



KAS-Schriftenreihe Korea
콘라드 아데나워 재단 정기간행물

한국의 헌법개정

Verfassungsreform in Südkorea

차 례

헌법개정에 있어서 현행헌법상의 기본권 조항의 개정에 대한 논의 / 07

박 진 완 | 경북대 법과대학 교수, 법학박사

Stellungnahme zur Diskussion um die Verfassungsänderung und die gegenwärtigen Grundrechtsbestimmungen / 28

Zin-Wan Park | Professor an der juristischen Fakultät der Kyungpook National Universität

한국에서의 헌법개정논의에 대한 분석

– 특히 정부형태 및 국회에 대한 논의와 관련하여 / 59

송 석 윤 | 서울대 법과대학 교수, 법학박사

Analyse der Diskussion zum Thema: Verfassungsreform in Südkorea. Insbesondere im Hinblick auf die Reform der Regierungsform und des Parlaments / 74

Song, Seog-Yun | Professor an der juristischen Fakultät der Seoul National Universität

경제질서조항 개헌논의에 대한 고찰 / 95

신 옥 주 | 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

Eine Studie über die Diskussion um die Novellierung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung / 116

Dr. Shin, Okju | Korea Legislation Research Institute

헌법개정에 관한 최근 논의의 개관 / 145

이 종 수 | 연세대 법과대학 교수, 법학박사

Die Diskussion um die Verfassungsänderung: Ein Einblick / 158

Prof. Dr. Jong-Soo Lee | Law School, Yonsei Universität

통일조항에 관한 헌법개정 논의 / 181

이 종 수 | 연세대 법과대학 교수, 법학박사

Die Wiedervereinigung:

Argumente und Theorien rund um eine Verfassungsänderung / 188

Prof. Dr. Jong-Soo Lee | Law School, Yonsei Universität

Fragen zur deutschen Verfassung / 199

헌법개정에 있어서
현행헌법상의 기본권 조항의 개정에 대한 논의

박 진 완

경북대 법과대학 교수, 법학박사

Stellungnahme zur Diskussion um die
Verfassungsänderung und die gegenwärtigen
Grundrechtsbestimmungen

Zin-Wan Park

Professor an der juristischen Fakultät der
Kyungpook National Universität



헌법개정에 있어서 현행헌법상의 기본권 조항의 개정에 대한 논의

박 진 완 | 경북대 법과대학 교수, 법학박사

I. 현행헌법상의 기본권 체계 그리고 기본권장의 표제의 개정원칙

한국헌법상의 전체기본권 체계의 개정과 관련하여 기본권목록을 헌법의 어느 부분에 위치시킬 것인가 하는 질문이 우선적으로 제기된다. 이 질문에 대한 해답으로 다음의 세가지 해결책이 고려될 수 있다¹⁾: 기본권 부분을 헌법전문의 바로 다음에 두는 첫 번째 안 [전문-기본권-총강-국가조직(통치구조)], 2) 현행헌법상의 체계를 변화 없이 그대로 유지시키는 두 번째 안 [전문-총강-기본권-국가조직], 3) 제1안과 제2안의 절충안으로서 세 번째 안 [전문-총강-기본권-총강-국가조직].

1. 전체헌법규정 속에서의 기본권장의 배치: 전문-기본권-총강-국 가조직

헌법 속에서의 기본권 부분의 배치와 관련하여 헌법개정연구회의 기본권 개정
분과위원회(참조: 정부위원회가 아닌 한국헌법학회에서 주관한 위원회임. 이하 기

1) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 사단법인 한국헌법학회 2006, 120쪽.

본권 개정 분과위원회라고 함)는 첫 번째 안을 결론으로 채택하였다. 기본권 부분을 총강 다음에 배치하는 한국헌법사 속에서 나타난 헌법개정의 일반적 경향 그리고 헌법형식에 대한 비교법적 연구에 근거한 연구결과에도 불구하고, 기본권 개정 분과위원회는 기본권장을 전문 다음에 위치시키기로 합의하였다²⁾. 기본권 목록을 한국헌법의 첫 번째 장에 배열하는 것의 정당화 근거는 국가조직 혹은 국가목적에 대한 자유의 우선성 그리고 자유민주적 헌법국가의 강조에서 찾을 수 있다³⁾.

2. 기본권장 속에서의 현재의 기본권 규정의 배열순서의 변경: 자유권적 기본권-사회적 기본권-청구권적 기본권

기본권장 속에서의 개별기본권규정의 배치순서의 구성과 관련하여 우선적으로 실체적 기본권과 절차적 기본권 사이의 관계확정이 문제시된다. 헌법 속에서의 절차적 기본권에 대한 법적 근거는 실체적 기본권의 보장을 위한 사법적 구제절차의 보장에 있기 때문에, 기본권 개정 분과위원회는 전자(실체적 기본권)의 다음에 후자(절차적 기본권)을 규정하는 것이 타당하다고 보았다. 최종적으로 기본권 개정 분과위원회는 헌법의 기본권장 속의 기본권 규정의 배열순서를 변경하기로 결정하였다. 기본권 개정 분과위원회는 청구권적 기본권→사회적 기본권으로 배치된 현재의 배열순서를 사회적 기본권→청구권적 기본권의 순서로 변경하였다⁴⁾.

3. 기본권장의 표제의 변경: 인간의 권리 그리고 국민의 권리

기본권장의 표제와 관련하여 기본권 개정 분과위원회는 최종적으로 이를 개선하기로 결정하였다. 이와 관련하여 ‘국민의 권리와 의무’로 규정된 현재의 표제를

2) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 122쪽.

3) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 122쪽.

4) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 122쪽.

기본권 혹은 인간의 자유와 권리 등으로 변경하는 안들이 제시되었다. 기본권이란 표제는 기본적 인권의 자연법적 성격을 약화시킬 가능성 때문에, 적합하지 않은 것으로 판단하였다. 인권이란 표제 속에는 정치적 기본권뿐만 아니라 사회적 기본권까지도 포함될 수 없다. 자유와 권리라는 표제 속에는 기본권의 특성들이 잘 드러날 수 없다⁵⁾. 이러한 점들을 고려하여 기본권 개정 분과위원회는 국민의 권리와 의무라는 현재의 기본권장의 표제를 인간의 권리와 국민의 권리라는 표현으로 변경하였다⁶⁾.

이러한 기본권 표제의 변경과 관련하여 어떠한 권리가 인간의 권리 혹은 국민의 권리로 분류될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이에 대한 대답으로 아래의 여러 가지 상이한 의견들이 개진되었다⁷⁾:

- ① 사회적 기본권과 정치적 기본권 중에서 단지 피선거권으로서 공무담임권만을 권리로 인정하는 입장,
- ② 사회적 기본권은 기본권 보장의 목적(인간다운 생활 혹은 생존)의 측면에서 본다면 인권으로 볼 수도 있으나, 기본권 실현(국가적 급부와 재정의 한계)의 관점에서 본다면 국민의 권리로 파악된다. 이러한 까닭에 이에 대해서는 보다 상세한 논의가 필요하다는 의견이 제시되었다.

이러한 논의들을 고려하여 기본권 제정 분과위원회는 다음의 견해들을 채택하였다⁸⁾:

- ① 정치적 기본권과 사회적 기본권을 국민의 권리로 분류한다.
- ② 그와 별도로 평등기본권, 자유권적 기본권, 다른 기본권의 실현을 위한 기본권으로서 조직과 절차에 관한 기본권과 같은 절차적 기본권은 인권으로 분류한다.

5) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 123쪽.

6) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 123쪽.

7) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 123쪽.

8) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 123쪽.

II. 포괄적 기본권 규정의 개정

1. 포괄적 기본권으로서 행복추구권

제8차 헌법개정을 통하여 헌법에 도입된 행복추구권(헌법 제10조)은 기본권으로서의 적합성 판단에 있어서 많은 비판에 직면하였다. 이 기본권을 헌법에 규정하는 시도는 처음부터 많은 문제점을 가지고 있었다. 왜냐하면 행복 개념 그 자체가 매우 불명확하고, 불확정적이고, 행복추구권의 보호영역이 매우 광범위하기 때문이다. 한국헌법상의 기본권 체계에 있어서 행복추구권은 기본권 해석과 관련된 많은 문제점을 야기하고 있다. 인간의 존엄(헌법 제10조), 사생활의 비밀과 자유(헌법 제17조) 그리고 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리(헌법 제37조 제1항)와의 관계 속에서 우선적으로 행복추구권이 포괄적 기본권으로서 자신의 독자적인 역할과 특별한 보호영역을 확보할 수 있는지 여부 그리고 이것이 가능하다면 어느 정도까지 이것이 가능할 것인가가 문제시된다. 이러한 행복추구권의 총체적 문제점을 극복하기 위하여 한국헌법재판소는 행복추구권을 포괄적 기본권으로 해석하고 적용하여 왔다. 헌법재판소는 이 기본권으로부터 일반적 행동의 자유 그리고 인간의 존엄과 결부하여 일반적 인격권을 도출하여 왔다. 헌법재판소는 독일연방 헌법재판소의 법실무적 활동과 마찬가지로 이러한 기본권들을 행복추구권의 내용으로 적용하여 왔다(헌재결 2001. 2. 22. 99헌마365). 헌법재판소는 행복추구권의 법적 성격을 자유권적인 포괄적 기본권으로 보고 있다(헌재결 2003. 11. 27. 99헌바39).

행복추구권의 해석과 적용상의 문제점에도 불구하고, 행복추구권의 포괄적 기본권성을 인정하는 것은 불가피하다. 이와 관련하여 기본권의 구체화에 대한 현재의 수준에서, 한국헌법상의 기본권 해석이 광범위하고 다양한 자유권적 기본권적인 기본권 구성요건을 포함할 수 있는 포괄적 기본권으로서 행복추구권의 도움 없이 잘 행해질 수 있는지 여부 그리고 이것이 가능하다면 어느 정도까지 행해질 수 있는지 여부가 문제된다. 지금까지 행복추구권은 독일 기본법 제2조 제1항의 인격의 자유로운 발현권과 마찬가지로 일반적 행동의 자유 그리고 일반적 인격권을

내용으로 하고 있다. 그럼에도 불구하고 행복개념의 불명확성 때문에 행복추구권은 일반적 자유권 혹은 일반적 행동의 자유로 개정되어야만 한다⁹⁾.

2. 행복추구권과 경합하는 포괄적 기본권으로서 헌법 속에 열거되지 아니한 자유와 권리

한국헌법 제37조 제1항에 의하면 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다. 이와 관련하여 행복추구권과 경합하는 포괄적 기본권으로서 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리가 자신의 독자적 역할을 수행할 수 있는지 여부 그리고 이것이 가능한 경우에는 어느 정도까지 그 역할을 수행할 수 있는지 여부가 문제된다. 이러한 문제제기에도 불구하고 이에 대한 아무런 구체적인 논의는 전개되지 않고 있고, 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리의 유지 혹은 폐지의 필요성에 대한 상세한 논의는 전개되고 있지 않다.

이와 관련하여 지금까지 어떠한 기본권이 예를 들면 개인의 자기정보결정권(헌재결 2005. 5. 26. 2004헌마190)과 같이 헌법재판소 그리고 다른 전문법원의 결정에 의하여 헌법 제37조 제1항에 의한 헌법 속에 열거되지 아니한 자유와 권리로서 구체화될 수 있고, 후에 헌법개정에 있어서 헌법에 규정될 수 있는지에 대한 결정에 대한 검토가 행해져야 한다¹⁰⁾.

3. 생명권

인간의 존엄을 구체적으로 설명하는 첫 번째 근본적 인권으로서 중요성에도 불구하고, 생명권은 법실무에 있어서 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리로서 분류되고, 해석되고 적용되었다. 왜냐하면 한국헌법 속에서는 생명권에 대한 명문조항이 없기 때문이다. 생명권을 헌법에 규정하는 시도의 적합성

9) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 123쪽.

10) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 124쪽.

에 대한 기본권 개정 분과위원회의 논의에 있어서는 아무런 반대의견이 제시되지 않았다. 그러나 기본권 개정 분과위원회는 사형제도의 금지를 헌법에 규정하는 것을 허가할 것인가의 문제에 대해서는 결론을 내리지 못하였다¹¹⁾. 사형제도의 헌법 적합성의 문제는 지금까지 한국에서 많은 헌법도덕적 주제들 가운데 중요한 논쟁의 대상에 속하고, 한국헌법재판소는 사형제도를 합헌이라고 결정하였기 때문에, 이 문제(사형제도를 헌법에 규정하는 문제)는 여전히 미결상태에 있다.

4. 어린이의 권리, 동물보호, 불훼손권

그 외에도 (뉴욕의) 아동권리협약에 의한 어린이의 권리와 동물보호의 보충의 필요성이 기본권 개정 분과위원회에서 논의되었다¹²⁾. 어린이의 권리에 있어서 어린이는 아동권리협약 제1조에 의하면 18세 미만의 모든 사람을 의미한다.

의학과 생명공학의 발전을 고려해 볼 때, 이 분야들에서 발생하는 법적인 문제를 해결할 수 있는 새로운 기본권을 헌법에 규정하는 것에 중요하다. 나의 개인적인 견해로서는 독일 기본법 그리고 유럽연합의 기본권 현장 속에 규정된 바와 같이, 불훼손권을 헌법 속에 도입하는 것이 이 문제에 대한 답변으로 제시될 수 있다.

III. 기본권 일반이론과 관련을 가지는 규정의 개정원칙

1. 기본권 주체성

무엇보다도 기본권 일반이론 속에서의 기본권 주체성을 고려해 볼 때, 자연인과 법인 그리고 외국인의 기본권 주체성에 대한 구체적 연구가 행해지는 것이 필요하

11) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 124쪽.

12) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 124쪽.

다. 미성년자의 기본권 행사능력(Grundrechtsmündigkeit)에 대한 일반조항의 헌법 속에의 도입의 적합성에 대해서도 논의가 행해져야만 한다.

현행헌법 속의 기본권장의 표제는 ‘국민의 권리와 의무’로 규정되어 있다. 모든 기본권에 있어서 헌법상의 기본권주체의 규정방식을 예외 없이 국민으로 규정하는 것은 세계적인 경향과 동떨어진 것이고, 비현실적인 것이다¹³⁾. 따라서 기본권 주체를 국민에만 한정하고 있는 이러한 기본권 주체성의 규정방식은 다른 형태로 변경되어야만 한다. 이러한 규정방식에 의한 현행헌법상의 기본권 주체성에 대한 헌법조문의 문구의 해석가능한 한계 때문에 외국인의 기본권 주체성 인정의 문제는 헌법개정 없이 헌법해석의 도움만으로는 극복될 수 없다. 이와 관련하여 이러한 헌법개정의 전제조건으로서 헌법에 규정된 기본권들 중에서 인간의 권리와 국민의 권리에 대한 구분이 우선적으로 문제가 된다.

2. 기본권의 기능에 따른 기본권의 구분 그리고 기본권의 효력

기본권의 기능에 따른 기본권의 구분을 고려해 볼 때, 우선적으로 기본권의 원리적 성격과 기본권의 이중적 성격을 헌법에 규정하는 시도의 타당성에 대한 열띤 토론이 행해져야만 한다. 한국헌법 제10조 제2항에 의하면 개인의 불가침의 기본적 인권을 인정하고 보호하는 것은 국가의 의무이다. 이 규정으로부터는 단지 국가의 기본권 보호의무가 소극적으로 도출될 수 있다. 이러한 까닭에 이 조항에 대한 보충으로서 독일 기본법 제1조 제3항과 같은 국가의 기본권 구속성을 헌법 속에 규정하는 것이 필요하다. 스위스 헌법 제35조 제3항과 같이 기본권의 제3자적 효력을 헌법에 규정하는 것의 적절성에 대한 심사가 또한 행해져야만 한다¹⁴⁾.

3. 기본권의 제한, 제한의 정당화 그리고 기본권의 침해에 있어서 사법적 구제의 보장

13) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 125쪽.

14) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 125쪽.

우선적으로 기본권 제한 그리고 제한의 정당화와 관련하여 기본권의 내재적 한계에 의한 기본권 제한사유로서 헌법적합적 질서, 타인의 권리 그리고 도덕률을 헌법에 규정할 필요성에 대하여 검토가 행해졌다¹⁵⁾.

헌법 속에 법률유보를 규정하는 방식과 관련하여 일반적 법률유보와 개별적 법률유보 사이에 선택의 문제가 제기된다. 한국헌법 제37조 제2항과 같은 일반적 법률유보가 변경 없이 헌법 속에 유지될 수 있는지 여부 그리고 유지된다면 어느 정도까지 유지되는가에 대한 문제와 관련하여, 허용가능한 기본권 제한사유로서 개별적 법률유보의 인정의 문제가 제기된다. 가중적 법률유보로서 헌법 제37조 제2항 속에 규정된 기본권 제한사유는 국가의 안전, 질서의 유지 그리고 공공복리이다. 이와 관련하여 이러한 기본권 제한근거들 가운데 국가의 안전과 질서유지가 삭제될 수 있는지 여부에 대한 토론이 기본권 개정 분과위원회에서 행해졌다¹⁶⁾.

한국헌법 제12조 제1항 제2문에 의하면 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포 · 구속 · 압수 · 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다. 유럽연합의 기본권 협정 제41조의 좋은 행정에 관한 권리와 같은 한국헌법 제12조 제1항 그리고 제3항 속의 국가권력의 행사에 의한 자유박탈의 경우에 적법절차의 보장과 관련하여 적법절차의 보장이 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한사유들과 어느 정도까지 조화될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이와 관련하여 한국헌법 제37조 제2항과의 관계가 문제된다. 이러한 점들을 고려하여 한국헌법 제12조의 적법절차조항을 헌법 제37조 제2항 속에 통합시켜야만 한다는 제안이 제기되었다¹⁷⁾.

기본권 침해에 있어서 사법적 구제를 보장하기 위하여, 독일 기본법 제19조 제1항 제1문의 개별사건법률의 금지(법률의 일반성) 그리고 독일 기본법 제19조 제1항 제2문과 같은 적시명령의 헌법상 도입에 대한 비중 있는 논의가 행해졌다¹⁸⁾.

15) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 127쪽.

16) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 127쪽.

17) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 127쪽.

18) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 126쪽.

독일의 기본권 이론에 의하면 이 두 가지 원칙들은 입법자가 기본권 행사를 제한하는 경우에 입법자에 대한 제한으로서 유효한 한계-한계의 원칙의 구성요소들이다.

4. 기본의무

기본의무에 대한 검토에 있어서 한국헌법 제38조의 납세의 의무와 제39조의 국방의 의무의 통합에 대한 검토가 행해졌다. 그 외에도 모든 법률적 의무의 근거가 되는 헌법질서의 순종의 의무의 도입도 문제되었다. 그러나 의견의 차이 때문에 기본권 개정 분과위원회는 이에 대한 합의를 도출하지 못하였다¹⁹⁾.

IV. 개별적 기본권

1. 평등권과 관련을 가지는 규정들

한국헌법 제11조 제1항은 일반적 평등원칙 그리고 차별금지의 영역과 사유들을 규정하고 있다. 한국헌법 제11조 제2항 그리고 제3항은 사회적 특수계급의 불인정 그리고 훈장 등의 영전일대의 원칙을 규정하고 있다. 기본권 개정 분과 소위원회는 이 두 규정들은 평등기본권의 본질적 구성요소들이 아니기 때문에 헌법규정에서 삭제한다는 결론을 어려움 없이 채택하였다²⁰⁾.

한국헌법 제11조의 평등원칙의 개정원칙과 관련하여 일반적 평등원칙과 차별금지원칙을 제1항 속에 함께 규정하고, 소수자 보호를 위한 적극적 평등실현 (positive Diskriminierung für die Förderung von Minderheiten (affirmative action))은 헌법 제11조 제2항에 새롭게 규정하자는 제안이 제시되었다²¹⁾. 여성에 대한 적

19) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 127쪽.

20) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 128쪽.

21) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 128쪽.

극적 평등실현을 위한 특별규정의 도입은 인정될 수 없었다. 왜냐하면 성별은 차별금지사유에 해당하기 때문이다²²⁾.

한국헌법 제11조 제1항 속에는 단지 ‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’의 세가지 특징들이 차별금지사유로 규정되어있다. 이와 관련하여 다른 차별금지사유의 보충이 문제된다. 귀화한 국민 그리고 국제결혼을 한 외국인 배우자를 보호하기 위하여 보충될 다른 차별금지 사유로서 장애, 인종, 언어가 언급되어졌다²³⁾.

2. 자유권적 기본권

헌법개정논의 대상인 자유권적 기본권은 인신의 자유, 사생활의 존중, 표현의 자유, 정보와 관련을 가지는 기본권, 경제적 기본권이다.

(1) 인신의 자유

현행헌법 속에서 인신의 자유와 결부된 조문들은 헌법 제12조, 제13조, 제27조 제3항, 제4항, 제28조 등이다. 이러한 규정들 중에서 헌법 제12조는 헌법을 통하여 보장될 수 있는 보호범위를 넘어서고 있다. 이러한 까닭에 한국헌법 제12조는 심지어 형사소송법 속에 규정되어야만 하는 내용도 포함하고 있다.

한국헌법 제12조 제1항 그리고 제3항의 적법절차의 보장은 국가공권력의 행사에 의한 자유박탈의 경우로서 형사소송절차뿐만 아니라 행정소송절차에도 타당하게 적용되는 헌법적인 일반원칙이다. 이와 관련하여 일반원칙으로서 이 헌법규정의 전체기본권부분에서의 현재의 위치의 적합성에 대한 언급이 행해졌다²⁴⁾.

법관유보와 관련하여 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시해야 한다는 헌법 제12조 제3항의 표현에 따라 단지 검사만이 영장신

22) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 129쪽.

23) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 128쪽.

24) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 132쪽.

청을 할 수 있다. 이와 관련하여 검찰과 독립적으로 경찰이 영장신청을 할 수 있는 가가 문제된다²⁵⁾.

현행헌법 속에서 무죄추정의 원칙은 인신의 자유에 관한 헌법 제12조가 아닌 사법적 구제의 보장에 관한 헌법 제27조 속에 규정되어 있다. 이와 관련하여 무죄 추정의 원칙을 사법적 구제의 보장에 관한 헌법 제27조가 아닌, 인신의 자유에 관한 헌법 제12조 속에 보장해야 한다는 제안이 제기되었다²⁶⁾.

(2) 사생활의 존중

한국헌법 제17조에 의하면 국민의 사생활의 비밀과 자유는 침해되지 아니한다. 이와 관련하여 예를 들면 가족생활, 주거의 불가침성, 전달된 통신의 존중과 같은 다양한 사생활의 부분적 영역들을 보호하는 다른 기본권 규정들의 보호영역과의 한계설정이 문제가 된다. 개인관련정보의 보호로서 자기정보결정권이 사생활의 존중을 위한 규정인 헌법 제17조 속에 새롭게 규정되면, 정보의 자유 특히 일반적으로 접근가능한 정보원으로 자유롭게 정보를 제공받을 권리와의 경계설정이 문제된다.

(3) 표현의 자유와 관련된 규정들

표현의 자유 그리고 정보와 관련된 기본권에 대한 헌법개정논의와 관련하여 다음의 두 가지 초안들이 제시되었다²⁷⁾:

- ① 정보의 자유 그리고 정보공개청구권을 표현의 자유에 대한 규정이 아닌 독립된 기본권으로서 독자적으로 규정하는 제안,
- ② 처음부터 정보의 자유라는 표제 하에서 독자적 기본권을 설정하고, 여기에

25) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 132쪽.

26) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 133쪽.

27) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 139-140쪽.

정보관련 기본권을 규정하는 제안.

(4) 경제적 기본권

현행헌법 속에서의 경제적 기본권은 헌법 제15조의 직업선택의 자유 그리고 헌법 제14조의 이전의 자유이다. 직업선택의 자유와 관련하여 직업선택의 자유의 조문문구의 직업의 자유에로의 변경이 문제가 된다.

직업선택의 자유와 이전의 자유의 관계 속에서 직업선택의 자유와 이전의 자유를 하나의 조문 속에 통합시키는 것이 바람직하다는 견해가 제기되었다²⁸⁾. 왜냐하면 양 기본권은 내용적으로 서로 결부되어 있기 때문이다. 이러한 주장에 대하여 양 기본권의 유사성에도 불구하고, 이전의 자유는 직업생활과 분리된 인격적 자유의 실현으로서 중요한 의미를 가지고 있기 때문에 양자를 서로 분리하자는 반대의견이 제시되었다²⁹⁾.

V. 정치적 기본권

정치적 기본권과 관련하여 다음의 제안들이 제시되었다. 그러나 기본권 개정 분과위원회는 이러한 주장들에 대한 합의를 도출할 수 없었다³⁰⁾.

- ① 헌법전문 속에 간접적으로 규정된 저항권을 총강 속에 규정하고, 이것이 가능한 경우에는 국민발안과 국민소환도 동시에 헌법에 규정하자는 제안,
- ② 헌법총강 속에 규정된 직업공무원제와 선거권과 피선거권을 헌법총강 속에 함께 규정하는 제안,
- ③ 재신임투표가 헌법에 도입된다는 전제조건하에서, 이를 대통령의 국민투표

28) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 141쪽.

29) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 141쪽.

30) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 147-148쪽.

- 부의권과 함께 규정하는 제안,
- ④ 지방자치의 발전을 위하여 지방자치에 관한 헌법규정 속에 주민투표와 주민소환제를 위한 법적 근거를 헌법 속에 규정하는 제안.

VI. 청구권적 기본권

1. 청원권

(1) 청원방식의 변경

헌법 제26조에 의하면 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다. 헌법과 청원법에 의한 청원방식과 관련하여 문서로 청원한다는 문구는 개정되어야 한다. 왜냐하면 이러한 방식은 통신기술의 발달을 고려해 볼 때 현실에 맞지 않기 때문이다. 이러한 까닭에 기본권 개정 분과위원회는 ‘문서로’라는 문구를 삭제하기로 결정하였다³¹⁾.

(2) 청원으로 인한 차별과 불이익대우금지

청원으로 인한 차별과 불이익대우금지를 헌법 속에 규정하자는 제안에 대하여, 기본권 개정 분과위원회는 이를 헌법 속에 규정하지 않기로 결정하였다. 왜냐하면 이러한 요청들은 이미 청원법 속에 규정되어 있기 때문이다³²⁾. 이러한 법률의 내용이 엄격하게 적용된다면, 청원권을 헌법에 기본권의 형태로 보장하는 것과 법률 속에 보장하는 것의 차이가 없게 된다.

31) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 151쪽.

32) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 151쪽.

2. 군사법원

한국헌법 제27조 제2항에 의하면 군인 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. 이 규정은 비상시뿐만 아니라 평상시에도 민간인에 대한 군사재판권 행사의 헌법적 근거로서 기능한다. 이러한 점을 고려하여 군사재판과 관련된 모든 문제점들을 극복하기 위한 해결책으로서 이 규정을 삭제하고, 군사법원을 폐지하자는 주장이 제기되었다. 그러나 헌법 제27조 제1항이 삭제된다면, 군인 또는 군무원이 아닌 민간인에 대한 군사재판의 관할권이 평상시뿐만 아니라 비상시에도 사라지게 된다³³⁾. 비상계엄하에서의 군인 또는 군무원이 아닌 국민에 대한 군사재판권의 관할권을 인정할 필요성 때문에, 기본권 개정 분과위원회는 군사법원의 문제점들에도 불구하고 헌법 제27조 제2항의 삭제는 바람직하지 않다는 데 합의하였다³⁴⁾.

3. 국가배상청구권

한국헌법 제29조 제2항에 의하면 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. 이러한 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자의 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대한 국가배상청구권 행사의 제한을 평등기본권 침해를 이유로 하여 헌법위반으로 볼 수 있다고 하더라도, 헌법 제27조 제2항은 헌법소원의 대상이 될 수 없다. 한국의 헌법재판소법에 의하면 헌법규정은 헌법소원의 대상이 될 수 없기 때문이다. 기본권 개정 분과위원회는 이러한 문제

33) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 151쪽.

34) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 151-152쪽.

점은 헌법개정 없이는 해결될 수 없다고 보았다³⁵⁾.

VII. 사회적 기본권

현행 한국헌법 속에서 사회적 기본권으로 분류될 수 있는 기본권은 인간의 존엄, 근로의 권리, 교육을 받을 권리, 단결권, 단체적 노동권, 환경기본권, 혼인과 가족생활의 보호, 모성보호 그리고 건강보호이다.

1. 사회적 기본권의 체계

현행헌법상의 사회적 기본권의 체계와 관련하여 현재의 형태를 변경하지 않고 그대로 유지하자는 견해가 다수가 되었다. 그러나 이러한 입장의 구체화에 있어서는 차이가 존재하였다³⁶⁾.

- ① 한국헌법 제36조 제3항의 건강보호에 관한 규정을 혼인과 가족생활의 보호, 모성보호로부터 분리하여 건강기본권으로서 규정하자는 제안,
- ② 한국헌법 제35조의 환경기본권의 현재의 위치를 변경하여 혼인과 가족생활의 보호, 모성보호 규정 다음에 규정하자는 제안,
- ③ 한국헌법 제124조의 소비자보호운동규정을 소비자의 권리로 변경하여, 사회적 기본권의 제일 마지막에 규정하자는 제안.

인간의 존엄을 하위규정으로부터 분리하여, 독립된 규정으로 만들어서 사회적 기본권을 위한 원칙규정 혹은 포괄적 기본권으로 변경하자는 주장에 대하여, 아래의 사유들에 근거한 반대의견이 개진되었다³⁷⁾:

35) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 152쪽.

36) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 155쪽.

37) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 155쪽.

- ① 인간다운 생활 개념 그 자체의 형해화에 대한 우려,
- ② 인간다운 생활 개념의 일반성을 근거로 한 다른 포괄적 기본권과의 충복 가능성,
- ③ 하위규정의 규범력 약화의 우려.

2. 사회적 기본권의 규정방식과 표현형태

사회적 기본권의 규정방식과 관련하여 권리형태의 규정방식을 유지하고, 혼인과 가족생활의 보호, 모성보호 그리고 건강보호와 같은 국가의무 형태의 규정방식 중에서 혼인과 가족생활의 보호는 혼인하고 가족을 창설할 권리로 변경하고, 건강보호는 육체적 그리고 정신적 건강권으로 개정하자는 제안들이 제시되었다³⁸⁾. 사회적 기본권의 표현형식과 관련하여 입법위임 혹은 국가목표규정 형태의 현재의 기본구조를 유지하면서 점진적으로 국가의무 형태의 표현형식으로 바꾸자는 의견이 주장되었다³⁹⁾.

3. 사회적 기본권으로서 국가목표규정으로서 사회국가에로의 전환

사회적 기본권이 기본권으로서 헌법에 규정되면, 사회적 기본권의 규범력의 실현이 가능한지 여부 그리고 이것이 가능하다면 어느 정도까지 실현될 수 있는지에 대한 질문이 제기된다. 사회적 기본권으로서 규범력 관철의 어려움 때문에, 독일 기본법은 사회적 기본권을 기본권목록에서 제외하였고, 그 대신에 국가목표규정으로서 사회국가를 기본법 속에 규정하였다. 이와 관련하여 사회적 기본권 규정을 한국헌법에서 제외하고, 그 대신에 사회국가규정을 새롭게 규정하자는 제안이 제기되었다. 이러한 주장에 대한 반대의견 때문에 이 제안은 받아들여지지 않았다⁴⁰⁾.

38) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 155쪽.

39) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 155쪽.

4. 근로의 권리

한국헌법 제32조 제1항 제1문에 의하면 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 헌법 제32조 제1항 제2문에 의하면 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다. 헌법 제32조 제2항에 의하면 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다. 그리고 헌법 제32조 제3항에 의하면 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

현행헌법상의 이러한 근로의 권리의 체계에 대하여 헌법 제32조 제1항 제2문과 제1항을 분리하여, 제2항 그리고 제3항을 함께 통합하여 새롭게 규정하자는 주장이 제기되었다⁴¹⁾. 이러한 주장은 헌법 제32조 제2항의 근로의 의무를 근로의 권리의 제일 마지막 규정으로 옮기는 시도이다.

근로의 권리와 관련된 규정을 새롭게 통합하는 이러한 시도의 구체적 내용은 이하의 제안에 잘 나타나 있다⁴²⁾:

- ① 고용보장과 관련하여 부당해고의 금지를 규정하고, 직업알선과 직업교육을 고용증진의 방법으로서 예시적으로 규정하자는 제안,
- ② 임금 기타 근로조건을 포함한 근로조건의 평등을 규정하자는 제안.

5. 단결권과 단체적 노동권

한국헌법 제33조 제2항에 의하면 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 특정한 공무원에 대한 단결권, 단체교섭권 그리고 단체행동권의 불인정은 불가피하다. 특정한 공무원에 대한 기

40) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 156쪽.

41) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 156쪽.

42) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 156쪽.

본권 제한은 헌법에서 직접 규정하는 것이 아닌, 법률에서 규정될 수 있다. 이러한 근거에서 현재의 헌법규정은 그대로 유지된다는 견해가 제기되었다⁴³⁾.

한국헌법 제33조 제3항에 의하면 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다. 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한에 대한 논의에 있어서 두 개의 서로 대립되는 의견들이 개진되었다⁴⁴⁾: 헌법 제33조 제3항의 유지 혹은 삭제.

6. 인간다운 생활을 할 권리

기본권 개정 분과위원회에서는 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리의 개정에 대하여 다양한 의견들이 개진되었다. 그러나 기본권 개정 분과위원회는 다양한 의견들에 대한 합의는 도출하지 못하였다⁴⁵⁾.

자립적인 생활능력이 없는 국민에 대한 보호와 관련하여, 신체장애인을 생활무능력자조항에서 삭제하자는 의견이 제시되었다. 사회복지와 장애인의 통합에 관한 규정을 독자적인 규정으로 설치하는 것 혹은 사회복지와 노인과 장애인의 통합에 관한 일반조항을 규정하는 것의 필요성이 기본권 개정 분과위원회에서 논의되었다⁴⁶⁾.

기본권 개정 분과위원회에서는 의식주를 포함한 인간다운 생활의 최저생존조건을 사회적 기본권에 대한 과소보호금지(Untermassverbot)의 척도로서 인간다운 생활권 속에 규정하자는 제안이 제시되었다⁴⁷⁾. 제시된 제안들에 대한 논의가 전개되었다. 그러나 이러한 다양한 주장들에 대한 합의는 도출하지 못하였다⁴⁸⁾.

43) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 157쪽.

44) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 157쪽.

45) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 157쪽.

46) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 157쪽.

47) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 157쪽.

48) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

7. 환경기본권

환경기본권의 보장과 관련하여 국가의 국가목표로서 환경보전의 의무를 환경기본권을 규정하고 있는 한국헌법 제35조 제1항에서 분리하여, 헌법 제35조 제2항에 규정하고, 환경보호수준으로서 지속가능한 환경친화적 개발원칙을 헌법규정 속에 편입하고, 한국헌법 제35조 제3항에 규정된 충분한 주거공간의 창조 혹은 주택의 공급을 생활의 보장은 환경기본권에서 삭제하여 인간다운 생활을 할 권리에 규정하는 제안들에 대한 논의가 기본권 개정 분과위원회에서 행해졌다. 그럼에도 불구하고 기본권 개정 분과위원회는 합의를 도출하지 못하였다⁴⁹⁾.

8. 혼인과 가족생활의 보호, 모성보호 그리고 건강보호

혼인과 가족생활의 보호, 모성보호와 관련하여 혼인하고 가족을 창설할 권리를 기본권의 형태로 제1항에 규정하고, 혼인의 보호, 가족생활의 보호 그리고 모성보호를 그 하위 항에 규정하자는 제안이 제기되었다⁵⁰⁾.

혼인과 가족생활, 모성의 보호 그리고 건강의 보호와 관련하여 직업의 자유의 실질적 보장을 위한 가족생활의 보호를 헌법에 새로이 규정하고, 건강보호를 혼인과 가족생활에 관한 조항으로부터 분리시켜서, 기본권 형식의 육체적 그리고 정신적 건강을 즐길 권리의 독립된 조문으로서 모두조항 속에 규정하고, 국가의 건강보호의무를 다음 조항에 배치하는 의견이 제시되었다⁵¹⁾.

일반적 평등원칙규정과 별도로 독자적인 규정으로서 혼인과 가족생활의 평등규정을 헌법 속에 규정하는 것은 필요하지 않다. 따라서 혼인과 가족생활의 평등은 일반적 평등원칙과 관련성 속에서 고려되었다⁵²⁾.

49) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

50) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

51) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

52) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

9. 소비자보호운동

한국헌법 제124조는 국가목표로서 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질 향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다. 법률에 의하여 소비자보호운동을 보호한다. 이 규정이 국가목표규정으로서의 문구임에도 불구하고, 이 규정의 문구를 기본권으로 해석하는 견해도 있다.

안전하고 합리적인 소비를 할 권리를 사회적 기본권의 마지막 조항의 모두조항에 규정하고, 그 하위조항에 국가의 소비자보호의무를 규정하는 제안이 제시되었음에도 불구하고, 기본권 개정 분과위원회는 다양한 의견들 때문에 이러한 제안에 대한 합의를 도출할 수 없었다⁵³⁾.

10. 교육권

한국헌법에서 교육권은 헌법 제31조에서 보장하고 있다. 교육권은 일반적으로 사회적 기본권으로 분류되지만, 또한 자유권적 기본권적인 성격도 가지고 있다. 기본권 개정 분과위원회는 교육권에 대한 헌법개정에 있어서 헌법에 열거되지 않은 다음의 기본권 구성요건들을 교육권의 내용으로 고려한다고 합의하였다⁵⁴⁾: 자녀의 자유로운 인격발현권, 학습권, 중등의무교육을 받을 권리, 부모의 구체적인 학교관련 권리로서 학교선택의 자유, 학교운영의 참여권, 교사의 수업권, 대학의 자율성. 교육권의 이러한 다양한 구성요건들은 한국헌법재판소의 결정에 의하여 도출된 규범적 내용이다.

그 외에도 기본권 개정 분과위원회는 교육기본권과 관련된 다음의 사항에 있어서 합의를 도출할 수 있었다⁵⁵⁾:

- ① 한국헌법 제31조 제1항과 제2항은 통합한다. 이 통합조항 속에 의무교육의

53) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 158쪽.

54) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 159-160쪽.

55) 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서 헌법개정연구, 160쪽.

범위를 법률이 정하는 중등교육까지 확대한다.

- ② 한국헌법 제31조 제5항의 평생교육진흥의무는 헌법 제31조 제2항과 제3항의 통합조항 다음에 위치시킨다.
- ③ 교육의 독립성, 전문성 그리고 정치적 중립성을 대학의 자치와 분리시킨다. 분리된 대학의 자치는 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다라고 규정한 헌법 22조 제1항 다음의 제2항으로 “대학의 자치는 법률에 의하여 보장된다”로 규정한다.

Stellungnahme zur Diskussion um die Verfassungsänderung und die gegenwärtigen Grundrechtsbestimmungen

Zin-Wan Park | Professor an der juristischen Fakultät der Kyungpook
National Universität

I. Über Änderungsvorsätze in Bezug auf das koreanische Grundrechtsystem und die Einführung eines Grundrechtskapitels in die gegenwärtige Verfassung

Betrachtet man die Modulation der Verfassungsbestimmungen der koreanischen Verfassung, so stellt sich zu allererst die Frage, wo ein entsprechender Grundrechtskatalog seinen Platz finden sollte.

Als Antwort auf diese Frage kommen die folgenden drei Lösungsvorschläge in Betracht¹⁾:

- 1) Der erste Entwurf würde den Grundrechtsteil hinter der Präambel anordnen. (Präambel – Grundrechte - allgemeine Bestimmungen – Staatsorganisationsrecht).

1) Siehe dazu: „Der endgültige Bericht des Gremiums für die Studie über die Verfassungsänderung im Jahr 2006.“, „Die Vereinigung der Koreanischen Verfassungsrechtslehrer 2006.“, S. 120.

- 2) Im zweiten Entwurf würde der Aufbau der gegenwärtigen Verfassung ohne Veränderung aufrechterhalten bleiben (Präambel – allgemeine Bestimmungen – Grundrechte - Staatsorganisationsrecht).
- 3) Der dritte Entwurf wäre eine Kompromisslösung zwischen den beiden zuvor aufgeführten Vorschlägen (Präambel - allgemeine Bestimmungen. Grundrechte - allgemeine Bestimmungen. Staatsorganisationsrecht).

1) Die Anordnung eines Grundrechtskapitels in den Verfassungsbestimmungen Koreas: Präambel – Grundrechte - allgemeine Bestimmungen - Staatsorganisationsrechte

In Bezug auf die Einordnungsproblematik eines Grundrechtsteils in die koreanische Verfassung, richtete sich der mit der Problemlösung beauftragte Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung nach dem ersten Lösungsvorschlag.

Trotz der allgemeinen Tendenz in der koreanischen Verfassungsgeschichte, den Grundrechtsteil hinter den allgemeinen Bestimmungen anzurichten, einigte sich der Sonderausschuss darauf, das Grundrechtskapitel hinter die Präambel zu platzieren²⁾.

Der Versuch, den Grundrechtskatalog in das erste Kapitel der Koreanischen Verfassung einzubetten, beruht auf dem Vorrang der individuellen Freiheit vor dem Staatsorganisationsrecht, dem Staatszweck und der Bedeutsamkeit des freiheitlich demokratischen Verfassungsstaates³⁾.

2) Ebd., S. 122.

3) Ebenda.

2) Die Änderung der gegenwärtigen Reihenfolge der Grundrechtsbestimmungen im Grundrechtskapitel: Freiheitsgrundrechte → soziale Grundrechte → Grundrechte auf positive normative Handlungen

Im Hinblick auf die Neuordnung der einzelnen Grundrechte im Grundrechtskapitel handelt es sich um die Festsetzung des Verhältnisses zwischen materiellen und prozeduralen Grundrechten. Der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung hielt es für richtig, die materiellen Grundrechte an den Anfang des Grundrechtskataloges zu stellen, da die verfassungsrechtliche Grundlage der prozeduralen Grundrechte in der Rechtsweggarantie für die materiellen Grundrechte liegt. Schließlich entschied sich der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung, nämlich, dass die gegenwärtige Reihenfolge der Grundrechtsbestimmungen im Grundrechtsteil der Verfassung geändert werden soll. Er kam zu dem Schluss, dass die gegenwärtige Abfolge der Grundrechtsbestimmungen „Grundrechte auf positive normative Handlungen → soziale Grundrechte“ in die Reihenfolge „soziale Grundrechte → Grundrechte auf positive normative Handlungen“ geändert werden soll⁴⁾.

3) Die Änderung der Überschrift des Grundrechtskapitels: Rechte der Menschen und Rechte der Staatsbürger

Was die Überschrift des Grundrechtskapitels betrifft, legte der Sonderausschuss letztlich fest, diese zu verbessern. In Bezug darauf wurden die Entwürfe ausgearbeitet, die bestehende Überschrift des Grundrechtskapitels „Rechte und

4) Ebenda.

„Pflichten der Staatsbürger“ in „Grundrechte“, oder „Menschenrechte“, „Freiheiten und Rechte“ etc. umzuformen. Wegen der Möglichkeit, den Charakter der grundlegenden Menschenrechte als Naturrecht zu entkräften, wird die Bezeichnung „Grundrechte“ als ungeeignet betrachtet. In der Überschrift „Menschenrechte“ können nicht nur politische und soziale Grundrechte, sondern auch das positive Recht umfasst werden. In der Überschrift „Freiheiten und Rechte“ werden die Grundrechtseigenschaften nicht genug verdeutlicht.⁵⁾ Im Hinblick darauf kam der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung zu dem Schluss, dass die gegenwärtige Überschrift des Grundrechtskapitels „Rechte und Pflichten der Staatsbürger“ in „Rechte der Menschen und Rechte der Staatsbürger“ geändert werden soll⁶⁾.

Fraglich ist jedoch, welche Rechte als Rechte der Menschen oder Rechte der Staatsbürger einzuordnen sind. Als Antwort auf diese Fragestellung haben sich wie folgt zwei verschiedene Meinungen gebildet:⁷⁾

- ① Eine Ansicht erkennt unter den sozialen und politischen Grundrechten bloß das Recht auf gleichen Zugang zu allen öffentlichen Ämtern und das Recht sich wählen zu lassen an.
- ② Stellt man auf den Zweck der Grundrechte (menschenwürdiges Dasein und Existenz) ab, so fallen soziale Grundrechte unter die Rechte für Menschen. Unter der Betrachtungsweise der Grundrechtsverwirklichung (Grenze der staatlichen Leistung oder des staatlichen Finanzwesens) müssen die Grundrechte als Rechte der Staatsbürger erachtet werden.

5) Ebd., S. 123

6) Ebenda.

7) Ebenda.

Daher scheint eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Meinungsstreit unausweichlich.

Diesbezüglich stellte der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung die folgenden Ansichten auf⁸⁾:

- ① Politische Grundrechte und soziale Grundrechte werden als Rechte der Staatsbürger klassifiziert.
- ② Daneben werden Gleichheits- und Freiheitsgrundrechte sowie prozedurale Grundrechte wie Grundrechte auf Organisation und Verfahren als Grundrechte für die Verwirklichung anderer Grundrechte als Rechte der Menschen eingestuft.

II. Die Debatte um die Änderung der Bestimmungen von Auffanggrundrechten

1) Das Streben nach Glück als Auffanggrundrecht

Bei der Beurteilung der Angemessenheit wurde das Grundrecht, nach Glück zu streben (Art. 10 KV), das in der Verfassung durch die 8. Verfassungsänderung eingeführt wurde, viel kritisiert. Von Anfang an ist der Versuch, diese Norm als Grundrecht in der Verfassung zu fixieren wegen seiner Unklarheit und Unbestimmtheit und seinem überaus umfangreichen Schutzbereich auf viele Probleme gestoßen.

8) Ebenda.

Was die Grundrechtssystematik in der Koreanischen Verfassung betrifft, ruft das Grundrecht, nach Glück zu streben einige Interpretationsschwierigkeiten hervor. Zunächst muss geklärt werden, ob und inwieweit das Streben nach Glück als Grundrecht eine eigene Rolle spielen und seinen besonderen Schutzbereich im Verhältnis zu den anderen Auffanggrundrechten – namentlich der Menschenwürde (Art. 10 KV), der Achtung der Intimsphäre, die Freiheit des Privatlebens (Art. 17 KV) und der in der Verfassung nicht explizit genannten Freiheit und Rechte (Art. 37 Abs. 1 KV) – behaupten kann. Um die Probleme, die das Grundrecht mit sich bringt zu überwinden, hat das Koreanische Verfassungsgericht dieses als Auffanggrundrecht interpretiert und angewendet. Auch werden aus diesem die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit der Menschenwürde abgeleitet. Das Koreanische Verfassungsgericht wendet das Streben nach Glück wie das Bundesverfassungsgericht in Deutschland an (Entscheidung des Koreanischen Verfassungsgerichts 22. 2. 2001 99 Hunma 365). Nach ihrer Auffassung hat das besagte Grundrecht den Charakter eines freiheitsrechtlichen Auffanggrundrechts (Entscheidung des Koreanischen Verfassungsgerichts 27. 11. 2003 99 Hunba 39).

Trotz der Auslegungs- und Anwendungsproblematik des Grundrechts, nach Glück zu streben, ist es unvermeidlich, dieses als Auffanggrundrecht anzuerkennen. Hierbei gilt es zu klären, ob und inwieweit sich der Grundrechtskatalog im gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Zustand der Grundrechtskonkretisierung ohne Hilfe vom Grundrecht, nach Glück zu streben als Katalog mit umfangreichen und unterschiedlichen Grundrechtstatbeständen für Freiheitsrechte, also als Auffanggrundrecht, entfalten kann. Bis jetzt hat das Streben nach Glück die allgemeine Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Inhalt, wie auch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 im deutschen Grundgesetz. Dennoch muss das

Grundrecht, nach Glück zu streben aufgrund seiner begrifflichen Unbestimmtheit als allgemeines „Freiheitsrecht“ oder allgemeines Recht auf „Handlungsfreiheit“ modifiziert werden⁹⁾.

2) Die Konkurrenz zwischen den, in der Verfassung unbenannten Freiheiten und Rechten als Auffanggrundrechte und dem Grundrecht, nach Glück zu streben

Gemäß Art. 37 Abs. 1 KV werden Freiheiten und Rechte der Staatsbürger nicht aus dem Grund außer acht gelassen, dass sie in der Verfassung nicht aufgezählt werden. Hierbei wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit die in der Verfassung unbenannten Freiheiten und Rechte als Auffanggrundrechte, die mit dem Grundrecht, nach Glück zu streben, konkurrieren, eine eigene Rolle spielen können. Trotz dieser ungeklärten Frage hat sich der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung nicht ausführlich mit der Notwendigkeit der Erhaltung oder Abschaffung dieser Grundrechte auseinandergesetzt.

Dieser Entschluss muss noch einmal überdacht werden. Dabei ist zu beachten, welche Grundrechte bis jetzt von den Entscheidungen des Koreanischen Verfassungsgerichts und den anderen Fachgerichten als die in der Verfassung unbenannten Freiheiten und Rechte gemäß Art. 37 Abs. 1 KV - beispielsweise das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Entscheidung des Koreanischen Verfassungsgerichts 26. 5. 2005. Hunma 190) – konkretisiert wurden und später bei der Verfassungsänderung berücksichtigt werden müssen¹⁰⁾.

9) Ebenda.

10) Ebd., S. 124.

3) Recht auf Leben

Ungeachtet seiner Wichtigkeit als erstes fundamentales Menschenrecht, das die Menschenwürde konkretisiert, wird das Recht auf Leben nur als eines der in der Verfassung unbenannten Freiheiten und Rechte gemäß Art. 37 Abs. 1 KV klassifiziert, interpretiert und in der Rechtspraxis angewendet. Denn in der Koreanischen Verfassung gibt es keinen Artikel über das Recht auf Leben. Zwar gab es im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung bezüglich der Angemessenheit des Versuchs, die Bestimmung über das Recht auf Leben in die Verfassung aufzunehmen keine entgegenstehenden Meinungen, dennoch konnte keine Entscheidung über die Aufnahme in die Verfassung gefällt werden, da die Frage über das Verbot der Todesstrafe noch nicht geklärt war¹¹⁾. Die Verfassungsmäßigkeit der Todesstrafe ist unter den verfassungsmoralischen Themen bis heute eines der wichtigen Streitgegenstände. Das Koreanische Verfassungsgericht hat die Todesstrafe für verfassungsgemäß entschieden.

4) Rechte der Kinder, Tierschutz und Recht auf Unversehrtheit

Darüber hinaus wurde das Bedürfnis zur Ergänzung der Rechte der Kinder nach dem Übereinkommen (New York) über die Rechte des Kindes und dem Tierschutz im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung erörtert¹²⁾. „Kinder“ im Sinne des Art. 1 nach dem Übereinkommen (New York) sind alle Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

11) Ebenda.

12) Ebenda.

Im Hinblick auf die Entwicklung der Medizin und der Gentechnik und der Probleme, die sie mit sich bringt, handelt es sich hier um neue Grundrechte in der Verfassung, welche die rechtlichen Probleme lösen sollen. Meiner Meinung nach kann die Einführung des Rechts auf Unversehrtheit in die Verfassung als Antwort auf diese Frage dienen, so wie es im deutschen Grundgesetz und in der Europäischen Grundrechtscharta geregelt ist.

III. Änderungsgrundsatz für die Bestimmungen, die sich auf die allgemeine Grundrechtslehre beziehen

1) Grundrechtsträgerschaft

Vor allem unter Bezugnahme der Grundrechtsträgerschaft in der allgemeinen Grundrechtslehre ist es unabdingbar, eine konkrete Studie über die Grundrechtsfähigkeit von natürlichen Personen, juristischen Personen und Ausländern zu machen. Die Angemessenheit der Einführung der Generalklausel über die Grundrechtsmündigkeit in der Verfassung muss erörtert werden.

Die Überschrift des Grundrechtskapitels in der gegenwärtigen Verfassung wurde als „Rechte und Pflichten der Staatsbürger“ festgelegt. Diese verfassungsrechtliche Bestimmung der Grundrechtsträgerschaft - „alle Staatsbürgerin ausnahmslos allen Grundrechten, weicht von der weltweiten Tendenz stark ab und ist als weltfremd anzusehen¹³⁾. Die Eingrenzung der Grundrechtsträger auf die eigenen Staatsbürger muss geändert werden. Da der

13) Ebd., S. 125.

Gesetzeswortlaut einer weiter gehenden Auslegung Grenzen setzt, kann die Frage der Anerkennung der Grundrechtsfähigkeit von Ausländern ohne eine Verfassungsänderung nicht im Wege der Verfassungsinterpretation geklärt werden. Hierbei geht es zuerst um die Unterscheidung zwischen Rechten der Menschen und Rechten der Staatsbürger unter den in der Verfassung geregelten Grundrechten als Voraussetzung zu dieser Verfassungsänderung.

2) Einteilung der Grundrechte nach ihrer Funktion und Wirkung

Hinsichtlich der Einteilung der Grundrechte nach ihrer Funktion muss zunächst einmal die Rechtmäßigkeit des Versuchs, Grundrechten verfassungsrechtlichen Grundsatz- und Doppelcharakter zu verleihen, überprüft und erörtert werden. Nach Art. 10 Abs. 2 KV ist es die Pflicht des Staates, die unverletzlichen grundlegenden Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu schützen. Aus diesem Artikel kann bloß die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates negativ abgeleitet werden. Daher ist die Einführung der verfassungsrechtlichen Grundrechtsbindung des Staates als Ergänzung für diesen Artikel erforderlich, wie in Art. 1 Abs. 3 im deutschen Grundgesetz. Auch eine Angemessenheitsprüfung des Vorschlages, die Drittewirkung der Grundrechte in der Verfassung, wie Art. 35 Abs. 3 der Schweizer Verfassung vorschreibt, ist vonnöten¹⁴⁾.

3) Grundrechtseingriffe, deren Rechtfertigung und Rechtsweggarantie bei Grundrechtsverletzungen

Was die Eingriffe in Grundrechte und ihre Rechtfertigung betrifft, wurde in

14) Ebenda.

Erwägung gezogen, verfassungsimmanente Schranken durch die „verfassungsmäßige Ordnung“, die „Rechte anderer“ und das „Sittengesetz“ einzuschränken¹⁵⁾.

Hinsichtlich der Art und Weise, den Gesetzesvorbehalt in der Verfassung zu regeln, muss zwischen allgemeinen Gesetzesvorbehalten und speziellen Gesetzesvorbehalten entschieden werden. Bei der Frage, ob und inwieweit ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt, wie z.B. in Art. 37 Abs. 2 KV, ohne Änderung in der Verfassung erhalten bleiben kann, ist maßgeblich, wie die spezielleren Gesetzesvorbehalte als zulässige Einschränkungsgründe anerkannt werden. In Art. 37 Abs. 2 KV werden als qualifizierte Gesetzesvorbehalte folgende Einschränkungsgründe aufgeführt: die Sicherheit des Staates, die Aufrechterhaltung der Ordnung und das Gemeinwohl. Im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung wurde die Frage diskutiert, ob die ersten zwei Eingriffsgründe gestrichen werden sollten¹⁶⁾.

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 KV kann niemand bestraft, in Sicherheitsverwahrung genommen oder zur Zwangsaarbeit verpflichtet werden; es sei denn aufgrund eines Gesetzes und eines rechtmäßigen Verfahrens. Fraglich ist, wie die Garantie auf ein rechtmäßiges Verfahren (due process of law) bei einer Freiheitsentziehung durch staatliche Gewalt in Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 KV (vergleichbar mit dem Recht auf eine gute Verwaltung in Art. 41 EU-Grundrechtscharta) mit den Einschränkungsgründen der Grundrechte in Art. 37 Abs. 2 KV vereinbar ist. Hierbei ist das Verhältnis zu den

15) Ebd., S. 127.

16) Ebenda.

Rechtfertigungsgründen der Grundrechtseinschränkung in Art. 37 Abs. 2 KV problematisch. Diesbezüglich wurde der Vorschlag unterbreitet, dass die Klausel für das rechtmäßige Verfahren in Art. 12 KV in Art. 37 Abs. 2 KV integriert werden sollte¹⁷⁾.

Um die Rechtsweggarantie bei der Grundrechtsverletzung zu gewährleisten, hat man sich intensiv mit einer möglichen Einführung des Verbotes des einschränkenden Einzelfallgesetzes (Allgemeinheit des Gesetzes) in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG und dem Zitiergebot in Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG in die Koreanische Verfassung auseinandergesetzt¹⁸⁾. Nach der deutschen Grundrechtslehre sind diese beiden Grundsätze Bestandteile der Schranken, die als Grenzen der Einschränkbarkeit von Grundrechten dienen.

4) Grundpflichten

Bei der Beschäftigung mit den Grundpflichten wurde auch eine Vereinheitlichung der Steuerpflicht in Art. 38 KV und der Wehrpflicht in Art. 39 KV in Erwägung gezogen. Außerdem ging es auch um die Aufnahme der Gehorsamspflicht gegenüber der Verfassungsordnung, die allen gesetzlichen Pflichten als Grundpflicht zugrunde liegt. Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten konnte sich der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung nicht für eine Einführung einigen¹⁹⁾.

17) Ebenda.

18) Ebd., S. 126.

19) Ebd., S. 127.

IV. Die speziellen Grundrechte

1) Gleichheitsgrundrechte und Bestimmungen mit Bezug zu Gleichheitsgrundrechten

Art. 11 Abs. 1 KV regelt den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz und die Rechtsgrundlage, sowie den Regelungsumfang des Diskriminierungsverbotes. Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3 KV regelt, dass gesellschaftliche Privilegierungen nicht anerkannt werden und verliehene Orden nicht an die nächste Generation weitergegeben werden können. Der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung kam ohne Schwierigkeiten zu dem Entschluss, dass diese beiden Grundsätze aus den Bestimmungen der Verfassung gestrichen werden können, weil sie keine essentiellen Bestandteile der Gleichheitsgrundrechte sind²⁰⁾.

In Bezug auf den Änderungsgrundsatz für den Gleichheitssatz in Art. 11 KV wurde vorgeschlagen, den allgemeinen Gleichheitssatz und das Diskriminierungsverbot in Art. 11 Abs. 1 KV zusammen zu fassen und das Verbot der positiven Diskriminierung als „Förderung von Minderheiten“ (affirmative action) in Art. 2 KV neu zu regeln²¹⁾. Eine besondere verfassungsrechtliche Vorschrift gegen die positive Ungleichbehandlung von Frauen konnte nicht aufgenommen werden, da das Geschlecht nicht zu den Gründen des Diskriminierungsverbotes gehört²²⁾.

20) Ebd., S. 128.

21) Ebenda.

22) Ebd., S. 129.

Art. 11 Abs. 1 KV erfasst in der gegenwärtigen Fassung nur drei Kriterien für das Verbot der Diskriminierung; namentlich „Geschlecht“, „Religion“ und „sozialer Status“. Hierbei geht es um die Ergänzung von weiteren Verbotsgründen. Zum Schutz eingebürgerter Staatsbürger und ausländischen Ehegatten wurde der Katalog mit folgenden Gründen: „Behinderung“, „Rasse“ und „Sprache“ erweitert²³⁾.

2) Freiheitsgrundrechte

Die Freiheitsgrundrechte - „Freiheit der Person“, „Achtung der Person“, „Achtung des Privatlebens“, „Meinungsfreiheit“, „Grundrechte mit Bezug zu Informationen“ und „Grundrechte mit Bezug zur Wirtschaft“- sind Streitgegenstände in der Debatte um die Verfassungsänderung.

(1) Freiheit der Person

Die Bestimmungen in der gegenwärtigen Verfassung, die an die Freiheit der Person anknüpfen, sind, in Art. 12, 13, 27 Abs. 3 und Abs. 4 und Art. 28 KV. Art. 12 KV für den verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutzbereich der Grundrechte festgelegt. Er beinhaltet sogar Regelungen für das Strafprozessrecht.

Die Garantie auf ein rechtmäßiges Verfahren (due process of law) in Art. 12 Abs. 1 und Abs. 3 KV ist ein allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsatz, der sowohl für das Strafprozessverfahren als auch für das

23) Ebd., S. 128.

Verwaltungsprozessverfahren im Falle einer Freiheitsentziehung durch Ausübung hoheitlicher Gewalt gilt. Eine intensive Auseinandersetzung mit der Angemessenheit der gegenwärtigen Stellung dieser Verfassungsbestimmung als allgemeiner Grundsatz ist dem vorausgegangen²⁴⁾.

In Bezug auf den Richtervorbehalt kann nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 KV: "Verweis einer richterlichen Anordnung, die durch ein rechtmäßiges Verfahren auf Antrag des Staatsanwalts erlassen wird" nur der Staatsanwalt einen Antrag auf richterliche Anordnung stellen. Diesbezüglich gab es eine Diskussion darüber, ob die Polizei unabhängig von der Staatsanwaltschaft unmittelbar einen Antrag auf richterliche Anordnung stellen darf²⁵⁾.

In der gegenwärtigen Verfassung wird der Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht in Art. 12 KV von der Freiheit der Person, sondern in Art. 27 KV von der Rechtsschutzgarantie geregelt. Hierbei wurde der Vorschlag unterbreitet, dass der besagte Grundsatz von dem Schutzbereich des Art. 12 KV – der Freiheit der Person – umfasst werden solle²⁶⁾.

(2) Achtung des Privatlebens

Nach Art. 17 KV darf die Intimsphäre und die Freiheit des Privatlebens der Staatsbürger nicht verletzt werden. Hierbei handelt es sich um die Abgrenzung zu den Schutzbereichen anderer Grundrechtsvorschriften, die andere unterschiedliche Teilbereiche der Privatsphäre z. B. das Familienleben, die

24) Ebd., S. 132.

25) Ebenda.

26) Ebd., S. 133.

Unverletzlichkeit der Wohnung oder die Achtung des Briefgeheimnisses schützen. Wenn das informationelle Selbstbestimmungsrecht als ein Grundrecht zum Schutz personenbezogener Daten in Art. 17 KV als Vorschrift für die Achtung des Privatlebens neu formuliert wird, entsteht das Problem der Abgrenzung zur Informationsfreiheit, insbesondere dem Recht, sich ungehindert aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren.

(3) Vorschriften, die sich auf die Meinungsfreiheit beziehen

Die Diskussion über die Änderung der Meinungsfreiheit und den Grundrechten mit Bezug auf die Informationsfreiheit mündete in zwei Lösungsvorschlägen²⁷⁾:

- ① Der erste Vorschlag besagt, dass die Informationsfreiheit und das Recht auf Auskunftserteilung gesondert als unabhängiges Grundrecht geregelt werden soll.
- ② Der zweite Vorschlag besagt, dass von Anfang an eine eigenständige Grundrechtsvorschrift unter der Überschrift „Informationsgrundrecht“ gebildet werden soll, die alle Grundrechte, welche die Information als Regelungsgegenstand haben, regeln.

(4) Wirtschaftliche Grundrechte

Die wirtschaftlichen Grundrechte in der bestehenden Verfassung stellen die Bestimmungen über die Freiheit der Berufswahl in Art. 15 KV und Freizügigkeit in Art. 14 KV dar. Bei dem ersten geht es um die Umformulierung des

27) Ebd., S. 139 f.

Wortlautes von der „Freiheit der Berufswahl“ zur „Berufsfreiheit“.

Es wurde in Erwägung gezogen, die Freiheit der Berufswahl und die Freizügigkeit in einer Vorschrift zusammen zu fassen²⁸⁾, weil diese beiden Grundrechte inhaltlich untrennbar miteinander verbunden sind. Die entgegenstehende Ansicht ist der Meinung, beide Grundrechte trotz ihrer Gemeinsamkeit als wirtschaftliche Grundrechte streng voneinander zu trennen, da die Freizügigkeit die Verwirklichung der persönlichen Freiheit darstellt²⁹⁾.

V. Politische Grundrechte

Was die politischen Grundrechte betrifft wurden folgende Vorschläge ausgearbeitet. (Jedoch konnte im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung kein Kompromiss erzielt werden³⁰⁾.)

- ① Das Widerstandsrecht, das in der Präambel der Verfassung mittelbar geregelt ist, soll in die allgemeinen Bestimmungen der Verfassung aufgenommen werden. Darüber hinaus sollen auch, wenn möglich, die Volksinitiative und die Volksabberufung in der Verfassung geregelt werden.
- ② Das, in den allgemeinen Bestimmungen, Berufsbeamtentum (Art. 7 KV) und das Recht zu wählen und sich wählen zu lassen (Art. 24 und Art. 25 KV), sollen als Mitwirkungsrechte zusammengefasst werden.

28) Ebd., S. 141.

29) Ebenda.

30) Ebd., S. 147 f.

- ③ Unter der Voraussetzung, dass das Vertrauensvotum in der Verfassung aufgenommen wird, soll es mit dem Recht des Staatspräsidenten auf eine Volksabstimmung, zusammengeschlossen werden.
- ④ Für die Fortentwicklung der kommunalen Selbstverwaltung soll eine rechtliche Grundlage für Einwohnerabstimmungen und Einwohnerabberufungen in der Verfassung geschaffen werden.

VI. Grundrechte auf positive und normative Handlungen

1) Petitionsrecht

(1) Änderung der Petitionsweise

Gemäß Art. 26 KV haben alle Staatsbürger das Recht, sich nach Maßgabe des Gesetzes mit schriftlichen Petitionen an alle Staatsorgane zu wenden. Bezüglich des verfassungsmäßigen Petitionsrechts soll der Wortlaut „mit schriftlichen Petitionen“ aufgrund der modernen Entwicklung der Kommunikationsmittel geändert werden³¹⁾.

(2) Verbot der Diskriminierung und der Benachteiligung aufgrund der Petition

Den Vorschlag, ein Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot aufgrund

31) Ebd., S. 151.

einer Petitionseinreichung in die Verfassung aufzunehmen, lehnte der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung mit der Begründung ab, dass bereits im Petitionsgesetz ein ausreichender Schutz gewährleistet würde³²⁾. Bei einer inhaltlich strengen Gesetzesanwendung, gibt es keinen Unterschied zwischen einer verfassungsrechtlichen Grundrechtsgewährleistung und einer Garantie von einfachen Gesetzten wegen.

2) Die Militärgerichtsbarkeit

Nach Art. 27 Abs. 2 KV wird ein Staatsbürger, der kein Soldat oder kein Zivilbediensteter der Streitkräfte ist, innerhalb des koreanischen Staatsgebietes nicht vor das Militärgericht gestellt, es sei denn, in den gesetzlich geregelten Fällen im Zusammenhang mit militärischen Wachen, der Versorgung mit giftiger Verpflegung, Kriegsgefangenen, Munitionen sowie Militäranstalten und wenn der außerordentliche Kriegszustand erklärt wurde. Diese Vorschrift fungiert als verfassungsrechtliche Grundlage der Militärgerichtsbarkeit über die Zivilbevölkerung, nicht nur in Ausnahmesituationen, sondern auch in Friedenszeiten.

Diesbezüglich wurde vorgeschlagen, um all die aufkommenden Probleme bezüglich des Militärgerichts zu beseitigen, diese Vorschrift einfach zu streichen und das Gericht abzuschaffen. Streicht man Art. 27 Abs. 1 jedoch ganz, entfällt die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit für den zivilen Staatsbürger nicht nur für den Normalfall sondern auch für Ausnahmesituationen³³⁾. Da die Anerkennung der Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit für zivile Staatsbürger

32) Ebenda.

33) Ebenda.

in Kriegszeiten für unabdingbar erschien, entschied der Sonderausschuss, dass trotz der Probleme der Militärgerichtsbarkeit, die Streichung von Art. 27 Abs. 2 nicht wünschenswert sei³⁴⁾.

3) Grundrechte auf positive und normative Handlungen und auf Schadensersatz vom Staat

Gemäß Art. 29 Abs. 2 KV gilt für Schäden, die Soldaten, Zivilbedienstete der Streitkräfte, Polizeibeamte und andere, durch Gesetz bestimmte Personen im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Dienste bei Kampfhandlungen, Manövern oder bei anderen Gelegenheiten erlitten haben, dass sie über die gesetzlich bestimmte Entschädigung hinaus keinen Schadensersatz vom Staat oder von den öffentlichen Körperschaften für widerrechtliche dienstliche Handlungen von Staatsbeamten verlangen können. Obwohl sich die Einschränkungen der Grundrechte auf positive und normative Handlungen und auf Schadensersatz vom Staat nur auf die in Art. 29 Abs. 2 KV genannten Personen beziehen, die bei ihrer Ausübung zu Schaden gekommen sind und wegen der Verletzung der Gleichheitsgrundrechte für verfassungswidrig gehalten werden könnten, kann Art. 27 Abs. 2 KV kein Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Nach dem Koreanischen Verfassungsgerichtsgesetz können die Vorschriften der Verfassung nicht Objekt der Verfassungsbeschwerde sein. Der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung einigte sich darauf, dass dieses Problem nicht ohne eine Verfassungsänderung gelöst werden kann³⁵⁾.

34) Ebd., S. 151 f.

35) Ebd., S. 152.

VII. Soziale Grundrechte

Die Grundrechte, die als soziale Grundrechte in der bestehenden Koreanischen Verfassung klassifiziert werden, sind das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein, Arbeit, Bildung, kollektive Koalitionsfreiheit, sowie kollektive Arbeitsrechte, Umweltgrundrechte, Schutz der Ehe, des Familienlebens, der Mutterschaft und auch der Gesundheitsschutz.

1) Die Systematik der sozialen Grundrechte

Was die Systematik der sozialen Grundrechte in seiner jetzigen Form anbelangt ist die überwiegende Meinung, sie solle ohne große Veränderungen bleiben. Bezuglich der inhaltlichen Konkretisierung gibt es jedoch Uneinigkeiten³⁶⁾:

- ① Die Vorschrift für den Gesundheitsschutz in Art. 36 Abs. 3 KV als Recht auf Gesundheit sollte vom Schutz der Ehe, des Familienlebens, der Mutterschaft getrennt werden, weil sie ein unabhängiger Regelungsgegenstand sei.
- ② Die Umweltgrundrechte, geregelt in Art. 35 KV, sollen hinter die Vorschriften zum Schutz der Ehe, des Familienlebens und der Mutterschaft treten.
- ③ Die Vorschrift der Verbraucherschutzbewegung in Art. 124 KV soll als Recht der Verbraucher umgeändert und am Ende der sozialen Grundrechte angeordnet werden.

36) Ebd., S. 155.

Gegen den Vorschlag, das Recht auf ein menschenwürdiges Dasein von den untergeordneten Bestimmungen loszulösen und als eine eigenständige Grundsatzbestimmung und als Auffanggrundrecht für die sozialen Grundrechte zu ändern, bildete sich aus folgenden Gründen eine entgegenstehende Meinung³⁷⁾.

- ① Aus der Befürchtung, das Recht auf menschenwürdiges Dasein als solches könne völlig an Bedeutung verlieren.
- ② Außerdem bestehe die Möglichkeit einer Verdoppelung anderer Auffanggrundrechte, die ihren Ursprung in der Allgemeinheit des Begriffs vom menschenwürdigen Dasein haben.
- ③ Auch besteht die Gefahr der Aushöhlung der Normativität untergeordneter Bestimmungen.

2) Die Regelungsweise und Ausdrucksform der Bestimmungen sozialer Grundrechte

Im Hinblick auf die Regelungsweise der sozialen Grundrechte wurden Vorschläge unterbreitet, die bisherige Regelungsweise der Rechte beizubehalten und die staatlichen Pflichten wie „Schutz der Ehe“, des „Familienlebens“, der „Mutterschaft“ und „Gesundheit“ so umzugestalten, dass die ersten beiden geschützten Rechtsgüter in das Recht auf Eheschließung und Familiengründung umformuliert werden und den Gesundheitsschutz in das Recht auf körperliche und geistige Gesundheit umzugestalten³⁸⁾. Die Formulierung der sozialen Grundrechtsnormen soll von der gegenwärtigen Grundstruktur als

37) Ebenda.

38) Ebenda.

Gesetzgebungsauftrag bzw. Staatszielbestimmung allmählich zu einer Staatspflicht modifiziert werden³⁹⁾.

3) Die Konvertierung der sozialen Grundrechte zum Sozialstaat als Staatszielbestimmungen

Wenn die sozialen Grundrechte als Bestimmungen in der Verfassung vorgeschrieben werden, dann stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Normativität der sozialen Grundrechte verwirklicht werden können. Wegen der Schwierigkeit, die Normativität der sozialen Grundrechte als Grundrechte durchzusetzen, wurden sie aus dem Grundrechtskatalog im Deutschen Grundgesetz ausgeschlossen. Stattdessen wurde das Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmung ins Grundgesetz aufgenommen. Für die Koreanische Verfassung wurde vorgeschlagen, die sozialen Grundrechte aus dem Grundrechtskatalog zu streichen und an ihrer Stelle das Sozialstaatsprinzip als Staatszielbestimmung einzufügen. Da jedoch Gegenmeinungen laut wurden, konnte dieser Entwurf nicht angenommen werden⁴⁰⁾.

4) Recht auf Arbeit

Gemäß Art. 32 Abs. 1 Satz 1 KV haben alle Staatsbürger das Recht auf Arbeit. Gemäß Art. 32 Abs. 1 Satz 2 KV hat der Staat auf soziale und wirtschaftliche Art und Weise die Beschäftigung der Arbeitsnehmer zu fördern und sich um angemessene Löhne zu kümmern und einen Mindestlohn nach Maßgabe des Gesetzes zu garantieren. Art. 32 Abs. 2 KV besagt: „Alle Staatsbürger haben die

39) Ebenda.

40) Ebd., S. 156.

Pflicht zu arbeiten. Der Staat bestimmt Inhalt und Bedingung der Arbeitspflicht nach demokratischen Grundsätzen durch Gesetz“. Nach Art. 32 Abs. 3 werden die Arbeitsbedingungen durch Gesetz in der Weise bestimmt, dass die Würde des Menschen gewährleistet wird.

Es kam der Vorschlag auf, Satz 2 aus Absatz 1 heraus zu lösen und mit Absatz 2 und 3 neu zu verknüpfen.⁴¹⁾ So soll die Pflicht zu arbeiten (Art. 32 Abs. 2 KV) an das Ende der Regelung gestellt werden.

Der konkrete Inhalt des Entwurfs der Regelungen, mit arbeitsrechtlichem Bezug sieht wie folgt aus⁴²⁾:

- ① Das Verbot der ungerechtfertigten Entlassung soll geregelt und die Arbeitsvermittlung, sowie die Berufsausbildung beispielhaft für die Garantie des Arbeitsverhältnisses aufgelistet werden.
- ② Die Bestimmung von der Gleichheit der Arbeitsbedingungen bezüglich der Löhne und der übrigen Arbeitsbedingungen sind vorzuschreiben.

5) Kollektive Koalitionsfreiheit und kollektive Arbeitsrechte

Gemäß Art. 33 Abs. 2 KV haben nur die im Gesetz genannten Staatsbeamten ein Organisations-, Tarif-, und Streikrecht. Dass das Recht auf kollektive Koalitionen, Kollektivverhandlungen und auf Kollektivmaßnahmen für bestimmte Berufsgruppen keine Geltung hat, ist unvermeidlich. Diese Grundrechtseinschränkung dieser Staatsbeamten kann nicht durch

41) Ebenda.

42) Ebenda.

verfassungsrechtliche Bestimmungen, sondern nur durch Gesetz festgelegt werden. Aus diesen Gründen wurde die Ansicht geäußert, dass die gegenwärtigen Bestimmungen ohne Veränderung erhalten bleiben müssen⁴³⁾.

Nach Maßgabe des Gesetzes kann das Streikrecht der Arbeitnehmer, die in der Rüstungsindustrie tätig sind, gemäß Art. 33 Abs. 3 KV eingeschränkt oder versagt werden. Über die besagte Einschränkbarkeit haben sich zwei Lager gebildet⁴⁴⁾. Die einen befürworten die Streichung, die anderen sind gegen die Abschaffung Art. 3 Abs. 3 KV.

6) Recht auf ein menschenwürdiges Dasein

Im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung wurden verschiedene Ansichten über die Änderung des Art. 34 KV ausgetauscht. Eine Übereinstimmung konnte jedoch nicht erzielt werden⁴⁵⁾.

Art. 34 Abs. 5 KV schützt die Staatsbürger, die ihren Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten können. Es wurde diskutiert, ob von den in Art. 34 Abs. 5 KV aufgelisteten Gründen, die „Behinderung“ gestrichen werden sollte. Im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung kam auch die Frage auf, ob die Notwendigkeit bestehe, eine eigene Vorschrift für die soziale Unterstützung und Integration Behindter zu erarbeiten, oder, ob sie allgemein mit dem sozialen Schutz und der Integration älterer Menschen zusammengefasst werden könne⁴⁶⁾.

43) Ebd., S. 157.

44) Ebenda.

45) Ebenda.

46) Ebenda.

Der Vorschlag auf Einführung eines Existenzminimums – einschließlich der Nahrung, Bekleidung und Wohnung – als Kriterium für das Untermaßverbot für soziale Grundrechte wurde unterbreitet⁴⁷⁾. In den Diskussionen diesbezüglich konnte jedoch keine Einigung erzielt werden⁴⁸⁾.

7) Umweltgrundrechte

Hinsichtlich der Gewährleistung der Umweltgrundrechte wurde das Vorhaben im Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung diskutiert, die in Art. 35 Abs. 1 KV verankerte Pflicht des Staates, die Umwelt zu schützen als Staatszielbestimmung in Abs. 2 zu regeln.

Außerdem führte der Vorschlag zu der Diskussion, ob eine Regelung zum Schutze der nachhaltigen und umweltgerechten Entwicklung Einzug erhalten sollte. Und auch, ob der in Art. 35 Abs. 3 KV geregelte Anspruch auf Schaffung ausreichender Wohnräume bzw. auf Zuweisung einer Wohnung gestrichen und in den Schutzbereich des Rechts auf ein menschenwürdiges Leben fallen soll. Zu einer Einigung über diese Streitpunkte kam es allerdings nicht⁴⁹⁾.

8) Schutz der Ehe, des Familienlebens, der Mutterschaft und der Gesundheit

Den Schutz der Ehe, des Familienlebens und der Mutterschaft betreffend wurde der Vorschlag gemacht, das Recht auf Eheschließung und Familiengründung als ein Grundrecht zusammenzuknüpfen und im ersten Absatz zu verankern. Der

47) Ebenda.

48) Ebd., S. 158.

49) Ebenda.

Schutz der Ehe, der Eheschließung und der Mutterschaft soll im nächsten Absatz folgen⁵⁰⁾.

Was den Schutz der Ehe, des Familienlebens, der Mutterschaft und den Gesundheitsschutz anbelangt wurde die Meinung geäußert, den Artikel über den Schutz des Familienlebens für die materielle Gewährleistung der Berufsfreiheit neu in der Verfassung zu regeln. Der Gesundheitsschutz soll außerdem von dem Artikel über die Ehe und das Familienleben getrennt und als ein Grundrecht auf körperliche und geistige Unversehrtheit im Eingangsabsatz des selbstständigen Artikels geregelt werden. Die Pflicht des Staates zum Gesundheitsschutz folgt in den nächsten Absätzen⁵¹⁾.

Es ist nicht nötig, neben dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz eine eigenständige Norm zur Sicherung der Gleichheit in der Ehe und im Familienleben zu erlassen. Die Gleichstellung ist bereits im Gleichheitssatz mit inbegriffen⁵²⁾.

9) Verbraucherschutzbewegung

Art. 124 KV garantiert als Staatsziel nach Maßgabe der Gesetze den Verbraucherschutz, das Verbraucherverhalten und die Bestrebung zur Verbesserung der Produktqualität. Trotz des Wortlautes als Staatszielbestimmung wird teilweise vertreten, dass der Artikel als Grundrecht interpretiert werden müsse.

50) Ebenda.

51) Ebenda.

52) Ebenda.

Obwohl der Vorschlag, dass das Recht auf einen gesicherten und vernünftigen Verbrauch im Eingangsabsatz am Ende der Bestimmungen steht und erst danach die Pflicht des Staates zum Verbraucherschutz als untergeordneter Absatz nachfolgt, konnte der Sonderausschuss aber zu keiner Übereinstimmung gelangen⁵³⁾.

10) Recht auf Bildung

Das Grundrecht auf Bildung in der Koreanischen Verfassung ist an die Regelung des Art. 31 KV angelehnt. Dieses Grundrecht wird im Allgemeinen als soziales Grundrecht eingestuft. Es enthält aber auch einen freiheitsgrundrechtlichen Charakter. Der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung vereinbarte bei der Verfassungsänderung, die in der Verfassung unbenannten folgenden Grundrechtstatbeständen zu beachten⁵⁴⁾: Recht der Kinder auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf schulischen Unterricht, Recht auf eine obligatorische Mittelschulausbildung, Privatschulfreiheit als konkretes schulbezogenes Elternrecht, Recht auf Teilhabe im Schulbetrieb, Recht der Lehrer auf Erziehung und die Autonomie der Universität als Grundrecht. Diese Tatbestände vom Recht auf Bildung wurden von den Entscheidungen des Koreanischen Verfassungsgerichts abgeleitet.

Außerdem gelangte der Sonderausschuss für die Grundrechtsänderung in folgenden Punkten zu einer Übereinstimmung⁵⁵⁾:

53) Ebenda.

54) Ebd., S. 159 f.

55) Ebd., S. 160.

- ① Art. 31 Abs. 2 und Abs. 3 werden zusammengelegt. In diesem Artikel soll der verpflichtende Schulbesuch von der Elementar- bis zur Mittelschule gesetzlich erweitert werden.
- ② Die Pflicht des Staates nach Art. 31 Abs. 5 KV Weiterbildungen zu fördern, wird hinter den in Punkt 1 neu formulierten Artikel platziert.
- ③ Die Unabhängigkeit, die Spezialität und politische Neutralität des Bildungswesens in Art. 31 Abs. 4 KV sollen getrennt von der Autonomie der Universitäten in Art. 31 Abs. 4 KV geregelt werden. Letzteres wird hinter Art. 22 Abs. 1 KV („alle Staatsbürger genießen die Freiheit der Wissenschaft und Künste“) in Abs. 2 („die Autonomie der Universität wird nach den Gesetzen anerkannt“) geregelt.

한국에서의 헌법개정논의에 대한 분석

– 특히 정부형태 및 국회에 대한 논의와 관련하여

송 석 윤

서울대 법과대학 교수, 법학박사

Analyse der Diskussion zum Thema:
Verfassungsreform in Südkorea.
Insbesondere im Hinblick auf die Reform der
Regierungsform und des Parlaments

Song, Seog-Yun

Professor an der juristischen Fakultät der
Seoul National Universität



한국에서의 헌법개정논의에 대한 분석

– 특히 정부형태 및 국회에 대한 논의와 관련하여

송 석 윤 | 서울대 법과대학 교수, 법학박사

I. 정부형태와 관련된 헌법개정의 약사

1948년에 나라를 세웠던 헌법이 만들어진 이후 한국에서 헌법은 모두 아홉 번 개정 또는 제정되었다. 이승만 정권에서 헌법이 두 번 개정되었는데 개정의 목적은 기본적으로 대통령의 임기를 연장하려는 것이었다. 권위주의를 극복하고 민주 정부를 세우려 했던 1960년의 4월 혁명이 성공한 후 새로운 헌법개정이 있었는데 이는 내각제 정부형태를 도입하는 것이었다. 4월 민주정은 미처 정착되기도 전인 1961년에 발발한 군사쿠데타에 의해 종식되었다. 군사정부는 새로운 헌법을 제정했는데 이 헌법은 4년 중임제의 대통령을 중심으로 하는 대통령제 정부형태를 택하였다.

군사쿠데타와 함께 등장한 박정희 정권은 1969년에 박정희대통령이 대통령선거에 세 번째로 출마하는 것을 가능하게 하기 위해 헌법을 개정하였다. 이어서 1972년에는 결국 위로부터의 쿠데타를 일으켜 대통령의 중임제한을 철폐하는 새로운 헌법을 제정함으로써 영구집권의 가능성을 열었다. 1972년의 헌법에 따르면 대통령은 국민이 직접 선출하는 것이 아니라 통일주체국민회의에 의해 간접으로 선출되었다. 통일주체국민회의의 대의원선거에 정당이 참여하는 것은 허용되지 않았다. 대통령은 또한 국회의원의 3분의 1에 대한 임명권을 지녔으며 초헌법적인 효력을 지니는 긴급조치를 선포하는 권한을 지녔다. 1979년에 이르러 국민들의 민주화에의 요구가 확산되는 가운데 박정희대통령은 중앙정보부장에 의해 살해되었다.

1979년과 1980년의 민주화 운동은 전두환장군이 다시 한 번 군사쿠데타를 일으킴으로써 좌절되었다. 1980년의 군사쿠데타 이후에 새로이 제정된 헌법에 의하면 대통령은 선거인단에 의해 간접적으로 선출되었다. 이 헌법에서 대통령의 임기는 7년이었는데 재선의 가능성은 배제되었다. 이러한 단임제가 형성된 배경으로는 민주적 정당성이 결여된 군사정권이 단임제를 도입함으로써 정당성을 보완하려 했다는 점을 들 수 있다. 전두환대통령의 임기는 문자 그대로 권위주의 정부에 의해 자행되는 억압과 이에 대한 끊임없는 저항으로 점철되던 시대였다. 국민들의 민주화 요구는 점차 거세졌고 국민들의 압박이 최고조에 다를 1987년 6월에 권위주의정권은 민주화로의 길을 열어야만 했다. 6월 민주화 운동에서의 대표적인 표어는 대통령직선제였다.

1987년의 헌법이 제정된 이후 권위주의체제의 잔재는 단계적으로 극복되었다. 노태우, 김영삼, 김대중, 노무현 대통령이 재임하고 일년 전에 이명박 정부가 들어서는 정권교체가 헌법의 개정 없이 진행됨으로써 헌법은 규범적 효력을 획득하게 되었다. 헌법의 특성을 “절차를 가능하게 하고 이를 보장, 형성, 안정화 및 합리화시키며 권력을 제한하고 무엇보다 개인의 자유를 확보하는 기능(K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.Aufl, Heidelberg 1993, 방주31)”이라고 이해할 때 한국사회는 이제 실제로 기능하는 헌법을 지니게 되었다고 할 수 있다. 이것이 물론 한국의 현정생활에서 더 이상 어떠한 문제도 존재하지 않음을 의미하지는 않는다. 하지만 한국의 현정생활에서의 문제상황은 매우 빠른 속도로 안정된 입헌국가에서의 상황과 유사해지고 있는 바 이는 정부형태나 의회의 개혁과 관련된 헌법개정 논의에서도 드러나고 있다.

II. 현행헌법하에서 정부형태의 기본구조: 내각제적 요소를 포함하는 대통령제 정부형태

1. 대통령

헌법 제66조의 조항들은 한국헌법의 정부형태가 기본적으로 대통령제임을 보여주고 있다. 동조 제1항은 “대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다”라고 하고 있으며, 동조 제2항은 “대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 나아가 동조 제4항은 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”라고 하여 대통령이 행정부 권력의 중심임을 명시하고 있다. 한국국민이 권위주의적 대통령제로부터 겪었던 경험으로 인해 헌법제정자는 대통령의 권력을 제한하려 노력하였다. 대통령의 임기를 5년으로 하고 중임의 가능성을 배제하는 헌법 제70조의 내용은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다. 중임을 허용하지 않는 5년 단임제가 채택된 것에 대해 이는 헌법제정 당시 대통령에 당선될 가능성이 있었던 대표적인 정치인들 사이의 타협의 결과에 불과하다는 비판도 존재한다. 하지만 대통령의 중임을 허용하지 않음으로써 적어도 지금까지는 정권의 교체를 용이하게 했고 이로써 민주적 입헌국가의 정착에 기여한 바가 적지 않음을 부정하기 어렵다.

2. 국무총리와 국무회의

한국의 헌법은 대통령제 정부형태를 취하고 있지만 미국과 같은 전형적인 대통령제 정부형태의 모습은 아니다. 한국의 대통령제 정부형태는 부통령 대신에 국무총리를 두고 있으며 또한 국무회의와 같은 제도를 구비하고 있는데 이들은 내각제 정부형태의 중요한 요소들이다.

헌법 제86조에 의하면 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하는데(동조 제1항), 국무총리는 대통령을 보좌하며 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할하는 기능을 수행한다. 국무총리제도와 관련해서 국무총리의 임명에 대해 국회가 행사하는 임명동의권의 성격과 범위에 대해 논란이 있다. 특히 대통령이 소속된 정당이 국회의 다수의석을 점하지 못하는 상황에서 의회의석의 다수를 점하는 야당이 대통령이 동의를 요구하는 국무총리후보자에 반대하는 경우에 대통령이 정부를 어떻게 구성할 것인가가 문제되지 않을 수 없다. 현재까지는 의회의 다수야당이 자신의 총리후보자를 대통령이 지명하도록 하여 스스로 내각을 구성한

적은 없었다. 그 이유는 아직 의회주의적 전통이 충분하지 못한 때문일 수도 있다.

헌법 제87조에 따르면 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하며(동조 제1항), 또한 국무총리는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다(동조 제2항). 하지만 국무위원의 임명 및 해임과 관련된 국무총리의 이러한 권한은 국무총리가 지니는 실질적인 정치권력에 의해 좌우된다.

헌법 제88조는 국무회의에 대해 규정하고 있는데 이는 내각제 정부형태의 각료회의와 유사하다. 국무회의는 대통령, 국무총리 및 국무위원으로 구성되는데 국무위원은 기본적으로 동시에 행정각부의 장이다. 하지만 국무회의의 권한은 행정부의 권한에 속하는 중요정책을 단지 심의하는 데에 그치고 있다(헌법 제88조)

3. 한국현법상 정부형태

정부형태와 관련된 이러한 헌법조항들을 배경으로 현행현법상 정부형태를 어떻게 이해할 것인가에 대해 논의되고 있다. 이와 관련된 전형적인 문제로서 헌법 제63조 제1항이 규정하는 국회의 국무총리 및 국무위원에 대한 해임건의권을 들 수 있다. 이러한 해임건의권이 대통령을 법적으로 기속하는가의 여부와 관련하여 다수의 견해는 해임건의의 의결이 대통령을 법적으로 기속하지는 않으며 단지 정치적 의미만을 지닐 뿐이라고 보고 있다.

그밖에 국무총리의 지위나 국무회의의 권한 등 다양한 문제를 종합적으로 바라볼 때 다수의 학설과 헌법재판소의 결정은 한국현법상의 정부형태는 기본적으로 대통령제이며 내각제적 요소가 부분적으로 포함되어 있을 뿐이라고 본다.

III. 정부형태의 변화에 대한 논의

한국에서 헌법개정에 대한 논의가 있을 때마다 정부형태의 문제는 논쟁의 중심을 이루었고 이러한 상황은 현재도 크게 다르지 않다. 헌법개정에 대한 논의에서 대중의 관심을 모으는 정치적 추진력 역시 정부형태의 문제임을 부인하기 어렵다.

정부형태에 대한 논의는 주로 민주적 책임성, 안정성 및 효율성이라는 관점에서 이루어지고 있다. 즉 어느 정도의 민주화가 달성된 현재의 상황에서 민주적 책임성을 기초로 효율적이고 안정적으로 작동하는 정부형태에 대한 모색이 이루어지고 있는 것이다. 헌법개정의 논의에서 대통령제, 내각책임제 및 이원정부제라고 불리는 혼합형 정부형태 등 모든 유형의 정부형태가 각각의 장단점과 관련하여 언급되고 있다. 여기서는 이러한 정부형태들에 대한 찬반논의의 중요한 부분을 소개 하려 한다.

1. 미국의 모델에 따른 순수한 대통령제

헌정의 민주화와 함께 대통령이 소속된 정당이 국회에서 다수의석을 점하지 못하는 여소야대의 상황이 더 이상 예외적이지 않고 흔히 발생하는 일상적인 현상으로 되고 있다. 또한 대통령의 임기 중반에 실시되는 국회의원선거나 지방의회 및 지방자치단체장의 선거에서 대통령이 소속된 정당이 배패하거나 집권세력이 연관된 부정부패사건이 발생할 경우 대통령의 정치적 권력이 조기에 약화되고는 한다. 이러한 여소야대의 상황과 조기의 레임덕 현상으로 인해 중임의 가능성성이 배제된 5년 임기의 대통령제를 개선하여 임기를 4년으로 하는 대신에 한번의 재선 가능성성을 열어두자는 주장이 제기되고 있다. 이러한 4년 중임제 개헌안은 국민일반이나 전문가를 대상으로 하는 여론조사에서 다른 대안들에 비해 가장 많은 지지를 받고 있다.

2007년에 노무현대통령이 대통령의 임기를 4년으로 줄이고 재선의 가능성을 열어서 책임정치를 가능하게 하자는 취지의 개헌안을 발표한 바 있다. 노무현대통령의 제안의 중요한 논거는 1987년의 헌법제정 이후 20년이 지난 시점에서 대통령과 국회의원의 임기가 비슷한 시점에서 종료되므로 시기적으로 적절하다는 것 이었다. 즉 대통령의 임기가 5년이고 국회의원의 임기는 4년이어서 대통령선거와 국회의원선거의 조합이 불규칙적으로 이루어지는 상황에서 대통령과 국회의원의 임기만료기간이 거의 일치하는 2007년이야말로 헌법을 개정할 수 있는 적절한 시점이며 이 기회를 놓치면 다시 20년을 기다려야 한다는 것이다. 대통령의 임기

말에 이루어진 헌법개정의 제안은 헌법의 전면개정이 아니라 대통령의 임기와 재선가능성만을 대상으로 했으므로 ‘원 포인트 개헌’이라고 불렸다. 이러한 헌법개정의 제안은 헌법개정에 대한 매우 포괄적이고 진지한 논의를 촉발하였다. 하지만 이러한 제안에 대해 야당이 반대하고 여론의 지지도 높지 않았다. 주된 논거는 제안의 내용보다는 정권말기라는 시점이 적절하지 않다는 것이었다. 이에 따라 노무현대통령의 제안은 정치적인 제안에 그치고 헌법개정의 법적인 절차에 이르지는 못하였다.

하지만 4년 중임제 헌법개정안 자체에 대한 비판 역시 적지 않았다. 대통령의 임기를 4년으로 하여 대통령과 국회의원의 임기를 일치시키면 여소야대 현상의 가능성을 감소시키기는 하겠지만 이를 기본적으로 배제할 수는 없다는 의견이 있었다. 또한 다른 한편으로 한국정치의 현실을 감안할 때 대통령이 소속된 정당이 동시에 다수의 의회의석을 장악할 경우에 발생하는 위험에 대해서도 이를 결코 간과해서는 안 된다는 견해도 적지 않았다. 4년 중임제 헌법개정안에 대한 이러한 비판적 견해의 배경에는 정부형태에 대한 헌법의 개정으로 정치가 개선될 수 있을까에 대한 회의적인 생각이 놓여있었다.

국무총리제도에 대한 개정논의도 있다. 핵심적인 논거는 국무총리제도는 기본적으로 대통령제에 어울리지 않는다는 것이다. 또한 대통령이 임기종료 이전에 궤위되거나 사고로 직무를 수행할 수 없을 때 국민으로부터 직접 선출되지 않아서 민주적 정당성이 취약한 국무총리가 권한대행으로서의 역할을 제대로 수행하기 어렵다는 지적도 있다. 이처럼 국무총리제도를 폐지하자는 견해에 대해 대통령제 하에서도 국무총리제도를 두는 것이 비교헌법적으로 볼 때 예외적인 현상이 아니라는 점, 국무총리제도 대신 도입하려는 부통령제 역시 한국의 헌정사에서 실시했던 경험에 비추어보거나 미국에서의 경험을 볼 때에 제도적 대안으로 전혀 문제가 없는 것은 아니라는 점 등이 지적되고 있다.

2. 내각책임제 정부형태

한국이 일본제국주의의 식민지지배로부터 독립하여 나라를 건설하고 처음으로

헌법을 제정하던 1948년부터 내각책임제 정부형태는 대통령제의 대안으로 주목을 받아온 제도이다. 내각책임제 정부형태는 대통령제가 권위주의화되었던 이승만 정권을 극복했던 1960년의 민주혁명 이후 실제로 도입된 적도 있었다. 하지만 민주정부가 1961년의 군사쿠데타로 인해 물러나면서 내각책임제의 짧은 실험도 종료되었다. 이후의 권위주의체제 하에서 내각책임제 정부형태는 특히 권위주의적 정치세력에 의해 불안정한 정부형태의 전형적인 예로 격하되어 인식되었던 경향이 있다. 하지만 오늘날 대통령제 정부형태가 대통령에게 지나치게 많은 권력이 집중되는 승자독식의 구조이기 때문에 권력집중적인 이른바 제왕적 대통령제라는 지적이 있다. 또한 민주화 이후 대통령을 역임한 정치인들의 업적에 대한 평가도 크게 긍정적이지 않은 상황에서 내각책임제를 지지하는 여론이 다수에 이르지는 못하더라도 점차 증가하고 있다고 보인다.

내각책임제를 지지하는 입장에서 볼 때 정부가 의회다수파를 기반으로 형성되고 의회의 불신임에 의해 퇴진해야 하는 내각책임제 정부형태야말로 민주적 책임성의 원리에 부합하는 가장 이상적인 제도이다. 또한 내각책임제 정부형태에서는, 소수파정부가 들어서는 예외적인 상황을 제외한 일반적인 경우에 여소야대의 상황을 피할 수 있으며 내각과 의회가 서로 협조하면서 공화적인 협력관계가 형성되는 것을 기대할 수 있다는 점이 강조되고 있다. 내각책임제 정부형태에서는 국가권력을 소수파와 분점하는 것이 상대적으로 용이한데, 이는 특히 북한의 인구가 남한의 절반이고 국력 면에서 남한에 비해 현격히 뒤처지는 남북분단의 현실에서 통일을 위해 보다 더 유리한 제도라는 점도 지적되고 있다.

한편 내각책임제 정부형태에 대한 반론 역시 만만치 않은데 이러한 반대론은 주로 내각책임제 정부형태 자체가 지니는 문제점보다는 이를 도입한 후 제도가 제대로 기능하는 데에 필요하다고 보이는 정치적 전제조건의 충족여부에 주의를 기울인다. 내각책임제의 도입에 비판적인 입장에서는 내각책임제 정부형태가 성공하는 데 불가피한 전제조건인 안정적이고 민주적인 정당체제와 상호 적대적인 정치세력 간의 타협을 가능하게 하는 의회주의 전통이 결여되어 있음을 지적하고 있다. 또한 한국의 민주화를 정치지도자보다 일반대중의 강력한 의지가 주도해왔으며 일반적으로 국민대중이 정치적 대표자나 정당 등에 대한 신뢰가 높지 않다는

현정의 현실을 고려할 때 국민이 대통령을 직접 선출함으로써 지니는 정부형성권을 포기하려 할지는 확실하지 않다. 현행 헌법에 의하면 어떠한 유형의 헌법개정도 국회의 의결 이후에 국민투표에 회부되어야 하는 바 내각책임제를 도입하기 위해 국민을 설득하기란 쉽지 않은 과제이다.

3. 혼합형 정부형태

혼합형 정부형태의 전형적인 예는 프랑스인데 이러한 정부형태가 한국에 소개되어 본격적으로 논의된 것은 1980년대에 권위주의체제에서 민주주의로의 이행기 때였다. 혼합형 정부형태의 모델은 군위주의세력과 민주세력이 상호 갈등하고 충돌하는 상황에서 양 세력간의 타협을 모색하는 방안으로 논의되었다. 양 세력간의 갈등이 고조되는 상황에서 대통령이 외교와 국방에 관한 권한을 지니고 국무총리와 내각이 내정을 담당하는 방식으로 국가권력을 분할하게 할 수 있는 이 제도는 나름의 매력을 지녔었다. 또한 혼합형 정부형태의 주요한 논거로 민주화가 초래할 안보의 위협이 강조되던 상황에서 평상시에는 내각이 국정을 주도하지만 비상시에는 대통령이 비상대권을 행사할 수 있다는 점도 강조되었다. 하지만 당시의 상황에서 국민과 지도적인 민주정치인들은 국민이 직접 선출한 대통령에 의해 주도되는 즉각적인 민주화를 강력하게 요구하였고 이에 따라 혼합형 정부형태는 선택되지 않았다.

혼합형 정부형태를 도입하자는 주장은 오늘날에도 있다. 하지만 이러한 주장은 권위주의세력과 민주세력의 타협을 추구했던 과거의 상황과는 무관하게 전개되고 있다. 혼합형 정부형태는 오늘날에도 국가권력이 한 곳으로 지나치게 집중되는 대통령제 정부형태와 불안정한 정부에 대한 우려가 여전히 있는 내각책임제 정부형태 사이에서 나름대로 합리적인 대안으로 논의되고 있다.

하지만 혼합형 정부형태는 대통령제와 내각책임제 사이에 존재하는 정부형태로서 개념정의부터가 쉽지 않다는 문제가 있다. 혼합형 정부형태를 선호하는 헌법학자들 중 현행헌법의 정부형태를 내각제적 요소를 지닌 대통령제가 아니라 혼합형 정부형태로 이해하는 경우가 적지 않은데 이러한 헌법해석상의 혼돈은 혼합형 정

부형태의 개념정의의 문제와 무관하지 않다. 혼합형 정부형태를 도입한다고 하여도 의회의 다수가 선거에 따라 변하는 상황 속에서 대통령과 국무총리 및 내각 사이에 국가권력을 구체적으로 어떻게 배분할 것인가의 문제는 그리 단순하지 않을 것이다. 또한 대통령제 정부형태와 내각책임제 정부형태의 각 요소들이 혼합된 정부형태에서 실제로 각 정부형태의 장점이 결합되어 나타날 것인지, 아니면 단점의 결합에 그칠 것인지의 여부도 확실하지 않다. 나아가 한국의 정치현실에서 이 제도가 도입되기 위해서는 이 제도가 민주화 이전에 권위주의세력과 민주세력간의 타협을 위한 도구로 사용되었던 역사적 경험으로부터 탈피할 필요가 있는데 혼합형 정부형태에 대해 대중에게 각인된 인상이 사라질 수 있는지는 여전히 의문이 아닐 수 없다.

4. 정부형태의 헌법개정에 대해 신중한 입장

다양한 형태를 지니고 등장하는 정부형태의 개정론에 대해 정부형태의 개정을 위해서는 매우 조심스럽게 깊이 생각하면서 문제에 접근해야 한다는 생각 역시 비교적 조용하지만 광범위하게 퍼져있다. 오늘날 한국에서 벌어지고 있는 정부형태에 대한 헌법개정의 논의는 그 논거에 있어 법적으로 구체적이면서도 불가피한 사유를 제시하지 못하고 있다. 헌법개정을 요구하는 긴급하고 구체적인 사유가 존재하지 않고 또한 정부형태에 대한 국민과 정치권의 생각이 매우 다양하여 헌법개정의 내용에 대한 합의를 도출하기 어려운 상황에서는 헌법개정을 서두를 이유가 없다는 것이다.

대통령제 정부형태, 내각제 정부형태 또는 혼합형 정부형태와 같은 고전적인 정부형태들 중 어떤 것을 선택한다고 하여 그 자체로 성공이 보장되지는 않는다. 어떠한 정부형태가 보다 우월하고 열등하다는 객관적인 기준은 존재하지 않기 때문이다. 특정한 정부형태가 작동하는 데에 있어 그 배경이 되는 정치문화가 충분히 성숙되어 있는가, 그리고 특정한 정부형태가 이러한 정치문화와 잘 어울리는가가 훨씬 중요한 문제이다. 타협과 절충에 익숙하며 책임을 질 줄 아는 제대로 기능하는 국회, 민주적이면서도 안정된 정당질서, 정부형태와 정치체계 전반에 대한 국

민적 합의 등이 이러한 정치문화적 배경에 속할 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 정부형태에 대한 헌법개정만으로 보다 더 성숙한 정치문화의 형성에 기여할 수 있을 것인가는 회의적이지 않을 수 없다.

정부형태에 대한 헌법개정에 대해 의문을 제기하는 입장에서는 오히려 오늘날 한국헌정에서의 문제가 헌법에 있는지 아니면 정치에 있는 것인지를 묻는다. 만일 문제가 정치 자체에 있는데 정치의 실패의 원인을 다른 곳에서 찾는다면 이는 문제의 본질을 호도하는 것에 불과하며 문제해결에 커다란 도움이 되지 않는다는 것이다. 정치공동체를 규율하는 최고의 법으로서 헌법이 지니는 특성을 고려할 때 전혀 문제가 없는 완벽한 헌법이란 있을 수 없다. 헌법에 문제점이 있더라도 그러한 문제들이 헌법해석에 의해 보완될 수 있다면, 헌법의 개정을 지나치게 서둘러서 헌법이 정치적 쟁투의 대상물로 전락하게 함은 현명하지 못한 일이다.

헌법개정에 신중하게 접근하려는 입장에서는 또한 현행헌법이 제정되던 시점의 역사성을 강조한다. 1987년 6월의 민주화운동에 의해 궁지에 몰린 권위주의정권이 국민의 압박에 굴복하여 민주화로의 길을 열게 된 후 이루어진 헌법개정의 과정에 거의 모든 정치세력이 참여하였고 헌법개정안에 대한 국민투표에서 90%가 넘는 국민이 찬성의 의사를 표현하였다. 이러한 역사적 상황을 배경으로 헌법이 지니는 정치적 통합기능과 규범력이 어디에서 나오는가를 물을 때 이는 개별 헌법 조항보다는 헌법이 제정되던 시점에 존재했던 합의 그 자체에서 비롯되는 부분이 크다는 것이다.

IV. 감사원제도의 개혁

한국에서 정치과정이 민주화되면서 국가와 사회의 각 영역에서의 투명성은 크게 향상되고 있다. 하지만 그럼에도 불구하고 부정부패가 없는 깨끗한 사회가 되었다고 평가하기는 어렵다. 국가 사정기관의 중립성과 부패척결에의 의지에 대해서는 여전히 비판의 목소리가 높은데, 특히 정부의 고위권력이 사건에 직간접으로 연결되어 있다는 정황이 있는 경우에 제기되는 비판과 의혹은 심해진다. 이러한

현실 속에서 감사원의 권한과 기능을 개혁하는 헌법개정이 필요하다는 주장이 제기되고 있다.

한국헌법상 감사원제도의 구조와 기능은 두 가지의 측면에서 독특하다고 할 수 있다. 우선 감사원에는 두 개의 서로 구별되는 기능이 하나의 기관에 속해 있다. 즉 국가의 세입과 세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 같이 국가의 재정을 통제하는 기능과 행정기관 및 공무원의 직무를 감찰하는 기능이 감사원이라는 하나의 기관에 속해 있다는 점이다(헌법 제97조). 이처럼 상이한 기능이 하나의 기관에 속하는 것은 바람직하지 않다는 문제가 제기되어 이를 개선할 것인가의 여부, 개선한다면 두 가지의 기능을 어떻게 나눌 것인가 등에 대한 논의가 전개되었다. 헌법 제97조는 또한 감사원을 대통령 소속 하에 둔다고 규정하고 있다. 감사원의 원장을 대통령이 임명하려면 국회의 동의가 필요하지만(헌법 제98조 제2항), 감사원이라는 기관이 대통령에 속한다는 사실 자체로 인해 행정부권력에 대해 공정하고 효율적인 통제권을 행사하는 데 방해가 된다는 지적이 많다.

감사원이 지니고 있는 이러한 문제점을 해결하기 위한 논의가 이루어졌는데 근본적인 문제해결을 위해서는 법률적인 차원에서의 개선은 불충분하고 헌법의 개정이 불가피하다는 인식에 이르렀다. 비교헌법적으로 고찰할 때에 독립기관형, 입법부형, 행정부형이 있는 바 각 유형의 장점과 단점에 대한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 헌법을 개정할 경우 현재의 감사원을 대통령으로부터 분리하여 독립기관으로 만들 것인가, 아니면 재정통제기능만을 분리하여 국회로 이관할 것인가 등 의 문제가 논점을 이루고 있다.

V. 국회의 개혁

1. 내각책임제적 요소의 삭제

순수한 미국식 대통령제의 도입을 주장하는 입장에서는 헌법에 산재해 있는 내각책임제적 요소들을 배제하려 하고 있다. 국무총리와 국무위원에 대한 해임건의

권이나 정부의 법률안제출권, 국회의원과 국무위원의 겸직가능성 등이 이러한 유형에 속한다. 헌법개정에 대한 논의에서 대통령 4년 중임제를 지지하는 입장이 일반국민이나 전문가 중 다수를 차지하고 있음을 사실이다. 하지만 대통령 4년 중임제를 도입한다고 하더라도 이것이 바로 헌법에서 모든 의원내각제적 요소들을 배제하는 것으로 연결되지는 않는다.

(1) 정부의 법률안 제출권

정부의 법률안 제출권의 경우를 볼 때 현대 행정국가의 현실 속에서 정부가 국회에 법률안을 제출하는 것과 정부가 작성한 법률안을 여당 국회의원을 통해 제출하는 것 사이에 실질적으로 어떠한 차이가 있는가라는 문제가 제기될 수 있다. 최근에 국회의원이 주도적으로 법률안을 제출하는 경우가 점차 늘고는 있지만 입법절차에서의 주도권은 여전히 정부가 쥐고 있는 것이 현실이다. 이러한 상황에서 정부의 법률안 제출권을 폐지하는 헌법개정 논의에서 커다란 지지를 받지 못하고 있다.

(2) 국회의원과 국무위원의 겸직 가능성

국회의원과 국무위원의 겸직을 가능하게 하는 것은 대통령제의 본질과 어울리지 않고 또한 대통령이 국회에 지나친 영향력을 행사하는 수단으로 사용되어 의회와 행정부사이의 권력분립원칙에 어긋나므로 이를 금지해야 한다는 주장이 제기되고 있다. 하지만 이에 대해 한국의 정치에서 정당기속이 매우 강한 현실이 감안될 필요가 있으며 또한 대통령의 소속정당이 원내 과반수 의석을 지니지 못한 상황에서 다른 정당과 함께 연립정부를 구성해야 하는 필요성도 고려되어야 한다는 반론이 있다.

(3) 국무총리와 국무위원에 대한 해임건의권

국무총리와 국무위원에 대한 해임건의권에 대해서는 이를 삭제하자는 의견, 그

대로 유지하자는 의견, 그리고 법적 기속력이 있는 해임의결권으로 개정하자는 의견이 있다. 이러한 의견들이 정부형태에 대한 개정의 방향과 무관하지 않음을 주목할 필요가 있다. 하지만 대통령제 정부형태를 유지하는 경우에도 이 제도를 통해 국회가 정부를 통제할 수 있게 하고 최종적인 결정은 대통령에게 맡기도록 하는 것은 별 문제가 없다는 견해도 적지 않은 지지를 받고 있다.

2. 국회의원의 면책특권의 제한

헌법 제45조는 국회의원이 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 대해 면책특권을 인정하고 있다. 이러한 면책특권은 권위주의시절에 국회의원의 발언권이 제약되었던 경험과 관련하여 폭넓게 보호되고 있다. 하지만 오늘날 국회의원의 발언 중 지나치게 수준이 낮은 인신공격성 발언 또는 무책임한 폭로성 발언이 면책특권에 의해 보호되고 있는 것은 아닌가라는 문제제기가 있다. 이러한 상황에서 헌법이 개정되는 경우 국회의원의 특권을 제한하자는 견해가 있으며 독일헌법 제46조 제1항이 규정하는 바처럼 중상적 명예훼손을 면책특권의 범위에서 제외하는 것도 하나의 가능성으로 거론되고 있다. 하지만 이에 대해 아직도 국회가 제자리를 찾지 못한 상황에서 국회의원의 활동을 지나치게 제한하게 될 우려가 있다는 신중론 또한 적지 않다.

국회의원의 불체포특권이 지나치게 남용되는 것은 아닌가에 대해서도 비슷한 논의가 진행되고 있다.

3. 국정감사제도의 폐지

헌법 제61조는 특정한 국정사안에 대한 국정조사권과 함께 국회의 국정감사권에 대해 규정하고 있다. 국정감사권은 국정전반에 대해 감사할 수 있는 제도를 말하는데 이는 다른 나라에서 유사한 예를 발견하기 힘든 우리나라의 독특한 제도이다. 국정감사의 대상이 매우 포괄적인데 반하여 그 기간이 제한되어 있어서 감사가 제대로 진행되기 어렵다는 지적이 적지 않다. 헌법을 개정할 경우 국정조사제

도를 강화하면서 국정감사제도를 폐지할 것인가, 아니면 우리나라 현정사의 독자적인 경험과 국회가 아직 자리를 잡지 못하고 있는 현실을 감안하여 이 제도를 유지하되 미비점을 법률적으로 보완할 것인가에 대한 논의가 있다.

4. 양원제의 도입 여부

양원제는 1960년 4월 혁명 이후 제2공화국에서 실시되었지만 1961년의 군사쿠데타로 폐지된 이후 다시 도입되지 않았다. 따라서 대한민국의 국민은 양원제를 제대로 경험하지 못했다고 해도 과언이 아니다. 이러한 배경 때문인지 양원제 도입에 대해 논의가 전혀 없지는 않지만 논의가 진지하고 심도 있게 진행되고 있지는 않다.

민주현정국가가 이제 어느 정도 안정적으로 정착되면서 중요한 국가정책을 결정함에 있어 보다 신중한 고려가 있어야 한다는 견해가 늘고 있다. 이는 충분히 숙의되지 않는 신속한 정책의 결정이 효율성보다는 졸속으로 연결되는 경험과 무관하지 않다. 하지만 연방제가 아닌 단일국가의 구조 속에서 기존의 국회와 조직상으로나 기능상으로 구별되는 상원을 구상하는 일은 쉽지 않은 과제이다.

한편 연방제의 도입과 관련해서는 남북간의 통일이 이루어지는 과정에서 그 가능성이 열려 있으며, 다른 한편으로는 원내 제3당을 구성하고 있는 정치세력이 남북통일의 상황과 무관하게 연방제의 도입을 주장하고 있다.

VI. 평가와 전망

지금까지 한국의 정부형태 및 감사원제도, 그리고 국회에 대한 헌법개정논의를 살펴보았다. 물론 현행헌법이 완벽한 제도일 수는 없기 때문에 헌법개정에 대한 활발한 논의가 진행되어 왔다. 하지만 실제로 헌법이 개정될 수 있을 것인가의 문제는 별개라고 보인다.

헌법개정을 하려면 국민투표를 거쳐야 하는 개정절차의 복잡성과 관련하여 헌

법개정안에 대한 국민의 폭넓은 동의가 필요하다. 그런데 한국의 헌정사 속에서 헌법개정이 정치적으로 악용된 경험이 많기 때문에 헌법을 개정하는 것을 탐탁지 않게 여기는 것이 일반적인 여론의 분위기이다. 따라서 헌법을 개정하기 위해서는 불가피한 사유가 존재해야 하는데 당장 시급히 헌법을 개정해야 하는 사유는 존재하지 않는다. 특히 정부형태의 변경과 관련하여 각 정부형태가 한국의 헌정현실 속에서 각각 장단점을 지니고 있는 것으로 평가되어서 어떠한 정부형태가 바람직하다는 국민적 합의가 형성되기는 쉽지 않은 현실이다.

논리적으로는 의회가 주도권을 행사하여 여당과 야당 사이의 합의로 헌법개정안을 만들고 이를 국민투표에 회부하면 헌법개정이 가능하다. 하지만 대통령이 국회의 다수파인 여당에 영향력을 지니고 있는 상황에서 헌법개정을 위해서는 현실적으로 정부의 주도 또는 지지가 불가피하다. 그런데 정부형태에 대한 헌법개정을 시도할 경우 대통령이 조기 레임덕에 빠질 위험이 크기 때문에 대통령이 정권초기에 헌법을 개정하려 할 가능성은 크지 않다. 또한 현재의 경제위기 속에서 사회적 갈등의 요소들이 폭발할 위험이 큰데 정부와 국회가 갈등의 요소가 적지 않은 헌법개정 문제를 제기하기 쉽지 않은 현실이다.

한편으로는 헌법개정의 필요성에 대한 주장이 있지만 다른 한편으로 헌법개정 논의가 헌법을 정쟁의 대상으로 만들어서 어렵게 정착시켜 온 민주헌정질서를 혼돈시킬 위험을 우려하는 신중론도 무시하기 어렵다.

Analyse der Diskussion zum Thema: Verfassungsreform in Südkorea.

Insbesondere im Hinblick auf die Reform der Regierungsform und des Parlaments

Song, Seog-Yun | Professor an der juristischen Fakultät der Seoul National Universität

I. Kurzer Überblick über die Geschichte der Verfassungsänderung in Südkorea in Bezug auf die Regierungsform

Nach der Verfassungsgebung zur Staatsgründung im Jahre 1948 wurde die Verfassung Südkoreas insgesamt neunmal geändert bzw. neu formuliert. In der Rhee Syngman Regierung wurde sie zweimal revidiert, um die Verlängerung der Amtszeit des Staatspräsidenten zu erreichen. Der April-Revolution von 1960 für die Abschaffung des autoritären Präsidialsystems folgte eine Verfassungsänderung, die das parlamentarische Regierungssystem einleitete. Nach dem Militärputsch von 1961, welcher die kurze Phase der sich noch nicht etablierten April-Demokratie beendete, wurde im Jahre 1962 von der Militärregierung eine neue Verfassung erarbeitet. Diese Verfassung sah ein Präsidialsystem mit vierjährigen Amtszeit und einer einmaligen Wiederwahl vor. Die mit dem Militärputsch zustande gekommene Park – Chung-Hee – Regierung änderte die Verfassung im Jahre 1969 um ein drittes Mal kandidieren zu können und führte mit der neuen Verfassung 1972 die unbegrenzte

Wiederwahl des Staatspräsidenten ein. Nach dieser Verfassung wurde der Staatspräsident nicht direkt vom Volk, sondern indirekt durch die sogenannte „Volksversammlung für die selbständige Wiedervereinigung“ gewählt. An der Wahl der Mitglieder dieser Versammlung durften die politischen Parteien nicht teilnehmen. Darüber hinaus konnte der Staatspräsident ein Drittel der Parlamentsabgeordneten ernennen und die Notstandsverordnung mit der verfassungsrechtlichen Wirkungskraft erlassen. Angesichts der wachsenden Forderung nach einer Demokratisierung von Seiten der Bevölkerung im Jahre 1979, wurde der Staatspräsident Park vom Leiter seines Nachrichtendienstes ermordet.

Die Demokratie-Bewegung in den Jahren 1979/80 scheiterte aber an dem abermaligen Militärputsch von General Chun Doo-Hwan, der die Verfassungsgebung von 1980 einleitete. Die Verfassung von 1980 sah einen Staatspräsidenten vor, der mittelbar von den Wahlmännern für die siebenjährige Amtszeit gewählt wurde. Die Wiederwahl des Staatspräsidenten war nun doch ausgeschlossen, da diese Militärregierung die Defizite der demokratischen Legitimität dadurch ergänzen musste. Die Amtzeit vom Staatspräsidenten Chun war geprägt von Protest und Unterdrückung. Angesichts des wachsenden Druckes des Volkes, insbesondere im Juni 1987, mussten die Machthaber den Weg für die Demokratisierung öffnen. Das repräsentative Motto der Juni-Demokratie-Bewegung war: „Direktwahl des Staatspräsidenten“.

Die Spuren des autoritären Regimes wurden mit der Verfassung von 1987 schrittweise gelöscht. Die Verfassung erlangte ihre normative Kraft, indem sie ohne jegliche Änderung durch die Staatspräsidenten Roh Tae-Woo, Kim Young-Sam, Kim Dae-Jung und Roh Moo-Hyun und nun seit einem Jahr unter dem fünften Staatspräsidenten Lee Myung-Bak unverändert blieb. Sieht man die Eigenart der Verfassung „in ihrer in einem politischen Prozess ermöglichen und gewährleistenden, konstituierenden, stabilisierenden, rationalisierenden,

machtbegrenzenden und alledem individuelle Freiheit sichernden Funktion“¹⁾, so hat man nun auch eine funktionierende Verfassung in Südkorea. Dies bedeutet allerdings noch lange nicht, dass es im Verfassungsleben Südkoreas keine Probleme mehr gibt. Die momentan diskutierten Verfassungsreformvorhaben in Bezug auf die Regierungsform und der parlamentarischen Institutionen zeigen, dass sich die Problemlage schnell an die der etablierten Verfassungsstaaten angenährt hat.

II. Grundstruktur der Regierungsform der jetzigen Verfassung: Präsidialsystem mit Elementen des parlamentarischen Regierungssystems

1) Staatspräsident

Die Absätze des Art. 66 der Verfassung zeigen, dass die Regierungsform Südkoreas im Grunde genommen ein Präsidialsystem darstellt: der Staatspräsident ist das Staatsoberhaupt und vertritt den Staat im Ausland (Abs.1); der Staatspräsident hat die Verantwortung und die Pflicht, die Unabhängigkeit, die territoriale Integrität und die Kontinuität des Staates und der Verfassung zu wahren (Abs.2); die vollziehende Gewalt liegt bei der Exekutive, die vom Staatspräsidenten geleitet wird (Abs.3). Da aber das koreanische Volk schlechte Erfahrungen mit dem autoritären Präsidialsystem gemacht hat, versuchte der Verfassungsgeber die Macht des Staatspräsidenten zu begrenzen. So sieht Art. 70 vor, dass die Amtszeit des Staatspräsidenten fünf Jahre beträgt und dass eine

1) K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19. Aufl. Heidelberg 1993, Rn. 31.

Wiederwahl nicht zulässig ist. Diese Unzulässigkeit der Wiederwahl wird zum Teil dahingehend kritisiert, dass sie das Ergebnis eines Kompromisses zwischen den damaligen repräsentativen Politikern, die für das Amt des Staatspräsidenten in Frage kamen, sei. Es lässt sich aber schwer leugnen, dass das Verbot der Wiederwahl die Machtwechsel erleichtert und damit zur Stabilisierung des demokratischen Verfassungsstaates beigetragen hat.

2) Premierminister und Staatsrat

Das koreanische Regierungssystem ist zwar ein Präsidialsystem, aber nicht das typische nach dem U.S. amerikanischen Modell, da einige wichtige „Bausteine“ des parlamentarischen Regierungssystems, wie das Amt des Premierministers statt des Vize-Präsidenten und die Einrichtung eines Staatsrates Elemente des Systems sind.

Nach Art. 86 der Verfassung wird der Premierminister vom Staatspräsidenten mit Zustimmung der Nationalversammlung ernannt (Abs.1); der Premierminister steht dem Staatspräsidenten zur Seite und beaufsichtigt, nach der Weisung des Staatspräsidenten, die Verwaltungstätigkeit der Ministerien (Abs.2). In Bezug auf den Premierminister ist der Charakter und Umfang des Zustimmungsrechts der Nationalversammlung umstritten. Insbesondere dann, wenn die Partei des Staatspräsidenten keine Mehrheit in der Nationalversammlung bildet und sich die mehrheitlichen Oppositionsparteien gegen den vom Staatspräsidenten vorgeschlagenen Kandidaten stellt. Dann ist fraglich, wie er sein Kabinett bilden kann. Bis jetzt hat die parlamentarische Oppositionsmehrheit nicht versucht, ihr eigenes Kabinett zu bilden. Möglicherweise deshalb, weil die parlamentarische Tradition in Südkorea dafür noch zu jung ist.

Der Premierminister hat zwar das Recht, Vorschläge für die Ernennung und Entlassung der Minister (Art. 87 der Verfassung) zu äußern. Dieses Recht hängt

aber von der tatsächlichen politischen Macht des Premierministers ab.

Art. 88 der Verfassung sieht einen Staatsrat vor, welches dem Kabinett im parlamentarischen Regierungssystem ähnelt. Der Staatsrat besteht aus dem Staatspräsidenten, dem Premierminister und den Mitgliedern des Staatsrates, die zugleich Leiter der Ministerien sind. Der Staatsrat hat jedoch nur beratende Funktion über die wichtigsten Angelegenheiten, die in die Zuständigkeiten der Regierung fallen (Art. 88).

3) Die Frage der Regierungsform

In diesem Zusammenhang wird über das Wesen der Regierungsform der jetzigen Verfassung diskutiert. Ein typisches Beispiel ist die Frage, ob der Beschluss der Nationalversammlung einen Antrag auf Entlassung des Premierministers oder der Mitglieder des Staatsrates (Art.63 Abs.1) zu stellen, den Staatspräsidenten binden kann. Die Mehrheit leugnet die rechtliche Bindungskraft dieses Beschlusses; bejaht wird lediglich die politische Bedeutung. Die herrschende Meinung und die Entscheidungen des Verfassungsgerichts verstehen also die Regierungsform als ein Präsidialsystem, das zugleich aber einige Elemente des parlamentarischen Regierungssystems beinhaltet.²⁾

III. Die Diskussion über die Änderung der Regierungsform

Das Regierungssystem ist immer noch der zentrale Streitgegenstand in der Diskussion um die Verfassungsänderung. Es ist eindeutig, dass die Frage über

2) KVerGE 1994.4.28. 89 hunma 86.

die Regierungsform den Schwerpunkt und die politisch treibende Kraft der Diskussion bildet. Bei der Diskussion über das Regierungssystem scheinen die Aspekte der demokratischen Verantwortlichkeit, Stabilität und Effektivität richtungweisend zu sein. Das Land scheint also, nachdem es sich demokratisiert hat, auf der Suche nach einer funktionierenden Regierungsform zu sein. In der Diskussion um die Verfassungsreform wird jedes Regierungssystem wie das Präsidial-, parlamentarische und gemischte System erörtert. Hier sollten die wichtigen Argumente für und gegen die verschiedenen Regierungssystem dargestellt werden.³⁾

1) Das Präsidialsystem nach dem amerikanischen Modell

Mit der Demokratisierung der Verfassungspolitik ist es zum Normalfall geworden, dass die Partei des Staatspräsidenten keine Mehrheit in der Nationalversammlung bildet. Die politische Macht des Staatspräsidenten wird noch mehr geschwächt, wenn seine Partei eine Parlaments- bzw. Regionalwahl verliert oder eine Korruptionsaffäre bekannt werden würde. Angesichts des Phänomens des „devided government“ und der frühzeitigen „lame duck“-Erscheinung, wird die Auffassung vertreten, dass die fünfjährige Amtszeit des Staatspräsidenten ohne Wiederwahl auf vier Jahre, sowie die Amtszeit der Parlamentsabgeordneten verkürzt und eine einmalige Wiederwahl des Staatspräsidenten erlaubt werden sollte. Diese alternative Regierungsform war unter dem Volk und den Experten bei einer Meinungsumfrage am beliebtesten.

3) Näheres darüber Korean Constitutional Law Association, Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S.23ff.; Korean Public Law Association, Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S.71ff.; Forschungsgruppe für die Zukunftsverfassung, Forschungsbericht über die wünschenswerte Verfassungsänderung, 2008, S.11ff. u.a.

Im Jahre 2007 hat Staatspräsident Roh Moo-Hyun versucht, die Amtszeit des Staatspräsidenten auf vier Jahre zu verkürzen und die Möglichkeit einer einmaligen Wiederwahl zu eröffnen. Auch begründete er seinen Vorschlag damit, dass es jetzt zeitlich günstig sei, da nach 20 Jahren mit der Verfassung von 1987 die Amtszeit des Staatspräsidenten und der Abgeordneten der Nationalversammlung zu einem ähnlichen Zeitpunkt zu Ende geht. Angesichts der irregulären Kombination der Präsidenten- und Parlamentswahlen, die die unterschiedlichen Amtszeiten von vier und fünf Jahren hervorufen, sollte also das Jahr 2007 eine einmalige Chance bieten, die sich erst wieder nach weiteren zwanzig Jahren ergeben würde. Dieser Vorschlag zur sog. „one-point-Verfassungsänderung“ wurde gegen Ende der Amtszeit angetragen, scheiterte jedoch an der Ablehnung der Oppositionspartei, die zwar dem Inhalt des Entwurfs zustimmte, den Zeitpunkt allerdings nicht als angemessen betrachtete. Der Verfassungsänderungsvorschlag des Präsidenten Roh konnte daher nicht den rechtlichen Prozess der Verfassungsänderung eröffnen und blieb lediglich ein politischer Vorschlag.

Die Kritik an diesem Vorschlag lautete wie folgt: das Präsidialsystem mit einer vierjährigen Amtszeit und die Unzulässigkeit einer Wiederwahl kann mit der gleichzeitigen Amtszeit des Staatspräsidenten und den Mitgliedern der Nationalversammlung zwar die Möglichkeit des „devided government“ reduzieren, aber nicht grundsätzlich ausschließen; in der Realität der koreanischen Politik sollte man aber auch die Probleme, die im Falle der Parlamentsmehrheit der Präsidenten-Partei auftreten, beachten. Hinter dieser Kritik steht der Gedanke, dass man nicht lediglich mit einer Änderung der Regierungsform eine Verbesserung der realen Politik erzeugen kann.

Gegen das Amt des Premierministers wird dahingehend Kritik erhoben, dass sein Amt mit dem Präsidialsystem nicht in Einklang stehe, und dass im Falle der Verhinderung des Staatspräsidenten oder der vorzeitigen Enthebung aus seinem

Amt, der nicht direkt vom Volk gewählte Premierminister kein geeigneter Vertreter sei. Gegen diese Kritik kann aber die Auffassung vertreten werden, dass aus rechtsvergleichender Sicht gesehen das Amt des Premierministers auch im Präsidialsystem keine Ausnahmeerscheinung darstelle und das Amt des Vize-Präsidenten sowohl in der koreanischen als auch in der U. S. amerikanischen Verfassungsgeschichte nicht unproblematisch gewesen ist.

2) Das Parlamentarische Regierungssystem

Von einer Mindermeinung wird seit der Gründung des Staates im Jahr 1948 die Einführung des parlamentarischen Regierungssystems im Zuge der Verfassungsänderung gefordert. Das parlamentarische Regierungssystem wurde in der Tat durch die demokratische Revolution von 1960 eingeführt, aber mit dem Militärputsch von 1961 wieder beendet. Seitdem wurde diese Regierungsform insbesondere von der autoritären Kraft zum Symbol der instabilen Regierungsform herabgewürdigt. Da aber das Präsidialsystem der jetzigen Verfassung mit seinem „winner takes all“-System als zu sehr machtzentralistisch befunden wird und die Errungenschaften der bisherigen Staatspräsidenten nach der Demokratisierung nicht sehr positiv beurteilt werden, scheint sich die Unterstützung des parlamentarischen Systems in der öffentlichen Meinung allmählich zu stärken, auch wenn sie noch nicht die Mehrheitsmeinung bilden kann.

Die Befürworter des parlamentarischen Regierungssystems behaupten, dass dieses Regierungssystem für das Prinzip der demokratischen Verantwortung geeigneter sei, weil hier die Regierung auf das Vertrauen der Parlamentsmehrheit angewiesen ist. Darüber hinaus sollte das parlamentarische Regierungssystem eine effektive Regierung versprechen, weil es hier gilt, ein „devided government“ zu vermeiden und eine gut funktionierende Zusammenarbeit mit

dem Parlament zu erwirken. Da die südkoreanische Bevölkerungszahl doppelt so groß ist wie die in Nordkorea, kann das parlamentarische Regierungssystem für die Wiedervereinigung des Landes besser sein, denn die politische Macht ist mit dem kleineren Partner leichter aufzuteilen.

Die Kritik gegen die Einführung des parlamentarischen Regierungssystems richtet sich überwiegend nicht gegen das System an sich, sondern gegen die politischen Voraussetzungen, die für sein Funktionieren unausweichlich scheinen. Kritiker sehen den Mangel an einem stabilen und demokratischen Parteiensystem, das die Voraussetzung für den Erfolg des parlamentarischen Regierungssystems ausmacht, und weiterhin an der parlamentarischen Tradition, welche die gegenseitigen politischen Kräfte kompromissfähig macht. In der verfassungspolitischen Realität ist es auch unklar, ob das südkoreanische Volk, das den Demokratisierungsprozess initiiert und geleitet, aber kein großes Vertrauen in die politischen Repräsentanten und politischen Parteien hat, auf das direkte Wahlrecht des Staatspräsidenten und damit auch auf das Recht der Regierungsbildung verzichten wird. Diese Hürde scheint sehr hoch, da nach der jetzigen Verfassung jede Verfassungsänderung nach dem Beschluss in der Nationalversammlung eine Volksabstimmung benötigt.

3) Das Gemischte System

Die Regierungsform des gemischten Systems, wie auch in Frankreich, wurde während der Übergangsphase in den 1980er Jahren als ein Modell für den Kompromiss zwischen den autoritären und demokratischen Gruppen vorgestellt. Die Möglichkeit der Machtverteilung zwischen dem Staatspräsidenten mit Kompetenzen im Bereich der Verteidigung und Außenpolitik einerseits und dem Premierminister mit Kompetenzen in der Innenpolitik andererseits, machte die Attraktivität dieses System aus. In der damaligen Situation wurde die Gefahr der

Demokratisierung des Landes, die zur Schwächung der Staatssicherheit gegen die nordkoreanische Bedrohung führen würde, betont. Vor diesem Hintergrund stellte auch das Argument, dass die Bildung solch einer zweifachen Struktur dieser Regierungsform, in der das Kabinett normalerweise die Politik bestimmt, aber in Ausnahmesituationen der Staatspräsident aufgrund seines Notstandrechts regieren kann, eine wichtige Begründung dar. Das gemischte System wurde nicht gewählt, weil der Wille des Volkes und der führenden demokratischen Politiker zur sofortigen Demokratisierung des Landes unter der Leitung eines direkt vom Volke gewählten Staatspräsidenten tendierte.

Die Stimmen, die heute für die Einführung des gemischten Systems sprechen, lassen sich nicht mehr mit historischen Argumenten untermauern. Sie kann lediglich als eine Alternative zwischen dem Machtzentralsystem des Präsidialsystems und der Instabilität des parlamentarischen Regierungssystems erachtet werden.

Das gemischte System birgt bereits in seiner Begriffsbestimmung Probleme. Die Staatsrechtler, die das gemischte System befürworten, vertreten die Ansicht, dass die Regierungsform der jetzigen Verfassung als ein gemischtes System zu verstehen ist. Diese Uneindeutigkeit der Verfassungsinterpretation ergibt sich aus der Vielseitigkeit des Begriffs des gemischten Systems. Auch wenn das gemischte System eingeführt wird, wird es nicht einfach sein, das Problem der Machtverteilung zwischen dem Staatspräsidenten und dem Premierminister sowie seinem Kabinett, die je nach dem Mehrheitsverhältnis im Parlament variiert, zu lösen. Darüber hinaus ist auch unklar, ob das gemischte Regierungssystem die Vor- oder Nachteile der verschiedenen Regierungssysteme in sich vereint. Nicht zuletzt ist auch fraglich, ob das koreanische Volk diesem System völlig unvoreingenommen bezüglich seines Charakters als ein Kompromissversuch zwischen der autoritären und demokratischen Macht gegenüber steht.

4) Standpunkt für die vorsichtige Annäherung zur Änderung der Regierungsform

Angesichts solcher Änderungsversuche der Regierungsform gibt es leise, aber weit verbreitete Stimmen, die für die vorsichtige und wohl überlegte Annäherung zur Änderung der Regierungsform sprechen. Dieser Standpunkt sieht in den Hauptbegründungen für die Änderung der Regierungsform keine sachlich juristischen Begründungen. Solange es keinen zwingenden sachlichen Grund gibt und kein Konsens für den Inhalt der Verfassungsänderung herausgebildet werden kann, bestehet kein Bedarf zur Eile.

Keines der klassischen Regierungssysteme wie das Präsidialsystem, das parlamentarische, oder das gemischte System, kann an sich Erfolg versprechen. Es ist schwer zu sagen, welches das bessere oder schlechtere Regierungssystem darstellt. Viel wichtiger scheint die Frage, ob das Umfeld der politischen Kultur hinreichend entwickelt ist und ob das Regierungssystem in dieses Umfeld gut hinein passt. In dieses Umfeld gehört ein gut funktionierendes und ein kompromissfähiges Parlament, ein demokratisches und stabiles Parteiensystem, sowie ein nationaler Konsens über die Regierungsform. Dieser Standpunkt hält es für höchst fraglich, ob eine Verfassungsänderung für eine neue Regierungsform zur Stärkung dieser Umwelt beitragen kann.

Die Gegner der Änderung der Regierungsform weisen darauf hin, dass zunächst geklärt werden muss, ob die Probleme aus der Verfassung oder aus der Politik resultieren. Sollte die Ursache des Scheiterns der Politik nicht in der Verfassung liegen, wäre es der Problembehebung nicht förderlich in der Verfassung nach Lösungsansätzen zu suchen. Sollten die Ursachen in der Verfassung begründet sein, diese allerdings interpretatorisch gelöst werden können, scheint es unklug, eine Verfassungsänderung voranzutreiben und damit die Verfassung zum Gegenstand eines politischen Machtkampfes zu machen.

Dieser Standpunkt betont auch das historische Moment der Verfassungsgebung der jetzigen Verfassung. Nachdem das autoritäre Regime unter Druck gesetzt worden war und so der Weg zur Demokratisierung geebnet wurde, haben im Jahre 1987 fast alle politischen Kräfte an dem Verfassungsgebungsprozess teilgenommen und sich mehr als 90% der Wählerschaft in der Volksabstimmung für diese Verfassung entschieden. Die integrierende Funktion und die normative Kraft der Verfassung sollten also eher aus dem Konsens, der in dem Moment der Verfassungsgebung vorhanden war, als aus den konkreten Vorschriften kommen.

IV. Reform des Rechnungshofes

Obwohl die Demokratisierung der Politik die Transparenz von Staat und Gesellschaft wesentlich gestärkt hat, kommen immer wieder Korruptionsaffären vor. Den staatlichen Aufsichtsbehörden wird oft unterstellt, dass sie nicht neutral und konsequent genug seien, insbesondere wenn die Affäre mit der zentralen Macht der Regierung zu tun habe. Diese Vorwürfe bilden den Hintergrund der Reformdiskussion des Rechnungshofes.⁴⁾

Die Struktur und Kompetenzen des koreanischen Rechnungshofes sind in zwei Punkten sehr eigenständlich. Zunächst einmal vereinigt der Rechnungshof in einem Organ zwei verschiedene Funktionen: die Kontrolle des Finanzwesens (Überprüfung der Abschlussrechnung der Staatseinnahmen und Staatsausgaben, sowie der Rechnungsführung des Staates und anderer gesetzlich vorgesehener Körperschaften) und die Aufsicht des Verwaltungshandelns der

4) Näheres darüber Korean Constitutional Law Association, Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S.31; Forschungsgruppe für die Zukunftsverfassung, Forschungsbericht über die wünschenswerte Verfassungsänderung, 2008, S.100ff. u.a.

Verwaltungsbehörden und Staatsbeamten (Art. 97 der Verfassung). Es wird diskutiert, ob und wie diese beiden Funktionen jeweils in unterschiedliche Organe aufgeteilt werden können. Darüber hinaus sieht Art. 97 der Verfassung den Rechnungshof als ein dem Amt des Staatspräsidenten angehörigen Aufsichtsorgan vor. Obwohl für die Ernennung des Präsidenten des Rechnungshofes die Zustimmung der Nationalversammlung vonnöten ist (Art. 98 Abs.2), wird diese Angehörigkeit des Rechnungshofes zum Aufgabenbereich des Staatspräsidenten als strukturelles Hindernis gegen die effektive und gerechte Kontrolle der exekutiven Gewalt gesehen.

Aus den Lösungsansätzen für die eben genannte Problematik ergab sich, dass eine Verbesserung auf gesetzlicher Ebene nicht ausreiche, und dass somit eine Verfassungsänderung notwendig sei. Aus verfassungsvergleichender Sicht ergeben sich drei Modelle: entweder ein selbständiges Organ, oder ein dem Parlament angehöriges Organ, oder aber ein der Exekutive angehöriges Organ. Aus der Diskussion um die Vor- und Nachteile dieser Modelle resultieren zwei Möglichkeiten: Zu entscheiden ist, ob die finanzkontrollierende Funktion des Rechnungshofes vom Staatspräsidenten getrennt und der Nationalversammlung übertragen werden sollte, oder der gesamte Rechnungshof vom Staatspräsidenten getrennt und zur von anderen Staatsgewalten unabhängigen, vierten Gewalt geregelt werden sollte.

V. Reform des Parlaments⁵⁾

5) Näheres darüber Korean Constitutional Law Association, Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S.30ff.; Korean Public Law Association, Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S.108ff. u.a.

1) Abschaffung der Elemente des parlamentarischen Regierungssystems

Die Befürworter des Präsidialsystems nach dem U.S.-amerikanischen Modell versuchen die Elemente des parlamentarischen Regierungssystems abzuschaffen. Dazu sollen das Beantragungsrecht auf Entlassung des Premierministers oder der Mitglieder des Staatsrates, das Gesetzesvorlagerecht der Regierung, die Möglichkeit der Abgeordneten zum Ministeramt u. a. gehören. In der Diskussion um die Verfassungsänderung bilden zwar Befürworter der vierjährigen Amtszeit des Staatspräsidenten mit einmaliger Wiederwahlbarkeit die Mehrheit unter dem Volk und den Experten. Dieser Standpunkt führt aber nicht automatisch zur Abschaffung der Elemente des parlamentarischen Regierungssystems.

(1) Gesetzesvorlagerecht der Regierung

Wenn es um das Gesetzesvorlagerecht der Regierung geht, stellt sich die Frage, ob es in der Praxis des heutigen Verwaltungsstaates Unterschiede zwischen dem Gesetzesvorlagerecht der Regierung und der Vorlage der von der Regierung gemachten Gesetzesentwürfe durch die Abgeordneten gibt. Obwohl die Zahl der parlamentarisch initiierten Gesetzesvorlage allmählich anwächst, spielt die Regierung immer noch eine führende Rolle im Gesetzgebungsprozess. Die Abschaffung des Gesetzesvorlagerechts der Regierung wird daher in der Diskussion allgemein nicht als vernünftig erachtet.

(2) Möglichkeit für Abgeordnete das Amt des Ministers anzutreten

Gegen die Möglichkeit für Abgeordnete das Ministeramt anzutreten wird Kritik erhoben, weil dies mit dem Wesen des Präsidialsystems nicht in Einklang stehe und dem Gewaltenteilungsprinzip widerspreche, da der Staatspräsident diese

Möglichkeit als Mittel der Einflussnahme auf das Parlament benutzen könnte. Dagegen lässt sich aber die Auffassung vertreten, dass die starke Parteibindung in der politischen Realität und die Notwendigkeit der Koalitionsbildung in diesem Fall, in dem die Partei des Staatspräsidenten keine Parlamentsmehrheit inne hat, beachtet werden muss.

(3) Recht auf Antragstellung zur Entlassung des Premierministers oder der Mitglieder des Staatsrates

Über das Beantragungsrecht auf Entlassung des Premierministers oder der Mitglieder des Staatsrates gibt es drei unterschiedliche Meinungen: Neben den Befürwortern und Gegnern der Abschaffung gibt es auch die dritte Ansicht, die dem Entlassungsbeschluss rechtliche Bindungskraft zusprechen will. Derzeit überwiegt die Meinung, dass das Recht auf Antragstellung auch im Fall der Beibehaltung des Präsidialsystems als Instrument der parlamentarischen Kontrolle gegen die Regierung wirken muss. Die endgültige Entscheidung werde ohnehin vom Staatspräsidenten getroffen.

2) Begrenzung der Indemnität sowie der Immunität der Abgeordneten

Nach der Unterdrückung der Redefreiheit der Abgeordneten während des autoritären Regimes wird die Indemnität der Abgeordneten umfangreich gewährleistet. Da es aber heutzutage Fälle gibt, in denen die Abgeordneten ihre Privilegien missbrauchen, wird gerade die Begrenzung der Indemnität diskutiert. Es wird überlegt, ob dabei, wie in Art. 46 Abs. 1 GG, die verleumderische Beleidigung ausgeschlossen werden soll. Die Sorge einer übermäßigen Begrenzung der parlamentarischen Redefreiheit ist nicht gering.

Die Diskussionslage um den Missbrauch der Immunität ist im Wesentlichen gleich.

3) Abschaffung der parlamentarischen Überprüfung

Art. 61 der Koreanischen Verfassung regelt neben dem parlamentarischen Untersuchungsrecht auch das parlamentarische Überprüfungsrecht der allgemeinen staatspolitischen Angelegenheiten. Da der Umfang der Überprüfung so gut wie unbegrenzt und der Abschlusstermin bereits bestimmt ist, kann eine Überprüfung kaum aussagekräftig sein. Daher wird überlegt, ob unter Voraussetzung der Stärkung des parlamentarischen Untersuchungsrechts diese recht eigentümliche Institution abgeschafft werden sollte.

4) Einführung des Zweikammersystems

Da das Zweikammersystem nach der April-Revolution von 1960 eingeführt, aber von dem Militärputsch von 1961 wieder abgeschafft wurde, konnte das südkoreanische Volk dieses System kaum näher kennen lernen. Die Einführung des Zweikammersystems wird in der Diskussion der Verfassungsänderung zwar erörtert, aber es fehlt hier an Ernsthaftigkeit. Mit der Stabilisierung des demokratischen Verfassungsstaates scheint eine sorgfältige Überlegung bei wichtigen staatspolitischen Entscheidungen immer wichtiger zu werden. Es wird aber keine einfache Aufgabe sein, in der unitarischen Struktur der Verfassung ein sich von der Nationalversammlung organisatorisch und funktionell unterscheidendes Ober-Haus zu entwerfen.

Für die Einführung des Föderalismus setzt sich die drittstärkste Partei unabhängig von einer möglichen Wiedervereinigungssituation ein.

VI. Schlussfolgerung und Perspektive

Bisher wurde die Verfassungsänderungsdiskussion über die Regierungsform, den Rechnungshof und die parlamentarischen Institutionen erörtert. Da die jetzige Verfassung keine perfekte Institution ist, wurden lebendige Diskussionen um die Verfassungsänderung in Gang gesetzt. Die Frage der wirklichen Verfassungsänderung scheint aber eine andere zu sein.

In Bezug auf das komplexe Verfahren für die Verfassungsänderung, das auch die Volksentscheidung fordert, scheint eine breite Zustimmung in der Bevölkerung unausweichlich. Die historische Erfahrung, in welcher Verfassungsänderungen oft politisch missbraucht worden waren, hat das südkoreanische Volk Verfassungsänderung gegenüber skeptisch werden lassen. Die Sachzwänge, die eine sofortige Verfassungsänderung benötigen, existieren nicht. Insbesondere hinsichtlich der Änderung der Regierungsform wird jedes Regierungssystem zugleich als vor- und nachteilhaft angesehen. Die Herausbildung des Konsenses über die Regierungsform scheint eher unwahrscheinlich.

Rein theoretisch und verfassungsrechtlich gesehen ist eine Verfassungsänderung mit der parlamentarischen Initiative nicht unmöglich, wenn die Regierungs- und Oppositionsparteien gemeinsam einen Entwurf entwickeln. In der realpolitischen Situation, in welcher der Staatspräsident auf die Regierungspartei im Parlament Einfluss hat, ist aber eine Verfassungsänderung ohne Initiative oder zumindest Unterstützung der Regierung unmöglich. Solange die Gefahr der frühzeitigen „lame duck“- Erscheinung besteht, wird der Staatspräsident in der frühen oder mittleren Phase seiner Amtszeit eine Verfassungsänderung der Regierungsform nicht wagen. Darüber hinaus bildet die Wirtschaftskrise keine verfassungsfreundliche Umgebung. In dieser angespannten Situation wird es für die Regierung und das Parlament nicht leicht sein, die umstrittene Frage der Verfassungsänderung zu initiieren.

Es gibt auf der einen Seite Befürworter einer Verfassungsänderung. Auf der anderen Seite werden aber auch Meinungen vertreten, dass eine leichtsinnige und überstürzte Verfassungsänderungsdiskussion die Verfassung zum Gegenstand des politischen Machtkampfes machen und damit den demokratischen Verfassungsstaat, der einen langen und beschwerlichen Weg gegangen ist und sich nun stabilisiert, gefährden könnte.

경제질서조항 개헌논의에 대한 고찰

신 옥 주

한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

Eine Studie über die Diskussion um die
Novellierung der verfassungsrechtlichen
Wirtschaftsordnung

Dr. Shin, Okju

Korea Legislation Research Institute



경제질서조항 개헌논의에 대한 고찰

신 옥 주 | 한국법제연구원 부연구위원, 법학박사

I. 서론

우리 헌법은 제119조 제1항에서 기업의 자유를 명시적으로 보장하는 한편, 제2항에서는 국가의 시장과 기업규제에 대한 일반적인 헌법적 근거를 마련해 놓고 있다. 그리고 제120조부터 제127조에서 개별적으로 상세한 경제조항들을 두고 있다. 제119조의 부분수정과 개별 경제조항들의 추가나 변화가 있기는 했으나, 경제 헌법의 이러한 틀은 대강과 기본적인 내용에 있어서는 제헌헌법 아래 거의 그대로 유지되고 있다.

현재 한국에서 학자들과 경제계 및 국회의원연구모임인 ‘미래한국헌법연구회’ 등에서 진행 중인 개헌 논의¹⁾ 가운데에는 이 경제헌법에 관한 개정논의도 중요한 한 부분을 차지하고 있다. 그 주제도 다양하여 제119조의 개정, 개별적 경제조항인 제120조부터 제127조까지의 개정, 경제관련 기본권인 헌법 제33조 노동권의 개정, 시장친화적 토지공개념 등을 들 수 있다. 그러나 논의 중심을 살펴보면 그 핵심은 자유주의와 시장경제를 규정한 제1항과 경제민주화, 적정한 소득분배, 시장지배와 경제력남용을 규정한 제2항의 관계에 관한 것이며, 이는 결국 양자의 해

1) 임지봉, “개헌의 바람직한 방향”, 「헌법학연구」, 제13권 제4호, 2007; 김문현, “헌법개정의 기본방향”, 「공법연구」, 제34집 제4호 제2권 2006; 임지봉, “헌법상 통치구조 개헌의 바람직한 방향과 내용”, 「세계헌법연구」, 제14권 제2호, 2008.

석에 대한 논의로 이어진다. 즉, 양자를 어떻게 해석하는지의 결과에 따라서 개헌과 개헌불요의 입장이 나타나게 되는 것이다.

본고에서는 한국의 경제질서조항인 제119조의 해석과 개정여부에 대한 입장이 서로 밀접하게 관련이 있기 때문에, 먼저 제119조의 역사 및 해석에 관한 다양한 견해를 살핀다. 그 후 해석론에 따른 제119조 및 개별경제조항에 대한 개정논의를 고찰하고자 한다. 논의되고 있는 여러 견해들의 비교, 검토를 통하여 가능한 한 다양한 경제헌법 개정에 대한 의견들을 소개하는 데에 본고의 목적이 있다.

II. 경제헌법의 내용

1. 경제헌법의 역사

한국헌법은 제헌헌법부터 항상 경제조항을 두고 있었다. 경제기본조항의 변화를 간단히 살펴보면 다음과 같다. 제헌헌법은 제84조에서 “대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 경제발전을 기함을 기본으로 삼는다. 개인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다”고 규정하였다. 이 규정은 1954년 헌법개정 당시 제84조에 그대로 유지가 되었다. 이후 1962년의 개헌에서 이 경제조항은 그 위치를 바꾸어 제111조 제1항에서 “대한민국의 경제질서는 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다”와 제2항에서 “국가는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 위하여 필요한 범위 안에서 경제에 관한 규제와 조정을 한다”로 개정되었다. 그 이후 개별 경제규정들의 개정은 있었으나 이러한 내용의 경제질서조항은 개정되지 않고 그대로 유지되다가 1987년 헌법 개정에서 제119조에 현행의 내용으로 개정이 되었다.²⁾

2) <http://betulo.seoul.co.kr/997>; 정승훈, 「경제헌법」, 법문사, 121쪽 이하; 정기화, “헌법의 경제조항 개정의견”, CFE Report, 2008, 5-8쪽.

헌법상 경제질서규정의 개정과정을 살펴보면 이를 3개의 시기로 구별하여 볼 수 있다. 첫 번째 시기는 제헌헌법과 1954년 개헌헌법상의 경제질서규정으로 이 때에는 사회적 경제질서에 가까운 규정을 두고 있었음을 알 수 있다. 즉, 대한민국의 경제는 국민의 기본적 수요충족이 기본이며 개인의 경제상의 자유는 이러한 한도 내에서만 보장을 한다고 하고 있는 것이다. 두 번째의 시기는 1962년 개헌헌법부터 1987년 개헌 이전의 시기이다. 경제질서에 대한 제헌헌법상의 태도는 1962년 개헌에서 변화되었다. 1962년 개헌을 통하여 제111조 제1항에서 개인의 경제상의 자유와 창의가 존중되고, 제2항에서 국가의 조정과 규제에 관한 규정을 두어 제1항의 자유시장경제가 원칙이고 제2항의 국가의 개입이 예외적인 해석을 가능케 하였다. 세 번째 시기는 1987년의 개헌을 통하여 헌법에 규정되게 된 현행의 경제질서규정이다. 학자들간의 견해의 차이는 있지만 다수설과 헌법재판소는 현행헌법상의 경제질서를 사회적 시장경제질서라고 파악하고 있다.

2. 헌법 제9장 – 경제

헌법 제9장은 제119조의 기본조항과 그 이하의 개별경제조항으로 이루어져 있으며 경제헌법이라고 불리기도 한다.

(1) 기본조항

헌법 제119조 제1항: 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

제2항: 국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

(2) 개별경제헌법

제120조 제1항: 광물 기타 중요한 지하자원, 수산자원, 수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 수취, 개발 또는 이용을 특허할 수 있다.

제2항: 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.

제121조 제1항: 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.

제2항: 농업생산력의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하여 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.

제122조: 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용, 개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

제123조 제1항: 국가는 농업 및 어업을 보호, 육성하기 위하여 농, 어촌종합개발과 그 지원 등 필요한 계획을 수립, 시행하여야 한다.

제2항: 국가는 지역간의 균형 있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다.

제3항: 국가는 중소기업을 보호, 육성하여야 한다.

제4항: 국가는 농수산업의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.

제124조: 국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.

제125조: 국가가 대외무역을 육성하며 이를 규제, 조정할 수 있다.

제126조: 국방상 또는 국민경제상 긴급한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

제127조 제1항: 국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.

제2항: 국가는 국가표준제도를 확립한다.

제3항: 대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.

3. 기본조항 헌법 제119조에 대한 해석논의

제119조에 대한 개정론과 존치론 간의 기본적인 입장의 차이는 결정적으로 제119조에 대한 해석상의 이견, 즉 해석을 통하여 살려나갈 수 있는 잠재적인 효용의 크기에 대한 평가와 그 공간의 확장과 활용의 가능성에 대한 기대와 전망이 엇갈리는 데서 비롯된다고 할 수 있다.

경제헌법 개정론자들은 제119조의 제1항과 제2항을 ‘선후와 비대칭관계’ 또는 ‘원칙과 예외의 관계’로 파악하면서 제2항의 불확정개념으로 인해 헌법규범의 불확실성이 초래되고, 결과적으로 정부의 시장개입에 대한 무제한적인 수권근거로 인정되어 왔다는 점을 지적한다. 이들은 제119조를 폐지하고 ‘기본권 제한의 한계조항’인 헌법 제37조 제2항으로 대체하는 것이 이상적인 바람직한 대안이 될 수 있다고 주장하거나, 혹은 제119조 제2항을 개정하여 국가개입을 최소화해야 한다고 주장한다. 이러한 개정론은 결국 객관적인 ‘국가목적조항’ 성격의 제119조 제2항이 ‘정책규범’ 또는 ‘행위규범’으로서는 물론이고, 적어도 경제적 자유와 관련된 개별 기본권의 해석과 심사에서 고유한 규범적 효용을 갖지 못한다고 보는 해석론을 전제로 한다.

경제헌법 존치론자들은 지금까지 주목을 받고 있지는 못하였지만 특히 헌법상의 규정은 헌법재판소의 재판의 근거가 된다는 점에서 제119조 제2항이 헌법에 규정되어 있을 때와 그렇지 않을 때의 차이는 매우 크다고 본다. 이들은 제119조는 제1항은 자유시장경제라는 근대헌법원리를 규정한 것이고, 제2항은 시장경제의 폐해를 극복하기 위한 국가개입이라는 현대헌법원리를 밝혔다고 보며 이 규정을 통하여 헌법이 사회적 시장경제질서를 규정하고 있다고 주장한다. 존치론자 중에는 경제조항의 강화를 주장하는 견해도 있다. 즉, 사회복지나 사회적 약자보호가 더 절실한 현실에서 경제조항을 강화하는 것이 맞지만 지금으로서는 현행의 경제조항을 유지하는 것이 중요한 관건이라고 보는 것이다.

(1) 제119조 제1항과 제2관계: 원칙과 예외의 규율형식³⁾

이 견해에 따르면 제119조 제1항은 ‘원칙’ 적으로 기업의 자유를 보장하고 제2항에서는 ‘예외’ 적으로 필요한 경우 필수적인 범위에 한하여 국가의 경제에 관한 규제와 조정을 허용하고 있다. 국가의 개입 결정은 정책결정권자의 자의에 맡겨져 있는 것이 아니라 ‘최적화 명령’에 부합되어야 한다는 의미로 해석되어야 한다.

‘최적화 명령’은 입법자의 예외결정, 즉 경제에 대한 개입에 있어서 조정의 목적과 이유 및 정책수단의 선택에 대한 가중된 ‘소명의무(Darlegungspflicht)’를 부담 지우는 구속력 있는 헌법적 지침이다. 헌법상 ‘개인과 기업의 경제상의 자유와 창의의 존중’을 기본으로 하는 경제질서는 자유경쟁시장의 자동조절 또는 자기수정의 메커니즘의 효율성에 대한 기본적인 신뢰와 이른바 ‘계획합리성’에 대한 불신이 전제되어 있다. 또한 사회국가실현의 필수적인 조건인 성장동력을 유지, 확대해 나갈 수 있는 최선의 방책은 가격신호를 통해서 시장참여자들에게 무엇을 해야 할지를 힘들이지 않고 끊임없이 말해주는 시장의 ‘자기정책과정(self-policing process)’이라는 점에 대한 확인도 포함되어 있다. 따라서 시장에 대한 정부의 개입과 조정은 시장과 가격메커니즘에 대한 이러한 신뢰가 예외적으로 부인된다는 것이 충분히 소명되는 경우에만 허용된다.

현행 제119조 제2항은 예외를 엄격하게 제한하는 방향에서 그 소명의 ‘준거 목록’을 제시하고 있기는 하나 그 준거가 예외의 한계를 확정하기에는 고도로 불확정적이고 개방된 개념으로 규정이 되어 있다. 이러한 불확정 개념으로 인해 헌법규범으로서의 규범력을 갖기에 어려움이 따른다. 또한 입법자가 예외적으로 경제에 관한 규제와 조정에 나서는 때에는 ‘국민경제의 균형성장과 안정’, ‘적정한 소득분배’, ‘시장지배와 경제력남용의 방지’, ‘경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’의 관점에서 구체적으로 어떤 ‘명백하고 현존하는 위험’이 있는지, 어떤 의도

3) 김성수, “헌법상 경제조항에 대한 개정론”, 「새로운 헌법 필요한가」, 대화문화아카데미, 2008, 277쪽 이하; 한국헌법학회, 「헌법개정연구」, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006, 90쪽 이하.

에서 시장과 기업의 자유를 제한하는 규제와 조정의 정책수단을 선택하였는지 또한 그 효과에 대한 전망은 어떻게 판단하였는지 분명히 밝혀야 한다. 그러나 1987년의 헌법개정 당시에 비해서 현재에는 이 네 가지 경제정책적 국가목표들이 국가의 경제개입과 그에 수반되는 경제적 자유의 제한을 정당화할 수 있는 즈거로서 가지는 설득력이 전반적으로 크게 약화 되었다. 우리 경제의 규모와 상황, 시장여건 및 기업구조, 특히 역행할 수 없는 세계화 흐름과 그 속에서 주어진 국제규범화된 자유경쟁의 규칙 등에 적응할 수 밖에 없기 때문이다. 제119조 제2항은 이제 더 이상 현실에 맞지 않는 조항인 것으로 이러한 점은 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, ‘균형 있는 국민경제’의 목표는 오늘날의 이른바 ‘제4차 산업’과 IT, BT, NT 등 신지식산업의 비중이 급격하게 확대되는 이른바 ‘지식기반경제(knowledge-based economy)’의 상황에서 국가의 경제개입을 정당화하는 즈거로서 설득력이 제한될 수 밖에 없다.

둘째, ‘적정한 소득분배’의 목표도 성장동력을 유지, 확대해 나가는 이른바 ‘성장촉진형 재분배’나 사회국가원리의 실현방법인 소득재분배정책의 헌법적 즈거로서는 몰라도 우리의 현재 경제규모와 시장여건에 비추어 볼 때 소득분배를 직접적인 목적으로 하는 정책운용과 시장규제를 정당화할 수 있는 즈거로 인정될 여지는 크게 좁아졌다.

셋째, ‘시장지배와 경제력남용의 방지’와 ‘경제민주화’의 경제목표는 상대적으로 시장과 기업경영에 대한 정부규제의 필요성과 정당성을 뒷받침할 수 있는 설득력이 크다고 할 수 있다. 물론 이 경우에도 가능한 한 견제와 통제의 역할을 시장의 자정력에 맡겨야 한다는 대전제는 그대로 적용된다. 경제력의 집중자체가 문제가 아니라 카르텔의 잠재적인 위험성과 함께 집중된 경제력이 오용 및 남용되는 것이 문제이기 때문이다. 예컨대 시장지배와 경제력집중의 문제도 엄정하고 실효성 있는 기업공시제도나 증권거래법제 등 투명성을 확보할 수 있는 제도적 장치와 내부거래(self-dealing)를 차단하고 견제할 수 있는 회사법제를 통해 기본적으로 자본시장과 합리적인 기업시스템에 의해 해결되어야 한다. 이 부분도 국제규범화되고 있는 ‘세계표준(global standards)’들을 수용하는 방향으로 정리될 수 밖에 없을 것이다.

넷째, 과거 권위주의정권 하에서의 기업편향적인 경제개입에 대한 반성의 맥락에서 노사간의 균형관계의 정립과 국가의 중립성을 요구하는 것으로 이해되는 ‘경제민주화’의 목표도 정부의 중립성과 조정자로서 공정한 역할을 주문하는 것이다. 기업의 대형화와 성장동력 자체를 억제한다든지 또는 기업의 본원적인 경영 전략적 판단의 영역에 해당되는 인력정책과 노동시장에 대한 정부의 획일적이고 전면적인 개입을 헌법적으로 정당화할 수 있는 이유와 근거가 될 수 없다. 다만 최근에 사회 전체적인 차원에서 현안으로 제기되는 비정규직 근로자의 문제와 관련해서는, 특히 헌법 제32조의 근로활동권에 따른 국가의무와 연계되어 국가개입의 당위성을 확인하고 그 범위 및 양식을 설정하는 관점에서 새롭게 주목된다.

(2) 헌법 제119조 제1항과 제2항을 모순관계로 보는 견해⁴⁾

제8차 개헌을 통하여 제119조 제2항에 국가가 경제에 개입할 수 있는 다양한 근거가 추가되면서, 헌법 제119조 제1항과 제2항은 어느 한 조항의 규범력을 인정할 경우 다른 항의 규범력이 상실되는 모순에 빠지게 되었다. 즉, 헌법 제119조 제1항의 규범력을 인정하면 경제상의 자유를 지나치게 제한하는 경제정책은 위헌이 되며, 이에 따라서 제2항에 제시된 목표는 시장경제의 원칙을 존중하며 달성되어야 하는 것이다. 반대로 제119조 제2항의 규범력을 인정하면 다양한 목적으로 국가가 경제적 자유를 제한하는 것이 가능하게 되며, 이는 결과적으로 제1항의 무력화를 초래하게 된다.

(3) 제119조 제1항 규범력의 불인정⁵⁾

4) 정기화, “헌법의 경제조항 개정의견”, CFE Report, 2008, 12–13쪽; 제119조 제2항으로 인하여 기본권의 공동화 현상이 초래될 수 있는 문이 활짝 열려있다는 주장에 대해서는 김형성, “경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계”, 「저스티스」, 79호, 2004.

5) 정기화, “헌법의 경제조항 개정의견”, CFE Report, 2008, 13쪽. 정기화는 이글에서 헌법재판소도 제119조 제1항의 규범력을 인정하고 있지 않다고 보고 있다.

학자들 중에는 제119조 제1항의 규범력을 인정하지 않는 견해가 있다. 이에 따르면 제1항은 재산권이나 직업선택의 자유 같은 기본권으로부터 도출될 수 있는 것으로 전혀 불필요한 조항이라는 것이다. 또한 시장경제질서의 내용에 대해서는 경제학 내에서도 이견이 많으므로 제1항의 규범력을 인정하는 것이 바람직하지 않다고 보는 것이다. 즉, 무엇이 시장경제체제에 합치되는 것인지에 관하여 경제학 자체 내에서도 명확한 기준이 없고 합 시장성의 요구는 이미 자유를 제한하는 국가권력을 다시 제한하는 비례의 원칙에 의하여 충분히 고려되어 충족될 수 있기 때문에 기본권의 헌법적 보장 외에 별도로 시장경제질서를 헌법적으로 보장하는 것은 불필요하다는 것이다.

한편 이 견해는 제2항을 헌법 제37조 제2항의 공공복리를 목적으로 한 기본권 규제를 경제영역에서 구체화시킨 것으로서 매우 중시하는데, 헌법재판소도 제119조 제2항은 “경제영역에서 국가목표를 명시적으로 규정함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법 제37조 제2항의 기본권제한을 위한 일반법률유보로서 ‘공공복리’를 구체화 하고 있다”⁶⁾고 판시함으로써 이러한 견해를 피력한 사례가 있다.

(4) 제119조 제1항과 제2항의 관계: 사회적 시장경제질서⁷⁾

이 견해는 헌법 제119조 제1항과 제2항을 분리하여 제1항을 시장경제질서, 제2항을 사회적 시장경제질서라는 명제를 도출하는 것이 아니라 양자가 서로 밀접한 연관관계가 있는 것으로 파악되어야 한다고 주장한다. 그리하여 헌법 제119조는 ‘개인의 경제적 자유를 보장하면서 사회정의를 실현하는 경제 질서’라는 의미의 ‘경제헌법의 지도원리’로 이해되어야 한다.

6) 1996. 12. 26. 96헌가18.

7) 이러한 주장이 현재 다수설이다. 다음과 같은 헌법교과서에서 우리의 경제질서를 사회적 시장경제질서로 논의하고 있다. 권영성, 헌법학원론, 2005, 163쪽 이하; 김철수, 학설판례 헌법학(상), 법문사, 2008, 309쪽 이하.

우리 헌법상의 경제질서는 자유와 평등의 조화라는 이념을 실현하기 위하여 수정자본주의의 원리를 채용하고 있으며, 다수의 학자들은 이러한 우리 헌법상의 경제질서를 독일식의 사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaft)로 보고 있다.⁸⁾

(5) 경제헌법에 대한 헌법재판소의 태도

헌법재판소는 비교적 초기의 결정에서부터 시장경제의 “사회적 책임”을 강조하면서 개인과 기업의 자유보다는 오히려 경제에 대한 국가의 규제나 조정행위에 대해 더 큰 비중을 두고 있다. 현재의 이러한 견해는 1997년 국토이용관리법상의 토지거래허가에 대한 위헌소청사건⁹⁾에서도 잘 찾아 볼 수 있다. 즉, 헌법재판소의 견해에 따르면 헌법 제119조 제1항이 천명하고 있는 경제상의 자유는 다른 개인이나 사회공동체와 조화를 유지하는 범위 내에서 인정되는 것이고, 같은 조 제2항은 시장경제질서를 기본적으로 용인하지만 경제의 민주화를 위하여 국가가 규제와 조정을 행할 수 있음을 규정하고 있다. 또한 특히 토지에 관하여는 헌법 제122조가 국토의 효율적이고 균형 있는 이용, 개발과 보전을 위한 국가의 적극적 관여를 인정하고 있다. 이러한 헌법조항에 바탕을 둔 동사건의 전제가 된 국토이용관리법상의 토지거래허가조항은 자유시장경제체제를 전면 부정한 것이 아니라 헌법이 규정한 사회적 시장경제원리에 입각하여 이를 보완하고 있다는 것이다.

또한 1996년 축산업조합법 위헌확인소송¹⁰⁾과 2000년 농업협동조합법 위헌확인사건¹¹⁾에서 헌법재판소는 우리 헌법상의 경제질서가 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장경제질서를 기본으로 하면서 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지, 사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 사회

8) 우리 경제질서가 독일식 사회적 경제질서라는 주장에 대한 비판적인 시각은 정승훈, 「경제적 자유를 보장하기 위한 헌법개정방향」, 한국경제연구원, 한국경제연구원 시리즈자료, 제도연구 2, 2001., 237-240 참조. 그는 동 보고서에서 우리 경제질서가 복지국가의 경제질서에 가장 유사한 경제질서라고 보고 있다. 같은 글 240 쪽.

9) 현재결 1993. 9. 27. 92헌가5

10) 현재결 1996. 4. 27. 92헌바47

11) 현재결 2000. 6. 1. 99헌마553

적 시장경제질서의 성격을 띠고 있다고 하였다. 현재는 “절대적 개인주의, 자유주의를 근간으로 하는 자본주의 사회에 있어서는 계약자유의 미명아래, ‘있는 자, 가진 자’의 착취에 의하여 경제적인 지배종속관계가 성립하고 경쟁이 왜곡되게 되어 결국에는 빈부의 격차가 현격해지고, 사회계층간의 문화와 대립갈등이 첨예화하는 사태에 이르게 됨에 따라, 이를 대폭 수정하여 실질적인 자유와 공정을 확보함으로써 인간의 존엄과 가치를 보장하도록 하였는바, 이러한 절대적 개인주의, 자유주의를 근간으로 하는 초기 자본주의의 모순 속에서 소비자, 농어민, 중소기업자 등 경제적 종속자 내지는 약자가 그들의 경제적 생존권을 확보하고 사회경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 결성한 것이 협동조합이며, 국가는 이러한 자조조직인 협동조합을 보호하게 되었던 것”이라고 보고 있다.

III. 경제헌법 개정논의

1. 개헌론

개헌론은 크게 제119조를 전면 삭제하거나 동조 제2항의 전부 또는 일부, 특히 ‘경제의 민주화’ 부분을 삭제하자는 의견과 제2항에 ‘필요성원칙(Erforderlichkeitsprinzip)’을 추가하여 국가의 경제개입의 요건을 강화하자는 견해로 구별된다.

개헌론의 핵심논거는 경제현실과 헌법규범간의 근본적인 괴리라고 할 수 있다. 이른바 ‘개발독재체제’ 등 국가주도의 경제발전모델을 수용해 온 현행 경제헌법은 근본적으로 변화된 사회경제구조와 시장 및 기업, 특히 세계화된 무한경쟁구도의 현실에 적응할 수 있는 기본 틀로서는 이미 그 효용성을 기대할 수 없다는 인식이다.

(1) 필요성원칙에 따른 일부 개헌입장¹²⁾

A) 범주규정으로서의 한계

기본적으로 제119조 제1항과 제2항을 원칙과 예외로 인정하는 해석에 근거하고 있는 것으로 원칙적으로는 우리헌법이 시장경제체계를 가지고 있으며 예외적인 경우에 법률에 따라서 국가의 개입이 인정된다는 입장이다.

현행 헌법 제119조의 핵심은 우리 경제질서가 자유방임적 시장경제를 지지하는 동시에 계획통제경제도 지양한다는 ‘지도원칙’에 대한 확인이다. 이로서 우리 헌법은 양극단의 대안을 배격하고, 이른바 중용을 지향하는 혼합경제체제의 ‘제3의 길’을 제시하고 있다고 할 수 있다. 그 노선을 수정자본주의원리를 바탕으로 하는 이른바 ‘사회적 시장경제질서(soziale Marktwirtschaftsordnung)’로 보는 점에서 헌법학자들 간에 의견이 대체로 일치되고 있고 헌법재판소도 이러한 입장이다.

그런데 헌법 제119조는 그 ‘제3의 길’의 구체적인 노정에 대해서는 분명한 표지판과 한계선을 제시하지 못한다. 자유와 평등이념의 조화를 요구하는 중용의 지침이 아무런 가치전제나 규범적 결정도 포함되어 있지 아니한 무정형적인 것은 아니지만, 고도의 개방성 때문에 경제정책에 관한 통제규범, 행위규범으로서 구체적인 규준력, 특히 국가의 무분별한 규제와 경제개입을 제한하고 실효성 있는 한계를 설정할 수 있는 규범적 효용에 대한 문제가 있다. 또한 고도의 개방성과 추상성을 특징으로 하는 제119조는 국가의 경제에 관한 규제와 조정의 한계를 설정하는 규율적 성격의 범주규정으로 보기에는 그 범주자체가 불명확하다.

이 견해는 특히 국민의 의식은 21세기에 와 있으나 헌법상의 경제조항은 20세기에 머물러 있으며, 경제를 규율하는 법은 19세기의 규제만능주의에 빠져 있다고 파악하며, 세계화 시대에 이러한 법률을 가진 한국경제에 대한 우려를 표명한다. 이 입장은 제119조 제2항을 폐지하고 이를 제37조 제2항에 포섭하는 개헌을 이상적으로 본다. 그러나 경제정책에 대한 조정자로서 정부의 역할이 중요하다는 입장이 여전히 우세하여 헌법 제119조를 존치시키는 것이 필요한 경우에는 특히 제2항에 대한 제1항의 규범적 우위가 확보되어야만 하고, 제2항에 규정된 ‘국민

12) 한국헌법학회, 「헌법개정연구」, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006, 90쪽 이하.

경제의 성장 및 안정’, ‘적정한 소득의 분배’, ‘시장의 지배와 경제력 남용의 방지’, ‘경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화’ 등의 불확정개념이 제거될 필요가 있다고 강조한다. 이러한 점을 고려하여 경제조항을 개정하는 경우에 긴요성의 원칙(Erforderlichkeitsprinzip)에 따라서 국가의 규제와 조정권한의 행사를 엄격히 제한해야 한다고 보는데 여기에서 ‘필요한 경우’란 국가개입을 위한 입법이 단순하게 필요하다는 것을 넘어서서 당해 경제영역에 대한 국가의 규제와 조정이 긴요하다는 ‘불가피성원칙’을 의미하는 것으로 보아야 한다.

B) 개정제안

규범적 효용의 크기와 그 활용가능성에 대한 긍정 또는 부정의 평가나 기대와는 무관하게 국가의 경제적 개입을 허용하는 근거규정으로든, 그에 대한 제한 및 한계규정으로든 또는 헌법이론적 담론의 준거로든 적어도 그 동안 제119조를 근거로 하여 논의 및 정리된 ‘규범저장고’로서의 효용자체가 전적으로는 부인되지 아니한다.

최고의 정치경제규범인 헌법의 개정은 현실적인 합의 가능성과 함께 항상 ‘진보와 보수의 변증법적 통합’의 명제를 지향해야 한다. 특히 경제헌법의 개정은 국민의 폭넓은 공감대형성의 필요조건과 함께 경제현실에 대한 정확한 인식과 대내외의 환경변화에 대한 장기적인 예측과 전망을 바탕으로 논의되어야 한다. 경제헌법이 변화된 경제환경과 여전에 규범력을 발휘하지 못하는 객관적인 한계에 대한 관련 전문가 집단의 확인과 일반 국민에 대한 해명과 설득의 필수성이 강조되는 것도 바로 이 때문이다.

따라서 헌법개혁 차원의 전면개정이 아닌 부분개정의 방향으로 진행된다는 전제하에서 필요성의 원칙에 따른 다음과 같은 내용이라면 전혀 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 국민의 공감대형성과 정치권의 합의, 헌법학자 및 관련 전문가들의 절충가능성을 기대해 볼 만한 개정안으로 생각된다.

a) 제119조 개정의견

제1안)¹³⁾

제1항 – 유지

제2항 – ‘국가는 균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 정하는 바에 따라 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.’

제2안)¹⁴⁾

제1항: 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 시장경제질서를 기본으로 한다.

제2항: 국가는 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제의 성장과 분배의 조화를 통한 경제의 안정화를 위하여 필요한 경우에 법률이 정하는 바에 따라 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

b) 개별 경제조항 개정의견

제120조 제1항: 유지

제2항: 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 그 균형 있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.

제121조 제1항: 삭제

제2항: 유지

제122조: 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용, 개발과 보전을 위하여 필요한 경우에 한하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

제123조: 각 항의 ‘국가는 …한다’에 ‘필요한 경우에 한하여 법률에 정하는 바에 의하여’를 추가한다.

13) 한국헌법학회, 「헌법개정연구」, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006, 94쪽.

14) 한국헌법학회, 「헌법개정연구」, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006, 96–97쪽.

제124조: 유지

제125조: 유지

제126조: 유지

제127조: 제1항과 제2항의 ‘국가는 …한다’에 ‘법률이 정하는 바에 의하여’ 추가한다.

(2) 적극적 개헌입장¹⁵⁾

이러한 주장을 하는 학자들은 한국의 경제시스템을 규제완화와 민영화를 통한 자유화, 개방화의 강화로 설정하며, 국가가 경제에 개입하는 것 자체에 반대하는 입장을 취한다. 이들은 현행 경제헌법조항의 폐지 또는 완화를 통하여 진정한 자본주의 시장 경제 중심으로 바뀌어야 한다고 보며, 구체적으로는 ‘작은 정부, 공기업의 민영화, 세금축소, 상속세 완화, 공권력 축소, 기업하기 좋은 환경’ 등을 들고 있다.¹⁶⁾

A) 문제제기

직선제 개헌을 골자로 한 1987년의 제9차 개정은 경제관련조항에도 영향을 주어 경제의 민주적 통제라는 명분으로 국가의 경제 간섭이 모든 영역에서 가능하게 되었다. 즉 다양한 경제정책목표를 위한 국가의 경제개입이 가능하게 되어 시장경제의 틀을 존중하며 경제정책을 시행한다는 헌법 제119조 제1항은 사실상 효력을 상실하게 된 것이다. 제119조 제2항에서 국가의 경제에 관한 규제와 조정의 목적에 사회정의라는 문구가 삭제되는 대신에 ‘적정한 소득분배’, ‘경제주체들 간의 조화를 통한 경제의 민주화’ 등이 삽입되었고 제8차 개정 때 등장하였던 독과점

15) 정기화, “헌법의 경제조항 개정의견”, CFE Report, 2008, 14쪽 이하; 정승훈, 「경제적 자유를 보장하기 위한 헌법개정방향」, 한국경제연구원, 한국경제연구원 시리즈자료, 제도연구 2, 2001. 223쪽 이하.

16) PRESSian, 2008.10.31보도 참조.

의 폐해는 시장의 지배와 ‘경제력의 남용’이라는 문구로 대체가 되었다. 이러한 헌법개정을 통하여 국가는 노동이나 농수산물의 가격결정과정에 개입할 수 있게 되었는데, 이것은 비록 전면적인 것은 아니라 하더라도 시장에 의한 가격조절이라는 시장경제의 핵심적 내용을 제한한 것으로 볼 수 있는 것이다. 국가는 이 규정을 통하여 기본권의 침해가 없는 한 개인이나 기업의 모든 경제활동에 걸쳐 규제와 조정을 할 수 있게 되었다.

이러한 헌법의 개정은 1987년의 정치적 민주화 과정에서 경제적 자유가 정치적 자유에 희생된 결과 발생한 것이다. 그러나 국가의 거의 무제한적인 경제개입은 개인과 기업의 경제적 자유나 이를 기초로 한 경제적 풍요를 위태롭게 한다. 나아가 지나친 경제개입으로 경제의 효율성이 떨어져 정부 재정의 기반을 축소시켜 사회보장을 어렵게 하며 이는 결과적으로 인간다운 삶의 보장이라는 사회정의 실현의 궁극적인 목표마저 위험하게 만들 수 있다. 또한 적정한 소득분배, 경제의 민주화 등 매우 추상적이고 모호한 개념이 경제정책의 목표에 추가됨으로 헌법의 규범으로서의 가치가 크게 훼손되는 결과 초래되었다.

B) 개정안¹⁷⁾

제119조 제2항이 갖는 헌법적 규범력을 사회정의의 측면에서 불가피하다고 여기는 것은 오히려 사회정의 실현의 기반을 축소시킬 수 있다. 그리고 인간다운 삶의 보장이라는 사회정의의 궁극적 목표는 사회적 기본권을 통하여 달성될 수 있다. 따라서 사회정의를 이유로 헌법에 국가가 경제적 영역에 규제나 조정을 하는 것은 불필요하다. 사회정의를 경제적 영역에서 실현하려고 하는 것은 사회주의 경제의 몰락에서 보았듯이 경제왜곡을 초래하여 경제발전을 저해하며 그 결과 사회보장을 위한 국가재원의 축소를 초래하게 되며 원래 달성하고자 하였던 인간다운 삶의 보장마저 어렵게 한다.

헌법 제119조가 갖는 문제를 해결하는 방법은 제1항과 제2항의 관계를 원칙과

17) 정기화, “헌법의 경제조항 개정의견”, CFE Report, 2008, 19~22쪽.

예외로 보아서, 제1항의 자유시장경제질서를 기본으로 하고 이러한 기본 틀을 넘지 않는 범위 내에서의 예외적인 제2항의 적용을 엄격하게 제한하여야 하는 것이다. 개정을 통하여 제119조 제2항을 삭제하거나 존치하더라도 엄격한 제한을 할 필요가 있다.

a) 제119조: 제1항과 제2항을 통합.

제119조: 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 재산권과 경제적 자유를 존중하고 경제주체간의 자유로운 거래형성을 보호하는 것으로 기본으로 하되, 국가는 국민경제의 안정과 효율의 증대를 위하여 필요한 최소 범위 내에서 법률에 따라 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

b) 개별경제조항

제120조 이하 경제정책에 대한 규제에 대하여는 일부 규정만 제외하고 모두 삭제하여 하위 법에서 규정하도록 하는 것이 필요하다.

제120조 제2항과 제122조: 국가는 법률이 정하는 바에 따라 국토와 자연자원의 효율적 사용을 위하여 필요한 계획을 수립할 수 있다.

제121조와 제123조 제1항: 국가는 농어민과 중소기업의 자조적 조직을 지원하며, 그 자율적 활동과 발전을 위해 노력한다.

제2항: 국가는 법률에 따라 농어업과 중소기업의 효율 증대를 위하여 필요한 계획을 수립할 수 있다.

제126조: 국방상 또는 국민경제상 긴급하고 명백한 일시적 이유로 인하여 법률로 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

c) 제9장 전체 삭제론¹⁸⁾

18) 정승훈, 「경제적 자유를 보장하기 위한 헌법개정방향」, 한국경제연구원, 한국경제연구원 시리즈자료, 제도연구 2, 2001, 256쪽.

현행 헌법은 제9장에 경제조항을 따로 두고 있다. 제119조에서 경제질서에 대한 이념적 기초를 밝히고 제120조에서부터 제127조까지 개별적인 경제조항을 두고 있다. 그러나 이러한 개별적인 경제조항은 헌법사항이라기 보다는 법률의 규정을 통해서도 그 취지를 충분히 살릴 수 있다. 따라서 제9장의 경제 조항은 모두 폐지되어야 한다. 다만 제119조 제1항은 우리나라의 경제질서의 이념적 기초에 관한 사항이므로 이를 헌법 제5조에 제2항으로 신설하여 규정하는 것이 바람직하다.

2. 존치론

(1) 개헌신중론¹⁹⁾

경제헌법규정 자체에 대한 극단적인 회의론을 비롯하여 헌법 제119조 전부 또는 일부를 삭제하자는 개헌론의 입장에서 제시하는 다양한 논거들 중에 헌법정책적인 담론에서 배제될 수 있는 것은 하나도 없다. 개헌논의와 무관하게 경제헌법 규범과 경제현실 및 그 상호 관계에 대한 근본적인 재검토의 필요성은 투자와 자원배분을 국가가 주도하는 경제개발 5개년 계획이 제6차로 마무리된 1990년 초반 이후 또는 적어도 국가의 경제관리 능력의 한계가 극명하게 드러난 1997년의 외환위기 이후부터는 제기되어 온 것이기도 하다.

또한 세계 최저수준의 낮은 출산율과 급속한 사회고령화, 양극화와 그에 따른 사회적 갈등의 심화 등 대내적인 문제를 비롯하여 중국경제의 급성장 등 경쟁구도의 개편, 극렬한 시비론 속에서 강행되고 있는 한미FTA협상, 기타 통일환경의 변화 등 대외적인 변수들은 장기적이고 거시적인 국가발전전략의 수립을 요구하고 있다. 국가와 경제의 관계에 대한 반성과 향후 바람직한 경제질서에 대한 헌법정책적 차원의 담론은 이러한 전략계획의 출발점인 동시에 발전의 방향과 선택 가능한 전술대안의 범위를 정하는 기본 틀을 짜는 핵심작업이다.

19) 한국헌법학회, 「헌법개정연구」, 2006 헌법개정연구위원회 최종보고서, 2006, 87-88쪽.

하지만 이러한 반성과 담론의 필요성과 긴박성이 바로 경제헌법의 개정의 필수성과 그 방향 및 개정시기를 예단할 수 있는 충분한 근거가 되지는 못한다. 경제헌법, 특히 기본조항인 제119조의 전면 또는 부분개정에 대하여 신중론을 주장하는 입장에서 대체로 논의의 필요성 자체에 대해서는 동의하면서도 성급한 결정은 피해야 한다는 유보적인 견해를 제시하고 있다.

(2) 적극적 존치론²⁰⁾

이 입장은 먼저 경제헌법개헌의 논의가 되는 배경에 대한 의혹을 제기한다.

헌법의 경제조항은 80년대 고도성장기를 겪은 이후 1987년 개정되어 경제에 대해 새로운 의미를 부여한 점에서 의미가 있는 조항이긴 하나 그 이후 사실상 사문화된 조항처럼 잊혀져 있었다. 이처럼 ‘잊혀진 여인’ 신세였던 헌법의 경제조항이 최근 활발하게 전개되는 개헌논의에 휩싸이고 있으며 이러한 논쟁의 중심에는 제119조 제2항이 놓여 있다.

제119조 및 헌법의 경제조항을 적극적으로 존치시키려는 측은 아무도 관심을 갖지 않았던 경제조항이 이처럼 주목을 받게 된 것은 1997년 외환위기 이후 탈 규제화와 민영화 속에서 시장만능주의자들이 제119조 제2항을 집요하게 문제 삼으면서라고 보고 있다. 즉 시장만능주의자들이 그 동안 존재감도 없이 헌법상에 존재하고 있던 경제조항을 전면 개정하여 헌법상 시장경제원리를 명백하게 규정하고 이를 통한 여러 경제규제적 법제들을 친시장적, 친기업적으로 정비하려고 하는 것이다.

적극적 존치론자들은 제대로 적용이 안 되는 조항이라 하더라도 이 조항이 헌법에 존재하고 있는지의 여부는 엄청난 차이를 가져온다고 보고 있다고 본다. 왜냐하면 경제조항은 헌법재판소의 판단기준이 되며, 경제의 민주화를 주장하는 학자들에게 헌법상의 근거를 제공하고 이러한 경제조항의 개정은 자구수정의 문제가

20) <http://betulo.seoul.co.kr/997>

아니라 결국은 국가의 시스템을 어떻게 구축할 것인지의 문제와 직결되어 있다고 보기 때문이다.

적극적 존치론을 취하는 학자들은 경제조항을 자본주의의 폐해를 치유하는 최소한의 사회적 토대이자 사회 공공성을 유지하는 근거조항으로 보며, ‘경제조항을 축소하자는 것은 시장만능주의를 헌법으로 추인하자는 주장이나 다름없다’고 비판한다. 그리고 제119조 제1항이 자유시장경제라는 ‘근대’ 헌법원리를 규정한 반면 제2항은 시장경제의 폐해를 극복하기 위한 국가개입이라는 ‘현대’ 헌법의 원리를 밝히는 것으로 제119조 제2항의 폐지주장은 역사를 200년 전으로 되돌리자는 것일 뿐이라고 주장한다.

VI. 결론

우리 헌법은 제헌헌법 당시부터 경제질서조항을 가지고 있었는데 제헌헌법은 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시키는 사회정의가 경제질서의 주원리이고 개인의 경제상 자유는 이 한계 내에서만 가능함을 명시하는 내용의 사회적 경제질서를 규정하고 있었다. 그 후의 헌법상 경제질서 규정은 큰 관심을 받지 못하다가 1987년의 개헌을 통하여 현행과 같은 모습을 갖게 되었다. 1987년의 개헌을 통하여 경제질서의 큰 변화가 생긴 것은 찾아볼 수 없고, 동 경제질서조항이 관심의 대상이 되는 헌법상의 규정도 아니었다. 2000년대 중반에 개정논의가 활발하게 시작되면서 동 조항은 ‘직접민주주의’, ‘대통령선거제도’, ‘정부형태’, ‘대통령임기’, ‘국무총리제도’, ‘헌법재판제도’, ‘사회적 기본권’ 등의 개정논의와 더불어 큰 주목을 받게 되었다.

헌법 제119조의 경제질서조항과 제120조부터 제127조에 이르는 개별경제조항의 개정논의의 핵심 속에는 제119조의 경제질서조항에 대한 이해가 들어 있다. 일부의 개정론자들은 일반적으로 제119조 제1항에서는 ‘원칙’ 적으로 기업의 자유를 보장하고 제2항에서는 ‘예외’ 적으로 국가의 경제에 관한 규제와 조정이 허용하고 있다고 본다. 따라서 국가의 개입 결정은 정책결정권자의 자의에 맡겨져 있는 것

이 아니라 ‘최적화 명령’에 부합되어 필요한 경우 필수적인 범위에 한하여 하므로 개정을 통하여 ‘필요한 경우에 한하여 법률에 정하는 바에 따라’라는 문구를 넣자고 주장한다. 또 다른 개정론자들은 헌법상 경제질서조항의 개정을 통한 좀 더 적극적인 경제질서의 개편을 주장한다. 이들은 한국의 경제시스템을 규제완화와 민영화를 통한 자유화, 개방화의 강화로 설정하며, 국가가 경제에 개입하는 것 자체에 반대하는 입장을 취한다.

헌법 제119조의 경제질서조항의 존치론자들은 한국의 경제질서를 사회적 시장 경제질서로 보며 헌법 제119조의 경제질서조항과, ‘경제조항을 축소하자는 것은 시장만능주의를 헌법으로 추인하자는 주장이나 다름없다’고 비판한다. 이들은 또한 사회복지나 사회적 약자보호가 더 절실한 현실에서 경제조항을 강화해야 하나 현재의 상황에서는 현행 경제조항을 유지하는 것을 관건으로 보고 있기도 한다.

현재의 개헌논의는 소강상태라고 볼 수 있다. 그러나 전망에 따르면 헌법의 개정이 근시일안에 현실화되기는 어려울지라도 개헌자체가 현실화될 수 없는 테마로 보기는 없다는 것이다. 특히 경제조항에 대한 개헌은 어떤 방식으로든 진행이 될 것이라는 전망과 예측도 나오고 있다. 따라서 경제질서조항에 대한 개헌논리를 둘러싼 학자들의 입장과 개헌에 대한 시각을 파악하는 것이 앞으로 지속될 개헌논의를 파악함에 있어 의미가 있을 것으로 본다.

Eine Studie über die Diskussion um die Novellierung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung

Dr. Shin, Okju | Korea Legislation Research Institute

I. Einführung

Das 9. Kapitel der Koreanischen Verfassung beinhaltet außerordentlich präzise Bestimmungen für die Wirtschaft. Einerseits garantiert sie in Art. 119 Abs. 1 - auch als die wirtschaftliche Ordnungsklausel bekannt - ausdrücklich die Freiheit des Individuums und der Unternehmen. Andererseits aber schafft sie auch die verfassungsrechtliche Grundlage für staatliche Eingriffe zur Regulierung des Marktes und der Wirtschaft. Die einzelnen Regelungen für die Wirtschaft sind in den Art. 120 - Art. 127 festgelegt. Es wurden zwar kleine Änderungen an der wirtschaftlichen Ordnungsklausel und an einzelnen Wirtschaftsartikeln vorgenommen, dennoch bilden sie noch immer den Rahmen der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung und haben ihren wesentlichen inhaltlichen Gehalt beibehalten.

Gerade jetzt ist in Korea das Thema der „Verfassungsnovellierung“ aktuell.¹⁾

Auch die Novellierung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung gehört

1) Lim, Ji Bong, Wünschenswerte Richtung der Verfassungsrevolierung, in: Studie über Verfassungsrecht, Bd. 13 Nr. 4-2. 2006; Lim, Ji Bong, Wünschenswerte Richtung und Inhalt der verfassungsrechtlichen Regierungskonstruktion bei der Diskussion der Verfassungsrevolierung, in: Studie der internationalen Verfassungen, Bd. 14 Nr. 2, 2008.

dazu. Sowohl Verfassungswissenschaftler als auch Vertreter der Wirtschaft und der Politik, insbesondere die „Arbeitsgemeinschaft für die zukünftige Verfassung Koreas“ im Parlament, setzen sich intensiv mit diesem Thema auseinander.

Es gibt verschiedene Diskussionsrichtungen im Zusammenhang mit der Novellierung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung. Beispielsweise ist die Änderung des mit der Wirtschaft in engem Zusammenhang stehenden Grundrechts der Arbeitnehmer, Art. 119 - Art. 127 und Art. 33, sowie das Konzept der marktfreundlichen Landöffentlichkeit, Gegenstand der Diskussionen. Aber der Kern der Diskussionen über die Novellierung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung liegt in Art. 119. Das bedeutet, dass diese Diskussion von der Frage abhängt, wie das Verhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1, der die freiheitliche Demokratie und Marktwirtschaft regelt, und Art. 119 Abs. 2, der die Demokratisierung der Wirtschaft, die angemessene Verteilung des Einkommens, die Eingriffe in Monopolstellungen und den Missbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung zum Gegenstand hat, geregelt werden soll.

In diesem Artikel soll zunächst der geschichtliche Hintergrund dargestellt werden. Anschließend werden unterschiedliche Interpretationen von Art. 119 und der Stand der Diskussion um die Novellierung dargelegt. Durch den Vergleich der verschiedenen Meinungen soll ein möglichst breites Spektrum der Novellierungsdiskussion zur verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung dargestellt werden.

II. Inhalt der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung

1) Historische Entwicklung

Die Koreanische Verfassung verfügt seit 1948 über eine Regelung für die wirtschaftliche Ordnung. Die Entwicklung der wirtschaftlichen Ordnung kann wie folgt beschrieben werden: Die Verfassung von 1948 bestimmte in Art. 84: „Das Prinzip der Wirtschaftsordnung der Republik Korea ist die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit, die Befriedigung der fundamentalen Bedürfnisse aller Staatsbürger und die Förderung einer ausgeglichenen Volkswirtschaft. Die Freiheit des Einzelnen im wirtschaftlichen Verkehr wird innerhalb dieser Grenzen gewährleistet.“ Diese Regelung blieb auch in der Verfassung von 1954 erhalten. Aber aufgrund der Verfassungsänderung im Jahre 1962 wurde der Artikel durch Art. 111 ersetzt. Abs. 1 lautete wie folgt: „Die Wirtschaftsordnung der Republik Korea beruht auf dem Grundsatz, die wirtschaftliche Freiheit und Schöpferkraft des Einzelnen zu achten“; Abs. 2: „Um die wesentlichen Lebensbedürfnisse für das ganze Volk sicherzustellen, regelt und kontrolliert der Staat die Volkswirtschaft insoweit, als es zur Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit und Entwicklung einer ausgeglichenen Volkswirtschaft notwendig ist.“ Danach gab es zwar weitere Änderungen an vereinzelten Bestimmungen, dennoch blieb der Tenor dieses Artikels bis zur Verfassungsnovellierung (1987) unverändert. Die noch geltende Verfassung von 1987 bestimmt in Art. 119 die im Moment sehr umstrittene Wirtschaftsordnung.²⁾

Die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung Koreas kann dergestalt periodisiert werden: Die erste Periode umfasst den Zeitraum von 1948 bis 1954. In der damaligen Verfassung war die sozialwirtschaftliche Ordnung verankert, die regelte, dass die Wirtschaft im Prinzip für die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit, die Befriedigung der fundamentalen Bedürfnisse aller Staatsbürger und der Förderung einer ausgeglichenen Volkswirtschaft dienen

2) <http://betulo.seoul.co.kr/997>; Jung, Sung Hun, Wirtschaftsverfassung, BubMunSa, S. 121 ff. ; Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008, S. 5-8.

solle und die Freiheit des Einzelnen nur in diesem Rahmen ausgeübt werden dürfe. Die darauffolgende Periode umfasst den Zeitraum von 1962 bis 1987. Durch die Anerkennung der Marktwirtschaft als Grundprinzip und damit auch der staatlichen Eingriffe, wurde die Wirtschaftsordnung in dieser Zeit inhaltlich stark verändert. Die dritte Periode beginnt mit der Verfassungsänderung im Jahre 1987. Die Mehrheit der Wissenschaftler und das koreanische Verfassungsgericht vertritt die Meinung, dass die aktuelle verfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung als eine soziale Marktwirtschaftsordnung zu verstehen ist.

2) Kapitel neun der Verfassung – Wirtschaft

Das 9. Kapitel besteht aus einer Grundbestimmung und sieben weiteren Regelungen, die zusammen die Wirtschaftsverfassung bilden.

(1) Grundbestimmung: koreanische Wirtschaftsordnung

Art. 119: 1) Die Wirtschaftsordnung der Republik Korea beruht auf dem Grundsatz der Achtung der wirtschaftlichen Freiheit des Individuums, der Unternehmen und deren schöpferische Kraft.

2) Der Staat kann in die Wirtschaft regulierend und koordinierend eingreifen, um ein ausgewogenes Wachstum und volkswirtschaftliche Stabilität aufrecht zu erhalten, um eine gerechte Verteilung der Einkommen zu gewährleisten, um die Marktherrschaft und den Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu verhindern und um die Wirtschaft durch Harmonisierung der Wirtschaftsvertreter, zu demokratisieren.

(2) Weitere wirtschaftliche Bestimmungen

Art. 120: 1) Lizenzen für die Förderung, Erschließung oder Nutzung von Mineralien und anderen wichtigen Bodenschätzen, von Produkten des Meeres und der Gewässer, der Wasserkraft und anderer wirtschaftlich nutzbaren Naturkräfte können nach Maßgabe des Gesetzes für einen bestimmten Zeitraum erteilt werden.

2) Der Boden und die Rohstoffe genießen den Schutz des Staates, und der Staat erstellt Pläne für deren ausgewogene Erschließung und Nutzung.

Art. 121: 1) Der Staat muss sich darum bemühen, dass derjenige, der in der Landwirtschaft tätig ist, auch über dieses Land verfügen kann. Das Pachtsystem ist verboten.

2) Die Miete bzw. der Auftragsbetrieb der landwirtschaftlichen Nutzfläche zur Steigerung der landwirtschaftlichen Produktivität und zur Sicherung der rationellen Nutzung des Ackerlandes sind nur dann nach Maßgabe der Gesetze zulässig, wenn unvermeidliche Umstände dies als zwingend erscheinen lassen.

Art. 122: Der Staat kann nach Maßgabe der Gesetze Beschränkungen anordnen oder Pflichten auferlegen, die für eine wirksame und ausgewogene Nutzung, Erschließung und Erhaltung des Landes als Grundlage der Produktion und zur Sicherung des täglichen Lebens der Bürger notwendig sind.

Art. 123: 1) Der Staat muss einen Plan zur Pflege, zur Entwicklungsunterstützung und zum Schutz der Landwirtschaft und Fischerei erstellen und ausführen.

2) Der Staat muss sich um die Unterstützung der regionalen Wirtschaft kümmern, um eine ausgeglichene Entwicklung aller Regionen sicherzustellen.

3) Der Staat muss kleine und mittlere Industriebetriebe schützen und fördern.

4) Der Staat muss sich um den Schutz der Interessen der Landwirte und Fischer bemühen, indem er durch die Erhaltung des Gleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage und durch die Verbesserung des Markt- und Verteilungssystems versucht, die Preise für land- und fischereiwirtschaftliche Erzeugnisse zu stabilisieren.

Art. 124: Der Staat garantiert nach Maßgabe der Gesetze die Verbraucherschutzbewegung, die das gesunde Verhalten der Verbraucher und die Verbesserung der Produktqualität zu fördern bestrebt ist.

Art. 125: Der Staat fördert den Außenhandel und kann ihn kontrollieren und koordinieren.

Art. 126: Abgesehen von gesetzlich bestimmten Fällen zur Bewältigung von Gefahrensituationen für die nationale Verteidigung oder die Volkswirtschaft, können private Unternehmen weder verstaatlicht oder vergesellschaftet, noch unter staatliche Kontrolle gestellt oder in staatliche Verwaltung übernommen werden.

Art. 127: 1) Der Staat ist bestrebt, die Volkswirtschaft durch die Entwicklung der Wissenschaft und der Technologie und des Informationswesens und durch die Entwicklung der menschlichen Erfindungsgabe zu fördern.

2) Der Staat legt einen nationalen Standard fest.

3) Der Staatspräsident kann für den in Abs. 1 angeführten Zweck eine Beratungsorganisation errichten.

3) Interpretation der Wirtschaftsordnung in Art. 119

Die unterschiedlichen Interpretationen von Art. 119, die sich aus den verschiedenen Perspektiven auf die potentiellen Nutzungsmöglichkeiten des Artikels erschließen, münden in unterschiedlichen Meinungen zu der Novellierung der Wirtschaftsordnung.

Die Gruppe der konservativen Wissenschaftler, die für die Novellierung der Wirtschaftsordnung plädiieren, geht davon aus, dass das Verhältnis von Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 als „unproportional“ oder als „Prinzip und Ausnahme“ bezeichnet werden kann. Der unbestimmte Begriff des Art. 119 Abs. 2 ist der Grund für die Instabilität der Verfassungsnorm und räumt dem Staat eine

unbegrenzte Ermächtigung für den Eingriff in die Marktwirtschaft ein. Sie fordern daher, dass der Art. 119 aufgehoben werden muss. Jede wirtschaftliche Regulierung muss durch die „Schranke der Grundrechtseinschränkung“ in Art. 37 Abs. 2 eingegrenzt werden. Einige von ihnen behaupten, durch die Änderung des Art. 119 Abs. 2 die Eingriffe des Staates minimieren zu können. Sie vertreten die Auffassung, dass Art. 119 Abs. 2 tatsächlich keine normative Wirkung im Zusammenhang mit der Politik und dem staatlichen Handeln besitzt.

Die Gruppe der Progressivisten, die noch eine Mindermeinung darstellt, bemüht sich um die Erhaltung von Art. 119 Abs. 2. Sie weist darauf hin, dass der Artikel dem koreanischen Verfassungsgerichtshof als Entscheidungsmaßstab dienen kann. Daher ist es von großer Bedeutung, ob sich der Artikel nun in der Verfassung befindet oder nicht. Nach ihrer Ansicht folgt Art. 119 Abs. 1 dem Prinzip der Marktwirtschaft im Sinne der „klassisch modernen konstitutionellen Grundregel“ und Art. 119 Abs. 2 dem Prinzip der sozialen Wirtschaftsordnung im Sinne der „modernen konstitutionellen Grundregel“, um die Nachteile der Marktwirtschaft zu überwinden.

(1) Das Verhältnis von Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2: Prinzip und Ausnahme-Formel³⁾

Nach dieser Auffassung garantiert Art. 119 Abs. 1 die prinzipielle Freiheit der Unternehmen als koreanische Wirtschaftsordnung. Dagegen räumt Art. 119 Abs. 2 dem Staat als Ausnahmeregel ein, im Rahmen des Erforderlichkeitsprinzips den Markt zu regulieren und zu koordinieren. Der staatliche Eingriff in die

3) Kim, Sung Su, Novellierungsdiskussion um die verfassungsrechtlichen Wirtschaftsregelungen, in: braucht man neue Verfassung?, Daewhamunhw Akademy, 2008, S. 277 ff. ; Korea Verfassungsrecht Verband(Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die Verfassungsneovellierung (Endgültige Fassung), 2006, S. 90 ff.

Wirtschaft darf nicht willkürlich sein, sondern muss dem „Optimierungsgebot“ entsprechen.

Das Optimierungsgebot besagt, dass der Staat verpflichtet ist, bei einem Eingriff das Ziel, den Zweck und das gewählte Mittel darzulegen. Daher ist das Optimierungsgebot als die (eine) normative Darlegungspflicht zu verstehen.

Die verfassungsrechtliche Marktwirtschaftsordnung achtet auf die wirtschaftliche Freiheit und die Kreativität des Individuums und des Unternehmens. Sie setzt das Vertrauen auf die Selbstregulierung des frei konkurrierenden Marktes und den Mechanismus der Selbstkorrektur im Zusammenhang mit dem Preismechanismus voraus. Die Marktwirtschaftsordnung steht der Planungsrationaleität stets misstrauisch gegenüber. Daher ist der Eingriff und die Regulierung des Staates nur ausnahmsweise erlaubt, nämlich nur dann, wenn dargelegt werden kann, dass in bestimmten Fällen den Vorgängen der freien Marktwirtschaft kein Vertrauen geschenkt werden darf.

Zwar sind in Art. 119 Abs. 2 die Ausnahmetatbestände für hoheitliche Eingriffe erfasst, jedoch wird ihre Normkraft durch die unbestimmten und weit auslegbaren Begriffe wie „das ausgewogene Wachstum und die volkswirtschaftliche Stabilität“, „die ausgewogene Verteilung des Einkommens“, „die Verhinderung der Marktherrschaft und des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht“ und „die Demokratisierung der Wirtschaft durch Einigung der Wirtschaftsvertreter“ gemindert.

Wenn der Staat in den Markt regulierend eingreifen will, muss er den Zweck, das Ziel und das gewählte Mittel klar darlegen. Die obigen wirtschaftlichen und politischen Ziele haben aber im Vergleich zu der Zeit der Novellierung 1987 ihre Überzeugungskraft fast vollständig verloren. Denn sowohl der wirtschaftliche Umfang als auch die wirtschaftliche Situation, die Bedingung des Marktes, die Struktur der koreanischen Unternehmen und die Auswirkung der Globalisierung

erfordern zwingend die Anpassung an die freie und globale Wirtschaft. Diese Ansicht, dass Art. 119 Abs. 2 in Wirklichkeit ihre Bedeutung einbüßen musste, kann wie folgt zusammengefasst werden:

Erstens vermag der Zweck des ausgewogenen Wachstums und der volkswirtschaftlichen Stabilität in der heutigen, von dem Prinzip der auf „Wissen basierten Wirtschaft (knowledge-based economy)“ geprägten Gesellschaft, einen staatlichen Eingriff nicht mehr zu überzeugen.

Zweitens dient das Ziel einer gerechten Verteilung des Einkommens dem Staat zwar als verfassungsrechtliche Grundlage für die Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips, dennoch hat er, was den Eingriff in die Marktwirtschaft betrifft, bloß einen begrenzten Handlungsspielraum.

Drittens ist das Ziel der Verhinderung der Marktherrschaft und des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht von relativ hoher Bedeutung. Trotzdem hat das Leitprinzip der Selbstregulierung und -korrektur des Marktes Vorrang. Beispielsweise können Probleme bezüglich der Unternehmenskartelle und des Missbrauchs der Marktherrschaft durch das Aktiengesetz, das die Transparenz der Geschäfte sichern soll, sowie Firmengesetze zur Verhinderung des „Self-dealing“, prinzipiell im Rahmen des Kapitalmarktes und des unternehmerischen Systems gelöst werden. In diesem Bereich muss dem „Global Standard“, das zunehmend an normativer Bedeutung gewinnt, mehr Akzeptanz entgegengebracht werden.

Viertens ist das Ziel der Demokratisierung der Wirtschaft als eine Gegenmaßnahme für die parteiliche und staatliche Teilnahme unter einer autoritären Regierung anzusehen. Der Staat soll als neutraler Koordinator für alle wirtschaftlichen Vertreter fungieren. Totale und wachstumshemmende Eingriffe in den Arbeitsmarkt und in die Beschäftigungsstrategie der Unternehmen, die zum Kernbereich der Unternehmen gehört, sind nicht mit der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung zu vereinbaren.

(2) Das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2⁴⁾

Durch die 8. Novellierung wurden in der Verfassung Art. 119 Abs. 2 weitere Ermächtigungsgrundlagen für staatliche Eingriffe verankert. Aufgrund der Verfügung des Art. 119 Abs. 2, entsteht ein Konkurrenzverhältnis zu Art. 119 Abs. 1. Das heißt, dass die Anerkennung eines Absatzes die Normkraft des anderen wirkungslos macht. Mit der Anerkennung des Art. 119 Abs. 1 verlieren staatliche Maßnahmen, die die wirtschaftliche Freiheit umfangreich beschränken, ihre Verfassungsmäßigkeit. Die Ziele des Art. 119 Abs. 2 dürfen nur unter Berücksichtigung des Prinzips der freien Marktwirtschaft erreicht werden. Werden im Gegensatz dazu Art. 119 Abs. 2 und seine Ziele anerkannt, ist der Staat dazu ermächtigt, diese mit verschiedenen Mitteln zu verwirklichen. Er kann die wirtschaftliche Freiheit des Individuums und des Unternehmens unbegrenzt einschränken, wodurch die normative Wirkung des Art. 119 Abs. 1 verfassungswidrig wird.

(3) Verneinung der normativen Kraft von Art. 119 Abs. 15)

Es hat sich in der Lehre eine Gruppe von Wissenschaftlern gebildet, die Art. 119 Abs. 1 nicht als Norm anerkennen will. Sie vertritt die Meinung, dass der Regelungsgehalt des Abs. 1 aus den Bestimmungen zum Eigentumsrecht und zur Berufsfreiheit abgeleitet werden könne, sodass er unnötig sei. Außerdem ist

4) Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008, S. 12-13; Es wurde auch behauptet, dass wegen des Art. 119 Abs. 2 die Tür zur Aushöhlung des Grundrechts geöffnet wurde. Kim, Hyung Sung, Wirtschaftsverfassung und die verfassungsrechtliche Grenze der wirtschaftlichen Politik, in: Justice, Bd. 79, 2004.

5) Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008, S. 13. Er ist der Meinung, dass das koreanische Verfassungsgericht auch die normative Kraft des Art. 119 Abs. 1 nicht anerkannt hat.

die inhaltliche Bestimmung der freien Marktwirtschaft unter den Wirtschaftswissenschaftlern immer noch sehr umstritten. Folglich wäre es nicht richtig, Art. 119 Abs. 1 trotz seines unbestimmten Inhalts eine normative Kraft zuzusprechen. Es existieren keine Kriterien zur Bestimmung der freien Marktwirtschaft. Die Bestimmung, das „Marktprinzip“ zu achten ist bereits in dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verfassungsrechtlich geregelt. Daher ist ein doppelter Schutz der freien Marktwirtschaft neben dem grundrechtlichen Schutz auf Eigentum und Berufsfreiheit nicht vonnöten.

Nach dieser Ansicht stellt Art. 119 Abs. 2 eine Konkretisierung der wirtschaftlichen Regulierung für das Gemeinwohl i.S.d. Art. 37 Abs. 2 dar. Auch der koreanische Verfassungsgerichtshof vertritt in seiner Entscheidung die Annahme, dass Art. 119 Abs. 2 verordne ausdrücklich, dass es ein Staatsziel im wirtschaftlichen Bereich sei, durch eine wirtschaftliche Politik dem öffentlichen Interesse zu dienen. Dazu bestimmt Art. 119 Abs. 2 das „Gemeinwohl“ im Sinne des Art. 37 Abs. 2, der eine Grundrechtseinschränkung durch Gesetzesvorbehalt aufgrund des Gemeinwohls ermöglicht⁶⁾, näher.

(4) Soziale Marktwirtschaft⁷⁾

Die Mehrheit der Wissenschaftler behauptet, die koreanische Wirtschaftsordnung sei eine soziale Marktwirtschaft, die der deutschen sozialen Marktwirtschaft ähnelt.

Diejenigen, die das Verhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 als eine soziale Marktwirtschaft verstehen, sind der Meinung, dass die beiden Absätze

6) 1996.12.26 96 hunga 18.

7) Es ist herrschende Meinung unter den Verfassungsrechtlern. Symbolisch hervorzuheben sind zwei Lehrbücher: Kwon, Young Sung, Grundlegende Theorie der Verfassungswirtschaft, 2005, S. 163; Kim, Chul Su, Theorie und Praxis, Verfassungslehre (I), Bubmunsa, 2008, S. 309 ff.

untrennbar sind. Sie lehnen die Ansicht, die aus Art. 119 Abs. 1 eine Marktwirtschaftsordnung und aus Art. 119 Abs. 2 ein Sozialwirtschaftsordnung ableitet, ab. Die beiden Absätze aber sind eng miteinander verflochten und müssen als eine Einheit gesehen werden. Sie bilden gemeinsam die soziale Marktwirtschaft. Art. 119 gilt als Leitprinzip der Wirtschaftsverfassung, die einerseits dem Individuum die wirtschaftliche Gleichheit garantiert und andererseits auf die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit zielt.

Die Koreanische Verfassung hat in die Wirtschaftsordnung den „reformierten Kapitalismus (Revisionismus)“ eingeführt, um den Gedanken der Vereinheitlichung der Gleichheit und der Freiheit zu verwirklichen.⁸⁾

(5) Auffassung des koreanischen Verfassungsgerichtshofs über die Wirtschaftsordnung

Der koreanische Verfassungsgerichtshof hat schon in seinen früheren Urteilen die soziale Verpflichtung der Marktwirtschaft betont. Man kann seinen Entscheidungen entnehmen, dass er statt auf die Freiheit des Individuums und des Unternehmens auf den staatlichen Eingriff in den Markt Wert gelegt hat, sodass der Staat relativ uneingeschränkt im wirtschaftlichen Bereich regulierend tätig werden kann. Auch aus der Entscheidung der Verfassungsbeschwerde wegen einer Genehmigungspflicht beim Grundstückshandel aufgrund des „Landusemanagement Act (Repeald)“ lässt sich diese Auffassung ableiten.⁹⁾

8) Kritische Bemerkung darüber, dass die wirtschaftliche Ordnung Koreas eine soziale Marktwirtschaft sei. siehe, Jung, Sung Hun, Richtung der Verfassungsänderung für die Garantie der wirtschaftlichen Freiheit, KDI, 2001, S. 237-240. Er vertritt die Meinung, dass Korea eine Wirtschaftsordnung eines Wohlfahrtsstaates hat.

9) Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichtshofs 1993.9.27. 92Hunga5.

Nach Meinung des koreanischen Verfassungsgerichts kann die wirtschaftliche Freiheit des Individuums gem. Art. 119 Abs. 1 nur im Rahmen der Erhaltung der sozialen Gesellschaft garantiert werden. Art. 119 Abs. 2 erkennt zwar die Marktwirtschaft an, lässt dennoch hoheitliche Eingriff in den Markt zu, um die Wirtschaft zu demokratisieren. Insbesondere regelt die Verfassung in Art. 112, dass der Staat für eine wirksame und ausgewogene Nutzung, Erschließung und Erhaltung des Landes als Grundlage für die Produktion und zur Sicherung des täglichen Lebens der Bürger nach Maßgabe des Gesetzes intervenieren darf.

Die Pflicht, beim Grundstückshandel nach dem „Landusemanagement Act“ eine Genehmigung einzuholen, basiert auf dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung. Diese Genehmigungspflicht steht der freien Marktwirtschaftsordnung nicht entgegen, sondern ergänzt diese nach dem Prinzip der verfassungsrechtlichen sozialen Wirtschaftsordnung.

1996 wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen das „Livestock Industry Cooperatives Act (Repealed)“ eingelegt.¹⁰⁾ Vier Jahre später gab es eine Verfassungsbeschwerde gegen das „Agricultural Cooperatives Act“.¹¹⁾ In beiden Fällen vertrat das Gericht die Auffassung, die koreanische verfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung basiere auf der freien Marktwirtschaft, die das private Eigentum die freie Konkurrenz gewährleiste. Es spricht allerdings auch gleichzeitig davon, dass die koreanische verfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung Züge der sozialen Marktwirtschaftsordnung aufweist, die dem Staat Eingriffe in den Markt gewähren, um die Nachteile der freien Marktwirtschaft zu beheben und um die soziale Wohlfahrt und Gerechtigkeit zu verwirklichen. In der heutigen kapitalistischen Gesellschaft, die ihre Wurzeln im

10) Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichtshofs 1996.4.27, 92 Hunba 47.

11) Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichtshofs 2000.6.1, 99 Hunma 553.

absoluten Individualismus und in der absoluten Freiheit hat, vergrößert sich die Kluft zwischen Reichen und Armen. Die Polarisierung der beiden Schichten verursacht die soziale Unsicherheit, die unbedingt aufgehoben werden muss. „Agricultural Cooperatives“ ist eine Selbsthilfeorganisation die von der sozial schwächeren Schicht gegründet wurde. Sie dient dazu, ein Existenzminimum zu sichern und ihren gesellschaftlichen Status zu verbessern. Daher werden die „Agricultural Cooperatives“ vom Staat geschützt.

III. Diskussion um die Novellierung der Wirtschaftsordnung

1) Pro-Novellierung

Die Gruppe der Wissenschaftler, die sich für die Novellierung der Wirtschaftsordnung einsetzt, lässt sich in zwei Lager teilen. Die radikale Gruppe fordert, dass entweder der komplette Art. 119 gestrichen werden soll, oder zumindest Abs. 2 ganz oder teilweise - insbesondere die „Demokratisierung der Wirtschaft“. Das andere Lager vertritt eine gemäßigtere Auffassung, nämlich, dass in Art. 119 Abs. 2 das „Erforderlichkeitsprinzip“ eingefügt werden muss. Begründet wird diese Meinung mit der Diskrepanz zwischen der Norm und der wirtschaftlichen Realität. Die jetzige Wirtschaftsverfassung folgt einem Wirtschaftsentwicklungsmodell, nach dem der Staat für die Entwicklung der Wirtschaft mit dem Monopol die Hauptrolle gespielt hat.

Aber wir leben jetzt in einer Welt, in der die unbegrenzte Konkurrenz und irreversible Globalisierung Einzug gehalten hat. Die gegenwärtige Wirtschaftsverfassung verliert in solch einer Welt an Wirkung und Bedeutung.

1) Novellierung nach dem Erforderlichkeitsprinzip¹²⁾

A) Die Grenzen der Rahmenbestimmungen

Diese Auffassung basiert auf der Interpretation, dass das Verhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 als „Prinzip-Ausnahme-Verhältnis“ zu verstehen ist. Die freie Marktwirtschaftsordnung ist als Prinzip in der Verfassung verankert. Als Ausnahme können nach dem Gesetz staatliche Eingriffe in die Wirtschaft erlaubt werden.

Die Kernaussage von Art. 119 ist, dass die Verfassung weder auf eine unbegrenzt freie Marktwirtschaft noch auf eine soziale Planwirtschaft zielt. Sie lehnt die beiden Extreme ab und nimmt den mittleren Weg, der sich im Bereich der Wirtschaft an dem gemischten wirtschaftlichen System orientiert. Die Mehrheit der Wissenschaftler und der koreanische Verfassungsgerichtshof erachten diesen mittleren Weg als die soziale Marktwirtschaftsordnung.

Problematisch ist jedoch, dass die Verfassung an sich für diesen mittleren Weg keine konkreten Hinweise gibt. Charakteristisch für Art. 119 Abs. 2 ist, dass er als eine abstrakte und offene Klausel lediglich unbestimmte Rahmenbedingungen für staatliche Regulierungen stellt.

Zu dieser Auffassung ist das Bewusstsein der Menschen im 21. Jahrhundert gekommen - die geltenden Gesetze stammen allerdings noch aus dem 19. Jahrhundert. Die Wissenschaftler prognostizieren der koreanischen Wirtschaft – sollten diese Gesetzesbestimmungen in ihrer jetzigen Form erhalten bleiben – eine düstere Zukunft. Sie halten die Aufhebung von Art. 119 Abs. 2 für angebracht, sind aber auch der Meinung, dass, wenn die Rolle der Regierung als Koordinator der Wirtschaft immer noch als zwingend erforderlich erscheinen

12) Korea Verfassungsrecht Verband(Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die Verfassungsrevolierung (Endgültige Fassung), 2006, S. 90 ff.

sollte, die weitere Existenz des Art. 119 Abs. 2 begründet ist. In diesem Fall muss aber der normative Vorrang von Art. 119 Abs. 1 zu Abs. 2 gesichert werden. Und die unbestimmten Begriffe wie „ein ausgewogenes Wachstum und volkswirtschaftliche Stabilität“, „eine ausgewogene Verteilung des Einkommens“, „die Verhinderung der Marktherrschaft und des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht“ und „die Demokratisierung der Wirtschaft durch Einigung von den Wirtschaftsvertretern“ wären auszustreichen. Die Wirtschaftsordnung ist dann nach dem Erforderlichkeitsprinzip zu novellieren. Der staatliche Eingriff in die Wirtschaft muss einer strengen Beschränkung unterliegen und darf nur in unvermeidbaren Fällen erlaubt werden.

B) Vorschläge zur Novellierung

Dass der „Normenvorrat“ des Art. 119 als ein „Normenvorrat“ bis dato nützlich war, kann nicht geleugnet werden. Bei der Novellierung bedarf es einer Einigung auf einem realistischen Mittelweg zwischen der konservativen und progressiven Position. Insbesondere erfordert es bei der Erneuerung der Wirtschaftsordnung einer richtigen Einschätzung der gegenwärtigen und zukünftigen wirtschaftlichen Situation innerhalb und außerhalb Koreas. Hierbei sind sowohl die Analysen von Wirtschaftsexperten als auch die Überzeugung des Volkes von großer Bedeutung.

a) Vorschlag zu Art. 119

- 1. Vorschlag¹³⁾

Art. 119: 1) Bleibt in seiner gegenwärtigen Form erhalten.

13) Korea Verfassungsrecht Verband(Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die Verfassungsrevolierung (Endgültige Form), 2006, S. 90 .

2) Wenn erforderlich, darf der Staat nach dem Gesetz in die Wirtschaft regulierend und koordinierend eingreifen, um ein ausgewogenes Wachstum und die volkswirtschaftliche Stabilität aufrecht zu erhalten, um eine ausgewogene Verteilung des Einkommens zu gewährleisten, um Marktherrschaft und Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu verhindern und um die Wirtschaft durch Harmonisierung der Wirtschaftsvertreter zu demokratisieren.

- 2. Vorschlag¹⁴⁾

Art. 119: 1) Die Wirtschaftsordnung der Republik Korea basiert auf der wirtschaftlichen Freiheit und der Kreativität des Individuums und der Unternehmen.

2) Wenn erforderlich, kann der Staat nach dem Gesetz in die Wirtschaft regulierend und koordinierend eingreifen, um die Marktherrschaft und den Missbrauch wirtschaftlicher Macht zu verhindern und um das wirtschaftliche Wachstum und die Stabilität durch die harmonische Verteilung zu erreichen.

b) Vorschlag zu den weiteren wirtschaftlichen Regelungen

Art. 120: 1) Bleibt in seiner gegenwärtigen Form erhalten.

2) Der Boden und die Rohstoffe genießen staatlichen Schutz, und der Staat stellt nach dem Gesetz Pläne für deren ausgewogene Erschließung und Nutzung auf.

Art. 121: 1) Wird aufgehoben.

2) Bleibt in seiner gegenwärtigen Form erhalten.

Art. 122: Wenn erforderlich, kann der Staat nach dem Gesetz Beschränkungen anordnen oder Pflichten auferlegen, die für eine wirksame und ausgewogene

14) Korea Verfassungsrecht Verband(Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die Verfassungsnovellierung (Endgültige Form), 2006, S. 96-97 ff.

Nutzung, Erschließung und Erhaltung des Landes als Grundlage der Produktion und zur Sicherung des täglichen Lebens der Bürger notwendig sind.

Art. 123: Jedem Absatz wird der Satz „Wenn erforderlich“ hinzugefügt.

Art. 124: Bleibt erhalten

Art. 125: Bleibt erhalten

Art. 126: Bleibt erhalten

Art. 127: In Abs. 1 und Abs. 2 wird „nach dem Gesetz“ eingefügt.

(2) Radikale Ansicht zur Novellierung der Wirtschaftsordnung¹⁵⁾

Die Wissenschaftler dieses Lagers wollen durch Deregulierung, Privatisierung und Verstärkung der Markttöffnung das koreanische Wirtschaftssystem aufbauen. Sie sind gegen jeglichen staatlichen Eingriff in die Wirtschaft und behaupten, dass das koreanische Wirtschaftssystem durch die Aufhebung oder Revision der Wirtschaftsverfassung in eine tatsächliche kapitalistische Marktwirtschaft umgestellt werden muss. Als konkrete Vorschläge dafür nennen sie: den Aufbau einer „kleinen Regierung“, die Privatisierung der öffentlichen Unternehmen, die Herabsetzung von Steuern - insbesondere der Erbschaftssteuer, die Verstärkung öffentlicher Macht und die Schaffung einer unternehmensfreundlichen Gesamtlage.¹⁶⁾

A) Problematische Lage

Die 9. Revision der Verfassung von 1987 bei der es im Wesentlichen nur um die direkte Wahl des Präsidenten ging, beeinflusste auch die Wirtschaftsordnung.

15) Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008, S. 14 ff. ; Jung, Sung Hun, Richtung der Verfassungsänderung für die Garantie der wirtschaftlichen Freiheit, KDI, 2001, S. 223 ff.

16) PRESSian, 2008.10.31.

Unter dem Motto der demokratischen Kontrolle der Wirtschaft wurde es dem Staat durch Art. 119 Abs. 2 ermöglicht, in alle Bereiche einzutreten. Dadurch verlor Art. 119 Abs. 1 seine Wirkung. Durch die Revision von 1987 wurde vor allem das Wort „soziale Gerechtigkeit“ durch „gerechte Verteilung des Einkommens“ und „wirtschaftliche Demokratisierung“ durch „die Harmonisierung der wirtschaftlichen Vertretern“ ersetzt. Der Staat kann aufgrund von Art. 119 Abs. 2 in den Arbeitsmarkt oder in das Preisbestimmungsverfahren der Agrar- und Meeresprodukte eingreifen. Es ist zwar keine Maßnahme, die die Marktwirtschaft komplett aushöhlt, dennoch betrifft es ihren Kern.

Die Verfassung von 1987 ist das Ergebnis der politischen Demokratisierung. Man kann sagen, dass für die politische Freiheit die wirtschaftliche Freiheit geopfert wurde. Aber die fast unbegrenzte staatliche Eingriffsmöglichkeit in die Wirtschaft bringt den wirtschaftlichen Reichtum, der auf der wirtschaftlichen Freiheit des Individuums und der Unternehmen basiert, in Gefahr. Die finanzielle Schwäche der Regierung wiederum gefährdet das finanzielle Mittel, mit dem der Staat unter der Aufgabe der Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit allen ein würdiges Leben garantieren soll. Hinzu kommt, dass das wirtschaftliche und politische Ziel mit den unbestimmten Begriffen wie „die wirtschaftliche Demokratisierung“ oder eine „angemessene Verteilung des Einkommens“ dem Ansehen der Verfassung als höchste Norm geschadet hat.

B) Vorschlag zur Novellierung¹⁷⁾

Die normative Kraft der Verfassung kann in Gefahr gebracht werden, wenn Art. 119 Abs. 2 verfassungsrechtliche Normkraft zugesprochen wird. Das Ziel,

17) Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008, S. 19-22.

menschenwürdiges Leben zu gewährleisten kann auch durch soziale Rechte erreicht werden. Darum ist es nicht nötig, aufgrund der sozialen Gerechtigkeit staatliche Regulierung und Koordinierung in der Wirtschaft zuzulassen. Aus dem Zerfall der kommunistischen Gesellschaft lässt sich erkennen, dass der Versuch, die wirtschaftliche Gerechtigkeit zu verwirklichen eher eine wirtschaftliche Verzerrung verursacht und eine wirtschaftliche Entwicklung verhindert. Auch ist er für die Verminderung des finanziellen Mittels kausal, was wiederum die Gewährleistung des menschenwürdigen Lebens gefährdet.

Das Verhältnis zwischen Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2 muss klar geregelt werden. Art. 119 Abs. 1 ist der leitende Grundsatz, der die freie Wirtschaftsordnung verfassungsrechtlich sichert, und Abs. 2 darf nur im Rahmen der freien Wirtschaftsordnung ausnahmsweise unter sehr strengen Voraussetzungen angewandt werden.

a) Art. 119: Fusion von Art. 119 Abs. 1 und Abs. 2

Art. 119: Die Wirtschaftsordnung der Republik Korea achtet grundsätzlich auf das Eigentumsrecht des Individuums und der Unternehmen und schützt den freien Handel. Der Staat kann aber zur Steigerung der Stabilität und Effizienz des volkswirtschaftlichen Wachstums die Wirtschaft unter der Bedingung der Erforderlichkeit und des geringsten Eingriffs nach den Gesetzen regulieren und koordinieren.

b) Vorschläge für weitere wirtschaftliche Regelungen

Grundsätzlich sind alle weiteren wirtschaftlichen Bestimmungen in der Verfassung auszustreichen. Es genügt, wenn sie in den unteren Gesetzen geregelt werden. Jedoch können folgende Regelungen ausnahmsweise erhalten bleiben.

Fusion von Art. 120 Abs. 2 und Art. 122: Der Staat kann gesetzeskonforme Pläne für eine ausgewogene Erschließung und Nutzung des Landes erstellen.

Fusion von Art. 121 Abs. 2 und Art. 123 Abs. 1: 1) Der Staat unterstützt die Selbsthilfeorganisationen im Bereich der Landwirtschaft und der Fischerei und auch der kleinen und mittleren Industriebetriebe. Der Staat unterstützt auch die freiwillige Aktivität und die Entwicklung der Organisation.

2) Der Staat kann nach dem Gesetz notwendige Pläne aufstellen, um die Effizienz der Landwirtschaft, der Fischerei und der kleinen und mittleren Industriebetriebe zu erhöhen.

Art. 126: Abgesehen von gesetzlich bestimmten provisorischen Fällen für die nationale Verteidigung oder Volkswirtschaft, können private Unternehmen weder verstaatlicht, vergesellschaftet, noch unter staatliche Kontrolle gestellt oder in staatliche Verwaltung übernommen werden.

2) Kontra- Novellierung

(1) Gemäßigte Haltung gegenüber der Novellierung¹⁸⁾

Alle Behauptungen hinsichtlich der Novellierung der Wirtschaftsordnung können in der verfassungspolitischen Diskussion berücksichtigt werden. Unabhängig von der jetzigen Novellierungsdiskussion, insbesondere nach der Wirtschaftskrise von 1997, ist ständig behauptet worden, dass man die Beziehung der Wirtschaftsverfassung zu der wirtschaftlichen Wirklichkeit überprüfen müsse.

Außerstaatliche Faktoren wie das rapide wirtschaftliche Wachstum Chinas, die

18) Korea Verfassungsrecht Verband (Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die VerfassungsNovellierung (Endgültige Fassung), 2006, S. 87-88.

heftige Diskussion um die koreanisch-amerikanische FTA, die zwischenstaatlichen Spannungen zwischen den beiden Koreas, sowie innerstaatliche Faktoren wie die niedrige Geburtenrate, die schnelle Alterung der Gesellschaft, die Polarisierung und die Zwietracht der Gesellschaft, verlangen nach einer langfristigen Strategie für die Entwicklung des Staates. Der Ausgangspunkt für die Gestaltung einer Strategie müssen eine Reflexion über das Verhältnis vom Staat und der Wirtschaft und eine verfassungspolitische Diskussion über die erwünschte Wirtschaftsordnung bilden.

Allerdings reichen solch ein Rückblick und eine Diskussion noch nicht für die Begründung einer Wirtschaftsverfassungsänderung. Sie geben auch keine Anhaltspunkte für den Zeitpunkt und die Richtung der Novellierung.

Die Wissenschaftler, die diese Position vertreten, sind der Meinung, dass zwar die Notwendigkeit der Diskussion um die Wirtschaftsverfassung besteht, aber eine übereilte Entscheidung über die Novellierung vermieden werden muss. Es besteht die Möglichkeit, mit der jetzigen verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung die bestehenden wirtschaftlichen Probleme zu lösen und die Strategie bezüglich der Staatsentwicklung neu zu gestalten.

(2) positive Haltung für die Erhaltung der Wirtschaftsverfassung¹⁹⁾

Nach der rapiden wirtschaftlichen Entwicklung Koreas wurde die Wirtschaftsordnung durch die Novellierung im Jahre 1987 in die Verfassung aufgenommen, was ihr eine neue Bedeutung verliehen hatte. Vor der Novellierung wurde ihr von den Wissenschaftlern kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Nun interessiert man sich plötzlich wieder für „die in Vergessenheit

19) <http://betulo.seoul.co.kr/997>

geratenen Bestimmungen in der Verfassung“ – wobei das Hauptaugenmerk auf Art. 119 Abs. 2 gerichtet ist.

Die Wissenschaftler, die sich für den Erhalt der jetzigen Wirtschaftsordnung einsetzen, behaupten, dass hinter dem Interesse für Art. 119 Abs. 2 die Interessen von den Anhängern der absoluten Marktwirtschaft stehen, die nach der Wirtschaftskrise von 1997 die Lösung in der Deregulierung und der Privatisierung gesucht haben. Sie betrachten Art. 119 Abs. 2 als wirtschaftshemmend, weshalb sie auch versuchen, ihn aus der Verfassung zu streichen.

Die Befürworter der Wirtschaftsordnung vertreten die Auffassung, dass es einen enormen Unterschied zwischen der Existenz und der Nicht-Existenz der Wirtschaftsordnung in der Verfassung gibt. Denn das koreanische Verfassungsgericht kann sie als Entscheidungsmaßstab anwenden und sie ist auch eine verfassungsrechtliche Grundlage für die wirtschaftliche Demokratisierung. Daher geht es bei der Novellierungsdiskussion der Wirtschaftsordnung nicht bloß um die Änderung ein paar weniger Sätze, sondern um die Frage, wie der Staat das gesamte System aufbauen will. Die Befürworter verstehen diese Wirtschaftsordnung als eine soziale Mindestvoraussetzung, um die Nachteile des Kapitalismus zu beseitigen und die soziale Gerechtigkeit zu erhalten. Sie kritisieren das (jenes) Lager, das die Wirtschaftsordnung unbedingt novellieren will, dass es die heftig umstrittene reine Marktwirtschaft in die Verfassung einführen will. Solch ein Unterfangen käme allerdings dem Versuch gleich 200 Jahre in der Geschichte zurückzugehen.

IV. Zusammenfassung

Die verfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung besteht in der Republik Korea bereits seit der Gründungsverfassung. Die Gründungsverfassung von 1948

regelte die soziale Wirtschaftsordnung, in der die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit als Leitprinzip ausdrücklich vorgeschrieben war. Die wirtschaftliche Freiheit durfte nur innerhalb dieses Rahmens entfaltet werden. Auch bei der Revision von 1987 schenkte man der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung keine Aufmerksamkeit, weil es bei dieser Novellierung hauptsächlich um die direkte Präsidentenwahl ging. Obwohl die Verfassung von 1987 erstaunliche Wirtschaftsregelungen innehatte, war kaum eine Veränderung in der Wirtschaft wahrzunehmen. Erst mit der Wirtschaftskrise von 1997 beschäftigte man sich langsam wieder mit dem Thema der Wirtschaftsordnung. Seit einigen Jahren werden folgende Themenbereiche in Bezug auf die Verfassungsänderung diskutiert: die „direkte Demokratie“, die „Präsidentenwahl“, die „Regierungsformen“, die „Amtszeit des Präsidenten“, die „Organisation der Premierminister und des Verfassungsgerichtshofs“, die „sozialen Grundrechte“ und die „Wirtschaftsordnung“.

Der Diskussion um die Änderung der Wirtschaftsverfassung liegen verschiedene Interpretationen des Art. 119 Abs. 2 zugrunde. Die Wissenschaftler, die sich für die Revision der Wirtschaftverfassung einsetzen, interpretieren Art. 119 wie folgt: Art. 119 Abs. 1 ist das Prinzip der koreanischen Wirtschaftsordnung, das grundsätzlich die Freiheit der Unternehmen gewährleistet. Art. 119 Abs. 2 erlaubt als Ausnahme, dass der Staat für die Regulierung und Koordinierung in die Wirtschaft eingreifen darf. Der Eingriff des Staates darf dabei nicht willkürlich geschehen. Im Zuge der Novellierung muss der Satz „wenn erforderlich und nach dem Gesetz“ in die Wirtschaftverfassung eingefügt werden. Es werden allerdings auch radikale Ansichten vertreten, nämlich, dass die Aufhebung der Wirtschaftsordnung oder zumindest eine große Änderung von Art. 119 Abs. 2 vorgenommen werden muss. Demzufolge soll das wirtschaftliche System Koreas durch eine

Deregulierung, Privatisierung und Öffnung des koreanischen Marktes aufgebaut werden. Sie sind grundsätzlich gegen staatliche Eingriffe in die Wirtschaft.

Die Wissenschaftler, die sich für den Erhalt der jetzigen Wirtschaftsverfassung einsetzen, verstehen die koreanische Wirtschaftsordnung als eine soziale Marktwirtschaft. Sie sind der Meinung, dass die sozialen Grundrechte verstärkt werden müssen, um das soziale Existenzminimum für ein menschenwürdiges Leben zu sichern. Nach ihrer Ansicht ist es aber - noch - realistischer, dass die jetzige Wirtschaftsordnung unverändert bleibt.

Zurzeit hat sich die Diskussion um die Verfassungsrevision etwas gelegt. Aber viele sind der Meinung, dass sie bald wieder an Aktualität gewinnen wird. Mache vermuten, dass zumindest die Wirtschaftverfassung in Kürze novelliert werden wird. Daher ist es notwendig und sinnvoll für die weitere Entwicklung des Themas, die verschiedenen Interpretationsströme zur Wirtschaftsordnung und der Novellierung im Auge zu behalten.

Literaturverzeichnis

Lim, Ji Bong, Wünschenswerte Richtung der Verfassungsnovellierung, in: Studie über Verfassungsrecht, Bd. 13 Nr. 4-2. 2006.

Lim, Ji Bong, Wünschenswerte Richtung und Inhalt der verfassungsrechtlichen Regierungskonstruktion bei der Diskussion der Verfassungsnovellierung, in: Studie der internationalen Verfassungen, Bd. 14 Nr. 2, 2008.

<http://betulo.seoul.co.kr/997>.

Jung, Sung Hun, Wirtschaftsverfassung, BubMunSa.

Jung, Sung Hun, Richtung der Verfassungsänderung für die Garantie der wirtschaftlichen Freiheit, KDI, 2001

Jung, Ki Hwa, Ansicht zu der Novellierung der Wirtschaftsverfassung, CFE Report, 2008.

Kim, Sung Su, Novellierungsdiskussion um die verfassungsrechtlichen Wirtschaftsregelungen, in: Braucht man eine neue Verfassung?, Daewhamunhwu Akademy, 2008.

Korea Verfassungsrecht Verband (Hrsg.), 2006 Bericht der Arbeitsgruppe für die Verfassungsneuordnung (Endgültige Form), 2006.

Kim, Hyung Sung, Wirtschaftsverfassung und die verfassungsrechtliche Grenze der wirtschaftlichen Politik, in: Justice, Bd. 79, 2004.

Kwon, Young Sung, Grundlegende Theorie der Verfassungswirtschaft, 2005.

Kim, Chul Su, Theorie und Praxis, Verfassungslehre (I), Bubmunsa, 2008.

PRESSian, 2008.10.31.

Jung, Sung Hun, Richtung der Verfassungsänderung für die Garantie der wirtschaftlichen Freiheit, KDI, 2001.

헌법개정에 관한 최근 논의의 개관

이 종 수

연세대 법과대학 교수, 법학박사

Die Diskussion um die Verfassungsänderung: Ein Einblick

Prof. Dr. Jong-Soo Lee

Law School, Yonsei Universität



헌법개정에 관한 최근 논의의 개관

이 종 수 | 연세대 법과대학 교수, 법학박사

I. 그간의 헌법개정에 관한 개관과 평가

1945년 8월에 일본의 태평양전쟁 패배와 함께 일제하 식민지배가 종식되고서, 1948년에 정부출범과 동시에 헌법이 제정된 아래로 현행헌법에 이르기까지 그간 9차례의 헌법개정이 있었다. 마지막 헌법개정은 지난 1987년에 행해졌다. 1949년에 제정된 독일 기본법이 지금까지 약 50여 차례 개정된 것에 비하자면 횟수로는 결코 많지 않지만, 한국의 경우에 헌법개정의 절차와 요건이 보다 까다롭고 또한 헌법개정을 통한 정부형태의 변화가 그간 4차례가 있었으며, 이로 인해 학자들에 따라 사실상 새로운 헌법제정 내지 헌법개혁으로 논란되고 있는 점을 고려한다면 비교적 잊었던 헌법개정으로 평가될 수 있다.¹⁾

본래 헌법개정은 헌법이 제정된 이후, 상당한 시간의 경과에 따른 헌법환경의 변화, 즉 변화된 헌법현실을 긍정적으로 평가하는 가운데 헌법규범과 헌법현실 사이에 벌어진 지나친 간극을 축소함으로써 헌법의 규범적 효력을 확보함을 그 목적으로 한다.²⁾ 여기서 헌법이 정하는 절차에 따라 헌법개정이 행해지고, 헌법의 핵심적 구성부분의 변경이 없이 그 동일성이 유지됨이 원칙이다. 그러나 그간 행해진 헌법개정은 예외 없이 각각 내용과 절차 그리고 상황에 있어서 위 규범적 요청

1) 이에 관하여는 윤대규, 『왜 개헌인가?』, 한울, 2005, 44면 이하 참조.

2) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2008, 48면 참조.

과 다른 특수성을 가진다. 즉 내용적으로는 헌법의 규범적 효력을 높이기 위해서가 아니라 집권을 연장하거나 또는 용이하게 하기 위해서, 절차적으로는 헌법에 정해진 바를 따르지 않았거나 또는 불의(不義)한 권력에 투쟁한 국민적 저항의 승리 이후라는 비상적인 상황 속에서 이루어진 헌법개정이 대부분이었다. 예컨대 1952년, 1962년, 1972년 그리고 1980년의 개헌은 계엄령 하에서 행해졌고, 1954년과 1969년의 개헌은 국회의원의 개헌선을 확보하기 위해 무리하게 치러진 부정 선거를 통해 구성된 개헌국회에서 이루어졌고, 이로써 현직 대통령에 대한 3선금지조항이 삭제되고 독재체제에로의 길을 열었다. 이처럼 내용상 그리고 절차상의 흡결로 인해서 ‘위헌적인 헌법개정’의 꼬리표가 늘 붙어 다녔고, 이른바 ‘위헌적인 헌법’이라는 헌법이론적 딜레마상황에 처해왔다. 또한 1960년과 1987년의 개헌은 독재정권에 맞서 투쟁한 국민적 저항의 결과로 이루어졌다.

지금까지의 헌법개정에 내포된 이러한 역사적 굴절과 규범적 문제점은 현재의 헌법개정논의를 이해하는 데에 반드시 전제되어야 할 점이다. 왜냐하면 현행헌법이 지난 1987년에 개정된 이후에 여러 차례의 개헌논의가 정치권과 학계 그리고 사회 내의 공론장에서 불거졌음에도 불구하고 실제의 개헌으로 나아가지 못했던 가장 결정적인 이유가 여기에 놓여 있다고 판단되기 때문이다. 따라서 정상적인 헌정상황으로 평가될 수 있는 현재의 시점에서 현행헌법이 지닌 구조적 문제점 내지 여러 조항들을 비판하면서 제기되는 개헌논의 또한 폭넓은 국민적 공감대를 형성하지 못하고 있다.

만일 현재와 같은 비교적 정상적인 정치상황 속에서 작금 논의되고 있는 헌법개정이 실제로 이루어진다면, 이 또한 헌정사적인 최초의 사건으로 기록될 것이다. 그러나 앞서 지적한 여러 이유들로 인해서 필자의 판단으로는 금번 개헌논의 역시 단지 논의의 수준에서 그칠 가능성이 크다고 본다. 여기에는 또한 형식적인 측면에서 한국의 헌법개정절차가 비교적 까다롭고, 실질적인 측면에서 국민적 공감대의 확보는 물론이거니와 정치권 내에서 대통령과 국회간의 전적인 합의가 개헌작업에 전제되어야 한다는 사실이 더욱 이를 어렵게 한다.

아래에서는 헌법개정에 필요한 절차요건과 실질요건을 살펴보기로 한다.

II. 헌법개정의 절차와 실질적 요건

1. 헌법개정의 절차 개요

현행헌법은 헌법개정에 관하여 별도의 장(章)을 두고 있고, 제128조 이하에서 이를 규정하고 있다. 헌법개정절차는 크게 개정안의 발의, 국회의 의결 및 국민투표에 의한 확정으로 나뉘어진다. 헌법개정안의 발의권자는 국회의원과 반수 또는 대통령이다(헌법 제128조 제1항). 제안된 헌법개정안은 대통령이 20일 이상 공고하여야 한다(헌법 제129조). 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결에는 재적의원 2/3 이상의 찬성이 요구된다(헌법 제130조 제1항). 국회에서 의결된 헌법개정안은 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어 확정되며(헌법 제130조 제2항), 대통령이 이를 공포한다.

2. 헌법개정을 위한 실질적 조건의 검토

헌법개정을 위해서는 현행헌법상 최종적인 헌법개정권자가 주권자인 국민이기 때문에 헌법개정에 관한 폭넓은 국민적 공감대의 형성이 당연히 요청된다. 그러나 실질적으로는 헌법개정에 관하여 대통령과 여·야당을 포함한 의회다수의 전적인 합의가 요구된다. 비록 헌법개정안의 발의권자가 대통령 또는 국회의원과 반수로 이원화되어 있기는 하지만, 어느 일방의 발의만으로 이후의 개헌절차가 순조롭게 진행되기는 실질적으로 어렵다.

이는 주로 현행 대통령제 정부시스템의 특수성으로부터 기인하는 문제이다. 지난 2007년 후반기에 노무현 대통령에 의해서 촉발된 이른바 '원 포인트 개헌안' 정국에서 드러났듯이 의회다수의 지지와 국민여론의 동의가 없이는 개헌작업이 성공적이기 어렵다. 또한 이와 달리 의회다수(재적의원 과반수)가 발의하는 경우에도 개헌안의 공고, 국민투표 부여 및 공포과정에서 이에 대한과 의무를 진 대통령이 협력하지 않는다면 개헌작업의 순조로운 진행이 보장되지 않는다. 그러나 미

국에서와는 달리 한국의 대통령제 정부시스템에서 대통령은 집권여당의 정책결정을 좌우하는 사실상의 최고권력자이기 때문에 여당소속의 의원들이 개헌안에 관한 대통령의 의사와 달리 행동하기는 어렵다. 따라서 헌법개정을 위한 대통령의 확고한 의지와 이를 뒷받침하는 의회다수(재적의원 2/3 이상)가 확보되어야만 일부 야당의 반대에도 불구하고 헌법개정작업이 성공적일 수 있다. 더군다나 이른바 ‘여소야대’의 정국이라면 대통령과 여당이 추진하는 개헌은 사실상 불가능한 상황이다.

그러나 현행헌법하에서 현직 대통령이 개헌에의 의지를 형성하기가 쉽지 않은 현실이 지난 여러 차례의 개헌논의에 있어서 늘 주요한 걸림돌로 작용해왔다. 즉 헌법 제128조 제2항은 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 현직 대통령에게는 효력이 없다고 규정하고 있다. 이 규정은 대통령의 집권연장을 위한 목적으로 행해졌던 과거 여러 차례의 개헌에 대한 부정적 평가를 규범적으로 제도화한 것이다. 이는 한국에서 이른바 ‘개헌효력의 한계규정’으로 이해되고 있다.³⁾ 따라서 현직 대통령이 임기 내지 재선가능성의 변경과 관련하여 자신에게 적용되지 않을 개헌안을 무리하게 추진할 이유가 없고, 오히려 이로써 독재적 집권연장에의 의심이 더해질 뿐이기 때문이다.

현재의 개헌논의는 정부형태의 변경, 대통령의 임기변경 및 중임허용 여부 등을 중심으로 이루어지고 있다. 그러나 현실적으로 대통령의 의사형성의 측면에서 개헌작업이 구체화되기 어려운 여러 조건들이 존재한다. 첫째, 정부형태의 변경을 통해 현직 대통령의 헌법상 보장된 임기가 단축됨으로써 이른바 ‘레임덕현상’이 가속화될 수 있다. 둘째, 대통령제 정부형태를 유지하더라도 현직 대통령이 헌법 제128조 제2항에 따라서 임기변경에 관한 한 자신에게 적용되지 않을 개헌작업을 추진할 의지를 형성하기가 쉽지 않다. 따라서 그럼에도 불구하고 대통령이 개헌에의 의지를 확고히 형성한다면 몰라도, 대통령의 의지에 반한 채로 의회다수가 개헌작업을 강행하기는 사실상 무리이기 때문에, 가까운 시일 내에 개헌작업이 구체적으로 가시화되기는 어렵다고 본다.

3) 허영, 앞의 책, 62면.

III. 왜 현시점에서 다시 헌법개정이 논의되는가?

1. 이른바 ‘87년 체제’의 성립에 대한 비판

지난 1979년의 ‘10.26사태’와 ‘12.12군사쿠데타’를 통해서 다시 권력장악에 성공한 군부세력에 대한 시민사회의 저항이 지속되다가 1987년에 ‘6월 민주화항쟁’의 성과로 대통령직선제로의 개헌을 주된 내용으로 하는 현행헌법이 개정되었다. 현행헌법은 당시로서는 오랜 민주화투쟁의 뚜렷한 성과물로 칭송되었다. 그러나 이후 실시된 대통령선거에서 야당지도자였던 양 김씨의 후보단일화가 실패한 가운데 보수세력의 지지를 받았던 노태우 민정당 후보의 당선, 그리고 연이은 ‘3당합당사태’ 및 김영삼 민자당 후보의 당선과 1997년의 이른바 ‘IMF사태’, ‘DJP연합’이라는 선거공조를 통한 김대중 후보의 대통령당선과 공동정부의 출범을 통해 진보적인 정치세력들로부터 현행헌법의 태생적 한계가 심각하게 비판되기 시작했다.

이러한 비판은 주로 진보적인 정치학자들에 의해서 이른바 ‘87년 체제’라는 신조어로 구체화되기 시작했고, 어느 사이 학계와 언론계에서 현행헌법을 ‘87년 헌법’으로 칭하는 데에 익숙하게 되었다. 이른바 ‘87년 체제’는 소수 정치엘리트의 타협에 의한 불완전한 헌정체제를 함축하는 표현이다. 사회의 민주화와 대통령직선제 쟁취를 주된 이슈로 전개된 민주화투쟁의 결과로 1987년 6월 이후 개헌작업이 진행되면서, 개헌의 구체적인 내용과 관련하여 학계와 시민단체 등에서 제기된 여러 의견들에 대한 폭넓은 국민적 공감대의 수렴을 외면한 채로 각 주요 정치세력들의 대리인들로 구성된 이른바 ‘8인정치회담’에서 같은 해 7월 31일부터 9월 16일 사이의 짧은 기간 내에 대통령직선 및 5년 단임제를 포함한 주요 개헌안을 합의하고서 이후의 개헌절차를 신속하게 완료하였다. 이후 실시된 대통령선거에서 회담에 참여하였던 정치세력들의 수장(首長)들이 제13대 노태우 대통령, 제14대 김영삼 대통령, 제15대 김대중 대통령의 순서로 연이어 대통령직에 당선되었다. 이로써 대통령직의 5년 단임제에 헌법이론적 정당성이 결여된 채 이들 정치세력의 수장들의 자연수명을 고려한 정치적 야합(野合)에 불과했다는 의혹과 비판에

더욱 무게가 더해졌다. 즉 헌법개정과 관련하여 당시 정치주역들(노태우, 김영삼, 김대중)이 자신들의 집권가능성을 최대한 보장해줄 수 있는 권력구조로 합의한 것이 5년 단임의 대통령제였다고 비판된다.⁴⁾

따라서 민주화의 수준이 공고해진 현시점에서 ‘87년 헌법’ 개헌 당시의 정치적 타협의 산물에 불과한 현행헌법의 통치구조를 전면적으로 재검토하자는 것이 지금의 개헌논의를 이끌어 온 주된 기제로 작용하고 있다.

2. 성공한 대통령의 부재에 대한 대안 모색

지난 1987년에 현행헌법이 개정된 아래로 한국사회에서 민주주의가 어느 정도 정착되는 가운데서 현행 대통령제의 5년 단임의 구조적인 문제점이 비판되어 왔다. 즉, 대통령의 5년 단임제가 독재방지에는 효과적일지는 몰라도, 이로써 대통령을 중심으로 한 국정수행의 효율성이 저해된다고 비판되었다. 이러한 비판은 현재 한국사회 내에 민주화의 수준이 어느 정도 공고해짐으로써 더 이상 과거와 같은 군부세력의 등장이나 독재체제의 성립이 현실적으로 어렵다는 정치적 상황판단에 기초하고 있다.

그럼에도 불구하고 이른바 ‘제왕적 대통령(imperial presidency)’의 논란은 지속되어 왔다. ‘제왕적 대통령’의 논란은 헌법과 법률이 정한 권력행사의 틀 또는 취지를 위반하거나 우회하여 대통령 1인에게 권력이 집중되고 남용되는 현상을 가리킨다.⁵⁾ 이러한 가운데 현행 상대다수대표의 대통령선거제도하에서 유효투표수의 과반수에 미달하여 민주적 정당성이 취약한 후보의 연이은 당선과 ‘IMF사태’와 같은 경제위기의 초래, 여소야대(與小野大)라 불리는 이른바 ‘분할(분점)정부(divided government)’의 출현 및 이로 인한 연이은 정국경색과 이념적 대립의 극단화 등은 현행 대통령제도의 변경에 관한 진지한 재검토 논의를 강제해 왔다.

4) 윤대규, 앞의 책, 18면; 임혁백, “개헌의 필요성과 실현가능성”, 양건/박명림/박은정/김재원 외, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 48면 참조.

5) 양건, “87년 헌법의 현실과 개헌의 필요성 및 방향”, 양건/박명림/박은정/김재원 외, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 19면 참조.

아래에서는 위에서 지적한 문제점들을 하나씩 살펴보기로 한다.

현행헌법하에서 1987년 이래 치러진 5차례의 선거에서 당선된 어느 대통령도 유효투표수의 과반수 이상의 득표를 확보하지 못하였고, 이는 줄곧 당선된 대통령의 민주적 정당성의 취약을 드러내었고, 또한 동시에 권력토대의 약화로 이어졌다. 그러함에도 불구하고 정당의 당내민주주의의 결핍은 여당의원들의 공천권을 사실상 좌우하는 대통령에 의한 집권여당의 장악을 통해 ‘제왕적 대통령’으로 현실화되었다.⁶⁾ 대통령의 민주적 정당성의 취약과 ‘제왕적 대통령’이 되기에 용이한 정치구조는 결과적으로 실패한 대통령을 재생산하는 구조적 요인으로 자리잡고 있다고 본다. 대통령선거에서 결선투표제의 도입은 지난 1987년에 현행헌법의 개정논의 당시부터 학계와 시민단체 등에서 꾸준히 주장되었으나⁷⁾ 주요 정치세력들간의 서로 다른 이해관계 때문에 수용되지 못하였고, 현재 다시 쟁점화되고 있다. 즉, 대통령제 정부형태하에서 대통령이 효율적으로 국정을 수행할 수 있는 민주적 정당성을 결선투표제를 통해 확보하도록 하자는 것이다.

현행의 단임제를 중임제로 변경하자는 논의에는 민주적 정당성의 원리와 이에 내포된 책임정치의 이념에 입각해서 성공한 대통령을 다시 뽑을 권리와 기회 그리고 실패한 대통령을 낙선시킬 권리와 기회를 주권자인 국민에게 되돌려주자는 의도가 담겨있다.

또한 지난 1988년의 국회의원 총선거 이후 실시된 다섯 번의 선거에서 처음 네 번의 선거에서 대통령이 소속한 정당이 과반수 의석의 확보에 실패했다. 이로써 이른바 ‘여소야대’의 분할정부가 출현하였고, 여당과 야당 그리고 대통령과 국회의 대립양상과 대결구도가 두드러졌다. 이로써 심각한 정국경색과 국정운영의 마비가 초래되었다. 이러한 분할정부의 출현은 과거 권위주의 정권하의 선거제도를 통해 집권여당의 선거승리와 함께 단일정부(unified government)를 보장해주던 불공정한 선거공학적 장치들이 민주화 이후에 제거되었고, 정당체제가 양당제에서

6) 양건, 앞의 논문, 20면.

7) 이에 관하여는 허영, 앞의 책, 634면 이하; 윤대규, 앞의 책, 20면; 박찬욱, “87년 헌법과 대통령제 민주주의 정치: 평가와 과제”, 양건/박명림/박은정/김재원 외, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 75면 이하 참조.

다당제로 변화된 데에 기인한다고 평가된다.⁸⁾ 이 같은 분할정부의 출현은 선거에 따른 유권자들의 선택의 결과로 존중되고, 분할정부하에서 대통령을 중심으로 여러 정당지도자들이 정치력을 발휘해서 상호 양보하고 타협하는 가운데 이를 극복함이 마땅함에도 불구하고, 여전히 이를 외면한 채로 선거제도적인 문제의 해결에 중점을 두고 이를 위한 개헌논의가 전개되어 왔다.

3. 노무현 전대통령의 이른바 ‘원 포인트 개헌안’ 제안

지난 노무현 전대통령의 재임시기(2003년~2007년)는 탈권위주의적인 국정운영을 통한 ‘제왕적 대통령제’의 해체와 집권여당의 분당으로 인하여 더욱 강화된 형태의 분할정부가 성립됨으로써 임기 초부터 보다 거센 정치적 혼란에 휩쓸렸다. 그 결과로 2004년 3월에 헌정사상 처음으로 국회에서 대통령에 대한 탄핵소추안이 재적의원 2/3 이상의 찬성으로 의결되어 헌법재판소에서 탄핵심판이 진행되었다. 연이어서 규정에 따른 대통령직의 직무정지가 행해졌고, 헌법재판소는 2004년 5월에 한편으로는 대통령의 법위반행위를 경고하면서, 다른 한편으로는 탄핵을 정당화할 정도의 중대한 법위반사실이 없음을 이유로 기각결정을 내림으로써 긴박했던 탄핵정국을 종결지었다.⁹⁾ 그 사이 4월에 실시된 제17대 국회의원총선거에서 여당(당시 열린우리당)이 승리하면서 정국이 안정되는가 싶더니, 야당(한나라당)과 보수언론의 지속적인 정치공세로 노무현 대통령의 임기 내내 국정운영이 순탄하지 못했다.

이러한 가운데 노무현 대통령은 2005년 8월에 국론분열의 해소와 정국타개를 위한 목적으로 야당(한나라당)에게 이른바 ‘대연정안(Grosse Koaltion)’을 제의했으나, 야당 측의 매몰찬 거부로 무산되었다.

이후 2007년 1월에 노무현 대통령이 전격적으로 이른바 ‘원 포인트 개헌안’을 제안함으로써 다시 잠잠했던 정국이 소용돌이쳤다. ‘원 포인트 개헌안’은 그간 논

8) 박찬욱, 앞의 논문, 79면.

9) 현재 2004. 5. 14. 2004현나1. 판례집 16-1, 609면 이하.

의되어 왔던 여러 개헌주제들에 대한 폭넓은 의견수렴이 시간적으로 그리고 상황적으로 어렵기 때문에 현행 5년 단임제를 4년 중임제로 변경하는 대통령임기조항 하나만을 개정하자는 제안이다. 이와 함께 대통령선거와 국회의원총선거를 동시에 실시함으로써 ‘여소야대’의 분할정부 성립 가능성을 가능한 한 최소화하고자 의도했다. 이와 아울러 대통령임기 5년과 국회의원 임기 4년이 교차하는 가운데 당시 시점이 양대 선거가 동시선거로 실시될 수 있는 가장 근접한 적기라는 점도 그 이유로 제시되었다.

이 개헌안 역시 당시 야당이었던 한나라당과 보수언론의 냉소적인 반대로 인해 국민적 공감대를 형성하는 데에 실패했다. 하지만 헌법상 개헌안의 발의권한을 가진 대통령의 개헌의지가 확고했기 때문에 야당 또한 무조건적인 반대로만 일관할 수는 없었으며, 야당을 포함한 정치권에서는 차기 국회에서 개헌을 추진하기로 약속함으로써 개헌정국이 비로소 수습될 수 있었다. 노무현 대통령이 제안한 ‘원 포 인트 개헌안’이 무산된 결정적인 이유는 당시 대통령에 대한 지지율이 바닥인 상황과 그리고 같은 해, 즉 2007년 연말에 실시될 대통령선거를 앞두고서 정국의 주도권과 향배가 개헌정국으로 인해 바뀔 수 있을 것이라는 당시 야당(한나라당)의 경계가 함께 작용했기 때문이었다.

어쨌든 이로 인해 5년 단임제의 대통령임기조항과 여소야대의 분할정부가 가진 문제점들이 집중적으로 재조명되었다. 특히 대통령선거와 국회의원총선거를 동시에 치르고자 하는 동시선거안에 대해서는 대통령과 국회의 임기를 달리함으로써 각각의 헌법기관의 존립기반의 독립성을 확보하기 위해 추구되는 ‘임기차등제’의 헌법적 의미를 간과한 성급한 발상이라는 비판이 제기되었다.¹⁰⁾

IV. 개헌과 관련한 최근의 공론화 과정

10) 허영, 앞의 책, 630면 참조.

1987년에 개정된 현행헌법하에서 그간 대통령선거가 치러질 때마다 개헌문제는 비록 정도의 차이는 있을지라도 주요 후보들간의 정책공약의 대상에서 빠지지 않고 논의되어 왔다. 특히 지난 노무현 정부의 출범 이후 초반 무렵부터 1997년 대선에 이어서 2002년 대선에서 또다시 집권실패를 경험한 보수세력은 개헌을 진지하게 검토하기 시작했다. 이와 관련해서 국회 내에서 당시 야당인 한나라당 소속의원들로 ‘헌법을 연구하는 국회의원 모임’이 구성되어 모임에 헌법학자들을 초빙하여 본격적으로 현행헌법의 문제점을 진단하고 개헌의 방향을 정리해가는 작업을 시작했다. 학계차원의 개헌준비작업도 이와 병행하여 진행되었는데, 특히 헌법학계와 정치학계에서 본격적으로 개헌을 주제로 한 학술대회가 여러 차례 개최되었다. 이러한 개헌작업의 일환으로 한국헌법학회에서는 산하에 헌법개정연구 위원회를 구성하였고, 동 위원회는 2006년 11월에 ‘헌법개정연구’로 이름 붙인 최종보고서를 작성하여 총회에 보고하였다.

이후 2007년 1월에 노무현 대통령에 의해서 이른바 ‘원 포인트 개헌안’이 제안되었고, 정치권에서는 이를 차기 국회에서 구체적으로 논의하기로 약속함으로써 논란이 수습되었다.

이어서 제18대 국회가 개원하고서 지난 2008년 5월에 여야의원 40여명이 참가한 초당파적인 의원연구단체로 ‘일류국가헌법연구회’가 국회 내 공식적인 의원연구단체로서는 처음으로 발족하였다. 이후 이 단체를 확대 개편하여 2008년 7월 16일에 국회 내 최대의 의원연구단체로 ‘미래한국헌법연구회’가 여야의원 167명(개헌 발의에 필요한 재적의원 과반수인 150명을 초과)이 참여하여 창립되었다.

미래한국헌법연구회는 창립취지문에서 “이른바 ‘1987년 체제’라고 불리는 현행헌법이 지금의 현실에 맞는지를 재점검할 때가 되었으며, 대통령 단임제 및 지방자치제를 시행하면서 나타난 문제점을 보완하고 그리고 통일, 복지, 경제의 바람직한 미래상을 헌법에 담아야 한다”고 밝혔다. 동 연구회는 지역순회 토론회, TV토론회, 국민여론조사와 전문가 간담회 등을 가지고서 연내에 헌법개정안 초안을 마련하고 내년 상반기에 국회 내에 개헌특위를 구성하여 본격적인 개헌작업을 추진할 계획인 것으로 알려졌다.

또한 2008년 7월 10일에 취임한 김형오 국회의장은 취임식에서 18대 국회 전

반기 2년 내에 개헌을 완료하는 것이 가장 적절하다고 개인적인 입장을 밝혔다. 이후 9월 4일에 헌법개정에 대한 사전적인 체계적 연구를 위해 국회의장의 자문 기구로 ‘헌법연구자문위원회’를 구성하고 위원들을 위촉하였다. 동 위원회는 원내의석수에 비례해서 각 정당들이 추천한 총 12인의 위원들과 3인의 고문들로 구성된다. 동 위원회는 헌법을 개정하는 것이 아니라, 추후 국회 차원에서 헌법개정 특위가 구성될 경우를 대비하여 사전에 충분한 연구 및 논의자료를 제공하는 데에 그 목적이 있다. 보다 구체적으로 동 위원회의 활동 및 향후 개헌작업의 로드맵과 관련하여 첫째, 헌법연구자문위원회 등을 통한 헌법에 대한 연구단계, 둘째, 국회 헌법개정특위 등을 통한 본격적인 헌법개정 논의의 단계, 셋째, 국민적·국가적 차원에서의 합의단계라는 3단계를 거쳐 진행될 것임을 밝혔다.

이상에서와 같이 국회 내에서 이전의 개헌논의 때와는 다른 진지한 분위기가 조성되고 관련 자문위원회가 구성되는 등으로 개헌준비작업에 박차를 가하고 있다.

V. 개헌의 여부와 그 범위에 관한 논쟁

개헌에 관련된 여러 주제들에 관한 세부적인 논의는 아래 다른 논문들에서 구체적으로 다룰 것이기 때문에 여기서는 개헌에 관한 일반론적인 논의를 소개하기로 한다.¹¹⁾

1. 개헌불요론 내지 개헌반대론

개헌의 필요성을 주장하는 견해들이 있지만, 한국사회 내 일각에서는 여전히 개헌불요론 내지 개헌반대론이 강하게 자리잡고 있다. 이 견해는 현행헌법하에서 이룩된 민주화의 성과에 주로 근거하고 있다. 즉 이전의 제8차 개헌 당시까지 헌법

11) 아래의 내용은 해당 주제와 관련하여 그간 드러난 여러 논의들을 개괄적으로 종합한 것이어서 개별 각주는 생략함. 주요 문헌으로는 양건, 앞의 논문, 15면 이하 참조.

의 평균수명이 4.3년에 불과할 정도로 헌법을 통한 입헌주의의 정착이 유동적이었던 반면에, 현행헌법은 지금까지 20년 동안 지속하면서 수명이 가장 긴 헌법으로서 민주주의를 공고히 하면서 헌정질서를 안정화하는 데에 성공적이었다는 것이다. 이러한 가운데 1998년 김대중 정부의 출범을 통해 헌정사상 최초로 그리고 금번 2008년 이명박 정부의 출범을 통해 두 번째로 선거를 통한 평화적인 정권교체를 경험할 수 있었다. 또한 논의되어 온 헌법규범과 헌법현실간의 격차는 헌법 해석 및 탄력적인 운영을 통해서 어느 정도 해소될 수 있으며, 오히려 그간 안정화된 정국이 개헌논의를 통해 국론분열 등으로 흔들리거나, 정계개편의 수단으로 개헌이 남용될 수 있음을 경계하고 있다. 특히 대통령 임기변경의 필요성에도 불구하고 여전히 독재방지의 필요성은 상존하고 있으며, 대통령의 중임을 허용한다 하더라도 재선 이후의 레임덕현상은 마찬가지로 불가피하고, 미국의 사례에서와 같이 동시선거를 실시하더라도 분할정부의 성립가능성이 제도적으로 봉쇄되지는 않는다고 비판된다.

2. 부분개헌론 (중간범위의 개헌론, 통치구조한정론)

부분개헌론에서는 통치구조뿐만 아니라 그 밖의 주요 문제들도 개헌의 범위에 함께 포함시키자는 주장이 있는데, 이 입장들에서도 개헌의 대상으로 삼는 주제는 각각 다르다. 그 중에서도 특히 두 가지 주제가 집중적으로 거론되는데 그 하나는 영토조항에 관한 것이다. 이 점에 있어서는 영토조항을 없애자는 주장과 부분적 수정을 가하자는 주장이 각각 달리 제기되고 있다. 다른 하나는 경제조항에 관한 논의이다. 여기에는 경제에 대한 국가적 개입을 최소화하기 위하여 경제조항을 삭제하자는 입장과 이와 반대로 토지공개념의 도입 등 사회국가적 요소를 보다 강화하자는 주장이 각각 달리 제기되고 있다.

3. 전면개헌론

전면개헌론에서는 현행헌법이 개정된 지 이미 20년이 지나면서 그간 여러 문제

점들이 드러났기 때문에 이번 기회에 통치구조뿐만 아니라 기본권조항, 경제질서, 지방자치제도 및 영토조항 등을 모두 개정범위에 포함시키자는 주장이 있다.

VI. 맷는 말

앞서 논구한 바와 같이 그간 행해졌던 헌법개정에 대한 시민사회의 부정적 인식과 1960년의 4.19의거나 1987년의 6월민주화항쟁과 같은 개헌이 이루어지기까지의 환경적인 강도를 고려한다면 개헌을 위한 현재의 환경은 그 필요성을 정당화 할 정도로 충분히 성숙해 있지 않다고 본다. 물론 지금의 개헌주도세력이 향후 이러한 개헌환경을 어떻게 성공적으로 성숙시켜 나가느냐에 따라서 어느 정도 가변적인 상황인 것은 사실이다.

그러나 지난 노무현 정부에서의 개헌논의가 주로 진보세력에 의해서 주도되었고, 현재 이명박 정부에서의 개헌논의가 주로 보수세력에 의해서 주도되고 있다는 사실은 개헌에 대한 국민적 공감대의 형성에 있어서 확실한 차별성을 나타낼 것으로 보인다. 왜냐하면 최근 이명박 정부의 일방적인 국정운용으로 인하여 만일 대통령과 여당이 개헌에 합의해서 이를 적극적으로 추진하고자 하더라도 과거와 같은 독재체제로의 회귀를 경계하는 진보세력들로부터 상당한 반발에 봉착할 것이기 때문이다. 게다가 2008년 하반기부터 미국의 Wall Street로부터 비롯되어 한국에까지 밀어닥친 최근의 경제위기는 개헌논의에 국정의 우선순위를 부여하기가 현실적으로 어려운 상황적 조건으로 작용하고 있다. 그럼에도 불구하고 만약 현 정부가 야당과 시민사회의 폭넓은 동의 없이 무리하게 개헌을 추진한다면 재집권을 위한 당리당략에의 의심을 보다 키우게 될 것이다. 이상의 여러 이유들에서 가시적인 시기 안에 현재의 개헌논의가 보다 구체화되기는 사실상 어렵다고 판단된다.

Die Diskussion um die Verfassungsänderung: Ein Einblick

Prof. Dr. Jong-Soo Lee | Law School, Yonsei Universität

I. Bewertung der bisherigen Verfassungsänderungen

Nachdem die japanische Kolonialherrschaft mit Japans Niederlage im Pazifischen Krieg beendet wurde, fanden seit der Verfassungsgebung, mit Regierungsbeginn im Jahre 1948, bis zur geltenden Verfassung neun Verfassungsänderungen statt. Wobei die letzten Änderungen im Jahr 1987 vorgenommen wurden. Im Vergleich zu Deutschland, wo das Grundgesetz fast 50-mal verändert wurde, erscheinen die Verfassungsänderungen Koreas zahlenmäßig eher gering. Wirft man jedoch einen Blick auf politische Hintergründe und die in Korea gegebenen Voraussetzungen für eine Verfassungsänderung, so ist die viermalige Änderung des Regierungssystems de facto bereits als eine Verfassungsreform anzusehen.¹⁾

Das eigentliche Ziel einer Verfassungsänderung besteht darin, den Wirkungsbereich der Verfassung zu verändern, d.h. die Kluft zwischen den Verfassungsnormen und der Verfassungswirklichkeit zu überbrücken. Die Verfassungswirksamkeit ist zeitlichen und sich unaufhörlich ändernden

1) Vgl. dazu Dae-Gyu Yun, Warum spricht man über die Verfassungsänderung?, Hanul Verlag, 2005, S. 44 ff.

Gegebenheiten unterworfen. Die normative Wirksamkeit der Verfassung muss durch ständige Neubewertungen unter den gegebenen Gesichtspunkten sicher gestellt werden.²⁾

Für entsprechende Neubewertungen und für eventuelle, daraus folgende Verfassungsänderungen gilt die Einhaltung verfassungsrechtlich festgelegter Verfahren. Ebenso sollte die ursprüngliche Verfassungsform möglichst gewahrt werden.

Die bisher angewandten Verfahrensweisen bei Verfassungsänderungen weichen jedoch besonders in Bezug auf inhaltliche und formelle Änderungen wesentlich von o.g. Verfahren ab.

Entsprechend fanden Änderungen nicht aufgrund der Erweiterung von normativen Geltungsbereichen, sondern zum Ausbau machtausübender Instanzen statt. Im Hinblick auf das Verfahren, wurden Änderungen entweder unter Missachtung von verfassungsrechtlich festgelegten Normen durchgeführt oder durch den Vorwand außergewöhnlicher Umstände erzwungen.

So wurde die Verfassung bspw. in den Jahren 1952, 1962, 1972, und 1980 unter Ausrufung des Staatsnotstandes geändert. 1954 und 1969 wurden weitere Verfassungsänderungen durch das Parlament durchgeführt, welches eine Verfassungsänderung durch illegale Wahlen zu Gunsten des Quorums erzwang und die einmalige Wiederwahl des amtierenden Staatspräsidenten damit verhinderte. Der Weg zur Diktatur war damit geebnet.

Aufgrund eben dieser inhaltlichen und verfahrensmäßigen Mängel und Missbräuche gerieten Verfassungsänderungen immer wieder in eine verfassungstheoretisch missliche Lage und als „verfassungswidrige Änderungen“ in Verruf.

2) Young Huh, Koreanische Verfassungslehre, Pakyoungsa Verlag, 2008, S. 48 f.

So waren die Verfassungsänderungen im Jahre 1960 und 1987 Ergebnis des Volksaufstandes gegen die diktatorische Regierung.

Um die derzeitigen Diskussionen um die Verfassungsänderung nachvollziehen zu können, müssen normative Problematiken und damalige historische Umstände berücksichtigt werden. Zumal die Ursache, weshalb die Verfassung nach der Verfassungsänderung im Jahre 1987 trotz vehemente Diskussionen in politischen, wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Kreisen nicht geändert werden konnte, ebenfalls in ihnen zu suchen ist.

Dementsprechend finden Diskussionen, welche die strukturellen Probleme der geltenden Verfassung oder deren Normen kritisieren, keineswegs die Zustimmung der breiten Masse. Sollte eine Verfassungsänderung unter normalen politischen Umständen, wie z.B. in der jetzigen politischen Situation Südkoreas, durchgeführt werden, würde diese als erste rechtmäßige Änderung in die Verfassungsgeschichte eingehen.

Aus den oben genannten Gründen gehe ich jedoch davon aus, dass es bezüglich einer ernsthaften Verfassungsänderung lediglich bei Diskussionen bleiben wird. Hinzu kommt, dass die formellen Voraussetzungen für eine Verfassungsänderung in Korea momentan schwerlich gegeben sein dürften, zumal sich der Staatspräsident, das Parlament und das Volk in allen Punkten einig sein müssen.

II. Voraussetzungen für eine nachhaltige Verfassungsänderung: Methoden und Möglichkeiten

1) Ein Einblick in mögliche Verfahrensweisen für eine Verfassungsänderung

In der geltenden Verfassung Südkoreas wird die Verfassungsänderung in einem eigenen Kapitel in den Art. 128 ff. geregelt. Ein entsprechendes Verfassungsänderungsverfahren lässt sich in drei Stufen einteilen:

- 1) Darlegung des Änderungsentwurfs
- 2) Verabschiedung des Vorschlages durch das Parlament
- 3) Bestätigung des Änderungsvorschlages durch eine Volksabstimmung

Berechtigt zur Abgabe eines Entwurfs sind der Präsident und die Mehrheit der Parlamentsabgeordneten (Art. 128 Abs. 1 KV). Der vorgeschlagene Änderungsentwurf muss vom Präsidenten über einen Mindestzeitraum von 20 Tagen öffentlich bekanntgegeben werden (Art. 129 KV). Das Parlament entscheidet über den vorgeschlagenen Änderungsentwurf innerhalb von 60 Tagen nach öffentlicher Bekanntmachung. Die Verabschiedung bedarf der Zustimmung von mehr als zwei Dritteln der Parlamentsabgeordneten (Art. 130 Abs. 1 KV). Der vom Parlament verabschiedete Entwurf wird der Volksabstimmung innerhalb von 30 Tagen vorgelegt. Dieser kann dann mit einer Wahlbeteiligung von mehr als der Hälfte der Wahlberechtigten und mit der Zustimmung von mehr als der Hälfte der abgegebenen Stimmen beschlossen (Art. 130 Abs. 2 KV), und schließlich durch den Staatspräsidenten verkündet werden.

2) Prüfung materieller Voraussetzungen für eine Verfassungsänderung

Die breite Konsensbildung in der Öffentlichkeit ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Änderung der Verfassung, denn nach geltender Verfassung sind die Staatsbürger berechtigt sich für oder gegen eine endgültige Verfassungsänderung zu entscheiden. In der Praxis jedoch wird in Bezug auf

eine eventuelle Verfassungsänderung eine Übereinkunft zwischen dem Staatspräsidenten und der parlamentarischen Mehrheit, welche die Abgeordneten der regierenden und der oppositionellen Parteien einschließt, gefordert. Obwohl verfassungsrechtlich gesehen sowohl der Staatspräsident, als auch die Mehrheit der Parlamentsmitglieder jeweils eigenständig einen Änderungsvorschlag einbringen können, ist in einem solchen Fall mit Komplikationen zu rechnen. Diese sind auf das derzeitige Präsidialregierungssystems zurückzuführen.

Wie der s.g. „One-Point-Verfassungsänderungsentwurf“, der Ende 2007 von Präsidenten Roh vorgeschlagen wurde gezeigt hat, erweist es sich als überaus schwierig und unwahrscheinlich, eine Verfassungsänderung ohne die Unterstützung der parlamentarischen Mehrheit und ohne die Zustimmung der Öffentlichkeit erfolgreich in die Wege zu leiten.

Selbst wenn die parlamentarische Mehrheit den Änderungsvorschlag annimmt und daraufhin die öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, was wiederum zur Vorlage des Entwurfes vor der Volksabstimmung führt, ist ein glatter Ablauf keineswegs zu erwarten, wenn sich der amtierende Präsident nicht kooperativ zeigt.

Anders als in den USA ist es unwahrscheinlich dass koreanische Regierungsabgeordnete gegen den Willen ihres Staatspräsidenten entscheiden und handeln, da der Staatspräsident in der Tat die letzte Instanz verkörpert.

Folglich hätte eine Verfassungsänderung im Falle eines Widerspruches der oppositionellen Parteien lediglich Aussicht auf Erfolg, wenn der Staatspräsident diese befürworten und ihn die Mehrheit der Parlamentsmitglieder (mehr als zwei Drittel) dabei unterstützen würde. Bildet sich das Parlament jedoch aus der Mehrheit der oppositionellen Parteien (s.g. „divided government“), so ist selbst eine, von der regierenden Partei und dem Staatspräsidenten vorgeschlagene Verfassungsänderung unmöglich durchzusetzen. Das wesentliche Hindernis für

eine Änderung der geltenden Verfassung ist die nicht zu erwartende Willenskundgebung des koreanischen Staatspräsidenten.

So wird in Art. 128 Abs. 2 KV der gegenwärtigen Verfassung geregelt, dass die auf Verlängerung der Amtszeit oder auf Genehmigung der Wiederwahl zielende Verfassungsänderung für den amtierenden Staatspräsidenten nicht gilt.

Die normative Festlegung dieser Regelung ist als die sog. „Schrankenregelung“ in Korea bekannt³⁾ und die Folge vergangener Verfassungsänderungen, die u. a. für die Verlängerung der Amtszeit missbraucht worden sind. Weshalb es für einen amtierenden Staatspräsidenten weder Anlass noch Grund gibt, einen für ihn nicht anwendbaren Änderungsentwurf bezüglich der Amtszeit und der Wiederwahlmöglichkeit einseitig voranzutreiben; ein solches Verhalten würde lediglich den Verdacht einer geplanten Verlängerung der Amtszeit erregen.

Die Frage nach einer nachhaltigen Veränderung des koreanischen Regierungssystems steht derzeit im Zentrum der Debatten. Dabei richtet sich der Diskussions-Fokus auf die Auseinandersetzung mit eventuellen Verfassungsänderungen und auf die Fragen nach entsprechenden Wiederwahlmöglichkeiten und Amtszeiten. Realistisch gesehen gibt es jedoch einige Gründe, die es dem Staatspräsidenten erschweren, seine konkrete Meinung zur Verfassungsänderung auch öffentlich darzulegen.

Erstens könnte durch die Verkürzung von der dem Staatspräsidenten von Verfassungswegen gestatteten Amtszeit, dem sog. „Lame Duck“, beschleunigt werden. Zweitens kann man von dem amtierenden Staatspräsidenten nicht erwarten, sich für die für ihn nach Art. 128 Abs. 2 KV nicht anwendbare Verfassungsänderung einzusetzen, auch dann nicht, wenn das Präsidialregierungssystem weiterhin aufrechterhalten werden würde. Aussicht

3) Vgl. Young Huh, a. a. O., S. 62.

auf den nachhaltigen Erfolg einer Verfassungsänderung ist nur gegeben, falls der Staatspräsident selbst gewillt sein sollte, eine Verfassungsneuordnung zu verantworten.

Die formelle Konkretisierung einer Verfassungsänderung ist in absehbarer Zeit wohl kaum zu erwarten. Letztendlich ist es mehr als unwahrscheinlich, die Mehrheit des Parlaments gegen den Willen des Staatspräsidenten aufzubringen, welche wiederum nötig wäre um eine Verfassungsänderung zu vollziehen.

III. Die Verfassungsänderung im Zentrum der Diskussionen

1) Kritik über das Zustandekommen des s. g. „87- Systems“

Die Entstehung der geltenden Verfassung ist das Ergebnis des „Juni Kampfes um die Demokratie“, der aus dem Volksaufbegehren im Jahre 1979 und dem reaktionären „12.12 Militär-Putsch“ gegen das Militärregime im Juni 1987 zu Stande kam. Wesentliche inhaltliche Verfassungsänderungen hatten v. a. die direkte Präsidentschaftswahl zum Gegenstand.

Zu jenem Zeitpunkt wurde sie als offensichtliches Resultat des langwierigen Kampfes für eine Demokratie gefeiert. Die darauf folgenden Ereignisse, wie beispielsweise die Wahl von Roh Taewoo als Präsidentschaftskandidat der Minjeong-Dang (Partei für Demokratie und Gerechtigkeit) nach gescheiterter Einigung der beiden Oppositionsführer Kim Daejung und Kim Youngsam über einen gemeinsamen Kandidaten und der anschließende „Zusammenschluss der drei konservativen Parteien“ bzw. die Wahl des Präsidenten Kim Youngsam als Kandidat der Minja-Dang (Partei für Demokratie und Freiheit), die „finanzielle Unterstützung durch das IWF (Internationale Währungsfonds)“ im Jahre 1997,

die Wahl des Präsidenten Kim Daejung nach dem „DJP (Kim Daejung und Kim Jongphil)-Wahlzusammenschluss“ sowie der Beginn der dadurch entstandenen Koalitionsregierung, haben die linken Kräfte der Gesellschaft dazu veranlasst, die geltende Verfassung ernsthaft zu kritisieren.

Diese Kritik wurde durch linke Politikwissenschaftler später als das s. g. „87-System“ bekannt gemacht. Mittlerweile hat sich der Begriff auf wissenschaftlicher und journalistischer Ebene etabliert. Das o. a. „87-System“ avancierte zu einem Musterbeispiel für ein unvollkommenes Verfassungssystem, welches durch die Übereinkunft einiger weniger politischer Eliten zustande kam. Obwohl das Bemühen um eine Verfassungsänderung seit den „Juni-1987-Geschehnissen“ zweifellos als Ergebnis eines gesellschaftlichen Demokratisierungskampfes anzusehen ist, wurden diverse Meinungsäußerungen aus verschiedensten, relevanten Diskussionskreisen bezüglich der konkreten inhaltlichen Verfassungsausgestaltung dennoch nicht berücksichtigt.

Die aus den Vertretern einflussreichster politischer Machtinhaber zusammengesetzte „Runde der 8-Politiker“ hat sich innerhalb kürzester Zeit (zwischen dem 31. Juli und dem 16. September des gleichen Jahres) mit wichtigen Verfassungsänderungsentwürfen auseinandergesetzt. Insbesondere wurden die Einführung der direkten Präsidentenwahl und das Wiederwahlverbot („The five year single term presidential tenure“) diskutiert, während das Verfassungsänderungsverfahren ein schnelles Ende fand.

Bei den darauffolgenden Präsidentschaftswahlen wurden die jeweiligen Stellvertreter der beteiligten Parteien nacheinander zu Staatspräsidenten gewählt (Roh Taewoo als 13., Kim Youngsam als 14. und Kim Daejung als 15. Präsident). Folglich wurden Kritiken und Bedenken laut, dem Wiederwahlverbot fehle es an verfassungstheoretischer Berechtigung und es stelle nicht mehr als eine politische Übereinkunft dar.

Andere harte Worte würden das Wiederwahlverbot zu einem Schwarzhandel diskreditieren, der den damaligen politischen Hauptakteuren (Roh Taewoo, Kim Youngsam und Kim Daejung) lediglich dazu dienen sollte, Wahlmöglichkeiten zu ihren Gunsten zu manipulieren.

Jetzt, da der koreanische Demokratisierungsprozess an einem Punkt angelangt ist, an dem man von einer fest verankerten Demokratie sprechen kann, erweist sich das Diskussionsbedürfnis und das Hinterfragen der geltenden Verfassung nur als folgerichtig und durchaus angebracht.

2) Gründe für das Scheitern der Präsidenten

Im Zuge der demokratischen Stabilisierung in der koreanischen Gesellschaft seit der Verfassungsänderung im Jahre 1987, sind die strukturellen Probleme als Folge des jetzigen Wiederwahlverbots (einmalige Wahl für fünf Jahre) v.a. aus wissenschaftlichen Kreisen kritisiert worden.

Hauptziel des Wiederwahlverbotes war die Vermeidung einer Diktatur, trotz allem ist es nicht von der Hand zu weisen, dass mit diesem Verbot die Beeinträchtigung des politischen Systems in Bezug auf Effektivität und Beweglichkeit ebenfalls einher ging. Diese Einschätzung beruht auf aktuellen politischen Umständen und Gegebenheiten, welche zunächst politische Stabilität zu garantieren scheinen und einer Militärmacht oder einem Diktaturregime standhalten könnten.

Trotz allem bleibt die s. g. „imperiale Präsidentschaft“ ein viel diskutiertes und ebenso viel kritisches Thema. Die „Imperiale Präsidentschaft“ beschreibt den politischen Machtmissbrauch durch den Staatspräsidenten außerhalb des ihm verfassungsrechtlich gegebenen Rahmens.⁴⁾

Allen bisherigen koreanischen Staatspräsidenten, die unter dem derzeitigen Wahlsystem gewählt wurden, fehlte es an demokratischer Legitimität, da sie

nicht die Mehrheit der Wählerstimmen für sich gewinne konnten.

Auch die drohende Wirtschaftskrise (Aufnahme eines Kredits bei dem IWF) und die s. g. „geteilte Regierung“ (divided government) sind bezeichnend für die Verfahrenheit der politischen Lage und die Verschärfung ideeller Konflikte, die wiederum Indiz für die Dringlichkeit einer ernsthaften Überprüfung des Präsidialsystems sind.

Auf die oben angeführten Problematiken soll in den nun folgenden Ausführungen eingegangen werden:

Wie bereits erwähnt konnte kein einziger der fünf Präsidenten, die unter der geltenden Verfassung gewählt wurden, die Mehrheit der Wählerstimmen für sich gewinnen, womit die demokratische Legitimität ausgeschlossen werden musste, was wiederum die Schwächung des Präsidentenamtes nach sich zog. Jedoch konnten die Kandidaten trotz fehlender Legitimitätsansprüche für die Parlamentswahl nominiert werden und als „imperiale Präsidenten“ fungieren.⁵⁾ Ich gehe davon aus, dass ein solcher Mangel an demokratischer Legitimität und die Wahl der „imperialen Präsidenten“ begünstigende politische Umstände sind und schließlich strukturelle Faktoren darstellen, die letztendlich den gescheiterten Präsidenten zu Gute kommen sollten.

Die Einführung einer Entscheidungswahl bei der Präsidentschaftswahl wurde seit der Diskussion um die Änderung der geltenden Verfassung v.a. von Seiten der Wissenschaftler- und Bürgerinitiativen immer wieder vorgeschlagen.⁶⁾ Diese

4) Kun Yang, Verwirklichung der 87-Verfassung, Notwendigkeit der Verfassungsänderung und deren Richtung, in: Kun Yang/Myung-Lim Park/Eun-Jeong Park/Jae-Won Kim, Braucht man eine neue Verfassung?, Daehwa-Munhwa Akademie Verlag, 2008, S. 19 f.

5) Kun Yang, a.a.O., S. 20.

konnte jedoch aufgrund der kontroversen Interessenlage bisher nicht angenommen werden und rückt nun erneut in den Mittelpunkt der Debatte. Der Effekt einer Entscheidungswahl sollte insbesondere darin bestehen, den Legitimitätsverlust des Staatspräsidenten auszugleichen.

Ein weiteres Thema ist die Änderung des derzeitigen Wahlsystems („five year single term presidential tenure“) hin zur Wiederwahlmöglichkeit des Präsidenten, welche den koreanischen Bürgerinnen und Bürgern mehr politisches Mitspracherecht einräumen und auch das politische Verantwortungsbewusstsein stärken soll.

Des Weiteren ist es den Parteien der jeweiligen gewählten Staatspräsidenten, der ersten vier von fünf Parlamentswahlen seit 1988, nicht gelungen, die Mandatsmehrheit für sich zu gewinnen. Daraus folgte unweigerlich die Regierungsteilung („divided governments“), ein politisches Phänomen also, in dem mehr Oppositionsabgeordnete als Regierungsabgeordnete“ vertreten sind und welches die Konfrontationskonstellation von regierender Partei und Opposition noch verstärkt.

Resultat war dievehemente Verschlechterung der politischen Lage und die daraus hervorgehende Lähmung staatspolitischer Unterfangen und Angelegenheiten. Die Ursache für das Auftreten einer geteilten Regierungspolitik könnte in der ungerechten Handhabung wahltechnischer Mechanismen zu finden sein, mit der sich ehemalige diktatorische Regierungen ihren Wahlsieg sichern konnten, indem sie der eigenen Regierungspartei ungeteilte Machtausübung („unified government“) sicherten. Die ungeteilte Machtausübung wurde mit der Demokratisierung beseitigt und die

6) Vgl. dazu Young Huh, a.a.O., S. 634 f.; Dae-Gyu Yun, a.a.O., S. 20; Chan-Uk Park, 87-Verfassung und Politik der präsidialen Demokratie, in : Kun Yang/Myung-Lim Park/Eun-Jeong Park/Jae-Won Kim, Braucht man eine neue Verfassung?, Daehwa- Munhwa Akademie Verlag, 2008, S. 75 f.

Parteienlandschaft wandelte sich vom dualen System in ein Mehrparteiensystem.⁷⁾

Obwohl die eigentliche Problematik im Wahlausgang selbst liegt und es gemeinsame Aufgabe der Politiker sein sollte, eine Lösung auszuarbeiten, konzentrierte sich die Debatte zumeist auf die Änderung des aktuellen Wahlsystems.

3) Der „One-Point–Verfassungsänderungsentwurf“, vorgeschlagen vom ehemaligen Staatspräsidenten Roh Muhyun

Während der Amtszeit des Staatspräsidenten Roh Muhyun (2003-2007) wurde die „imperiale Präsidentschaft“ durch die antiautoritäre Führung Rohs ersetzt; die Spaltung der damals regierenden Partei verursachte jedoch ein weitaus größeres politisches Chaos. Im März 2004 kam es infolgedessen erstmalig in der Verfassungsgeschichte zur Anklage des Staatspräsidenten beim koreanischen Verfassungsgericht, die sich auf der Zustimmung von mehr als zwei Dritteln der Parlamentsabgeordneten begründete.

Ergebnis war der Amtsausschluss des amtierenden Präsidenten. Da die Schwere des Gesetzesverstoßes für eine Staatsanklage allerdings nicht ausreichte, kam es zu Klagabweisung.⁸⁾ Als die damalige Regierungspartei (Offene Uri Partei) die Wahl bei der inzwischen 17. Parlamentswahl im April für sich entscheiden konnte, erschien die staatspolitische Lage äußerlich zuerst recht stabil. Jedoch erwies sich die Amtsführung von Präsident Roh die ganze Amtszeit hindurch als von der Opposition (Große Nationalpartei (GNP)) und den Konservativen gefährdet.

7) Vgl. Chan-Uk Park, a. a. O., S. 79.

8) Vgl. Urteil des koreanischen Verfassungsgerichts vom 14. 5. 2004, 2004 Hunna 1, KVerfGE 16-1, S. 609 ff.

Im August 2005 sah sich Roh unter diesen Umständen gezwungen, der damaligen oppositionellen „Großen Nationalpartei“ (der GNP) einen Koalitionsvorschlag zu unterbreiten, mit der Absicht, eine Koalition zu gründen, die auf Beseitigung der politischen Meinungsverschiedenheiten abzielen sollte. Dieses Vorhaben konnte jedoch aufgrund deutlicher Ablehnung seitens der Opposition nicht in die Tat umgesetzt werden.

Wenig später stabilisierte sich die politische Lage etwas, wurde aber von dem unerwarteten „One-Point-Verfassungsänderungsentwurf“ erneut auf die Probe gestellt. Dieser Entwurf bezog sich aber lediglich auf die viel diskutierte Änderung der Amtszeit des Staatspräsidenten. Da umfangreiche Diskussionen über sämtliche Verfassungsänderungsvorschläge zu viel Zeit in Anspruch genommen hätten, konzentrierte man sich v. a. auf eine Bestimmungsänderung bezüglich des Wiederwahlverbotes und der Wiederwahlmöglichkeit für eine vierjährige Amtszeit des Staatspräsidenten.

Zusätzlich sollten Präsidentschaftswahl und Parlamentswahl zeitgleich stattfinden, um die Wahrscheinlichkeit geteilter Regierungen („Kleine Regierung und große Opposition“) zu verringern. Da sich die Amtszeit des Staatspräsidenten und die der Parlamentsabgeordneten mit vier und fünf Jahren unterscheiden, wurde dies als Grund für die Gleichzeitigkeit beider Wahlen vorgetragen.

Jedoch fand auch dieser Verfassungsänderungsentwurf, aufgrund des starken oppositionellen Widerstandes der Großen Nationalpartei und entsprechend konservativer Presse, nicht genügend Zuspruch beim Volk.

Da aber der Wille des zum Vorschlag des Verfassungsänderungsentwurfs berechtigten Staatspräsidenten feststand, war es der Oppositionen nicht möglich sich diesem so einfach entgegen zu stellen. Mit dem Versprechen, die Verfassungsänderung schließlich mit Hilfe des neuen Parlamentes voran zu treiben, fand auch diese politische Kontroverse ihr Ende.

Der entscheidende Grund für das Scheitern des „One- Point- Verfassungsänderungsentwurfs“ ist in den Popularitätsverlusten Rohs zu suchen, welche zum damaligen Zeitpunkt zweifellos ihren Tiefpunkt erreicht hatten. Die oppositionelle Große Nationalpartei (GNP) befürchtete, die für sie günstige politische Lage könne durch eine Auseinandersetzung um die Verfassungsänderung kippen, was wiederum das Wahlergebnis des gleichen Jahres (1997) negativ beeinflussen würde.

Jener Vorfall lenkte die ungeteilte Aufmerksamkeit sämtlicher Beteiligter auf die Amtszeit des Staatspräsidenten und auf die die geteilte Regierung betreffende Problemstellungen. Vor allem der Vorschlag der zeitgleichen Durchführung von Präsidentschafts- und Parlamentswahl stand unter Beschuss, zumal die verfassungsrechtliche Bedeutung „unterschiedlicher Amtszeiten“ von Staatspräsident und Parlamentsabgeordneten übersehen wurde, die wiederum die unabhängige Existenzgrundlage entsprechender Verfassungsorgane sicherstellen sollte.

IV. Diskussionen um die Verfassungsänderung in der Öffentlichkeit

Seit 1987 wurde die Verfassungsänderung zum Gegenstand einer jeden Präsidentschaftswahl. Sie wurde zu Wahlkampfzwecken genutzt, um der Bevölkerung gegenüber Versprechungen laut werden zu lassen. Insbesondere die Konservativen dachten mit Beginn der Amtszeit von Staatspräsidenten Roh Muhyun ernsthaft über eine Verfassungsänderung nach, nachdem sie die Präsidentschaftswahl 1997 und 2002 verloren hatten.

In Anbetracht dessen gründeten Abgeordnete der oppositionellen Großen Nationalpartei eine Arbeitsgruppe, die sich intensiv auf das Studium der

Verfassung konzentrierte und Verfassungsrechtler damit beauftragte, Probleme und Schwächen der gegenwärtigen Verfassung zu erfassen und richtungweisende Lösungsansätze auszuarbeiten.

Parallel dazu bereiteten sich auch wissenschaftliche Bereiche auf eine anstehende Verfassungsänderung vor. Besonders in verfassungsrechtlichen und politikwissenschaftlichen Kreisen wurden diesbezüglich diverse wissenschaftliche Konferenzen abgehalten. So gründete die Vereinigung der koreanischen Verfassungsrechtler unter eigener Aufsicht ebenfalls eine „Studiengruppe für Verfassungsänderungen“. Folglich wurde der Plenarversammlung im November 2006 „Eine Studie über die Verfassungsänderung“ in Form eines Abschlussberichtes vorgelegt. Im Januar 2007 schlug Staatspräsident Roh den, zuvor mehrfach erwähnten, „One-Point-Verfassungsänderungsentwurf“ vor. Diesem war das politische Versprechen eingehender Erläuterungen vorangegangen.

Mit der Eröffnung des 18. Parlaments wurde im Mai 2008 die „Studiengruppe für die Verfassung des fortgeschrittenen Staates“ als erste offizielle Abgeordneten-Arbeitsgruppe innerhalb des Parlaments ins Leben gerufen, welche mit 40 Abgeordneten aus regierenden und oppositionellen Parteien eine überparteiliche Organisation darstellte. Am 16. Juli 2008 erfolgte die Umbenennung der Studiengruppe in „Studiengruppe für die Verfassung des zukünftigen Koreas“. Außerdem wurde sie auf eine Mitgliedszahl von 167 Abgeordneten (mehr als die für die Verfassungsänderung nötige Mehrheit der Abgeordneten) erweitert und avancierte somit zur größten parlamentarischen Arbeitsgruppe.

Die Neugründungsziele dieser Arbeitsgruppe lauten wie folgt:

„Es ist an der Zeit zu überprüfen, ob die, auch als „1987-System“ bekannte und geltende Verfassung den Wünschen und Anforderungen der derzeitigen Gesellschaft standhalten kann, ob es möglich ist, die aus dem einmaligen

Präsidentenschaftswahlsystem und der kommunalen Selbstverwaltung entstandenen Probleme zu beseitigen und ob die Wiedervereinigung als zukünftige Vision des wirtschaftlichen Wohlstandes tatsächlich in der Verfassung verankert werden kann.“

Eine weitere Aufgabe dieser Gruppe bestand darin, Lokalforen, TV Foren, Umfragen, und Expertenforen zu veranstalten, um mit Ende des Jahres den ersten Entwurf für eine erfolgreiche Änderung der Verfassung vorlegen zu können und somit zu Beginn des kommenden Jahres einen Sonderausschuss für die Verfassungsänderung im Parlament zusammenzustellen.

Auch der Parlamentsvorsitzende Kim Hyung Oh, der sein Amt am 10. Juli 2008 angetreten hatte, verkündete in seiner Antrittsrede, dass er sehr dafür sei, die Verfassungsänderung möglichst innerhalb von 2 Jahren und nach Eröffnung des 18. Parlaments abzuschließen.

Daraufhin wurde am 4. September desselben Jahres eine „Beratungskommission für Studien zur Verfassungsänderung“ als Beratungsorgan des Parlamentsvorsitzenden ins Leben gerufen. Diese Beratungskommission setzt sich je nach Mandatszahl im Parlament aus 12 Mitgliedern und 3 Vorstandsmitgliedern zusammen. Ihre Funktion besteht nicht in der Änderung der Verfassung, sondern in der Sichtung von Forschungs- und Diskussionsmaterialien, die für einen entsprechenden Sonderausschuss bereit zu stehen haben, der wiederum eine angestrebte Verfassungsänderung im Parlament herbei führen könnte.

Die o. g. Kommission gab bezüglich künftiger Verfassungsänderungen 3 Arbeitsschritte bekannt:

Erstens gilt es, die derzeit gültige Verfassung zu studieren, zweitens bedarf es einer ernsthaften Diskussion und Auseinandersetzung mit eventuellen Verfassungsänderungen durch den Sonderausschuss im Parlament, drittens ist

das Erzielen vollkommener Einigkeit auf bürgerlicher und staatlicher Ebene unabdingbar.

Der Einsatz der angeführten Beratungskommission bezeugt den ernsthaften Versuch, eine Verfassungsneuordnung einzuleiten.

V. Über die Debatte um die Verfassungsänderung und ihre Auswirkungen

Da meine folgenden Ausführungen Umfang und Auswirkungen der Diskussionen über eine Verfassungsänderung eingehender behandeln werden, werden hier lediglich die allgemeinen Ansichten vorgestellt.⁹⁾

1) Oppositionelle Ansichten

Obwohl der Großteil der koreanischen Bevölkerung eine Verfassungsänderung befürwortet, wird zum Teil jedoch ebenfalls die Auffassung vertreten, dass eine Änderung der Verfassung nicht vonnöten sei und abgelehnt werden müsse. Diese Auffassung stützt sich hauptsächlich auf Erfahrungen aus dem Demokratisierungsprozess. Die bisherigen Verfassungen hielten sich im Durchschnitt etwa vier Jahre, was ein Indiz dafür war, dass die Verwurzelung der koreanischen Verfassungsstaatlichkeit noch nicht tief sein konnte. Dennoch hat sich die bisherige Verfassungsform über einen Zeitraum von 20 Jahren bewährt, ein Umstand der wiederum zur Stabilisierung der Verfassungsstaatlichkeit beigetragen hat.

9) Der Inhalt dieses Aufsatzes wurde aus verschiedenen Literaturquellen zusammengefasst. Deswegen wurde hier von einer einzelnen Zitierung abgesehen. Vgl. dazu statt vieler: Kun Yang, a.a.O., S. 15 ff.

Eben diese Umstände ermöglichten auch den bisher zweimaligen friedlichen Regierungswechsel beim Amtsantritt der Präsidenten Kim Daejung (1998) und Lee Myungbak (2008).

Die Gegner der Verfassungsänderung vertreten die Ansicht, dass die Kluft zwischen den Verfassungsnormen und der Verfassungswirklichkeit auch durch Verfassungsauslegung oder flexible Handhabung überbrückt werden könne. Sie warnen davor, die mittlerweile stabilisierte politische Lage durch unnötige Diskussionen und Änderungen um und an der Verfassung zu gefährden. Ebenfalls könne eine Verfassungsänderung als Mittel politischer Umstrukturierung missbraucht werden und somit die gegebenen politischen Rahmenbedingungen drastisch verändern.

Eine Änderung der Präsidenten-Amtszeit sei keinesfalls ausreichend um die Bedrohung durch ein Diktaturregime in Korea zu verhindern. Auch der s.g. „Lame Duck“ wäre unvermeidliches Wahlresultat, selbst dann, wenn eine Wiederwahl erlaubt werden würde.

Zieht man den Vergleich zu den USA, so kann die Möglichkeit einer geteilten Regierung nicht systematisch ausgeschlossen werden, auch dann nicht, wenn die Wahlen gleichzeitig stattfinden würden.

2) Befürworter einer teilweisen Verfassungsänderung (einer gemäßigten Verfassungsänderung und/oder einer Änderung der Regierungsstruktur)

Befürworter einer teilweisen Verfassungsänderung behaupten, dass nicht nur die Regierungsstruktur, sondern auch andere wichtige Themen in die Verfassungsänderung einbezogen werden sollten, wobei sie sich über die zu ändernden Punkte jedoch nicht einig sind. Dabei stehen 2 Hauptthemen im Zentrum der Diskussionen:

Zum einen geht es um die Definition des Staatsterritoriums (innerhalb dessen sich ebenfalls zwei Meinungslager gebildet haben). Auch hier werden Forderungen einer vollständigen Streichung des Artikels laut. Während wieder eine andere Auffassung eine teilweise Ergänzung für richtig erachtet.

Zum anderen wird die Wirtschaftsverfassung zum Gegenstand des Streites. An dieser Stelle diskutiert man u. a. die vollständige Streichung der Wirtschaftsverfassung, um staatliche Interventionen in der Wirtschaft zu minimieren und die Verstärkung sozialstaatlicher Elemente zu gewährleisten. Jedoch klaffen die Meinungen diesbezüglich weit auseinander.

3) Befürworter einer kompletten Verfassungsänderung

Befürworter einer kompletten Verfassungsänderung fordern ebenfalls die Änderung der Grundrechtsnormen der wirtschaftlichen Ordnung, der kommunalen Selbstverwaltung und der territorialen Bestimmungen. Es sei nicht genug, die Regierungsstruktur zu überdenken, berücksichtigt man die Probleme, die sich hinsichtlich einer veralteten Verfassung in der Regierung manifestiert haben.

VI. Schlusswort

Wie bereits erläutert, halte ich unter Berücksichtigung der negativen Erfahrungen der Bevölkerung mit den bisherigen Verfassungsänderungen und der gesellschaftlichen Situation, in welcher der Studentenaufstand am 19. April 1960 und die Demokratiebewegung im Juni 1987 ausgebrochen sind, sowie die derzeitige Lage für noch nicht reif genug, um die Notwendigkeit einer Verfassungsänderung zu rechtfertigen. Man kann jedoch nicht bestreiten, dass es

auch von den jeweiligen Machthabern- und Instanzen abhängt, wie eine Verfassungsänderung gehandhabt werden würde.

Die Tatsache, dass die Debatte um die Verfassungsänderung unter der vorausgegangenen Roh-Muhyun-Regierung hauptsächlich von Visionären angeführt wurde, während sie unter der Lee- Myungbak-Regierung überwiegend von Konservativen geführt wurde, zeigt, dass es sich als überaus schwierige erweisen wird, das Volk für eine Änderung der Verfassung zu begeistern.

Selbst wenn sich der Präsident und die regierende Partei auf eine Verfassungsänderung einigen und diese aktiv vorantreiben sollten, würde dieser Versuch auf Widerstand stoßen. Zumal die Erinnerung an eine einseitige Staatsführung unter der Regierung von Lee Myungbak und die Angst vor einer erneuten Diktatur noch immer gegenwärtig sind. Hinzu kommt die Wirtschaftskrise, welche Ende 2008 an der Wall Street begann und deren Auswirkungen Korea ebenfalls betreffen. Die gemeinsame Bewältigung der Wirtschaftskrise ist zunächst die wichtigere Aufgabe; ihr sollte Vorrang gegeben werden.

Falls die derzeitige Regierung es trotzdem vorzieht, eine Verfassungsänderung einzuleiten, würde sie lediglich den Verdacht erregen, ihre Regierungszeit verlängern zu wollen. Aus der Summe sämtlicher von mir angeführten Gründe kann man schließen, dass es schwierig sein wird, in absehbarer Zukunft die momentanen Diskussionen um die Verfassungsänderung noch weiter auszubauen.

통일조항에 관한 헌법개정 논의

이 종 수

연세대 법과대학 교수, 법학박사

Die Wiedervereinigung:
Argumente und Theorien rund um eine
Verfassungsänderung

Prof. Dr. Jong-Soo Lee

Law School, Yonsei Universität



통일조항에 관한 헌법개정 논의

이 종 수 | 연세대 법과대학 교수, 법학박사

I. 해방 이후 한반도 분단상황의 전개

국가에 관한 고전적 정의에서 드러나듯이 모름지기 국가이기 위해서는 일정한 배타적 지배공간, 정치공동체를 구성하는 인민 그리고 주권을 포함한 실효적 권력이 필수적으로 요청된다. 그러나 주지하듯이 1945년 8월 일본의 태평양전쟁 패전의 결과로 한반도의 식민지배가 종식되자마자, 북위 38도선을 경계로 남과 북을 미국과 소련이 각각 점령함으로써 분단국면이 시작되었다. 이후 소련의 반대로 한반도 전체의 총선거 실시가 무산된 채 1948년 2월 27일의 유엔결의에 따라서 1948년 5월 10일에 38선 남쪽 지역에서만 총선거가 실시되고, 이어서 5월 31일에 제헌국회가 구성되었다. 같은 해 7월 12일에 제헌헌법이 국회를 통과하고, 7월 17일에 공포됨으로써 38선 남쪽지역에 한반도의 유일합법국가인 대한민국의 정부가 수립되었다. 얼마 지나지 않아서 1950년 6월 25일에 북의 도발로 시작된 한국전쟁이 3년을 넘게 지속되다가 1953년의 휴전협정으로 확정된 새로운 경계선(휴전선)을 중심으로 지금까지 지속되어 온 분단상황이 고착되었다.

II. 한국헌법과 분단상황

1. 영토조항의 헌법적 규정화와 이에 관한 이론

현실화된 분단상황 속에서 남한지역에서만 총선거가 실시되고 정부가 수립되는 과정에서 대한민국 정부의 유일합법성을 강조하고 북한을 언젠가는 수복해야 할 대상으로 확인하는 의미에서 제헌헌법은 “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도 서로 한다”는 제4조(영토조항)을 별도로 두었다. 당시 제헌헌법의 주요한 기초자(유진오 박사)의 비망록에 따르면 “이 영토조항은 대한민국헌법이 미치는 장소적 적용범위, 즉 대한민국의 국가권력이 당위적으로 미치는 효력범위는 남한지역뿐만 아니라 우리나라 고유의 영토전체, 즉 한반도 전역임을 의도적으로 명기한 것이다”라고 한다. 이 영토조항은 이후의 헌법개정에서 계속 유지되었고, 현행헌법에서는 제3조에서 그대로 규정되고 있다.

즉, 유사한 분단상황에서 1949년 당시 서독정부가 수립되면서 1990년의 동서독 통일시점까지 유지되어 왔던 Bonn기본법의 잠정헌법적 성격(Provisorische Charakter)과는 달리 대한민국의 제헌헌법은 처음부터 남북한을 포함하여 한반도 전역에 효력을 미치는 완성헌법의 형태를 취했다.¹⁾

따라서 법적으로 북한지역은 결국 반국가단체에 의해서 불법적으로 점령된 상태에 놓여있는 지역이고, 추후 회복되어야 할 미수복지역에 지나지 않게 되었다. 유사한 분단상황하에서 구 서독 측에서 주장되었던 지붕이론(Dachtheorie), 동일성이론(Identitätstheorie) 및 법적승계이론(Rechtsnachfolgertheorie)과 마찬가지로 한국에서도 ‘구한말 영토의 계승이론’, ‘미수복지역이론’, ‘반국가단체의 지배지역이론’ 및 ‘유일합법정부이론’ 등이 분단상황을 법적으로 정당화하기 위한 이론으로 다양하게 제시되었다.

2. 통일조항의 헌법적 삽입과 분단상황 극복을 위한 노력

제헌헌법 아래 영토조항만으로 위와 같이 분단상황의 법적 성격을 규정해 오다가, 1962년헌법(제5차 개정헌법)의 부칙 제8조에서 “국토수복후의 국회의원의 수

1) 이에 관하여 보다 상세한 내용은 전광석, “동서독통일의 방법론에 대한 헌법논의”, 허영 편저, 『독일 통일의 법적조명』, 박영사, 1994, 11면 이하 참조.

는 따로 법률로 정한다”고 규정하면서 통일에 관련된 문구가 헌법전에 처음으로 등장했다. 이 부칙조항이 지니는 의미는 국토수복, 즉 통일이 이 헌법의 절차에 따라 실현된다는 것과 수복후의 통일한국이 계속적으로 이 헌법체제 아래에 있게 됨을 명문으로 다시 확인한 것으로 평가된다.

한국전쟁 이래로 남북한간에 별다른 직접적 접촉이 없었다가 1969년 닉슨독트린의 발표 등 냉전국면의 화해분위기가 조성됨에 따라 1972년 7월 4일에 남북한간에 자주, 평화, 민족대단결이라는 3대 통일원칙을 내용으로 하는 공동성명이 전격적으로 발표되었다. 곧이어 이른바 ‘유신헌법’으로 악명이 높았던 1972년 헌법(제7차 개정헌법)은 헌법전문에 ‘조국의 평화적 통일의 역사적 사명’을 삽입하였고, 헌법 제35조 이하의 규정을 통해 조국의 평화적 통일을 추진하기 위한 온 국민의 총의에 의한 국민적 조직체로서 조국통일의 신성한 사명을 가진 국민의 주권적 수임기관으로 통일주체국민회의를 신설하였다. 또한 헌법 제46조에서 대통령이 행해야 할 선언적 과제들 중의 하나로 ‘조국의 평화적 통일’을 명시하였다. 이는 7.4남북공동성명의 자주, 평화, 민족대단결의 원칙을 헌법적으로 수용한 것으로 평가된다.

이후의 헌법개정에서 통일조항과 영토조항에 큰 변화가 없었던 가운데 1988년에 있었던 이른바 ‘7.7선언’을 통해 북한을 과거와 같은 적대적인 상대가 아니라 민족공동체에 속하는 동반자로 인식하기 시작했으며, 1992년에 ‘남북기본합의서’가 체결되어 북한의 체제를 국내외적으로 인정하는 단계에 이르렀다. 이 과정에서 특별한 경우에 국가보안법의 일부 적용을 배제하는 남북교류협력에 관한 법률이 1990년 8월 1일에 제정되었고, 1991년 9월 17일 남북한이 동시에 유엔에 가입하여 북한의 국가성이 국제적으로 공인됨으로써 종래 남한의 한반도 내 유일 합법정부논리의 근거가 되었던 유엔결의 제195(Ⅲ)호는 그 의미를 상실하게 되었다. 이어서 마침내 2002년에 남북한 정상들간의 최초의 역사적인 회담이 개최되고, 여기서 채택된 ‘6.15공동선언’을 통해 남북한은 이제 서로를 합법적인 정부로 인정할 뿐만 아니라 공존을 위한 활발한 인적, 물적 교류협력을 확대해 나가게 되었다.

III. 통일에 대비한 헌법개정 논의²⁾

헌법 제3조(영토조항): “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.”

헌법 제4조(통일조항): “대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.”

1. 영토조항과 통일조항의 충돌문제

한 국가의 통일은 개념내재적으로 분단상황을 전제하고 있고, 또한 개념필수적으로 영토의 회복과 민족의 통합을 요청한다. 따라서 통일조항은 영토조항과 불가결하게 밀접한 연관성을 지닐 수밖에 없다.

이상에서 확인된 바와 같이 ‘통일’은 이제 헌법상의 국가목표가 되었고, 1990년도 이래 전개된 남북한 간의 대화국면의 전개를 통해서 북한은 반국가단체인 동시에 통일을 추구하는 과정에서의 대화와 협력의 동반자로서의 이른바 ‘이중적 지위’가 한국에서 공식적으로 인정되기에 이르렀다. 이와 함께 학계 일각에서 한반도와 그 부속도서를 영토로 규정하는 헌법 제3조의 영토조항이 현실과 부합되지 않고, 더욱이 헌법 제4조에서 분단된 상황을 전제로 한 통일을 규정하고 있는 것은 영토조항과 모순된다는 비판이 강하게 제기되었다. 또한 영토조항의 존재가 북한체제 자체를 부정하는 것이고, 북한의 입장에서 보자면 북한을 흡수통일하겠다는 의미로 밖에 해석되지 않으므로 향후 남북간의 교류협력과 통일논의에 장애로 작용한다는 것이다. 따라서 헌법상의 영토조항과 통일조항간의 모순 내지 충돌

2) 아래의 논의는 전체적으로 지난 2006년에 한국헌법학회 헌법개정연구위원회가 제출한 최종보고서인 『헌법개정연구』 및 김선택 교수의 “헌법과 통일정책”에 기술된 내용을 주로 참고하였음을 밝히고, 개별적인 각주의 생략함. 한국헌법학회, 『헌법개정연구』, 2006, 76면 이하; 김선택, “헌법과 통일정책”, 한국법학교수회(편), 『한국법학 50년 – 과거 · 현재 · 미래 (I)』(대한민국 건국 50주년 기념 제1회 한국법학자대회 논문집), 1998, 347면 이하 참조.

의 문제를 해소하기 위한 다양한 논의가 치열하게 전개되었다.

이러한 논의는 주로 해석론과 개정론으로 크게 분류된다. 즉 해석론에서는 외견상 충돌되는 두 조항이 예컨대 헌법변천의 방법 등으로 규범조화적으로 해석되는 가운데 헌법질서 내에서 병존할 수 있다고 보는 반면에, 개정론에서는 삭제 또는 개정의 방법으로 영토조항의 변경이 불가피하다고 본다.

2. 영토조항에 관한 헌법개정 논의³⁾

(1) 삭제론

이 입장에서는 논리적으로 영토조항과 통일조항이 북한이 국제법상의 독립국가라는 현실의 사실관계와 부합되지 않으며, 비교헌법적으로 영토조항을 두지 않는 경우가 대다수이고, 영토조항의 유지가 남북통일에 장애가 된다고 주장된다.

(2) 부분개정론

부분개정론을 주장하는 한 쪽에서는 영토조항을 현실을 그대로 반영해서 휴전선 이남으로 개정하자는 의견이 개진되고 있고, 주로 보수적 민족주의에 입각한 다른 한 쪽에서는 영토조항의 ‘한반도’라는 표현을 ‘한민족의 고유영토’ 등으로 고쳐서 추후 간도지역이나 만주지역까지 우리 영토로 편입될 가능성을 유보시키려고 주장하지만, 이로 인해 주변국가와의 불필요한 외교적 마찰이 빚어질 우려 때문에 큰 호응을 얻지 못하고 있다.

(3) 전면개정론

3) 아래에서 다루는 논의와 관련해서는 한국헌법학회, 『헌법개정연구』, 2006, 76면 이하; 장영수, “새 정부의 과제로서의 개헌”, 양건/박명림/박은정/김재원 외, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 342면 이하 참조.

이 입장은 북한의 실체를 적극적으로 인정하여 과거 서독의 Bonn기본법이 그려했듯이 잠정헌법으로의 신중한 개헌 내지 북한의 남한에로의 흡수통일을 선언하는 것으로 해석될 수 있는 통일조항의 삭제를 주장한다.

(4) 개정불필요론

이 입장에 따르면 영토조항은 통일의 당위성을 근거 짓는 조항으로서 영토조항의 개정 삭제는 우리의 의사와는 무관하게 주변국가나 국제적으로 대한민국 영토를 현재의 남한으로 한정하고 북한지역을 포기하는 것과 같은 오해를 줄 우려가 있고, 통일 이전에 어떤 사정으로 한 쪽이 붕괴되었을 때 붕괴된 지역에 주변 4강(미국, 일본, 중국, 러시아)의 신탁통치 실시 후 영구종립지역으로 새로운 국가를 세운다 하더라도 우리가 개입은 물론 국제법적으로 항의조차 할 수 없게 되므로 영토조항을 개정해서는 안 된다고 한다. 이 견해는 통일조항의 개정 또한 불필요하다고 보아 반대하고 있다.⁴⁾

IV. 결론

영토조항과 통일조항의 충돌문제와 관련한 최근의 헌법개정논의에서 학계의 다수견해는 개정불필요설에 찬동하고 있다. 즉 영토조항과 통일조항이 외견적으로는 일응 모순되는 것처럼 보이나, 이는 헌법의 통일적 해석의 방법으로나 또는 규범조화적으로 해석함으로써 병존가능하다고 본다. 이 견해는 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일원칙을 포기할 수 없고 그리고 가능할 수 있는 북한의 체제붕괴 시점에서 주변국가의 개입을 저지할 수 있는 헌법적 근거로 영토조항을 고수

4) 양건, “87년 헌법의 현실과 개헌의 필요성 및 방향”, 양건/박명림/박은정/김재원 외, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 16면; 정종섭, “헌법 개정 논의의 쟁점: 필요성, 방법, 내용”, 『새로운 헌법 필요한가』, 대화문화아카데미, 2008, 34면.

할 수 밖에 없다는 현실론에 근거하고 있다.

따라서 현행헌법상의 영토조항과 통일조항은 한국민들이 과거 일본에 의한 주권침탈 및 이로 인한 영토상실 그리고 해방 직후 연이은 분단상황의 경험과 기억을 여전히 공유하고 있고, 또한 통일에의 강한 의지를 형성하고 있기 때문에 그 개정에 관한 국민적 공감대를 형성하기가 결코 용이하지 않을 것이다. 즉 영토조항의 개정이 최근 헌법개정 논의들 중에서 주요한 하나의 주제인 것은 분명하지만, 실제의 개정은 이상에서 언급한 여러 가지 이유들 때문에 난망(難望)할 것으로 예견된다.

Die Wiedervereinigung: Argumente und Theorien rund um eine Verfassungsänderung

Prof. Dr. Jong-Soo Lee | Law School, Yonsei Universität

I. Die Teilungssituation auf der koreanischen Halbinsel nach der Befreiung von der japanischen Kolonialherrschaft

Ausgehend von der klassischen Definition des Staates bedarf der Staat u.a. eines ausschließlichen Herrschaftsbereiches, in dem das Volk die politische Gemeinschaft bildet, sowie einer souveränen Staatsgewalt.

Mit der Niederlage Japans im Pazifischen Krieg im August 1945, wurde die japanische Kolonialherrschaft beendet und die Teilungsphase eingeleitet, wobei der Teil südlich des 38. Breitengrads von den USA und der nördliche Teil von der Sowjetunion besetzt wurde. Aufgrund der koreanischen Ablehnungshaltung gegenüber der Sowjetunion war die erste Wahl zum Scheitern verurteilt, weshalb sie am 10. 5. 1948, gemäß der Resolution der Vereinten Nationen vom 27. 2. 1948, nur im Süden stattfand. Anschließend wurde am 31. Mai das Parlament gebildet. Nachdem die Verfassung am 12. Juli des gleichen Jahres im Parlament verabschiedet worden war, wurde mit deren Bekanntmachung am 17. Juli der einzige legale Staat auf der koreanischen Halbinsel südlich des 38. Grades nördlicher Breite gegründet.

Der am 25. 6. 1950 vom Norden begonnene Koreakrieg dauerte länger als drei

Jahre und die Teilungssituation, die mit dem Waffenstillstandsabkommen 1953 und der neuen Grenze (Demarkationslinie) eingeleitet wurde, hält bis zum jetzigen Zeitpunkt an.

II. Koreanische Verfassung und Teilungssituation

1) Über verfassungsrechtliche und territoriale Bestimmungen

Südkorea begründete seinen Anspruch, die einzig rechtmäßige Regierung Koreas zu sein mit der Durchführung der ersten Parlamentswahlen im Süden des Landes. Ebenso sollte das nordkoreanische Gebiet zu gegebener Zeit rechtmäßig zurückverlangt werden.

Ausgehend von diesem Anspruch verankert die koreanische Verfassung einen gesonderten Artikel, Art. 4 (Territorium), der wie folgt lautet: “Das Staatsgebiet der Republik Korea besteht aus der koreanischen Halbinsel und den dazugehörigen Inseln.” Nach dem Memorandum von Dr. Yu Jinoh, einem wichtigen Mitbegründer der damaligen Verfassung, soll eben dieser Artikel, welcher auf die territorialen Teilungsaspekte Bezug nimmt, schriftlich festhalten, dass der Geltungsbereich der koreanischen Verfassung (d.h. der selbstverständliche Wirkungsbereich der koreanischen Staatsgewalt) das gesamte Gebiet der koreanischen Halbinsel umfasst. Dieser Artikel 3 hielt sämtlichen darauf folgenden Verfassungsänderungen stand.

Im Gegensatz zum eher provisorischen Charakter des Bonner Grundgesetzes, welches in einer ähnlichen Teilungssituation seit der Gründung der Regierung der BRD im Jahre 1949 bis zur Wiedervereinigung Deutschlands 1990 aufrechterhalten wurde¹⁾, hatte die koreanische Verfassung von Anfang an die Form einer vollendeten Verfassung, deren Wirkungsbereich die gesamte

koreanische Halbinsel umfasste.

Dementsprechend galt Nordkorea als illegal besetztes und regierungsfeindliches Gebiet, das laut Verfassung zurückerobert werden musste.

Ebenso wie in der damaligen BRD, wo man versuchte mit Hilfe von Theorien wie der „Dach- Identitäts- und Rechtsnachfolgertheorie“ die Frage nach der Rechtslage zu klären, entstanden auch in Korea verschiedene Rechtfertigungstheorien: So auch die „Nachfolgertheorie des ehemaligen Choson-Gebietes“, die „Theorie von dem nicht zurück gewonnenen Gebiet“, die „Theorie von einem von regierungsfeindlichen Organisationen eroberten Gebiet“ und die „Theorie der einzigen legalen Regierung“.

2) Überwindung der geteilten Lage: Bemühungen um die Einfügung eines Artikels

Seit in Kraft treten der Verfassung in Korea beruft sich die gesetzliche Regelung der koreanischen Teilungssituation ausschließlich auf den bereits erwähnten Artikel und dessen territoriale Bestimmungen.

Ein erster Kommentar zu einer angestrebten Wiedervereinigung erschien im Artikel 8 des Verfassungstextes, in einer Zusatzklausel aus dem Jahre 1962²⁾: „Die Zahl der Parlamentsmitglieder nach der Wiedervereinigung des Landes regelt ein Gesetz.“

Diese Zusatzklausel ist folgendermaßen auszulegen: Die Rückgewinnung des verlorenen koreanischen Territoriums, d.h. die Wiedervereinigung, sollte nach

1) Vgl. dazu Kwang-Seok Cheon, Verfassungsdebatte über die Methodik der deutschen Wiedervereinigung, in : Young Huh (Hrsg.), Rechtliche Review der deutschen Wiedervereinigung, Pakyoungsa Verlag, 1994, S. 11 ff.

2) Vgl. 5. veränderte Verfassung Koreas

den Bestimmungen der Verfassung verwirklicht werden; das wieder vereinte Korea würde somit ebenfalls unter selbigem Verfassungssystem bestehen.

Seit dem Koreakrieg gab es keinerlei nennenswerten Austausch zwischen Süd- und Nordkorea. Mit Beendigung der kalten Kriegsphase jedoch, gestaltete sich die Politik zwischen Süd- und Nordkorea allmählich versöhnlicher, was die Verkündung der Nixon Doktrin aus dem Jahre 1969 ebenfalls verdeutlicht. So erklärten sich beide Länder am 4. Juli 1972 überraschenderweise bereit, eine gemeinsame Erklärung bekanntzugeben, die folgende drei Grundsätze für eine Wiedervereinigung verankerte:

Autonomie, Frieden und Volkseinigung.

Anschließend führte man im Jahre 1972 eine Klausel in die Präambel³⁾ der Verfassung ein, welche die friedliche Wiedervereinigung des koreanischen Vaterlandes zu dem gemeinsamen historischen Auftrag einer geteilten Nation ausrief.

In den Art. 35 ff. wurde die “Nationalkonferenz für die Wiedervereinigung” als eine nationale Institution gegründet, der als Organ die Volkssouveränität übertragen wurde, die ausschließlich mit den Belangen einer angestrebten friedlichen Wiedervereinigung im Sinne des koreanischen Volkes betraut war. Auch im Artikel 46 fand die friedfertige Lösung der Teilungssituation erneute Erwähnung, eine Erwähnung auf die jeder koreanische Präsident vor Amtsantritt schwören muss.

Ausgehend von der 7. Erklärung im Jahre 1988 gab es bezüglich der aufgeführten Wiedervereinigungsartikel und Territorialaspekte keine großen

3) Vgl. 7. geänderte Verfassung, Yushin = Wiederbelebung

Veränderungen. Erst mit Einführung der o.g. Artikel erkannte Südkorea Nordkorea als einen gleichwertigen, der Volksgemeinschaft angehörenden Verbündeten an.

Das „Abkommen über Versöhnung“ und die beiderseitige Verpflichtung zu Nichtangriff, Austausch und Zusammenarbeit⁴⁾, brachte dem nordkoreanischen Regime sowohl nationale als auch internationale Anerkennung ein. So wurde am 1. August 1990 ein Gesetz über Kooperation und den innerkoreanischen Austausch erlassen, welches bereits teilweise Anwendung innerhalb der Bestimmungen über die nationale Sicherheit in Sonderfällen fand. Durch den gleichzeitigen Eintritt Süd- und Nordkoreas in die Vereinten Nationen am 17. September 1991, wurde die Staatlichkeit Nordkoreas auch auf internationaler Ebene anerkannt und bestätigt.

Folglich hat Art. 195 (III) der UN-Resolution, der die Grundlage für den südkoreanischen Alleinvertretungsanspruchs bildete, an Bedeutung verloren. Im Jahre 2002 fand das erste gemeinsame Gipfeltreffen von Nord- und Südkorea statt.

Beide Koreas erarbeiteten eine „Gemeinsame Erklärung des 15. Junis“, die bekannt gab, dass die jeweils andere Regierung als rechtmäßig anerkannt werden müsse. Zudem wurden personeller und materieller Austausch ausgebaut.

III. Die künftige Wiedervereinigung Koreas: Debatte um die Verfassungsänderung⁵⁾

4) Abkommen der Versöhnung: auch als Grundsatzabkommen zwischen der Republik Korea und Nordkorea bekannt

Art. 3 (Territorium)

Das Territorium der Republik Korea besteht aus der koreanischen Halbinsel und den dazugehörigen Inseln.

Art. 4 (Einheit)

Die Republik Korea bemüht sich um die Einheit. Sie führt eine Politik der friedlichen Wiedervereinigung, die auf der freiheitlichen demokratischen Grundordnung basiert.

1) Kollision der Art. 3 und 4 der koreanischen Verfassung

Der Terminus einer Wiedervereinigung eines Landes setzt begriffsimmanent eine vorangegangene Teilung voraus und zielt begriffsnotwendig auf die Rückgewinnung des Territoriums und zugleich auf die Einigung des Volkes ab. Demnach sind Art. 3 „Territorium“ und 4 „Einheit“ untrennbar miteinander verbunden.

Wie bereits erwähnt, ist die Wiedervereinigung nun ein verfassungsrechtlich definiertes, nationales Ziel Koreas. Darüber hinaus nimmt Nordkorea seit 1990 offiziell einen „Doppel-Status“ ein: zum einen als antinationale und feindliche Organisation, zum anderen als Gesprächs- und Kooperationspartner im koreanischen Wiedervereinigungsprozess. Zudem weisen einige

5) Der unten betreffende Inhalt dieses Aufsatzes wurde aus verschiedenen Literaturquellen zusammengefasst. Deswegen wurde hier von einer einzelnen Zitierung abgesehen. Vgl. dazu statt vieler: Koreanische Verfassungsrechtlervereinigung(Hrsg.), Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S. 76 ff.; Seon-Taek Kim, Verfassung und Wiedervereinigungspolitik, in: Koreanische Juraprofessorenvereinigung (Hrsg.), 50 Jahre Koreanische Rechtswissenschaft –Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Band I, 1998, S. 347 ff.

Rechtswissenschaftler ausdrücklich darauf hin, dass Art. 3, der die koreanische Halbinsel und die dazugehörigen Inseln als koreanisches Territorium ausweist, nicht haltbar sei und dass Art. 4, der die Wiedervereinigung unter der Voraussetzung der geteilten Situation regelt, dem vorangehenden Artikel 3 widerspreche.

Artikel 3 zu folgen würde bedeuten das nordkoreanische System schlichtweg abzulehnen, was auf eine einseitige Absorption Nordkoreas durch Südkorea hinauslaufen würde. Weiterhin an diesem Wortlaut festzuhalten wäre für eine zukünftige Zusammenarbeit und die Diskussion um die Wiedervereinigung zwischen beiden Ländern verheerend. Es folgten zahlreiche und heftige Diskussionen, die sich überwiegend auf dem im Artikel aufgeführten territorialen Besitzanspruch Südkoreas gründeten.

Diese Diskussionen lassen sich vorwiegend in zwei Hauptlager einteilen:

Während das eine Lager die Meinung vertritt, dass die beiden sich lediglich äußerlich widersprechenden Artikel innerhalb der Verfassungsordnung koexistieren können (indem man sie wie die Verfassungswandlung nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz auslegt), hält das andere Lager eine Änderung oder Aufhebung des Artikels 3 für unumgänglich.

2) Debatte um die Verfassungsänderung: Bezüglich der territorialen Besitzansprüche aus Art. 3⁶

(1) Befürworter der Streichung

6) Vgl. dazu Koreanische Verfassungsrechtlervereinigung (Hrsg.), Forschungsbericht über die Verfassungsänderung, 2006, S. 76 ff.; Young-Soo Chang, Verfassungsänderung als Aufgabe der neuen Regierung, in: : Kun Yang/Myung-Lim Park/Eun-Jeong Park/Jae-Won Kim, Braucht man eine neue Verfassung?, Daehwa-Munhwa Akademie Verlag, 2008, S. 342 ff.

Sie behaupten, dass Artikel 3 den tatsächlichen Gegebenheiten widerspreche. Nordkorea entspräche völkerrechtlich gesehen einem unabhängigen, souveränen Staat. Die Bestimmungen über die territorialen Aspekte seien rechtlich nicht haltbar und die Beibehaltung des Artikels stünde lediglich der angestrebten Wiedervereinigung von Süd- und Nordkorea im Wege.

(2) Befürworter einer teilweisen Änderung

Sie vertreten die Meinung, der betreffende Artikel sei der gegenwärtigen Situation angepasst, während wieder andere behaupten (vorwiegend konservative Nationalisten), der Ausdruck „koreanische Halbinsel“ müsse in „Territorium des koreanischen Volkes“ abgeändert werden, um die Möglichkeit für die Aufnahme weiterer chinesischer Gebiete (wie bspw. Mandschurei und Jian Dao) offen zu lassen. Diese Auffassung findet jedoch wenig Zustimmung, da es diplomatische Schwierigkeiten mit den Nachbarstaaten hervorrufen könnte.

(3) Befürworter der kompletten Änderung

Anhänger dieses Lagers sind der Ansicht, dass man Nordkorea als eigene Kultur anerkennen müsse. Danach sollte man entweder die Verfassung in eine vorläufige Verfassung⁷⁾ revidieren oder den Artikel über die Wiedervereinigung außer Kraft setzen. Dies könnte aus nordkoreanischer Sicht jedoch als Erklärung der einseitigen Absorption Nordkoreas durch Südkorea interpretiert werden.

7) Vgl. West-Deutsches Bonner Grundgesetz

(4) Befürworter der Beibehaltung der Verfassung

Diese behaupten, dass Artikel 3 ebenfalls die Notwendigkeit der Wiedervereinigung darstelle und dass eine Streichung bzw. Veränderung des o. g. Artikels Missverständnisse auf internationaler Ebene hervorrufen könne. Die Folge wäre die Aufgabe des nordkoreanischen Teils und die Begrenzung des Territoriums auf den jetzigen südlichen Teil Koreas.

Ohne die entsprechende Bestimmung innerhalb des Artikel 3 erweist es sich jedoch als unmöglich, völkerrechtlichen Einspruch zu erheben (sollte es zur Verhinderung einer Wiedervereinigung durch den Zusammenbruch von einem der koreanischen Teilgebiete kommen), Korea unter die Treuhändlerschaft einer der vier Großmächte zu stellen (USA, Japan, China und Russland). Resultat wäre die Neugründung Koreas in Form eines permanenten Neutralstaates. Weshalb man sich gegen die Änderung des Artikels über die Wiedervereinigung (Art. 4 KV) ausspricht.⁸⁾

IV. Schlussfolgerung

Anlässlich der aktuellen Diskussionen über den koreanischen Verfassungskonflikt, der damit einher gehenden territorialen Bestimmungen und der eventuellen, daraus resultierenden Ansprüche im Falle einer angestrebten Wiedervereinigung beider Teilungspartien, hält es die Mehrheit der

8) Vgl. Kun Yang, Verwirklichung der 87-Verfassung, Notwendigkeit der Verfassungsänderung und deren Richtung, in : Kun Yang/Myung-Lim Park/Eun-Jeong Park/Jae-Won Kim, Braucht man eine neue Verfassung?, Daehwa-Munhwa Akademie Verlag, 2008, S. 16; Chong-Seop Jeong, Brennpunkt der Debatte über die Verfassungsänderung, in : Kun Yang/Myung-Lim Park/Eun-Jeong Park/Jae-Won Kim, Braucht man eine neue Verfassung?, Daehwa-Munhwa Akademie Verlag, 2008, S. 34 f.

Debattierenden für unnötig, die Verfassung grundlegend zu ändern.

Auf den ersten Blick scheinen sich die beiden entscheidenden Artikel zu widersprechen, jedoch bedarf es einer gründlichen Auseinandersetzung mit dem Verfassungsinhalt, sowie der Interpretation durch das Prinzip der praktischen Konkordanz, um eine mögliche Ko-Existenz beider Artikel im Rahmen der Verfassungsordnung aufzuzeigen.

Eine solche Auffassung erscheint begründet, wenn man bedenkt, dass der Zusammenbruch des nordkoreanischen Regimes nicht auszuschließen ist. Es reicht nicht aus, territoriale Bestimmungen lediglich verfassungsrechtlich zu begründen und somit die Intervention mit den Nachbarstaaten zu riskieren. Es ist wichtig, sich weiterhin auf das gemeinsame Ziel der friedlichen Wiedervereinigung zu konzentrieren.

Dennoch wird sich eine Änderung des entsprechenden Artikels als überaus schwierig erweisen, bedenkt man die Erfahrungen und Erinnerungen, die das koreanische Volk im Hinblick auf den bereits erlebten Souveränitäts- und Territorialverlust durch Japan erdulden musste.

Obwohl der Artikel über die territorialen Bestimmungen Südkoreas zweifellos eines der wichtigsten Themen in der aktuellen Debatte um die Verfassungsänderung ist, wird sich eine nachhaltige Verfassungsänderung dennoch als problematisch erweisen.

헌법개정

Fragen zur deutschen Verfassung



Konrad
Adenauer
Stiftung

Fragen zur deutschen Verfassung

1. Verfassungsreform

- (1) Wie ist die Verfassungsreform genau verlaufen?
- (2) Was wurde nach der Wiedervereinigung im Zuge der Verfassungsreform in der Verfassung inhaltlich geändert?

2. Grundrecht

- (1) Wer ist die Zielgruppe des Referendums?
- (2) Erläutern Sie bitte die verfassungsrechtliche Bestimmung bezüglich des Grundrechtsverlustes!
- (3) Ist die nächtliche Versammlungsfreiheit grundsätzlich erlaubt?
- (4) Wie wird die Ehrverletzung im Internet gehandhabt?
- (5) Wie wird die politische Neutralität der Zeitungen und des Fernseh Rundfunks gewährleistet und deren Kommerzialisierung unter Kontrolle gehalten?

3. Bundestag

- (1) Nenne und erklären Sie Vor- und Nachteile des deutschen parlamentarischen Regierungssystems!
- (2) Dem ständigen Ausschuss des Bundestages wird ein hohes Maß an Spezialisierung zugesprochen. Wie verläuft die Wahl des Vorsitzenden?

Können Sie außerdem noch etwas über die politische Mitbestimmung des „Neuen Gewerkschaftswesens“ erklären?

- (3) Entstehen keine Probleme bei der Informationserhebung während einer staatlichen Überprüfung? Und wenn doch, welche?
- (4) In Korea können die zu besprechenden Tagesordnungen von Amts wegen festgelegt werden. Gibt es auch in Deutschland solch eine Regelung?
- (5) Wie ist der Bundesrat zusammengesetzt und wie lang ist die Amtszeit eines Mitglieds? Welche Gesetze bedürfen der Zustimmung des Bundesrates?
- (6) Welche Maßnahmen gibt es gegen die Filibuster-Taktik?
- (7) Wie hängen das Föderalismus- und das Zweikammersystem zusammen?
- (8) Führen Sie eine Befragung von Amtsträgern wie z.B. Ministern durch. Wie verläuft solch eine Befragung und wie werden die Ergebnisse ausgewertet?
- (9) In Korea kann ein ‘Negotiation Body’ gegründet werden, wenn eine Partei über fünf Prozent der Sitze im Parlament für sich beanspruchen kann. Was wird in Deutschland für die kleinen Parteien oder parteilose Abgeordnete unternommen?
- (10) Funktioniert das sogenannte ‘konstruktive Misstrauensvotum’ tatsächlich?
- (11) Um einen Gesetzesentwurf einzubringen, müssen mehr als fünf Prozent der Bundestagsmitglieder unterschreiben. Erklären Sie den Vorgang!
- (13) Was ist der Grund für den komplizierten Wahlvorgang auf Bundesebene, insbesondere das Überhangsmandat betreffend?
- (14) Wie wird der Ältestenrat, der die Bundestagstermine abstimmt gegründet und welche Rolle spielt er?
- (15) Laut Grundgesetz haben Bundestagsmitglieder parlamentarische Immunität und Zeugnisverweigerungsrecht. Worum handelt es sich dabei konkret? Und aus welchem Grund existieren diese Privilegien im Falle des Bundesrates nicht?

4. Präsident und Regierung

- (1) Der Bundespräsident hat eine symbolische Bedeutung wie ein Staatskönig und ist der Repräsentant des Staates. Wird der Bundespräsident von der Parteifarbe beeinflusst und wenn nicht, was ist der Grund dafür?
- (2) Wie wird ein Bundespräsident gewählt? Welche Organisation unterstützt den Bundespräsidenten in seiner Kontrollfunktion für die Gesetzesentwürfe?
- (3) Wie wird das Vetorecht des Bundespräsidenten gegen einen Gesetzesentwurf ausgesprochen und was ist die Wirkung?
- (4) Wie wird das Bundespräsidialamt gebildet und was ist seine konkrete Aufgabe?
- (5) Man sagt, wenn die Bundesregierung ein Bundesratsmitglied abberuft, dass dieser sein Amt abgibt. Was ist konkret damit gemeint?
- (6) Unter welchem politischen Hintergrund wurde Angela Merkel – zwar in Hamburg geboren, aber eine ehemalige ostdeutsche Naturwissenschaftlerin – mit über 70% der Wählerstimmen zur Bundeskanzlerin gewählt?

5. Justiz

- (1) Seit 51 Jahren überprüft das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Urteile der unteren Gerichte. Führt die Einreichung einer Verfassungsbeschwerde nicht zu Verzögerungen und Überlastungen des BVG? Ist dem BVG eine Frist zur Entscheidungsfindung gegeben?
- (2) In Deutschland ist das Bundesverfassungsgericht das höchste Gericht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Ist der Zuständigkeitsbereich des BVG deutlich abgegrenzt?
- (3) In das Verfassungsgericht müssen immer 3 Richter aus dem Obergerichtshof gewählt werden. Wie geht das vor sich?

- (4) Was sind jeweils die Charakteristika und der Unterschied zwischen Kammerverfahren aus 3 Personen und Plenarverfahren aus 8 Personen?
- (5) Wie werden Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte ausgebildet und ausgewählt?

6. Sonstiges

- (1) In der Verfassung sollen die Arten der kommunalen Selbstverwaltung beschrieben sein. Erklären Sie diese näher!
- (2) In der Verfassung steht, dass das deutsche Wirtschaftssystem eine soziale Marktwirtschaft ist. In letzter Zeit wurde das Wirtschaftssystem aufgrund der globalen Finanzkrise öfters thematisiert. Erläutern Sie, was genau Gegenstand der Diskussion war!
- (3) Wie wird das in den Art. 20 und 28 GG verankerte Grundprinzip des Sozialstaates interpretiert?