

이동흡 헌법재판소장 후보자 판례 분석

헌법재판관 시절 관여한 결정문 분석
기본권 경시 · 반헌법주의 · 사법소극주의 경향 보여

차례

보고서의 취지 및 조사방법	4
이동흡 재판관의 의견제시 비율 분석	5
1. 위헌 취지 의견제시 비율 등	5
2. 의미	5
이동흡 재판관 판례에서 나타난 문제점 분석	6
1. 기본권 경시	6
2. 국가주의적 사고	8
3. 반헌법주의	9
4. 지나친 소극주의	11
5. 편향적 결정	13

※ 첨부자료 : 이동흡 후보자 관여 사건 종국결과와 이동흡 후보자 의견 정리표

보고서의 취지 및 조사방법

보고서의 취지

- 본 보고서는 2013년 1월 21일부터 진행되는 이동흡 헌법재판소장 후보자의 국회 인사청문회를 앞두고 작성되었습니다. 헌법재판소장으로서 이 후보자가 적합한가를 확인하기 위해서는 과거 판결 성향이 충분히 검증되어야 할 것입니다.

조사방법 및 구성

- 이 후보자의 과거 판결 중에서, 헌법재판관 재임 기간(2006.9.~2012.9.) 관여한 전원재판부 결정들을 조사하였습니다. 조사방법은 크게 두 가지로 △전수조사에 근거한 통계적 방법(양적 분석)과 △ 판례분석을 통한 내용적 평가(질적 분석)의 방법입니다.
- 먼저 양적 분석에서는, 이동흡 전 헌법재판관 재임기간 중 관여한 전원재판부 사건 954건¹을 전수 조사하여, 해당 기간 동안 이동흡 재판관의 위헌취지 의견제시 비율 등을 확인하였습니다.²
- 질적 분석은, 이 재판관이 관여한 결정 중에서 이 재판관 판결성향의 문제점을 드러내는 대표적인 판례들을 선별하여 분석했습니다. 내용을 보다 쉽게 이해할 수 있도록 사건에 대한 간단한 소개도 함께 담았습니다.

1 헌법재판소 홈페이지 검색 시스템을 통해 △이동흡 전 재판관이 관여한 전원재판부 사건 중 다음 사건들을 제외하였음. ① 불기소·기소유예처분 취소, 국선대리인 선임신청 사건 ② 전부 각하되어 본안판단에 이르지 않은 사건 ③ 현사·현아 사건(각종 신청사건 및 재심사건)

2 이동흡 후보자의 헌법재판관 시절 판례에 관한 분석 과정에서는 ‘후보자’ 대신 ‘헌법재판관’ 또는 ‘재판관’이라고 지칭하고자 함.

이동흡 재판관의 의견제시 비율 분석

1. 위헌 취지 의견제시 비율 등

- 이동흡 후보자가 헌법재판소 재판관 시절 관여한 사건 중 전원재판부에서 다뤄지고 본안판단(위헌·합헌 판단)까지 나아간 사건들 중 불기소·기소유예처분 취소청구나 각종 신청사건 등을 제외한 것이 총 954건임.
- 이 중 위헌 취지(위헌·헌법불합치·한정위헌·인용 및 일부 위헌취지 포함) 종국결정은 155건으로, 전체 954건 중 16.2%³에 해당함. 이에 비해 이동흡 재판관이 위헌 취지의 의견을 제시한 사건은 109건으로 11.4%에 그침(첨부자료 목록 중 노란색 부분에 해당함).
- 또한 헌법재판소가 위헌 취지의 종국결정을 내린 155건 중 이 재판관이 합헌 의견을 낸 경우가 77건이나 됨(첨부자료 목록 중 빨간색 부분이 이에 해당). 이는 이 재판관 재임시절 헌재가 내린 위헌 취지 결정의 절반 정도(49.7%)에 대하여 이 후보자는 합헌 의견을 냈다는 의미임.

2. 의미

- 이와 같은 통계는 이 후보자가 “헌재 25년 역사상 가장 많은 합헌 의견을 낸 인물”⁴ 이라는 언론의 평가를 뒷받침하는 것임.
- 단순히 위헌 의견과 합헌 의견 제시의 비율만으로 이 후보자의 판결성향을 단정지을 수는 없을 것임. 그러나 헌법재판소의 가장 중요한 기능이 기존 법질서나 공권력에 의해 침해당하는 국민의 기본권을 구제하는 수단임을 감안하면, 이 후보자가 소장이 될 경우 헌법재판소의 역할과 사회적 기능이 더욱 축소되고 제한적으로 될 것을 우려하지 않을 수 없음.

3 소수점 두 번째 자리 반올림. 이하 같음.

4 경향신문 2013년 1월 4일 기사(“이동흡 헌재소장 내정자, 보수성향 떠나 체제 옹호성 합헌 결정 많이 내”) 인용.

이동흡 재판관 판례에서 나타난 문제점 분석

이 후보자의 헌법재판관 시절 관여 결정문들을 검토한 결과, 국민의 기본권을 경시하거나 헌법 정신에 위배되는 등 헌법재판관으로서 자질을 의심케하는 의견을 제시한 판례들을 다수 발견할 수 있었음.

대표적인 사례로는 ①서울광장 통행저지 위헌확인 ②허위통신죄(전기통신기본법 제47조 1항) 위헌소원 ③인터넷상 선거운동 및 정치적 표현행위 금지(공직선거법 제93조 1항 등) 위헌확인 ④미국산 쇠고기 수입위생조건 위헌확인 ⑤미결구금일수 산입에 관한 위헌제청 ⑥일본군 강제 위안부 및 원폭 피해자 관련 부작위 위헌확인 ⑦군형법상 '계간' 처벌조항 위헌제청 ⑧군 불온 서적 반입금지 지시 위헌확인 ⑨미디어법 관련 2차 권한쟁의 ⑩쌍벌규정의 위헌성 심사 ⑪PD 수첩 <친일파는 살아있다 2> 경고처분 취소청구 ⑫친일반민족행위자 재산환수 위헌소원 등을 꼽을 수 있음.

다음에서는 위 12건의 판례들을 △기본권 경시 △국가주의적 사고 △반(反)헌법주의 △지나친 소극주의 △편향적 결정의 측면으로 나누어 살펴보았음.

1. 기본권 경시

1) 서울광장 통행저지 위헌확인 (헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406)

- 사건 요약 : 경찰청장이 2009.6.3. 경찰버스들로 서울시청 앞 광장을 둘러싸 통행을 저지한 행위가 청구인들의 기본권을 침해하였다는 취지의 헌법소원.
- 종국결과 : 인용(위헌확인). 이동흡·박한철 재판관만 기각(합헌) 의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“이 사건과 같이 민주주의 국가에서 특히 중요하다고 여겨지는 표현의 자유나, 그 침해의 정도가 중한 신체의 자유 등과 같은 기본권이 아니라, 공물사용제한에 필연적으로 수반되는 공물의 일반이용과 관련된 일반적 행동자유권이 주로 문제되는 경우에는, 비례의 원칙의 적용에 있어서도 보다 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

 - 집회금지의 효과가 있는 통행제한의 문제를 단순한 일반적 행동자유권 개념으로 축소하고 이를 공물권의 하위개념으로 전환.
 - 불법 '집회'의 위험을 합헌 의견의 근거로 제시하면서도 그와 관련된 기본권은 집회의 자유가 아니라 일반적 행동자유권으로 대체하고 이를 다시 통행을 중심으로 하는 공물의 일반이용의 문제로 전환시킴. 요컨대, 강한 기본권의 문제를 약한 기본권의 문제로 하향시키고 이를 다시 반사적 이익에 근접한 문제로 왜곡해버림.

2) 허위통신죄(전기통신기본법 제47조 1항) 위헌소원(일명 ‘미네르바’ 사건) (헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합))

- 사건 요약 : “공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자”를 형사처벌하는 조항(전기통신기본법 제47조 제1항)을 적용하여 인터넷 게시판 등을 통한 허위사실 유포를 처벌하는 것이 표현의 자유를 과도하게 침해한다는 취지의 위헌소원.
- 종국결과 : 위헌. 이동흡·목영준 재판관만 합헌 의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
 - 기존 판례 무시 : 헌법 제21조제4항(언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다)에 대하여, “헌법상 보호되는 언론·출판의 자유에 의하여 보호되지 않는 한계를 설정한 것이 아니라 언론·출판의 자유에 따르는 책임과 의무를 강조한 규정에 불과”(헌재, 2009.5. 28, 2006헌바109)하다는 기존 헌재 판례를 무시하고, “언론·출판의 자유의 헌법적 한계를 명시한 것”이라고 단언함. 이는 언론·출판의 자유에는 “헌법적 한계”가 있는 것처럼 가장하면서 이를 바탕으로 ‘허위통신은 이러한 한계를 벗어나거나 혹은 그 경계선상에 있는 것처럼 오도하는 것임(허위사실의 표현이라고 해서 헌법적 보호의 대상 밖에 있는 것은 아니라고 하면서도, 다른 표현과는 달리 기준을 적용해도 괜찮은 듯 주장함). 요컨대, 선례를 무시하면서까지 기본권의 보장을 약화시키고 있음.
 - 표현의 자유에 대한 제한과 그 처벌을 “기본적으로 입법권자의 의지 즉 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다”고 선언하면서 “허위사실의 표현”에 대한 위헌심사의 기준을 완화시키고 있음은 표현의 자유에 대한 법리의 오해 내지는 기본권경시·무시의 태도를 드러낸 것임.
 - 형벌법규의 제정은 입법자의 입법형성의 자유에 속하는 것이나 그것이 어떠한 기본권을 제한하며 그 제한은 헌법적으로 정당한가의 문제는 헌법재판소가 논증을 통해 판단하여야 할 사항임. 하지만, 이동흡 재판관의 경우 “입법형성의 자유”가 있다는 사실만으로 입법의 내용 자체를 정당화하려는 듯한 취지의 주장을 함.

3) 인터넷상 선거운동 및 정치적 표현행위 금지(공직선거법 제93조 1항 등) 위헌확인 (헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173·191(병합))

- 사건 요약 : 선거일 전 180일부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 정당 또는 후보자를 지지·추천 또는 반대하는 내용의 글을 인터넷에 올리는 등의 행위를 금지하고 있는 것이 정치적 표현의 자유를 침해한다는 취지의 헌법소원.
- 종국결과 : 한정위헌. 이동흡·박한철 재판관만 합헌의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“이 사건 법률조항은 선거의 자유와 공정의 보장을 도모하려는 정당한 입법목적에 가 지고 있으며, 인터넷 선거운동의 경우 후보자간 조직동원력, 경제력에 따른 불균형이 발생할 소지가 충분하며, 선거에 영향을 미치는 표현행위가 무제한 쏟아질 경우 선거 의 평온과 공정성을 해할 가능성이 커지기에 수단의 적절성 또한 인정된다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- 선거운동의 자유를 “선거의 평온과 공정성” 보장이라는 일종의 행정목적에 종속되는 하위 의 법익으로 간주하고 있음
- 선거운동의 자유는 정치적 표현의 자유의 핵심적 형태이며 이 정치적 표현의 자유는 민주 적 기본질서의 핵심적 요소가 된다는 점에서 이러한 질서중심적 사고는 인권 및 기본권에 대한 몰이해를 암시한다고도 할 수 있음.

2. 국가주의적 사고

1) 서울광장 통행저지 위헌확인 (헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406)

- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“시의적절하고 효율적인 경찰권 행사를 위한 현실적 필요성이 있다는 점과 경찰권 발 동의 근거가 되는 일반조항을 인정하더라도 경찰권 발동에 관한 조리상의 원칙이나 법원의 통제에 의해 그 남용이 억제될 수 있다는 점을 종합해 보면, 경찰 임무의 하 나로서 ‘기타 공공의 안녕과 질서유지’를 규정한 경찰법 제3조 및 경찰관직무집행법 제2조는 일반적 수권조항으로서 경찰권 발동의 법적 근거가 될 수 있다고 할 것이므 로, 위 조항들에 근거한 이 사건 통행제지행위는 법률유보원칙에 위배된 것이라고 할 수 없다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- **경찰권행사에 대한 포괄적 수권조항의 도출** : 경찰권의 행사는 포괄적 수권조항의 존재 만으로도 가능한 것인지에 대한 학설의 대립이 심한 부분임에도 불구하고 별다른 논증이나 설명도 없이 이를 인정하면서도, 이런 경우에 발생할 수 있는 경찰권의 남용가능성에 대한 견제장치나 통제의 필요성은 거의 제시하지 않음으로써 자칫 경찰국가 내지는 야경 국가로 나아갈 가능성이 많음
- 설령 포괄적 수권에 의한 경찰권의 행사를 인정한다 하더라도 이 사건의 경우 불법집회 등 을 막을 수 있는 법률(집시법)이 엄연히 존재함에도 불구하고 그에 따르지 않고 불법집회 가 발생할지도 모른다는 막연한 추측이나 지레짐작만으로 경찰이 통행을 차단할 수 있다 고 봄으로써 국가의 경찰권으로부터 국민의 기본권을 보장하고자 하는 입헌주의의 기본적인 취지조차 부정하는 듯한 양상을 보임.

“일부통로를 개설하여 개별적인 통행이나 여가활동을 허용할 경우, 불법 집회의 목적 을 가진 자들이 그 출입 목적을 속여 서울광장을 이용할 가능성” (이동흡 재판관 의

견 중에서 인용)

- 이는 지나친 질서중심적 사고 내지는 국가중심적 사고에 입각한 것으로 권력분립과 기본권 보장을 골격으로 하는 입헌주의의 원칙을 저버리고 있음

2) 미국산 쇠고기 수입위생조건 위헌확인 (헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합))

- 사건 요약 : 2008.6.26. 농림수산물부가 고시한 ‘미국산 쇠고기 수입위생조건’이 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권 보호의무를 위반하였는지 확인하는 취지의 헌법 소원.
- 종국결과 : 기각·각하. 이동흡·이공현 재판관은 전부각하 의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
“미국은 국제수역사무국으로부터 소해면상뇌증 위험통제국으로서의 지위를 획득한 이후 현재까지 소해면상뇌증 발병 사실이 보고된 바 없으므로 미국에서 소해면상뇌증이 발병할 가능성은 희박하며, 미국에서 소해면상뇌증이 발병한다고 가정하더라도 감염 부위를 소비자가 섭취할 위험성은 더욱 낮다고 할 것이다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)
- 발병위험에 관한 판단을 전적으로 정부측 주장에 의존 : 국민의 생명·안전에 대한 위험 발생 여부를 다투는 사건에서 청구인측의 주장에 대해서는 전혀 반박하거나 반론을 제기하지 않은 채 정부의 주장만 그대로 반복하고 있음.
- 기본적으로 정부의 주장이 옳다는 예단을 가지고 그것만이 “현재까지의 과학기술지식 수준에서의 논외”(이동흡 재판관 의견 중에서 인용)에 부합하는 것처럼 반복하고 이를 바탕으로 청구인측 주장을 배척하는 의견을 제시하고 있음

3) 미결구금일수 산입에 관한 위헌제청 (헌재 2009. 12. 29. 2008헌가13, 2009헌가5(병합))

- 사건 요약 : 구속 상태의 피고인이 상소를 제기한 후 취하하는 경우 그 기간을 본형 산입 대상에서 제외되도록 한 형사소송법 규정이 신체의 자유를 지나치게 침해한다는 취지의 위헌제청.
- 종국결과 : 헌법불합치. 이동흡 재판관만 합헌의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
“미결구금일수의 본형산입의 문제는 기본적으로 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되는 영역인바, 그 재량행사에 따른 입법이 명백히 불합리하지 않은 한 이를 위헌이라고 할 수 없으므로 반드시 전부 본형에 산입하여야만 인권이 보호된다는 논리는 성립할 수 없다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)
- 구금일수의 문제는 인신의 자유를 제한하는 가장 직접적인 국가권력의 문제인 만큼 의당

엄격한 법률유보가 적용되어야 할 부분임

- 그럼에도 불구하고 구금의 문제를 “입법자의 광범위한 입법형성의 자유”에 맡기고 법관의 재량에 따라 판단할 수 있는 법률적 문제로 치환하는 것은 인권 및 기본권에 관한 기본적인 인식조차 없다는 것을 의미함.

3. 반헌법주의

1) 미국산 쇠고기 수입위생조건 위헌확인 (헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419·423·436 (병합))

- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
 - “미국에서 소해면상뇌증이 다시 발생하고 그에 감염된 쇠고기 부위가 국내에 수입된다고 가정하더라도, 적어도 이 사건 고시에서 특정위험물질(제1조 제9항)에 대한 수입 제한 조치를 취하고 있으므로 국민들이 (……) 특정위험물질을 섭취하게 될 가능성은 매우 낮다고 할 것이다. (……) 쇠고기 소비자가 미국산 쇠고기를 섭취하지 않으려면 원산지표시를 확인하는 등으로 그 섭취를 피할 방법도 있다는 점 등을 종합적으로 고려하면, (……) 기본권 침해의 구체적이고 객관적인 위험을 드러낸 것이라고 볼 수 없다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)
 - 사건의 쟁점은 미국산쇠고기 수입위생조건이 국민의 생명·신체의 안전을 보호할 국가의 기본권보호 의무를 위반한 것인가임. 즉, 위험은 ‘미국쇠고기 중 발병부위를 섭취하면 광우병의 발병위험이 존재함’에 있으며 이 사건 쟁점은 이러한 위험을 예방하기에 위 고시가 적정한 것이었는가임.
 - 그럼에도 이동흡 재판관의 각하의견은 이 고시가 특정위험물질 수입제한조치를 취하고 있고, 원산지표시확인제도를 도입하는 등의 조치가 있으니 위험발생가능성이 없다는 이유로 각하할 것을 주장.
 - 심판의 대상으로 삼아야 할 고시를 각하의 이유로 들면서 논리를 전도하여 왜곡 결정. 이러한 판단은 ‘헌법’의 집행을 요구하는 청구인의 요청을 법률이나 고시의 해석문제로 치환하면서 헌법판단을 고의적으로 회피한다는 느낌을 주고 있음.

2) 허위통신죄(전기통신기본법 제47조 1항) 위헌소원(일명 ‘미네르바’ 사건) (헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합))

- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
 - “학문적으로는 논의되는 ‘공익’ 개념은 개인들의 이익의 양적인 합계라거나 정치적 공동체의 구성원의 공통된 이익이라거나 객관적으로 존재하는 도덕적 최고원리와 가치 체계에 비추어 구성되는 것이라는 등의 다양한 정의가 존재하지만, 법률상으로는 개

인의 이익과 구별되는 ‘공공의 이익’으로서 ‘대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익’을 의미하고, ‘특정한 사회집단이나 그 구성원의 관심과 이익에 관한 것’은 제외되는 것으로 이해되어 왔으며, 또한 여러 법률에서 그와 같은 의미로 사용되어 왔다. 행정목적이나 지원과 보호의 대상으로서 뿐만 아니라 어떠한 행위의 제한의 근거(예컨대 공중위생관리법 제9조의2 등), 심사·판단의 기준이나 인·허가의 기준(예컨대 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 제4조 등) 등 당사자에게 불이익한 공권력행사와 관련하여서도 법률상 ‘공익’ 개념의 사용은 쉽게 발견된다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- 형사법적 개념을 원용하여 헌법판단에 임함.
- ‘공익’의 개념이 추상적일 뿐 아니라 가치관이나 세계관에 따라 ‘선택가능한’ 것임에도 불구하고 공중위생관리법, 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 등을 거론하면서 공익의 개념이 명확한 것처럼 가장. 공중위생관리법 등의 개별법에서는 그 법률의 규율목적이나 체계로부터 ‘공익’의 개념(예컨대 보건·위생, 안전 등)을 도출할 수 있음. 하지만 전기통신기본법에서 말하는 ‘공익’이란 전기통신사업에 관련된 것이 아니라 모든 국가적·사회적·지역적 이익 전체를 다 의미하는 것인 만큼 구체성이 없는 것임.
- 결국 헌법의 관점에서 법문언을 해석하는 것이 아니라 미리 결론을 정해놓고 이런 저런 논거들을 조합하여 자의적인 ‘법률’판단을 내리고 이로써 ‘헌법’판단을 대체하거나 회피하고 있음.

3) 일본군 강제위안부 및 원폭 피해자 관련 부작위 위헌확인 (헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788, 2008헌마648)

- 사건 요약 : 1965년 한국과 일본 사이에 체결된 협정(‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’)으로 일본군위안부 및 원폭 피해자(강제 징용자)의 청구권이 소멸되었는지 여부에 관한 분쟁을 국가가 방치함으로써 기본권을 침해했다는 취지의 헌법소원.
- 종국결과 : 인용(위헌확인). 이동흡·이강국·민형기 재판관은 각하의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
 - “피청구인이 위 분쟁해결절차에 나아가지 않고 있는 부작위로 인하여 청구인들의 기본권이 침해당하였다고 주장하는 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하여 각하하여야 할 것이다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)
 - 대일청구권을 어떠한 방법으로 행사하여야 한다는 구체적 작위의무는 정부에 부과되어 있지 않다 하더라도 정부가 그것을 빌미로 어떠한 행위도 하지 않고 방치하고 있는 것(일반적 부작위)은, 이 협정에 의하여 청구인들이 배상을 받을 수 있는 권리나 기회가 형성될 수 있는 기회를 차단하고 있다는 점에서, 이런 정부의 부작위로 인한 권리침해는 존재함.
 - 별다른 전제 없이 일반적인 맥락에서 국가가 국민의 기본권 보호의무를 제대로 이행하지

않는 경우 이동흡 재판관과 같은 의견은 타당할 수 있으나, 이 사건과 같이 대일청구권에 관하여 국가가 국민의 청구권을 '대리'하고 있는 상황에서는 국가의 부작위는 그 자체 직접적인 권리침해라 해야 할 것임.

4) 균형법상 '계간' 처벌조항 위헌제청 (헌재 2011. 3. 31. 2008헌가21)

- 사건 요약 : 균형법 제92조 “계간 기타 추행한 자는 1년 이하의 징역에 처한다”는 처벌조항의 위헌성을 구하는 심판.
- 종국결과 : 합헌. 이동흡 재판관은 합헌의견에 대한 보충의견을 제시함.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

"대법원 역시 균형법 피적용자와 민간인과의 사이에 이루어진 추행행위에 이 사건 법률조항을 적용하게 되면, 민간인의 추행사실이 공개되어 그 명예가 훼손하는 부당한 결과를 초래할 수 있다는 점과 이 사건 법률조항의 입법취지 등을 고려하여 민간인과의 사적 생활관계에서의 변태적 성적 만족 행위에는 이 사건 법률조항이 적용되지 않는 것으로 해석하고 있다." (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- 이동흡 재판관은 보충의견에서 계간(남성들간의 성교행위)의 의미(민간인과의 성행위는 포함되지 않는다는 해석), '계간'조항의 장소적·시간적 범위 등의 판단은 '합헌적 해석'이라는 명분으로 법원의 판단을 그대로 따르거나 그에 일임함으로써 기본권 제한적인 법률규정에 대한 헌법판단의 문제를 순수한 법률판단으로 문제로 축소하고 법률에 의한 기본권 침해 가능성을 제거해야 할 현재의 기능 자체를 무력화시키고 있음.

5) 군 불온서적 반입금지 지시 위헌확인 (2010. 10. 28. 2008헌마638)

- 사건 요약 : 국방부장관의 '군내 불온서적 차단대책 강구 지시'에 의해 23종의 도서에 대한 군대 내 반입을 금지한 것이 군인들의 기본권을 침해한 것인지를 구하는 심판.
- 종국결과 : 기각·각하. 이동흡 재판관 역시 기각·각하의견으로 법정의견임.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

"국군의 사명 수행의 특수성과 군복무관계의 특수성 및 군인의 지위에 대한 헌법의 특별한 취급에 비추어 보면, 국군의 사명을 수행하기 위하여 군인의 기본권을 제한하는 법규가 필요한 경우에 법률로 직접 규율하지 아니하고 국군통수권에게 개괄적이고 광범위하게 위임하거나 군사지휘권에게 재위임하는 것도 허용된다고 봄이 상당하다." (이동흡 재판관 의견(법정 의견) 중에서 인용)

- 이와 같은 법정의견은 나치를 비롯한 전체주의체제의 법적 근거로 사용되다가 이제 이미 반법치주의적인 통치술에 불과한 것으로 비판받으며 화석화되어 버린 특별권력관계론(국가나 상급자는 법률적인 근거가 없어도 그에 소속된 군인, 공무원등을 포괄적으로 지배하고 또 기본권을 제한할 수 있다는 이론)을 복원한 의견임.

- 더구나 이런 특별권력관계론으로 군인의 '책 읽을 자유', 즉 알 권리 및 양심형성의 자유를 제한할 수 있다고 주장하는 것은 헌법적 사고능력이 전혀 없이 구시대적, 국가주의적 발상에만 젖어 있는 것이라 할 수 있음.

4. 지나친 소극주의

1) 미디어법 관련 2차 권한쟁의 (헌재 2010. 11. 25. 2009헌라12)

- 사건 요약 : 미디어법 관련 1차 권한쟁의(헌재 2009.10.29. 2009헌라8)에서 헌법재판소가 미디어법의 국회 통과 과정에서 국회의원들의 심의·표결권이 침해됐다는 결정을 하였음. 이후 권한침해 상태를 해결해야 할 국회의장의 부작위에 대하여 2차로 권한쟁의심판을 청구함.
- 종국결과 : 기각. 이동흡·이공현·민형기·목영준 재판관은 각하의견.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“헌법재판소가 권한의 존부 및 범위에 관한 판단을 하면서 피청구인이나 제3자인 국회에게 직접 어떠한 작위의무를 부과할 수는 없고, 권한의 존부 및 범위에 관한 판단 자체의 효력으로 권한침해행위에 내재하는 위헌·위법상태를 적극적으로 제거할 의무가 발생한다고 보기도 어렵다. 그러므로 2009헌라8등 사건에서 헌법재판소가 권한침해만을 확인하고 권한침해의 원인이 된 처분의 무효확인이나 취소를 선언하지 아니한 이상, 종전 권한침해확인결정의 기속력으로 피청구인에게 종전 권한침해행위에 내재하는 위헌·위법성을 제거할 적극적 조치를 취할 법적 의무가 발생한다고 볼 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)
- 이미 헌재가 절차의 위반(권한침해)으로 인해 국회의원들의 심의·표결권이 침해되었다고 판단하였음에도 불구하고 국회가 그것을 전혀 교정하지도 않아 여전히 국회의원들의 심의·표결권을 침해하는 위헌적·위법적인 상태를 방치하고 있는 사건에 대하여, 이동흡 재판관은 이런 경우에 대해 헌법재판소는 아무런 권한이 없다고 해석하면서 청구인의 주장이 적절한 것인지에 대한 판단은 아예 하지 않은 채 각하의견을 낸 것은 헌법재판소의 권한을 너무 축소시키고 있음.
- 이는 지나친 사법소극주의로 의회의 권한을 헌법재판소로 하여금 통제하도록 규정하고 있는 우리 헌법 및 헌법의 최고성을 바탕으로 하는 입헌주의의 이념을 도외시한 것이라 볼 수 있음.

2) 양벌규정의 위헌성 심사 (헌재 2010. 7. 29. 2009헌가14 등)

- 관련 사건 : 종업원의 위법행위에 대해 법인 등이 처벌받도록 되어 있는 벌령규정(양벌규

정)에 관한 다수의 위헌심사에서, 이동흡 재판관은 모두 합헌의견(반대의견)을 제시함.

- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“대법원 판례에서 말하는 ‘영업주의 종업원 등에 대한 선임감독상의 과실’이란 것이 영업주의 ‘업무’와 종업원 등의 ‘위반행위’를 연결해 주는 주관적 구성요건 요소로서 추단될 수 있는 것이고, 이러한 주관적 구성요건 요소는 문언상 명시되지 않더라도 위와 같이 해석될 수 있는 것이므로 이러한 해석을 전제로 할 때 이 사건 심판대상 법률조항들은 형벌에 관한 책임주의 원칙에 위반되지 아니한다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- 양벌규정에 대하여 합헌 취지의 반대의견을 내면서 대법원의 판단에 의할 경우 선임·감독상의 고의·과실이 있는 때에만 처벌하고 있는 만큼 별도의 위헌결정은 불필요하다는 취지의 주장을 함.
- 책임주의의 원칙에 입각할 경우 쌍벌규정의 문제점이 드러나면 그것을 위헌결정을 통해 입법적으로 해결하도록 하는 것이 바람직하나, 이 경우에는 대법원의 결정에 일임하면서 입법불비의 문제를 방임하는 양상을 보임.
- 입법상의 문제가 있음이 인정되는 경우 이를 현재가 적극적으로 나서서 교정하고자 하는 의지를 보이지 않음으로써 현재의 존재를 무력화하고 있는 상황임.

※ 사회적 침해가 있는 경우 법인의 책임을 의제하여 “법인의 임원·직원의 위법행위 중에서 법인의 업무에 관한 위법행위에 대해서만 법인에게 책임지우”자고 하는 조대현 재판관의 반대의견과 이동흡 재판관의 의견은 전혀 다른 맥락에 있음. 이동흡 재판관의 경우 대법원의 판례에 따라 법인이 면책될 수 있는 경우를 인정한다는 점에서 다수의견과 견해를 같이 하되 단지, 그 처리방식을 위헌결정에 따른 입법개선의 방법이 아니라 합헌판단을 하여 법률은 그대로 주되 그 해석을 법원의 재량적 판단에 맡겨두자는 것임.

5. 편향적 결정

1) PD수첩 <친일파는 살아있다 2> 경고처분 취소 (헌재 2007. 11. 29. 2004헌마290)

- 사건 개요 : 방송위원회가 2004.3.9. MBC PD수첩의 <친일파는 살아있다 2> 방송에 대하여 내린 경고처분이 방송의 자유를 침해한 것으로 취소를 구하는 심판.
- 종국결과 : 일부인용(처분취소). 이동흡 재판관만 반대의견(기각)을 제시함.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가

“의원들이 앞으로 출마할 국회의원선거에서, 그들 부친의 실제 행적이나 위 의원들의 능력과 자질과 무관하게, 위 방송내용만으로 선거에 불리하게 작용될 소지가 있다고 볼 것이고, 피청구인은 이러한 점을 지적하면서 이 사건 경고에 이르고 있다. 그렇다면 ‘선거방송의 공정성’이 훼손되었다는 피청구인의 판단이 비합리적이거나 자의적

인 것이라고 볼 수 없고, 달리 그 판단재량의 범위를 벗어난 것이라고 불만한 사정이 없다.” (이동흡 재판관 의견 중에서 인용)

- 선거방송의 공정성을 확보하기 위한 선거방송심의위원회의 결정 및 이에 기한 방송위원회의 처분에 대하여 합헌취지의 의견을 제시하였음. 하지만 이러한 주장은 선거방송의 공정성을 당사자인 국회의원의 명예권보호와 결합시킴으로써 그 입법목적에 왜곡하고 있을 뿐 아니라, 현재 선거가 실시되고 있지도 않은 상황에서 일제청산과 관련한 법률안에 반대하는 국회의원의 신상관련 사항을 보도한 것이 그 국회의원이 향후의 선거에서 불리하게 작용할 수도 있다는 막연한 추정만으로 방송의 자유를 제한하는 무리한 판단이라 할 것임.
- 언론의 중요한 축인 방송에 대하여는 명백하고도 현존하는 위험 또는 우리 현재가 말하는 “명백한 위험”이 있을 때에만 제재할 수 있음에도 불구하고 이동흡 재판관은 이 사건에서 막연한 위험, 혹은 위험발생의 가능성만으로 방송의 자유를 제한할 수 있다는 식의 반헌법적인 판단을 하고 있음.
- 이러한 주장은 결국, 일정한 당사자·관련자에 유리한 결론부터 정해놓고 그에 맞추어 의견을 정리한 편향적인 판단에 기인한 것으로 보임.

2) 친일반민족행위자 재산환수 위헌소원 (현재 2011. 3. 31. 2008헌바141, 2009헌바14등(병합))

- 사건 개요 : 친일반민족행위자의 재산에 대한 국고 환수를 규정하고 있는 법률(‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’)의 위헌성에 대한 심판.
- 종국결과 : 합헌. 이동흡·목영준 재판관의 일부한정위헌 의견과 이강국·조대현 재판관의 일부위헌의견이 있음.
- 이동흡 재판관 의견에 대한 평가
 - 이동흡 재판관은 친일반민족행위자의 경우에도 일제가 실시한 ‘사정(査定)’(일제의 토지정리 사업에 의한 장부기재 절차)에 의한 취득의 경우는 환수법의 적용대상에서 제외하는 한정 위헌의견을 제시하였음.
 - 이러한 의견은 친일반민족행위자재산환수법의 입법취지 자체가 친일반민족행위자가 일제강점기에 취득한 재산에 대해 반민족성을 추정하고 이를 바탕으로 국고환수하도록 한 것이라는 점을 간과하고 있음.
 - 일제의 토지·임야조사령에 기반한 ‘사정’으로 인하여 우리나라의 토착적인 지배지주계급들이 소작농들의 관습상의 권리를 박탈하고 재산권을 확보하는 한편 이를 통해 일제와 타협하고 유착하는 계기를 마련하였으며, 친일반민족행위자들이 재산을 확보한 경우가 적지 않았다는 점을 감안한다면 이동흡 재판관의 이러한 주장은 법적 판단이라기보다는 일정한 편향적 입장에 기반한 법리왜곡처럼 보이기도 함. [\[참\]](#)

참여연대 보고서 제2013-01호

이동흡 헌법재판소장 후보자 판례 분석

발 행 일 2013. 01. 20

발 행 처 참여연대 사법감시센터 (소장 : 하태훈 교수)

담 당 이진영 선임간사 02-723-0666 regina@pspd.org

Copyright ©참여연대, 2013 ※본 자료는 참여연대 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.



세상을 바꾸는 시민의 힘! 정부보조금 0%, 회원의 회비로 운영됩니다

대표전화 02-723-5300

회원가입 02-723-4251

ARS후원 060-7001-060

주 소 110-043 서울 종로구 자하문로9길 16 (통인동)

홈페이지 www.peoplepower21.org
