

比較憲法 研究 (I)

- 憲法改正을 中心으로 -

金 光 澤

目 次

- I. 憲法の 概念
 - 1. 憲法の 實質的 概念 3. 憲法の 發達하는 態樣
 - 2. 憲法の 形式的 概念 4. 憲法改正의 節次

I. 憲法의 概念

國家의 構成을 定하는 根本法(Grundrechte)을 우리들은 憲法이라고 稱한다. 本來 憲法의 意味를 廣義로 把握할 때에는 國家 以外의 政治團體(Political body)에도 國家의 憲法과 實質(Substanz)을 같이하는 根本法이 있을 수 있겠으나, 本稿의 論議의 對象은 그것까지 포함하지 않기로 한다. 한편, 國家의 憲法이란 말 중에는 實質的인 意味와 形式的인 意味와의 둘이 있는데, 그 內容은 반드시 同一하지 않다.

1. 憲法の 實質的 概念

憲法의 概念을 實質的으로(廣義로) 解釋할 때에는 國家의 組織을 定하는 一切의 根本規範(Grundnorm)을 意味하며 그 存在의 形式이 成文이든 不成文이든, 또는 憲法이라는 名稱을 가지고 있든 없든 그러한 것은 不問한다. 換言하면, 實質的憲法(die materielle Verfassung)은 法形式에 관계없이 國家의 統治關係에 관한 法規範의 전부를 意味하는 것이므로 如何한 國家일지라도 國家인 以上 當然히 憲法은 가지고 있는 것이며, 憲法을 갖지않은 國家는 存立하지 않는다고 할 것이다.

Jellinek가 「各己의 國家는 꼭 하나의 憲法을 갖는다. 憲法을 갖지 못하는 것은 無政府(Anarchie)이고 國家는 아니다。」¹⁾ 라고 말한 것은 憲法의 概念을 實質的으로 把握한 것이다

1) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Dritte Auflage, S. 505.

할 것이다. 한편, 이러한 根本規範은 實質的으로는 恒常 이것을 制定한 그 時代를 支配하는 階級 내지는 集團의 慾求에 의해서 그 內容이 決定되어지고 있다. 그러나, 現代的인 視角에서의 憲法이란 결코 그러한 一般的인 것을 意味하지는 않는다. 따라서, 그것은 國家構成에 관한 모든 根本規範을 말하는 것이 아니고, 특히 어떤 一定한 條件을 具備하고 있는 것에만 賦與되는 名稱인 것이다. 여기에 있어서의 一定한 條件(本質的 條件)이란, 그것이 國民의 基本的 權利를 保障하고 國民으로 하여금 統治組織에 參與시키는 方法을 規定하고 政府의 組織을 정하여 또한 政府의 各機關의 權限과 그 權限을 行使하는 方法을 定하고 있어야 한다는 것이다. 이것을 한마디로 表現한다면 民主主義의 內容을 갖고 있어야 한다는 것이다. 그러한 民主主義의 內容을 갖는다는 것은 近世憲法의 特色이며, 따라서 그와같은 內容을 갖지않는 것은 憲法의 概念으로 承認할 수 없다 할 것이다.

Mayer 教授는 이러한 點에 立脚해서 憲法의 實質的 概念을 다음과 같이 說明하고 있다.²⁾

(1) 모든 憲法은 그것이 民政憲法(die demokratische Verfassung)이든 欽定憲法(die okroyierte Verfassung)이든 間에 반드시 어떠한 方法으로써 政府의 權力에 制約을 加하는 것이어야 한다. 그러므로써 政府는 무엇을 할 權限이 있는가? 또한 무엇을 할 수 없는가? 하는 것을 定하게 된다. 적어도 이 限度에서는, 憲法은 「政治的 權力的 源泉」이라고 할 수 있는 것이다.

(2) 憲法은 政府에 對한 國民 및 國民의 集團의 權利와 義務를 定하는 것이다.

(3) 憲法은 어떠한 國民이 어떠한 方法으로, 또한 어느 程度까지 政府의 權力行使에 參與할 수 있는가를 定하는 것이다. 그러나, 아무리 徹底한 民主主義的 憲法을 가진 國家에서도 國民의 全部를 直接的으로 政治에 參與시키고 있는 國家는 없다. 하물며, 그다지 民主主義를 標榜하지 않는 國家들에 있어서는 國民의 多數에게 政治的 發言權이 賦與되어 있지 않다.

(4) 憲法은 國家의 統治機關을 構成하는 사람을 定하는 데 있어서의 根本的 事項을 規定하고, 또한 그들의 選定方法을 規定하는 것이다.

(5) 憲法은 通常 概念的으로, 경우에 따라서는 아주 詳細히 統治機關의 組織方法, 各統治機關의 權限, 그 權限의 行使方法 및 各統治機關 사이의 相互關係 등을 規定하는 것이다.

(6) 憲法은 國家의 構成에 관한 根本法規이며 國家內에서의 最高法이다. 그러므로, 적어도 이 法規에 抵觸되는 一切의 法規(Gesetz)는 소위 權限이 없는 것으로서 違法이 된다는 것이다.

憲法을 이와같이 實質的 意味로 解釋할 때에는, 그것은 반드시 形式的 意味에 있어서의 憲法, 即 所謂 憲法이라고 불리는 特殊한 法典의 有無와는 無關한 것이다.

形式的으로는 憲法이라는 法典을 갖고 있지 않으면서도 實質的으로는 훌륭한 憲法을 갖고 있

2) Chester C. Mayer, The Problems of Government, pp.69-70.

는 國家도 있을 수 있고, 또 反對로 形式的으로는 憲法이라는 이름의 法典을 갖고 있으면서도 實質的으로는 아무런 憲法도 갖지 않은 國家도 있을 수 있는 것이다.³⁾

2. 憲法の 形式的 概念

形式的 意味의 憲法(die Verfassung im formelle Sinne)이란 所謂 憲法이라고 呼稱하는 法典을 意味한다. 이러한 形式的 憲法(die formelle Verfassung)의 特色은 實質的 憲法 및 通常의 諸法規와 對照해 봄으로써 明白히 認識할 수 있을 것이다.

첫째, 形式的 憲法은 반드시 實質的 憲法과 그 內容이 同一하지 않다. 즉, 一面에서 보면 實質的으로는 憲法이라고 稱할 수 없는 條文을 가지고 있으면서도 他面에서 보면, 實質的 意味의 憲法의 全部를 반드시 內包하고 있는 것도 아니다. 例컨데, 1919年의 獨逸共和國 憲法 中에는 「藝術·歷史 및 自然의 記念物과 名勝風景은 國家의 保護 및 管理를 받는다. 獨逸의 藝術上의 所有物이 外國으로 流出되는 것을 防止하는 것은 國家의 事務이다.」 (§ 150)라고 規定하고 있는데, 이것은 國家統治에 關하는 基本原則으로는 생각할 수 없다. 또, 美國의 州憲法 中에는 地方制度의 末節的 規定 또는 他國에서는 民事法에서 規定하고 있는 外國人의 土地所有權이나 質貸借에 關한 것까지 規定하고 있는 것이 있다. 이것은, 이러한 條項을 憲法이라는 法典속에 插入해 놓음으로써 이러한 條項을 重要視하게 하거나 또는 輕率한 改廢를 抵制하려는 政略의 意圖에 基因함에 不遇한 것이다. 따라서, 實質的으로는 憲法的 規定이라고는 생각할 수 없는 것이지만 形式上으로는 역시 憲法인 것이다.

그러나, 다른 한쪽에서는 形式的 憲法은 반드시 實質的 憲法의 全部를 內包하지 않는다. 우리 나라의 憲法을 보더라도 立法機關의 組織과 權限에 關한 重要한 規定의 一部分이 國會法이나 國會議員選舉法 中에 規定되어 있고, 行政機關의 組織과 權限이 政府組織法 中에 規定되어 있으며, 또 司法機關의 組織과 權限이 法院組織法·檢察廳法·法官懲戒法·檢事懲戒法 등에 規定되어 있다. 이러한 法律들은 그 全部가 實質的 憲法의 一部를 차지하는 것은 아니지만 그 一部는 分明히 國家構成의 根本問題에 關하는 規定을 內包하고 있다. 또한, 英國과 같이 所謂 憲法이라는 名稱의 法典을 하나도 갖고 있지 않은 나라도 있다. 그러므로, 憲法의 概念을 完全히 形式的 意味로만 把握할 때에는 英國에는 憲法이 없다고도 할 수 있게 된다. 통큐빌(Alexis de Tocqueville)은 그러한 意味에서 「英國에는 憲法이란 存在하지 않는다.」고 했다.

둘째, 形式的 憲法은 憲法會議라는 特殊한 構成과 權限을 갖는 機關에 의해서 制定 또는 改廢되거나 혹은 보통의 立法機關에 의해서 制定 또는 改廢된다 하더라도, 그것은 보통의 立法節次 보다는 重要한 取扱을 받고 있다는 點에 特色이 있다. 그리고, 이러한 特色을 形式的 意

3) 弓家七郎, 比較憲法講義要綱, 京都市三和書房, pp. 1~4.

味の 憲法の 硬性이라고 한다. 이러한 憲法の 硬性이야말로 憲法の 余他法規와의 뚜렷한 差異點이 있다고 한다.

세째, 形式的 憲法은 國家의 最高法規이며 原則으로서 余他の 法律이나 命令에 優越한다. 왜냐하면, 憲法은 根本法이므로 이것에 牴觸되는 法律과 命令을 無効化시키는 힘을 갖고 있기 때문이다. 우리나라의 憲法에서는 明文으로 規定되어 있지는 않으나, 憲法 第 6 章 憲法委員會에 관한 規定 중의 第 112 條 第 1 項 第 1 號에서 「法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否」라고 함으로써 憲法委員會의 機能 中에서 첫머리에 規定하고 있다. 그러나, 通常의 法律이나 命令에는 이것들에 牴觸되는 憲法法典의 條文을 無効化시키는 힘은 없는 것이다. 그러나, 여기에는 例外가 없는 것도 아니다. 나찌스治下에 있어서의 獨逸國會는 1933年 3月 所謂 授權法을 可決해서 內閣에 立法權을 授與하고 또한 內閣이 制定하는 法律은 大統領의 權限을 縮少시키거나 또는 參議員과 議會의 地位에 關하지 않는 限 憲法條項에 牴觸되어도 有効한 것으로 規定했던 例도 있다.

그리고, 形式的 憲法은 대개는 一個의 法典으로 編纂되어 있는 것이 보통인데 1875 年의 佛蘭西憲法이라든가 또는 1949年 9月의 中華人民共和國憲法과 같이 數個의 法典으로서 公布되어지는 경우도 있으며, 美合衆國憲法과 같이 그 改正條項이 改正 前의 憲法法典 뒤에 차례차례로 追加되어지는 것도 있다.

끝으로, 比較研究하려는 憲法은 形式的 憲法이 아니라 實質的 意味에서의 憲法인 것이다.

3. 憲法이 發達하는 態樣

憲法은 어떠한 時代를 支配하는 그 支配勢力(the governing power)의 表現이라고 얘기되어질 수가 있으나, 그렇다고 해서 支配階級(the governing class)의 一方的인 意思가 그대로 憲法으로 表現되는 것은 아니고 事實에 있어서는 被支配階級과의 妥協의 產物인 것이다. 이러한 理由로 해서 憲法은 時代勢力의 消長(rise and fall)에 따라서 生成하고 發達하며 때로는 變化하는 것을 常態로 한다. 이러한 憲法이 發達하는 態樣에는, 첫째로 慣習의 變化에 依하는 경우, 둘째로 法規의 解釋에 依하는 경우, 세째로 形式的 改正에 依하는 경우 등의 세 가지가 있다.

(1) 慣習의 變化에 依한 發達

慣習(Gewohnheit)이란 一定한 條件下에서 오랜 세월에 걸쳐 一定한 行爲가 反復되는 데서 成立하는 것이다. 그것은 蓄積된 經驗이 規範力을 갖는 것이라고도 할 수 있다. 憲法上의 慣習(Constitutional Convention)이란 一定한 條件이 存在하면 반드시 一定한 行爲로서 이것에 應

종하지 않으면 아니 된다는 것이法規에 의하지 않고서도 強制됨에 이르렀을 때에 成立하게 된다. 不文憲法の 發達이 가장 많이 慣習의 發達에 基한다는 것은 說明을 要하지 않을 것이다. 한편, 成文憲法에 있어서도 그 運用過程 中에 애초에 規律한 바 없었던 要素나 條件이 自然的으로 生成해서, 심지어는 憲法運用上의 根本的 規範에 이르는 경우가 있다. 그런데, 이러한 慣習이 成立하려면, 첫째로 그 政治社會의 基礎가 安定되어 있을 것, 둘째로 國民性이 實際的이면서도 實際上 不必要한 改革을 함부로 慾求하지 않을 것, 세째로 國民이 憲法政治의 運用에 熟達되어 있을 것 등의 要件을 具備해야 한다. 그리고, 慣習은 慣習으로써만 變更할 수 있는 것이다. 不文憲法은 바로 이러한 慣習의 累積인 것이며, 따라서 그것은 慣習의 變化에 依해 不斷히 發達하는 것이라 할 것이다.

(2) 法規의 解釋에 依한 發達

憲法은 憲法法規의 解釋에 의해서도 發達한다. 이러한 解釋에 의한 發達이 要求되는 경우는, 첫째로 條文의 字句 自体의 意義가 明確性이 缺如되어 있는 경우, 둘째로는 憲法制定 當時에는 豫想하지 못했던 事情이 그 후에 생겼기 때문에 어떠한 解釋으로써 이것에 順應해야 할 것인가에 對한 疑問이 생긴 경우 등과 같은 두가지가 있다.

解釋權은 여러가지 機關에 의해서 行使되는 것이지만 이러한 解釋權을 갖는 機關만이 그 나라의 最高機關이다. 英國・佛蘭西第4共和國・벨기에 와 같은 國家에 있어서는 立法府가 最高의 解釋權을 가지고 있으며, 美合衆國・오스트라리아・伊太利共和國・獨逸聯邦共和國(西獨)・獨逸民主共和國(東獨)・大韓民國 등은 司法裁判所 또는 憲法委員會 등이 解釋權을 가지고 있으며, 소비에트聯邦・헝가리人民共和國・中華人民共和國 등에서는 最高會議의 幹部會, 中央人民政府委員會, 人民共和國幹部會 등이 解釋權을 가진다. 日本國의 경우에는 明治憲法에서는 條文上으로는 別段의 規定이 없었지만 最後의 解釋權은 天황에 專屬되어 있었으며, 制度上으로는 樞密院에 賦與되어 있었다. 日本의 新憲法에서는 明文으로서 最高裁判所에 주어졌다(第81條 參照).

(3) 形式的 改正에 依한 發達

形式的 改正이란 憲法의 改正을 뜻한다. 憲法改正(Verfassungsänderung)에는 그 程度에 따라서 여러가지의 意味가 있다. 슈미트(Carl Schmitt)는 다음과 같이 이를 分類하고 있다.

- (A) 憲法의 破壞(Verfassungsvernichtung)
- (B) 憲法의 廢止(Verfassungsbeseitigung)
- (C) 憲法의 改正(Verfassungsänderung)
 - (a) 憲法尊重의 憲法改正

- (b) 憲法蔑視의 憲法改正
- (D) 憲法の 非常措置 (Verfassungsdurchbrechung)
 - (a) 憲法尊重의 非常措置
 - (b) 憲法蔑視의 非常措置
- (E) 憲法の 停止 (Verfassungssuspension)
 - (a) 憲法尊重의 停止
 - (b) 憲法蔑視의 停止

憲法の 破壞란 既存憲法을 全面的으로 否定하는 것으로써 그것은 通常 既存政權을 打倒하는 革命行爲로서 行하여 진다. 憲法廢止도 역시 既存憲法을 否定하는 것이겠으나, 前者와 다른 點은 後者の 경우는 既存의 政權의 維持를 目的으로 行하여지는 데에 있다. 그러나, 어느것이든 그러한 경우가 있을 것을 憲法은 豫想하지 않는다.

憲法の 非常措置란 憲法上の 秩序維持를 爲해서 緊急한 경우에 不得已 一時的인 措置로써 憲法規定에 따라서 憲法の 어느 條項을 無視하는 行爲이다. 非常인 故로 原則에 對해서 何等의 變更을 設定하는 것이 아니고 또한 部分的 措置이므로 余他の 部分의 効力까지 損傷시키는 것도 아니다. 憲法停止란 憲法破壞 또는 憲法廢止를 要求하는 案이나 一時的으로 憲法の 全部 혹은 一部分의 活動을 停止시키는 것이다. 그래서 憲法改正이란 最狹義에 있어서는 憲法을 全体로서 承認하면서도 그 어느部分의 廢止·修正 또는 增補 혹은 削除하는 것이다. 어느 것이든 憲法の 規定에 따라서 一定한 形式에 따라 行하여지는 것이 正常이다.⁴⁾

憲法改正은 가장 普通이면서 또한 가장 重要한 憲法發達의 方法이다. 改正의 節次에는 이것을 通常의 立法節次와 全然 同一하게 하는 것부터 그 改正을 全然 禁止하거나 또는 大端히 困難하게 하고 있는 것 등 여러 種類가 있다. 學者들은 形式的 改正의 難易를 標準으로 해서 憲法을 硬性和 軟性으로 크게 二分하고 있다. 憲法改正의 節次에는 대체로 다음과 같은 다섯 方法이 있다.

- (1) 憲法改正을 通常의 立法節次와 全然 同一하게 하고 있는 것 (英國憲法, 舊伊太利憲法).
- (2) 憲法改正의 權限을 立法府에 賦與하고는 있으나 그 節次를 通常의 立法의 경우보다는 慎重을 기하도록 하고 있는 것 (蘇聯邦憲法, 獨逸聯邦共和國, 和蘭憲法, 舊日本帝國憲法).
- (3) 憲法改正은 立法府의 議決을 얻은 뒤에 새로이 國民의 一般投票에 의한 承認을 必要로 하고 있는 것 (佛第 4 共和國, 伊太利共和國, 比律賓共和國, 舊獨逸共和國憲法, 日本國憲法, 大韓民國憲法等).
- (4) 憲法改正을 爲한 特別憲法會議를 새로이 構成해서 여기에서 改正토록 하는 것 (舊佛蘭西

4) Carl Schmitt, Verfassungslehre S.99ff

憲法).

(5) 憲法改正을 聯邦議會의 議決만이 아니라 그 一定數 이상의 支分國의 同意를 必要條件으로 하고 있는 것(美合衆國憲法).

4. 憲法改正의 節次

(1) 英國

英國은 이른바 不文憲法の 國家이므로 憲法과 通常法과의 사이에는 形式的으로는 何等の 差異가 없다. 따라서 憲法的 事項을 規定하는 法律을 改正하는 節次도 形式的으로는 通常의 法律을 改正하는 節次와 全然 同一하다. 그렇지만 重要的 法律을 制定 또는 改正하려 할 때에는 그것을 問題로 해서 議會를 解散하며 總選舉를 實施하여 民意를 물어보는 慣習이 있다. 議會가 가지고 있는 것은 形式上的 權限에 不過하고 그 實權은 아니라는 것을 銘心해야 할 것이다.

(2) 佛蘭西第4共和國

憲法改正의 發議를 할 수 있는 者는 國會의 第一院인 國民會議(Le Assemblée Nationale)뿐이다.

國民會議가 憲法改正을 發議하려면 우선 무엇때문에 憲法을 改正하지 않으면 아니되느냐 하는 理由와 目的을 明確히 表示한 決議를 얻어야 한다. 그 決議는 議員定數의 過半數의 同意가 必要하다. 만약 國會의 第二院인 共和國會議(Le conseil de la Republique)가 이 決議에 同調해서 같은 議員定數의 過半數의 贊成으로서 同一한 決議를 採擇하였을 경우에는 國民會議는 憲法改正案의 起草를 할 수 있다.

다만 共和國會議가 改正의 趣旨에 同意하지 않을 경우에는 國民會議가 새로이 3個月이 經過後에 再議에 回附해서 前과 同一한 絕對過半數의 贊成으로써 再議決한 경우에는 憲法改正案의 起草를 할 수 있게 된다. 그렇게 해서 作成된 改正案은 國會(Le parlement)에 附議된다. 改正案이 出席議員의 單純多數만으로 通過되었을 때에는 國民의 一般投票에 回附되어야 한다.

그러나, 國民會議의 第2回 審議에서 議員定數의 3分の 2이상의 多數決로써 採擇되었거나 또는 兩議院이 각각 5分の 3이상의 多數決로써 採擇되었을 때에는 國民投票에 回附됨이 없이 憲法改正은 成立되는 것으로 한다. 이와같이 採擇된 改正案은 採擇된 날부터 8日 이내에 大統領이 憲法으로서 公布하게 된다(憲法 99條).

그리고 共和國會議의 存在에 關한 것과 같은 改正은 共和國會議의 同意 혹은 國民投票을 거치지 않고서는 改正할 수 없다(同 90條). 또한, 共和國의 廢止를 目的으로 하는 憲法改正은 어떠한 節次로써도 提案할 수 없다(同 95條). 그 외에도 本國領土의 全部 또는 一部가 外國

軍隊의 占領下에 있을 동안에는 어떠한 改正節次도 着手하거나 進行시킬 수 없다(同 94條).

(3) 伊太利共和國

憲法改正案 또는 憲法的 法律案의 提出權은 政府나 兩院議員 모두가 이것을 갖는다. 國民도 選舉權者 5萬名 이상의 署名으로써 直接 提案할 수 있다.

改正案은 兩院에서 각각 3個月의 間隔을 두고 2회의 審議를 거치지 아니하면 아니된다. 그래서 두번째 審議後 各 議員의 過半數의 贊成을 얻은 때에 採擇된다. 採擇된 改正案은 共和國 大統領에 의하여 公布된다. 다만 公布日로부터 3個月 以內에 兩院中 어느 한쪽의 議員의 5分の 1以上 혹은 選舉權者 50萬名 以上 또는 地方參事會로 부터의 要求가 있을 때에는 國民投票에 回附한다. 國民投票에 回附된 경우에는 有効投票의 過半數의 贊成이 있어야 한다. 그러나, 두번째 審議時 各院에서 議員定數의 3分の 2以上の 贊成을 얻은 경우에는 國民投票은 實施하지 않는다(憲法 138). 또한 共和制의 廢止를 目的으로 하는 憲法改正案은 提出하지 못한다(同 139條).

(4) 獨逸民主共和國 (東獨)

獨逸民主共和國憲法은 「憲法은 立法節次에 의하여 改正할 수 있다.(83條)라고 規定하고 있다. 그래서 法律은 人民議會 또는 人民投票에 의하여 制定할 수 있으므로 憲法改正도 人民議會나 人民投票에 의하여 行할 수 있는 것이다. 또 法律案의 提出權도 政府나 參議員에게도 人民議會의 議員에게도 賦與되어 있는 것이므로 憲法의 改正案도 역시 政府나 參議院 議員 또는 人民議會 議員으로 부터도 提出될 수 있다.

그러나, 憲法改正에 關한 人民議會의 議決은 在籍議員의 3分の 2以上の 出席과 出席議員의 3分の 2以上の 贊成을 必要로 하고 있다. 參議院이 改正에 反對한 경우에는 在籍議員 3分の 2以上の 出席과 出席議員 3分の 2以上の 多數決으로써 이것에 異議할 수 있다. 다만, 人民議會가 議員數 3分の 2以上の 決議에 의하여 再議決 하였을 때에는 參議院의 異議는 効力を 喪失한다. 憲法改正案이 人民議會를 通過 하였을 때에는 憲法改正案은 완전히 通過된다. 人民議會議長은 30日以內에 大統領에게 送付 하여야 한다. 送付받은 大統領은 遲滯없이 이를 公布해야 한다.

憲法改正案을 人民投票에 回附 하려면 다음과 같은 두가지의 方法이 있는데 첫째는 改正案이 人民議會의 通過後나 人民議員數의 3分の 1以上の 請求로써 그 改正案의 公布를 2個月 延長시키고 그 期間內에 有權者 20分の 1以上の 署名으로써 人民投票에 回附될 것을 請求하는 方法이다. 둘째는 그 成立後 公布까지의 期間內에 有權者의 10分の 1以上の 署名이나 有權者의 5分の 1을 代表한다고 認定되는 政黨 또는 公認機關 으로부터 人民投票에 回附될 것을 請求하

는 方法이다. 이러한 請求가 있을 때에는 人民投票에 의한 決定이 있을 때 까지는 公布를 延期하여야 한다. 人民投票은 有効投票의 多數에 의해서 決定된다.

(5) 蘇聯邦憲法

蘇聯邦憲法改正權은 蘇聯邦最高會議·兩院의 各 代議員 總數의 3分の 2 以上の 多數로 採擇된 蘇聯邦最高會議 議決에 의하여 行 하여진다(蘇憲法 174條).

(6) 瑞西聯邦憲法

스위스聯邦의 憲法改正에 關한 節次는 가장 民主主義的인 것이다. 그 方法에는 다음과 같이 두가지가 있다.

① 聯邦議會에 의한 改正節次

憲法の 改正案은 通常의 法律案과 같고 政府와 參議院 또는 國民院의 어디에서라도 提出된다. 改正案이 提出되면 國會의 兩院은 法律案을 審議하는 것과 같은 節次로써 이것을 審議 議決한다. 만약 兩院에서 可決되었을 때에는 國民投票에 回附된다. 一般投票은 聯邦의 各州마다 行하여진다. 改正案이 成立되려면 全國投票의 過半數의 贊成뿐만 아니라 州數의 過半數의 贊成이 있어야 한다. 만약 國會의 一院이 改正案을 可決했고 他院이 否決했을 경우에는 憲法을 改正하느냐 마느냐 하는 것은 國民投票에 回附해서 決定시키도록 하고 있다. 이 경우 改正해야 한다는 決定이 나왔을 때에는 國會는 解散되고 兩院議員의 總選舉가 實施된다. 그래서 새로이 構成되는 國會는 改正案을 審議해서 成案을 作成하며 이것을 國民投票에 回附하여 그 採否를 決定한다.

② 國民의 直接請求에 의한 改憲節次

憲法の 部分的 改正은 國民의 直接請求에 의해서도 發案할 수 있다. 이 直接請求는 國會에 對하여 하는 것인데 選舉權者 5萬名以上の 署名이 있어야 한다. 發案에는 그 內容과 要綱에 關한 條文形式으로 提出할 수도 있다. 請求가 要綱만으로서 提出되었을 경우에 國會가 이것에 對하여 贊成한다면 國民(請求者)의 意思에 따라서 改正의 法案을 作成해서 이것을 國民投票에 回附하는 것이다. 또한 그것에 對하여 反對한다면 그러한 改正을 할 것인가의 與否를 國民投票에 回附해서 國民의 審判을 求하는 것이다. 그래서 國民이 改正을 해야 한다고 決定되면 國會는 그 決定에 따라서 改正案을 作成하고 그렇게 作成된 改正案에 對하여 새로이 國民投票에 回附한다. 또한 그 請求가 完全한 改正法案의 形式으로 提出되었을 경우에는 國會가 이에 贊成했을 때에는 그 改正案은 그대로 國民投票에 回附된다. 國會가 이에 反對하였을 때에는 國會가 스스로 代案을 作成해서 이것을 直接請求에 의한 改正案과 같이 國民投票에 回附할 수도 있고,

直接請求案에 反對하는 理由를 明白히 밝힘으로써 國民에게 이 直接請求案의 否決을 勸告할 수도 있다. 그러나 憲法의 全面的 改正은 國民의 直接的 請求에 의해서 發議할 수는 없다. 이와 같이 스위스聯邦에서는 國會에서나 또는 直接 國民으로 부터도 憲法改正을 發議할 수 있으나 어떠한 경우에도 最後에 이것을 確定시키는 것은 國民이며 國民의 承諾없이 憲法改正을 할 수 없게 되었다.

(7) 美合衆國憲法

美合衆國憲法의 改正節次에는 크게는 두가지로 分類되며 이것을 細分하면 네가지로 分類된다.

① 國會自身이 憲法改正案을 提出하는 경우

國會는 元老院 (Senate) 또는 代議院 (House of Representatives) 으로부터 合衆國憲法의 改正發議를 할 수 있다. 그 發議案이 國會의 兩院에서 각각 3分の 2 이상의 同意로써 可決된 때에는 이것을 憲法改正案으로서 聯邦 各州의 立法府 (State legislatures) 또는 特別히 召集되는 各州의 憲法會議에 附議해서 그 承認을 求한다. 그래서 各州 立法府 또는 憲法會議의 4分の 3 이상이 承認한 경우에는 여기에 憲法改正이 成立된다 (美憲法 第 5 條). 改正案을 州의 立法府에 附議하느냐 또는 憲法會議에 附議하느냐 하는 것은 때에 따라서 合衆國 國會가 定하는 바에 따른다.

지금까지 27 個條의 改正案이 國會를 通過했고 그 중에서 25 個條의 改正이 成立했는데 憲法會議에 附議되었던 것은 禁酒를 定했던 修正 第 18 條를 撤廢한 修正 第 21 條 뿐이며 그밖에는 한결같이 州立法府에 附議되었다.

② 州의 立法府의 發議에 의하는 경우

憲法改正은 州의 立法府에서도 提議할 수 있다. 즉 3分の 2 이상의 州立法府의 請求가 있을 때에는 國會는 憲法改正을 審議하기 위하여 憲法會議을 召集하여야 한다. 憲法會議의 構成이나 會議의 方法 등은 國會가 자유로이 定한다. 그래서 憲法會議에서 可決된 改正案은 ①에서 살펴본 경우와 같이 州의 立法府 또는 憲法會議의 審議에 回附되어 4分の 3 이상의 贊成을 얻어 成立된다. 다만, 이 方法은 지금까지는 한번도 適用된 바 없다.

憲法改正案이 州立法府나 憲法會議에 附議되어 承認의 請求를 받았을 때에는 州立法府나 憲法會議에서는 可否를 決定하지 않으면 아니된다. 이 경우에 期限의 制限은 없다. 그러나 그 期限을 無期限으로 한다는 것은 實際上 不便함으로 1918 年에 提案되었던 修正 第 18 條 이후는 이 改正案은 7 年 이내에 4分の 3 이상의 州立法府나 憲法會議의 承認이 없으면 不成立으로 한다는 條項이 加해진 것이다. 그리고 合衆國憲法 改正은 直接 改正된 條文을 加除하는 方法에 의하는 것이 아니라 修正 (Amendment) 이란 冠名을 붙여서 從前의 條文의 後面에 새로운 條文을 追加하는 方法을 取하고 있다. 이른바 累積憲法의 方法을 取하고 있다.

(8) 日本國憲法

明治憲法은 形式上으로는 世界에서 가장 硬性的인 것이라고 할 수 있었다. 그 改正發議權은 天皇에게만 專屬되었었고 政府나 議會에도 賦與되어 있지 아니 했었다. 改正案에 대한 審議權은 帝國議會에 주어져 있었으나 그 開議에는 兩院 各 總議員의 3分の 2以上の 出席과 可決에는 出席議員의 3分の 2以上の 贊成이 必要했다.

日本の 新憲法에서는 改正의 發議權은 國會에 專屬시키고 政府나 國民에게는 賦與되어 있지 않다. 그러나 改正의 成立에는 國民의 承認을 必要로 하며 그 公布는 天皇이 하는 것을 條件으로 한다.

國會가 憲法改正을 發議하려면 各 議院의 3分の 2以上の 贊成이 있어야 한다. 이 경우에 兩院의 權限은 平等하다. 通常의 法律案의 경우에는 衆議院의 權限은 參議院의 權限에 優越해서 參議院이 反對했을 경우라도 이른바 再議決을 行使함으로써 그의 主張은 貫徹할 수 있는데 憲法改正의 경우에는 衆議院에 그러한 優越權을 賦與하고 있지 않다. 兩院의 總議員의 3分の 2以上の 贊成으로 改正案이 議決되었을 경우에는 그 改正案을 國民에게 提案해서 承認을 받아야 한다. 承認을 받으려면 憲法改正을 위해서 特別히 國民投票을 實施하던가 또는 國會가 定하는 選舉時에 같이 附議해도 無妨하다. 承認에는 有効投票의 過半數의 贊成이 必要하다. 改正案에 對한 國民의 承認을 얻은 때에는 天皇은 國民의 이름으로 日本國 憲法과 一體를 이룬다는 것을 즉시 公布한다. (日憲法 7條 1號・96條).⁵⁾

(9) 大韓民國憲法

이 憲法의 改正은 改正發議는 「大統領 또는 國會在籍議員 過半數의 發議로 提案된다.」(121條 1項).

提案된 憲法改正案은 大統領이 20日以上 이를 公告해야 한다(130條). 國會는 公告된 날로부터 60日以內에 議決하여야 하며 國會의 議決은 在籍議員 3分の 2以上の 贊成을 얻어야 한다(131條 1項). 憲法改正案은 國會가 議決한 後 30日以內에 國民投票에 붙여 國會議員選舉權者의 過半數의 投票과 投票者 過半數의 贊成을 얻어야 한다(131條 2項). 憲法改正案이 前記와 같은 贊成을 얻은 때에는 憲法改正은 確定되며 大統領은 즉시 이를 公布하여야 한다.

그러므로 이 憲法은 發議段階에서 부터 國會의 議決過程 國民投票에 의한 承認過程 등을 살펴 볼 때 世界에서 어느 國家의 憲法改正보다도 形式的으로는 硬性を 띠고 있다고 하겠다. 그러나 大韓民國의 國會는 憲法上으로는 單院制이기 때문에 어느 特定政黨이 國會構成의 3分の 2以

5) 弓家七郎, Ibid., pp.34~35.

상의 議席을 占하는 경우에는 그러한 政黨이 政略에 의해서 改正案의 發議가 容易하게 될 수 있는 余韻을 남겼다는 것이 못내 아쉽다.

(10) 憲法改正의 制限

憲法中에는 特定條項에 대하여 改正의 對象이 아니된다거나 또는 대단히 慎重한 條件을 規定하고 있는 것이 있다. 例를 들면, 佛蘭西第4共和國憲法(95條)이나 伊太利共和國憲法(139條)은 共和制를 廢止하는 改正을 禁止하고 있으며 또 美合衆國憲法은 어떤 州도 同意없이는 上院에서의 州의 均等한 投票權을 剝奪당하지 아니한다(第5條). 佛蘭西第4共和國憲法도 共和國會議을 廢止하는 改正은 共和國會議의 同意없이는 改正을 할 수 없다. 또 이 경우에는 國民投票에 의하지 않고서는 改正할 수 없다(第90條 第8項)고 한다.

그리고 憲法이란 것은 그 時代를 支配하는 勢力이 確立시킨 것이다. 그러므로 한 時代를 支配하고 있는 支配層은 反對勢力의 威脅을 받게 되므로 자기들의 支配를 永久不變의 것으로 定着시키려는 焦燥感을 갖게 될 것이다. 그렇다고 해서 將來의 變遷까지도 考慮하지 않고 이것을 憲法 속에 規定함으로써 永久히 將來의 國民을 拘束해서 일단의 勢力을 確固不動한 것으로 하려는 것은 痴愚된 行動이라고 해야 할 것이다. 그것은 실로 「死者에게 살아있는 國民의 支配權을 賦與하려는 制度이다.」⁶⁾ 라고 할 수 있다.

最善의 憲法은 通常 그 時代에 살고 있는 國民의 要求에 完全히 合致된 것이어야 한다. 憲法으로 하여금 時代에 뒤떨어지지 않게 하기 위해서는 各 時代의 사람들에 對하여 適當한 注意 밑에 隨時로 그 憲法을 修正 變更할 수 있는 權利를 認定하지 않으면 아니된다. 만일 그렇지 않고 憲法을 固定시켜놓아 그 改正을 不可能하게 한다면 時代는 그러한 憲法을 破壞해서 스스로 가장 適合한 新憲法을 採用하기에 이를 것이다. 많은 國家들의 憲法改正의 歷史는 이러한 것에 關하여 豊富한 教訓을 주고 있다.

같은 意味에서 憲法改正의 節次를 지나치게 硬性化시켜서는 아니된다. 그러나 그 改正을 지나치게 軟性化시키면 根本的으로서의 存在價值를 喪失하게 하는 것이므로 單純히 一時的 必要에 不遇한 것에 혹은 一時的 興奮에 사로잡혀 賢明치 못한 改正을 行하는 危險도 있을 것이다. 더구나 自由主義의 傳統이 缺如되어 있는 國家에서는 그것을 容易하게 憲法政治의 破壞를 誘致하는 것과 같은 危險마저 있는 것이다. 즉 憲法으로 하여금 本來의 使命인 基礎法典으로서의 任務를 完遂하지 못하게 될 염려도 있는 것이다.⁷⁾

6) Muirford, The Notion, p.15.

7) 弓家七郎, 比較憲法講義要綱, 京都三和書房, pp.35~37.

Summary

**A Comparative Study of the Amendment of
the National Constitution**

Kim Kowang-taik

In this research paper, the author discussed the advancement mode of the constitutional laws of several nations, especially from the viewpoint of constitution amendment. Firstly, the procedures of the constitution amendment in the Republic of Italy, the German Democratic Republic, the Union of Soviet Socialist Republics, the Swiss Confederation, the United States of America, and Japan, including Great Britain and the Fourth French Republic, were compared and discussed. Secondly, the procedures of the constitution amendment between such nations and Republic of Korea discussed from the viewpoint of comparative constitutional law. In a sequel to this research paper, a comparative study of the Bill of Right will be continued.