



# 헌법, 갈등해결의 코드

2주차. 헌법의 제정과 개정:  
헌법의 탄생과 성장



성신여자대학교  
SUNGSHIN WOMEN'S UNIVERSITY

## 2-1. 들어가며: 우리는 왜 헌법의 일생을 이야기하는가?

- 헌법의 일생 = 탄생(제정), 개정(성장)
- 헌법의 제정과 개정을 잘 알아야 헌법을 좀 더 올바르게 이해할 수 있음.

## 2-2. 논의의 전제가 되는 개념들

### 1) 불문헌법과 성문헌법

- 성문헌법 국가: 헌법이라는 제목으로 문서화 된 규범 텍스트를 가지고 있는 나라
- 불문헌법 국가: 헌법의 형태로 존재하는 것이 아니라 의회에서 만들어진 법률의 형태나, 관습 같이 헌법의 기능을 하는 법만 존재하는 국가

### 2) 형식적 의미의 헌법과 실질적 의미의 헌법

- 실질적 의미의 헌법: 헌법전에 규정이 되어 있는가 아닌가에 관계없이 그 내용이 헌법적 기능을 하는 법률. 불문헌법 국가에서 헌법은 거의 실질적 의미의 헌법이라고 볼 수 있음.
- 형식적 의미의 헌법: 그 내용과 관계없이 형식을 기준으로 해서 헌법전의 형태로 실려 있는 헌법 규범.

### 3) 헌법의 제정과 개정의 대상

- 헌법의 제정과 개정에 대해서 이야기 할 때는 그 대상은 일반적으로 성문헌법 국가의 형식적 의미의 헌법을 전제함.

## 2-3. 헌법은 어디에서 어떻게 시작하는가?

### 1) 헌법 제정권력의 의의

- 헌법의 제정: 형식적 의미의 헌법을 아예 백지상태에서 새롭게 만드는 과정
- 헌법제정권력 = 주권
- 헌법제정의 주체의 문제 = 누가 헌법을 만드는가? 👉 국민
- 헌법 제정권력 > 헌법 개정권력 > 입법권의 구분

## 2) 헌법 제정권력의 한계

- 한계 부정설(과거) → 한계 긍정설(현재)
- 배경: 한계부정설의 전제인 국민 무오류설이 붕괴(국민에 의한 독재 정당화, 유태인 학살에 대한 암묵적 동의 등)
- 주권의 한계: 법 원리적 한계, 민주적 정당성에 의한 한계, 국제법적 한계

## 2-4. 헌법은 어떻게 바뀌는가?

### 1) 헌법 개정의 쟁점

- 헌법의 개정은 헌법의 일부 조항을 의식적으로 수정, 삭제 또는 보충함으로써 헌법의 형식이나 내용의 변경을 가져오는 행위
- 헌법 개정을 둘러싸고 헌법이 현실의 변화에 적응해야 할 필요성과 헌법의 최고성을 확보하기 위해 규범적 안정성이 요청될 필요성이 갈등 관계에 있게 됨.
- 다시 말해서 헌법은 너무 자주 바뀌어도 안 되고 너무 안 바뀌어도 안 됨!

## 2) 헌법 개정의 방법: 국민투표와 국회의결

	국민투표를 통한 헌법개정	국회의결을 통한 헌법개정
개념	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국민이 헌법 개정의 여부를 직접 투표로 결정</li> <li>• 국민이 대의 기관을 통하지 않고 의사를 결정한다는 의미에서 직접 민주주의의 요소가 가미된 헌법 개정 방법임.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국민이 직접 하는 것이 아니라 의회의 의원들이 국민을 대신하여 헌법을 개정함.</li> <li>• 대의민주주의에 기초함.</li> </ul>
장점	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 국민의 직접적인 의사가 반영되기 때문에 민주적 정당성을 확보하기 쉬움.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 의회 내의 합리적 토론이 가능함.</li> <li>• 비교적 절차가 간소함</li> </ul>
단점	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 간혹 국민이 대중 선동에 현혹될 경우 잘못된 결정을 할 수 있음</li> <li>• 국민투표에서는 생각보다 국민의 의사가 제대로 반영되기 힘든 경우가 많음.</li> <li>• 비민주적 투표가 이루어진다면 민주주의가 왜곡될 수 있음.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 의회 내에서 정치권이 야합을 해서 국민의 의사에 반하는 헌법을 통과시킬 수도 있음.</li> </ul>

	연성헌법	경성헌법
개념	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법 개정 개정절차와 일반 법률의 개정절차가 똑같음.</li> <li>• 헌법 개정이 법률 개정만큼 쉬움.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 일반 법률의 개정보다 헌법 개정에서 가중된 요건이 요구됨.</li> </ul>
장점	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 경성헌법보다 더 쉽게 헌법이 개정될 수 있어서 헌법 현실에 좀 더 쉽게 적응할 수 있음.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법의 규범력과 안정성 높아짐.</li> </ul>
단점	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법의 규범력과 안정성이 떨어짐.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 헌법 현실에 탄력적으로 적응하기 힘들어짐.</li> </ul>

### 3) 우리 헌법의 개정 절차

- 국민투표와 의회 의결에 의한 헌법 개정 방법을 결합해 놓았음. 먼저 국회에서 헌법 개정안을 통과시키고 이것을 국민투표에 부쳐서 최종적으로 승인을 받도록 하고 있음.
- 헌법개정안 발의: 헌법 개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 절차가 개시됨. 국회뿐만이 아니라 대통령도 헌법 개정을 발의할 수 있음.
- 헌법 개정안이 발의된 다음에 대통령은 20일 이상 헌법 개정안을 공고하여 국민이 이를 알 수 있도록 해야 함.
- 헌법개정안 의결: 국회는 헌법개정안이 공고된 이후 60일 이내에 헌법 개정안에 대하여 찬반 의결을 표명해야 함. 헌법 개정안이 통과되려면 재적의원 3분의 2 이상이 찬성해야 함. (경성헌법, 소수파 보호)
- 헌법은 국회에서 헌법개정안이 통과된 이후에 30일 이내에 찬반 여부를 국민투표에 회부하여 국회의원 선거권과 과반수의 투표와 투표자의 과반수의 찬성을 얻도록 하고 있음.

### 4) 헌법 개정의 한계

- 내용적 한계: 헌법 제정 권력의 의사에 반하는 방식으로 헌법 개정이 되어서는 안 됨.
- 절차적 한계: 헌법에 규정된 절차를 반드시 준수해야 함.

## 2-5. 수도이전과 관습헌법

- 관습헌법: 헌법전에는 없지만 헌법적 사항으로서 성문헌법과 같은 효력을 가진 헌법
- 헌법재판소는 관습헌법이 인정되는 요건을 제시함.
  - 기본적 헌법사항에 대한 어떠한 관행 내지 관례의 존재.
  - 그 관행이 반복되고 계속되어야 함.
  - 그 관행이 지속되는 동안 반대되는 관행이 이루어지지 않아야 함.
  - 관행이 명료해야 하는데, 관행은 여러 가지 해석이 가능할 정도로 모호한 것이 아닌 명확한 내용을 가져야 함.
  - 관행에 대한 국민적 합의가 있어서, 관행이 헌법관습으로서 국민의 승인 내지 확신 또는 폭넓은 컨센서스를 얻어 국민이 강제력을 가진다고 믿고 있어야 함.
- 관습헌법의 개정 방법
  - 관습헌법의 내용에 반하는 성문헌법 조항을 새로 삽입

- 국민적 합의가 세월의 흐름이나 상황에 따라 국민적 합의가 상실
- 결정에 대한 논란 : 관습헌법이 무엇이며 해당 사안이 관습헌법에 해당하는지 아닌지는 결국에는 헌법재판소가 판단하게 되어 있다는 측면에서 헌법재판소가 관습헌법을 제정하는 꼴이라는 비판이 있음. 그밖에 관습헌법의 개념과 논리에 관하여 많은 반론이 제기되는 실정임.