〈논 문〉

大統領 權限의 代行制度에 관한 硏究

鄭 宗 燮*

Ⅰ. 序 論

1948年憲法에서 변형된 형태의 대통령제를 채택한 후 우리 나라 憲法史에서는 1960年6月憲法과 1960年11月憲法을 제외하고는 줄곧 변형된 형태이기는 하지만 대통령제를 정부형태로 취하고 있다. 이러한 대통령제 정부형태에서는 대통령의 권한 대행에 대한 제도가 있기 마련인데, 우리 憲法史에서도 1948年憲法이 최초로 제정된 이후 9차례의 헌법개정을 거치면서 그 양상에서는 변화가 있었지만 이러한 권한 대행제도는 줄곧 있었고, 현행 헌법인 1987年憲法도 이에 관한 규정을 두고 있다.

정치의 현실에서도 여러 차례의 대통령권한 대행이 있었다. 李承晩 政府에서 이승만대통령과 자유당정권의 독재에 대해 항거한 4·19민주혁명으로 인하여 이대통령은 1960년 4월 27일 대통령직에서 사임하였다.[1] 사임한 날인 1960년 4월 27일부터 같은 해 6월 16일까지 外務部長官인 許政에 의한 대통령 권한의 대행이 있었다.[2] 허정은 이승만세력에 속한 사람으로 4·19민주혁명의 성격과는 배치되는 인물이었다. 許政 대통령 권한 대행자에 의해 4월 28일부터 행정부의 인사가 새로 진행되어 대통령제에서 대통령과 부통령이 궐위된 상태에서 각료들로 이른바 '許政過渡政府'를 구성하였다.[3] 허정 과도정부는 4·19민주혁명에 의한 정부가 아니라 이승만

---

* 서울大學校 法科大學 助敎授

1) 이승만정부의 유지와 이승만의 사임에는 미합중국의 대한정책이 깊이 작용하였다. 1952년과 1953년에 미합중국정부에 의해 극비리에 이승만을 제거하려는 계획이 있었고, 1960년 4월 27일의 사임에도 주한 미합중국 대사와 주한 미군사령관과 미합중국 중앙정보국 한국책임자까지 깊이 개입하였다. 이에 대한 자세한 것은 이재봉, "4월혁명, 제2공화국, 그리고 한미관계," 백영철(편), **제2공화국과 한국민주주의**(서울: 나남출판, 1996), 77쪽 이하(특히 88쪽-90쪽) 참조.

2) 金雲泰, **韓國現代政治史** 第2卷(서울: 成文閣, 1976/1986), 223쪽 참조. 당시에는 이승만 대통령과 장면부통령이 현직에 있지 않아 법률이 정한 순서대로 외무부장관이 대통령의 권한을 대행하였다.

3) 許政過渡政府의 구성에 대해서는 李廷植, **韓國現代政治史** 第3卷(서울: 成文閣, 1976/1986), 48쪽 이하 참조.

정부를 계승하는 現狀維持의 管理政府로서의 성질을 가진 것이었는데,[4] 이 과도정부 하에서 의원내각제로의 정부형태를 변경하는 개헌이 진행되어 1960년 6월 15일 1960年6月憲法이 공포·시행되었다. 과도정부 하에서 7·29總選을 거쳐[5] 8월 12일에는 國會 兩院合同會議에서 舊派의 尹潽善을 대통령으로 선출하고, 8월 19일에 대통령이 指名하고 民議院의 同意를 얻어 新派의 張勉을 국무총리로 임명한 다음,[6] 8월 23일에 內閣을 구성하여 '張勉 政府'가 출범하였다.[7] 과도정부기간 동안에도 1960년 6월 17일부터 같은 해 6월 22일까지 郭尙勳에 의한 대통령권한 대행 그리고 같은 달인 6월 23일부터 8월 11일까지 다시 許政에 의한 대통령권한 대행이 있었다.

1961년 5월 16일 박정희 少將을 중심으로 군부세력이 쿠데타를 일으켰다. 군부세력은 軍事革命委員會를 설치하고 議長에 張都暎 中將이 副議長에 朴正熙 小將이 각각 취임하였다. 5월 19일에 윤보선 대통령이 하야성명을 내었으나 20일에 다시 번복하는 일이 벌어졌다. 군부세력은 정권장악에 성공하고 非常戒嚴을 선포한 후 6월 10일에는 國家再建最高會議法을 제정·공포하여 군사혁명위원회를 國家再建最高會議로 개칭하였다. 尹潽善 대통령은 명목상의 대통령의 지위에 있었고 軍政(junta, military government)이라는 이름에 걸맞게 실질에서는 군부세력에 의해 주도되었다. 군사정부는 이후 계획대로 박정희에로 권력을 이양하는 작업을 전개하여 7월 9일에는 장도영 중장을 반혁명세력이라는 이름으로 체포하여 제거한 다음 박정희를 국가재건최고회의의장에 취임하게 하였다. 박정희의 집권으로 나아가는 이러한 작업은 1962년 3월 24일에 와서 윤보선 대통령의 사임으로 나아갔고, 이날 國家再建最高會議는 國家再建非常措置法(1961. 6. 6. 國家再建最高會議令 제42호)을 개정하여[8] 국가재건최고회의 의장인 박정희로 하여금 대통령의 권한을 대행

4) 최장집, "제2공화국하에서의 민주주의의 등장과 실패", 백영철(註 1), 45쪽 이하 참조.

5) 李廷植(註 3), 101쪽 이하; 이갑윤, "제2공화국의 선거정치: 7·29총선을 중심으로," 백영철(註 1), 188쪽 이하 참조.

6) 미합중국 정부는 새로 출범하는 정부의 구성과 관련하여 일정한 개입을 하였는데, 당시 미합중국 정부는 장면을 대통령으로 하고자 하였다. 이에 대한 자세한 것은 이재봉(註 1), 95쪽 이하 참조.

7) 李廷植(註 3), 247쪽 이하 참조.

8) 國家再建非常措置法은 제정될 때부터 제11조에 "대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국가재건최고회의의장, 부의장, 내각수반의 순위로 그 권한을 대행한다."라고 정하고 있었다. 이 규정에 대해 韓泰淵은 대통령의 궐위시 후임자의 선거에 대한 규정이 없다고 지적하고 대통령이 궐위한 경우에는 국가재건비상조치법 제9조에 의해 국회의 권한을 행사하는 국가재건최고회의에서 후임자를 선출하여야 한다고 하는 해석적 견해를 다음과 같이 피력하였다. 한태연은 "非常措置法에 있어서는 그 제11조에 "大統領의 權限 代行"에 관해서만 規定하고 대통령의 궐위시에 그 선출에 관한 절차를 규정하고 있지 않는 까닭에, 현재에 재직하는 대통령이 궐위된다면 새로운 대통령을 선출하지 않고 "大統領의 權限 代行"에 관한 이 규정에 의하여 그 직위를 담당케 할 것인가 하는 것이 문제되지 않을 수 없다. 그러나 첫째로 非常措置法이 대통령의 직위를 그대로 인정하고 있는 이상에

하게 하였다.[9] 이런 조치가 있은 후 1962년 3월 24일부터 1963년 12월 16일까지 국가재건최고회의 의장의 지위에 있는 朴正熙에 의한 대통령 권한 대행이 있었다.

1979년 10월 26일 박정희 대통령이 김재규 중앙정보부장에게 피살되는 사건이 발생하였는데, 이때 1979년 10월 26일부터 같은 해 12월 5일까지 당시 국무총리였던 崔圭夏에 의한 대통령 권한 대행이 있었다. 1979년의 이른바 '10·26사건'이 발생한 후 全斗煥 將軍을 핵심으로 한 軍部勢力이 국가권력을 장악하는 과정에서 대통령의 권한을 대행하던 崔圭夏 國務總理가 間接選擧에 의해 대통령으로 당선되었으나 얼마 재직하지 못하고 대통령직에서 辭任하였는데, 이러한 대통령의 辭職으로 인하여 생긴 공백기간인 1980년 8월 16일부터 같은 달 26일까지 朴忠勳 國務總理署理에 의한 대통령권한 대행이 있었다. 이러한 대통령의 권한 대행은 우리 헌정사에서 비극적인 상황에서 발생한 것이다. 이후 우리 헌정사에서 대통령의 권한 대행에 관하여 다시 논의가 있었던 때는 金泳三 政府의 末期이다. 이 때에는 후임 대통령이 선출되어 있는 상황에서 대통령이 辭職을 하면 후임 대통령이 조기에 대통령직에 취임할 수 있는가 아니면 잔여임기동안 권한 대행체제가 지속되는가 하는 문제가 1987年憲法 제71조의 해석과 관련하여 주된 쟁점으로 등장하였다.

우리 헌정사를 보건대, 대통령의 권한 대행이 적지 않게 있었고, 또 정부의 이양이 있었음에도 그에 관한 법제도가 충분히 정비된 것은 아니었다. 대통령 권한의 대행에 관한 헌법의 규정은 충분하지 못한 것이었고, 그에 관한 하위 법률은 없었다. 대통령직의 이양과 관련한 규정은 박정희의 장기집권으로 인하여 구체적으로 검토될 여지가 없었고, 金泳三 정부의 출범 당시에도 실정법에 따라 체계적으로 대통령직이 인수되지 못했다. 이러한 상황은 金大中 정부의 출범을 앞둔 때에도 여전하였는데, 대통령직의 인수와 관련한 업무가 법의 근거와 체계도 없이 진행되자 1997년 12월 23일 부랴부랴 大統領令의 형식으로 大統領職引受委員會設置令(1997. 12. 23. 대통령령 제15547호)을 설치하여 그 업무에 관한 근거를 마련하였다. 그러나 이 大統領令은 母法의 근거를 가지지 못한 것이었고, 실제에 있어서도 대통령직인수위원회의 합법적인 권한의 범위가 어디까지인지에 대한 논란을 야기시킨 가운데 6개월간의 한시적인 효력만 가진 후 기간의 경과로 자동으로 폐지되었

는 그 권한의 대행과 그 선출은 구별하지 않으면 안 된다. 또한 둘째로 헌법에 있어서는 그 제53조의 규정에 의하여 대통령의 선출은 國會(兩院合同會議)의 권한으로 되어 있는 까닭에, 非常措置法 제9조의 규정에 의하여 국가재건회의가 국회의 권한을 대행하게 되는 한, 國家再建最高會議는 憲法 제5조의 규정에 의하여 새로이 대통령을 선출하지 않으면 안 된다."라고 해석적인 의견을 제시하고, 국가재건최고회의가 대통령을 선출하는 경우에는 헌법 제53조, 제54조, 제56조에 따라 대통령이 궐위된 즉시 그 후임자를 선출하여야 한다고 하였다. 韓泰淵, **國家再建非常措置法** (서울: 法文社, 1961), 73쪽.

9) 國會圖書館立法調査局, **韓國政治年表(1945-1984)** 第235號(서울: 國會圖書館, 1984), 197쪽 이하(특히 216쪽) 참조.

다. 그후 지금까지 大統領職의 引受에 관한 實定法의 규정은 없는 상태이다.

이 글은 우리 헌법의 현실에서 발생한 이런 상태를 경험하면서 현실에서 부딪치게 된 현직 대통령이 궐위되거나 직무를 수행할 수 없는 경우 과연 대통령의 권한은 어떻게 행사되어야 하는가 하는 문제에 대해 살펴보고자 한다. 단순히 현행 헌법인 1987年憲法의 규정만 놓고 해석하는 것에서 더 나아가 제도상 不備한 점은 없는지, 제도의 불비를 보완하기 위해 헌법의 개정이나 입법이 필요한 것인지 하는 문제들을 모두 검토할 필요가 있다. 제도의 변천과 헌법학자들의 논의도 아울러 검토하는 것이 필요하다.

大統領制 政府形態에서 대통령이 闕位되거나 事故로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우 어떻게 처리하고 있는가를 살펴보는 것은 이러한 제도의 법리에 대한 이해에 도움이 된다. 현실의 제도가 법리를 정당화하는 것은 아니지만 현실의 제도를 살펴봄으로써 법리에 대한 이해를 심화시킬 수 있다. 이 글에서는 대통령제 정부형태를 취하고 있는 대표적인 나라인 美合衆國의 경우를 살펴보기로 한다. 미합중국이 대통령제 정부형태를 처음으로 考案한 나라라고 하여 그 나라의 제도가 모두 타당한 것은 아니지만 미합중국의 제도를 법리적인 논의에 비추어 살펴보는 것은 법리의 제도화에 대한 구체적인 이해에 도움이 된다고 할 수 있다.

Ⅱ. 大統領 權限의 代行制度의 變遷

우리 헌법사에서 대통령제 정부형태를 채택한 경우 대통령의 권한을 대행하는 제도는 항상 동일하지 않았다. 대통령의 권한 대행권을 보유하는 자에 있어서도 변화가 있었고, 대행 사유를 정하는 실정 헌법상의 문언상의 표현에도 변화가 있었다. 대통령이 궐위한 경우 후임자를 선거하는 것은 1948年憲法부터 지금까지 변함이 없는 것이지만, 선거를 실시해야 할 기한에서는 변화가 있었고, 그 예외적인 경우도 있었다.

1948年憲法에서는 대통령제를 취하면서 부통령과 국무총리는 함께 두는 형태를 취하였는데, 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때에는 부통령이 대통령의 권한을 대행하고, 대통령과 부통령이 동시에 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때에는 국무총리가 대통령의 권한을 대행하도록 하였다(憲法 제52조). 1948年憲法에서 대통령의 권한을 대행하는 사유로는 "사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때"로 정하였는데, 궐위시에 권한 대행이 가능한지가 문제가 되었다. 이 문제와 관련하여 대통령제에서 부통령에 의한 大統領職의 承繼를 인정하지 않는 한 대통령이 사망, 사직, 파면 등으로 궐위된 경우에는 부통령도 당연히 퇴임하게 되므로

새 대통령과 부통령이 선임될 때까지는 국무총리가 대통령의 권한을 대행한다는 견해[10]를 전제로 하여 권한 대행의 사유에 대통령의 궐위가 대행 사유에서 脫漏되어 있다고 해석할 것이 아니라 "대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때"라는 법문의 "사고"에는 궐위도 포함되어 있다고 해석하는 것이 타당하다고 하는 해석론이 있었다.[11] 대통령 또는 부통령의 궐위시에는 후임자를 선거하도록 정하고 있었는데(憲法 제56조), 이러한 선거는 대통령이나 부통령이 궐위한 상태에서도 실시되고, 대통령의 궐위로 인하여 부통령이 자동적으로 퇴임한다고 하여 대통령과 부통령이 동시에 궐위된 경우에도 행해진다.[12] 새로 대통령과 부통령을 선출하는 이러한 선거는 권한 대행체제 아래에서 실시된다. 후임자의 재임기간에 대해서도 명문의 규정을 두고 있지 않았다. 대통령당선자가 사망하거나 기타 이유로 직무를 수행할 수 없는 경우에 대해서도 규정이 없었다. 이러한 1948年憲法의 규정은 1952年憲法에서도 동일하였다.

1954年憲法에서도 대통령제 정부형태를 취하였기 때문에 대통령의 권한 대행은 부통령이 하도록 되어 있었다(憲法 제52조). 1954年憲法은 대통령제의 본래의 모습을 갖춘다는 이유로 종래의 國務總理制度를 폐지하였다.[13] 그리하여 대통령과 부통령이 동시에 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 국무위원의 순서에 따라 대통령의 권한을 대행하도록 하였다(憲法 제52조). 1954年憲法

---

10) 兪鎭午, **憲法解義** (서울: 明世堂, 1949/1952), 128쪽.

11) 1953년에 출간된 兪鎭午, **憲法解義** (서울: 一潮閣, 1953/1959), 181쪽에서는 이 문제에 대하여 다음과 같이 보다 분명한 의견을 피력하고 있다. "본조에서 事故라 함은 여행, 정신상 또는 신체상의 障害 기타 여하한 사실을 불문하고 그것으로 인하여 대통령이 그 직무를 수행할 수 없게 되는 一切의 事實을 의미한다. 事故는 본래는 대통령의 재임중에 발생하는 사실만을 의미하는 것이 당연하다 할 것이지만, 우리 헌법은 美國 憲法과 달라서(美國 憲法 제2조 제1항 5 참조) 대통령의 辭職, 彈劾으로 인한 罷免 또는 死亡 등의 경우에 부통령이 그 지위를 승계하는 제도를 취하지 아니하였으므로, 본조에서 말하는 事故는 당연히 대통령의 闕位의 경우를 포함하는 것이라 할 것이다. 다만 副統領은 헌법 제55조 제2항에 의하여 언제나 대통령과 進退를 같이하므로, 대통령의 궐위의 경우에는 부통령도 당연히 退任하게 되고, 新 大統領과 副統領이 선임될 때까지 국무총리가 대통령의 직무를 代行하게 되는 것이다." 이 책의 재판은 1959년으로 되어 있으나 초판이 1953년에 출간되었고 서문은 Harvard Law School에 머물며 1952년 10월 21일 쓴 것으로 되어 있으며 해석의 대상도 1954년헌법이 아니라 1952년헌법이다.

12) 대통령제에서 대통령선거때 동반 당선된 부통령이 대통령의 궐위시에 자동으로 퇴임한다는 것는 부통령의 제도적 의의를 의심하게 만든다. 대통령제에서 부통령이라는 존재는 대통령직을 승계하거나 대통령의 권한을 대행하는 데 본질적인 역할이 있는데, 대통령의 궐위시에 부통령이 자동으로 퇴임한다고 하는 것은 법리상 의문스럽다. 대통령과 부통령이외에 국무총리를 두고 대통령과 부통령이 모두 궐위한 경우 국무총리가 대통령의 권한을 대행할 여지가 있기 때문에 대통령이 궐위하면 부통령이 자동으로 퇴임한다고 해석하는지는 모르겠으나 대통령제 정부형태에서 부통령이 지니는 기능에 비추어 볼 때 동의하기 어려운 부분이 있다.

13) 이에 대해서는 鄭宗燮, "大統領의 國務總理 任命에 대한 國會의 同意", **憲法學硏究** 第4輯 第2號(1998), 394쪽을 보기 바람.

에서도 權限 代行의 사유는 그 이전의 헌법과 동일하였다. 그러나 대통령이 궐위한 때에는 부통령이 그 지위를 承繼하여 대통령이 되고, 그 잔여임기 동안 재임한다고 하여(憲法 제55조 제1항) 대통령의 지위를 부통령이 承繼하는 제도를 두어 대통령의 궐위시의 문제를 해결하였다. 따라서 1954年憲法에서는 종전과 달리 대통령만이 궐위한 경우에는 부통령이 당연히 퇴임하는 것이 아니라 그 지위를 承繼하였기 때문에 권한 대행의 문제도 생기지 아니하였다. 결국 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부통령이 권한을 대행하고, 대통령이 사망, 파면, 사직 등에 의하여 궐위가 되었을 때에는 부통령이 대통령의 지위를 승계하여 잔여기간동안 대통령으로 재임하도록 하였다.[14] 대통령과 부통령이 모두 闕位한 때에는 법률이 정하는 국무위원의 순서에 따라 대통령의 권한을 대행하도록 하였다(憲法 제52조). 국무위원으로 하여금 대통령의 권한을 대행하게 한 것에 대해서는 비판이 있었다.[15] 대통령과 부통령이 모두 궐위한 경우에는 권한 대행체제로 들어가되 3개월 이내에 대통령과 부통령을 선거하도록 하였다(憲法 제55조 제4항). 당시 이러한 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 행해지는 대통령의 권한 대행을 '國務代理'[16] 또는 '職務代理'[17]라고 칭하였다. 副統領이 궐위한 때에는 당연히 후임자를 선거하여 그 잔여기간 동안 재임하게 하였다(憲法 제55조 제3항).

1960年6月憲法과 1960年11月憲法은 변형된 형태이기는 하지만 기본적으로 의원내각제 정부형태를 취하는 것이었는데, 대통령이 闕位되거나 또는 事故로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 參議院議長, 民議院議長, 國務總理의 순위로 그 권한을 대행한다고 정하였다(憲法 제52조). 이러한 권한 대행을 '職務代理'으로 파악했다.[18] 여기서는 대통령의 권한 대행자를 일차적으로 參議院議長으로 하고, 2차적으로 民議院議長으로 하고, 3차적으로 國務總理의 순으로 정하였다. 참의원의장과 민의원의장을 국무총리보다 先順位에 둔 것은 이들이 국민의 선거에 의해 구성된 양원의 의장이어서 民主主義原則에 부합하기 때문이다.[19] 즉 국회의 양원의 의장의 경우 국회의 양원합동회의에서 선출되는 대통령의 권한을 대행함에 있어서는 民主主義原理上 그에 서로 비례하기 때문이다. 民主的 正當性은 국민에 의해 직접 주어지는 것이 본질에 합당하지만 국민에 의해 민주적 정당성을 부여받은 국회의 양원에서 선출된 대통령의 권한을 대행하는 데 있어서는 그에 비례하는 정당성이 필요

14) 韓泰淵, 憲法學 (서울: 陽文社, 1956), 460쪽 이하 참조.
15) 예컨대 文鴻柱, **韓國憲法論** (서울: 一潮閣, 1958), 235쪽 참조. 여기서 文鴻柱는 수석국무위원 보다 하원의장을 선순위로 하여 권한 대행을 하도록 하는 것이 타당하다고 주장하였다.
16) 예컨대 韓泰淵(註 14), 461쪽.
17) 예컨대 文鴻柱(註 15), 234쪽; 朴一慶, **憲法講義** (서울: 博英社, 1957), 225쪽; 尹世昌, **憲法講義** (서울: 章旺社, 1957), 255쪽
18) 韓泰淵, **憲法** (서울: 警察專門學校, 1960), 204쪽.
19) 文鴻柱, **新韓國憲法** (서울: 法文社, 1957), 316쪽 참조.

하다. 그래서 대통령의 권한 대행에 있어서 순위상 양원의 의장을 우선적으로 정한 것이다. 權限 代行의 사유는 궐위와 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우로 정하여 궐위의 경우를 명시하였다. 대통령이 궐위한 경우에는 행정부는 권한 대행 체제로 유지되고 이러한 상태에서 국회의 兩院合同會議에서는 즉시 궐위한 대통령의 후임자를 선거하였다(憲法 제56조 제1항). 권한 대행자는 새 대통령이 선출될 때까지 대통령의 권한을 대행한다.[20] 대통령제가 아니기 때문에 부통령에 의한 대통령직 승계문제는 제기될 여지가 없었다. 다만 대통령이 사고로 인하여 그 직무를 수행할 수 없는 때가 어떠한 경우이며 이러한 판단을 누가 하느냐 하는 것에 대해서는 헌법이 정하고 있지 않았기 때문에 문제가 되었다. 이 문제에 대해 朴一慶은 "대통령 자신이 결정할 수 있을 때에는 그가 결정하는 시기, 대통령 자신이 이를 결정할 수 없는 경우(예 대통령이 精神上의 故障이 있을 때)에는 대통령의 사고로 인하여 그 직무수행에 가장 많은 支障을 받는 國務院이 결정하는 시기라고 보는 것이 타당할 것이다"라는 의견을 피력하였다.[21]

1962年憲法은 변형된 것이기는 하지만 대통령제 정부형태를 다시 취하였다.[22] 여기서는 대통령제임에도 부통령을 두지 않고 국무총리만 두었는데, 대통령의 권한 대행은 "대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때" 일차적으로 국무총리가 하게 하고 그 다음은 법률이 정하는 국무위원의 順으로 하도록 하였다(憲法 제70조). 이 당시 학설에서는 대통령이 궐위한 경우와 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우의 두 경우에 있어서 대통령의 권한을 대행하는 자의 職務代理의 範圍가 동일한 것인가 차이가 있는 것인가 하는 것이 문제가 되었다. 韓泰淵은 대통령이 궐위된 경우에는 권한 대행자가 직무의 전반에 걸쳐 대통령을 대리하게 되지만 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 권한 대행자가 당연히 권한을 대행하게 되는지 그리고 그 직무대리의 범위는 어떠한 지에 대해 문제가 된다고 하면서,[23] "이론적으로 여기에 있어서의 대리는 法定代理를 의미하는 까닭에, 대리의 사유만 있으면 여기에 지명된 자가 당연히 대리하게 되는 것이 원칙이지만, 그러나 실제에 있어서는 대통령의 직위로 보아 여기에 관한 대통령의 어떠한 의사표시가 필요하다고 생각한다. 또한 그 직무의 범위에 있어서는 물론 대통령의 권한의 全般에 걸치는 것이 원칙이지만, 그러나 이러한 경우의 臨時代理의 성질로 보아 그

20) 朴一慶, **韓國憲法** (서울: 進明文化社, 1960), 259쪽.
21) 朴一慶(註 20), 259쪽-260쪽.
22) 이 당시 이러한 변질된 형태의 대통령제에 대해 이것이 잘못될 경우에는 K. Loewenstein이 말하는 新大統領制(Neo-Präsidentialismus)로 이행할 우려가 있다는 지적이 있었다. 金哲洙, **憲法學硏究** (서울: 志學社, 1969), 287쪽 참조. K. Loewenstein이 말하는 新大統領制에 대해서는 K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, 3. Aufl.(Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975), 62쪽 이하, 430쪽 이하 참조.
23) 韓泰淵, **憲法** (서울: 法文社, 1963/1968), 454쪽.

대리는 다만 暫定的인 現狀維持에만 국한되고, 그 정책의 전환, 인사의 이동과 같이 현상유지를 벗어나는 직무는 대행할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 또한 이러한 職務代行의 내용은 闕位의 경우에도 同一하다고 생각한다."[24]라고 그의 견해를 제시하였다.[25] 韓東燮은 "권한 대행자의 대통령 직무대리의 범위는 대통령의 법정대리인으로서 대통령에 속하는 모든 권한을 대행할 수 있다고 볼 수도 있겠으나, 권한 대행의 범위는 궐위의 경우와 사고의 경우를 일률적으로 같다고 볼 수 없을 것이고, 사고의 경우에 있어서도 事故事由의 개별적 성격에 따라서 다를 것이다. 권한 대행의 범위는 그 임시적인 직무대리라는 성격으로 보아 臨時的·暫定的인 現狀維持에 국한된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다."[26]라는 견해를 제시하였다. 대통령의 권한 대행자에게도 就任宣誓(憲法 제68조 제1항), 特權規定(憲法 제82조), 兼職禁止(憲法 제81조)의 규정이 되느냐 하는 문제가 제기되는데, 이러한 규정은 대통령의 권한 대행자에게는 적용되지 않는다는 견해가 제시되었다.[27]

대통령이 궐위된 경우에 부통령에 의한 대통령직의 승계를 인정하지 않고 대통령의 권한 대행체제를 상정하고 있었기 때문에 후임 대통령을 선출하여야 했는데, 헌법은 궐위가 발생한 즉시 후임자를 선출하게 정하고 있었다(憲法 제67조 제2항). 이러한 선거는 권한 대행자가 대통령의 권한을 대행하는 체제에서 실시된다. 대통령의 임기가 종료되는 부근에서 새로 대통령을 선출한 경우 大統領當選者가 그 취임을 앞두고 사망이나 자격을 상실하여 새 대통령으로 취임하지 못하는 경우가 있는데, 이 경우 어떻게 할 것이냐 하는 것이 문제가 된다. 이에 관해 헌법은 대통령당선자가 사망하거나 판결 또는 기타 사유로 자격을 상실한 때에는 즉시 후임자를 선출하도록 정하였다(憲法 제67조 제2항). 이러한 경우에 전임 대통령의 임기 종료 직전에 차기 대통령당선자가 궐위하고 전임 대통령의 임기 종료까지 사실상 후임 대통령의 선거가 불가능할 경우 전임 대통령의 임기가 종료한 후에 누가 대통령의 권한을 행사하느냐 하는 문제가 발생하는데, 이런 경우에는 이때에는 대통령의 권한 대행의 규정에 따라 대통령의 권한을 대행하는 자가 대통령의 권한을 대행하게 되고, 이런 대행체제에서 차기 대통령의 선거가 실시된다.

이러한 權限 代行制度의 내용은 1969年憲法에서도 기본적으로 동일하였고, 1969年憲法도 여전히 미합중국의 대통령제와는 다른 변형된 대통령제의 정부형태를 취하였다.[28] 1962年憲法에서 본, 대통령 권한 대행 규정에 대한 위의 韓泰淵의 해석적 견해는 1969年憲法에서도 동일하였다.[29] 文鴻柱는 "이러한 權限 代行 順位는

24) 韓泰淵(註 23), 454쪽.
25) 韓相範의 견해도 같은 취지이다. 韓相範, **憲法** (서울: 日新社, 1968), 301쪽 참조.
26) 韓東燮, 憲法 (서울: 博英社, 1967), 313쪽.
27) 韓東燮(註 26), 313쪽 참조.
28) 金哲洙, **憲法學** (서울: 志學社, 1970), 103쪽 이하, 470쪽 이하 참조.

궐위 이외의 경우에는 당연하다 할 것이나, 闕位된 경우에는 그 기간의 후임자를 선거할 기간이 短時日이라 할지라도 국민이 選出하지 않은 국무총리 또는 국무위원이 그 권한을 대행하는 데는 문제가 있다. 우리 나라가 副統領制를 두지 않기 때문에 이런 문제가 생긴다."[30]라고 비판하였다.

1972年憲法은 우리 憲法史에서 대통령에게 권력이 집중되고 대통령에게 '權力의 人格化'가 이루어진 전형적인 新大統領制의 성격을 지닌 정부형태를 채택하였다. 주권자의 지위에 있는 국민은 막강한 권한을 가지고 있는 대통령을 직접 선거하지 못했고, 대통령은 당시 헌법이 '主權的 受任機關'이라고 포장하였던 統一主體國民會議에서 선거하였다. 이러한 이른바 '維新憲法'으로 부르는 1972年憲法은 朴正熙의 長期執權과 獨裁를 헌법적 수준에서 합법화하기 위한 것이었는데, 여기서도 변질된 대통령제를 채택하였다. 대통령의 권한 대행에 관한 규정은 종래의 헌법과 동일하였다. 국민에 의해 선출되지 아니한 국무총리 또는 국무위원이 대통령의 권한을 대행하는 것이 문제라는 지적이 있었다.[31] 1972年憲法에서는 대통령도 間接選擧에 의해 선출되었으므로 대통령권한의 民主的 正當性(democratic legitimacy)을 인정할 여지는 거의 없었지만 이론적으로 보면 임명직 공무원에 지나지 않는 국무총리나 국무위원이 대통령의 권한을 대행하는 것은 여전히 문제로 지적될 여지는 있었다.

1972年憲法은 대통령이 궐위한 경우 3월 이내에 統一主體國民會議에서 후임자를 선거하는 것으로 정하였으며, 후임자는 전임자의 잔여임기동안 재임하는 것으로 하였다. 이 殘餘期間이 1年 未滿인 때에는 후임자를 선거하지 아니 하였는데, 이러한 상태에서는 전임 대통령의 임기만료일까지 대통령의 권한을 대행하는 자가 대통령의 권한을 행사하는 체제가 있게 된다. 이러한 부분은 종래의 헌법과 다른 점이었다. 殘任 期間이 1년 미만일 경우에는 후임자를 선거하지 아니하였기 때문에 권한대행의 기간이 장기간일 여지가 있었던 것도 문제였다. 대통령제 정부형태에서 부통령에 의한 대통령직의 승계를 두지 않고 권한 대행체제만으로 1년에 가까운 기간을 유지하는 것은 비정상적인 것이다. 1972年憲法이 정하고 있는 대통령제가 이미 변질된 것인 마당에 정상적인 대통령제에서나 논의될 수 있는 이러한 논의가 실제에 있어 큰 의미를 가지지 못하는 상황이었지만 이론적인 면에서 보면 문제라고 지적하지 않을 수 없는 부분이다.

1980年憲法은 朴正熙 독재의 종말과 더불어 꼭두각시에 지나지 않았던 統一主體國民會議를 폐지하였지만 여전히 대통령을 大統領選擧人團에 의해 선출하는 방식을

29) 韓泰淵, **憲法** (서울: 法文社, 1970/1971), 468쪽.
30) 文鴻柱, **憲法要論** (서울: 法文社, 1966/1971), 240쪽-241쪽.
31) 예컨대 金哲洙, **憲法學槪論** (서울: 法文社, 1977), 405쪽; 文鴻柱, **韓國憲法** (서울: 海巖社, 1977), 374쪽 참조.

취하였다(憲法 제39조 제1항). 국민의 강력한 저항을 무력으로 진압하고 등장한 군부세력이 국민의 직접 선거에 의해 대통령을 선출하는 것을 제도화할리는 만무했다. 이러한 간접선거에 의해 全斗煥將軍이 대통령으로 당선되었다. 1980年憲法에서는 대통령이 궐위된 때에 새로이 대통령선거인단을 구성하여 3월 이내에 후임자를 선거하는 것(憲法 제43조 제2항)을 제외하고는 종래 1972年憲法의 대통령 권한 대행제도와 동일한 내용의 대통령 권한 대행제도를 두었다. 여전히 부통령은 두지 아니한 채 국무총리제도를 두고 있었으며, 국무총리와 국무위원이 대통령의 권한을 대행하는 지위에 있었다(憲法 제46조). 文鴻柱는 종래와 같이 국민의 의사와 관계가 없는 국무총리와 국무위원이 대통령의 권한을 대행하는 것에 대해 문제가 있다고 비판을 하면서도 국회의장이 아닌 국무총리를 제1순위로 한 것은 정치세력의 변동에 따른 혼란을 피하고자 하는데 있다고 하였다. 국회의장이 야당 소속인 경우를 염두에 두고 피력한 견해였다.[32]

대통령의 권한 대행자의 직무범위에 관하여 權寧星은, 대통령이 궐위된 경우에는 권한 대행자의 직무범위는 대통령의 권한 전반에 걸치는 것이지만, 사고인 경우에는 현상유지에 그치는 것이라고 하여 양자의 경우를 구별하였다.[33] 이와 달리 金哲洙는 양자의 경우를 구별하지 않고 "원칙적으로는 대통령의 권한 전반에 걸치겠지만 이 경우 그 臨時代理의 성질로 보아 다만 잠정적인 현상유지에만 국한되고 政策의 轉換, 人事의 移動과 같이 現狀維持를 벗어나는 職務는 代行할 수 없다고 하여야 할 것이다"라는 견해를 제시하였다.[34] 이때까지도 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우를 누가 결정할 것인가 하는 문제가 입법적으로 해결되지 않은 채 있었는데, 이 문제와 관련하여 권한 대행의 필요성에 대해서는 일차적으로 대통령이 결정하겠지만 정신장애 등으로 인하여 이를 결정할 수 없을 때에는 누가 이를 결정할 것인지를 미리 법에 규정하여 둘 필요가 있다는 지적이 있었다.[35]

1987年憲法은 대통령을 국민이 직접 선거하는 것으로 정하였다. 이러한 것은 全斗煥 政府의 權威主義統治에 대한 국민의 강력한 저항과 1987년 6월에 대대적으로 전개된 '民主化 大鬪爭'을 통하여 획득한 전리품이었다.[36] 1987年憲法은 대통령이

32) 文鴻柱, **韓國憲法** (서울: 海巖社, 1983), 409쪽 참조.
33) 權寧星, **憲法學原論** (서울: 法文社, 1986), 724쪽 참조.
34) 金哲洙, **憲法學槪論** (서울: 博英社, 1982), 591쪽.
35) 權寧星(註 33), 724쪽.
36) 1987년의 6월 민주화 대투쟁은 단순히 일과적인 현상에 그친 것이 아니라 군부세력에 바탕을 두고 있던 全斗煥政府에 대한 국민의 강력한 저항으로 지속적인 힘을 발휘하였다. 6월의 이러한 항쟁은 6월 29일 노태우 민주정의당 대표의 '6·29선언'으로 이어졌고, 7월과 8월에는 노동자의 대투쟁이 있었으며, 10월 29일에는 헌법이 개정되어 공포되었고, 12월에는 대통령선거로 이어졌다. 이러한 항쟁의 힘은 1988년 4월 與小野大의 결과를 가져온 '4·26총선'으로 이어졌고 6월의 통일운동의 확산으로까지 나아갔다. 1987년의 6월 민주화 대투쟁도 전두환 정부에서 그 동안 성장해온 저항력이 폭발적인 힘을 발휘한 것이었다. 이

궐위된 경우 60일 이내에 그 후임자를 선거한다는 것이외에 대통령의 권한 대행에 관하여는 1980年憲法과 동일한 내용을 정하였다. 현행 헌법인 1987年憲法이 정하고 있는 大統領 權限 代行制度에 대해서는 아래에서 상세히 검토하기로 한다.

우리 憲法史를 보건대 의원내각제의 정부형태를 지향하였던 1960年6月憲法과 1960年11月憲法을 제외하면 나머지는 변형된 형태이지만 대통령제 정부형태를 채택하였는데, 이 중에서 대통령권한 대행과 승계제도가 대통령제의 법리와 부합한 경우는 1954年憲法이라고 할 수 있고 나머지 헌법들은 體系上 다소 不整合의 양상을 내포하고 있은 것이라고 할 수 있다. 대통령제 정부형태를 채택하는 경우에는 권한 대행을 대비하여 부통령을 선출하여 대통령의 궐위시에는 부통령으로 하여금 대통령직을 승계하게 하고 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 대통령의 권한을 대행하게 하여야 하는데, 1954年憲法을 제외하고는 모든 헌법이 이러한 법리를 무시하였다. 대통령제와는 부합하기 어려운 國務總理라는 직을 만들어 그로 하여금 대통령의 권한을 대행하게 한 것은 넌센스에 가까운 것이라고 할 것이다. 1961년 5월 16일 군부세력에 의한 군사쿠데타로 인하여 비정상적으로 헌정이 전개되었던 시기 중 1962년 3월 24일부터 1963년 12월 16일까지의 國家再建最高會議議長에 의한 대통령의 권한 대행이 있었던 것을 제외하고 대통령의 권한 대행과 지위의 승계와 관련한 규정을 표로 나타내보면 다음 쪽과 같다.

Ⅲ. 1987年憲法上의 大統領 權限의 代行制度

1. 權限 代行의 事由

현행 憲法인 1987年憲法(1987. 10. 29. 全面 改正 公布)은 대통령이 권한을 행사할 수 없는 상황을 예상하여 그 경우 권한 대행과 보궐선거에 대해 규정하고 있다. 憲法 제71조는 "大統領이 闕位되거나 事故로 인하여 職務를 遂行할 수 없을 때에는 國務總理, 法律이 정한 國務委員의 順序로 그 權限을 代行한다."라고 정하고 있다. 따라서 헌법은 대통령이 권한을 행사할 수 없는 경우에는 권한을 대행하는 제도를 마련하여 이에 대처하고 있다. 이러한 규정은 1960年6月憲法 以來 변경됨이 없이 현행 헌법까지 그대로 존속되어 내려온 것이다.

대통령 권한을 대행하는 사유는 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 상태의 발생이다. 闕位란 현직의 대통령이 대통령직에서 이탈한 모든

에 대한 자세한 분석은 崔章集, **韓國現代政治의 構造와 變化** (서울: 까치, 1989), 292쪽 이하 참조. 6월 민주화 대투쟁과 관련한 자료로는 **6월 민주화대투쟁** 기사연리포트 2(서울: 민중사, 1987); 한국기독교사회문제연구소(편), **'87한국정치사정** (서울: 민중사, 1988); 한국기독교사회문제연구소(편), **'87한국정치사정-별책·성명서모음** (서울: 민중사, 1988) 참조.

《大統領의 權限 代行 및 大統領職 承繼 規定의 變遷》

憲法 / 項目	1948年憲法-1952年憲法	1954年憲法	1960年6月憲法-1960年11月憲法	1962年憲法-1969年憲法	1972年憲法	1980年憲法	1987年憲法
政府	李承晩政府	-〉	張勉政府	朴正熙政府	-〉	全斗煥政府	盧泰愚政府-金泳三政府-金大中政府
政府形態	大統領制	-〉	議院內閣制	大統領制	-〉	-〉	-〉
副統領 存置與否	존치	-〉	폐지	-〉	-〉	-〉	-〉
國務總理 存置與否	존치	폐지	존치	-〉	-〉	-〉	-〉
權限 代行者	大統領의 有故時: 副統領 大統領·副統領 同時 有故時: 國務總理	大統領의 有故時: 副統領 大統領·副統領 同時 有故時: 法律이 정하는 國務委員의 順	參參의원,參議院議長, 民議院議長, 國務總理의 順	國務總理, 法律이 정한 國務委員의 順	-〉	-〉	-〉
權限 代行의 事由 發生	大統領이 事故로 인하여 職務를 遂行할 수 없을 때	-〉	大統領이 闕位되거나 事故로 인하여 職務를 遂行할 수 없을 때	-〉	-〉	-〉	-〉
後任者의 選擧等	大統領 또는 副統領의 闕位시 卽時 그 後任者 選擧	副統領 闕位時: 卽時 後任者 選擧 大統領·副統領 모두 闕位時: 法律이 정하는 國務委員의 順으로 權限 代行하되, 3月 以內에 대통령·부통령 選擧	大統領 闕位時 兩院合同會議에서 卽時 後任者 選擧	大統領 闕位時 卽時 그 後任者 選擧	大統領 闕位時 3月 以內 統一主體國民會議에서 後任者 選擧. 殘餘期間이 1年 未滿인 때 後任者 選擧 않음	大統領 闕位時 새로 大統領選擧人團을 구성하여 3月 이내 後任者 選擧	大統領 闕位時 60日 以內 그 後任者 選擧
大統領職 承繼制度	없음	大統領 闕位時: 副統領이 承繼	없음	-〉	-〉	-〉	-〉
後任者의 在任期間	規定 없음	대통령 또는 부통령의 후임자는 殘餘期間 동안 재임	規定 없음	大統領의 後任者는 殘餘期間 동안 在任	大統領의 後任者는 殘餘期間 동안 在任	規定 없음	-〉
大統領當選者 有故時 措置	規定 없음	-〉	-〉	大統領當選者의 死亡 또는 判決 기타 事由로 資格 喪失時 卽時 後任者 選擧	規定 없음	-〉	大統領當選者의 死亡 또는 判決 기타 事由로 資格 喪失時 60日 以內 後任者 選擧

상태를 의미한다. 대통령이 법적으로 존재하지 않는 경우이다. 死亡, 憲法裁判所의 彈劾審判에 의한 罷免, 판결 등 기타 사유로 인한 資格의 喪失, 辭任 등으로 대통령직에서 이탈한 경우가 이에 해당한다.[37] 대통령이 궐위된 경우는 客觀的인 經驗的 事實로서 판명되므로 有權機關이 이를 확인하여야 궐위의 효과가 발생한다고 할 수 없다. 궐위라는 사실의 발생으로 憲法 제71조에 의해 당연히 권한 대행권자에게 대통령의 권한을 대행하는 권한이 발생한다.[38] 유권기관이 궐위를 확인하거나 결정하여야 권한 대행의 효력이 발생하나고 하면 대통령의 권한 행사에 있어 공백이 발생한다. 그러나 국정 수행의 명확성을 확보하기 위해서는 이렇게 중요한 궐위의 사실을 유권기관이 확인하거나 사후 확정할 필요는 있다고 할 것이다. 현재 궐위의 경우 통상 제일 먼저 행하는 국무회의는 이렇게 당연히 발생한 대통령 권한의 대행자가 召集하고 主宰한다. 아무튼 유권기관이 궐위를 확인하는 절차를 두는 경우에도 그런 유권기관의 확인행위는 이에 의해 권한 대행의 법적 효과를 발생하게 하는 것이 아니고, 확인이라는 事實行爲에 지나지 않는다(국무회의의 이런 확인행위를 행정법상의 準法律的 行政行爲에 해당하는 '確認'이라고 보기는 어렵다고 보인다).

事故로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때란 현직의 대통령이 대통령직에 在職하고 있으나 대통령의 권한을 행사하는 것이 불가능한 모든 상태를 의미한다. 疾病, 療養, 국회의 탄핵소추의결에 의한 權限 行使의 停止, 외국방문, 장기간의 해외여행 등으로 직무를 수행할 수 없을 때가 이에 해당한다.[39]

그런데 대통령 권한 대행의 사유에 해당하는 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때란 단순히 사고의 발생을 의미하는 것이 아니라 그로 인하여 대통령의 직무가 불가능한 것을 의미하므로 사고의 발생과 함께 직무를 수행할 수 없는 상태의 발생이라는 두 가지의 요건이 충족되어야 한다. 따라서 여기서는 대통령이 사고에 의해 직무를 수행할 수 있는지 없는지에 대한 有權機關의 決定이 필요하다.[40] 대통령이 스스로 직무를 수행할 수 있다고 주장하더라도 객관적으로 판단하여 직무의 수행이 불가능한 경우에는 권한의 대행이 이루어져야 하기 때문이다. 우리 실정법에는 누가 이런 판단을 하는가에 대해 아무런 규정이 없다. 현재로서는 이러한 문제가 발생하면 국무총리 또는 국무위원이 국무회의의 심의 사안으로 제출하기 때문에 국무회의 審議 事項으로 되겠으나,[41] 이러한 국무회의의 심의가 '사고로 인하여 직무를 수행할 수 없음'을 법적으로 확정하는 효과를 가져온다고 하기는 어렵다. 권한 대행

37) 許營, 韓國憲法論 (서울: 博英社, 2000), 911쪽; 金哲洙, **憲法學槪論** (서울: 博英社, 1999), 1036쪽; 權寧星, **憲法學原論** (서울: 法文社, 2000), 910쪽 참조.
38) 權寧星(註 37), 910쪽 참조.
39) 許營(註 37), 911쪽; 金哲洙(註 37), 1036쪽; 權寧星(註 37), 853쪽 참조.
40) 이에 관한 논의에 대해서는 金哲洙(註 37), 1036쪽; 權寧星(註 37), 911쪽 참조.
41) 許營(註 37), 912쪽 참조.

의 기간을 정해야 하는 경우 그 기간의 결정도 마찬가지이다.

이 문제와 관련해서는 대통령 스스로 직무의 수행이 불가능하다고 판단하여 결정하는 경우와 제3자가 대통령의 직무 수행이 불가능하다고 결정하는 경우로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 대통령 스스로 판단하여 직무의 수행이 불가능하다고 결정하는 경우에는 대통령의 판단을 존중하여 권한 대행자로 하여금 권한 대행을 하게 하는 것이 필요하다. 이러한 경우 어떠한 방식과 절차를 거칠 것인가에 대해서는 實定法으로 정해두는 것이 필요하다. 이러한 경우 대통령이 書面 또는 口頭로 단순히 의사표시를 하는 것으로 족하다고 할 것인가, 또는 특정기관에 의사표시를 하게 하고 특정기관이 확인하게 할 것인가 하는 등 세부적인 문제를 검토할 필요가 있다. 다만 대통령이 스스로 직무의 수행이 불가능하다고 판단하여 결정하는 경우라고 하더라도 그 행위가 故意로 職務의 遂行을 回避하거나 拒否하는 것이 명백한 경우에는 職務遺棄가 된다고 할 것이다. 제3자가 대통령의 직무수행이 불가능하다고 결정하는 경우에는 대통령이 스스로 자기가 직무를 수행할 수 없는지의 여부를 판단하는 것이 어렵거나 대통령은 직무를 수행할 수 있다고 주장하더라도 객관적인 사정으로 볼 때 정상적으로 직무를 수행하기 어렵다고 보이는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 대통령과 대통령이 직무를 수행하기 어렵다고 주장하는 기관이 아닌 제3의 기관에서 대통령이 직무를 수행하기 어려운가 아닌가의 여부를 결정하여야 한다. 우리 헌법상으로는 권한 대행자가 국무총리 및 국무위원이므로 국무회의에서 결정하는 것은 타당하지 않다고 보인다. 이러한 문제는 헌법재판소로 하여금 처리하게 하는 것이 현행 헌법의 구조상 합리적이라고 할 것이다.[42)]

2. 權限代行者

憲法 제71조와 이를 근거로 마련된 政府組織法(1998. 2. 28. 全改 法律제5529호, 개정 1999. 5. 24. 법제5982호)에 의하면 國務會議에 대해 정하면서 "議長이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 副議長인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 議長과 副議長이 모두 사고가 있을 때에는 제26조 제1항에 규정된 순서에 따라 國務委員이 그 직무를 대행한다."(같은 法 제12조 제2항)라고 정하고 있다. 따라서 대통령의 권한을 대행할 수 있는 자는 國務總理와 政府組織法이 제26조 제1항이 정한 財政經濟部長官, 統一部長官, 外交通商部長官, 法務部長官, 國防部長官,

42) 같은 취지의 견해로는 예컨대 權寧星(註 37), 911쪽; 鄭在晃, "대통령의 지위와 권한", **考試界** 통권432호(1993년 2월호, 1993. 1.), 22쪽. 프랑스헌법 제7조는 대통령의 유고와 궐위를 확인하는 권한을 憲法裁判所(Conseil constitutionnel)의 관장사항으로 정하고 있다. 프랑스는 순수한 대통령제 정부형태를 채택하고 있는 나라는 아니지만 이 점은 우리의 문제를 해결하는데 고려할 만한 여지가 있다고 보인다.

行政自治部長官, 敎育部長官, 科學技術部長官, 文化觀光部長官, 農林部長官, 産業資源部長官, 情報通信部長官, 保健福祉部長官, 環境部長官, 建設交通部長官, 海洋水産部長官의 順이고, 그 순위는 헌법이 정하고 있듯이 국무총리가 제1순위자이며, 그 다음은 政府組織法이 정하는 것에 따라 재정경제부장관이 제2순위, 統一部長官이 제3순위이다. 제1순위자에 의한 대통령의 권한 대행이 통상 있을 수 있는 것이며, 제2순위자 또는 제3순위자에 의한 대통령의 권한의 대행은 극히 예외적인 경우에나 있을 수 있다. 엄격히 보면 政府組織法 제12조 제2항은 국무회의의 직무의 수행에 있어서 권한 대행을 정하는 형식을 취하고 있으므로 憲法 제71조에 따른 대통령의 권한 대행에 관한 적확한 규정이 아니다. 따라서 政府組織法에서 '대통령의 권한 대행'이라는 標題로 정확히 정하는 것이 보다 바람직하다고 보인다.

대통령과 국무총리가 모두 궐위되거나 직무를 수행할 수 없는 경우 대통령의 권한을 대행하는 자는 憲法 제71조와 政府組織法 제12조 제2항이 정하는 바에 따라 재정경제부장관이 대통령의 권한을 대행한다. 이 경우 국무총리의 권한은 누가 대행하느냐 하는 것이 문제가 되는데, 이에 관하여 政府組織法 제23조에 의할 때 역시 재정경제부장관이 대행하게 된다. 그러면 결국 대통령과 국무총리가 모두 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우 제정경제부장관이 대통령과 국무총리의 권한을 대행하는 막강한 권력을 가지게 된다. 이렇게 되는 경우 국무위원을 교체하는 경우 國務委員의 提請權과 任命權을 財政經濟部長官이 모두 가지는 결과를 가져온다. 이러한 양상이 과연 타당한가 하는 것이 문제될 수 있다. 이러한 문제를 현행 실정법의 테두리내에서 합리적으로 해결하는 길은 재정경제부장관이 권한을 대행함에 있어서는 대통령의 권한을 대행하는 것이 우선한다고 하지 않을 수 없고, 재정경제부장관이 대통령의 권한을 대행하는 상태에서는 국무총리의 권한 대행에서 제1순위에 있는 재정경제부장관이 대통령의 권한 대행자로서 그 자리를 비운 경우에 해당하여 제2순위자인 통일부장관이 국무총리의 권한을 대행한다고 하는 것이 바람직한 해석이라고 생각한다. 이러한 경우 국무총리가 궐위되거나 직무로의 복귀가 용이하지 아니한 때에는 대통령의 권한 대행자인 재정경제부장관은 빠른 時日 내에 국무총리를 임명하여 국무총리의 권한 대행의 상태를 해소하는 것이 바람직하다. 물론 가장 바람직한 것은 후임 대통령을 빨리 선출하여 새 대통령이 국무총리를 임명하는 것이지만 사태가 이렇게 순조롭게 해결되지 못하는 경우에는 앞에서 본 것과 같이 해결하여야 할 것으로 생각한다.

大統領의 權限 代行에 관한 규정을 보건대, 우선 政府組織法 제12조 제2항이 국무총리와 국무위원에 의한 대통령의 직무대행을 정하면서 헌법과 달리 직무대행의 사유로 "사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때"라고 적시하고 있으나 이 경우 "사고"에는 궐위도 포함한다고 해석하는 것이 타당하다. 權限 代行 또는 地位承繼의

경우 그 사유에서 闕位와 事故로 인하여 직무를 수행할 수 없는 때를 나란히 규정하고 있는 경우에는 궐위와 사고를 개념적으로 구별하여야 하겠으나 이 둘을 구별함이 없이 '사고' 하나만으로 규정하고 있는 경우에는 그 사고에 궐위도 포함한다고 보는 것이 권한 대행이나 지위승계의 법리에 부합한다. 1948年憲法, 1952年憲法, 1954年憲法의 경우 法文에서 "事故"라고만 정하고 있는 경우 궐위도 포함한다고 해석하는 것과 같은 이치이다.

이러한 것은 監査院法(1963. 12. 13. 법률제1495호, 개정 1999. 1. 21. 법률제5681호) 제4조 제3항이 정하고 있는 監査院長의 직무대행의 경우와 政府組織法(全面改正 1998. 2. 28. 법률제5529호, 개정 1999. 5. 24. 법률제5982호) 제23조가 정하고 있는 국무총리의 직무대행의 경우에도 차이가 없다고 보인다. 政府組織法 제23조는 "國務總理가 事故로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 大統領의 지명이 있는 경우에는 그 지명을 받은 國務委員이, 지명이 없는 경우에는 제26조 제1항에 규정된 순서에 따라 國務委員이 그 직무를 대행한다."라고 정하고 있는데, 이 조문의 "事故"에 궐위된 경우도 포함된다고 해석하는 것이 타당하다.[43] 따라서 국무총리가 궐위된 경우에도 국무총리의 직무대행이 있게 된다. 대통령의 경우와 국무총리의 경우에 차이는 대통령은 선거직이므로 憲法 제68조 제2항에 따라 후임자의 선거가 있게 된다는 점이다. 국무총리가 궐위된 경우에는 직무대행이 있게 되는데, 이러한 직무대행의 상태는 가능한한 짧은 것이 바람직하므로 빠른 시일내에 국무총리를 임명하는 것이 바람직하다.

3. 權限代行者의 職務範圍

대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때 대통령의 권한을 대행하는 자는 대통령의 권한을 행사함에 있어서 법적으로는 아무런 제한을 받지 않기 때문에 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있다. 그러나 國政의 空白을 메우기

43) 이러한 해석에 대한 자세한 論議는 鄭宗燮, **憲法判例硏究** 1 (서울: 철학과현실사, 1998/1999), 286쪽 이하, 294쪽 이하를 보기 바람. 이 政府組織法 제23조의 "事故"에 궐위된 경우도 포함하느냐를 두고 헌법재판소 재판관들 사이에서도 포함이 된다고 해석하는 견해와 포함되지 않는다고 해석하는 견해로 의견이 나누어졌다. 헌법재판소 1998. 7. 14.-98헌라1〔憲〕10-2, 31쪽, 33쪽 이하; 헌법재판소 1998. 7. 14.-98헌라2〔憲〕10-2, 66쪽, 68쪽 이하 참조. 政府組織法 제23조의 "事故"의 의미와 관련하여 許營은 사고는 임기를 전제로 하지 않은 개념이고 궐위는 임기를 전제로 한 개념이므로 임기가 보장된 헌법기관이 아닌 국무총리의 경우에는 궐위라는 현상은 생길 수 없기 때문에 政府組織法에서는 '사고'라고 정하고 있다고 본다. 許營, "大統領과 國會議員間의 權限爭議審判", **考試硏究** 통권298호(1999년 1월호), 172쪽 참조. 이와 달리 鄭然宙는 원칙적으로 사고의 개념에 궐위를 포함시킬 수는 없으나 예외적인 상황에서는 政府組織法상의 '사고'의 개념에 궐위를 포함시켜 해석하여야 한다는 견해를 제시하고 있다. 鄭然宙, "國務總理署理任命行爲의 違憲性", 星雲許慶敎授華甲紀念論文集刊行委員會(編), **基本權·國家·憲法** (서울: 법학서당, 1999), 493쪽 이하 참조.

위해 불가피하게 인정되는 권한 대행제도의 성격상 가능한 한 권한을 대행하는 자는 실제 권한을 행사함에 있어서 최단기간 동안에 필요 최소한의 직무만 행하는 것이 타당하다.

이와 관련하여 헌법해석상 다른 견해들이 있다. "그 원인이 무엇이든 권한 대행자의 직무범위는 대통령의 직무범위와 결코 같을 수는 없다"라고 하는 견해와[44] "원칙적으로는 대통령의 권한 전반에 걸치겠지만, 이 경우 그 임시대리의 성질로 보아 다만 잠정적인 현상유지에만 국한되고, 정책의 전환, 인사의 이동과 같이 현상유지를 벗어나는 직무는 대행할 수 없다"라고 하는 견해가 있다.[45] 이런 견해는 권한대행자가 대행하는 권한은 대통령의 권한보다 좁은 것으로 본다. 그러나 憲法 제71조와 다른 어떤 규정에도 이런 해석을 가능하게 하는 점은 어디에도 없다. 대통령이 궐위되고 후임 대통령을 선출할 시간적인 여유가 없이 국정운영의 상황이 급박한 경우라든지 후임 대통령의 선거기간중이라도 종래의 정책을 전환하거나 인사를 새로 단행하여야 할 필요가 있는 경우에는 권한대행자는 당연히 이에 필요한 대통령의 권한을 행사할 수 있다. 국정운영상 경우에 따라서 대통령의 중요한 권한을 행사하여야 함에도 현상유지만을 고집하여 권한을 제때에 행사하지 않으면 국가에 큰 손해를 끼칠 수도 있음을 고려한다면 권한 대행자의 법적으로 인정된 권한의 범위를 제한하는 것은 타당하지 않다. 권한 대행자가 국정운영상 권한행사의 실제에 있어서 필요최소한의 권한을 행사하는 것이 타당하다는 것과 처음부터 권한 대행자의 권한이나 직무의 범위가 대통령의 것과 법적으로 다르다고 하는 것은 구별할 필요가 있다. 대통령의 권한을 대행하는 자는 헌법이 정하고 있는 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있다고 할 것이고, 이러한 행사는 합헌적이고 유효하다. 이러한 권한의 행사는 직무의 수행이기 때문에 상황에 적절하게 권한을 행사할 의무도 포함하고 있다.

위와 같은 해석과는 달리 대통령이 궐위된 경우에는 권한대행자는 대통령의 권한 전반에 걸쳐 직무를 대행하지만 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 권한 대행자의 직무는 잠정적인 현상유지에 국한되고 기본정책의 전환·인사이동 등 현상유지를 벗어나는 직무는 대행할 수 없다고 해석하는 견해가 있다.[46] 그러나 실제에 있어서 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 기간이 장기화되는 경우라든지 현상유지만으로 국정운영이 어려운 경우에는 권한 대행자라고 하더라도 필요한 대통령의 권한을 행사하지 않으면 안 되는 경우가 있다. 이런 경우를 고려하면 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에도 권한대행

44) 許營(註 37), 911쪽 이하.
45) 金哲洙(註 37), 1036쪽 이하.
46) 權寧星(註 37), 911쪽.

자는 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있다고 하지 않을 수 없다. 그리고 필요한 경우에는 상황에 요청되는 권한을 행사해야 한다. 예컨대 國家緊急權의 行使, 宣戰布告와 講和, 國軍統帥 등에서 이러한 점을 확인할 수 있다. 대통령이 궐위된 경우와 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우를 구별하여 그 직무범위에 차이를 두어야 할 이유는 없다고 보인다.[47]

권한대행자의 직무의 범위를 좁혀서 이해하는 위의 견해들이 가능한 한 권한대행자의 직무범위를 필요최소한으로 좁히고자 하는 의도에서 주장되는 것임은 이해할 수 있으나, 이런 문제는 어디까지나 권한행사상 현실적 상황에 따른 사실상의 문제일 뿐 이를 이유로 헌법이 인정하는 법적 권한의 범위를 제한할 수 없다고 할 것이다. 法的으로 인정되는 權限의 範圍에 관한 문제와 실제 權限을 行使함에 있어서 상황에 적합한 程度에 관한 문제는 같은 것이 아니기 때문이다. 어떤 경우이든 헌법이 정하는 권한 대행의 사유가 발생했을 때 권한대행자는 헌법이 정하고 있는 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있고, 이러한 권한행사는 유효하다고 할 것이다.

대통령의 권한대행자에게도 就任宣誓規定, 刑事特權規定, 兼職禁止規定이 적용되느냐 하는 문제가 제기된다. 이러한 규정은 대통령의 지위를 승계하는 경우와 달리 권한을 대행하는 경우에는 취임선서규정이나 형사특권규정은 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 겸직금지규정은 대행권자가 대행의 업무가 종료되면 원래의 직으로 복귀하여야 할 필요도 있으므로 특별한 사정이 없는 한 겸직금지규정은 적용되지 않는다고 할 것이다. 물론 대통령의 권한을 대행하는 기간 동안 다른 직은 休職하여야 할 것이다. 권한대행자에 대해서도 憲法 제65조에 의한 탄핵소추를 할 수 있다. 대통령의 권한을 대행하는 자도 대통령과 마찬가지로 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 공직에서 罷免시켜야 하기 때문이다.

4. 權限 代行의 期間

(1) 闕位인 경우

대통령이 궐위된 경우에 권한 대행자의 권한 대행기간이 얼마인지에 대해서는 헌법이 직접 정하고 있는 부분은 없다. 憲法 제68조 제2항은 대통령이 궐위된 때에는 60日 以內에 후임자를 선거하도록 정하고 있을 뿐이다. 권한 대행의 법리는 대통령이 직무를 수행할 수 없고 후임자가 없는 상태를 극복하기 위한 것인 만큼 후임자가 정해지면 권한 대행의 필요성은 소멸된다고 할 것이다. 따라서 현행 아래에서도 憲法 제68조 제2항에 의해 후임자가 선출되면 대통령의 권한을 대행하던 자는 더

47) 양자를 구별하는 權寧星의 견해에 대한 비판으로는 예컨대 許營(註 37), 912쪽의 註 2); 金哲洙(註 37), 1037쪽의 註 2) 참조.

이상 대통령의 권한을 대행할 수 없다고 할 것이다.

憲法 제68조 제2항에 의할 때, 대통령이 궐위된 경우에 대통령의 권한을 대행하는 자는 후임 대통령이 선출되어 대통령직을 수행하게 되면 더 이상 대통령의 권한을 대행할 수 없게 되지만 권한 대행이 종료하는 시점은 보다 구체적으로 확정할 필요가 있다. 公職選擧및選擧不正防止法 제14조 제1항 但書는 대통령의 任期開始에 있어서 "闕位로 인한 選擧에 의한 大統領의 任期는 당선이 決定된 때부터 開始된다."고 정하고 있다. 이때의 "당선이 결정된 때"란 중앙선거관리위원회가 대통령 當選人으로 결정한 때를 의미하며(公職選擧및選擧不正防止法 제187조 제1항 본문), 당선인에게 當選證이 교부된 때(같은條 제3항)가 아니다. 이러한 규정으로 보건대, 후임 대통령은 대통령 당선인으로 결정된 날의 當選決定時부터 대통령의 권한을 행사할 수 있으며, 이 시점에서 대통령의 권한을 대행하는 자는 더 이상 대통령의 권한을 대행할 수 없다고 할 것이다. 따라서 우리 실정법상 권한 대행자가 궐위된 대통령의 권한을 대행할 수 있는 기간은 대통령이 궐위된 때로부터 최장 60일이며, 이 기간내에 후임자가 선출되면 대통령권한을 대행하던 자는 후임 대통령의 대통령 當選 決定時 직전까지만 대통령의 권한을 대행할 수 있다. 즉 대통령의 궐위로 인한 권한 대행에 있어서 권한 대행기간은 대통령이 闕位된 때로부터 後任者의 當選決定時 直前까지이다.

대통령의 궐위로 인하여 선출된 후임 대통령이 대통령의 권한을 행사하는 것은 그 자체가 바로 대통령직에의 취임이므로 대통령의 권한을 행사함에 있어서는 대통령의 취임에서 요구되는 憲法 제69조의 취임선서를 하여야 한다고 할 것이다. 현실에서 행해지는 '대통령 취임식'은 儀禮에 지나지 않으므로 대통령의 권한 행사의 效力發生要件이 되는 것은 아니다.[48]

48) '대통령 취임식'이 법적인 효력을 가지는 행위가 되려면 전임 대통령과 후임 대통령간의 대통령직의 교체를 시간을 기준으로 정하여 해당 시간에 정확하게 취임식을 거행하는 것이 필요하다. 현재와 같이 대통령의 임기 만료를 日을 단위로 하고, 대통령의 취임식이 행해지는 날의 오전00:00부터 대통령의 권한 행사가 개시되는 것으로 하면서 오전 10:00에 취임식을 행하는 이상 이런 취임식을 대통령 권한 행사의 효력 발생 요건으로 할 수는 없다. 따라서 법적으로 엄격히 말하면 현재와 같은 관행에서도 대통령의 선서는 대통령 취임식에서 행할 것이 아니라 대통령의 권한 행사가 개시되는 시점에 행해져야 한다. 헌법정책적으로 보면 대통령직의 교체를 시간을 단위로 정하되(예컨대 오전 10:00), 대통령의 취임이라는 법적 행위와 대통령 취임식이라는 현실의 의례를 합치시켜 대통령직에의 취임행위를 취임식이라는 방법을 통하여 행하도록 하는 것이 타당하며, 이렇게 되면 당연히 취임선서는 이러한 취임행위의 일부로 행해지게 된다. 참고로 미합중국의 경우를 보면 修正條項(Amendment) 제20조에서 대통령과 부통령의 임기는 원칙적으로 임기가 만료하는 해의 1월 20일 正午에 종료한다고 정하고 있다.

(2) 事故인 경우

궐위된 경우를 제외한 모든 종류의 사고로 인하여 대통령의 직무를 수행할 수 없는 경우에 대통령의 권한을 대행하는 자는 대통령이 다시 대통령직에 복귀하면 더 이상 대통령의 권한을 대행할 수 없다고 할 것이다. 대통령이 대통령직에 다시 복귀하면 그 복귀와 동시에 대통령의 권한을 대행하던 權限 代行者로서의 지위는 소멸한다고 할 것이다. 사고인 경우 현재 우리 헌법상의 제도로서는 국무회의에서 그 기간을 정할 수밖에 없다고 해석하는 견해가 있다.[49] 제도가 제대로 갖추어지지 않은 현재의 상태에서는 현실상 이렇게 운영될 것이다. 그러나 법적으로는 국무회의의 심의에 의해 권한 대행의 기간을 확정하는 법적인 효과가 발생하는가 하는 점에 있어서는 의문이 있다. 그래서 이러한 것도 헌법재판소가 결정하도록 하는 것이 필요하다고 본다.

대통령이 다시 대통령의 직무를 수행하는데 복귀하는 경우에는 憲法 제69조의 선서를 행할 필요가 없다. 대통령 권한의 대행이 행해지는 동안에도 대통령은 존재하고, 대통령의 직무에의 복귀가 대통령직에의 새로운 취임이 아니기 때문이다.

5. 後任 大統領의 選擧

(1) 選擧의 實施

憲法은 대통령이 闕位된 경우에 60日이내에 後任者를 선거하도록 하고 있다(憲法 제68조 제2항). 이를 위해 대통령의 권한을 대행하는 자는 대통령이 궐위된 경우에는 지체없이 中央選擧管理委員會에 이를 통보하여야 한다(公職選擧및不正選擧防止法 제200조 제3항).

이러한 보궐선거는 헌법이 인정하는 것이지만, 헌법이론상 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 보궐선거의 실시가 불가능한 것인가 하는 문제가 제기된다. 이 문제에 대해서는 경우를 나누어 살펴보는 것이 필요하다. 대통령이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우는 대통령이 직무에 복귀할 가능성이 있는 경우와 그렇지 못한 경우가 있다. 현행 헌법상의 명문 규정을 보면 그 어느 경우에나 후임 대통령의 선거에 관한 규정이 없어 헌법해석상으로는 대통령의 잔여임기까지 권한 대행자가 대통령의 권한을 대행하지 않으면 안 된다. 헌법은 이 기간 동안에 필요하다고 하더라도 대통령을 새로 선출하는 것을 인정하지 않는다. 우리 헌법 아래에서 이런 경우 새로 대통령을 선출하여야 할 필요가 있는 경우에는 현직의 대통령으로 하여금 辭任하게 하는 것이 필요하다. 그러나 대통령의 사임이 문제가 되는 경우에도 대통령이 사임의 의사를 표시하는 것이 불가능한 때(예컨대 의식

49) 許營(註 37), 912쪽 참조.

불명, 식물인간, 정신질환 등)에는 문제가 된다.[50] 이런 상태를 해결하는 규정은 헌법에 없다. 현행 헌법의 명문 규정에 의하면 이런 경우에도 후임 대통령을 선출할 수 없고, 대통령 권한의 대행만 가능하다.

대통령이 취임하자 말자 의식불명이나 정신질환 등의 상태에 빠져 단기간 내에 직무에 복귀하기 어렵고, 남은 잔여임기가 장기인 경우에 국무총리가 이런 장기의 잔여임기 동안 내내 대통령의 권한을 대행하는 것은 문제라고 하지 않을 수 없다. 장기간이 경과할 때까지 대통령이 대통령직에 복귀하여 직무를 수행하지 못하는 경우에는 궐위의 경우와 같이 후임자를 선거하게 하는 것이 대통령제에 합치된다고 할 것이다. 이에 관한 실정법상의 규정을 두는 것이 필요하다. 부통령을 두는 경우에는 이런 경우 권한 대행을 하게 하는 것보다 대통령직을 승계하게 하는 것이 바람직하다. 부통령이 있는 경우 이런 경우에 후임자를 선출하게 할 필요는 없다고 할 것이다.

憲法 제68조 제2항의 해석과 관련하여 후임 대통령 당선인이 정해진 상태에서 대통령이 궐위된 경우에도 憲法 제68조 제2항에 따라 또 후임자를 선거하여야 하는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 즉 憲法 제68조 제1항에 따라 대통령의 임기만료 70일 내지 40일 전에 후임자를 선거하여 후임대통령 당선인이 결정된 상태에서 대통령이 궐위되는 사태가 발생할 수 있는데, 이 경우 권한 대행체제에서 憲法 제68조 제2항에 따라 다시 후임 대통령을 선출하여야 하는가 아니면 권한 대행자가 잔여임기동안 대통령의 권한을 대행하는 것으로 족한가 하는 문제가 생긴다. 이 경우 다시 후임대통령을 선거하면 이미 대통령 당선인으로 결정된 사람을 포함하여 후임 대통령이 2명이라는 사태가 발생한다. 그리고 이미 후임 대통령의 當選 決定을 무효로 할 수도 없다. 헌법이 후임 대통령이 2인이 되는 이런 경우를 예정하고 있다고 하기는 어렵다. 이런 경우에 대비하여 헌법이 명시적으로 정하는 규정이 없기 때문에 헌법해석상 이런 논란이 있을 수 있으나, 이미 후임대통령 당선인이 결정되어 있는 상태에서는 대통령이 궐위되더라도 후임자를 선거하지 않고 권한 대행자에 의한 권한 대행만 있다고 해석하는 것이 타당하다.

(2) 在任期間

대통령이 궐위되어 후임 대통령을 선출한 경우 그 대통령은 전임 대통령의 잔여임기 동안만 재임하는가 아니면 憲法 제70조가 정하는 5년의 기간 동안 재임하는가 하는 것이 헌법해석상 문제가 된다. 위 表에서 보았듯이 우리 憲法史에서는 대통령이 궐위되어 후임자를 선출하는 경우 後任者의 재임기간을 前任者의 잔여임기

50) 許營(註 37), 912쪽 참조.

동안으로 제한한 경우도 있었으나, 현행 헌법은 이러한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 현행 헌법 아래에서는 후임자는 새 대통령으로서 憲法 第70條가 정하고 있는 5년의 임기동안 대통령직에 재임한다고 할 것이다. 즉 憲法 제68조에 의해 선출된 대통령의 임기는 憲法 제70조가 정하는 임기를 의미한다.

그리고 이런 후임 대통령의 취임은 새로운 대통령의 취임이므로 大統領職의 承繼가 아니다. 대통령제에서 대통령을 선출하는 때에 부통령을 함께 선출하면 원칙적으로 후임자의 선출문제는 발생하지 않고 대통령직의 승계문제가 발생한다. 우리 헌법은 대통령제를 채택하면서도 부통령을 두고 있지 않으므로 대통령직의 승계가 없고, 이와 같은 후임자의 선출로 대통령의 궐위시의 문제를 해결하고자 하는 것이다.

(3) 後任 大統領의 早期 就任 問題

대통령의 임기만료를 앞두고 憲法 제68조 제1항에 의해 후임자가 선출된 후 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때 권한 대행자의 권한대행기간중에 후임 대통령 당선자가 대통령직에 취임할 수 있느냐 하는 문제이다. 후임 대통령이 선출된 상태라고 하더라도 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 憲法 제71조에 따라 대통령의 권한의 대행이 이루어지므로 헌법을 개정하지 아니하고는 이러한 경우 후임 대통령의 임기가 바로 開始되게 할 수는 없다. 이 부분은 헌법이 정하고 있는 사항이므로 법률로서도 이를 가능하게 할 수 없다. 다만 현실에서는 이러한 경우에 대통령의 권한을 대행하는 자는 후임 대통령 당선자와 협력하여 국정을 수행하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

이와 유사한 문제는 金泳三 대통령의 임기말에 金大中 대통령 당선자가 선출되어 있는 상황에서 실제 논의되었다. 1997년 12월 18일에 실시되는 15대 대통령 선거일을 앞둔 상태에서 우리나라의 경제는 점점 위기의 국면으로 접어들어 급기야 금융위기를 맞이하여 12월 3일 國際通貨基金(International Monetary Fund)의 지원을 받기에 이르렀다. 국가가 경제위기에 몰릴 때까지 김영삼 정부는 이를 제대로 처리하지 못하였다. 이에 대한 국민의 비난이 비등하고 그 책임자를 찾아내어 응분의 책임을 물어야 한다는 주장이 전국적으로 확산되었다. 국민들의 분노속에서도 김영삼정부는 이에 제대로 대처하지 못하였고 외국에서는 한국이 支拂猶豫(moratorium)의 사태까지 이르지 않을까 하는 의견도 등장하였다. 이런 경제위기로 인하여 국가는 경제뿐만 아니라 다른 모든 부문까지 動搖하여 총체적인 국가위기의 상태에 돌입하였다. 국가안보, 공직사회의 기장, 사회의 질서 어느 부분 제대로 중심을 잡을 수 없는 상태에 처하였다.

이런 국가의 위기 상황에서 김영삼 정부가 국민에게 신뢰를 잃고 그에 대처할 수 있는 능력이 모자란다는 여론이 점점 강해지면서 정치권과 국민들 사이에서는 차기

대통령이 선출되면 현대통령이 임기전이라도 스스로 퇴임하여야 한다는 주장까지 나오기에 이르렀다. 이런 주장은 김영삼 대통령의 임기만료일이 1998년 2월 24일이어서, 대통령선거일로부터 현대통령의 임기만료일까지는 너무 오랜 시일이 걸린다는 것과 이런 오랜 기간동안 국가의 위기 상황이 지속되고 임기말 현상까지 겹치면 국가는 실로 만회하기 어려운 상황으로 빠지게 된다는 것을 근거로 하고 있었다. 이 문제를 어떻게 할 것인가 하는 것이 당시 정치권에서 논의가 되어 제185회 국회는 이를 입법으로 해결하려고 시도하였다. 그 내용은 현행 헌법 아래에서 "대통령이 闕位된 경우에 이미 후임대통령의 선거가 실시되어 當選人이 결정되어 있는 때에는 그 당선인의 임기는 대통령이 궐위된 때부터 開始된다."고 하는 것을 법률로 정하는 것이 가능한가 하는 것이었다.[51] 당시 국회의 政治改革立法特別委員會에서는 이런 규정을 公職選擧및選擧不正防止法에 추가하자고 결정하였으나 法制司法委員會의 심의 과정에서 국회의원들간에 해당 改正案의 違憲與否를 두고 논란이 있었다. 1997년 10월 31일 열린 국회의 法制司法委員會에서 이런 규정을 선거법에 두는 것은 헌법의 규정에 위반된다는 주장과 헌법에 위반되는지 안 되는지는 모르겠으나 현실적으로 생길 사태를 고려하면 이에 대한 규정을 마련하여 두어야 한다는 주장에 이르기까지 논란을 거듭하다가 이런 것을 법률로서 정하는 것은 헌법의 규정에 위반된다는 이유로 이 부분을 뺀 修正提案을 하기에 이르러 법률로 입법화하는 결과는 가져오지 않았다.[52]

Ⅳ. 美合衆國의 大統領 權限 代行 및 大統領職의 承繼

1. 權限 代行 및 承繼의 事由

미합중국의 대통령제에서는 대통령과 부통령이 선거에서 선거인단에 의해 선출된다(美合衆國聯邦憲法(The Constitution of the United States) Article Ⅱ, Section 1). 미합중국의 대통령과 부통령의 선거는 대통령과 부통령이 선거인단에 의해 선거되더라도 간접선거가 아니라 실질적으로 직접 선거로 평가받는다. 美合衆

---

51) 國會事務處, **第185回國會 法制司法委員會會議錄** 제4호(開議 1997. 10. 31.), 21쪽.

52) 법제사법위원회의 심의과정에서 李思哲, 洪準杓, 安商守 議員이 違憲이라고 지적하였다. 國會事務處(註 51), 22쪽, 24쪽-25쪽, 36쪽 이하 참조. 이 당시 이 사태는 1997년 12월 20일 김영삼 대통령과 15대 대통령에 당선한 김대중 대통령 당선자와의 면담이 있은 후 김영삼 대통령의 임기기간내 국정에 관하여 양인이 서로 협력한다는 것을 합의하는 방식으로 처리되었다. 그 구체적인 방안으로 경제위기에 대처하기 위해 김영삼 정부와 대통령 당선자측에서 각각 6인씩을 선정하여 위원회를 구성하고, 政府引受委員會에 김영삼 정부가 적극 지원하기로 하는 내용 등을 담아 합의문 형식으로 발표하였다. **조선일보** 1997년 12월 21일자, 3면 참조.

國聯邦憲法은 부통령의 지위와 권한에 대해 3개의 규정만 두고 있다. 즉 상원의장으로서의 지위(美合衆國聯邦憲法 Article Ⅱ, Section 1, Clause 4)와 대통령이 면직, 사망, 사직한 경우 대통령직을 승계하는 지위(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 1), 대통령이 그의 직무를 수행할 수 없는 경우에 대통령의 권한을 대행하는 지위(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 3)만 정하고 있다. 그래서 통상의 현실에서는 부통령은 상원의장으로서 활동하는 수준에 그친다. 그러나 미합중국의 정치 현실에서 부통령의 역할과 권한은 그때 그때의 대통령의 국정운영 스타일에 따라 다양하다. 제2차 세계대전 이후 국제 정치에서 미합중국의 역할이 점점 증대하고 대통령의 업무부담이 증가하면서 부통령의 지위는 점점 커졌다. 근래에는 부통령이 단순히 스페어타이어(spare tire)와 같은 지위에서 벗어나 정부의 중요한 정책을 수립하는 위원회나 회의 등에 적극적으로 참여하여 활동하고, 대통령을 대신하여 정치적으로 여러 국내 문제를 처리하며, 나아가 대통령의 업무를 보다 충실하게 지원하기 위해 국제문제나 외교 무대 등에도 나서는 등 활발한 활동을 한다. 이에 따라 현실 정치에서 상원도 부통령에게 의견을 구하거나 협조를 구하는일이 자주 생기고 있다. 대통령도 부통령의 지식과 능력을 존중하여 많은 도움을 받기도 하고, 부통령을 정치 지도자로 부상시키기 위하여 적극 후원하고 지원하기도 한다(A. Jackson대통령과 M. Van Buren 부통령간의 긴밀한 관계나 1952년부터 1960년까지 장기간 동안 D. D. Eisenhower 대통령이 R. M. Nixon 부통령을 적극 지원하고 활용한 것에서 그 전형적인 한 예를 찾을 수 있다). 이와 같이 현실 정치에서는 부통령의 지위가 상황에 따라 다양한 얼굴을 지닐 수 있지만, 부통령의 지위 가운데 헌법적으로 무엇보다 중요한 것은 대통령의 직을 승계하거나 대통령의 권한을 대행하는 지위에 있다는 점이다.

美合衆國聯邦憲法은 이에 대해 자세히 정하고 있다. 美合衆國聯邦憲法은 "대통령이 그 직에서 免職되거나 死亡 또는 辭職하거나 자신의 권한이나 직무를 수행할 수 없는 경우에는 그 권한은 부통령에게 귀속된다."(In case of the removal of the President from Office, or of his Death, Resignation or Inability to discharge the Powers and Duties of the said Office, the Same shall devolve on the Vice President)라고 정하여(美合衆國聯邦憲法 Article Ⅱ, Section 1, Clause 6) 대통령이 궐위된 경우나 사고 등으로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우 부통령이 대통령의 권한을 행사한다는 것을 분명히 정하고 있다. 대통령의 권한이 부통령에 귀속하는 사유는 대통령의 免職(removal), 死亡(death), 辭職(resignation), 職務遂行의 不可能(inability)로 정하고 있는 것이다. 그러나 이 규정만으로는 현실에서 발생하는 문제를 모두 해결할 수 없었다. 우선 이 규정의 내용이 대통령직의 승계를 정하고 있는 것인지 대통령 권한의 대행을 정하고 있는 것인지가

분명하지 않다. 이것은 한편으로 대통령의 권한을 행사하는 부통령의 경우 얼마만한 기간 동안 그런 권한을 행사할 수 있는가 하는 문제에도 부닥치게 된다. 憲法起草者들도 이 문제에 대해 분명한 태도를 보이지 않았다. 1787년의 헌법제정회의의 논의를 고려하면, 대통령이 면직, 사망, 사직으로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 부통령은 부통령의 職에 머물면서 대통령이 선출될 때까지 대통령의 권한을 대행하는 것에 지나지 않는다고 본 것 같다.[53] 그렇지만 1814년 W. H. Harrison 대통령이 재임 중에 사망했을 때 J. Tyler 부통령이 대통령에 취임하는 선서를 하고 대통령에 취임하는 사태가 발생하였다. 이러한 J. Tyler 부통령의 행위에 대해 여러 명의 연방의회의원들이 반대하였지만 연방의회는 J. Tyler 부통령의 대통령 취임을 저지하지 못하였다. J. Tyler 부통령의 이런 행위는 이후 先例를 남기게 되었다.

그런데 현실에서는 대통령과 부통령이 모두 免職되거나 死亡 또는 辭職하거나 자신의 권한이나 직무를 수행할 수 없는 경우가 발생할 수 있는데, 미합중국연방헌법은 이에 대비하여 규정을 두고 있다. 즉 美合衆國聯邦憲法 Article Ⅱ, Section 1, Clause 6에서는 위의 규정에 이어 "대통령 및 부통령이 동시에 免職되거나 死亡 또는 辭職하거나 자신의 권한이나 직무를 수행할 수 없는 경우에는 합중국의회가 법률로 어떤 공무원이 대통령직을 수행할 것인가를 정할 수 있다. 이 경우에 해당 공무원은 직무불능의 사유가 제거되거나 대통령이 선출될 때까지 대통령직을 수행하여야 한다."(……the Congress may by Law provide for the Case of Removal, Death, Resignation or Inability, both of the President and Vice President, declaring what Officer shall then act as President, and such Officer shall act accordingly, until the Disability be removed, or a President shall be elected)라고 정하고 있다. 이에 따라 1792년 大統領職承繼法(The Presidential Succession Act)은 대통령과 부통령이 동시에 직무를 수행할 수 없는 경우에는 上院議長이 대통령직을 대행하게 하고 상원의장이 대행할 수 없는 경우에는 下院議長이 대통령직을 대행하도록 정하였다. 이러한 것은 1886년 大統領職承繼法이 제정되기까지 시행되었는데 1886년의 법에서는 국무장관을 위시로 하여 상원의장, 하원의장을 포함한 각 장관의 순위를 정하였다.

이러한 헌법의 규정과 1994년 大統領職承繼法에 따를 때, 대통령과 부통령이 동시에 위와 같은 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 하원의장, 상원임시의장의 順으로 해당 권한을 행사하게 하고 있다. 그런데 여기서 주목되는 점은 대통령이나 부통령이 직무불능의 사유가 제거되어 원래의 직에 복귀할 수 있는 경우에는 해당

53) T. M. Durbin/L. P. Whitaker, *Nomination and Election of the President and Vice President of the United State, 1992*(Washington. D. C.: U. S. Government Printing Office, 1992), 377쪽 참조.

공무원의 행위는 권한 대행에 해당하지만, 면직, 사망, 사직과 같이 원래의 직에 복귀할 수 없는 경우에는 해당 공무원은 각각 대통령직과 副統領職을 승계한 것이 된다는 점이다. 그리고 이러한 승계가 발생하면 해당 공무원은 전임자의 잔여임기 동안 대행하여 해당 권한을 행사하는데, 행정부의 장관과 같이 해당 공무원이 任命職 공무원인 경우에는 직선과 다름없는 선거절차를 통하여 대통령과 부통령의 권력이 창출되는 점과 충돌하게 된다는 점이다. 다시 말해 이런 승계 방식은 民主主義的 正當性에서 문제가 발생한다는 점이다. 반면 현재와 같이 민주적 정당성을 충족시키는 관점에서 해당 공무원을 하원의장과 상원임시의장의 순으로 하는 경우에는 권력분립의 측면에서 행정부에 속하는 권한을 입법부에 속하는 공무원이 행사한다는 문제가 발생한다. 이 문제와 관련하여 Akhil R. Amar와 Vikram D. Amar는 美合衆國聯邦憲法의 여러 조항에서 정하고 있는 "공무원"(Officer)의 의미에는 입법자는 포함되지 않는다는 점,[54] 대통령에 대한 탄핵의결과 심판권을 연방의회가 가지고 있어 하원의장과 상원임시의장이 대통령의 권한을 행사하는 경우 이에 대한 탄핵심판권의 행사는 利益衝突(conflict of interest)의 문제를 야기한다는 점,[55] 英國式 議院內閣制와는 완전히 다르게 헌법상 權力이 분명하게 分立되어 있고, 미합중국연방헌법이 그 연원에서 유럽의 內閣責任制 또는 首相制를 배격하고 입법부와 행정부가 엄격히 분리된 대통령제를 창안하였다는 점,[56] 미합중국연방헌법 修正 제25조에 따라 제3의 기관이 대통령이 정상적으로 직무를 수행할 수 있는지의 여부를 판단하여 직무수행 불능의 의견을 내어 대통령의 권한 대행이 이루어진 경우에 대통령은 이런 것에 동의하지 않고 스스로 직무를 수행할 수 있음을 통고할 수 있는데, 이때 상원과 하원은 과연 대통령이 직무를 수행할 수 있는지에 대해 최종적인 심판을 하여야 한다. 그런데 이런 경우 이미 의회 소속의 공무원이 대통령의 권한을 대행하고 있다면 결국 의회의 이런 심판은 자기의 문제를 자기가 심판하는 이익충돌의 문제가 발생한다는 점,[57] 修正條項(Amendment) 제25조에 따라 하원의장이 대통령의 권한을 행사하는 경우에도 궐위된 부통령의 직에 의회의 동의를 얻어야 부통령을 새로 임명하여야 하는데, 이 경우 의회 소속의 공무원인 하원의장의 행위에 대하여 의회가 동의하는 것은 그 제도의 취지와 달리 이익충돌의 문제가 발생한다는 점[58] 등을 이유로 들어 입법부에 속하는 하원의장과 상원임시의장이 이러한 권한을 대행하거나 승계하는 것은 정당성도 없고 헌법에 합치하지 않는다고

54) Akhil R. Amar/Vikram D. Amar, "Is the Presidential Succession Law Constitutional?", *Stanford Law Review*, Vol. 48(November 1995), 114쪽 이하, 119쪽 이하 참조.
55) Akhil R. Amar/Vikram D. Amar(註 54), 121쪽 이하 참조.
56) Akhil R. Amar/Vikram D. Amar(註 54), 118쪽 이하 참조.
57) Akhil R. Amar/Vikram D. Amar(註 54), 129쪽 이하 참조.
58) Akhil R. Amar/Vikram D. Amar(註 54), 124쪽 이하 참조.

비판하는 견해가 있다.[59]

1933년 추가된 修正條項 제20조는 부통령이 대통령직을 승계하는 지위에 있음을 인정하였다. 즉 대통령의 임기의 개시기라고 정한 시기에 대통령으로 당선된 자가 사망하면 부통령으로 당선된 자가 대통령이 된다고 하여 대통령의 승계를 인정하였다. 그 반면 대통령의 임기 개시기라고 정한 시기까지 대통령이 선출되지 아니하거나 대통령으로 당선된 자가 자격을 갖추지 못한 경우에는 부통령으로 당선된 자가 대통령이 자격을 갖출 때까지 대통령의 직무를 수행한다고 정하였다. 대통령으로 당선된 자와 부통령으로 당선된 자가 모두 자격을 갖추지 못한 경우에는 합중국연방의회는 법률로 대통령의 직무를 수행하는 자를 정하거나 대통령의 직무를 수행할 자를 선출하는 방법을 정할 수 있게 하고, 이에 따라 선출된 자로 하여금 대통령과 부통령이 모두 자격을 갖출 때까지 대통령의 직무를 수행하게 하였다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XX, Section 3). 1945년 大統領職承繼法은 종래의 承繼 順位를 변경하여 부통령 다음으로는 하원의장, 상원의장의 순으로 정하고, 그 다음으로 국무장관, 재무장관 등의 순으로 정하였다.

1967년에 추가된 修正條項(Amendment) 제25조는 다시 이에 대하여 보다 상세하게 정하고 있다. 여기서는 "대통령이 그 직에서 면직되거나 사망하거나 사직한 경우에는 부통령이 대통령으로 된다."(In case of the removal of the President from office or of his death or resignation, the Vice President shall become President.)라고 정하여(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 1), 대통령이 闕位된 경우에는 대통령의 지위가 부통령에게로 승계(succession)됨을 분명히 하고 있다. 이러한 大統領職의 承繼制度는 규정상으로도 대통령의 권한 대행제도와는 다르게 취급되고 있다.

미합중국의 경우 대통령이 사망하여 부통령이 대통령이 된 경우는 1841년 9대 대통령인 William H. Harrison 대통령이 사망하여 부통령인 John Tyler가 10대 대통령으로 된 이래 모두 8차례가 있었다.[60] Richard M. Nixon 대통령이 탄핵을

---

59) Akhil R. Amar와 Vikram D. Amar는 미합중국 대통령이 국민에 의해 직접 선출되고 이러한 대통령제가 국민투표적 대통령제(populist, plebiscitarian Presidency)라는 점을 인정하면서도 이러한 것에서 나타나는 민주적 정당성의 문제를 후퇴시키고, 입법부와 행정부가 엄격하게 분리되어 있으며, 부통령의 선거가 대통령과 별개로 행해지는 것이 아니라 대통령에 대한 선택에 따라 부통령이 정해지는 동반선출의 방식(Electoral College Model)을 택하고 있고, 행정부의 직무를 수행하는데 입법부 공무원보다는 행정부의 각료가 훨씬 더 적합하다는 등 기능적인 면에 더 무게중심을 두어 행정부의 각료가 대통령과 부통령의 권한을 승계하거나 대행하는 것이 타당하다는 입장을 보인다. Akhil R. Amar/Vikram D. Amar(註 54), 130쪽 이하 참조.

60) 부통령이 대통령으로 된 J. Tyler의 경우 이 당시 정치지도자들 가운데는 대통령의 사망으로 인하여 부통령이 대통령으로 되는 J. Tyler는 대통령의 권한 대행자(acting president)에 지나지 않는다고 한 사람들도 있었지만 J. Tyler 자신이 이를 거부하고 대통령이 가지

맞이하여 대통령직에서 사직했을 때에는 부통령인 Gerald R. Ford가 대통령이 되었다.[61]

修正條項 제25조는 종래 헌법상 분명하지 못했던 문제를 보다 분명히 하여 대통령의 권한 대행에 대해 구체적으로 정하였는데, 대통령이 직무를 수행할 수 없는 경우에 대해서도 상세히 정하고 있다. 대통령의 면직, 사망, 사직과 달리 대통령이 직무를 수행할 수 없는 경우라는 것에는 판단자의 判斷行爲가 개입하기 때문에 과연 누가 이러한 판단을 하여야 하는가 하는 문제가 발생한다. 이러한 문제를 해결하기 위해 이 수정조항이 추가된 것으로 보인다.[62] 이 문제에 대해 美合衆國聯邦憲法은 대통령이 직무를 수행할 수 없다(President is unable to discharge the powers and duties of his office)고 하는 경우는 대통령이 스스로 판단하는 경우도 있고, 대통령이 아닌 타자가 판단하는 경우도 있을 수 있음을 상정하여 그에 관해 자세한 규정을 두고 있다.

첫째, 대통령이 직무를 수행할 수 없음을 스스로 판단한 경우이다. 대통령이 上院臨時議長(President pro tempore of the Senate)[63]과 下院議長(Speaker of the House of Representative)에게 자신이 대통령의 권한과 임무를 수행할 수 없다는 내용의 공한을 발송한 때에는 대통령이 다시 자신의 권한과 임무를 수행할 수 있다는 내용의 공한을 상원임시의장과 하원의장에게 발송할 때까지 부통령이 大統領의 權限 代行者(acting president)로서 그 권한과 임무를 수행한다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 3). 이러한 경우는 대통령이 스스로 자신이 직무를 수행할 수 없다고 판단한 경우이다. 대통령이 건강상의 이유로 그 권한과 임무를 수행할 수 없는 경우가 주로 이러한 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 이러한 권한 대행체제에서는 부통령이 권한 대행을 하고 있는 중이라고 하더라도 대통령이 다시 직무에 복귀하여 그 권한과 임무를 수행하겠다고 의사를 표시하는 경우에는 대통령의 권한 대행체제는 종료된다고 할 수 있다.

둘째, 대통령이 아닌 다른 他者가 대통령이 정상적으로 직무를 수행할 수 없다고 판단하는 경우이다. 副統領과 행정부의 各部長官들(cabinet)의 과반수 또는 연방의

는 모든 권한을 행사하는 것으로 하여 그 선례를 만들었다. *West's Encyclopedia of American Law*, Vol. 10(St. Paul, MN: West Group, 1998), 234쪽 참조.

61) *West's Encyclopedia of American Law*(註 60), 234쪽 참조.

62) 임종훈, "美國大統領制의 現實과 展望", **憲法學硏究** 第4輯 第2號(1998. 10.), 133쪽 참조.

63) 대통령이 정상적으로 직무를 수행하는 경우 부통령은 상원의 의장(President of the Senate)의 지위에 있다. 그런데 상원에서 표결시 可否同數인 경우를 제외하고는 투표권이 없다. 부통령이 결석하거나 대통령의 직무를 수행하는 경우에는 上院臨時議長을 선출하여 상원임시의장이 상원의장의 권한을 행사한다. 美合衆國聯邦憲法 Article Ⅰ, Section 3, Clause 4, 5 참조. 연방행정부의 구성원인 부통령은 상원의원이 아니기 때문에 상원에서 투표권을 가지지 않는 것은 당연하다. 그러나 상원에서의 표결시 가부동수의 경우에 투표권을 행사할 수 있도록 한 것은 권력분립원리에 합치된다고 보기는 어렵다.

회가 법률로 공한을 발할 수 있도록 한 다른 기관구성원의 과반수가 上院臨時議長과 下院議長에게 대통령이 그 권한과 임무를 수행할 수 없다는 내용을 기재한 서면을 발송한 경우에는 즉시 부통령이 대통령의 권한 대행자로서 대통령의 권한과 임무를 수행한다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 4). 이런 경우에도 대통령은 이런 것에 대해 동의하지 않고 복귀할 수 있는데, 이에 관해서는 대행 기간과 관련하여 뒤에서 살펴보기로 한다.

미합중국의 역사상 대통령이 직무를 수행할 수 없어 부통령이 대통령의 권한을 대행한 경우는 3건이 있다. 1881년 7월 J. A. Garfield가 총에 맞아 저격되어 사망할 때까지 11주간 동안 C. A. Arthur 부통령이 대통령의 권한을 대행한 경우와 1919년 10월 W. Wilson 대통령이 병이 심하여 스러진 후 직무를 수행할 수 없게 되자 T. R. Marshall 부통령이 대통령의 권한을 대행한 경우가 있다. D. D. Eisenhower 대통령때도 부통령이 대통령의 권한을 대행한 경우가 있다. 대통령이 직무를 수행할 수 없는 경우 부통령이 대통령의 권한을 대행하되 대통령이 직무 불능의 상태에서 회복되면 대통령이 직무를 수행한다는 것을 대통령과 부통령간에 합의하여 문서로 작성한 경우도 있다. D. D. Eisenhower 대통령과 R. M. Nixon 부통령, J. F. Kennedy 대통령과 L. B. Johnson 부통령, L. B. Johnson 대통령과 H. H. Humphrey 부통령간에 이러한 문서가 작성된 적이 있다.

2. 權限 代行者

위에서 본 것과 같이 특별한 사정이 없는 한 副統領이 대통령의 권한을 대행하는 권한을 가진다. 그러나 부통령이 항상 대통령의 권한을 대행할 수 있는 것은 아니다. 그 예외적인 상황도 고려하지 않으면 안 된다. 미합중국연방헌법은 이러한 상황에 대비하여 그에 관한 규정을 두고 있다.

대통령과 부통령 모두 동시에 免職, 死亡, 辭職, 職務遂行의 不可能이라는 사유가 발생한 경우에는 위에서 본 것과 같이 美合衆國聯邦議會가 법률로서 대통령으로서 권한을 행사하는 사람을 정할 수 있고, 이러한 경우 승계자 또는 권한 대행자는 대통령이 직무를 수행할 수 없는 사유(disability)가 소멸하거나 새로 대통령이 선출될 때까지 대통령으로서 직무를 행한다(美合衆國聯邦憲法 Article Ⅱ, Section 1, Clause 6).

대통령은 재직하고 있고 부통령이 闕位한 경우가 생길 수 있는데, 이 경우에는 부통령을 새로 선출하는 것이 아니라 대통령이 부통령을 지명하고, 미합중국 양원의 다수결에 의한 同意(confirmation)를 얻어 새로운 부통령이 취임한다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 2). 미합중국에서 실제 1973년에 R. M.

Nixon 대통령은 뇌물죄로 사직한 Sapiro T. Ahnew 부통령의 자리에 G. R. Ford를 부통령으로 임명하였다. 이러한 방식은 엄격히 보면 민주주의적 정당성(democratic legitimacy)에서 문제가 있다. 부통령을 다시 선출하는 것이 필요하다. 그러나 대통령과 부통령을 대통령 선거 당시 따로 선출하는 것이 아니라 부통령의 후보자가 대통령 후보자의 런닝메이트(running mate)로 하여 동반 선출하는 방식을 취하는 이상 이런 경우 다시 부통령을 선출하는 것이 부적절하여 위와 같은 방식을 취하고 있다고 보인다.

대통령이 궐위되어 부통령이 대통령직을 승계하여 대통령이 된 경우에는 부통령이 궐위한 경우가 발생하는데, 이 경우에는 새로 대통령직을 승계한 새 대통령이 양원의 동의를 얻어 부통령을 임명한다. 1974년 8월 R. M. Nixon 대통령이 워터게이트사건(Watergate scandal)으로 사직했을 때에는[64] G. R. Ford 부통령이 대통령이 되었는데, 이때 부통령이 궐위되는 상태가 발생하자 G. R. Ford 대통령은 Nelson A. Rockefeller를 부통령에 임명하였다.[65]

3. 權限 代行의 期間

대통령의 승계자 또는 권한 대행자가 대통령의 권한을 대행하는 기간은 새로 대통령이 선출되거나(대통령과 부통령이 모두 궐위된 경우) 대통령이 직무를 수행할 수 없는 사유가 소멸할 때까지이다.

대통령이 직무를 수행할 수 없어 부통령이 대통령의 권한을 대행하는 때에는 그 대행이 대통령 스스로의 요구에 의해 이루어졌느냐 아니면 대통령이 아닌 타자에 의해 이루어졌느냐에 따라 대행기간의 종료가 다르다. 대통령의 권한 대행이 위에서 본 것과 같이 대통령 스스로의 판단에 의거하여 이루어졌을 경우에는 대통령이 다시 그의 권한과 직무를 수행할 수 있다는 내용의 공한을 상원임시의장과 하원의장에게 발송함으로써 권한 대행기간은 종료한다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 3). 그러나 위에서 본 것과 같이 대통령이 아닌 자의 판단에 의해 권한 대행이 이루어진 경우에는 대통령이 직무를 수행할 수 없는 사유가 없다는 내용을 서면으로 상원임시의장과 하원의장에게 통고할 수 있고, 이 경우에는 대통령

---

64) R. M. Nixon의 워터게이트사건(Watergate Scandal)과 특별검사제도의 창안에 관하여는 Terry Eastland, *Ethics, Politics and the Independent Counsel*(National Legal Center for the Public Interest, 1989), 17쪽 이하; Katy J. Harriger, *Independent Justice: The Federal Special Prosecutor in American Politics*(Lawrence: University Press of Kansas, 1992), 17쪽 이하; 鄭宗燮, **憲法硏究**(2) (서울: 철학과현실사, 1996), 441쪽 이하; 李憲煥, **特別檢事制** (서울: 博英社, 2000), 27쪽 이하, 55쪽 이하를 보기 바람.

65) *West's Encyclopedia of American Law*(註 60), 234쪽-235쪽 참조.

의 통고가 있은 후 4일 이내에 副統領과 행정부의 各部長官들의 과반수나 연방의회가 법률로서 公翰을 발할 수 있도록 인정하고 있는 다른 기관구성원의 과반수가 上院臨時議長과 下院議長에게 대통령이 그 권한과 임무를 수행할 수 없다는 것을 書面으로 통고하지 않으면 대통령은 그 직에 복귀하여 자신의 권한과 임무를 수행할 수 있다. 그러나 양쪽으로부터 통고를 받은 때에는 연방의회는 폐회중이라고 하더라도 48시간 이내에 소집하여 이 안건을 처리하여야 한다. 이 경우 연방의회가 대통령의 통고를 수리한 후 21일 이내에, 또는 폐회중인 때에는 소집 요구가 있은 때로부터 21일 이내에 양원의 3분의 2의 찬성으로 대통령이 그의 권한과 임무를 수행할 수 없다고 결정하지 아니하는 한 權限 代行의 期間은 終了하고, 대통령이 그의 직에 복귀하여 그 권한과 임무를 수행한다(美合衆國聯邦憲法 Amendment XXV, Section 4).

V. 結 論

이상에서 우리 憲法史에서 나타난 대통령의 권한 대행제도와 대통령직의 승계제도의 변천에 대해 살펴봄과 동시에 현행 헌법이 정하고 있는 대통령의 권한 대행제도에 관하여 살펴보았다. 대통령의 권한 대행제도에 관하여는 현행 헌법이 정하고 있는 규정에 대한 해석과 憲法政策的인 관점에 立脚한 立法論이 있을 수 있는데, 이 글에서는 두 가지 모두에 대해 살펴보았다.

1. 現行 憲法 제71조의 해석과 관련해서는 대통령의 권한을 대행하는 자의 직무범위가 문제가 되는데, 이에 대해서는 견해가 분분하였다. 그러나 권한 대행의 법리에 비추어보면 의견이 갈라져야 할 이유가 없다고 보인다. 法的으로는 權限 代行者는 특별한 사정이 없는 한 원래 권한을 보유한 자의 권한을 모두 행사하고 이러한 행사는 有效하다. 법적으로 유효한가 하는 문제와 실제 권한의 행사에서 자제하여야 하는 문제는 다르다. 따라서 憲法 제71조의 해석에 있어서 대통령의 권한을 대행하는 자는 헌법이 정하고 있는 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 다만 대행제도라는 것이 임시적인 성질을 띠고 있는 것을 감안하면 가능한한 現狀維持에 필요한 범위 내에서 대통령의 권한을 행사하는 것이 바람직하다. 그러나 임시적인 상태라고 하더라도 필요한 경우에는 대통령의 모든 권한을 행사할 수 있고 또 행사하여야 하는 경우가 있을 수 있다고 할 것이다.

2. 현행 대통령의 권한 대행제도에서는 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 행해지는 권한 대행에 대한 규정이 충분하지 못하다. 대통령이 스스로 직무를 수행할 수 없다고 판단하여 권한 대행을 요구하는 경우와 객관적인 사정으로 볼 때

대통령이 직무를 수행할 수 없다고 판단되는 경우에 대해서는 아무런 규정이 없다. 입법상 불비한 부분이다. 이에 대한 규정을 헌법에서 정하는 것이 필요하다. 헌법을 개정하여 제도를 완비할 때까지는 헌법에 위반되지 않는 범위에서 법률로 헌법의 공백을 메울 필요가 있다. 현재로서도 대통령의 권한대행에 관한 법률을 제정하여 제도상 미비한 부분을 정비하는 것이 필요하다. 이러한 헌법의 고백을 메우는 이런 법률규정은 헌법이론상의 실질적 의미의 헌법으로 기능을 하게 된다.

3. 大統領의 任期終了를 앞두고 後任者가 선출된 상태에서 대통령이 궐위된 경우 궐위에 따른 후임자의 선거를 憲法 제68조 제2항에 따라 또 다시 하여야 하는가 아니면 권한 대행자가 殘餘任期동안 권한을 대행하는가 하는 문제도 헌법해석론으로 제기될 수 있고, 이 경우 후임자가 바로 대통령직에 취임할 수 있느냐 하는 문제도 제기될 수 있다. 전자의 문제에서는 우리 헌법상 명문의 규정이 없어 문제가 생기는데, 헌법해석론으로는 이미 후임자가 선출되어 있는 상태에서 대통령이 궐위된 경우에는 권한 대행자가 궐위된 대통령의 잔여임기 동안 대통령의 권한을 대행하고 이 잔여임기 동안의 권한 대행이 종료하면 후임자가 대통령으로 된다고 하는 것이 타당하다고 보인다. 이 점에 대해서는 헌법에서 명문의 규정을 두어 분명히 하는 것이 필요하다. 後任者가 선출된 상태에서 대통령이 궐위된 경우에 후임자로 하여금 바로 대통령직에 취임하게 할 수 있는가 하는 문제에 있어서는 현행 헌법의 해석상 이를 인정하는 것은 가능하지 않다고 할 것이고, 이 경우에는 대통령의 권한 대행자에 의한 대행체제가 유지된다고 할 것이다. 그러나 헌법정책적으로 보건대, 이런 경우에는 이미 선출된 후임자가 조기에 대통령직에 취임할 수 있게 하는 것이 바람직하다고 보인다. 이 경우 대통령의 임기는 전임 대통령의 잔여임기가 아니라 헌법 제70조가 정하는 5년이고, 대통령직에 취임한 때부터 진행된다고 할 것이다.

4. 憲法原理적인 관점과 憲法政策的인 관점에서 보면 현행 대통령의 권한 대행제도는 많은 문제점을 지니고 있다. 우선 大統領制 政府形態를 취하면서 副統領을 두지 않고 대통령에 의해 임명되는 국무총리를 두고 있어 권한 대행제도에 치명적인 결함을 보이고 있다. 대통령의 권한 대행에 필요한 民主的 正當性을 확보하지 못하는 문제점뿐만 아니라 대통령직의 승계를 불가능하게 만드는 구조를 지니고 있다. 따라서 대통령제 정부형태에서 대통령의 有故時에 권한행사를 헌법원리에 알맞게 해결하려면 大統領職의 承繼制度를 기본으로 하고 그를 보완하는 장치로 權限 代行制度를 두는 것이 타당하다. 대통령직의 승계를 인정하기 위해서는 대통령을 선출할 때 동일한 절차에 따라 부통령을 동시에 선출하여 대통령의 有故時에 부통령이 대통령직을 승계하도록 하여야 할 것이다. 이러한 점을 이해하는 데 있어서는 미합중국의 대통령직의 승계제도와 권한 대행제도가 많은 것을 시사하고 있다.

우리 憲法史에 나타난 헌법개정의 내용을 보면 1954年憲法에서는 기본적으로 이러한 구조를 취하였다. 우리 헌법사상 대통령의 유고시에 대처하는 제도를 가장 타당한 형태로 규정한 것은 1954年憲法이라고 할 수 있다. 1954年憲法에서는 대통령제 정부형태를 취하면서 부통령을 두고 종전에 있던 국무총리를 폐지하였는데, 형식상 이러한 구조는 대통령제 정부형태에 가장 합치하는 것이라고 평가할 수 있다. 이렇게 대통령제 정부형태에 부합하는 구조를 취하고 있었기 때문에 대통령의 권한대행에서도 무리 없이 그에 대응하는 제도를 둘 수 있었다고 보인다.

그러나 그후 대통령제 정부형태를 취하면서도 부통령을 폐지하는 형태를 취하자 대통령의 유고시에 대응하는 장치를 제대로 마련할 수 없는 상태가 발생하였다. 그래서 대통령직의 승계제도는 둘 수 없게 되었고, 겨우 할 수 있는 조치로 국무총리로 하여금 대통령의 권한을 대행하는 장치를 두었다. 그러나 이러한 조치는 기본적으로 대통령제 정부형태와 원리나 체계에 있어서 합치할 수 없는 것이기 때문에 그에 따르는 문제점을 露呈할 수 밖에 없는 결과를 가져왔다. 현행 헌법의 대통령의 권한 대행제도가 지니고 있는 문제점도 이러한 이유로 인하여 발생한 것이다. 憲法政策的인 관점에서 보건대 大統領制 政府形態에서는 副統領을 두어 대통령이 闕位된 경우에는 承繼하게 하고, 기타 事故로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에는 권한을 대행하게 하는 것이 타당하다. 대통령과 부통령이 모두 궐위하거나 복귀할 수 없는 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령과 부통령의 권한 대행을 하게 하되 가능한한 빠른 기일 내에 대통령과 부통령을 선출하도록 하는 것이 타당하다. 이때의 권한대행의 주 임무는 차기 대통령과 부통령을 선출하는 것이다. 憲法原理的으로 民主的 正當性의 관점에 볼 때에는 이런 권한 대행은 국회의장, 국회부의장의 順으로 하게 하는 것이 타당하다는 의견이 있을 수 있고, 權力分立의 관점과 행정부의 기능의 관점에서 볼 때에는 행정부의 각료 즉 국무위원의 서열 順으로 하게 하는 것이 타당하다는 의견이 있을 수 있다. 이 문제에 대한 판단을 함에 있어서는 해당 국가에서 어떠한 형태의 政府形態를 취하고 있으며, 대통령이 어떠한 법적 지위를 가지고 있는가, 憲法機關間의 利益衝突의 문제는 발생하지 않는가, 民主的 正當性을 어떻게 확보할 것인가, 권한대행자의 주된 役割이 무엇인가 하는 등 여러 조건을 고려하여 결정하는 것이 중요하다. 이런 경우 무엇보다 중요한 것은 가능한한 짧은 기일 내에 차기 대통령과 부통령을 빨리 선출하는 일이다. 이런 경우 차기 대통령과 부통령을 전임자의 殘餘 任期 동안 재직하게 할 것인가 아니면 원래의 임기 동안 재직하게 할 것인가 하는 것이 문제가 되는데, 짧은 기일 내에 급히 전임 대통령과 부통령이 闕位된 자리에 대통령과 부통령을 충원하는 방식인 경우에는 전임 대통령과 부통령의 잔여 임기 동안만 재직하게 하는 것이 타당하다. 이러한 선거는 補闕選擧의 성질을 가지게 된다(이런 경우는 원래의 대통령과 부통

령의 선출 과정과는 달리 선거운동 기간이 매우 짧고 절차도 간략하게 할 수 있다). 그렇지 않고 이러한 경우 선출된 차기 대통령과 부통령을 원래의 임기 동안 재직하게 할 경우에는 국민들이 충분히 판단하여 선출할 수 있는 원래의 대통령과 부통령의 선거와 같은 절차에 따라 선출하는 것이 필요하다.

5. 大統領制 政府形態의 운용상 후임 대통령은 전임 대통령의 任期終了日에 가능한한 근접하여 선출하게 하여 선출된 후 취임시까지 장기간이 소요되지 않게 하는 것이 바람직하다. 후임자가 이미 선출된 상태에서 대통령이 궐위된 경우에는 후임자로 하여금 바로 대통령직에 취임하게 하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 부통령을 두어 대통령직의 승계가 가능한 상태이건 권한 대행이 행해지는 상태이건 이러한 경우에는 대통령직의 승계나 권한 대행을 하게 하는 것보다는 대통령으로 선출된 후임자로 하여금 바로 대통령직을 수행하게 하는 것이 타당하다.

〈Abstract〉

The Acting President System under the Korean Constitution

Jong-Sup Chong*

Ever since its birth, Korea has maintained the Presidential Executive System except for a short period(1960-61). Current Constitution of 1987 provides that the President shall be elected through the popular vote of the people.

Article 68 provides that a successor shall be elected within sixty days in case a vacancy occurs in the office of the President. Article 71 provides that in case the office of the President becomes vacant or the President becomes unable to discharge his duties, the office shall be acted on his behalf by the Prime Minister, the Members of the State Council in the order as provided by the statute. The peculiar feature of the Korean acting president system is that it does not contemplate a Vice President elected by the people. The Prime Minister is not elected, but appointed by the President with the consent of the National Assembly. In this regard, the system shows critical defects as viewed against the principles of the democratic legitimacy and the popular sovereignty.

Further difficulty arises by the Constitution's silence as to what to do and who could raise the issue when the President himself declares his own disability to discharge the powers and duties of the office but refuses resignation, or despite his apparent incapacity he refuses resignation.

In this article, the author argues that the current statue on acting president system is both imperfect and unconstitutional. He concludes with the suggestion of a constitutional amendment to provide an elected Vice President. Before reaching this conclusion, the author, for reference, has carefully studied the American system and experience, including the ongoing debates on the constitutionality.

* Assistant Professor of Law, Seoul National University