

참여연대 사법감시센터

[토론회]

헌법재판소 18년, 현재를 평가하고 미래를 구상한다

일시	2006년 8월 8일(화) 오후 2시
장소	참여연대 강당
주최	참여연대 사법감시센터



참여연대 사법감시센터

헌법재판소 18년

현재를 평가하고 미래를 구상한다

사회

한상희(참여연대 사법감시센터 소장)

발제

임지봉(서강대 법학교수, 참여연대 사법감시센터실행위원)

토론

송기춘(전북대 법학교수)

이병래(변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 사법위원)

이 헌(변호사, 시민과 함께하는 변호사들 사무총장)

황도수(건국대 법학교수, 전 헌법연구원)

일시 : 2006년 8월 8일(화) 오후 2시

장소 : 참여연대 2층 강당

자료집 목차

- 발제문
“헌법재판소의 과거와 미래: 헌법재판관의 바람직한 인선기준
중심으로” (임지봉 서강대 교수) 2

- 토론문 1. 바람직한 헌법재판관 인선기준에 대하여 (송기춘 전북대 교수) 19

- 토론문 2. 헌법재판소에 대한 소고 (이헌 ‘시민과함께하는변호사들’ 사무총장) 23

- 토론문 3. 헌법재판소의 과거와 미래 (이병래 민주사회를위한변호사모임 사법위원) 26

- 참고자료
“참여연대 선정 제3기 헌법재판소의 디딤돌과 걸림돌 결정”

□ 발제문

헌법재판소의 과거와 미래 : 헌법재판관의 바람직한 인선기준 중심으로

임 지 봉

(서강대 법학교수, 참여연대 사법감시센터 실행위원)

I. 제4기 헌법재판소의 출범이 갖는 의미

오는 8월에 권성 재판관이 65세 정년을 맞아 퇴임하고 다음 달 9월 14일에는 윤영철 헌법재판소장과 김효중, 김경일, 송인준 재판관이 6년 임기만료로 퇴임한다. 헌법재판소 재판관들의 정년과 임기만료로 헌법재판소장을 포함해 9명 중 5명의 재판관이 교체되는 것이다. 바야흐로 제3기 헌법재판소 시대가 마감되고 제4기 헌법재판소 시대가 열리는 셈이다. 퇴임하는 5인의 재판관 중 윤영철 헌법재판소장과 송인준 재판관은 대통령에 의해, 김경일 재판관은 대법원장에 의해, 권성(한나라당 몫), 김효중(여야 공동 몫) 재판관은 국회에 의해 선출되었다. 따라서, 5명의 새 헌법재판관 중 2명은 대통령이, 1명은 대법원장이, 나머지 2명은 국회가 결정권한을 가지게 된다.

우리도 1988년에 이 땅에 헌법재판소가 세워진 이래 이제 18년이라는 짧지 않은 헌법재판의 역사를 가지게 되었다. 이번 제4기 헌법재판소는 18년간의 노하우를 발전적 방향으로 잘 살려 헌법재판소가 선진한국의 국민 인권보장의 선도기관으로 뿌리를 내리느냐, 아니면 보수화·귀족화의 덫에 걸려 점점 국민적 신뢰를 잃고 좌초하고 마느냐의 중요한 분수령이 될 전망이다. 따라서, 제4기 헌법재판소 재판부를 어떻게 구성하느냐는 이 나라 입헌민주주의의 간단없는 발전을 위해 무척 중요한 국가대사가 아닐 수 없다. 특히, 그간 헌법재판관 인선에 이상할 정도로 국민적 관심이 낮았고, 별 민주적 통제 없이 정치세력간의 밀실 야합과 일방적 지명에 의해 헌법재판관 인선이 이루어져 온 것이 사실이다. 같은 최고사법기관인 대법원

대법관의 인선에 나타난 시민사회의 관심이나 민주적 통제와 비교하면 더더욱 그렇다. 대통령 탄핵 기각결정이나¹⁾ 신행정수도건설특별법 위헌결정에서²⁾ 보듯이, 헌법재판관은 어떤 의미에서는 현 한국사회에서 대법관보다 훨씬 더 중요한 자리이다.

이에, 본 발제문을 통해 우선 헌법재판소의 과거 판결 및 활동을 제3기 재판부를 중심으로 되돌아보고 거기에 나타난 문제점을 짚어본다. 또한, 헌법재판소가 본연의 역할에 충실하기 위해 변화해야 할 점이 무엇이며 이러한 변화를 위해 바람직한 헌법재판관 인선기준은 어떤 것이 되어야 하는가도 제시해 보고자 한다.

II. 헌법재판소의 과거와 그에 나타난 문제점

1. 헌법재판관의 ‘헌법 전문성’ 부족

우선, 헌법재판관들의 헌법 전문성에 문제가 많다. 이 분들 중 대다수에게는 사실상 20대에 사법시험을 준비하면서 보았던 헌법수험서에서 얻은 헌법지식이 갖고 있는 헌법지식의 전부인 경우가 많았다. 평생 민·형사사건 재판을 통해 갖고 닦은 민·형사적 지식은 몰라도 헌법지식은 별로 없는 분들이 법원장 등의 화려한 판사경력이나 검사장 등의 검사경력만으로 헌법재판소 재판관으로 들어왔기 때문에 이 분들의 헌법적 전문성에는 문제가 많았던 것이다. 물론 민사와 형사 중심으로 법실무 전반에 대한 오랜 훈련을 받은 경우 법실무의 공통성으로 인해 헌법재판에도 깊지는 않지만 일정한 간접적인 전문성을 쌓을 수는 있다. 그러나, 민·형사 중심의 재판관 업무를 오래 해왔다고 그것이 곧바로 이 분들을 ‘헌법 전문가’로 만들어 주는 것은 결코 아니다. 현재까지 헌법재판관을 지내신 분들 중에, 꽤 학구적이어서 헌법재판관이 되기 전에 논문이나 저서를 쓰신 분들도 몇 분 계시지만, 이 분들의 연구논문이나 저서도 거의 대부분이 민사법(주로 판사 출신)이나 형사법(주로 검사 출신)에 관한 것이고 헌법에 관한 논문은 거의 없다는 점도 이를 뒷받침한다.

그래서 필자는 헌법재판소의 많은 결정들에서 이들 헌법 비전문가 재판관들에

1) 憲裁 2004. 5. 14. 2004헌나1

2) 憲裁 2004. 10. 21. 2004헌마554-566(병합)

의한 평의를 통해 판결의 결론은 먼저 나고, 판결 근거를 이 결론에 따라 억지로 끼워 맞추는 듯한 느낌을 많이 받았음을 고백하지 않을 수 없다. 시각장애인들에게만 안마사 자격을 준 안마사 규칙에 대한 최근의 위헌결정에서도³⁾ 7,000명 정도 밖에 안 되는 시각장애인 안마사보다 100만명에 육박한다는 무자격 마사지사들의 손을 들어줘야겠다는 결론이 먼저 서고 여기에 비시각장애인의 직업선택의 자유 침해라는 편협하고 평면적인 논리가 갖다 붙여진 느낌을 많이 받았다.

헌법 전체에 대한 전문가적 이해가 부족한 비헌법전문가들에게는 헌법 제15조의 직업선택의 자유만 눈에 들어오고 헌법 제34조 제5항의 장애인의 생존권 규정은 잘 보이지 않았다고 한다면 지나친 혹평일까? 판결 근거는 물론 헌법재판관의 재판업무를 보좌하는 헌법재판소 재판연구관들로부터 제공받으며, 재판연구관들로부터 제공받은 여러 근거들 중에서 재판관들이 위헌이나 합헌의 공식적 판단근거를 취사선택 하는 것으로 생각된다. 이런 상황하에선 헌법재판을 통해 헌법법리가 다듬어지고 발달해 나가기 힘들다. 헌법재판소 결정문 속에 모든 동종사안에 적용될 수 있는 보편타당한 헌법법리는 없고, 그때그때의 판결 결론을 정당화하는 미봉적 논리들만이 존재하게 되기 때문이다.

특히, 일정기간의 변호사생활도 거치지 않은 현직 판·검사들은 바쁜 재판실무나 수사실무 때문에 시간에 쫓겨 헌법지식 습득의 기회나 적어도 헌법에 대한 고민의 기회가 변호사 출신보다 더 적었으리라는 점은 다언을 요하지 않는다. 그런데, 이상한 것은 제1기 헌법재판소에서 제3기 헌법재판소로 오면 올수록 변호사 출신 재판관의 비율은 급격히 줄어들고 현직 판·검사출신 재판관의 비중이 절대적으로 늘어났다는 점이다. 물론 제1기 헌법재판소 재판관들도 모두 판사나 검사 출신자이기는 하나, 길게는 10년 이상 짧아도 5년 이상 현직을 떠나 변호사 생활을 하든가 또는 국회의원 등 정치인 생활을 하다가 헌법재판관이 된 경우가 7명이나 된다. 조규광 헌법재판소장, 김문희, 최광률, 한병채, 김진우, 변정수, 이성렬 재판관이 그러하다. 그러나, 제3기 헌법재판소에 이르면 변호사 생활을 거친 헌법재판관은 윤영철 헌법재판소장과 조대현 재판관 2명으로 줄어든다. 그나마 조대현 재판관의 경우는 서울고등법원 부장판사 까지 지내다가 변호사 개업을 한지 불과 1년 만에 헌법재판관이 된 케이스다. 제3기 헌법재판소 재판부로 올수록 순수 재야변호사는 물론이거니와 상당기간 변호사 생활을 한 헌법재판관의 수가 줄어들고 있다. 그나마 변호사생활을 통해 헌법지식 습득의 시간적 기회를 더 가질 수 있고 법원이나 검찰 밖의 경험을 통해 헌법문제에 대한 고민의 기회를 더 많이 가질 수

3) 憲裁 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368(병합)

있다고 보았을 때, 자꾸만 현직 판사, 현직 검사 위주로 헌법재판관이 충원되는 현 상황은 문제가 많다.

이렇듯 법조인만이 헌법재판관이 될 수 있는 근본적인 이유는 현행 헌법재판소법 제5조 등에서 헌법재판관은 변호사 자격을 가지고 15년 이상 법원, 검찰, 국가기관 등에서 활동한 자만이 될 수 있다고 과도한 자격제한을 가하고 있는 데 기인하는 바 크다. 이 분들보다 오히려 ‘헌법 전문성’의 면에서는 평생을 헌법에 대한 연구와 교육에 바치고 있는 대학의 헌법학 교수들이 전문성이 더 높다는 점은 자명한 사실이다. 독일 연방헌법재판소 재판관 중 헌법학 교수 출신들이 많고 특히 헌법재판소장에는 교수출신이 주로 임명되는 것도 주목할 필요가 있다. 특히 우리 법조집단이 귀족집단화·보수화하고 있다는 국민적 우려를 생각해 보면, 이들 법조인들의 손에만 헌법재판소를 맡겨놓아서 안 되는 이유가 분명해진다. 앞으로 헌법재판소법 제5조를 폐지하고 헌법재판관의 자격 요건을 완화해 제대로 된 헌법적 전문성을 갖춘 인사들이 헌법재판관이 될 수 있는 길을 열어야 한다.

2. 다양성이 결여된 헌법재판소의 인적 구성

시민사회는 오래전부터 대법원과 헌법재판소가 정책적 판단을 행하는 최고사법기관이므로, 국민 각계각층의 의사나 이익을 대변할 수 있는 다양한 배경의 재판관들로 구성되어야 한다고 주장해왔다. 그런데, 최고법원은 엘리트 판사나 엘리트 검사들로 채워져야 한다고 믿는 일부 기득권세력들은 이런 시민사회의 다양화 주장에 대해 반대로 일관해왔다. 그러다가, 지난 대법관 인선에서는 입장을 조금 바꾸어서 ‘우리나라는 대법원 이외에 헌법적이고 정책적인 판단을 전담하는 헌법재판소가 따로 있다. 따라서, 일 년에 만팔천건을 해결해야 하는 대법관은 주로 재판 실무능력이 검증된 판·검사들 중에서 뽑고 다음에 헌법재판관을 다양한 배경을 가진 인사들로 뽑자’고 주장한 바 있다. 이들도 헌법재판소의 인적 구성은 다양화되어야 한다는 점을 분명히 인정하고 있다.

헌법재판소는 다양한 배경, 다양한 인생 여정, 다양한 사고방식을 가진 재판관들로 구성되어야 한다. ‘서로 비슷한 대학을 나와 20대에 사법시험에 少年登科하고 수 십년간 엘리트 판사나 엘리트 검사로 출세가도를 달리다가 법원장이나 검사장급에서 바로 헌법재판관으로 발탁된 50, 60대의 다소 보수적 성향을 가진 남성들’로만 헌법재판소가 채워져서는 발전이 없다. 다양성이 주는 개방성과 역동성, 그리

고 그것이 한 데 어우러져 빚어내는 건강한 발전이 단일단색의 재판관들로 채워진 헌법재판소에서는 발견되기 힘든 것이다. 현직 헌법재판소 재판관을 포함한 역대 재판관 중 검사 출신 4명을 제외한 나머지 전원이 판사 출신이라는 이 인적 구성의 획일성은 정책판단을 주로 하는 헌법재판소의 구성방식으로는 절대 바람직하지 않다. 이런 면에서, 대법원장이 헌법재판소 재판관을 지명할 때 꼭 현직 판사 중에서 서열을 고려해 임명하는 관행은 하루 빨리 바뀌어져야 한다.

특히, 대법원장이 대법관 후보로는 아깝게 탈락한 인사를 위로 차원에서 헌법재판소 재판관으로 지명한 예가 적지 않았다. 이를 통해 대법원이 헌법재판소 보다 한 수 위라는 것을 보여주려 한 것인지는 모르겠으나, 헌법재판은 일반 대법원 사건 재판과 다른 특수성을 띠는 점과 헌법재판소는 대법원과 동위의 최고사법기관이며 어떻게 보면 서로 경쟁관계에 있는 기관이라는 점을 고려해 봤을 때 이러한 관행은 옳지 않다. 특히, 대법원장은 전체 법조의 우두머리이다. 그렇다면 전체 법조인 중에서 적합한 인사를 헌법재판관으로 지명해야 순리가 아닐까? 대법원장이라고 해서 최고위법관 인사적체 해소 차원에서 법관 중에서만 헌법재판관을 임명한다면, 이것은 대법원장이 스스로를 ‘법조의 대표’가 아니라 ‘판사들의 대표’로 평가절하 하는 것이다. 대법원장도 법조 전체에서 두루 살펴서 헌법재판관을 지명해야 한다.

대통령이 꼭 검찰 출신 1인을 헌법재판관으로 임명하는 관행도 바뀌어야 한다. 검찰 출신에 대통령 몫의 헌법재판관 자리를 하나 배정해 검사장급 검찰출신 인사를 자동적으로 헌법재판관 중 한 명으로 임명하는 것은 바람직하지 않다. 물론 고위급 현직 검사나 검찰 출신 인사가 개개인의 면면에서 훌륭하고 특별한 흠결을 찾기 어려우며 헌법재판관으로서의 충분한 자질과 인품을 갖추고 있다면 별 문제다. 그러나, 전체 헌법재판관 중 검사 출신이 1인은 있어야 한다는 식의 접근은 곤란하다. 검사 직역 자체에 자동적으로 헌법재판관 자리 하나가 할당되는 방식이어서는 안 된다는 것이다. 판사 출신 이외에 검사 출신을 넣는다고 헌법재판관의 다양성 확보에 도움이 되는 것은 아니다. 판사와 검사는 같이 재조에 몸담고 있으므로 출신 배경 면에서는 하나로 취급하는 것이 옳기 때문이다. 특히, 과거 검찰 출신 헌법재판관들이 검사의 불기소처분에 대한 헌법소원사건에서 주로 기각이나 각하결정을 고집하고 이러한 결론을 이끌어내는 역할을 했다는 비판에 주목할 필요가 있다.

헌법재판소가 판·검사 이외에 변호사를 포함한 법조인들로만 구성되는 것에도

다소간의 문제가 있다. 헌법재판이 국민 각계각층의 다양한 의사와 이익을 담아내는 것이 원천적으로 불가능해지면서, 오히려 헌법재판소가 법조집단의 특정 이익을 두둔하고 영속화시키려 할 수 있기 때문이다. 실제로 헌법재판소 결정 중에 그런 속내가 엿보이는 보수적이고 답답한 결정들이 눈에 띈다. 사법시험 합격인원 제한에 대한 각하결정,⁴⁾ 헌법재판의 청구와 수행을 위해서는 반드시 변호사의 소송대리가 있을 것을 요구하는 헌법재판소법상의 변호사 강제주의에 대한 합헌결정⁵⁾ 등이 그 예이다. 이러한 맥락에서, 앞에서 본 헌법재판소법 제5조 등을 개정해서라도 변호사 자격이 없는 헌법교수나 법학교수들에게 헌법재판관이 될 수 있는 길을 활짝 열어야 한다는 주장이 나오는 것이다.

또한, 더 나아가 꼭 법전문가만이 헌법재판관이 되어야 한다는 제한도 불필요한 것 아니냐는 주장도 들린다. 즉, 법과 직접적 관련이 없는 직종에 종사하는 이들에게도 헌법재판관의 문호가 개방되어야 한다는 것이다. 헌법 관련 인접 학문영역의 학자인 정치학자, 경제학자, 사회학자, 또한 시민운동가 등이 그 예이다. 이것은 최고법이자 기본법이면서 강한 정치성을 띠는 헌법은 다른 하위법률들과 달라서, 꼭 법적인 관점보다는 정치학, 사회학 등의 다른 학문영역이나 시민운동가의 시각에서도 얼마든지 합리적으로 해석될 수 있고, 또 그렇게 해석되어야 한다는 입장에 기반하고 있다.

선진외국들 중에는 이러한 정도의 문호 개방에까지 나아간 나라가 적지 않다. 오스트리아에서 비법률가가 헌법재판관에 임명되는 예가 있고, 프랑스의 헌법원 재판관에 약사나 의대교수가 임명된 사례도 있다. 가까이, 우리로 치면 대법원에 해당하는 일본 최고재판소 재판관 15인 가운데 10인은 판·검사, 변호사, 법학교수 중에 선임되지만 나머지 재판관은 외교관, 행정부 공무원 등 법과 직접적 관련이 없는 인사들 중에서 선임된다. 지난 조대현 헌법재판관 인사청문회에서 한광원 의원이 “헌법재판소는 기본적으로 정치적 사법작용을 하기 때문에 보수적인 사법작용만을 전담해온 법률가들이 다루기에는 사실상 미흡한 점이 있다”고 지적한 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

4) 憲裁 2002. 2. 28. 99헌마693

5) 憲裁 1990. 9. 3. 89헌마120

3. 이념적 균형성이 결여된 우리 헌법재판소

헌법재판이 대상으로 삼는 ‘헌법적 분쟁’은 주로 ‘정치적 분쟁’이다. 따라서, 헌법재판을 통해 행해지는 각 헌법재판관들의 헌법해석의 차이는 사실상 정치적 견해의 차이로 봐도 무방하다. 헌법재판관 역시 헌법재판관이기 이전에 정치적 견해를 가진 한 명의 인간이며 그 정치적 견해에 항상 영향을 받고 있다. 따라서, 헌법해석에서 자신의 정치적 견해로부터 완전히 자유로운 헌법재판관이란 원래부터 존재할 수 없는 것이다. 헌법재판의 기준인 ‘헌법’ 자체에도 주목해보자. 헌법규범은 강한 정치성을 띠는 추상적 규범이다. 헌법재판관이 헌법해석을 통해 그 헌법규정의 구체적 의미를 밝히는 과정에서 헌법재판관의 세계관이나 정치적 성향이 깊이 반영될 수 밖에 없다. 이런 의미에서 헌법재판을 ‘정치적 재판’이라 부르는 것이다.

이런 점 때문에라도, 단일단색의 대동소이한 정치적 견해와 이념적 성향을 가진 재판관들로 헌법재판소가 구성되는 것은 ‘건강하고 균형잡힌 재판’을 위해서 바람직하지 않고 심지어 위험하기까지 하다. 하나의 정치적 견해에 편향된 헌법재판관들에 의해 내려진 균형을 잃은 결정이, ‘헌법소재판소 결정은 국가기관과 국민을 구속하므로 이에 군말없이 복종해야 한다’는 식으로 강요되는 것은 국가와 국민을 위해 바람직하지 않은 일이고 헌법재판소 자신의 미래를 위해서도 불행한 일이다. 하나의 이념적 성향으로 무장된 헌법재판소가 민의와 유리된 판결을 내리고 맹목적 복종을 강요하는 일이 반복되면 헌법재판소가 국민적 신뢰를 급속히 잃고 존립마저 위태로워질 수 있기 때문이다. 우리 헌법재판소는 이미 앞에서 보았듯이, 50, 60대의 엘리트 남성 판사 출신이라는 단일의 배경을 가진 인사들로 대부분 충원되면서, 그러한 배경의 인사들이 주로 보수적이듯, ‘변화’보다는 ‘체제 유지와 법적 안정성’을 중시하는 대동소이한 보수적 성향을 보이고 있어 문제이다.

4. 거꾸로 가는 사법적극주의

헌법재판소와 같은 사법부가 위헌판결 등을 통해 입법부나 행정부의 결정에 반대를 제기함으로써 다른 두 부(府)를 적극적으로 견제하는 태도를 ‘사법적극주의’라 부른다. 그러나, 이런 사법적극주의는 ‘소수자와 약자의 인권 보호’를 위해 나타날 때 바람직한 것이며, ‘정치적 사건에의 무분별하고 과도한 개입’의 모습으로 나타날 때는 오히려 위험한 것일 수 있다.

헌법재판소의 존재 이유는 입법부나 행정부와 같이 선거로 구성되는 다수파기관을 통해 제대로 반영되지 못하는 ‘소수자와 약자의 인권’을 보호하는데 있다. 입법부의 국회의원이나 행정부의 대통령은 선거에서 재선되기 위해 항상 다수 국민이 무엇을 원하는가에 신경써야 한다. 그러나, 헌법재판소 재판관은 ‘임명’되므로 다수 국민의 의사에 신경 쓸 필요가 없고, 오히려 다수국민의 목소리에 묻혀 듣기기 어려운 소수자 및 약자의 인권 신장을 판결을 통해 획기적으로 구현해 나갈 수 있는 태생적 장점을 가진다. 이런 점에서 헌법재판소가 소수자와 약자의 인권 보장을 위해 전향적이고 선도적인 판결을 내려가는 것이 헌법재판소에 요구되는 바람직한 사법적극주의의 모습이라고 필자는 믿는다.

미국에서 임신부의 낙태권이 인정된 것이라든지 인종간 분리교육이 철폐된 것은 입법부의 법률이나 행정부의 정책 집행을 통해서가 아니었다. 미국의 헌법재판소라 할 수 있는 연방대법원이 임신부 여성, 흑인 등의 소수자 및 약자의 인권을 보호하려는 용기에 찬 전향적 판결들을 내려가면서부터였다. 이런 사법부를 우리는 진정 ‘인권보장의 최후보루’라 일컬을 수 있는 것이다.

그런데, 우리 헌법재판소는 '소수자와 약자의 인권 보호'에는 소극적이고 보수적인 판결로 일관하면서, 오히려 그 해결을 정치권에 맡겨두는 것이 바람직한 고도의 정치적 사건들에는 겁 없이 뛰어들으로써 ‘거꾸로 가는 사법적극주의’의 왜곡된 모습을 보여주고 있다고 믿는다. 소수자와 약자의 인권 보장에 소극적인 입장을 보인 대표적인 예로는 사상적 소수자인 양심범에 대해 강요되는 준법서약서 작성 합헌결정,⁶⁾ 양심적 병역거부자라는 또 다른 종교적 소수자에 대한 처벌을 규정한 병역법 규정 합헌결정,⁷⁾ 시각장애인 안마사업 독점을 규정한 안마사 규칙 위헌결정,⁸⁾ 사상적 소수자들을 옥쇄는 국가보안법 규정들에 대한 합헌결정들⁹⁾ 등을 들 수 있다. 고도의 정치적 사건에 너무 지나친 개입을 하고 있는 예로는 대통령 탄핵사건에서 탄핵소추안이 국회법이 정한 절차를 밟지 않고 통과되었음을 이유로 각하결정을 내릴 수 있었음에도 불구하고 본안심사로 들어가 기각결정을 한 점, 신행정수도건설특별법과 같은 민감한 정치적 사안을 관습헌법 위배라는 초헌법적 근거를 이유로 위헌결정한 점 등을 들 수 있겠다.

6) 憲裁 2002. 4. 25. 98헌마425, 99헌마170·498(병합)

7) 憲裁 2004. 8. 26. 2002헌가1

8) 憲裁 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368

9) 국가보안법상의 잠입·탈출죄와 회합·통신죄 규정을 합헌결정한 것으로는 憲裁 2002. 4. 25. 99헌마27·51, 국가보안법상의 찬양·고무죄 규정을 합헌결정한 것으로는 憲裁 2004. 8. 26. 2003헌마85·102(병합) 등을 들 수 있다.

헌법재판소의 정치적 사건에 대한 과도한 개입은 ‘정치의 과도한 司法化’라는 병폐를 낳았다. 이제 국민의 대표인 국회의원들이 법안을 만들 때, 여야간의 대화와 타협의 노력을 진지하게 기울이려 하지는 않고 상대세력이 입법 추진하는 법안에 대해 서둘러 위헌이라 주장하면서 법안이 의결되기가 무섭게 헌법재판소로 그 법안을 가져가고 있다. 그리고 헌법재판소가 그 법률에 대한 위헌결정이라는 사형선고를 내려주기를 기다리고 있다. 이제 헌법재판소 문 앞에는 정치권 스스로가 해결했어야 바람직했던 수많은 정치적 분쟁사건들이 폭주하고 있다. 정치적 분쟁들은 ‘국회’라는 정치의 場에서 정치인들에 의한 대화와 타협의 노력을 통해 해결될 때 가장 바람직스럽다. 그래야 정치권의 자체 분쟁해결능력과 정치적 역량도 커질 수 있는 것이다. 헌법재판소의 정치적 사건에 대한 과도한 개입은 이러한 기회를 정치권으로부터 앗아가 버렸다. 헌법재판소 스스로도 불필요한 정치적 논란에 휘말리면서 그 중립적 권위를 훼손당하고 있는 측면이 있다.

헌법재판관이 자신의 보수적 성향에 따라 국회와 대등한 지위에서 정치적 논의 과정에 참여하려 해서는 안 된다. 이것은 오만이다. 국회의원들은 국민의 직접선거로 뽑힌 국민의 대표이지만 헌법재판관은 임명된 사람들이므로 그 역할이나 정치적 논의과정에서의 참여 정도가 달라야 한다. 특히 헌법재판관들이 보수성과 같은 일정한 정치적 편향성을 가질 때 그것이 균형 있고 건강한 정치적 논의과정에 해로운 장애물이 될 수 있어 바람직스럽지 않다.

5. 아집과 독선, 근거없는 권위의식이 엮보이는 일부 헌법재판관들의 태도

헌법해석과 헌법재판에는 원래 정답이 없다. 앞서서도 보았듯이 헌법이라는 추상적인 정치적 규범을 헌법재판을 통해 해석하면서, 각 헌법재판관의 성향이나 정치적 견해에 따라 이미 형성된 헌법적 분석틀에 그 분쟁 사안이 들어가 용해되고 분석되면서 나름대로의 논리를 갖춘 의견들이 각 헌법재판관별로 답으로 나오는 것이다. 그리고 9인의 재판관 중 상대적으로 많은 재판관들이 지지한 의견이 헌법재판소의 결정으로 채택되는 것이다. 따라서, 보다 더 많은 재판관이 지지한 답, 보다 더 설득력있는 답은 있을 수 있어도 ‘만고불변의 정답’은 헌법재판에서 있을 수 없다. 따라서, 헌법재판관 자신의 헌법해석에 대한 확신이 무오류성에 대한 확신으로 둔갑되는 것은 경계되어야 할 바다. 항상 자신의 헌법적 분석틀이 틀릴 수도 있다는 개방적 사고를 가지면서, 헌법을 폭넓은 시야를 가지고 바라보려는

헌법재판관이 필요하다. 자신의 헌법해석이 헌법의 정신을 제대로 반영한 것이며 불편부당(不偏不黨)한 것인가를 끊임없이 점검할 줄 아는 성실하고 겸손한 태도를 지닌 이가 헌법재판관이 되어야 하는 것이다.

종래 우리 헌법재판관들에게는 이런 개방적 태도가 자주 발견되지 않아 아쉽다. 오히려 일부이지만 아집과 독선, 근거없는 권위의식이 엿보이는 태도들이 감지된다. 작년에 퇴임한 한 재판관은 퇴임사에서 헌법재판관의 인적 구성을 다양화해야 한다는 시민사회의 주장에 대해 근엄한 목소리로 ‘헌법재판은 오직 법률가만이 할 수 있는 일’이라 꾸짖은 바 있다. 또한 헌법재판소의 결정을 ‘지고지선의 결정’이라 칭하면서 이러한 무오류의 결정을 비판하는 정치권과 시민사회를 향해 ‘지각없는 행위를 자행하는 사람들’이라 비난하기도 했다. 헌법재판소가 내리는 결정에 ‘지고지선의 결정’이란 없다. 헌법재판에는 정답이 없기 때문에, 지고지선한 것인가 그렇지 않은 것인가를 갈라줄 기준이 애초에 존재하지 않는 것이다. ‘지고지선한 결정’이란 미안하지만 그 재판관 자신의 희망사항에 지나지 않을 뿐이다.

신행정수도건설특별법에 대한 위헌결정이나 그 후속입법인 행정중심 복합도시 건설특별법에 대한 각하결정에서 ‘관습헌법’이 헌법적 판단의 근거로 등장하고 유지된 것도 이러한 헌법재판관의 오만과 월권이 빚어낸 결과가 아닌가 생각한다. ‘관습헌법’의 존재를 확인해주는 사람은 바로 헌법재판관들 자신이다. 따라서, ‘관습헌법’을 인정한다는 것은 헌법제정권자이자 헌법개정권자인 국민이 만든 실정헌법 이외에 헌법재판관들이 만드는 ‘헌법재판관표 헌법’을 또 하나 두자는 것에 다름 아니다. 또한, 국민 이외에 헌법재판관들이 헌법제정권자 및 헌법개정권자의 지위를 가지겠다는 주장에 다름 아니다. 이유야 어떠했건, 성문헌법국가에서 관습헌법을 위헌판단의 유일한 근거로 삼는 결정을 내린다는 것은 무모하다 못해 오만한 것이다.

6. 인권감수성이나 이중기준의 원칙과 거꾸로 가는 우리 헌법재판소

인권감수성이라는 말이 있다. 인권의식의 민감도를 일컫는 말이다. ‘국민 인권보장의 최후보루’인 헌법재판소에 종사하는 헌법재판관들에게는 특히 높은 인권감수성이 요구된다. 즉, 보통사람들은 별 인권 침해소지를 느끼지 못하는 사안에서도 인권보장을 주된 업무로 하는 헌법재판관들은 이를 민감하게 느낄 수 있어야 한다는 것이며, 모든 법규범이나 국가공권력의 행사나 불행사를 ‘인권 침해 방지 및 인

권 보장 확대'의 견지에서 살필 줄 알아야 한다는 것이다. 그러나, 우리 헌법재판소 재판관들에게는 보통사람들과 구별되는 높은 인권감수성이 발견되지 않는 것 같아 아쉽다.

민주사회에서 기본권 중의 기본권이라 칭송되는 '표현의 자유'에 대해서도 헌법재판관들이 그 중요성을 충분히 자각하지 못하고 있는 것 같다. 오히려 '표현의 자유'와 같은 중요한 기본권의 '최대 보장'을 이야기하기 전에 헌법재판관 스스로가 남북 대치 상황에서 오는 '국가안보'라든지 그 존재도 불분명한 '공익'을 내세우며 기본권의 제한을 정당화하려 한 적은 없는지 헌법재판관 스스로가 반문해 보아야 한다. 말많은 국가보안법 중에서도 국민의 표현의 자유를 침해하는 대표적 독소조항으로 지목되어 수년전의 국가보안법 폐지 논란 때 야당도 그 폐지에 동의했던 찬양고무죄 규정에 대해서도 헌법재판소는 주저 없이 합헌결정의 면죄부를 주었다.¹⁰⁾ 헌법재판관의 인권감수성이 대한민국 국민의 평균적 인권감수성보다 오히려 낮음을 감지케 해주는 대목이다. 각급 법원의 경계지점으로부터 100미터 이내의 장소에서 옥외집회나 시위를 금지한 집회 및 시위에 관한 법률 제11조 제1호에 대한 합헌결정에서도¹¹⁾ 표현의 자유는 우리 헌법재판관들에 의해 당연히 받아야 할 최소한의 대접마저 받지 못했다.

50, 60대의 헌법재판관들이 잘 쫓아가지 못하는 것은 비단 컴퓨터나 정보통신만은 아닌 것 같다. 새로운 정보화시대에 그 중요성이 커져만 가는 프라이버시권 등의 개인 정보인권에 대한 헌법재판관들의 인식에도 문제가 많아 보인다. 주민등록증 발급 신청시 열손가락 모두의 지문 채취를 강제할 수 있게 한 주민등록법 제17조의 8 등에 대한 합헌결정,¹²⁾ 교육정보시스템(NEIS) 사건에서 서울시 교육감이 졸업생의 성명, 생년월일 및 졸업일자 정보를 교육정보시스템(NEIS)에 보유할 수 있게 한 것을 합헌이라 본 결정¹³⁾ 등에서 개인정보의 중요성은 지나치게 간과되고 있다. 미국이나 영국 등 선진외국에서 프라이버시권은 헌법적 판단에 가장 많이 등장하는 기본권들 중의 하나다. 특히 우리 헌법은 프라이버시권에 대한 헌법상의 명문규정이 없는 미국이나 영국과 달리 헌법 제17조에 이에 대한 명문규정을 두고 있다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법재판관들의 개인정보권이나 프라이버시권에 대한 인식 부족 등을 이유로 헌법 제17조가 우리 헌법재판에서 헌법적 판단의 근거로 사용되는 일이 거의 없다는 점은 듣는 이를 우울하게 만들 정도다.

10) 憲裁 2004. 8. 26. 2003헌바85-102

11) 憲裁 2005. 11. 24. 2004헌가17

12) 憲裁 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합)

13) 憲裁 2005. 7. 21. 2003헌마282-425(병합)

대신에 우리 헌법재판관들이 높은 인권감수성을 가진 것으로 보이는 기본권도 있다. 재산권이나 직업선택의 자유와 같은 경제적 기본권 보장에는 지나치다 싶을 정도로 민감한 것이 우리 헌법재판관들이다. 대표적인 예만 들더라도, 토지 투기를 억제하기 위해 만들어진 토지초과이득세법 규정들에 대해 토지소유자의 재산권 등에 대한 침해로 이유로 헌법불합치결정을 내린 것,¹⁴⁾ 부유층에 의한 과도한 택지소유를 제한하기 위해 만들어진 택지소유상한에 관한 법률에 대해 재산권에 대한 과도한 제한 등을 이유로 위헌결정을 내린 것,¹⁵⁾ 시각장애인에기만 안마사 자격을 취득할 수 있게 한 안마사규칙 조항이 일반인 등 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해했다면서 내린 위헌결정이¹⁶⁾ 주목을 끈다.

기본권 제한 법률의 합헌성 심사를 위한 한 중요한 기준으로 ‘이중기준의 원칙’이라는 것이 존재한다. 양심의 자유, 종교의 자유, 학문·예술의 자유, 표현의 자유와 같은 정신적 자유권을 제한하는 법률의 합헌성 판단기준과 재산권, 직업선택의 자유 등의 경제적 기본권을 제한하는 법률의 합헌성 판단기준은 서로 달라서 ‘이중적’이라는 것이다. 즉, 정신적 자유권은 원칙적으로 법률에 의해서도 제한할 수 없으며, 예외적으로 이를 제한하는 경우에도 그 제한입법의 합헌성 여부에 대한 판단은 경제적 기본권 제한입법의 합헌성 여부에 대한 판단보다 엄격해야 한다는 원칙이다. 이것은 기본권에도 등급이 있으며, 표현의 자유나 양심의 자유와 같은 정신적 자유권이 웬만해서는 제한하지 말아야 할 중요한 기본권이라면, 재산권이나 직업선택의 자유와 같은 경제적 기본권은 복지국가 체재하에서 제한의 합리적 사유만 있으면 경제민주화 등의 공익적 목적을 위해 쉽게 제한할 수 있는 하급기본권이라는 의미다.

우리 헌법재판소의 이상한 인권감수성은 헌법학상의 중요한 원칙인 ‘이중기준의 원칙’과 완전히 거꾸로 가고 있다. 우리 헌법재판관들에게 재산권이나 직업선택의 자유와 같은 경제적 기본권이 자본주의식 사유재산권 절대 보장의 관념과 연결되면서 웬만하면 제한할 수 없는 최상급의 기본권이라면, 표현의 자유나 양심의 자유와 같은 정신적 자유권, 정보화 사회에서 점점 더 중요해지는 개인정보권은 ‘국가안보’가 됐든 ‘불분명한 공익’이 됐든 이런 저런 명분들을 이유로 쉽게 제한할 수 있는 하급기본권인 것이다. ‘이중기준의 원칙’과 완전히 거꾸로다. 우리 헌법재

14) 憲裁 1994. 7. 29. 92헌바49:52

15) 憲裁 1999. 4. 29. 94헌바37 외 66건(병합)

16) 憲裁 2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368

판관들이 세계 최초로 ‘한국식 신판 이중기준의 원칙’이라도 발명한 것인가? 우리 헌법이 기본원리의 하나로 채택하고 있는 사회국가의 원리(복지국가의 원리)가 자본주의의 여러 모순과 폐단을 점진적 사회개량정책으로 해결하면서 모든 국민에게 최소한의 기본적 수요를 충족시켜 모든 국민들이 골고루 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하려는 것이라는 것을 헌법재판관들이 모르지는 않을텐데, 그래서 재산권 등의 경제적 기본권은 절대적이고 신성불가침한 권리가 아니라 사회국가 하에서는 얼마든지 합리적 근거와 기준 하에 후퇴되고 제한될 수 있는 기본권이라는 것을 모르지는 않을텐데, 왜 이런 보수적이고 기득권 수호적인 판결들이 줄을 잇는지 답답하기만 할 따름이다. 정작 지켜주어야 할 정신적 자유권은 지켜주지 못하면서 재산권 등 경제적 기본권 수호에만 과도하게 집착하는 모습이 안타까움을 자아낼 뿐이다.

III. 헌법재판소의 보다 나은 미래를 위한 바람직한 재판관 인선기준

이상에서, 우리 헌법재판소의 결정이나 헌법재판관 인선 과정에서 나타나는 여러 문제점들을 살펴보면, 헌법재판소가 본연의 역할에 충실하기 위해 변화해야 할 점이 무엇인가를 생각해 보았다. 다음에서는 이에 근거하여, 헌법재판소의 바람직한 변화와 보다 나은 미래를 위한 바람직한 헌법재판관 인선기준을 제시해 본다.

1. 무엇보다 우선 헌법 전문성을 갖춘 인사여야 한다.

즉, 헌법에 대한 연구를 남달리 열심히 해왔거나, 적어도 헌법에 대한 고민의 기회라도 많이 가졌던 인사가 헌법재판관이 되어야 한다는 것이다. 물론 이 때 ‘헌법 전문성’과 오랜 법관생활에서 오는 민·형사실무에 있어서의 전문성은 분명히 구분되어야 한다. 헌법은 나름대로의 독특한 논리구조를 가지면서 강한 정치성과 추상성을 띠는 국가의 기본법이자 최고법이기 때문이다.

헌법재판관의 ‘헌법 전문성’을 더더욱 높이기 위해서는 차제에 변호사 자격을 가진 15년 이상의 실무경력자에게만 헌법재판관 자격을 부여하고 있는 헌법재판소법 제5조를 폐지하고 헌법재판관의 자격 요건을 완화해 제대로 된 ‘헌법 전문성’

을 갖춘 인사들이 헌법재판관이 될 수 있는 길을 활짝 열어야 한다. 또한, 장기적으로는 헌법재판관 구성의 다양성을 보다 더 높여간다는 측면에서 비법률가에게도 헌법재판소 재판관직을 개방하는 방향으로 나아가야 한다.

2. 적어도 이번에는 현직 판사 및 현직 검사를 헌법재판관 후보군에서 배제해야 한다.

특히, 대법관 인선에서 탈락한 인사는 반드시 배제되어야 한다. 이미 우리 헌법재판소는 현직 판사 및 현직 검사 출신 재판관들로 넘쳐난다. 이번에는 상당기간 변호사로 법원이나 검찰 밖에서 또 다른 경험을 했던 이들로만 5명을 채워야 한다고 믿는다. 헌법적·정책적 판단을 행하는 최고사법기관으로서의 헌법재판소는 국민 각계각층의 의사나 이익을 골고루 대변할 수 있는 다양한 배경의 재판관들로 구성되어야 하기 때문이다.

더욱이 헌법재판소가 대법관 인선에서 아깝게 떨어진 ‘차점자들의 패자부활소’여서는 절대 안 된다. 헌법재판소는 대법원과 다른 독립적인 존립이유와 색깔을 가지면서 대법원과 경쟁할 수 있는 기관이어야 하기 때문이다. 또한, 대통령이 임명하는 헌법재판관 중 1인은 반드시 검찰 출신 인사로 선임하는 관행도 없어야 한다. 개개인의 면면에서 훌륭하고 특별한 흠결을 찾기 어려우며 헌법재판관으로서의 충분한 자질과 인품을 갖추고 있다면 별 문제지만, 전체 헌법재판관 중 검사 출신이 1인은 있어야 한다는 식의 접근은 곤란하다. 검사 직역 자체에 자동적으로 헌법재판관 자리 하나가 할당되는 방식이어서는 안 된다는 것이다.

대법원장도 현직 판사를 헌법재판관으로 지명하지 말아야 한다. 대법원장은 전체 법조의 대표다. 그래서 헌법도 대법원장에서 헌법재판관 지명권을 주고 있는 것이다. 따라서, 대법원장은 전체 법조인 중에서 적합한 인사를 헌법재판관으로 지명해야 한다. 사법부의 수장(首長)이라고 해서 최고위법관 인사적체 해소 차원에서 법관 중에서만 헌법재판관을 임명한다면, 이것은 대법원장이 스스로를 ‘법조의 대표’가 아니라 ‘판사들의 대표’로 평가절하 하는 것 밖에 안 된다.

3. 헌법재판소 전체 재판부의 이념적 균형성도 고려해 가면서 헌법재판관들을 뽑아야 한다.

헌법재판관들마다 이념의 스펙트럼이 다양해서 진보성향의 헌법재판관과 보수성향의 헌법재판관이 두루 참여하는 균형잡힌 재판부에 의해 정치적 분쟁 사건들이 심리되어야 한다. 이를 위해서는 헌법재판관을 뽑을 때 ‘이념적 성향의 다양성과 균형’도 생각해야 하는 것이다. 똑같이 엘리트 판사의 길을 걸어와 대동소이한 보수적 성향과 몸에 밴 엘리트 의식을 가지고 있으면서 별로 사고가 개방적이지도 않다면, 이런 헌법재판관들에 의해 사실상 중요한 정치적 결정들이 내려지는 것은 사회적으로 불행을 넘어 해악이다.

4. 소수자 및 약자와 고락을 같이 하며 이들과 함께 해 온 인사들이 헌법재판소에 필요하다.

예를 들어, 노동전문 변호사로 노동현장에서 노동자들과 같이 호흡해오면서 노동자들의 애환이 무엇이고 우리 노동 현실이 어떠하며 노동권을 헌법전(憲法典) 속에만 존재하는 ‘죽은 권리’가 아니라 ‘살아있는 권리’로 만들기 위해 헌법재판에 어떤 내용을 담아내야 하는지 아프게 고민해 본 사람이 지금의 우리 헌법재판소에는 시급히 필요하다. 환경단체에서 일을 했거나 환경소송을 많이 담당해 봐서 환경권의 중요성에 대해 투철한 인식을 가진 인사도 있어야 한다. 과거 김용준 제2기 헌법재판소장처럼 자신이 장애인이어서 장애인의 아픔을 잘 아는 사람도 꼭 필요하다. 지금같이 한 명의 여성 헌법재판관을 두는 것으로는 부족하다. 여성의 과소대표된 의사와 이익을 헌법재판에 충분히 담아내고 남성 재판관 위주의 헌법재판소 결정이 경직된 것이 될 때 이것을 여성 특유의 부드러움과 섬세함으로 교정해 줄 수 있는 더 많은 여성 헌법재판관이 우리 헌법재판소에는 꼭 필요하다.

5. 아집과 독선 대신 개방적 사고를 가진 넓은 시야의 재판관이 필요하다.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이, 헌법해석이나 헌법재판에는 ‘정답’이라는 것이 존재할 수 없기 때문에, 항상 자신의 헌법적 분석틀이 틀릴 수도 있다는 개방적 사고를 가지면서, 사회와 인간 및 헌법을 폭넓은 시야를 가지고 바라보려는 헌법재판관이 필요하다. 자신의 헌법해석이 헌법의 정신을 제대로 반영한 것이며 불편부당(不偏不黨)한 것인가를 끊임없이 반문할 수 있는 성실하고 겸손한 태도를 지닌 이가 헌법재판관이 되어야 하는 것이다. 또한, 헌법재판관은 자신의 재판이 혹

여 국민 전체의 이익이 아니라 자신이 몸담고 있는 특정 계급의 이익을 은연 중 대변하고 있는 것은 아닌지를 항상 돌아볼 줄 알아야 한다. 개방적 사고와 겸손한 태도가 항상 철저한 자기점검으로 이어질 수 있어야 하는 것이다.

6. ‘소수자와 약자 보호’에 치중하는 진정한 사법적극주의의 모습을 보여줄 수 있는 인사가 필요하다.

우리 헌법재판소는 '소수자와 약자의 인권 보호'에는 소극적이고 보수적인 판결로 일관하면서, 오히려 그 해결을 정치권에 맡겨두는 것이 바람직한 고도의 정치적 사건들에는 적극적으로 개입하여 '거꾸로 가는 사법적극주의'의 왜곡된 모습을 보여주었다. 이제는 헌법재판소의 존립 이유가 '소수자와 약자의 인권 보호'에 있음을 뼈 속 깊이 자각하고 이런 사건에는 용기 있게 개입하여 헌법이 소수자와 약자에게 등을 돌리는 '냉혈법'이 아니라 이들에게 배려의 손길을 내뻗는 '따뜻한 법'임을 국민들에게 인식시켜줄 수 있는 인사가 헌법재판관이 되어야 한다. 그리고, 정치권 스스로 해결함이 바람직한 고도의 정치적 분쟁 사건에서는 적절한 선에서 그 개입의 한계를 그을 줄도 아는 지혜로운 인사가 헌법재판관이 되어야 한다. 즉, 사법적극주의의 제대로 된 모습을 국민들에게 보여줄 수 있는 인사가 헌법재판관이 되어야 하는 것이다.

7. 제대로 된 높은 인권감수성을 지닌 헌법재판관이 필요하다.

유달리 높은 인권감수성을 가진 인사가 헌법재판소에는 꼭 필요하다. 헌법재판소는 '인권보장의 최후보루'이기 때문에 국가인권위원회 위원에 못지않은 높은 인권감수성을 지닌 인사가 헌법재판소에 많이 포진해야 하는 것이다. 기본권을 '기본권답게' 만들고, 그래서 국민의 기본권 보장을 핵심가치로 하는 헌법을 '헌법답게' 만들어 줄 인사가 헌법재판소에는 넘쳐나야 한다. 특히 민주사회에서 어떤 다른 기본권보다 중시되어야 할 표현의 자유, 정보화 사회에서 점점 그 중요성을 더해가고 있는 개인정보권 등의 기본권 보장에 대해 특별한 관심과 열의를 가진 인사가 헌법재판소에 들어가야 한다. 남북 분단으로 인한 '국가안보' 등을 이유로 이렇듯 중요한 국민의 권리들을 '철저한 보장'보다는 자꾸 '제한'의 측면에서만 바라보는 습성에 젖어있는 인사는 곤란하다.

양심의 자유 등 정신적 자유권의 중요성에 대한 철저한 자각을 갖고, 사회국가 원리에 대한 이해 위에서 이런 정신적 자유권을 재산권 등의 경제적 기본권 보다 우선시할 줄 아는 인사, ‘이중기준의 원칙’의 함의와 취지를 제대로 이해하고 있는 인사가 헌법재판관이 되어야 한다. 자신이 지금 18, 19세기의 초기 자본주의 국가에 살고 있는지 21세기 수정자본주의 국가에 살고 있는지도 분간치 못하는 인사는 헌법재판관으로는 곤란하다. □

바람직한 헌법재판관 인선기준에 대하여

송기춘

(전북대 법학교수)

발제자는 지금 우리 헌법재판소가 가지는 문제점과 재판관 교체를 앞둔 시점에서 과제를 적확하게 지적하고 새로운 재판관 인선의 기준을 잘 제시하고 있다. 필자는 지난 주에 열린 ‘인권과 민주 실현을 위한 헌법재판관 임명공동대책위원회’에서 주최한 비슷한 토론회에서 발표를 하였으며, 오늘 발제자의 견해는 토론자와 그 기본적인 취지를 같이 한다고 생각한다. 따라서 여기서는 보충적인 관점에서 몇 가지 의견을 말씀드리고자 한다.

1. 헌법 전문성에 관하여

발제자는 헌법재판관의 자격기준의 하나로서 ‘헌법 전문성’을 들고 있다. 토론자는 헌법재판소 구성 또는 재판관의 임명에 전문성, 독립성, 민주성이 필요하다고 생각하며, 특히 헌법 전문성은 절실하게 요청된다고 생각한다. 이 점에서 헌법 전문성에 관해서는 헌법을 오래 연구해 온 연구자인 대학의 교수가 책임자가 될 수 있다는 점은 분명해 보인다.

그러나 이러한 주장은 한계가 있다. 첫째, 대학교수가 상당한 학문적 업적을 쌓은 것은 맞지만 헌법재판에서 정교하고 치밀한 이론구성은 헌법정신에 부합하는 최종적인 결정내용(위헌 여부, 기본권 침해 여부 등)에 비하여 부차적인 것이라는 점, 둘째, 헌법학 또는 널리 법학을 연구한 사람의 경우에도 헌법해석이나 인권감수성에서는 상당한 편차를 보이고 있다는 점 때문이다.

따라서 재판관 선임에서 학문적인 부분은 여러 요건 가운데 하나로써 평가되어야 하며, 대학의 법학교수에게 일정한 몫이 배정되어야 한다고 하는 것은 지나치다고 생각된다. 특히 현재의 제도에서 헌법재판관이 될 ‘법관’의 자격을 가진 법학교수가 극소수인 상황에서는 특정인을 염두에 둔 주장으로 읽힐 가능성도 있다는

점에서 매우 조심스럽다. 기존에 많은 헌법적 연구가 있는 재판관이면 더욱 좋겠지만, 중요한 것은 건강한 헌법정신과 인권감수성을 가졌느냐이지 해박한 헌법적 지식은 부차적인 것이라 생각한다. 물론 애로가 없지 않겠지만, 헌법연구관제도를 활성화하고 자문의견을 구하는 등 재판관 평의과정에서 전문지식을 보완할 수 있는 방법이 있을 것이다.

헌법적 전문성에 관하여 토론자는 전문성의 문제를 반드시 법률가에 국한해야 할 이유는 없다고 생각한다. 헌법은 단순한 규범이 아니라 국가공동체의 조직과 운영, 인간의 근본적인 권리에 관한 공동체 구성원의 합의를 기록한 문서이기 때문에 공동체와 인간에 관한 문제를 다룰 수 있는 전문성을 가지면 반드시 법률전문가에 한정해야 할 이유는 없다고 생각한다. 대학교수가 판사검사변호사가 가지는 실무법률가의 한계를 극복할 수 있다고 생각한다면, 법률전문가 아닌 사람 역시 법률가들이 가질 수 있는 한계를 극복하는 데 일정 부분 기여할 수 있다고 생각한다.

헌법재판관의 자격을 개방하려면 헌법개정을 필요로 한다는 주장이 있을 수 있지만, 토론자는 현행헌법에서도 가능하다고 생각된다. 헌법재판관이 될 수 있는 ‘법관’의 자격을 법률로 정하므로, 헌법재판의 특수성과 헌법적 전문성을 고려하여 기성 법률가가 가지는 한계를 넘어서기 위하여 현재와 같이 15년 이상의 경력을 가지는 실무법률가에만 한정할 것이 아니라 국가, 민주주의, 인권에 관한 건강한 헌법정신과 인권감수성을 가진 전문가면 재판관이 될 수 있는 방향으로 헌법재판 소법과 법원조직법이 개정되어야 한다고 생각한다.

2. 검사에 재판관 1인을 할당하는 관행 폐지를

검사로서의 법률가 경력은 주로 형사문제에 국한하여 사안을 처리하기 때문에 상당히 제한적이다. 그러나 판사보다는 삶의 현장을 상대적으로 많이 겪을 수 있다는 점에서는 장점이 있다고 생각한다. 형사사건이 사회제도에 대한 문제이기 때문에 헌법적 논의와 차단된 것도 아니고, 재판관 구성의 다양성이라는 측면에서도 검사 출신이 임명되는 것은 바람직한 면도 있다.

그러나 ‘직역’별 안배 차원에서 현직의 검사에게 재판관 1인을 배정하는 관행은 폐지되어야 한다. 그리 오래된 것도 아니므로 관행이라고 부를 만한 것도 아직 못 되지만 대법원의 대법관처럼 재판관도 검사에서 1인이 임명되는 것이 관례화될 가

능성이 있는 것으로 보인다.

첫째, 현재의 제도에서 검사는 법률을 충실하게 집행하여 공익을 보호하여야 하며, 이는 법률의 위헌성에 대한 의문보다는 있는 그대로의 충실한 집행이 중시된다. 질서의 유지가 이들의 소명이다. 따라서 현존질서에 대한 보수적 입장이 직무수행을 위해 요구된다. 법관에게 법률의 위헌성 여부에 관한 의심을 인정하고 이를 제도적으로 뒷받침(위헌법률심판제청권)하고 있는 데 반하여, 검사에게는 이러한 권한은 인정되고 있지 않다. 따라서 검사는 직무수행상 법률이 정하는 현존질서유지에 치우칠 경향이 있기 때문에 헌법적 문제의식이 약할 수밖에 없다는 한계가 있다. 더 정확히 말하면 현존질서를 정당화하는 방향으로 헌법을 해석할 가능성이 높다는 것이다.

둘째, 검사가 대법관으로 임명되는 경우에도 문제가 있지만, 헌법재판관의 경우는 국회의 인사청문회를 거치되 구속력 있는 국회의 동의를 받아야 하는 것은 아니므로 최고의 헌법해석기관이자 국민의 대표로서의 지위를 가지는 헌법재판소 재판관에 대통령에 의하여 임명되는 결과가 된다. 지금과 같이 현직의 검사에서 재판관으로 임명된다면 이는 대통령에 의한 승진임명과 같은 결과가 되는데, 이는 모든 권력이 국민으로부터 나온다는 국민주권주의 원리에 반할 가능성이 높다. 대통령에 의해 임명된 검사가 승진하여 국가 최고기관을 구성한다는 것은 그 권력의 원천이 국민이 아니라 대통령라고 하는 것과 말하는 것과 무엇이 다르겠는가?

이러한 논리는 대법원장이 지명하는 재판관의 경우에도 동일하게 적용될 수 있다. 3부 합작에 의하여 정치적 중립성과 독립성을 확보하고자 하는 의도는 좋지만, 헌법해석과 관련한 국가의 최고기관이 대법원장이 승진임명하듯이 구성하는 것이 어찌 국민주권주의 원리에 합치할 수 있겠는가? 대법관 임명의 경우에는 그나마 국회의 동의를 거치지만 대통령 또는 대법원장이 지명하여 임명된 재판관의 경우에는 그렇게 실질적이지도 못한 국회의 인사청문회만 거칠 뿐이다. 이렇게 ‘승진’된 재판관으로 구성된 헌법재판소가 국민의 대표인 국회에서 제정한 법률을 위헌으로 결정하여 효력을 상실시키는 것은 어떻게 정당화될 수 있을까?

3. 제한된 법률가가 국가시스템운동을 독점하는 현재의 제도에 대한 문제제기를

소수의 합격자만을 배출하는 현재의 법률가 충원시스템에서 오늘과 같은 논의는

매우 제한적이다. 이미 후보자의 윤곽이 드러나고 있는 상황에서 어떠한 주장은 특정인에 대한 지지 또는 반대로 해석될 수 있다. 그렇다고 대안이 그렇게 뚜렷한 것도 아니다. 제한된 인력풀 때문이다. 1만 명을 조금 넘는 변호사 자격 소지자, 게다가 현행 법률상 재판관이 될 자격을 가진 자는 매우 제한적이다.

이 토론회의 주제가 눈앞에 닥친 재판관의 임명과정에서 의도하는 목적을 달성하기 위한 것이므로 오늘의 논의에서 조금은 벗어난 것일 수 있겠지만, 이러한 토론회에서 더욱 중요하게 부각되어야 할 점은 바로 현재의 법률가 충원시스템에 대한 근본적인 문제제기여야 한다고 생각된다. 물론 이러한 사업을 가장 열심히 하고 있기 때문에 오늘 특별히 더 문제제기가 필요하지 않았다고 생각되지만, 소수의 실무법률가에게만 재판, 헌법재판을 담당시키는 ‘법률가 공화국’이라 할 현재의 제도에 대한 근본적인 문제제기가 반드시 있어야한다고 생각된다. 이런 현실에서는 아무리 진보적인 법률가라 해도 특권집단화된 법률가로서의 한국사회에서의 한계를 근본적으로 벗어나기는 어렵다고 생각된다. □

헌법재판소에 관한 소고

이 헌

(변호사, ‘시민과 함께하는 변호사들’ 사무총장)

1. 헌법재판소는 대법원과 함께 최고 사법기관으로서, 헌법질서를 수호하고 기본권을 보장하는 기능을 수행하는 곳이다. 본 토론회의 취지문에서 “헌법재판소가 우리 사회의 중요한 사안에 대하여 법적 기준과 지침을 정한다”는 의미는, 얼마전 대통령탄핵이나 행정수도 사건에서 보는 바와 같이 헌법재판소가 국가적인 중요 사안에 관하여 헌법을 해석하고 적용함으로써 헌법적 쟁의를 해결하고 헌법침해를 방지하는 작용을 행하는 것으로 이해하여야 할 것이다. 우리 헌법에서 정하고 있는 헌법재판소의 주된 기능과 역할은 사법적 절차에 의하여 헌법질서를 유지하고 수호하는 것임은 부인할 수 없을 것이다.
2. 우리 헌법의 기본질서는, 국민주권의 원리, 자유민주주의, 사회국가, 문화국가, 법치국가, 평화국가의 원리를 기본원리로 한다. 헌법재판소는 이러한 기본원리하에 도출되는 우리 헌법의 기본질서인 정치적 측면에서 자유민주적 기본질서, 경제적 측면에서 사회적 시장경제질서, 그리고 평화주의적 국제질서 등을 유지하고 수호하는 기능과 역할을 담당한다. 이에 따라 우리 헌법재판소는 국가보안법의 관련사건에서 자유민주주의를 헌법의 최고이념으로 하여, 이를 유지하고 수호하기 위한 수단으로 “민주주의의 적으로부터 진정한 민주주의를 수호한다”는 이른바 「방어적 민주주의론」의 입장을 견지하고 있다고 할 것이다.
3. 또한 헌법재판소는 위헌법률심판과 탄핵, 정당해산심판을 통하여 공권력을 감시하고 통제하는 기능을 수행한다. 이러한 기능을 통하여 공권력에 합헌성을 담보하고, 정치권력을 순화하며, 나아가 폭력에의 호소를 예방하고, 정치적 안정

과 평화를 유지하게 하는 것이다. 사법부가 행정부와 입법부의 행위를 적극적으로 판단하는 「사법적극주의」는 단지 소수자와 사회적 약자를 위하는 판단을 한다는 것일 뿐만 아니라, 원내다수과의 횡포를 방지하는 민주적 기능과 행정부와 입법부의 밀착현상에 대한 견제적 기능 등 집권세력을 통제하는 역할을 수행한다는 데에 더 큰 의미가 있을 것이다.

4. 물론 헌법재판소는, 헌법소원이나 위헌법률심판 등 헌법재판을 통하여 국민의 기본권 침해를 방지하고 기본권을 구제하고 소수자와 사회적 약자를 보호하는 기본권보장기관의 기능과 역할을 담당하기도 한다. 그러나 이러한 헌법재판소의 기본권보장기능은 헌법질서를 수호하는 헌법재판소의 주된 정책적 사법기능에 앞선다고 보기는 곤란할 것이다. 설사 보는 관점에 따라 이러한 기본권보장기능을 중시한다고 하여도, 소수자와 사회적 약자를 보호한다는 가치만을 헌법재판소의 기능과 역할이라고 보아서는 아니될 것이고, 나아가 오로지 소수자와 사회적 약자 보호라는 기준만이 헌법재판관의 인선기준이라고 볼 수는 없을 것이다.
5. 여기서 도출될 수 있는 헌법재판관의 바람직한 인선기준은, 헌법수호와 기본권 보장이라는 헌법재판소의 기능과 역할을 제대로 수행할 수 있는 합리적이고 균형적인 시각을 지닌 인물이어야 하는 것이다. 이는 헌법재판소법 제4조에서 규정한 바와 같이, 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판할 수 있는 인물이어야 한다는 것과 같은 의미인 것이다. 발제문에서 제기한 다양성, 소수자와 사회적 약자 보호의식, 인권감수성 등도 헌법재판관의 인선기준으로서 필요한 가치라는 점을 부인할 수 없으나, 이러한 가치만을 지나치게 강조할 경우에는 헌법재판소의 본래 기능인 헌법수호기능이 퇴색될 우려가 있고, 헌법재판에 있어서도 요구되는 헌법재판의 독립성과 중립성을 훼손할 우려가 있을 것이다.
6. 헌법재판관의 인선과 관련한 논의는 최근 코드인사의 논란과 무관하지 않아야 한다고 본다. 실제로 임명권자인 현 대통령은 대다수 언론의 거센 비난을 무릅

쓰고 자신의 시험 동기이면서, 대통령 탄핵사건과 행정수도 헌법재판에서 집권 여당측 대리인 역할을 하던 인사를 헌법재판관 후보로 추천하였고, 국회에서 큰 어려움 없이 그 인사에 대한 임명절차를 관철시켰다. 그렇지만 헌법재판소가 현 정권과 이념이나 코드 및 개인적인 인연 등을 함께하는 인사들 일색으로 구성된다면, 우선 행정,입법,사법부가 서로 견제하고 균형을 이루어야 하는 권력분립의 원리를 기초한 헌법정신이 훼손되는 결과가 초래될 수 밖에 없다.

7. 헌법재판을 포함하는 사법의 핵심은 공정한 재판이고 이를 위하여서는 헌법재판에 대하여 엄격한 독립의 보장 및 재판관의 신분보장 등이 요구된다고 할 것이다. 대통령은 국가원수로서 대법관이나 헌법재판관 등 최고법관에 대한 형식적인 임명권을 가질 뿐이고, 실질적인 관여권이 없다고 보는 것이 우리 헌법에서 추구하는 권력분립이나 사법의 독립의 취지에 부합한다고 볼 것이라는 주장도 제기된다. 우리 헌법에서 헌법재판소를 대통령·국회·대법원장이 합동으로 구성하게 하는 이유는, 헌법재판소가 정치적 성격을 지닌 사건을 처리하는 관제로 그 정치적 중립성을 유지하기 위한 것이고, 또한 헌법재판소로 하여금 헌법수호기관으로서 역할을 엄정하고 공정하게 수행할 수 있도록 하기 위한 것이다.
8. 대통령은 지난 선거에서 자신을 지지한 국민 일부나 정치적 세력의 대통령이 아니라, 국가로서 조직된 공동체의 대통령이고 국민 모두의 대통령이다. 대통령은 자신을 지지하는 국민의 범위를 초월하여 국민 전체에 봉사함으로써 사회공동체를 통합시켜야 할 책무를 지고 있는 것이다. 그러므로 대통령이 자신의 유일한 권력이 인사권이라는 등의 사유를 내세워 자신과 이념이나 성향을 같이하거나, 개인적인 인연이 있는 인사만을 위주로 하여 헌법재판관 등 최고법관을 임명하고자 한다면, 또 하나의 코드인사 논란에 놓여짐은 물론이고, 정치적 중립과 독립이라는 사법의 본질이나 헌법재판소의 기능과 역할을 본질적으로 침해하는 결과를 초래한다는 강한 비판에 직면하게 될 것이라는 점을 지적하고자 한다. □

헌법재판소의 과거와 미래

이병래

(변호사, 민주사회를위한변호사모임 사법위원)

1. 헌법재판의 성격 및 현실

- 헌법은 가치규범으로서 정치적 성격을 띤다. 따라서 헌법재판은 특정 사안 또는 이와 관련된 헌법 규범에 대한 다양한 견해의 경연장이자, 헌법재판 당시의 정치적 견해 차이로 인한 분쟁의 사회적 합의과정이라 할 수 있음.
- 헌법재판관은 헌법과 헌법에 내재된 헌법적 합의의 취지에 기초하여 헌법재판을 하지만, 헌법의 추상성으로 인하여 필연적으로 헌법재판에는 헌법재판관의 세계관이나 정치적 견해가 반영될 수밖에 없음.
- 종래 헌법재판의 문제점 : 헌법재판 결과 헌법재판소가 채택한 정치적 견해가 기존 정치체제 또는 사회경제체제에서 기득권을 가진 계층의 가치와 이해를 주로 대변해왔던 것이 사실. 더 나아가 개혁적 성향의 정치적 의사결정에 대하여 적극적으로 개입함으로써(신행정수도건설 특별법 사건의 경우), 일부 보수적 정치세력이 헌법재판을 정치적으로 이용하는 계기를 주기도 하였음발제자의 "거꾸로 가는 사법적극주의"라는 지적에 동의함.

2. 원인 및 대책

- 현상 : 동일한 혹은 유사한 정치적 견해("체제 유지와 법적 안정성을 중시하는 보수적 성향")를 가진 헌법재판관으로 헌법재판소가 구성되어 옴헌법재판관의 정치

적 견해가 반영된 헌법재판소의 결정은 보수적 성향을 띠 수밖에 없음 (한 명의 헌법재판관은 자신의 세계관과 정치적 견해를 가질 수밖에 없기 때문에 그 자신이 독립적으로 국민 전체의 이익이나 공익을 대변할 수 없음. 헌법재판관은 스스로 헌법과 헌법에 내재한 가치의 한계 내에 있는지를 끊임 없이 성찰하여야 하지만, 이념적 균형은 한 사람의 헌법재판관의 내심에서 이루어지는 것이 아니라 다양한 견해를 가진 여러 명의 헌법재판관의 합의에 의해 이루어지는 것임)

○제도적 문제점

(1) 선출방식의 문제점정치적 견해의 경연장인 헌법재판소의 구성에는 여러 정치적 견해를 가진 집단의 의사가 반영되어야 할 것임. 대법원장의 지명권이 이러한 헌법재판소의 성격에 부합하는지 의문임. 법원의 수장인 대법원장이 헌법재판관을 지정함으로써 헌법재판관의 3분의 1은 법원 출신의 승진인사 성격을 띠는 것이 현실임. 보수적인 법원의 성향이 이러한 헌법재판관 지명절차를 통해 헌법재판소에 반영되고 있음(물론 사회 전체의 변화와 대법원장의 개혁적 성향으로 인해 종래보다 더 개혁적이거나 진보적 성향을 띤 법관이 헌법재판관으로 임명될 가능성이 있으나, 이는 우연적이거나 혹은 사회적·정치적 변화에 대하여 너무 후행적임).대통령과 국회(현행 헌법상 권력구조에서는 두 기관 모두 국민대의적 성격을 띠고 있음)가 헌법재판관 임명에 어떤 역할을 분담할 것인지에 대해서는 더 많은 연구가 필요할 것으로 생각됨.

(2) 헌법재판관의 자격제한 완화 : 앞서 본 헌법재판의 성격과 현재의 문제점 등에 비추어, 헌법재판소법 제5조의 헌법재판관의 자격제한이 지나치게 엄격하다는 발제자의 의견에 동의함국가기관 등에서 법률사무에 종사한 자나 법률학 조교수 이상의 직에 있던 자에게까지 "변호사 자격"을 요구하는 것은 과도함/ 재직 대상의 기관이 지나치게 제한적임

○ 헌법재판관 지명 관행의 문제

- (1) 제도개선 전에 현 제도 내에서라도 헌법재판관 구성의 다양화를 위한 노력이 필요하다는 데 공감함.
- (2) 현직 고위 판/검사 출신 인사들을 중심으로 인선이 이루어지는 관행이 배제되어야 한다는 데 동의. 헌법재판관의 지명권한을 가지고 있거나 이에 정치적 영향력을 미칠 수 있는 정치세력들은 법관 출신 중심의 지명관행에 대항하여 해당 정치세력의 정치적 입장을 대변할 수 있는지 여부를 최우선의 인선기준으로 삼고, 이에 기초한 과감한 인선을 하거나 이를 강제해내야 함.
- (3) 결국 헌법재판관 지명은 제 정치세력이 자신과 정치적 입장이 같거나 유사한 자를 헌법재판 절차에 참여시키기 위해 각축하는 과정인데, (i) 헌법재판관 자격요건과 같은 제도적 문제점, (ii) 지명권을 가진 제도정치권의 정치적 미성숙 또는 미분화로 인하여, 진보 진영의 입장에서 진보적 성향의 인사를 헌법재판관으로 지명하기는 쉽지 않을 것으로 예상됨.
- (4) 그럼에도 불구하고, 진보 진영은 다음 가치관을 가진 자가 헌법재판관에 지명될 수 있도록 제 정치세력에 영향력을 행사하여야 하고, 추천되거나 지명된 헌법재판관이 이에 부합하는지 검증해나가야 함.
 - i. 자유권적 기본권, 특히 정신적 자유권 보장의 중요성을 인정할 것 (국가안보나 공공복리를 이유로 이러한 자유권의 제한을 인정하는 일종의 국가주의적 관점은 기본권 존중의 헌법정신에 부합하지 않음)
 - ii. 사회권적 기본권을 폭넓게 인정할 것 (인간다운 삶의 보장을 위하여 기본적인 소득의 보장, 교육, 의료 등의 사회복지제도가 실현되어야 하고, 이러한 사회구성원 공존을 위한 기본권 보장을 위해 재산권 행사 등에 제한이 가해질 수 있다는 견해를 가지고 있어야 함)
 - iii. 소수자 및 사회적 약자 인권보호의 관점을 가질 것 (소수자 및 사회적 약

자의 인권은 생존권적 기본권에 가까운 것으로서 다수결이나 경제적 효율성 등의 이유만으로 침해되어서는 아니된다는견해를 가지고 있어야 함)

- iv. 고착된 경제권력(대기업 등) 또는 사회권력(언론, 권력화된 이해집단)이 추구하는 경제적 효율성이나 사회적 배타성에 대항하는 다양한 주장(환경보호, 이주노동자의 권리, 언론피해구제 등)의 중요성을 인정할 것. □

■ 참고자료

참여연대 선정
제3기 헌법재판소의
디딤돌과 걸림돌 결정

제 목 | '디딤돌과 걸림돌 결정' 을 통해 본 제3기 헌법재판소 보고서(2006. 8. 8 (총 18 쪽))

발 신 | 참여연대 사법감시센터 (담당 : 박근용 팀장, 723-0666, kypark@pspd.org)

'디딤돌과 걸림돌 결정' 을 통해 본 제3기 헌법재판소

제4기 헌재는 10개의 디딤돌을 밟고 10개의 걸림돌을 넘어서야

인권신장, 민주주의 확장, 사회적 약자와 소수자 보호 등의 측면에서 각각 선정
일부 긍정적 결정들도 있으나,
사상과 양심의 자유, 평화권, 개인정보자기결정권 등에 있어 걸림돌 결정 양산
사법의 정치화를 보여준 결정들도 있어

순서

02	'디딤돌과 걸림돌 결정' 선정 취지
03	10개의 디딤돌 결정과 10개의 걸림돌 결정
05	각 디딤돌/걸림돌 결정 약평
17	디딤돌, 걸림돌 결정으로 본 제3기 헌재 총평

■ ■ ‘디딤돌과 걸림돌 결정’을 통해 본 제3기 헌법재판소

1. ‘디딤돌과 걸림돌 결정’ 선정 취지

참여연대 사법감시센터(소장 : 한상희, 건국대 교수)는 헌법재판소장을 비롯한 헌법재판관 9명중 5명이 대거 교체되는 2006년 9월을 앞두고, 지난 6년동안 헌법재판소가 선고한 결정중 인권신장과 민주주의 확장, 사회적 약자와 소수자 보호 등에 기여한 결정과 그에 반하는 결정을 선별하였다.

통상 헌법재판소장의 교체와 함께 헌법재판관의 다수가 교체되는 것을 기점으로 하여 헌법재판소를 시기적으로 구분하는 관행에 따라, 2000년 9월부터 올해 9월까지의 이른바 ‘제3기 헌법재판소’로 분류되고 있다.

헌법재판소장을 비롯한 헌법재판관 다수를 선임해야 하는 시기를 맞아, 지금까지의 헌법재판소의 역할과 헌법재판관의 구성에 대한 사회적 평가와 함께 앞으로 나아가야 할 방향에 대한 토론은 필수이다. 그리고 이를 위해서는 현재가 내린 결정사례를 구체적으로 확인하는 것이 기본이다.

참여연대는 지난 2000년 9월부터 최근까지 6년동안 제3기 헌재가 선고한 결정사례들 중 인권신장과 민주주의 확장, 사회적 약자 등의 보호와 관련해 주요한 결정 약 60여 건을 조사하고 그 중에서 두드러진 10가지를 ‘디딤돌 결정’으로 또 다른 10가지를 ‘걸림돌 결정’으로 선정하였다.

이같은 선정결과는 앞서 밝힌 바와 같이 제3기 헌법재판소를 평가하는데 기초자료가 될 것이다.

물론 10개의 디딤돌과 10개의 걸림돌로 뽑히지 않은 결정들 중에서도 제3기 헌법재판소를 평가하는데 근거가 될 수 있는 의미있는 결정들이 다수 있는 것도 사실이다. 다만 디딤돌과 걸림돌로 선정된 것들은 결정내용과 근거의 중요성, 유사한 사례와 비교했을 경우의 대표성과 상징성 등의 측면에서 반드시 지목 또는 기억되어야 할 것들이라고 판단하였다.

2. 10개의 디딤돌 결정과 10개의 걸림돌 결정

2.1 디딤돌 결정 10개와 각 결정별 퇴임 예정 재판관 5명¹⁾의 의견분포

구분	디딤돌 결정	결정 결과	사건번호	위헌 vs. 합헌	퇴임 예정 재판관 5명의 의견		선고일
					‘디딤돌’ 의견제시	반대 의견제시	
수용자의 기본권	알몸수색 등 유치장 수용과정에서의 신체과잉수색 위헌결정	위헌	2000헌마 327	9:0	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준(주심)		2002. 7. 18.
	교도소 수용자에 대한 과도한 수감 등 계구사용 위헌결정	위헌	2001헌마 163	9:0	윤영철, 권성, 김효종, 김경일(주심), 송인준		2003. 12. 18.
피의자 권리	수사과정에 변호인참관을 허용치 않은 검찰 처분 위헌결정	위헌	2000헌마 138	6:3	윤영철, 권성, 김효종, 김경일	송인준	2004. 9. 23.
정치적 권리	국회의원 선거 1인1표제 한정위헌 결정	한정 위헌	2000헌마 91 등	9:0	윤영철, 권성, 김효종(주심), 김경일, 송인준		2001. 7. 19.
표현의 자유	영상물등급위원회의 등급분류보류제도 위헌결정	위헌	2000헌가 9	7:2	윤영철, 권성, 김효종, 김경일	송인준	2001. 8. 30.
	미성년자보호법의 불량음란만화 정의 규정 위헌결정	위헌	99헌가 8	9:0	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준		2002. 2. 28.
	‘불온통신’에 관한 전기통신사업법 규정 위헌결정	위헌	99헌마 480	6:3	윤영철, 권성, 김효종, 김경일	송인준	2002. 6. 27.
전근대적 여성 및 가족제도	호주제 헌법불합치 결정	헌법 불합치	2001헌가 9 등	6:3	윤영철, 김경일, 송인준	권성, 김효종	2005. 2. 3.
	자녀의 성은 아버지의 것만을 따르도록 한 민법 헌법불합치 결정	헌법 불합치	2003헌가 56 (병합)	8:1	윤영철, 김효종, 김경일, 송인준	권성	2005. 12. 22.
기타	대학교육기관의 교원에 대한 기간임용제 헌법불합치 결정	헌법 불합치	2000헌바 26	7:2	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준		2003. 2. 27.

1) 윤영철(재판소장), 권성, 김효종, 김경일, 송인준

2.2 걸림돌 결정 10개와 각 결정별 퇴임 예정 재판관 5명의 의견분포

구분	걸림돌 결정	결정 결과	사건번호	위헌 vs. 합헌 (각하)	퇴임 예정 재판관 5명의 의견		선고일
					'걸림돌' 의견제시	반대 의견제시	
정치적 권리	낙선운동 등 유권자운동을 금지한 선거법 합헌결정	합헌	2000헌마 121·202	4:5	권성(주심), 송인준	윤영철, 김효종, 김경일	2001. 8. 30.
사상과 양심의 자유	국가보안법상 찬양고무, 이적표현물 소지죄 합헌결정	합헌	2003헌바 85·102 (병합)	0:9	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준		2004. 8. 26.
	양심적 병역거부권을 부인한 병역법 합헌결정	합헌	2002헌가 1	2:7	윤영철, 권성, 김효종, 송인준	김경일	2004. 8. 26.
	소위 공안사범에 대한 준법서약제 합헌결정	합헌	98헌마 425 등	7:2	윤영철, 권성, 김경일(주심), 송인준	김효종	2002. 4. 25.
평화권	이라크 파병결정 등 헌법소원 각하결정	각하	2003헌마 255·256 (병합)	0:9	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준(주심)		2003. 12. 18.
개인 정보권	열 손가락 지문 채취와 그 원본의 경찰청 보관관련 주민등록법 등 합헌결정	합헌	99헌마 513 등	3:6	윤영철, 권성, 김효종, 김경일	송인준	2005. 5. 26.
사법 제도	검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정한 결정	합헌	2003헌가 7	4:4	김경일, 송인준, 김효종	윤영철, 권성, 김효종	2005. 5. 26.
사회적 약자 생존권	시각장애인의 안마사 독점을 규정한 안마사규칙 위헌결정	위헌	2003헌마 715, 2006헌마 368(병합)	7:1	윤영철, 권성, 송인준(주심)	김효종	2006. 5. 25.
노동자 권리	필수공익사업장 노동쟁의 노동위원회 위원장 직권중재회부 합헌결정	합헌	2001헌가 31	4:5	윤영철, 권성, 김효종, 김경일	송인준	2003. 5. 15.
기타	신행정수도건설특별법 위헌결정	위헌	2004헌마5 54·566 (병합)	8:1	윤영철, 권성, 김효종, 김경일, 송인준		2004. 10. 21.

3. 각 디딤돌/걸림돌 결정 약평

3-1. 디딤돌 결정

- ① 알몸수색 등 유치장 수용과정에서의 신체과잉수색 위헌결정(2002. 7. 18. 2000헌마327)
: 인간의 존엄성과 인격권을 해치는 행위를 금지

[쟁점과 현재의 판단]

경찰이 피의자 등을 유치장에 수용하면서 흉기 등의 위험물을 휴대하지 못하도록 신체수색을 할 필요성은 인정되나, 그러한 위험이 없거나 그 위험예방을 위한 다른 방법이 있음에도 불구하고 알몸수색을 하는 등 신체에 대하여 과도한 수색을 하는 것이 경찰의 관행이었다. 이에 현재는 그 신체검사가 단순히 피의자유치및호송규칙에 따랐다고 해서 당연히 적법한 것은 아니며, 위험예방과 유치장의 질서유지를 위해 필요한 최소한의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 방법으로 이루어져야 한다고 판시하면서 알몸수색은 위헌이라 결정하였다.

[약평]

교도소, 유치장 등의 수용자는 사회적 일탈자로 낙인찍히면서 그 인권에 대한 관심 또한 낮아지게 된다. 그래서 이런 수용자가 가지는 인신의 자유, 인격권과 같은 인권들이 얼마나 보장되는가는 그 국가의 인권실현정도를 나타내는 바로미터의 역할을 하기도 한다. 이 결정은 유치장에 수용된 자로 하여금 칸막이등 차폐시설이 제대로 되지 않은 화장실을 사용하도록 한 것은 위헌이라는 결정²⁾과 더불어 피의자 혹은 미결수용자의 인격권 역시 무엇보다 소중한 인권적 가치를 가짐을 선언함으로써 그동안의 잘못된 관행들을 바로 잡고 있다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있다. 이와 관련, 계구의 과도한 사용을 위헌선언한 결정들³⁾도 눈에 띄는 사례라 할 것이다.

- ② 수사과정에 변호인참관을 허용치 않은 검찰 처분 위헌결정(2004. 9. 23. 2000헌마138)
: 피의자는 심문을 받을 때 변호인의 도움을 받을 수 있는 권리를 가진다는 점을 확인

[쟁점과 현재의 판단]

형사절차에서 피의자나 피고인은 변호인의 도움을 받아 자신에게 불리한 처분을 받지 않도록 방어할 수 있는 권리는 법치국가의 핵심에 해당하는 기본권이다. 하지만, 불구속된 피의자가 수사기관에 출석하여 심문을 받을 때에도 피의자가 변호인을 입회시켜 그의 도움을 받고자 하는 경우 그동안 수사기관에서는 수사상의 편의를 이유로 이를 거부해 왔다. 이에 현재는, 언제든지 조언과 상담을

2) 2001. 7. 19. 선고, 2000헌마546 결정: 유치장내 화장실 설치 및 관리행위 위헌확인: 인용(위헌확인)

3) 2005. 5. 26. 선고, 2004헌마49 결정: 계호근무준칙 제298조 등 위헌확인: 인용(위헌확인); 2005. 5. 26. 선고, 2001헌마728 결정: 수갑 및 포승 사용 위헌확인: 인용(위헌확인); 2003. 12. 18. 선고, 2001헌마163 결정: 계구사용행위 위헌확인: 인용(위헌)

통하여 변호인의 도움을 받을 수 있는 권리는 헌법상의 변호인의 도움을 받을 권리 중 가장 핵심적인 것이라고 하면서 이러한 수사기관의 관행을 위헌이라 선언하였다.

[약평]

이 사건은 소위 낙선운동에 대한 선거법 위반등의 혐의로 수사하는 과정에 변호인을 참여시켜달라는 피의자들의 요청을 받아들이지 않은 조치를 위헌이라 판단한 것이다. 그동안 법률규정이 없거나 혹은 증거인멸·수사방해 등의 이유를 들면서 변호인의 수사참여를 거부하여 법률적 도움이 필요한 피의자 등이 실질적인 방어권을 행사하기 어렵게 하여 왔으나, 이 결정은 이러한 관행을 일거에 해소하였다. 즉 변호인의 수사참여를 변호인의 도움을 받을 권리라는 헌법적 기본권의 핵심요소로 파악하고 그 보장을 선언함으로써 종래의 수사편의주의로부터 피의자 등의 인권을 강화하는 계기를 마련한 것이다.

③ 국회의원 선거 1인1표제의 한정위헌 결정(2001. 7. 19. 2000헌마91·112·134(병합))

: 선거의 민주적 정당성 증진과 정치적 의사표현의 왜곡현상 제거

[쟁점과 현재의 판단]

국회의원 선거는 지역구 국회의원선거와 병행하여 정당명부식 비례대표제를 실시하고 있다. 양자는 별도의 선거이므로 정당명부에 대한 별도의 투표가 있어야 한다. 그럼에도 불구하고 정당명부에 대한 투표가 따로 없어 정당의 명부작성행위가 최종적·결정적 의의를 지니게 되어 선거권자들의 투표행위는 일정한 제약을 받게 된다.

이에 대하여 현재는 선거권자들이 투표행위로써 비례대표의원의 선출을 직접·결정적으로 좌우할 수 없어 직접선거의 원칙에 반하며, 무소속 후보자에게 투표하는 유권자들은 비례대표 의원의 선출에 기여하지 못하므로 평등선거의 원칙에 위배된다고 판단하였다.

[약평]

선거는 국민주권원리를 실질적으로 구현하고 대의제민주주의를 실현함에 있어 핵심적인 제도이다. 따라서 선거에서는 국민의 다양한 민주적 의사가 최대한 수렴되어 반영되어야 한다. 비례대표제는 “거대정당에게 일방적으로 유리하고, 다양해진 국민의 목소리를 제대로 대표하지 못하며 사표를 양산하는 다수대표제의 문제점에 대한 보완책”으로서 존재의의를 가진다. 아울러 “사회세력에 상응한 대표를 형성하고, 정당정치를 활성화하며, 정당간의 경쟁을 촉진하여 정치적 독점을 배제하는 장점을 가질 수 있다.”

현재의 이 결정을 계기로 선거법의 개정이 이루어져 유권자가 지역구 국회의원후보와 각 정당의 비례대표 국회의원후보명부에 투표하는 1인2표제가 도입됨으로써 1인1표제방식이 갖는 정치적 의사표현의 왜곡을 제거하고 비례대표제의 장점을 살릴 수 있게 되었다.

④ 영상물등급위원회의 등급분류보류제도 위헌결정(2001. 8. 30. 2000헌가9)

: 검열의 요건을 실질적으로 파악하여 표현의 자유를 보호

[쟁점과 현재의 판단]

영화진흥법 제21조 제4항이 규정하고 있는 영상물등급위원회에 의한 등급분류보류제도가 헌법 제21조가 금지하고 있는 ‘검열’에 해당하는 것인가가 주된 쟁점이었다. 헌법재판소는 (1)허가를 받기 위한 표현물의 제출의무가 있고, (2)행정권이 주체가 된 사전심사절차(事前審査節次)가 있으며, (3)허가를 받지 아니한 의사표시의 금지 및 심사절차를 관철할 수 있는 강제수단이 있으면 명칭 유무에 관계없이 검열로 보는 종래의 입장을 이 결정에서도 유지했다.

이러한 검열의 요건을 적용해봤을 때, 사실상 행정권의 영향이 미칠 수 밖에 없는 영상물등급위원회가 영화의 상영에 앞서 영화를 제출받아 그 심의 및 상영등급분류를 하되, 등급분류를 받지 아니한 영화는 상영이 금지되고 만약 등급분류를 받지 않은 채 영화를 상영한 경우 과태료, 상영금지명령에 이어 형벌까지 부과할 수 있도록 하며, 등급분류보류의 횟수제한이 없어 실질적으로 영상물등급위원회의 허가를 받지 않는 한 영화를 통한 의사표현이 무한정 금지될 수 있으므로 검열에 해당한다고 보았다.

[약평]

헌법 제21조가 언론·출판에 대한 사전 검열을 명문규정을 통해 금지하고 있는 취지를 잘 살려서 검열의 요건을 이미 3가지 기준을 갖추어 자세히 정해놓고 이를 적극적으로 잘 활용한 결정이다. 특히, 영상물등급위원회에 민간인 전문가의 위원 참여가 있지만, 그 인선에는 행정부의 입김이 강력하게 미친다고 볼 수밖에 없으므로 이를 사실상 행정권이라 판단하고, 등급분류보류가 ‘상영금지’는 아니지만 등급분류보류의 횟수 제한이 없어서 실질적으로 영상물등급위원회의 허가를 받지 못하는 한 영화를 통한 의사표현이 무한정 금지될 수 있어 사실상의 ‘상영금지’효과를 낼 수 있어 검열의 요건을 충족시킨 것으로 본 점은, 검열의 요건을 실질적인 면까지 보면서 유연하게 해석하여 검열 금지를 통해 국민의 표현의 자유를 보호한 시도라는 점에서 높은 평가를 받을 수 있는 결정이다.

⑤ 미성년자보호법의 불량·음란만화 정의 규정 위헌결정(2002. 2. 28. 99헌가8)

: 죄형법정주의의 명확성원칙을 철저히 적용해 표현의 자유 보장을 실질화

[쟁점과 현재의 판단]

미성년자보호법 조항의 불량만화에 대한 정의 중 전단 부분의 “음란성 또는 잔인성을 조장할 우려”라는 표현에서 알 수 있듯이 음란성과 잔인성이 불량만화의 개념적 요소로 규정되어 있다. 그러나, ‘음란성’은 법관의 보충적인 해석을 통하여 그 규범내용이 확정될 수 있는 개념이라고 할 수 있지만, ‘잔인성’에 대해서는 아직 판례상 개념규정이 확립되지 않은 상태이고 그 사전적 의미는 “인정이 없고 모험”이라고 할 수 있다. 따라서, ‘잔인성’은 미성년자의 감정이나 의지, 행동 등 그 정신생활의 모든 영역을 망라하는 것으로서 살인이나 폭력 등 범죄행위를 이루는 것에서부터 윤리적·종교적·사상적 배경에 따라 도덕적인 판단을 달리할 수 있는 영역에 이르기까지 천차만별이어서 법집행자의 자의적인 판단을 허용할 여지가 높고, 여기에 ‘조장’ 및 ‘우려’까지 덧붙여지면 사회통념상 정당한 것으로 볼 여지가 많은 것까지 처벌의 대상으로 할 수 있게 되어, 그 처벌범위가 너무 광범위해지고, 일정한 경우에만 처벌하게 된다면 어느 경우가 그에 해당하는지 명확하게 알 수 없다.

불량만화에 대한 정의 중 후단 부분의 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”라는 표현은 그것이 과연 확정적이든 미필적이든 고의를 품도록 하는 것에만 한정되는 것인지, 인식의 유무를 가리지 않고 실제로 구성요건에 해당하는 행위로 나아가게 하는 일체의 것을 의미하는지, 더 나아가 단순히 그 행

위에 착수하는 단계만으로도 충분한 것인지, 결과까지 의욕하거나 실현하도록 하여야만 하는 것인지를 전혀 알 수 없어 그 규범내용이 불확정적이다.

그러므로, 이 사건 미성년자보호법 조항은 법관의 보충적인 해석을 통하여도 그 규범내용이 확정될 수 없는 모호하고 막연한 개념을 사용함으로써 그 적용범위를 법집행기관의 자의적인 판단에 맡기고 있으므로, 죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙에 위배된다.

[약평]

불량만화의 정의에 관한 미성년자보호법 조항 중 “잔인성”이나 “범죄의 충동을 일으킬 수 있게”와 같은 불명확한 요건으로 처벌법규의 구성요건을 정하는 것은 죄형법정주의의 파생원칙들 중의 하나인 명확성의 원칙에 반해 위헌임을 분명히 한 결정이다. 처벌법규의 구성요건의 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없고 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 결국 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없게 됨을 그 이유로 하고 있다. 죄형법정주의와 그 세부원칙인 명확성의 원칙의 철저한 적용을 통해 표현의 자유를 두텁게 보장하려 했다는 점에서 긍정적 평가를 받을 수 있는 결정이다.

⑥ ‘불온통신’에 관한 전기통신사업법 규정 위헌결정(2002. 6. 27. 99헌마480 결정)

: 모호한 불온통신 개념에 철퇴를 가해 통신을 통한 표현의 자유를 보장

[쟁점과 현재의 판단]

"공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는"이라는 불온통신의 개념을 전제로 규제를 가하는 전기통신사업법 제53조는 무엇이 이러한 통신에 해당하는지 객관적으로 확정할 수 없어 명확성의 원칙에 반하고, 또한 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에도 어긋난다.

전기통신사업법 제53조 제2항은 "제1항의 규정에 의한 공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는 것으로 인정되는 통신의 대상 등은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있는데 이는 포괄위임입법금지 원칙에 위배된다. "공공의 안녕질서"나 "미풍양속"의 개념은 대단히 추상적이고 불명확하여, 수범자인 국민으로 하여금 어떤 내용들이 대통령령에 정하여질지 그 기준과 대강을 예측할 수도 없게 되어 있고, 행정입법자에게도 적정한 지침을 제공하지 못함으로써 그로 인한 행정입법을 제대로 통제하는 기능을 수행하지 못하기 때문이다. 또한, 불온통신의 취급거부, 정지, 제한에 관한 전기통신사업법 제53조 제3항 및 불온통신의 개념을 정하고 있는 같은 법 시행령 제16조는 위헌인 같은 조 제1항, 제2항을 전제로 하고 있어서 더 나아가 살필 필요 없이 각 위헌이다.

[약평]

요즈음은 정보기술의 발달로 통신매체를 통해서도 많은 표현행위들이 이루어지고 있다. 본 결정은 표현의 자유 규제 입법에서 명확성의 원칙의 중요성에 주목하면서 과잉금지의 원칙과 포괄위임입법 금지원칙도 철저하게 적용하여 표현의 자유의 본질적 기능 훼손을 확실히 배격하려는 의지를 보이고 있다.

따라서, 통신과 같은 현대적 표현매체를 통한 표현행위에 대해서도 표현의 자유 규제 입법 합헌성 판단에 적용되는 여러 원칙들을 철저하게 적용함으로써 표현의 자유의 보장 확대에 기여한 결정으

로 평가된다.

⑦ 대학교육기관 교원에 대한 기간임용제의 헌법불합치 결정(2003. 2. 27. 2000헌바26)
: 사학재단의 횡포로부터 교원의 지위를 보호

[쟁점과 현재의 판단]

구 사립학교법 제53조의2 제3항은 대학교육기관 교원의 기간임용제를 규정하면서 “임용기간이 만료되는 교원을 별다른 하자가 없는 한 다시 임용하여야 하는지의 여부 및 재임용대상으로부터 배제하는 기준이나 요건 및 그 사유의 사전통지 절차에 관하여 아무런 지침을 포함하고 있지 않을 뿐만 아니라, 부당한 재임용거부의 구제에 관한 절차에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않다.” 그로 인하여 “사학재단에 비판적인 교원을 배제하거나 기타 임면권자 개인의 주관적 목적을 위하여 악용될 위험성이 다분히 존재한다.”

헌재는 “이 사건 법률조항은, 현대사회에서 대학교육이 갖는 중요한 기능과 그 교육을 담당하고 있는 대학교원의 신분의 부당한 박탈에 대한 최소한의 보호요청에 비추어 볼 때 헌법 제31조 제6항에서 정하고 있는 교원지위법정주의에 위반된다고” 판단하였다.

[약평]

대학교육기관 교원의 재임용제는 주관적 평가의 개입 여지가 많을 뿐 아니라 사전 및 사후 구제절차가 없는 경우 임면권자가 교원을 통제하는 수단으로 전락하여 자유로운 학문에 필요한 독립성을 침해했던 것이 우리 사회의 현실이었다. 따라서 현재의 이 결정은 사학재단의 횡포로부터 대학 교원의 지위를 보호할 수 있는 법적 장치를 마련케 하는 계기가 된 긍정적 결정이었다.

헌재는 그 이후 ‘2003. 12. 18. 선고, 2002헌바1432(병합)(교원지위향상을위한특별법 제9조 제1항 등 위헌소원) 결정에서도 이를 유지하였으며, 더 나아가 임기만료 대학교원의 재임용 거부를 교육인적자원부 교원징계재심위원회의 재심사유로 명시하지 않은 것에 대하여 헌법불합치결정을 내렸다.

⑧ 호주제 헌법불합치 결정(2005. 2. 3. 2001헌가9·10·11·12·13·14·15, 2004헌가5(병합))
: 전통이라는 이름의 가부장적인 가족제도가 가해온 여성 차별을 금지

[쟁점과 현재의 판단]

호주제도는 남자가 우선적인 승계권을 가지는 호주를 중심으로 가족생활이나, 혼인이나 자녀관계 등을 구성하는 가족제도이다. 이는 가족내에서 남자에게 우월한 지위를 부여하는 한편, 남녀차별적인 가부장의식을 조성하는 원인이 되기도 하였다. 반면, 전통과 문화적 맥락에서 형성되어 온 가족제도를 도식적인 평등의 잣대로 평가할 수는 없다고 하면서 호주제도가 여성에 대한 실질적 차별이라 하기 어렵다는 주장도 있었다.

이에 헌재는 전통이라 하더라도 헌법이념에 합치되어야 하며 우리 헌법은 처음부터 남녀동권을 선언하면서 가부장적 폐습을 거부해 왔음을 지적하면서, 호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별이며, 또한 개인을 존엄한 인격체가 아니라 가(家)의 유지와 계승을 위한 도구적 존재로 취급하는 것이라는 점에서 위헌으로 폐지되어야 한다고 결정하였다.

[약평]

오늘날 가족은 가부장적 가장이 지배권을 행사하는 전통적인 모습과는 상당히 달라지고 있다. 그것은 모든 가족들이 스스로의 인격과 정체성을 가지고 상호 보살핌과 배려의 윤리로써 형성되는 생활 공동체로서의 성격을 띠게 된다. 또한 가족의 유형 또한 다양하게 나타나고 있다. 이에 현재는 부계 혈통에 입각한 가족제도를 강제하는 호주제도는 남녀평등의 원칙에 위반될 뿐 아니라 가족 구성원 각자가 가지는 인격적 존엄성을 침해한다는 이유로 위헌선언하였다.

이 결정은, 입양이나 재혼 등에서도 자녀의 성은 절대 바꿀 수 없도록 한 민법규정을 위헌이라 선언한 결정⁴⁾과 더불어, 가부장제를 혁파하고 남녀평등의 이념에 합치되는 가족제도가 마련될 수 있는 계기를 마련하였을 뿐 아니라, 전통과 관습의 이름으로 사회내에 통용되어 왔던 각종의 차별적 편견들로부터 약자의 인권을 보호하기 위한 헌법적 지표를 구축하였다는 점에서 무엇보다 긍정적으로 평가할 만한 결정이라 할 수 있다.

* ‘디딤돌 결정’중 교도소 수용자에 대한 과도한 수감 등 계구사용 위헌결정(2001헌마163)과 자녀의 성은 아버지의 것만을 따르도록 한 민법 헌법불합치 결정(2003헌가5,6(병합))에 대한 약평은 각각 관련 결정인 알몸수색 등 유치장 수용과정에서의 신체과잉수색 위헌결정과 호주제 헌법불합치 결정 약평으로 대체함

3-2. 걸림돌 결정

① 낙선운동 등 유권자운동을 금지한 선거법 조항 합헌결정(2001. 8. 30. 2000헌마121-202(병합))

: 정치활동 자유를 협소하게 만든 결정

[쟁점과 현재의 판단]

공선법 제58조 제1항은 선거운동을 “당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위”로 정의하여 부적격후보자의 당선을 막고자 하는 낙선운동도 선거운동에 포함시켜 사전선거운동의 금지를 비롯한 여러 가지 규제를 가하고 있다. 특히 경쟁 후보자의 낙선을 위한 후보자편의 낙선운동과 달리 제3자의 낙선운동은 시민단체가 객관적 자료를 제공함으로써 유권자의 대표자 선택을 도와주는 공익적 행위임에도 이를 금지하여 국민의 정치적 의사표현의 자유를 과도하게 제한하고 있다고 청구인은 주장하였다.

이에 대해 현재는 후보자편의 낙선운동과 제3자의 낙선운동이 그 운동의 방법이나 형식에서 다를 바가 없고, 제3자의 낙선운동의 효과가 경쟁하는 다른 후보자의 당선에 영향을 미치게 되므로 양자의 차이를 인정하지 않았다. 아울러 양자를 구별하는 당선의 목적유무에 따른 주관적 사유는 객관적으로 명백하게 판단하기 어려워 선거의 공정을 해할 우려가 있다는 이유로 낙선운동 금지를 헌법적으로 정당화하였다.

4) 2005. 12. 22. 선고, 2003헌가5-6(병합) 결정: 민법 제781조 제1항(“자(子)는 부(父)의 성과 본을 따르고”) 위헌제청: 헌법불합치

[약평]

헌법상 민주주의의 구현이 대의제민주주의를 중심으로 이루어지고 있는데, 그 핵심이라 할 수 있는 유권자와 대표자의 민주적 통제는 선거에 전적으로 의존하고 있어 대의제민주주의의 한계가 두드러지게 드러나고 있다. 그런 점에서 국민이 선거에 임하면서 후보자를 판단할 수 있는 자료의 확보는 알 권리 차원에서 중요한 사안이다. 그럼에도 불구하고 단순히 과거 선거과정에서 드러난 부정과 과열의 위험을 이유로 과도하게 선거참여활동을 제약하는 것은 대표자의 민주적 정당성 확보 측면에서도 바람직하지 않다. 대의제민주주의의 올바른 구현을 위해서 단순히 선거권 행사를 넘어서는 정치활동의 자유가 폭넓게 보장되어야 한다는 점 그리고 이제 우리나라 국민의 정치적 성숙성이 상당한 정도에 이르렀음을 감안한다면, 시민단체가 객관적 자료의 제공을 통하여 유권자에게 정치적 판단의 기회를 주는 것은 허용되어야 할 것이다.

② 국가보안법상 찬양고무, 이적표현물 소지죄 합헌결정(2004. 8. 26. 2003헌바85-102(병합))
: 표현자유와 본질침해와 과잉처벌을 용인한 결정

[쟁점과 헌재의 판단]

- 1) 민주적 헌법국가에서 표현자유를 제한하는 법률의 위헌성을 심사하는 기준은 ‘명백·현존위험 원칙(rule of clear and present danger)’이다. 그것은 자유로운 표현 행위로 말미암아 중대한 해악이 발생할 개연성이 있고, 표현 행위와 해악의 발생 사이에 밀접한 인과관계가 존재하며, 또 해악의 발생이 목전에 절박한 경우에 다른 수단으로는 이를 방지할 수 없으면 표현 행위를 제한하는 것이 정당화된다는 이론이다. 그에 따라 미국에서는 폭력행위의 이론적 정당성을 주장하는 것은 물론 설령 그러한 주장이 궁극적으로 폭력혁명으로 이어진다고 하더라도 구체적인 행동과는 시간적으로 너무 거리가 멀어 처벌할 수 없다고 본다.
- 2) 헌법재판소는 찬양고무 등을 처벌하는 국가보안법 제7조 제1항에 대하여 1990. 4. 2. 89헌가 113호 헌법재판소 결정과 1991. 5. 31. 법률 제4373호 법 개정을 통해 주관적 요건으로 추가된 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서’라는 문구로 인하여 확대해석의 위험성이 “거의” 제거되었다고 판단하였다. 또한 이른바 ‘이적표현물’의 소지행위를 처벌하는 국가보안법 제7조 제5항에 대하여 “전파가능성을 배제하기 어렵고 소지행위 자체도 ... 위험성이 있다고” 판단하였다.

[약평]

- 1) ‘자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서’라는 주관적 구성요건은 입증하기가 거의 불가능에 가까울 정도로 매우 어렵다. 따라서 국가보안법 제7조 제1항은 객관적 위험성이 명백·현존하지 않음에도 불구하고 헌법상 보장되어야 할 표현행위를 처벌하는 점에서 위헌이다.
- 2) 법원은 국가보안법 제7조 제5항의 주관적 요건인 ‘이적 목적’에 대해서 적극적 의욕이나 확정적 인식까지는 필요 없고 이적행위가 될 지도 모른다는 미필적 인식만으로도 족하다는 전제 아래 이적표현물을 취득·소지 또는 제작·반포하는 행위가 있으면 이적표현물 소지 등의 죄가 성립하는 것으로 본다. 따라서 국가보안법 제7조 제5항은 단순한 표현물 소지만으로 ‘전파가능성’을 우려하여 형사처벌하므로 과잉금지원칙에 반한다.
- 3) 남북관계의 변화와 발전 그리고 국가체제를 위협하는 행위에 대해서 형법만으로도 충분히 과잉규율하고 있는 점을 고려하면, 국가보안법 전체에 대하여 위헌판단을 했어야 했다. 따라서 ‘2002.

4. 25. 선고, 99헌바2751(병합)(국가보안법 위헌소원) 결정'에서 “목적수행”에 대한 한정합헌, 잠입·탈출, 찬양고무 등, 회합·통신 등에 대한 합헌 결정 그리고 ‘2003. 5. 15. 선고, 2000헌바66(국가보안법 제8조 제1항 등 위헌소원) 결정'에서 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 문구와 “반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자와 회합·통신 기타의 방법으로 연락을 한 자”라는 문구에 대한 합헌 결정 역시 인권 보장의 걸림돌로 평가할 수 있다.

③ 양심적 병역거부권을 부인한 병역법 합헌결정(2004. 8. 26. 2002헌가1)

: 양심의 자유를 유명무실하게 한 결정

[쟁점과 현재의 판단]

현행 병역법은 양심상의 결정을 이유로 입영을 거부하는 이른바 양심적 병역거부에 대해서 예외 없이 형사처벌을 하고 있어 국제적 인권보장 수준에 미치지 못하고 있다. 현재는 양심의 자유를 “단지 국가에 대하여 가능하면 개인의 양심을 고려하고 보호할 것을 요구하는 권리”로 인정하여 대체 의무의 제공을 요구할 수 있는 권리가 아닌 것으로 보았다. 아울러 “국가안보라는 중대한 헌법적 법익에 손상이 없으리라고 단정할 수 없는 것이 현재의 상황”이라는 이유로 대체복무제를 도입하고 있지 않은 입법자의 손을 들어주었다.

[약평]

재판관 김경일과 전효숙의 반대의견이 실시하듯이 양심적 병역거부는 인류의 평화적 공존에 대한 간절한 희망을 담고 있는 것으로서 병역거부자들의 양심의 자유를 심대하게 제약하고 있으며 국방력에 미치는 영향이 크지 않을 뿐 아니라 대체복무를 통하여 국방의무이행의 형평성회복이 가능하다는 점에서 현재의 판단은 양심자유를 지나치게 협소하게 이해하는 점에서 문제가 있다.

이렇게 양심자유를 위축시키는 현재 결정은 또 다른 걸림돌 결정인 ‘2002. 4. 25. 선고, 98헌마425, 99헌마170-498(병합)(준법서약제 등 위헌확인, 가석방심사 등에 관한 규칙 제14조 제2항 위헌확인) 결정'에서 ‘과거 사상전향서제도와 실질적으로 다르지 않은 준법서약제’(재판관 김효종과 주선회의 위헌의견)를 합헌으로 판단한 것과 일맥상통한다. 그 결과 양심자유는 ‘내심의 자유’를 벗어나지 못하는 한계를 가짐은 물론 국가안보지상주의 아래에서 유명무실하게 될 위험성에 빠졌다.

④ 소위公安사범에 대한 준법서약제 합헌결정(2002. 4. 25. 98헌마425, 99헌마170-498(병합))

: 죽음보다 무서운 전향제도를 반복재생산한 결정

[쟁점과 현재의 판단]

국가보안법이나 집시법 위반 등의 소위 公安사범들이 사면이나 가석방되기 위해서는 준법서약을 하여야 한다. 이는 종래 公安사범에게 강요되면서 사상전향제가 1998년 변형된 것으로 그 효과의 여하는 불문하더라도 양심의 자유에 정면으로 위배된다고 할 것이다. 그러나 현재는 이 제도가 단순한 준법의 확인에 그치며 남북분단이라는 안보상황을 고려할 때 公安사범에 국법준수의 의사를 확인하는 것은 위헌적이라 할 수 없다고 하였다.

[약평]

이 결정은 종래의 결정과는 달리 세계관이나 신조·신념을 양심의 범위에서 제외하면서 국가의 안보를 위해서는 이런 내면의 영역에까지 국가권력이 행사될 수 있음을 선언하고 있다. 지난 날 사상전향공작이 가혹행위와 그에 이은 의문사의 결과들을 야기하였음을 감안할 때 개인의 신념에까지 국가가 관여하고 그 변형을 강요하는 것은 결코 용납될 수 없는 야만적 행위이다. 하지만 현재는 유엔인권이사회에서까지 그 폐지가 권고되었던 준법서약제를 양심의 자유에 관한 법리까지 변용하면서 그 존재를 승인하였다. 실제 이 준법서약제는 그 후 폐지되기는 하였지만 이 결정에서 드러나듯, 가공의 안보위협을 빌미로 한 현재의 반인권적 결정은 이후 양심적 병역거부권의 부인 등의 결정에서 반복되면서 우리 사회의 민주적 발전을 가로막는 걸림돌이 되고 있다.

⑤ 이라크 파병결정 등 헌법소원 각하결정(2003. 12. 18. 2003헌마255-256(병합))

: 위헌성 심사를 포기함으로써 국제평화주의와 평화적 생존권 그리고 국방·외교사안의 민주적 통제를 외면한 결정

[쟁점과 현재의 판단]

2003. 3. 20. 미국과 영국이 이라크에 대해 대규모 공습을 감행하였다. 다음 날 대통령은 임시국회에서 파병결정을 하였고(대통령의 파견결정), 2003. 4. 2. 국회는 이에 동의하였다(국회의 파견동의). 2003. 10. 18. 대통령은 이라크에 국군의 추가파견을 결정하였다(대통령의 추가파견결정).

이에 청구인들은 이라크전쟁이 국제법적으로 침략전쟁이므로 대통령의 (추가)파견결정과 국회의 파견동의를 헌법 전문 및 제5조(침략전쟁 부인)에 위반되며, 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 주장하였다.

정부가 국군의 외국파견을 결정하고 국회가 동의하는 경우, 그 실제적인 헌법적 판단의 기준으로서 침략전쟁을 부인하고 있는 헌법 제5조의 의미를 밝히고, 그 절차적인 통제수단으로서 국회의 동의권 행사 여하에 대한 헌법적 판단기준을 해명하는 것이 핵심적 쟁점이었다.

현재는 첫 번째 결정에서는 시민단체 간부와 일반국민인 청구인들의 자기관련성이 없다고 각하하였다. 두 번째 결정에서는 고도의 정치적 결단이 필요한 사안이어서 대통령과 국회의 판단을 존중해야 하므로 사법적 판단을 자제해야 한다고 각하하였다.

[약평]

헌법 제5조는 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다는 원칙을 정립함으로써 자위를 위한 전쟁만을 허용하고 있다. 이라크 파병결정이 자위전쟁이 아님은 분명하다. 청구인들은 국제연합헌장에 위반되는 침략전쟁이라고 주장하고, 대통령은 이라크가 국제연합 안전보장이사회 결의에서 요구한 의무를 위반한 것에 대해 취해진 적법한 조치라고 답변하였다. 이라크에 국군을 파견하는 것이 헌법 제5조에 부합하는지 여부는 헌법재판소가 판단해야 할 몫이었다.

한편 현재는 미군기지 이전에 관한 협정에 대하여도 각하결정을 내렸다.⁵⁾ 현재는 평화적 생존권이 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치)와 제37조 제1항(열거되지 않은 기본권 보장)에 근거하여 ‘침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리’를 그 내용으로 하는 기본권임을 인정하기는 하였지만, 미군기지의 이전만으로 장차 우리나라가 침략적 전쟁에 휩싸이게

5) 2006. 2. 23. 선고, 2005헌마268(대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인) 결정

된다는 것을 인정하기 곤란하기 때문에 이 사건에서 평화적 생존권의 침해가능성은 없다고 판단하였다. 그러나 일단 침략적 전쟁에 관여되면 평화적 생존권은 더 이상 사법적 구제가능성이 없다는 점에서 그 이상의 설명이 필요한 결정이었다.

아울러 한·미FTA 협상이 진행되는 현 상황에서 헌법 제60조의 안전보장에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 등 조약의 체결·비준에 대한 국회동의권(헌법 제60조)의 행사와 관련하여 협상과정에서 정부의 대 국회 보고 의무 등 관련한 헌법적 쟁점이 명확해지지 않으면 이에 대한 헌법적 통제는 유명무실해진다. 그런 점에서 헌법재판소가 이라크 파병결정, 미군기지 이전 협정 등에 대한 적절한 본안판단 없이 기술적으로 손쉽게 각하결정을 선택한 것은 헌법재판소의 존재의의를 무색케 하는 일이었다.

⑥ 열 손가락 지문 채취와 그 원본의 경찰청 보관관련 주민등록법 및 시행령 합헌결정(2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합))

: 전국민을 잠재적 범죄자로 간주한 결정

[쟁점과 현재의 판단]

주민등록증을 발급받으려면 열 손가락 지문을 찍어 제출하여야 한다. 또한 이 열 손가락 지문의 원본은 경찰청이 보관하면서 수사목적으로 사용하고 있다. 청구인들은 이런 조치들이 아무런 법률적 근거도 없이 이루어지고 있으며, 그 결과 자신들을 잠재적 범죄인으로 취급하는 한편 생체정보를 무분별하게 수집, 처리함으로써 개인정보자기결정권을 침해하고 있다고 주장하였다. 이에 현재는 주민등록증발급신청서의 서식등에서 그 근거를 찾을 수 있고, 또 치안유지나 국가안보를 위해 지문의 채취, 보관은 필요한 것이라고 보아 합헌이라 선언하였다.

[약평]

오늘날 정보화시대가 도래하면서 개인정보의 보호는 무엇보다 중요한 인권항목이 되었다. 특히 지문과 같은 생체정보는 한번 수집하면 영원히 사용가능하기 때문에 무엇보다 엄격하게 보호되어야 한다. 하지만, 현재는 주민관리라는 주민등록제도의 본연의 목적과는 상관없는 범죄수사등의 치안유지목적뿐 아니라, 남북분단을 빌미로 한 국가안보의 요청까지 거론하면서 국가가 자의적으로 개인정보를 수집하고 관리, 처리하는 행위를 옹호하고 있다. 결국 개인의 사생활의 자유나 프라이버시의 권리보다는 국가의 행정상의 편의를 우선하고 있는 셈이다. 실제 개인정보에 대한 현재의 무감각함은 교육정보시스템(NEIS)의 도입과 관련하여 서울시 교육감등이 졸업생에 관한 정보를 보유하는 행위도 합헌이라 선언한 바⁶⁾에서도 드러난다.

⑦ 검사 작성 피의자신문조서의 증거능력을 인정한 결정(2005. 5. 26. 2003헌가7)

: 형사소송제도의 발전에 역행한 결정

[쟁점과 현재의 판단]

형사소송법은 피고인이 공판정에서 검사가 작성한 피의자신문조서의 내용을 부인하더라도 그것이

6) 2005. 7. 21. 선고, 2003헌마282·425(병합) 결정: 개인정보수집 등 위헌확인: 기각, 각하

피의자의 진술이 임의적으로 이루어졌다고 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’(소위 특신상태)가 인정되는 이상 그 증거능력을 인정하고 있다. 하지만, 이 경우 법정에서 한 피고인의 진술보다 수사단계에서 검사가 작성한 신문조서가 우선하여 증거로 채택될 수 있다는 점에서 문제가 발생한다. 하지만, 헌법재판소는 특신상태가 있었는지의 여부는 법원의 심사과정에서 판단될 수 있으므로 공정한 재판을 받을 권리를 해한다고 볼 수 없으며, 이런 제도는 실체적 진실발견 및 신속한 재판을 위하여 합리적이라는 합헌결정을 내렸다.

[약평]

첫째, 위 조항은 피고인에게 불이익하게 작용할 수 있는 만큼 법률의 명확성의 원칙이 한층 더 요구된다 할 것임에도 불구하고 ‘특히 신빙할 수 있는 상태’라는 모호한 표현을 쓰고 있다는 점, 둘째, 우리 대법원은 ‘특신상태가 없다고 볼 사정이 없는 한 증거능력이 있다’는 입장을 취하고 있어 형사재판 실무상 이 특신상태가 사실상 추정되다시피 인정되는 것이 엄연한 현실이라는 점, 셋째, 위 조항은 피고인이 공판정에서 한 진술보다 검사가 작성한 피의자신문조서를 유죄의 증거로 인정하도록 하고 있다는 점에서 직접주의, 공판중심주의의 요청에 위배되는 재판을 하게 한다는 점, 넷째, 위 조항은 검사가 저야 할 유죄의 입증책임을 지나치게 경감시키는 반면 정작 무죄의 추정을 받는 피고인에게 불리하게 함으로써 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한다는 점 등에 비추어 볼 때 이 결정은 결코 바람직한 것이라 할 수 없다. 특히 이 결정은 사법개혁의 중심과제로서 공판중심주의의 도입이 추진되는 과정에 나온 것으로 우리 형사소송제도의 발전과 인권의 신장에 역행하고 있다.

⑧ 시각장애인의 안마사 독점을 규정한 안마사규칙 위헌결정(2006. 5. 25. 2003헌마715, 2006헌마368(병합))

: 비시각장애인의 직업선택의 자유만 보고 시각장애인의 생존권은 ‘보지 못한’ 결정

[쟁점과 현재의 판단]

안마사의 자격요건 등을 위임한 의료법의 위임에 의해 시각장애인에게만 안마사 자격을 인정하고 있는 안마사 규칙 규정은 비시각장애인의 직업선택의 자유를 법률이 아니라 보건복지부령의 수준에서 제한하려 했으므로 법률유보의 원칙에 위배되고, 비시각장애인은 노력 여하에 상관없이 원천적으로 안마사가 될 수 없게 했으므로 비시각장애인의 직업선택의 자유를 과잉금지의 원칙에 위배되게 침해했다.

[약평]

법률유보원칙 위배 여부에 대한 판단기준은 헌법재판소 스스로가 밝힌 바와 같이 ‘법률의 규정으로부터 하위규범에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있느냐’이다. 이 점에서 봤을 때, 시각장애인만 안마사가 될 수 있다는 것은 1914년 이래로 우리 사회의 오랜 관행이었으며 국민들의 일반적 인식도 그러했고 시각장애인들도 이러한 정부정책에 대한 신뢰를 쌓아왔으므로, 의료법에 이미 이러한 사실이 암시되어 있는 것이고 안마사 규칙은 단지 이를 확인한 규정이어서 법률유보의 원칙에 반하지 않는다고 봐야 한다. 또한, 비시각장애인은 ‘의료기사 등에 관한 법률’에 규정된 물리치료사가 되어 안마행위를 할 수 있으므로 비시각장애인의 안마업 진출이 원천적으로 봉쇄되어 있다고 보기도 힘들어 김효종 재판관의 반대의견처럼 과잉금지의 원칙에도 위배되지 않는다고 봐야 한다.

오히려 안마사 규칙은 시각장애인의 생존권(헌법 제34조 제5항)과 비시각장애인의 직업선택의 자유(헌법 제17조)의 기본권 충돌의 문제로서, 시각장애인에게 안마사업은 거의 유일한 생업이라는 점에 주목한다면 법익형량의 원칙의 한 세부원칙인 ‘생존권 우선의 원칙’에 따라 다른 직업을 가질 수 있는 비시각장애인의 직업선택의 자유보다 시각장애인의 생존권을 우선 시킨 안마사 규칙 규정이 기본권의 충돌을 조화롭게 해결한 합헌규정이라고 보아야 했다.

또한, 이 위헌결정은 ‘소수자 및 약자의 인권 보호’를 핵심가치로 삼는 헌법의 정신이나 헌법재판소의 존립 이유에 비추어보아도 문제가 많은 결정이다.

⑨ 신행정수도건설특별법 위헌결정(2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합))

: 관습헌법에만 기대 논리적 무모함을 드러낸 결정

[쟁점과 현재의 판단]

헌법재판소는 ‘서울이 수도이다’라는 것은 성문헌법에 명문규정으로 존재하는 것이 아니라 국민들의 법적 확신에 의한 지지를 받으며 관습헌법의 형태로 존재한다고 봐야한다면, 수도를 서울 이외의 지역으로 옮기려면 수도에 관한 헌법규정을 헌법개정을 통해 헌법에 규정하고 나서 옮겨야 하는데 법률 제정으로 수도를 옮기려 했기 때문에, 이것은 헌법 제130조에 규정된 헌법개정안에 대한 국민투표권을 침해하고 있어 위헌이라고 보았다.

[약평]

성문헌법이 존재하는 성문헌법국가에서 헌법재판은 기본적으로 이 성문헌법규정에 근거해 이루어져야 한다. 그러나, 헌법재판소는 ‘서울이 수도이다.’라는 관습헌법 규정을 스스로 만들어내면서 사실상 이 관습헌법을 위헌판단의 유일한 근거로 사용하고 있다. 성문헌법국가에서도 관습헌법이 예외적으로 위헌판단의 근거로 사용될 수 있지만 그것은 성문헌법 규정의 의미를 구체화하는 자료로서 성문헌법 규정과 함께 병렬적·보조적으로 사용되는 것이지, 이처럼 성문헌법 규정 없이 관습헌법이 유일한 위헌 판단의 근거로 사용된 예는 세계에서 그 유례를 찾아보기 힘들다.

무엇보다 관습헌법을 인식하고 확정해주는 주체는 헌법재판관이다. 따라서, 관습헌법 개념을 인정하면 헌법재판관이야말로 헌법제정권자이자 헌법개정권자가 될 수 있는 것이고 주권자 ‘국민’보다 위에 있게 될 수 있어 문제이다. 특히, 수도이전과 같은 민감한 정치적 사건에 필요 이상으로 개입해 위헌결정을 내리면서 그 근거로는 ‘관습헌법’이라는 문제 많고 빈약한 근거를 제시하고 있다는 점에서 비판의 지점이 많은 결정이다. 특히, 이러한 관습헌법의 논리가 이 사건 법률의 후속입법인 행정중심 복합도시 건설특별법에 대한 각하결정에서도 다수의견에서 이어지고 있다는 점은 큰 아쉬움을 남긴다.

* ‘걸림돌 결정’중 필수공익사업장 노동쟁의 노동위원회 위원장 직권중재회부 합헌결정(2001헌가31)에 대한 약평문은 사정상 게재하지 않음

4. 디딤돌, 걸림돌 결정으로 본 제3기 헌재 총평

헌법재판소는 인권과 자유, 민주와 평등의 헌법원리가 전 법질서에 관철될 것을 보장하는 기능을 수행한다. 그래서 헌법재판소는 국민 대다수의 민주적 의사를 존중하고 그것을 헌법의 틀로 수용하는 한편, 소수자의 인권에 대하여는 비록 다수의 결정에도 불구하고 그 수호자로서의 역할을 수행하여야 한다.

이 점에서 지금까지 살펴본 제3기 헌법재판소의 결정들은 비록 디딤돌과 걸림돌로 구분되고 각각 동수의 결정이 거론되기는 하였지만 그럼에도 전체적으로는 미흡하다는 평가를 벗어날 수 없다.

대체로 유치장 등 수용자의 인격권이나 인신의 자유 등을 보장하고 수사과정에서 변호인의 조력을 받을 권리를 명확히 선언하는 등 기본적인 자유를 보장하고 있음은 한편으로 긍정적 평가를 받기에 모자람이 없다. 또한 사실상의 검열제도에 대하여 위헌선언을 하는 한편, ‘불온통신’ 조항을 위헌으로 선언하는 등 표현의 자유를 신장하고 대학 교원에 대한 재임용제도를 위헌선언함으로써 대학과 학문의 자유에 대한 구시대적인 억압들을 걷어 낸 점 역시 좋은 평가를 받을 만하다. 더불어 1인 1표제로 일관함으로써 비례대표제의 실질을 소거해 버린 선거법을 위헌 선언함으로써 우리 정치과정에서 소수의 정치세력들도 자신의 대표를 국회에 파견할 수 있도록 하고 정치적 의사표현 과정의 왜곡현상을 걷어낸 점은 커다란 업적으로 판단된다.

하지만, 이러한 긍정적 결정들은 보기 나름으로는 너무도 미시적인 기본권항목에 집중되어 있다는 점에서 제3기 헌법재판소의 또 다른 한계를 노정한다.

제3기의 헌법재판소는 앞선 제1기와 제2기를 통하여 정착되어 온 헌법재판제도를 적극 활용하여 헌법의 이념을 구체화하고, 헌법의 원칙들을 정치와 경제, 사회, 문화 등 모든 생활영역에서 구현해 낼 수 있는 결정들을 이루어내어야 했다.

하지만, 여전히 남북분단의 국가현실로부터 안보위기론을 도출하고 이로부터 안보지상주의, 공안제일주의의 편협한 시각을 반복함으로써 무엇보다도 중요한 사상·양심의 자유라든가 주한미군의 이전, 심지어 과거사 청산의 문제까지 소극적인 태도로 일관하고 있다. 뿐만 아니라 평화권이나 개인정보자기결정권 등 새로이 등장하는 인권항목들을 헌법적으로 적극 수용하여야 할 헌법재판소는 오히려 경직된 법리해석에만 매달려 도외시함으로써 오히려 인권실현의 걸림돌

이 되기도 한다.

반면 제3기 헌법재판소는 정치적 혁신이 필요한 부분에서는 오히려 사법적극주의를 발동하여 정치의 사법화를 초래하기도 하였다. 신행정수도건설특별법 위헌결정은 관습헌법이라는 무리한 논리를 적용하면서 헌법의 창조자로서 기능하기도 하였으며, 디딤돌, 걸림돌에 포함되지는 않았으나 4.3사건 특별법 사건의 경우에는 역사적·정치적 평가까지도 서슴지 않음으로써 사법의 정치화가 야기할 수 있는 폐단의 절정을 보이기도 하였다.

전반적으로 보아 제3기 헌법재판소는 민주화가 본격화되는 87년 이래 사회내에서 인권과 자유, 민주 등을 향하여 다양하게 제기되는 헌법의지들을 헌법결정의 영역에까지 제대로 포섭하지 못하고 따라서 헌법의 이념을 올바르게 실천함에는 미흡하였던 것으로 평가된다.

그것은 지나치게 법리에만 충실하거나 혹은 지나치게 정치적 판단에 치중함으로써 정작 인권의 보장과 소수자의 보호에는 크게 부족하였을 뿐 아니라, 정치·경제·사회·문화 전 영역에 걸쳐 발생하는 헌법적 분쟁과 갈등을 제대로 처리할 수 있는 시스템조차 마련하지 못했기 때문이다.

이제 곧 출범하게 되는 제4기 헌법재판소는 이와 같은 한계들을 직시하고 그 전철을 반복하지 않도록 하여야 할 것이다. □

※ 이 자료는 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.

<http://peoplepower21.org>