

# 憲法改正의 法理

權 寧 星\*

## 〈차 례〉

- 一. 憲法改正의 困難性과 不可避性 (가) 改正無限界說의 內容
- 二. 憲法改正의 概念 (나) 改正無限界說의 論據
- 三. 憲法改正節次(方式)의 諸類型 (A) 憲法의 現實適應性의 要請
- 1. 通常議會에 의한 議決 (B) 憲法制定權과 憲法改正權의 區別의 否認
- 2. 國民投票에 의한 承認 (C) 憲法規範의 位階秩序의 否認
- 3. 聯邦構成州의 同意 (3) 整理와 批判
- 4. 憲法會議의 召集
- 5. 議會의 議決과 特別한 機關의 同意
- 6. 우리 憲法의 改正節次
- 四. 憲法改正의 限界
- 1. 憲法改正의 限界의 有無에 관한 學說 (2) 憲法內在의 限界(法論理의 限界)
- (1) 改正限界說(有限界說) (가) 法論理上 또는 內容上의 制約
- (가) 改正限界說의 內容 (나) 方法上의 制約
- (나) 改正限界說의 論據 (다) 時期上의 制約
- (A) 自然法上의 原理 (라) 憲法改正條項의 改正
- (B) 憲法制定權과 憲法改正權의 區別 (마) 憲法改正에 있어서의 구체적인 限界
- (C) 憲法規範의 位階秩序 (3) 實定憲法上의 限界(實定的 限界)
- (2) 改正無限界說(無限界說)
- 2. 改正의 限界를 무시한 改正行爲의 效力

## 一. 憲法改正의 困難性과 不可避性

國家의 最高法規로서 實定法의 全領域을 規制對象으로 하는 憲法이 빈번히 그리고 쉽사리 變更된다면, 그것은 憲法을 制定하는 본래의 목적에 반한다. 따라서 近代 立憲主義的 憲法은 憲法의 成文化와 더불어 그 改正困難性을 원칙으로 하였다. 다시 말하면 憲法의 改正困難性의 궁극의 목적은 國民의 基本權保障을 永久化하고, 또한 그때 그때의 執權의 便宜를 위한 빈번한 憲法改正에서 결과하는 國家의 基本秩序의 동요와 不安定을 방지하려는 것이었다. C. Schmitt도 「憲法의 改正困難性은 憲法의 恒久性과 安定性의 保障이 요청되기 때문」이라고 하였다. <sup>(1) (2)</sup>

\*서울대학교 法科大學 副教授

(1) Schmitt, C., Verfassungslehre, Berlin 1928., S. 18.

그러나 規範은 그 어느 것이나 現實을 規制對象으로 하는 것이며, 現實은 끊임없이 변천하고 流動하는 까닭에 規範과 現實간에는 언제나 틈이 벌어지기 마련이다. 이러한 틈이 일정한 한도를 넘어설 때에는 規範이 規範으로서의 機能(規範力)을 상실하고, 단순한 文字에 지나지 않는 것이 된다. 이것은 憲法の 경우에도 마찬가지이다.

따라서 ① 변천된 社會的·經濟的 또는 政治的 狀況에 대응하여 憲法の 欠缺(Verfassungslücken)을 補完하고, 그렇게 함으로써 憲法の 規範力을 유지시키려면 成文憲法の 改正이 不可避하다(憲法の 適應性과 實效性的 維持).<sup>(3)</sup> 또한 ② 憲法の 改正을 절대로 인정하지 않을 경우에는, 그 憲法에 대하여 불만을 가진 政治勢力들이 革命 등과 같은 方法으로 憲法을 破壞하는 사태가 발생할 수도 있기 때문에, 이들의 暴力에 의한 憲法の 破壞를 미연에 방지하고, 나아가서는 政治過程의 마찰까지도 지양하기 위해서는 憲法改正이 不可避하다. 뿐만 아니라 ③ 憲法制定 당시에 그 制定過程에 참여하지 못한 政治的 集團에게도 憲法形成에 참여할 수 있는 均等한 기회를 마련하여 주기 위해서도(憲法政策的 理由) 憲法の 改正은 不可避하다. 不磨의 大典이어야 할 憲法典에 憲法制定者 자신이 改正條項을 두는 것도 그 때문이다.<sup>(4)</sup>

## 二. 憲法改正의 概念

憲法の 改正(Verfassungsänderung)이라 함은 「憲法에 규정된 改正節次에 따라(形式的 要件), 그 憲法の 同一性和 繼續性을 유지하면서(實質的 要件), 憲法典중의 개개의 條項을 意識적으로 修正하거나 削除하거나 또는 새로운 條項을 追加(增補)함으로써, 그 形式이나 內容에 變更을 가하는 行爲」를 말한다.<sup>(5)</sup>

憲法改正은 成文憲法에 관해서만 문제되고, 成文憲法인 경우에도 硬性憲法에 관해서만 문제된다. 憲法改正은 憲法制定作用에 의하여 制定된 既存의 憲法을 전제로 하여, 憲法에 규정된 節次에 따라 행해지는 作用이라는 점에서 새로이 憲法을 制定하는 作用인 憲法制定과는 구별된다. 憲法改正은 改正된 後의 憲法이 同一性을 유지한다는 점에서, 그 同一性을 상실케 하는 憲法の 破壞와 구별된다. 憲法改正은 合法的인 變更이기 때문에, 非合法的인 方法으로 憲法을 파괴하는 革命이나 쿠데타와도 구별된다. 憲法改正은 그것이 意識的인

(2) 1795년의 프랑스 第1共和國憲法이 의결된 직후 Philippe Delleville議員은 「憲法の 改正을 提案하는 者는 死刑에 처해야 한다」는 것을 동의한 바 있다. 그후 프랑스의 1814年 憲法과 1830年 憲法에는 改正條項 조차 두지 않았다.

(3) Loewenstein, K., Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1961, S. 21 참조.

(4) 權寧星, 憲法改正의 限界, 法政, 1967. 8. 通卷 206號 p. 24 참조.

(5) Schmitt, C., aaO., S. 103, 참조. K. Loewenstein(aaO., S. 15)은 憲法の 概念이 形式的 概念과 實質的 概念으로 구별되는 것과 같이, 憲法改正의 概念에 있어서도 憲法典중의 개개의 規定의 變改를 의미하는 形式的 改正과 憲法內容의 實質的인 變遷(Verfassungswandlung)을 의미하는 實質的 改正이 구별된다고 한다.

變更行爲라는 점에서 暗默的인 變更行爲인 憲法の 變遷과 구별된다. 憲法の 改正은 그 憲法條項의 效力을 영구히 變更 또는 喪失케 한다는 점에서, 당해 條項의 效力을 일시적으로 中斷케 하는 憲法の 停止와도 구별된다.<sup>(6)</sup>

### 三. 憲法改正節次(方式)의 諸類型

憲法改正의 節次와 方式<sup>(7)</sup>은 憲法에 따라 상이하지만, 대체로 다음과 같은 다섯가지 類型으로 나눌 수 있을 것 같다.

#### 1. 通常議會에 의한 議決

通常議會의 議決만으로 改正이 가능하지만 一般法律의 改正節次 보다 곤란한 節次에 따르게 하는 類型이 있다. 西獨基本法(第79條)<sup>(8)</sup>, Hungary憲法은 通常議會가 特別多數의 議決定足數로써 憲法을 改正한다고 하고 있다. 그러나 Belgium, Netherland, Norway憲法 등은 改正案이 成立한 후에 議會가 解散되고 總選舉후의 議會가 特別多數에 의하여 改正을 할 수 있게 하고 있다.

#### 2. 國民投票에 의한 承認

國民投票에 의하여 承認을 얻은 후에 憲法の 改正이 確定되는 類型이 있다. Switz 聯邦憲法(第120—123條),<sup>(9)</sup> Italy(第138條), 프랑스(第89條),<sup>(10)</sup> Denmark(第88條), 日本(第96條),<sup>(11)</sup> 憲法 등이 이에 속한다. 이중 프랑스와 日本의 경우 처럼 國民投票에 附議하기 전에 議會의 特別多數에 의한 議決을 필요로 하는 것이 있다. 이 類型에 속하는 憲法들은 다시 國民投票을 필수적인 것으로 규정한 경우(Switz, Denmark, 日本 등)와 선택적인 것으로 규정한 경우

(6) 상세한 것은 C. Schmitt. aaO., SS. 99-112 참조.

(7) 憲法改正의 方式에는 Switz의 1880年과 1935年의 憲法改正에서 볼 수 있는 것과 같은 全面改正(Totalrevision)과 一部改正(Partialrevision) 및 增補가 있는 데 이것은 技術的인 문제라고 생각된다. 이 점에 관해서는 Loewenstein, K., aaO., S. 36ff. 참조.

(8) 西獨基本法은 基本法의 原文을 明示的으로 變更 또는 補充하는 法律에 의해서만 改正될 수 있다. 이러한 法律은 聯邦議會議員의 3分の 2의 찬성과 聯邦參議院의 3分の 2의 찬성을 필요로 한다(第79條).

(9) Switz聯邦憲法(1964年 改正)의 改正에는 全面改正과 一部改正의 두가지 方式이 있다. 全面改正은 聯邦會議(Bundesversammlung)가 議決한다. 그러나 聯邦會議의 一院이 議決한 것을 他院이 同意하지 않는 경우와 5萬 이상의 스위스 有權者가 全面改正을 제의할 경우에는 國民投票에 부의한다. 投票者의 過半數가 찬성하면 이 全面改正案을 草案할 兩委員會(both Räte)가 새로 선출된다(第120條). 一部改正은 聯邦立法으로서 國民이 發議하여 聯邦委員會(die eidgenössischen Räte)에 회부되며, 聯邦委員會가 同意하지 않을 때에는 國民投票에 부의된다(第121條). 聯邦憲法은 投票者의 過半數와 全 Kanton의 過半數의 동의가 있으면 效力을 발생한다(第123條).

(10) 프랑스憲法の 改正의 發議는 共和國大統領(首相의 제청에 따라)과 國會議員이 한다. 改正은 國民投票에 의하여 承認을 얻어서 確定된다. 그러나 共和國大統領이 改正案을 兩院合同會議에 회부하면 國民投票을 거치지 아니한다. 兩院合同會議에서는 5分の 3 이상의 多數를 획득하여야 한다(第89條).

(11) 日本憲法에 있어서 憲法改正案은 各議院에서 3分の 2 이상의 議員의 찬성으로 發議되고, 國民投票에서 承認을 얻어야 한다(第96條).

(프랑스, Italy, 우리나라 現行憲法 등)가 있다.

### 3. 聯邦構成州의 同意

聯邦憲法에 특유한 類型으로서, 일정수에 달하는 聯邦構成州의 同意를 改正의 要件으로 하는 類型이 있다. 美聯邦憲法 第5條<sup>(12)</sup>에서는 4分の 3 이상의 州議會 또는 州憲法會議의 同意를 필요로 하고 있고, Switz에서도 全 Kanton중 過半數의 同意가 있어야 한다고 하고 있다.

### 4. 憲法會議의 召集

憲法改正을 發議하기 위하여 특별한 憲法會議를 소집하는 類型이 있다. 美聯邦憲法과 州憲法 중에 이러한 方式을 규정하고 있는 것이 있다.

### 5. 議會의 議決과 特別한 機構의 同意

議會의 議決 외에 특별한 機關의 찬성을 요건으로 하는 類型이 있다. 우리나라 現行憲法(後述참조)과 1977年の 소련新憲法(이른바 Brezhnev憲法)<sup>(13)</sup>이 이에 해당한다.

### 6. 우리 憲法の 改正節次

우리 憲法の 改正節次는 憲法 第124條에서 第126條까지에 상세히 규정되고 있다.

#### (1) 憲法改正案의 提案(發案)

憲法改正案을 提案할 수 있는 자는 大統領과 國會議員이다. 國民은 憲法改正案을 發議할 수 없다. ① 大統領은 國務會議의 審議를 거쳐(第66條 3項) 憲法改正案을 發案할 수 있다. ② 國會議員이 憲法改正案을 發案할 때는 在籍議員 過半數의 찬성이 있어야 한다(第124條 1項).

#### (2) 憲法改正案의 公告

提案된 憲法改正案은 그 內容을 國民에게 周知시키기 위하여 일정기간 이를 公告하지 않으면 안된다. 즉 憲法改正案은 20일 이상의 기간 이를 公告하도록 하고 있다(第125條 1項, 第126條 1項).

#### (3) 憲法改正案의 議決과 確定

① 大統領이 提案한 憲法改正案은 公告한 날로 부터 60일 이내에 國民投票에 붙여야 한다. 國民投票에 附議된 憲法改正案은 國會議員選舉權者 過半數의 投票과 投票者 過半數의 찬성을 얻어야만, 그 憲法改正은 確定된다(第126條 1項 後段, 2項).

② 國會가 提案한 憲法改正案은 公告한 날로 부터 60日이내에 議決하여야 한다. 憲法改正案에 대한 國會의 議決은 在籍議員 3分の 2 이상의 찬성을 얻어야 한다. 國會의 議決을

(12) 美聯邦憲法の 改正은 聯邦議會의 兩院에서 3分の 2 이상의 찬성이 있거나, 3分の 2 이상의 州議會의 要求로 소집되는 憲法會議가 發議한다. 어느 경우든 그 改正은 4分の 3 이상의 州議會 또는 4分の 3 이상의 州憲法會議에서 批准되어야 효력을 발생한다. 批准의 두 방법 중 어느 方法에 따르는가는 聯邦議會가 정한다(第5條).

(13) 1977年の 소聯邦憲法(Brezhnev憲法)의 改正은 兩院에서 각각 代議員 總數의 3分の 2 이상의 多數의 議決과 소聯邦最高소비엘의 決定으로 행해진다(第74條).

거친 憲法改正案은 지체없이 統一主體國民會議에 회부되고, 그 議決로 憲法改正이 확정된다. 統一主體國民會議에 회부된 憲法改正案은 회부된 날로부터 20일 이내에 議決되어야 한다. 이 때의 議決은 在籍代議員 過半數의 찬성을 얻어야 한다(第135條). 어느 경우이든 憲法改正案은 修正議決될 수 없다. 그것은 公告되지 않은 憲法改正案의 議決은 의미하며 憲法改正의 公告制度에 위배되기 때문이다.

#### (4) 憲法改正의 公布

憲法改正案이 確定되면 大統領은 즉시 이를 公布하여야 한다. 憲法改正의 發效時期에 대해서는 견해가 대립하고 있다. 즉 ① 附則에 특별한 規定이 없는 한 그 改憲은 公布한 날로부터 그 効力이 발생한다는 견해<sup>(14)</sup>와 ② 憲法改正의 實施期日은 보통 憲法改正附則에서 규정되었지만, 특별한 규정이 없는 때에는 憲法 第88條 7項을 준용하여 公布한 날로부터 20일을 경과함으로써 效力을 발생한다는 견해<sup>(15)</sup>가 바로 그것이다.

### 四. 憲法改正의 限界

憲法典 중의 改正節次에 따르면 어떤 條項의 改正도 또 어떠한 內容의 改正도 合法的으로 성립할 수 있는가가 문제되고 있다. 憲法에 따라서는 明文의 규정으로 特定條項 또는 特定內容의 改正을 금지하고 있는 경우가 있는데, 그와 같은 改正禁止規定이 있든 없든 理論上(憲法解釋論上) 「憲法을 改正함에 있어서 憲法의 改正條項에 따를지라도 改正할 수 없는 規定 또는 內容이 있는가 없는가」하는 문제가 論難의 대상이 되고 있다. 이것이 바로 憲法改正의 限界에 관한 문제이다.

#### 1. 憲法改正의 限界의 有無에 관한 學說

##### (1) 改正限界說(有限界說)

##### (가) 改正限界說의 內容

改正限界說은 憲法의 改正行爲에는 일정한 限界가 있는 것으로 憲法改正條項에 규정된 節次에 따를지라도, 일정한 條項 또는 事項(內容)은 단순한 字句修正의 경우를 별도로 하고는 改正의 對象으로 할 수 없다고 한다. 獨逸에서는 H. Triepel, C. Schmitt, R. Smend, W. Hang, J. M. Wintrich, O. Bachof, H. Ehmke, T. Maunz, W. Henke 등이, 우리나라에서는 韓泰淵(憲法學 p. 129), 金箕範(韓國憲法, p. 101), 葛奉根(維新憲法論 p. 42), 金哲洙(憲法學概論, p. 51), 文鴻柱(韓國憲法, p. 62) 教授가 改正限界說을 주장하고 있다.<sup>(16)</sup>

(14) 葛奉根, 維新憲法論, p. 42 참조.

(15) 金箕範, 韓國憲法, p. 99 참조.

(16) 改正限界說이 대두된 歷史的·政治的 背景을 살펴보면, 議會에 대한 不信과 憲法이라고 하는 國家의 基本法에 대한 價値觀이 크게 作用하였음을 엿볼 수 있다. ① Weimar 憲法시대에 이 理論이 형성된 것은 우연히 이루어진 것이 아니라, 議會의 特別多數의 恣意로 부터 憲法을 守護하려는 의도와 그러한 議會에 대한 不信이 크게 作用하였기 때문이다. ② 現行 西獨基本法에서 광범한 改正禁止條項을 두고 있는 것도 나치스와 같은 民主主義의 敵으로 부터 憲法을 守護

(나) 改正限界說의 論據

(A) 自然法上的 原理

實定憲法の 上位에는 憲法制定權力까지도 拘束하는 超實定的 法인 自然法上的 原理가 있음을 인정하고 그에 위반되는 憲法改正은 허용되지 않는다고 한다. 自然法上的 原理를 인정하는 이상 그것이 實定憲法에 수용되고 있지 않은 경우에도 自然法上的 原理인 正義와 상반되는 內容의 憲法改正은 허용되지 않는다고 한다.

(B) 憲法制定權과 憲法改正權의 區別

憲法改正權은 憲法에 의하여 만들어진, 制度化된 權力이기 때문에, 憲法을 만든 憲法制定權力의 소재를 변경하거나 憲法制定權者가 決定한 憲法の 基本原理(價値)는 變更할 수가 없다. 憲法制定權力의 소재나 憲法の 基本原理(本質的 部分)를 변경할 경우에는, 그것은 憲法改正의 限界를 벗어난 法的 意味의 革命이다. 그와 같은 憲法の 同一性이나 繼續性을 憲法改正權이 否定하는 것은 法理論的으로 불가능하다고 한다.

(C) 憲法規範의 位階秩序

憲法典에 규정된 개개의 條項은 形式的으로서는 그 效力이 同一하지만, 實質的으로는 同一하지 아니하다. 그 憲法の 基本原理(本質的 部分)에 관한 규정은 그 밖의 規定에 비하여 보다 높은 效力을 가진다. 憲法改正權은 그와 같은 높은 效力을 가지는 上位規範은 改正할 수 없고, 다만 下位規範만을 改正의 대상으로 할 수 있을 뿐이라고 한다.

(2) 改正無限界說(無限界說)

(가) 改正無限界說의 內容

改正無限界說은 「憲法の 改正條項에 규정된 改正節次를 밝기만 하면 어떠한 條項도 어떠한 事項(內容)도 改正할 수 있으며, 심지어 明文으로 改正禁止가 규정되고 있는 경우에도 禁止規定 그 자체를 改正한 후 그 條項도 改正할 수 있다」라고 함으로써 憲法改正에는 理論上 아무런 限界가 없다고 한다.

獨逸에서는 絶對的 法實證主義者로 불리는 G. Anschütz,<sup>(17)</sup> P. Laband,<sup>(18)</sup> 啓蒙的 法實

합과 동시에 Weimar憲法에 있어서와 같이 形式的 合法性에 만족한 나머지 「合法화된 不正」에 대해서도 法學을 무력하게 하였던 法實證主義에 대한 反省이 그 계기가 된 것 같다.

(17) G. Anschütz는 Triepel, Schmitt 등의 有限界說을 비판하면서 「이들의 主張은 立法論으로서의 주목할 만하나 實定法의 解釋論으로서의 價値가 없다. 그들의 主張을 뒷받침해줄 근거가 現行法 中には 발견되지 않는다. 결국 이 有限界說은 憲法에 있어서 基本規範과 그 밖의 規定과를 구별하는 主觀的 偏見에서 유래한 것으로 理論的으로나 實踐的으로는 불가능하다는 점에서 실패하고 있다」고 하였다(Die Verfassung des deutschen Reichs, 1933, S. 403f.). 그러면서 그는 憲法도 立法者의 上位에 위치하는 것이 아니고 立法者에 의해서 임의로 처리될 수 있는 것이므로 內容이나 政治의 重要性如何에 불구하고 그 全部가 改正의 대상이 된다고 하였다.

(18) P. Laband는 「憲法이 一般法律과 구별되는 점은 그것이 규정하는 內容의 重要性 때문이 아니고 그 改正節次가 加重的 困難性을 수반하는 데 있기 때문에 憲法도 그 改正困難性이 제거되면 一般法律과 구별될 수 없다. 따라서 憲法에 관해서는 그 改正節次에 위배되지 않는 한 어떠한 變更도 가능하다고 하였다(Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. II, S. 62).

證主義者로 불려지는 R. Thoma,<sup>(19)</sup> G. Jellinek<sup>(20)</sup>가, 프랑스에서는 G. Burdeau 등이, 우리나라에서는 朴一慶教授<sup>(21)</sup>가 이 改正無限界說을 주장한다.

(나) 改正無限界說의 論據

(A) 憲法の 現實適應性的의 要請

憲法을 비롯한 모든 法은 그 자체가 목적이 아니라 人間의 社會生活에 봉사해야 할 手段에 지나지 않는다. 社會生活의 條件이 變化함에 따라 憲法도 변화하지 않으면 안되기 때문에 憲法の 改正에 限界를 인정할 수 없다고 한다.

(B) 憲法制定權과 憲法改正權의 區別의 否認

憲法改正權과 法的으로 구별되는 憲法制定權의 관념은 인정될 수 없을 뿐 아니라, 憲法의 운명을 결정하는 最高의 法的 權力은 憲法을 改正할 수 있는 憲法改正權者 이외에는 존재하지 않는다. 따라서 憲法改正權의 行使에 限界를 設定하는 것은 불가능하다고 한다.

(C) 憲法規範의 位階秩序의 否認

憲法規範 중에서 改正할 수 없는 上位의 規範과 改正할 수 있는 下位의 規範이라는 두 種類의 구별은 그 理論의 根據가 없다고 한다.

(3) 整理와 批判

無限界論者들의 論據는 W. Kägi가 지적하고 있다시피 대체로 다음과 같은 세가지 點으로 요약한다. ① 憲法規定 중에 上下의 位階秩序 또는 價値秩序가 있음을 否定하고, 明文上 改正禁止規定이 있는 경우에도 그 改正이 가능하다고 보는 法實證主義, ② 憲法制定權과 憲法改正權의 本質적 차이를 부정하고 無制約的·絶對的 國民主權主義를 신봉하는 主權全能論, ③ 硬性憲法에 있어서는 憲法의 安定性和 恒久性이 요청됨에도 불구하고 憲法은 언제든지 全部 또는 一部를 改正할 수 있는 것이며, 現在의 規範이나 價値를 가지고 미래의 立法者를 구속한다는 것은 부당할 뿐 아니라, 法的으로 무의미하다는 法進化思想 등이

(19) R. Thoma도 憲法改正의 限界에 관한 문제는 순전히 法學的인 立場에서 論斷될 문제이지, 理念史的 또는 教義史的인 立場에서 解決될 수는 없다는 이유로 「憲法의 改正에는 正當한 目的이나 國際法適合性 등과 같은 一般法的인 命命을 제외하고는 어떠한 法的 限界도 존재하지 않는다」고 하였다(Die Funktion der Staatsgewalt, in; Handbuch d. DstR, II, 1932, S. 154.)

(20) G. Jellinek도 憲法의 全體規定 중에서 그 內容의 重要性에 따라 基本規定과 派生規定으로 구별할 수는 없는 것이며, 모든 憲法規定은 그 法的 效力에 있어서 一律的이며 균등하다. 따라서 憲法規定 중 어느 것은 改正 가능하고 어느 것은 改正 불가능하다고는 할 수 없다」고 하였다 (Allgemeine Staatslehre, 1922, S. 535.)

(21) 朴一慶教授(新憲法 p. 124f.)는 無限界說의 論據로서 다음 사항을 들고 있다. ① 成文憲法이 규정하는 憲法改正權者가 그 成文憲法에 규정한 節次에 따라 改正하였을 경우, 이를 無效로 선언할 수 있는 어떤 機關도 法的으로 인정되지 않는다. ② 憲法改正의 대상이 될 수 없는 具體的·個別的인 憲法條文의 申請은, 主張者 본인의 主觀的인 판단에 불과하지 어떤 有權的인 法的 의미를 갖는 것은 아니다. ③ 憲法制定權과 憲法改正權은 본질적으로 그 사이에 差異를 인정할 수 없다. ④ 成文憲法의 改正禁止條項도 法理上으로는 소경의 改正節次로서 그 규정 자체를 改正한 후 해당조항을 改正하는 것은 가능하기 때문에 결국 實定法上으로는 憲法의 모든 條項을 개정할 수 있다.

바로 그것이다. (22)

확실히 하나의 法形式의 內部에 있어서 段階秩序를 설정한다는 것은 憲法의 各 條項의 體系的·統一的 認識을 위해서 편리할는지 모르지만, 그것을 公 法的 效力의 段階秩序로 전환한다는 것은 方法混同이나 領域混同일는지 모른다. 그러나 그렇다고 해서 無限界論者들의 法實證主義의 思考方式이 설득력이 있는가하면 그렇지도 않다. 오히려 그들은 形式의 意味의 憲法만을 전제로 하여 法規定의 重要性의 차이를 法學으로 인식하려 하지않고, 그 存在形式에만 力點을 두는 形式的 論議에 그치고 있다. 그들은 憲法改正에 있어서 形式의 合法性만을 관심의 대상으로 할 뿐 實質的 合理性이나 正當性을 외면하고 있을 뿐 아니라 自然法의 存在도 부인하고, 憲法改正作用의 本質도 실질적으로 파악하지 못하고 있다는 批判을 면할 수 없을 것이다.

그리한 의미에서 어떠한 憲法을 막론하고 憲法改正에는 改正禁止規定이 있든 없든 法理論上 일정한 限界가 있다고 하지 않을 수 없다.

### 2. 憲法改正을 制約하는 要因 또는 契機

憲法改正의 限界性을 긍정하는 경우에도 憲法의 改正을 구체적으로 制約하는 要因 내지 契機는 무엇인가가 문제된다. 이점에 관하여 H.Ehmke는 憲法改正에 있어서 그 限界는 超憲法의 契機에 의한 것, 憲法內在的 契機에 의한 것, 이들 兩者의 同時的 契機에 의한 것, 그리고 憲法의 實定的 規定에 의한 것 등으로 分類하고 그중 本質的인 것은 憲法內在的 契機에 의한 限界라고 하고 있다. (23)

#### (1) 超憲法의 限界(理念的 限界, 外在的 限界)

H. Ehmke는 憲法改正을 超憲法的으로 制約하는 要因(또는 契機)으로서 自然法上의 原理(自然法의 限界), 國際法上의 一般原則(國際法의 限界), 그밖의 技術的인 條件(事實의 限界)을 들고 있다. (24) 實定憲法의 上位에 위치하는 自然法上의 原理에 위배되거나, 國際法上의 一般原則에 반하는 憲法改正(25)은 허용되지 아니하며, 또한 그 社會의 經濟的, 地政學的, 技術的 條件으로 말미암아 憲法의 改正은 制約을 받는다고 한다.

#### (2) 憲法內在的 限界(法論理的 限界)

憲法典 中の 憲法制定權力의 基本的 決斷事項을 改正하거나 憲法의 同一性 내지 憲法의 本質的 機能을 파괴하는 改正은 허용되지 않는다고 한다. 그 改正의 禁止는 憲法 자체에

(22) Kugi, W., Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, in; Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, 1956, S. 802ff. 참조.

(23) Ehmke H., Grenzen der Verfassungsänderung, 1953, S. 91ff., 136.

(24) Ehmke H., aaO., S. 91f. 참조.

(25) 憲法과 國際法의 관계에 있어서, 西獨의 경우는 國際法優位論이 憲法解釋上 가능하기 때문에 憲法改正의 制約要因으로서 國際法上의 一般原則을 들 수 있으나, 우리憲法의 경우에는 문제가 있다. 그러나 自由民主主義는 우리 憲法에 있어서 基本原理에 해당하며, 그것은 平和主義와도 밀접한 관계에 있기 때문에, 國際法上의 一般原則이라 할 수 있는 平和主義에 반하는 憲法의 改正은 허용되지 않는다고 생각된다(同旨. 金南辰, 憲法 p. 118).



內在하는 制約의 결과라고 한다.

(가) 法論理上 또는 內容上의 制約

法秩序는 의미적인 統一성과 體系성을 구비해야 하며 法秩序 그 자체에 모순되거나 저촉 될 수는 없기 때문에, 立法行爲는 언제나 論理的으로 가능한 것 만을 그 內容으로 해야 한다는 견해로서 Triepel, Schmitt, Smend, Ehmke 등에 의해서 주장되고 있다.

Schmitt는 憲法典중의 全體規定을 同質的인 것이 아니라, 政治的 統一體의 種類와 形式에 관해서 憲法制定權力이 내린 決斷으로서의 絶對的 憲法(Verfassung)과 그밖의 特정의 형식적 特성을 가진 個別規範으로서의 相對的 憲法律(Verfassungsgesetz)과 같은 異質的인 두가지 類型의 규정으로 區分(憲法制定權력과 改正權의 本質의 구분도 여기에 대응하는 것임)한다. 그리고 이러한 구분을 전제로 하여 憲法改正權이라고 하는 憲法律上의 權限은 「全體로서의 憲法의 自同性和 繼續性を 유지」하면서 개개의 憲法律을 修正, 追加, 補充, 削除하는 權限이기 때문에, 「새로운 憲法을 制定하는 權限」또는 憲法制定權력의 基本的인 政治的 決斷인 그 「憲法의 基本規定」을 배제하는 權限은 이에 포함되지 않는다고 한다.<sup>(26)</sup>

Schmitt를 비롯하여 이러한 憲法內在的(法論理的) 限界論을 지지하는 一團의 學者들은 憲法에 있어서 獨自의 論理를 수반하는 개개의 規範들이 그 실질적 가치와 중요성에 있어서 差異(憲法規定의 段階秩序 또는 價値秩序의 肯定)를 갖는다고 하는 점을 전제로 하여 憲法改正의 限界를 도출한다. 憲法制定權과 改正權과는 次元을 달리하는 것이며 時間的으로는 前後關係에, 論理的으로는 上下關係에 있다는 것이 論理的으로 입증될 수 있기 때문에, 前者는 始源的 制憲權을 의미할 것이고 後者는 制度化된 派生된 制憲權을 의미할 것이다. 여기에 「制憲權→改憲權→立法權」이라는 公式이 成立한다. 따라서 憲法의 개개의 條項이 갖는 각각 상이한 性格的 構造로 부터 憲法에 내재하는 改正限界를 論理必然的으로 유도해 내려고 하는 이들의 태도는 정당하다고 하지 않을 수 없다. 이런 경우 「憲法=憲法律=憲法典」의 公式은 부정되고 그 대신 「憲法+憲法律=憲法典」의 公式이 성립되게 된다.

요컨대 憲法이 自身의 存立의 기초가 되는 基本的 規定을, 그 자신이 규정하는 改正節次에 따라 變改하게 함으로써 그 自同성을 상실케 한다는 것은 憲法의 自殺을 의미하는 것이며, 法論理的으로도 불가능하다고 하지 않을 수 없다. 그리고 H. Ehmke에 의하면 憲法內在的 契機에 의한 限界라 함은 個人的 基本權保障을 위한 法의 支配와 權力的 合理化라고 하고 있다<sup>(27)</sup>

(나) 方法上의 制約

方法上의 制約으로서 憲法의 全面的 改正이라든가 迂廻的인 方法에 의한 改正은 금지된다고 한다. 그러나 이러한 主張에 대해서는 異論이 있다(上述참조).

(26) Schmitt, aaO., SS. 19-20, 103.

(27) Ehmke, aaO., SS. 91ff, 136.

(다) 時期上의 制約

時期上의 制約으로서 公正한 改正을 기할 수 없는 時期의 改正은 금지된다고 한다.<sup>(28)</sup>

(라) 憲法改正條項의 改正

法論理的 限界論을 취하는 이상 憲法의 改正節次를 규정한 條項도 改正의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다. C. Schmitt는 「憲法改正權者는 그의 이른바 『憲法』을 변경할 수 없음은 물론 그 權限의 근거가 되는 改正規定 그 자체도 變更할 수 없다」라고 하였다. 요컨대 ① 憲法改正權者가 그 자신의 權限의 근거가 되는 改正條項을 동일한 改正條項에 따라 改正한다는 것은 法論理的으로 부당하며, ② 改正權者에게 改正條項의 自由로운 改正을 허용한다는 것은 理論上 制憲權과 改憲權의 區別을 부정하는 것이라고 하면서, 改正條項의 改正은 금지된다고 하였다.

그러나 H.Ehmke가 지적하고 있는 바와 같이 「憲法改正條項은 憲法改正權者의 恣意로 부터 憲法을 守護(安定性的 確保)하기 위한 규정」이기 때문에 硬性憲法을 軟性憲法으로 변경하는 것은 금지되지만<sup>(29)</sup> 반대로 軟性憲法을 硬性憲法으로 변경하는 것은 가능하다.<sup>(30)</sup> 그런 경우는 오히려 制憲者의 憲法守護의 요청을 만족시켜 주는 경우이기 때문이다.

(마) 憲法改正에 있어서 그 具體的인 限界

改正限界論者들에 있어서도 그 限界의 具體적인 內容(限界點)이 무엇이나에 관해서는 그 견해가 통일되어 있지 않다. Schmitt는 바이말憲法에 관하여 「民主制, 共和制, 聯邦制 및 基本權과 權力分立 등 市民的 法治國家性은 憲法制定權者의 全體的 決斷의 所産이기 때문에」 憲法改正에 있어서 그 限界의 具體적인 內容이 된다고 하였다.

우리나라에서도 憲法改正限界說이 多數說이지마는 改正權이 미치지 않는 具體적인 憲法의 條項이 어떤 것이냐에 관해서는 견해가 갈라지고 있다.<sup>(31)</sup>

첫째 韓國憲法의 政治的 基礎가 되는 民主共和國로서의 國家形態, 國民主權의 原理, 民主的 基本秩序 등은 改正의 대상이 될 수 없음은 異論의 여지가 없다.

둘째 基本的人權의 保障도, 國民主權의 原理라든가 自由民主的 基本秩序로 부터 理論必然의 結果(Corollary)로서 憲法改正의 限界를 형성한다고 할 수 있다.

(28) 1831년의 Sachsen 憲法(第151條)은 非常事態下에서의 憲法改正을 금지하였고, 1946년의 프랑스 憲法은 外國軍隊의 占領下에서의 憲法改正을 금지하였다.

(29) 國民投票에 의하여 改正條項을 改正하는 경우에는 例外라는 見解가 있다. 文鴻柱, 韓國憲法 p. 65 참조.

(30) 同旨, 韓泰淵, 前揭書, p. 131; 葛奉根, 前揭書 p. 43; 金箕範, 前揭書, p. 93, 104; 文鴻柱, 前揭書, p. 65; 反對 朴一慶, 前揭書 p. 125.

(31) 예를들면 葛奉根教授(前揭書 p. 42)는 國民主權, 基本權保障, 複數政黨制, 權力分立, 法治國家 등을, 金箕範教授(前揭書 p. 103)는 우리 憲法의 基本理念으로 드는 共和主義, 國民主權主義, 基本權保障, 權力分立主義, 平等主義, 國際平和主義, 文化國家主義, 統一制主義를, 金哲洙教授(前揭書 p. 56)는 憲法前文, 第1條의 民主共和國·國民主權主義, 第4條의 平和主義, 第7條의 複數政黨制度의 保障原則, 第8條의 基本權保障主義, 第116條의 社會的 市場經濟의 原則 등을 憲法改正의 限界로서 열거하고 있다.

그러나 여기서 말하는 基本的人權이라 함은 모든 人權을 지칭하는 것이 아니고, 基本權 중에서도 특히 중요한 基本權 즉 人間의 尊嚴性的 존중(第8條), 平等的 原則(第9條), 生命·身體의 自由(第10條), 信敎의 自由(第16條), 良心의 自由(第17條), 言論의 自由(第18條) 등을 말한다. 이러한 基本權은 역사적으로도, 또 논리적으로도 民主主義原理와 불가분의 관계에 있는 基本權이기 때문에 그 전면적인 排除나 削除는 할 수 없다.

셋째 國際平和主義(第4條),

넷째 複數政黨制(第7條) 등은 改正의 대상이 되지 아니한다.

### (3) 實定憲法上的 限界(實定的 限界)

憲法 자체가 明文의 規定을 가지고 特定條項이나 制度(事項)의 改正을 금지하고 있는 경우<sup>(32)</sup>에 이것을 實定憲法上的 制約이라고 한다. 實定憲法上的 制約의 內容은 ① 憲法改正의 內在的 限界를 단순히 成文化한 것에 지나지 않는 경우, ② 그 자체는 원래 改正의 對象이 되는 것이지만 憲法에서 明文化한 까닭에 改正이 制約되는 것이 있다.<sup>(33)</sup> 그러나 그럴 경우 그와 같은 改正이 금지되는 特定條項이나 制度를 改正의 대상으로 할 수 있는가 없는가에 관해서는 세가지 見解가 대립하고 있다.

第1說은 改正禁止條項부터 改正하면 어떠한 條項 또는 內容의 改正도 가능하다는 견해이다.<sup>(34)</sup>

第2說은 改正禁止條項은 法的으로 무의미하기 때문에 憲法改正節次에 따라 언제나 改正이 가능하다는 見解이다.<sup>(35)</sup>

第3說은 改正禁止條項의 직접적인 改正은 물론 二重節次에 의한 改正도 불가능하다는 見解이다(多數說).

憲法에 明文의 規定이 있는 이상 그것은 憲法制定權力者의 의사를 존중하여야 한다는 입장에서 改正이 禁止되어야 한다고 생각한다.

### 3. 改正의 限界를 무시한 改正行爲의 效力

(32) 예컨대 우리나라 第1共和國 당시의 1954년 11월 29일의 改正에 의하여 第1條, 第2條, 第7條의 2의 規定은 改廢할 수 없게 하였다. 프랑스 第4共和國憲法 第95條와 第5共和國憲法 第89條 第5項도 「共和政體는 改正의 目的으로 할 수 없다」라고 규정하고 있다. 西獨基本法 第79條3項도 이 基本法의 改正에 의하여 Land로 구성되는 聯邦制, 立法에 있어서 Land의 原則的 協力, 또는 第1條(人間의 尊嚴과 不可侵, 基本的人權의 不可侵, 立法權·執行權·司法權에 대한 基本的人權의 拘束)와 第20條에 規定된 原則(民主的·社會的 聯邦國家, 國民主權, 憲法의 秩序에 의한 立法의 拘束 및 法律과 法에 의한 執行權과 司法權의 拘束)에 저촉되는 改正은 허용되지 아니한다」라고 규정하고 있다. 日本憲法도 그 前文에서 國民主權의 原理에 반하는 憲法改正을 허용하지 않는다는 뜻을 명백히 하고 있다.

(33) 韓泰淵, 前掲書 p. 130 참조.

(34) 朴一慶, 前掲書 p. 125.

(35) 이에 準하는 旨: 韓東燮, 憲法 p. 43. 立法例로서 1793년의 프랑스 憲法이 있고 Kohler도 憲法의 明示的 默示的 改正禁止規定을 전적으로 부정하면서 장래에 있어서 憲法改正의 完전한 自由를 주장하였다.

끝으로 限界를 무시한(또는 벗어난) 改正行爲와 그 所産으로서의 憲法規範의 法的 性格을 어떻게 評價할 것인가의 문제가 검토될 필요가 있다. 이러한 限界를 무시한 憲法の 變改行爲에 관해서는 그것은 혹은 正常的인 改正作用이 아니므로 法的으로는 완전히 無效라고 할 수도 있을 것이고, 또 혹은 現行憲法을 破壞하고 새로운 憲法을 制定한 일종의 革命行爲라고 할 수도 있을 것이다.

하지만 法的으로는 無效라 할지라도 事實로서 그것이 시행될 경우, 즉 「無效지만 有效」라는 事態가 발생한다면 어떻게 될 것인가. 憲法改正論에 의해서 인식될 수 있는 領域에도 한계가 없을 수 없는 것이며, 이런 경우는 이미 憲法改正論의 領域을 벗어난 경우로서 그것은 憲法保障制度 내지 國民의 抵抗權問題의 領域에서 다루어 저야 할 것이다.