 같이 헌법전 전체를 교체하는 헌법개정을 구체적으로 규정하고 있다면 헌법개정의 경우에도 헌법규정들 차원의 형식적 연속성이 항상 유지되는 것은 아닐 것이다(그럼에도 불구하고 헌법개정에서 유지되는 연속성이 있다면 이는 효력근거의 연속성일 것이다. 이 점에 대해서는 제4장 제2절 III.1.에서 상세히 논한다.). 그러나 이러한 비전형적 사태들에서도 모두 헌법개정에서는 기존헌법에 기초하고 그 기초에 기속되는 헌법적 변화라는 점이 새롭게 창설된 헌법규정들의 효력근거가 되는 반면, 헌법제정에서는 그렇지 않다는 점은 모두 공통된 것으로 보인다.

171) 본격적인 것은 제4장 제2절 내지 제4절에서 검토될 예정이다. 특히 여기서 살펴본 시원성/파생성 개념과 관련하여 연속/불연속, 합법(헌)성/위법(헌)성의 표지들이 어떤 관련을 가지는지는 제4장 제2절, 제3절에서, 헌법제정기관의 집중/분산과 관련해서는 어떤 의미를 가지는지에 대해서는 제4장 제4절에서 본다.

172) Elster, Jon, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, Vol.45, No.2(1995), 364-396면, 394면. 외적 환경의 폭력성이 헌법제정과 맺는 상관관계를 18세기 미국과 프랑스의 사례를 중심으로 보다 상세하게 분석한 글로는 Elster, Jon, "Constitution-Making and Violence", *Journal of Legal Analysis*,



배경으로 하는 경우가 통상적인데, 이러한 환경적 조건에서는 헌법제정에 참여하는 행위자들 사이에 단기적 이해관계를 넘어선 숙의(deliberation)가 이루어지기 어렵고 제헌과정 전반에 걸쳐 공적 이성의 발휘보다 범람하는 정념(passion)이 우세하기 쉽다. 반면, 긴박한 위기상황이 아니어서 숙의가 가능한 공간에서는 중대한 헌법적 변화를 견인할 수 있는 정치적 동력이 형성되지 못하여 헌법제정의 의제설정이 어렵다는 것이다. 헌법제정에 참여하는 자들이 직면하는 이러한 환경적 여건과 규범적 요청 사이에 이와 같은 긴장과 모순이 존재한다는 것이 헌법제정의 역설에 함축된 의미이다. 한나 아렌트(Hannah Arendt)가 헌법제정권력 이론의 난점으로 지적하려고 했던 것도 그 근원에 있어 이와 다른 것이 아니었다<sup>173)</sup>. 규범초과적 권력으로서의 헌법제정권력이 공공의 자유를 헌법적으로 구성한다는 기획과 긴장 내지 모순을 이룬다는 것이다.

"시원적 제헌권이론의 남용을 경계하여야 한다"<sup>174)</sup>는 언명은 이러한 우려를 집약하는 것으로, 즉 법적 사고의 대상을 초과하고 규범적으로 제어할 수 없는 것으로 전제되는 헌법제정권력의 잠재적 일탈가능성과 위험성을 염두에 둔 것으로 이해할 수 있다. 그러나 '합법성 원리의 배제', '법적 단절과 공백'을 중심에 두는 이러한 이해는 다른 한편 헌법제정 현상에 언제나 이러한 일탈가능성과 위험성이 동반되는 것으로 보는 관점으로 연결될 위험이 있다. 이렇게 보는 것은 실증주의 헌법학의 견해처럼 일단 헌법이 성립한 후에는 시원적 헌법제정권력에 대한 고찰은 의미가 없다고 보도록 하거나, 적어도 헌법제정에 관한 헌법학적 논의에서 그 제도적·절차적 차원의 창조적 설계를 적극적으로 모색하게 어렵게 만들 가능성을 높이는 것이다<sup>175)</sup>.

이는 구체적으로는 헌법제정의 제도적 행위자로서의 제헌의회에 대한 이해에서 드러난다. 가령 칼 슈미트가 바이마르 헌법제정국민회의에 대해 주권적 독재를 행사한 주권적 기관이라고 평가한 것은 이를 불가분, 불가양의 항구적 헌

---

Vol.4, No.1(2012), 7-39면.

173) Arendt, Hannah, *On Revolution*, Penguin Books(1963, 2006), 154-155면[아렌트, 한나(홍원표 옮김), 『혁명론』 한길사(2004), 269, 270면].

174) 성낙인, 앞의 책(주 4), 40면

175) 제도·절차설계 문제에 관하여는 제4장 제4절 참조.

법제정권력을 구현시킨 제도적 행위자로 간주하였음을 보여준다<sup>176</sup>). 이러한 집중형 헌법제정기관의 위험성 문제는 단순히 헌법제정권력의 보유자와 행사자를 구별한다고 하더라도, 즉 제헌의회는 헌법제정권력의 행사자일 뿐 그 보유는 국민에게 유보되어 있다고 말하더라도 여전히 쉽게 해소되기 어려운 문제이다<sup>177</sup>). 헌법제정권력을 특정한 대표기관이 배타적으로 행사할 수 있는 한, 그 위임의 조건을 일탈할 가능성은 존재하기 때문이다<sup>178</sup>).

현대 헌법학에서 헌법제정을 규범적 성격이 표백된 순수한 사실적·정치적 현상으로만 보려는 관점을 지양하면서 헌법제정의 '규범적' 측면을 적극적으로 논의하려는 경향이 전개되는 것은 이러한 난점들과 무관하지 않다고 보인다. 이는 특정한 헌법성립절차를 헌법제정 - 헌법개정으로 분류하는 개념적 수준과는 구별되는, 일차적으로는 제도 및 절차설계 차원의 문제이다. 그럼에도 이러한 논의는 시에예스 - 슈미트적 이해를 받아들이면서 '헌법제정의 한계(Grenzen)'라는 형태로 이루어지는 것이 일반적이다. 헌법제정의 한계론은 기존헌법의 효력을 전제로 그 수호의 관점에서 논의되는 헌법개정의 한계론과는 구별되는데, 헌법개정의 한계론은 실정헌법이 명시하거나 그로부터 도출되는 헌법개정권한의 기속범위에 초점을 맞추는 반면<sup>179</sup>), 헌법제정의 한계는 그러한 실정헌법적 기속을 넘어선

176) Schmitt, *Verfassungslehre*(주 41), 59면. 아라토는 특정 기관에 제도적으로 구현된 주권적 헌법제정권력이 아무런 법적 기속 없이 헌법을 제정하는 모델을 '주권적 헌법제정(Sovereign Constitution Making)' 모델이라고 한다. 특히 그는 이러한 모델이 단일하다고 간주되는 선제하는 국민의 주권적 의사에 기하여 자신을 정당화한다는 점을 강조한다. Arato, 앞의 책(주 150), 31면.

177) 정종섭, 앞의 책(주 4), 47면.

178) 말년의 시에예스도 "헌법제정권력의 일탈을 피해야 한다(Il faut éviter les débordements du pouvoir constituant)"는 취지의 언급을 한 것으로 전해진다. 다만, 인용한 대목은 저자로 추정되는 독일 공화주의자 Konrad Engelbert Oelsner가 시에예스의 말과 글을 직접 인용하거나 설명하는 내용으로 구성되어 혁명력 제8년에 익명으로 출간한 *Exposé historique des écrits de Sieyès an VIII*에 등장하므로 일정한 유보를 둘 필요가 있다. 이 부분은 직접 인용이 아니라 저자가 시에예스의 주장을 정리한 부분에 수록되어 있어 시에예스가 직접 한 말인지 확인하기 어렵기 때문이다. 위 문헌에 대한 소개와 원문은 <https://revolution-francaise.net/2007/05/19/114-expose-historique-ecrits-sieyes> 참조(최종검색일 2022. 5. 12.).

179) 논의방식에 조금씩 차이가 있고, 실정법을 초과하는 한계에 대한 논의도 이루어지지만 주된 초점은 여기에 있는 것으로 관찰된다. 성낙인, 앞의 책(주 4), 54면 이하 ; 정종섭, 앞의 책(주 4), 103면 이하 ; 한수웅, 앞의 책(주 4), 39면 이하 ; 김하열, 앞의 책(주 4), 38면 이하 ; 정재황, 앞의 책(주 119), 72면 이하.

차원에서 논의되기 때문이다. 이하에서는 헌법제정의 한계론이 가지는 의미와 한계에 대하여 살펴본다.

### III. 헌법제정의 한계론과 그에 대한 검토

#### 1. 헌법제정의 한계론 개요

헌법학에서 시에에스 - 슈미트적 이해의 틀을 받아들이면서도 '헌법제정의 한계(Grenzen)'라는 논제를 도입하는 것은 고전적 이해가 야기할 수 있는 헌법제정권력의 위험성 - 특히 주권적 독재화의 가능성 - 을 규범적으로 길들이려는 시도의 일환으로 보인다<sup>180</sup>. 헌법제정의 한계에 관한 논의는 헌법제정권력의 시원적 행사에 있어 기속되는 상위의 규범 또는 법원리가 존재하는지, 존재한다면 그 내용은 무엇인지에 관한 이론적 고찰이자 헌법제정에 구체적으로 관여하는 기관 또는 행위자에 대한 기속가능성과 그 근거에 관한 현실적 논점이기도 하다.

헌법제정권력에 대한 규범적 기속을 적극적으로 사고하고자 한 관점으로 선구적이었던 것은 이미 슈미트 당대에 등장한 헤르만 헬러의 견해였다. 헬러는 『국가론(Staatslehre)』에서 "헌법이 헌법이기 위해서는, ... 법에 맞는 질서로 효력을 가지기 위해서는 윤리적 법원칙에 따라 정당화될 필요가 있다. ... 헌법제정권력의 실존성과 규범성은 모순되지 않고 상호 제약한다"고 하였다<sup>181</sup>. 헌법제정권력이 헌법규범을 정초하는 권력 내지 권위인 한에서 규범적 기속 없이는 "권력도, 그렇다고 권위도 가지지 못하며 그 결과 또한 존재하지도 못한다"고 본 것이다<sup>182</sup>. 유사한 표현은 독일연방헌법재판소의 1951년 판결에도 나타난 바 있다. "[헌법제정회의는] 모든 성문법에 선행하는 초실정법적 법원칙에 의해서만, 그리고 - 연방에 새롭게 소속되는 주헌법제정회의로서 - 주헌법의 내용에 대해 연방

180) 헌법제정의 한계에 관한 일반적 서술로는 성낙인, 앞의 책(주 4), 44면 ; 정종섭, 앞의 책(주 4), 50면 ; 한수웅, 앞의 책(주 4), 32면 ; 김하열, 앞의 책(주 4), 35면 ; 정재황, 앞의 책(주 119), 61면 이하 ; Schneider, Hans-Peter, "Die verfassunggebende Gewalt", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), 앞의 책(주 133), 53-84면, 70-71면.

181) Heller, 앞의 책(주 143), 394-395면[헬러, 앞의 책(주 143), 395면].

182) *Ibid.*

헌법이 규정하는 한계들에 의해서만 기속된다"는 것이다<sup>183)</sup>

시에에스 - 슈미트의 고전적 이해는 헌법제정권력이 한계를 가지지 않는다고 보았음은 앞서 살펴보았다. 이와 달리 헌법제정의 한계를 인정하는 견해들은 시원적 헌법제정권력조차도 어떤 규범적 기속하에 놓인다고 보지만, 그 한계의 성격과 내용이 무엇인지에 대해서는 견해의 일치를 보이지 못하고 있다. 우선 헌법제정이 당대의 지배적 이념과 가치가 기반하는 정통성 원리의 제약을 받는다는 점이 지적되고, 그러한 정통성 원리의 구체적인 내용으로 민주주의, 법치주의, 인권 등이 거론된다<sup>184)</sup>. 자연법 내지 법원리가 헌법제정권력을 기속한다는 견해도 제시된다. 법적 이성, 정의, 법적 안정성 등이 헌법제정권력을 기속하는 자연법 또는 법원리에 해당한다는 것이다<sup>185)</sup>. 패전국가가 헌법을 제정함에 있어 승전국의 의사에 제약을 겪는 경우 또는 보편적으로 승인되는 국제규범의 존중과 같은 국제법적 한계도 존재한다는 주장도 제시된다<sup>186)</sup>.

그러나 이와 같이 거론되는 한계들이 법외적이고 사실적인 제약들과 어떻게 구체적으로 구별되는지에 대해서 충분한 해명이 이루어지고 있는지는 의문이다. 가령 '당대의 정통성 원리를 고려하지 않을 수 없다'는 것은 그러한 원리에 부합하지 않는 절차에 따라 성립하고 그 내용도 그에 입각하지 않은 헌법이 사회에 뿌리내리고 규범력을 확보하기 어렵다는 사실적 의미인지, 헌법으로서의 효력을 가질 수 없다는 규범적 의미인지 명확하지 않다. 국제법적 제약이 존재하는 경우

---

183) BVerfGE 1, 14 Rn.151 참조. 다만 위 판례는 바로 앞 부분에서 "헌법제정회의는 제정된 헌법에 기초하여 선출된 대표기관보다 상위의 지위를 가진다. 즉, 그것은 헌법제정권력의 장소이다. 외부로부터의 제한을 가하는 것은 그 특별한 지위와 양립할 수 없다."고 하고 있어 제헌회의의 무제한성을 강조하는 것으로 읽을 여지도 다분하다. 위 판례 사안은 연합국들이 기존의 바덴과 뷜름부르크로부터 새롭게 창설한 남서부 세주 - 뷜름베르그-바덴, 바덴, 뷜름베르크-호엔촐레른 - 의 재구성을 위한 연방법률의 위헌 여부가 문제된 것이었는데, 그 중 특히 새롭게 창설될 주헌법을 제정할 제헌의회에 관한 규정과 관련하여 위 판시가 이루어진 것이었다. 당시 독일연방헌법재판소 재판관이었던 라이프홀츠가 위 판례를 미국 학계에 발표한 소개글로 Leibholz, Gerhard, "The Federal Constitutional Court in Germany and the "Southwest case"", *The American Political Science Review*, Vol.46 No.3(1952), 723-731면이 있다(판시와 관련된 대목은 730면 이하).

184) 김철수, 앞의 책(주 124), 39면 ; 허영, 앞의 책(주 151), 57면.

185) 허영, 앞의 책(주 151), 58면 ; 계희열, 앞의 책(주 140), 101면 이하.

186) 허영, 앞의 책(주 151), 59면.

를 상정할 수는 있지만, 그러한 제약이 헌법제정 일반에 보편적으로 존재할 수 있는 문제라고 보기는 어렵다<sup>187)</sup>. 나아가 법원리적·자연법적 한계로 제시되는 것도 그 한계의 성격이 무엇인지 분명하지 않아 보인다. 가령 자연법에 부합하지 않는 실정헌법이 효력을 가질 수 있는지 여부는 법의 효력의 최종근거에 대한 법철학적 논쟁으로 들어가 쉽게 빠져나오기 어려운 오랜 논의들로 이어질 것이다<sup>188)</sup>.

다른 한편 헌법제정권력의 한계를 극히 추상적인 자연법적 차원으로 제시한다면, 이러한 고려가 고전적 설명에 의할 때 배제되는지도 의문이다. "국민 이전에, 국민 위에 있는 것은 자연법 뿐이다"라는 시에에스의 언명에서 볼 수 있는 바와 같이 헌법제정권력자로서의 국민이 자연법에 기속됨을 인정하는 대목이 발견되기 때문이다<sup>189)</sup>. 추상적 차원으로 올라가면 헌법제정권력자의 무기속적 자유(자율성)와 자연적 당위의 관계에 관한 관계정립이라는 어려운 문제는 처음부터 배제될 수 없는 것일 수도 있다<sup>190)</sup>.

## 2. 헌법제정의 내재적 한계론

이와 같은 여러 형태의 헌법제정의 한계론 중에서 특히 주목할 만한 것은 내재적 제약 내지 한계를 주장하는 견해들, 그 중에서도 헌법제정이라는 과정 자체의 내적 논리에 입각하여 그 제약을 설명하려는 시도들이다. 이러한 시도들

187) 동티모르, 이라크, 수단,의 사례를 중심으로 헌법제정에 국제법적 변수가 개입하는 양상을 분석한 문헌으로는 Dann, Philipp & Al-Ali, Zaid, "The Internationalized Pouvoir Constituant - Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.10(2006), 423-463면 참조. Saunders, Cheryl, "International involvement in constitution making" in Laundau, David & Lerner, Hannah(eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar(2019), 69-89면 ; Venter, Francois, "Voluntary infusion of constitutionalism in Anglophone African constitutions" in Landau & Lerner(eds.), 위의 책, 510-538면, 514-515면(나미비아는 국제연합이 1982년 합의한 8개 헌법적 원칙들을 승인하였고, 제헌의회는 이 원칙들에 부합하는 1990년 헌법을 기초한 다음 유엔 사무총장에 의한 인증을 받았다).

188) 우선은 알렉시, 로베르트(이준일 옮김), 『법의 개념과 효력』 고려대학교출판부 (2007), 122면 이하 참조.

189) Sieyès, 앞의 책(주 13), 67면.

190) 김명재, "헌법제정권력론에 대한 비판적 고찰", 『공법연구』 제27집 제1호(1998), 205-227면, 221면 이하.

은 헌법제정권력을 기속하는 원리들 - 인권, 민주주의 등 - 이 헌법제정과정을 외적으로 기속한다고 보는 방식의 서술을 피하고 헌법을 제정하는 과정의 본성 그 자체로부터 그 과정의 전개가 준수해야 하는 내용적·절차적 원리가 도출될 수 있음을 논증하려 한다.

이를테면 칼리바스(Andreas Kalyvas)는 개인들의 자발적 연합체의 구성 원리로서의 헌법은 'constituere'의 어원적 의미인 '함께 세우다'가 내포하는 것처럼 제도의 공동 - 협력적 - 설립을 내포하므로 헌법의 발생하는 과정 즉 헌법제정 과정은 자율성, 평등성, 상호성, 포함성과 같은 절차적 원리들의 발생과 함께 이루어져야 한다고 주장한다<sup>191)</sup>. 이렇게 볼 때 헌법제정행위 자체 속에 이 원리들이 내재적으로 작용하는 것으로 파악하는 것이 가능하다는 것이다<sup>192)</sup>. 이와 유사하게 스테이시(Richard Stacey)는 헌법제정권력이 국민에게 귀속되는 국민주권하에서 공동체에 소속되는 개인들은 자기들에 대한 지배력을 행사하게 될 정부를 구성하는데 집단적으로 참여함에 있어 동등한 권한을 가져야 하며 동등한 소통의 기회를 가질 것이 요구됨을 국민주권원리로부터 도출할 수 있다고 주장한다<sup>193)</sup><sup>194)</sup>.

헌법제정의 한계를 그 과정의 논리 내부로부터 도출하려는 이러한 시도들은 외적 기속의 원리로서 특정한 가치나 법원리를 상정하는 것보다 진일보한 것으로 볼 수 있다. 헌법제정에 대한 기속을 외적으로 부과되는 것으로 보게 되면 실정법이 아니면서 헌법제정을 제약할 수 있는 원리의 지위를 설명하기 어렵

---

191) Kalyvas, Andreas, "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power", *Constellations*, Vol.12 No.2(2005), 223-244면, 235-236면.

192) Kalyvas, 앞의 논문(주 191), 235면.

193) Stacey, Richard, "Popular Sovereignty and Revolutionary Constitution-Making" in Dyzenhaus, David & Thorburn, Malcolm(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press(2016), 161-178면, 174면. 칼리바스와 스테이시 모두 국민주권에 관한 하버마스의 해석에 강한 영향을 받은 것으로 보인다. Habermas, Jürgen(trans. Cronin, Ciaran), *The Inclusion of the Other - Studies in Political Theory*, The MIT Press(1998), 259면("어떤 규율은 그것에 의해 영향을 받을 수 있는 이들 모두가 합리적 담론에 참여한 다음 동의할 수 있을 때에만 정통성을 가진다고 할 수 있다") ; Habermas, Jürgen(trans. Rehg, William), "Constitutional Democracy - A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" *Political Theory*, Vol.29 No.6(2001), 766-781면, 776-777면 등 참조.

194) Böckenförde, 앞의 논문(주 58), 115면도 내적 한계(innere Eingrenzung)에 대해 언급하지만 '인권'을 그 내용으로 제시하는 것 외에 더 이상의 자세한 전개는 시도하지 않고 있다.

기 때문이다. 헌법제정 당시의 지배적 가치나 이념의 제약을 받는다는 것은 사실적 기술의 수준을 넘어서는 적극적 의미를 띠기 어렵다는 점에서 그러하다. 그러나 헌법제정과정 자체에 대한 분석으로부터 내재적 제약원리들을 도출하려는 시도들조차 제도적·역사적 문맥으로 구체화되지 못하고 추상적인 수준에 머물고 있음은 마찬가지로 보인다. 그렇기 때문에 이러한 논의들이 헌법을 통해서 설립되는 질서에 구현되는 가치들 - 가령 자유·평등, 민주주의 등 - 을 헌법의 제정 이전 상황에 투사 내지 전제하고 있다는 비판도 제기되곤 한다<sup>195)</sup>.

### 3. 검토

헌법제정의 한계를 인정하고 그 구체적 내용을 지정하려는 논의는 헌법제정의 규범적 측면에 대한 이론적 설명을 포기하지 않는다는 점에서 중요한 의의가 있다. 그러나 이상 살펴본 논의들은 여전히 몇 가지 불충분함을 가지고 있는 것으로 보인다. 헌법제정의 한계를 외적 제약으로 설명하려는 견해 중 자연법 또는 법원리적 한계를 강조하는 것은 그 내용과 효력에 관한 해결하기 어려운 문제에 봉착하고, 시대적 이념이나 가치를 지적하는 것은 단순한 사실적·정치적 제약의 존재를 지적함에 그침으로 인해 그 규범적 성격을 충분히 설명하지 못한다. 헌법제정의 한계를 그 절차와 과정에 질서를 부여하는 내재적 원리로 구성하려는 견해들은 더 진전된 이해를 시도하는 것으로 볼 수는 있으나 논의를 제도적 차원이 아니라 추상적·이념적 차원에서만 제한하고 있다. 입증해야 할 내용을 전제했다는 비판은 구체적 제도와 역사적 문맥으로부터 추상화된 제약을 이론적으로 도출하려 했기 때문일 수 있다. 본고의 관점에서 볼 때 본격적으로 고려되어야 할 것은 오히려 헌법제정의 과정과 절차의 양상 그 자체에 입헌주의적 속성과 계기가 포함될 여지가 있는지를 제도적·역사적 문맥에서 발견할 가능성이 있는지 여부이다<sup>196)</sup>. 즉, 이 문제에 대한 진전된 이해를 위해서는 헌법이 제정되는

---

195) Duke, George, "Inherent Constraints on Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.40 No.4(2020), 795-818면.

196) Arato, 앞의 책(주 43), 68면 참조.

역사적 배경과 환경적 여건에 대한 고려가 불가피하다.

#### IV. 소결

본 절은 헌법제정의 속성에 대한 관념들에 대하여 분석을 시도한 다음 그 문제점을 드러내고자 하였다. 이는 한편으로는 '무로부터 창조' 모델이 제시하는 헌법제정 개념이 필수적인 것 이상의 내용을 과잉으로 내포하고 있지 않은지 하는 것이었고, 다른 한편으로는 제도적, 절차적으로 주권적 독재기관으로서의 제헌의회에 의한 헌법제정을 특권화하고 있는 것이 아닌가 하는 것이었다. 그런데 이러한 헌법제정 관념 내지 그림을 재검토하기 위해서는 그러한 이해가 어떠한 역사적 문맥과 환경을 배경으로 성립하였는지를 살펴보는 것이 필요하다. 앞서 보았듯, 여러 헌법학 문헌들이 혁명적 상황을 헌법제정의 배경으로 들고 있고 헌법제정의 속성들을 주로 혁명의 특성들과 결부시키고 있기 때문이다.

이하에서 고전적 헌법제정론이 어떤 환경에서 발생하였는지를 고려하면서 그 환경의 유형과 양상을 시야에 확보하려 시도하는 것은 이 때문이다. 시에예스는 18세기 시민혁명을 배경으로, 슈미트는 20세기초 소비에트 혁명과 독일혁명까지 확장된 역사적 지평을 바탕으로 자신의 이론적 틀을 발전시켰다. 이러한 혁명적 상황에서 기존 법질서와 단절된 헌법 외적 대표기관 - 제헌의회 - 이 주권적 기관으로서 독점적, 집중적으로 헌법제정에 관여하는 양상이 역사적으로 등장해 왔던 것은 사실이다. 물론 이론적 이해가 그 역사적 환경으로 항상 환원되는 아닐 것이지만, 그럼에도 이론의 성립조건으로 작용했던 역사적 현실이 중요한 지평과 한계를 이룰 수 있다는 점은 특별한 논증을 요하지 않는다. 달리 말해, 이는 시민혁명 또는 계급혁명과 다른 정치적 변화의 환경에서는 헌법제정과정에서 다른 절차적·제도적 특성들이 나타날 여지가 있음을 함축한다. 이하에서는 특히 20세기 중후반 이후 여러 헌법제정 사례들이 혁명과는 구별되는 환경을 배경으로 하였음을 확인하면서 헌법제정의 배경적 여건을 반드시 혁명과 결부시킬 필요가 있는지 검토할 것이다.



### 제3절 고전적 헌법제정의 환경과 그 다변화 : 체제전환을 중심으로

#### I. 헌법제정에 대한 이해와 헌법성립 환경의 관련성

우리는 앞서 헌법제정 - 헌법개정에 관한 고전적 이해와 실증주의적 이해는 일견 대립되어 보이지만 그 기저에 어떤 공유된 전제를 가지고 있음을 보았고, 그 전제는 헌법제정이 실정헌법적 근거나 요건과 무관하게 규범적 공백상태에서 시원적으로 성립하는 것으로서 법적 기속으로부터 자유롭고 무제한적이라는 것이었다. 고전적 이해와 실증주의적 이해는 헌법의 우위, 헌법제정권력과 헌법개정권력의 준별, 헌법개정의 한계 등 여러 쟁점에서 입장을 달리하지만 이 점에 있어서는 그렇지 아니하였다.

주목할 것은 이러한 사정이 양 이해가 이론적 전제로 삼은 역사적 배경 내지 헌법의 성립환경과 관련되어 있다는 점이다. 시에예스 - 슈미트는 미국, 프랑스, 독일, 러시아 혁명을 배경으로 헌법제정을 이해하였고, 카레 드 말베르그에 있어서도 공법학에서 추방해야 할 것은 "쿠데타나 혁명 또는 그 이론에 대한 법이론"이었다<sup>197)</sup>. 국내외 여러 헌법학 문헌도 헌법제정을 혁명과 긴밀하게 결부시키고 있었다<sup>198)</sup>. 그러나 특정한 헌법제정에 대한 이해가 정치·사회적 현상으로서의 혁명으로 배경으로 하고 있다고 한다면, 역으로 혁명적이지 않은 상황에서 헌법제정이 가능할 때 그 절차적·제도적 형태와 그 함의는 혁명을 배경으로 한 헌법제정과 동일하지 않을 것으로 추단할 수 있다.

이하에서는 그러한 가능성의 모색을 위하여 헌법이 성립하는 환경의 유형을 헌법학의 관심영역으로 끌어들이는 논의들을 검토한다. 다음으로 혁명과도 개혁과도 구별되는 헌법성립의 환경으로서 체제전환 상황에 대한 개념화를 시도할 것이다<sup>199)</sup>. 체제전환에 대하여 활용가능한 개념적 기준을 제시하는 것은 제3장에서 본

197) Carré de Malberg, 앞의 책(주 91), 497면(t.2).

198) Rosenfeld, 앞의 책(주 63), 186면 ; 성낙인, 앞의 책(주 4), 42면 ; 김하열, 앞의 책(주 4), 34면.

199) 여기서 헌법의 '성립' 환경이라는 용어를 사용하는 이유는 개혁, 체제전환, 혁명이라는 여건하에서 이루어지는 헌법적 변동이 개정으로 분류되는 경우도 배제할 수는 없다

격적으로 검토될 사례들의 선정 기준이 되므로 특히 주의 깊은 검토가 필요하다.

## II. 헌법의 성립환경에 관한 유형학적 고찰

브루스 애커만은 헌법의 성립하는 배경적 초기조건에 따라 그 입헌주의의 경로가 어떻게 달라지는지에 관하여 포괄적 일반이론의 구축을 시도한 바 있다<sup>200</sup>). 이 작업을 위해 그는 '신베버주의' 방법론에 입각하여 복잡다기한 역사적 현실의 '이해'에 기여할 수 있는 이념형들을 도입한다. 그가 이러한 방법론을 취하는 이유는 현대 입헌주의의 경로가 보편적인 단일 양상으로 설명될 수 없다고 보기 때문이다. 애커만의 연구에 따르면 현대 입헌주의는 적어도 세 가지의 차별화된 경로를 따라간다. 첫 번째는 혁명적 입헌주의로 체제 외부자들(outsiders)이 정통성 위기에 직면한 구체제를 성공적으로 타도하고 수립하는 입헌주의의 유형이다. 여기서 신체제는 구체제와의 단절과 차별성을 강조하게 되며 새로운 헌법을 구질서와의 단절 및 새로운 질서의 기원으로 삼고자 한다<sup>201</sup>). 헌법제정에 성공한 정초세대의 카리스마적 권위는 시간이 지남에 따라 헌법의 권위로 연결되는데 이는 헌법수호의 역할을 담당하는 강력한 헌법재판소와 이를 뒷받침하는 법률가집단의 등장을 견인한다<sup>202</sup>). 이러한 과정을 거쳐 예외적 정치의 정상정치화, 카리스마의 헌법화가 이루어진다는 것이다. 두 번째 유형은 '기성정치주의(establishmentarianism)'이다. 이 경로의 입헌주의는 대중정치적 압력에 대한 엘리트 기성정치인 집단의 실용적 대응과 포섭의 성공적 반복을 통해 축적된 헌정적 전통과 다른 것이 아니다. 영국으로 대표되는 이 이념형에서 온건한 기성정치집단은 정통성 위기에 직면하는 역사적 국면마다 '말이 통하는' 재야세력과 반복적 협상을 통해 위기를 돌파하고 이러한 경험을 정통성의 자원으로 축적해 나가는 데 성공할 수 있었다<sup>203</sup>). 그러나 브렉시트(Brexit) 사태에서 볼 수 있듯 엘

---

고 보기 때문이다. 따라서 이러한 맥락에서는 제2절 II.3.에서 명기한 바와 같이 제정과 개정에 대해 중립적인 '성립'이라는 개념을 사용하였다.

200) Ackerman, 앞의 책(주 121) 참조.

201) 이는 'Never again!'이라는 구호로 요약될 수 있다. Ackerman, 앞의 책(주 121), 69면, 114면, 142면.

202) Ackerman, 앞의 책(주 121), 9면 이하.

리트 정치집단이 실용적이고 유연한 상황대처에 실패할 경우 헌정적 위기가 곧바로 도래할 위험이 있다<sup>204</sup>). 마지막 세 번째 유형은 '엘리트 구성물(elite construction)'로서 헌법이 성립하는 경우의 입헌주의이다. 첫째 유형과 둘째 유형이 모두 강력한 정치적 갈등을 배경으로 출현하는 반면, 세 번째 유형은 광복할 만한 대중동원 없이 기존 체제 엘리트 중 개혁파와 재야세력 중 온건파의 협상을 통해 성립한다는 점에서 차별화된다<sup>205</sup>). 애커만은 프랑코 사후 스페인을 그 범례로 삼고 있는데, 세 번째 경로를 따르는 입헌주의는 대중적 지지도 역사적으로 형성된 권위도 가지지 못하기 때문에 헌법의 '진정성(authenticity)' 문제라는 약점을 수반하게 된다고 본다<sup>206</sup>).

애커만은 우선 세 가지 유형 중 첫 번째 이념형인 혁명적 입헌주의에 관한 본격적 연구를 내어놓았다. 이 유형 안에도 다양한 변형들이 존재하지만 인도<sup>207</sup>), 프랑스 제4공화국<sup>208</sup>), 제2차 세계대전 후 이탈리아<sup>209</sup>)와 같이 식민세력, 점령세력, 파시스트세력 등 타도해야 할 체제와의 대립과 차별성, 구체제와의 선명한 단절과 새로운 시작을 강조하는 입헌주의가 주류를 이루는 것은 이러한 관점에서 자연스럽다고 하겠다. 그러나 역으로 애커만의 모델이 함축하는 바는 헌법제정의 시원성, 무제한성, 불연속성 등을 강조하는 고전적 이해가 입헌주의 여러 유형 중 하나일 뿐인 혁명적 입헌주의를 특권적 모델로 하고 있다는 것일 수 있다. 기성정치집단 중심의 입헌주의에서 헌법은 단일한 헌법전이 아니라 축적된 헌법적 관행(Constitutional Conventions)과 핵심적 제정법들의 복합체로 구성되며 단번에 제정 또는 개정된다고 볼 수 없는 존재방식을 가지게 된다. 엘리트 구성물 입헌주의 역시 혁명적 입헌주의와 같은 시원성과 불연속성 즉, 새로운 시작을 입헌주의의 주요 자원으로 원용하기 어렵다. 그러한 단절이 부재하거나 존재하더라도 불완전하기 때문이다.

203) Ackerman, 앞의 책(주 121), 4-5면.

204) Ackerman, 앞의 책(주 121), 12면 이하.

205) Ackerman, 앞의 책(주 121), 6-7면.

206) Ackerman, 앞의 책(주 121), 18면 이하.

207) Ackerman, 앞의 책(주 121), 54면 이하.

208) Ackerman, 앞의 책(주 121), 116면 이하.

209) Ackerman, 앞의 책(주 121), 131면 이하.

이러한 혁명적 입헌주의의 뿌리가 18세기 시민혁명에 있음은 별다른 부연설명을 필요로 하지 않는다<sup>210</sup>). 18세기부터 20세기에 이르는 혁명적 입헌주의에서 기존의 정치체제는 극복되어야 하는 '구체제(ancien régime)'로 규정되며 헌법의 제정과정은 새로운 정치체제를 구성하는 집단적 정체성을 만들어내는 과정과도 분리될 수 없다<sup>211</sup>). 혁명을 성립환경으로 하는 헌법제정 패러다임에서 새로운 헌법은 기존 법질서에 기속되지 않고 '무로부터 창조(creatio ex nihilo)'되는 것으로 이해되었기 때문에 헌법적 원천의 지위에 있는 국민은 "헌법에 종속되지 않을 뿐만 아니라 종속될 수도 없고 종속되어서도 안된다"고 보는 것이 자연스럽게 된다<sup>212</sup>). 엘스터는 미국과 프랑스의 제헌의회에서 찾을 수 있는 기존 법질서와 단절이 일어나는 지점 즉, "제헌의회가 자신을 소집한 권위와 연결을 끊고 주어진 권한의 전부 또는 일부를 넘어서는 과정"을 '자기구동(bootstrapping)'으로 개념화한다<sup>213</sup>). 1787년 필라델피아 헌법제정의회는 연합규약(Article of Confederation)의 개정을 위해 소집되었지만 그 권한을 유월하여 새로운 헌법의 제정으로 나아갔고, 1789년 프랑스의 신분의회(삼부회)는 조세부과에 대한 동의를 위해 소집되었지만 스스로 헌법제정권력을 행사할 수 있는 제헌의회(l'Assemblée constituante)라고 선언하였다<sup>214</sup>). 이러한 자기구동은 혁명을 배경으로 하는 헌법제정에서 전형적으로 일어나는 모습이자, '시원성', '무한계성'의 절차적 표현이기도 하다. 선재하는 법적·제도적 권위에 대한 의존으로부터 단절, 도약하여 스스로 헌법을 제정할 수 있는 권위, 즉 헌법제정권력을 주장, 관철시킨다는 요소를 핵심으로 하기 때문이다. 엘스터는 시원적 헌법제정권력의 행사기관으로서 범례가 된 제도적 행위자 내지 대표기관이 미국과 프랑스의 제헌의회였음을 강조하고 있다<sup>215</sup>). 이러한 엘스터의 분석 역시 혁명적 입헌주의의 환경과 그에

210) Rosenfeld, 앞의 책(주 63), 186면.

211) Rosenfeld, 앞의 책(주 63), 188면.

212) Klein, Claude & Sajó, András "Constitution-Making: Process and Substance" in Rosenfeld, Michel and Sajó, András(eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press(2012), 419-441면, 426면 이하.

213) Elster, Jon, "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris" in Rosenfeld, Michel(ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke University Press(1994), 57-84면, 57면.

214) Elster, 앞의 논문(주 213), 66면 이하.

특유한 절차적 양상의 연관성을 드러낸다는 점에서 애커만과 관점을 일정 부분 공유한다. 물론 법적 공백을 배경으로 하는 전형적인 시원적 헌법제정권력의 행사는 혁명 뿐만 아니라, 또는 혁명에 겹하여 식민지 독립이나 패전 후 재건을 배경으로 성립하기도 한다. 가령 2차 세계대전 이후 새로운 헌법을 제정한 91개의 신생국가들은 전자에<sup>216)</sup>, 프랑스 제4공화국 헌법이나 전후 이탈리아 헌법은 후자에 속한다고 할 수 있다<sup>217)</sup>. 그러나 이러한 경우에도 헌법적 서사는 혁명적 입헌주의와 유사한 형태를 띠는 경우가 적지 않다. 독립이나 재건 역시 근본적인 정통성 원리의 변화를 헌법적으로 구현하는 과정과 분리되기 어렵기 때문이다<sup>218)</sup>.

이러한 혁명적 입헌주의의 경로에서 잠재적 반혁명으로 인한 체제의 불안정과 권위주의로의 전화 위험이 입헌주의에 위험인자로 작용할 수 있다는 점은 여러 저자들에 의해 지적되었다<sup>219)</sup>. '헌법제정의 역설'이라는 집약적 표현으로 이를 문제화한 엘스터 외에 한나 아렌트도 이 점을 강조하였다. 아렌트는 엘스터와 달리 미국과 프랑스의 헌법제정 경험의 차이를 강조하는데, 미국은 식민지 시기부터 내려온 자치기관과 정치제도들을 활용할 수 있었던 반면 그러한 제도적 자원이 없었던 프랑스의 경우 법적·제도적 공백이 자코뱅 독재 또는 보나파르트 독재로 쉽게 이어질 수 있었다고 보는 것이다<sup>220)</sup>. 애커만과 아라토 역시 혁명적 입헌주의의 권위주의화, 독재화의 위험에 대해 지속적으로 경고한다<sup>221)</sup>. 그러나

215) Elster, Jon, 앞의 논문(주 213), 66면 이하.

216) Go, Julian, "A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945-2000", *International Sociology*, Vol.18, No.1(2003), 71-95면, 71면.

217) 전후 서독기본법이나 일본국헌법은 기존 법질서와 정치적 원리 수준의 결별을 선언한다는 점에서 이러한 유형과 공통점을 가진다고 볼 여지도 있을 것이다. 그러나 애커만은 이를 광범위한 대중운동 없이 점령군 당국과 구체제의 아웃사이드 사이의 엘리트 협상으로 성립한 유형으로 보고 있다. Ackerman, 앞의 책(주 121), 19면. 군사점령과 외적 강제에 의한 체제전환에서 헌법이 가지는 역할과 의미는 별도의 중요한 테마가 될 것이다. 이에 대해서는 Feldman, Noah, "Imposed Constitutionalism", *Connecticut Law Review*, Vol.37(2005), 857-889면, 884면 이하도 참조.

218) Ackerman, 앞의 책(주 121), 제2장, 제4장, 제5장이 각각 인도, 프랑스 제4공화국, 이탈리아를 다루고 있음은 물론 이러한 점과 무관하지 않다.

219) Ackerman, 앞의 책(주 121), 7면 이하 ; Rosenfeld, 앞의 책(주 63), 188-189면

220) Arendt, 앞의 책(주 173), 154-156면. 이외에 Wood, Gordon, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, The University of North Carolina Press(1998, 1st ed. 1969), 3면 이하 논의도 참조.

221) 애커만이 이러한 관점에서 지속적으로 제기하는 논제가 '인간적 스케일의 혁명'이다.

헌법제정권력에 관한 이론적 설명과 헌법제정과정을 설명하는 절차적·제도적 모델에는 여전히 이러한 혁명적 입헌주의가 깊이 각인되어 있는 것으로 보인다.

우리는 이와 비교하여 통상적인 헌법개정의 환경적 조건에 대해서도 생각해 볼 수 있을 것이다. 헌법제정이 정치적으로 안정된 상황에서, 헌법개정이 정치적 격변의 상황에서 이루어지는 경우가 역사적으로 존재하지 않는 것은 아니지만 이를 전형적이라고는 할 수 없다<sup>222)</sup>. 헌법개정은 기존의 정치적 권위가 제도화된 헌법이 그 체제 내에 마련해 놓고 있는 변화의 규칙에 따라 진행되고 헌법의 동일성과 계속성을 훼손하지 않는 범위에서 이루어질 것이 요청되기 때문에 개혁(Reform)과 친화적인 제도적 절차이고, 애커만의 도식에서는 기성정치중심 입헌주의와 부합할 것이다. 이러한 헌법개정의 상황에서 그 제도적 행위자에 대한 문제는 기본적으로 기존 헌법의 헌법개정규정에 따라 결정될 것이다<sup>223)</sup>.

---

Bruce Ackerman, "Revolution on a Human Scale", *Yale Law Journal*, Vol.108 No.8(1999), 2279-2349면 ; Ackerman, 앞의 책(주 121), 28면 참조. 이 '인간적 스케일의 혁명'은 아라토의 '탈주권적 헌법제정'(제1장 제2절 I.)과 상통하는 측면이 있다. 사회의 지배적 믿음과 관행의 근본적 재구성에 있어 헌법제정의 역할을 중심으로 보면서도 주권적 독재 또는 권위주의화의 위험을 경계하고자 하기 때문이다. 그러나 그 초점은 사뭇 다르다. 애커만은 그 역사적 과정과 정치적 역동성을 고찰의 중심에 두는 반면, 아라토는 법규범으로서의 헌법이 제정되는 절차에 더 많은 관심을 두고 있다. 이런 측면에서 두 저자의 논쟁은 시사적이다. 아라토는 애커만의 접근에 포퓰리즘적 측면이 있다고 비판을 제기한 바 있다. Andrew, Arato, "Revolution on a Human Scale: Liberal Values, Populist Theory?" in Albert, Richard(ed.), *Revolutionary Constitutionalism - Law, Legitimacy, Power*, Hart(2020), 91-114면, 92면(애커만의 『혁명적 입헌주의』에 대한 여러 연구자들의 논평으로 구성되어 있는 위 책에서 아라토는 다음과 같이 의문을 제기하고 있다. "나는 애커만과 달리 좌우 포퓰리즘이 오늘날 입헌민주주의에 가장 강력한 위협이라고 믿는다. 입헌주의적 가치들과 국민주권에 대한 신화적(또는 '허구적') 버전이 오래된/ 새로운 적과의 싸움에 있어 도움이 될지 해악이 될지 묻지 않을 수 없다."). 이에 대한 애커만의 답변은 Ackerman, Bruce, "The Race Against Time" in Albert(ed.), 위의 책, 377-399면, 397면 이하 참조.

222) 엘스터는 별다른 정치적 격변을 배경으로 하지 않고 새롭게 제정된 헌법의 예로 스웨덴의 1974년 헌법을 들고 있다. Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process"(주 172), 370면. 정치적 격변을 배경으로 한 헌법개정은 우리 헌정사에서도 전쟁 중 임시수도 부산에서 있었던 첫 번째 개헌인 1952년 헌법개정 등 여러 예를 찾을 수 있다.

223) 가령 대한민국헌법 제128조 내지 제130조와 같이 발의권자(국회의원재적과반수 또는 대통령), 의결권자(국회), 최종승인권자(국민)를 분산시키고 있는 경우에는 각기 발의, 의결권한을 수여받은 기관들과 국민투표를 통해 이를 승인하는 국민이 헌법개정의 주체가 될 것이다. 반면, 독일기본법 제79조와 같이 헌법개정권한을 연방의회에게만 귀속시키는 것도 충분히 가능하다.

물론 이와 같은 유형화 작업의 위험은 잘 알려져 있다. 구체적인 사례들을 어느 한 유형으로 분류하는 수준에서 난점은 어렵지 않게 목도된다. 어떤 유형에 쉽게 포섭되지 않는 사례도, 여러 개의 유형에 모두 해당하는 듯한 사례도 모두 발견될 수 있기 때문이다<sup>224</sup>). 그럼에도 이러한 유형화를 시도해 보는 것은 이념형별로 나타나는 전형적 특징들을 확인하고, 그러한 특징들이 왜 발견되며 헌법의 제정에 어떠한 방식으로 작용하는지, 전형적이지 않은 특성이 나타나는 사례가 있다면 그 사례에서 특별히 주목되어야 할 점은 무엇인지 등을 '인지'하고 '이해'하는 데 있어 유용함이 있기 때문일 것이다. 이러한 유보조건을 염두에 둔다면 유형학적 고찰은 일정한 의의를 가질 수 있다.

이하에서는 이러한 방법론적 전제하에서 본고의 주된 관심인 체제전환 유형에 대해 살펴본다. 물론 여기서 말하는 체제전환은 혁명적 입헌주의와 차별화되는 헌법의 성립환경 유형으로서의 체제전환이다.

### III. 환경의 유형으로서의 체제전환

#### 1. 정치적 변화의 하부유형으로서의 체제전환

##### (1) 헌법제정 사례의 증대와 환경의 다변화

멘데즈(Mendez)와 휘틀리(Wheatley)는 방대한 실증적 조사를 통해 헌법제정 사례의 수효와 빈도의 변화추이를 밝히려고 시도한 바 있다<sup>225</sup>). 이들의

---

224) 가령 애커만이 남아프리카공화국의 사례를 혁명적 입헌주의로 분류한 것에 관한 비판적 논의로는 Fowkes, James, "Choosing to Have Had a Revolution: Lessons from South Africa's Undecided Constitutionalism" in Albert(ed.), 앞의 책(주 221), 355-376면, 358면.

225) Mendez, Fernando & Wheatley, Jonathan, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space" in Mendez, Fernando & Wheatley, Jonathan(eds.), *Patterns of Constitutional Design*, Routledge(2016, 1<sup>st</sup>ed. 2013), 21-47면, 특히 22면 이하와 23면의 그래프화된 수치 참조. 이들은 746개의 사례들을 바탕으로 데이터를 분석한 다음 다시 그 중 160개 표본을 추출하여 헌법제정기관과 최종승인 방식에 대한 유형화를 시도하였다. 단, 이들의 표본선택의 문제에 관하여는 일정한 유보를 둘 필요가 있어 보인다. 이들은 기존 헌법의 헌법개정규정과 무관하게 헌법이 성립하였는지를 '헌법제정'에 해당하는지 여부의 기준으로 삼았다고 하는데[Mendez, Fernando & Wheatley,

연구는 헌법제정 사례와 빈도는 18세기 후반에 시작되어 19세기 중반 높아졌다가 감소하고, 다시 제1차 세계대전 이후 급상승하였다가 감소한 후 제2차 세계대전 이후 급증하였다는 것을 일목요연하게 보여주었다. 이러한 변화추이는 18세기 말의 시작점이 미국, 프랑스의 시민혁명을, 19세기 중반의 상승이 1848년 전후의 유럽혁명을, 제1차 세계대전 이후의 상승이 베르사유 조약 이후 유럽의 신생독립국들의 탄생을, 제2차 세계대전 이후의 상승이 한국, 인도, 버마 등 첫 번째 탈식민 독립의 물결을 각 그 배경으로 하였던 것과 대응되는 것이다<sup>226</sup>). 연이어 1950년대, 1960년대에도 두 번째 탈식민 독립의 사례들이 새로운 헌법의 창설로 이어졌음을 확인할 수 있다<sup>227</sup>). 요컨대, 이 시기까지의 헌법제정은 고전적 시민혁명 또는 독립이나 재건 국면을 배경으로 한 사례들이 압도적으로 많았음을 알 수 있다<sup>228</sup>).

그런데, 1970년대 이후 다시 빈도가 높아진 헌법제정 사례들 중 상당

---

Jonathan, "The Constitution-Making Process: An Analytical Framework" in Mendez & Wheatley(eds.), 위의 책, 7-20면, 15면], 위 160개 표본에는 1978년 스페인, 1997년 남아프리카공화국이 들어 있는 반면, 1989년 헝가리는 포함되어 있지 않기 때문이다 [Mendez & Wheatley, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space", 34-35면]. 이들이 1989년 헝가리 헌법을 기존 헌법의 개정예 해당한다고 보아 포함시키지 않은 것인지는 불분명하다. 그러나 뒤에서 언급하는 바와 같이 본고는 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 사례에 모두 기존 헌법의 개정규정을 활용하는 계기가 포함되어 있었으며 기존 헌법개정규정을 활용하지만 수권범위를 일탈한 경우도 헌법제정으로 볼 수 있다고 본다(위 제2절 II.3.도 참조). 따라서 이들의 조사가 정확하다고 하더라도 본고가 채택하고 있는 기준보다 더 적은 수의 사례가 수록되었을 가능성이 크며, 본고와 다른 분류에 이른 사례들도 상당히 있을 것으로 보이므로 구체적 수치에 있어서의 오차범위를 감안해야 할 것이다. 국내 문헌 중 멘데즈와 휘틀리의 분석을 소개한 것으로는 신우철, "비교헌법동학: 헌법성립과 헌법변경의 비교유형론", 『법학논문집』 (중앙대학교 법학연구소) 제42집 제1호(2018), 43-78면, 52면 이하 참조.

226) Mendez & Wheatley, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space"(주 225), 22면.

227) 멘데즈와 휘틀리의 계산에 의할 때 구체적인 헌법제정 사례는 19세기 중반 첫 번째 정점에서 약 20회, 제1차 세계대전과 베르사유 조약 이후 시기에 약 25회, 제2차 세계대전 이후 약 40회, 1950, 60년대에 약 60회로 산정된다. 물론 이 수치는 앞서 본 바와 같이 오차범위를 고려해야 할 것이다. Mendez & Wheatley, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space"(주 225), 23면.

228) Mendez & Wheatley, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space"(주 225), 22-23면. 우리는 앞서 애커만의 논의를 살피면서 시민혁명은 물론 독립이나 재건 국면에서 헌법이 제정되는 경우에도 그 헌법적 서사가 혁명적 입헌주의를 표방하는 경우가 많다는 점을 보았다. 위 II. 참조.



수는 이와 동일한 요인에 의해 설명되기 어렵다. 1970, 80년대 남유럽과 라틴아메리카, 냉전 종식 이후 1990년대 중동부 유럽과 아프리카에서는 탈식민 독립으로 새로운 국가가 탄생한 것도 아니었고 고전적 의미의 시민혁명이나 공산혁명이 그 주된 배경이 된 것도 아니었음에도 새로운 헌법이 대거 제정되었던 것이다. 이는 동일한 국가 내에서 민주화, 즉 권위주의 체제로부터 민주주의로 이행 또는 체제의 전환이 일어나면서 신헌법의 창설이 이루어졌던 것으로 설명된다<sup>229)</sup>. 이는 20세기 후반의 헌법제정 사례들 중 상당수는 고전적 시민혁명과는 구별되는 환경에서 이루어졌음을 시사하는 것이다. 본고가 특히 주목하고자 하는 것은 이 지점인바, 이하에서는 그러한 환경적 유형의 하나로서 체제전환을 규정하는 것이 가능한지, 가능하다면 어떻게 규정할 수 있을 것인지 살펴본다.

## (2) 개혁, 혁명과 체제전환

1970년대에는 스페인, 포르투갈, 그리스가 권위주의체제에서 다원적 민주주의로 전환하는 변화를 겪었고, 1989년 이후 중동부유럽에서는 공산당의 일당지배가 붕괴되는 정치적 급변의 상황이 전개되었다. 그러나 이는 그 실질적·내용적 변화의 광범성에도 불구하고 이미 국민국가가 성립해 있었을 뿐만 아니라 성문헌법전도 존재하는 상황에서 이루어진 것으로서 식민지독립이나 건국을 배경으로 한 것이 아니었다. 게다가 광범위한 대중동원이나 기존 체제와의 투쟁이 특징적이지 않았고, 합법성의 단절이 두드러지지 않았다는 점에서 전통적인 혁명 개념으로 설명하기에 용이하지 않았다<sup>230)</sup>. 많은 사회과학자들이 이 정치적 급변의 경과를 합리적으로 설명하고자 시도하였고, 그 과정에서 많은 이론적 틀이 제시되었다<sup>231)</sup>. 권위주의 또는 독재체제로부터 민주주의로의 이행 또는 체제전환

229) 1970, 80년대와 1990년대에도 뚜렷한 빈도수의 증가가 관찰된다. 멘데스와 휘틀리는 1975년에서 80년 사이 약 47건, 1990년에서 1995년 사이 약 55건을 추산하고 있다. Mendez & Wheatley, "Patterns of Constitution-Making over Time and Space"(주 225), 23면.

230) "제4차 전환물결[동유럽]은 ... 기존의 혁명모델과 커다란 차이가 난다." Beyme, Klaus von, *Transition to Democracy in Eastern Europe*, S. Martin's Press(1996), 4면 [폰 바이메, 클라우스(이규영 옮김), 『탈사회주의와 체제전환』 서강대학교 출판부(2000), 15면] 참조.

231) 대표적인 것들은 다음과 같다. O'Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. &

(transition)이라는 문제설정은 이러한 맥락에서 등장한 것이었다<sup>232</sup>).

물론 체제전환이라는 용어는 다의적으로 사용되므로 그 용법에 주의할 필요가 있다. 가령 오도넬과 슈미터는 체제전환을 "하나의 체제와 다른 체제 사이의 간극(interval)"이라는 매우 넓은 의미로 사용하곤 하는데, 이는 대규모의 정치적 변화 일반을 가리키는 말에 불과한 것으로 점진적 개혁이나 급진적 혁명까지도 모두 포괄할 수 있는 개념이다<sup>233</sup>). 그러나 이러한 광의의 체제전환 개념이 특별한 해명의 가치를 지닌다고 보이지는 않는다. 따라서 본고는 협의의 체제전환 개념을 취하는 일군의 정치학자들과 견해를 같이 한다<sup>234</sup>). 이들은 기본적으로

---

Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Southern Europe*, The Johns Hopkins University Press(1986) ; O'Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. & Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Latin America*, The Johns Hopkins University Press(1986) ; O'Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. & Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Comparative Perspectives*, The Johns Hopkins University Press(1986) ; O'Donnell, Guillermo & Schmitter, Philippe C.(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press(1986) ; Huntington, Samuel P., *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press(1991) ; Linz, Juan J. & Stepan, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation - Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press(1996) ; Beyme, 앞의 책(주 230) ; 쉐보르스키, 아담(임혁백·윤성학 옮김), 『민주주의와 시장』 한울아카데미(1997) ; 쉐보르스키, 아담 외(김태임·지은주 옮김), 『지속가능한 민주주의』 한울아카데미(2001) (이는 위에서 본 오도넬, 슈미터, 스테판 등이 참여한 공동연구저서이다).

232) 더 거슬러 올라가면 민주주의로의 이행 또는 체제전환이라는 문제설정은 민주주의를 '발생'의 관점에서 분석하고자 한 러스토우(Rustow)의 1970년 논문까지 계보를 추적할 수 있다. Rustow, Dankwart A., "Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model", *Comparative Politics*, Vol.2 No.3(1970), 336-363면.

233) O'Donnell & Schmitter(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*(주 231), 6면. 한편, 오도넬과 슈미터처럼 광의의 체제전환(이행) 개념을 취하면서 전략과 행위자를 변수로 이를 유형화하는 연구로는 Karl, Terry Lynn & C. Schmitter, Philippe C., "Modes of transition in Latin America, Southern and Eastern Europe", *International Social Science Journal*, Vol.128(1991), 269-284면, 특히 275-276면 참조. 위 연구에서 행위자 변수가 대중이 아니라 엘리트로, 전략 변수가 강제가 아니라 타협으로 수렴하면 체제전환의 유형으로서 협약(pact)가 나온다. 반면, 행위자 변수가 대중, 전략 변수가 강제이면 혁명, 행위자 변수가 엘리트, 전략 변수가 강제이면 부과(imposition), 행위자 변수가 대중, 전략 변수가 타협이면 개혁이 각 유형으로서 할당된다. 이렇게 보면 체제전환(이행)의 양상이 중요한 유형적 의미를 가지게 될 것이고, 협의의 체제전환에 상응하는 것은 위 협약이 될 것이다.

234) Ash, Timothy Garton, *The Magic Lantern - The Revolution of '89*, Atlantic

성격을 근본적으로 달리하는 두 체제 즉, 구체제에서 신체제로 대규모의 정치적 변화가 일어날 때 그 변화의 양상에 초점을 맞춘다. 즉, 혁명도 개혁도 아닌 제3의 양상에 체제전환이라는 개념을 사용하고자 하는 것이다. 여기서 강조되어야 할 점은 변화의 **양상**에 초점을 맞춘다는 것이다. 혁명도 개혁도 아닌 체제전환 고유의 양상이 존재한다고 보고 그 내용을 재구성하고자 하기 때문이다. 이러한 관점에서 동유럽의 체제전환에 대해 분석한 보조키(Bozóki)에 의하면 정치적 변화의 유형으로서의 체제전환은 구체제 엘리트와 재야세력이 모두 상대방을 압도하지 못하는 상황에서 평화적 협약을 중심으로 정치적 변화가 이루어지고, 사회의 동원은 부재하지는 않지만 광범위한 것도 아니며, 체제 자체의 근본적 변화를 추구하지 않는 개혁·쿠데타와 달리 체제 수준의 근본적 변화를 목표로 삼는다 ([표 3] 참조<sup>235</sup>).

	개혁	쿠데타	혁명	체제전환
발단	위로부터	위로부터	아래로부터	위·아래 병행
과정	평화적	평화적/폭력적	폭력적	평화적
대립 행위자들	보수파 v. 개혁파	경쟁하는 권력집단들	구엘리트 v. 사회적 반대파	집권층: 보수파 v. 개혁파 야권: 온건파 v. 급진파
사회와의 관계	광범위한 대중 동원 부재	광범위한 대중 동원 부재	광범위한 대중 동원	동원 및 비동원
결과	체제 자체는 변하지 않음	체제 자체는 변하지 않음	체제의 변화	체제의 변화

[표 3] 개혁, 쿠데타, 혁명, 체제전환

Books(2019, 1st ed. 1990), 4면 ; Dahrendorf, Ralf, "Transitions: Politics, Economics, and Liberty", *The Washington Quarterly*, Vol.13 No.3(1990), 133-142면, 134면 이하 ; Bozóki, András, "Hungarian transition in a comparative perspective" in Bozóki, András, Körösenyi, András & Schöpflin, George(eds.), *Post-Communist Transition: Emerging Pluralism in Hungary*, Bloomsbury Academic(2016, 1<sup>st</sup> ed. 1992), 163-191면 등 참조.

235) Bozóki, 앞의 논문(주 234), 167면.

물론 이러한 유형화의 시도들에 대해서는 비판도 존재한다. 개별 사례들, 또는 시대별, 지역별 고유성과 차이를 간과할 뿐만 아니라 도달해야 할 목표를 단일하고 보편적인 것으로 제시한다는 점이 그것이다<sup>236)</sup>. 물론 이념형으로서의 유형에만 시선을 고정시킨 나머지 개별 사례의 고유성과 특이성을 간과하여서는 안될 것이다. 그러나 절차적 양상의 공통적 형태를 포착할 수 있는 개념적 틀은 본고의 문제설정에 있어서는 도움이 될 수 있다.

이상과 같이 살펴본 사회과학적 관점의 체제전환 모델은 혁명적 입헌주의와 차별화되는 것으로서 애커만이 엘리트 구성 입헌주의로 명명한 것과 비교해 볼 수 있는 특징들을 가지는 것처럼 보인다. 그런데 우리가 여기서 특별히 주목하고자 하는 것은 애커만의 엘리트 구성 입헌주의 모델이 아니다. 애커만의 연구는 어떤 유형의 입헌주의가 취하는 역사적 경로가 보이는 변별적 특징들을 탐구한다는 점에서는 유용하지만, 상대적으로 그 헌법규범이 규범으로서 성립하는 절차의 특성 내지 양상에는 관심을 기울이지 않기 때문이다. 따라서 본고의 관점에서는 체제전환이라는 정치적 현상을 고유한 유형으로 파악하는 동시에 법이론적 관심에 입각하여 법적 절차의 차원을 조명하는 논의가 필요하다. 이러한 관점에서 주목되는 것은 헝가리 출신의 정치철학자이자 법철학자 야노쉬 키쉬(János Kis)의 연구이다<sup>237)</sup>. 키쉬는 헝가리의 경험을 범례로 하되 법체계가 변하는 법적 양상이라는 관점에서 혁명도 개혁도 아닌 제3의 중요한 정치적 변화의 모델로서 '체제전환'을 보다 법학적인 관점에서 정교하게 개념화·유형화하였다<sup>238)</sup>. 이하에

236) Sadurski, Wojciech, "Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theories" in Czarnota, Adam, Krygier, Martin & Sadurski, Wojciech(eds.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press(2005), 9-24면(이 문헌은 이런 관점에서 체제전환 개념을 기초로 하는 입헌주의 분석에 대한 비판을 시도한다) ; Blokker, Paul, "Post-Communist Modernization, Transition Studies, and Diversity in Europe", *European Journal of Social Theory*, Vol.8 No.4, 503-525면(이 문헌은 이러한 이유 때문에 체제전환 유형 분석보다는 개별사례의 역사적 맥락을 더 중시할 것을 주장한다) 참조.

237) 1943년 부다페스트 태생인 키쉬는 1966년 헝가리 공산당인 사회주의노동자당(MSZMP)에 가입하였다가 1973년 축출되었고 철학자와 사회과학자들을 대상으로 한 '정화운동'의 일환으로 직장에서도 해고되었다. 그는 1989년 헝가리 체제전환 국면에서 야권 협상대표로 직접 참여하여 전과정을 가까이에서 경험한 경력을 가지고 있다. Bozóki, András(ed.), *The Roundtable Talks of 1989 - The Genesis of Hungarian Democracy*, Central University Press(2002), 394면.

서 키쉬의 논의를 살펴보는 것은 우선은 제3장의 사례연구를 위한 토대로서 '체제 전환'의 기초적 속성들을 혁명이나 개혁과 비교하여 추출하기 위해서이고, 다음으로 이를 통해 그 사례들을 분석할 수 있는 개념적 도구들을 확인하기 위해서이다.

## 2. 키쉬의 체제전환 모델

### (1) 모델의 개요

1956년 헝가리, 1968년 체코슬로바키아에서와 같이 중동부유럽에서 민주주의적 대중운동의 조짐이 있었을 때 소련은 군사적 개입을 주저하지 않았고, 이 지역에서의 민주화 움직임은 이러한 외국군의 폭력적 개입으로 인하여 회복하기 어려운 타격을 입었다. 이러한 상황에서 1970년대 폴란드의 반체제 지식인들은 새로운 정치적 전략으로 당-국가라는 제도적 구성물 바깥에서 "국가의 붕괴를 초래할 정도로 강력하지는 않지만 협상태이블로 불러일으킬 만큼은 강한" 사회운동을 조직할 것을 제안하였는데<sup>239)</sup>, 이는 1989년경 실제로 일어난 중동부유럽의 변화를 지칭하기 위해 사용된 'Refolution'이라는 용어와 맥락이 닿아 있는 것이었다<sup>240)</sup>. 즉, 개혁보다는 광범위하고 급진적인 변화를 일컫지만 통상 혁명에 귀속되는 것과는 다른 특성을 가지는 사회변화가 독자적 유형으로서 적극적으로 고려된 것이다. 키쉬는 그 독자성을 정치적 급변의 시나리오를 비교분석함으로써 개념적 차원에서 해명하고, 어떤 조건에서 '체제전환' 시나리오가 유효할 수 있는지 밝히고자 하였다. 이하에서 이에 대해 검토한다.

---

238) 이하에서 살펴볼 텍스트는 Kis, János, "Between Reform and Revolution", *East European Politics and Societies*, Vol.12 No.2(1998), 300-383면이다.

239) Kis, 앞의 논문(주 238), 302-303면 ; 코헨, 진 L·아라토, 앤드루(박형신·이혜경 옮김), 『시민사회와 정치이론 1』 한길사(2013), 124-132면, 165-184면. 이는 아래로부터의 혁명의 조건도, 위로부터의 개혁의 조건도 형성되기 어렵다는 명백한 역사인식을 바탕으로 한 것이었다. 같은 책, 124-125면. 폴란드 자유노조와 관련하여 이러한 전략을 제안, 이론화한 최초의 인물 중 하나는 아담 미흐니크였다. Michnik, Adam(trans. Latynski, Maya), *Letters from Prison and Other Essays*, University of California Press(1985), 88면 이하, 135면 이하 참조.

240) 이는 'Revolution'과 'Reform'을 결합한 말로서 Timothy Garton Ash가 처음 사용한 표현이다. Ash, 앞의 책(주 234), 53면.

(2) 5가지 시나리오의 비교분석을 통한 체제전환 개념의 해명<sup>241)</sup>

키쉬는 다음과 같은 가상의 사례를 들어 논의를 시작한다. 자유방임적 최소국가를 핵심적 헌법원칙으로 하고 있는 입헌공화국 C국이 있다. 그런데 광범위한 대중이 C국 헌법에 대한 근본적 변화를 요구하는 상황이 발생하였다고 가정해 보자. 이러한 상황에서 다음과 같은 시나리오들(이하 각 시나리오를 'S'로 약칭)이 가능할 것이다.

[S ①] 기존 선거법에 따라 선출된 C국의 입법부는 소득재분배를 위한 조세정책과 광범위한 사회복지 프로그램을 담은 법안을 준비하여 가결시킨다. 입법부는 이와 동시에 보수적 법관으로 구성된 사법부가 이와 같은 일련의 입법을 위헌선언을 통해 무효화시키지 못하도록 '사회국가원리'를 수용하는 헌법개정을 성공시킨다.

[S ②] C국 입법부는 정파 사이에 입장차를 좁히지 못하고 광범위한 개혁입법을 성공시키는데 실패한다. 그러자 분노한 대중이 의사당을 점거한다. 곧, 이들이 주도하는 임시정부가 수립되고, 사회국가원리를 포함하는 새로운 헌법을 제정하게 이른다. 대규모 혼란 끝에 노동조합과 산업계 대표들은 노사관계의 정립과 복지프로그램 도입 등 사회국가적 원칙들에 합의하는 정치적 협약을 맺는다. 이 협약에는 제헌의회를 구성하여 위와 같이 합의된 원칙들을 포함하는 헌법을 제정하기로 하는 항목이 들어가 있다.

성공적 개혁의 전형에 해당하는 S ①에서는 정통성 위기(legitimacy crisis)가 발생하지 않았거나 헌법과 법률의 틀 내에서 그 위기에 성공적으로 대응하는 개혁이 이루어졌다. 반면, S ②에서는 정통성의 위기로 인해 법규범의 정립에 관한 합법적 규칙들이 깨어졌음을 알 수 있다. S ①에서 주도적 행위자는 제도권 내 기성권력의 보유자들인 반면, S ②에서는 제도적 권력을 보유하고 있

---

241) 이하는 Kis, 앞의 논문(주 238), 308-331면을 요약·재구성한 것이다.

지 못한 이들이 기존의 정치적 정통성에 도전하게 된다. 계속해서 세 번째 시나리오를 검토해 보자.

[S ③] S ②에서 본 협약이 맺어지지만, 위 시나리오와는 달리 기성 정치 질서의 합법성이 붕괴되기 전의 시점에 그 협약이 이루어지는 경우를 생각해 보자. 협상의 당사자들은 거국적인 원탁협상회의를 열어 현행 의회를 해산하고 원탁회의에서 채택된 원칙들을 헌법에 담기 위해 제헌의회를 소집해야 한다는 원칙에 합의하게 되고 이를 실행에 옮기는 데 성공한다.

S ③은 S ②와 유사해 보이지만 중대한 차이가 있다. 두 경우에서 모두 기존 헌법질서에서 합헌적으로 볼 수 없는 방식으로, 다시 말해 헌법적 수권과 무관한 방식으로 새로운 헌법이 성립하였지만, S ②에서는 국가기능이 일시적으로 붕괴되고 이원적 권력중심(dual power) 상황과 두 권력중심 사이의 일시적 경쟁관계가 발생하였던 반면, S ③에서는 사회세력들 사이의 협상과 협력을 통해 그러한 상황을 회피하였기 때문이다. 다음으로 네 번째, 다섯번째 시나리오를 살펴보자.

[S ④] 여기에서 전국원탁회의의 당사자들은 여러 가지 이유로 인해 의회를 우회하지 않기로 결정한다. 이들은 자신들이 맺은 협약을 구현한 헌법안을 기초하여 의회에 제출하기로 하고, 다른 선택의 여지가 없다고 판단한 의원들은 이를 헌법개정안으로 성안하여 의결한다.

[S ⑤] 마지막 시나리오에서는 전국원탁회의가 구성되지는 않지만, 제도권 바깥의 야권이 내는 목소리가 점점 힘을 얻어가고, 기존 정부 인사들 중 일부는 이들과 비밀리에 회합을 가지기 시작한다. 이들은 의회 다수와 지도자들에게 접근을 시도하고 이를 통해 점진적으로 모든 중요한 정치적 행위자들 사이에 비공식적인 소통채널이 형성된다. 그 과정에서 의회는 헌법개정안을 의결한 다음 새로운 총선을 위해 자진해산을 결의하

기로 합의가 이루어진다. 당사자들 사이의 합의가 유지됨으로써 변화의 최종적 국면까지 과정에 대한 정치적 통제력이 상실되지 않는다.

S ①이 개혁, S ②가 혁명의 전형적인 경우라면, S ③, ④, ⑤는 그 중간적 단계들을 보여준다. 이 중간단계들은 어떤 연속체를 이루는 것처럼 보이기도 하지만, 키쉬는 그 중 S ③과 ⑤는 현실화될 가능성이 현격히 낮은 시나리오들임을 지적한다. 먼저 S ③의 경우를 보자. 여기서 원탁회의에 참여하는 정치세력들은 기존 정치질서의 붕괴와 권력중심의 경합을 회피하기 위해 상대방과의 협상, 협력을 선택한다. 그러나 의회 및 정부가 그 협상결과에 따를 것이라는 보장이 없는 한 그들이 회피하고자 하는 권력중심의 경합이라는 리스크는 사라질 수 없다. 반면, 의회가 협력할 것으로 기대할 수 있는 상황에서는 이후 전개될 상황에서 의회의 역할이 무엇인지 분명하지 않다. 키쉬는 이러한 이유로 S ③은 현실화될 가능성이 낮다고 본다. 다음으로 S ⑤의 경우 공식적인 협상과 협약의 기구가 부재하기 때문에 제도권 바깥의 야권은 공적 책임을 질 통로가 전혀 없게 된다. 따라서 공중은 체제전환이 광범위한 정치세력의 연합에 의해 지지되고 있음을 확인할 방법이 없게 되고, 정통성 위기에 효과적으로 대응할 자원이 없게 된다<sup>242</sup>). 그렇다면 결국 남게 되는 것은 거국적 원탁회의와 같은 준대표적 공식기구를 통해 다양한 정치세력들이 합의안 원칙들을 기존 의회가 헌법적 절차에 따라 의결하게 되는 S ④가 남게 된다. 키쉬는 이러한 비교분석을 통해 '협력에 의한 체제전환' 또는 '체제전환'을 다음과 같은 양상으로 전개되는 거시적 스케일의 정치적 변화로 규정한다.

- (i) 증대한 정치적 정통성 위기(legitimacy crisis)와 그로 인한 사회 전반의 동요가 발생한다.
- (ii) 그러나 이러한 위기가 주요 정치세력들 사이의 협력과 조정을 붕괴시킬 정도에는 이르지 않는다.

---

242) Kis, 앞의 논문(주 238), 320면은 이를 'Case Four'로 설명하고 있으나 명백한 오기로 보인다.



- (iii) 공식적·제도적인 권한을 여전히 보유하고 있는 정부 측과 그렇지 못한 다양한 정치집단 대표들 사이에 협력·조정관계가 형성, 유지된다.
- (iv) 양측은 이러한 협력·조정을 규율하는 원칙 또는 규칙을 원탁회의 협상안과 같은 형태로 제정할 수 있다.
- (v) 이 협상안은 새로운 정통성에 기초한 정치체제로의 이행(transition)에 관한 계획안을 포함한다.
- (vi) 이 협약은 구체제 의회에서 기존 헌법의 개정규정(또는 입법규정)을 활용하여 헌법화(또는 입법화)된다<sup>243</sup>.

### (3) 체제전환 모델이 실행될 수 있는 조건들

키쉬는 나아가 이러한 유형의 정치적 변화가 어떤 조건에서 지배적일 수 있는지에 관하여 다음과 같은 몇 가지 가설적 요소들을 제시하고 있다<sup>244</sup>.

① 우선 지배집단 내부에 균열이 존재해야 한다. 심각한 정통성의 위기가 도래하더라도 지배계급 내지 집권세력 내부의 균열이 심각하지 않으면 체제전환형 변화는 일어나기 어렵다. 그러한 균열이 없다면 집권세력 스스로 개혁을 성공시키거나, 외부세력에 의한 혁명적 전복이 일어나게 될 가능성이 높다.

② 지배집단은 외부 야권과 권력공유를 위한 협상을 진행함에 있어 반동적 선택도 개혁적 선택도 어려운 상황이라고 판단할 것이다. 달리 말하면, 내부의 강경파와 개혁파 모두 자신의 의제를 그대로 관철시킬 수 있을 만큼 지배집단을 장악하지 못한 상태여야 한다. 이러한 판단하에 이들은 장차 어떤 모습이 될지 예상하기 어려운 불확실한 장래의 정치체제 속에서 '어느 정도'의 안정적 지위를 확보하는 것을 현실적인 목표로 삼게 된다.

③ 제도권 밖의 야권 중에는 상당한 대중적 지지와 권위를 누리면서도 전면적 대치보다 협상을 선호하는 협력의 파트너가 존재해야 한다. 위험이 큰 혁명적 전복의 전략은 피하고자 하는 야권의 주요 행위자가 없다면 체제전환형 변화는 성공하기 어렵다.

243) Kis, 앞의 논문(주 238), 320-321면, 332면 이하.

244) 이하 논의는 Kis, 앞의 논문(주 238), 355-371면 참조.

④ 정치적 변화에 있어 대중동원은 유효한 협상데이블이 성사되는데 도움이 될 정도로 존재하지만, 협상조차 필요 없게 될 정도로 강력하지는 않아야 한다. 대중동원이 부재하거나 지나치게 약하면 기존 정치세력은 스스로 우월적 지위에 있다고 여겨 협상에 응하지 않을 것이다. 반면, 대중동원이 광범위하게 일어난 상황에서는 야권 쪽에서 구체제 내 인사들과 협상의 필요성을 느끼지 못하게 될 것이다.

⑤ 협상은 그 성격상 불확실성 속에서 이루어질 수밖에 없지만 장래의 전망에 대한 당사자들의 견해차가 지나치게 커서는 안되며, 새로운 헌정체제의 성격 뿐만 아니라 그 체제로 이행하는 과정에 대해서도 어느 정도 가시적인 해법, 합의와 준수가 모두 가능한 해법이 존재해야 한다.

⑥ 마지막으로 협상과 조정에 어느 정도 친화성을 가진 정치문화적 배경이 존재해야 한다.

이와 같은 정치·사회적 조건이 조성되어 있을 경우 일정 수준의 법적 연속성을 유지하면서도 근본적인 정치적 정통성 원리가 달라지는 체제전환형 변화가 가능하다는 것이 키쉬 설명의 요지이다. 이러한 유형의 정치적 변화가 가지는 장점은 정치적 이행의 과정에서 폭력의 요소가 최소화되고 평화가 유지될 뿐만 아니라, 다원주의적 공화국의 가치를 달성되어야 할 목적으로 지향하는 것 뿐만 아니라 이행의 과정에서 체험함으로써 이를 집단적 기억의 자원으로 삼을 수 있다는 것이다<sup>245)</sup>. 그러나 키쉬는 이러한 정치적 변화에 고유한 단점도 지적하고 있다. 구 체제의 통치계급이 특권적 지위를 상실하지 아니함으로써 새로운 체제의 정통성에 타격을 줄 수 있으며, 새로운 헌법이 보장하는 광범위한 기본권 체계가 구체제하의 정치적 가해자들을 보호해 주는 결과를 낳을 수도 있기 때문이다<sup>246)</sup>.

---

245) Kis, 앞의 논문(주 238), 376면.

246) Kis, 앞의 논문(주 238), 377-378면. 이 점을 생생하게 보여주는 문헌으로는 Krastev, Ivan & Holmes, Stephen, *The Light that Failed - Why the West is Losing the Fight for Democracy*, Pegasus Books(2019), 66면 이하[크라스테프, 이반, 홈스, 스티븐(이재황 옮김), 『모방시대의 종말』 책과함께(2020), 99면 이하] 참조 ; Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press(2004), 특히 제3장.

#### IV. 모델의 적용과 사례의 선정

키쉬가 제시하는 모델의 가장 큰 장점은 정치적 변화의 법적·절차적 양상을 부각시킨다는 것이다. 이 점은 애커만과 대비되는 지점인데, 앞서 보았듯 애커만은 혁명적 입헌주의의 경로와 엘리트 협약에 의한 입헌주의의 경로를 중점적으로 비교, 분석하면서도 그 절차적 차원을 부각시키지는 않는다. 그러나 키쉬는 스스로도 "'혁명'에 해당하는지에 관한 기준은 순수하게 그 결과에만 기초할 수는 없다. 절차들의 양상도 중대한 의미를 가지는 것이다(The modality of the processes matters, too)."<sup>247</sup>라고 하고 있을 뿐만 아니라, 실제로 개혁과도 혁명과도 구별되는 체제전환에 고유한 이행의 절차적 양상을 구성하는 요소들을 설득력 있게 추출하고 있다. 이 점은 헌법이 성립하는 절차의 특수성을 그 성립환경과의 관계하에서 조명하고자 하는 본 연구의 기획에 중요한 시사점을 준다.

이에 본고는 키쉬가 제시하는 체제전환의 여러 특징적 요소들을 분석도구의 수준에서 상당 부분 받아들이면서, 이를 체제전환형 변화에 부합하는 사례들을 선정하고 분석하는 데 활용하고자 한다. 이는 달리 말하자면 20세기 후반 있었던 여러 헌법제정 사례들의 특수성을 적극적으로 탐구하려는 것이기도 하다. 이와 같은 관점에서 선정된 사례들은 다음과 같다.

첫 번째 사례는 1970년대 후반 스페인이다. 키쉬도 체제전환 유형의 효시로 스페인을 꼽고 있는바<sup>248</sup>, 프랑코 사후 1978년 헌법이 성립하기까지의 스페인의 헌법제정 사례를 살펴보는 것은 1989년 이후 체제전환형 헌법의 성립과정에서 참고된 원형이 어떤 특성을 가지고 있었는지 확인할 수 있는 중대한 의미가 있을 것으로 보인다<sup>249</sup>. 두 번째로는 중·동부 유럽의 사례들 중 키쉬가 범례로 삼고

247) Kis, 앞의 논문(주 238), 300면.

248) Kis, 앞의 논문(주 238), 304면("제2차 세계대전 이후 유럽에서 혁명은 거의 없었다시피 했다. 반면 권위주의에서 민주주의로 이행한 스페인은 새로운 패턴의 체제전환을 알렸다. 1989년-1990년 소비에트체제의 붕괴에 따른 변화들을 특징지은 것은 이 패턴이었다."). 다만, 키쉬는 위 문헌에서 스페인을 직접적인 분석대상으로 다루고 있지는 않다. 한편, 'Transición'은 스페인에서 1975년 이후의 정치적 변동기를 지칭하는 단어로 쓰이기도 한다. 예컨대, Song, H. Rosi, *Lost in Transition: Constructing Memory in Contemporary Spain*, Liverpool University Press(2016).

249) Linz & Stepan, 앞의 책(주 231), 87-88면(스페인의 체제전환이 협약에 의한 민주주

있는 헝가리를 살펴볼 것이다. 1989년을 기점으로 다원적 민주주의로 전환한 중동부 유럽 국가 중 루마니아처럼 혁명적 경로를 따라간 경우도 있었지만, 폴란드, 동독, 헝가리 등과 같이 시민사회를 중심으로 형성된 재야 정치세력과 구 공산당 분파 사이의 협상과 타협이 체제전환을 견인한 경우가 더 많았다<sup>250</sup>). 그 중 헝가리 1989년 헌법은 가장 전형적인 체제전환의 모습을 보여준다. 폴란드는 그 중 가장 먼저 이 경로에 따른 체제전환 협상을 시작하였지만 시작이 빨랐기 때문에 오히려 이러한 형태의 정치적 전환이 가지는 이점을 충분히 누리지 못하였고, 그 결과 불완전하거나 비전형적인 요소가 적지 않게 발견된다<sup>251</sup>). 동독의 경우 서독

---

으로 체제전환에 있어 '범례적 사례(paradigmatic case)'라는 점에 대해 합의가 이루어지고 있다고 평가하고 있다) ; López Guerra, Luis, "The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe", *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1937-1951면, 특히 1938면(이 글은 스페인 모델이 동유럽 체제전환에 지대한 영향을 미쳤던 이유로 스페인의 체제전환이 상대적으로 짧은 기간 내에 평화로운 방식으로 이루어졌다는 점과 스페인 헌법이 스페인의 나토와 유럽공동체, 유럽위원회 가입 및 안정적 경제성장을 가능케 했다는 견해가 지배적이었다는 점을 지적하고 있다) ; Rosenfeld, Michel et al., "Peaceful Transitions to Constitutional Democracy: Transcript of the Proceedings", *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1953-1985면[이 속기록은 스페인의 헌법제정과정에 참여하였던 페레스 로르카(J.P. Perez Llorca), 폴란드 체제전환의 주역 중 한 사람인 게레멕(Bronislaw Geremek) 등이 참여한 구두발표 및 토의내용을 기록한 것이다. 여기서 게레멕은 당시 폴란드에서 스페인의 체제전환 사례는 중요하게 참고된 모델이었다고 증언하고 있다.].

250) 한편, 애커만은 중동부 유럽 중 폴란드를 혁명적 입헌주의의 사례로 들고 있다. 그가 폴란드를 이렇게 분류하는 이유는 체제전환의 절차적 특성이 아니라 레흐 바웬사라는 카리스마적 지도자와 80년대 초부터 축적된 솔리다르노시치(자유연대노조)를 중심으로 한 혁명적 서사가 형성되었다는 데 중요성을 부여하기 때문이다. Ackerman, 앞의 책(주 121), 227면 이하.

251) 폴란드의 체제전환을 위한 원탁회의는 1989년 2월에 시작되었지만 당시에만 해도 소련이 군사적 개입을 감행할지, 즉 집권세력이 압도적 협상력을 유지할 수 있을지 여부는 불분명하였다. 핵심의제였던 자유노조 재합법화는 쉽게 달성되었으나 합의된 선거규칙은 부분적으로만 자유·보통선거로 볼 수 있는 것이었다. 새로 창설하는 상원은 자유로운 경쟁적 선거를 통해 선출하되 하원 의원 상당수는 여전히 집권당의 영향력 하에 두었기 때문이다. 자세한 것은 Howard, A.E. Dick, & Brezezinski, Mark F., "Development of Constitutionalism" in Staar, Richard F.(ed.), *Transition to Democracy in Poland*, St. Martin's Press(1998), 133-162면 ; Garlicki, Lech & Garlicka, Zofia A., "Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation: The Experience of Poland" in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition - Case Studies in Constitution Making*, United States Institute of Peace(2010), 350-390면 ; Granat, Mirosław & Granat, Katarzyna, *The Constitution of Poland - A Contextual Analysis* -, Hart(2019), 11면 이하 ; 포터-슈치, 브라이언(안상준 옮김), 『폴란드 근현대사』 오래된생각(2017), 386면 이하.

과의 재통일 문제가 있었기 때문에 고려해야 할 특수한 변수가 훨씬 더 많다<sup>252)</sup>. 이러한 점에서 헝가리는 체제전환의 상황에서 새로운 헌법이 성립하는 더 전형적 모습을 발견할 수 있다는 장점을 가진다. 세 번째로 다룰 사례는 남아프리카공화국이다. 남아프리카공화국 1996년 헌법이 성립하기까지의 과정은 스페인, 헝가리와 같이 키쉬가 제시하는 체제전환 모델의 어떤 요소들을 포함할 뿐만 아니라 더 발전, 정교화된 모습을 보여주기 때문이다<sup>253)254)</sup>.

위 사례들에서는 모두 구체제에 심각한 정통성 위기가 명백히 도래한 상황에서 제도권 정치세력은 독자적으로 개혁을 성공시키기 어려웠던 반면, 야권 역시 축출과 전복이라는 혁명적 경로를 성공시키기 어려웠다는 공통점을 찾을 수 있다. 양 세력 간의 지난한 협상·조정 끝에 새로운 체제를 구성하는 원칙들에 관한 합의가 이루어지고, 그 합의가 구체제의 제도적 행위자, 특히 의회를 통해 입헌화 또는 입법화된 것도 공통적이었다. 그리고 이러한 과정은 어느 정도 분명하게 식별할 수 있는 과도기적 단계를 거쳐 새로운 헌정체제로 이행하는 모습을 보여주었다. 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례 모두 고유한 역사적 문맥과 독자성을 가짐은 분명하지만, 유사한 시기의 다른 사례들에 비해서는 상대적으로 다른 변수가 적고 전형적인 형태가 드러난다는 특징을 가진다. 이러한 전형성은 사례선정에 있어 특히 중요한 의미를 가진다. 사례연구를 토대로 전형적인 요소들을 추출하여 그 일반적 의미를 이론적으로 분석하는 데 있어 장점을 가지기 때문이다.

다만, 키쉬의 이론적 모델은 여기서 사례 선정을 위한 개념적 기초로서의 제한적 의미를 가진다는 것을 분명히 할 필요가 있다. 키쉬는 주로 동유럽의 경

252) 우선은 김철수, 『독일통일의 정치와 헌법』 박영사(2004) ; 허완중, "독일통일과정의 헌법적 문제 - 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 -", 『헌법재판연구』 제2권 제1호(2015. 6.), 167-199면.

253) 반면 애커만은 남아프리카공화국 역시 혁명적 입헌주의의 사례로 분류하고 있다는 점에서 관점을 달리한다. 애커만의 분류기준에서는 카리스마적 지도자 또는 운동정당의 역할이 혁명적 입헌주의의 핵심인데, 남아프리카공화국에서는 넬슨 만델라와 ANC(아프리카민족회의)라는 뚜렷한 행위자가 있었기 때문이다. Ackerman, 앞의 책(주 121), 77면 이하.

254) 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 사례의 절차적 유사성을 지적하는 다른 문헌으로는 Halmai, "A Coup Against Constitutional Democracy - The Case of Hungary" in Graber, Mark A., Levinson, Sanford & Tushnet, Mark(eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press(2018), 243-256면, 244면.

힘을 토대로 '부드러운 체제전환'의 형식적·절차적 특성들을 추출하려고 하였으나 그 고찰의 범위는 1990년대 초·중반까지의 사례들에 그치고 있으며 헝가리의 이후 전개상황이나 남아프리카공화국의 단계적 헌법창설 과정에 나타난 특성들을 본격적으로 포괄하지 못하고 있다. 반면, 본 연구는 키쉬가 제시한 특성들을 기초로 삼아 사례선정의 범주를 설정하지만 동시에 대상 사례들에 나타난 절차의 이론적 분석을 통해 키쉬의 시야 너머로 나아가고자 한다. 따라서 제3장과 제4장의 분석은 키쉬 모델의 구성요소들을 단순히 확인, 검증하는 것이 아니라 여기에 포함되지 않은 헌법창설절차의 구체적 특성들과 그 함의들까지 드러내는 것을 목표로 삼을 것이다<sup>255)</sup>.

#### V. 체제전환 사례와 헌법제정 - 헌법개정 분류의 잠정적 관계

우리는 앞서 혁명을 배경으로 하지 않은 상황에서도 헌법제정이 있을 수 있다면, 그 절차적·제도적 형태와 함의가 혁명을 배경으로 한 헌법제정과 동일하지 않을 것으로 추단된다고 보고 혁명과 차별화되는 헌법창설의 환경으로서 체제전환 범주를 살펴보았다. 이제 체제전환 유형의 정치체제 변환을 어떠한 기준에 의해 판별할 수 있는지 살펴보았으므로 이에 해당하는 것으로 선정된 사례들이 헌법제정 - 헌법개정 개념에 의할 때 어떻게 분류되는지 의문이 정당하게 제기될 수 있을 것이다. 우리는 본고에서 채택하는 헌법제정 - 헌법개정에 관한 잠정적 기초규정에 대해 앞서 살펴보았지만(제2절 II.3.), 이 시점에서 그러한 기초규정에 관한 논의만으로 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 헌법창설과정이 헌법개정과 헌법제정 중 어디에 해당하는지에 관한 결론을 제시하는 것은 가능하지 않다. 이를 위해서는 구체적 사례들에 대한 제3장의 상세한 고찰이 전제되어야 하기 때문이다. 따라서 본고가 채택하는 분류기준에 입각하여 위 사례들 분석하는 구체적인 논증은 제4장으로 미룰 수밖에 없다<sup>256)</sup>. 그러나 구체적 논증은 뒤로 미루더라

255) 키쉬의 모델과 본고가 분석한 체제전환 헌법제정절차의 관련성에 관하여는 제4장 제1절 IV.도 참조.

256) 특히 제4장 제2절 III. 참조.

도 이후 논의의 편의를 위해 본고의 입장을 미리 밝힐 필요는 있다고 생각된다. 즉, 본고는 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례에서 관찰되는 헌법창설절차들은 그 절차가 고전적 헌법제정 관념에 의할 때 전형적이라고 볼 수는 없는 것임에도 모두 '시원성'의 개입을 확인할 수 있는 헌법제정에 해당한다고 본다<sup>257)</sup>. 따라서 이들 사례에 대한 고찰은 체제전환 과정에서 채택된 '헌법제정절차'가 어떠한 독자적인 특성과 함의를 가지는지에 관한 규명으로 연결될 수 있을 것이다.

---

257) 따라서 이하에서 고찰할 사례들을 '헌법제정'으로 지칭하는 대목들이 등장할 수 있다. 다만, 헌법제정과 헌법개정으로 분류하기 이전의 중립적 상태를 지칭할 필요가 있을 때에는 개념사용의 엄밀성을 위해 '헌법성립' 또는 '헌법창설'과 같은 용어를 사용하였다. 위 제2절 II.2. 참조.

## 제4절 소결론

본 장에서는 이론사적 관점에서 헌법학이 헌법제정과 헌법개정을 이해해 온 방식을 역사적으로 회고하면서 대립되는 것처럼 보이는 고전적 이해와 실증주의적 이해가 공유하는 전제가 무엇인지 살펴보았다. 그 전제는 헌법제정을 선행 법질서와 단절된 법적 공백을 바탕으로 성립하는 법외적 현상으로 이해하는 것으로서 헌법제정 현상을 법학적 논의의 대상으로 삼기 어렵게 만드는 결과를 낳았다. 그러나 고전적 이해와 실증주의적 이해는 모두 제한된 역사적 경험을 토대로 형성된 것이다. 시야를 확장함으로써 우리는 헌법이 성립하는 환경의 다양성을 확인할 수 있고, 건국이나 혁명 등 정치적 격변만을 헌법제정의 특권적 환경으로 이해한 것은 아닌지 재검토할 수 있다. 다른 유형의 환경하에서 헌법이 성립하는 절차적 양상에 대한 고찰의 필요성은 이로부터 도출된다.

우리는 이상의 사정들을 기초로 20세기 중후반 이후 발견되는 체제전환형 헌법을 어떻게 이해할 것인지와 관련하여 야노쉬 키쉬의 논의를 검토하였다. 키쉬의 논의를 기초로 개념적, 이론적 차원에서 개혁 및 혁명과 대조되는 체제전환의 특성을 명료화하고 독자적 유형으로 자리매김하는 것은 다음 제3장에서 살펴볼 사례연구의 토대가 된다. 제3장의 전개를 통해 드러나겠지만 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 헌법성립과정은 모두 키쉬의 모델에서 확인할 수 있는 체제전환의 특성들을 전형적으로 드러낸다. 절차적 차원에서 나타난 그 특성들과 함의를 본격적으로 분석하는 것은 제4장에서 이루어질 것이다. 그러나 이를 위해서는 먼저 각각의 사례들이 전개된 절차적 양상을 그 배경과 함께 근거리에서 검토하는 작업이 필요하다. 이는 제3장의 과제가 될 것이다.





### 제3장 체제전환 헌법제정 사례들에 대한 구체적 고찰

본 장에서는 체제전환 과정에서 성립한 것으로 볼 수 있는 세 국가의 헌법 성립과정을 비교헌정사적 관점에서 검토한다. 스페인 1978년 헌법, 헝가리 1989년 헌법과 2011년 기본법, 남아프리카공화국 1996년 헌법이 그 대상이다. 20세기 후반에 있었던 이 헌법의 성립과정들은 모두 헌법전 자체에서 명시적으로 '새로운' 헌법임을 표방하였던 동시에 체제전환의 범주에 해당하는 결정적 표지들을 가지고 있는 사례들이었다. 또한, 이들 사례들은 명시적인 참조와 계승, 발전을 통해 체제전환 헌법제정 모델의 역사적 형성에 기여하였다. 헌법적 관점에서 이 사례들은 분석하는 것은 국내에서 비교적 연구가 많지 않아 생소하였던 사례에 대한 본격적인 소개라는 관점에서도 의미가 없지 않겠으나<sup>1)</sup>, 본 장은 어디까지나 체제전환을 배경으로 전개된 헌법창설의 절차적 양상을 구체적으로 규명하는 것을 목표로 한다. 본고의 입장은 앞서 밝힌 바와 같이 이러한 헌법창설의 절차들의 궁극적 성격이 헌법제정에 해당한다는 것이다. 다만 그 구체적인 논증은 본 장의 내용을 전제로 해서야 비로소 가능해질 것이므로 제4장으로 미룬다. 이하에서 헌법창설절차의 성격을 지칭할 필요가 있을 때에는 부득이하게 '헌법제정'이라는 용어를 사용하거나, 헌법제정 - 헌법개정 분류와 무관한 중립적 개념이 더 자연스러운 맥락에서는 '헌법성립' 또는 '헌법창설'이라는 개념을 활용할 것이다<sup>2)</sup>.

이하의 고찰은 1978년 스페인 헌법의 성립과정(제1절), 1989년과 2011년 헝가리 헌법의 성립과정(제2절), 그리고 1993년에서 1997년에 이르는 남아프리카공화국의 성립과정(제3절)의 순서로 진행되며 각각의 경우 고유한 역사적 문맥과 헌법 제정의 절차, 신헌법의 내용과 의미를 드러내는 것을 그 과제로 한다.

---

1) 국내문헌 중 본 장의 주제와 관련하여 중요하게 참고할 수 있는 문헌으로는 음선필, "체제전환과 헌법재판소 - 남아공과 헝가리의 경험 -", 『홍익법학』 제11권 제2호 (2010), 220-253면이 있다.

2) 제2장 제2절 II.2. 참조.

## 제1절 스페인 1978년 헌법

스페인의 사례는 혁명과 개혁 양자와 모두 구별되는 정치체제 변환으로서의 체제전환에 관한 효시로 거론된다<sup>3)</sup>. 1970년대 후반 장기간의 프랑코 독재 종식 후 구체제 엘리트와 야권 지도자들 사이의 협상과정은 이후 중동부 유럽의 체제 전환에서 참고되는 주요 모델로 작용하였다. 따라서 스페인의 사례를 통해 체제 전환에 동반된 헌법제정절차의 초기형태와 그 구성요소들이 무엇인지, 그 법적 과정을 견인한 정치적 동학은 어떠하였는지, 헌법제정과정에서 작동하였던 주요 인자들이 무엇이며 이후 스페인 입헌주의의 형성에 어떠한 영향을 미쳤는지에 대해 살펴보는 것은 그 중요성을 아무리 강조하더라도 지나치지 않을 것이다.

이하에서는 우선 1978년 헌법 이전의 프랑코 헌정체제를 분석하고(I.), 체제 전환에서 중대한 기능을 한 「정치개혁에 관한 법률」 및 그에 기한 총선과정(II.)과 헌법안 기초 및 공포과정(III.)을 차례로 검토할 것이다. 마지막으로 1978년 헌법의 특성들에 대해 고찰한 다음(IV.), 헌법제정과정 전반에 대한 평가를 시도하고 그 함의를 도출한다(V.).

### I. 1978년 헌법 이전의 헌정체제

스페인 내전이 종결된 1939년부터 1975년까지 스페인은 프란시스코 프랑코(Francisco Paulino Hermenegildo Teódulo Franco Bahamonde)를 국가권력의 정점으로 하는 권위주의 체제를 이루고 있었다. 그러나 36년에 이르는 이 기간 스페인 사회가 다방면에서 경험한 변화는 작은 규모가 아니었다. 스페인은 이 시기 동안 고립된 자급자족 경제에서 관료들의 주도로 시장경제를 기반으로 한 소비사회로 점차 이행하였으며, 1960년부터 10년간 평균 7.5%의 높은 경제성장률을 기록한 '경제기적'을 거치면서 중산층이 형성되고 카톨릭 교회의 영향력도 감소하는 등 1930년대의 정치적·문화적 구성과는 상당히 다른 사회로 변모하였다. 이러한

---

3) 제2장 제3절 IV. 참조.

사회·경제적 변화들이 프랑코 사후 체제변화가 시도되는 데 있어서 불가결한 조건들로 작용하였음은 물론이다. 그러나 본고의 목적상 이러한 배경에 대해 자세히 서술하는 것은 피하고, 프랑코 체제의 법적·제도적 표현에 초점을 맞추어 살펴보기로 한다<sup>4)</sup>.

프랑코 체제하에서 국가권력을 정초·규율하는 단일한 헌법전은 존재하지 않았으나, 스페인 내전 종결 이전인 1938년부터 비교적 체제말기에 가까운 1967년까지 순차적으로 제정된 7개의 기본법(Leyes Fundamentales)이 최고법으로서 기능하고 있었다<sup>5)6)</sup>. 7개의 기본법은 프랑코 체제의 '헌법'을 구성하는 것으로 이해 되었으므로 간략하게나마 그 내용과 특성을 살펴볼 필요가 있다<sup>7)8)</sup>. ① 스페인

4) 스페인 민주화의 사회·경제적 배경 및 그 과정에 대하여는 송기도, "의회정치의 확립과 스페인 민주화 - 정치지도자들의 역할을 중심으로", 『한국정치학회보』 제26집 제1호(1992), 327-359면, 334면 이하 ; 송기도, "스페인 민주화 과정: 합의의 정치", 『이베로아메리카연구』 제3권(1992), 1-23면, 5면 이하 ; 황보영조, "스페인 민주화와 아돌포 수아레스의 정치활동", 『역사와 경계』 제61집(2006), 213-242면 ; Carr, Raymond & Pablo Fusi, Juan., *Spain: Dictatorship to Democracy(2.ed)*, George Allen & Unwin Ltd(1981), 49면 이하 ; Maravall, José, *The Transition to Democracy in Spain*, Croom Helm St. Martin's Press(1982), 4면 이하 ; Ramón Arango, E., *Spain Democracy Regained(2.ed.)*, Westview Press(1995), 63면 이하 ; Tusell, Javier(trans. Clark, Rosemary), *Spain: From Dictatorship to Democracy 1939 to the Present*, Blackwell Publishing(2007), 187면 이하 ; Medhurst, Kenneth, "Spain's Evolutionary Pathway from Dictatorship to Democracy", *Western European Politics*, Vol.7 No.2(1994), 30-49면, 31면 이하. 민주화과정에 대한 정치학적 분석을 스페인의 사례에 적용한 글로는 Share, Donald, "Transitions to Democracy and Transition through Transaction", *Comparative Political Studies*, Vol.19 No.4(1987), 525-548면 ; Huntington, Samuel P., "How Countries Democratize", *Political Science Quarterly*, Vol.124 No.1(2009), 31-70면.

5) Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 40면 이하.

6) 스페인의 첫 헌법은 나폴레옹 전쟁 직후인 1812년까지 거슬러 올라가나, 비교적 자유주의적이고 민주적 색채를 가졌던 1812년, 1869년, 1931년 헌법은 모두 단명하였다. Ferreres Comella, Victor, *The Constitution of Spain - A Contextual Analysis*, Hart(2013), 2-3면. 1812년 헌법의 성립배경과 제정절차에 관한 간략한 소개로는 최해성, "스페인 독립전쟁과 자유주의의 태동 - 카디스의회와 1812년 헌법제정을 중심으로 -", 『스페인어문학』 제51권(2009. 6.), 217-232면, 특히 227면 이하 참조.

7) 스페인내 일부 법률가들은 기본법 제정의 과정을 독일식 법치국가(Rechtstaat)의 스페인적 모습(Estado de Derecho)이 형성되는 과정으로 보기도 했다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 40면.

8) 기본법의 영문번역 및 내용은 *Fundamental laws of the State: the Spanish Constitution*, SIE(1967)를 참조하였다. 위 문헌에는 각 기본법의 전문이 번역되어 있을 뿐만 아니라 그 전체적인 내용을 토대로 한 정치체제의 개괄적인 내용, 통치구조를 설명하는 자세한 도표 등이 수록되어 있다.

내전이 종결되기 전에 제정된 첫 번째 기본법 「1938년 3월 9일 노동헌장(Fuero del Trabajo, 1967년 1월 10일 국가조직에 관한 법률에 의해 개정)」은 근로의 권리와 일반적인 근로조건에 대해 규정하고 있었고, ② 「1942년 7월 17일 스페인의회 창설에 관한 법률(Ley Constitutiva de las Cortes, 1967년 1월 10일 국가조직에 관한 법률에 의해 개정)」은 프랑코 체제 내의 유사대표기관인 의회(Cortes)를 창설 및 규율하였다. 위 법률은 "일반적 성격을 가지는 법규범을 제정하는 상위의 권한을 국가원수에게 유지"시키면서도, "창설된 기관[의회]은 그 법규범 제정기능에 협조하는 효과적인 도구가 됨과 동시에, 보다 체계적인 권위의 제도를 위한 자기제한의 원리를 의미하게 될 것이다(전문)"고 선언하고, "의회는 국사에 참여하는 스페인 국민의 최고기관이다. 의회의 핵심기능은 국가원수의 재가권한을 침해하지 않는 범위 내에서 법률을 검토하고 승인하는 것이다(제1조)"라고 규정하여 의회가 입법에 있어 제한적 기능만을 담당함을 규정하고 있었다. 의회는 프랑코에 의해 임명되거나 조합주의적·유기체적 선거에 의해 선출되는 약 530명의 의원(procuradores)으로 구성되어 있었는데 의원들은 정부 구성원<sup>9)</sup>, 국민운동평의회 구성원, 대법원장, 국가평의회 의장, 군사법원최고평의회의장 등의 공직자 대표들과 노동조합 대표, 지역대표, 가족대표, 학술기관과 대학 등의 대표로서(제2조)<sup>10)</sup>, 보통선거를 통해 구성되는 국민대표체가 아니라 조합주의적 성격을 가진 기관이었고, 직위에 의해 의원직을 보유하게 되므로 당해 직위를 상실함으로써 의원직도 당연히 상실하도록 되어 있었다<sup>11)</sup>. ③ 「1945년 7월 17일 스페인 국민 헌장(Fuero de los Españoles, 1967년 1월 10일 국가조직에 관한 법률에 의해 개정)」은 연합국의 2차 세계대전 승전을 배경으로 한 것으로서<sup>12)</sup> 국민의

9) 1967년에는 의원 중 41.7%가 어떤 방식으로든 정부에 소속되어 있었다고 한다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 43-44면.

10) 의회 구성에 대한 보다 자세한 설명은 Sánchez-Navarro, Angel José, "The Political Transition of the Francoist Cortes, Toward the Law for Political Reform(1975-1976)", *International Journal of Political Economy*, Vol.20, No.2(1990), 8-27면, 9면 ; Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 43면.

11) 따라서 이들은 프랑코의 인사권 행사에 전적으로 의존할 수밖에 없었다. 정부의 임명 없이 입후보가 가능했던 가족대표(가족 단위의 선거권 행사에 의해 직접 선출되는 대표였다)도 까다로운 입후보 요건 때문에 국민대표의 기능을 발휘하기는 어려웠다고 한다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 44면.

12) 이는 연합국에게 스페인이 자유국가임을 보여주기 위해 제정된 장식적 성격의 헌장이

권리와 의무에 대해 규정하고 있었으며<sup>13)</sup>, ④ 「1945년 10월 22일 국민투표법(Ley de Referéndum)」은 "특정한 법률의 중요성 때문에 필요하거나 공익상 필요한 경우, 국가원수는 국민을 보다 잘 섬기기 위해 의회가 기초한 법안을 국민투표에 부의할 수 있다(제1조)"는 내용을 담고 있었고, ⑤ 국민투표로 확정된 「1947년 7월 26일 국가원수직 승계에 관한 법률(Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, 1967년 1월 10일 국가조직법에 의해 개정)」은 "정치적 단위로서의 스페인은 그 전통에 따라 스스로가 왕국임을 선언하는 카톨릭, 사회적, 대표제 국가이다(제1조)", "국가원수는 스페인과 십자군의 총통(Caudillo)이자 군의 최고통수권자인 돈 프란시스코 프랑코 바몽테이다(제2조)"라고 규정하여 체제의 성격과 프랑코의 지위를 명시하고 있었다. 또한 위 법률은 국가원수 권위시에 대비하여 섭정평의회(Consejo de Regencia)를 창설하였고(제3조), 의회 의장이 당연직 의장인 자문기관 왕국평의회(Consejo del Reino)를 창설하였으며(제4조), 국가원수가 국왕 또는 섭정의 자격을 가진 후계자를 지정할 수 있도록 하였다(제6조). 또한, 국가원수가 후계자를 지정하지 않고 사망하였을 경우에는 섭정평의회가 이를 결정하도록 하였고(제7조), 국가원수는 왕국평의회(Consejo del Reino)의 자문을 받아 의회에 특정한 자의 후계자 승계 배제안을 발의할 수 있도록 하였다(제13조). 기본법의 수정이나 개정을 위해서는 의회의 의결에 더하여 국민투표를 거쳐야 한다는 점도 규정되었다(제10조). 위 법률은 시급한 문제였던 프랑코의 후계자 지정 문제와 관련하여 왕당파들을 고려, 군주제를 재도입함을 명시하되 후계자의 특징은 장래의 문제로 남겨두고 후계자 승계의 조건과 절차 등을 명시한 것이었다<sup>14)</sup>. ⑥ 1958년 5월 15일의 「국민운동의 원칙에 관한 법률(Ley Fundamental de principios del Movimiento Nacional)」은 유일한 합법 정당인 국민운동(Movimiento Nacional)<sup>15)</sup>

였다고 한다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 45면.

13) 그 중 특징적인 것으로는 개인적, 가족적 명예를 존중받을 권리(제4조), 스페인의 국교인 카톨릭 교회에 대한 공식적 지원(제6조), 가족, 지역, 노동조합 등을 통해 대표제적 성격을 가지는 공공기관의 직무에 참여할 권리(제10조), 국가와 국가원수, 법률에 충성할 의무(제2조) 등을 들 수 있다.

14) Share, Donald, "The Franquist Regime and the Dilemma of Succession", *The Review of Politics*, Vol.48, No.4(1986), 549-575면, 557면. 후술하는 III.1.에서 보는 바와 같이 당시 스페인에는 공식적으로 국왕이 존재하지 않았다.

15) 국민운동은 파시스트 조직인 팔랑헤당, 카를로스주의자(보르본 왕조 방계인 돈 카를

의 이념적 원칙 등을 선언한 것으로서 전문에서 "나 프랑코는 신과 역사 앞의 책임을 인식하며, 왕국의 의회의 입회하에 십자군 전쟁을 낳은 이상에 한정된 스페인인들의 공동체를 대변하여 다음의 국민운동원칙을 공포한다", "사회생활의 자연적 실체인 가족, 지역공동체와 노동조합은 국민공동체의 기본구조이다(제5조)"라고 규정하여 체제가 지닌 국가 및 사회인식을 표현하고 있었다. ⑦ 마지막으로 1966년 12월 14일 국민투표에 의해 승인된 「1967년 1월 10일 국가조직에 관한 법률(Ley Orgánica del Estado)」은 총강에서 "스페인 국가는 왕국으로서 민족공동체의 최상위 제도이다. 국가는 그 기능을 수행하는 기관들을 통해 주권을 행사한다(제1조)", "국민주권은 하나이고 분할불가능하며 위임이나 포기가 불가능하다. 스페인국가의 제도적 체계는 권력의 단일성과 기능의 조정 원칙에 기초한다(제2조)"고 하여 권력의 집중과 영토의 단일성에 대해 규정하고, 국가원수(제2장), 정부(제3장)<sup>16)</sup>, 국민운동평의회(제4장)<sup>17)</sup>, 사법부(제5장), 군부(제6장), 국가 및 지방행정(제8, 9장) 등 국가기관의 구성과 권한 전반에 대하여 보다 세부적으로 규율하고 있었다.

위 기본법들은 모두 전문에 '나, 프란시스코 프랑코가 여러 고려사항을 종합하여 다음의 내용을 결정한다'는 규정형식을 취하고 있다. 개별 기본법들의 내용을 종합하면 카톨릭교회, 팔랑헤당, 국민운동, 군부 등의 협력 하에 유지되었고 의회와 정당에 적대적이었던 '유기체적 민주주의(Democracia orgánica)'의 모습을 관찰할 수 있다<sup>18)</sup>. 이러한 기본법들은 체제의 권력행사를 제한·규율했다기보다는 '프랑코 이후의 프랑코체제'를 준비하는 '카리스마의 제도화' 기능을 수행했다고

---

로스를 지지하는 전통주의자들), 왕당파 등 프랑코 정권과 협조관계를 유지하고 있던 보수주의 분파들의 통합조직인 'FET y de las JONS(Falange Español Tradicionalista-Juntas Ofensivas Nacionales Sindicalistas)'를 모태로 한 것으로서 국가원수 즉, 프랑코를 조직의 수장으로 하고 있었다. Share, "The Franquist Regime and the Dilemma of Succession"(주 14), 555-556면. 프랑코주의를 구성한 군부, 팔랑헤당, 교회, 군주주의자 등 정치세력에 대해서는 Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 21면 이하.

16) 그 중 제14조 제1항은 정부의 수반인 수상이 스페인 국민이어야 하며, 국왕은 왕국평의회가 추천하는 3명의 후보 중에서 수상을 임명한다고 규정하고 있었다.

17) 주목할 만한 것은 기본법에 대한 개정안은 의회에 제출되기 전에 반드시 국민운동평의회 심의를 거쳐야 하도록 규정한 점이다(제23조 b.).

18) 물론 이는 지배세력 상호간의 경쟁과 상호견제를 중요한 요소로 하는 것이었다. Share, 앞의 논문(주 14), 557면 ; Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 20면 이하.

볼 수 있다<sup>19</sup>). 앞서 본 바와 같이 프랑코는 국가원수의 지위와 행정부수반의 지위, 군통수권자의 지위를 모두 독점하는 권력의 정점에 있었으나, 정권 말기에 이르면 위와 같은 기본법상의 제도적 조건을 바탕으로 후계 구도를 염두에 두면서 권력구조의 재편을 시도하게 된다.

## II. 「정치개혁을 위한 법률」 과 1977년 6월 15일 선거

### 1. 후계 구도의 편성과 프랑코 사후의 개혁 시도

프랑코는 사후 후계구도 구상에 있어서 자신이 점유하고 있던 국가원수의 지위와 행정부 수반의 지위를 두 후계자에게 분리하게 승계시키려고 했다. 국가원수직 승계에 관한 법률 제1조에서 본 바와 같이 스페인은 법적으로 "왕국"이었으나, 국왕이 부재하는 왕국이었다. 1931년 공화국이 설립되기 이전 스페인의 왕위에 있던 알폰소 13세의 적통(嫡統)은 돈 후안(Don Juan Carlos Teresa Silverio Alfonso de Borbón y Battenberg)이었는데, 국외에 망명 중이던 그는 공개적으로 프랑코 정권에 대한 비판적 성명을 낸 바 있었으므로 프랑코의 후계로는 고려될 수 없었다<sup>20</sup>. 프랑코는 1948년 11월 7일 돈 후안과의 합의하에 당시 10세이던 그의 아들 후안 카를로스(Juan Carlos Alfonso Victor Maria de Borbón y Borbón)를 스페인으로 데려와 후계자 교육을 받게 했고, 1969년 7월 22일 자신의 사후 후안 카를로스가 국가원수의 지위를 승계할 것임을 공식선언하였다. 후안 카를로스는 다음날 의회에서 프랑코와 국민운동의 원칙, 그리고 국가의 기본법에 충성할 것을 맹세한다<sup>21</sup>).

한편, 프랑코는 1973년 1월 당시 부수상직에 있던 강경파 프랑코주의자 루이스 카레로 블랑코(Luis Carrero Blanco) 제독을 행정부 수반인 수상으로 임

19) Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 40면.

20) 돈 후안은 1945년 3월 프랑코 정권의 전체주의적 성격 등을 비판하면서 프랑코의 하야와 평화적 민주화를 요구하는 내용의 「Lausanne Manifesto」를 발표하였다. Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 104면.

21) Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 95면 이하.



명하였다. 카레로 블랑코는 군주제 하에서 실질적인 국정 운영을 담당하도록 예정되어 있었으나 1973년 12월 20일 그가 바스크 테러리스트 조직 '바스크 조국과 자유'(Euzkadi ta Azkatasuna, 이하 'ETA')의 테러로 암살당하자 프랑코의 후계구도는 큰 차질을 빚게 된다. 프랑코는 카레로 블랑코 내각에서 내무부장관을 역임 하였던 카를로스 아리아스 나바로(Carlos Arias Navarro)를 수상에 임명하였고, 아리아스 나바로는 1974년 2월 12일 지방선거 실시, 언론의 자유 및 정치적 결사의 제한적 허용 등 국민운동의 원칙 범위 내에서 일부 개혁정책을 시행할 것임을 발표한다. 그러나 아리아스 정부의 개혁시도는 한편으로는 프랑코주의자 강경파인 병커(búnker)들의 반대에, 다른 한편으로는 프랑코주의 내부 개혁파 및 민주적 반대파들의 불충분한 개혁이라는 비난에 부딪친다<sup>22)</sup>. 한편, 당시 석유파동으로 인한 경제위기가 고조되고, 테러조직의 위협이 지속되는 상황에서 프랑코의 건강은 악화되고 있었다. 또한, 1974년 7월경에는 파리에서 공산당을 중심으로 한 반대파 연합이 민주평의회(Junta Democrática)를, 1975년 7월경에는 사회노동당, 기독교민주파, 자유주의자 등이 민주주의 연합강령(Platforma de Convergencia Democrática)을 각 결성하는 등 체제에 대한 반대파들이 광범위하게 결집하고 있었다.

1975년 11월 20일 병상에 누워있던 프랑코가 사망하자 11월 22일 후안 카를로스가 스페인 국왕으로 즉위한다. 후안 카를로스는 아리아스 나바로를 수상에 유임하고 12월 2일 자신의 후계자 교육을 담당하였던 페르난데스 미란다(Torcuato Fernández Miranda)를 의회 의장이자 왕국평의회 의장으로 임명한다. 1976년 1월경부터는 대규모 공공기관의 파업과 시위가 전개되었고<sup>23)</sup> 3월 26일에

---

22) 당시 아리아스 정부는 기존 의회와 별도로 선거로 구성되는 상원을 신설하는 기본법 개혁에 관한 법률안의 준비를 정부와 국민운동평의회 위원들로 구성된 위원회에 위임 하였으나, 프랑코주의자들에 의해 이 시도가 좌절되었다고 한다. Rubio Llorente, Francisco, "The Writing of the Constitution of Spain" in Goldwin, Roberts A. & Kaufman, Art(eds.), *Constitution Makers on Constitution Making*, American Enterprise Institute for Public Policy Research(1988), 239-287면, 243면.

23) 1977년 1월 10일부터 19일까지의 기간 동안 파업에 참가 중이던 노동자의 수는 총 20만 명에 달하고 있었고, 2월 26일을 기준으로 파업의 영향하에 있던 회사의 총수는 20개 현(provincia)에서 모두 2,377개였다고 한다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 210면.

는 민주평의회와 민주주의연합강령이 '민주조정(Coordinaci3n Democrática)'으로 통합된다. 이 시기에는 이미 다양한 정치단체들이 자유롭게 결성되거나 활동하고 있었으며, 반대파는 정치범에 대한 대규모 사면, 정당의 합법화, 노조설립의 자유와 제헌의회의 구성을 요구하고 있었다<sup>24</sup>). 아리아스 나바로 정부는 정당활동의 자유를 확대하고 국민운동이 아닌 내무부가 정당등록에 관한 심사를 하도록 하는 새로운 정치결사에 관한 법률 제정을 추진하였다. 위 법안은 1976년 6월 9일 의회에서 가결되었으나 같은 날 의회에서 정당활동 또는 정당가입에 대한 처벌규정을 삭제하는 내용의 형법 개정안이 부결되었다. 이는 정당활동이 허용되는 동시에 금지되는 기형적 상황을 낳았고, 반대파의 거센 비난을 받게 된다<sup>25</sup>). 결국 후안 카를로스의 권유에 의해 1976년 7월 1일 아리아스 수상이 사임하였고, 후안 카를로스는 7월 3일 당시 43세였던 아돌포 수아레스(Adolfo Suárez González)를 수상으로 임명한다<sup>26</sup>). 수아레스는 프랑코 정부의 관료 출신으로써 국민운동의 사무총장을 지낸 경력을 가지고 있었으며 반대파는 수아레스의 임명을 환대하지 않았다<sup>27</sup>). 그러나 수아레스는 1976년 7월 6일 대국민연설에서 정당활동의 전면 합법화를 약속하고, 이듬해 6월 30일 이전에 자유로운 선거를 통하여 의회를 새롭게 구성한다는 정치일정을 제시한다<sup>28</sup>). 수아레스는 7월 13일 의회에서 형법 개정안 가결을 성사시키는 등<sup>29</sup>) 개혁일정을 신속하게 진행하였고, 민주화 과정에 있

24) 송기도, "의회정치의 확립과 스페인 민주화"(주 4), 337면.

25) Sánchez-Navarro, 앞의 논문(주 10), 12면 이하.

26) 왕국평의회는 앞서 본 국가조직에 관한 법률 제14조 제1항에 의하여 국왕에게 3명의 후보자(그 중 수아레스를 제외한 López Bravo와 Silva Muñoz는 모두 프랑코 내각의 장관이었다)를 국왕에게 추천하였는데 그 중 수아레스가 수상에 임명된 일은 예상 밖이었고, 주요 일간지 엘pais(El País)는 "웬 실수, 웬 엄청난 실수"라는 제목을 기사를 출간하였다. 황보영조, 앞의 논문(주 4), 218면 ; Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 217면.

27) 수아레스는 1976년 6월 9일 의회에서 정치결사에 관한 법률에 대한 찬성 연설을 하면서 정치적 다원주의를 수용하는 것이 불가피하며 총선을 거친 후에야 비로소 정부가 협상을 진행할 수 있는 적법한 상대방이 생길 수 있다고 주장하였는데, 후안 카를로스 1세가 수아레스를 발탁한 데에는 위 연설이 중요하게 작용하였다고 한다. Linz, Juan & Stepan, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, The Johns Hopkins University Press(1996), 93-94면(특히 93면의 각주 12 및 94면의 각주 13) 참조.

28) 황보영조, 앞의 논문(주 4), 224면.

29) 형법개정안은 찬성 245명, 반대 175명, 기권 57명으로 통과되었다. 한편, 이 법안은

어 핵심적인 역할을 하게 되는 「정치개혁을 위한 법률(Ley para la Reforma Política)」의 준비에 착수한다<sup>30)</sup>.

## 2. 「정치개혁을 위한 법률」<sup>31)</sup>

앞서 본 바와 같이 프랑코 헌정체제 하에서 의회는 1942년의 의회창설에 관한 법률에 따라 창설된 프랑코주의 조합주의적 기관이었고, 국민의 보통선거에 의해 구성되는 대표기관이 아니었다. 수아레스는 국민운동평의회 승인을 거쳐 1976년 11월 15일 수상의 권한으로 의회에 8번째 기본법 즉, 정치개혁을 위한 법률안을 제출하는데, 이 법안은 문언상의 모호함에도 불구하고 실질적으로 프랑코 헌정의 기틀을 바꾸는 잠재력을 가진 것이었다<sup>32)</sup>.

「정치개혁을 위한 법률」은 구체적으로 국민주권과 기본권 보호의 원리를 선언하고(제1조 제1항), 하원과 상원으로 구성되는 의회를 창설하되, 하원의원은 성인 국민의 보통, 직접, 비밀선거로 선출하도록 하였다(제2조 제1, 2항)<sup>33)</sup>. 또한, 상·하원 의원의 임기는 각 4년으로 하되 상원은 국왕이 의원정수의 1/5까지 임명할 수 있도록 하고, 의회 의장과 왕국평의회 의장은 국왕이 임명하도록 하였다(제2조 제3, 4, 6항). 한편, 위 법률안은 헌법개혁(reforma constitucional)의 발의를 위한 근거규정을 마련하여 정부 또는 하원이 헌법개혁을 발의할 수 있도록

---

"국제적 규율하에 있으며 전체주의의 설립을 추구하는 정당들"(이는 스페인 공산당을 의미했다)은 형사처벌에서 배제하지 않았다. Sánchez-Navarro, 앞의 논문(주 10), 15면.

30) 한편, 수아레스는 1976년 7월에서 8월 사이에 반대파 지도자들과 회동을 가지고 평화적 체제이행에 대하여 협의하는 과정을 거쳤고, 9월 8일 군부 인사들과 만나 공산당을 합법화하지 않겠다고 약속하였다. 황보영조, 앞의 논문(주 4), 228-229면.

31) 말미의 [부록 1]에 전문번역을 수록하였다. 원문은 스페인 하원 홈페이지에서 확인할 수 있다([http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/ley\\_reforma\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/ley_reforma_cd.pdf), 최종검색일 2022. 5. 5.).

32) 정치개혁을 위한 법률의 문언상 모호함에 대해서는 Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 244면, 위 법률에 대한 의회에서의 쟁점과 토의 및 표결과정에 대해서는 Sánchez-Navarro, 앞의 논문(주 10), 16면 이하 참조.

33) 수아레스는 상원의 신설이유에 대하여 에밀리오 아타르드(Emilio Attard) 의원으로부터 질의를 받았을 때 "할복자살을 해야 하는 대의원들에게 상원 의석을 제공하지 않는다면 정치개혁법이 어떻게 성공할 수 있겠습니까?"고 답변했다고 한다. 황보영조, 앞의 논문(주 4), 231면(수아레스의 발언은 Soto, Álvaro, *Transición y cambio en España 1975-1996*, 75면에서 인용된 것임).

하였고(제3조 제1항), 개혁안은 하원과 상원이 각각 재적과반수로 승인하도록 하였다(동조 제2항). 심의의 순서에 관하여는 하원이 먼저 개혁안에 대하여 의결하고, 상원은 하원안에 대해 심의하되 하원안에 대해 이의가 있으면 양원합동위원회(의회 의장, 상하원 의장과 각원을 대표하는 4인의 의원 - 총 11명 - 으로 구성)를 구성하여 심의하고, 합동위원회가 합의안에 이르지 못하거나 합의에 의하더라도 각 원의 승인을 받지 못할 경우에는 양원이 합동 본회의에서 재적과반수로 의결하도록 하였다(동조 제2항). 또한, 국왕은 헌법개혁에 관한 법률(Ley de Reforma Constitucional)을 재가하기 전에 이를 국민투표에 부의하도록 하였다(동조 제3항).

경과규정(Disposiciones Transitorias)에서는 선거에 관한 주요 원칙을 규정하면서 현 정부가 350명의 의원으로 구성되는 하원과 207명으로 구성되는 상원을 구성하기 위한 총선을 준비하도록 하고, 하원은 비례대표제에 의하여, 상원은 다수대표제에 의하여 구성되도록 규정하였다<sup>34)</sup>. 최종규정(Disposicion Final)에서는 이 법률이 기본법의 지위를 가지고 있음을 선언하였는데, 이는 의회의 의결만으로는 발효될 수 없고 국민투표를 거쳐야 함을 의미하는 것이었다.

위 법률안은 1976년 11월 18일 의회에서 531명의 의원 중 497명이 출석한 가운데 찬성 425명(85.5%), 반대 59명(11.8%), 기권 13명(2.6%)로 가결되었다. 어떻게 프랑코 체제의 의회 - 이 의회는 '할복자살의회(harakiri Cortes)'로 불리기도 한다 - 는 스스로의 실존 자체를 포기하는 내용의 결의를 할 수 있었는지는 흥미로운 문제이다. 당시 국왕의 역할, 여론의 압력, 서유럽의 국제적 환경, 수아레스의 정치적 역량과 더불어 프랑코주의자들 스스로 이미 체제가 붕괴위기에 처해 있음을 자각하고 있었던 점 등이 그 이유로 거론되기도 한다<sup>35)</sup>. 앞서 본 바와 같이 정치개혁을 위한 법률 자체가 의도적으로 모호한 문언을 채택함으로써 프랑코파와 반대파에게 입법외도에 대한 혼란을 야기했던 점, 상원을 신설하고 상원

34) 상원 선거방식이 다수대표제로 정해진 이유는 정부가 이 방식이 자신들에게 유리하다고 판단한 보수파에게 양보했기 때문이라고 한다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 222면.

35) 이는 당시 반대파 지도자 중 하나였던 Raúl Morodo의 주장이다. Sanchez Gonzalez, Santiago, "Emergent New Democracies: The Case of Spain", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol.1 No.1(1992), 267-283면, 278-279면.

의원 중 1/5까지 국왕이 직접 임명할 수 있도록 하여 프랑코주의자들에게 유인책을 제시했다는 점 등도 들 수 있을 것이다.

정치개혁을 위한 법률은 1976년 12월 15일 국민투표에 부의되었는데 당시까지도 반대파 중 일부는 수아레스의 계획을 거부하면서 유권자들에게 국민투표 기권을 권유하기도 했다<sup>36)</sup>. 그러나 당시 스페인 유권자 총수 22,644,290명 중 17,599,662명이 투표에 참여하여 77.72%의 투표율을 기록하였고 그 중 94.2%에 해당하는 16,573,180명이 찬성표를 던져 위 법률은 그대로 확정되었다<sup>37)</sup>.

### 3. 1977년 6월 총선과 새로운 의회의 구성

「정치개혁을 위한 법률」이 제정되고 그에 따른 총선일자가 1977년 6월 15일로 정해지자 수아레스 정부는 1977년에 들어서면서 선거 준비에 돌입한다. 수아레스는 이미 1976년 12월 23일 스페인 사회노동자당(Partido Socialista Obrero Español, 이하 'PSOE')의 펠리페 곤살레스(Felipe González)와 공식회담을 하였고, 1977년 1월에는 수감생활을 마친 스페인 공산당(Partido Comunista Español, 이하 'PCE') 지도자 산티아고 카리요(Santiago Carrillo)를 만나 정당 합법화에 대해 논의한다<sup>38)</sup>. 수아레스 정부는 1977년 2월에는 1차로 정당을 합법화 하였으며, 3월 11일 대규모 사면과 3월 16일 파업권 보장조치를 시행한 것을 비롯하여 3월 18일에는 정치개혁을 위한 법률에 따라 동트(d'Hondt)식 비례대표제도<sup>39)</sup>와 3% 저지조항을 규정하는 등의 내용을 담은 「선거규범에 관한 칙령(Real Decreto-Ley 20/1977 sobre Normas Electorales)」을 발령한다. 이어서 3월 30일 노조 설립이 자유화되고, 4월 1일 국민운동이 폐지된다<sup>40)</sup>. 그리고 부활절 토

36) Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 10면.

37) Bonime-Blanc, Andrea, *Spain's Transition to Democracy: The Politics of Constitution-making*, Westview Press(1987), 26면.

38) Linz & Stepan, 앞의 책(주 27), 96면 이하.

39) 동트식 비례대표제에 대해서는 이부하·장지연, "비례대표선거제에 있어서 정당명부식과 단기이양식", 『공법학연구』 제13권 제4호(2012), 229~249면, 234면 이하.

40) 이상의 내용은 Sanchez Gonzalez, 앞의 논문(주 35), 280면 ; Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 110면.

요일인 4월 9일 수아레스 정부는 군부의 반대가 예상되었음에도 PCE를 합법화한다<sup>41)</sup><sup>42)</sup>. 선거 직전인 1977년 5월 14일에는 국왕의 부친 돈 후안이 왕위계승 포기를 선언함으로써 후안 카를로스는 군주제적 정통성을 부여받게 되었고, 이는 군부와 우파 중 상당 부분의 지지 확보로 이어졌을 뿐만 아니라 PSOE, PCE 등이 사실상 군주제를 수용하는 계기로도 작용하였다<sup>43)</sup>. 당시 5월 12일에서 14일 사이에만 바스크 테러조직의 활동으로 6명 사망하는 등 정국이 안정적이지 않았던 상황에서 이와 같은 정치일정이 전개되었다는 점도 언급할 가치가 있겠다<sup>44)</sup>.

한편, 1977년 초순경 스페인에는 이미 200개에 달하는 정당이 난립하고 있었다. 그 중에는 PSOE, PCE와 같이 상당한 역사를 지닌 정당도 있었으나 새로운 정당들도 다수 형성되었다<sup>45)</sup>. 그 중 주목할 만한 것으로는 프라가(Manuel Fraga Iribarne)가 이끈 6개 우파정당의 연합체인 인민동맹(Alianza Popular, 이하 'AP')와 기독교민주당, 사회당 중도파, 자유주의자와 보수주의 중도우파 등이 수아레스를 중심으로 연합한 민주중도연합(Unión del Centro Democrático, 이하 'UCD'), 바스크 지역정당인 바스크 민족당(Partido Nacional Vasco, 이하 'PNV')와

41) 카리요는 2월 27일 수아레스와 8시간 동안의 회동을 가지면서 PCE를 합법화를 얻어 내는 대신, 군주제와 스페인의 영토적 단일성에 반대하지 않고, 프랑코가 변형한 스페인 국기를 수용하기로 하였다고 한다. 카리요는 당시 상황에 대해 헌법제정 전에 국민투표를 한다고 해도 아마 군주제가 채택되었을 것이고 그렇다면 반대파가 국민투표에서 패배한 정치적 상황에서 새로운 체제를 형성해야 했을 텐데, 이 경우 보수파는 군주에게 더 많은 정치권력을 부여하고 의회를 약화시킬 가능성이 높았으므로 결국 군주제를 받아들이는 것이 유일한 해법이었다고 증언한다. Carrillo, Santiago, "The Consensus-building Role of the Spanish Communist Party" in Threlfall, Monica(ed.), *Consensus Politics in Spain - Insider Perspectives*, Intellect(2000), 53-60면, 55면, 59면의 각주 6 ; Sanchez Gonzalez, 앞의 논문(주 35), 280면.

한편, 수아레스는 이 결정이 있기 전에 내무부장관, 법무부장관, 대법원에 이 문제를 문의하였으나, 모두 이 문제에 관한 자신의 관할을 부인하면서 수아레스에게 법적인 견해를 밝히지 않았다고 한다. Rosenfeld, Michel et al., "Peaceful Transitions to Constitutional Democracy: Transcript of the Proceedings", *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1953-1985면, 1959면.

42) 이 결정에 대한 반발로 4월 12일 피타 다 베이가(Pita da Veiga) 해군장관이 사임하는 등 군부의 동요가 있었다. 황보영조, 앞의 논문(주 4), 234면.

43) Rosenfeld, Michel, "Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections inspired by the Spanish Example", *Cardozo Law Review*, Vol.19(1998), 1891- 1920면, 1961면.

44) Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 111면.

45) Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 28면의 표 2.1 참조.

카탈루냐 지역정당인 카탈루냐 민주연합(Convergencia Democràtica Catalana, 이하 'CC') 등이 있었는데, 이 정당들은 이후 헌법제정 정국에서도 중요한 역할을 하게 된다.

선거운동 개시 당시 이미 합법화된 161개 정당이 있었고, 선거운동과 선거일 사이에 추가적인 정당 합법화가 이루어졌다<sup>46)</sup>. 합법화된 정당들은 협상위원회를 구성하여 텔레비전 미디어에의 접근 방식 등 선거운동에 관한 합의사항들을 도출하였다. 선거운동은 3주라는 짧은 기간 동안 진행되었다. 앞서 본 바와 같이 선거방식은 현을 기본적인 선거구로 하되, 하원은 현당 최소의원수를 둔 동트(d'Hondt)식 비례대표제를, 상원은 현당 각 4명의 의원을 할당하는 것을 기본으로 하는 다수대표제를 채택하였다. 이는 인구가 상대적으로 적은 카스티야의 농촌지역이 과잉대표되는 결과를 낳았다. 여기에 더하여 21세 이상인 자에게만 선거권을 부여한 점과 일정득표율 이상을 획득한 정당만 선거자금을 보전받을 수 있도록 점 등은 다수와 정당들에게 유리하게 작용하였다<sup>47)</sup>.

1977년 6월 15일 스페인에서 40년 만에 자유선거가 치러졌다. 유권자 중 79% 이상에 해당하는 18,447,714명이 투표에 참여하였고, 선거결과 하원 350석 중 UCD가 제1당으로 165석(35%)을, PSOE가 제2당으로 118석(29%)을, PCE가 20석(9%)을, AP가 16석(8%)을, 카탈루냐 지역정당 계열이 13석(4%)을, PNV가 8석(2%)을, 기타 정당들이 합계 10석(13%)을 각 차지하였다<sup>48)</sup>. 선거결과의 가장 중요한 특징은 어떠한 정당도 하원에서 단독으로 다수를 구성하지 못했다는 점이었다. 따라서 중요한 결정에 있어서 의사를 관철시키기 위해서는 연정의 형성이 불가피했다. 당시 UCD 의원이었던 페레스-로르카(Peres-Llorca)의 말을 빌리자면 이는 "수아레스로 하여금 1당 내각의 수장 지위를 유지할 정도로는 충분하면서도 지속적으로 합의를 이끌어내기 위한 노력을 필수적인 것으로 할 만큼 적은" 의석수였고, 이러한 의석수 배분은 "합의를 위한 산술적 기초"로 작용하게 된다<sup>49)</sup>.

---

46) Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 111면.

47) Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 31면.

48) Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 111면 ; Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 30면. 한편, 상원의 구성에 대해서는 같은 책 44면의 표 참조.

49) Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1961면.

### Ⅲ. 헌법안 기초에서 헌법안 공포까지

#### 1. 헌법제정의 방법에 대한 합의

1977년 6월 15일 총선에 따라 의회가 민주적으로 구성되었고, 7월 22일 새로운 의회의 개회식에서 후안 카를로스 1세는 스페인의 주권이 국민에게 있음을 확인하고 자신은 입헌군주의 역할에 머무르면서 의회의 개별적인 임무나 방향에 대해 개입하지 않겠다고 선언한다. 프랑코 체제의 다른 주요 헌정기구들이 대체로 남아 있고, 국왕은 정치적 역할의 자제를 선언한 상황에서 수아레스 정부는 민주적으로 선출된 의회와 직접적으로 협력하면서 새로운 체제를 형성해 나가야 했다<sup>50)</sup>. 새로운 헌법의 제정이 필요하다는 점에 대해서는 범정파적인 인식이 공유되어 있었으나 의회를 구성하는 주요 정파들 사이에는 이전부터 군주제 유지 문제, 교회와 국가 및 교육의 관계 문제, 지역자치의 범위 문제 등 주요한 쟁점에 관하여 광범위한 입장 차이가 존재했다. 뿐만 아니라 헌법을 제정하는 방법에 대해서도 합의가 필요했다. 이 시기에 이르면 기존 체제와 단절하는 임시정부를 설립할 것을 주장했던 PCE, PSOE 계열에서도 기존의 입장을 포기하고 새롭게 선출된 의회에서 헌법을 제정하는 것에 대해서는 동의한 것으로 보이지만<sup>51)</sup> 구체적으로 정부가 초안을 작성한 다음 직접 국민투표에 부의할 것인지, 정부가 작성된 초안을 의회에 제출한 다음 의회의 의결을 거칠 것인지, 그렇지 않다면 의회가 정부의 개입 없이 헌법안을 작성할 것인지 등은 여전히 합의의 대상이었다. 이때 PSOE를 중심으로 한 반대파는 의회의 주도하에 위원회가 헌법초안을 작성하여 의결하는 방법을 주장하였고, 수아레스 정부는 이를 받아들여 원칙적으로 헌법초안의 작성과정에 개입하지 않는다는 방침을 확립하였다<sup>52)</sup>. 따라서 이는 의회

50) Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1961-1962면 ; Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 248-249면.

51) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 247면.

52) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 251면 ; Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 36면. 단, 뒤에서 보는 바와 같이 정부는 정당간 협상테이블에 대표를 보내는 등 헌법제정과정에 예외적으로 개입하기도 한 것으로 보인다.



에서 정당의 의석수와 연정형성능력에 따라 기본적인 헌법제정의 주도권이 결정되는 방향으로 귀결되었다.

정치개혁을 위한 법률이 규정한 테두리 내에서 의회는 구체적인 헌법제정 일정과 방식을 정하였다. 먼저 하원이 「헌법과 공적 자유 심의위원회(Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 이하 '하원 헌법위원회'라 한다)」를 구성하였고, 헌법위원회는 다시 내부에 특별소심위원회(Ponencia, 이하 '소위원회'라 한다)를 임명하여 초안작성을 위임하기로 하였다. 소위원회의 초안작성이 완료되면 하원 헌법위원회가 이를 검토한 다음 하원 본회의의 의결을 거치고, 승인된 하원안은 다시 상원의 검토 및 의결을 거칠 것이었다<sup>53)</sup>.

이 과정을 보다 자세히 살피기 전에 당시 정당별로 새로운 헌법의 방향에 대한 입장 차이에 대해 간략히 일별할 필요가 있다. 헌법제정과정의 시작 단계에서 각 정파의 견해는 지지 세력의 대면이라는 과제의 확보 및 협상에서 유리한 입장을 점하려는 전략적 고려 등과 불가분의 관계에 있었다<sup>54)</sup>. 각 정당은 1977년 7월 말경 자신들의 헌법에 관한 기본 입장을 발표하였는데, 국가형태에 대해서는 UCD, AP는 의회군주제를, PSOE, PCE, PNV, 카탈루냐 지역정당은 원칙적으로 공화국을 주장하였고, 영토의 조직에 관하여는 AP는 프랑코 체제와 연속성을 유지하는 강력한 단일국가체제를, UCD는 자치지역을 인정하는 느슨한 형태의 단일국가체제를, PSOE, PCE, PNV 및 카탈루냐 지역정당은 연방국가에 가까운 체제를 주장하였다. 그밖에 교회와 국가의 관계, 교회의 교육에의 개입을 인정할 것인지 여부에 대해서 PSOE, PCE, PNV, 카탈루냐 지역정당은 엄격한 정교분리와 교육의 세속화를, AP는 국가의 사립교육지원과 교육 세속화 반대를, UCD는 중간적 입장을 취하였고, 독일식 건설적 불신임제도를 도입할 것인지 여부에 대해서는 UCD, PSOE, AP는 긍정적이었으나, PCE, PNV, 카탈루냐 지역정당은 이에 반대하는 등 정당별로 다른 입장을 표명하였다<sup>55)</sup>. 이와 같이 쟁점별로 정당별

---

53) 위 III.2. 참조.

54) Colomer, Joseph M., *Game Theory and the Transition to Democracy*, Edward Elgar(1995), 79면 이하.

55) 이에 대한 상세한 정리는 Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 36, 68-69, 94면.

입장이 상이하였기 때문에 각 쟁점과 단계별로 연정의 양상은 유동적일 수 있었다.

## 2. 헌법초안 작성에서 헌법의 공포까지

### (1) 하원 소위원회의 예비초안(Anteproyecto)

하원은 1977년 7월 26일 36명으로 된 헌법위원회를 구성하여 의장으로 에밀리오 아타르드(Emilio Attard)를 선출하였고, 헌법위원회는 구체적인 헌법초안 작성의 과업을 수행할 7명의 위원(ponente)으로 구성된 소위원회를 구성한다<sup>56)</sup>. 소위원회 내의 정당별 인적 구성은 UCD 3명, PSOE, AO, PCE, 카탈루냐 지역정당 각 1명으로 결정되었다<sup>57)</sup>. 정당별 지분에 따른 초기 소위원회 구성상으로는 PSOE가 2석을 배정받기로 되어 있었으나 PSOE가 AP에게 1석을 양보한 결과 이러한 정당별 구성이 확정되었다<sup>58)</sup>. PNV는 소위원회 내에 대표가 없었으나 카탈루냐 지역정당 측 위원이 공동된 이해관계에 의해 일정 정도 PNV 측의 대변자 역할을 할 것으로 기대되었다<sup>59)</sup>. 다수정당들인 UCD와 PSOE가 위원직을 독점하지 않고, 소수정파들을 합의에 참여시키려고 한 의도가 이와 같은 구성을 낳은 요인 중 하나였다<sup>60)</sup>.

소위원회의 제1차 공식회의는 1977년 8월 22일이었는데 이후 전체적인 헌법논의 방향과 분위기는 소위원회 회의과정 초기에 형성된 것으로 보인다.

56) Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1965면. 이하의 헌법제정 일정에 대한 서술을 위하여 각주에 명시한 출처 이외에 스페인 하원 홈페이지의 헌법연표와 초안작성과정에 대한 소개도 참조하였다(<http://www.congreso.es/consti/constitucion/elaboracion/index.htm>, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/cronologia/index.htm> 최종검색일 2022. 7. 25.).

57) 정당별 소위원회 명단은 다음과 같다. UCD : Gabriel Cisneros, José Pedro Perez-Llorca, Miguel Herrero de Miñon, PSOE : Gregorio Peces-Barba, PCE/PSUC : Jordi Solé Turá, AP : Manuel Fraga Iribarne, 카탈루냐 지역정당 : Miguel Roca Junyent. Bonime-Blance, 앞의 책(주 ), 38면. 소위원회 위원 7인은 모두 법률가였는데 중 Fraga Iribarne과 Solé Turá는 헌법교수였고 Herrero de Miñon, Perez Llorca도 헌법전문가로 알려져 있었다. Peces-Barba는 법철학교수였고, Cisneros Laborda는 법률가이자 잘 알려진 언론인이기도 했다. Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 252면.

58) Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 12면.

59) 당시 바스크 소수민족당인 PNV는 카탈루냐 지역정당들과 하나의 원내 교섭단체를 구성하고 있었다. Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 271면(페레스-로르카의 토론).

60) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 271면(페레스-로르카의 토론).

소위원회(UCD) 측 위원이었던 페레스-로르카(José Pedro Perez-Llorca)의 증언을 따르자면 제1차 공식회의에서는 다수 위원들이 정치적 승리를 거둔 정파가 자신의 이념적 원칙을 반대파에게 헌법의 형태로 부과하였던 1930년대 스페인의 헌정사적 경험을 환기하면서 '콘센소(Consenso)'<sup>61)</sup>의 중요성을 강조하였고, 논의 초기에 추후 초안작성과정의 진행방식의 원칙에 관한 중요한 협의가 이루어졌다고 한다. 그 주요 내용은 다음과 같다<sup>62)</sup>.

첫째, 비밀주의 원칙에 대한 합의였다. 즉, 위원들은 각기 소속 정당의 최고위 지도부에게만 구체적 성안과정에 관하여 보고하고, 언론에는 초안의 내용에 관하여 공개하지 않는다는 것이었다. 이와 같은 헌법초안 작성과정에 대한 투명성의 포기는 당시 의회내 다른 의원들뿐만 아니라 언론으로부터도 거센 비판을 받았으나 페레스-로르카는 이를 애국적 비밀주의(Patriotic Confidentiality)라고 변호하며 이를 초안작성 작업이 성공한 핵심요인으로 꼽는다. 둘째, 어떤 정파나 위원이 완전한 헌법 전문(全文)을 제안하지 못하게 하는 것이었다. 이는 위원들이 각자의 책임 하에 문제되는 개별 쟁점에 대한 부분적 초안만을 제시하고 이에 대해 토의하는 방식을 채택함을 의미하였다. 따라서 소위원회의 초안은 단일 저자가 있을 수 없는 방식으로 작성되었다. 셋째, 원칙상 외부 전문가의 도움 없이 소위원회가 직접 쟁점별 초안을 작성한다는 것이었다<sup>63)</sup>. 넷째, 순차적으로 헌법을 구성하는 다수의 텍스트를 작성하지 않고, 상당한 시간이 투입되더라도 하나의 단일한 헌법전을 작성한다는 것이었다. 소위원회는 위와 같은 원칙하에 8월에서 12월경까지 1주일에 2-3회 정도 총 29회 회합을 가졌다. 또한 회합의 주도권이 정당 사이에 공유될 수 있도록 의장을 선출하지 않고, 위원 7명이 회합마다 순번

61) 'Consenso'라는 용어는 컨센서스 또는 광범위한 합의에 대응하는 말로서 스페인의 민주화과정에서의 정치동학과 헌법제정과정에 대해 스페인 언론이 빈번하게 사용하였던 단어이다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 52면 이 글에서는 문맥에 따라 '콘센소', '합의', '컨센서스'라는 용어를 모두 사용하였다.

62) 이하 내용은 Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1965면 이하와 Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 271면 이하에 수록된 페레스-로르카의 증언을 바탕으로 재구성한 것이다.

63) 다만, 의회 내 전문가에게 특별히 자문을 요청하는 경우가 예외적으로 있었고 의회 사무총장이었던 루비오 요렌테가 그런 역할을 했다고 한다. Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 272면(페레스-로르카의 토론). 물론 앞서 본 바와 같이 소위원회 위원들이 전문성을 가지고 있었던 점을 고려해야 할 것이다.

대로 의장 역할을 수행하였다. 공식회의가 종료되면 각 회의 당시 의장직을 수행한 위원이 언론매체에 진행상황에 관하여 간략한 제보를 하였다.

그런데, 소위원회의 비밀주의 원칙은 완전히 관철되지 못하였다. 정확한 유출경로는 밝혀지지 않았지만 1977년 11월 22일 당시까지 작성된 초안 중 첫 39개 조항이 「Cuadernos Para El Diálogo」 라는 언론지에 공개되었던 것이다<sup>64</sup>). 이에 대해 초안작성과정에 참여했던 이들의 상호간 공개비방이 있었고, 카톨릭 교회와 군부가 초안에 대해 비판적 견해를 발표하는 등 소위원회 초안의 내용에 대한 공개적 논의가 점화되었다. 1978년 1월 5일 의회는 당시까지의 초안 및 이에 대한 위원들의 이의내용을 출간하였고, 직후부터 20일간 수정안의 접수가 시작되었는데 3,000건 이상의 수정안이 당시 소위원회에 제출되었다고 한다. 정당들 차원에서의 의견표명도 활발히 이루어졌는데, AP는 카탈루냐, 바스크 등 자치권을 주장하는 지역주민을 지칭하기 위해 사용된 '민족들(nacionalidades)'이라는 표현에 대해 반대의견을 밝혔고, PSOE는 공화정이 아닌 의회군주제를 채택하는 것에 대해 유보적 태도를 표명하였다. UCD는 비건설적 불신임제를 의사절차에 포함시키는 것에 반대의사를 표명했고, 카탈루냐와 바스크 지역정당은 영토 조직에 대한 구상에 불편함을 표시하였다<sup>65</sup>). 소위원회는 2월 9일부터 초안 수정 작업을 시작하였다.

1978년 3월 7일 PSOE 측 위원 페세스-바르바(Gregorio Peces-Barba Martinez)가 위원회에서 사퇴하는 사건이 일어나면서 소위원회의 작업에 일시적인 위기가 발생한다. 페세스-바르바는 당시 UCD와 AP가 우파 연정을 형성하여 이미 정파간 합의에 도달한 사안(종교의 자유, 교육의 권리, 직장폐쇄조항 등)을 재조정하려 한다고 주장하였고, 논의의 중단을 선언하였다<sup>66</sup>). 당시 수아레스 내

---

64) 루비오 요렌테는 위 언론사가 페세스-바르바 위원과 긴밀한 인적 관계가 있었으므로 많은 이들이 PSOE를 의심하였다고 하였으나 PSOE는 이를 극구 부인하였다고 한다. 이 사건으로 인하여 소위원회는 초안에 순수한 기술적 수정조치 하기 어려웠다고 한다. Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 253면. 한편, 25일에는 「La Vanguardia」 라는 언론지가 당시까지 작성된 초안 전체를 공개하였다.

65) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 56면.

66) 루비오 요렌테는 이를 당내부 및 지지자들로부터의 압력에 기한 행동으로 해석하는 듯하다. Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 253면. 한편, PSOE의 이탈이 소위원회 활동에 큰 타격을 입힌 것은 아니었다고 한다. 페세스-바르바는 10일에 걸쳐 4번의 회의에 불

각의 상당수가 사임하고 보수적 성향의 각료가 임명된 상황과 겹쳐 언론에서는 이를 헌법제정과정 전반의 우경화라는 관점에서 보도하기도 했고, '콘센소'의 결렬이 우려되었다. 이 사건 직후 수아레스 수상은 PSOE의 펠리페 곤살레스와 PSOE가 협상테이블로 복귀하는 조건에 대해 협상을 벌이는 등 논의과정에 일부 개입한다. 미겔 로카(Miguel Roca) 위원은 이 시기에 대해 "이 당시 우리 사이에 존재했던 유일한 콘센소는 이 일을 반드시 마쳐야 한다는 것 뿐이었다"라고 말하기도 했다<sup>67)</sup>.

그러나 페세스-바르마 위원을 포함한 소위원회 위원 7인은 1978년 4월 10일 예비초안(Anteproyecto)에 서명하였으며, 4월 17일 최종본을 출간하였다. 위 7명의 위원들은 스페인 헌법의 아버지(Los padres de la Constitución de 1978)로 불리기도 한다. 이들이 초안의 성립과정에 있어서 어느 정도 독자적인 책임하에 행동했는지, 아니면 단지 소속 정당의 대변인으로서 입장을 전달하고 조율하는 역할에 머물렀는지에 대해서는 당시 과정에 직접 참여했던 이들의 증언도 관점을 달리하고 있다<sup>68)</sup>. 그러나 최종적으로 발효된 헌법은 소위원회의 초안에서 크게 벗어나지 않았으며, 이 당시 형성된 콘센소의 내용이 최초로 구체화된 형태를 얻었다는 점에서 소위원회의 활동은 핵심적인 중요성을 가진다고 평가된다<sup>69)</sup>.

## (2) 소위원회 이후의 의회 내부 의결과정

하원 헌법심의위원회 36명은 1978년 5월 5일부터 6월 20일까지 소위원회의 초안에 대한 방대한 검토 작업을 시작하였다. 초기에는 UCD와 AP 연합이 교회와 국가의 엄격한 분리를 주장하고, 사형제 폐지에 반대하면서 PSOE, PCE, 카탈루냐 지역정당 측과 대립하였다. 합의가 교착상태에 이를 조짐도 있었으나 5월 22일 저녁 PSOE 측 위원인 알폰소 게라(Alfonso Guerra)와 수아레스 정부 제2부수상 페르난도 아브릴(Fernando Abril)이 민감한 교육 문제 등에 관하

---

참하였으나 다른 위원들은 작업을 계속하였다. 협상을 중단하겠다는 위협은 페세스-바르마 뿐만 아니라 다른 정파의 위원들도 했다고 한다. Colomer, 앞의 책(주 54), 87면.  
67) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 253면 ; Bonime-Blanc, 앞의 책(주 37), 56-57면.  
68) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 251-252면, 272면(페레스-로르카의 토론).  
69) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 49면.

여 비밀회동을 가진 후에는 UCD와 PSOE의 '콘센소 연정'이 힘을 얻게 된다<sup>70</sup>). 이러한 경향에 대해서 AP와 PNV는 강한 불만을 드러냈다. 특히 AP의 실바 무뇨스(Silva Muñoz)는 이러한 비밀회동은 "반의회적, 반민주적인 행위"<sup>71</sup>)이며 "6월 15일 선거의 승자들이 자신들의 의사를 소수자들에게 강요하는 알타 또는 포츠담 회담"<sup>72</sup>)이라고 비난하였고, 5월 24일 하원 헌법위원회에서 이탈하였다가 29일 다시 복귀를 결정한다. 1978년 6월 20일 헌법위원회는 마침내 초안을 확정하였고, 위 헌법안은 본회의에 회부되었다<sup>73</sup>).

하원 본회의에서는 12회에 걸친 회합이 이루어졌다. 비상사태에서 피구금자의 형사상 권리를 확대하고자 한 PNV 측의 수정안이 PSOE, PCE의 지지를 얻어 반영되기도 한 가운데, 바스크 지역이 1936년 확보하였으나 프랑코 치하에서 상실한 자치권인 '역사적 권리'의 인정 여부 및 그 범위를 두고 PNV 측과 보수파들이 대립하였다. 최종적인 하원안은 1978년 7월 21일 본회의 표결에서 재적의원 274명 중 찬성 258명, 반대 2명, 기권 14명으로 가결되었다. 같은 날 바스크 조직의 테러로 군인 2명이 사망하는 사건이 발생하였고, 이에 대해 모든 정당들이 비난의 목소리를 냈다. 이 시기에는 UCD와 PSOE의 논의를 이끄는 가운데 AP와 PNV는 점차 주변화되는 양상이 나타났다<sup>74</sup>).

하원에서 가결된 헌법안은 7월 24일 관보에 게재된 다음 상원으로 송부되었고, 상원에는 8월 7일까지 1,000건 이상의 수정안이 제출되었다. 25명으로 구성된 상원 헌법위원회는 1978년 8월 18일부터 9월 14일까지 17번의 회의를 통해 초안을 검토하였다. 상원 본회의는 9월 25일부터 10월 5일까지 10회에 걸쳐 진행되었다. 상원은 10월 13일 "하원이 제출한 헌법초안에 대한 수정안 (Modificaciones al Texto del Proyecto de Constitución remitido por el

---

70) 이 시기 저녁시간에 이루어진 비공식적인 회합은 언론에 노출되기도 했고, 특히 6월 경에는 정부인사인 아브릴(Abril)이 회합에 개입했다는 점도 보도되었다. 당시 논의의 핵심은 지역자치 문제였던 것으로 전해진다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 58-59면. Tusell, 앞의 책(주 4), 296면.

71) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 59면.

72) Colomer, 앞의 책(주 54), 88면.

73) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 58면 ; Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 254면.

74) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 40, 60면.

Congreso de los Diputados)"을 출간한다<sup>75)</sup>.

하원안과 상원안에 차이가 있었으므로 정치개혁을 위한 법률 제3조 제 2항에 따라 11명으로 구성된 양원 합동위원회가 개최되었다. 합동위원회 역시 비밀리에 진행되었다. 루비오 요렌테에 따르면 양원 합동위원회의 고비마다 당시 위원이었던 아브릴과 게라가 비밀협상을 통해 이를 타개했다고 하나, 페레스 로르카는 위원회의 자율성을 보다 강조하면서 아브릴과 게라가 그와 같이 교착국면에서 비밀협상을 통해 문제를 해결한 것은 한번 뿐이라고 한다<sup>76)</sup>. 양원 합동위원회 최종안은 주로 하원안을 반영한 것으로서 1978년 10월 28일 관보에 게재되었다<sup>77)</sup>.

상원과 하원 본회의는 1978년 10월 31일 각각 최종안에 대하여 표결을 진행하였다. 하원은 재적의원 345명 중 찬성 325명, 반대 6명, 기권 14명으로, 상원은 239명 중 찬성 226명, 반대 5명, 기권 8명으로 최종안을 모두 승인하였다<sup>78)</sup>.

### (3) 국민투표와 헌법의 공포

양원에서 의결된 헌법안은 1978년 12월 6일 국민투표에 부의되었다. 목표로 한 지역자치의 수준을 얻지 못했다고 판단한 PNV는 바스크 지역에서 국민투표 기권운동을 벌이기도 했다. 투표결과를 살펴보면, 유권자 26,632,180명 중 약 67.11%에 해당하는 17,873,301명이 국민투표에 참여하였고, 그 중 약 87.87%에 해당하는 15,706,078명이 찬성의사를, 7.83%에 해당하는 1,400,505명이 반대의사를 표시하여 헌법안은 확정되었다<sup>79)</sup>. 후안 카를로스 국왕은 1978년 12월 27일 상하원합동회의에서 헌법을 공포하였고, 위 헌법은 12월 29일 관보에 게재됨

75) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 60-61면 ; Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 255면.

76) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 255, 273면(페레스-로르카의 토론). 아브릴은 상원의원의 지위를 가지고 있었으므로 합동위원회의 구성원이 될 수 있었다.

77) 이 시기 쟁점이 된 바스크 지역의 '역사적 권리' 문제의 양상에 대하여 Bonnie-Blanc은 상원안에서 역사적 권리를 인정하는 안이 채택되었다가 합동위원회에서 폐기된 것으로 설명하는 반면, Rubio Llorente는 상원 위원회 단계에서 채택되었다가 상원 본회의에서 폐기된 것으로 설명하고 있다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 60-61면 ; Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 255면

78) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 40면

79) 바스크 지역의 투표율은 48.3%로 다른 지역에 비해 낮게 나타났다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 42, 63면.

으로써 효력이 발생하였다<sup>80</sup>). 최종적인 헌법전은 전문과 본문(서장부터 10장까지 총 169개 조항), 추가규정, 경과규정, 폐지규정, 최종규정으로 구성되어 있었으며 폐지규정은 정치개혁을 위한 법률 및 나머지 7개의 기본법의 폐지를 선언하였다(폐지규정 제1, 3항). 한편, 수아레스 수상은 헌법의 효력이 발생한 1978년 12월 29일 의회 양원의 해산을 선언하였고, 새로운 총선을 1979년 3월 1일로 공고하였다<sup>81</sup>).

#### (4) 헌법제정의 '이중적 과정'

여기서는 헌법안이 성립하고 승인되는 공식적 과정에 선행하였거나, 병행하여 진행된 중요한 정치적 결정들에 대해 간략하게만 살펴보고자 한다. 이러한 결정들이 공식적인 의회 내의 헌법전 작성과정과 다른 수준에서 작용한 "암묵적 헌법적 결단"들로서 지대한 형성력을 발휘하였기 때문이다<sup>82</sup>).

첫째로는 1977년 5월 14일 돈 후안이 왕위계승 포기를 선언함으로써 국왕 후안 카를로스 1세가 프랑코 체제로부터 부여받은 정통성과 별도로 스페인의 왕조적 혈통에 기한 정통성을 확보하고, 1977년 7월 22일 의회 연설에서 국가 통합의 상징적 지위에 머무를 뿐 정치권력의 실질적 행사자가 되지 않겠다고 선언한 일련의 과정을 들 수 있다. 이는 상당수 유권자들의 체제이행과정에 대한 지지를 이끌어낼 수 있었을 뿐만 아니라, 반대파들이 헌법 차원에서 의회군주제를 받아들이는 데에도 중요하게 작용하였다. 또한 국왕의 선언으로 정부와 의회의 관계가 새롭게 정립되어야 했는데, 이와 관련하여 1977년 10월 이후 수아레스 정부가 의회와 일련의 협상을 진행하면서 강한 정당기울을 특징으로 하는 의회의 사규칙과 정부의 의회에 대한 책임 원칙을 확립한 점은 중요한 암묵적 헌법적 결

80) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 42면.

81) 1979년 3월 1일 총선에서는 UCD가 다시 168석을, PSOE가 121석을, PCE가 23석을 얻어 1977년 선거와 유사한 양상을 보였다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 247면.

82) '암묵적인 헌법적 결단 또는 헌법형성적 결단(implicit constituent decisions)'라는 표현은 페레스-로르카의 표현이지만 루비오 요렌테도 명시적 수준과 암묵적 수준에서 헌법적 결정들이 병행하였다는 점을 강조한다. Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1961-1964면 ; Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 247면. 당시 헌법초안에 실질적으로 규정력을 발휘한 여건 중 의사규칙이나 임시법률, 사면법의 제정과정과 역할 등에 대해서는 보다 구체적인 연구가 필요할 것이다. 여기서는 루비오 요렌테와 페레스-로르카가 주요한 요인으로 거론한 사항들을 중심으로 간략히만 논한다.



단으로 지적된다<sup>83</sup>). 이미 존재하는 의회가 양원으로 구성되어 있었던 점도 새 헌법상 의회가 양원제를 취하는 방향으로 작용했다.

두 번째로는 1977년 10월 25일의 '몽클로아(Moncloa)<sup>84</sup> 협약'을 들 수 있다. 당시 인플레이션과 석유파동으로 어려운 경제상황에서 각 정당 대표들이 정부와 체결한 이 협정은 기본적으로 정부 및 중도파가 헌법이 제정된 이후 일련의 개혁적 경제정책을 시행하기로 약속하되 PSOE, PCE와 노동조합연합이 헌법제정 과정이 완료될 때까지 경제개혁 요구를 자제한다는 내용이었다. 이는 체제전환과정의 안정을 확보하고 군부를 자극하지 않기 위한 것이었는데, PSOE, PCE 등은 일시적 양보 대신 기본권 분야에서의 요구를 관철시킴으로써 사회·경제적 분야에서 합의를 이루었고, 의회는 이를 바탕으로 헌법제정작업에 보다 집중할 수 있었다<sup>85</sup>).

세 번째로는 지역자치문제에 대한 수아레스 정부의 정책을 거론할 필요가 있다. 카탈루냐는 1932년 공화정 체제에서 자치조직인 헤네랄리타(Generalitat)을 수립한 바 있었는데, 수아레스는 헌법제정 작업이 한창이던 1977년 9월 29일 헤네랄리타의 임시적 복원을 승인하고, 망명 중이던 헤네랄리타의 마지막 수장 타라데야스(Josep Tarradellas)가 귀국하여 직위를 회복하도록 허용한다. 1978년 1월에는 바스크에도 유사한 수준의 임시적 자치가 허용된다. 이러한 임시적 지역자치는 스페인 내 개별적 지역자치조직이 헌법적 차원에서 자치권을 획득할 수 있는 절차와 방법의 형태로 헌법 제8장 및 경과규정 등에 반영되었다<sup>86</sup>).

83) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 248면 ; Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1962면.

84) 수상 관저인 몽클로아성에서 이루어졌기 때문에 이러한 명칭을 얻게 되었다.

85) 이 회의는 10월 8일에서 9일 사이에 진행되었고, 9일 합의가 이루어졌으나 협약의 구체화 과정을 거쳐 정당대표들이 서명한 것은 10월 25일이었다. 이 협약은 10월 27일 의회에서 승인되었다. 구체적으로는 반대파가 임금인상률을 일정기간 20% 이하로 유지하고, 신용제한, 공공지출 축소, 조세인상을 받아들이는 대신 반대급부로 간통죄 폐지, 피임약 판매 허용, 집회·시위에 대한 규제완화, 형법개정 등을 얻어낸 것이었다. 즉, 기본권에 관한 문제들이 이 협약을 통해 협상되었다. 그러나 AP의 Manuel Fraga는 경제협약에만 서명하고, 정치협약에는 서명을 거부하였다. Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 233-234면 ; Ramón Arango, 앞의 책(주 4), 116-117면 ; Sanchez Gonzalez, 앞의 논문(주 35), 281-282면 ; Carrillo, 앞의 글(주 41), 55면 ; Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1963면.

86) Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 233면 이하 ; Linz & Stepan, 앞의 책(주 27), 98면 이하. 이러한 자치주 제도는 카탈루냐, 바스크, 갈리시아 등 전통적인 자치권이 문제되던 지역 뿐만 아니라 스페인의 전지역에 원칙적인 자치에 대한 권리를 보장하는 방식으로 나타났다. 다만, 경과규정 제2조는 '과거 주민투표에 하여 자치법 초안을 승

마지막으로는 국제인권규약 가입과 사면법의 제정을 언급할 수 있다. 스페인은 1976년 9월 28일 뉴욕에서 국제인권규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에 서명하였고, 이는 헌법 제10조 제2항<sup>87)</sup>에 반영되었다. 이는 국제적 인권의 기준을 받아들이려는 스페인의 노력이었는데, 이와 더불어 1977년 10월 15일 사면법의 제정도 기본권 문제에 관한 암묵적 헌법적 결정으로 작용한 것으로 평가된다<sup>88)</sup>. 위 사면법은 "1976년 12월 15일 이전에 범한 모든 정치적 동기에 의한 범죄행위는 사면된다(제1조)"고 규정함으로써 프랑코 체제하 정치범죄에 대한 광범위한 사면을 인정하였다<sup>89)</sup>.

이와 같은 과정을 염두에 두면 헌법전 작성에 임했던 이들의 시야에는 주요 쟁점에 대한 정당들 사이의 입장 차이가 명시적 수준에서 대립했던 것과 별개로 다양한 수준에서 합의가 형성되는 과정도 들어 있었다는 것을 알 수 있다. 이러한 요인들이 구체적인 헌법초안을 일방적으로 규정했다고만은 볼 수 없겠으나 상당한 정도의 규정력을 가졌을 것이라는 점도 짐작가능하다. 다음으로는 이러한 대립과 합의가 구체적 헌법규정에 어떻게 반영되었는지 일별하기로 한다.

#### IV. 제정된 헌법의 특성

스페인의 헌법제정은 내전의 기억을 가지고 있는 좌파와 우파, 뿌리 깊은 지역적, 민족적 갈등의 역사를 가진 카스티야와 카탈루냐·바스크의 분열을 배경

---

인하였고, 이 헌법 공포의 시점에 임시적인 자치정부를 보유하고 있는 지역' - 카탈루냐, 바스크, 갈리시아를 말한다 - 에 통상의 자치주 형성절차(제143조, 제151조)보다 간이한 절차를 규정하였다. 자세한 내용은 Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 163면 이하 참조.

87) 제10조 ② 헌법이 인정하는 기본적 권리와 자유에 대한 규범은 세계인권선언 및 스페인이 비준한 인권에 관한 국제조약 및 협정에 따라 해석한다.

88) Rubio Llorente, 앞의 글(주 22), 249면 ; Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1963면 ; Rosenfeld, 앞의 논문(주 43), 1912면.

89) 1977년 10월 15일자 사면법의 주요 내용과 그 문제점에 대한 상세한 논의로는 García, Alexandra "Transitional (In)Justice: An Exploration of Blanket Amnesties and the Remaining Controversies Around the Spanish Transition to Democracy", *International Journal of Legal Information*, Vol.43, No.2-3(2015), 75-135면, 89면 이하 참조. 사면대상에는 정치범 뿐만 아니라 ETA 등 테러범도 포함되어 있었다.

으로 했고, 스페인의 민주화 및 헌법제정과정은 이러한 대립 및 분열을 대면하고 극복하는 것을 과제로 했다. 이하에서는 이러한 헌법적 과제가 최종적인 헌법규정에 어떻게 나타났는지를 주요한 쟁점이 된 의회군주제, 교회와 국가관계 및 교회의 교육 관여 문제, 지역자치 문제, 헌법개정 문제에 한하여 간략히 확인해 보기로 한다<sup>90)91)</sup>.

## 1. 의회군주제 채택

스페인 헌법 제1조 제3항은 "스페인의 정부형태는 의회군주제로 한다"고 규정한다. PSOE, PCE 등은 일관된 당론으로 공화정을 주장하였으나, 결국 의회군주제를 받아들여 국왕의 정치권력은 극소화하는 것으로 타협하였다. 여기에는 앞서 살펴본 민주화 과정에서 국왕의 역할이 중요하게 작용하였음은 물론이

---

90) 스페인 헌법의 기본적인 열개와 내용에 대해서는 김하열, "스페인의 헌법재판제도", 『저스티스』 통권 제115호(2010. 2.), 106-151면, 109-114면도 참조. 상당히 긴 기간 동안 조문단위로 진행된 헌법논의의 쟁점들 및 구체적인 헌법전예의 반영형태를 여기서 모두 다룰 수는 없다. 중요한 쟁점에 대한 각 정당별 초기 입장 및 최종안에 대한 수용 형태에 대해서는 Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 68-69, 88-89, 94, 106-107면 참조.

91) 1978년 스페인헌법과 대한민국 헌법 사이에 존재하는 영향관계에 대해서도 언급할 필요가 있을 것이다. 문홍주 교수는 1980년 3월 정부에 설치된 헌법개정심의위원회 헌법연구반의 일원으로서 1978년 스페인 헌법을 접하게 된 계기에 대해 다음과 같이 증언하고 있다. "5공화국 헌법 만들 때 미국과 구라파 등 3개조로 나누어 조사를 시켰다. 본인은 구라파반 단장이 되어 갔는데, 영국, 핀란드, 프랑스, 스페인 4국을 방문해서 학자들과 관계자를 만나고 이야기 들었다. 당시 스페인 헌법이 가장 최근에 개정된 민주화된 헌법이었는데, 영국에서 학자들과 이야기 도중 스페인을 권유받고 핀란드와 프랑스의 일정과 경비를 나누어 스페인을 방문했다. 당시 스페인이 제일 앞서가 있었다. 5공화국헌법 제9조에 인간의 존엄과 가치와 더불어 행복추구권조항이 신설되었는데 스페인헌법과 일본의 영향을 받은 바 크다." 김영수, 『한국헌법사(수정증보)』 학문사(2000), 637면의 주41(2000년 5월 31일 저자와 문홍주 교수의 면담 내용). 다만 '인간의 존엄과 가치'가 1962년 헌법에서 도입되었던 점에 비추어 보면 여기서 문홍주 교수가 스페인헌법의 영향으로 지목한 대목이 정확히 무엇인지는 다소 불분명하다. 전문(스페인 국가는 그 주권을 실현함에 있어 정의, 자유, 안전을 확립하고 모든 구성원의 복지를 증진하기를 열망하면서 그 뜻을 선언한다.), 제10조 제1항(인간의 존엄, 인간의 고유한 불가침의 권리, 인격의 자유로운 함양, 법의 존중 및 타인의 권리 존중은 정치질서 및 사회평화의 기본이다.) 등을 뜻하였을 가능성이 있어 보인다. 번역은 국회도서관, 『세계의 헌법(제3판)』 제1권의 스페인 헌법 편을 참조하였다(이하에서 특별한 언급이 없는 한 각국 현행헌법의 번역문은 위 문헌을 따르는 것을 원칙으로 한다).

다. 헌법 제56조 제1항은 국왕이 "통일성 및 영속성의 표상으로서 국가의 원수"임을 선언하고, 헌법 제62조 및 제63조는 국왕의 권한을 법률의 재가·공포권, 의회소집·해산권, 수상의 임명·해임권, 수상의 제안에 따른 각료의 임명·해임권, 군통수권 등으로 열거하고 있으나, 제56조 제3항, 제64조 제1, 2항은 수상 또는 주무대신의 부서가 없으면 위 행위들은 무효라고 규정함과 동시에 국왕에게는 책임을 묻지 아니하고 국왕의 행위에 대하여 부서한 자에게는 책임을 물을 수 있음을 명시하여 군주는 실질적 정치권력을 행사하고 책임을 지는 기관이 아님을 확인하고 있다<sup>92)</sup>. 한편, 스페인 국왕 후안 카를로스 1세는 1981년 2월 23일 안토니오 테헤로(Antonio Tejero) 중령이 이끄는 군부세력이 총기를 소지하고 의회에 진입하는 쿠데타를 시도했을 당시 텔레비전 연설을 통해 이를 비난하고 모든 조치가 취해지도록 요청함으로써 - "통일성 및 영속성의 표상"으로서 - 헌정적 위기극복에 중요한 역할을 한다<sup>93)</sup>.

## 2. 교회와 국가의 관계 문제

스페인 헌법 제14조는 종교를 이유로 한 차별을 금지하고 제16조 제1, 2항은 종교의 자유 및 사상, 종교 또는 신념을 표명할 의무를 강요당하지 아니할 자유를 명시하며, 제16조 제3항은 "어떠한 종교도 국가적 성격을 가지지 않는다. 공권력은 스페인 사회의 종교적 신조를 고려해야 하며 카톨릭교회 및 기타 신앙과 적절한 협력관계를 유지해야 한다"고 규정한다. 또한, 제27조 제3항은 "공권력은 부모가 각자의 신앙에 따라 자녀를 종교적·도덕적으로 양육할 수 있는 권리를 보장한다"고 하되 동조 제7항에서 "교원, 부모, 그리고 경우에 따라서 학생은 법률이 정하는 바에 의하여 정부가 지원하는 시설의 통제와 관리에 개입할 수 있다"고 규정한다.

스페인의 카톨릭 전통과 1931년 헌법 및 프랑코 체제에서 교회가 겪은 지위 변동을 고려할 때 교회와 국가의 관계를 헌법적으로 해결하는 것은 쉽지 않

92) 자세한 설명은 Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 71면 이하.

93) Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 18면.

은 문제였다<sup>94</sup>). 앞서 본 바와 같이 헌법제정과정에서 AP를 중심으로 한 보수세력은 카톨릭 교회와 교회가 운영하는 사립학교를 보호하려고 한 반면, PSOE는 국가와 교회의 엄격한 분리, 중앙집중화된 공교육과 세속적 원칙에 기한 교육관을 가지고 있었다. UCD, PCE, PNV와 카탈루냐 정당은 세속국가원칙을 채택하면서도 카톨릭교회가 다른 종교보다 미세한 우위를 점하거나 교육 문제에 있어서 권위를 보유하는 것까지는 허용할 용의가 있었다고 한다<sup>95</sup>). 구체화된 헌법규정은 "어떠한 종교도 국가적 성격을 가지지 않는다"고 하면서도 공권력이 '스페인 사회의 종교적 신조'를 고려하고 '카톨릭교회'와의 협력관계를 유지하도록 하여 모순적일 수 있는 문구들을 모두 헌법규정에 삽입하는 절충적인 해결책을 선택하였다. PSOE는 하원 헌법위원회에서 제16조 제3항에 대해 마지막까지 반대하였으나 PCE가 중도파와 연정을 형성하여 표결한 것이 이와 같은 결과를 낳았다고 한다<sup>96</sup>). 교육 문제는 교회 문제와 결부되어 있었으며, 최종적인 해결책의 절충적 성격은 여기서도 나타난다. UCD의 주장에 의해 각자의 신앙에 따라 자녀를 종교적·도덕적으로 양육할 수 있는 부모의 권리가 보장되었으나(제27조 제3항), PSOE, PCE 측의 주장에 의해 "일반교육계획에 따라 모든 국민이 교육받을 권리"가 인정되었고, 공적 자금이 투입되는 교육시설에 대한 교원, 부모 등의 통제·관리권(동조 제7항)이 보장되었다<sup>97</sup>). 제16조, 제27조의 문언의 애매성과 복잡성은 이러한 협상의 결과였다<sup>98</sup>). 한편, PSOE, PCE에서는 당시 낙태와 이혼에 관한 권리를 헌법에 명시하고자 하였으나 UCD와 AP가 연합하여 이를 저지하였다고 한다<sup>99</sup>). 생명권에 관하여 규정하는 헌법 제15조와 혼인에 관하여 규정하는 헌법 제

94) 1931년 스페인헌법은 스페인이 공식 종교를 보유하지 않으며 공공장소에서의 예배는 정부의 허가를 받도록 하는 등 교회와 국가의 엄격한 분리를 기조로 하고 있었다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 102면. 반면, 프랑코 체제는 스페인이 카톨릭 국가임을 선언했으며, 교회의 교육에의 관여를 인정하였다.

95) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 103면.

96) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 103-104면.

97) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 97면. 이 점에 대해서는 국제인권규약에 대한 제10조 제2항이 당시 학교 체제에 대한 논의의 대립을 완화했다는 지적이 있다. 보수파는 국제인권규약이 교육의 자유를 강화한다고 보았기 때문이다. Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 22면.

98) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 97면.

99) Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 97-98면. 한편, 제15조에서는 균형법에 의한 전시의

32조에는 이러한 문언상의 모호함이 발견된다<sup>100</sup>).

### 3. 지역자치 문제

헌법 제2조는 "헌법은 모든 스페인 국민의 공동의 불가분의 조국인 스페인의 영속적인 통일성에 근거하고 있으며, 스페인을 구성하는 민족들(nacionalidades) 및 모든 지방(regiones)의 자치권과 이들 간의 연대를 확인하고 보장한다"고 규정한다. 이는 엄격한 단일국가도, 연방국가도 아닌 제3의 형태로, 하나의 국가를 구성하는 국민(nación)과 별도로 민족들 및 지방을 인정하는 복수의 정체성을 받아들이는 것이다<sup>101</sup>). 이는 말할 것도 없이 단일국가를 주장한 AP의 입장과 광범위한 자치권을 주장한 카탈루냐, 바스크지역 정당들, 그리고 중간적 입장을 취한 정파들 사이의 타협의 결과로 나타난 것이었다. 헌법 추가규정 제1조는 "헌법은 지방 특권 지역의 역사적 권리(derechos históricos de los territorios forales)를 보장하고 존중한다. 지방 특권 제도의 구체화는 경우에 따

---

사형을 제외한 사형을 폐지하였다. 교회의 교육에 대한 관여 문제, 낙태 문제의 당시 논의에 대한 PSOE 측 소위원회 위원 페세스 바르바의 설명은 Peces-Barba, Gregorio, "The Constitutional Consensus and the Basque Challenge" in Threlfall(ed), 앞의 책(주 41), 61-76면, 64-65면. 페세스 바르바에 의하면 원안은 '모든 사람(each person)은 생명에 대한 권리를 가진다고 되어 있었는데 이는 당시 형법규정이 신생아는 출생 24시간 후부터 '사람(person)'으로서의 지위를 가진다고 하고 있었기 때문에 낙태의 권리를 인정하는 취지였다고 한다. 낙태에 관한 스페인 헌법재판소의 결정(STC 53/1985) 및 이후의 입법에 대해서는 Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 258면.

100) 헌법 제15조는 '모든 이(Todos, everyone)'는 생명에 대한 권리를 가진다고 하고 있고, 제32조 제2항은 '법률이 이혼의 사유 및 그 효력을 정한다'고 하고 있다.

101) 지역정체성에 관한 기타 규정으로 "스페인어(카스티야어)를 국가의 공용어로 한다. 모든 스페인인은 스페인어를 알아야 할 의무가 있고 이를 사용할 권리를 가진다(제3조 제1항). 기타 스페인의 언어는 각 자치주 헌장(Estatuto)에 따라 공용어로 한다(동조 제2항)", "각 자치주는 헌장에 의해 고유의 기 및 문장을 정할 수 있다. 이러한 기 및 문장은 공공건물 및 공적 행사에 국기와 함께 사용할 수 있다(제4조 제2항)"고 하여 언어와 상징에 관한 각 자치주의 자율권을 명시하고 있다. 카탈루냐의 아이덴티티 문제와 카탈루냐 의회가 자치법 개정안 전문에서 카탈루냐에 대해 '국민(nación)'이라는 표현을 사용함으로써 촉발된 논란 및 이에 대한 스페인 헌법재판소 결정(STC 2010/31)에 대해서는 Ferreres Comella, 앞의 책(주 ), 167면 이하 ; 김병곤·우윤민, "내셔널 아이덴티티와 분리독립: 스페인-카탈루냐를 중심으로", 『유럽연구』 제32권 제4호(2014), 189-211면, 196면 이하 참조. 스페인 헌법재판소 홈페이지에서 결정 전문을 확인할 수 있다(<https://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Paginas/default.aspx> 최종 검색일 2022. 3. 27. 이하 다른 헌법재판소 결정에 대하여 같다).

라 헌법 및 자치현장의 범위 내에서 행한다"고 하여 논란이 되었던 카탈루냐 등의 '역사적 권리'를 규범질서 내로 수용하였고, 국가의 지역적 조직에 대해 규율하는 제8장 특히 제143조 이하에서는 현들이 자치주를 형성할 수 있는 요건 및 절차(특히 제143조 제2항과 제151조), 자치주와 국가간의 권한과 의무의 배분(제148, 149조) 등에 대해 규정하였다. 또한, 앞서 본 바와 같이 카탈루냐와 바스크 지역에 임시적인 자치주 정부를 설치한 것이 경과규정 제2조에 반영되어 이 지역은 비교적 간략한 절차를 통해 새 헌법에 의한 자치주를 설립할 수 있도록 하였는데, 이후 간이한 절차에 기해 자치주를 설립한 카탈루냐, 바스크, 갈리시아를 포함하여 새 헌법에 기해 모두 17개의 자치주가 설립되었다. 앞서 본 바와 같이 지역문제는 최종단계까지 정파간에 합의가 형성되지 못하였고, 결국 PNV는 최종적으로 완성된 헌법안에 대해 반대입장을 철회하지 않았으며 바스크 지역은 국민투표에서도 상대적으로 낮은 투표율을 보였다<sup>102)</sup>. 지역자치의 구체적인 범위와 양상 등 많은 문제는 1978년 당시 헌법차원에서 해결되지 못한 문제였으며, 중앙정부와 자치주의 권한분배 등 많은 문제를 향후의 결정에 위임한 것이었다<sup>103)</sup>. 최근의 카탈루냐 분리독립에 관한 2개의 스페인 헌법재판소 결정에서 확인할 수 있는 바와 같이 이 문제는 스페인 입헌주의가 향후 해결해야 할 지속적인 과제로 남아 있는 것으로 보인다<sup>104)105)</sup>.

102) 바스크 지역의 기권율은 51.7%였다. Bonnie-Blanc, 앞의 책(주 37), 63면의 표 4.4 참조.

103) 참고로 소위원회에서 카탈루냐 소수파를 대표했던 Miquel Roca Junyent는 헌법제정 20년 후 발표된 글에서 스페인이 현재 연방제를 취하고 있는 독일과도 비교할 만한 지방자치의 수준을 누리고 있으며 카탈루냐자치주의 관점에서 보더라도 1714년 이후 최고의 자치수준을 누리고 있다고 평가한 바 있다. Roca Junyent, Miquel, "To Reform or not to Reform the Constitution? A Catalan view" in Threlfall(ed.), 앞의 책(주 41), 77-99면, 81면.

104) 스페인 헌법재판소는 2014. 5. 14. 카탈루냐 자치주의회 결의 중 카탈루냐 자치주민의 주권을 선언한 부분에 대하여, 2015. 12. 2. 카탈루냐 분리독립에 관한 자치주의회 결의에 대하여 각 위헌결정(각 STC 42/2014, STC 259/2015)을 하였다. STC 42/2014 결정에 대해서는 헌법재판연구원, "카탈루냐 자치주민의 주권과 자결권 결의의 위헌성", 『세계헌법재판동향』 2015년 제1호, 67-71면 ; Ferreres Comella, Victor, "The Spanish Constitutional Court Confronts Catalonia's 'Right to Decide'(Comment on the Judgment 42/2014)", *European Constitutional Law Review*, Vol.10(2014), 571-590면도 참조. 스페인 헌법재판소는 2019년 12월에도 카탈루냐 자치주 의회의 자결권에 관한 결의에 관하여 무효선언을 하였다. 헌법재판연구원, "카탈루냐 자치주 의회의 결의에 대한 스페인 헌법재판소의 집행결정", 『세계헌법재판 조사연구보고서』

#### 4. 헌법개정 문제

스페인 헌법제정자들은 어렵게 도달한 합의의 보전을 위해 이원적 헌법 개정절차를 채택하였다. 헌법 제167조, 제87조 제1, 2항에 의하여 정부, 하원, 상원 및 자치주의회가 헌법개정안을 발의할 수 있으며 통상의 헌법개정절차는 하원과 상원 각각에서 5분의 3 이상의 승인을 얻어야 한다. 만일 양원의 승인을 얻지 못하면 양원 의원들로 구성된 합동위원회가 초안을 작성하여 재의결을 요구하는데, 새로운 초안에 대해서는 양원 모두의 승인을 얻지 못하더라도 상원 재적과반수의 찬성과 하원 의원 3분의 2 이상의 동의가 있으면 헌법개정이 가능하다(제167조 제2항). 제167조에 의한 헌법개정은 양원 중 어느 원의 의원 10분의 1 이상이 요구할 경우 국민투표에 부의된다(동조 제3항). 헌법초안작성 당시에는 AP가 모든 경우 국민투표를 거칠 것을 요구하였으나 PSOE, PCE 등이 이를 반대하였다고 한다<sup>106</sup>).

한편, 헌법의 전면개정 또는 부분 개정이라도 서장(제1조 내지 제9조), 제1장 제2절 제2관(시민의 권리 및 의무, 제30조 내지 제38조) 또는 제2장(국왕)에 영향을 줄 때에는 위와 같은 통상의 절차로 헌법개정이 불가능하고 특별한 절차를 거쳐야 한다. 즉, 양원이 각 3분의 2 이상의 찬성으로 헌법개정안을 승인하면 의회는 즉시 해산되고 총선이 실시되며 새로운 의회가 먼저 헌법개정안의 발의를 추진한 다음 양원 각 3분의 2 이상의 찬성으로 헌법개정안을 승인하여야 한다. 이 경우에는 국민투표가 필수적으로 실시된다(헌법 제168조). 전시 또는 경계사

---

2020년 제3호, 55-62면 참조.

105) 스페인의 자치주에 관련된 법적, 제도적 문제의 양상은 매우 복잡하며 본 연구의 범위를 훨씬 벗어난다. 간략한 소개로는 Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 161면 이하; Elvira, Ascensión, "Spain" in Oliver, Dawn & Fusaro, Carlo(eds.), *How Constitutions Change*, Hart(2011), 281-302면, 289면 이하 참조. 자치주의 입법권과 이에 대한 헌법적 통제를 다룬 문헌으로는 임윤정(책임연구), 『스페인 자치주의 입법권과 헌법재판소의 통제』 헌법재판연구원(2021) 참조. 분리독립 문제에 관한 카탈루냐의 관점이 상당히 반영된 소개로는 López Bofill, Héctor, Law, *Violence and Constituent Power - The Law, Politics and History of Constitution Making* -, Routledge(2021), 200-204면.

106) Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 57면.



태, 비상사태, 계엄사태 중 어느 하나가 계속되고 있는 동안에는 헌법개정을 발의할 수 없다(제169조).

스페인 은 1992년 8월 27일 헌법 제13조 제2항을 부분개정하여 유럽연합의 시민이 기초의회 선거의 피선거권을 보유할 수 있도록 하였고, 2011년 9월 27일 제135조를 개정하여 공공부채와 재정적자의 한계를 규정하였으나 이는 모두 유럽연합가입과 관련된 것으로서 내부로부터의 동력보다는 외부로부터 강제된 측면이 강하였다<sup>107)</sup><sup>108)</sup>.

## V. 평가와 함의

스페인 사회에 세겨진 공화주의 혁명과 쿠데타에 의한 왕정복고의 역사적 기억은 프랑코 사후 광범위한 대중동원을 통한 구체제의 혁명적 전복보다는 '의회군주제'로 대표되는 타협적 정치체제로의 전환을 통해 폭력적 충동을 피하는 경로를 취하도록 하였다<sup>109)</sup>. 이러한 역사적 환경하에서 채택되었던 스페인 특유의 헌법제정과정은 다음과 같은 주목할 만한 지점들을 보여준다.

첫째, 앞서 언급한 바와 같이 체제전환의 정치적 양상에 있어 압도적 우위의 확보를 통한 일방의 의지를 관철시키는 것이 아니라 타협과 협상이 중심적인 지위를 차지하였다는 것이다. 이는 1976년 야권 지도자들이 제시한 '타협에 의한

---

107) 이에 대해 Ferreres Comella는 1978년 헌법이 어려운 사회적 합의를 거쳐 성립한 것인 만큼 헌법개정이 금기시되는 분위기가 있고, 대체적으로 헌법현실의 변화를 헌법 해석으로서 대응하려는 경향을 보인다고 한다. 헌법개정의 절차 및 위 두 헌법개정에 대한 소개, 헌법해석을 통한 헌법현실의 적응에 대해서는 Ferreres Comella, 앞의 책(주 6), 56-59면. 2011년을 기준으로 한 스페인의 헌법개정경과의 소개 및 헌법개정의 논의에 대해서는 Elvira, 앞의 논문(주 105), 281-302면.

108) 1978년 헌법의 주요 특징 중 하나로 헌법 제9편 이하에 규정된 헌법재판소의 도입을 들 수 있다. 그러나 체제전환 과정에서 헌법재판소의 역할과 지위는 후술하는 형가리, 남아프리카공화국과 비교하면 덜 부각되는 것이 사실이다. 스페인 헌법재판제도에 대하여 전반적으로 다룬 문헌으로는 전학선, "스페인의 헌법재판제도", 『외법논집』 제34권 제1호(2010. 2.), 37-52면 ; 김하열, 앞의 논문(주 90) ; 임윤정(책임연구), 『스페인 헌법재판제도에 관한 연구』 헌법재판연구원(2017) 참조.

109) 이는 파업과 시위로 왕정이 붕괴되고 혁명위원회가 공화국 임시정부로 전환하여 헌법을 기초하였던 1931년 제2공화국의 경험과 확연히 대비되는 것이었다. 이 공화국이 군부 쿠데타 및 내전으로 이어졌음은 주지하는 바와 같다. 비버, 앤터니(김원중 옮김), 『스페인 내전』 교양인(2009), 58-60면.

단절(ruptura pactada)' 구상으로 표현된 바 있다<sup>110)</sup>. 우리가 보았듯 이러한 타협과 협상은 실제적 헌법원칙의 수준에서 뿐만 아니라 헌법성립과정의 절차적 원칙의 수준에서도 두드러졌다<sup>111)</sup>.

둘째, 이러한 타협과 협상은 법적 차원에서는 일정한 수준의 형식적 연속성으로 나타났다. 이는 역설적이지만 '타협에 의한 단절(ruptura pactada)'이라는 표현 중 '단절' 부분이 숨겨지거나 최소화되었다는 의미이기도 하다. 「정치개혁에 관한 법률」은 기존 7개 기본법 체제에 또 하나의 기본법을 추가하는 형식으로 이루어졌고, 기본법을 제정할 권한을 가진 구 의회가 이를 주도함으로써 합법성의 형식이 구비되었다. 1978년 헌법은 「정치개혁에 관한 법률」이 마련한 요건에 따라 성립하였고, 그러한 점에서도 합법성의 형식이 갖춰진 것이었다<sup>112)</sup>.

셋째, 체제전환의 전체 과정 중에서 중개적·매개적 규범의 존재와 역할이 두드러졌다는 점이다. 구 의회가 제정한 「정치개혁에 관한 법률」은 자유선거와 신헌법창설에 규범적 근거를 마련하였고, 다양한 정치세력이 참여하여 구성된 신 의회에 헌법기초의 과업을 유보할 과도기적 공간을 마련하였다. 이는 명시적으로 '헌법'임을 표방한 것은 아니었지만 프랑코 체제에서 헌법적 지위를 가졌던 기본법의 하나로 채택되었다. 이로써 1978년 헌법이 최종적으로 발효되기까지 잠정적 질서를 제공할 수 있었던 것이다.

1970년대 후반 스페인의 창안물 즉, 잠정적 매개규범을 통한 여러 단계의 헌법제정, 신·구 의회의 차별화된 역할과 이를 통한 다원적 정치세력의 관여 등은 이후 1989년 중동부 유럽의 체제전환과정에서 중요하게 참조될 것이었다<sup>113)</sup>. 그 대표적 사례 중 하나는 이어서 볼 헝가리이다.

---

110) Carr & Pablo Fusi, 앞의 책(주 4), 214면. 여기에 의하면 'ruptura pactada'라는 표현은 PCE 지도자 산티아고 카리오로부터 기원하였다고 한다.

111) 여기에는 1977년 총선의 결과가 조성한 "합의를 위한 산술적 기초"가 부분적으로 작용하였음은 앞서 본 바와 같다(위 II.3. 참조).

112) 그러나 이는 실제적 차원에서 근본적인 단절과 결부된 것이었다. 이러한 조합이 헌법제정 - 헌법개정 이론하에서 어떠한 귀결에 이르는지는 제4장 제2절에서 본다.

113) 제2장 제3절 IV. 참조.

## 제2절 헝가리 1989년 헌법과 2011년 기본법

1989년 동구권 블록이 붕괴하면서 중동부유럽 국가들은 정치체제 뿐만 아니라 경제체제까지 전면적으로 재편해야 하는 막중한 과제상황에 놓이게 되었다. 이를 위해서는 헌법적 차원의 근본적인 변화는 선택이 아닌 필연이었다. 1989년부터 폴란드, 헝가리, 루마니아, 불가리아 등 구 동구권 국가들은 입헌(立憲)의 시기를 경험한다. 그리고 이 과정에서 상세히 참고된 것이 1978년 스페인의 헌법제정과정이었음은 앞서 언급한 바와 같다<sup>114)</sup>. 그런데 동유럽 국가 중에서도 스페인과 여러 가지 측면에서 비교할 만한 논점을 제공하는 특징적 사례는 헝가리인 것으로 보인다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 소련이라는 외세에 의해 이식된 일당 중심의 스탈린주의 헌법이 다당제와 권력분립, 강한 헌법재판소를 핵심요소로 하는 입헌민주주의 헌법으로 전환되었을 뿐만 아니라 헌법전상 거의 대부분의 규정이 교체되는 대규모의 헌법문언상의 변화가 일어났음에도 이러한 과정이 기본적으로는 모두 기존 헌법의 '헌법개정' 절차에 의해 이루어졌다는 특성이 발견된다. 따라서 헝가리 사례에서는 실제적 차원과 절차적 차원 간의 불일치와 그 의미에 대한 해명이 문제된다고 할 수 있다. 이러한 특징은 동독과 폴란드에서도 부분적으로 나타났지만, 동독에서는 서독과의 재통일과정에서 이러한 문제가 크게 부각되지 못하였고, 폴란드에서는 불완전하거나 비전형적인 모습들이 다수 발견된다는 점은 앞서 보았다<sup>115)</sup>. 분석의 범례로서 헝가리가 특별한 가치를 가지는 이유이다.

둘째, 체제전환을 전면적 목표로 삼은 헌법이 창설되었음에도 당초 기획되었던 헌법제정 전망의 실패와 반전이 나타났다는 점에서 그러하다. 1989년 헌법의

---

114) Rosenfeld et al., 앞의 글(주 41), 1972면 이하 ; Kis, János, "Between Reform and Revolution", *East European Politics and Societies*, Vol.12 No.2(1998), 300-383면, 304면, 367면["동유럽에서 협약에 의한 체제전환의 가능성을 제시한 것의 ... 먼 기원은 몽클로아 협약을 통한 스페인의 평화적 민주화였다." 여기서 우리는 키쉬가 헝가리 SZDSZ(자유민주연합)의 핵심 구성원이었음을 기억할 필요가 있다. 즉, 여기서 그는 객관적 관찰자로서 뿐만 아니라 직접 체험의 당사자로서도 이야기하고 있다고 보아야 할 것이다.]

115) 제2장 제3절 IV. 참조.

성립에 관여하였던 제도적 행위자들은 추후의 새로운 헌법제정을 명시적으로 예정하고 있었으나, 이는 1990년대 후반까지 연기되다가 결국 실패하였다. 우여곡절 끝에 2011년에 가서야 다시 신헌법의 제정절차가 개시되지만 그 이유와 의미, 주도세력은 확연히 달라져 있었다. 이는 헝가리 고유의 체제전환과 그 헌법적 기획이 내포하였던 불완전성과 위험성을 평가하는 것과 관련하여서도 중요한 의미를 지닌다.

분명한 것은 헝가리 1989년 헌법의 의미와 중요성이 그 이전의 헌정체제와의 역사적 대조 없이는 적절히 평가될 수 없다는 것이다. 이하에서는 1989년 헌법의 전사(前史)에 대해 필요한 범위에서 살펴본 후(I.), 1989년 헌법이 성립하는 과정과 성립된 헌법의 특성을 분석하고(II.), 최종헌법의 제정시도 및 2011년 기본법이 성립하는 과정을 살펴본 다음(III.), 그 전반적인 과정을 평가해 보려 한다(IV.).

## I. 1989년 헌법 이전의 헌정체제

헝가리가 자리잡은 카르파티아 분지의 평원은 제1차 세계대전 종전까지 오스트리아-헝가리 제국의 주요 구성부분으로서 합스부르크 왕가의 통치지역이었다. 1918년 11월 13일 패전이 확실해지면서 황제 카를 1세가 왕위를 포기하자 같은 달 16일 미하이 카로이 백작(Károlyi, Mihály Ádám György Miklós)이 이끄는 헝가리 국민위원회(Magyar nemzeti tanács)는 '헝가리인민공화국(제1공화국)'을 선포한다<sup>116)</sup>. 그러나 1919년 1월경 기존 헝가리 왕국의 영토 70%에 해당하는 지역이 세르비아, 루마니아와 신생 체코슬로바키아 공화국에 의해 병합되는 등 혼란스러운 상황에서 벨라 쿤(Béla Kun)이 이끄는 볼셰비키가 급격히 정국의 주도권을 장악하였고, 1919년 3월 21일 '헝가리 소비에트 연방공화국'을 선포하는데

---

116) Ludwikowski, Rett R., *Constitution-Making in the Region of Former Soviet Dominance*, Duke University Press(1996), 29면 ; Barker, Philip & Lorman, Thomas, "Introduction" in Hörscher, Ferenc & Lorman, Thomas(eds.), *A History of the Hungarian Constitution*, Bloomsbury Academic(2019), 1-28면, 19면. 1918년 11월 16일의 '헝가리 제1공화국 선언'은 같은 책, 302-303면에 수록되어 있다. 위 선언은 '헝가리는 자유롭고 독립적인 공화국'임을 선포하고(제1조), 새로운 선거법에 의해 선출된 제헌의회에 의해 공화국 헌법을 곧 제정할 것임을 밝힌다(제2조).

성공하였다<sup>117</sup>). 볼셰비키 혁명위원회는 1919년 4월 2일 과도헌법을 채택하였고 1919년 6월 23일 정식 헝가리 소비에트 공화국 헌법을 공포하였다<sup>118</sup>). 헝가리에서 최초의 근대적 성문헌법이 공포된 것은 이때라고 볼 수 있다<sup>119</sup>). 그러나 이 소비에트 헌법은 영국과 프랑스의 조력을 받은 루마니아군의 침공으로 혁명정부가 붕괴된 1919년 8월 1일까지 한 달 남짓 단기간만 시행될 수 있었다. 시행기간이 극히 짧았던 점, 당시 헝가리 국경이 명확치 않았던 점 등 때문에 이를 실질적으로 기능한 헌법으로 보기 어렵다는 평가도 존재한다<sup>120</sup>). 1920년 헝가리는 명목상 군주제로 복귀하지만<sup>121</sup>) 실제로는 제2차 세계대전 종전까지 의회가 선출한 섭정(Regent)의 통치하에 있었다<sup>122</sup>). 1920년 3월 1일 헝가리 의회가 선출한 섭정은 보수적인 해군 사령관 출신 호르티(Miklós Horthy von Nagybanya)였는데, 호

117) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 30면 ; Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 2면, 20면. 1919년 헝가리 소비에트공화국의 성립과 붕괴 과정에 대하여 상세하게 서술하고 있는 국내문헌으로는 김지영, "헝가리 소비에트 공화국의 성립과 좌절(1919)", 『서양사론』 제137호(2018), 11-37면.

118) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 30면. 프롤레타리아 독재의 원칙에 입각한 통치원리들의 규정이 주를 이루었다. 1919년 소비에트 헌법의 발췌본은 Hörcher & Lorman(eds.), 앞의 책(주 116), 304면 이하에 수록되어 있다.

119) 다만, 헝가리에는 '역사적 헌법'이라고 불리는 불문헌법 전통이 존재하였다. 역사적 헌법은 중요한 제정법, 헌법적 관행과 법리 등으로 구성된 유동적 규범의 다발로 늦어도 16세기에 형성된 聖冠 이론(Holy Crown doctrine) 즉, 정통성 있는 정치권력은 신분의회와 군주로 구성된 '성관'으로부터 나온다는 전래적 규범을 중심으로 하였다. Sonnevend, Pál, Jakab András & Csink, Lóránt, "The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary" in Bogdandy, Armin von & Sonnevend, Pál(eds.), *Constitutional Crisis in Hungary and Romania*, Hart(2015), 33-109면, 36면.

120) Fekete, Balázs, "Law I of 1946 and Law XX of 1949 : Continuity or Discontinuity in Traditional Hungarian Constitutionalism?" in Hörcher & Lorman(eds.) 앞의 책(주 116), 184-210면, 206면의 각주 6 참조.

121) 1920년 구성된 국민의회는 1918년 11월부터 1919년 8월 사이에 제정된 법률을 모두 폐지시키고 '헌정체제의 회복과 임시적 최고권력에 관한 1920년 2월 28일 법률 제 1호'를 통해 군주제를 부활시켰다. 합스부르크 왕가의 혈통적 정통성을 견지하는 것이 아니었음에도 '명목상' 군주제로의 복귀를 택한 이유는 헌법의 동일성과 연속성이 유지되고 있음을 천명함으로써 기존 영토를 수복하려는 기획과 관련이 있었다. 보다 자세한 과정과 역사적 맥락에 관하여는 Szabó, István, "Law I of 1920 and the Historical Constitution", in Hörcher & Lorman(eds.) 앞의 책(주 116), 160-183면 참조.

122) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 30면. 이 섭정체제에서 입법권은 국민의회에 있었으나 1926년 상원이 창설되었다. 행정권은 섭정과 각료들에게 위임되었으며, 각료들은 섭정에 의해 임명되지만 의회에 대하여 책임을 졌다. 섭정은 군주와 유사한 특권을 가지고 있었으며 법률안에 대한 환부거부권을 보유하고 있었다. *Ibid.*

르티 정부는 집권과 동시에 소비에트 공화국 가담자들에 대한 숙청을 진행하는 등 복고적 정책을 추진하였다<sup>123</sup>. 1920년 6월 4일에는 트리아농 조약(Treaty of Trianon)의 체결로 종전(終戰)으로 상실한 영토가 거의 그대로 확정되었는데, 헝가리가 1940년대 나치 독일에 가담한 이유 중에는 이때 상실한 영토를 수복하려는 기획도 없지 않았다<sup>124</sup>. 제2차 세계대전이 발발하자 헝가리는 초기에는 참전을 주저하였으나 독일의 정치적 압력으로 인해 결국 1941년 소련에 선전포고를 하게 된다<sup>125</sup>. 호르티는 1944년 10월경 대소전쟁에서 발을 빼려고 하였으나 이를 알아차린 독일군에 의해 체포되어 독일로 압송되었고, 10월 15일 독일의 지원하에 파시스트 조직 화살십자단(Crossed Arrows) 소속의 페렌츠 살러시(Ferenc Szálasi)가 섭정으로서 새 정부를 구성한다<sup>126</sup>. 그러나 살러시 정부는 소련군의 헝가리 진군으로 인해 1년이 되지 않아 실각하고 그와 더불어 섭정 체제도 종언을 고하게 된다<sup>127</sup>.

1945년부터 2~3년간은 헝가리 정치의 해빙기였다. 보통·비밀선거가 도입되고 활발한 정당활동이 전개되었으며, 1945년 11월 4일 제2차 대전 종전 후 첫째 총선이 실시되었다<sup>128</sup>. 독립소지주당(Független Kisgazda Párt, 이하 'FKGP'), 헝가리 사회민주당(Magyarországi Szociáldemokrata Párt, 이하 'MSZDP'), 헝가리 공산당(Magyar Kommunista Párt, 이하 'MKP'), 농민당(Nemzeti Parasztpárt, 이하 'NPP') 등이 참여한 선거에서 중간계급의 이해관계를 대변하였던 FKGP가

123) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 30면; Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 20면.

124) 오승은, 『동유럽 근현대사』 책과함께(2018), 200면. 헝가리는 나치 독일의 조력을 받아 기존 영토 중 일부를 회복하는데 성공하였으나, 그 대가로 1941년 독일의 유고슬라비아 및 소련 침공에 가담하여야 했다. 그러나 동부전선에서 독일이 패퇴하고 소련군이 중동부유럽을 점령하면서 헝가리의 국경은 제1차 세계대전 종전과 같은 영역으로 다시 축소된다. Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 21-22면.

125) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 30면.

126) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 31면. 1944년 3월경에 이르러 이미 독일이 헝가리 전역을 군사점령한 후 의회를 해산하고 계엄을 선포한 상태였다. 소련군의 침공이 임박한 상황에서 독일군의 군사점령이 붉은 군대에 대한 방어선을 제공한다는 이유에서 이에 대한 저항은 많지 않았다고 한다. Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 21면.

127) Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 21면.

128) Fekete, 앞의 글(주 120), 187면 ; Körösenyi, András, *Government and Politics in Hungary*, Central European University Press(1999), 6면[피피시니, 언드라시(김대순 옮김), 『헝가리 현대정치론 - 전환기의 동유럽정치』 신광문화사(2014), 27-28면].

57%를 득표하여 단독으로 과반수를 획득하였으나 소련의 압력으로 단독으로 정부를 구성하지 못하고 다른 주요 정당들이 모두 참여하는 연립정부를 세우게 된다<sup>129)</sup>. 1946년 2월 20일 공포된 1946년 법률 제1호는 이러한 상황에서 제정된 헌법적 성격의 법률이었다<sup>130)</sup>. 이 법률은 헝가리가 공화국임을 선포함으로써 군주제 전통과 명시적으로 단절하였고, 억압·공포·곤궁으로부터의 자유, 사고와 견해의 자유, 종교의 자유, 집회·결사의 자유, 재산권, 안전권, 근로의 권리, 가치 있는 실존에 대한 권리, 문화에 대한 권리, 공적 생활에 참여할 권리 등의 보장을 명문으로 도입하였다<sup>131)</sup>. 또한, 국가가 적법절차 없이 시민의 권리를 제한할 수 없으며, 시민들을 평등하게 대우할 의무가 있음을 명시하였다. 정부형태와 관련하여 입법권은 보통·평등·직접·비밀선거에 의해 선출된 국회에 귀속되었고, 공화국 수반의 지위는 임기 4년으로 국회에서 선출되는 대통령에게 부여되었다<sup>132)</sup><sup>133)</sup>. 1946년 법률 제1호는 군주제적 전통과 단절하고 서유럽적 입헌주의로의 접근을 표방했다는 점에서 헝가리의 헌정사에서 중대한 변화를 나타내는 이정표였다<sup>134)</sup>. 다만 위 법률이 군주제와 관련된 규정들의 폐지를 선언하였음에도 (제19조), 구조적 측면에서는 '역사적 헌법'에서 형성되어 왔던 군주 - 의회 간의 관계를 대통령 - 의회 간의 관계에 반영·보존하였다는 평가도 발견된다<sup>135)</sup>. 이는 적어도 직후형성된 1949년 헌정체제와 대비해 볼 때 1946년 법률 제1호 체제가 헌정적 전통과의 연속성을 일정 정도 유지하고 있었음을 의미한다.

1946년의 헌정 체제는 단명하였다. 1946년 하반기부터 소련의 지원을 받는 공산당의 정치적 공세가 거세어졌고, 1947년 총선에서 공산당이 승리하면서 이

129) Kőrösényi, 앞의 책(주 128), 6면[폐쇄시니, 앞의 책(주 128), 28면].

130) Hörcher & Lorman(eds.), 앞의 책(주 116), 309면 이하에 발췌본이 수록되어 있다.

131) Fekete, 앞의 글(주 120), 188면.

132) 대통령은 법률안에 대한 환부거부권, 국회해산권, 사면권, 수상과 각료의 임명권 등의 권한을 가지고 있었으며, 상징적 지위에 그치지만은 않았다. Fekete, 앞의 글(주 120), 189-190면.

133) 공화국 형태, 기본권, 적법절차 원칙 뿐만 아니라 국회와 대통령 등 통치구조의 요소들도 전문에 규정되어 있다는 것이 특징적이다. 전문에 규정되어 있다는 점이 그 규범력에 영향이 있었는지에 대해서는 위 법률의 짧은 수명 때문에 역사적으로 확인되기 어려웠다. 이에 대해서는 Fekete, 앞의 글(주 120), 188-189면.

134) Fekete, 앞의 글(주 120), 190면.

135) Fekete, 앞의 글(주 120), 195면.

체제를 산출했던 정치적 조건이 더 이상 존속하지 못하였기 때문이다. 1948년 8월 초대 대통령이었던 FKGP의 졸탄 틸디(Zoltán Tildy)가 사임하고 헝가리노동인민당(Magyar Dolgozók Partja, 이하 'MDP')<sup>136)</sup>의 아르파드 서커시치(Árpád Szakasits)가 대통령으로 취임하면서 헝가리는 소비에트식 일당 지배의 헌법체제로 나아가게 된다<sup>137)</sup>.

1949년 2월부터는 새 헌법을 마련할 필요성이 활발하게 공론화되기 시작하였다<sup>138)</sup>. 이에 따라 마차쉬 라코쉬(Mátyás Rákosi)를 위원장으로 하는 헌법기초위원회가 출범하여 초안을 마련하였고, 공산당이 장악한 의회가 1949년 8월 20일 법률 제20호로 새 헌법을 공포하였다<sup>139)</sup>. 1949년 헌법은 전문과 11개 장 71개 조항으로 구성되어 있었으며 그 내용은 마르크스-레닌주의 원칙과 라코쉬로 대변되는 헝가리 공산당의 역사인식을 결부시킨 것이라고 할 만한 것이었다<sup>140)</sup>. 헌법 전문의 다음과 같은 문구는 헌법적 정당성과 소련의 연계를 숨기지 않고 있다.

"대소비에트 연방군은 독일 파시스트들의 멍에로부터 조국을 해방시켰고, 대지주와 자본가의 권력을 타도했으며 노동 인민에게 민주적 진보의 길을 열었다. ... 우리 인민은 1919년의 사회주의 혁명의 경험과 소비에트 연방의 지지에 힘입어 사회주의의 기초를 놓았고, 우리 조국은 이제

136) 1948년 같은 계열의 다른 정당의 흡수, 합병으로 탄생한 헝가리 공산당의 정식 명칭이다. 뒤에 보는 헝가리사회노동당(Magyar Szocialista Munkás Párt)의 전신이다.

137) Fekete, 앞의 글(주 120), 196면 ; Körösenyi, 앞의 책(주 128), 6면[폐쇄시니, 앞의 책(주 128), 28면].

138) 헝가리노동인민당은 1948년 여름 신헌법에 관한 계획을 포함하는 프로그램을 채택하였지만, 1949년 2월에 이르면 헝가리 독립인민전선(정부가 승인한 통합 후보 명부로서 기존 다당제를 대체한 것이었다. 형식상으로는 기존 경쟁 정당들의 통합명부였지만 실질은 일당 지배의 현실화를 의미하였다.) 차원에서 기존 전통을 대체할 새 헌법의 필요성이 공적으로 제기되었다고 한다. Fekete, 앞의 글(주 120), 197면.

139) Fekete, 앞의 글(주 120), 198면.

140) Fekete, 앞의 글(주 120), 199면. 1949년 헌법 전문은 Hörcher & Lorman(eds.), 앞의 책(주 116), 312면 이하에 수록되어 있다. 라코쉬는 헝가리의 '소스탈린'으로 불린 강경파 지도자로서 소련의 지원하에 1949년까지 헝가리에서 야당을 실질적으로 소멸시키는데 성공한다. 김지영, "헝가리 공산주의 변용 - '카다리즘(Kádárism, 굴라시 공산주의)' 연구", 『서양사론』 제144호(2020. 3.), 46-68면, 49면 이하.



인민 민주주의의 경로를 따라 사회주의로 나아가고 있다."<sup>141)</sup>

위 헌법은 이어서 헝가리 인민공화국이 노동자와 노동하는 농민의 국가이며 모든 권력이 노동자에게 속함을 선언하였고(제2조)<sup>142)</sup>, 생산수단의 국유(제4조)와 국가주도의 계획경제(제5조) 원칙을 천명하였다. 국가조직과 관련해서는 의회가 헝가리인민공화국의 최고 국가기관임을 명시하였고(제10조 제1항), 입법권이 의회에 귀속됨을 규정하였다(제14조 제1항). 또한, 헌법개정은 의회 재적의원 2/3 이상의 찬성에 의하도록 하였다(제15조 제3항). 국민투표 등 정통성을 부여하는 별도의 절차 없이 의회 가중다수만으로 헌법을 개정할 수 있도록 하는 이 규정은 이후 1989년 이후 체제전환과정에서 중요한 역할을 하게 된다. 행정부에 관

---

141) 이 전문은 1973년 다음과 같이 헝가리 역사와 인민의 고유성을 보다 강조하는 방향으로 대폭 개정되었는데, 그 내용은 다음 인용문과 같다. 김영수(편), 『사회주의국가헌법』 인간사랑(1989), 118면.

"헝가리는 인민의 노동, 희생적 정신 및 인민의 사회건설의 힘에 의해서 1,000년 이상에 걸쳐서 생존하고 유지되어 왔다. 동시에 국가권력은 시민권을 박탈당한 인민을 억압하고 착취하기 위한 지배계급의 수단이었다. 헝가리 인민은 사회의 진보와 국가의 독립을 위해서 어려운 투쟁을 하고 무수한 시련 속에서도 국가의 존립을 수호하고 방위하여 왔다. 소비에트연방이 제2차 세계대전에서 승리한 결과로 헝가리를 독재정치의 억압으로부터 해방하여 헝가리 인민에게 민주주의적 발전으로 도달하는 길을 개척함으로써 헝가리 역사의 새로운 시대가 시작되었다. 노동자인민은 소련의 우호적 지원을 얻어 전쟁으로 인해서 악화되고 황폐된 국가를 재건하였다. 구체제의 지배자에 대한 투쟁에서 헝가리의 노동자계급은 노동농민과 동맹하고 진보적 지식계급과 협력하여 노동자인민의 권력을 획득하고 강화하였다.

헝가리 인민은 노동자계급의 지도하에 혁명적 투쟁을 강화하고 1919년의 소비에트연방공화국의 풍부한 경험에 의지하고 여러 사회주의 국가에 의존하면서 사회주의 기초를 건설하였다. 그리하여 헝가리에서는 사회주의적 생산관계가 지배적으로 되었다. 인민의 자유로운 창조력의 발전·번영 및 복지에 봉사하는 신 국가가 탄생하였다.

헝가리 인민은 일치단결하여 사회주의의 완전한 건설을 위해서 노력한다.

헝가리인민공화국의 헌법은 헝가리 내에서 야기된 기본적인 변화와 아울러 사회의 진보를 위한 투쟁과 국가의 건설과정에서 달성된 역사적 성과를 표명하는 것이다.

헌법은 헝가리 인민공화국의 기본법으로서 인민들이 지금까지 달성한 성과와 사회주의의 도정에 헝가리인민들의 진보를 보장하는 것이다."

142) Fekete, 앞의 글(주 120), 199면은 이 조항이 국민주권에 대한 마르크스주의적 해석을 명시하기 위한 것이었다고 하고 있다.

하여는 집행기관으로서 의원 중 대통령, 2인의 부통령, 서기관과 17명의 위원으로 구성되는 대통령위원회를 선출하도록 하였는데(제19조 제1항)<sup>143)</sup>, 이 대통령위원회가 실질적으로 입법권을 행사하였다. 그밖에 시민의 권리와 의무에 관하여 정한 제8장(제45조 내지 제61조)을 두었고, 이 헌법이 헝가리인민공화국의 기본법임과 헌법이 모든 국가기관과 시민을 기속한다는 규정을 두었다(제71조).

1949년 헌법은 헝가리의 '역사적 헌법'은 물론 1946년 법률 제1호에 의한 헌정체제와도 근본적 단절을 피하는 것이었으며, 1936년 스탈린 헌법을 거의 그대로 모방한 전형적인 사회주의 헌법이었다(특히 기본권에 관한 제8장은 1936년 소련헌법 제10장(제118조 내지 제133조와 거의 흡사한 것이었다)<sup>144)</sup>. 다만, 1949년 헌법이 오늘날 입헌민주주의 헌법체제에서와 같은 규범력을 가지지 못하였음에 유념할 필요가 있다. 기본권도 법률적 수준에서 구체화되지 못했고, 개인이 기본권을 원용할 수 있는 수단도 없었기 때문이다<sup>145)</sup>. 1949년 헌법은 독자성 없는 소련헌법의 모방이었을 뿐만 아니라 규범력이 없는 장식적 헌법이었다는 평가가 이루어지는 이유이다<sup>146)</sup>.

1949년 헌정체제에서 실권을 행사한 것은 헝가리 공산당 서기장인 라코쉬였다. 그러나 라코쉬의 철권 통치는 수면 아래에서 정치적 불만을 배양하고 있었다<sup>147)</sup>. 때마침 1953년 스탈린이 사망하고 소련공산당 제20차 전당대회에서 흐루쇼프가 탈스탈린화를 기조로 삼으면서 공산권 블록 내에도 중대한 정세변화가 일어났다<sup>148)</sup>. 라코쉬 통치를 종식시킨 1956년 사태가 일어난 것은 이러한 역사적 상황하에서였다<sup>149)</sup>. 1956년 10월 23일 부다페스트의 대학생들이 폴란드 포즈

143) 단, 실질적인 입법권은 대통령 위원회가 행사하였다고 한다. Sonnevend, Jakab & Csink, 앞의 논문(주 119), 38면.

144) Fekete, 앞의 글(주 120), 201-202면.

145) Sonnevend, Jakab & Csink, 앞의 논문(주 119), 39면.

146) Fekete, 앞의 글(주 120), 203면.

147) 라코쉬의 국가보위부가 1952년부터 1955년 사이에 벌인 인민재판에서 헝가리 성인의 1/5이 공산당에 의한 각종 재판에 연루되었다. 이 '사법테러'에 직간접적으로 연루된 헝가리 가족이 전체의 1/3에 달하였다고 한다. 김지영, "1956년 헝가리 혁명에 대한 일 고찰", 『동유럽발칸학』 (아시아·중동부유럽학회) 창간호(1999. 12.), 193-210면, 198면 ; Fekete, 앞의 글(주 120), 203면.

148) 1956년 2월 개최된 이 전당대회에서 니키타 흐루쇼프가 스탈린을 공개비판하면서 '탈스탈린화'가 시작되었기 때문이다.

난에서 발생한 노동자시위에 대하여 지지 시위를 벌이면서 시작된 헝가리 혁명은 초기에는 '사회주의 이념에 입각한 독자적 국가정책'의 보장이라는 온건한 요구에서 시작되었으나, 헝가리 보안군과 소련군이 개입하면서 공산당의 지도적 역할 포기 및 복수정당제, 바르샤바 동맹으로부터의 이탈 등 보다 급진화된 강령들로 이어졌다. 소련군의 무력진압은 2,700명 이상의 인명피해라는 비극을 남겼고<sup>150)</sup>, 시위대의 지지하에 총리로 임명되었던 임레 너지(Imre Nagy)는 투옥되었다가 2년 후인 1958년 처형되었다<sup>151)</sup>.

1956년 혁명 이후 당서기장이 된 야노쉬 카다르(János Kádár)는 라코쉬주의와 구별되는 온건 수정주의 노선을 채택하였고, 경제정책에도 일정 정도 개방성을 도입하였다(이른바 '카다리즘' 또는 '구야시 공산주의')<sup>152)</sup>. 이후 1949년 헌법은 수차례 개정되는데 그 중 중요한 것으로는 제2조 제1항을 "헝가리 인민공화국은 사회주의 국가이다"로 수정하고 시장경제의 요소를 일부 도입한 1972년 헌법개정, 의회의 기관으로써 제한적 위헌심사권한을 가진 헌법위원회를 창설한 1983년 헌법개정이 있었다<sup>153)</sup>. 1985년에는 352개 선거구 중 71개 선거구에 제한적 경쟁선거가 실시되기도 하였다<sup>154)</sup><sup>155)</sup>.

149) 이 사건을 '봉기'로 보는 관점과 '혁명'으로 보는 관점이 연구자들 사이에 공존하고 있었으나 최근에는 '봉기'로 명명하는 경우가 드물다고 한다. 김지영, 앞의 논문(주 147), 194-196면 참조.

150) 김지영, 앞의 논문(주 147), 203-206면.

151) 김지영, 앞의 논문(주 147), 206면. 임레 너지의 재판과 처형에 관하여 보다 자세한 것은 Sebestyén, Victor, *Twelve Days - The Story of the 1956 Hungarian Revolution*, Vintage Books(2007), 289-293면.

152) '구야시 공산주의'는 1960년대 이후 상대적인 경제적 풍요와 정치·사회적 유효정책이 결합된 헝가리식 사회주의를 일컫는 말이다. 김지영, "1989년 헝가리 체제전환의 내적 요인과 국제적 환경", 『통합유럽연구』 제11권 제3집(2020. 11.), 261-288면, 268면.

153) Ludwikowski, 앞의 책(주 116), 31면 ; Fekete, 앞의 글(주 120), 203-240면. 1975년 4월 12일 개정된 헝가리 헌법의 국역본은 김영수(편), 『사회주의 국가 헌법』 인간사랑(1989), 118면 이하에 수록되어 있다.

154) Arato, Andrew & Miklósi, Zoltán, "Constitution-Making and Transitional Politics in Hungary" in Miller, Laurel E.(ed.) *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 350-390면, 355면.

155) 이 구체제 법질서의 일반적 성격에 관한 논의로는 Sajo, András, "New Legalism in East Central Europe: Law as an Instrument of Social Transformation", *Journal of Law and Society*, Vol.17 No.3(1990), 329-344면 참조.

## II. 1989년 원탁회의 협상과 체제전환 헌법의 성립

### 1. 헝가리 공산당의 개혁시도와 원탁회의 협상

#### (1) 협상조건의 조성

헝가리 1989년 헌법의 성립은 1980년대 중반 국제환경의 변화를 배경에 두지 않고는 설명할 수 없다. 변화의 기류는 1985년 3월 고르바초프가 소련 공산당 서기장에 취임하고 개방(글라스노스트)과 개혁(페레스트로이카)을 공언함으로써 시작되었다. 또한 '사회주의 진영 전체의 이익을 위해서 개별 국가의 주권을 제한할 수 있다'고 선언한 브레즈네프 독트린에 반하여 고르바초프가 '보편적으로 따라야 하는 사회주의 모델은 없다'고 선언한 것은 동구권 국가들이 자체적으로 개혁을 추진하더라도 군사적 개입은 고려하지 않겠다는 취지로 받아들여졌다<sup>156)</sup>. 1980년대 중반 헝가리는 국내적으로도 이미 누적된 경제침체로 인한 정치적 위기를 맞고 있었다. 경제상황의 악화는 1970년대 이후로 동구권 전반이 겪고 있었던 일이었지만, 상대적인 경제적 풍요와 정치적 안정이 잠정적 균형을 이루고 있던 '카다리즘' 체제에서는 경제위기가 곧 체제전반의 위기로 인식되었고, 이는 헝가리 공산당(정식명칭은 헝가리 사회주의 노동자당 Magyar Szocialista Munkás Párt, 이하 'MSZMP') 내에서 근본적 개혁을 주장하는 분파를 성장시키는 원인이 되었다<sup>157)</sup>. 임레 포즈가이(Imre Pozgay)를 핵심 인사로 하는 개혁파는 카다리즘의 정당화 전략이 시효를 다하였다고 주장하며, 당내 민주화와 권력분립의 제도화 등을 핵심 프로그램으로 하는 정치개혁안을 내어놓기 시작하였다<sup>158)</sup>. 1988년 5월의 비상 전당대회는 32년 만에 카다르가 서기장 직위에서 물러나고

---

156) 김지영, 앞의 논문(주 152), 281면. 헝가리의 체제전환 과정을 전반적으로 일별하면서 특히 그 법적 차원을 부각시킨 국내문헌으로는 김정현·김래영·이상경·임지봉, 『체제전환국가의 국가조직 및 관련법제 연구』 한국법제연구원(2017), 24-41, 95-112면이 있다.

157) 김지영, 앞의 논문(주 152), 268-269면 ; 이충묵, "체제이행의 정치: 헝가리의 사례연구", 『국제·지역연구』 제9권 제4호(2000. 겨울), 83-112면, 88-91면 ; Kis, 앞의 논문(주 114), 337-338면.

158) 이충묵, 앞의 논문(주 157), 90-91면.

총리였던 그로스(Károly Grósz)가 신임 서기장으로 취임한 자리가 되었다는 점에서 중대한 전환점이었다. 아울러 정치국 위원 11명 중 카다르의 측근 6명이 모두 교체되는 변화가 일어난 것도 1989년 체제전환의 핵심적 여건 중 하나로 작용하였다<sup>159</sup>). 1988년 11월 미클로쉬 네메트(Miklós Németh) 총리는 개혁이 중국적으로는 서구식의 의회 체제를 지향할 것이라고 선언하였는데, 이러한 개혁과의 행보는 제도정치권 외 반대파의 관점에서도 놀라운 것이었다<sup>160</sup>). 1988년 말부터 1989년 상반기까지 정부는 법무부를 중심으로 자체적인 헌법개정안을 준비하였다<sup>161</sup>). 비슷한 시기 조금 더 빠른 보폭으로 진행되었던 폴란드의 체제전환 과정도 MSZMP 개혁파에게 압력을 가한 주요 요인으로 작용하였다<sup>162</sup>).

한편, 이러한 흐름에 따라 고르바초프 집권 직후 헝가리의 반체제 인사들도 정치단체를 조직하기 시작하였다. 초기 단계에서 이들은 대체로 MSZMP의 집권을 인정하면서 점진적으로 다당제 의회 민주주의를 도입한다는 원칙에서 일치하고 있었지만, 이념적·문화적 배경과 구성에 있어 다양한 집단들로 이루어져 있었다<sup>163</sup>). 그 중 특히 주목할 만한 것은 대중적 민족주의 성향의 헝가리민주포럼(Magyar Demokrata Fórum, 이하 'MDF'), 자유주의 성향의 자유민주연합(Szabad Demoratók, Szövetsége, 이하 'SZDSZ'), 부다페스트 대학생 그룹이 주축이 된 청년민주동맹(Fiatal Demokraták Szövetsége, 이하 'FIDESZ')가 있었다. 그 밖에 1940년대 '역사적 정당'들의 부활을 표방한 독립소지주당(Független

159) 이충목, 앞의 논문(주 157), 92면.

160) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 358면.

161) 이 헌법초안은 폴란드의 사례를 본뜬 것으로 1988년 11월, 1989년 1월, 1989년 5월에 걸쳐 3번 마련되었고, 그 중 1월과 5월의 것은 각 3월과 5월에 의회에 제출되었다. 첫 번째 초안에는 다당제, 완전한 자유선거 등이 포함되어 있지 않았고, 두 번째 초안에는 폴란드의 사례에 따라 정당별 분점비율을 정해 두고 있었으며 강한 대통령제와 약한 헌법재판소를 두고 있었다. 이 초안들은 半민주적, 半권위주의적 헌법안으로 체제전환 과정에서 MSZMP의 정치권력을 최대한 유지시키려는 것이었다. 이 초안들이 최종적인 1989년 헌법에 반영되었는지, 반영되었다면 얼마나 그러한지에 대해서는 논란이 있는 것으로 보인다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 355-356면 및 미주 27, 28 참조. Sajó, András, "The Roundtable Talks in Hungary" in Elster, Jon(ed.), *The Roundtabletalks and the Breakdown of Communism*, The Chicago University Press(1996), 69-98면, 85면은 EKA가 전국원탁회의 협상과정에서 중요치 않은 쟁점에 대해서는 법무부안에 있던 내용을 받아들였다고 한다.

162) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 361면.

163) 김지영, 앞의 논문(주 152), 272면 이하 ; Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 357면.

Kisgyayda Párt, 1940년대 명칭과 동일한 'FKGP')과 기독교민주국민당(Keresztény Demokrata Nép Párt, 이하 'KDNP'), 헝가리국민당(Magyar Néppárt, 이하 'MNP') 등도 활동을 개시하였다<sup>164</sup>). MDF는 집권 MSZMP 내 개혁세력, 특히 임레 포즈가이(Imre Pozsgay)에게 호의적이었고 상대적으로 점진적인 개혁을 선호하였던 반면, SZDSZ와 FIDESZ는 근본적이고 신속한 서구식 민주주의로의 이행을 지지하는 입장이었다<sup>165</sup>). MSZMP 중앙위원회는 1989년 2월 복수정당제의 도입을 공식화하면서 독립 정치단체들과 협상을 추진하겠다고 결정하는데<sup>166</sup>, 여기에는 온건파와 급진파를 분열시킴으로써 MSZMP의 협상력을 강화시키겠다는 전략적 의도도 포함되어 있었다<sup>167</sup>). 1989년 3월경에 이르면 위 독립단체들은 이미 정당처럼 활동하고 있었으나<sup>168</sup>), 폴란드의 자유노조(Solidarność)와 비교하면 조직과 인지도 면에서 훨씬 취약한 상황에 있음을 스스로도 인지하고 있었다<sup>169</sup>). MSZMP는 이 점에 주목하여 분파별 개별협상을 시도한 것이었으나, 이를 간파한 독립단체들은 개별협상을 거부하고 1989년 3월 22일 통합된 반대파 원탁회의(Ellenzéki Kerekasztal, 이하 'EKA')를 결성하는데 성공하였다<sup>170</sup>). 여기에 참여한 8개 독립단체(MDF, SZDSZ, FIDESZ, FKGP, MSZDP, MNP, KNDP, BZSBT<sup>171</sup>)들은 의사결

164) 김지영, 앞의 논문(주 152), 272면 이하 ; 이충목, 앞의 논문(주 157), 94면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 72-73면.

165) 이충목, 앞의 논문(주 157), 95면.

166) 공산당 지도부의 1당 체제 포기는 "헝가리 공산당의 역사에서 뿐만이 아니라 사회주의 국가들 전체 역사를 통틀어 공산당의 주도권을 선언한 공산당 강령을 포기하는 것이었다." 김지영, "1989년 헝가리 체제전환의 내적 요인과 국제적 환경"(주 152), 265면.

167) 이충목, 앞의 논문(주 157), 98면. MSZMP는 당시 협상의 조건에 대한 구체적 제안을 하지 않았고, 정부는 법무부 헌법초안에 대한 논의를 요구하였다. 반면 반대파들은 향후 헌법을 기초할 민주적 입법부를 선출할 선거규칙을 논의하는 것에 핵심적 중요성을 부여하였다. 그러나 이미 정부는 당시 새 선거법을 독자적으로 준비하고 있었다고 한다. 이러한 정황들을 종합해 보면 MSZMP와 정부가 이 시점에서 반대파를 진정한 협상의 파트너로 생각했는지에 대한 의문이 제기될 만 하다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 358-359면.

168) Sajó, 앞의 글(주 161), 72면.

169) 헝가리 반대파가 조직화되어 있지 못하였던 점은 조기선거 및 체현의회 구성에 의한 헌법제정안이 야권 내에서 받아들여지지 못한 이유를 설명해 준다. 반대파의 낮은 인지도 때문에 조기선거는 집권 MSZMP의 승리로 이어졌을 가능성이 컸고, 체제전환의 주도권을 가진 이들은 앞서 본 법무부안과 같은 헌법을 채택했을 가능성이 높았다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 356-357면.

170) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 359면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 71면.

171) BZSBT는 바이취 질린스키의 친구들 협회(Bajcsy-Zsilinszky Endre Baráti Társaság)

정에 있어서 만장일치 원칙과 평화적 체제전환의 방식에 활동의 초점을 맞춘다는 내용상의 원칙에 합의한 다음 이를 MSZMP에 통지하고 언론을 통해 공표하였다. 이로써 MSZMP의 희망과 달리 2자간 협상의 여건이 조성된 셈이었다<sup>172)</sup>. EKA의 결성과 2자간 협상 제안은 체제전환 과정에서 뚜렷한 이정표가 되었다. 개별 독립단체들과 각개 협상을 노렸던 MSZMP에 있어 EKA의 결성은 협상에서 유리한 고지를 선점할 수 없게 되었음을 의미하였기 때문이다. 양 측은 1989년 4, 5월에 걸쳐 반복된 예비적 접촉 끝에 협상주체의 범위, 절차, 범위에 관하여 얼마간의 합의에 도달할 수 있었다<sup>173)</sup>. MSZMP가 법무부 초안의 관철을 포기하고 협상의 범위를 제한하는 데 어느 정도 동의함으로써 협상의 기초적 조건이 마련된 것이다<sup>174)</sup>.

## (2) 원탁회의협상의 쟁점과 내용

1989년 6월 10일 협상의 원칙에 관한 합의가 이루어졌고, 공식적인 협상의 시작이 선언되었다. 최종적으로 현실화된 것은 협상테이블에 EKA와 MSZMP 및 MSZMP가 요청한 제3의 사회단체 연합(노동조합 등 공산당 방계조직이 주류를 이루었다)이 참여하는 3자간 협상 방식이었다. 이 확장된 회담은 '전국 원탁회의'(Nemzeti Kerekasztal, 이하 'NKA')로 불렸다. 협상의 범위는 민주주의로의 전환에 관련된 원칙과 규칙들을 정하는 것과 사회·경제적 위기에 관한 대응방안에 국한하기로 하였다. 또한, 협상은 세 수준, 즉 본회의, 중간위원회, 전문

---

를 뜻한다. 반나치운동으로 처형된 헝가리 민족주의자 버이취 켈린스키의 이름을 딴 협회였으나 폭넓은 지지를 얻지 못하였고 서서히 MDF를 지지하는 쪽으로 선회하였다. Sajó, 앞의 글(주 161), 73면. 헝가리 현대사에서 버이취 켈린스키의 역할에 대한 소개로는 김지영, "버이취 켈린스키 엔드레의 트랜실바니아 자치연방안 연구", 『동유럽연구』 (한국외국어대학교 동유럽발칸연구소) 제8권(2000. 2.), 1-20면 참조.

172) 이상 Sajó, 앞의 글(주 161), 72-74면.

173) 당시 예비협상 단계에서 핵심적 논점은 ① 합동 개회식을 가질 것인지(MSZMP 측이 반대하였다), ② 협상 과정의 미디어 공개 범위를 어떻게 정할 것인지(EKA는 전체 실황의 공개를 주장했으나 일부 - 본회의 - 에 한하여 공개하는 것으로 정해졌다), ③ 협상 참여자의 수, ④ 협상의 범위(MSZMP는 경제 문제를 포함시킴으로써 통치 책임을 분담하고자 하였으나, EKA는 정치개혁 문제로 협상범위를 좁히고자 하였다)였다고 한다. Sajó, 앞의 글(주 161), 75면.

174) Arató & Miklósi, 앞의 글(주 154), 360면.

소위원회로 나누어 진행하되 본회의만 공개하기로 하였으며 협상이 끝나면 회의록을 공간하기로 합의하였다<sup>175)176)</sup>. 6월 13일 있었던 NKA 본회의 모두발언 중 EKA 대표 임레 콘야(Imre Kónya)의 다음과 같은 발언 내용은 원탁회의가 시작되는 시점에도 여전히 그 구체적 내용보다도 회담의 목적과 범위가 핵심적 의제가 되고 있었음을 잘 보여준다.

"이 원탁회의의 목표는 독재체제에서 실질적인 국민의사에 기초하는 대의제 민주주의로의 평화적 체제전환을 보장하려는 데 있음을 분명히 합니다. 우리는 이 회담을 통해 현재 정치권력을 보유하고 있는 자들과 권력을 공유하려는 것이 아닙니다. ... 우리의 목표는 국민이 누가, 어떤 정치조직이 선거와 선거 사이의 기간 중 정치권력을 행사할 것인지를 결정할 수 있도록 하는 것입니다."<sup>177)</sup>

원탁회의의 핵심적인 쟁점사항과 의견대립의 개요를 요약하면 [표 1]과 같다<sup>178)</sup>.

175) 이충목, 앞의 논문(주 157), 100면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 79면. 6월 10일 협상안의 원문은 Bozóki, András(ed.), *The Roundtable Talks of 1989 - The Genesis of Hungarian Democracy*, Central University Press(2002), 287면 이하에 수록되어 있다. 위 문헌의 제2부는 원탁회의의 관련 핵심 문서들과 회의록(영문 번역)으로 되어 있어 자료로서의 가치가 크다. 헝가리어 원문판은 1999년에서 2000년까지 8권으로 간행되었다. Bozóki, András et al.(eds.), *A rendszerváltás forgatókönyve: kerekasztal-tárgyalások Magyarországon*, 8 vols.

176) 중간위원회는 정치조정위원회와 경제·사회위원회, 소위원회는 정치위원회(의제 : ① 헌법안 기초, ② 정당법제, ③ 선거법제, ④ 형법·형사소송법 개정, ⑤ 대중매체 자유화와 규제, ⑥ 비폭력적 체제전환의 법적 보장)와 경제위원회(의제 : ① 국가부채, 구조변화, 인플레이션, ② 경제위기의 사회적 결과들, ③ 토지개혁, ⑤ 재정규제상 원칙들, ⑥ 반독점 규제, 시장보호)로 구성되어 있었다. 그 외에 모든 수준 위원회의 협상 과정을 조정하는 신의위원회(Good Will Committee)가 있었다. Bozóki(ed.), 앞의 책(주 175), xxxii면.

177) Bozóki(ed.), 앞의 책(주 175), 299면(294면 이하 제1차 본회의 회의록 중). 콘야는 위 모두발언에서 1956년 혁명의 중요성 및 소련군 개입의 부당성, 당시 희생자들의 재장례와 국민적 화해도 강조하였다. EKA는 자유선거가 치러질 것이라는 전제에서 협상에 임할 것이며 MSZMP가 더 이상 군부를 통제하거나 당 차원의 무력을 가져서는 안 된다는 논점도 언급되었다. Bozóki(ed.), 앞의 책(주 175), 299-301면. 한편, 그로스 서기장은 여기에서 다당제를 허용하고 이를 향한 첫발을 내딛은 것은 MSZMP였음을 강조하였다. Sajó, 앞의 글(주 161), 80면.



쟁 점	MSZMP	EKA
헌법안	자유총선 전에 대통령 선출	대통령제를 포함한 새 헌법에 대해서는 자유총선을 통해 선출된 의회가 결정
정당	복수정당제 수용, 새 정당들은 국가예산에서 일부 보조금을 지급받을 수 있음. 작업장에서 정당활동이 허용되어야 함.	공산당 재산의 사회 환원 및 정당들에 균등배분 주장. 작업장에서는 정당활동이 불허되어야 함.
선거법	소선거구제 옹호. 비례대표제 일부 도입시 저지조항 3% 주장.	소선거구제와 비례대표제 혼합. 저지조항 5% 주장
형사법	형법전 개혁과 정치적 범죄의 폐지에 합의	
언론	대중매체에 대한 중립적 감독기관 설치에 합의. 단, 그 구성방법에 대해서는 합의에 이르지 못함	
체제전환 과정의 안전 확보	노동자방위군 개혁 및 유지	노동자방위군의 폐지

[표 1] NKA의 쟁점들

[표 1]에서 볼 수 있듯 형사법과 언론 분야의 쟁점에 대해서는 어렵지 않게 합의가 이루어졌으나 나머지 문제들에 대해서는 난항이 계속되었다<sup>179)</sup>. 정당체계의 개혁 문제에 관하여는 공산당의 독점적 지위 폐지와 복수정당제를 도입한다는 원칙에 대해서는 합의가 이루어졌으나, 공산당의 재산처리 문제, 작업장에서의 정당활동 허용 문제를 둘러싸고 견해차가 계속되었다. 작업장 내 정당활동의 허용 여부가 쟁점이 된 이유는 이미 광범위한 조직망을 보유하고 있는 MSZMP의 작업장 내 정당활동을 허용하는 것이 신생 정당들에게는 처음부터 불리한 지위를 강요하는 것으로 받아들여졌기 때문이다. 선거법에 관하여 MSZMP는 소선거구 다수대표제 비중을 높이고자 하였던 반면, EKA는 소선거구제와 비례대표제를 50:50으로 맞추고자 하였고, 결국 소선거구 다수대표제(결선투표 도

178) Bozóki(ed.), 앞의 책(주 175), xxxiii면.

179) Sajó, 앞의 글(주 161), 84면.

입)와 정당명부식 비례대표제(저지조항은 4%에 합의)를 혼합하는 EKA안을 큰 틀에서 수용하기로 하는 합의가 이루어졌다<sup>180)</sup>. 체제전환 과정의 안전 보장과 관련하여서는 비밀경찰과 준군사조직이었던 노동자방위군 등 MSZMP의 정보기관 및 방계조직의 존치 여부가 문제되었는데 양측은 비밀경찰과 MSZMP의 조직적 분리까지는 합의에 도달하였으나, MSZMP 측이 노동자방위군의 해산을 거부함으로써 쟁점 사안으로 남게 되었다<sup>181)</sup>.

가장 첨예한 대립이 있었던 쟁점은 새 헌법의 정부형태와 관련된 문제 중 대통령의 선출방식과 시기의 문제였다. 구체적인 정부형태나 권력의 공유 방식에 대해서는 논의를 자제하려 했던 당초 합의내용과 달리, MSZMP 측은 총선 전에 먼저 직선제로 대통령 선거를 실시할 것을 강력하게 주장하였다<sup>182)</sup>. 이는 한편으로는 대통령 직선제를 택할 경우 당시 지명도가 높았던 임레 포즈가이의 당선가능성이 컸기 때문이었고, 다른 한편으로는 같은 해 여름 폴란드 선거에서 자유노조가 압승하는 것을 목격하면서 MSZMP 측이 총선 승리를 낙관하기 어렵다는 전망을 품기 시작했기 때문이었다<sup>183)</sup>. MSZMP의 이러한 전략적 입장변화는 EKA 내부의 입장 분화를 초래했다. 온건파 MDF는 MSZMP 안과 타협할 의사가

180) 정확히 말하면 NKA 협상안은 소선거구 다수대표제 152석, 권역별 정당명부식 비례대표제 152석, 전국구 비례대표제 70석이었다. 그런데 의회에서 이를 변형하여 소선거구를 176석으로 늘리고, 전국구 비례대표의석을 58석으로 축소하는 내용의 선거법을 제정하였다(1989년 10월 30일 법률 제34호). Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 363-364면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 84면.

181) 이 부분은 체제전환의 공정성을 해하고 선거에서 MSZMP에게 유리한 조직적 입지를 주었기 때문에 EKA 측에서 쉽게 받아들이기 어려운 것이었다. 노동자방위군은 구 노멘클라투라의 집결지였고, 그로스 서기장을 비롯한 MSZMP 간부들의 우군이었기 때문이다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 361면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 83면. 정부 측은 최후의 협상안으로 조기 직선제 대통령선거를 요구하는 대신 노동자방위군을 해산하겠다는 제안을 하였으나, 이 제안도 받아들여지지 않았다. Kis, 앞의 논문(주 114), 351면.

182) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 361면은 EKA 측이 이미 헌법재판소와 옴부즈맨 제도 설치와 같이 새 체제의 몇 가지 핵심적 측면들에 대한 논의에 응하였던 것은 사실이었지만, 대통령 선출 방식과 시기에 대한 이러한 주장은 명백한 전략적 변화였다고 한다.

183) 폴란드는 헝가리보다 먼저 진행된 자유노조와 집권 공산당의 원탁회의 협상에서 하원(Sejm)의 일부 의석과 신설한 상원의석 전부에 대하여 자유선거를 실시하기로 하는 일종의 제한적 자유선거에 관하여 합의하였는데, 선거결과 상원 100석 중 99석을 자유노조가 차지하였을 뿐만 아니라, 하원의석 중 경쟁선거가 실시된 지역에서도 자유노조가 거의 압승을 거두었다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 361면.

있었으나 SZDSZ와 FIDESZ는 그렇지 않았기 때문이다<sup>184</sup>). SZDSZ와 FIDESZ는 의 원내각제 정부에 대한 헌법적 견제가 행정권을 보유한 대통령이 아니라 헌법재판소와 음부즈맨제도를 도입함으로써 이루어져야 한다고 주장하였다<sup>185</sup>). 결국 SZDSZ와 FIDESZ는 원탁회의 협상 전체에 대해 거부권을 행사하지는 않았지만 최종협약에 서명하지도 않았다<sup>186</sup>). 그리고 독자적으로 네 가지 쟁점사항 즉, ① 공화국 대통령 선거 내지 선출이 총선 이후에 치러져야 할지, ② 공산당 조직이 작업장에서 추방되어야 할지, ③ MSZMP가 당 재산을 분배해야 할 것인지, ④ 노동자 방위군을 해산해야 할 것인지에 관하여 국민투표를 추진하게 된다<sup>187</sup>).

1989년 9월 18일 원탁회의 협상이 공식적으로 종료되었고, 참가자들은 공동선언문을 통해 헌법개정안, 헌법재판소법안, 정당의 정치자금 법률안, 국회의 원선거법안, 형법 및 형사소송법 개정안에 합의하였다고 발표하였다<sup>188</sup>). 공산당이 장악하고 있던 의회는 10월 17일에서 20일에 걸쳐 헌법개정 작업을 수행하였고, SZDSZ와 FIDESZ가 추진한 국민투표가 11월 26일 치러지기로 확정됨으로써 총선 전에 대선을 치르려던 MSZMP의 기획은 무산되었다<sup>189</sup>). 야권의 분열로 야기된 국민투표 결과 제기된 네 가지 쟁점에 대하여 모두 SZDSZ와 FIDESZ가 승리하였지만, 대통령선거에 관한 찬성표와 반대표의 차이는 약 6,000표에 불과하였다<sup>190</sup>).

헌법개정에 관한 1989년 법률 제31호는 의회에서 별다른 토의 없이

184) Sajó, 앞의 글(주 161), 86-87면 ; Kis, 앞의 논문(주 114), 352면.

185) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 362면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 87면.

186) EKA 협상안에 따를 때 각각의 독립단체는 거부권을 행사할 수 있었다.

187) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 362면. 다만, 노동자방위군 문제는 전국원탁회의 협상 종료 후 MSZMP의 해산 및 신당 창당에 따른 노동자방위군의 해산 사건으로 마무리되었다고 한다. Sajó, 앞의 글(주 161), 88면. 여기서 신당 창당은 MSMZP가 1989년 10월 당명을 헝가리 사회주의자 당(Magyar Szocialist Párt, MSZP)로 변경한 것을 뜻한다. Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 384면.

188) 1989년 9월 18일 발표한 합의안의 원문은 Bozóki(ed.), 앞의 책(주 175), 359면 이하 ; Tökés, Rudolf L., *Hungary's Negotiated Revolution*, Cambridge University Press(1996), 357면 이하에 수록되어 있다. 위 합의안은 - 결국 합의가 이루어지지 않은 - 대통령 선출 방법 및 시기에 관하여는 언급하고 있지 않다. Sajó, 앞의 글(주 161), 87면.

189) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 362면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 88면.

190) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 362면 ; Sajó, 앞의 글(주 161), 88면. 당시 법제에 의할 때 10만 명 이상의 서명을 받으면 국민투표를 실시해야 했는데 SZDSZ는 20만 명 이상의 서명을 받는데 성공하였다. Kis, 앞의 논문(주 114), 353면.

몇 시간만에 가결되었고<sup>191)</sup> 1956년 혁명의 33주년 기념일인 1989년 10월 23일 공포되었다. 1990년 3월 25일(1차 투표)과 4월 8일(결선투표) 실시된 자유선거에서는 MDF와 SZDSZ가 승리하였고 선거결과에 따라 MDF의 언탈(Antall)을 수상으로 하는 정부가 구성되었다<sup>192)</sup>. 1990년 선거의 구체적인 결과는 [표 2]와 같다.

정당	MDF	SZDSZ	FKGP	MSZP	FIDESZ	KNDP	기타
의 소선거구	114	35석	11석	1석	1석	3석	11석
석 권역비례	40석	34석	16석	14석	8석	8석	0석
수 전국비례	10석	23석	17석	18석	12석	10석	0석
합계	164석	92석	44석	33석	21석	21석	11석
득표율	42.5%	23.8%	11.4%	8.5%	5.4%	5.4%	2.9%
합계	386석						

[표 2] 1990년 총선 결과

## 2. 1989년 헌법의 내용과 특성

### (1) 전문과 총강

1985년 선출된 舊의회는 1989년 10월 18일 찬성 333표, 반대 5표로 헌법안을 의결하였다. 새로운 헌법은 10월 23일 '1989년 법률 제31호'로 공포되었고 같은 날 시행되었다<sup>193)</sup>. 원탁회의 합의안을 거의 그대로 반영한 이 헌법은 1949년 헌법의 개정절차에 따라 성립한 것이었지만, 내용적 변동의 폭은 차치하고 문언의 차원에서만 볼 때에도 헌법텍스트의 약 95%가 교체된 큰 규모의 변화

191) 다만, 앞서 본 바와 같이 선거법과 관련하여서는 의회가 원탁회의 합의안을 수정 없이 그대로 받아들이지는 않았다.

192) 총선결과는 Tóka, Gábor, "Parties and their Voters in 1990 and 1994" in Király, Béla K.(ed.), *Lawful Revolution in Hungary*, Atlantic Research and Publications(1995), 131-157면, 133면, Tökes, 앞의 책(주 188), 388면을 참조하여 작성하였다. 헝가리 1990년 선거에 대하여는 Hibbin, John R. & Patterson, Samuel C., "A Democratic Legislature in the Making - The Historic Hungarian Elections of 1990", *Comparative Political Studies*, Vol. 24 No.4(1992), 430-454면도 참조.

193) Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 23면.

였다<sup>194</sup>). 헝가리 구의회는 NKA 협상안을 거의 그대로 받아들여 당의 독점적 지위를 기반으로 하는 자신의 존재근거를 파괴하였고, 이 점에서 스페인의 '할복자 살의회(harakiri Cortes)'와 유사한 역할을 하였다. 그러나 구의회가 새 헌법을 제정할 정당성을 결여하고 있었다는 점 때문에 1989년 헌법은 최종적이고 완결된 헌법이 아니라 새 헌법이 제정되기까지만 유효한 과도적, 잠정적 헌법으로 인식되었다. 다음과 같은 1989년 헌법전문 내용보다 이러한 자기인식을 더 명확하게 드러내는 것은 없을 것이다.

"다당제, 의회 민주주의, 사회적 시장경제를 설립하고자 하는 법의 지배로의 평화적 체제전환을 위해 의회는 새 헌법이 제정될 때까지 다음과 같은 규정을 헝가리공화국의 헌법으로 제정한다."

헌법이 통상 헌법적 속성으로서 항구적 권위와 규범력을 주장하기 마련인 점에 비추어 보면<sup>195</sup>), 잠정적, 과도기적 성격을 명시하고 있는 1989년 헌법 전문은 특별한 성격을 가지는 것이라고 보기에 충분하다. 여기에 명시되어 있는 '다당제, 의회민주주의, 사회적 시장경제의 설립'이라는 목표와 '평화적 수단'이라는 방법은 어떤 과도기적 체제의 목적과 성격을 명시하는 것으로 평가할 수 있다<sup>196</sup>). 이와 같은 내용의 헌법전문으로써 1949년 헌법전문은 완전히 대체되었다.

총칙적 규정들에서는 헌법원리들의 전면적 변화가 두드러진다. 우선 국가의 공식명칭이 바뀌었다. '헝가리인민공화국'에서 '헝가리 공화국'으로 국호가 변경된 것이다(제1조, 제2조 제1항). 국가조직의 구성원리와 관련하여서는 1949년 헌법이 '모든 권력이 노동인민에 속한다'고 하였던 반면, 1989년 헌법은 "어떤 사회조직, 정부기관, 개별적 시민도 공권력을 강제로 취득·행사하거나 배타적으로 소유할 수 없다"고 규정하여 소비에트식 민주집중제를 거부함을 명시하였다(제1

---

194) Sajo, 앞의 글(주 161), 88면.

195) Klein, Claude, "Eternal Constitution - Contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt", in Diner, Dan & Stolleis, Michael(eds.) *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition*, Bleicher Verlag(1999), 61-70면.

196) 이에 대하여는 제4장 제3절 참조.

조 제3항). 정당에 관한 조항을 두어 정당의 자유 및 정당이 국민의사의 발전과 표현에 참여함을 명시하였고(제3조 제1, 2항), 정당은 직접 공권력을 행사할 수 없으며, 국가기관에 하명할 수 없음을 규정하였다(제3항)<sup>197</sup>. 총강의 내용 중에서는 국제분쟁의 해결수단으로서의 전쟁을 포기하고(제6조 제1항), 일반적으로 승인된 국제법규의 존중(제7조 제1항)을 규정한 것, 시장경제의 도입을 명시한 것도 주목된다(제9조 제1항).

## (2) 정부형태 기타 국가조직

정부형태와 관련하여는 수 차례 헌법개정이 단행된 뒤에야 구체적인 부분들이 확정될 수 있었다<sup>198</sup>. 논란이 많았던 대통령 선출방식에 관하여 당초 헌법(1989년 법률 제31호)은 의회가 4년 임기의 대통령을 선출하되 대통령선거가 국회의원선거 이전에 치루어질 경우에만 직접, 비밀 선거로 대통령을 선출한다고 하고 있었다<sup>199</sup>. 그러나 위 1989년 11월 국민투표에서 국회의원선거 이후에 공화국 대통령을 선출해야 한다는 결과가 나오자 국회의원선거 실시 전 舊의회는 "새 의회가 개회한지 6개월 이내에 대통령을 직선한다"는 내용으로 헌법을 개정하였다(1990년 법률 제16호)<sup>200</sup>. 그러자 새 의회에서 성립한 MDF - SZDSZ 연정은 의회가 5년 임기의 대통령을 선출하도록 하는 내용의 헌법개정안을 의결하여 구

197) 이 규정은 공산당 일당체제의 종식을 뜻하고 복수정당제를 도입하는 것이었기 때문에 역사적 중요성이 컸다. 같은 맥락에서 헌법이 판사, 검사의 정당가입을 금지하고(제53조 제3항, 제53조 제2항), 1992년 법률 제23호(공무원법) 제21조가 공무원으로 하여금 정당 당직을 담당할 수 없게 한 것은 공산당 시기와 달리 국가와 정당을 분리하기 위해서였다고 한다. Paczolay, Péter, "The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives" in Howard, A. E. Dick, (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*, The Woodrow Wilson Center Press(1993), 21-55면, 35면.

198) 1989년 이후 헝가리에서 정부와 의회의 관계에 대해 포괄적으로 다루는 것은 본고의 범위를 훨씬 벗어나는 것이므로 핵심적인 부분만 다루었다. 보다 상세한 소개로는 피뢰시니, 앞의 책(주 128), 제9, 10장 참조.

199) Kukorelli, István, "The Presidency", in Király(ed.), 앞의 책(주 192), 195-215면, 196면.

200) 이는 새로 설립된 헌법재판소의 첫 사안이 되었다. 의회는 헌법재판소에 국민투표 결과에도 불구하고 대통령 선거에 관한 제29/A조를 개정하는 것이 가능한지 질의하였고, 헌법재판소는 1990년 2월 12일 국민투표는 대통령 선거의 시기에 관한 것이지만 방법(직선/간선)에 관한 것이 아니었으므로 개정이 허용되지 않는다고 볼 수 없다는 해석을 내어놓았다(Dec. 1/1990 AB).

의회의 위 결정을 다시 변경하였고(1990년 법률 제40호), 결국 1990년 8월 3일 의회에서 SZDSZ의 아르파트 곤츠(Árpád Göncz)를 대통령으로 선출하는데 성공하였다<sup>201</sup>). 향후 대통령과 정부, 의회의 관계를 정함에 있어 MDF - SZDSZ 연정 협약은 건설적 불신임제를 도입하는 등 핵심적 기초를 놓았고, 이는 수상과 각료로 구성되는 정부(제33조)가 의회에 대하여 우위를 점하는 의원내각제가 자리잡는 결정적 계기가 되었다<sup>202</sup>). 헌법상 대통령은 국가수장이고(제29조 제1항), 군통수권(제29조 제2항), 국가긴급권(제19/A조), 법률안 제출권(제25조), 법률안 거부권(제26조) 등을 보유하였지만 헌정현실에서는 점차 상징적 지위에 머무는 방향으로 나아갔다<sup>203</sup>). 헌법개정에 관하여는 2/3 이상 의원의 찬성을 필요로 하도록 하였는데(제24조 제3항), 이는 舊헌법과 동일한 정족수를 유지한 것이었다<sup>204</sup>).

1989년 헌법은 그밖에 감사원과 중앙은행에 관한 규정(제32/C조, 제32/D조), 옴부즈맨(제5장), 법원(제10장), 검찰(제11장)에 관한 장을 두었고, 상당히 세밀한 기본권 규정을 마련하였으며(제12장)<sup>205</sup>, 선거의 기본원칙을 명시하였다(제13장). 최종규정(제15장)에서는 이 헌법이 헝가리공화국의 최고법이라는 것(제77조 제1항)과 이 헌법 및 이 헌법에 따라 제정된 법률은 정부기관, 사회조직과 시민을 기속한다는 점을 명시하였다(같은 조 제2항).

1989년 헌법이 설치한 헌법기관으로 특히 주목해야 할 것은 헌법재판소(제4장)이다<sup>206</sup>. 헌법재판소는 전국원탁회의에서 체제전환 과정을 법적으로 보장하기 위한 제도적 장치로서 구상된 것이었다. 자유선거를 통해 새로운 권력지형이 창출될 때까지의 과정을 시한부 정권이 공정하게 감독할 것인지가 불확실한 상황에서 헌법재판소는 - 구의회의 입법활동을 통제함으로써 - 그 과정에서 협상의 내용이 이행되도록 보장하는 역할을 부여받았던 것이다<sup>207</sup>. 이러한 구상에 따

201) Kukorelli, 앞의 글(주 199), 197-199면.

202) Paczolay, 앞의 논문(주 197), 37면.

203) Kukorelli, 앞의 글(주 199), 203면.

204) 그밖에 1989년 헌법의 의회에 대해서는 피퇴시니, 앞의 책(주 128), 267면 이하 ; 김정현 외, 앞의 책(주 156), 96면 이하도 참조.

205) 자세한 것은 김정현 외, 앞의 책(주 156), 107-112면 이하도 참조(이 자료는 개별 기본권 규정들을 소개하고 있으나, 1989년 이후 수차례에 걸친 헌법개정 중 어느 개정헌법에 해당하는 규정들인지를 특정하고 있지 않아 주의를 요할 것으로 보인다).

206) Halmai, "The Constitutional Court" in Király(ed.), 앞의 책(주 192), 243-255면, 244면.

라 구의회는 선거가 실시되기 전에 헌법재판소법(1989년 법률 제32호)을 먼저 제정하였다. 이렇게 설립된 헌법재판소는 과도적 체제로서의 1989년 헌법체제와 그 기반이 된 원탁회의 협상에 강력한 규범력을 부여하는 역할을 하게 된다. 이하에 서는 이러한 관점에서 헌법재판소의 조직과 권한, 그 활동에 대해 살펴본다.

### 3. 1989년 헌법하의 헌법재판소<sup>208)</sup>

#### (1) 헌법재판소의 조직과 권한

당초 원탁회의 협상과정에서는 헌법재판소를 15인의 재판관으로 구성 하되 구의회에서는 그 중 5명만을 선정하고, 그 중 2인은 MSZP, 2인은 EKA, 나머지 1인은 모든 정당이 동의하는 독립적 1인을 임명하기로 하였다. 이러한 합의 역시 舊의회의 정통성 흠결을 배경으로 한 것으로서 추후 새로 구성되어 민주적 정통성을 확보한 의회가 재판관 5인을 임명하고, 나머지 5인은 1994년 총선을 치른 후 헌법재판소 개원 5년차에 임명하기로 예정한 것과 연동되어 있었다<sup>209)</sup>. 따

207) Halmai, 앞의 논문(주 206), 245면.

208) 헝가리 헌법재판소에 관하여는 다양한 관점에서 이루어진 상당한 분량의 연구가 있으나 이를 모두 상세하게 다루는 것은 본고의 연구범위를 훨씬 벗어난다. 본고가 활용한 주요 문헌들은 다음과 같다. Klingsberg, Ethan, "Judicial Review and Hungary's Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights", *Brigham Young University Law Review*, Vol.1(1992), 41-144면 ; Halmai, 앞의 논문(주 206) ; Halmai, Gábor, "The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court" in Sadurski, Wojciech(ed.), *Constitutional Justice, East and West - Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Kluwer International(2002), 189-211면 ; Sólyom, László, "The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy" in Amir Arjomand, Saïd(ed.), *Constitutionalism and Political Reconstruction*, Koninklijke Brill(2007), 285-314면 ; Halmai, Gábor, "The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005" in Jakab, András et al.(ed.), *The Transformation of Hungarian Legal Order 1985-2005*, Kluwer Law International(2007), 1-18면 ; Spuller, Gábor, "Transformation of the Hungarian Constitutional Court: Tradition, Revolution, and (European) Prospects", *German Law Journal*, Vol.15 No.4(2014), 637-692면 ; Sólyom, László, "The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary" in Bogdandy & Sonnevend(eds.), 앞의 책(주 119), 5-31면. 국내문헌으로는 음선필, 앞의 논문(주 1), 223-234면 ; 김정현 외, 앞의 책(주 156), 102면 이하 참조.

209) Halmai, 앞의 논문(주 206), 244면. 그러나 1994년 국회의원선거 직전 의회는 헌법



라서 헌법재판소가 1990년 1월 1일 개원했을 당시 재판관 수는 5명에 불과하였다. 재판관 선정을 위해서는 의회 재적 2/3 이상의 찬성이 있어야 했고<sup>210)</sup>, 재판관 후보 지명은 의석을 가진 정당 소속 의원 각 1인이 참여하는 임명위원회가하도록 하고 있었다<sup>211)</sup>. 재판관의 임명자격으로는 45세 이상으로서 20년 이상 법실무가 또는 법학자로서의 경력을 보유하였을 것이 요구되었다(헌법재판소에 관한 1989년 법률 제32호 제5조). 재판관 임기는 9년이었고, 1회에 한하여 재임할 수 있었다(같은 법 제8조 제3항)<sup>212)</sup>.

신생 헌법재판소는 비교헌법적 관점에서 볼 때 매우 광범위한 권한을 보유한 헌법재판기관이었다. 전국원탁회의에서 야권은 헌법재판의 청구인적격을 없앴으로써 모든 시민이 법규범의 위헌성을 다룰 수 있도록 해야 한다는 구상을 제안하였는데, MSMZP 측 대표들은 전문가들의 우려에도 불구하고 위 제안을 받아들였다<sup>213)</sup>. 할마이(Halmi)에 따르면, 당시 행정부를 견제할 수 있는 행정법원 시스템이 없었던 점, 새 헌법에서 도입한 옴부즈맨은 아직 선출되지 않았던 점, 당초 정통성이 부족한 구의회의 활동을 통제하려는 데 그 목적이 있었고 의회가 단원제였기 때문에 내부적 견제도 없었다는 점 등이 이례적으로 강력한 권한을 가진 헌법재판소가 도입되는데 작용한 주요 요인들이었다<sup>214)</sup>. 헌법재판소의 강력한

---

을 개정하여 재판관 수를 11명으로 변경하였다(제32/A조 제4항 제1문).

210) 헌법(1989년 법률 제31호) 제32/A조 ④ 헌법재판소 재판관 15명은 국민의회에 의해 선정된다. 헌법재판소 재판관에 선정은 의회 재적 2/3 이상의 찬성을 필요로 한다.

211) 임명위원회 제도는 거대 정당의 헌법재판소 지배 가능성을 없애고 정치적 중립성을 확보한다는 명분하에 도입되었다고 한다. Halmi, 앞의 논문(주 206), 244면.

212) 그 밖에 재판관은 의원이나 지방행정기관, 노조, 정당의 구성원이 될 수 없었고, 겸직이 금지되었으며, 의회 의원과 동일한 면책특권을 가지고 있었다. 3년 임기의 재판소장은 재판관 중에서 호선하도록 하였다. Halmi, 앞의 논문(주 206), 244-245면.

213) Paczolay, Péter, "Judicial Review of the Compensation Law in Hungary", *Michigan Journal of International Law*, Vol.13 No.4(1992), 806-831면. 체제전환기 헝가리 뿐만 아니라 중동부유럽 전반에서 헌법재판소 설치의 일반적인 제도적 선택이었다. 보다 구체적인 현황에 대하여는 Schwartz, Herman, "The New East European Constitutional Courts", *Michigan Journal of International Law*, Vol.13 No.4(1992), 741-785면 참조.

214) Halmi, 앞의 논문(주 206), 245면 ; 헌법재판소가 강력한 권한을 가지게 된 이유를 원탁회의에 참여한 정치세력간 협상의 구조적 동학을 통해 상세히 설명한 문헌으로는 Schiemann, John W., "Explaining Hungary's powerful Constitutional Court: a bargaining approach", *European Journal of Sociology*, Vol.42 No.2(2001), 357-390면.

권한과 광범위한 관할은 후술하는 1기 헌법재판소의 활동을 통해 더 강화, 확장되어가는 경향을 보였다. 1989년 헌법하 헌법재판소의 구체적인 권한은 다음과 같았다<sup>215)</sup>.

① 공포전 법률, 의회의사규칙, 조약에 대한 사전적 위헌심사(법 제33조 내지 36조) : 의회는 의결되기 전의 의사규칙에 대하여, 대통령 및 50인 이상의 의원은 공포전 법률에 대하여<sup>216)</sup>, 의회, 대통령과 정부는 아직 체결되지 않은 국제조약에 대하여 사전적·예방적 위헌심사를 청구할 수 있도록 하였다.

② 법률과 행정명령에 대한 사후적 위헌심사(제37조 내지 43조) : 헝가리 헌법재판제도에서 가장 특징적인 심판유형으로 법관이 제청한 경우 뿐만 아니라 누구라도 청구인적격의 제한 없이 법률과 명령에 대하여 추상적·사후적 위헌심사를 청구할 수 있도록 하였다<sup>217)</sup>. 이러한 민중소송( *actio popularis*)을 통해 사형제 폐지와 같은 중요한 결정이 이루어졌다(Dec.23/1990 AB, 아래 (2) 참조). 위헌결정은 장래효를 원칙으로 하였지만 형사피고인에게 유리한 경우 등에는 예외적으로 소급효를 인정하였다<sup>218)</sup>.

③ 조약과 법률 및 행정의 법적 수단 간 분쟁의 심사(제44조 내지 47조) : 의회, 그 상임위원회 또는 국회의원, 대통령, 정부 또는 그 구성원, 감사원장, 대법원장, 검찰총장의 청구에 의해 법률 및 행정명령이 국제조약과 합치되는지 여부를 심사하는 제도를 두었다.

④ 헌법적 권리의 침해에 대한 헌법소원(제48조) : 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 사람은 다른 구제수단을 모두 거친 후 헌법소원을 청구할

---

215) 헝가리 헌법재판소법은 옥스포드 세계의 헌법(Oxford Constitutions of the World) 사이트에서 제공하는 판본(András Jakab trans.)을 활용하였다. <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law:ocw/cd339-H1989.regGroup.1/law-ocw-cd339-H1989?rskey=AaSyvI&result=1&prd=OCW> (최종검색일 2022. 5. 10.).

216) 다만, 50인 이상의 의원이 사전적 위헌심사를 청구할 수 있도록 한 부분은 1998년 헌법재판소법 개정으로 폐지되었다. 음선필, 앞의 논문(주 1), 226면.

217) 쇼요은 이 민중소송의 직접민주주의적 성격과 기능을 강조한다. Sólyom, "The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 17면.

218) Halmai, 앞의 논문(주 206), 247면.

수 있음을 규정하였다. 초기 헌법재판소법상 헌법소원은 재판소원을 허용하고 있지 않았기 때문에 독일 등 유럽의 다른 헌법재판소에 비해 헌법소원심판권한이 크지는 않았다고 할 수 있었다<sup>219)</sup>.

⑤ 입법부작위에 대한 위헌심사(제49조) : 헌법재판소는 직권으로 또는 청구에 의하여 입법부작위의 위헌성을 확인할 수 있고, 기한을 정해 입법의를 이행하도록 명할 수 있도록 하였다<sup>220)</sup>.

⑥ 국가기관, 국가기관과 지방자치단체, 지방자치단체 상호간의 권한쟁의(제50조) : 권한쟁의심판을 두었고, 헌법재판소가 당해 분쟁에서 권한을 가진 기관을 지정할 수 있도록 하였다.

⑦ 헌법규정의 유권해석(제51조) : 의회나 그 상임위원회, 대통령, 정부 또는 그 구성원, 감사원장, 대법원장, 검찰총장은 헌법재판소에 헌법의 개별규정에 관한 유권해석을 구할 수 있도록 하였다. 이 또한 헝가리 헌법재판소에 특유한 심판유형이라고 할 수 있었다.

## (2) 신생 헌법재판소의 주요 활동

제1기 헌법재판소는 1990년 3월로 예정되어 있던 국회의원선거보다 앞서 1990년 1월 1일 개원하였다. MSZMP도 헌법재판소의 조기 개원에 반대하지 않았는데, 총선을 치르기 전 상황에서 강력한 권한을 가진 헌법재판관 선출에 관여할 여지가 더 많았기 때문이었다. 제2차 세계대전 이후 유럽 헌법재판소의 설립사를 통틀어 볼 때 헝가리 헌법재판소는 제3세대에 속한다. 제1세대에 전후 독일과 이탈리아, 제2세대에 1970년대 스페인과 포르투갈이 속한다면 제3세대에는 1989년 이후 헝가리, 폴란드 등 중동부유럽의 헌법재판소가 속한다고 할 수 있다<sup>221)</sup>. 후

---

219) Halmai, 앞의 논문(주 206), 247면. 다만, 후술하는 2011년 기본법 체제에서 헌법재판제도가 대폭 변경되면서 헝가리에도 재판에 대한 헌법소원이 도입된다.

220) 여기서도 청구인격적에 관한 특별한 제한이 없었다. 다만, 헌법재판소가 미디어법에 관하여 부작위위헌확인결정을 하였음에도(1992. 6. 10. Dec. 37/1992 AB) 의회가 회기를 넘기도록 입법의를 이행하지 않은 사안이 있는 등, 그 권한의 한계를 보여주는 심판유형이기도 하다. Halmai, 앞의 논문(주 206), 247면.

221) 이와 같은 세대 구분은 1990년대 초반 독일 연방헌법재판소장이었던 Roman Herzog에 의해 널리 알려졌다고 한다. Sólyom, "The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy"(주 208), 287면.

말주자인 헝가리 헌법재판소는 제1, 2세대 헌법재판의 경험으로부터 많은 것을 흡수할 수 있었다. 초대 헌법재판소장 라슬로 쇼욜(László Sólyom)의 증언에 따르면 제1기 헌법재판소가 활동하는 과정에서 유럽 각국 헌법재판소들과 교류와 비공식적인 협업이 매우 빈번하게 이루어졌고, 독일연방헌법재판소의 헌법합치적 해석론이나 이탈리아 헌법재판소의 '살아 있는 법' 이론 등이 이러한 과정을 통해 헝가리 헌법재판에 자연스럽게 수용, 반영되었다고 한다<sup>222</sup>).

제1기 헌법재판소는 쇼욜 재판소장의 주도하에 헌법재판의 기초를 형성한 판례들을 축적하였고, 괄목할 만한 사법적극주의적 태도를 보였다<sup>223</sup>. 기본권 분야에서 인간 존엄성 규정(제54조 제1항)<sup>224</sup>에 근거해 일반적 인격권을 도출할 수 있다고 판시한 사안(Dec. 8/1990 AB<sup>225</sup>), 장교가 혼인을 함에 있어 상관의 사전허가를 필요로 한 것은 위헌이라고 본 사안(Dec. 22/1992 AB), 동성커플에 대한 차별취급이 정당화되지 않는다고 본 사안(Dec. 14/1995 AB)<sup>226</sup> 등은 이 시기 손꼽을 수 있는 몇 가지 판례에 해당한다. 헝가리 헌법재판소의 사형제 폐지 결

222) Sólyom, "The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 15면. 이탈리아의 '살아 있는 법(diritto vivente)' 이론에 대해서는 김동훈, "'살아 있는 법' 이론을 통한 한정위헌 갈등의 해소", 『저스티스』 통권 제189호(2022. 4.), 59-103면 참조.

223) 쇼욜에 의하면 헝가리 헌법재판소는 경우에 따라 유럽의 공통된 기준보다 더 엄격한 헌법적 기준을 도입하기도 하였다. Sólyom, "The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 15면. 쇼욜에 대한 자세한 소개와 평가로는 Tóth, Gábor Attila, "Chief Justice Sólyom and the Paradox of 'Revolution under the Rule of Law'" in Abeyratne, Rehan(ed.), *Towering Judges: A Comparative Study of Constitutional Judges*, Cambridge University Press(2021), 255-274면 참조(이 글은 헌법재판소 정착에 있어 쇼욜의 역할을 충분히 평가하면서도 충분한 민주적 정당성을 갖추지 못한 헌법하에서의 지나친 사법적극주의에 대해서는 비판적 입장을 개진하고 있다).

224) 제54조 제1항 "헝가리공화국에서 모든 사람은 생명과 인간 존엄성에 관한 내재적 권리를 가진다. 그 누구도 자의적으로 이 권리를 박탈당하지 아니한다."

225) 헝가리 헌법재판소 홈페이지는 결정 대부분의 영역본을 제공하고 있으며, 영문본 판례집인 Sólyom, László & Brunner, Georg, *Constitutional Judiciary in a New Democracy - The Hungarian Constitutional Court*, The University of Michigan Press(2000)도 간행되어 있다. Dec. 8/1990 AB는 위 판례집 105면 이하에 수록되어 있다(이하에서도 위 판례집에 수록되어 있는 것은 표기하였음).

226) Sólyom & Brunner, 앞의 책(주 225), 316면 이하(일정 연령에 도달한 남녀만이 혼인할 수 있다고 한 혼인, 가족, 후견인에 관한 법률과 공동거주하에 정서적, 경제적 공동체를 이루고 있는 남녀만을 '파트너십' 관계로 인정하는 민법이 동성커플을 차별한다는 취지).

정(Dec. 23/1990 AB)<sup>227)</sup>은 기본권보장에 관한 신생 헌법재판소의 결단으로 받아들여진 대표적 사안이었다. 쇼욘이 위 결정의 동조의견에서 다음과 같이 정식화한 '보이지 않는 헌법(invisible constitution)'은 헝가리 헌법재판소의 중요한 모토가 되기도 하였다<sup>228)</sup>.

"헌법재판소는 헌법과 헌법적 권리들의 이론적 기초들을 설명하고, 결정들로서 일관된 체계를 형성하려는 노력을 계속해야 한다. 이것은 '보이지 않는 헌법'으로서 오늘날 종종 당면한 정치적 이해관계에 따라 개정되는 헌법을 넘어선 합헌성의 기준을 제공한다. 따라서 이 일관된 체계는 새로 제정될 새 헌법 또는 미래의 헌법들과 아마도 모순되지 않을 것이다."<sup>229)</sup>

쇼욘은 한 인터뷰에서 이러한 자신의 사법적극주의의 바탕에 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)의 법철학이 있었음을 밝히기도 했다<sup>230)</sup>. 어려운 사건(Hard cases) 또는 경계에 있는 사건(Border-line cases)을 해결함에 있어 재판관은 법적 규칙의 배후에 있는 법원리에 가장 잘 부합하는 해답을 찾아야 하고, 여기에 법해석과 사법입법(judicial legislation)이 명확히 구분되기 어려운 지점이 존재한다는 것이다<sup>231)</sup>. 다만, 이 시기 헝가리 헌법재판소는 헌법개정에 대한 사법심사는 그 권한범위를 벗어난다고 판시하는 등 '권한에 관한 권한(Kompetenz-Kompetenz)'의 해석에 있어 자제하는 태도를 보이기도 하였다(Dec. 23/1994 AB). 헝가리 헌법재판소는 개원 후 3년간 연평균 2,000건 가량의 사건을 접수받아 활발하게 활동하였고, 1991년의 경우 심사대상 법률의 19%, 명령의

---

227) Sólyom & Brunner, 앞의 책(주 225), 118면 이하.

228) '보이지 않는 헌법'에 대하여 자세한 것은 Sajó, András, "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15 No.2(1995), 253-267면.

229) Sólyom & Brunner, 앞의 책(주 225), 125-126면.

230) Halmai, "The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005"(주 208), 6-7면.

231) Halmai, "The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to 2005"(주 208), 7면.

47%에 대하여 위헌결정을 하는 등 높은 인용률을 보였다<sup>232)</sup>.

이 시기 헌법재판소 판례 중 Dec. 11/1992 AB는 1989년 헌법체제의 성격에 대하여 정면으로 판시하였다는 점 때문에 특별히 눈여겨볼 가치가 있다<sup>233)</sup>. 이 사안에서는 「1944년 12월 21일부터 1990년 5월 2일까지 정치적 이유로 기소되지 않은 중대범죄의 공소제기 권한에 관한 1991년 제4호 법률」의 위헌성이 문제되었다. 대통령은 반역, 살인, 중대범죄에 대하여는 공소시효를 적용하지 않는다는 내용을 담고 있는 위 법률이 소급입법금지 원칙 등 법치국가 원리에 위반될 소지가 있다는 이유로 공포를 거부하고 헌법재판소에 사전적 위헌심사를 청구하였다. 당시 심리에 참여한 9명의 재판관은 만장일치로 위 법률이 위헌이라고 판단하였다. 1989년 헌법은 아무리 실체적으로 혁신적일지라도 구헌법체제의 개정규칙에 따라 성립한 것으로서 기존 법체제의 유효성을 전제한 것이었고, 기존의 유효한 법적 관계에 관한 소급입법은 허용되지 않는다는 것이었다. 위 결정에서 헌법재판소는 헝가리의 체제전환과 법적 연속성에 대하여 다음과 같이 주목할 만한 다섯 가지 명제를 제시하였다<sup>234)</sup>.

- ① 1989년 10월 23일 헌법개정은 "헝가리 공화국은 법의 지배 하의 독립된 민주적 국가이다"라고 선언함으로써 그 법체계와 정치체제에 기존의 것과는 근본적으로 다른 특성을 부여하였다. 법체계에 있어 '체제전환'은 전체 법체계가 헌법에 합치하도록 실현될 것을 요청한다.
- ② 헌법재판소는 첫번째 결정(Dec. 1/1990 AB)부터 모든 정치적 노력이

232) Sajó, 앞의 논문(주 228), 256면.

233) 영문 번역본은 Solyom & Brunner, 앞의 책(주 225), 214면 이하 및 헝가리 헌법재판소 홈페이지([https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en\\_0011\\_1992.pdf](https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2017/11/en_0011_1992.pdf), 최종 검색일 2022. 5. 6.)에서 찾을 수 있다. 위 결정에 대하여 상세히 논한 문헌으로는 Paczolay, Péter, "Constitutional Transition and Legal Continuity", *Connecticut Law Review*, Vol.8 No.2(1993), 559-574면, 570면 이하 ; Halmai, Gábor & Scheppele, Kim Lane, "Living Well is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past" in McAdams, A. James(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press(1997), 155-184면, 160면 이하 참조.

234) 이 부분은 Solyom & Brunner, 앞의 책(주 225), 219면 이하와 Paczolay, 앞의 논문(주 233), 571면을 참조하여 요약·재구성한 것이다.

헌법적 틀 속에서 이루어져야함을 분명히 했으며, 기존 체제에서 제정된 법적 규칙과 새 헌법의 공포 이후에 제정된 규칙 사이에 아무런 실질적 구별을 두지 않았다.

③ 체제의 변화는 합법성의 기초 위에서 진행되었다. 합법성의 원칙은 법 체계를 규율하는 규칙들이 완전한 효력을 부여한다. 헌법과 다른 기본적인 법률들에 의해 도입된 '정치적으로 혁명적인 변화들'은 구 법체계의 입법권에 관한 규칙에 완전히 부합하는 방식으로 이루어졌고, 이로써 효력을 부여받았다. 그 효력의 측면에서 헌법 이전에 성립한 법률과 헌법 이후에 성립한 법률 사이에는 아무런 차이가 없었다. 위헌심사는 이중적 기준을 허용하지 않는다.

④ 헌법국가의 근본적 원리 중 하나는 법적 안정성과 명확성이다. 헌법재판소는 위헌결정의 대상인 법규범의 효력과 그 법규범의 기초 위에서 성립한 법률관계를 구별해야 한다는 것을 강조하여 왔다. 후자는 나름의 생명을 가지며 근거규범의 운명을 자동적으로 따르는 것은 아니다. 따라서 법률이 위헌으로 선언되더라도 그 법률의 법적 효과들은 - 소수의 예외에도 불구하고 - 여전히 유효하다고 할 것이다.

⑤ 체제전환이라는 특수한 역사적 상황을 무시할 수 있는 것은 아니며, 헌법재판소 자체도 "법의 지배하의 혁명"이라는 역설의 저장소이다. 그러나 역사적 상황이나 편파적이거나 주관적일 수 있는 '정의'를 들어 법의 지배에 대한 보장을 방기하는 것은 허용될 수 없다. 법의 지배는 법의 지배를 훼손함으로써 창설될 수는 없다.

이 대목은 헌법재판소의 자기인식이 잘 드러나는 부분이라는 점에서 주목된다. 1989년 헌법은 기존 헌법과 실질적 동일성이 있다고 보기 어려운 완전히 새로운 헌법이지만, 동시에 구체제 헌법과 그 헌법개정규정이 유효함을 전제로 성립하였다는 점, 즉 체제전환에 있어 법체계의 연속성이 중심적 특성이었다는 점, 구 헌법하에서 제정된 법률이라고 해서 더 엄격한 위헌심사기준을 적용하고 신헌법하에서 제정된 법률이라고 해서 더 완화된 심사기준을 적용할 수는 없다는 점, 법의 지배로의 이행을 법의 지배에 속하는 수단을 통해 보장하는 기관인 헌

법재판소가 법의 지배를 훼손함으로써 그 목적을 달성할 수는 없다는 점 등이 명확히 드러나고 있기 때문이다<sup>235)</sup>.

신생 헌법재판소의 적극 사법은 이내 정치권과 긴장관계를 조성하게 된다. 판례를 통한 권한의 확장과 잦은 위헌선언은 종종 첨예한 반다수결적 난제(countermajoritarian difficulty)를 드러내었다<sup>236)</sup>. 헝가리 헌법재판소는 1989년 체제의 상징과 같은 것이었으나, 그 위상은 추후 상당한 변화를 겪게 된다.

### III. 실패와 반전 : 신헌법제정 시도의 좌절과 2011년 기본법 제정

#### 1. 1996년-1997년 신헌법제정 시도의 실패

1989년 헌법은 준비기간이 짧았을 뿐만 아니라 정통성의 측면에서도 흠결이 없지 않았다. 헌법은 대중적 지지가 아니라 엘리트간 협상에 기반하였고<sup>237)</sup>, 1985년 선출된 舊의회에 의하여 1949년 헌법을 개정하는 방식으로 성립하였다. 헌법재판소는 판례법적 법형성을 통해 헌법 자체의 흠결을 보완하고자 하였지만, 헝가리에서 축적된 헌법적 전통에 기초하였다기보다는 서유럽, 특히 독일 연방헌법재판소 판례법리의 수입에 의존하였다. 게다가 1989년 헌법은 처음부터 잠정적, 과도적 규범일 뿐임을 자인하고 있었다. 이렇듯 1989년 헌법 자체가 원용할 수 있는 정치적 정통성의 자원이 희소하였기 때문에 정치적 국면의 변화에 따라 헌법은 좌우 양측으로부터 손쉬운 공격대상이 될 수 있었다<sup>238)</sup>.

---

235) 이 사안은 동일하게 공권력을 활용한 범죄에 관한 공소시효 적용이 문제되었다는 점에서 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조 제1항에 관한 헌재 1996. 2. 16. 96헌가2 결정을 비교해 볼 만하다. 특히 흥미로운 것은 우리 헌법재판소는 1987년의 헌법적 전환에 대해 상세한 성격분석을 거치지 않고서도 이를 합헌으로 결정하였던 반면, 헝가리 헌법재판소는 체제전환의 성격과 효과에 대한 인식을 전면에 내세우면서 이를 위헌으로 판단하였다는 점일 것이다. 이러한 헝가리 헌법재판소의 자기인식이 가졌던 기능과 의미에 대해서는 제4장 제2절 IV.에서도 다시 본다.

236) Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 9면. 반다수결적 난제에 대해서는 Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press(1962, 2<sup>nd</sup> ed.1986), 16면 이하.

237) 당시 국민적 참여로는 앞서 본 1989년의 국민투표 정도가 있었으나, 헌법안 성립에 광범위한 대중적 참여를 가능케 하는 계기는 찾아보기 어렵다.



헝가리에서 정식으로 과도기적 헌법상황을 종결짓고 최종 헌법을 제정하려는 시도가 없었던 것은 아니다. 체제전환 후 2번째 국회의원선거인 1994년 총선에서는 - 놀랍게도 - MSMZP의 후신인 MSZP가 209석(54.1%)의 의석을 얻어 제1당으로 부활하였는데<sup>239</sup>), MSZP는 제2당인 SZDSZ와 연정을 구성한 다음 의회에 신헌법의 제정을 제안하였다<sup>240</sup>). 그 제안의 구체적 내용은 ① 4/5 이상의 의원이 제헌절차에 찬성할 경우 ② 원내 6개 정당에 헌법기초위원회에 각 4명의 위원을 참여시킬 수 있도록 하고, ③ 기초위원회는 6개 정당 5개 이상, 기초위원 2/3 이상의 찬성으로 의결하며, ④ 쟁점에 대한 합의가 이루어지지 않으면 1989년 헌법 중 상응하는 조항을 새로운 초안의 내용으로 하고, ⑤ 최종안은 의회 2/3 이상의 찬성으로 의결하도록 하는 것이었다<sup>241</sup>). 위 제안에 따라 헌법에 근거 조항이 마련되었고<sup>242</sup>) 의원 4/5 이상의 찬성으로 제헌절차가 개시되었다. 그러나 1996년 있었던 최종헌법의 제정 시도는 결국 기초위원회 단계에서 헌법안에 관한 합의를 이루지 못함으로써 성공하지 못하였다. FKGP와 KNDP가 신헌법 제정에 반대했을 뿐만 아니라 집권 MSZP 의원 중 상당수도 이에 반대하였기 때문이다<sup>243</sup>). 1996년 최종헌법 제정의 실패 원인에 대해서는 대중적 참여와 지지의 계기가 부재했던 점, 정당 간 효과적인 협상과 타협이 진행되지 못하였던 점과 더

238) Paczolay, 앞의 논문(주 233), 568면 이하 ; Sonnevend, Jakab & Csink, 앞의 논문(주 119), 41-42면.

239) Tóka, 앞의 글(주 192), 133면.

240) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 370면.

241) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 370-371면 ; Scheppele, Kim Lane, "Unconstitutional Constituent Power" in Smith, Rogers M. & Beeman, Richard R.(eds.), *Modern Constitutions*, University of Pennsylvania Press(2020), 154-206면, 180-181면.

242) 제24조 ⑤(1995. 6. 4. 헌법개정으로 도입, 2010. 7. 5. 헌법개정으로 폐지) "새로운 헌법의 기초를 위한 구체적 규칙들에 관한 의회 결의를 위해서는 의원 4/5 이상의 찬성이 필요하다." 더 상세한 것은 Kis, János, "Introduction: From the 1989 Constitution to the 2011 Fundamental Law" in Tóth, Gábor Attila(ed.), *Constitution for a Disunited Nation*, Central European University Press(2012), 1-21면, 4면 ; Sonnevend, Jakab & Csink, 앞의 논문(주 119), 43면 ; Jacobsohn, Gary Jeffrey & Roznai Yaniv, *Constitutional Revolution*, Yale University Press(2020), 301면 참조.

243) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 371면 ; Scheppele, 앞의 논문(주 241), 181면(6개 정당 중 FKGP가 헌법제정과정 전반을 보이콧했기 때문에 나머지 5개 정당이 만장일치를 이루어야 했는데 여기에 성공하지 못하였다고 설명하고 있다).

불어 이 시점에 이르면 헝가리에서는 잦은 헌법개정과 헌법재판을 통한 점진적 헌법변화가 패턴이 되었기 때문이라는 분석이 제시된다<sup>244</sup>). 1999년-2000년에도 법무부가 새 헌법의 초안을 준비한 바 있었으나 야당의 반대가 확실시된 상황 때문에 의회에 제출되지조차 못하였다<sup>245</sup>). 이로써 1989년 헌법의 과도적, 잠정적 합의로서의 성격을 종식시키고 새로운 헌법적 정통성을 창출할 수 있는 중대한 기회가 상실되었다고 할 수 있다.

## 2. 2011년 기본법 체제의 성립

### (1) FIDESZ 재집권과 신헌법 추진

앞서 본 바와 같이 특별한 절차에 따라 최종헌법을 채택하려는 시도는 실패하였으나, 이 시기 헝가리에서 헌법개정은 매우 빈번하게 이루어졌다. 1990년 총선부터 2010년 총선까지 20년간 무려 23회의 헌법개정이 있었던 것이다<sup>246</sup>). 한편으로는 이같이 잦은 헌법개정을 거치면서 1989년 헌법체제가 공고화되어 가는 것처럼 보이기도 하였다. 그러나 2010년 총선으로 빅토르 오르반(Viktor Orbán)이 재집권하면서 사정은 현저히 달라진다<sup>247</sup>). 단일 정당명부를 이룬 FIDESZ-KNDP 연합은 유효투표 중 53%를 획득하였으나 선거법에 따라 무려 68%에 달하는 의석을 확보하였고, 이로써 개헌선인 2/3 이상 의석을 확보하게 된다<sup>248</sup>).

1989년 6월 16일 임레 너지의 재장래 당시 소련군 철수를 주장함으로써 정치적 경력을 시작한 FIDESZ의 리더 빅토르 오르반의 집권은 중동부 유럽

---

244) Arato & Miklósi, 앞의 글(주 154), 371-372면. 보다 자세한 상황분석에 대해서는 Arato, Andrew, "The Constitution-Making Endgame in Hungary", *East European Constitutional Review*, Vol.5 No.4(1996), 31-39면.

245) Halmai, Gábor, "The Unmaking of the Hungarian Constitutionalism?" in Sajó, András(ed.), *Out of and into Authoritarian Law*, Kluwer Law International(2002), 257-264면, 262면.

246) Kis, 앞의 논문(주 242), 9면.

247) 오르반이 이끄는 FIDESZ는 1998년에서 2002년 사이에도 집권한 바 있었으므로 2010년 집권이 처음은 아니었다.

248) Pap, András L., *Democratic Decline in Hungary - Law and Society in an Illiberal Democracy*, Routledge(2018), 11면 ; Scheppele, 앞의 논문(주 241), 182면 ; Lendvai, Paul, *Orban - Europe's New Strongman*, Hurst & Company(2017), 85면.

전반에 걸쳐 축적된 체제전환에 대한 실망과 깊은 관계가 있으며, 여기에서 상세히 다룰 수 없는 다각도의 심층적 분석을 필요로 하는 논제일 것이다<sup>249)</sup><sup>250)</sup>. 선거운동과정에서 헌법제·개정에 관한 본격적인 논의가 없었음에도 오르반 정부는 개헌선에 이르는 선거승리를 기존 헌정체제와 단절하고 새로운 헌법을 제정하려는 위임으로 받아들였다<sup>251)</sup>. 그리고 1989년 헌법은 1949년 헌법을 수차례 개정한 임시적 산물일 뿐이며 그 스탈린주의적 - 라코쉬주의적 본질은 그대로라고, 이제 '실패한' 체제전환을 재검토할 때가 되었다고 주장하였다<sup>252)</sup>. 본격적인 신헌법 준비작업 이전에도 오르반 정부는 집권 직후인 2010년 5월부터 신헌법 시행일인 2012년 1월 1일이 도래하기 전까지 12번 이상의 헌법개정을 추진하였고 50개 규정 이상의 범위에 걸친 헌법개정을 성공시켰다<sup>253)</sup>. 광범위한 법률 개정과 동반된 헌법개정을 통해 헌법재판관수 증원<sup>254)</sup>, 재판소장 선출방식의 변경<sup>255)</sup>, 민중소송

249) 이 주제에 관한 통찰력 있는 문헌으로는 Krastev, Ivan & Holmes, Stephen, *The Light that Failed - Why the West is Losing the Fight for Democracy*, Pegasus Books(2019), 특히 Chapter 1("The Copycat Mind")이 있다[국역본은 크라스테프, 이반·홉스, 스티븐(이재황 옮김), 『모방시대의 종말』 책과함께(2020)] ; Kornai, János, "Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy", *Journal of Democracy*, Vol.26 No.3(2015), 34-48면 참조. 그밖에 헝가리 정당체제의 관점에서 FIDESZ의 집권에 대해 분석한 글로는 김대순, "헝가리 청년민주연합 및 시민정당의 패권적 정당체제의 형성과 의미", 『통합유럽연구』 제8권 제1집(2017. 3.), 163-189면 참조. 오르반이 기조로 삼고 있는 '비자유주의적 민주주의(Illiberal Democracy)'의 내용을 잘 보여주는 것으로 그의 2014년 연설이 유명하다. 여기서 오르반은 "우리가 수립하는 와중에 있는 국가는 비자유주의적 국가입니다. 그것은 자유주의와 자유와 같은 근본적 가치를 부인하지는 않지만 그것을 국가조직의 중심적 요소로 삼지는 않습니다."라고 선언한다. 연설의 전문은 <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-bail-e-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/> 참조(최종검색일 2022. 7. 25.).

250) 오르반 집권의 직접적 배경이 되는 2006년 페렌츠 주르차니(Ferenc Gyurcsány) 수상의 녹음테이프 유출 사건(유출된 녹음테이프에는 정부가 지난 2년간 대중에게 거짓말을 해 왔고 4년간 아무것도 한 것이 없다는 내용이 담겨 있었는데, FIDESZ는 이를 대대적인 반정부 캠페인의 계기로 삼았다)을 비롯한 정치적 과정에 대해서는 Pap, 앞의 책(주 248), 12면 ; Lendvai, 앞의 책(주 248), 65-90면 참조.

251) Sonnevend, Jakab & Csink, 앞의 논문(주 119), 44면 ; Lendvai, 앞의 책(주 248), 101면.

252) Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 18면.

253) Scheppele, 앞의 논문(주 241), 183면 ; Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 19면(쇼요은 이러한 잦은 헌법개정이 의원입법으로 이루어졌고, 단기적인 정치적 이해관계에 입각하여 '부령'을 개정하는 것과 같이 다루어졌다고 한다).

254) 1989년 헌법에서 15명으로 규정되었던 헌법재판관 정원은 11명으로 축소되었다가 다시 15명으로 증원되었다. 이를 통해 집권 FIDESZ는 당장의 공식 6명을 포함하여 이

폐지와 추상적 규범통제 축소<sup>256</sup>), 재판에 대한 헌법소원의 도입, 예산과 조세 관련 법률에 대한 헌법재판소의 심사권한 축소<sup>257</sup>) 등이 이루어졌고, 이는 신헌법에 계승된다.

새로운 헌법 기초작업은 매우 신속하게 이루어졌다. 의회에 설치된 헌법기초위원회는 2011년 3월 7일 새 헌법 기초에 있어 준수되어야 할 원칙들을 완성하여 제시하였고, FIDESZ가 장악한 의회는 의원 누구든 일주일 내에 위 원칙들에 부합하는지 여부와 관계 없이 헌법초안을 제출할 수 있음을 의결하였다<sup>258</sup>). 이에 FIDESZ안과 무소속 카탈린 실리(Katalin Szilli) 의원안이 제출되었는데 후자는 심의조차 되지 않았다<sup>259</sup>. 정부는 1개월이라는 짧은 공고기간을 두면서 유권자들에게 12개 항목으로 구성된 설문조사를 송부하는 절차를 거쳤다<sup>260</sup>. 헌법안에 대한 의회 표결 - 헌법개정에 관한 헌법 제24조 제3항에 따라 재적의원 2/3 이상의 찬성을 요건으로 하는 절차였다 - 은 2011년 4월 18일 이루어졌는데 표결에 참여한 의원 중 262명은 찬성, 44명은 반대, 1명은 기권하였고, 두 야당은 표결 자체를 거부하였다<sup>261</sup>. 새 헌법인 '헝가리 기본법(The Fundamental Law of Hungary, MAGYARORSZÁG ALAPTÖRVÉNYE)'은 2011년 4월 25일 공포되어 2012년 1월 1일 시행되었다<sup>262</sup><sup>263</sup>).

---

후 3년간 모두 9명의 재판관을 선출할 수 있었다. Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 22면 ; Scheppele, Kim Lane, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution" in Bogdandy & Sonnevend(eds.), 앞의 책(주 119), 111-124면, 115면.

255) 재판관 중에서 3년 임기의 소장을 호선하는 방식에서 의회가 12년 임기의 재판소장을 선출하는 방식으로 바뀌었다. Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 22면.

256) Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 23면.

257) 2010년 11월 16일 법률 제119호에 의한 헌법개정. Sólyom, "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary"(주 208), 21면.

258) Scheppele, 앞의 논문(주 241), 186면.

259) Scheppele, 앞의 논문(주 241), 186-187면. FIDESZ안은 의원입법으로 제출됨으로써 정부 제출안에 요구되는 엄격한 의회 절차를 피할 수 있었다. 그 외에도 이 과정의 여러 문제점에 대해서는 Scheppele, 앞의 논문(주 241), 186면 이하 참조.

260) 이 12개 항목에 중요한 정부형태 등에 관한 문항은 누락되어 있었고, 약 90만 개의 설문만이 정부에 제출되었다고 한다(총 유권자수는 약 800만 명이었다). 즉, 이는 광범위하고 심도 있는 공론화와 전문가 검토를 회피하기 위한 것에 불과하였다고 볼 소지가 많다. Scheppele, 앞의 논문(주 241), 188면 ; Lendvai, 앞의 책(주 248), 101면.

261) Barker & Lorman, 앞의 글(주 116), 1면.

## (2) 기본법의 개요와 그 성격

헝가리 기본법은 '헝가리인들에게 신의 가호가 있기를'이라는 문구로 시작하며 전문에 유사한 기능을 하는 '국민의 맹세(National Avowal)' 및 기초(Foundations), 자유와 책임, 국가, 특수법질서, 정리규정의 5개 장의 순서로 되어 있다. 기본법은 국호를 '헝가리'로 하며(기초편 제A조), 강한 민족적 정체성을 표방하고 있다. 국민의 맹세 중 "우리는 우리의 국왕이신 성 스테판 왕께서 천년 전 탄탄한 기반 위에 헝가리국을 건립하고 우리나라를 기독교유럽의 일부로 만드신 것을 자랑스럽게 여긴다"는 구절은 이를 명확히 표현한다. 또한, 공산당 체제와의 명확한 단절을 선언하는 다음과 같은 구절을 두고 있다.

"우리는 국가사회주의 및 공산독재하에서 헝가리 국가와 국민을 상대로 자행된 비인도적 범죄에 대한 시효를 인정하지 않는다. 우리는 전제정권의 기초가 된 1949년의 공산주의 헌법을 인정하지 않으며, 이를 무효로 선포한다."(국민의 맹세)

"정부형태는 ... 과거의 공산주의 독재와 양립할 수 없다. 헝가리 사회주

---

262) Scheppele, 앞의 논문(주 241), 188면. 헝가리 기본법의 국역본은 국회도서관, 『세계의 헌법(제3판)』 제2권(2018), 599면 이하 참조(특별한 사정이 없는 한 아래에서는 위 국역본을 따랐다).

263) 한편, 새로운 헌법의 몇 가지 쟁점에 대해 헝가리 정부는 베니스 위원회에 의견을 요청하였고, 베니스 위원회는 기본법의 권리장전, 사전적 위헌심사, 민중소송에 관하여 논평을 제시한 바 있다. European Commission for Democracy through Law(Venice Commission), *Opinion on Three Legal Questions Arising in the Process of Drafting the New Constitution*(Opinion No.614/2011 CDL-AD(2011)001). ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)001-e) 최종검색일 2022. 7. 25.). 이 과정과 내용의 요약으로는 Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 46-47면 참조. 베니스위원회[정식명칭은 '법을 통한 민주주의 유럽위원회(European Commission for Democracy through Law)']는 동유럽 체제전환을 배경으로 1990년 창설된 유럽평의회 산하 기구로 비유럽권인 우리나라도 2006년 회원국으로 가입하였다. 베니스위원회에 대한 개괄적 소개와 그 역할에 대하여는 송석윤, "정당해산 심판의 실체적 요건", 『서울대학교 법학』 제51권 제1호(2010. 3.), 27-65면, 38-39면; Craig, Paul, "Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy" in Shaffer, Gregory, Ginsburg, Tom & Halliday, Terence C.(eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge University Press(2019), 156-187면 참조.

의 노동자당 및 그 전신과 공산주의 사상에 입각하여 이들에 기여하기 위하여 설립된 기타 정치단체는 범죄단체이며, 그 지도자는 다음 각호에 관하여 공소시효와 관계 없이 책임을 진다."(기초편 제U조)<sup>264)</sup>

국가조직과 관련해서는 의회우위가 두드러졌고, 앞서 본 헌법재판소 권한 축소는 헌법규정에 반영되었다<sup>265)</sup>. 헌법재판소는 국회의원 3분의 2 이상 찬성으로 선출된 15인의 재판관으로 구성하되 12년 임기로 임명되었으며 소장은 국회의원 3분의 2의 찬성으로 재판관 중에서 선출하도록 하였다(국가편 제24조 제4항). 기존의 움부즈맨 제도 대신 기본권위원장 제도를 설치한 것도 특징적이다(국가편 제30조). 정리규정 제2항은 의회가 1949년 제20호 법률 제19조 제3항 a)와 제24조 제3항에 따라 기본법을 채택한다고 하여 기본법이 기존헌법의 개정 절차를 활용하였음을 명시하였고, 제3항은 제2항에서 정한 절차에 따라 기본법의 경과규정을 제정할 수 있다고 규정하였다. 기본법의 시행과 관련된 이 경과규정들은 현행 기본법 정리규정 제8 내지 26항을 구성하고 있다<sup>266)</sup>.

헝가리기본법은 현재까지 9회 개정되었는데, 그 중 2013년 3월 25일 공포된 제4차 개정(의회 의결일 3월 11일, 시행일 4월 1일)이 중요한 의미를 가진다<sup>267)</sup>. 이는 기본법 경과규정을 추가한 제1차 헌법개정에 관한 헌법재판소 결정에 대한 대응으로 이루어진 것으로서<sup>268)</sup>, 헌법재판소가 위헌결정한 경과규정을

---

264) 기초편 제U조는 제4차 헌법개정으로 삽입되었다. Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 58면.

265) 헌법재판소의 권한과 조직은 국가편 제24조에 상세히 규정되어 있다. 헌법재판소의 심판유형은 사전적·추상적 규범통제, 법관의 제청, 정부, 국회의원 4분의 1, 대법원장, 검찰총장 또는 기본권위원회 위원의 요청에 의한 위헌법률심판, 법률과 판결에 대한 헌법소원, 법률의 국제협약 위반 여부에 관한 심판 등이다(제24조 제2항).

266) 경과규정의 배경과 내용, 그 지위에 대한 논란 등에 대하여는 Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 49-52면.

267) 제1 내지 3차 개정의 개요에 관하여는 Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 52-54면 참조.

268) Dec. 45/2012 AB. 헝가리 헌법재판소는 이 사안에서 문제된 경과규정 수정안이 경과규정에 포함되어야 할 성격이 아니라는 형식적 이유로 위헌임을 선언하였다. 헌법재판소는 헌법개정에 관한 위헌심사권한을 가지지 않는다고 판시한 바 있었지만(앞서 본 Dec.23/1994), 여기에서는 기본법 경과규정의 헌법적 지위가 문제되었음에도 위와 같은 판단을 한 것이다. Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 56-57면 참조. 제4차 헌법개정의 배경이 되는 헌법재판소 판례와 그에 대응하는 헌법개정내용에 관

기본법 본문에 포함시키는 것 등의 광범위한 내용이 추가되었다. 여기에는 헝가리 공산당의 역사적·법적 책임에 관한 규정(기초편 제U(1)조), 공산당 치하에서 정치적 이유로 기소되지 못했던 범죄에 대한 공소시효를 정지시키는 규정(기초편 제U(6)조), 혼인을 남성과 여성의 결합으로 명시한 규정(기초편 제L조)<sup>269)</sup> 등이 포함되어 있었고, 헌법재판소의 헌법개정에 대한 심사권한을 절차적 측면에만 한정함을 명시하는 규정(국가편 제24조 제5항)이 신설되었으며<sup>270)</sup>, '국가부채가 국내총생산의 2분의 1을 초과하는 한, 헌법재판소와 유럽사법재판소 또는 다른 법원 또는 행정기관의 결정에 의해 증가된 부채가 국가예산법에 따라 해소되기에 불충분할 경우' 특별한 조세를 부과할 수 있다는 취지의 규정(제37조 제6항)도 삽입되었다<sup>271)</sup>. 특히 논란의 대상이 되었던 것은 정리규정에 '이 기본법 시행 전의 헌법재판소 결정은 모두 폐지한다. 이 조항은 해당 결정에 의하여 발생한 법적 효과를 해하지 아니한다'는 조항이 추가된 것이었다<sup>272)</sup>. 이는 1989년 이래 축적된 판례의 선례로서의 가치를 부정함으로써 앞서 본 헌법재판관 증원, 민중소송 폐지 등과 함께 헌법재판소의 역할을 현저히 약화시키는 결과를 초래하였다<sup>273)</sup>. 제4차

---

하여 자세한 것은 Collot, Pierre-Alain, "Difficulté contre-majoritaire et usage impérial du pouvoir constituant dérivé au regard de la quatrième révision de la Loi fondamentale de Hongrie", *Revue française de Droit constitutionnel*, n° 96(2013), 789-812면 참조.

269) 제L조 ① "헝가리는 자발적 결정에 의한 남성과 여성의 결합인 혼인제도와 국가존립의 기초인 가족제도를 보호한다. 가족관계는 혼인관계 또는 부모와 자녀간의 관계를 기초로 한다." 이는 가족 개념을 협애하게 정의한 가족보호법 조항에 관한 헌법재판소 결정(Dec. 43/2012)에 대응한 것이었다. Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 58면.

270) 제24조 ⑤ 헌법재판소는 오로지 기본법의 제정과 공포에 관하여 기본법에 규정된 절차적 요건의 준수 여부와 관련하여 기본법 또는 개정기본법을 검토할 수 있다. 그 검토는 다음에 규정하는 사람에 의하여 개시될 수 있다. a) 채택되고 아직 공포되지 아니한 기본법 또는 기본법의 개정에 관하여 대통령 b) 공포 후 30일 이내에 정부, 국회의원 4분의 1, 대법원장, 검찰총장 또는 기본권위원회 위원.

271) European Commission for Democracy through Law(Venice Commission), *Draft Opinion on the Fourth Amendment of the Fundamental Law of Hungary*(Opinion No.720/2013 CDL(2013)023), para.128-134.

([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL\(2013\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL(2013)023-e) 최종검색일 2022. 7. 25.)

272) 현행 정리규정 제5항의 내용이다.

273) Halmai, Gábor, "A Coup Against Constitutional Democracy - The Case of Hungary" in Graber, Mark A., Levinson, Sanford & Tushnet, Mark(eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press(2018), 243-256면, 247면.

헌법개정에 관한 법적 쟁점들을 검토한 베니스위원회는 다음과 같은 결론을 발표하였다<sup>274</sup>).

이 헌법개정은 체계적으로 헌법적 통제를 봉쇄했을 뿐만 아니라 기본법과 유럽적 기준의 원칙들과 합치되지 않는다. 특히

- 가족관계에 관한 규정은 유럽인권재판소의 판례법에 부합하지 않고,
- 공산당 치하 과거사에 관한 규정들은 구체적 언급 없이 추상적 용어로 규정되어 있으며, (...)

또한 제4차 헌법개정은 헝가리 헌법재판소의 역할에 여러 영향을 미친다.

1. 제4차 헌법개정안 규정들은 기존 헌법재판소 결정을 무효화한다. 위헌결정된 규정들을 '헌법화'함으로써 결정을 극복하는 방법은 구헌법, 경과규정, 그리고 이제 기본법 자체에 적용된 방식이다. 이러한 방식은 합헌성의 수호자이자 견제와 균형의 민주적 체계의 통제기관로서의 헌법재판소의 기능에 위협을 가한다.
2. 기존 판례법을 참조할 가능성을 박탈하는 것은 헌법 자체를 초월하며 유럽위원회의 기본원리들과도 관련되는 일련의 원칙들 - 민주주의, 인권 보호와 법치주의 - 에 근거한 판례법의 연속성을 훼손한다. (...)
6. 헌법재판소(및 유럽법원들)의 결정에 따라 발생할 수 있는 특별조세는 국민이 그러한 결정을 수용하는 것을 어렵게 할 수 있다.

헝가리 의회는 2013년 9월 16일 베니스위원회 의견을 일부 반영하여 제5차 헌법개정을 단행하였으나, 위 특별조세의 포기 등 소폭의 보완이 있었던 것 외에는 대부분 규정들이 그 핵심적 내용을 유지하였다<sup>275</sup>).

---

274) Opinion No.720/2013 CDL(2013)023), para.148, 151.

275) Sonnevend, Jabak & Csink, 앞의 논문(주 119), 63면. 이후 FIDESZ는 2016년 테러 위협에 대해 광범위한 비상조치권한에 관한 제6차 헌법개정, 2018년 외국인의 지위 제한 등을 규정한 제7차 헌법개정을 통과시켰다. Roznai & Jacobssohn, 앞의 책(주 242), 95면. 2019년 12월 제8차 헌법개정에서는 의회, 대통령, 헌법재판소의 권한 등에 관한 소폭 변동이 있었다. 2020년 12월 제9차 헌법개정에서 핵심적인 것은 가족에 관한 정의규정인 기초편 제L조 제1항 말미에 "어머니는 여성, 아버지는 남성이어야 한다"는



#### IV. 평가와 함의

헝가리는 로즈나이와 제이콥슨의 표현과 같이 지난 37년간 2회에 걸친 '헌법적 혁명'을 경험하였다<sup>276</sup>). 여기서 '헌법적'이라는 말은 헌법적 차원에서 이루어진 혁명적 변화라는 의미와 '합헌적'이라는 의미를 모두 내포하는 것으로 사용된 것이다<sup>277</sup>). 즉, 기존 헌법의 틀을 전적으로 무시하고 행사되는 헌법 외적 헌법제정권력의 개입이 아니라 실정헌법이 제공하는 헌법개정절차를 활용한 혁명적 변화가 달성되었다는 의미이다<sup>278</sup>). 이와 관련하여 헝가리의 사례는 다음과 같은 논점들을 제기하는 것으로 보인다.

첫째, 헝가리의 경우에도 체제전환은 정치세력간의 타협과 협상에 의해 견인되었고 어느 일방이 압도적인 협상력의 우위를 점하지 못하였으며, 이러한 배경적 환경이 스페인과 마찬가지로 합법성과 법적 연속성을 최대한 확보하는 방향으로 이루어졌다. 그러나 그 함의에 대한 자의식과 고민은 훨씬 더 두드러졌던 것으로 보인다. 쇼움의 평가를 인용하자면, 헝가리 1989년의 체제전환은 "역설적인 법의 지배 하의 혁명(Revolution under the rule of law)"이었다<sup>279</sup>). 1956년 혁명의 경험, 소련군 개입에 대한 두려움, 협상 이후 선거결과와 불투명성 등이 배경적 요인으로 작용한 1989년 헌법 뿐만 아니라, 2011년 기본법 제정과 관련하여서도 법적 연속성이 중요한 가치로 취급되었다는 것은 헝가리의 사례에서 특징적으로 드러난다.

둘째, 헝가리의 사례는 위와 같은 특성이 헌법개정절차를 통해 나타났다는 바로 그 사정 때문에 헌법제정과 헌법개정의 개념에 대한 재검토를 요청한다. 1989년 헌법은 1949년 헌법의 개정절차에 따라 성립하였지만, 헌법재판소의 판시

---

내용을 추가한 것으로서 동성커플의 입양 문제에 대한 입장을 헌법적으로 표명한 것이었다.

276) Roznai & Jacobsohn, 앞의 책(주 242), 75면 이하.

277) Roznai & Jacobsohn, 앞의 책(주 242), 17면 이하.

278) Roznai & Jacobsohn, 앞의 책(주 242), 61면.

279) Sólyom, László, "Revolution by Law: Peaceful Transition to Democracy in Hungary", *Yonsei Law Journal*, Vol.1 No.1(2010), 1-10면, 7면.

와 같이 '완전히 새로운 체제의 도래'를 가져왔다. 그러나 앞서 본 형식적 연속성의 유지는 1989년 헌법의 효력근거가 1949년 헌법의 개정규정의 준수에서 비롯되는 것이었는지 의문을 야기하기에 충분하였고, 앞서 본 헌법재판소의 판시에서도 그렇게 볼 만한 대목이 없지 않았다<sup>280</sup>). 반면 2011년 기본법은 기존 헌법의 개정규정에 따라 성립하였음에도 명시적으로 새로운 헌법임을 주장한다<sup>281</sup>). 이러한 점들은 헌법제정과 헌법개정을 어떻게 이해할지와 관련하여 중요한 시사점을 던져준다. 이와 관련하여 헌법개정규정의 설계와 개정의 한계 문제를 생각해 볼 수 있다. 헝가리의 헌법개정절차는 상당한 연성에 가깝다. 1989년 헌법도, 2011년 기본법도 국민투표 없이 의회 2/3 이상의 찬성만으로 성립하였다. 신헌법 제정을 위한 정족수를 의회 4/5로 가중하였지만 위 규정이 헌법개정으로 삭제되었음은 앞서 본 바와 같다. 이렇듯 헌법개정 또는 제정조항을 개정하는 방식이 이루어졌을 뿐만 아니라 지나치게 헌법개정이 쉬운 나머지 2/3 이상을 확보한 정당 또는 연정은 헌법개정을 통해 실질적으로 헌법재판소의 통제를 벗어날 수 있다. 기본법에 대한 제4차 헌법개정으로 헌법개정에 대한 헌법재판소의 심사를 절차에 한정함으로써 이러한 경향은 더 강화되었다. 1989년의 헌법성립과정과 2011년의 헌법성립과정 모두 헌법개정을 통해 완전히 새로운 헌법이 제정될 수 있는지, 그렇다면 이것은 헌법개정의 한계를 벗어나는 것이 아닌지 문제될 수 있었으며, 헝가리의 사례는 이 점에 있어 중요한 사례로 보인다.

셋째, 헝가리 1989년 헌법은 체제전환에 있어 헌법의 특별한 역할에 관한 질문을 제기한다. 1989년 헌법은 명시적으로 체제전환을 보장하기 위한 잠정적 헌법임을 자처하였음은 앞서 본 바와 같다. 이는 '헌법'의 지위를 명백히 표방했다는 점에서 스페인의 정치개혁에 관한 법률과 구별되지만, 헌법으로서의 완전한 정통성을 주장하지 않았다는 점에 있어서 특별한 헌법이라 할 수 있다. 1989년에 새로운 헌법을 제정할 수 없었던 이유는 1985년에 선출된 구의회가 헌법을 제정할 만한 정통성을 가지지 못하였음이 명백했기 때문이고, EKA와 전국원탁회의

280) 가령 "체제의 변화는 합법성의 기초 위에서 진행되었다"는 부분이 그러하다.

281) 기본법의 경과규정들은 1949년 제20호 법률(1949년 헌법의 정식 명칭)과 1989년 제31호 법률(1989년 헌법의 정식 명칭)을 폐지한다는 규정을 두었음에 유념할 필요가 있다.

역시 선출되지 않은 사람들의 회합이었기 때문에 그러한 정통성을 주장할 수 없었음은 마찬가지였다. 따라서 1989년 헌법은 자신의 지위를 최종 목표를 향한 잠정적 질서를 정초하는 규범으로 이해하였던 것이다. 그럼에도 1990년 총선으로 선출된 의회는 곧장 신헌법제정에 착수하지 않았다. 이미 입헌주의적 헌법이 성립해 있었고, 헌법재판소가 판례형성을 통해 그 내용을 채워가고 있는 이상 헌법제정이 급선무가 아니었기 때문이다. 그러나 과도헌법을 주장한 헌법이 오랫동안 지속되자 취약한 정통성은 FIDESZ의 공격대상이 되었다. 헝가리 기본법이 1989년 헌법의 체제전환의 종착점이 될 만한 체제인지에 대해 많은 이들의 의심이 있는 것을 볼 때, 잠정적 과도헌법의 설계와 구상에 있어 문제점이 무엇이었는지, 이러한 특수한 성격의 헌법이 성공하기 위한 요건은 무엇인지 질문하게 된다. 독일 기본법이나 이스라엘 기본법과 같이 잠정적 규범으로 출발하였으나 장기적 안정성을 확보한 사례도 없지 않기 때문이다<sup>282)</sup>.

우리는 이제 마지막으로 남아프리카공화국의 사례를 통해 유사한 문제들이 어떻게 나타났고, 어떤 방식으로 대처되었는지에 대해서 살펴볼 것이다.

---

282) 제4장 제3절 II. 참조.

### 제3절 남아프리카공화국 1996년 헌법

남아프리카공화국 1996년 헌법의 성립과정과 그 과정에 있어 헌법재판소의 중대한 역할에 대해서는 적지 않은 연구가 축적되어 있다<sup>283</sup>). 남아프리카공화국 헌법제정과정을 비교적 가까이에서 관찰한 헌법학자 카스 선스타인(Cass Sunstein)은 '세계사에 나타난 가장 훌륭한 헌법(the most admirable constitution in the history of the world history)'이라는 찬사를 보낸 바도 있다<sup>284</sup>). 그러나 헌법이 시행된 1997년 2월 4일 이래 20년 이상이 경과하면서 남아프리카공화국 입헌주의에 대한 진지한 우려들이 제기되고 있는 것도 부인하기 어려운 사실이다<sup>285</sup>). 그 변화과정 전반을 상세하게 추적하는 것은 남아프리카공화국 입헌주의의 지속적인 전개과정에 대한 국내연구가 많지 않은 상황에서 의미 있는 작업일 것이나, 본 절에서는 조사의 범위를 지나치게 넓히는 것을 지양하고 연구의 목적 범위 내에서 인종적 위계를 기초로 설계된 구헌법체제로부터 새로운 헌법이 탄생하는 법적 과정에만 초점을 맞추려 한다.

그럼에도 체제전환 이전의 헌정체제가 어떻게 구성되어 있었는지에 대한 선행적 고찰을 전적으로 우회할 수는 없다. 이전 체제의 형태와 특성은 새 헌법을 평가하는 핵심적 준거가 될 수밖에 없기 때문이다. 체제전환 이전 스페인이 유사 파시스트적 권위주의 체제였고, 헝가리가 소비에트식 단일정당체제였다면, 남아프리카공화국은 그 기원을 20세기 초엽으로까지 거슬러 올라갈 수 있는, 법적인 형

283) 음선필, 앞의 논문(주 1), 234-247면 참조.

284) Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press(2001), 261면. 이러한 찬사는 선스타인의 것만은 아니다. Corder, Hugh, "The Republic of South Africa" in Oliver, Dawn & Fusaro, Carlo(eds.) *How Constitutions Change*, Hart(2011), 261-279면, 261면도 참조.

285) 가령 Gevisser, Mark, *A Legacy of Liberation - Thabo Mbeki and the Future of the South African Dream*, Palgrave Macmillan(2009) ; Choudhry, Sujit, "He had a mandate": The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy", *Constitutional Court Review*, Vol.2(2009), 1-86면, 3면 ; Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions - Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Belknap Press of Harvard University Press(2019), Ch. 2. 특히 104면 이하 ; Woolman, Stu, *The Selfless Constitution - Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa's Basic Law*, NISC(2021), xvii면

태를 바꾸어 가며 강도를 더해간 기형적 인종차별체제 즉, 아파르트헤이트(Apartheid) 헌정체제였다. 이는 억압적·차별적 성격이 법체제 자체에 각인되어 있는 '사악한 법체제(Wicked Legal System)'<sup>286)</sup>라고 할 만한 것이었다(Ⅰ.).

이어서 체제전환 협상의 구체적 과정(Ⅱ.)과 과도헌법의 내용(Ⅲ.), 최종헌법의 성립과정(Ⅳ.)을 검토한 다음, 남아프리카공화국 헌법제정과정을 평가하고 그 함의를 조명한다(Ⅴ.).

## Ⅰ. 아파르트헤이트 체제의 성립과 위기

### 1. 남아프리카 백인지배체제의 기원

넬슨 만델라(Nelson Mandela)와 아프리카 민족회의(African National Congress, 이하 'ANC')의 지하운동이 수십년간 요구하였고, 궁극적으로 1996년 헌법에 명확한 형태로 반영된 헌법적 원칙들은 구체제의 헌정질서를 배경으로 살피볼 때만 그 의미가 드러날 수 있다. 이를 위해서는 최소한 남아프리카가 하나의 정치단위로 성립하는 시기까지 거슬러 올라갈 필요가 있다. 19세기 남아프리카는 케이프(Cape), 나탈(Natal), 오렌지 자유주(Orange Free State), 트란스발(Transvaal)이라는 네 개 지역으로 구성되어 있었다<sup>287)</sup>. 케이프와 나탈은 영국령 자치식민지로 성립한 지역이었고, 오렌지 자유주와 트란스발은 영국인들이 18세기 말 케이프 지역을 점령하자 이를 피해 내륙으로 이주한 보어(Boer)인들(네덜란드 정착민의 후손)이 자리잡은 곳이었다. 이들 외에 남아프리카 대다수 인구는 원주민들로 구성되어 있었지만, 1860년대 계약노동자로 나탈의 설탕 농장에 대규모로 이주해 온 인도인들, 그밖에 '칼라드(the Coloured)'이라고 불렸던 혼혈유색

---

286) Dyzenhaus, David, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford University Press(2010, 1<sup>st</sup>ed. 1992)

287) 17세기 네덜란드 동인도회사의 케이프 점령 시기부터 영국 정착민들의 유입으로 네 개 지역이 확립되기까지의 과정 및 19세기 각 지역의 정치제도에 대해서는 Heese, Hans Friedrich & Böhnke, Thomas H., "Die Neue Übergangsverfassung der Republik Südafrika Ende der Apartheid - Aufbruch in die Demokratie", *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol.27 No.4(1994), 491-515면, 493-497면 참조.

인들도 주요한 인종적 범주로 분류되었다. 비백인에 대한 차별정책은 남아프리카에서 일반화된 것이었지만 지역적인 차이도 분명 존재하였다. 보어공화국들(오렌지 자유주, 트란스발)이 채택한 인종주의는 근본적으로 배타적인 성격이었던 반면, 케이프에서는 아프리카인, 혼혈인 등에 대한 점진적 동화정책이 채택되었고 부분적으로나마 선거권도 부여되었다<sup>288</sup>).

남아프리카전쟁(1899년~1902년, 보어전쟁)은 영국인들과 '아프리카너(Afrikaner)'들 사이의 점증하던 갈등이 전면적 폭력으로 비화된 사건이었다<sup>289</sup>. 이 전쟁에서 영국이 승리함으로써 아프리카너의 독립공화국은 소멸되었고, 남아프리카는 하나의 정치적 단위로 통합되었다. 1909년 영국 의회에서 통과되고 1910년 5월 31일 시행된 남아프리카법(South Africa Act)은 이러한 내용을 법제화한 것으로서 이후 1956년경까지 큰 변형을 겪지 않은 남아프리카 연방(Union of South Africa) 체제를 탄생시켰다<sup>290</sup>. 백인들만 참여한 국민회의(National Convention)<sup>291</sup>를 통해 성립한 남아프리카법은 10개 장 152개 조항으로 구성된 헌법적 문서였는데<sup>292</sup>, 유럽인의 후손에게만 피선거권을 부여하였고 각 주의 현존하는 선거권은 유지하되 새로운 선거권은 '유럽인의 후손' 즉 백인에게만 부여하였다(제26조 (d), 제44조 (c) 등). 아프리카인들은 1909년 전국원주민회의(South

---

288) Dyzenhaus, 앞의 책(주 286), 34-35면 ; Heese & Böhnke, 앞의 논문(주 287), 496-497면(케이프 1853년 희망봉 헌법 조례는 재산가액을 기준으로 선거권을 부여하였고, 인종이나 피부색은 기준이 아니었다. 반면 나탈은 재산기준에 더하여 읽고 쓸 능력 및 세 명의 백인에 의한 보증을 요구하였기 때문에 실제로는 모든 유권자들이 백인이었다고 한다.).

289) '아프리카너'는 네덜란드계 보어인들이 주축으로 하고 독일과 프랑스계까지 부분적으로 포함하는 백인 이주민들의 후예를 뜻하는 말이다. 김윤진·김광수, 『남아프리카사』 다해(2013), 39-40면.

290) Heese & Böhnke, 앞의 논문(주 287), 498면.

291) 30명의 백인 의원들로 구성되었던 국민회의는 기본적으로 보어전쟁의 승자와 패자들 사이에 이루어진 협상 테이블의 성격을 가지는 것이었다. 영국 의회는 식민지 의회 의원들이 기초하여 식민의회에서 의결된 규정만을 채택하였다. Davenport, T.R.H., *The Birth of New South Africa*, University of Toronto Press(1998), 49면.

292) 각 장의 명칭을 살펴보는 것으로 그 성격을 상당 부분 확인할 수 있다. 서장(제1장), 연합(제2장), 행정부(제3장), 입법부(제4장), 주정부(제5장), 대법원(제6장), 재정과 철도(제7장), 일반규정(제8장), 신규 주와 영토(제9장), 개정절차(제10장). 원문은 위스콘신 대학 인터넷 문서고에서 제공하는 판본을 사용하였다.

([https://media.law.wisc.edu/s/c\\_8/jzhy2/cbsa1.pdf](https://media.law.wisc.edu/s/c_8/jzhy2/cbsa1.pdf), 최종검색일 2022. 5. 31.).

African Native Convention)를 열어 제헌과정에 참여시켜 줄 것을 요구하였으나 이들의 요구는 전적으로 배제되었다<sup>293</sup>). 이를 계기로 1912년 1월 8일 결성되어 이후 이후 비백인 남아프리카인들에게 통합된 리더쉽을 제공하는 단체로 성장하게 된 것이 ANC이다<sup>294</sup>)<sup>295</sup>). ANC는 1943년 12월 16일 완전한 시민권, 토지소유권, 차별입법의 금지 등이 포함된 '아프리카인의 주장(Africans' Claims in South Africa)'을 발표한다<sup>296</sup>). 이는 1941년 대서양 헌장(Atlantic Charter)<sup>297</sup>)에 영향을 받은 것으로서 기본권과 정치적 자치에 대한 최초의 체계적인 요구였다. 젊은 넬슨 만델라와 올리버 탐보(Oliver Tambo), 월터 시술루(Walter Sisulu) 등 훗날의 ANC 지도자들이 참여한 ANC 청년동맹(Youth League)이 출범한 것도 이 무렵이었다<sup>298</sup>).

## 2. 아파르트헤이트 체제의 성립과 그 위기

293) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 240면, 255면.

294) Ebrahim, Hassen, *The Soul of a Nation*, Oxford University Press(1998), 11면. 이 책의 저자는 남아프리카공화국 헌법의회(Constitutional Assembly) 국장으로 활동하였던 법률가이다. 이 문헌은 남아프리카공화국 헌법의 성립과정을 상세히 다루고 있을 뿐만 아니라, 핵심적인 1차 자료의 전문 또는 발췌본을 부록으로 수록하고 있어 중요한 자료로 참고하였다.

295) 1910년대, 1920년대에 부상한 남아프리카 공산당(South African Communist Party, 이하 'SACP')도 1928년 12월 노동자 농민의 정부로 가기 위한 과도기적 단계로 평등한 법적 보호를 인종과 무관하게 제공하는 남아프리카 공화국을 호소하였다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 12면. SACP는 아파르트헤이트 체제에 대한 항쟁에서 지속적으로 ANC와 공동전선을 펼쳤으나, 이 때문에 ANC는 국내·국제정치적으로 난관에 봉착하기도 하였다.

296) '아프리카인의 주장' 원문은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 396면 이하 참조.

297) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 13면. 1941년 프랭클린 D. 루스벨트 대통령과 윈스턴 처칠 수상이 합의한 8개의 원칙으로서 ① 영토 기타 세력확장을 추구하지 않음, ② 국민들이 원치 않는 영토 변경의 금지, ③ 모든 국민이 정부형태를 선택할 권리의 존중과 박탈당한 주권과 자치의 회복, ④ 통상과 자원에 대한 기회균등, ⑤ 경제적 진보와 사회보장을 위한 경제협력, ⑥ 공포와 궁핍으로부터의 자유, ⑦ 공해와 대양에서 자유로운 항해, ⑧ 폭력 사용의 포기를 담고 있었다. 원본의 PDF 파일을 다음 사이트에서 확인할 수 있다. [https://www.fdrlibrary.org/documents/356632/390886/atlantic\\_charter.pdf/30b3c906-e448-4192-8657-7bbb9e0fdd38](https://www.fdrlibrary.org/documents/356632/390886/atlantic_charter.pdf/30b3c906-e448-4192-8657-7bbb9e0fdd38) (최종검색일 2022. 4. 10.).

298) Thompson, Leonard, *A History of South Africa(4th ed.)*, Yale University Press(2014), 263면 ; 만델라, 넬슨(김대중 옮김), 『자유를 향한 머나먼 길』 두레(2006), 149면.

남아프리카 역사에서 1948년 선거는 중대한 분기점이었다. 이 선거에서 아프리카너계 민족주의를 표방하는 국민당(National Party, 이하 'NP')과 그 동조 세력인 아프리카너당이 기존 여당인 통합당(United Party)을 물리치고 집권에 성공하였기 때문이다<sup>299</sup>. 이후 NP 정부는 말란(Dr. D.F. Malan), 스트레이돔(G. Strydom), 페르부르트(Dr. Hendrik Verwoerd) 수상의 주도하에 아파르트헤이트 체제의 법률적 초석을 놓았다. 이 법적 체제는 인종간 '분리발전(separate development)'을 표어로 백인과 다른 인종간 혼인 및 성관계 금지에서부터 남아프리카 내에 협소한 흑인거주지를 설정한 다음 그 바깥 지역에서 활동하는 원주민들에게 '외국인'의 지위를 부여하는 데까지 이르는 포괄적 차별정책을 구현한 것이었다. 아파르트헤이트 체제를 구성한 주요 법률들로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다<sup>300</sup>.

- 1949년 법률 제55호 혼합결혼금지법(Prohibition of Mixed Marriages Act)<sup>301</sup>  
: 백인과 유색인종간 결혼을 금지
- 1950년 법률 제21호 부도덕성법 개정법(Immorality Amendment Act)<sup>302</sup>  
: 백인과 유색인종간 성관계 금지
- 1950년 법률 제41호 집단지역법(Group Areas Act)<sup>303</sup> : 영토내 일정 지

299) 이로써 인구의 12%에 불과한 아프리카너계 백인들이 치밀한 선거전략으로 집권에 성공하였다. 통합당은 도심지역에서 승리한 반면, 국민당은 70석 중 대부분의 의석인 65석을 지방에서 획득하였다. 국민당의 동조세력인 아프리카너당은 이후 국민당으로 흡수되었다. Thompson, 앞의 책(주 298), 186면.

300) 남아프리카의 인종차별체제를 구성하는 주요 법률들은 1913년 토지법(Land Act)으로 거슬러 올라갈 수 있으나, 그 근간을 이루는 법률들이 제정되거나 필요에 맞게 개정되어 본격적인 '아파르트헤이트 체제'를 형성하게 된 것은 NP 집권 이후이다. 그 내용은 상당히 복잡하고, 문헌에 따라 설명 방식이 다양하다. 이하의 개요는 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 302면 이하 ; Sisk, Timothy D., *Democratization in South Africa - The Elusive Social Contract*, Princeton University Press(1995), 58면 이하 및 59면의 Table 2.1을 참조하여 요약·정리한 것이다.

301) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19490708.028.020.055>(최종검색일 2022. 4. 10.).

302) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19500512.028.020.021>(최종검색일 2022. 4. 10.).

303) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19500707.028.020.041>(최종검색일 2022. 4. 10.).



- 역을 인종집단별로 구분하여 보호할 수 있음을 규정<sup>304)</sup>
- 1950년 법률 제44호 공산주의탄압법(Suppression of Communism Act)<sup>305)</sup>  
: 남아프리카 공산당 불법화 및 공산당 조직 결성 금지<sup>306)</sup>
  - 1950년 법률 제30호 인구등록법(Population Registration Act)<sup>307)</sup> : 모든 남아프리카인을 인종 분류에 따라 등록하도록 함
  - 1952년 법률 제67호 통행법(Natives (Abolition of Passes and Co-ordination of Documents) Act)<sup>308)</sup> : 흑인들로 하여금 사진과 출생지, 납세 및 전과 등이 기재된 통행증을 소지하도록 함<sup>309)</sup>
  - 1953년 법률 제49호 시설분리법(Reservation of Separate Amenities Act)<sup>310)</sup> : 인종에 따른 시설물 구분
  - 1953년 법률 제47호 반투교육법(Bantu Education Act)<sup>311)</sup> : 교육의 인종별 분리를 규정<sup>312)</sup>
  - 1959년 법률 제46호 반투자치촉진법(Promotion of Bantu Self-Governing Act)<sup>313)</sup> : 전통적 종족거주지를 8개의 '홈랜드' 또는 '반투스탄'이라는 독립국으로 전환<sup>314)</sup>

---

304) 이로 인해 가령 케이프타운 제6구(District Six)에 거주하던 '칼라드'들은 강제이주되는 운명을 맞았다. 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 305면

305) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19500717.028.020.044>(최종검색일 2022. 4. 10.).

306) 이는 체제에 대한 저항운동을 탄압하는 근거로 활용되었다. 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 310면, 316면.

307) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19500707.028.020.030>(최종검색일 2022. 4. 10.).

308) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19520711.028.020.067>(최종검색일 2022. 4. 10.).

309) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 303면.

310) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19531009.028.020.049>(최종검색일 2022. 4. 10.).

311) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19531009.028.020.047>(최종검색일 2022. 4. 10.).

312) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 308-309면 참조.

313) <https://www.jstor.org/stable/al.sff.document.leg19590619.028.020.046>(최종검색일 2022. 4. 10.).

314) 이는 명목상으로는 흑인의 '자치'를 촉진하기 위한 것이라고 이야기되었지만 실제로는 흑인 원주민들을 그 출신에 따라 각 반투스탄 또는 홈랜드 국적자로 만들어 국토 대부분의 지역에서 '외국인'의 지위를 부여하려는 계획의 일환이었다. 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 301면.

NP 정부가 추진한 변화에 대한 조직적인 반대캠페인도 곧 본격화되었다. 1955년 6월 26일 ANC가 주도하였고 200개 이상 단체 3,000여명이 참여한 인민의회(the Congress of the People)는 남아프리카 헌법사에서 중요한 의미를 가지는 '자유헌장(Freedom Charter)'을 발표한다<sup>315</sup>. 자유헌장은 모든 인종집단에 대한 차별금지와 동등한 권리, 법앞의 평등과 인권, 경자유전 원칙, 노동, 교육, 주거, 안전, 평화에 관한 권리 등 원칙들을 선언한 문서로서 향후 몇세대 동안 이정표가 되는 헌법적 비전으로 기능하게 된다<sup>316</sup>. 1960년 3월 21일 트란스발의 샤프빌(Sharpeville)에서는 경찰이 통행법에 반대하는 시위대에 발포하여 69명이 사망하는 사건이 일어났고 곧 전국에 비상사태가 선포되었다<sup>317</sup>.

한편, 영연방 탈퇴를 추진하던 페르부르트 정부는 1960년 10월 남아프리카 연합이 영연방과 별개의 공화국이 되어야 하는지의 문제에 관하여 백인 유권자를 대상으로 국민투표를 실시하여 과반수(약 52%)의 찬성을 얻었다<sup>318</sup>. 이에 대응하여 1961년 3월 25일 피터마리츠버그(Pietermaritzburg)에서 1,400명의 대표가 참여하는 전아프리카회의(All-In Conference)가 개최되었는데 넬슨 만델라는 여기에서 같은 해 5월 31일까지 모든 인종이 참여하는 제헌의회를 소집할 것을 정부에 요구하였으나 받아들여지지 않았다<sup>319</sup>. 남아프리카연합 의회는 1961년 헌법(Act to Constitute the Republic of South Africa and to Provide for Matters Incidental thereto 32/1961)을 가결하여 "케이프, 나탈, 트란스발, 오렌지 자유주로 구성되는 남아프리카연합은 1961년 5월 31일부터 남아프리카공화국이라는 국

315) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 317면 ; Ebrahim, 앞의 책(주 294), 14면. '자유헌장' 원문은 같은 책 415면 이하에 수록되어 있다.

316) 자유헌장의 기획은 남아프리카공화국 최종헌법에 상당 부분 반영되게 된다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 14면.

317) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 319-322면 ; 만델라, 앞의 책(주 298), 352-353면. 이 시위는 토착 아프리카 흑인을 중심으로 하고 백인과 인도인의 참여를 거부하는 노선의 범아프리카회의(Pan African Congress)가 통행증 반대운동의 일환으로 주도한 것이었다고 한다. 그러나 샤프빌 학살에 대한 항의에는 ANC도 주도적으로 참여하였다.

318) Devenish, GE, "The Republican Constitution of 1961 Revisited: A Re-evaluation after Fifty Years", *Fundamina*, Vol.18 No.1(2012), 1-14면, 3-4면.

319) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 15면. 전아프리카회의 직후 만델라가 페르부르트(Hendrik Verwoerd) 수상에게 보낸 편지는 같은 책 429면 이하에 수록되어 있다.

호 아래 공화국이 될 것임을 선포한다(제1부 제1조)."<sup>320)</sup> 이 헌법은 당해 조항 및 공식언어로 영어와 아프리카스어의 동등한 지위를 규정한 제108조를 제외하고는 - 이 조항들에 대해서는 양원 재적 2/3 이상의 가중다수결이 적용되었다 - 단순 다수결로 헌법규정을 개정하거나 폐지할 수 있도록 한 연성헌법이였다(제118조)<sup>321)</sup>. 1961년의 이 '독립'은 아파르트헤이트 정책이 외부의 간섭 없이 더 독자적으로 추진되는 계기가 되었다<sup>322)</sup>.

1960년에는 ANC와 PAC(Pan African Congress, 이하 'PAC')<sup>323)</sup>를 비롯한 각종 단체들이 불법화되고, 그 직후 ANC의 노선도 비폭력저항에서 무장투쟁을 고려하는 것으로 전환된다. 만델라가 결성한 ANC의 무장투쟁조직 민족의 창(Umkhonto we sizwe, 'MK')이 사보타주 활동을 개시하고, 만델라가 체포되어 종신형을 선고받는 사건도 모두 이 시기, 1960년대 초반에 일어났다<sup>324)</sup>. ANC가 불법화되고 대부분의 지도자들이 수감된 상황에서도 정치적 소요는 가라앉지 않았다. 특히 1976년 6월 소웨토(Soweto)<sup>325)</sup>에서 일어난 학생시위로 150명 이상의 사망자가 발생하면서 남아프리카공화국 정부는 내부에서 뿐만 아니라 국제사회로부터도 변화의 압력을 받게 된다<sup>326)</sup>. 이에 정부는 헌법개발부(Department of Constitutional Development and Planning)를 설치하는 등 국가재조직을 준비하였고 1983년 새 헌법을 도입한다(Republic of South Africa Constitution Act

320) 1961년 헌법 원문은 남아프리카공화국 헌법재판소 인터넷 홈페이지에서 확인할 수 있다(<https://www.concourt.org.za/index.php/constitution/the-text>, 최종검색일 2022. 7. 25.). 1961년 헌법에 의해 국가수장이 영국 군주에서 대통령으로 대체되었으나, 근본적인 통치구조에 있어서 큰 변화는 없었다고 평가된다. Corder, 앞의 글(주 284), 265면.

321) 1961년 헌법의 역사적 배경과 채택과정, 헌정현실 전반에 대하여는 Devenish, 앞의 글(주 318) 참조.

322) 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 300면.

323) 위 주 317 참조.

324) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 17면 ; 만델라, 앞의 책(주 298), 453-549면(제7부). 만델라는 1962년 10월 파업선동, 불법출국 등으로 징역 5년을 선고받아 복역하던 중 사보타주와 게릴라전을 벌이기 위해 인원을 모집한 혐의 등으로 기소되어 1964년 6월 종신형을 선고받았다(이른바, '리보니아 재판').

325) 남서흑인거주지(South Western Township)의 약어로 요하네스버그 최대의 흑인거주지를 뜻하는 말이다. 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 305면.

326) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 17-18면 ; South African History Online 웹사이트(<https://www.sahistory.org.za/article/june-16-soweto-youth-uprising>, 최종검색일 2021. 2. 5.)도 참조.

110/1983)<sup>327</sup>. 부분적 개혁과 부분적 억압을 목표로 한 이 헌법의 핵심적 요소는 인종별로 배분된 삼원제 의회(Tricameral Parliament)였다(제37조). 즉, 백인의회의 외에 혼혈계와 인도계를 대표하는 별도의 두 의회를 설하여 주거, 교육 등 각 인종집단의 문제('Own Affairs', 제14조)를 스스로 처리하되 남아프리카 전체에 관한 일반적 문제('General affairs', 제15조)에 관해서는 세 의회가 공동으로 처리하도록 한 것이었다<sup>328</sup>. 그러나 백인원, 혼혈인원, 인도인원의 의원수 비율이 4:2:1이었기 때문에 공동의 문제에 관해서는 백인원의 의견이 절대적인 비중을 차지할 수밖에 없었다<sup>329</sup>. 반면, 흑인들은 출신 종족을 기초로 하여 지역별로 정교하게 설치된 '반투스탄(Bantustan) 또는 홈랜드(homeland)'에 귀속됨으로써 사실상 모든 정치참여로부터 배제되었다<sup>330</sup>. 이러한 헌법개혁은 상황을 개선시키는 것과 거리가 멀었고, 1985년 이후 테러와 무력충돌이 견잡을 수 없이 증대되는 결과를 막지 못하였다<sup>331</sup>. 정부가 1985년 7월 선포한 긴급상태는 연단위로 갱신되면서 1989년까지 지속되었는데, 1986년 이후 무력충돌이 연간 250회에서 300

327) 1983년 헌법 전반에 대해서는 Du Toit, Pierre & Heymans, Chris, "The 1983 Constitution of South Africa - Towards Democracy or Not?", *December*, Vol.12 No.2(1985), 79-85면 ; Barber, James, "White South Africa - Into the Political Unknown", *The World Today*(Dec. 1983), 490-499면 참조.

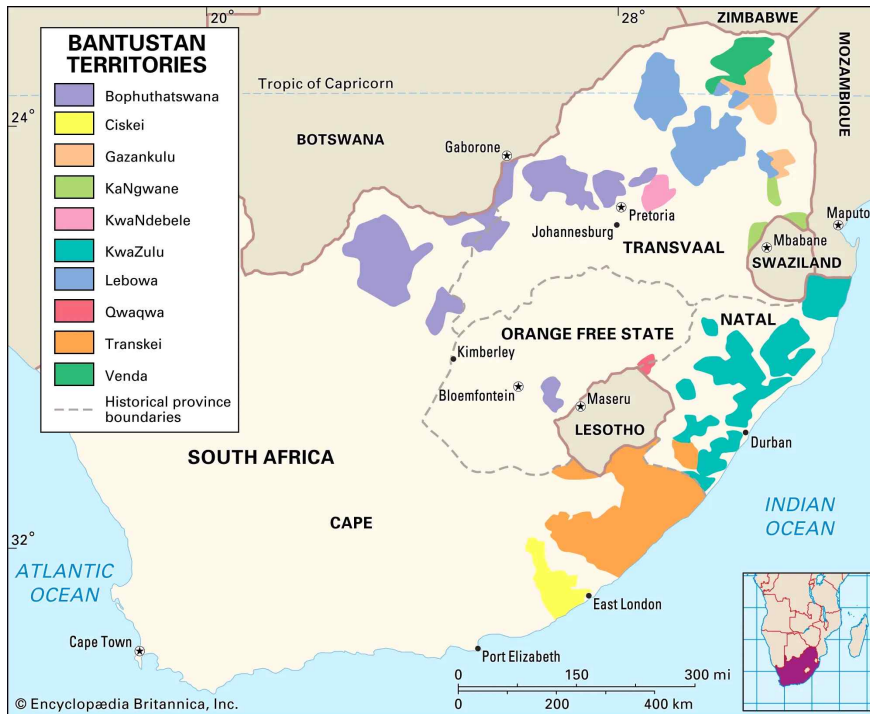
원문은 <https://www.gov.za/documents/constitution/republic-south-africa-constitution-act-110-1983#>(최종검색일 2022. 4. 12.)에서 확인할 수 있다.

328) Corder, 앞의 글(주 284), 265면. 제14조 제1항은 각 집단이 정체성을 유지하고 고유한 삶의 방식, 문화, 전통, 관습을 지탱하는데 관련된 문제를 고유한 문제로 정의하였고, 제15조는 그렇지 않은 모든 문제('Matters which are not own affairs of a population group in terms of section 14')를 일반적 문제로 정의하였다.

329) 백인원인 The House of Assembly는 178명(제41조), 혼혈인원인 The House of Representatives는 85명(제42조), 인도인원인 The House of Delegates는 45명(제43조)으로 구성되어 있었다. 대통령은 세 의회에서 각기 선출한 선거인단에 의해 간선되는 체제를 취하고 있었다. Fournier, Théo, *The Constitutional Legitimation of Authoritarian Regimes - A Comparative Analysis of Apartheid South Africa and Communist Hungary* (2020). *EUI Department of Law Research Paper*, No. 2020/03(available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3584434> 최종검색일 2022. 5. 31.), 12면 이하.

330) 이는 1971년 반투 홈랜드법(Bantu Homelands Constitution Act)로 본격화되어 10개 반투스탄을 성립시켰다. 그 중 트란스케이(Transkei)는 1976년, 보푸타츠와나(Bophuthatswana)는 77년, 벤다(Venda)는 79년, 시스케이(Ciskei)는 81년 각 독립국 지위를 부여받았다. 즉, 흑인들은 위와 같이 소속이 정해진 '반투'의 국적을 가지게 되어 대다수 남아프리카공화국 영토 내에서 외국인의 지위를 가지게 된 것이다. Corder, 앞의 글(주 284), 265-266면 ; 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 327면 이하 참조. 반투스탄의 지역적 구성은 다음 그림과 같다.

회에 달할 정도였던 것으로 보고된다<sup>332</sup>). 협상을 통한 평화적 체제전환의 가능성이 모색되기 시작한 것은 이와 같이 상시화된 준내전적 상황에서였다<sup>333</sup>).



[<https://www.britannica.com/topic/Bantustan>]

331) 이러한 사태는 국제관계에도 영향을 미쳤다. 가령 1985년 10월 영연방 회의에서 남아프리카공화국에 대한 제재안이 논의되었고, 그 결과 아파르트헤이트 체제의 종식에 제재가 도움이 되는지 여부를 조사할 조사단이 파견되었다. 그러나 내각과 조사단이 만나기로 되어 있던 날 해외 ANC 지부에 대한 정부 측 공격이 시행되었고, 이에 대한 국내적 저항이 초래되었다. 이에 조사단은 그 즉시 남아프리카공화국을 떠났고, 보타(Pieter Willem Botha) 대통령 정부에 대한 국제사회의 압력은 강도를 더해갔다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 30면.

332) Dyzenhaus, 앞의 책(주 286), 40면 ; Ebrahim, 앞의 책(주 294), 19면.

333) 1980년대 후반의 법적 상황에 관하여 자세히 논하고 있는 문헌으로는 Budlender, Geoff, "Law and Lawlessness in South Africa", *South African Journal of Human Rights*, Vol.4 No.2(1988), 139-152면. 1980년대 남아프리카공화국 법률가들이 국가긴급조치를 상대로 벌인 법정투쟁과 그 상세한 배경에 대하여는 Ellman, Stephen J., *In a Time of Trouble - Law and Liberty in South Africa's State of Emergency*, Oxford University Press(1992) 참조.

## II. 체제전환 협상의 과정

### 1. 협상조건의 조성

만델라는 1985년 옥중에서 확산일로에 있던 폭력사태에 대한 우려를 표명하며 정부 측에 면담을 요청하였다. 이에 응하여 협상가능성을 타진하기 위한 정부 측 노력은 1985년 11월 법무부장관 코비 코에체(Kobie Coetsee)가 수술을 위해 병원으로 이송되어 있던 만델라를 방문하는 것으로 시작되었다<sup>334</sup>. 만델라는 코에체와 비밀리에 회담을 계속 이어가던 중 1988년 5월 코에체를 포함하는 정부인사 비밀운영단과 정식회합을 가졌고<sup>335</sup>, 1989년 7월 5일에는 보타(P. W. Botha) 대통령과 만남을 가졌다<sup>336</sup>. 1989년 8월 보타 대통령이 사임하고 같은 해 2월부터 국민당 당수직에 있던 데 클레르크(De Klerk)가 대통령 직무대리에 취임하였으나, 그는 취임연설에서 평화를 지향하는 어떤 단체와도 협상할 것이라고 밝혔고 그에 따라 비밀회담은 데 클레르크 정부하에서도 계속되었다<sup>337</sup>.

한편, 아프리카 단결기구(Organization of African Unity) 산하 남아프리카공화국 문제에 관한 특별위원회는 1989년 8월 21일 짐바브웨 하라레(Harare)에서 올리버 탐보의 망명 ANC 주도하에 협상의 조건을 명시하는 일련의 원칙들을 발표하였다<sup>338</sup>. '하라레 선언'으로 불린 이 원칙들에는 모든 정치범의

---

334) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 30-31면 ; Sparks, Allister, *Tomorrow is Another Country*, The University of Chicago Press(1996), 21면 이하(남아프리카공화국의 언론인으로 체제전환 과정의 안팎을 가까이에서 지켜본 저자는 이 과정을 상세히 소개하고 있다).

335) 이러한 비밀회담은 이후 수년 동안 모두 47회에 걸쳐 이루어졌다. Sparks, 앞의 책(주 334), 36면.

336) 만델라, 앞의 책(주 298), 782-783면.

337) 만델라, 앞의 책(주 298), 784면.

338) 아프리카 단결기구는 아프리카 정부들이 결성한 국제기구였다. 1960년 이후 불법화된 ANC는 당시 해외에 본거지를 둔 일종의 망명정부로서 역할을 하며 무장투쟁에 관여하고 있었다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 34면 ; 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 376면. 이러한 이유로 1980년대 남아프리카공화국 국내에서는 불법화된 ANC를 대신하여 통합민주전선(United Democratic Front, 이하 'UDF')이 형성되어 저항의 중심으로 자리잡았다. Crais, Clifton & McClendon, Thomas V.(eds.), *The South Africa Reader - History, Culture, Politics* -, Duke University Press(2014), 384면.

무조건적인 석방(제19조 제1항), 활동이 금지 또는 제한 조직과 인물들 자유화(같은 조 제2항), 긴급상태 종료와 정치활동을 금지하는 입법의 폐지(같은 조 제4항) 등이 포함되어 있었다. 또한, 여기서 명시된 원칙에 입각해 새 헌법 제정에 필요한 절차들을 협상하고(제21조 제2항, 제3항) 이 과정을 감독할 과도정부를 수립할 것을 요구하는 내용도 있었다(제4항)<sup>339</sup>. 체제전환을 위한 협상조건과 과정에 대한 ANC의 원칙들이 상세히 명시되었다는 점에서 이 선언은 중요한 의미를 가진다. 만델라는 1989년 12월 테 클레르크와 만난 자리에서 '정부가 스스로 만든 협상에 대한 방해물을 제거할 책임은 정부에 있다는 원칙'을 견지하며 하라레 원칙을 전적으로 지지함을 밝혔다<sup>340</sup>.

1990년 2월 2일 테 클레르크 대통령은 1989년 9월 총선으로 새롭게 구성된 의회에서 역사적인 연설을 한다. ANC, PAC 등 정치조직에 대한 금지의 해제, 정치범 석방, 사형제도 재검토, 긴급사태의 완화를 공식화한 것이다. 이는 '거의 단 한번의 행동으로 남아프리카 상황을 정상화시킨' 것으로 평가받았다<sup>341</sup>. 그로부터 9일 후인 2월 11일 넬슨 만델라가 석방되었고, 정부와 ANC는 1990년 5월 초순 이른바 '회담에 관한 회담(talks about talks)'을 시작하였다. 그 첫 번째 결과물은 석방 대상인 정치범의 의미에 대해 규정하고 폭력사태의 해결과 평화적인 협상절차에 헌신하기로 합의한 흐로테스휘르 각서(Groote Schnuur Minute)였다<sup>342</sup>. 정부는 그 직후 나탈 지역을 제외한 전역에서 비상계엄을 해제함으로써 평화적 협상의 시도를 공식화하였다<sup>343</sup>. 1990년 8월 6일에는 ANC가 무장투쟁 중단에 합의하고 정치범의 석방 일정을 조율하는 내용의 프리토리아 조약(The Pretoria Minute)이 체결되었고<sup>344</sup>, 1991년 2월 12일에는 프리토리아 협약에 근거하여 즉각 모든 무장투쟁을 중단하기로 하는 말란 협약(D.F. Malan Accord)이 체결되었다<sup>345</sup>. 이로써 하라레 선언에서 확립된 협상의 조건은 거의 대부분 성취

339) 하라레 선언의 주요 부분에 대한 발췌본은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 451면 이하 참조.

340) 만델라, 앞의 책(주 298), 788면.

341) 만델라, 앞의 책(주 298), 791면.

342) 원문은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 483면 이하.

343) 만델라, 앞의 책(주 298), 827면.

344) 원문은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 485면 이하.

된 셈이었다. 그러나 이 과정은 여러 차례 작지 않은 규모의 폭력적 충돌로 중단되거나 지연되었음을 상기할 필요가 있다. 1990년 한 해 동안 3,000명 이상이 정치적 폭력으로 사망했고, 그중에는 1990년 7월 22일 인카타 자유당(Inkatha Freedom Party, 이하 'IFP')에 의한 테러로 30명 이상이 사망하는 사건이 포함되어 있었다<sup>346)</sup>. 남아프리카공화국의 체제전환과정에서 나타난 폭력의 빈도와 심각성은 스페인 또는 헝가리의 경우에 비교해 두드러진다. 이러한 점에서 다자간 협상은 체제전환 뿐만 아니라 종전(終戰)을 위한 협상의 성격도 겸하고 있었던 것으로 평가하는 것이 가능하다고 하겠다<sup>347)</sup>.

같은 시기 양 측의 헌법안 준비도 시작되었다. NP 정부는 인종주의와 아파르트헤이트로 회귀하지 않을 것이라고 공언하며 상징적 지위로 제한된 대통령과 다수당 중심으로 구성된 내각, 양원제 등을 포함하는 헌법안을 준비하였는 바, 여기에는 특히 지역 정부의 권한 강화를 통해서 인종적 소수자인 백인들을 보호하려는 기획이 담겨 있었다<sup>348)</sup>. 정부 쪽 구상은 먼저 헌법적 보장을 확보한 후 선거를 통해 새 정부를 구성하자는 것이었던 반면, ANC는 헌법제정 전에 우선 1인 1표제하의 보통·평등 선거를 통해 제헌의회를 구성해야 한다고 주장하였고, 선거 및 헌법제정과정을 감독하기 위한 과도정부 체제를 제안하였다<sup>349)</sup>. NP는 법적 불연속과 단절이 무정부상태를 초래할 것이라는 우려를 표명하면서 정부와 의회가 보유한 합법적 권한을 활용할 것을 주장하였던 반면, ANC는 자신들의 도덕적 권위를 기초로 혁명적 변화의 경로를 주장하였던 것이다<sup>350)</sup><sup>351)</sup>. 이어지는

345) 원문은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 493면 이하.

346) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 63면. 만델라는 이러한 사건들에 비추어 협상을 방해하려는 '제3세력'이 있다고 보고 있었다. 만델라, 앞의 책(주 298), 839면. 인카타 자유당(Inkatha Freedom Party, IFP)은 줄루족 추장 망고수투 부텔레지(Mangosuthu Gatsha Buthelezi)를 지도자로 하는 정치조직으로 연방체제를 주창하는 등 여러 쟁점에서 ANC와 대립하였다. 김윤진·김광수, 앞의 책(주 289), 377면 이하.

347) Ackerman, 앞의 책(주 285), 98면.

348) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 64-65면.

349) Ebrahim, Hassen & Miller, Laurel E., "Creating the Birth Certificate of a New South Africa - Constitution Making after Apartheid" in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 111-157면.

350) Davenport, 앞의 책(주 291), 51-52면.

351) 이와 관련하여 ANC 내부의 사전 논의가 있었던 점이 주목된다. 망명 ANC는 이미



다자간 협상은 양 쪽의 이러한 입장차를 조율하고 수렴시키는 과정이 될 것이었다.

## 2. 다자간 협상과정의 전개(CODESA, MPNF)

### (1) CODESA I, II

남아프리카의 주요 정치세력들의 협상테이블을 마련하려는 시도는 민주적 남아프리카를 위한 회의(Convention for a Democratic South Africa, 이하 'CODESA')로 첫 번째 결실을 맺는다. 19개 단체 및 정부가 참여한 CODESA는 1991년 12월 20일 제1차 전체회의를 개최하였다('CODESA I'). "1909년 이후 가장 중요한 헌법제정회의(Constitutional Convention)"<sup>352</sup>라고 일컫어진 CODESA는 헌법의 일반적 원칙들, 헌법제정기관과 헌법제정절차, 과도정부의 구성여부 및 방법 등을 핵심적 의제로 합의하였고<sup>353</sup>, 전체회의 산하에 운영위원회와 비서실, 5개의 실무위원회를 두어 협상을 진행하되 1992년 3월 예정된 2차 본회의에 결과를 보고하기로 하였다<sup>354</sup>. 5개의 실무위원회는 순서대로 1) 자유롭고 공정한 선거의 조건 창출, 2) 최종헌법의 채택을 담당할 헌법제정기관과 헌법적 원칙들, 3) 과도정부의 구성과 권한<sup>355</sup>, 4) 반투스탄(홈랜드)의 재통합 문제, 5) 체제전환의 일정 문제를 담당하였다. 12월 21일 CODESA는 '남아프리카 전역에 주권적 권위를 행사하는 통일된 민주적, 비인종주의적, 비성차별적 국가를 건설할 것을 보장하고, 다당제와 비례대표에 기초한 정기적 보통·평등선거, 입법, 행정, 사법간의 권력분립, 인권보장을 포함하는 헌법을 기초하는 절차를 시작'하고, '남아프리카공화국 정부가 CODESA에서 합의된 사항을 입법으로 전환할 수 있도록 하는 절차'

---

1986년 잭 시몬스(Jack Simmons)를 위원장으로 하는 헌법기초위원회를 설립한 바 있었다. 그러나 시몬스는 자유롭고 민주적인 헌법질서가 처음 고려되고 있는 당시 시점에서 대중적 기반 없이 선불리 헌법을 기초하는 것은 시기상조라는 의견을 제시하였다. 이때 위원회에서 핵심적 역할을 한 인물 중 하나가 훗날 남아프리카공화국 헌법재판소 재판관이 되는 알비 삭스(Albie Sachs)였다. Ackerman, 앞의 책(주 285), 87-88면.

352) 만델라, 앞의 책(주 298), 850면.

353) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 98면.

354) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 103-104, 112면 참조.

355) NP는 최초 입장을 바꾸어 과도정부 수립을 받아들이기로 하였는데 여기에는 1991년 10월 더반(Durban)에서 결성된 92개 조직의 반아파르트헤이트 연합체인 애국전선(Patrotic Front)의 요구가 중요하게 작용하였다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 93-96면.

를 수립하는데 동의하는 등의 내용이 포함된 선언문을 발표한다<sup>356)</sup>.

실무위원회들이 1992년 1월부터 논의를 진행하고 있던 중 데 클레르크 정부는 3월 17일 백인 유권자를 대상으로 ANC 측과의 협상과 헌법개혁에 관한 국민투표를 실시하기로 밝혔고, 국민투표 결과 압도적 지지를 받았다<sup>357)</sup>. 그러나 같은 시기 진행되고 있던 실무위원회 차원의 협상은 쉽사리 진전되지 않았다. 연기를 거쳐 1992년 5월 15일로 정해진 제2차 본회의(CODESA II) 일주일 전까지 양측의 입장은 몇 가지로 좁혀졌다. 첫째, ANC는 최종헌법을 제정하는 기관이 단원제일 것을 요구하였던 반면, NP는 상원을 둘 것을 주장하였다. 둘째, 최종헌법을 채택하는 데 있어 의결정족수에 관한 대립이 좁혀지지 않았다. ANC는 2/3 이상을 주장한 반면, NP는 3/4 이상을 주장하였기 때문이다. 셋째, 지방정부의 권한이 과도헌법에 규정되어야 할 것인지에 대해서도 견해차가 좁혀지지 않았다<sup>358)</sup>. 논의가 진전됨에 따라 지방정부 문제와 과도의회에 상원을 설치하는 문제에 대해서는 합의가 이루어졌으나, 제2실무위원회의 소관이었던 최종헌법 채택을 위한 의결정족수에 관한 대립은 끝내 좁혀지지 않았다. 양 측은 헌법안 의결정족수를 헌법제정의회 의원의 70%로 하되 권리장전 부분에 대해서는 75%로 하는 데까지 합의를 이루었다. 그러나 NP는 헌법개정에 대해서도 재적 3/4 이상의 찬성을 요하도록 하고 상원이 동등한 입법권을 가질 것을 주장하였고, 이에 ANC가 헌법안 채택에 필요한 70% 이상의 찬성이 없으면 6개월 후 헌법안을 국민투표에 부의하자는 안으로 맞서면서 결국 합의는 결렬되고 말았다<sup>359)</sup>.

여기서 의결정족수 문제가 그토록 중요했던 사정을 이해하는 것은 중대한 의미가 있다. NP 측은 소수백인의 권리 보장을 위해 거부권을 행사할 수 있는 합의안을 원했고 제한의회가 지나치게 강력해지는 것을 우려하였던 반면,

---

356) 원문은 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 529면 이하. 선언문에는 의결절차 문제로 서명을 거부한 단체들을 제외한 16개 단체(ANC와 NP가 포함)가 서명하였다.

357) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 109-110면. Crais & McClendon(eds.), 앞의 책(주 338), 465면 이하에는 국민투표 결과를 환영하는 데 클레르크 대통령의 연설이 수록되어 있다("우리의 미래는 진정으로 평화를 원하는 이들을 모아내고 국민을 급진주의에 반대하는 압도적 다수로 형성해 내는데 달려 있습니다").

358) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 125-126면.

359) Davenport, 앞의 책(주 291), 13면.

ANC는 연이은 NP의 거부권 행사로 과도헌법적 상태가 영구화되는 것을 우려하였던 것이다. 이는 앞 절에서 본 - 명시적으로 잠정적인 헌법임을 표방한 1989년 헌법이 수차례 헌법개정을 거친 채로 지속되며 최종헌법 도입의 시도가 좌절되었던 - 헝가리의 사례와 정확히 일치하는 상황에 대한 염려라고 할 수 있다.

결국 CODESA II는 유의미한 합의에 이르지 못한 채 종료되었고, 폭력 사태의 존속 속에서 헌법제정과정은 시일을 더 기다려야 했다<sup>360</sup>.

## (2) 다자간 협상 포럼(MPNF)

총파업과 정부의 무력진압 위협이 맞서는 긴장된 상황 속에서 ANC와 NP정부는 양자간 대화채널을 재개하였고, 1992년 9월 26일 만델라와 데 클레르크는 대화 재개에 합의하는 내용의 이해문서(Record of Understanding)를 채택하였다<sup>361</sup>. 그 주요 내용으로서 이후 실제 헌법적 이행과정에 반영된 것들로는 다음과 같은 것들을 들 수 있다<sup>362</sup>.

정부와 ANC는 민주적 제헌의회/ 헌법제정기관의 필요성이 인정되며, 그러한 기관이 민주적이기 위해서는

- 민주적으로 선출되어야 하고,
- 단원체로서 새로운 헌법을 기초하고 채택해야 하며,
- 합의된 헌법원칙들에만 기속되어야 하고,
- 확정된 시간표와 일정을 가져야 하며,
- 교착상태를 돌파할 수 있는 적절한 기제를 가지고 있어야 하고,
- 민주적으로 즉, 합의된 다수결을 통해 민주적으로 의사결정에 도달하고 합의된 일정에 따라 선출되어야 한다. (중략)

---

360) CODESA II가 종결되기 전인 1992년 6월 17일 보이파통에서 46명이 살해당하는 습격사건이 발생하였는데 그 주모자가 인카타 자유당과 NP 정부라는 의혹이 제기되었다. 이는 CODESA II의 실패에 일정한 영향을 준 것으로 보인다. Crais & McClendon(eds.), 앞의 책(주 338), 467면 ; 만델라, 앞의 책(주 298), 863-865면.

361) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 140면.

362) 원문은 Crais & McClendon(eds.), 앞의 책(주 338), 467-468면 ; Ebrahim, 앞의 책(주 294), 588면 이하. 이해문서의 중요성에 대해서는 만델라, 앞의 책(주 298), 866면 이하도 참조.

정부와 ANC는 과도기에 헌법적 연속성이 존재해야 하며, 헌법적 단절(hiatus)이 있어서는 안된다. 이러한 원칙에 따라

- 헌법제정기관/제한의회는 과도(interim/transitional) 의회로 기능해야 하고,
- 과도적 국민통합정부(interim/transitional government of national unity)가 있어야 하며,
- 헌법제정기관/제한의회는 과도의회 및 과도 국민통합정부와 함께 과도기 동안 헌법적 틀/과도헌법에 의하여 기능하여야 하는바, 그 헌법적 틀/과도헌법은 중앙정부와 지방정부를 설립해야 하고 소구가능한 기본적 권리와 자유를 구현해야 한다. (후략)

1993년 1월 20일부터 2월 2일 사이 양측은 추가적인 합의에 도달하였는데 여기에는 대통령 1명만을 두기로 하는 내용(NP는 공동대통령안을 주장하였다), 선거에서 5% 이상 지지를 받은 정당들이 모두 참여하는 국민통합정부가 최소 5년간 지속되도록 하는 내용, 최종헌법 채택 후 다시 선거 또는 국민투표를 치르기로 하는 내용, 지방자치단체의 권한, 기능, 경계를 다자간 협상포럼에 맡기기로 하는 내용이 포함되었다<sup>363</sup>). 이어서 1993년 3월에는 같은 해 4월 1일 요하네스버그 캠튼파크(Kempton Park)에서 다자간 협상 포럼(Multi-Party Negotiatig Forum/Process, 이하 'MPNF')이 개최되어 협상이 재개될 것임이 선언되었다<sup>364</sup>). 26개 정당이 참여한 MPNF는 10인으로 구성된 기획위원회를 설치하였고, CODESA처럼 개별 실무위원회를 두는 대신 정파별로 4명의 위원과 2명의 고문을 파견할 수 있도록 한 하나의 협상위원회에서 주된 협상작업이 이루어지도록 하되 위원회에서 합의된 안은 정파별로 10명의 위원으로 구성된 전원위원회에서 의결하도록 하였다<sup>365</sup>). 이는 CODESA의 의사결정구조를 보완, 개선한 것으로서 보다 나은 결과를 가져오는 데

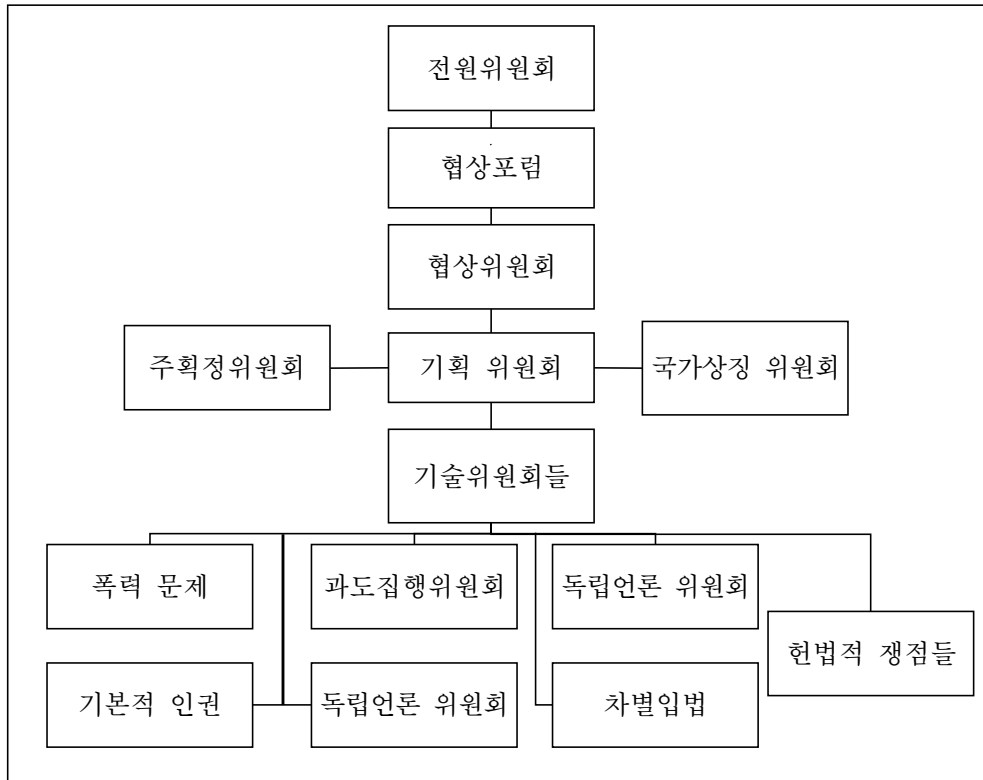
---

363) 이는 헌법제정기관이 합의된 헌법원칙안에만 기속되는데 합의한 것으로서 당초 지방자치단체의 권한 등을 정해 두려던 NP 측의 양보에 기한 것이었다. Ebrahim, 앞의 책(주 294), 147면.

364) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 150면.

365) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 152면.

기여하였다고 평가된다<sup>366</sup>). MPNF의 구조를 도식화하면 다음 [그림 1]과 같다<sup>367</sup>).



[그림 1] MPNF의 구조

MPNF의 구조하에서 논의는 급격히 진전되는 것으로 보였으나 4월 10일 ANC의 주요 지도자 중 하나인 크리스 하니(Chris Hani)가 암살되면서 중대한 위기가 도래하였다<sup>368</sup>). 그러나 만델라의 노력 끝에 협상당사자들은 자유선거 일정과 다자간 협상의 종결일, 그리고 과도행정위원회의 설립 등 주요 협상 내용에 도달하는데 박차를 가하기로 한다<sup>369</sup>). 이에 따라 1993년 6월 3일 의원 400명을 선출하기로 하는 선거일자가 1994년 4월 27일로 합의되었다. MPNF는 같은 연말 의회 회기가 종료되기 전까지 헌법초안을 만들고자 노력을 기울였고, 결국 11월

366) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 119면.

367) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 152면.

368) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 120면 ; 만델라, 앞의 책(주 298), 868면 이하.

369) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 120면.

16일 만델라와 데클레르크가 만난 자리에서 최종 협상이 타결되었다<sup>370</sup>). 11월 18일 MPNF 전체위원회는 최종적인 과도헌법안과 선거법안을 의결하고, 협상위원회로 하여금 기술적 부분을 보완해 안을 완성한 다음 의회에 송부할 것을 명하였다<sup>371</sup>).

아파르트헤이트 헌법체제의 마지막 의회는 1993년 12월 22일 시행일을 최초 선거일인 1994년 4월 27일로 하는 과도헌법안에 대해 최종심의를 진행하였고 찬성 237, 반대 45로 이를 의결하였다<sup>372</sup>). 1976년 스페인 의회, 1989년 헝가리 의회와 마찬가지로 남아프리카공화국 아파르트헤이트 의회도 스스로의 소멸에 표결하는 '자살적' 결단을 한 것이다<sup>373</sup>). 12월 22일부터 이듬해 4월 27일로 예정된 선거일까지는 각 정당에서 선출한 과도집행위원회(Transitional Executive Council)가 과도정부 역할을 하게 되었고, 독립적인 선거관리위원회(Independent Election Commission)가 선거관리를 맡기로 하였다.

### Ⅲ. 과도헌법 체제의 개요

#### 1. 과도헌법의 내용과 과도헌법 체제의 성립

"... 선출된 헌법의회가 최종헌법을 기초하는 동안 남아프리카공화국의 국민통합, 재구조화와 통치의 지속의 증진을 위한 규정들이 그러한 목적을 위해 필수적이므로 다음과 같은 규정들을 남아프리카공화국 헌법으로 채택한다."<sup>374</sup>)

"이 헌법은 불화, 갈등, 침묵에 묻힌 고통과 불의의 과거와 피부색, 인종, 계급, 신앙 또는 성별을 불문하는 모든 남아프리카공화국인을 위한 인권,

370) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 169면.

371) Ebrahim, 앞의 책(주 294), 170면.

372) Noble, Kenneth B., "South African Parliament Adopts New Constitution", *New York Times*, Dec. 23, 1993.

373) 스페인 구의회에 대하여는 제1절 II.2., 헝가리 구의회에 대하여는 제2절 II.1.(2) 참조.

374) 1993년 헌법 전문(前文) 중.

민주주의, 평화적 공존과 발전의 기회 사이의 역사적 교량(橋梁)을 제공한다."<sup>375)</sup>

1993년 12월 의결되어 1994년 1월 25일 공화국 대통령에 의해 승인되고 1월 28일 공포된 1994년 시행된 이 헌법(Constitution of the Republic of South Africa Act 200 of 1993)은 위 인용문에서 알 수 있듯이 - 헝가리 1989년 헌법과 마찬가지로 - 과도헌법(interim constitution) 또는 이행헌법(transitional constitution)임을 명시적으로 표방하는 문서였다<sup>376)</sup>. 과도헌법은 극심한 정치적 압력 속에서 성립하였음은 앞서 본 바와 같다. ANC와 IFP의 무력충돌, 총파업, 암살 등이 벌어지는 상황에서 헌법제정과정의 당사자들은 우선적으로 좁힐 수 있는 사항들에 관하여 합의하고 세밀한 쟁점사항에 대한 최종결정은 뒤로 미뤄야 했다<sup>377)</sup>. 따라서 어떤 움직일 수 없는 합의의 기정사실화가 필요했지만 잠정적 성격의 규범과 영구적 성격의 규범이 어떤 관계를 가져야 할 것인지에 대해 양측의 이해관계는 일치하지 않았다. ANC는 보통·평등선거에서 승리를 확실시하였으므로 제헌의회가 기초하는 최종헌법 단계에서 많은 사항이 결정되는 것이 유리하였던 반면, NP 측에서는 아직 협상력을 보유한 잠정헌법 단계에서 소수백인들의 권리 특히 재산권을 보장하기 위한 장치들을 확보하는 것이 중요하였기 때문이다<sup>378)</sup>. 이러한 고려사항이 종합적으로 반영된 과도헌법은 여러 가지 면에서 특이한 성격의 문서로서 "정치적으로 문제적일 뿐만 아니라 법적으로도 착란을 일으키는(politically problematic and legally mind-bending)"<sup>379)</sup> 것이었다. 그 이유는 곧 살펴볼 최종헌법의 채택절차에서 가장 잘 드러날 것이다.

과도헌법은 전문과 15개장, 7개의 별표(Schedule)로 구성되어 있었다. 제

---

375) 1993년 헌법 후문(後文) '국민통합과 화해(National Unity and Reconciliation)' 중.

376) 원문은 남아프리카공화국 정부제공본(<https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-act-200-1993>)과 관보게재본(<https://discover.sabinet.co.za/document/GGD117362>)을 참조하였다(최종검색일 2022. 3. 27.).

377) 이러한 잠정문서의 합의는 ANC와 NP가 모두 정치적 입지를 굳히는데 큰 역할을 했다. 이에 대해서는 Ackerman, 앞의 책(주 285), 98-99면.

378) Ackerman, 앞의 책(주 285), 96면.

379) Ackerman, 앞의 책(주 285), 97면.

1장(형식적 규정과 구성적 규정)은 헌법의 최고규범성을 천명하고 중앙 및 지방의 입법, 사법, 행정기관을 모두 기속함을 명시하였고(제4조), 11개 언어가 남아프리카공화국에서 공식언어로서의 지위를 가짐을 규정하였다(제3조). 제2장(시민권과 선거권)은 시민권에 대해 규정하고(제5조), 18세 이상의 시민권자는 모두 선거권을 가진다고 하였다(제6조). 이 규정이 남아프리카공화국 사회에서 가졌던 혁명적 의미를 짐작하기란 어렵지 않다. 제2장(기본권)은 상당히 정교한 기본권 규정을 담고 있었다<sup>380</sup>). 기본권 목록에는 평등권(제8조), 생명권(제9조), 인간 존엄성(제10조) 외에도 환경권(제29조), 아동의 권리(제30조), 교육에 관한 권리(제32조) 등이 상세히 포함되어 있으며 법원이 법률의 해석 및 보통법과 관습법의 적용과 형성에 있어서 기본권 규정을 존중하여야 함을 명시하고 있다(제35조 제3항)<sup>381</sup>). 과도헌법 단계에서 이 정도로 상세한 기본권 규정이 마련된 것에는 1943년 아프리카인들의 주장, 1955년 자유헌장 등 ANC 저항운동의 전통이 있었기 때문인 것으로 평가할 수 있다<sup>382</sup>).

제4장(의회)는 비례대표제(1/2은 전국구, 1/2는 권역별)에 의해 선출되는 국민의회(400명)와 지역 대표로 구성되는 상원(90명)으로 구성되었고(제36조, 제40조, 제48조), 과도헌법의 개정을 위해서는 양원 합동원 2/3 이상의 찬성을 요하되, 주의 권한 문제에 관해서는 상, 하원 각 2/3 이상의 찬성을 요하도록 하였다(제62조). 국민통합정부에 관한 제6장(행정부)은 국민의회가 그 의원 중에서 국가수장 및 행정부수반인 대통령을 선출하고, 자신이 임명하는 내각의 심의를 거쳐 결정을 내리도록 하였다(제75조 내지 제77조). 또한, 국민의회에서 20석 이상을 얻은 정당은 의석수에 비례하여 내각에 참여할 권한을 지니며, 80석 이상을 얻은 정당은 부통령을 지명할 권한을 가지도록 하였다(제82조, 제84조, 제88조). 의회가 대통령을 포함하는 내각에 대하여 불신임 의결을 하는 경우 대통령은 의회를

380) MPNF에서 기본권 규정의 기초에는 헌법재판소 재판관이 되는 알비 삭스(Albie Sachs)가 주도적인 역할을 한 것으로 알려져 있다. Ackerman, 앞의 책(주 285), 97면.

381) 이 기본권 규정의 의미에 관한 보다 상세한 설명으로는 Corder, Hugh, "Towards a South African Constitution", *The Modern Law Review*, Vol.57 No.4(1994), 491-533면, 512면 이하 참조.

382) Klug, Heinz, *The Constitution of South Africa - A Contextual Analysis*, Hart(2010), 60면 이하.



해산하고 조기선거를 실시할 수 있었다(제93조 제1항)<sup>383</sup>). 이러한 내각의 구성 및 부통령의 임명절차에는 잠정헌법의 합의문서적 성격이 잘 드러난다고 보인다.

제7장(사법권과 사법행정)은 사법부를 헌법재판소, 대법원과 일반법원으로 구성하였고, 사법행정을 담당하는 사법행정위원회를 설치하였다. 제8장(공의보호관, 인권위원회, 성평등위원회, 토지권 보상)은 사법기관 외의 다양한 인권보호기관 등을 설치하였고, 제9 내지 11장은 지방정부와 전통적 정치체들에 관하여, 제12장은 재정에 관하여 제13, 14장은 공역무와 경찰 및 국방에 관하여 규정하였다. 제15장(일반규정 및 이행규정)은 기존 법령의 효력(제229조), 폐지되는 법률(제230조), 해석원칙(제232조) 등에 관하여 규율하였다.

과도헌법에서 특징적이자 핵심적이었던 조항은 최종헌법의 채택절차에 관한 제5장의 규정들이다. 과도헌법하의 양원 합동위원회는 헌법을 기초하고 의결하는 '헌법의회(Constitutional Assembly)'의 역할을 하게 될 것이었다(제68조 제1항). 헌법의회가 기초하는 새 헌법 즉, 최종헌법은 별표 4에 제시된 34개 헌법원칙에 부합해야 하며, 그 부합 여부를 헌법재판소에 의해 인증받아야 했다(제71조). 이 34개의 헌법원칙은 대단히 상세하게 규정되어 있었으며<sup>384</sup> 개정하거나 폐지할 수 없도록 되어 있었다(제74조 제1항). 헌법의회는 소집일로부터 2년 이내에 최종헌법안을 기초해야 하며, 의결을 위해서는 헌법의회 재적 2/3 이상의 찬성이 필요하였다(제73조 제1, 2항). 만일 의결정족수에 이르지 못할 경우 수정 후 의결을 거칠 수 있지만 그렇지 못할 경우에는 과반수 이상의 찬성으로 이를 국민투표에 부의할 수 있었고(제5, 6항) 국민투표에서 60% 이상의 찬성을 얻으면 헌법으로 확정되도록 하였다(제7, 8항). 그렇지 못할 경우 대통령은 의회를 해산하고 총선 후 새로운 헌법의회가 구성되도록 하였다(제9, 10항).

여기에서 드러나는 과도헌법과 최종헌법의 관계에는 역설적인 특성을 발견할 수 있다. 바로 보통·평등선거에 의해 선출되는 헌법의회가 선출되지 않은

---

383) 의회가 대통령에 대해서만 불신임 의결을 하는 경우 대통령이 사임하도록 한 반면, 대통령을 제외한 내각에 대해 불신임의결을 하였을 때 대통령은 선택적으로 사임하거나, 내각을 새로 구성하거나, 의회를 해산하고 조기선거를 실시할 수 있었다(같은조 제2, 3항).

384) 별표 4의 국역본은 말미의 [부록 2]에 수록하였다.

CODESA나 MPNF에 비해 압도적인 민주적 정당성의 우위를 가짐에도 불구하고 최종헌법이 과도헌법이 정한 헌법원칙에 기속될 뿐만 아니라 헌법재판소의 인증 심사 즉, 최종헌법이 과도헌법을 위반하지 않는지에 대한 사법적 판단까지 받도록 했다는 점이다. 이는 헌법개정의 의결에 있어 의회의 일반정족수를 초과하는 가중다수결을 요건으로 하여 소수파를 보호하고 단순과반수 이상의 합의를 유도하는 통상적인 기법과 차원을 달리하는 것으로서 반다수결적 난제(countermajoritarian difficulty)의 극단적 형태일 뿐만 아니라 헌법개정권력에 대한 헌법제정권력의 우위라는 관점에서조차 난제로 여겨질 수 있는 것이었다.

추후 헌법제정에 있어 기속력을 가지는 헌법원칙을 도입한 것은 남아프리카공화국이 최초의 사례는 아니었다. 1990년 나미비아 헌법이 1982년 국제연합이 승인한 헌법원칙들의 기속하에 기초된 후 그 부합 여부에 관하여 국제연합의 인증을 받은 사례가 있었기 때문이다<sup>385</sup>). MPNF에서 ANC의 수석 헌법자문관이었던 아서 차스칼슨(Arthur Chaskalson) 등은 위 1982년 나미비아 헌법원칙 합의에 참여한 바 있었으므로 이에 대하여 익히 알고 있었다<sup>386</sup>). 그러나 국제사회의 개입이라는 규정력이 확연하게 두드러졌던 나미비아의 경우와 달리 남아프리카공화국은 내전적 상황으로 비화할 수 있는 국내적 갈등에 대처하기 위한 MPNF의 자율적 협상안으로서 헌법원칙에 대한 사전적 합의와 헌법재판소를 통한 그 이행의 보장이라는 방도가 마련된 것이었다. 이로써 ANC는 최종헌법이 보통·평등선거로 구성될 신의회에 의해 기초될 것을 관철시킬 수 있었던 반면, NP 정부 측은 장차 신의회에서 - 가중다수결 요건에 의하더라도 보호받기 어려웠을 가능성이 상당한 - 압도적 소수를 차지할 수밖에 없을 것임이 명백하였음에도 최종헌법의

---

385) Venter, Francois, "Voluntary infusion of constitutionalism in Anglophone African constitutions" in Laundau, David & Lerner, Hannah(eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar(2019), 510-538면, 514-515면. 나미비아의 헌법제정과정 전반을 다룬 문헌으로는 Szasz, Paul C., "Creating the Namibian Constitution", *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol.27 No.3(1994), 346-357면.

386) Spitz, Richard & Chaskalson, Matthew, *The Politics of Transition - A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Witwatersrand University Press(2000), 78면. 차스칼슨과 마찬가지로 나미비아의 헌법원칙 검토에 관여하였던 Marinus Wiechers는 나미비아의 헌법원칙들은 헌법 자체의 법적 효력이 근거하고 있는 것이라고 평가하였다. *Ibid.*

기초에 있어 헌법원칙의 실제적 내용들이 이행될 것을 보장받을 수 있게 되었다<sup>387)</sup>.

1994년 4월 27일부터 29일까지 남아프리카공화국 최초의 보통, 평등, 자유선거가 실시되었다. 선거는 많은 우려에도 불구하고 무력충돌 없이 평화적으로 치러졌다<sup>388)</sup>. 국민의회(하원) 의석 400석 중 200석은 전국구 정당명부 비례대표에 의해(저지조항 5%), 200석은 9개 주에 할당된 권역별 정당명부 비례대표선거에 의해 선출되었고, 상원 의석 90석은 각 주에 10석이 할당되었다. 주의회는 권역별 정당명부에 대한 투표결과를 토대로 의석을 배분하여 구성하도록 되어 있었고, 상원의원은 각 주의회에서 임명하도록 하였다(과도헌법 제48조, 제127조)<sup>389)</sup>. 4월 선거결과 및 그에 따른 상원구성결과는 다음 [표 3]과 같다<sup>390)</sup>.

	정당	ANC	NP	IFP	FF	DP	PAC	ACDP	기타
국민의회	득표율	62.6	20.4	10.5	2.2	1.7	1.2	0.5	0.9
	의석수(400)	<b>252</b>	<b>82</b>	<b>43</b>	<b>9</b>	<b>7</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>0</b>

387) Spitz & Chaskalson, 앞의 책(주 386), 78면 ; Davenport, 앞의 책(주 291), 53-54면 ("ANC 반대파의 가장 큰 두려움은 숫자만으로 그들이 선호하는 헌법을 통과시킬 수 있다는 것이었지만 ANC는 그렇게 하지 않았다."); Klug, 앞의 책(주 382), 71-72면 ("NP 정부는 항상 법적 연속성과 소수자 보호를 근거로 협상을 통해 합의된 기본적인 헌법원칙의 경성화를 주장하였다").

388) Thompson, 앞의 책(주 298), 263면.

389) 따라서 각 정당은 ① 국민의회 전국구 정당명부, ② 국민의회 권역별 정당명부, ③ 주의회 정당명부 총 세 개의 정당명부를 작성하였다. Johnston, Alexander, "South Africa's General Election 27-29 April 1994", *Electoral Studies*, Vol. 14 No.1(1995), 86-92면, 87면.

390) Szeftel, Morris, "'Negotiated Elections' in South Africa, 1994", *Review of African Political Economy*, Vol.21 No.61(1994), 457-470면, 467면 ; 남아프리카공화국 1996년 헌법(최종헌법) 별표 6 경과규정 참조. ANC는 아프리카민족회의(African National Congress), NP는 국민당(National Party), IFP는 인카타 자유당(Inkatha Freedom Party), FF는 자유전선(Freedom Front), DP는 민주당(Democratic Party), PAC는 범아프리카회의(Pan Africanist Congress), ACDP는 아프리카 기독교민주당(African Christian Democratic Party)의 약어이다.

상원 (주당 10명)	이스턴케이프	9	1					
	자유주	8	1		1			
	하우텡	6	2		1	1		
	콰줄루나탈	3	1	5		1		
	음푸말랑가	8	1		1			
	노스웨스트	8	1		1			
	노던케이프	5	5		1			
	노던프로빈스	10						
	웨스턴케이프	3	6			1		
	의석수(90)	<b>60</b>	<b>17</b>	<b>5</b>	<b>5</b>	<b>3</b>		

[표 3] 1990년 4월 선거결과

개표결과 예상대로 ANC가 압승하였으나 하원 252석, 상원 60석 합계 312석을 획득함으로써 헌법의회 2/3 이상(490석 중 327석)을 넘기지는 못하였다. 이로 인해 최종헌법의 기초 과정에서도 ANC는 NP 등 다른 정치세력과 협상을 계속하지 않을 수 없게 되었다. 1994년 5월 의회는 넬슨 만델라를 대통령으로, 타보 음베키를 제1부통령으로, 데 클레르크를 제2부통령으로 대통령으로 하는 국민통합정부(Government of National Unity)를 구성하였다. NP는 그 이외에도 내각에서 5석을 확보하였다<sup>391)</sup>.

한편, 과도헌법이 시행됨에 따라 1983년 헌법 및 아파르트헤이트를 구성하는 법률 중 잔존하던 것들은 모두 폐지되었다(별표 7). 이로써 독립 반투스탄들도 모두 폐지되어 남아프리카공화국을 구성하는 9개 주로 재구성되었다.

## 2. 헌법재판소의 조직과 권한

과도헌법에 관하여 빼놓을 수 없는 특징은 헝가리 1989년 헌법과 마찬가지로 헌법재판소의 설치였다. 그 기획은 헝가리와 마찬가지로 헌법재판소가 체제 전환 과정에 대한 감독기관의 역할을 하도록 하는 것이었다. 다만, 남아프리카공화국의 상황에서는 인증절차에서 보는 바와 같이 이러한 특성이 훨씬 더 선명하

391) Thompson, 앞의 책(주 298), 264면.

게 나타났다. 헌법재판소 설치안은 과도헌법 협상 과정에서 새롭게 나온 것이 아니라 이미 사전에 검토되고 있었던 것이었다. ANC가 1990년 11월에 발표한 권리장전 초안에는 이미 헌법재판소 설치에 관한 규정이 포함되어 있었다<sup>392</sup>. 이 점에서 ANC의 주요 인사로 아일랜드에서 법학교수 생활을 하다가 1990년 귀국하여 MPNF에서 헌법 부문 주요 협상팀원으로 활동하였던 카데르 아스말(Kader Asmal)이 1991년 헌법재판제도에 대한 비교법적 연구를 출간하였다는 점은 시사적이다<sup>393</sup>. 아스말은 위 연구에서 제1세대 격인 독일, 이탈리아의 헌법재판소 뿐만 아니라 당시로서는 신생 재판소였던 포르투갈과 스페인, 터키의 헌법재판소가 지 검토하면서 이들 헌법재판소가 일반법원보다 높은 수준의 독립성을 확보하였고, 판례를 통해 인권존중 문화를 발전시킬 수 있었다고 평가하였다<sup>394</sup>. 이와 같이 ANC 내에서 헌법재판소를 통한 기본권 보장 기획에 대한 호감이 존재하였던 사정은 과도헌법의 협상 과정에서 양측이 강력한 헌법재판소 설치에 관한 합의에 어렵지 않게 도달하는 배경이 되었다고 볼 수 있을 것이다<sup>395</sup>.

과도헌법은 1명의 소장과 10명의 재판관으로 구성된 헌법재판소를 설립 하였고, 임기는 7년으로 하되 연임할 수 없도록 하였다(제99조). 재판소장과 재판관은 모두 대통령이 임명하되 재판소장은 대법원장의 자문을 거쳐 내각의 심의에 따라 임명하고(제97조 제2항), 4명의 재판관은 내각과 대법원장의 자문을 거쳐 대법관 중에서 임명하며, 6명의 재판관은 사법위원회(Judicial Service Commission)의 추천을 받아 내각과 헌법재판소장의 자문을 거쳐 임명하도록 하였다(제99조 제3, 4, 5항). 사법위원회는 판사의 임명이나 해임 기타 사법행정에 관한 자문을 위해 과도헌법이 새로 창설한 기관으로 대법원장, 헌법재판소장을

392) O'Malley, Kierin, "The 1993 Constitution of the Republic of South Africa - The Constitutional Court", *Journal of Theoretical Politics*, Vol.8 No.2(1996), 177-191면, 181면.

393) Asmal, Kader, "Constitutional Courts - a Comparative Survey", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol.24 No.3(1991), 315-340면. 아스말은 1994년부터 2008년까지 남아프리카공화국 국민의회 의원을 지냈고, 1994년 수산산림부 장관, 1999년 교육부장관으로 임명되었다. Maluwa, Tiyanjana(ed.), *Law, Politics and Rights: Essays in Memory of Kader Asmal*, Martinus Nijhoff(2013), 387면 참조.

394) Asmal, 앞의 논문(주 393), 339-340면.

395) Ackerman, 앞의 책(주 285), 87면 이하도 참조.

포함한 17명의 위원으로 구성되어 있었다(제105조). MPNF의 ANC 측 수석 헌법 자문관이었던 아서 차스칼슨이 선거 직후 만델라 대통령에 의해 초대 헌법재판소장으로 임명되었고 나머지 재판관 임명절차는 1994년 10월 중순경까지 완료되었다<sup>396</sup>).

남아프리카공화국이 웨스트민스터식 의회우위 전통에서 위헌법률심사에 부정적이었던 이력에 비추어 볼 때 신생 헌법재판소의 권한은 상당히 강력한 것이었다<sup>397</sup>. 헌법재판소는 기본권침해, 행정작용의 위헌 여부, 법률의 위헌 여부, 의회 또는 주의회 법안의 위헌여부, 국가기관과 지방정부기관 등 상호간의 권한 분쟁, 헌법재판소의 권한에 속하는지 여부에 관한 분쟁, 기타 헌법 또는 법률이 정하는 사항 등을 포함하는 헌법규정의 해석, 보호, 집행과 관련된 모든 사건에 대하여 최종심으로서 재판권을 행사할 권한을 부여받았고(제98조 제2항), 헌법재판소의 결정은 입법, 사법, 행정 등 국가기관 뿐만 아니라 모든 사람에 대하여 기속력을 가진다는 점이 명시되었다(제4항). 게다가 헌법재판소는 앞서 보았듯 최종 헌법 규정들이 과도헌법 별표 4의 34개 헌법원칙에 부합하는지 여부에 관하여 심사할 권한까지 보유하고 있었다. 헌법재판소는 법률이나 법률규정이 헌법에 위반된다고 판단할 때 무효임을 선언할 수 있을 뿐만 아니라 입법자가 이를 개정할 때까지 잠정적용을 명하는 헌법불합치선언을 할 권한이 있었다(제5항). 또한, 과도헌법 시행 당시 이미 효력이 있었던 법률이나 법률규정에 기초한 행위에 대해서는 위헌결정이 장래효를 가지는 반면, 시행 후 제정된 법률에 관하여는 그에 기초하여 이루어진 행위도 무효로 한다는 규정을 두었다(제6항).

헌법재판소는 1995년 2월 15일 사형제도의 위헌여부에 관한 사건(S v. Makwanyne)을 시작으로 심리를 개시하였고, 1995년 4월 5일 자백에 관하여 수사관의 강압이 있었는지에 관한 입증책임을 피고인에게 부담시켰던 형사소송법 제217조에 관하여 위헌선언을 함으로써 첫 결정을 하였다(S v. Zuma)<sup>398</sup>. 한편,

---

396) 자세한 것은 O'Malley, 앞의 논문(주 392), 186면(단, O'Malley는 초대 재판관 선정에 대해 비판적인 입장이다. 정치적 중립성을 유지하지 못하였다는 이유에서이다.) ; Roux, Theunis, *The Politics of Principle - The First South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press(2013), 165면 이하.

397) 가령 1961년 헌법 제59조 제2항은 법원이 원칙적으로 의회 제정법의 유효성을 심사할 권한이 없다고 하고 있었다.

헌법재판소는 S v. Makwanyne 사건에 관하여 1995년 6월 6일 사형제도는 과도 헌법 제9조의 생명권, 제10조의 인간존엄성, 제11조 제2항의 잔인하고 비인간적인 처벌의 금지에 위반된다며 위헌결정을 내림으로써 많은 주목을 받았다<sup>399</sup>). 비슷한 시기 청소년에 대한 형사처벌로 처벌을 두는 것은 위헌이라고 판단한 S v. Williams<sup>400</sup>), 만델라 대통령의 대통령령을 위법·무효라고 판단한 Executive Council of the Western Cape Legislature v. President of the Republic of South Africa<sup>401</sup>) 등이 이루어졌다. 제1기 헌법재판소는 포스트 - 아파르트헤이트 체제의 전례 없는 법적 환경에서 정치적 - 법적 역동성에 대한 이해를 바탕으로 상당한 성취를 이루었다고 평가된다<sup>402</sup>).

#### IV. 헌법재판소의 인증심사와 최종헌법의 성립

##### 1. 최종헌법의 성안(成案)과 제1차 인증심사

헌법의회는 최초 집회일로부터 2년인 1996년 5월 8일까지 최종헌법의 초안을 완성하여 헌법재판소의 인증결정을 받아야 했다. 이 시간적 제약과 더불어

398) 1995(2) SA 642 (CC). 사건의 배경과 해설로는 Webb, Hoyt, "The Constitutional Court of South Africa: Right Interpretation and Comparative Constitutional Law", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol.1 No.2(1998), 205-283면, 211면 이하.

399) 1995(3) SA 391 (CC). 이 사건의 개요 및 배경과 원문은 판례집인 Cornell, Drucilla, Wolman, Stu, Fuller, Sam, Brickhill, Jason, Bishop, Michael & Dunbar, Diana(eds.), *The Dignity Jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa Vol. II*, Fordham University Press(2013), 173면 이하 참조. 보다 상세한 사회의 수용양상과 정치적 배경 등에 대하여는 Roux, 앞의 책(주 396), 238면 이하.

400) 1995(3) SA 632 (CC). Cornell et al., 앞의 책(주 399), 229면 이하.

401) 1995(4) SA 8787 (CC) 사건의 배경과 해설로는 Webb, 앞의 논문(주 398), 256면 이하.

402) Roux, 앞의 책(주 296), 387면. 그 밖에도 1기 헌법재판소에 대한 전반적인 소개와 비평으로는 음선필, 앞의 논문(주 1), 234면 이하 ; Cockrell, Alfred, "Rainbow Jurisprudence", *South African Journal on Human Rights*, Vol.12 No.1(1996), 1-38면 ; Du Plessis, Max, "Between Apology and Utopia - The Constitutional Court and Public Opinion", *South African Journal on Human Rights*, Vol.18 No.1(2002), 1-40면 ; Roux, Theunis, "Constitutional Courts as Democratic Consolidators: Insights from South Africa after 20 Years", *Journal of South African Studies*, Vol.42 No.1(2016), 5-18면 등 참조.

어느 정당도 의결정족수인 헌법의회 2/3 이상을 확보하지 못하였다는 정치공학적 제약, 그리고 34개의 헌법원칙에 합치되는지 여부에 관하여 헌법재판소의 심사를 받아야 한다는 법적 제약이 최종헌법의 성안과정의 핵심 변수였다<sup>403</sup>. ANC의 시릴 라마포사(Cyril Ramaphosa)를 의장으로, NP의 레온 베셀스(Leon Wessels)를 부의장으로 선출한 헌법의회는 이어서 44명으로 구성된 헌법기초위원회를 구성하였다. 헌법기초위원회는 정당의식에 비례하여 구성되었고, 산하에 12명으로 구성된 운영위원회와 주제별 소위원회를 두었다<sup>404</sup>. 소위원회 차원에서의 논의는 매우 빠른 속도로, 활발하게 진행되었다. 이를테면 제1소위원회는 1994년 9월부터 1995년 9월까지 56회의 회의를 진행하였고, 공공으로부터 제출된 3,000건 이상의 헌법안에 관한 의견 또는 초안을 검토하였다<sup>405</sup>. 이 과정에서 수차례 예비초안이 만들어져 검토되었고, 1995년 10월경부터는 본격적 논의와 함께 초안들이 출간되었다. 최종단계인 1996년 3월경 기술적 부분 등을 제외한 핵심 쟁점은 사형제, 사용자의 작업장폐쇄권, 단일언어 학교에 관한 교육권, 판사의 임명방식, 법무부장관의 임명방식 등으로 좁혀졌다<sup>406</sup>. 그러나 과도헌법에 이르기까지 수년간 주된 쟁점이 되었던 국민통합정부 문제, 상원 문제, 지방정부의 권한 문제 등은 다시 문제되지 않았다고 한다<sup>407</sup>. 4월 23일 초안이 헌법의회에 상정되었고 본회의가 개최되었으며 수많은 수정안이 검토되었다. 4월 28일 만델라 대통령과 데 클레르크가 따로 회합을 가지고 직장폐쇄조항(lockout) 등에 관한 합의를 이루었다. 5월 7일 여러 정당 사이에서 선택한 언어로 교육받을 권리, 직장폐쇄권을 기본권에서 배제하는 것 등이 합의되었고, 다음날인 5월 8일 최종헌법안은 헌법의회 의원 87%의 찬성으로 의결되었다<sup>408</sup>.

헌법안을 송부받은 헌법재판소는 1996년 7월 1일부터 심리를 시작하였고, 각 정당들의 의견서를 제출받았다. 이에 5개 정당은 인증에 반대한다는 취지

403) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 127면.

404) 소위원회별 소관사항에 대해서는 Ebrahim, 앞의 책(주 294), 183면 이하.

405) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 129면.

406) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 130면.

407) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 131면.

408) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 133면. 이 과정 중 상당 부분은 일반국민에게 개방되었고, 매체를 통해 공개되었다. 자세한 것은 같은 글, 133-139면 참조.



의 의견서를 제출하였다<sup>409</sup>). 인증심사 결과는 1996년 9월 6일 선고되었는데, 결론은 헌법안 중 일부가 과도헌법 별표 4의 34개 헌법원칙에 부합하지 않는다는 것이었다(CCT 23/96)<sup>410</sup>). 헌법재판소는 우선 이와 같은 인증심사절차가 전례 없는 것이며, 재판소의 권한을 행사함에 있어 충분히 신중성을 기해야 한다는 점을 전제한다. 그러면서 헌법재판소는 다음과 같은 9가지 측면에서 헌법안이 헌법원칙에 부합하지 않는다고 판시하였다<sup>411)412</sup>).

- ① 사용자들이 연합하여 단체협상에 임하는 것은 허용하면서 개별적으로 협상에 임하는 것은 금한 제23조는 과도헌법 별표4 헌법원칙 제 XXVIII항에 반하고,
- ② 국민의회 2/3 이상의 찬성으로 헌법을 개정할 수 있도록 한 제74조는 헌법개정에 가중다수 뿐만 아니라 특별한 절차를 요하도록 한 헌법원칙 제XV항(헌법개정은 가중다수결을 포함하는 특별한 절차를 필요로 해야 한다)에 반하며,
- ③ 비행 또는 무능으로 인한 공익보호관 및 회계감사관의 해임을 위하여 국민의회 의석에 비례하여 구성된 위원회가 결정하고, 국민의회가 이를 승인하도록 한 제194조는 공익보호관과 회계감사관의 독립성을 보호하도록 한 헌법원칙 제XXIX항에 비추어 적합하지 못하고,
- ④ 공익사업위원회(Public Service Commission)에 관하여 규정한 제196

409) ACDP, DP, IFP, NP, CP(Conservative Party, 보수당)였다. Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 140면.

410) 1996(4) SA 744 (CC).

411) 남아프리카공화국 헌법재판소 홈페이지에서 확인할 수 있는 판결원문 (<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2015>) (최종검색일 2022. 7. 25.) 이외에도 Chaskalson, Mathew & Davis, Dennis, "Case and Comments: Constitutionalism, the Rule of Law, and the First Certification Judgment: Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly in Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4) SA 744(CC)", *South African Journal on Human Rights*, Vol.13 No.3(1997), 430-445면, 특히 437면 이하의 요약과 분석을 참조하여 작성하였다. 이와 관련된 과도헌법 별표 4 헌법원칙은 말미의 [부록 2] 참조.

412) 인증심사 심리과정에 관하여 자세한 보고로는 Rickard, Carmel, "The Certification of the Constitution of South Africa" in Andrews, Penelope & Ellmann, Stephen(eds.), *The Post-Apartheid Constitutions*, Witwatersrand University Press(2001), 224-301면.

조는 그 기능과 권한을 충분히 특정하지 아니함으로써 '독립적이고 불평  
부당한' 공익사업위원회를 설립하도록 한 헌법원칙 제XXIX항을 위반하  
였고,

⑤ 지방정부가 소비세를 징수할 헌법적 권한을 가지는 것으로 규정한 제  
229조 제1항은 지방정부에는 그 종류에 따라 적절한 재정 권한과 기능  
을 배분해야 한다고 한 헌법원칙 제XXV항에 반하며,

⑥ 노동관계법(1995년 제34호 법률)에 관한 헌법적 심사를 어렵게 하면  
서도 그 내용을 직접 헌법에 규정하지 않은 제241조 제1항은 헌법의 최  
고규범성을 정한 헌법원칙 제IV항, 권리장전은 사법적으로 관철될 수 있  
어야 한다고 정한 헌법원칙 제II, VII항에 반하고,

⑦ 진실과 화해 법(Truth and Reconciliation Act 34 of 1995)에 관하여  
마찬가지로 규정한 헌법안 별표 6 22(1)(b) 역시 헌법원칙 제I, IV, VII항  
을 위반하였으며,

⑧ 지방정부에 관하여 규정한 헌법안 제7장은 지방정부 '구조의 틀  
(framework for the structures)'을 창설하는데 실패했고, 지방정부 입법  
절차의 형식이나 적절한 재정에 관한 권한을 부여하지 못하였고,

⑨ 주에 부여된 권한과 기능이 과도헌법보다 약하게 규정됨으로써 헌법  
원칙 제XVIII항 제2문을 위반하였다.

위 판결 얼마 후 발표된 평석에 의하면, 지방정부에 관한 ⑤, ⑧, ⑨ 판시  
는 비교적 일반적으로 받아들여질 수 있었던 것이었으나 나머지는 논란이 없을  
수 없는 문제들이었다고 한다<sup>413)</sup>. 헌법재판소는 "헌법의회가 헌법원칙 거의 대부  
분에 부합하는 헌법안을 기초하는데 성공"하였으며, "우리가 헌법원칙에 합치하  
지 않는 것으로 적시한 사항들은 그 자체로 또는 집합적으로 중요한 것이기는 하  
나 이러한 요청에 완전히 합치되는 헌법안을 마련하는데 큰 장애가 되지 않을  
것"이라며 판결을 맺는다. 국민대표인 입헌기관이 기초한 헌법안의 정당성을 헌  
법재판소가 이와 같이 전면적으로 심사하였음에도 불구하고 이에 대한 정치적 공

---

413) Chaskalson & Davis, 앞의 논문(주 411), 439면 이하.

격은 찾아보기 어려웠다고 한다<sup>414</sup>). 반면 가령, "입헌민주주의의 승리로 환영받았다"는 평가를 발견하는 것은 오히려 어렵지 않았다고 한다<sup>415</sup>).

## 2. 제2차 인증심사와 최종헌법의 성립

헌법의회에서는 즉시 헌법재판소 판결에서 확인된 흠결의 수정·보완 작업이 속행되었다. 제1차 인증심사의 결과는 역설적인 정치공학적 함의도 가지고 있었다. 특히 주정부 권한의 문제가 지적되었기 때문에 이 쟁점에 집중적인 이해관계가 있었던 IFP를 다시 헌법논의에 참여시킬 수 있었기 때문이었다<sup>416</sup>). 헌법심의위원회 산하 소위원회들은 9월 25일경 수정작업에 착수했는데 헌법재판소의 상세한 판시가 있었기 때문에 수정작업은 큰 난항을 겪지 않고 진행될 수 있었다. 1996년 10월 11일 헌법의회가 수정안을 압도적 다수로 의결함에 따라 헌법안은 다시금 헌법재판소로 송부되었다. 이번에는 2개 정당(DP, IFP)만이 헌법재판소에 반대 취지의 의견서를 제출하였다<sup>417</sup>). 헌법재판소는 1996년 12월 4일 만장일치로 "수정된 헌법안이 제1차 인증심사 판결에서 지적한 헌법원칙과의 불일치를 모두 해소"하였고, "수정된 헌법안의 모든 규정이 과도헌법 별표 4의 헌법원칙에 부합함을 인증한다"는 판결을 선고하였다(CCT 37/96)<sup>418</sup>).

1996년 12월 18일 공포되고 1997년 2월 4일부터 시행된 남아프리카공화국 최종헌법은 많은 측면에서 과도헌법과 닮아 있었다. 전문과 14개 장, 별표로 구성되었고, 상세한 기본권 규정을 두고 있었다. 제1차 인증심사에 따라 사용자가 개별적으로 단체교섭에 참여할 권리를 규정하였고(제23조 제5항), '모든 국민은 ... 공용어 또는 각자가 선택한 언어로 교육을 받을 권리를 가진다'는 규정을 두었다(제29조 제2항). 하원인 국민의회는 법률이 정하는 바에 따라 350명에서 400

---

414) Chaskalson & Davis, 앞의 논문(주 411), 445면.

415) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 141면.

416) Ebrahim & Miller, 앞의 글(주 349), 141면.

417) 그 외에 사인들이 제출한 의견서들도 있었다. 정당과 사인들이 제출한 의견서들이 제기한 문제들에 관하여는 판결문 별지 1에 상세히 기재되어 있다.

418) 1997(2) SA 97 (CC) <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2029> (최종검색일 2022. 7. 25.).

명으로 구성되며 의원 임기는 5년으로 하였다. 상원은 명칭을 '전국주위원회(the National Council of Provinces)'로 변경하였고, 주당 10명의 의원이 할당되었다. 정부수반 및 국가수반은 국민의회 의원 중에서 선출된 대통령이 담당하며 국민의회는 헌법 또는 법률의 중대한 위반, 중대한 직권남용, 직무수행불능이라는 사유가 있는 경우 2/3 이상의 찬성으로 대통령을 해임할 수 있다(제89조 제1항). 내각은 대통령 및 대통령이 임명하는 부통령과 장관으로 구성되었고(제91조), 주(제6장)와 지방정부(제7장)에 대하여는 인증심사 취지에 따라 상세한 권한 규정을 두었다. 공익보호관, 인권위원회, 성평등위원회, 회계감사원, 선거관리위원회 등의 과도헌법에 존재했던 기관들이 최종헌법에도 규정되었고, 그밖에 안보기관, 관습법에 따른 전통적 지도자에 대하여도 규정을 두었다(제11장, 제12장). 사법부에 관하여는 제8장에서 규정하였는데 헌법재판소의 권한으로 국가 또는 주영역에서 국가기관의 헌법적 지위, 권한 기능에 관한 분쟁(제167조 제4항 (a)), 의회 또는 주의회 법안에 대한 사전적 심사(같은 항 (b), 제79조, 제121조), 국회의원 또는 주의회 의원에 의한 추상적 규범통제(같은 항 (c), 제80조, 제122조), 헌법개정의 합헌성에 대한 심사(같은 항 (d)), 의회 또는 대통령이 헌법적 의무를 불이행했는지 여부에 대한 심사(같은 항 (e)), 주헌법의 인증심사(같은 항 (f), 제144조)를 열거하고 있다<sup>419</sup>. 구체적 제도들을 관통하는 헌법적 상상력을 담은 최종헌법의 전문(前文)은 다음과 같다.

"우리, 남아프리카공화국민은 과거의 부정을 인지하고, 이 땅에서 정의와 자유를 위해 고통받은 이들을 기리며, 남아프리카가 통일성 속에 다양성을 가진 그 속에서 살아가는 모든 이들에게 속함을 믿는다. 따라서 우리는 과거의 분열을 치유하고 민주적 가치, 사회정의와 기본적 인권에 기초한 사회를 설립하고, 정부는 국민의 의사에 기초하고 모든 시민이 평등한 법의 보호를 받는 민주적이고 개방된 사회의 기초를 수립하며, 모든 시민의 생활의 수준을 향상시키고, 각자의 잠재력을 해방시키고, 세

419) 최종헌법의 특성에 대한 전반적인 소개로는 Gloppen, Siri, *South Africa: The Battle over the Constitution*, Routledge(2018, 1<sup>st</sup> ed. 1997), 215면 이하도 참조.

계 각국 속에서 주권국가의 지위를 누릴 수 있는 통일된 민주적 남아프리카를 건설하기 위해서 자유롭게 선출된 대표들을 통해 이 헌법을 공화국의 최고법으로 채택하는 바이다. 신이여 우리 국민을 보호하소서."

## V. 평가와 함의

남아프리카공화국의 헌법제정과정은 헝가리와 같은 좌초와 반전을 겪지 않았으면서 스페인보다 더 정교한 절차설계에 이르렀다는 점에서 지금까지 살펴본 세 사례 중 가장 발전된 절차적 형태로 볼 만 하다. 그러나 남아프리카공화국의 사례를 본고의 관점에서 활용하기 위해서는 앞선 사례들과 공통된 절차적 특성들과 함께 그 고유성을 충분히 고려할 필요가 있다. 이러한 관점에서 다음과 같은 지점들에 특히 주목할 필요가 있어 보인다.

첫째, 1990년대 남아프리카공화국의 역사적 조건은 타협과 협상에 의한 체제전환 못지않게 내전과 혁명의 가능성도 결코 무시할 수 없는 요소였다는 점이다. 희생된 인명의 숫자가 수천에 달할 정도로 폭력적 충돌이 광범위하였고, 여러 세대에 걸쳐 저항을 주도한 운동정당 ANC가 강력한 행위자로 작용하였기 때문이다. ANC는 스페인 야권이나 헝가리 EKA와 비교할 수 없는 '조직적 카리스마'<sup>420</sup>를 가지고 있었고 제헌의회 모델을 충분히 주장할 수 있는 지위에 있었다. 인구의 절대다수를 구성하는 아프리카인들에게 ANC는 '국민의 이름으로' 헌법제정권력을 행사할 정당성을 주장할 수 있는 가장 유리한 지위를 가지는 것으로 받아들여졌다. 궁극적으로 이들이 수십년간 내세웠던 항쟁 원칙들과 헌법적 비전이 남아프리카공화국 헌법으로 구체화되었다는 점은 남아프리카공화국의 사례를 협상에 의한 체제전환보다 혁명 유형에 더 가까운 것으로 보는 견해의 주요 논거이다<sup>421</sup>. 그러나 새로운 헌법이 창설되는 절차의 양상에 초점을 맞추어 보면 남아

420) Ackerman, 앞의 책(주 285), 248면.

421) 대표적인 예는 Ackerman, 앞의 책(주 285), 80면. 에커만의 입장에 대한 다각도의 섬세한 검토로는 Fowkes, James, "Choosing to Have Had a Revolution - Lessons from South Africa's Undecided Constitutionalism" in Albert, Richard(ed.), *Revolutionary Constitutionalism - Law, Legitimacy, Power*, Hart(2020), 355-376면 참조.

프리카공화국이야말로 체제전환으로서의 성격을 분명하게 보여주는 사례라 할 수 있다. 형식적 합법성의 완전한 단절이 회피되었고<sup>422)</sup>, 다원적 정치세력의 협상과 합의가 헌법원칙으로 채택되어 최종헌법의 제정을 규율하였을 뿐만 아니라 이에 강한 법적 강제력까지 부여되었기 때문이다. 이는 절차의 선택과 설계가 환경에 의해 완전히 지배되지 않음을 보여주는 사례일 수 있다. 행위자들에게 일정한 선택의 공간이 허용되었기 때문이다. ANC가 초기 입장을 변경하여 구체제 의회에 의한 과도헌법의 도입을 지지하고, 헌법원칙에 의한 헌법제정과정의 기속을 받아들인 것은 혁명과 체제전환의 성격이 복잡하게 혼합된 상황 속에서 당사자들의 선택과 결단을 반영하는 것이었다. 그 결과 통합되고 일관적인 하나의 헌법제정 절차가 설계되고 관철될 수 있었던 것이다.

둘째, 남아프리카공화국의 사례는 헝가리와 비교해 볼 때 최종헌법의 성립을 위한 시간적, 절차적 제약이 확실히 정해졌다는 점에서 차별화된다. 헝가리 1989년 헌법 역시 과도헌법임을 표방하였고 이후 최종헌법의 도입을 예정하였지만, 주요 정치행위자들은 과도헌법 체제하에서 보다 시급한 과제들에 부딪혔고, 잦은 헌법개정과 헌법재판소 판례의 축적을 통해 헌정체제를 유지하고자 하였다. 1990년대 후반 최종헌법 도입 시도의 좌절은 결국 과도헌법을 만든 정치세력이나 기획과는 완전히 다른 맥락에서 2011년 기본법이 도입되는 결과를 낳았다. 반면, 남아프리카공화국은 국민통합정부가 마주한 시급한 과제들에도 불구하고 주어진 시한 내에 새로운 헌법의 제정을 이루어내어야 하는 과제를 성공적으로 완수할 수 있었다. 여기에는 이를 예정하고 보장하는 헌법적 절차의 설계가 중요한 역할을 했음은 물론이다. 이러한 점에서 이 과정을 견인한 과도헌법의 설계는 스페인, 헝가리보다 진일보한 것으로 평가할 수 있다.

셋째, 이러한 헌법제정절차의 설계에서 특히 주목되는 것은 헌법재판소의 역할 특히, 헌법재판소의 인증절차였다. 과도헌법은 민주적 선거를 통해 선출된 대표들이 기초한 것이 아니었다는 점에서 민주적 정통성에 흠결이 있는 것이었다. 그에 비해 최종헌법은 남아프리카공화국 최초의 자유로운 보통·평등선거에

---

422) 체제전환 협상 전반에 걸쳐 이러한 법적 연속성이 강조되었음을 지적하는 것으로 Klug, 앞의 책(주 382), 15면.

의해 선출된 대표들이 기초한 것으로서 강력한 정통성을 확보한 규범이었다. 압도적 민주적 정당성을 가지는 최종헌법이 과도헌법에서 정한 헌법원칙에 기속된다는 것은 쉽게 설명하기 어려운 것으로서 '정치적으로 문제적일 뿐만 아니라 법적으로도 난문(難問)'을 구성하는 것이었다<sup>423</sup>). 이러한 제도적 선택은 한편으로는 소수 백인인구의 권리를 보장하기 위한 협상의 결과임이 분명하였다<sup>424</sup>). 그러나 다른 한편, 이는 과도헌법의 강력한 규범력을 표현하는 것으로서 스페인에서 시작된 과도적 규범 활용 형태의 궁극적 국면을 보여준다. 스페인, 헝가리와 남아프리카공화국의 사례를 병치해 볼 때, 이러한 특성이 정세(政勢)의 산물만이 아닌, 응용가능한 일반성을 가지는 절차적 가능성으로 드러나는 것이다<sup>425</sup>).

---

423) Ackerman, 앞의 책(주 285), 97면.

424) Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy*, Harvard University Press(2004), 89면 이하.

425) 남아프리카공화국 헌법은 헌법재판소 판례를 통해서도 국제적인 영향을 미쳤지만, 그 제정절차와 관련하여서도 주목받았다. 이러한 절차적 응용가능성과 관련하여 콜론-리오스는 2015년경 진행되었던 칠레의 헌법제정 논의에서 남아프리카공화국 헌법제정 절차의 영향을 찾을 수 있었다고 주장한 바 있다. Colón-Ríos, Joel, "Multi-Stage Constitution-Making: From South Africa to Chile?" in Dixon, Rosalind & Roux, Theunis(eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments - A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence*, Cambridge University Press(2018), 294-311면, 특히 304면 이하. 칠레에서는 이후 2019년 대규모 시위를 계기로 활발한 논의를 거쳐 헌법제정 작업이 실제로 진행되었다. 2022년 7월 현재 제헌의회는 헌법안을 의결하였고, 2022년 9월 4일 국민투표를 앞두고 있다. Landau, David, "The New Chilean Constitutional Project in Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law Blog*(July 16, 2022) (<http://www.iconnectblog.com/07/16/the-new-chilean-constitutional-project-in-comparative-perspective/> 최종검색일 2022. 7. 25.).

## 제4절 소결론

이상으로 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례를 살펴보았다. 세 사례는 모두 고유한 역사적 배경을 둔 과정으로서 상호간의 차별성을 강조하는 관점에서 세부적인 차이들을 한없이 열거할 수 있을 것이다. 그러나 단순화의 위험에 주의해 나간다면, 이들 사례들에서 어떤 유의미한 공통성분을 찾아 일정한 형태를 부여하는 것이 불가능하지 않을 것이라고 본다. 앞서 밝힌 바와 같이 본고에서 사례연구의 목적은 사례 자체의 이해에 머물지 않고 전형적 시민혁명과 다른 환경을 바탕으로 형성된 '체제전환 헌법제정절차' - 제3장에서 다룬 세 사례들의 절차적 차원을 묶어 칭할 필요가 있을 때 이 표현을 사용하기로 한다 - 의 가능성을 모색하는 데 있다.

제4장에서는 본 장의 사례연구를 통해 드러난 논점들을 보다 이론적인 관점에서 조명함으로써 체제전환 헌법제정절차를 보다 체계적으로 개념화하고자 한다. 이 논점들은 혁명과 대비되는 체제전환에 특유한 헌법제정과정의 절차적 특성으로서 상호 분리 불가능한 복수의 구성요소들에 관한 것이다. 그 구성요소들은 첫째, 합법성과 연속성이 완전히 단절되지 않았다는 점, 둘째 과도헌법의 활용을 통해 단계별로 새로운 헌법을 창설하였다는 점, 셋째, 헌법제정에 있어 대표체 즉, 기관이 하나로 집중되지 않고 분산되어 역할을 분담하였다는 점으로 요약할 수 있다. 이상의 논점들에 초점을 맞추어 고찰할 때 고전적 헌법제정 - 헌법개정 이론에 관하여 체제전환 헌법제정절차가 가지는 이론적, 실제적 함의가 무엇인지가 더 선명하게 드러날 수 있을 것이다.





## 제4장 체제전환 헌법제정절차의 특성과 그 함의

제3장에서는 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례를 통해 체제전환 과정에서 헌법이 제정되는 과정을 헌정사적 관점에서 살펴보았다. 지금까지 진행된 사례연구를 통해 그 역사적 문맥과 동학이 검토되었으므로 이제 이에 대한 본격적인 헌법이론적 차원의 접근이 가능하게 되었다. 제4장에서는 제3장의 내용을 토대로 체제전환 헌법이 성립한 과정에서 나타난 공통적인 절차적 특성들을 추출하여 분석하고, 그 특성들이 가지는 이론적, 실제적 함의와 그 시사점에 관하여 검토하고자 한다. 개념의 용법을 보다 분명히 하기 위해 밝히자면, 본 장에서 '체제전환 헌법제정절차'라는 개념은 세 사례들이 공통적인 절차적 특성들을 하나의 통합된 과정으로서 지칭하기 위해 사용하였다. 물론 우리가 살펴본 사례들 사이에도 무시할 수 없는 편차와 고유성이 존재하는 것이 사실이지만, 그럼에도 불구하고 어떤 공통의 제도적·절차적 기능 또는 기획이 위 역사적 사례들을 관통하고 있다고 보기 때문이다. 오해를 피하기 위해 첨언하자면, 제2장 제3절에서 제시된 체제전환 범주에 포섭될 수 있는 모든 사례들이 이러한 절차적 특성들을 공유한다고 주장하는 것은 아니다. 즉, 본 장은 어디까지 우리가 앞서 근거리에서 살펴본 세 가지 사례들로부터 출발하여 '체제전환 헌법제정절차'라는 어떤 절차적 유형의 이론화를 시도하고자 한다<sup>1)</sup>.

이하에서는 우선 체제전환 사례들이 보여주는 특징적 요소들을 3가지 주제로 분류하여 소개함으로써 분석의 밑그림을 제시하고 제2장에서 본 체제전환의 기초적 개념과의 관련성을 밝힌다(제1절). 그 중 우선 체제전환의 법적 과정에서 나타난 특징적 성격인 합법성과 연속성이 어떤 성격과 의미를 가지는지 분석하고(제2절), 다음으로 헌법적 이행기를 규율하는 매개 규범으로서 과도헌법의 존재와 그

---

1) 물론 이는 이러한 절차적 유형의 확장된 적용가능성 또는 응용가능성을 배제하는 것은 아니다. 단, 본고가 기초로 삼은 체제전환의 개념으로부터 연역적으로 도출가능한 특성들이 아님을 강조하고자 한다. 이렇게 사례들로부터 도출한 이론적 모형을 확장·응용하려는 시도는 제1장 제2절 I.에서 언급한 바와 같이 아라토(Arato)에게서 잘 나타난다.

역할을 검토한 다음(제3절), 마지막으로 헌법제정의 과제를 수행하는 대표와 기관 즉, 제도적 행위자(institutional agency)의 차원에서 발견되는 특성들과 그 함의에 대해 살펴볼 것이다(제4절). 이상의 과정을 통해 드러난 체제전환형 헌법제정절차의 특성들이 가지는 헌법이론적 함의를 헌법제정과 헌법개정의 개념적 규명이라는 관점과 헌법창설의 절차 및 제도설계적 관점에서 조명하면서 정리하면서 제4장을 마무리하려 한다(제5절).

## 제1절 절차적 특성들의 개요

앞 장에서 상론한 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 헌법의 성립절차들은 주목할 만한 공통적 특성들을 보여준다. 본고는 그 특성들을 형식적 합법성 및 연속성의 유지(I.), 전후 법질서를 중개하는 과도헌법의 존재와 역할(II.), 주요 제도적 행위자의 분산과 다원화(III.)라는 세 가지 요소들로 압축하여 제시하고자 한다. 체제전환 헌법제정절차의 핵심적인 특징인 위 요소들은 고전적 헌법제정에 관한 이해가 전제하거나 옹호하는 절차적 모델과 대조를 이룬다.

이하에서는 본격적인 분석 이전에 위 세 가지 특성들의 의미와 그 발생국면을 예비적으로 개관한다. 분석의 편의상 세 요소를 분리해서 서술하지만, 위 요소들이 상호 불가분적으로 결합되어 있다는 점이 간과되어서는 안 될 것이다. 위 세 요소들이 제2장 제3절에서 살펴본 체제전환 모델과 어떤 관련성을 가지는지에 대해서도 아울러 짚어 볼 것이다(IV.).

### I. 형식적 합법성과 연속성

스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 헌법은 기존 헌법과 실체적·내용적 관점에서 동일성과 연속성이 유지된 것이라고 보기 어려웠다. 스페인은 프랑코 체제의 법적 표현인 7개 기본법 체제에서 민주주의적이고 다원주의적인 헌법체제로 이행하였고, 헝가리는 소비에트적 당-국가체제에서 다원주의적 정치질서

로 이행하였으며, 남아프리카공화국은 인종차별을 법제화한 헌법에서 보편적 평등을 헌법원리로 삼는 헌법으로 이행하였다. 그럼에도 불구하고 위 세 헌법의 성립절차에서는 극복하고자 했던 기존 법질서의 '변화의 규칙(rules of change)'을 존중, 활용하였다는 특성이 공통적으로 나타난다<sup>2)</sup>. 각각의 경우 헌법적 수권규범을 무시하고 새로운 헌법을 제정하기 위하여 제헌의회를 구성하려는 시도가 없지는 않았으나, 실제 역사적 경과에서 두드러진 것은 기존 법질서와 명시적으로 단절하는 제헌의회와 임시정부의 등장이 아니라 절차적 합법성(legality)과 연속성(legal continuity)이었다.

그러나 검토가 진전될수록 여기서 합법성과 연속성의 의미는 간단치 않으며 해명으로 필요로 하는 대상임이 드러날 것이다. 따라서 현 단계에서 '합법성'과 '연속성'이라는 '명명(命名)'은 구체적 검토 이후의 불가피한 교정을 예비하는 작업가설의 성격을 가진다. 다만, 잠정적으로 이를 기존헌법의 수권에 기초하여 또는 그 수권을 활용하여 전개되는 헌법적 변화로 규정한다면, 이러한 절차적 특성이 헌법이론적으로 중대한 함의를 가지는 이유를 짐작할 수 있다. 그것은 무엇보다 헌법제정이 기존 헌법질서와 규범적 불연속의 관계, 단절적 관계를 정초한다는 관념에 대한 재고를 요구하기 때문일 것이다<sup>3)</sup>. 그뿐만 아니라 이러한 명명은 연속성과 합법성이라는 특성이 당시의 구체적인 맥락에서 요청된 이유가 무엇인지, 활용된 양상은 어떠하였는지에 관한 질문을 이끌어낸다. 이 점은 제2절에서 집중적으로 본다.

## II. 과도적 규범의 활용

두 번째 특징적 요소는 과도적·매개적 규범의 존재와 그 중심적 역할이다.

---

2) 하트(H.L.A. Hart)가 말하는 변화의 규칙(rules of change)은 재판규칙, 승인규칙과 같은 이차적 규칙(secondary rules) 중 하나로서 강제력 있는 의무를 부과하는 일차적 규칙들(primary rules)과 다른 층위에 위치하지만, 일차적 규칙들과 함께 하나의 법체계를 구성하는 데 불가결하다. 변화의 규칙은 그 핵심에 있어 일차적 규칙을 제정, 변경, 폐지할 수 있는 권한을 부여하는 성격의 규범이다. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*(3rd ed.), Oxford University Press(2012, 1<sup>st</sup> ed. 1961), 95-96면.

3) 제2장 제2절 I., II. 참조

제3장에서 살펴본 세 가지 사례에서 절차적 합법성과 연속성은 과도적, 매개적인 기능을 하는 헌법적 성격의 법규범이 존재하였기 때문에 가능하였다. 스페인의 사례에서는 제8의 기본법이었던 「정치개혁을 위한 법률」이 그 역할을 하였다면, 헝가리의 경우 1989년 헌법이, 남아프리카공화국의 사례에서는 1993년 과도 헌법이 각 이에 상응하는 기능을 하였다.

이것만으로도 과도헌법적 규범들의 중심적 특성과 헌법제정절차와 관련하여 수행한 핵심적 기능에 대해서 집중적으로 살펴볼 충분한 이유가 되지만, 과도헌법 현상은 보다 일반적인 차원에서도 조명될 필요가 있다. 헌법제정과정을 규율하거나 효력 있는 두 헌법 사이의 규범적 공백을 매개하는 과도적 성격의 규범이 나타난 것은 헌법제정과정에서 드문 일이 아니었으며 혁명적 상황을 배경으로 하는 고전적 헌법제정절차에서도 찾아볼 수 있었기 때문이다. 그러나 체제전환 헌법제정절차에서 이러한 과도적 규범은 성립과 소멸의 과정에 있어서 모두 기존 헌법의 수권을 - 적어도 외관상으로는 - 준수하려 했다는 점에서 특징적인 모습을 보인다. 즉, 「정치개혁을 위한 법률」은 기본법을 제정할 권한을 가진 스페인 의회(Cortes)가 제정하였고, 헝가리 1989년 헌법은 1949년 헌법의 헌법개정규정을 활용하였으며, 남아프리카공화국 1993년 과도헌법은 1983년 헌법의 헌법개정규정에 따라 삼원제 의회의 의결로 성립하였다. 이러한 과도적 규범의 성립절차 및 규율내용은 헌법제정에 관한 고전적 이해가 헌법제정을 어떤 시원적 지점에서 일거에 성립하는 현상으로 보는 관념에 도전을 제기한다는 점에서 주목된다<sup>4)</sup>.

다른 한편, 과도기를 규율하는 규범의 역할과 기능이라는 관점에 설 때 우리가 살펴본 세 사례에서는 일정한 발전과 반전의 계기들이 발견된다. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」은 이러한 기능들을 최소한으로 갖춘 맹아적 형태였다면, 헝가리 1989년 헌법은 폭과 밀도 양면에서 대폭 발전하였지만 최종 헌법으로의 이행과정을 보장하는데 있어 성공적이지 못한 사례로 평가할 수 있다. 강력한 법적 기속하에서 과도헌법의 기능이 안정적으로 수행된 발전적 형태는 남아프리카공화국의 사례에서 발견될 수 있다.

---

4) 마찬가지로 제2장 제2절 논의 참조.

이상 개략적으로 살펴본 과도헌법에 관한 자세한 논의는 제3절에서 이루어질 것이다.

### Ⅲ. 헌법제정기관의 분산과 다원화

세 번째 특징은 헌법을 기초하고 채택하는 제도적 행위자의 분산과 다원화이다. 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례에서 법적 연속성을 유지하고 과도헌법을 활용하려는 태도는 우연적 귀결이 아니라 의식적으로 기획된 것이었고, 대립하는 정치세력 간 타협의 귀결이었다. 세 사례 모두에서 구체제의 전복과 제헌의회 선출, 제헌의회 주도의 헌법기초 및 의결(국민투표 포함), 새 헌법에 기초한 새 정부의 의회 구성 순으로 이어지는 전형적인 '혁명형 헌법제정절차'를 주장한 정치세력 - 스페인의 PCE·PSOE와 남아프리카공화국 ANC가 대표적이다 - 이 엄연히 존재하였다. 그럼에도 불구하고 이들이 주장한 '주권적 독재형' 제헌의회가 헌법제정절차의 전면에 등장하는 일은 일어나지 않았다. 대신 나타난 것은 앞서 본 합법성과 연속성, 과도헌법의 활용이라는 특성에 부합하는 복수의 제도적 행위자 또는 헌법제정기관들이었다. 남아프리카공화국의 사례에서 정점을 이루는 이러한 특성은 최종헌법의 헌법제정기관으로서의 헌법의회(Constitutional Assembly)가 강한 헌법적 기속하에 놓이는 것으로, 나아가 그 기속의 보장기관으로서 헌법재판소가 핵심적 역할을 담당함으로써 헌법제정과정에 참여하는 것으로 나타났다.

이러한 특성은 제헌의회로 대표되는 집중형 헌법제정기관의 무제한적 권한이라는 관념을 재검토하도록 한다고 보인다. 헌법제정기관의 일반적 유형과 체제 전환 헌법제정절차에서 나타난 헌법제정기관의 구체적 양상에 관한 검토는 제4절에서 이루어질 것이다<sup>5)</sup>.

---

5) 한편, 동유럽에서 출발하였지만 중남미, 터키, 남아프리카공화국 등 다른 수많은 사례들에 걸쳐 장기간 광범위한 헌법제정 사례들을 연구한 아라토(Arato)는 자신이 '탈주권적 헌법제정(Post Sovereign Constitution Making)'이라고 부르는 절차적 모델에 대한 분석을 발전시킨 바 있다. 제1장 제2절에서 언급하였다시피 본고는 아라토의 연구를 중요하게 참조하였는바, 탈주권적 헌법제정모델은 ① 기존 헌법의 개정규정을 활용한 법적 연속성의 유지, ② 과도헌법을 매개로 한 단계적 과정의 구성, ③ 최종헌법의 기

#### IV. 체제전환 모델과의 관련성

우리는 앞에서 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 사례를 선별하기 위한 기초적 기준을 설정하기 위해 키쉬의 체제전환 모델을 살펴보았다<sup>6)</sup>. 이제 구체적인 사례연구들을 경유하여 그 절차적 특성들을 조망할 단계에 이르렀으므로 키쉬 모델의 구성요소들과 체제전환 헌법제정절차들의 특성들이 가지는 관련성을 현 시점에서 짚어 볼 필요성이 있을 것이다.

우리는 선별기준을 구성하는 여섯 가지 요소들<sup>7)</sup> 중 정부와 야권 사이의 협약이 구체제 의회에서 기존 헌법의 개정규정에 의하여 헌법화되는 부분(표지 (vi))

---

초에 관여하는 의회의 비주권적 성격을 강조한다는 점에서 본고가 제시하고자 하는 체제전환 헌법제정절차들의 특성들과 중요한 공통점을 가진다. Arato, Andrew, *The Adventures of the Constituent Power - Beyond Revolutions?*, Cambridge University Press(2017), 186면 ; Arato, Andrew, *Post Sovereign Constitution Making - Learning and Legitimacy*, Oxford University Press(2016), 65면. 그러나 본고는 다음과 같은 점에서 아라토와 관점을 달리하였음을 밝혀 둔다. 첫째, 아라토는 제정의 대상인 헌법을 성문헌법 뿐만 아니라 실질적 의미의 불문헌법까지 확장함으로써 '제정'과 '개정'을 구별가능성을 침식시키고 있는 반면, 본고는 헌법제정 - 헌법개정 개념의 구별가능성의 전제인 헌법개정규정을 둔 성문헌법을 중요한 전제로 삼았다(제2장 제2절 II.3.참조). 둘째, 아라토는 헌법제정의 주요행위자로서 원탁회의의 참여자들을 강조하고 그 구성원리를 규명하고자 하나, 본고는 원탁회의의 협상의 중요성을 인정하더라도 이 행위자들은 제도적 지위를 부여받지 못하였다는 점에서 이하에서 집중적 분석대상으로 삼지는 않았다(다만, 관련 내용은 제3장의 사례연구들에서 다루었다). 셋째, 아라토는 법적 연속성이 헌법제정절차의 시작부터 종반까지 유지된다고 보나, 본고는 형식적 연속성의 외관에도 불구하고 헌법적 효력근거의 단절을 포착해야 한다고 보았다(제4장 제2절). 넷째, 아라토는 경우에 따라 최종헌법의 성립에 있어 헌법재판소의 역할을 필수적인 것처럼 제시하곤 하는 반면, 본고는 남아프리카공화국의 사례에서 헌법재판소의 역할을 충분히 인정하면서도 이를 체제전환 헌법제정절차 일반에서 필수적인 것으로 보지는 않는다(제4장 제4절). 이러한 차이점에도 불구하고 본고가 애커만, 빈터호프의 연구와 함께 아라토의 연구로부터 중요한 시사점과 영향을 받았음을 앞서 밝힌 바와 같다.

6) 제2장 제3절 III.2. 참조.

7) (i) 중대한 정치적 정통성 위기(legitimacy crisis)와 그로 인한 사회 전반의 동요의 발생. (ii) 이러한 위기가 주요 정치세력들 사이의 협력과 조정을 붕괴시킬 정도에는 이르지 않음. (iii) 공식적·제도적인 권한을 여전히 보유하고 있는 정부 측과 그렇지 못한 다양한 정치집단 대표들 사이에 협력·조정관계가 형성, 유지. (iv) 양측은 이러한 협력·조정을 규율하는 원칙 또는 규칙을 원탁회의의 협상안과 같은 형태로 제정할 수 있음. (v) 이 협상안은 새로운 정통성에 기초한 정치체제로의 이행(transition)에 관한 계획안을 포함. (vi) 이 협약은 구체제 의회에서 기존 헌법의 개정규정(또는 입법규정)을 활용하여 헌법화(또는 입법화)됨(제2장 제3절 II.2.(2)).

이 형식적 합법성과 연속성의 유지라는 특성으로 구체화된다는 것을 알 수 있다. 이는 기존 헌법이 실정화한 헌법적 변화의 규칙을 활용함으로써 나타나는 특성이기 때문이다. 이러한 '활용'에 수반되는 함의와 이에 관련된 논점이 이하 논의의 대상이 될 것이다. 다음으로 정부 측과 야권 사이의 협력·조정을 규범화하는 동시에 새로운 정치체제로의 전환에 관한 계획을 포함하는 협상안을 활용한다는 대목(표지 (iv) (v))은 과도헌법의 중심적 역할과 기능으로 나타남을 알 수 있다. 과도헌법이 체제전환 과정에서 수행한 다양한 기능에 대한 검토의 필요성은 이 점과 관련하여서도 확인할 수 있다. 마지막으로 헌법제정기관의 분산과 다원화는 키쉬의 구성요소들 중에는 명시되지 않았지만 위의 특성들이 헌법제정의 제도적 차원 즉, 헌법제정기관의 제도적 양상이라는 차원에서 나타난 속성이라고 할 수 있을 것이다. 헌법제정절차의 전체적 과정속에서 과도헌법과 최종헌법이라는 두 헌법 규범의 창설이 단계적으로 진행되면서 구성원리를 달리하는 복수의 제도적 행위자들이 그 과정에 참여하기 때문이다.

분석의 대상으로 삼은 사례들은 키쉬의 논의를 토대로 선정되었지만, 이상 살펴본 바와 같이 본고는 키쉬에게서 주제화되지 못하였거나 불분명한 형태로 남아 있던 요소들을 포괄하여 분석의 범위와 수준을 확장하고자 하였다. 이하에서 그 구체적인 내용에 관하여 살펴본다.



## 제2절 합법성·연속성의 의미와 양상

### 1. 합법성·연속성의 층위와 의미

페레스-로르카(Perez-Llorca)는 스페인 1978년 헌법의 성립절차와 관련하여 이를 '법에서 법을 통하여 법으로 이행한 급진적인, 심지어 혁명적인 정치변동의 방식'이라고 정식화한 바 있다<sup>8)</sup>. 우리는 헝가리 헌법재판소가 헝가리 1989년 헌법의 성립과정을 '합법성의 기초 위에서 이루어진 체제의 전환'으로 규정하였다는 점을 앞 장에서 살펴보았는데<sup>9)</sup>, 이 역시 위 페레스-로르카의 정식과 궤를 같이 하는 것이었다. "구체제의 개정규칙들이 합법적 방식으로 대체되기 전까지 활용되었다는 점에서 이 과정은 법적 연속성의 범위 내에서 성공적인 합헌적 혁명을 만들어내었다"는 남아프리카공화국 1996년 헌법의 성립과정에 대한 평가도 같은 취지이다<sup>10)</sup>. 다시 말해 이러한 형식적 합법성의 유지, 즉 법적 연속성은 체제전환형 헌법의 성립과정에서 공통적으로 찾아볼 수 있는 특성이었고, 그 과정에 참여하였던 사람들도 이와 같은 성격을 명확히 인지하고 있었음이 드러난다. 그러나 '급진적이고 혁명적인 정치변동'을 불러온 합법성과 연속성의 의미가 대체 무엇이었고 어느 수준에서 성립했는지에 대하여는 상세한 해명은 부족해 보인다. 이는 제3장의 사례들에서 성문헌법을 구성하는 규정들의 전면적 교체 및 재편성이 일반적이었던 점을 고려할 때 더욱 그러하다.

헌법적 동일성과 연속성은 실체적 차원과 형식적·절차적 차원에서 모두 검토할 수 있다. 실체적 동일성을 판별하는 요소들로는 주권과 헌법제정권력의 보유자가 변경되었는지, 국호가 변경되었는지, 정부형태가 중대한 변형을 겪었는지 등을 고려할 수 있을 것이다<sup>11)</sup>. 헌법의 기저에 있는 헌법제정권력까지도 폐지하

8) Rosenfeld, Michel et al., "Peaceful Transitions to Constitutional Democracy: Transcript of the Proceedings", *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1953-1985면, 1966면.

9) Dec.11/1992(III.3) AB.

10) Jacobsohn, Gary Jeffrey & Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, Yale University Press(2020), 235면.

11) 정부형태의 중대한 변형은 국가조직의 전체적인 변혁을 의미하며 국가질서 전반에 걸

는 헌법파괴(Verfassungsvernichtung)와 헌법제정권력은 유지되는 상태에서 기존 헌법의 효력을 소멸시키는 헌법폐지(Verfassungsbeseitigung)에 관한 칼 슈미트의 구별도 이러한 관점을 전제하는 것으로 볼 수 있을 것이다<sup>12)</sup>. 반면, 형식적·절차적 차원에서는 기존 헌법의 수권, 즉 헌법개정조항이 정한 주체·절차에 관한 요건이 준수되었는지, 새로운 헌법성립 이후 기존 헌법의 형식적 효력이 유지되고 있는지 등이 문제될 수 있다. 논의의 기초를 위해 우리는 실체적·내용적 관점과 형식적·절차적 관점을 고려하여 다음 표와 같은 경우의 수를 상정해 볼 수 있다.

형식·절차	실체·내용	
	연속	불연속
연속	(1)	(2)
불연속	(3)	(4)

[표 1] 연속성, 불연속성의 차원들

위와 같은 경우의 수에 비추어 볼 때 체제전환 과정에서 법적 연속성이 유지되었다는 언명들은 주로 위 (2)의 경우를 염두에 두고 있었음이 분명하다. 동유

친 파급력을 가지고 헌법의 실체적 동일성을 판별하는 요소가 되므로 헌법개정의 한계를 구성한다는 견해로 장영수, 『헌법학(제12판)』 홍문사(2020), 71면을 들 수 있다. 올리비에 보(Olivier Beaud)도 프랑스 헌법과 관련하여 현대 헌법에서 정통성에 관한 갈등은 국민의 의사를 어떤 기관이 가장 잘 대표하는지에 관한 논쟁이 중심적일 수밖에 없으며 그것이 의회와 그 산물인 수상(정부수반)인지, 국가수반인 대통령인지는 헌법적 본성에 관한 것으로서 헌법개정이 아니라 헌법제정의 대상이라는 견해를 제시한다. Beaud, Olivier, *La Puissance de l'État*, Presses Universitaires de France(1994), 384면.

12) Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*(8 Aufl.), Ducker & Humblot·Berlin(1993), 99면. 가령 1948년 헌법이 1944년 대한민국임시정부헌법과 동일성과 연속성을 가지고 있으므로 임시정부헌법을 개정 내지 전면개정한 것이라고 보는 견해는 이러한 실체적 관점에서만 헌법적 연속성을 바라보는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 김수용, "민주헌정의 관점에서 본 대한민국임시정부헌법과 제헌헌법의 관계", 『헌법학연구』 제25권 제1호(2019. 3.), 67-95면, 85면, 87면 참조. Cartier, Emmanuel, "Les petites constitutions", *Revue française de Droit constitutionnel*, n°71(2007), 513-534면, 530면은 더 나아가 슈미트에게서는 기존 헌법제정권력마저 교체되는 헌법의 파괴만이 기존의 법질서와 단절을 가져온다고 주장하나, 기존 법질서와 단절을 야기하는 헌법폐지가 존재할 수 없다고 볼 수 있는지는 의문이다. 아래 Ⅱ. 이하 참조.

법 체제전환에 대한 "체제전환의 효과는 혁명적일지라도 연속성의 가닥(thread of continuity)은 결코 완전히 깨어지지 않았다"는 다렌도르프(Ralf Dahrendorf)의 표현은 이 점에 있어 전형적이다<sup>13)</sup>. 그러나 연속성이 '완전히' 깨어지지 않았다는 명제의 의미는 자명한 것이 아니라 법적 연속성을 정의하는 상이한 방식과 그에 기초한 검토를 통해 구체적으로 해명되어야 할 대상이다.

이와 관련하여 첫 번째로 검토할 것은 규범의 형식적 도출관계가 하나의 연쇄를 이루는 곳에서는 법적 연속성이, 중단되는 곳에서는 불연속성이 있다는 견해이다(Ⅱ.)<sup>14)</sup>. 이 관점에 따르면 법적 혁명((3), (4))과 정치적 혁명((2), (4))은 다른 층위에 속하는 것으로 엄격하게 구별되어야 한다. 규범의 도출관계가 중단되는 곳에서는 실체적·내용적 측면에서 혁명적 변화가 없더라도 법적 의미의 혁명이 존재하는 반면, 정치적 차원에서 혁명적 규모의 실체적 변화가 있더라도 법적 도출관계가 유지되는 곳에서는 그러한 의미의 법적 혁명은 없다. 따라서 [표 1] 중 (1) 뿐만 아니라 (2)의 경우에도 법적 연속성은 유지된다. 법체계의 동일성과 연속성을 이러한 관점에 입각해서 평가하는 이 견해에 대한 반론도 함께 검토되어야 할 것이다.

다음으로 살펴볼 관점은 형식적 관점과 실체적 관점을 모두 고려하여 헌법 규범의 시간적 효력지속을 연속성과 불연속성이라는 범주를 통해 기술하려는 견해이다(Ⅲ.)<sup>15)</sup>. 이 견해는 헌법제정과 헌법개정을 구별하는 구체적 문제와 관련하여 헌법이 성립한 전후 헌법규범들의 효력지속 여부를 형식적으로 고찰하는 접근 방식을 제시한다. 이러한 접근법을 검토하는 것은 체제전환 헌법의 성립과정에서 견지된 연속성의 성격이 무엇인지에 대해 더 종합적이고 명확한 이해를 모색하는

13) Dahrendorf, Ralf, "Transitions: Politics, Economics, and Liberty", *The Washington Quarterly*, Vol.13 No.3(1990), 133-142면, 134면.

14) Kelsen, Hans(trans. Wedberg, Anders), *General Theory of Law and State*, Harvard University Press(1945) ; Kelsen, Hans(trans. Knight, Max), *Pure Theory of Law*, University of California Press(1967) ; Favoreu, Louis et al., *Droit constitutionnel(24e édition)*, Dalloz(2022), 특히 127면 이하 ; Jacobsohn, Gary Jeffrey & Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, Yale University Press(2020) 등 참조.

15) Winterhoff, Christian, *Verfassung - Verfassunggebung - Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck(2007).

데 기여할 수 있을 것으로 보인다.

이상과 같이 법적 연속성에 관한 상이한 관점들을 검토한 이후에는 체제전환 과정에서 이해된 법적 연속성의 의미와 그 기능을 짚어 본 후(IV), 본 절의 종합적 결론을 도출한다(V).

## II. 헌법적 수권과 근본규범의 연속성

### 1. 법적 연속성과 헌법적 수권

체제전환 헌법에서 나타나는 법적 연속성에 관한 여러 평가들은 형식적·절차적 연속성이 실체적·내용적 불연속을 동반했다고 보고 있었다([표 1] (2)). 그 중 합법성과 연속성이 유지되었다고 평가하는 견해들은 그 핵심적 기준을 헌법적 수권(authorization)의 존부라는 관점에서 보는 경우가 적지 않다. 이러한 헌법적 수권의 관점에서 볼 때 제3장의 사례들은 모두 적어도 외관상으로는 선행헌법의 실정법적 수권에 기초한 사례에 해당한다. 스페인의 「정치개혁을 위한 법률」은 기본법을 제정할 권한을 가진 의회(Cortes)에 의해 성립하였고, 헝가리 1989년 헌법은 1949년 헌법의 개정규정에 따라 의회 가중다수결에 의해 성립하였으며, 남아프리카공화국 1993년 과도헌법은 1983년 헌법의 헌법개정규정에 따라 삼원제 의회의 의결로 성립하였다. 마찬가지로 최종헌법인 스페인 1978년 헌법은 「정치개혁을 위한 법률」 제3조가 정한 헌법개혁에 관한 규정에 근거하여 성립하였고(제3장 제1절), 헝가리 2011년 기본법은 1989년 헌법의 헌법개정규정에 의하여 의회 2/3 이상의 찬성으로 성립하였으며(제3장 제2절), 남아프리카공화국 1996년 헌법은 1993년 과도헌법이 정한 바에 따라 헌법의회가 기초·의결한 초안에 관하여 헌법재판소의 인증심사를 거쳐 확정되었다(제3장 제3절). 여기서 과도헌법과 최종헌법의 성립과정에서 각각 구헌법과 과도헌법의 수권 내지 위임, 달리 말해 헌법의 변경에 관한 헌법적 유보조항이 그 효력의 근거로 원용될 수 있었다<sup>16)</sup>.

이런 관점에서 법적 연속성을 이해하는 관점의 대표자는 한스 켈젠(Hans

Kelsen)일 것이다<sup>17)</sup>. 켈젠에게 있어 어떤 규범이 효력을 가지는 이유는 그 규범이 어떤 효력 있는 법체계에 소속되기 때문이다<sup>18)</sup>. 그런데 어떤 법체계, 법질서가 하나의 통일된 체계를 이룰 수 있는 것은 그것이 하나의 근본규범으로 거슬러 올라갈 수 있기 때문이다. 따라서 켈젠에게 있어 법질서 내지 법체계의 연속성은 곧 근본규범의 동일성과 연속성 문제로 환원되는데, 근본규범은 그 법체계를 구성하는 규범들이 그 법체계가 예정한 변화의 규칙에 따라 변화하는 한 동일성과 연속성을 유지한다<sup>19)</sup>. 켈젠에게 있어 혁명이나 쿠데타가 새로운 법질서를 정초하는 계기인 이유는 정통성이 없는 방식으로, 즉, 법질서가 규정해 두지 않은 방식으로 공동체의 법질서를 무효화하고 대체하기 때문이다<sup>20)</sup>. 혁명·쿠데타가 헌법 또는 정치적으로 중요한 의미를 가지는 몇 개의 법률을 제외한 나머지 대부분의 법규범을 그대로 두더라도 그러한 법규범들이 효력을 가지는 이유는 새 헌법이 정초하는 새로운 법질서에 소속되기 때문이지 기존 헌법에 여전히 그 효력의 근거를 두고 있기 때문이 아니다<sup>21)</sup>. 즉, "그 효력의 근거는 구헌법이 아니라 새 헌법에 있으며 양자 간의 연속성(continuity)은 한 쪽의 관점에서, 다른 쪽의 관점에서도 성립할 수 없다. 따라서 혁명에 의하여 헌법뿐만이 아니라 언제나 법질서 전체가 변동되는 것이다."<sup>22)</sup> 이는 달리 말해 혁명이나 쿠데타로 인해 "새로운 근본규범이 전제되었음을 의미한다."<sup>23)</sup> 켈젠에게 있어 근본규범은 최고규범인 헌법

16) 이 과정에서 과도헌법의 기능과 그 의미에 대해서는 제3절에서 다룬다.

17) 법적 연속성과 실체적 연속성을 구별하면서 법적 연속성을 수권의 형식적 준수라는 관점에서 보는 Favoreu et al., 앞의 책(주 14), 128면 이하도 참조.

18) 켈젠은 '법규범이 어떤 법질서에 소속되는지 여부에 따라 효력 유무가 결정되며, 그 법질서가 규정하는 방식으로 무효화되지 않는 한 효력을 유지한다는 원칙을 '정통성의 원칙'이라 한다. Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 117면.

19) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 113면.

20) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 117면 ; Kelsen, *Pure Theory of Law*(주 14), 209면.

21) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 117면 ; Kelsen, *Pure Theory of Law*(주 14), 209면("우리는 여기서 새로운 법률의 창설이 아니라 하나의 법질서가 다른 법질서의 규범들을 계수하는 것을 보게 된다. 독일법이 로마법을 계수한 것과 마찬가지로 말이다. 그러나 이러한 계수는 어떤 의미에서는 법률의 창설인데, 이는 혁명에 의해 새롭게 제정된 헌법이 수용한 법률들이 가지는 효력의 직접적 근거는 새 헌법 이외의 것이 될 수 없기 때문이다. 이 규범들의 내용은 변하지 않지만 그 효력의 근거, 실제로는 전체 법질서의 효력근거는 변동되었다").

22) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 118면.

과의 관련하에서 이해되어야 한다. 근본규범은 법적 행위에 의해 특정한 방식으로 창설된 실정법규범은 아니지만 '효력 있는 것으로 전제되기 때문에 효력을 가지는' 법질서의 전제조건이다<sup>24)</sup>. 그런데 여기서 켈젠이 근본규범을 요청하는 이유는 헌법의 효력을 설명하기 위한 필요성과 결부되어 있다. 켈젠에 있어 모든 처분과 명령, 법률 등 하위규범이 효력을 가지는 이유는 헌법에 의해 효력을 부여받았기 때문이고, 현행 헌법이 효력을 가지는 이유는 그것이 선행하는 헌법에 근거하여 성립하였기 때문이다. 따라서 이 단계를 거슬러 올라가면 "우리는 궁극적으로 역사상 최초의 헌법 - 찬탈자 개인이 제정한 것이든, 어떤 의회가 제정한 것이든 - 에 도달하게 된다."<sup>25)</sup> 켈젠은 이 최초의 헌법은 법질서의 모든 규범의 효력이 의존하는 전제인데, 법질서의 수범자들이 최초의 헌법을 제정한 개인 또는 집단이 명한 바에 따라 행동해야 한다는 규범명제는 그 최초의 헌법이 효력을 가지기 위해 필수적인 어떤 요청(postulate)로서의 근본규범(Grundnorm)에 해당한다고 본다<sup>26)</sup>. 근본규범은 하나의 법질서, 법체계에 통일성을 부여하는 것으로서 어떤 헌법이 효력을 가지는 것은 기존 헌법의 수권에 근거하여 성립하였거나, 근본규범에 직접 근거하기 때문이다. 그러나 혁명·쿠데타로 성립한 헌법, 다시 말해 당시까지 효력을 가지고 있던 기존 헌법이 예정하지 아니한 방식으로 헌법적 차원의 변화가 일어나면 기존 헌법 뿐만 아니라 기존 근본규범과의 법적 도출 관계가 깨어지고, 이로써 근본규범의 연속성도 깨어지며, 그로 인해 그 전후 법체계의 동일성도 깨어진다<sup>27)28)</sup>.

23) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 118면.

24) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 116면, 437면("어떤 의미에서 근본규범은 권력의 법으로의 전환(transformation)을 의미한다").

25) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 115면.

26) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 115면.

27) Kelsen, *Pure Theory of Law*(주 14), 209면. 이러한 근본규범의 변화에 대해 더 상세한 논의로는 Harris, J.W., "When and Why Does the Grundnorm Change?", *Cambridge Law Journal*, Vol.29 No.1(1971), 103-133면, 116면 이하 참조.

28) 그렇다면 켈젠은 기존 헌법의 수권 없이 헌법적 변화가 일어났을 때에는 언제나 예외 없이 법체계의 연속성이 깨어지고, 기존 헌법이 허용한 방식으로 헌법적 변화가 일어났을 때에는 언제나 법질서의 연속성이 유지된다고 보는 것인가? 그렇게 볼 여지도 없지 않으나, 켈젠의 텍스트는 위 두 가지 질문에 대해 적어도 각 한 가지씩의 예외를 인정하는 것으로 보인다. 첫째, 켈젠은 국가의 법체계를 국제법의 관점에서 볼 경우에는 영토나 인구가 크게 변하지 않는 한, 혁명이나 쿠데타에 의해서도 그 연속성이 유지된다

이러한 켈젠의 관점에 입각할 때 체제전환형 헌법의 성립과정에서는 모두 연속성이 지배적이었다는 명제가 성립할 수 있을 것이다. 새로운 헌법이 기존 헌법이 예정하지 아니한 방식으로 성립하였음에도 효력을 획득하는 사태 즉, 새로운 근본규범의 전제가 불가피한 상태가 발생하지 않았다고 보게 될 것이기 때문이다. 법적 연속성을 이러한 관점에서 이해하면서 실체적·내용적 차원의 현격한 변화가 연속성의 단절을 가져오는 것은 아니라고 보는 관점은 헌법적 변화를 설명하는 여러 문헌들에서 종종 발견된다<sup>29)</sup>. 가령 켈젠의 관점을 계승하여 최초의 역사적 헌법으로 법적 도출관계의 연쇄가 이어지는 경우 정치적 혁명에도 불구하고 법적 혁명은 존재하지 않으며 실체적 연속성과 법적 연속성은 별개의 차원을 구성한다는 입장이나<sup>30)</sup> 실체적 차원의 단절적 변화가 형식적·절차적 규정의 준수를 통해 이루어지는 경우를 합헌적 혁명(Constitutional Revolution)으로 구성하려는 입장이 그러하다<sup>31)</sup>. 이러한 관점에 의한다면 체제전환형 헌법의 성립 절차들은 헌법개정기관인 의회가 기존 헌법의 수권에 기초하여 정해진 절차에 따라 신헌법으로의 이행을 이끌었다는 점에서 법적 연속성의 틀 내에서 이루어진 것이 될 것이고<sup>32)</sup>, 새로운 헌법의 성립 전후는 여전히 하나의 동일하고 연속적인 법질서를 유지하게 될 것이다. 세 사례 모두에서 효력 있는 법규범의 도출관계가 유지됨으로써 정통성의 원칙이 준수되었기 때문이다. 달리 말하면 혁명이나 쿠데타와 같이 기존 헌법의 헌법개정절차와 무관하게 성립한, '수권 없는 (unauthorized)' 헌법적 변화가 개입되지 않았다. 이렇게 보면 헌법개정절차를 이

---

는 원칙을 받아들인다. Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 220면, 368면. 다만, 이는 법체계를 그 자체로 고찰하는 것이 아니라 국제법적 관점에서 국가의 동일성을 판별하는 문제와 관련된다. 둘째, 헌법이 허용한 절차를 통해 헌법적 변화가 일어나더라도 그것이 전체 법질서의 효력을 종결시키는 경우에는 그 법질서의 연속성은 유지되지 않는다. 이를테면 오스트리아 공화국이 의회의 정식 의결로 독일제국 합병을 선언한 것과 같이 합법적 절차에 의해 한 국가가 다른 국가로 합병된 경우가 그러하다. Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 220면.

29) Jacobsohn & Roznai, 앞의 책(주 10), 98면, 235면 ; Paczolay, Péter, "The New Hungarian Constitutional State" in Howard, A. E. Dick, (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*, The Woodrow Wilson Center Press(1993), 21-55면, 26면 이하.

30) Favoreu et al., 앞의 책(주 14), 128면.

31) Jacobsohn & Roznai, 앞의 책(주 10), 제2장.

32) Favoreu et al., 앞의 책(주 14), 127면("법적 혁명 없는 정치적 혁명(ex...1989년 이후 구 소비에트 블록 국가들에서 있었던 독재로부터 민주주의의 이행").

용한 체제전환은 헌법개정을 통한 체제 내의 개혁과 구별할 수 없게 된다<sup>33)</sup>.

이러한 관점을 취하게 되면, 예컨대 헝가리의 맥락에서 켈젠이 말하는 '역사상 최초의 헌법'에 해당하는 것은 1949년 헌법이 될 것이고, 1989년 헌법은 1949년 헌법과 동일한 근본규범을 기초로 하는 연속적인 법체계의 일부를 구성하는 규범이 될 것이다. 실제로 이는 2011년 기본법을 입안한 이들이 강력하게 제기했던 문제이기도 하였다<sup>34)</sup>. 그러나 이 관점에 의하면 마찬가지로 2011년 기본법도 1989년 헌법만큼이나 1949년 헌법과 연속적인 법체계를 구성하는 법규범이 될 것이다. 1989년 헌법의 헌법개정규정에 따라 성립하였다는 점에 있어서는 동일하기 때문이다. 스페인이나 남아프리카공화국의 경우에도 이와 유사한 결론이 도출될 것이다. 즉, 새로운 헌법과 그에 기초해 제정된 법률들이 기존 헌법과 그에 기초하여 제정된 법률과 하위규범 등과 마찬가지로 하나의 동일한 법체계에 속하게 되므로 법체계의 차원에서 불연속이 발생하지 않게 된다<sup>35)</sup>.

## 2. 사회적 형태의 연속성과 법체계의 연속성

여기서 우리는 헌법적 연속성, 즉 기존 헌법의 개정규정에 따른 헌법개정이 이루어졌는지 여부는 법체계의 연속, 불연속을 판별함에 있어 필요조건도, 충분조건도 아니라는 비판적 견해를 살펴보려 한다. 그 저자들은 조지프 라즈(Joseph Raz)와 존 피니스(John Finnis)인데, 이들은 모두 켈젠의 견해에 이의를 제기하면서 자신의 입장을 개진하고 있어 특별히 주목할 가치가 있다<sup>36)</sup>. 두 저자

33) Kis, János, "Between Reform and Revolution", *East European Politics and Societies*, Vol.12 No.2(1998), 300-383면, 311면.

34) 제3장 제2절 III.2. 참조.

35) 이러한 관점에 대한 비판적 견해가 이미 1940년대부터 존재했음을 언급할 필요가 있을 것이다. 가령 프랑스 제3공화국 헌법에 근거하여 성립한 프랑스의 비시(Vichy) 체제에 대해 헌법개정기관이 그 권한에 관한 원칙들을 거부하면서 헌법개정규칙에 따라 헌법개정규칙을 변경하는 것은 개정권한의 남용, 즉 '헌법에 대한 기망(fraude à la constitution)'에 불과하다는 주장을 들 수 있다. Liet-Veaux, George, "La 'fraude à la constitution'", *Revue du droit public et de la science politique en France et l'étranger*, n°59(1943), 116-150면. 뒤베르제는 반면 이 사태를 "1875년 헌법이 규정하는 개정 절차의 개정으로 분석하는 것을 막는 것은 아무것도 없다."고 보았다. 뒤베르제, 모리스(문광삼·김수현 옮김), 『프랑스헌법과 정치사상』 해성(2003), 163면.



가 이를 보여주기 위해 핵심적 범례로 삼는 것은 식민지 독립의 사례이다<sup>37)</sup>. 제국의회가 식민지 대표들로 구성된 신생 제헌의회에 헌법을 제정할 권한과 입법권을 부여하는 법률을 의결하였다고 가정한다면, 제헌의회에서 성립한 신생독립국의 법규범은 일응 제국의회의 수권을 근거로 한다고 할 수 있다. 그런데 켈젠의 시각에서 볼 때 어떤 법규범이 효력을 가진다면 그 법규범과 그 효력의 근거가 되는 규범 - 궁극적으로는 그 법체계의 근본규범 - 은 동일한 법체계에 속해야 한다<sup>38)</sup>. 그러나 제국의 법체계와 신생 독립국의 법체계가 동일한 법체계라는 것, 즉 신생독립국의 법체계가 여전히 제국 법체계의 일부라는 것은 받아들일 수 없는 결론이다. 따라서 기존 헌법의 개정규정에 의해 합헌적으로 헌법개정이 이루어졌다고 하여 전후 법체계가 항상 연속적 관계에 있는 것은 아니라는 것이다. 반대로 법체계의 연속성이 유지되고 있다고 하여 항상 법적으로 허용되는 변화 즉, 수권에 근거한 법적 변화가 있었다고 볼 수 있는 것도 아니다<sup>39)</sup>.

라즈는 법체계를 정치적 체계를 구성하는 규범적 차원 중 일부일 뿐이며 법체계의 연속성은 정치체계의 연속성과 분리하여 고찰할 수 있는 성질의 것이 아니라고 본다<sup>40)</sup>. 따라서 법체계의 연속/불연속을 사고함에 있어서는 법적인 변화의 성격과 정도 뿐만 아니라, - 라즈는 그 중에서도 헌법과 행정법과 같은 '정치적' 성격의 법률이 보다 더 중요하다고 명시한다 - 비법적인 정치적 규범들의 변화<sup>41)</sup>, 법규범과 비법적 규범 사이의 상호작용을 모두 고려해야 한다. 따라서

36) Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press(1970), 188면("새 법률들의 '헌법적 연속성'도, 그 내용도 법체계의 연속성 또는 연속성의 흠결을 판별함에 있어 필요조건도, 충분조건도 아니다."); Finnis, John, "Revolutions and Continuity of Law", in Finnis, John, *Philosophy of Law Collected Essays: Volume IV*, Oxford University Press(2011), 407-435면, 434면("혁명은 국가 또는 법체계의 동일성의 변화로 기술되기에 필요조건도, 충분조건도 아니다").

37) Raz, 앞의 책(주 36), 188면 ; Finnis, 앞의 논문(주 ), 412면 이하. Spagnolo에 의하면 식민지 독립 사례는 라즈가 이 문제에 관하여 들고 있는 **유일한 사례**이다. Spagnolo, Benjamin, *The Continuity of Legal Systems in Theory and Practice*, Hart(2015), 182면.

38) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 111면 ; Raz, Joseph, "Kelsen's Theory of the Basic Norm" in Raz, Joseph, *The Authority of Law(2nd ed.)*, Oxford University Press(2009), 122-145면, 123면.

39) Raz, 앞의 책(주 36), 189면 ; Finnis, 앞의 논문(주 36), 434면.

40) Raz, Joseph, "The Identity of Legal Systems" in Raz, Joseph, *The Authority of Law(2nd ed.)*, Oxford University Press(2009), 78-102면, 100면.

위헌적인 법적 변화 중 중요한 것은 법체계가 일부를 구성하는 사회체계의 동일성을 변경할 만큼 중대할 수도 있지만, 다른 사회과학의 대상이 되는 비법적 차원의 변화를 고려할 때 그렇지 않을 수도 있다. 라즈는 도덕규범이나 정치규범은 헌법 등에 편입되어 법조문의 형식을 갖추더라도 법규범이 아니라고 본다<sup>42)</sup>. 그러나 법체계는 도덕체계나 정치체계와 긴밀한 관련을 맺고 있고, 재판절차에서 이러한 비법적 규범들이 유권적으로 적용될 수도 있으며, 법체계의 성격에 영향을 미칠 수 있다<sup>43)</sup>. 요컨대 "법체계의 동일성은 그것이 속하는 사회적 형태들의 동일성에 의존"하는 것이다<sup>44)</sup>.

피니스 역시 "효력 있는 규칙의 집합으로서만 고찰된 법체계는 존재하지 않는다."<sup>45)</sup>고 본다. 규칙의 집합으로만 바라보았을 때 그 집합에 연속성, 지속성, 동일성을 부여할 단일하고 안정적인 '법적' 기초 - 켈젠의 근본규범이든, 하트의 승인규칙이든 - 를 상정하기 어렵기 때문이라는 것이다<sup>46)</sup>. 그는 "법률은 제정 당시 효력 있는 기준에 의해서 제정되었다면 그 고유한 조건 또는 창설 당시 고유한 요건에 따라 소멸할 때까지 또는 폐지 당시 효력을 가지는 폐지요건에 부합하는 방식으로 폐지될 때까지 효력을 지속한다"는 일반원칙(*general principle*)을 전제하면, 전체 법질서의 효력을 보증하기 위해 켈젠의 근본규범과 같은 장치를 도입할 필요가 없다고 본다. 이 원칙에 입각하면 혁명이나 쿠데타로 기존 법체계의 수권 없는 법률의 제정 또는 폐지가 있더라도 법체계의 나머지 부분은 - 그 규범 성립 당시 효력 있는 기준에 의해 성립하였다면 - 계속하여 효력을 유지하게 된

41) 라즈가 예로 드는 것은 다이시(A.V. Dicey)가 말하는 '헌법적 관습(*conventions of the constitution*)'이다. Raz, 앞의 논문(주 40), 100면.

42) Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation - On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press(2009), 195면. 따라서 '인간의 존엄'과 같은 도덕규범이나 '헌법적 관습'과 같은 정치적 규범은 법체계의 일부를 구성하는 것은 아니지만 법체계의 동일성과 연속성을 판단할 때 고려될 수 있는 요소들이라 하겠다.

43) Raz, Joseph, "The Sources of Law" in Raz, Joseph, *The Authority of Law(2nd ed.)*, Oxford University Press(2009), 37-52면, 46면.

44) Raz, 앞의 책(주 36), 189면.

45) Finnis, 앞의 논문(주 36), 428면.

46) Finnis, 앞의 논문(주 36), 427-428면. 피니스는 하트의 승인규칙은 다양한 성격을 가지는 규칙들의 복합체인데 그 관행으로서의 속성상 지속적인 변화의 과정에 있을 수밖에 없으므로 법체계의 기초를 이를 만한 통일성을 갖추지 못한다고 본다. 이 점은 라즈도 유사한 방식으로 지적하고 있다. Raz, 앞의 논문(주 40), 98면.

다<sup>47)</sup>. 그는 이러한 일반원칙을 받아들이는 것이 합당한 이유로 '발생하고 장래에 효력을 가질 행위들에 대해 현재의 가이드를 제공함으로써 과거를 현재에 관계시키는 법의 가장 기초적이고 일반적인 기능에 충실'하다는 점을 제시한다<sup>48)</sup>. 이와 같은 논증을 통해 피니스가 내리는 결론 역시 "법체계의 연속성과 동일성은 그 법체계가 그 질서 있는 현존에 참여하는 사회의 연속성과 동일성의 한 함수(function)"일 뿐이라는 것이다<sup>49)</sup>. 따라서 '동일성(정체성)과 그 역사를 가지는 중요한 단위는 무엇인가'라는 역사학적 질문이나 '우리가 충성하며 집단적 의무를 지고 있는 사회는 무엇인가'와 같은 윤리학적 질문의 고려 없이 법체계의 연속성 문제를 고려하는 것은 불가능하다는 것이 피니스의 생각이다<sup>50)</sup>.

라즈와 피니스는 - 켈젠과 달리 - 법체계의 연속/불연속을 판별할 수 있는 정밀한 기준을 제시하는 것보다는 이 문제를 사고함에 있어서 필수적으로 고려해야 할 비법적인 차원들의 중요성을 환기하는데 주안점을 두고 있는 것 같다. 가령 라즈는 비법적 차원들의 고려가 불가결함을 강조하면서도 "다른 분야에 침범하기를 원치 않기 때문에"<sup>51)</sup>, 어떤 비법적인 규범들의 변화를 고려해야 하는지, 법규범과 비법적 규범들의 상호작용은 구체적으로 무엇을 뜻하는지 더 자세한 설명을 제시하지 않고 있다<sup>52)</sup>. 피니스 역시 자신의 목적이 "사회의 동일성 또는 법체계의 동일성에 관한 구체적 문제들에 답변을 제시하려는 것이 아니"라 "역사학

47) Finnis, 앞의 논문(주 36), 423면. 이러한 설명방식은 근본규범이 변경되면 - 즉, 법질서의 연속성이 깨지면 - 모든 유효한 법규범은 구헌법이 아니라 신헌법에 의해 효력을 가지게 된다고 보는 켈젠의 관점과 확연히 구별된다. 헝가리의 체제전환 이후 공산정권하 토지수용 문제를 다룬 헌법재판소 사안에 이러한 피니스의 일반원칙을 적용한 흥미로운 사례로는 Klingsberg, Ethan, "Judicial Review and Hungary's Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights", *Brigham Young University Law Review*, Vol.41(1992), 41-144면, 95면 이하 참조.

48) Finnis, 앞의 논문(주 36), 425면. 켈젠에 의하면 혁명이나 쿠데타로 근본규범이 변경되는 경우 이에 수반하여 모든 법규범의 효력근거가 바뀌는 법체계의 변경이 있는 것으로 설명되지만, 피니스에게서는 다수 규범들의 효력이 **그대로 지속되는** 이상 법체계 자체의 연속성이 중단된다고 볼 필요가 없게 될 것이다.

49) Finnis, 앞의 논문(주 36), 428면.

50) Finnis, 앞의 논문(주 36), 431-423면. 물론 이는 피니스가 자연법론자인 것과는 관련이 깊을 것이다.

51) Raz, 앞의 책(주 36), 189면.

52) Spagnolo, 앞의 책(주 37), 182, 187면.

자의 문제 또는 자신의 충성과 의무의 대상이 무엇인지에 대해 고민하는 선한 인간이 대면하는 문제와 법률가의 문제가 다르지 않다"는 점을 강조하는데 있다고 한다<sup>53)</sup>. 즉, 라즈와 피니스에게서 중요한 것은 법체계의 연속/불연속을 판단하는 기준 그 자체라기보다는 그 판단에 있어 법외적 기준을 고려하지 않을 수 없음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

라즈·피니스가 주장하는 바와 같이 법체계가 속하는 정치체제 또는 사회체제를 고려하지 않고서는 법체계의 연속/불연속을 판단할 수 없다는 명제를 받아들인다면, 체제전환 헌법성립 전후 법적 상황의 관계는 어떻게 평가해야 할까? 라즈·피니스는 반드시 고려해야 할 요소들을 제시할 뿐 어떤 심사기준이라고 할 만한 것을 제시하고 있지는 않다. 그러나 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 모두 정치적 정당화(legitimation)의 원리들에 근본적 변화가 초래되었던 점, 즉 스페인의 경우 국가원수인 총통 프랑코와 유일한 합법정당인 국민운동으로 구성된 권위주의적 지배에서 다원주의적, 다당제적 의회군주제로 이행하였고, 헝가리의 경우 당이 국가에 우선하는 소비에트식 정치체제에서 헌법재판제도를 포함하는 권력분립형 복수정당제 민주주의로 이행하였으며, 남아프리카공화국의 경우 인종차별과 인종별 의회를 제도화한 체제에서 보편적 평등을 원리적으로 받아들 이면서 헌법적으로 보장하는 체제로 이행한 점을 고려한다면, 헌법적 수권에 기초한 연속성이 존재하였더라도 사회적 형태의 동일성과 연속성이 유지되었다고 볼 여지는 많지 않아 보인다<sup>54)</sup>.

### 3. 검토

라즈·피니스의 관점에 입각한 분석결과는 헌법적 변화의 규칙을 준수하였는지 여부만으로 헌법적 이행의 성격을 충분히 규명할 수 없음을 보여줄 뿐만 아니라, 헌법적 변화의 규칙, 즉 헌법개정규정을 준수하였는지 여부를 판별함에

53) Finnis, 앞의 논문(주 36), 434면.

54) Paczolay, 앞의 논문(주 29), 28면도 켈젠의 관점에 의하자면 헝가리 체제전환은 헌법 개정에 불과할 것이지만, 헌법질서의 정통성은 협의의 법체계를 초과하는 원리라고 주장하고 있다.

있어서도 켈젠의 설명은 충분하지 못할 수 있음을 보여준다. 적어도 켈젠 본인의 설명 - 또는 켈젠에 대한 일부 현대 해석자들의 설명<sup>55)</sup> - 이 헌법개정이 가지는 명시되지 않은 실체적·내용적 측면과 그 의미에 대한 논의를 포함하고 있지 않기 때문에 이 문제는 가중되는 것으로 보인다. 따라서 (헌)법적 연속성의 문제는 기존 헌법이 예정한 변화 즉, 근본규범의 연속성 문제로 환원된다는 켈젠의 설명은 그 자체로 충분히 발전되지 못한 것일 뿐만 아니라, 체제전환 전후의 법질서를 단순히 연속적인 것으로만 보게 된다는 점에서도 만족스럽지 못하다. 그러나 라즈·피니스의 논의도 헌법적 연속성과 불연속성에 관한 유용한 기준을 적극적으로 제시해 주는지에 대해서는 의문이다. 법체계의 연속/불연속의 판별에 있어 켈젠이 제시한 수권 중심의 설명이 불충분함을 논증하는 데만 그 주안점을 두고 있기 때문이다.

따라서 헌법적 연속성과 불연속성을 헌법제정 - 헌법개정의 판별기준이라는 보다 실제적인 문제와 관련하여 다루는 논의가 이 문제의 추가적 해명을 위해 유용할 것으로 보인다. 이하에서 본다.

### III. 헌법규범의 형식적 연속성과 헌법제정 - 헌법개정 개념과의 관계

#### 1. 헌법규범의 형식적 효력지속 개념

우리는 헌법적 연속성과 불연속성 문제에 본격적으로 천착하는 논의로 크리스티안 빈터호프(Christian Winterhoff)의 연구를 검토할 수 있다<sup>56)</sup>. 빈터호프는 헌법제정과 헌법개정의 구별에 관한 정치한 개념적 기준을 발전시키면서 연속성과 불연속성이 헌법제정 - 헌법개정 범주와 어떤 관계를 가지고 있는지 규명하고자 하므로 그의 논의를 검토하는 것은 헌법규범의 연속성을 어떤 의미로 어떤 층위에서 이해할 수 있는지를 규명함에 있어 시사하는 바가 적지 않다. 그는 "헌법개정에 의해 개정되지 않은 헌법규정들은 그대로 효력을 지속하는 반면, 새

55) 앞서 본 Favoreu et al., 앞의 책(주 14), 127면 이하가 전형적인 사례이다.

56) Winterhoff, 앞의 책(주 15).

롭게 창설된 헌법은 그 효력근거를 기존 헌법에서 발견하고 그로부터 자신의 효력을 도출"하기 때문에 헌법개정에 있어서는 기존 헌법의 규범적 경로가 여전히 유지되고 있음을 지적한다<sup>57)</sup>. 따라서 "형식적으로 고려할 때 헌법개정 이후에는 새로운 헌법이 아니라 (내용적으로 수정되었더라도) 기존 헌법이 효력을 가지는 것이다. 그러므로 그 효력근거에 있어서는 어떠한 개정(변경)도 없다"<sup>58)</sup>. 즉, 헌법개정의 경우 "형식적 헌법연속성(formelle Verfassungskontinuität)"이 우세하다.<sup>59)</sup> 여기에서 연속성이 우선은 개별 헌법규범의 효력지속이라는 관점에서 논의되고 있다는 점(형식적인 헌법적 연속성), 개정되지 않은 헌법규정의 효력지속과 더불어 **헌법적 효력근거**의 연속성이 구별되어 논의되고 있다는 점에 유의해야 할 것이다. 헌법합치적 수권의 존재 및 그 헌법개정규정의 준수는 헌법개정의 결과 생성된 헌법규범의 파생적(derivativ) 효력의 핵심적 전제이지만<sup>60)</sup>, 헌법규범의 연속성과 일대일 대응의 관계에 있지는 않다. 헌법규범의 형식적 연속성/불연속성은 더 기초적인 수준 즉, 특정한 공포일과 시행일로서 특정되는 헌법규범의 효력이 종료되었는지, 즉 실효되었는지의 관점에서 정의된다. 따라서 헌법합치적 헌법개정절차에 따른 성문헌법전의 일부개정 결과 개정되지 않은 헌법규정은 그 효력이 지속되는 반면 - 빈터호프가 형식적 연속성으로 지칭하는 것은 주로 이러한 사태이다 - , 개정된 규정은 구헌법의 수권에 의해 도출되었으므로 효력근거의 연속성만을 가지게 된다.

모든 헌법규정이 변경되는 헌법교체(Verfassungsablösung)의 상황에 있어서는 기존 헌법이 실효되고 형식상 새로운 헌법으로 대체된다는 점에서 헌법규범의 형식적 차원에서 불연속이 존재하게 된다<sup>61)</sup>. 헌법적 수권 없이 일어나는 헌법교체가 시원적 헌법제정에 해당한다는 점에 대해서는 별다른 이견이 없을 것이다<sup>62)</sup>. 그러나 헌법교체에 관한 헌법적 유보조항이 존재하는 경우에는 반드시 그렇지는 않다. 빈터호프는 완전한 형식적 헌법불연속이 발생하는 국면에서도, 가령

57) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 186면.

58) *Ibid.*

59) *Ibid.*

60) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 402면.

61) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 376면.

62) 제2장 제2절 II. 참조.

전면개정에 관한 헌법유보조항인 스위스 헌법 제193조와 같이 발의권자와 의결에 관한 특수한 절차를 요구할 뿐만 아니라 그 요건의 준수를 신헌법의 효력의 근거로 삼고 있는 경우에는 새로운 헌법의 효력이 구헌법에 의존하여 파생적으로 발생하고, 그러한 점에서 그 효력근거의 연속성이 유지된다고 본다<sup>63)64)</sup>. 이와 같이 헌법교체의 주체, 절차에 관한 조건의 준수가 새로운 헌법의 유효요건을 구성, 형성하는 경우는 이를 '형성적 헌법교체(konstitutiv Verfassungsablösung)'라 한다<sup>65)</sup>. 이와 대조되는 흥미로운 사례는 독일기본법 제146조일 것이다<sup>66)</sup>. 위 조항은 기존 헌법규정들의 실효와 형식적으로 완전히 새로운 헌법의 시행 즉, 헌법교체에 대해 언급하는 헌법적 유보조항이지만 그에 관한 법적 권한과 절차를 위임하는 수권규정은 아니다. 빈터호프는 이러한 규정은 장래의 헌법제정을 합헌적인 것으로 선언하지만, 그 효력요건을 형성하는 것은 아니라는 점에서 '선언적 헌법교체(deklaratorische Verfassungsablösung)'라고 한다<sup>67)</sup>. 선언적 헌법교체에서는 기존 헌법규정들의 형식적 효력지속이 단절될 뿐만 아니라(형식적 불연속)<sup>68)</sup>, 기

63) 스위스 헌법 제193조(전면개정) ① 헌법의 전면개정은 국민투표로, 또는 양 의회 중 어느 한 의회가 발의하거나 연방의 포고로 결정할 수 있다. ② 국민투표로 발의하거나 양 의회의 의견이 일치하지 아니하는 경우에는 국민투표로 전면개정의 여부를 결정한다. ③ 국민투표로 전면개정이 결정된 경우에는 새로운 선거로 양 의회를 구성한다. ④ 국제법의 강행규정을 위반하여서는 아니 된다.

64) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 322면 이하, 327면 이하, 330면 이하, 380면.

65) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 309면 이하, 317면.

66) 기본법 제146조(기본법의 효력기간) "독일의 통일과 자유 성취 후 전체 독일 국민에게 적용되는 이 기본법은 독일 국민이 자유로운 결정에 따라 정하는 헌법의 효력발생일에 그 효력을 상실한다." 참고로 구 기본법 제146조는 "이 기본법은 독일 국민이 자유로운 결정에 따라 정하는 헌법의 효력발생일에 그 효력을 상실한다"고 하고 있었다.

67) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 303면 이하, 317면.

68) 제2장 제2절 II.3.에서 본 바와 같이 이젠제(Josef Isensee)는 기본법 제146조에 의하여 제정된 새로운 헌법이 기본법 문언을 전혀 변경하지 않고 그대로 헌법의 내용으로 삼는다고 할지라도 기본법과 새 헌법은 불연속적 관계에 있는 것으로 보아야 한다고 말한다. "기본법 제146조에 의한 헌법교체는 제79조 제2항에 따른 절차를 준수하지 않아도 되었을 것이다. 그것은 기본법 제79조 제3항에 따른 기본법의 핵심을 침범하지 말아야 할 필요도 없었을 것이다. 기본법 제146조에 의해 교체된 헌법은 시원적 헌법 제정에 의해 창설되었을 것이기 때문이다. 소멸하는 헌법의 개정규정은 여기에 적용되지 않는다. 연방헌법재판소 결정의 기속력과 법규적 효력도 기본법과 함께 그 기초가 상실되었기 때문에 소멸되었을 것이다. 새로운 헌법이 기본법 텍스트를 전혀 바꾸지 않고 그대로 채택했을 경우에도 이러한 불연속이 발생했을 것이다." Isensee, Josef, "Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146", in: ders./Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* XVII, C.F. Müller(3. Aufl.,

존 헌법규정들이 터잡았던 헌법제정행위가 원용되지도 않는다는 점에서, 즉 그 효력이 새로운 헌법제정행위에 기초하게 된다는 점에서 효력근거에 있어서의 연속성도 단절된다<sup>69)</sup>. 이는 새로운 헌법의 효력이 기존 헌법에 의존하지 않고 시원적으로 성립한다는 점에서 어디까지나 헌법제정에 해당하지만 기존 헌법의 관점에서 '위헌적'이라는 전형적 관념의 예외를 구성한다<sup>70)</sup>. 반면 형성적 헌법교체는 기존 헌법의 수권에 기초할 뿐만 아니라 그 절차적·실체적 요건의 준수가 새롭게 형성된 헌법이 누리는 효력의 전제가 된다는 점에서 여전히 기존 헌법에 관하여 파생적 효력을 가지게 되고, 그러한 한에서 헌법전 전체가 교체됨에도 불구하고 헌법개정의 특수한 경우로 포섭된다<sup>71)</sup>. 다시 말해 기존 헌법의 교체유보조항에 따른 형식적 헌법불연속이 나타날 경우 이는 헌법제정에 해당하는 선언적 헌법교체로 평가될 수도 있고, 헌법개정에 해당하는 형성적 헌법교체로 평가될 수도 있다. 각각의 경우가 어디에 해당하는지에 대해서는 구체적으로 살펴보아야 하는 것이다<sup>72)</sup>. 이를 도식으로 나타내면 다음 [표 2]와 같다.

---

2014), 131-186면, 137-138면. 이러한 서술은 헌법제정이 항상 형식적 헌법불연속을 야기한다는 빈터호프의 분석과 일치하고 있다.

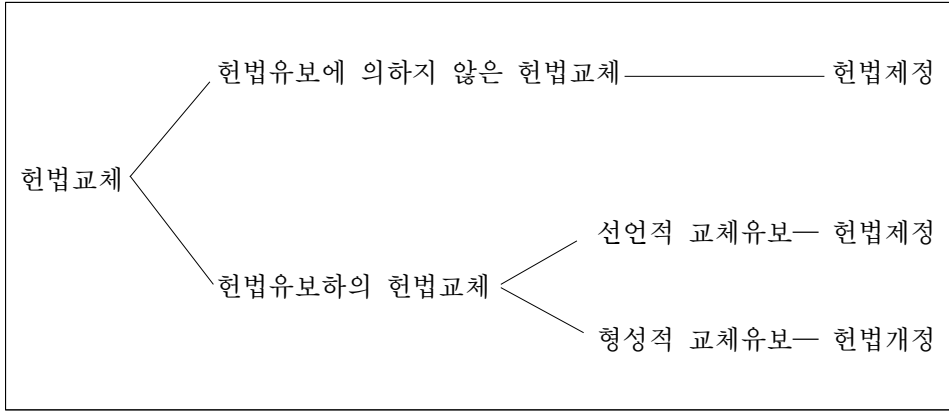
69) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 380면("따라서 헌법개정은 형식적으로도, 실체적으로도 항상 헌법적 연속성을 동반하지는 않는다. 그리고 헌법제정은 항상 형식적 불연속성을 야기하지만 필연적으로 실체적 불연속성을 야기하지는 않는다.").

70) 제2장 제2절 I. II. 참조.

71) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 330면 이하.

72) 일부 문헌들은 헌법개정과 헌법교체의 구별을 사용하면서도 특정한 성격의 헌법교체가 헌법개정에 해당할 가능성을 염두에 두지 않는 듯하다. 가령 Negretto, Gabriel L., "Democratic constitution-making bodies: The perils of a partisan convention", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.16 No.1(2018), 254-279면 ; Negretto, Gabriel L., "Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America", *Law & Society Review*, Vol.46 No.4(2012), 749-779면.





[표 2] 헌법교체의 분류

이제 위 논의에 비추어 제3장의 사례들을 다시 살펴볼 필요가 있다. 우리가 조명한 사례들에서 모두 위와 같은 의미에서의 완전한 형식적 헌법불연속, 즉 헌법교체가 발견되기 때문이다. 스페인 1978년 헌법은 폐지규정 제1, 3항에서 「정치개혁을 위한 법률」 및 나머지 7개의 기본법을 폐지한다는 점을 명시적으로 선언하였고<sup>73)</sup>, 이로써 기존의 헌법적 지위를 가졌던 규범들의 형식적 효력지속은 종료되었다. 헝가리 1989년 헌법은 1949년 헌법의 개정절차에 의해 성립하였지만 거의 대부분의 헌법규정이 교체된 바 있고, 설령 1989년 헌법에서 형식적 헌법불연속이 완전히 발생하지 않았다고 하더라도 2011년 기본법이 성립하는 단계에서는 기존 헌법규정들의 실효가 명백히 표방되었다<sup>74)</sup>. 남아프리카공화국에서는 최종헌법 뿐만 아니라 1993년 과도헌법도 기존 헌법의 형식적 효력종료를 분명히 선언하였다<sup>75)</sup>.

73) 폐지규정 ① 1977년 1월 4일 정치개혁에 관한 법률(법률 제1977-1호)은 물론이고 동법에 의하여 폐지되지 아니한 법령 즉 1958년 5월 17일의 국민운동의 원칙에 관한 법률, 1945년 7월 17일 스페인 국민 헌장, 1938년 3월 9일 노동헌장, 1942년 7월 17일 스페인의회 창설에 관한 법률, 1947년 7월 26일 국가원수직 승계에 관한 법률까지 1967년 1월 19일 국가조직에 관한 법률에 의해 개정된 모든 법률은 폐지된다. 위 국가조직에 관한 법률과 1945년 10월 22일 국민투표법도 마찬가지로 폐지된다. ③ 이 헌법에 반하는 모든 규정은 폐지한다.

74) 정리규정 제26조 다음 법률은 폐지한다. a) 헝가리공화국 헌법에 관한 1949년 법률 제X X호, c) 헌법개정에 관한 1989년 법률 제X X X I호 …p) 헝가리공화국헌법에 관한 1949년 법률 제X X호의 개정에 대한 2011년 법률 제C L IX호.

그런데 언뜻 보아 위 사례들은 헌법제정에 해당한다고 보기는 어려울 것으로 보인다. 위에서 살펴본 바와 같이 모두 헌법적인 변화의 규칙, 즉 헌법적 수권에 기초하여 성립한 헌법들에 관한 것이기 때문이다. 그렇다면 이를 수권에 기초한 헌법교체 즉, 형성적 헌법교체로 보는 것이 타당할까? 그러나 우선은 그 변화의 규칙을 교체유보로 볼 수 있는지 문제될 뿐만 아니라, 내용적·실체적 측면에서 있었던 헌법원리적 수준의 변화에 비추어 보면 이를 헌법개정으로 평가하는 것은 직관에 반하는 것으로 보인다. 따라서 더 진전된 분석을 위해서는 위와 같이 정의된 형식적 헌법불연속 뿐만 아니라 실체적 연속/불연속도 고려에 포함시키는 헌법적 수권의 범위에 관한 고찰이 불가피해 보인다.

## 2. 헌법적 수권의 범위 및 실체적 연속성의 고려

빈터호프는 헌법제정과 헌법개정의 구별을 개념화함에 있어서 형식적 연속성/불연속성의 대립이 가지는 중요성을 강조하고 있지만, 실체적 연속성/불연속성의 차원을 간과하지는 않는다<sup>76)</sup>. 특히 헌법개정조항이 실체적 개정금지사항을 명시적으로 규정하고 있거나 해석상 헌법개정의 내용적 한계를 도출할 수 있는 경우 이는 헌법개정 수권의 범위와 관련하여 고려대상이 되지 않을 수 없다. 물론 수권의 범위를 형식적 관점에서만 평가하더라도 그 범위에 대해 고려하는 것은 가능하다. 가령 헌법개정조항이 명백히 헌법문언의 부분적 개정 또는 보충만을 수권함에도, 달리 말해 그 헌법개정조항이 헌법교체의 유보조항이 아니라 부분적 개정의 유보조항으로 해석될 수밖에 없음에도 그 조항의 발동을 통해 헌법 전 전체의 교체를 도모한다면, 전후 헌법의 실체적 연속성과 무관하게 새로운 헌법의 성립절차는 헌법개정이 아니라 시원적 헌법제정이라고 평가하는 것이 가능하다<sup>77)</sup>.

75) 과도헌법 별표 7의 폐지대상 법률에는 남아프리카공화국 헌법적 법률(1983년 법률 제 110호)이 명기되어 있다.

76) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 376면 이하, 390면.

77) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 411면 이하는 독일 니더작센주 1993년 헌법이 이러한 사례에 해당한다고 보고 있다. 기존 헌법(1951년 헌법)의 헌법개정절차에 따라 주의회 3분의 2 이상의 가결로 성립한 위 헌법은 구헌법을 대체하면서 기존헌법이 실효됨을

그러나 보다 흥미롭고 중요한 것은 헌법개정조항을 통해 기존 헌법이 허용할 수 있는 범위를 벗어나는 정도의 실제적 불연속이 도입되는 경우이다. 이는 실제적 차원에서 '위헌적' 헌법개정을 어떻게 평가할 것인지의 문제이기도 하다<sup>78)</sup>. 앞서 보았듯 유효한 헌법개정은 합헌성을 그 전제로 한다. 즉, 헌법적 수권의 기초 및 그 수권규범의 준수가 새로운 헌법규범의 효력에 있어 전제가 되므로, 그 헌법개정과정이 위헌적이라고 평가된다면 그 과정에 의해 성립한 헌법규범은 효력이 있다고 할 수 없게 된다<sup>79)</sup>. 만일 기존 헌법의 수권과 전적으로 무관한 행위자에 의해 새로운 헌법이 성립하였다면 - 켈젠적 의미의 혁명 또는 쿠데타가 이에 해당한다 - 이를 헌법개정으로 볼 수 없음은 명백하다. 그러나 일응 헌법개정권한을 부여받은 헌법기관 - 헌법개정안의 발의권을 부여받은 대통령 또는 의회, 헌법개정안 의결권을 부여받은 의회 등 - 이 헌법개정절차를 통해 기존 헌법과 실제적 동일성이 없는 헌법의 창설에 참여하는 경우에는 앞서 보았듯 어떤 '법적 연속성'을 관찰할 수 있기 때문에 추가적인 해명이 필요하게 된다. 그러나 이러한 연속성은 단지 헌법개정의 수권기관과 위헌적 헌법개정절차에 참여하

---

명시하였는데, 기존 헌법의 개정조항(제38조)은 그 해석상 형식적으로 새로운 헌법의 창설 즉, 교체의 수권으로 해석되기 어려웠고 단지 고전적인 개정의 수권으로만 해석될 수 있다는 것이다. 따라서 1993년 헌법은 - 기존 헌법의 관점에서 - 헌법합치적으로 성립된 것이 아니었고, 주의회는 헌법개정권력으로 행위한 것으로 평가할 수도 없다. 즉, 신헌법은 시원적 헌법제정행위에 근거하여 성립하였다는 것이다.

78) 위헌적 헌법개정은 그간, 특히 최근 몇 년간 많은 연구가 축적된 분야인바, 이 주제에 관한 논의상황은 풍부한 동시에 매우 복잡하다. 방대한 문헌 중 일부만 열거하면 다음과 같다. Barak, Aharon, "Unconstitutional Constitutional Amendments", *Israel Law Review*, Vol.44 No.3(2011), 321-341면 ; Pfersmann, Otto, "Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol.67 No.1(2012), 81-113면 ; Roznai, Yaniv, "Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers", Dissertation: London School of Economics and Political Science(2014) ; Grimm, Dieter, "Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments", *Nomos*, Vol.2016-2(2016), 1-8면 ; Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments - The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press(2017) ; 김선택, "위헌적 헌법개정에 대한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우 -", 『공법학연구』 제12권 제4호(2011), 165-200면 ; 이황희, "헌법개정에 대한 위헌심사", 『헌법논총』 제24집(2013), 45-104면 ; 괴츨러, 케말(윤정인 옮김), 『헌법개정에 대한 사법심사: 비교연구』 푸블리우스(2018) ; 유은정, "위헌적 헌법개정에 대한 사법심사의 가능성", 『법학논총』 (승실대학교 법학연구소) 제52집(2022. 1.), 117-164면.

79) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 414면 이하.

는 기관이 '인적으로(personell)' 동일하다는 데에서 나오는 외관에 불과하다는 것이 빈터호프의 결론이다<sup>80</sup>. 위헌적 헌법개정의 결과 성립한 헌법규범이 법적 효력을 얻게 된다면 그것은 기존 헌법의 효력에 근거한 파생적인 효력일 수는 없다. 그 효력근거가 실효되어 연속성이 깨어졌음에도 그 헌법규범이 효력을 가질 수 있는 것은 그것이 시원적 헌법제정행위에 기초한 것이기 때문이라는 것이다<sup>81</sup>. 이러한 분석은 수권이론을 수권의 내용적·실체적 범위에 관한 해석과 결합함과 동시에 연속성과 불연속성의 관점에서 설명하고자 한 것으로서 기본적으로 타당하다고 보인다.

그렇다면 헌법전 전체가 교체되지 않고 일부 조항만이 개정되었지만 그 개정된 규정이 기존 규정과 헌법원리 수준에서 양립할 수 없다면 이를 어떻게 평가해야 할 것인가? 빈터호프가 이에 관련하여 제시하는 사례는 1989년/1990년의 동독헌법이다<sup>82</sup>. 동독헌법 제106.63조 제2항 제2문에 의하면 헌법은 인민의회 2/3 이상의 찬성으로 개정될 수 있었는데, 독일통일과정에서 이 개정규정을 통해 전문과 제1조 제1항의 동독 공산당의 지도적 역할에 관한 규정이 폐지되고, 특정 재화에 대한 사적소유금지가 폐지되었으며, 민주적 선거권이 도입되었다<sup>83</sup>. 현행 독일기본법 제79조 제3항과 같은 실체적 개정금지조항은 존재하지 않았음에도 불구하고, 인민회의의 헌법개정에 관한 수권범위가 사회주의 헌법과 실체적·내용적 동일성, 연속성을 가지지 않은 다원주의적 헌법으로 전환하는 데까지 미쳤다고 해석하는 것은 어느모로 보나 쉽지 않을 것이다. 따라서 이에 대한 다음과 같은 평가들은 빈터호프가 지적하고 있듯이 타당하다고 해야 할 것이다<sup>84</sup>.

"체제전환(Wende)에 따른 합법적 헌법개정들의 외관(Einkleidung)은 사회

80) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 420면 이하.

81) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 414-417면.

82) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 433면 이하.

83) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 433면. 이에 대하여 더 자세한 것은 김철수, 『독일통일의 정치와 헌법』 박영사(2004), 256-259면 ; Würtenberger, Thomas, "Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII*, C.F. Müller(1. Aufl., 1995), 101-130면, 108면 이하 참조.

84) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 433-434면.

주의 헌법의 효력의 연속성이 유지되고 있다고 믿게끔 오도한다. 그것이 혁명적으로 파괴되었고 헌법의 불연속성으로 대체되었음에도 불구하고 말이다."<sup>85)</sup>

"그런 법적-혁명적 헌법교체가 구헌법과 그 정당성의 기초를 파괴하고 새로운 헌법을 창설하였다는 것은 특별한 강조를 요하지 않는다."<sup>86)</sup>

즉, "기존헌법의 관점에서 볼 때 헌법기관의 위헌적 개입은 헌법외적 기관의 헌법창설적 행위만큼이나 헌법개정일 수 없다"<sup>87)</sup>. 그렇다면 적어도 개정의 대상이 되지 않아 그 효력이 지속된 기존 헌법의 일부를 제외한 나머지 부분에 관하여는 헌법적 수권을 일탈한 수권 없는 기관의 행위가 있었다고 보아야 한다. 그 행위에 기초하여 성립한 규범이 규범으로서 효력을 가진다면, 이는 수권에 기초한 듯한 외관에도 불구하고 '부분적 실체적 헌법제정(partiellen materiellen Verfassunggebung)'으로 평가되어야 한다<sup>88)</sup><sup>89)</sup>. 또한, 그 부분에 한하여는 - 헌법 규범의 효력근거의 단절이 발생한다는 의미에서 - 기존 헌법규범과 새로운 헌법 규범 사이에는 헌법적 불연속이 발생하게 된다<sup>90)</sup>.

빈터호프의 연구는 헌법제정과 헌법개정의 본성상 차이를 인정하지 않는 카레 드 말베르그와 같은 실증주의 헌법학과 달리 헌법제정권력과 헌법개정권력의 본질적 위계를 완전히 받아들이면서도 연속성, 합법성과 같은 범주들이 헌법

---

85) Heckel, Martin, "Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII*, C.F. Müller(1. Aufl. 1995), 489-555면, 500면.

86) Würtenberger, 앞의 논문(주 83), 121면.

87) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 481면.

88) 물론 헌법개정기관의 권한유월이 시원적 헌법제정행위로 효력을 획득하였는지에 대해서는 역사적 평가가 불가피하고, 그러한 한에서 평가의 어려움도 동반된다. 가령 동독의 경우 1990년 총선에 비추어 그 권한일탈적 행위가 헌법제정권력의 보유자로서의 국민에 의해 비로소 승인되었다고 평가할 수 있다는 것이 빈터호프의 설명이다. Winterhoff, 앞의 책(주 15), 426면 이하, 434면.

89) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 434면. 이러한 '부분적 교체' 또는 '제정' 개념을 사용하는 또 다른 문헌으로는 Bernal, Carlos, "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.11 No.2(2013), 339-357면, 343면 참조.

90) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 434면.

개정에만 독점적으로 귀속되지 않는다는 점을 밝혔다는 점에서 중요한 의미가 있다. 그 뿐만 아니라 연속성의 층위와 기준을 기존헌법의 수권의 존부라는 켈젠적 관점을 넘어 정교화했다는 점에서 특히 시사하는 바가 크다. 특히 체제전환 헌법 제정에 관한 많은 논의들이 연속성이라는 개념을 사용하면서도 그 복잡한 층위를 충분히 구별하여 사용하고 있지 않고 있다는 점에서 더 그러하다<sup>91)</sup>. 이제 앞의 II.와 여기에서 살펴본 논의가 제3장의 사례들에 어떻게 적용되는지 살펴보기로 한다.

### 3. 헌법규범 차원의 형식적·실체적 연속성 기준의 적용결과

우리는 이상의 고찰을 토대로 위 II.에서 본 켈젠적 의미의 법적 연속성과 그보다 더 분화, 발전된 헌법규범 차원의 연속성 분석에 기초해서 제3장의 사례들을 검토할 수 있다. 특히 기존 헌법의 '변화의 규칙'의 수권 범위를 형식적·실체적 관점에서 고찰하는 것이 필수적이다.

스페인의 경우 체제전환의 첫 번째 단계에서는 입법과 구별되는 헌법개정을 규율하는 단일한 성문헌법이 존재하지 않았다. 그러나 프랑코 체제의 구의회(Cortes)는 헌법 체제를 구성하는 기본법을 제정할 권한을 보유하고 있었고, 체제전환의 견인차가 된 「정치개혁을 위한 법률」은 위 의회에서 의결되어 국민투표를 통해 확정되었다. 「정치개혁에 관한 법률」은 국민주권과 기본권보호의 원리를 선언하고 하원에 관한 보통, 직접, 비밀선거를 규정하였을 뿐만 아니라, 헌

91) 물론 헌법제정과 헌법개정의 구별기준을 발전시키면서 형식적·실체적 불연속이라는 기준을 도입하는 빈터호프의 논의는 이와 관련된 많은 질문들로 이어진다. 가령, 헌법개정기관과 인적으로 동일한 기관이 헌법제정에 관여함으로써 위헌적 방식으로 헌법이 성립한다고 할 때, 그 시원적 효력을 가능케 하는 제도적 기제는 무엇인가 하는 것이다. "무엇보다 성문헌법의 특징은 최고법규범으로서 모든 국가권력을 기속하는 강한 힘을 보유하는 것인데, 이는 국민주권의 명시적 의사가 특정한 헌법제정절차를 거쳐서 수립되었다는 점에서 가능하다(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 중 전효숙 재판관의 반대이견)"는 언명에 비추어 보면 전형적 헌법제정절차를 거치지 않은 위헌적 헌법제정이 어떻게 사후(ex post)에 헌법제정으로서 승인될 수 있는지의 문제를 야기할 수 있다. 제4, 5절에서 다룰 내용을 미리 언급하자면 체제전환 헌법제정절차에도 - 혁명적 헌법제정절차와 다른 - 정통성을 확보해 나갈 수 있는 고유한 절차가 발견된다는 것이 본고의 논지이다.

법개혁의 발의를 위한 근거규정을 마련함으로써<sup>92)</sup>, 이미 이 단계에서 기존의 헌법 체제와 양립하기 어려운 실체적 불연속을 도입하였다('할복자살 의회'). 이 기본법 체제가 스스로 그 "본성상 영원하고 변경불가능하다"<sup>93)</sup>고 주장했던 점에 비추어 보면, 「정치개혁을 위한 법률」은 프랑코 체제의 7개 기본법 체제의 속성상 허용되는 기본법 제·개정 범위를 현저히 초과하는 것으로 평가되기 때문이다(효력근거의 불연속). 더 나아가 「정치개혁을 위한 법률」에 기반하여 성립한 1978년 헌법은 위 법률을 포함한 기존의 기본법들과 형식적 불연속성의 관계를 가진다는 것이 명백하게 표명되었다. 따라서 스페인 헌법제정과정에 대한 페레스-로르카의 평가 - "법에서 법을 통하여 법으로 이행한 급진적인, 심지어 혁명적인 정치변동의 방식" - 중 "법을 통하여" 부분은 "법을 활용하는 동시에 일탈함으로써"의 의미로 읽어야 할 것이다. 합법적 수권기관인 의회의 권한을 활용하되, 그 권한범위를 초과·일탈하는 계기가 분명히 포함되어 있었기 때문이다. 따라서 스페인 헌법창설절차에 관한 '연속성' 담론은 제한된 의미로, 즉 켈젠과 같은 협의의 수권설에 따르는 경우에만 온전히 성립하는 것으로 보아야 한다<sup>94)</sup>. 수권의 실체적 범위까지 고려할 때에는 헌법효력의 파생적 도출관계의 초과 즉, 시원성이 개입되었다고 볼 수밖에 없기 때문이다.

헝가리의 경우 1949년 헌법의 헌법개정규정(제15조 제3항)은 "헌법에 대한 어떠한 변화에도 재적의원 2/3 이상의 찬성이 필요하다"고만 하고 있었고, 헌법개정의 실체적 한계에 관한 규정을 두고 있지는 않았다. 그러나 앞서 본 동독 헌법의 개정절차에 관한 분석은 상당 부분 헝가리의 경우에 적용될 수 있을 것으로 보인다. 우선 형식적 관점에서 위 규정을 헌법개정에 관한 수권을 넘어 헌법 교체까지도 예정한 유보조항으로 해석할 수 있는지는 분명치 않다. 1989년 헌법은 1949년 헌법규정의 95% 이상을 교체했을 뿐만 아니라 전문(前文)까지 전면적으로 교체하였다. 그럼에도 기존헌법 중 효력을 지속한 부분이 완전히 없지 않는

92) 정부 또는 하원이 헌법개혁을 발의하도록 하고(제3조 제1항), 양원 각 재적과반수로 개혁안을 승인하도록 하였다(제2항). 제3장 제2절 참조.

93) 「국민운동의 원칙에 관한 법률」 제1조(제3장 제1절 참조).

94) 「정치개혁에 관한 법률」의 제정을 '개정의 개정'이 아니라 새로운 헌법의 제정으로 보아야 한다는 견해로 Beaud, 앞의 책(주 11), 385면도 참조.

이상 그 부분에 한하여는 헌법규범 차원의 형식적 연속성이 존존하였다고 평가할 수 있을지도 모르겠다. 그러나 실체적 수권범위라는 관점까지 고려하게 되면 그런 평가는 성립하기 어렵다. 위 헌법개정과정은 소비에트 헌법에서 "다당제, 의회민주주의, 사회적 시장경제를 설립하고자 하는 법의 지배로의 평화적 체제전환"을 도모한 것으로서 개정수권의 범위를 훨씬 초과하는 실체적 불연속을 야기하였기 때문이다. 그러한 한에서 이를 - 적어도 부분적인 - 헌법제정으로 기술하는 것이 타당하고, 전후 헌법 사이의 효력근거의 단절과 불연속이 발생하였다고 보아야 할 것이다. 2011년 기본법의 태도는 더 명시적이다. 기본법의 성립과정은 1949년 헌법과의 연속성 전체를 모두 소멸시키려는 명시적 시도였고, 기존 헌법은 기본법으로 완전히 교체되었다. 앞서 본 바와 같이 헌법교체로 인한 형식적 헌법불연속은 교체로 시행되는 헌법이 기존 헌법의 수권규범의 준수를 전제로 성립하였다는 점에서 헌법개정으로 평가될 여지(형성적 헌법교체)를 검토해야 할 것이다. 그러나 1996년 헌법제정을 위한 헌법개정 시도가 무산되고 이를 위해 마련한 제24조 제5항이 폐지되었던 사정을 감안하면 의회에서 2/3 이상 의원의 찬성으로 헌법을 개정할 수 있도록 한 1989년 헌법 제24조 제3항을 교체유보조항으로 해석하기는 어려워 보인다<sup>95)</sup>. 이와 같은 사정들에 의할 때 1989년 헌법만큼이나 2011년 기본법도 헌법개정의 범주에 포함된다고 보기 어렵다는 것이 본고의 견해이다.

남아프리카공화국에 대한 "법적 연속성의 범위 내에서 이루어진 성공적인 합헌적 혁명"이라는 평가도 재평가를 요한다. 이미 1993년 과도헌법의 성립 자체가 단지 기존 헌법의 수권을 '활용'한 것이었으며, 그 수권에 합치하는 기관의 행위라고 보기 어려웠기 때문이다. 1983년 헌법 제99조는 의회에 헌법규정을 개정하거나 폐지하는 권한을 부여하되, 각 원의 재적 과반수 이상(제3항), 각 원의 재적 2/3 이상(제2항)의 의결정족수를 정한 대상들을 개별적으로 규정하고 있었다. 그러나 헌법개정의 수권기관인 삼원제 의회는 1993년 과도헌법 창설에 관여함에 있어 그 수권에 기초하였지만 동시에 그 수권범위를 현저히 벗어나 일탈하였다고

---

95) 제3장 제2절 III.1. 참조.



보아야 한다. 형식적 헌법불연속(헌법규정 전체의 교체) 뿐만 아니라 실체적 헌법 불연속(실체적 헌법원리의 단절)이 도입되었음이 어느모로 보나 명백하였기 때문이다. 여기에서 헌법개정기관과 헌법제정행위에 '참여'한 기관은 '인적'으로는 동일하였지만 법적으로 전혀 다른 기능을 수행하였다. 이러한 인적 동일성이 당해 헌법창설절차가 헌법제정에 해당한다는 평가에 장애가 된다고 할 수는 없다. 따라서 남아프리카공화국의 사례에서도 '법적 연속성'과 '합헌성'은 '연속성과 합헌성의 외관' 또는 수권에 부분적으로 기초하였다는 제한적 의미로만 이해되어야 한다.

즉, 기존 헌법의 수권 유무라는 단일한 요소를 기준으로 삼는 것과 달리 이와 같은 결론, 다시 말해 헌법개정에 관한 수권에 기초하였지만 그 수권범위를 실체적으로나 형식적으로 이탈함으로써 헌법적 불연속이 개입할 수 있다는 결론은 앞서 본 켈젠과 이를 계승한 헵애한 해석에 근거한 입장들이 야기할 수 있는 오해 - "합법적 헌법개정들의 외관"을 "합법적 연속성 그 자체"로 평가하는 - 를 피할 수 있도록 해준다. 그뿐만 아니라 이는 앞서 본 라즈·피니스 입장이 함축하는 결론과도 상호보완관계에 있는 것으로 보인다. 외관상 헌법개정으로서 연속성을 유지하는 것처럼 보이는 절차들도 형식적, 실체적 수권의 존부와 범위라는 관점에서 면밀히 살펴보면 그 속에서 규범적 불연속의 개입을 발견할 수 있기 때문이다. 그 중 특히 실체적 수권범위의 관점에서 고려되는 요소들은 라즈, 피니스가 강조하는 비법적인 정치적 규범들의 변화, 법규범과 비법적 규범 사이의 상호작용, 사회의 연속성과 동일성과 같은 요소들과 실질적으로 수렴할 수 있다. 체제 전환 헌법제정의 사례들에 대해 우리가 분석한 바와 같이 헌법적 불연속이 발생하였다면, 이는 법체계의 동일성과 연속성에도 영향을 미칠 수 있기 때문이다<sup>96</sup>). 그렇다면 이러한 관점에서는 합법성과 연속성이 유지되었다는 평가는 잘못된 것이거나 절반치의 타당성만을 가질 수 있을 것이다<sup>97</sup>). 그러나 그렇다고 그 형식적

96) 물론 빈터호프가 말하는 헌법적 연속/불연속이 법체계의 연속/불연속에 그대로 대응하는 것은 아니다. 그러나 실체적 수권범위의 이탈이 발생하였다는 것은 법체계의 동일성과 연속성을 판별함에 있어서 고려해야 할 중요한 요소임은 라즈에 있어서도 피니스에 있어서도 분명해 보인다.

97) 이러한 점에서 앤드루 아라토의 서술은 간혹 체제전환 헌법제정절차에서 나타나는 법적 연속성에 기능적 의미 뿐만 아니라 지나친 실체적 의미를 부여하는 것처럼 보일 때

연속성의 외관이 어떤 기능과 역할을 수행하지 않았다는 것은 아니다. 오히려 매우 중요한 기능을 수행하였다고 평가해야 한다. 이 문제에 대해서는 간단히라도 짚고 넘어갈 필요가 있겠다.

#### IV. '연속성'의 적극적 의미

헌법규범 차원의 형식적·실체적 연속성 기준이라는 관점에서 볼 때 연속성은 외관에 불과한 어떤 제한적 의미만을 가졌다고 하더라도 이것이 적극적 역할과 기능을 담당하지 않았던 것은 아니다. 오히려 체제전환 과정에서 이러한 합법성과 연속성의 외관은 이를 내부에서 경험한 주요 행위자들에게 무겁고 진지한 것으로 받아들여졌다. 예컨대, 공소시효의 적용 여부에 관한 특별법의 위헌성이 문제된 헝가리 헌법재판소의 Dec.11/1992 AB 판결(제3장 제2절 II.3.(2) 참조)에는 체제전환과정에서의 합법성과 연속성이 어떤 의미를 가졌는지를 엿볼 수 있는 대목이 등장한다.

"체제전환은 합법성의 기초 위에서 이루어졌다. 합법성의 원칙은 법치국가에서 법체계 자체에 관한 법적 규율이 무조건적으로 준수되어야 함을 의미한다. 헌법에 의해 채택된 정치적으로 혁명적인 변화들과 모든 새로운 기본법들은 구 법체계의 입법에 관한 절차적 법률과 완전히 합치되는 방식으로 성립하였고, 이로써 그 구속력을 획득하였다. 구법은 그 효력을 유지하였다. 효력에 관하여 볼 때 "선행헌법"에 의한 법과 후행헌법"에 의한 법 사이의 구별은 존재하지 않는다. 지난 반세기 동안의 상이한 정치체제의 정통성은 이러한 관점, 즉 법률의 합헌성이라는 관점에서 중요치 않다. 유의미한 범주를 구성하지 않는 것이다. 그 제정일자가 언제인지와 무관하게 개개의 효력있는 법적 규칙은 새로운 헌법에 합치해야 한

---

가 있다. 기존헌법의 규칙은 '활용'되는 것이지 엄격하게 '준수'되는 것은 아니기 때문이다. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 65면 등 참조. 그가 법적 연속성 의제적 성격, 허구적 성격을 인정하는 경우에도 이는 체제전환 이전 권위주의체제하의 법과 합법성이 허구적 성격을 가졌다는 점이 강조하기 위해서인 것처럼 보인다. 예컨대, 같은 책, 100면.

다. 마찬가지로 위헌심사는 법률의 심사에 있어 두 개의 상이한 심사기준을 허용하지 않는다. 제정일자는 새로운 헌법이 시행됨과 동시에 선행 법률이 위헌이 될 수 있을 경우에만 중요성을 가질 것이다. 합법성과 법적 연속성이 인정되는 경우에도 선행체제의 법률에 대한 특별한 취급이 두 가지 측면에서 문제될 수 있다. 첫 번째는 이제는 위헌적이 된 법률의 기초하에 창설된 법적 관계는 어떻게 현행 헌법과 조화를 이룰 수 있을 것인가이고, 두 번째는 과거 체제의 위헌적 조치들을 구제하기 위한 새로운 법률의 합헌성을 판단함에 있어서 체제전환의 특수한 역사적 상황을 고려해야 할 것인가이다. 이러한 질문들도 법의 지배의 요청에 부합하는 방식으로 답변되어야 할 것이다. 법의 지배를 구성하는 원칙의 핵심 중 하나는 법적 안정성(legal certainty)이다.<sup>98)</sup>

여기서 헝가리 헌법재판소는 법치국가적 명확성 원칙과 법적 연속성의 이론을 토대로 법률의 위헌이 선언되더라도 그 법률에 기초한 모든 법률효과가 효력을 상실하는 것은 아니라고 판시하였다. 나아가 체제전환 과정에서의 이러한 특성에 비추어 소급하여 공소시효 적용을 배제하는 입법은 연속성을 유지하면서 성립한 현행헌법에 위반된다고 판시하였다.

앞서 보았듯이 켈젠은 법체계의 최고규범인 헌법이 헌법적 수권과 무관한 방식으로 성립할 경우 그 법체계의 동일성과 연속성이 깨어진다고 보았지만, 동시에 혁명이나 쿠데타가 개입하여 법체계의 연속성이 단절되는 경우에도 기존 법체계에서 유효하였던 대부분의 법률과 하위법령 등이 여전히 유지되는 것이 통상적이라는 것은 인지하고 있었다. 다만, 그 효력의 근거가 변경되고 그 규범들이 소속되는 법체계가 변경되었으므로, 그 법률 및 하위법령들은 다른 법체계로 이식된 것으로 볼 수 있다는 것이다. 켈젠은 이를 외국법의 '계수(reception)'와 같은 성격의 것이라고 설명한다<sup>99)</sup>. 이러한 관점에서 볼 때 헝가리 헌법재판소의 위

---

98) Dec.11/1992 AB. 영문본 판례집인 Sólyom, László & Brunner, Georg, *Constitutional Judiciary in a New Democracy - The Hungarian Constitutional Court*, The University of Michigan Press(2000), 220면 참조.

99) Kelsen, *General Theory of Law and State*(주 14), 117면 ; Kelsen, *Pure Theory of Law*(주 14), 209면.

와 같은 판시와 논증은 위와 같은 결론을 이끌어 냄에 있어 필수적인 것은 아님을 추단할 수 있다. 1989년 헌법과 1949년 헌법 사이에 불연속이 있더라도 기존 헌법하의 하위법률들은 '계수'를 통해 새로운 법질서하에서 효력을 가지는 것이 충분히 가능하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 헝가리 헌법재판소의 이와 같은 해석 또는 인식이 정치적 관점에서 '부드러운' 체제전환을 설득력 있게 표현한다는 점을 부정하기는 어렵다. 합법성과 연속성의 외관은 헌법개정의 수권기관이 '인적' 동일성을 가지고 헌법제정에 '참여'함으로써 발생한 것인데, 이는 정치적으로도 구체제 세력의 공식적 지위가 일정기간 유지되면서 급격한 법적 단절과 그에 수반되는 내전적 상황을 억제하는데 기여하였음이 분명하기 때문이다. 위 판시는 구체제 개혁과 엘리트와 재야세력 온건파 사이의 협약으로써 폭력을 최소화하고 합법성의 자원을 최대한 활용한다는 정치적 변화의 유형으로서의 체제전환 사법의 언어로 표현된 것으로 볼 수 있다. 다른 한편, 이는 위 헝가리 헌법재판소의 판시와 같이 이행적 정의(transitional justice)와 관련하여 구체제 세력에 대한 인적 보호의 논리를 제공해주는 측면도 있었다<sup>100</sup>. 스페인, 남아프리카공화국에서도 나타난 이 요소는 구체제에서 자행된 부정의에 면죄부를 준다는 비판에 직면하였던 지점이기도 하였다<sup>101</sup>.

## V. 소결

---

100) 이행적 정의 또는 전환기적 정의 문제에 관하여는 전세계적인 관심이 집중되어 왔고 그에 따라 많은 연구가 축적되어 있다. 그 예로 McAdams, A. James(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press(1997) ; Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press(2000) ; Teitel, Ruti G., *Globalizing Transitional Justice - Contemporary Essays*, Oxford University Press(2014) 등 참조.

101) 스페인의 과거사 문제에 대해서는 Garcia, Alexandra, "Transitional (In)Justice: An Exploration of Blanket Amnesties and the Remaining Controversies Around the Spanish Transition to Democracy", *International Journal of Legal Information*, Vol.43 No.2-3(2015), 75-135면, 헝가리에 대해서는 김대순, "체제전환기 동유럽 공산주의의 과거사 정리 문제: 헝가리 사례를 중심으로", 『서양사학연구』 제35집(2015. 6.), 163-193면, 남아프리카공화국에 대해서는 장원석, "남아프리카공화국 진실화해위원회와 회복적 정의론", 『정치와 평론』 제21집(2017. 12.), 115-143면 등 참조.

본 절은 체제전환 과정이 합법성과 연속성 하에서 이루어졌다는 평가가 어떤 의미이고 어느 정도의 타당성을 가지는지 검토하였다. 합법성과 연속성을 켈젠의 설명에 따라 기존 헌법의 수권에 형식적으로 기초하였는지만을 기준으로 보게 된다면 체제전환 헌법의 성립과정은 하나의 연속적인 절차일 것이고, 그 전후 법체계는 동일하고 연속적인 것이 된다. 그러나 법체계의 동일성과 연속성을 이러한 관점에서만 볼 수 있는지에 대해서는 라즈와 피니스의 강한 반론이 제기되었다.

헌법적 수권을 중시하면서도 헌법규범 자체의 연속성과 불연속성이라는 기준을 도입하여 더 발전된 분석의 틀을 제시한 빈터호프에 의하면, 헌법규범의 효력지속이라는 기준으로 헌법적 연속성과 불연속성을 여러 층위로 구분하여 분석하는 것이 가능하다. 그 분석에 의하면 기존 헌법의 개정수권에 형식적으로 기초하는 것으로 보이는 경우라도 그 수권범위를 일탈하였다면 새로운 헌법은 동일한 효력근거에 의존하고 있지 않으므로 헌법적 연속성은 유지되었다고 보기 어렵다. 곧 단지 헌법개정절차 또는 기존 헌법체제의 변화의 규칙을 활용하였을 뿐인 헌법제정이 있게 되는 것이다. 본 절의 분석에 의하면 제3장에서 본 사례들은 모두 합법성과 연속성의 외관을 활용한 것으로서 이 범주에 해당하는 것으로 평가되었다.

그럼에도 지극히 불안정하고 불확실할 수 있는 체제전환의 과정에서 합법성과 연속성의 외관은 중요한 적극적 기능을 수행하였다고 보인다. 이러한 절차적 경로는 대안적 절차적 선택지들에 대해 경쟁적 우위를 지켜냈던 것으로서 정치적 급변이 제도적 틀 속에서 이루어지는 것을 용이하게 만들었기 때문이다. "권위와 질서를 회복시키기 위한 정통성과 합법성의 혼인(marriage of legitimacy and legality)"이라는 문구는 이러한 절차의 특성과 의의를 잘 표현하는 것처럼 보인다<sup>102)</sup>. 헌법생성 과정에 참여하는 행위자들 사이에 숙의가 어렵고 헌법설계의 다양한 측면에 대해 합의를 이루기 어려운 상황에서도 그 과정의 한 가운데 있는 엘리트들이 일정한 규칙에 기속되고 있음을 잘 보여주기 때문이다<sup>103)</sup>.

---

102) Davenport, T.R.H, *The Birth of a New South Africa*, University of Toronto Press(1998), 52면[이는 남아프리카공화국 헌법제정절차에 관한 협상에서 민주당(Democratic Party)이 내세운 주장이었다].

103) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 101면.

### 제3절 과도헌법의 활용과 단계적 헌법제정

#### I. 체제전환 헌법제정절차와 과도헌법

제2절에서는 체제전환의 법적 과정이 가지는 첫 번째 특성으로서 연속성과 불연속성에 대해 살펴보았다. 연속성과 불연속성을 법체계의 동일성과 연속성이라는 차원에서 접근할 경우 헌법적 수권의 형식적 차원만을 기준으로 할 것인지, 다른 변수의 고려가 반드시 필요하다고 볼 것인지에 따라 상이한 답변이 가능하였다. 헌법규범의 효력지속이라는 관점에서 접근할 경우 기존 헌법의 개정수권의 활용이 곧 헌법적 연속성으로 이어지는지 여부는 그 형식적·실체적 수권 범위에 관한 구체적 해석 없이는 판단될 수 없는 것이었다. 체제전환 과정은 기존 헌법의 변화의 규칙인 수권규범을 활용하였으되, 그 범위를 일탈하는 것으로 판단되므로 그 과정의 연속성은 제한적이고 명목적인 의미를 지녔지만, 그렇다고 하여 어떤 적극적인 기능이나 의의를 찾아볼 수 없는 것은 아니었다. 오히려 중대하고 효과적인 역할을 하였다고 보아야 할 것이다.

그런데 체제전환 헌법제정절차에서 이러한 의미의 '연속성'은 구헌법과 신헌법 사이에 위치한 특별한 성격의 규범에 의해 최종단계까지 매개되었다는 특성과 공통적으로 결부되어 나타난다. 스페인에서는 「정치개혁에 관한 법률」, 헝가리에서는 1989년 헌법, 남아프리카공화국에서는 1993년 헌법이 이에 해당한다([표 3] 참조). 이러한 중간단계 규범의 활용은 앞 절에서 논의한 합법성·연속성이라는 속성과 관련해서도 중요하지만, 그 외에도 체제전환과 관련하여 특별히 주목되는 여러 핵심적인 역할과 기능을 수행하였으므로 독자적인 조명이 필요하다.

	헌법 (1) (기존)	과도헌법 (이행)	헌법 (2) (최종)
스페인	7개 기본법	정치개혁을 위한 법률	1978년 헌법
헝가리	1949년 헌법	1989년 헌법	2011년 기본법?

남아공	1983년 헌법	1993년 과도헌법	1996년 최종헌법
-----	----------	------------	------------

[표 3] 각 사례에서의 과도헌법

헌법은 공권력의 조직과 통제를 규율하는 최상위의 실정법규범이므로 모든 공적 권위는 그 법적 근거를 헌법으로 소급해 올라갈 수 있어야 한다. 즉, 법률과 명령과 같은 하위규범들은 헌법에 근거를 두지 않고서는 효력을 가질 수 없다. 그렇다면 헌법이 실효되었거나 아직 시행되기 전이어서 '부재'하는 공간 즉, 헌법적 공위기간(空位其間)에서 작동하는 공권력과 그것에 의해 발령되는 규범들은 어떻게 정당화되고 어떻게 효력을 가질 수 있는가? 어떤 규범적 공백기나 이행기에 활동하는 공권력이 '임시'정부 또는 '과도'정부임을 자처할 수밖에 없는 것은 정식 헌법에 의한 수권이 부재하는 이러한 상황에 상응하는 것이다. 이러한 이행기에 임시/과도정부는 법질서의 전부 또는 일부를 폐지하거나 정지시키고 새로운 규범을 발령하면서도 헌법에 의해 창설되고 권한을 부여받은 공권력조직이 설립되기 전까지만 정당화될 수 있는 한시적이고 임시적인 역할을 자처하게 된다.

그런데 이러한 시기에도 헌법이 수행해야 할 어떤 기초적 기능, 즉 법체계에 통일성을 부여하고 공권력에 대한 최소한의 조직과 수권 기능을 잠정적으로 떠맡는 규범적 대응물이 존재했던 역사적 사례는 어렵지 않게 발견된다. 이러한 현상에 대해 독자적 의미와 보편적인 개념적 규정을 부여하려는 작업도 시도되어 왔다. 예컨대, 프렐로(Marcel Prélot)는 제2차 세계대전 직후 프랑스에서 제헌의회의 조직과 권한을 목적으로 임시정부가 제정한 「1945년 11월 2일의 헌법적 법률」을 '소헌법(la petite Constitution)'이라고 명명하였고<sup>104)</sup>, 카르티에(Emmanuel Cartier)는 이러한 소헌법의 개념을 내용적으로 보완하고 일반화하여 다양한 사례들에 적용한 바 있다<sup>105)</sup>. 그 외에도 이러한 기능을 하는 규범들에 대해서는 여러

104) Prélot, Marcel, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*(3e ed.), Dalloz(1963), 503면. 1945년 11월 2일 헌법적 법률의 내용과 의미에 대해서는 한동훈, "프랑스 제4공화국의 헌정체제 및 헌정실제", 『헌법학연구』 제16권 제3호(2010. 3.), 409-440면, 415면 이하도 참조. 아라토는 위 헌법적 법률이 과도헌법이 일반화되는 중요한 계기가 되었다고 평가한다. Arato, Andrew, "Interim Imposition", *Ethics & International Affairs*, Vol.18 No.3(2004), 25-50면, 26면.

문헌들에서 '예비헌법(préconstitutions)<sup>106)</sup>', '과도헌법(interim constitution<sup>107)</sup>, Übergangsverfassung<sup>108)</sup>', '이행헌법(transitional constitution)<sup>109)</sup>, '한시적 헌법(temporary constitutions)<sup>110)</sup>' 등의 이름으로 활발한 논의가 이루어지고 있음을 확인할 수 있다<sup>111)</sup>. 본 절에서는 '과도헌법'이라는 명칭으로 그 핵심적 측면들을 집약하여 체제전환 헌법제정절차에 대한 분석에 도입하고자 한다<sup>112)</sup>.

체제전환 헌법제정 과정에서 나타난 과도헌법들은 위 과도헌법들은 최종헌법의 성립까지 중대한 매개적 역할을 하였을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 그 자

105) Cartier, 앞의 논문(주 12). Favoreu et al., 앞의 책(주 14), 133면도 참조.

106) Beaud, 앞의 책(주 11), 272면.

107) Arato, 앞의 논문(주 104) ; Arato, Andrew, *Constitution Making Under Occupation*, Columbia University Press(2009), 제2장 ; Brynard, Dirk J., "The Citizen and the State: Implications of the Interim Constitution of South Africa", *Journal of Theoretical Politics*, Vol.7 No.4(1995), 511-516면 ; Zulueta-Fülscher, Kimana, "Interim Constitutions", International Institute for Democracy and Electoral Assistance Policy Paper(October 2015).<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/interim-constitutions-peacekeeping-and-democracy-building-tools.pdf> (최종검색일 2022. 6.

27.) ; Goss, Caitlin, "Interim Constitutions and the Invisible Constitution" in Dixon, Rosalind & Stone, Adrienne(eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press(2018), 167-190면 ; Prieto, Marcela & Verdugo, Sergio, "How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions", *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol.13(2021), 265-293면.

108) Heese, Hans Friedrich & Böhnke, Thomas H., "Die Neue Übergangsverfassung der Republik Südafrika Ende der Apartheid - Aufbruch in die Demokratie", *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol.27 No.4(1994), 491-515면 ; Winterhoff, 앞의 책(주 15), 465면.

109) Teitel, 앞의 책(주 100), 197면 이하 ; Jacobson, Arthur J., "Transitional Constitutions", *Cardozo Law Review*, Vol.14 No.3-4(1993), 947-956면 ; Halmai, Gábor, "Silence of transitional constitutions: The "invisible constitution" concept of the Hungarian Constitutional Court", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.16 No.3(2018), 969-984면.

110) Varol, Ozan O., "Temporary Constitutions", *California Law Review*, Vol.102 No.2(2014), 409-464면.

111) Zulueta-Fülscher, 앞의 글(주 107), 9-10면에 의하면 1990년 이후에만 30개 이상의 과도헌법이 헌법제정과정에서 활용되었다고 한다. 이는 과도헌법에 대한 이론적 관심의 증대의 중요한 배경일 것이다.

112) 위 개념들을 논의하는 저자들 사이에 미세한 차이가 존재하는 것은 사실이다. 가령 보(Beaud)가 논하는 예비헌법 개념은 신헌법의 제정을 위한 절차적 성격에 초점이 있고, 바롤(Varol)이 말하는 한시적 헌법은 장차 헌법의 창설에 대한 규율보다는 시간적 지속의 제한이라는 측면에 초점을 두고 있다. 본고는 전후법질서를 중개하는 동시에 한시적 효력을 가지는 규범의 속성이 비교적 효과적으로 드러나는 표현이라는 점에서 '과도헌법'이라는 용어를 채택하고자 한다.



체로 강한 규범력을 가지는 '헌법'으로 기능하였다. 과도헌법이라는 범주를 도입하여 이와 같은 규범들의 포착을 시도하는 것은 위 규범들의 특수한 성격의 해명에 기여할 수 있을 것으로 기대된다. 체제전환 과정에서 이러한 과도헌법의 특성과 역할, 기능이 무엇이었는지를 구체적으로 조명하기 위해서는 먼저 과도헌법들의 일반적 개념징표, 역할, 성격, 유형에 대한 검토를 경유하는 것이 필수적이다(Ⅱ). 우리는 그 토대 위에서 특히 체제전환 헌법제정 사례들에서 과도헌법이 활용된 구체적 양상과 그 함의에 대한 이해를 시도할 수 있을 것이다(Ⅲ). 다음으로 과도헌법적 역할의 성공적 수행이라는 관점에서 우리가 살펴본 사례들에 대한 평가를 시도하고 그로부터 헌법적 함의를 도출한다(Ⅳ).

이와 같은 고찰을 통해 최종헌법에 이르는 매개적 역할에 있어 과도헌법 기획의 성공 여부가 체제전환 헌법제정절차를 하나의 통합된 헌법창설 과정으로 완성할 수 있는지와 직결되었다는 점이 드러날 수 있을 것이다.

## Ⅱ. 과도헌법의 개념적 기초와 그 헌법학적 함의

### 1. 과도헌법의 개념적 기초

#### (1) 잠정성

본고는 긴밀하게 결합된 세 가지 개념적 구성요소 즉, 잠정성, 과도성, 헌법성을 통해 과도헌법을 정의할 것을 제안한다<sup>113)</sup>. 첫 번째 요소는 규범의 **잠정적(provisional) 성격**이다. 여기에는 한시적(temporary) 성격이 내포되어 있다고 본다. 잠정적이라는 것은 최종적·확정적이지 않다는 의미이고, 한시적이라는 것

113) Zulueta-Fülscher, 앞의 글(주 107), 8-9면은 과도헌법을 "최종헌법의 제정이 이루어질 때까지 일정한 기간 최고규범성을 주장하는 헌법제정적(constituent) 문서"로 정의한다. 여기서 '헌법제정적'이라는 의미는 이행기의 정부구조를 조직·구성한다는 의미이다. 따라서 이는 ① 공권력의 잠정적 조직·구성을 규율하는 최고규범(헌법성), ② 한시성 내지 잠정성, ③ 장래 헌법제정절차의 제공이라는 세 차원으로 분해할 수 있다. 필자의 제안은 위 문헌 및 "소헌법"의 범주적 정체성에 대해 논하는 Cartier, 앞의 논문(주 12), 514면 이하 ; 헌법준비규범의 의의에 대해 논하는 Winterhoff, 앞의 책(주 15), 434면 이하 ; Goss, 앞의 논문(주 107), 173면 이하 ; Prieto & Verdugo, 앞의 논문(주 107), 266면 ; Varol, 앞의 논문(주 110), 417면 이하 등을 참조, 집약한 것이다.

은 항구적이거나 지속적이지 않다는 의미이므로 서로 구별되지만 상호불가분의 관계에 있는 속성들이기 때문이다. 달리 말하면 규범의 잠정성이 한정된 시간적 효력으로 표현된다고 할 수 있다. 이러한 잠정성은 결과적인 것이 아니라 과도헌법의 본질적 내용을 구성하고 있는 것 즉, 규범내용에 명시되어 있거나 명백히 전제된 것이어야 한다. 따라서 예컨대 미국 1781년 연합규약(Articles of Confederation)은 1787년 연방헌법이 성립하기 전의 비교적 짧은 기간에만 시행되었지만 잠정적·한시적 성격을 가지는 것으로 의도된 것이 아니었으므로 과도헌법의 범주에 해당한다고 보기 어렵다<sup>114)</sup>. 반면, 잠정성을 의도하였으나 결과적으로 장기간 지속되거나 준항구적 효력을 가지게 되는 경우도 충분히 상정할 수 있다. 1949년 독일기본법이 그 대표적 사례일 것이다<sup>115)</sup>.

널리 받아들여지는 견해들은 헌법이 최고규범으로서 지속성, 심지어는 항구성의 이상을 그 핵심으로 한다는 점을 강조한다. 현대 헌법에서 이는 입법절차보다 충족하기 어려운 가중다수결 등 경성의 개정절차로 표현되며, 그 결과 개정 또는 폐지 전까지는 시간적 차원에서 무한정 지속되는 효력을 가지는 것으로 나타난다<sup>116)</sup>. 이러한 지속성의 이상은 세속적 질서의 정초적 규범으로서 헌법이 가지는 - 類似 신성성이라고도 할 수 있는 - 특별한 권위와 관련된 것이다<sup>117)</sup>. 지속기간의 길고 짧음을 헌법의 성공 여부를 판별하는 주요 척도로 삼은 연구가 이루어지는 것도 이러한 관점에 의한 것으로 이해할 수 있다<sup>118)</sup>. 그런데 이렇게 본다면 어떤 헌법이 헌법임에도 지속성, 항구성을 의도하지 않을 뿐만 아니라, 명

114) 따라서 미국 1781년 연합규약을 과도헌법으로 보는 제이콥슨의 견해에는 찬성하기 어렵다. Jacobson, 앞의 논문(주 109), 420면.

115) 그 외에도 프랑스 1875년 헌법적 법률, 이스라엘 1949년 기본법 등도 그러한 사례에 해당한다. Cartier, 앞의 논문(주 12), 515면.

116) 예컨대 미국 연방대법원 판례에서 나타난 "항구적일 것으로 설계된(designed to be permanent)" - Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137(1803) -, "오랜 기간 지속될 것으로 의도된(intended to endure for ages to come)" - McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat) 316(1819) - 과 같은 표현은 이를 잘 보여준다. Cartier, 앞의 논문(주 12), 514면도 참조.

117) Klein, Claude, "»The Eternal Constitution«" - Contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt" in Stolleis, Michael & Diner, Dan(eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition*, Bleicher Verlag(1999), 61-69면, 62-63면.

118) Elkins, Zackary & Ginsburg, Tom & Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press(2009), 5면 이하 참조.

시적으로 잠정성·한시성을 전제한다는 것은 특별한 현상이라고 하지 않을 수 없다. 입헌주의의 핵심적 요소 중 하나인 지속성의 이상으로부터 자유로울 뿐만 아니라 더 나아가 이를 명시적으로 거부하기 때문이다<sup>119</sup>).

이러한 태도는 어디에서 기인하는 것일까? 이 잠정적이고 한시적인 성격은 일차적으로는 그것이 제정되는 조건 및 그것이 설립하고 규율하는 공권력기구의 불안정하고 임시적인 성격과 결부되어 있다. 이는 완전하고 확정적인 헌법을 제정할 정치·사회적 조건의 흠결로 인한 것일 수도 있고, 그러한 자격이 문제시되는 주체 또는 세력에 의해 이루어지기 때문일 수도 있다. 이러한 조건에 상응하여 규범의 한시적·잠정적 성격이 표방되면, 당해 규범이 규율하는 공권력기구들과 그에 근거하에 발령되는 하위규범들도 불안정하고 임시적인 성격을 부여받지 않을 수 없게 되는 것이다<sup>120</sup>. 그럼에도 이러한 성격의 규범이 활용되는 이유는 임시적인 통치작용에 최소한의 규범적 근거를 부여하고, 장래의 최종적이고 확정적인 헌법이 성립할 수 있는 조건과 환경을 조성하는 데 있어 핵심적 기능을 할 수 있기 때문이다. 그 중 후행 법질서로의 이행을 가능하게 해주는 기능과 직접 결부된 속성은 이어서 볼 과도적 성격이다.

## (2) 과도성

과도헌법의 두 번째 요소는 과도적 또는 이행적(interim/ transitional) 성격으로서, 새로운 헌법으로 대표되는 새로운 법질서로의 **이행과정을 규율**한다는 의미를 가진다. 헌법이 개정이 어려운 안정적 규범으로서의 속성을 가진다는 점을 감안할 때, 과도헌법은 기존 헌법을 '불안정화(destablize)'함으로써 다른 질서로 이행할 수 있도록 기능한다고 할 수 있다<sup>121</sup>. 따라서 과도헌법은 기존 법질서와의 관계에서 단절 또는 보존의 관계를 가짐과 동시에 새로운 헌법의 성립을 목표로 하는 '예비헌법적(pré-constituante)' 기능을 하게 된다<sup>122</sup>. 따라서 여기에

119) Jackson, Vicki C., "What's in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making", *William and Mary Law Review*, Vol.49(2008), 1249-1305면, 1255면.

120) 하위규범들을 임시적으로 통합하고 통일하는 과도헌법의 이러한 기능에 관하여는 Cartier, 앞의 논문(주 12), 524-525면 참조.

121) Teitel, 앞의 책(주 100), 198면.

는 신헌법 창설에 대한 절차적, 실체적 조건이 내용으로 포함된다. 빈터호프는 이와 같이 새로운 헌법의 창설을 규율하는 규범 일반을 헌법준비규범(verfassungsvorbereitende Normen)이라 한 바 있다<sup>123)</sup>. 헌법준비규범은 과도헌법 외의 다른 규범문서에도 포함될 수 있지만<sup>124)</sup>, 과도헌법에는 예외 없이 헌법준비규범이 포함된다고 보아야 한다. 즉, 과도적·이행적 성격과 이러한 헌법준비규범의 포함은 과도헌법의 필수적 요소이다. 전쟁이나 군사점령과 같은 예외적 상황에서 공권력을 조직하고 규율하지만 새로운 헌법을 준비하는 것을 의제로 삼지 않는 잠정적·한시적 규범도 얼마든지 상정할 수 있기 때문이다<sup>125)</sup>. 따라서 새로운 헌법의 창설조건을 규정하지 않는 이와 같은 규범은 과도헌법의 범주에서는 제외되어야 한다<sup>126)</sup>.

과도적 성격은 새로운 헌법질서로의 이행과정을 가능케 하고 규율한다는 점에서 위에서 본 잠정성과 긴밀한 관계에 있지만, 엄연히 구별되는 속성이다. 잠정적인 규범적 상태는 무한정 지속되지 않으며 그것이 목표로 하는 최종적이고 확정적인 규범적 상태, 헌법적 질서에 도달해야 한다는 당위를 전제한다. 즉, 과도헌법 체제에서 현재의 헌법이 잠정적인 이유는 장래의 완성된 최종적 헌법으로 대체될 예정이기 때문이다. 과도헌법들은 이를 위한 구체적인 프로그램을 담거나 신헌법 준비에 허용된 시간적 한계를 규정함으로써 과도기, 이행기를 명확히 한정하기도 한다<sup>127)</sup>. 간과되지 말아야 할 것은 과도헌법이 새로운 헌법질서를 예비할 뿐만 아니라, 기존의 법질서와 새로운 법질서를 중개·매개하는데 있어서도 중심적 역할을 한다는 점이다. 법질서는 헌법을 정점으로 하는 다양한 하위규범들을 포괄한다. 그런데 과도헌법은 새로운 헌법질서를 예비하면서 구법질서를 구성하였던 법률과 명령, 규칙과 같은 하위규범들 중 새로운 헌법하에서도 효력을

122) Cartier, 앞의 논문(주 12), 515면.

123) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 434면 이하.

124) 헌법준비규범은 그 자체 독자적으로 제정될 수도 있고, 기존 헌법의 규정 중 일부를 활용하는 형태를 취할 수도 있기 때문이다. Winterhoff, 앞의 책(주 15), 437면.

125) Cartier, 앞의 논문(주 12), 515면.

126) Cartier, 앞의 논문(주 12), 515면도 같은 취지이다.

127) 가령, 아프가니스탄의 헌법제정과정의 2년, 동티모르 헌법기초과정의 90일, 이라크 헌법제정의 6개월 이하와 같이 상당히 짧은 경우도 존재했다. Varol, 앞의 논문(주 110), 434면.

유지할 것들을 선별하여 중개하는 기능을 하게 된다<sup>128)</sup>. 주목할 것은 이러한 역할과 기능이 선행헌법과 과도헌법이 효력의 측면에서 연속적 관계에 있을 때 뿐만 아니라 단절적 관계에 있을 때에도 나타난다는 점이다<sup>129)</sup>. 그러나 선행헌법과의 형식적 연속성에 일정 부분 터잡고 있는 과도헌법들의 경우 과도헌법은 선행법질서를 보다 '부드럽게' 연결하며 선행법질서의 하위 요소들이 후속 질서에서 가지는 효력에 대해서도 더 자연스러운 설명을 제공할 수 있다<sup>130)</sup>. 그러나 기존 헌법의 수권과 무관하게 성립한 과도헌법도 선행법질서의 소속 규범들을 선택적 '계수(reception)'의 형태로 받아들여 후속법질서로 중개하는 역할을 할 수 있다<sup>131)</sup>. 다만 과도헌법이 상세한 경과규정을 됴으로써 근거를 명백히 한 경우가 아니라면 후행법질서에서도 존속하는 규범의 범위가 문제될 여지는 더 많게 될 수는 있을 것이다<sup>132)</sup>.

과도헌법이 과도기의 국가조직에 잠정적인 규범적 근거를 부여한다는 점도 간과되지 말아야 할 속성이다. 최종헌법 시행 전에 헌법적 무정부상황이 도래하는 것을 방지하려면 불완전하더라도 국가기능에 일정한 근거를 부여할 필요가 있다. 임시적인 공권력의 조직과 임시적 통치권한의 분배를 법적으로 기초하는 이러한 과제는 과도헌법이 전형적이고 통상적으로 담당하는 역할이다<sup>133)</sup>. 경우에 따라서는 과도헌법 단계에서 최종헌법에 준할 정도로 상세한 공권력구조를 구현하는 사례도 있을 수 있다. 우리가 제3장에서 살펴본 헝가리, 남아프리카공화국 뿐만 아니라 2004년 이라크의 '과도기 이라크 국가행정법(Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period)'도 이러한 경우

128) Cartier, 앞의 논문(주 12), 513, 516면.

129) Cartier, 앞의 논문(주 12), 517면 이하.

130) 제4장 제2절 IV. 참조.

131) Cartier, 앞의 논문(주 12), 520-521면 ; Kelsen, *Pure Theory of Law*(주 14), 209면 (위 제2절 II.1. 참조). 카르티에는 프랑스 1791년 헌법을 준비하기 위해 국민의회가 1789년 9월 3일 채택한 헌법의 근본적 기초에 관한 데크레(décret concernant les bases fondamentales de la Constitution)나 새로운 헌법의 기초를 위해 국민공회의 소집을 규정한 1792년 8월 10일 입법회의의 데크레와 같은 고전적 사례들을 이러한 단절적 유형의 과도헌법으로 예시하고 있다. Cartier, 앞의 논문(주 12), 519-520면

132) 이 문제는 궁극적으로 재판에서 판사의 판결에 있어 선결문제가 됴으로써 개별적으로 해결될 수 있다. Cartier, 앞의 논문(주 12), 520-521면.

133) Cartier, 앞의 논문(주 12), 523-529면.

에 해당한다<sup>134</sup>).

### (3) 헌법성

과도헌법의 마지막 요소는 - 동어반복을 무릅쓰자면 - **헌법적 성격**이다. 즉, 이행기를 규율하는 잠정적 규범은 '상당한 정도'로 헌법적 성격을 가져야 한다. 여기서 '헌법적' 성격이 뜻하는 바는 불가피하게 헌법 개념이 가지는 다의성을 반영하지 않을 수 없다<sup>135</sup>). 우선 실질적 의미의 헌법 즉, 국가 공권력의 조직과 규율, 기본적 권리의 보장에 관한 기본규범으로서의 성격은 과도헌법이 필수적으로 가져야 하는 요소이다<sup>136</sup>). 실제로 적지 않은 과도헌법들은 '헌법'이라는 이름을 가지고 있지 않았거나, 특별한 개정절차와 같은 헌법의 특징적 요소를 가지고 있지 않았다<sup>137</sup>). 반면, 과도헌법은 최고규범성을 표방함과 동시에 특별한 개정절차와 같은 경성헌법적 속성까지 구비할 수도 있다<sup>138</sup>). 대상의 획정을 위한 개념적 기초를 규정하는 현시점에서는 명칭이나 형식적 특성에도 불구하고 실질적 의미의 헌법으로 기능한다는 점이 명백하다면 과도헌법의 범주에 포함시키는 것이 타당하다고 보인다<sup>139</sup>). 그러나 과도헌법은 엄연히 법적 성격을 가져야 하므로 정치세력 간의 단순한 협정이나 협약은 과도헌법의 범주에서 배제되어야 한다<sup>140</sup>). 가령 헝가리나 남아프리카공화국에서 중요한 역할을 한 원탁회의 협상 그

134) 원문은 <https://constitutionnet.org/vl/item/interim-constitution-iraq-2004-2005> (최종 검색일 2022. 5. 5.) 이에 대하여 상세한 것은 Cartier, 앞의 논문(주 12), 528면 ; Arato, 앞의 논문(주 104), 32면 이하; Morrow, Jonathan, "Deconstituting Mesopotamia: Cutting a Deal on the Regionalization of Iraq", in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 564면 이하 참조.

135) 이에 대해서는 풍부한 문헌이 존재하나 우선은 Grimm, Dieter, "Ursprung und Wandel der Verfassung", in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, C.F. Müller(3.Aufl., 2003), 3-43면[영문본은 "The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution", *Constitutionalism - Past, Present, and Future*, Oxford University Press(2016), 3-37면] 참조.

136) 성낙인, 『헌법학(제22판)』 법문사(2022), 18면 ; 정중섭, 『헌법학원론(제12판)』 박영사(2018), 23면 이하 ; 김하열, 『헌법강의(제4판)』 박영사(2022), 6-7면.

137) 헌법이라는 명칭을 피했던 대표적 사례로는 독일기본법을 들 수 있다.

138) 남아프리카공화국 과도헌법이 전형적인 예라고 할 수 있다.

139) Cartier, 앞의 논문(주 12)도 전반적으로 같은 취지로 보인다.

140) Zulueta-Fülscher, 앞의 글(주 107), 9면 이하.

자체는 과도헌법에 해당한다고 볼 수 없다.

과도헌법이 실질적 의미의 헌법으로 기능함에도 헌법의 형식적 기준을 충족하지 못하는 경우와 그 형식적 기준까지 충족하는지에 관한 '형식화의 정도 상 차이'는 과도헌법의 규범력 및 하위규범들과의 관계라는 관점에서 유의미한 차이를 낳을 수 있다<sup>141)</sup>. 즉, 형식적 의미의 헌법으로서 과도헌법이 도입된다면 이행기 법질서는 잠정적으로나마 그 과도헌법을 정점으로 하는 하나의 통일적 구조를 이룰 수 있다. 그러나 형식화의 정도가 불충분한 실질적 의미의 헌법으로서만 도입된다면 과도헌법이 나머지 규범들과 어떤 관계를 가지는지가 불분명해지거나, 단지 부분적으로만 통일적 구조만을 형성할 수 있게 될 것이다<sup>142)</sup>. 그렇다면 과도헌법 중 실질적·형식적 의미의 헌법에 해당하는 유형과 실질적 의미의 헌법에는 해당하지만 형식적 의미의 헌법에 해당하지 않는 유형을 나누어 검토하는 것으로 이 차이를 논의에 반영할 수 있을 것이다<sup>143)</sup>.

이러한 형식화 정도의 차이는 헌법준비규범의 구속력과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 과도헌법의 규범력이 형식적 의미의 헌법 수준에 이르지 못하거나 최고규범적 성격이 불분명한 경우 헌법준비규범의 구속력이 가지는 성격이 문제될 수 있기 때문이다. 이를테면 약한 규범력의 극단에 있거나 심지어 '법적' 성격을 가지지 않는 것으로 해석되는 헌법준비규범은 헌법제정을 위한 대표체의 의사규칙으로서의 성격에 불과한 것으로 볼 여지도 있다<sup>144)</sup>. 반면, 헌법준비규범이 형식화된 헌법으로서의 성격을 가짐에 있어 이견의 여지가 없을 경우 - 가령 경성의 헌법개정절차 뿐만 아니라 헌법재판기관을 통한 보장이 제도화되어 있는 경우 - 헌법준비규범은 강력한 법적 구속력을 통해 최종헌법의 성립과정을 규율할 수 있게 된다<sup>145)</sup>.

---

141) Cartier, 앞의 논문(주 12), 523면 이하.

142) Cartier, 앞의 논문(주 12), 523면 이하.

143) 이는 과도헌법 규정의 상세함의 정도에 따라 얇은 것(thin)과 두꺼운 것(thick)을 구별하고, 포괄하는 내용의 범위에 따라 좁은 것(narrow)과 넓은 것(broad)을 구별하는 분류방식과는 다르다. 상세하고 넓게 실질적 의미의 헌법사항을 규율하더라도 형식적 의미의 헌법에 해당하지 않을 수 있기 때문이다. 이 분류방식에 대해서는 Zulueta-Fülscher, 앞의 글(주 107), 18면 이하.

144) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 436면.

145) 그밖에 빈터호프는 기존헌법의 헌법개정절차에 관한 규정이 헌법준비규범으로 활용

과도헌법의 개념적 기초를 살피는 것은 이로써 어떤 규범적 현상을 포착하기 위함이다. 특히 이 개념은 헌법이 성립하기 이전의 법적 상태를 순전히 정치적·사실적 현상으로서가 아니라 '상당한 정도'의 규범적인 현상으로 파악할 수 있게 해준다는 점에서 유용하다. 그러나 과도헌법의 개념을 통해 제3장에서 살펴본 사례들을 구체적으로 분석하는 것은 우선 과도헌법의 기능과 그 헌법적 함의에 관한 일반적 수준에서의 검토 이후로 미루는 것이 더 적절할 것으로 보인다.

## 2. 과도헌법의 기능과 그 헌법적 함의

### (1) 헌법규범의 변경에 있어 부담의 전환

앞서 본 바와 같이 변경하기 어려운 경성규범으로서의 헌법을 곧바로 제정하기 어려운 상황이 과도헌법을 도입하게 되는 일반적 조건일 수 있다. 이런 관점에서 볼 때 헌법의 시간적 지속이라는 측면에서 확정적 헌법은 개정 또는 폐지되기 전까지 그 효력이 무한정 지속되는 것을 기본규칙(default rule)으로 삼는 반면, 과도헌법 특히 효력기간이 정해져 있는 과도헌법은 정해진 시한이 다하면 효력이 상실되는 것을 기본값으로 한다는 점에서 확연히 대조된다. 바롤(Ozan O. Varol)은 이러한 기본규칙의 변화가 관련 정치세력들에게 중대한 부담전환의 효과를 가져온다고 주장한다<sup>146)</sup>. 통상적인 확정적 헌법에서 현행규정의 내용에 대한 반대론자들은 충족시키기 쉽지 않은 헌법개정 요건을 극복해야 하는 부담을 안고 있지만, 과도헌법에서는 반대로 당해 규정에 포함된 내용의 지속을 원하는 이들이 과도헌법의 실효 이후 새롭게 발효될 최종헌법에 그 내용을 포함시키도록

---

되는 상황에 대해서도 설명하고 있다. 가령 1989년-1990년 동독에서 사회주의 이념의 핵심적 헌법규정들은 명시적으로 폐지되거나 더 이상 준수되지 않는 상황이었던 반면, 공권력 조직규범과 헌법개정절차는 과도헌법적 기능을 수행하는 독특한 상황이 발생하였다는 것이다. Winterhoff, 앞의 책(주 15), 437면. 이에 대해서는 Würtenberger, 앞의 논문(주 83), 122면도 참조("사회주의에 헌신하는 규정들이 더 이상 준수되지 않거나 점진적으로 폐지되는 동안 절차규정들은 완전해졌고, 조직규정들은 최대한 존중되었다. 이러한 관점에서 우리는 동독 **헌법의 부분적 실효**에 대해 말할 수 있다."). 한편, 이러한 관점에 대한 이견(異見)으로는 Press, Ulrich K.(trans. Schneider, Deborah), *Constitutional Revolution - The Link between Constitutionalism and Progress*, Humanities Press(1995), 94면 참조.

146) Varol, 앞의 논문(주 110), 417면.



할 부담을 안게 된다는 것이다<sup>147)</sup>.

그러나 이에 대하여는 오히려 잠정적 문서인 과도헌법에 구현된 합의가 최종헌법에 그대로 반영될 가능성이 높다는 반론도 제기된다. ① 남아프리카 공화국 헌법과 같이 과도헌법이 최종헌법의 내용을 구속하는 경우는 물론<sup>148)</sup>, 폴란드 소헌법과 같이 내용적 기속을 정함 없이 최종헌법의 성립절차만을 규율한 경우에도 최종헌법이 과도헌법과 상당한 내용적 유사성을 보인 경우가 있었다는 점<sup>149)</sup>, ② 과도헌법의 성립 당시 정치세력 간에 어렵게 달성된 합의를 전면 재협상하는 데에 상당한 비용이 따른다는 점, ③ 이행기에 과도헌법하에서 창설된 기관들은 '헌법적 실험'을 거쳐 유용한 것으로 판명되면 최종헌법에도 채택되는 경우가 드물지 않다는 점에 비추어 보면, 위와 같은 부담전환의 효과는 크지 않다는 것이다<sup>150)</sup>. 게다가 과도헌법이 설립한 헌법재판소가 최종헌법 단계에도 수용될 수 있는 판례법리들을 발전시킨 경우 최종헌법에서 이와 완전히 단절하는 것도 용이한 일은 아니다<sup>151)</sup>.

생각건대, 과도헌법의 실효 및 최종헌법 발효 국면에서 있을 수 있는

---

147) Varol, 앞의 논문(주 110), 417면. 바를은 과도헌법의 효력기간이 정해져 있지 않은 경우에는 여전히 반대론자들이 개정 또는 폐지의 부담을 가지므로 이러한 부담전환이 그대로 적용된다고 볼 수는 없지만, 여전히 그 한시적 속성이 개정 또는 폐지를 용이하게 해준다는 성격 때문에 적어도 부담을 '완화'해 줄 수는 있다고 본다. 같은 논문, 419면.

148) 제3장 제4절 III.에서 본 바와 같이 남아프리카공화국 과도헌법은 별표 4의 34개 헌법원칙을 통해 최종헌법의 내용을 기속하였다.

149) 폴란드 소헌법은 1992년부터 1997년까지 효력을 가졌던 과도헌법으로서 최종헌법 또는 '대헌법'이 성립하기까지 잠정적인 공권력관계를 규율하였다. Granat, Mirosław & Granat, Katarzyna, *The Constitution of Poland - A Contextual Analysis*, Hart(2019), 12-13면 ; Garlicki, Lech & Garlicka, Zofia A., "Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation" in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 391-416면, 394면 이하 ; Howard, A.E. Dick, & Brezezinski, Mark F., "Development of Constitutionalism" in Staar, Richard F.(ed.), *Transition to Democracy in Poland*, St. Martin's Press(1998), 133-162면, 141면 이하.

150) Goss, 앞의 논문(주 107), 178-179면.

151) Goss, 앞의 논문(주 107), 180-181면. 여기에서도 헝가리와 남아프리카공화국의 사례는 헌법재판소의 판례들이 최종헌법에까지 이르는 지속적 영향을 미친 중요한 범례도 다루어지고 있다. 다만, 헝가리의 경우 기본법 제4차 개정에서 기본법 시행 전 헌법재판소 결정을 모두 폐지한다는 규정을 삽입하였음에 주의할 필요가 있다. 제3장 제2절 III.2.(2) 참조.

위와 같은 부담전환의 효과를 소송에서 입증책임 전환의 문제와 유사한 법적 효과를 가지는 것으로 볼 수는 없을 것이다. 그러나 과도헌법이 최종헌법을 절차적으로만 예비하는지, 아니면 내용적으로도 기속하고자 하는지, 과도헌법 성립 당시 이를 가능케 했던 정치세력 간의 세력균형에 현저한 변화가 있었는지, 과도헌법 시행 당시 헌법재판기관에 의해 형성된 판례법리가 어느 정도 자리잡았는지 등에 따라 최종헌법에서 과도헌법의 내용을 변경하는 것에 대한 부담이 상당한 정도로 달라질 수는 있다는 지적은 충분히 수용할 수 있다고 보인다. 따라서 이러한 관점은 과도헌법과 최종헌법 사이의 역동적 관계 및 과도헌법의 기능을 이해하는데 보탬이 된다고 하겠다.

## (2) 오류시정의 기회제공과 인지적 편향에 대한 대처

경성의 개정규칙을 가지고 있는 헌법은 그 개정의 요건이 까다로울수록 성립 당시의 설계상 오류를 시정하기 어려워진다<sup>152)</sup>. 그런데 제도설계에 관한 헌법적 선택은 그 결과의 타당성이 가려질 때까지 시간이 소요되는 것이 통상적이다. 특정한 제도적 선택은 그 사회적 조건 속에서 실현이 불가능한 것으로 판명되거나 예견치 못한 부정적 효과를 낳을 수 있으며, 제도의 환경을 구성하는 사회적 조건 자체가 현저한 변화를 겪음으로써 기능장애를 겪게 될 수도 있다. 그러나 시간이 지나 그러한 사정이 드러났음에도 헌법의 경직성 때문에 제도적 차원에서의 시정이 원활하게 이루어지지 못하는 경우를 우리는 어렵지 않게 발견할 수 있다. 가령 미국 연방헌법상 대통령 선거인단 제도는 현대적 조건하에서도 여전히 그 존재이유가 있다고 보기 어려움에도 헌법개정의 어려움 때문에 존속되고 있는 제도의 사례로 종종 거론된다<sup>153)</sup>. 과도헌법은 최종헌법이 채택되기까지 일정한 시간을 확보함으로써 이러한 원활한 오류시정의 기회를 보장할 수 있다<sup>154)</sup>. 과도헌법이 창설한 기관들에 제도적 미비점이 발견되면 최종헌법을 기초

152) Varol, 앞의 논문(주 110), 422면.

153) Amar, Akhil Reed, "A Constitutional Accident Waiting to Happen" in Eskridge Jr., William N. & Levinson, Sanford(eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press(1998), 15-17면.

154) Varol, 앞의 논문(주 110), 422면.

하면서 이를 보완할 수 있고, 불필요하거나 부정적 결과를 야기한다고 판명되는 제도는 폐지할 수 있다. 반면 과도헌법 단계에서 효용이 입증된 제도는 보다 용이하게 최종헌법에 포함될 수 있을 것이다<sup>155)</sup>. 이러한 가능성은 최종헌법의 채택이라는 기회가 유보되어 있기 때문에 발생하는 것이다.

다른 측면에서 보았을 때, 과도헌법의 활용은 헌법제정 시점의 악조건과 이로부터 유래하는 어떤 인지적 편향(cognitive biases)에 대한 안전장치가 될 수 있다<sup>156)</sup>. 엘스터가 말했듯이 헌법이 제정되는 시공간은 가장 장기적인 안목에서 숙의를 필요로 함에도 역설적으로 그러한 숙의를 불가능하게 하는 격동과 걱정의 시공간이기도 하다<sup>157)</sup>. 다시 말해, "헌법제정의 과제는 최적화된 헌법제정에 맞지 않는 조건에서 수행될 가능성이 높다"<sup>158)</sup>. 장기적으로 작동가능한 제도설계보다는 단기적 이해관계에 초점이 맞추어지거나, 다수자의 열망이 큰 힘을 발휘하는 반면 소수자의 권리는 제도적으로 보장받지 못하는 결과가 발생할 위험이 그 비근한 예일 것이다<sup>159)</sup>. 또한 정치적 격변 이후의 실망이 초기 헌법제정 국면에서 구체제에 대한 편향적 선호로 이어지는 경우도 발견된다<sup>160)</sup>. 헌법기초에 실제로

155) Varol, 앞의 논문(주 110), 422-423면 ; 헌법적 설계에 있어 오류비용의 문제에 관하여는 Dixon, Rosalind & Ginsburg, Tom, "Deciding not to decide: Deferral in constitutional design", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.9 No.3-4(2011), 636-672면, 641면 이하 참조(이 문헌은 주로 법률위임 및 유보규정과 관련하여 이 문제를 다루고 있다).

156) Varol, 앞의 논문(주 110), 428면. 인지적 편향 일반에 대해서는 카너먼, 대니얼(이창신 옮김), 『생각에 관한 생각』 김영사(2012) 참조 이를 행정규제 분야에 적용한 법학적 연구의 한 예로는 Sunstein, Cass R., *Laws of Fear - Beyond the Precautionary Principle* -, Cambridge University Press(2005), 특히 제2장 참조.

157) 이는 적소에 활용할 수 있는 제도적 유산이나 민주주의 경험이 일천한 곳에서 특히 증대될 수 있는 위험이다. 이와 관련하여 최근 '아랍의 봄' 이후 이집트 등 중동, 볼리비아, 베네수엘라 등 남미의 헌법제정 사례에 대한 보고로는 Landau, David, "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review*, Vol.64 No.5(2013), 923-980면 ; Landau, David, "Abusive Constitutionalism", *University of California, Davis Law Review*, Vol.47 No.1(2013), 189-260면 참조.

158) Elster, Jon, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, Vol.45 No.2(1995), 364-396면, 394면.

159) Varol, 앞의 논문(주 110), 428-431면.

160) Varol, 앞의 논문(주 110), 432면. 여기서 바롤이 드는 예는 아랍의 봄 이후의 이집트이다. 2012년 여론조사에 의하면 응답자의 52%가 무바라크(Hosni Mubarak) 대통령의 축출 이후 이집트가 더 나빠졌거나 최소한 더 좋아지지는 않았다고 답변하였다고 한다.

소요되는 상당한 시간과 노력에 비해 정치적으로 허용되는 일정이 촉박한 경우 절차 초기의 숙의를 거치지 못한 편향들은 헌정에 지속적인 영향을 미칠 수 있다<sup>161</sup>). 과도헌법은 통치작용을 위한 기초적 규칙들을 단기적 관점에서 고안하여 정치적 갈등을 일정 수준으로 제어하고, 굳건한 초석이 될 헌법적 원칙과 구체적 제도의 설계, 또는 논란이 많은 헌법적 문제들을 최종헌법 단계로 미룸으로써 이러한 문제들에 대처할 수 있다<sup>162</sup>). 과도적 이행기간을 보다 광범위한 정치적 지형을 포괄하는 헌법적 합의를 형성하기 위한 시간적 자원으로 활용할 수 있는 것이다<sup>163</sup>).

과도헌법은 또한 장래 세대의 구속이라는 헌법의 난제 중 하나를 완화하는 장치가 될 수 있다<sup>164</sup>). 미국 건국기 제퍼슨(Thomas Jefferson)과 메디슨(James Madison)의 논쟁에까지 거슬러 올라가는 이 문제는 헌법의 최고규범성과 항구성을 관철시킴으로써 안정성과 지속성을 확보할 것인가, 그렇지 않으면 각 세대마다 자신의 헌법을 제정할 기회를 보장할 것인가에 관한 난제이다<sup>165</sup>). 엘스터가 말했듯이 자신의 손을 뜻대에 묶는 율리시즈는 동시에 미래 세대의 손도 묶게 되기 때문이다<sup>166</sup>). 과도헌법은 불완전하게나마 경성헌법이 야기하는 이러한 문제에 대한 대응수단이 될 수 있다. 헌법의 전부 또는 일부에 시간적 한도를 설정함으로써 제정자들의 결정이 장기적으로 가질 수 있는 불확실성에 대처할 수 있도록 하는 것이다<sup>167</sup>).

물론, 과도헌법의 이러한 기획이 항상 성공하는 것은 아니다. 숙의의 조건을 창출하는데 실패하거나 새로운 정치적 급변이 발생함으로써 보다 나은 조건에서 최종헌법을 제정한다는 과도헌법의 목표가 달성되지 못할 수 있고, 과도헌

---

161) Varol, 앞의 논문(주 110), 433-434면.

162) Varol, 앞의 논문(주 110), 434-435면.

163) Varol, 앞의 논문(주 110), 440-447면.

164) Varol, 앞의 논문(주 110), 448면.

165) Jefferson, Thomas, *The Papers of Thomas Jefferson Vol.15*, Princeton University Press(1958), 392면 이하(1789년 9월 6일자 메디슨에게 보낸 편지) 참조. Klein, 앞의 논문(주 117), 62-63면도 참조.

166) Elster, Jon, *The Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press(2000), 92-96면.

167) Varol, 앞의 논문(주 110), 449면.

법에 합의한 세력들 간의 협정이 깨어져 잠정적 안정상태가 준내전적 폭력의 범람으로 전환될 가능성도 배제할 수 없다<sup>168</sup>). 그럼에도 과도헌법은 단계적 이행의 과정을 법적으로 설계함으로써 단번에 새로운 헌법을 창설하는 절차에 수반되는 난점들을 극복할 수 있는 기회를 제공하는 유용한 제도적, 규범적 장치가 될 수 있다.

### (3) 과도헌법 고유의 위험과 다른 수단들과의 비교

이러한 과도헌법의 기능 및 활용가능성과 별도로 그것이 초래할 수 있는 부정적 효과도 없지 않다. 헌법의 기능 중 하나가 그때그때 형성되는 의회다수파로 하여금 핵심적 헌법원리와 공권력의 기본구조, 기본권조항을 변경하기 어렵게 하는 것이라면, 과도헌법은 일정한 시한 후 다시금 법질서의 기본결정들을 재론에 붙일 기회를 제도화하는 것이기 때문에 헌법적 불안정성을 수반할 위험에 노출된다<sup>169</sup>). 또한, 과도헌법 단계와 최종헌법 단계에서 모두 헌법의 기초와 의결이 이루어져야 하므로 그 과정에서의 공적 의견수렴으로 인한 사회적 비용이 배가될 수도 있다<sup>170</sup>. 더 중요한 문제로 최종헌법 성립 단계에서 시정될 기회가 있다는 이유로 과도헌법의 치밀한 설계가 이루어지지 않거나, 중요하고 시급한 결정들을 최종헌법 단계로 미루는 선택으로 인해 최종헌법 기초 단계에서 부담이 가중될 가능성도 배제할 수 없다<sup>171</sup>).

바를은 그 외에 과도헌법과 유사한 기능을 하는 헌법적 장치로 법률유보조항("By Law" Clauses), 언어의 모호성을 활용한 헌법규정, 개정규칙의 경직성 완화를 과도헌법과 비교한다. 최종헌법을 예정하는 대신 법률유보조항을 널리 활용하여 장래의 정치적 결정이 의회에서 이루어지도록 할 수 있으나, 이는 이행기

---

168) 제3장 제4절에서 본 남아프리카공화국의 헌법제정 사례에서는 과도헌법의 제정을 계기로 상당 부분 폭력의 문제가 진정되었지만, 그 이후에도 완전히 소멸한 것은 아니었다. 이라크 전쟁 이후 유엔이 개입한 이라크의 헌법제정과정에서도 과도헌법이 활용되었지만 최종헌법의 제정이 필요한 조건을 충분히 확보하는데에는 실패하였고 준내전적 상태도 방지하지 못하였다. Morrow, 앞의 글(주 134), 571-575면.

169) Varol, 앞의 논문(주 110), 453면.

170) Varol, 앞의 논문(주 110), 455면.

171) Varol, 앞의 논문(주 110), 455면.

에 최소한의 헌법적 안정성을 확보하려는 목표에 비추어 보면 과도헌법에 비해 효용이 떨어질 수 있다<sup>172)</sup>. 어렵지 않게 찾아볼 수 있는 방식으로 헌법규정의 추상성을 활용하여 명확한 합의가 이루어지지 않은 부분을 모호한(vague) 규정으로 처리하는 방법도 있으나<sup>173)</sup>, 이는 사법부에 지나치게 많은 재량으로 부여함으로써 사법의 정치화를 초래할 위험이 있다<sup>174)</sup>. 마지막으로 가중다수결을 없애고 의회 단순다수만으로 헌법을 개정할 수 있게 하거나 적어도 완화된 개정규칙을 사용하는 방식이 있으나 이는 선거주기마다 변동하는 의회 다수파에 좌우되는 헌법적 불안정을 야기할 위험이 크다<sup>175)</sup>. 따라서 과도헌법은 이들과 비교해서도 여전히 일정한 비교우위를 가질 수 있다는 것이 바롤의 견해이다<sup>176)</sup>.

어떤 제도를 그 제도가 작동하는 구체적 조건으로부터 추상하여 평가하는 것에 대해서는 신중을 기해야 할 것이다. 그러나, 최근 칠레의 사례에 이르기까지 매우 다양한 헌법제정 국면에서 점차 과도헌법이 활용되고 있는 것은 그 제도적 유용성이 각광받고 있는 동시에 약점의 위험성도 제어될 수 있다는 평가가 이루어지고 있기 때문일 수 있음을 시사하는 것일 수 있다<sup>177)</sup>. 과도헌법 활용경험의 축적과 분석은 향후에도 더 진전되어야 할 과제인 것으로 보인다.

### 3. 결어

이상으로 과도헌법의 개념적 기초와 그 기능에 대해 일반적 수준에서 살펴 보았다. 이를 시야에 둘 때 우리는 헌법제정에 관한 고전적 이해의 특정한 측면

172) Varol, 앞의 논문(주 110), 458-459면.

173) 이에 대해서는 Asgeirsson, Hrafn, *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart(2020), Ch.2, 3 참조.

174) Varol, 앞의 논문(주 110), 460-461면.

175) Varol, 앞의 논문(주 110), 461-463면.

176) 물론 이는 특정한 상황과 특정한 목표가 조건으로 주어졌을 때 그러하다. 장래 입법자가 결정하기에 적합한 문제들에 대해서는 법률유보조항을 광범위하게 활용하는 것이 가능한 선택일 수 있다. Varol, 앞의 논문(주 110), 463면.

177) 2019년부터 시작된 칠레의 헌법제정 절차는 헌법개정을 통해 과도헌법적 내용을 가진 '칠레 협약(Chilean Agreement)'을 헌법에 포함시킴으로써 제헌의회와 최종헌법의 성립절차에 헌법적 지위를 부여하였다. 이에 대해서는 Prieto & Verdugo, 앞의 논문(주 107), 268면 참조.

에 대해 다시 생각해 볼 중요한 이유를 발견하게 된다. 과도헌법 현상에 비추어 볼 때 기존 헌법과의 연속성·불연속성 뿐만 아니라 시원성·과생성의 관계도 단순한 이분법적 관계로 이해될 수 없다는 점이 드러나기 때문이다. 과도헌법을 통한 최종헌법의 제정이라는 과정에서는 헌법이 완전한 규범적 공백상태로부터 '무로부터 창조'되는 것이 아니라 어떤 잠정적이고 과도적인 규범의 준수·활용 하에서 여러 단계를 거쳐 창설된다는 점에서 그러하다. 우리는 이러한 특성들이 체제전환형 헌법제정절차에서 전형적이고 분명하게 나타나는 것을 확인할 수 있다. 이하 III.에서는 제3장에서 본 사례들에서 과도헌법이 수행한 역할과 그 양상에 대해 구체적으로 살펴보기로 한다.

### III. 체제전환 헌법제정 사례들에서 과도헌법의 역할에 관한 구체적 분석

#### 1. 과도헌법 개념으로의 포섭

이상의 논의를 토대로 체제전환 헌법제정 사례들을 과도적 규범의 활용이라는 관점에서 조명하는 것이 가능하게 되었다. [표 3]에서 보았듯이 우리가 살펴본 사례들에서 스페인 「정치개혁에 관한 법률」, 헝가리 1989년 헌법, 남아프리카공화국 1993년 헌법은 체제전환 과정을 중심으로 규율한 규범들이었는데, 이들은 모두 앞서 정의한 과도헌법의 기초적 개념요소들을 충족한다. 「정치개혁에 관한 법률」은 헌법개혁의 발의에 관한 법적 근거를 마련하였고, 헌법개혁을 통한 새로운 법질서로 이행하는 시기에 기능하는 기본법임을 명시하였다. 헝가리 1989년 헌법 역시 "새 헌법이 제정될 때까지" 유효하다는 점을 전문에 명시한 시한부 헌법이었다. 남아프리카공화국 1993년 헌법 전문 역시 "선출된 헌법의회가 최종헌법을 기초할 때까지 남아프리카공화국의 국민통합과 통치의 재구조화와 지속을 목적으로 하는 규정이 필요하기 때문에" 헌법을 채택함을 명시하고 있었다. 요컨대, 이들은 최종헌법이 채택될 때까지 한시적으로 효력을 가진다는 잠정적 성격과 새로운 헌법질서로 이행하는 과정을 규율한다는 과도적 성격을 모두 가지고 있었다. 헝가리 1989년 헌법, 남아프리카공화국 1993년 헌법은 형식적 의미의

헌법으로 보는 데에도 무리가 없다. 「정치개혁에 관한 법률」 역시 기본법의 지위를 가짐을 명시하였고, 그 지위에 상응하여 국민투표를 통해 확정되었다는 점을 고려하면 형식적 의미의 헌법으로서의 성격을 가지고 있었다고 볼 수 있으며, 의회의 창설과 헌법개혁의 절차를 규정하는 기본법이었다는 점에서 최소한 실질적 의미의 헌법으로는 볼 수 있다<sup>178)</sup>. 즉, 헌법적 성격 역시 세 사례 모두에서 충족되었다고 보인다. 이하에서는 이러한 전제하에서 세 사례들에서 나타난 과도헌법의 특성을 보다 구체적으로 살펴본다.

## 2. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」

「정치개혁에 관한 법률」은 법률의 순위와 국민의 주권적 의지의 표현에 기초하는 민주주의, 기본권보장을 선언하고(제1조 제1항), 하원(Congreso de los Diputados)과 상원(Senado)으로 구성된 새로운 의회(Cortes)를 창설하였고, 그 의회에 입법권을 부여함으로써(제1조 제2항, 제2조) 잠정적인 공권력 배분을 실현하였다<sup>179)</sup>. 다만, 새로운 의회에 의해 신정부가 구성될 때까지 기존 정부가 과도기의 행정권(선거관리 포함)을 행사하는 과도정부의 역할을 수행하도록 하였다(경과규정 제1조). 「정치개혁에 관한 법률」 제3조는 정부와 하원에 헌법개혁 발의 권한을 부여하고 헌법개혁안의 의결요건을 명시함으로써 최종헌법의 성립절차를 규율하고 있었는데, 이 또한 「정치개혁에 관한 법률」이 헌법개혁이 완수되기까지 효력을 가지는 잠정적 성격의 규범임을 나타내는 것이었다. 최종규정은 「정치개혁에 관한 법률」이 프랑코 체제의 7개 기본법에 부가된 제8의 기본법으로 성립하였음을 명시함으로써 최고규범성을 가지는 기본법임을 표방하였다. 기본법의 제정을 위해서는 의회 의결뿐만 아니라 국민투표를 거쳐야 했고, 「정치개혁에 관한 법률」은 이에 따라 국민투표가 가결됨으로써 확정되었다<sup>180)</sup>.

프랑코 정부의 관료 출신이었던 수아레스 수상이 입안한 「정치개혁에

---

178) 제3장 제1절 II.2. 참조.

179) 말미의 [부록 1] 참조.

180) 제3장 제1절 II.2. 참조.



관한 법률」은 프랑코 체제 전반을 전복하는 것이었지만 구체제의 의회에서 통상적인 절차에 따라 의결되어 제정되었다('할복자살 의회'). 바로 이 점 때문에 구체제와 새로운 헌정질서를 매개하는 교량(橋梁)으로 활용될 수 있었던 것이다. 프랑코 사후 이미 정치적 급변이 일어나는 조건에서 의회는 이미 국민적 정통성을 인정받기 어려운 상황에 있었다. 그러나, 기존 헌정체제의 변화의 규칙에 따른 수권기관에 의해 제정되었기 때문에 형식적 합법성·연속성의 외관이 창출될 수 있었고, 이는 다시 과도헌법인 「정치개혁에 관한 법률」에 따른 민주적·선거적 정통성의 확보와 새로운 헌법제정을 위한 법적 조건의 조성으로 이어짐으로써 합법성의 명백하고 급격한 단절을 피할 수 있도록 하였다. 앞서 본 '법에서 법을 통하여 법으로 이행한 급진적인, 심지어 혁명적인 정치변동의 방식'이라는 평가는 이 점을 지적한 것이다<sup>181)</sup>.

「정치개혁에 관한 법률」은 과도헌법의 범주에 충분히 포섭될 수 있다고 보이지만, 형식적 의미의 헌법이라는 기준에 의할 때에는 불충분하거나 미발견된 형태로 평가된다. 「정치개혁에 관한 법률」은 정부를 창설하거나 전면적으로 규율하지 않았다는 점에서 - 경과규정 제1조에서 선거관리를 위임한 정부는 기존의 정부를 의미하였다 - 국가권력의 **전면적이고 포괄적인 조직화**를 목표로 한 것이 아니었다. 이 점은 이러한 전면적이고 포괄적인 공권력의 창설과 배분을 시도한 헝가리 1989년 헌법 및 남아프리카공화국 1993년 과도헌법과 명확히 대비된다. 「정치개혁에 관한 법률」은 전문과 본문 5개 조항, 경과규정과 최종규정으로 구성된 지극히 간략한 문서였고, 그 중 상당 부분은 모호한 문언으로 이루어져 있었다<sup>182)</sup>. 그러나 그 해석·적용 및 보장수단으로서의 헌법재판기관을 창설한 것은 아니었으므로 이러한 문언적 모호성의 해결이 사법기관에 맡겨진 것은 아니었다. 이는 헝가리와 남아프리카공화국의 사례와 달리 헌법재판을 통해 과도헌법의 강한 규범력을 확보하려는 시도가 부재하였음을 의미한다. 그 규범력의

181) 제2절 I. 참조.

182) 「정치개혁에 관한 법률」의 문언적 모호성과 그 함의에 대해서는 Rubio Llorente, Francisco, "The Writing of the Constitution of Spain" in Goldwin, Roberts A. & Kaufman, Art(eds.), *Constitution Makers on Constitution Making*, American Enterprise Institute for Public Policy Research(1988), 239-287면, 244-245면.

보장이 제3자적 헌법재판기관이 아니라 참여한 당사자들의 이행에 의존하는 잠정적 규범이었다는 점에 비추어 볼 때 「정치개혁에 관한 법률」은 그 정치협약적 성격을 분명히 하고 있었다. 이 과도헌법 체제는 1978년 헌법의 모태 또는 '시험관'이었던 동시에<sup>183)</sup>, '암묵적 헌법적 결단들'이 이루어질 수 있는 공간의 확보를 가능하게 하였다<sup>184)</sup>. 이는 시행착오와 타협이 최종헌법에 반영될 수 있는 기회와 시간을 보장함으로써 과도헌법 성립기의 편향에 대처하고 최종헌법의 안정적 정착에 기여할 수 있는 장치로 기능하였다고 볼 수 있다.

과도헌법에 의해 매개된 이러한 단계적 헌법제정과정은 동유럽과 남아프리카공화국의 체제전환 과정에서 중요하게 참조되었음은 앞서 본 바와 같다<sup>185)</sup>. 그러나 공권력 규율의 포괄성과 조직의 정도, 사법적 관철수단의 존부의 측면에서 헝가리, 남아프리카공화국의 과도헌법은 한층 더 발전된 형태로 나아가게 된다.

### 3. 헝가리 1989년 헌법

헝가리 1989년 헌법은 "평화적 체제전환을 위해 ... 새 헌법이 제정될 때까지(전문)" 효력을 가지는 잠정적 성격의 과도적 규범임을 명확히 한 헌법이었다. 1949년 헌법의 개정절차를 활용하여 성립한 이 헌법은 기존 헌법의 개정수권에 기초하였지만, 그 위임범위 내에 머물렀다고 보기 어려웠다<sup>186)</sup>. 그럼에도 기존 헌법의 개정수권을 활용하여 성립하였다는 점은 이 헌법에 매우 특징적인 표지 중 하나로 인식되었고, '합법성의 기초 위에서 이루어진 체제의 전환'을 견인한 것으로 평가받았다<sup>187)</sup>. 이러한 개정수권기관의 권한유일을 통한 헌법창설은 체제전환 과정에서 당(黨)과 정부를 여전히 인적으로 장악하고 있던 기존 정치세력과 아무런 공식적 지위를 가지고 있지 못하였던 재야세력 간의 원탁회의 협상으로 성립하였다는 사정을 반영하는 것이었다<sup>188)</sup>. 1989년 헌법은 일차적으로는 원탁회

183) 최종헌법의 '시험관'이라는 표현은 Cartier, 앞의 논문(주 12), 531면.

184) 상세한 것은 제3장 제1절 III. 2. (4) 참조.

185) 제3장 제2절 참조.

186) 제3장 제2절, 제4장 제2절 III.2. 참조.

187) 제4장 제2절 IV. 참조.

188) 제3장 제2절 II.1.(2) 참조.

의 협상내용에 성문헌법적 형식을 부여하고 1990년 3, 4월의 자유선거를 가능케 하려는 목적으로 성립하였다. 그러나 이 헌법은 스페인 「정치개혁에 관한 법률」과 달리 공권력의 창설과 규율에 관한 포괄적이고 상세한 규정을 구비하였고(제2장 내지 제11장), 충실한 기본권 목록을 마련하였을 뿐만 아니라(제12장) 반복적인 헌법개정을 통해 공권력조직의 미확정된 부분을 채워 나갔다. 무엇보다 최고규범성을 명시하였을 뿐만 아니라(제77조 제1항), 과도헌법을 보장하는 핵심적 기관으로 헌법재판소를 창설하였다(제32/A조)는 점이 두드러진다. 신생 헌법재판소가 광범위한 권한을 가지고 '보이지 않는 헌법'을 원용하여 적극적으로 헌법의 공백을 메우려 노력한 것이 과도헌법의 규범력을 강화하는데 중대하게 기여하였다는 점은 앞서 본 바와 같다<sup>189)</sup>. 스페인과 비교해 보면 헝가리 1989년 헌법은 규율의 포괄성과 충실성, 최고규범성의 측면에서 단연 차별화된다.

그러나 1989년 헌법은 최종헌법의 성립규칙을 제공하는 기능, 즉 헌법준비규범으로서의 기능에 관하여는 성공적이라고 평가하기 어려워 보인다. 이는 1996년-1997년 최종헌법 제정의 실패 과정에서 드러나듯 무엇보다 최종헌법의 성안과 의결에 관한 구체적인 일정을 헌법화하지 못한 점과 관련된다<sup>190)</sup>. 물론 헝가리 1989년 헌법도 독일기본법과 같이 과도헌법으로 출발하였음에도 최종헌법적 성격을 획득한 지속적 헌법으로 전환할 가능성도 있었고, - 과도헌법의 흠결을 메우기 위한 잦은 헌법개정과 헌법재판소 판례법리의 축적과 함께 - 상당 기간 그러할 것처럼 보이기도 했다<sup>191)</sup>. 그러나 과도헌법으로서의 잠정적 성격과 1949년 헌법의 개정규정에 의하여 성립하였다는 사정으로 인해 1989년 헌법은 그 정통성에 관한 정치적 공약에 쉽게 노출되었다<sup>192)</sup>. 1989년 헌법은 기존 헌법

189) 제3장 제2절 II.3. ; Goss, 앞의 논문(주 107), 183면 이하 참조.

190) 당시 의원 4/5 이상의 찬성으로 새로운 헌법의 기초를 위한 구체적 규칙들을 정할 수 있도록 하는 헌법규정(제24조 제5항)을 두는 데에는 성공하였으나 그 이상의 규칙에 관한 합의는 이루어지지 못하였다. 의원 4/5 이상 찬성으로 제헌을 위한 절차가 개시되는 듯 하였으나 기초위원회 단계에서 합의가 결렬되어 더 이상 절차가 진행되지 못하였음은 앞서 본 바와 같다(제3장 제2절 III.1.). 참고로 위 제24조 제5항도 이후 헌법개정으로 폐지되었다.

191) 제3장 제2절 II.3. 참조.

192) 제3장 제2절 III.2. 참조. 이는 소헌법으로 출발하였지만 최종헌법의 제정에 성공한 폴란드와 비교되는 지점이기도 하다. Garlicki & Garlicka, 앞의 글(주 149), 396면 이하 참조.

의 표제 - "1949년 헝가리 헌법" - 를 그대로 유지하였을 뿐만 아니라 - 그 실질에도 불구하고 - 1949년 헌법을 '개정'하는 형식으로 성립하였는데<sup>193)</sup>, 이러한 형식적 연속성의 외관은 FIDESZ와 오르반으로 하여금 1989년 헌법이 1949년 헌법을 개정한 것일 뿐이며 구헌법의 개정헌법으로서 여전히 스탈린 - 라코쉬주의적 유산을 가지고 있다고 주장하는 것을 가능하게 하였다. 이는 1989년 헌법이 과도헌법으로서의 불완전한 정통성 문제를 극복하는 데 성공적이지 못하였음을 보여준다.

체제전환의 기본원칙들이 잠정적인 과도헌법에 이미 구현되어 있다면, 최종헌법을 별도로 채택하는 가장 중요한 이유는 완전하고 확정적인 헌법의 제정에 적합한 민주적 정통성을 확보하는 데 있을 것이다. 그렇다면 과도헌법의 성립 당시 정치적 타협의 내용이 현저한 규모로 변동되지 않는 동안 최종헌법이 성립할 수 있도록 헌법준비규범을 적절하게 설계하는 것이 꼭 필요하다고 할 수 있다. 만약 적기에 최종헌법의 제정에 성공한다면 강화된 민주적 정통성에 비례하여 새로 성립한 헌법의 개정요건을 강화하는 것도 가능하다<sup>194)</sup>. 이를 위해서 한편으로는 - 헝가리가 성공적으로 시행하였던 바와 같이 - 어느 정도 온전한 선거제도를 안착시키고 헌법제정에 필요한 대표를 선출하는 것이 필요할 뿐만 아니라, 과도헌법을 통해 확보된 한시적 유보기간 동안에 가능한 제도적 실험과 오류시정을 거쳐 최종헌법의 설계에 필요한 경험을 축적하는 것이 필요했다고 볼 수 있다. 헝가리 헌법재판소는 과도헌법을 중심으로 입헌주의 실험을 주도하였고, 그중 상당 부분은 과도헌법의 흠결을 보충하는 판례법리로 확립되어 갔다<sup>195)</sup>. 만일 어느 시점에 이르러 그중 취할 것을 선별하고, 실패로 평가된 부분을 정비하여 최종헌법에 반영하는 절차가 이루어졌다면 과도헌법은 그 소임을 다할 수 있었을 것이

193) 헌법개정법률인 1989년 법률 제31호는 "1972년 법률 제1호에 의해 개정된 헝가리 인민공화국 헌법에 관한 1949년 법률 제20호를 다음과 같이 개정한다."로 시작하고 이어서 "헌법 전문은 다음으로 대체한다."라고 하면서 새로운 전문을 도입하고, "헌법 제1장은 다음과 같은 규정으로 대체된다"로 하면서 새로운 규정들을 계속하여 도입하는 형식을 취한다.

194) 그러나 헝가리 1989년 헌법은 1949년 헌법과 마찬가지로 의회 2/3 이상의 찬성으로 개정할 수 있었다.

195) 제3장 제2절 II.3. 참조.

다. 그러나 헝가리의 경우 1989년부터 20년이 경과하도록 최종헌법을 제정하지 못하였고, 이러한 '약한 예비헌법으로서의 성격'이 오르반에 의한 다원적 민주주의의 훼손과 FIDESZ의 정치적 지배를 더 강화하는 2011년 기본법의 제정으로 가는 길을 열어주었음을 완전히 부정하기는 어려워 보인다<sup>196)</sup>.

요컨대, 헝가리 1989년 헌법은 과도헌법으로서 기존 법질서와 연계기능, 현재의 잠정적인 공권력 조직기능을 수행하는 데 있어서는 일정한 성과를 거두었지만, 장래 헌법의 성립조건을 예비하고 관철하는 측면에서는 성공적이지 못하였다고 평가할 수 있을 것이다<sup>197)</sup>.

#### 4. 남아프리카공화국 1993년 과도헌법

남아프리카공화국의 사례는 스페인, 헝가리와 비교하여 과도헌법의 중요성과 기능이 가장 잘 부각된 사례로 평가할 만하다<sup>198)</sup>. 1993년 과도헌법은 1983년 헌법의 삼원제 의회에 의해 채택된 것이었으나, 합법성과 연속성의 외관을 창출함에 있어 기존 헌법의 개정수권규정을 심분 활용한 것이었다. 이 과도헌법은 그 내용상 ANC를 비롯한 핵심 재야세력과 정부 대표들이 참가한 다자간 협상포럼(MPNF)에서 도출된 협의사항들을 담고 있었으나, MPNF는 헝가리의 원탁회담과 마찬가지로 헌법적 근거도, 선거에 의한 민주적 정통성도 원용할 수 없는 헌법 외적 대표체였다. MPNF에서 합의된 내용을 헌법안으로 성안하여 기존의 삼원제 의회에서 의결한 것이었던 만큼, 1993년 과도헌법 역시 정상적이고 확정적인 최종헌법임을 주장할 수 없었다. 그러나 이는 대통령, 의회, 사법부 등 공권력을 창설하고 권한을 배분하는 실질적 의미에서의 헌법이었음은 물론 최고규범성을 명기하고 경성의 개정절차를 가진, 형식적 의미에서의 헌법으로서도 온전한 것이었다. 내용적으로도 보통·평등·자유선거에 기초한 대표기관들의 창설 및 조직, 인간의 존엄성과 평등권에 기초한 상세한 기본권 목록을 포함하고 있었고, 과도

---

196) 제3장 제2절 III.2. 참조.

197) 이에 대한 자세한 분석과 유사한 취지의 평가로는 Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 161-222면 참조(Ch.4 "The Hungarian Paradox").

198) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 104-106면 참조.

헌법의 보장기관으로서 공익보호관, 인권위원회, 성평등위원회 외에도 강력한 헌법재판소를 설치하고 있었다. 과도헌법의 포괄성과 전면성, 조밀성은 16개 장, 251개 조항, 7개의 별표로 구성된 조문의 길이와 형식에서도 잘 드러난다<sup>199)</sup>.

남아프리카공화국 1993년 헌법은 한시적 이행기의 포괄적인 법적 규율 뿐만 아니라 최종헌법을 예비하는 측면에서도 스페인, 헝가리의 경우보다 훨씬 더 멀리 나아갔다. 인증간 평등선거에 의해 선출된 양원 합동위원회가 최종헌법을 기초할 헌법의회를 구성하도록 하였을 뿐만 아니라 최초집회일로부터 2년이 경과할 때까지 초안을 완성하여 헌법재판소의 인증심사를 받도록 함으로써 최종헌법의 의결에 필요한 구체적 일정과 과정을 헌법적 차원에서 보장하였다<sup>200)</sup>. 헌법재판소의 인증심사가 최종헌법의 성립절차 뿐만 아니라 그 내용에 대해서도 미쳤다는 점은 남아프리카공화국의 헌법제정 사례에서 가장 특징적인 대목이다. 과도헌법 별표 4의 34개 헌법원칙에 합치되지 않는다는 이유로 제1차 헌법안이 반려되었다가 제2차 헌법안이 인증심사를 통과하여 헌법으로 성립하였던 것은 과도헌법의 강한 규범력을 극적으로 보여준 장면이자, 앞서 본 헌법규범 변경에 있어서의 부담전환을 배제한 국면으로 볼 수 있다<sup>201)</sup>. 과도헌법 중 일정 부분은 최종헌법조차 변경하지 못하도록 법적 봉쇄장치를 설정한 것이기 때문이다. 즉, 과도헌법의 헌법준비규범은 일부 사항에 관하여는 최종헌법에 준하는 정도로 변경을 어렵게 하고, 나머지 부분에 관하여만 실험과 오류시정을 가능하게 하였다<sup>202)</sup>.

남아프리카공화국 헌법제정절차에서 발견되는 이러한 방식은 다음과 같은 난제를 야기하는 것이기도 하다. 최종헌법이 과도헌법에 절차적으로 뿐만 아니라 내용적으로도 완전히 법적인 의미에서 '기속'된다면, 과도헌법이 최종헌법에 대해 오히려 우위에 서는 아닌지, 즉 더 강한 규범력을 가질 것으로 예상되는 최

---

199) Heese & Böhnke, 앞의 논문(주 108), 501면은 과도헌법이 갈등관계에 있는 다원적 집단 간의 관점을 해결하고 화해하기 위한 목적으로 길고 복잡해 지면서 마치 모든 우연적 경우에 대한 구조와 절차를 규정한 상세한 계약과 흡사한 성격을 가지게 되었다고 평가한다.

200) 제3장 제3절 IV.1., 2. 참조.

201) 위 II.2.(1) 참조.

202) 아라토는 남아프리카공화국 과도헌법에서 두드러지는 이러한 실험과 오류시정의 계기를 '배움의 제도화(the institutionalization of learning)'로 표현한다. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 104면.

중헌법보다 잠정적 규범에 불과한 과도헌법이 오히려 상위규범의 지위를 가지는 것이 아닌지 하는 것이다. 이는 달리 표현하자면 과도헌법의 헌법준비규범이 형성적 교체유보조항이 아닌지, 따라서 최종헌법의 효력이 과도헌법의 헌법준비규범의 준수 여부에 의존하도록 하는 것인지에 관한 문제라고도 할 수 있다<sup>203)</sup>. 애커만이 '착란을 일으킨다(mind-bending)'고 표현했던 문제는 바로 이 대목을 가리키고 있다<sup>204)</sup>.

이에 대해 빈터호프는 남아프리카공화국의 헌법제정 사례에서 과도헌법의 헌법준비규범은 완전한 법적 구속력을 가지는 것으로 이해하지 않을 수 없다고 본다. 최종헌법은 과도헌법 별표 4 34개 헌법원칙에 합치되는지 여부에 그 효력발생 여부가 달려 있었고 그 헌법원칙의 개정은 금지되어 있었는데, 이는 헌법 개정절차에 의해 생성된 헌법규범의 효력 여부가 개정절차의 준수에 달려 있는 것과 마찬가지로 하는 것이다. 그렇다면 시원적 헌법제정행위가 개입한 시점은 1996년 최종헌법의 성립 단계가 아니라 1993년 과도헌법의 창설 단계라고 보아야 한다<sup>205)</sup>. 따라서 남아프리카공화국의 사례는 "법적으로 구속력 있는 헌법준비규범들을 통해 예정된 헌법제정의 적용사례"로 간주된다<sup>206)</sup>.

스페인의 경우 「정치개혁에 관한 법률」 제3조를 남아프리카공화국과 같은 정도의 규범력 수준에 두기 어려울 뿐만 아니라 헌법재판을 통해 위 규범의 관철이 보장되지도 않았다. 무엇보다 위 규정의 수권범위는 극히 모호하여 '헌법 개혁'이 완전히 새로운 헌법을 제정하는 것까지 의미할 수 있는지에 대해서도 분명치 않았다<sup>207)</sup>. 헝가리의 경우 2011년 기본법은 1989년 헌법 제24조 제3항 헌법개정규정의 수권범위를 일탈했다고 보는 것이 타당하다. 헌법을 '개정'하기 위해서는 재적 2/3 이상의 찬성이 필요하다고 한 규정을 활용하여 기존 헌법을 폐지하고 전면적으로 새로운 헌법을 채택하였기 때문이다(헌법교체)<sup>208)</sup>. 그러나 남

---

203) 제4장 제2절 III.1. 참조.

204) Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions - Charismatic Leadership and the Rule of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press(2019), 97면.

205) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 465면.

206) *Ibid.*

207) 제3장 제1절 II.2. 참조.

208) 제3장 제2절 III.2. 참조.

아프리카공화국에서는 과도헌법에의 합치 여부가 최종헌법의 효력발생의 요건이 된다는 점이 어느모로 보나 분명해 보였다. 빈터호프는 이 점을 들어 남아프리카 공화국의 사례에서 시원적이라고 평가될 수 있는 헌법제정은 최종헌법을 직접 창설하지 않고 최종헌법의 창설과 내용에 관한 구속적 헌법규범들을 포함하는 과도헌법을 창설하는 것을 그 과제로 삼게 되고, 최종헌법은 이로써 과도헌법에 의해 창설된 기관들의 수권에 따라 파생적으로 창설되었다고 한다<sup>209)</sup>. 이렇게 본다면 그 제정의 조건 때문에 한시적이고 잠정적임을 주장하는 규범이 더 강한 정통성을 가질 것으로 예정되는 최종헌법을 기속하는 역설이 발생하게 된다. 이는 과도헌법의 활용에 있어 어떤 정점(頂點)을 형성하는 사례라 할 만하다.

#### IV. 소결론

분석대상인 체제전환 헌법제정 사례들에서 우리는 모두 과도헌법의 존재와 기능을 확인할 수 있었다. 세 사례에서 모두 과도헌법은 기존 헌법의 수권과 무관하게 혁명적 단절의 방식으로 도입되지 않았고, 오히려 기존 헌법의 변화의 규칙을 주의 깊게 활용함으로써 선후 법질서의 형식적 연속성을 외관상로나마 보존하고자 하였다. 이러한 연속성과 과도헌법을 통해 확보된 다단계의 헌법제정 과정을 통해 이행과정의 법적 안정성이 확보되었고, 최종헌법의 제정을 위한 미결정의 영역이 마련되었다.

그러나 세 사례에서 과도헌법의 역할과 기능에는 그 평가에 있어 놓치지 말아야 할 차이점도 있었다. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」은 공권력의 조직이나 기본권 보장의 규율밀도가 최소화된 과도헌법이었고, 상대적으로 촉박한 일정 속에서 최종헌법 협상에 필요한 과정을 마련하는데 주안점을 두고 있었다. 그러나 적시에 최종헌법 제정이 성공적으로 이루어지고 최종헌법에 의해 폐지됨으로써 과도헌법으로서의 소임에 충실하였다고 볼 수 있다.

헝가리 1989년 헌법 역시 과도헌법으로 도입되었지만 최종헌법에 준하는

---

209) Winterhoff, 앞의 책(주 15), 465면.



포괄적이고 밀도 있는 규율을 담고 있었으며 헌법개정규정을 통해 최고규범성이 보장되는 형식적 의미의 헌법이였다. 과도헌법의 보장수단으로 도입된 헌법재판소가 관례법리를 통해 '보이지 않는 헌법'을 형성하였다는 점도 헝가리 과도헌법 체제의 특징 중 하나였다. 그러나 이 과도헌법은 반복적 헌법개정과 판례형성을 통해 최종헌법적 기능을 획득해 나가는 경로와 잠정성과 과도성을 극복한 새 헌법의 명시적 제정절차를 택하는 경로 중에서 확실한 선택을 하지 못한 것으로 보인다. 1996년-1997년 최종헌법 기획의 실패와 2011년 기본법 제정의 과정은 헝가리 과도헌법의 역할에 대한 유보적 평가를 내리지 않을 수 없게 한다.

남아프리카공화국 과도헌법은 헝가리와 마찬가지로 포괄적이고 정밀한 규율을 담고 있는 실험적 헌법이었고, 과도헌법에 대한 개정절차와 별도로 최종헌법을 창설하기 위한 절차를 마련하고 있었다. 남아프리카공화국 사례에서 가장 특징적인 점은 과도헌법의 수호기관으로 설립된 헌법재판소가 과도헌법의 최종헌법에 대한 실체적 합치 여부의 판관 역할을 하였다는 점이다. 이행기 법질서에 대한 안정적 기초로 작용하고, 최종헌법안에 대한 2차례에 걸친 인증심사를 거쳐 헌법의회 임기 내에 최종헌법 채택이라는 과제를 달성함으로써 과도헌법은 그 역할을 다하였다. 그렇다면 과도헌법을 통한 이행기의 법적 규율과 최종헌법의 준비라는 과제는 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국을 통해 일정한 발전을 보인다는 평가에는 타당성이 없지 않아 보인다<sup>210)</sup>. 이를 도표로 간소화하면 [표 4]과 같다.

	규율의 밀도	사법적 집행	최종헌법의 준비
스페인 「정치개혁에 관한 법률」	최소한	-	성공적
헝가리 1989년 헌법	최종헌법에 준함 단, 헌법준비규범 불안전	헌법재판소 최종헌법 성립에 관여하지 않음	유보적

210) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 90면 이하 ; Arato, *The Adventures of the Constituent Power*(주 5), 185면 이하.

남아공 1993년 과도헌법	최종헌법에 준함. 강한 헌법준비규범	헌법재판소 최종헌법 성립에 관여	성공적
----------------------	------------------------	-------------------------	-----

[표 4] 과도헌법들에 대한 평가

[표 4]를 통해 우리는 최종헌법에 이르는 매개적 역할에 있어 과도헌법의 성공 여부는 체제전환 헌법제정절차가 하나의 규범창설 과정으로 통합성을 가질 수 있는지 여부와 직결된다는 점을 알 수 있다. 과도헌법의 차원에서 위 사례들을 관통하는 일관된 기획을 찾을 수 있다면 그것은 바로 이 지점과 관련하여서일 것이다. 헝가리 헌법의 경우 잠정적인 공권력 규율의 밀도에 있어서는 스페인보다 더 나아갔으나, 최종헌법의 준비규범으로서의 기능에 성공하지 못하면서 1989년 헌법의 기획과 2011년 헌법의 창설이 실질적으로 별개의 과정으로 분리되는 결과가 초래되었다<sup>211)</sup>. 반면, 남아프리카공화국의 경우 이러한 사태를 방지하기 위해 과도헌법상의 헌법재판소를 과도헌법 자체 뿐만 아니라 최종헌법의 성립과정까지도 보장하는 기관으로 설계하였다. 이 세 사례를 함께 놓고 보면 오류와 실패의 계기에도 불구하고 이를 어떤 일관된 기획의 발전과정으로 볼 수 있는 요소들이 분명히 드러난다.

그런데 헌법의 제정과정의 이같이 여러 단계를 거칠 뿐만 아니라 각 단계별로 상이한 규범의 통제를 받는다면 과도헌법과 최종헌법의 기초와 의결에 관여하는 대표와 기관의 성격을 어떻게 이해해야 하는지의 문제가 제기되지 않을 수 없다. 이 문제는 고전적 헌법제정의 이해에서 헌법제정은 헌법성립 이후에 비로소 작동하는 권력분립원리와 무관한, 특별대표로서의 제헌의회에 의해 이루어지는 것으로 여겨졌다는 점 때문에 더 특별한 의미를 가진다. 다음 제4절에서는 헌법제정에 있어서의 이 대표와 기관의 문제에 관하여 다룬다.

211) 이는 부분적으로는 1989년 헌법이 과도헌법을 표방하였음에도 최종헌법의 준비규범에 관하여 초기에 헌법적 합의를 이루지 못한 사정과 관련되어 있을 것이다. 1996년, 1997년 신헌법제정은 1989년 헌법에 토대를 두었다고 할 수는 있으나 이미 상당한 정치적 환경의 변화가 일어난 시점에서 기획되었을 뿐만 아니라 반드시 관철되어야 할 헌법적 당위가 당초에 확보되어 있지 못하였다고 평가할 수 있을 것이다.

## 제4절 헌법제정에 있어 대표와 기관

### I. 헌법제정기관에 대한 고찰의 필요성

군주에 의해 흠정(欽定)되거나 권위주의적 지도자에 의해 부과되는 헌법 또한 근대헌법사에서 상당한 비중을 차지하고 있는 것이 엄연한 사실이다<sup>212)</sup>. 그러나 적어도 현대 민주적 입헌국가에서 헌법제정에 관한 담론은 - 비록 역사적 현실이 규범적 이상과 일치하지 않는 경우가 상당하다고 하더라도<sup>213)</sup> - 정치적 권위의 궁극적 원천으로서의 국민이 가지는 주권적 성격을 어떤 방식으로든 표현할 것을 요청한다. 다만 국민주권을 전제한 헌법제정에 있어서도 헌법제정권력자인 국민이 어떤 중간적 매개체 없이 직접적이고 무매개적으로 헌법을 제정하는 것은 가능하지 않다. 헌법제정권력자인 국민이 가지는 본질적으로 집합적인 성격 때문이다. 따라서 헌법제정이라는 법적·정치적 현상을 분석함에 있어서는 이 중간적 매개체 즉, 특정한 절차에 따라 구성되고 헌법안의 기초와 의결이라는 과제를 수행하는 '대표체(body)' 내지 '기관(organ)'(이하 '헌법제정기관'이라 한다)의 형태와 근거에 대한 고찰이 불가피하다. 특정한 헌법제정절차의 성격을 어떻게 평가할 것인가의 문제는 그 중심에 있는 헌법제정기관이 어떻게 구성되고 어떠한 권한을 가지는지의 문제와 분리될 수 없기 때문이다.

고전적 헌법제정에 관한 시에에스 - 슈미트적 이해에서 최초의 헌법이 시행되기 이전의 법적 상황은 선행하는 실정법에 기속되지 않는다는 점에서 규범적 자연상태와 같은 것이었다<sup>214)</sup>. 이러한 관점에 서게 되면 헌법제정기관은 선행하

---

212) 입헌군주제 헌법과 흠정헌법의 역사와 유형에 관하여는 송석윤, "군민공치와 입헌군주제헌법 - 비교헌정사적 연구 -", 『서울대학교 법학』 제53권 제1호(2012. 3.), 497-527면 ; Lacche, Luigi, "Granted Constitutions. The Theory of *octroi* and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution", *European Constitutional Law Review*, Vol.9 No.2(2013), 285-314면.

213) 쿠데타로 성립한 군정이 기초한 헌법안을 국민투표로 확정된 다양한 사례들이 그 예가 될 수 있다. 가까이는 대한민국 1962년 헌법, 1972년 헌법을, 먼 기원으로는 나폴레옹 쿠데타로 성립한 프랑스 공화력 8년(1799년) 헌법을 들 수 있다. 공화력 8년 헌법의 성립과정에 대하여는 Morabito, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*(13e edition), LGDJ(2014), 141-143면.

는 법질서의 수권이나 기속과 무관한 기관, 즉 헌법제정권력의 시원적, 무제한적 속성을 가진 대표체로 사고된다<sup>215</sup>). 특별대표체로서의 제헌의회(Constituent Assembly)라는 관념이 그 전형적인 표현이다.

시에예스는 특별의회로서의 제헌의회가 "국민 전체의 의회를 대신하는 것"이며 "의심의 여지 없이 국민의 의사 전체를 담지한다"고 보았다<sup>216</sup>). 칼 슈미트는 이러한 관점을 더 발전된 형태로 제시하는데, 이는 바이마르 헌법을 기초한 헌법 제정국민의회를 기존 헌법이 혁명적으로 폐지된 공간에서 헌법제정의 과제를 수행하는 '주권적 독재'의 성격을 가지는 것으로 서술하는 대목에서 특히 잘 드러난다<sup>217</sup>). 슈미트가 보기에 헌법적 공백 상태에서 활동하는 이 '제헌의회'는 정치적 통일성을 구현하는 유일한 기관이자 대표체로 기능하고, 권력분립을 포함하는 모든 헌법원리, 헌법규범의 원천의 지위를 가지기 때문에 그 자체로는 권력분립의 대상이 아니다. 이러한 성격이 고전적인 주권의 속성과 닮아있음은 물론이다<sup>218</sup>).

---

214) 제2장 제1절, 제2절 I. 참조.

215) '기관(organ)'은 그것이 귀속되는 '단체(body)'를 전제하고, 국가기관의 경우 그 단체가 국가라는 점을 생각하면 국가마저 존재하지 않는 완전한 자연상태에서는 어떤 '집회'나 '회합'만이 있을 뿐 '기관'이라는 표현 자체가 성립하지 않는다고 보는 관점도 있을 수 있다. 제2장 제1절 II.3.에서 본 카레 드 말베르그와 같은 관점이 그러하였다. Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie de l'État*, Dalloz(2004), 483면 이하(t.2). 그러나 집합적 존재인 국민의 의지를 조직하고 표현하는 매체를 '기관'으로 칭할 수 있다면 반드시 완결된 국가와 헌법을 전제로만 기관에 대해 논할 필요는 없다고 생각된다. 따라서 이하의 논의에서는 '헌법제정기관'이라는 용어를 고수하기로 한다.

216) Sieyes, Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, Quadrige/PUF(1982), 71면. 제2장 제1절 I.2. 참조.

217) Schmitt, 앞의 책(주 12), 59면("기존 헌법의 혁명적 폐지 이후 소집된 '헌법제정' 의회의 고유한 상황은 '주권적 독재'라는 말로 가장 잘 표현된다."). 영국과 프랑스 혁명을 배경으로 주권적 독재 개념에 대해 더 상세하게 설명하는 대목은 Schmitt, Carl, *Die Diktatur - Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf(4. Aufl.)*, Duncker & Humblot · Berlin(1978), 130면 이하[김효전 옮김, 『독재론 - 근대 주권사상의 기원에서 프롤레타리아 계급투쟁까지』 법원사(1996), 164면 이하] 참조. 슈미트의 독재 이론에 대한 포괄적인 소개로는 Kelly, Duncun, "Carl Schmitt's Political Theory of Dictatorship" in Meierhenrich, Jens & Simons, Oliver(eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press(2016), 217-268면, 특히 227면 이하 참조.

218) 제2장 제2절 II.4.에서 본 바와 같이 아라토는 이러한 이유에서 고전적 헌법제정의 절차적 모델을 '주권적 헌법제정(Sovereign Constitution Making)'이라고 칭하였다. Arato, *The Adventures of Constituent Power*(주 5), 31면 이하.

즉, 제헌의회는 선존하는 헌법적 규율의 대상이 되지 않지만 - 즉, 위임적 (kommissarisch) 독재가 아니지만 - 그럼에도 주권자인 국민 그 자체는 아니라는 점에서 즉, 국민의 이름으로 그 위임관계를 표방한다는 점에서 주권적 독재자에 해당한다<sup>219</sup>). 따라서 - 형용모순적 표현을 무릅쓴다면 - 제헌의회는 '주권적 기관'의 지위를 가지게 된다고 할 수 있다<sup>220</sup>). 이러한 이해는 헌법제정을 법질서의 공백 상태에서 일어나는 법외적 현상으로 이해하는 것에 상응하는 것으로서 제2장에서 보았듯이 고전적 헌법제정에 대한 이해와 실증주의적 이해가 모두 공유하는 것이었다.

그러나 헌법제정권력의 속성에 관한 논의 만큼이나 제헌의회와 의결 방식에 대한 본격적인 제도론적·규범적 논란도 지속적으로 이루어져 왔다<sup>221</sup>). 역사적으로 나타난 제헌의회들의 성격이 동일하지 않았을 뿐만 아니라, 그 기능과 결과도 다양했던 점을 감안하면 그러한 논란에는 이유가 있어 보인다. 따라서 제헌의회와 형태와 속성이 과연 단일한지, 주권적 독재 모델에 따라 제헌의회를 설명하는 것의 한계와 문제점은 무엇인지 등의 쟁점은 중점적인 검토의 대상이지 논의에 앞서 전제될 수 있는 성격의 것이 아니다. 더군다나 선행법질서와의 형식적 연속성의 고리를 단절하지 않으려 하고 과도헌법의 역할이 부각되는 체제전환형 헌법제정절차에서 헌법제정기관의 성격을 어떻게 파악할 것인지에 대해서는 구체적 사례에 밀착하는 신중함이 더 요구된다고 생각된다.

이하에서는 제3장에서 살펴본 헌법제정 사례들에서 중심적인 역할을 한 헌법제정기관의 속성에 대하여 이러한 관점에서 조명을 시도한다. 이를 위해 우선 대표적이고 전형적인 헌법제정기관인 제헌의회와 역사와 유형에 관하여 검토하고 (II), 여기서 도출해 낼 수 있는 제헌의회와 분류기준을 토대로 체제전환 헌법제

219) Schmitt, 앞의 책(주 12), 59-60면 ; Schmitt, 앞의 책(주 216), 137면("주권적 독재는 전체적인 현행법질서를 그 행위를 통해 폐지해야 할 것으로 본다. 그것은 헌법에 근거한, 즉 헌법에 합치하는 권한에 근거하여 현행 헌법을 정지하는 것이 아니라 진정한 것이라고 간주하는 새로운 헌법의 창설이 가능한 조건을 창조하려 한다. 따라서 주권적 독재는 현존하는 헌법이 아니라 도래할 헌법에 호소한다.")

220) 그러나 사회주의헌법에서는 주권기관이라는 용어를 발견할 수 있다. 가령 "최고인민회의는 조선민주주의인민공화국의 최고주권기관이다"라고 규정하는 조선민주주의인민공화국사회주의헌법 제87조 참조.

221) 특히 아래 II.2. 참조.

정 사례들에 나타난 헌법제정기관이 어떤 형태적, 기능적 특성들을 가지는지 분석, 정리하기로 한다(Ⅲ, Ⅳ).

이상의 과정을 통해서 체제전환 헌법제정절차에 관여한 헌법제정기관들은 어느 것도 주권적 독재 모델에 부합하는 독점적 권한을 행사하는 지위에 있지 않았으며, 최종헌법의 창설에 이르기까지 구체제의 의회, 과도헌법하의 신의회, 경우에 따라서는 헌법재판소까지 이르는 복수의 분산되고 다원화된 헌법제정기관들이 시차적 단계를 두고 개입하였음이 드러날 것이다.

## Ⅱ. 헌법제정기관으로서의 제헌의회

### 1. 제헌의회의 역사와 이념

#### (1) 미국적 기원

헌법제정 또는 개정을 위한 특별기관으로서의 제헌의회는 이론적 구성물이기 이전에 우선 역사의 산물이다. 그 역사적 기원과 관련하여 우선 살펴보아야 할 것은 '컨벤션(Convention)'이라는 용어를 둘러싼 헌법사적 의미망(網)이다<sup>222)</sup>. 제임슨(John Alexander Jameson)의 연구에 따르면 12세기 영국에서 이미 "conventus publicos propria autoritate" 즉, '그들 자신의 권한에 기초한 공적 회합'이 보통법으로 보장된다는 표현이 발견된다고 한다<sup>223)</sup>. 19세기 미국에서 컨벤션이라는 단어는 문맥에 따라 1) 단순한 다수의 회합 내지 집회, 2) 입법 등 공

---

222) 미국에서의 헌법 컨벤션에 대한 고전적인 역사적, 제도적 연구로는 Jameson, John Alexander, *The Constitutional Convention: Its History, Powers, and Modes of Proceeding*(4th ed.), Callaghan and Company(1887, 1<sup>st</sup>ed. 1867, The Lawbook Exchange Ltd. Reprint 2013) ; Jameson, J. Franklin, "The Early Political Uses of the Word Convention", *The American Historical Review*, Vol.3 No.3(1898), 477-487면 ; Dodd, W.F., "The First State Constitutional Conventions, 1776-1783", *The American Poplitical Science Review*, Vol.2 No.4(1908), 545-561면 ; Hoar, Roger, *Constitutional Conventions - Their Nature, Powers, and Limitations*, Little, Brown, and Company(1919) 참조.

223) Jameson, J. A., 앞의 책(주 222), 4면. 라틴어 남성명사 'conventus'는 집회, 모임, 회합, 법정 등을 뜻한다. 이하에서는 이 단어가 가졌던 특별한 의미를 살리기 위해 음역 '컨벤션'을 사용하였다.

적 임무를 수행하는 대표체, 3) 혁명기 임시정부의 역할을 하는 비상적 대표체, 4) 헌법의 제정과 개정을 위해 소집된 의회 등 네 가지 용법으로 사용되었다. 그런데 그 중 특히 3), 4)는 아래에서 보는 바와 같이 역사적으로 획득한 특수한 경험을 내포한 용례였다<sup>224</sup>).

17세기 영국에서는 군주와 귀족, 평민의 신분대표들이 구성하는 의회(Parliament)와 구별되는, 군주의 소집 없이 귀족과 평민 대표만으로 구성된 의회를 컨벤션이라고 지칭하였다<sup>225</sup>). 잘 알려진 예는 명예혁명의 의회이다. 당시 귀족과 평민 대표들의 집회는 오렌지공 윌리엄과 메리에게 왕관을 수여하기 전까지는 스스로를 컨벤션으로 칭하였고, 왕관 수여 이후에야 비로소 법적 흠결이 치유되었음을 나타내는 의미로 '의회(Parliament)'라는 명칭을 사용할 수 있었다<sup>226</sup>). 영국 중세기 의회가 일차적으로는 조세징수 등에 관한 정당성을 확보하기 위한 군주의 도구로서의 성격이 강했음에 비추어 보면, 이러한 용법은 합법적이지는 않으나 그 나름의 독자적인 정통성(legitimacy)을 주장할 수 있는 대표체로서 이를 승인, 인정한다는 적극적 의미가 있었다<sup>227</sup>). 즉, 컨벤션은 법적 흠결에도 불구하고 어떤 정통성을 주장할 자격이 있는 정치적 대표기관을 지칭하기 위한 표현이었던 것이다.

18세기 미국에서도 영국에서 형성된 컨벤션의 이러한 의미 즉, 통상의 형식과 절차에 따라 구성된 의회의 바깥에 존재하는 법적으로 흠결 있는 대표기관이라는 이해가 통용되었다<sup>228</sup>). 가령 1719년 사우스캐롤라이나(South Carolina) 회의는 "우리는 국왕으로부터 승인받기 전까지 ... 의회(Assembly)로서가 아니라 인민로부터 직접 위임받은 컨벤션으로서 활동한다"고 선언하였다<sup>229</sup>). 그러나 집

224) Jameson, J. A., 앞의 책(주 222), 4-6, 10면 ; Jameson, J. F., 앞의 논문(주 222), 477-479면.

225) Jameson, J. F., 앞의 논문(주 222), 484면, 486면은 1642년 영국 내전 이전까지에도 컨벤션이라는 단어는 영국에서 특별한 정치적 의미를 지니지 않았다가 1653년 장기의 회의 해산 이후 법적 흠결 있는 의회라는 이러한 의미가 보편적으로 받아들여지는 것을 관찰할 수 있다고 한다. 그는 이러한 용례의 기원을 1643년 스코트랜드 신분 컨벤션(Convention of Estates)에서 찾고 있다.

226) Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic 1776-1787*, The University of North Carolina Press(1998, 1<sup>st</sup> ed. 1969), 311면.

227) Wood, 앞의 책(주 226), 310면.

228) Wood, 앞의 책(주 226), 312면.

회의 자유와 청원권을 인정하는 영국의 법전통이 그 배경에 존재했기에 이러한 흠결이 전적으로 위법·무효인 것으로 받아들여지지 않는다고 한다<sup>230</sup>). 이러한 상황에서 활동하는 컨벤션은 기존 정부의 대체물이라기보다는 일종의 부가물이나 보완물로 여겨졌던 것으로 보인다<sup>231</sup>).

그러나 같은 무렵 미국에서 점차 컨벤션에 대한 이해는 입법자로서의 보통의회와 근본적으로 다른, 심지어 그보다 우월한 정통성을 보유한 헌법제정 특별기관이라는 의미를 획득하게 된다<sup>232</sup>). 이 과정에는 혁명적 컨벤션과 헌법 컨벤션이 겹치거나 구별하기 어려운 모습으로 공존하였던 시기가 있었다. 1780년대 중반 뉴잉글랜드 지역에서는 입법과 정책에 불복종하거나 정부기능을 직접 행사하려는 컨벤션들이 연이어 나타났다<sup>233</sup>). 제임슨에 의하면 이러한 혁명적 컨벤션은 기존 질서와 새로운 질서를 매개하는 "임시정부(Provisional Government)"이라고 하였다<sup>234</sup>). 코네티컷(Connecticut)에서는 이러한 현상에 대한 반감으로 의회가 모든 컨벤션의 정통성을 부인하면서 1786년 애너폴리스(Annapolis) 컨벤션에 대표를 파견하기를 거부하는 상황이 벌어지기도 하였다<sup>235</sup>). 그런데 혁명적 컨벤션의 활동과 더불어 13개 미주에서는 점차 이와 경쟁하거나 이를 대체하는 헌법 컨벤션의 관념이 형성되었다. 이 관념은 현존하는 국가조직을 대체하지도, 통치기능을 행사하지도 않는 컨벤션, 즉 임시정부의 기능을 행사하는 것이 아니라 헌법을 제정하거나 개정하는 것만을 유일한 존재이유로 하는 컨벤션에 관한 것이었다<sup>236</sup>). 기존 의회의 대표성에 관한 의문과 이를 대체하는 컨벤션이 지속적으로 소집되는 상황에서 특별한 대표체를 필요로 하는 특별한 종류의 문제 - 헌법 제

---

229) *Ibid.*

230) Wood, 앞의 책(주 226), 312면.

231) *Ibid.*

232) Wood, 앞의 책(주 226), 318면.

233) Wood, 앞의 책(주 226), 325-327면.

234) Jameson, J.A., 앞의 책(주 222), 6면.

235) Wood, 앞의 책(주 226), 327면. 애너폴리스 컨벤션은 주간통상에 관한 논의를 위해 개최되었지만 성과 없이 종료되었고, 다만 다시 필라델피아에서 다시 연합규약의 검토를 위한 회의를 개최하기로 결의하였다는 점에서만 역사적 의미를 가졌다. 정중섭, "1948년 국회의 법적 성격에 관한 연구", 『서울대학교 법학』 제45권 제2호(2004. 6.), 156-206면, 180면.

236) Jameson, J. A., 앞의 책(주 222), 10면.



· 개정 문제 - 가 존재한다는 생각이 형성된 것이다<sup>237</sup>). 가령 1770년대 델라웨어(Delaware)와 펜실베이니아(Pennsylvania)에서는 입법권 없이 헌법을 제정할 권한만을 가지고 있는 컨벤션에 관한 주장이 비교적 분명한 형태로 제시되었다. 기존 의회는 통상의 입법권을 가지고 있을 뿐이며 새로운 헌법을 제정할 권한은 특별한 목적을 가진 컨벤션에게만 유보되어 있다는 것이었다<sup>238</sup>). 컨벤션은 이와 같이 유보된 특별한 권한에 상응하는 더 우월한 대표성을 확보해야 하는 것으로 상정되었다. 헌법제정 과업에 적합한 기관인 컨벤션과 그 헌법에 합치하는 법률제정에 적합한 기관인 의회의 구별과 위계가 강조된 것은 여기에 기인한다<sup>239</sup>).

요컨대, 연합규약 체결에서 연방헌법 제정으로 이어지는 1780년대 북미 13개주에 이러한 헌법 컨벤션의 관념은 광범위하게 퍼져 있었다고 할 수 있다. 필라델피아(Philadelphia) 헌법 컨벤션이 이러한 관념의 영향하에서 개최되었음은 물론이다. 필라델피아 컨벤션은 "연방정부의 헌법을 합중국의 긴박한 요구에 적합하도록 만드는 데 필요하다고 여겨지는 추가 규정들을 입안"하기 위해, 또한 "연합규약의 수정 및 추가 - 연합회의 내에서 합의되고 주에 의해 승인되면, 연합 헌법을 정부의 긴박한 요구 및 합중국의 보존에 적합하도록 만들 - 을 연합회의와 각 주의회에 보고하도록 할 **유일하고 명백한 목적을 위해**" 소집되었다<sup>240</sup>). 컨벤션은 연합규약상의 연합회의(Confederation Congress)를 대체하거나 임시정부로서의 권한을 행사하려는 시도조차 하지 않았다. 또한, 각 주에서 파견된 대표들로 구성된 헌법 컨벤션에서 만들어진 초안은 컨벤션의 결의만으로 효력을 발생할 수 없었고, 연합회의에 회부되어 심의를 거친 후 각 주의 비준을 받을 것이 예정되어 있었다. 최종적인 승인권한이 외적 권위에 유보되어 있었던 것이다<sup>241</sup>).

237) Wood, 앞의 책(주 226), 332면.

238) Wood, 앞의 책(주 226), 332-337면.

239) Wood, 앞의 책(주 226), 338면. 메사추세츠(Massachusetts)와 뉴햄프셔(New Hampshire)에서의 유사한 논의에 관하여는 같은 책, 340-342면 참조.

240) 전자는 애너폴리스 회의의, 후자는 연합회의의 결의이다. Madison, James, Hamilton, Alexander & Jay, John, *The Federalist Papers*, Penguin Books(1987), 259면 이하(No.40)[메디슨, 존·해밀턴, 알렉산더·제이, 존(박찬표 옮김), 『페더럴리스트』 후마니타스(2019), 303면 이하]. 메디슨이 쓴 이 글은 애너폴리스 컨벤션의 결의와 연합회의의 권고적 결의를 검토하면서 컨벤션이 새로운 헌법을 제정할 수 있다고 주장한다. 반면, 많은 문헌들은 필라델피아 컨벤션이 위임의 범위를 벗어났다고 주장한다. 이에 대해서는 아래 2.(1) 참조.

이러한 필라델피아 헌법의 제도적 특성은 이후의 헌법에 관한 논의에 깊이 각인된다.

한편, 팔레트(William Parlett)는 19세기 미국에서 헌법 헌법의 권한이 문제되었던 사례들을 흥미로운 관점에서 분석하였다<sup>242</sup>). 남북전쟁 이전 19세기 미국 주단위에서는 헌법교체가 빈번하였는데, 이와 관련하여 주헌법 헌법의 권한범위가 종종 문제되었던 것이다. 가령 1833년 메사추세츠주 대법원은 주입법부가 소집한 헌법 헌법에 대하여 헌법의 특정한 부분을 개정하기 위해 소집된 헌법은 위임의 일반원칙에 따라 다른 부분에 대한 개정권한을 행사할 수 없다고 판시하였고<sup>243</sup>), 1834년 사우스캐롤라이나 주대법원도 헌법은 인민 그 자체가 아니며 행사할 수 있는 권한에 제한이 있다고 판결하였다<sup>244</sup>). 그러나 헌법의 권한범위가 가장 첨예한 쟁론의 대상이 되었던 것은 남부 분리주의자들의 헌법 헌법이었다. 링컨이 대통령으로 당선된 직후 남부연합 분리주의자들은 연방탈퇴를 추진하면서 헌법 소집을 요구하였다. 가령 1860년 12월 사우스캐롤라이나 헌법은 독립선언서의 '정부를 변경 또는 폐지할 수 있는 인민의 권리(the right of the people to alter or to abolish)'를 원용하며 연방탈퇴 여부에 관한 표결을 강행하였고 정부를 대체하는 집행위원회를 구성하였다<sup>245</sup>). 이러한 혁명적 헌법들은 인민주권의 구현체로서 본래적이고 무제한적인(inherent and unlimited) 권한을 가진다고 주장하였던 것이다<sup>246</sup>).

남북전쟁 이후 재건기에 이르면 이러한 '통제불능 헌법(Runaway

---

241) 물론 필라델피아 헌법 헌법이 처한 역사적 상황의 특수성이 충분히 고려되어야 할 것이다. 기존의 연합규약 체제에서 미합중국의 행정부라고 할 만한 기관은 없었고, 연합회의는 극히 제한된 권한만을 가지고 있었다. 1780년대에 연합규약을 개정하여 연합회의 권한을 강화하려는 시도가 있었으나 모두 비준에 성공하지 못하였다. 따라서 헌법 헌법은 존재하지 않는 연방정부의 권한을 새로 창출해야 하는 상황이었다. 이 주제를 상세히 다룬 최근 연구로는 Klarman, Michael, *The Framers' Coup: The Making of the United States Constitution*, Oxford University Press(2016), Ch.1 참조.

242) Parlett, William, "The American tradition of constituent power", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.15 No.4(2017), 955-987면.

243) 60 Mass. 573, 573(1833). Parlett, 앞의 논문(주 242), 969면 참조.

244) Parlett, 앞의 논문(주 242), 970-971면 참조.

245) Parlett, 앞의 논문(주 242), 976면.

246) Parlett, 앞의 논문(주 242), 977면.

Convention)'에 대한 사법부의 통제 문제가 나타난다. 예컨대 1873년 펜실베이니아 주대법원은 컨벤션 또한 위임범위 내에서 제한된 권한만을 행사할 수 있으며 본래적 권한을 주장하며 공직자 임면권을 행사할 수는 없다고 판시하였다<sup>247)</sup>. 그러한 주장은 "컨벤션과 인민이 동일하다"는 오류에 기초한다는 것이다<sup>248)</sup>. 팔레트는 19세기 중후반 발간된 컨벤션에 대한 대표적 연구들인 제임슨(J. A. Jameson), 호어(Hoar)의 저작은 이러한 통제불능 컨벤션에 대한 통제 필요성을 배경으로 하였다고 본다<sup>249)</sup>. 19세기의 역사적 격변을 거치면서 인민은 헌법의 변경을 위한 컨벤션의 소집을 입법부에 요구할 수 있으나 컨벤션의 권한은 그 위임범위에 따라 제한되고, 그 범위를 일탈한 헌법의 변경이 효력을 가지기 위해서는 적어도 인민의 사후승인 즉 추인(追認)을 필요로 한다는 법리가 형성되어 갔다는 것이다<sup>250)</sup>.

## (2) 주권적 제한의회와 '비'주권적 제한의회

이상으로 살펴본 바에 의하면, 미국에서 헌법 컨벤션의 요소로 제시된 것은 다음과 같다. 첫째, 컨벤션은 헌법제정만을 목적으로 구성된 특별의회로서 입법권을 가지는 통상의 의회와 구별되어야 한다. 둘째, 컨벤션은 헌법제·개정 이외의 권한과 기능을 행사하지 못하는 제한된 권한의 의회이다<sup>251)</sup>. 셋째, 컨벤션은 과제가 달성된 이후, 즉 새로운 헌법이 효력을 발생하면 즉 해산된다. 넷째, 컨벤션은 기초한 헌법을 자신의 권한으로 확정·비준할 수 없고, 연방의 경우 주, 주의 경우 주민 등 다른 권위에 그 비준·확정을 유보한다<sup>252)</sup>.

247) Wells v. Bain, 1874 WL 13096(1873). Parlett, 앞의 논문(주 242), 978면에서 재인용.

248) Wood's Appeal, 1874 WL 13128(1874). Parlett, 앞의 논문(주 242), 978면에서 재인용.

249) Parlett, 앞의 논문(주 242), 979면. Jameson, J. A., 앞의 책(주 222)와 Hoar, 앞의 책(주 222)을 말한다.

250) Parlett, 앞의 논문(주 242), 986면. 연방헌법 제5조의 해석과 관련하여도 헌법개정 컨벤션의 권한범위가 무엇인지, 컨벤션의 권한을 사전에 제한할 수 있는지에 관한 논의가 있어왔다. Dellinger, Walter E., "The Recurring Question of the "Limited" Constitutional Convention", *The Yale Law Journal*, Vol.88 No.8(1979), 1623-1640면 참조.

251) 미국의 논의에서 헌법 컨벤션은 많은 경우 헌법제정 뿐만 아니라 헌법개정을 위해 소집될 수 있음을 전제한다. 그러나 본고는 양자를 엄밀하게 구별하므로 이후 논의에서 특별한 사정이 없는 한, 헌법개정을 위한 컨벤션은 따로 분석의 대상으로 삼지 않기로 한다.

252) 물론 미국 주 헌법의 제정에서 이러한 원칙들이 모두 준수된 것은 아니다. 통상적

이렇게 보면 미국의 헌법 컨벤션은 우리가 본 절의 모두(冒頭)에서 본 주권적 독재 모델의 제헌의회와는 거리가 있는 것으로 보인다. 한정된 권한을 행사할 뿐 입법·행정·사법을 포괄하는 국가권력의 집약체가 아닐 뿐만 아니라 헌법제정과정 전체 중 단지 일부과정만을 담당하기 때문에 '주권적'이라고 하기 어렵기 때문이다. 실제로 이 논제에 관하여 다수의 연구자들이 주권적 제헌의회의 모델로 거론하는 것은 프랑스적 전통의 제헌의회(Assemblée constituante)이다<sup>253</sup>). 그 원형인 프랑스 대혁명 당시의 국민의회는 1789년 헌법제정국민의회임을 선언하였으며, 잘 알려진 바와 같이 헌법제정기관, 입법기관, 임시정부의 기능을 모두 수행하였다. 1792년 9, 10월 선출되어 제1공화국 헌법을 기초한 국민공회(la Convention nationale)는 미국의 예에 따라 '컨벤션'이라는 명칭을 사용하였지만, 공안위원회를 통하여 임시혁명정부를 운영하였고 헌법제정 이후에도 해산하지 않았다<sup>254</sup>). 1793년 헌법 제115조는 "헌법의 개정이 요구되는 경우 입법자가 공화국의 모든 기초의회를 소집하여 국민공회가 소집될지 여부에 관하여 물을 의무가 있다"고 규정하여 헌법개정기관으로서의 국민공회를 규정하였으나, 제116조는 "국민공회는 입법의회와 같은 방식으로 구성하며 그 권한들을 통합한다"고 하고 있었다<sup>255</sup>). 대혁명 과정에서 형성된 이러한 제헌의회 전통 즉, 제헌의회가 입

---

의회가 헌법을 제정하고 사후승인조차 받지 않은 경우도 존재하였다. 그 상세한 유형에 대하여는 Hoar, 앞의 책(주 222), 4면.

253) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 제2장 ; Parlett, 앞의 논문(주 242), 957면.

254) 다만 1793년 헌법은 외국의 침입과 방데(Vendée) 반란으로 인한 전시체제 유지와 그에 뒤이은 산악파의 실각으로 시행되지 못하였다. 공안위원회 구성의 배경과 역할, 헌법제정 전후의 활동에 대해서는 소블, 알베르(최갑수 옮김), 『프랑스혁명사』 교양인(2018), 352면 이하 ; 고프, 휴(주명철 옮김), 『프랑스 혁명의 공포정』 여문책(2021), 92면 이하도 참조(위 문헌은 '구국위원회'라는 번역을 채택하고 있다). 1793년 헌법에 대한 전반적 논의로는 Morabito, 앞의 책(주 213), 106면 이하 참조.

255) 다만, 제117조는 "국민공회는 헌법에 관하여는 그 소집의 원인이 된 문제에 관하여만 논할 수 있다."라고 규정하였으므로 권한범위의 제한도 두고 있었음에 유의할 필요가 있다. 1793년 제1공화국 헌법의 논의과정에서 국민공회의 설계에 관한 중요한 문헌으로는 Condorcet, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat marquis de, *Discours sur les conventions nationales : prononcé à l'Assemblée des Amis de la constitution, séante aux Jacobins, le 7 août 1791*, Impr. du Cercle social/Impr. du Cercle social(1791)(<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k85300n.image> 최종검색일 2022. 5. 13.)이 있다. 여기서 콩도르세는 "헌법이 정한 특정한 시기에 또는 법에 의해 정해진 절차에 따라 수용, 표현되는 국민의 의사에 따른 순간에 그 헌법을 재검토하고, 완성

법부나 임시정부의 기능을 겸하는 상황은 1848년 제2공화국, 1875년 제3공화국, 1946년 제4공화국에서도 모두 예외 없이 나타났다<sup>256</sup>). 헌법의 제·개정 뿐만 아니라 헌법에 의해 창설되어야 할 국가권한들을 제헌의회로 집중시킨 이 특성이 '주권적' 제헌의회라는 평가가 이루어지는 이유이다<sup>257</sup>). 주권 그 자체의 속성에 최대한 근접하는 기관이라는 것이다. 다시 말해 "장래 입법의회들에 적용되는 권력분립원칙에 대해 말하면서 제헌의회는 정작 이 원칙을 자신에게는 적용하지 않았다"는 것이다<sup>258</sup>).

그러나 제헌의회를 제한적이고 부분적인 권한만을 행사하는 대표체로 보는 관념이 프랑스에서도 낫선 것은 아니었다. 무엇보다 시에예스가 프랑스 혁명 직전 헌법제정을 위한 특별대표 문제를 이러한 형태로 분명하게 제시하였음은 앞서 본 바와 같다<sup>259</sup>). 시에예스의 구상에는 헌법제정이라는 하나의 단일한 과제를 위한 선출·구성된다는 계기와 입법이나 행정의 기능을 수행하지 않는다는 계기, 기초된 헌법이 효력을 발생함으로써 임무를 다하는 경우 제헌의회는 해산한다는 계기가 모두 포함되어 있었다<sup>260</sup>). 국민의 헌법제정권력은 시원적이고 무제한적이

---

하고 재형성할 임무를 가진 회의체가 헌법에 의해 직접 설립될 수 있다. 국민공회(Conventions)이라는 이름으로 불리는 것은 바로 이러한 회의체들이다."라고 한다. 미국적 전통의 컨벤션, 특히 유효한 헌법이 있는 상태에서 소집되는 헌법 컨벤션과의 유사성을 염두에 두었음을 알 수 있다. 콩도르세는 헌법기초 과정에서 국민공회에 '지롱드 초안'이라 불리는 헌법안을 제안하였으나 채택되지 못하였다.

256) 뒤베르제, 앞의 책(주 35), 125면; 성낙인, 『프랑스헌법학』 법문사(1995), 61면; 한동훈, 『프랑스 제3공화국 헌정체제 - 초기 정립과정을 중심으로 -』 한국학술정보(2009), 26-27면, 111면 이하; Morabito, 앞의 책(주 213), 96면 이하(1793년 헌법), 235면 이하(1848년 헌법), 299면 이하(1875년 헌법). 프랑스 헌정사에서 제헌의회가 가졌던 헌법제정 이외의 권한과 기능에 관한 포괄적 연구로는 Le Pillouer, Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes - Essai sur le pouvoir instituant*, Dalloz(2005) 참조.

257) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 108면, 114면.

258) Elster, Jon, "Legislatures as Constituent Assemblies" in Bauman, Richard W. & Kahana, Tsvi(eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge University Press(2006), 181-197면, 184면.

259) 제2장 제1절 I. 2. 참조.

260) 게다가 시에예스는 국민의회가 헌법제정을 목적으로 소집된 것이 아니었다면 헌법제정 국민의회의 헌법안을 국민으로부터 직접 비준받는 절차를 거쳐야 한다고 주장하였다. 이 점은 콩도르세도 유사한 견해를 취했다. 이에 대한 자세하고 흥미로운 분석으로는 Jaume, Lucien, "Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences" in Loughlin, Martin, Walker, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University

지만 그 과정의 일부분을 위임받은 기관은 여전히 위임자인 국민에 대해 수임자의 지위를 가지므로 그 취지에 따라 한정된 권한만을 가지게 된다<sup>261</sup>). 만일 그의 이론적 구상이 관철되었다면 프랑스의 헌법제정절차에 있어서도 미국의 연방헌법 컨벤션과 유사한 기관과 절차가 도입되었을지도 모른다.

팔레트와 아라토 등 몇몇 저자들이 준거로 삼고 있는 미국적 유형과 프랑스적 유형의 제헌의회 사이의 대립은 위의 논의에 기초해 볼 때 타당한 측면을 가지는 것이 사실이다. 그렇지만, 이러한 이분법적 대비는 오해를 낳을 소지도 커 보인다. 위에서 본 바와 같이 미국에서도 컨벤션의 관념과 형식은 여러 복잡한 변용을 겪었으며 19세기까지도 임시정부를 겸하는 혁명적 컨벤션 - 주권적 제헌의회 - 의 형상이 반복적으로 나타났다. 다른 한편, 프랑스에서도 시에예스나 콩도르세가 제안하였던 제한적 제헌의회의 구상이 존재하였음을 기억할 필요가 있다. 즉, 분석을 위한 '이념형(ideal type)'들을 곧바로 역사적 실체와 등치시키는 오류를 경계할 필요가 있다. 다만, 역사적 실체와 이념형 사이의 필연적 거리를 염두에 둔다는 단서하에서라면, 이상과 같은 역사적 고찰을 통해 제헌의회의 구성방식과 권한범위에 관한 유형화를 시도해 볼 수는 있다. 이는 제헌의회의 속성과 기능을 이해하고 분석의 준거를 마련함에 있어 활용할 수 있는 '모형'으로서 기능할 수 있다. 이러한 모형은 체제전환형 헌법제정 사례들에서 활용된 헌법제정기관의 성격을 분석하는 도구가 될 수 있을 것이다.

## 2. 제헌의회의 유형과 분류

### (1) 제헌위임과 비준권한

본고는 역사상 출현한 제헌의회를 포괄할 수 있는 유연한 개념에서 시작하는 것이 여러 형태의 제헌의회를 분류하려는 시도에 있어 유용하다고 본다. 따라서 헌법의 제정에 관여하는 의회형 대표체라면 모두 제헌의회의 범주에 포함

---

Press(2007), 67-85면, 70-71면 참조.

261) 이 점을 특히 강조하는 연구로는 Rubinelli, Lucia, *Constituent Power - A History*, Cambridge University Press(2020), 55면 이하.

되는 것으로 보고 헌법제정의 합당한 권한이 있는지 여부 등 주요 표지들은 구체적인 분류과정에서의 기준으로 삼기로 한다. 이하에서는 이와 같은 제헌의회의 넓은 외연을 분명히 전제하면서 다음의 논의를 전개할 것이다.

제헌의회의 분류에 있어 가장 먼저 고려해야 할 것은 헌법제정에 관한 직접적이고 명시적인 위임(mandate)의 존부이다<sup>262)</sup>. 국민적 위임은 제헌의회의 본질적인 정통성 표지임에도, 직접적인 제헌위임 없이 다른 목적으로 구성되었거나 이미 존재하는 기성 의회 - 입법의회 또는 신분의회 - 가 헌법제정에 나아간 사례들이 적지 않기 때문이다<sup>263)</sup>. 이러한 정통성은 제헌의회 선거로 형성되는 선출적 정통성인 것이 통상적일 것이다<sup>264)</sup>. 제퍼슨이나 시에에스 모두 제헌의회가 헌법제정만을 유일한 목적으로 하여 소집된 의회일 것을 요구하였지만, 현실에서는 실현되지 않는 경우가 적지 않다. 기존에 이미 존재하는 의회 - 입법의회 또는 신분의회 - 가 헌법제정에 관여하는 경우를 쉽게 찾아볼 수 있기 때문이다. 따라서 당해 의회가 - 입법 또는 헌법개정 - 외에 헌법제정을 목적으로 하여 선출, 구성되었는지가 헌법제정의 위임 여부를 판단함에 있어 기준이 될 것이다. 기존 헌법상의 의회가 입법권 뿐만 아니라 헌법개정발의 또는 의결권한을 가지는 경우 또는 미국연방헌법 제5조와 같이 헌법개정을 위한 컨벤션이 존재하는 경우에도 이 구분은 유지될 수 있다<sup>265)</sup>. 헌법개정권한만을 가진 통상의회 또는 특별

262) Elster, 앞의 논문(주 258), 182면 ; Elster, Jon, "The Optimal Design of a Constituent Assembly" in Landemore, Hélène & Elster, Jon(eds.), *Collective Wisdom - Principles and Mechanisms -*, Cambridge University Press(2012), 148-172면.

263) 근대입헌주의의 효시인 미국 필라델피아 헌법 컨벤션과 프랑스 국민의회부터 이 문제를 안고 있었다. 이에 대해서는 Elster, Jon, "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris" in Rosenfeld, Michel(ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke University Press(1994), 57-83면.

264) 헌법적 수권에 의해 의회가 헌법제정권한을 행사할 수 있는 가능성을 거론하면서 엘스터에 반론을 제기하는 견해로 제기하는 견해로 Negretto, Gabriel L., "Democratic constitution-making bodies: The perils of a partisan convention", *International Journal of Constitutional Law*, Vol.16 No.1(2018), 254-279면, 260면이 있다. 그러나 위 문헌이 들고 있는 사례들은 대부분 의회가 헌법적 수권하에 헌법의 전면개정권한을 가지는 경우들이므로 주의를 요한다.

265) 미합중국헌법 제5조(헌법개정) 연방의회는 양원 의원의 2/3가 헌법개정의 필요성을 인정할 때에는 헌법개정안을 발의하여야 한다. 또는 2/3 이상 주입법부가 요구하는 경우에는 개정안 발의를 위한 헌법컨벤션을 소집하여야 한다. 그 중 어느 경우이든 헌법개정안은 연방의회가 제의한 비준 방법에 따라 3/4 이상 주의회에 의하여 비준되거나 3/4 이상 주헌법컨벤션에 의해 비준되는 때에는 이 헌법의 일부로서 효력을 가진다.

의회(컨벤션)가 새로운 헌법의 제정에 관여함으로써 수권의 범위를 일탈할 수 있기 때문이다. 미국에서는 연방헌법 발효 이후에도 항상 통제불능 컨벤션(runaway convention)에 대한 논의가 있어 왔음을 기억할 필요가 있다<sup>266</sup>).

제헌의회가 자체 의결만으로 헌법안을 채택·확정할 수 있는지, 그렇지 않으면 국민투표 등을 통한 승인·비준권한을 제3의 권위에 유보하는지도 제헌의회의 분류에 있어 중요한 기준으로 삼아야 한다. 제헌의회가 기초권한에 그칠 뿐만 아니라 최종적으로 헌법을 확정할 권한까지 가진다면 '주권적' 제헌의회의 성격에 더 근접할 수 있기 때문이다. 반면 다른 심급에 의한 최종적 승인·비준절차를 예정하는 것은 승인·비준의 거부 또는 부결로 이어질 진지한 현실적 가능성을 수반하기에 헌법제정과정에서 기초자들의 행위와 헌법의 내용에 실질적 영향을 미칠 수 있게 된다<sup>267</sup>. 프랑스에서 먼저 활용되어 전세계적으로 확산된 국민투표를 통한 비준·승인절차 뿐만 아니라<sup>268</sup>, 미국의 헌법적 전통에서 주입법부 또는 주컨벤션이라는 별도 대표체의 비준·승인을 요하는 것도 헌법의 최종적인 승인권한을 상위의 권위에 유보한다는 점에서는 공통된다<sup>269</sup>).

이와 같이 헌법제정을 목적으로 선출, 구성되었는지 여부와 헌법안의 발의권한에 그치고 다른 심급에 승인·비준 권한을 유보하는지, 아니면 제헌의회가 최종의결권까지 가지는지에 따라 제헌의회를 다음 표와 같이 분류할 수 있다.

	헌법제정 위임 ○	헌법제정 위임 ×
--	-----------	-----------

다만, 1808년 이전에 이루어지는 헌법개정은 제1조 제9항 제1호 및 제4호에 변경을 가할 수 없다. 또한 어느 주도 그 동의 없이는 상원에서의 동등한 투표권을 박탈당하지 아니한다.

266) Parlett, 앞의 논문(주 242), 962면 ; Kay, Richard, "Runaway Convention? Letting 'We the People' Speak", *New Leader*, Vol.70 No.10(1987), 8-10면.

267) Lenowitz, Jeffrey, "Why ratification? Constituent power & the unexamined procedure" in Cayla, Olivier & Pasquino, Pasquale(dir.) *Le pouvoir constituant et l'Europe*, Dalloz(2011), 9-38면, 12-13면.

268) 예컨대 프랑스 제4공화국 헌법은 1946년 5월 제1차 국민투표에서 부결되었고, 수정된 안이 1946년 10월 제2차 국민투표로 확정되었다. 성낙인, 『헌법학(제22판)』 법문사(2022), 47면.

269) Parlett, 앞의 논문(주 242), 966면.



승인·비준권한유보	유형 ①	유형 ②
승인·비준권한행사	유형 ③	유형 ④

[표 5] 위임 유무와 확정권한 유무

[표 5] 유형 ①은 헌법제정을 목적으로만 구성되고, 헌법안의 발의권한만을 가지는 형태의 제헌의회로 미국적 헌법 컨벤션의 이념적 모델이라고 할 수 있다. 여기서 제헌의회는 입법권·행정권을 행사하거나 기존에 존재하는 제도 및 기관을 폐지하지 못한다는 점에서 혁명적 컨벤션과 구별되는, 한정된 권한을 가지는 한시적 의회이다. 기존 헌법에 근거를 둔 제헌의회를 상정할 수 없는 것은 아니지만, 그렇더라도 제헌의회의 정통성은 기존 헌법으로부터 도출되는 합법성보다는 헌법제정기관으로서의 위임을 부여하는 그 구성방식의 민주적 정통성에 더 직접적으로 의존하게 된다<sup>270)</sup>. 그 정통성 확보의 양상에 대하여 보자. 유형 ①에서는 구성과정에서 확보한 정통성에 더하여 최종승인을 유보함으로써 국민투표(또는 연방국가일 경우 주의 비준)를 통한 정통성을 다시 확보할 수 있다. 유형 ③의 경우 대표들의 의결만으로 헌법이 확정되므로 구성과정에서의 민주적 정통성 확보가 훨씬 큰 비중을 가지게 될 것이다. 우리의 경우 1948년 제헌국회는 5·10 선거를 통하여 헌법제정의 위임을 받았다고 볼 수 있고, 국민투표 없이 국회의 의결만으로 확정되었으므로 [표 5] 유형 ③에 해당하는 경우라 하겠다<sup>271)</sup>.

유형 ②는 헌법제정의 위임 없이 헌법제정으로 나아갔지만 국민투표 등 우월한 권위에 대한 승인을 유보하는 형태의 제헌의회이다. 헌법제정의 위임이 없다는 범주에는 입법권한만을 가진 의회, 또는 이에 더하여 헌법개정의 발의 또는 의결 권한만을 가진 의회가 모두 포함될 수 있다. 필라델피아 헌법 컨벤션이 이러한 수권을 가지고 있었는지에 대해서는 잘 알려진 바와 같이 해석이 분분하

270) Wood, 앞의 책(주 226), 318-319면, 332면 이하 ; Negretto, 앞의 논문(주 264), 261면 이하.

271) 정종섭, 앞의 논문(주 235), 168-169면 참조.

다. 에너폴리스 컨벤션이 무산되면서 제안된 필라델피아 컨벤션은 "연합의 필요에 합당하도록 만들 규정들을 만들기 위해" 소집될 것으로 제안되었기 때문이다<sup>272</sup>). 그럼에도 컨벤션이 연합규약의 수정에 그치지 않고 완전히 새로운 헌법을 기초한 것이 자기수권인지, 적법한 위임에 따른 것인지에 대해 연방헌법의 비준 단계 당시부터 논란의 대상이 되었고, 메디슨은 이에 대해 페더럴리스트 No.40에서 상세한 답변을 시도하였다. 현재까지도 이를 수권의 범위를 일탈한 것으로서 위법하다고 보는 견해<sup>273</sup>)와 그렇지 않다고 보는 견해가 맞서고 있다<sup>274</sup>). 필라델피아 컨벤션은 어느 쪽에 해당하든 연방을 구성하는 각 주에 헌법안 비준을 유보할 수밖에 없었다. 반면, 프랑스 1789년 헌법제정국민의회는 단일국가였으므로 주의 비준을 거칠 여지가 없었음은 물론이고, 국민투표 없이 대표들의 의결만으로 1791년 헌법을 확정하였다<sup>275</sup>). 국민의회의 기원이 군주가 소집한 삼부회였음에 비추어 보면 이는 유형 ④에 해당하는 경우라 하겠다.

## (2) 제한권과 입법권의 관계

앞서 고찰한 역사적 양상에 비추어 볼 때, 제한의회는 헌법안의 기초 및 발의 - 경우에 따라서는 확정 - 이외에 일상적 국가기능을 행사하는지 여부를 기준으로도 분류해 볼 수 있다<sup>276</sup>). 특히 제한의회가 주권적 독재기관으로서의 성격을 가지는지는 '창설할 권한이 있는 자는 행사할 권한도 있다'는 원칙 또는 '대(大)는 소(小)를 포함한다'는 원칙에 따라 입법권이나 임시행정권까지 행사하는지 여부에 따라 결정된다. 그 경로와 유형은 다양할 수 있다. 독립이나 재건 등 국면

272) Madison, Hamilton & Jay, 앞의 책(주 240), 259면 이하(No.40)[메디슨·해밀턴·제이, 앞의 책(주 240), 303면 이하]; Klarman, 앞의 책(주 241), 109면도 참조.

273) 대표적으로 Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press(1991), 174면 이하(애커만은 페더럴리스트 No.40이 이러한 위법성을 인정하는 것으로 해석하지만, 그렇게 볼 수 있는지는 다소 의문이다.); Kay, Richard, "The Illegality of the Constitution", *Constitutional Commentary*, Vol.4 No.1(1987), 57-80면.

274) Amar, Akhil R., "Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V", *The University of Chicago Law Review*, Vol.55 No.4(1988), 1043-1104면, 1048면 이하.

275) Morabito, 앞의 책(주 213), 69면.

276) 위 1.(2) 참조.

과 같이 기존의 입법의회가 부재하는 경우 입법권과 제헌권을 동시에 가질 것이 예정된 의회가 선출되는 경우도 상정할 수 있다. 1948년 제헌국회가 여기에 해당하는 사례이다<sup>277)</sup>. 반면, 입법권 - 경우에 따라서는 헌법개정발의 또는 의결권 - 을 가진 기존의 의회가 존재할 경우 별도의 제헌의회 소집 없이 기존 의회가 제헌절차로 나아가는 경우도 적지 않게 발견할 수 있다<sup>278)</sup>. 즉, 제헌권과 입법권의 관계라는 관점에서 볼 때, 헌법제정기관으로서의 제헌의회는 1) 제헌의회로서의 제헌의회가 입법권을 행사하지 않는 유형, 2) 동일한 하나의 의회가 제헌권과 입법권을 모두 위임받아 행사하는 유형<sup>279)</sup>, 3) 입법의회가 위임 없이 제헌권의 행사까지 나아가는 유형, 4) 제헌의회로서의 제헌의회가 위임 없이 제헌권의 행사에 나아가는 유형으로 분류할 수 있다.

제헌의회는 국민의 헌법제정권력을 행사하기 위한 기관이므로 헌법에 의해 창설된 권한인 입법권 등 개개의 국가권력을 행사하지 않아야 한다는 관점에서 보면, 분리형 의회인 1)을 제외한 위의 2) 내지 4)는 모두 이 기준에 부합하지 못하는, 흠결 있는 혼합형(hybrid) 의회이다. 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

유형	시초	과정	귀결	성격
A	CA	-	CA	분리형 의회
B	LA/CA	-	CA · LA	혼합형 의회
C	LA	+ CA	CA · LA	혼합형 의회

277) "국가를 수립하는 헌법제정의 과정과 절차의 관점에서 보면, 이러한 방식은 먼저 헌법을 제정하고 그에 따라 국회를 구성하기 위한 국회의원선거법을 제정한 것이 아니라, 아직 헌법이 제정되기 이전에 독립국가를 건국하기 위하여 그에 필요한 국회부터 먼저 구성하고 그 국회로 하여금 헌법을 제정하는 작업을 하게 한 것이라는 점에서 특이성을 가진다. 이러한 특이성은 헌법의 제정에 있어서 헌법제정회의를 구성하여 헌법을 제정한 후 헌법제정회의를 해산하고, 그 다음 헌법에 의거하여 국회를 구성하는 것이 아니라, 한 나라에서 국민의 대표기관인 국회를 구성하여 거기서 헌법을 제정하게 하는 방식을 채택한 것에서 비롯되는 것이다." 정중섭, 앞의 논문(주 235), 159면.

278) Elster, 앞의 논문(주 258), 182면 ; Negretto, 앞의 논문(주 264), 259면.

279) 위에서 본 1948년 국회와 같은 경우이다.

D	CA	+ LA	CA · LA	혼합형 의회
---	----	------	---------	--------

[표 6] 입법권과 제헌권(CA는 Constituent Assembly, LA는 Legislative Assembly의 약어)

혼합형 의회는 모두 앞서 본 주권적 독재의 위험으로부터 자유롭지 않다. 그러나 이러한 독재화의 위험 이외에도 혼합형 의회의 위험성에 대한 경고는 제헌의회에 관한 논의 중 상당한 비중을 차지해 왔다. 1948년 제헌국회에 관한 다음과 같은 평가는 [표 6] 유형 B에 해당하는 혼합형 의회가 가지는 규범적 문제점을 지적하는 것으로 읽을 수 있다.

"법리적으로는 헌법제정기관이 입법기관으로 되는 것은 타당하지 않다. 따라서 동일한 선거로 헌법제정기관과 입법기관을 구성하는 것은 법리적으로 성립하기 어렵다. 형태에서는 선거라는 형태를 갖더라도 헌법제정기관을 구성하는 경우에는 특별대표의 법리가 작용하고 입법기관을 구성하는 경우에는 보통대표의 법리가 작용하기 때문이다. ... 헌법제정기관이 입법기관의 기능을 동시에 수행하는, 국가를 창설하는 기관이 헌법에 의해 창설된 국가기관의 기능을 수행하는 헌법원리상의 모순이 발생했을 것이다."<sup>280)</sup>

이러한 '헌법원리상의 모순'이란 구체적으로 무엇을 뜻할까? 이는 무엇보다 헌법제정권력과 헌법에 의해 창설된 권력 사이에 존재하는 구성원리의 불일치를 뜻한다고 보인다. 이 점에 대해 가장 풍부한 논의를 전개한 저자인 엘스터는 헌법제정기관과 입법기관의 대표기관 구성원리 상호간에 불일치, 모순이 발생할 수 있음을 지적한다. 입법부 구성에 있어서는 - 특히 의원내각제 정부형태를 취하는 경우 - 안정적 양당제 정당체계에 친화적인 상대다수대표제를 채택하거나 비례대표제를 선택하더라도 강화된 저지조항을 두는 방안이 타당하게 고려될 수

280) 정종섭, 앞의 논문(주 235), 178면.

있지만, 제헌의회의 구성에 있어서는 최대한의 개방성과 포함성을 확보하는 것이 우월한 이익이므로 저지조항이 없거나 문턱이 낮은 비례대표제를 택하는 것이 더 정당화되기 쉽다는 것이다<sup>281</sup>). 따라서 혼합의회는 어떤 유형이든 이러한 대표기관 구성원리의 불일치로부터 오는 혼선으로부터 자유롭지 못하다. 대표기관 구성 단계를 넘어서면 대표체의 의사결정 수준에서도 충돌이 발생할 수 있다. 입법의회 의원이 제헌의회 의원을 겸하게 되면 이해관계의 충돌로 인해 의원으로서의 지위를 강화하는 입법부의 우위가 헌법 수준에서 구현될 수 있다<sup>282</sup>). 또한, 혼합형 의회에서는 입법적 쟁점과 헌법적 쟁점이 동시에 협상대상이 됨으로써 법률적 수준의 쟁점에서 우위를 획득하기 위해 헌법적 차원의 원칙이 후퇴하는 왜곡이 발생할 가능성이 높아진다<sup>283</sup>). 엘스터는 이러한 논거들을 통해 분리형 제헌의회(A)가 정념과 이해관계에 대한 이성의 우위라는 관점에서 혼합형 의회(B, C, D)보다 더 우월한 제도적 형태라는 주장에 도달한다<sup>284</sup>).

엘스터의 견해에 대해서는 다음과 같은 네그레토(Gabriel Negretto)의 유력한 비판이 있는바, 그 근거들은 다음과 같다. 첫째, 현대적 정치상황에서 분리형 제헌의회(유형 A) 역시 정당정치적 기초를 배제할 수 없는바, 그렇다면 제헌의회의 속의를 제고함에 있어 결정적인 것은 대표의 결정방식 - 상대다수대표제인지 비례대표제인지 등 - 과 의회의 의사결정규칙 - 단순다수결 또는 가중다수결 등 - 이지 분리형 의회와 혼합형 의회의 차이가 아니다. "비례대표로 선출되고 가중다수결을 따르는 제헌·입법의회가 상대다수대표제로 선출되고 단순다수결로 의결하는 컨벤션보다 더 포괄적일 수 있다"는 것이다.<sup>285</sup> 둘째, 분리형 제헌의회(유형 A)가 법률적 수준의 쟁점을 배제함으로써 헌법적 쟁점에만 집중할 수 있게 해준다는 장점을 가지는 것은 분명하지만, 혼합형 의회(유형 B, C, D)도 위원회를 통한 입법과 입헌의 분업을 통해 어느 정도 같은 목표를 달성할 수 있다<sup>286</sup>). 또한 제헌의회가 입법권을 찬탈하여 두 개의 의회가 경합하는 상황의 위

281) Elster, 앞의 논문(주 258), 186-7면.

282) Elster, 앞의 논문(주 258), 189면 이하.

283) Elster, 앞의 논문(주 258), 189-191면.

284) Elster, 앞의 논문(주 258), 185면.

285) Negretto, 앞의 논문(주 264), 264면.

286) Negretto, 앞의 논문(주 264), 267면.

협성을 고려하면(유형 A의 D로의 전화)<sup>287)</sup>, 의회가 헌법제정에 관여하는 것이 반드시 규범적 흠결이 더 큰 선택이라고 보기 어렵다는 점도 지적한다<sup>288)</sup>. 따라서 설계에 따라서는 헌법제정기관으로 기능하는 입법의회(유형 B, C의 혼합의회)가 헌법제정에 필요한 숙의의 조건을 형성하기에 반드시 부적합한 것은 아니라는 것이 그의 견해이다<sup>289)</sup>.

위와 같은 네그레토의 반론은 엘스터가 제시하는 논변의 일부 불충분성을 드러낸다는 점에서 의미가 없지 않다. 그러나 헌법제정기관의 권한남용 내지 독재화의 위험과 그에 대한 규범적 안정장치를 마련할 필요성에 주목한다는 점에 있어서는 엘스터와 네그레토 모두 견해를 달리하지 않는다. 결국 제헌의회가 기존 입법부를 배제하고 입법권한 행사에 나아가는 경우(유형 D)이든, 입법의회가 헌법제정기능을 처음부터 겸하거나 추후 더하는 경우(유형 B, C)이든 권력집중 또는 권한일탈로 발생하는 '주권적 독재화'의 위험에 제도적으로 대처하고, 헌법제정에 걸맞은 숙의의 조건을 창출하는 것이 핵심 목표가 될 것이다. 분리형 제헌의회도 혼합형으로 변모할 가능성을 가지고 있다면(앞서 본 유형 A의 D로의 전화), 결국 헌법제정의 위임, 헌법안의 비준, 권한행사의 범위라는 차원에서 이

---

287) 베네수엘라와 같이 분리형 제헌의회가 혼합형 제헌의회로 전환하면서 독재화한 경우들에 비추어 보면, 여기에는 경청할 만한 지점이 있어 보인다. 상세한 것은 Landau, "Constitution-Making Gone Wrong"(주 157), 939면 이하 참조.

288) Negretto, 앞의 논문(주 264), 267면.

289) 네그레토가 이와 같이 주장하는 근거 중 하나는 실정헌법이 의회에 대하여 헌법제정을 위임하는 경우를 독자적 유형('constitutionally authorized constituent legislature')으로 상정할 수 있다는 것이다. 그는 이러한 유형의 혼합형 의회는 헌법적 수권하에서 작동하므로 [표 6] 유형 C보다 우월한 혼합형 의회라고 본다. [표 6]에서 명시적 위임에 의해 제헌권과 입법권을 동시에 가지는 의회는 유형 B인데, 네그레토가 말하는 사례가 이와 완전히 다른 것으로 분류될 수 있는지는 다소 의문이다. 입법의회가 새로운 헌법을 창설할 권한을 행사하는 것이 헌법적으로 허용된다고 할 때, 네그레토가 말하는 바에 의하더라도 그것이 선거에 의한 위임과 완전히 무관한 것이라고 보이지는 않기 때문이다. Negretto, 앞의 논문(주 264), 260면 이하. 이를 유형 B의 하위유형으로 보든, 독자적 유형으로 보든 혼합형 의회와 분리형 의회에 대한 위 분석에 큰 차이를 가져오는 것은 아니라는 것이 필자의 판단이다. 입법의회가 제헌의 '위임'을 받았다고 판단할 수 있는 상황은 단일하지 않을 것으로 보이기 때문이다(아래 III.2. 참조). 덧붙이자면, 네그레토는 여기서 헌법교체와 헌법제정을 구별하지 않고 있어 혼란을 가중시키는 측면이 있다. 의회가 전부개정으로서의 헌법교체의 권한을 가지는 경우에 불과하다면, 본고의 기준에 의할 때 이를 제헌의회로 보기에 부족하다. 제4장 제2절 III.1. 참조.

러한 목표를 어느 만큼 달성할 수 있는지가 이론적·실제적인 헌법제정기관의 평가기준이 되어야 할 것이다.

이제 이상의 논의를 기반으로 하여 체제전환 헌법제정절차에서 헌법제정기관이 현상한 모습과 그 의미에 대해 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 체제전환 헌법제정절차와 헌법제정기관

#### 1. 분석의 개요

우리는 전형적 헌법제정기관으로 받아들여지는 제헌의회 역시 역사적으로 단일한 모습을 띠지 않았고, 그 성립과정과 권한범위에 따라 다양하게 분류할 수 있음을 확인하였다. 그러나 다른 한편으로 이와 같은 논의들은 모두 제헌의회가 헌법제정에 관여하는 단일한 중심적 기관임을 전제하는 것으로 보인다. 제헌의회의 정통성과 권한범위의 다원성에도 불구하고, 헌법제정과정은 제헌의회로 집중되는 것으로 이해되었다.

그러나 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 헌법제정 사례에서 헌법제정 과정에 관여한 기관들은 단일한 제헌의회로 환원되지 않았다. 오히려 이하의 검토를 통해 드러날 바와 같이 헌법제정에 참여한 주요 제도적 행위자들은 분산되고 다원화되어 있었다. 그렇다면 지금까지 본 제헌의회에 관한 유형분석은 헌법제정의 국면마다 헌법제정기관의 역할, 성격, 유형을 분석하는 데 우선 활용되어야 할 것이다. 그러나 이에 못지않게 개별 국면들에서 나타난 헌법제정기관들이 어떻게 하나의 과정 속에서 유기적 관계를 가졌는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이를 통해 가장 탁월한 '주권적 기관'으로서의 제헌의회의 이념이 체제전환이라는 환경속에서 어떻게 굴절되고 탈바꿈되는지 관찰할 수 있을 것이다.

#### 2. 스페인 : 두 개의 헌법제정 입법의회 (1)

스페인의 과도헌법인 「정치개혁에 관한 법률」은 프랑코 체제의 의회에

의해 제정되었다. 따라서 첫 번째로 살펴보아야 할 것은 이 구 의회의 성격이다. 1942년 의회창설에 관한 법률에 따라 창설된 이 조합주의적 기관은 보통·평등·자유선거에 의해 구성되는 국민대표기관이 아니었다. 이 의회는 국가원수의 재가권을 침해하지 않는 범위 내에서 기본법을 개정하거나 새로 제정하는데 관여할 권한은 가지고 있었으나, 정통성과 대표의 구성원리를 완전히 달리하는, 즉 국민주권과 보통선거 원칙에 따라 구성되는 의회로 스스로를 대체할 권한을 가지고 있다고 볼 수는 없었다<sup>290</sup>). 달리 말해 「정치개혁에 관한 법률」과 같은 과도헌법을 창설할 권한은 그 수권범위를 훨씬 넘어서는 일이었다. 헌법적 수권의 차원뿐만 아니라 프랑코 사후 정치적 변화가 예상되는 상황으로부터도 의회에 이러한 권한이 부여되었다고 볼 만한 정황은 찾아보기 어렵다. 요컨대, 헌법제정의 명시적 위임은 존재하지 않았다. 그러나 「정치개혁에 관한 법률」은 기본법으로서 국민투표에 부의되었고, 압도적 찬성으로 가결되었다. 그렇다면 이는 헌법제정의 위임 없이 헌법제정에 관여하였으나, 승인·비준 권한을 유보한 [표 5] 유형 ②에 해당하고, 입법의회로 출발하여 제헌의회의 기능을 행사한 혼합형 의회로서 [표 6] 유형 C에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

과도헌법인 「정치개혁에 관한 법률」에 따라 새로 선출된 신의회는 두 번째 국면의 헌법제정기관이었다. 「정치개혁에 관한 법률」 제3조는 새롭게 창설된 의회에 입법권 뿐만 아니라 정부 또는 하원이 발의한 '헌법개혁(reforma constitucional)'안을 의결할 권한을 부여하였다<sup>291</sup>). 과도헌법이 헌법준비규범을 두고 있는 경우 새로운 헌법은 과도헌법의 헌법준비규범이 정한 절차와 요건에 의해 창설되므로, 당해 헌법준비규범이 신헌법의 효력과 관련하여 어떤 성격을 가지는지가 중요하게 고려되어야 할 것이다. 우선 이러한 경우 선출적 정통성을 주된 기초로 삼는 제헌의회의 제헌위임과 달리, 법적 근거로서 원용할 수 있는 과도헌법규범이 더 존재한다. 다만, 여기서 '헌법개혁'이라는 표현이 대단히 모호하였다는 점에 주의할 필요가 있다. '개혁'은 기존 헌법의 전면적 폐지나 완전한 단절을 의미하지는 않는 것으로 이해될 수 있기 때문이다. 따라서 「정치개혁에

290) 제3장 제1절 I. 참조.

291) [부록 1] 「정치개혁에 관한 법률」 국역본 제1조 제2항, 제3조 참조.



관한 법률」이 위임·승인한 것이 기본법 체제의 동일성을 유지하면서 개혁을 시도하는 것인지, 기본법 체제를 폐지하고 새로운 헌법의 창설을 명한 것인지에 대해서는 법적 차원의 불확실성이 존재하였다. 새롭게 구성될 의회가 입법권한 뿐만 아니라 헌법제정권까지 행사할 것이라는 이해가 광범위하게 형성되고 받아들여지게 된 것은 1977년 6월 총선과정에서였다. 선거과정에서 헌법설계가 주요 쟁점이 되었기 때문이다<sup>292)</sup>. 따라서 규범 뿐만 아니라 정치과정을 함께 볼 때 신헌법제정에 관한 선출적 위임은 있었다고 볼 수 있다<sup>293)</sup>. 1978년 헌법은 1978년 12월 6일 국민투표로 확정되었는바, 최종적인 승인·비준권한은 국민투표권자인 국민에게 유보되어 있었다. 또한, 이 신의회는 새로운 헌법의 시행 및 8개 기본법의 폐지 시점인 1978년 12월 29일 해산되었으므로 헌법시행 이후에는 존속하지 않는다는 제헌의회에 관한 요청도 충족되었다. 따라서 이는 [표 5] 유형 ①에 해당하는 정통성을 확보한 헌법제정기관으로 볼 수 있다. 「정치개혁에 관한 법률」에 의해 선출된 신의회는 입법기능과 제헌기능을 겸하였다는 점에서 혼합형 의회였으나, 기존의 수아레스 정부가 존속하고 있었으므로 임시정부의 권한은 행사하지 못하였고, 과도헌법의 일정한 기속을 받고 있었으므로 '주권적' 의회의 성격을 가졌다고 보기는 어렵다. 이를 입법권과 제헌권을 동시에 가지고 있는 [표 6]의 유형 B에 해당한다고 보는 것이 타당할 것이다.

스페인 사례에서 두 헌법제정기관 즉, 구의회와 신의회는 모두 주권적 제헌의회 유형이 아니었지만 헌법제정을 유일한 목적으로 하지는 않았다는 점에서 미국형 컨벤션과도 일치하지 않는다. 그러나 헌법제정의 민주적 위임을 확보하지 못한 구의회는 신헌법 제정에 필요한 규범적 여건을 조성하는데 그쳤고, 그 위임을 확보한 신의회는 규범적 여건을 활용하여 신헌법을 기초하되, 최종 승인·비준은 국민투표에 유보하였다. 이러한 권한의 분산과 분업과정은 헌법제정과정 전반에 걸쳐 헌법제정에 걸맞은 민주적 정통성을 창출하고 증진하려는 기획의 일환이었던 것으로 보인다.

292) 제3장 제1절 III. 참조.

293) 이는 주 289에서 본 바와 같이 입법과 제헌의 위임이 동시에 있었다고 볼 수 있는 하나의 상황이다.

스페인	[표 5]	[표 6]	산물
구의회	유형 ② [위임× 승인○]	유형 C [입법 + 제한]	「정치개혁에 관한 법률」
신의회	유형 ① [위임○ 승인○]	유형 B [입법 + 제한]	1978년 헌법

[표 7] 스페인 헌법제정기관의 성격

### 3. 헝가리 : 두 개의 헌법제정 입법의회 (2)

다음으로 헝가리 사례에서 나타난 헌법제정기관의 성격에 대해서 본다. 헝가리에서도 과도헌법인 1989년 헌법은 구체제의 마지막 의회에서 성립하였다. 이 구의회는 입법권과 헌법개정권한을 가지고 있었으나, 1989년의 급변하는 정치적 상황을 전제로 헌법제정의 위임 선거를 거치지 않은, 전래적 의회였다. 그렇다고 하여 1949년 헌법이 의회에 헌법을 제정할 권한을 부여하였다고 볼 수도 없다. 1949년 헌법 제15조 제3항은 국민투표 없이 의회 재적의원 2/3 이상의 찬성에 의해 헌법을 개정할 수 있도록 하였을 뿐이기 때문이다. 따라서 헝가리 구의회는 - 제2절에서 본 바와 같이 - 기존 헌법의 개정수권에 기초하였지만, 그 수권범위를 현저히 일탈하여 기존 헌법을 '해체'시켰다<sup>294</sup>. 즉, 헝가리 구의회는 헌법제정의 위임 없이 헌법제정에 나아갔을 뿐만 아니라 국민투표를 통한 승인도 받지 않은 정통성 흠결이 명백한 헌법제정기관이었다([표 5]의 유형 ④)<sup>295</sup>. 다른

294) 리처드 앨버트(Richard Albert)는 헌법개정 규정을 활용한 기존 헌법의 동일성 파괴를 헌법해체(Constitutional dismemberment)로 개념화한다. Albert, Richard, *Constitutional Amendments - Making, Breaking, and Changing Constitutions* -, Oxford University Press(2019), 84면 이하. 이는 슈미트의 헌법파괴 또는 헌법폐지의 한 하부유형으로 볼 수 있다. Schmitt, 앞의 책(주 12), 99면.

295) 엘스터도 당시 헝가리 의회를 위임 없는 자기위임적(self-mandated) 제한의회로 평가한다. Elster, 앞의 논문(주 258), 182면. 아라도도 마찬가지이다. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 170면("자유롭지도 대개 경쟁적이지도 않은 선거를 통해 선출된 구 공산당 지배 의회가 위로부터 새로운 헌법을 제정할 권한을 가지지 않았다는 것은 EKA에 참여한 민주적 야권의 대표자들에게 근본적 중요성을 가진

한편, 구의회는 당시 상황에서 임시정부의 기능은 물론이고 실질적인 권한을 행사할 처지에 있지 못하였다. 핵심적인 헌법적 수준과 법률적 수준의 결정들이 비공식적인 원탁회의에서 당-정부 측과 야권 사이의 쟁점별 협상을 통해 결정되고 있었기 때문이다<sup>296</sup>). 따라서 실질적 협상이 이루어진 원탁회의에서의 결정은 합법적 권한을 가지고 있던 구의회에서의 입법, 그리고 궁극적으로 1989년 헌법으로 나타났다. 이는 입법의회에 기원을 두고 제헌의회로 나아간 [표 6] 유형 C에 해당한다고 하겠다.

2011년 기본법을 기준으로 할 때 헌법제정기관은 1989년 헌법에 의해 성립한 신의회였다. 1989년 헌법의 과도헌법적 지위가 명백하였음에도, 의회가 최종헌법을 제정할 권한을 가지는지, 어떠한 절차를 거쳐 최종헌법을 신의회가 최종헌법을 제정할 권한을 위임받았는지에 대해서는 상당기간 불분명함이 지속되었다<sup>297</sup>). 앞서 본 바와 같이 1996년 의회에 의한 최종헌법의 제정이 시도되었고, "새로운 헌법의 기초를 위한 구체적 규칙들에 관한 의회 결의를 위해서는 의원 4/5 이상의 찬성이 필요하다"는 규정이 헌법 제24조 제5항로 삽입되었으나, 의회 내 합의가 결렬됨으로써 제1차 최종헌법 시도는 실패하였고 위 제24조 제5항은 폐지되었다. 2011년 기본법은 위 제24조 제5항이 아니라 기존의 헌법개정규정(제24조 제3항)에 의해 성립하였음에도 불구하고 역설적으로 기존 헌법을 폐지하고 새로운 헌법을 제정하는 것임을 명백히 하였다<sup>298</sup>). 1989년 헌법에 의한 단원제 의회 역시 **헌법개정의 권한**만을 가졌으나 이 헌법생성과정의 산물인 2011년 기본법은 완전히 새로운 헌법으로서 1989년 헌법을 교체하였을 뿐만 아니라, 내용적·실체적으로도 기존 헌법과의 불연속을 선언하고 있었다<sup>299</sup>). 기본법 정리규정은 "2010년 4월 25일 선출된 우리 국회의원들은 신과 인간에 대한 책임을 인식

---

것이였다.").

296) 따라서 원탁회의를 헌법제정기관으로 보아야 한다는 견해도 있다. 그렇게 볼 여지가 전혀 없지는 않겠으나, 원탁회의 자체는 실정법적 수권도, 선거에 의한 위임도 없는 비공식적 협의체에 불과하였다. 비공식적 협의체의 실질적인 역할은 물론 중차대하였다. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 120면 이하.

297) 제3장 제2절 II.Ⅲ. 참조.

298) 제3장 제2절 III.2. 참조.

299) 제3장 제2절 III.2. 참조.

하고 … **최초의** 헝가리 통합 기본법을 채택한다."고 선언한다<sup>300</sup>). 이러한 점들을 종합하여 보면, 헝가리 기본법은 그 성립절차에서 과도헌법을 활용하였음에도 불구하고 기존 헌법들과의 단절과 시원적 효력을 주장하는 것처럼 보인다. 그럼에도 기본법 제정에 있어 국민투표를 통한 승인절차는 없었다<sup>301</sup>). 따라서 이는 가장 민주적 정통성이 취약한 제한의회인 [표 5]의 유형 ④에 해당하고, 입법의회가 제한의회로 나아갔다는 점에서 [표 6]에서는 유형 C에 해당한다고 할 수 있다.

헝가리	[표 5]	[표 6]	산물
구의회	유형 ④ [위임× 승인×]	유형 C [입법 + 제한]	1989년 헌법
신의회	유형 ④ [위임× 승인×]	유형 C [입법 + 제한]	2011년 기본법

[표 8] 헝가리 헌법제정기관의 성격

헝가리의 사례는 헌법제정절차의 설계에 있어 가볍게 볼 수 없는 문제들을 제기한다. 1989년 헌법이 명시적인 과도헌법이었고, 최종헌법을 예정하고 있었음에도 과도헌법의 개정절차 외에 새로운 헌법의 준비를 위한 절차와 내용에 관한 규범이 부재하였는데, 이는 본질적으로는 여전히 스탈린-라코쉬주의적 헌법일 뿐이라는 공격에 1989년 헌법이 노출되게끔 만들었다<sup>302</sup>). 기본법의 주요 기초자와 지지자들에 대한 인터뷰 내용에는 "1949년 헌법은 스탈린주의 헌법의 한 복사본일 뿐"<sup>303</sup>)이라는 공격과 함께 "과거라는 서판을 깨끗하게 지우기", "같은 포도주라도 완전히 새로운 와인잔에 마셔야 한다"<sup>304</sup>) 등의 표현이 자주 등장한

300) 또한 정리규정 제26조는 1949년 헌법과 1989년 헌법을 모두 폐지하였다. 제4장 제2절 III.2. 참조.

301) 기본법 자체는 국가편 제8조에서 '국회의 책임 및 권한에 속하는 모든 사항'에 관한 국민투표에 관하여 규정하고 있다. 다만, 여기에서도 기본법의 개정을 목적으로 하는 사항 등 몇몇 항목은 국민투표의 대상에서 제외하고 있다.

302) 제3장 제2절 III.2. 참조.

303) Ablonczy, Bálint, *Conversations on the Fundamental Law of Hungary*, Elktromédia(2012), 23면.

304) 각 Ablonczy, 앞의 책(주 303), 27면.

다. 전체적으로 보면 헝가리의 기본법 제정에 이르는 과정은 최종헌법의 제정을 예정한 과도헌법을 매개로 하나의 과정을 이룬 것이 아니라 상호 단절된 두 개의 과정으로 보는 것이 더 적절해 보인다. 이를 헌법성립의 절차적 설계와 운영에 있어 성공적이라고 평가하기 어려운 이유이다.

헝가리의 구의회와 신의회는 헌법제정에 상응하는 정통성을 확보하는 데에도 충분한 성과를 거두지 못하였다. 대표체로서의 헌법제정기관이 가지는 특별한 위상은 헌법에 창설된 권한(pouvoir constitué) 중 하나를 행사하는 것이 아니라 헌법제정권력(pouvoir constituant)의 행사에 관여한다는 데에서 나온다. 헌법에 의해 창설된 권력기관 중 하나가 위임 또는 수권 없이 헌법제정에 관여하는 것은 헌법제정의 실제에서는 분명히 나타나지만, 권한의 찬탈(usurpation)에 해당하므로<sup>305)</sup> 가능한 한 피해야 한다는 것이 제헌의회 설계에 관한 논의들의 기저에 있는 이념이다<sup>306)</sup>. 분리된 두 개의 과정 각각을 놓고 볼 때 헌법제정의 사전적 위임 뿐만 아니라 국민투표 등을 통한 명시적인 사후적 승인도 없었다는 점에서도 헌법성립의 절차적 설계와 운영의 헝가리적 사례는 문제적이라고 보인다<sup>307)</sup>. 이에 비해 과도헌법을 활용하는 다단계의 헌법제정절차를 하나로 통합하면서도 정통성 문제에 대처하는 더 발전된 형태는 남아프리카공화국에서 볼 수 있다.

#### 4. 남아프리카공화국 : 헌법제정 입법의회와 '헌법의회'

남아프리카공화국의 경우에도 지난한 논의 끝에 합의된 과도헌법을 의결한 것은 구의회였다. 1983년 헌법의 삼원제 의회는 입법권한과 헌법개정권한을 가지고 있었으나, 1993년 12월의 과도헌법 의결은 헌법개정권한을 현저히 초과하는 헌법교체에 다름 아니었다. 남아프리카공화국의 경우에도 헝가리와 마찬가지로 과도헌법의 내용을 실질적으로 결정한 것은 정부와 의회 바깥의 비공식적 다

305) 엘스터의 용어를 빌리자면 "자기구동(self-bootstrapping)"에 해당한다.

306) 이 점을 간명히 표현한 것으로 앞서 주 91에서 본 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554 등 결정 중 전효숙 재판관의 반대의견 참조.

307) 이 점에 대해 심층적으로 다루고 있는 문헌으로는 Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 161-222면(Ch.4 "The Hungarian Paradox") 참조.

자간 협상포럼 MPNF였다<sup>308</sup>) 그러나 MPNF 역시 헝가리 원탁회의와 마찬가지로 헌법적 근거도 지위도 가지고 있지 못하였다. 그 때문에 MPNF 협상안은 과도헌법으로 구현되어 구의회의 헌법개정수권을 활용하였던 것이다. 따라서 남아프리카공화국 구의회도 헌법제정 입법의회 중 입법의회적 기원을 가지는 [표 6] 유형 C에 해당한다고 하겠다. 여기서도 구의회는 정통성 부족의 문제에 노출되어 있다. 헌법제정의 위임도 없었고, 국민투표를 통한 승인절차도 없었기 때문이다([표 5] 유형 ④). 이러한 제헌의회로서의 정통성 흠결은 한편으로는 MPNF에 대한 사회의 광범위한 지지에 의해, 다른 한편으로는 과도헌법의 잠정적, 임시적 성격으로 인해 정당화될 수 있었을 것으로 보인다.

남아프리카공화국 체제전환에서 주목할 만한 것은 과도헌법의 헌법제정 기관에 대한 태도이다. 과도헌법 제68조는 '헌법제정기관(Constitution-making Body)'라는 표제하에 국민의회(하원)와 상원이 헌법제정을 위해 구성된 합동위원회를 '헌법의회(Constitutional Assembly)'로 규정하고(제1항), 헌법의회는 과도헌법 제5장에 합치하는 방식으로 새 헌법을 채택해야 한다고 규정한다(제2항)<sup>309</sup>. 헌법의회는 자체 의사규칙을 제정할 수 있고(제70조), 위원회를 구성할 권한을 가졌다(제72조). 헌법의회는 과도헌법에 의한 국민의회의 최초 회합일로부터 2년 이내에 새로운 헌법을 채택해야 했고(제68조 제2항, 제73조 제1항), 최종헌법은 별표 4에 제시된 34개 헌법원칙에 합치되어야 했다(제71조). 위 헌법원칙들은 개정하거나 폐지하는 것이 금지되었고(제74조 제1항), 그 뿐만 아니라 최종헌법의 헌법원칙 합치 여부를 과도헌법의 보장기관인 헌법재판소의 인증심사 대상으로 삼아 불합치의 경우 그 헌법안이 시행될 수 없도록 하였다(제71조)<sup>310</sup>. 여기서 확인

308) 제3장 제3절 II.2. 참조.

309) 제68조(헌법제정기관) ① 본 장의 목적을 위한 국민의회와 상원의 합동회의는 헌법의회가 된다.

② 헌법의회는 본 장에 합치하는 방식으로 새로운 헌법안을 기초하고 채택한다.

③ (a) 헌법회의의 제1차 본회의는 본 헌법에 의한 상원의 제1차 회의일로부터 7일 이내에 상원의장이 소집한다.

(b) 이후 헌법의회는 상·하원 의장과의 협의를 거쳐 헌법의회 의장이 소집한다.

④ 제70조에 규정된 규칙과 질서에 따라, 그리고 명백히 부적절한 경우를 제외하고는 본 헌법 제55, 56조와 국민의회 및 상원의 의사일정에 관한 규정들은 헌법의회에 준용된다.

310) 더 자세한 것은 제3장 제3절 III.1. 참조.

할 수 있듯이 과도헌법의 헌법준비규범은 헌법제정기관의 성립근거, 활동시한, 의결절차, 헌법안 기초에 있어서의 제약 등에 관하여 밀도 높게 규율하고 있었다. 이로써 알 수 있듯 헌법의회에는 헌법제정에 관한 명시적 위임이 존재하였고, 다른 한편 헌법재판소에 의한 인증심사 결과에 헌법안의 효력이 좌우되어 있었으므로 최종적인 승인·확정 권한은 제3의 권위에 유보되어 있었다<sup>311)</sup>. 즉, 헌법의회는 [표 5] 유형 ①에 해당하는 의회였다. 이 헌법의회는 남아프리카공화국 최초의 인증간 보통·평등 선거에 의해 선출된 의회는 강한 민주적 정통성을 가지고 있었던 반면, 역설적으로 엄격한 제약하에서만 활동할 수 있었다. 우선 헌법의회는 입법의회와 인적으로는 동일하나 - 상·하원 합동회의였으므로 - 제도적으로는 구별되어 헌법제정 이외의 다른 과업을 담당하지 않았고, 다른 권한을 행사하지도 않았다([표 6]의 유형 A)<sup>312)</sup>. 아라토는 남아프리카공화국의 헌법의회 명칭이 통상 제헌의회에 사용되는 'Constituent Assembly'가 아닌 것을 주권적 제헌의회 전통을 의도적으로 피하고자 하는 것으로 해석한다<sup>313)</sup>. 헌법적 수권과 헌법적 기속이 모두 존재한다는 점에서 주권적 제헌의회와 이중적으로 차별화된다는 것이다<sup>314)</sup>. 제헌 이외에 다른 권한을 행사할 수 없을 뿐만 아니라, 헌법안의 마련에 있어서도 헌법재판소의 사법적 통제를 받았다는 점을 감안하면 강력한 법적 기속이라는 특징의 현존은 분명해 보인다. 여기에서 민주적 정통성의 증진과 입헌주의적 기속의 강화가 비례하는 방향으로 나아갔음을 알 수 있다.

311) 제3장 제3절 III.3. 다만 과도헌법 제73조 제6항 내지 제13은 국민투표를 거쳐야 하는 예외적 경우를 규정하고 있었다. 헌법의회가 초안에 대해 의원 2/3 이상의 찬성으로 의결에 이르지 못한 경우 의장이 전문가 패널에 수정안 기초를 요구하되, 패널이 수정안에 합의하지 못하거나 수정안에 대해서도 2/3 이상의 찬성이 이루어지지 않는 경우 헌법의회는 과반수 결의로 헌법안을 채택할 수 있고, 이 경우 헌법재판소 인증심사를 거쳐 대통령이 국민투표에 회부하도록 하였다. 국민투표에서 유권자 60% 이상의 찬성을 얻으면 확정되어 대통령의 재가·공포 절차로 가지만 그렇지 못한 경우 대통령은 헌법의회를 해산하게 된다. 새로 선출된 헌법의회는 1년 이내에 새로운 헌법을 채택하되 의원 60% 이상의 찬성을 얻도록 하였다.

312) 헌법의회라는 별개의 기관으로 구성되고 입법권한을 행사하지 않았다는 점에서 그러하다. 다만, 상·하원 선거 이외에 헌법의회 선거를 따로 치르지는 않았고, 인적 구성이 중복되는 한에서 앞에서 살펴본 혼합형 의회의 의사결정 문제(위 II.2.(3) 참조)가 여전히 수반될 수 있다는 점은 인정된다.

313) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 104면.

314) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 117면.

이와 관련하여 특히 조명되어야 할 것은 헌법재판소의 역할이다. 사법기관은 헌법에 의해 창설된 권력 중 하나임이 명백할 뿐만 아니라, 입법, 행정과 달리 독자적으로 기초할 수 있는 민주적 정통성도 가지고 있지 않다. 그러나 남아프리카공화국의 사례에서 헌법재판소는 제1차 인증심사 판결(CCT 23/96)에서 드러난 바와 같이 헌법안의 내용을 심사·통제함으로써 헌법제정에 '관여'하였다고 평가하지 않을 수 없다<sup>315)</sup>. 이러한 점들을 보면 과도헌법에 의해 창설되고 기속되는 헌법의회와 헌법재판소의 분업에 의해 최종헌법이 창설되는 과정에는 형가리와는 달리 어떤 상호보완 관계를 찾을 수 있을 뿐만 아니라, 최종헌법의 제정에 이르는 과정 자체가 어떤 입헌주의적 기속하에서 통일성을 이루고 있음을 발견할 수 있다. 여기서 입헌주의적 기속은 제정된 헌법에 귀속되었던 속성인 권력 분립과 헌법재판이라는 장치들이 헌법제정과정 속에서도 활용될 수 있음을 뜻한다. 이는 혁명적 유형과 차별화되는 또 하나의 "특정한 헌법제정절차"라고 할 수 있을 것이다<sup>316)</sup>.

남아공	[표 5]	[표 6]	산물
구의회	유형 ④ [위임× 승인×]	유형 C [입법 + 제한]	1993년 과도헌법
헌법의회	유형 ①* [선거위임 + 과도헌법수권, 헌법재판소 승인]	유형 A [제한]	1996년 최종헌법

[표 9] 남아프리카공화국 헌법제정기관의 성격

#### IV. 소결론

체제전환 헌법제정절차는 과도헌법과 최종헌법을 각각 생성시키는 두 단계에 걸쳐 이루어졌다. 따라서 일거에 확정적 헌법을 완성하는 단일한 시원적 영점

315) 제3장 제3절 IV.1. 참조.

316) 현재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 결정 중 전효숙 재판관의 반대의견(주 91 참조).



으로서의 제헌의회의 장소는 발견되지 않는다. 과도헌법은 - 형식적 외관에 불과하였더라도 - 구헌법의 개정수권규정을 활용하였고, 최종헌법은 과도헌법의 헌법준비규범을 활용함으로써 선행 법질서와의 견련성을 완전히 단절시키지 않았다. 따라서 헌법제정기관의 권한과 기능에 있어서도 선행 법질서에의 기속 정도와 헌법준비규범의 강제성 여부 등에 따라 여러 형태가 나타날 수 있었다. 그러나 주목할 만한 것은 헌법제정에 참여한 기관 중 합법성에 기한 정통성은 있으나 민주적 정통성에 흠결이 있는 기관은 그에 상응하는 잠정적 헌법의 제정에 관한 권한만을, 선거에 따른 민주적 정통성을 확보한 기관은 그에 상응하는 최종적·확정적 헌법의 제정 관여할 권한을 배분받았다는 것, 그럼에도 불구하고 후자에게는 주권적 의회로 전화하는 것을 방지하기 위한 과도헌법상의 제약과 기속이 부과되었다는 것이다. 민주적 정통성이 흠결된 구의회 뿐만 아니라 완전한 민주적 정통성을 주장할 수 있었던 신의회에도 이러한 원칙이 관철되었다는 것은 주목할 만하다(단, 헝가리의 경우 그 제약이 성공적으로 작동하지 않았다고 볼 수 있을 것이다). 따라서 여러 헌법제정기관 중 어느 것도 헌법제정에 있어 독점적·주권적으로 권한을 행사하였다고 보기 어려웠다. 다시 말해, 체제전환 헌법제정절차에서 헌법을 창출해 낸 것은 무로부터 헌법을 창조해 내는 제헌의회의 중심적 권위가 아니라 분산되고 다원화된 여러 헌법제정기관들의 여러 단계에 걸친 분업과 협업이었다.

## 제5절 소결론

### I. 헌법제정과 헌법개정의 개념적 규명에 관한 함의

이상의 고찰을 통해 도출할 수 있는 체제전환 헌법제정절차의 첫 번째 주요 함의 내지 시사점은 헌법제정과 헌법개정의 개념적 규명과 관련된 것이다. 고전적 헌법제정 - 헌법개정론은 헌법제정은 기존의 법질서와 다른 정통성에 기반할 뿐만 아니라 법적인 단절, 불연속을 정초한다고 보았다. 새로운 헌법은 기존 헌법의 수권과 무관하게 성립하며, 이때 중심적 역할을 하는 것은 민주적 정통성에 따라 헌법제정을 위임받은 제헌의회였다. 이 제헌의회는 입법, 행정, 사법 권한이라는 헌법에 의해 창설된 권력들의 모태가 되는 헌법제정권력의 자리였다. 제헌의회가 향유하는 높은 수준의 정통성 때문에 경우에 따라 제헌의회는 주권적 독재에 가까워질 수도 있었다.

본 장에서 살펴본 바에 의하면 이러한 이해의 틀은 교정되어야 할 것으로 보인다. 오히려 우리는 체제전환 헌법제정절차의 특성과 그 의미에 대하여 다음과 같은 결론들을 도출할 수 있다.

첫째, 체제전환 헌법제정절차는 기존 헌법과의 완전한 단절 대신 기존 헌법의 형식적 개정수권을 창조적으로 활용하는 방식을 선택하였다. 이렇게 창출된 연속성의 외관이 체제전환 과정에서 적극적인 역할을 하였다는 점은 헌법제정이 기존 헌법과의 완전하고 전면적인 단절의 관계에 있는 것만은 아닐 수 있음을 보여준다.

둘째, 체제전환 헌법제정절차는 과도헌법이라는 중간적 단계를 거쳐 구체제에서 신체제로 이행하였다. 잠정적·임시적 헌법으로 기능한 이 규범은 헌법제정이 규범적 공백상태가 아니라 일정한 헌법적 기속과 근거하에서 이루어질 수 있음을 보여준다.

셋째, 체제전환 헌법제정절차에서 헌법제정기관은 헌법제정의 산실로서의 단일하고 집중된 제헌의회 모델을 따르지 않았다. 과도헌법과 최종헌법의 각 창설단

계에 분산된 헌법제정기관들은 분업과 협업 또는 일종의 권력분립을 통해 최종헌법의 효력발생을 가능하게 만들었다. 이는 헌법제정이 단일하고 집약된 제도적 계기 - 주권적 제한의회의 형상 - 를 통해 이루어지지 않을 수 있음을 시사한다.

이러한 결론들은 헌법제정과 헌법개정에 통념적으로 귀속되었던 요소들 중 상당 부분은 필수적인 것이 아님을 보여주는 것이다. 불연속 - 연속, 위법 - 합법, 무제한 - 제한과 같은 이분법적 표지들은 이러한 점에서 재검토되어야 한다. 결국 헌법개정은 기존 헌법의 변화의 규칙의 준수가 새로운 헌법규범의 효력요건이 되는 파생적 헌법정립으로, 헌법제정은 기존 헌법의 변화의 규칙에 의존함 없이 새로운 헌법의 효력을 발생시키는 시원적 헌법창설로 보는 것으로 충분하기 때문이다. 다만, 그 시원성조차도 기존 헌법의 수권을 일탈하여 파생적 효력을 가질 수 없는 상황임에도 예외적으로 유효한 헌법으로서 성립하였다는 의미이지, 기존 헌법적 수권과 완전히 무관하다는 의미는 아니었다.

이러한 점에서 본 장의 결론들은 헌법제정과 헌법개정의 구별에 동반되곤 하는 개념적 혼신을 규명하는 데 기여할 수 있을 것이다. 또한, 그러한 한에서 헌법재판의 맥락에서도 활용될 수 있을 것이다. 예컨대, 헌법재판소는 유신헌법에 기한 긴급조치들의 위헌 여부가 문제된 사건에서 위헌심사기준이 무엇인지에 대해 판시하면서 현행헌법의 전문이 "제한헌법 이래 현행헌법에 이르기까지 헌법의 동일성과 연속성을 선언하고 있으므로" 현행헌법만이 규범적 효력을 가지고 있다고 설시한 바 있는데<sup>317)</sup>, '헌법의 동일성과 연속성'을 별다른 논증 없이 전제한다면 구헌법하 긴급조치들에 대한 심사기준에 관한 결론을 그로부터 바로 도출하는 것은 비약일 수 있다. 이러한 설시는 우리 헌법전문이 1948년 이후 모든 헌법적 변동을 헌법개정으로 기술하고 있다는 점("1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다")에 기인하는 것으로 보이는데, 각각의 헌법적 변동이 헌법제정인지 헌법개정인지, 헌법적 동일성과 연속성이 이와 어떠한 관계에 있는지는 실제 헌법규범들의 복잡한 도출관계를 확인함으로써 규명되고 논증되어야 할 대상이기 때문이다<sup>318)</sup>. 이러한

---

317) 헌재 2013. 3. 21. 2010헌바132등, 판례집 25-1, 180, 194 참조. 위 판례에 대해서는 제1장 제1절 I.에서 언급한 바 있다.

과거 헌법에 기한 조치들의 심사기준 문제의 해명과 관련하여서도 본고의 활용가능성이 있을 것으로 생각된다<sup>319)</sup>.

## II. 체제전환 헌법제정절차의 제도설계론적 함의

그러나 보다 강조되어야 할 두 번째 함의 내지 시사점은 체제전환 헌법제정절차가 함축하는 절차적·제도적 잠재력과 관련된 것이다. 체제전환 헌법제정절차의 특성들은 헌법의 제정과정이 하나의 '사건'이 아니라 여러 단계로 구분되는 '과정'일 수 있음을 보여준다. 여기서 헌법제정은 심지어 관여 기관의 분산, 절차적 기속과 같은 헌법개정절차의 특징들을 차용하거나 모델로 하는 것처럼 보이고<sup>320)</sup>, 합법성과 정통성은 상호 배타적인 것이 아니라 하나의 통합된 절차 내에서 상호 교차하며 결합된 것으로 나타난다. 이를 구체적으로 재서술하면 다음과 같다.

첫째, 기존 헌법의 개정수권 활용과 연속성의 유지는 구체제의 합법성을 창조적으로 활용하면서도 비공식적인 협상들이 야기할 수 있는 정통성 논란에 대처할 수 있는 자원을 마련함과 동시에 무정부적 내전상태의 도래를 방지하는데 사용되었다. 헌법적 변화의 규모와 내용은 기존 헌법의 관점에서 볼 때 헌법개정권한의 일탈 즉, 위헌적 헌법개정으로 보일 수 있는 것으로서 민주적·절차적 정통성 문제를 야기할 수 있는 것이기도 하였지만, 다른 한편으로는 연속성의 외관을 창출함으로써 구체제 헌법기관들과 재야세력의 체제전환에 있어서의 협력관계를

---

318) 헌법재판소와 달리 대법원은 긴급조치에 대한 일련의 사안들에서 현행헌법 뿐만 아니라 유신헌법도 심사기준으로 삼은바 있다(대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결, 대법원 2013. 4. 18. 2011초기689 전원합의체 결정, 대법원 2013. 5. 16. 선고 2011도2631 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 사정은 '헌법의 동일성과 연속성'을 단순히 전제하는 것이 아니라 논증대상으로 삼을 필요성을 여실히 보여준다.

319) 물론 분석결과 위 헌법재판소 판시와 동일한 결론에 도달할 수도 있겠으나, 적어도 논증과정에 있어서의 유의미한 차이는 있을 수 있을 것이다. 그 이외에도 헌법개정과 헌법제정의 개념적 차이가 헌법재판의 맥락에서 문제된 사안으로 제2장 제1절 III.1.에서 본 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 846-847 ; 헌재 1996. 6. 13. 94헌마118등, 판례집 8-1, 500 ; 헌재 1996. 6. 13. 94헌바20, 판례집 8-1, 475 ; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌바38, 판례집 13-1, 289 ; 헌재 2005. 5. 26. 2005헌바28 ; 헌재 2018. 5. 31. 2013헌바22등 참조.

320) Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 91면.

유지하는데 기여할 수 있었다.

둘째, 위와 같은 절차적 선택이 야기할 수 있는 문제를 극복할 수 있는 방안으로 과도헌법이 적극적으로 활용되었다. 기존 체제의 구의회는 잠정적인 과도헌법을 창설하여 온전한 민주적 정통성을 창출할 수 있는 법적 근거를 확보하고 이를 최종헌법 기초의 규범적 발판으로 삼도록 하였다. 기존 헌법의 개정절차는 구의회에 의해 발동되는 것으로서 새로운 정통성을 기반으로 하지 않는 절차, 요컨대 헌법제정에 걸맞은 정통성을 확보하지 못한 절차였다. 따라서 잠정적인 과도헌법을 토대로 완전한 민주적 정통성을 확보한 의회권력을 창출하는 과정이 구상, 기획되었던 것이다<sup>321)</sup>. 뿐만 아니라 과도헌법은 과정의 참여자들에게 입헌주의의 학습과 오류시정의 기회를 제공함으로써 처음부터 경직된 헌법을 도입함으로써 야기될 수 있는 위험을 감소시키는 효과를 노릴 수 있었다.

셋째, 헌법제정기관의 분산과 다원화는 헌법제정과정의 법적, 제도적 기속하에서 이루어질 수 있도록 보장함으로써 주권적 제한의회의 위험을 방지하면서도 절차 내에서 민주적 정통성을 확보해 나가는 방법을 제도적으로 확보할 수 있도록 하였다<sup>322)</sup>. 분산된 다수 헌법제정기관의 분업과 협업이 하나의 과정으로 통합되었다는 점은 체제전환 헌법제정절차가 키위의 모델에서와 같은 단순히 헌법개정권한을 활용한 헌법제정보다 더 나아간 것으로 평가할 근거가 된다. 나아가 제도적 행위자들 사이의 협력(coordination)을 필요로 하는 이러한 과정은 단일한 제도적 행위자가 독점적 헌법제정기관의 지위를 누리는 것을 방지하는 견제와 균

---

321) 즉, 체제전환 헌법제정절차는 '헌법개정절차를 활용한 헌법제정'을 하부단위로 포괄하고 있다. 이 점이 가장 잘 드러난 것은 남아프리카공화국의 사례라고 할 수 있을 것이다(제3장 제3절).

322) 여기서 체제전환 헌법제정절차는 헌법개정절차를 활용한 헌법제정보다 더 나아간 것임을 언급할 필요가 있겠다. 절차의 첫 번째 국면에서 분명히 기존헌법의 개정규정을 활용한 헌법제정이라는 사태는 확인될 수 있다(특히 헝가리, 남아프리카공화국의 경우 이는 선명하다). 이는 기존 헌법의 관점에서 보자면 '위헌적' 헌법개정이라고 볼 여지가 충분하다. 그러나 헝가리, 남아프리카공화국의 경우 기존 헌법의 개정절차는 구의회에 의해 발동되는 것으로서 새로운 정통성을 기반으로 하지 않는 절차, 요컨대 헌법제정에 걸맞은 정통성을 확보하지 못한 절차였다. 따라서 잠정적인 과도헌법을 토대로 완전한 민주적 정통성을 확보한 의회권력을 창출하는 과정이 구상되었던 것이다. 즉, 체제전환 헌법제정절차는 '헌법개정절차를 활용한 헌법제정'을 하부단위로 포괄하고 있다. 이 점은 남아프리카공화국의 사례에서 가장 잘 드러났다(제3장 제3절).

형의 원리를 구현하고 있었다.

그렇다면 체제전환 헌법제정절차는 선행 법질서와의 단절, 규범적 무로부터의 헌법창설, 제헌의회의 중심적이고 독점적인 역할 등을 특징으로 하는 고전적 헌법제정절차의 패러다임보다 더 우월한가?<sup>323)</sup> 이에 대한 답은 '상황에 따라 다르다'일 가능성이 높다. 건국이나 독립 또는 전쟁이나 내전 후 실효적으로 작동하는 헌정질서가 부재하거나, 그에 의존하기 어려운 경우 체제전환 헌법제정절차의 채택이나 응용은 어려울 뿐만 아니라 상황에 적합하지 않을 수 있다. 반면, 2019년 이후 칠레의 사례와 같이 헌정제도의 안정성이 어느 정도 확보되어 있는 상황에서 헌법제정절차가 개시되는 경우 이러한 모델을 적극적으로 받아들여 활용하는 것이 가능할 뿐만 아니라, 과정의 안정성과 정당성을 모두 확보하는 데 도움이 될 수 있을 것이다<sup>324)</sup>. 새로운 헌법이 사회세력 사이의 공존의 조건으로써 구상되는 동시에 어느 한쪽의 헌법적 비전도 다른 쪽의 것을 압도하지 못할 때, 또는 그러한 일방적 압도의 상황을 방지해야 할 이유가 있을 때 이러한 절차를 채택할 유인은 더 높아질 것이다.

---

323) 가령 아라토는 그렇게 보는 듯하다. Arato, *Post Sovereign Constitution Making*(주 5), 129면 이하 등.

324) 2019년 대규모 시위로 촉발되어 2021년 5월 제헌의회 선거 및 이후 헌법기초작업으로 이어지는 칠레의 헌법제정과정에 대해서는 본 연구의 목적과 범위상 여기서 상세히 다룰 수는 없다. 그러나 여기에서도 여러 정치세력간 체결된 "사회평화와 새로운 헌법을 위한 협약(Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución)"이 기존 헌법에 추가되어 과도헌법으로 기능한 점이 주목된다. 앞서 본 Prieto & Verduto, 앞의 논문(주 107), 268면 이하 외에도 Couso, Javier, "Chile's 'Procedurally Regulated' Constitution-Making Process", *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol.13(2021), 235-251면 ; Garcia Soto, Carlos, Angel Martinez Meucci, Miguel & Sanchez Urribarri, Raul, "Winds of Change: Comparing the Early Phases of Constitutional Redrafting in Chile and Venezuela", *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol.13(2021), 315-334면 ; López Bofill, Héctor, *Law, Violence and Constituent Power - The Law, Politics and History of Constitution Making* -, Routledge(2021), 192-196면 ; Osorio, Francisco, "Indigenous Peoples and the Chilean Constituent Assembly", *International Journal of Constitutional Law Blog*(May 18, 2021) (<http://www.iconnectblog.com/2021/05/indigenous-peoples-and-the-chilean-constituent-assembly/> 최종검색일 2022. 5. 5.) ; Kaufmann, Rodrigo, "Constituent Process and Constituent Power: Keeping Chile's Political Space Open", *Verfassungsblog*(2021/6/25) (<https://verfassungsblog.de/constituent-process-and-constituent-power/> 최종검색일 2022. 5. 5.) ; Landau, David, "The New Chilean Constitutional Project in Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law Blog*(July 16, 2022) (<http://www.iconnectblog.com/07/16/the-new-chilean-constitution-al-project-in-comparative-perspective/> 최종검색일 2022. 7. 25.) 참조.

본 연구의 범위상 본격적으로 다룰 수는 없었으나 체제전환 헌법제정절차의 제도적·절차적 함의는 헌정사적 사례의 분석이나 통일헌법의 구상에 있어서도 응용될 수 있다. 가령 1960년 헌법이 성립하는 과정에서 있었던 선선후결(先選後決), 선결후선(先決後選) 논쟁은 신헌법의 신속한 창설이라는 목표와 새로운 헌법에 상응하는 민주적 정통성의 확보라는 요청이 충돌하여 모순을 일으킨 것이었다<sup>325)</sup>. 그러나 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 사례에서 우리는 잠정적 정치를 위한 법적 틀의 마련과 민주적 정통성의 확보라는 이중적 과제가 과도헌법의 매개를 통해 통합되는 형식을 발견할 수 있었다<sup>326)</sup>. 과거의 사례에 이러한 헌정적 고찰을 적용할 수 있다면 이는 미래의 유사한 상황에도 응용될 수 있을 것이다. 경우에 따라서는 남북관계와 통일조건의 모색과 관련하여서도 이러한 절차적 특성들의 활용을 고려해야 할 상황이 발생할 수 있을 것이다<sup>327)</sup>.

이러한 응용의 정확한 조건을 고려한다는 전제에 설 때, 체제전환 헌법제정절차의 특성들은 향후 헌법제정절차의 설계와 운영에 있어 참고될 수 있는 유용한 자원들이라 할 수 있다. 그 절차적 특성들에 대한 분석은 역사적 현실의 다양한 전개에 적합성을 가질 수 있는 규범제정방식의 설계가 여전히 중요한 의미를 가질 수 있음을 보여준다. 헌법정책적 연구에 있어 제도설계 뿐만 아니라 절차설계의 중요성이 함께 강조되어야 할 이유일 것이다.

325) 조기에 선거를 치른 후 개헌절차에 착수하는 것은 유력한 정치인인 장면을 보유하고 있던 민주당 신평에서 선호하였던 방안이었으며, 자유당 혁신파와 민주당 구파는 선거 승리를 낙관하기 어려웠으므로 기존 국회에서 먼저 개헌을 실시한 이후 선거를 치르는 방안을 선호하였다. 한태연, "제2공화국 헌법", 한태연 외(편), 『한국헌법사(하)』, 고려원(1991), 11-112면, 43-44면 ; 이병규, "제2공화국 헌법상의 의원내각제", 『공법학연구』 제11권 제2호(2010. 5.), 219-257면, 224면 ; 장영수, 『대한민국헌법의 역사』, 고려대학교출판문화원(2018), 154면.

326) 그 구체적인 시나리오로 생각해 볼 수 있는 것은 신속한 잠정적 과도헌법의 채택 후 선거로 구성된 새로운 국회가 갱신되고 증진된 민주적 정통성을 토대로 신헌법을 제정하는 것이다. 만일 4·19 이후의 민주화가 이러한 경로를 따랐다면 안정화된 정부가 증진된 정통성 자원을 통해 쿠데타 시도를 극복할 수 있었을지에 대해 우리는 자문해 볼 수 있을 것이다.

327) 이와 관련하여 통일 과정에서 통일합의서의 제정과 역할에 관한 제안을 과도헌법을 통한 절차설계와 비교해 볼 수 있을 것이다. 그러나 본 연구의 목적과 범위상 더 자세한 논의에 나아가기는 어렵다. 통일합의서에 대한 논의로는 이효원, "통일헌법의 제정 방법과 국가조직", 『서울대학교 법학』 제55권 제3호(2014. 9.) 31-66면, 40면 이하 참조.

## 제5장 결론

### 제1절 연구내용의 요약 및 정리

본 연구의 내용을 요약하면 다음과 같다.

1. 고전적 헌법제정 - 헌법개정에 대한 이해는 역사적 상황에 기초한 어떤 배경적 이해를 바탕으로 한다. 여기서 헌법개정은 기존 헌법의 유효성을 전제로 그 헌법의 구성부분인 헌법개정규정의 준수로부터 그 효력을 도출하는 헌법규범의 정립으로 이해되는 반면, 헌법제정은 유효한 기존 헌법이 부재하는 상태에서 또는 기존 헌법의 효력에 의존함 없이 시원적으로 효력을 획득하는 헌법의 성립사태로 이해된다. 이러한 시원성과 파생성을 기준으로 한 구별의 기초는 실정헌법규범이 성립하는 두 가지 양상인 헌법제정과 헌법개정을 구분하는 출발점을 이룬다(제2장 제2절 II.).

2. 그러나 고전적 헌법제정에 관한 이해는 여기에서 멈추지 않는다. 시에예스 - 슈미트적 이해에서 헌법제정권력은 규범적 공백의 공간에서 행사되는 불가분적이고 무제한적인 권력이라고 설명되며, 이는 특별대표로 구성되는 제헌의회가 아무런 외적 기속이나 규범적 제약 없이 단번에 새로운 헌법규범을 창설한다는 제도설계적 관점으로 연결되었다. 제헌의회를 권력분립원리로부터 자유로운 주권적 독재기관으로 설명하는 슈미트의 견해는 이를 전형적으로 보여주는 것이다. 이러한 이해를 바탕으로 한 헌법제정권력의 일탈·남용가능성에 대한 경계는 여러 헌법학 문헌에서 발견된다(제2장 제2절 I. II.).

3. 현대 헌법학에서 헌법제정권력의 한계 문제가 중심적인 논제로 다루어진 것은 이러한 점에서 놀랍지 않다. 그러나 헌법제정의 한계를 긍정하는 여러 견해를 검토해 보더라도 그 한계가 규범적 관점에서 기속력을 가진다는 것인지, 기술적 관점에서 사실상의 제약으로부터 자유로울 수 없다고 하는 것인지 불분명할



뿐만 아니라, 헌법제정의 한계가 어떻게 제도적으로 구체화될 수 있는지에 대해 충분한 설명을 제공하지 못하는 것으로 보인다(제2장 제2절 III.).

4. 이러한 난점들은 고전적 헌법제정에 대한 이해가 전제하는 헌법제정의 배경적 상황과 긴밀하게 결부되어 있다. 18세기 미국과 프랑스의 시민혁명을 배경으로 한 헌법제정은 기존 헌법과의 규범적 단절과 헌법적 공백상태를 전제하였기 때문이다. 그러나 헌법제정론의 배후에 있는 환경에 대한 관심하에 20세기 중후반 이후의 헌법제정 사례들까지 시야를 넓혀 보면 혁명 - 또는 독립이나 패전 등 혁명에 준하는 상황 - 에 의해 창출된 규범적 단절과 공백을 전제하는 헌법제정이 항상 보편적인 것은 아님을 확인할 수 있다(제2장 제3절 I. II.).

5. 이러한 관점에서 특히 주목의 대상이 되는 것은 체제전환의 개념으로 포섭할 수 있는 정치적 변화를 배경으로 성립한 헌법들이다. 야노쉬 키쉬의 논의에 기초하여 살펴본 체제전환 모델에서는 구체제 및 야권의 온건파들의 타협·협상이 정치적 이행의 중심이 되므로 법적 연속성의 완전한 중단이 발생하지 않으며, 헌법의 기초 및 의결과정이 단일한 제도적 행위자에 의해 독점되지 않는다. 본고가가 이러한 체제전환 헌법제정의 주요 사례로 선정한 것은 1975년 이후 스페인, 1989년 이후 헝가리, 1993년 이후 남아프리카공화국이다. 이 사례들에서 나타나는 뚜렷한 절차적 유사성과 의식적 영향관계 및 발전관계는 세 경우에 대한 사례 연구를 정당화하는 특징적 요소들이다(제2장 제3절 III. IV.).

6. 1975년 프랑코의 사망으로 창출된 정치적 가능성의 공간에서 스페인 국왕 후안 카를로스가 수상으로 임명한 프랑코 정부의 관료 출신인 아돌포 수아레스는 프랑코 헌정의 기틀을 근본적으로 바꿀 잠재력을 가진 「정치개혁에 관한 법률」안을 의회에 제출하였다. 국민주권과 기본권 보장을 선언하고 보통, 직접 비밀선거로 하원을 선출하도록 한 이 법안은 의회 구성을 위한 총선을 예정하고 새로 구성될 의회에 헌법개혁안 의결 권한을 부여하였다. '할복자살 의회'로 불린 프랑코 체제의 마지막 의회는 「정치개혁에 관한 법률」을 가결시켰고, 이에 따라 1977년 6월 총선이 실시되었다. 하원을 구성한 다양한 정파별 타협과 협의에 의해 성립한 헌법안은 의회군주제를 채택하였고, 교회와 국가의 관계, 지역자치 등

여러 쟁점에 관하여 정파별 타협을 반영하고 있었다. 국민투표로 확정된 새로운 헌법이 공포됨으로써 프랑코 체제의 근간을 구성하던 기본법들은 모두 폐지되었고, 헌법 시행과 동시에 헌법제정기관으로 기능한 의회 양원은 해산되고 새로운 총선의 실시가 예고되었다(제3장 제1절).

7. 고르바초프의 공산당 서기장 취임으로 조성된 동유럽 해빙의 공간에서 헝가리 집권 MSZMP(헝가리 사회주의 노동자당)과 EKA(통합 야권 원탁회의)는 체제전환을 위한 협상 테이블에 합의하였다. NKA(전국원탁회의)로 불린 이 회의체에서 체제전환을 위한 헌법적 구조에 관한 합의가 이루어졌고 이는 헌법안으로 구체화되어 1989년 10월 의회에서 가결, 공포되었다. 체제전환과정을 규율하는 잠정적 성격의 헌법임을 명시한 1989년 헌법은 스페인 「정치개혁에 관한 법률」보다 훨씬 상세하고 완결된 헌법적 형태를 갖추었다. 특히 광범위한 권한을 가진 헌법재판소는 '보이지 않는 헌법' 법리를 통해 헌법적 흠결을 보충해 나갔다. 그러나 헝가리 1989년 헌법체제는 최종헌법으로의 종국적 이행에 있어 1996년의 기회에도 불구하고 성공에 이르지 못하였고 결국 이는 정치세력의 전면적 교체 이후 2011년 헝가리 기본법의 추진으로 이어졌다. 기존 헌법의 폐지와 동시에 성립한 헝가리 기본법은 기존 헌법과 완전히 새로운 정통성을 주장하였음에도 기존 헌법의 개정절차를 활용하여 성립하였다는 특징을 가진다(제3장 제2절).

8. 남아프리카공화국 헌법은 아파르트헤이트 체제의 위기에 대한 대응을 배경으로 성립하였다. 체제에 대한 광범위한 저항과 갱신되는 긴급상태 속에서 NP(집권 국민당)는 투옥 중인 ANC(아프리카민족회의) 지도자 넬슨 만델라와 체제전환의 조건에 관한 협상을 시작하였고 이는 남아프리카공화국의 주요 정치세력들이 모두 참여하는 일련의 다자간 협상과정으로 결실을 맺었다. 1993년 MPNF(다자간 협상 포럼)에서 합의된 체제전환의 조건들과 잠정적 헌법의 구조는 1993년 과도헌법으로 귀결되어 1983년 헌법의 삼원제 의회에서 가결되었다. 이 헌법은 상세한 국가조직과 기본권 보장을 마련하였을 뿐만 아니라 최종헌법의 성립에 관한 규율을 두고 있었다. 특히 과도헌법의 규범력 보장을 위해 설립된 헌법재판소는 과도헌법의 헌법원칙 34개 조항에 최종헌법안이 부합하는지 여부에 관하여 인증

심사를 할 권한을 부여받았다. 1994년 자유선거를 통해 구성된 신의회는 양원합동 헌법의회로써 헌법안을 기초하였으나, 헌법재판소는 그 중 9가지 사항이 헌법 원칙에 부합하지 않는다는 판단을 하였다. 이에 헌법의회는 헌법안을 수정하였고, 이 수정안이 헌법재판소의 인증을 받아 최종헌법으로 확정·공포되었다(제3장 제3절)

9. 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국의 세 사례는 모두 헌법의 기초적인 정통성 원리의 변동을 겪었으나, 이는 형식적·절차적 연속성에 의해 견인되었다는 특징을 지닌다. 이러한 형식적 차원의 연속성은 폭력적 단절을 방지하면서 '부드러운' 체제전환을 가능하게 해주었다는 적극적 의미가 있었으나 동시에 과연 체제전환 전후 법체계가 동일하고 연속적인 것은 아닌지에 관한 문제를 초래하는 것이기도 하였다. 법체계의 동일성과 연속성을 근본규범의 동일성이라는 협소한 관점에서 보는 켈젠적 관점에서는 그와 같이 볼 수 있으나, 법체계가 형식적 수권으로 환원되지 않는다고 보는 라즈·피니스의 관점에서 볼 때 체제전환 전후 법체계는 비록 기존 법체계 변화의 규칙을 형식적으로 준수하였더라도 불연속적인 것으로 보게 될 가능성이 높았다(제4장 제2절 II.).

10. 이러한 연속성의 문제는 헌법제정 - 헌법개정의 개념과 관련하여서도 제기될 수 있다. 기존 헌법과의 형식적·절차적 연속성은 헌법개정에 동반되는 전형적 속성으로 볼 수 있기 때문이다. 그러나 기존 헌법의 개정수권을 활용함으로써 발생하는 형식적 연속성의 외관은 항상 그 헌법성립절차를 헌법개정으로 분류하게끔 하는 속성은 아니다. 개정유보조항을 활용하였으나 개정이 아닌 교체에 이르렀거나 개정권한의 실제적 수권범위를 현저히 일탈하였다면 새로운 헌법이 기존 헌법과 동일한 효력근거를 공유한다고 볼 수 없기 때문이다. 이러한 점에서 본고가 고찰한 사례들은 형식적 연속성이 일정 수준에서는 유지되었음에도 헌법 제정으로 분류되어야 할 사례들일 것이다(제4장 제2절 III.)

11. 세 사례에서는 모두 과도헌법의 활용이 특징적으로 나타났다. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」, 헝가리 1989년 헌법, 남아프리카공화국 1993년 헌법은 모두 체제전환 전후 헌법을 견인한 과도헌법이었다. 과도헌법은 단기간에 확

정적이고 항구적인 헌법적 합의에 도달하기 어려운 상황에서 불안정하지만 잠정적으로 운용가능한 헌법질서를 제공한다. 그 시행기간 헌법적 설계의 오류시정과정과 인지적 편향에 대처하고 세부적인 합의를 이루어나갈 수 있는 시간을 확보한다는 점에서 과도헌법은 현대적 헌법제정 사례에 있어 중요한 역할을 확보해 나가고 있는 것으로 관찰되었다. 스페인 「정치개혁에 관한 법률」은 초보적 형태의 간략한 규정이었으나 7개의 기본법 체제와 1978년 헌법체제를 매개하는 성공적인 역할을 하였다. 헝가리 1989년 헌법은 보다 완결된 헌법적 형태를 지향하였고 이를 집행하기 위한 헌법재판소를 설치하였다. 그러나 최종헌법의 준비규범이라는 측면에서 1989년 헌법은 성공적이지 못하였고, 보다 권위주의적인 2011년 기본법 체제의 도입을 방지하지 못하였다. 남아프리카공화국 1993년 헌법은 과도헌법의 규범력이라는 관점에서 볼 때 가장 멀리 나아갔다. 강력한 헌법재판소를 설치하여 과도헌법의 규범력을 확보하였을 뿐만 아니라 최종헌법의 내용이 과도헌법의 헌법원칙에 부합하는지에 관한 인증심사까지 도입하였기 때문이다(제4장 제3절).

12. 형식적 연속성과 과도헌법을 활용하여 단계적으로 진행되는 체제전환 헌법제정절차에서 최종적이고 완전한 헌법을 단번에 완성하는 배타적 기관으로서의 제헌의회는 찾기 어렵다. 오히려 일반적으로 발견되는 형태는 합법성의 자원을 가지고 있으나 민주적 정통성을 가지지 못한 구체제 의회는 그에 상응하여 잠정적 과도헌법의 창설에 관한 권한을 행사하고, 민주적 선거에 따른 새로운 정통성을 확보한 과도헌법하의 의회는 확정적이고 최종적인 헌법의 제정에 관여할 권한을 행사하면서 - 때로는 헌법재판소와 함께 - 헌법제정과정에 참여하는 모습이었다. 이러한 과정 전반에서 주권적 독재를 구현하는 기관 대신 분산되고 다원화된 헌법제정기관들의 분업과 협업이 나타남을 발견할 수 있다(제4장 제4절).

13. 이러한 특성들은 완성된 헌법의 내용 뿐만 아니라 그 성립, 창설의 절차 자체에도 권력분립과 헌법적 기속이라는 입헌주의적 장치를 도입하는 것이 가능함을 의미한다. 또한 체제전환 헌법제정절차에 대한 분석은 헌법제정의 내용적·절차적 한계에 관한 추상적 논의와 달리 특정한 형태의 법적 기속을 내적 계기로 포함하고 있는 헌법제정의 과정이 어떠한 형태를 띠고 있는지 보여준다. 이러한

형태에 비추어 볼 때 헌법제정과 헌법개정을 구별함에 있어 원용되었던 몇 가지 범주들 - 연속/단절, 한계/무한계, 법적 기속/무기속 - 은 보다 섬세하게 재정의될 필요가 있어 보인다. 헌법적 효력의 파생성과 시원성을 기준으로 하는 최소주의적 관점은 단지 전형적인 것에 불과한 속성들이 헌법제정과 헌법개정의 구분에 있어 개념적 혼선을 초래하는 것을 방지해 준다. 이러한 관점에서 볼 때 헌법제정은 기존 헌법의 변화의 규칙 활용, 절차적·실체적 기속, 관여 기관의 분산 등 헌법개정에만 귀속된다고 이해되었던 여러 절차적 특성들을 차용할 가능성을 배제하지 않음을 알 수 있다(제4장 제5절 I.).

14. 이러한 절차적 특성들과 그 함의의 도출은 구체적 사례를 살펴봄으로써 가능하였다. 그러나 이러한 특성들이 보다 일반화된 수준에서 이론화된다면 향후 헌법제정에 있어 그 응용가능성이 도모될 수 있을 것이다. 체제전환 헌법제정절차의 패러다임이 고전적 헌법제정절차의 그것보다 반드시 더 우월하다고 단정하기는 어렵다. 그러나 적어도 특정한 조건에 더 적합할 수는 있다. 가령 헌정적 제도들이 기능을 유지하고 있지만 동시에 헌정원리들의 전면적 전환이 필요한 여건에서 이러한 절차 모델은 기존 헌법의 자원을 활용한 절차적 연속성이라는 계기와 보통·평등선거를 통한 민주적 정통성 확보라는 계기 모두를 헌법적 정당성의 창출에 기여하는 통합적 과정의 단계적 구성부분으로 파악할 수 있게 해 준다. 이러한 점에서 체제전환 헌법제정절차에 대한 분석은 역사적 변화의 다양한 양상에 적응할 수 있는 헌법창설 방식의 설계가 현시점에도 여전히 중요한 의미를 가질 수 있음을 보여준다(제4장 제5절 II.).

## 제2절 연구의 결론 및 후속 과제

현대 입헌주의에서 성문헌법이 특별한 지위를 가지는 이유는 그것이 공권력 조직과 기본권 보장을 규율할 뿐만 아니라 특별한 제정절차에 의하여 성립되었기 때문이기도 하다. 그러나 모든 헌법의 제정이 그에 걸맞은 절차적 후광을 누리는 것은 아니다. 헌법의 성립절차가 그에 상응하는 정통성을 창출하지 못하는 경우도 엄연히 존재할 수 있기 때문이다. 그러나 그렇다고 하여 고전적 헌법제정에 대한 이해와 같이 부당한 구체제와 선명하게 단절된 규범적 공백에서 새로운 정통성을 부여받은 제헌의회가 단번에 헌법을 창설하는 것만이 헌법제정이 요구하는 정통성을 창출하는 절차일까? 본 연구는 이에 대한 근본적 의문을 제기하면서 체제전환 헌법제정절차에서 관찰된 모습 역시 하나의 유력한 모델, 즉 헌법제정에 합당한 정통성을 창출할 수 있는 모델일 수 있다고 주장한다. 이는 단순한 헌법개정절차로도, 고전적 헌법제정절차의 변종으로도 환원될 수 없는 독자성을 보여준다는 것이 본고의 관점이었다. 그리고 이 점에 주목한다면 다양한 헌정사적 사례와 헌법변동의 현실을 분석하고 제도·절차 설계에 응용할 수 있는 전망이 가능해질 수 있다.

그러나 이와 관련하여 본고는 향후 극복이 모색되어야 할 한계를 가지고 있다는 점 역시 거론하지 않을 수 없다.

첫째, 분석대상 사례들의 시·공간적 제약이 엄연히 존재한다. 본고는 정치적 변화의 유형으로서의 체제전환의 모델을 제시한 다음 그에 부합하는 세 가지 사례를 채택하여 집중적으로 분석하였다. 비교적 전형적인 사례들을 선택하려고 노력한 만큼, 전형에서 벗어나는 여러 변양태에 대한 고찰은 진행하지 못하였고, 2000년대 이후의 사례들도 다루지 못하였다. 이러한 점은 향후 헝가리 이외의 동유럽 사례들이나 중남미 사례들에 대한 다양한 연구를 통해 보완될 필요가 있을 것이다.

둘째, 한국적 문맥을 고려한 이론적 적용 및 응용가능성에 대하여는 언급에 그치고 본격적인 검토에 이르지 못하는 못하였다. 헌법제·개정이 잦았던 한국헌정사

에는 본고의 관점에서 천착할 수 있는 사례들이 풍부하다. 가령 1960년 헌법이 성립하는 과정에서 있었던 선선후결(先選後決), 선결후선(先決後選) 논쟁은 스페인, 헝가리, 남아프리카공화국 사례에서 모두 있었던 잠정적 정치를 위한 법적 틀의 마련과 민주적 정통성의 확보라는 이중적 과제의 긴장과 충돌을 그대로 보여주는 것이기도 하였다. 또한 분단국가의 현실, 잦은 헌법개정 논의를 염두에 둘 때 장래의 헌법제정 - 헌법개정을 대비하는 측면에서도 새로운 헌법창설을 위한 절차설계는 깊이 고민되어야 할 부분이다(각 제4장 제5절 II. 참조). 우리의 과제상황과 관련된 이러한 논점들 역시 향후 심도 있는 연구가 필요한 부분이라 하겠다.

앞서 언급한 칠레의 사례에서도 확인할 수 있듯이 체제전환 헌법제정절차의 성과들은 대륙과 법문화를 관통하여 지속적으로 활용, 응용되고 있다(제4장 제5절 II). 우리의 헌정사적 현실에 대한 회고에 바탕을 두는 동시에 보다 넓은 동시대적 문맥 속에서 헌법절차적 제도설계를 고민하기 위해 위에서 밝힌 과제들은 향후에도 지속적인 의미가 있다고 생각된다. 미처 다루지 못한 논제들에 대한 후속 연구들을 모색하는 동시에 본고가 제기한 문제들이 관심을 얻을 수 있기를 바라면서 부족한 논고를 마친다.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

#### 1. 단행본

- 계희열, 『헌법학(상)(제2보정판)』 박영사(2002)
- 국회도서관, 『세계의 헌법(제3판)』 제1, 2권(2018)
- 김영수(편), 『사회주의 국가 헌법』 인간사랑(1989)
- 김영수, 『한국헌법사(수정증보)』 학문사(2000)
- 김윤진 · 김광수, 『남아프리카사』 다해(2013)
- 김정현 · 김래영 · 이상경 · 임지봉, 『체제전환국가의 국가조직 및 관련법제 연구』 한국법제연구원(2017)
- 김철수, 『헌법학개론(제9전정신판)』 박영사(1997)
- 김철수, 『독일통일의 정치와 헌법』 박영사(2004)
- 김하열, 『헌법강의(제4판)』 박영사(2022)
- 권영성, 『헌법학원론(上)』 법문사(1979)
- 박일경, 『신헌법원론』 법경출판사(1986)
- 성낙인, 『프랑스헌법학』 법문사(1995)
- \_\_\_\_\_, 『헌법학(제22판)』 법문사(2022)
- 송석윤, 『위기시대의 헌법학 - 바이마르 헌법학이 본 정당과 단체』 정우사(2002)
- 오승은, 『동유럽 근현대사』 책과 함께(2018)
- 임윤정(책임연구), 『스페인 헌법재판제도에 관한 연구』 헌법재판연구원(2017)
- \_\_\_\_\_, 『스페인 자치주의 입법권과 헌법재판소의 통제』 헌법재판연구원(2021)
- 장영수, 『대한민국헌법의 역사』 고려대학교출판문화원(2018)
- \_\_\_\_\_, 『헌법학(제12판)』 홍문사(2020)
- 정재황, 『헌법학(제2판)』 박영사(2022)



- 정중섭, 『헌법학원론(제12판)』 박영사(2018)
- 한동훈, 『프랑스 제3공화국 헌정체제 - 초기 정립과정을 중심으로』 한국학술정보(2009)
- 한수용, 『헌법학(제11판)』 법문사(2021)
- 허 영, 『헌법이론과 헌법(신8판)』 박영사(2017)

## 2. 논문

- 갈봉근, "오월혁명과 새헌법제정의 기초", 『고시계』 제7권 제5호(1962. 5.), 77-84면, 79면
- \_\_\_\_\_, "현대 헌법학에 미친 카를 슈미트의 영향 - 특히 본(Bonn) 기본법을 중심으로", 크바리치, 헬무트 외 저(김효전 편역), 『반대물의 복합체』 산지니(2014), 299-328면
- 김대순, "체제전환기 동유럽 공산주의의 과거사 정리 문제: 헝가리 사례를 중심으로", 『서양사학연구』 제35집(2015. 6.), 163-193면
- 김동훈, "'살아 있는 법' 이론을 통한 한정위헌 갈등의 해소", 『저스티스』 통권 제189호(2022. 4.), 59-103면
- \_\_\_\_\_, "헝가리 청년민주연합 및 시민정당의 패권적 정당체제의 형성과 의미", 『통합유럽연구』 제8권 제1집(2017. 3.), 163-189면
- 김명재, "헌법제정권력론에 대한 비판적 고찰", 『공법연구』 제27집 제1호(1998), 205-227면
- 김병곤·우윤민, "내셔널 아이덴티티와 분리독립: 스페인-카탈루냐를 중심으로", 『유럽연구』 제32권 제4호(2014), 189-211면
- 김선택, "위헌적 헌법개정에 대한 위헌심사론 - 유신헌법의 경우 -", 『공법학연구』 제12권 제4호(2011), 165-200면
- 김수용, "민주헌정의 관점에서 본 대한민국임시정부헌법과 제헌헌법의 관계", 『헌법학연구』 제25권 제1호(2019. 3.), 67-95면
- 김지영, "1956년 헝가리 혁명에 대한 일 고찰", 『동유럽발칸학』 (아시아·중동부 유럽학회) 창간호(1999. 12.), 193-210면

- \_\_\_\_\_, "버이취 쉘린스키 엔드레의 트랜실바니아 자치연방안 연구", 『동유럽연구』 (한국의국어대학교 동유럽발칸연구소) 제8권(2000. 2.), 1-20면
- \_\_\_\_\_, "헝가리 소비에트 공화국의 성립과 좌절(1919)", 『서양사론』 제137호 (2018), 11-37면
- \_\_\_\_\_, "헝가리 공산주의 변용 - '카다리즘(Kádárism, 골라시 공산주의)' 연구", 『서양사론』 제144호(2020. 3.), 46-68면
- \_\_\_\_\_, "1989년 헝가리 체제전환의 내적 요인과 국제적 환경", 『통합유럽연구』 제11권 제3집(2020. 11.), 261-288면
- 김충희, "모리스 오류의 제도이론", 서울대학교 석사학위논문(2010)
- 김하열, "스페인의 헌법재판제도", 『저스티스』 통권 제115호(2010. 2.), 106-151면
- 송기도, "의회정치와 확립과 스페인 민주화 - 정치지도자들의 역할을 중심으로", 『한국정치학회보』 제26집 제1호(1992), 327-359면
- \_\_\_\_\_, "스페인 민주화 과정: 합의의 정치", 『이베로아메리카연구』 제3권(1992), 1-23면
- 송석윤, "정당해산심판의 실체적 요건", 『서울대학교 법학』 제51권 제1호(2010. 3.), 27-65면
- \_\_\_\_\_, "군민공치와 입헌군주제헌법 - 비교헌정사적 연구 - ", 『서울대학교 법학』 제53권 제1호(2012. 3.), 497-527면
- 신우철, "비교헌법동학: 헌법성립과 헌법변경의 비교유형론", 『법학논문집』 (중앙대학교 법학연구소) 제42집 제1호(2018), 43-78면
- 유은정, "위헌적 헌법개정에 대한 사법심사의 가능성", 『법학논총』 (숭실대학교 법학연구소) 제52집(2022. 1.), 117-164면
- 음선필, "체제전환과 헌법재판소 - 남아공과 헝가리의 경험 -", 『홍익법학』 제11권 제2호(2010), 220-253면
- 이병규, "제2공화국 헌법상의 의원내각제", 『공법학연구』 제11권 제2호(2010. 5.), 219-257면
- 이부하·장지연, "비례대표선거제에 있어서 정당명부식과 단기이양식", 『공법학연

- 구』 제13권 제4호(2012), 229~249면
- 이황희, "헌법개정에 대한 위헌심사", 『헌법논총』 제24집(2013), 45-104면
- \_\_\_\_\_, "근대 입헌주의의 고전적 기원들 - 근본법 사상과 규범통제제도를 중심으로 - ", 『헌법학연구』 제21권 제3호(2015. 9.), 447-489면
- 이현수, "국가의 법적 개념 - 프랑스 공법이론상 국가법인설의 수용과 전개", 『행정법연구』 제36호(2013. 7.), 88-113면
- 이효원, "통일헌법의 제정 방법과 국가조직", 『서울대학교 법학』 제55권 제3호(2014. 9.) 31-66면
- 이충목, "체제이행의 정치: 헝가리의 사례연구", 『국제·지역연구』 제9권 제4호(2000. 겨울), 83-112면
- 장원석, "남아프리카공화국 진실화해위원회와 회복적 정의론", 『정치와 평론』 제21집(2017. 12.), 115-143면
- 장윤영, "레옹 뒤기(Léon Duiguit)의 공법 이론에 관한 연구 - 객관주의 행정법을 중심으로", 서울대학교 박사학위논문(2020)
- 전학선, "스페인의 헌법재판제도", 『외법논집』 제34권 제1호(2010. 2.), 37-52면
- 정종섭, "1948년 국회의 법적 성격에 관한 연구", 『서울대학교 법학』 제45권 제2호(2004. 6.), 156-206면
- 조동은, "1962년 헌법제정론과 헌법개정론의 논쟁에 대한 연구", 『법학연구』 (전북대학교 법학연구소) 통권 제49집(2016. 8.), 57-97면
- 최경옥, "일본국헌법의 제정과정과 특징", 『헌법학연구』 제8권 제2호(2002), 373-400면
- 최해성, "스페인 독립전쟁과 자유주의의 태동 - 카디스의회와 1812년 헌법제정을 중심으로 -", 『스페인어문학』 제51권(2009. 6.), 217-232면
- 한동훈, "프랑스 제4공화국의 헌정체제 및 헌정실제", 『헌법학연구』 제16권 제3호(2010. 3.), 409-440면
- 한태연, "제2공화국 헌법", 한태연 외(편), 『한국헌법사(하)』 고려원(1991), 11-112면
- 함재학, "국민주권과 정치신학: 헌법이론의 탈주술화는 요원한가?", 『법철학연

구』 제19권 제2호(2016), 177-206면

황보영조, "스페인 민주화와 아돌포 수아레스의 정치활동", 『역사와 경계』 제61집(2006), 213-242면

허완중, "독일통일과정의 헌법적 문제 - 독일 연방헌법재판소 판례를 중심으로 -", 『헌법재판연구』 제2권 제1호(2015. 6.), 167-199면

헌법재판연구원, "카탈루냐 자치주민의 주권과 자결권 결의의 위헌성", 『세계헌법재판동향』 2015년 제1호, 67-71면

\_\_\_\_\_, "카탈루냐 자치주 의회의 결의에 대한 스페인 헌법재판소의 집행결정", 『세계헌법재판 조사연구보고서』 2020년 제3호, 55-62면

## II. 번역문헌

고프, 휴(주명철 옮김), 『프랑스 혁명의 공포정』 여문책(2021)

괴츨러, 케말(윤정인 옮김), 『헌법개정에 대한 사법심사: 비교연구』 푸블리우스(2020)

피뢰시니, 언드라시(김대순 옮김), 『헝가리 현대정치론 - 전환기의 동유럽정치』 신광문화사(2014)

카너먼, 대니얼(이창신 옮김), 『생각에 관한 생각』 김영사(2012)

뒤베르제, 모리스(문광삼·김수현 옮김), 『프랑스헌법과 정치사상』 해성(2003)

만델라, 넬슨(김대중 옮김), 『자유를 향한 머나먼 길』 두레(2006)

메디슨, 존·해밀턴, 알렉산더·제이, 존(박찬표 옮김), 『페더럴리스트』 후마니타스(2019)

몬하우프트, 하인츠·그림, 디터(송석윤 옮김), 『코젤렉의 개념사 사전 20』 푸른역사(2021)

버크, 에드먼드(이태숙 옮김), 『프랑스 혁명에 관한 성찰』 한길사(2017)

비버, 엔터니(김원중 옮김), 『스페인 내전』 교양인(2009)

소블, 알베르(최갑수 옮김), 『프랑스혁명사(개정판)』 교양인(2018)

슈미트, 칼(김효전 옮김), 『독재론』 법원사(1996)

- \_\_\_\_\_ (김항 옮김), 『정치신학』 그린비(2010)
- 쉐보르스키, 아담(임혁백·윤성학 옮김), 『민주주의와 시장』 한올아카데미(1997)
- 쉐보르스키, 아담 외(김태임·지은주 옮김), 『지속가능한 민주주의』 한올아카데미(2001)
- 시에예스, 엠마누엘-조지프 (박인수 옮김), 『제3신분이란 무엇인가?』 책세상 (2003)
- 아렌트, 한나(홍원표 옮김), 『혁명론』 한길사(2004)
- 알렉시, 로베르트(이준일 옮김), 『법의 개념과 효력』 고려대학교출판부(2007)
- 엘리네크, 게오르그(김효전 옮김), 『일반국가학』 법문사(2005)
- 코헨, 진 L·아라토, 앤드루(박형신·이혜경 옮김), 『시민사회와 정치이론 1, 2』 한길사(2013)
- 크라스테프, 이반, 홈스, 스티븐(이재황 옮김), 『모방시대의 종말』 책과함께 (2020)
- 파스키노, 파스쿠알레 "엠마누엘 시에예스와 카를 슈미트에 있어서의 '헌법제정권력'론", 크라비치, 헬무트 외(김효전 편역), 『반대물의 복합체』 산지니 (2014), 271-296면
- 파울리, 발터(김효전 옮김), "파울 라반트(1838-1918) 학문으로서의 국법학", 『헌법학연구』 제26권 제1호(2020. 3.), 349-384면
- 포터-슈치, 브라이언(안상준 옮김), 『폴란드 근현대사』 오래된생각(2017)
- 폰 바이메, 클라우스(이규영 옮김), 『탈사회주의와 체제전환』 서강대학교 출판부(2000)
- 헬러, 헤르만(홍성방 옮김), 『국가론』 민음사(1997)

### III. 외국문헌

#### 1. 영어문헌

- Ablonczy, Bálint, *Conversations on the Fundamental Law of Hungary*, Elktromédia(2012)

- Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press(1991)
- \_\_\_\_\_, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press(1992)
- \_\_\_\_\_, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, Vol.83 No.4(1997), 771-797면
- \_\_\_\_\_, *We the People: Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press(1998)
- \_\_\_\_\_, “Revolution on a Human Scale”, *Yale Law Journal*, Vol.108 No.8(1999), 2279-2349면
- \_\_\_\_\_, *We the People: The Civil Rights Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press(2014)
- \_\_\_\_\_, *Revolutionary Constitutions - Charismatic Leadership and the Rule of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press(2019)
- \_\_\_\_\_, “The Race Against Time” in Albert, Richard(ed.), *Revolutionary Constitutionalism - Law, Legitimacy, Power*, Hart(2020)
- Albert, Richard, *Constitutional Amendments - Making, Breaking, and Changing Constitutions* -, Oxford University Press(2019)
- Amar, Akhil Reed, “Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V”, *The University of Chicago Law Review*, Vol.55 No.4(1988), 1043-1104면
- \_\_\_\_\_, “The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V”, *Columbia Law Review*, Vol.94 No.2(1994), 457-508면
- \_\_\_\_\_, “A Constitutional Accident Waiting to Happen” in Eskridge Jr., William N. & Levinson, Sanford(eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press(1998), 15-17면
- Arato, Andrew, “The Constitution-Making Endgame in Hungary”, *East European Constitutional Review*, Vol.5 No.4(1996), 31-39면
- \_\_\_\_\_, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Rowman & Littlefield Publishers(2000)

- \_\_\_\_\_, “Interim Imposition”, *Ethics & International Affairs*, Vol.18  
No.3(2004), 25-50면
- \_\_\_\_\_, *Constitution Making Under Occupation*, Columbia University  
Press(2009)
- \_\_\_\_\_, *Post Sovereign Constitution Making - Learning and Legitimacy*,  
Oxford University Press(2016)
- \_\_\_\_\_, *The Adventures of the Constituent Power - Beyond Revolutions?*,  
Cambridge University Press(2017)
- \_\_\_\_\_, “Revolution on a Human Scale: Liberal Values, Populist Theory?” in  
Albert, Richard(ed.), *Revolutionary Constitutionalism - Law, Legitimacy, Power*,  
Hart(2020), 91-114면
- Arato, Andrew & Miklósi, Zoltán, “Constitution-Making and Transitional Politics in  
Hungary” in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*,  
United States Institute of Peace Press(2010), 350-390면
- Arendt, Hannah, *On Revolution*, Penguin Books(1963, 2006)
- Asgeirsson, Hrafn, *The Nature and Value of Vagueness in the Law*, Hart(2020)
- Ash, Timothy Garton, *The Magic Lantern - The Revolution of '89*, Atlantic  
Books(2019, 1<sup>st</sup> ed. 1990)
- Asmal, Kader, “Constitutional Courts - a Comparative Survey”, *The Comparative and  
International Law Journal of Southern Africa*, Vol.24 No.3(1991), 315-340면
- Barak, Aharon, “Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review*,  
Vol.44 No.3(2011), 321-341면
- Barber, James, “White South Africa - Into the Political Unknown“, *The World  
Today*(Dec. 1983), 490-499면
- Barker, Philip & Lorman, Thomas, “Introduction” in Hörscher, Ferenc & Lorman,  
Thomas(eds.), *A History of the Hungarian Constitution*, Bloomsbury  
Academic(2019), 1-28면
- Bernal, Carlos, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of

- Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.11 No.2(2013), 339-357면
- Beyme, Klaus von, *Transition to Democracy in Eastern Europe*, S. Martin’s Press(1996)
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press(1962, 2<sup>nd</sup> ed.1986)
- Blokker, Paul, “Post-Communist Modernization, Transition Studies, and Diversity in Europe”, *European Journal of Social Theory*, Vol.8 No.4, 503-525면
- Bonime-Blanc, Andrea, *Spain's Transition to Democracy: The Politics of Constitution-making*, Westview Press(1987)
- Bozóki, András, “Hungarian transition in a comparative perspective” in Bozóki, András, Körösenyi, András & Schöpflin, George(eds.), *Post-Communist Transition: Emerging Pluralism in Hungary*, Bloomsbury Academic(2016, 1st ed. 1992), 163-191면
- \_\_\_\_\_ (ed.), *The Roundtable Talks of 1989 - The Genesis of Hungarian Democracy*, Central University Press(2002)
- Brynard, Dirk J., “The Citizen and the State: Implications of the Interim Constitution of South Africa”, *Journal of Theoretical Politics*, Vol.7 No.4(1995), 511-516면
- Budlender, Geoff, “Law and Lawlessness in South Africa”, *South African Journal of Human Rights*, Vol.4 No.2(1988), 139-152면
- Caldwell, Peter C., *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law - The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press(1997)
- Carr, Raymond & Pablo Fusi, Juan., *Spain: Dictatorship to Democracy(2.ed)*, George Allen & Unwin Ltd(1981)
- Carrillo, Santiago, "The Consensus-building Role of the Spanish Communist Party" in Threlfall, Monica(ed.), *Consensus Politics in Spain - Insider Perspectives*,



- Intellect(2000), 53-60면
- Chaskalson, Mathew & Davis, Dennis, “Case and Comments: Constitutionalism, the Rule of Law, and the First Certification Judgment: Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly in Re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4) SA 744(CC)”, *South African Journal on Human Rights*, Vol.13 No.3(1997), 430-445면
- Choudhry, Sujit, “‘He had a mandate’; The South African Constitutional Court and the African National Congress in a Dominant Party Democracy”, *Constitutional Court Review*, Vol.2(2009), 1-86면
- Cockrell, Alfred, “Rainbow Jurisprudence”, *South African Journal on Human Rights*, Vol.12 No.1(1996), 1-38면
- Colomer, Joseph M., *Game Theory and the Transition to Democracy*, Edward Elgar(1995)
- Colón-Ríos, Joel, *Weak Constitutionalism – Democratic legitimacy and the question of constituent power*, Routledge(2012)
- \_\_\_\_\_, “Five conceptions of constituent power”, *Law Quarterly Review*, Vo.130(2014), 306-336면
- \_\_\_\_\_, “Multi-Stage Constitution-Making: From South Africa to Chile?” in Dixon, Rosalind & Roux, Theunis(eds.), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments – A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution’s Local and International Influence*, Cambridge University Press(2018), 294-311면
- \_\_\_\_\_, *Constituent Power and the Law*, Oxford University Press(2020)
- Corder, Hugh, “Towards a South African Constitution”, *The Modern Law Review*, Vol.57 No.4(1994), 491-533면
- \_\_\_\_\_, “The Republic of South Africa” in Oliver, Dawn & Fusaro, Carlo(eds.) *How Constitutions Change*, Hart(2011), 261-279면
- Cornell, Drucilla, Wolman, Stu, Fuller, Sam, Brickhill, Jason, Bishop, Michael &

- Dunbar, Diana(eds.), *The Dignity Jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa Vol. I, II*, Fordham University Press(2013)
- Couso, Javier, “Chile’s ‘Procedurally Regulated’ Constitution-Making Process”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol.13(2021), 235-251면
- Craig, Paul, “Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy” in Shaffer, Gregory, Ginsburg, Tom & Halliday, Terence C.(eds.), *Constitution-Making and Transnational Legal Order*, Cambridge University Press(2019), 156-187면
- Crais, Clifton & McClendon, Thomas V.(eds.), *The South Africa Reader - History, Culture, Politics*, Duke University Press(2014)
- Dahrendorf, Ralf, “Transitions: Politics, Economics, and Liberty”, *The Washington Quarterly*, Vol.13 No.3(1990), 133-142면
- Dann, Philipp & Al-Ali, Zaid, “The Internationalized Pouvoir Constituant - Constitution-Making Under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.10(2006), 423-463면
- Davenport, T.R.H., *The Birth of New South Africa*, University of Toronto Press(1998)
- Dellinger, Walter E., “The Recurring Question of the “Limited” Constitutional Convention”, *The Yale Law Journal*, Vol.88 No.8(1979), 1623-1640면
- Devenish, GE, “The Republican Constitution of 1961 Revisited: A Re-evaluation after Fifty Years”, *Fundamina*, Vol.18 No.1(2012), 1-14면
- Dixon, Rosalind & Ginsburg, Tom, “Deciding not to decide: Deferral in constitutional design”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.9 No.3-4(2011), 636-672면
- Dodd, W.F., “The First State Constitutional Conventions, 1776-1783”, *The American Political Science Review*, Vol.2 No.4(1908), 545-561면
- Du Plessis, Max, “Between Apology and Utopia - The Constitutional Court and Public Opinion”, *South African Journal on Human Rights*, Vol.18 No.1(2002), 1-40면

- Du Toit, Pierre & Heymans, Chris, “The 1983 Constitution of South Africa – Towards Democracy or Not?“, *December*, Vol.12 No.2(1985), 79-85면
- Duke, George, “Inherent Constraints on Constituent Power”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.40 No.4(2020), 795-818면
- Dyzenhaus, David, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, Oxford University Press(2010, 1<sup>st</sup>ed. 1992)
- \_\_\_\_\_, “The Politics of the Question of Constituent Power” in Loughlin, Martin & Walter, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism – Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press(2007), 129-146면
- \_\_\_\_\_, "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power", *Global Constitutionalism*, Vol.1 No.2(2012), 229-260면
- Ebrahim, Hassen, *The Soul of a Nation*, Oxford University Press(1998)
- Ebrahim, Hassen & Miller, Laurel E., “Creating the Birth Certificate of a New South Africa – Constitution Making after Apartheid” in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 111-157면
- Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom & Melton, James, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press(2009)
- Ellman, Stephen J., *In a Time of Trouble – Law and Liberty in South Africa’s State of Emergency*, Oxford University Press(1992)
- Elster, Jon, "Constitutional Bootstrapping in Philadelphia and Paris" in Rosenfeld, Michel(ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, Duke University Press(1994), 57-84면
- \_\_\_\_\_, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, Vol.45, No.2(1995), 364-396면
- \_\_\_\_\_, *The Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge University Press(2000)
- \_\_\_\_\_, “Legislatures as Constituent Assemblies” in Bauman, Richard W. &

- Kahana, Tsvi(eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge University Press(2006), 181-197면
- \_\_\_\_\_, “Clearing and Strengthening the Channels of Constitution Making” in Ginsburg, Tom(ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press(2012), 15-30면
- \_\_\_\_\_, “The Optimal Design of a Constituent Assembly” in Landemore, Hélène & Elster, Jon(eds.), *Collective Wisdom – Principles and Mechanisms* -, Cambridge University Press(2012), 148-172면
- Elvira, Ascensión, "Spain" in Oliver, Dawn & Fusaro, Carlo(eds.), *How Constitutions Change*, Hart(2011), 281-302면
- Fekete, Balázs, “Law I of 1946 and Law XX of 1949 : Continuity or Discontinuity in Traditional Hungarian Constitutionalism?” in Hörscher, Ferenc & Loram, Thomas(eds.), *A History of the Hungarian Constitution*, Bloomsbury Academic(2019), 184-210면
- Feldman, Noah, “Imposed Constitutionalism”, *Connecticut Law Review*, Vol.37(2005), 857-889면
- Ferrerer Comella, Victor, *The Constitution of Spain - A Contextual Analysis*, Hart(2013)
- Finnis, John, “Revolutions and Continuity of Law”, in Finnis, John, *Philosophy of Law Collected Essays: Volume IV*, Oxford University Press(2011), 407-435면
- Fournier, Théo, *The Constitutional Legitimation of Authoritarian Regimes – A Comparative Analysis of Apartheid South Africa and Communist Hungary* (2020). *EUI Department of Law Research Paper*, No. 2020/03(available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3584434>)
- Fowkes, James, “Choosing to Have Had a Revolution – Lessons from South Africa’s Undecided Constitutionalism” in Albert, Richard(ed.), *Revolutionary Constitutionalism – Law, Legitimacy, Power*, Hart(2020), 355-376면
- García, Alexandra, “Transitional (In)Justice: An Exploration of Blanket Amnesties and

- the Remaining Controversies Around the Spanish Transition to Democracy”,  
*International Journal of Legal Information*, Vol.43 No.2-3(2015), 75-135면
- Garcia Soto, Carlos, Angel Martinez Meucci, Miguel & Sanchez Urribarri, Raul,  
“Winds of Change: Comparing the Early Phases of Constitutional  
Redrafting in Chile and Venezuela”, *Hague Journal on the Rule of Law*,  
Vol.13(2021), 315-334면
- Garlicki, Lech & Garlicka, Zofia A., “Constitution Making, Peace Building, and  
National Reconciliation: The Experience of Poland” in Miller, Laurel E.(ed.),  
*Framing the State in Times of Transition – Case Studies in Constitution  
Making*, United States Institute of Peace(2010), 350-390면
- Gevisser, Mark, *A Legacy of Liberation – Thabo Mbeki and the Future of the South  
African Dream*, Palgrave Macmillan(2009)
- Gloppen, Siri, *South Africa: The Battle over the Constitution*, Routledge(2018, 1st ed.  
1997)
- Go, Julian, "A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945-2000",  
*International Sociology*, Vol.18, No.1(2003), 71-95면
- Goss, Caitlin, “Interim Constitutions and the Invisible Constitution” in Dixon, Rosalind  
& Stone, Adrienne(eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*,  
Cambridge University Press(2018), 167-190면
- Graber, Mark, “Unnecessary and Unintelligible” in Eskridge Jr., William N. &  
Levinson, Sanford(eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New  
York University Press(1998), 35-39면
- Granat, Miroslaw & Granat, Katarzyna, *The Constitution of Poland –A Contextual  
Analysis-*, Hart(2019)
- Grimm, Dieter, “The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed  
World” in Dobner, Petra & Loughlin, Martin, *The Twilight of  
Constitutionalism?*, Oxford University Press(2010), 3-22면

- \_\_\_\_\_ (Cooper, Belinda trans.), *Sovereignty*, Columbia University Press(2015)
- \_\_\_\_\_ “The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution”,  
*Constitutionalism – Past, Present, and Future*, Oxford University Press(2016),  
3-37면
- \_\_\_\_\_, “Constituent Power and Limits of Constitutional Amendments”,  
*Nomos*, Vol.2016-2(2016), 1-8면
- Habermas, Jürgen(trans. Cronin, Ciaran), *The Inclusion of the Other – Studies in  
Political Theory*, The MIT Press(1998)
- \_\_\_\_\_ (trans. Rehg, William), “Constitutional Democracy – A  
Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, *Political Theory*, Vol.29  
No.6(2001), 766-781면
- Halmi, Gábor, “The Constitutional Court” in Király, Béla K.(ed.), *Lawful Revolution  
in Hungary*, Atlantic Research and Publications(1995), 243-255면
- \_\_\_\_\_, “The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of  
Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court” in Sadurski,  
Wojciech(ed.), *Constitutional Justice, East and West – Democratic Legitimacy  
and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative  
Perspective*, Kluwer International(2002), 189-211면
- \_\_\_\_\_, “The Unmaking of the Hungarian Constitutionalism?” in Sajó,  
András(ed.), *Out of and into Authoritarian Law*, Kluwer Law  
International(2002), 257-264면
- \_\_\_\_\_, “The Transformation of Hungarian Constitutional Law from 1985 to  
2005” in Jakab, András et al(ed.), *The Transformation of Hungarian Legal  
Order 1985-2005*, Kluwer Law International(2007), 1-18면
- \_\_\_\_\_, “A Coup Against Constitutional Democracy – The Case of Hungary”  
in Graber, Mark A., Levinson, Sanford & Tushnet, Mark(eds.), *Constitutional  
Democracy in Crisis?*, Oxford University Press(2018), 243-256면

- \_\_\_\_\_, “Silence of transitional constitutions: ‘The invisible constitution’ concept of the Hungarian Constitutional Court”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.16 No.3(2018), 969-984면
- Halmi, Gábor & Scheppele, Kim Lane, “Living Well is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past“ in McAdams, A. James(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press(1997), 155-184면
- Harris, J.W., “When and Why Does the Grundnorm Change?”, *Cambridge Law Journal*, Vol.29 No.1(1971), 103-133면
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law(3rd ed.)*, Oxford University Press(2012, 1<sup>st</sup> ed. 1961)
- Hasebe, Yasuo, "On the dispensability of the concept of constituent power", *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol.3, No.1(2009), 39-51면
- Hegel G.W.F., *The Philosophy of Mind*(1830) [Public Domain, Kindle Edition]
- Hibbin, John R. & Patterson, Samuel C., “A Democratic Legislature in the Making - The Historic Hungarian Elections of 1990”, *Comparative Political Studies*, Vol. 24 No.4(1992), 430-454면
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy - The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press(2004)
- \_\_\_\_\_, *Comparative Matters - The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press(2014)
- Hoar, Roger, *Constitutional Conventions - Their Nature, Powers, and Limitations*, Little, Brown, and Company(1919)
- Holmes, Stephen & Sunstein, Cass R., “The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe” in Levinson, Sanford(ed.), *Responding to Imperfection - The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press(1995), 275-306면
- Howard, A.E. Dick, & Brezezinski, Mark F., “Development of Constitutionalism” in

- Staar, Richard F.(ed.), *Transition to Democracy in Poland*, St. Martin's Press(1998), 133-162면
- Huntington, Samuel P., *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press(1991)
- \_\_\_\_\_, "How Countries Democratize", *Political Science Quarterly*, Vol.124 No.1(2009), 31-70면
- Jackson, Vicki C., "What's in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making", *William and Mary Law Review*, Vol.49(2008), 1249-1305면
- Jacobsohn, Gary Jeffrey & Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, Yale University Press(2020)
- Jameson, John Alexander, *The Constitutional Convention: Its History, Powers, and Modes of Proceeding(4th ed.)*, Callaghan and Company(1887, 1<sup>st</sup>ed. 1867, The Lawbook Exchange Ltd. Reprint 2013)
- Jameson, J. Franklin, "The Early Political Uses of the Word Convention", *The American Historical Review*, Vol.3 No.3(1898), 477-487면
- Jaume, Lucien, "Constituent Power in France: The Revolution and its Consequences" in Loughlin, Martin, Walker, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press(2007), 67-85면
- Jefferson, Thomas, *The Papers of Thomas Jefferson Vol.15*, Princeton University Press(1958)
- Kalyvas, Andreas, "Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power", *Constellations*, Vol.12 No.2(2005), 223-244면
- Karl, Terry Lynn & C. Schmitter, Philippe C., "Modes of transition in Latin America, Southern and Eastern Europe", *International Social Science Journal*, Vol.128(1991), 269-284면
- Kaufmann, Rodrigo, "Constituent Process and Constituent Power: Keeping Chile's



- Political Space Open”, *Verfassungsblog*(2021/6/25) (at <https://verfassungsblog.de/constituent-process-and-constituent-power/> 최종검색일 2022. 5. 5.)
- Kay, Richard S., “The Illegality of the Constitution”, *Constitutional Commentary*, Vol.4 No.1(1987), 57-80면
- \_\_\_\_\_, “Runaway Convention? Letting ‘We the People’ Speak”, *New Leader*, Vol.70 No.10(1987), 8-10면
- \_\_\_\_\_, “Constituent Authority”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol.59 No.3(2011), 715-761면
- Kelly, Duncan, “Egon Zweig and the Intellectual History of Constituent Power”, in Grotke, Kelly L., Prutsch, Markus J.(ed.), *Constitutionalism, Legitimacy, and Power - Nineteenth-Century Experiences*, Oxford University Press(2014), 332-350면
- \_\_\_\_\_, “Carl Schmitt’s Political Theory of Dictatorship” in Meierhenrich, Jens & Simons, Oliver(eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press(2016), 217-268면
- Kelsen, Hans(trans. Wedberg, Anders), *General Theory of Law and State*, Harvard University Press(1945)
- Kelsen, Hans(trans. Knight, Max), *Pure Theory of Law*, University of California Press(1967)
- Kis, János, “Between Reform and Revolution”, *East European Politics and Societies*, Vol.12 No.2(1998), 300-383면
- \_\_\_\_\_, “Introduction: From the 1989 Constitution to the 2011 Fundamental Law” in Tóth, Gábor Attila(ed.), *Constitution for a Disunited Nation*, Central European University Press(2012), 1-21면
- Klarman, Michael, *The Framers’ Coup: The Making of the United States Constitution*, Oxford University Press(2016)
- Klein, Claude, “Eternal Constitution – Contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt”, in

- Diner, Dan & Stolleis, Michael(eds.) *Hans Kelsen and Carl Schmitt : A Juxtaposition*, Bleicher Verlag(1999), 61-70면
- Klein, Claude & Sajó, András "Constitution-Making: Process and Substance" in Rosenfeld, Michel and Sajó, András(eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press(2012), 419-441면
- Klingsberg, Ethan, "Judicial Review and Hungary's Transition from Communism to Democracy: The Constitutional Court, the Continuity of Law, and the Redefinition of Property Rights", *Brigham Young University Law Review*, Vol.41(1992), 41-144면
- Klug, Heinz, *The Constitution of South Africa - A Contextual Analysis*, Hart(2010)
- Kornai, János, "Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy", *Journal of Democracy*, Vol.26 No.3(2015), 34-48면
- Körösényi, András, *Government and Politics in Hungary*, Central European University Press(1999)
- Krastev, Ivan & Holmes, Stephen, *The Light that Failed - Why the West is Losing the Fight for Democracy*, Pegasus Books(2019)
- Krishnaswamy, Sudhir, *Democracy and Constitutionalism in India - A Study of the Basic Structure Doctrine*, Oxford University Press(2009)
- Kubben, Raymond, "L'Abbé Sieyès Champion of National Representation, Father of Constitutions" in Galligan, D.J.(ed.), *Constitutions and the Classics - Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford University Press(2014), 290-311면
- Kukorelli, István, "The Presidency", in Király, Béla K.(ed.), *Lawful Revolution in Hungary*, Atlantic Research and Publications(1995), 195-215면
- Lacche, Luigi, "Granted Constitutions. The Theory of *octroi* and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution", *European Constitutional Law Review*, Vol.9 No.2(2013), 285-314면
- Landau, David, "Constitution-Making Gone Wrong", *Alabama Law Review*, Vol.64

- No.5(2013), 923-980면
- \_\_\_\_\_, “Abusive Constitutionalism”, *University of California, Davis Law Review*, Vol.47 No.1(2013), 189-260면
- Landau, David & Dixon, Rosalind, “Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy“, *University of California, Davis Law Review*, Vol.53 No.3(2020), 1313-1387면
- Law, David S. & Whalen, Ryan, “Constitutional Amendment versus Constitutional Replacement” in Contiades, Xenophon & Fotiadou, Alkmene(eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge(2021), 74-100면
- Lawson, George(Condren, Conal ed.), *Politica Sacra et Civilis*[1660], Cambridge University Press(1992)
- Leibholz, Gerhard, “The Federal Constitutional Court in Germany and the ‘Southwest case’”, *The American Political Science Review*, Vol.46 No.3(1952), 723-731면
- Lendvai, Paul, *Orban - Europe’s New Strongman*, Hurst & Company(2017)
- Lenowitz, Jeffrey, “Why ratification? Constituent power & the unexamined procedure” in Cayla, Olivier & Pasquino, Pasquale(dir.), *Le pouvoir constituant et l’Europe*, Dalloz(2011), 9-38면
- Linz, Juan J. & Stepan, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation - Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, The Johns Hopkins University Press(1996)
- López Bofill, Hèctor, *Law, Violence and Constituent Power - The Law, Politics and History of Constitution Making* -, Routledge(2021)
- López Guerra, Luis, "The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe", *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1937-1951면
- Loughlin, Martin, “Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice” in Loughlin, Martin, Walker, Neil(eds.), *The Paradox of Constitutionalism - Constituent Power and*

- Constitutional Form*, Oxford University Press(2007)
- Ludwikowski, Rett R., *Constitution-Making in the Region of Former Soviet Dominance*, Duke University Press(1996)
- McAdams, A. James(ed.), *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, University of Notre Dame Press(1997)
- Madison, James, Hamilton, Alexander & Jay, John, *The Federalist Papers*, Penguin Books(1987)
- Maddox, Graham, “Constitution” in Ball Terence, Farr, James & Hanson, Russel L.(eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge University Press(1989), 50-67면
- Maluwa, Tiyanjana(ed.), *Law, Politics and Rights: Essays in Memory of Kader Asmal*, Martinus Nijhoff(2013)
- Maravall, José, *The Transition to Democracy in Spain*, Croom Helm St. Martin's Press(1982)
- Masterman, Roger & Schütze, Robert(eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press(2019)
- Medhurst, Kenneth, "Spain's Evolutionary Pathway from Dictatorship to Democracy", *Western European Politics*, Vol.7 No.2(1994), 30-49면
- Mehring, Reinhard(trans. Steuer, Daniel), *Carl Schmitt - A Biography*, Polity(2014)
- Mendez, Fernando & Wheatley, Jonathan, “The Constitution-Making Process: An Analytical Framework” in Mendez, Fernando & Wheatley, Jonathan(eds.), *Patterns of Constitutional Design*, Routledge(2016, 1<sup>st</sup> ed. 2013), 7-20면
- \_\_\_\_\_, “Patterns of Constitution-Making over Time and Space” in Mendez, Fernando & Wheatley, Jonathan(eds.), *Patterns of Constitutional Design*, Routledge(2016, 1<sup>st</sup> ed. 2013), 21-47면
- Michnik, Adam(trans. Latynski, Maya), *Letters from Prison and Other Essays*, University of California Press(1985)
- Morrow, Jonathan, “Deconstituting Mesopotamia: Cutting a Deal on the

- Regionalization of Iraq”, in Miller, Laurel E.(ed.), *Framing the State in Times of Transition*, United States Institute of Peace Press(2010), 563-598면
- Negretto, Gabriel L., “Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America”, *Law & Society Review*, Vol.46 No.4(2012), 749-779면
- \_\_\_\_\_, “Democratic constitution-making bodies: The perils of a partisan convention”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.16 No.1(2018), 254-279면
- O’Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. & Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Southern Europe*, The Johns Hopkins University Press(1986)
- O’Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. & Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Latin America*, The Johns Hopkins University Press(1986)
- O’Donnell, Guillermo, Schmitter, Philippe C. & Whitehead, Laurence(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Comparative Perspectives*, The Johns Hopkins University Press(1986)
- O’Donnell, Guillermo & Schmitter, Philippe C.(eds.), *Transitions from Authoritarian Rule - Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, The Johns Hopkins University Press(1986)
- O’Malley, Kierin, “The 1993 Constitution of the Republic of South Africa - The Constitutional Court”, *Journal of Theoretical Politics*, Vol.8 No.2(1996), 177-191면
- Osorio, Francisco, “Indigenous Peoples and the Chilean Constituent Assembly, *International Journal of Constitutional Law Blog*(May 18, 2021) (at <http://www.iconnectblog.com/2021/05/indigenous-peoples-and-the-chilean-constituent-assembly/> 최종검색일 2022. 5. 5.)

- Paczolay, Péter, “Judicial Review of the Compensation Law in Hungary”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.13 No.4(1992), 806-831면
- \_\_\_\_\_, “The New Hungarian Constitutional State” in Howard, A. E. Dick, (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*, The Woodrow Wilson Center Press(1993), 21-55면
- \_\_\_\_\_, “Constitutional Transition and Legal Continuity”, *Conneticut Law Review*, Vol.8 No.2(1993), 559-574면
- Paine, Thomas, “Rights of Man” in Kimpell, Jessica(ed.), *Peter Linbaugh presents Thomas Paine*, Verso(2009), 61-293면
- Pap, András L., *Democratic Decline in Hungary – Law and Society in an Illiberal Democracy*, Routledge(2018)
- Parlett, William, “The American tradition of constituent power”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.15 No.4(2017), 955-987면
- Peces-Barba, Gregorio, "The Constitutional Consensus and the Basque Challenge" in Threlfall, Monica(ed), *Consensus Politics in Spain Insider Perspectives*, Intellect(2000), 61-76면
- Pfersmann, Otto, “Unconstitutional constitutional amendments: a normativist approach”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vol.67 No.1(2012), 81-113면
- Preuss, Ulrich K.(trans. Schneider, Deborah), *Constitutional Revolution – The Link between Constitutionalism and Progress*, Humanities Press(1995)
- Prieto, Marcela & Verdugo, Sergio, “How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions“, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol.13(2021), 265-293면
- Ramón Arango, E., *Spain Democracy Regained(2.ed.)*, Westview Press(1995)
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford University Press(1970)
- \_\_\_\_\_, *Between Authority and Interpretation - On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press(2009)
- \_\_\_\_\_, “The Sources of Law” in Raz, Joseph, *The Authority of Law(2nd ed.)*,

- Oxford University Press(2009), 37-52면
- \_\_\_\_\_, “The Identity of Legal Systems” in Raz, Joseph, *The Authority of Law*(2nd ed.), Oxford University Press(2009), 78-102면
- \_\_\_\_\_, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm” in Raz, Joseph, *The Authority of Law*(2nd ed.), Oxford University Press(2009), 122-145면
- Rickard, Carmel, “The Certification of the Constitution of South Africa” in Andrews, Penelope & Ellmann, Stephen(eds.), *The Post-Apartheid Constitutions*, Witwatersrand University Press(2001), 224-301면
- Roca Junyent, Miquel, "To Reform or not to Reform the Constitution? A Catalan view" in Threlfall, Monica(ed), *Consensus Politics in Spain Insider Perspectives*, Intellect(2000), 77-99면
- Rosenfeld, Michel, "Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections inspired by the Spanish Example", *Cardozo Law Review*, Vol.19(1998), 1891- 1920면
- Rosenfeld, Michel et al, “Peaceful Transitions to Constitutional Democracy: Transcript of the Proceedings”, *Cardozo Law Review*, Vol.19 No.6(1998), 1953-1985면
- Rosenfeld, Michel, *The Identity of Constitutional Subject – Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Routledge(2010)
- Rosenfeld, Michel & Sajó, András(eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press(2012)
- Roux, Theunis, *The Politics of Principle – The First South African Constitutional Court, 1995-2005*, Cambridge University Press(2013)
- \_\_\_\_\_, “Constitutional Courts as Democratic Consolidators: Insights from South Africa after 20 Years”, *Journal of South African Studies*, Vol.42 No.1(2016), 5-18면
- Roznai, Yaniv, “Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers”, Dissertation: London School of Economics and Political Science(2014)

- \_\_\_\_\_, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press(2017)
- Rubinelli, Lucia, *Constituent Power – A History*, Cambridge University Press(2020)
- Rubio Llorente, Francisco, "The Writing of the Constitution of Spain" in Goldwin, Roberts A. & Kaufman, Art(eds.), *Constitution Makers on Constitution Making*, American Enterprise Institute for Public Policy Research(1988), 239-287면
- Rustow, Dankwart A., "Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model", *Comparative Politics*, Vol.2 No.3(1970), 336-363면
- Sadurski, Wojciech, "Transitional Constitutionalism: Simplistic and Fancy Theories" in Czarnota, Adam, Krygier, Martin & Sadurski, Wojciech(eds.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press(2005), 9-24면
- Sájo, András, "New Legalism in East Central Europe: Law as an Instrument of Social Transformation", *Journal of Law and Society*, Vol.17 No.3(1990), 329-344면
- \_\_\_\_\_, "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol.15 No.2(1995), 253-267면
- \_\_\_\_\_, "The Roundtable Talks in Hungary" in Elster, Jon(ed.), *The Roundtabletalks and the Breakdown of Communism*, The Chicago University Press(1996), 69-98면
- Sanchez Gonzalez, Santiago, "Emergent New Democracies: The Case of Spain", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol.1 No.1(1992), 267-283면
- Sánchez-Navarro, Angel José, "The Political Transition of the Francoist Cortes, Toward the Law for Political Reform(1975-1976)", *International Journal of Political Economy*, Vol.20, No.2(1990), 8-27면
- Saunders, Cheryl, "International involvement in constitution making" in Laundau, David & Lerner, Hannah(eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar(2019), 69-89면
- Scheppele, Kim Lane, "Understanding Hungary's Constitutional Revolution" in



- Bogdandy, Armin von & Sonnevend, Pál(eds.), *Constitutional Crisis in Hungary and Romania*, Hart(2015), 111-124면
- \_\_\_\_\_, “Unconstitutional Constituent Power” in Smith, Rogers M. & Beeman, Richard R.(eds.), *Modern Constitutions*, University of Pennsylvania Press(2020), 154-206면
- Schiemann, John W., “Explaining Hungary’s powerful Constitutional Court: a bargaining approach”, *European Journal of Sociology*, Vol.42 No.2(2001), 357-390면
- Schwartz, Herman, “The New East European Constitutional Courts”, *Michigan Journal of International Law*, Vol.13 No.4(1992), 741-785면
- Sebestyen, Victor, *Twelve Days - The Story of the 1956 Hungarian Revolution*, Vintage Books(2007)
- Sewell, Jr, William H., *A Rhetoric of Bourgeois Revolution - The Abbé Sieyès and What Is The Third Estate?*, Duke University Press(1994)
- Share, Donald, "The Franquist Regime and the Dilemma of Succession", *The Review of Politics*, Vol.48, No.4(1986), 549-575면
- \_\_\_\_\_, “Transitions to Democracy and Transition through Transaction”, *Comparative Political Studies*, Vol.19 No.4(1987), 525-548면
- Sisk, Timothy D., *Democratization in South Africa - The Elusive Social Contract*, Princeton University Press(1995)
- Sólyom, László & Brunner, Georg, *Constitutional Judiciary in a New Democracy - The Hungarian Constitutional Court*, The University of Michigan Press(2000)
- \_\_\_\_\_, “The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy” in Amir Arjomand, Saïd(ed.), *Constitutionalism and Political Reconstruction*, Koninklijke Brill(2007), 285-314면
- \_\_\_\_\_, “Revolution by Law: Peaceful Transition to Democracy in Hungary”, *Yonsei Law Journal*, Vol.1 No.1(2010), 1-10면
- \_\_\_\_\_, “The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary” in

- Bogdandy, Armin von & Sonnevend, Pál(eds.), *Constitutional Crisis in Hungary and Romania*, Hart(2015), 5-31면
- Song, H. Rosi, *Lost in Transition: Constructing Memory in Contemporary Spain*, Liverpool Univerisity Press(2016)
- Sonenscher, Michael(ed./trans.), *Sieyès - Political Writings*, Hackett(2003)
- Sonnevend, Pál, Jakab András & Csink, Lóránt, “The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary” in Bogdandy, Armin von & Sonnevend, Pál(eds.), *Constitutional Crisis in Hungary and Romania*, Hart(2015), 33-109면
- Spagnolo, Benjamin, *The Continuity of Legal Systems in Theory and Practice*, Hart(2015)
- Sparks, Allister, *Tomorrow is Another Country*, The University of Chicago Press(1996)
- Spitz, Richard & Chaskalson, Matthew, *The Politics of Transition - A Hidden History of South Africa's Negotiated Settlement*, Witwatersrand University Press(2000)
- Spuller, Gábor, “Transformation of the Hungarian Constitutional Court: Tradition, Revolution, and (European) Prospects”, *German Law Journal*, Vol.15 No.4(2014), 637-692면
- Stacey, Richard, “Popular Sovereignty and Revolutionary Constitution-Making” in Dyzenhaus, David & Thorburn, Malcolm(eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press(2016), 161-178면
- Stourzh, Gerald, “Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century” in Ball, Terence & Pocock, J.G.A.(eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas(1998), 35-54면
- Sunstein, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford University Press(2001)
- \_\_\_\_\_, *Laws of Fear - Beyond the Precautionary Principle* -, Cambridge University Press(2005)

- Szabó, István, “Law I of 1920 and the Historical Constitution”, in Hörscher, Ferenc & Loram, Thomas(eds.), *A History of the Hungarian Constitution*, Bloomsbury Academic(2019), 160-183면
- Szasz, Paul C., “Creating the Namibian Constitution”, *Verfassung und Recht in Übersee*, Vol.27 No.3(1994), 346-357면
- Szeftel, Morris, “‘Negotiated Elections’ in South Africa, 1994”, *Review of African Political Economy*, Vol.21 No.61(1994), 457-470면
- Teitel, Ruti G., *Transitional Justice*, Oxford University Press(2000)
- \_\_\_\_\_, *Globalizing Transitional Justice - Contemporary Essays*, Oxford University Press(2014)
- Thompson, Leonard, *A History of South Africa(4th ed.)*, Yale University Press(2014)
- Tóka, Gábor, “Parties and their Voters in 1990 and 1994” in Király, Béla K.(ed.), *Lawful Revolution in Hungary*, Atlantic Research and Publications(1995), 131-157면
- Tökés, Rudolf L., *Hungary’s Negotiated Revolution*, Cambridge University Press(1996)
- Tóth, Gábor Attila, “Chief Justice Sólyom and the Paradox of ‘Revolution under the Rule of Law’” in Abeyratne, Rehan(ed.), *Towering Judges: A Comparative Study of Constitutional Judges*, Cambridge University Press(2021), 255-274면
- Tusell, Javier(trans. Clark, Rosemary), *Spain: From Dictatorship to Democracy 1939 to the Present*, Blackwell Publishing(2007)
- Tushnet, Mark, “Amendment theory and constituent power” in Jacobsohn, Gary & Schor, Miguel(eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Edward Elgar(2019), 317-333면
- Varol, Ozan O., “Temporary Constitutions”, *California Law Review*, Vol.102 No.2(2014), 409-464면
- Venter, Francois, “Voluntary infusion of constitutionalism in Anglophone African constitutions” in David & Lerner, Hannah(eds.), *Comparative Constitution Making*, Edward Elgar(2019), 510-538면

- Webb, Hoyt, “The Constitutional Court of South Africa: Right Interpretation and Comparative Constitutional Law”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol.1 No.2(1998), 205-283면
- Wood, Gordon, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, The University of North Carolina Press(1998, 1st ed. 1969)
- Woolman, Stu, *The Selfless Constitution - Experimentalism and Flourishing as Foundations of South Africa’s Basic Law*, NISC(2021)
- Zulueta-Fülscher, Kimana, “Interim Constitutions”, *International Institute for Democracy and Electoral Assistance Policy Paper*(October 2015).  
<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/interim-constitutions-peacekeeping-and-democracy-building-tools.pdf>)

## 2. 독일어문헌

- Anschütz, Gerhard, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*(14. Aufl., 1. Aufl. 1921), Verlag Gehlen(1963)
- Badura, Peter, “Verfassung”, in: Kunst, Hermann, Herzog, Roman & Schneemelcher, Wilhelm(Hrsg.), *Evangelisches Staatslexikon*(2. Aufl.), Kreuz Verlag Stuttgart(1975), 2708-2725면
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Die verfassunggebende Gewalt des Volkes - Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts”, in: ders, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*(3. Aufl.), Suhrkamp(2019), 97-119면
- \_\_\_\_\_, “Gerhard Anschütz”, in: ders, *Recht, Staat, Freiheit(Erweiterte Ausgabe)*, Suhrkamp(2006), 367-378면
- Grimm, Dieter, “Verfassung (II.)”, in: Brunner Otto, Conze, Werner & Koselleck, Reinhard(Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe Band 6*, Klett-Cotta(1990), 863-899면
- \_\_\_\_\_, “Ursprung und Wandel der Verfassung”, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I*, C.F.

- Müller(3.Aufl., 2003), 3-43면
- Heckel, Martin, “Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk”, in:  
Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland VIII*, C.F. Müller(1. Aufl. 1995), 489-555면
- Heese, Hans Friedrich & Böhnke, Thomas H., “Die Neue Übergangsverfassung der  
Republik Südafrika Ende der Apartheid – Aufbruch in die Demokratie”,  
*Verfassung und Recht in Übersee*, Vol.27 No.4(1994), 491-515면
- Heller, Hermann, *Gesammelte Schriften Bd.III(2. Aufl.)*, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck)  
Tübingen(1992)
- Isensee, Josef, “Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146”, in:  
Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland XIII*, C.F. Müller(3.Aufl., 2014), 131-186면
- Kal, Bongkun, “Carl Schmitts Einfluss auf das koreanische Verfassungsleben”, in:  
Quaritsch, Helmut(Hrsg.), *Complexio Oppositorum Über Carl Schmitt*, Duncker &  
Humboldt · Berlin(1988), 503-507면
- Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs Bd.1(1. Aufl.)*, H. Laupp’schen  
Buchhandlung(1876)
- \_\_\_\_\_, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs Bd.2(1. Aufl.)*, H. Laupp’schen  
Buchhandlung(1877)
- Pasquino, Pasquale, “Die Lehre vom pouvoir constituant bei Emmanuel Sieyès und  
Carl Schmitt”, in: Quaritsch, Helmut(Hrsg.), *Complexio Oppositorum Über Carl  
Schmitt*, Duncker & Humboldt · Berlin(1988), 371-385면
- Schmitt, Carl, *Die Diktatur – Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens  
bis zum proletarischen Klassenkampf(4. Aufl.)*, Duncker & Humboldt ·  
Berlin(1978)
- \_\_\_\_\_, *Politische Theologie – Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität(4.  
Aufl.)*, Duncker & Humboldt · Berlin(1985)
- \_\_\_\_\_, *Verfassungslehre(8. Aufl.)*, Duncker & Humboldt · Berlin(1993)

- Schneider, Hans-Peter, “Die verfassunggebende Gewalt”, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland XIII*, C.F. Müller(3. Aufl., 2014), 53-84면
- Steiner, Udo, *Verfassungsgebung und Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Duncker & Humblot · Berlin(1966)
- Thoma, Richard, “Die Funktion der Staatsgewalt”, in: Anschütz, Gerhard & Thoma, Richard(Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. II*, Mohr Siebeck(1998, 1932)
- Winterhoff, Christian, *Verfassung - Verfassungsgebung - Verfassungsänderung*, Mohr Siebeck(2007)
- Württemberg, Thomas, “Die Verfassung der DDR zwischen Revolution und Beitritt”, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VIII*, C.F. Müller(1. Aufl., 1995), 101-130면
- Zweig, Egon, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant - Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck)(1909)

### 3. 프랑스어문헌

- Beaud, Olivier, *La puissance de l'État*, Presses Universitaires de France(1994)
- Bredin, Jean-Denis, Sieyès, *La clé de la Révolution française*, Editions de Fallois(1988)
- Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie de l'État* tome 1[1920], 2[1922], Dalloz(2004)
- \_\_\_\_\_, *La Loi, expression de la volonté générale*, Recueil Sirey(1931)
- Cartier, Emmanuel, “Les petites constitutions”, *Revue française de Droit constitutionnel*, n°71(2007), 513-534면
- Collot, Pierre-Alain, “Difficulté contre-majoritaire et usage impérieux du pouvoir constituant dérivé au regard de la quatrième révision de la Loi fondamentale de

- Hongrie”, *Revue française de Droit constitutionnel*, n°96(2013), 789-812면
- Condorcet, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat marquis de, *Discours sur les conventions nationales : prononcé à l'Assemblée des Amis de la constitution, séante aux Jacobins, le 7 août 1791*, Impr. du Cercle social/Impr. du Cercle social(1791)(<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k85300n.image>)
- Favoreu, Louis et al, *Droit constitutionnel(24e édition)*, Dalloz(2022)
- Guiheux, Gilles, “La théorie générale de l’Etat de Raymond Carré de Malberg”, *Revue juridique de l’Ouest*, n°Spécial(1999), 81-90면
- Hamon, Francis & Troper, Michel, *Droit Constitutionnel(40e. Edition)*, LGDJ(2019)
- Klein, Claude, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France(1996)
- \_\_\_\_\_, “Le pouvoir constituant” in Troper & Chagnollaude(dir.), *Traité international de droit constitutionnel t.3*, Dalloz(2012), 6-31면
- Le Pillouer, Arnaud, *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes – Essai sur le pouvoir instituant*, Dalloz(2005)
- \_\_\_\_\_, “Le pouvoir de révision” in Troper, Michel & Chagnollaude, Dominique(dir.), *Traité international de droit constitutionnel t.3*, Dalloz(2012), 33-65면
- Liet-Veaux, George, “La ‘fraude à la constitution’”, *Revue du droit publique et de la science politique en France et l’étranger*, n°59(1943), 116-150면
- Macherey, Pierre, *Etudes de philosophie «française» - de Sieyès à Barni*, Publication de la Sorbonne(2013), 42-62면
- Maulin, Éric, “Raymond Carré de Malberg, le légiste de la République” in Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie de l’Etat* tome 1[1920], 2[1922], Dalloz(2004), préface
- \_\_\_\_\_, “Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution français”, *Annales historique de la Révolution française*, Vol.328(2002), 5-25면
- \_\_\_\_\_, *La théorie de l’état de Carré de Malberg*, Presses universitaires de

- France(2003)
- Mineur, Didier, *Carré de Malberg – Le positivisme impossible*, Michalon(2010)
- Morabito, Marcel, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours(13e edition)*, LGDJ(2014)
- Oelsner, Konrad Engelbert(attribué à), *Exposé historique des écrits de Sieyès an VIII (Présentation et notes par Pierre-Yves Quivier)* (<https://revolution-francaise.net/2007/05/19/114-expose-historique-ecrits-sieyes>)
- Pasquino, Pasquale, “Constitution et pouvoir constituant: le double corps du peuple” in Quiviger, Pierre-Yves, Denis, Vincent et Salem, Jean(dir.), *Figure du Sieyès*, Publication de la Sorbonne(2008), 13-23면
- Prélot, Marcel, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel(3e ed.)*, Dalloz(1963)
- Schönberger, Christoph, “Penser l’Etat dans l’Empire et la République: Critique et réception de la conception juridique de l’Etat de Laband chez Carré de Malberg” in Beaud, Olivier & Wachsmann, Patrick(dir.), *La Science Juridique Française et La Science Juridique Allemande de 1870 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg(1997), 255-271면
- Sieyès, Emmanuel-Joseph, “Délibération à prendre pour les assembleé de baillage” in Dorigny, Marcel(ed.), *Oeuvres de Sieyès vol.1*, EDHIS(1989), 41면(n°6)
- \_\_\_\_\_, “Séance du 2 themidor”, *Gazette Nationale ou Le Moniteur Universel N°307(Septidi, 7 thermidor, l’an 3 de la République Française une et indivisible)*, 1237면 (available at <https://www.retronews.fr/journal/gazette-nationale-ou-le-moniteur-universel/25-juillet-1795/149/1302935/1> 최종검색일 2022. 5. 17.)
- \_\_\_\_\_, *Qu’est-ce que le Tiers Etat?*, Quadrige/PUF(1982)

#### IV. 기타 자료



1. 신문기사

조선일보 1979. 12. 13.자(조간), "새 헌법 이렇게"

Noble, Kenneth B., "South African Parliament Adopts New Constitution", *New York Times*, Dec. 23, 1993

2. 정부발간자료 및 보고서 등

헌법재판연구원, 『세계헌법재판동향』 2015년 제1호, 67-71면

*Fundamental laws of the State: the Spanish Constitution*, SIE(1967)

Venice Commission Opinion No.614/2011 CDL-AD(2011)001

Venice Commission Opinion No.720/2013 CDL(2013)023)

3. 인터넷자료(최종검색일 2022. 5. 6.)

스페인 헌법재판소

<https://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/Paginas/default.aspx>

헝가리 헌법재판소

<https://hunconcourt.hu/>

남아프리카공화국 헌법재판소

<https://www.concourt.org.za/index.php>

베니스위원회

[https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by\\_opinion.aspx?lang=EN](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by_opinion.aspx?lang=EN)

옥스포드 세계의 헌법

<https://oxcon.ouplaw.com/home/ocw>

[부록 1]

## 정치개혁에 관한 법률

1976년 11월 18일 의회(Cortes) 본회의에서 의결되고 국민에게 문의되어 1976년 12월 15일 국민투표로 비준된 기본법의 지위를 가지는 정치개혁에 관한 법률안은 다음과 같이 규정한다:

### 제1조

- ① 스페인국의 민주주의는 국민의 주권적 의사의 표현인 법의 우위에 기초한다. 개인의 기본권은 불가침이며 모든 국가기관을 기속한다.
- ② 법률을 발의하고 제정할 권한은 의회에 있다. 국왕은 법률을 재가하고 공포한다.

### 제2조

- ① 의회는 하원과 상원으로 구성된다.
- ② 하원의원은 성인 스페인인의 보통·직접·비밀선거로 선출된다.
- ③ 상원의원은 지역단체의 대표로서 선출된다. 국왕은 각 입법기에 대하여 선출직 상원의원의 1/5을 초과하지 않는 범위 내에서 상원의원을 임명할 수 있다.
- ④ 하원의원과 상원의원의 임기는 각 4년으로 한다.
- ⑤ 하원과 상원은 의사규칙을 제정하며 각 그 의장을 선출한다.
- ⑥ 의회 의장과 왕국평의회 의장은 국왕이 임명한다.

### 제3조

- ① 헌법개혁의 발의는 a) 정부, b) 하원이 할 수 있다.
- ② 헌법개혁은 하원과 상원에서 각각 절대다수로 가결되어야 한다. 상원은 먼저 하원이 승인한 법안을 심의하되 상이한 부분은 국민의회 의장이 주재하고 상원 및 하원 의장과 각 원에서 선출된 각 4인의 의원을 포함하는 양원합동위원회에

제출된다. 만일 합동위원회가 합의에 이르지 못하거나 그 합의가 각 원의 승인을 얻지 못하면 양원이 합동 본회의에서 절대다수로 의결된다.

③ 국왕은 헌법개혁에 관한 법률을 재가하기 전에 이를 국민투표에 부의하여야 한다.

#### 제4조

통상적 법률안을 제정함에 있어 상원은 하원이 의결한 법안에 대해서 심의한다. 법안에 대해 상원의 이견이 있는 경우 제3조에 규정된 것과 동일한 방식으로 구성된 양원합동위원회가 이를 심의한다. 양원합동위원회가 합의에 이르지 못하거나 그 합의안이 양의 단순다수의 승인을 받지 못할 경우 정부는 하원에 재적의원 과반수에 따른 최종 결의를 요구할 수 있다.

#### 제5조

국왕은 헌법적 지위를 가지는지와 무관하게 국가적 중요성을 가지는 정치적 선택 사항에 관하여 국민투표에 부의할 수 있으며 국민투표 결과는 모든 국가기관을 기속한다. 만일 국민투표의 대상이 의회의 권한에 관한 것이었음에도 의회가 국민투표의 결과에 따른 적절한 조치를 취하지 않을 경우 의회는 해산되고 새로운 총선이 실시된다.

#### 경과규정

① 정부는 350명의 하원의원과 현(縣, provincia)당 4명, 섬인 현당 추가 1명, 세우타(Ceuta)와 멜리야(Melilla)는 각 2명으로 구성된 상원의원을 선출하여 의회를 구성하기 위한 첫 번째 선거를 관리한다. 상원의원은 각 지역에 거주하는 성인 스페인인의 보편·직접·비밀선거에 의해 선출된다. 하원의원 선거는 다음의 원칙에 기초한 비례대표의 기준에 따라 선출된다. 첫째, 의회구성의 파편화를 방지하기 위해 저지조향을 마련한다. 둘째, 선거구는 최소한의 하원의원을 설정한 도단위로 한다. 상원의원 선거는 다수대표제에 의한다.

② 새로운 의회가 구성되면 첫째, 의회 의장, 상원 및 하원의장, 상·하원 각 4명의 의원으로 구성된 위원회가 의회법 제13조가 부여하는 권한을 행사하고, 둘째, 상·하원은 의회법 제12조가 부여하는 여타 권한을 행사하기 위한 위원회를 각

구성하며, 셋째, 상·하원은 현직 선출직 자문위원의 해임으로 발생한 공석을 채우기 위해 각 5명의 왕국 자문위원을 선출한다.

③ 새 의회가 구성된 후 상·하원이 자신의 의사규칙을 제정하기 전에는 즉시 필요한 수정을 가할 권한의 유보하에 이 법률과 저촉되지 않는 범위 내에서 현행 의회의 규칙들을 적용한다.

최종규정

이 법률은 기본법의 지위를 가진다.

1977년 1월 4일 마드리드에서

[부록 2]

## 남아프리카공화국 과도헌법 별표 4<sup>328)</sup>

I

남아프리카공화국 헌법은 단일한 주권국가, 공통된 남아프리카공화국의 시민권과 남녀 및 모든 인종간의 평등 실현에 헌신하는 정부의 민주적 체제인 단일한 주권 국가를 설립하여야 한다.

II

모든 사람들은 이는 특히 본 헌법[과도헌법] 제3장에 포함된 기본권에 대한 합당한 숙고를 거쳐 기초된 개정이 어렵고 소구가 가능한 헌법규정으로 명시되고 보호되며 보편적으로 받아들여지는 기본적 권리, 자유, 시민적 자유를 향유한다.

III

헌법은 인종, 젠더 및 다른 모든 형태의 차별을 금지해야 하며 인종 및 젠더 평등과 국민통합을 증진해야 한다.

IV

헌법은 최고법이어야 한다. 헌법은 모든 수준의 정부에서 모든 국가기관을 구속해야 한다.

V

법체계는 법앞의 평등과 공평한 법적 절차를 보장해야 한다. 법앞의 평등은 인종, 피부색 또는 젠더를 기초로 부당한 대우를 받아온 이들의 조건을 개선하는 것을 목표로 하는 법률, 프로그램 또는 활동을 포함해야 한다.

VI

입법, 행정, 사법 간에는 책임성, 반응성과 개방성을 보장하는 적절한 견제와 균

---

328) 번역어의 선택에 있어 가급적 국회도서관, 『세계의 헌법(제3판)』(2018), 53면 이하 남아프리카공화국 편에 실린 최종헌법 국역본과 통일성을 기하고자 하였음.

형을 갖춘 권력분립이 있어야 한다.

## VII

사법부는 합당한 자격을 갖춘 이들로 구성되고 독립적이고 불편부당해야 하며 헌법과 모든 기본권을 보장하고 집행할 권한과 재판권을 가져야 한다.

## VIII

다당제 민주주의, 정기적 선거, 보통선거권, 유권자들의 역할 그리고 일반적으로 비례대표제를 포함하는 대표정부가 설립되어야 한다.

## IX

개방적이고 책임성 있는 행정이 모든 수준의 정부에서 이루어질 수 있도록 정보의 자유에 관한 규정이 마련되어야 한다.

## X

모든 수준의 정부 입법기관에서 형식적 입법절차가 준수되어야 한다.

## XI

언어와 문화의 다양성은 인정되고 보호되어야 하고, 그 증진의 조건이 제고되어야 한다.

## XII

언어, 문화, 종교단체 등 시민사회의 기관들의 형성, 가입, 유지에 관한 집단적 자기결정권은 차별금지과 자유로운 결사에 기초하여 인정되고 보호되어야 한다.

## XIII

헌법은 원주민의 법에 따른 전통적 리더쉽에 관한 제도, 지위, 역할을 인정하고 보호한다. 원주민의 법은 보통법과 마찬가지로 헌법에 포함된 기본권과 그에 특별히 관련된 입법의 기속하에 법원에 의해 인정되고 적용된다.

## XIV

민주주의에 부합하는 소수정당의 입법절차 참여를 위한 규정이 마련되어야 한다.

## XV

헌법개정은 가중다수결을 포함하는 특별한 절차에 의해 이루어져야 한다.

## XVI

정부는 중앙, 주, 지방 수준에서 구성되어야 한다.

#### XVII

모든 수준의 정부에는 민주적 대표가 구현되어야 한다. 이 원칙은 원칙 제13항에 의해 침해될 수 없다.

#### XVIII

중앙정부와 주정부의 권한, 경계와 기능은 헌법에 규정되어야 한다. 주의 권한, 경계, 기능 또는 기관들을 변경하는 헌법개정은 헌법에 명시된 헌법개정절차 외에도 주입법부 가중다수의 동의 또는 헌법에 존재할 경우 주대표들로 구성된 원(院) 의원 2/3 이상의 동의를 필요로 하며 당해 헌법개정이 특정 주에만 관련되는 경우 당해 광역단체 입법부의 승인 또한 필요로 한다. 주의 권한, 경계와 기능에 관한 모든 헌법개정에 대해 주의회의 견해가 제시될 수 있도록 규정이 마련되어야 한다.

#### XIX

중앙과 주정부의 권한과 기능에는 배타적 권한과 경합적 권한, 그리고 대리 또는 위임의 기초하에 다른 수준의 정부의 권한을 행사할 권한이 포함되어야 한다.

#### XX

모든 수준의 정부는 각 수준의 정부가 효과적으로 기능할 수 있도록 합당하고 적합한 입법과 행정의 권한과 기능을 보유해야 한다. 상이한 수준의 정부간 권한의 배분은 재정적 용이성과 효과적인 공공행정에 입각하고, 국민통합, 정당한 주자치의 필요성을 인정하고 증진하고 문화적 다양성을 승인하는 기초위에서 이루어져야 한다.

#### XXI

중앙정부와 주정부(provincial government)의 권한 배분에 있어서는 다음과 같은 기준들이 적용되어야 한다.

1. 공역무의 질과 제공의 관점에서 가장 효과적인 결정이 내려질 수 있는 수준의 정부가 당해 공역무의 질과 제공에 있어 책임을 부담해야 하며, 그에 따라 헌법에 의하여 권한을 부여받아야 한다.

2. 공역무 제공에 있어 최소한의 기준의 설립, 경제적 통합성의 유지, 국가안보 또는 다른 주나 국가의 이해에 대해 오해에 기반한 비이성적 행위의 예방을 위해 핵심적인 전국적 기준의 유지가 필요한 경우 헌법은 중앙정부로 하여금 입법 또는 헌법이 정한 다른 조치에 의해 개입할 수 있는 권한을 부여해야 한다.
3. 남아프리카공화국이 한 목소리를 내야 하거나 단일한 실체로 행동할 필요가 있는 경우 - 특히 다른 국가와 관련하여 - 중앙정부에게 그 권한이 부여되어야 한다.
4. 특정한 기능에 대해 전국적 통일성이 요구되는 경우 그 기능에 관한 입법권은 전적으로 또는 상당 부분 중앙정부에 부여되어야 한다.
5. 전국적 경제정책의 결정, 주간 통상의 증진과 상품, 서비스, 자본과 노동의 이동과 관련한 공동시장을 보호할 권한은 중앙정부에 부여되어야 한다.
6. 주정부는 배타적으로 또는 중앙정부와 경합적으로 다음과 같은 권한을 가져야 한다.
  - (a) 주의 계획, 개발과 공역무 제공을 목적으로 하는 권한과
  - (b) 특정한 사회경제적, 문화적 필요와 주민의 일반적 복지를 다루는 정부 부문들에 관한 권한.
7. 상호 협력이 필수적이거나 바람직한 경우 또는 기회균등과 공역무에 대한 접근을 보장할 필요가 있는 경우 그 권한은 중앙정부와 주정부에 경합적으로 부여되어야 한다.
8. 헌법은 헌법이 중앙정부 또는 주정부에 구체적으로 부여하지 않은 권한들이 중앙정부 또는 주정부에 필수적으로 수반되는 권한과 기능으로서 어떻게 다루어져야 할지에 대해 규정해야 한다.

## XXII

중앙정부는 주의 지리적, 기능적, 제도적 통합성을 침범하는 방식으로 그 (배타적 또는 경합적) 권한들을 행사해서는 아니 된다.

## XXIII

헌법이 중앙정부와 주정부에 경합적으로 부여한 입법권에 관한 분쟁이 발생하고



법원이 헌법해석에 의해 이를 해결할 수 없을 경우 중앙정부의 입법권에 우위가 부여되어야 한다.

#### XXIV

지방정부(local government)의 권한, 기능과 구조의 틀은 헌법에 규정되어야 한다. 지방정부의 포괄적 권한, 기능과 다른 측면들은 제정법 또는 주의회 입법에 또는 양자 모두에 규정되어야 한다.

#### XXV

중앙정부와 주정부는 헌법에서 규정하는 재정에 관한 권한과 기능을 가진다. 원칙 XXIV가 규정하는 지방정부의 틀에는 상이한 범주의 지방정부가 가지는 합당한 재정적 권한과 기능을 규율하는 규정들이 포함되어야 한다.

#### XXVI

모든 수준의 정부는 주정부와 지방정부가 기초적 공역무를 제공하고 배분받은 권한을 수행할 수 있도록 국세 중 합당한 몫을 배분받을 권리를 가진다.

#### XXVII

주들이 대표를 보낼 수 있는 재정회계위원회는 국익, 주간 경제적 격차, 인구와 경제개발의 필요성, 행정적 책임성과 각 주의 정당한 이해관계를 고려하여 국세로부터 주정부와 지방정부에 배분될 공평한 재정적 할당을 추천한다.

#### XXVIII

원칙XII에도 불구하고 사용자와 근로자가 사용자단체 및 노동조합을 결성하고 단체교섭에 나아갈 권리는 인정되고 보호된다. 모든 사람이 공정한 노동관행에 관한 권리를 가진다는 규정이 마련되어야 한다.

#### XXIX

헌법은 효율적인 공공재정과 행정, 공역무에 있어서 높은 기준의 공직자윤리를 보장하기 위해 공익사업위원회(Public Service Commission), 중앙은행(Reserve Bank), 회계감사원(Auditor-General)과 공익보호관(Public Protector)에 관한 규정을 두어야 한다.

#### XXX

1. 공정성에 기초하고 편향으로부터 자유롭고 불편부당한 방식으로 모든 사람을 대하는, 남아프리카 공동체를 광범위하게 대표하는 효율적이고 비당파적이며 직업적인 공무원제도가 있어야 한다. 공무원들은 그 권한의 행사와 의무의 이행에 있어 당시 정부의 합법적 정책을 그 행정기능의 수행에 있어 충실하게

집행하여야 한다. 공역무의 구조와 기능 및 공무원들의 지위와 조건은 법률로 정한다.

2. 모든 공무원은 공정한 연금을 받을 권리를 가진다.

XXXI

모든 안보기관(경찰, 군대와 정보기관)의 구성원과 안보기관 전체는 국익에 따라 그 기능을 수행하고 권한을 행사해야 하며 정당정치적 이해관계를 증진하거나 방지할 수 없다.

XXXII

헌법은 1999년 4월 30일까지는 본 헌법 제6장에 규정된 방식에 따라 중앙 행정부가 구성되고 기능해야 함을 규정해야 한다.

XXXIII

헌법은 의회가 내각 불신임의결에 따라 해산되지 않는 한 1999년 4월 30일 이전에는 전국 선거가 시행되지 않을 것임을 규정해야 한다.

XXXIV

1. 이 별표와 여기에 포함된 남아프리카인 전체의 자기결정권은 그 결정권의 틀 속에서 문화적 언어적 유산을 공유하는 공화국 내 자치단체 또는 다른 승인된 방식의 공동체가 가지는 자기결정권을 배제하는 헌법규정으로 해석되어서는 아니된다.
2. 문제된 공동체 내에서 그러한 형태의 자기결정에 대한 지지가 있음이 충분히 입증된 경우 헌법은 특수한 형태의 자기결정에 대해 표현을 부여할 수 있다.
3. 제1항에 언급된 자치단체가 새로운 헌법이 채택되기 전에 본 헌법에 의해 설립된 경우 새 헌법은 그러한 자치단체 및 그 구조, 권한과 기능이 지속되도록 그 개정을 어렵게 하여야 한다.

[XXXIV원칙은 1994년 법률 제2호 제13조(b)에 의해 삽입되었음]

Abstract

## Political Transitions and Constitution-Making Procedures

- Spain, Hungary and South Africa -

JOH, DONGEUN

The Graduate School of Law

Seoul National University

Classical theory on constitution-making and constitutional amendment, primarily based on Emmanuel-Joseph Sieyès and Carl Schmitt's works, sees constitution-making as original, indivisible, and unrestricted political act freed from preestablished constitutional restraints. The theory describes constitutional amendments, in contrast, as procedurally bound acts that can only be exercised within the scope of the existing constitution's identity and continuity. While initiating institutions, decision-making and ratifying procedures can be constitutionally stipulated in the case of constitutional amendments, it has been understood that it is not the case for original constitution-making instances. However, it has often been suggested that convening a constituent assembly with sole mandate to draft and adopt the constitution is the most adequate method for generating democratic legitimacy worthy of constitution-making. German and French positivist school of constitutional law, who tried to expel the phenomenon of constitution-making from the scope of constitutional studies, appear to be in opposition to classical theory. But this may only be the other side of Schmittian understanding for it excludes original constitution-making from consideration for exactly the features that classical theory sees essential in the constitution-making act, such as originality and unlimitability. This may be one of the reasons why contemporary constitutional discourse tries to wrestle with the normative aspects of

constitution-making, but these endeavors which try to sketch out the external or inherent constraints in constitution-making do fall short, for they tend to fail in grasping and including the moments of constitutionalism in the very modality of the constitution-making process.

In this light, significant implications can be found in the characteristics of the constitution-making procedures that took place in 1975-1978 Spain, 1989-2011 Hungary, and 1993-1996 South Africa, for these examples display features that differ fundamentally from the classical account. In these cases, transformations of the very legitimating principles of the constitution were carried out by the usage of the rules of change in the former constitutions accompanying certain degree of formal legal continuity. This does not fit the dichotomy of continuity and discontinuity ordinarily attributed to amendment and constitution-making respectively. However, constitutional change by way of amending rules should not count as amendment if it goes beyond the formal, substantial scope of amending powers, for it would mean that the old and new constitutions do not share a common ground of validity. Therefore, they should be evaluated as constitution-making according to the modified criteria for differentiating amendment and constitution-making. The fact that interim constitutions were distinctively utilized in these cases is worth giving due attention. The Act of Political Reform in Spain, 1989 Constitution in Hungary, 1993 Interim Constitution in South Africa were all transitional constitutions that served as intermediary norms providing incomplete but workable order which secured some time to correct errors and build lasting constitutional compromises. It is difficult to identify a monopolizing constitution-making body such as French style constituent assemblies in these multi-step constitution-making procedures using interim constitutions. Rather, through initial and interim stage, old and new Parliaments, and sometimes even the newly created constitutional courts took their part in turns to achieve the ultimate goal of arriving at the final constitution. In other words, cooperation of multiple constitution-making bodies came to the fore, instead of the sovereign dictatorship of a constituent

assembly.

The characteristics found in these procedures suggest that categories such as continuity/rupture, limited/unlimited, bound/unbound, used to describe and distinguish constitution-making and constitutional amendment should be treated with much reservations. The approach promoted here which considers originality and derivativity as the only effective criteria in this matter could help avoid attributing traits only typical as essential features to each mode of generating constitutional norms. In other words, it cannot be ruled out that constitution-making may put on the properties which were often considered as belonging to constitutional amendments, such as certain legal continuity, procedural and substantial restraints, distribution of participating institutions etc. In short, constitution-making procedures, adopting constitutionalist principles into the very mode of producing constitutions, can be described as the integrated multi-step process that utilize former constitutions's rules of change to create an interim constitutional order which provides the legal conditions of generating democratic legitimacy that in turn enable the adoption of the final constitution.

Key words : Constitution-making, Constitutional Amendment, Political Transitions, Modality of the Process, Constitutional Continuity and Discontinuity, Interim or Transitional Constitutions, Constitution-making bodies, Act on Political Reform, Spain 1978 Constitution, Hungary 1989 Constitution, Hungary 2011 Fundamental Law, South Africa 1993 Interim Constitution, South Africa 1996 Constitution

Student Number : 2011-30399