

〈특별기고〉

金哲洙 憲法學의 全體像 —학설 40년의 발자취—

金 孝 全*

I. 서 설

김철수 교수가 1998년 1학기를 끝으로 서울대학교 법과대학을 정년퇴직한다.¹⁾ 1962년 봄 동숭동 캠퍼스의 법대 전임강사로 부임한 이래 37년간 오로지 헌법학연구에만 몰두해 온 그의 생애와 학문은 바로 파란만장한 한국 현대사를 그대로 반영하는 것이기 때문에 더욱 의미있고 역사적인 사건이 아닐 수 없다.²⁾ 일찍이 칼 슈미트가 적절히 지적하였듯이, 공법학자가 다루는 문제들은 항상 정치적인 것의 위협에 직접 직면하고 있기 때문이다.³⁾ 더구나 서울대학교 법과대학 교수라는 자리는 권력자로부터 관직을 제의받거나 협조라는 미명 아래 여러 가지의 유혹을 받기 쉬우며 또 정권을 비판하면 그 영향력으로 인하여 다른 사람들보다 더 직접·간접으로 압력을 받기도 하는 경우가 적지 않다. 이러한 와중에서 학자로서, 교육자로서 한 길을 걸어간다는 것은 쉬운 일이 아니다.⁴⁾

지난 40년에 걸친 그의 학문의 관심방향은 헌법학에만 국한된 것은 아니며, 법철학, 법사상사, 국제법, 국제정치 등 광범위하며, 그 업적도 무수히 많기 때문에⁵⁾ 이

* 동아대학교 법과대학 교수

- 1) 이에 관한 언론의 보도는, 정년맞은 헌법학의 泰斗 김철수 서울대 교수(월요 인터뷰), 중앙일보 1998년 6월 15일자.
- 2) 김 교수의 임명에 관하여는 서울대학교 법과대학, **서울대학교 法科大學 30年(1945-1975)**, 1975, 10쪽.
- 3) C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln 1950, S. 55. 김효전 역, **구원은 옥중에서**, 교육과학사, 1990, 134쪽 참조.
- 4) 상세한 것은 금량 김철수선생 화갑기념대담 한국 헌정의 회고, 금량 김철수교수 화갑기념 **현대법의 이론과 실제**, 박영사, 1993, 1133-1207쪽 참조.
그의 생애에 관하여는 김철수, 나의 삶, 나의 생각, 경향신문 1993년 8월 1일자 및 동인, **정치개혁과 사법개혁**, 서울대학교출판부, 1995, 228-232쪽에 재수록. 또한 동인, 법철학에서 헌법정책학으로(나의 학문에의 길), **철학과 현실**, 1991 가을, 313-324쪽 및 나의 법철학적 편력(학문과 삶), 법철학과 사회철학 제3집, 교육과학사, 1993, 241-255쪽 참조.

를 전체적으로 조명하는 작업은 그리 간단한 일이 아니다. 김교수의 업적은 첫째, 독일을 중심으로 한 대륙법의 전통과 미국의 영미법을 함께 섭취하여 한국 헌법학의 전통을 수립한 개척자라는 점이다.⁶⁾ 한국의 법학이 아직 일제의 잔재를 청산하지 못하고 더구나 미국 문화가 각 분야에 노도와 같이 밀려들고, 법학의 영역에서는 독일 법학의 일방적인 수용이라는 무방비적인 상태에서 한국헌법학을 건설한 그의 선구자로서의 업적은 별도의 연구가 필요한 테마라고 할 수 있다.⁷⁾ 두 번째로 그가 전개한 헌법해석학으로부터 헌법사회학 및 헌법정책학적인 연구방법론에로의 영역확대는 종래의 「실증주의적인 열반경」⁸⁾ 속에 안주하던 방법론에 대한 일대 경종이었으며, 실증적이며 자료중심적인 그의 연구태도는 종래의 일반사회 과목이나 상식선상의 헌법을 학문으로서의 헌법학으로 확고부동한 지위로 격상시킨 것이다.⁹⁾ 세 번째로 그는 결코 상아탑 속에서 현실을 외면한 채 도피한 학자가 아니라 적극적으로 관심을 가지고 군사독재 정권을 비판하고 저항한 참여의 학자였다.¹⁰⁾ 두루 알고 있듯이 그는 중앙일보 논설위원으로서 1967년부터 1973년까지 7년 동안 격동기의 한국 정치문제에 관하여 무수한 논설을 썼다. 언론인으로서의 금량의 면모는 다른 연구자에게 맡긴다. 이처럼 시대감각에 뛰어난 그의 식견과 경륜은 일찍부터 분단국 문제로부터 헌법개정안의 시안작성, 그리고 통일헌법의 제정에 이르기까지 살아있는 헌법의 연구로 일관하고 있다. 외국에서 공부한 수많은 유학생들이 특정

-
- 5) 1993년까지의 저작목록은 금량 김철수교수 화갑기념 현대법의 이론과 실제, ix-xxv 쪽 및 헌법재판의 이론과 실제, ix-xxvi 쪽 참조. 그 이후의 연구업적은 금량 김철수교수 정년기념논문집(1998)에 수록될 예정이다.
- 6) 김철수, 한국 헌법학의 의의, 연구방법 및 과제, **공법연구** 제26집 3호, 1998, 43-76쪽 및 대담 김철수·양건 대담, 헌법의 규범성을 부정하여서는 안된다, **고시계** 1985년 3월호 및 김철수·정재황 대담, 기본권에 관한 제문제, **고시계** 1991년 7월호 참조.
- 7) 「한국헌법학」이 존재하는가에 대해서 의문을 가지거나 부정적인 일부 외국법송배자가 없는 것은 아니다. 이들 한국 헌법학의 발전가능성을 의심하고 숨통을 조이는 외국법학 해설기의 추방에 대해서는 H. Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1931(김효전역, **통합으로서의 국가**, 법문사, 1994)에 붙인 역자 서문 참조.
- 8) C. Schmitt, ebenda.
- 9) 김 교수가 저술활동을 시작하던 60년대 초의 한국에는 법학 학술지가 서울대와 고려대를 제외하고는 전무한 상태였고 수험지로 고시계, 법정, 사법행정 등이 발간되고 있었다. 이들 수험지에는 대부분 모범답안 정도의 글이 게재되었으나 김 교수는 논문마다 일일이 각주를 붙여 전거를 밝히고 학술적 가치가 있는 글을 발표하였다. 고시계의 주간을 오랫동안 역임한 이화여대의 崔柄煜 교수는 고시잡지에 각주를 붙인 글을 발표한 사람은 김교수가 그 효시라고 증언한 바 있다.
- 10) 김교수는 여러 가지 저술을 통하여 군사정권과 유신정권에 저항하였다. 이에 대해서 그는 「그러나 완전하고 철저하게 저항한 것은 아닙니다. 그랬다면 이미 학교에서 쫓겨났었겠죠. 절충적 태도를 취했다고 할까요. 그래서 나를 비판하는 사람도 있을 겁니다. 교직에 있으면서 학생들을 가르쳐 그들에게 미래를 맡기는 것이 중요하다고 생각했습니다.」라고 술회하고 있다. 중앙일보 1998년 6월 15일자.

국가의 학설 하나에만 매달려 평생을 보내거나 교과서의 집필로 학문을 완성한 것으로 착각한 반면, 그는 「독일법을 통하여 독일법 위에」 한국 헌법학을 구체화하고 구축한 것이다. 실로 한국의 법학이 암중모색하고 있을 때 그는 메시아처럼 나타나서 우리 나라 학문의 자존심을 세우고 나아갈 방향을 제시한 것이다.

또한 교육자로서 그는 따듯한 사랑과 엄격한 학문의 자세로 수많은 제자들을 길러냈다. 법조계와 학계는 물론이며 정계와 관료계 등 각 분야에서 활약하는 기라성 같은 제자들이 있다.¹¹⁾ 이에 대해서 그는 지난 1993년 10월 30일의 화갑기념논문 봉정식의 답사에서 자신은 서울대학교라는 좋은 학교에 있었기 때문에 오늘의 자신이 있을 수 있었다고 겸손하게 말하였다. 여하튼 학계에서는 김교수의 지도를 받은 학파를 「김철수 사단」이라고 부른다. 이 말에는 물론 좋은 의미와 나쁜 의미가 함께 내포되어 있을 것이다. 그러나 자신의 연구를 계속하면서, 또 여러 가지 사회활동을 하면서 많은 제자를 길러낸다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 한 사람의 학자가 탄생하려면 자신의 부단한 노력 이외에도 여러 요소가 함께 조화를 이루어야 하기 때문에 매우 어렵고도 힘든 일이다. 그래서 그는 학문への 길을 형극의 길로 묘사하였다. 그의 지도를 받은 우리 문하생들은 커다란 자부심을 가지고 있다. 플라톤은 자신이 자유민으로서, 또 남자로서 태어나고, 소크라테스와 같은 시대에 그의 가르침을 받을 수 있게된 것을 신에게 감사하였다고 한다. 김 교수의 가르침을 받은 우리 문하생들도 김철수 교수와 같은 큰 스승을 만나고 헌법과 같은 커다란 학문을 익히게 된 것에 대해서 큰 자부심을 가지고 있다.

이제 그의 정년을 기념하여 직접 그에게 지도를 받은 제자의 한 사람으로 김철수헌법학의 전체상의 일단을 학설 중심으로 서술하게 된 것을 영광스럽게 생각한다. 필자 개인으로도 금년은 김교수를 만난 지 꼭 30년이 되는 해이기 때문에 그동안의 즐거웠던 일들과 괴로웠던 일들이 주마등처럼 지나간다. 개인적인 회고나 아름다운 추억담은 다음 기회로 미루고 여기서는 김교수의 헌법학설은 어떻게 전개되었으며 기존의 학설이나 이론과는 무엇이 어떻게 다른가, 또 그의 학설은 한국 헌법학에 어떤 영향을 미쳤는가를 간단히 소묘해 보기로 한다.

따라서 이 글은 단순히 한 헌법학자의 학설을 체계적으로 정리해 둔다는 소박한 의미만을 지닌 것은 아니다. 선구자로서 어렵게 개척한 연구성과가 낡고 시대에 뒤떨어진 것처럼 치부해 버리고 한 두 가지의 외국이론을 들고 나와 새로운 것, 독창적인 것처럼 학문을 오도하는 우리의 현실에서 진정한 학문への 길은 무엇인가를 몸소 보여준 금랑 선생의 학덕을 기리고, 나아가 한국의 헌법학설사를 올바른 토대

11) 서울대학교 대학원에서 그의 지도를 받고 석사학위논문을 제출한 사람은 약 백여명에 달하며, 박사학위를 받은 사람은 20명이며, 그밖에 다른 대학에서 제출한 박사학위논문을 심사한 것도 상당수에 이른다. 이들의 명단은 위의 『세계헌법연구』 제3호에 게재될 예정이다.

위에서 후대에 전해주기 위한 기초작업의 일환으로서 작성된 것임을 밝혀 둔다.

II. 憲法의 原理

김 교수의 헌법학에서 기존의 학설과 다른 점 내지는 새로이 소개한 이론을 헌법의 원리, 기본권론, 그리고 통치구조의 세 가지 부문으로 나누어 몇 가지만 정리해 보기로 한다.

1. 主權者로서의 國民

우리 헌법은 제헌 헌법 이래 「대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라고 하여 국민주권을 규정하고 있다. 주권문제에 관하여 김 교수는 이미 60년대 초반부터 여러 논문을 발표해오고 있다.

국민주권에 관한 규정과 관련하여 국민의 헌법상 지위에 대하여는 학설상의 다툼이 있다. 먼저 대한민국헌법의 기초자인 유진오 박사(1906-87)¹²⁾와 박일경 교수(1920-94)는 G. Jellinek(1851-1911)¹³⁾의 이른바 지위이론에 따라서 이를 분류하고 있다. 이에 대해서 문홍주 교수(1918-)는 주권자로서의 국민, 헌법상 국가기관으로서의 국민, 기본권의 주체로서의 국민, 통치대상으로서의 국민으로 나눈다.¹⁴⁾

이에 대해서 김 교수는 「主權者로서의 國民의 意義變遷」(고시계 1964년 4월호)¹⁵⁾에서 주권의 보유자로서의 국민과 주권의 행사자로서의 국민을 구별한다.

주권의 보유자로서의 국민은 정치적·이념적 단일체로서 국민의 총체이며, 비록 조직화되지 않았고 형성되지 않은 크기이나, 인적으로나 물적으로나 유동적인 크기이기는 하나 어떤 순간이나 구체적인 정신적인 통일체로서 현존한다. 주권의 보유자로서

12) 김철수, 유진오 헌법초안에 나타난 국가형태와 정부형태, 한국사 시민강좌 제17집, 일조각, 1995, 94-114쪽 참조.

13) 엘리네크에 관하여는 김효전 역, **일반 국가학**, 태화출판사, 1980 및 동인 번역, **인권선언 논쟁**, 법문사, 1991 참조.

14) 여기의 유진오, 문홍주, 박일경 교수는 모두 경성제대 출신이다. 광복 후 현대 한국법학의 발자취를 검토하려면 그 근원이 되는 경성제국대학과 그 출신자들에 대한 연구가 선행되어야 할 것이다.

참고로 당시 경성제대의 법학교수진을 보면, 花村美樹, 泉哲, 松岡修太郎, 船田亨二, 不破武夫, 清宮四郎, 尾高朝雄, 西原寬一, 鶴飼信成, 祖川武夫 등이 법학을 강의하고 있었다. 상세한 것은 박병호, 한국법학교육의 기원—법관양성소제도와 경성제대—, 한국교육법학회 학술발표대회, 한국 법학교육 백주년—회고와 전망—, 1995년 2월 24일 홍사단 강당에서 개최. 이 논문은 박병호, **근세의 법과 법사상**, 진원, 1996, 172-187쪽에 수록되어 있다.

15) 이 논문은 그의 **헌법학연구**, 지학사, 1969, 77-85쪽에 수록되었다. 박일경 교수에 의한 이 책의 서평은 대학신문 1969년 5월 26일자 참조.

의 국민은 자연적 의의에서의 국민을 말한다.

이에 반하여 주권의 행사자로서의 국민은 광의에 있어서의 국가기관이며 ‘행동가능한 크기’로 나타난다. 이 의의에 있어서는 국민은 조직규범의 근거 하에 헌법적으로 형성되고 조직된 크기로서 국민투표를 하며 선거하며 투표하는 것이다. 유권자의 총체이며 능동적 시민의 총체이다. 이 사실적인 권력담당자는 결코 주권의 보유자로서의 국민과 같지는 않으며 같을 수도 없다. 이 의의에 있어서의 국민은 객관적·법적으로 형성된 기능체(Funktionseinheit)이다.¹⁶⁾

이러한 주장에 대해서 박일경 교수는 「主權者로서의 國民」(고시계 1964년 6월호)에서 곧 반박하였다. 그는 국민 전체가 주권자라는 것을 완전히 부인한다. 이 논쟁은 헌법 제1조의 해석을 문리적·법사회학적으로 하느냐, 아니면 논리적·법해석학적으로 하느냐 하는 방법론의 차이라고 하겠다.

여기서 알 수 있듯이, 김철수 헌법학의 첫 번째 특징은 자연법론에 입각하고 있다는 것이다. 그의 표현에 의하면, 「자연법적인 것이고 실정법이라고 하더라도 민주주의나 인간의 존엄에 위배되는 경우에는 법적 효력이 없다는 신자연법론」¹⁷⁾이다. 여하튼 19세기의 유럽을 풍미하였던 법실증주의는 독일의 패전과 함께 역사 속으로 사라지고 다시 자연법론의 영원회귀를 부르짖게 되었다. 김 교수가 뮌헨 대학에 유학하던 50년대의 독일 법학계는 바로 이 자연법론과 실존주의 법학이라는 커다란 흐름 속에서 새로운 법철학과 법이론의 탄생을 위해서 소용돌이치던 격동의 시대였다. 전쟁의 폐허도 서서히 복구되어 가는 1961년 그가 독일에서 귀국한 직후인 60년대 초의 한국 법학계의 상황은 주로 일제시대에 법학을 공부한 분들이 학계를 리드하던 때였기에 법실증주의적인 경향이 강하였다. 당시의 우리 학계의 분위기에 대해서 그는 다음과 같이 묘사하고 있다.

이 당시에 헌법학의 방법론으로 헌법해석학과 헌법사회학, 헌법정책학의 필요성을 강조한 것은 특기할 만한 것이었다. 당시에는 헌법학이 해석학에 치우쳐 하설만 가르쳤고 그것도 제2차대전 전의 이론을 중심으로 강의하였다 ...

헌법의 해석에 있어서도 국가우월적인 법실증주의가 지배했는데 여기에 반기를 들고 인권우월의 자연권사상을 강조한 것도 법철학을 공부한 까닭이 아닌가 한다. 그때까지만 하더라도 법이란 강자의 지배를 위한 명령으로 이해되었고 헌법이란 정권을 잡은 자의 지배수단이요 정당화수단으로서 기능하는 것으로만 생각되었던 것이다. 5·16 당시 헌법이 국가재건비상조치법에 의하여 효력이 상실되었고 또 국가재건최고회의에 의하여 제정되는 과정을 본 사람에게는 헌법이란 쿠데타에 성공한 사람들의 이익을 대변하고 국민을 지배하기 위한 수단으로 비친 것은 무리가 아니었다.

16) 김철수, **헌법학연구**, 84쪽.

17) 김철수, **법철학에서 헌법정책학으로**(註 4), 318쪽.

나는 4·19 직후에 귀국하여 5·16을 겪는 동안 군인들의 불법적 통치를 경험하였고 헌법제정과정을 목격할 수 있었다. 그럼에도 불구하고 헌법이라는 것은 국민주권 주의국가에 있어서는 국민의 국가계약의 문서임을 강조하고 국민이 위임한 국가권력 기관에게 헌법준수의 의무가 있음을 강조하기를 그치지 않았다.¹⁸⁾

김철수 헌법학이 다른 헌법학자의 학설과 구별되고 오늘날에도 계속 생명력이 있는 것은 바로 그의 탄탄한 법철학 연구 때문이라고 생각한다. 그의 시종일관된 논리와 사고의 체계는 지금까지 학설을 변경한 일이 없다는 사실 하나만으로도 입증된다. 더구나 그는 서양법철학자들의 법사상에만 관심을 둔 것이 아니라 일찍부터 동양의 법철학에도 깊은 조예를 가지고 있다. 요즘과 같이 법철학의 기본소양도 없이 헌법철학 운운하는 시대에 그는 진정한 학문의 자세가 어떠한 것인가를 몸소 보여주고 있다. 단행본으로는 『법과 사회정의』(서울대학교출판부, 1982)가 있으며, 논문 중에는 특히 『風土的 自然法論』¹⁹⁾과 『正義의 意義』²⁰⁾가 학계의 커다란 반향을 불러일으킨 노작이라고 할 수 있을 것이다.

다음에는 헌법해석에 나타난 그의 법철학과 법이론을 구체적인 테마에 따라서 상세하게 검토해 보기로 한다.

2. 民主的 基本秩序

제2공화국 헌법(1960년 6월 15일) 제13조 제2항은 정당조항에서 「헌법의 민주적 기본질서」라는 표현을 사용하고 있으며, 이것은 제3공화국 헌법(1962년 12월 26일) 제7조 3항에서 「헌법의」라는 말을 삭제하고 그대로 정당조항에 규정하고 있다. 이 민주적 기본질서라는 표현은 자유민주적 기본질서라는 표현과 나란히 현행 헌법에 이르기까지 계속 사용되고 있다. 이것은 다 알고 있듯이, 서독 기본법 제21조의 「자유민주적 기본질서」(Freiheitliche Demokratische Grundordnung)을 모방한 것이다.²¹⁾

이 민주적 기본질서라는 용어에 대해서 당시의 다수 학자들은 이것은 바로 서독

18) 김철수, 법철학에서 헌법정책학으로(註 4), 317-318쪽.

19) 이 논문의 일본어 번역은 金孝全·鈴木敬夫共譯, 風土의自然法論考, 札幌商科大学論集, 第26號(商經編, 1980年), 125-163頁에 수록되어 있다. 이 논문은 주로 李恒寧著, 法哲學概論을 비판한 것이지만 이항녕 교수는 오히려 김 교수의 비판과 지적을 감사한 마음으로 회고하고 있다. 이항녕, 학창 30년, 법정 1970년 5·6·8월호 참조. 한편 이항녕 교수의 『법철학개론』은 鈴木敬夫 교수가 일본어로 번역하여 출판하였다.

20) 일본어 번역은 鈴木敬夫譯, 正義의意義, 同人編譯, 現代韓國의法思想, 成文堂, 1982, 51-80頁 참조.

21) 상세한 것은 G. Lautner, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung. Versuch einer Inhaltsklärung ihrer von Bundesverfassungsgericht aufgeführten Elemente*, Königstein/Ts. 1982 참조.

기본법에서 말하는 자유민주적 기본질서와 동일한 것이라고 해석하고 있었다. 이에 대해서 김 교수는 「民主的 基本秩序」(『法政』 1964년 1월호)라는 논문에서 다음과 같이 분석하고 있다.

이러한 관점에서 볼 때 개념상 서독의 「자유민주적 기본질서」와 「한국헌법의 민주적 기본질서」와는 다르다는 것을 알 수 있다. 또 한국 「헌법의 민주적 기본질서」와 단순한 「민주적 기본질서」도 개념상은 다르다고 하겠다. 한국 「헌법의 민주적 기본질서」는 특수헌법적인 민주적 기본질서를 뜻한다고 한다면 단순한 「민주적 기본질서」는 일반헌법적인 개념이 아닐까 생각된다. 형식논리상 민주적 기본질서는 자유민주주의와 사회민주주의 등을 내포하는 상위개념이며 그 공통개념이라고 하겠다.²²⁾

이와 같이 민주적 기본질서를 자유민주적 기본질서와 사회민주적 기본질서로 나누고, 민주정치의 개념은 마운쯔(Theodor Maunz, 1901-1994)²³⁾에 따라서 설명한다. 여기에 그는 실질적=사회민주적 기본질서의 내용으로서 사회적 평등과 평화주의를 가미한다. 그리하여 「이것은 사회적 복지주의와 국제평화주의라고도 할 수 있는 것으로, 사회적 정의와 국제정의를 민주정치의 내용에 첨가한 것이라고도 볼 수 있다. 여기서는 실질적 평등이 자유에 우월한다.²⁴⁾고 서술하고 있다.

김 교수는 이 문제에 대해서 그 후에도 계속하여 논문으로써 자유민주적 기본질서와 민주적 기본질서와의 구별을 강조하고 있다. 우선 「民主的 基本秩序」(서울대학교 法學, 제20권 1호 1979년)에서도 그는 민주주의에 관하여 상세하게 검토한 후 헌법질서와 민주적 기본질서와의 차이 등을 말한다. 계속하여 그의 견해는 다시 「自由民主的 基本秩序와 民主的 基本秩序」(考試研究, 1979년 11월호)에서도 반복되고 있다. 이와 같은 그의 주장은 변함 없이 교과서에서도 견지되고 있다.²⁵⁾

그러나 다수 학자들은 여전히 민주적 기본질서란 바로 자유민주적 기본질서를 의미한다고 해석하며, 다만 문흥주 교수와 권영성 교수는 민주적 기본질서에 평화주의를 추가할 뿐이다.

요컨대 현행 헌법은 계속하여 민주적 기본질서와 자유민주적 기본질서를 구별하여 규정하고 있는 점에서도 이것은 달리 해석하는 것이 타당하다. 지금까지 한국에서는 민주정치를 이념이나 형태에 의한 개념규정에 치중하여 온 데 대해서 그는

22) **법정**, 64년 1월호 8쪽 및 **헌법학연구**, 72쪽.

23) 마운쯔에 관하여는 P. Lerche, Theodor Maunz †, in: *AöR.* 1994, I. S. 156-157; R. Herzog, Theodor Maunz als Lehrer, in: *Festschrift für Theodor Maunz*, 1981, S. 109-117; D. Deiseroth, Kontinuitätsprobleme der deutschen Staatsrechtslehre(r)? Das Beispiel Theodor Maunz, in: *Ordnungsmacht?*, 1981, S. 85-111 참조.

24) **법정**, 9쪽 및 **연구** 75쪽.

25) 김철수, **헌법학개론**(제10전정 신판), 박영사, 1998년, 138쪽. [이하 '개론'으로 약칭함].

내용적 특징에 중점을 두어서 식별하고 강조한 점에서, 그리고 헌법규범의 의미내용을 엄격하게 해석할 것을 강조하는 점 등에서도 민주적 기본질서는 바로 자유민주적 기본질서와 동일하다고 안이하게 해석하는 다수설에 경종을 울린 점에서도 그의 학설은 한국 헌법학의 내용을 더욱 의미있고 풍부하게 만든 업적 중의 하나라고 할 수 있을 것이다.²⁶⁾

3. 政黨의 憲法上 地位

한국 헌법은 전술한 제2공화국 헌법 제13조 제2항에 정당에 관한 규정을 둔 이래 현행 헌법에 이르기까지 정당에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 정당과 선거제도에 관하여 김 교수는 일찍부터 많은 연구 성과를 발표하였다.

먼저 「政黨의 憲法上 地位에 관한 比較憲法的 一考察」(서울대학교 法學, 제3권 2호 1962년 5월, 295-383쪽)에서 그는 절대적 헌법으로서의 민주적 기본질서, 현대 민주정치의 구조변질과 정당, 정당의 헌법상 지위, 정당의 헌법적 개념 등을 상술하고 있다. 여기서 그는 정당을 정당결성의 권리로 보는 견해, 정당의 헌법기관성, 중개적 권력 내지는 제도보장설, 그리고 정당의 공적 지위 내지는 사회적 성격을 인정하는 견해 등 서독의 학설과 판례를 소개한 후, 다시 한국 헌법상의 학설을 정리하고 자신의 견해를 다음과 같이 피력하고 있다.

… 헌법 제13조 2항의 어길 수 없는 규정에서 보아, 또 한국의 정치질서가 아직도 대중적 정당국가에로 이행하지 않았으며, 자유대표제국가에 머물고 있다고 생각하여, 한국 헌법상에 있어서의 정당의 지위는 비록 정치학적·사회학적인 지위에 머물고 있지는 않으나, 그렇다고 하여 정당을 헌법기관화한 것도 아니라고 하겠다. 그러한 의미에서 필자는 제13조 2항의 헌법규정이 정치학적·사회학적인 前憲法的인 정당을 헌법상에 보장한 제도적 보장(die institutionelle Garantie)이라고 생각한다.²⁷⁾

정당에 관한 일련의 그의 논문은 당시 정치학이나 사회학계에서도 아직 이에 관

26) 자유민주적 기본질서에 관한 문헌은 박병섭, 독일 기본법상의 자유롭고 민주적인 기본질서, **공법연구** 제23집 3호 1995, 123-139쪽; 홍성방, 자유민주적 기본질서, **한림법학 FORUM** 제2호, 1992, 1-40쪽; 이관희, Bonn 기본법에 있어서 자유민주주의적 기본질서, 방산 구병삭박사정년기념 **공법이론의 현대적 과제**, 박영사, 1991, 443-462쪽; 박규하, 서독 기본법상의 자유민주적 기본질서, **헌법재판의 이론과 실제**, 헌법재판소, 1990, 170-190쪽; 박규하, 서독 기본법상의 자유민주적 기본질서, **고시연구** 1990년 6월호, 93-113쪽; 박규하, 자유민주적 기본질서와 투쟁적 민주주의의 원리, **고시연구** 1977년 12월호 124-133쪽; 문광삼, 자유민주적 기본질서에 관한 연구, **현정 최재훈선생화갑기념 현대법의 제과제**, 1990, 407-436쪽; 성정엽, 자유민주적 기본질서에 관한 연구, **인제논총** 1990년 12월 참조.

27) 서울대학교 **법학** 제3권 2호, 350쪽.

한 체계적인 연구가 부진한 상태에서 많은 논점과 방향을 제시하고 문제점과 자료를 제공한 점에서 매우 귀중한 업적 중의 하나라고 평가할 수 있을 것이다. 더구나 서독의 경우 라이프홀츠(Gerhard Leibholz, 1901-82)²⁸⁾ 연방 헌법재판소 재판관의 영향으로 헌법기관설이 유력한 견해였던 당시 한국의 헌법학계는 이론적인 빈곤으로 방황하는 시기에 그의 논문은 서독의 학설과 판례를 정확하게 소개하고 정당법 제정을 위한 기초자료로서 독일정당법초안도 번역하여 논문 말미에 첨부하였다.²⁹⁾

이와 같이 정당에 관한 그의 연구는 계속되고 있다. 정당의 헌법학적인 연구 중 그의 업적은 정당의 권능·권리·의무 등 법적 지위를 체계화한 점에 그 특색을 발견할 수 있다.³⁰⁾ 우선 그는 정당의 권능(능동적 지위), 정당의 자유(소극적 지위), 정당의 보호(적극적 지위), 그리고 정당의 의무(수동적 지위)로 나누어 설명하고 있다.³¹⁾

그의 주장은 그 후의 정당법 개정시에 많이 반영되었으며, 그가 주장하는 정당의 중개적 권력설은 이제 통설이 되고 있다.

4. 選舉制度의 改革

정당과 선거제도는 1962년 『헌법질서론』을 출간한 이래 김 교수가 계속 관심을 가지고 연구하는 테마의 하나이기 때문에 수 많은 연구 업적이 쌓여 있다. 그가 한국 최초로 선거구와 인구의 불균형 문제³²⁾를 거론한 논문과 선거제도 개혁에 관한 그의 구상을 요약하기로 한다.

(1) 선거구의 인구불균형과 평등

먼저 선거구의 인구불균형 문제에 관하여 『헌법학개론』에서는 다음과 같이 기술하고 있다.

28) 라이프홀츠에 관하여는 Hans H. Klein, Gerhard Leibholz(1901-1982). Theoretiker der Parteiendemokratie und politischer Denker—ein Leben zwischen den Zeiten, in: Fritz Loos(Hrsg.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, S. 528-547 참조. 그의 저작목록은 F. Schneider, *Bibliographie Gerhard Leibholz*, 2. Aufl., 1981, 92 S. 참조.

29) 독일 정당법초안(Entwurf eines Gesetzes über die politischen Parteien)은 서울대학교 법학 제3권 2호, 1962, 371-383쪽 참조.

그 후 국회도서관 입법조사국, 서독 정당법—그 내용과 제정과정—[입법참고자료 제 81호], 1968, 100쪽이 원문을 첨부하여 발간되었으나, 일본 번역에만 의존하였기 때문에 부정확하고 오역이 많아서 거의 이용할 수 없는 자료집이다.

30) 정당의 신헌법상의 지위, **고시계** 1964년 1월호.

31) 김철수, 개론, 160-164쪽 참조.

32) 이 문제에 관하여는 박일경, 평등선거제와 선거구획정, **법제월보** 제6권 2호, 1964가 그 효시라고 보겠다. 미국 판례의 간단한 소개는 문홍주, **기본적 인권연구**, 법문사, 1965, 64쪽 참조.

오늘날 평등선거의 원칙은 1인 1표를 요구할 뿐만 아니라 1票 1價(one vote one value)를 요구한다. 따라서 선거구간의 인구분포 등으로 투표의 투표가치가 불평등한 경우에는 평등선거에 위반된다. ... 오늘날 선거구 인구에 따른 評價價値의 불평등이 문제되고 있다.³³⁾

선거권의 평등에는 선거구인구의 다과에 따른 투표의 평가가치의 불평등이 문제된다. ... 그런데 이 경우 인구의 편차가 어느 정도까지 허용되는가에 관해서는 학설이 대립되어 있다. 미국에서는 일정한 기준이 확립되지 않았으나, 독일의 입법과 판례에서는 선거구인구의 最大偏差가 33.3% 이상이면 위헌이라고 보고 있다.

우리 나라에서도 헌법재판소는 인구편차가 격심한 선거구구획의 위헌을 선언하였다. 다수의견은 평균 人口値의 상하 60%(전체적으로는 4:1)를 초과하면 위헌이라고 보았고, 소수의견은 이와 더불어 도시유형, 농어촌유형 선거구별 인구편차가 상하 50%(즉 3:1)를 초과하면 위헌이라고 보았다.³⁴⁾

이에 관하여 김 교수는 일찍이 「국회의원선거구획정과 선거구인구의 평등」(Fides 제14권 2호, 1968)에서 이 문제를 제기하고 중립적 기관인 선거관리위원회에서 선거구의 구획을 하는 것이 타당하다고 하였다. 또 선거구의 획정이 인구가 불균형한 경우에는 Reynolds v. Sims (1964)에서와 같이 법원은 사법심사를 할 수 있으며, 이를 위해서는 국회의원선거법을 개정해야 한다고 촉구하였다.³⁵⁾ 그러나 권력자의 개리맨더링과 국민의 무관심 속에 방치되어 오다가 지난 1995년에야 헌법재판소에서 위헌결정을 내린바 있다.³⁶⁾ 그러나 아직도 논란의 여지가 많다.³⁷⁾

(2) 선거제도의 개혁

선거제도의 개혁에 관하여 김 교수는 이미 1967년부터 서독식 비례대표제의 도입을 주장하고 있다. 그러기 위해서는 선거법의 개정을 다음과 같이 제안하고 있다.

1인 1표주의를 개정하여 1인 2표주의로 하고 제1표는 지역구 후보자에게 투표하게 하고 제2표는 정당에게 투표하도록 하며 全議席의 배분은 정당에 투표되어진 제2표에 따라서 비례배분하여야 할 것이다(제125조 개정). 현행의 전국구를 없애고(제15조 삭제), 특별시, 도 단위의 대선구로 하고 대선구 합동명단 입후보자도 지역구에서 입후보할 수 있도록 이중입후보금지조항(제26조)을 삭제하고, 지역구는 인구 30만인을 기준으로 할 것이며 지역구의 인구의 最大偏差를 30% 정도로 法定하고 지역구의

33) 김철수, 개론, 174-175쪽.

34) 김철수, 개론, 401쪽.

35) 김철수, 헌법학연구, 274쪽.

36) 헌재 1995. 12. 27 선고, 95 헌마 224. 헌재판례집 제7권 2집, 160쪽 이하.

37) 예컨대 성낙인, 국회의원선거구 획정의 헌법상 문제점, 고시계 1996년 3월호, 138-149쪽.

구획은 Gerrymandering을 방지하기 위하여 중앙선거관리위원회에서 하되 司法審査의 대상이 되도록 할 것이다(제14조 개정 부표 삭제). 그리고 각 특별시, 도 단위의 대선거구에 지역구 출신 의원과 동수의 의원을 배정하고 대선거구 입후보자의 당선결정은 그 대선거구의 제2표 득표수에 따라 상순위부터 결정하되 사전에 지역구 당선자의 수를 빼면 될 것이다.

그렇게 되면 지역구는 약 100개가 되며 국회의원의 定數는 200명이 되어 법개정 당사자의 기득권을 별로 침해하지 않게 되므로 개정가능성이 많게 될 것이다.³⁸⁾

이 논설은 6·8 선거를 계기로 선거법의 개정을 둘러싸고 그 방향제시를 위해서 쓰여진 글이다. 여기서 그는 당시의 「국회의원선거법은 잘못 이해된 소위 서독식 비례대표제」라고 지적하고, 위와 같이 구체적인 대안을 제시하고 있다. 그 후에 도 선거제도의 개혁에 관한 여러 가지의 논문 속에서 비슷한 주장을 하고 있다.

한편 현행 국회의원선거제도와 전국구제도에 관하여 김 교수는 다음과 같이 말한다.

제6공화국헌법은 제5공화국헌법과 같이 선거제도를 일원화하고 있다. 그러나 공직선거및선거부정방지법은 지역구에서 선출되는 의원과 전국구에서 선출되는 의원으로 나뉘(공직선거법 제21조) 제3공화국 선거법에 있어서의 전국구비례대표제를 부활하고 있다. 그런데 이러한 선거제도를 독일식 비례대표제라고 부르는 사람이 있을지 모르나, 독일의 제도와는 다르고 진정한 비례대표제라고 볼 수는 없다. 제14대 국회의 전국구 제도는 전국구후보자를 정당이 순위를 정하여 추천하고, 이 명부순위에 따라 지역구선출의석의 多寡에 따라 전국구의석을 배분하는 방법을 채택하고 있어 불평등·간접선거라는 비난을 받을 가능성이 높았다.

1994년에 제정된 공직선거및선거부정방지법은 전국구당선자의석을 지역구 국회의원 총선거에서 얻은 득표수에 따라 배분하도록 하여 개선하였으나 정당투표제를 도입하지 않아 독일식과는 거리가 멀다. 두 후보자의 순위를 고정함으로써 간접선거의 우려가 많다.³⁹⁾

현행 선거제도에 관하여 정치학자 중에는 독일식이라고 보는 견해도 있으나,⁴⁰⁾ 변형된 비례대표제라고 보아야 할 것이다. 특히 전국구제도에 관하여는 비판이 있

38) 김철수, 선거법개정의 방향, 대학신문 1967년 10월 10일자.

39) 김철수, 개론, 893-894쪽.

40) 현행 제6공화국 국회의원선거제도는 소선거구 제도와 전국구 비례대표제를 혼합한 선거제도로서 「본질적으로 5·16 직후의 제3공화국 선거제도로 되돌아간 것에 불과하다」는 비판이 있다. 더구나 「그것은 애초에 5·16 주체세력이 독일연방공화국의 선거제도를 절묘하게 변형 도입하여 자신들의 院內 안정세력확보를 보장해 주는 방향으로 立案한 것이었다」는 주장이 있다. 尹亨燮, 국회의원 선거제도 개혁론(동아시론), 동아일보 1988년 3월 19일자.

다.⁴¹⁾

상술하였듯이, 그는 일찍부터 선거제도의 개혁에 관하여 독일식 정당별 후보자명부방식의 도입을 주장하였다.⁴²⁾ 즉 1인 2표의 제도로서 제1표는 지역구 인물에 대해서 투표하고, 제2표는 비례대표제에 따라서 정당이 제시한 후보자명부에 투표를 하는 것이다. 이와 같은 독일식 선거제도에 관해서는 지난 1991년 新民黨이 1인 2투표제 협상을 추진한 바 있으며,⁴³⁾ 일부의 헌법학자와 정치학자만이 이를 지지하고 있다.⁴⁴⁾

그러나 최근(6월 16일) 김대중 대통령이 국민회의 지방선거 당선자대회에서 「여당의 전국정당화」 발언과 관련하여 여권 내부에서 동서분할 현상을 타파하는 방안의 하나로 독일식 정당명부제로 선거제도를 바꾸자는 논의가 일어나고 있어서 주목을 받고 있다.⁴⁵⁾

6. 韓國憲法史의 定立

근대 입헌주의 헌법은 바로 역사적 발전과정의 산물임을 고려할 때 한국 헌법에 있어서도 역사적인 어프로치는 필수불가결한 것이다. 그러나 우리 나라의 경우 법학계와 법조계의 인식부족으로 대학에서 한국헌법사 강좌가 개설된 곳은 아직 보이지 않으며, 사법시험과목에서도 한국법제사는 누락되어 있다. 바로 이 점에서 한국 법학은 독일 법학의 아류 내지는 미국 법학의 식민지라는 비난을 면치 못하고 있는 후진성을 여실히 드러내 주고 있는 부분이다. 더욱 한심스러운 일은 한국의 독자적인 법학은 존재하는가 자문하면서 외국법이론의 나열을 법학의 본령으로 삼는 사이비 법학도들이 활개를 치고 있는 현실이다. 자기 것은 보잘 것 없는 것으로 경멸하며 외국 것은 무조건 숭배하는 소경이 소경을 인도하는 지적인 암흑 속에서도 김 교수는 일찍부터 선학들의 업적을 귀히 여기고 암중모색해 온 한국의 입헌정치의 올바른 방향을 제시하기 위해서 헌법사의 중요성을 강조하고 이에 관한 연구업적을 쌓아온 것이다. 김 교수의 헌법학은 단순히 현재의 헌법규범의 해석만을 목표로 하는 것이 아니라 지나온 헌법규범과 헌법생활의 모습을 정리하고 기록함으로써 현재의 거울이 되게 하고 미래에의 지침을 제시하는 점에서 과거와 현재, 그리고

41) 김문현, 전국구국회의원 선출방법과 몇 가지 헌법적 문제, 월간고시 1994년 7월호 참조.

42) 김철수, 헌법총람, 449쪽 이하.

43) 동아일보 1991년 9월 5일자에 의하면, 「新民黨의 협상안에 따르면 현행 의석수에 따라 배분하던 전국구를 정당득표율에 따라 배정토록 돼있으며 5% 이상 득표를 얻지 못한 정당은 전국구의원 배분대상에서 제외토록 돼있다」고 보도하였다.

44) 예컨대 양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 480쪽.

45) 조선일보 1998년 6월 17일자.

미래를 관통하는 것이다.

단행본으로는 『韓國憲法史』(482쪽)가 1988년 대학문화사에서 출판되었다. 그는 이 저서로 한국일보사가 제정한 1988년도 한국출판문화상(저작상)을 수상하였다.

헌법사에 관한 그의 열정은 공법학회 회장을 역임 중이던 1989년 6월 23일 개최된 국제학술대회를 「대한민국 임시정부 헌법제정 70주년·프랑스 인권선언 200주년 기념·영국 권리장전 300주년 기념」 기본적 인권의 보장이란 테마로 개최한 것만으로도 잘 알 수 있다.⁴⁶⁾

7. 統一憲法の 制定

대한민국헌법은 동서냉전 체제하에서 제정되었기 때문에 분단국가의 헌법으로서 출발하였다. 언젠가 통일되리라는 막연한 기대 속에 50년이 지났다. 우리 헌법은 서독 기본법처럼 통일에 대비한 규정도 두지 않았고, 또 남북통일에 관한 논의 자체가 금기시되기도 한 불행한 역사를 가지고 있다. 이러한 상황 속에서도 김 교수는 일찍부터 분단국의 문제, 통일문제, 그리고 통일 후의 헌법제정에 이르기까지 많은 연구를 하여 왔다. 헌법사에 대한 연구가 과거에 대한 것이라면 통일헌법에 대한 그의 연구는 미래에 대한 청사진을 제시하기 위한 노력의 한 징표라고 할 수 있을 것이다.

통일 헌법의 제정과 관련하여 김 교수는 1984년 통일원의 요청으로 정부의 통일 헌법초안 작성에 참여하였다. 당시 참여한 인사는 李洪九 교수, 梁建 교수와 김 교수 3인이었다. 그러나 그것은 국가기밀로 분류되어 공개되지 않았다.⁴⁷⁾

김 교수는 그 후에도 여러 차례 통일헌법에 관한 자신의 구상과 견해를 밝힌 바 있다. 그의 제안을 요약하면 다음과 같다.

한반도의 평화적 통일을 달성하기 위하여 南北評議會를 구성하여 통일헌법을 기초하고 국민투표로 통일헌법을 확정하여 통일헌법에 의거 민주총선을 실시, 통일국회를 구성하고 통일정부를 수립하는 것은 가장 바람직한 통일방안이다. 그러나 南北相爭을 겪은 한반도에서 그것이 일조일석에 이루어지리라고 생각하기는 어렵다. ... 이때 우

46) 발표문집에는 L. Favoreu (조병륜 역), 프랑스 인권선언과 기본권보장—헌법평의회회의 적법성통제를 중심으로—; F. Moderne (한건우 역), 프랑스 인권선언과 기본권보장—국사원(Conseil d'Etat)의 적법성통제를 중심으로—; G. W. Jones, The British Bill of Rights; G. Püttner (석종현 역), 독일 헌법상 기본권보장; 奥平康弘, 일본에 있어서의 인권보장—제도와 그 문제점—; 김효전, 근대 한국에 있어서 기본권사상의 전개; 허경, 한국에 있어서 기본권보장; 박윤훈, 행정절차에 있어서 기본권보장, 그리고 토론이 수록되어 있다.

47) 통일헌법초안을 함께 만들었던 제자 梁建(한양대) 교수는 이렇게 말한다. 「추측건대 선생님께서서는 바람직한 민주적 헌법의 초안을 만들기를 바라셨을지도 모릅니다. 그러나 객관적 상황이 뒷받침되지 못했었습니다.」. 중앙일보 1998년 6월 15일자 월요 인터뷰.

리들이 만든 통일헌법시안이나 동독 통합 직전에 동서독 학자들이 모여 만든 동독헌법초안이 참조되어야 할 것이다.⁴⁸⁾

김 교수는 통일헌법의 제정을 자신의 필생의 과제로 삼고 있다.

III. 基本權論

기본권론은 김철수 헌법학에서 가장 중점을 두는 부분이다. 기본권분야에서의 그의 학설은 기존의 학설과 어떠한 차이가 있으며, 그의 영향과 업적은 무엇인가를 그의 교과서 편별에 따라서 다음 몇 가지의 카테고리로 나누어 보기로 한다.

1. 基本權의 性格

(1) 自然權이나 實定權이나?

기본권의 본질에 관하여는 이미 1950년대부터 학설의 대립이 전개되어 왔다.⁴⁹⁾ 즉 자연권이나 실정권이나의 문제이다. 당시 유진오 박사의 기본권이해는 법실증주의에 입각한 것이었으며,⁵⁰⁾ 같은 시대에 학문활동을 한 박일경 박사와 문홍주 박사는 기본권을 실정법상의 자유권으로 이해하고 있다. 특히 박일경 박사는 가장 철저하게 법실증주의적인 학설을 견지하였다.

이 문제에 대해서 김 교수는 「基本權의 性格—自然權이나 實定權이나—」(法政 1970년 4월호)⁵¹⁾라는 논문 속에서 다음과 같이 실정권설을 비판하고 있다.

첫째로 자연권론은 그 역사적 의의를 다했으며, 국민주권주의 하에서는 항의적 의의가 없어졌다고는 하나 반드시 그러한 것도 아니다. ... 오늘날의 국민주권국가에서도 ... 소수파의 기본권보장을 위한 항의적 성격을 부인해서는 안될 것이다. ... 둘째로 ... 실정 헌법에 기본권이 보장됨으로써 기본권이 상대화되고 헌법내재적인 권리로 전락했다고 보는 것은 헌법제정권력의 한계를 무시한 이론이다. 자연권론에 의하면 헌법제정권력 자체도 기본권존중이라는 근본규범에는 구속되고 있는 것이다. ... 셋째로 권리는 실정법을 떠나서는 성립할 수 없다는 것은 사법적(私法的) 개념을 고집한 것이 아닌가 한다. 권리는 자연권과 실정권이 있는데 자연권은 실정법이 없더라도 권리로 인정되는 것이다.⁵²⁾

48) 김철수, 한국통일헌법의 제정문제, **법과 정치**, 712쪽.

49) 양건, 기본권 일반이론 50년: 회고와 전망, 한국헌법학회, 대한민국헌법 제정 50주년 기념 **헌법학연구** 제4집 제1호 1998, 34쪽 이하.

50) 상세한 것은 김철수, 유진오의 기본권론, 한국법학교수회편, **법학교육과 법학연구**, 길안사, 1995, 288-323쪽 참조.

51) 이 논문은 그의 논문집 **현대헌법론**, 박영사, 1979, 213-231쪽에 다시 수록되었다.

이러한 그의 입장은 기본권규정의 해석에서 그대로 나타나고 있다. 헌법 제10조의 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다」는 규정의 의미는 「자연권을 헌법상에서 확인·선언함으로써 실정법에 의한 기본권보장을 강화하고, 국가에게 기본권보장의 최대한의 의무를 부과」한 것으로 해석한다. 따라서 기본권은 생래적이고 자연적이며 국가에 先存하는 것이다.⁵³⁾ 또한 헌법 제37조 제1항의 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다」는 규정에 대해서는 헌법 제10조에 의해서 확인·선언된 천부인권의 포괄성을 주의적으로 규정한 것이며 권리창설적 규정이 아니라고 본다.

그러나 한국 헌법사에서의 기본권 규정은 여러 차례 변천을 거듭하여 왔다. 이에 대해서 그는 다음과 같이 평가하고 있다. 즉 제1공화국의 경우에는 실정권으로 규정되었다고 할 수 있으며, 제2공화국에서는 자연권, 다음에 비상조치법(1961년)에서는 다시 실정권으로 규정되었고, 제3공화국 헌법에서는 자연권으로 규정되었다가 제4공화국 헌법에서는 실정권으로 되었고, 제5공화국 헌법조문에는 자연권으로 규정되어 있으나 현실적인 운영은 실정권적으로 운영되었다. 그러다가 제6공화국 헌법에서는 다시 자연권으로 복귀했다고 말할 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

(2) 統合理論과 基本權의 二重的 性格問題

기본권은 한편으로는 개인의 주관적 공권을 보장하는 성격을 가지는 반면에, 다른 한편으로는 객관적으로 국가의 가치질서 내지 가치체계로서 그 국가의 기본적 법질서의 구성요소라는 두 가지의 성격을 가진다고 주장하여 이른바 기본권의 이중적 성격 또는 「기본권의 양면성」을 강조하는 견해가 있다.

이 문제는 스멘트 학파의 계승자인 헤세(K. Hesse, 1919-)의 헌법교과서⁵⁵⁾에서 논의되기 시작한 이래 한국에서는 한태연 교수가 『헌법학』(1973년)에서 긍정적으로 소개한 바 있고,⁵⁶⁾ 이어서 권영성 교수의 『독일 헌법론(상)』⁵⁷⁾에서 상세하게 전개되었다.⁵⁸⁾ 그 후에도 학계의 주목을 받다가,⁵⁹⁾ 1980년대에 들어와서는 허

52) 김철수, 기본권의 성격, **법정** 1970년 4월호 및 동인, **현대헌법론**, 216쪽.

53) 김철수, 개론, 249쪽.

54) 김철수·정재황 대담, 기본권에 관한 제문제, **고시계** 1991년 7월호 18쪽 및 김철수, 헌행 헌법상의 기본권의 법적 성격과 체계, **헌법논총**, 제8집, 1997. 5-41쪽 참조.

55) K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg 1995. 이 책은 일찍부터 국내에 소개되었으며(한형건, 서평, **공법연구**, 제1집 1971, 163-170쪽), 제14판(1984)의 한국어판(계희열 역, **서독헌법원론**, 삼영사, 1985)도 발간되었다.

56) 한태연, **헌법학**, 1973, 200-203쪽.

57) 서평은 허경, 독일 헌법의 이론과 판례연구, 주간조선 1976년 8월 15일자 참조.

58) 권영성, **독일 헌법론(상)**, 법문사, 1976, 89쪽 이하.

영 교수가 이를 정력적으로 주장하는 데 가담하였고,⁶⁰⁾ 급기야는 학설의 논란의 여지가 많은 외국의 학설을 바로 우리 나라 사법시험에까지 출제하기에 이르렀다.⁶¹⁾

스멘트에서 비롯하는 統合理論은 한국에서는 일찍이 한태연 교수가 그의 『헌법학』(1955년)에서 극히 간략하게 언급하였고,⁶²⁾ 또한 갈봉근 교수도 간단히 소개한 바 있다.⁶³⁾ 그 밖에 서원우 교수의 논문⁶⁴⁾을 비롯하여 단편적으로 소개되고 있었다.⁶⁵⁾ 그러나 통합이론은 계획열 교수와 허영 교수 두 사람의 해설가와 지지자에 의해서 널리 보급되었다.⁶⁶⁾ 그러나 통합이론의 유행에 관하여는 「언제부터인지 헌법학계에는 전진 독일이나 전후 서독의 헌법이론을 헌법이론 일반으로 착각하고 그것에 보편사적 의미를 부여하려는 ‘달갑지 못한’ 전통이 뿌리를 내리고 있다.⁶⁷⁾는 비판이 제기되었고, 또한 외국법이론의 섭취와 수용이라는 시각에서 무비판적이고 맹목적인 외국법연구자세의 문제점이 지적되기도 하였다.⁶⁸⁾ 이제 정부수립 50주년과 헌법제정 50주년을 맞이하여 통합이론뿐만 아니라 외국 학설의 도입과 외국 유학의 문제점 등 전반적인 우리 헌법학의 성과를 평가하고 반성하여 비전을 제시하는 작업을 전개해야 할 것이다.⁶⁹⁾

59) 예컨대 박규하, 기본권의 이중적 성격, 월간고시, 1977년 11월호, 102-110쪽 참조.

60) 허영, 헌법이론과 헌법(중), 박영사, 1984, 49-51쪽, 87쪽 참조.

61) 예컨대 1990년도 사법시험에서는 독일의 학설인 「방어적 민주주의」를 출제하였고, 1992년에는 역시 독일의 학설을 더욱 구체적으로 「기본권의 이중적 성격」을 출제하여 뜻있는 사람들을 실망시켰다. 당시 총무처의 지침이 없더라도 학설의 대립이 있는 문제는 삼가하여 출제하는 것이 출제자의 양식이다. 만약 이런 식으로 출제를 한다면 미국의 헌법 학설과 판례, 프랑스의 학설과 판례, 일본과 러시아의 그것 등 외국 학설의 연구와 이해에만도 평생을 해도 못다할 것이다. 수험생에게 무리한 지식을 강요하거나 특정 교과서에만 상술한 부분을 출제해서는 안될 것이다.

62) 한태연, 헌법학, 1955, 237쪽. 또한 한태연, 스멘트 학파에 있어서의 기본권이론—가치체계설을 중심으로—, 백남익박사환력기념논문집 법률 및 정치에 관한 제문제, 법문사, 1975, 3-17쪽 및 김효전 편, 독일헌법학설사, 법문사, 1982, 243-258쪽에 재수록.

63) 예컨대 갈봉근, 헌법의 본질에 관하여—한국 헌법을 중심으로—, 법정논총(중앙대), 제18집 1964, 95쪽 등.

64) 서원우, Smend의 이론과 현대 공법학, 석우 황산덕박사 화갑기념논문집 법철학과 형법, 1979, 479-506쪽 또한 김효전 편, 독일헌법학설사, 213-242쪽에 재수록.

65) 스멘트에 관한 한국 문헌은 김효전, 루돌프 스멘트의 통합이론, 남하 서원우교수화갑기념 현대행정과 공법이론, 박영사, 1991, 17쪽의 주 3 참조.

66) 필자의 조사에 의하면, 계획열, 루돌프 스멘트, 신동아 1971년 1월호 별책부록 현대의 사상 77인, 116-119쪽이 스멘트를 직접 다룬 최초의 글이라고 생각된다. 기타 계획열, 헌법관과 기본권이론, 공법연구 제11집, 1983, 43-58쪽 참조.

허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, (상) 1980, (중) 1984, (하) 1987은 스멘트 이론의 보급에 공헌하였다.

67) 국순옥 편, 자본주의와 헌법, 까치, 1977, 5쪽.

68) 김효전, (註 65)의 논문 및 켈젠의 통합으로서의 국가에 붙인 역자 서문(註 7) 참조.

69) 이에 관하여는 김철수, (註 6), 74쪽 및 김효전, 한국 헌법학 50년의 성과와 21세기적

통합이론에 대한 평가는 제외하고, 기본권의 이중적 성격과 관련하여 이를 부정하는 대표적 견해인 김 교수는 이렇게 말한다.

기본권을 주관적 공권인 동시에 객관적 질서라고 보는 견해는 기본권의 주관적 공권으로서의 성격을 약화시키고 기본권과 제도보장과의 구별을 불명료하게 할 우려가 있다. 기본권 자체는 자연권이나 이것이 실정 헌법에 규정됨으로써 실정권이 되고 실정 헌법규범이 객관적 제도로서 국가권력을 구속하는 것이기에 권리와 질서의 이분법에 따라 권리적 성격을 강조하는 부정설이 옳다.⁷⁰⁾

이와 같은 김 교수의 반론에 대해서는 문홍주 박사가 동조하며,⁷¹⁾ 현재 기본권의 이중성을 인정하는 다수의 의견들이 제시되고 있다.⁷²⁾ 그러나 그 논거가 불충분할 뿐만 아니라 긍정론자들이 말하는 「객관적 질서」로서의 기본권개념이 어떻게 다른 것인지 명백한 설명이 되어 있지 않다는 비판을 받고 있다.⁷³⁾ 이 문제는 독일 기본법 제1조 제2항과 같은 명문의 규정이 없는 한국의 해석에서 외국이론을 무리하게 적용시킨 결과 발생한 해석상의 문제라고 보겠다. 헌법의 문언은 무엇보다도 엄격하게 해석하는 것이 원칙이다.

2. 制度保障

제도보장의 이론은 독일 바이마르 시대에 마르틴 볼프(Martin Wolff, 1872-1953)⁷⁴⁾가 창안한 것을 칼 슈미트가 체계화한 이론이다.⁷⁵⁾ 김교수는 전술한 정당의 헌법상 지위라는 논문에서 이미 제도적 보장의 이론을 다음과 같이 소개한 바 있

과제, 서울대학교 법학 제36권 2호, 1995, 51-80쪽 참조.

헌법사에 관하여는 권영성, 헌정 50년의 평가와 정보화 시대의 헌법적 과제, 1998년 6월 26일 한국공법학회 정기총회에서의 발표문 참조.

70) 김철수, **헌법학개론**, 238쪽.

71) 문홍주, **한국헌법**, 1987, 197쪽.

72) 기본권의 이중성을 인정하는 견해는 권영성, **헌법학원론**, 276쪽; 허영, **한국헌법론**, 225쪽 등.

73) 양건, 기본권 일반이론 50년(註 49)의 39쪽 참조.

74) 바이마르 시대의 대표적인 민법학자의 한 사람이며 정교한 해석학을 전개한 이론가이다. 마르부르크 대학 교수를 거쳐 본, 베를린 대학 교수로 재임중 1935년 나치스에 의해서 베를린 대학에서 추방당하자 1938년 영국 옥스포드로 이주, All Souls College의 연구교수로 지내다가 런던에서 사망하였다. Enneccerus-Kipp-Wolff 교과서의 집필자로서 물권법과 혼인법을 담당하였다.

75) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928. 6. Aufl., 1994, S. 170 ff. [김기범 역, **헌법이론**, 교문사, 192쪽 이하]; ders., *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, 1931. in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, S. 140-171 [김효전 옮김, 바이마르 헌법에 있어서의 자유권과 제도적 보장, **합법성과 정당성**, 교육과학사, 1993, 149-202쪽에 수록]

다.⁷⁶⁾

이 제도적 보장의 개념은 C. Schmitt에 의하여 헌법개념으로 등장하였다. 그에 의하면 제도적 보장이란 「헌법규률로 특정한 제도가 특별한 보장을 받는 것」을 말한다. 이 헌법적 규률은 단순한 입법에 의한 제거를 불가능하게 만들기 위한 목적을 가진다. 이러한 제도적 보장은 기본권이라고 불리기는 하나, 논리적인 의미에서의 자유권적 기본권은 아니다. 제도적 보장은 그 본질로 보아 제한되어 있다. 그것은 국가내에 존재하여 원칙적으로 무제한한 자유영역의 표상에서가 아니고, 법적으로 인정된 제도가 특수한 목적과 특수한 과업을 가지고 있을 때에만 허용된다.

Carl Schmitt는 이 제도보장을 기본권과 분리하여 바이말 공화국 헌법 제2장 중에서 제도적 보장(die institutionelle Garantie)으로서는 직업공무원제도, 지방자치제도, 학문과 교육 등의 헌법보장이 있다고 하고, 제도보장(Institutgarantie)으로서는 혼인과 가족의 보장, 친권의 보장, 재산의 보장, 계약의 자유, 상속권의 보장 등이 있다고 하였다. 이러한 제도적 보장과 제도보장의 차이는 전자가 공법상의 제도보장이기에 대해서 후자는 사법상의 법제도보장이라고 말하여졌다.⁷⁷⁾

이 제도보장의 이론은 독일에서 발전하여 일본을 거쳐 한국에 소개된 학설로서 당시 잘 알려져 있지 않고 또 개념의 혼란을 보이고 있는 실정이었다. 헌법학자로서는 한태연 교수⁷⁸⁾가 칼 슈미트와 후버(E. R. Huber, 1903-90)⁷⁹⁾에 따라서 설명하였고, 그 밖에 강병두,⁸⁰⁾ 한상범 교수와 김 교수 등 이를 따르는 학자가 적었다. 그리하여 김 교수는 「制度保障의 意義와 法的 性格—制度保障理論의 素描—」(考試界 1965년 5월호, 89-98쪽; 헌법학연구, 154-164쪽에 수록)에서 상세하게 소개하였다.

이 논문에서 그는 독일의 이론을 상세하게 소개한 후 한국에서의 제도보장이론을 한태연 교수의 저서를 중심으로 서술하고 있다. 특히 한국의 통설은 제도적 보장이론을 따르지 않고 있는 것 같다고 하면서 다른 학자들이 이에 대해서 냉담한

76) 김 교수의 제도적 보장의 이론은 1965년부터 전개되었다고 하며 **고시계** 1965년 5월호에 실린 그의 논문을 제시하는 견해가 있으나(정종섭, 기본권의 개념과 본질에 대한 이론적 논의의 전개, 정천 허영박사 화갑기념논문집 **한국에서의 기본권이론의 형성과 발전**, 박영사, 1997, 8쪽의 주 19), 이 정당에 관한 논문을 발표한 1962년부터 기산하는 것이 정당할 것이다.

77) 김철수, 정당의 헌법상 지위에 관한 비교헌법적 일 고찰, 서울대학교 **법학** 제3권 2호, 1962, 350쪽.

78) **헌법학**, 양문사, 1955년.

79) 후버에 관하여는 Hans H. Klein, Zum Gedenken an Ernst Rudolf Huber (1903 bis 1990), in: *AöR* 1991. 1. S. 112-119; Werner von Simson, Ernst Rudolf Huber, in: *NJW* 1991. 14. S. 893-894 참조.

80) **신헌법**, 1963년.

것은 제도보장이 기본권을 제약한다는 소극성 때문이었다고 보고 제도보장은 기본권과 결부될 수 있음을 강조하였다. 요컨대 「우리 헌법학설상 제도보장이론이 발전하지 못한 것은 그 개념의 혼미성이나 법적 성격의 이해부족 때문이 아닌가 생각된다」⁸¹⁾고 분석하고 있다.

한태연 교수에 의해서 싹트기 시작한 제도보장이론은 김 교수에 의해서 체계화되고 오늘날에는 통설의 지위를 차지하게 되었다.⁸²⁾

3. 基本權의 分類

기본권은 학자에 따라서 여러 가지로 나누어진다. 종래에는 G. Jellinek와 일본의 美濃部達吉(미노베 다츠키치, 1873-1948)⁸³⁾에 따라서 유진오 박사와 박일경 박사는 자유권·수익권·참정권·의무의 넷으로 구별하는 것이 일반적이었다.⁸⁴⁾ 그러나 박일경 박사도 평등권은 자유권과 다른 권리로 파악하는 점에서 약간 다르다고 하겠다.

또 수익권에 관하여는 대부분 이를 사회권과 전통적인 수익권의 두 가지로 구분하는 경향이 있으며, 좁은 의미에서의 수익권의 명칭에 관하여는 많은 혼란이 야기되고 있다. 이것을 기본권을 확보하기 위한 기본권(윤세창·한상범), 기본권을 보장하기 위한 기본권(문홍주·한태연·김기범), 또는 권리구제를 위한 청구권(허영) 등 구구한 용어들을 사용하며, 김철수 교수는 이를 청구권적 기본권(권리보호청구권)이라고 하여 1960년대부터 사용한다. 그의 구별은 최근 구병삭 교수와 권영성 교수, 안용교 교수도 이에 따르고 있다. 또한 참정권을 문홍주 교수는 정치권이라고 부른다.

요컨대 김 교수의 기본권 분류는 다음과 같다.

우선 우리 헌법의 기본권은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 主基本權으로서 파악하여야 할 것이고, 이러한 인간의 존엄과 가치·행복추구권은 개별적인 기본권으로 분화된다고 보아야 할 것이다. 이러한 개별적인 기본권으로서는 협

81) 고시계 1965년 5월호, 94쪽.

82) 김철수, **헌법학개론**, 254쪽의 주 1 참조.

83) 동경대학을 졸업하고 독일 하이델베르크 대학에 유학. 국가법인설과 함께 독일 입헌군주제의 자유주의적·법치주의적인 측면을 강조한 엘리네크의 절대적인 영향 아래 미노베는 명칭 입헌체제의 옹호와 그 해석에 힘썼다. 1935년 엘리네크의 국가기관설을 모방한 이른바 「천황기관설」을 주장하여 군부의 미움을 사고 대학에서 추방되기도 하였다. 상세한 것은 김창록, 일본에서의 서양헌법사상의 수용에 관한 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 1994; 동인, 미노베 타츠키치의 헌법사상, **법철학과 사회철학** 제4호, 1994 및 구병삭역, **현대 일본의 법사상**, 아세아공법연구소, 1997, 51-58쪽 참조.

84) 전술 「주권자로서의 국민」 참조.

익에 있어서의 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 평등권, 자유권, 생존권, 청구권, 참정권으로 분류하여야 할 것으로 생각된다. 평등권은 과거에는 자유권으로 인정되었으나 이는 자유권과는 다른 성격을 갖고 있기 때문에 독립시켜야만 할 것이다. 또한 C. Schmitt에 따라 기본권과는 구분되는 제도보장을 독립시켜 제도보장과 기본권의 상호관계를 밝히는 것이 필요할 것이다. 왜냐하면 제도보장은 기본권의 장에서 취급되는 하나 그 성질이 현저히 다르기 때문이다.⁸⁵⁾

이상과 같은 기본권의 내용에 따른 그의 구별방법은 많은 학자들의 호응을 얻어 이제는 일반이론으로서 정착되고 있다. 특히 청구권적 기본권은 통설적인 지위를 차지하고 있다. 또 생존권적 기본권에 대해서 독일식으로 「사회적 기본권」(soziale Grundrechte)이라고 부르는 학자도 있다.⁸⁶⁾

이에 대해서 김 교수는 「사회권적 기본권이라는 용어는 독일에서는 사회정책적인 기본권이라는 용어 대신에 쓴 것으로 그 용어가 너무 길어서 단지 사회적 기본권이라고 줄여서 표현하는 경향이 있다」⁸⁷⁾고 하여 이 용어의 사용을 피한다. 그러나 우리 헌법에 인간다운 생활을 할 권리라고 되어 있기 때문에, 문홍주 교수의 생활권적 기본권이란 표현도 옳다고 지적한다. 다만, 우리가 생활권적 기본권이라고 할 때에는 인간다운 생활을 할 권리 하나만을 말하는 것같기에 과거부터 전통적으로 내려오는 생존권적 기본권이라는 개념을 사용하고 있다.

한편 근래에 독일 학자들이 자유권의 생활권화를 주장한다고 하여 일부 학자가 그대로 답습하는 경우도 있다.⁸⁸⁾ 그러나 독일 기본법에는 생존권에 관한 규정이 없기 때문에 「사회적 범치국가」라는 표현에서 이를 도출하는 견해도 있고, 생존권을 인정하기 위해서 자유권을 확장하여 생존권화하는 이론이 나오게 된 것이다. 그러나 우리 헌법은 방어권으로서의 자유권과 급부청구권으로서의 생존권을 명문으로 분류하여 규정하고 있기 때문에 이는 반드시 구별하는 것이 타당한 것이다.⁸⁹⁾ 90)

4. 基本權의 效力

85) 김철수, 개론, 257쪽.

86) 예컨대 한태연, 권영성 교수. 한국 헌법사에서의 연구성과는 한병호, 사회적 기본권 50년, **헌법학연구** 제4집 1호, 1998, 106-137쪽 참조.

87) 김철수·정재황 대담, (註 6), 22쪽.

88) 예컨대 허영, **한국헌법론**, 206쪽.

89) 김철수·정재황 대담, (註 6), 21쪽.

90) 홍성방 교수도 「자유권을 사회권으로 재해석하여는 시도는 사회적 기본권을 헌법에 규정하고 있지 않은 독일의 경우에도 소수설의 주장에 지나지 않았고 다수설과 판례는 기본권은 여전히 공권력에 대하여 시민적 자유를 보호하기 위한 권리로서 기능하고 있다는 입장을 취하고 있기 때문이다」고 문제를 제기한다. 동인, 제3세대 인권, 법정고사 1996년 2월호 33면 註 5 참조.

기본권은 원래 국가에 대한 국민의 방어권으로서 출발하였으나 오늘날에는私人이나 私的인 통치단체에 의한 기본권 침해가 많아짐에 따라서 기본권의 효력범위도 확장하지 않을 수 없게 되었다. 먼저 기본권의 대국가적 효력과 관련하여 헌법 제10조의 규정을 둘러싸고 학설의 대립이 있다. 즉 입법방침 규정과 직접적 효력설이 바로 그것이다. 이에 대해서 김 교수는 다음과 같이 자신의 견해를 피력하고 있다.

비록 우리 헌법 제10조가 독일 기본법 제1조 3항과 같이 직접적 효력규정임을 명시하지는 않으나 국가의 존립목적이 국민의 불가침의 기본권보장에 있음을 천명한 것이요, 헌법의 前文에서 밝히고 있는 바와 같이 국민의 안전·자유·행복과 평등을 영원히 확보하려는 것이 곧 헌법제정의 목적이기 때문에 기본권은 모든 국가권력을 직접적으로 구속한다고 보아야 할 것이다. 이 때 직접적 효력의 근거를 제37조 2항이나 기타 조항에서 찾는 것보다도 이러한 개별 조항은 헌법 제10조의 개별화·구체화이기 때문에 헌법 제10조에서 찾는 것이 옳을 것이다. 특히 헌법 제10조에서 기본권보장에 대한 국가의무를 규정하고 있기 때문에 모든 국가권력은 기본권에 직접 구속된다고 하겠다.⁹¹⁾

이와 같이 헌법 제10조 후문의 규정에서 기본권의 대국가적 효력이 나온다고 설명한다. 따라서 기본권은 국가권력 일반에 대해서 구속력이 있다. 즉 입법권·행정권·사법권·통치권·헌법개정권·자치권 등을 구속하며 특수신분관계의 영역에서도 준수되어야 한다고 강조한다.

현재 한국의 지배적인 견해는 기본권에 관한 헌법의 규정은 직접효력 규정으로 보며,⁹²⁾ 그 근거로서 제10조에서 찾는 견해가 늘어나고 있다.⁹³⁾

다음에 기본권의 對私人的 效力에서는 독일과 미국에서의 이론전개를 상세하게 소개한 후 한국의 학설을 분석하고 있다. 우리 나라의 경우도 독일과 마찬가지로 효력부인설·직접효력설·간접적용설 등이 대립되고 있다. 그의 견해는 간접적용설에 입각하면서도 다음과 같이 설명한다.

모든 기본권에 대하여 일률적으로 적용을 부인하거나 일률적으로 적용을 직접적 적용을 주장하는 것은 논리적으로 일관성이 있을지는 모르나 실제 적용상에는 많은 모순이 나타난다. 또한 간접적 적용설에 대하여도 전술한 바와 같이, 이를 모든 기본권

91) 김철수, 개론, 281쪽.

92) 김철수, 개론, 281쪽; 권영성, **헌법학원론**, 1998, 296쪽; 문홍주, **한국헌법**, 1987, 223쪽; 구병삭, **신헌법원론**, 1989, 295쪽; 허영, **한국헌법론**, 1994, 247쪽; 안용교, **한국헌법**, 1989, 288쪽 등.

93) 예컨대 안용교, **한국헌법**, 288쪽; 김문현, 기본권의 대국가적 효력, **고시계** 1991년 7월호 66쪽 등.

에 전면적으로 적용하는 것은 타당하지 않다. 그러므로 개별적인 기본권을 그 성질에 따라 사인 간의 적용여부를 검토하는 것이 타당할 것이다.⁹⁴⁾

그리하여 그는 기본권을 성질에 따라서 적용이 부인되는 대국가적 기본권으로서 국가배상청구권과 형사보상청구권을 들며, 직접 적용되는 대사인적 기본권으로서 근로3권, 언론·출판의 자유, 협의의 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 참정권 등을 열거한다. 이러한 기본권들 이외의 기본권은 원칙적으로 모두 간접 적용된다고 본다. 뿐만 아니라 헌법이 직접 위임하고 있는 근로자의 권리, 여성의 권리 등 약자의 기본권보호를 위해서는 私法도 헌법질서에 합치되어야 한다고 주장한다.⁹⁵⁾

5. 基本權의 制限

기본권 보장의 중요성이 강조되더라도 절대무제한한 것은 아니다. 그러면 그 제한하는 일반원리는 무엇인가? 이 문제에 대해서는 종래 기본권의 한계라고도 표현되어 왔고,⁹⁶⁾ 또 일반적 법률유보, 일반적 헌법유보, 개별적 헌법유보, 특수적 헌법유보 등 여러 가지의 이론들이 제시되고 있다. 독일의 경우에도 기본권제한의 이론을 전개함에 있어서 학자마다 여러 가지 다른 용어를 사용하기 때문에 혼란이 많은 실정이다.

기본권의 제한 문제에 대해서 김교수는, 넓은 의미에서는 기본권의 구성요소 또는 규범영역의 문제도 포함되나, 좁은 의미의 기본권의 제한유형에는 1) 헌법직접적인 제한, 2) 법률유보에 의한 제한, 그리고 3) 헌법내재적 한계 등으로 나누어 설명한다.⁹⁷⁾ 이어서 기본권제한의 일반원칙으로서 우리 헌법 제37조 제2항을 제시한다. 즉 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다」. 이 조문을 어떻게 이해하고 해석하느냐에 따라서 그 기준이 어떻게 되는가 하는 문제가 제기된다.

김교수는 헌법 제37조 제2항에서 열거한 불명확한 개념들을 상세하게 개념규정을 하여 기본권제한의 한계와 그 기준을 명백하게 제시하고 있다.

아울러 독일 기본법 제19조 제2항을 모델로 하여 규정한 「본질적 내용」의 의미에 관해서도 그는 1965년에 발표한 논문 「기본권의 존중과 한계」(서울대학교 법학, 제7권 1호)에서 상세하게 설명하고 있다.⁹⁸⁾ 이것을 요약하여 그는 교과서에서 다음

94) 김철수, **헌법학개론**, 294쪽.

95) 김철수·정계황 대담, (註 54), 27쪽.

96) 권영성 교수는 「기본권의 한계와 제한」이라는 표제를 사용하며(313쪽 이하), 허영 교수는 「기본권의 내재적 한계와 제한」(265쪽)이라는 표현을 쓰고 있다.

97) 김철수, **개론**, 299쪽.

과 같이 설명하고 있다.

기본권의 본질적 내용은 만약 이를 제한하는 경우에는 기본권 그 자체가 무의미해지는 경우에 그 본질적인 요소를 의미하는 바, 기본권의 내용과는 다르다고 보아야 할 것이다. 즉 기본권의 내용은 포괄적인 데 대하여, 기본권의 본질적 내용은 그 기본권의 근본요소(Grundsubstanz)만을 포함한다. ... 그러나 구체적인 경우에 어느 정도의 기본권침해가 위험적인 침해가 될 것인가는 각 기본권의 내용 중에서 그 본질적 요소가 무엇인가에 따라 결정될 것이며, 이는 사법기관의 판례에 따라서 결정된다고 보아야 할 것이다.⁹⁹⁾

이 본질적 내용과 인간의 존엄과 가치와의 관계에 대해서는 이를 동일시하는 견해¹⁰⁰⁾와 인간의 존엄과 가치를 기본권의 본질적 내용보다도 더 협의로 보는 견해¹⁰¹⁾ 등으로 나누인다. 이에 대해서 김 교수는 양자를 상호독립적인 것으로 보는 것이 타당하다고 하면서 그러나 협의의 인간의 존엄과 가치와는 밀접한 관계가 있다고 한다.¹⁰²⁾ 요컨대 본질적 내용을 파악함에 있어서는 모든 기본권에 대해서 일반화할 것이 아니라 각 개별적인 기본권에 따라서 개별적으로 파악되어야 할 것을 주장하고 있다.¹⁰³⁾

6. 人間으로서의 尊嚴과 價値

인간으로서의 존엄과 가치에 관한 규정은 제3공화국 헌법에서 처음으로 서독 기본법을 모델로 하여 도입하였으며 이 문제에 대해서 한국의 학계가 아직 이론 정립을 하지 못하고 있을 때에 김 교수는 여러 편의 논문을 발표하여 이 조문의 의미와 내용을 명확히 하였다.

인간으로서의 존엄과 가치에 관한 헌법 규정은 主基本權(Hauptgrundrechte)¹⁰⁴⁾인 동시에 구체적인 기본권이다. 인간의 존엄은 인간의 인격의 존엄을 의미하는 것이며 이러한 인격은 인간에게 생래적으로 고유한 것이다. 헌법상의 다른 모든 기본권은

98) 상세한 것은 김대환, 기본권의 본질적 내용 침해금지에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1998 참조.

99) 김철수, 개론, 325쪽.

100) 박일경, **신헌법**, 221-222쪽; 허영, **한국헌법론**, 319쪽.

101) 김기범, **헌법**, 141쪽.

102) 김철수, 개론, 327쪽.

103) 김철수, 개론, 325쪽.

104) 이 개념은 니퍼다이로부터 차용한 것이며(H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: K. A. Bettermann-F. L. Neumann-H. C. Nipperdey-U. Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. III. S. 11 ff.), 김 교수는 일찍부터 사용하고 있다(**헌법학연구**, 112쪽).

바로 이 인간의 존엄권에서 직접 파생되는 것이다. 따라서 헌법의 문언에서 「개인이 가지는 … 기본적 인권」이란 표현도 주관적 공권성을 가진다는 의미로 이해해야 할 것이다. 이에 대해서는 주관적 공권성을 부정하는 견해가 있다.¹⁰⁵⁾

(1) 법적 성격

이 문제에 대해서는 일찍이 1965년의 논문 「기본권의 존중과 한계」(서울대 법학 제7권 1호), 그리고 1968년의 논문 「기본권의 체계」(서울대 법학 제10권 1호) 등에서 이미 논의한 바 있다. 인간의 존엄과 가치의 법적 성격을 둘러싸고 학설의 대립이 있으나, 김 교수는 인격주의로 보고 있다.

우리 헌법의 인간상은 독일 연방헌법재판소가 판시한 것과 같이, 「고립된 주관적인 개인이 아니고, 개인과 공동체의 긴장관계에 있어서는 인간의 독립적 가치를 침해함이 없이 공동체구속성과 공동체관련성을 가지고 있는 인격」으로 보고 있다 할 것이므로 개인주의—인격주의—단체주의의 단계구조에 있어서는 中庸의 인격주의(Personalism)를 채택하고 있다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁶⁾

이 인격주의는 오늘날의 우리 학계에서 통설이 되고 있다.

(2) 생명권

먼저 그는 인간의 존엄과 관련하여 생명권을 주장하고 있다. 특히 生命權(考試界 1977년 4월호)¹⁰⁷⁾이란 논문 속에서 신체의 자유와는 구별하여 상세하게 생명에 대한 권리를 강조하고 있다. 그의 영향을 받아 헌법재판소도 「생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다고 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다」¹⁰⁸⁾라고 하여 생명권을 인정하고 있다. 그러나 이를 인정하는 헌법상의 근거에 대해서는 견해가 나누인다.¹⁰⁹⁾

105) 예컨대 권영성 교수는 인간의 존엄을 헌법의 이념적 기초라고만 보고 제10조는 오로지 객관적 규범일 뿐이라고 한다. 또 그는 기본권의 자연권성을 인정하면서도 인간의 존엄은 객관적 규범으로 보고 행복추구권만 포괄적 기본권으로 보고 있다(동인, 원론, 340쪽 및 343쪽). 한편 허영 교수는 기본권의 자연권성을 부정하고 인간의 존엄도 기본권이 아니라 질서로 관념한다. 그런데 제10조를 다른 헌법규정을 기속하는 헌법원리로 보면서도 이는 모든 기본권보장의 중국적 목적이념이라고 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다고 한다(동인, 한국헌법론, 318쪽).

106) 김철수, 개론, 351쪽.

107) 김철수, **현대헌법론**, 1979, 285-296쪽에 재수록.

108) 헌재 1996. 11. 28 선고 95헌바1.

109) 권영성 교수는 인간의 존엄과 가치를 규정한 제10조, 신체의 자유(제12조 제1항), 제37조 제1항 등을 열거하면서 인신의 자유권에서 다루며(동인, 원론, 368쪽 이하), 허영 교수도 신체의 자유의 영역에서 논하고 있다(동인, **헌법이론과 헌법(중)**, 1995, 477쪽

(3) 사형제도의 폐지

생명권과 관련하여 그는 사형제도의 폐지를 다음과 같이 주장한다.

대법원과 헌법재판소는 사형제도를 합헌으로 보고 있는데, 이는 현재의 소수의견이 주장하고 있는 바와 같이, 죄수의 생명권의 본질적인 내용의 침해로 위헌이라고 보아야 할 것이다. 한편 독일 기본법에서는 사형이 명문으로 금지되고 있다(동법 제102조). 국제인권 B 규약의 제2선택 의정서(사형폐지조약, 1991년 7월 11일 발효)도 사형을 폐지하고 있다. 또한 사형제도는 사형당하는 죄수의 생명권의 침해일 뿐 아니라 사형집행인이라든가 사형선고인, 사형집행확인인 등의 인간의 존엄권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다.¹¹⁰⁾

사형제도의 존폐문제는 200년 이상에 걸쳐 논란이 되고 있는 중요하고도 어려운 문제이다.¹¹¹⁾ 실정법상으로도 사형제도를 규정하고 있을 뿐만 아니라 대법원의 판결도 이 제도를 합헌으로 인정하고 있을 때에 김 교수는 대담하게 사형폐지를 주장한 것이다.¹¹²⁾ 사형제도에 관한 헌법학자들의 견해는 사형폐지론자, 존치론자, 그리고 한정적 폐지론자¹¹³⁾ 등으로 나눌 수 있을 것이다.

여하튼 인간의 존엄과 가치, 그리고 생명권을 강조한 김 교수의 공적은 단순히 헌법이론적으로 기본권의 자연권성만을 강조한 데에 그치지 않고, 나아가 헌법생활의 실제에서도 기본권의 중요성을 강조하고 헌법의 생활규범으로서의 의미와 가치를 고양시킨 점에서도 커다란 공적을 남겼다고 평가할 수 있을 것이다.

7. 身體의 自由와 Miranda

신체의 자유에 관한 헌법규정은 다른 헌법조문에 비하여 상세하게 규정하고 있다. 이것은 신체의 자유를 철저히 보장하려는 입법자의 의지를 반영하는 것이라고도 보겠으나, 다른 한편 지금까지의 우리 헌정사에서 신체의 자유가 그만큼 소홀하게 다루어져 왔음을 반증하는 것으로 해석할 수도 있다.

헌법학에 관하여 김 교수가 많은 연구 업적을 남긴 것은 그의 저작목록이 잘 말해주고 있다. 이 중 헌법판례의 연구는 종래의 헌법조문 위주의 단순한 헌법강의를

이하).

110) 김철수, 개론, 370-372쪽.

111) 한국에서의 사형폐지론 시비(1962-63)는 손세일 편, **한국논쟁사**, 제3권에 수록.

112) 김철수, **헌법학연구**, 1969, 116쪽.

113) 권영성 교수는 「다른 생명을 부정하는 불법행위에 대해서만 예외적으로 허용하고, 정치적 이유에 의한 사형제도는 폐지되어야 한다」(원론, 369쪽)고 주장한다. 스위스 연방헌법 제65조는 제1항은 「정치범에 대해서는 사형을 선고하지 못한다」고 규정하고 있다.

한 차원 높이고 헌법의 규범력을 제고시키는 방향으로까지 인도한 점에서 그의 커다란 업적 중의 하나로 손꼽을 수 있을 것이다. 그는 대법원 판례는 물론 하급심의 판례까지 입수하여 이를 정리하였고, 또 이에 관한 외국의 판례도 함께 연구하여 『判例敎材 憲法』(法文社, 1975년 3월, 668쪽)을 펴내었다.¹¹⁴⁾ 이것은 우리 나라 최초의 헌법판례집으로 방대한 양의 판례를 정리한 점에서, 또한 헌법연구의 새로운 방향을 제시한 점에서 커다란 주목과 평가를 받았다. 더구나 서술이 펴낸 유신 치하에서는 기본권 운운하는 것 자체가 반체제적인 언동에 속하던 시절이고 보편이 책은 유신체제에 대한 김교수의 간접적인 무언의 저항이었다고도 할 수 있다.¹¹⁵⁾ 이 책의 속편은 그 후 서울대학교의 安京煥 교수와 함께 『判例敎材 憲法 II』(法文社, 1992년 1월, 720쪽)으로서 출간되었다.

이 책에는 신체의 자유에 관한 우리 헌법의 규정처럼 상당히 많은 분량의 판례가 수록되어 있다. 여기서는 신체의 자유에 관한 이론이나 판례 중에서 김 교수의 업적을 특별히 강조할 생각은 없으며, 다만 그의 『憲法學概論』(1998년, 470쪽의 주 2) 속에 단 한 번 인용된 미국 판례 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) 사건을 실마리로 하여 김 교수 지도 아래 미국의 헌법 판례를 공부한 필자의 개인적인 추억을 몇 자 적어 두기로 한다.

1968년 봄 김 교수는 대학원에서 「헌법 특수 문제 연구」라는 제목의 강좌를 맡고 이를 수강한 학생들에게 미국 대법원의 판례를 복사한 자료를 하나씩 나누어 주었다. 요즘처럼 복사기가 발달되지 않아서 원서를 일일이 타자쳐서 교재로서 사용하던 시절에 지락스로 책과 다름없이 깨끗하게 복사된 자료는 매우 신기하고 또 귀중히 여겼다. 그러나 문제는 판례를 읽고 그 내용을 정확하게 파악하여 다음 시간에 요약하여 발표하는 일이었다.

우선 판결문을 접하니 장황하게 긴 문장에다가 모르는 단어가 한 둘이 아니었다. 혹시나 하여 우리말로 된 문헌을 찾았으나 당시에는 문홍주 박사의 『基本的人權研究』(法文社, 1965년)가 유일한 참고문헌이었다. 그러나 이 책에는 아직 이 사건이 소개되지 않았기 때문에 혼자 힘으로 단어 하나 하나 찾아서 꿰어 맞추는 수밖에 없는 달리 도리가 없었다. 그런데 미국 판례는 이 *Miranda* 사건¹¹⁶⁾ 하나만이 아니

114) 이 책은 서울대학교 법학연구소에서 펴낸 판례교재 시리즈의 하나이다. 영미 판례는 양건 교관이, 독일 판례는 황우여 판사가, 일본 판례는 필자가 맡아서 김 교수를 도왔다.

115) 동아일보사는 당시 「신동아」 1975년 1월호 별책부록으로 『세계의 인권선언』을 발간하였다. 이 책은 인권에 관한 헌법전을 비롯하여 서구의 여러 역사적 자료와 문헌을 엮은 것이지만 인권이 억압받던 당시여서 상당한 반향을 불러 일으키고 베스트 셀러가 되었다.

116) 미란다 사건은 김철수, **판례교재 헌법II**, 185-187쪽 참조.

최근 문헌은 장호순, **미국 헌법과 인권의 역사**, 개마고원, 1998, 251-262쪽; 문홍주,

고 다른 케이스도 계속 나누어 줄 뿐만 아니라 리포트는 아예 위헌법률심사 전반에 걸쳐서 잘 요약한 판례집의 번역을 맡겼다. 하는 수 없어서 미국 판례를 읽기 위한 참고문헌의 소개를 요구하니 일본인 早川武夫, 『法律英語の常識』(日本評論社, 1962)과 高柳賢三·末延三次編, 『英米法辭典』(有斐閣, 1952), 그리고 주리스트사의 『英米判例百選』(1964) 등을 소개해 주었다.

이것을 기초로 한 줄 한 줄 읽어가면서도 형법을 공부하는건지 신체의 자유를 배우는건지 또 헌법이란 국가의 권력구조에 관한 거창한 문서라고 생각해 왔는데 이처럼 작은 사건 하나에 매달려 있다니 하는 생각도 들었다. 더구나 김 교수는 독일에서 유학한 사람이고, 또 독일 헌법학이 전통적으로 우리와 친근하다는 선입견과 필자의 예상은 빗나가고 미국헌법 판례에 집중하게 되었다. 당시 김 교수는 1966년부터 67년까지 미국 하버드 대학의 옌칭연구소에서 객원교수로서 연구하고 귀국한 직후여서 미국 헌법연구에 주력하고 있었다.¹¹⁷⁾ 여하튼 그가 과제물로 내준 사법심사제에 관한 리딩 케이스를 여름 방학 내내 전력을 다하여 번역해서 제출하고 나니 미국 대법원의 헌법판례가 어떤 것인지 대강이나마 짐작할 수 있었다.

미국 판례 외에도 1968년 당시 커다란 법적·사회적 문제는 국가배상청구권과 징발재산보상에 관한 것이었고, 그밖에 김 교수는 통일문제와 관련하여 미수복지구의 법령적용문제에 관한 판례 등 매우 세부적인 사항에까지 깊숙히 판례연구를 진행하고 있었다.

비록 헌법 교과서에서는 각주 하나로서 간단히 처리되고 있지만 이를 위해서 그는 수많은 양의 원서와 판례집을 읽은 것이다. 이 사실을 여기에 증언하는 까닭은 올바른 학문에의 길이란 어떤 것인지를 몸소 보여준 김 교수의 엄격한 자세를 후학들이 본받았으면 하는 소박한 심정에서이다.

8. 言論·出版의自由

앞에서 보았듯이 김 교수는 1967년부터 1973년까지 중앙일보의 논설위원을 역임하였고, 또 서울대학교 신문대학원의 강사로서 일찍부터 언론법에 관하여 많은 관심을 가지고 연구 결과를 발표하고 있다. 언론·출판의 자유를 비롯하여 표현의 자유 일반과 정보의 자유 등에 관한 그의 연구는 몇 권의 책으로 엮을 만큼 상당한 업적이 축적되어 있다. 여기서는 지면 관계상 이를 모두 소개하고 분석할 수 없기

기본적 인권연구, 해암사, 1991, 388쪽; 변우진, **한국인을 위한 미국법률상식**, 교보문고, 1995, 33-35쪽, 특히 「미란다는 헌정사에 남을 만한 훌륭한 위인이라는 뜻은 아니며 미란다는 어디까지나 한 사람의 형사피의자에 불과하다」(변우진, 34쪽)는 표현을 기억할 필요가 있다.

117) 이에 관하여는 김철수, 미국의 법학교육(1-6), **고시계** 1967년 12월, 68년 1-5월호 및 동인, 미국 대학의 대학원교육, **대학신문** 1968년 9월 9일자 등 참조.

때문에 언론·출판의 자유에 대한 그의 견해를 간단히 살펴본다.

먼저 언론·출판의 자유의 법적 성격에 관하여 국내의 학계는 개인적 자유권설과 제도적 보장설의 두 가지 학설로 나뉘어 있다. 이에 대해서 김 교수는 다음과 같이 말한다.

오늘날 우리 헌법상의 언론·출판의 자유의 성격은 언론·출판의 자유가 최대한 보장되어야 한다는 자유권의 성격과 언론·출판제도의 본질을 결코 침해해서는 안된다는 언론·출판제도의 제도보장의 성격이 결합된 것으로 보아야할 것이다. 제도적 보장의 성격을 강하게 인정함에 따라 신문·통신 등 정기간행물의 공적 과업이 강조되게 되었다. 새로운 언론·출판의 자유에는 정보공개청구권, 취재원 비익권, 몰수금지 등 여러 가지 특권이 인정되며 아울러 객관적 보도에의 공적 과업이 요망된다.¹¹⁸⁾

여기서 보듯이 언론·출판의 자유는 전통적으로 개인의 자유권이면서도 그 공적인 기능 때문에 제도보장으로서의 성격도 아울러 가지는 것으로 보아 그는 절충설을 전개하고 있다.

한편 한국공법학회의 회장으로 재임중이던 지난 1989년 5월 26일에는 프라자 호텔에서 「정보화사회의 공법적 대응—정보공개법과 사생활비밀보호법을 중심으로—」이란 주제로 국제학술대회를 개최하였다. 오늘날의 사회는 과학기술의 급속한 발달에 힘입어 정보통신에서의 혁신과 함께 종래의 법적·제도적 규율로서는 감당할 수 없는 많은 문제점들이 제기되고 있다. 이 대회는 바로 이와 같은 문제의식에서 각국에서의 경험과 교훈, 그리고 한국에서의 방향제시를 위해서 마련된 것이다.¹¹⁹⁾

9. 財産權의 保障

(1) 재산권의 법적 성격

먼저 재산권보장의 법적 성격에 관하여는 학설의 대립이 있다. 즉 자유권적 기본권설과 제도보장설, 그리고 절충설이 그것이다. 종래에는 자유권적 기본권설이 다수설이었으나 오늘날에는 절충설이 다수설이며 지배적인 학설이 되고 있다.¹²⁰⁾ 우리 헌법재판소도 재산권보장은 개인의 기본권으로 보장한다는 의미와 개인이 재산권을

118) 김철수, 개론, 595쪽.

119) 발표문에 수록된 발표자와 논제는 다음과 같다. 김철수, 정보화사회와 기본권보호; 堀部政男, 일본에 있어서의 정보공개법과 개인정보보호법; 황우여, 미국에 있어서의 정보공개법과 사생활보호법; 김선욱, 서독에 있어서의 정보공개와 사생활보호—헌법적 근거와 연방데이터보호법을 중심으로—; 구병삭, 정보공개법제정의 방향; 변재욱, 사생활보호법제정의 방향; 양승두, 전기통신과 독점금지; 서원우, 전기통신사업법제의 개편 방향, 그리고 종합토론이 수록되어 있다.

120) 박일경, 한태연, 한상범, 권영성, 원론, 482쪽; 허영, 447쪽; 김현규, 안용교.

향유할 수 있는 제도로서의 사유재산제도를 보장한다는 이중적 의미로 이해하고 있다.¹²¹⁾

(2) 재산권의 내용과 한계

재산권의 내용과 한계는 법률로 정할 수 있다. 이와 관련하여 토지거래허가제가 문제로 되었다. 우리 헌법재판소는 토지거래허가제와 그에 대한 벌칙을 정한 국토이용관리법 제21조의3 제1항과 제31조의2의 위헌심판에서 토지소유권의 상대성, 토지소유권의 공공복리적합의무, 우리 나라 토지투기의 심각성 등의 이유로 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라고 하여 합헌결정을 하였다.¹²²⁾ 이 판결에 대해서 김교수는 반대하며 위헌의견이 타당하다고 한다.¹²³⁾

(3) 손실보상의 근거

우리 헌법 제23조 제3항은 「공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하여야 한다」라고 규정하고 있다. 이 규정의 법적 성격에 관하여는 방침규정설, 직접효력설, 그리고 위헌무효설 등의 학설이 나뉘고 있다.

이 문제는 일찍이 1968년 징발보상제도를 둘러싼 논의에서 학설과 판례가 첨예하게 대립한 바 있다.¹²⁴⁾ 이것은 다시 보상의 기준과 방법을 둘러싸고 징발보상증권에 의한 보상이 문제가 되어 이론적으로나 실제적으로도 당시 커다란 쟁점의 하나였다. 그러나 유신 헌법은 「보상의 기준과 방법은 법률로 정한다」고 하여 법률에 유보하였으며, 이에 따라 대법원도 위의 규정을 방침규정으로 해석하였다.¹²⁵⁾

그러나 김교수는 일찍부터 이 규정은 직접효력규정임을 주장하고 있다.¹²⁶⁾ 또한 1973년 이래 교과서에서도 다음과 같이 서술하고 있다.

우리 헌법 제23조 3항에서 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로써 하되 정당한 보상을 하도록 규정하는바, 이 헌법 제23조 3항은 보상 자체는 필수적으로 하고, 다만 그 기준과 방법을 법률로 정하여 보상을 실현시키도록 한 것으로 해석되고, 또

121) 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13 결정.

122) 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13. 헌재판례집 제1권, 357쪽 이하.

123) 김철수, 개론, 539쪽 및 위 결정에 대한 이시운 재판관의 보충의견과 위헌의견, 한병채·최광률·김문희 재판관의 위헌의견 참조.

124) 예컨대 김기범, 우리 헌법의 재산권조항에 있어서의 몇 가지 문제점, **사법행정** 1968년 11월호; 김남진, 재산권보장의 한계, **사법행정** 1969년 4월호; 박인경, 재산권의 보장, **사법행정** 1967년 10월호; 안용교, 재산권보장의 범구조, **고시계** 1970년 12월호; 유경춘, 재산권보장에 관한 소고, **고시계** 1968년 4월호 및 6월호 등 참조.

125) 대판 1976. 10. 12 선고 76 다 1443. 이 판결에 대해서는 김철수, 헌법 제20조 3항의 해석, **법률신문** 1976년 12월 6일자 참조.

126) 예컨대 김철수, 재산권의 보장, **헌법학(하)**, 1972, 613-620쪽; 동인, **현대헌법론**, 414쪽 등.

한 동조 1항에서는 사유재산제도의 보장을 명백히하고 있으므로 보상청구권 자체는 직접적 효력을 가진다고 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾

국민의 재산권보장을 강조하는 입장에서 직접효력설이 타당하다고 생각된다. 그러나 반대하는 견해도 있다.

(4) 정당한 보상의 기준

우리 헌법은 제헌헌법 이래 재산권의 침해에 대한 손실보상에 있어서 여러 가지로 규정하여 해석상 논란이 많이 발생하였다.¹²⁸⁾ 즉 제헌헌법은 「상당한 보상」을, 제3공화국 헌법은 「정당한 보상」을, 제4공화국 유신 헌법에서는 완전히 법률에 위임하였다. 제5공화국 헌법은 「공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다」고 규정하였으며, 현행 헌법은 제3공화국 헌법과 같이 다시 「정당한 보상」을 규정하고 있다. 이 규정을 둘러싸고 침해된 재산의 객관적 가치의 완전한 보상이어야 한다는 완전보상설, 사회관념에 비추어 타당 내지 합리적인 보상이면 된다는 상당보상설, 그리고 구체적인 사정을 감안하여 때로는 완전보상을 하기도 하고 때로는 상당보상을 하면 된다는 절충설 등이 대립하고 있다.

이에 대해서 김 교수는 일관하여 절충설을 취하고 있다.

그러나 그 보상액에 있어서는 과거에는 무조건 형식적으로 평등하게 해야 한다고 생각되었으나, 오늘날에는 사회적 정의의 원칙에 합치되게 경제적 약자에게는 時價 이상의 보상을 해주고, 사회경제적 필요가 우월하는 경우 경제적 강자에게는 시가 이하의 보상을 해줄 것이 요청된다. 예를 들어 농지개혁이나 私有企業의 국·공유화 등의 경우에는 사회 전체의 이익을 위하여 경제적 강자의 이익은 어느 정도 제한될 수 있을 것이라고 생각된다. 收用法律이 보상에 관해서 규정하지 않으면 헌법위반이 된다. 이것은 헌법 제126조의 私營企業의 국·공유화의 경우에도 타당하다. 보상에 관한 법률규정이 없는 경우에는 헌법에 근거하여 직접 청구할 수 있다고 하겠다.¹²⁹⁾

이에 대해서 우리 대법원은 일찍부터 정당한 보상이란 완전한 보상을 의미한다고 풀이하였으며,¹³⁰⁾ 헌법재판소도 역시 완전한 보상설을 지지하고 있다.¹³¹⁾

127) 김철수, 개론, 547-548쪽.

128) 박평준, 한국 헌법상 손실보상조항—보상기준의 변천을 중심으로—, **공법연구** 제26집 1호, 1998, 71-89쪽; 정연주, 우리 헌법상 재산권이론의 형성과 발전, 정권 허영박사 화갑기념논문집 **한국에서의 기본권이론의 형성과 발전**, 박영사, 1997, 335-388쪽; 권형준, 재산권의 보장과 정당한 보상, **고시계** 1996년 4월호, 26-40쪽; 손병기, 공간규제 행정과 권익구제—헌법상 보상규정의 변천을 중심으로—, **균재 양승두 교수화갑기념 논문집 (I) 현대공법과 개인의 권익보호**, 홍문사, 1994, 243-262쪽 참조.

129) 김철수, 개론, 549쪽.

130) 1967. 11. 2 대판 67 다 1334.

그러나 김 교수가 주장하던 학설은 1960년대에는 소수설이었으나 점차 이를 지지하는 학자의 수가 늘어나고 있다.¹³²⁾

10. 生存權의 法的 性格

생존권적 기본권은 학자에 따라서 생존권적 기본권(갈봉근·구병삭·김기범), 생활권적 기본권(문홍주·한상범), 사회적 기본권(한대연·강병두·한동섭·권영성) 또는 사회국가적 기본권(안용교) 등으로 부른다.¹³³⁾ 한편 박일경 교수는 수익권 속에 고전적 수익권과 생존권적 기본권을 각각 나누고 있다.

먼저 생존권의 법적 성격에 관하여는 프로그램(입법방침) 규정설과 법적 권리설로 나누이며, 법적 권리설은 다시 추상적 권리설과 구체적 권리설로 나누인다. 이에 대해서 김 교수는 구체적 권리설을 주장하며 기존의 두 학설을 비판한다.

그는 생존권의 구체적인 권리로서의 성격을 강조하면서 생존권보장을 좀더 강화해야 한다고 주장한다. 나아가 그는 입법과정의 문제점과 아울러 헌법정책적인 방향을 제시하고 있다. 즉 국회는 생존권규정을 실현하기 위해서 필요한 법률을 제정해야 하며, 그 법률이 제정된다면 당연히 거기에는 예산이 수반되게 마련이다. 그런데 우리 나라의 경우에는 법률을 제정할 때에는 반드시 예산당국과 협력하도록 되어 있기 때문에 예산당국이 예산이 없다고 하면 그 법률은 만들지 못하게 되어있다. 이것은 잘못된 것이다. 예산의 편성이라는 것은 어디까지나 헌법과 법률을 집행하기 위해서 존재하는 것이다. 그러므로 헌법의 요청과 법률의 집행을 위해서는 헌법 집행비용으로서 예산을 편성해야 하며 헌법의 집행이 예산편성의 우선순위 제1호가 되어야 할 것이다.¹³⁴⁾

11. 敎育權

교육의 자유와 관련하여 김 교수는 법학교육의 문제에 대해서도 많은 연구를 하였으나 이에 관하여는 뒤로 미룬다. 또한 1987년 한국교육법학회를 창립하고 현재에 이르기까지 회장직을 맡고 있다. 그동안 여러 차례의 학술대회를 가지고 많은 논문을 발표하여 학회지를 발간하는 등 교육법학의 발전에 많은 기여를 하고 있다.

1995년 4월에는 『한국교육법연구』(1995년)를 발간하였으며 여기에는 1995년 2월 24일 홍사단 강당에서 열린 한국교육법학회 학술발표대회 「한국 법학교육 백주

131) 헌재 1989. 12. 22 선고, 88 헌가 13 결정.

132) 예컨대 권영성, 원론, 541-542쪽.

133) 상세한 것은 한병호, 사회적 기본권 50년, **헌법학연구** 제4집 1호, 1998, 106-137쪽 참조.

134) 김철수·정재황 대담, (註 6), 26쪽.

년—회고와 전망—」이 특집으로서 수록되어 있다.

12. 裁判請求權

재판청구권과 관련하여 그는 일찍부터 소원전치주의의 위헌성을 주장하였다. 즉 종래에는 행정소송의 제기에 있어서 이 소원전치주의를 채택하고 있어서 논란의 여지가 많았다. 이 소원전치주의는 소원의 제기를 出訴의 전제조건으로 하고 있는데, 이는 행정재판을 받을 권리의 침해가 아니라는 설이 다수설이었으나 김 교수는 입법론적으로 지양되어야 한다고 주장하였다.¹³⁵⁾ 이에 관하여는 당시 하급심에서도 위헌과 합헌 두 가지의 견해가 대립되고 있었다.¹³⁶⁾

현행 헌법은 행정심판에 관하여 헌법상의 근거를 마련하고, 또 행정심판전치를 임의적으로 하게 하고 있다. 그러나 행정심판전치주의와 관련하여 국가배상법 제9조의 배상심의 전치주의가 문제로 된다. 이에 대해서 김 교수는 위헌설을 지지하고 있다.

행정소송법의 임의적 행정심판전치주의는 절차상 처분청으로 하여금 다시 한 번 고려의 기회를 준다는 것인 데 반하여, 배상결정심의 전치주의는 공법적인 성격을 띤 것이 아니고 배상기준을 정한 국가배상법 제3조의 규정 또한 위헌성이 강하다는 점을 고려할 때 위헌적으로 국민의 재판청구권을 침해한 것이라고 보아야 할 것이다.¹³⁷⁾

여기서 보듯이, 행정심판에 관한 현행 헌법의 근거조항(제107조 제3항)은 바로 이와 같은 김 교수의 위헌론을 배제하기 위해서 설치된 것이다. 그러나 배상결정심의 전치주의는 국민의 재판청구권을 침해한 것으로 본다. 이와 같이 국민의 기본권을 보장하기 위해서 추상적인 헌법이론을 전개하거나 외국의 학설을 내세워 자기의 이론인양 호도하는 것이 아니라 한국의 재판과정을 하급심 판결로부터 대법원 판결에 이르기까지 세밀히 검토한 후 입법론을 전개한 교수의 현실에 입각한 철저한 연구 자세 또한 후학들이 본받을 점이라고 생각한다. 뿐만 아니라 헌법조문의 개정이나 폐지를 둘러싸고 그동안 축적된 연구업적들이 밑바탕에 깔려 있다는 엄숙한 사실 또한 간과되어서는 안될 것이다. 이 말은 지극히 당연한 것 같지만 실상 지금까지 우리의 헌정사를 돌이켜 보면 변변한 기록조차 남아 있지 아니한 것을 알 수 있다. 특히 유신 헌법의 경우가 제일 심한 예이다.

135) 김철수, 소원전치주의와 대법원의 재판을 받을 권리, **고시계** 1964년 2월호 및 동인, **헌법총람**, 300-305쪽에 채수록.

136) 상세한 것은 김철수, 재판청구권의 이론과 실제, **새법정** 1975년 6월·7월호 및 동인, **현대헌법론**, 395-410쪽, 특히 401-402쪽 참조.

137) 김철수, 개론, 748쪽.

다음에 일반 국민은 원칙적으로 군사재판을 받지 아니할 권리를 가진다. 그러나 헌법 제27조 제2항은 예외적으로 군사법원의 재판을 받는다고 규정하고 있다. 특히 계엄법 제12조는 비상계엄해제 후에도 대통령이 필요하다고 인정할 때에는 군사법원의 裁判權을 1월 이내에 한하여 연기할 수 있다고 규정하여 위헌성이 논란되고 있다. 이에 대해서 대법원은 합헌이라고 본다.¹³⁸⁾ 그러나 김 교수는 위헌론을 주장한다.

이 예외적인 상황에서 민간인이 군사법원의 재판을 받는 것은 비상시의 재판이란 점과 軍法侵害라는 점에서는 일용 수궁이 가나 계엄법 제12조의 규정은 대법원의 반대견에서 보는 바와 같이 위헌이라고 할 것이다. 그러나 입법론적으로는 독일과 프랑스에서와 같이 평상시에는 군사법원제도를 두지 아니하고 民間法院에서 재판하게 하는 것이 고려되어야 할 것이다.¹³⁹⁾

이와 같이 김 교수는 국민의 기본권보장이라는 관점에서 헌법을 해석하고 있다. 헌법재판소는 재판청구권에 관하여 약간의 결정을 내린바 있다.¹⁴⁰⁾

13. 國家賠償請求權

국가배상청구권의 문제는 1968년에 시작되어 1972년 유신헌법이 제정될 때까지 계속 범조계와 법학계가 위헌 논쟁에 휘말려들었다.¹⁴¹⁾ 이것은 단순히 법률논쟁이 아니라 커다란 사회문제로서 나아가 정치문제로까지 비화된 사건이라고 할 수 있다. 여기서는 국가배상청구권의 헌법이론적인 문제점에 국한하기로 한다.

먼저 국가배상청구권 규정의 법적 성격에 관하여는 역시 입법방침(프로그램)규정설과 직접적 효력규정설로 나누이는데 김 교수는 후설을 취한다.¹⁴²⁾

다음에 국가배상책임의 본질에 관하여는 「이를 자기책임으로 하여 무과실책임을 인정하는 방향으로 나아가는 것이 바람직할 것이다」라고 한다.¹⁴³⁾

제3공화국 헌법에서는 국가배상법 제2조 제1항 단서 규정의 위헌여부가 문제로 되었다. 이에 대해서 대법원은 위헌이라고 선언하였다.¹⁴⁴⁾ 그러나 이는 전체 대법원

138) 대판 1985. 5. 28, 81 도 1045, 공 756, 954 다수의견.

139) 김철수, 개론, 753쪽 및 1040쪽.

140) 상세한 것은 정재황, 재판청구권에 관한 헌법재판소 주요판례, 고시연구 1996년 8월 호, 58-73쪽 참조.

141) 상세한 것은 김성수, 해방 이후 국가배상제도의 법적 쟁점과 향후의 입법정책적 과제, 정천 허영박사 화갑기념논문집(註 76), 389-420쪽 참조.

142) 김철수, 개론, 772쪽.

143) 김철수, 개론, 779쪽.

144) 1971. 6. 22 대판 70 다 1010. 김철수, 판례교지 헌법, 138-143쪽에 수록.

판사의 합치된 의견이 아니고 7인의 대법원판사가 소수의견을 발표하고 있다. 이 판결에 대해서 김 교수는 고시계 71년 8월호에 판례평석을 발표하였다.¹⁴⁵⁾

현행 헌법 제29조 제2항에 관하여 헌법재판소는 향토예비군 대원에게 소위 이중 배상을 금지하고 있는 것은 그 자체로서 평등의 원리에 반한다거나 재산권의 본질적 부분을 침해하는 위헌규정으로 볼 수 없다고 결정한 바 있다.¹⁴⁶⁾

IV. 權力構造

권력구조와 관련된 부문에서의 김 교수의 학설과 연구방향, 그리고 그의 영향 내지는 업적을 다음과 같은 몇 가지의 항목으로 나누어 살펴보기로 한다.

1. 議院內閣制

현대 국가의 정부형태는 대체로 미국식 대통령제와 영국식 의원내각제로 크게 2대별할 수 있다. 우리 나라 헌정 50년사는 바로 이 정부형태를 둘러싼 논쟁의 연속이라고 하여도 과언이 아닐 만큼 이 문제는 헌법현실에서 가장 중요한 정치적 이슈로서 등장하고 있다.¹⁴⁷⁾ 주지하듯이 김 교수는 의원내각제 지지자이다.

한국에 있어서의 의원내각제는 유진오 박사의 헌법초안에서 비롯되었으며,¹⁴⁸⁾ 제1공화국 시대에는 자유당정권의 독재에 항거하기 위한 민주당의 이론적 무기로서 출발하였다. 그리하여 당시의 분위기는 대통령제=독재, 의원내각제=민주제라는 등식마저 유포되고 있었다. 4월혁명의 결과 당연히 의원내각제 정부가 탄생되었으나 이것은 군부 쿠데타에 의해서 9개월만에 무너지는 비운을 맞이하게 되었다. 박정희 대통령의 피살로 장기간의 군사독재는 막을 내리고 1980년 서울의 봄이 찾아왔을 때 우리는 또다시 정부형태의 논쟁에 휘말리게 되었다.

새로운 헌법개정 논의가 활발하게 전개되는 과정에서 김 교수는 자신의 이론인 의원내각제를 당당하게 개진하였다.¹⁴⁹⁾ 그는 우리 헌법사에서의 교훈을 거울로 삼

145) 또한 김철수, 청구권적 기본권에 관한 판례의 경향, 서울대학교 법학 제12권 2호, 1971, 116쪽 이하 참조.

146) 현재 1996. 6. 13 선고 94 헌바 20. 이 결정에 대해서는 김학성, 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌여부, 헌법학연구 제2집, 1996, 375-386쪽 참조.

147) 상세한 것은 문홍주, 한국의 의원내각제의 이론과 경험, 헌법학연구 제10집 1991; 문광삼, 헌법상 정부형태에 관한 고찰, 방산 구병삭박사정년기념 공법이론의 현대적 과제, 박영사, 1991, 125-160쪽; 동인, 정부형태의 변천—그 헌법사적 고찰—, 한국헌법학회, 헌법학연구 제4집, 1998, 138-164쪽 참조.

148) 김철수, 유진오 헌법초안 (註 12), 94쪽.

149) 김철수, 우리 헌정의 나아갈 길, 샘터 출판부편, 우리들의 헌법—새 공화국 탄생을 앞두고—, 샘터 1980, 11-21쪽 및 대통령과 권력분립, 윤근식 외, 제5공화국 헌법에

아 새 헌법정치의 청사진을 제시하는 헌법개정초안을 작성하는 한편, 논문이나 대담 등을 통하여 입헌정치의 진수를 강조하였다.

먼저 6인의 학자가 만든 헌법개정초안은 우리 나라 최초의 私案이라고 할 수 있다. 작성자는 金哲洙 서울대 법대 교수, 梁好民 조선일보 논설위원, 張乙炳 성균관대 교수, 韓貞一 건국대 교수, 林鍾律 송전대 교수, 梁建 송전대 교수이며, 이 헌법개정안은 「이상적인 헌법이 아니고 우리 현실에서 실현가능하고 정치적으로도 국민들이 받아들일 수 있는 것」¹⁵⁰⁾을 목표로 하고 있다. 특히 대통령제를 채택한 데 대해서 그는 「이 안의 작성과정에서 강력하게 의원내각제를 주장하였으나 국민의 여론과 현실을 주장하는 다수 정치학자들에 압도되어」¹⁵¹⁾ 대통령제가 되었다고 한다. 여하튼 이 6인교수안의 특색은 기본권을 존중하고 권력분산형 대통령제를 채택한 점이다.¹⁵²⁾

의원내각제에 관한 그의 주장은 다음과 같다.

정당문제에 있어서도 정당정치가 잘 안되니까 의원내각제는 나쁘다고 얘기하는 사람도 있고, 그러니까 의원내각제를 실시해서 정당제도를 발전시켜야 할 것이 아니라고 말하는 사람들도 있어요. 닭이 먼저냐, 달걀이 먼저냐는 식입니다. 안보상황 등 한국적인 현실 때문에 내각책임제는 불안하다. 그러니까 대통령중심제라야 한다고 말하는 사람도 있으나 저는 그렇게 보지 않아요.

의원내각제는 한 가지만 있는게 아니라 영국식도 있고, 제3, 제4 프랑스 공화국식도 있으며 서독식의 통제된 의원내각제도 있어요. 이 중에서 제3, 제4 프랑스 공화국식의 의원내각제는 불안정했던게 사실입니다. 그러나 서독의 아데나워 수상은 宰相민주정치, 말하자면 수상의 독재라는 말을 들었고, 영국도 다우닝가 10번지에 있는 수상의 독재라는 말을 듣고 있어요. 그만큼 수상이 강력한 행정부를 이끌 수 있다는 것입니다.

그래서 개인적으로는 대통령중심제보다 서독식 의원내각제가 바람직하다고 봅니다. 서독식 의원내각제는 「건설적 불신임제도」를 채택하고 있어요. 후임 수상이 의회에서 과반수로 당선되지 않으면 현 수상에 대한 불신임이 안되게 하는 제도입니다. 수상의 공백기를 없애기 위한 것이죠. 대통령중심제일 때는 대통령과 의회의 다수당이 다를 경우 문제가 됩니다. 대통령이 의회를 납득시키는 것도 우리의 형편으론 거의 불가능하고요.¹⁵³⁾

실, 탑출판사, 1980, 69-80쪽 등.

150) 김철수, 이상적인 정부형태, **고시계** 1982년 7월호 및 구병삭 편저, **의원내각제의 연구**, 화성사, 1991, 66-79쪽에도 수록.

151) 김철수, 이상적인 정부형태, (註 148), 71쪽.

152) 이 헌법개정안을 둘러싼 논의는 크리스찬 아카데미 주최로 대화의 모임 종합 보고서가 발간되었다. 「바람직한 헌법개정안의 내용」, 1980, 110쪽 및 김철수, 6명의 학자가 마련한 헌법시안, **경영과 노동** 1980년 2월호 참조.

또한 그는 의원내각제야말로 가장 이상적인 정부형태라고 다음과 같이 강조하고 있다.

의원내각제는 외적의 침입이 없거나 사회가 안정된 나라에서는 최선의 정부형태이다. 전체주의를 경험한 일본이나 서독이 제2차 대전 후 이를 채택하여 안정과 번영을 누리고 있는 것으로 보아도 좋은 제도임을 알 수 있다. 우리의 정치문화를 앞세우고 영도자만을 갈망하고 일사불란한 능률만을 최고의 정치로 인정하는 한 민주정치는 개화되지 못할 것이다. 의원내각제를 매도할 것이 아니라 그 여건조성이 되도록 민주정치의 기반조성에 힘써야 할 것이며 그 길만이 승공통일의 첩경임을 명심하여야 할 것이다.¹⁵⁴⁾

그는 중앙일보 기자와 가진 인터뷰에서도 의원내각제의 정부형태를 다음과 같이 강조하고 있다. 아울러 정치개혁에 대한 그의 견해를 들어 본다.

— 선생님은 대표적인 내각제 신봉자시고 마침 현 연합정권은 내각제 개헌을 매개로 태동했습니다. 정치개혁에 대해 말씀 좀 해주시지요.

정당개혁을 통해 정치개혁을 이뤄야 합니다. 그러기 위해서는 의원내각제가 적합하고 정당의 다각화가 필요합니다. 흔히 내각제 하면 정권이 불안정하다고 우려합니다만 독일의 예를 보면 정반대입니다. 또 분단상황을 내세워 강한 리더쉽이 가능한 대통령제를 고수해야 한다고 하지만 제 생각은 다릅니다. 전쟁에 의한 통일이 아니라 평화통일을 하려면 북의 지도자들이 정당을 통해 참여할 수 있도록 해주어야 합니다. 진보정당도 나와야 합니다. 이를테면 근로자와 노동조합의 정당같은 겁니다. 많은 사람이 불안해 하지만 그들이 정당을 결성하면 오히려 표를 의식해서 함부로 파업을 하지 못할 겁니다.¹⁵⁵⁾

의원내각제로의 헌법개정은 김대중 대통령이 집권한 지가 얼마되지 않았고 또 유례없는 금융위기로 인하여 아직은 휴화산상태에 들어간 느낌이다. 그러나 이 문제는 여전히 정치권에서 간헐적으로 논의되고 있으며, 나아가 21세기에는 의원내각제를 하여야 한다는 주장이 많다.¹⁵⁶⁾ 다시 김 교수의 의견에 귀를 기울여야 할 때

153) 두 교수의 찬반논쟁 : 金哲洙·盧在鳳, 한국일보 1980년 1월 25일자 대담. 이 대담 기사는 **추적 의원내각제—40년 논쟁사의 전모와 오늘의 시각—**, 정경연구소, 1986, 234-238쪽에 수록되어 있다. 인용은 235쪽.

154) 김철수, 이상적인 정부형태, **고시계** 1982년 7월호. 구병삭 편서, **의원내각제의 연구**, 79쪽.

155) 중앙일보 1998년 6월 15일자.

156) 김철수, 한국 미래정치체제의 발전방향—한국 미래정책의 선택—, 21세기위원회, 1991

가 도래할 것이다.

2. 二元政府制

제5공화국 시대의 헌법개정논의에서 이론적으로 가정 첨예하게 대립하였고 또 현실적으로도 가장 민감하였던 테마는 이원정부제(dual executive)의 문제였다고 할 수 있다. 당시 이 이원적 집행부제라는 용어는 折衷型 政府形態라고도 불리웠으며,¹⁵⁷⁾ 김 교수의 헌법 교과서에 제일 상세하게 서술되어 있었다. 그 뿐만 아니라 정치의 실권은 일부 정치군인들의 수중에 장악되어 있었고 이에 저항하는 국민들과 야권의 반대는 전부냐 전무냐, 아니면 타협이나 하는 어떤 결단이 요구되는 시대상황이었다. 이와 같이 한 치 앞을 내다보기 어려운 이른바 「안개 정국」 속에서 이 이원정부제는 의심을 받고 있었으며 이를 기술한 김 교수도 함께 의심의 대상이 된 것이다. 그의 헌법 교과서에는 이원정부제에 대해서 다음과 같이 기술하고 있다.

이원정부제란 의원내각제의 요소와 대통령제의 요소를 결합하여 가지고 있는 제도를 말한다. 이원정부(double executive, die zweigeteilte Exekutive, die bipolare Exekutive)란 원칙적으로 위기시에 있어서는 대통령이 행정권을 전적으로 행사하나, 평상시에 있어서는 내각 수상이 행정권을 행사하며 하원에 대하여 책임을 지는 의원내각제적으로 운영되는 것을 말한다.¹⁵⁸⁾

이어서 김 교수는 이원정부제의 유형으로 독일 바이마르 헌법과 프랑스 제5공화국 헌법을 그 예로서 설명하고 있다.¹⁵⁹⁾

여기서 보듯이 이 「이원정부제」라는 용어는 일찍이 뢰벤슈타인(Karl Loewenstein, 1891-1973)¹⁶⁰⁾이 명명한 것이며,¹⁶¹⁾ 김 교수도 그의 이론에 따라서 정부형태

년 7월 31일 발표문 및 동인, 국회와 정부의 관계에 대한 일 고찰, **세계헌법연구** 창간호, 1994, 46쪽 참조.

157) 1980년 당시 법제처 『헌법연구반 보고서』에 의하면, 절충형 정부형태에는 제1절충형(내각책임제에 대통령제적 요소가 가미된 정부형태), 제2절충형(대통령제에 내각책임제적 요소가 강하게 가미된 정부형태), 제3절충형(대통령제에 내각책임제적 요소가 다소 가미된 정부형태)의 세 가지로 나누고 있다. 동 보고서, 223-232쪽 참조. 문헌으로는 문홍주, 절충형 정부형태, **공법연구** 1987년 참조.

158) 김철수, 개론, 854쪽.

159) 상세한 것은 성낙인, 한국 헌법상 이원정부제(반대통령제) 권력구조의 정립, **고시연구** 1997년 8월호, 44-63쪽; 동인, **프랑스 헌법학**, 법문사, 1995, 336쪽 이하; 동인, 반대통령제(이원정부제)의 이론과 실제—프랑스와 핀란드를 중심으로—, **한일법학** 제11집 1992, 및 구병삼 편저, **의원내각제의 연구**, 1991, 242-262쪽에도 수록; 조병륜, 이원정부제와 실질적·능동적 국민주권(People주권), **고시계** 1989년 7월호, 74-89쪽 참조.

160) 뢰벤슈타인에 관하여는 김효전 역, **비교헌법론**, 교육과학사, 1991 참조.

이원정부제에 관하여는 K. Loewenstein, *Political Power and the Governmental*

를 분류하고 있다.¹⁶²⁾ 그러나 한국에서는 이 제도의 내용이 아직 국민 일반에게 널리 알려져 있지 않고, 또 당시 권력을 군부와 민간인이 함께, 즉 대통령은 군부의 실권자가 장악하고 국무총리는 민간인이 맡도록 하여 외견적인 입헌주의를 취하려 한다는 의구심이 널리 유포되고 있었기 때문에 이 이원정부제는 의심을 받고 있었으며,¹⁶³⁾ 또 이 제도를 설명한 김 교수도 마치 이 제도를 창안한 장본인인 것처럼 오해를 받게 된 것이다.

이미 이 글 첫머리에서 말했듯이 김 교수는 서울대학교 법과대학 교수의 직에 있었고 또 그의 교과서가 상당한 위력을 발휘하였기 때문에 본인의 의사와는 관계 없이 마치 이원정부제의 전매특허권자가 되어버린 것이다. 헌법학은 정치적인 위험을 피할 수 없게 운명지워져 있는 것일까?

3. 國會와 國會議員

(1) 국민대표의 개념

국민대표의 개념에 관한 학설을 검토해 보기로 한다.¹⁶⁴⁾ 여기에는 크게 법적 대표관계를 부인하는 학설과 이를 인정하는 학설로 나누이며, 부인하는 학설에는 정치적 대표설, 정당대표설, 사회적 대표설이 있으며, 인정설에는 다시 법적 위임관계설, 법정대표설, 헌법적 대표설로 구별되고 있다. 이에 대한 김 교수의 견해는 아래와 같다.

오늘날 국회의 국민대표기관성은 헌법적 대표설에 의해서만 설명될 수 있을 것이다. 이 헌법적 대표설은 헌법 그 자체를 전체적인 입장에서 이해하는 결과로서 의회가 국민의 대표라고 하는 견해인 바, 이 학설에서만 의원의 국가이익우선의무(제46조)를 이해할 수 있을 것이다. 우리 헌법에 있어서는 국회의 국민대표기관성에 관하여 명문이 없으나, 헌법 제1조 2항의 「모든 권력은 국민으로부터 나온다」라는 규정에 따라 국민에게서 유래하는 입법권을 가진 국회는 국민의 헌법적 대표기관이라고 하지 않을 수 없다. 나아가서 국민에게서 나오는 권력을 헌법에 의해서 수임하여 행사하는 주권행사기관, 즉 국회·대통령·헌법재판소 등은 국민대표기관으로서 헌법에서 지정되어 있다고 할 것이다.¹⁶⁵⁾

Process, Chicago 1957. p. 90-91; ders., *Verfassungslehre*, 1959, S. 90; 김기범 역, **헌대헌법론**, 교문사, 1973, 429쪽 참조.

161) 권영성 교수는 「이원집행부제」라고 번역한다. 동인, **헌법학원론**, 678쪽.

162) 뢰벤슈타인의 정부형태분류론은 문홍주 교수가 처음으로 국내에 소개한 이래(동인, **한국헌법**, 1965, 참조), 권영성, 허영 교수도 이를 그대로 답습하고 있다.

163) 당시 동아일보는 이 제도에 관하여 절충형 정부형태라는 제목으로 연재한 바 있다. 동아일보 1980년 3월 11-13일자 참조.

164) 상세한 것은 김철수, 국민주권주의와 국민대표주의, **고시연구** 1983년 3월호, 23-38쪽 및 조병륜, 국민대표론의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1983 참조.

여기서 보듯이 김 교수는 헌법적 대표설을 취하고 있다. 이 설은 독일에서의 다수설이며 한국에서도 다수 학자가 이 설을 따르고 있다.¹⁶⁶⁾ 그는 국회의원의 국민 대표자로서의 지위에서도 역시 같은 이론적 근거에서 이 헌법적 대표설에 입각하여 설명하고 있다.

(2) 입법의 개념

헌법 제40조는 「입법권은 국회에 속한다」라고 규정하고 있다. 이에 대해서는 형식적 입법설과 실질적 입법설로 나뉘는데 김 교수는 형식설을 지지하고 있다.

여기서 「입법권은 국회에 속한다」함은 형식적 의미에 있어서의 입법권이 국회에 속한다는 것을 의미하고, 나아가 국회가 입법권을 완결적으로 행사해야 한다는 것을 뜻한다.¹⁶⁷⁾

실질설을 채택하게 되면 i) 국회가 모든 실질적인 입법을 독점하게 되는 결과 정부의 명령제정권 등에 관하여 설명할 수 없게 되며, ii) 法規에 관한 것만을 규정하는 것이 입법권이라고 한다면 오늘날 국민의 권리·의무에 직접 관계가 없는 법률사항에 관한 법률제정권은 입법권이 아니라는 모순이 나타나게 된다. 따라서 헌법 제40조의 입법권은 「법률제정권」이라고 보아야 할 것이다.¹⁶⁸⁾

이와 같이 그는 입법권의 범위에 관해서 최초로 논술하고 있다. 이 분야에 관한 연구 문헌은 많지 않은 편이다.¹⁶⁹⁾

(3) 국회의원의 정당대표성

현대 정당국가에 있어서 국회의원은 국회의 구성원인 동시에 정당의 구성원이기도 하다. 따라서 국회의원이 정당의 대표자로서의 지위를 가지고 있느냐에 관하여는 학설의 대립이 있다. 이에 대해서 김 교수는 이렇게 말한다.

제6공화국 헌법은 정당국가적 성향을 약화시켰으므로 국회의원의 전적인 정당대표성을 인정하기는 힘들다. 다만, 국회에는 동일 정당소속의원으로써 구성되는 교섭단체(Fraktion)가 있는바, 이 교섭단체가 그 議員總會에서 토론하여 국회 본회의에서의 정

165) 김철수, 개론, 828쪽.

166) 예컨대 문홍주, **한국헌법**, 434-435쪽; 한동섭, **헌법**, 221쪽; 김기범, **한국헌법**, 423-424쪽; 윤세창, **헌법**, 265-266쪽 등.

167) 김철수, 개론, 889쪽.

168) 김철수, 개론, 936쪽.

169) 예컨대 박인수, 입법권의 개념과 범위에 대한 고찰, **법률행정논집** (전남대), 제3집, 1993 참조.

책을 미리 결정하는 현실을 볼 때 국회의원의 정당대표성은 어느 정도 인정된다고 할 것이다. 또 전국구선출의원은 정당의 후보자 추천 리스트에 따라 당선되기 때문에 정당대표성이 강하다. 공식선거법이 전국구 국회의원이 소속 정당의 합당·해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지는 경우에는 퇴직하게 하고 있기 때문에 정당대표성이 강화되었다고 하겠다.¹⁷⁰⁾

(4) 국회의원의 당적변경·정당해산과 의원직

국회의원이 임기중에 소속 정당을 이탈하거나 당적을 변경하거나 소속 정당이 해산된 때에는 의원의 자격이 상실되는가 하는 문제가 있다. 제3공화국 헌법은 제38조에서 「국회의원은 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속 정당이 해산된 때에는 그 자격이 상실된다」라고 규정하였으나, 현행 헌법에는 이와 같은 규정이 없다. 이에 대한 김 교수의 견해는 다음과 같다.

현행 헌법은 정당국가적 경향을 지양하여 무소속 국회의원을 인정하기 때문에 이상의 경우에 의원의 자격이 상실되지 않는다고 본다. 소속 정당이 위헌해산된 경우에도 동일하게 해석된다. 그러나 공식선거법은 정당명부에 따른 전국구 당선 의원의 경우에는 소속 정당의 합당·해산 또는 제명 외의 사유로 당적을 이탈·변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있는 때에는 퇴직하게 하고 있다(공직선거법 제192조 4항).¹⁷¹⁾

이에 대해서 헌법재판소는 「전국구 의원도 그를 공천한 정당을 탈당하였다고 하여도 별도의 법률규정이 있는 경우는 별론으로 하고 당연히 국회의원직을 상실하지는 않는다」라고 하여 우리 헌법은 국회의원을 자유위임의 원칙하에 두었다고 판시하고 있다.^{172) 173)}

국회에 관한 김 교수의 연구 중에는 국회의 국정감사권에 관한 연구가 많은 편이다. 그는 국회의 국정감사 기능을 통하여 행정부를 통제하는 역할을 기대하고 있다.

또한 한국공법학회 회장으로 재임 중이던 1988년 11월 18일에는 프라자 호텔에서 「제6공화국 헌정의 방향모색—각국의 국회와 정부 관계의 교훈—」이란 테마로 국제학술 세미나를 개최하였다. 이 대회는 헌법학 연구가 이론에만 치우치는 것을

170) 김철수, 개론, 914-915쪽.

171) 김철수, 개론, 919쪽.

172) 헌재 1994. 4. 28 선고, 92 헌마 153, 헌재판례집 제6권 1집, 415쪽 이하.

173) 상세한 것은 계획열, 당적변동과 의원직, 금량 김철수교수 화갑기념 **현대법의 이론과 실제**, 1993, 113-136쪽; 김문현, 당적변경과 국회의원 신분상실문제, **고시계** 1995년 2월호; 정종섭, 전국구국회의원의 당적이탈·변경과 의원직 상실의 여부, **공법연구** 제24집 2호, 1996 참조.

지양하고 미국, 독일, 일본 등 각국에서의 국회와 정부의 관계로부터 교훈을 얻고, 나아가 학자뿐만 아니라 4당 대표들의 견해도 듣는 살아있는 헌법학연구가 되도록 배려한 점에서 의의깊은 행사였다고 할 수 있다.¹⁷⁴⁾

4. 執行府의 組織과 權限

(1) 대통령의 지위

헌법 제66조는 「(1) 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다. ... (4) 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다」고하여 대통령의 지위를 규정하고 있다. 우리 나라의 대통령제에 대해서 김 교수는 「의원내각제적 요소를 약간 가미한 형태로서, 우리 나라 대통령이 미국의 대통령보다 실질적으로 더 큰 권한을 가지고 있는 것이 특색이다」¹⁷⁵⁾라고 한다.

한편 대통령의 지위는 국가원수로서의 지위, 국가의 한 주권행사기관으로서의 지위, 행정권의 수반으로서의 지위, 그리고 국가수호자로서의 지위의 네 가지로 나눈다.

(2) 戒嚴과 統治行爲論

먼저 대법원은 계엄선포의 요건이 있었느냐의 여부를 심사할 수 있는가에 대해서 판단하였는데, 긍정설과 부정설로 판례가 나뉘고 있다. 대법원은 6·3 사태 당시 계엄선포행위는 사법심사의 대상이 될 수 있다고 하였으나,¹⁷⁶⁾ 근자에 와서는 대법원은 계엄선포요건에 관한 판단문제를 사법심사의 대상이 되지 아니하는 것이라고 판결을 내리고 있다.¹⁷⁷⁾ 이에 대해서 김 교수는 이렇게 말한다.

대통령의 계엄선포가 계엄선포요건에 적법한가에 대해서는 이를 통치행위라고 하여 사법심사의 대상이 되지 않는다는 이론도 있으나 이것은 사법심사의 대상이 된다고 하겠다. 현행 계엄법은 그 요건을 지나치게 완화하고 있어 문제가 많다.¹⁷⁸⁾

174) 이 세미나에서 발표한 사람과 논제는 다음과 같다. J. Kleiner, 독일의 헌법재판제도; 박수혁, 독일에 있어서의 국회와 정부와의 관계; 장명봉, 북한 헌법상 중앙국가기관의 관계; T. B. Ormiston, The Changing Relationship between the President and the Congress in the United States; 高橋和之, 일본에 있어서의 국회와 정부와의 관계; 성낙인, 프랑스 제5공화국 헌법상 정부—의회 및 대통령과의 관계를 중심으로—; 정종학, 한국에 있어서의 국회와 정부와의 관계, 그리고 토론이 수록되어 있다.

175) 김철수, 개론, 1002쪽.

176) 대재 1964. 7. 21, 64 초 4; 김철수, 판례교재 헌법, 510쪽 이하.

177) 상세한 판례는 김철수, 개론, 1035-1036쪽 참조.

178) 김철수, 개론, 1036쪽.

통치행위에 관한 김 교수의 연구는 1964년 6·3 사태에 대한 대법원의 판결이 내려진 것을 계기로 본격적으로 논의되고 학문적인 조명을 받게 되었다.¹⁷⁹⁾ 일찍이 그는 1964년의 「통치행위론」(Fides(서울법대), 제11권 2호)에서 여러 가지의 학설을 소개하고 이를 비판하고 있다.

통치행위에 관하여는 통치행위인정설과 부인설 등 여러 가지의 학설이 대립되고 있으나 김 교수의 견해는 다음과 같이 요약할 수 있다.

생각건대 법이론적으로 부정설이 가장 명쾌하며, 긍정설 중 자제설이 「법이론적으로는 통치행위도 사법심사에 속한다.」라고 한 것도 타당하다. 법해석상에서도 법원조직법 제2조 1항이 「일체의 법률상의 쟁송을 심판한다.」고 하고 있어 부정설이 타당하다. 다만 법이론상으로는 부정설이 타당하나, 정치적 영향을 고려하여 내재적 제약설이나 자제설이 통치행위의 이론과 실재를 뒷받침해 주고 있을 뿐이다. 그러나 법원에 위헌명령·규칙·처분심사권을 준 취지·목적은 행정권의 남용에서 국민의 기본적인 권을 보호하는데 있으므로, 명령·처분의 실질적 헌법적합성에 대하여 정치문제의 원칙을 적용하여 법원의 심사권을 부정하는 것은 위헌명령·규칙·처분심사권의 본질을 침해하는 것이므로 통치행위는 극도로 한정적으로 인정되어야 하고, 기본적 인권의 보장에 관련된 경우에는 통치행위란 이유로 판단이 정지되는 것은 사법상의 책임포기로 보아야 할 것이므로 기본권의 보장에 관한 한 통치행위의 이론은 부인되어야 할 것이다.¹⁸⁰⁾

이와 같이 그는 원칙적으로 통치행위를 부인하는 학설을 주장하고 있다. 통치행위에 관한 그의 논문은 金道稔 박사의 학위논문인 「계엄—국가긴급권에 대한 고찰—」¹⁸¹⁾에서도 대폭적으로 수용되고 있으며, 그 후의 학설과 판례에 많은 영향을 미치고 있다.¹⁸²⁾

4. 違憲法律審査制度의 體系化

제3공화국 헌법은 일반 법원에게 구체적 위헌심사의 권한을 부여하고 있다. 즉 헌법 제102조 제1항에 의하여 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된

179) 그 이전에 발표된 문헌으로는 김철용, 우리 헌법과 통치행위, 법정 1964년 6월호. 김철용 교수는 포르스토프(Ernst Forsthoff, 1902-74)의 이론에 따라서 통치행위론을 부인한다. 기타 이병용, 통치행위의 개념, 고시계 1960년 1월호; 동인, 통치행위·정치문제, 법정 1965년 3월호; 김은호, 계엄선포는 사법심사의 대상이 안되는 것인가? 법조춘추 1964년 9월 15일자 등.

180) 김철수, 개론, 1167-1168쪽.

181) 김도창, 계엄론, 박영사, 1969, 249-251쪽 참조. 이 책은 그 후 증보판 국가긴급권론, 청운사, 1972으로 발간되었다.

182) 권영성, 원론, 736쪽 참조.

때에 한하여 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지며, 하급법원도 또한 구체적 위헌심사를 할 수 있다. 그리하여 학계에서는 위헌법률심사제도에 관하여 집중적으로 연구하기 시작하고, 법조실무계에서도 위헌심판을 내리게 되었다.

1967년 미국 하바아드 대학에서 위헌법률심사제를 연구하고 귀국한 김 교수는 미국의 케이스 메소드식 법학연구 방법을 한국에 도입하고 판례연구에 주력하였다. 그는 위헌법률심사제의 이론적 기초를 확립하는 한편 판례의 수집과 분석을 통하여 살아있는 헌법으로서 헌법의 규범성을 제고하기 위하여 많은 노력을 기울였다.

김 교수는 60년대 말에 위헌법률심사제와 헌법판례를 집중적으로 연구하였다. 김 교수가 도미하였던 1966년 당시의 연구제목은 동서양의 법사상 비교와 위헌법률심사의 독일·미국 비교였으며 그는 미국의 법철학연구보다는 위헌법률심사론에 더 큰 흥미를 가지고 있었다고 다음과 같이 술회하고 있다.

위헌법률심사론의 연구는 흥미있었다. 하버드에는 당시 미국의 헌법재판에 관한 제일인자인 프로인트(Freund) 교수가 강의와 세미나를 하고 있었다. 프로인트 교수의 위헌심사에 관한 대법원판결의 논평은 매우 흥미있었고 유익했다. 학교에서의 연구의 틈을 타 미국 대법원이며 미국 국회의 실체를 연구하기 위하여 출장가기도 하였다. 귀국 후 이 연구결과를 단편적으로 발표하였는데 미국의 언론·출판의 자유라든가 선거구구획의 사법심사문제 등을 발표하였다. 당시 유럽과 미국, 일본 등 삼개국에서 공부하고 돌아온 헌법학자는 없었기에 상당한 각광을 받았던 것으로 생각된다.¹⁸³⁾

그리하여 그는 1971년 서울대학교 대학원에 「위헌법률심사제도의 연구—한국 헌법소송제도의 실증적 연구—」라는 논문을 제출하여 법학박사의 학위를 취득하였다.¹⁸⁴⁾ 이 논문은 제1장에서 위헌법률심사제의 의의와 유형을 서술하고, 제2장 한국 위헌심사제의 실제에서는 자유권적 기본권, 정당과 선거에 관한 판례, 그리고 통치행위의 이론과 실체를 다루고 있다. 제3장 한국 법조인의 위헌심사기구에 대한 의식에서는 실제로 헌법의식을 조사하여 이를 분석·평가한 후 제4장 결론으로 끝맺고 있다. 결론에서 그는 사법권의 독립의 보장, 법관추천회의 구성원의 변경, 헌법소송법의 제정, 선거소송의 관할변경, 그리고 대법원에의 상고제한과 소송촉진을 제시하고 있다. 특히 이상적인 위헌심사제도로서는 헌법재판소의 설치를 들 수 있다고 하였다.¹⁸⁵⁾

그의 학위논문은 위헌법률심사제에 관한 이론과 실체를 함께 연구한 것으로 헌법판례의 중요성을 일깨우고 나아가 공리공론에 흐르기 쉬운 헌법연구를 실증적으

183) 김철수, 법철학에서 헌법정책학으로 (註 4), 319-320쪽.

184) 이 논문은 서울대학교출판부에서 1971년, 234쪽으로 발간되었다.

185) 김철수, 위헌법률심사제도의 연구, 224쪽.

로 체계화하여 헌법의 규범력을 높인 점에 커다란 공로가 있는 노작이라고 할 것이다. 김 교수 자신도 「이는 우리 나라 위헌법률심사제에 관하여 판례를 검토하고 법조인의 의식조사 등을 한 실증적 연구인 점에 특색이 있고 비교법적 견지에서 각국 제도를 비교하고 한국 위헌법률심사제도의 방향을 제시한 것이었다」¹⁸⁶⁾고 회고하고 있다.

특히 「한국 법조인의 위헌심사에 대한 의식조사」¹⁸⁷⁾와 「在京法曹人の憲法意識」¹⁸⁸⁾은 지금까지 정부나 신문사 등이 주도하여 여론조사의 일환으로 실시해 온 것과는 달리 체계적이며 과학적인 조사방법에 의한 연구성과라고 하겠다. 이 조사는 비록 전문 법조인만을 대상으로 한 것이지만 우리 나라 최초의 헌법사회학적인 어프로치에 의해서 헌법동태를 파악하려는 귀중한 시도였다고 보겠다. 우리는 김 교수에게 이 연구를 더욱 발전시켜 한국인 일반의 헌법의식을 조사하였으면 하고 기대하였으나 그 후 군사정권의 헌정중단과 계속되는 압력 등으로 이론적인 연구마저 중단하지 않을 수 없었던 당시의 상황을 잘 기억하고 있다.¹⁸⁹⁾ 이제는 국민의 헌법의식의 추이와 형성요인 등을 다시 연구하여 국민의 憲法認知도와 인권의식의 향상을 도모하고 나아가 생활규범으로서의 헌법의 의미와 가치를 구체적으로 제고시키도록 노력해야 할 것이다.¹⁹⁰⁾

그는 이미 60년대 말과 70년대 초에 걸쳐서 위헌법률심사제도의 비교법적 연구와 헌법판례를 체계적으로 정리를 마친 후였다. 헌법판례의 연구에 대해서 그는 이렇게 술회하고 있다.

헌법판례의 필요성을 강조하고 세계 각국의 헌법판례를 소개한 것은 나름대로의 보람으로 느끼고 있다. 헌법은 정치적 법으로 선언적 성격만 강조하여 왔던 종래의 학계에 헌법이 규범으로서 법원에 의하여 강제되어야 한다는 것을 강조하고 헌법판례를 많이 내어야 한다는 것을 강조하였다. 그리하여 헌법판례교재도 만들었고 한국의 헌법판례를 수집·정리하는 데 노력을 기울였다.¹⁹¹⁾

헌법판례에 관한 그의 연구는 계속하여 『판례교재 헌법』(법문사, 1975년 3월, 668쪽)이라는 책자로 발간되고, 이러한 작업은 그 후 서울대학교 安京煥 교수와 함께 다시 『판례교재 헌법 II』로서 1992년에도 속간되었다.¹⁹²⁾

186) 김철수, 법철학에서 헌법정책학으로 (註 4), 320쪽.

187) 헌법연구 제1집 1970, 125-166쪽.

188) 법조 제19권 2호, 1970, 76-98쪽.

189) 간단한 것은 김철수, 인권의식의 혁신, 서울신문 1982년 2월 6일자 참조.

190) 헌법과 법의식조사에 관한 문헌은 김철수, 한국 헌법학의 의의, 연구방법 및 과제, 공법연구 제26집 3호, 1998, 68쪽의 주 63 참조.

191) 김철수, 법철학에서 헌법정책학으로 (註 4), 317쪽.

위헌법률심사제도에 관하여 김 교수는 대학원에서 세미나를 계속하였고, 이에 관하여는 제자들이 학위논문을 작성하여 김 교수의 업적을 더욱 보완하고 체계화하였다. 예컨대 석사학위 논문으로는 姜信旭, 우리 헌법에 있어서의 위헌법률심사제도(1970년), 李相敦, 미국 연방대법원의 사법적극주의(1977년),¹⁹³⁾ 金學成, 독일연방헌법재판소에 관한 연구(1982년), 鄭在晁, 프랑스의 위헌심사제도에 관한 연구(1983년), 陰善畢, 위헌법률심사의 방식에 관한 연구(1987년), 鄭永薰, 서독의 헌법소원에 관한 연구(1988년) 등이 있으며, 박사학위 논문으로는 金孝全, 미국의 위헌법률심사제가 일본과 한국에 미친 영향(1981년), 金學成, 헌법소원제도의 연구(1990년), 權亨俊, 프랑스에 있어서의 기본권보장에 관한 연구—헌법원(Conseil constitutionnel)을 중심으로—(1991년) 등이 있다.

최근 하나의 유행이 되다시피한 사례연구도 김 교수는 이미 서울대학교 법과대학 헌법연습 강좌에서 다루기 시작하였으며, 사법대학원 교무과장¹⁹⁴⁾으로 재직 중이던 1960년대 말에는 등사판으로 프린트한 두 권의 『공법연습』¹⁹⁵⁾ 교재를 만들어 사용하기도 하였다.

5. 憲法裁判所의 設置

위헌법률심사제도에는 크게 이를 부인하는 국가와 특별한 헌법재판소를 설치하는 국가, 그리고 일반 법원에 이를 부여하는 국가의 세 종류가 있다. 어느 제도가 가장 합리적인가는 일률적으로 말하기 어려우나 김 교수는 일관하여 헌법재판소제도를 지지하고 있다.

현행 제6공화국 헌법에 따라서 1988년 헌법재판소가 설치되었다. 대망의 헌법재판관을 활성화시키기 위해서 김 교수는 일찍부터 헌법재판관 전원을 상임재판관으로 할 것, 헌법재판관에 법률학 교수를 포함시킬 것, 헌법소원심판의 청구대상에 법원의 재판을 포함시킬 것, 추상적 규범통제가 가능하도록 헌법을 개정하는 문제 등을 거론하였다.¹⁹⁶⁾ 뿐만 아니라 그는 서울대학교 법학연구소 소장으로 재직 중인 1988년 「헌법재판의 활성화 방안」이란 주제로 국제학술 세미나를 개최하기도 하였다.¹⁹⁷⁾ 또한 그가 주장한 헌법재판관 전원의 상임재판관화는 헌법재판업무가 예상

192) 법문사, 1992년 1월, 720쪽.

193) 이 논문은 1983년 「미국 헌법과 연방 대법원」이란 제목으로 학연사에서 출판되었다.

194) 김 교수는 1967년 9월 30일자로 사법대학원 교무과장 겸 학생과장 발령을 받았다.

195) 1968년이나 69년에 발간된 것으로 추정되는 이 『공법연습』 교재 표지에는 서울대학교 사법대학원이 인쇄되어 있으며, 전체 103쪽 짜리와 55쪽짜리 두 가지가 있다.

196) 김철수, 헌법재판의 활성화, **판례월보** 1988년 9월호.

197) 서울대학교 법학연구소 주최로 1988년 8월 26일 대한상공회의소 중강당에서 「헌법재판의 활성화 방안」 국제학술 세미나 보고서 및 서울대학교 **법학** 제29권 3·4호에 수록된 논문 참조.

밖으로 폭주하였기 때문에 1991년 헌법재판소법의 개정으로 해결되었다. 그러나 법률학 교수에게 헌법재판관 자격을 부여하자는 주장은 김 교수 자신이 헌법재판관이 되고 싶어서 그러한 논리를 전개한다는 비열한 모함 때문에 뜻있는 사람들의 가슴을 아프게 만들었다. 헌법재판은 민사재판이나 형사재판 처럼 범조문의 논리조작을 일삼는 작업이 아니다. 김 교수와 같은 탁월한 헌법학자가 헌법재판에 참여함으로써 헌법재판소의 활성화에 기여한다는 사실을 알아야 한다.

또한 헌법소원심판의 청구대상에 법원의 재판을 제외하고 있는 점에 대해서 학자들은 대부분 비판하고 있으나,¹⁹⁸⁾ 범조 실무자들은 대체로 소송의 4심제화를 초래하고 불필요한 옥상옥이라고 하여 현재의 제도를 지지하고 있다. 그러나 헌법소원제도를 마련한 취지가 국민의 기본적 인권을 보장하기 위해서라는 근본목적은 망각해서는 안될 것이다. 사법부는 범조인의 것이 아니라 국민의 것이다.

다음에는 헌법재판의 본질에 관한 김 교수의 견해를 구체적으로 보기로 한다. 먼저 헌법보장기관으로서의 헌법재판소에 관하여는 학설의 대립이 있다. 즉 정치적 심판기관설, 정치적 사법기관설, 입법기관설, 제4의 국가기관설 등이 그것이다. 이에 대해서 그는 이렇게 말한다.

헌법재판소는 그 구성원인 재판관이 법관의 자격이 있어야 하며, 헌법과 법률에 따라 提訴에 의하여 사법절차에 따라 재판하기 때문에 입법기관이나 제4의 국가기관은 아니며, 비록 정치적 사건을 다루기는 하나 헌법재판소는 정치적 헌법보장기관이 아니고 사법적 헌법보장기관이라고 보아야 할 것이다.¹⁹⁹⁾

발표문에 실린 발표자와 논제는 다음과 같다. Peter Moser, The Austrian Constitutional Court; 허영, 서독의 헌법재판소제도; 권영성, 한국의 헌법재판제도—그 특색, 문제점 및 활성화방안을 중심으로—; Zu-Zan Yang, A Brief Introduction to the Council of Grand Justices; 長尾龍一, 일본에 있어서의 헌법재판; 양건, 미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판—사법적극주의와 관련하여—; 김효전, 서독의 헌법판례와 한국의 헌법판례의 비교, 부록으로 和田英夫, 헌법재판—비교법제도적 입장에서—; 방순원, 헌법재판소의 발족에 붙여서; 배준상, 헌법재판소 신설에 즈음하여; 김철수, 법무부의 헌법재판소법안을 보고; 허영, 헌법재판소법제정에 관한 관견; 김철수, 헌법재판소법의 제정문제, 그리고 헌법재판소법이 수록되어 있다.

- 198) 상세한 것은 헌법재판소편, **법률의 위헌결정과 헌법소원의 대상**[헌법재판연구 제1권], 1990 참조. 이 연구의 책임자는 김철수 교수이며, 연구는 제1편 법률의 위헌결정에 관한 연구, 제2편 헌법소원대상에 관한 연구의 두 편으로 되어 있다.

재판에 대해서는 김효전, 사법작용에 대한 헌법소원, 498-538쪽 참조. 문헌으로는 김학성, 헌법재판소법 제68조 2항의 헌법소원, 금방 김철수교수 화갑기념논문집 **헌법재판의 이론과 실제**, 1993, 483-494쪽; 김문현, 헌법재판소법 제68조 2항의 헌법소원, **고시연구** 1994년 2월호; 정연주, 법원의 재판 및 헌법규정에 대한 헌법소원, **법률행정논총**(전남대), 제2집 1992; 이육한, 헌법재판소법 제68조 1항의 '법원의 재판을 제외하고는'의 문제점과 그 해결방안, 심천 계획열박사화갑기념논문집 **공법학의 현대적 지평**, 1995 참조.

- 199) 김철수, 개론, 1247쪽.

또 헌법재판소의 심판절차와 관련하여 변호사강제주의에 관하여 헌법재판소는 국선대리인제도를 두고 있다는 이유를 들어 합헌이라고 하였다. 이에 대한 그의 견해는 다음과 같다.

변호사강제주의는 헌법소송의 무료원칙에 위반되며 독일에서는 민사사건은 변호사 강제주의를 채택하고 있으나 헌법재판소의 헌법소원에는 적용하지 않는 것을 보더라도 부당하다. 헌법재판소가 국선대리인 신청을 받아들이는 경우가 적은 것을 보더라도 이 판례는 설득력이 없다.²⁰⁰⁾

다음에 위헌법률심판의 대상인 법률에 관하여는 「형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 같은 효력을 가진 조약과 긴급명령, 긴급재정·경제명령은 물론 헌법률도 위헌심판의 대상이 된다」²⁰¹⁾고 본다. 기타 이미 폐지된 법률에 대한 위헌심사가 가능한가 라는 문제에 대해서 「新法이 보다 유리하게 개정되었을 때에만 신법이 소급 적용될 수 있으므로 그 전제문제로서 폐지된 舊法에 대해서도 심사할 수 있다는 다수의견이 정당하다고 하였다.²⁰²⁾ 또 조약이 위헌심판의 대상이 되는가에 대해서는 학설의 대립이 심한데, 이에 대해서 그는 「조약 중에서도 법률과 같은 효력을 가지는 조약에 대해서는 헌법재판소가 위헌심판을 할 수 있다고 보아야 한다」²⁰³⁾고 서술하고 있다.

위헌법률심판권행사의 판단기준과 관련하여 미국에서 확립된 이른바 헌법판단회피론에 대해서는 여러 가지의 견해가 대립되고 있다. 이에 대해서 그는 「헌법판단의 논리적 선행성, 헌법재판소의 위헌심판권이 헌법재판소의 권한인 동시에 의무인 점, 헌법재판소는 헌법보장기관이라는 점, 안정성확보의 필요성 등을 감안하면 헌법재판소는 헌법판단을 회피해서는 안된다」²⁰⁴⁾고 한다.

헌법재판소는 창설 이래 지난 10년 동안 국민의 기대에 부응하여 많은 업적을 쌓아왔다.²⁰⁵⁾ 그러나 아직도 해결해야 할 문제들이 많이 있다. 다시 김 교수의 이야기를 들어 본다.

제도는 도입됐습시다만 최근 대법원이 위상문제를 놓고 헌법재판소와 갈등을 빚는 등 개선돼야 할 점이 있습니다. 대법원은 헌법재판소가 자신들보다 위상이 높아지는

200) 김철수, 개론, 1258쪽.

201) 김철수, 개론, 1262쪽.

202) 김철수, 개론, 1263쪽.

203) 김철수, 개론, 1264쪽.

204) 김철수, 개론, 1270-1271쪽.

205) 상세한 것은 금량 김철수교수 화갑기념논문집 **헌법재판의 이론과 실제**, 박영사, 1993 참조.

것에 대해 거부감을 가지고 있는 듯 합니다. 국민의 권리를 실질적으로 확대할 수 있는 틀이 되도록 개선할 필요가 있습니다. 독일처럼 헌법재판소를 우월한 기관으로 만들고 대법관 경력자만 헌법재판소 재판관이 되도록 하면 불필요한 위상대립은 없어질 것입니다.²⁰⁶⁾

이 기회에 몇 가지 첨가할 것은 김 교수가 헌법재판소 발족시에 제안한 헌법재판의 활성화방안을 다시 한 번 숙고하기를 바란다. 뿐만 아니라 김 교수는 1991년부터 현재까지 헌법재판소의 자문위원으로서 활약을 해 오고 있다. 헌법재판소 당국은 김 교수를 비롯하여 학자들의 자문을 겸허하게 받아들이고 우리 나라의 입헌정치를 정착시키기 위해서 부단한 노력을 하여야 할 것이다. 뿐만 아니라 헌법재판의 활성화를 위해서 지난 10년간의 업적과 문제점을 면밀히 검토·분석하여 개선방안에 대한 심도 깊은 연구와 이를 위한 실천이 활발하게 진행되어야 할 것이다.²⁰⁷⁾

이와 관련하여 여기서 한 가지 더 지적할 것은 헌법재판소의 위헌법률심판결정의 형식문제이다. 즉 헌법재판소는 위헌법률심판결정의 형식으로 독일 연방헌법재판소에서 사용하는 방법을 그대로 원용하여 헌법불합치결정, 입법촉구결정, 한정합헌결정, 한정위헌결정 등 이른바 變型決定을 사용하고 있다.²⁰⁸⁾ 그동안 이러한 변형결정의 허용여부를 둘러싸고 찬반의 논의가 많으나, 문제는 이처럼 외국에서 발전된 판례이론을 수용함에 있어서 아무런 전거도 밝히지 않은 채 판결문을 작성하는데 그 원인이 있을 것이다. 우리의 헌법재판소가 독일 연방헌법재판소를 모델로 삼는다면 독일의 판결작성법도 모델로 삼아서 전거와 출처를 밝히는 일부러 실시하여야 할 것이다. 외국 판결을 정확하게 引用하는 것은 수치가 아니라 오히려 판결의 신뢰성을 보여주는 일이다. 헌법재판소가 표절한다는 비난을 듣기 전에 개선할 것을 촉구한다.²⁰⁹⁾

모든 제도를 움직이는 것은 결국 인간이기 때문에 어떤 성향을 가진 사람들이 헌법재판관이 되며 그들의 행태는 어떠한가를 연구하는 것도 재미있는 테마의 하나

206) 중앙일보 1998년 6월 15일자.

207) 상세한 것은 조병륜, 국제화·개방화의 문민시대에 맞는 헌법재판소법의 개정방향, 한국법학교수회의 「국민을 위한 사법제도개혁」 학술발표대회(1994년 5월 28일 프레스센터) 발표문, 24-42쪽; 정재황, 헌법재판제도의 문제점과 개선방안, 한국법학교수회편, **법학개혁과 법조개혁**, 길안사, 1994, 100-126쪽; 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 한국공법학회 학술발표회 주제발표문, 1993년 11월, 9-30쪽 등 참조.

208) 신현직, 합헌적 법률해석과 변형결정의 문제점, 금강 김철수교수 화갑기념 **헌법재판의 이론과 실제**, 241-258쪽; 문광삼, 변형결정, **고시계** 1998년 3월호 80-91쪽 참조.

209) 일본 동경대학 헌법 교수로서 최고재판소 재판관을 역임한 伊藤正己(이토 마사미)는 재판관의 헌법판단은 결국 대학 시대의 헌법지식과 밀접한 관계가 있다고 실토했던 일이다. 이와 관련하여 헌법재판관은 새로운 헌법이론의 발전이나 선진 외국 판례의 경향 등을 열심히 공부하여야 할 것이다.

일 것이다. 탁월한 법률지식뿐만 아니라 식견과 경륜, 그리고 정치감각까지 갖춘 인사가 재판관이 되어야 하며, 이를 위해서는 재판관의 자격을 다양화해야 할 것이다. 헌법재판과 같이 고도의 헌법지식을 요구하는 최고기관의 구성에는 헌법학이나 행정법학에 조예가 깊은 학자들이 참여하는 것이 바람직할 것이다.²¹⁰⁾

6. 司法府의 改革

사법부의 독립문제나 법조인의 윤리문제, 기타 사법제도의 개혁과 법학교육에 관한 논의는 오래전부터 논란의 대상이 되고 있었다. 특히 사법제도의 개혁에 관하여는 근래에도 1994년 말과 1995년 봄부터 활발하게 전개되었다. 이에 관하여 김 교수는 일찍부터 연구 논문을 발표하고 기회있을 때마다 법조인구의 저변확대를 주장하여 왔다.²¹¹⁾ 특히 사법의 민주화에 관하여 그는 사법에 대한 국민들의 불신사례를 열거하고 사법의 비민주화를 시정하도록 촉구하고 있다. 또 판사도 변호사 경력자나 검사나 판사보 경력자로서 40세 이상의 사람만 임관하도록 자격을 격상하고, 법관과 법원을 전문화하고, 법원의 권위주의를 탈피할 것을 주장하고 있다. 그리하여 국민에게 봉사하는 사법부, 나아가서는 司法福祉의 혜택을 확대하는 방안 등을 제시하고 있다. 그밖에 사법에 국민들이 참가하는 문제²¹²⁾ 등도 아울러 제시하고 있다.²¹³⁾

사법제도의 개선을 위해서는 오래전부터 법원행정처와 법무부에서도 각종 위원회를 두어 개선에 힘썼으나 이렇다할 성과를 보지 못하고 있는 실정이다. 학계에서는 서울대학교 법학연구소에서 10년간의 연구끝에 『法學敎育과 司法制度改革』(서울

210) 김철수, **정치개혁과 사법개혁**, 172-173쪽.

211) 예컨대 변호사비용·소송비용·변호사강제, **사법행정** 1969년 2월호 및 **헌법학(하)**, 954-965쪽; 변호사의 현대적 사명—변호사의 사명과 윤리—, **변협회보** 1970년; 법조 파동과 사법권의 독립, **세계** 1971년 8월호 및 **헌법학(하)**, 940-954쪽에 재수록; 미국의 사법제도개혁 움직임, **고시계** 1974년 6월호; 미국의 사법제도개혁(1-6), **법률신문** 1978년 3월; 법관임용체계의 문제점, **신동아** 1981년 2월호; 법조인구의 확대방안, **판례월보** 1981년 8월호; 법률구조, **법정논총**(국민대), 1981년; 헌법개정과 사법부개혁, **고시계** 1987년 1월호; 사법제도의 근본적 개혁에 대한 장기구상, **사법행정** 1992년 3월호 등.

근래에는 1994년 11월 25일 명지대학교 법학연구소(소장: 조병륜) 주최로 「법학교육과 사법제도의 개혁」이라는 주제로 세미나가 개최되었다. 여기서의 발표자와 논제는 김철수, 법학교육과 사법제도 개혁의 기본문제; 양건, 법학교육의 개혁방향; 정종섭, 법원의 개혁방향; 조병륜, 헌법재판과 국민을 위한 사법개혁, 그리고 토론이 있었다. 1995년에도 각 대학 연구소와 사회단체 등에서 사법개혁에 관한 각종 세미나와 토론회가 개최되었다. 상세한 것은 김효전, 1994-95년도 헌법학계 회고, **헌법학연구** 제1집, 1995, 382-424쪽 참조.

212) 김철수, 사법예의 국민참가, **시민과 변호사**(서울지방변호사협회) 1994년 4월호 및 동인, **정치개혁과 사법개혁**, 서울대학교출판부, 1995, 125-135쪽에 재수록.

213) 상세한 것은 김철수, **정치개혁과 사법개혁**, 106쪽 이하 참조.

대학교출판부, 1988, 584쪽)을 출판하였고, 한국법학교수회에서도 사법시험제도와 사법제도개혁을 위한 연구 보고서를 두 건 출간한 바 있다.

이 사법제도 개혁의 문제는 1995년 봄 대법원과 정부의 세계화추진위원회가 공동으로 개혁안을 마련하였으나 서로 의견차이를 좁히지 못하고 사법시험선발인원의 증원만을 간신히 여론의 압력에 못이겨 합의한 실정이었다.

사법제도개혁을 둘러싸고 법조계와 변호사협회가 자신들의 이익을 위한 논리와 언론공세를 펴나가자 김 교수는 한국법학교수회를 주축으로 하여 「국민을 위한 사법개혁추진 연합회」(약칭하여 국사추)를 결성하고 국가기관에 청원을 하며,²¹⁴⁾ 운동을 전개하기도 하였다.²¹⁵⁾

법조계에 대한 국민의 불신, 특히 금년 봄 의정부지원 사건은 법조윤리가 땅에 떨어진 대표적인 사건의 하나이며 이에 대해서는尹琯 대법원장도 공식적으로 사과문을 발표하기에 이를 정도로 문제는 심각한 것이다. 법조계에서는 극구 일부라고 강조하지만 법을 말하는 법관의 타락은 바로 국가의 타락을 의미하는 것이다.

이 문제와 관련하여 최근 중앙일보와 가진 인터뷰에서 기자는 「한동안 법조비리로 떠들썩했습니다. 후배 교수 한 분이 우리 나라의 법조비리의 상당한 책임이 서울대 법대에 있다고 말했더군요」 하고 말 문을 열자 그는 이렇게 답변하고 있다.

물론 학교책임도 크지요. 그러나 사법시험이 개인 영달을 위한 수단이 아니라 사회 정의를 실현하는 봉사자라는 각성이 있어야 하고 그것을 촉진할 해법은 역시 근본적인 제도개혁에서 찾아야 할 겁니다. 사법에 대한 시민참여제도를 도입하고 법조인 수를 대폭 늘려 특권의식을 희석시켜야 합니다. 비리 변호사 문제가 불거져도 그에 대한 변협의 조치는 항상 부족합니다. 팔은 안으로 굽게 마련이지요. 만약 변호사 자격이 없는 시민들이 변협 징계위에 참여할 수 있다면 사정은 달라지겠지요. 최근 특허법원에서 전문가들이 심판에 참여할 수 있는 길이 열렸습니다. 외국에서는 재판과정의 배심원뿐 아니라 기소단계에서의 배심제도도 있습니다. 우리라고 이같은 취지의 제도를 수사와 재판과정에 도입하지 못할 이유가 있습니까.²¹⁶⁾

계속하여 기자는 「법조인수 증가에 대해서는 내부 반발도 적지않은 듯합니다」라고 하면서 김 교수의 의견을 묻고 있다. 이에 대해서 그는 이렇게 말한다.

체대로 된 법률서비스를 제공하기 위해서는 아직도 멀었습니다. 현재 4천명 수준인

214) 국민을 위한 사법개혁 추진연합회, 국민권익보호를 위한 헌법재판소법·법원조직법·변호사법 등의 개정에 관한 청원, 1994년 5월, 172쪽 참조.

215) 상세한 것은 조병륜, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, **공법연구** 제22집 3호, 1994, 205-253쪽 참조.

216) 중앙일보 1998년 6월 15일자.

변호사가 3만명은 돼야 합니다. 그래야 경쟁이 생겨 수입료 시비도 줄어들고 전문화가 이뤄져 양질의 서비스가 가능해집니다. 변호사 자격증을 가진 사람들이 꼭 법정에서 변론만 하는 시대는 지났습니다. 법률서비스의 보편화가 촉진돼야 합니다. 또 지금처럼 판·검사가 변호사를 위한 수습기간이 대선 곤란합니다. 수많은 변호사 중에서 우수한 사람이 판·검사가 돼야 사법의 질이 개선되고 전관예우니 하는 부작용이 사라집니다.²¹⁷⁾

사법부의 개혁문제는 이제 사법부나 행정부의 손으로는 개혁할 수 없을 정도로 문제가 심각하게 진행하고 있는데도 정작 당사자나 권력자들은 사태의 심각성을 알지 못하거나 아니면 애써 태연한 듯한 태도를 취하고 있다. 더구나 일부 법조인 중에는 작금의 대기업과 금융계에서의 정리해고와 구조조정과 같은 미명하의 감원선풍을 마치 사법시험합격자수의 감축과 같은 맥락에서 이해하거나 아니면 동일한 것으로 호도하려는 간교한 술책을 쓰는 이마저 있어 국민을 위한 사법부를 생각하는 우리들을 더욱 안타깝게 만들고 있다.²¹⁸⁾

끝으로 법조양성제도의 개혁과 법학교육의 개선에 관해서도 김 교수는 대안을 제시하고 있다. 즉 법조교육은 사법대학원에서 해야 하며, 미국과 같이 대학원과정으로 법조교육을 하되 Legal Mind를 양성하고 Problem Case를 해결할 수 있는 법조 기본교육을 실시하여야 한다고 주장한다. 또한 법과대학의 학제는 개편되어야 하며 현재와 같은 대학학부과정으로서 법과대학은 그대로 두되 교육내용은 개선되어야 할 것을 강조하고 있다.²¹⁹⁾

VI. 결 론

이상으로 김철수 교수의 헌법학에서 비교적 중요하다고 생각되는 부분만을 발췌하여 간단히 정리하여 보았다. 여기서 우리는 다음 몇 가지의 사실을 재확인하고 이 글을 끝마치기로 한다.

첫째, 그의 헌법학은 우리 한국의 당면한 현실문제를 해결하는 것을 주목적으로 하며(헌법해석학), 이를 위하여 지나온 헌정경험과 교훈을 소중히 여기면서(헌법사), 우리의 현실적 여건을 충분히 검토하면서(헌법사회학), 미래에의 방향을 제시하는

217) 중앙일보 상동.

218) 금년초 대법원과 법무부, 대한변협은 대통령직인수위원회에 사법시험 합격자 정원을 축소하기 위해서 비공식적으로 보고했다는 보도가 있었다. 조선일보 1998년 1월 21일자.

이러한 움직임에 대해서 언론은 정면으로 반박하고 있다. 예컨대 동아일보 1998년 4월 7일자 사설 「司試정원 축소 안된다」 참조.

219) 김철수, **정치개혁과 사법개혁**, 187-191쪽 참조.

데로 향하고 있다(헌법정책학).

둘째, 그의 헌법학은 자연법론에 입각하여 국민의 기본권을 보장하고 권력을 통제하는 입헌민주주의의 실현에로 일관하고 있다. 이 점은 그의 저작목록 전체를 볼 때 권력구조 부문보다는 기본권 부문에 더 많은 업적이 쌓여있음이 이를 증명하고 있다.

셋째, 그의 헌법학설은 40년 동안 시종일관 전개되었으며, 체계적으로 모순되거나 비논리적인 것을 찾아볼 수 없다. 이것을 통하여 우리는 그의 확고부동한 인생관, 국가관, 세계관을 재확인할 수 있으며, 이러한 모습은 후학들에게 커다란 귀감이 되고 있다.

네째, 그의 헌법학은 김 교수 개인의 명석한 두뇌와 부단한 노력의 결실임을 증명하고 있다. 지난 50년의 한국 헌정사에서 이론과 실제의 양 측면에서, 또한 그 질과 양에서 그만큼 많은 업적을 남기고 영향력을 행사한 학자는 아마 없을 것이다. 그런 의미에서 그는 한국 헌법학의 태두 또는 정상인 동시에 집대성자라고 부를 수 있을 것이다.

다섯째, 그의 헌법학은 한국 헌법학의 토대인 동시에 미래에의 이정표이다. 이제 헌법학을 연구하려는 사람은 누구든지 김철수 헌법학을 통하지 않고서는 아무것도 이룰 수 없게 되었다.

옛 말에 창업은 어려운 일이며 守城은 더욱 어렵다고 하였다. 이제 우리들 후학은 김 교수가 쌓아올린 학문적 토대 위에 새로운 한국의 헌법학을 전개할 과제가 주어지고 있다. 선생님의 만수무강을 기원한다.