

憲法變遷(Verfassungswandlung)

- P. Laband · G. Jellinek · Hsü Dau-Lin의 학설을 중심으로 -*

김 백 유**

I. 序論	2. 否定說
II. 憲法變遷의 意義	3. 小結
1. 憲法變遷의 概念	IV. 넓은 意味(廣義)의 憲法變遷의 例
2. 憲法變遷과 隣接概念(憲法改正 · 憲法變動)과의 區別	1. 概觀
III. 憲法變遷의 存在 認定與否	2. 類型
1. 肯定說	V. 結論

I. 序論

자유주의 사상의 발전과 함께, 서구의 시민계급은 전제군주의 통치에 대한 자신들의 권리와 자유를 확고하게 보장받기 위하여 그 내용을 일정한 문서로 기록하고자 하였다. 이러한 경향은 서구시민혁명을 거치면서 19세기의 유럽 각국에서 널리 성문헌법을 채택하는 계기가 되었다. 이렇게 하여 성립된 성문헌법은 소위 「不磨의 大典」 혹은 항구불변의 법으로 생각했었으나,¹⁾ 19세기 중엽 이후 점차 사회가 발전하고 다원화됨에 따라 기존의 헌법전에 포함되지 않는 새로운 상황들이 등장하여 헌법의 규범과 변화하는 현실문제 사이에는 점차 괴리가 나타나게 되었다. 이러한 현상에 대하

* 본 논문은 2005년도 한성대 교내연구비 지원과제임.

** 한성대학교 사회과학대학 교수, 법학박사.

1) 이명구, 헌법개정과 사회변천, 아세아(1969.6), 135면.

여 1895년 독일의 라반트(P. Laband)가 독일제국헌법의 변천(Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung)이란 논문을 통해서 당시 독일제국헌법과 부합될 수 없는 여러 가지 현실상황들, 즉 「헌법규범과는 부합될 수 없으나 실제로 관철된 입법·행정·재정·사법의 영역에서의 실무의 변화」들을 헌법변천²⁾³⁾이라고 칭하였다.⁴⁾

헌법변천은 법사회학적 측면에서의 헌법변천과 법해석학적 측면에서의 헌법변천이 존재한다. 법사회학적 측면에서의 헌법변천은 헌법규범과 현실 사이에서 모순이 생겨 그것이 객관적으로 완성된 사실로서 인정되는 것을 말하며, 법해석학적 의미의 헌법변천은 헌법규범과 현실사이에 모순이 생김으로써 원래의 성문헌법규범은 소멸(枯死)⁵⁾해 버리고 현실 자체 속에 실질적인 ‘새로운 헌법규범(불문의 헌법규범)’⁶⁾이 생기는 경우를 말한다.⁷⁾⁸⁾ 그러나 이러한 헌법변천의 현상은 성문헌법국가 중에서도 헌법개정절차가 일반법률의 개정보다 까다로운 경성헌법 국가에서 헌법에 대한 탄력성을 부여하기 위해 필요하지만,⁹⁾ 불문헌법국가는 헌법전 자체가 존재하지 않기 때문에 문제될 것이 없다. 성문헌법국가라고 할지라도 헌법의 개정절차가 일반법률의 개정절차와 같이 용이한 연성헌법의 경우에는 그때그때 변화하는 헌법상황에 따라 헌법규범을 신속하게 개정할 수 있으므로 양자의 모순이나 대립은 일어날 가능성이 거의 없다.¹⁰⁾ 또한 성문헌법이라 할지라도 개정절차를 규정하지 않은 경우에는 보통입

2) P. Laband, Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung, Jahrbuch der Gehe-Stiftung zu Dresden 1895, S. 3 ff. (zit.: Die Wandlungen)

3) 라반트는 1907년에 독일제국성립이래의 제국헌법의 역사적 발전(Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. 1(1907), S. 1 ff.)이란 논문에서 당시 제국헌법규정과 일치하지는 않지만 실제로 실행되고 있었던 헌법상황 즉 헌법변천의 사례를 보다 상세히 설명하고 있다. 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 67면.

4) 프랑스에서는 정태적인 관점에서 헌법관습(coutume constitutionnelle)이란 관념으로 논의되어 왔다. 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 63면.

5) 여기서 枯死라 함은 성문법규범의 실효성이 완전히 상실된 경우를 의미한다. 실효성이 상실되는 경우는 첫째, 국가권력의 위헌행위의 반복·계속으로 일종의 실효성이 상실되는 것과, 둘째, 국가권력의 위헌의사가 아니고 성문법규범의 내용이 불합리하여 실효성이 상실되는 것이 있다. 川添利幸, 憲法秩序の成立と保障, 現代法と國家, 岩波書店(1965), pp. 22-23; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 65면.

6) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 59면.

7) 이러한 구별은 위헌상태와 새로운 불문헌법규범 사이의 혼동을 막기 위한 것이다. 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 65면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 227면.

8) 다만 법사회학적 의미의 헌법변천은 헌법규범의 의미변화 및 실효성을 판단하는 징표일 뿐 고유의 의미의 헌법변천은 어디까지나 법해석학적 의미로 파악되어야 한다. 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 59면.

9) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 59면; 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면.

법절차에 의하여 개정¹¹⁾되므로 문제될 것이 없다.

헌법변천은 헌법의 규범력의 정당성과 實效性이 서로 상충되는 문제로서 헌법이론상 대단한 중요성을 지닌다. 따라서 헌법변천은 과거의 넓은 의미의 헌법변천이론과 함께, 오늘날의 좁은 의미의 헌법변천이론을 함께 조명함으로써 진정한 의미의 헌법변천을 발견하는 작업이 필요하다. 지면관계상 우선 본고에서는 독일에서 전개된 광의의 헌법변천에 관한 라반트 · 옐리네크 · 쉬 다우-린 등의 학설의 내용 및 그들이 전개하는 헌법변천 사례를 중심으로 소개하되, 이와 관련한 우리나라의 사례를 간략하게 고찰하고자 한다.

II. 憲法變遷의 意義

1. 憲法變遷의 概念

1.1. 넓은 意味(廣義)의 憲法變遷: 過去의 憲法變遷에 대한 理解

헌법변천(Verfassungswandlung; Verfassungswandel)이라는 용어가 라반트에 의하여 처음 독일 공법학에 도입되었을 때 그 개념은 매우 폭넓게 인정되었다. 예컨대 1871년 이후 비스마르크 헌법하의 독일제국시대와 1919년 이후의 바이마르공화국시대의 「헌법에 표현되지 않은 헌법상황의 중대한 변경」 또는 「헌법규범과 헌법현실 사이에 존재하는 불일치의 문제」 등과 같은 헌법상황은 모두 헌법변천으로 인정되었다.¹²⁾ 이처럼 헌법변천의 개념을 넓은 의미로 이해한 결과, 이에 대한 법적 성격¹³⁾ · 허용여부 · 인정범위 · 헌법변천의 한계 등의 문제는 논의되지 않은 채, 정치적 필요성 또는 국가생존이라는 요청에 따라 헌법변천은 얼마든지 허용되는 것으로 보았다.

일반적으로 헌법변천은 「정치적 · 경제적 · 사회적 여건의 변화,¹⁴⁾ 전쟁 및 비상사태¹⁵⁾

10) Hsü Dau-Lin, Die Verfassungswandlung, Berlin 1932, 18 f.

11) 보통법률에 의하여 헌법이 개정된 경우로는 이탈리아 헌법의 경우 제1조는 1848년 6월19일 법률에 의하여, 제8조는 형사소송법 제830조에 의하여 개정되었다. 구병삭, 신헌법원론, 1995, 20면 각주 3) 참조.

12) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 12면.

13) 오늘날 헌법변천의 법적 성격에는 습률설 · 승인설 · 관습법설 등으로 분류된다. 상세한 내용은 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 66-67면 참조.

14) Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, § 7 II, 1.

15) 전쟁 또는 긴급사태로 인하여 언론 · 출판 · 집회 · 결사의 자유 등과 같은 국민의 기본권이 국가위기를 극복하기 위하여 제한을 받는 경우가 있다. 제1차세계대전 당시 1917년의 미국방첩법

· 공황 등의 발생, 기술 · 제도의 진보¹⁶⁾ 등으로 인하여 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)이 헌법규범(Verfassungsnorm)의 궤도를 이미 이탈하였음에도 불구하고 헌법개정(Verfassungsänderung)이 곤란한 경우에 발생하는 현상¹⁷⁾이라고 할 수 있다. 헌법이 변경되려면 ① 상당한 기간 반복되는 일정한 헌법적 실례가 존재 할 것(물적 요건) ② 이러한 실례에 대한 국민적 승인의 존재(심리적 요건) 를 필요로 한다.¹⁸⁾

1.2. 좁은 意味(狹義)의 憲法變遷: 오늘날의 憲法變遷에 대한 理解

오늘날에 있어서는 헌법이 국가 공동체(res publica) 내에서 발생하는 복잡한 이해관계 및 대립관계를 형성하는 정치적 · 사회적 세력을 통제하고 규율하는 규범통제의 의미로 이해되고, 국가기관의 모든 행위에 대하여 합헌성 여부를 심사할 수 있는 헌법재판제도가 확립되어 있기 때문에, 과거와 같이 ‘헌법상황의 변경’이라는 이유로 인정되던 넓은 의미의 헌법변천은 더 이상 (헌법변천으로) 인정되지 않게 되었다. 즉 오늘날의 헌법변천의 개념은 첫째, 과거 헌법변천의 현상이라고 인정되는 ‘상황’(헌법상황: Verfassungszustand)들에 대하여 이를 법적으로 통제하고 규율할 수 있는 개념으로 축소되었고, 둘째 헌법변천이라고 설명되어지고 있는 상황들에 대하여 이들의 합법성 여부·헌법적 허용범위·법적 결과 등이 헌법재판제도를 통해서 심사될 수 있는 개념으로 축소되어야 한다고 보고 있다. 따라서 오늘날은 과거와 같은 넓은 의미의 헌법변천, 즉 「헌법상황의 변경」 또는 「헌법규범과 헌법현실의 불일치의 문제」¹⁹⁾ 등과 같은 것은 헌법변천으로 인정하지 않고 「헌법규범의 형식은 그대로 존재하나(헌법조문이 개정되지 않았음에도 불구하고) 헌법규범의 내용이 변경되는 것」이라는 좁은 의미로 이해되고 있다.²⁰⁾ 이와 같은 관점에서 오늘날의 (좁은 의미에서의) 헌법변

(Espionage Act)과 제2차대전후인 국내안전보장법(Internal Security Act) 등은 평상시에 보장되는 국민의 자유를 제한한 것이다. 김동욱, 헌법의 변천요인에 관한 연구, 건국대학교대학원 논문집(제17집, 1983), 149면.

16) 川添利幸, 憲法秩序の成立と保障, 現代法と國家, 岩波書店(1965), pp. 302-304; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 64면.

17) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 62면.

18) 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 64면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 228면.

19) Hsü, Dau-Lin, S. 3 ff.

20) M Kenntner, Grundgesetzswandel -Überlegungen zur Veränderung des Grundgesetzes und seines Buzugsrahmens, - DÖV 1997. S. 456 E-W Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag. 1993, S. 6; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. I. 2 Aufl. 1984, S. 160; K Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung. in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 128; 계획열 역. 헌법의 기초원리, 삼영사, 1988, 77면 참조.

친은 헌법의 조문이나 문구가 헌법에 규정된 개정절차에 따라 정식으로 변경되는 것이 아니라, 형식적으로는 당해 조항은 그대로 존속하지만, 실질적으로는 (사회 및 역사의 변천·발전에 따라) 그 의미·내용이 헌법제정 당시와는 다른 내용의 규범(불문헌법규범)으로 변화하는 것을 말한다고 정의 할 수 있다.

2. 憲法變遷과 隣接概念(憲法改正 · 憲法變動)과의 區別

2.1. 憲法改正과의 區別

헌법변천의 문제는 궁극적으로는 변화되어진 현실에 대한 헌법의 적응문제이며, 이 점에 있어서는 헌법개정(Verfassungsänderung)의 문제와 동일하다.²¹⁾ 그러나 헌법개정(Verfassungsänderung)은 「헌법이 정한 개정절차에 따라 전·후 헌법의 기본적 동일성을 유지한 채, 의식적으로 헌법의 조항을 수정·삭제 또는 증보(보충)하는 것」을 말한다.²²⁾ 따라서 헌법개정(전면개정·일부개정·증보)은 헌법의 조문이 헌법상 규정된 형식적 절차에 따라 변경된다는 점에서 헌법개정의 형식적 절차를 따르지 않고 묵시적·암묵적으로 헌법규범의 내용이 변경되는 헌법변천과 구별된다.²³⁾ 또한 헌법개정은 헌법조문의 변경(Textänderung)이라는 형태로 나타나지만 헌법변천은 헌법규범의 내용변경(Änderung des Inhalts von Verfassungsnormen)²⁴⁾²⁵⁾이라는 형태로 나타난다는 점에서도 양자는 구별된다.²⁶⁾ 그밖에 헌법변천의 한계는 헌법개정의 한계와 반드시 동일하지 않다는 점이며, 헌법변천이 끝나는 곳에 헌법개정이 시작된다고 할 수 있다.

2.2. 憲法變動과의 區別

헌법변동(헌법침해·헌법정지²⁷⁾·헌법교체·헌법파괴)²⁸⁾은 헌법을 의식적·명시

21) 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 216면.

22) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 99.

23) 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 202면; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, § 7 II, 1.

24) P. Badura, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VII, 1992, § 160, Rn. 13

25) 헌법변천의 문제는 넓게는 헌법규범의 의미변천(Bedeutungswandel)의 문제로 정의되어질 수 있으나(BVerfGE 2, 380(340)), 이러한 의미변천은 규범내용의 변천과 같은 개념으로 이해될 수는 없다. 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 221면.

26) B-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik von Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1982, S. 21 참조.

27) 다만 헌법변천의 원인 중 국가권력의 불행사(Nichtausübung)에 의한 헌법변천이 있는데 이는 헌

적인 방법으로 헌법내용을 형식적 · 실질적으로 변경시키는 것이지만 헌법변천은 헌법내용을 형식적으로 변경시키지 아니하고, 헌법의 실질적 내용을 암묵적으로 변경한다는 점에서 (협의의) 헌법변천과 헌법변동이 구별된다.²⁹⁾ 그러나 광의의 헌법변천과 헌법변동의 경우에 있어서 헌법의 변천을 헌법상황의 변경 또는 헌법규범과 헌법현실의 불일치의 문제로 넓게 파악할 경우 헌법변천과 헌법변동은 명확히 구별되지 않게 된다.³⁰⁾ 왜냐 하면 헌법변동도 모두 헌법의 규범과 현실이 일치하지 않는 상태 즉 헌법규범이 변경된 것으로 볼 수 있기 때문이다. 헌법의 변천을 「헌법의 조문은 형식상 변하지 않은 채 그대로 존속하며 조문변경을 일으킬 목적이나 의식 없이 발생된 사태에 의하여 (현실적으로) 이루어진 변경」으로 파악하는 엘리네크의 견해에 따르면 헌법변동 현상들은 헌법변천에 포함된다.

III. 憲法變遷의 存在 認定與否

1. 肯定說

1.1. 概觀

헌법변천의 개념을 긍정하는 입장은 헌법과 모순되는 국가적 행위가 반복하여 행하여져 헌법적 관습³¹⁾으로의 성격을 지님과 동시에, 이에 대한 국민의 긍정적 법적

법의 정지(Verfassungssuspension)라고도 할 수 있다는 견해가 있다(김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 14면 각주 3).

28) 헌법변동에 관한 상세한 내용은 H. Maurer, Staatsrecht I, 4. Aufl., München 2005, § 22, Rn. 7.

29) 엘리네크는 “법조문은 국가의 세력관계를 실제로 통제할 수 없다. 실제의 정치적 세력은 어떠한 법적 형식에도 구속되지 않고 독자적 법칙에 따라 행동한다.” 라고 하여 이러한 현상들의 합헌성 여부에 대한 사법적 심사 자체를 부정한다(G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906, S. 72). 또한 헌법변천을 「헌법규범과 헌법현실의 불일치의 문제」로 파악하는 쉬 다우-린의 견해에 따를 경우에도 헌법변동 등의 현상은 헌법변천에 포함된다. 이들도 결국 헌법규범과 헌법현실이 일치하지 않는 상황에 해당되기 때문이다. 실제로 쉬 다우-린은 헌법변천의 개념을 무한하게 확장하여 헌법규범에 일치하지 않는 모든 현상을 (혁명까지도) 헌법변천으로 설명하고 있다. 그 이유는 이러한 혁명도 대부분의 경우 법질서를 완전히 폐지하는 것은 아니기 때문이라고 한다(Hsü Dau-Lin, S. 3 ff).

30) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 60면.

31) 특히 미국헌법은 그 개정의 곤란성으로 인하여 정식 헌법개정절차를 거치지 않고 헌법판례와 헌법적 관습을 통하여 헌법을 변천시켰다. 김기범, 헌법변천, 고시계(1962.6), 44면.

확신이 명시적·묵시적으로 인정되는 경우 당해 헌법조항이 개폐되어 헌법변천의 효력이 발생한다는 학설이다.³²⁾ 이 견해는 실효성을 상실한 법규범은 그것은 이미 법규범으로서의 가치를 가질 수 없다는 것으로서, 라반트(P. Laband), 엘리네크(G. Jellinek),³³⁾ 핫셱(J. Hatschek), 일본의 川添利幸 등이 주장한다.³⁴⁾

1.2. 라반트(P. Laband)의 憲法變遷

라반트(P. Laband)는 헌법변천을 「국가의 진정한 헌법상황과 본래의 헌법이 추구했던 규범과는 커다란 차이가 발생할 수 있는데, 이러한 헌법상황의 변경(Umwandlung)이 실정헌법을 개정하지 않고 이루어지는 것」으로 정의하고,³⁵⁾ 이러한 헌법변천에서 문제되는 것은 바로 헌법상황과 실정헌법사이의 대립(Gegensatz zwischen dem Verfassungszustand und dem Verfassungsgesetz)이라고 한다.³⁶⁾ 그리고 이러한 헌법상황의 변경은 일정한 정치적 과제를 수행하기 위하여 새로운 제도를 신설하거나 헌법규정을 구체화하는 하위법률의 제정을 통해서도 발생될 수 있다고 한다.³⁷⁾ 라반트는 이러한 헌법변천의 예로서 당시 독일제국헌법에는 부합될 수 없지만 실제로 제국의 행정·사법·재정의 각 영역에서 행해진 상황 들을 들었다. 예컨대 1871년 독일제국헌법 제1조는 독일제국의 영토의 범위를 규정하고 있었는데 알사스 로렌지방을 비롯한 그 밖의 다른 보호국들과 같이 본래 동 조항에 규정되지 않았던 지역들이 독일제국에 편입되어 영토가 확장되는 현상이 나타나자, 이것이 당시 제국헌법 제1조의 문구와 일치하지 않는다고 하여 헌법변천에 해당된다고 하였고, 기타 1878년 대리법(Stellvertretungsgesetz)에 의한 장관의 법적 지위의 변경, 황제의 발안권(kaiserliche Initiative) 및 조세법상의 프랑켄슈타인조항(frankensteinische Klausel)등을 헌법변천의 예로 들고 있다.³⁸⁾³⁹⁾

32) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 16면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 229면.

33) 엘리네크의 사실의 규범적 효력에 따라서 성문헌법의 규정이 형식적으로는 존재하더라도 그것이 실효성을 잃어 행해지지 않고 이와 다른 실례가 행해져, 그것이 법으로써 통용하는 경우를 인정하지 않으면 안된다는 것이다.

34) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 16면; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 64면 이하

35) P. Laband, Die Wandlungen, S. 150.

36) P. Laband, Die Wandlungen, S. 3.

37) P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. 1(1907), S. 2.

38) P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. 1(1907), S. 2.

철저한 법실증주의자였던 라반트는 존재와 당위, 규범과 현실을 엄격히 구별하여 헌법학에서 모든 존재적인 요소들(역사적·정치적·철학적·윤리적 요소 등)을 제거하고 오직 규범만을 고찰의 대상으로 삼아야 한다고 믿었다. 따라서 「법규범과 법현실간의 긴장 상태」에서 나타나는 헌법변천의 현상은 규범이 아닌 현실의 문제이므로 헌법학자가 고찰할 필요가 없을 뿐만 아니라 고찰해서도 안되는 것으로 여겼다. 이러한 라반트의 방법론에 따르자면 성문헌법의 규정과 조금이라도 일치하지 않는 현실적 상황은 모두 헌법변천에 해당된다는 결론이 나온다. 결국 라반트는 헌법변천의 문제는 법학의 논의대상에서 제외되는 현실의 문제라고 하여 이에 대한 근거 및 한계 등의 문제점을 제시하지 않고, 성문헌법규정과 일치하지 않는 현실상황들을 모두 헌법변천의 개념 속에 포함시켰다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

1.3. 엘리네크(G. Jellinek)의 憲法變遷

1.3.1. 概觀

엘리네크(G. Jellinek)는 1906년에 발표한 헌법개정과 헌법변천(Verfassungsänderung und Verfassungswandlung)이란 논문에서 헌법변천을 각국의 사례를 예로 들어 설명하였다. 그는 헌법변천을 헌법개정과 구별하여 정의하고 있다. 즉 헌법변천이란 「헌법의 조문은 형식적으로는 변하지 않고 그대로 존속하지만, 헌법조문의 변경을 일으킬 일정한 의도(Absicht)나 의식(Bewußtsein) 없이 발생된 사태에 의하여 이루어진 변경」⁴²⁾이며, (의도나 의식없이 이루어 진다는 점에서) 의도적인 의사행위(Absichtliche Willensakte)를 통해 헌법조문(Verfassungstexte)을 변경」하는 헌법개정과 구별된다고 한다.⁴³⁾ 헌법변천에는 개별적인 헌법조문의 내용 자체가 변화되는 것과 헌법조문의 내용상의 변경은 일어나지 않지만 헌법규범의 사실적 효력을 배제하는 상황도 포함되며, 입법자가 일정한 헌법규정을 구체화하기 위하여 하위법률을 제정하는 과정에서 본래의 헌법조문의 의미가 변화될 수 있고, 또한 국가기관이 헌법상 위임받은 특정한 권한을 사실상 수행하지 않는 경우에도 헌법은 변천될 수 있다⁴⁴⁾고 하면서, 결과적으

39) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 12-13면.

40) Hsü Dau-Lin, S. 98.

41) 라반트의 이론에 대한 설명은 Walter Pauly(Hrsg.), Verfassungsänderung und Verfassungswandlung von G. Jellik, Goldbach 1996 참조.

42) 이와 비슷한 견해로는 Laband, Die Wandlungen, S. 2 f.

43) G. Jellinek, S. 3.

44) G. Jellinek, S. 9, 34 ff. 여기에서 개별적 헌법조문의 의미가 변화된다고 하는 것은 이른바 좁은 의미의 헌법변천과 유사하며, 특정한 국가기관이 헌법상 규정된 권한을 행사하지 않음으로써 나타난다고 하는 것은 이른바 넓은 의미의 헌법상황의 변경에 해당된다고 할 수 있다.

로 사실의 규범적 효력(완성된 사실: die normative Kraft des Faktischen; fait accompli)을 헌법 변천의 계기로 인정하고 있다. 왜냐 하면 모든 법은 궁극적으로 하나의 사실적 관행(eine faktische Übung)이외에 아무것도 아니기 때문이라고 한다.

1.3.2. 憲法變遷의 態樣

엘리네크는 헌법변천의 태양으로 다음과 같이 설명하고 있다.⁴⁵⁾ 첫째, 의회(Parlament) · 정부(Verwaltung) · 법원(Rechtsprechung)의 해석(Interpretation)등과 같이 국가기관의 헌법해석에 의하여 발생하는 경우가 있다고 한다(Wandlung der Verfassung durch deren Interpretation von Seiten der Parlamente, der Verwaltung, der Rechtsprechung). 이는 국가기관이 헌법조항의 규정내용을 해석 · 부연(敷衍)하거나 그 미비점을 보완함으로써 헌법을 변경시키는 것을 말한다.⁴⁶⁾ 의회의 해석은 입법의 형식을 취하고 정부의 해석은 행정의 법률적합성의 원칙(Verwaltungsgerichtsbarkeit)에 따른 명령이나 처분의 형식을 취하고 법원의 해석은 판결의 형식을 취한다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 헌법규범은 일반적으로 불명확(막연성)하고 탄력적 · 개방적이기 때문에 입법자가 구체적인 법률을 제정함으로써 헌법규범의 정확한 내용이 확정되는데, 이 과정에서 입법자는 마치 법원이 규범의 의미를 해석하듯이 자신이 제정하는 법률을 통해서 헌법규범의 의미를 해석하게 된다. 법원이 어떠한 법규범을 해석할 때, 법관 자신이 처해 있는 시대의 사회통념 등에 영향을 받는 것처럼, 입법자도 개개 법률을 제정할 때 그 법률의 제정근거가 되는 헌법을 당시의 변화하는 상황에 따라 해석하게 된다. 이러한 현상은 입법자뿐만 아니라 정부(Verwaltungsbehörde)가 법률을 집행할 때도 나타날 수 있다.⁴⁹⁾ 이러한 국가기관의 일정한 행위가 비록 한 시대에는 위헌으로 여겨지더라도 지속적으로 반복된다면 결국 헌법에 부합되는 것으로 여겨질 수 있는데 이것이 바로 헌법변천의 현상이라는 것이다.⁵⁰⁾

둘째, 정치적 필요성(politische Notwendigkeit)에 의한 헌법변천으로서 행정부와 입법부의 정치상의 관습 · 관례 또는 관행 등에 의하여(習律) 헌법규범의 실질적 내용이 시

45) G. Jellinek, S. 3 ff.; 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 13면 이하; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 66면.

46) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 60면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 228면; 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면.

47) G. Jellinek, S. 9 ff.

48) 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 316면.

49) G. Jellinek, S. 12-14.

50) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 69면.

대에 따라 변하는 것을 말한다(Die politische Notwendigkeit als Verfassungswandlung). 엘리네크는 헌법변천이 발생하는 궁극적인 원인은 무엇보다도 정치적 필요성 때문이라고 한다.⁵¹⁾ 국가기관의 활동이 모두 규범대로 행해지는 것은 아니며 오히려 그때 그때의 정치적 필요에 따라 규범과는 다른 국가작용을 행할 수 있는데, 이것이 지속됨으로서 결국 헌법변천으로 이어지게 된다는 것이다. 또한 역사적으로 볼 때 사실적인 것이 결국 법적 효력을 갖게 되며, 법의 세계에 있어서도 오로지 완성된 사실(fait accompli, vollendete Tatsache)만이 결정적인 것으로 남게 된다고 한다. 이러한 완성된 사실이야말로 헌법형성적 힘을 가지는 역사적 현실이며(Das fait accompli, die vollendete Tatsache, ist eine historische Erscheinung von verfassungsbildende Kraft, ...), 헌법변천은 그때그때의 정치적 필요에 따라 얼마든지 나타날 수 있는 사실의 문제이므로 정당성이론을 가지고 이에 반대할 수는 없다는 것이다.⁵²⁾ 따라서 헌법변천의 현상에 대해 엘리네크는 「법조문(Rechtssätze)은 국가의 세력상태를 실제로 통제할 수 없다. 실제의 정치적 세력은 어떠한 법형식에도 구속되지 않은 채 그들만의 독자적 법칙에 따라 활동한다. 따라서 의회는 헌법상 부여된 그들의 권능(Funktion)을 행사할 수 있다」.⁵³⁾ ...「성문헌법은 성문헌법 이외의 또는 성문헌법에 반하는 불문헌법이 생성·발전되는 것을 막을 수 없다」.⁵⁴⁾고 한다.

셋째, 헌법에 위반되는 관행(Praxis)이나 선례가 누적되어 헌법변천이 일어나는 경우가 있다(헌법상의 관행).⁵⁵⁾ 엘리네크는 헌법상의 관행을 통한 헌법변천이란 그때그때 변화하는 시대상황에 대처하기 위해 국가기관이 성문헌법에 규정되지 않은 일정한 행위를 수행하고 그러한 행위가 지속적으로 반복될 경우 하나의 관행으로 확립되게 되는데 이것을 헌법변천이라고 할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾ 이러한 헌법변천은 헌법이 특정한 영역에 대하여 비교적 확정적으로 규율하지 않음으로써 그때 그때 발생하는 정치상황에 탄력적으로 대처할 수 있도록 하기 위하여 설정한 소위 「유연한 헌법규범」에 주로 발생될 수 있는데, 성문헌법이 규율하지 못하고 있는 영역이나 헌법의 특정한 규정이 입법을 통해 아직 구체화되어 있지 않은 경우 이러한 「유연한 헌법규범」에 기초한 헌법변천은 성문헌법이 지니고 있는 많은 결함들을 보충해 줄 수 있다고

51) G. Jellinek, S. 21 ff.

52) G. Jellinek, S. 21.

53) G. Jellinek, S. 72

54) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre. 1900(3. Aufl., 1922), S. 536.

55) 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면.

56) G. Jellinek, S. 27 ff.

한다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

넷째, 국가권력의 불행사(Nichtausübung)에 의한 헌법변천이다(Wandlung der Verfassung durch Nichtausübung staatlicher Machtbefugnisse).⁵⁹⁾ 국가권력의 불행사를 통한 헌법변천이란 일정한 국가기관이 헌법상 부여받은 특정한 권한을 지속적으로 행사하지 않는 경우 나타나게 되는 헌법변천 현상이다.⁶⁰⁾ 헌법이 특정한 국가기관에 일정한 권한 행사를 규정하고 있지만 이를 부여받은 국가기관이 이러한 권한 행사를 지속적으로 수행하지 않을 경우, 이것이 ‘정치관습’⁶¹⁾으로 되어 본래의 헌법규정과는 다른 상황(헌법변천)이 나타나게 된다는 것이다.⁶²⁾ 이에 대한 예로 1871년 독일제국헌법상 장관의 책임, 불문헌법국가인 영국에서 국왕의 법률안거부권행사의 소멸(Vetorecht)⁶³⁾⁶⁴⁾

57) 유연한 헌법규범의 의의와 기능에 대한 상세한 내용은 G. Jellinek, S. 29, 34.

58) 헌법변천이 관행에 의하여 헌법에 적합하게 변천될 수도 있고 헌법에 부적합하게 변천될 수도 있다. 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 13면.

59) G. Jellinek, S. 34 ff.

60) G. Jellinek, S. 34 ff. 엘리네크가 설명한 이러한 헌법변천은 쉬 다우-린의 「헌법규정의 사문화를 통한 헌법변천」의 현상과 유사하다. 그러나 쉬 다우-린은 권한의 행사가 불가능(Unmöglichkeit der Ausübung)하여 발생한 헌법변천 이라고 함으로써 헌법변천의 발생원인을 좁게 인정하고 있으나, 엘리네크는 권한의 불행사를 통한 헌법변천(Verfassungswandlung durch Nichtausübung)이라고 하여 쉬 다우-린 보다 헌법변천을 폭넓게 인정하고 있다. 이러한 엘리네크의 견해에 대해 쉬 다우-린은, 「... 권한의 불행사를 헌법변천으로 인정하는 것은 타당하지 않다」고 비판한다(Hsü Dau-Lin, S. 25); 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면; 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원 (1997.12), 70면 각주 15) 참조.

61) 김기범, 헌법변천, 고시계(1962.6), 44면; 동, 헌법의 변천, 사법행정(1964.9), 4면; 동, 헌법의 변천, 고시계(1968.8), 31면, 34면. 정치관습에 의한 헌법변천은 실정법을 폐지하는 소위 로마법의 Desuetudo(성문법규에 반대되는 관습법)과 유사한 현상을 인정하는 것이 되지만, 여기에서의 정치관습은 실정헌법에는 위반하지만 어디까지나 관습이고 법이 아니다. 그러므로 정치관습에 의한 헌법변천은 엄밀한 의미에서는 헌법변천이 아니고 실정헌법의 실질적 불준수를 의미할 뿐이다.

62) 이를 헌법의 정지(Verfassungssuspension)라고도 할 수 있다는 견해가 있다. 헌법에는 지방자치의 규정을 명문화하고 있으나, 실제로는 관치행정을 하는 것은 국권의 불행사에 의한 헌법변천이라 할 수 있다(김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 14면 각주 3); 구병석, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 70면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 228면.

63) 영국왕은 법률상으로는 의회양원을 통과한 모든 법률안에 대하여 거부권을 행사할 수 있지만 영국왕의 법률안 거부권은 「안」여왕(Königin Anna)이 1707년 의회양원을 통과한 스코트랜드民兵案(schottische Miliz)을 거부한 것을 마지막으로 오늘날 까지 약 350여년간 한번도 사용된 적이 없었다. 이리하여 의회양원을 통과한 법률안은 왕이(거부권을 행사하지 않고) 반드시 공포한다는 정치적 관습이 발생되었다. 이 정치관습으로 인하여 영국왕의 법률안거부권은 폐지된 것과 같은 헌법변천이 일어나게 되었다. G. Jellinek, S. 34, 35; 김기범, 헌법변천, 고시계(1962.6), 43-44면; 동, 헌법의 변천, 고시계(1968.8), 31면.

64) 엘리네크는 이 경우 거부권(Vetorecht)이라는 용어 대신에 비준권(Sanktionsrecht)라는 용어를 사

및 장관책임(Ministerverantwortlichkeit)의 소멸,^{65/66)} 그리고 18세기 이후 실질적인 국가원수로서의 지위를 상실하고 명목뿐인 권한만을 보유한 상징적인 지위로 전락된 반면 내각은 그 지위가 점차 향상되어 내각지배의 원칙이 확립된 것도 이에 해당한다.^{67/68)} 그러나 영국은 성문헌법국가가 아니므로 참다운 의미의 헌법변천은 아니다.⁶⁹⁾

다섯째, 헌법의 흠결^{70/71)}을 보완(Verfassungslücke und ihre Ausfüllung)하는 과정에

용하는 것이 타당하다고 한다. G. Jellinek, S. 34 각주 1) 참조.

65) G. Jellinek, S. 34 f., 41 ff.

66) 윤명선 교수는 영국의 경우 의원내각제의 수상정부제적 운영, 군주의 재가권의 불행사 등 헌법 변천의 예를 볼 수 있으나, 성문헌법을 가지고 있지 않기 때문에 고유한 의미의 헌법변천의 유형에는 속하지 않는다고 한다. 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 62면 각주 6) 참조; 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 71면.

67) G. Jellinek, S. 34-35 f., 41 ff; 김기범, 헌법변천, 고시계(1962.6), 44면; 동 헌법의 변천, 고시계(1968.8), 31면; 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 316면; 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 71면.

68) 영국의 수상과 장관은 법적으로는 국왕의 從僕(His Majestys Civil Servant)이고 영국왕은 국무총리와 장관을 임의로 임명할 수 있으나, 명예혁명을 계기로 하여 수상과 장관을 영국의회가 신임하는 자를 임명한다는 관례가 발생하게 되었다. 또한 현대적 정당정치의 발전에 따라 하원의 과반수의 의석을 차지하는 정당의 당수를 수상으로 지명하고(G. Jellinek, S. 29), 국무총리가 제시하는 장관 명부에 의하여 장관을 임명하는 정치관습이 발생하였고, 이 정치관습으로 영국의 의원내각제가 발전하였다. 영국왕은 법적으로는 행정권을 보유하고 있지만, 행정의 실권은 수상과 장관을 중심으로 구성되는 내각에 있다. 김기범, 헌법의 변천, 고시계(1968.8), 31-32면 참조.

69) 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 316면.

70) 여기에는 ‘드러난 헌법흠결(offene Lücke)’과 ‘은폐된 헌법흠결(verborgene Lücke)’이 있다. 드러난 흠결(offene Lücke)은 헌법제정권자가 입법하여야 할 사항을 의식적으로 입법하지 않은 경우이다. 실질적 헌법사항인 경우에는 헌법의 제정·개정에 의해서 보충(예: 1789년 미합중국헌법이 권리장전을 규정하지 않았기 때문에 1791년의 수정 제1조 내지 제10조를 증보한 것)하며, 헌법자체가 일반법률에 의하여 그 흠결을 보충할 것을 규정한 경우에는 일반법률에 의하여 보충한다. 은폐된 흠결(verborgene Lücke)은 시간의 흐름에 따른 사정변경에 의해 어떤 문제에 관한 헌법규정이 흠결된 것으로 판명된 경우이다(갈봉근, 유신헌법론, 한국헌법학회출판부, 1976, 37면 참조). 드러난 흠결(명백한 흠결)의 예로는 서독헌법(Bonn 기본법)에 있어서 국방의 문제였는데, 1949년 헌법(기본법)제정회의는 국방에 관하여 헌법(기본법)에 규정하는 것은 불가능하다고 생각했으나, 서방세계의 방위에 독일의 참가가 필요하게되어 헌법의 흠결을 헌법개정 방식으로 해결하였다. 은폐된 흠결은 어떤 상태를 규범적으로 규제할 필요가 헌법제정 당시에는 존재하지 않았고, 또한 예견되지 않은 경우로서 예컨대 미국의 대통령의 3선을 금지조항없이 관례적으로 인정해오다 루즈벨트 대통령의 4선을 계기로 3선금지조항을 규정한 미국헌법의 수정 제22조이다(이명구, 헌법개정과 사회변천, 아세아(1969.6), 134면)

서 헌법변천이 발생한다.⁷²⁾ 헌법흡결의 보완을 위한 헌법변천이란 헌법규범과 현실과의 사이에 지나친 괴리가 존재할 경우, 이를 보완하기 위한 여러 가지 조치가 발생하게 되는데, 이러한 조치들이 반복해서 나타나는 경우, 이것이(이러한 새로운 상황: neue faktische Zustand) 관습법적(gewohnheitsrechtliche Anerkennung) 승인을 얻어 규범적 의미(normale Bedeutung)로 발전해 가게 되며, 이를 헌법변천의 현상이라고 할 수 있다.⁷³⁾ 엘리네크는 시대가 변화함에 따라 헌법규범과 현실사이에는 일정한 괴리가 발생하여 헌법흡결이 나타나게 되고, 이는 헌법개정을 통해 흡결을 보완할 수 있지만 헌법개정만이 유일한 해결책은 아니며, 그때그때 필요에 따라 행해지는 사실적 조치들, 특히 헌법변천을 통해서도 헌법흡결이 보완될 수 있다고 한다.⁷⁴⁾

1.3.3. 批判

엘리네크의 사실의 규범적 효력이론(die normative Kraft des Faktischen)⁷⁵⁾은 실정법적으로 해결될 수 없는 특정한 사실에 대하여 법률적 평가를 가능하게 하고, 일반적으로 법규범으로서 설명될 수 없고, 근거될 수 없는 행위들을 법규범으로서 설명하려고 시도했다는 점에서 그 의의를 찾아 볼 수 있다. 그러나 법의 내용적 정당성의 측면을 도외시함으로써 결국 모든 불법적 상황들을 정당화시키는 이론으로 악용되었다는 비판을 면할 수는 없다. 왜냐하면 법은 실효성 못지않게 타당성을 그 본질로 하고 있는바, 헌법적 정당성을 현저하게 결여한 현실을 실효성이 있다는 이유만으로 헌법(규범)으로 승인하는 것은 인용될 수 없기 때문이다.⁷⁶⁾ 그러므로 엘리네크와 같이 이른바 사실의 규범적 효력이 모든 법규의 근원이며 따라서 모든 당위적인 것의 원천은 사실적 존재의 세계에 놓여 있다고 한다면 이른바 존재와 당위의 대립은 있을 수 없으며 결국 법(Recht)과 불법(Unrecht)의 구별도 더 이상 가능하지 않게 된다.

1.4. 쉬 다우-린(Hsü Dau-Lin: 徐道隣)의 憲法變遷

71) G. Jellinek, S. 43 f.; ders., Allgemeine Staatslehre, S. 347 ff.

72) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 14면; 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 61면; 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면.

73) G. Jellinek, S. 43 ff.

74) G. Jellinek, S. 44 ff.

75) 우리 나라에서는 die normative Kraft des Faktischen을 「사실의 규범적 효력」이라고 번역하나 이는 사실성의 규범적 효력이 더 정확한 번역이다. 왜냐하면 사실은 Faktum을 의미하며 여기서는 형용사인 faktisch를 Faktischen으로 하여 명사화 한 것이기 때문이다.

76) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 69면.

1.4.1. 憲法變遷의 態樣

스멘트(Smend)의 제자요 중국의 헌법학자인 쉬 다우-린은 헌법의 변천을 가능한한 폭넓게 인정함으로써 헌법의 개정을 최소화하여야 한다고 주장한 대표적인 학자이다. 그의 독일 괴팅엔 대학 박사학위논문(Die Verfassungswandlung)에서 헌법변천의 태양을 규범과 현실의 불일치(Inkongruenz von Norm und Wirklichkeit)에 따라 다음과 같이 헌법변천이론을 전개하고 있다.⁷⁷⁾⁷⁸⁾ 첫째, 헌법에 규정되어있지 않은 영역에 국가행위가 행해진 경우에 발생하는 헌법변천이 있다. 이는 규범이 없는 현실(Wirklichkeit ohne Norm)로서 헌법규정이 없는 영역에 국가행위가 행해진 경우이다(필자주: 국가관행을 통한 헌법변천). 따라서 이 경우에는 형식적으로는 성문헌법과 모순을 초래하는 일은 없지만 헌법이 그러한 행위를 명문으로 규정(인정)하고 있지도 않다는 데에 그 특징이 있다.⁷⁹⁾ 예를 들면 미국의 연방대법원의 위헌법률심사권의 행사, 상임위원회 등의 권한행사가 이것이다. 둘째, 현실성을 결여한 헌법규범이 존재한 경우이다(필자주: 헌법규정의 사실상의 사문화를 통한 헌법변천). 현실성을 결여한 규범(Norm ohne Wirklichkeit)으로써 헌법이 특정한 기관에 권한을 부여하였으나, 부여한 권능의 행사가 불가능하게 되어 그 결과 당해 헌법 규정이 법적 현실성을 잃은 경우를 말한다. 예를 들면 프랑스 대통령에게 의회해산권이 규정되어 있었으나 실제로는 행사하지 않는(못하는) 경우를 들 수 있다. 셋째, 현실이 규범에 모순되는(Wirklichkeit widerspricht der Norm)경우이다. 이는 헌법규정에 명백히 충돌하는 헌법적 행위에 따라 변천이 행해지는 경우를 말한다. 예를 들면 바이마르 공화국(1919-1933)당시의 연방참사원의 상설기관화가 여기에 속한다. 넷째, 현실이 규범을 왜곡(Wirklichkeit biegt die Norm)하여 발생하는 헌법변천, 즉 현실이 규범의 의미를 變改(umdeuten)하는 의미의 헌법해석을 하거나 현실이 규범의 해석에 변화를 초래하게 하여(Wirklichkeit deutet die Norm um) 본래의 헌법규범의 의미와는 다르게 해석하도록 하는 것이다.⁸⁰⁾ 이러한 분류중에서 헌법이 정치상의 필요에 의하여 변천하거나 헌법이 정지되는 경우, 혹은 현실이 규범에 모순되거나 이를 왜곡시키는 것은 명백히 위헌적인 것이기는 하나 후진국에서 자주 시행되고 있는 것이다. 헌법전체나 또는 헌법의 근본조항에 대한 정지나 침해는 위헌적인 것으로써 혁명에 해당되는 것이다.⁸¹⁾

77) Hsü Dau-Lin, S. 20 f.

78) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 14면; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 66면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 229면.

79) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 37면.

80) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 37면.

1.4.2. 批判

쉬 다우-린은 스멘트의 헌법의 변화성이란 개념과 헌법의 특성을 토대로 하여 헌법변천에 관한 이론을 전개했다. 그러나 쉬 다우-린의 견해는 (그가 비판하고 있는) 법실증주의자들의 결론과 다를 바가 없다는 비판이 제기되고 있다. 왜냐하면 헌법변천을 무제한 인정함으로써 헌법개정의 필요성을 처음부터 배제해버리는 쉬 다우-린의 입장은 결국 법실증주의와 비슷한 결론에 봉착하게 되며, 그 이유는 사실상(이미) 관철된 현실(tatsächlich durchgesetzte Wirklichkeit)⁸²⁾이 궁극적으로 헌법의 내용을 뜻하게 되고, 이것은 결국 G. Jellinek의 완성된 사실(fait accompli)이론과 서로 상통하기 때문이다.⁸³⁾⁸⁴⁾ 그리고 쉬 다우-린이 주장하는 헌법변천의 근거인 국가생존의 필요 또는 정치적 필요성이라는 개념도, 이에 대한 구체적 · 객관적 기준을 제시할 수 없는 막연하고도 추상적인 개념이므로 권력자들의 자의에 의한 지배도구로 악용될 위험이 상존한다는 점이다.⁸⁵⁾

2. 否定說

2.1. 概觀

헌법과 모순되는 국가행위는(입법 · 명령 · 처분 · 판결 등) 아무리 그것이 반복하여 계속적으로 시행되더라도, 이는 ‘사실의 축적’⁸⁶⁾에 불과할 뿐 규범이 되는 것은 아니며, 따라서 기존의 헌법하에서는 헌법의 法源으로는 될 수 없으며, 헌법은 헌법

81) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 15면.

82) 과거 헌법변천을 넓게 파악하고 있는 견해들은 헌법변천이란 법률적으로는 더 이상 설명할 수 없는 현실의 문제 즉 「저항하기 어려운 중요한 세력들의 작용에 의한 결과」라고 파악하고, 헌법변천의 본질 또는 이에 대한 합법성·위법성의 문제는 결국 헌법변천의 현상으로 거론되는 사실이 성공하였느냐 아니면 실패하였느냐의 여부, 이른바 「사실적 관철의 문제」로 연결된다고 설명하기도 하였다.

83) 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1995, 80면; 동, 한국헌법론, 박영사, 2005, 58면.

84) K. Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, 1973, in: FS für Ulrich Scheuner, 1973, S. 133; 계희열 역, 헌법의 기초이론, 삼영사, 1988, 85면 참조.

85) 우리나라의 국가보위에관한특별조치법도 정치적 필요에 의하여 성립된 헌법변천이다. 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 13-14면; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 70면; 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 97면.

86) 이러한 의미에서 부정설은 사실설이라고도 불리운다. 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 63면; 신용강, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 229면.

개정의 방법에 의하지 않는 한 합법적으로 변경할 수 없다는 학설이다.⁸⁷⁾ 이 견해는 헌법의 변천이 가능한 것은 오로지 헌법의 유권해석의 경우 뿐이며, 헌법자체의 변천이라는 관념은 헌법의 최고법규성과 헌법에 대한 국가행위의 하위성·종속성을 전제로 하는 헌법의 변천은 인정될 수 없고, 경성헌법의 존재이유를 유명무실하게 한다는 견해이다.⁸⁸⁾

2.2. 헤벌레(Peter Häberle)

헤벌레는 헌법변천의 문제를 오로지 헌법해석의 문제로 이해하는 나머지 헌법변천이라는 개념조차 부정하며 헌법개정을 헌법의 시대적응적 필연성(Verfassungsänderung als zeitgerechte Konsequenz der Verfassung) 내지는 헌법정책적 명령(verfassungspolitisches Gebot)이라고 이해한다.⁸⁹⁾ 그는 헌법이 계속성을 유지할 수 있기 위해서는 과거와 미래가 헌법 속에 연결되어 있어야 하며 따라서 헌법의 이해는 시간의 변화 문제와 밀접한 관계를 지닌다고 한다(Zeit und Verfassung: 1974).⁹⁰⁾ 그리고 그는 현실의 변화에 따른 헌법의 시대적응력이 요구되는 경우 이는 헌법변천이 아닌, ‘헌법해석을 통해서도 해결할 수 있는 것’⁹¹⁾이라고 하면서 헌법변천이란 용어 자체를 배척하고자 한다.⁹²⁾ 그는 헌법변천이란 개념은 과거 헌법학에서 법실증주의가 지배하던 시대(19세기·20세기 바이마르공화국)에 개방적 헌법이해를 위한 필요성으로부터 나타난 개념이므로, 오늘날 이른바 (개방)된 헌법해석(offene Verfassungsinterpretation)을 통한 문제해결이 가능한 시점에서는 헌법변천이론은 단지 헌법학설사적 측면으로서만 의미가 있을 뿐이라고 하면서, 헌법변천의 문제는 헌법해석의 문제에 지나지 않는 것이고, 헌법변천이란 것 자체가 존재하지 않는다고 한다.⁹³⁾⁹⁴⁾ 헌법변천보다는 헌법개정

87) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 17면; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 67면.

88) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 17면; 구병삭, 헌법변천의 법리, 고시계(1976.3), 67면; 신용간, 헌법의 변천, 고시계(1984.7), 229면.

89) P. Häberle, Zeit und Verfassung, Prolegomena zu einem “zeit-gerechten” Verfassungsverständnis-, 1974, in: Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, S. 59 ff(82 f. und 88 ff.); 허영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 1995, 80면; 동, 한국헌법론, 박영사, 2005, 57면.

90) M. Kloepfer, Verfassung und Zeit, Der Staat 13(1974), S. 457 ff.; P. Häberle, Zeit und Verfassungskultur, in: ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992, S. 627 ff.; ders., Zeit und Verfassungsrecht - kulturwissenschaftlich bertachtet, Jura 2000, S. 1 ff.

91) 그는 특히 이를 위하여 모든 국민과 단체가 참여하여야 하고, 공적인 토론과정을 통하여 헌법적 동의를 산출하여야 한다고 한다. 권영호, 헌법해석의 변천, 단국대학교 법학논총 제18집(1992), 149면.

92) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 102면.

에 큰 비중을 두는 K. Hesse⁹⁵⁾와 헌법변천의 개념자체를 부정하는 P. Häberle의 입장은 헌법개정 한계를 인정하면서 ‘헌법의 자동성’을 유지하는 범위내에서의 헌법개정을 강조하고 있다.⁹⁶⁾

3. 小結

헌법의 변천은 헌법정신을 존중하는 변천과 헌법정신을 부정하는 변천으로 나눌 수 있다. 헌법규범은 흠결성·추상성을 내포하고 있기 때문에(이는 헌법정책적 차원에서 이루어 진다), 헌법정신에 따른 헌법해석⁹⁷⁾이나 흠결보충은 가능하다고 생각된다.⁹⁸⁾ 즉 「헌법존중적」 헌법변천은, 헌법개념의 막연성·흠결성(Verfassungslücke)등을 고려 할 때 인정된다고 보는 것이 타당하다. 그러나 헌법변천을 무조건적으로 인정하게 되면 정치적 필요에 따른 위헌행위를 합리화 해줄 구실을 만들어 주게되는 결과를 가져오게 되며,⁹⁹⁾ 따라서 헌법정신에 반하는 「헌법경시적」 헌법변천은 부정된

93) P. Häberle와 같이 헌법해석과 헌법변천을 객관적이고 도그마적인 측면에서 서로 상이한 것으로 보지않는 입장에서는 당연히 헌법해석과 헌법변천의 차이를 인정할 수 없게 된다. 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 229면.

94) 이에 대한 비판적 견해는 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 25면 이하 참조.

95) 헷세(K. Hesse)는 1973년 헌법변천의 한계(Grenzen der Verfassungswandlung) 라는 글에서 독일에서 전개된 헌법변천에 대한 논의들을 정리·비판하고 이에 대한 근거와 한계의 중요성을 강조하고 있다. 그는 「헌법의 변천은 헌법의 본질상 불가피하게 나타나는 현상이지만 이를 될 수 있는 한 억제하여야 하며, 오히려 헌법개정에 더욱 많은 비중을 둠으로써 헌법의 명확성과 규범적 효력을 강화하여야 한다」고 주장한다(Konrad Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Häberle/Hollerbach(Hrsg.), Konrad Hesse Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 28-44 참조).

96) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2005, 58면.

97) 헌법의 해석에 의한 변천은 일반적으로 인정되고 있다(김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 17면). v. der Heydte, Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Bd. 39. 1950/51.

98) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 17면; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, § 7 I, 3.

99) 헌법의 의미는 생활전체로서의 국가를 파악하는 것이지 엄격하고 타율적인 효력을 요구하는 법규를 고정시키는 것이 아니기 때문에 국가생존의 필요가 문제되는 곳에서 헌법은 얼마든지 변천될 수 있고 헌법변천은 헌법이 의도적으로 허용한 것이므로 헌법변천은 헌법파괴나 단순한 관습물이 아니라 하나의 법이라고 하여 헌법변천의 개념을 무한정으로 확대하는 견해는 헌법에 있어서의 현실과 규범의 관계를 지나치게 분리하거나 또는 합치된 것으로 파악하여 결국 규범을 강화시키는 것이 아니라 결국 현실 앞에서 규범이 굴복하는 상태를 통해 헌법변천의 한계를 제시하지 못함으로써 헌법변천이 정치적 투쟁수단 또는 다수의 소수에 대한 지배수단으로 악용될 위험성을 내포하고 있다는 비난을 면치 못하게 된다.

다.¹⁰⁰⁾¹⁰¹⁾ 이러한 점에서 특히 위헌적 헌법변천이나 헌법제거(Verfassungsbeseitigung) · 파괴(Verfassungsvernichtung) 등을 방지하기 위한 헌법수호제도가 요망된다고 하겠다.

오늘날 (협의의) 헌법변천이 대부분 헌법해석을 통해 나타난다는 점에 대해서는 대체로 의견이 일치한다.¹⁰²⁾ 헌법변천이란 결국 헌법규범의 내용이 변경되었느냐의 문제이며 이는 결국 헌법해석의 문제와 직결되기 때문이다. 특히 오늘날과 같이 헌법재판제도가 활성화되어 있고 이를 담당하는 헌법재판소가 존재하는 경우 헌법변천은 대부분 헌법재판소의 판례를 통하여 구체적으로 나타나게 된다.¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾ 이는 미국의 경우에도 마찬가지이며, 미국은 법원의 헌법판례를 통하여¹⁰⁵⁾ 헌법변천이 가장 활발

100) 권영성교수는 「헌법이 개정조항을 두고 있기 때문에 헌법의 개정이 필요하면 개정절차에 따라 개정하면 될 것이므로 헌법변천의 규범성을 인정할 이유가 없다. 또 헌법변천을 긍정하게 되면 위헌행위를 합리화할 구실을 마련해 줄 위험이 있기 때문에 부정론도 일리가 없는 것은 아니다. 그러나 헌법변천은 이것을 일률적으로 긍정 또는 부정할 문제가 아니라, 그 동기와 내용이 헌법의 기본이념이나 역사적 발전법칙과 방향을 같이 하는 것인가 아닌가에 따라 평가되어야 할 것이다. 헌법의 기본이념에 충실한 해석이나 흠결보완의 의미를 가지는 헌법의 변천은 긍정적으로 평가하여야 할 것이지만, 공권력의 불행사 또는 정치적 필요에 의한 헌법의 침해는 부정되어야 할 것」이라고 한다(권영성, 헌법학원론, 법문사, 2005, 64면).

101) 비켄퍼르데는 외관상으로는 헌법변천으로 보이지만 사실상 헌법변천과 구별되는 ‘유사적 헌법변천’도 부정되어야 한다고 강조한다. E.-W. Böckenforde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, 1993, in: FS für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, S. 3 ff; 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 204면.

102) G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, - Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in schwierigen Zeiten -, AöR, 120(1995), S. 68; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, § 7 II, 1 ff.

103) G. F. Schuppert, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, - Überlegungen zur Steuerungsfunktion von Verfassungsrecht in normalen wie in schwierigen Zeiten -, AöR, 120(1995), S. 68; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., München 2005, § 7 II, 1 ff.

104) 협의의 헌법변천은 대부분 헌법재판소의 판례를 통해 나타난다. 따라서 헌법재판소의 판례를 통한 헌법규범의 내용변화는 헌법변천의 가장 중요한 유형에 속한다. 특히 헌법의 기본권규정과 같이 그 내용이 불확정적이고 개괄적인 이른바 개방적 헌법규범(offene Verfassungsnorm)인 경우에는 헌법재판소의 판례를 통한 헌법변천의 가능성이 더욱 높아진다. 헌법재판소의 결정을 통한 기본권규정의 변천은 독일연방헌법재판소 판례의 전체적인 흐름 속에서 나타날 수도 있지만 개별 기본권 조항에 대한 연방헌법재판소의 판례에 의해서도 나타날 수 있다. ① 기본법 제12조 제1항에 근거한 대학입학권(BVerfGE 33, 303, 332 ff); ② 원자력발전소 설립허가(BVerfGE 53, 30, 65 ff.) ③ 사회보험법상의 지위를 재산권보장 규정을 통해 보호의 대상으로 확립한 판례(BVerfGE, 53, 157(290 ff)), ④ 일반적 인격권을 보장한 판례(BVerfGE, 54, 148(153 ff)) ⑤ 정보보호에 관한 판례(BVerfGE, 65, 1(41ff)), ⑥ 방송의 자유에 관한 판례(BVerfGE, 73, 118(154); 74, 297(350)) ⑦ 실질적 남녀평등권(BVerfGE 92, 91, 109 ff.)등이 있다. 기타 상세한 내용은 H. Maurer, Staatsrecht I, 4. Aufl., München 2005, § 22, Rn. 74.

하게 이루어 졌다.¹⁰⁶⁾ 이러한 점에서 헌법의 해석(Verfassungsinterpretation)은 헌법변천의 수단이 되는 것이며,¹⁰⁷⁾ 또 헌법해석에 의하여 변천이 결정된다.¹⁰⁸⁾ 이러한 양자의 밀접한 연관 속에서 헌법해석과 헌법변천은 역동적 진행과정속에 놓여있는 현실과 정적으로 고정된 헌법조문(Verfassungstext)를 서로 조정시키는 상관관계(교환관계: Wechselbeziehung)를 가진다.¹⁰⁹⁾ 그러나 헌법의 해석도 일정한 원리·원칙하에서 이루어져야 하는 것이며, 이에 위배되는 해석을 통하여 헌법변천을 인정하는 위헌이라 할 수 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 점에서 헌법재판소는 v. d. Heydte의 말과 같이 「헌법해석기관이며 변천의 방향지시자(Richtungsweiser)이며, 감시자(Wächter)이며, 경고자(Warner)」로서의 역할이 기대되는 것이다.

IV. 넓은 意味(廣義)의 憲法變遷의 例

1. 概觀

헌법변천을 헌법상황의 변경 또는 헌법규범과 헌법현실의 불일치의 문제로 넓게

105) 판례의 法源性을 인정하는 영미법계에서 이 유형의 변천은 특히 중요시 된다. 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 61면; 정재훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 316면.

106) 헌법해석을 통한 (광의의) 헌법변천은 특히 미국의 헌법관행에서 출발한 것으로 대법원이 법률의 위헌여부를 심사할 수 있도록 한 1803년 「마버리 對 매디슨」(Mabury v. Madison) 사건에 관한 마셜(J. Marshall) 대법원장의 판결이 전형적인 예로 설명되기도 한다. F. A. Freiherr, Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation. ARSP, Bd. 39 (1950/51), S. 473; M. Kenntner, Grundgesetzwandel - Überlegungen zur Veränderung des Grundgesetzes und seines Bezugsrahmen - DÖV 1997, S. 456; 김기범, 헌법의 변천, 사법행정(1964.9), 4면 이하.

107) 헌법해석을 통한 헌법변천은 1818년 바덴州 大公의 폐지권(Abolitionsrecht des Großherzog von Baden), 1848년 프로이센헌법 제4조의 평등조항, 법원의 명령심사권을 규정한 1867년 오스트리아 헌법 제102조 등이 있다(G. Jellinek, S. 14 ff ; Hsü Dau-Lin, S. 35 ff.).

108) 김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 17면; 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 61면.

109) 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 232면.

110) 따라서 국가기관이 헌법해석을 그르쳐 위헌적 행위를 하는 것은 위헌인 것이며, 이것을 헌법변천이라 할 수는 없다(김철수, 헌법의 변천, 고시연구(1975.3), 18면). 헌법변천과 밀접한 관련성을 지니고 있음에도 불구하고 헌법변천과 구별되는 것은 헌법적인 법형성(verfassungsrechtliche Rechtsfortbildung)이 있다. 왜냐하면 법형성으로서의 헌법형성은 헌법재판소의 헌법해석을 통해서 이루어지기 때문이다. 헌법적인 법형성은 헌법의 보충, 계속적 발전 그리고 헌법의 해석과 실제적인 적용을 통해서 이루어진다. 박진완, 헌법해석과 헌법변천, 헌법학연구(2002.8), 제8권 제2호, 228면 참조.

파악할 경우 헌법변천의 현상은 매우 광범위하고 다양한 형태로 나타난다. 가령 의회 · 정부 · 법원 등의 국가기관이 헌법규범을 본래의 의미와 다르게 해석하거나 적용할 경우, 현실의 변화에 따라 일정한 국가관행이나 선례가 반복되는 경우, 어떠한 국가기관이 헌법으로부터 위임받지 아니한 사항에 관하여 동일한 권한 행사를 반복하거나 혹은 헌법상 위임된 일정한 권한을 계속해서 행사하지 않는 경우 헌법상황의 변경 또는 헌법규범과 다른 헌법현실이 나타나게 된다.¹¹¹⁾ 이하 라반트 · 엘리네크 및 쉬 다우-린의 견해를 토대로 하여 그 유형 및 구체적 사례를 국가별로 살펴보고자 한다.

2. 類型

2.1. 國家慣行을 통한 憲法變遷

국가관행을 통한 헌법변천(Verfassungswandlung durch die Staatspraxis)이란 성문헌법에는 규정되어 있지 않은 국가기관의 행위, 그러나 헌법규범에 직접적으로 위반되거나 모순되지 않는 국가기관의 행위가 되풀이되어 결국 국가적 관행으로 확립될 경우 나타나는 헌법변천의 현상이다(헌법규정이 없는 영역에 국가기관의 행위가 행해진 경우).¹¹²⁾ 이는 쉬 다우-린이 지적한 바와 같이 「규범이 없는 현실상태」가 일정기간 지속될 경우 나타날 수 있는 헌법변천의 유형이다. 일정한 국가기관의 행위가 현실적 필요에 의해서 (국가관행으로서) 지속되고 있지만 그러한 행위의 근거가 되는 어떠한 헌법규범도 존재하지 않는 경우, 헌법흠결(Verfassungslücke)이 발생하게 된다.¹¹³⁾ 이러한 경우 국가관행이라는 헌법변천의 현상으로 헌법흠결이 보완된다.¹¹⁴⁾

111) G. Jellinek, S. 8 ff; Hsü Dau-Lin, S. 21 ff.

112) Hsü Dau-Lin, S. 21.

113) 엘리네크는 국가관행을 통한 헌법변천의 현상을 「헌법의 흠결을 보완하는 헌법변천」으로 표현한다. G. Jellinek, S. 43 ff.

114) 이에 대한 사례로는 첫째, 1871년의 독일제국헌법 제13조는 연방참사원(Bundesrat)은 매년 소집하기로 규정하였으나 시대가 경과함에 따라 업무량이 많아져 거의 상설화 되었으며, 둘째, 1871년 독일제국헌법상의 황제의 발안권을 들 수 있다(P. Laband, Die Wandlungen, S. 20; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1900(3. Aufl, 1922), S. 537; Hsü Dau-Lin, S. 22.). 1871년 독일제국헌법 제6조에 의하면 연방참사원(Bundesrat)은 각 지방의 대표자들로 구성되고 그 대표자들만이 연방참사원에서 발안을 할 수 있었다. 따라서 연방참사원의 구성원이 아닌 수상(Reichskanzler)은 연방참사원에서 발안권을 행사할 수 없었다. 그러나 당시 독일제국의 황제는 연방참사원의 구성원은 아니었지만, 프로이센(Preußen)의 왕의 자격으로 연방참사원의 구성원이 될 수 있었기 때문에, 프로이센의 수상은 자신이 아닌 ‘황제의 이름으로’ 연방참사원에 제안 및 발의를 해왔다. 당시 연방참사

2.2. 憲法規定의 事實上의 死文化를 통한 憲法變遷

헌법규정의 사문화를 통한 헌법변천(Verfassungswandlung durch das Obsolut-Werden von Rechtssätzen)이란 헌법이 어떤 국가기관에 대하여 권한을 부여하고 있지만, 권한의 실질적 행사(Ausübung des Rechts)가 사실상 불가능하여 계속해서 행사되지 않음으로서 결국은 헌법규정이 사문화되어 나타나게 되는 형태의 헌법변천을 말한다(헌실성을 결여한 헌법규범이 존재한 경우).¹¹⁵⁾ 이는 「헌법규범은 존재하나 이에 대한 헌법현실이 존재하지 않는 경우」 나타나는 헌법변천이다.¹¹⁶⁾ 이에 관한 예로는 첫째, 1875년 프랑스헌법상 대통령의 의회해산권,¹¹⁷⁾ 둘째, 1871년 독일제국헌법상 제국장

원에서 행해졌던 발안들 중에는 ‘황제의 이름으로’ 수상이 행한 발안들이 압도적으로 많았다(P. Laband, Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. I (1907), S. 16). 셋째, 독일제국시대에 행해졌던 전권대표 대리제도(Institut der Stellvertreter der Bevollmächtigten)이다(Hsü Dau-Lin, S. 22 f). 1871년 독일제국헌법 제6조 제2문에 의하면 연방의 구성국은 의결권을 가지고 있는 수만큼의 전권대표(Bevollmächtigte)를 연방참사원에 파견할 수 있었는데, 그 숫자는 58명 이하(동법 제6조 제1문 이하)였다. 그러나 연방의 구성국들은 소위 ‘전권대표 대리제도’를 만들어 전권대표를 대리하는 대리인을 임명하고 이들로 하여금 헌법상 전권대표에 부여되는 것과 동일한 권한을 행사하도록 하였고, 또한 동헌법 제8조가 규정하고 있는 각종 위원회에서도 활동하도록 하였다(Hsü Dau-Lin, S. 23). 넷째, 독일제국시대에 행해졌던 수상의 대리인(Stellvertreter des Reichskanzlers) 제도를 들 수 있다(P. Laband, Die Wandlungen, S. 17; ders., Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung, JöR, Bd. 1 (1907), S. 30; G. Jellinek, S. 26; Hsü Dau-Lin, S. 24). 1871년 독일제국헌법 제15조 및 제17조의 규정에 의하면 황제에 의하여 임명되는 제국수상은 연방참사원의 의장임과 동시에 제국장관(Reichsminister)이었다. 그러나 1878년 3월 17일 대리인법(Stellvertretungsgesetz)에 의해 제국수상을 대리하는 제도가 도입되자 대리인은 (수상을 대체하고) 모든 행정업무를 직접적으로 담당함으로써 헌법변천이 이루어지게 되었다(P. Laband, Die Wandlungen, S. 17; G. Jellinek, S. 27; Hsü Dau-Lin, S. 24). 다섯째, 미국의 상임위원회 제도는 헌법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 일정한 국가관행이 계속적으로 시행됨으로써 나타난 헌법변천이다(Hsü Dau-Lin, S. 24). 미국은 대통령제를 채택하여 엄격한 삼권분립의 원칙이 적용되므로 정부의 각료가 의회에 참석하거나 의원이 각료회의에 출석하는 등의 공식적 교류는 인정되지 않는다. 그러나 실제로는 의회 내에 정부의 각 부서에 상응하는 상임위원회가 설치되어 상임위원회의 위원장과 정무장관이 교섭을 하였고, 정부측도 상임위원회를 통해 의회의 입법과정에 영향을 미치게 되었다.

115) G. Jellinek, S. 26; Hsü Dau-Lin, S. 25.

116) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 42면.

117) 1875년 프랑스헌법 제5조는 「대통령은 언제라도 상원의 동의를 얻어 의회를 해산할 수 있다」라고 하여 대통령에게 의회해산권을 부여하고 있었다. 이는 의회절대주의(Parlamentsabsolutismus)를 대통령으로 하여금 견제할 수 있도록 하기 위한 규정이었으나 정치적 기반이 약했던 대통령이 의회를 해산하는 것은 실제로 불가능하였다. 1877년 Marschall MacMachon 대통령이 의회를 해산하려는 시도가 단 한차례 있었으나 실패하여 대통령 자신이 사퇴하고 말았다(그 후 1920년부터

관의 책임(Ministerversantwortlichkeit)과¹¹⁸⁾ 셋째, 북한과의 교류와 관련한, 현행 우리나라 헌법상 통일조항·영토조항 등을 들 수 있다(양건 교수).¹¹⁹⁾

2.3. 憲法規範에 反하는 下位法律의 制定 · 改正(事實上的 憲法改正)을 통해 나타나는 憲法變遷

헌법규범에 반하는 하위법률의 제정·개정(Verfassungswandlung durch die materielle Verfassungsänderung)을 통해서도 헌법변천이 발생할 수 있다. 이는 헌법에 위반되는 관행 등으로 인해 현실이 규범에 반하는 상태가 초래할 수 있는 것으로서 실질적으로는 헌법을 개정한 것과 같다.¹²⁰⁾ 실질적 헌법개정이란 헌법규범에 명백히 반하거나 모순되는 내용의 법률 또는 명령 등이 제정·개정됨으로써,¹²¹⁾ - 헌법조항을 개정함

1924년까지 재직했던 Millerand 대통령도 의회해산권을 통하여 대통령의 지위를 보다 강화하려 했으나 1924년 의회의 반발로 실패하고 말았다. Hsü Dau-Lin, S. 26 f.). 결국 1875년 프랑스헌법 제5조의 규정은 현실적인 정치상황과는 일치하지 않는 사문화된 조항이 되었고, 이로 인하여 헌법변천이 나타나게 되었다. 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 43면 참조.

118) 동헌법 제17조 제2문은 「황제의 명령과 처분은 제국의 이름으로 공포되며, 그 효력을 위해서는 장관의 부서를 필요로 하고, 장관은 이에 대해 책임을 진다」라고 규정하고 있었다. 그러나 헌법상의 장관의 책임이 하위입법에 규정되지 않았기 때문에 장관의 책임은 헌법상의 책임이 아니며, 헌법상의 장관의 책임 역시 과거 장관탄핵이나 국사재판소의 경험에서 나타난 바와 같이 하나의 선언적 규정에 지나지 않는 것이라고 보았다(Hsü Dau-Lin, S. 28). 결국 1871년의 독일제국헌법상 장관의 책임에 관한 헌법규정은 현실상황과 더 이상 부합하지 않는 헌법변천의 현상으로 나타나게 된 것이다.

119) 현행헌법은 제3조에서 「대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다」라고 하여 대한민국의 영토를 한반도와 그 부속도서로 규정하고 있다. 1972년 제7차 개정헌법에서 현행헌법에 이르기까지 우리 헌법에는 「전문, 제4조, 제66조 제3항, 제69조, 제72조, 제92조」 등의 통일관련조항이 추가되었으며, 1991년에는 남북한이 동시 유엔에 가입하고 「남북사이의 화해불가침 및 교류협력에 관한 합의서」를 교환함으로써 북한을 사실상 인정하는 현실이 나타나게 되었다. 이러한 현행 헌법 제3조와 제4조의 해석문제를 둘러싸고 이를 헌법변천의 현상이라고 설명하는 견해가 있다. 즉 통일문제에 대한 우리헌법의 규정과 현실정책사이의 괴리는 헌법규범과 헌법현실간에 모순이 생기고 헌법현실이 헌법규범을 이탈하는 현상, 즉 명시적인 헌법개정의 절차에 의하지 않고 헌법규범을 달리 적용함으로써 헌법에 실질적인 변화를 가져오는 헌법변천의 현상에 해당하는 것이라고 하는 것이다(양건, 헌법연구, 법문사, 1995, 752면). 이러한 견해는 쉬 다우-린(Hsü, Dau-Lin)이 언급한 바와 같이 「헌법규범에 어긋나는 헌법현실의 문제」로 이해한 결과라고 할 수 있다.

120) 홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 44면.

121) 헌법에 열거된 기본권은 하위입법에 의하여 형성되고, 구체화됨으로서 명확히 보장되는 것이므로 기본권 규정은 그 하위입법의 실현여부와 그 입법의 내용여하에 따라 그 헌법상의 규정에 적

이 없이 - 헌법규정을 사문화 시키거나 그 의미내용을 제한 · 변경시키는 효과를 가져와 결과적으로는 헌법이 개정된 것과 같은 결과가 되는 것을 말한다.¹²²⁾¹²³⁾ 이에 관한 구체적 사례로는 첫째, 1919년의 바이마르공화국 헌법 제89조와 1924년의 연방철도법률,¹²⁴⁾ 둘째, 바이마르 공화국헌법 제123조(집회의 자유)와 의회와연방의회이사당의평화구역에관한법률,¹²⁵⁾ 셋째, 바이마르 공화국헌법 제49조(대통령의 사면권)와 1921년의 국사재판소법 제13조,¹²⁶⁾ 넷째, 1871년 독일제국헌법 제38조, 제70조와 조

함하게 구현되느냐 사문화 하느냐 하는 것이 결정된다. 유진오, 헌법의 기초이론, 89면; 김동욱, 헌법의 변천요인에 관한 연구, 건국대학교대학원 논문집(제17집, 1983), 157면.

122) Hsü Dau-Lin, S. 29; 김동욱, 헌법의 변천요인에 관한 연구, 건국대학교대학원 논문집(제17집, 1983), 157면.

123) 그러나 현행 독일기본법 제79조 제1항 제1문의 규정에 의하면, 헌법조문이 변경되지 않고 단지 헌법이 개정된 것과 유사한 효과가 나타날 뿐인 이러한 현상을 헌법개정의 일종으로 보는 실질적 헌법개정이라는 표현은 부당하다는 비판이 있다. 왜냐하면 동법 제79조 제1항 1문에서는 「기본법은 오직 그 원문을 명확하게 변경 또는 보정하는 법률에 의해서만 변경할 수 있다(Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt)」고 규정하고 있기 때문이다. K. Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 1973, S. 128 Anm. 22; 계획열 역, 헌법의 기초이론, 삼영사, 1988, 77-78면.

124) 1919년의 독일 바이마르공화국 헌법 제89조(철도의 국가관리) 제1항은 「일반교통수단의 하나인 철도는 국가의 소유로 하며 정부는 단일 교통관청을 통해 이를 관리한다」. 그리고 동헌법 89조 이하 제95조에서는 철도관리에 필요한 정부의 여러 권한을 규정하여(홍일선, 헌법의 변천, 고려대학교 대학원(1997.12), 45면 각주 26) 참조), 당시 철도에 관한 경영 및 소유는 모두 정부가 장악하고 있었다. 그러나 1924년 8월 30일 제정된 「연방철도법률(Reichsbahngesetz)」은 국가철도회사를 설립하도록 하여 이곳에서 철도사업의 운영을 담당하게 하였다(Hsü Dau-Lin, S. 30. 참조). 이로 인하여 철도사업은 정부나 국가의 독점으로부터 벗어나 사영화된 것과 같이 되었다.

125) 1919년 바이마르 공화국 헌법 제123조 제1항은 「모든 독일국민은 신고를 요하지 아니하고 또한 특별한 허가를 받지 아니하고 평온히 또 무기를 사용하지 아니하고 집회를 개최할 권리를 가진다」고 규정하고, 동조 제2항은 「옥외집회에 대하여는 독일국 법률에 의하여 신고의 의무를 지을 수 있다. 공공의 안녕에 대하여 직접적 위해가 있는 경우에는 이를 금지할 수 있다」라고 하여 집회의 자유를 보장하였지만, 공공의 안녕에 위해가 되는 옥외집회에 대한 제한규정은 전혀 없었다. 그러나 1920년 5월 8일 제정된 「의회와연방의회이사당의평화구역에대한법률」은 「옥외집회의 경우 연방의회와 주의회 의사당의 일정한 구역내에서는 개최할 수 없다」라고 하여 헌법상 보장된 집회의 자유에 법률로서 일정한 장소적 제한을 두었다. 따라서 장소에 관한 일정한 제한을 두지 않은 채 집회의 자유를 보장하고 있던 바이마르헌법 제123조의 규정은 일정한 구역의 옥외집회의 금지를 규정하고 있는 위 법률의 제정으로 인해, 소위 헌법규범에 반하는 하위 법률의 제정 · 개정을 통해서 헌법변천이 나타나게 되었다(Hsü Dau-Lin, S. 30 f.).

126) 바이마르 공화국 헌법 제49조 제1항은 「대통령은 독일국을 위하여 사면권을 행사한다」고 규정하고, 동조 제2항은 「독일국의 大赦에는 독일국 법률을 요한다」고 규정하고 있었다. 동헌법에는 대통령의 사면권의 행사를 제한하는 규정이 없었음에도 불구하고 1921년 제정된 국사재판소법 제

세법상의 프랑켄슈타인(Frankensteinsche Klausel)조항,¹²⁷⁾ 다섯째, 1919년 바이마르 공화국헌법 제64조와 연방참사원의사규칙,¹²⁸⁾ 여섯째, 1919년 바이마르 공화국헌법 제33조와 1922년 의회의사규칙,¹²⁹⁾ 일곱째, 한국의 경우¹³⁰⁾ 등이 있다.

13조는 「대통령이 국사재판소에서 유죄판결이 인정된 자의 사면을 하기 위해서는 의회의 동의를 얻어야 한다」라고 규정하여 대통령의 사면권을 사실상 제한하였다. 따라서 바이마르 헌법 제49조의 대통령 사면권은 이를 제한하는 위 법률의 제정을 통해 사실상 개정된 것과 같은 결과(실질적 헌법개정을 통한 헌법변천의 현상)가 되었다(Hsü Dau-Lin, S. 31).

127) 1871년 독일제국헌법 제38조 및 제70조는 「독일제국의 관세와 그 밖의 특정한 조세수입(煙草稅, 酒稅)은 … 국고로 유입되어야 하며, 이러한 조세수입이 정부예산에 초과될 경우에는 차년도 예산을 위해 국고에서 관리되고 만약 미달될 경우에는 각각의 연방구성국들이 주민수에 비례하여 일정액을 분담한다」라고 규정하여, 지방이 분담금을 부담하는 것은 조세수입 등이 정부의 예산에 미달될 경우에만 부담을 지는 한시적인 것이었다. 그러나 당시의 세법은 「평상시에도 연방구성국은 분담금을 납부하여야 한다」… 「관세와 연초세, 주세 등의 특정한 조세수입은 일정액을 공제한 후 개별 연방구성국에 반환된다」(프랑켄슈타인조항: Frankensteinsche Klausel)고 하여 한시적인 것이 아니라 상설적인 것이 되었다(이러한 상황은 1904년 5월 14일의 헌법개정법률을 통해 해결되었다). 이는 하위 법률의 제정·개정을 통해서 나타난 헌법변천, 이른바 실질적 헌법개정에 의한 헌법변천의 현상으로 나타나게 된 것이다(P. Laband, Die Wandlungen, S. 44; Hsü Dau-Lin, S. 32).

128) 바이마르헌법 제24조 제1항에서 「독일국의회는 매년 11월 제1수요일에 독일정부 소재지에서 개최한다. 독일국 대통령 또는 국회의원 3분의 1 이상의 요구가 있을 경우에는 국회의장은 의회를 소집하여야 한다」고 하여 의회가 자율적으로 의사를 개최할 수 있도록 하였다. 이에 반하여 연방참사원은 헌법 제64조에서 「정부는 참사원의 구성원의 3분의 1의 요구가 있을 때에는 참사원을 소집하여야 한다」라고 규정함으로써 연방참사원의 개최는 정부의 소집에 의하여만 개최가 가능하도록 하였다. 그러나 1919년 11월 20일의 연방참사원의사규칙 제2조는 「참사원은 상시적으로 소집된다. 그 회의를 일시 중단하기 위해서는 정부의 동의가 필요하다」라고 규정함으로써 참사원을 소집할 수 있는 정부의 헌법상의 권리는 참사원이 회의를 중단할 경우 이를 동의해 주는 것으로 변질되게 되었다. 이와 같이 당시의 헌법 제64조의 규정과 일치하지 않는 참사원의사규칙으로 인해 실질적 헌법개정에 의한 헌법변천의 현상이 나타났다(Hsü Dau-Lin, S. 33 f.). 그리고 과거 독일 제국시대 행해졌던 「연방참사원의 상설화」도 이와 유사한 헌법변천의 예로 설명되고 있다. 즉 1871년 독일제국헌법 제12조는 연방참사원(Bundesrat)은 정기적으로 매년 한 번 소집되며(동헌법 제13조), 예외적으로 그 구성원의 3분의 1의 요구가 있을 경우(동헌법 제14조)에 소집된다고 함으로써 연방참사원은 상설기관이 아님을 명백히 하였다. 그러나 현실적으로는 헌법규정과 달리 증대하는 사무로 인해 1883년 8월 21(Reichsgesetzblatt S. 285)일 이래 폐회된 적이 없었다. 따라서 연방참사원은 당시 헌법규정과 달리 실질적으로 「상설적 합의체」가 되었다(Hsü Dau-Lin, S. 34 f.).

129) 1919년 바이마르 헌법 제33조 제2항은 「국무총리·국무위원 및 그들에 의해 임명된 정부위원은 의회와 그 위원회의 회의에 출석할 수 있다. 각 支邦(州)은 이 회의에 그들 정부의 입장을 밝힐 전권대표를 파견할 수 있다」라고 규정하였다. 따라서 지방이 파견한 전권대표는 연방참사원의 정식 구성원이 아니며, 의회의 심의과정에 임의적으로 전권대표를 파견하여 그들의 이해관계나 정치적 입장을 밝힐 수 있다는 것을 의미하였고, 지방이 자신들의 전권대표를 임명하고 파견하는 것은 지방의 무제한적인 권리에 해당하는 것이었다(Hsü Dau-Lin, S. 32 f.). 그러나 1922년 12월 12일

2.4. 憲法解釋을 통한 憲法變遷

헌법해석을 통한 헌법변천(Verfassungswandlung durch die Verfassungsinterpretation)이란 엘리네크가 언급한 바와 같이 헌법규정이 그때 그때의 시대적 변화나 필요에 의해 본래의 헌법조문은 변경되지 않지만 헌법조문의 해석에 있어서 헌법제정 당시의 헌법제정권자들의 의도와는 다르게 해석되는 경우 나타나는 현상(헌법변천)을 말한다.¹³¹⁾ 이는 또한 쉬 다우-린이 지적한 헌법변천이 발생할 수 있는 상황 중 현실이 규범의 해석에 변화를 초래하는 경우 나타날 수 있는 헌법변천의 유형과 상통한다.¹³²⁾ 헌법해석에 의한 변천은 그 주체에 따라 달리 인정되며, 따라서 이는 국가기관(국회 · 정부 · 법원)의 목적론적 헌법해석(유권해석)¹³³⁾을 통한 헌법변천이라 할 수 있다. 의회의 경우에는 입법의 형식(법률의 제정 · 개정)으로 나타나게 되는데 의회가 합헌으로 해석하여 제정한 법률이 위헌으로 인정되는 경우로써 최종적인 위헌심판이 있을 때까지는 헌법변천의 형식으로 나타난다. 정부의 경우는 명령 · 처분의 형식으로 나타나며 법원의 경우는 판결의 형식으로 나타난다.¹³⁴⁾ 여기에는 첫째,

의 의회의사규칙(Reichsgeschäftsordnung) 제96조와 제97조에서 지방의 전권대표에 관해서는 규정하지 않고 연방참사원의 전권대표에 대해서만 규정하고 있었다. 따라서 연방참사원의 구성원이 아닌 지방의 전권대표는 의회의 회의에서 발언을 할 수 있는 것인가 하는 것이 문제되었다. 당시에는 의회의 본회의와 위원회에서 연방참사원의 구성원은 명시적으로 참사원 대표의 자격으로 발언하였는데, 이러한 관행이 헌법 제33조와의 관계에 비추어 합헌적인 것인지의 여부가 문제되었다. 또한 전권대표를 과견할 수 있는 각 지방의 무제한한 권리를 현저하게 제한하고 있는 의회의사규칙은 사실상 헌법 제33조에 위반되는 규정이었다. 결국 당시의 헌법규정과 더 이상 일치하지 않는 의회의사규칙으로 인해 실질적 헌법개정으로 인한 헌법변천의 현상이 나타나게 된 것이다(Hsü Dau-Lin, S. 33).

130) 1948년 7월 17일의 제헌헌법 제18조 제2항에 규정된 근로자의 이익균점권은 하위입법이 존재하지 않았기 때문에 실제로는 사문화 되고 말았고, 헌법상 국민의 기본권에 대한 법률유보조항, 즉 「... 법률에 의하여」, 「... 법률에 의하지 아니하고는」 등의 형식을 취하는 헌법규정은 이를 근거로 하여 법률에 의하여 기본권이 제한될 수 있게 되었다. 그리고 일반적 법률유보에 의한 기본제한 규정(엄밀하게는 기본권제한의 한계)인 헌법 제37조 제2항의 규정에 따라 제정된 하위법률도 마찬가지이다. 그리고 헌법상 규정된 형벌불소급의 원칙을 무시하고 소급법을 제정하기 위하여 특별히 헌법부칙을 두었던 것(제5차개정헌법 부칙 제4조(1962.12.26), 그리고 특수범죄처벌에관한특별법 · 부정선거관련자처벌법 · 정치활동정화법 · 부정축재처리법 등에 의하여 국민의 자유와 권리가 제한되는 것도 광의의 헌법변천의 한 사례이다(김동욱, 헌법의 변천요인에 관한 연구, 건국대학교대학원 논문집(제17집, 1983), 157면).

131) G. Jellinek, S. 9; Hsü Dau-Lin, S. 35.

132) Hsü Dau-Lin, S. 35.

133) 한국고시연구센터 편, 헌법의 개정과 변천, 고시연구(1969.9), 21면; 정제훈, 헌법의 변천, 고시계(1995.7), 315면.

1850년 프로이센헌법 제4조의 평등조항문제¹³⁵⁾¹³⁶⁾ 둘째, 1867년 오스트리아헌법상의 법원의 명령심사권¹³⁷⁾ 셋째, 1787년 미연방헌법상의 미국의회의 화폐발행권문제¹³⁸⁾ 넷째, 미연방대법원의 위헌법률심사권의 행사¹³⁹⁾ 등이 있다.

134) 윤명선, 헌법변천의 법리, 월간고시(1993.4), 61면.

135) 1850년 독일 프로이센헌법 제4조는 「모든 프로이센인은 법앞에 평등하다. 신분상의 특권(Standesvorrecht)은 인정되지 않는다」고 규정하였었다. 그러나 당시 프로이센에는 귀족과 농민 또는 하위 시민들간의 결혼을 금지하는 법률(§§ 30 -33, 940, Titel I, Titel II, ARL)이 있었고, 이는 당연히 동헌법 제4조에 위반되는 것이었다. 그러나 당시의 귀족들은 프로이센헌법 제4조의 평등조항은 「국가와 국민간의 공법상의 법률관계를 지배하는 공법상의 영역에만 평등조항이 적용되는 것으로 보았고, 사인들 사이에서 발생하는 사법적 법률관계에서는 직접적으로 적용되지 않는것」이라고 해석하고 있었다. 이는 헌법해석에 의한 헌법변천의 현상이다(Hsü Dau-Lin, S. 37).

136) 토마(R. Thoma)는 이를 「관습법적 헌법변천」의 하나로 명명하였다(Hsü Dau-Lin, S. 37).

137) 1867년 오스트리아헌법 제10조는 「법원은 이미 공포된 법률(Gesetz)의 효력을 심사할 수 없지만(제2항), 명령(Verordnung)의 효력은 심사할 수 있다(제3항)」라고 하였다. 그러나 당시 정부는 황제의 명령(Kaiserliche Verordnung)까지 법원이 심사하는 것을 원치 않아 헌법 제10조 제3항이 규정하고 있는 명령에는 황제가 발한 명령은 포함되지 않는 것으로 해석하여, 「법원이 효력 여부를 심사할 수 있는 헌법 제10조 제3항의 명령은 황제가 발한 명령 이외의 명령을 의미한다」고 해석하였다. 결국 오스트리아헌법 제10조 제3항은 황제가 발한 명령 이외의 명령으로 그 의미가 변화되어 헌법해석에 의한 헌법변천의 현상으로 나타나게 된 것이다(Hsü Dau-Lin, S. 38).

138) 1787년 미연방헌법 제1조 제8항은 「의회는 전쟁을 선포할 권리가 있으며 합중국의 신용으로 국채를 모집할 수 있다」고 하였다. 한편 남북전쟁기간(1861-1865)에 미국의회는 전쟁비용 문제로 인해 화폐를 발행하여야 했으나 헌법상 화폐발행권이 없었다. 이에 대하여 당시 법원은 「의회는 헌법상 전쟁을 선포할 권리를 가지며, 여기에는 전쟁을 수행할 권리도 포함된다고 보아야 한다. 재정조달은 전쟁을 수행하기 위해 필요한 행위의 하나이며, 따라서 의회의 화폐발행행위는 헌법상 전쟁을 선포할 권리로부터 당연히 인정되는 것」이라고 하여 의회의 화폐발행행위를 정당화시켰다. 그러나 전쟁이 종결후에도 계속하여 의회가 화폐를 발행하자 법원은 「의회는 헌법상 합중국의 신용으로 국채를 모집할 수 있으므로 평상시 의회가 화폐를 발행하는 행위는 제한되어야 한다」해석하여 이를 중지시켰다(G. Jellinek, S. 17 f; Hsü Dau-Lin, S. 38). 이처럼 의회의 전쟁선포권과 국채모집권을 규정하였던 당시의 미국헌법조항은 그때그때의 시대적 필요에 따라 각각 다르게 해석하였다. 이는 국가기관인 법원의 헌법해석에 의한 헌법변천의 하나이다(G. Jellinek, S. 17 f.; Hsü Dau-Lin, S. 38).

139) 미연방헌법 제정당시 연방대법원은 법률에 대한 위헌심사권을 가지고 있지 않았으나, 1803년 「Marbury v. Madison」사건에서 마셜(J. Marshall) 대법원장이 「입법부의 권한은 한정되어 있고 제약된 것이다. 그러한 제한에 착오가 생기거나 그 제한을 망각하지 않도록 하기 위하여 헌법이 성문화된 것이다. ... 헌법은 그에 위배되는 어떠한 입법행위도 통제하여, ... 따라서 법원은 이를 무효로 선언할 권리와 의무가 있다」라는 판결을 내린후 미연방대법원에는 위헌법률심사권이 인정되어 왔다(Hsü Dau-Lin, S. 86 ff). 이러한 미연방대법원의 위헌법률심사제는 헌법해석을 통한 헌법변천의 현상으로 나타난 것이다(미국에서의 헌법변천에 관한 다양한 사례들은 김기범, 헌법의 변천, 고시계(1962.6), 38면 이하 참조).

V. 結論

「법은 안정되어 있어야 한다. 그러나 정지되어 있을 수는 없다」고 Rosco Pound는 말했다. 국가의 최고법규로서 헌법은 고도의 안정성을 요구하나 「헌법은 생명있는 조직체이며 살아있는 현실의 동태하에 놓여 있는 것이다(Löwenstein)」. 이와 같이 헌법은 현실과 독립된 고유한 존재가 아니라 현실을 반영하고 규율한다. 따라서 헌법의 규범력은 단지 헌법전이 존재한다는 것 뿐만이 아니라, 헌법의 제반 규정이 구체적 현실 속에서 직접 실현될 때에 비로소 그 진가를 발휘될 수 있는 것이다. 그러나 시대가 변화함에 따라 헌법의 규범과 현실 사이에는 일정한 괴리가 발생하기 마련이다. 만약 헌법이 이러한 괴리를 그대로 방치하고 헌법제정당시의 형태만을 고수하려 한다면 헌법규범과 헌법현실 사이의 괴리는 점점 더 커지게 되어 헌법규범은 단지 하나의 죽은 글자(toter Buchstabe)에 지나지 않게 될 수도 있다. 헌법이 시대상황의 변화에 따라 제기되는 문제를 해결하여 그 실질적 규범력을 높이기 위하여는 첫째, 헌법을 개정하거나, 둘째, 헌법규정은 그대로 둔 채 특정한 헌법규범의 내용변화를 통해 현실과 조화를 이루는 헌법변천의 방법이 있다. 헌법개정의 경우는 헌법개정절차가 일반법률의 개정절차 보다 까다로운 경성헌법국가에서 현실의 변화에 따라 시시각각 제기되는 문제들을 모두 헌법개정이란 방법으로 해결하기도 현실적으로 어려울 뿐만 아니라, 헌법의 안정성 · (전 · 후)헌법의 기본적 동질성 내지는 법질서유지기능을 제대로 발휘할 수 없다는 문제점을 지니고 있다. 따라서 헌법변천을 통하여 헌법의 조문을 외형상 그대로 둔 채, 헌법의 규범적 효력(normative Kraft der Verfassung)을 높이는 것이 바람직하다. 이러한 의미에서 헌법존중적인 (협의의) 헌법변천은 현실의 변화에 따라 제기되는 문제들을 해결하고 헌법규범과 헌법현실사이에 나타날 수 있는 괴리를 줄여 헌법이 살아있는 헌법(lebendiges Verfassungsrecht)으로서 역할을 하는데 가교적 역할을 할 수 있는 것이다.

그러나 헌법변천은 정치적 필요 등의 이유로 헌법규범을 회피·왜곡하거나 국가권력의 불행사를 정당화시키기 위한 수단으로 악용될 위험성(헌법 경시적 헌법변천)도 크기 때문에 헌법변천에 대한 명확한 한계를 제시해 놓음으로서 이것이 악용될 수 있는 가능성을 사전에 방지할 수 있어야 한다. 특히 우리나라의 경우처럼 헌법이 집권자들의 정치적 목적을 위해 악용되어 온 경험이 있고 따라서 사회현실의 문제를 규범의 문제보다 우선 시키려고 하는 일종의 헌법경시적인 의식이 팽배한 경우에는, 이른바 헌법변천의 한계(Grenzen der Verfassungswandlung)를 명확히 제시하여 헌법규범

에 명백히 어긋나는 사회현실을 헌법변천으로 정당화 시키려는 정치적 의도를 억제할 필요성이 더욱 절실하게 요청된다. 헌법변천의 한계는 헌법개정과 한계처럼 일정한 한계를 설정해 두어야 하는 것이며, 헌법의 핵심적 부분(근본규범과 헌법의 기본질서)을 파괴하는 경우에는 헌법의 파괴에 해당되는 것이므로 헌법수호의 차원에서 이를 용납할 수 없다고 본다. 오늘날의 (협의의) 헌법변천은 헌법변천의 현상으로 설명되어지고 있는 상황들에 대한 합헌성여부·헌법적 허용범위·법적 결과 등이 헌법재판제도를 통해서 심사되어지고 그 헌법변천의 한계가 인정되는 범위 내에서만 제한적으로 인정될 수 있다(헌법준중적 헌법변천). 왜냐하면 헌법이 공동체(res publica) 내의 정치적 · 사회적 대립관계를 통합 · 규율하는 규범적 의미로 이해되고, 모든 국가작용(Staatliches Handeln)의 합헌성 여부를 심사하는 규범통제제도로서의 헌법재판제도가 확립되어 있는 오늘날에 있어서는 더 이상 과거와 같은 단순한 헌법상황이 변경되었다는 이유로 헌법변천을 인정한다는 것은 용납될 수 없기 때문이다.



▶ 김백유

헌법변천(Verfassungswandlung), 헌법개정Verfassungsänderung, 라반트(P. Laband), 엘리네크(G. Jellinek), 쉬 다우린(Hsü Dau-Lin), 헌법해석(Verfassungsinterpretation)

[zusammenfassung]

Verfassungswandlung

Kim, Baik-Yu

Verfassungswandel ist eine Folge des Umstandes, dass Verfassungsnormen von ihren Urhebern stets auf einen bestimmten Zustand der Wirklichkeit bezogen werden, in der sie ihre Wirkung entfalten sollen. Infolgedessen konstituiert der in den Blick genommene Wirklichkeitsausschnitt den Sinn der Normen mit. Daher lässt sich auch von den Realisierungsbedingungen der Normen nicht ablesen und unveränderlich halten. Zum Verfassungswandel, der darin besteht, dass eine verfassungsrechtliche Vorschrift nicht durch den verfassungsanändernden Gesetzgeber geändert wird, sondern im Wege der Auslegung und Anwendung einen anderen Sinn erhält.