

| 설레고 가슴뛰게 기억될 일상의 헌법 이야기 |

# 우리들의 헌법 이야기

이양용

새하루

차가운 하늘이 파랗게 펼쳐진 설경을 바라보며, 아직 가지 못한 길을 떠올려 봅니다. 지금은 어지럽고 혼란스러운 세상과 작별하고 저 깨끗한 눈발에 마음을 묻고 좋은 생각과 좋은 기억만 남기고 싶습니다. 그러기엔 흰 눈이 아주 많이 그리고 조금은 더 시간이 필요해 보이지만, 아직 늦지 않았습니다. 그래서 오늘은 “나는 그들이 없는 사람을 사랑하지 않는다”로 시작되는 정호승님의 〈내가 사랑하는 사람〉이라는 시가 더 생각이 나는지도 모르겠습니다.

「통합헌법」을 탈고도 하기 전부터 출판사로부터 헌법을 이해하기 쉽고, 처음 접하는 분들을 위해 최소한의 필요한 개념을 중심으로 원고를 써달라는 부탁을 받고 많은 고민의 시간을 보내다가, 어느 날 그런 생각을 하게 되었습니다. “소설이나 수필도 아니고 시간가는 줄 모르게 즐기는 게임도 아닌 딱딱한 법학에게 조금이라도 쉽게 다가갈 수 있는 방법이 무엇이 있을까?” 저자는 그 때 내가 좋아하는 것들을 떠올려 봅니다. 야구, 영화, 드라마, 책, SNS.....

헌법에 저런 취미생활 같은 것들이 어울리지 않겠지만, 어울리는 것들에 대한 생각을 해보기로 했습니다. 살면서 머리 식히고 쉴 때마다 보아 온 작품들 중에서 감동을 주는 영화나 드라마는 생각보다 많았고, 그 많은 작품들 속에서 헌법에 어울리는 옷 들이 하나 둘 떠오르기 시작하여, 다시 보고 다시 읽고 메모하기를 반복했습니다. 그런 다음 갖은 양념과 색을 입혀 적재적소에 배치하는 것으로 거부감을 줄인 개념을 정리한 **우리들의 헌법 이야기(우헌이)**가 세상에 나오게 되었습니다.

헌법을 이해하기 위해 필요한 기본 개념과 체계도를 그리고 인용하면서 스승님이신 김학성 교수님의 헌법학원론을 기본으로 하였음은 물론, 1년

가까운 작업 끝에 세상에 나온 「통합헌법」이 그 기초가 되었음도 밝혀둡니다. 아직 저자가 생각한 영화나 드라마의 10분의 1도 반영하지 못했지만, 판을 거듭할수록 맛있는 재료들이 독자님들의 입맛을 변함없이 충족시켜드릴 것도 이 자리에서 약속드립니다.

좋은 책을 쓴다는 것은 완성보다 과정이 힘든 여정이지만, 늘 변함 없이 사랑의 힘으로 저자를 지켜주시는 부모님이 계시기에 가능하다고 생각합니다. 그리고 형과 형수님, 누나와 매형들을 포함한 모든 가족에게 사랑한다고 말하고 싶습니다. 언제나 깊은 가르침을 주시고 늘 격려해 주시는 저의 스승님 김학성 교수님께도 감사의 인사를 드립니다. 저보다 더 고생하시는 새흐름 출판사의 이종은 부장님과 정대의 과장님을 비롯한 모든 직원분들께 감사드리며, 꿈을 향한 저자의 열정을 물심양면으로 응원해주시는 황보수정 선생님께 고마움을 전합니다. 한편 책 속에 출처를 밝히고 인용한 모든 작품들의 연기자분들과 관계자분들, 프로필 사진 잘 찍어 주신 민트스튜디오 이제성 실장님, 이제는 공무원으로 첫 발을 내딛는 든든한 후배 황선호, 변함없는 관심과 사랑을 주시는 저의 인스타(isangyong38) 친구분들께도 고마운 마음을 담고 싶습니다.

끝으로 저에겐 특별한 분이신 김성근 감독님과 허구연 위원님이 계십니다. 너무나 많은 오해와 편견을 숙명처럼 받아들이며 멋지게 살아가시는 존경하는 감독님과 야구해설 뿐만 아니라 대한민국 야구계의 발전을 위해 힘써주시며, 항상 저를 응원해 주시는 허구연 위원님께 깊은 감사의 인사를 드립니다.

오늘.....

결코 오지 않는 기회를 잡기 위해 눈물로 지세운 수많은 나날들을 잘 견뎌준 저에게 ‘고맙다’는 말을 전하며 두 번째 인사를 마치려고 합니다.

2017년 2월

이상용

## PART 01 헌법총론

### 01\_헌법 이야기 2

#### CHAPTER 01 헌 법 … 4

- 01 | 헌 법 5
- 02 | 헌법의 제정과 개정 그리고 변천 12
- 03 | 헌법의 보호 14

#### CHAPTER 02 대한민국 헌법 … 16

### 02\_헌법 이야기 16

- 01 | 대한민국 헌법의 제정과 개정 18
- 02 | 대한민국 헌법의 존립기초 22

### 03\_헌법 이야기 24

- 03 | 대한민국 헌법의 전문 30
- 04 | 헌법의 기본원리 32
- 05 | 민주주의 원리 34
- 06 | 법치주의 60

### 04\_헌법 이야기 60

- 07 | 사회국가원리 64
- 08 | 국제평화주의 66
- 09 | 문화국가원리 68

### 05\_헌법 이야기 68

## PART 02 헌법재판론

### 06\_헌법 이야기 76

- 01 | 헌법재판제도 78
- 02 | 헌법재판소의 구성과 조직 80

03 | 헌법재판소의 심판절차 82

04 | 헌법재판소의 권한 87

07\_헌법 이야기 96

05 | 헌법소원심판 111

08\_헌법 이야기 114

## PART 03 기본권론

09\_헌법 이야기 134

### CHAPTER 01 기본권 총론 ... 136

01 | 기본권의 의의와 법적 성격 137

02 | 기본권의 주체 139

03 | 기본권의 효력 143

04 | 기본권의 제한과 그 한계 148

05 | 기본권의 보호 153

### CHAPTER 02 기본권 각론 ... 156

10\_헌법 이야기 156

01 | 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권 158

02 | 평등권 160

11\_헌법 이야기 160

03 | 자유권적 기본권 166

12\_헌법 이야기 166

13\_헌법 이야기 182

14\_헌법 이야기 198

15\_헌법 이야기 204

04 | 생존권적 기본권 210

16\_헌법 이야기 212

- 05 | 청구권적 기본권 230
- 06 |참정권적 기본권 243
- 07 |국민의 기본의무 246
  - 17\_헌법 이야기 246

## PART 04 국가구조론

- 18\_헌법 이야기 252

### CHAPTER 01 국가구조의 원리와 형태 ... 254

- 01 |국가구조의 기본원리 255
- 02 |국가구조의 조직원리 258
- 03 |국가구조의 형태 263

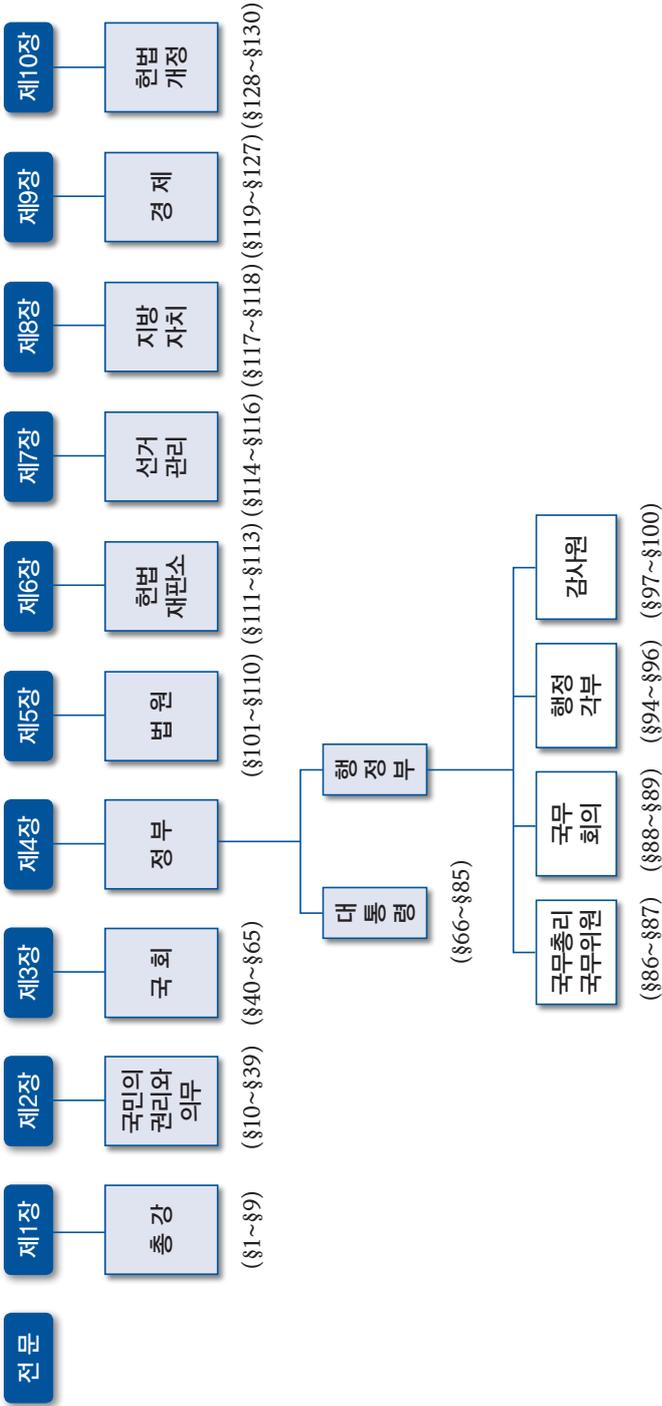
### CHAPTER 02 국가기관 ... 268

- 19\_헌법 이야기 268

- 01 |입법부 270
- 02 |대통령 314
  - 20\_헌법 이야기 314
- 03 |행정부 340
  - 21\_헌법 이야기 340
- 04 |선거관리위원회 355
- 05 |사법부 358
  - 22\_헌법 이야기 358

- 에필로그 376

〈헌법조문체계도〉



PART 01

행복의  
시작은

## 01

### 헌법 이야기

# 법정에서 증인으로 출석한 차동영 형사(곽도원 역)와 송우석(송강호 역)변호사의 혈전

**송강호** | 학생과 시민 몇 명이 모여서 책 읽고 토론한게 국보법에 해당하는지 안하는지 증인은 도대체 뭘 보고 어떻게 판단 했습니까? 판단 근거가 뭡니까?

**곽도원** | 내가 판단하는게 아니라 국가가 판단 합니다.

**송강호** | 국가? 증인이 말하는 국가란 대체 뭡니까?

**곽도원** | (고개를 젓히고 하찮다는 듯이 쏘아 보며) 변호사라는 사람이 국가가 뭘지 몰라?

**송강호** | (어이 없다는 듯이 카리스마 넘치는 눈빛으로 노려 보며) 압니다. 너무 잘 알지요. **대한민국 헌법 제1조 제2항 대한민국**의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다. 국가란 국민입니다!!!

〈영화 ‘변호인’(2013년) 중에서〉

2017년 새해가 밝았습니다. 우리가 '2말3초'라는 탄핵결정시기를 일컫는 신조어가 등장하고, '벚꽃대선'이라는 표현에 익숙해 질 즈음, 트럼프는 'america first'라는 말로 취임식장을 들었다 놓았다 합니다. 국가를 넘나들지만, 진리는 하나입니다. 그들의 헌법이든 우리의 헌법이든 **국가는 곧 국민임을 잊지 말아야 할 것**이며, 오늘 저자는 몇 년 전 보면서 잊을 수 없었던 영화 속 한 장면을 떠올리며, 우리들의 헌법 이야기를 시작하겠습니다.

“주권자이신 대한민국의 국민들께서 **헌법을 수호하고 국민주권을 실현하시는데** 본서가 작은 촛불이 되기를 희망합니다.”

# 헌법

국가는 일종의 정치적 공동체라 할 수 있다. 이러한 정치적 공동체는 국민, 영토, 주권의 3가지 요소를 가장 중요한 내용으로 하고 있지만 3가지 요소가 있다고 하여 정치적 공동체로 만들어지는 것은 아니다. 구성원들이 하나의 공동체로 남고자 하는 합의가 있을 때 비로소 정치적 공동체가 성립될 수 있으며, 합의가 이루어지기 위해서는 합의를 이루어낼 수 있는 구성원 간의 공감되어지는 그 무엇, 즉 공감대적 가치—인간의 존엄, 종교, 언어, 민족 등—가 존재하여야 한다. 이렇듯 국가란 구성원의 공감대적 가치를 기초로 (특정 영토 위에) 세워진 정치적 공동체라 정의할 수 있다.

# 01 | 헌 법

개념

01

헌법의 의의 및 분류

## 01\_ 헌법의 의의

정치적 공동체가 유지되기 위해서는 구성원 간의 다양한 이해관계의 대립과 갈등을 해결해야 할 과제를 수행할 원리, 조직, 절차 등이 필요하며, 조직과 절차가 운영될 수 있는 법적 토대, 즉 법질서가 요구되는데 이러한 법질서가 헌법이다.

## 02\_ 헌법의 분류

형식적 의미의 헌법이란 문서화된 헌법전을 말하며, '영국에는 헌법이 없다'고 할 경우 이 형식적 의미의 헌법이 없다는 것을 말한다. 실질적 의미의 헌법이란 법의 존재형식에 구애되지 않고 국가의 기본적 조직과 작용에 관한 사항이나 국민의 기본권에 관한 사항(소위 헌법사항)을 정하고 있는 법규범을 말하며, 정부조직법, 정당법, 공직선거법, 국회법, 법원조직법 등을 들 수 있다(형식적 의미의 헌법과 실질적 의미의 헌법). 성문헌법이란 헌법이 일반 법률과 별개로 독립된 헌법전의 형태로 존재하는 것을 말하며, 세계 최초의 근대적 성문헌법은 1776년의 Virginia 헌법이다. 불문헌법은 성문화된 별도의 헌법전을 가지지 않는 국가의 헌법을 의미한다(성문헌법과 불문헌법). 헌법개정에 있어 일반 법률보다 더 엄격한 절차가 요구되는 헌법을 경성헌법이라 하고, 일반 법률과 같은 절차로 개정될 수 있는 헌법을 연성헌법이라 한다. 연성헌법으로는 영국헌법, 1947년 뉴질랜드 헌법, 1848년 이탈리아 헌법 등이 있다(경성헌법과 연성헌법).

완벽한 실정법은 존재하지 않기에 이를 보완하는 관습법은 존재하게 마련이다. 특히 헌법조문의 포괄적이고 추상적인 성격 때문에 헌법의 흠결로 인한 공백을 메워주고 보완해 줄 수 있는 관습헌법의 존재를 부정하기 어렵다. 관습헌법이란 장기간 법적 구속력을 지닌 것으로 인정되어 온 헌법적 관행을 말한다. 관습헌법은 헌법제정에 의해 형성되지 않은 헌법으로, 그 효력의 근거를 성문헌법에 두는 것이 아니라 법적 확신에 의해 유지되는 관행에 두고 있으며, 헌법의 법원(法源)을 이룬다. 관습헌법에 대하여 부정적 시각이 없는 것은 아니나 성문헌법이라도 헌법의 테두리 내에서 이루어지는 헌법적 관행으로서의 관습헌법의 성립과 존립을 부정하기 어렵다. 관습헌법의 예로는 국가의 정체성과 상징성을 나타내는 국기와 국가(國歌)에 관한 것, 우리나라의 말과 글이 국어이며 한글이라는 것, 수도를 서울로 한 것 등이다.

## 01\_ 관습헌법의 의의

관습헌법이란 장기간 법적 구속력을 지닌 것으로 인정되어 온 헌법적 관행을 말한다. 관습헌법은 헌법제정에 의해 형성되지 않은 헌법으로, 그 효력의 근거를 성문헌법에 두는 것이 아니라 법적 확신에 의해 유지되는 관행에 두고 있으며, 헌법의 법원(法源)을 이룬다.

## 02\_ 관습헌법의 인정여부

우리나라는 성문헌법을 가진 나라로서 기본적으로 우리 헌법전(憲法典)이 헌법의 법원(法源)이 된다. 그러나 성문헌법이라고 하여도 그 속에 모든 헌법사항을 빠짐없이 완전히 규율하는 것은 불가능하고 또한 헌법은 국가

의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다.

### 03\_ 관습헌법의 성립요건

관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습이 성립하는 사항이 단지 법률로 정할 사항이 아니라 반드시 헌법에 의하여 규율되어 법률에 대하여 효력상 우위를 가져야 할 만큼 헌법적으로 중요한 기본적 사항이 되어야 한다(관습헌법의 성립요건으로서의 기본적 헌법사항). 관습헌법의 일반적 성립요건으로 관습헌법이 성립하기 위하여서는 관습법의 성립에서 요구되는 일반적 성립요건이 충족되어야 한다. 첫째, 기본적 헌법사항에 관하여 어떠한 관행 내지 관례가 존재하고, 둘째, 그 관행은 국민이 그 존재를 인식하고 사라지지 않을 관행이라고 인정할 만큼 충분한 기간 동안 반복 내지 계속되어야 하며(반복·계속성), 셋째, 관행은 지속성을 가져야 하는 것으로서 그 중간에 반대되는 관행이 이루어져서는 아니 되고(항상성), 넷째, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가진 것이어야 한다(명료성). 또한 다섯째, 이러한 관행이 헌법관습으로서 국민들의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 한다(국민적 합의).

### 04\_ 관습헌법의 효력

헌법 제1조 제2항은 ‘대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다’고 규정한다. 이와 같이 국민이 대한민국의 주권자이며, 국민은 최고의 헌법제정권력이기 때문에 성문헌법의 제·개정에 참여할 뿐만 아니라 헌법전에 포함되지 아니한 헌법사항을 필요에 따라 관습의 형태로 직접 형성할 수 있다. 그렇다면 관습헌법도 성문헌법과 마찬가지로

주권자인 국민의 헌법적 결단의 의사의 표현이며 성문헌법과 동등한 효력을 가진다고 보아야 한다.

## 05\_ 관습헌법의 개정

우리나라의 수도가 서울이라는 점에 대한 관습헌법을 폐지하기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따른 헌법개정이 이루어져야 한다. 이 경우 성문의 조항과 다른 것은 성문의 수도조항이 존재한다면 이를 삭제하는 내용의 개정이 필요하겠지만 관습헌법은 이에 반하는 내용의 새로운 수도설정조항을 헌법에 넣는 것만으로 그 폐지가 이루어지는 점에 있다. 다만 헌법규범으로 정립된 관습이라고 하더라도 세월의 흐름과 헌법적 상황의 변화에 따라 이에 대한 침범이 발생하고 나아가 그 위반이 일반화되어 그 법적 효력에 대한 국민적 합의가 상실되기에 이른 경우에는 관습헌법은 자연히 사멸하게 된다. 이와 같은 사멸을 인정하기 위하여서는 국민에 대한 종합적 의사의 확인으로서 국민투표 등 모두가 신뢰할 수 있는 방법이 고려될 여지도 있을 것이다. 그러나 이 사건의 경우에 이러한 사멸의 사정은 확인되지 않는다. 따라서 우리나라의 수도가 서울인 것은 우리 헌법상 관습헌법으로 정립된 사항이며 여기에는 아무런 사정의 변화도 없다고 할 것이므로 이를 폐지하기 위해서는 반드시 헌법개정의 절차에 의하여야 한다.