

# 헌 법

시·도 공무원교육원

## 대한민국헌법전문

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

1987년 10월 29일

# 目 次

## 〈第 1 部 憲法序論〉

第 I 章 憲法序說 .....	9
第 1 節 憲法の 概念・分類・特性 .....	9
1. 憲法の 概念 .....	9
2. 憲法の 分類 .....	13
3. 憲法の 特性 .....	14
第 2 節 憲法の 制定과 改正 .....	17
1. 憲法の 制定 .....	17
2. 憲法の 改正 .....	18
3. 憲法の 變遷 .....	21
第 3 節 憲法の 保障(保護) .....	22
1. 憲法保障(保護)의 意義 .....	22
2. 憲法の 守護者 .....	23
3. 우리 憲法上의 憲法保障(保護)制度 .....	23
第 II 章 大韓民國憲法 總說 .....	26
第 1 節 大韓民國憲法の 制定과 改正 .....	26
1. 憲法の 制定 .....	26
2. 憲法の 改正 .....	26
第 2 節 大韓民國의 國家形態와 構成要素 .....	28
1. 國家一般論 .....	28

2. 國家의 形態	29
3. 大韓民國의 構成要素	30
第 3 節 大韓民國憲法の 特性과 基本原理	33
1. 大韓民國憲法の 特性	33
2. 憲法前文	34
3. 憲法の 基本原理	35
第 4 節 大韓民國憲法の 基本秩序와 基本制度	38
1. 大韓民國 憲法の 基本秩序	38
2. 大韓民國 憲法の 基本制度	44

## 〈第 2 部 基本權論〉

第 I 章 基本權總論	69
第 1 節 基本權의 意義와 歷史	69
1. 基本權의 概念과 特質	69
2. 基本權保護의 歷史	69
第 2 節 基本權의 性格·分類方法·主體	71
1. 基本權의 性格	71
2. 基本權의 分類方法	73
3. 基本權의 主體	74
第 3 節 基本權의 效力	76
1. 對國家的 效力	76

2. 對私人的 效力(기본권의 제3자적 효력) .....	76
第 4 節 基本權의 制限과 保障 .....	78
1. 基本權의 制限 .....	78
2. 基本權의 保障 .....	81
<b>第 II 章 基本權各論</b> .....	<b>83</b>
第 1 節 人間의 尊嚴·價値 및 幸福追求權과 平等 .....	83
1. 人間의 尊嚴·價値와 幸福追求權 .....	83
2. 平等權 .....	85
第 2 節 自由權的 基本權 .....	89
1. 身體의 自由權 .....	89
2. 私生活에 관한 自由權 .....	96
3. 精神的 自由權 .....	103
4. 經濟的 自由權 .....	110
第 3 節 社會的 基本權 .....	114
1. 社會的 基本權의 意義 .....	114
2. 憲法上의 社會的 基本權 .....	114
第 4 節 請求權的 基本權 .....	123
1. 請求權的 基本權의 意義 .....	123
2. 請求權的 基本權의 內容 .....	123
第 5 節 參政權 .....	131
1. 意 義 .....	131

2. 內 容 .....	132
第 6 節 國民의 基本義務 .....	134
1. 意義와 法的 性格 .....	134
2. 古典的 義務 .....	134
3. 現代的 새로운 義務 .....	135

## 〈第 3 部 統 治 構 造 論〉

第 I 章 統治機構의 基本原理 .....	139
第 1 節 統治機構의 理論的 基礎 .....	139
1. 國民主權의 原理 .....	139
2. 國民代表의 原理(代議制의 原理) .....	139
3. 權力分立의 原理 .....	140
4. 法治主義의 原理 .....	142
第 2 節 統治機構의 形態 .....	142
1. 政府形態의 意義·分類 .....	142
2. 우리나라의 政府形態 .....	145
第 II 章 統治의 機構 및 作用 .....	147
第 1 節 國 會 .....	147
1. 國會의 憲法上 地位 .....	147
2. 國會의 構成·組織 및 運營 .....	147
3. 國會의 權限 .....	151
4. 國會議員의 地位와 權限 .....	157

第 2 節 大統領 .....	159
1. 大統領의 憲法上 地位 .....	159
2. 大統領의 身分上 地位 .....	159
3. 大統領의 權限 .....	161
4. 大統領의 義務 .....	169
第 3 節 行政府 .....	170
1. 國務總理·國務委員 .....	170
2. 國務會議 .....	171
3. 行政各部 .....	172
4. 監查院 .....	173
5. 大統領의 諮問機關 .....	173
6. 選舉管理委員會 .....	173
第 4 節 法 院 .....	174
1. 司法權의 意義 .....	174
2. 司法權의 獨立 .....	175
3. 法院의 組織 .....	177
4. 司法의 節次와 運營 .....	180
5. 法院의 權限 .....	181
第 5 節 憲法裁判所 .....	182
1. 憲法裁判所의 憲法上 地位 .....	182
2. 憲法裁判所의 構成과 組織 .....	183
3. 憲法裁判所의 審判節次 .....	183
4. 憲法裁判所의 權限 .....	184
<b>※ 大韓民國憲法 .....</b>	<b>193</b>



# 第 1 部 憲法序論



# 第 I 章 憲法序說

## 第 1 節 憲法の 概念 · 分類 · 特性

### 1. 憲法の 概念

#### 가. 憲法概念의 二重性

헌법(Constitutional Law, Verfassungsrecht, Droit constitutionnel)은 국가의 基本法 내지 最高法으로서 국가의 구성·조직·작용과 국민의 기본권 보장에 관한 기본적 원칙을 정한 根本法이다. 헌법은 국가의 통치질서를 정하는 법이기 때문에 국민 상호 간의 생활관계를 규정하는 사법과는 달리 “공법”의 영역에 속한다. 특히 헌법은 행정질서에 관한 국내공법인 “행정법”과 매우 밀접한 관계에 있다. 그러나 행정법은 현실적이고 구체적인 행정사례를 처리하기 위한 기술적 성격을 가지는데 반해서 헌법은 유동하는 현재와 미래의 政治現象을 다스리기 위한 추상적이고 이념적인 성격을 띠는 점이 서로 다르다.

헌법은 국가의 조직·구성의 의미로 볼 때에는 사실로서의 국가의 통치형태를 말하나 다른 면에서는 국가의 권력관계나 통치방식을 규정하는 법규범을 말한다. 따라서 헌법은 정치적 사실이라는 측면과 법규범이라는 측면의 이중성을 지니고 있다.

#### < 헌법을 정치적 사실로서 보는 입장 (사회학적 개념) >

- 한 나라의 사실적 권력관계(F. Lassalle)
- 어떤 시대에 존재하는 모든 통치조직의 일정한 유형(Witvogel)
- 정치적 통합과정의 원리(R. Smend)
- 헌법제정권자의 근본결단(C. Schmitt)

< 헌법을 법규범으로서 보는 입장 (법학적개념) >

- 국가 최고법규범의 체계(W. Kägi)
- 국가의 통치질서와 가치질서의 기본원칙에 관한 최고의 규범(K. Stern)

## 나. 憲法概念의 歷史的 發展

### 1) 고유 의미의 헌법(본래적 의미의 헌법)

국가의 법체계·법질서 등과 최고기관의 조직 및 작용에 관하여 가장 기본적인 사항만을 규정하고 있는 국가의 기본법을 말하며, 이러한 의미의 헌법은 어느 시대나 국가 및 법형식을 막론하고 적어도 국가가 존재하는 한 반드시 존재한다.

### 2) 근대적(입헌주의적) 의미의 헌법

근대적 의미의 헌법은 주로 근대시민혁명의 영향으로 제정된 헌법으로서 고유 의미의 헌법의 내용 이외에 국민의 기본권 보장과 권력분립의 원리를 추가한 헌법을 말하며, 1789년 프랑스인권선언 제16조의 “권리의 보장이 확립되지 아니하고 권력분립이 규정되어 있지 아니한 사회는 헌법을 가진 것이라 할 수 없다.”라는 규정은 근대 입헌주의적 의미의 헌법을 가장 단적으로 표현하고 있다.

### 3) 현대적(복지주의적) 의미의 헌법

근대적(입헌주의적) 의미의 헌법이 자유와 형식적 평등을 강조하였다면 현대 복지주의적 의미의 헌법은 실질적 평등, 경제활동에의 국가 관여, 재산권의 상대화 등을 강조하고 있는 헌법을 말하며, 1919년 독일의 바이마르(Weimar)헌법이 그 시초가 된다.

구 분	근대적 의미의 헌법	현대적 의미의 헌법
국 가 관	소극적 국가관	적극적 국가관
기 본 권	자유권 · 형식적 평등 · 재산권	사회권 · 실질적 평등
주된 행정	경찰 · 세무행정	급부 · 복지행정
기본원리	국민주권주의, 기본권보장, 권력분립주의, 의회주의, 형식적 법치주의, 성문헌법주의	국민주권의 실질화, 사회적 기본권의 보장, 실질적 법치주의, 실질적 평등보장, 권력분립주의의 수정, 사회적 시장경제질서, 헌법재판제도의 강화, 행정국가화 경향, 국제평화주의

## 다. 形式에 따른 개념

### 1) 실질적 의미의 헌법

成文이나 不文의 형식과 관계없이 실질적으로 국가의 통치기관의 조직과 작용, 그 기관 상호 간의 관계 및 그 구성원인 국민과의 관계에 관한 기본원칙을 정하는 법규범의 전체를 말하며, 이런 점에서 볼 때 성문헌법전은 물론 법률 · 명령 · 규칙 · 관습법 · 조리까지도 모두 헌법개념에 포함된다고 할 수 있다. 따라서 영국과 같이 성문헌법이 없는 불문헌법국가도 실질적 의미의 헌법은 가지고 있다고 하겠다. 예컨대 영국의 1215년의 大憲章(Magna Carta), 1628년의 權利請願(Petition of Right), 1689년의 權利章典(Bill of Rights) 등을 비롯하여 인신보호법 · 왕위계승법 등의 헌법적 문서가 바로 실질적 의미의 헌법에 속한다.

### 2) 형식적 의미의 헌법

법의 존재형식이라는 외형적인 특징을 기초로 하여 일국의 법질서에 있어서 최고의 형식적 효력을 갖는 성문의 법 또는 憲法典이라는 형식을 가진 것만을

가리킨다. 오늘날 대부분의 국가는 일반법률보다 개정이 곤란하고 효력이 우월한 것을 특질로 하는 형식적 의미의 헌법을 가지고 있다. 토크빌(Tocqueville)이 “英國에는 헌법이 없다.”고 한 것은 다른 국가들처럼 단일헌법 전, 즉 형식적 의미의 헌법을 가지고 있지 않다는 것을 강조한 것뿐이며, 실질적 의미의 헌법마저 없다는 것은 아니다.

### 3) 양자의 관계

실질적 의미의 헌법과 형식적 의미의 헌법의 내용은 대체적으로 일치하나 반드시 일치하는 것은 아니다. 그 이유는 ①실질적 의미의 헌법을 전부 성문화하는 것은 立法技術上 불가능하며 ②실질적 의미의 헌법에 속하는 사항일지라도 그 개정을 쉽게 하기 위하여 형식적 의미의 헌법에 규정하지 않는 경우도 있고 ③사회변동에 따른 헌법사항의 가변성(시대 변천에 따라 어떤 사항이 실질적 헌법에 해당하는가는 달라질 수 있다)을 부정할 수 없다는 등의 이유로 불일치가 발생하는 경우도 있다.

#### < 불일치 사례 >

다음의 헌법규정은 헌법사항에 속하지 않은 내용을 규정한 형식적 의미의 헌법으로서 실질적 의미의 헌법이 아니다.

- 스위스헌법 제25조제2항(도살조항) : 출혈 전에 마취시키지 아니하고 동물을 도살함은 금지된다. 동규정은 모든 도살방법 및 모든 종류의 동물에 적용된다.
- 미연방헌법 수정제18조(금주조항) : ……합중국과 그 관할에 속하는 모든 영역 내에서 음용할 목적으로 주류를 제조·판매 또는 운송하거나 수입·수출하는 것은 금지된다.
- 바이마르헌법 제150조(풍치조항) : 미술·역사 및 자연기념물과 명승·풍경은 국가의 보호를 받는다.

## 2. 憲法의 分類

### 가. 성문 · 불문헌법

성문헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일정한 헌법제정절차에 따라 문서의 형식으로 성문화된 헌법</li> <li>• 1776년 미국 버지니아(Virginia)주 헌법 등 세계 대다수의 헌법</li> </ul>
불문헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 단일 성문헌법전을 가지지 않고 오랜 시일에 걸쳐 확립된 헌법적 관행으로 이루어진 헌법</li> <li>• 영국 · 뉴질랜드 · 캐나다 · 이스라엘 등</li> </ul>

### 나. 홈정 · 민정 · 협약 · 국약헌법

홈정헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 군주에 의해 제정된 헌법</li> <li>• 1814년 프랑스헌법, 1889년 일본명치헌법, 1906년 제정러시아헌법 등</li> </ul>
협약헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 군주와 국민과의 합의에 의해 제정된 헌법</li> <li>• 1809년 스웨덴헌법</li> </ul>
민정헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국민주권사상에 근거를 두고 국민의 의사에 따라 제정된 헌법</li> <li>• 1958년 프랑스제5공화국헌법 등 오늘날 거의 모든 공화국헌법</li> </ul>
국약헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 둘 이상의 국가가 연합국가를 구성할 경우에 합의하여 제정된 헌법</li> <li>• 1787년 미합중국헌법, 1867년 오스트리아 · 헝가리협약, 1871년 독일제국헌법(Bismark헌법) 등</li> </ul>

### 다. 경성 · 연성헌법

경성헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법의 개정절차가 일반 법률의 개정절차에 비하여 보다 더 엄격한 절차가 요구되는 헌법</li> <li>• 미국, 일본, 독일, 프랑스, 한국헌법 등</li> </ul>
연성헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일반 법률과 같은 절차로 개정될 수 있는 헌법</li> <li>• 영국, 캐나다, 이탈리아, 뉴질랜드헌법 등</li> </ul>

## 라. 뢰벤슈타인(K. Löwenstein)의 分類

독창성 여부	독창적 헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 다른 나라의 헌법을 모방하지 아니하고 자국의 특수한 요구와 전통에 따라 독창적으로 만든 헌법</li> <li>• 미국의 대통령제헌법, 폴란드의 신대통령제헌법, 중국 국민당의 5권분립제헌법 등</li> </ul>
	모방적 헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 외국의 기존헌법을 그 국가의 정치적 현실에 적합하도록 재구성한 헌법</li> <li>• 한국, 일본 등 아시아 각국의 헌법, 남미의 헌법 등</li> </ul>
존재론적 분류	장식적 헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법이 현실을 규율하려는 목적에서가 아니고 헌법을 가졌다는 것을 외국에 과시하기 위하여 또는 권력자의 자기정당화 수단으로 삼기 위하여 만들어진 헌법</li> <li>• 공산주의국가나 독재주의국가의 헌법</li> </ul>
	규범적 헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 개인의 자유와 권리의 보장을 그 최고이념으로 할 뿐 아니라 현실적으로 규범으로서의 실효성을 발휘하고 있는 헌법(헌법규범과 헌법현실이 일치하는 헌법)</li> <li>• 미국·독일과 같은 선진국가의 헌법</li> </ul>
	명목적 헌법	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법은 이상적으로 만들었으나 사회여건이 헌법의 이상을 따를 수 없는 헌법</li> <li>• 후진국가의 헌법</li> </ul>

## 3. 憲法의 特性

### 가. 事實的特性

#### 1) 정치성

헌법은 정치법(Political Law)이라고 할 정도로 특히 정치성이 강한 법이다.

그 이유는 변혁의 시대이든 비교적 안정된 시대이든 바로 헌법의 생성·변혁·제정과 파괴라는 현상 그 자체가 정치적인 것이기 때문이다. 즉, 헌법이 政治鬭爭의 소산이므로 필연적으로 헌법의 내용도 정치적인 것 밖에 없으며, 헌법은 그 정치투쟁의 결론을 문서화 내지 공증화한 것이라고 할 수 있다. 헌법의 이러한 정치성으로 인하여 헌법규범은 ①유동성(정치현실에 대처) ②추상성(정치용어의 사용) ③개방성(미래의 정치투쟁의 결과를 예견)을 띠고 있다.

## 2) 이념성

헌법은 단순히 정치적 사실로서의 통치형태나 권력관계를 반영하는 데 그치는 것이 아니라, 나아가 일정한 基本價值(이데올로기)를 그 핵심으로 하며 또한 그 일정한 가치에 봉사할 법적 원리로 충만되어 있다. 다시 말하여 헌법은 그 자체가 자기목적의 가치를 가지고 있는 것이 아니라 일정한 가치를 위한 수단으로서 기본적인 가치적 결단을 그 내용으로 하고 있다. 自由民主主義 國家에 있어서 이 헌법 전체를 통일적으로 지배하는 최고·궁극의 가치는 바로 인간의 존엄이며 이의 제도화 내지 실천을 위하여 자유민주주의·권력분립주의·법치주의·국민주권의·의회주의 등 헌법의 기본원리들이 논의되는 것이다.

## 3) 역사성

헌법은 바로 그 사회에 있어서의 구체적인 역사적·정치적 상황의 일단면을 의미한다고 볼 수 있으므로 헌법의 가치성도 결국은 그 당시의 역사적 조건과 지배상황에 의하여 제약을 받는 歷史的인 理念이고 價値라 할 수 있다. 이와 같이 헌법은 그때그때의 역사적 발전단계에 상응하는 이념 또는 가치를 그 내용으로 하고 있다.

### 나. 規範的 特性

헌법규범은 조직규범의 성격을 가지고 있기 때문에 강제규범으로서의 기능

을 다하지 못하고 있다. 헌법에서 국가기관에 대하여 일정한 행위를 명하거나 금지한 경우 그 위반에 대하여 처벌 또는 의무의 이행을 강요하는 것은 어려우며 심지어 立法方針規定(Program규정)에 불과한 것도 있다. 그러나 헌법이 단지 裁判規範으로서의 역할을 다하지 못한다고 하여 그 규범성을 부인할 수는 없다. 특히 헌법은 ①한 국가의 실정법체계 안에서는 最高의 形式的 效力을 가지며 또한 모든 하위법의 입법기준이나 해석기준이 되는 “最高規範性”을 가지며 ②모든 국가권력을 조직하고 이들 기관에게 권한을 부여하는 “授權規範性”이 있고 ③국가기관을 분립시키고 상호견제하게 하는 “權力制限規範性”의 역할과 ④헌법제정권력과 헌법개정권력의 주체를 규정하고 이들에게 동 권력을 부여하고 있다.

헌법은 모든 국가질서의 바탕이 되고 한 국가사회의 최고의 가치체계이므로 다른 모든 법적 규범이나 가치보다 우선하는 효력을 가진다. 헌법은 한 국가의 최고규범으로서 입법·행정·사법과 같은 모든 공권력의 행사가 헌법에 의한 제약을 받는 것은 물론, 사법(私法)상의 법률관계도 직·간접적으로 헌법의 영향을 받게 된다. 헌법은 국민적 합의에 의해 제정된 국민생활의 최고 도덕규범이며 정치생활의 가치규범으로서 정치와 사회질서의 지침을 제공하고 있기 때문에 민주사회에서는 헌법의 규범을 준수하고 그 권위를 보존하는 것을 기본으로 한다(헌재결 1989. 9. 8. 88헌가 6).

## 第 2 節 憲法の制定과 改正

### 1. 憲法の制定

#### 가. 意 義

헌법의 제정이라 함은 형식적으로는 헌법사항을 成文의 憲法典으로 편찬하는 것을 말하고, 실질적으로는 정치적 통일체(국가)의 종류와 형태에 관하여 헌법제정권력자가 내린 근본적인 결단을 법규범화하는 것을 말한다. 이러한 헌법제정행위는 오늘날 민주적 원칙에 따라 선출된 국민대표자회의가 행하는 것이 보통이다. 그러나 혁명을 일으킨 후 정치권력을 장악하기 위한 회의나 기존의 헌법기관이 소집한 회의가 행하는 경우도 있을 수 있다. 역사적으로는 憲法制定의 主體는 君主가 되기도 하였고 군주와 국민이 함께 그 주체가 되기도 하였으나, 오늘날과 같이 국민주권이 확립된 민주국가에서는 國民만이 헌법을 제정할 수 있다.

#### 나. 憲法制定權力(制憲權)

헌법제정권력(제헌권)이라 함은 국가법질서의 근본법인 헌법을 창조하는 힘을 말한다. 이러한 헌법제정권력의 이론을 처음으로 명확하게 체계화한 사람은 시에예스(Sièyès)이다. 그는 1788년 프랑스혁명 전야에 “제3계급이란 무엇인가”라는 소책자를 통해 헌법은 헌법제정권력자의 작품이며 그 주체는 어디까지나 국민이며, 국민의 제헌권은 단일·불가분의 것으로 실질적으로나 절차상 아무런 법적 제한을 받지 아니한다고 하였다. 그 후 20세기에 들어와서 헌법제정권력의 이론은 독일의 카알 슈미트(Carl Schmitt)에 의하여 새로운 발전을 보게 되었다. 그는 헌법제정권력은 “자신의 정치적 통일체의 종류와 형태

에 관하여 根本的인 決斷을 내리는 실력 또는 권위를 가진 政治意思”라고 규정하고, 이 정치적 결단의 소산을 헌법이라고 하였다. 여기에서 그는 “헌법제정권력 → 헌법 → 헌법개정권력 → 헌법률 → 입법권”으로 이어지는 위계질서를 구성하였다.

이러한 헌법제정권력은 始原的·自律的·統一的·不可分的인 性格을 가지며, 그 권력의 행사에는 헌법이 지니고 있는 기본가치(우리 헌법상의 인간의 존엄·가치 및 행복추구권이 이에 해당함)가 헌법제정권력을 규제하고 있다고 보는 것이 현재의 다수설이다. 결국 헌법제정권력은 근본법으로서의 헌법을 전제로 하고 국민주권의 원리와 불가분의 관계에서 생성된 이데올로기적 개념이며, 국민주권주의의 권력적 요소에 중점을 둔 개념이므로 헌법제정권력이론의 참다운 의미는 전체국민 중 정치적 결단을 행할 수 있는 유권자가 직접 또는 간접으로 특별한 대표자를 통하여 헌법제정에 참여하여야 한다는 것이다.

## **다. 우리나라의 憲法制定**

1948년 7월 17일에 제정· 공포된 制憲憲法은 전문에서 「우리들 대한국민은 ……우리들의 政黨 또는 자유로이 선거된 대표로서 구성된 국회에서 ……이 헌법을 제정한다」라고 선언하여 헌법제정권력의 주체가 국민이고 국민은 그 대표기관인 국회를 통하여 헌법을 제정하였음을 천명하였다. 현행헌법에서도 제1조제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라고 하여 주권의 가장 중요한 대표인 헌법제정권력자가 國民임을 천명하고 있다.

## **2. 憲法の改正**

### **가. 憲法改正의 意義**

헌법의 개정이라 함은 헌법개정권력자가 헌법전이 정하는 절차에 따라 헌법

의 동일성을 유지하면서 의식적으로 憲法典의 內容을 修正・削除・追加하는 것을 말한다. 헌법개정은 ①헌법의 실효성과 적응성을 유지하게 하여 헌법이 살아있는 규범으로 기능하기 위한 수단으로서 필요하며 ②헌법개정을 극단적으로 곤란하게 하면 그 헌법에 불만을 가진 정치세력들이 헌법을 파괴하는 사태가 발생할 수도 있기 때문에 헌법파괴의 방지를 위하여 필요하고 ③헌법의 제정과정에 직접 참여하지 못한 정치집단에게 헌법형성에 참여할 기회를 부여하기 위한 헌법정책상의 이유에서 불가피하게 필요한 것이라 하겠다.

헌법개정에는 실정법상의 제한 이외의 어떤 제한도 없으며 나아가 헌법의 개정금지조항 자체도 개정의 대상이 된다는 헌법개정의 무한계설을 주장하는 견해도 있으나, 헌법개정에는 헌법 개정조항에 규정된 절차에 따를지라도 일정한 조항 또는 내용은 단순한 자구수정의 경우를 별도로 하고는 개정대상으로 할 수 없는 사항이 있다는 견해가 지배적이다.

## 나. 憲法改正의 形式・方法

헌법개정의 형식에는 미국과 같이 기존의 조항은 그대로 둔 채 개정조항만을 추가해 나가는 증보의 형식을 취하는 유형(amendment)과 기존의 조항을 수정 또는 삭제하거나 새로운 조항을 삽입하는 형식을 취하는 유형(revision)이 있다.

### < 헌법개정 유형 >

- 통상의 입법기관인 의회에 의한 개정유형  
→ 독일・헝가리・오스트레일리아・스웨덴・한국의 건국헌법
- 국민투표에 의한 개정유형  
→ 오스트리아・스위스・필리핀・덴마크・한국의 현행헌법 등
- 州政府의 동의에 의한 개정유형  
→ 미국・스위스
- 헌법개정특별회의의 심의에 의한 개정유형  
→ 벨기에・노르웨이・네덜란드 등

## 다. 우리나라의 憲法改正

우리 헌법은 硬性憲法으로서 헌법의 개정에는 일반법률보다 엄격한 요건과 신중한 절차를 거치도록 규정하고 있다. 현행 헌법상의 헌법개정절차는 ①提議案(국회의원 재적과반수, 대통령) → ②公告(20일 이상) → ③議決·確定(공고된 날로부터 60일 이내에 국회재적의원 3분의2 이상의 찬성으로 의결한 후, 30일 이내의 국민투표에서 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성으로 확정) → ④公布(대통령이 즉시 공포)의 순으로 되어 있다.

한편 이러한 소정의 개정절차에 의하더라도 우리 헌법은 헌법개정의 대상이 될 수 없는 憲法內在的 改正限界가 있는 바, ①민주공화국·국민주권의 원리·자유민주적 기본질서·사회국가주의 등 韓國憲法의 정치적 기초 ②인간의 존엄과 가치 및 행복추구권·평등권과 평등의 원칙·생명 및 신체의 자유·양심 및 종교, 학문의 자유와 언론의 자유 등 핵심적 기본권 ③사유재산제도·시장경제의 원리 등 사회적 시장경제질서 ④국제평화주의 및 복수정당제 등은 개정의 대상이 되지 아니한다.

### < 헌법 제128조제2항의 해석 >

현행 헌법 제128조제2항의 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정을 하지 못한다는 뜻은 실정헌법상의 개정한계조항이 아니라, 이를 위한 헌법개정도 가능하지만 대통령의 장기집권을 방지하기 위하여 헌법개정제안 당시의 대통령에게 대해서만 개정의 효력을 배제한다는 헌법개정효력의 적용대상 제한 조항이다.

**<참고> 헌법제정권력과 헌법개정권력의 비교**

구 분	헌법제정권력	헌법개정권력
본 질	시원적·창조적 권력 자율적 권력 초국가적 권력 항구적 권력	헌법에 의하여 제도화된 권력 타율적·종속적 권력 국가적 권력 헌법제정권력의 하위에 있는 권력
행사방법	행사에 아무런 절차상 제약이 없음	국민의 헌법제정의사와 헌법에 규정 된 개정절차에 따라야 함

**3. 憲法의 變遷**

**가. 意 義**

헌법의 변천이라 함은 제정헌법에 반하는 憲法實例(입법·판결·관행)가 존재하는 경우에 일정한 요건을 충족하면 헌법조문 자체는 개폐되지 않지만 실질적으로 헌법개정이 행하여지는 것과 같은 법적 효과가 발생하는 현상을 말한다. 이러한 헌법변천이 성립하기 위해서는 상당한 기간 동안 반복되는 일정한 헌법실례가 있어야 하고(物的要件), 이 헌법실례에 대하여 국민적 내지 국가적 승인이 있어야 한다(心理的要件).

헌법변천의 존재가치를 인정할 것인가에 대해서는 국민다수의 지지가 있다면 규범력을 인정하여야 한다는 입장(Jellinek)과 비록 국민다수의 지지를 얻는다고 할지라도 헌법개정절차에 의하지 않는 한 헌법변경은 위헌적이라고 하는 입장(Kelsen)이 있으나, 憲法規範의 歷史的 發展法則에 따르는 차원에서의 헌법변천은 긍정된다.

## 나. 憲法變遷의 實例

- 미국의 연방대법원의 위헌법률심사권행사 및 대통령간선제의 직선제적 운용
- 영국의 총선 결과 다수당에게 정권을 이양하는 것과 수상에 의한 내각지배
- 일본의 자위대에 의한 군전력보유
- 노르웨이 국왕의 실질적 법률안거부권의 형식화
- 우리나라의 1952년 헌법하에서 양원제를 단원제로 운용한 것, 1962년 헌법에서 지방의회를 구성하지 않고 官治行政으로 운용한 것

## 第 3 節 憲法의 保障(保護)

### 1. 憲法保障(保護)의 意義

헌법도 다른 법과 마찬가지로 자체의 안전성과 실효성이 요청된다. 일반적으로 헌법질서는 사회상태의 변화에 따라서 특히 정치적 권력의 상관관계에 의하여 항상 동태적으로 전개된다. 따라서 헌법질서는 규범과 현실의 긴장관계 속에서 전개되므로 헌법의 실효성이 동요되기 쉽다. 그러한 사정으로 각국 헌법에서는 보통 硬性憲法主義를 채택하면서 사회변동에 따라 탄력적으로 운영하려고 한다. 헌법의 경직성이 높으면 높을수록 규범을 현실에 합치시키기 어려우며, 헌법은 사문화되고 비합법적인 수단에 의한 변혁이 기도된다. 그리하여 헌법에 강력한 영속성과 탄력성을 부여함으로써 헌법규범의 실효성을 확보하기 위한 헌법보장 내지 헌법보호의 문제가 제기된다.

헌법보장의 문제는 국가와 헌법에 따라 그 유형을 달리하며, 이 문제는 단순한 제도론·기구론에 그치는 것이 아니라 政治學的 내지 法哲學的 問題이기도 하다. 또한 헌법의 보장문제는 위기에 있어서 누가 헌법의 수호자이며, 어

떠한 수단으로 헌법을 수호할 것인가라는 문제로 나타난다.

## 2. 憲法의 守護者

헌법의 수호자가 누구인가라는 문제에 대해서는 大統領이 헌법수호자라는 견해(C.Schmitt)와 大統領·의회·헌법재판소가 헌법수호자라는 견해(H.Kelsen)가 있으나, 헌법의 제1차적 수호자는 公務員이며 최후적 수호자는 國民이다.

## 3. 우리 憲法上의 憲法保障(保護)制度

### 가. 平常時의 通常的 憲法保障

<p>사전적·예방적 보장</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 정치적 보장 합리적인 정당정치 구현, 국민의 헌법의식의 고양, 선거민에 의한 국정통제</li> <li>○ 법적 보장 헌법수호의무의 선서, 국가권력의 분립, 경성헌법성을 규정한 헌법조항, 정당과 관련한 방어적 민주주의의 채택, 공무원 및 군의 정치적 중립성 준수 등</li> </ul>
<p>사후적·교정적 보장</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>①헌법재판소에 의한 위헌법률심판·헌법소원심판·탄핵심판·위헌정당해산심판</li> <li>②명령·규칙·처분에 대한 대법원의 최종심사제</li> <li>③국무총리·국무위원 해임건의제</li> <li>④대통령의 긴급명령 등에 대한 국회의 승인제</li> <li>⑤국회의 계엄해제요구제</li> <li>⑥국회의 국정감사·조사제</li> <li>⑦공무원의 책임제</li> </ol>

## 나. 國家緊急權

국가긴급권이란 전쟁·내란·경제공황 등과 같이 국가의 존립과 안전을 위태롭게 하는 비상사태가 발생한 경우에, 국가원수(대통령)가 헌법에 규정된 통상적인 절차와 제한을 무시하고 국가존립에 필요한 긴급조치를 강구할 수 있는 비상적 권한을 말한다. 이에겐 계엄선포권, 긴급명령권, 긴급재정경제처분 및 긴급재정경제명령권 등이 있다.

## 다. 抵抗權

“저항권”이라 함은 민주적·법치국가적 기본질서 또는 기본권리보장 체계를 위협하거나 침해하는 공권력에 대하여 더 이상의 합법적인 대응수단이 없는 경우에 주권자로서의 국민이 민주적·법치국가적 기본질서를 유지·회복하고 기본권을 수호하기 위하여 공권력에 저항할 수 있는 최후의 비상수단적 권리를 말한다.

저항권은 국가권력에 의하여 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해가 행하여지고 그 침해가 헌법의 존재 자체를 부인하는 것으로서 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없을 때에 국민이 자기의 권리·자유를 지키기 위하여 실력으로 저항하는 권리이다(헌재결 1997. 9. 25. 97헌가4).

저항권은 시민불복종권·혁명권·국가긴급권 등과 밀접한 관련을 가지고 있으나, ①시민불복종권은 헌법적 질서가 부정되거나 위협받는 경우는 물론이고 단순히 정의에 반하는 내용의 개별법령이나 정책에 대해 그것의 변화를 목표로 하고 있으며, 원칙적으로 비폭력적인 방법에 의해 행사될 것을 예정하고 있다는 점에서 저항권과 다르다. ②혁명권은 기존의 헌법적 질서를 폭력적 수

단으로 파괴하고 새로운 헌법적 질서를 수립하려는 것을 목적으로 한다는 점에서, 기존의 헌법적 질서를 전제로 하여 이를 유지하고 회복하려는 목적으로 행사되는 보수적 의미의 저항권과는 구별된다. ③국가긴급권은 국가의 존립과 안전이 위협을 받는 국가적 위기상황에서 발동되는 국가의 자구행위임에 반하여, 저항권은 민주적·법치국가적위기 또는 기본권보장체계에 대한 위기가 발생한 경우에 국민이 행사하는 국민의 권리라는 점에서 구별된다.

저항권에 관해서는 어떤 경우에, 어떤 방법으로 저항권을 행사할 수 있는가가 문제된다. 실력에 의한 저항을 법적으로 미리 규정하는 것은 곤란하지만, 저항권은 남용되기 쉬우며 저항권을 빙자하여 혁명권을 행사할 가능성도 없지 아니하다. 따라서 저항권의 행사요건은 엄격하게 해석해야 한다.

### <저항권의 행사요건>

- ①공권력의 행사가 불법적인 것임이 객관적으로 명백한 경우(명백성요건)
- ②헌법이나 법률에 규정된 일체의 법적구제수단이 이미 유효한 수단이 될 수 없는 경우(보충성요건)
- ③민주적·법치국가적 기본질서를 재건하거나 기본권보장체계를 복구하기 위한 최후의 수단으로서 저항권의 행사만 남아 있다고 판단되는 경우(최종성요건)
- ④민주적·법치국가적 기본질서나 기본권보장 체계에 대한 중대한 침해가 행해짐으로써 그 질서 또는 체계 자체가 부인되는 경우

현대 입헌자유민주주의국가의 헌법이론상 자연법에서 우리나라의 자연권으로서의 소위 저항권이 헌법 기타 실정법에 규정되어 있던 없던 간에 엄존하는 권리로 인정되어야 한다는 논지가 시인된다 하더라도 그 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 오직 자연법에만 근거하고 있는 한 법관은 이를 재판규범으로 원용할 수 없다(1980.5.20. 大判 80도306).

## 第 II 章 大韓民國憲法 總說

### 第 1 節 大韓民國憲法の 制定과 改正

#### 1. 憲法の 制定

우리나라의 최초의 헌법인 建國憲法(제헌헌법)은 1948년 5월 10일 美軍政下에 실시된 국회의원선거에서 선출된 198명의 의원으로 구성된 제헌국회에서 제정되어 동년 7월 17일 공포되었다. 건국헌법의 주요 내용은 ①대통령제 ②단원제국회 ③정·부통령 국회간선제 ④대통령의 법률안거부권·법률안제출권 허용 ⑤헌법위원회제도 ⑥탄핵재판소제도 ⑦국무총리제 ⑧통제경제체제 ⑨국무원 설치 등이다.

#### 2. 憲法の 改正

우리나라 헌법은 제정된지 50여년 동안에 12차례의 개정안이 제출되었고 이중 9차례에 걸쳐 개헌이 이루어 졌다. 개헌과정에서 나타난 특징을 살펴보면 ①개정빈도가 잦은 점 ②대통령의 임기·권한과 관련된 경우가 많은 점 ③개헌 처리과정이 변칙적이었던 점 ④개헌주체가 집권자 내지 집권여당이었던 점 ⑤國民投票를 통한 정당성을 도출시킨 점 등이다. 다만 현행 헌법은 여·야간의 합의로 이룩된 헌법이란 점에서 큰 의의가 있다고 본다.

**<헌법개정 주요내용>**

제1차개헌 (1952.7.7)	①양원제 국회 ②정·부통령의 직선제 ③국무위원 불신임제
제2차개헌 (1954.11.29)	①초대대통령 중임제한 철폐 ②국무총리제 폐지 ③주권의 제약과 영토변경의 경우 국민투표 실시 ④국무위원의 개별적 불신임제 ⑤자유시장 경제체제로 전환
제3차개헌 (1960.6.15)	①내각책임제도 ②정당조항신설 ③헌법재판소 설치 ④대법관선거제 ⑤중앙선거관리위원회의 헌법상 기관화 ⑥지방자치단체장의 선거제 ⑦공무원의 신분보장과 정치적 중립성
제4차개헌 (1960.11.29)	①소급입법의 근거마련 ②특별재판부·특별검찰부 설치 ③부칙개정
제5차개헌 (1962.12.26)	①최초의 국민투표에 의한 개헌 ②대통령제 환원 및 대통령 직선제 ③정당국가화 ④단원제국회 ⑤경제과학심의회·국가안전보장회의 신설 ⑥헌법개정에 있어서 필수적 국민투표제 채택 ⑦인간의 존엄과 가치·인간다운 생활을 할 권리 신설 ⑧헌법재판소 폐지와 대법원에의 위헌법률심사권 부여 ⑨최초의 憲法前文 개정
제6차개헌 (1969.10.21)	①대통령의 3선 허용 ②국회의원의 국무위원 겸직을 허용 ③대통령에 대한 탄핵소추요건 강화 ④국회의원 정수 증원
제7차개헌 (1972.12.27)	①대통령의 긴급조치권·국회해산권 신설 ②통일주체국민회의 설치 ③국정감사권 삭제 ④헌법개정방법의 이원화 ⑤헌법위원회 부활 ⑥대통령의 모든 법관 임명
제8차개헌 (1980.10.27)	①행복추구권·사생활의 비밀과 자유권·환경권·무죄추정권 신설 ②국정조사권 ③국정자문회의·평화통일정책자문회의 ④정당보조금지금 ⑤연좌제 금지·재외국민 보호·근로자의 적정임금의 보장·전통문화의 창달 ⑥독과점 규제·소비자 보호 ⑦대통령의 임기 7년 단임제·선거인단에 의한 대통령 간선제 ⑧대법원장에 일반법관 임명권 부여 ⑨국민투표만에 의한 헌법개정 절차의 일원화
제9차개헌 (1987.10.29)	①대통령직선제·단임제·권한축소(국회해산권·비상조치권 삭제) ②국회의 권한 강화(국정감사권 부활), ③대통령의 긴급명령권(긴급재정·경제처분 및 명령권) 인정 ④헌법재판소 부활 ⑤적법절차·범죄피해자에 대한 국가구조제도·최저임금제 도입 등

## 第 2 節 大韓民國의 國家形態와 構成要素

### 1. 國家一般論

국가란 일정한 지역을 기초로 하여 존립하는 사회의 조직화된 단체로서, 그 구성원의 질서유지·평화유지·생존배려 등 共同利益의 增進을 目的으로 하는 인간의 집단을 의미한다. 또한 국가는 동일지역 내에 존재하는 모든 사회조직에 우월하는 최고권력을 보유하고 있다는데 그 특징이 있다. 이러한 국가의 기원에 대해서는 다음과 같은 여러 견해가 있다.

학 설	내 용	주 창 자
神意說	신의 섭리에 의해 만들어진 창조물	Bussuet, T.Aquinas, Augustinus, Stahl
征服說	강자의 약자에 대한 정복 정복자와 피정복자의 통치관계의 성립의 소산	L.Gumplowicz, L.E.Ward F.Oppenheimer
家族說	가족→씨족→부족→국가	R.Filmer, H.Kelsen
階級國家說	지배계급이 피지배계급을 착취·억압하기 위한 수단	K.Marx, F.Engels
契約說	각 개인의 상호안전을 보장하기 위하여 각기 자유의사에 의해 계약을 맺음으로써 국가가 성립	복종계약설 : T.Hobbes 신탁계약설 : J.Locke 사회계약설 : J.J.Rousseau

## 2. 國家의 形態

### 가. 意 義

국가형태란 국가의 전체적 성격 내지 그 기본질서가 어떤 것인가를 기준으로 한 국가의 유형을 말한다. 국가형태를 어떻게 분류하는가는 시대에 따라 다양한 학설이 존재한다.

고전적 국가형태론	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 군주국, 민주국(Platon)</li> <li>· 군주국, 귀족국, 민주국(Aristoteles)</li> <li>· 군주국, 공화국(Machiavelli)</li> <li>· 공화국, 군주국, 전제국(Montesquieu)</li> </ul>
근대적 국가형태론	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 군주국, 공화국(Jellinek)</li> <li>· 국가형태, 통치형태(Rehm)</li> </ul>
현대적 국가형태론	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 군주국(군주가 지배)</li> <li>공화국(군주제가 없는 국가)</li> <li>· 단일국가(통치권을 중앙에 통합)</li> <li>연방국가(통치권을 각 지방에 분산)</li> <li>· 민주적(입헌적) 공화국</li> <li>전제적(독재적) 공화국</li> </ul>

### 나. 大韓民國의 國家形態

#### 1) 헌법규정

헌법 제1조제1항은 「대한민국은 민주공화국이다」라고 규정하여 우리나라의 국가형태가 민주공화국임을 밝히고 있다. 여기에서 “民主共和國”이란 비군주국이라는 의미뿐만 아니라 자유국가, 국민국가, 반독재국가라는 의미도 아울러 가지고 있다. 따라서 어떠한 명목으로도 군주제를 도입할 수 없으며 인민공화제나 독재공화제는 부인된다.

## 2) 민주공화국의 규범성과 내용

헌법 제1조제1항은 헌법제정권자의 근본적 결단이며, 우리 헌법의 핵이므로 헌법개정절차에 의해서도 이를 개정할 수 없다. 민주공화국인 국가형태를 위협하거나 변형시키려 할 때에는 「형법」·「국가보안법」 등에 의한 규제의 대상이 된다.

또한 민주공화국의 정치적 내용으로는 대체로 代議制(간접민주제)를 원칙으로 하면서 直接民主制를 가미하고 있고 또한 政黨制 民主政治의 도입과 防禦的 民主主義를 채택하고 있다.

## 3. 大韓民國의 構成要素

### 가. 主 權

주권은 국가의사를 결정하는 최고의 원동력으로서 모든 권력에 상위하는 근원적인 힘, 즉 憲法制定權力을 의미한다. 그러한 의미에서 주권은 국가목적의 수행하기 위하여 헌법제정권력에 의해 조직된 권력의 총체인 統治權과 區別된다. 주권의 특성은 ①최고·독립성 ②불가분성·단일성 ③불가양성 ④항구성 ⑤시원성 ⑥절대성 ⑦유일성 ⑧자율성 등이다.

우리 헌법은 제1조제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」라고 규정하고 있는데, 여기서의 “主權”은 국가의사를 결정하는 최고의 원동력 또는 국가권력의 최고독립성을 의미하고, “모든 權力”은 주권에 의하여 조직된 국가권력, 즉 통치권을 의미한다.

### 나. 國 民

국민이란 국가에 소속하여 통치권에 복종할 의무를 가진 個個의 自然人을 말한다. 이러한 국민이 되는 자격을 “국적”이라고 하며, 헌법 제2조제1항은 「대한민국

의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다」라고 규정하여 이에 따라 제정된 「국적법」이 대한민국 국민의 요건인 국적의 취득과 상실에 관하여 규정하고 있다.

국적의 취득에 있어서 출생에 의한 先天的 取得에는 부모의 국적을 취득하는 혈통주의(屬人主義 : 독일·호주·스위스·일본·한국)와 출생지 소속국가의 국적을 취득하는 출생지주의(屬地主義 : 미국·영국·중남미국가)의 두 원칙이 있는데 우리나라는 속인주의(혈통주의)를 원칙으로 하고 있다. 그리고 국적의 後天的 取得方法에는 혼인·인지·귀화·국적회복·수반취득 등이 있으며, 외국인의 양자, 이중국적자로서 법무부장관에게 신고하여 국적을 이탈한 자, 자진해서 외국국적을 취득한 자 등은 국적을 상실한다. 국적을 상실한 자는 대한민국 국민이 아니면 누릴 수 없는 권리를 3년 이내에 양도하여야 하며, 그 기간이 지났을 때에는 권리를 상실한다. 또한 헌법 제2조제2항의 규정에 의하여 국가는 在外國民의 保護義務를 진다.

부계혈통주의 원칙을 채택한 구법조항은 출생한 당시의 자녀의 국적을 부의 국적에만 맞추고 모의 국적은 단지 보충적인 의미만을 부여하는 차별을 하고 있다. 이렇게 한국인 부와 외국인 모 사이의 자녀와 한국인 모와 외국인 부 사이의 자녀를 차별취급하는 것은 모가 한국인인 자녀와 그 모에게 불리한 영향을 끼치므로 헌법 제11조 제1항의 남녀평등원칙에 어긋난다(헌재결 2000.8.31. 97헌가12).

국내거주 재외국민은 주민등록을 할 수 없을 뿐이지 ‘국민인 주민’이라는 점에서는 ‘주민등록이 되어 있는 국민인 주민’과 실질적으로 동일하므로 지방선거 선거권 부여에 있어 양자에 대한 차별을 정당화할 어떠한 사유도 존재하지 않으며, 또한 헌법상의 권리인 국내거주 재외국민의 선거권이 법률상의 권리에 불과한 ‘영주의 체류자격 취득일로부터 3년이 경과한 19세 이상의 외국인’의 지방선거 선거권에 못 미치는 부당한 결과가 초래되고 있다는 점에서 국내거주 재외국민에 대해 그 체류기간을 불문하고 지방선거 선거권을 전면적·획일적으로 박탈하는 것은 국내거주 재외국민의 평등권과 지방의회 의원선거권을 침해한다(헌재결 2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합)).

## 다. 領 域

영역이란 국가의 통치권이 배타적으로 행사되는 공간을 말하며, 영토·영해·영공으로 이루어진다.

- 1) 領土를 성문헌법전에 규정한 나라는 흔하지 않으나, 우리 헌법은 제3조에서 대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서임을 규정하고 있다.

북한국적자가 중국으로 건너가 중국주재 북한대사관으로부터 해외 공민증과 외국인 거류증을 각각 발급 받았으며 그 후 중국정부로부터 여권을 발급받아 우리나라에 입국했다하더라도 북한지역은 우리 대한민국의 영토에 속하므로 북한국적의 주민은 대한민국의 국적을 취득·유지함에 아무런 영향이 없다 (1996.11.12. 大判 96 누 1221).

- 2) 領海란 육지에 접속한 해면의 일정부분을 말하는데 연안해·만·내해·해협·항 등으로 구성된다. 우리나라는 1978년 4월 30일 이래 12해리 영해법을 실시하고 있다. 다만 경제수역에 대해서는 200해리를 인정하고 있을 뿐 아니라 대한해협에 대해서는 국제해협이라는 특수성을 고려하여 3해리를 잠정적으로 적용하고 있다(배타적경제수역법 제2조 참조).

- 3) 領空이란 지배가능한 범위의 영토와 영해의 수직적 상공에 한한다.

헌법 제117조, 제118조가 제도적으로 보장하고 있는 지방자치의 본질적 내용은 '자치단체의 보장, 자치기능의 보장 및 자치사무의 보장'이라고 할 것이나, 지방자치제도의 보장은 지방자치단체에 의한 자치행정을 일반적으로 보장한다는 것 뿐이고 특정자치단체의 존속을 보장한다는 것은 아니므로, 마치 국가가 영토권을 가지는 것과 마찬가지로, 지방자치단체에게 자신의 관할구역 내에 속하는 영토, 영해, 영공을 자유로이 관리하고 관할구역 내의 사람과 물건을 독점적, 배타적으로 지배할 수 있는 권리가 부여되어 있다고 할 수는 없다(헌재결 2006.03.30, 2003헌라2).

## 第 3 節 大韓民國憲法의 特性과 基本原理

### 1. 大韓民國憲法의 特性

#### 가. 成文憲法 · 硬性憲法性

우리 헌법은 제헌이래 일관되게 성문·경성헌법의 유형에 속해왔으며, 현행 헌법도 마찬가지이다. 현행 헌법은 헌법개정에 대한 특별한 가중절차(제128조~제130조)를 마련하고 있거나 또한 법률 등에 대한 위헌심사 내지 위헌결정권(제107조, 제111조제1항)을 따로 규정함으로써 헌법의 우선적 효력을 간접적으로나마 명확히 하고 있다. 그리고 현행 헌법전에는 실질적 의미의 헌법사항이 전부 들어가 있지 않고 그 주요한 부분이 “국회법·정부조직법·정당법·공직선거법” 등 일반법률로 규정되고 있기 때문에 형식적 의미의 헌법과 실질적 의미의 헌법이 구별되는 성문헌법적 유형의 전형적인 특징을 나타내고 있다.

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 국가의 기본법으로서 간결성과 함축성을 추구하기 때문에 형식적 헌법전에는 기재되지 아니한 사항이라도 이를 불문헌법(不文憲法) 내지 관습헌법으로 인정할 소지가 있다. 그렇다고 해서 헌법사항에 관하여 형성되는 관행 내지 관례가 전부 관습헌법이 되는 것은 아니고 강제력이 있는 헌법규범으로서 인정되려면 엄격한 요건들이 충족되어야만 하며, 이러한 요건이 충족된 관습만이 관습헌법으로서 성문의 헌법과 동일한 법적 효력을 가진다(헌재결 2004.10.21. 2004헌마554등).

## 나. 基礎法規性

우리 헌법은 국가의 근본법으로서 국가통치권력의 조직과 작용, 국가와 국민의 관계의 기본원칙과 기본사항을 정하여 모든 統治機關을 設定하여 그 고유권한을 부여하는 수권적 기능을 수행함과 동시에 국민의 기본권을 보장하기 위하여 국가권력의 행사에 대하여 갖가지로 제한하는 제한적 기능을 수행한다. 우리 헌법은 이를 위하여 국회·정부·법원을 조직하고 각각 입법권(제40조)·행정권(제66조제4항)·사법권(제101조제1항)을 부여하는 한편 각종 통치기관의 권한행사의 방법·절차 등에 대해서 일정한 헌법적 제한을 가하며 헌법 제37조제2항에서는 기본권을 제한하는 법률의 제정에 관하여 대상·요건·한계 등을 정하여 제한하고 있다.

## 다. 最高法規性

우리 헌법은 모든 국가작용의 정당성의 근거를 제시할 뿐만 아니라 국가의 법체계 내에서 가장 강력한 형식적 효력을 가진다. 이러한 최고법으로서의 헌법의 특성은 이를 헌법규정으로 명시하고 있지는 않으나, 헌법 제107조에서 違憲法律審査權을 두어 헌법에 반하는 다른 법형식의 효력을 부인한다든가 헌법의 경성을 부여하여 개정을 곤란하게 하는 규정을 두어 헌법의 최고법적 특성을 보장하거나 시사하고 있다.

## 2. 憲法前文

### 가. 意 義

헌법전문이란 헌법의 본문 앞에 있는 서문으로서 헌법의 구성부분을 의미하며, 헌법의 지도이념이 구체화된 문장을 말한다. 헌법전문의 유형은 각국의 헌법마다 매우 다양하며 대부분의 국가에서는 헌법에 전문을 두고 있

으나, 전문이 없는 국가(노르웨이·덴마크·이스라엘 등)도 있다. 한편 「법령 등 공포에 관한 법률」에서는 일반법령에도 공고·공포문의 형식으로 전문을 붙이도록 규정하고 있으나, 일반법령에서의 전문과 헌법의 전문은 그 성격에 있어서 상이하다.

## 나. 法的 性格과 內容

헌법전문은 헌법제정의 역사와 목적을 단순히 선언적으로 기술한 것이므로 그 법적 성격을 부정하는 견해(O.Mayer, Corwin, 미연방대법원판례 등)가 있으나, 헌법전문에는 국가적 질서형성과 국가적 과제에 관한 지도이념이 선언되어 있으며, 모든 법규범에 대한 기본적인 전제로서 헌법의 본질적 부분을 이룬다(통설).

한편 우리 헌법전문은 ①대한민국 임시정부의 범통 계승 ②3·1운동과 4·19이념의 계승 ③조국의 민주개혁과 평화적 통일 지향 ④정의·인도·동포애의 구현 ⑤사회적 폐습과 불의 타파 ⑥자율과 조화를 바탕으로 한 자유민주적 기본질서 확립 ⑦각인의 기회균등과 국민생활의 균등한 향상 ⑧국제평화주의 등을 그 내용으로 선언하고 있다.

## 3. 憲法의 基本原理

### 가. 意 義

국가의 근본법으로서의 헌법은 역사적·사회적 여건에 의하여 제약을 받는다. 즉 現代福祉主義 憲法은 근대입헌주의 헌법의 특성인 자유권보장·권력분립·의회제도·법치주의·성문헌법주의 이외에 경제적·사회적 약자의 인간다운 생활을 보장하기 위한 生存權이 추가되었고, 국민의 기본권도 국제평화 없이 유지될 수 없다는 인식에서 국제평화주의를 선언하고 있다. 우리 헌법도 이와 같은 시대적 조류에 따라 현대복지주의적 헌법의 원리를 기본원리로 채택하고 있다.

우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜나가야 하는 최고의 가치규범이다 (헌재결 1989.9.8. 89헌마194).

## 나. 基本原理의 具體的 內容

### 1) 국민주권주의

헌법 제1조제2항은 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하여 주권재민의 원칙을 선언하고 있는데, 여기서의 주권은 헌법제정권력 내지 국가의사의 최고결정권을 의미하며, 국민은 이념적 통일체로서의 전체 국민을 의미한다. 헌법상 국민주권의 구현방법으로는 간접민주제(의회주의와 선거제도)의 원칙 하에 직접민주제(국민투표제도)의 방식이 예외적으로 따르고 있다. 또한 정당제도, 기본권보장, 직업공무원제 등도 국민주권의 원리를 구현하는 제도로서 헌법에 규정하고 있다.

### 2) 권력분립주의

권력분립의 실질적 목적은 통치작용을 입법·행정·사법으로 나누어 相互牽制와 均衡을 이루게 함으로써 국민의 자유와 권리를 보장하려는 데 있다. 우리 헌법은 이의 실현을 위해 입법권은 國會에(제40조), 행정권은 政府에(제66조제4항), 사법권은 法院에(제101조제1항) 각각 귀속시켜 상호 견제와 균형을 이루게 하고 있다.

### 3) 기본권보장주의

우리 헌법은 전문에서 기본권보장을 선언하고 있으며, 제10조에서는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구라는 기본권보장의 대원칙을, 제37조에서는 기본권의 존중과 제한의 일반원칙을 선언함과 아울러 제11조 이하에서 기본권을 개별적으로 보장하고 있다.

### 4) 복지국가주의

우리 헌법은 복지국가원리를 구현하기 위하여 헌법전문에 국민생활의 균등한 향상을 선언하고 있음과 아울러 제34조에서 ①인간다운 생활을 할 권리 ②사회보장·사회복지의 증진에 관한 국가의 의무 ③여성의 복지와 권익향상을 위한 국가의 노력 ④노인과 청소년의 복지향상을 위한 국가의 노력 ⑤신체장애자나 생활무능력자에 대한 국가의 보호를 규정하고 있고, 제35조에는 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리(환경권)를, 그리고 제32조제1항에는 최저임금제의 실시를 규정하고 있다.

### 5) 문화국가주의

우리 헌법은 문화국가원리를 구현하기 위하여 헌법전문에 「...문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고」 라고 규정함과 아울러 제9조에 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달을 위한 국가의 노력을 규정하고 있고, 제69조에는 대통령의 취임선서 시 민족문화의 창달에 노력할 대통령의 책무를, 그리고 제31조제5항에는 국가의 평생교육 진흥의무를 규정하고 있다.

### 6) 국제평화주의

우리 헌법은 전문에서 국제평화주의를 선언하고 있으며, 그 구체적 표현으로 제5조에서 침략전쟁의 부인, 제6조에서 국제법 존중주의와 외국인의 법적 지

위의 보장을 규정하고 있다.

### 7) 사회적 시장경제주의

헌법 제119조제1항에서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 경제질서의 기본원칙을 선언하였고, 동조제2항에는 경제민주화를 위하여 국가는 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다고 규정하였다. 이는 대한민국의 사회경제질서가 모든 국민의 인간다운 생활의 보장에 그 목적이 있음을 천명한 것이며, 우리의 경제질서의 원칙이 국민생활의 균등한 향상을 추구하는 사회적 시장경제주의에 근거하고 있음을 강조한 것이다.

## 第 4 節 大韓民國憲法の 基本秩序와 基本制度

### 1. 大韓民國 憲法の 基本秩序

우리 헌법은 정치적 공동체로서의 기본질서는 民主的 基本秩序로, 경제적 공동체로서의 기본질서는 社會的 市場經濟秩序로, 그리고 국제사회의 구성국으로서의 기본질서는 平和主義的 國際秩序로 규정하고 있다.

#### 가. 民主的 基本秩序

##### 1) 헌법규정

헌법은 前文에서 「자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여…」라고 하고, 제4조에서 「자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고…」라고 규정하는 한편 제8조제4항에서 「정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는…」라고 규정하여 민주적 기본질서를 대한민국의 정치적 기

본질서로 선언하고 있다.

헌법에 규정된 민주적 기본질서는 바로 民主主義를 의미하며, 헌법의 기본질서로서의 민주주의는 곧 정치원리로서의 민주주의를 의미한다. 그러한 의미에서 정치원리로서의 민주주의에 공통된 분모는 “국민에 의한 지배”, “다수결의 원칙”, “기본권의 보장” 등이라 할 수 있다.

## 2) 민주적 기본질서의 개념과 법적 성격

헌법상 민주적 기본질서는 1949년 독일기본법 제18조(기본권상실조항)와 제21조제2항(위헌정당해산조항)에서 처음으로 규정하였으며, 그 개념은 “모든 폭력적 지배나 자의적 지배를 배제하고, 그때그때의 다수의 의사와 자유·평등에 의거한 국민의 자기결정을 토대로 하는 법치국가의 통치질서(독일연방헌법 재판소 판례)”를 의미한다. 우리 헌법재판소에서도 독일의 판례를 원용하여 민주적 기본질서의 개념을 규정하고 있으며, 아울러 그 개념적 요소로서 ①인간 존엄과 인격존중을 기본으로 하는 인권보장 ②국민주권의 원리 ③권력분립의 원리 ④책임정치의 원리 ⑤행정의 합법성의 원리 ⑥사법권의 독립 ⑦복수정당제와 정당활동의 자유보장 등을 들고 있다(헌재결 1990.4.2. 89헌가113).

그리고 헌법의 민주적 기본질서는 ①우리 헌법의 최고규범으로서 최고의 효력을 가지며 ②헌법개정금지의 대상이며 ③모든 법해석의 기준이 되며, 모든 국가작용의 타당성 근거가 되고 ④헌법상 기본권의 제한근거가 되며 동시에 제한의 한계로서의 역할을 한다.

## 3) 민주적 기본질서의 보장방법

헌법상 민주적 기본질서를 보장하기 위한 방법에는 적극적 방법과 소극적 방법이 있다. 積極的 方法으로는 자유민주적 질서형성을 위하여 자유로운 의사발표의 보장과 정치과정의 공개가 보장되어야 한다. 즉 양심의 자유, 언론·

출판·집회·결사의 자유, 의회주의 등이 보장되어야 한다. 消極的 方法으로는 위헌정당해산제, 탄핵제도, 해임건의, 징계, 위헌법률심사제, 저항권, 형법·국가보안법 및 행정법규에 의한 보장 등을 들 수 있다.

## **나. 社會的 市場經濟秩序**

### **1) 의 의**

국가의 성격에 따라 그 경제질서의 성격도 달라진다. 즉 18·19세기의 자본주의 헌법은 개인주의와 자유방임주의를 그 지도원리로 하므로 국민의 자유, 특히 경제적 자유를 최대한 보장하는 야경국가 내지 질서국가의 사상이 지배하였다. 그러나 자본주의가 발달하면서 19세기 말·20세기 초에 이르러 부의 일방적 편재, 유산자와 무산자간의 계급적 갈등과 대립, 주기적인 경제공황, 실업자의 양산 등의 자본주의의 모순과 결함이 노출되자 이를 극복하기 위하여 국가는 종래의 자유주의적 시장경제를 포기하고 적극적으로 경제에 통제와 간섭을 하게 되었다. 이러한 경향을 성문헌법에 가장 먼저 적극적으로 규정한 것이 1919년의 바이마르(Weimar)헌법이었고, 이것이 각국 헌법의 모범이 되었다.

### **2) 우리 헌법상의 경제질서**

우리 헌법에서는 私有財産制의 保障과 자유경쟁을 기본원리로 하는 자본주의적 자유시장경제질서를 원칙으로 하면서 사회복지·사회정의·경제민주화 등을 실현하기 위하여 사회주의적 계획경제를 가미한 사회적 시장경제질서를 채용하고 있다.

우리 헌법의 경제질서원칙에 비추어 보면, 농지개량사업 시행지역 내의 토지에 관한 권리관계에 변경이 있는 경우 그 사업에 관한 권리의무도 승계인에게 이전되도록 규정한 법률조항은 농지개량사업의 계속성과 연속성을 보장하고 궁극적으로는 농촌근대화의 목적을 달성하기 위한 것으로써 오히려 사회적 시장경제질서에 부합하는 제도라 할 것이므로, 이는 헌법 제119조제1항의 시장경제원칙에 위배된다고 할 수 없다(헌재결 2005. 12. 22. 2003헌바88).

이를 위하여 우리 헌법은 경제질서의 기본성격으로서 사유재산제도를 바탕으로 하고 경제활동의 자유와 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 자유시장경제를 골간으로 하면서, 사회정의와 경제민주화를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 광범하게 인정하고 있다. 헌법에서 규정하고 있는 사회적 시장경제를 위한 기본정책은 다음과 같다.

- ①중요 천연자원의 사회화(제120조제1항)
- ②농지소작제의 원칙적 금지와 농지의 임대차·위탁경영 예외적 허용(제121조)
- ③국토의 효율적 이용과 개발·보전(제122조)
- ④농·어촌 종합개발계획의 수립(제123조제1항)
- ⑤지역경제의 육성(제123조제2항)
- ⑥중소기업의 보호·육성(제123조제3항)
- ⑦농·어민의 이익보호(제123조제4항)
- ⑧농·어민 및 중소기업의 自助組織의 육성과 발전(제123조제5항)
- ⑨소비자보호운동의 보장(제124조)
- ⑩대외무역의 육성 및 규제·조정(제125조)
- ⑪私營企業의 국·공유화의 원칙적 금지(제126조)
- ⑫과학기술의 혁신과 정보·인력개발(제127조제1항)
- ⑬국가표준제도의 확립(제127조제2항)

### 3) 경제질서에 대한 국가적 개입의 한계

자본주의 시장경제질서 내에서의 경제규제는 사회정의의 구현을 위하여 그리고 국민경제에 균형적인 발전을 위하여만 가능한 것이므로 전면적인 국가관리경제를 의미하는 계획경제는 우리 헌법상 인정될 수 없다.

## 다. 平和主義的 國際秩序

### 1) 헌법원칙

양차대전의 체험을 계기로 제2차대전 이후에는 각국이 전쟁을 방지하고 평화를 유지하기 위한 각별한 노력을 기울여 왔으며, 여러 국제조약과 각국의 헌법에서도 국제평화주의를 선언하고 침략전쟁을 금지하는 평화조항을 두게 되었다. 우리 헌법도 이를 위하여 평화적 통일의 지향(전문, 제4조, 제66조제3항, 제69조), 침략적 전쟁의 부인(제5조제1항), 국제법질서의 존중과 외국인의 법적 지위의 보장(제6조) 등을 규정하고 있다.

### 2) 국제질서의 내용

#### 가) 침략전쟁의 부인

헌법은 정복을 위한 전쟁·국제분쟁해결을 위한 수단으로서의 전쟁은 부인하나, 자위전쟁 내지 制裁戰爭은 許容하고 있다. 자위전쟁은 외국으로부터의 급박하고 불법적인 공격을 받은 경우 이를 격퇴하여 국민과 국토를 방위하기 위한 전쟁으로서 이는 UN헌장에서도 용인되고 있다(UN헌장 제51조). 제재전쟁은 국제경찰군으로서 UN군이 무력공격을 감행한 침략군을 제재하고 국제평화와 안전의 유지를 위해 필요한 병력을 동원하는 적법전쟁을 말한다.

#### 나) 국제법 존중주의

헌법은 제6조제1항에서 「헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다」라고 하여 국제법질서의 존중

원칙을 명백히 하고 있다. 여기에서 “條約”이란 국가간에 문서로서 체결된 합의 또는 계약을 말하나, 국가 이외에도 예컨대 국제연합(UN) 등과 같은 국제기구도 조약의 당사자가 될 수 있으므로 결국 조약은 국가 간, 국가와 국제기구 간, 그리고 국제기구 상호 간의 합의라고 볼 수 있다. 조약과 관련하여 헌법 제73조에서는 대통령의 조약체결·비준권을 규정하고 있고, 제60조제1항에서는 국회의 조약체결·비준에 대한 동의권을 규정하고 있다.

그리고 “일반적으로 승인된 국제법규”란 成文의 국제법규(UN헌장의 일부, 포로에 관한 제네바협정, 집단학살금지협정, 부전조약 등) 및 국제관습법(포로의 학살금지과 인도적 처우, 대사·공사의 국제법상의 법적 지위에 관한 원칙, 민족자결의 원칙, 조약준수의 원칙 등)을 말한다.

1992. 2. 19. 발효된 '남북사이의화해와불가침및교류협력에관한합의서'는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다(헌재결 2000.07.20. 98헌바63).

#### 다) 외국인의 법적 지위의 보장

헌법은 제6조제2항에서 「외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다」라고 하여 상호주의에 입각한 외국인의 법적 지위를 보장하고 있다.

#### 라) 평화적 통일의 지향

우리헌법은 민족의 지상과제인 조국통일을 평화적 방법으로 달성코자 여러 곳에서 규정을 두고 있다. 즉 헌법 前文(...조국의 평화적 통일의 사명), 제4조(평화통일정책을 수립하고...), 제66조제3항(조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무...), 제69조의 대통령의 취임선서(...조국의 평화통일과... 노력하여...)와 제92조의 민주평화통일자문회의 등이 그것이다.

## 2. 大韓民國 憲法의 基本制度

### 가. 政黨制度

#### 1) 의 의

19세기의 민주주의는 국민주권의 원리, 국가권력의 분립, 의원의 국민대표성과 독립성, 민주적 선거제도 등을 기본적인 헌법원리로 하는 대의제적·의회적 민주주의를 의미하였으나, 20세기에 이르러 보통선거제의 실시로 선거권이 확대되면서 대중의사의 집약적 중개기관인 정당이 필요하게 되었다. 우리 헌법은 정당에 대하여 제8조에서 직접 명문의 규정을 두어 이를 보장하고 있다 (독일기본법·프랑스제5공화국헌법·이탈리아헌법·포르투갈헌법·스페인헌법·터키헌법 등). 아울러 「정당법」 제2조에서는 “정당이라 함은 국민의 이익을 위하여 책임있는 정치적 주장이나 정책을 추진하고 공직선거의 후보자를 추천 또는 지지함으로써 국민의 정치적 의사의 형성에 참여함을 목적으로 하는 국민의 자발적 조직을 말한다.”고 규정하고 있다.

정당제도가 헌법에 규정된 것은 제2차대전 이후의 일이다. 일찍이 Triepel은 정당에 대한 국법의 태도를 발전사적으로 고찰하여 ①적대시단계, ②무시단계, ③승인 및 합법화 단계, ④헌법에의 편입단계로 분류, 설명하였다.

#### 2) 정당의 헌법상 지위와 법적 성격

정당의 헌법상 지위에 대하여는 ①헌법기관설(국가기관설), ②사법적 결사설, ③중개적 권력설 등이 있으나, 정당은 국민의 의사와 국가의사를 연결시키는 중개적 기구로 보는 견해가 다수설의 입장이다. 또한 정당의 법적 성격에 관해서는 民法上 法人格 없는 社團의 일종으로 본다(다수설).

정당은 자발적 조직이기는 하지만 다른 집단과는 달리 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적이고 무질서적인 개개인의 정치적 의사를 집약하고 정리하여 구체적인 진로와 방향을 제시하며 국정을 책임지는 공권력으로까지 매개하는 중요한 공적 기능을 수행하기 때문에 헌법은 정당의 기능에 상응하는 지위와 권한을 보장함과 동시에 그 헌법질서를 존중해 줄 것을 요구하고 있는 것이다. (헌재결 1991.3.11. 91헌마21).

### 3) 정당의 권리와 의무

#### 가) 정당의 권리

- 정당은 일반결사에 대하여 특별법적 지위에 있기 때문에 설립·활동·존립에 있어서 특권을 누린다.
- 정당은 정치적·재정적 특권을 가지며 각종 공직선거에 있어서 후보자를 추천 또는 지지하고 그들의 당선을 위한 선거운동에 관한 권리를 보장 받는다.
- 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 정당의 운영에 필요한 자금을 국가로부터 보조 받을 수 있다.
- 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다. 정당법, 공직선거법, 국회법, 세법 등에 정당보호에 관한 규정이 명시되어 있다.

#### 나) 정당의 의무

- 정당은 국가 및 민주적 기본질서를 긍정하여야 한다.
- 정당은 일정한 조직을 갖추어야 하며, 그 활동이 민주적이어야 한다. 특히 내부조직도 민주적일 것이 요구된다(당내 민주주의).
- 정당은 그 재원을 공개할 의무가 있다(정치자금법 제2조제2항). 재

원공개의 원칙에 따라 정당후원회의 회계책임자는 정당의 재산 및 수입·지출의 명세서를 중앙선거관리위원회에 보고하여야 한다.

#### 4) 정당의 조직·운영 및 해산

##### 가) 정당의 조직

당원자격	· 대한민국 국민으로서 국회의원 선거권자(다른 법령에서 금지되는 자는 제외)
창당준비	· 중앙당 20인 이상, 시·도당 10인 이상의 발기인
법정시·도당수	· 5인 이상
시·도당 법정당원수	· 1천인 이상

##### 나) 정당운영

당비	· 당헌, 당규에 의하여 당원이 부담하는 금전·유가증권 기타 물건
후원금	· 후원회 회원이 후원회에 납입하는 금전·유가증권 기타 물건 · 후원회는 개인으로 구성하며, 후원인이 연간 후원회에 납입 또는 기부가능한 한도액은 2천만원
기탁금	· 정치자금을 정당에 기부하고자 하는 개인이 선거관리위원회에 기탁한 금전·유가증권 기타 물건 · 1인이 기탁할 수 있는 기탁금은 1회 1만원 이상 또는 그에 상당하는 가액 이상, 연간 1억원 또는 전년도 소득의 100분의 5 중 다액 이하
국고보조금	· 국가가 정당에 지급하는 금전·유가증권

※ 외국인, 국내·외의 법인 또는 단체는 정치자금의 기부가 금지

## 다) 정당의 해산

등록취소	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 등록기준의 미비</li> <li>· 국회의원 총선거에서 의석을 얻지 못하고 유효투표 총수의 100분의 2이상을 얻지 못한 경우</li> <li>· 중앙선거관리위원회가 등록 취소</li> <li>· 잔여재산 당헌의 정하는 바에 따라 처분 후 국고 귀속</li> </ul>
자진해산	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 대의기관의 결의로서 해산</li> <li>· 잔여재산 당헌의 정하는 바에 따라 처분 후 국고 귀속</li> </ul>
강제해산	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 정당의 활동이나 목적이 민주적 기본질서에 위배</li> <li>· 정부가 국무회의의 심의를 거쳐 헌법재판소에 해산을 제소</li> <li>· 헌법재판소는 재판관 9인 중 재판관 6인 이상의 찬성으로 결정</li> <li>· 해산결정이 선고되면 그 때부터 당해 정당의 모든 특권 상실</li> <li>· 해산된 정당과 동일·유사정당 설립금지, 잔여재산 국고귀속</li> <li>· 소속 국회의원은 자격상실(다수설)</li> </ul>

## 나. 選舉制度

### 1) 선거의 개념과 법적 성격

선거란 국민 또는 지역주민의 대표자를 선출하는 것을 말하며, 그 법적인 성격은 合成行爲(선거인에 의한 국민대표 또는 주민대표 선임행위)로 본다. 選舉權이란 선거에 있어 투표에 참여할 수 있는 권리를 말하며, 그 법적 성격은 공무수행인 동시에 참정권의 행사라는 양면성을 가진다. 被選舉權이란 선거에 의하여 대통령·국회의원·자치단체장·지방의회의원 등 국가기관 또는 지방자치단체기관의 구성원으로 선출될 수 있는 자격을 말한다.

### 2) 선거의 기본원칙

#### 가) 보통선거

보통선거는 제한선거에 대응하는 개념으로서 재력이나 납세액·사회적 신

분·인종·신앙·성별·교육 등을 요건으로 하지 아니하고, 일정한 연령에 달한 자에게 원칙적으로 선거권을 인정하는 것을 말한다.

보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있고, 보통선거에서 선거권 연령을 몇 세로 정할 것인가의 여부는 입법자가 입법목적달성을 위한 선택의 문제이다(헌재결 2001.6.28. 2000헌마111).

#### 나) 평등선거

차등선거 내지 불평등선거에 대응하는 개념으로서, 여기에는 투표의 數的平等(1인1표의 원칙)과 成果價値의 平等(1표의 투표가치가 평등할 뿐 아니라 그 표로서 대표자선정에 기여한 정도도 평등하여야 한다는 원칙)을 포함한다. 또한 평등선거는 정당의 평등과 선거참여자의 평등을 요구한다.

시·도의원 지역선거구의 획정에는 인구 외에 행정구역·지세·교통 등 여러 가지 조건을 고려하여야 하므로, 그 기준은 선거구 획정에 있어서 투표가치의 평등으로서 가장 중요한 요소인 인구비례의 원칙과 우리 나라의 특수사정으로서 시·도의원의 지역대표성 및 인구의 도시집중으로 인한 도시와 농어촌 간의 극심한 인구편차 등 3개의 요소를 합리적으로 참작하여 결정되어야 할 것이며, 현시점에서는 상하 60%의 인구편차(상한 인구수와 하한 인구수의 비율은 4:1) 기준을 시·도의원 지역선거구 획정에서 헌법상 허용되는 인구편차기준으로 삼는 것이 가장 적절하다고 할 것이다(헌재결 2007. 3. 29. 2005헌마985·1037, 2006헌마11(병합)).

#### 다) 직접선거

간접선거에 대응하는 것으로서 일반선거인이 대표자를 직접 선출하는 선거 원칙을 말한다.

라) 비밀선거

공개선거에 대응하는 것으로서 선거인이 누구에게 투표하였는가를 제3자가 알지 못하게 하는 것을 말한다. 비밀투표의 전형은 무기명투표에 의한 용지비밀투표제와 投票用紙官給制 및 투표내용에 관한 진술거부권이다.

마) 자유선거

강제선거에 대응하는 것으로서, 우리 헌법은 명문의 규정을 두고 있지 않으나 일반적으로 자유선거는 헌법에 내재하는 당연한 선거원칙으로 해석하고 있다.

3) 대표제와 선거구제

가) 대표제

<p>多數代表制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 총유효투표의 다수표를 얻은 자를 당선자로 결정하는 방법</li> <li>· 선거구에 있는 다수자의 의사에 따르게 하는 방법</li> <li>· 다수세력의 형성이 가능하여 정국안정 도모 및 양당제확립</li> </ul>
<p>少數代表制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 한 선거구에서 2인 이상의 대표를 선출하게 하는 제도</li> <li>· 소수파에게도 대표자를 낼 수 있는 가능성 부여</li> <li>· 대선거구를 전제로 함, 소수자의 권리보장</li> </ul>
<p>比例代表制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 각 정당에게 그 득표수에 비례하여 의석을 배분</li> <li>· 선거권의 실질적 평등보장, 기술적 곤란성과 절차의 복잡성</li> </ul>

비례대표의원의 선거는 지역구원의 선거와는 별도의 선거이므로 이에 관한 유권자의 별도의 의사표시, 즉 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 함에도 현행제도는 정당명부에 대한 투표가 따로 없으므로 결국 비례대표의원의 선출에 있어서는 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적 의의를 지니게 되고, 선거권자들의 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없으므로 직접선거의 원칙에 위배된다(헌재결 2001.7.19. 2000헌마91·112·134 병합).

## 나) 선거구제

선거구제	내 용	장 · 단점
小選舉區	1선거구에서 1명의 대표자 선출	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 장점(군소정당의 출현방지, 경비절약, 선거운동 용이, 대표선택 용이)</li> <li>· 단점(사표가 많고, 당리당략적 선거구 획정의 위험성, 의원의 질 저하, 부정부패의 가능성)</li> </ul>
中選舉區	1선거구에서 2~4명의 대표자 선출	
大選舉區	1선거구에서 5명 이상의 대표자 선출	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 장점(사표가 적다, 후보자와 유권자의 수준향상, 선거의 공정)</li> <li>· 단점(정국의 불안정, 선거비용의 과다, 보궐선거와 재선거 실시 곤란)</li> </ul>

## 4) 우리나라의 선거제도(공직선거법의 주요내용)

### 가) 선거권

대통령 선거권과 국회의원 선거권	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 19세 이상의 국민</li> </ul>
지방자치 단체의 장과 지방의회의 원의 선거권	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 19세 이상의 국민으로서 선거인명부 작성기준일 현재 당해 지방 자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 자(2007년 6월 28일 헌법재판소의 위헌결정에 따라 2008.12.31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용)</li> <li>• 「출입국관리법」 제10조(체류자격)의 규정에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 19세 이상의 외국인으로서 선거인명부작성기준일 현재 「출입국관리법」 제34조(외국인등록표등의 작성 및 관리)의 규정에 따라 당해 지방자치단체의 외국인 등록대장에 등재된 자</li> </ul>

## <선거권이 없는 자>

- ① 금지산선고를 받은 자
- ② 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되지 아니하거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자
- ③ 선거법, 「정치자금법」 제45조(정치자금부정수수죄) 및 제49조(선거비용관련 위반행위에 관한 벌칙)에 규정된 죄를 범한 자 또는 대통령·국회의원·지방의회의원·지방자치단체의 장으로서 그 재임 중의 직무와 관련하여 「형법」(「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조에 의하여 가중처벌되는 경우를 포함한다) 제129조(수뢰, 사전수뢰) 내지 제132조(알선수뢰)·「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제3조(알선수재)에 규정된 죄를 범한 자로서, 100만원이상의 벌금형의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 5년 또는 형의 집행유예의 선고를 받고 그 형이 확정된 후 10년을 경과하지 아니하거나 징역형의 선고를 받고 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 또는 그 형의 집행이 종료되거나 면제된 후 10년을 경과하지 아니한 자
- ④ 법원의 판결 또는 다른 법률에 의하여 선거권이 정지 또는 상실된 자

### 나) 피선거권

대통령은 40세 이상의 국민, 국회의원은 25세 이상의 국민, 지방의회의원·단체장은 선거일 현재 계속하여 60일 이상 당해 지방자치단체의 관할구역 안에 주민등록이 되어 있는 주민으로서 25세 이상의 자에 한하여 피선거권을 가진다.

국가기능의 확대 및 복잡화에 따른 대의기관의 전문성 확보, 국회의원의 지위 변화 및 권한의 확대에 의한 고양된 대의활동능력 및 정치적 인식능력에 대한 요구, 이러한 능력과 자질을 갖추기 위하여 요구되는 정규 또는 비정규적인 교육과정과 직접 또는 간접적인 경험을 쌓는 데 소요되는 최소한의 기간, 국가정책결정권자의 성실한 납세 및 병역 의무의 이행을 요구하는 국민의 기대와 요청 그리고 선거권의 행사연령에 비하여 피선거권의 행사연령을 일반적으로 높게 정하는 주요국가의 입법례 등을 고려할 때, 국회의원의 피선거권 행사연령을 25세 이상으로 정한 것은 공무담임권 등 기본권의 본질적 내용을 침해할 정도로 과도한 것이라 볼 수 없다(헌재결 2005.4.28. 2004헌마219).

#### 다) 후보자추천

정당은 선거에 있어 선거구별로 선거할 정수 범위 안에서 그 소속당원을 후보자로 추천할 수 있다. 다만, 비례대표자치구·시·군의원의 경우에는 그 정수 범위를 초과하여 추천할 수 있다. 정당이 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 그 후보자 중 100분의 50 이상을 여성으로 추천하되, 그 후보자명부의 순위의 매 홀수에는 여성을 추천하여야 한다. 또한 정당이 임기만료에 따른 지역구국회의원선거 및 지역구지방의회의원선거에 후보자를 추천하는 때에는 각각 전국지역구총수의 100분의 30 이상을 여성으로 추천하도록 노력하여야 한다.

무소속후보자가 되고자 하는 자는 ①대통령선거에서는 5이상의 시·도에 나누어 하나의 시·도에 주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 500인 이상으로 한 2천500인 이상 5천인 이하, ②지역구국회의원선거 및 자치구·시·군의 장 선거에서는 300인 이상 500인 이하, ③지역구시·도의원선거에서는 100인 이상 200인 이하, ④시·도지사선거에서는 당해 시·도안의 3분의 1이상의 자치구·시·군에 나누어 하나의 자치구·시·군에 주민등록이 되어 있는 선거권자의 수를 50인 이상으로 한 1천인 이상 2천인 이하, ⑤지역구자치구·시·군의원선거에서는 50인 이상 100인 이하(다만, 인구 1천인 미만의 선거구에 있어서는 30인 이상 50인 이하)의 선거권자의 추천을 받아야 한다.

#### 라) 공무원 등의 입후보

① 「국가공무원법」 제2조에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조에 규정된 지방공무원(다만, 「정당법」 제22조제1항제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다), ②각급선거관리위원회위원 또는 교육위원회의 교육위원, ③다른 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자, ④ 「정부투자기관 관리기본법」 제2조에 규정된 정부투자기관(한국은행을 포함한다)의 상근 임원, ⑤ 「농업협동조합법」·「수산업협동조합법」·「산림조합법」·「엽연초생산협동조합법」에 의하여 설립된 조합의 상근 임원과 이들 조합의 중앙회장, ⑥ 「지방

공기업법」 제2조에 규정된 지방공사와 지방공단의 상근 임원, ⑦ 「정당법」 제22조제1항제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원, ⑧ 대통령령으로 정하는 언론인 등이 후보자가 되려는 경우에는 선거일 전 60일(비례대표국회의원선거나 비례대표지방의회의원선거 및 보궐선거 등에 있어서와 국회의원이 지방자치단체의 장의 선거에 입후보하는 경우 및 지방의회의원이 다른 지방자치단체의 의회의원이나 장의 선거에 입후보하는 경우에 있어서는 후보자등록신청 전)까지 그 직을 그만 두어야 한다. 다만, 대통령선거와 국회의원선거에 있어서 국회의원이 그 직을 가지고 입후보하는 경우와 지방의회의원선거와 지방자치단체의 장의 선거에 있어서 당해 지방자치단체의 의회의원이나 장이 그 직을 가지고 입후보하는 경우에는 그러하지 아니하다.

지방자치단체의 장이 선거구역이 당해 지방자치단체의 관할구역과 같거나 겹치는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 때에는 당해 선거의 선거일 전 120일까지 그 직을 그만 두어야 한다.

지방자치단체의 장으로 하여금 당해 지방자치단체 관할구역과 같거나 겹치는 선거구역에서 실시되는 지역구국회의원선거에 입후보하고자 하는 경우 당해 선거의 선거일 전 180일까지 그 직을 사퇴하도록 규정한 공직선거 및 선거부정방지법 제53조제3항은 지방자치단체의 장을 합리적 이유없이 차별하는 것이다(헌재결 2003.9.25. 2003헌마106).

#### 마) 기탁금

후보자등록을 신청하는 자는 등록신청 시에 후보자 1인마다 ①대통령선거는 5억원(이 조항은 2008.11.27 헌법재판소에서 불합치판정을 받아 2009. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용), ②국회의원선거는 1천500만원, ③시·도의회의원선거는 300만원, ④시·도지사선거는 5천만원, ⑤자치구·시·군의 장선거는 1천만원, ⑥자치구·시·군의원선거는 200만원을 관할선거구선거관리위원회에 납부하여야 한다.

## 바) 선거운동

선거가 국민의 의사를 정확하게 반영하기 위해서는 자유로운 선거운동이 보장되어야 하나, 다른 한편 선거의 공정성을 확보하기 위해서는 일정한 규제가 필요하다. 그러나 선거운동에 대한 규제는 헌법상의 기본권제한의 요건과 한계에 따라야 하고, 구체적으로 국가전체의 정치·사회적 발전관계, 국민의식의 성숙도, 종래의 선거풍토나 문화적·경제적 제반여건을 종합적으로 판단하여 결정되어야 한다(헌재결 1997.3.27. 95헌가17).

기간의 제한없이 선거운동을 무한정 허용할 경우에는 후보자 간의 지나친 경쟁이 선거관리의 곤란으로 이어져 부정행위의 발생을 막기 어렵게 된다. 또한 후보자 간의 무리한 경쟁의 장기화는 경비와 노력이 지나치게 들어 사회경제적으로 많은 손실을 가져올 뿐만 아니라 후보자 간의 경제력 차이에 따른 불공평이 생기게 되고 아울러 막대한 선거비용을 마련할 수 없는 젊고 유능한 신참 후보자의 입후보의 기회를 빼앗는 결과를 가져올 수 있다. 위와 같은 폐해를 방지하고 공정한 선거를 실현하기 위하여 선거운동의 기간에 일정한 제한을 두는 것만으로 위헌으로 단정할 수는 없다. 공선법 제59조 제1호에서 정하는 선거운동의 기간제한은 제한의 입법목적, 제한의 내용, 우리나라에서의 선거의 태양, 현실적 필요성 등을 고려할 때 필요하고도 합리적인 제한이며, 예비후보자의 배우자인 청구인의 선거운동의 자유를 형해화할 정도로 과도하게 제한하는 것으로 볼 수 없다(헌재결 2005.9.29. 2004헌바52).

### ① 시기의 제한

공직선거법에서 선거운동은 후보자등록마감일의 다음 날부터 선거일 전일까지만 할 수 있도록 하고 있다. 따라서 이 기간 외의 모든 선거운동은 위법한 것으로서 처벌대상이 된다. 다만, 예비후보자로 등록한 경우 선거운동기간 전에도 명함이나 홍보물 등을 이용한 선거운동을 할 수 있다.

## ② 주체의 제한

공직선거법에서는 누구든지 자유롭게 선거운동을 할 수 있다는 선언적 규정을 두고 선거운동을 할 수 없는 자의 신분을 개별적으로 열거하고 있다. 이에 따라 공무원, 선거권이 없는 자, 미성년자, 외국인, 바르게살기운동협의회·새마을운동협의회·한국자유총연맹 상근 임·직원과 대표자, 향우회·종친회·동창회, 산악회 등 동호인회, 계모임 등 개인 간의 사적모임 등은 선거운동을 할 수 없다.

## ③ 방법의 제한

선거법에서는 또한 선거운동 방법에 다양한 제한을 두고 있는 데, 유형별로 제한·금지하는 사례를 구체적으로 살펴보면 첫째, 선거운동 방해행위로서 연설 및 대담·토론 방해행위, 지위를 이용한 선거운동행위가 있다. 둘째, 매수 및 기부행위로서 선거인·후보자 등에 대한 매수행위, 당선자에 대한 매수행위, 신문·방송 매수행위, 기부행위 등이 있다. 셋째, 불공정한 행위로서는 유사기관 설치행위, 향우회·종친회 개최, 신문·방송 등 부정이용 행위 등이 있다. 넷째, 선거인의 평온한 일상생활을 침해하는 행위로서 야간연설의 제한, 연설장소의 제한, 호별방문의 제한, 행렬 등의 제한, 확성장치의 사용제한 등이 있다. 다섯째, 선량한 풍속 기타 사회질서를 침해하는 행위로서 후보자 비방행위, 허위사실 공표행위 등이 있다.

## ④ 비용의 제한

선거비용은 정당 또는 후보자가 선거운동을 위하여 선거기간 전의 선거준비행위에 소요되는 경비와 선거운동기간 중 정당 또는 후보자가 부담하는 선거운동경비, 선거종료 후에 정리비용을 포함하는 개념으로 "일정기간 또는 특정선거와 관련하여 특정 행위, 방법, 수단 등에 소요되는 금전, 물품, 확정채무 기타 재산상의 가치"라고 정의할 수 있다. 현행 공직선거법에서는 선거비용 제한액제도를 채택하여 허용되는 선거운동이라 할지라도 선거운동에 직접 소요

되는 비용을 제한하는 제도를 두고 있다. 한편 선거비용 제한액제도의 실효성을 확보하기 위하여 선거비용제한액의 0.5% 이상 초과지출하는 행위를 독립적인 선거범죄 구성요건으로 정하여 처벌하고 있으며, 선거사무장 또는 선거사무소의 회계책임자 또는 예비후보자의 회계책임자가 이를 위반하여 징역형 또는 300만원 이상의 벌금형의 선고를 받은 때에는 그 후보자의 당선을 무효로 하고 있다.

### 사) 선거소송

선거소청	지방의회의원·단체장선거에 있어서 선거의 효력에 대해 이의가 있는 선거인·정당 또는 후보자는 선거일로부터 14일 이내에 당해선거구 선거관리위원회위원장을 상대로 소청(시·도지사 선거→중앙선관위, 기타→시·도 선관위에 소청)
선거소송	①대통령선거소송·국회의원선거소송→선거일로부터 30일 이내, 단체장·지방의회의원선거소송→소청에 대한 결정서를 받은 날부터 10일 이내 ②대통령선거, 국회의원선거, 광역단체장선거소송→대법원, 지방의회의원 및 기초단체장선거소송→고등법원
당선소송	대통령, 국회의원, 시·도지사당선소송→당선결정일로부터 30일 이내, 지방의회의원 및 시·군·구의 장선거→당선결정일로부터 10일 이내
재정신청	매수·이해유도죄 및 공무원의 선거범죄 등에 대하여 고소·고발한 후보자와 정당의 중앙당은 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 그 검사소속의 고등검찰청에 대응하는 고등법원에 當否에 관한 재정신청

## 다. 公務員制度

### 1) 헌법규정

공무원이란 직접 또는 간접으로 국민에 의하여 선출되거나 임용되어 국가나 공공단체에 공법상의 근무관계를 맺고 공공적 임무를 담당하는 자를 말한다. 우리 헌법 제7조는 「①공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ②공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.」라고 하여 공무원의 지위·책임·신분과 정치적 중립성에 관하여 규정하고 있다.

### 2) 공무원의 헌법상 지위

공무원은 주권자인 국민 전체의 이익을 위한 봉사자이어야 하며, 특정인이나 계파의 부분이익에 봉사하여서는 아니 된다. 여기에서 공무원과 국민의 관계는 엄격한 의미에서 국민의 법적 대표나 수임자가 아니라, 충성·성실 등을 내용으로 하는 정신적·윤리적 봉사관계에 있는 이념상 국민전체의 수임자이다. 그리고 공무원은 국민에 대하여 책임을 지는 자이다. 이 책임의 성질에 관하여는 원칙적으로 이념적·정치적 책임이라 할 것이나 그 책임이 헌법에 명문으로 규정되어 있는 경우(헌법 제29조의 국가배상책임)에는 법적 책임을 추궁할 수 있다.

또한 직업공무원제도는 국가와 공법상 근무관계 및 충성관계를 맺고 있는 직업적 공무원으로 하여금 집권세력의 논공행상의 제물이 되는 엽관제도를 지양하고, 정권교체에 따른 국가작용의 중단과 혼란을 예방하고 일관성 있는 공무수행의 독자성을 유지하게 함으로써, 안정적이고 능률적인 정책의 집행을 보장하려는 국민주권의 원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치국가적인 공직제도를 말한다(헌재결 1989.12.18. 89헌마32,33).

## 라. 地方自治制度

### 1) 헌법과 지방자치제도

지방자치는 그 자체로서 지역민주주의를 실현할 뿐 아니라 국민의 의사를 지역적으로 형성·조직화하여 국정에 반영시킴으로써 국정에서의 다원적 민주주의의 실현에 이바지한다. 또한 지방자치단체는 한편으로는 중앙집권적·관료주의적 경향에서 오는 국가행정의 폐단을 방지하고 국가권력의 남용을 견제함으로써 수직적 권력분립의 기능에 따른 국민의 자유보장에 이바지하고 다른 한편으로는 국가와 협력하여 사회국가적·복지국가적 임무를 분업적으로 수행함으로써 국민의 복지증진에 기여한다.

우리 헌법은 제8장에서 지방자치를 두고 2개조의 규정을 두어 地方自治를 憲法上 保障함과 아울러 지방자치의 방향성을 제시하고 있다. 즉 첫째, 제117조제1항에서 「지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다」라고 하여 지방자치단체가 그에 속하는 사무에 관하여 광범한 자치권을 가져야 할 것임을 명시하는 한편 동조 제2항에서는 「지방자치단체의 종류는 법률로 정한다」라고 하여 지방자치의 존중과 그 기본원칙을 선언하고 있다. 둘째, 제118조제1항에서 「지방자치단체에 의회를 둔다」라고 하고 또한 동조 제2항에서 「지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다」라고 하여 의결기관 및 집행기관의 선임방법을 규정하여 지방자치단체의 기관의 민주화를 도모하고 있다.

### 2) 지방자치단체의 사무와 조례제정권

지방자치법 제22조에서는 「지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다」라고 규정하여 조례제정권의 범위가 “지방자치단체의 사무”에 관한 것이어야 함과 아울러 “법령의 범위 안에서” 제정되도록 하고 있다. 지방자치단체의 사무와 관련하여 지방자치법 제9조제1항에서는 「지방자치단체는 관할구역의 자치사무와 법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사

무를 처리한다」라고 규정하여 지방자치단체의 사무의 종류와 범위를 규정하고 있다.

#### 가) 자치사무(고유사무)

자치사무란 지방자치단체의 존립목적이 되고 있는 지방적 복리사무를 말하며, 이는 고유사무라고도 불리어진다. 자치사무와 관련하여 「헌법」 제117조제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고…”라고 규정하고 있으며, 이러한 헌법의 규정에 근거하여 「지방자치법」 제9조제1항에서는 “지방자치단체는 관할구역의 자치사무…를 처리한다.”고 규정하고 있다. 지방자치단체는 그 자치사무의 수행에 필요한 비용을 스스로 부담할 의무를 진다(지방자치법 제141조, 지방재정법 제17조).

자치사무와 관련하여 지방의회는 「지방자치법」 제22조의 조례제정권에 근거하여 자치사무를 조례로 규율할 수 있다. 또한, 지방의회는 그 의결로 안건의 심의와 관련된 서류의 제출을 해당 지방자치단체의 장에게 요구할 수 있을 뿐만 아니라(동법 제40조), 자치사무와 관련하여 해당 지방자치단체의 사무를 감사하거나 그 사무 중 특정사안에 관하여 지방의회의 의결로 조사할 수 있으며(동법 제41조제1항), 또한 지방자치단체의 장이나 관계 공무원의 출석·답변을 요구할 수도 있다(동법 제42조제2항).

다만, 지방자치단체는 자치사무라 하더라도 아무런 제약 없이 행할 수 있는 것은 아니고, 「헌법」 제117조의 취지에 비추어 볼 때 ‘법령의 범위 안에서’ 행할 수 있을 뿐이다. 즉 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 적법성 통제만을 행할 수 있는 것이 원칙이기는 하지만, 예외적으로는 개별 법률로 자치사무에 대한 합목적성의 통제를 규정할 수도 있다. 또한 「지방자치법」 제10조제3항에 따라 시·도와 시·군 및 자치구는 그 사무를 처리할 때 서로 경합하지 아니하도록 하여야 하며, 그 사무가 서로 경합되는 경우에는 시·군 및 자치구에서 우선적으로 처리한다.

## 나) 단체위임사무

단체위임사무란 국가 또는 다른 지방자치단체 등으로부터 해당 지방자치단체에 위임된 사무를 말하며, 「지방자치법」 제9조제1항에서 말하는 “법령에 따라 지방자치단체에 속하는 사무”는 바로 단체위임사무를 말한다. 단체위임사무에 있어서 수입지방자치단체는 자신의 책임 하에 당해 사무를 수행할 의무를 지기 때문에, 단체위임사무의 위임에는 개별법령상의 법적 근거를 요한다. 「지방자치법」 또한 제41조제3항 및 제167조제1항 등에서 단체위임사무의 근거를 두고 있다. 또한 「지방자치법」 제141조 단서의 규정은 “국가사무나 지방자치단체사무를 위임할 때에는 이를 위임한 국가나 지방자치단체에서 그 경비를 부담하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 또한 「지방재정법」도 단체위임사무의 수행에 소요되는 경비는 국가 또는 광역지방자치단체가 그 전부를 당해 지방자치단체에 교부(부담)하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제21조제2항, 제28조).

단체위임사무는 자치사무는 아니지만 역시 해당 지방자치단체의 사무이기 때문에 지방의회는 단체위임사무에 관여한다. 따라서 단체위임사무와 관련하여서도 행정사무감사 및 조사(지방자치법 제41조제3항), 지방자치단체의 장이나 관계 공무원의 출석요구(동법 제42조제2항) 등이 적용된다. 뿐만 아니라 지방의회는 「지방자치법」 제22조에 근거하여 단체위임사무에 관련하여서도 조례를 제정할 수 있다 할 것이다. 단체위임사무에 대해서는 국가나 광역지방자치단체가 광범위한 감독권을 갖는다(지방자치법 제167조, 제169조). 단체위임사무에 있어서 국가나 광역지방자치단체는 광역지방자치단체나 기초지방자치단체에 대하여 합목적성의 통제까지 행할 수 있다(동법 제167조제1항·제2항, 제169조제1항, 하천법 제66조).

## 다) 기관위임사무

기관위임사무란 국가 또는 다른 지방자치단체가 지방자치단체의 장에게 위

임하여 처리하게 하는 사무를 말한다. 기관위임사무와 관련하여 「지방자치법」에서는 “시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없으면 시·도지사과 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다.”(동법 제102조)고 규정하고 있으며, 또한 “지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사무소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.”(동법 제104조제2항)고 규정하여 그 근거를 두고 있다. 아울러 「정부조직법」 제6조(권한의 위임 또는 위탁) 및 같은 규정에 따른 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제3조·제4조도 이른바 기관위임사무의 근거규정으로 이해되고 있다.

기관위임사무의 처리에 소요되는 경비는 그 전액을 위임기관인 국가 또는 광역지방자치단체가 부담하는 것이 원칙이다(동법 제141조 단서, 지방재정법 제21조제2항). 이 경우 수임기관에게 교부되는 보조금은 의무적인 교부금으로서의 성질을 가진다. 기관위임사무의 수행과 관련하여 직무상 불법행위가 발생한 경우, 당해 사무의 귀속주체는 위임기관이므로 위임한 국가 또는 광역지방자치단체가 국가배상책임을 져야 하는 것은 당연하다고 할 수 있다. 다만, 수임자가 속한 지방자치단체는 비용부담자로서 배상책임자가 될 수 있다.

기관위임사무는 지방자치단체의 사무가 아니기 때문에 그것에 대해서는 지방의회가 관여할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 기관위임사무에 대해서는 조례로 정할 수 없다. 다만, 감사에 대해서는 「지방자치법」 제41조제3항은 “지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 국가사무와 시·도의 사무에 대하여 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무 외에는 그 감사를 각각 해당 시·도의회와 시·군 및 자치구의회가 행할 수 있다. 이 경우 국회와 시·도의회는 그 감사결과에 대하여 그 지방의회에 필요한 자료를 요구할 수 있다.”고 하여 특례를 두고 있다. 따라서 기관위임사무에 대해서도 국회와 시·도의회가 직접 감사하기로 한 사무를 제외하고는 지방의회가 그 감사를 행할 수 있다.

기관위임사무는 실체적인 내용상 위임기관인 국가 또는 광역지방자치단체의 사무에 속하기 때문에 국가나 광역지방자치단체는 수임기관인 지방자치단체의 장에 대하여 지시권을 가지며 광범위한 감독권을 갖는다(지방자치법 제167조, 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조제3항 및 제6조).

### 3) 헌법과 조례의 관계

#### 가) 법률유보의 원칙과 조례

자치법규인 조례와 법률유보의 관계를 둘러싸고 憲法 제117조제1항에서는 “법령의 범위 안에서”라는 제한규정을 두고 있는데 대해 地方自治法 제22조단서에서는 “주민의 권리 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정한 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”라고 규정하고 있다. 판례는 지방자치법 제22조단서의 규정을 합헌으로 보면서 다만 “주민의 권리·의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였다 하더라도, 행정관청의 명령과는 달리 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위내에서 주민의 권리·의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있다(大判 1991.8.27. 90누6613).”라고 하여 법률의 위임의 구체성을 완화하려는 태도를 보이고 있다.

지방자치법 제15조단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다. 그런데 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통하여 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여야 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다(헌재결 1995.4.20. 92헌마246,279 병합).

## 나) 기본권의 보장과 조례규제

지방자치단체의 條例는 법령의 하위에 있는 것이므로 국법체계의 정점에 위치하는 최고법규로서의 헌법에 위반되어서는 아니된다.

첫째, 憲法 제11조제1항의 平等의 原則은 조례의 제정에 있어서도 그대로 타당하다. 따라서 조례도 헌법의 원칙인 평등의 원칙의 지배를 받으며, 각 조례 상호간의 내용의 차이가 헌법상 평등의 원칙에 위배되는 경우에는 위헌의 문제가 발생하게 된다. 다만 조례제정권은 각 지방자치단체마다 가지므로 일정사항과 관련하여 각각의 지방자치단체마다 사정이 동일하지 않으므로 상이한 규율을 가할 수 있다. 이 경우 각 지방자치단체가 그 지역의 특수한 실정 기타 합리적인 근거에 따라 상이한 조례를 제정할 수 있는 가능성은 헌법상의 평등의 원칙에 반하는 것이라 할 수 없다. 다만 하나의 지방자치단체 내부에서 불균형이 초래되는 조례는 동등한 사실관계는 동등하게 상이한 사실관계는 상이하게 정하도록 하는 헌법상 평등의 원칙에 위배되는 것이라 할 수 있다.

조례에 의한 규제가 지역의 여건이나 환경 등 그 특성에 따라 다르게 나타나는 것은 헌법이 지방자치단체의 자치입법권을 인정한 이상 당연히 예상되는 불가피한 결과이므로, 이 사건 심판대상규정으로 인하여 청구인들이 다른 지역의 주민들에 비하여 더한 규제를 받게 되었다 하더라도 이를 두고 헌법 제11조제1항의 평등권이 침해되었다고 볼 수는 없다(헌재결 1995.4.20. 92헌마264, 279 병합).

둘째, 조례로서 職業遂行의 自由 내지 영업의 자유를 제한할 수 있는가에 대하여 우리의 憲法裁判所에서는 “직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만 그 경우에도 헌법 제37조제2항에서 정한 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 한다.”라고 하면서 이는 지방의회의 조례입법에 의한 기본권 제한의 경우에도 준수되어야 할 것이라 하고 “성인출입업소를 제외한 모든 장소에서 담배자동판매기 설치를 제한하는 조례의 규정은 담배소매인의 직업수행의 자유를 과도하게 침해하는

것이라고 주장하나, 성인출입업소를 제외한 모든 장소에 대하여 자판기의 설치·사용을 제한하지 않는 한 그 실효성이 의문시될 뿐 아니라 무엇보다도 미성년자보호법의 취지를 관철하기 어렵다고 할 것이므로 위 조례는 기본권제한 입법에 있어서 반드시 지켜야 할 과잉금지의 원칙에 위배하여 헌법 제15조에 의하여 보장된 청구인들의 직업선택의 자유를 침해하였다고 볼 수 없다(헌재결 1995.4.20. 92헌마264,279 병합).”라고 하였다.

셋째, 罪刑法定主義와 條例의 문제에서 판례는 “지방자치법 제15조단서(헌 제22조단서)는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정하는 경우에 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다고 규정하고 있는데, 불출석 등의 죄, 의회모욕죄, 위증 등의 죄에 관하여 형벌을 규정한 조례안에 관하여 법률에 의한 위임이 없었을 뿐만 아니라, 지방자치단체는 조례로써 조례위반에 대하여 1,000만원이하의 과태료만을 부과할 수 있도록 규정하고 있으므로, 조례위반에 형벌을 가할 수 있도록 규정한 조례안 규정들은 현행 지방자치법 제20조에 위반되고, 적법한 법률의 위임없이 제정된 것이 되어 지방자치법 제15조단서에 위반되고, 나아가 죄형법정주의를 선언한 헌법 제12조제1항에도 위반된다(大判 1995.6.30. 93추113).”라고 판시하고 있다.

넷째, 租稅法律主義와 條例의 관계에서 헌법재판소에서는 “지방자치법 제126조(현 지방자치법 제135조)는 지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과·징수할 수 있다고 하고, 지방세법 제3조는 지방세의 부과·징수에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체의 조례로써 정하도록 하고 있다. 이렇게 지방세법이 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항을 조례로 정할 수 있도록 한 것은 지방세법은 그 규율대상의 성질상 어느 정도 요강적 성격을 띠 수 밖에 없기 때문이라고 해석된다. 왜냐하면 비록 국민의 재산권에 중대한 영향을 미치는 지방세에 관한 것이라 하더라도 중앙정부가 모든 것을 획일적으로 확정하는 것은 지방자치제도의 본래의 취지를 살릴 수 없기 때문이다. 더구나 지방세법의 규정에 의거하여 제정되는 지방세부과에 관한 조례는 주민의 대표로 구성되는 지방의회의 의결을 거치도록 되어 있으므로 법률이 조례로써 과세

요건 등을 확정할 수 있도록 조세입법권을 부분적으로 지방자치단체에 위임하였다 하더라도 조세법률주의의 바탕이 되고 있는 “대표 없이는 과세없다.”는 사상에 반하는 것도 아니다(헌재결 1996.10.26. 94헌마242).”라고 판시하고 있다.

#### 다) 법령과 조례의 관계

지방자치단체의 조례는 헌법 제117조 및 지방자치법 제22조에 의하여 “법령의 범위 안”에서 규정할 수 있다. 여기에서 “法令”의 의미는 일반적으로 법률·대통령령·부령등의 법형식을 의미하나, 이러한 법령의 명시적 위임에 의해서 중앙행정기관의 장 등이 정하는 行政規則(훈령·고시 등)과 국내법적 효력이 인정되는 國際法規도 이에 포함된다. 조례가 비록 지방자치단체의 자치입법으로서 각 지방자치단체의 관할 구역 안에서만 시행되는 것이라 하더라도 그것은 형식적 효력에 있어서 성질상 법률의 하위에 있는 하위입법으로서 국가의 법령과 모순 또는 저촉되어서는 아니된다. 그러한 의미에서 조례에 대해서도 일단 법령우위의 원칙이 적용된다고 할 수 있다.

지방자치법 제15조에 의하면 지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 그의 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있는 바, 지방자치단체의 세자녀 이상 세대 양육비 등 지원에 관한 조례안은 저출산 문제의 국가적·사회적 심각성을 십분 감안하여 향후 지방자치단체의 출산을 적극 장려토록 하여 인구정책을 보다 전향적으로 실효성 있게 추진하고자 세 자녀 이상 세대 중 세 번째 이후 자녀에게 양육비 등을 지원할 수 있도록 하는 것으로서, 위와 같은 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무 중 주민의 복지증진에 관한 사무를 규정한 지방자치법 제9조 제2항 제2호 (라)목에서 예시하고 있는 아동·청소년 및 부녀의 보호와 복지증진에 해당되는 사무이고, 또한 위 조례안에는 주민의 편의 및 복리증진에 관한 내용을 담고 있어 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니다(대판 2006.10.12. 선고 2006추38).



## 第 2 部 基本權論



# 第 I 章 基本權總論

## 第 1 節 基本權의 意義와 歷史

### 1. 基本權의 概念과 特質

기본권이란 헌법에 의하여 보장된 국민의 제권리를 말하며, 인권이란 인간이 인간이기 때문에 당연히 갖는 天賦的 權利 또는 自然權을 말한다. 기본권은 생래적 인권뿐만 아니라 국법에 의하여 비로소 형성되거나 구체화되는 기본적 권리까지 포함하는 개념이므로, 인권의 내용과 기본권의 그것이 반드시 일치하는 것은 아니나, 양자는 상호 의존하고 보완하는 관계에 있기 때문에 갈래 보아도 무방하다.

이러한 기본권의 일반적 특질로는 ①보편성 ②고유성 ③항구성 ④불가침성 ⑤초국가성·전국가성 등이 있다.

### 2. 基本權保護의 歷史

#### 가. 各國의 人權 선언

##### 1) 영 국

영국은 1215년의 대헌장(Magna Carta), 1628년의 권리청원(Petition of Right), 1689년의 권리장전(Bill of Rights)을 위시하여 1679년의 인신보호법(Habeas Corpus Act) 등을 통하여 영국 국민의 자유와 권리에 대한 개념의식을 싹틔웠다.

##### 2) 미 국

1776년 6월 12일에 채택된 버지니아(Virginia)권리장전에서는 天賦不可侵의

자연권으로서 행복을 추구할 권리와 생명·자유·재산에 대한 권리 및 저항권 등을 선언하였다. 그 후 1776년 7월 4일의 독립선언에서는 인권에 대한 자연법적 기초를 부여하였다.

### 3) 프랑스

1789년 8월 26일 프랑스의 국민의회가 의결한 「인간과 시민의 권리선언(프랑스 인권선언)」에는 불가침·불가양의 자연권으로서의 제권리가 규정되어 있었고, 1791년의 프랑스 헌법에 수용되어 그 후의 유럽 제국의 헌법에 많은 영향을 주었다. 그 후에는 천부인권사상을 바탕으로 한 인권보장이 약화되었다가 1946년의 제4공화국 헌법과 1958년의 제5공화국 헌법에서 다시 강화되었다.

### 4) 독일

1849년 프랑크푸르트(Frankfurt)헌법안의 제정이 보수 반동세력에 의해 실패한 뒤 나타난 1850년의 프로이센(Preußen)헌법과 그 뒤의 1871년의 비스마르크(Bismark)헌법에서 기본권보장은 형식에 그쳤으며 1919년의 바이마르(Weimar)헌법에 이르러 실질적인 기본권보장이 이루어졌다. 바이마르헌법은 자유권뿐만 아니라 생존권까지도 보장하고 있어 20세기의 경제헌법이라고 불리고 있다.

## 나. 人權保障의 現代的 傾向

### 1) 인권선언의 사회화

자유권적 기본권과 사회적 기본권의 조화적 보장을 도모하여 일련의 사회적 기본권에 관한 규정을 헌법에 신설하는 경향이 1919년의 바이마르헌법을 효시로 각국 헌법에 계승되기 시작하였다(1948년 이탈리아헌법, 1949년 독일기본법, 1976년 포르투갈헌법 등).

## 2) 인권선언의 국제화

1945년의 유엔헌장이래 국제적 차원에서의 인권보장이 보편화되어, 1948년의 「세계인권선언」, 1950년의 「유럽인권협약」, 1966년의 「국제연합인권규약(경제적·사회적 및 문화적권리에관한국제규약, 시민적 및 정치적권리에관한국제규약, 시민적 및 정치적권리에관한국제협정의선택의정서)」, 1987년의 「고문등의금지에관한협약」 등으로 전개되었다.

## 3) 자연법 사상의 부활

제2차 세계대전을 거치면서 나치즘, 파시즘, 군국주의에 의해 저질러진 인권 유린에 대한 반성으로 인간의 존엄과 가치에 대한 이념이 고조되었다.

戰後 각국 헌법은 기본권이 자연권임을 재강조하고, 근대헌법에서 선언적 의미로 수용된 기본권을 실질적이고 직접적인 효력을 갖는 권리로 인식하였다.

## 4) 새로운 인권의 문제

새로운 인권이라고 호칭되는 것으로는 건강권, 일조권, 휴식권, 국민의 알 권리(정보권), 액세스권, 평화적 생존권, 생명권, 인격권(성명, 초상, 명예) 등으로 새로운 인권으로서 혹은 기존인권의 한 부류로서 등장하게 되었다.

# 第 2 節 基本權의 性格·分類方法·主體

## 1. 基本權의 性格

### 가. 主觀的 公權과 客觀的 法秩序로서의 性格

기본권은 개인을 위한 주관적 공권으로서의 성격을 가지므로 기본권 침해 시 기본권의 주체(국민, 외국인, 법인)는 직접 국가에 대하여 그 침해로부터의 회복을 청구할 수 있다. 아울러 기본권은 객관적으로 국가의 가치질서인 기본

적 범질서의 구성요소로서의 성격을 지니고 있다. 이러한 기본권의 객관적 질서로서의 성격은 기본권의 주체인 국민이 적극적·소극적으로 그의 사생활을 비롯한 정신적·문화적·사회적·경제적·정치적 생활을 형성하고 영위해 나갈 때 비로소 질서로서의 의미를 가지게 되는 것이기 때문에 기본권의 주관적 권리성과 불가분의 기능적 보완관계에 있다.

## 나. 自然權的 性格

헌법에 보장된 국민의 기본권이 실정법상의 권리(실정권)인가 자연법상의 권리(자연권)인가에 관해서는 학설대립이 있는데, 實定權說에 의하면 기본권을 실정법 이전의 권리로 보지 아니하고 헌법의 규정에 의해서 비로소 만들어진 실정법상의 권리로 본다. 반면 自然權說에 의하면 기본권을 헌법 이전에 생래적으로 존재하는 인간의 권리로 보고 헌법이 이를 단지 확인·선언하고 있는데 불과하다고 본다(다수설).

## 다. 基本權과 制度保障

제도보장이란 국가 자체의 존립의 기초가 되는 객관적 제도(사유재산제, 복수정당제, 지방자치제, 직업공무원제, 대학자치제 등)를 헌법에서 보장하는 것을 말한다. 기본권이 주관적 공권인데 반해 제도보장은 국가 내에서 법에 의해 인정되므로 客觀的 法規範에 불과하다. 그러나 제도보장은 기본권과 결부되는 것을 배격하지 않으며, 특정한 제도보장은 기본권과 결부되어 상호 보충적으로 기능하기도 한다(예컨대 재산권보장이 동시에 사유재산제의 보장임).

우리 헌법상 규정되고 있는 제도보장으로서는 ①직업공무원제(제7조제2항) ②복수정당제(제8조제1항) ③사유재산제(제23조제1항) ④교육의 자주성·전문성·정치적 중립성과 대학자치제(제31조제4항) ⑤혼인과 가족제도(제36조제1항) ⑥지방자치제(제117조제1항) ⑦국군의 정치적 중립성(제5조제2항) 등이 있다.

< 기본권 및 제도 보장 >

구분	기본권	제도 보장
대상	인간의 권리	객관적 제도 그 자체
성격	주관적 공권(권리)	객관적 법규범(비권리)
효력	모든 국가 기관 및 헌법 개정 권력 구속	모든 국가기관 구속 헌법개정권력 불구속
정도	최대한의 보장	최소한의 보장 (특정제도의 본질 침해만 금지)

제도적 보장은 객관적 제도를 헌법에 규정하여 당해 제도의 본질을 유지하려는 것으로서 헌법제정권자가 특히 중요하고도 가치가 있다고 인정되고 헌법적으로도 보장할 필요가 있다고 생각하는 국가제도를 헌법에 규정함으로써 장래의 법발전, 범형성의 방침과 범주를 미리 규율하려는 데 있다(헌재결 1997.04.24. 95헌바48).

**2. 基本權의 分類方法**

主體에 의한 분류	· 인간의 권리(모든 인간에 속한 권리)
	· 국민의 권리(소속 국적을 가진 자만이 누릴 수 있는 권리)
性質에 의한 분류	· 초국가적 기본권(자연법상의 권리)
	· 국가내적 기본권(실정법상의 권리)
	· 절대적 기본권(법률에 의하여 제한될 수 없는 기본권) · 상대적 기본권(국가질서를 위하여 제한가능한 기본권)

내용에 의한 분류	· 포괄적 기본권(인간의 존엄과 가치· 행복추구권· 평등권)
	· 자유권적 기본권(신체의 자유· 사생활의 자유· 정신적 자유· 경제적 자유 등)
	· 사회적 기본권(인간다운 생활권· 교육의 권리· 근로의 권리· 근로3권· 환경권 등)
	· 청구권적 기본권(청원권· 재판청구권· 국가배상청구권· 손실보상청구권· 형사보상청구권· 범죄피해자구조청구권 등)
	· 참정권(선거권· 피선거권· 공무담임권 등)
효력에 의한 분류	· 현실적 기본권과 프로그램적 기본권
	· 대국가적 기본권과 대사인적 기본권

### 3. 基本權의 主體

#### 가. 國 民

기본권의 주체는 원칙적으로 모든 국민이다. 따라서 여기에는 미성년자· 정신병자· 수형자도 포함된다.

#### 나. 外國人

타국인과 무국적자로 구성되는 외국인이 헌법 제2장의 기본권을 향유할 수 있는가에 대해서는 권리의 성질상 국가구성원으로서의 국민에게만 인정되는 기본권을 제외하고 인간의 권리로서 초국가적· 천부적· 자연권적 성격을 가지는 기본권은 외국인에 대하여도 보장된다.

外國人에게 인정되는 기본권으로는 ①당연히 인정되는 것(인간으로서의 존엄과 가치· 행복추구권) ②인정되지 않는 것(참정권) ③원칙적으로 인정되나 제한을 받는 것(평등권, 재산권, 직업선택의 자유, 거주· 이전의 자유) ④원칙

적으로 인정되지 않으나 제한된 범위 내에서 인정되는 것(환경권, 보건권) 등이 있다.

근로의 권리가 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는 바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 할 것이므로 외국인 근로자라고 하여 이 부분에까지 기본권 주체성을 부인할 수는 없다(헌재결 2007.08.30, 2004헌마670).

## 다. 法 人

법인의 활동은 궁극적으로 자연인의 이익을 목적으로 하므로 그 성질에 따라 일정한 범위 내에서 법인도 기본권의 주체로 인정된다. 성질상 법인에게 인정되는 기본권은 ①평등권 ②재산권 ③직업선택의 자유 ④거주·이전의 자유 ⑤재판청구권 ⑥손실보상청구권 등이다.

우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재결 1991.06.03. 90헌마 56).

## 第 3 節 基本權의 效力

### 1. 對國家的 效力

기본권은 역사적인 발전과정에서 보아 대국가적인 권리로서 모든 국가권력(입법권·사법권·행정권)을 구속하며 헌법개정권력도 구속한다(통설). 뿐만 아니라 국가의 권력작용 이외의 관리행위나 國庫行爲와 같은 비권력행위에 대해서도 기본권 규정이 적용된다고 보는 것이 지배적인 견해이다.

### 2. 對私人的 效力(기본권의 제3자적 효력)

#### 가. 意 義

오늘날 자본주의사회가 발전함에 따라 국민생활이 국가의존적인 관계에서 사회의존적인 다원적 관계로 변모되고 또한 사인·사적 단체 중에서 정부와 같은 힘을 가지고 있는 존재가 출현하게 되어, 이제 국가권력만이 아니라 그러한 사회적 세력으로부터 약한 개인의 인권보장이 절실한 과제로 등장하게 되어 기본권의 효력을 대국가적인 것에 한정하지 아니하고 사인 간에도 적용하게 되었다.

#### 나. 外國에서의 態度

기본권이 사인 간의 법률행위나 사인상호 간의 법률관계에도 적용되는가의 문제에 대해서는 각국 헌법에 명문의 규정을 두어 해결하는 곳은 거의 없으며(다만 포르투갈헌법은 명문의 규정이 있음), 주로 학설과 판례에 의하여 문제를 해결하고 있다.

## 1) 독 일

독일에서는 헌법의 기본권규정은 국민의 자유를 국가권력으로부터 보장하기 위한 것으로서 국가와 국민간의 관계에서만 효력이 있고 사인 간의 관계에 대해서는 효력이 없다는 주장에 동조하는 견해는 없으며, 또한 모든 기본권이 사인간의 법률관계에 직접 적용되어야 한다는 견해도 없다. 다만 현재의 다수의 견해는 사법관계도 헌법의 기본권 규정에 합치되어야 하지만 그렇다고 기본권 규정이 私法秩序에 직접 적용되면 사법의 독자성과 고유법칙성이 파괴되기 때문에 기본권 규정은 사법상의 일반조항을 통하여 간접적으로 적용되어야 한다는 견해를 취하고 있다(間接適用說).

## 2) 미 국

미국에서는 사기업과 노동조합 등의 사회조직의 행위를 國家의 行爲로 擬制하여 이에 대해서는 기본권규정을 적용하여 그 효력을 미치게 하고자 하는 이론구성을 하고 있다.

국유재산의 이론	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 국가의 시설을 임차한 사인이 그 시설을 이용하여 개인의 기본권을 침해한 경우에 그 침해행위를 국가행위와 동일시하여 헌법의 기본권규정을 적용하는 이론</li> </ul>
국가원조의 이론	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 국가로부터 재정적 지원이나 기타 공적 원조를 받고 있는 사인의 행위를 국가행위와 동일시하여 거기에 헌법의 기본권규정을 적용하는 이론</li> </ul>
통치기능의 이론	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 정당이나 사립대학 등과 같이 실질적으로 공적 기능을 행사하는 사인의 인권침해행위를 국가적 행위로 보고 헌법의 규제에 따르게 하려는 이론</li> </ul>
사법적 집행의 이론	<ul style="list-style-type: none"> <li>● 어떤 형태의 사적 인권침해행위가 소송의 대상이 되어 사법이 개입함으로써 그것이 사법적으로 집행될 때에 그 집행을 위헌인 국가적 행위라고 하는 이론</li> </ul>

## 다. 우리 憲法上的 對私人的 效力

우리 헌법은 독일의 경우와 같이 헌법의 기본권 규정이 사법상의 일반원칙을 통하여 사법관계에 적용된다는 間接適用說(공서양속설)이 통설의 입장이다. 그러나 헌법의 명시적 규정이 있거나 또는 명시적 규정이 없더라도 성질상 직접적용되는 경우(예 : 제10조의 인간의 존엄과 가치·행복추구권, 제32조의 여자와 연소근로자의 특별보호, 제33조의 근로3권 등)에는 직접적 효력을 인정하여야 할 것이다.

그러나 고문을 받지 않을 권리(제12조제2항), 변호인의 조력을 받을 권리(제12조제4항), 구속적부심사청구권(제12조제6항), 신속한 재판을 받을 권리(제27조제3항), 형사보상청구권(제28조), 국가배상청구권(제29조제1항), 죄형법정주의(제12조제1항), 소급입법의 금지(제13조제2항), 연좌제금지(제13조제3항) 등의 규정은 성질상 사인 간에 적용될 수 없다.

## 第 4 節 基本權의 制限과 保障

### 1. 基本權의 制限

기본권은 어떠한 제약도 받지 아니하고 어떠한 경우에도 제한될 수 없는 절대적 기본권인가가 문제되나, 현대민주국가의 헌법은 기본권의 제약을 명시하는 것이 일반적이다. 그러나 기본권의 제약에 관한 헌법의 명문규정이 없더라도 기본권은 무제한적인 것이 아니고 國家的 共同生活을 위하여 불문율에 따라 제약을 받는 것으로 보고 있다.

#### 가. 基本權制限의 類型

##### 1) 헌법유보에 의한 제한

헌법이 명문의 규정을 가지고 직접 기본권의 제약을 규정하는 것을 헌법유

보라고 하는 바, 여기에는 “一般的 憲法留保(우리 헌법에는 없음)”와 “個別的 憲法留保(정당의 해산에 관한 제8조제4항, 언론·출판의 사회적 책임에 관한 제21조제4항, 군인·군무원의 국가배상청구권의 제한에 관한 제29조제2항, 공무원의 근로3권 제한에 관한 제33조제2항 등)”가 있다.

## 2) 법률유보에 의한 제한

기본권의 제한을 직접 헌법이 규정하지 아니하고 그 제한을 법률에 위임하고 있는 경우를 법률유보라고 한다. 여기에는 기본권 전반이 법률에 의하여 제한될 수 있다고 규정하는 “일반적 법률유보(제37조제2항)”와 특정의 기본권에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 하는 “개별적 법률유보(신체의 자유에 관한 제12조제1항, 재산권의 내용과 한계에 관한 제23조제1항 등)”가 있다.

## 나. 우리 憲法上 기본권제한

### 1) 기본권제한조항의 구조

개별적 법률유보조항이 있는 기본권은 “法律이 정하는 바에 따라” 제한이 가능하다. 그러나 헌법은 특정의 기본권에 대하여 법률에 의한 제한만을 규정하고 있을 뿐 제한의 목적이나 방법은 제37조제2항에서 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며」라고 하여 일괄적으로 규정하고 있다.

### 2) 제한의 목적

국가안전보장	· 국가의 독립과 영토의 보전 · 헌법과 법률의 규범력과 헌법기관의 유지	형법·국가보안법·군사기밀보호법 등
질서유지	· 자유민주적 기본질서 · 사회적 안녕질서	집회 및 시위에 관한 법률·경찰관직무집행법·도로교통법·경범죄처벌법 등
공공복리	· 공동으로 사회생활을 영위하는 사회구성원전체를 위한 공공적 이익	소비자보호법·하천법·건축법·국토의 계획 및 이용에 관한 법률 등

### 3) 제한의 형식과 정도

기본권제한은 제37조제2항에 의하여 원칙적으로 “法律”의 형식으로서만 가능하다. 그러나 命令도 법률의 위임이 있는 경우에는 제한이 가능하다. 아울러 기본권제한의 요건이 충족된 경우에도 “과잉금지의 원칙”, “이중기준의 원칙”, “본질적 내용의 침해금지원칙(헌법 제37조제2항후단)”을 준수하여야 한다.

국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, ①국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), ②그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), ③입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), ④그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다(헌재결 1992.12.24. 92헌가 8).

재산적·경제적 권리(자유)와 관련된 헌법적 제한의 합헌성의 판단기준은 신체 및 정신작용과 관련된 인신보호를 위한 기본권 등에 대한 제한의 합헌성 판단기준이 엄격하게 적용되는 것과 달리, 관대하게 적용됨으로써 국가의 재량의 범위를 비교적 넓게 인정하는 것이 현대민주국가의 추세이며 이것이 이른바 기본권제한입법에 있어서 적용되어야 할 2중기준의 원칙이다. 헌법제23조 제1항은 모든 국민의 재산권을 보장하되 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 함으로써 재산권에 대하여는 장래의 사회경제적 입법에 문호를 개방시켜 놓고 있으므로 그 규제에 관하여 입법자의 재량의 여지도 넓으며 따라서 이 사건과 같은 재산권규제입법에 대하여는 다른 자유권에 대한 규제입법과는 달리 그 규제가 어떤 합리적인 기초에 기하고 있다는 가정을 달리 배제할 만한 사실이 존재하지 아니하는 한 입법자의 판단을 존중하여 그 재량의 여지를 가능한 한 넓게 인정해야 하는 것이다(헌재결 1992.10.1. 92헌가6,7 병합, 소수의견).

#### 4) 기본권의 예외적 제한

##### 가) 국가비상사태하에서의 기본권제한

- 대통령의 긴급명령, 긴급재정·경제명령에 의한 제한(제76조제1항·2항)
- 대통령의 계엄선포에 따른 제한(제77조제1항·3항)

##### 나) 특수신분관계(특별권력관계)에 있어서의 제한

헌법에 의한 제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 공무원의 근로3권제한(제33조제2항)</li> <li>· 군인·군무원·경찰공무원의 국가배상청구권제한(제29조제2항) : 이중배상금지</li> <li>· 군인·군무원의 군사재판(제27조제2항)</li> <li>· 비상계엄하의 군사재판의 예외적 단심(제110조제4항)</li> </ul>
법률에 의한 제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 공무원의 정당가입·정치활동금지(정당법·국가공무원법)</li> <li>· 공무원의 공직선거입후보규제(공직선거법)</li> <li>· 국공립학교의 학생, 수행자 및 전염병환자 등에 대한 기본권제한(초·중등교육법·행형법·전염병예방법)</li> </ul>

## 2. 基本權의 保障

### 가. 立法機關에 의한 侵害와 救濟

입법기관인 국회가 위헌적인 법률을 제정하여 국민의 기본권을 침해한 경우에 ①위헌법률심판(제111조제1항제1호) ②헌법소원(제111조제1항제5호) ③청원(제26조제1항) 등의 구제수단이 있다. 또한 입법을 하지 않거나 불완전한 입법을 함으로써 국민의 기본권이 침해된 경우에는 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 입법부작위에 대한 헌법소원은 헌법에서 기본권 보장을 위해 법

령에 명시적인 입법위임을 하였음에도 입법자가 아무런 입법조치를 하고 있지 않거나, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 작위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 입법자가 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다(헌재 결 1996. 6. 13. 93헌마276).

### **나. 行政機關에 의한 侵害와 救濟**

행정기관에 의한 기본권 침해는 주로 법을 적용하고 집행하는 과정에서 발생하는데, 이 경우 ①공무원의 비위의 시정 또는 공무원에 대한 징계나 처벌 청원 ②국가배상청구 ③행정심판 등 행정구제청구 ④행정소송을 통한 구제청구 ⑤형사보상의 청구 ⑥법원의 명령·규칙심사제도에 의한 구제 ⑦국민권의위원회 등에 의한 구제 ⑧헌법소원 등을 통하여 구제받을 수 있다.

### **다. 司法機關에 의한 侵害와 救濟**

誤判에 의한 침해나 재판의 지연에 의한 침해가 있을 수 있는데, 이러한 경우에는 항소와 상고같은 上訴에 의하여, 그리고 재심·비상상고·형사보상청구권 등에 의하여 구제받을 수 있다.

### **라. 私인에 의한 侵害와 救濟**

사인에 의한 기본권의 침해에 대해서는 ①가해자를 고소·고발함으로써 형사처벌을 받게 할 수 있고 ②일정한 경우 범죄피해자 국가구조청구권을 행사할 수 있고 ③민사상의 손해배상·위자료 등을 구하는 권리보호 청구를 할 수 있다. 또한 급박한 기본권 침해에 대해서는 정당방위나 긴급피난과 같은 自力救濟도 허용된다 할 것이다.

## 第 II 章 基本權各論

### 第 1 節 人間的 尊嚴 · 價値 및 幸福追求權과 平等

#### 1. 人間的 尊嚴 · 價値와 幸福追求權

##### 가. 의 의

헌법 제10조는 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다」라고 규정하고 있다. 이 규정은 헌법의 기본권질서의 정신적·이념적 출발점인 동시에 그 기초에 해당하며, 나아가 모든 국가적·국민적 활동의 실천원리이자 가치판단의 기준이 되는 것이라 할 수 있다. 여기에서 “人間的 尊嚴”이란 인간의 본질로 간주되는 인격성 내지 인격주체성을 의미하며, “人間的 價値”란 인격에 대한 총체적인 평가를 의미한다. 또한 “人間”이란 인간의 고유한 가치를 유지하면서 사회에 구속되며 사회와 일정한 관계를 가진 인간을 의미한다. 그리고 “幸福追求權”은 최소한 인간적인 고통이 없는 상태 내지 만족감을 느낄 수 있는 상태를 실현할 수 있는 권리로 볼 수 있다.

결혼식 등의 당사자가 자신을 축하하러 온 하객들에게 주류와 음식물을 접대하는 행위는 인류의 오래된 보편적인 사회생활의 한 모습으로서 개인의 일반적인 행동의 자유 영역에 속하는 행위이므로 이는 헌법 제37조제1항에 의하여 경시되지 아니하는 기본권이며 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에 포함되는 일반적 행동자유권으로서 보호되어야 할 기본권이다(헌재결 1998.10.15. 98헌마168).

##### 나. 법적 성격

헌법 제10조의 규정은 기본권 중에서도 주된 기본권(주기본권)으로서 국민

의 기본적 인권 전반을 의미한다 하겠으며, 헌법에 보장된 다른 개별적 기본권들은 궁극적으로는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 나온 것이라고 볼 수 있다. 따라서 헌법 제10조의 人間의 尊嚴性 條項은 모든 기본권보장의 궁극적인 목적조항이고 그 밖의 기본권조항은 인간의 존엄과 가치를 유지하고 실현하기 위한 수단조항인 것이다.

특히 최고의 근본규범으로서의 제10조의 규정은 ①반전체주의적·반군국주의적 성격, ②인간우선의 원리, ③국가적·국민적 활동의 실천목표성, ④법의 해석기준, ⑤법의 보완원리, ⑥국가작용의 가치판단기준, ⑦헌법개정금지사항 등의 의미와 내용을 가지고 있다.

## **다. 주체와 내용**

### **1) 주 체**

인간의 존엄권은 생존가치가 있거나 없거나를 불문하고 모든 인간에게 인정된다. 따라서 모든 국민뿐만 아니라 외국인·무국적자도 그 주체가 될 수 있으나, 그 본질상 法人은 주체가 될 수 없다. 胎兒도 태어나지 않은 사람 또는 생성중의 사람으로서 인간으로서의 존엄과 가치의 향유주체가 되며, 死者(가족과의 관련하여서 제한적으로)에게도 인간의 존엄권 및 생명권이 인정된다고 보는 것이 일반적인 견해이다.

### **2) 내 용**

헌법 제10조의 규정에 포함되는 것으로는 생명권, 인격권, 신체불훼손권, 평화적 생존권, 휴식권, 일조권 등 인간의 존엄·가치 및 행복추구를 유지하는데 필요한 모든 자유와 권리를 그 내용으로 하는 매우 포괄적이며 다의적인 것이다. 인간존엄의 정신에 반하는 대표적인 것으로는 집단추방·대량학살·고문·노예·박해·권리박탈·강제노동·생존가치 없는 생명의 절멸·인간실험·잔학하고 가혹한 형벌·형사절차에서 증거수집을 위하여 화학적 물리적

수단의 사용 등을 들 수 있다. 사형제도와 관련하여 헌법재판소에서는 “인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 필요악으로서 불가피하게 선택된 것이며 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.”라고 하였다(헌재결 1996. 11.28. 95헌바1). 또한 누구나 자신의 얼굴 기타 사회통념상 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영 또는 그림묘사되거나 공표되지 아니하며 영리적으로 이용당하지 않을 권리인 초상권도 헌법 제10조에 의하여 보장되는 권리이다(대판 2006.10.13. 선고 2004다16280).

## **라. 침해와 구제**

헌법 제10조 후단은 「국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다」고 규정하여 국가에게 기본권보장의무를 부과·확인하고 있다. 따라서 국가는 기본권을 최대한으로 보장하여야 하며 제3자나 국가에 의하여 기본권이 침해되지 않도록 하여야 한다. 제3자에 의한 기본권 침해 시에는 그 행위의 위헌·무효를 주장할 수 있고, 손해배상을 청구할 수도 있다. 헌법 제10조에 대한 침해행위는 국가배상이나 손해배상 또는 청원권·재판청구권·헌법소원 등의 행사를 통하여 구제를 받을 수 있다.

## **2. 平等權**

### **가. 의 의**

평등의 사상은 아리스토텔레스(Aristoteles)의 정의론 이래 꾸준히 발전하여 온 개념으로서, 헌법에 평등의 원칙이 등장한 것은 18세기 후반 이래 버지니아(Virginia)권리장전과 프랑스인권선언을 비롯하여 각국 헌법에 평등원칙이 실정화되었다.

우리 헌법은 제11조제1항에 「모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다」고 규정하여 平等原則을 宣言하는 한편 제2항에서 「사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다」고 규정하고 있고, 제3항에서는 영전에 따른 특권 금지를 규정하고 있다. 뿐만 아니라 헌법전문을 비롯하여 교육의 기회균등(제31조제1항), 여성근로자의 차별금지(제32조제4항), 양성의 평등(제36조제1항), 선거와 선거운동에 있어서의 평등(제41조제1항, 제67조제1항, 제116조제1항), 지역 간의 균형있는 발전(제123조제2항) 등의 평등권조항이 있다.

## 나. 법적 성격

평등권은 기본권보장을 위한 헌법의 최고원리인 동시에 모든 공동체생활관계에서 어떠한 불합리한 조건으로도 차별하여서는 아니된다는 법원칙이다. 평등권은 前國家的성질을 가지는 生來的 基本權(자연권)이자 근본규범이며 자유권과는 구별되는 권리인 것이다.

평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의 기본권 중의 기본권이다(헌재결 1989.1.25. 88헌가7).

헌법 제11조제1항의 규범적 의미는 '법 적용의 평등'에서 끝나지 않고, 더 나아가 입법자에 대해서도 그가 입법을 통해서 권리와 의무를 분배함에 있어서 적용할 가치평가의 기준을 정당화할 것을 요구하는 '법 제정의 평등'을 포함한다. 따라서 평등원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 법적 효과를 달리 부여하기 위하여 선택한 차별의 기준이 객관적으로 정당화될 수 없을 때에는 그 기준을 법적 차별의 근거로 삼는 것을 금지한다. 이때 입법자가 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 어느 정도로 구속되는가는 그 규율대상과 차별기준의 특성을 고려하여 구체적으로 결정된다(헌재결 2000. 8. 31. 97헌가12).

## 다. 내 용

평등권은 자연인뿐만 아니라 법인도 그 주체가 될 수 있다. 그리고 “법 앞에 평등”의 의미에서 “法”은 광의의 법으로서 법률·명령·조례·규칙 및 불문법을 포함한다. 또한 “법 앞에” 평등은 법내용의 평등을 말하고, “平等”은 절대적 평등이 아닌 상대적 평등(같은 것은 같게, 다른 것은 다르게 : 비례적·배분적 평등)을 말한다.

헌법 제11조제1항에 규정된 차별금지사유와 영역은 예시적 규정이며(통설), 그 외에도 학력·연령·출신지역 등의 사유로 불합리한 차별을 할 수 없다. 아울러 제11조제2항의 규정(사회적 특수계급제도의 부인)은 역사발전이 역행하는 봉건적 제도(귀족제도·노예제도)는 어떠한 형태로도 창설할 수 없음을 의미하며, 제11조제3항의 규정(榮典一代의 原則)은 영전의 세습금지는 물론 영전으로 인한 어떠한 특권도 배제하는 것을 의미한다.

강간죄에 있어서 그 객체를 부녀로 한 것은 남녀의 생리적 육체적 차이에 의하여 강간이 남성에 의하여 감행됨을 보통으로 하는 실정에 비추어 사회·도덕적 견지에서 피해자인 부녀를 보호하려는 것으로, 이로 인하여 부녀에게 특권을 부여하고 남성에게 불이익을 주었다고 할 수 없다(1967.2.28. 大判 67도1).

## 라. 평등권의 제한

헌법에 의한 제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 정당의 특권(제8조제4항)</li> <li>• 대통령과 국회의원의 특권(제84조, 제44조·제45조)</li> <li>• 군사법원에 의한 제한(제27조제2항)</li> <li>• 공무원의 근로3권 제한(제33조제2항)</li> <li>• 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권 제한(제33조제3항)</li> <li>• 군인·군무원·경찰공무원 등의 국가배상청구권의 제한(제29조제2항)</li> <li>• 현역군인의 문관임명 제한(제86조제3항, 제87조제4항)</li> </ul>
법률에 의한 제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 공무원법에 규정된 공무원의 복무의무(겸직금지)와 정당가입 제한 및 정치활동 제한</li> <li>• 군사관계법에 의한 군인·군무원의 영내거주, 정치활동 제한</li> <li>• 행형법에 의한 수형자의 서신검열·교화 등 통신과 신체의 자유에 대한 제한</li> <li>• 공직선거법에 규정된 일정한 전과자 등의 공무담임권제한</li> <li>• 외국인토지법에 의한 외국인의 토지소유의 제한</li> <li>• 출입국관리법에 의한 외국인의 체류와 출국의 제한</li> </ul>
긴급명령 등에 의한 제한	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법 제76조에 의거한 대통령의 긴급명령, 긴급재정·경제처분 및 그 명령에 의한 제한</li> </ul>

지방자치단체의 장이 금고 이상의 형의 선고를 받은 경우 부단체장으로 하여금 그 권한을 대행하도록 한 지방자치법 제101조의2 제1항 제3호의 입법목적은 금고 이상의 형을 선고받은 지방자치단체의 장을 형이 확정될 때까지 잠정적으로 그 직무에서 배제함으로써 주민의 신뢰회복, 직무의 전념성 확보, 행정의 안정성과 효율성 제고, 주민의 복리와 지방행정의 원활한 운영에 대한 위험을 예방하기 위한 것이라고 할 것이다(헌재결 2005. 5. 26. 2002헌마699·2005헌마192(병합)).

## 第 2 節 自由權的 基本權

### 1. 身體의 自由權

#### 가. 의 의

신체의 자유는 달리 人身의 自由라고도 하는데, 이것은 法律과 適法節次 (due process of law)에 의하지 아니하고는 신체적 구속을 받지 아니하는 권리를 말한다. 신체의 자유는 근대헌법이 보장하는 가장 기본적인 자유로서 모든 자유의 근간이 되는 것이며, 연혁상으로도 다른 기본권에 앞서 가장 먼저 생겼는 바, 1215년의 대헌장, 1628년의 권리청원, 1679년의 인신보호법, 1689년의 권리장전, 1776년 미국독립선언, 그리고 1789년의 프랑스인권선언에서도 각각 신체의 자유를 선언하고 있다.

#### 나. 헌법규정과 내용

##### 1) 죄형법정주의 및 적법절차

헌법 제12조제1항은 「모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에

의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다」고 하여 신체의 자유 일반을 선언함과 아울러 죄형법정주의와 체포·구속 등의 법률주의 및 적법절차를 규정하고 있다.

罪刑法定主義란 “법률 없으면 범죄 없고, 형벌도 없다”는 원칙으로서 여기에는 ①관습형법금지의 원칙 ②형벌법규불소급의 원칙 ③유추해석금지의 원칙 ④절대적 부정기형금지의 원칙 등이 적용된다. 適法節次의 보장은 고지·청문·변명 등 방어기회의 제공절차 뿐 아니라 일체의 사법절차를 포함하는 개념이다. 적법절차는 처벌·보안처분·강제노역에 적용되는 물론, 본인에게 신체적·정신적·재산적으로 불이익이 되는 일체의 제재에 대하여도 적용되고, 입법·행정·사법절차에 모두 적용된다.

헌법재판소에서도 “입헌민주국가에서는 입법부도 헌법에 의해서 창설되고 입법형성권도 가능한 것이므로 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 그 법률이 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차의 원칙에 반하고, 헌법이 위임한 권한에 벗어나는 것으로 입법형성권의 한계를 이탈한 위헌적인 법률이라 하지 않을 수 없다.”라고 하였다(헌재결 1989. 9. 8. 88헌가6, 1, 199).

죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(憲裁決 1997.3.7. 95헌가17).

## 2) 고문금지와 묵비권보장

헌법 제12조제2항은 「모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다」고 하여 고문금지와 묵비권의 보장을 규정하고 있다. “拷問의 禁止”는 절대적 금지이므로 어떤 이유로도 허용되지 아

니하며, 만일 고문당한 사람이 있다면 국가배상청구를 할 수 있도록 헌법(제29조제1항)은 이를 인정하고 있다. 뿐만 아니라 형법(제125조)에서도 고문을 범죄로 규정하여 형벌적 제재를 가하고 있으며, 형사소송법(제309조)도 고문에 의한 자백의 증거능력을 절대적으로 부인하고 있다.

“형사상 자기에게 불리한 진술”이란 유죄의 근거가 되거나 양형에 불리한 사실 등의 진술을 말한다. 검사 또는 사법경찰관은 피의자를 체포하는 경우에는 피의사실의 요지, 체포의 이유와 변호인을 선임할 수 있음을 말하고 변명할 기회를 주어야 한다.(형소법 제200조의5). 이것을 고지하지 아니한 상태에서 한 피의자의 진술은 헌법위반으로 무효이며 그것을 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

도로교통법 제41조제2항에 규정된 음주측정은 진술이라 할 수 없고, 따라서 음주측정의 요구에 불응할 경우 처벌한다고 하여도 이는 형사상 불리한 “진술”을 강요하는 것에 해당한다고 할 수 없다(헌재결 1997.3.7. 96헌가11).

### 3) 영장제도

헌법 제12조제3항은 「체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.」고 하여 영장제도와 제12조제1항의 적법절차를 구체적으로 명시하고 있다. 事前令狀主義의 예외로써 사후영장청구가 허용되는 경우는 위의 헌법규정 외에 비상계엄의 경우 영장제도에 관하여 특별한 조치(영장제도의 일시 배제)를 할 수 있다.

영장제도와 관련하여 ①別件逮捕·拘束(중대한 사건에 관하여 구속영장을 청구할 정도의 증거를 수집할 수 없거나 법정기간 안에 증거를 완비할 수 없는 경우에, 이미 증거가 수집된 별도의 경미한 사건으로 체포·구속하여 본건의 조사를 하는 수사방법)은 인정되지 아니한다. 또한 ②行政上 即時強制의 경우에도 영장을 필요로 하는가에 관하여 학설대립이 있는 바, 행정상 즉시강제

의 수단으로서 행해지는 임검·수색·압류 등이 동시에 범죄수사로서의 성격을 가지는 경우에는 영장이 필요하나, 행정상 즉시강제가 행정목적의 달성을 위해 불가피하다고 판단될 만한 합리적 이유가 있는 경우에는 영장을 요하지 않는다(다수설).

형사절차에 있어서의 영장주의란 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다(헌재결 1997.03.27. 96헌바28등).

범죄혐의의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률에 의하여 특별검사의 수사 또는 조사대상이 될 사람들의 동행명령제는 참고인의 신체의 자유를 사실상 억압하여 일정장소로 인치하는 것과 실질적으로 같은 것으로 헌법 제12조제3항이 정한 영장주의에 위반되거나 영장주의 원칙을 잠탈하는 것이다(헌재결 2008.01.10 2007헌마 1468 등).

#### 4) 변호인의 助力을 받을 권리

헌법 제12조제4항은 「누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다」고 하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있다.

辯護人과의 자유로운 접견은 변호인의 조력을 받을 권리에 있어서 가장 중요한 내용이 되므로 그 어떠한 명분으로도 제한될 수 없다(헌법재판소의 태도). 변호인의 조력을 받을 권리와 관련하여 국선변호인제도를 규정하고 있다. 국선변호인이란 피고인의 이익을 위하여 법원이 직권으로 선임하는 변호인을 말하는데 형사소송법상 법원이 직권으로 변호인을 선임하여야 하는 경우로는 피고인이 ①구속된 때 ②미성년자인 때 ③70세 이상의 자인 때 ④농아자인 때 ⑤심신장애의 의심이 있는 자인 때 ⑥사형, 무기 또는 단기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 사건으로 기소된 때 ⑦빈곤 기타 사유로 변호인을 선임할 수 없을 때(단, 피고인의 청구가 있는 때에 한함)의 경우이다(형소법 제33

조). 또한, 구속적부심사에 있어 체포, 구속된 피의자에게 변호인이 없는 때(동법 제214조의2제9항)에도 법원이 직권으로 변호인을 선임하여야 한다.

### 5) 구속이유고지제도

헌법 제12조제5항은 「누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족 등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다」고 하여 체포 또는 구속의 이유 등을 고지받을 권리를 신설규정하고 있다. 告知와 通知는 지체없이 하여야 하며, 통지는 서면으로 하여야 한다(형소법 제87조제2항).

### 6) 체포구속적부심사제도

헌법 제12조제6항은 「누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 適否의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다」고 하여 구속적부심사제를 규정하고 있다. 이는 체포·구속이 적법하지 않거나 체포·구속사유가 부당한 경우를 구제하기 위한 제도로서 법관이 발부한 영장에 대한 재심절차라고 할 수 있다. 이 경우 그 청구인은 체포·구속을 당한 모든 국민(피고인은 제외)이며, 심사청구는 모든 犯罪에 대하여 할 수 있고, 법원의 구속적부심사의 결정에 대해서는 검사나 피의자 모두 항고할 수 없다(형소법 제214조의2제7항).

### 7) 자백의 증거능력제한

헌법 제12조제7항은 「피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 欺罔 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다」고 규정하여 자백의 증거능력과 증명력을 제한하고 있다. 따라서 인권옹호의 차원에서 임의성 없는 자백은 그 신빙성을 결한 것으로 보아 유죄의 증거로 사용할 수 없다. 형사소송법상 自由心證主義의 原則하에 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 일임하고는 있으나, 자백의 경우 그 자백이 임의성이 있어 유죄의 증거로

삼을 만한 심증을 얻었다 할지라도 그 자백이 유일한 증거일 때에는 그 자백만 가지고는 유죄의 판결을 할 수 없고, 이를 보강할 만한 다른 증거(補強證據)가 있어야만 유죄판결을 할 수 있다. 自白의 證明力의 制限은 정식재판의 경우에만 인정되므로 즉결심판과 같은 약식재판에서는 자백만으로도 유죄선고를 할 수 있다.

## 8) 기타 신체의 자유보장을 위한 헌법규정

### 가) 형사피고인의 무죄추정권

헌법 제27조제4항은 「형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다」고하여 무죄추정의 원칙을 규정하고 있다. 이는 죄의 유무가 법원의 판결에 의해 확정되기도 전에 수사·공판과정에서 유죄로 보도 또는 취급되어 명예가 손상되거나 신체의 자유가 침해되는 것을 방지하고 또한 미결수와 기결수를 구분하여 처우하기 위한 것이다. 헌법은 “刑事被告人”만을 규정하고 있는데 여기에는 당연히 “刑事被疑者”도 포함된다.

### 나) 신속한 공개재판을 받을 권리

헌법 제27조제3항은 「모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다」고하여 신속한 공개재판을 받을 권리를 규정하고 있다. 여기에서 “신속한 裁判”이란 상당한 이유가 없는 재판의 장기화를 배제함을 말하며, “公開裁判”이란 피고인과 관계가 없는 제3자에게도 공판과정의 방청을 허용하는 것을 말한다. 다만, 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 심리에 한하여 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다. 그러나 공개금지심리에 대해서만 가능하므로 판결의 선고는 반드시 공개법정에서 하여야 한다.

### 다) 형사보상청구권

헌법 제28조는 「형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 상당한 보상을 청구할 수 있다」고 규정하고 있다. 이 권리는 무

과실손실보상의 성격을 가지며, 인신의 구속에 따른 손실의 발생에 대하여 결과책임을 인정한 것이다.

라) 일사부재리의 원칙

어떤 사건에 대하여 유죄 또는 무죄의 실체적 판결이 확정되었을 경우, 그 기판력에 의하여 동일한 사건을 거듭 심판할 수 없다는 원칙으로 우리 헌법 제13조제1항 후단의 「동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다」는 규정이 이에 해당한다. 일사부재리의 원칙과 유사한 것으로 영·미법상의 “2중위험금지의 원칙(절차가 일정단계에 이르면 동일절차를 반복할 수 없다는 절차법상의 원칙)”이 있다.

헌법 제13조제1항이 정한 “이중처벌금지의 원칙”은 동일한 범죄행위에 대하여 국가가 형벌권을 거듭 행사할 수 없도록 함으로써 국민의 기본권 특히 신체의 자유를 보장하기 위한 것이므로, 그 ‘처벌’은 원칙적으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그에 포함된다고 할 수는 없다(헌재결 2008. 7. 31. 2007헌바85).

마) 연좌제의 금지

헌법 제13조제3항은 「모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다」고 하여 연좌제 금지를 규정하고 있다. 이는 형사책임 개별화의 원칙을 구현하기 위한 것이다.

**다. 身體의 自由의 限界와 制限**

신체의 자유는 절대적, 무제한적으로 보장되지는 않는다. 이는 타인의 권리를 침해하거나 도덕률에 위반하거나 헌법질서에 위배될 수 없다. 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률에 따라 제한할 수 있다. 제한하는 경우에도 신체의 자유의 본질적 내용은 침해할 수 없다.

## 2. 私生活에 관한 自由權

### 가. 私生活의 秘密과 自由

#### 1) 의 의

헌법 제17조에는 「모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다」라고 하여 사생활의 비밀과 자유의 불가침을 보장하고 있다. 정보화 사회가 급속히 진행되면서 각 개인의 사생활은 공간적으로나 내용적으로 중대한 위기를 맞이하게 되었고, 이러한 배경에서 대다수의 국가에서 사생활을 보호하기에 이르렀다. 특히 1976년의 「시민적·정치적 권리에 관한 국제연합인권규약」과 스페인·터키·이집트·포르투갈 헌법 등에서도 보장하고 있다. 우리나라에서도 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」이 제정되어 헌법상의 사생활의 비밀과 자유가 보다 철저한 보호를 받게 되었다. 사생활의 비밀과 자유는 사생활의 내용을 공개당하지 아니하고, 사생활의 자유로운 형성과 전개를 방해받지 아니하며, 자신에 대한 정보를 관리·통제할 수 있는 권리를 의미한다.

#### 2) 성격과 내용

사생활의 비밀과 자유는 人格權(생명·신체·건강·명예·정조·성명·초상·사생활의 비밀과 자유를 보호내용으로 하는 권리)의 범주에 속하는 권리라고 할 수 있다.

따라서 사생활의 비밀과 자유는 ①私生活 秘密의 不可侵(난처한 사적 사항의 불가침, 명예·신용 등의 불가침, 인격적 징표인 성명·초상·경력·이미지 등의 불가침)과 ②私生活 自由의 不可侵(사생활평온의 불가침, 자유로운 사생활의 형성과 유지의 불가침) 및 ③自己情報管理統制權(자기에 관한 정보를 보호·관리할 수 있는 권리로서 자기에 관한 정보의 열람·정정·사용중지·삭제 등을 요구할 수 있는 권리) 등을 그 내용으로 한다.

또한 이 권리는 내·외국인을 불문하고 모든 인간이 누릴 수 있다. 그러나 死者는 주체가 될 수 없고, 法人도 원칙적으로는 주체가 될 수 없다(다만 법인의 명칭·상호 등이 타인에 의하여 영리목적으로 이용당하는 경우에는 권리침해가 성립될 수도 있다).

### 3) 제한과 한계

사생활의 비밀과 자유는 절대적인 권리가 아니므로 헌법 제37조제2항에 의거 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있다. 뿐만 아니라 대통령의 긴급명령에 의해서도 잠정적으로 그 효력이 정지될 수 있다. 그리고 공공의 이익 또는 일반국민의 정당한 관심사항인 경우에는 비록 사생활의 비밀이라 할지라도 국민의 알 권리(right to know)를 충족시키기 위해서 일정한 합리적 범위 내에서 폭로될 수도 있다고 보나, 이 경우 국민의 알 권리와 사생활의 비밀·자유에의 범익을 형량하여 결정하지 않으면 아니된다.

우리가 민주정치를 유지함에 있어서 필수불가결한 언론·출판 등 표현의 자유는 가끔 개인의 명예나 사생활의 자유와 비밀 등 인격권의 영역을 침해할 경우가 있는데, 표현의 자유 못지않게 이러한 사적 법익도 보호되어야 할 것이므로, 인격권으로서 개인의 명예보호와 표현의 자유보장이라는 두 법익이 충돌하였을 때, 그 조정을 어떻게 할 것인지는 구체적인 경우에 사회적인 여러 가지 이익을 비교형량하여 그 규제의 폭과 방법을 정해야 할 것이다(1988.10.11. 大判 85다카29).

### 4) 침해와 구제

가) 입법기관에 의한 침해와 구제

입법기관의 위헌적인 법률제정으로 사생활의 비밀과 자유가 침해된 경우에는 청원·위헌법률심사·헌법소원을 통하여 구제받을 수 있으며, 국회의 국정

감사·조사와 관련하여 이 권리가 침해된 경우에는 침해행위의 배제청구와 손해배상청구를 통하여 구제받을 수 있다.

나) 행정기관에 의한 침해와 구제

행정기관의 불법적인 가택침입·도청·감시 등은 징계·형사처벌·손해배상·헌법소원을 통하여 구제받을 수 있다. 행정입법에 의하여 이 권리가 침해된 경우에는 위헌명령심사·헌법소원을 통하여 구제받을 수 있으며, 공공기관의 컴퓨터에 의한 개인정보의 누설 등으로 사생활의 비밀과 자유가 침해된 경우에는 개인정보 보유기관(시스템관리자)에 대하여 자기 정보관리통제의 일환으로서 자신에 관한 정보에의 접근과 그릇된 정보의 정정 및 누설방지청구를 통하여 구제받을 수 있다.

다) 사법기관에 의한 침해와 구제

판결에 의하여 사생활의 비밀과 자유가 침해된 경우에는 상소·재심청구를 통하여 구제받을 수 있으며, 사법부소속 관계 공무원의 불법행위로 인하여 침해된 경우에는 당해 공무원의 징계청원이나 손해배상청구·헌법소원을 통하여 구제받을 수 있다.

라) 사인에 의한 침해와 구제

사인에 의하여 침해된 경우에는 원인배제청구·손해배상청구·위자료청구·정정보도청구 등으로 구제받을 수 있으며, 私人間的 합의·협정에 의하여 침해된 경우에는 그 무효를 주장할 수 있고, 언론기관에 의하여 침해된 경우에는 피해배상·원인배제의 청구 및 형사처벌을 요구할 수도 있으며, 정기간행물과 방송이 공표한 사실적 주장으로 인하여 침해된 경우에는 訂正報道의 게재 또는 정정방송의 청구를 통하여 구제받을 수 있다.

## 나. 住居의 自由

### 1) 의의와 성격

헌법 제16조는 「모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다」라고 하여 주거의 자유와 주거에 대한 압수·수색의 영장주의를 규정하고 있다. 주거의 자유란 자신의 주거를 공권력 또는 제3자로부터 침해당하지 않는 것을 말한다. 주거의 자유는 人間의 自由로서 모든 국민과 외국인인 그 주체가 된다. 성질상 법인은 주체가 될 수 없으며, 회사·공장·학교 등에서 주거의 자유의 주체는 원칙적으로 生活空間의 長(사장, 공장장, 교장)이 된다. 주택·호텔객실의 경우에는 그 소유자가 아니라 현실적인 거주자(입주자, 투숙객)가 주체가 된다.

### 2) 내 용

“住居”란 현재의 거주 여하를 불문하고 사람이 거주하기 위하여 점유하고 있는 일체의 시설물을 말하므로 호텔이나 기숙사의 방(실), 한 가옥 내의 부분 장소(화장실·지하실 등), 기거용 이동차량 등도 주거에 해당된다. 침해란 거주자의 승낙없이 또는 그 의사에 반하여 주거에 들어가는 것을 말하며, 주거 내의 도청시설도 주거침해가 된다고 할 것이다.

남편이 일시 부재 중 간통의 목적 하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우라도 남편의 주거의 사실상의 평온은 깨어졌다고 할 것이므로 주거침입죄가 성립한다(1984.6.26. 大判 83도685).

### 3) 영장주의

주거에 대한 압수·수색에는 영장이 있어야 한다. 다만 현행범인을 체포하

거나 긴급구속을 할 때에는 합리적인 범위 내에서 영장 없이 주거에 대한 압수·수색을 할 수 있다(통설). 그리고 순수한 행정목적상 주거방문의 경우(전염병예방, 화재진화작업, 인구조사 등)에는 영장이 필요 없으나 행정상 즉시강제의 경우에는 학설이 대립된다.

집달관이 채권자로부터 집행력있는 판결정본에 기한 동산압류집행의 위임을 받아 신분증과 채무명의를 휴대하고, 채무자의 주거에 들어가는 것은 주거침입에 해당하지 아니한다(1993.10.12. 大判 93도875).

그리고 주거의 자유는 헌법 제37조제2항에 의하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한 할 수 있다(형사소송법, 경찰관직무집행법, 소방법, 전염병예방법, 마약류관리에관한법률, 우편법, 국세징수법, 자연재해대책법 등).

## 다. 居住·移轉의 自由

### 1) 의 의

헌법 제14조는 「모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다」라고 규정하고 있다. 거주·이전의 자유란 자기가 원하는 곳에 주소·거소를 정하거나 그 곳으로부터 자유로이 이전하거나 또는 자신의 의사에 반하여 주거지를 옮기지 아니할 자유를 말한다. 거주·이전의 자유는 한국국적을 가진 모든 자연인과 국내법인이 그 주체가 되며, 외국인은 원칙적으로 거주·이전의 자유가 없다.

### 2) 내 용

거주·이전의 자유는 ①국내거주·이전의 자유(주소·거소 변경의 자유, 국내여행의 자유) ②국외거주·이전의 자유(국외이주의 자유, 해외여행의 자유, 귀국의 자유, 국적이탈의 자유)를 그 내용으로 하며, 無國籍의 自由는 否認된다.

여권의 발급은 헌법이 보장하는 거주·이전의 자유의 내용인 해외여행의 자유를 보장하기 위한 수단적 성격을 갖고 있으며, 해외여행의 자유는 행복을 추구하기 위한 권리이자 이동의 자유로운 보장의 확보를 통하여 의사를 표현할 수 있는 측면에서 인신의 자유 또는 표현의 자유와 밀접한 관련을 가진 기본권이므로 최대한 그 권리가 보장되어야 하고, 따라서 그 권리를 제한하는 것은 최소한에 그쳐야 한다(대법원 2008.1.24. 선고 2007두10846 판결)

거주·이전의 자유는 국가의 간섭없이 자유롭게 거주와 체류지를 정할 수 있는 자유로서 정치·경제·사회·문화 등 모든 생활영역에서 개성신장을 촉진함으로써 헌법상 보장되고 있는 다른 기본권들의 실효성을 증대시켜주는 기능을 한다. 구체적으로는 국내에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 자유영역뿐 아니라 나아가 국외에서 체류지와 거주지를 자유롭게 정할 수 있는 '해외여행 및 해외 이주의 자유'를 포함하고 덧붙여 대한민국의 국적을 이탈할 수 있는 '국적변경의 자유' 등도 그 내용에 포섭된다고 보아야 한다. 따라서 해외여행 및 해외이주의 자유는 필연적으로 외국에서 체류 또는 거주하기 위해서 대한민국을 떠날 수 있는 '출국의 자유'와 외국체류 또는 거주를 중단하고 다시 대한민국으로 돌아올 수 있는 '입국의 자유'를 포함한다(헌재결 2004.10.28. 2003헌가18).

그러나 거주·이전의 자유도 헌법 제37조제2항에 의하여 필요한 경우에 법률로써 제한이 가능하다(친권자의 거소지정권, 부부의 동거의무, 파산자의 거주지제한, 군인·군무원의 영내거주, 수형자의 구금, 학생에 대한 기숙사생활강제, 이재민의 집단수용 등).

한약업사의 허가 및 영업행위에 대한 지역적 제한을 가하는 내용의 약사법 제37조제2항은 거주·이전의 자유 및 직업선택의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다(헌재결 1991.9.16. 89헌마231).

## 라. 通信의 自由

### 1) 의 의

헌법 제18조는 「모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다」라고 하여 통신의 비밀의 불가침을 의미하는 통신의 자유를 보장하고 있다. 이러한 통신의 자유는 개인이 그들의 의사나 정보를 전달 또는 교환하는 경우에 그 내용이 본인의 의사에 반하여 공개되지 아니할 자유를 말한다.

### 2) 내 용

통신이란 서신·전화·텔레ックス·팩스·그 밖의 우편물 등 격지자간의 의사전달 수단 일체를 말하며, 여기에는 물품의 수수(소포 등)도 포함된다. 그리고 “通信의 不可侵”이란 통신의 개피 및 그 내용의 인지금지, 통신사무 종사자의 직무상 지득내용의 타인에의 누설금지, 통신업무 내용을 정보활동 목적에 제공하거나 제공받으려는 행위의 금지 등을 말한다. 통신의 자유는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 제한할 수 있으며, 그 제한법률로는 「통신비밀보호법」, 「국가보안법」, 「형사소송법」, 「행형법」, 「채무자회생 및 파산에 관한 법률」, 「전과법」 등이 있다. 우편물의 압수·수색에는 영장이 필요하다.

금치 징벌의 목적 자체가 징벌실에 수용하고 엄격한 격리에 의하여 개전을 촉구하고자 하는 것이므로 접견·서신수발의 제한은 불가피하며, 행형법시행령 제145조 제2항은 금치 기간 중의 접견·서신수발을 금지하면서도, 그 단서에서 소장으로 하여금 “교화 또는 처우상 특히 필요하다고 인정되는 때”에는 금치 기간 중이라도 접견·서신수발을 허가할 수 있도록 예외를 둠으로써 과도한 규제가 되지 않도록 조치하고 있으므로, 금치 수형자에 대한 접견·서신수발의 제한은 수용시설 내의 안전과 질서 유지라는 정당한 목적을 위하여 필요·최소한의 제한이다(헌재결 2004.12.16. 2002헌마478).

### 3) 전화 등의 도청

盜聽이란 개인 간의 통화나 회화를 당사자의 동의 없이 은밀히 청취하는 행위를 말하며, 감청이란 당사자의 동의 없이 전자장치 등을 사용하여 통신의 음향·문언·부호·영상을 청취·공독하여 그 내용을 지득 또는 채록하거나 전기통신의 송·수신을 방해하는 것을 말한다. 현행 「통신비밀보호법」에서는 일정한 요건 하에 범죄수사나 국가안보를 위한 일정한 통신제한조치를 규정하고 있으며(동법 제5조 내지 제8조), 이러한 감청의 허용요건을 구비하지 아니한 감청은 위법한 도청이 된다.

## 3. 精神的 自由權

### 가. 良心의 自由

#### 1) 의 의

헌법 제19조는 「모든 국민은 양심의 자유를 가진다」라고 하여 양심의 자유를 규정하고 있다. 양심의 자유는 종교의 자유, 학문연구의 자유, 학예창작의 자유와 함께 인간 내심의 자유로서 정신적 자유의 근원이며 인간 내심의 절대적 자유(법률에 의해서도 제약 할 수 없는 자유)에 해당하므로 모든 자유의 기초가 되는 최상급 기본권이라 할 수 있다. “良心”이란 윤리적·도덕적 판단뿐 아니라, 일련의 가치관까지 포함하는 것으로 보며(헌재결 1991.4.1. 89헌마 160), 따라서 종교적 확신을 의미하는 신앙이나 세계관적 확신을 의미하는 사상과는 구별된다고 할 수 있다. 또한 헌법 제46조제2항(국회의원의 양심에 따른 직무수행)과 제103조(법관의 양심에 따른 심판)의 양심은 職業的 良心을 의미하므로 헌법 제19조의 양심의 자유에서 말하는 양심과는 구별된다.

#### 2) 내 용

양심의 자유는 ①양심결정의 자유(자신의 도덕적·논리적 판단에 따라 자유롭게 옳고 그름을 판단하는 자유) ②침묵의 자유(자신이 결정한 양심을 외부

에 표명하도록 강제받지 아니하는 자유)를 내용으로 한다. 따라서 良心推知나 충성선서는 금지되며, 사죄광고의 강제도 헌법재판소에서는 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이라고 하였다(헌재결 1991. 4. 1. 89헌마160). 그리고 양심적 집총거부(병역거부) 역시 양심의 자유에 포함되지 않는다. 그리고 양심의 자유의 보장을 양심에 따른 행동의 자유까지 보장하는 것으로 확대해석할 수는 없다.

양심의 자유는 단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리일 뿐, 양심상의 이유로 법적 의무의 이행을 거부하거나 법적 의무를 대신하는 대체의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아니다. 양심상의 이유로 병역의무의 이행을 거부할 권리는 단지 헌법 스스로 이에 관하여 명문으로 규정하는 경우에 한하여 인정될 수 있다(헌재결 2004. 8. 26. 2002헌가1 전원재판부).

## 나. 宗教의 自由

### 1) 의 의

헌법 제20조제1항은 「모든 국민은 종교의 자유를 가진다」라고 하여 종교의 자유를 규정하고, 동조제2항은 「국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다」라고 하여 國教否認과 政教分離의 原則을 규정하고 있다.

### 2) 내 용

종교의 자유는 ①신앙의 자유(신앙선택·개종·신앙고백·신앙불표현·무신앙의 자유) ②종교적 행위의 자유(기도·예배·독경 등) ③종교적 집회·결사의 자유 ④선교의 자유 ⑤종교적 교육의 자유가 포함된다.

국교부인과 정교분리의 원칙은 국가의 종교적 중립성의 원칙으로서, 이 원칙의 내용으로는 ①종교적 정치 간섭 금지 ②국가의 종교 교육·종교 활동 금지 ③국가에 의한 특정종교의 우대와 차별금지 등을 의미한다.

국·공립학교에서의 특정종교를 위한 종교교육은 금지되나, 사립학교에서의 종교교육 및 종교지도자육성은 선교의 자유의 일환으로 보장된다(1989.9.26. 大判 87도519).

## 다. 言論·出版의 自由

### 1) 의 의

헌법 제21조는 「①모든 국민은 언론·출판의 자유...를 가진다. ②언론·출판에 대한 허가나 검열...은 인정되지 아니한다. ③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다. ④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다」라고 규정하고 있다.

언론·출판의 자유는 좁은 의미로는 사상 또는 의견을 언어·문자 등으로 불특정 다수인에게 발표하는 자유를 말하나, 넓은 의미로는 사상·의견을 발표하는 자유 외에 개인의 알 권리(정보공개청구권), Access권(언론기관에의 접근권과 그 이용권), 반론권(반박보도청구권), 언론기관창설권, 언론기관 취재의 자유와 편집·편성권 및 그 내부적 자유까지도 포괄하는 자유를 말한다.

### 2) 내 용

언론·출판의 자유는 ①의사표현의 자유 ②알 권리(「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제6조) ③Access권(언론매체에 대한 접근이용권) ④정정보도청구권(「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」 제14조)·추후보도청구권(동법 제17조) ⑤언론기관의 자유(언론기관의 설립자유·보도의 자유)가 포함된다.

알 권리의 핵심은 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개를 구할 권리이며, 이것은 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 국민주권주의, 자유민주주의와 관련된다(憲裁決 1989.9.4. 88헌가22).

### 3) 언론·출판의 책임

언론·출판이 헌법적 한계를 일탈한 경우에는 언론출판의 자유로서 보호될 수 없는 것은 물론이고 실정헌법질서와 저촉되는 경우에는 오히려 법적인 책임을 추궁받게 된다.

책임의 형태로는 민법상의 손해배상 책임, 형법상의 명예훼손책임과 주거침입 책임, 음란문서에 관한 책임, 발행정지·등록취소 등 행정법상의 책임, 국가보안법상의 책임 등이 있다.

### 4) 제한과 한계

언론·출판에 대한 許可制나 事前檢閲은 언론·출판에 대한 본질적인 침해가 되므로 금지된다. 그러나 헌법 제37조제2항에 따라 언론과 출판의 자유는 법률에 의한 제한이 가능하며, 헌법 제76조에 의거한 대통령의 긴급명령시와 헌법 제77조제3항에 따른 대통령의 비상계엄 선포시에는 언론·출판의 자유가 제한을 받을 수 있다.

외국비디오물을 수입할 경우에 반드시 영상물등급위원회로부터 수입추천을 받도록 규정하고 있는 외국비디오물 수입추천제도는 외국비디오물의 수입·배포라는 의사표현행위 전에 표현물을 행정기관의 성격을 가진 영상물등급위원회에 제출하도록 하여 표현행위의 허용여부를 행정기관의 결정에 좌우되게 하고, 이를 준수하지 않는 자들에 대하여 형사처벌 등의 강제조치를 규정하고 있는 바, 허가를 받기 위한 표현물의 제출의무, 행정권이 주체가 된 사전심사절차, 허가를 받지 아니한 의사표현의 금지, 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이라는 요소를 모두 갖추고 있으므로, 우리나라 헌법이 절대적으로 금지하고 있는 사전검열에 해당한다(헌재결 2005. 2. 3. 2004헌가8).

그러나 언론·출판의 자유는 민주정치를 지탱하는 고도의 공공적 가치를 가지는 기본권이므로 그것을 규제하는 경우에는 ①이중기준의 이론 ②명확성의 이론 ③과잉제한금지의 원칙 ④법익형량이론 ⑤명백하고 현존하는 위협의 원칙 ⑥사전억제금지의 원칙 등에 입각하여 언론·출판을 규제하여야 한다.

또한 言論·出版의 자유는 민주주의를 상징하는 바가 큰 자유권이므로 최대한으로 보장되어야 하나 절대적·무제한적 자유는 아닌 까닭에 그 내재적 한계가 존재할 수밖에 없다. 언론과 출판이 그 내재적 한계를 벗어나 남용되는 전형적인 경우로는 ①타인의 명예훼손 ②타인의 사생활의 비밀과 자유의 침해 ③공중도덕과 사회윤리의 위배 ④선동(범죄나 공공질서의 교란 등) 등의 경우를 들 수 있다.

## 라. 集會·結社의 자유

### 1) 의 의

집회·결사의 자유란 다수인이 공동의 목적을 가지고 집합하고 결합하는 자유를 말하는데 이는 민주주의 국가에 있어서 필수불가결한 자유로서 언론·출판의 자유에 대한 보완적 기능을 한다. 헌법은 제21조제1항에서 「모든 국민은...집회·결사의 자유를 가진다」고 하여 집회·결사의 자유를 보장하고 있다. 이어서 제2항에서는 「집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다」고 하여 집회·결사에 대한 허가제를 금지하고 있다. 한편 집회에 대한 법적 규제는 「집회 및 시위에 관한 법률」이 있다.

### 2) 내 용

集會란 다수인이 공동의 목적을 가지고 일정한 장소에서 일시에 집합하는 행위를 말한다. 집단적 시위나 시위행렬은 「움직이는 집회」로서 헌법 제21조에서 말하는 집회의 개념에 포함된다(헌재결 1992.1.28. 89헌가8). 結社란 다수인이 공동목적을 위하여 계속적·조직적인 단체를 결성하는 것을 말한다. 여기서의 결사는 일반적인 결사를 의미하므로 특수적 결사인 정당·종교단체·학회단체·예술단체·노동조합 등은 적용을 받지 아니한다.

집회의 자유에는 ①적극적 집회의 자유(집회를 개최하는 자유·집회를 사회 또는 진행하는 자유·집회에 참가하는 자유) ②소극적 집회의 자유(집회를 개최하지 않을 자유·집회에 참가하지 않을 자유)가 있다. 한편 결사의 자유는

①적극적 측면(단체결성의 자유·단체존속의 자유·단체활동의 자유·결사에의 가입 및 잔류의 자유) ②소극적인 측면(결사 탈퇴의 자유·결사에의 불가입 자유)이 있다.

### 3) 제한과 한계

集會 또는 示威에 대한 申告制는 무방하나 허가제는 인정되지 아니한다. 또한 집회 및 시위는 평화적·비폭력적·비무장적이어야 하며, 헌법질서·도덕률 등에 위배되지 않아야 하고, 공익이나 타인의 기본권과 조화를 이루는 선에서 행하여져야 한다. 아울러 대통령의 긴급명령, 비상계엄선포의 경우에는 특별한 조치로서 집회·결사의 자유를 제한할 수도 있다. 그리고 結社에 대한 登錄制는 무방하나 허가제는 인정되지 않는다. 또한 반국가단체·반자유민주적 단체·범죄단체의 결성은 헌법 제37조제2항에 따라 규제할 수 있다.

집회의 자유는 다른 법익의 보호를 위하여 정당화되지 않는 한 집회장소를 항의의 대상으로부터 분리시키는 것을 금지한다. 국내주재 외교기관청사의 경계지점으로부터 1백미터 이내의 장소에서의 옥외집회를 전면적으로 금지하는 것은 집회의 자유의 자유로운 행사를 장소적으로 제한하기 때문에 헌법의 집회의 자유를 제한하는 규정으로서 헌법에 위반된다(헌재결 2003.10.30. 2000헌바67. 2000헌바83 병합).

## 마. 學問과 藝術의 自由

### 1) 의 의

헌법 제22조제1항은 「모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다」라고 규정하고, 동조제2항에서는 「저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다」라고 하고 있다. “學問”이란 자연과 사회의 변화·발전에 관한 법칙이나 진리를 탐구하고 인식하는 행위를 말하며, 학문의 자유란 그러한 학

문적 활동에 관하여 외부의 간섭이나 방해를 받지 아니할 자유를 말한다. 예술의 자유란 美를 추구할 자유를 말한다.

## 2) 내 용

학문의 자유는 ①학문연구의 자유 ②연구결과 발표의 자유 ③교수의 자유(강학의 자유) ④학문을 위한 집회·결사의 자유 ⑤대학의 자치(대학의 자유)를 그 내용으로 한다. 그리고 예술의 자유는 ①예술창작의 자유 ②예술표현의 자유(예술작품의 전시·연주·공연 등의 자유) ③예술적 집회·결사의 자유를 그 내용으로 한다.

헌법 제22조제2항은 知的財産權의 保護를 규정하고 있다. 지적재산권이란 인간의 정신적 창작활동의 결과 생산되는 것을 말하는데 여기에는 저작권, 산업소유권(특허권·실용신안권·의장권·상표권), 제3의 권리(computer software, data base, 반도체칩, 영업비밀 등)가 있다.

## 3) 제한과 한계

학문연구의 자유는 인간 내심의 자유로서 법률에 의하여도 제한될 수 없는 절대적 기본권이다. 여타의 연구발표의 자유나 교수의 자유 또는 학문을 위한 집회·결사의 자유는 헌법 제37조제2항에 의한 제한이 가능한 상대적 기본권이다.

예술창작의 자유는 예술의 자유의 핵심내용이 되지만 절대적 자유는 아니므로 그 밖의 법익과 충돌할 경우에는 제한될 수 있다. 예술표현의 자유와 예술적 집회·결사의 자유도 법률로써 제한이 가능하다. 영화·연극에 대해서는 그것이 대중에 미치는 직접적 영향 때문에 사회질서나 미풍양속을 보호하기 위한 차원에서의 제한이 허용된다고 본다. 그러나 이 경우에도 당국에 의한 일방적·강제적 사전심의는 허용되지 아니하며 오로지 영화·연극인들 스스로에 의한 자발적·임의적·권고적 사전심의만이 가능하다고 할 것이다.

비록 명화에 실려있는 그림이라 하여도 이것을 예술·문화·교육 등 공공의 이익을 위하여 이용하는 것이 아니고 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드사진을 복사·제조하거나 시중에 판매하였다고 하면, 이는 그 명화를 모독하여 陰畫化시켰다 할 것이다(1970.10.30. 大判 70도1879).

## 4. 經濟的 自由權

### 가. 職業選擇의 自由

#### 1) 의 의

헌법 제15조는 「모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다」고 하여 직업선택의 자유를 규정하고 있다. 직업선택의 자유란 자기가 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사할 수 있는 자유를 말하는데 여기서의 직업이 되기 위해서는 생활수단성·계속성·공공무해성을 띠고 있어야 한다(헌재결 1993.5.13. 92헌마 80).

#### 2) 내 용

직업선택의 자유는 ①직업결정의 자유 ②전직의 자유 ③무직업의 자유 ④직업수행의 자유(영업의 자유 포함) ⑤자유경쟁의 자유 ⑥직업탈퇴의 자유 등을 포함한다.

#### 3) 제한과 한계

직업의 자유는 사회의 공공질서에 미치는 영향이 크기 때문에 헌법 제37조 제2항에 의한 제한을 많이 받는다. 제한의 유형으로는 ①국가안전보장을 위한 제한(방위산업에 관한 것은 제한 또는 허가제) ②질서유지를 위한 제한(성매매 등의 금지, 마약취급자의 면허제) ③공공복리의 유지를 위한 제한(숙박업, 식품제조업, 의약품제조업 등의 허가제, 연초·홍삼 등의 전매) ④대통령의 긴급

명령, 비상계엄선포에 의한 제한 ⑤특수신분관계(특별권력관계)에 의한 제한 (공무원의 영업금지 등)이 있다.

법무사법시행규칙 제4조제1항은 모든 국민에게 부여된 법무사자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되며 법무사자격을 취득하고자하는 모든 국민의 헌법 제11조제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해한 것이다(헌재결 1990.10.15. 89헌마198).

## 나. 財產權保障

### 1) 의 의

헌법 제23조는 「①모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다. ②재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다. ③공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다」고 규정하고 있다. 헌법이 보장하고 있는 財產權은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고, 그 재산가액의 다과를 불문한다. 그리고 재산권의 보장은 재산에 관해 소유·취득·사용·수익·처분을 자유롭게 할 수 있는 권리를 말한다(헌재결 1992.6.26. 90헌바26).

### 2) 재산권보장의 내용

헌법상 재산권보장은 구체적인 재산권의 보장, 즉 개인이 재산을 소유·사용할 수 있을 뿐만 아니라 재산을 사용·수익·처분할 수 있는 권능을 보장한다는 의미이다. 개인을 위한 재산권의 보장은 ①재산권의 내용과 한계를 법률로 정해야 하고 ②재산권을 제한할 경우에는 법적 근거를 요하며 ③이 경우 당해 법률은 헌법상의 제원칙과 제약에 따라야 하고 ④소급입법에 의한 재산권침해는 금지되어야 하며 ⑤私人에 의한 재산권침해의 방지를 국가에 요구할

수 있어야 비로소 그 실효성을 거둘 것이다.

입법자는 토지재산권의 제한에 관한 전반적인 법체계, 외국의 입법례 등과 기타 현실적인 요소들을 종합적으로 참작하여 국민의 재산권과 도시계획사업을 통하여 달성하려는 공익 모두를 실현하기에 적정하다고 판단되는 기간을 정해야 한다. 그러나 어떠한 경우라도 토지의 사적 이용권이 배제된 상태에서 토지 소유자로 하여금 10년 이상을 아무런 보상없이 수인하도록 하는 것은 공익실현의 관점에서 정당화될 수 없는 과도한 제한으로서 헌법상의 재산권보장에 위배된다고 보아야 한다(헌재결 1999.10.21. 97헌바26).

### 3) 재산권의 제한과 한계

헌법 제23조제3항은 재산권 침해의 유형으로서 수용·사용·제한을 규정하고 그에 따른 보상을 정하고 있다. 여기에서 ①收用(공용수용·공용징수)이란 “공공필요를 위하여 국가·공공단체 또는 사업주체가 개인의 특정 재산권을 법률에 의하여 종국적·강제적으로 취득하는 것”을 말하며 ②使用(공용사용)이란 “공공필요를 위하여 개인의 재산권을 일시적·강제적으로 사용하는 것”이며 ③制限(공용제한)이란 “공공필요를 위하여 개인의 특정 재산권에 대하여 과해지는 공법상의 제한”을 말한다.

이러한 재산권침해에 대해서는 법률로써 하되 “正當한 補償”을 지급하여야 한다. 보상에 관해서는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」이 있다. 여기에서 법률이란 국회가 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하며, 위임명령으로는 제한할 수 없다. 그러나 재산권을 제한하는 경우라도 ①사유재산제도와 상속제의 전면적 폐지 불가 ②소급입법에 의한 재산권박탈 금지 ③재산권의 무상몰수 금지 ④제한시 헌법 제37조제2항의 과잉(제한)금지의 원칙을 존중하여야 한다.

국토이용관리법 제21조의3제1항에서 규정하고 있는 토지거래허가제는 헌법이 정하고 있는 민주복지국가를 위한 경제질서와 충돌이 없고 사적 자치의 원칙이나 보충의 원리에 위배되지 아니한다(헌재결 1989.12.22. 88헌가13).

재산권의 제한에 대하여는 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 광범위한 제한이 허용되며, 한편 개별 재산권이 갖는 자유보장적 기능, 즉 국민 개개인의 자유실현의 물질적 바탕이 되는 정도가 강할 수록 엄격한 심사가 이루어져야 한다(헌재결 2005. 5. 26. 2004헌가10).

개발이익은 원소유자의 노력이나 자본에 의하여 발생하는 것이 아니라 공공사업의 시행으로 인하여 비로소 발생하는 것으로서 환매대상 토지가 협의취득당시에 갖고 있는 객관적 가치에 포함된다고 볼 수 없으므로, 환매가격을 정함에 있어서 통상적인 지가상승분을 초과하는 개발이익을 환매권자에게 귀속시키지 않는다고 하여 이 사건 법률조항이 환매권자의 재산권을 침해한다고 볼 수 없다(헌재결 2005.04.28. 2002헌가25).

헌법상 보장된 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로, 구체적 권리가 아닌 단순한 이익이나 영리획득의 단순한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건은 기업에게는 중요한 의미를 갖는다고 하더라도 재산권보장의 대상이 아니다. 국가 또는 지방자치단체가 시행하는 산림사업을 대행하거나 위탁받을 수 있는 일반적 가능성은 영리획득의 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건에 불과할 뿐, 사적 유용성 및 그에 대한 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리로 볼 수 없어 재산권의 범위에 속하지 않는다(헌재결 2008. 7. 31. 2006헌마400).

## 第 3 節 社會的 基本權

### 1. 社會的 基本權의 意義

구 분	自由權的 基本權	社會的 基本權
이념적 기초	개인주의·자유주의적 세계관	단체주의적 세계관
	시민적 법치국가를 전제로 함	사회국가·복지국가를 전제로 함
권리의 본질 (법적 성격)	소극적·방어적 권리	적극적 권리
	前國家的·超國家的 인간의 권리	헌법에 의해 창설된 권리
	구체적·현실적 권리	추상적 법적 권리
권리의 내용	국가권력의 간섭·개입을 배제	국가적 급부·배려를 요구
법률유보	권리제한적 법률유보	권리구체화(권리형성)적 법률유보

### 2. 憲法上的의 社會的 基本權

#### 가. 人間다운 生活을 할 권리

##### 1) 의 의

헌법 제34조제1항은 「모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다」고 선언하고 있다. 이 조항은 일련의 사회적 기본권에 관한 총칙적 규정이라 할 수 있으며, 그밖의 사회적 기본권은 인간다운 생활을 할 권리를 실현하기 위한 구체적 수단이 되는 권리라고 할 수 있다. 인간다운 생활을 할 권리란 인간의

존엄성에 상응하는 최저한도의 健康하고 文化的인 生活을 영위할 권리를 말한다. 이 권리는 1919년 바이마르(Weimar)헌법에서 유래하며, 오늘날 현대복지 국가 헌법에서는 이를 계승하고 있다.

## 2) 내 용

헌법은 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 위하여 구체적 보장으로서 ①국가의 사회보장·사회복지 증진의무(제34조제2항) ②여성의 복지와 권익향상을 위한 노력의무(제34조제3항) ③노인·청소년 복지향상정책 실시의무(제34조제4항) ④생활무능력자의 국가보호(제34조제5항) ⑤국가의 재해예방 노력의무(제34조제6항) 등을 규정하고 있다.

## 나. 教育을 받을 權利

### 1) 의 의

헌법 제31조는 제1항에서 「모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다」라고 하고, 동조제2항 이하에서 교육에 관한 일련의 자유와 권리를 규정하고 있다. 교육을 받을 권리란 교육을 받는 것을 국가로부터 방해받지 아니할 뿐 아니라 교육을 받을 수 있도록 국가가 적극적으로 배려해 주도록 요구할 수 있는 권리(修學權)를 말한다. 이 권리는 1848년 프랑스헌법을 시초로 하여 1919년 바이마르헌법과 그 후의 이탈리아헌법·독일기본법·일본헌법 등이 교육의 자유와 평등, 무상교육에 관하여 규정하고 있다.

### 2) 내 용

교육의 권리는 ①능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리 ②교육을 받게 할 의무(제31조제2항) ③의무교육의 무상(제31조제3항) ④교육의 자주성·전문성·정치적 중립성의 보장(제31조제4항전단) ⑤대학의 자율성 보장(제31조제4항후단) ⑥평생교육의 진흥(제31조제5항) ⑦교육제도·교육재정·교원지위의

법률주의(제31조제6항) 등을 그 내용으로 한다.

헌법은 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 지고(헌법 제31조 제2항), 의무교육은 무상으로 한다(헌법 제31조 제3항)고 규정하고 있다. 이러한 의무교육제도는 국민에 대하여 보호하는 자녀들을 취학시키도록 한다는 의무부과의 면보다는 국가에 대하여 인적·물적 교육시설을 정비하고 교육환경을 개선하여야 한다는 의무부과의 측면이 보다 더 중요한 의미를 갖는다. 의무교육에 필요한 학교시설은 국가의 일반적 과제이고, 학교용지는 의무교육을 시행하기 위한 물적 기반으로서 필수조건임은 말할 필요도 없으므로 이를 달성하기 위한 비용은 국가의 일반재정으로 충당하여야 한다. 따라서 적어도 의무교육에 관한 한 일반재정이 아닌 부담금과 같은 별도의 재정수단을 동원하여 특정한 집단으로부터 그 비용을 추가로 징수하여 충당하는 것은 의무교육의 무상성을 선언한 헌법에 반한다(헌재결 2005. 3. 31. 2003헌가20).

## 다. 勤勞의 權利

### 1) 의 의

근로의 권리란 근로자가 자신의 적성·능력에 따라 일의 종류·내용·장소 등을 선택하여 근로관계를 형성하고 타인의 방해 없이 근로관계를 계속 유지할 수 있는 권리를 말하며 아울러 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 이를 요구할 수 있는 권리를 말한다. 근로의 권리는 1919년의 바이마르헌법 제163조 제2항에서 최초로 규정하였으며, 제2차 세계대전 이후 각국 헌법에서도 이를 규정하고 있다. 우리 헌법에서는 제32조에서 이를 규정하고 있다.

### 2) 내 용

근로의 권리는 개인으로 하여금 생활의 기본적 수요를 스스로 충족하게 하며, 근로를 통하여 개성과 자주적 인간상을 제고하는 기능을 하는 한편 국가

의 고용정책과 사회정책의 방향을 제시한다. 헌법상 보장된 근로의 권리의 내용으로는 ①국가의 고용증진·적정임금 보장의무(제32조제1항) ②최저임금제 시행(제32조제1항후단) ③근로조건기준의 법정주의(제32조제3항) ④여자·연소자근로의 특별보호(제32조제4항·제5항) ⑤국가유공자 등의 근로기회 우선보장(제32조제6항) 등이 있다.

## 라. 勤勞3權

### 1) 의 의

근로3권이란 근로자가 자신의 근로조건 향상을 위하여 자유로이 단결하여 자주적인 단체(노동조합)를 결성하고, 그 단체의 이름으로 사용자와 교섭하며, 교섭이 결렬될 경우 자신들의 주장을 관철시키기 위하여 단체행동을 할 수 있는 권리를 말한다. 이 권리는 1919년의 바이마르헌법에서 최초로 보장되었고, 제2차 세계대전 이후 프랑스 제4공화국 헌법(1946년)·이탈리아 헌법·일본 헌법 등도 이를 규정하게 되었다. 우리 헌법도 제33조에서 근로자의 근로3권(단결권·단체교섭권·단체행동권)을 규정하고 있다.

### 2) 내 용

#### 가) 단결권

단결권이란 근로자들이 근로조건의 유지·개선을 목적으로 사용자와 대등한 교섭력을 가지기 위하여 자주적인 단체를 결성할 수 있는 권리를 말한다. 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 가입할 수 있으며, 사용자가 침해할 경우에는 「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조의 규정에 의하여 부당노동행위가 된다. 근로자가 노동조합에 가입하지 않을 것을 고용조건으로 하거나 노동조합으로부터 탈퇴할 것을 고용조건으로 하는 근로계약(조건부고용계약·黃犬契約이라고 표현함)의 체결은 물론 노동조합의 결성이나 노동조합에의 가입을 이유로 한 해고 등은 부당노동행위로서 금지된다.

## 나) 단체교섭권

단체교섭권이란 근로자단체(노동조합)가 사용자와 근로조건에 관하여 자주적으로 교섭할 수 있는 권리를 말하는데, 만일 사용자가 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하면 「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조제3호에 해당하는 부당노동행위가 된다.

## 다) 단체행동권

단체행동권이란 교섭결렬로 노동쟁의가 발생한 경우에 쟁의행위를 할 수 있는 권리(쟁의권·파업권)를 말한다. 勞動爭議란 「임금·근로시간·복지·고용 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태(노동조합 및 노동관계조정법 제2조제5호)」를 말하며, 爭議行爲란 「파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위(동법 제2조제6호)」를 말한다.

쟁의행위는 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하여야 하며(동법 제41조제1항), 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다(동법 제37조). 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여 그 기간 중의 賃金を 지급할 의무가 없다(동법 제44조제1항).

노동조합및노동관계조정법 제2조 제6호의 "쟁의행위"라 함은 .....그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위로서 여기에서 그 주장이라 함은 같은 법 제2조제5호에 규정된 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장을 의미한다고 볼 것이므로, 근로조건에 유지 또는 향상을 주된 목적으로 하지 않는 쟁의행위는 법의 규제대상인 쟁의행위에 해당하지 않는다고 할 것이다(헌재결 2004.7.15. 2003헌마878).

### 3) 제 한

가) 헌법 제33조제2항은 「공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다」고 하여 일정 범위의 공무원에 대해서는 근로3권을 제한하고 있다. 공무원의 근로3권을 제한하는 법률로서 국가공무원법외에 특정직공무원에 관한 법(교육공무원법·경찰공무원법·소방공무원법·군인사법 등)은 교육공무원·현역군인·군무원·경찰관·소방대원 등의 공무원도 근로3권을 행사할 수 없다고 규정하고 있다. 사립학교법 제55조에 의거 사립학교 교원의 근로3권도 제한되고 있다.

<국가공무원법 제66조제1항>

- 공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.

<국가공무원 복무규정 제28조>

- 법 제66조에 규정된 “사실상 노무에 종사하는 공무원”이라 함은 지식경제부 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 기능직공무원(기능직공무원의 정원을 대체하여 채용된 일반계약직공무원 및 시간제일반계약직공무원을 포함한다) 및 고용직공무원으로서, 서무·인사·기밀업무에 종사하는 자, 경리 및 물품출납사무에 종사하는 자, 노무자의 감독사무에 종사하는 자, 「보안업무규정」에 의한 보안목표시설의 경비업무에 종사하는 자, 승용자동차 및 구급차의 운전이 종사하는 자를 제외한 자를 말한다.

입법자가 고려하여야 할 위와 같은 여러 가지 입법상의 참작사유 등에 미루어 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상의 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은 근로3권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 정함에 있어서 공무원이 일반적으로 담당하는 직무의 성질에 따른 공공성의 정도와 현실의 국가·사회적 사정 등을 아울러 고려하여 사실상의 노무에 종사하는 자와 그렇지 아니한 자를 기준으로 삼아 그 범위를 정한 것으로 보여진다. 이러한 입법내용은 헌법상 근로자에 대한 근로3권의 실질적 보장이 전제되고 있으면서도 헌법 제33조 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장, 공무원제도와 관련된 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적아래 통합 조정하려는 의도와 어긋나는 것이라고는 볼 수 없다(헌재결 2005.10.27. 2004헌바96).

나) 헌법 제33조 제3항은 「법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다」고 하여 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한·부인할 수 있도록 하고 있다.

<노동조합 및 노동관계조정법 제41조제2항>

- 「방위사업법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.

<노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제20조>

- 법 제41조제2항에서 "주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자"라 함은 방산물자의 완성에 필요한 제조·가공·조립·정비·재생·개량·성능검사·열처리·도장·가스취급 등의 업무에 종사하는 자를 말한다.

다) 헌법 제76조(긴급명령)와 제77조(비상계엄)에 의하여 대통령의 긴급명령과 비상계엄선포에 의하여 근로3권이 제한될 수도 있다.

## 마. 環境權

### 1) 의 의

환경권이란 좁은 의미로는 “오염되거나 불결한 환경으로 말미암아 건강을 훼손당하지 아니할 권리”로서 자연환경권을 의미하며, 넓은 의미로는 “깨끗한 환경에서 생활을 누릴 수 있는 권리”로서 자연적 환경권 뿐만 아니라 문화적·사회적 환경권까지도 포함하는 개념을 말한다. 환경권이 대두된 시기는 1960년대 후반부터이며, 특히 1992년 6월에는 브라질의 리우데자네이로에서 유엔환경개발회의가 개최되어 「리우선언」과 국제환경법제의 기본원칙이 될 「의제21(Agenda 21)」이 채택되었다.

우리 헌법 제35조는 「①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다. ②환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다. ③국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.」고 규정하고 있다.

### 2) 내 용

환경권의 대상이 되는 환경은 일반적으로 自然的 環境(물·해양·하천·호수·삼림 등), 人工的 環境(공원·도로·학교·전기·가스 등) 및 社會的 環境(문화적·경제적·정치적 환경)을 말한다. 그리고 그 내용은 ①국가의 환경침해에 대한 방어권 ②공해배제청구권 ③생활환경조성청구권 ④쾌적한 주거생활권 등이다.

그러나 환경권은 절대적 권리가 아니므로 합리적인 이유가 있고 경미한 침해인 때에는 이를 수인·감수해야 된다. 또한 환경권도 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 때에는 법률로써 제한할 수 있다. 다만, 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용은 침해할 수 없다.

## 바. 婚姻·家族生活·母性·保健에 관한 權利

### 1) 의 의

헌법 제36조는 「①혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다. ②국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다. ③모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.」고 규정하고 있다.

### 2) 내 용

① 혼인 및 가족제도는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한다. 혼인은 一夫一妻를 原則으로 하며, 結婚退職制는 違憲이 된다. ②국가는 모성의 보호를 위하여 노력할 의무를 진다. 여기에서 「모성」이란 모든 여자를 지칭하는 것이 아니고 자녀를 가진 여성을 지칭한다. 「모자보건법」에서는 모성의 건강보호등을 규정하고 있다. ③보건에 관한 권리는 국민이 자신과 가족의 건강을 유지하는 데 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 권리를 말한다.

자산소득이 있는 모든 납세의무자 중에서 부부가 혼인하였다는 이유만으로 혼인하지 않은 자산소득자보다 더 많은 조세부담을 하여 소득을 재분배하도록 강요받는 것은 부당하며, 소득세법 제61조제1항이 자산소득합산과세의 대상이 되는 혼인한 부부를 혼인하지 않은 부부나 독신자에 비하여 차별취급하는 것은 헌법 제36조제1항에 위반된다(헌재결 2002. 8. 29. 2001헌바82).

호주제는 당사자의 의사나 복리와 무관하게 남계혈통 중심의 가의 유지와 계승이라는 관념에 뿌리박은 특정한 가족관계의 형태를 일방적으로 규정·강요함으로써 개인을 가족 내에서 존엄한 인격체로 존중하는 것이 아니라 가의 유지와 계승을 위한 도구적 존재로 취급하고 있는데, 이는 혼인·가족생활을 어떻게 꾸려나갈 것인지에 관한 개인과 가족의 자율적 결정권을 존중하라는 헌법 제36조 제1항에 부합하지 않는다(헌재결 2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합)).

## 第 4 節 請求權의 基本權

### 1. 請求權의 基本權의 意義

청구권적 기본권이란 국민이 국가에 대하여 일정한 행위를 적극적으로 청구할 수 있는 주관적 공권을 말한다. 청구권적 기본권은 그 밖의 권리나 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있을 때에 이를 확보하기 위한 수단으로서의 권리이기 때문에 이를 달리 「基本權保障을 위한 基本權」이라고도 한다.

### 2. 請求權의 基本權의 內容

#### 가. 請願權

##### 1) 의 의

헌법 제26조에서 「①모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. ②국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.」고 하여 청원권을 보장하고 있으며, 또한 헌법 제89조제15호는 「정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사」는 국무회의의 심의를 거치도

록 하고 있다. 청원권과 관련하여 현재 「민원사무처리에 관한 법률」이 제정되어 있으며, 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률」에 의하여 고충민원을 처리하기 위하여 국무총리소속 하에 “국민권익위원회”가 설치되어 있다.

## 2) 내 용

청원은 자연인 뿐 아니라 법인·외국인·공무원·군인·수형자 등도 할 수 있다. 다만, 공무원·군인·수형자 등 특수신분관계에 있는 자의 경우에는 그 직무와 관련된 청원이나 집단적인 청원은 할 수 없다. 청원사항에 대하여는 「청원법」 제4조에서 ①피해의 구제 ②공무원의 위법·부당한 행위에 대한 시정이나 징계의 요구 ③법률·명령·조례·규칙 등의 제정·개정 또는 폐지 ④공공의 제도 또는 시설의 운영 ⑤그 밖에 국가기관 등의 권한에 속하는 사항 등 예시적으로 규정하고 있다.

그러나 「청원법」에서는 ①감사·수사·재판·행정심판·조정·중재 등 다른 법령에 의한 조사·불복 또는 구제절차가 진행 중인 때, ②허위의 사실로 타인으로 하여금 형사처분 또는 징계처분을 받게 하거나 국가기관 등을 중상모략하는 사항인 때, ③사인 간의 권리관계 또는 개인의 사생활에 관한 사항인 때, ④청원인의 성명·주소 등이 불분명하거나 청원내용이 불명확한 때에는 청원을 수리하지 아니하도록 하고 있다(제5조).

## 3) 청원의 효과

헌법은 청원을 수리하고 심사할 의무를 규정하고 있으나, 「청원법」은 처리결과를 청원인에게 통지할 의무까지 규정하고 있다(제9조). 청원서가 정부에 제출되었거나 청원내용이 정부의 정책에 관계되는 때에는 그 청원의 심사는 국무회의의 심의사항이다. 또한 누구든지 청원하였다는 이유로 차별대우를 받거나 불이익을 당하지 아니한다.

## 나. 裁判請求權

### 1) 의 의

재판청구권이란 독립된 법원에서 신분이 보장된 자격있는 법관에 의하여 공정한 재판을 받을 권리를 말한다. 재판청구권은 헌법에 보장된 국민의 자유와 권리가 침해되었을 경우 사후구제를 위한 권리(節次的 基本權)인 것이다. 헌법은 제27조에서 「①모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. ②군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역 안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄 중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다. ③모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. ④형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다. ⑤형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다」고 규정하고 있다.

### 2) 내 용

가) “헌법과 법률이 정한 법관”에 의하여 재판을 받을 권리

헌법과 법률이 정한 法官이란 법관의 자격이 있고, 법정절차에 따라 임명되며, 헌법상 신분이 보장되고, 직무상 독립이 보장된 법관을 말한다. 이와 관련하여 ①軍事法院에 의한 재판은 현역군인인 군판사에 의한 재판이기는 하나 군사법원은 헌법 제110조제1항이 인정하는 특별법원의 하나이며 또한 제110조제2항이 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다고 하고 있으므로 위헌이 아니다. ②財政犯에 대한 국세청장·세무서장·세관장 등의 벌금·과료·몰수 등의 통고처분이나, 교통범칙자에 대한 경찰서장의 통고처분은 처분을 받은 자의 임의의 승복을 발효요건으로 하고, 불응시에는 정식재판을 청구할 수 있으므로 재판청구권의 침해는 아니다. ③巡廻判事의 즉결심판, 가정법원의 가사심판, 가정법원 소년부 또는 지방법원 소년부의 보호처분, 「소년법」상의 보

호처분 등은 헌법과 법률이 정한 법원에 의한 재판이므로 문제될 바 없고, 약식절차 역시 공판전의 簡易訴訟節次로서 이에 불복할 경우 정식재판을 청구할 수 있으므로 재판청구권의 침해는 아니다.

나) “법률에 의한” 재판을 받을 권리

법률에 의한 재판이란 합헌적인 법률로 정한 내용과 절차에 따라, 즉 실체법과 절차법(소송법)에 따라 행하는 재판을 말한다. 다만 大法院이나 헌법재판소가 소송절차에 관하여 정하는 규칙은 이에 대한 예외가 된다.

다) “재판”을 받을 권리

민사재판·형사재판·행정재판·헌법재판을 받을 권리를 말한다. 또한 헌법 제27조제2항의 경우 외에 民間人은 원칙적으로 군사법원에 의한 재판을 받지 않을 권리가 있다.

라) “신속한 공개재판”을 받을 권리

재판의 생명은 “신속”한 재판에 있다. 아무리 정당한 재판 일지라도 그 재판이 납득하기 어려울만한 상당기간을 지연시킨 후에 행하여진 것이라면 재판당사자에게는 무용지물이라 아니할 수 없다. “公開裁判”이란 재판의 심리와 판결의 선고를 일반인에게 공개하는 것을 말한다. 그러나 헌법 제109조 단서에 의하여 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 심리에 한하여 이를 공개하지 않을 수 있다. 단, 선고(판결)는 반드시 공개하여야 한다.

법원이 법정의 규모·질서유지·심리의 원활한 진행 등을 고려하여 방청을 희망하는 사람에게 미리 방청권을 발행하게 하고 그 소지자에 한하여 방청을 허용하는 것은 재판공개주의의 취지에 반하는 것이 아니다(1990.6.8. 大判 90도 464).

마) 형사피해자의 재판상 진술권

헌법 제27조제5항은 「형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판 절차에서 진술할 수 있다」고 규정하고 있다. 여기서의 형사피해자는 헌

법 제30조의 국가에 구조를 청구할 수 있는 「범죄피해자」보다 넓은 개념이다.

형사실체법상으로는 직접적인 보호법익의 주체로 해석되지 않는 자라 하여도 문제되는 범죄 때문에 법률상 불이익을 받게되는 자라면 헌법상 형사피해자의 재판절차진술의 주체가 될 수 있다(헌재결 1992.2.25. 90헌마91).

### 3) 제 한

재판청구권도 헌법 제37조제2항에 의한 제한을 받는다. 사형선고의 경우를 제외하고는 비상계엄 하의 군사재판은 단심으로 할 수 있다는 헌법 제110조제4항의 단심제규정은 대법원에의 상고를 제한하는 것이므로 재판청구권에 대한 중대한 제한이 되지만 헌법이 이를 규정하고 있으므로 위헌은 아니다.

## 다. 刑事補償請求權

### 1) 의 의

형사보상청구권이란 형사피의자 또는 형사피고인으로 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 경우에 그가 입은 정신적·물질적 손실을 보상해 주도록 국가에 대하여 청구할 수 있는 권리를 말한다. 헌법은 제28조에서 「형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다」고 규정하고 있다. 제28조의 규정은 신체의 자유에 대한 침해를 사후에 있어서 보상하기 위한 규정이라는 데 그 특색이 있다.

### 2) 내 용

형사보상은 적법한 구속을 했다하더라도 불기소처분이나 무죄판결이 있는 경우에는 국가가 공법상의 조절적 공평보상의 견지에서 손실을 보상해 주는 無過失損失補償責任이다. 그 청구의 구체적 범위·절차는 「형사보상법」에 규

정되어 있다.

## 라. 國家賠償請求權

### 1) 의 의

공무원의 직무상 불법행위에 대한 국가배상책임제도가 헌법적 차원에서 최초로 규정된 것은 1919년의 바이마르헌법이였다. 우리나라에서는 건국헌법 이래 줄곧 국가배상책임제도를 규정하여 왔는 바, 현행헌법 제29조제1항은 「공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다」고 하여 국가배상청구권을 보장하고 있는 한편, 동 조 제2항에서는 「군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다」고 하여 군인·군무원·경찰공무원 등에 대해서는 國家賠償請求權을否認하고 있다.

그런데 헌법이 공무원의 불법행위로 인한 배상책임만 규정하고 있는데 대하여, 국가 또는 지방자치단체의 불법행위책임에 관한 일반법으로서의 「국가배상법」은 공무원의 직무책임(동법제2조) 외에 영조물의 설치·관리상 瑕疵責任(동법제5조)에 관하여도 규정하고 있다.

### 2) 내 용

국가배상청구권의 주체는 국민·법인 및 외국인(상호보증이 있는 때에 한함)이다. 또한 우리나라에 주둔하고 있는 駐韓 美軍의 구성원·고용원 또는 한국증원부대구성원(카투사)의 직무집행 중의 행위로 피해를 받은 자도 국가배상법이 정하는 바에 따라 한국정부에 배상을 청구할 수 있다(한·미행정협정 제23조제5항).

국가배상청구권이 성립하기 위해서는 ①공무원의 ②직무상 ③불법행위로 인하여 ④손해가 발생하여야 한다.

#### 가) 공무원

공무원이란 국가공무원법과 지방공무원법상의 공무원만이 아니라 공무를 위탁받아 실질적으로 공무수행을 하는 자를 포함한다.

판례는 전입신고서에 확인인을 찍는 통장, 파출소에 근무하는 방법원, 소집 중인 예비군, 집달관, 미군부대카투사, 시청소차의 운전사, 철도건설목의 간수 등을 공무원에 포함시키고 있다.

#### 나) 직무상 행위

직무상 행위의 범위는 권력행위와 관리행위이다(다수설).

외형상 직무행위와 관련이 있는 행위라고 판례가 인정한 것으로는 교도소·소년원내에서의 私刑, 군의 후생사업 도중의 자동차사고, 상관의 명에 의한 상관의 이삿짐운반, 훈계권행사로서의 기합, 시위진압도중 전경이 조경수목을 짓밟는 행위 등이다. 그러나 군인의 휴식 중 비둘기사냥, 가솔린불법처분 중의 발화, 상사의 기합에 격분하여 한 총기난사, 장난 중의 오발사고, 결혼식참석을 위한 군용차운행은 직무행위와 관련있는 행위가 아니라고 하였다.

#### 다) 불법행위

불법행위란 고의·과실로써 법령에 위반하는 행위를 말한다. 단순히 공무원의 복무의무위반은 법령위반에 해당하지 아니한다. 그러나 신의성실·권력남용금지·인권존중 등의 원칙을 위반한 경우는 법령위반에 포함된다. 불법행위의 입증책임은 피해자에게 있다.

#### 라) 손해의 발생

손해란 피해자가 입은 모든 불이익을 말하며, 손해발생과 공무원의 직무상 불법행위 간에 相當因果關係가 있어야 한다. 배상의 범위는 원칙적으로 공무

원의 직무상 불법행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해이다. 그러나 생명·신체에 대한 손해와 물건의 멸실·훼손으로 인한 손해에 대해서는 일정한 배상기준을 「국가배상법」 제3조(배상기준)가 규정하고 있다.

#### 마) 구상권 문제

공무원의 직무상 불법행위로 인한 손해의 발생이 당해 공무원의 고의 또는 중대한 과실로 인한 때에는 구상권자인 국가 또는 지방자치단체는 그 공무원에 대하여 구상권(배상금의 반환청구 + 이자)을 행사할 수 있으며, 이 경우 고의 또는 중대한 과실에 대한 입증책임은 구상권을 행사하는 측에 있다.

### 3) 제 한

국가배상청구권은 헌법 제37조제2항의 일반적 법률유보조항에 의하여 제한될 수 있고, 기타 「우편법」 등에 의해서도 배상책임의 범위가 제한되고 있다. 헌법 제29조제2항에서는 군인·군무원·경찰공무원 등의 二重賠償請求를 禁止하고 있다.

일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 권한을 행사할 때에는 국민에 대한 손해를 방지하여야 하고, 국민의 안전을 배려하여야 하며, 소속 공무원이 전적으로 또는 부수적으로라도 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 법령에서 정한 직무상의 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하면 상당인과관계가 인정되는 범위 안에서 국가 또는 지방자치단체가 배상책임을 부담하는 것이지만, 공무원이 직무를 수행하면서 그 근거되는 법령의 규정에 따라 구체적으로 의무를 부여받았어도 그것이 국민의 이익과는 관계없이 순전히 행정기관 내부의 질서를 유지하기 위한 것이거나, 또는 국민의 이익과 관련된 것이라도 직접 국민 개개인의 이익을 위한 것이 아니라 전체적으로 공공 일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반하여 국민에게 손해를 가하여도 국가 또는 지방자치단체는 배상책임을 부담하지 아니한다(대판 2006.4.14. 선고 2003다41746).

## 마. 범죄피해자의 國家救助請求權

### 1) 의 의

범죄피해자의 국가구조청구권이란 타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 입은 국민이 국가에 대하여 일정한 구조(유족구조 또는 중장해구조)를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 헌법 제30조는 「타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다」고 하고 있다. 이 규정에 의거하여 「범죄피해자구조법」이 제정되어 시행되고 있다.

### 2) 내 용

국가구조청구권이 성립하려면 ①타인의 범죄행위로 인한 피해의 발생이 있을 것 ②생명·신체에 대한 피해(사망 또는 중장해)를 입었을 것 ③가해자의 불명 또는 무자력으로 인하여 피해보상을 못 받았을 것 ④피해자의 생계유지가 곤란할 것 등이다.

그러나 ①친족간의 범죄인 경우 ②피해자에게 귀책사유가 있는 경우 ③기타 사회통념상 구조금의 전부 또는 일부를 지급하지 아니함이 상당하다고 인정되는 경우에는 이를 청구할 수 없다.

## 第 5 節 參政權

### 1. 意 義

참정권이란 주권자인 국민이 국가기관의 구성원으로 국정에 참여하거나 국가기관을 구성하는 권리를 말하는데 이에는 직접민주제 방식인 直接參政權(국민투표권·대통령 직접선거권)과 간접민주제 방식인 間接參政權(선거권·피선

거권·공무담임권)이 있다. 참정권은 국민의 권리이므로 외국인은 누릴 수 없다.

## 2. 內 容

### 가. 直接參政權

직접참정권이란 국민이 국가의 의사형성이나 정책결정에 직접 참여할 수 있는 권리를 말하는데, 이는 간접민주제를 보완하는 기능을 한다. 직접참정권에는 국민투표권(국민표결권)·국민발안권·국민소환권(국민해임권) 등이 있다. 우리 헌법은 국민투표권을 인정하고 있다(헌법개정안에 대한 국민투표권, 국가안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표권).

### 나. 間接參政權

간접참정권이란 국민이 국가기관의 구성에 참여하거나 국가기관의 구성원으로 선임될 수 있는 권리를 말하는데, 헌법이 인정하고 있는 간접참정권으로는 선거권·피선거권·공무담임권(공직취임권) 등이 있다.

공무원 시험에서 응시연령의 제한은 국민들의 공무담임권을 제한하는 것이고, 공무담임권의 행사를 연령에 따라 차별하는 것이므로, 헌법적 한계 내에서 이루어져야 한다. 입법자는 공무원시험의 연령제한에 있어서 인력수급상황 등의 사정을 종합적으로 고려하여 결정할 수밖에 없을 것이고, 그러한 입법재량은 합리적인 범위의 것인 한 존중되어야 한다. 공개경쟁채용시험의 응시연령 상한은 통상 고등학교 졸업 후 10년, 대학 졸업 후 5-6년에 해당되며, 군필자의 경우 그 상한은 복무기간을 고려하여 더 연장된다. 이러한 점을 종합하면 응시연령 상한을 그와 같이 규정한 것이 비합리적이거나 불공정한 것이라 할 수 없다(헌재결 2006.5.25. 자 2005헌마11,2006헌마314(병합)).

## 다. 參政權의 制限

### 1) 소급입법에 의한 참정권의 제한금지

헌법 제13조제2항은 「모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다」고 하여 소급입법에 의한 참정권의 제한을 금지하고 있다.

### 2) 일반적 법률유보(헌법 제37조제2항)에 의한 제한

헌법 제37조제2항에 따라 참정권을 제한할 수 있다. 그러나 이 경우에도 참정권의 본질적 내용은 제한할 수 없고 과잉(제한)금지의 원칙이 존중되어야 한다.

### 3) 대통령의 긴급명령(헌법 제76조) 등에 의한 제한 여부

대통령의 긴급명령에 의하여 참정권을 제한할 수 있는가라는 문제가 제기될 수 있는데, 긴급명령에 의하여 참정권 그 자체를 직접 제한하는 것은 불가능하지만, 긴급명령에 의하여 선거의 실시가 연기될 경우에는 선거권과 피선거권의 행사가 지연되므로 간접적인 제한은 받는다.

헌법 제25조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다."고 하여 공무담임권을 보장하고 있고, 공무담임권의 보호영역에는 공직취임의 기회의 자의적인 배제 뿐 아니라, 공무원 신분의 부당한 박탈도 포함된다. 공무원이 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우에는 공무원직에서 당연히 퇴직하는 것으로 규정하고 있는 지방공무원법 제61조 중 제31조제5호 부분은 금고 이상의 선고유예의 판결을 받은 모든 범죄를 포괄하여 규정하고 있을 뿐 아니라, 심지어 오늘날 누구에게나 위협이 상존하는 교통사고 관련 범죄 등 과실범의 경우마저 당연퇴직의 사유에서 제외하지 않고 있으므로 최소침해성의 원칙에 반한다(2002. 8. 29. 2001헌마788, 2002헌마173(병합)).

## 第 6 節 國民의 基本義務

### 1. 意義와 法的 性格

국민의 기본의무란 국민이 국가구성원으로서 부담하는 의무(헌법상 의무)를 말하며, 그 법적 성격은 헌법이 국민에게 부여한 실정법상의 의무로 본다(다수설). 한편 국민의 기본의무에는 國家의 基本秩序를 유지할 목적으로 국민에게 부과된 의무로서 납세의무·국방의무와 20세기에 이르러 生存權과 관련하여 새로이 등장한 교육을 받게 할 의무·근로의 의무·환경보전의 의무·재산권 행사의 공공복리적합 의무 등이 있다.

### 2. 古典的 義務

#### 가. 納稅의 義務

헌법 제38조는 「모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다」고 하여 국민의 납세의무를 규정하고 있다. 납세의무자는 원칙적으로 국민이다. 법인도 납세의무를 지며, 외국인은 국내에 재산이 있거나 과세대상이 되는 행위를 한 때에는 납세의 의무를 진다. 다만, 치외법권자 및 조약에 따라 납세의무가 면제된 자는 납세의무를 지지 않는다.

#### 나. 國防義務

헌법 제39조제1항은 「모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다」고 하여 국민의 국방의무를 규정하고 있다. 국방의무의 주체는 국민에 한한다(외국인은 제외). 국방의무를 규정하고 있는 법률로는 「병역법」·「향토예비군설치법」·「민방위기본법」 등이 있다. 그리고 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다(헌법 제39조제2항).

### **3. 現代的 새로운 義務**

#### **가. 教育을 받게 할 義務**

헌법 제31조제2항은 「모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다」고 하여 교육을 받게 할 의무(취학시킬 의무)를 규정하고 있다. 교육의 의무의 주체는 취학할 어린이의 친권자나 후견인이다. 교육을 받게 할 의무는 윤리적 의무가 아닌 법적 의무로서, 이 의무의 위반은 처벌(「초·중등교육법」 제68조에 의한 100만원이하의 과태료 처분)할 수 있다.

#### **나. 勤勞의 義務**

헌법 제32조제2항은 「모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다」고 하여 국민의 근로의무를 규정하고 있다. 근로의무의 주체는 국민이다(법인·외국인 제외).

#### **다. 環境保全의 義務**

헌법 제35조제1항 후단은 「국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다」고 하여 국가와 국민에게 환경보전의 의무를 부과하고 있다. 환경보전의 의무는 국민뿐만 아니라 외국인도 부담하는 전인류의 의무이다.

#### **라. 財產權行使의 公共福利適合義務**

헌법 제23조제2항은 「재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다」고 하여 재산권의 사회구속성을 규정하고 있다. 특히, 국토의 효율적 이용·개발과 보전을 위하여 법률로서 개간을 명하고, 토지소유권과 묘지의 면적 등을 법률로서 제한 할 수 있도록 하고 있다.



## 第 3 部 統治構造論



# 第 I 章 統治機構의 基本原理

## 第 1 節 統治機構의 理論的 基礎

### 1. 國民主權의 原理

국민주권의 원리란 국민이 국가의사를 전반적·최종적으로 결정하여야 하며, 모든 국가권력은 국민으로부터 나온다는 원리를 말한다. 憲法은 제1조제2항에서 「대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다」고 규정하여 主權在民의 原則을 宣言하고, 또 憲法前文에서 국민이 헌법을 제정했고 헌법을 국민투표에 의해 개정하였음을 선언하고 있다. 따라서 대한민국의 주권자는 국민이기 때문에 국민주권원리의 구현을 위한 국민대표제의 표현으로 議會制度를 보장하고 국민의 선거권과 공무담임권을 보장하고 있다. 또 헌법은 국민주권의 원리를 실현하는 제도로서 政黨制度和 地方自治制度를 규정하여 국민주권주의의 이념을 현실화하고 있다.

### 2. 國民代表의 原理(代議制의 原理)

#### 가. 代議制의 原則

국민대표의 원리란 주권자인 국민이 국가의사나 국가정책을 직접 결정하지 아니하고 자신들의 대표자를 선출하여 그 代表者로 하여금 자신들을 대신하여 국가의사나 국가정책을 결정하게 하는 제도를 말한다. 국민대표의 원리에 있어서 국민과 대표기관의 관계는 명령적 위임관계가 존재하지 않고 私法上의 代理關係도 존재하지 않으므로 대표자는 그를 대표자로 선출해 준 국민에 대해 차기선거에서 정치적 책임을 지게 될 뿐이고 法的 責任은 지지 않는다고 보는 것이 다수의 견해이다.

헌법은 제40조, 제41조, 제66조제4항, 제67조 등에서 의회주의를 핵심으로 하는 간접 민주제적 대의제를 통치구조의 기본으로 하고 있다. 따라서 국민은 그들이 대표자로 선출한 국회·대통령을 통하여 주권자로서의 의사를 간접적으로 실현하는 것을 원칙으로 한다.

## 나. 例外로서의 直接民主制

오늘날에 있어서 간접민주제 방식인 국민대표제는 直接民主的 要素(국민투표 등)가 결합된 형태로 나타나고 있다. 고전적 대표제도가 국민의 의사를 충분히 반영하지 못하였기 때문에 국민에게 직접 의사를 표현케 하는 이른바 半代表制(반직접민주제)가 등장하였는 바, 반대표제는 純粹代表制(국민 개개인의 직접참정을 부인·배제하고 대표자가 모든 의사결정을 하는 것)에 대응하는 개념으로 국민 개개인의 직접참정을 원칙으로 하는 대표개념인 것이다. 우리나라의 國民代表制도 직접민주적 요소(국민투표·지방자치법상의 주민투표제 등)를 가미하고 있어 반대표제의 형태를 취하고 있다.

현행 헌법도 예외적으로 직접 민주제를 채택하고 있다. 헌법 개정안과 대통령이 부의한 국가 안위에 관한 중요정책에 대한 국민투표제가 그것이다. 「지방자치법」은 지방자치단체의 폐지·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 지방자치단체의 주요결정사항 등에 대한 주민투표제를 규정하고 있다.

## 3. 權力分立의 原理

### 가. 意 義

권력분립의 원리란 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로써, 國家權力의 집중과 남용을 방지하고 국가기관 상호 간에 서로 牽制와 均衡이 維持되도록 하는 통치구조의 구성

원리를 말한다. 권력분립제도는 J. Locke의 “2권분립론(입법권과 집행권)”, Montesquieu의 “3권분립론(입법권·사법권·행정권)”으로 발전하였다.

### 나. 古典的 權力分立制의 現代의 變容

국가권력의 엄격한 분립과 그 억제·균형의 원리인 고전적 권력분립론은 현대 입헌주의 헌법에 이르러 ①자유민주적 평등사회의 실현 ②위헌법률심사제 등 헌법재판제도의 강화로 인한 사법국가화 경향 ③정당정치의 발달로 인한 권력의 통합현상 ④복지국가의 출현과 급부행정의 확대 ⑤비상사태의 恒常化와 그에 따르는 방위기구의 확대·강화 등으로 인하여 재검토가 요청되어 새로이 변모되고 있다.

동태적 권력분립론(K. Loewenstein)	정책결정권·정책집행권·정책통제권
포괄적 권력분립론(W. Kägi)	①헌법제정·개정권과 일반입법권의 이원화 ②입법부의 양원제 ③집행부 내부에서의 권력분립 ④공권력담당자의 임기제 ⑤복수정당제의 확립과 여야 간의 견제 ⑥연방제와 지방자치제에 의한 수직적 권력분립 ⑦국가와 교회의 이원화 ⑧민간권력과 군사권력의 분리 ⑨자연인의 권력과 국가권력의 분화

### 다. 우리 憲法上의 權力分立制度

헌법에서 입법권은 국회에(제40조), 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에(제66조제4항), 사법권은 법관으로 구성된 법원에(제101조제1항) 각각 속하도록 하여 권력의 분산을 도모하는 한편 권력상호 간의 견제와 균형을 위한 여러 제도적 장치들을 규정하고 있다. 아울러 복지국가적 요청, 위기정부적 경

향으로 고전적 권력분립의 현대적 변용도 규정하고 있다.

#### 4. 法治主義의 原理

법치주의의 원리란 국가가 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려 할 때는 반드시 의회가 제정한 法律에 의하거나 그에 근거가 있어야 한다는 원리를 말한다. 즉, 법치주의란 “人的 支配”가 아닌 “法的 支配(rule of law)”를 의미한다. 오늘날의 법치주의는 형식적인 통치의 합법성만을 강조하는 “형식적 법치주의”가 아니라, 통치의 합법성은 물론 통치의 정당성까지 강조하는 한편 실질적 평등의 실현을 하나의 이상으로 하는 “實質的 法治主義(사회적 법치주의)”를 지향한다.

우리 헌법도 법치주의의 구성요소로서 ①성문헌법주의 ②기본권의 보장 ③ 권력분립주의의 채택 ④위헌법률심사제의 채택 ⑤행정권에 대한 포괄적 위임 입법의 금지 ⑥행정행위의 합법성 심사 ⑦공권력행사의 예측가능성의 보장과 신뢰보호의 원칙 ⑧사법권의 독립 등을 규정하고 있다. 그러나 法治主義의 例外(제한)으로써 헌법은 국가적 위기나 비상사태 하에서는 大統領으로 하여금 긴급명령, 긴급재정경제처분 및 명령, 계엄선포 등을 할 수 있게 함으로써, 일정한 범위 안에서 법치주의가 제한될 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 법치주의가 제한되는 경우에도 그것은 어디까지나 헌법적 질서를 유지하기 위한 필요최소한에 그쳐야 한다.

### 第 2 節 統治機構의 形態

#### 1. 政府形態의 意義 · 分類

정부형태(통치형태)란 국가형태의 하위개념으로서, 국가권력구조에 있어서 권력분립의 원리가 어떻게 적용되고 있느냐 하는 것을 말한다. 권력분립의 원

리가 헌법의 권력구조에 어떻게 적용되는가에 따라 다양한 政府形態로 구분되나, 다만 司法은 국가기능의 중심인 정책수립 및 시행에 직접 관여하는 것이 아니므로 立法과 行政의 상호관계에 따라 여러 형태로 분류된다.

### 가. 大統領制

대통령제란 권력분립이 엄격하게 이루어지고, 권력 상호간에 독립이 보장되며, 행정권이 대통령에 귀속되는 정부형태를 말한다. 大統領制는 1787년 미국 헌법에서 유래되어 19세기 이후 각국의 여러 헌법에서 변형된 형태로 채택되었다. 대통령제의 특징은 ①입법부와 행정부의 상호독립 ②입법부와 행정부의 상호견제·균형 ③행정부의 일원성에 있다.

대통령제는 ①대통령은 의회의 신임 여부에 관계없이 재직할 수 있으므로 임기중 정국이 안정되고 행정부의 권위가 확보됨으로써 국가정책의 계속성과 행정의 강력한 집행이 보장된다. ②議會多數派의 횡포·독주를 방지하여 소수자의 이익을 보호할 수 있다. 반면 ①대통령의 권한이 방대하고 임기 중 의회에 책임을 안지기 때문에 獨裁化로 흐르기 쉽다. ②권력분립의 원리에 충실한 결과 입법과 행정이 불필요하게 분립하여 국정의 統一的 수행을 방해할 우려가 있다. 대통령제 정부형태는 다음의 유형이 있다.

古典的 大統領制	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 미국식 대통령제</li> <li>· 완전한 3권분립형</li> <li>· 대통령은 국민에 의하여 선출되는 행정부의 수반</li> <li>· 대통령은 각부장관을 자유로이 임면</li> <li>· 대통령·각부장관의 의원겸직 금지</li> <li>· 정부의 의회해산권, 의회의 정부불신임권 부인</li> </ul>
準大統領制	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 의원내각제에서 대통령제적 요소 혼합(반대통령제)</li> <li>· 대통령직선제 도입</li> </ul>
新大統領制	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 대통령제에서 의원내각제적 요소를 혼합</li> <li>· 의회권력의 약화, 대통령의 권한 비대</li> </ul>

## 나. 議院內閣制

의원내각제란 의회에서 선출되고 의회에 대해서 책임을 지는 내각중심으로 국정이 운영되는 정부형태를 말하며, 행정부가 大統領과 內閣(수상 또는 국무총리)으로 구성(이원적 구조)되어 입법부와 공존하는 제도를 의미한다. 의원내각제는 17세기부터 18세기에 걸쳐 英國에서 점진적으로 생성·발전한 것으로 19세기 말경에 제도적으로 확립되었다.

의원내각제의 長點으로는 ①국민이 선출한 의회에 의해 내각이 구성되고 내각은 의회에 대하여 연대책임을 지므로 민주정치와 책임정치를 구현할 수 있다. ②의회와 내각이 대립하는 경우에 不信任決議와 의회해산으로 정치적 대립을 신속히 해결할 수 있다. ③내각과 의회의 공화·협력에 의한 신속한 국정처리와 능률적인 국정수행을 기할 수 있다. 반면 短點으로는 ①군소정당의 난립 시 정국이 불안정할 수 있다. ②입법부와 행정부를 한 정당이 독점할 경우에 政黨政治에 치우칠 우려가 있다. ③의회가 정권획득을 위한 政爭의 장소가 될 수 있다. 의원내각제는 다음의 유형이 있다.

<p>古典的 議員內閣制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 강한 의회, 약한 행정부</li> <li>· 내각이 의회를 해산할 수 있는 경우 (진정한 의원내각제)</li> <li>· 내각이 의회해산권이 없거나 있어도 유명무실한 경우 (부진정한 의원내각제)</li> <li>· 프랑스 제3·4공화국</li> </ul>
<p>統制된 議員內閣制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 강한 행정부, 약한 의회</li> <li>· 의회가 과반수의 찬성으로 후임수상을 선출한 경우에만 현 수상을 불신임(건설적 불신임)</li> <li>· 독일</li> </ul>
<p>內閣責任制</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 정부(수상과 내각)가 의회에 대하여 우월한 지위</li> <li>· 다수당의 당수가 수상</li> <li>· 수상의 권한 강화(내각인선권 및 의회해산권)</li> <li>· 영국</li> </ul>

## 다. 二元政府制

이원정부제(이원집정부제)란 의원내각제의 요소와 대통령제의 요소를 결합하여 가지고 있는 제도를 말하는데, 이원정부제하에서는 行政府가 대통령과 수상 간에 이원적으로 구성되어 있어 平常時에는 내각수상이 행정권을 행사하나 危機時에는 대통령이 행정권을 전적으로 행사한다(핀란드헌법·1919년 바이마르헌법·1958년 프랑스 제5공화국 헌법).

長點으로는 ①평상시에는 의원내각제로 운영되므로 정부와 의회의 마찰을 줄일 수 있다. ②국가위기 시에는 국민이 직접 선출한 대통령이 위기정부를 직접 통치함으로써 신속하고도 안정된 국정처리를 가능하게 한다. 短點으로는 ①대통령의 권한이 강대(비상시의 국가긴급권 행사, 수상해임권, 의회해산권 등)하고 의회에 책임을 지지 아니하므로 독재화의 우려가 있다. ②대통령이 위기를 빙자하여 비상권한을 행사하는 경우 국민대표기관인 의회의 권한이 축소·제한되어 국민주권주의에 충실하지 못할 가능성이 있고 국민의 여론을 외면한 행정이 행해지기 쉽다.

## 2. 우리나라의 政府形態

### 가. 政府形態의 변천

제1공화국은 大統領制를 채택하였으나, 의원내각제적 요소가 기본적인 바탕이 되었으며 실제운영은 대통령 우선이 강하였다. 제2공화국은 議院內閣制를 채택하여 행정부의 이원화, 내각을 의결기관으로 하였으며 헌법재판소를 두었다. 제3공화국은 전형적인 美國式 大統領制를 채택하였으며 정당국가적 경향을 지향하였다. 유신헌정기에는 신대통령제정부로서 대통령에게 공화적 군주, 즉 국정의 영도자적 지위를 인정하면서 국무위원과 국회의원의 겸직을 허용하여 권력의 통합적 운영으로 나아갔다. 제5공화국에서는 권력분립의 원리에 충실을 기하면서도 대통령에게 국정의 최고조정자적 지위를 인정하여 新大統領

制적 요소가 강하였다.

## 나. 現行憲法上 政府形態

현행헌법상의 정부형태 역시 과거와 마찬가지로 대통령제를 기본으로 하면서 의원내각제적 요소를 가미하고 있다. ①大統領制的 요소로는 행정부의 일원적 구조, 입법부와 행정부의 독립관계, 대통령의 법률안거부권 등이며 ②議院內閣制的 요소로는 국무총리제의 채택, 부서제도의 채용, 국무총리·국무위원에 대한 해임건의권, 국무위원과 국회의원의 겸직, 행정부구성원의 국회출석 발언권, 정부법률안제출권 등이 있다.

### <大統領制와 議院內閣制의 비교>

구 분	의원내각제 (상호의존관계)	대통령제 (상호독립관계)
성립상	①대통령(국회간선) ②정부(국회에서 구성)	①대통령(민선) ②정부(대통령 독자적 구성)
존속상	①국회의 정부불신임권 ②정부의 국회해산권	①정부불신임권 없음 ②국회해산권 없음
정부	①의원적 구조	①일원적 구조
기능	①상호공화관계(정부와 국회) ②국회의원의 정부각료 겸직 가능 ③정부의 법률안제출권 있음 ④정부의 국회출석·발언권 있음	①상호독립관계(정부와 국회) ②겸직 불허 ③법률안제출권 없음 ④국회출석·발언권 없음
기타	①국무총리(국회동의 얻어 국가원수가 임명) ②내각의 법률안거부권 ③부서제 ④국무회의(헌법상 필수적 의결기관)	①부통령제(민선) ②대통령의 법률안거부권 ③부서제 없음 ④국무회의(법률상 임의적 자문기관)

## 第 II 章 統治의 機構 및 作用

### 第 1 節 國 會

#### 1. 國會의 憲法上 地位

국회는 ①국민대표기관으로서의 지위 ②입법기관으로서의 지위 ③국정통제기관으로서의 지위 ④여론의 場으로서의 지위 등을 가진다. 오늘날 국회의 국민대표기관으로서의 지위와 입법기관으로서의 지위는 점차 약화되고 있는 반면 행정부와 사법부를 감시하고 비판·견제하는 國政統制機關으로서의 地位가 상대적으로 강화되고 있다.

#### 2. 國會의 構成 · 組織 및 運營

##### 가. 國會의 構成

국회의 구성방식에는 兩院制(두 개의 合議體議員으로 구성되는 경우)와 單院制(하나의 合의체로 구성되는 경우)가 있는데, 우리나라의 경우 1952년헌법(제1차 개헌)에서 양원제(민의원·참의원)를 채택하고 1960년헌법(제3차 개헌)에서 운영한 바 있고 제5차 개헌으로 單院制로 운영되어 왔다. 현행 헌법상 국회의 구성도 단원제 국회를 취하고 있다. 그리고 국회의원정수는 299명(지역구 243명, 전국구 56명)이며 임기는 4년이다.

##### 나. 國會의 組織

###### 1) 의장과 부의장

국회에는 의장 1인과 부의장 2인을 둔다(헌법 제48조). 의장이 사고가 있을

때에는 의장이 지정하는 부의장이 그 직무를 대리한다(국회법 제12조). 의장과 부의장이 모두 사고가 있을 때에는 臨時議長을 선출하여 의장의 직무를 대행하게 한다(동법 제13조). 의장은 당적을 가질 수 없으며, 의장·부의장은 국무위원도 겸할 수 없다. 의장·부의장은 국회에서 무기명투표로 선출하되 재적의원 과반수의 득표로 당선되며(동법 제15조제1항), 궐위 시 지체 없이 보궐선거를 실시한다(동법 제16조). 의장·부의장의 임기는 2년이며, 보궐선거에 의하여 당선된 자는 전임자의 잔임기간 중 재임한다(동법 제9조제1항).

국회의장의 주요 권한으로는 ①국회대표권 ②원내질서유지권 ③의사정리권 ④사무감독권 ⑤국회소집공고권 ⑥위원회에의 출석·발언권 ⑦법률의 예외적 공포권 등이 있다.

## 2) 위원회

국회의 위원회란 本會議에서의 의안처리를 원활하게 할 목적으로 전문적 지식을 가진 소의원들로 하여금 의안을 예비적으로 심사·검토하게 하는 소회의체를 말한다. 오늘날 국회의 운영은 委員會中心主義에 입각하여 행해지고 있다. 현행 국회법상 위원회의 종류로는 “常任委員會(소관사항에 관한 일정한 의안을 심의하기 위하여 상설적으로 설치된 위원회)”와 “特別委員會(상임위원회의 소관사항이 아닌 특별한 안건을 처리하기 위하여 설치되는 위원회)”가 있다(국회법 제35조).

## 3) 교섭단체

교섭단체란 동일정당소속의 의원들로 구성되는 원내정파를 말한다. 국회에 20인 이상의 소속의원을 가진 정당은 하나의 교섭단체가 되는데, 정당 단위가 아니라도 다른 교섭단체에 속하지 아니하는 20인 이상의 의원들로 따로 교섭단체를 구성할 수 있다. 교섭단체마다 의원총회와 대표의원을 두는데 대표의원은 교섭단체를 대표하는 의원으로서 통상 “院內總務”(floor leader)라 불린다.

## 다. 국회의 운영

### 1) 회기 및 회의

#### 가) 입법기 · 회기

국회가 의원들로 구성되어 임기개시한 때로부터 임기만료 때까지 또는 국회가 해산되기까지의 기간을 “立法期”라 한다. “會期”란 입법기 내에서 국회가 실제로 활동할 수 있는 기간을 말하는데 헌법 제47조제2항은 「정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다」고 하여 회기의 일수를 규정하고 있다.

#### 나) 정기회 · 임시회

定期會는 매년 1회(9월 1일) 정기적으로 소집되며, 정기회에서는 예산안 · 법률안 기타 필요한 의안을 심의 · 의결하며, 국정을 감사한다. 臨時會는 대통령 또는 국회재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 집회된다(헌법 제47조제1항 후단). 임시회의 집회요구가 있을 때에는 의장이 집회기일 3일 전에 공고한다(국회법 제5조제1항). 대통령이 임시회의 집회를 요구한 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시하여야 한다(헌법 제47조제3항).

### 2) 국회의 의사절차

#### 가) 의사공개 원칙

헌법 제50조제1항은 「국회의 회의는 공개한다」고 하여 의사공개 원칙을 규정하고 있다. 이어서 同條 단서에서는 「출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다」고 하여 의사공개 원칙에 대한 예외를 규정하고 있다.

#### 나) 회기계속 원칙

헌법 제51조는 「국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다」고 하여 회기계속 원칙을 규정하고 있다. 그러나 국회의원의 임기가 만료된 때에는 그러하지 아니하다(동조 단서).

다) 일사부재의의 원칙

국회법 제92조는 「부결된 안건은 같은 회기중에 다시 발의 또는 제출하지 못한다」고 하여 일사부재의의 원칙을 채택하고 있는 바, 이는 소수파에 의한 의사방해를 방지하고자 함에 그 목적이 있다.

3) 정족수

정족수란 다수인의 합의체에서 회의의 진행 또는 의사의 결정에 소요되는 구성원수(출석자의 수)를 말한다. 정족수에는 議事定足數(의사능력에 관한 정족수)와 議決定足數(의결능력에 관한 정족수)가 있다. 전자는 의안을 심의하는데 필요한 출석자의 수를 말하고, 후자는 의결에 필요한 출석자의 수를 말한다.

헌법 제49조는 「국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 可否同數인 때에는 부결된 것으로 본다」고 하여 의결에 관한 일반정족수를 규정하고 있다. 한편 特別定足數는 다음과 같다.

재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수 찬성	법률안의결, 예산안의결, 조약동의, 일반 사면동의, 예비비승인, 긴급명령승인, 공무원임명동의, 의원의 체포·석방동의
재적의원 과반수 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성	법률안 재의결
재적의원 4분의 1 이상의 찬성	임사회 소집요구, 국회 개의정족수
재적의원 3분의 1 이상의 찬성	국무총리·국무위원 해임건의발의, 대통령 이외의 자의 탄핵소추발의, 국정조사발의
재적의원 과반수의 찬성	헌법개정안 발의, 계엄해제요구, 국무총리·국무위원의 해임건의, 대통령 탄핵소추발의, 대통령 이외의 자의 탄핵소추의결, 국회의장·부의장 선출
재적의원 3분의 2 이상의 찬성	헌법개정안의결, 의원제명·무자격결정, 대통령의 탄핵소추의결

### 3. 國會의 權限

#### 가. 立法에 관한 權限

##### 1) 헌법개정에 관한 권한

국회는 헌법개정에 관하여 발의권과 심의·의결권을 가진다. 헌법개정안의 발의는 국회의원 재적 과반수로 하고(헌법 제128조제1항), 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다(헌법 제130조제1항). 헌법개정안을 의결함에 있어서 국회는 수정의결할 수 없으며 記名投票로 표결한다.

##### 2) 법률제정에 관한 권한

제안	· 국회의원(의원 10인 이상의 연서)
심의·의결	· 국회의장이 의원에게 배부→ 본회의보고→ 소관 상임위원회 회부→ 법제사법위원회 체계·자구심사→ 본회의 심의·의결 · 상임위원회에서 폐기결정된 법률안은 본회의 상정배제 · 폐기결정이 본회의에 보고된 날로부터 7일 이내에 의원 30인 이상의 요구가 있을 때에는 이를 본회의에 상정
정부이송	· 본회의에서 의결된 법률안은 정부에 이송
공포	· 이송된 법률안에 이의가 없을 때 15일 이내에 대통령이 공포(특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일 경과 후 효력 발생) · 대통령이 확정된 법률안을 15일 이내에 공포하지 않을 경우 또는 국회에서 재의결되어 정부에 이송된 후 5일 이내에 공포하지 않을 경우 국회의장이 공포

### 3) 조약의 체결·비준에 대한 동의권

조약의 체결·비준은 대통령의 권한사항이나 헌법 제60조제1항에 열거된 조약에 대해서는 사전에 국회의 동의를 얻어야 한다. 즉 ①상호원조 또는 안전보장에 관한 조약 ②중요한 국제조직에 관한 조약 ③우호통상항해조약 ④주권의 제약에 관한 조약 ⑤강화조약 ⑥국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 ⑦입법사항에 관한 조약 등에 대해서는 국민대표기관인 국회의 동의를 얻어야 한다.

공동성명은 한국과 미합중국이 상대방의 입장을 존중한다는 내용만 담고 있을 뿐, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로, 조약에 해당된다고 볼 수 없으므로 그 내용이 헌법 제60조제1항의 조약에 해당되는지 여부를 따질 필요도 없이 공동성명에 대하여 국회의 동의권을 가진다거나 국회의원의 청구인이 심의표결권을 가진다고 볼 수 없다(헌재결 2008. 3. 27. 2006헌라4).

### 4) 국회규칙의 제정에 관한 권한

국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 議事와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제64조제1항).

## 나. 財政에 관한 權限

### 1) 조세법률주의(재정입법권)

헌법 제59조는 「조세의 종목과 세율은 법률로 정한다」고 하여 조세법률주의를 선언하고 있다. 조세는 국민의 재산권을 침해하는 것이 되기 때문에 납세의무를 성립시키는 납세의무자·과세물건·과세표준·과세기간·세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수절차를 모두 국민의 대표기관인 국회의 제정한 법률로 규정하여야 한다(헌재결 1989.7.1. 89헌마38).

## 2) 예산안 심의 · 확정권

헌법 제54조제1항은 「국회는 국가의 예산안을 심의 · 확정한다」고 하여 국회에 의한 예산안 심의 · 확정권을 규정하고 있다. 예산의 성질(본질)에 관해서는 예산을 법규범의 일종이라고 하는 法規範說이 통설이다.

### <법률과 예산의 차이>

구 분	법 률	예 산
제 출 권 자	정부와 국회의원	정부만이 제출
제 출 기 간	제한 없음	회계연도 개시 90일 전까지
심의 절차상	수정 · 증보의 가능	삭감은 자유, 증액은 정부동의 요함
거부권 행사	대통령의 거부권행사 가능	거부권행사 불가
효 력 발 생	공포로써 효력발생	의결로써 효력발생(公布不要)
효 력	개폐될 때까지 유효	1회계연도 내에서만 유효
기 속 력	국가기관 · 국민을 구속함	국가기관만 구속함
상 호 관 계	법률로써 예산변경 불가	예산으로 법률변경 불가

## 3) 결산심사권

국회는 예산집행결과에 대한 적부심사권을 가진다. 감사원은 세입 · 세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도 국회에 그 결과를 보고하여야 한다(헌법 제99조).

## 4) 기타 재정에 관한 권한

- 가) 긴급재정경제처분 · 명령에 대한 승인권(헌법 제76조제3항)
- 나) 예비비 지출에 대한 승인권(제55조제2항)
- 다) 기채동의권(제58조 전단).

- 라) 예산 외에 국가의 부담이 될 계약체결에 대한 동의권(제58조 후단)
- 마) 재정적 부담을 지우는 조약의 체결·비준에 대한 동의권(제60조제1항)

## **다. 憲法機關構成에 관한 權限**

### **1) 대통령 선출권**

헌법은 대통령의 선출방식을 직선제로 규정(제67조제1항)하고 있지만, 대통령선거에서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 公開會議에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 할 수 있도록 하고 있다.

### **2) 헌법기관구성원의 선출권·동의권**

- 가) 헌법재판소 재판관 9인 중 3인 선출권(제111조제3항)
- 나) 중앙선거관리위원회 위원 9인 중 3인 선출권(제114조제2항)
- 다) 국무총리임명에 대한 동의권(제86조제1항)
- 라) 대법원장·대법관의 임명동의권(제104조제1항, 제2항)
- 마) 헌법재판소장 임명동의권(제111조제4항)
- 바) 감사원장 임명동의권(제98조제2항)

## **라. 國政統制에 관한 權限**

### **1) 탄핵소추권**

탄핵제도는 일반사법절차에 따라 소추하거나 징계절차에 따라 징계하기가 곤란한 고위직공무원이나 법관과 같이 신분보장이 되어 있는 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 경우에 이를 국회가 訴追하여 처벌하거나 파면하는 제도를 말한다. 현행 헌법상 탄핵제도는 공식으로부터 파면함에 그치는 징계적 처분의 성질을 가진다.

탄핵소추대상자는 憲法 제65조에 규정된 자(대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원) 및 기타 법률이 정한 공무원이다.

탄핵소추의 의결을 받은 자는 彈劾審判이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다. 탄핵심판은 헌법재판소재판관 6인 이상의 찬성으로 결정되며, 탄핵결정의 효과는 공직으로부터 파면됨에 그친다. 따라서 민·형사상의 책임은 면제되지 아니한다. 탄핵결정을 받은 자는 결정선고가 있는 날로부터 5년 간 公職의 就任이 금지된다(헌법재판소법 제54조).

## 2) 국정감사·조사권

國政監査權이란 국회가 매년 정기적으로 국정전반에 대하여 감사할 수 있는 권한을 말하고, 國政調査權이란 국회가 입법·재정 등에 관한 권한을 유효적절하게 행사하기 위해 특정한 사안에 대하여 부정기적으로 조사할 수 있는 권한을 말한다. 이에 관한 법률로서 「국정감사 및 조사에 관한 법률」과 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」이 있다.

기 준	국정조사권	국정감사권
대 상	특정한 국정사안	국정전반
시 기	부정기적	정기적
공 개 성	공 개	비공개
기 능	제한적 통제기능	포괄적 통제기능

국정감사·조사의 범위는 ①立法에 관한 사항(법률의 제정·개정·폐지에 필요한 사항과 행정입법·자치입법·각종 규칙 등의 위헌·위법 여부 등에 관한 사항) ②財政에 관한 사항(예산과 결산, 조세, 국유재산의 변동 등) ③行政에 관한 사항(일반행정작용의 적법성 여부 및 그 타당성) ④司法에 관한 사항(법원과 헌법재판소의 예산운영, 재판의 신속한 처리 여부 법관의 적절한 배치

여부, 법관과 헌법재판소 재판관에 대한 탄핵소추) ⑤國會內部에 관한 사항(국회의 규칙, 국회의 운영, 의원의 징계와 자격심사, 청원이나 진정을 처리하기 위하여 필요한 사항)에 관하여 감사·조사를 할 수 있다.

그러나 성질상 사법권독립을 침해하는 사항이나 개인의 사생활에 관한 사항 및 중대한 국가이익에 속하는 사항 등은 할 수 없다.

### 3) 기타 국정통제적 권한

- 가) 긴급명령과 긴급재정경제처분·명령에 대한 승인권(헌법 제76조제3항)
- 나) 국무총리·국무위원 등의 국회출석요구 및 질문권(동법 제62조제2항)
- 다) 국무총리·국무위원에 대한 해임건의권(동법 제63조)
- 라) 계엄해제요구권(동법 제77조제5항)
- 마) 일반사면에 대한 동의권(동법 제79조제2항)
- 바) 국방 및 외교정책에 대한 동의권(동법 제60조)

## 마. 國會의 自律權

국회의 자율권이란 국회가 다른 국가기관의 간섭을 받지 아니하고 헌법·법률·국회규칙에 따라 의사와 내부사항을 독자적으로 결정할 수 있는 권한을 말한다. 여기에는 ①집회 및 의사에 관한 권한(의사자율권) ②내부조직권(원내조직권·자주조직권·조직자율권) ③내부경찰권 및 국회가택권(질서유지권) ④의원신분에 관한 권한(신분자율권) ⑤국회규칙의 제정권(규칙자율권) 등이 포함된다.

## 4. 國會議員의 地位와 權限

### 가. 憲法上 地位

國會議員은 헌법상 국회의 구성원으로서의 지위를 가지며, 또한 국민의 대표자로서의 지위와 정당의 대표자로서의 지위가 있다(2중적 지위).

국회의원의 자격은 헌법과 법률이 정한 임기개시와 동시에 발생하며(다수설), ①임기만료 ②사직 ③당선무효와 유죄판결이 확정된 때 ④퇴직 ⑤제명 등의 사유로 의원자격을 상실한다.

### 나. 國會議員의 特權

#### 1) 면책특권

헌법 제45조는 「국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회 외에서 책임을 지지 아니한다」라고 하여 국회의원의 발언·표결의 면책특권을 규정하고 있다. 여기에서 ①“國會에서”라는 말은 국회의사당이라는 건물만을 지칭하는 것이 아니라 국회가 활동하고 있는 모든 장소(본회의장 또는 위원회 개최장소)를 말한다. ②“職務上 행한”의 의미는 직무집행 그 자체 뿐 아니라 직무행위와 관련이 있는 모든 행위와 그에 부수된 행위를 포함하는 개념이며 ③“發言과 表決”은 직무와 관련이 있는 사항에 대해서만 면책대상으로 보고 직무와 무관한 인신공격 등에 대해서는 책임추궁을 할 수 있다.

免責의 效果는 “국회 외”에서 책임을 지지 아니하는 것이다. 따라서 국회내에서 책임을 물어 국회가 징계처분을 할 수는 있다. 면책특권으로 면제되는 책임범위는 민사·형사·행정상의 법적 책임에 대해서이다. 면책기간은 재임 중에 국한되지 않고 임기만료 후에도 책임추궁을 당하지 아니한다.

## (2) 불체포특권

국회의원의 불체포특권이란 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기 중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다는 것을 말한다. 불체포특권은 국회의 특권(다수설)으로써 의원은 이를 포기할 수 없다.

회기 전에 체포·구금한 때에도 현행범인으로 체포·구금되지 아니한 경우에 대해서는 국회의 요구가 있을 시 회기 중 석방된다. 석방요구를 하려면 의원 20인 이상이 연서로 석방요구서를 작성하여 의장에게 제출하여야 하며, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결된다. 석방은 회기 중에 한하므로 회기가 끝난 후에는 다시 구금할 수 있다.

그러나 不逮捕特權의 例外로서 ①현행범인인 경우 ②국회의 체포·구금 동의가 있는 경우 ③회기 전에 체포·구금되고 현행범인이 아닌 경우에도 국회의 석방요구가 없으면 불체포특권은 인정되지 아니한다.

## 다. 國會議員의 權利와 義務

國會議員의 權利로는 ①임시국회 소집요구권 ②의안발의·질문·질의·토론 및 표결권 ③수당·여비를 받을 권리와 국유의 교통수단 무료이용권 등이 있다. 의무로는 憲法上의 義務로서 ①청렴의무(제46조제1항) ②국가이익우선의 의무(제46조제2항) ③지위남용금지의 의무(제46조제3항) ④검직금지의 의무(제43조)가 있으며, 國會法上 義務로서 ①본회의·위원회에 출석할 의무 ②의사에 관한 법령·국회규칙의 준수 의무 ③국회의 위신을 손상시키지 않을 의무 ④다른 의원을 모욕하거나 다른 의원의 발언을 방해하지 않을 의무 ⑤국정감사·조사에서의 주의 의무 ⑥의장의 질서유지에 관한 명령에 복종할 의무 등이 있다.

## 第 2 節 大統領

### 1. 大統領의 憲法上 地位

대통령의 헌법상 지위는 정부형태에 따라 다르며, 대통령제 하에서의 대통령은 국가원수인 동시에 행정부 수반이나 원칙적으로 입법부·사법부의 長과 동위에 있다. 의원내각제 하에서의 대통령은 형식적·의례적 권한을 가질 뿐 이므로 대통령의 헌법상 지위는 명목적·상징적 국가원수로서의 지위를 가진다. 우리 헌법상 대통령의 지위는 “國家元首로서의 地位”와 “行政府 首班으로서의 地位”에 있다.

<p>국가원수로서의 지 위</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 국가의 대표자(조약체결비준권, 외교사절 신임 접수파견권, 선전포고 및 강화권 등)</li> <li>· 국가와 헌법의 수호자(긴급명령권, 계엄선포권, 위헌정당해산제소권, 국가안전보장회의 주재권, 국군통수권 등)</li> <li>· 국정의 통합 조정자(헌법개정제안권, 국민투표부의권, 국회입시회집회요구권, 법률안제출권, 영전수여권 등)</li> <li>· 헌법기관구성자(대법원, 헌법재판소, 감사원구성권 등)</li> </ul>
<p>행정부수반으로서의 지 위</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 행정의 최고지휘권자· 최고책임자</li> <li>· 행정부조직권자</li> <li>· 국무회의 의장</li> </ul>

### 2. 大統領의 身分上 地位

#### 가. 大統領의 選舉

대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출(헌법 제67조제1항)한다. 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다(헌법 제67조

제2항). 대통령 피선거권은 국회의원의 피선거권이 있고 대통령 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.

## **나. 大統領의 任期・權限代行**

대통령의 임기는 5년이며 重任할 수 없다. 대통령의 임기연장·중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정제안 당시의 대통령에 대해서는 효력이 없다.

대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다. 대통령이 궐위된 때에는 60일 이내에 차기 대통령을 선출하여야 한다. “闕位”란 대통령 사망, 탄핵결정에 의한 파면, 피선거자격의 상실, 사임 등으로 대통령이 재직하고 있지 아니한 경우를 말하며, “事故”란 대통령이 재직하면서도 신병이나 해외순방 등으로 직무를 수행할 수 없는 경우 또는 국회가 탄핵소추를 의결함으로써 탄핵결정이 있을 때까지 권한 행사가 정지된 경우를 말한다.

## **다. 前職大統領에 대한 예우**

전직대통령의 신분과 예우에 관하여는 「전직대통령예우에관한법률」로 정하게 되어 있다. 동법에 따르면 본인과 일정범위의 유족에 대해서는 연금이 지급되고, 그 외에 경호·경비·교통·체신의 편의와 사무실 등이 제공되며 加療의 특혜를 받는다. 그러나 전직대통령이 ①탄핵결정을 받아 퇴임하였거나 ②금고 이상의 형이 확정되었거나 ③형사처분을 피할 목적으로 외국 정부에 대하여 도피처 또는 보호를 요청하거나 ④대한민국의 국적을 상실할 경우에는 예우를 모두 중단하도록 되어 있다.

## **라. 大統領의 刑事上의 特權**

헌법 제84조는 대통령은 內亂 또는 外患의 罪를 범한 경우를 제외하고는 재

직중 형사상의 訴追를 받지 아니한다라고 규정하여 국가원수로서의 권위를 유지하려는데 목적이 있다. 다만, 퇴직 후의 형사상의 소추나 재직 중의 민사상, 행정상의 책임까지 면제되는 것은 아니다. 또한 대통령은 彈劾決定에 의하지 아니하고는 공직으로부터 파면되지 아니한다.

### 3. 大統領의 權限

#### 가. 非常的 權限

##### 1) 긴급명령권

가) 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태(전쟁이나 이에 준하는 사태 또는 내란 등을 말함)가 발생하여 긴급한 조치가 필요할 때 발할 수 있다. 이 경우에는 국회의 집회가 불가능하여야 한다.

나) 긴급명령을 발하려면 國務會議의 審議를 거쳐야 하며, 국무총리 및 관계 국무위원의 부서가 있어야 한다. 긴급명령을 발한 때에는 지체없이 國會에 보고하여 그 承認을 얻어야 한다. 국회가 폐회 중인 때에는 대통령이 임시국회를 소집하여 국회의 승인을 얻어야 한다. 만일 대통령이 임시국회 소집요구를 하지 않을 때에는 국회의원(재적의원 4분의 1이상의 요구로)이 이를 대신할 수 있다.

다) 긴급명령은 法律의 效力을 가지는 명령이므로 긴급명령으로 헌법을 개정하거나 폐지시킬 수 없다. 또한 국회·법원·헌법재판소의 권한에 관하여 특별한 조치도 할 수 없으며, 軍政의 실시도 불가능하다. 그러나 국민의 권리와 의무에 관한 사항에 대하여는 제한이 가능하며, 기존 법률의 개정·폐지도 가능하다.

라) 긴급명령이 國會承認을 얻지 못하면 그 때부터 효력을 상실하고, 또 긴급명령에 의해 개정·폐지되었던 법률은 긴급명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다. 국회의 승인을 얻은 경우에는 법률과 동일한 효

력을 가진다.

마) 긴급명령은 국회승인을 얻은 경우에도 위헌 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법재판소에 위헌심판을 제청할 수 있다.

制憲憲法에서 부터 현행헌법에 이르기까지의 긴급명령권 발동사례를 살펴보면 第1共和國에서 긴급명령 14건, 第3共和國에서 긴급명령 1건 그리고 현행 헌법에서 金融實名制와 관련한 긴급명령 1건(제16호 : 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 긴급재정경제명령, 1993.8.12) 등 16건이 발동된 바 있다. 또한 第4共和國에서는 긴급조치 9건이 발동되었다.

## 2) 긴급재정 · 경제처분권

가) 긴급재정 · 경제처분은 i)내우 · 외환 · 천재 · 지변 또는 중대한 재정 · 경제상의 위기가 발생할 것, ii)국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요할 것, iii)국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 것 등을 요한다.

나) 긴급재정 · 경제처분은 國務會議의 審議를 거쳐야 하며, 국무총리 및 관계 국무위원의 부서가 있어야 한다. 대통령이 긴급재정 · 경제처분을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다. 긴급재정 · 경제처분은 재정사항과 경제사항만을 그 내용으로 할 수 있으며, 기타 정치적 · 사회적 · 문화적 사항은 내용으로 할 수 없다.

다) 國會의 承認을 얻지 못한 경우 그 처분은 승인거부 시부터 효력을 상실한다. 국회의 승인을 얻은 경우 당해처분이 국회의 동의를 얻은 것과 동일한 효과를 가지게 된다.

라) 긴급재정 · 경제처분은 국회의 승인을 얻은 경우에도 행정처분으로서의 성격을 가지는 것이므로, 법원이 그 위헌 · 위법 여부를 심사할 수 있다.

긴급재정처분은 제1공화국에서 27건이 발동되었다. 제1공화국 당시의 긴급재정처분 27건 가운데 제1호부터 제3호는 6.25사변중에 발동되었으며, 나머지 24건은 우편요금을 비롯한 모든 국영사업의 요금(수수료·사용료 등)을 1955년 8월 15일 이전으로 引下(還元)할 것을 지시한 1955년 9월 3일의 대통령 특별담화(이른바 9.5.긴급조치)에서 비롯하였다.

### 3) 긴급재정·경제명령권

긴급재정·경제명령이란 국회의 집회를 기다릴 시간적 여유가 없을 때에 한하여 대통령이 긴급재정·경제처분의 실효성을 뒷받침하기 위해 발하는 긴급입법으로서 법률의 효력을 가진 명령을 말하는데 국회승인을 얻은 긴급재정·경제명령은 법률과 동일한 효력을 가진다.

#### <緊急命令과 緊急財政·經濟命令의 區分>

	긴급명령	긴급재정·경제명령
목 적	교전상태에서의 국가보위	재정·경제상의 위기
비상사태의 차이	국가안위에 관계되는 중대한 교전상태	내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기
국회소집 여부	국회의 집회가 불가능한 때	국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때
규율범위	국가보위를 위한 전반적 조치	재정·경제상의 최소한의 처분

### 4) 계엄선포권

가) 계엄은 i)전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태가 발생할 것, ii)병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 것, iii)법률(계엄법)이 정하는 절차와 방법에 따를 것을 요한다.

나) 대통령이 戒嚴을 선포하려면 국무회의의 심의를 거쳐야 한다. 계엄선

포 시에는 그 선포이유·종류·계엄시행일시·시행지역·계엄사령관을 공고하여야 한다. 대통령이 계엄을 선포한 때에는 지체없이 국회에 통고하여야 한다. 국회가 폐회중인 때에는 지체없이 임시회의 집회를 요구하여야 한다.

다) 계엄선포는 大統領만이 할 수 있으며, 계엄이 선포되면 계엄사령관은 국방부장관의 지휘·감독을 받는다. 다만, 전국을 계엄지역으로 하는 경우에는 대통령의 지휘·감독을 받는다(계엄법 제6조).

라) 경비계엄은 기본권에 관한 특별조치는 불가능하나, 비상계엄의 경우에는 基本權에 관한 특별조치를 할 수 있다(영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유 제한 가능).

마) 계엄이 해제되면 해제된 날로부터 모든 행정사무와 사법사무는 정상사태로 복귀한다. 비상계엄 시행 중에 군사법원에 계속 중이던 재판사건의 관할은 비상계엄의 해제와 동시에 일반법원에 이관하게 되는데, 다만 대통령이 필요하다고 인정할 때에는 군사법원의 재판권을 1개월 이내에 한하여 연기할 수 있다(동법 제12조제2항).

바) 국회는 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구할 수 있다. 계엄선포나 계엄에 의한 특별조치로 기본권이 침해된 경우에 본 당사자는 기본권 침해를 이유로 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다.

## 5) 국민투표부의권

헌법 제72조는 「대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다」고 하여 대통령의 국민투표부의권을 규정하고 있다. 여기서 무엇이 국가안위에 관한 중요정책인가의 결정은 대통령의 재량에 속한다. 국민투표에서 결정된 사안은 모든 국가기관을 기속한다.

헌법 제72조는 "대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다."고 규정하여 피청구인에게 국민투표부의를 권을 부여하면서, 국민투표의 대상을 '외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책'으로 한정하고 있는 바, 여기서의 '중요정책'은 '구체적이고 특정한 정책'을 뜻한다고 보아야 한다. 대통령의 임기를 절대적으로 보장하는 헌법 제70조나 궐위사유를 한정적으로 규정하는 헌법 제68조 제2항 등 헌법규범에 비추어볼 때, 대통령에 대한 국민의 신임 여부는 헌법 제72조의 '중요정책'에 포함되지 않는다고 보아야 한다(헌재결 2003.11.27. 2003헌마694).

#### **나. 憲法機關構成에 관한 權限**

- 1) 대법원 구성권(대법원장, 대법관 임명)
- 2) 헌법재판소 구성권(재판소장, 재판관 임명, 재판관 9인 중 3인을 직접 임명)
- 3) 중앙선거관리위원회 구성권(중앙선거관리위원회의 9인의 위원 중 3인을 임명)
- 4) 감사원 구성권(감사원장, 감사위원 임명)

## 다. 行政에 관한 權限

일반적 권한	· 행정에 관한 최고결정권 · 최고지휘권
法律執行에 관한 權限	· 법률안 공포권, 대통령령 제정권
外交에 관한 權限	· 조약의 체결비준권 · 외교사절의 신임 접수 파견권
政府構成權	· 국무총리 · 국무위원 임명권 · 행정각부의 장 임명권
公務員 任免權	<임명권에 대한 제한> · 선거(국회의원, 지방의회의원 등) · 국회동의(국무총리 · 감사원장 · 대법원장 및 대법관 · 헌법재판소장 등) · 일정기관의 제청(국무위원 · 각부 장관 · 대법관 · 감사위원 등) · 국무회의심의(검찰총장 · 합참의장 · 각군참모총장 · 국립대학교총장 · 대사 기타 법률이 정하는 공무원 등) · 자격이 정해진 공무원(법관 · 검사 · 교육공무원 등)
國軍統帥權	· 선전포고 및 講和權 · 국군의 해외파견권 · 외국군대의 국내주류허용권
財政에 관한 權限	· 예산안 편성제출권 · 추가경정예산안 편성권 · 긴급재정 · 경제처분 및 명령권 · 계속비, 예비비, 국채의 모집, 예산 외 국가부담계약에 관한 집행
榮典授與權	

## 라. 國會와 立法에 관한 權限

### 1) 國會에 관한 權限

- 가) 임시회 집회요구권
- 나) 국회출석·발언권

### 2) 입법에 관한 權限

- 가) 법률안제출권
- 나) 법률안거부권

거부 요건	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법률안이 집행불가능하거나, 국가이익에 반하거나, 헌법에 위반된다고 판단되는 경우 또는 예산상의 뒷받침이 없는 경우</li> <li>· 15일 이내에 국무회의의 심의를 거쳐 법률안에 이의서를 첨부하여 환부</li> <li>· 환부거부(일부거부, 수정거부는 부인)가 원칙</li> </ul>
통제	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 국회는 그 법률안을 재의에 붙이고 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 재의결함으로써 그 법률안을 법률로서 확정</li> <li>· 국회의 재의결로 확정된 법률이 정부로 이송된 후 5일 이내에 대통령이 공포하지 아니할 때에는 국회의장이 이를 공포</li> </ul>

다) 법률안 공포권

라) 행정입법권

행정입법이란 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 정해 놓은 법규성을 가진 명령을 말한다. 행정입법은 제정권자에 따라 대통령령·총리령·부령으로, 성질에 따라 法規命令과 行政命令으로 나누어지고 법규명령은 다시 委任命令과 執行命令으로 나누어 진다.

기 준	法 規 命 令	行 政 命 令(행정규칙)
본 질	행정기관이 국민의 자유·권리에 관한 사항을 정하는 것으로서 법규로서의 성질을 가진 명령	행정기관이 그 고유의 권한으로서 국민의 자유·권리와 직접 관계 없는 사항을 정하는 것으로서 행정기관 내부에서만 효력을 가지는 명령
근 거	헌법·법률·상위명령의 근거	법률의 근거를 요하지 않음
법규성	법규성 있음	원칙적으로 없음
구속력	일반적 구속력	수명기관·수명자만 구속
형 식	관보에 게재하여 공포	제한없음

오늘날 의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하면, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 법률이 어떤 사항을 행정규칙에 위임하는 경우에 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있는 것이므로, 국회입법의 원칙과 상치되지 않는다. 다만 행정규칙은 법규명령과 같은 엄격한 제정 및 개정절차를 요하지 아니하므로, 기본권을 제한하는 작용을 하는 법률이 입법위임을 할 때에는 대통령령, 총리령, 부령 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 고시와 같은 형식으로 입법위임을 할 때에는 적어도 행정규제기본법 제4조제2항 단서에서 정한 바와 같이 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다 할 것이고, 그러한 사항이라 하더라도 포괄위임금지의 원칙상 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다(헌재결 2008. 7. 31. 2005헌마667, 2006헌마674(병합)).

## 마. 司法에 관한 權限

### 1) 위헌정당해산제 소권

### 2) 사면권

헌법 제79조는 「①대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ②일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다」고 하여 대통령의 사면·감형·복권에 관한 권한을 규정하고 있다.

赦免에는 일반사면(대사)과 특별사면(특사)이 있다(사면법 제5조). 일반사면이란 범죄의 종류를 지정하여 이에 해당하는 모든 범죄인에 대하여 그 형선고의 효과를 소멸시키는 것을 말하며, 특별사면이란 이미 형의 선고를 받은 특정인에 대하여 형의 집행을 면제하는 것을 말한다. 일반사면은 국무회의 심의를 거쳐 국회의 동의를 얻어야 하며, 그 형식은 대통령령으로 한다. 특별사면은 법무부장관의 上申(사면심사위원회의 심사)으로 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 행한다.

## 4. 大統領의 義務

대통령의 헌법상 의무로는 ①職務上の 義務로서 헌법준수·국가보위·조국의 평화적 통일·국민의 자유와 복리의 증진·민족문화의 창달 등이 있으며(헌법 제69조) ②兼職禁止義務로서 국무총리·국무위원, 행정 각부의 장, 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸하지 아니할 의무가 있다(헌법 제83조).

## 第 3 節 行政府

### 1. 國務總理 · 國務委員

#### 가. 國務總理의 地位와 權限

1) 우리나라의 국무총리제는 우리 헌정사에서 유래하는 特有한 制度로서 헌법상 ①대통령의 권한대행자로서의 지위 ②대통령의 보좌기관으로서의 지위 ③행정부의 제2인자로서의 지위 ④국무회의의 부의장으로서의 지위 ⑤소관사무를 수행하는 중앙행정관청으로서의 지위가 있다.

국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다(헌법 제86조제1항). 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다(헌법 제86조제3항). 국무총리해임권은 대통령이 가진다. 국회는 해임건의권을 가질 뿐이다(헌법 제63조제1항).

2) 국무총리는 ①대통령의 권한대행권 ②국무위원 · 행정각부 장관의 임명제청권과 국무위원 해임건의권 ③행정각부의 통할권(대통령의 명을 받아 통할함) ④총리령발포권 ⑤대통령의 국무행위에 副署할 권한 ⑥국무회의에서의 심의 · 의결권 ⑦국회출석 · 발언권 등의 권한이 있다.

#### 나. 國務委員의 地位와 權限

1) 국무위원은 헌법상 ①국무회의의 구성원으로서의 지위 ②대통령의 보좌기관으로서의 지위가 있다. 국무위원은 국무총리의 提請으로 대통령이 임명하고, 군인은 현역을 면한 후가 아니면 임명될 수 없다. 국무위원의 수는 15인 이상 30인 이하이다.

2) 국무위원의 권한으로는 ①국무회의의 소집요구권 ②국무회의에의 의안제출권 ③국무회의 출석 · 발언권 ④대통령의 권한 대행권(국무총리에 이어 2순위로) ⑤부서권(대통령의 국법상 행위에 관계국무위원의 부서) ⑥국회출

석·발언권 등이 있다.

## 2. 國務會議

### 가. 憲法上 地位

국무회의는 ①헌법상 필수기관 ②심의기관(의결기관이 아님) ③최고의 정책 심의기관 ④독립된 합의제기관이다. 國務會議은 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성하며, 大統領이 의장이 되고 國務總理는 부의장이 된다. 의장이 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 부의장인 국무총리가 그 직무를 대행하고, 의장과 부의장이 모두 사고가 있을 때에는 정부조직법에 규정된 순서에 따른 행정각부의 국무위원 순으로 그 직무를 대행한다.

### 나. 國務會議의 審議事項

국무회의는 의장인 대통령이 소집하며, 구성원 과반수의 출석으로 개최하고 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다(국무회의규정 제6조). 헌법 제89조에 열거된 필수적 심의사항은 다음과 같다.

- ① 국정의 기본계획과 정부의 일반정책
- ② 宣戰·講和 기타 중요한 대외정책
- ③ 헌법개정안·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안
- ④ 예산안·결산·국유재산처분의 기본계획·국가의 부담이 될 계약 기타 재정에 관한 중요사항
- ⑤ 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제
- ⑥ 군사에 관한 중요사항
- ⑦ 국회의 임시회 집회요구
- ⑧ 榮典授與

- ⑨ 사면·감형과 복권
- ⑩ 행정각부간의 권한의 확정
- ⑪ 정부 안의 권한의 위임 또는 배정에 관한 기본계획
- ⑫ 국정처리상황의 평가·분석
- ⑬ 행정각부의 중요한 정책의 수립과 조정
- ⑭ 정당해산의 제소
- ⑮ 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사
- ⑯ 검찰총장·합동참모의장·각군 참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체 관리자의 임명
- ⑰ 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항

### 3. 行政各部

행정각부는 대통령을 수반으로 하는 행정부의 構成單位로서, 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 결정한 정책과 그 밖의 행정부의 권한에 속하는 사항을 집행하는 중앙행정기관이다. 행정각부는 대통령이나 국무총리의 단순한 보좌기관이 아니며, 그들의 하위에 있는 행정관청이다. 행정각부의 설치·조직과 직무범위는 「정부조직법」에 규정되어 있다.

行政各部의 長은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다. 이들에 대한 해임은 임명권자인 대통령이 한다. 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 部丞을 발할 수 있다. 그러나 법제처·국가보훈처는 국무총리의 소속기관이므로 부령을 발할 수 없다.

國家安全企劃部는 대통령 소속 하의 중앙행정기관으로서 헌법기관이 아니다. 안기부는 정부조직법 제29조에 행정각부로 규정되어 있지 않으므로 행정각부도 아니며, 따라서 국무총리의 지휘·감독을 받지 아니한다(헌재결 1994.4.28. 89헌마221).

#### 4. 監査院

감사원은 국가원수로서의 대통령 소속하의 기관으로서 憲法上의 必須機關이며 독립된 합의제 기관으로서의 지위에 있다. 감사원은 院長을 포함한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성된다. 감사원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다. 監査委員은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 4년 임기에 1차에 한해 중임할 수 있다.

권한은 ①결산검사·보고권 ②회계검사권 ③직무감찰권 ④감사원규칙제정권 등이 있다.

#### 5. 大統領의 諮問機關

대통령의 자문기관으로는 ①국가원로자문회의, ②국가안전보장회의(필수기관), ③민주평화통일자문회의, ④국민경제자문회의가 있다(국가교육과학기술자문회의는 헌법상의 기관이 아님).

#### 6. 選舉管理委員會

선거관리위원회는 憲法上 必須機關이므로 헌법개정에 의하지 않고는 폐지할 수 없다. 또한 선거관리위원회는 독립된 합의제 기관이므로 대통령도 그 직무에 관여할 수 없으며, 위원장과 위원들이 법적으로 동등한 지위에 있다.

中央選舉管理委員會는 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성되며, 위원장은 위원 중에서 互選한다. 위원의 임기는 6년이며, 연임에 대한 제한은 없다. 위원은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다. 위원은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.

權限으로는 ①선거와 국민투표의 관리권 ②정당사무의 관리권 ③정치자금

배분권 ④규칙제정권 등이 있으며, 각급 선거관리위원회는 선거권자의 주권의식의 양양을 위하여 항상 계도를 실시하여야 한다(선거관리위원회법 제14조).

## 第 4 節 法 院

### 1. 司法權의 意義

#### 가. 司法의 本質 · 機能

司法은 ①구체적인 법적 분쟁의 발생을 그 전제로 하며(사건성) ②구체적인 법적 분쟁 발생시에 당사자로부터의 소의 제기를 전제로 하여(수동성) ③무엇이 법인가를 판단하고 선언하는 작용이다(법선언성). 또한 사법은 ④현존의 법 질서를 유지하기 위한 보수적 · 현상유지적 작용으로서(보수성) ⑤독립적 지위를 가진 기관이 제3자적 입장에서 행하는 작용이다(판단의 독립성과 공정성).

사법은 ①국민의 기본권 보장기능 ②법질서 유지기능 ③법해석 기능 ④사회 평화 보장기능을 담당한다.

#### 나. 司法權의 範圍와 限界

법원이 실제로 담당하는 사법권의 범위는 실질설에 의한 사법권의 범위와는 일치하지 않는 것이 보통이다. 實質的 意味의 司法權에 속하는 민사재판 · 형사재판 · 행정재판 · 헌법재판 중 우리 헌법상 실제로 법원이 담당하는 것은 민사재판 · 형사재판 · 행정재판 뿐이다. 헌법이 다른 기관의 권한으로 규정하고 있거나 사법심사의 대상에서 제외하고 있는 사항에 대해서는 사법권이 미치지 아니한다. 즉 ①헌법재판소의 권한에 속하는 사항 ②국회의원의 자격심사 · 징계 · 제명 ③비상계엄하의 군사재판 등이 그것이다. 한편 사법권은 國際法上的 限界로서 ①치외법권자(외교특권자) ②국제사법재판에 속하는 사항에 대해서

는 우리나라의 사법부가 사법권을 행사할 수 없다.

## 2. 司法權의 獨立

### 가. 意 義

사법권의 독립이라 함은 사법권을 행사하는 법관이 구체적 사건을 재판함에 있어서 절대적으로 독립하여 누구의 지시나 명령에도 구속되지 아니하는 것을 말한다. 사법권의 독립은 입법부나 행정부로부터의 법원의 독립과 그 자율성, 그리고 재판에 있어서 어떠한 내재적 간섭도 받지 아니하는 법관의 직무상 독립과 신분상 독립에 의하여 실현된다.

### 나. 內 容

#### 1) 법원의 독립

사법권의 독립에 있어서 법원의 독립은 권력분립의 원칙에 따라 공정한 재판을 사명으로 하는 법원이 그 밖의 국가기관인 입법부와 행정부로부터 독립하지 않으면 안 된다는 것을 의미한다. 우리 헌법 제101조제1항이 권력분립주의의 입장에서 「사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다」고 하는 것도 바로 그러한 의미를 가진 것이라 하겠다.

#### 2) 법관의 독립

##### 가) 법관의 직무상 독립(물적 독립)

법관의 직무상 독립이라 함은 법관이 다른 어떤 기관의 지시나 간섭을 받지 않고 독립하여 재판하는 것을 말한다. 우리 헌법 제103조는 「법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다」고 규정하여 법관의 직무상 독립 내지 재판상 독립을 보장하고 있다. 여기에서의 “良心”은 인간으로서의 양심이 아니라 법관으로서의 양심, 즉 법관이라는 직업적 양심인 法曹的 良心

을 말한다. 또 “獨立하여 審判한다.”라고 함은 법관이 재판에 있어서 헌법과 법률·자신의 양심 이외의 어떠한 외부적 간섭이나 영향을 받지 아니하고, 재판결과에 대해서도 형사상·징계상 그 어떠한 책임도 추궁당하지 않는 것을 말한다.

#### 나) 법관의 신분상 독립(인적 독립)

법관의 신분상 독립이라 함은 재판의 독립을 확보하기 위하여 법관의 인사를 독립시키고, 법관의 자격과 임기를 법률로 규정함으로써 법관의 신분을 보장하는 것을 말한다. 신분상의 독립은 법관인사의 독립, 법관의 자격제, 법관의 임기제·연임제 및 정년제의 보장 등이다.

### 3) 법관의 신분보장

헌법 제106조제1항은 「법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다」고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 「법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 퇴직하게 할 수 있다」고 규정하고 있다.

법관의 신분보장은 법관의 재판상의 독립을 보장하는데 있어서 필수적인 전제로서 정당한 법절차에 따르지 않는 법관의 파면이나 불이익처분의 금지를 의미하는 것이다(헌재결 1992.11.12. 91헌가2).

### 3. 法院의 組織

#### 가. 大法院

##### 1) 지 위

대법원은 헌법상 ①최고법원으로서의 지위 ②기본권보장기관으로서의 지위 ③헌법수호기관으로서의 지위 ④최고사법행정기관으로서의 지위를 가진다.

대법원은 大法院長과 大法官으로 구성되며, 법률이 정하는 바에 따라 대법관이 아닌 법관(재판연구관)을 둘 수 있다. 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 13인으로 한다.

대법원에는 대법관 전원으로 구성되고 대법원장이 의장이 되는 大法官會議를 두며, 대법관 3분의 2 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결한다. 또한 대법원에 部를 둘 수 있다. 부에는 일반부와 특별부가 있고, 일반부에는 민사부와 형사부가 있다. 대법원장은 필요하다고 인정할 경우에는 행정·조세·노동·군사·특허 등의 사건을 전담하는 특별부로 하여금 심판하게 할 수 있다. 각 부는 대법관 3인 이상으로 구성한다.

##### 2) 관 할

대법원은 ①상고심 ②명령·규칙의 위헌·위법여부의 최종심사 ③위헌법률심판의 제청 ④선거소송 등을 관할하며, 특히 ①고등법원 또는 항고법원·특허법원의 판결에 대한 상고사건 ②항고법원·고등법원 또는 항소법원·특허법원의 결정·명령에 대한 재항고사건 ③다른 법률에 의하여 대법원의 권한에 속하는 사건을 終審으로서 심판한다.

##### 3) 규칙제정권

헌법 제108조는 「대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다」고 하여 대법원에 규칙제정권을 부여하고 있다.

## 나. 高等法院

고등법원에는 高等法院長을 두며 判事로서 보한다. 고등법원장은 그 법원의 사법행정사무를 관장하며 소속공무원을 지휘·감독한다. 고등법원에는 部를 두며 부에 부장판사를 둔다. 부장판사는 그 부의 심판에 있어서 재판장이 되며, 고등법원장의 지휘에 의하여 그 부의 사무를 감독한다.

高等法院의 審判은 판사 3인으로써 구성되는 합의부에서 행한다. 고등법원은 ①지방법원 합의부·가정법원 합의부 또는 행정법원의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건 ②지방법원 단독판사·가정법원 단독판사의 제1심 판결·심판·결정·명령에 대한 항소 또는 항고사건 ③다른 법률에 의하여 고등법원의 권한에 속하는 사건을 심판한다.

## 다. 特許法院

특허법원에는 特許法院長을 두며 判事로서 보한다. 특허법원장은 그 법원의 사법행정사무를 관장하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 특허법원에는 部를 둔다. 특허법원은 1998년 3월 1일부터 정식으로 가동되었다.

특허법원은 ①「특허법」·「실용신안법」·「디자인보호법」·「상표법」이 정하는 제1심사건과 ②다른 법률에 의하여 특허법원의 권한에 속하는 사건을 심판한다. 특허법원의 심판권은 판사 3인으로 구성된 합의부에서 이를 행한다.

## 라. 地方法院

### 1) 지방법원

지방법원에 地方法院長을 두며 判事로서 보한다. 지방법원장은 그 법원과

소속지원(支院), 시·군법원 및 등기소의 사법행정사무를 관장하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 지방법원에는 부를 둔다.

지방법원의 심판은 단독판사가 행하며, 합의심판을 요할 때에는 판사 3인으로 구성되는 합의부에서 행한다. 지방법원의 사무의 일부를 처리하게 하기 위하여 지방법원 지원을 둘 수 있다. 지방법원 지원에는 지원장을 두며 판사로서 보한다. 지방법원 지원에도 部를 둘 수 있다.

## 2) 市·郡법원

지방법원의 사무의 일부를 처리하게 하기 위하여 그 관할구역 안에 시법원 또는 군법원(시·군법원)을 둘 수 있다(중전의 순회심판소를 시·군 법원으로 개편함). 시·군법원의 판사는 소속 지방법원장 또는 지원장의 지휘를 받아 시·군법원의 사법행정사무를 관장하며, 그 소속 직원을 지휘·감독한다. 다만, 가사사건에 관하여는 그 지역을 관할하는 가정법원장 또는 그 지원장의 지휘를 받는다.

시·군법원은 ①소액사건심판법의 적용을 받는 민사사건 ②화해·독촉 및 조정에 관한 사건 ③20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건 ④「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제75조에 의한 협의상 이혼의 확인사건을 관할한다.

## 마. 家庭法院

가정법원에는 家庭法院長을 두며 判事로서 보한다. 가정법원에는 部를 둔다. 가정법원에는 지원을 둘 수 있으며, 지원장은 판사로서 보한다. 지원장은 소속 가정법원장의 지휘를 받아 지원의 사법행정사무를 관장하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다.

가정법원 및 가정법원 지원의 합의부는 ①가사소송법에서 정한 가사소송과 가사비송사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건 ②가정법원 판사에 대한 제척·기피사건 ③다른 법률에 의하여 가정법원 합의부의 권한에 속하는 사건을 제1심으로 심판한다.

## **바. 行政法院**

행정법원에는 행정법원장을 두며 관사로서 보한다. 행정법원장은 그 법원의 사법행정사무를 관장하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 행정법원에는 部를 둔다. 행정법원은 1998년 3월 1일부터 정식으로 가동되었다.

행정법원은 ①행정소송법에서 정한 행정사건과 ②다른 법률에 의하여 행정법원의 권한에 속하는 사건을 제1심으로 심판한다.

## **사. 特別法院**

특별법원에는 ①法官이 아닌 자에 의한 재판 또는 ②대법원을 최종심으로 하지 아니하는 특별법원에 의한 재판이 이에 해당하는데, 헌법규정에 비추어 보아 특별법원의 설치가 가능한가 하는 점이 문제이다. 헌법에 규정이 있거나(軍事法院), 재판의 전심절차로서 행해지는 行政審判委員會를 제외하고는 법률로써 특별법원을 설치할 수 없다. 다만, 법관이 재판하고 대법원에 상고가 인정되는 특수법원으로서의 특별법원은 법률로 설치 가능하다. 家庭法院은 특수법원의 한 예이며, 법률로써 노동법원, 조세법원 등의 설치 또한 가능하다.

# **4. 司法의 節次와 運營**

## **가. 裁判의 審級制**

재판의 심급제를 인정하는 이유는 소송절차를 신중하게 함으로써 공정한 재판을 확보하려는 데 그 목적이 있다. 민사·형사·행정소송(98.3.1.이후)은 3심제로, 특허소송과 기초단체장(일반시장·군수·구청장)·지방의원(광역·기초의원) 선거에 대한 선거소송·당선소송은 2심제로, 대통령선거·국회의원선거·광역단체장(시·도지사) 선거에 대한 선거소송·당선소송과 비상계엄 하

의 군사법원에 의한 재판(사형선고의 경우 제외)은 단심제로 하고 있다.

## **나. 裁判의 公開制**

헌법 제109조 본문은 「재판의 심리와 판결은 공개한다」고 규정하여 재판공개주의를 택하고 있다. 재판은 공개를 원칙으로 하지만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다(헌법 제109조 단서). 다만 판결은 반드시 공개하여야 한다.

## **다. 法廷秩序의 維持**

재판장은 법정질서를 해할 우려가 있는 자의 법정 출입을 금지하거나 퇴정을 명하며, 기타 질서유지에 필요한 명령을 발할 수 있다. 재판장은 법정 내에서 질서유지에 관한 명령에 위배되는 행위를 하거나 폭언·소란 등의 행위로 법원의 심리를 방해 또는 재판의 위신을 현저히 훼손한 자에 대하여 직권에 의한 결정으로 20일 이내의 監置 또는 100만원 이하의 과태료에 처하거나 이를 병과할 수 있다(법원조직법 제61조제1항).

# **5. 法院의 權限**

## **가. 爭訟에 관한 裁判權**

쟁송재판권이라 함은 민사소송·형사소송·행정소송·선거소송 등 법적분쟁에 관한 재판권을 말한다. 법적분쟁이 발생하고 당사자로부터 爭訟의 제기가 있으면 국가는 이를 해결할 의무가 있다.

## 나. 命令·規則審査權

법원이 재판의 대상이 되고 있는 구체적 사건에 적용할 명령·규칙의 효력을 심사하여 이를 무효라고 판단할 경우 당해 명령·규칙을 그 사건에 적용함을 거부하는 권한을 말한다.

## 다. 違憲法律審判提請權

법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다. 법원이 법률의 위헌 심판을 헌법재판소에 제청한 때에는 당해소송사건의 재판은 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 있을 때까지 停止된다.

# 第 5 節 憲法裁判所

## 1. 憲法裁判所의 憲法上 地位

헌법재판소는 헌법규정을 근거로 1988년 8월 5일 헌법재판소법이 제정·공포되어 동년 9월 1일부터 시행됨으로써 독립된 헌법재판소가 발족하게 되었다. 이렇게 해서 발족된 헌법재판소는 違憲法律審判·彈劾審判·政黨解散審判·權限爭議審判·憲法訴願審判 등을 그 管掌事項으로 하고 있는데, 이로써 헌법재판소는 ①헌법보장기관으로서의 지위 ②기본권보장기관으로서의 지위, ③헌법재판에 관한 최종심판기관으로서의 지위 ④권력의 통제·정화기관으로서의 지위 ⑤정치적 성격의 사법기관으로서의 지위 ⑥다른 국가기관과 같이 국가최고기관 중의 하나로서의 지위를 가진다.

## 2. 憲法裁判所의 構成과 組織

헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성되며, 재판관은 대통령이 임명한다. 재판관 9인 중 3인은 대통령이 직접 지명하여 임명하고, 또 3인은 국회에서 선출하여 대통령이 임명하며, 다른 3인은 대법원장이 지명하여 대통령이 임명한다.

憲法裁判所의 長은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다. 임기는 6년이며 연임할 수 있고, 정년은 70세이다. 헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고 헌법재판소의 사무를 統理하며, 소속공무원을 지휘·감독한다(헌법재판소법 제12조제3항). 헌법재판소 재판관은 모두 상임재판관으로서 임기는 6년이며 연임할 수 있고, 정년은 65세이다. 보조기관으로서 헌법연구관·헌법연구관보 및 사무처가 있다.

## 3. 憲法裁判所의 審判節次

### 가. 審 判

헌법재판소의 모든 심판은 재판관 전원으로 구성되는 全員裁判部에서 한다. 전원재판부의 재판장은 헌법재판소장이 된다. 또한 사전심사는 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부(모두 3개)에서 한다.

각종 심판절차에 있어서 政府가 당사자인 때에는 法務部長官이 이를 대표하고, 국가기관이나 지방자치단체가 당사자인 경우에는 변호사 또는 변호사자격이 있는 소속직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행할 수 있다. 그러나 私人이 당사자인 경우에는 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다.(변호사 강제주의)

탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판은 口頭辯論에 의하고, 위헌법률심판·헌법소원심판은 書面審理에 의한다.

## 나. 決 定

재판부가 심리를 마친 때에는 중국결정을 한다. ①법률의 위헌결정·탄핵의 결정·정당해산의 결정·헌법소원의 인용결정을 하는 경우와 ②종전에 헌법재판소가 결정한 헌법 또는 법률의 해석적용에 관한 의견을 변경하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 그 이외의 결정은 중국심리에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로써 한다.

헌법재판소는 審判事件을 접수한 날로부터 180일 이내에 중국결정의 선고를 하여야 한다. 중국결정의 선고는 원칙적으로 심판정에서 행하고, 그 결정의 선고는 공개한다. 다만, 서면심리와 평의는 공개하지 아니한다. 중국결정은 관보에 게재함으로써 이를 공시한다.

## 4. 憲法裁判所의 權限

### 가. 違憲法律審判權

#### 1) 의 의

위헌법률심판이란 법률이 헌법에 위반되는가의 여부를 심사하여 그것이 위헌인 경우에 그 법률의 효력을 상실케 하거나 적용을 거부하는 제도를 말한다. 위헌법률심판은 1803년 미연방대법원의 Marbury v. Madison事件에서 당시의 연방대법원장이었던 Marshall判事가 내린 판결을 통하여 확립된 제도로, 그 후 많은 나라들이 이 제도를 도입하여 실시하게 되었다. 현행헌법상 위헌법률심판은 국회가 제정한 법률의 위헌여부가 일반법원에서 재판의 전제가 되는 경우에 법원이 헌법재판소에 위헌심판을 제청하고 헌법재판소가 그 위헌여부를 심사·판단하는 사후적·구체적인 규범통제제도이다.

## 2) 심판요건 · 대상

법률의 위헌심판을 위해서는 당해법률 또는 법률조항의 위헌 여부가 제청법원에 계속 중인 당해사건의 재판의 전제문제가 되어야 한다. “재판”이란 원칙적으로 그 형식여하와 본안에 관한 재판이거나 소송절차에 관한 것을 불문하며, 판결과 결정 그리고 명령이 여기에 포함되며, 심급을 중국적으로 종결시키는 중국재판 뿐만 아니라 중간재판도 이에 포함되고, 법률이 위헌으로 심판되는 여부가 법원이 앞으로 진행될 소송절차와 관련한 중요한 문제점을 선행결정하여야 하는 여부의 판단에 영향을 주는 경우도 재판의 전제성이 있다(헌재결 1994.2.24. 91헌가3).

재판의 전제성판단은 법원의 법률적 의견을 존중하여야 하나(헌재결 1996.10.4. 96헌가6), 제청법원의 법률적 견해가 명백히 유지될 수 없을 때에는 헌법재판소가 직권으로 조사할 수도 있으며(헌재결 1993.5.13. 92헌가10), 그 결과 전제성이 없다고 판단되면 제청을 부적법한 것으로 각하할 수 있다(헌재결 1997.9.25. 97헌가4).

심판대상은 국회가 제정한 형식적 의미의 法律이며, 긴급명령과 긴급재정·경제명령도 포함된다. 이때 법률은 이미 공포된 것이어야 하고, 현재까지 효력을 가지고 있는 것이어야 한다(헌재결 1989.5.24. 88헌가12). 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 가지는 조약에 대해서도 위헌심판을 할 수 있다(헌재결 1995.12.28. 95헌바3). 명령·규칙은 위헌제청의 대상이 되지 않으나, 법률과 시행령·규칙 등이 결합하여 하나의 완결된 법적 효력을 발휘할 경우에는 법률의 위임에 의한 시행령·규칙 등 하위법규가 부수적으로 법률의 내용을 판단하는 자료가 될 수 있다(헌재결 1992.6.26. 90헌가23).

### 3) 심판절차

법률에 대한 위헌심판은 특정사건의 재판에 담당하는 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판의 제청을 하여야만 개시된다. 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부의 심판을 제청한다. 대법원이 아닌 하급법원에서 위헌법률심판을 제청하려면 대법원을 경유하여야 한다. 대법원은 하급법원의 위헌심판제청을 거부할 수 없다. 위헌심판제청이 있으며 당해 소송사건에 대한 재판은 헌법재판소의 위헌 여부에 대한 결정이 있을 때까지 정지된다. 違憲法律審判의 審判節次는 ①제청절차(직권 또는 당사자의 신청에 의한 법원의 위헌제청결정, 대법원외의 법원의 경우에 위헌제청결정서의 대법원송부, 위헌제청결정서의 헌법재판소 송부) → ②심판절차(위헌제청결정서의 접수, 사건번호·사건명부여, 사건배당, 서면심리원칙, 필요시 변론, 자료제출 요구 등) → ③종국결정(각하, 합헌, 변형결정, 위헌) 등으로 진행된다.

### 4) 위헌법률심판의 결정유형

결정방법	내용	주문형식
合憲決定	종국심리 관여 재판관 과반수가 합헌 의견제시	○○법률은 헌법에 위반되지 아니한다.
違憲不宣 言 決 定	재판관 5인이 위헌의견 제시하고 4인이 합헌의견을 제시	…은 헌법에 위반된다고 선언할 수 없다.
違憲決定	재판관 6인이상이 위헌의견제시	○○법률은 헌법에 위반된다.

一部違憲 決 定	위헌결정의 한 유형으로 법의 일부(조, 항이나 조문의 일부분구)에 대해 무효선언하는 경우	특별한 형식없음
憲法不合致 決 定	법률의 위헌성을 인정하면서도 위헌결정을 내릴 경우 법률의 공백과 혼란을 피하기 위하여 일정기간 당해 법률을 잠정적으로 효력을 가지도록 하는 경우	○○법률제○조는 헌법에 합치되지 아니한다. 그러나 제○조는 ○○까지를 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 가진다.
限定合憲 決 定	해석여하에 따라 위헌이 되는 부분을 헌법정신에 합치하도록 한정적으로 해석하여 위헌판단을 하지 않는 경우	○○하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.
限定違憲 決 定	불확정개념 또는 다의적 해석가능성이 있는 법조문에 대해 축소해석을 통해 얻어진 합헌적인 의미를 넘어선 확대해석은 헌법에 위반되어 채택할 수 없다는 뜻의 결정	...으로 해석하는 한 위헌이다.
立法促求 決 定	결정 당시에는 합헌이나 장차 위헌이 될 소지가 있기 때문에 입법자에게 당해법률의 개정 또는 보완입법을 촉구하는 경우	특별한 형식없음

### 5) 違憲決定의 效力

위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실하는 것이 원칙이다. 즉, 법률에 대한 위헌결정은 원칙적으로 즉시효 내지 장래효를 갖는다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이 위헌으로 선언되는 경우에 그 결정은 법률의 규정에 의하여 원칙적으로 소급효를 갖는다. 그러나 형벌에 관한 법률 또는 법률조항이라 하더라도 그것이 위헌으로 선언될 경우 오히려 형사처벌을 받지 않았던 자들에게 형사상의 불이익이 미치게 되는 경우에는 죄형법정주의의 정신상 소급효가 인정되지 아니한다(헌재결 1997.1.16 90헌마110).

#### <違憲法律審査制와 命令·規則審査制의 比較>

기 준	위헌법률심사제	명령·규칙심사제
주 체	헌법재판소	법 원
대 상	법 률	명령·규칙
심사기준	헌 법	헌법·법률
방 법	구체적 규범통제	구체적 규범통제
효 력	일반적 효력	개별적 효력

#### 나. 彈劾審判權(국회의 국정통제에 관한 권한 참조)

#### 다. 違憲政黨解散審判權(정당제도 참조)

#### 라. 權限爭議審判權

##### 1) 의 의

국가기관 상호 간 또는 국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호 간에 권한의 존부 또는 범위에 관하여 다툼이 있을 때에는 당해 국가기관 또는

지방자치단체는 헌법재판소에 권한쟁의심판을 청구할 수 있는데, 이 경우 憲法裁判所는 재판관 7인 이상의 출석과 출석재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 권한쟁의심판제도는 각 기관에게 주어진 권한을 보호함과 동시에 객관적 권한질서의 유지를 통하여 국가기능의 수행을 원활히 하고, 수평적 및 수직적 권력 상호간의 견제와 균형을 유지하려는데 제도적 의의가 있다.

## 2) 종 류

### 가) 국가기관 상호 간의 권한쟁의

국가기관 상호간의 권한쟁의에서 “국가기관”이란 국회, 정부, 법원 및 중앙선거관리위원회를 규정하고 있다(헌법재판소법 제62조제1항제1호). 이것이 한정적 열거인가 예시적인 열거인가에 대하여 헌법재판소는 예시적인 것으로 해석하는 것이 헌법에 합치된다고 판단하였다(헌재결 1997.7.16. 96헌라2). 이 기준에 의하는 경우 국회, 국회의장 및 부의장, 국회의원, 국회의 각위원회, 국회원내교섭단체 등도 독립한 헌법기관으로서 당사자능력이 인정되며, 대통령, 국무총리, 국무회의 및 국무위원, 행정각부의 장도 독립한 헌법기관으로서 당사자능력을 가질 수 있다.

### 나) 국가기관과 지방자치단체 간 권한쟁의

헌법재판소법에서는 국가와 지방자치단체 간의 권한쟁의를 “정부와 특별시·광역시 또는 도 간의 권한쟁의, 정부와 시·군 또는 지방자치단체인 구간의 권한쟁의”로 규정하고 있다(헌법재판소법 제62조제1항제2호).

### 다) 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의

지방자치단체 상호 간의 권한쟁의심판으로서 특별시, 광역시 또는 도 상호간의 권한쟁의심판, 시·군 또는 자치구 상호 간의 권한쟁의심판, 특별시, 광역시 또는 도와 시·군(또는 자치구) 간의 권한쟁의심판을 의미한다. 지방자치단체 상호 간의 권한쟁의에서 당사자는 특별시, 광역시, 도, 시·군, 자치구이며, 각 지방자치단체장이 대표한다(지방자치법 제101조).

권한쟁의 심판청구는 헌법과 법률에 의하여 권한을 부여받은 자가 그 권한의 침해를 다투는 헌법소송으로서 이러한 권한쟁의심판을 청구할 수 있는 자에 대하여는 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌법재판소법 제62조 제1항 제3호가 정하고 있는바, 이에 의하면 지방자치단체의 장은 원칙적으로 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 없다. 다만 지방자치단체의 장이 국가위임 사무에 대해 국가기관의 지위에서 처분을 행한 경우에는 권한쟁의 심판청구의 당사자가 될 수 있다(헌재결 2006.08.31, 2003헌라1).

### 3) 요 건

권한쟁의심판을 청구함에는 피청구인의 “處分 또는 不作爲”에 의하여 청구인의 권한이 침해될 것이 요구된다. 처분이란 모든 법적 행위뿐만 아니라 단순한 사실행위, 대내외적인 행위 및 개별적 결정, 일반적 규범의 정립을 포함하며, 부작위란 법적으로 문제가 되는 부작위만이 해당된다. 권한쟁의심판청구는 권한쟁의가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 권한쟁의가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 한다.

### 4) 효 력

헌법재판소의 권한쟁의 심판결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다. 그러나 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에게 이미 생긴 효력에는 영향을 미치지 아니한다.

## 마. 憲法訴願審判權

### 1) 의 의

헌법소원은 입법·사법(법원의 재판은 제외)·행정 등 국가의 공권력에 의해 헌법상 보장된 자유와 권리가 위법하게 침해되었다고 주장하는 국민이 헌법재판기관에 직접 권리구제를 訴請할 수 있는 제도를 말한다.

## 2) 대 상

공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권이 침해된 경우에 헌법소원 심판을 청구할 수 있다. 여기에서 공권력의 행사 또는 불행사는 대한민국 국가기관의 공권력작용을 의미하고 외국이나 국제기관의 공권력작용은 이에 포함되지 아니한다(헌재결 1997.9.25. 96헌마159). 공권력작용이 무엇을 의미하는가에 관하여 ①법률에 대한 헌법소원도 가능하나 모든 법률이 그 대상이 되는 것은 아니고 그 법률이 별도의 구체적 집행행위를 기다리지 아니하고 직접적으로, 그리고 현재적으로 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 경우에 한정된다. 법률의 개폐는 그 대상이 될 수 없다(헌재결 1992.6.26. 89헌마132). ②행정입법 중 시행령이나 시행규칙으로 인하여 직접 기본권을 침해당한 자도 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재결 1997.6.26. 94헌마52). ③조례자체로 인하여 직접 그리고 현재 자기의 기본권을 침해받은 자도 헌법소원을 제기할 수 있다(헌재결 1995.4.20. 92헌마264).

헌법재판소는 ①법원행정처장의 민원인에 대한 법령질의회신, ②어린이현장의 제정·선포행위, ③교육위원회의 인사관리원칙, ④수사기관의 진정사건에 대한 내사종결처리 등은 공권력의 행사로 보지 않았다. 그러나 ①건설교통부장관의 개발제한구역의 지정·고시, ②군검찰관의 기소유예처분, ③서울대의 94년도 대학입시요강제정, ④국제그룹해체와 관련한 재무부장관의 제일은행에 대한 관련 지시 등은 공권력의 행사라고 보았다.

## 3) 심판청구의 요건

가) 공권력의 행사·불행사로 침해된 기본권은 자신의 기본권이어야 하고(자기관련성), 현실적으로(침해의 현재성) 직접 침해되어야 한다(침해의 직접성).

나) 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 비로소 제기할 수 있다(보충성의 원칙).

다) 권리보호의 필요성이 있어야 한다(권리보호이익). 다시 말하여 구체적인 소의 실익이 있어야 한다. 따라서 공소시효가 이미 완성된 범죄사건에 대한 헌법소원심판의 청구는 권리보호의 이익이 없다.

#### 4) 심판절차 및 청구기간

헌법소원의 심판절차는 ①청구서접수(사건번호 및 사건명 부여, 사건의 배당, 지정재판부의 사전심사, 증거조사 및 자료제출요구) → ②심판회부(서면심리원칙, 필요시 변론, 증거조사 및 자료제출요구) → ③종국결정(각하, 기각, 인용, 심판절차 종료 선언)의 순서로 이루어진다. 헌법소원의 청구기간은 ①사유가 있음을 안 날로부터 90일 이내에 ②사유가 있는 날로부터 1년 이내에 ③사전 구제절차를 거친 경우에는 그 최종결정의 통지를 받은 날로부터 30일 이내에 ④위헌법률심판 제청신청이 기각된 데 따른 소원은 기각결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 하도록 되어 있다(헌법재판소법 제69조).

#### 5) 인용결정

인용결정이란 당해 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권이 침해되었음을 주장하는 청구인의 주장내용을 이유있다고 하여 받아들이는 것을 말한다. 헌법재판소는 공권력의 행사 또는 불행사가 위헌인 법률이나 그 조항에 기인한 것이라고 인정될 때에는 인용결정에서 당해법률이나 법률의 조항이 위헌임을 선언할 수 있으며, 이 경우 인용결정의 효력은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하게 된다.

### 바. 規則制定權

헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제113조제2항). 헌법재판소규칙의 제정과 개정은 裁判官會議의 議決事項이며, 그 규칙을 관보에 게재하여 公布한다.

# 大韓民國憲法

## 前 文

悠久한 歷史와 傳統에 빛나는 우리 大韓國民은 3·1運動으로 建立된 大韓民國臨時政府의 法統과 不義에 抗拒한 4·19民主理念을 계승하고, 祖國의 民主改革과 平和的 統一의 使命에 입각하여 正義·人道와 同胞愛로써 民族의 團結을 공고히 하고, 모든 社會的 弊習과 不義를 타파하며, 自律과 調和를 바탕으로 自由民主的 基本秩序를 더욱 확고히 하여 政治·經濟·社會·文化의 모든 領域에 있어서 各人의 機會를 균등히 하고, 能力을 最高度로 발휘하게 하며, 自由와 權利에 따르는 責任과 義務를 완수하게 하여, 안으로는 國民生活의 均등한 향상을 기하고 밖으로는 恒久적인 世界平和와 人類共榮에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 子孫의 安全과 自由와 幸福을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948年 7月 12日에 制定되고 8次에 걸쳐 改正된 憲法을 이제 國會의 議決을 거쳐 國民投票에 의하여 改正한다.

1987年 10月 29日

## 第 1 章 總 綱

**第 1 條** ①大韓民國은 民主共和國이다.

②大韓民國의 主權은 國民에게 있고, 모든 權力은 國民으로부터 나온다.

**第 2 條** ①大韓民國의 國民이 되는 요건은 法律로 정한다.

②國家는 法律이 정하는 바에 의하여 在外國民을 보호할 義務를 진다.

**第 3 條** ①大韓民國의 領土는 韓半島와 그 附屬島嶼로 한다.

**第 4 條** 大韓民國은 統一을 指向하며, 自由民主的 基本秩序에 입각한 平和的 統一政策을 수립하고 이를 추진한다.

**第 5 條** ①大韓民國은 國際平和의 유지에 노력하고 侵略的 戰爭을 否認한다.

②國軍은 國家의 安全保障과 國土防衛의 神聖한 義務를 수행함을 使命으로 하며, 그 政治的 中立性은 준수된다.

**第 6 條** ①憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다.

②外國人은 國際法과 條約이 정하는 바에 의하여 그 地位가 보장된다.

**第 7 條** ①公務員은 國民全體에 대한 奉仕者이며, 國民에 대하여 責任을 진다.

②公務員의 身分과 政治的 中立性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다.

**第 8 條** ①政黨의 設立은 自由이며, 複數政黨制는 보장된다.

②政黨은 그 目的·組織과 活動이 民主的이어야 하며, 國民의 政治的 意思形成에 참여하는 데 필요한 組織을 가져야 한다.

③政黨은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받으며, 國家는 法律에 정하는 바에 의하여 政黨의 運營에 필요한 資金을 補助할 수 있다.

④政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背될 때에는 政府는 憲法裁判所에 그 解散을 提訴할 수 있고, 政黨은 憲法裁判所의 審判에 의하여 解散된다.

**第 9 條** 國家는 傳統文化의 계승·발전과 民族文化의 暢達에 노력하여야 한다.

## 第 2 章 國民의 權利와 義務

**第 10 條** 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 가진다.

**第 11 條** ①모든 國民은 法 앞에 平等하다. 누구든지 性別·宗教 또는 社會的 身分에 의하여 政治的·經濟的·社會的·文化的 生活의 모든 領域에 있어서 차별을 받지 아니한다.

②社會的 特殊階級의 制度는 인정되지 아니하며, 어떠한 形態로도 이를 創設할 수 없다.

③勳章 등의 榮典은 이를 받은 者에게만 效力이 있고, 어떠한 特權도 이에 따르지 아니한다.

**第 12 條** ①모든 國民은 身體의 自由를 가진다. 누구든지 法律에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索 또는 審問을 받지 아니하며, 法律과 適法한 節次에 의하지 아니하고는 處罰·保安處分 또는 強制勞役을 받지 아니한다.

②모든 國民은 拷問을 받지 아니하며, 刑事上 자기에게 不利한 陳述을 強要당하지 아니한다.

③逮捕·拘束·押收 또는 搜索을 할 때에는 適法한 節次에 따라 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다. 다만, 現行犯人인 경우와 長期3年 이상의 刑에 해당하는 罪를 범하고 逃避 또는 證據湮滅의 염려가 있을 때에는 事後에 令狀을 請求할 수 있다.

④누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 즉시 辯護人의 助力을 받을 權利를 가진다. 다만, 刑事被告人이 스스로 辯護人을 구할 수 없을 때에는 法律

이 정하는 바에 의하여 國家가 辯護人을 붙인다.

⑤누구든지 逮捕 또는 拘束의 이유와 辯護人의 助力을 받을 權利가 있음을 告知받지 아니하고는 逮捕 또는 拘束을 당하지 아니한다. 逮捕 또는 拘束을 당한 者의 家族등 法律이 정하는 者에게는 그 이유와 日時·場所가 지체없이 통지되어야 한다.

⑥누구든지 逮捕 또는 拘束을 당한 때에는 適否의 審査를 法院에 請求할 權利를 가진다.

⑦被告人의 自白이 拷問·暴行·脅迫·拘束의 부당한 長期化 또는 欺罔 기타의 방법에 의하여 自意로 陳述된 것이 아니라고 인정될 때 또는 正式裁判에 있어서 被告人의 自白이 그에게 不利한 유일한 증거일 때에는 이를 有罪의 증거로 삼거나 이를 이유로 處罰할 수 없다.

**第 13 條** ①모든 國民은 行爲時의 法律에 의하여 犯罪을 구성하지 아니하는 행위로 訴追되지 아니하며, 동일한 犯罪에 대하여 거듭 處罰받지 아니한다.

②모든 國民은 遡及立法에 의하여 參政權의 제한을 받거나 財產權을 剝奪당하지 아니한다.

③모든 國民은 자기의 행위가 아닌 親族의 행위로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.

**第 14 條** 모든 國民은 居住·移轉의 自由를 가진다.

**第 15 條** 모든 國民은 職業選擇의 自由를 가진다.

**第 16 條** 모든 國民은 住居의 自由를 침해 받지 아니한다. 住居에 대한 押收나 搜索을 할 때에는 檢事의 申請에 의하여 法官이 발부한 令狀을 제시하여야 한다.

**第 17 條** 모든 國民은 私生活의 秘密과 自由를 침해받지 아니한다.

第 18 條 모든 國民은 通信의 秘密을 침해받지 아니한다.

第 19 條 모든 國民은 良心의 自由를 가진다.

第 20 條 ①모든 國民은 宗教의 自由를 가진다.

②國教는 인정되지 아니하며, 宗教와 政治는 分離된다.

第 21 條 ①모든 國民은 言論·出版의 自由와 集會·結社의 自由를 가진다.

②言論·出版에 대한 許可나 檢閲과 集會·結社에 대한 許可는 인정되지 아니한다.

③通信·放送의 施設基準과 新聞의 機能을 보장하기 위하여 필요한 사항은 法律로 정한다.

④言論·出版은 他人의 名譽나 權利 또는 公衆道德이나 社會倫理를 침해하여서는 아니된다. 言論·出版이 他人의 名譽나 權利를 침해한 때에는 被害者는 이에 대한 被害의 賠償을 請求할 수 있다.

第 22 條 ①모든 國民은 學問과 藝術의 自由를 가진다.

②著作者·發明家·科學技術者와 藝術家의 權利는 法律로써 보호한다.

第 23 條 ①모든 國民의 財產權은 보장된다. 그 내용과 限界는 法律로 정한다.

②財產權의 行사는 公共福利에 적합하도록 하여야 한다.

③公共必要에 의한 財產權의 收用·사용 또는 제한 및 그에 대한 補償은 法律로써 하되, 正當한 補償을 支給하여야 한다.

第 24 條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 選舉權을 가진다.

第 25 條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 公務擔任權을 가진다.

第 26 條 ①모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家機關에 文書로 請願할 權利를 가진다.

②國家는 請願에 대하여 審査할 義務를 진다.

**第 27 條** ①모든 國民은 憲法과 法律이 정한 法官에 의하여 法律에 의한 裁判을 받을 權利를 가진다.

②軍人 또는 軍務員이 아닌 國民은 大韓民國의 領域 안에서는 중대한 軍事上 機密·哨兵·哨所·有毒飲食物供給·捕虜·軍用物에 관한 罪 중 法律이 정한 경우와 非常戒嚴이 宣布된 경우를 제외하고는 軍事法院의 裁判을 받지 아니한다.

③모든 國民은 신속한 裁判을 받을 權利를 가진다. 刑事被告人은 상당한 이 유가 없는 한 지체없이 公開裁判을 받을 權利를 가진다.

④刑事被告人은 有罪의 判決이 확정될 때 까지는 無罪로 推定된다.

⑤刑事被害者는 法律이 정하는 바에 의하여 당해 事件의 裁判節次에서 陳述할 수 있다.

**第 28 條** 刑事被疑者 또는 刑事被告人으로서 拘禁되었던 者가 法律이 정하는 不起訴處分을 받거나 無罪判決을 받은 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 國家에 正當한 補償을 請求할 수 있다.

**第 29 條** ①公務員의 職務上 不法行爲로 損害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家 또는 公共團體에 正當한 賠償을 請求할 수 있다. 이 경우 公務員 자신의 責任을 免除되지 아니한다.

②軍人·軍務員·警察公務員 기타 法律이 정하는 者가 戰鬥·訓練등 職務執行과 관련하여 받은 損害에 대하여는 法律이 정하는 報償 외에 國家 또는 公共團體에 公務員의 職務上 不法行爲로 인한 賠償은 請求할 수 없다.

**第 30 條** 他人의 犯罪行爲로 인하여 生命·身體에 대한 被害를 받은 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家로부터 救助를 받을 수 있다.

**第 31 條** ①모든 國民은 能力에 따라 均등하게 敎育을 받을 權利를 가진다.

②모든 國民은 그 보호하는 子女에게 적어도 初等敎育과 法律이 정하는 敎

育을 받게 할 義務를 진다.

③義務教育은 無償으로 한다.

④教育의 自主性·專門性·政治的 中立性 및 大學의 自律性은 法律이 정하는 바에 의하여 보장된다.

⑤國家는 平生教育을 振興하여야 한다.

⑥學敎教育 및 平生教育을 포함한 教育制度와 그 운영, 教育財政 및 敎員의 地位에 관한 基本的인 사항은 法律로 정한다.

**第 32 條** ①모든 國民은 勤勞의 權利를 가진다. 國家는 社會的·經濟的 方法으로 勤務者의 雇傭의 增進과 適正賃金의 保障에 노력하여야 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 最低賃金制를 施行하여야 한다.

②모든 國民은 勤勞의 義務를 진다. 國家는 勤勞의 義務의 내용과 조건을 民主主義原則에 따라 法律로 정한다.

③勤勞條件의 基準은 人間의 尊嚴性을 보장하도록 法律로 정한다.

④女子의 勤勞는 특별한 보호를 받으며, 雇傭·賃金 및 勤勞條件에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.

⑤年少者의 勤勞는 특별한 보호를 받는다.

⑥國家有功者·傷痍軍警 및 戰歿軍警의 遺家族은 法律이 정하는 바에 의하여 優先的으로 勤勞의 機會를 부여받는다.

**第 33 條** ①勤勞者는 勤勞條件의 향상을 위하여 自主的인 團結權·團體交涉權 및 團體行動權을 가진다.

②公務員인 勤勞者는 法律이 정하는 者에 한하여 團結權·團體交涉權 및 團體行動權을 가진다.

③法律이 정하는 主要防衛産業體에 종사하는 勤勞者의 團體行動權은 法律이

정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

**第 34 條** ①모든 國民은 人間다운 生活을 할 權利를 진다.

②國家는 社會保障·社會福祉의 增進에 노력할 義務를 진다.

③國家는 女子의 福祉와 權益의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

④國家는 老人과 靑少年의 福祉向上을 위한 政策을 실시할 義務를 진다.

⑤身體障礙者 및 疾病·老齡 기타의 사유로 生活能力이 없는 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 國家의 보호를 받는다.

⑥國家는 災害를 豫防하고 그 위험으로부터 國民을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

**第 35 條** ①모든 國民은 건강하고 快適한 環境에서 生活할 權利를 가지며, 國家와 國民은 環境保全을 위하여 노력하여야 한다.

②環境權의 내용과 행사에 관하여는 法律로 정한다.

③國家는 住宅開發政策 등을 통하여 모든 國民이 快適한 住居生活을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

**第 36 條** ①婚姻과 家族生活은 개인의 尊嚴과 兩性の 平等을 기초로 成立되고 유지되어야 하며, 國家는 이를 보장한다.

②國家는 母性の 보호를 위하여 노력하여야 한다.

③모든 國民은 保健에 관하여 國家의 보호를 받는다.

**第 37 條** ①國民의 自由와 權利는 憲法에 열거되지 아니한 이유로 輕視되지 아니한다.

②國民의 모든 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 내용을 침해할 수 없다.

第 38 條 모든 國民은 法律이 정하는 바에 의하여 納稅의 義務를 진다.

第 39 條 ①모든 국민은 法律이 정하는 바에 의하여 國防의 義務를 진다.

②누구든지 兵役義務의 이행으로 인하여 불이익한 處遇를 받지 아니한다.

### 第 3 章 國 會

第 40 條 立法權은 國會에 속한다.

第 41 條 ①國會는 國民의 普通·平等·直接·秘密選舉에 의하여 選出된 國會議員으로 구성한다.

②國會議員의 數는 法律로 정하되, 200人 이상으로 한다.

③國會議員의 選舉區와 比例代表制 기타 選舉에 관한 사항은 法律로 정한다.

第 42 條 國會議員의 任期는 4년으로 한다.

第 43 條 國會議員은 法律이 정하는 職을 겸할 수 없다.

第 44 條 ①國會議員은 現行犯人인 경우를 제외하고는 會期中 國會의 同意없이 逮捕 또는 拘禁되지 아니한다.

②國會議員이 會期전에 逮捕 또는 拘禁된 때에는 現行犯人이 아닌 한 國會의 요구가 있으면 會期 중 釋放된다.

第 45 條 國會議員은 國會에서 職務上 행한 發言과 表決에 관하여 國會 외에서 責任을 지지 아니한다.

第 46 條 ①國會議員은 清廉의 義務가 있다.

②國會議員은 國家利益을 우선하여 良心에 따라 職務를 행한다.

③國會議員은 그 地位를 濫用하여 國家·公共團體 또는 企業體와의 契約이나 그 處分에 의하여 財産上의 權利·이익 또는 職位를 취득하거나 他人을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

**第 47 條** ①國회의 定期會는 法律이 정하는 바에 의하여 매년 1회 集會되며, 國회의 臨時會는 大統領 또는 國會在籍議員 4分の 1 이상의 요구에 의하여 集會된다.

②定期會의 會期는 100日을, 臨時會의 會期는 30日을 초과할 수 없다.

③大統領이 臨時會의 集會를 요구할 때에는 期間과 集會要求의 이유를 명시하여야 한다.

**第 48 條** 國會는 議長 1人和 副議長 2人을 選出한다.

**第 49 條** 國會는 憲法 또는 法律에 특별한 規定이 없는 한 在籍議員 過半數의 출석과 出席議員 過半數의 贊成으로 議決한다. 可否同數인 때에는 否決된 것으로 본다.

**第 50 條** ①國회의 會議는 公開한다. 다만, 出席議員 過半數의 贊成이 있거나 議長이 國家의 安全保障을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 公開하지 아니할 수 있다.

②公開하지 아니한 會議內容의 公表에 관하여 法律이 정하는 바에 의한다.

**第 51 條** 國會에 제출된 法律案 기타의 議案은 會期 중에 議決되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 國會議員의 任期가 만료된 때에는 그러하지 아니하다.

**第 52 條** 國會議員과 政府는 法律案을 제출 할 수 있다.

**第 53 條** ①國會에서 議決된 法律案은 政府에 移送되어 15日 이내에 大統領이 公布한다.

②法律案에 異議가 있을 때에는 大統領은 第1項의 期間내에 異議書를 붙여 國會로 還付하고, 그 再議를 요구할 수 있다. 國會의 閉會중에도 또한 같다.

③大統領은 法律案의 일부에 대하여 또는 法律案을 修正하여 再議를 요구할 수 없다.

④再議의 요구가 있을 때에는 國會는 再議에 붙이고, 在籍議員 過半數의 출석과 出席議員 3分の 2 이상의 贊成으로 前과 같은 議決을 하면 그 法律案은 法律로서 확정된다.

⑤大統領이 第1項의 期間내에 公布나 再議의 요구를 하지 아니한 때에도 그 法律案은 法律로서 확정된다.

⑥大統領은 第4項과 第5項의 規定에 의하여 확정된 法律을 지체없이 公布하여야 한다. 第5項에 의하여 法律이 확정된 후 또는 第4項에 의하여 確定法律이 政府에 移送된 후 5日 이내에 大統領이 公布하지 아니할 때에는 國會議長이 이를 公布한다.

⑦法律은 특별한 規定이 없는 한 公布한 날로부터 20日을 경과함으로써 效力을 발생한다.

**第 54 條** ①國會는 國家의 豫算案을 審議·확정한다.

②政府는 會計年度마다 豫算案을 編成하여 會計年度 開始 90日 전까지 國會에 제출하고, 國會는 會計年度 開始 30日전까지 이를 議決하여야 한다.

③새로운 會計年度가 開始될 때까지 豫算案이 議決되지 못한 때에는 政府는 國會에서 豫算案이 議決될 까지 다음의 目的을 위한 經費는 前年度 豫算에 準하여 執行할 수 있다.

1. 憲法이나 法律에 의하여 設置된 機關 또는 施設의 유지·운영
2. 法律上 支出義務의 이행

3. 이미 豫算으로 승인된 事業의 계속

**第 55 條** ①한 會計年度를 넘어 계속하여 支出할 필요가 있을 때에는 政府는 年限을 정하여 繼續費로서 國會의 議決을 얻어야 한다.

②豫備費는 總額으로 國會의 議決을 얻어야 한다. 豫備費의 支出은 次期國會의 승인을 얻어야 한다.

**第 56 條** 政府는 豫算에 變更을 加할 필요가 있을 때에는 追加更正叡算案을 編成하여 國會에 제출할 수 있다.

**第 57 條** 國會는 政府의 同意없이 政府가 제출한 支出豫算 各項의 金額을 增加하거나 새 費目を 設置할 수 없다.

**第 58 條** 國債를 모집하거나 豫算 외에 國家의 부담이 될 契約을 체결하려 할 때에는 政府는 미리 國會의 議決을 얻어야 한다.

**第 59 條** 租稅의 種目과 稅率은 法律로 정한다.

**第 60 條** ①國會는 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 중요한 國際組織에 관한 條約, 友好通商航海條約, 主權의 制約에 관한 條約, 講和條約, 國家나 國民에게 중대한 財政的 負擔을 지우는 條約 또는 立法事項에 관한 條約의 체결·批准에 대한 同意權을 가진다.

②國會는 宣戰布告, 國軍의 外國에의 派遣 또는 外國軍隊의 大韓民國 領域 안에서 駐留에 대한 同意權을 가진다.

**第 61 條** ①國會는 國政을 監査하거나 특정한 國政事案에 대하여 調査할 수 있으며, 이에 필요한 書類의 提出 또는 證人의 출석과 證言이나 의견의 陳述을 요구할 수 있다.

②國政監査 및 調査에 관한 節次 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

**第 62 條** ①國務總理·國務委員 또는 政府委員은 國會나 그 委員會에 출석하여

國政處理狀況을 보고하거나 의견을 陳述하고 質問에 응답할 수 있다.

②國會나 그 委員會의 요구가 있을 때에는 國務總理·國務委員 또는 政府委員은 출석·답변하여야 하며, 國務總理 또는 國務委員이 出席要求를 받은 때에는 國務委員 또는 政府委員으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.

**第 63 條** ①國會는 國務總理 또는 國務委員의 解任을 大統領에게 建議할 수 있다.

②第1項의 解任建議는 國會在籍議員 3分の 1이상의 發議에 의하여 國會在籍議員 過半數의 贊成이 있어야 한다.

**第 64 條** ①國會는 法律에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 議事와 内部規律에 관한 規則을 制定할 수 있다.

②國會는 議員의 資格을 審査하며, 議員을 懲戒할 수 있다.

③議員을 除名하려면 國會在籍議員 3分の 2 이상의 贊成이 있어야 한다.

④第2項 第3項의 處分에 대하여는 法院에 提訴할 수 없다.

**第 65 條** ①大統領·國務總理·國務委員·行政各部의 長·憲法裁判所 裁判官·法官·中央選舉管理委員會 委員·監查院長·監查委員 기타 法律이 정한 公務員이 그 職務執行에 있어서 憲法이나 法律을 違背한 때에는 國會는 彈劾의 訴追를 議決할 수 있다.

②第1項의 彈劾訴追는 國會在籍議員 3分の 1 이상의 發議가 있어야 하며, 그 議決은 國會在籍議員 過半數의 贊成이 있어야 한다. 다만, 大統領에 대한 彈劾訴追는 國會在籍議員 過半數의 發議와 國會在籍議員 3分の 2 이상의 贊成이 있어야 한다.

③彈劾訴追의 議決을 받은 者는 彈劾審判이 있을 때까지 그 權限行使가 정지된다.

④彈劾決定은 公職으로부터 罷免함에 그친다. 그러나 이에 의하여 民事上이나 刑事上의 責任이 免除되지는 아니한다.

## 第 4 章 政 府

### 第 1 節 大 統 領

**第 66 條** ①大統領은 國家의 元首이며, 外國에 대하여 國家를 代表한다.

②大統領은 國家의 獨立·領土의 保全·國家의 繼續性과 憲法을 守護할 義務를 진다.

③大統領은 祖國의 平和的 統一을 위한 성실한 義務를 진다.

④行政權은 大統領을 首班으로 하는 政府에 속한다.

**第 67 條** ①大統領은 國民의 普通·平等·直接·秘密選舉에 의하여 選出한다.

②第1項의 選舉에 있어서 最高得票者가 2人 이상인 때에는 國會의 在籍議員 過半數가 출석한 公開會議에서 多數票를 얻은 者를 當選者로 한다.

③大統領候補者가 1人일 때에는 그 得票數가 選舉權者 總數의 3分の 1 이상 이 아니면 大統領으로 當選될 수 없다.

④大統領으로 選舉될 수 있는 者는 國會議員의 被選舉權이 있고 選舉日 현재 40歲에 達하여야 한다.

⑤大統領의 選舉에 관한 사항은 法律로 정한다.

第 68 條 ①大統領의 任期가 만료되는 때에는 任期滿了 70日 내지 40日 전에 後任者를 選舉한다.

②大統領이 闕位된 때 또는 大統領 當選者가 死亡하거나 判決 기타의 사유로 그 資格을 喪失한 때에는 60日 이내에 後任者를 選舉한다.

第 69 條 大統領은 就任에 즈음하여 다음의 宣誓를 한다. “나는 憲法을 준수하고 國家를 保衛하며 祖國의 平和的 統一과 國民의 自由와 福利의 增進 및 民族文化의 暢達에 노력하여 大統領으로서의 職責을 성실히 수행할 것을 國民 앞에 엄숙히 宣誓합니다.”

第 70 條 大統領의 任期는 5年으로 하며, 重任할 수 없다.

第 71 條 大統領이 闕位되거나 事故로 인하여 職務를 수행할 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.

第 72 條 大統領은 필요하다고 인정할 때에는 外交·國防·統一 기타 國家安危에 관한 重要政策을 國民投票에 붙일 수 있다.

第 73 條 大統領은 條約을 체결·批准하고, 外交使節을 信任·접수 또는 派遣하며, 宣戰布告와 講和를 한다.

第 74 條 ①大統領은 憲法과 法律이 정하는 바에 의하여 國軍을 統帥한다.

②國軍의 組織과 編成은 法律로 정한다.

第 75 條 大統領은 法律에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 사항과 法律을 執行하기 위하여 필요한 사항에 관하여 大統領令을 발할 수 있다.

第 76 條 ①大統領은 內憂·外患·天災·地變 또는 중대한 財政·經濟上의 危機에 있어서 國家의 安全保障 또는 公共의 安寧秩序를 유지하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 財政·經濟上의 處分을 하거나 이에 관하여 法律의 效力을 가지는

命令을 발할 수 있다

②大統領은 國家의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서 國家를 保衛하기 위하여 긴급한 措置가 필요하고 國會의 集會가 불가능한 때에 한하여 法律의 效力을 가지는 命令을 발할 수 있다.

③大統領은 第1項과 第2項의 處分 또는 命令을 한 때에는 지체없이 國會에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④第3項의 승인을 얻지 못한 때에는 그 處分 또는 命令은 그때부터 效力을 상실한다. 이 경우 그 命令에 의하여 改正 또는 廢止되었던 法律은 그 命令이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 效力을 회복한다.

⑤大統領은 第3項과 第4項의 사유를 지체없이 公布하여야 한다.

**第 77 條** ①大統領은 戰時·事變 또는 이에 準하는 國家非常事態에 있어서 兵力으로써 軍事上の 필요에 응하거나 公共의 安寧秩序를 유지할 필요가 있을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 戒嚴을 宣布할 수 있다.

②戒嚴은 非常戒嚴과 警備戒嚴으로 한다.

③非常戒嚴이 宣布된 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 令狀制度, 言論·出版·集會·結社의 自由, 政府나 法院의 權限에 관하여 특별한 措置를 할 수 있다.

④戒嚴을 宣布한 때에는 大統領은 지체없이 國會에 통고하여야 한다.

⑤國會가 在籍議員 過半數의 贊成으로 戒嚴의 解除를 요구한 때에는 大統領은 이를 解除하여야 한다.

**第 78 條** 大統領은 憲法과 法律이 정하는 바에 의하여 公務員을 任免한다.

**第 79 條** ①大統領은 法律이 정하는 바에 의하여 赦免·減刑 또는 復權을 命할 수 있다.

②一般赦免을 命하려면 國會의 同意를 얻어야 한다.

③赦免·減刑 및 復權에 관한 사항은 法律로 정한다.

**第 80 條** 大統領은 法律이 정하는 바에 의하여 勳章 기타의 榮典을 수여한다.

**第 81 條** 大統領은 國會에 출석하여 發言하거나 書翰으로 의견을 표시할 수 있다

**第 82 條** 大統領의 國法上 행위는 文書로써 하며, 이 文書에는 國務總理와 관계 國務委員이 副署한다. 軍事에 관한 것도 또한 같다.

**第 83 條** 大統領은 國務總理·國務委員·行政各部의 長 기타 法律이 정하는 公私의 職을 겸할 수 없다.

**第 84 條** 大統領은 內亂 또는 外患의 罪를 범한 경우를 제외하고는 在職 중 刑事上의 訴追를 받지 아니한다.

**第 85 條** 前職大統領의 身分과 禮遇에 관하여는 法律로 정한다.

## 第 2 節 行 政 府

### 第 1 款 國 務 總 理 及 國 務 委 員

**第 86 條** ①國務總理는 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.

②國務總理는 大統領을 補佐하며, 行政에 관하여 大統領의 命을 받아 行政各部를 統轄한다.

③軍人은 現役을 免한 후가 아니면 國務總理로 任命될 수 없다.

**第 87 條** ①國務委員은 國務總理의 提請으로 大統領이 任命한다.

②國務委員은 國政에 관하여 大統領을 補佐하며, 國務會議의 構成員으로서 國政을 審議한다.

③國務總理는 國務委員의 解任을 大統領에게 建議할 수 있다.

④軍人은 現役을 免한 후가 아니면 國務委員으로 任命될 수 없다.

## 第 2 款 國務會議

**第 88 條** ①國務會議는 政府의 權限에 속하는 중요한 政策을 審議한다.

②國務會議는 大統領·國務總理와 15人 이상 30人 이하의 國務委員으로 구성한다.

③大統領은 國務會議의 議長이 되고, 國務總理는 副議長이 된다.

**第 89 條** 다음 사항은 國務會議의 審議를 거쳐야 한다.

1. 國政의 基本計劃과 政府의 一般政策
2. 宣戰·講和 기타 중요한 對外政策
3. 憲法改正案·國民投票案·條約案·法律案 및 大統領令案
4. 豫算案·決算·國有財産處分の 基本計劃·國家의 부담이 될 契約 기타 財政에 관한 重要사항
5. 大統領의 緊急命令·緊急財政經濟處分 및 命令 또는 戒嚴과 그 解除
6. 軍事에 관한 重要사항
7. 國會의 臨時會 集會의 요구
8. 榮典授與
9. 赦免·減刑과 復權

10. 行政各部間の 權限의 劃定
11. 政府안의 權限의 委任 또는 配定에 관한 基本計劃
12. 國政處理狀況의 評價·分析
13. 行政各部의 중요한 政策의 수립과 調整
14. 政黨解散의 提訴
15. 政府에 제출 또는 회부된 政府의 政策에 관계되는 請願의 審査
16. 檢察廳長·合同參謀議長·各軍參謀總長·國立大學校總長·大使 기타 法律이 정한 公務員과 國營企業體管理者의 任命
17. 기타 大統領·國務總理 또는 國務委員이 제출한 사항

**第 90 條** ①國政의 중요한 사항에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 國家元老로 구성되는 國家元老諮問會議를 둘 수 있다.

②國家元老諮問會議의 議長은 直前大統領이 된다. 다만, 直前大統領이 없을 때에는 大統領이 指名한다.

③國家元老諮問會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

**第 91 條** ①國家安全保障에 관련되는 對外政策·軍事政策과 國內政策의 수립에 관하여 國務會議의 審議에 앞서 大統領의 諮問에 응하기 위하여 國家安全保障會議를 둔다.

②國家安全保障會議는 大統領이 主宰한다.

③國家安全保障會議의 組織·職務範圍기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

**第 92 條** ①平和統一政策의 수립에 관한 大統領의 諮問에 응하기 위하여 民主平和統一諮問會議를 둘 수 있다.

②民主平和統一諮問會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

**第 93 條** ①國民經濟의 발전을 위한 重要政策의 수립에 관하여 大統領의 諮問에 응하기 위하여 國民經濟諮問會議를 둘 수 있다.

②國民經濟諮問會議의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

### 第 3 款 行政各部

**第 94 條** 行政各部의 長은 國務委員 중에서 國務總理의 提請으로 大統領이 任命한다.

**第 95 條** 國務總理 또는 行政各部의 長은 所管事務에 관하여 法律이나 大統領의 委任 또는 職權으로 總理令 또는 部令을 발할 수 있다.

**第 96 條** 行政各部의 設置·組織과 職務範圍는 法律로 정한다.

### 第 4 款 監 查 院

**第 97 條** 國家의 歲入·歲出의 決算, 國家 및 法律이 정한 團體의 會計檢査와 行政機關 및 公務員의 職務에 관한 監察을 하기 위하여 大統領所屬下에 監査院을 둔다.

**第 98 條** ①監査院은 院長을 포함한 5人 이상 11人 이하의 監査委員으로 구성한다.

②院長은 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命하고, 그 任期는 4年으로 하며,

1次에 한하여 重任할 수 있다.

③監査委員은 院長의 提請으로 大統領이 任命하고, 그 任期는 4年으로 하며, 1次에 한하여 重任할 수 있다.

**第 99 條** 監査院은 歲入·歲出의 決算을 매년 檢査하여 大統領과 次年度國會에 그 結果를 보고하여야 한다.

**第100條** 監査院의 組織·職務範圍·監査委員의 資格·監査對象公務員의 범위 기타 필요한 사항은 法律로 定한다.

## 第 5 章 法 院

**第101條** ①司法權은 法官으로 구성된 法院에 속한다.

②法院은 最高法院인 大法院과 各級法院으로 組織된다.

③法官의 資格은 法律로 定한다.

**第102條** ①大法院에 部를 둘 수 있다.

②大法院에 大法官을 둔다. 다만, 法律이 定하는 바에 의하여 大法官이 아닌 法官을 둘 수 있다.

③大法官과 各級法院의 組織은 法律로 定한다.

**第103條** 法官은 憲法과 法律에 의하여 그 良心에 따라 獨立하여 審判한다.

**第104條** ①大法院長은 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.

②大法官은 大法院長의 提請으로 國會의 同意를 얻어 大統領이 任命한다.

③大法院長과 大法官이 아닌 法官은 大法官會議의 同意를 얻어 大法院長이 任命한다.

**第105條** ①大法院長의 任期는 6年으로 하며, 重任할 수 없다.

②大法官의 任期는 6年으로 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 連任할 수 있다.

③大法院長과 大法官이 아닌 法官의 任期는 10年으로 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 連任할 수 있다.

④法官의 停年은 法律로 정한다.

**第106條** ①法官은 彈劾 또는 禁錮 이상의 刑의 宣告에 의하지 아니하고는 罷免되지 아니하며, 懲戒處分에 의하지 아니하고는 停職·減俸 기타 不利한 處分을 받지 아니한다.

②法官이 重大한 心身上의 障害로 職務를 수행할 수 없을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 退職하게 할 수 있다.

**第107條** ①法律이 憲法에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다.

②命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終적으로 審査할 權限을 가진다.

③裁判의 前審節次로서 行政審判을 할 수 있다. 行政審判의 節次는 法律로 정하되, 司法節次가 準用되어야 한다.

**第108條** 大法院은 法律에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 訴訟에 관한 節次, 法院의 內部規律과 事務處理에 관한 規則을 制定할 수 있다.

**第109條** 裁判의 審理와 判決은 公開한다. 다만, 審理는 國家의 安全保障 또는 安寧秩序를 방해하거나 善良한 風俗을 해할 염려가 있을 때에는 法院의 決定으로 公開하지 아니할 수 있다.

**第110條** ①軍事裁判을 관할하기 위하여 特別法院으로서 軍事法院을 둘 수 있다.

②軍事法院의 上告審은 大法院에서 관할한다.

③軍事法院의 組織·權限 및 裁判官의 資格은 法律로 정한다.

④非常戒嚴下의 軍事裁判은 軍人·軍務員의 犯罪나 軍事에 관한 間諜罪의 경우와 哨兵·哨所·有毒食物供給·捕虜에 관한 罪 중 法律이 정한 경우에 한하여 單審으로 할 수 있다. 다만, 死刑을 宣告한 경우에는 그러하지 아니하다.

## 第 6 章 憲法裁判所

**第111條** ①憲法裁判所는 다음 사항을 管掌한다.

1. 法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否審判

2. 彈劾의 審判

3. 政黨의 解散 審判

4. 國家機關 相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體 相互間의 權限爭議에 관한 審判

5. 法律에 정하는 憲法訴願에 관한 審判

②憲法裁判所는 法官의 資格을 가진 9人의 裁判官으로 구성하며, 裁判官은 大統領이 任命한다.

③第2項의 裁判官 중 3人은 國會에서 選出하는 者를, 3人은 大法院長이 指名하는 者를 任命한다.

④憲法裁判所の 長은 國會의 同意를 얻어 裁判官 중에서 大統領이 任命한다.

**第112條** ①憲法裁判所 裁判官의 任期는 6年으로 하며, 法律이 정하는 바에 의하여 連任할 수 있다.

②憲法裁判所 裁判官은 政黨에 加入하거나 政治에 干渉할 수 없다.

③憲法裁判所 裁判官은 彈劾 또는 禁錮이상의 刑의 宣告에 의하지 아니하고는 罷免되지 아니한다.

**第113條** ①憲法裁判所에서 法律의 違憲決定, 彈劾의 決定, 政黨解散의 決定 또는 憲法訴願에 관한 認容決定을 할 때에는 裁判官 6人 이상의 贊成이 있어야 한다.

②憲法裁判所는 法律에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 審判에 관한 節次, 内部規律과 事務處理에 관한 規則을 制定할 수 있다.

③憲法裁判所の 組織과 운영 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

## 第 7 章 選 舉 管 理

**第114條** ①選舉와 國民投票의 公正한 管理 및 政黨에 관한 事務를 처리하기 위하여 選舉管理委員會를 둔다.

②中央選舉管理委員會는 大統領이 任命하는 3人, 國會에서 選出하는 3人과 大法院長이 指名하는 3人의 委員으로 구성한다. 委員長은 委員 중에서 互選한다.

③委員의 任期는 6年으로 한다.

④委員은 政黨에 加入하거나 政治에 관여 할 수 없다.

⑤委員은 彈劾 또는 禁錮 이상의 刑의 宣告에 의하지 아니하고는 罷免되지 아니한다.

⑥中央選舉管理委員會는 法令의 범위 안에서 選舉管理·國民投票管理 또는 政黨事務에 관한 規則을 制定할 수 있으며, 法律에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 內部規律에 관한 規則을 制定할 수 있다.

⑦各級 選舉管理委員會의 組織·職務範圍 기타 필요한 사항은 法律로 정한다.

**第115條** ①各級 選舉管理委員會는 選舉人名簿의 작성등 選舉事務와 國民投票事務에 관하여 관계 行政機關에 필요한 指示를 할 수 있다.

②第1項의 指示를 받은 당해 行政機關은 이에 응하여야 한다.

**第116條** ①選舉運動은 各級 選舉管理委員會의 管理下에 法律에 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 機會가 보장되어야 한다.

②選舉에 관한 經費는 法律이 정하는 경우를 제외하고는 政黨 또는 候補者에게 부담시킬 수 없다.

## 第 8 章 地 方 自 治

**第117條** ①地方自治團體는 住民의 福利에 관한 事務를 처리하고 財産을 관리하며, 法令의 범위 안에서 自治에 관한 規定을 制定할 수 있다.

②地方自治團體의 종류는 法律로 정한다.

**第118條** ①地方自治團體에 議會를 둔다.

②地方議會의 組織·權限·議員選舉와 地方自治團體의 長의 選任方法 기타 地方自治團體의 組織과 운영에 관한 사항은 法律로 정한다.

## 第 9 章 經 濟

**第119條** ①大韓民國의 經濟秩序는 개인과 企業의 經濟上의 自由와 創意를 존중함을 基本으로 한다.

②國家는 均衡있는 國民經濟의 成長 및 安定과 적정한 所得의 分配를 유지하고, 市場의 支配와 經濟力의 濫用을 방지하며, 經濟主體間의 調和를 통한 經濟의 民主化를 위하여 經濟에 관한 規制와 調整을 할 수 있다.

**第120條** ①鑛物 기타 중요한 地下資源·水産資源·水力과 經濟上 이용할 수 있는 自然力은 法律이 정하는 바에 의하여 일정한 期間 그 採取·開發 또는 이용을 特許할 수 있다.

②國土와 資源은 國家의 보호를 받으며, 國家는 그 均衡있는 開發과 이용을 위하여 필요한 計劃을 수립한다.

**第121條** ①國家는 農地에 관하여 耕者有田의 원칙이 達成될 수 있도록 노력하여야 하며, 農地의 小作制度는 금지된다.

②農業生産性の 提高와 農地의 合理的인 이용을 위하여거나 불가피한 事情으로 발생하는 農地의 賃貸借와 委託經營은 法律이 정하는 바에 의하여 인정된다.

**第122條** 國家는 國民 모두의 生産 및 生活의 基盤이 되는 國土의 효율적이고 均衡있는 이용·開發과 보존을 위하여 法律이 정하는 바에 의하여 그에 관한

필요한 제한과 義務를 課할 수 있다.

**第123條** ①國家는 農業 및 漁業을 보호·육성하기 위하여 農·漁村綜合開發과 그 지원등 필요한 計劃을 수립·施行하여야 한다.

②國家는 地域間의 균형있는 발전을 위하여 地域經濟를 육성할 義務를 진다.

③國家는 中小企業을 보호·육성하여야 한다.

④國家는 農水産物의 需給均衡과 流通構造의 개선에 노력하여 價格安定을 도모함으로써 農·漁民의 이익을 보호한다.

⑤國家는 農·漁民과 中小企業의 自助組織을 육성하여야 하며, 그 自律的 活動과 발전을 보장한다.

**第124條** 國家는 건전한 消費行爲를 啓導하고 生産品의 品質向上을 촉구하기 위한 消費者保護運動을 法律이 정하는 바에 의하여 보장한다.

**第125條** 國家는 對外貿易을 육성하며, 이를 規制·調整할 수 있다.

**第126條** 國防上 또는 國民經濟上 緊切한 필요로 인하여 法律이 정하는 경우를 제외하고는, 私營企業을 國有 또는 公有로 移轉하거나 그 經營을 統制 또는 관리할 수 없다.

**第127條** ①國家는 科學技術의 革新과 情報 및 人力의 開發을 통하여 國民經濟의 발전에 노력하여야 한다.

②國家는 國家標準制度를 확립한다.

③大統領은 第1項의 目的을 達成하기 위하여 필요한 諮問機構를 둘 수 있다.

## 第 10 章 憲 法 改 正

**第128條** ①憲法改正은 國會在籍議員 過半數 또는 大統領의 發議로 提案된다.

②大統領의 任期延長 또는 重任變更을 위한 憲法改正은 그 憲法改正 提案 당시의 大統領에 대하여는 效力이 없다.

**第129條** 提案된 憲法改正案은 大統領이 20日 이상의 期間 이를 公告하여야 한다.

**第130條** ①國회는 憲法改正案이 公告된 날로부터 60日 이내에 議決하여야 하며, 國회의 議決은 在籍議員 3分の 2 이상의 贊成을 얻어야 한다.

②憲法改正案은 國회가 議決한 후 30日 이내에 國民投票에 붙여 國會議員選舉權者 過半數의 投票와 投票者 過半數의 贊成을 얻어야 한다.

③憲法改正案이 第2項의 贊成을 얻은 때에는 憲法改正은 확정되며, 大統領은 즉시 이를 公布하여야 한다.

## 附 則

**第 1 條** 이 憲法은 1988年 2月 25日부터 施行한다. 다만, 이 憲法을 施行하기 위하여 필요한 法律의 制定·改正과 이 憲法에 의하여 大統領 및 國會議員의 選舉 기타 이 憲法施行에 관한 準備는 이 憲法施行전에 할 수 있다.

**第 2 條** ①이 憲法에 의한 최초의 大統領選舉는 이 憲法施行日 40日 전까지 실시한다.

②이 憲法에 의한 최초의 大統領의 任期는 이 憲法施行日로부터 開始한다.

**第 3 條** ①이 憲法에 의한 최초의 國會議員選舉는 이 憲法公布日로부터 6月 이내에 실시하며, 이 憲法에 의하여 選出된 최초의 國會議員의 任期는 國會議員 選舉후 이 憲法에 의한 國會의 최초의 集會日로부터 開始한다.

②이 憲法公布 당시의 國會議員의 任期는 第1項에 의한 國會의 최초의 集會日 前日까지로 한다.

**第 4 條** ①이 憲法施行 당시의 公務員과 政府가 任命한 企業體의 任員은 이 憲法에 의하여 任命된 것으로 본다. 다만, 이 憲法에 의하여 選任方法이나 任命權者가 변경된 公務員과 大法院長 및 監查院長은 이 憲法에 의하여 後任者가 選任될 때까지 그 職務를 행하며, 이 경우 前任者인 公務員의 任期는 後任者가 選任되는 前日까지로 한다.

②이 憲法施行 당시의 大法院長과 大法院判事가 아닌 法官은 第1項 但書의 規定에 불구하고 이 憲法에 의하여 任命된 것으로 본다.

③이 憲法중 公務員의 任期 또는 重任制限에 관한 規定은 이 憲法에 의하여 그 公務員이 최초로 選出 또는 任命된 때로부터 適用한다.

**第 5 條** 이 憲法施行 당시의 法令과 條約은 이 憲法에 違背되지 아니하는 한

그 效力을 지속한다.

**第 6 條** 이 憲法施行 당시에 이 憲法에 의하여 새로 設置될 機關의 權限에 속하는 職務를 행하고 있는 機關은 이 憲法에 의하여 새로운 機關이 設置될 때 까지 存續하며 그 職務를 행한다.

# 헌 법

---

2009년 2월 일 인쇄

2009년 2월 일 발행

편 집 : 지방행정연수원 기획지원부

집 필 : 한국법제연구원  
선임연구위원 박영도

교 정 : 전라남도 김성동  
전라남도 이지향

인 쇄 : 한국보훈복지의료공단 신생인쇄조합

TEL : (02) 426-4415

FAX : (02) 429-9562

---

※ 이 책자의 전문(全文)은 지방행정연수원 홈페이지 ([www.logodi.go.kr](http://www.logodi.go.kr))에 게재되어 있다.

〈비매품〉





