

수 신 각 신문사 사회부 및 법조담당기자
발 신 참여연대 사법감시센터 (담당간사 문혜진: 723-5302)
제 목 한대현 헌법재판관 지명자에 대한 참여연대 의견
날 짜 1997. 8. 22. (총 13 쪽)

보 도 자 료

한대현 헌법재판관 지명자에 대한 참여연대 의견

1997년 8월 22일 (금) 참여연대 사법감시센터 의견서 발표

1. 참여연대 사법감시센터(소장 박은정 朴恩正 이화여대 법학 교수)는 94년 9월부터 참여사법, 민주사법, 책임사법을 구현하기 위하여 「사법감시」 소식지를 발행하고, 법조인자료실을 운영하는 등의 활동을 벌여왔습니다.
2. 참여연대 사법감시센터에서는 96년 4월부터 법조인자료실을 운영해 왔습니다. 이 자료실은 2,800여명의 판검사들에 대한 개인파일로 구성되어 있으며, 일간신문, 주간지, 월간지, 법률전문신문에 게재된 자료, 판례집, 법원공보, 관보 등 자료와 탐문자료 등의 자료로 채워져 있습니다.
3. 저희 센터에서는 지난 1월 송진훈 대법관과 이영모 헌법재판관이 임용되었을 때 법조인자료실의 자료를 바탕으로 그들의 경력과 판결성향 등에 대한 의견서를 발표하였고, 8월 21일 윤관 대법원장이 한대현 서울고등법원장을 신임 헌법재판관으로 지명함에 따라 그동안 한대현 서울고등법원장에 대해 수집한 각종 자료와 주변조사를 바탕으로 이와 같은 의견서를 작성하였습니다.
4. 본 센터에서는 「결론적으로 한대현 헌법재판관 지명자는 그동안 개인생활에서나 전문법관으로서의 경력에 있어서나 무난하고 흠없는 법관생활을 해 온 사람으로서 그의 헌법재

판관 지명은 크게 흠잡을 수 없다고 볼 수 있다. 그러나 동시에 헌법재판관이 요구하는 뚜렷한 소신과 용기를 결하고 있고 지나치게 보수적인 세계관을 가진 것으로 판단된다. 특히 보수성향의 헌법재판관들로 주로 이루어진 현재의 헌법재판소의 구성으로 볼 때 한대현 신임헌법재판관 지명은 충분히 합리적이고 적절한 것으로 받아들일 수 없다」고 판단하고 있습니다.

4. 또한 참여연대를 비롯한 학계, 재야법조계에서는 헌법재판관을 비롯한 고위 법관의 인사에 인사청문회가 도입되어야 할 것을 지속적으로 주장해 왔습니다. 특히 대법원장의 지명으로 임명되는 헌법재판관은 국민의 의사를 반영할 아무런 통로를 갖지 못해 헌법재판소의 민주적 구성을 이루는 데에 큰 장애가 되고 있음이 명확합니다.
5. 참여연대 사법감시센터에서는 앞으로도 법조인자료실을 이용하여 법조인들에 대한 자료를 수집, 분석하여 국민들에게 평가의견을 전달함과 동시에 국민의 의사가 반영될 수 있는 인선과정을 획득하는 데에도 노력할 것입니다. 끝.

<별첨> 한대현 헌법재판관 지명자에 대한 참여연대 의견

한대현 헌법재판관 지명자에 대한 참여연대 의견

I. 한대현 헌법재판관 지명자의 경력

한대현 헌법재판관 지명자는 1941년 경남 산청에서 태어나 경기고와 서울대 법과대학을 거쳐 사법대학원을 수료하였고, 제15회 고등고시 사법과를 합격하여 군법무관을 거쳐 68년 대전지방법원에서 판사생활을 시작하였다. 판사로서의 경력은 다음과 같다.

1962-	제15회 고등고시 사법과 합격
1964-	군법무관
1968-	대전지방법원 판사
1969-	대전지법 천안지원 판사
1971-	대전지방법원 판사
1972-	서울민.형사지법 인천지원 판사
1972-	서울민.형사지법 영등포지원 판사
1973-	서울형사지방법원 판사
1974-	서울민사지방법원 판사
1979-	서울고등법원 판사
1981-	수원지법 인천지원 부장판사
1982-	서울민사지방법원 부장판사 겸 사법연수원 교수
1984-	서울민사지방법원 부장판사
1985-	광주고등법원 부장판사
1986-	서울고등법원 부장판사
1992-	서울지방법원 동부지원장
1993-	인천지방법원 법원장
1994-	서울형사지방법원 법원장
1995-	대전고등법원 법원장
1995-	서울고등법원 법원장

초기 대전지방법원에서 재임한 것을 제외하고는 대부분 수도권 지역에서 판사생활을 하였으며, 92년 서울지방법원 동부지원장을 거쳐 인천지방법원장, 서울형사지방법원장, 대전고등법원장, 서울고등법원장을 역임하였다.

II. 한대현 헌법재판관 지명자의 판결성향

1. 노동사건에 있어서의 판결성향

1) 해고·해임무효확인 등의 사건에 대한 일련의 판결에서 한대현 헌법재판관 지명자가 가지고 있는 해고의 판단기준을 평가할 수 있다. 이러한 한 헌법재판관 지명자의 판단기준은 일반적인 법원의 판결례에서 크게 벗어나지 않는 것이라고 보여진다.

① 절차적 측면에서 취업규칙에 '해고절차에서 근로자의 청문권'이 규정되어 있지 않으면 징계해고함에 있어 비록 변명의 기회를 주지 아니하였더라도 해고무효사유가 아니며, 근로자의 귀책사유로 인해 해고 예고 없이 해고하는 경우에는 근로자의 귀책사유에 관하여 노동위원회의 인정을 받아야 한다고 규정되어 있는 근로기준법 제27조 제2항에도 불구하고 그와 같은 인정을 받지 아니하였다 하더라도 현실적으로 그러한 귀책사유가 존재하는 한 그 해고행위는 무효라고 할 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부 89. 7. 3판결, 88나453112)

반면 취업규칙 등에 따르면 한국전력공사 징계심사위원으로부터 권고사직 결의를 받고 사직원을 지정기일까지 제출하면 징계해임이 아닌 의원면직으로서 처리하도록 되어있고 또한 반드시 징계를 위해 징계심사위원회를 열 때에는 몇가지 특별한 경우가 아닌 한 반드시 본인을 출석케 하여 진술을 들어야 하는 바, 이를 어기고 징계해임처분한 것은 무효라고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부 88.9. 19판결, 88나13214)

② 경력·학력위조가 징계해고사유가 되는지에 대해 일련의 판결례가 있다.

i) 기본적으로 입사에 필요한 서류에 경력에 관하여 허위의 사실을 기재하거나 일부 은폐한 경우라 하더라도 그 사실이 사용자측의 채용결정에 크게 영향을 미치지 않았을 것이라고 판단된다면 해고사유로 할 수 없다고 하였다.

○ 회사의 취업규칙에서 '입사서류를 위조 및 허위기재하여 입사하였을 때를 해고사유로 규정'한 취지는 사용자의 근로자에 대한 신뢰관계나 기업질서의 유지, 안전을 도모하기 위한 취지라고 보여지므로 근로자의 행위가 외형상 각 위 해고 사유에 해당된다고 하여도 실질적으로 사용자의 근로자에 대한 신뢰관계나 기업질서의 유지 등에 영향을 주는 정도에 이르지 아니한 경우에는 이를 정당한 해고사유로 삼을 수 없다는 전제 하에 근로자가 입사신청서류에 첨부하여 제출한 운전자취업등록증의 근무경력사항을 변조해 다른 회사에 입사한 경력을 은폐하였다고 하더라도 이를 이유로 한 해고가 부당하다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부 89. 4.3 판결, 89나956)

○ 국민학교만 졸업한 근로자가 이력서에 최종학력을 중졸로 기재하였으나 이를 이유로 한 해고가 부적법하다고 한 사례에서 근로자가 이력서에 최종학력을 중학교 졸업으로 기재하였으나 실제로 국민학교를 졸업함에 불과한 경우 근로자의 업무내용 및 허위기재된 학력내용으로

보아 회사가 그 허위기재사실을 사전에 알았더라도 근로자와 고용계약을 체결하지 아니하였다 고 할 수 없으므로 이는 적법한 해고사유가 될 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부 90. 5. 22판결, 90나12061)

ii) 그러나 비슷한 사례지만 노동운동과 관련된 경력위조나 허위기재는 사용자 입장에서 볼 때 전력사칭이 사전에 발각되었다면 사용자는 고용계약을 체결하지 아니하였을 것이라며 징계해고 사유로 인정하였다.

○ 입사시 노사분규가 심한 업체에서 근무한 경력을 숨긴 근로자에 대한 해고처분의 당부에 대한 사건에서 근로자가 입사시 이력서에 노사분규가 심한 회사에서 근무하다가 퇴직한 경력을 숨기는 등 허위기재하였다면 이를 이유로 한 해고처분은 정당하다는 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 88. 9. 12 판결, 88나16022)

○ 대학재학중 불법시위로 제적된 자가 입사시 이력서에 이를 은폐하고 고등학교졸업으로 학력을 허위기재하여 입사한 후 불법집회 및 시위를 주도한 경우 이를 이유로 한 징계해고처분은 정당하다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부 89. 7. 3 판결, 88나45372)

③ 한편 징계처분의 당부판단 기준과 관련하여, 징계사유는 엄격성, 한계성, 명시성이 요구되는 것이어서 그 징계사유에 속하는 사실 및 그 기준의 당부에 따라 그 유효여부를 판가름할 것이고 당해 징계사유가 아닌 다른 사실까지 아울러 참작하여 그 유효여부를 논할 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제10민사부 87. 7. 20 판결, 86나3021)

○ 노사합의된 임금협상안에 반발하여 농성하는 등 집시범위만으로 구속기소된 근로자가 무죄판결을 받았다고 하더라도 구속당시 노조활동이 부당한 것이었다면 회사측의 해고는 정당하다는 판결(서울고등법원 특별10부 92. 3. 9 판결)도 있다.

2) 노동조합법과 관련한 판결에서 노조설립신고 때 노동조합법상 상급연합단체의 명칭을 기재한 인준증을 첨부하지 않았다는 이유로 노조설립신고서를 반려한 행정처분에 대해 서울고등법원 특별2부는 근거법인 노동조합법 제13조 1항 5호가 강제규정이 아니므로 반려처분이 위법하다고 했으나, 91. 10. 10 특별10부 재판장이었던 한대현 헌법재판관 지명자는 동규정이 강행규정이므로 반려처분이 적법하다고 판결하였다. 상반된 고등법원의 판결에 대해 이후 대법원은 강행규정이 아니라고 판시했으며, 개정된 노동조합 및 노동관계조정법 제10조 1항 5호에 따르면 소속된 상급단체의 신고여부는 임의적인 것으로 규정되어 있다.

3) 기타 노동관련 판결례

○ 통상임금과 이에 가산할 각종 수당의 산출이 사실상 불가능하여 근로자의 승낙하에 통상임금에 제수당을 미리 합산한 일정금액을 월급여로 지급하는 것도 근로자에게 불이익함이 없는 한 허용된다고 배석판사로 참여, 판결하였다. (서울고등법원 제6민사부, 78. 6. 22 판결, 77나

1540, 재판장 오석락 부장판사, 배석 조운, 한대현 판사)

○ 평균임금을 산정함에 있어서는 상여금의 지급회수 방법여하에 따라 계산을 달리할 것이 아니라 상여금 1년분을 월할한 3개월분 해당액을 근로자의 퇴직전 3개월 사이에 실제로 지급받았건 지급받지 못하였건 간에 포함시키는 것이 타당하다고 배석판사로 참여하여 판결하였다. (서울고등법원 제6민사부, 78. 7. 13판결, 78나736 항소기각, 재판장 오석락 부장판사, 배석 조운, 한대현 판사)

○ 취업규칙의 변경에 의하여 기초근로조건을 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사 결정의 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의 동의, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 회의방식에 의한 과반수의 동의의 방식에 의한 것이고 이러한 동의가 없는 한 그와 같은 취업규칙의 변경은 효력을 가질 수 없다 할 것이고 따라서 그러한 취업규칙 변경에 대하여 개인적으로 동의한 바 있는 근로자에 대하여도 효력이 없다는 판결에 배석판사로 참여하였다. (서울고등법원 제6민사부, 78. 3.23 판결, 78나292, 재판장 김달식 부장판사, 배석 조운, 한대현 판사)

○ 한편 산업재해의 원인과 관련하여 성격이 원만하지 못한 10년 연하의 직장상사로부터 정신적 스트레스를 받아 뇌경색으로 쓰러진 경우도 업무상 질병으로 인정한 판결이 있다. (서울고등법원 특별10부, 92. 5. 20) 이 판결은 구체적 입증이 어렵다는 이유로 인정되지 않았던 '상사로부터의 정신적 고통'을 법원에서 업무상 질병의 원인으로 받아들인 점이 주목되는 판결이다.

4) 노동관계 사건에 대한 판결례를 종합해 보면 취업규칙, 임금 등에 관한 판례와 같이 논리정연하면서도 구체적 타당성을 추구하는 것으로 보이며 법원의 일반적 판결례를 따른 것으로 보이나, 유독 노동운동과 관련하여 단결권·노동운동가의 근로의 권리 등에 대해서는 배타적이고 보수적인 판결성향을 보이고 있다. 또한 해고와 관련해서는 해고사유의 실체적 측면만을 중시하고 절차적 측면은 경시하고 있는데, 이러한 태도는 보수적인 법원의 일반적 경향에 순응한 것으로 평가할 수 있다.

2. 형사사건에 있어서의 판결성향

한대현 헌법재판관 지명자의 일반 형사사건 판결을 보면 특별한 문제점이 지적된다거나 형사법상 기록될 만한 판결을 찾아볼 수 없다. 그것은 그러한 판단의 대상이 될 만한 사건을 다루지 않았기 때문으로도 볼 수 있을 것이다. 일반적으로 보면 정치한 법해석과 논리에 따라 무난한 판결을 하였다고 평가할 수 있다.

○ 외국환관리법 제36조의 2에 의한 몰수대상은 범인이 당해 행위로 인하여 취득한 외국환 기타 지급수단이므로, 외국환을 수출하는 행위에 있어서는 취득한 외국환이 있을 수 없어 위 법조항에 의한 몰수를 할 수 없다고 배석판사로 참여하여 판결하였다. (서울고등법원 제2형사부 80. 4.4.판결, 79노535, 재판장 황선당 부장판사, 배석 한대현, 박전봉 판사)

○ 또한, 특정경제가중처벌등에 관한 법률위반의 사기범행이 이미 판결이 확정되기 전의 사기범행과 상습사기의 포괄일죄의 관계에 있다면 위 확정판결의 기판력이 미치므로 면소되어야 한다고 판결하였다. (서울고등법원 제5형사부 86. 10.11 판결, 86노2530)

○ 상습범과 같은 포괄1죄는 그 중간에 별종의 범죄에 대한 확정판결이 끼어 있어도 그 때문에 포괄적 범죄가 둘로 나뉘는 것은 아니라 할 것이고, 이 경우에는 그 확정판결후의 범죄로 다루어야 하며, 확정판결이 있기 전에 저지른 범행에 대하여 그 확정판결로 인한 전과를 이유로 누범가중할 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제5형사부, 86.6.8 판결, 86노1146)

○ 문서의 내용이 실제적 진실에 부합하는 경우에 문서위조죄의 성립여부를 다투는 사건에서 비록 토지대장이나 토지대장등본의 내용이 실제적 진실에 부합하는 것이라 하더라도 작성권한자의 결재 없이 함부로 이를 작성, 행사한 이상 공문서위조죄 및 동행사죄의 죄책을 면할 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제2형사부, 80.5.16 판결, 74노914)

○ 형이 확정되지 않은 미결수의 수감장소를 임의적으로 옮기는 것이 헌법에 위배되는지와 관련하여 92년 6월 16일 서울고등법원 특별6부 (재판장 김세학 부장판사)는 미결수 이수호씨의 수감장소를 안양교도소장이 행정편의에 따라 전주교도소로 이감시키는 것은 헌법에 위배된다고 판시한 바 있다. 그러나 얼마 뒤인 92년 7월 20일 서울고등법원 특별10부의 재판장이었던 한대현 헌법재판관 지명자는 유서대필사건의 미결수 강기훈씨를 안양교도소에서 대전교도소로 이송한 처분에 대해 강기훈씨가 안양교도소장을 상대로 낸 「이송처분효력정지가처분신청」을 이유없다며 기각하여 논란을 빚은 바 있다.

3. 행정사건에 있어서의 판결성향

행정소송에 있어서도 특별한 성향을 찾아내기는 쉽지 않다. 노동사건과는 달리 영업정지처분 등의 행정행위를 함에 있어 실제적 사실을 따지기 이전 행정절차를 엄격히 지키지 않은 경우의 위법성을 지적한 판결들이 있으나 그것은 법원의 일반화된 경향일 뿐이다.

○ 의암댐 홍수피해사건 판결(서울고등법원 제10민사부, 88.2.8판결, 84나2295)에서 춘천댐과 의암댐을 관리하는 관리소장은 홍수가 났을 때 상류의 홍수유출이 급격히 증가될 것이 예상될 때에는 제한수위 이하에서 미리 적절한 양의 물을 예비방류하도록 지휘,감독하여야 함에도 이

를 실시하지 않아 관리소장의 관리상의 잘못으로 인근 농지가 침수되었는 바 이에 따른 손해를 배상할 책임이 있다고 판결하였다.

○ 군소속 공무원이 허위로 발급한 부지증명원을 믿고 개발제한구역을 주거지역으로 오인하여 주거지역의 토지가격을 기준으로 매수함으로써 손해를 입게 된 매수인들에 대하여 군은 그 손해를 배상할 책임이 있고 이 경우 매수인들이 입게된 손해액은 매수당시의 당해 토지에 대한 주거지역으로서의 시가와 개발제한구역으로서의 시가의 차액상당이라고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 89.4.24판결, 88나35030 일부취소사판)

4. 민사사건에 있어서의 판결의 성향

○ 택시운전사 갑이 여자승객 두명을 차내에서 강간한 사건에서 갑의 손해배상책임 외에도 택시회사에 대하여 사용자책임을 인정하였다. (서울고등법원 민사 11부 90.8.28 판결)

또한 세차를 맡긴 차량을 세차장의 일과종료시간까지 찾아가지 않고 있는 동안에 세차장 종업원의 무단운전으로 빚어진 사고에 대해 차주에게도 책임이 있다고 판결하였다. (서울고등법원 민사10부 88. 3. 14)

○ 그의 불법행위와 관련하여 사법서사의 주의의무를 밝힌 사건으로, 사법서사는 등기의무자 본인이 등기신청행위를 위임한 경우가 아니고 그 대리인임을 칭하는 제3자로부터 등기신청행위를 위임받은 경우에는 필요서류에 관한 형식적 심사에 그칠 것이 아니고 등기원인증서작성에 관한 등기의무자 본인의 진의 유무와 등기신청에 관한 대리권수여 사실의 유무를 확인함으로써 등기신청에 과오가 없도록 하여야 할 주의의무가 있으므로 사법서사가 등기의무자 본인에게 이를 연락하였기 때문에 등기의무자 본인이 사법서사 사무실에 나와 사무원 모르게 등기서류를 손괴한 나머지 등기를 못한 경우에는 사법서사는 등기못함으로 생긴 손해배상책임이 없다는 판결에 배석판사로 참여하였다. (서울고등법원 제6민사부, 78. 7.6판결, 78나558 항소기각, 재판장 오석락 부장판사, 배석 조윤, 한대현 판사)

○ 또한 부동산 중개업자의 설명의무에 관한 판례로, 부동산 중개업자에게는 자신이 중개하는 물건의 권리관계와 법령의 규정에 의한 거래 또는 이용제한사항 등을 확인하여 이를 의뢰인에게 제시하고 성실, 정확하게 설명하여야 할 의무가 있다 할 것이나 중개의뢰인 스스로 자신이 중개를 의뢰한 이 사건 대지가 당시 환지예정지로 지정되어 있었음을 알고 있었고 일반적으로 토지구획정리사업이 시행되는 경우 종전토지가 일정비율로 감보되는 것이 상례인 점 등에 비추어 보면 비록 중개업자가 위 대지매매를 중개함에 있어 환지예정지 지정내역을 구체적으로 확인하여 일일이 제시, 설명하지 아니하였다 하더라도 그러한 사정만으로 의뢰인에 대하여 위 매매를 중개함에 있어 요구되는 의무를 이행하지 아니하였다거나 그에게 어떠한 과실이 있었다고 볼 수 없다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 90. 7.10판결, 90나1283 항소기각)

○ 항소심에서의 반소제기에는 상대방의 동의가 필요하다는 민사소송법 제382조의 규정은 상대방으로 하여금 제1심을 잃게 하는 심급상의 불이익을 방지하기 위한 것이므로 상대방에게 심급상의 불이익이 없는 경우에는 항소심에서의 반소제기에도 상대방의 동의가 필요하지 않다고 해석하여야 할 것인데, 일건 기록에 의하면 피고가 반소 청구 원인으로서 주장하는 바는 뒤에서 보는 바와 같이 본소 청구와 그 소송물을 같이하고 있을뿐 아니라 모두 원심에서부터 항변 사실로서 주장되어 원판결에 의한 판단까지 거치고 있는 것임을 알 수가 있으므로 피고의 반소를 허용한다고 하더라도 원고에게 심급상의 불이익은 없다고 인정되는 바이나, 결국 피고의 이 사건 반소제기는 원고가 이에 동의하지 아니하였다 하더라도 적법한 것으로서 허용되어야 할 것이라고 판결한 것이 그것이다. (서울고등법원 제6민사부, 79.7.12판결, 78나1225, 78나492 일부 취소, 재판장 배석 부장판사, 배석 박준서, 한대현 판사)

○ 그러나 자동차매수인이 등기명의 이전을 못한 상태에서 전소유자를 기명피보험자로 종합보험에 가입후 사고가 난 경우에는 보험회사는 보험금지급을 할 의무가 없다고 판결한 것은 형식적 법논리에 따라 구체적 타당성을 꾀하지 못한 판결로 판단된다. (서울고등법원 제11민사부, 88.9.19판결, 88나13702)

5. 언론의 자유와 관련한 판결성향

언론출판의 자유는 보장되나, 언론출판이 타인의 권리나 명예 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안된다. 한대현 헌법재판관 지명자의 판결 중에는 사회윤리나 타인의 인격권, 초상권을 침해하는 언론, 출판활동을 규제하여 그 한계를 확정하는 판결이 있다.

○ 국내 월간잡지의 발행인들이 일본국에서 발행되는 시사주간지의 보도에 근거를 두고 위 잡지에 시사보도를 하는 과정이나 보도, 비평을 위하여 위 시사주간지에 게재된 국내 사진작가의 창작물인 누드사진 중 일부를 인용, 게재하였다 하더라도 인용된 부분이 전나 또는 반나인 젊은 여인의 사진 8점 중 일부이고 “한국 여대생, 연예인 누드사진이 포르노로 둔갑” 또는 “사진예술작품들 일본으로 건너가 포르노성 기획으로 잔락”이라는 제목 아래 위 작가의 사진과는 전혀 관계없이 일본국 펜트하우스지에 한국의 여대생이라고 소개되어 실린 젊은 여인의 나체사진을 함께 게재하고 있으며 그 중 한 잡지는 이를 밀봉페이지로 하였을 뿐 아니라 이러한 사진을 게재한 것이 청소년 독자에게 나쁜 영향을 끼칠 우려가 있다는 이유로 한국도서잡지 주간신문윤리위원회로부터 사회도덕과 미풍양속위반으로 경고를 받은 사실이 있다면 위 사진의 인용, 게재는 그 방법 및 범위에 비추어 시사보도과정에서의 보도를 위한 정당한 범위 이내이거나 보도, 비평을 위한 공정한 관행에 합치된다고 보기 어렵다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 90. 2. 13 판결, 89나32908)

○ 일본국 시사주간지에 게재된 국내 사진작가의 누드사진을 그 승낙없이 국내월간잡지에 인용, 게재하면서 원래의 제목과 다른 제목을 붙임으로써 작가의 저작인격권을 침해하고 동시에

그 명예도 훼손하였다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 90. 2. 13 판결, 89나32908)

○ 피해자를 모델로 한 캐털로그용 사진의 촬영 및 광고에 관하여서만 승낙을 얻었음에도 불구하고 그 승낙의 범위를 벗어나 당초 피해자가 모델계약을 체결할 때 예상한 것과는 상이한 별개의 광고방법인 월간잡지에까지 피해자의 캐털로그용 사진을 사용하는 행위는 초상권침해로 인한 불법행위를 구성하고 위 월간잡지들이 발간된 이후에 피해자가 가해자와 별도의 모델계약을 체결하거나 위 캐털로그용 사진의 모델료를 수령하였다 하더라도 이를 들어 곧바로 위와 같은 행위에 대한 묵시적 승낙이라고 보기 어렵다고 판결하였다. (서울고등법원 제11민사부, 89. 1.23 판결, 88나38770)

III. 한대현 헌법재판관 지명자의 사회활동 · 기타 평가

○ 서울고등법원장 재직당시 국정감사에서의 발언

96년 10월 1일 법제사법위원회의 서울고등법원 국정감사에서 국민회의 천정배 의원의 “현행 구속 피고인의 복장이 무죄추정의 원칙에 어긋나지 않는가”에 대한 질의에서 한대현 당시 서울고등법원장은 “피고인이 구속되어 있다고 하여 반드시 유죄로 추정되지 아니하는 것과 마찬가지로 구속피고인의 복장이 일반 불구속피고인과 다르다고 하여 무죄추정의 원칙에 어긋나지는 않는다고 생각한다. 다만 구속피고인의 복장을 자유화하면 피고인의 도주우려가 높아져서 호송인력의 확충 등 이에 대한 적절한 대책이 수반되어야 한다는 지적이 있으므로 법원뿐만 아니라 구치소 및 법무부 등 관련 기관과의 협의를 거쳐 해결하여야 할 문제라고 생각되며 장기적으로 그 적정성 여부를 검토하여야 할 것으로 생각하고 있다”고 대답하였다.

무죄추정의 원칙에 따라 피의자·피고인의 불구속수사가 원칙이고 구속이 불가피하더라도 구속된 상태에서도 기본권은 최대한 보장해주어야 한다. 따라서 구속수감 중인 피고인은 기결수와 다르게 취급되어야 하고, 헌법재판소도 미결수용자의 접견교통 등 여러 가지 처우를 기결수와 같이 처우토록 한 행형법 일부 조항은 위헌결정한 바 있다. 이와 같은 한대현 당시 서울고등법원장의 답변은 판결에 영향을 끼칠 수 있는 구속피고인의 복장에 대해 행정편의주의적 접근을 하고 있다고 판단할 수 있다.

또한 공판전 증인신문시 피고인과 변호인의 참여를 제한하는 형사소송법 제221조의 2 제5항의 개정에 대한 천정배 의원의 질문에서 “공판기일전 증인신문절차도 증인신문이고 법률상 당연히 증거능력이 인정되므로 반대당사자인 피고인 또는 변호인이 참여하도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러나 형사소송법 제221조의 2 제5항 「판사는 수사에 지장이 없다고 인정할 때에는 피고인 피의자 또는 변호인을 제1항 또는 제2항의 청구에 의한 증인신문에 참여하게 할 수 있다」고 규정하고 있으므로 해석상 수사에 지장이 있는 경우에는 피의자나 변호인을 참여시킬 수 없다. 다만 법원으로서의 피고인의 방어권 보호를 위해 수사에의 지장여부를 엄격히 보고 수사에 지장이 있다고 보여지지 않는 경우에는 피고인이나 변호인이 참여토록 하고 증인

신문조서의 등본을 따로 법원에서 보관하게 하는 등의 지침을 마련할 예정이다"라고 답변하였다.

그런데 위 답변이 있는 후 96년 12월 26일 헌법재판소는 형사소송법 제221조의 2 제2항 및 제5항 중 같은조 2항에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 결정한 바 있다.

즉 헌법재판소의 다수의견은 「증거능력이 있는 조서가 작성되는 증인신문절차에서 당사자의 참여·신문권을 제한적으로만 보장하는 것은 피고인 등의 증인에 대한 반대신문의 기회를 박탈하는등 적법절차의 원칙 및 재판청구권을 침해하는 것」이라고 보았다. 한대현 헌법재판관 지명자는 위 조항에 대해 개념적 해석을 하는 답변을 하여, 헌법재판관으로서 과연 미래지향적이고 개혁적인 헌법질서를 만들어낼 수 있을 지 의문을 갖게한다.

○ 대통령 후보인 신한국당의 이회창 대표의 두 아들이 채중미달로 병역이 면제되어 정치사회의 큰 이슈가 되고 있다. 그 병역과장 속에서 이회창 대표의 처남인 한대현 헌법재판관 지명자의 두 아들이 병역면제판정을 받았다는 국민회의 측의 주장이 있었다. (조선일보 97. 8. 6) 이에 대해 한대현 당시 서울고등법원장은 "69년생인 첫째 아들은 대학 3년이던 91년 여름 「갑상선기능항진증」이라는 병으로 서울대학병원에서 갑상선 일부를 제거하는 수술을 받아 이듬해 5급판정을 받아 병역에 면제되었으며, 둘째 아들은 71년생으로 대학 재학중 4급(보충역) 판정을 받아 군대를 가야 한다"며 "그러나 현재는 대학원 재학중이므로 내년 2월까지 병역이 연기된 상태"라고 해명했다. (서울신문 97. 8. 6)

한대현 헌법재판관 지명자는 이미 알려진대로 이회창 신한국당 대표의 처남이다. 정치적으로 민감한 사안을 다루는 헌법재판관이라는 직책에 정치인이자 여당의 대통령 후보와 가까운 인척을 지명하였다는 사실이 헌법재판소의 독립성을 침해할 여지가 있는가와 관련하여 보다 더 면밀한 검토가 있었어야 했다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

IV. 한대현 헌법재판관 지명자에 대한 총평

한대현 헌법재판관 지명자에 대하여 법관으로서의 경력, 각급 법원에서의 판결내용, 동료 및 선후배 법조인들과 사법연수원 교수 재직시절 연수생들의 평가와 이들에 대한 탐문, 그리고 일간신문을 비롯한 각종 언론의 보도내용과 법률관련지들의 게재내용을 종합한 의견은 대체로 다음과 같다.

우선 한대현 헌법재판관 지명자는 평소 그 성품이 점잖고 신중하며 과묵하다고 알려져있다. 아울러 재판에 임하여서는 형식적인 면에서 철저하고 실체적 내용의 판단에 있어 법의 해석이나 적용에 빈틈이 없고 무리한 재판진행의 예도 찾기 힘들다는 평가를 할 수 있다. 그런 반면 재판 진행방식이 너무 권위적이라는 지적도 있다.

지금까지의 판결내용을 살펴보면 하급심의 판결을 뒤집거나 세인의 관심을 끌만한 특별한 내

용을 담고 있는 판결이 없는 동시에 그의 뚜렷한 소신이나 철학을 엿볼 수 있는 것도 드물다. 그것은 원만하고 평균적인 판례를 쫓아가는데 열심이었거나 그가 여태까지의 법관생활 중 그러한 성향을 드러낼 수 있거나 정치적으로 민감한 사건을 맡지 않았기 때문일 수 있다. 이것은 법률과 양심에 따른다는 법관으로서의 직무에 충실했다고 볼 수도 있지만 헌법재판관으로서 국민의 기본권침해를 막아내고 새로운 시대흐름과 세계관을 과감히 인정하는데에는 한계를 가질 수 있음을 의미한다. 판결을 통하여 자신의 소신이나 철학을 펼치려는 데 소극적이었거나 아예 그러한 세계관을 갖지 못한 것이라는 판단은 헌법재판관에게 흠이 될 수도 있다. 이러한 판단은 그의 성품에 대한 세평의 결론이 너무도 보수적이라는 점과 상응하기도 한다.

해고무효확인소송에서는 절차적 적법성보다 실체적 해고사유의 존재여부를 중시하면서, 행정소송에서는 형식적 절차를 실체적 사유에 우선하여 평가한 것만 보더라도, 한대현 헌법재판관 지명자는 일반적인 법원칙보다 구체적인 사안의 종류에 따라 법원의 판결관행에 따르는 성향이 다.

이렇듯 한대현 헌법재판관 지명자는 전형적인 법관으로서의 기본 태도와 합리적인 결론의 도출에 필요한 법적 지식의 면에서는 특별히 나무랄 데가 없다. 그렇지만 이러한 법관이 반드시 헌법재판관으로서 적합한가에 대해서는 의문이 들지 않을 수 없고, 한편으로는 아쉽기도 하다. 헌법재판이란 단순한 법률의 형식논리만을 원하는 것이 아니기 때문이다. 다양한 경험과 광범위한 지식을 전제로 국가사회의 미래지향적인 정책방향을 제시할 수 있는 능력이 헌법재판관에 게는 더 필요한 것이다.

결론적으로 한대현 헌법재판관 지명자는 그동안 개인생활에서나 전문법관으로서의 경력에 있어서나 무난하고 흠없는 법관생활을 해 온 사람으로서 그의 헌법재판관 지명은 크게 흠잡을 수 없다고 볼 수 있다. 그러나 동시에 헌법재판관이 요구하는 뚜렷한 소신과 용기를 결하고 있고 지나치게 보수적인 세계관을 가진 것으로 판단된다. 특히 보수성향의 헌법재판관들로 주로 이루어진 현재의 헌법재판소의 구성으로 볼 때 한대현 신임헌법재판관 지명은 충분히 합리적이고 적절한 것으로 받아들일 수 없다.

V. 헌법재판관 선출, 민주적 정당성 확보해야한다

88년 헌법재판소가 출현한 이래로 헌법재판관의 선출방식에 대한 많은 문제제기가 있어왔다. 대통령과 대법원장, 국회에서 각각 3인의 헌법재판관을 선출하는 지금의 방식에는 민주적 정당성과 독립성이 확보되지 못한다는 지적이다. 학계와 재야법조계에서는 헌법재판관 선출의 민주적 정당성을 확보하기 위해서는 국회를 중심으로 한 선출방식, 그 중에서도 인준청문회 제도의 도입이 무엇보다 필요하다고 주장해왔다. 대통령에 의한 선출과 특히 한대현 재판관처럼 대법원장에 의한 선출은 국민들의 의사와는 관계없이 아무런 통제를 받지 않고 단독으로 이루어짐으로써 바람직하지 못하다는 지적이 있다. 지난 94년 2기 헌법재판관의 선출과 관련하여 참여

연대, 한국공법학회, 민주사회를 위한 변호사모임이 법학교수와 변호사를 상대로 진행한 설문조사에서도 94.2%가 인준청문회가 필요하다고 응답하였으며, 95.3%가 재판관 선출방식을 개선해야 한다고 응답하였다.

헌법재판소의 위상이 점점 높아져가고, 정치적 사회적 문제에 대한 최종판단기관으로서 그 영향의 범위가 확대되어가고 있는 지금, 헌법재판관의 선출방식에 대한 개선이 매우 시급하며, 국민들의 견제와 의사반영이 이루어질 수 있도록 헌법재판관 선출에 국회동의절차나 인준청문회 제도의 도입이 반드시 이루어져야 할 것이다.