

미국연방 헌법과 헌법판례 개관

김 용 균¹⁾

헌법재판소 사무처장

본인은 1994년 3월 미국 아세아재단의 초청에 따라 미국연방 최고법원, 의회도서관 및 조지워싱턴대학교 법과대학에서 미국의 헌법과 헌법판례를 연구할 기회를 가졌다. 짧은 연구일정 속에서 나는 Michael Kabik 변호사의 도움을 받으며 미국의 헌법판례를 사법권, 입법권, 행정권, 주체통상조항, 국민의 기본권 일반, 적법 절차, 평등보호, 언론·출판 및 결사의 자유 등의 주제로 나누어 연구하여 보았다. 이 글은 미국헌법의 전체적 구조와 주요 쟁점에 관한 판례를 간략하게 소개함으로써 미국적 입헌주의(Constitutionalism)의 실상을 조감하는데 주안을 두었다. 일정상 주와 연방정부의 관계, 형사절차상의 기본권 보장 등의 분야에 대한 연구는 제외하였다. 이번 연구기간 중 헌법재판소 도서실에서 소장하고 있는 United States Supreme Court Reports (Annotated) L. Ed 2d.의 결본을 최근호까지 전부 구입할 수 있었던 것을 다행으로 생각하며, 미국헌법에 관련된 Law Review Article 등 주요 논문을 각 주제별로 수집할 수 있었던 것도 큰 소득이다. 이 글에 소개된 판례가 필요한 경우 이제는 헌법재판소 도서실에서 바로 찾아볼 수 있을 것이며, 수집한 주요 논문은 분량이 많기 때문에 이 글의 말미에 제목만을 소개하

1) LL B 1964 Seoul N. U. / MA in Gov't 1974 American U. /LL M 1976; SJD 1978 Geo. Wash. U.

고 논문들은 합철하여 도서실에 비치해 두고자 한다.

미국 연방 최고법원에서는 법원 행정처장 William K. Suter와 연구교수 Mark Brown, 의회도서관에서는 Johnny H. Killian 박사, 조지워싱턴대학교에서는 Thomas Buergenthal 교수의 도움을 받았다.

연구를 위한 짜임새 있는 프로그램을 마련해 준 아세아재단 한국지부장 Tam B. Ormiston 박사와 연구일정을 진행해준 워싱턴지부 John Brandon씨에게 감사를 드린다.

- 목 차 -

제 1 장 미국헌법 개요

제 1 절 권력구조

제 2 절 수정조문

제 3 절 헌법의 발전

제 2 장 사법권(Judicial Powers)

제 1 절 위헌법률심사권

제 2 절 연방 최고법원의 상소 관할권

제 3 절 위헌심사권에 대한 헌법적·정책적 제한

제 4 절 위헌심사를 제약하는 개별적 원칙들

제 3 장 입법권(Legislative Powers)

제 1 절 권한의 범위(Congressional Power)

제 2 절 조세권(Taxing Power)

제 3 절 세출권(Spending Power)

제 4 절 조사권(Investigatory Power)

제 5 절 국회의 특권(Congressional Immunity)

제 6 절 전쟁에 관한 권한

제 4 장 행정권(Executive Powers)

제 1 절 근거

제 2 절 범위(Scope)

제 3 절 행정특권(Executive Privilege)

제 4 절 행정협정(Executive Agreement)

제 5 장 주세통상조항(The Interstate Commerce)

제 1 절 권한의 범위

제 2 절 치안유지권에까지의 확대

제 3 절 통상의 흐름원칙(the Stream of Commerce
Doctrine)

제 4 절 영향력의 원칙(The Affection Doctrine)

제 6 장 국민의 기본권 개요(Introduction to Individual
Rights)

제 1 절 상법절차조항(Due Process Clauses)

제 2 절 평등보호조항(Equal Protection Clause)

제 3 절 정부의 행동(State Action)

제 4 절 언론·출판 및 집회의 자유

제 5 절 종교의 자유

제 6 절 정부권력에 대한 다른 제약들

제 7 장 적법절차(Due Process)

제 1 절 서

제 2 절 절차의 적법절차(Procedural Due Process)

제 3 절 실체적 상법절차(Substantive Due Process)

제 8 장 평등보호(Equal Protection)

제 1 절 근 거

제 2 절 일반론

제 3 절 전통적 시험(Traditional Test)

제 4 절 의심스런 분류방식-“엄중한 조사”:인종 또는 민족적 소수인을 고의적으로 차별하는 정부의 조치는 의심스러우며 엄중한 조사를 받게 된다.

제 5 절 준 의심스런 분류방식-중간적인 수준의 심사: 성 또는 적출여부에 따른 분류는 “의심”스러운 것이 아니다.

제 6 절 의심스럽거나 준의심스러운 것이 아닌 분류방식

제 7 절 기본적 권리-엄중한 조사

제 8 절 기본권이 아닌 권리들

제 9 절 반박할 수 없는 추정과 청문의 권리

(“Irrebuttable Presumptions” and the Right to a Hearing)

제 9 장 언론·출판 및 결사의 자유(Freedom of Speech, Press and Association)

제 1 절 서론(In General)

제 2 절 불법적 행동의 옹호

제 3 절 보호되지 않는 선동이나 활동을 하는 집단에의 가입-불법단체 가입만으로도 처벌되는 경우

제 4 절 구성원 또는 구성체에 대한 강제적 노출요구

제 5 절 보호되지 않은 선동이나 결사에 대한 민사처벌

제 6 절 공직취임, 면허받은 전문직 또는 다른 공적 행
태의 제한

제 7 절 국정조사에서의 공개요구

◇◇◇각 주제별 주요논문 및 자료

제1장 미국헌법 개요

1978년 헌법회의(Constitutional convention)에서 만들어진 미국 헌법은 약 7,500 단어로 구성되어 있다. 그 단어들은 1788년에 제정된 전문 및 7개의 원조문과 1791년에서 1992년 사이에 비준된 27개의 수정조문으로 구성되어 있다. 제7조는 현재 적용되지 않으며 수정 제18조는 수정 제21조에 의하여 폐기되었다. 제1조는 입법권, 제2조는 행정권, 제3조는 사법권, 제4조는 연방과 주정부의 관계, 제5조는 헌법개정 등, 제6조는 경과조치 등과 제7조는 연방헌법의 비준 절차 등을 정한다.

제 1 절 권력구조

원조문상 헌법은 먼저 권력의 분립과 제한을 규정하고 있다.

1. 헌법은 정부가 가지는 세 가지의 기본적 권력-입법, 행정과 사법권-을 제 I, II, III조에서 각기 다른 기관-의회, 대통령 및 연방 최고법원-에 부여하고 있다.
2. 헌법은 더욱이 입법기관의 권한을 상원과 하원으로 양분하고 있다.
3. 헌법은 의원과 장관 및 판사의 겸직을 금지하고 있다.
4. 헌법은 주정부도 중요한 권한을 보유하도록 하고 있다.
5. 헌법은 어떤 기관이 다른 기관의 권한을 침해하는 것을 금지하고 있다. 예컨대, 국회에 의한 “권리박탈법”의 제정은 사법권을 침해하는 것이므로 금지하고 있다.
6. 마지막으로 헌법은 궁극적인 권력을 국민에게 보유하게 하고 있다. 국민은 헌법의 개정권 또는 대통령과 국회의원의 선거

권을 보유함으로써 권력을 행사하는 지도자들을 교체 할 수 있는 공권력을 보유하게 된다.

제 2 절 수정조문

27개의 수정조문은 네 개의 부류로 나누어 볼 수 있다. 그것은 국민의 권리(보통 정부의 권력을 더욱 제한함으로써 확보한다), 투표권, 권력구조 및 정부의 권력 등에 관한 것이다. 수정 제14 조는 특별한 관심을 끈다. 왜냐 하면 동 조항은 연방과 주정부의 권력관계를 급진적으로 변화시켰고 1868년 동 조항의 비준은 두 번째 헌법혁명으로 볼 수 있다. 수정 제14조는 주정부가 적법절차를 거치지 않고 개인의 생명, 자유, 재산을 침해하는 것을 금지하고 있고 이를 위한 연방의회의 통제권을 부여한다.

1. 첫 10개의 수정조문으로 구성되어 있는 권리장전은 1791년에 비준되었다. 첫 9개의 수정조문은 국민의 기본권 보장을 위하여 연방정부의 권력을 제한하였는데 그 후에 수정14조에 의하여 주정부의 권력도 제한하고 있다. 권리장전은 언론출판의 자유, 종교·집회청원의 자유, 영장 없는 체포·수색으로부터의 자유, 사유재산에 대한 정당한 보상, 신속한 재판받을 권리와 고소인을 접할 권리, 배심재판, 자기부죄금지, 이중위협금지 및 잔인하고 비정상적인 형벌의 금지와 적법절차에 따르지 않는 생명·자유·재산의 침해 금지 등을 규정한다.
2. 투 표
수정 제15조는 인종 및 피부색에 따른 투표권의 제한을 금지한다.
수정 제19조는 여성의 투표권 제한을 금지한다.

수정 제23조는 D. C의 시민에 대한 대통령선거 등에서의 투표 권의 제한을 금지한다.

수정 제24조는 poll tax를 금지한다.

수정 제26조는 투표연령을 18세로 낮춘다.

3. 정부의 구조

수정 제10조는 연방정부에 부여된 권한 이외의 모든 권한은 주정부 또는 주민에게 있다는 원칙을 선언한다.

수정 제12조는 대통령선거에서 선거인단의 투표를 계산하는 방법을 극적으로 바꾸고 있다.

수정 제17조는 상원의원 선출에 있어 주의회에서의 간선이 아닌 주민의 직선에 의한 선출을 요구한다.

수정 제20조는 새로운 국회 회의일자와 대통령취임일을 규정하고 대통령당선자가 취임 이전에 사망한 경우에 대한 규정을 두고 있다.

수정 제22조는 대통령의 중임을 1차에 제한하고 있다.

수정 제25조는 대통령의 사망이나 불구폐질에 대한 것을 정하고 대통령직무대리에 대해 규정한다.

수정 제27조는 의회의 의원봉급 인상을 제한한다.

4. 정부의 권력

남북전쟁의 세 가지 소득-수정 제13,14 및 15조-은 의회에 추가적인 권한을 부여하는 것이다. 동 규정들에 따라 의회는 주에 의한 노예, 중복 및 차별적 제도를 폐지할 수 있다.

수정 제16조는 의회에 연방소득세법 제정권을 준다.

수정 제18조는 비준 후 15년만에 폐지되었으나 음용을 목적으로한 주류의 생산, 판매 또는 운반을 금지하고 의회 및 주정부에 그 집행권을 부여하였다.

수정 제21조는 동 금지규정을 폐기함과 동시에 주정부가 원할

때는 주류에 대한 금지조치를 할 수 있는 권한을 계속 부여하고 있다.

제 3 절 헌법의 발전

200여 년에 걸친 미국정부의 운영을 통하여 미국헌법은 본래 제정 당시의 헌법으로부터 극적인 전환을 해왔다. 특히 다음 다섯 가지의 발전이 그 변화를 잘 설명해 주고 있다.

1. 가장 최초의 발전은 마셜 최고법원장에 의한 1803년의 Marbury v. Madison 사건에서의 헌법의 해석과 운용에 대한 대담한 선언이다. 최고법원은 법률의 위헌을 선고할 수 있다는 것이며 이로써 법원의 위헌법률심사권이 창출된다.
2. 약 75년 후에 나타난 수정 제14조이다. 동조에 따라 연방법원은 한때 주정부의 전권으로 생각되던 경찰권과 재판절차 등을 감독할 수 있게 된다.
3. 수정 제14조 “적법절차(due process of law)”조항의 유연성은 최고법원이 국회의 입법절차뿐만 아니라 주 및 연방의회에 의하여 제정된 법률의 실체에 대한 통제권도 행사하게 하였다. “실체적 적법절차”의 독트린은 오랫동안 임금, 조세, 경제규제 및 개인의 기본권에 관한 법률 등의 합헌성까지도 심사해 왔다.
4. 지난 40여 년간 수정 제14조의 평등보호조항(Equal Protective Clause)은 최고법원에 의한 동 조항의 폭넓은 해석과 운용에 따라 사회관계의 형태를 전적으로 재구성하게 하는데 기여해 왔다. - 예컨대 인종차별과 성별, 종족 및 내외국인의 차별대우에 관한 법률을 위헌선고하는 기능

을 수행하여 왔다.

5. 발명과 산업화에 따른 경제와 상업관계의 대변혁은 연방정부와 의회로 하여금 주제통상조항 등을 확대 해석하면서 최초에는 상상도 못한 많은 규제를 할 수 있도록 허용해 왔다. 최고법원은 이 오랜 그러나 살아 있는 장전을 날로 새롭게 해석해 가면서 미국인의 생활을 시대에 맞게 적절히 규제하여 왔다.

제 2 장 사법권 (Judicial Powers)

미국은 연방제 국가이므로 일반적인 통치권은 주정부가 보유하며, 연방정부는 헌법이 명시하는 권한만을 행사하는 것이 원칙이다. 그러나 연방정부가 하등의 의문 없이 행사하는 여러 권한들은 헌법이 명시하지 않은 것도 많다. 나아가 연방 최고법원은 헌법의 새로운 해석을 통하여 연방정부의 권한을 꾸준히 확대시켜 왔다. 미국헌법 제3조 제1항은 연방의 사법권은 “연방 최고법원 및 국회가 그 때 그 때 명하거나 정하는 하급법원에 속한다”라고 규정한다. 연방 최고법원은 일반적으로 연방법률에 관한 분쟁, 연방정부가 당사자인 사건, 또는 어떤 주정부와 다른 주의 시민 사이의 사건, 또는 각기 다른 주에 속하는 시민간의 사건에 대하여 관할권을 가진다. 그러나 이 경우에도 i) 주권면제의 원칙(sovereign immunity)에 따라 미연방정부나 그 소속공무원에 대한 소송은 그 동의가 없이는 금지한다. ii) 수정 제11조는 연방 최고재판소에 주정부를 당사자로 하는 소송을 제기하는 것을 어느 정도 제한한다. iii) 연방법원은 사건이나 분쟁에 관해서만 재판한다. iv) 피해는 반드시 현실적이며 개인적 이해관계가 있어야 한다. v) 피해는 법적으로 회복가능해야 한다. vi) 연방 최고

법원은 주에서의 모든 구제수단이 최종적으로 행사되고, 연방법에 관련된 사건에 한하여 주법원의 판결을 심사한다. vii) 정치문제에 대한 판결을 자제한다.

미국헌법 제3조 제2항은 연방법원의 재판관할권을 “사건과 분쟁”에 제한하고 있다.

제 1 절 위헌법률심사권

헌법이 명시한 것은 아니나 연방 최고법원의 권한 중 가장 중요한 것은 위헌법률심사권이다.

-Marbury v. Madison 5. U. S. 137, 2 L. Ed. 60(1803)에서 법원의 연방법률 및 명령에 대한 위헌심사권이 확립된다.

-Fletcher v. Peck, 10 U. S. 87, 3 L. Ed 162(1810)에서 주법에 대한 위헌심사권도 인정되었고,

-Martin v. Hunters Lessee 14 U. S. 304(1816)에서 연방 최고법원은 연방 하급법원 사건에 대한 상소재판과 함께 주법원 사건의 상소에 대한 재판권도 있음을 밝힌다.

제 2 절 연방 최고법원의 상소 관할권

1. 의회가 정한다. Ex Parte Mc Cardle, 74 U.S.506(1868)에서 의회가 연방 최고법원의 관할권에 대한 예외를 정할 권한이 있음을 인정한다. 종래 권리행사로서의 상소와 재량권으로서의 사건이송명령제(Certiorari)가 존재하였으나 1988년의 법률 개정으로 현재는 대부분이 연방 최고법원의 사건이송명령에 의존하여 재판한다.
2. 사건이송명령의 허용은 9명 중 4명의 재판관이 동의할 때 가

능하다. 사건이송명령이 허가되지 않은 사건은 그 사건의 심사가 필요하다고 생각하는 재판관이 4명에 미치지 못한다는 뜻이 있을 뿐 당해 사건의 본안에 대하여 최고재판소가 어떤 견해를 표명하는 것은 아니다 Maryland v. Baltimore Radio Show, Inc., 338 U. S. 912(1950).

제3절 위헌심사권에 대한 헌법적·정책적 제한

첫째는 헌법 그 자체에 의한 제한이다. 수정 제11조는 주를 상대로 한 사건의 재판을 제한하며 제13조는 “사건과 분쟁”에 대한 심사만 허용한다. 둘째는 법원 자체의 양식에 따른 자제에 기인한다. 법원은 그 스스로의 법적·정치적 지위를 “헌법적 쟁점을 처리함에 있어서 엄중한 필요성의 원칙”에 따른다는 것으로 제한하고 있다. Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles, 331 U. S. 549(1947).

1. 헌법적 제약

-수정 제11조의 제약

(1) 주를 상대로 하는 소송은 금지된다.

doctrine of sovereign immunity를 통해 Chisholm v. State of Georgia 2 U. S. 419(1793)에서 연방법원에서 특정주를 상대로 한 소송을 허용한 데 대한 비판으로 수정 제11조를 만들게 된다. 그 후 Hans v. Louisiana, 134 U. S. 1(1890)

(2) 그러나 그 주의 동의가 있으면 제소가 가능하다.

(3) Ex Parte Young, 209 U. S.123(1908)-헌법에 위반된 행위는 주의 행위가 아니다.

(4) 그러나 수정11조에 대한 제약은 수정13조 2항, 수정14조 5항, 수정15조 2항에 의한 연방의회의 입법권에 의하여서도 가능하다.

-“사건 또는 분류”의 요건

Flast v. Cohen, 392 U. S. 83(1968)은 그 요건내용을 설명한다. 법원은 충고적 의견(advisory opinion)은 내지 않는다. 피와 살이 개재된 분쟁일 것(“flesh and blood” controversy principle)을 요구한다.

2. 정책적 제약

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U. S. 288 (1936)

-호의적 또는 분쟁이 없는 사건(friendly non-adversary case)은 다루지 않는다.

Rescue Army v. Municipal Court of Angeles, 331 U. S. 549 (1947).

-그 외 사법의 자제력 행사라는(policy of self-restraint)정책에 따른 제약이 있다.

제4절 위헌심사를 제약하는 개별적 원칙들

- o 누가 위헌심판청구를 할 수 있는가(당사자의 적격의 문제)
- o 언제 위헌심판청구를 할 수 있는가(ripeness, mootness, abstention)
- o 무엇을 위헌심판청구 대상으로 할 수 있는가

1. 누가 하는가

(1) 헌법적 요건

제3조의 해석 Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

Los Angeles v. Lyons, 461 U.S. 95 (1983)

i) 사실상의 피해가 있을 것

Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976)

ii) 인과관계가 있을 것

Allen v. Wright, 428 U.S. 737 (1984)

(2) 연방납세자의 제소-일정 조건하에 인정된다.

Flast v. Cohen, 392 U.S. 83 (1968)

(3) 시민소송-법으로 허용한 경우에만 가능하다.

Gladstone Realtors v. Village of Bellwood, 441 U.S. 91

(4) 제3자 소송-예외적으로 허용된다.

· 의사와 환자의 관계에서 Singleton v. Wulff, 428 U.S. 106 (1976)

· 판매자와 구매자의 관계에서 Craig v. Boren 429, U.S. 190 (1976)

· 조직체의 대리권

Hunt v. Washington State Apple Advertising Com'n, 432 U.S. 333 (1977)

2. 언제 제기하는가

(1) Mootness(모의성)

낙태(abortion)-산모의 생명이 위태로울 경우에만 낙태를 허용하는 법률의 위헌 여부를 다루는 경우 임신 9개월이 경과한 후에도 위헌의 주장과 심사가 가능하다. 왜냐 하면 그 때 Moot를 이유로 심사를 피하면 다시 같은 사례가 반복될 수 있기 때문이다.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

반복청구(Capable of repetition)의 가능성이 있는 경우 청구

를 인정한 사례

First National Bank v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978)

(2) 성숙성, 시기상조와 추상성(Ripeness, Prematurity, and Abstractness)

-성숙성의 문제(ripenes)

United Public Workers of America v. Mitchell, 330 U.S. 75 (1947)

-시기상조 내지 추상성의 문제(Premature or abstract)

Socialist Labor Party v. Gilligan, 406 U.S. 583 (1972)

3. 무엇을 할 것인가-정치문제(What-The Political Question Doctrine)

고전적, 기능적 측면에서의 신중한 고려를 통하여 정치문제를 구분하는 기준을 제시한 판례들.

Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

Political Question

Powell v. McCormack, 395 U.S. 486 (1969)

Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939)

제3장 입법권(Legislative Powers)

제1절 권한의 범위(Congressional Power)

1. McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)

-의회가 국민은행을 설립할 권한이 있는가(a power to incorporate a national bank)

-연방입법권에는 헌법에 명시된 것과 함축된 권력이 존재한다.(express and implied power).

-그 중 가장 중요한 것은 “필요하고도 적절한” 권한을 가진다는 헌법 명문에서 도출한다(The Necessary and Proper Clause, Art I. Sec. 8, cl.18).

Congress shall have power “To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing Powers, and....”

2. 그 이외에도 본래적 권한(inherent power)이 존재한다고 보는 분야는 섭외문제(external or foreign affairs)에 대한 권한이다. United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).

3. 입법권의 위임(Delegation of Congressional Power)

의회의 입법권을 행정부나 관청에 위임할 때는 너무 광범위하여서는 안 된다 Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U.S. 388(1935) ; Schechter Poultry Co. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

(1) 기준 : 자의적인 재량의 방지와 권력분립의 원칙을 준수하기 위하여 입법권의 위임에는 “명료한 기준”(intelligible standard)을 정하여 수임자의 재량권을 제한하여야 한다 Yakus v. United States, 321 U.S. 414 (1944).

(2) 그러나 1935년 이후 최고법원은 기준에 대하여 매우 관대한 입장을 취해 왔다. 그러나 최근 최고법원은 의회가 위임을 통해 중요한 정책결정(Critical policy Decision)을 기피했다는 이유로 입법권의 위임 무효를 선고한 바 있다 American Textile Manufactures Institute v. Donovan, 452 U.S. 490 (1981)

(3) 사법부예의 위임-판결선고의 지침을 정하기 위한 위원회를 사법부에 설치하는 권한의 위임은 합헌으로 판정함

Mistretta v. United States, 109 S. Ct 647 (1989)

제 2 절 조세권(Taxing Power)

1. 제1조 제8항은 의회가 세금을 부과하고 징수할 수 있는 독립된 권한이 있다(Congress shall have an independent power to lay and collect taxes)고 정한다. 이 권한은 어디까지나 예산상(fiscal)의 권한이며 규제적(regulatory)권한은 아니다.
2. 최고법원은 어린이를 고용하는 업주에게 특별세를 부과하는 연방 아동노동세(federal child labor tax)는 세금의 목적이 오로지 금지위주 내지 규제위주라는 이유로 무효임을 선언했다 Bailey v. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20 (1922).
3. 그러나 최근에는 “처벌 내지 규제(penalty) 금지의 원칙”이 “객관적 합헌성(objective constitutionality)의 원칙”으로 전환하였다. 도박을 하는 사람에 대한 특별세는 그것이 규제적 효과를 나타내기는 하지만, 동 세금의 객관적 목적이 세원을 확보하는 데 있는 한 유효하다는 판단을 하였다. U.S. v. Kahriger, 305 U.S. 22 (1953).

제 3 절 세출권(Spending Power)

1. 헌법 제1조 제8항은 국회는 채무의 변제와 미합중국의 방위 및 일반 복지를 위한 지출을 할 권한이 있다(Congress shall have the power.....to pay the debt and provide for the common defense and general welfare of the United States.)라고 규정한다.-주된 논점은 연방의회의 세출권이 다른 명시적 권한과 독립된 것인지(Hamilton의 해석) 아니면 다

른 명시적 권한을 수행하는 수단에 불과한 것인지(Madison의 해석)이다. 최고법원은 독립된 권한임을 천명하면서도 1933년 농업조정법이 규제적임을 이유로 무효를 선언한 바 있다 U.S. v. Butler 297 U.S. 1 (1933).

2. 그러나 New Deal 입법의 하나인 1935년의 사회보장법은 합헌으로 선고되었다. 즉 의회의 세출권에 기한 program에 의하여 연방이 요구하는 실업보상계획을 수행하는 모든 주에 대하여 연방기금의 지원을 허용하는 것은 합헌임이 선언되었다 Steward Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548 (1937).
3. 그러나 근래에는 의회가 일반 복지를 위하여 광범위한 권한을 행사하고 최고법원도 이를 존중하여 왔다. 연방건설계약에 있어 10%를 소기업에게 주도록 한 법안은 포괄적인 정책목적을 위한 수단으로서 합헌임이 선고되었다 Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448 (1980). 또한 수정 제21조가 최저 음주연령을 의회가 정하는 것을 제약하기는 하지만, 연방의회가 최저 음주연령을 정하고 있는 주에게 연방고속도로기금의 특정 %를 지원하도록 정하는 것은 합헌임을 선고한 바 있다 South Dakota v. Dole, 483 U.S. 203 (1987).

제 4 절 조사권(Investigatory Power)

1. 입법권에 함축된 권한

헌법에 의회의 조사권이나 증언요구권이 명시되어 있지는 않으나 입법권 행사에 부수되는 필수적 권한으로 인정되어 왔다 McGrain v. Daugherty, 273 U.S. 135 (1927).

의회는 의회 또는 위원회에 증인의 출석을 강요할 수 있으며,

질문에 대답할 것을 명할 수 있다 *Sinclair v. United States*, 279 U.S. 263 (1929).

2. 범위(Scope) : 조사권은 그 당시 의회가 가진 관할권의 범위 내이다.-즉 그 당시 정당한 입법권을 행사하고 있는 문제에 국한한다. 의회는 시민의 사생활에 대한 일반적 조사를 하는 권한을 가지지 않는다 *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880).

그 범위는 조사를 허용하고 있는 법률 또는 결의문을 기초로 판단한다. 더구나 현재 추진 중인 입법에 국한한 정보만을 조사하는 것은 아니며 조사권은 의회가 정한 모든 사안에 걸쳐 행사된다.

3. 제재 : 의회의 조사권을 효과적으로 행사하는 데 필요한 유력한 제재는 모독죄(contempt)로 처벌하는 것이다 *Anderson v. Dunn*, 19 U.S.(6 Wheat) 204(1821). 의회는 모독죄에 대하여 재판하고 유죄를 선고하고 벌금을 부과하거나 구금할 수 있으나 구금은 그 회기기간 중에 한한다.
4. 제한 : 답변거부문제는 자기부죄금지, 수정 제1조 청문회의 적법절차 여부 등과 관련하여 문제가 제기된다.

제5절 국회의 특권(Congressional Immunity)

헌법 제1조 제6항은 “상원 또는 하원의원은 의회에서의 연설이나 토론에 대하여 다른 장소에서 심문당하지 않는다”라고 정한다. 또한 의원의 입법활동에 대하여 민·형사상의 소추를 금지한다 *United States v. Johnson*, 383 U.S. 169 (1966).

1. 근거(Rationale) : 민·형사상의 소추 등을 방어하기 위하여 상

- 하원 의원이 입법과제에 대한 관심과 주의, 시간, 에너지 등을 허비해서는 안된다는 것이 그 이유이다 Eastland v. United Service-men's Fund, 421 U.S. 491 (1975).
- 2. 인적 범위 : 상·하의원과 그 보좌관들을 포함한다 Gravel v. United States, 408 U.S. 606 (1972). 그러나 주의원이 연방법을 위반하여 기소된 경우에는 특권이 해당되지 않는다 U.S. v. Gillock, 445 U.S. 360 (1980).
- 3. 면책범위 : 정규 입법과정에서 일어난 활동이나 그러한 활동의 동기 등은 사법절차상 불리하게 쓰여져서는 안된다. 그러나 장래 입법활동의 전제가 되는 의원의 행위는 증거로 사용될 수 있다. 즉 입법에 영향을 미치기 위한 수뢰죄의 소추는 허용된다 U.S. v. Brewster, 408 U.S. 501 (1972).
- 4. 입법활동이란 : 의회장에서의 발언뿐만 아니라, 어떻게 투표했으며 투표키로 결정하였는지, 위원회 청문회에서의 활동, 청문회에서의 자료소개 및 위원회의 보고서 작성 등을 포함한다. 그러나 비록 법률이 허용하더라도 위원회의 보고서를 일반에게 배포하거나 Doe v. McMillan, 421 U.S. 306 (1973), 의회에서 만들어진 명예훼손적인 발언들을 신문 등에 재발행케 하는 행위 등은 면책되지 않는다 Hutchinson v. Proxmire 443 U.S. 111 (1979).
- 5. 정치활동(Political Acts) : 정치활동은 발언면책조항에 해당되지 않는다. 선거구민에의 서신 또는 봉사활동과 의회 외에서의 연설이나 출판 등 정치활동은 면책이 되지 않는다 U.S. v. Brewstar, 408 U.S. 501 (1972).

제6절 전쟁에 관한 권한

1. 제1조 제8항에서의 의회는 선전포고, 군대의 육성지원, 해군의 창설 유지, 정부를 위한 규정 및 육상 및 해상군의 규제 및 군사력의 조직, 무장, 기강확립, 동원 등의 권한을 가진다고 규정-이 권한은 의회로 하여금 전쟁을 효과적으로 대처키 위한 광범위한 권한을 제공하며, 이 권한에 기하여 국가경제를 포함한 국내문제에 영향을 미치는 조치 등을 할 수 있다.
2. 전쟁이 끝난 후에도 전후복구조치를 위한 임대료 규제 등이 가능하다 Woods v. Cloyd W. Miller Co.,333 U.S. 138 (1948).

제 4 장 행정권(Executive Powers)

제 1 절 근거

헌법 제2조 제1항은 “행정권은 미국의 대통령에게 귀속한다 (The executive Power shall be vested in a President of the United States of America)”라고 규정한다. 이 귀속절(Vestiture Clause)에 의하여 대통령은 권한을 위임하거나 행정부의 모든 구성원을 임명하는 광범위한 권한을 행사하며, 모든 행정권은 궁극적으로 대통령의 손에 귀속되는 것이다.

제2절 범위(Scope)

1. 임명권

헌법 제2조 제2항 제2절은 대통령은 헌법에 달리 규정이 없는 한 상원의 자문과 동의를 받아 대사, 장관과 자문기구 구성원, 대법관 및 미국의 모든 공무원에 대한 지명 및 임명권을 행사한다……다만 의회는 하급직 공무원에 대하여는 대통령이 단독으로 또는 법원이나 각부의 장관이 임명토록 권한을 부여할 수 있다.

(1) 의회가 임명하는 경우 : 의회는 위원회의 위임에 따라 조사권을 행사하는 공무원을 임명할 수 있으나 행정권이나 법률집행권을 가진 기관이나 위원회의 공무원을 임명할 수는 없다. 그런 사람은 미국의 공무원이며 반드시 제2조 제2항에 따라 임명되어야 한다 Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

(2) 주무직과 하급직 공무원

-주무직(Principal)은 대통령만이 상원의 자문과 동의를 받아 임명할 수 있으며, 하급직(inferior Officers)은 다른 부에서 임명권을 가져도 된다 Morrison v. Olson, 487 U.S. 645 (1988).

예) 독립검사(Independent Prosecutors)는 제한된 임기와 권한으로 임명되며 행정관리에 의하여 해임될 수 있으므로 하급직 공무원으로 보아야 하며 법원에 의해서 임명이 가능하다. 위 Morrison v. Olson

- 그러나 의회는 적절하지 않다고 생각할 때는 법원의 임명권을 인정하지 않을 수도 있다.

2. 해임(Removal)권

- 헌법상의 규정은 없다.

· 연방법원 판사는 헌법 제3조 제1항에 따라 좋은 행동을 하는

동안(During good Behavior) 공직에 머무른다.

· 행정관료-대통령이 헌법상의 역할을 다하기 위하여는 순수 행정각료는 대통령이 상원의 동의 없이 해임할 수 있다
Myers v. U.S., 272 U.S. 52 (1926).

· 의회가 해임할 수 있는 공무원은 행정권을 가질 수 없다. 왜냐하면 이는 권력분립을 저해하기 때문이다.

Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986).

3. 사면권(Pardon Power)

헌법 제2조 제2항은 대통령이 미합중국에 대한 범죄에 대하여 탄핵의 경우 외에는 복권과 사면을 명할 수 있다고 정한다.

-범위 : 의회의 통제를 받지 않는다. 판결을 취소(commute) 할 수도 있다 Schick v. Reed, 419 U.S. 256 (1974).

4. 입법에 관한 권한

(1) 위임입법

의회는 제한된 범위내에서 대통령에게 입법권을 위임할 수 있다 National Cable Television Association v. United States, 415 U.S. 336 (1974).

(2) 법률안거부권

헌법 제1조 제7항은 의회의 모든 법률은 그 효력을 발생하기 이전에 대통령의 승인을 받아야 하며, 거부된 때에는 반드시 상·하 양원에서 2/3이상의 찬성을 얻어 재의결되어야 한다고 정한다. 대통령의 거부권은 헌법이 명시한 예외(상원의 조약 비준 동의)를 제외하고는 모든 입법작용에 적용된다. 따라서 의회가 의회 또는 위원회로 하여금 행정부가 법으로 위임받은 권한 내에서 행한 결정 또는 규칙을 변경할 수 있도록 하는 법률은 무효이다.-왜냐 하면 그러한 변경은 입법작용으로 반드시 대통령의 거부권이 적용되어야 하기 때문이다.

Immigration & Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919 (1983).

5. 국군통사권(Military Power)

- 헌법 제2조 제2항은 대통령이 국군통수권자임을 정한다. 이 권한은 전장에서 대통령에게 점령지의 군정실시권 등 광범위한 권한을 부여하며 이는 사법심사대상이 되지 않는다.
- 내란 또는 외침의 경우 대통령은 의회의 선전포고를 기다리지 않고 병력을 동원할 수 있다 Prize Case, 67 U.S. 635 (1863).

6. 비상조치권

국가의 중대 위기에 직면하여 대통령은 의회의 동의 없이 필요한 조치를 취할 수 있는 당연한 권한(inherent power)이 있다. 이 권한은 대통령의 모든 헌법적 권한과 위기상황에서 초래된 필요에 의하여 추출된다 Youngstown Steel & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

7. 지출보유권(Impoundment)

대통령은 의회가 명시적으로 명한 예산의 집행을 거부할 수 없다 Kendall v. United State ex rel. Stokes, 37 U.S. (12Pet.) 524 (1838). 그러나 대통령이 일정한 경우 어느 범위 내에서 지출을 보류할 수 있는지에 대해서는 결정을 회피한다 Train v. New York, 420 U.S. 35 (1970).

8. 법률집행권(Executing Laws)

대통령은 의회에 의하여 위임된 사항에 대한 법률집행권을 가진다.

제3절 행정특권(Executive Privilege)

헌법에 명시된 것은 아니나 대통령의 교신에 대한 공개를 거부할 수 있는 특권이 인정된 바 있다. 이 특권은 권력분립의 원칙에서 발생한다 United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

1. 범 위

대통령의 교신이 군사·외교 또는 예민한 국가안보상의 비밀에 관계된 때, 이 특권은 법원이 최대한 존중해 왔다. 그러나 다른 대통령의 교신은 추정적 특권(presumptively privileged)이 주어진다. 위 U.S. v. Nixon

-형사재판에서는 재판의 기초가 되는 증거로서 특별한 필요성이 있다고 인정되는 때에는 대통령의 행정특권도 양보를 하지 않으면 안 된다.

-공공적 또는 역사적 필요성에 의하여 대통령의 문서를 보관할 필요가 있을 때 그런 문서는 입법에 의하여 연방문서보관소에 의하여 검토하고 분류하도록 할 수 있다 Nixon v. Administrator of General Services, 433 U.S. 425 (1977).

-민사재판에서 대통령의 교신을 공개할 수 있는가, 의회의 정보 요구에 의하여 대통령의 교신을 공개할 수 있는가의 여부는 아직도 의문이다.

2. 민사상의 손해배상

-헌법의 역사와 구조에 비추어 미국헌법은 민사상 손해배상 청구소송에 있어서는 대통령의 헌법상 권한내에서 행한 조치에 대하여는 대통령에게 절대적인 면책권을 부여하고 있다 Nixon v. Fitzgerald, 457 U.S. 731 (1982).

제4절 행정협정(Executive Agreement)

대통령은 외국과의 협정 또는 협약을 체결할 수 있다. 이 권한은 조약체결권과는 독립된 것이며 상원의 동의 없이도 행사될 수 있다.

1. 범 위

대통령이 상원의 동의 없이 조약과 같은 내용의 행정협정을 어느 범위까지 할 수 있는지는 불확실하다. 그러나 법원은 대통령의 그러한 권한행사를 어느 범위내에서 인정하고 있다.

-헌법 제2조가 허용하는 대통령의 권한에는 행정협정체결권이 포함된다 U.S. v. Belmont, 301 U.S. 324 (1939).

-대통령은 의회의 묵시적 승인에 따라 미국시민이 가지는 외국 정부에 대한 청구권을 행정협정을 통하여 해결할 수 있다 Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 645 (1981).

2. 위 치

-행정협정은 조약과 비슷한 지위와 권위를 가지며 이에 저촉되는 주의 법에 우선한다 U.S. v. Pink, 315 U.S. 203 (1942). 그러나 의회가 제정한 법에 우선하는지는 불확실하다.

제5장 주제통상조항(The Interstate Commerce)

제1절 권한의 범위

-헌법 제1조 제8항 제3절은 연방의회가 주 상호간의 통상을 규제한다고 규정. 이 조항의 해석과 관련하여서는 두 개의 원칙적 이론이 존재한다.

첫째, 연방의회는 주 상호간의 통상에 공여되는 운하 또는 시설에 대한 규제 권한이 있고

둘째, 연방의회는 국가경제적 효과가 있는 주 내의 활동에 대한 규제 권한이 있다는 것이다.

-Marshall은 처음 이 조항을 1개 이상의 주에 관련되는 통상으로 해석하였다 Gibbons v. Ogden(1824). 그 후 이 조항의 해석은 점점 확대된다.

제2절 치안유평권에까지의 확대

전통적으로 치안유평권(Police Power)은 주정부의 권한이며 건축, 도덕, 복지에까지 미친다. 그러나 연방의회가 공정노동기준의 수립을 위해 저임금 또는 장시간 노동자에 의한 생산품을 다른 주에 판매하는 것을 금지하는 법을 통상조항을 근거로 제정한 것을 합헌으로 선고 U.S. v. Darley (1941).

제3절 통상의 흐름원칙(The Stream of Commerce Doctrine)

연방의회가 시카고 창고에서 일하는 노동자의 임금을 규제할 수 있는가, 1개 주 이내에 존재하는 창고라고 하더라도 그것은 주 상호간의 통상의 흐름 속에 있는 목구멍에 해당하므로 통상

조항으로 규제할 수 있다고 판시 Stafford v. Wallace (1922).

제4절 영향력의 원칙(The Affection Doctrine)

-New Deal 이전에는 연방의회는 주 상호간의 통상에 직접 영향을 미치는 활동만 규제할 수 있다고 해석하고 간접적 영향을 끼치는 활동은 연방의회가 규제할 수 없다고 해석하였다.

-그러나 1937년부터 주 상호간 통상의 자유로운 흐름에 부담이 되는 행위를 규제하도록 허용하기 시작하면서 NLRB v. Jones & Langhlin Steel Corp (1937), 1942년에는 주 상호간의 통상에 영향을 미치는 행위에 대한 연방의 규제가 시작된다.

Weikard v. Filburn (1942).

-1964년에는 통상조항에 의한 연방민권법에 의하여 의회가 주 상호간의 여행자가 투숙하는 호텔 또는 모텔에서의 인종차별을 금지하는 입법을 한 것을 합헌으로 선고하였다

Heart of Atlanta Motel Inc., v. United States 379 U.S. 241 (1964).

제6장 국민의 기본권 개요(Introduction to Individual Rights)

-권리장전(Bill of Rights)은 연방권력에 대한 제한이다. 수정 제 1조 제8조까지는 연방정부의 권한을 제한하기 위하여 제정되었으며 주정부의 권한을 제한하는 것은 아니다 Barron v. Baltimore, 32 U.S.(7 Pet) 243(1833).

-반면 수정 제14조는 주정부의 권력에 대한 제한이다. 1868년에 채택된 수정 제14조 제1항은 주정부에 의한 기본권의 침해를 금지하고 있다.

제1절 적법절차조항(Due Process Clauses)

수정 제5조와 14조는 적법절차조항을 통하여 2가지 형태의 보호를 하고 있다 : 실체적 및 절차적 측면의 보호이다.

1. 절차적 적법절차 : 절차적 측면에서 적법절차조항은 자유와 재산권은 편견 없는 정책결정자에 의한 적절한 형태의 통고와 청문절차 없이는 침해될 수 없음을 규정한다. 사전에 증거조사를 위한 청문이 필요한지의 여부는 당면 이해관계의 중요성, 이해관계에 대한 안전장치의 가치 및 예산 및 행정상의 효율 면에서 정부가 가지는 이해관계 등을 형량한 후 판단한다.
2. 실체적 적법절차 : 어떤 법률이 실체적 적법절차에 위반되는지의 여부를 판단하기 위해서는 먼저 동법이 경제적 또는 사회적 규제를 하는 것인가 또는 기본권문제가 개재되어 있는가부터 분석하여야 한다.
 - (1) 만일 경제적 또는 사회적 규제가 포함되어 있으면, 법원은 전통적인 테스트를 행한다 : 그러한 규제는 일단 유효한 것으로 추정한다. 그러므로 동법이 선택한 수단이 추구하는 목적과 합리적인 관련을 가지는 때에는 합헌으로 본다.
 - (2) 만일 그 규제에 의하여 기본권이 영향을 받을 때에는 엄정한 조사(Strick Scrutiny)라는 테스트를 행한다 : 그러한 규제는 심각한 정부의 이익을 달성하기 위한 필요불가결

한 수단(necessary to achieve a compelling governmental interest)이라는 것이 입증되지 않는 한 위헌으로 본다.

제2절 평등보호조항(Equal Protection Clause)

수정 제14조에 의한 평등보호조항은 주정부에 의한 차별대우를 금지한다. 이 조항의 연구는 먼저 분류방식(Classification)의 분석에서부터 시작되어야 한다.

1. 만일 분류방식이 의심스럽거나 (suspect) 약간 의심스런 (quasi-suspect) 기준에 따른 것이 아닐 때-예컨대 대체적으로 경제적 또는 사회적 규제에 속하는 것들일 때-는 기본적 권리를 침해하는 차별이 아니며, 그 분류방식이 헌법적으로 허용되는 정부의 이해관계와 합리적 관계를 가지는 한 합헌이다. 이러한 분류는 유효로 추정되거나 “전적으로 자의적”(wholly arbitrary) 분류인 때는 위헌이다.
2. 만일 정부의 조치가 의심스런 분류(인종 또는 원국적)를 통한 고의적 차별을 할 때는 엄중한 조사의 테스트가 진행되며 그 법은 심각한 정부의 이익을 증진하는 데 필요한 것이라고 판단되지 않는 한 무효가 된다. 이 테스트는 기본권에 대한 차별을 하는 법률에도 적용된다.
3. 만일 분류방식이 의심스런 분류에 준하는 것 예컨대 성별 (gender) 또는 적출여부(legitimacy) 등인 때는 중간정도의 테스트가 진행된다. 합헌이 되기 위하여는 동 규제가 반드시 정부의 중요한 목표와 실제적으로 연결되어 있어야 한다.

제3절 정부의 행동(State Action)

적법절차나 평등보호조항을 분석함에 있어서는 반드시 정부의 행동이 개재되어야 한다. 사적인 차별은 이 조항들에 의하여 규제되지 않는다. 정부의 행동임을 인정하기 위해서는 문제된 사실에 대한 신중한 검토가 필요하다. 정부의 행동은 어떤 경우에는 개인의 행동을 포함할 수도 있다. (예 : 개인이 전통적으로 정부의 행동에 속하는 기능을 수행하거나 또는 정부가 개인에 의한 차별행위를 요구하거나 분명히 조장할 때)

제4절 언론·출판 및 집회의 자유

수정 제1조는 언론·출판 및 집회의 자유를 침해하는 것을 금지한다. 이러한 권리들은 수정 제14조에 의하여 주정부가 침해하는 것도 금지된다. 정부가 이러한 권리를 제한하게 될 때 법원은 다음의 요소들에 대한 형량을 하여 제한의 위헌 여부를 판단한다. i) 권리의 중요성 ii) 제한의 내용과 범위 iii) 정부가 가지는 이익의 형태와 강도, 그리고 iv) 그 이익을 달성하기 위하여 행하는 최소한의 수단(narrowly tailored means)인지 여부, 언론의 자유는 공공장소에서 말하는 권리를 포함하므로, 그 제약의 내용이 중립적인 한 시간·장소·방법 등의 면에서 제약을 받는다는 것을 알아야 한다. 상업적 연설은 보호되나 비상업적 연설 보다는 덜 보호된다. 음란물은 전혀 보호되지 않는다.

제5절 종교의 자유

수정 제1조는 정부가 법으로 종교를 설립하거나 종교활동의 자유를 방해하는 것을 금지한다. 이 금지는 수정 제14조를 통하여 주정부에도 적용된다.

제6절 정부권력에 대한 다른 제약들

개인의 재산이 공공목적으로 수용될 때는 보상을 하여야 하며, 계약에 대한 침해를 금지하며, 처벌을 목적으로 한 소급입법은 금지되며, 범죄로 소추된 사람에게 형사절차상의 많은 권리들을 보장한다.

제7장 적법절차(Due Process)

제1절 序

수정 제5조 및 14조는 개인의 생명, 자유, 재산을 적법절차에 의하지 않고는 침해할 수 없다고 정한다. 이 적법절차조항은 보통 형사소추를 받은 사람에게 절차상의 안전판을 제공하는 데 사용된다. 그러나 적법절차는 형사절차 외의 이익도 보호한다.

제2절 절차적 적법절차(Procedural Due Process)

형사범의 보호뿐만 아니라 자유와 재산상의 이익분야에서도 편견 없는 정책결정자에 의한 적절한 통고와 청문 없이 권리를 침해하는 것을 금지한다. 보통 이 절차적 적법절차의 위반 여부의 판단은 두 단계의 분석을 취한다. i) 먼저 자유 또는 재산권의 침해가 있는가 ii) 그렇다면, 어떤 절차가 적절한가 하는 것을 정한다.

1. 자유와 재산의 정의-포괄적 정의는 아직 없다.

(1) 자유(Liberty) : 비형사적 또는 형사적인 면에서 정부에 의한 물리적 제약으로부터 자유로울 것을 명백히 포함한다 Vitek v. Jones, 445 U.S. 480 (1980) ; Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979)-성인을 본인의 의사에 반하여 정신병동에 입원시키는 것도 자유의 제약이다. 계약의 자유와 수입이 있는 직업에 종사 할 권리를 포함한다 Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 546 (1972).

a) 정부에 의한 명예훼손(defamation)

자유권은 정부관리에 의한 명예훼손으로부터 자유로울 것을 포함한다. 단 그 명예훼손이 공연히 행하여짐으로써 어떤 중요하고 유형적인 이익의 상실과 연결될 때 예컨대 ; Board of Regents v. Roth 408 U.S. 546 (1972)

-신분보장이 없는 공공고용을 갱신하는 것을 방해한 때 ; Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975)-공립학교에서의 징학처분 ; Wisconsin v. Constantinean, 400 U.S. 433 (1971)-경찰이 과음자의 명단을 게시하고, 1년간 그들에게 술의 판매를 금지하는 것 ; 등도 자유권의 제약이다.

-그러나, 명예훼손 자체만으로는 자유권의 침해가 되지 않는다 Paul v. Davis, 424 U.S. 693 (1976).

-또한, 명예가 훼손됨으로써 설혹 공공직업의 상실에 이르는 경우라도 공연성이 없는 명예훼손은 자유권의 침해가 아니다 Bishop v. Wood, 425 U.S. 341(1976).

b) 친권(Parental Interest)

친권자의 발전된 친자관계에서 자유권의 보호를 받는다.-즉 아버지가 그의 적출자의 양육에 대하여 실질적인 역할을 할 때 친권의 행사도 자유권의 하나가 된다. 그러나 단순한 생물학적 친권만으로는 동등한 헌법상 보장을 받지 못한다 Lehr v. Robertson, 463 U. S. 248 (1983)-아버지가 그의 혼외 출생자와 하등의 중요한 관계를 맺어오지 않은 경우는 친권의 보호를 받지 못한다.

(2) 재산(Property)

재산이란 부동산, 동산(chattels) 또는 금전의 소유권 이상의 것이다. 그것은 이미 특별한 소득을 가져온 이익 또는 자격(entitlement)을 포함한다. 그러나 소득에 대한 추상적 필요나 욕망(또는 일방적 기대) 이상의 것이어야 하며, 지방, 주 또는 연방법에 의하여 보장된 합법적 청구권이 존재하여야 한다 Board of Regents v. Roth, 408 U. S. 564 (1972).

a) 예 : 헌법상 보장된 재산적 권리가 있다고 인정된 것으로는, 의무교육에 있어 공공교육을 받을 권리 Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975), 법정기준에 적합한 자에 대한 복지혜택의 계속 Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 245 (1970) ; 현행법상의 기준에 따른 운전면허의 보유, Bell v. Burson, 402 U.S. 535(1971) ; 주법이 도시가스등 회사가 어떤 이유가 있을 때에만 그 공급을 중단토록 허용한 경우 계속된 가스 등의 제공을 받을 권리, Memphis Light, Gas & Water Division v. Croft, 436 U.S. 1 (1978).

-그러나 1개 주에서 면허를 얻은 변호사가 다른 주의 법적 근거가 없이 또는 상호주의의 양해가 없이 다른 주의 법정에 나타날 권리는 재산권이 아니다 *Leis v. Flynt*, 439 U.S. 439 (1979).

b) 공직 임용

공직에의 연임이 재산권이 되느냐의 여부는 관계 법률에 따라 다르다. 그러나 임용자의 뜻에 따라(at the will of) 임용되는 직위에는 연임에 재산적 이해는 따르지 않는다 *Bishop v. Wood*.

c) 소인(Causes of action) : 법적 또는 사법적으로 창출된 소인에도 재산적 이해관계가 존재한다. 예컨대 고용차별에 대항하는 법적 권리도 이에 포함된다 *Logan v. Zimmerman Brush Co.*, 455 U.S. 422(1982)

2. “박탈(deprivation)”의 정의

-적법절차에 따르지 않은 생명·자유 또는 재산의 박탈이 되기 위하여는 비록 그 행위가 침해를 유발하더라도 단순과실에 기한 공무원의 행위 이상이어야 한다. 그러나 그러한 행위가 고의적인 행위 이하의 것인지는 분명치 않다

-그러나 부주의(recklessness) 또는 중과실(gross negligence)에 의한 행위는 박탈이라고 볼 수 있다 *Daniels v. Williams*, 474 U.S. 327 (1986).

-그러나 사인에 의한 박탈은 포함되지 않는다. 즉 정부가 특정개인을 다른 사람의 침해로부터 적절히 보호하지 못한 행위는 여기에 해당되지 않는다. 적법절차조항의 목적은 정부에 의한 박탈행위를 보호하는 조항이 아니다 *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 109 S. Ct. 998 (1989).

3. 청문이 필요한 시기 및 범위

적법절차의 요건을 갖추기 위하여 쟁송적인 사법적 형태의 청문은

-자유·재산권의 박탈 전후를 막론하고-모든 경우에 필요한 것은 아니다. 어떤 경우에 사전증거청문(prior evidentiary hearing)이 필요하며 어느 범위의 절차적 요건이 필요한가의 여부는 i) 어느 정도 중요한 개인적 이익이 포함되어 있는가 ii) 그 이익에 대한 특별한 절차상의 안전판이 어느 정도 실효성이 있는 것인가 iii) 정부의 예산상 및 행정상의 효율에 대한 이익은 어떤 것인가 등을 형량하여 정한다 Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319(1976).

(1) 복지연금의 중단-적법절차는 복지연금의 중단 이전에 증거청문회를 요구한다. 수혜자는 그 중단에 대하여 적절한 시간에 적절한 방법으로 그 이유를 통고받아야 한다. 반대되는 증인을 만나고 반대심문을 할 수 있어야 하며, 자기의 주장과 증거를 구두로 제시 할 권리가 있으며, 변호사는 필요없으나 선임권은 주어져야 하며, 최종결정은 청문에서 제시된 증거에 기하여야 하며, 공정한 정책결정자에 의한 결정이 있어야 한다 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 245 (1948).

(2) 장애연금의 중단-사전 증거청문회는 필요치 않다.

그러나 수혜자에의 사전통고, 문서로서 답변할 기회, 그에 따르는 후속 증거청문의 기회가 있으면 된다.

(3) 공직임용의 중단-"이유(cause)" 있을 때 해임토록 한 공직자는 "이유"에 대한 사전 증거청문 없이 해임 될 수 있다. 다만, 이 경우에는 최소한 사전통고와 답변기회 및 필요한 경우 후속 증거청문의 기회가 있어야 한다 Arnett v. Kennedy, 416 U.S. 134 (1974).

-그러나 그 공직자를 계속 취업시킬 때에는 공공상의 큰 해악이 있다고 판단될 때는 봉급지불과 함께 정직시킬 수 있다 *Cleveland Board of Education v. Loudermill*, 470 U.S. 532 (1985).

(4) 공공교육-정학처분

-정식 증거청문 없이 10일 이내의 정학처분은 가능하나, 적법절차는 보통 그 잘못에 대한 통고와 변명의 기회를 요구한다. 그러나 그 학생의 출석이 학원을 혼란시키거나 개인 또는 재산에 대한 위협이 된다고 판단할 때는 퇴학처분과 동시에 현실적으로 가장 빠른 시일 내에 통고와 청문을 진행하면 된다 *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565 (1975).

-공립학교에서의 체벌

사전청문은 필요 없다. 다만 과도한 처벌에 대한 보통법상의 피해보상제도가 보장되어 있으면 적법절차는 충족된다 *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

-퇴학처분

기강확립차원이 아닌 학문적 결함을 이유로 학생을 퇴학시키는 경우 사전 증거청문은 필요치 않다. 다만 그 학생은 결함에 대하여 적절한 통보를 받아야 하며 답변의 기회가 주어져야 한다 *Board of Curators v. Horowitz*, 435 U.S. 78 (1978).

(5) 면허정지

-면허조건이 위반되었다고 볼 수 있는 확실한 이유가 있는 때에는, 사전청문 없이 면허를 정지할 수도 있다. 그러나 반드시 분쟁 사안에 대한 신속한 사후청문과 결정이 뒤따라야 한다. *Barry v. Barch*, 443 U.S. 55(1979)-말조련사의 면허가 말에 대한 마약투여 혐의로 정지된 예 ; *Mackey v.*

Montrym, 443 U.S. 1 (1979)-호흡작용측정기의 사용을 거부함을 이유로 운전면허를 정지시킨 예.

-신속성

면허정지와 청문 및 결정 사이의 허용시간은 i)최종결정의 지연에 따른 이익과 손해의 중요도 ii)정부에 의한 청문 지연사유의 정당성, 그리고 iii)임시결정이 잘못 되었을 개연성 등을 형량하여 판단한다. 기소된 은행원의 정직처분에 대한 청문을 90일 이내에 한 것은 합헌이다 Federal Deposit Insurance Corp. v. Mallen, 486 U.S. 232 (1988).

(6) 채권자의 채권확보(Creditor remedies)

-일반 상사거래에서 채권자는 일정 조건하에서 채무자의 재산을 사전통고나 청문 없이 가압류할 수 있다North Georgia Fishing Inc. v. Di-Chen, Inc., 419 U. S. 601(1975). 그러나 임금에 대한 가압류 통고에는 반드시 사전통고와 청문이 필요하다.

(7) 정신병원에의 입원

성인을 정신병원에 본인의 의사에 반하여 입원시킬 경우, 그러한 입원의 기준에 대한 증명 기준은 “합리적 의심을 넘어서는”(beyond a resonable doubt) 정도는 아니라 하더라도 최소한 “명백하고 신뢰가 가는”(clear and convincing) 증거가 있어야 한다 Addington v. Texas, 441 U.S. 418 (1979).

-어린이 : 부모 혹은 어린이에 대신해서 일하는 정부기관은 사전 당사자 청문 없이 다음의 조건하에서 정신병원에서의 수용치료를 하게 할 수 있다.

i)수용 이전에 중립적 조사자가 사실 조사를 한다.

ii)그 조사는 어린이의 배경을 상세히 파악한다.

iii)어린이에 대한 계속 수용의 필요성 여부는 정기적으로

독립된 절차에 따라 검토된다.

(8) 수감 중인 자에 대한 정신치료제 투입

-정신병에 걸린 수감 중인 자에 대하여 본인의 의사에 반한 치료제의 투입은 재판형식의 청문을 요하지 않으며 그런 치료에 대해 변호인을 선임할 권리도 없다
Washington v. Harper, 110s. Ct. 4249 (1990)-편견없는 의료전문가 앞에서의 사전 치료통보와 청문만으로 충분하다.

(9) 부모지위의 중단

부모지위의 중단을 위한 모든 청문에서 무자력인 부모에게 관선 변호인을 임명해 줄 필요는 없다. 그러나 “기본적인 공정성 (fundamental fairness)의 문제가 있을 때는 필요하다
Lasister v. Depositment of Social Services, 452 U.S. 18 (1981).

-입증책임 : 모로서의 부적합성을 입증키 위하여는 정부는 적어도 “명백하고 신뢰가 가는 증거”를 제시하여야 한다
Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745(1982). 그러나 부모자격 (paternity)을 주는 민사청구에서는 적절한 증거 (preponderance of evidence) 기준이 적용되면 족하다
Rivera v. Minnich, 483 U.S. 574 (1987).

제3절 실체적 적법절차(Substantive Due Process)

-경제·사회적 규제에의 적용 : 1930년대 중반까지 법원은 법률의 실체를 심사함에 있어서 적법절차조항을 사용하지 않고, 그 법에 사용된 수단이 합법적인 목적과 합리적 연결이 되지 않을

때는 위헌을 선고하였다. 그러나 오늘날은 이 분야에서는 입법부의 판단을 존중하기 시작하였고 동규제들이 의견상 자의적이고 비합리적이 아닌 한 존중하여왔다. 그 결과 사회경제적 규제를 하는 거의 모든 법률은 합헌으로 선고되었다.

-개인의 기본적 자유분야에의 적용 : 1960년대 중반부터 적법절차조항은 헌법에 명시되어 있지 않은 기본권을 보장하는데 사용되어 왔다. 그런 기본권을 침해하는 법률은 엄중한 심사를 거쳐야 한다. 이러한 기본권들은 다음에 열거한 사생활의 자유, 혼인과 가족에 관한 자유, 치료받을 자유, 여행의 자유권 등이다.

1. 사생활의 권리(Right of Privacy)

사생활의 권리는 헌법 어디에도 발견되지 않으나 때로는 수정제9조(열거되지 않은 이유로 부인되지 않는다), 또는 여러 권리장전 조항 속에서 중간형(penumbras) 또는 도출형(emanations)의 권리로

-Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), 최근에는 적법절차조항의 자유(liberty)의 개념 속에 함축되어 있다고 본다 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

-사생활의 권리는 다음의 권리 등을 포함한다.

- (1) 결혼 : 결혼은 사생활의 영역에 속하는 기본적 시민권이다 Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
- (2) 피임(Contraception) : 피임도구 사용을 범죄시하는 법률은 헌법상 보장된 “부부간의 사생활영역”에 침해하는 것으로 무효이다 위 Griswold v. Connecticut.
- (3) 낙태(abortion) : 임신을 중단할 것인가의 여부를 결정하는 것은 여자의 사생활권의 영역에 속한다. 따라서 모성의 생명을 구하기 위한 때에만 낙태를 허용하는 법률은 위

헌이다 위 Roe v. Wade 그 외에도 1980년대에는 낙태에 관한 많은 판례를 남겼다.

(4) 남색(Sodomy)

호모섹스를 할 수 있는 기본권은 보장되지 않는다. 그러한 권리는 전통적으로 허용되지 않았으며 질서 있는 자유의 개념 속에 함축되어 있다고 볼 수 없다. 그것은 비도덕적이며 용납될 수 없다 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 714 (1986).

2. 혼인과 가족의 자유권(Marital and Family Right)

가족생활의 방식은 헌법상 보장된다. 1주택에 1핵가족만 거주하도록 한 법률은 무효이다 Moore v. City of East Cleveland 431 U.S. 494 (1977).

3. 치료를 받을 권리(Right to Care and Treatment)

개인은 치료를 받거나 치료를 받지 않을 권리가 있다.

-따라서 본인의 의사에 반한 정신병원 수용은 자유권의 박탈이며 적법절차조항의 보호를 받는다 O'Connor v. Donaldson, 422 U.S. 563 (1975). 그러나 정신이상인 성인인 경우 스스로 또는 타인에게 위험하거나 병원 이외의 장소에서는 안전하게 생존할 능력이 없을 때는 강제수용이 가능하다.

-정부는 명백하고 확신이 가는 증거를 제시하며 특정인의 사실상의 희망을 입증하고 병원에 수용할 수 있다 Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health, 110 S. Ct. 2841 (1990).

4. 여행의 자유

국내여행의 자유는 거의 절대적으로 보장되며 U.S. v. Guest, 383 U.S. 745 (1966). 국제여행의 자유는 다소 제한이 가능하

나 그 제한은 적법절차조항의 통제를 받는다. 그러나 특정 주에서 범죄를 저지른 사람이 다른 주로 여행하는 것을 금지한 법률은 이유 있다고 보며 Jones v. Helms 452 U.S. 280 (1981), 외국에 여행 중인 복지연금 수혜자에게 연금지급을 거부한 것은 합리적 기준에 의한 것이라고 판단한다 California v. Aznavorian, 439 U. S. 170 (1978).

제8장 평등보호(Equal Protection)

제1절 근거

수정 제14조에 의하면 “어느 주도 그 관할 내에 있는 사람에게 법의 평등한 보호를 거부할 수 없다.” 이는 주에 관한 금지이나 최고법원은 거의 모든 경우에 수정 제5조의 적법절차조항을 통하여 이러한 금지가 연방정부에도 적용이 된다고 판시한다.

제2절 일반론

일반적으로 차별대우는 반드시 금지되는 것은 아니다. 법률에 존재하는 여러 가지의 분류방식에 기한 차별은 다음 중 하나에 속하는 적절한 시험(테스트)를 거쳐 그 위헌 여부를 결정한다.

- 1) 전통적(또는 합리적 기준) 시험
- 2) 엄중한 조사(또는 심각한 이익) 시험
- 3) 중간적 수준의 조사(또는 다소 의심스런 분류) 시험

제3절 전통적 시험(Traditional Test)

경제적·사회적 규제 ; 대체로 모든 경제·사회적 규제들은 의심스럽거나 다소 의심스런 기준에 기초하고 있다고 보지는 않으며 따라서 법원에 의하여 전통적 평등보호시험을 통하여 심사된다.

1. 최대한 존중되는 영역이다 ; 이 시험에서는 어떤 분류 방식이 적절한 정부의 이익과 합리적으로 연계되어 있는 한 그에 기한 차별은 유효하다고 본다. 그러한 분류방식은 자의적이고 독단적인(capricious) 방식으로 적용되고 있지 않은 한 유효한 것으로 추정한다 U. S. Railroad Retirement Board v. Fritz, 449 U.S. 166 (1980).
2. 그러나 연방식량보조표 배부프로그램에서 관계없는 사람들이 같이 동거하고 있는 세대를 식량보조 대상에서 제외하는 것은 히피족을 제외키 위한 자의적인 차별이므로 위헌임을 선고하였고 [U.S. Department of Agriculture v. Mordno, 413 U.S. 528] , 군의 세금평가관이 어떤 부동산은 최근의 매매 가격으로 평가하고 최근에 매매가 없었던 부동산은 종래 평가가격에 약간의 수정만 가한 결과 이웃토지와 평가가격이 35 배나 차이가 나게 되었는바 법원은 이러한 법의 집행은 모든 재산을 시장가격에 의하여 평가한다는 시책과 합리적 관계가 없으므로 위헌임을 선고함 Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. Commission, 499 U.S. 109 S. Ct. 633 (1989).

제4절 의심스런 분류방식-“엄중한 조사”:인종 또는 민족적 소수인을 고의적으로 차별하는 정부의 조치는 의심스러우며 엄중한 조사를 받게 된다.

1. 시험 :

의심스런 분류방식은 심각한 국가이익을 증진하는 데 필요한 것이 아닌 한 무효이다.

(1) 필요한 것인가

어떤 분류방식이 매우 협소하게 정하여진 것이고 다른 대안이나 그 외 다른 부담 없는 수단이 존재하지 않을 때에는 “필요한 것”이라고 본다.

이 기준을 적용하는 경우 다음의 집단에 대한 정부에 의한 거의 모든 고의적인 차별은 무효이다.

-흑인 : 흑인을 대배심 또는 소배심원으로 하는 것을 금지하는 법률은 무효이다 *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880).

-중국인 후예 : 세탁업 허가를 중국인에게만 거부한 것은 위헌이다 *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 475 (1954).

-멕시코인 후예 : 배심원 선정에서 멕시코인을 차별한 것은 위헌이다 *Hernandez v. Texas*, 347 U.S. 475(1954).

-그러나 그러한 차별은 때때로 유효하다고 보았다. 제2차 대전 중 일본인 거주자에 대한 통행금지와 집단이주 명령은 평등권의 위배가 아니라고 판시 *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943)-막중한 공공적 필요성은 때로는 인종차별을 정당화한다.

(2) 고의적인 차별인가

-법적 차별은 반드시 고의적인 것이어야 하며 정부가 차별대우를 목적으로 하여야 한다 Washington v. Davis, 426 U.S. 299 (1976). 그러한 차별은 세 가지 관점에서 나타난다.

a) 외관상 명백한 것

문서상 또는 구두상 명백히 드러나는 차별행위

b) 불평등한 집행

법률이나 공무집행은 외관상 중립적으로 되어 있으나 공무원이 의도적으로 의심스런 기준에 의하여 법을 집행할 때에는 엄중한 조사를 요한다.

· 예 : -세탁소는 면허 없이는 목조건물에서 운영할 수 없다는 법률조항을 근거로 중국인에게만 면허를 거부한 사례는 차별대우이다 Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 356 (1886).

-차별이 의도적이며 고의적이라는 입증책임은 차별을 당했다고 주장하는 사람에게 있다 Snowden v. Hughes, 321 U.S. 1 (1944).

c) 용납할 수 없는 동기

법률 자체는 인종차별을 앎으나 법제정의 동기가 인종 차별에 있는 때에도 무효이다 Washington v. Davis, 426 U. S. 229(1976).

-시계를 변경하면서 거의 모든 흑인유권자를 시로부터 제외하는 결과를 초래한 때 이는 수정 제15조 위반이다 Gomillion v. Lightfoot, 364 U.S. 339 (1960).

-동기가 석연치 않을 경우 법원은 예민한 조사(sensitive inquiry)를 행한다-그 역사적 배경, 초래된 결과, 정책결정자의 발언 등

-동기가 흑인뿐만 아니라 가난한 백인에 대한 차별목적을 같이 포함하고 있더라도 그 법이 유효로 되지는 않는다
Hunter v. Underwood, 471 U.S. 222 (1985).

(3) 사실상의 차별(de facto discrimination)

-전통적 시험이 적용된다.

-즉 법 자체는 중립적이거나 결과적으로 인종적 차별을 가져오고 평등보호조항에 위반될 수도 있으나 이는 엄중한 심사대상은 아니다.

-예 : 경찰공무원 선발에서 언어구사능력을 시험하는 것은 결과적으로 인종차별이 되더라도 관례상 허용된다
Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

: 특정지역에서 어떤 학교는 백인, 어떤 학교는 흑인이 대부분을 차지하더라도 교육청이 고의적으로 분리시킨 증거가 없는 한 유효이다
Dayton Board of Education v. Brinkman, 433 U.S. 406 (1977).

2. 무엇이 의심스런 분류방식인가

(1) 인종 또는 민족의 분류

단순한 인종 또는 출신국에 토대를 둔 분류는 때로는 인종에 기초한 어떤 부담을 주는 것은 아니며 다만 인종을 기준으로 한 분류를 하는 데 불과한 것도 있다. 그러나 다른 인종간의 동거를 금지한 법이나 *McLaughlin v. Florida*, 379 U.S. 184 (1964), 혼인을 금지한 법 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) 등은 특정 인종을 차별하는 것은 아니라 하더라도 무효가 선고되었다.

a) 일반론-엄중한 조사

인종 분류방식은 심각한 정부의 이익상 필요한 경우를 제외하고는 금지된다. 선거에서 후보자의 인종을 적도록 요구한

법은 투표에서 인종상의 편견을 유도할 수 있으므로 무효이다 Anderson v. Martin, 375 U.S. 399(1964). 그러나 이혼판결에서 통계상의 목적을 위하여 당사자의 인종을 기재토록 한 것은 허용된다 Tancil v. Wools, 379 U.S. 19 (1964).

-새 남편이 다른 인종이라는 이유로 모에게 자녀의 양육권을 부인한 것은 위헌이다 Palmore v. Sidoti, 466 U. S. 429 (1984).

b) 인종분리(Segregation)

-공립학교나 공공시설에서의 의도적인 인종분리는 평등보호 조항에 위반된다 Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954)-구분된 시설은 원초적으로 불평등한 것이다. (Separate facilities are "inherently unequal".)

-인종분리의 의도는 "예견할 수 있는 상당한 결과가 초래될 수 있는 "행동으로부터 추출된다 Columbia Board of Education v. Penick, 443 U.S. 449 (1979).

-후속조치의무

교육청은 학교에서의 고의적 인종분리를 제거하도록 긍정적인 노력을 할 의무가 있다

c) 자비로운 차별(Benign Discrimination)

인종에 기한 분류방식은 치욕적 해악을 가져올 수 있으므로 정부가 소수인종이나 소수민족을 우대하는 정책을 시행할 때에도 "엄중한 조사"의 대상이 된다 City of Richmond v. J.A. Croson Co., 109 S. Ct. 706(1989).

1) 과거차별에 대한 보상

상황에 따라 정부는 과거 정부기구에 의하여 확인된 소수 인종에 대한 차별에 대한 보상책으로 혜택을 줄 수 있다. 그러나 그러한 계획은 과거의 사회적 차별에 대한 일반적

보상으로 사용되어서는 안된다 *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986).

2) 학생의 다양화를 위한 배려

공립학교에서 다양한 인종분포를 고려하여 소수인종에게 특례를 주는 입학의 고려는 허용된다 *Regents of U. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

3) 의회의 권한

의회가 평등보호를 실현키 위하여 법률로서 소수자 보호정책을 쓰는 것은 합헌이다. FCC가 프로그램의 다양화를 위하여 특별히 소수민족에게 TV와 라디오 방송면허를 주는 것은 합헌이며 *Metro Broadcasting Inc. v. Federal Communicatous Commission*, 110 S. Ct. 2997 (1990), 소수민족의 기업에 대하여 공공역무계획에 의한 연방보조금의 10%를 할당한 것은 합헌이다 *Fullilove v. Klutznik*, 448 U.S. 448 (1980).

-인디안국에 근무하는 공무원의 선발에 있어 자질 있는 인디언에게 우선 고용의 기회를 주는 것은 “연방이 인정한”인종에게 특혜를 주는 것으로 합헌이다 *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (1974).

4) 선거구의 획정

인종이나 민족 기준의 선거구 획정(소수그룹의 힘을 창조하거나 보존하기 위한)은 다른 인종의 투표력이 약화되지 않는 한 유효하다 *United Jewish Organizations v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977).

d) 차별 또는 격리에 대한 보상조치의 취소

주정부는 보상조치가 헌법상 요구되는 것이 아닌 한 반차별법을 취소하거나 변경할 수 있다. 그러나 인종 문제를 다루

는 정책결정기구의 정원을 재조정하는 등으로 소수인종이나 소수민족이 희망하는 법률의 통과를 더욱 어렵게 만드는 것은 평등조항에 위반된다 Hunter v. Erickson, 393 U.S.385 (1969) Washington v. Seattle School District, 458 U.S. 457 (1982)

(2) 외국인에 대한 차별

입국 또는 추방에 있어서는 외국인의 차별은 의회의 절대적 권한인 만큼 허용된다. 그러나 주정부가 합법적으로 입국한 외국인을 차별하는 것은 “의심”스러운 것이다(복지, 공공역무, 토지소유 등)

a) 레외-정부에의 참여

외국인이 민주적 정치기구에 참여하는 것(투표, 공직임용 등)을 제한하는 때에는 전통적 시험을 거친다. 그러한 법은 대체로 합헌이 선고되었다 Foley v. Connelie, 435 U.S. 291 (1978), Cabell v. Chavez-Salido, 454 U.S. 432 (1982).

b) 불법입국인

불법입국자에 대한 차별은 “의심”스러운 것이 아니다.

그러나 불법입국자의 자녀에 대한 공공교육의 거부는 심각하고 지속적인 부담을 그 어린이에게는 아무런 통제수단이 없는 신분이라는 요소 위에 가하는 것으로 평등보호조항에 위반된다 Plyler v. Doe, 457 U.S. 202(1982).

제5절 준(準) 의심스런 분류방식-중간적인 수준의 심사 : 성 또는 적출여부에 따른 분류는 “의심”스러운 것이 아니다.

1. 심사(Test) : 이 분류방식에 따른 경우 고의적인 차별대우는 그것이 정부의 중요한 목표와 실체적으로 관련되어 있지 않는 한 평등권을 침해한다 Craig v. Boren, 429 U. S. 190 (1970)-여자는 18세 이상이면 맥주를 마시고 남자는 21세 이상이 되어야 한다는 법은 무효이다.

-사실상의 차별 : 헌법상 허용 가능한 정부의 이익과 전통적 · 합리적으로 관련된 차별대우는 합헌이다. 예비역 군인을 우대하는 법률은 비록 그 법이 여자의 공직임용 기회를 심각하게 제한하고 있더라도 위헌이 아니다 Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney, 442 U. S. 259 (1979).

2. 성 차별

(1) 최근 동향은 여성을 차별하는 법률은 위헌으로 본다 Reed v. Reed, 404 U.S. 71. 여군의 경우 남편에 대한 부양수당을 받기 위하여는 부인이 남편을 부양한다는 사실상의 부양관계를 입증할 것을 요구하고, 남자 군인의 경우에 그 부인을 위한 부양수당을 받기 위하여는 그런 입증을 요구하지 않는 법률은 위헌이다Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973)

(2) 남자에 대한 차별대우

-이 경우에도 평등권의 침해가 된다. 남자 쪽에만 이혼위자료 지급의무를 규정한 법은 무효이다 Orr v. Orr, 440 U. S. 268 (1979). 미혼모에게만 미혼부에게는 없는 자녀의 입양을 거부할 수 있는 권리를 주는 법률은 위헌이다 Caban v. Mohammed, 441 U.S. 380 (1979). 주립간호학교에 남자의 입학을 배척하는 것은 간호를 여자의 배타적 직업으로 계속 고정시키게 되므로 위헌이다 Mississippi University for

Women v. Hogan, 458 U. S. 718 (1982).

-그러나 강간에서 남자만 처벌하고 여자를 처벌치 않도록 한 주법은 심각한 10대의 임신을 예방하기 위한 중요한 정부의 이익이 있으므로 합헌이다 Michael M. v. Sonoma County Superior Court, 450 U.S. 464 (1981).

전투병력 충원을 위한 병무등록을 남자에게만 요구하는 것은 정부의 중요한 이익을 위한다는 점에서 합헌이다 Rostker v. Goldbery, 453 U.S. 57 (1981). 미혼모와 달리 미혼의 부가 그 아들의 사망에 대한 손해배상청구소송을 하기 위하여는 반드시 그 아들을 인지하지 않으면 안되도록 한 법률은 부자관계의 입증책임을 정부가 피하도록 해주는 중요한 이익이 있으므로 합헌이다 Parham v. Hughes, 441 U.S. 347 (1979).

(3) 과거의 여성차별에 대한 보상

이러한 법은 합헌이다.

-과부에게만 재산세를 면제해 주는 법률은 여자가 배우자의 상실로 인한 재정상 충격을 흡수하여 주겠다는 주의 정책상 합당하다 Kahn v. Shevin, 416 U.S. 351(1974).

-여자근로자를 우대하는 사회보장법은 오랜 차별에 의해 발생한 남녀간의 경제적 격차를 줄여 준다는 점에서 합헌이다 Califano v. Webster, 430 U.S. 313 (1971).

-여자의 경우 진급에 2차 이상 누락되더라도 강제 전역을 면할 수 있게 한 해군규정은 남자에게 여자보다 훨씬 많은 진급 기회를 주고 있는 현실을 감안할 때 평등권에 위반되지 않는다 Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 493 (1975).

3. 사생아에 대한 차별

(1) 거의 모든 법률이 사생아에 대한 차별을 이유로 무효가 선

언되었으나 약간의 차별은 허용되었다(복지연금, 유언 및 이민 등의 영역에서).사생아에 대한 차별은 “의심”스런 차별은 아니나 *Mathew v. Lucas*, 427 U.S. 495 (1976), 성차별과 마찬가지로 “준 의심스런” 차별이므로 *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988)-중요한 정부의 이익과 실제적으로 관계가 있어야 한다.

(2) 정부가 불륜의 관계를 억제코자 하는 목적이 그러한 관계에서 생산된 사생아에게 차별적 조치를 하는 기초가 되어서는 안 된다.

o근로자 사망보상금청구에 있어서 부의 사망연금을 사생아가 동등하게 타지 못하게 한 법은 무효이다 *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U.S. 164 (1972).

o부의 사망에 대한 손해배상청구권을 적출자에게만 인정하고 사생아에게는 인정치 않은 법은 무효이다 *Levy v. Louisiana*, 394 U.S. 68 (1968).

o적자에게만 부양청구권을 인정한 법은 무효이다 *Gomez v. Perez*, 409 U.S. 535 (1973).

(3) 그러나 사생아에 대한 약간의 차별은 허용된다. 복지 연금법이 행정상의 편의상 합리적으로 규정한 사생아에 대한 차별은 허용된다 위 *Mathews v. Lucas*.

o유언 : 공정하고 신속한 사후재산의 처분을 위하여는 부의 사망 이전에 친자관계가 공식적으로 증명되지 않은 한 사생아에 대한 유언 없는 상속은 인정하지 않는 법은 유효하다 *Lalli v. Lalli*, 439 U.S. 259(1978).

o이민 : 미국시민의 자녀 또는 부모를 우대하는 이민법이 사생아와 생부를 제외한 것은 의회가 가진 막강한 이민에 관한 권한에 비추어 합헌이다 *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787

(1977).

제6절 의심스럽거나 준의심스러운 것이 아닌 분류방식

1. 가난한 자에 대한 차별

가난 자체는 의심스런 분류가 아니며 전통적 시험이 적용된다
Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

(1) 사실상의 차별

법이나 행정행위가 가난한 사람에게 불공평 내지 정의에 반하는 영향을 미치는 경우 위헌을 선고하여 왔다. 형사항소, 벌금, 징역, 이혼, 친자관계소송 등에서 정부의 보조 의무와 함께 불평 등을 초래하는 법률을 무효로 선언한다. 유죄선고를 받은 자의 권리로서의 항소권 보장을 위한 국선변호인 문제에 관하여는 Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963), 가난한 자의 노역장 유치문제 Tate v. Tort, 401 U.S. 395 (1971).

-그러나 파산 U.S. v. Kras, 409 U.S. 434 (1973), 복지연금 Ortwein v. Schwab, 410 U.S. 656 (1973), 낙태 Maher v. Roe, 432 U.S. 464 (1977) 등에서는 관계법이 가난한 자에게 사실상 불평등의 결과를 초래하더라도 합헌임이 선고되었다.

2. 노인에 대한 처벌

역시 전통적 시험이 적용된다

Johnson v. Robinson, 415 U.S. 361 (1974).

3. 비거주자에 대한 차별

합법적 거주 요건은 의심스런 기준이 아니며 따라서 법의 합리성을 기준으로 판단한다 Martinez v. Bynum, 461 U. S. 321 (1981).

4. 정신미약자의 차별

합리성의 기준에서 판단한다.

Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc., 470 U.S. (1985)

제7절 기본적 권리-엄중한 조사

기본권에 관련된 차별은 헌법에 명시된 것이든 함축된 것이든 엄중한 조사를 요한다.

1. 결사의 자유

선거에서 후보를 내기 위한 새로운 정당의 결성에 부담을 주는 조건을 정하는 것은 결사의 자유를 해치므로 무효이다. 왜냐 하면 그러한 부담을 정당화할 수 있는 심각한 정부의 이익이 있다고 볼 수 없기 때문이다 William v. Rhades, 393 U.S. 23 (1968). 그러나, 후보자나 새정당이 선거에 등록을 하기 위하여는 어느 정도 대중의 지지가 있음을 증명할 것을 요구하는 것은 합헌이다 American Party of Texas v. While, 415 U.S. 767 (1974).

2. 주 상호간의 여행의 자유

복지, 의료혜택 및 투표자 등록을 하기 위하여는 그 주내에서 상당 기간의 거주를 요구한 주의 법은 평등한 여행의 자유를 침해한다고 본다 Shapiro v. Thompson, 394 U. S. 618 *1969), Memorial Hospital v. Maricopa Country, 415 U.S.

250 (1974), *Dunn v. Blumstein*, 405 U. S. 330 (1972). 그러나 학비감면혜택이나 이혼을 위하여는 그 주 내에 거주할 것을 요구하는 법은 그 혜택들이 생존에 필수적인 것은 아니며 중대한 주정부의 목적과 연결된 것이라고 볼 수 있으므로 합헌이라 선고 *Starns v. Malkerson*, 401 U.S. 985 (1971) *Sosna v. Towa*, 419 U.S. 393 (1975).

3. 사생활보호권(Right of Privacy)

이 권리는 적법절차조항의 자유권 속에 함축된 것으로 보며, 이 권리에 대한 부담스런 분류는 엄중한 조사를 받게 된다. 결혼 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374(1978), 생식 *Skinner v. Oklahoma*에서의 차별 등이 여기에 속한다.

4. 언론의 자유(Freedom of Speech)

언론에 대한 어떤 정부의 제한도 명쾌하게 재단된 적절한 것 이어야 하며 실제적인 정부의 이익에 봉사하는 내용이어야 한다. 엄중한 심사가 적용된다 *carvey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980).

5. 투표의 권리

많은 수정조항들이 투표권에 대한 특별한 제한들을 금지하고 있다-인종·색깔 또는 노예전력(수정 제15조) ; 성(수정 제19조) ; 인두세 또는 세금 체납을 이유로 한 연방선거에서의 투표권 제한(수정 제24조) ; 연령 18세 이상(수정 제26조).

그러나 헌법은 일반적 투표권에 대한 규정은 두고 있지 않다. 그러나 투표권에 대한 차별은 헌법이 보장한 모든 시민이 평등한 조건에서 선거에 참여할 권리를 침해하는 것으로 위헌이다 *Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330(1972).

(1) 투표거부

연령과 시민권의 요건을 충족한 시민에게 다른 이유로 투표

를 거부할 수 없다 Carrington v. Rash, 380 U.S. 89 (1965).

(a) 례 외

- 1) 중죄인은 수정 제14조 제2항에 따라 투표권이 없다 Richardson v. Ramirez, 418 U.S. 24 (1974).
- 2) 특별목적의 선거 : 제한된 집단에 관한 것일 때는 그 집단에만 허용 Bail v. James, 451 U.S. 355 (1981).
- 3) 비거주자의 투표권을 제한하는 법은 전통적 시험을 거쳐 유효성을 결정한다 Holt Civic Club v. City of Tuscaloosa, 439 U.S. 60 (1978).

(2) 투표의 효율을 제한하는 것

투표의 효율을 실제적으로 손상시키는 법률은 명쾌하고 엄중한 조사를 거치게 된다.

예비선거 Rosario v. Rockefeller, 410 U.S. 752 (1973).

부재자투표 O'brien v. Skinner, 414 U.S. 524 (1974).

투표자격등 위 William v. Rhodes.

- (3) 투표의 희석(Dilution of Vote)-선거구 배분 ; 과거에는 선거구 배분을 정치문제로 생각하였으나 현재는 각 유권자가 평등한 보호를 받고 있는지를 다투는 범원이 심사대상으로 한다 Baker v. Carr, 369 U.S. 186(1962).

- (a) 국회의원 선거구 : 헌법 제1조 제2항의 정신상, 국회의원은 “여러 주의 시민에 의하여” 선출되므로 “상세하고 수학적인 평등”(1인 1표)이 선거구 획정에서의 목표이다 Wesberry v. Sandees, 376 U.S. 1 (1964).

정치(행정)구역의 보존(군 또는 시경계)이라는 명제가 평등인구의 요청으로부터 이탈하는 것을 정당화하지 않는다. 평등인구원칙에서 예외를 두기 위하여는 “그 구역

을 짜임새 있게 하고, 도시의 경계를 존중하며, 그 이전 구역의 핵심적 모양을 보존하고, 현직의원 상호간의 경쟁을 피한다는 등의 특별한 이유가 필요하다

Karcher v. Daggett, 462 U.S. 725 (1983).

(b) 주의원 선거구

가능한 최대한 인구비례에 따른 선거구 획정이 되어야 한다 Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964). 주민투표 결과를 이유로 한 선거구의 부당한 획정은 잘못된 것이다. 왜냐하면 다수가 소수의 투표권리를 희석시키는 결정을 할 수 없기 때문이다 Lucas v. 44th General Assembly, 377 U.S. 713 (1964).

-그러나 약간의 차이는 허용된다. 두 개의 선거구간에 10% 정도의 인구차이가 나는 것은 특별한 설명없이도 허용된다 Gaffney v. Cummings, 412 U.S. 735 (1973).

그러나 그 이상의 차이가 나는 것은 수궁이 가는 주정부의 정책적 이유설명이 있어야 한다 Swann v. Adams, 385 U.S. 440 (1967).

-주의회의원 선거구에서 시나 군의 경계를 유지하여 그 지역의 집중력을 강화하기 위한 목적으로 행하여진 16.4%의 차이는 허용되었으며 Mahan v. Howell, 410 U. S. 315 (1973), 특별한 환경하에서 그 이상의 차이도 허용되었다 Brown v. Thomson, 462 U.S. 835 (1983).

-주 이하 단위의 자치단체에는 정당한 이유가 있는 한 주 또는 연방의원 선거구보다 약간 큰 인구차이도 허용되었다 Ahate v. Mundt, 403 U.S. 182 (1971).

-특정인종 또는 정치그룹을 불리하게 하는 선거구 획정은 평등조항에 위반된다 Gerrymandering에 관한 판례 Davis v.

Bandemer, 478 U.S. 109 (1986).

(c) 특별의결 정족수(Supermajority requirements)

과반수 찬성 이상의 특별의결을 요구하는 법은 그 조항이 다른 어떤 뚜렷한 계층을 차별하는 것이 아닌 한 유효하다. 채권을 발행하기 위하여는 60%의 찬성을 요한다는 조항은 유효하다 Gordon v. Lance, 403 U.S. 1 (1970).

6. 후보자가 되는 권리

이것은 기본권으로 인정되지는 않는다. 그러나 후보자에게 부담스런 조건을 요구하는 법은 매우 엄격한 심사를 받는다. 후보자 등록금제도는 그 자체가 무효는 아니나 가난한 후보자의 경우에 이를 강요하는 것은 평등권에 위반된다 Lubin v. Panish 415 U.S. 709 (1974) : Bullock v. Carter.

제8절 기본권이 아닌 권리들

기본권이 되기 위하여는-또 엄중한 조사의 대상이 되기 위하여는 그 권리는 반드시 명시적 또는 함축적으로 헌법이 보장하는 것이어야 한다 San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1 (1973). 그 외 기본권이 아닌 권리에 대한 차별은 전통적인 “합리성의 기준”시험을 받게된다.

1. 복지권(Welfare)

복지지원금의 지급에 있어 가구당 최고액을 정함으로써 대가족을 차별한 결과를 초래한 법은 합리적이다. 왜냐하면 그 법은 오로지 경제 및 사회적 복지를 다루는 것이기 때문이다 Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471(1970).

2. 주거권(Housing)

고상하고 안전하고 위생적인 집에 살 수 있는 헌법상 권리는

없다. 집주인이 일정한 조건하에서 입주자를 퇴거시킬 수 있는 권한을 가지도록 한 주법은 합리적인 것이다 Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56 (1972).

3. 교육(Education)

어떤 특정한 고급질의 교육을 받을 권리는 헌법에 없다 San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 441 U.S. 1 (1973).

또한 공립학교에 무료통학버스를 타고 갈 헌법상 권리도 존재하지 않는다 kadrmas v. Dickinson Public Schools, 484 U.S. 1000 (1988).

4. 파 산

개인의 빚을 파산절차를 통하여 처리할 수 있는 것은 헌법상 권리가 아니다 United States v. Kras, 409 U.S. 434 (1983).

5. 중요한 권리(Important Rights)

(1) 주거권 : 항의를 하는 퇴거자에 특별히 2배의 보증금을 요구하는 것은 평등권 위반이다 Lindsey v. Normet.

(2) 복지 : 관계없는 사람을 포함한 가족에 대하여는 식량지원을 중단한다는 법은 위헌이다 United States Department of Agriculture v. Moreno.

제9절 반박할 수 없는 추정과 청문의 권리 ("Irrebuttable Presumptions" and the Right to a Hearing)

1. 70년대 초 중요한 이해관계가 걸린 많은 사건들에서 최고법원은-그것이 기본권임은 인정치 않더라도-너무 포괄적인 분류방식들을 채택한 주법에 대하여 그러한 분류방식들은 적절치

못할 뿐만 아니라 반박할 수 없는 추정을 창출한다는 이유로 위헌을 선고하였다. 최고법원은 주로 평등조항보다도 적법절차조항을 근거로 하여 그러한 법률상의 분류방식에 따른 사람의 구별이 그 분류방식이 토대로 하고 있는 기초를 충족시키지 못하기 때문에, 개개인이 개별적 상황에 따라 달리 대접받을 수 있다는 것을 증명할 수 있는 어떤 기회를 가지도록 하는 것이 적법절차의 요구임을 이유로 실시하였다.

2. 아버지는 그의 사생아에 대한 양육관리권을 모의 사망과 함께 잃게 된다는 조항 즉 미혼의 아버지는 부모로서도 적절하지 못하다는 추정, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1975), 주립대학에서 비거주자에게 더 높은 등록금을 요구한 규정 *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441(1973), 임신한 선생은 출산 4~5개월 전에 일을 그만두어야 한다는 규정 *Cleveland Board of Education v. La Fleur*, 414 U.S. 632 (1974) 등을 심사함에 있어 동 규정들은 항변할 수 없는 추정을 창조하므로 당사자에게 청문의 기회가 주어져야 한다는 결정을 하였다.
3. 그러나 1975년 이후 연방정부의 법에 대하여는 항변할 수 없는 추정의 원칙에 따른 실사가 사라지는 경향에 있다.

제9장 언론·출판 및 결사의 자유 (Freedom Speech, Press and Association)

제1절 서론(In General)

1. 헌법상의 규정

수정 제1조는 “의회는……언론의 자유 또는 신문의 자유, 평화로운 집회를 할 권리를 침해하거나 피해의 구제를 위해 정부에 청원하는 권리를 침해하는 법률을 만들 수 없다”라고 규정한다. 이 조항은 수정 제14조 적법절차조항에 의하여 주에도 적용된다 *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925).

(1) 말하지 않을 권리도 포함한다. : 이것은 더 넓은 “개인의 양심의 자유”라는 개념의 보충적 구성요소이다 *Wooley v. Maryland*, 430 U.S. 705 (1977)-정부는 특정개인에게 자기 재산 위에 어떤 내용을 게시하게 하는 등의 방법으로 개인의 이념적 메시지를 전파할 것을 강요할 수 없다.

(a) 연설의 조건으로서 어떤 내용을 밝힐 것을 요구하는 것 : 연설자가 원하지 않는 연설을 명령하는 것은 연설의 내용을 필수적으로 변경시키는 것이다. 그러므로 그것은 연설을 금지하는 법과 마찬가지로의 밀도있는 조사를 받아야 한다. 주정부는 전문적인 기금모금자가 기부를 호소하기 전에 기금모금자가 받는 봉사료의 액수를 잠재적 기부자에게 밝힐 것을 요구할 수 없다 *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina*, 487 U.S. 781 (1988).

(b) 그러나 : 말하지 않을 권리는 주정부가 대형쇼핑센터에서 사람들이 언론의 자유를 행사할 수 있도록 편의를 제공할 것을 쇼핑센터측에 요구하는 것을 금지하지는 않는다.-최소한 그 연설내용이 주정부가 시킨 것이 아니며 쇼핑센터의 주인과 관련된 것이 아닌 한 *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980).

(2) 결사의 자유와 가입을 시키지 않을 자유를 포함한다.

수정 제1조는 “결사의 자유와 결사체 속에서의 사생활권”을 보호한다 NAACP v. Alabama, 357 U.S. 449(1958). 이 권리는 개인이 결사를 거부할 권리로까지 확대된다 Abood v. Detroit Board of Education, 431 U. S. 209 (1977).

-정부는 노동자에게 그가 동의하지 않는 이념적 내용에 봉사할 것을 요구할 수 없다.

(a) 표현을 위한 결사 : 수정 제1조가 정하는 언론·집회·종교의 자유 속에는 이들 권리의 행사를 위한 결사의 자유가 존재한다. 그러나 표현을 위한 결사의 자유는 일반적인 “사교적 집회”에 참여할 권리를 포함하지 않는다. 오락을 위한 댄스 홀의 파티에 참가하는 것을 보장하는 결사의 자유는 없다 City of Dallas v. Stanglin, 490 U.S. 19, 109 S.Ct 1591(1989).

(3) 정보를 얻을 권리를 포함한다. 수정 1조는 정보의 교환 및 정보를 얻을 권리를 같이 보호한다 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

(4) 기금모금권을 포함한다 : 수정 제1조는 특정의 이념이나 견해를 위한 재정적 지원을 추구할 권리를 포함한다. 왜냐하면 재정은 때때로 정보의 전파와 변호를 위해 필요하기 때문이다 Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 U.S. 620(1980).

(5) 그러나-듣게 할 권리를 포함하지 않는다 : 공공정책을 결정하는 기구가 전해 오는 견해를 반드시 듣고 대답해 주도록 요구할 권리는 수정1조의 권리에 포함되지 않는다 Minnesota State Board for Community College v. Knight, 465 U.S. 271 (1984).

(6) 약간의 행동권을 포함한다. : 언론 및 결사의 자유권은 순수한 언어상의 또는 시각상의 표현을 위한 어떤 행동이나 활동을 포함한다.

(a) 자유에 필수적으로 부수되는 것 : 입회원서 배부, 모임 장소의 설치, 견해를 알리는 내용의 게시 및 유사한 행위들은 수정1조의 자유에 부수하는 것이다.-그러므로 일반 행동을 규제하는 정부의 정상적 권력에 의하여 제한할 수 없다.

(b) 정보를 얻기 위한 행동 : 그러나 수정 제1조는 어떤 행동을 단순히 언론·출판·집회의 자유와 관계된 정보를 얻기 위한 것이란 이유만으로 보호하지는 않는다. 쿠바여행은 수정 제1조의 범주 내의 행위가 아니다 *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 222 (1984)

(c) “상징적” 행동 : 수정 제1조는 어떤 사상을 교환하기 위한 상징적 행동에 대하여 약간의 보호를 한다 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

2. 절대적 권리는 아니다.

정부는 언론의 자유보다 더 위중한, 사회에 바람직스럽지 못한 결과를 초래하는 돌출행동에 대하여 처벌할 수 있다. 예컨대, 미국의 정보수집활동과 정보수집에 종사하는 사람들의 이름을 폭로하여 정보 활동을 저해하는 것은 “분명히 보호받지 못하는” 언론이다 *Haig v. Agee*, 453 U. S. 280 (1981) 반복적이고 가장 강한(strongest) 언론 자유의 보호도 거짓말로 극장에서 “화재요”라고 소리치는 사람을 보호하지는 않는다. 수정 제1조의 보호밖에 있는 구두상 또는 시각상의 표현들에는 “음란물”을 포함한다.

(1) 예 : 가입을 시키지 않을 권리 : 거대하고 기본적으로 택일

적이 아닌 또는 가끔 사업상의 관계에서 조직된 기구에 대해서는 인종과 성별의 차이를 없애야 한다는 주정부의 심각한 이익이 있기 때문에 소수인종과 여자들의 가입을 거부하는 것을 정부가 금지시키는 것은 정당화된다 New York State Club Association, Inc. v. New York City, 484 U.S. 811 (1988).

3. 제한의 합법성 여부에 대한 일반적 접근

정부가 언론·출판·결사의 자유를 제한하는 행위를 할 때, 법원은 보통 i)민주사회에서의 이러한 권리의 중차대성 ii)개인에게 가해진 제한의 성격과 범위 iii)정부가 추구하는 이익의 형태와 강도 iv)그러한 제약이 정부의 목적을 달성하기 위한 협소하게 재단된 수단인지의 여부를 검토한다.

4. “광범위성” 또는 “애매성”(Overbreadth & Vagueness)

자유언론 분야에서 법원은 때때로 어떤 규제가 광범위하거나 애매한 때 그 외견만으로(on their face) 위헌을 다투는 것을 허용한다. 그러한 규정의 존재 자체가 수정 제1조의 권리행사를 위축시키며, 헌법상 보호된 권리행사를 피하게 하는 결과를 초래할 위험이 있기 때문이다 Broadrick v. Oklahoma, 413 U.S. 601 (1973).

(1) 광범위성 : 광범위한 규제를 포함하는 법은 헌법상 보호된 권리와 보호되지 않은 권리를 동시에 제약한다 Village of Hoffman Estates v. Flipside Hoffman Estates, Inc., 455 U. S. 489 (1982).

(a) 제약-실체적 광범위성 : 법률의 극한적 적용시에만 수정 제1조의 권리를 침해할지도 모르는 법의 경우 외견만으로 다투는 것은 허용되지 않는다 U.S. Civil Service Commission v. National Association of Letter Carriers,

413 U. S. 548 (1973).

(2) 애매성으로 인해 발생한 광범위성

명백하지 못한 용어로 구성된 규제는 일반적 지성을 가진 사람을 기준으로 판단한다. 그런 “기준 없는” 법은 경찰·검찰 또는 배심원들에 의하여 자의적 또는 차별적으로 집행될 위험이 있으므로 “특별한 명료화”를 요구하게 된다.

예 : 주법이 선생들에게 “나는 공산당을 도우거나, 지원하거나, 충고하거나, 자문하거나, 영향을 끼친 일이 없으며 앞으로도 그런 일이 없을 것이다.”라는 서약을 요구하는 것은 허용할 수 없는 모호성을 지닌 것으로 무효임이 선고되었다. 그런 용어들은 공산당이 지원하는 후보를 지원했거나 공산당이 지원한 자를 어떤 이유로 지원하였거나 또는 공산당이 가지는 헌법상 권리를 언론인으로서 또는 다른 위치에서 지원하였거나에 관계없이 모두를 포함하는 너무 광범위한 것이기 때문이다 Cramp v. Board of Public Instruction, 368 U.S. 278 (1961).

(3) 애매성만으로도 위헌이 된다.

즉 광범위성의 요건을 갖추지 않더라도 애매성 그 자체가 위헌의 요인이 된다.

(4) 외견상 무효의 결과

외견상 무효인 법률은 전적으로 무효가 된다(Void on its face is totally invalid). 이 경우 제3자를 위한 문제의 제기도 가능하며, 그러한 법을 개정치 않는 경우 정부의 책임이 생기며, 새로운 법의 제정이나 개정을 강요하게 된다.

a) 그러나 법원은 때때로 외견상 무효로 보이더라도 법을 어떻게 해석하건 간에 그 법으로 금지된 핵심적 행동을 하는 자를 구제하는 것을 거부하기도 한다 NAACP v.

Button, 371 U.S. 415 (1963).

- b) 때때로 광범위성, 애매성을 가진 법이라도 법원이 유권적 해석을 통하여 이를 치유함으로써 수정 제1조의 침해문제가 발생치 않을 때는 그 법은 보호된 기본권이외의 분야에 적용이 가능하다 *Dombrowski v. Pfisher*, 380 U.S. 479 (1965).

-폐기 또는 개정 : 때로는 폐기 또는 개정된 법률도 형사 피고인에게 필요한 때 그 개정 전의 법률의 위헌성을 다룰 수 있다 *Massachusetts v. Oakes*, 109 S.Ct 2633 (1989)

제2절 불법적 행동의 옹호

1. 불법한 행동을 선동하는 용어의 사용도 보호되는가

이런 표현이 다른 사람의 불법행동을 자극하거나 질서의 파괴에 관련되지 않는 한 보호된다-비록 비애국적, 비존중적, 이단적 또는 사회에 해독을 끼칠 잠재성이 있더라도 보호된다 *Watts v. United States*, 394 U.S. 705(1969)-대통령 저격 암시 ; *Street v. New York*, 394U. S. 576 (1969)-국가모독 ; *Schacht v. United States*, 398 U. S. 58 (1970)-국군모독행위 등이 보호되었다.

2. 불법행동의 옹호에 대한 형사처벌

(1) 배경 ; 20세기 들어서 30년간 법원은 정부의 무력전복 옹호에 대한 형사처벌을 허용하였다. 즉 의회가 그러한 연설은 원천적으로 위험한 것이라고 본 입장을 법원이 지지한 것이다 *Gitlow v. New York*. 268 U.S. 652 (1925).

(a) 홉스와 브렌다이스의 견해 (Holmes-Brandeis View)

정부는 심각한 실체적 악의 창출 또는 창출을 의도하는 명백하고 현존하는 위험이 있는 표현만을 처벌할 수 있다. 즉 불법행동을 옹호하는 행동이 실천에 옮겨지기 이전에 토론을 할 수 있는 시간적 여유가 없을 때에 한하여 제재가 가능하다. 또한 어떤 특정 경우에 이런 요소가 존재하는가를 헌법적으로 판단하기 위하여는 그 판단은 궁극적으로는 최고법원에 의하여 되어야 하며, 그 판단은 의회나 배심원이나 일반법원이 할 수 있는 것이 아니다

Holmes-Brandeis의 “Clear and present danger”test는 오늘날 최고법원이 채택하고 있다고는 볼 수 없으나 커다란 영향력을 아직도 가지고 있다.

(2) 데니스-에이트 시험(Dennis-Yates “test”)

미국공산당의 지도자들이 정부의 강제전복선동을 음모한 혐의로 스미스법에 의하여 기소되었을 때, 최고법원은 유죄를 인정하고 수정 제1조의 항변을 기각하였다 Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951). 그러나 다른 사건에서 최고법원은 무죄를 선고하면서, 그 이유로서 스미스법이 규정한 내용을 해석해보건대 피고인의 행위는 그에 해당되지 않는다고 함으로써 헌법적 해석을 연계시키지 않았다 Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

a) 에이트의 중요성

최고법원은 연방법을 해석함에 있어서 동법이 수정 제1조를 위반하는가 하는 헌법적 문제를 회피할 수 있도록 기술적 해석기술을 취하였다. 그럼에도 불구하고 에이트사건은 수정 제1조의 한계를 정의하는 데 원용되고 있다 Communist Party of Indiana v. Whitcomb, 414 U.S. 441 (1974).

b) 데니스와 에이트의 논리는 다음과 같다.

- 1) 정부는 반드시 실체적 이해관계를 가져야 한다.
- 2) 강제적 정부전복행동을 선동하는 것은 처벌할 수 있다.
이를 처벌하는 것은 수정 제1조 위반이 아니다.
- 3) 심각성의 비중과 긴급성이 형량된다.

(3) 브란덴버그 시험(Brandenberg Test)

최근에는 어떤 언론활동이 즉각적 불법행동의 선동을 의도하거나 창출할 때 및 그러한 행동을 선동 또는 창출할 것 같은 때에만 제한할 수 있다고 판시하였다 *Brandenberg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

- a) 이 시험은 긴급성(imminence)을 독립적 조건으로 하고 발표자의 악의를 역시 하나의 독립조건으로 하는 것 같다.
- b) 그러나 옹호되는 해악이 중대한 때 긴급성은 하나의 조건에 불과하나, 옹호되는 해악이 단순한 위법행위 정도일 때 긴급성은 독립적 조건이 된다.

제3절 보호되지 않는 선동이나 활동을 하는 집단에의 가입-불법단체 가입만으로도 처벌되는 경우

1. 단체의 유죄(Culpability)-단체가 반드시 불법선동 등을 할 것
2. 개인회원의 유죄-그 개인이 단체의 불법활동을 알 것. 그 불법활동을 통한 특정한 의도가 있을 것 *Scales v. U. S.* 367 U. S. 203 (1961), 회합에의 단순한 참여나 보조는 처벌 않는다 *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353(1937) : 불법활동의 일부를 추구하거나 불법활동을 시정할 목적으로 가입한 자는 처벌 않는다 *Elfbrandt v. Russell*, 384 U.S. 11 (1966).

제4절 구성원 또는 구성체에 대한 강제적 노출 요구

1. 정부가 구성원에게 또는 조직체에게 조직체 또는 구성원을 공개할 것을 강요하면 가입 또는 헌금에 지장을 초래할 수 있고 수정 제1조 결사의 자유 위반이 될 수도 있다 NAACP v. Alabearna, 357 U.S. 449 (1958).

2. 일반기준

법원은 그런 강제노출 요구를 긴밀히 조사(closely scrutinize)하여 그러한 제약이 정부의 실체적 이익에 직접적으로 기여하는 것인지 여부를 판단하게 된다. 그것과 개인의 결사의 자유를 위한 익명의 필요성과의 가치를 비교형량하게 된다 Buckley v. Vales, 424 U.S. 1(1976).

제5절 보호되지 않은 선동이나 결사에 대한 민사처벌

불법언론행위 등에 대해서는 정부가 면세 등 정부의 혜택을 주지 않을 수 있다.-이 경우 정부가 입증책임이 있다 Speiser v. Randall, 357 U. S. 513 (1958).

제6절 공직취임, 면허 받은 전문직 또는 다른 공적 혜택의 제한

정부는 공무원, 변호사, 정부계약자 등을 선정함에 있어 특정 유형의 사람들을 배제할 수 있다. 이를 위해 어떤 기준을 정하고, 서약 또는 필요한 이력사항 등의 제출을 요구할 수 있다.

1. 행동강령과 충성선서

1) 헌법수호 : 정부는 공무원과 변호사에게 헌법준수를 서약할 것을 요구할 수 있다. 이런 서약은 정치적 신념에 관계된 것이 아니며 수정 제1조에 의해 보호되는 권리에 관계되지도 않는다 *Connell v. Hegginbotham*, 403 U.S. 207 (1971) ; *Law Students Civil Rights Research Council v. Wadmond*, 401 U. S. 154 (1971).

2) 애매성

애매한 행동기준이나 충성서약 요구에 대하여는 상세화를 요구할 수 있다. 공무원에게 “국가에 대한 존경심을 양양하고 운운”하는 충성서약, *Baggett v. Bullitt*, 377 U.S. 360 (1964), 공립학교 선생의 해임조건으로 “반역행위 운운” *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967) 등을 정한 법은 애매하므로 무효이다.

2. 실체적 내용

일반적으로 정부는 공무원, 면허 받은 전문직 또는 공공적 위치에 있는 자의 표현의 자유를 제한할 수 없다 *Bond v. Floyd*, 385 U.S. 116 (1966). 인기 없는 정책의 옹호나 특정 형태의 표현을 금지하는 것은 위헌이다 *Elfbrandt v. Russel*, 384 U.S. 11 (1966)

제7절 국정조사에서의 공개요구

1. 의회는 국정조사를 위하여 증인의 출석, 답변 명령, 출석 또는

증언 거부에 대한 모독죄로의 처벌 등을 할 수 있다.

2. 제 한

- (1) 법적 제한 : 위원회의 법적 권한 외의 질문에는 답변을 거부할 수 있다 Sinclair v. U.S. 1279 U.S. 263(1929) ; U.S. v. Rumely, 345 U.S. 41 (1953). 의회의 결의안에 기초한 답변 거부
- (2) 적법절차 : 증인은 사전에 공정한 통보를 통하여 무엇이 처벌되는 행동인가에 대한 지식을 가지도록 해야 한다 Watkins v. U.S., 354 U.S. 178 (1957).
- (3) 수정 제1조 : 조사위원회는 수정 제1조에 의하여 보호된 권리를 침해할 수 없다.
 - (a) 입법부의 중대한 이익이 있을 때 : 개인의 사생활상의 기본권을 초월하는 중대한 이익이 있는 경우에만 사생활 공개를 요구할 수 있다 Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee, 372 U. S. 539 (1963).
 - (b) 관련성(Nexus)의 요구 : 의회의 조사 이익을 정당화하기 위하여는 얻고자 하는 정보와 의회의 조사 주제와의 사이에 실제적인 관련이 있어야 하며, 불연이면 노출을 강요할 수 없다.
 - (c) 현시점에서의 적절성의 요구 : 현재의 문제에 관련된 조사이어야 하지 단순한 과거의 정치적 사실의 폭로를 목적으로 하여서는 안된다 DeGregory v. Attorney General, 383 U.S. 825 (1966).

각 주제별 주요논문 및 자료

JUDICIAL REVIEW [위헌법률심사]

Marbury v. Madison, 5 U. S.(1 Cranch) 137, 2L.Ed.60 (1803)
[마버리 대 매디슨 사건의 판례]

Frankfurter, John Marshall & the Judicial Function, 69
Harv. L. Rev. 217 (1955).
[프랑크푸르트, 존 마셜 대법원장과 사법의 기능]

Van Alstyne, A Critical Guide to Marbury v. Madison, 1969
Duke L.J.1. (Note : This article contains a bibliography).
[벤 엘스타인, 마버리 대 매디슨 사건에 대한 비판적 안내]

Corwin, Marbury v. Madison & the Doctrine of Judicial
Review, 12 Mich. L. Rev. 538 (1914).
[코윈, 마버리 대 매디슨 사건과 위헌법률심사의 원칙]

U. S. v. Nixon, 418 U.S. 683, 94 S.Ct.3090, 41 L. Ed. 2d 1039
(1974), cert. den'd 431 U.S. 933, 97 S. Ct. 2641, 53 L. Ed. 2d
250 (1977), rehearing den'd 433 U.S. 916, 97 S.Ct.2992, 53 L.
Ed. 2d 1103 (1977)
[미국 대 닉슨 사건]

Cappelletti, Judicial Review in Comparative Perspective, 58 Calif. L. Rev. 1017 (1970).

[카펠리티, 비교법적 시각에서의 위헌법률심사]

McCullock v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat) 316, 4L. Ed. 579 (1819)

[맥클록 대 매릴랜드 사건의 판례]

Grey, Origins of the Unwritten Constitution : Fundamental Law in American Revolutionary Thought, 30 Stan. L. Rev 843 (1978).

[그레이, 쓰여지지 않은 헌법의 기원 : 미국 혁명사상에 있는 기본법]

Meigs, The American Doctrine of Judicial Power & its Early Origin, 47 Am. L. Rev. 683 (1913).

[메이그스, 사법권의 미국적 원리와 그 초기의 기원]

Nelson, Changing Conceptions of Judicial Review : The Evolution of Constitutional Theory in States 1790-1860, 120 U.Pa.L. Rev. 1166 (1972).

[넬슨, 위헌법률심사의 변화하는 개념 : 1790-1860년간 미국에서의 헌법이론의 전개]

Thayer, The Origin & Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893).

[테이어, 미국적 헌법원리의 기원과 범위]

Corwin, The Establishment of Judicial review, 9 Mich. L. Rev. 102 (1910–11).

[코윈, 위헌법률심사제도의 확립]

Nelson, The 18th Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence, 76 Mich. L. Rev. 893 (1978).

[넬슨, 존 마셜 대법원장 헌법학의 18C적 배경]

Scharf, Judicial Review & the Political Question, 75 Yale L. J. 517 (1966).

[스카프, 위헌법률심사와 정치적문제]

Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).

[웨크슬러, 헌법의 중립적 원칙을 지향하여]

Kurland, Toward a Political Supreme Court, 37 Univ. Chicago L. Rev. 19 (1969).

[컬랜드, 정치적 연방최고법원을 지향하여]

Wright, Prof. Bickel, The Scholarly Tradition and the Supreme Court, 84 Harv. L. Rev. 769 (1971).

[라이트, 비켈교수, 학문적 전통과 연방최고법원]

LEGISLATIVE POWERS [입법권]

Ely, Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law, 79 Yale L. J. 1205 (1970).

[엘리, 헌법에 있어서의 입법상 및 행정상의 동기]

Brest, Palmer v. Thompson : An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive, 1971 Sup. Ct. Rev. 95.

[브레스트, 파머 대 톰프슨 사건 : 위헌적 입법동기의 문제에 대한 접근]

Note, From Judicial Grant to Legislative Power : The Admiralty Clause in the Nineteenth Century, 67 Harv. L. Rev. 1214 (1954).

[사법적 허용으로부터 입법권으로 : 19C의 해상권 조항]

Estreicher, Federal Power to Regulate Private Discrimination : The Revival of the Enforcement Clauses of the Reconstruction Era Amendments, 74 Colum. L. Rev. 449 (1974).

[에스트라이처, 개인적 차별을 규제하는 연방의 권력 : 재건시대의 수정헌법 시행조항들의 부활]

Note, The Scope of Section 1985(3) Since Griffin v. Breckenridge, 45 Geo. Wash. L. Rev. 239 (1977).

[그리핀 대 브렉컨리지 사건 이래 1985조 3항의 범위]

Casper, Jones v. Mayer : Clio, Bemused and Confused Muse, 1968 Sup. Ct. Rev. 89.

[케스퍼, 존스 대 메이어 사건 : 클리오, 마음을 사로잡혀 혼란스

러운 여신]

Chopper, Congressional Power to Expand Judicial Definitions of the Substantive Terms of the Civil War Amendments, 67 Minn. L. Rev. 299 (1982).

[초폐, 남북전쟁시 수정헌법조항에 사용된 기초적 용어의 사법적 정의를 확장하는 의회의 권한]

Cohen, Congressional Power to Interpret Due Process and Equal Protection, 27 Stan. L. Rev. 603 (1975).

[코헨, 적법절차와 평등보호조항을 해석하는 의회의 권한]

Cox, Foreword : Constitutional Adjudication and the Promotion of human Rights, 80 Harv. L. Rev. 91 (1966).

[콕스, 서문 : 헌법재판과 인간권리의 증진]

Monaghan, Foreword : Constitutional Common Law, 89 Harv. L. Rev. 1 (1975).

[모나건, 서문 : 헌법적 보통법]

Bickel, The Voting Rights Cases, 1966 Sup. Ct. Rev. 79.

[비켈, 선거권 판례들]

COMMERCE CLAUSE [통상조항]

Stern, The Commerce Clause and the National Economy, 59 Harv. L. Rev. 645-93, 883-947 (1946).

[스턴, 통상조항과 국가경제]

EXECUTIVE POWERS [행정권]

Abourezk, The Congressional veto : A Contemporary Response to Executive Encroachments on Legislative Prerogative, 52 Ind. L. J. 232 (1977)

[어부레즈크, 의회의 거부권 : 입법부의 특권에 대한 행정권의 침해에 대한 현대적 대응]

Bruff & Gellhorn, Congressional Control of Administrative Regulation : A Study of Legislative Vetoes, 90 Harv. L. Rev. 1369 (1977).

[브러프와 겔혼, 행정규칙에 대한 의회의 통제 : 의회의 거부권에 대한 연구]

Bickel, Congress, the President and the Power to Wage War, 48 ChicagoKent L. Rev. 131 (1971).

[비켈, 의회, 대통령과 전쟁수행권]

Berger, The Presidential Monopoly of Foreign Relations, 71 Mich. L. Rev. 1 (1972).

[버거, 외교관계에 대한 대통령의 독점]

Elliott, Cloak and Ledger : Is CIA Funding Constitutional?, 2 Hastings Const'l Law Q. 717 (1975).

[엘리엇, 가면과 장부 : CIA의 자금조달은 합헌적인가?]

Ellender, The CIA's Secret Funding and the Constitution, 84 Yale L.J. 608 (1975).

[엘렌더, CIA의 은밀한 자금조달과 헌법]

Schwartzman, Fiscal Oversight of the Central Intelligence Agency : Can Accountability and Confidentiality Co-Exist?, 7 N.Y.U.J.Int'l Law & Politics 493 (1974)

[스와츠맨, 중앙정보부의 재정적 감독 : 책임성과 비밀성은 공존할 수 있는가?]

McDougal & Lans, Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements : Interchangeable Instruments of National Policy, 54 Yale L. J. 181 (1945)

[맥더걸과 랜스, 조약과 의회-행정부와의 협정 및 대통령과의 협정 : 국가정책 수행수단으로서의 호환성]

Bouchard, Shall the Executive Agreement Replace the Treaty?, 53 Yale L. J. 664 (1944).

[부커드, 행정협정이 조약을 대체할 수 있는가?]

Weinfeld, What Did the Framers of the Federal Constitution Mean by "Agreements or Compacts?", 3 U. Ch. Rev. 453 (1936).

[웨인펠드, 연방헌법의 기초자들이 의미한 협정이나 협약은 무엇이었나?]

Matthews, The Constitutional Power of the President to Conclude International Agreements, 64 Yale L. J. 345 (1955).

[매츄우, 국제협약을 체결할 수 있는 대통령의 헌법상 권한]

Wright, The United States and International Agreements, 38 Am. J. Int'l L. 341 (1944).

[라이트, 미국과 국제협정]

Kurland, The Importance of Reticence, 1968 Duke L. J. 619.

[컬랜드, 과묵의 중요성]

PROCEDURAL DUE PROCESS [절차적 적법 절차]

Ratner, The Function of the Due Process Clause, 116 U. Pa. L. Rev. 1048 (1968).

[래트너, 적법절차조항의 기능]

Kadish, Methodology and Criteria in Due Process Adjudication-A Survey and Criticism, 66 Yale L. J. 319 (1957).

[케디스, 적법절차재판의 방법론과 기준-연구와 비판]

Shattuck, The True Meaning of the Term "Liberty" in Those Clauses in the Federal and State Constitutions Which Protect "Life, Liberty and Property", 4 Harv. L. Rev. 365 (1891).

[새터크, 연방헌법과 주헌법상의 “생명, 자유 및 재산”보호조항에서 말하는 “자유”의 진정한 의미“]

Van Alstyne, Cracks in “The New Property” : Adjudicative Due Process in the Administrative State, 62 Cornell L. Rev. 445 (1977).

[벤 엘스타인, “새로운 재산권”의 결함 : 행정국가에서의 쟁송적 적법절차]

Rubin, Due Process and the Administrative State, 72 Calif. L. Rev. 1044 (1984).

[루빈, 적법절차와 행정국가]

Note, Statutory Entitlement and the Concept of Property, 86 Yale L. J. 695 (1977).

[법정자격과 재산권의 개념]

Smolla, The Re-emergence of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law : The Price of Protesting Too Much, 35 Stanford L. Rev. 69 (1982).

[스몰라, 헌법에 있어서의 권리와 특권의 구분론의 재등장-과다이의 신청의 비용이 너무 크다]

Simon, Liberty and Property in the Supreme Court : A Defense of Roth & Perry, 71 Calif. L. Rev. 146 (1983).

[사이먼, 연방최고법원에서의 자유권과 재산권 : 로스와 페리의 반박]

Managhan, Of "Liberty" and "Property", 62 Cornell L. Rev. 405 (1977).

[매너간, 자유권과 재산권에 대하여]

Glennon, Constitutional Liberty and Property : Federal Common Law and Section 1983, 51 So. Calif. L. Rev. 355 (1978).

[글레넨, 헌법상 자유권과 재산권 : 연방보통법과 1983조]

Hale, Unconstitutional Conditions and Constitutional Rights, 35 Colum. L. Rev. 321 (1935).

[헤일, 위헌적 조건과 헌법상 권리]

O'Neill, Unconstitutional Conditions : Welfare benefits With Strings Attached, 54 Calif. L. Rev. 443 (1966).

[오닐, 위헌적 조건 : 부가된 일련의 선례를 포함한 복지혜택]

Note, Unconstitutional Conditions, 73 Harv. L. Rev. 1595 (1960).

[위헌적 조건]

Van Alstyne, The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law, 81 Harv. L. Rev. 1439 (1968).

[밴 엘스타인, 헌법상 권리와 특권의 구별의 소멸]

Rosenthal, Conditional Federal Spending and the Constitution,

39 Stan. L. Rev. 1103 (1987).

[로젠탈, 조건적 연방세출과 헌법]

Epstein, Foreword : Unconstitutional Conditions : State Power and the Limits of Consent, 102 Harv. L. Rev. 4 (1988).

[에프스타인, 서문:위헌적 조건 : 주의 권한과 동의의 한계]

Dripps, Delegation and Due Process, 1988 Duke L. J. 657.

[드립스, 위임과 적법절차]

Sullivan, Unconstitutional Conditions, 102 Harv. L. Rev. 1413 (1989).

[설리번, 위헌적 조건]

Westen, Incredible Dilemmas : Conditioning One Constitutional Right on the Forfeiture of Another, 66 Iowa L. Rev. 741 (1981).

[웨스턴, 믿을 수 없는 딜레마 : 하나의 헌법상 권리에 대해 다른 권리의 박탈을 조건으로 하는 것]

Reich, The New Property, 73 Yale L. J. 733 (1964).

[라이히, 새로운 재산권]

Reich, Individual Rights and social Welfare : The Emerging Legal Issues, 74 Yale L. J. 1245 (1965).

[라이히, 개인적 권리와 사회복지 : 대두되는 법적 문제들]

Williams, Liberty and Property : The Problem of Government Benefits, 12 J. Leg. Stud. 3 (1983).

[윌리엄스, 자유권과 재산권 : 정부혜택의 문제]

SUBSTANTIVE DUE PROCESS [실체적 적법절차]

Ely, Forward : On Discovering Fundamental Values, 92 Harv. L. Rev. 5 (1978).

[엘리, 서론 : 기본적인 가치의 발견에 관하여]

Fairman, Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights?, 2 Stan. L. Rev. 5 (1941).

[페어맨, 수정헌법 제14조가 권리장전을 합병하고 있는가?]

Schmidt, Principle and Prejudice : The Supreme Court and Race in the Progressive Era, Part 1 : The Hey Day of Jim Crow, 82 Colum. L. Rev. 444 (1982).

[슈미트, 원칙과 편견 : 진보적인 시대의 연방최고법원과 인종문제 1장 : 인종차별의 전성기]

Schmidt, Juries, Jurisdiction, and Race Discrimination : The Lost Promise of *Strauder v. West Virginia*, 61 Texas L. Rev. 1401 (1983).

[슈미트, 배심원, 관할권 및 인종차별 : 스트라우더 대 서버지니아 사건의 잃어버린 약속]

Hand, Chief Justice Stone's Conception of the Judicial

Function, 46 Colum. L. Rev. 696 (1946).

[헨드, 사법기능에 대한 스톤 대법원장의 관념]

Freund, The Supreme Court and Civil Liberties, 4 Vand. L. Rev. 533 (1951).

[프로인트, 연방최고법원과 시민의 자유권]

Powell, Carolene Products Revisited, 82 Colum. L. Rev. 1087 (1982).

[포웰, 다시 본 캐롤린회사 사건]

Lusky, Footnote Redux : A Carolene Products Reminiscence, 82 Colum. L. Rev. 1093 (1982).

[러스키, 각주 : 캐롤린회사 사건의 회고]

FREEDOMS OF SPEECH AND PRESS

[언론 · 출판의 자유]

T. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment, 72 Yale L. J. 877 (1963).

[에머슨, 제1차 수정헌법의 일반 이론을 지향하며]

Van Alstyne, A Graphic Review of the Free Speech Clause, 70 Calif. L. Rev. 107 (1982).

[벤 엘스타인, 자유언론 조항의 도해적 검토]

Redish, The Value of Free Speech, 130 U. Penn. L. Rev. 591 (1982).

[레디쉬, 자유언론의 가치]

Baker, Realizing Self-Realization : Corporate Political Expenditures and Redish's The Value of Free Speech, 130 U. Penn. L. Rev. 646 (1982).

[베이커, 자각의 실현 : 공동의 정치적 지출과 레디쉬의 자유언론의 가치]

Redish, Self-Realization, Democracy, and Freedom of Expression : A Reply to Professor Baker, 130 U. Penn. L. Rev. 678 (1982).

[레디쉬, 자기실현, 민주와 표현의 자유 : 베이커 교수에 대한 응답]

Chevigny, Philosophy of Language and Free Expression, 55 N.Y.U.L. Rev. 157 (1980).

[세비니, 언어와 자유표현의 철학]

Martin, On A New Argument for Freedom of Speech, 57 N.Y.U.L. Rev. 906 (1982).

[마틴, 언론의 자유를 위한 새로운 논쟁에 관해서]

Chevigny, The Dialogic Right of Free Expression : A Reply to Michael Martin, 57 N.Y.U.L. Rev. 920 (1982).

[세비니, 자유표현의 대화권 : 마이클 마틴에 대한 대답]

Bollinger, Free Speech and Intellectual Values, 92 Yale L. J. 438 (1983).

[볼링거, 자유언론과 지적가치들]

Wellington, On Freedom of Expression, 88 Yale L. J. 1105 (1979).

[웰링턴, 표현의 자유에 관해서]

Coleman, A Free Press : The Need to Ensure an Unfettered Check on Democratic Government Between Elections, 59 Tulane L. Rev. 243 (1984).

[콜맨, 자유언론 : 선거 사이에서 민주정부에 대한 자유로운 견제를 확인 할 필요성]

Bork, Neutral Principles and Some First Amendment Problems, 47Ind. L. J. 1 (1971).

[보크, 중립원칙과 수정헌법 제1조의 몇 가지 문제들]

McKay, The Preference for Freedom, 34 N.Y.U.L. Rev. 1182 (1959).

[맥케이, 자유권에 대한 선호]

Mendelson, The First Amendment and the Judicial Process : A Reply to Mr. Frantz, 17 Vand. L. Rev. 479 (1964)

[멘델슨, 수정헌법 제1조와 사법적 절차 : 프란츠씨에 대한 반박]

Note, The First Amendment Overbreadth Doctrine, 83 Harv. L. Rev. 844 (1975).

[수정헌법 제1조의 광범위성의 원칙]

Redish, The Warren Court, the Burger Court and the First Amendment Overbreadth Doctrine, 78 Nw. U. L. Rev. 1031 (1984).

[레디쉬, 워렌과 버거의 최고재판소와 수정헌법 1조의 광범위성의 원칙]

Fowler & Brenner, A Marketplace Approach to Broadcast Regulation, 60 Tex. L. Rev. 207 (1982).

[파울러와 브레너, 방송규제에 대한 시장적 접근]

Powe, Or of the (Broadcast) Press, 55 Tex. L. Rev. 39 (1976).

[포우, 언론(방송)에 관해서]

조례제정권의 헌법적보장
-지방자치법 제15조 단서규정의
위헌논의와 관련하여-

서 원 우

헌법재판소 자문위원

서울대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

I. 서 론

II. 지방자치권의 헌법적 보장

1. 헌법적 보장 전에 있어서의 고유권설과 전래설

(1)독일 국법학설에 있어서의 전래설의 우위

(2)일본의 전통적 공법학설에서의 전래설

(3)지방자치권의 헌법적 보장 아래에서의 전래설과 신
고유권설

(a)전래설의 법이론적 재검토

(b)헌법상의 「제도적 보장」설의 문제점

(c)신고유권설의 대두와 그 현대적 의의

(d)현대헌법상의 지방자치보장의 동향

Ⅲ. 결과적 고찰

I. 서론

지방자치단체의 조례제정권의 범위와 한계에 관한 문제가 우리 나라에서도 최근 정보공개조례, 담배 자동판매기 설치 규제조례, 지방의회의 증언, 감정에 관한 조례의 법령 위반 여부의 문제와 관련하여 많은 논란의 대상이 되고 있다. 지방자치를 제도적으로 보장한 것으로 해석되고 있는 우리 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조(특히 단서규정) 그리고 조례에의 벌칙위임에 관한 동법 제20조 등의 해석을 둘러싸고 학자들 간에도 견해의 대립이 제시되고 있는 한편,¹⁾ 지난 1994년 3월 16일에 국회를 통과한 개정 지방자치법에서 구법 제20조가 헌법이 보장하는 이른바 죄형법정주의에 위배된다는 이유로 동조를 삭제해 버렸다.

그러나 이러한 조치에 대해서는 그 해석을 둘러싸고 관심의 대상이 된바 있었다.²⁾

필자도 이러한 문제에 관하여 지방자치법 제15조 단서가 헌법 제117조 1항의 취지에 비추어 위헌의 소지가 있다는 의견을 피력한 바 있었거니와,³⁾ 이 글은 현행법상의 조례제정권의 범위 및 한계문제와 관련하여 지방자치 제도와 그 핵심이라 할 수 있는 지방자치단체의 자치권이 헌법에 의해 제도적으로 보장되고

1) 예컨대 지방자치법 제15조 단서규정의 해석에 관하여 박윤훈교수는 그것이 헌법 제117조 1항에 규정하는 지방자치의 헌법적 보장의 취지에 반하는 위헌적인 요소가 있다고 보는데 대하여(박윤훈, 「법령과 조례와의 관계」 고시계 1992년 11월호), 홍정선교수는 「조례로 기본권을 침해하기 위해서는 법률의 근거(위임)가 있어야 한다. 다만 이때, 그 근거 내지 위임이 반드시 개별·구체적일 필요는 없다.이러한 연유로 자치사무에의 적용과 관련하여도 지방자치법 제15조 단서는 합헌으로 이해되어야 하는 것이다」고 하는 반론을 제기하고 있다(홍정선, 「조례와 침해유보(지방자치법 제15조 단서의 합헌성)-박윤훈 교수님의 비판에 대한 반론-」 고시계 1993년 4월호, 113면)

2) 참고, 「지방자치법 제20조 삭제문제-지방자치법중 개정법률 등-」 자치행정 1993. 2.

3) 참고, 「上擧論文」 59면 : 동 「조례 제정권의 범위와 한계」 고시계 1993년 3월호 : 동 「조례 제정권의 내용과 한계문제(법조시론)」. 사법행정 1991년 9월호.

있다는 것은 어떠한 의미에서인가를 비교법적 시각에서 그에 관한 학설 내지 법이론이 지니는 문제점 등을 비판적으로 검토해 봄으로써 지방자치제도에 대한 올바른 이해에 기여하고자 하는데 그 목적이 있다.

Ⅱ. 지방자치권의 헌법적 보장

1. 헌법적 보장 전에 있어서의 고유학설과 전래설

(1) 독일 국법학설에 있어서의 전래설의 우위

1831년 벨기에 헌법 제31조는 「지방적인 이익은 헌법이 정하는 원칙에 따라 지방의회에 의해 규율된다」고 규정한 바 있으며, 1849년의 프랑크푸르트 헌법 제184조는 시읍면은 「기본권(Grundrecht)으로서」 시읍면사무의 처리권을 가진다고 규정했을 당시만 하더라도 대혁명기의 프랑스에서 생겨난 것으로 되어 있는 시읍면자치제의 전국가적인 자연권으로서의 「지방권(pouvoir municipal)」이라는 관념이 확실히 투영되고 있었다. 그리고 19세기 중엽의 독일에 있어서는 프랑스의 「지방권」론⁴⁾ 이외에 게르만적 전통에 뿌리를 두는 단체법 이론에 의한 시읍면 자치제의 「고유권력(eigene oftentliche Gewalt)」론으로서 자연법적인 자치제의 고유권력을 주장하는 법학설도 상당수 존

4) 독일의 공법학자를 중심으로 프랑스 혁명기에 「지방권」론이 생겨난 것으로 받아들여지고 있으며, 그것이 19세기 중엽에 남독일 등의 헌법상황에 크게 영향을 준 것으로 해석되고 있다.

제하였다.⁵⁾

그러나 1850년의 프로이센 헌법 제105조가 「시읍면은 법률이 정하는 국가감독 아래 자기의 사무를 처리한다」고 규정한 프로이센 제국시대로부터 1919년의 바이마르 헌법 제127조가 「지방자치단체는 법률의 범위 안에서 자치권을 가진다」고 규정함에 이르게 된 동안 독일에 있어서는 국법학자들이 자치제의 고유권·기본권설에 대해서 강력하게 반발했으며 자치제의 권력은 국가로부터 법률에 의하여 통치권의 일부가 위임된 것에 지나지 아니하다고 하는 「전래설」이 통설적인 공법학설로 굳혀진 바 있었다.

예컨대, G. Jellinek는 그의 『공권론』(1919년 재판)속의 「시읍면자치제의 공권(Die öffentlichen Rechte der Gemeinden)」이라는 절에서 다음과 같이 말하고 있다.

「프랑스 사람들의 지방권론도, 그리고 그것과 논거는 달리하면서도 결론을 같이 하는 독일의 단체자주통치권설도 모두 파멸된다. 프랑스 이론은 그 근거를 자연법에 두고 있으며 독일 단체이론은 중세의 풍부한 단체생활의 역사적 관찰에 의거하고 있거니와……, 이들 학설은 단체의 사회적 권력의 존재를 파악하여 그것을 바로 국가와 동질적인 권력인 것으로 주장할 수 있는 것으로 믿고 있다.…… 그러나 어느 것이나 근대국가의 인식과는 일치될 수 없다.」

「자치제 주민을 그 단체에 머무르게 하며, 단체에 대한 의무이행을 강제할 수 있는 것은 분명히 국가뿐이다.……모든 단체에의 가입강제는 국가적 권력, 즉 국가에 고유한 통치권(Imperium)에 의해서만 할 수 있기 때문이다.」, 「자치권은 법률에 의거하여 통치권을 행사할 권능을 가지며, 더구나 그것은 국가의 이익이

5) 成田頼明, 「地方自治の保障」 일본국 헌법체계 제5권 1964, 207~208면.

되기 때문이다. 왜냐하면 자치제가 일정범위 안에서 통치권을 행사하는 것이 국가의 기관이 직할하기 보다 국가의 이익에 부응하기 때문이다.」

「또한 자치제의 통치권이 국가의 권력으로부터 부여되어진 것이라는 것은 국가가 법적으로 자유로이 자치제의 자치사무를 축소 혹은 확장할 수 있다고 하는 부인할 수 없는 사실로부터 명백한 것이 아닌가.」, 「오늘날 시읍면 자치제의 조직 및 권한을 확정하는 것은 국가의 법률입에 틀림없다.독일의 시읍면제에 의하면 시읍면은 법률의 범위 안에서 그리고 국가의 감독관청의 인가를 받아 조례를 제정할 수 있지만, 자유로운.....자치(Autonomie)는 현시읍면에게 주어지지 아니한 것이다.」⁶⁾

바이마르 기의 행정법학적인 Walter Jellinek의 말에 의하면 또한 다음과 같다. 시읍면의 고유사무(Selbstverwaltungsangelegenheiten)와 위임사무(Auftragsangelegenheiten)라고 하는 「구별의 기초로서, 만일 시읍면에 본래적인 원시적 권리에 의거한 행정권한이 속하는 것이라고 생각하는 것으로 생각하면 그것은 잘못이다. 그것은 원시적 권력(ursprungliche Gewalt)의 주체인 국가와 전래적 권력(abgeleitete Gewalt)의 주체인 시읍면과의 차이를 무시하는 것이 되기 때문이다. 이러한 의미에서 현재에 있어서는 시읍면에 속하는 모든 권능은 지방제라고 하는 국가의 법률로부터 주어진 권능(ubertragene Rechte)이라 할 수 있다.」

(2)일본의 전통적 공법학설에서의 전래설

명치헌법하의 일본에서는 위에서 본 바 있는 독일의 국법학설

6) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1 Aufl. 1919 S. 286, 289~290, 283, 282.

의 동향을 발판으로 하여 역시 전래설이 크게 강조되었었다.

渡邊宗太郎의 『지방자치제의 본질』(1935년 재판)이라는 저서에서는 다음과 같이 논해져 있다. 「독립설은 지방단체의 고유의 인격과 고유의 지배권과를 주장한다…… 그러나 그러한 독립설의 주장은 분명히 사회적 사실과 법개념과를 혼동하는 것에 바탕을 두고 있다.」, 「법인격으로서의 지방단체는 법 현상이며, 그것을 정하는 법의 존재를 전제로 하며 또한 그 법은 국가의 법……이외에 있을 수 없기 때문에 법인격으로서의 지방단체는 국가의 창조로 이루어지는 것이며, 공법인격의 내용인 정치적 지배권 기타의 정치적 권력의 행사는 물론 국법의 규정하는 바에 의하는 것이며, 그러한 의미에서 국가로부터 부여된 것이며, 지방단체가 소유하는 것은 아니다.」(162~163, 165, 166면).

명치헌법하에서의 지배적 학설이었던 전래설은 전후의 일본국 헌법 제92조가 「지방자치의 본지」라는 표현을 씀으로써 지방자치에 대한 헌법적 보장을 강조하면서도 여전히 유력한 학설로 이어졌었다. 즉 宮澤俊義의 『일본국 헌법』(ユンメンタル 편, 1955년 초판 ; 76년 전정판)에 의하면 「지방자치단체는 국가로부터 완전히 독립된 존재가 될 수 없고, 국가의 권력으로부터 독립된 고유권과 같은 것을 가지는 것도 아니며, 그 존립의 근거는 오로지 국가의 권력에 있음을 의미한다」고 기술하고 있다(761면).

(3) 지방자치권의 헌법적 보장 아래에서의 전래설과 신고유권설

(a) 전래설의 법이론적 재검토

전통적 전래설은 법이론적으로 분석할 때 다음과 같은 두 가

지 요소로 이루어져 있다. ①지방자치제의 법인격 및 그것에 귀속하는 지방자치권은 실정 국가법에 의해 승인된 것이지 않으면 현행법상의 존재일 수 없다. ②근대국가에 있어서의 지방자치제는 국가의 통치조직의 일환이며, 따라서 자치제의 권력은 국가로부터 통치권의 일부가 부여된 것으로 보아야 한다는 것이다.

그런데 ①은 각국에 있어서의 지방자치권의 실정국가법에 의한 범규범적 승인이라고 하는 지방자치권의 실정법적 근거·현행법적 성격의 문제이며, ②는 각 국 각 시대의 국가법이 지방자치권을 범규범적으로 승인하는 경우에 있어서의 그 취지, 논거가 어떤 것인가 하는 지방자치권의 조리적·이론적 근거의 문제이다. 이 양자는 법학상 논리적으로 전혀 별개의 문제라는 것을 오늘날 특히 의식해 둘 필요가 있는 듯하다.

지난날의 전통적인 전래설은 특히 ①을 강조함으로써 고유권설이 말하는 자연법적인 지방자치권은 실정법적 의미를 가질 수 없으며 실정법상의 지방자치권은 국가법에 의해 승인되며, 그 효력을 국가법으로부터 전래하는 수밖에 없는 것으로 설명하고 있다.

확실히 지방자치권이 실정 국가법에 의하여 범규범적으로 승인된 것이지 않으면 현행법상의 존재·효력을 가질 수 없다고 하는 것은 근대적인 공리라 할 수 있을 것이다. 특히 사법권이 국가에 전속하고 있는 이상, 지방자치권의 행사로서의 조례가 형사벌칙을 규정하더라도 그것이 국가법의 일환으로서 형사사법권에 의해 담보되지 않을 것 같으면 현행법적 의미를 가질 수 없는 것이라 할 수 있다. 그러나 동시에 이러한 의미에 있어서의 지방자치권의 국가법적 전래성(국가법으로부터의 범규범적 전래)은 법논리상 그 실정법적 근거, 현행법적 성격의 유무라는 것에 지나지 않는 것이지 그것으로부터 막바로 지방자치권은 국가

의 법령에 의해 수권·승인된 것에 한한다고 하는 결론(법령 전래설)을 끌어낸다는 것은 너무나도 단락적이라 할 수 있다. 물론 지방자치권에 헌법적 보장이 없는 국가법제 아래에는 국가법적 전래는 바로 국가로부터의 법령적 전래를 의미할런지도 모른다. 그러나 지방자치권을 직접 보장하는 헌법체제 아래서는 지방자치권은 우선은 국가의 법령보다 먼저 헌법에 의해 실정법적 근거가 주어지고 있는 셈이며, 국가법적 전래설도 우선은 헌법적 전래를 의미하는 것이라 할 수 있다(헌법전래설). 이와 같이 생각한다고 할 것 같으면, 현행헌법이 지방자치권을 국민주권원칙 아래에서 국가권력과의 어떠한 관계에서 어떠한 취지·성격의 권력으로써 직접 보장하려 하고 있는가에 관해 이론적인 조리해석이 신중하게 따져져야 하는 것이라 할 것이다. 따라서 지방자치법의 헌법적 보장 아래에서는 고유권설도 단순한 자연법론으로서가 아니라 실정헌법체제에 관한 조리해석의 이론적 근거론으로서 부활될 수 있을런지도 모르는 것이다. 그리고 전래설의 타당성도 주로 전술한 ②라는 점과 관련하여 거기서 말하는 지방자치권의 국가통치권전래설이 오늘날에도 여전히 올바른 것인가의 여부에 달려 있다고 할 것이다.

(b)헌법상의 「제도적 보장」설의 문제점

제2차 대전후의 서독의 공법학설에 있어서는 기본적으로는 전래설의 흐름에 따르면서도 시읍면자치제(Gemeide)와 그 자치권에는 헌법상의 「제도적 보장(institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie)」이 있다고 하는 해석이 통설로 되어 있었다.⁷⁾ 이것은 Bonn 기본법 제28조 2항 「시읍면은 법률의 범위 안에서 지역공동체의 모든 사항을 자기의 책임으로 규율할 권능

7) 成田, 前掲論文, 221~222, 216~217면 : v. Mangoldt-Klei), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, 1957, S. 704~712 : O. Gönnerwein, Gemeinderecht, 1963, S. 27~31.

이 보장되지 않으면 아니 된다」고 규정하고 있는 것을 기본권 보장과는 다른 하나의 헌법상의 「제도」(Einrichtung)의 보장으로 해석한 것이며, 그것은 바이마르 독일 말기에 Carl Schmitt가 제창한 이른바 「제도적 보장설」에 의거한 것이었다. Carl Schmitt가 1928년의 「헌법론(Verfassungslehre)」에서 논한 바에 의하면, 「지방자치단체의 자치의 제도 그 자체는 없앨 수 없으며, 실질적 내용이 지방자치단체의 자치를 파괴하거나 혹은 그 본질을 상실케 하는 것과 같은 법률은 모두 헌법 위반이다.」 그러나 「제도적 보장은 그 본질상 한정된 것이다. 그것은 국가 내에서만 존재하며, 원칙적으로 무한정한 자유영역이라는 이념에 터잡고 있는 것이 아니라 법적으로 승인된 제도에 관한 것이며, 그 제도는 그 자체 언제나 어떠한 규정 내지 확정되어진 것이다」⁸⁾고 설명되고 있다.

우리 나라의 공법학설에서의 통설이 지방자치권의 헌법적 보장을 제도적 보장으로 보는 것은 주지하는 바와 같거나와⁹⁾ 이러한 제도적 보장설에 의하면, 「현대국가의 지방자치단체는 국가와 대립·긴장관계에 서는 자연권적 인격권의 주체가 아니고, 민주적 국가구조의 일환을 이루는 것으로서 국가와 더불어 국민생활이 복지의 향상에 봉사하기 위해 국가의 주권으로부터 발생하는 공권력을 국가로부터 독립하여 각 지역에 있어 자기의 책임 아래 행사하는 공적인 제도이다.」, 「헌법 제8장은 국가의 통치구조의 일환을 다루는 지방자치단체의 자치행정이 민주국가의 기초로서 없어서는 아니 될 하나의 공적인 제도라고 하는 인식에 입각하여 역사적·전통적·이념적으로 확립되어진 일정한 내용을 가진 지방자치제도의 본질적 내용 혹은 핵심을 입법에 의

8) Carl Schmitt, Verfassungsrechte, 1928, S. 1705.

9) 김철수, 『헌법학 원론』 1989, 228면; 권영성, 『헌법학 원론』 1992, 21면 등 참조.

한 침해로부터 옹호하는 취지아래 제정되어진 것으로 보는 것이 가장 타당한 시각이다」¹⁰⁾라고 설명하는 것이 일반적이다.

그러나 이상과 같은 제도적 보장설에 있어서의 지방자치의 헌법적 보장의 정도·효력이 문제이며 거기에는 전래설적인 사고의 영향이 강하다는 것을 부정할 수 없다. Carl Schmitt설을 비롯한 이른바 제도적 보장설에 있어서는 지방자치제의 기존의 지위·권능의 보장이라기 보다는 지방자치제도의 본체 내지 본질적 내용(wesentlicher Bestand, Wesensgehalt)을 법률적 침해로부터 옹호하려는 취지라고 설명되어 왔다. 그리하여 이 학설에 의하면, 「지방자치단체가 자주적으로 처리할 수 있는 지방적 사무를 전무로 하여 모든 것을 국가의 위임사무로 하거나, 보통지방 자치국가가 처리해야 할 지방공공의 사무의 범위에 관하여 제한열기주의를 취하는 것과 같은 법률은 지방자치의 본질적 내용을 침해하는 것으로써 위헌이 될 것이다」라고 하는 정도를 넘지 못하고 있다. 다시 말하자면, 이러한 제도적 보장은 지방자치권보장을 국가 통치상 필요한 제도적 일환으로 파악하면서도 전래설에 있어서의 지방자치권의 이론적 근거론으로부터 실질에 있어 그다지 멀지 않은 위치에 머무르고 있음을 간과할 수 없는 것이다.

(c)신고유권설의 대두와 그 현대적 의의

지방자치권을 헌법이 법률에 앞서 보장하고 있는 현대국가의 법제에 있어서는 자치제의 권력과 국가의 통치권·국가권력과의 관계를 어떻게 파악하여야 할 것인가가 새삼스레 논의의 대상이 될 수 있다. 보다 구체적으로는, 예컨대 중앙정부의 법령에 의한 환경규제만으로는 지역적 특수성을 감안할 경우 도저히 바람직

10) 전후의 일본 공법학설에서 「지방자치의 본질」을 제도적 보장이라는 관점에서 가장 많이 인용되고 있는 설명이다. (成田, 前掲論文, 234, 241면).

한 환경보전을 기대할 수 없을 경우 자치제가(조례에 의하여) 국가의 법령보다 엄격한 환경규제를 내용으로 하는 「추가조례」의 제정은 전혀 불가능한 것인가라고 하는 자치입법권의 한계문제라든가, 혹은 자치제의 재정위기개선을 위하여 자주과세등을 행하려고 하는 자치재정권의 보장문제들을 생각할 때 지방자치권의 법적 본질을 어떻게 이해해야 할 것인가가 대단히 중요한 쟁점으로 부각되지 않을 수 없는 것이다.

확실히 자치제의 지방자치적 권력도 주민을 구속·강제하는 공권력인 이상, 국민주권국가에서는 법적으로는 국민주권·헌법제정권력으로부터 전래하는 것임에 틀림없다(국민주권전래설). 그러나 그렇다고 해서 막바로 지방자치권이 국회중심으로 행사되는 국가의 통치권·국가권력으로부터 전래된 그 분속부분에 지나지 아니한다(국가통치권전래설)고 결론지우는 것이 타당할 것인가는 문제라 할 것이다. 이점에 관하여 제도적 보장설 내지 전래설은 국가주권·통치권의 단일·불가분성을 당연한 논거로 생각하는 것 같지만, 주권은 단일·불가분이라 하더라도 그것을 바탕으로 하는 통치권·공권력이 필연적으로 국가·국회를 중심으로 하여 하나로 통합되어 있지 않으면 아니 되는 것은 아니며, 국내에 있어서의 통치권·공권력이 국가와 지방자치체에 어떤 식으로 분여시킬 것인가는 통치권·공권력을 입법부·행정부·사법부 사이에 어떤 식으로 분속시킬 것인가와 마찬가지로 현대의 헌법원리와 그것에 의해 규정된 헌법조항의 정하는 바에 따르는 것이라 할 수 있다.¹¹⁾ 따라서 우선 논리적으로는 현행헌법

11) 따라서 중앙정부가 지방자치단체에 우월하는 것은 헌법이 정하고 있는 한도에 있어서, 특히 헌법이 지방자치에 관한 규정을 전혀 두지 않고 있거나, 혹은 그것을 법률에 전적으로 위임하고 있는 한도에서 이라는 것이다. 헌법상 지방자치와 지방자치단체가 인정되어 있는 경우에는 그 지위·권한이 헌법에 의해 보장되어 있다는 점에서는 중앙정부도 지방자치단체와 다를바 없다는 것이며, 중앙정부는 「주권」의 주체로서의 「국가」와 동일한 것은 아니라고 한다.

상의 지방자치권은 국가의 통치권과 병립·공존하는 자치제 고유의 공권력으로서 헌법적 보장을 받고 있는 것이라는 조리해석(지방자치권 병립설)도 불가능한 것은 아니라 할 것이며, 여기에 이른바 새로운 고유권설이 제창되는 계기를 발견 할 수 있는 것이다.

이러한 신고유권설은 특히 일본의 공법학계에서 종래의 지배적 학설이었던 제도적 보장설에 대한 비판으로서 주목을 끈 바 있는 견해이거니와, 그 대표적 학자라 할 수 있는 杉原泰雄에 의하면 제도적 보장설에 입각한 지방자치의 본질적 내용의 이해는 첫째로 「현재 지방자치에 가해지고 있는 공격을 효과적으로 저지할 수 있는 구조」를 가지고 있지 못하며 「본질적 내용에 거의 맞먹는 정도까지 자치에 대해 규제를 강화하더라도 위헌은 아니라고 하는 보장을 부여함으로써 지방자치를 현상 이상으로 대폭적으로 제한하는 구실을 줄 우려가 있다」¹²⁾는 것이며, 둘째로 일련의 직접민주제의 제제도를 Norm으로서의 「지방자치의 본지」의 내용으로부터 제외시키고 있는 것은 문제이며, 셋째로 제도적 보장의 이론은 지방자치제도의 역사적 전통으로부터 그 본질적 내용을 끌어내려고 하지만, 「자치제도의 역사적 전통으로부터 현행의 자치의 본질적 내용을 결정하려고 할 경우, 때로는 반헌법원리론이 되어질 수도 있다¹³⁾는 등의 비판을 하고 있다. 그리하여 그 자신은 헌법상의 「지방자치의 본지」에 포함되는 단체자치·주민자치의 의미·내용은 헌법원리, 특히 인권보장의 원리의 국민주권 특히 이른바 People 주권으로서의 인민주권의 원리를 통해 구체화되어야 할 것이라는 새로운 견해를 제시하는 한편, ¹⁴⁾ 「주민의 인권보장상 불가결한 경우에는 원칙적으

12) 杉原泰雄, 「地方自治權の本質」 법률시보 48권 3호, 90면.

13) 上掲論文, 91면.

14) 上掲論文, 법률시보 48권 4호, 134면 이하

로 어떠한 사항에 대해서도 자주적으로 법률의 근거유무를 가리지 않고, 또한 법률규정의 여하를 가리지 않고 지방자치단체는 활동할 수 있는 것으로 보는 것이 자연스러울 것이다」¹⁵⁾고 주장하고 있다.¹⁶⁾

여기서 주목되는 것이 우리 나라의 허영교수의 지방자치의 본질과 기능에 관한 견해이다. 그는 우리 나라의 지방자치체도가 헌법이 제도적으로 보장하는 자주민주적인 통치기구의 중요한 조직원리라고 보면서도,¹⁷⁾ 「지방자치가 자유민주국가에서 수행하고 있는 여러 가지 제도적인 기능을 감안할 때 과연 지방자치에 관한 제도적 보장이 지방자치의 전면적인 폐지만을 금지하는 정도의 효과밖에는 나타내지 못한다고 주장할 수 있는 것인지 의문을 가지지 않을 수 없다. 제도적 보장이론이 강조하는 지방자치에 관한 입법형성권은 헌법의 통일성을 존중하고 규범조화의 정신에 따라 행사되는 경우에만 정당화된다고 믿어지기 때문이다」¹⁸⁾고 전제하면서 「지방자치는 우선 기본권 실현과 연관시켜서 이해해야 함은 물론, 지방자치를 통해서 나타나는 기능적 지방통제의 효과를 정확히 파악하고 지방자치를 보충의 원리 측면에서 접근해야 하리라고 본다」¹⁹⁾고 말하고 있다. 지방자치의 본질과 기능을 바르게 이해하기 위해서는 무엇보다도 지방자치와 기본권의 상호관계를 옳게 파악하여야 한다고 하면서, 그는

15) 上擧論文, 134면.

16) 일본에서 이른바 신고유권설에 속하는 것으로 일컬어지는 견해에는 이밖에 「국민주권의 일상적 활성화로서의 『시민주권』, 『분절주권』 화를 주장하면서 지방자치체가 가지는 주권으로 파악함으로써 국민주권 그 자체의 분할까지도 논하는 견해(松下圭一, 『市民自治の憲法理論』(岩波新書, 1975), 93 : 165~166면 : 高奇昇三 『地方主權の論理』(1977), 17, 20면)가 있는가 하면, 지방자치단체에는 고유한 과정권이 있으며 지방세법을 가지고서도 세목·과세객체·과세표준·세율 등의 내용을 지방자치단체가 자주적으로 결정하는 권리를 제약하는 것은 헌법상 허용되지 아니한다고 하는 재정법학설도 있다.(北野弘久 『憲法と地方財政權』(1980), 27면 이하 등 참조.

17) 허영, 『한국 헌법론』 190, 773면.

18) 上擧書, 779면

19) 상동

「결론부터 말한다면 지방자치는 자유권과 무관한 제도적 보장에 그치지 않고 오히려 기본권 실현과 불가분의 관계에 있는 헌법상의 객관적 가치질서에 속한다」²⁰⁾는 것이다. 이상과 같은 허영교수의 견해를 전술한 일본의 신고유권설에 준해 평가할 수 있을 것인가는 의문이지만, 분명한 것은 전통적인 제도적 보장설에 대한 비판적 시각으로서 지방자치의 본질을 기본권과의 관계에서 파악하여야 한다는 점을 강조한 점은 상술한 신고유권설과 일맥상통한 점이 있음을 간과할 수 없다.²¹⁾

다만, 이상과 같은 신고유권설에 대해서는 제도적 보장론자측으로부터 그러한 헌법원리론을 가지고서는 여전히 「헌법상의 지방자치보장의 본질적 내용」은 밝혀질 수 없다는 반론이 제기되고 있다.²²⁾

그러나 위의 헌법학설이 지방자치의 본질과 기능 그리고 그 법적 성격 등에 관하여 현대적인 시대상황을 감안하여 입법형성권에 대한 지방자치권의 자기방어적인 역사적, 전통적인 제도적

20) 上掲書, 780면

21) 허영교수와 대체로 같은 시각에서 쓰여진 것으로 줄고 「한국지방자치의 당면과제와 전망」 한국 지방자치연구소 발행, 자치연구(창간호 1991, 보A)참조.

22) 成田頼明, 『地方自治の法理と改革』1988, 25면 이하 참조.

成田頼明에 의하면 「헌법상의 지방자치보장에 관한 새로운 파악(신고유권설을 말함-필자주)은 인민주권의 원리, 인권보장의 원리 등의 헌법원리를 다이나믹하게 짚지어 “지방의 시대”가 강조되고 있는 시대적 배경 속에서 지방자치를 법이론적으로 재구성하고, 그 있어야 할 방향을 모색하려는 의욕적인 시도라 할 수 있을 것이다. 그러나 삼원교수의 소설로부터는, 확실히 있어야 할 지방자치의 모습은 명료하게 떠오르지만, 법률을 가지고서도 침해할 수 없는 지방자치의 본질=지방자치의 본질적 내용이 무엇인가는 여전히 명확하지 않다. 뿐만 아니라, 인민주권이라든가 인권보장과 같은 반드시 명확하지도 않은 포괄적·이념적 원리를 가져 들어옴으로써 법률로서도 침해할 수 없는 본질적 내용이 보다 한층 애매한 것이 되어, 재판규범으로서의 실효성을 잃게 되어 버리는 것이 아닌가 생각된다」(25면). 「법률의 범위 내」라고 하는 문언은 주민의 인구조장상 불가결한 경우에는 조례제정권과의 관계에서 제한적으로 해석해야 할 것이라는 소론도 주목할 만 하지만, 이것이 환경보전, 소비자 보호 등의 주민의 인권보장상 불가결한 사무는 지방공공단체의 고유사무이며 그 분야를 규율하기 위해 정해진 조례가 언제나 국가의 법률에 우선한다고 하는 취지까지도 포함하는 것이라면, 그것은 현행헌법의 해석론의 영역을 넘어선 입법론이라 하지 않을 수 없을 것이다. 지방공공단체가 오늘날 주민의 안전, 건강, 양호한 환경, 복지 등의 면에서 주민의 현대적 인권의 옹호자로서의 기능을 수행하고 있다는 사실은 추호도 부정하는 것은 아니라 할 지라도 다른 한편으로, 공안조례, 청소년보호조례 등에서 볼 수 있는 것과 같이, 인권제약의 기능을 수행하고 있는 사실도 간과되어서는 아니 된다」(25~26면)고 반론을 펴고 있다.

보장으로 인식하는데 그치지 않고, 한 걸음 나아가서 헌법상의 객관적 가치질서의 하나로서의 기본권 제도로서의 규범적 위상을 확립케 한 다음, 국가권력에 대한 기능적 통제장치로서의 역할과 국가와 지방과의 바람직한 기능분담의 원리로서 주민의 직접적인 의사에 의한 정치를 요구하는 지방자치권이 헌법에 의해 제도적으로 보장되고 있는 이상, 그 요구를 보다 용이하게 그리고 실정을 숙지하며 실정에 적합하게 행할 수 있는 조건을 구비하고 있는 지방자치 단체에 의한 사무처리가 우선되지 않으면 아니 된다고 하는 의미에서의 이른바 보충성의 원리(기초자치제에서 처리할 수 없는 것만이 광역 자치제의 사무가 되고, 광역 자치제에서도 처리할 수 없는 것만이 국가, 즉 중앙정부의 사무가 된다는 원칙)에 의해 뒷받침되어야 함을 강조하는 것은²³⁾ 나름대로의 설득력 있는 유력한 견해임에도 틀림없다고 할 것이다.

(d) 현대헌법상의 지방자치보장의 동향

19세기의 근대헌법 이래로 지방자치의 보장조항의 예는 세계적으로는 오히려 드문 일이었다. 이에 대하여 제2차 대전 후의 서구계 현대헌법의 동향으로서는 지방자치보장 조항을 가지는 것이 하나의 두드러진 특색으로 되고 있다. 그나마 다음에서 보는 바와 같이 시읍면 등의 기초적 자치제 외에도 도, 주(Region) 등과 같은 광역자치제의 지방자치까지도 보장하는 규정을 두는 경향까지도 나타나고 있음이 주목된다.

① 1921년 개정의 벨기에 헌법 제108조 2호 「주 및 시읍면의 이해에 관한 사무를 행하는 모든 권한은 이것을 주의회 및 시읍면 의회에 부여할 것.」(입법원칙)

② 1947년 이탈리아 헌법 제114조 「공화국은 주(Region), 현

23) 허영, 前掲書, 779~782면 참조(허영 교수는 이상과 같은 의미의 지방자치의 본질적인 보장의 내용으로서 자치기능, 자치단체, 자치사무 등 세 가지 측면에서의 보장을 의미하는 것으로 보고 있다. (782면) : 杉原泰雄, 前掲論文, 134, 137면 참조.

(Provincie) 및 시읍면(Communi)으로 구분된다.» 제115조 「주는 이 헌법이 정하는 원리에 따라 고유의 권력과 기능을 가지는 자치체로 한다.»

③ 1949년 서독 기본법 제28조 2항 「시읍면이 법률의 범위 내에서 지역 공동체의 모든 사항을 자기의 책임으로 규율하는 권능은 보장되지 않으면 아니 된다.»

④ 1946년 프랑스 제4공화국 헌법 제87조 「조직, 법률은 도 및 시읍면의 자유(libertés départementales at municipales)를 확장하는 것으로 한다.»

⑤ 1958년 현행헌법 제72조 제1항 「공화국의 지방공공단체(collectivités territoriales)는 시읍면(Commune), 도(Département), 해외 영토이다. 기타의 지방공공단체는 모두 법률에 의하여 설치된다.» 제2항 「지방공공단체는 선출된 의회에 의해 그리고 법률의 정하는 바에 따라 자유로이 행정을 행한다(s'administrent librement).」

한편 EC제국이 (EC)기구와는 별도로 구성하고 있는 구주지방자치체회의(Conference of Local and Regional Authorities of Europe)가 1981년 10월에 기초한바 있는 「구주지방자치헌장(European Charter of Local Self Government)」에도 다음과 같은 여러 조항이 발견된다.²⁴⁾

「지방자치의 원칙은 헌법상 보장된다.» (제1조) 「지방자치체는 다른 공공단체에 명시적으로 부여되어 있지 아니한 사항 또는 지방자치체의 권한으로부터 특정적으로 배제되어 있는 것을 제외한 기타의 모든 사항에 관하여 스스로의 발의에 의거하여 행동하는 일반적인 권리(residual right)를 가진다.» (제3조 제2항)

24) 김남진, 「유럽 지방자치헌장의 성립과 내용」 『현대공법론』(김이열 교수 회갑기념, 1989) 229~234면 참조.

「공적인 책무는 될 수 있는 대로 주민에게 가장 가까운 지방자치체에 의해 이행되지 않으면 아니 된다. 보다 상급의 지방자치체는 그것이 사무의 범위에 있어 필요로 하는 한도에 있어서, 혹은 저급의 지방자치체가 그 사무를 유효하게 수행할 수 없는 경우에 책임을지든가, 혹은 법률에 의해 주어진 책임을 가진다」. (제3조 제3항) 「지방 자치체는……지방자치체의 구역을 넘어서는 모든 사항에 대하여 조사, 계획 및 의사결정의 과정의 충분한 초기단계에 있어 유효하게 참가할 권리를 가진다」. 「지방자치체는 자치권을 옹호하며, 또한 자치체를 보장하는 법률의 존엄성을 보지하기 위하여 사법적 권위에 호소할 권리를 가진다」. (제10조) 이상과 같은 지방자치권의 현대헌법적 보장의 동향에 비추어 보더라도 우리 헌법이 보장하는 지방자치체의 의의와 기능이 어떠한 것이어야 할 것인가를 쉽게 알 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 결과적 고찰

(1) 현대국가에 있어서의 지방자치는 혈연관계나 지연관계를 바탕으로 하는 상호부조에 의해 성립된 목가적인 고전적 지방자치는 아니며, 군주관헌국가 대 시민사회라고 하는 이원적 대립관계 속에서 관헌국가에 대항하는 저항관념으로부터 연유하는 19세기적인 지방자치도 아니다. 그런가 하면, 흔히들 일컬어지고 있는 다분히 교육적 의의를 가지는 「민주주의의 초등학교」로서의 소박한 지방자치와도 반드시 같지 않다. 총체적으로 행정의 기능이 현저히 확대되며, 국민(주민)의 행정의존도가 날로 높아가고 있는 정황 아래에서 지방자치체도 한편으로는 총체로서의

국정 속에서 행정활동의 극히 중요한 부분을 담당하고 있으나, 다른 한편으로는 행정기능의 담당과는 별도로 주민대표기관인 장과 의회를 지방정부(local government)로서 지역에 있어서의 중요한 정치적·정책적 의사결정을 행하며, 또한 지역에 있어서의 정치적 통합기능을 수행하고 있는 것이다.²⁵⁾ 지방자치의 현대국가에서의 존재이유는 이러한 지방자치단체가 가지는 광범한 정치적·행정적 기능을 도외시하고는 그 올바른 인식이 불가능한 것으로 생각된다.

(2) 이러한 관점에서 생각할 때, 현대국가에 있어서의 지방자치의 존재의의는 첫째로 국가·지방을 통털은 전체로서의 국가 구조 속에서 수평적 분권의 원리로서의 3권분립과 함께 수직적 분권원리로서의 제도적 장치라는데 있다고 할 것이다. 지방자치는 행정기능의 고도화·기술화·광역화(국제화를 포함한다)등에 따라는 신중앙집권주의적인 동향 속에서 국가차원의 입법부나 행정부의 권한의 강화와 남용을 억제하는 견제적 기능을 수행하는 것이다. 둘째로, 현대국가에 있어서의 민주주의는 국민주권원리의 강조에 입각한 전체의사의 우월성이 이 나라 전체의사와 부분의사의 균형아래 구축되지 않으면 아니 되거니와, 지역에 있어서의 국민의 부분의사를 전체의사 속에 적절하게 수렴 피드백시키기 위해서는 주민대표기관에 의해 구성되어 있는 지방정부로서의 지방자치체의 존재는 불가결한 것이라 할 수 있다. 셋째로, 고도의 도시화·산업화가 진행하고, 사회국가이념 아래에서의 행정의 획일화·균일화·광역화가 일반화하는 경향이 있는 고도산업사회에서는 특수성·다양성·인간성·문화성들의 가치가 경시되어 지역생활의 조화가 상실되는 경향이 있거니와, 이것

25) 현대적 복지국가하에서의 정부간 관계(Intergovernment Relation)라고 하는 시각에서 중앙정부와 지방정부간의 관계를 분석한 논문으로 줄고, 「국가·지방자치단체 관계의 재검토」 지방행정연구 제5권 제2호(1990.5)참조.

을 회복하는 것이 현대복지국가에 있어서도 중요한 과제라고 할 것 같으면, 주민에게 가까운 정부로서의 지방자치단체에 보다 많은 자치와 자유로운 활동의 여지를 인정하지 않으면 아니 된다고 할 것이다.²⁶⁾ Maunz/Zippelius에 의하면, 자유법(Satzung)의 장점은 국가의 일방적인 판단에 맡기기보다도 사물에 부응하며, 또한 지역의 다양성에 걸맞은 결정이 가능하게 되며, 입법자의 부담경감과 함께 시민의 의향에 따르는 행정을 수행할 수 있는데 있다고 한다.²⁷⁾

(3) 그리하여 국가와 지방자치단체의 기본적 관계에 대해서는 먼저 현대국가에서는 국가로부터 완전히 독립된 고유한 자치권을 가진 자족적(Autarkie)인 의미에서의 지방자치단체라고 하는 관념은 전혀 성립할 여지가 없는 반면, 그렇다고 해서 지방자치단체는 국가행정의 하부조직이며, 언제나 중앙정부와 상하복종관계에 서면서 국가의 하청적 지위에 머물러야 하는 낡은 계서제적 모델에 입각한 사고방법도 성립될 여지가 없다. 현대국가에 있어서의 국가와 지방자치단체의 관계는 대등하며 병립적인 공동·협력관계에 서지 않으면 아니 될 것이다.²⁸⁾

우리 나라는 전통적으로 종적 사회이며 행정제도도 그에 걸맞

26) 이상과 같은 시각에서는 예컨대 홍정선 교수가 그의 최근의 논문에서 「국회는 수평적으로 3분한 국가권력(기능)의 한 부분을 관장하는 기관이나 지방의회는 국가권력(기능)의 3분을 전제로 하고, 또한 그 아래에서 지방자치행정의 일부를 관장하는 기관이라 할 것이다. 따라서 외관상 지방의회가 일종의 입법기관이라 하여 국회의 기능을 대신할 수 있다고 하여서는 아니된다.」(홍정선, 전계논문, 110면)고 한 것은 국가와 지방정부의 병존적·협력적인 기능분담관계를 외면한 국가우월적인 주장이라는 비판을 면치 못할 것이다. 1988년 4월에 대폭 개정된 현행지방자치법 제1조는 그 목적규정에서 「본법은 지방의 행정을 국가의 감독하에 지방주민의 자치를 행하게 함으로써 대한민국의 민주적 발전을 기함을 목적으로 한다」고 했던 구법 제1조 규정 가운데서 「국가의 감독하에」라는 표현을 삭제하여 「이 법은 지방자치단체의 종류와 그 조직 및 운영에 관한 사항을 정하고, 국가와 지방자치단체와의 기본적 관계를 정함으로써 지방자치행정의 자주성과 능률성을 도모하여 지방자치의 건전한 발달을 기함을 목적으로 한다」고 개정한 바 있음을 주목할 필요가 있다.

27) T. Maunz / R. Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 27 Aufl., 1988, S.324.

28) 줄고 「국가와 지방자치단체의 관계-국가의 행정적 관여의 법적 검토를 중심으로」 고시 제 1992년 11월호, 동 「지방자치론의 새로운 시각」 월간고시 1989년 2월호 참조.

은 형태로 구성·운영되어 왔기 때문에 대등한 이중행정주체간의 협력관계는 제도적으로 미발달이며, 행정조직법 이론에 있어서도 극히 약한 분야라 할 수 있다. 따라서 앞으로의 지방자치법론의 중요한 과제 가운데 하나는 대등·병립관계 모델에 걸맞은 협력·연대·참가의 제도나 법이론을 새로이 개발하는 일이라 할 것이며, 또한 그러한 방향으로의 법해석과 법운용을 강조할 필요가 있는 것이 아닌가 생각된다.

(4) 끝으로 한 가지 꼭 지적할 점은, 우리 나라에서의 법률과 조례의 관계에 관해 논할 경우, 일부 학자들이 독일의 조례론을 비교법적 견지에서 참고로 하고 있는 것에 대한 의문이다. 왜냐하면, 독일의 경우에는 애당초 우리 나라에서 보는 것과 같은 법률과 조례간에는 저축이라는 문제가 제기될 여지가 없기 때문이다.

독일의 경우, 법치국가주의에 의거한 국법질서의 통일성을 엄격하게 보지하는 입장에서 국법에 의한 선점영역의 범위가 엄격하게 해석되고 있으며, 학설상으로도 이 점에 관한 이론은 종래 거의 존재하지 않는 듯 하다.²⁹⁾ 즉 국법이 이미 실제적인 규율을 행하고 있는 사항에 대해서는 지방단체의 조례제정권은 배제되며, 그것을 보충하거나 강화하거나 하는 것은 법률의 개별위임

29) 독일의 경우 자치체가 제정하는 조례와 법률의 유보원칙과의 관계에 관해서는 조례 제정권을 인정하고 있는 각 주의 Gemeinde 법의 개괄조항이 행정기관의 법규명령 정립에의 수권을 통제함을 목적으로 하는 기본법 제80조 1항 2문 및 같은 내용의 각주의 헌법조항이 요구하는 명확성(Bestimmtheit)의 원칙에 반하지 아니하는가가 주로 논란의 대상이 된다(P. Badura, *Rechtsetzung durch Gemeinder, D6V 1963, S. 563*). 기본법 제80조 1항 2문이 조례제정의 수권법률에는 적용되지 아니하는 것은 학설·판례가 일치하고 있다. 다만 그 근거로서 1972년 2월 23일의 연방헌법재판소의 다음과 같은 기술은 주목할 만하다.

「.....조례의 경우, 권력분립의 원칙에 반하지 아니한다. 조례는 Gemeinde의 Autonomie의 범위에서 Gemeinde의회에 의해 의결된다. Gemeinde의회는 진정한 Parliament와는 다르다고 하더라도, 민주주의적으로 선출된 의결기관인 한에 있어서는 입법부로 위치지워진다. 그 때문에 조례의 제정을 수권하는 법률을 통하여 법정입권능이 입법부에 속하는 다른 민주주의적 합의기관에 맡겨진 것에 지나지 않으며, 행정부에 맡겨진 것이 아니다. 이상의 점으로부터 판단할 것 같으면, 이 경우는 헌법제정자가 기본법 제80조 1항 2문을 도입한 동기와는 본질적으로 다르다.」 (BVerfGE 32, 361)

이 없는 한, 허용되지 않는 것으로 되어 있다.³⁰⁾ 국가법의 선점 영역을 엄격하게 해석하는 이러한 입장에서는 국가의 법률이 일정한 사항에 관해서 일정한 기준을 정하여 규제하고 있는 경우라든가, 일정한 대상 사항만을 들어 규제하고 있는 경우에는 그 기준 이하의 행위 또는 규제대상 외의 사항은 만인의 자유에 방임되어 있다는 의미에서 묵시적으로 국가의 법률이 선점하고 있는 것으로 생각되어지며, 따라서 그 공간분야는 조례로 보충적으로 규제한다는 것은 법률에 그것을 허용하는 특별한 위임규정이 없는 한, 허용되지 아니한다고 하는 결론이 도출되는 것이다. 하물며 국가의 법률보다 엄격한 규제를 가할 수 있는 이른바 추가조례³¹⁾ 같은 것은 특별한 법률의 위임규정 없이는 인정될 수 없는 것이라 할 수 있다. 독일에서는 법률과 조례에 의한 이중기준이라는 문제가 생길 여지가 없으며, 「연방법은 주법을 깨트린다(Bundesrecht blicht Landesrecht)」라고 하는 원칙과 아울러 「법률은 조례를 깨트린다」라고 하는 원칙(기본법 제31조)이 관철되고 있는 것으로 볼 수 있다.³²⁾

이상과 같은 배경에는 독일에서의 지방자치단체의 통치구조상

30) Gönnerwein, Gemeinderecht, 1963, S.146 : V. Mangoldt / Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd I, S. 769.

31) 참고, 「조례제정권의 범위와 한계」 고시계 1993년 3월호 참조.

32) 다만, 이상과 같은 지배적인 생각에 대해서는 최근 일부 학자에 의해 반론이 제기되고 있어 주목되고 있다. 예컨대 K. U. Meyn에 의하면, Gemeinde의 조례제정권은 기본법 제 28조 2항에 의하여 직접 Gemeinde에 추이된 권한이며, 더구나 동조 제2항 1문에서 말하는 「자치의 권리」라 함은 자치체에게 인정된 권한 영역과 그 행사를 위한 규율수단을 합친 실체로서 파악될 수 있으므로 결국 기본법 제28조 2항은 이러한 실체로서의 법정립(즉 조례정립) 권능을 의회(Parlament)의 수권을 요하지 않고 Gemeinde에 부여할 것으로 생각된다. 따라서 이 한도에서는(단순)법률에 의한 수권 그 자체는 여분적인 것으로 되지만, 법률은 조례제정권의 한계를 긋는 것으로서 의의 지위지는 것이라고 말하고 있다. 이러한 주장의 근거를 Meyn은 Gemeinde의회가 가지는 “선출된 국민대표”로서의 민주주의적 정통성을 주의회의 그것과 동일하다는 점에서 구하고 있거니와, 그것은 ①지방자치체 이외의 자치행정주체의 민주주의적 정통성은 헌법조문에 근거가 없으며, ②Gemeinde 의회는 다른 기능단체와 같이 특수한 이익에 의해 결합된 집단과는 달리, 그 지역의 전 주민을 대표함으로써 주나 연방과 동일한 민주주의적 정통성을 가지기 때문이라고 한다(K. U. Meyn, Gesetzesvorbehalt und Rechtsetzungs befugnis der Gemeinden, 1977, S. 25, 40. : 동지, Vgl., H. H. von Arnim, Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie, AöR 1988, S.19ff.)

의 위치의 특이성이 결정적인 요소로 존재하고 있음을 간과해서는 아니 된다. 즉, 우리 나라와 일본에서 헌법을 근거로 하여 지방자치단체의 통치단체로서의 성격이 일반적으로 승인되고 있어, 33) 조례의 준법률성=위임입법으로부터의 탈각이 수용될 수 있는 것과는 대조적으로 독일에서는 지방자치단체는 그 자체 행정조직의 일환으로서 위치 지위지며, 국가특성(Staatsqualität)을 가지지 아니하는 것으로 되어있다.³⁴⁾ 독일에서는 조례의 정립을 포함하여 지방자치의 활동이 “행정”활동으로 인식되어 있기 때문에, 비록 기본법 제28조 2항에 의거하여 지방자치가 헌법보장의 대상이 되고 있고, 그 내용으로서 조례고권(Satzugshoheit)이 포함되어 있더라도 조례정립에는 법률에 의한 행정의 원리가 타당하며,³⁵⁾ 또한 지방자치는 행정을 전반적으로 사법의 통제하에 두는 기본법 제19조 4항의 요청으로부터 면제되지 않는 것으로 되어 있다. Schmidt-Abmann은 지방자치의 특성을 국가의 의회주의에 의한 정통성을 근거로 하는 의회제정법률에 의한 통제와 지방적 정통성과의 대항관계로 이해하려 하고 있거니와³⁶⁾, 그것은 「법률의 유보」와 조례와의 관계에 한정시켜 말하자면, 「법치국가적 요청으로서의 예견가능성」과 「지방자치의 독자성」이라고 하는 상대적인 명제로서 도식화 할 수 있을 것이다. 독일

33) 참고, 「지방자치단체의 법적 지위」 법조 1993년 1월호 참조.

34) W. Reinhart, Gewaltenteilung in Staats- und Kommunalverfassungsrecht, 1984, Diss. Mannheim S. 53.

35) 국내에서 이와 동일한 입장을 취하는 대표적 견해로는 홍정선 저, 지방자치법론, 1991, 151~152 : 동인, 전개논문, 110면. 홍정선 교수는 조례제정권에 대해서도 법률우선의 원칙만이 아니라 법률유보의 원칙이 적용된다는 주장과 관련하여 「그 기준이나 한도를 정하는 법령은 동시에 그 자체로서 권리제한 등을 위한 조례제정의 근거가 될 것이다.」.....요컨대 조례로 권리제한 등을 함에 법령상의 수권이 불필요하다고 하면서 그 기준이나 한도를 법령으로 정하면 된다고 하는 것은 논리상 모순된 것으로 보인다(111면)고 기술하고 있으나, 법률유보원칙에서의 법률이란 일반적으로는 수권(근거)규범으로서의 법률을 말하는 것이지 조직규범이나 규제규범으로서의 법률을 말하는 것은 아니라 할 것이다. (참고, 전개서, 40면 참조).

36) Schmidt-Abmann, Die Kommunale Rechtsetzung im Gefüge der administrativen Handlungsformen und Rechtsquellen, 1981, S.7.

의 학설에서는 조례라고 하는 법정립을 행정의 행위로 파악하고, 조례정립에도 원칙적으로 법치주의가 관철되지 않으면 아니 된다는데 견해가 거의 일치되어 있기는 하나, 반면에 있어 기본법 제28조 2항에 의거한 조례제정권의 보장과 함께 동조 제1항에 근거를 가지는 Gemeinde의회는 민주주의적 정통성도 중시할 것 같으면 수권법률에 대한 엄격한 명확성의 요청도 완화될 수밖에 없다는데 대해서도 관심을 기울일 필요가 있다고 할 것이다. 독일법에 있어서도 지방자치의 보장을 엄두에 두고 자치를 제약하는 법률의 효력을 감소시키는 해석 기법이 많이 나타나고 있거니와, 예컨대 토지이용 계획의 분야에서는 이러한 판례가 여러 개 내려지고 있다. 이러한 예에서는 지방자치의 보장이라고 하는 것이 단순히 추상론에 머무르지 않고 해석조작이 가능한 단계에 까지 진전되고 있음을 엿볼 수 있다.

(5) 어쨌든 분명한 것은 우리 나라에 있어서의 지방자치제도의 건전한 발전을 도모하는데 있어 이상에서 보는 바와 같이 그 기능면에 있어 대체로 소극적인 평가³⁷⁾밖에 받고 있지 못하는 독일에서의 조례론에 의거하여 조례제정의 정치적·행정적 기능을 제한적으로 해석하려는 태도는 바람직하지 못한 것이 아닌가 생각되며, 현대 복지국가에 있어서의 기본권의 보장도 단순히 방어권적 내지는 자유권적 시각에서만 논할 수는 없는 것이며, 그것이 지니는 객관적 가치질서의 제도적 보장의 측면도 아울러 진지하게 다루어지지 않으면 안되며³⁸⁾ 우리 나라에서도 지방 자치

37) 독일 지방 레벨에서는 협의의 행정 프로그램으로서의 조례정립은 극히 적은 양이며, 협의의 행정에 비하여 지방의회의 법정립의 의의는 크지 못하다고 지적(M. Schröder, Grundlagen und Anwendungsbereich des Parlamentsrechts, 1979. S. 437)되고 있을 뿐만 아니라, 현실의 지방 정치에서는 집행부가 제출한 조례안이 수정됨이 없이 그대로 통과되는 것이 일반적이기 때문에 지방의회에서의 의론도 없이 routin적으로 의안이 처리·성립되는 것으로 알려져 있거니와, 이것은 Gemeinde에 있어서 제정되는 조례의 많은 것이 행정기술적 내용을 포함하고 있기 때문이며 구체적인 것이 별로 많지 않기 때문인 것으로 평가되고 있다.

38) 계획열, 「헌법관과 기본권 이론」 공법연구, 제11집(1983) : 줄고, 「Smend이론과 현대

의 헌법적 보장문제도 이러한 맥락에서 논해지지 않으면 아니 되는 것이 아닌가 생각된다.³⁹⁾ 이렇게 생각할 때 우리 나라의 경우, 조례제정권은 헌법 제117조 1항에 의해 직접 보장된 지방자치단체의 자치권능이며, 지방자치법 제15조는 그것을 단순히 확인하는 규정이라 할 수 있음에도 불구하고 그 단서에서 주민의 권리 제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임을 요하게 제한한 것은 지방자치단체의 자치권 행사를 실질적으로 억제하는 위헌적인 조치라 할 수 있는 것이다. 오늘날 지방행정의 차원에 있어서도 상당부분의 행정은 직접·간접으로 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관련되지 않을 수 없는 것이며, 행정의 실질적인 실효성 확보를 위해서는 어느 정도의 제재조치는 불가피한 것이라 할 수 있는 것이다. 다만 이러한 조치들은 그것이 일정한 지역적 테두리 안에서 행해지는 것이고, 또한 전체적인 국가의 통치질서 안에서 행해지는 것인 이상, 거기에는 일정한 한계가 없을 수가 없는 것이므로 이들 조치는 법령의 범위 안에서 행해져야 한다는 의미에서 최소한 법령과 저촉될 수는 없는 것이다. 이러한 법률우선의 원칙은 법률유보의 원칙과는 엄연히 구별되어야 하는 것이며, 지방의회가 헌법에 의하여 그 민주주의적 정당성이 보장되고 있는 것인 이상, 그것이 적법절차에 의해 제정하는 조례는 해당 지방자치단체에 관한 한, 법률에 준하는 성질을 가지지 않을 수 없으며, 이것은 민주국가의 원리에는 물론이고 법치국가의 원리에도 반드시 반하는 것은 아니라 할 것이다. 우리 헌법 제37조 2항의 규정은 국민의 자유와 권리 일반을 대상으로 하는 기본권 제한의 일반적 한계를 규정한 것이지 헌법에 의해 별도로 보장하고 있는 지방자

공법학」 법철학과 형법(황산덕 박사 회갑기념논문집 1979) : 이강혁, 「조직과 절차를 통한 기본권 실현」 등 참조.

39) 허영, 전계서, 773면 이하 참조.

치단체의 조례제정에 있어서의 법률의 위임에 관해 규정한 것은 아니며, 그것이 그나마 「본질적인 것」을 침해할 수 없는 입법 형성권의 한계를 규정한 것으로 볼 때 지방자치의 헌법적 보장의 본지에 저촉되지 아니하는 한도 내에서의 기본권 보장규정이란 해석해야 할 것이다. 그리고 자치체의 차원에서도 법률유보이론에 있어서의 이른바 본질적 유보론(중요사항 법률유보론)이 그대로 적용될 수 있을 것인가에 관해서는 그 자체 논란의 여지가 없지 않지만⁴⁰⁾ 설사 그 적용이 인정된다고 하더라도 국가가 제정하는 법률이 요청되는 경우에 있어서도 그것이 자치체의 활동에 대한 관여를 의미하는 이상, 언제나 지방자치의 헌법적 보장이라는 관점에서 그 법률의 합헌성이 음미되지 않으면 아니 될 것이다. 다시 말하자면, 자치체의 차원에 있어서는 지방자치의 헌법적 보장이라고 하는 것이 본질성 이론에 대해서도 일정한 제약 요소가 될 수 있다는 것이다.⁴¹⁾

(6) 오늘날의 자치체 행정에 있어서 조례의 제정문제는 매우 중요한 법률문제에 속한다고 해도 과언이 아니다. 중앙정부가 제정한 법률의 충실한 집행에 시종하는 자치체 행정으로부터 시민참가를 바탕으로 하여 독자적인 구상을 가지고 종합적인 시책의 추진이 기대되고 있는 자치행정에로의 전환을 생각하는 이상, 조례에 대한 사회적 수요의 확대에도 불구하고 조례제정의 허용성을 지나치게 제한하는 입법조치나 자치정부의 운영은 지방자치의 헌법적 보장의 정신을 위면하여 지방자치를 유명무실한 것으로 만드는 소치가 아닐 수 없다.

40) Schmidt-Aßmann은 그 적용을 소극적으로 보는데 대해 Stober, Meyn 등은 적극적으로 보고 있다. (Vgl. Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 261 : Stober, Kommunalrecht, 1987, S. 133 : Meyn, a. a. O., S. 90)

41) Vgl. H. Maurer, Rechtsfragen Kommunalen Satzungsgebung, DöV 1993, Heft 5, III. 2.

독일연방헌법재판관의 선출문제

-그 이론과실제를중심으로-

배 준 상

헌법재판소 자문위원

한양대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

- I. 서 론
- II. 연방헌법재판소의 지위
 1. 사법기관
 2. 헌법기관
 3. 연방헌법재판소의 지위와 재판관선출과의 관계
- III. 연방헌법재판관선출과 헌법적 필요조건
 1. 법관독립의 원칙
 2. 민주적 정당성의 원칙
 3. 권력분립의 원칙
- IV. 연방헌법재판관의 선출과 실제
 1. 법적 근거

2. 재판관의 선출절차

1) 피선출자격

2) 후보자추천절차

(1) 후보자추천명부 작성

(2) 특별추천절차

3) 선출기관과 선출절차

(1) 연방의회에서의 선출절차

a. 선거인단과 간접선거의 원칙

b. 선거인단에서의 재판관선출절차

c. 선출절차의 실제(Praxis)

d. 재판관선출에 대한 헌법적 문제점

a) 간접선거원칙에 대한 문제점

b) 선출절차의 실제에 대한 문제점

(2) 연방참사원에서의 선출절차

a. 직접선거의 원칙

b. 선거절차의 실제와 문제점

4) 연방헌법재판소장과 부소장의 선출

5) 연방대통령에 의한 임명

3. 재판관재선출의 문제

4. 방위사태시 재판관선출문제

V. 결 어

I. 서론

헌법은 국가의 기본법이다. 그와 함께 헌법은 국가질서의 전반에 대하여 법적 기초를 제공한다. 즉 국가작용을 수행하는 데 있어서 그 준거를 제공할 뿐만 아니라 그 한계를 설정한다. 그래서 모든 국가권력과 국가작용은 헌법질서의 범주 안에서만 그 정당성을 인정받을 수 있다. 그런 의미에서 헌법은 모든 국가권력에 대하여 우위성을 갖는다. 이런 국가의 기본이 되는 법적 기초 위에서만이 통일적인 국가의 질서형성, 정치적 통합과 법적 평화 그리고 국민의 기본권보호라고 하는 국가적 과제가 수행될 수 있을 것이다. 그러나 국가의 기본법으로서 헌법의 기능이 올바르게 수행되기 위해서는 헌법이 실질적인 우위성을 확보할 것이 요청된다. 그것은 위헌적인 국가작용을 구속적으로 통제하고 배제할 수 있는 제도적 장치를 갖추었을 때 가능할 것이다. 이 제도적 장치가 헌법재판제도이다.¹⁾

우리 헌법과 마찬가지로 독일 기본법(Grundgesetz)²⁾은 헌법재판기관으로서 헌법재판소를 설치하였다. 헌법질서의 우위성 확보와 법치국가의 이념을 보장하기 위하여 독일연방헌법재판소는 국가의 제 기관 또는 권력보지자(權力保持者) 상호간의 헌법쟁

1) 헌법재판제도가 없는 헌법의 경우 헌법의 규범력은 단지 헌법을 준수해야 할 주체의 헌법신뢰성에 의존해야만 할지도 모른다. 이런 상황하에서는 헌법문제가 유동적인 상태가 되기 쉽고, 더구나 정치권력의 입김이 강하게 작용할 위험성이 있다. 그런 의미에서 헌법의 보장제도로서의 헌법재판제도를 갖춘 헌법과 그렇지 않은 헌법은 구별된다 (Vgl. R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in : Der Staat Bd. 20 (1981), S. 499 ; ders., Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401).

2) Art. 93, Art. 94 und Art. 100 GG

송, 헌법질서를 파괴하려는 정당의 해산, 국민의 기본권의 보장 등을 사법절차의 형식으로 재결하는 광범위한 권한을 부여받은 것이다. 그에 따라 독일연방헌법재판소는 1951년에 설립된 이래 독일기본법에 의하여 선언된 시민적 자유의 보호와 연방과 주와의 관계의 한계 설정, 그리고 민주적 사회국가에 활력을 주는 등 여러 영역에 있어서 헌법질서의 유지를 통한 정치적·국가적 통합을 이끄는 중요한 기능을 수행하고 있다. 이와 함께 독일연방헌법재판소는 독일의 헌정생활에서는 말할 것도 없고 적어도 자유민주주의적 가치질서를 바탕으로 하고 있는 대다수의 국가에서 그 권위와 기능에서 헌법재판의 본보기가 된 것도 사실이다.

이런 헌법재판소의 헌법수호자적, 권력통제적, 기본권보장적 기능은 중국적으로는 헌법재판을 통한 헌법재판관의 헌법해석과 헌법의 현실화작업을 통해서 이루어진다. 따라서 그런 헌법재판소의 기능이 제대로 발휘되느냐의 여부는 헌법재판관이 헌법해석과 헌법현실화작업을 할 때에 얼마만큼 헌법실현에의 의지가 있으며, 그가 헌법적 기준에 따라 얼마만큼 불편부당하게 판결하느냐에 달려있다. 헌법재판관이 헌법을 자신의 정치적 목적을 실현하기 위한 도구로 사용한다거나 헌법재판을 정치의 연속으로 본다면 헌법재판소는 헌법수호라고 하는 자기임무를 올바르게 수행할 수 없을 것이다. 결국 헌법재판제도를 통한 헌법의 유지와 수호는 민주주의적인 가치체계에 정치적 사회적 내용을 부여할 수 있는 창조적 해석능력과 헌법실현에 대한 의지를 가지고 불편부당하게 판결하는 재판관들에 의해서 운영될 때에만 그 사명과 임무 및 기능을 다 할 수 있다고 볼 수 있다.

이렇게 헌법재판제도에서 헌법재판관이 차지하는 비중이 중차대한 만큼 헌법재판관의 선출은 헌법재판제도의 평가를 위한 사전결정(Vorentscheidung)이라고 할 수 있을 것이다.³⁾ 이런 관점

에서 연방헌법재판관의 선출문제는 단순한 헌법기술적인 문제가 아니며, 헌법재판제도와 분리하여 고찰할 사항도 아니다.⁴⁾ 그것은 국가적 통합을 달성하기 위한 견인차적 요소로서 연방헌법재판소의 책무(Aufgabe)와 연관시켜서 고찰해야 할 것이다.⁵⁾ 그리하여 일찍이 H. Triepel은 국가의 기본법인 헌법을 수호하고 헌법질서를 유지하는 데 결정적인 임무를 맡고 있는 헌법재판관을 선출하는 문제는 소홀히 다룰 수 없는 중요한 사항을 인식한 바 있다.⁶⁾ 이와 함께 이상적인 헌법재판관선출의 조건으로서 고도의 전문적·인격적 자질을 갖추어야 하고, 피선출자가 당파적 분쟁(Streitparteien)에 대하여 일정한 거리를 유지할 수 있는 능력의 소유자이어야 하며, 광범위한 민주적 정당성을 확보함으로써 선출기관에 의한 일방적 정당정치적 영향력이 배제되어야 할 뿐만 아니라 연방적 대표성 등을 제시하기도 한다.⁷⁾

본고에서는 헌법이론적 측면과 선출실제적 측면을 중심으로 독일의 연방헌법재판관선출에 관하여 고찰하고자 한다.

II. 연방헌법재판소의 지위

1. 사법기관

3) H. Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5 1929 S. 27

4) Vgl. dazu H. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 185 ff.

5) 자세한 것은 Stein, E., Verfassungsgebung, Verfassungsanwendung und soziale Wirklichkeit, in : Lebendige Verfassung—das Grundgesetz in Perspektive, Neuwied/Darmstadt 1981, 1-24면(1-3) 참조.

6) VVDStRL Heft 5 (1929), S. 27

7) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, S. 356 ; 이런 조건의 충족을 “마의 사각지대”(magisches Viereck)로 표현되기도 한다(H. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 206).

연방헌법재판소를 “제3의 의회”(Dritte Kammer), “사법적 검열관청”(richterlicher Zensur) 혹은 “제4의 국가기관”(Vierte Gewalt) 등으로 주장하는 견해도 없지 않아 있다.⁸⁾ 그러나 이러한 견해에도 불구하고 독일에서의 통설적 견해는 연방헌법재판소를 사법기관으로 본다.⁹⁾ 연방헌법재판소의 사법기관성은 우선 동 재판소가 그의 기능을 수행할 때 일정한 사법절차적 방법을 취한다는 점이다. 다시 말하면 연방헌법재판소는 직권으로 헌법재판을 개시할 수 없고, 범규범의 위헌성문제를 심사하기 위해서는 관련규범이 최소한 공포된 후에 소제기의 권한이 있는 자가 위헌심사의 청구를 하거나 혹은 범규범에 의해 기본권의 침해가 발생하였을 경우 권리침해를 받은 자가 헌법소송을 제기함으로써 연방헌법재판소는 헌법소송절차를 개시할 수 있는 것이다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 연방헌법재판소의 구성원들이 독립된 재판관으로 구성된다는 점에서도 동 재판소의 사법기관성을 발견할 수 있다. 그러나 무엇보다 연방헌법재판소의 사법기관성은 헌법소송에 대한 심사의 기준이 헌법이라는 데에 있다. 헌법은 정치적 요소들을 그 규정의 대상으로 하고 있고, 헌법규정의 특성이 불확정개념적일 뿐만 아니라 많은 가치적 요소를 담고 있어서 헌법재판을 할 때에 형성적 해석이 불가피하다고 하더라도 헌법자체가

8) Vgl. R. Zuck, Das Bundesverfassungsgericht als dritte Kammer, ZRP 1978, S. 194 ; G. Roellecke, Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, in : Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, ein Cappenberger Gespräch, 1980, S. 34 ; H. Jäde, Souverän in roten Roben? Das Bundesverfassungsgericht und die Angst pax der Kritik, in : Auf dem Weg zum Richterstaat, 1979, S. 127 ; 좀더 상세한 문헌목록에 대하여는 Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, 32 II 4, §44 I 4 Fn, 98 u. 99.

9) BVerGE 40, 356 (360) ; K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1980), S. 15 ff. ; K. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1980), S. 99, 106, 126 ff., 145 ; W. Billing, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, S. 39 ; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, §32 II 4, §44 I 4 m. w. N (Fn. 31).

10) E. W. Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 89 ; G. Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, 1979, S. 307.

법이라고 하는 점을 부인할 수 없다. 연방헌법재판소는 법규범으로서의 헌법을 기준으로 하여 국가작용을 최종구속적으로 심판하는 것이다. 이런 요소들을 종합해 볼 때 연방헌법재판소는 사법기관이라 할 수 있을 것이다.¹¹⁾

2. 헌법기관

국가기관의 존재와 그 지위 그리고 중요한 권한이 직접 헌법에 규정되어 있는 경우, 이런 국가기관을 헌법기관이라고 정의한다면 연방헌법재판소는 헌법기관이라 할 것이다.¹²⁾ 그것은 연방헌법재판소법 제1조에 그 지위에 관하여 규정하고 있는 것은 별론으로 하고라도 독일 기본법 제93조를 비롯한 여러 조항에서 연방헌법재판소의 존재와 권한에 대하여 직접 규정하고 있기 때문이다. 그러나 헌법기관에 대한 위와 같은 정의는 형식적 의미 이상의 것을 내포하고 있지 아니하다. 헌법기관의 특성은 이런 형식적 의미 이외에도 실질적 측면이 함께 고려되어야 할 것이다. 즉 실질적 측면에서의 헌법기관성은 국가기관이 그에게 부여된 권한을 이행함에 있어서 헌법현실에 중요한 영향을 미치느냐, 특히 국가지도(Staatsleitung)에 중요한 몫을 담당하고 있느냐 하는 것이 문제된다.¹³⁾ 이미 언급한 바와 같이 연방헌법재판소에 대하여 광범위한 관할권이 부여되어 있다. 이런 관할권의 행사를

11)Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1991, Rdnr. 565 ; K. Stern, Staatsrecht Bd. II, 1980, S. 344 ; K. Schlaich, Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in : VVDStRL 39 (1981), S. 106.

12) Vgl. K. Stern, a. a. O. ; Chr. Starck, Der verfassungsrechtliche Status der Landesverfassungsgerichte, in : Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Hg. Chr. Starck / K. Stern) Bd. I, 1983, S. 157.

13)K. Stern, a. a. O., S.344 ; W. K. Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986, S. 61 f.

통하여 연방헌법재판소는 우선 통제기능을 갖는다. 이러한 통제기능으로 연방헌법재판소는 국가의 의사형성과정에 관여한다. 즉 연방헌법재판소는 그런 의사형성과정에서 헌법에 의하여 설정된 한계가 준수되었는지를 심사하고 위헌적인 국가작용을 구속적으로 배제한다. 뿐만 아니라 연방헌법재판소는 헌법이 근본적으로 의도하고 있는 권력의 분립과 융합의 체계가 유지되도록 담보한다. 또한 연방헌법재판소는 최종구속적 분쟁조정기능을 갖는다. 즉 연방헌법재판소는 정치적·사회적 갈등을 사법절차적 방법으로 해결함으로써 정치적 평화와 사회적·법적 평화에도 기여한다.¹⁴⁾ 이런 분쟁조정기능을 통하여 정치생활과 사회공동체의 생활속에서 국민의 기본권을 현실화시킬 뿐만 아니라 소수자보호와 민주주의 실현에도 기여한다.¹⁵⁾ 연방헌법재판소의 이런 제기능을 통하여 헌법적 공감대가 유지되며 국가지도의 복합적 과정들이 기능 할 수 있게 되는 것이다. 이런 의미에서 연방헌법재판소를 국가적 통합으로 이끄는 국가기관이라 할 것이다. 연방헌법재판소의 이런 실질기능적 측면을 고찰해 볼 때 연방헌법재판소를 헌법기관이라고 할 수 있을 것이다.

3. 연방헌법재판소의 지위와 재판관선출과의 관계

위와 같은 연방헌법재판소의 사법기관으로서의 지위와 헌법기관으로서의 지위는 연방헌법재판관의 선출방법에 대하여 특별한 의미를 부여한다. 그것은 재판관선출절차를 확정할 때에 연방헌

14)H. J. Vogel, Videant iudices! Zur aktuellen Kritik am Bundesverfassungsgericht, DÖV 1978, S. 668.

15)Vgl. P. Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S.72 ; H. Ridder, In Sachen Opposition : Adolf Arndt und das BVerfG, in : FS für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S.323.

법재판관의 독립성이 침해되지 않도록 할 것과 연방헌법재판소의 구성원에 대한 민주적 정당성 뿐만 아니라 동 재판소의 계속적이고 광범위한 기능성(Funktionsfähigkeit)의 확보요청이 연방헌법재판소의 사법기관과 헌법기관의 지위로부터 도출되기 때문이다.¹⁶⁾

Ⅲ. 연방헌법재판관선출과 헌법적 필요조건

연방헌법재판관의 선출이 헌법재판제도의 특성과 기능 그리고 그와 관련한 연방헌법재판소의 지위에 적합하게 형성되도록 하기 위해서는 헌법상 요구되는 몇 가지 중요한 원칙들을 충족할 것이 요청된다. 법관독립의 원칙, 민주적 정당성의 원칙 그리고 권력분립의 원칙이 그것이다. 여기에서는 물론 동 원칙들에 대한 모든 상세한 내용을 검토하고자 한 것은 아니며 재판관선출절차에서 충족되어야 할 사항과 관련된 원칙론적 관점만을 고찰하고자 한다.

1. 법관독립의 원칙

연방헌법재판소가 위헌적 국가행위에 대하여 적극적으로 효과적인 통제를 가하기 위해서는 외부의 압력이나 간섭없이 독립적으로 재판할 수 있어야 한다. 연방헌법재판소의 독립성의 요청은 무엇보다 동 재판소가 사법기관이라는 데서 오는 당연한 귀결이

16)F. Klein, in : Maunz / Schmidt-Bleibtreu / Klein / Ulsamer BVerfGG-Komm., 1992, 5 Rdnr.3 ; F. Knöpfle, Richterbestellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichtsbarkeiten, in : Landesverfassungsgerichtsbarkeit(Hg. Chr. Starck / K. Stern) Bd. II, 1983, S.234.

다.¹⁷⁾ 따라서 헌법재판관선출절차를 확정할 때에도 필수적으로 법관독립의 원칙이 침해되지 않도록 하여야 할 것이다. 법관독립의 원칙은 법관이 법과 양심에 따라서만 재판하게 하고 법관의 독립성과 합치되지 않은 직·간접적 영향을 배제하는 데 그 목적이 있다.¹⁸⁾ 법관독립의 원칙이 재판관선출과 관련하여 특별히 중요한 의미를 갖는 것은 헌법재판관을 선출하는 자가 그들에게 주어진 선출권한의 행사를 통하여 재판에 영향을 미칠 수도 있기 때문이다. 여기에 정치권력이 헌법재판관에 대하여 영향력을 행사할 수 있는 잠재적인 위험이 내재해 있다고 할 것이다. 이와 관련하여 헌법재판관선출절차에서 특별히 확보해야 하는데 있어서 일방적 영향력을 행사하는 것은 배제되어야 한다는 것이다.¹⁹⁾ 이것은 정부와 의회의 다수자가 긴밀한 관계에 있고, 오히려 그들이 같은 정치권력을 구성하고 있는 오늘날의 행정부와 입법부 그리고 정당은 헌법소송에서 대부분 중요한 잠재적 당사자이거나 혹은 소송절차상의 직접적인 이해관계자이기 때문에 이런 정치권력 가운데 어느 하나의 권력이 헌법재판관의 선출을 좌우한다면 동 재판관의 인적·물적 독립성은 위기에 직면할 수 있을 것이기 때문이다. 헌법재판관의 선출에 대한 어느 정치권력의 일방적인 영향뿐만 아니라 법관의 독립과 객관적·합리적인 판결을 하는데 부정적 영향을 미칠 수 있는 또 다른 영향도 연방헌법재판소의 사법적 기능과는 합치될 수 없으므로 이런 제 영향은 배제되어야 할 것이다. 물론 연방헌법재판관의 선출절차에 관한 규정 뿐만 아니라 재판관의 임기, 파면, 겸직금지, 직무내용 및 재판관의 자격에 관한 규정 등도 연방헌법재판관의 인

17)Billing, S. 89

18)K.A. Bettermann, Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabh ngigkeit, in : Die Unabh ngigkeit des Richters, ein Cappenberger Gesprach, 1969, S. 45, 47

19)Vgl. H. Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer prozeß, 1968, S. 207.

적 독립성을 확보하고 촉진하는 데 중요한 의미를 갖는다. 연방 헌법재판관에게서 인적 독립성을 위협하는 요소들을 제거하는 것 이외에도 헌법재판관의 중립성에 대한 신뢰가 확보되어야 할 것이다.²⁰⁾ 이것은 헌법재판관 자신이 정치적 사회적 제세력으로부터 그리고 여론으로부터 독립되었을 때에 확보될 수 있을 것이다.²¹⁾ 결국 헌법재판관의 내적 외적 독립성이 확보됨으로써 헌법재판관과 헌법재판에 대하여 권위와 신뢰성이 부여된다 할 것이다.²²⁾

2. 민주적 정당성의 원칙

연방헌법재판소는 사법기관으로서의 지위 외에도 헌법기관으로서의 지위를 가지고 있다. 연방헌법재판소의 이런 특성은 연방헌법재판관을 선출할 때에 민주적 정당성의 원칙을 충족할 것을 요구한다.²³⁾ 민주주의국가에서 민주주의원칙의 지배를 받지 아니한 영역이란 있을 수 없으며, 국민과 유리되거나 민주적 정당성의 체계를 벗어나서 권한을 행사하는 어떤 국가권력도 존재할 수 없다. 연방헌법재판소 또한 예외가 될 수 없다. 모든 국가권력은 국민으로부터 나오며 그와 함께 모든 국가행위는 국민과의 관계를 필요로 하기 때문이다. 즉 모든 국가권력의 행사는 그 근원이 국민으로부터 도출되며, 국민의 위임으로 그 권한이 행사되기 때문이다.(기본법 제 20조 제2항)

20)F. Knöpfle, Richterbestellung bei den Landesverfassungsgerichten, in : Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Hg. Chr. Starck / K. Stern) Bd.II, 1983, S.248

21)H. J. Faller, Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung, in : FS für Wolfgang Zeidler (Hg. W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach) Bd. I , 1987, S.81 ff.

22)W. K. Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986, S.45.

23) E.W. Böckenforde, Verfassungsfragen der Richterswahl, 1974, S.65 f. : K.Kröger, Richterswahl, in: BVerfG und GG, Bd.I, 1976, S.78.

따라서 민주적 정당성의 원칙에 따르면 연방헌법재판소의 구성원에 대한 선임절차(Bestellungsverfahren)에 있어서도 헌법이 정한 형태(Form)속에서 가능한 한 국민과 긴밀한 관계가 유지되도록 보장되어야 한다.²⁴⁾ 또한 민주적 정당성은 직접 국민의 의지표명에 의하든지 그렇지 않으면 최소한 국민이 직접 선출한 국민의 대표자에 의하여 확보되어야 할 것이다.²⁵⁾ 그런 의미에서 민주적 정당성의 문제가 제2 혹은 제3의 제도적 연결고리를 통하여 매개되지 않도록 하여야 할 것이다.²⁶⁾ 이런 형식을 통하여 연방헌법재판소의 권한행사에 대한 직접적인 민주적 통제가 보장될 수 있으며, 연방헌법재판관을 선임할 때에 민주주의와 유리된 요소를 배제할 수 있을 것이다.

보통의 국가기관을 구성하는 것과는 달리 헌법기관을 구성하는 경우 민주주의 원칙에 비중을 크게 둔다. 그것은 헌법기관이 헌정생활을 형성하는데 있어서 보다 많은 영향력을 행사하기 때문이다. 어떤 국가기관이 정치적 기능과 정치적 권력이 증가하면 할수록 국민에 대한 정치적 책임 또한 증가한다. 따라서 그의 정치적 책임이 보다 강하고 직접적일수록 민주적 정당성 또한 그만큼 강하게 요청된다 할 것이다. 과거 독일연방정부가 연방헌법재판소의 과제와 기능에 상응하는 민주적 정당성의 토대로서 단순다수에 의한 연방헌법재판관의 선출을 제안한 바 있었다.²⁷⁾ 그러나 상대적으로 낮은 민주적 정당성은 헌법의 수호자라고 하는 연방헌법재판소의 기능을 감안할 때 문제가 있다. 다시 말하면 연방헌법재판소는 광범위한 신뢰를 바탕으로 해서만이, 즉 광

24) Billing, S. 93 ff. ; Böckenforde, S. 73 ff. ; Kröger, S. 78.

25) E.W. Böckenförde, S.74.

26) Kröger, S.78 f. ; K.a. Bettermann, Opposition und Verfassungsrichterwahl, in: FS für Konrad Zweigert, 1981, S. 723.

27) Vgl. näher W.K. Geck, S. 26 F.

범위한 민주적 정당성의 토대에 기초할 때문이 진정한 권위를 보지할 수 있을 것이다.²⁸⁾ 실제적으로 광범위한 민주적 정당성은 가중다수라고 하는 제도적 요건에 의하여 도달될 수 있다. 가중다수의 규정을 통하여 여당만이 아니라 야당 혹은 야당의 일부도 연방헌법재판관을 선출하는데 참여할 수 있게 될 것이다. 그로 인하여 연방헌법재판관이 다수의 신뢰뿐만 아니라 소수의 신뢰도 받을 수 있고, 다수와 소수의 양자가 연방헌법재판관선출에 대하여 책임을 지게 될 것이다.

연방헌법재판관에 대하여 정치적 소수자를 포함한 광범위한 민주적 정당성을 요구하는 바 그것이 헌법의 수호자라고 하는 연방헌법재판소의 지위에 근거하여서만 도출되는 것은 아니고, 소수자의 보호라고 하는 연방헌법재판소의 과제에 의해서도 도출된다.²⁹⁾ 정치적 소수자로 하여금 연방헌법재판소에 의한 정치적 소수자보호의 과제에 대하여 신뢰성을 갖게 하고 그것을 소중한 것으로 여기게 하기 위해서는 연방헌법재판관을 선출할 때에 소수자에게도 참여권을 부여하고, 그들에게도 재판관선출에 대하여 공동책임이 있을 뿐만 아니라 연방헌법재판관이 소수자의 입장도 존중한다는 것을 보여주어야 할 것이다. 따라서 연방헌법재판소는 제도적으로 공동의 신뢰성을 갖춘 경우에만이 그들의 기능과 과제가 실현될 수 있을 것이다.³⁰⁾

3. 권력분립의 원칙

28) F.Knöpfler, S.255; F. Koein: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ Klein/Ulsamer, BverfGG 6 Rdnr.6; D. Majer, in: BverfGG (Hg. Umbach/Clemens), 1992, §6 Rdnr.22.

29) Billing, S. 98

30) K.A. Bettermann, Opposition und Verfassungsrichterwahl, in: FS für Konrad Zweigert, 1981, S.723; F. Knöpfler, S.255

연방헌법재판관을 선출할 때에 준수되어야 할 사항으로 권력 분립의 원칙을 들 수 있다. 위에서 언급한 법관독립의 원칙은 권력분립의 원칙과 밀접한 관계가 있다. 그것은 법관독립의 원칙이 권력분립의 원칙의 일부 내용을 이루고 있기 때문이다. 그렇다고 하여 법관독립의 원칙이 권력분립의 원칙에 완전히 동화되어 버린 것은 아니다. 권력분립의 원칙은 법관독립의 원칙의 본질적 내용을 포섭하고 있지는 않기 때문이다. 이에 반하여 민주주의 원칙은 권력분립의 원칙의 다른 요소, 즉 권력의 억제, 권력의 통제와 권력의 균형과 관련된다. 그것은 민주주의 원칙이 아래로부터 위로의 통제와 억제작용을 보장하며, 동시에 균등한 기회의 보장을 통하여(선거평등, 복수정당제, 정당의 기회균등) 현실정치 세력간에 어느 정도의 균형을 이루게 하기 때문이다.³¹⁾ 여기에서 법관독립의 원칙, 민주적 정당성의 원칙 및 권력분립의 원칙이 상반되거나 별개의 관계가 아니라, 상호보완적이며 상호조건적 관계에 있음을 볼 수 있다.³²⁾

권력분립의 원칙은 권력분립(Trennung)적 요소와 억제, 통제 그리고 균형이라고 하는 요소로 구성된다. 어느 하나의 요소는 다른 요소와 연계됨이 없이는 생각할 수 없다. 따라서 권력분립의 원칙을 구성하고 있는 요소들은 상호보완적 관계에 있다.³³⁾ 이러한 요소들은 한편으로 헌법체계의 전반적인 관계성속에서 각 국가권력의 본질, 과제 및 기능에 따라서, 다른 한편으로 전체질서구조에 적합성 유무에 따라 그 비중의 정도를 달리하여 적용된다. 권력분립(Trennung)의 원칙은 국가권력상호간에 어느 정도의 분리(Sonderung)와 독립을 의도하고 있다고 한다면, 권

31) Billing, S. 100.

32) Vgl. Billing, S.114 f.

33) M. Imboden, Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, S. 10.

력억제(Hemmung)의 원칙은 상호분리된 권력을 기능적으로, 조직적으로 혹은 인적으로 재차 상호관련성을 갖게하고 권력상호간의 종속성과 통제의 체계를 통하여 권력을 整序(Zuordnung)하려고 한다. 권력의 분립과 융합, 종속과 독립의 상호작용을 통하여 한편으로는 어느 한 국가기관에게 힘이 집중된다는 것과 동기관에 의한 힘의 남용을 방지하고, 다른 한편으로 국가권력간에 통일적인 상호작용과 제 국가기관의 행위능력을 보장한다.³⁴⁾ 각 국가기관이 완전히 독립된다든가 혹은 완전히 억제될 경우 국가기관간의 상호작용과 국가기관의 행위능력은 상실될 것이다.³⁵⁾ 국가권력상호간의 종속성과 독립성, 분립과 융합 그리고 그것을 통하여 권력의 균형이 이루어진 국가분립체계가 국가제도에 대해서 뿐만 아니라 국가에서 현실 정치적 사회적 세력에 대하여도 중요한 의미를 갖는다 할 것이다.

헌법재판제도에 대하여 우선적으로 규범적 권력분립(normative Gewaltenteilung)이 고찰된다. 이것은 연방에서 뿐만 아니라 연방과 주와의 관계에서 제도화된 직무계층구조(Amtshierarchie)와 기관계층구조(Organhierarchie)의 범위 안에서 권력의 분립, 相互整序(Zuordnung), 통제 및 균형의 체계를 말한다. 권력분립체계에서 헌법재판소는 일반적 권력통제기관으로서의 기능을 수행한다. 즉 헌법재판소에게 국가권력과 정치적 사회적 세력을 통제하고 억제하는 특별한 권한이 부여되어 있다. 그렇다고 한다면 권력분립적 보장체계 내에서 헌법재판소 또한 권력통제의 객체가 되어야 한다. 다시 말하면 헌법재판소가 국가권력과 정치적 사회적 세력에 대하여 영향력을 행사할 수 있다고 한다면 그와 반대로 국가

34) K. Kröger, Richterwahl, in: BverfG und GG Bd.I, 1976, S.78; K. Eichenberger, Richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S.65

35) Vgl. BverfGE 34, 59

권력도 헌법재판소에 대하여 영향력을 행사할 수 있어야 한다는 것이다.³⁶⁾ 헌법재판소에 의한 권력남용의 가능성을 배제할 수는 없으며, 그런 의미에서 통제의 대상으로부터 제외될 수 없다 할 것이다. 다시 말하면 국가분립적 민주법치국가에서 통제를 받지 않은 어떤 국가권력도 존재하지 않으며, 존재해서도 안 된다.³⁷⁾ 따라서 타 국가기관에 의한 어느 정도의 관여를 인정하지 않는 헌법재판제도란 있을 수 없다. 어느 한 국가기관이 강한 권한을 보지하면 할수록 그 기관에 대하여는 보다 강한 통제가 행하여져야 한다. 그에 반하여 권력남용의 가능성이 적은 국가기관일수록 해당 국가기관에 대한 억제 of 필요성은 상대적으로 줄어들 것이며, 따라서 통제와 억제의 요소가 작용할 기회는 줄어들 것이다. 이와 관련하여 헌법재판소는 그 본질이 사법이라는 측면과 법과 밀접하고 특별한 관계가 있다는 측면에서 권력의 분리(Trennung)와 독립에 보다 비중이 두어져야 할 것이다. 그런 의미에서 법관의 독립성의 요청이 보다 중요한 의미를 갖는다 할 것이다.

한편 헌법재판관의 법에의 기속(Rechtsbindung)이란 헌법재판관과 입법자와의 관계에 직면하여 사법심사권을 감안할 때 합헌적인 법률에의 기속만을 의미하며, 따라서 입법자로부터의 기능적 독립성을 의미한다. 헌법재판소의 이런 기능적 독립성과 함께 권력분리작용의 강조 그리고 헌법재판소에 대한 억제작용의 축소 등의 현상에서 요청되는 것은 헌법재판소가 전체 국가구조적 틀을 벗어나서 통제받지 않은 힘의 요소로 등장하지 않기 위해서 헌법재판소도 타 국가기관에 의하여 영향을 받을 수 있는 가능성을 열어 놓아야 한다는 것이다. 이것은 무엇보다 적절한 헌

36) Knöpfle, S.241

37) Billing, S.104; Knöpfle, a.a.O.

법재판관의 선출절차를 통하여 도달될 수 있다.³⁸⁾ 특히 헌법재판관 선출과정에서 타 국가권력에게 어떤 형태로든, 즉 직접적이든 혹은 간접적이든 헌법재판관 선출에 대한 합법적인 영향력의 행사를 인정하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 이것은 무엇보다 입법부에 의한 영향력의 행사를 고려할 수 있을 것인 바, 입법부는 연방헌법재판소에 의해 광범위하게 통제를 받는다는 측면과 헌법재판제도에 대한 기능적 종속성을 줄인다는 측면에서 연방헌법재판관의 선출에 대한 입법부의 관여 혹은 참여를 주장할 수 있을 것이다.³⁹⁾ 동시에 누가 헌법재판관을 선출할 것이며, 재판관 선출에 대하여 누가 직접·간접으로 참여해야 할 것인가에 대하여도 주의를 기울여야 할 사항이다. 뿐만 아니라 구체적으로 선출행위를 하는 자 또는 거기에 참여하는 자를 누가 정할 것인가에 대하여도 주의를 기울여야 할 것이다. 그렇지 않을 경우 헌법재판관 선출에 대하여 동일한 정치세력이 거듭하여 영향력을 행사할 수 있을 것이며, 특히 특정정치세력과 밀착된 관계가 형성될 경우 권력분립의 원칙에서 볼 때 사법권에 대한 심각한 억제현상을 초래할 것이고, 그로 인하여 법관의 독립이 상실되거나 최소한 위협스럽게 될 것이다. 이런 현상은 의회의 다수당과 정부가 밀접한 관계에 있는 의원내각제적 정부형태에서 두드러지게 나타날 수 있을 것이다.⁴⁰⁾

결국 권력분립의 원칙은 권력의 억제와 분리(Trennung)라고 하는 상반된 요소의 상호작용을 통하여 권력의 균형과 국가권력 간의 동반관계(Partnerschaft)의 원칙이 유지되게 하고, 국가기관이 헌법상 그에게 위탁한 과제와 기능을 체계정당하게 그리고

38) Knöpfle, S. 235; Billing, S.105

39) Knöpfle, a.a.O.

40) Billing, S.106

그 본질에 적합하게 이행할 수 있도록 형성하는데 있다.⁴¹⁾ 따라서 권력통제기능을 수행하는 헌법재판소가 타 국가기관에 의한 통제의 객체가 되어야 하는 것도 이런 권력분립체계를 보장하기 위한 것이다. 그런 의미에서 헌법재판관선출과정에 타 국가기관 특히 의회의 참여는 권력분립의 원칙에 따른 요청이다. 물론 타 국가기관의 헌법재판소에 대한 통제는 법관독립의 원칙과 조화되는 범위 내에서만 그 합리성이 인정된다 할 것이다.

IV. 연방헌법재판관의 선출과 실제

1. 법적 근거

연방헌법재판관의 선출에 대한 법적 근거로서 독일기본법(Grundgesetz)은 기본적인 사항만을 규정하고 있다. 즉 기본법 제94조 제1항에서 “연방헌법재판소는 연방법관과 그 밖의 구성원으로 조직된다는 것과 연방헌법재판소의 구성원은 연방의회 및 연방참사원에 의하여 각 반수씩 선출한다는 것 그리고 연방헌법재판소의 구성원은 연방의회, 연방참사원, 연방정부 및 이에 상응하는 주의 기관에 소속할 수 없다”고만 규정하고 있다. 그 밖의 선출절차와 선출방법에 대한 상세한 내용은 기본법 제94조 제2항에서 연방법률에 위임하고 있다. 이에 따라 연방헌법재판소법⁴²⁾ 제2조에서부터 제10조에 걸쳐 동 내용에 관하여 상세히 규정하고 있다.

41) Vgl. K. Stern, Staatsrecht Bd.II, 1980, S.624; B.O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S.334

42) Gesetz über das BverfG vom 12.3.1951 (BGBl. I 1951, S.243)

이상의 법적 근거를 기준으로 하여 연방헌법재판관선출에 관한 전반적인 내용을 살펴보면 다음과 같다. 즉 연방헌법재판소는 각 8명의 재판관⁴³⁾으로 구성된 2개의 재판부로 구성되며, 각 부의 재판관중 3인은 연방최고법원의 법관중에서 선임하되, 연방최고법원에서 적어도 3년 이상 근무한 법관만이 피선거격을 갖도록 하고 있다.^(법 제2조) 모든 연방헌법재판관은 만 40세 이상이어야 하고, 연방의회의 피선거권과 법관의 자격을 가져야 하며 기본법 제94조 제1항에서 규정한 것처럼 연방의회나 연방참사원 또는 연방정부나 이에 상응하는 주의 기관에 소속할 수 없을 뿐만 아니라 법률학교수 이외의 어떤 직업활동도 할 수 없음을 명백히 하고 있다.^(법 제 3조). 또한 재판관은 12년의 임기와 임기만료전이라도 만 68세가 되면 정년으로 퇴직하며 재선될 수 없도록 하고 있다.^(법 제4조). 연방헌법재판관 선출에 있어서 그 준비절차로서 연방법무장관은 “후보자추천명부”(Vorschlagslisten)를 작성하여 연방의회와 연방참사원의 의장에게 제출해야 한다.^(법 제8조). 연방헌법재판관은 각 재판관은 연방의회와 연방참사원에서 선출된다.^(기본법 제94조 제1항, 법 제5조). 연방의회에서는 비례선거의 원칙에 따라 선출된 12명의 연방의회의원으로 구성된 선거인단에서 재판관을 선출하며 연방참사원은 직접선거방식으로 선출한다.^(법 제6조, 제7조). 연방헌법재판소 소장과 부소장은 연방의회와 연방참사원이 교대로 선출한다.^(법 제9조). 이렇게 하여 선출된 연방헌법재판관은 연방대통령에 의하여 임명된다.^(법 제10조).

이상과 같은 법규정을 토대로 독일에서의 연방헌법재판관선출에 따른 구체적인 내용을 살펴보고, 위에서 기술한 헌법원칙과

43) 원래 각 재판부의 재판관수는 12명이었다. 1956.7.21일 법 개정시 경과기간 동안 10으로 감소되었고, 1959.9.1일부터 현재의 8명으로 규정되었다(T. Maunz, in: Naunz/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer, BverfGG-Komm, 1992, §2 Rdnr.).

관련하여 선출절차상의 문제점을 검토하기로 한다.

2. 재판관의 선출절차

1) 피선출자격

연방헌법재판관에 선출되기 위해서는 기본법과 연방헌법재판소법이 규정하고 있는 자격요건을 충족하여야 한다.

우선 연방헌법재판관의 최소연령을 만40세로 정하고 있다^(법 제3조 제1항).⁴⁴⁾ 이와 함께 동 재판소가 최소한의 생활경험과 직업경험을 가진 재판관으로 구성되도록 하고 있다. 다수의 견해⁴⁵⁾에 의하면 만40세의 최소연령규정은 법 제8조에 따른 후보자추천명부작성시에 도달하여야 한다고 한다. 그러나 재판관을 선출할 때에 최소연령조건이 충족된다고 한다면 그 선출은 유효하게 성립한다고 한다. 이에 대하여 동 조건이 임명할 때에 존재하면 족하다는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 그 이유로서 피선출자는 우선 임명됨으로서 연방헌법재판관이 된다고 하고 있기 때문이라고 한다.⁴⁷⁾ 물론 조건이 충족되지 않았음에도 이를 임명한 경우 효력이 없다.

연방의회의 피선거권이 있어야 한다^(법 제3조 제1항). 연방의회의 피선거권은 기본법 제38조 제3항과 관련된 연방선거법 제15조에 따

44) 기본법 제54조에 의하면 연방대통령의 최소연령도 만40세로 규정하고 있다.

45) T.Maunz, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer, BVerfGG, §3 Rdnr.2; K. Kröger, a.a.O., S.84; W. Geiger, BVerfGG, §3 Anm.la; W.K. Geck, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S.15

46) Ebenso Leibholz/ Rupprecht, BVerfGG, §3 Rdnr.1 ff. : Lechner, BVerfGG, §3 zu Abs.1 und 2 Anm.1; Robbers, VBerfGG (Hr. Rmbach/ Clemens), 1992, §3 Rdnr.3

47) W. Geiger, BVerfGG, §3 Anm. la

라 정해진다. 그에 따르면 선거 전 최소한 1년 전부터 기본법 제 116조 제1항에서 의미하는 독일인이면 연방의회의 피선거권을 가진다. 연방선거법(제15조)에서 규정한 18세의 연령제한규정은 법 제3조 제1항 1문의 재판관최소연령규정에 의하여 배제된다.⁴⁸⁾

연방헌법재판관이 되겠다고 하는 의사표시를 사전에 서면으로 제출하여야 한다(법 제3조 제1항). 서류상의 의사표시는 연방법무부장관에게 제출한다. 또한 그것은 어떤 조건이나 기한이 있는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 그러나 그것은 법 제12조의 규정상 언제든지 철회(zurücknehmen)할 수 있다(법 제12조).

연방헌법재판관은 독일법관법상의 법관자격을 가진자이어야 한다(법 제3조 제2항). 독일법관법 제5조에 따라 법관의 자격을 갖추기 위해서는 독일대학에서 법학을 공부한 자로서 1차, 2차 국가시험을 통과하였거나 구법(früher geltendem Recht)에 따라 성공적으로 1단계의 법학교육을 이수한 자이어야 한다. 뿐만 아니라 독일법관법 제7조에 의거하여 독일법관법의 효력범위 내에서 독일법과대학의 모든 정교수는 법관의 자격을 가진다. 통일조약에 따르면 연방헌법재판관으로 선출되기 이전에 구 동독지역과 동베를린지역에서 활동한 자 중 법학사(Diplomjuristen)의 자격을 갖춘 자는 연방헌법재판관이 될 수 있다.⁵⁰⁾

원래 재판관은 공법에 대한 특별한 지식이 있고 공직생활에 대한 경험이 있어야 한다는 조건을 두었으나 1961. 9. 8.일자 법

48) 그 밖에도 선거권, 피선거권 혹은 공직에 종사하기 위한 능력(zur Bekleidung öffentlicher Ämter)이 없는 자, 형법 제20조와 관련한 동 제63조에 따른 명령(Anordnung)에 기인하여 정신병원에 수용된 자 등은 연방헌법재판관으로 선출될 수 없으며 따라서 동 재판관이 될 수 없다(Vgl. Robbers, §3 Rdnr.5).

49) K. Kröger, S.84; T. Maunz, in: Maunz/ Schmidt-bleibtreu, BVerfGG, §3 Rdnr.2; einschränkend H. Lechner, BVerfGG, S.63; W. Geiger, BVerfGG, §3 Anm.1c

50) Robbers, § 3 Rdnr.8.

제 126조-동법은 1962. 7. 1.일자 시행-에 의해 삭제되었다.

연방헌법재판소 각 재판부의 재판관중 3인⁵¹⁾은 연방최고법원의 법관중에서 선출하여야 하는데, 연방최고법원에서 적어도 3년 이상 근무한 법관만이 피선거격을 가진다(법 제2조 제3항). 각 재판부마다 최소한 3명의 연방최고법관을 선출하도록 의무 지우고 있는 것은 연방법관에게서 고유한 특별한 경험과 그와 관련되는 지식 그리고 각 재판부에서의 그들의 능력을 활용하려는 데에 있다.⁵²⁾ 그렇다고 각 재판부의 구성원이 모두 연방법관으로 구성될 수 없는 것은 기본법 제94조 제1항 1문이 연방헌법재판소는 연방법관 이외에 “그 밖의 구성원”으로 조직된다고 규정하고 있기 때문이다. 즉, 동 규정의 의미는 재판관에게서 법적 요소 이외에 특별한 정치적, 학문적 그리고 실무적 전문지식도 재판에 유효하게 활용하고자 하는데 있기 때문이다.⁵³⁾

기본법 제94조 제1항 1문이 언급하고 있는 “연방법관”은 법 제2조 제3항 1문에서 규정하고 있는 연방최고법관만을 의미한다. 그래서 기본법 제95조 제1항이 말하는 그런 연방최고법원 즉 연

51) 헌법제정회의초안(Gerrenchieser Entwurf) 제100조 제4항에서는 연방헌법재판관의 절반은 연방최고법원의 법관과 주의 최고법원의 법관으로 구성하도록 규정했다. 이에 대해 논란을 거듭한 후에 헌법제정의회(Parlamentarischer Rat)에서는 현재의 기본법 제94조 제2항 1문의 규정의 내용을 관찰했다. 그에 따르면 연방헌법재판관은 연방법관과 그 밖의 재판관으로 구성된다. 기본법은 연방법관과 그 밖의 재판관의 수를 일반 법률에서 정하도록 위임하고 있다. 원래는 관련 법 제4조 제2항은 12명의 재판관으로 구성된 각 재판부마다 3명을 연방최고법원으로 구성하되 동 법원에서의 그들의 임기를 한도로 연방헌법재판관으로 선출하도록 규정하였었다. 그러나 1956.7.21일자 법개정을 통해 각 재판부마다 재판관의 수를 감축함으로써 연방법관의 수는 각 3명으로 확정되었다. 동시에 단지 연방법관으로서 3년이상 근무한 연방법관만이 선출될 수 있다고 규정하였다. 1970.12.21일자 제4차 법개정으로 당시 제4조 제1항의 규정은 현재의 제2조 제3항으로 되었다.

52) Vgl. BVerfGE 65, 152 (157)

53) Robbers, § 2 Rdnr.18

방최고법원, 연방행정법원, 연방재무법원, 연방노동법원, 연방사회법원 등이 그것이다. 따라서 다른 연방법원에 소속된 연방법관은 법 제2조 제1항 1문의 조건을 충족하지 못한다. 따라서 군사법원(Truppendienstgericht), 연방징계법원(Bundesdisziplinargericht), 연방특허법원(Bundespatentgericht) 혹은 군형사법원(Wegstraftgericht) 등의 법관은 기본법 제94조 제1항 1문의 의미에서 “그 밖의 재판관”의 범주에서만 연방헌법재판관에 선출·임명될 수 있다. 연방법관이 연방최고법원장일 경우에도 법 제2조 제3항에 따라 연방헌법재판관으로 선출될 수 있다.

연방헌법재판관으로 선출될 연방법관은 최소한 3년간의 연방최고법원경력을 가져야 한다고 규정하고 있다(법 제2조 제3항 2문의 규정). 따라서 연방최고법관이란 이류만으로 연방헌법재판관에 선출될 수 있는 것은 아니다.

연방헌법재판관은 기본법 제94조 제1항에서 규정한 것처럼 연방의회나 연방참사원 또는 연방정부나 이에 상응하는 주의 기관에 소속할 수 없고, 법률학교수 이외의 어떤 직업활동도 할 수 없다(법 제3조 제3항 및 제4항). 겸직금지규정은 기본법의 권력분립구조의 표현이며 그와 관련한 법관의 독립성과 중립성의 유지를 통하여 연방헌법재판소의 사법기관으로서의 특성을 강조한 것이다.⁵⁴⁾ 주에서의 해당기관은 주의회이다. 양원제도를 가진 주의 경우 바이에른 주에서와 같은 상원의 구성원과 관련하여서도 겸직금지 준용된다. 그것에 대하여 지방의 대표기관(kommunale Vertretungsorgan)은 “주의 해당기관”에 속하지 않는다. 그들 기관은 진정한 의회의 성격을 가지지 않기 때문이다.⁵⁵⁾ 연방헌법

54) 본고 III 1과 3 참조

55) Vgl. T. Maunz, in: Maunz/ Schmidt-bleibtreu, BVerfGG § 3 Rdnr.3: a.A.K. Stern, Staatsrecht, Bd. II, S. 368

재판관이 연방의회(Bundesversammlung)에 소속되는 것도 허용된다.

연방헌법재판관이 연방대통령으로 선출되는 경우 그는 동 재판관의 직무로부터 퇴직된다. 이 경우에 대하여 기본법 제94조 제1항 3문과 기본법 제55조 1항은 명백히 규정하고 있지 않으나, 기본법 제55조 제2항과 독일법관법 제36조 제2항과 동 제4조는 제한적이나마 해석에 도움을 준다. 이런 규범은 단지 법관직의 행사만을 방해하기 때문이다.⁵⁶⁾

연방헌법재판관은 그들 직무 이외에 독일의 법과대학교수직을 제외하고는 어떤 직업적 활동도 행사할 수 없다. 직업적 활동이란 생활의 기초를 마련하고 유지하는데 사용되는 계속적으로 보수를 받는 모든 활동을 말한다.⁵⁷⁾ 그래서 자유작가 혹은 신문과 잡지의 발행인, 학문과 예술적 활동은 부수적 활동으로 허용된다. 그래서 연방재판관은 강연을 할 수 있고 전문잡지의 편집도 할 수 있다. 중재자 혹은 조정자로서의 활동도 독일법관법 제40조에 따라 허용된다.⁵⁸⁾ 법적 판단(Rechtsgutachten)에 의한 직무 외적 보수 혹은 법적 정보의 유상제공 등은 독일법관법 제69조와 관련한 동 제41조에 따라 허용되지 않는다. 원칙적으로 허용된 부수적 활동은 허가를 받을 의무는 없으나, 그런 부수적 활동이 재판관으로서의 활동을 침해하지 않아야 한다.

연방헌법재판관으로 선출된 공무원이나 법관은 독일법관법 제70조의 유보하에 동 재판관으로 임명됨으로써 기존의 관직으로부터 퇴직되며, 근무관계에 기인한 권리와 의무는 연방헌법재판관으로 재직하는 동안 중지된다.^(법 제3조 제4항, 동 제101조 제1항).

56) Vgl. R. Gerzog, in: M/ D/ H, GG, Art.55 Rdnr.16

57) Robbers, § 3 Rdnr.17

58) W.K. Geck, S.60; vgl. auch anders W. Geiger, BVerfGG, 3 Anm.5

다른 직업활동과의 겸직금지의 유일한 예외는 독일대학에서의 법학교수이다. 법학교수로서의 활동은 법과대학에서만 행사되어야 한 것은 아니다. 그러나 그것은 법학자에게만 부여된 특권이다. 그래서 다른 학문분야의 교수 예컨대 정치학 교수 혹은 사회학 교수 등에게는 부여되지 않는다. 법학자는 교수, 명예교수, 강사(Privatdozent) 등이 해당되며, 학문적 조교는 이에 해당되지 않는다. 동 규정이 의도하는 것은 적극적인 대학에서의 생활과 연방헌법재판소의 재판(Rechtsprechung)을 위한 학문적 발전과의 지속적인 관계를 유지하고자 하는 데 있다.⁵⁹⁾

연방재판관으로서의 활동은 대학교수로서의 활동에 우선한다. 연방헌법재판관인 법과대학교수의 법적 지위는 연방재판소법 제 101조 제3항과 제102조 제3항에 상세하게 규정되었다. 동 재판관으로 재직하는 동안 법학교수의 직무와 관련된 의무는 중지된다.

2) 후보자추천절차

(1) 후보자추천명부 작성

연방법무부장관은 2개의 추천인 명부를 작성·제출해야 한다. 하나는 연방법관명부가 그것이고, 다른 하나의 명부는 연방의회의 교섭단체, 연방정부 혹은 주정부에 의하여 재판관으로 추천된 모든 사람을 수록한 명부가 그것이다. 이런 명부들은 재판관 선출을 준비하고 지원하기 위해 사용되는데 이것은 늦어도 선거전 일주일 내에 연방의회와 연방참사원의 의장에게 송부되어야 한다.(법 제8조제1항, 동2항, 동3항).

연방법관명부는 연방법무부장관의 책임으로 작성된다. 문구적으로만 본다면 동 명부는 모든 연방법관 즉 기본법 제95조 제1

⁵⁹⁾ Robbers, § 3 Rdnr.22

항에서 언급한 연방최고법원의 법관이 아닌, 예컨대 연방특허법원과 연방징계재판소의 법관도 관련된다고 볼 수 있을지도 모른다. 그러나 이미 언급한 것처럼 법 제2조 제3항에 따라 고찰된 재판관의 선출을 준비하는 본 규정의 목적상 여기에서는 연방최고법원의 법관만을 의미한다 할 것이다. 동 명부가 그 나름대로의 기능을 다하기 위해서는 상기 명부에 해당 법관에 대한 인적 사항만을 수록할 것이 아니라, 법 제3조 제1항과 제2항에 따라 연방헌법재판관의 자격을 위해 조건이 되는 정보(최소한의 연령, 연방의회에의 피선거권, 재판관의 사전수락의사표명서, 법관의 자격) 등이 포함되어야 할 것이다.

또 다른 명부, 즉 연방의회의 교섭단체, 연방정부 혹은 주정부에 의하여 재판관으로 추천된 모든 사람을 수록한 명부는 연방법무부장관만이 관장하여야 한다. 여기에서 연방법무부장관은 피추천인이 법 제3조 제1항과 제2항의 요건을 충족하고 있는지 여부를 심사하여야 한다.⁶⁰⁾ 이것이 구체적으로 적합하지 않으면, 연방법무부장관은 명부에 수록하지 않아야 하며 그 이유를 추천기관에 통보한다.

연방법무부장관은 단지 연방정부의 위임이 있는 경우에만 후보자를 추천할 수 있다. 그에게 있어서 결정의 여지(Entscheidungsspielraum)는 연령, 피선거권, 재판관이 될 의사가 있음을 사전에 서면으로 표명했는지 여부 및 법관자격의 심사 등 단지 제한적인 몇 가지에 국한된다.⁶¹⁾ 추천명부에 수록된 자에게 통보의무는 없다. 추천인명부는 연방헌법재판관직을 위하여 충분한 자격을 갖춘 후보자에 관한 대충적 사항을 선출기관에게 제공하는 수집목록 그 이상의 것은 아니다.⁶²⁾

60) Kröger S.88

61) So Kröger a.a.O.

연방의회의 선거인단과 연방참사원은 추천명부에 기속되는 것은 아니다.⁶³⁾ 연방의회와 연방참사원을 통한 선출절차에 규정한 법 제6조와 제7조가 추천명부에 수록된 후보자에 한하여 재판관을 선출하도록 규정한 것은 물론 아니기 때문이다.⁶⁴⁾ 따라서 선거준비를 하는 중에 명부에 수록되지 않은 후보자를 선출할 수 있으며, 이 경우 연방법무부장관에게 후보자의 신상에 관한 서류(Personalunterlagen)를 요청하는 것은 통례이다. 이 경우에도 연방법무부장관은 피선거자격을 심사할 수 있다.⁶⁵⁾ 피선거권에 대한 문제가 없다면 이런 후보자는 추가명부에 수록된다. 문제가 있을 경우(Bedenken) 연방법무부장관은 지체 없이 그것을 통보하여야 한다.

연방법무부장관은 동 명부를 선거가 있을 때만이 아니라 계속하여 보완하여야 한다. 관련명부는 늦어도 선거전 일주일 내에 연방의회와 연방참사원의 의장에게 송부되어야 한다. 동 명부들은 선거가 끝나고 나서도 의미를 갖는데, 명부에 수록된 자는 다음 선거때에도 후보자가 된다.

(2) 특별추천절차

재판관의 임기만료 또는 조기사퇴후 2개월 내에 후임자의 선출이 이루어지지 않으면 연방의회선거인단의 최연장자나 혹은 연방참사원의 의장 또는 부의장은 지체없이 연방헌법재판소에 재판관선출을 위한 후보자를 추천할 것을 요청해야 한다.^(법 제73조a) 이 경우 연방헌법재판소도 재판관선출을 위한 후보자의 추천권

62) So Billing S.155 Anm.2 und Kröger S.88

63) F. Klein: in: Maunz/ Schmidt-bleibtretu, BVerfGG § 8 Rdnr.1.

64) H.m. : F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-bleibtretu, § 8 Rn.1 m.n.W.: W. Billing, S.154; K. Kröger, Richterwahl, in: BVerfG und GG (hr. Ch. Starck), 1976, Bd.I S. 76 (88)

65) Billing 155; Kröger, S.88

을 가지는데, 동 추천은 재판관전체회의에서 단순다수결로 결정한다. 재판관 전체회의는 각 재판부(Senat)마다 재적 3분의 2 즉, 각 6인의 재판관이 참석하면 의결능력이 있다(법 제16조 제2항).⁶⁶⁾ 단 1명의 재판관만을 선출할 경우엔 연방헌법재판소는 3인을 추천해야 한다. 동시에 다수인의 재판관을 선출할 경우에 연방헌법재판소는 재판관으로 선출될 자의 2배수를 추천한다(법 제7조a 제2항). 한편 연방헌법재판소에게는 동 추천인명부제출기간이 설정되어 있지 않다. 그러나 이것이 문제가 되지 않는 것은 선출기관이 언제든지 합의에 도달하기만 하면 후보자를 재판관으로 선출할 수 있고(법 제7a조 제4항), 더구나 선출기관 자신이 연방헌법재판소의 추천(Wahlvorschlag)에 기속되지도 않기 때문이다. 다시 말하면 선출기관은 연방헌법재판소에 의하여 추천되지 않은 자를 선출할 수 있는 권한이 있다. 선출절차에 연방헌법재판소가 개입하는 것

66) 연방헌법재판소가 구성되지 얼마 되지 않았을 때 재판관 중에 2명이 조기사퇴를 하여 공석이 발생하였던 바, 1951년 연방헌법재판소법에 따르면 1개월내에 필수적으로 보궐선거(Nachwahl)를 실시하도록 규정되었다. 이 선거인단과 연방참사원의 본회의(Plenum)는 2인의 재판관이 사퇴한 때로부터 기산하여 동 법률에서 규정된 기간을 훨씬 초과하였다 (사퇴한 재판관 Leusser에 대한 보궐 선거를 연방참사원에서 8개월 후인 1952.9.12일 실시하였고, 연방의회는 재판관 Zweigert의 후임을 2년 후에 선출하였다). 선출기관의 이런 행동은 선출실무가 일천한 당시의 상황하에서 일단의 위기였다. 선출이 지체된 이유는 의회에서 연립정부와 야당간의 심한 정치적 견해차이였다. 정치적 논쟁의 대상은 유럽방위공동체조약(EVG-Vertrag)에 따른 독일연방공화국의 재무장에 관한 다툼이었다. 그리고 그 문제로 인해 연방헌법재판소에 소송이 제기되었다. 선거인단에 대표를 내세운 정당은 동 절차와 관련하여 미리 후임재판관을 선출할 경우 논란이 되고 있는 법적 쟁송에 어떤 영향을 주지 않을까 염려했던 것이다. 결국 오랜동안 지체된 후임자선출은 관련선출기관에서 정당정치적 봉쇄(Blockade)의 희생물이 된 것이다. 이런 사건이 계기가 되어 논의와 타협을 거친 후 지금의 법 제7a조의 연방헌법재판소의 재판관후보자 특별추천절차의 규정이 신설된 것이다(Vgl. H. Frank, Die Mitwirkung des Bundesverfassungsgerichts an den Richterwahlen, in: FS für Hans Joachim Faller (Hg. W. Zeidler, T. Maunz, G. Roellecke), 1984, S.37 f).

은 연방헌법재판소의 권위에 힘입어 그에 의하여 추천된 후보자의 선출을 용이하게 하거나 혹은 다른 후보자의 선출에 대하여 타협의 기회를 제공한다는 데에 있다.⁶⁷⁾ 연방헌법재판소에 의하여 추천된 자를 재판관으로 선출한 경우에도 연방의회의 선거인단과 연방참사원은 단순다수가 아닌 3분의 2의 다수로 결정한다.

3) 선출기관과 선출절차

연방헌법재판관의 선출은 기본법 제95조⁶⁸⁾의 연방법관의 선출과는 달리 연방의회와 연방참사원으로 하여금 각 반수씩 선출하도록 하고 있다(기본법 제94조 제1항과 연방헌법재판소법 제5조, 동 제6조 및 동 제7조). 연방헌법재판관의 선출절차가 다른 연방법관선출과 그 방법을 달리하나 것은 헌법기관으로서의 연방헌법재판소의 지위에 기원한 것이다.⁶⁹⁾ 연방의회와 연방참사원은 연방헌법재판소 각 재판부의 재판관 중 3명을 연방최고법원의 법관 중에서 선출하여야 하는 바, 예컨대 제1재판부에 대하여 연방의회가 1명의 재판관을 선출하면 연방참사원은 나머지 2명을 선출하며, 반대로 “그 밖의 재판관”을 선출할 때에는 전술한 연방최고법원의 법관 중 1명을 선출한 연방의회가 3명을 선출하고, 연방참사원은 2명을 선출하도록 하고 있다(법 제5조 제1항). 재판관의 선출은 빨라도

67) 실제로 연방헌법재판소는 1961년 11월 10일에 공식적인 재판관 후보로 3배수를 추천한 바 있으나, 당시 연방참사원은 이를 참작하지 않았었다(T. Maunz, in: Maunz/ Schmidt-bleibtrue/ Klein/ Ulsamer, BVerfGGKomm, 1992, § 7a Rdnr.7).

68) 독일기본법 제95조 제2항 : “연방최고법원의 법관의 임명은 각 해당분야를 관할하는 연방장관이 각 해당분야를 관할하는 지방장관들과 연방의회에 의해 선출되는 동수의 위원으로 구성되는 법관선출위원회와 공동으로 결정한다.”

69) 본고II 2, 연방헌법재판소의 지위 참조; auch vgl. T.Maunz, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer BVerfGG-Komm., 1992, 5 Rdnr.1

(frühestens) 전임자의 임기만료 3개월 이전에 선출할 수 없으며, 연방헌법재판관 선출시기에 연방의회가 해산된 경우에는 연방의회가 새로이 구성되고 첫 번째 소집된 때로부터 1개월 이내에 선출하도록 하고(법 제5조 제2항), 재판관이 조기사퇴한 경우에는 그 재판관을 선출했던 기관이 1개월 내에 후임자를 선출하도록 규정하고 있다(법 제5조 제3항).

(1) 연방의회에서의 선출절차

a. 선거인단과 간접선거의 원칙

연방의회에서는 연방헌법재판관을 간접선거방식으로 선출한다. 즉 연방의회는 의원 중에서 12명으로 구성된 연방헌법재판관선출을 위한 선거인단(Wahlmännerausschuß)을 조직하고, 동 선거인단에서 8명의 재판관을 선출한다. 따라서 연방의회의 다수자가 재판관선출에 관한 결정권을 갖는 것이 아니라 본회의에서의 세력관계의 축소판으로서 위원회가 결정권을 갖는다.⁷⁰⁾ 이와 같이 연방헌법재판관의 선출방법과 관련하여 연방의회에서 간접선거방법을 택한 것은 가능한 한 객관적이고 전문성을 갖춘 인사를 연방헌법재판관으로 선출하고, 동 재판관을 선출하는데 있어서 가능한 한 정당에 의한 정치적 영향을 적게 받고자 하는데 그 목적이 있었다.⁷¹⁾ 따라서 전문성을 갖춘 국회의원들로 구성된 소위원회에서 재판관을 선출할 경우 이런 목적에 가장 쉽게 도달할 것으로 생각한 것이다.⁷²⁾ 다른 한편 연방헌법재판관을 선출하는데 있어서 연방의회가 간접선거제도를 취한 결정적인 이

70) 물론 동 위원회가 적은 수의 구성원으로 조직되어 있기 때문에 동 위원회가 정당간의 세력관계를 적절하게 나타내고 있다고 볼 수는 없다.

71) Billing, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsrichter, 1969, 131 f.

72) Ebenda; Geiger, BVerfGG, § 6 Anm.2a.E.; Arndt, Das Bundesverfassungsgericht, DVB1. 1951, 298

유는 재판관을 선출하는 위원회(Gremium)로서 연방의회의 본회의는 너무 광범위하다는 데 있었다.⁷³⁾

선거인단의 구성을 위해 연방의회의 각 교섭단체별로 선거인단후보자명부(Vorschlag)를 제출하고, 제출된 각 선거인단후보명부에 대하여 동트(d'Hondt)⁷⁴⁾식에 따라 행한 투표결과를 가지고 12인 선거인단의 구성원을 결정한다. 선거인단의 구성원을 선출하기 위한 후보자명부는 연방의회의 교섭단체만이 제출할 수 있다. 교섭단체규모(Fraktionstärke)의 의원모임이라든가 의원개개인인 후보자명부제출권이 없다. 여러 교섭단체가 공동으로 후보자명부를 제출할 수는 있으나 후보자명부가 하나인 경우⁷⁵⁾에는 비례선거의 기능과 합치되지 않을 수도 있을 것이다.⁷⁶⁾ 선거인단 구성원의 구체적인 선출절차에 대하여 연방의회직무규칙은 상세히 규정하고 있지 않다. 따라서 동 선출절차는 연방의회직무규칙 제48조 이하의 규정에 따라 거수 혹은 기립/착석 등의 방법에 의한 투표 또는 비밀투표 등의 방법을 택할 수 있을 것이다. 실제로는 비밀투표가 행하여진다.⁷⁷⁾

선거인단의 구성원이 확정된 후 사퇴하거나 유고된 때에는 추천인명부상 차순위자가 그 지위를 자동적으로 계승하며, 별도의 보궐선거를 실시하지 않는다. 선거인단의 구성원의 임기는 의회

73) F. Klein, § 6 Rndr.2

74) 동 절차방법에 따르면 각 교섭단체의 추천인 명부에 대하여 행한 투표결과를 1, 2, 3... 등으로 나누고, 최고득표순위에 따라 12위까지를 결정한 후 교섭단체가 확보한 득표결과에 의거 추천인명부에서 정한 후보자의 순서에 따라 교섭단체에 대한 선거인단의 의석이 배분된다(상세한 방법은 Alfred Katz, Staatsrecht, 10 Aufl. 1991, S. 149 참조)

75) 그런 예는 제1대 입법기에 CDU/ CSU, FDP와 DP가 후보자명부를 공동으로 제출한 바 있다(Achterberg, ParlR 1984, 516).

76) F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG § 6 Rndr.3

77) Vgl. dazu Trossmann, Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages, 1967, S.285 f.

의 회기동안 계속된다. 따라서 향후 선거인단 구성원의 유고에 따른 대체인사를 충분히 확보하기 위해서는 교섭단체가 추천인 명부를 여유 있게 작성해야 할 것이다. 보궐선거를 배제하는 의미는 특히 선거인단구성원의 독립성을 확보하는데 있다. 따라서 의회의 회기동안 그들에게서 독립성이 박탈될 수 없다. 이런 독립성은 직접 연방헌법재판소법으로부터, 다시 말하면 선거인단에게는 거의 의회와 견줄 수 있는 만큼의 독립성이 부여된다고 하는 동 제6조의 합목적적 해석으로부터 도출된다. 따라서 선거인단의 구성원은 교섭단체나 연방의회의원으로부터의 위탁이나 지시에 기속되지 않으며, 그들의 결정에 대하여도 책임을 지지 않는다. 평판이 좋지 않은 구성원이라 하더라도 연방의회는 동 구성원을 해임할 수 없다. 동 구성원이 임의로 사퇴한 후 새로운 선출을 강행하는 것도 허용되지 않는다.⁷⁸⁾ 법 제6조 2항 5문의 규정은 사퇴한 구성원의 후임을 정하는 유일한 방법이다. 선거인단구성원의 선출시 절차에 하자가 있다 하더라도 헌법재판관 선출의 유효성 여부에 영향도 미치지 않는다.⁷⁹⁾

b. 선거인단에서의 재판관선출절차

선거인단의 구성원이 확정되면 그 구성원 중 최연장자는 재판관의 선출을 위하여 1주의 소집기간을 설정한 후 지체 없이 선거인단을 소집하고, 회의를 주재한다.

여기에서의 최연장자라 함은 연령상 나이가 가장 많은 사람을 의미하며, 동 선거인단이나 연방의회의 구성원의 신분을 오랫동안 역임한 것을 의미하지는 않는다. 최연장자는 1주일의 소집기간(Ladungsfrist)을 준수해야 한다. 그러나 동기간은 선거인단의

78) Vgl. Geiger, BVerfGG § 6 Anm. 3; F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG § 6 Rdnr.3

79) F. Klein, a.a.O.

구성원이 동의하면 무시할 수도 있을 것이다.⁸⁰⁾ 물론 1주일의 기간은 재판관을 선출하는 회의에만 적용되고, 그 외 준비회의 혹은 준비를 위한 협의 등에는 적용되지 않는다. 소집의 내용에 대하여 규정되어 있지는 않으나 소집기간, 장소, 목적은 당연히 명시되어야 한다. 선거인단의 회의는 비공개로 한다. 이것은 조리(Natur der Sache)에 따른 것이 아니라, 연방의회직무규칙 제 69조 1항에 규정되어 있는 연방의회위원회의 회의에 대한 비공개원칙과 연방헌법재판소법 제6조 4항의 선거인단구성원의 비밀준수의무로부터 도출된다. 최연장자는 회의를 주재할 권한이 있으며, 이 권한을 위임할 수도 있다. 재판관을 선출할 때에 공개투표를 할 것인지 아니면 비밀투표로 할 것인지는 선거인단이 스스로 결정한다. 다수의 후보자가 있는 경우는 비밀투표를 실시한다. 그러나 실제로는 공식중인 재판관의 후임을 선출하는데 있어서 교섭단체에서의 사전협의를 통해서 대체로 한 명의 후보자만이 추천된다.

연방헌법재판관을 선출하기 위해서는 선거인단구성원의 3분의 2 이상의 찬성을 요한다.⁸¹⁾ 법 제6조 제5항에서는 적어도 8명이라고 하고 있기 때문에 이것은 선거인단의 법정구성원수의 3분의 2이상의 다수를 의미하는 것이지, 단지 참석자의 3분의 2를 의미한 것은 아니다. 연방헌법재판관을 선출하는데 가중다수를 요하는 주된 이유(Beweggründe)는 헌법재판소가 어느 일방에

80) Geiger, BVefGG, § 6 Anm.3; Lechner, BVerfGG, § 6 Anm. zu Abs.3

81) 1951년 3월 12일 연방헌법재판소를 제정할 당시에는 4분의 3으로 규정했었다. 그 후 재판관선거에서 재판관선출이 2년 연속 무산되었고, 1956년 7월 21일자 제1차 법 개정 시 정족수를 3분의 2로 하향조정하였다. 이렇게 하여 입법자는 정족수 4분의 3에 연속적으로 도달하지 못함으로써 헌법재판소의 기능의 장애를 야기할 위험을 줄여보고자 했던 것이다.(F. Klein, in: Maunz Schmidt-Bleibtreu, VerfGG § 6 Rdnr. 6.)

의해 점유되는 것을 막고 특별다수에 의해 확보된 광범위한 정당성을 통해 연방헌법재판소의 권위를 높이는데 있다.

선거인단의 회의는 모든 재판관이 선출될 때까지 계속된다 [법 제6조 제3항]. 재판관 선출결과에 따른 선거쟁송은 관련법규정이 없기 때문에 가능하지 않다고 한다.⁸²⁾ 그러나 연방대통령은 제10조의규정에 따른 임명권한의 범위 내에서 선출절차의 하자 여부를 심사할 수 있을 것이다.⁸³⁾ 선거인단의 구성원들에게 헌법재판관 선출과 관련하여 숙지된 후보자들의 신상과 선출시 논의된 사항 및 투표에 대하여 비밀준수의무가 부과되어 있다 [법 제6조 제4항].

c. 선출절차의 실제(Praxis)

실무적으로는 연방의회의 선거인단에서 연방헌법재판관을 선출하기 이전에 후보자중 적임자를 내정(eigentliche Entscheidungsfindung)하는 작업이 이루어진다. 이런 내정작업은 선거인단에서 공식적인 결정이 있기 전에 혹은 공식적인 결정과는 별도로 연방의회에서의 주요 정당의 원내교섭단체 구성원들로 조직된-법적 조직체는 아니지만-업무협의체(Arbeitsgruppe)⁸⁴⁾에서 행하여진다.⁸⁵⁾ 물론 동 업무협의체를 위하여 재차 교섭단체의 지도부가 결정적인 영향력을 가지고 있는 교섭단체내부의 하부업무

82) Majer, § 6 Rdnr.20.

83) 본고 IV 2 5) 참조; auch Kröger, in: Chr. Starck(Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25. Jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, Bd. I, S. 76(102).

84) So treffend Preuss, ZRP 1988, 389(392)

85) S. dazu Kröger, S.92 F. ; D. Majer, Die Auswahl der Verfassungsrichter in Westeuropa und in den USA, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, s.192 f. ; Chr. Gusy, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland(Hg. H.-P. Schneider und Wolfgang Zeh), 1989, S.1632.

협의체(Unterarbeitsgruppen)가 사항준비작업을 한다. 이렇게 하여 업무협의체(Arbeitsgruppe)는 후보자를 사전 결정하며, 결정된 사항을 선거인단에게 전달한다.⁸⁶⁾ 그러나 이것은 선거인단에 어떤 지시에도 기속되지 않는다는 원칙을 실질적으로 공동화하는 것이다.

한편 교섭단체의 지도부는 실제로 정당지도부의 권유나 제안을 참작(umsetzen)하는 실정이다. 이것은 특히 3분의 2의 정족수규정이 선거인단과는 별도로 사전에 여당과 야당이 타협을 시도하게 한다는 데서 합리화하고 있다. 타협은 정당지도부의 소수집단에 의하여-동 소수집단은 정당마다 2, 3인으로 구성되는데⁸⁷⁾-이루어진다. 대체로 정당의 추천(Vorschlag)은 정당지도부 층 인사 1인에게 집중되어 있거나 혹은 소수집단에 집중되어 있는 실정이다. 이런 타협은 주요정당 즉 기민당·기사당(CDU/CSU)의 자매정당과 사회당(SPD)에게 각 재판부마다 3석씩의 연방헌법재판관자리를 할당한다는 기존의 합의에 의존한다.⁸⁸⁾ 그래서 위 정당들은 연방헌법재판관의 자리를 그들 정당이 신뢰하는 인사로 채울 수 있으며, 양 재판부의 나머지 자리는 정당인사가 아닌 중립적 인사로 채워진다. 따라서 이들 정당들은 각각 1명씩의 중립적 인사의 추천권(Vorschlagsrecht)을 갖는다. 연립정부로 구성된 경우에 여당에게 할당된 자리를 연정을 구성한 소수정당에게도(예컨대 자민당(FDP)) 일부 할애(abtreten)할 것인지는 여당 자체의 문제이다. 정당간의 타협은 교섭단체가 그들 후보자를 추천하는 순서에 따라 행해진다. 그리고 후보자 개인(Person)에 대하여는 교섭단체간 혹은 선거인단에서는 논의되

86) Majer, S.192

87) Vgl. Geck, S.34f.

88) Majer, § 6 Rdnr.29

지 않는다. 그러나 이런 관행은 재판관선출을 비인격화(Entpersönlichung) 혹은 관료화(Bürokratisierung)하게 한다.

정당의 영향은 선거인단이나 업무협의체(Arbeitsgruppe)와는 별도로 기본법 제94조 제1항 2문의 규정에 하고 있는 “연방의회”를 통한 연방헌법재판관의 선출을 무력화시키는 제3의 요인이다. 또한 연방헌법재판소법 제6조가 규정하고 있는 3분의 2의 정족수에 의한 간접선출방식이 정당의 영향을 억제하는 역할을 해야 함에도 그와는 달리 선출방식이 지나치게 관료화하고 고도의 정치성을 갖게 만든 요인이 되고 있다.⁸⁹⁾

d. 재판관선출에 대한 헌법적 문제점

a) 간접선거원칙에 대한 문제점

기본법 제94조 제1항 2문에 따르면 연방헌법재판소의 구성원은 연방의회 및 연방참사원에서 각 반수씩 선출하도록 규정하고 있다. 이에 대하여 법 제6조 제1항은 연방의회에서의 재판관선출과 관련하여 “연방의회의 선거인단”(Wahmännerausschuß)에게 위임하고 있다. 이와 관련하여 동 내용이 위 기본법 제94조 제1항 2문의 “연방의회”에서 선출하도록 규정한 것을 위반한 것인지에 대하여 논란이 있다.

이에 대하여 다수의 견해(Überwiegende Ansicht)는 동법 제6조 제1항을 합헌이라고 한다.⁹⁰⁾ 순수 법실증주의적으로 기본법 제94조에서는 기본법 제28조 제1항과 제38조 제1항에서처럼 명문으로 직접선거를 규정하고 있지 않기 때문에 간접선거가 정당화된다고 한다.⁹¹⁾ 이런 견해는 종종 이미 Thoma가 설파한 “사

89) So oben Rdnr.5ff. und Kröger, S.93; Billing, S.125; kritisch auch Pestalozza, ebenda, 2 Rdnr.26

90) F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 6 Rdnr.2; zweifelnd, eher zur Verneinung der Verfassungsmässigkeit tendierend, Stern, in: BK Art.94 Rdnr.65, 83 m.w.N

실상의 규범력”⁹²⁾(normative Kraft des Faktischen)이란 말로 이
유를 제시한다.⁹³⁾ 그 외에 헌법제정자가 기본법 제94조에서 연
방헌법재판소의 절차와 재판관선출방법에 대한 광범위하나 활동
의 여지(Spielraum)도 입법자에게 위임했다고 한다.⁹⁴⁾ 연방헌법
재판소도 법 제6조를 합헌으로 간주한다.⁹⁵⁾ 또한 연방헌법재판
소의 재판부전체회의는 일찍이 간접선거의 적법성을 언급한 바
있다.⁹⁶⁾

이런 합헌적인 견해도 불구하고 또 다른 견해는 법 제6조
제1항을 위헌이라고 한다. 법 제6조 제1항은 기본법 제94조 제1
항 2문의 규정이 재판관의 선출은 연방의회의 본회의(Plenum)에
서 하도록 규정한 것과 배치된다는 것이다.⁹⁷⁾ 그 논거로서 기본
법은 제94조 제1항 2문에서 “연방의회”라는 용어를 사용하고 있
다는 것이다. 이는 연방의회의 본회의(Plenum)를 의미하며 따라
서 직접선거로 이해된다고 한다. 더구나 기본법이 “연방의회와
동 위원회”라는 표시를 여러 군데에서 사용하고 있으며,⁹⁸⁾ 따라
서 본회의(Plenum)와 위원회(Ausschusse)는 구별된다는 것이
다.⁹⁹⁾

91) Arndt, DVBl. 1951, 298

92) 그러나 “사실상의 규범력”의 원칙을 적용한다는 것은 이미 문제가 있다(zweifeln). 왜냐
하면 그것은 바이마르공화국의 국가학에서 나온 것인데, 바이마르 공화국 당시는 1949
년 이후 연방독일공화국에 비하여 규범의 규율행위(Regelwerk von Normen)가 보다 정
밀하지 못했기 때문이다.

93) Thoma, JöR 6 (1957), S.188; s.z.B. Geck, S.24; Lechner, BVerfGG § 6 Anm zu Abs.1;
zusammenfassend Gusy, S.1629

94) F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleintreu, BVerfGG § 6 Rdnr.2 a.E.

95) BVerfGE 2, 1 (gf.); 40, 356 (362ff.); 65, 152 ff.

96) Vgl. Leibholz, Der Status des BVerfG, JöR 6 (1957), 109ff.

97) Vgl. Preuß, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches
und-politisches Problem, ZRP 1988, 389 f.

98) 예컨대 기본법 제42조 3항, 동 43조 1항과 2항, 동 46조 1항 등

99) S. vor allem Kreuzer, Zuständigkeitsübertragungen bei Verfassungsrichterwahlen und
Immunitätsentscheidungen Deutschen Bundestages, Der Staat 7(1968), S.189 ff. ; auch
vgl. Stellungnahme (von R. Leicht, E. Niebler, K. Preu, G. P ttner, E. Schumann, H.

위헌성에 대한 또 다른 논거로서 위법적 유보없이 연방의회가 스스로 권한중의 일부라도 위임하는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 이것은 특히 연방의회의 대표성과 합치될 수 없다는 것이다. 헌법기관구성원의 선거는 헌법에 명문으로 간접선거를 규정하고 있지 않다면 직접선거방식이라는 것이다. Preuß는 권력(Macht)과 책임의 정서에 따른 민주주의 원칙에 기초하여 볼 때 연방헌법재판소의 광범위한 권한(Kompetenzfülle)과 민주적 정당성간에 불균형이 존재한다고 하고 있다.¹⁰⁰⁾

법 제6조가 위헌이라는 견해가 설득력이 있다. 그것은 이미 기본법상의 용어선택으로부터 드러나며, 헌법적 정당성에 관한 연방의회의 본회의(Bundestagsplenium)와 동 위원회(-ausschuß)는 동일한 것으로 간주될 수는 없을 것이다. 연방의회는 전체 국민의 대표¹⁰¹⁾로서 기본법 제38조 제1항에서 요구하고 있는 직접 선거를 통해 민주적 대표성을 획득한다. 그러나 국민적 정당성이 있는 연방의회 자신이 결정해야 할 사항을 제2, 제3의 하부기관에 위임한다면 그 만큼 국민의 의지는 반감된다(mediatisieren)고 볼 수 있다.¹⁰²⁾ 국민의 의지의 계속된 반감(Verlagerung)은 기본법 제38조 제1항이 국민의 의지와 관련하여 어떤 매개행위도 규정하고 있지 않는 것과 관련하여 볼 때 헌법이 명문으로 위임하고 있는 경우를 제외하고는 연방의회는 그에게 부여된 결정권한을 위원회에게 위임할 수 없다고 할 것이다. 이것은 예컨대 기본법 제80조상의 입법권에 대한 경우이면 몰라도 기본법 제94조상

Simon, K. Stern) im Rahmen der öffentlichen Anhörung im Rechtsschuß zum "Anderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgerichts"-Drucksache 11/73-am 4. Mai 1988, in Protokoll der 23. Sitzung des Rechtsschusses am 4. Mai 1988.

100) ZRP 1988, 389ff; s. dazu auch Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S.80 ff.

101) So zu Recht H.P. Schneider, in: Alternativ-Komm., 2. Aufl. 1989, Art.38 Rdnr.18

102) 본고 II 2, 민주적 정당의 원칙 참조.

의 재판관선출에 대하여는 위임될 수 있는 경우에 해당되지 않는다고 할 것이다.

기본법 제40조 제1항 2문에 따라 연방의회에게 위원회를 설치하고, 연방의회의 심의 또는 의결의 준비를 위탁하는 권리를 부여했다고 하여 결론이 바뀌는 것도 아니다. 이것은 단지 준비행위에만 해당되는 것이지 입법기관, 통제기관 및 선출기관(Kreationsorgan)으로서 외적으로 효력이 있는 결정에는 해당되지 않는다 할 것이다. 게다가 연방헌법재판소는 헌법기관으로서 기본법 제95조에 재판소의 구성에 관해 규정된 연방최고법원과 달리 정치적으로도 지도기관(Leitorgan)이다.¹⁰³⁾ 연방헌법재판관의 선출은 구조적으로 타헌법기관으로서 연방대통령의 선출 [기본법 제54조] 과 그리고 연방수상 [기본법 제63조 제1항] , 물론 연방의회의 의장과 연방참사원의 의장과도 비교될 수 있다. 그런 기관에서는 중심적 과제로서 전체회의를 통한 선거를 규정하고 있다.¹⁰⁴⁾

b) 선출절차의 실제에 대한 문제점

오늘날 재판관선출절차의 실제에 대하여 많은 비판이 가하여진다.¹⁰⁵⁾ 특히 정당의 영향을 지나치게 많이 받는다는 것과 절차의 투명성이 부족하다는 것이다.

정당에 대한 비난에서 각 정당마다(pro Seite) 실질적 결정권이 소수의 협상자(Unterhändler)에게 집중되어 있다는 것이다. 이런 정당의 영향에 대하여 원칙적으로 문제가 제기된다.¹⁰⁶⁾ 개선안으로써 정당의 자기기속(Selbstbindung)을 추구한다. 즉 인물분위의 선출(Personalauswahl)을 확대하고, 지금보다 중립적

103) 본고 II 1, 연방헌법재판소의 지위 참조

104) S. dazu Preuß, ZRP 1988, 389 (390)

105) Vgl. dazu insbesondere Mayer, S.191ff.; Geck, S.33ff.; Gusy, S. 1632ff.

106) Majer, § 6 Rdnr.45

인, 그리고 그것이 후보자의 자격을 통해서 입증된 인사를 선출하여야 한다는 것이다.¹⁰⁷⁾ 이런 후보자들(Bewerber)은 전문적 혹은 법정책적 태도표명과 현실참여(Engagement)를 통해서 공공에(in der Öffentlichkeit) 드러나야(hervorgetreten) 한다는 것이다. 이런 특징은 공법상의 풍부한 지식과 공직 경험을 요건으로 한 법 제3조의 초기의 내용에 명문으로 규정한 바 있었다(1961년 삭제).

재판관선출실무의 비공개도 토론과정에서 많은 비난이 가해진다. 특히 재판관의 절반 이상을 새로 선출했던 1986/1987년 선거와 관련하여 일부 정당¹⁰⁸⁾은 개선방안으로서 무엇보다 절차의 객관화 그리고 공개모집(Öffentliche Ausschreibung)과 공개청문(Öffentliche Anhörung)을 통한 인물본위의 선출을 요구하고 있다.¹⁰⁹⁾ 그것은 민주선거의 특성을 그 이유로 들고 있다. 민주적 선거는 기본법 제42조 제1항의 원칙에 따라 선거에 있어서 어느 정도의 공공성, 다시 말하면 투명성을 요구한다. 공개모집의 요구는 지원자에게 스스로의 지원이 가능하도록 함으로서 지금까지 다소간 우연이나 정당의 정보상황에 의존했던 후보자 선발의 폭을 확대하고자 하는데 있다. 스스로 지원하는 제도는 후보자로 하여금 정당의 수뇌부의 호의로부터 탈피하는데 한 몫을 한다.

더구나 후보자를 위하여 청문제도(Anhörung)가 규정되어야 한다는 것이다.¹¹⁰⁾ 어떤 관청과 어떤 직무이든 지원자를 단지 서류나 추천서에 근거하여서만 채용할 수 없는 것과 마찬가지로

107) Geck, S.44f. ; in diese Richtung auch Schlaich, S.28ff. ; Achterberg, S. 518

108) Gesetzesentwurf Fraktion "Die Grünen", BTag-Druckss. XI/73

109) Vgl .besonders Stellungnahme (von R. Leicht, E. Niebler, K. Preuß, G. Püttner, E. Schumann, H. Simon, K. Stern) im Rahmen der öffentlichen Anhörung im Rechtsschuß zum "Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgerichts"- Drucksache 11/73-am 4. Mai 1988, in: Protokoll der 23. Sitzung des Rechtsschusses am 4. Mae 1988.

110) Majer, § 6 Rdnr. 47

헌법기관의 고위 공직자에 대하여도 지원자의 청문과 소개가 규정되어야 한다는 것이다. 또한 준비위원회(vorbereitende Greimien)는 선거인단에게 1명의 후보자를 추천할 것이 아니라 3배수 추천을 하도록 하는 안이 거론된다. 이것은 적어도 선거인단이 단순한 교섭단체의 집행기관이 되지 않도록 하는 관점에서 요구되는 것이다.

문제의 제기에 대한 개선방안은 무엇보다 민주적으로 정당한 선거와 관련하여 그리고 공동체 속에서 연방헌법재판소에 대한 필수불가결한 신뢰적 바탕과 관련하여 인식되어야 할 것이다.¹¹¹⁾

(2) 연방참사원에서의 선출절차

a. 직접선거의 원칙

연방의회에서의 재판관선출절차와는 달리 연방참사원에서의 재판관선출은 본회의(Plenum)를 통한 직접선거방식을 취하고 있다. 따라서 법 제7조는 기본법 제94조 제1항 2문의 헌법적 요구를 충족하고 있다고 볼 수 있다. 기본법 조항은 연방헌법재판소라고 하는 헌법기관의 구성원을 선출할 때에 정당성의 사슬(Legitimationskette)을 연장하는 어떤 내용도 규정하고 있지 아니하다.¹¹²⁾ 연방참사원에서 재판관을 선출하는 경우에 정당성은 각 지방의 주민에 의해 선출된 주의회로부터 나타난다. 그로부터 재차 주정부가 출현하고, 주정부는 연방참사원에서 대표된다.

연방헌법재판소법은 연방참사원에서의 재판관선출방법에 대하여 규정하고 있지 않다. 따라서 연방참사원의 일반규칙이 적용될 수 있을 것이다. 이것은 기본법과 연방참사원의 직무규칙에서 규정하고 있다. 그에 따르면 연방참사원에서의 재판관선출은 공개로 진행된 본회의에서 실시된다.¹¹³⁾ 공개회의이기 때문에 법

111) 본고 II, 연방헌법재판관과 관련한 헌법원칙 참조.

112) Majer, § 7 Rdnr.4.

113) 기본법 제52조 제3항 3문, 연방참사원직무규칙 제29조 참조

제7조는 제6조 제4항에 적합한 연방참사원 구성원의 비밀준수의무를 내포하고 있지 않다. 주에게 할당된 투표권의 수는 기본법 제51조 제2항에서 확정하고 있다. 동 조항에 따르면 모든 주는 최소한 3개의 투표권을 가지며 인구 2백만 이상의 주는 4개, 인구 6백만 이상의 주는 5개, 인구 7백만 이상의 주는 6개의 투표권을 갖는다.¹¹⁴⁾ 제 주는 기본법 제51조 제3항 2문에 따라 그들의 투표권을 단지 통일적으로 행사하여야 한다.¹¹⁵⁾

연방의회의 선출절차에 규정된 것처럼 연방참사원에서 헌법재판관을 선출하는 경우에도 헌법상 규정되어 있는 연방참사원재적(투표권 기준) 3분의 2이상의 찬성을 요한다.¹¹⁶⁾ 이런 정족수가 의미하는 것은 선출된 연방헌법재판관이 가능한 한 광범위한 정당성과 신뢰의 기초를 확보하도록 하는데 있다.¹¹⁷⁾

b. 선출절차의 실제와 문제점

오랜 선출활동을 거듭하는 동안 연방참사원은 헌법재판관선출준비와 관련하여 권고적 기능을 가진 위원회(Kommission)을 설치하였다. 그 위원회는 16개 전체 주의 법무장관으로 구성된다.¹¹⁸⁾ 동 위원회는 연방법무장관이 연방참사원에 제출한 추천인명부도 참고한다. 그러나 동 위원회는 연방의회와 마찬가지로 추천인명부에 기속되지 않는다. 동 위원회가 제시한(erarbeiten) 결

114) 따라서 각 주는 다음과 같은 투표권을 갖는다. 즉, Nordrhein-Westfalen, Bayern, Baden-Württemberg와 Niedersachsen은 각 6표씩, Hessen, Sachsen, Rheinland-Pfalz, Berlin, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Brandenburg, Schleswig-Holstein과 Mecklenburg-Vorpommern은 각 4표씩 그외 Hamburg, Saarland와 Bremen은 각 3표씩의 투표권을 갖는다.

115) 이것이 통설적 입장이다; 이견 W.Geiger, BVerfGG, § 7, Anm. 3 der den Stimmführern eines Landes ein individuelles Urteil zubilligen will und Art. 51 Abs.3 Satz 2 GG auf die nach § 7 für unanwendbar erklärt; bgl. auch Stern, BK, Art. 94 Rdnr.82

116) F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu, 7 Rdnr.1

117) Edenda; W. Geiger, BVerfGG, § 7 Anm.1

118) Majer, S. 192; Geck, Wahl und Amtsrecht Bundesverfassungsrichter, S.25

정 권유(Beschlußempfehlungen)는 연방참사원의 본회의에서 통상 토론 없이 받아들여진다.¹¹⁹⁾

민주적 선거는 투명성을 요구한다. 그래서 연방참사원에서의 재판관선출절차는 필수적으로 공개모집(öffentliche Ausschreibung)과 공개청문(öffentliche Anhörung)제도가 보완되어야 한다고 한다.¹²⁰⁾

4) 연방헌법재판소장과 부소장의 선출

연방헌법재판소장과 부소장은 연방의회와 연방참사원이 교대로 선출한다 [법 제9조 제1항]. 이것은 먼저 연방의회가 연방헌법재판소소장을 선출하고 나면 다음에 연방참사원이 선출하는 것이 의미한다. 부소장의 선출에 대하여도 마찬가지이다. 이런 선출방법은 동일한 선출기관에서 계속하여(nacheinander) 소장과 부소장을 선출할 수 있음을 배제할 수 없다. 예컨대 연방의회가 선출한 소장은 현재 재직 중에 있고 연방참사원이 선출했던 부소장은 새로이 선출해야 하는 경우 동 부소장을 연방의회가 선출하는 상황이 그것이다. 이것은 동 규정이 기초로 하고 있는 개념과는 달리 하나의 선출기관이 2개 관직을 차례로 선출하는 결과가 된다. 이 문제는 입법과정에서 인식된 바 있으나, 입법자는 전체 규정이 갖고 있는 장점과 동 문제에 대한 보다 나은 해결방안이 없었기 때문에 동 문제점을 인식하면서도 감수한 것이다.¹²¹⁾

연방헌법재판소법은 소장과 부소장을 연방헌법재판소의 구성원 중에서만 선출될 수 있다고 명문으로 규정하고 있지는 않다.

119) Geck, S.25; K.Kröger, Richterwahl, in: Chr. Starck (Hg.), BVErfG und GG, 1976 Bd. I S.76 (93f.)

120) U.K. Preuß, ZRP 1988, S.395

121) Billing S.156

그러나 이것은 본문으로부터 간접적으로 도출할 수 있다. 즉 법 제 9조 제1항 2문에 따르면 부소장은 소장이 속하지 않은 재판부에서 선출될 수 있다고 규정하고 있는바, 이것은 소장과 부소장이 연방헌법재판소에 재판관으로서 소속되어 있어야 한다는 것에 따른 것이다. 재판소의 소장이 필연적으로 제1재판부에서 선출되고, 부소장은 제2재판부에서 선출되어야 하는 것은 아니다. 법 제9조 제2항은 최초의 선거에 한하여 연방의회가 소장을 선출하도록 규정하고 있다. 선출기관 자신이 선출했던 재판관 중에서만 소장이나 부소장을 선출해야 하는 것은 아니다. 그래서 연방참사원에서 선출한 재판관 중에서 연방의회가 소장을 선출할 수 있고, 그 반대로도 가능하다 할 것이다.

소장과 부소장의 임기는 법적으로 특별히 규정되어 있지는 않다. 따라서 연방헌법재판관으로서의 직무가 종료될 때까지로 본다.¹²²⁾ 소장과 부소장의 선출기관은 재판관선출기관과 같다. 다시 말하면 연방의회의 선거인단과 연방참사원의 본회의(Plenum)이다. 요구되는 의결정족수도 재판관선출의 경우와 같다. 연방의회의 선거인단에서 선출할 경우 8명의 이상의 찬성을 d하며, 연방참사원의 본회에서 선출하는 경우 재적 투표수 3분의 2이상의 찬성을 요한다.

소장과 부소장의 선출도 재판관선출시의 주요 정당간의 기본적인 타협¹²³⁾에 의해서 이루어진다. 그래서 공석이 된 자리는 CDU/CSU와 SPD간의 기본적 협조(Einvernehmen)하에 후임이 결정된다.¹²⁴⁾ 중요한 것은 지금까지의 연방헌법재판소 소장의 직무행사과정에서 정당정치적 의도가 확인될 수 없었다는 점, 그리

122) F. Klein, § 9 Rdnr.5

123) Kröger S.94

124) 1983년 이래 거대 정당들은 소장은 CDU와 SPD가 교대로 배정(stellen)하기로 의견을 모은바 있다.

고 그들의 공적 발표 즉, 학문적 혹은 법정정책적 문제에 대하나 언급을 할 때에 그런 기본적 경향이 뚜렷하게 인식될 수 있었다고 하는 점은¹²⁵⁾ 그들의 선출이 정치적인 관점에서 행하여진다 하더라도 독립한 재판관으로서 행동하려는 그들의 직무에의 강한 의지를 보여주는 일면이라 할 것이다.

5) 연방대통령에 의한 임명

연방의회의 선거인단과 연방참사원에서 연방재판관으로 선출된 자는 연방대통령에 의하여 임명된다(법 제10조). 이 임명을 통하여 연방헌법재판관으로서의 법적 지위가 취득된다. 임명됨으로써 12년간의 임기가 시작되며, 연방헌법재판관으로서의 지위와 합치되지 않은 기능은 연방헌법재판소법 제3조 제3항에 따라 중지된다.¹²⁶⁾ 임명은 임명장의 교부를 통해서 효력이 발생한다. 임명장에는 피선출자가 임기 12년 동안 어느 재판부(제1부 혹은 제2부)소속의 연방헌법재판관으로 임명된다는 사실이 적시되어야 한다.¹²⁷⁾

연방대통령에게는 공무원을 임명할 때에 부여된 권리 즉, 피선출자의 적격성을 실질적으로 심사할 수 있는 권리가 부여되어 있지 않다.¹²⁸⁾ 그런 실질적 심사권은 부서를 넘어 연방헌법재판관선출에 대하여 헌법이 의도하지 않은 행정부에 의한 영향력의 행사이기 때문이다. 단지 형식적 심사권은 인정될 수 있을 것이다. 즉 법규정에 따른 선출절차가 준수되었는지 그리고 선출자가

125) Majer, § 9 Rdnr.15

126) Vgl. Geiger, BVerfGG Komm. 10 Anm.4; Lechner, BVerfGG Komm. § 10 Anm.1

127) So Kröger S.102

128) Vgl. Geiger, Komm. § 10 Anm.2; H. Lechner, BVerfGG, Anm. zu § 10; Leibholz-Rupperecht, BVerfGG, Anm. zu 10; K. Kröger, Richterwahl, in: Festgabe BVerfG 1976, S.102

법 제3조 제1항과 제2항이 정한 객관적 자격요건을 갖추었는지의 여부가 그것이다.

기본법 제58조에 따르면 연방대통령의 모든 명령(Anordnung)과 처분(Verfügung)이 효력을 발생하기 위해서는 연방수상이나 혹은 관계연방장관에 의한 부서를 요한다. 법 제8조에 따르면 연방법무부장관은 연방헌법재판소와 관계되는 장관이기 때문에 동법무부장관은 연방헌법재판관을 임명할 때에 부서를 하여야 한다.¹²⁹⁾

3. 재판관재선출의 문제

독일에서는 연방헌법재판관의 재선출가능성을 배제했다(법 제4조 제2항). 따라서 임기만료 후 연속적이든 혹은 헌법재판관퇴직후 상당한 기간이 경과한 경우이든 재선출이 될 수 없다. 재선출을 원하는 재판관은 임명권자를 의식하지 않을 수 없을 것이며, 재선출을 위한 유혹은 인간의 내적인 마음을 약하게 하기에 충분할 것이다. 따라서 재선출제도는 헌법재판관으로 하여금 헌법재판에 영향을 미치게 하는 요인을 제공할 수 있다. 여기에 재선출제도가 갖는 문제점이 있다.¹³⁰⁾ 과거 독일에서도 연임·중임규정이 있었으나 이러한 재선출제도가 갖는 문제점을 인식한 입법자가 동 제도를 폐지한 것이다.¹³¹⁾ 결국 이 재선출금지규정은 재판

129) Vgl. Maunz-Dürig, Art.58 und Geiger § 10 Anm.3 Zur Problematik der Gegenzeichnung in diesem Falle Vgl. Kröger S.102

130) Vgl. F. Klein, in: Maunz/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer BVerfGG-Komm., 1992, 4 Rdnr.3.

131) 원래 법 제4조 1항과 2항에 따르면 연방헌법재판관 중 4명의 연방법관에 대하여는 연방최고법원에서의 그들의 임기를 한도로 선출하도록 규정하였다. 이것은 보통 종신(Lebenszeit), 즉 정년에 도달할 때까지 제직할 수 있었다. “그 밖의 연방헌법재판관”은 8년의 임기로 선출되며, 1951년 첫번째 재판관 선출시에는 그 절반의 재판관은 4년의

관의 독립성, 특히 내적 독립성을 강화하게 한다.¹³²⁾ 이런 내적 독립성의 확보는 재판관으로 하여금 불편부당한 재판을 하게 하는데 중요한 역할을 한다.¹³³⁾ 또한 어떤 재판관이 그의 구체적인 재판행위를 통하여 재선출을 위한 기회를 제고시키려고 한다는 그런 의심은 재선출을 금지함으로써 해결될 수 있다. 특히 임기를 12년으로 제한하는 것과 동 규정을 통하여 사법의 발전을 위하여 바람직한 새로운 인물을 연방헌법재판관으로 임명하기가 용이해졌다 할 것이다.

4. 방위사태시 재판관선출문제

기본법 제115조의 h 제1항 3문은 방위사태기간 중의 재판관의 임기만료에 대하여 특별한 규정을 두고있다. 즉 방위사태시 연방헌법재판관의 임기는 방위사태가 종료 된지 6개월이 경과됨으로써 만료된다고 하고 있다. 이 규정은 12년의 임기규정이나 정년에 관한 규정에 대하여 우위성을 갖는다. 따라서 동기간 중 재판

임기로 선출되었다. 그리고 중임(Wiederholte Wiederwahl)이 허용되었다. 1959. 6. 26일자 2번째 개정법 제2조 제2항에 의하여 각 재판부에서의 재판관수의 감축과 관련하여 몇 명의 재판관은 1963. 8. 31일과 1967. 8. 31일까지를 임기로 선출되었다. 현행 법 제4조는 1970. 12. 21일자 4번째 법 개정시 확정된 것이다.

동 개정법률의 효력발생시 연방헌법재판관으로 재직중인 연방법관과 관련하여 제4차 개정법 제3항은 다음과 같이 즉 연방최고법원에서 선출된 헌법재판관의 임기는 동법 개정 전의 규정에 따라 종신까지 다시 말하면 정년에 이르기까지 직무에 종사할 수 있다고 규정하였다. 그 밖의 재판관은 그들 임기가 만료될 때까지 직무에 종사할 수 있었다. 그래서 연방헌법재판관은 12년의 임기동안, 길어도 정년에 도달할 때까지는 연임·중임(wiedergewählt)될 수 있었다. 이 연임·중임은 동 제4차 개정법의 시행전(Vor Inkrafttreten)에 연방헌법재판관의 직을 퇴직한 전직재판관에 대하여도 가능하였다(BVerfGE 40, 356 (366)). 모든 재판관의 임기를 단일화(Vereinheitlichung)하고 12년으로 제한한 것 그리고 재선출을 금지한 것은 헌법재판소의 역사상 가장 본질적인 제도적 개혁이다.

132) D. Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S.169

133) K. Knöpfle, S.248

판의 임기만료로 인한 선출문제는 발생하지 아니한다. 그러나 방위사태시 재판관이 사망하거나 직무불능일때 혹은 다른 이유로 인한 재판관선출이 불가피할 때, 그런데도 연방의회와 연방참사원이 가능할 수 없는 경우 어떻게 할 것인지 문제된다. 여기에 대하여 기본법 제115조의 e 제1항에 따른 “양원합동협의회”(Gemeinsamer Ausschuß)에 의한 선출이 가능할 것이다.¹³⁴⁾

V. 결 어

연방헌법재판소가 국가전체의 기능구조속에서 차지하는 비중을 고려해 볼 때 연방헌법재판관선출문제가 갖는 의미는 헌법재판제도 뿐만 아니라 헌정생활과 관련하여서도 중요하다 할 것이다. 재판관선출문제를 헌법재판제도의 특성 및 기능과 분리하여 다룰 수 없는 이유도 여기에 있다. 즉 헌법이 국가의 기본법으로서 역할을 다하기 위해서는 연방헌법재판소가 헌법의 수호자로서의 자기과제를 올바르게 수행할 때만이 가능하다. 여기에는 헌법재판을 통한 연방헌법재판관의 헌법수호의 의지와 불편부당한 판결이 필수적이다. 이러한 재판관선출을 위하여 제도적으로 헌법원칙에 적합한 선출방법을 모색하는 일은 중요하다 할 것이다. 즉 연방헌법재판소는 사법기관으로서 재판관의 독립성의 보장, 헌법기관의 지위에서 오는 민주적 정당성의 확보 그리고 이와 함께 권력분립 등의 요건을 충족할 수 있는 제도의 모색이 그것이다. 이런 의미에서 연방의회와 연방참사원에 의한 연방헌법재판관의 선출은 일응 그 정당성이 인정된다고 할 것이나,¹³⁵⁾ 연방

134) Billing, S.328

135) Vgl. dazu besonders Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991, S. 29 ff.

의회선거인단의 간접선거방법에 의한 재판관의 선출은 민주적 정당성에 대한 일단의 반감으로서 독일기본법 제94조 제1항의 내용과 합치되지 않는다 할 것이다. 연방의회의 선거인단이나 연방참사원에서 연방헌법재판관을 선출하기 위해서는 가중다수의 찬성을 요한다. 연방의회 선거인단에서의 가중다수규정은 연방헌법재판소법을 제정할 당시에는 4분의 3으로 규정되었던 것이 그 후 재판관선출과정에서 연속적으로 동 정족수에 도달하지 못한 사건이 계기가 되어 3분의 2로 하향조정된 것이다. 동 사건이 계기가 되어 연방헌법재판관의 임기만료 또는 조기사퇴후 2개월 이내에 후임자의 선출이 이루어지지 않을 경우 연방의회 선거인단의 최연장자나 연방참사원의 의장 또는 부의장으로 하여금 지체 없이 연방헌법재판소에 연방헌법재판관선출을 위한 후보자를 추천할 것을 요청하도록 한 것이다. 선출절차에 연방헌법재판소가 개입하도록 한 것은 비록 구속력은 없다 할지라도 연방헌법재판소의 권위에 힘입어 재판관의 선출을 용이하게 하거나 혹은 타협의 기회를 제공하려는 데에 있다. 어쨌든 연방헌법재판관을 선출하는데 가중다수를 요한 주된 이유는 연방헌법재판소가 어느 일방의 정치권력에 의하여 점유되는 것을 막고 가중다수에 의해 확보된 광범위한 정당성의 확보를 통해 연방헌법재판소의 권위를 높이는 데 있다. 다른 한편으로 가중다수의 규정은 연방의회의 선거인단과는 별도로 사전에 여당과 야당이 타협을 시도하게 하는 요인도 된다. 그러나 연방헌법재판관을 선출하는데 있어서 정당의 영향을 완전히 배제할 수는 없다 할지라도 연방헌법재판관이 정치적 목적에 경사되지 아니하고 헌법의 기준에 따라 불편부당한 재판을 하도록 하기 위해서는 재판관선출실무에서 보여준 바와 같이 지나친 정당의 영향을 받고 있는 독일의 재판관선출방법에는 문제가 있다 할 것이다. 이에 대하여 연방헌법재

판관을 연방의회의 본회의에서 직접 선출할 것과 선출절차의 객관성과 투명성이 확보될 것을 요구한다. 그리하여 재판관후보자의 공개모집과 공개청문제도 등의 도입을 요구하기도 한다. 선출된 재판관의 임기는 연방법관출신 재판관이건 “그 밖의 재판관”이건 12년의 단일화된 임기를 갖는다. 이와 함께 기존에 허용되었던 연임·중임제도를 폐지하였다. 이는 재판관으로 하여금 불편부당한 재판을 하는데 중요한 역할을 한 재판관의 내적 독립성을 강화한 것으로 연방헌법재판소의 본질적인 제도개혁에 해당한다 할 것이다.

한편 연방헌법재판관의 선출이 비록 정치기관에서 행하여진다 하더라도 일단 선출된 재판관은 그 직무를 수행함에 있어서 정치에 경사하기보다는 독립한 재판관으로서의 자기 직무에 충실하려는 경향이 나타난다.¹³⁶⁾ 이는 재판관의 헌법실현에 대한 강한 의지의 표현으로서 시사하는 바가 매우 크다.

그런 의미에서 헌법재판제도의 특성과 기능에 적합한 헌법재판관 선출방법의 모색은 동시에 불편부당하게 재판하려는 재판관의 헌법실현에 대한 의지와 상호작용(Wechselwirkung)을 할 때에만 제도가 추구하고자 하는 본래의 목적에 도달할 수 있을 것이다.¹³⁷⁾

136) 본고 IV 2 4); auch Majer, § 9 Rdnr.15.

137) Vgl. Billing, S.335

[참고문헌]

- Bettermann, Karl August: Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, in: Die Unabhängigkeit des Richters, ein Cappenberges Gespräch, 1969, S.45, 47.
- Billing, Werner: Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, S.39.
- Bryde, B. O. : Verfassungsentwicklung, 1982. S.334.
- Böckenförde, E.W. : Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S.89
- Eichenberger, K.: Richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, S.65
- Faller, H.J.: Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung, in: FS für Wolfgang Zeidler (Hg. W. Fürst, R. Herzog, D.C. Umbach) Bd. I , 1987, S.81 ff.
- Frank, H.: Die Mitwirkung des Bundesverfassungsgerichts an den Richterwahlen, in: FS für Hans Joachim Faller (Hg. W. Zeidler, T. Maunz, G. Roellecke), 1984, S.37 f.
- Geck, W.K.: Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, 1986.
- Gusy, Chr. : Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland (Hg. H.-P. Schneider und Wolfgang Zeh), 1989, S. 1632.
- Hesse, K. : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrep-

- ublik Deutschland, 18. Aufl.1991.
- Häberle, P. : Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S.72
- Imboden, M. : Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, S.10.
- Jäde, H. : Souverän in roten Roben? Das Bundesverfassungsgericht und die Angst vor der Kritik, in: Auf dem Weg zum Richterstaat, 1979, S.127.
- Knöpfle, F. : Richterbestellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichtsbarkeiten, in: Landeverfassungsgerichtsbarkeit (Hg.Chr. Starck/ K. Stern)Bk. II, 1983, S.234.
- Korinek, Karl: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1980), S.15 ff.
- Kreuzer, Arthur: Zuständigkeitsübertragungen bei Verfassungsrichterwahlen und Immunitätsentscheidungen Deutschen Bundestages, Der Staat 7 (1968), S.189 ff.
- Kröger, K.: Richterwahl, in: BVerfG und GG, Bd. I ,1976, S.78.
- Lauer, H.: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968.
- Leibholz, G.: Der Status des BVerfG, JöR 6 (1957), 109ff.
- Majer, D.: Die Auswahl der Verfassungsrichter in Westeuropa und in den USA, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, S.192 f.
- Ridder, H.: In Sachen Opposition: Adolf Arndt und das BverfG, in: FS für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag, 1969, S.323.

- Roellecke, G.: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, ein Cappenberger Gespräch, 1980, S.34.
- Schlaich, K. : Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl. 1991.
: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1980), S.99, 106, 126 ff., 145.
- Schneider, H.P.: in: Alternativ-Komm., 2. Aufl. 1989, Art.38 Rdnr.18
- Simon, D. : Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, S.169.
- Starck, Chr. : Der verfassungsrechtliche Status der Landesverfassungsgerichte, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Hg. Chr.Starck/ K. Stern) Bd. I , 1983, S.157.
- Stellungnahme (von R. Leicht, E. Niebler, K. Preuß, G. Püttner, E. Schumann, H. Simon, K. Stern) im Rahmen der öffentlichen Anhörung im Rechtsschuß zum "Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgerichts"-Drucksache 11/73-am 4. Mai 1988, in: Protokoll der 23. Sitzung des Bundestagsrechtsschusses am 4. Mai 1988.
- Stern, K. : Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II 1980, S.356.
: Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter, in: Verfassungsrecht und Völkerrecht (Gedächtnisschrift für W.K. Geck) (Hg.W. Fiedler/G. Ress), 1989, S.889.
- Tripel, H.: Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5 1929 S. 27
- Vogel, H.J.:Videant iudices! Zur aktuellen Kritik am

- Bundesverfassungsgericht, DÖV 1978, S.668.
- Wahl, R. : Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat Bd. 20 (1981), S.499.
- : Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S.401
- Zuck, R.: Das Bundesverfassungsgericht als dritte Kammer, ZRP 1978, S.194.
- Umbach/ Clemens(Hg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar. 1992.
- Geiger, W. : Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951. Kommentar. 1952.
- Lechner, H.: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar. 3. Aufl. 1992.
- Leibholz/ Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar. 1968.
- Maunz/ Schmidt-Bleibtreu/ Klein/ Ulsamer: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar.3. Aufl. 1992.

헌법과 역대정권의 정책 이데올로기
- 헌법정치에서 역대정권의 정통성 확보를
위한 상징 창출을 통해 본 문제점 -

한 상 범

헌법재판소 자문위원

동국대학교 법과대학 교수

- 목 차 -

1. 문제의 제기
2. 임시정부(1919~1945)의 법통 계승의 입국과 이승만 정부
(1948~1960)의 「권위주의」와 「반공주의」의 문제
 - (1) 임시정부의 건국강령과 민족정기 회복을 위한 일제 잔재
의 청산문제
 - (2) 「국부」 이승만이란 지도자상과 주권재민의 원칙의 실종
 - (3) 「반공주의」와 자유민주주의의 행방
 - (4) 사이비 「반공주의」와 민족정기의 퇴색을 불러온 감상주
의적 애국론
3. 군사정권(1961~1992)의 정책 이데올로기의 문제성
 - (1) 4·19혁명의 좌절과 군정 등장 의미

- (2) 혁명으로 강변된 쿠데타와 이른바 「혁명공약」의 반혁명성
 - (3) 일본 제국주의식 관제운동 「재건국민운동」의 실태
 - (4) 「근대화론」에서 1인의 카리스마를 통한 「유신」쿠데타의 논리의 허구성까지
 - (5) 「유신헌법」체제의 누수방지를 위한 가부장적 권위주의의 이데올로기
 - (6) 제5공(1980~1987)의 「정의사회 구현」이란 정의실종의 정책과 제6공(1987~1992)의 「보통사람의 시대」의 보통사람이 못된 사이비 민주제도의 허구성
4. 헌법정신의 확산과 헌법정치의 회복의 정치적 과제를 생각하며

1. 문제의 제기-헌법이 제시하는 국정의 기본 방향이 역대 정권하에서 얼마나 바르게 구현되어 왔는가?-

헌법은 정치규범이라고 하는 점에서 나타나 듯이 나라 운영의 기본틀을 정한 법이다. 특히 헌법에서는 국가 정치의 이상과 기본방향이 제시되고 있다. 그것은 전문에서 뿐만이 아니고 각 조문을 통해서 나타나고 있다. 그것을 국정을 담당하는 정부(정권)가 어떻게 무엇부터 구체적으로 실현하려고 하였고 그것을 가능하게 해 왔는가, 또는 헌법이 제시한 국정 기본방향을 얼마나 올바르게 구현하려고 했고 또 그 결과가 어떠하였는가 하는 점을 헌법에 비추어서 평가해 보는 것은 아주 중요한 이론작업이다. 그것은 헌정 반세기에 이르는 우리 헌법사에 대한 하나의 평가가 될 수 있다. 나아가서 이러한 점검을 통해서 헌법정치의 올바른 방향정립을 위한 지표와 현재의 정권의 기본정책을 간접 또는 직접으로까지 평가하는 기준도 제시될 수 있을 것이다.¹⁾

우리의 헌정사는 그 헌법개정사가 말하고 있듯이 권력을 장악한 자나 그를 옹립하고 있는 세력이 항구적인 집권 연장을 위하여 헌법이 정한 민주주의 제도의 기본정신을 온갖 구실을 들어서 왜곡하고 거세해 온 역사이기도 하다. 그런데 그렇다고 해서

1) 헌법이 뜻하는 바가 무엇인가 하는 것은 최고법원 또는 우리의 경우엔 헌법재판소가 헌법의 해석을 통해서 선언한 것이라고 말할 수 있어야 한다. 그런데 우리 헌정의 이제까지의 현실은 법원의 판결이나 현재의 판결에서 제시된 헌법의 범리보다 실제로는 정치권력의 시정방침이나 실제 정치에서 나타나는 정책이나 조치나 처분 등이 사실상 헌법으로 통용되어 오고 있다. 지금도 그러한 사정은 크게 변하지 못했다. 헌법재판소가 국가보안법의 각 조항 중에서 남용될 조항에 대한 문제점을 솔직하게 시인해서 그러한 남용을 억제하기 위하여 조건부의 제한을 두어서 이른바 「한정합헌」의 판결을 했다고 하지만, 경찰이나 검찰의 권력발동 과정에서는 고사하고 법원이 주도하는 사법과정에서도 그것이 준수되고 있다고 보이는 어떠한 흔적도 없다시피 되어 있다. 오히려 「문민」 시대 이전의 군사정권하에서보다 절적으로 달라진 것이 없다. 따라서 우리는 정권의 헌법 관련 상징조작과 그 구체적인 정책 이데올로기를 분석·비판해야 할 필요가 있다. 여기서부터 문제를 구체적으로 적발해 제시해 갈 수 밖에 없다.

아주 우리 헌법정치가 가망이 없다고 절망할 필요까지는 없다. 언제 어디에서이고 개인이나 특정 정치 세력은 항구적인 집권을 시도하려고 하는 것이고 바로 그러한 인간의 약점이 있기 때문에 민주주의 제도는 권력자를 제도적으로 견제하는 장치를 마련해 놓고 있다. 그래서 정치권력자는 자제하고 또는 마지못해서 임기제도와 책임제도를 감수하게 된다. 그들이 그렇게 하지 않고 집권의 항구화를 위해 탈선을 하게 되는 것은 그만큼 그러한 탈선을 감히 시도할 수 있다고 판단되는 정책 상황에 취약점이 있다고 하는 말도 된다. 그러한 취약점 가운데는 국민이 정치권력자를 겁나게 해서 그들이 함부로 야심을 들어낼 수 없도록 할 정도가 되지 못하게 될 때이다. 집권자가 마음씨가 착해서 민주주의 제도를 준수한다고 생각해서는 큰 오산이다. 애당초 민주주의 제도는 불완전한 사람이 야심과 탐욕으로 권력을 남용 또는 악용하는 것을 막기 위해서 선거제도와 임기제도 및 책임제도 등 온갖 장치를 마련하고 있다. 이 장치가 가동되지 않을 때에는 언제이고 야심가가 짬을 비집고 끼어들게 되는 것이다. 그러한 일은 비단 한국처럼 민주주의의 후진국에 한하는 것이 아니다. 어디에도 그런 위험은 도사리고 있다. 문제는 그러한 야심이 머리를 쳐들 수 없는 정치적 여건이 갖추어져 있는가 하는 문제이다.

불행하게도 우리 정치 풍토는 민주주의가 싹이 터 자라나기에는 아직도 황폐하고 토박한 토양이다. 그러기 때문에 역대 정권의 시정방침이나 기본정책이 헌법에 따라 추진되지 못했던 점이 많았다. 이 점을 두고 거듭 말하지만 실망과 좌절에 빠질 일은 아니라고 본다. 사람 자체가 불완전한 존재라는 말을 나는 다시 상기하면서 우리가 왕조 통치에서 식민지로 전락한 이래 나라를 찾기 위한 몸부림을 치다가 일제로부터 해방이 되어 나라를 세

우게 되었다고 하는 것은 국권을 회복한 것이지만, 민주주의를 해보기는 처음이었다. 그래서 스스로 다스리는 가장 어렵지만 가장 사람을 존중하는 합리적이라고 할 민주주의 제도라고 하는 국가 운영을 하게 된 것이다. 그에 따라 시행착오가 있게 되는 것은 예상한 일이다. 문제는 우리가 분단과 남북의 권위주의 통치의 악습이 이어지고 그나마도 여건이 좀 다른 한국풍토에서는 친일파 기득권 부패세력이 미군정이라 이승만 정권을 거쳐 군사정권에서 지금까지 주도적 실세가 되어서 문제가 되고 있다고 하는 점이다.²⁾ 지금에 이르러서는 이 문제가 좀 더 본격적으로 논의되고 있지만 앞으로 그에 대해 구명해야 할 문제와 청산해야 할 과제는 엄청나다. 이 작업을 본 궤도에 진입시켜야만 민주화에 길닥이를 해 볼 수 있게 된다. 아무리 헌법이 잘 되어 있다고 해도 헌법을 운영하는 주체가 그 헌법의 이념을 바르게 구현되지 못하면 한낱 「간판법」으로 전락하고 만다고 하는 것을 우리는 뼈저린 체험을 통해서 체득하고 있다. 이에 그러한 시행착오를 언제까지이고 되풀이하지 않기 위해서도 그릇되었던 과거의 헌법운영의 일단을 비판적으로 정리해 봐야 한다.

이 글은 바로 그러한 의도와 동기에서 역대 정권의 시정방침이나 기본정책을 통해서 헌법의 이념과 정신이 얼마나 국정에 구현되었는가 또는 잘못 반영되거나 왜곡되기까지 했는가 하는 점을 살펴보고자 하는 데 있다. 따라서 역대정권에 대한 비판적

2) 한국 헌정에서 분단과 권위주의의 문제와 남한에서의 친일파 세력의 주도적 위치 확보의 문제는 별도의 언급이 필요할지 모르나, 본고에서는 필요에 따라 다룬다.

먼저 분단은 남북의 지배세력에서 독재체제를 강화하는 구실을 주어오고 있다고 하는 것은 공지의 사실이다.

다음에 남한에서 친일파 세력의 집권문제는 80년대 이후에 한국 근대 및 현대 사학에서 활발하게 논구되고 있지만 최근의 인물 중심의 논구인 청년사가 펴낸 《청산하지 못한 역사 - 60인의 친일파》를 보면 좀더 그 실상이 솔직하게 드러난다. 결국 민주화의 좌절과 사이비 민족주의의 횡행의 문제도 결국은 친일파 등 한국 기득권층의 문제가 있다고 본다. 그러나 솔직한 접근이 지금부터 시작이라고 하겠다.

시각으로 일관하게 되는 인상을 주게 될 것이다. 그러나 어떠한 정권도 비판을 받아야 하는 것이 아주 마땅한 일이고 그러한 비판을 통해서 발전을 이룩해 오는 것이 정치제도의 역사라고 하는 것을 다시금 확인하면서 우리 스스로의 지난날의 행적을 알아보기로 하자.

2. 임시정부(1919~1945)의 법통 계승의 입국과 이승만 정부(1948~1960)의 「권위주의」와 「반공주의」의 문제

(1) 임시정부의 건국강령과 민족정기의 회복을 위한 일제잔재의 청산문제

한국정부의 정통성은 상해 임시정부의 법통을 계승한 민족·민주정부이고 나아가서 통일 조국을 위한 전 단계의 정부라고 하는 점에 있었다. 이 점은 1948년 5월 10일 총선거가 비록 유엔한국위원단의 감시하에 치루어졌다고 하지만 38선 이남만의 단독선거이고 분단의 고착화라고 하는 좌익과 우익 일부의 반대에 대한 해답이 되는 것이기도 했다. 그래서 1948년 5·10 총선거로 제헌국회가 처음으로 구성, 집회되었을 때 당시 국회의장 이승만은 북한측의 총선불참에 대한 유감표명과 언제이고 북한측 대의원이 참여할 길이 열려 있다고 하는 점을 지적함으로써 민족적 정통성을 강조했다.

그렇다고 하면 무엇보다 민족 정통성을 확고하게 세워가려면 최초에 출범하는 정부로서 무엇이 국가 기본정책의 과제가 되었을까? 그것은 다른 무엇보다도 대한민국 임시정부가 1941년 11월 25일에 공포한 〈건국강령〉을 국정에서 실현하는 것이었다.

이 건국강령에서 가장 중요한 것은 일본 제국주의의 잔재의 청산이고 그 구체적 내용으로서는 무엇보다 친일 반역자에 대한 심판과 친일 반역행위로 축재한 재산의 몰수(국고환수)이며 그러한 바탕 위에서 민주·자유·복지 국가의 정책을 실현해 나가는 것이었다. 먼저 일제잔재 청산으로서 1948년 헌법 부칙은 친일 반민족 행위자에 대한 처벌 규정을 두었고 그에 따른 특별법(반민특위법)도 제정되었었다. 그런데 알다시피 친일파에 대한 처단문제는 이승만 정권에 의해 방해되고 결국 암초에 걸리고 말았다. 그리하여 친일 반민족 분자가 이승만 정권의 주도적 세력으로 지위를 확고하게 굳혀서 기득권 세력으로서 계속해 이 사회를 지배하게 되었다. 문제는 여기서 건국 당초의 시정방침이나 국가 기본정책이 왜곡되고 변질되게 되는 것이다.

원래 대한민국 임시정부의 〈건국강령〉은 조소앙 선생이 그의 삼균주의에 바탕을 두어 작성한 것이었다. 삼균주의란 정치적 균등과 경제적 균등 및 교육적 균등을 기본으로 하는 국가운영의 방략으로써 지금 듣기에는 평범한 것으로 생각되지만, 아직도 그 정신은 구현되지 못한 채 숙제로 남아 있고 우리가 국정에서 실현해야 할 과제가 되고 있음을 알 수 있다.³⁾ 일제 패망을 앞둔 당시로서는 일제 강점에 의해 왜곡된 민족생존의 정치·경제·문화 등의 생활구조를 어떻게 개조해 나가는가 하는 아주 중대한 과제를 안고 있었던 것이다.

해방 후(1945) 정국을 보아도 미군정 3년 동안에 일제잔재 청산은 고사하고 일제 친일 식민세력이 그대로 온존된 채 그들이

3) 조소앙 선생의 삼균주의에 대한 연구는 삼균학회를 중심으로 꾸준히 이어오고 있다. 그리고 조소앙 선생의 업적과 사상에 대한 연구가 많은 실적을 남기고 있는 것도 사실이다. 문제는 삼균주의가 오늘의 현실에서 어떠한 문제성을 띠고 우리가 그것으로부터 무엇을 얻어 실천할 수 있는가 하는 점을 제시해 국민적 공감을 끌어내는 분위기를 조성해서 국정에 접목·반영해나가는 일이 과제라고 본다(삼균학회 발간, 삼균주의 연구 논집, 제11집 1990년 9월 참조)

주역이 되어 있었다. 1948년 건국 당시에 제헌 헌법에서 (1) 일제하 친일 매국 부역자에 대한 처벌규정의 설치 입법방침의 명시와 (2) 봉건적 토지소유제의 하나인 소작제도의 폐지, (3) 근로자의 이익 균점권 등 노동자 생존권과 복지제도에 대한 배려 등을 헌법이 정한 것은 단지 강령적 규정에 그치는 것이 아닐, 아주 급박한 당면 과제이기도 했다. 먼저 일제잔재 청산을 통한 친일세력의 배제와 민주주의적 세력의 정치적 헤게모니의 장악의 과제와 국민생활의 안정을 위한 일제 강탈 재산의 국고환수에 따른 주요 산업의 부흥과 민족 자본의 육성의 시급한 문제 해결은 당장 눈앞에 떨어진 불이었던 것이다.

그와 아울러 민족교육을 민주교육의 체제로 개편해 나가면서 민족정신과 민주이념을 생활화하도록 학교 교육과 함께 사회 정치 교육을 펴나가는 것이었다. 그것은 결국 좌우와 중간파로 사분 오염된 민족의 정치 현실을 긴 눈으로 보아서 민주와 민족의 한 방향으로 세워나가면서 민족통일의 방향을 모색해 나가는 일이다. 당시에 당장 남과 북이 따로이 정부를 세우고 각기 미국과 소련을 배후에 두고 갈등·대립의 긴장상태에 있었기 때문에 결코 쉽지 아니한 일이긴 하였지만, 최저한의 민족적 양심에 따라 긴 안목에 바탕을 둔 정치경륜이 필요한 때였다.

그렇지만 우리의 정치현실은 그러한 기대를 배반했다. 반민법의 시행이 친일파의 방해와 이승만의 비협조로 좌절되고 일제 관료와 친일 세력이 정국을 주도하며 일제가 강탈한 재산을 귀속재산이라고 하여 관리하던 것을 헐값으로 불하하여 모리를 취했고 각종 교육기관에는 일제하 친일파 군상이 도사리고 앉아서 그들의 독판무대가 되기 시작해 오늘에 이르기까지 교육파산을 부러 오는 근본 원인을 그대로 방치한 상태였다. 무엇보다 이승만의 정치적 헤게모니가 민족·민주의 건국 이념을 저버리는 결

파가 되었다고 하는 점에서 문제가 있었다.⁴⁾

여기서 이승만 정권하에서 공식 및 비공식 시정방침과 이데올로기로서 국정을 좌우했던 것을 살펴본다.

(2) 「국부」 이승만이란 지도자상과 주권재민의 원칙의 실종

이승만 주위에 집결한 개인이나 집단은 김구 주석의 이미지와 임시정부란 권위에 대해 열등의식을 가지고 그에 대항하기 위하여 「국부」 이승만이라고 하는 카리스마적 권위를 일찍부터 부각시키려고 의도적으로 공작을 했다. 이승만이 귀국할 당시의 사정으로 보아서 그는 미국의 주선으로 미군용 비행기로 귀국하고 미군정 장관의 소개로 한국 국민 앞에 나서고 하는 일련의 절차로 보아서 당시의 미국의 위력에 압도당해 있던 민심을 사로잡는 데는 적격이었다. 특히 이승만은 이씨왕조의 왕족이란 점에서 왕조복고에 꿈이나 향수를 지닌 유생 유림 수구파 세력에게 위엄을 풍기며 승상의 대상이 되기에 족했고 또 상해 임시 정부의 대통령을 했다고 하는 점에서 민족독립투쟁에 권위가 한몸에 있어서 대개의 민족주의자에게 먹혀들 수 있었고, 나아가서 미국에서 「박사」라고 하는 학위으로써 개인의 학적 권위를 갖추고 있다는 점에서 미국의 위력에 압도당해 있던 사람들이나 친미 사대주의자들에게는 무조건 순종을 할만한 권위가 이미 갖추어져 있었다. 그래서 이승만 주변 인물, 예를 들면 윤치영이나 임영신

4) 이승만 정권의 친일성·반민족성의 인적 구성 문제와 한국이란 국가체제의 문제를 분리해서 생각할 수밖에 없다. 그렇지 아니하면 한국 정부 자체가 존립의 정당성 근거를 스스로 부인하는 것으로 된다. 「반공주의」를 악용하는 친일세력에 의해 바로 비판세력의 많은 인사가 용공파 좌익, 공산당으로 몰리게 되고 특히 이승만을 반대하고 부정함을 대한민국을 반대하고, 부정하는 것이라고 하는 「국부」의 논리로 단죄했었다. 친일파의 그러한 악질적인 자기 케변논리가 관을 쳤었다. 이 점을 주의하면서 문제점을 살펴보아야 한다.

이나 그 아류들은 건국 사업에 「국부」를 무조건 따라야 한다고 하는 일방 통행식의 밀어부침의 언론조작으로 임했다. 당시에 그러한 수법은 일부 먹혀들게 되었다. 간판 지도자가 없이 친일파로 몰리게 되어 있던 가장 유력한 우익정당 한민당이 이승만을 간판 스타 겸 상징적 지도자 이상의 구세주로 떠받들게 되었기 때문이다. 김구 선생 영도의 우익 중간 노선을 배제하여야만 살아남을 수 있었던 친일파 세력에게는 이승만이 승리하는가 여부는 그들의 생존에 직결된 문제가 되었다.⁵⁾ 그들은 군정청의 관직을 독점하다시피 하고 당시의 돈 있는 세력의 핵심이기도 하였기 때문에 이승만의 정치 기반은 가장 내실이 있는 것으로 되는 데 어렵지 않았다. 해방 후 정국의 판도를 보면 가장 정직한 민족 지도자가 김구 선생이지만 정치적 능력이나 배경이 약하고, 미국측에서는 김구 세력을 장개석 국민정부에 가까운 부류로 보아서 철저하게 견제했다. 여운형은 명망과 인기는 있으나 조직을 갖추지 못한 국내지도자로서 「명망가」정치인으로 이승만에게 귀찮은 존재가 되었다. 박헌영은 좌익의 가장 유력한 지도자로서 당시의 조직과 군중동원능력으로서 출중한 기량을 보이고 있었으나 북의 김일성이 원격적으로 견제·반격하고 있고 미군정과 이승만 우익이 결사적으로 공격하여서 합법성의 기반을 스스로가 무너뜨려 가고 있었다. 그 밖에 온건한 지도자로서 개인적으로 존경받을 만한 김규식, 안재홍, 조소앙…… 등은 정치판에서 지도적 역할을 할 조직기반 자체가 취약했다. 결국 북쪽에서는 김일성이 서울 쪽으로 몰린 지도자들의 자기 소모전으

5) 8·15 해방(1945) 직후 여운형 주도하의 건국운동에 의해 불리하게 몰리게 되었던 우익 세력은 먼저 여운형이 주도하던 건국준비위원회에 반대하기 위해 상해임시정부를 추대한다고 반대 논의를 폈다. 그러다가 임시정부 요인이 귀국하자 입장이 난처해지게 되는데 여기에 구세주로 나타나는 것이 이승만의 귀국과 그 주위로의 우익 친일세력의 결집이었다.

로 어부지리를 얻어 쉽게 조만식을 제압하고 부상했고, 남쪽에서는 이승만이 다른 지도자나 조직을 압도하게 되었다. 이러한 과정에서 이승만 지지자나 그 추종세력은 이승만을 「국부」의 상징으로 조작했다.

건국 후에도 이승만은 공화국의 지도자로서보다는 군주국의 군주나 카리스마적인 영도자로서 권위를 행사하면서 주로 「국부」라고 하는 자비로운 일면을 들고 나왔다. 그것은 이북의 34세의 김일성이 젊은 「민족의 영웅」이란 이미지보다 훨씬 일반 대중의 정서에 먹혀 들어가는 것이었다. 그리고 한민당 등 이승만 추종세력은 원래가 잡다한 세력의 혼성 집합체였기 때문에 이념적으로는 우익성향이라고 하는 것밖에는 공통점이 없었다. 이승만 주변에는 나찌당적 국가주의자인 이범석과 안호상, 공산주의에서 전향적 혁신 정치가 조봉암, 임정계에서 이승만에게 넘어 온 이시영과 신익희, 친일과 세력의 결집체인 김성수 등의 한민당, 이승만 근위부대격인 개인들로서 윤치영과 임영신, 반공 일변도의 테러리스트 집단인 문봉제 등의 서북청년단, 우익 테러리스트인 이승만 추종집단인 대동청년단과 학생연맹조직…… 잡다한 세력의 결집체였다. 따라서 「국부」 이미지로서 국정에 임하는 것으로 당장의 이념과 이데올로기 및 국가 경륜이나 건국 방략의 빈곤을 메꾸어 나갔다.

그런데 바로 그러한 권위주의적 상징조작과 그에 대한 의존이 당초부터 민주주의적 제도의 운영과는 차질이 있게 되었다. 우선 법치주의가 근본에서 흔들리게 되었다. 법률도 이승만 개인이 못마땅하면 무시되었다. 그야말로 “짐이 곧 나라”이고 “짐의 말이 법”이라고 하는 절대군주제의 망령이 살아나게 되었다. 이승만 권위 하나로서 장관이 되고 죽을 사람이 살고 하는 공화제적인 전제군주제로 대한민국은 탈바꿈이 되어 버렸다. 그 한 예로서

이승만을 배반하였다고 낙인찍힌 서북청년단 테러리스트 지도자인 김성주가 원용덕 헌병총사령관에 의해 개인적으로 사살당했을 때 사정을 보면 이 점을 알 수 있다. 원용덕은 이승만의 「만」(만)자란 사인을 받고서는 김을 말살하라고 하는 각하의 지시로 알아서 죽여버렸다고 한다. 이러한 일이 법치국가에서 상상이나 할 수 있겠는가? 그 뿐인가. 제헌의원선거 당시에 종로구에서 입후보해 이승만과 대결하려고 했던 최능진은 불경죄·괘씸죄에 걸려서 전쟁 와중에서 특무부대원에게 끌려가서 총살당했다. 아무런 재판도 없고 죄상에 대한 혐의도 알려지지 않은 채 결국 나라님에게 대들었던 죽을 죄를 지었기 때문에 그러한 운명에 처하게 되었다고 볼 수밖에 없다. 이러한 법치주의를 붕괴시키는 폭거는 1954년대의 「한글 간소화」 파동에서 볼 수 있다. 한글 맞춤법은 학자가 오랜 세월을 두고 닦아서 시행해 오는 것인데 자기가 어렸을 적에 한글을 적던 구 시대의 한글 철자법이 자기에겐 익숙하고 편한 듯이 보인다고 하루아침에 바꾸라고 행정명령을 하는 것은 어리석은 짓이고 폭군적인 짓을 저질렀다. 이 소동으로 야단이 났을 때 어느 누구도 그러한 대통령의 명령이 무법이라고 불법이고 사리에 맞지 아니한다고 이의를 제기한 사람이 관료나 정치인 중에 하나도 없다. 만일 그랬다가는 모가지가 당장 잘리게 될 터이니 말이다. 오히려 내가 그 일을 떠맡겠다고 나서는 인물이 쏟아져 나왔다. 그 대표적 인물인 만주국에서 일제 앞잡이로 오죽협화회란 친일단체의 사무국장을 하고 건국 후에는 정훈국장이 되고 국사학자라고 날뛰던 이선근이었다.⁶⁾ 이선근식의 출세주의자들은 특히 친일파 부류에서 줄을 대

6) 이선근식의 반공주의의 논리는 아마도 이승만 정권의 추종배의 대표적인 보기가 될 것이다. 그는 이승만의 선거 연설(제2대 대통령 출마시)을 하러 다니면서 말하길, “공산당은 이승만 대통령을 반대한다. 그러므로 이승만 대통령을 반대하는 사람은 공산당을 따르는 자이다. 그러한 사람은 대한민국엔 필요없다. 그러나 사람들은 이북으로 가라”고 했다.

고 나오게 되어 이 나라를 망치게 된다. 이승만 몰락의 결정적 계기가 된 1960년 3월 15일 부정선거를 꾸미는 것도 「나라님」을 모셔야 한다고 하는 권위주의적 의식구조를 가진 사람들이 주로 꾸민 일이었다. 그들은 한편으로는 이승만을 위한 일은 52년 정치과동에서 테러단을 동원해서 개헌을 하고 이승만 집권을 위해 계엄령을 선포해서 탄압을 하고 하는 것이 모두 나라님을 위하고 공산당을 막기 위한 애국적인 일로 생각하여 개인적으로는 죄의식이 없다시피 했다. 나중에 자기들이 저지른 일이 반민주적 죄라고 하는 세상의 지탄과 민중의 분노를 보고 오히려 깜짝 놀란 것이다.⁷⁾

민주공화제의 주권재민의 나라에서 국부의 통치를 한다고 하는 자체가 잘못되었다고 하겠다. 그러나 이승만 시대가 국부의 시대였고 해방 후에 우리 정치수준이 이승만을 국부로 한 권위주의적 전제지배가 통할 수 있었다고 하는 점도 지나쳐 버려서는 안된다. 법률의 시행이나 대통령의 공인으로서 행위가 이승만에게는 법률 위에서는 법초월적 작태가 통했다. 주권재민의 공허화이고 나라님 의식이 군림하는 반민주적 지배형태의 지속이었다. 일본의 천황제 절대주의 지배하에서 군부가 천황의 통수권의

민주국가에서 야당을 할 자유가 무엇인지도 모르거나 그것을 인정할 수 없는 자의 궤변이었다.

그러나 권세편승의 아부의 처신을 우리는 친일파들을 통해서 무수하게 보게 된다. 이선근은 동국대학교에 총장으로 있을 때도 인권운동을 하는 나에게 교수회 석상에서 “직업선택의 자유가 있으니, 인권 운운하는 교수는 나갈. 우리 학교에는 그런 교수가 필요없다”고 소리쳤다. 아마도 박정희의 유신 쿠데타에 최대한 아첨하는 것이 자기의 박정희에 대한 아부이고 충성이라고 보았던 모양이다.

7) 이승만의 지배가 그렇게 (4·19혁명 같은 민중봉기로) 붕괴되리라고는 대개의 사람들이 꿈에도 생각지 못했다. 더구나 이승만 추종자들에게 있어서는 그러한 하늘이 무너지는 일은 상상도 못한 일이었을 것이다. 그런데 이승만 몰락 후 끝까지 이승만의 지배구조를 정치소신에 따라 변호한 자를 찾아 볼 수 없는 것은 친일파나 그 아류의 이승만 추종의 충성도가 얼마나 허황된 껍데기에 지나지 않았는가 하는 것을 백일하에 폭로하는 것이기도 해서 친일파 등 보수 기득권 세력의 정체를 다시 알아볼 수 있게 한다.

영역이라고 해서 법률적 권위에 우월하는 독주를 자행했고 천황의 긴급칙령으로서 법률을 초월하는 지배를 강행 돌파했던 나라님 지배가 있었듯이 우리도 그러한 유사한 나라님 지배인데 그것이 민주공화제란 제도 속에서 이루어졌으니 기가 막힌 일이 아닐 수 없다.

(3) 「반공주의」와 자유 민주주의의 행방

일본제국주의의 패망은 한민족의 해방과 독립으로 곧 이어지는 것은 아니었다. 남북이 분단되어 38선을 경계로 미·소 양군이 분할 점령하여 일본군의 무장해제를 한다고 하는 것이 영구분단으로 이어지게 되었다. 남한을 점령한 미군은 군정을 실시함에 있어서 일본제국의 관리를 그대로 등용하고 일본제국의 법령체계와 행정기구를 원칙으로 그대로 지속시켰다. 사소유권 제도를 인정시켜 동요를 막고 기존 질서를 바탕으로 한 미군정을 시행하겠다고 하는 방침이었다. 미군정으로서의 한국을 민주화시킨다고 하는 미리 준비된 시정방침이 전혀 없었던 것이 일본 본토의 점령 정책과 근본적으로 달랐다.⁸⁾ 그래서 이미 지적되고 있듯이 일제하 식민지 관리로서 일제 주구 노릇을 하던 일제의 경

8) 미국의 일본 점령에 있어서의 일본 민주화의 정책의 계획은 비록 일본군국주의 과시즘의 실체를 청산한다고 하는 점에 초점이 있었지만, 사전에 분명하게 구체적이고 세부적인 장단기 계획이 있었고 그에 따라 개혁이 추진되었다. 그러나 미국의 입장에서는 한국은 낙후된 식민지 사회로서 필리핀을 식민지로 지배하던 정도의 인식수준을 크게 넘어서지 못했던 것으로 볼 수 있다. 일본의 미국점령 정책에 대해서는 다음과 같은 서적을 우선 참고할 수 있다.

竹前榮治, 占領戰後史, 岩波書店, 1992년.

그리고 미군정 정책을 계통적으로 연구한 저서 중에 김운태, 《미군정의 한국통치, 박영사, 1992년》이 있다. 이 연구는 미군정의 문제를 좀더 비판적으로 보는 점에서는 미치지 못하는 인상을 준다. 따라서 80년대 이후 나온 신진 소장층의 업적인 한길사에서 펴낸 《해방 전후사의 인식》(1) 등과 좋은 대조를 이루고 있다.

찰과 헌병 및 밀정을 비롯한 모든 관료가 미군정에서 복무함으로써 민족적 심판과 응징·보복을 면할 수 있었다. 그렇지만 1948년 우리가 새로운 정부를 세우고 임시정부의 범통을 이어간다고 할 때에 친일파에 대한 심판을 비롯한 일제잔재를 청산하는 일은 당시의 민족감정으로 보아도 꼭 필요한 것으로서 당연한 것이었다.

미군정하에서 일제관리를 한 친일도배가 다시 출제를 하고 실권을 장악하는 모순을 보이게 됨에 따라 양심적인 지식인 상당수가 미군정에 등을 돌리고 좌익으로 기울었다. 친일 경찰이나 헌병 출신의 악질 친일주구들은 비판적인 지식인을 의도적으로 「빨갱이」로 몰아서 자기들의 입지를 강화하려고 했다. 많은 사람들이 일제 친일파가 다시 득세하는 미군정에 대해 회의적이고, 나아가서 반감을 품게 되고 더욱이 미군정의 잇따른 실정이 인심을 돌리게 한 것은 당연했다. 그래서 무엇보다 건국 당초의 인심을 수습하고 정부의 민족 정통성을 회복할 수 있는 조치는 일제 잔당들에 대한 심판을 비롯한 일제잔재 청산작업이었다.

그러나 불행하게도 친일파 세력을 정치적 기반으로 한 이승만 정권은 그러한 조치를 취하지 않았다. 이승만의 국내 정치기반의 취약성 때문에 불안을 느끼고 있는 것을 악용하여 친일파들은 빨갱이 소동을 과장하고 과대 포장하며 나아가서 빨갱이로 많은 비판자나 반대자들을 몰아침으로써 자기들의 충성심을 과시하고 지위를 안정시키고자 했다. 따라서 건국 초의 「반공주의」는 정권으로써 국가체제의 자위를 목적으로 한 정책이기보다는 정권 반대자들을 탄압하고 배제하고 말살하는 조치로 전략하고 말았다. 친일관료들은 이를 최대한으로 악용했다. 그래서 우리 사회는 이른바 「자유 민주주의」라고 하는 범질서를 경험하기도 전에 빨갱이 탄압으로 정치적 탄압의 회오리에 휘말리게 되었다.

미군정이나 이승만 정권은 일제 식민통치하에서부터 공산주의자에 대한 탄압의 기술자로서 일해 온 일제하의 경찰관이나 헌병이나 밀정들을 당장 필요한 건국의 역군으로 이용하였다. 그들은 일제통치하에서 자행하던 고문의 기술을 남김없이 발휘하여서 충성을 과시하였다. 군특무대장(CIC대장)으로 악명을 떨친 김창룡이 일본 헌병출신이었고, 헌병부사령관으로서 김구선생 암살에 흑막으로 떠오르고 있는 전봉덕이 총독부 경찰관료였고, 이승만 정권하에서 내무장관을 지내며 악명을 떨친 이익흥도 일제경찰이었다. 이러한 전직자들을 들자면 무수한 인물을 기록하는 하나의 방대한 인명록이 작성될 것이다.

정권의 유지를 위해 악용되는 「반공주의」를 뒷받침하는 법률인 국가보안법 위반을 비롯하여, 이승만 정권하에서는 그러한 법률을 직접적인 접축을 이유로 하지 않아도 누구이고 「빨갱이」로 지목 당하면 그것은 곧장 사형선고나 마참가지로 끝장이었다. 6·25 전쟁당시에 경찰 등 공인기관에 의해 검거된 행적이 있던 공산주의 전향자로 조직되어 경찰의 감독을 받던 「보도연맹」의 맹원이 전쟁 발발 후에 모조리 재판 없이 총살당했던 사례를 보아도 알 수 있다. 이러한 「빨갱이」에 대한 탄압은 이승만을 반대하는 개인이나 집단은 누구이고 살아남을 수 없는 조치에까지 미치게 되었다. 이러한 맥카시즘의 몇 배가 되는 살벌한 탄압주의는 전쟁을 통해서 고조되었고 그것은 군사정권하에서도 그대로 계승되어 정권안보의 악명 높은 수법으로 이어왔다.⁹⁾

이 「반공주의」가 국민을 기만한 극단적인 예로서는 「북진

9) 1961년 쿠데타 직후 군사정권 당국은 이른바 「용공분자」에 대한 일제 검거에 나서서 혁명성향의 인사나 그러한 단체를 탄압했다. 그것이 반공법으로 이어지고 그 후에 「공안사건」의 조작으로까지 전개된 것이다. 이에 대한 상세한 사정에 대해서는 박원순 저, 《국가보안법연구》(1),(2),(3), 역사비평사, 1992-93.을 참조할 것.

통일론」이 있다. 6·25 전쟁 이전에 정부나 특히 군대의 책임 있는 지위에 있는 자들은 만일에 이북이 쳐들어가게 되면 “아침은 해주에서 먹고, 점심은 평양에서 먹으며, 저녁은 신의주에서 먹는다”고 큰소리 쳤다. 또 전쟁 중에 정전 협정이 체결될 때에는 아무런 자체의 군사력의 동원 능력이 없는 입장에서도 「휴전반대」를 국민에게 선동하여 관제 데모에 동원했다. 그래서 일반대중을 맹목적인 호전성으로 몰고 가면서 자기들의 독재를 꾸려나가는 죄악을 자행했다. 이러한 반공 선전극이 제동이 걸리지 아니한 채 정권당국의 편의나 공안기관의 요인이 자기들의 공로를 세우는데 멋대로 악용하는 「반공주의」가 거창양민학살사건을 일으키게 하고 무수한 시골 양민을 「통비분자」로 몰아서 살해하고 박해하기에 이른 원인이 아닌가?¹⁰⁾

이승만 정권하에서 「반공주의」의 질서는 「자유 민주주의」 자체의 말살 내지 탄압을 뜻했다고 해도 지나친 말이 아니다. 일부 친일파나 이승만 정권의 추종자들은 반공주의를 내세운 탄압은 지식탐구를 제약하여 진실을 반쪽만 보는 바보가 되게 했다. 일방적인 정보만을 들으며 반공주의 소동에 놀아난 대중은 정신적으로 반공 노이로제와 반공 콤플렉스에 걸린 정신질환자로 만들어 버렸다.

이러한 자유부재의 통제질서는 결코 민주주의도 아니고 진실한 의미에서 반공을 통한 미주의 수호도 아니었다. 오히려 「반공주의」가 공산주의자와 그 동조자들을 만들어냄으로써 반공주의를 자처하는 자들이 크게 공산주의에 공헌을 하는 결과가 되고 말았다. 이것은 마치 과거의 제정 러시아의 정보기관이 레닌을 제압하기보다 레닌 세력을 존치시켜 자기의 존재가치를 유지

10) 해방이래 이 땅에서 「반공」을 내세운 군인과 경찰이나 정치인들의 죄악의 자행이 얼마나 많은가 하는 것은 국가보안법 적용·집행의 역사가 말해 주고 있음을 새삼 다시 지적해야 할까?

함으로써 볼셰비키 혁명에 기여했던 사례를 상기하게까지 하는 아이러니하고 파러독스가 아닐 수 없다.

(4) 사이비 「반공주의」와 민족정기의 퇴색을 불러온 감상주의적 애국론

이승만 정권의 통치과정에서 그의 카리스마를 유지시킬 수 있었던 것은 이승만이 반일투사인 애국자라고 하는 얼굴이었다. 그래서 그는 자기 주변에 무수한 친일파 민족반역자들을 부하로 두고 쓰면서도 표면상으로는 반일을 강조하고 대일외교에 있어서도 표면상으로는 강경일변도 노선을 내세움으로써 미국 정부로부터 보다 큰 것을 얻어내고자 자기 나름의 연극을 해왔다. 결국 이러한 이승만의 대일 관계에서 동맥경화적 사이비 반일노선이 그의 몰락을 가져오는데 작용하기도 했다. 미국정부는 일본의 재무장과 반공보루로서 극동에서 헌병보조원 역할을 맡김에 있어서 이승만의 완고한 동맥경화적 자세가 불편했기 때문에 4·19혁명이 발발했을 때 이승만에게서 등을 돌렸던 것이다.¹¹⁾

그런데 이승만의 독재와 사이비 반일외교로 무엇보다도 손해를 본 것은 우리 국민이다. 반일이라고 하는 이승만의 반일 제스처어는 한국민을 감상적인 애국사상으로 들뜨게 하는 데 그칠 뿐이었다. 진정한 항일구국투쟁의 정신이 무엇인가 하는 것은 항일의 역사를 정확하고 바르게 아는 것이고 동시에 친일파에 대한 역사적 심판을 하는 일이었다. 그런데 이승만의 반일 국가 교육에서 항일의 진실한 기록을 가리고 반역자들을 오히려 애국자

11) 1960년대 4·19 혁명당시에 주한 미국대사 메가나기의 이승만 하야압력의 역할이 뜻하는 바가 무엇인가 함은 보다 집중적, 심층적으로 연구·분석되어야 할 것이다. 여기에는 미국의 극동정책과 이승만 노선과의 갈등이 있었다고 하는 점이 주목되어야 할 것이다.

로 둔갑시키고 친일도배가 교단을 차지하고 교육 기관을 관리하
 에 뒀으로써 민족·민주교육을 탈색시켜 꺾테기만 남게 했다. 역
 사에 대한 바른 이해는 어느 한 면의 부분만을 아는 것만으로는
 안 된다. 한가지 예로써 우리 나라 헌법 전문의 3·1 독립정신과
 그로 인해 탄생된 상해임시정부를 둘러싼 항일투쟁에 대해서도
 똑바로 알지 못하였다. 그것은 우리가 일제에 항거하면서 시련과
 좌절, 타협과 매수, 투쟁과 패배를 거듭한 사실을 올바르게 이해
 하고, 특히 우리 민족을 배반한 양반과 관료 그리고 사회 지도층
 이나 지식인들의 부도덕성에 대한 심판을 하지 않고 어물쩍 지
 나친 것으로 그치지 않고, 오히려 그들을 선각자로 둔갑시켜서
 역사를 날조함으로써 이 땅에 사대주의와 비열한 시세편승주의
 와 출세주의의 뿌리를 내리게 되었다.¹²⁾ 항일 민족주의는 맹목
 적 감상주의로 이해되는 데 그치는 것이 아니라, 민족의 자주성
 의 회복과 세계 평화로의 기본 노선으로서 우리가 독립노선을
 쟁취하지 않으면 안 된다고 하는데 그 뜻을 두어야 한다. 따라서
 일본 제국주의와 함께 제1차 대전 후에 제국주의 국가로서 영미
 일 등의 한계와 우리의 독립노선의 이해관계가 어떻게 국제관계

12) 1919년 3·1운동의 발발과 항일투쟁에 대해서도 일제 자본주의하에서 억압과 착취 아래
 서 당시의 절대다수의 조선농민이 도저히 일제와 공존할 수 없다고 하는 점에 바로 근대
 적 사소유권제가 확립하는 토지조사사업의 결과에서 나타났다. 토지조사사업으로 부동산
 등기가 1918년에 완료되었을 때 3프로에 지나지 않는 친일 양반 세도가들이 조선의 전압
 50프로 이상의 토지소유자로서 지주가 되었다. 이러한 사소유권제도의 정착은 바로 반민
 족적이고 반봉건적이기까지 한 일제체제의 성격을 말해 준다. 그러한 토지조사사업의 결
 과와 그것이 뜻하는 바가 무엇인가를 항일과 관련시켜서 올바르게 가르치지 못한 것이
 이승만정권하의 역사교육이다. 지금까지도 그러한 계수의 통계는 우리 역사책에서 보다
 다른 책에서 보게 됨은 가슴 아픈 일이다.

강재언, 《일본에 의한 조선 지배 40년》(日本による 朝鮮 支配の 40年)

조일문고, 1994년·64쪽에는 토지조사사업의 결과로 전 농가의 3.3프로(9만 3백86호)가
 전 경작면적의 50.4프로를 소유하는 지주가 되고, 76.9프로의 농가가 소작인으로 전락되
 었다고 한다. 온전한 자작농은 19.6프로(50만호)에 지나지 않았다.

에서 복잡하게 뒤얽혀서 우리 민족의 운명이 강대국에 의해 규정되었는가 하는 정도만은 있는 그대로 가르쳐야 했다. 국제관계에서 혈맹이니 하는 감정적 언사로서 특정국을 숭배·추종하는 감정을 불러일으키게 하는 가장 비과학적이고 불합리한 안목으로 국제관계를 보는 것은 결국 색맹의 안목을 가지게 만들었던 것이다. 우리는 그러한 과오를 지나쳐 버릴 수 없다. 국제관계에서는 영원한 적도 없고 벗도 없다고 하는 냉혹한 이해관계가 작용하고 따라서 민족적 이해를 고수해 나아가기 위해서 민족 구성원의 자존심과 자체 능력이 제1차적으로 생존의 조건이라고 하는 절실한 사실을 왜 바르게 가르치지 못하고, 흐리멍덩한 감상주의에서 놀아나는 삼류, 사류의 시사감각도 못 가지는 국민으로 전락시키게 했는가? 이 점은 이승만 정권의 반일정책과도 관련해서 우리가 국민의 정치교육, 특히 헌법교육에서 가장 기본적으로 따져야 할 기본문제에 속하는 상식인 것이다.¹³⁾

3. 군사정권(1961~1992)의 정책 이데올로기의 문제성

(1) 4·19 혁명의 좌절과 군정 등장의 의미-입헌정부에 대한 쿠데타가 의미하는 것들-

13) 헌법 해석에서 헌법제정의 경과와 3·1독립운동의 정신을 해설함에 있어서 민족적 관점에서 보다 철저한 심화된 민족적 입장과 국제관계의 상황에 대한 인식 시각을 바르게 갖추어야 한다. 우리의 독립투쟁과 제국주의, 국제질서하의 문제점에 이르기까지도 정확한 분석시각을 결여하고 있음은 임정법통을 이해함에 있어서도 민족적 인식 시각의 빈곤으로 이어진다. 유진오의 《헌법해의》의 해설이 건국 초의 헌법해설로서 당대 수준급이라고 하지만, 그 문장의 화려함에 비해 민족 문제에 대한 해설에서 그 내용의 빈약성을 면할 수 없다.

1960년 4·19혁명에 의한 이승만 정권의 퇴진이 뜻하는 바가 무엇을 의미하는가? 지금의 헌법 전문에서 4·19혁명의 이념의 계승을 명시하고 있는 의미가 무엇인가?

먼저 4·19혁명의 결과로 헌법에 나타난 것을 중심으로 살펴보자.

4·19혁명으로 이승만 대통령이 하야하고 허정 과도내각하에서 제3차 헌법개정이 이루어졌다. 이 개헌은 표면상으로 이승만 정권하에서 대통령제가 1인 집권체제로 전락, 독재화되었던 것을 바로 잡는 작업으로 의원내각제를 주요 골자로 하는 권력구조의 개편작업이었다고 할 수 있다. 그러나 그에 그치는 것이 아니다. 그에 못지 않게 중요한 과제는 국민의 기본적인 인권의 보장을 보다 내실 있게 강화하는 것이었다. 나아가서 제4차 개헌에서 나타나 듯이 반민주·민주탄압세력과 부정축재자들에 대한 응징·제재와 민주회복에 그 목적이 있었다. 헌법에 나타난 4·19혁명의 과제는 최소한으로 위에 든 것으로 요약되는데, 4·19혁명 후에 전개되는 민중의 소리는 민족·민주의 실현이란 보다 절박한 기본과제를 구현하려는 것이었음을 알 수 있다. 왜냐하면 4·19혁명으로 이승만 정권을 퇴진하게 한 것이 단지 1960년 3·15 대통령선거의 부정에 있는 것만이 아니라 이승만 정권 12년의 추정에 대한 거부였다. 그 추정의 문제는 우리의 민족정통성을 올바르게 회복하는 일로부터 당연히 민족과제인 통일에의 지향이고 아울러 민주개혁에 있었다. 그러한 구체적인 사회·정치 및 경제적 요구는 다음과 같은 모습으로 드러나고 있었음을 볼 수 있다.

1) 민족정통성의 확인으로 반민족 친일행위자의 죄악 규명과 그 심판의 요구……이승만의 집권이 반민족적 친일세력을 기반

으로 하였고 바로 그러하였기 때문에 민족세력에 대한 탄압·반격으로 나타나고 그것은 모든 세력을 봉쇄하기에 이르렀었다. 그 대표적인 사례가 임시정부 주석 김구 선생에 대한 살해였다. 이 김구 암살에는 이승만 주변의 친일세력이 관련되어 있음은 분명했다. 이에 대한 진상의 구명을 비롯한 문제 제기는 아주 중요한 의미를 지니는 것이다.¹⁴⁾

2)그릇된 「반공주의」의 만행에 대한 심판……이승만 집권하의 최대 탄압무기는 「반공주의」였다. 「빨갱이」로 낙인찍히면 누구이고 살아남을 수 없었다. 6·25 전쟁 전후를 통해서 무수한 사람이 「빨갱이」로 몰려 희생당했지만, 가장 엄청난 사대는 제주도 양민학살사건과 거창양민학살사건이다. 「통비분자」나 「용공분자」 또는 「공비」나 「공산당 가족」으로 몰려서 무수한 사람이 희생되었다. 이러한 민족적 반역행위는 용납될 수 없었다. 진보당의 조봉암 당수에 대한 처형도 마찬가지로 그 진상은 밝혀져야 하는 것으로 문제가 제기되었다.¹⁵⁾

3)통일운동의 확산……4·19혁명 후에 가장 억눌렸던 소리는 민족적 염원인 통일의지에 입각한 국가경륜과 민족구상을 제시하는 일이고 통일운동이었다. 이승만 정권은 반공과 북진통일론

14) 이승만 정권하에서는 김구 선생 암살 배후의 규명을 요구할 수 없었고, 오히려 김구를 암살한 안두희는 애국자로 치우되었다. 그래서 4·19혁명 후에 김구 선생 암살 배후가 밝혀질 수 있는 계기가 마련되었고 또한 반드시 그 반민족 세력의 죄상이 폭로·심판되어야 할 역사적 숙제가 왜 있었다. 이에 따라 김구 암살 배후의 진상조사가 요구된 것이었다.

15) 진보당 당수 조봉암씨에 대한 사형은 일종의 정치적 반대파를 용공으로 몰아서 말살시킨 대표적 사례로 꼽힐 수 있다. 따라서 그 사건 진상에 대한 규명 움직임이 있었지만 결국 군사 쿠데타(1961)로 탄압당하고 말았다. 4·19혁명은 그러한 반공주의적인 정치적 말살 공작에 대한 진상을 밝혀야 하는 계기를 마련해 준 것이었다. 물론 그것도 군사정권으로 무산되고 그 후 역사적 숙제로 미루어진다.

정대영 《조봉암과 진보당》한길사, 1991.은 그나마도 뒤늦은 느낌은 있지만, 하나의 역사적 사건을 정리하고자 한 시도로서 기록된다.

으로 모든 여론을 봉쇄했었기 때문이다. 그래서 이정권이 퇴진하여 자유분위기가 조성되자 평화통일로부터 중립화 통일에 이르기까지 각계 각층이 통일 논의를 활발히 전개했다.¹⁶⁾

4)사회운동과 민주화에의 노선……이승만 정권하의 반공주의는 모든 혁신운동이나 사회운동을 그것이 「어용성」의 범주를 벗어나면 용공이나 좌경으로 몰아서 탄압했기 때문에 혁신정당이나 사회운동을 온전하게 싹을 키울 수 없었다. 그래서 4·19혁명 후에는 어용노조나 사회단체에 대한 해체작업과 함께 사회운동이 활발화되었고 혁신정당 등이 머리를 쳐들기 시작했다. 이것은 우익을 자처하는 기득권 친일세력이 보수·수구성을 기조로 해 부패세력으로 뭉쳐져 있는 한은 당연한 사회적 요구를 반영하는 것이기도 했다.¹⁷⁾

그러나 1961년 5·16의 쿠데타는 그러한 모든 민족·민주 운동에 대해 무자비하게 철퇴를 가한다. 먼저 민주 헌법은 국가재건최고회의라고 하는 군부집단의 집권을 정당화하는 「국가재건비상조치법」이라고 하는 무법적인 반민주 악법으로 대체되고, 그후 이른바 국민투표를 통한 개헌을 통해 권위주의적 헌법으로 대체된다.¹⁸⁾ 1인의 대통령에게 권력을 집중시키고 기본권을 침해화시키는 헌법으로 군사독재의 법적 기반이 마련되었다.

다음에 4·19혁명 후의 헌법에서 반민주행위자와 부정축차자

16) 중립적 통일론이 실현 가능성이 있는가 여부는 고사하고 그러한 주장 자체를 군사정권은 용공적 범죄로 몰아붙이게 된다. 그러나 4·19혁명 후에 통일 방안으로서 중립적 통일론은 많은 지식인의 주의를 끈 통일론 중의 하나였다.

17) 5·16쿠데타 세력의 주요 공격목표가 혁신운동과 노조 등 사회운동에 있었음은 말할 것도 없다.

18) 군사독재 세력에 의해 그의 집권의 법률적 근거로서 만들어 낸 「국가재건비상조치법」은 1933년의 나찌스의 「원권법」(원명: 국가와 민족의 위기를 극복하기 위한 비상법률)의 서투른 한국판이었다. 이때부터 군사정부는 법적 정당화를 「국민투표」의 수법에 의하는 등 나폴레옹 3세의 쿠데타 정당화의 수법까지도 총동원하게 된다. 이로써 한국의 민주행정은 헌법적 기반을 상실하게 되는 것이다.

에 대한 조치를 정해 시행하려던 것을 군사정권은 사회여론을 의식해서 강패 몇 사람과 전 내무장관을 극형으로 처벌하는 것으로 모양새를 마무리 지었다. 그리고는 엉뚱하게도 혁신운동세력을 「용공」으로 몰아 말살하고 부정축재세력은 처벌이 아니라 그들과 손잡고 그들 재벌 위주의 성장정책을 펴 나가게 되었다. 개발독재의 반민주성과 반민족성이 여기에 있다. 그리고 백범 살해 진상규명이나 거창양민 학살이나 진보당 당수 조봉암 재판의 흑막 해명의 요구나 평화통일운동은 용공 좌경으로 몰리고 노조활동을 비롯한 사회운동도 사회적 혼란을 조성하는 반혁명으로 몰려 버리고 나아가서 용공으로 몰라버리게 된다. 그야말로 군사과쇼 시대의 개시였고 민주주의의 종말이었다.

여기서 군사정권의 시정(정책) 이데올로기를 구체적으로 들어 보기로 하자.

1961년 5·16 쿠데타 직후부터의 시정방침과 조치들을 통해서 나타난 정치 이데올로기를 헌법에 비추어서 검토해 보기로 한다.

(2) 혁명으로 강변된 쿠데타와 이른바 「혁명공약」의 반혁명성

1961년 5월 16일 일부 군인이 합헌정부를 무력에 의해 기습적으로 전복시킨 것은 그들 탈권자들이 스스로 혁명이라고 했지만, 세상이 공지하듯이 「쿠데타」에 불과했다. 그렇지만 그들은 그들의 탈권 사실을 합법적으로 규정받기 위해 이른바 「혁명공약」을 공포하고 용공분자라고 하여 사회운동과 혁신 정치활동을 하던 사람들을 대량 체포·투옥하고 세상에서 지탄을 받아오는 폭력배(강패)를 잡아들임으로써 시민의 감정을 만족시키려고 했다. 그런데 그들의 행위는 처음부터 무법적이고 불법적인 것이

다. 아무리 동기가 좋다고 할지라도 법치국가에서는 용인될 수 없는 행위를 함으로써 자기들의 행위를 혁명인 체 하려고 했다. 구체적으로 예를 들면 그들이 무력으로써 헌법질서를 파괴한 것을 비롯해 문제되는 것을 본다.

1) 자기들 임의로 계엄령을 선포하고 기본권을 박탈하였다. 깡패라고 해서 잡아들인 것은 고사간에 그들을 군인들이 마구 집단폭행을 하고 거리고 팻말을 썩워서 가두 행진을 시켰다. 이러한 봉건시대의 야만적·응징적 모욕행위를 20세기에 할 수 있다고 생각한 그들의 사고방식 자체가 문제가 있다.

2) 다음에는 사회운동이나 혁신 정치운동이나 구 정치질서에서 자행되어 4·19혁명 후에 해명을 요구하게 되었던 암살이나 학살 등 무법행위에 대한 진상규명 행위까지도 용공으로 몰아쳤다. 6·25전쟁당시에 양민을 학살한 진상을 밝히라고 하는 것을 어찌 그렇게 「빨갱이」로 몰아칠 수 있단 말인가?

3) 무엇보다 그들은 전 국토를 병영화시킴으로써 질서를 바로 잡는다고 생각해서 일제시대의 국민정신총동원운동의 방식을 「재건국민운동」이라고 해서 끌어들인 것을 비롯해 일제식 관제운동에서 관권통제의 파시스트적 통제수법을 모두 끌어들였다. 신문 등 언론 정비에서 관료제도에 이르기까지 행정질서는 물론 정치질서까지도 모두를 일제태평양 전쟁말기의 「익찬체제」의 방식으로 재편했다.

4) 무엇보다 가장 중대한 범죄는 반공을 내세우면서 「자유민주주의」라고 하는 정신과 제도를 그 혼적으로부터도 말살하려고 했다.

여기서 이른바 「혁명공약」에 나오는 “반공을 국시의 제1로 한다”고 하는 것은 나찌스나 파시스트의 반공절대만능주의나 다름이 없는 것이다. 민주주의를 표방하는 나라에서 국시는 민주주

의이지 이를 지키려고 하는 반공이란 수단이고 방편이다. 「반공주의」를 그 자체 목적으로 내세우면서 자기들의 무법성을 합법화하려고 했다. 이 점은 미국의 1950년대의 맥카시즘 선풍을 훨씬 능가하는 것이다. 군사정권은 미국의 대외정책이 어떤 나라의 정부가 민주주의를 유린할지라도 반공주의적인 정권이면 지지한다고 하는 점을 악용한 것이다. 미국지지를 얻기 위한 수단의 반공주의의 면도 있었으나 한편으로는 그들의 탈권의 이유를 제시할 만한 명분이 없었다고 하겠다. 혁명공약 자체가 국가경륜의 구상과 지침으로서 3류에도 못 미치는 기만이고 내용이 허술한 구호에 지나지 않았다. 쿠데타를 혁명으로 납득시키기에는 장면 정권이 쿠데타로 전복당해야 할 만한 치명적 결함은 없었기 때문이었다.

그러나 그 후 군사정권은 그 「혁명공약」에서 약속한 민정양을 하지 않고 계속 집권을 하는 명분과 구실을 반공과 경제개발에서 구했다. 입법상으로 반공법 등 탄압체제를 강화하고 경제개발계획을 장면정권이 마련해 둔 것을 그대로 절취하여 추진했다. 군사정권은 보다 노골적으로 부정축재 부패세력과 손을 잡고 한편으로 굴욕 외교를 통해 일본으로부터 대대적으로 독점자본을 끌어들이었다고 하는 것이다.

5·16쿠데타 후에 흔히 반공주의 일환으로 각 곳에 부쳐진 「간접침략의 분쇄」의 구호는 그야말로 라틴아메리카 군사정권의 「국가 안보주의」를 그대로 본을 뜬 것이었다. 실제로 그후 알려진 바에 의하면 쿠데타를 모의한 자들을 쿠데타 후의 국정에 대한 구상이나 시정방침을 고심해서 미리 마련한 것도 아니고 당장 즉석에서 되는대로 만들었다고 하는 것으로 보아서 그들 정치 군인의 혁명공약이란 초기의 집권정당화의 구호와 그 내용은 기만적 선전 이외에 아무 것도 못 되는 것이었다. 여기서

한국 민주주의의 모든 왜곡과 궤도 이탈은 시작되었다고 해도 지나친 말이 아니다.

군사정권 당국은 이러한 자체 모순의 불법성을 정치적으로 정당화하기 위해서는 「국가재건비상조치법」이나 반공 국시만으로는 부족하게 되자 관제 이데올로기의 제작에 적극 나서게 된다.

여기서 제일 먼저 등장한 것이 민족적 민주주의」론이다.¹⁹⁾

그런데 박정희나 그 일파 세력보다 반민족적인 집단은 없을 것이다. 그들의 성장배경을 보아도 결코 민족주의라고 자기를 속일 수는 없다. 박정희가 쿠데타에 성공했을 적에 일본의 우익세력은 서울의 정세를 분석하며 집권 실력자가 누구인가를 자기들끼리 분석하다가 신문을 보고 만주군벌의 인맥에 속하는 어느 인사가 무릎을 치면서 신문에 난 박정희의 사진을 가르치며 말하길.

“아니……이 사람은 오까모도(박정희의 일본 이름·강본)중위가 아닌가? 오까모도가 서울을 점령했다! 만세! 만세!”하고 소리쳤다고 한다.

사실 박정희의 집권의 세력구도를 보면 일본의 괴뢰군대 만주군관학교나 그 만주군 근무군인과 최규하와 같은 만주국 관료들 그리고 만주에서 친일 행각을 하던 오족협화회(五族協和會) 사무국장 이선근같은 친일파들이 한 덩어리가 되어 있었다. 따라서

19) 박정권 초기에 그 주변에 모인 참모가 대구 주변에 연고가 있는 백남역, 엄민영, 이효상 등 대구지역의 출신자나 대학 교원이었던 사람이 눈에 띈다. 필자는 우연히 백씨와 함께 대구의 모 대학에 있다가 서울로 온 「아무개가 여관방에서 「민족주의」 이론을 구상한다고 틀어박혀 있는 것을 우연히 목격하고 접했던 적이 있다. 아마도 「민족적 민주주의」 구상이 아니었는가 생각된다. 그런데 그 교수의 역량으로 그러한 이론 조작의 창이나 아이디어가 나오거나 속임수를 날조할 만한 실력이 있다고는 보지 못했다. 그는 그후 군사정권의 나팔수를 자칭했으나, 중앙 무대에는 발탁되지 못했다. 그의 능력의 한계가 너무나도 분명했기 때문이 아니었나 생각된다.

「민족주의」라고 하는 간판을 꾸며대기는 어려웠다. 그러나 이 민족주의 간판은 자기들의 매국적 반민족행위를 은폐하는데 필요한 것이기 때문에 박정희가 집권의 결정시기에 그에게 아부하는 사이비 사가와 문필가들은 박정희가 만주괴뢰군에 있으면서 항일운동을 했다고 하는 새빨간 거짓말까지 꾸며대기도 했으나 그것을 대대적으로 밀어 부치지지는 못했다.

「민족적 민주주의」의 날조 시도가 맥없이 무너지자 자기들의 군사 과소를 어떻게든 미화시키고 싶었던지 「행정적 민주주의」라고 하는 이론 조작을 또 한번 시도했다. 아마도 박정희 주변의 무식하고 기회주의적 출세에 혈안이 된 사이비 학자들이 인도네시아의 스카르노의 「교도 민주주의」나 또는 파키스탄의 「기본적 민주주의」 연극을 떠올렸는지 모른다. 그런데 인도네시아의 교도 민주주의만 해도 스카르노의 독립투쟁의 공적과 명성이 배경에 있는 것으로 가능했지 하루 아침에 날조된 것은 아니었다. 군인에 의해서 부패를 청산하고 일사불란하게 능률적인 제도를 운영하여 새로운 국가기강을 세워 나가는 그야말로 「한국적 민주주의」라고 강변하고 싶었는지 모른다. 그런데 그들 스스로가 가장 부패한 기득권 세력이 되게 되는 징조를 이미 초기부터 내보이고 있었기 때문에 결국 반공주의와 부패척결 그리고 농촌 빈곤을 비롯한 빈곤 타파에로의 정책수립과 집행이라고 하는 정도로 그치게 되었다. 이것이 초기 관제 이데올로기 만들기 과정에서의 해프닝의 일부에 속한다.

(3) 일본 제국주의식 관제운동 「재건국민운동」의 실태

박정권은 초기의 집권구조의 정립과정의 불안에서 벗어나자 국민을 전체적으로 항구적으로 묶어 세움으로써 통치의 기반을 안정시키려고 하는 정책의 일환으로서 재건국민운동이라고 하는 관제 국민운동을 전개했다.

군사정권이 추진한 이른바 「재건국민운동」이란 그 원래의 어미격인 원조는 1939년 「히라노마 기이찌로오」(소기일랑)내각 직속의 「국민정신총동원위원회」가 국민생활에 기강을 세우고 통제를 하기 위한 관제 생활운동으로서 전개한 것이다. 이것이 식민지 한국에서도 단체가 결성되어 온갖 친일 매국행각을 자행하며 식민지 인민을 노예 생활로 속박해 전쟁에 동원하여 인적 및 물적으로 최대한 동원하였던 관제 운동방식이다.

여기서 이 운동의 <국민생활 강요>를 보면 다음과 같다.

- 1) 일찍 일어나 부지런히 일한다. 2) 은혜에 감사해 보답한다.
- 3) 화합 노력한다. 4) 근로 봉공한다. 5) 시간을 엄수한다. 6) 절약하고 저축한다. 7) 몸과 마음을 단련한다.

위에 따라 「국민정신총동맹 중앙연맹」은 제1기 쇄신항목으로서 1) 요리집과 고급음식저이나 유흥장의 영업시간의 단축, 2) 네온사인의 억제, 3) 일정한 계층의 금주, 일정한 장소에서의 금주, 4) 관혼상제에서의 폐풍 타파, 특히 사치스러운 결혼 피로연의 폐지, 5) 연말 연시에 선물 돌리지 않기, 6) 복장의 간소화, 여인의 파마 금지, 학생의 장발 폐지 그 밖에 화려한 여인 복장 폐지 등이었다.²⁰⁾

상류 유한지배층이 나태하고 사치하고 탈선하고 있는데 대해 굶주리고 헐벗고 별 볼 일 없이 서민대중에게 행실을 바로 하라고 하며 소리를 치는 엉뚱한 호령이 관제 국민운동이었던 것은 예전이나 지금이나 마찬가지다. 그러한 일제식 관제운동과 대민

20) 正木ひろし, 近まより-帝國日本崩壊 1943-1949-사회사상사, 1991년 42쪽에서 인용 참조.

통제의 수단과 방법은 일제식 권위주의 정신과 함께 32년간의 군사통치하에서 무수하게 우리를 엮어매는 제도와 관례·관습이 되었다. 지금 우리 주변에 있는 일제식 관제 통제 이념과 제도를 대강 들어보면 교육칙어를 모방한 「국민교육헌장」, 고노에(近衛) 시대의 「도나리구미(隣組)」를 그대로 답습하고 있는 반상회란 주민 통제제도, 국민 모두를 위험인물로 상시 감시하여 밀고제를 일상화한 각 공안기관의 민간인 「사찰명단」 제도와 불고지죄에 의한 밀고제도, 일제 치안유지법의 재판인 국가보안법과 또 일제의 전향제도를 그대로 답습하고 있는 점, 대통령 등 권력자를 국민의 공복으로 보기보다는 「최고 통치권자」나 각하로 부르고 있는 일본식 「나라님」의 의식의 잔존, 특히 관공민비의 관료주의의 폐습의 횡행……이를 들자면 또 얼마든지 있을 것이다. 언론 정비만 해도 일제하에서 일도 일신문(지방신문)을 원칙으로 하던 것을 모방하고 언론기관에 대해 언론지침이나 협조요청으로 실제로 언론의 검열과 통제를 실시해서 자유언론의 여지를 압살시켜 버리는 제도까지도 그대로이다. 군대도 일본제국군대 약습과 함께 잘도 모방·답습을 하고 있는 것을 볼 수 있다.

이 「국민운동」이란 관제운동은 그야말로 「자유 민주주의」국가에서 국민의 자율과 자치에 정면으로 반대되는 통제장치로서 나찌스나 이탈리아 파시스트에게는 일찍이 있었지만, 제2차 대전 당시에 미국에 그러한 제도가 있었다고는 못 들어왔다. 이렇게 하향식 국민통제를 통해서 그야말로 군사정권 당국이 국민대중을 대상으로 해서 「인간개조」까지 할 수 있다고 망상하는 것은 그들이 얼마나 헌법의 자유 민주주의의 정신과는 관계가 없는 구상을 감히 실천하려고 했는가 하는 것을 말해준다. 참으로 한심한 일이다.

우리 국민대중은 일제 식민지하에서 그러한 일을 이미 겪어오

고 있고 또 다시 친일세력이 집권을 하면서 일제식의 통제를 가하니 그대로 순응·복종해 오는 격이 되고 말았다. 개인의 창의와 자율을 정면으로 거부하는 그러한 관제 통제의 방식부터 털어버리고 자치·자율의 생활의 기초를 정립하는 일이 무엇보다 필요하다. 나는 권력이 개인의 내심이나 사생활에 함부로 간섭 개입할 수 없다고 하는 점을 인식함으로써 최소한 우리 개개인이 노예의 처지로부터 면하게 되는 것이라고 본다. 우리 헌법이 정하고 있는 자유 민주주의의 제도는 자주적으로 생활할 수 있는 자유민의 정치적 자유의 행사를 통해서만이 정상적으로 가동될 수 있는 것이다. 그런데 바로 그러한 자유민의 활동무대를 깡그리 싹쓸이해 버리고 국가재건이니 질서니 하여서 국민대중 모두를 가축으로 몰듯이 하나로 묶어 세우는 「국민운동」의 대열에 동원했었다. 그야말로 국가의 「병영화」이지 결코 민주화는 아니다.²¹⁾

(4) 「근대화론」에서 1인의 카리스마를 통한 「유신」 쿠데타의 논리의 허구성까지

박정희 정권의 탈권과 집권의 계속은 반공과 부패척결 및 빈곤타파였다. 여기서 「반공주의」는 일상 긴장상태를 고조시켜 「국가안보주의」라고 하는 명분으로 정치적 반대파들을 탄압하는 것으로 악용되었다. 한편 부패척결은 기성 정치인들을 정치무대에서 「이미지 다운」을 시켜서 추방하고 무기력화시키며, 그리고 농어촌 고리채를 한꺼번에 정리하는 듯한 해프닝을 연출함으

21) 여기서 또 하나의 문제는 그러한 관제 국민운동이 헌법의 정신에 정면으로 배치된다고 하는 인식을 실제로 얼마나 절박하게 우리가 각자 했었는가 하는 점이다. 관청이 시키는 일이니 한다고 하는 수동적 자세로서 자기스스로의 자유 영역에 대한 침범을 태연하게 용납하고만 우리 스스로의 자유의식의 빈곤에 대해서도 문제를 삼아야 한다.

로써 집권구도를 짜는데 이용하였다. 그렇다고 하면 부패 척결을 해서 새로운 정치기풍을 진작시켜서 국민 지지를 받았으면 좋았겠는데 그렇게 되는데는 정치적 능력이 벽에 부딪치게 된다. 자기들 자신이 군복을 민간복으로 갈아입고 정치인으로 등장해 그대로 권력을 장악한 체 세도를 누리하고자 하니 구 정치인이나 마 찬가지로 「보통사람」으로 타락하게 되었다. 군복 위에 매달려 있는 별과 훈장이 민간복에서는 그대로 달려 있을 수 없기 때문에 자기들의 기성 정치인을 앞서는 경륜과 품성 및 능력을 몸으로 실천해서 증명해야 했는데 그럴만한 능력은 없었다.

여기서 국민에게 생활 속의 풍요를 약속하는 「근대화」론이 제시된다.

개발도상국가의 근대화 문제는 1950년대부터 미국정치에서도 하나의 과제가 되고, 특히 미국 정치학에서 그에 대한 활발한 서구 중심의 개발 전략이 연구되어 왔다. 당시에 미국 정치학이나 경제학의 「근대화」론을 어깨너머로 보고들은 일부 어용학자의 도움도 있고 해서 「근대화」론, 다시 말해서 풍요로운 복지사회에의 길이 하나의 화려한 단장을 하고 군사정권의 집권 명분으로서 그럴듯하게 등장한다.

그런데 여기에 군사 독재의 근대화론에는 두 가지 점에 크게 문제가 있었다. 하나는 근대화의 내용을 정치적 민주화나 사회적 합리화나 개인의식의 각성 등에서 보지 않고 경제성장 또는 경제개발에만 초점을 맞추었다. 그들에게는 민주화나 민주화의 핵심 요인이 되는 개인의 각성·의식화에는 별반 관심이 없고 오히려 그런 것은 위험하게 보았다.

두 번째로 문제되는 것은 근대화란 개발전략은 이미 장면 정부에서 마련된 청사진을 절취해 사용하면서 일본 독점자본에 예속·의존하는 산업화였을 뿐만이 아니라 박정희를 비롯한 지도

급 인사라고 하는 사람들의 개발전략의 구상이 일본 명치시대의 공업화 정도의 안목에서 벗어나지 못했다. 그 하나의 예로써 박정희는 공해·환경문제에 대해서 거의 걱정을 안하고 그것을 오히려 공업화의 부수적 현상이나 그 자체 상징으로서 까지 보았다고 하는 점이다. 그것은 일본의 명치 이래의 국민학교 교과서가 공장에서 나오는 연기로 하늘이 새까맣게 되어 있는 영국의 런던이나 공업지대의 하늘을 근대화의 상징처럼 인식하고 있었기 때문이다. 일본 국민학교(소학교)3학년 정도의 수준에서 공업화라고 하는 근대화를 보았다고 해도 과언이 아니다. 따라서 환경문제나 소득배분의 문제나 민족경제의 자립문제를 그리 중요한 것으로 보지 않게 되고 농촌경제를 파멸로 몰고 가는 공업화 아닌 외국의 시장화를 추진했다.

그런데 결국은 「근대화」론이나 그 정책이 계속적인 영구집권과 맞물려 있었기 때문에 권위주의적 대통령제하에서도 연임 제한의 장벽에 부딪치자, 헌법을 준수하려고 하는 의지를 상실해 버리게 된다. 결국 “절대권력은 절대로 부패한다”고 하는 블랙턴의 말이 이승만 정권이래 다시 한번 현장에서 증명되게 되는 불행을 맞게 되는 것이다. 말할 것도 없이 그것은 1968년 삼선개헌의 발의로 나타나게 된다.²²⁾

원래 민주주의에서는 어느 특정인의 장기 집권을 정당화할 수 있는 이데올로기가 애당초 존립할 수 없게 되어 있다. 민주주의

22) 쿠데타로 집권한 탈권세력이 정권을 스스로 이양한다고 하는 일은 어디에서도 있어 보지 못했고, 또 탈권 자체로 집권한 세력이 권력을 이양하는 것은 자살행위가 되므로 그렇게 할 수도 없는 것이다. 그런데 군사정권 당국은 「민정이양」을 공약으로 약속하고, 또 국민은 그것을 믿고 바랬으니 우리 정치 풍토의 속사정도 알만하다. 군사집권층은 바로 그러한 국민의 정치 수준의 정도와 약점을 대담하게 이용하여 집권을 영구화시키는 길로 정면돌파를 시도하게 되는 악순환이 벌어지게 되는 것을 본다. 한번 헌법 파괴를 목인한 결과가 이처럼 엄청난 현정 자체의 파멸로 직결된다고 하는 점을 지금까지도 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다.

제도하의 권력자관 자체가 인간을 불완전한 존재로 보아서 권력의 자리는 선거된 공직자가 임기간에만 차지하고 임기 중에도 책임을 지면 물러나야 하며 어느 누구도 장기집권을 못한다고 하고 있다. 따라서 영구집권의 시도는 보수주의제도 자체를 거슬러야 하기 때문에 결국은 반민주적인 권위주의적 통치자관의 논리를 궁색하게 끌어낼 수밖에 없었다. 여기서 우리 나라의 헌법정신은 50년을 다시 후퇴하는 위기에 직면하게 된다.²³⁾ 윤치영씨는 박정희가 「반 만년대의 위대한 지도자」이니 이 나라가 어려운 처지에서 다시 한번 대통령의 직책에 취임하여 나라에 봉사하게 해야 한다고 하는 주장을 한다. 이러한 특정 지도자의 이상화와 절대화에 의한 장기집권의 정당화의 논리는 유치하기도 하고 민주의 논리에 배치되기도 하는 것으로 이미 이승만의 3선개헌의 주장 때도 써먹은 낡은 구실이었다. 그렇지만 박정권은 박정희의 영구집권 여론의 조작에 역술인·점쟁이·무당까지도 동원하여 한국민의 전근대적 권위주의의 정서에 호소하고²⁴⁾ 한편으로는 경제개발과 안보의 논리 양면을 내세워서 승복하도록

23) 90년대초부터 메스컴에서 사용하기 시작한 「최고 통치권자」란 말을 지금도 대통령의 절대적 권위와 특권을 정당화하는 논리로 악용하고 있다. 그런데 우리헌법 어디에도 대통령은 최고 통치권자가 되어 있다는 근거가 없다. 주권재민이 민주공화제의 기본이다. 일본 명치헌법(1889) 제4조의 “천황은 국가의 원수로서 통치권의 총람자이며……”하는 「나라님」의식을 가지고 민족공화국의 대통령의 지위를 규정하려고 하니 한심스럽다. 그것은 지금까지도 대통령을 상징하는 표시로서 봉황 무늬 같은 전제군주를 권위지우는 용과 봉황새의 상징을 가지고 통용시키고 있는 전근대적 사고방식과도 통하는 한심한 의식 수준이 우리를 지배하고 있음을 알 수 있다.

24) 삼선개헌뿐만이 아니라 군사정권은 국민이론을 조작하는 대중조작에 있어서, 점쟁이·돌팔이 도사나 종교 성직자들을 이용하여서 성공해 오고있음을 우리는 세삼스럽지만 주목할 필요가 있다. 삼선개헌 때 박정권을 지지하는 역술인 율기대회가 공개적으로 열렸던 것은 그래도 순진한 공작이었다. 지금은 밀실에서 원격조정하는 막후 배경에 의하여 그러한 정치공작이 자행되어 오고 있음을 알아야 한다. 여기서 우리는 사회에 독버섯처럼 번성하는 신흥종교집단이나 역술인·도사들의 부류의 발호의 또 하나의 정치적 원인을 볼 수 있다.

강요했다. 당시의 정보·공안기관이 총동원되어 온갖 수단과 방법을 가리지 아니한 공작이 자행되었음은 말할 것도 없다. 그리하여 박정희 개인 우상화의 논리를 통한 3선 개헌이 관철되었다.

이렇게 헌법의 기본 정신에 정면으로 배치되는 개헌이 자행된 것은 또다시 헌법제도의 장벽을 변칙적으로 뛰어넘게 하도록 하는 탈법과 무법을 향해 치달리게 한다. 4년 집권기간이라고 하는 것은 집권을 하는 자에게는 지극히 짧은 기간이 된다. 박정희는 3선 개헌 후에 대통령 후보로 출마해 선거연설을 하면서, 당시에 말하길 이번 마지막 한번만 지지해 달라고 호소했다. 그런데 그 후 그는 국민의 선거에 의하여 정당하게 선출되는 길이 없다고 하는 제도적 한계상황을 1972년 이른바 「유신」이라고 하는 쿠데타로 돌파하게 된다.

박정희의 추종자들은 이른바 「10월 유신」 유신이라고 하는 쿠데타를 하기 이전부터 박정희의 영구집권을 정당화시키는 근거와 구실을 외국의 사례에서 끌어와서 그것으로써 국민들을 납득시키려고 무진 애를 썼음을 볼 수 있다. 그런데 그러한 사례로서 들 수 있는 것이 민주주의라고 인정되는 나라에서 있는가? 스페인의 프랑코 총통의 30년에 이르는 집권은 그야말로 파시스트적 독재이니 그것을 보기로 내세울 수는 없었다. 중국의 장개석의 대만 정부의 총통제가 아주 구미가 당기는 제도였던 모양으로서 그 제도를 시찰하고 연구를 시킨 흔적이 있으나 그 제도 자체를 직접 모방하기에는 무리가 따르는 것이었다. 그리하여 표면상으로는 「위기관리헌법」인 1958년의 프랑스의 드골헌법, 다시 말해 프랑스 제5공화국헌법을 모범예로써 이용하려고 했다.

그래서 유신 쿠데타 이전에 유신의 법기술자로 알려진 한태연과 갈봉근이 그러한 군위주의적 헌법이론의 소개에 힘을 기울이기 시작했다. 그런 종류의 작품이 갈봉근의 《프랑스 5공 대통령

의 비상대권》이다. 한태연은 유신헌법이 제정된 이후에 그 헌법의 정당성을 안보논리로 뒷받침했다. 그래서 유신 쿠데타는 주로 74년 남북공동성명(72년)이라고 하는 국내외 정세의 일대 변화를 배경으로 준비되었다. 7·4 남북공동성명 자체가 닉슨의 북경방문에 이은 다나카 일본수상의 북경방문이라고 하는 국제관계의 변화 속에서 이루어진 것이다. 당시까지 박정권은 50년대 6·25 전쟁 당시의 반공 이데올로기인 「중공 오랑캐」와 미·소 양극대립의 체제라고 하는 반공논리로 국민을 통제해 오다가 미국과 일본의 중국 수교라고 하는 국제관계의 혁명적 변화(?) 앞에서 자체 정권의 위기까지 실감하게 되었다. 「자유 민주주의」라고 하면서 밀폐·폐쇄된 탄압적 반공주의체제로 국민을 지배해 오던 정권이 세상이 달라지고 있는 것을 더 이상 속일 수 없는 일대 객관적 사실 앞에 부닥쳤던 것이다. 자기들이 최고로 의지하는 우방이라고 하는 미국에 의하여 자기들과 아무런 사전 예비적 상의 없이 벌어지는 변화 앞에 어쩔 바를 모르게 된 것이다.

그래서 그러한 정세에 대해 국민에 대해 나름대로 납득이 가게 하기 위한 응급적 처방으로 7·4 남북공동성명을 하고 나아가서 「10월 유신」이란 쿠데타로 통제해 나아가게 된 것으로 보인다.²⁵⁾

「10월 유신」이란 쿠데타의 논리는 3선 개헌에서 주로 근대

25) 박정희 「10월 유신」이란 말은 말할 것도 없이 「명치유신」에서 따온 말이다. 박정희에 관한 기록에서는 박정희가 일본의 명치유신의 지사와 그 업적에 상당히 정신적으로 영향을 받았던 것으로 기록되고 있다. 박의 사상 배경에는 명치유신의 사상과 거사 그리고 소화유신이라고 하는 1920년대 이후 일본 극우 파시스트적 일본식 발상인 이시하라 간지(石原莞爾)나 기다잇끼(北一輝)의 사상이나 2·26사건 가담자인 군 장교의 거사 등의 사상과 행동에 영향을 받고있는 것을 볼 수 있다. 그래서 자기 때에는 72년 장기집권의 쿠데타의 명분을 1876년의 명치유신의 일본 사례를 들어서 그 이름을 따라 정당화시키려고 한 것이라고 짐작된다.

화에 위대한 박정희의 지도력이 필요하다고 하던 것에 한가지 덧붙여서 안보(국가안전보장)란 국가생존의 과제에 박정희의 영도력이 필요하다고 하는 것으로 나타난다. 그래서 박정희의 지도하에서만, 다시 말해서 그들의 말대로 하면 「권력의 인격화」에서만 「능률의 극대화」가 이루어질 수 있다고 하는 것이다. 상당히 유치한 논리이지만, 프랑스 제5공화국의 「위기관리」 헌법의 이론을 억지로 일부 가져다가 붙인 것이다. 여기에 한태연, 갈봉근, 한승조…… 온갖 분야의 학자라고 하는 사람들이 줄을 이어서 나팔수 노릇을 하였다.

여기서 우리가 유신헌법(1972)의 통일주체국민회의라고 하는 기구를 볼 때 그것은 장개석의 국민당 헌법의 「국민대회」와 유사한 내용으로서 이름은 화려하나 관권선거로 꼭두각시가 지명되어 거수기 노릇을 하는 것과 같았다. 유신헌법이라고 하는 헌법체제는 권력분립주의, 의회주의, 기본권 존중주의를 애당초부터 무시하고 마련된 제도였으므로 신대통령제 헌법이나 권위주의의 헌법으로서 가장 조잡하고 엉성하여 명목상의 헌법에 그치는 것이었다고 하겠다. 구태여 이 헌법제도의 유사한 사례를 끌어낸다고 하면 스페인의 총통제와 대만의 국민당 독재헌법의 국민대회를 억지로 꿰어 맞춘 한국판 개발독재 헌법이라고 하겠다.²⁶⁾

(5) 「유신헌법」의 누수방지를 위한 가부장적 권위주의의 이데올로기

26) 나는 한국의 군사정권하의 독재체제인 권위주의 지배체제를 군부와 고급관료 및 독점제벌 등 3두 마차가 이끄는 남미유형의 국가안보주의 독재의 변형인 「개발독재」라고 규정하였다. (小島武司·韓相範編, 韓國法の現在, 일본 중앙대학비교법연구소, 1993년, 141쪽 이하.)

박정희 정권은 국민정신을 자기들의 독재체제에 맞도록 뜯어 맞추려고 쿠데타 직후부터 「재건국민운동」 으로부터 「새마을운동」 에 이르기까지 온갖 민간인의 생활현장에 파고들어서 순치 시키려는 시도를 강행해 왔다. 그 이념적 지표가 「근대화」 이고 「반공주의」 이고 「국가안보」 였다. 그런데도 독재권력에 이의를 제기하고 민주화를 요구하는 세력은 끊임없이 대두되는 것을 막을 수 없었다.

특히 국민정신 순치용으로 일찍이 「국민교육헌장」 을 만들어 놓고,²⁷⁾ 모든 공적인 의식에서 이를 낭독하는 것으로 진행했다. 그것은 일본 제국주의 시대의 「교육칙어」 와 같은 것이었다. 국민교육헌장도 그 첫머리에는 “우리는 민족중흥의 역사적 사명을 띠고 이 땅에 태어났다……”고 하는 전체주의와 권위주의 발상을 심어주고 있다. 어째서 개인이 우연히 부모로부터 태어난 것을 가지고 「민족중흥의 역사적 사명」 으로 억지로 들추어서 틀에 집어넣어 버리는 것인가? 그러한 개인 말살의 구상과 개인 거세의 전체 위주의 사고방식은 개인주의를 바탕으로 한 개인의 존엄과 가치를 존중하는 정신과 양립할 수 없다.

그런데 유신 쿠데타 후 민청학련사건이나 민주화운동에서 볼 수 있듯이 국민의 유신체제에 대한 저항은 머리를 숙일 줄 몰랐다. 여기서 박정희의 유신체제는 정신문화원을 통한 관제 이데올

27) 1968년 12월 5일에 선포된 「국민교육헌장」 은 그 첫글이 “우리는 민족중흥의 역사적 사명을 띠고 이 땅에 태어났다……”로 시작된다. 여기서 각 개인이 태어나는 것이 어째서 본인의 의사와 관계없이 선천적으로 「민족중흥의 역사적 사명」 을 지니고 나오게 되는가 하는 점부터 의문이고, 그것이 바로 국가주의적·전체주의적 발상이다. 국가나 민족이라고 하는 공동체나 개인을 초월한 사회단위는 민주주의적 관점에서 보면 개인을 통해서 인식되는 것이 시민적 민주주의의 발상이다. 이를 거꾸로 거슬러 올라가서 개인을 중심으로 두는 논리는 그 내용에서 볼 수 있듯이 국민을 위에서 만든 하나의 지도이념으로 하향식으로 묶어 세우려고 하는 발상이 깔려 있다. 이는 박정희 영도하의 지도체제에로의 정신정비를 위한 「정신동원」 의 체계에 지나지 않는다.

로기의 생산 유포와 함께 주로 봉건적 권위주의 이데올로기로서의 충·효(충·효)라고 하는 정신을 진작하려고 한다. 중국 국민정부의 장개석의 신생활운동의 발상이나 일본제국의 교육칙어의 천황제 절대주의의 충군애국(충군애국)의 정신으로 회귀하는 것이었다. 결국 박정희의 유신체제는 그 이념적 안정처를 가장 봉건적이고 반민주적인 가부장적 이데올로기에서 찾게 되는 것으로 귀결되게 되었다고 할까? 참으로 이러한 민주주의 정신의 빈곤은 어떻게 설명할 수 있을까?

그것은 무엇보다도 우리가 왕조 이데올로기를 철저하게 비판 초극할 정신적 진통을 거칠 겨를이 없이 1919년 3·1운동에서 민주공화제 입국으로 나가게 된 데 이유가 있다. 한국관 시민혁명의 과정에서 왕권신수설의 모순구조가 철저하게 비판·청산되는 역사적 계기를 가질 수 없었다고 하는 한국적 특수실정으로 말미암은 것이다.²⁸⁾ 바로 그러한 우리의 특수성은 아직도 유교의 봉건적 이데올로기를 고유의 전통사상이니 민족정신이니 해서 민주공화제에 반하는 반동 이데올로기를 부활하는 여지를 제공해 오고 있는 것이다. 박정희의 충·효 이념 교육의 강조도 그러한 민주주의 불모지대에서 서식한 반동 이데올로기의 일부라고 하겠다.²⁹⁾

한편 그러한 봉건적 통치 이데올로기의 현대판의 재생 이외에 군사독재는 계엄통치이고 공작정치이기 때문에 항상 긴장상태를 조성해 국민대중을 위기의식으로 몰아넣어서 통제·조정했다. 항상 남침위협, 협박과 전쟁위협 속에서 국민들은 노이로제에 걸

28) 한상범 <봉건통치 이데올로기의 망령과 민주화의 과제> 서주실 교수 회갑논문집, 1992년

29) 이효재, 《분단시대의 사회학》 한길사, 1985년 60쪽 이하 참조.

이효재 교수는 박정희체제의 권위주의 봉건성을 「가부장적 권위주의」라고 부르고 있다. 위 저서의 교수에 의한 박체제의 봉건성의 분석을 박체제의 전근대적 권위주의의 면을 드러내고 있는 사례로써 참고가 된다.

려 있었고, 악질 빨갱이의 날뽀와 음모에 신경쇠약이 걸리게끔 빨갱이 콤플렉스와 안보 콤플렉스에 만성질환자가 되고 있었다. 여기서 강압적 억압체제가 국민에게 심어준 잘못된 사회적 편견은 과정이나 방법이야 어쨌든 결과만이 좋으면 된다고 하는 아주 반민주적 발상과 사고방식이다. 그래서 탈범과 불범으로라도 돈만 벌면 된다고 하는 것이 사회에 만연하게 되었다. 쿠데타 자체가 그런 것이니 거기서 그런 것을 배우게 됨은 어쩔 수 없다. 그러한 결과로 말미암아 군사정권의 범질서 자체가 붕괴되게 되는 것이다. 현대사회의 범질서라고 하는 것은 지도층과 지배계급이 술선수범을 통해서 밑으로부터 사회질서가 이루어지도록 도덕적 감각이 있고 공중도덕이 있지 아니하면 성립될 수 없는 것이기 때문이다. 따라서 유신체제의 한계는 그들 유신 주역들 자체에 의한 공중분해에 귀결되게 되는 것을 우리는 10·26사태를 통해서 보게 된다.

(6) 제5공(1980~1987)의 「정의사회 구현」이란 정의실종의 정책과 제6공(1987~1992)의 「보통사람의 시대」의 보통사람이 못된 사이비 민주제도의 허구성

전두환 체제의 가동은 1979년 12·12사태와 1980년의 5·17 계엄조치로 고비를 넘어서 마무리 지우다. 물론 이른바 「국가보위입법회의」라고 하는 초헌법적 또는 비입헌적 기관을 통한 「개혁입법」의 과정을 통한 집권으로 마무리 지어진다. 그런데 여기서 이 전두환의 집권은 국보위의 무법적인 개혁입법과 「삼청교육」이라고 하는 강제수용소로 특징지어지는 무법의 강권 지배였다. 그렇지만 이러한 모든 것을 이른바 개혁입법이라고 하는 제도 개편을 통해 「정의사회 구현」이라고 하는 간판으로 밀

어붙였다. 실제로 어디에도 정의는 예는 실종상태였지만 말이다. 특히 헌법에서 대통령선거인단에 의한 대통령선거가 말만 바꾸어서 통일주체국민회의 대의원에 의한 선거를 대통령선거인단에 의한 선거로서 치루어 낸 것이다. 그러한 몇 가지 예에서 볼 수 있듯이 정의가 거세되고 부정된 것을 얼버무리기 위해 정의가 내세워지는 개혁의 가장이었다. 전두환 집권기에는 징집된 장병 7천 여명이 사고사로 사망처리된 기간이고 무법이 태연히 판을 치는 살벌한 시기였지만, 정책 이데올로기가 정의사회 구현이란 것을 내세웠고, 여기에 학자나 전문 여론조작기술자가 동원되었다. 특히 언론을 통제합하여 관제적 통제를 가하고 언론지침이 유행하던 시대였다고 하는 점에서 특기할 만하다. 그에 대한 일부 문제제기는 제5공 몰락 후에 청문회를 통해 이루어지기도 했다.³⁰⁾

89년 직선제 개헌요구가 민권운동으로 공세를 가하게 되어 이른바 1987년의 6·10 시민항쟁으로 지배체제가 위기국면에 몰리게 된다. 그렇게 되자 이를 기술적으로 또 기만적으로 돌파한 것이 이른바 「6·29선언」을 통한 국면전환이다. 양 김씨에 대한 분열공작과 공안정국으로 재집권에 성공한 군사정권의 세력은 민주화의 인상을 개정헌법의 「직선제」를 통해서 심어 주고 민주화에 대한 기대감을 충족시켜 주기 위한 공약으로 「보통사람의 시대」를 대통령선거 때부터 말했다. 그러나 실제로는 공안정국이던 공작정치를 통한 집권의 지속이었고 그간에 일찍이 볼 수 없던 거품경제와 정경유착이란 부패의 수령덩이로 빠져들면서 결국은 이끌어갔다. 장기집권의 구상을 「내각제」로 마무리 짓기 위해 3당 통합까지 하다가 결국 자체 한계에 달하게 되는

30) 제5공 종말 후 국회 청문회에서 5공의 문제가 제기되었지만, 6공 자체가 5공의 연속이었기 때문에 국민여론 무마용으로 그치게 되었던 것은 두루 아는 사실이다.

것이 민정계의 수구 기득권 부패세력의 좌절이었지만, 김영삼정권을 창출함으로써 정권유지에는 일응 성공하게 된 점을 지나쳐 버릴 수 없다.

여기서 김정권의 「문민」 정부의 본질과 실체가 얼마나 실상으로 구현되는가 하는 문제는 숙제로 남게 된다.

4. 헌법정신의 확인과 헌법정치의 회복의 정신적 과제를 생각하며

반세기에 이르는 헌법정치의 역사를 돌아보면서 우리는 절망에 가까운 심정에 사로잡히기도 한다. 그렇지만 민주주의 헌법제도의 정립이라고 하는 것이 영국의 선택에서 볼 수 있듯이 3세기 이상을 꾸준한 노력과 투쟁을 통해 오면서 한번 왕을 단두대에 보내고(청교도 혁명) 또 하나의 왕은 국외로 추방하는 곡절을 겪었음을 본다(1688 명예혁명). 프랑스도 마찬가지로 루이16세와 마리 앙투아네트를 비롯해 무수한 사람의 피가 민주주의 재단에 뿌려졌다. 미국도 1860년대의 남북전쟁과 20세기에 있어서 케네디와 루터 킹이 죽었다. 헌법제도의 운영은 그 정신을 나라의 정치, 다시 말해서 법률제정과 행정집행에서 얼마나 철저하게 구현하는가 그리고 그것이 가능하도록 사법부가 어떻게 제구실을 하는가 하는 문제가 크게 달려 있다. 우리에게는 사법부 이외에 헌법재판소의 위치가 새삼스럽게 다시 확인되어야 할 지경이다.

우리는 당장 군사정권 32년의 잘못된 반민주적·반법치적 잔재가 우선 청산되어야 한다. 제도로써 반민주적·반법치적 법령

이 계속해서 정비되고 행정공개가 이룩되어 행정집행의 민주화가 가능해지며 사법부의 32년간 판결 결정에서의 문제되는 점이 점차로 시정되어야 한다. 우선 헌법재판소가 제 기능을 다해야 한다. 그 중에서도 당장 헌법재판소의 결정이 입법·행정 및 사법의 과정에서 구현되어야 한다. 한가지 예로써 국가보안법의 「한정합헌 결정」의 법리만 해도 그것이 입법이나 행정과정에서 반영되어 준수되지 못한다고 하면 무슨 소용이 있는가? 지금 헌법재판소의 그러한 결정이 검찰권의 수사소추과정에서나 재판과정에서 준수되지 못하고 있다면 그 이유와 그 대책이 구체적으로 논구되어야 마땅하다. 그렇지 못하고 행정이나 입법에 아무런 영향도 미치지 못하는 그럴듯한 헌법재판소의 결정의 법리만을 누적시켜 간다고 하면 헌법재판소 자체는 하나의 장식적 기관으로 전락하여 결국 자기가 쌓아 올린 헌법법리 때문에 자체 공중분해되어 버리는 한계를 자초하게 되지 않을까 나는 걱정한다.³¹⁾

헌법에의 의지 또는 법의식이라고 하는 말을 통해서 우리는 헌법이 참으로 국가작용에서 구속력을 가지는 힘이 되길 바란다. 그러한 바램은 국민 스스로가 헌법정치에서 감시자가 되는 것으로부터 그러한 헌법의식을 국가기관이 적절하게 반영하는 것으로 한가지씩 이루어지는 것이 아닌가?

31) 지금까지의 헌법재판소의 실적을 평가하고 장래에 대한 상당한 기대를 거는 소리가 높다. 탄생된지 얼마 안되는 헌법재판소가 쌓은 실적에 대해서 그것을 높이 평가하는데 결코 인색할 이유가 없다.

그런데도 한정합헌이라든가 하는 가부가 분명치 못한 법리론이나 본론을 기피하고 정면 대결을 도피하는 기교적인 법리가 계속 누적되고 거기다가 헌법재판소의 결정이 법적으로 구속력이 전혀 보장 또는 담보되는 장치가 없이 현재의 결정 효력이 백없는 메아리로 방치된 채 나아간다고 하면 결국 헌법재판소는 자기가 결정한 법리로 말미암아 자체 한계에 달하게 될 수 있는 것이다. 나는 이 점을 아주 걱정한다. 여기에 대한 대책은 입법적으로 강구되고 현재 자체의 결정법리에서 명확한 노선을 제시하는 것으로 나아가야 한다고 본다.

우선 당장 우리는 권위주의와 관료주의를 헌정에서 배제해 내야 한다. 그리고 그것은 국가정책에서 그릇된 「반공주의」나 「최고 통치권자」 의식이나 그 관행 등이 발붙일 수 없이 해 나가야 한다. 군사정권하의 32년간에 법원과 검찰의 각종 작용에서 누적된 그릇된 관례·관습·결정례……로부터 판결에 이르기까지 잘못된 것은 기회 있을 때마다 대담하게 비판·분석되어 청산되도록 재야 법조가 감시하지 않으면 안 된다. 우리는 법체제가 하나의 전체로서 기능 하는 것이라고 하는 것을 아직도 제대로 인식하지 못하고 있다. 헌법이 따로 놓고, 다른 하위법이나 명령·규칙이 따로이 놀아나는 아주 미숙하고 조잡한 낮은 수준의 법문화의 단계를 더 이상 끌 순 없다. 그렇게 모자이크식의 실정법의 분해 상황의 구조를 유지시킨 사이버 법치주의로 전락되어 온 것은 본래의 법치주의를 무시한 군사통치의 법치무시의 강권적 지배로 말미암은 것이었다. 거기다가 군사통치로 말미암은 헌법무시의 만성적 고질병이 작용했다.³²⁾ 이제는 더 이상 그러한 공중 분해된 사이버 법치의 모순구조를 철저하게 지양하고 정상으로 회복할 때가 된 것이다. 지금 그것을 이룩해 내지 않고선 몇 십 년을 후퇴하게 되는지 모른다. 이 점을 명심해야 한다. 우리는 영국의 에드워드 코크라고 하는 재판관이 국왕의 자의적 명령에 대항하여 “국왕은 최고이지만, 신과 법 아래 있다”고 하는 판결을 하고 그후에 그가 어떻게 비참한 운명에 처하였는가 하는 점을 지나 리고 있다. 안이하게 저절로 법치가 이루어지는 것은 아니다. 재판관이 법복의 장막 속에서 안주하고 몸조심하기만 하면 법치가 이룩되는 것은 아니다.

32) 헌법을 정점으로 해서 하위법 모두가 하나의 일체를 이루는 법체계를 가동시키는 것이 아직까지 이루어지지 못하고 있는 근본 원인은 헌법을 계속해서 유린해 온 쿠데타이며 평상시의 군사독재하에서의 계엄통치와 공작정치로 말미암은 것이었다. 이러한 법치 거세의 메카니즘에서는 근대적 헌법정치의 제도는 범규범상으로 공중분해되어서 자체 붕괴의 파국상태에 이르게 되는 것이다. 이 점을 아주 심각하게 보지 아니하면 우리 헌법정치의 기본 문제를 그대로 망각해 버리는 피상적·기교적·모자이크적 헌법론으로 전락하게 된다. 이 점을 제삼 경고해 두지 않을 수 없다.

마찬가지로 국민이 잘 해주길 바라고만 있어서는 아무 것도 안 된다. 인권과 정의 그리고 법을 위한 투쟁 없이는 아무 것도 찾을 수 없다고 하는 냉혹한 사실을 다시 확인하는 일로부터 시작해야 한다.

기본권조항 이외의 헌법규정으로부터의 기본권 도출에 대한 연구

정 중 섭

헌법연구관

건국대학교 법과대학 교수

헌법은 국가가 일정한 가치실현을 위해서 기능하는 데 있어서의 규범적 지침을 뜻한다. 국민의 자유와 권리를 떠나서 통치구조를 생각할 수 없고, 국민의 자유와 권리를 최대한으로 존중하고 보장하기 위한 통치구조는 언제나 기본권 존중의 시각에서 제도화하고 운영되어야 할 것이다.- 허영

- 목 차 -

- I. 서 론
- II. 기본권조항 이외의 헌법규정으로부터 기본권의 도출
 - 1. 논 증
 - 2. 허영의 기본권이론
- III. 판례의 견해
- IV. “기본권보장-제도보장 준별론”에 대한 검토
 - 1. 준별론의 내용

2. C. Schmitt의 제도보장이론

3. 준별론에 대한 검토

V. 결 론

I. 서 론

국민의 자유와 권리를 실현시키기 위한 기본권의 보장을 헌법의 어느 규정에서 찾을 것인가? 이 문제는 국민의 기본권을 충실히 실현시키기 위한 실천적 과제이기 때문에 헌법이론은 이를 구명해야 할 필요가 있다. 이것은 우리 헌법의 해석에서 중요한 의미를 가지는 것일 뿐만 아니라, 기본권적 가치질서를 중심축으로 한 헌법질서를 제대로 설정하고 이해하는데 있어 필요불가결한 것이다. 하나의 헌법진속에 들어 있는 기본권과 통치구조의 관련성을 이해하는데 있어 긴요한 것일 뿐 아니라 헌법소원심판절차에서 심판의 기준(Maßstab)을 정하는 문제에 있어서도 재판규범확정의 차원에서 실천적인 의미를 가진다. 왜냐하면 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있어 헌법소원심판절차에서 다룰 수 있는 것은 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 ‘기본권의 침해여부’이기 때문이다. 다시 말해 헌법소원심판절차에서 다루어지는 것은 공권력의 행사 또는 불행사가 기본권을 보장하고 있는 헌법규정에 위반되느냐 하는 문제이다.

그런데 문제는 여기서 말하는 “헌법상 보장된 기본권”이 과연 “모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다”라고 명시하고 있는 헌법 제14조와 같이 헌법조항에서 기본권을 명시적으로 정하고 있는 경우의 기본권만을 의미하느냐 아니면 더 나아가 “정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.”라고 정하고 있는 헌

법 제8조 제1항이나 “대통령은 국민이 보통·평등·직접·비밀 선거에 의하여 선출한다”라고 정하고 있는 헌법 제67조 제1항과 같이 문언상 제도나 원칙을 정하고 있는 헌법상의 다른 규정에서도 기본권이 도출되면 그 경우도 포함하느냐 하는 것이다. 만일 헌법이 문언상 명시적으로 기본권보장을 정하고 있는 헌법조항(이하 이를 “기본권조항”이라는 용어로 사용한다.)이외의 다른 규정에서도 기본권이 도출된다고 하면 기본권보장의 이념이나 법리상 헌법재판소법 제68조 제1항에서 정하고 있는 “헌법상 보장된 기본권”이러한 기본권이 포함되지 않는다고 할 이유를 찾기 어렵기 때문에 자유나 권리를 문언상 명시적으로 정하고 있지 않는 헌법규정도 헌법소원심판의 심판기준이 된다. 따라서 논의의 핵심은 헌법이 문언상 명시적으로 기본권의 보장을 정하고 있는 경우가 아니라 헌법상의 원칙이나 제도를 정하고 있는 규정에서도 기본권이 도출될 수 있느냐 하는 것으로 모아진다. 기본권에서 제도가 도출되느냐 하는 문제에 대해서는 이른바 기본권의 ‘이중성이론’이나 ‘제도적 기본권이론’과 같은 범주에 속하는 논의들에서 거론되고 있다. 그런데 헌법상 원칙이나 원리 또는 제도를 정하고 있는 규정에서 기본권이 도출되느냐 하는 문제는 이 논의들과는 야간의 편차를 지니고 있는 것이다. 원칙이나 원리 또는 제도를 정하고 있는 헌법규정에서 기본권이 도출되느냐 하는 문제는 원칙이나 원리 또는 제도 그 자체에 기본권적 가치가 함유되어 있다고 논증하라 수 있는 여지가 있는가 하는 것과 원칙이나 원리 또는 제도 그 자체에는 개념상 기본권이 포함되어 있지 않지만 원칙, 원리, 제도를 정하고 있는 헌법규정에 기본권적 가치가 동시에 포함되어 있는 경우가 있는가 하는 것을 논의의 대상으로 삼는다.

이 문제에 관한 지금까지 논의를 보건대, 헌법에서 국민의 기

본권을 명시적으로 정하고 있는 기본권조항이 국민의 기본권을 보장하고 있는 규정이라는 것에는 달리 이론의 여지가 없으나 문언상 원칙이나 제도를 정하고 있는 규정이 기본권도 규정하고 있는나 하는 문제에 대하여는 학문적인 논의가 충분히 전개되었다고 보기는 어렵다. 오히려 이러한 문제를 구명함에 있어 논의의 전개를 가로막고 있는 요소가 발견되기도 한다. 독일의 C. Schmitt가 주장한 이른바 ‘제도보장이론’을 우리의 헌법해석에 바로 대입하여 헌법해석과 기본권보장에 대한 이해에 혼란을 초래한 것이 그 한 예에 해당한다. 종래 국내 헌법학계에서 심도 있는 고찰이 뒷받침되지 않은 상태에서 전개되어온 이른바 ‘기본권보장-제도보장 준별론’의 논의가 그것이다. 준별론에 나타나 있는 도식적인 논의는 우리 헌법의 해석에 있어 경직성을 초래하고 헌법규정에 대한 올바른 인식과정을 왜곡시키니 점이 없지 않다. 나아가 헌법실천의 측면에서 보면 준별론에는 헌법상의 기본권실현을 가로막고 있는 요소도 없지 않다. 우리 헌법에서 제도를 보장하는 규정이 있다고 하더라도(헌법에서 제도를 규정하고 있는 경우는 어느 나라에서나 있는 것이다.) 이것이 독일의 헌법학자인 C. Schmitt의 ‘제도보장이론’을 규범화시킨 것도 아닐진대 한 나라의 헌법이 정하고 있는 제도보장을 외국의 특정 학자의 ‘제도보장이론’의 ‘제도보장’으로 이해하는 것은 우선 학문적 논의의 방법에서 신중함을 기하지 못한 오류까지 범하는 것이 된다.

Ⅱ. 기본권조항 이외의 헌법규정으로부터 기본권의 도출

1. 논 증

헌법이 문언상 명시적으로 자유와 권리를 정하고 있는 기본권 조항이외의 조항에서도 기본권이 도출될 수 있느냐 하는 문제는 헌법의 규정 중 헌법원리, 헌법원칙, 헌법제도를 규정하고 있는 조항으로부터 기본권이 도출될 수 있느냐 하는 문제이다. 우리 헌법의 경우 국민의 자유와 권리에 대하여 명시적으로 정하고 있는 것은 헌법전문과 제10조에서 제37조 제1항까지의 규정이므로 이런 규정이외의 헌법규정에서도 국민의 자유와 권리가 보장되고 있느냐 하는 것이다. 이 문제에 대한 논의는 우선 헌법을 어떻게 이해할 것이냐 하는 것에서 출발하지 않을 수 없다.

헌법은 사회공동체가 공동체 그 자체만으로 유지될 수 없어 국가를 형성하여야 할 필요가 생기면서 포착되는 개념이다. 사회공동체에서 공동체의 구성원이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하면서 자기의 행복을 추구하고, 이를 위하여 각자 자기의 일을 자기 스스로 결정하여야 할 것이 요구되면서 이를 규범적으로 보장할 필요에 의해 헌법이라는 개념이 포착된다. 따라서 헌법은 사회공동체에서 국가를 형성하기 위하여 공동체의 구성원이 합의한 약속으로 탄생하는 것이며, 헌법전은 이런 약속을 문서화한 것이다. 이를 규범체계의 면에서 보면, 헌법과 국가사이에는 헌법에 의해 비로소 국가가 창설된다는 법리가 설정된다.

이것이 입헌주의(=헌법주의 constitutionalism)와 헌법국가원리가 가지는 기본적인 인식축이다.¹⁾ 따라서 헌법은 국가질서를 형성하는데 필요한 가치판단의 형성체이다. 이러한 가치판단의 형성체로 나타나는 헌법에는 공동체의 구성원이 가졌던 인권이 헌법질서 내로 편입됨에 따라 기본권으로 재편되어 정착되고, 창설된 국가권력은 기본권을 실현시키는 수단으로 기능을 하게 된다. 이것은 국가라는 것이 사회공동체의 생활에서 공동체구성원의 필요에 의해 생겨난 것임을 의미한다. 따라서 기본권의 실현이 국가의 목적이고, 국가권력은 그 목적을 달성하기 위한 수단이 된다. 기본권과 통치구조가 하나의 유기적 관계를 가지는 가치체계가 헌법질서이다.

그런데 헌법에는 기본권을 규정하고 있는 조항이라고 하더라도 헌법을 제정할 때에 모든 기본권을 망라할 수 없기 때문에 헌법은 항상 가치판단에 있어 당시에 확정할 수 있는 영역에서만 구체적인 가치판단을 하고 나머지 가치판단에 관해서는 열린 상태로 두게 된다. 헌법의 개방성은 헌법에 속명적으로 따라 다니는 본질필연적인 것이다.²⁾ 아무튼 헌법에 가치판단이 있는 경우에도 기본권을 규정하고 있는 기본권조항에서만 그러한 것이 아니고 원리나 원칙, 제도를 정하는 경우에도 가치판단이 선행되며, 그런 원리, 원칙, 제도가 추구하는 가치를 함유하고 있다. 이런 가치판단은 사회공동체의 사람에서 생겨난 것이다. 이런 가치판단에 기초하여 성립된 헌법은 일정부분 통일된 가치체계를 이루고 있기도 하지만(여기서 경우에 따라 헌법해석의 통일성이라

1) 입헌주의와 헌법국가원리는 헌법원리적으로 헌법우위의 원리에 기초하고 있다. ‘헌법의 우위’에 관하여는 이강혁, “「헌법의 우위」에 관한 고찰,” 금강김철수교수화갑기념논문집간행위원회, 「헌대법의 이론과 실제」(서울: 박영사, 1993), 5쪽 이하 참조.

2) 헌법의 개방성에 관해서는 허영, 「헌법이론과 헌법(상)」 전정증보판(서울: 박영사, 1991), 32쪽 이하; 권영성, 「헌법학원론」 신판(서울: 법문사, 1994), 18쪽 이하 참조.

는 요청이 나온다) 나머지 부분은 가치적으로 열린 상태에 있으므로 헌법을 가치체계로 이해하는 경우에도 그 체계는 닫힌 체계가 아니라 열린 체계임을 유의할 필요가 있다(여기서 헌법해석의 개방성, 역동성, 질서형성의 기능 등이 나타난다. 나아가 헌법해석의 통일성도 폐쇄적 개념이 되어서는 안 된다는 법리가 형성된다).

그런데 헌법의 원리, 원칙, 제도를 규정하고 있는 조항이 하나의 가치판단을 규범화하고 있는 것이라 할지라도 그것이 모두 기본권적인 가치를 함유하고 있다고 할 수는 없다. 기본권을 실현시키는데 필요한 제도이지만 그것이 기능에서 그러할 뿐 그 자체 기본권적 가치를 가지지 아니한 것도 있다(기본권실현에 간접적인 지향을 가지는 경우). 그러나 이러한 것과는 달리 헌법원리, 헌법원칙, 헌법제도를 규정하는 것에도 그 자체 기본권적 가치를 함유하는 것이 있다(기본권실현에 직접적인 지향을 가지는 경우). 우리 헌법상에 나타나 있는 경우를 예를 들어보면 다음과 같다. 헌법 제8조 제1항은 “정당의 설립은 자유이며, 복수 정당제는 보장된다.”라고 하고 있는데, 이는 정당제도와 복수 정당제도를 규정하고 있는 동시에 정당을 설립하고 정당활동을 할 수 있는 권리를 헌법상의 권리로 보장하는 것이다.³⁾ 뿐만 아니라 복수정당제도는 국민에게 정당선택의 자유를 헌법상의 권리로 보장하고 있는 것이다. 따라서 국민에게 정당의 선택권과 정당활동의 자유 그 자체가 인정되고 있더라도 국가가 단일정당만이 존재할 수 있게 하는 경우에는 그러한 선택의 자유와 활동의 자유 그 자체가 아무리 성문규정으로 명시되어도 국민의 기본권

3) 헌법 제8조 제1항에서 정당설립과 활동의 자유라는 기본권이 도출된다고 보는 견해로는 예컨대 허영, 「한국헌법론」 신정판(서울: 박영사, 1994), 500쪽 이하; 김철수, 「헌법학개론」 전정신판(서울: 박영사, 1994), 471쪽, 482쪽 이하; 권영성(주 2), 220쪽을 참조하기 바람.

을 침해하는 것이 되어 헌법에 위반된다는 결론에 이른다. 헌법 제12조 제4항은 국선번호인제도를 보장하고 있는데, 이것은 법률로써 국선번호인제도를 구체화시킬 것을 보장하는 것인 동시에 국민에게 국선번호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있는 것이다. 헌법 제31조 제2항, 제3항의 의무교육제도도 같은 법리에 의해 무상의 의무교육을 시행할 제도를 보장하는 동시에 위 제2항의 “자녀”에게 무상의 의무교육을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 제32조 제1항의 최저임금제도의 경우에도 법률로써 최저임금제도를 시행해야 할 것을 정하고 있는 동시에 근로자에게 최저임금이상의 임금을 받을 권리를 보장하는 것이다. 따라서 어떠한 법령이 헌법의 최저임금제도를 부정하여 근로자로 하여금 최저임금미만의 임금을 받도록 하는 규정이 있으면 이는 헌법소원심판의 대상이 될 수 있다. 이때에 헌법 제32조 제1항은 헌법소원심판에 있어 심판기준이 된다. 제32조 제4항과 제5항에서 정하고 있는 여자와 청소년의 근로의 특별보호원리도 제도의 보장을 포함하고 있는 동시에 여자와 청소년에게 근로에 있어 특별한 보호를 받을 권리를 헌법상의 권리로 보장하고 있다. 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다”고 하여 혼인과 가족에 관한 헌법상의 원리와 제도를 보장하고 있는 것으로 규정하고 있으나, 여기서도 혼인과 가족생활에 관하여 국민이 가지는 기본권이 도출된다.⁴⁾ 선거권의 경우

4) 헌법 제36조 제1항의 규정이 혼인·가족제도를 보장하는 외에 헌법상의 권리도 보장하는 것이냐 하는 문제에 관하여 김철수 교수는 혼인의 자유, 양성의 평등, 가족제도의 보호를 규정한 생존권을 동시에 보장하고 있다고 주장하고, 권영성 교수는 김철수 교수의 이런 견해에 반대함을 전제로 하되, 이 규정은 제도보장이외에 혼인과 가족생활을 간섭·침해하는 행위에 대한 배제와 구제를 청구할 수 있는, 간접적으로만 인정되는 주관적 방어권을 보장하고 있다고 주장한다. 김철수(주 3), 535쪽; 권영성(주 2), 299쪽 이하 참조. 그런데 위의 두 견해에서 제도의 보장이외에 기본권도 인정되는냐 하는 것이 문제로 되는 것

에 선거권을 평등하게, 직접 스스로 남에게 알려지지 않는 상태에서 행사하는 것도 헌법상의 권리인데, 선거권과 선거권의 일반적 행사는 헌법 제24조에서 보장하는 것이지만 ‘선거권을 평등하게, 직접 스스로 남에게 알려지지 않는 상태에서 행사하는 것’은 국회의원선거의 경우에는 제41조 제1항의 보통·직접·평등·비밀선거라는 선거원칙규정에 의해 도출되는 기본권으로 보장되는 것이고, 대통령선거의 경우에는 헌법 제67조 제1항의 보통·직접·평등·비밀선거라는 선거원칙규정에 의해 도출되는 기본권으로 보장되는 것이다(법리적으로 볼 때 제41조 제1항과 제67조 제1항은 제24조의 선거권행사법리를 구체적 사안에서 확인하고 있다. 현재 우리 실정법에서 보듯이 지방자치단체의 장이나 지방의회의원의 경우와 같이 그 선임방법을 법률에서 정하게 하고 있고, 그 선임방법이 임명제가 아니라 선거제를 채택하여 지방자치단체의 장이나 지방의회의원의 선거에 있어 헌법에서 보통·직접·평등·비밀선거라는 선거원칙규정을 탈루하고 있는 경우에는 이런 헌법규정에서 유추에 의해 그 원칙과 기본권보장법리가 적용된다). 따라서 보통·직접·평등·비밀선거의 원칙에 위반되는 국가의 조치가 있는 경우에는 이러한 선거원칙을 정하는 헌법규정에 위반될 뿐 아니라 선거권을 비밀이 보장되는 상태에

은 헌법 제36조 제1항에서 정하고 있는 제도보장을 C. Schmitt의 제도보장이론에서 뜻하는 ‘제도보장’으로 이해하기 때문에 생겨나는 것이다. 이 헌법규정을 C. Schmitt의 제도보장이론에서 뜻하는 ‘제도보장’으로 이해하는 오류를 지시하고 이러한 설명방식을 지양하면 이 헌법규정에서 기본권을 인정하는 것은 별다른 어려움이 없게 된다. 허영 교수는 이 문제와 관련하여 “혼인·가족제도보장에 관한 우리 헌법 규정이 단순한 제도적 보장에 관한 것이나 아니면 생존권 또는 방어권과 같은 권리보장적인 성격도 함께 갖느냐에 관한 종래의 논란은 불필요하고 무의미한 논쟁이라고 할 것이다. 왜냐하면 그와 같은 논쟁은 혼인·가족제도보장에 관한 헌법규정을 우선은 제도적 보장에 관한 규정이냐고 이해하는 전제 위에서 전개되는 논쟁이기 때문이다”라고 지적한다. 허영(주 3), 167쪽. 허영 교수의 적절한 지적과 같이 헌법 제36조 제1항을 C. Schmitt의 제도보장이론에서 뜻하는 ‘제도보장’으로 이해하는 잘못은 시정되는 것이 필요하다.

서 직접적으로 평등하게 행사할 선거권의 행사가 침해되는 것이다. 이런 점은 바로 이러한 문제가 위헌법률심판절차에서도 판단 사항으로 된다는 것을 의미한다. 헌법 제106조와 제112조 제3항에서 보장하고 있는 법관과 헌법재판관의 신분보장원칙에서도 신분보장제도와 함께 법관과 헌법재판관의 신분보장에 따르는 헌법상의 권리가 도출되는 부분이 있다(신분보장과 관련된 모든 권리가 헌법상의 권리라는 것은 아니다). 이때 도출되는 권리는 직무상의 권한(=권능)이 아니고 법관과 헌법재판관이라는 신분의 특성에 따라 헌법상 특별히 보장하고 있는 권리이다. 법관의 신분보장을 침해하는 법령이 제정되는 경우에는 법관은 헌법소원심판절차로 다룰 수 있다. 국민이 행정심판을 받을 권리를 가지는 것도 행정심판제도를 정하고 있는 제107조 제3항에서 도출된다. 국민이 가지고 있는 재판받을 권리는 제27조 제1항에서 기본권으로 보장하고 있지만 최고법원인 대법원의 재판받을 권리는 제101조 제2항에서 대법원을 최고법원으로 정하고 있는 규정에서 도출된다. 또 국민이 헌법재판소의 헌법재판을 받을 권리도 헌법재판소제도와 헌법재판소의 관장사항을 규정하고 있는 제111조 제1항에서 도출된다. 대법원을 최고법원으로 하는 '제도'와 대법원의 재판받을 '권리' 모두 헌법 제101조 제2항에서 규정하고 있는 것이다. 마찬가지로 헌법재판제도와 헌법재판을 받을 권리는 성질상 서로 다른 것이지만 이 둘은 헌법 제111조 제1항에서 도출된다. 헌법재판을 받을 권리도 재판받을 권리로서 헌법 제27조 제1항과 제3항이 정하는 법리의 적용을 받지만 '헌법'재판을 받을 권리는 헌법 제111조 제1항을 직접적인 근거로 하고 있다고 하지 않을 수 없다. '군사'재판을 받을 권리도 헌법 제27조 제2항과 제110조에서 도출된다. 군사재판을 받을 권리의 경우에도 같은 법리에 의해 헌법 제27조 제1항, 제3

항, 제4항, 제5항이 적용됨은 물론이다. 대법원을 최고법원으로 하는 제도, 헌법재판제도, 군사법원제도라는 헌법상의 제도를 정하고 있는 헌법규정에서 개념필연적으로 대법원의 재판권을 받을 권리, 헌법재판을 받을 권리, 군사법원의 재판을 받을 권리가 헌법상의 권리로 도출된다. 특정 공직의 경우에는 헌법에서 임기제도를 두는 경우가 있다. 헌법 제42조의 국회의원의 임기, 제70조의 대통령의 임기, 제98조 제2항, 제3항의 감사원장과 감사위원의 임기, 제105조 제1항, 제2항, 제3항의 대법원장, 대법관, 법관의 임기, 제112조 제1항의 헌법재판소 재판관의 임기, 제114조 제3항의 중앙선거관리위원의 임기 등이 그것이다. 이런 임기제도의 행사가 보장되어 있다. 즉 공직취임권은 헌법 제25조에서 보장되고 구체적인 공직에의 취임은 이런 공직취임권과 구체적 개별적 공직제도를 정하고 있는 헌법규정에 근거를 두고 있지만, 임기 내에 공직에서 강제로 추방되지 않을 권리는 임기를 정하고 있는 위의 각 헌법규정을 근거로 한다. 그리고 헌법이 보장하는 임기동안 공직에 취임하는 권리는 헌법상의 권리이다. 임기제도라고 하더라도 헌법상의 제도나 아니면 법률상의 제도나에 따라 그에서 도출되는 권리의 성질은 다를 수밖에 없다. 헌법상의 임기제도에서는 헌법상의 권리가 나오고 법률상의 임기제도에서는 법률상의 권리가 나온다. 헌법유보와 법률유보라는 법리상의 차이에서 나오는 논리적 귀결이다.

위에서는 우리 헌법규정을 예로 들어 살펴보았으나 이제 이러한 우리 헌법의 명문규정을 일단 차치해두고 이론적으로 이 문제를 검토해보기로 한다. 가령 헌법에 학교제도나 사유재산제도를 규정하면서 따로 교육할 권리나 공부할 권리, 사유재산권을 명문으로 정하고 있지 않은 경우를 상정해본다. 이 경우에 교육할 권리나 공부할 권리를 명문으로 별도의 조항에서 정하고 있

지 않더라도 교육할 권리나 공부할 권리를 전제로 하지 않는 학교제도는 생각할 수 없기 때문에 학교제도를 정하고 있는 규정의 학교제도라는 개념으로부터 교육할 권리와 공부할 권리가 본질필연적으로 도출된다. 사유재산제도의 경우에도 마찬가지로 사유재산권을 인정하지 않는 사유재산제도라는 것이 개념상 성립되지 않기 때문에 사유재산제도를 정하고 있는 규정에서 사유재산권이 도출된다. 사유재산제도의 경우에도 마찬가지로 사유재산권을 인정하지 않는 사유재산제도라는 것이 개념상 성립되지 않기 때문에 사유재산제도를 정하고 있는 규정에서 사유재산권이 도출된다. 물론 우리 헌법의 경우에는 제31조 제1항에서 교육을 받을 권리를 직접 규정하고 있고, 헌법 제23조 제1항에서 사유재산권을 직접 규정하고 있기 때문에 우리 헌법의 해석에서 이런 논의가 생겨날 여지는 없다. 또 가령 국회의원을 선거한다는 규정만 있고, 국민의 선거권을 보장하는 규정이 없는 경우에도 그러한 헌법에서 국민의 선거권이 인정되지 않는 것이 아니라 국회의원선거제도의 규정에서 선거권이 도출되고, 보통·직접·평등·비밀선거라는 선거의 원칙을 정하고 있는 것에서 선거권행사의 내용이 도출되는 것이다. 이런 법리는 헌법소원심판절차에서는 기본권의 침해여부만이 심판의 대상이지만 국민의 기본권을 명문으로 정하고 있는 기본권조항이외의 조항에서도 기본권이 도출되면 그 조항도 심판의 기준이 된다는 것을 뜻한다. 물론 이런 법리가 단순히 원칙이나 제도만을 정하고 있어 기본권이 도출되지 않는 헌법조항까지 헌법소원심판절차에서 심판의 기준이 된다는 것을 의미하는 것은 결코 아니다.

따라서 논의는 헌법에서 자유와 권리를 명시적으로 정하고 있는 기본권조항만 ‘기본권보장규정’이 되는 것이 아니라, 문언상의 형식은 기본권을 명시적으로 보장하는 것이 아니라 할지라도 그

규정의 성질상 기본권적인 가치판단(자유와 권리를 헌법의 수준에서 보장해야 할 필요가 있다고 인정되는 경우)을 함유하고 있는 것이어서 기본권이 도출되는 경우에는 그 역시 ‘기본권보장규정’이라는 것으로 귀착된다. 헌법을 사회공동체의 질서를 유지하며 국가질서를 창설하고 유지하는 일종의 가치체계로 이해하는 관점을 가지는 경우에는 이 문제는 당연한 것으로 받아들여지게 될 것이다.

헌법규정을 이렇게 이해하는 경우에도 규명되어야 할 한 가지 문제가 남는다. 가치판단을 함유하고 있는 제도를 정하고 있는 조항이라 하더라도 그 함유의 정도에 따라 기본권이 도출될 수도 있는데(이 문제는 제도 속에 가치판단이 함유되어 있다고 하여 항상 헌법적 권리를 의미하는 것은 아니고 그 가치판단은 입법기관의 입법형성권에 의해 법률적 권리로 도출되는 경우가 있음을 말하는 것이다.), 이 문제를 어떻게 해결할 것이냐 하는 것이다. 이것은 헌법해석의 문제이다. 이런 권리를 헌법적 권리라고 인정하는 것이 그 나라 헌법질서에 합치하는 것인지 아니면 법률적 권리라고 인정하는 것이 합당한 것인지는 헌법해석을 통하여 결정할 문제이다. 따라서 헌법에 대한 유권적 해석을 최종적으로 행하는 기관의 판단에 의해 구체적으로 결정된다. 이러한 것에서 헌법재판이 가지는 헌법질서형성의 기능을 발견할 수 있다. 다만 이 경우에도 헌법의 유권적 해석에 무한한 자 보장되는 것이 아니고 기본권보장의 보편적 원리는 지도원리로 기능을 한다. 기본권보장의 보편적 원리는 헌법해석의 향해에 생명의 빛을 던져주는 북극성이다.

이와 관련하여 과연 기본권규정이 순수한 주관적 권리만을 정하고 있는 것이냐 하는 문제를 살펴볼 필요가 있다. 이에 관해서는 이미 독일에서 K. Hesse가 ‘기본권의 이중성이론’을 전개하였

고,⁵⁾ P. Häberle가 기본권의 이중적 성격(Doppelcharakter)을 인정하는 기초 위에서 ‘제도적 기본권이론’을 전개한 적이 있다.⁶⁾

-
- 5) K. Hesse는 독일기본법상의 기본권을 ‘주관적 권리’(subjektive Rechte)인 동시에 ‘공동체의 객관적 질서의 기본요소(Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens)’라고 주장한다. 따라서 그는 기본권에 의해 정해지고 보장되는 개개인의 헌법상의 지위르 르 G. Jellinek의 ‘지위이론’(Statuslehre)에 의해 설정되는 기본권적인 지위(grundrechtlicher Status)로 이해하는 것과 C. Schmitt의 시각에서 볼 수 있는 것과 같은 ‘선국가적이고 선법적인 지위’(vor-staatlicher und vor-rechtlicher Status)로 이해하는 태도를 배척한다. 기본권에 의해 정해진 국민의 지위를 ‘국가와 실정법으로부터 독립된 “자연적인”자유와 평등’(von Staat und positivem Recht unabhängigen Status “natürlicher” Freiheit und Gleichheit)으로 이해하는 태도를 부정한다. 기본권은 ‘천부적으로’(von Natur aus) 즉 선법적이고 선국가적으로 보장되는 것이 아니라, 국가의 실정법질서에 편입된 상태로 보장된다. 그는 주관적이며 지위를 정해주는 기본권은 인간(Mensch)과 시민(Bürger)으로서 파악되는 개개인의 ‘헌법상의 기본적 권리’(verfassungsrechtliche Fundamentalrechte)인 동시에 개개인의 지위를 정하고 그 한계를 설정하며 보장하는 것을 통해 공동체에 편입시키는 객관적 질서의 요소로서 공동체의 법질서의 기초를 구성한다고 하면서 기본권의 이중성(Dopplecharakter)의 의미를 분명히 한다. 기본권을 실행시키기 위하여 보장되는 주관적 권리로서의 의미에 대응하는 것이 기본권이 지니고 있는 공동체의 전체질서의 요소(Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens)로서 가지는 의미이다. 그런데 전체질서라는 것을 보면, 이런 전체질서에 의해 개인의 지위가 구체적으로 형성되고 한계가 정해지며 보호되지만 전체질서 자체는 주관적 권리로서의 기본권이 실행되어 생명력이 불어넣어질때 비로소 현실성(Wirklichkeit)을 획득하게 된다. 이런 의미에서 기본권은 이런 질서의 기본내용(Grundinhalt)을 확정하는 것이다. 이것이 그의 이중성론의 기본틀이다. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungs-rechts der Bunderepublik Deutschland, 제16판(Heidelberg: C.F. Müller, 1988), 112쪽 이하(특히 112쪽, 114쪽, 115쪽, 118쪽, 119쪽) passim.
- 6) 허영, 「헌법이론과 헌법(중)」 전정증보판(서울: 박영사, 1991), 36쪽 이하; 이준구, “제도적 기본권,” 「고시계」 통권 313호(1983년 3월호), 37쪽 이하; E.-W. Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”(1974, 김효전(역), “기본권이론과 기본권해석.” 방산구병사박사정년기념논문집간행위원회, 「공법이론의 현대적 과제」 방산구병사박사정년기념논문집(서울: 박영사, 1991), 106쪽 이하; 김효전, “제도이론의 계보-모리스 오류와 독일 공법학.” 「월간고시」 통권 236호(1993년 9월호), 35쪽 이하; 김주환, “P. Häberle의 제도적기본권이론의 기초.” 「고시연구」 제19권 제10호(1992년 10월호), 175쪽 이하 참조. 이준구교수는 위 글에서 기본권의 이중성을 인정하는 전체하에 기본권에 내재된 제도적 측면을 인정할 것과 기본권의 제도적 해석을 강조하고 있다. 그리고 독일에서의 제도적 기본권이론이 해석론의 수준에서는 한국에서도 충분히 참고할 여지가 있다는 견해를 표명하였다.

기본권보장을 단순한 관념의 문제가 아니라 실천의 문제임을 인식하여 기본권보장의 법리를 제대로 이해하면 K. Hesse의 ‘기본권의 이중성이론’을 일단 차치해 두고 P. Häberle의 ‘제도적 기본권이론’을 거론하지 않더라도 달리 제도보장을 명시적으로 정하고 있지 않는 기본권의 보장규정에도 이미 해당 기본권을 실현시키기 위해 반드시 헌법적 수준에서 제도의 보장이 필요하다고 인정되는 경우라면 이런 헌법규정에도 제도의 보장이 포함되어 있다고 하지 않을 수 없다. 이는 해당 기본권이 자연권의 성질을 함유하고 있는 경우에도 마찬가지로 차이가 없다. 따라서 자유와 제도가 개념 그 자체에서 구별된다고 할지라도 이런 개념상의 구별이 기본권보장규정에서 제도를 도출하고, 제도보장의 규정에서 기본권을 도출하는데 방해가 되지 않는다. 기본권의 보장만 규정하고 따로 이를 실현하기 위한 제도의 보장을 정하고 있는 명문조항이 헌법에 없다고 하여 기본권을 실현시킬 제도의 보장이 헌법에 없다고 하는 것은 기본권을 단순한 종이 위의 글씨에 지나지 않는 것으로 보는 태도이다. 따라서 기본권보장과 제도보장의 관계는 더 이상 전자를 주관적 권리의 보장으로, 후자를 객관적 제도의 보장으로 준별하여 볼 것이 아니라 기본권 보장에도 제도보장이 함유되어 있고, 제도의 보장에도 기본권의 보장이 함유되어 있는 경우가 있다는 것으로 된다. 물론 제도를 보장하고 있는 규정에도 그 제도의 보장이 어떠한 성질의 것이냐에 따라 기본권이 도출될 수도 있고 안될 수도 있다. 기본권 보장의 경우에는 해당 기본권의 성질에 따라 그 기본권을 실현시키는 제도가 수준을 달리하여 다양하게 도출될 것이다. 그리고 이는 그 범위에 있어 헌법유보로 판단될 수 있는 것과 법률유보로 판단될 수 있는 것으로 나누어 질 수 있다. 예컨대 혼인·가족제도가 보장되는 경우에 혼인 가족의 형성과 유지에 관한 기

본적인 것은 헌법에 정하지만 호주제도, 혼인의 방법과 절차, 친족의 범위, 분가제도, 양자제도, 호적제도, 이혼의 방법과 절차 등이 법률유보사항이다. 여기서는 기본권보장에 포함되어 있는 제도의 보장이 어느 정도의 것인가, 다시 말해 어떤 수준의 제도를 보장하는 것인가 하는 것만 문제로 남게 되는데, 이 문제는 개별 기본권의 성질과 기능에 따라 판단될 것이다. 이 문제는 곧 기본권보장에 제도보장이 포함되어 있다고 할 때에도, 과연 헌법의 수준에서 직접 제도를 지시하고 있는 부분(헌법유보)이 어디까지이며, 의회의 입법형성권에 맡겨진 부분(법률유보)이 어디까지인가 하는, 제도에 대한 헌법적 보장의 사정거리의 문제이다. 이러한 것은 입법부작위의 위헌여부를 판단하는 부분에서 첨예한 문제로 등장한다.⁷⁾

결국 헌법규정은 성질에 의해 해석된다. 헌법규정의 문언적 표현이 원리나 원칙을 정하고 있는 경우에도 성질상 헌법적 권리나 자유가 도출될 수도 있고, 아울러 이를 실현하기 위한 헌법적 수준의 제도가 도출될 수 있다. 또 문언의 표현이 자유와 권리를 정하고 있는 조항에서도 이를 실현하는 데 필요불가결한 제도가 도출될 수 있다. 반대로 문언의 표현이 제도를 정하고 있는 경우에도 헌법적 수준의 자유와 권리 즉 기본권이 도출될 수 있다. 이것은 헌법을 가치의 형성체이며 하나의 가치체계라고 이해하는 헌법관에 기초하여 헌법을 해석하는 경우에 도달되는 결론이다.⁸⁾

7) 국회의 입법부작위에 대한 나의 견해에 관하여는 정종섭, “국회의 입법부작위에 대한 헌법소원.” 금강김철수교수화갑기념논문집간행위원회, 「헌법재판의 이론과 실제」(서울: 박영사, 1993), 460쪽 이하를 보기 바람.

8) 헌법을 가치형성체나 가치체계로 이해한다고 하여 이를 바로 독일연방헌법재판소의 판례에서 표명된 이른바 ‘가치체계설’과 같은 것으로 이해할 필요는 없다. 헌법을 가치체계로 이해하는 경우에도 이를 닫힌 체계로 보느냐 아니면 열린 체계로 보느냐 하는 문제가 있고, 열린 체계로 이해하는 경우에도 각각의 개별적인 문제에서 어느 수준의 개방성을 취

2. 허영의 기본권이론

기본권조항이외의 규정에서 기본권을 도출하는 문체와 관련하여 우리 나라 법학자의 견해를 살펴보면 허영의 기본권이론과 뒤에서 살펴 볼 ‘기본권보장-제도보장 준별론’중 일부 견해가 주목된다. 뒤의 견해는 ‘기본권보장-제도보장 준별론’을 검토할 때 함께 살펴보기로 하고, 먼저 허영의 기본권이론을 살펴본다.

기본권조항이외의 규정에서 기본권을 도출하는 문체와 관련된 허영의 견해는 그의 기본권이론에 바탕을 두고 전개된다. 허영의 기본권이론은 그의 헌법이론이 갖는 헌법관적 특색에 의해서 규정된다. 허영헌법학의 특색은 헌법을 철저히 가치적으로 인식하는데 있다.⁹⁾ 허영의 기본권이론은 이런 기본적 특색을 바탕으로 하여 독일의 기본권이론을 검토한 후 ‘통합이론’의 비판적 수용에 기초를 두고 구축된 것인데, 특히 여기서는 기본권의 이중성이 강조된다.¹⁰⁾ 우선 허영의 기본권이론은 사람이 자연이 아닌 일정한 ‘질서’(Ordnung)속에서 태어나 생활하는 것에 주목한다. 이런 질서는 인간의 출생환경인 동시에 생활환경이기 때문에 출생환경이나 생활환경을 뜻하는 ‘질서’를 떠나서 자유와 권리가 신장될 수도 없고, 보장될 수도 없다. 따라서 인간의 자유와 권리는 ‘질서내의 자유와 권리’를 뜻할 수밖에 없다. 그러나 일정한 헌법질서속에서 태어나 헌법질서 속에서 생활해나가는 이런 인간이라 할지라도 일방적으로 ‘헌법질서’에 의한 구속만을 받는

하느냐 하는 것에서 차이가 있기 때문이다. 이는 헌법해석에서도 중요한 의미를 가진다. 이와 관련된 논의로는 국순옥, “헌법해석의 기본사각(I).” 「민주법학」 통권6호(1993), 12쪽 이하(특히 24쪽)을 보기 바람.

9) 자세한 것은 허영(주 2), 3쪽 이하를 참조하기 바람.

10) 허영(주 6), 6쪽 이하(특히 51쪽 이하); 허영, “기본권이론에 대한 고찰.” 「고시연구」 제7권 제7호(1980년 7월호), 35쪽 이하 참조.

것이 아니고, 그 헌법질서를 형성하고 개선해 나갈 수 있는 ‘주관적 권리’를 가진 인격의 주체이다. 따라서 이런 질서 속의 자유와 권리를 인정한다고 하여 인간의 생활환경을 뜻하는 헌법질서 그 자체가 결코 절대적이고 고정적인 것일 수는 없다. 헌법질서와 그 속에서 생활해 나가는 자유와 권리의 주체로서의 인간은 상호 영향을 미친다. 인간은 헌법질서 속에서, 헌법질서는 인간에 의해서 서로 인간생활을 위해 합리적으로 형성되고 개선되어 나간다.¹¹⁾ 허영의 헌법이론에서 기본권은 이런 인식체계 내에서 파악되는 개념이다.

허영의 기본권이론에서 기본권은 철저히 ‘양면적 성질’을 가지는 것으로 이해된다. 기본권은 인간생활의 바탕이 되는 사생활영역에 대한 국가의 불필요한 생활간섭을 배제하고 동화적 통합의 생활형식인 헌법질서 내에서 적극적 또는 소극적으로 정치적 일원체의 정신적, 문화적, 사회적, 경제적, 정치적 생활을 함께 형성해 나갈 수 있는 국민 개개인의 ‘주관적 권리’인 동시에 또한 동화적 통합의 생활형식인 헌법질서의 기본이 되는 ‘객관적 질서’라고 이해된다. 이와 같이 기본권은 개개인의 주관적 권리로서의 성격과 정치적 일원체의 객관적 질서로서의 성질을 함께 가지고 있는 이중성을 지니기 때문에 헌법에서 어떤 생활 영역에 관한 제도의 보장을 정하고 있는 것이라고 할지라도 그 속에는 객관적 질서의 면 이외에 주관적 권리의 면이 있다고 본다. 제도를 보장하는 헌법규정에서는 그 제도보장의 유형에 따라 이러한 주관적 측면과 객관적 측면은 강약의 정도에 달리 하게 되지만 그 속성은 공존하고 있다고 본다.¹²⁾ 따라서 허영의 이론에서는 아래에서 확인할 수 있듯이 기본권보장인 자유권과 제도적

11) 허영(주 6), 49쪽 이하 passim.

12) 허영(주 6), 51쪽 이하 passim.

보장을 엄격히 나누어 전자에는 주관적 권리만 인정하고, 후자에는 객관적 질서의 성격만 갖는 것으로 이해하는 태도를 배격한다.

기본권은 결국 인간생활의 바탕이 되는 사생활영역에 대한 국가의 불필요한 생활간섭을 배제하고 동화적 통합의 생활형식인 헌법질서 내에서 적극적 또는 소극적으로 정치적 일원체의 정신적 문화적 사회적 경제적 정치적 생활을 함께 형성해 나갈 수 있는 국민개개인의 '주관적 권리'인 동시에 그것은 또한 동화적 통합의 생활형식인 헌법질서의 기본이 되는 '객관적인 질서'라고 할 것이다. 따라서 기본권은 국민 한사람 한사람의 '주관적 권리'로서의 성격과 정치적 일원체의 '객관적 질서'로서의 성격을 다 함께 가지고 이 두 가지 성격이 서로 기능적으로 보완관계에 있는 것이라고 할 것이다.¹³⁾

C. Schmitt가 그의 제도적 보장이론을 통하여 객관적 질서로서의 기본권에 주의를 '환기시킨 것'은 그의 큰 공헌이라고 할 수 있지만, 그가 '자유권'과 '제도적 보장'을 엄격히 구별해서 전자에게는 '주관적 권리'만을 인정하고, 후자는 객관적 질서의 성질만을 갖는다고 주장한 것은 확실히 그의 이론적인 약점이라고 할 것이다. 전통적인 의미에서의 자유권 뿐 아니라 혼인·가족제도, 사유재산제도, 대학의 자치제도 등 그것이 비록 어떤 생활영역에 관한 제도의 보장이라고 할지라도 그 속에 담겨 있는 주관적 권리를 완전히 도외시하고 그 객관적 질서의 면만을 내세울 수는 없다. 제도보장의 유형에 따라 '주관적 권리'와 '객관적 권리'로서의 내용에 강약의 차이가 있을 따름이다. 기본권을 '단층구조'로 이해하고 기본권의 자유 내지 권리적 측면 또는 그 제도적 측면만을 일방적으로 강조하는 종래의 이론형식을 지양해서 기본권의 본질과 기능 그리고 그 내용과 성격을 '다층구조'로 이해하려는 이유도 그 때문이다.¹⁴⁾

13) 허영(주 6), 51쪽; 허영(주 3), 225쪽.

14) 허영(주 6), 52쪽; 허영(주 3), 226쪽 이하.

허영의 기본권이론에서 제도를 보장하고 있는 규정에서도 본권이 도출되는 것이나 기본권을 보장하고 있는 규정에서 제의 보장이 포착되는 것은 기본권의 양면성(이중성)에서 기인하는 것이라고 설명되고 있다. 이러한 이론에 의하면 기본권을 보장하고 있는 규정은 기본권이 가지는 양면성으로 인하여 주관적 측면과 객관적 측면을 가지고, 제도를 보장하고 있는 헌법규정도 기본권의 객관적 질서의 측면으로 인하여 제도의 보장에도 주관적 권리의 측면이 있다는 결론에 도달한다. 물론 이러한 이론에서도 제도보장이 가지는 순전한 제도의 측면까지 주관적인 것이라고 하지는 않는다. 제도보장의 유형에 따라 주관적 권리와 객관적 질서로서의 내용에 강약의 차이가 있다고 하는 부분은 이런 점을 뜻하는 것이라고 이해할 수 있다.

이러한 허영이론의 기본적 시각은 다른 학자들이 ‘대학의 자치’로 접근하는 것을 ‘대학의 자유’로 설명하는 부분에 잘 나타나 있다. 허영이론에서 대학의 자유는 기본적인 학문연구기관의 자유로서 헌법 제22조 제1항에서 정하고 있는 학문의 자유의 한 내용인면서, 대학자치제도를 보장하는 제도적 보장이라고 한다. 헌법 제31조 제4항에서 정하고 있는 “대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”라는 규정은 이런 ‘대학의 자유’의 본질인 ‘대학의 자치’의 보완규정이라고 한다. 이러한 이론구성의 학문은 자유가 이른바 ‘양면성’을 가진다는 것을 전제로 할 때만 가능한 설명이다.

‘대학의 자유’는 학문연구기관으로서의 대학이 대학의 운영에 관한 모든 사항을 외부의 간섭 없이 자율적으로 결정할 수 있을 때만 그 실효성을 기대할 수 있기 때문에 ‘대학의 자치’를 그 본질로 한다. 우리 헌법이 대학의 자율성보장에 관한 규정(제31조 제4항)을 따로 두고 있는 이유도 그 때문이다. 그런데 대학의 자유가 보장된

다고 하는 것은 대학의 자율적인 결정권이 제도적으로 보장된다고 하는 것을 의미하기 때문에 ‘대학의 자유’에서는 ‘대학의 자치제도’를 보장한다는 제도적 보장의 면이 특히 중요시될 수밖에 없다…(중략)…‘대학의 자유’를 제도적 보장으로 이해하는 이유는 ‘대학의 자치제도’가 대학에서의 학문연구와 학술활동을 실효성 있게 하기 위한 ‘대학의 자유’의 실현수단인 동시에 그 본질이기 때문이다. 따라서 대학의 자유에 내포되어 있는 제도적 보장은 학문의 자유에 내포되고 있는 객관적 가치질서로서의 성격에 있다고 할 것이다. ‘대학의 자치’를 ‘학문의 자유’와는 별개로 교육에 관한 기본권에서만 이끌어내려는 견해, 또 ‘대학의 자치’가 ‘학문의 자유’에 관한 규정과 교육에 관한 기본권규정의 통합적 해석에 의해서 비로소 보장된다는 이른바 통합적 해석설에 찬성할 수 없는 이유도 그 때문이다. 또 ‘대학의 자유’를 단순히 ‘대학의 자치’의 제도적 보장으로 보려는 입장도 경계해야 한다…(중략)…‘대학의 자유’는 학문의 자유의 대명사가 아니고 학문의 자유의 한 내용일 뿐이며, 대학의 자유의 본질은 ‘대학의 자치’에 있지만 ‘대학의 자치’는 자기목적적인 것이 아니고 학문의 자유의 주체로서의 대학에게 학문연구와 학술활동을 실효성 있게 수행케 하기 위한 수단이다. 그리고 ‘대학의 자치’는 구태여 교육에 관한 기본권과 결부시키지 않더라도 학문의 자유에 내포된 객관적 가치질서로서의 성격으로부터 당연히 나오는 헌법적 요청이다. 이렇게 볼 때 대학의 자율성보장에 관한 헌법규정(제31조 제4항)은 ‘대학의 자치’의 근거규정이 아니라, 그 보완규정이라고 이해하는 것이 옳다.¹⁵⁾

15) 허영(주 6), 256쪽 이하; 허영(주 3), 401쪽 이하 passim.

Ⅲ. 판결의 견해

헌법재판소는 헌법소원심판사건에서 이 문제와 관련하여 선거에 있어 기회균등권을 헌법상의 기본권으로 도출함에 있어 평등조항인 헌법 제11조 제1항 이외에 “국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.”라고 하는 평등선거원칙을 규정한 헌법 제41조 제1항과 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위 안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.”라고 하는 선거운동의 기회균등보장원칙을 규정한 헌법 제116조 제1항을 그 근거로 들었다.¹⁶⁾

이 사건 법률 제55조의 3은 결국 무소속후보자와 정당추천후보자에게 선거연설을 허용하는 기회 등의 등가성을 비교하여 불 때 선거의 당락에 영향을 줄 수 있을 정도의 심히 불평등한 것이라고 못 볼 바 아니어서 이는 헌법 전문, 헌법 제11조 제1항의 법 앞의 평등, 제25조의 공무담임권, 제41조 제1항의 평등선거의 원칙, 제116조 제1항의 선거운동기회균등의 보장원칙에 반하는 것이라 아니 할 수 없다.¹⁷⁾

이러한 헌법재판소의 견해는 헌법상의 원칙을 규정하고 있지만 거기에 기본권적 가치가 함유되어 있어 헌법적 권리가 도출되는 조항의 경우에는 이런 조항도 헌법소원심판의 심판규준으로 된다는 법리를 인정하는 것이라고 평가할 수 있다. 규정의 형식만 놓고 보면 원칙규정이지만 성질만 보면 거기에는 원칙뿐만

16) 헌법재판소 1992. 3. 13. —92헌마37·39(병합)[헌] 4, 137쪽 이하 참조.

17) 헌법재판소(주 16), 151쪽.

아니라 기본권 다시 말해서 주관적 공권성을 지닌 ‘헌법상의 권리’가 도출된다는 것을 인정하는 것이라고 하겠다. 헌법상의 원칙을 정하고 있는 규정이 주관적 공권의 성질을 함유한 ‘권리의 보장’을 포함하고 있지 않는 단순한 원칙규정이라면 위헌법률심판절차에서와는 달리 헌법소원심판절차에서는 심판의 기준이 될 수 없다.

물론 선거에 있어 기회균등권이 헌법상의 권리가 될 수 있느냐 하는 문제는 남는다. 이 문제는 선거권과 피선거권의 행사에 있어서 ‘기회균등’ 그 자체를 권리로 보지 않더라도 선거권과 피선거권이 권리인 이상 그 권리의 행사에서 기회균등이 침해되면 기본권보장의 방법적 기초인 평등권을 매개하여 선거권행사 또는 피선거권행사의 침해를 헌법소원으로 다룰 수 있느냐 하는 점과 이 경우를 개별적 평등권인 헌법 제11조 제1항이 정하고 있는 차별대우금지에 해당되느냐 하는 점을 포함하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 선거에 있어 기회균등을 선거권이나 피선거권과는 별도로 하나의 ‘헌법상의 권리’로 인정하고 있다.¹⁸⁾

시·도의회의원선거에 있어서 정당은 후보자의 추천과 후보자를 지원하는 선거운동을 통하여 소기의 목적을 추구하는데, 이 경우 평등권 및 평등선거의 원칙으로부터 나오는(선거에 있어서의) 기회균등의 원칙은 후보자에 대하여서는 물론 정당에 대하여서도 보장되는 것이며, 따라서 정당추천의 후보자가 선거에서 차등대우를 받는 것은 바로 정당이 선거에서 차등대우를 받는 것과 같은 결과가 되는 것이다. 이와 같이 정당이 선거에 있어서 기회균등의 보장을 받을 수 있는 헌법적 권리는 정당활동의 기회균등의 보장과 헌법상 참정권보장에 내포되어 있다고 할 것이므로 헌법 제8조 제1항 내지 제3항, 제11조 제1항, 제24조, 제25조는 그 직접적인 근거규정이 될

18) 헌법재판소 1991. 3. 11—91헌마21[헌] 3, 91쪽 이하 참조.

수 있는 것이며, 헌법 전문과 제1조, 제41조 제1항, 제67조 제1항, 제37조 제2항, 제116조 제2항은 간접적인 근거규정이 될 수 있는 것이다.¹⁹⁾

이러한 헌법재판소의 판례의 태도를 종합하여 보면, 헌법상 원칙이나 제도를 정하고 있는 규정에서도 법리상 기본권이 도출될 수 있는 경우가 있음을 인정하고 있다. 헌법 제8조 제1항부터 제3항에 걸쳐 보장하고 있는 정당제도의 보장규정에서 정당의 헌법상 권리를 도출하고 있는 것도 이러한 법리에 근거하고 있다고 보인다.

IV. “기본권보장—제도보장 준별론”에 대한 검토

1. 준별론의 내용

기본권조항이외의 헌법규정으로부터 기본권이 도출되느냐 하는 문제와 밀접한 연관을 가지고 있는 것이 기본권보장과 제도보장을 구별해온 종래의 ‘기본권보장—제도보장 준별론’이다. 준별론에 의하면 우선 기본권보장과 제도보장을 엄격히 구별한다. 준별론의 설명에 따르면 제도보장은 다음과 같다.

제도보장(제도보장이라는 개념·용어와 관련하여 원래 이 이론을 주창한 독일의 C. Schmitt는 사제도보장을 의미하는 ‘제도적 보

19) 헌법재판소(주 18), 114쪽 이하.

장'(institutionelle Garantie)으로 나누어 구분하였다. 그러나 국내의 논의는 이런 구분을 그대로 따르지 않고 '제도보장'과 '제도적 보장'으로 혼용하고 있다. 이 글에서도 '제도보장'과 '제도적 보장'을 C. Schmitt와 같이 구분하지 않고 이 모두를 총칭하여 '제도보장'이라는 용어를 사용하기로 한다.)은 사유재산제도, 복수정당제도, 직업공무원제도, 지방자치제도 등과 같이 주관적 공권이 아니면서 국민의 자유와 복리를 증진시키기 위하여 그 기초가 되는 일정한 법적·사회적·정치적·경제적·문화적인 객관적 제도를 헌법에서 보장함으로써 그 제도의 본질과 핵을 입법에 의한 폐지·침해로부터 보호하려는 것이다. 제도보장에서 보장의 대상은 특정의 객관적인 제도 그 자체이고, 개인의 기본권이 아니다. 양자가 일정한 관련을 가지는 경우에도 성격상으로는 별개의 것으로 구별된다. 제도보장은 법에 의해 내용이 형성되고 규율되는 국가내적인 것이므로 선국가적이거나 자연권적인 것이 아니다. 보장의 정도는 기본권 보장이 최대한(maximum)의 보장인 것에 반하여 제도보장은 최소한(minimum)의 보장이다. 기본권보장은 최대한의 보장이므로 필요최소한의 경우에 한하여 법률에 의한 제한이 가능하지만, 제도보장에 의해 헌법이 보장하려는 것은 특정한 제도의 본질적인 내용 핵을 이루는 부분이라는 최소한의 제도 내용이므로 그런 본질적 내용을 침해하지 않는 한 법률로써 이를 자유로이 제한할 수 있다. 따라서 제도보장은 기존의 제도를 현상 그대로 유지·보장하여야 한다는 것이 아니다. 이런 제도보장은 집행권과 사법권은 물론 입법권까지도 포함하는 통치권력을 직접적으로 기속하는 효력을 가진다. 따라서 제도보장규정은 단순한 방침적 규정이 아니라 직접적 효력을 가지는 법규범으로서의 재판규범이다. 그리고 기본권은 헌법개정권력을 기속하지만 제도보장은 헌법개정권력을 기속하지 않는다. 제도보장이 현상유지의 보장이 아니라는 점은 여기에서도 확인된다.²⁰⁾

이런 설명에 의하면 제도보장규정이 직접적 효력을 가지는 재판규범이라는 것과 관련하여 제도보장규정 그 자체를 직접 근거로 하여 개인이 헌법소원심판을 청구할 수 있느냐 하는 문제가 제기된다. 제도를 보장하고 있는 규정에는 객관적인 제도만 보장되어 있다고 보게 되면 이 규정은 헌법소원심판의 근거규정이 되지 못한다. 그러나 이런 규정에서도 기본권이 도출된다고 하면 이 규정을 근거로 기본권의 침해를 주장할 수 있다. 준별론은 특정 헌법규정을 제도보장이라고 규정지속 제도보장의 성질상 이런 규정을 근거로 소송을 제기할 수 없다고 보기 때문에 헌법소원심판도 청구할 수 없다는 단호한 태도를 견지하고 있다. 제도보장규정을 재판규범이라고 하면서도 이 점을 인정하지는 않는다.²¹⁾ 물론 규범통제절차에서 제도보장규정이 재판규범으로 기능을 하는 것은 의심의 여지가 없으므로 이에 관하여 별다른 논의를 할 필요는 없다. 이런 준별론은 기본권보장과 제도보장을 매우 도식적으로 구별하고 있으므로 도표로 나타내어 도표화에 따른 편차가 거의 없을 정도이다.

20) 김철수(주 3), 236쪽 이하; 권영성(주 2), 213쪽 이하; 안용교, 「한국헌법」 전정판(서울: 고시연구사, 1989), 269쪽 이하; 구병삭, 「신한국헌법론」 신고보정판(서울: 일신사, 1990), 237쪽 이하; 박일경, 「신헌법」(서울: 박영사, 1990), 202쪽; 문홍주, 「한국헌법」(서울: 해암사, 1988), 199쪽 이하 참조.

21) 김철수(주 3), 237쪽; 안용교(주 20), 272쪽 이하; 구병삭(주 20), 239쪽; 박일경(주 20), 202쪽; 문홍주(주 20), 201쪽 참조. 다만 안용교 교수는 제도보장에 대하여 준별론의 설명을 취하면서도 “제도적 보장은 개인의 권리보장을 직접목적으로 하는 것이 아니라 제도적 보장의 범위내에서 개인의 청구권도 성립된다”라는 의견을 피력하고 있다. 안용교(주 20), 273쪽.

《준별론에서의 기본권보장과 제도보장》

구 별	기본권보장	제도보장
보 장 의 대 상	주관적 권리	객관적 제도
보 장 의 성 질	선국가적 권리보장	국가내적 제도의 창설
보 장 의 정 도	최대한 보장	최소한 보장
제 관 규 범 성	인정	인정
헌법개정권력 기속여부	인정	부정

준별론은 제도를 정하고 있는 규정을 기본권이 아닌 제도만을 보장하는 것이라고 이해하고 있는 경향이 있다. 기본권보장과 제도보장이 가지는 각각의 특성을 강조하는 것은 이러한 경향에서 비롯된다. 그런데 이런 준별론 중에서도 기본권보장과 제도보장의 구별론에서는 다른 견해와 다른 태도를 보이면서도 제도보장의 특성을 강조하는 것이 기본권보장을 약화시키고 제도보장을 이유로 기본권을 제한하거나 침해하는 것으로 될 것을 염려하여 양자의 관계를 강조하거나 일정한 헌법규정에 대하여는 제도보장규정이라고 하면서 동시에 기본권의 보장으로 이해하는 견해가 있다.²²⁾ 이에 의하면 기본권보장과 제도보장의 관계를 ‘제도보장의 기본권수반형’, ‘양자의 보장병립형’, ‘기본권의 제도종속형’으로 나누어 상호관련성이 있는 경우가 있음을 인정한다(이런 관계가 항상 헌법의 같은 조항에서 일어나는 것이 아니라고 본다). 그리고 헌법 제8조 제1항에 정당을 결성하고 정당에 가입하며 자유로운 당내활동과 탈퇴를 할 수 있는 권리가 보장되어 있다고

22) 권영성 교수의 견해이다. 권영성 교수는 기본권을 자연권으로 이해하고, 동시에 이중적 성질을 인정한다. 권영성(주 2), 324쪽 이하, 326쪽 이하 참조. 안용교 교수와 구병삭 교수도 기본권을 자연권이라고 하면서 이중적 성질을 인정한다. 안용교(주 20), 269쪽 이하; 구병삭(주 20), 234쪽 이하 참조. 이런 견해는 기본권을 자연권으로 이해하고 그 필연적 귀결로 이중적 성질을 부정하는 김철수 교수의 견해나 기본권을 자연권으로 이해하는 태도를 지양하고 그 법리의 맥락에서 이중적 성질을 인정하는 허영 교수의 견해와 대조를 보이고 있다. 김철수(주 3), 231쪽 이하; 허영(주 3), 224쪽 이하 참조.

본다.²³⁾ 헌법 제36조 제1항도 혼인·가족제도의 보장과 함께 혼인결정의 자유와 혼인관계유지의 자유를 보장한다고 본다. 다만 이런 헌법적 권리는 제36조 제1항이 어디까지나 민주적인 혼인제도와 가족제도를 보장하는 제도보장에 관한 규정이면서 원칙규범에 관한 규정이기 때문에 간접적(제2차적)인 주관적 방어권에 지나지 않는 것으로 본다.²⁴⁾ 이런 견해는 헌법규정의 성질에 따라 적극적으로 기본권을 도출하려는 것이 아니다. 준별론이 설정하고 있는 기본권보장과 제도보장의 성질에 비추어 볼 때 기본권보장규정과 제도보장규정은 어디까지나 서로 다르다는 전제하에 예외적으로 기본권과 제도가 동시에 보장된 헌법조항이나 기본권보장조항과 제도보장조항이 연관성을 가지는 경우를 이렇게 이해하고 있는데 지나지 않는다.

2. C. Schmitt의 제도보장이론

기본권을 자유권 중심으로 이해하고 기본권에 대한 이론을 구성한 C. Schmitt는 자유권(Freiheitsrechte)과 제도(Institution od. Institut)를 철저히 구별하였다.²⁵⁾ 우선 C. Schmitt는 근대 기본권개념의 원류를 1776년 6월 12일의 버지니아주의 인권선언을 필두로 펜실베이니아주와 기타 여러 주들이 선언한 인권선언에서 찾는다. 그리고 당시 독일의 바이마르헌법이 헌법의 성질상으로는 자유주의시대와 근대 시민적·자유적 법치국가(bürgerlich-freiheitlicher Rechtsstaat)를 연 1776년의 아메리카 여러주의 권리장전이나 1789년의 프랑스인권선언, 1918년 1월의 전러시아 소비에트회의가 선언한 노동자와 피착취민중의 권리선언과 다르다고

23) 권영성(주 2), 220쪽, 328쪽, 587쪽 참조.

24) 권영성(주 2), 299쪽 이하 참조.

25) C. Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin: Duncker & Humblot, 1928/1970), 170쪽 참조.

인정하면서 그런 한계 속에서도 바이마르헌법상의 자유와 권리의 보장이 이런 권리장전의 진정한 기본권과 법리가 동일한 부분이 있음을 해명하려고 했다. 그는 무엇보다 당시 각종의 요구(Forderung)들과 권리들이 구별 없이 기본권으로 통용되고 있는 개념의 혼란 속에서 ‘학문적으로 유용한 개념’(wissenschaftlich brauchbarer Begriff)을 확정하고자 노력하였다. 그리하여 그는 ‘시민적 법치국가’에서의 기본권은 ‘선국가적이고 초국가적인 권리’(vor-und überstaatliche Rechte)로서 국가가 법률에 의해 부여하는 것이 아니라 국가이전에 존재한 것으로 승인되고 보호되는 권리라고 하였다. 그래서 이런 기본권은 반드시 원리적으로 제약된 범위 내에서 규제된 절차에 의해서만 국가에 의해 침해될 수 있는 것이라고 하였다. 바이마르헌법상 이런 기본권보장의 법리는 법률이나 헌법 제76조의 헌법개정법률에 의해 제거될 수는 없고, 오로지 국민의 헌법제정권력에 의해서만 제거될 수 있을 뿐이라고 했다. 따라서 이런 ‘진정한 기본권’은 그 본질에서 결코 법익(Rechtsgüter)이 아니며, 자유의 영역이라고 하였다. 이 자유의 영역에서 권리(Rechte)와 방어권(Abwehrrechte)이 생겨난다고 하였다. 국가는 이런 기본권의 보호에 봉사하여야 하고, 그 속에서 비로소 자신의 궁극적 존재의의를 찾는다고 하였다. 이런 기본권은 철저히 자유로운 개개인이 인간으로서 가지는 권리이며, 국가에 대하여(gegenüber) 가지는 권리라고 하였다. 이런 ‘진정한 기본권’에는 그가 말한 이른바 ‘배분원리’(Verteilungsprinzip)가 적용되고, 기본권이 지니고 있는 개개인의 자연적 권리라는 속성으로 인하여 국적에 관계없이 모든 인간에게 통용되는 것이라고 하였다. 진정한 의미의 기본권 개인주의적 자유권만이고 사회적 요구(soziale Forderung)는 이에 해당되지 않는다고 하였다. 따라서 단결권, 직장폐쇄권, 참정권, 사회권 등은 본질에

서 이런 기본권과는 전혀 다른 범주에 속하는 것으로 이해되었다.²⁶⁾ 근대 서구의 시민적 법치주의의 이데올로기에 철저한 자유중심의 기본권이해이다.

기본권에 대한 이런 시각을 견지한 C. Schmitt는 헌법에서 기본권으로 규정하고 있는 경우에도 성질로 보아 자유가 아니라 ‘공법상의 제도’(Öffentlich-rechtliche Institution)이거나 ‘전통적으로 확립된 전형적인 사법상의 제도’(typisches, traditionell feststehendes Rechtsinstitut)를 헌법이 정하고 있는 것이면 이는 진정한 기본권(=진정기본권)과 구별되는 ‘제도보장’(institutionelle Garantie)이라고 했다. 그는 바이마르 공화국헌법상의 지방자치제도, 직업공무원제도, 대학의 자치, 법관의 독립, 예외법원의 금지(법률이 정하는 법관의 재판을 받을 권리), 공법인으로서의 종교단체, 학교교육의 정규과목으로서 종교교육을 행하는 것, 대학에 있어 신학부의 설치 등과 같이 헌법이 공법상의 제도 그 자체를 보장하고 있는 것을 ‘제도적 보장’(institutionell Garantie)이라고 명명하고, 사유재산제도, 상속제도, 가족제도, 가족생활의 기초가 되는 혼인제도 등과 같이 헌법이 전통적으로 확립되어 있는 전형적인 사법상의 제도를 보장하고 있는 것을 ‘제도보장’(Institutsgarantie)이라고 하였다. 예컨대 가족제도의 경우를 보면 가족 그 자체뿐만 아니라 가족의 구성원도 진정한 의미에서의 기본권을 가지지 못한다고 했다. 이들은 오직 제도로서만 헌법률적인 보호를 받는 것에 그친다고 하였다.²⁷⁾ C. Schmitt는 공법상의 제도를 보장하는 ‘institutionelle Garantie’와 사법상의

26) C. Schmitt(주 25), 157쪽 이하, 163쪽 이하, 168쪽, 169쪽 참조.

27) C. Schmitt(주 25), 171쪽 이하; C. Schmitt, “Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung,” *verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954*, 제3판 (Berlin: Duncker & Humblot, 1958/1985), 149쪽 이하, 160쪽 이하 참조. 이 논문은 칼 슈미트(지음), 김효전(옮김), 「합법성과 정당성」 (서울: 교육과학사, 1993), 149쪽 이하에 번역되어 있다.

제도를 보장하는 'Institutsgarantie'를 통틀어 말할 때는 'institutionelle Garantie'라는 용어를 사용하였다.²⁸⁾

그는 선국가적이고 천부적인 자유를 의미하는 기본권과 이런 제도보장은 성질상 서로 다른 것이라고 하여 그 취급에서도 같을 수 없다고 하였다. 자유권의 경우에는 진정기본권으로써 선국가적이고 그 보장이 무제한한 것이므로 그가 말하는 '배분의 원리'가 적용되지만, 제도보장은 어디까지나 국가의 법질서에 의해서 인정되는 것이므로 '배분의 원리'에 적용되지 않는다고 하였다. 그 결과 제도보장은 입법기관에 의해 법률로 제한되고 침해될 수 있다고 보았다. 그러나 그 경우에도 제도 그 자체를 폐지하지는 못하는데, 헌법상의 제도보장은 바로 여기에 그 법리적인 의미가 있다고 한다. 헌법(Verfassung)과 헌법률(Verfassungsgesetz)을 구별하는 그의 헌법구조에 대한 이해를 전제로 하여 제도보장을 헌법률에 의해 규율되는 특별한 보호 즉 '헌법률적 보장'(verfassungsgesetzliche Garantie)이라고 한 것은 이런 법리를 말해주고 있다.²⁹⁾

이와 관련하여 그는 '헌법보장'(Verfassungsgarantie)에서의 보장의 의미와 '헌법률적 보장'에서의 보장의 의미를 명확히 구별하였다. 그는 헌법에서 보장한다고 했을 때의 그 '보장'은 보장의 훼손이 곧 헌법 자체의 훼손을 뜻하는 것이고, 보장의 대상에 대한 침해가 헌법 그 자체에 대한 침해와 동일시되는 것을 의미한다고 했다. 헌법률적 보장은 법률에 비하여 개정이 가중되어 있는 헌법률이라는 '가중된 개정가능성'(erschwerte Abänderbarkeit)에 힘입어 입법자로부터의 단순한 침해를 방지하는 것이라고 하였다.³⁰⁾ 이러한 그의 인식에는 법률국가에 대립한 헌법국가의

28) C. Schmitt(주 25), 170쪽; C. Schmitt(주 27), 140쪽 참조.

29) C. Schmitt(주 25), 170쪽 참조.

30) C. Schmitt(주 27), 153쪽 이하 참조.

개념이 바탕에 깔려 있었다. 그에게 있어 제도보장은 이런 의미를 가지고 있었던 것이었으므로 헌법상 어떤 제도의 계기가 있는 것만으로 모두 제도보장이라고 하는 확대된 주장에 대해서는 반대하였다.³¹⁾

그는 제도보장이 경우에 따라서는 ‘현상유지의 보장’(Statusquo-Garantie)으로서의 성질을 가지는 경우도 있지만 원칙적으로 양자는 다른 것이라고 했다.³²⁾ 제도의 보장이 제도를 그대로 존재케 하는 ‘제도존립에 대한 권리’(Recht auf Existenz)를 인정하는 것이 아니라는 것이다.³³⁾ 한편 제도보장과 주관적 권리의 보장은 서로 다른 것이지만 양자가 함께 인정되는 경우도 없다고 보아 양자를 택일관계로 보는 것은 잘못이라고 하였다. 제도보장에는 주관적 권리와 함께 하는 제도보장과 그렇지 아닌한 제도보장이 있다고 했다. 주관적 권리와 함께 하는 제도보장의 경우에도 본질에 있어서는 주관적 권리나 소구가능성은 제도보장과 전혀 다른 성질의 것이다. 그러나 이런 경우에도 주관적 권리는 어디까지나 제도보장에 봉사하는 것이 그 목적이기 때문에 개인주의적—이기주의적인 주관적 권리자의 이익이 지배하는 것이 아니라 제도적 관점이 지배한다고 보아 제도보장에 예속되는 관계에 있다고 하여 ‘진정기본권’(echtes Grundrecht)과는 다른 것이라고 보았다.³⁴⁾ 명쾌한 이론적 해명이 뒷받침된 것은 아니지만 그는 사소유권의 내용과 한계를 법률유보사항으로 한 바이마르 헌법 제153조 제1항을 순전한 제도보장의 법리로 이해하는 것에는 곤혹스런 태도를 취하면서 여기에 함유되어 있는 기본권으로의 성격을 강조하는 태도를 취하였다. 이 규정은 진정한 제

31) 예컨대 C. Schmitt(주 27), 152쪽 이하에서 제도보장개념을 확장시키는 K. Loewenstein의 견해에 대해 비판하는 것에서 이런 점을 볼 수 있다.

32) C. Schmitt(주 27), 150쪽, 156쪽 이하 참조.

33) C. Schmitt(주 25), 171쪽 참조.

34) C. Schmitt(주 27), 149쪽 참조.

도보장이 아니라고 평가하였다.³⁵⁾

한편 그는 그의 선국가적 기본권이론과 제도보장이론을 관철시키는 논리로 국가와 독립되어 있는 결사체(Gemeinschaft)에 주관적 권리가 인정되는 경우에도 이는 ‘배분원리’가 적용되는 ‘진정한 의미의 기본권’(Grundrechte im echten Sinne)은 아니라고 분명히 하였다. 즉 그의 설명에 따르면 국가는 국가와 독립되어 조직된 결사체에 대하여 여러 종류의 주관적 권리를 부여할 수 있고, 또 나아가 단체의 존립에 관한 권리를 부여할 수 있으며 헌법률적으로도 보장할 수 있지만 어느 경우에도 이런 것은 진정한 의미의 기본권을 보장하는 것은 아니라고 했다.³⁶⁾ 그의 기본권이론에 의할 때 이러한 그의 설명은 논리필연적인 귀결이라고 할 것이다(이런 논리는 법인이나 단체와 같은 결사체의 기본권 주체성인정 문제에서 일률적으로 부정하는 결론에 이르게 되는 것과 연결되어 있다.).³⁷⁾

3. 준별론에 대한 검토

준별론은 무엇보다 C. Schmitt의 이론을 무분별하게 우리의 경우에 직접 대입하는 오류를 빚었다. 우리 헌법에 제도를 보장하고 있는 것이 과연 C. Schmitt가 말한 것과 같이 우리 역사상 전통적으로 정착된 제도이기 때문에 그런 것이냐 하는 문제에 대하여는 실제상의 역사와 헌법규정의 해석상 준별론과 같은 주장은 성립될 수 없다는 비판이 충분히 그 문제점을 지적한 것으

35) C. Schmitt(주 25), 172쪽; C. Schmitt(주 27), 149쪽 이하 참조. C. Schmitt의 제도보장이론에 대한 자세한 설명으로는 허영(주 6), 26쪽 이하 참조.

36) C. Schmitt(주 25), 173쪽 이하 참조.

37) C. Schmitt의 기본권이론에 대한 자세한 것은 C. Schmitt(주 25), 157쪽 이하; 허영(주 6), 17쪽 이하 참조.

로 보이므로 여기서는 논의를 생략한다.³⁸⁾

무엇보다 이런 준별론이 가지고 있는 가장 큰 문제점은 기본권보장과 제도보장을 엄격히 분리하고, 그 전제하에 헌법의 특정조항을 아무런 근거로 없이 그들이 말하는 ‘제도보장규정’이라고 단정한다는 점에 있다. 그리하여 헌법상 어떤 조항을 제도보장으로 규정지속 나면 이를 기본권보장과는 단절된 것으로 이해한다. 여기에 기본권보장에 있어 준별론이 가지고 있는 치명적인 취약점과 위험성이 있다. 특히 헌법이 문언상 ‘제도’라는 단어를 사용하고 있지 않는데도 ‘자유’나 ‘권리’라는 단어가 명기되어 있지 않다는 이유로 곧 바로 제도보장이라고 단정하고 그 해당규정을 준별론이 의미하는 제도보장규정이라고 해석한 것은 기본권보장이 최대한의 보장이라고 주장한 그들의 주장에 어울리지 않게 기본권실현을 저지하는 결과를 초래하였다. 준별론은 그들이 규정짓는 ‘제도보장’이라는 개념을 전제로 하여 예컨대 헌법 제8조 제1항을 복수정당제도, 헌법 제12조 제3항, 제4항, 제6항을 영장제도, 변호인제도, 구속적부심사제도, 헌법 제31조 제4항을 교육제도와 대학의 자치제도, 헌법 제33조 제1항, 제2항을 노동조합제도, 헌법 제36조 제1항을 혼인·가족제도, 헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항을 선거제도, 헌법 제17조와 제118조를 지방자치제도를 각 보장하는 제도보장의 규정으로 해석하였다. 그러나 위의 헌법조항 중에서도 기본권이 도출될 수 있음은 이미 앞에서 살펴본 것과 같다.

준별론의 설명을 보면, 무엇보다 각 견해가 제도보장이라고 지적하는 규정이 왜 제도보장에 해당되는 것인지에 대하여 아무런 논증이 없다는 점이 눈에 띈다. 일방적인 주장만 표출되어 있는

38) 제도를 보장하는 우리 헌법상의 규정을 이해하는데 있어 무분별하게 C. Schmitt의 ‘제도보장이론’을 적용시키는 준별론의 오류에 대한 비판의 한 예로는 다음의 비판을 보기 바람. 허영(주 3), 166쪽 이하.

것이 거의 대부분이다. 각각의 견해마다 제도보장에 포함시키는 범위가 달라 일단 표명된 견해에 있어 서로 차이가 난다면 당연히 자기의 견해와 다른 견해에 대하여 언급을 하고 자기의 견해를 명확히 논증하는 것이 학문적 논의에 있어 올바른 태도이다. 그러나 준별론에는 이런 점이 무시되어 있다. 이론적 논증이 거의 없기 때문에 학문적으로 평가하기도 어렵지만 준별론을 취하는 학자들이 나름대로 제도보장이라고 설명하고 있는 우리의 헌법규정을 우선 살펴보면 아래와 같다.³⁹⁾

《준별론에서 지적하고 있는 제도보장규정》

	김철수	권영성	안용교	구병삭	박일경	문홍주
국군의 정치적중립(제5조 제2항)		○	○			
직업공무원제도(제7조 제2항)	○	○	○	○	○	○
복수정당제도(제8조 제1항)	○	○	○		○	○
특권제도의 금지(제11조 제2, 3항)					○	
량장제도, 변호인제도, 구속적부심사제도(제12조 제3, 4, 6항)					○	
언론·출판제도(제21조 제1항)		○	○		○	
정교분리(제20조 제2항)				○		
사유재산제도(제23조 제1항)	○	○	○	○	○	○
교육제도, 대학의 자치(제31조 제4항)	○	○	○		○	○
노동조합제도(제33조 제1, 2항)					○	○
혼인·가족제도(제36조 제1항)	○	○	○	○	○	○
선거제도(제41조 제1항, 제67조 제1항)		○	○		○	
지방자치제도(제117, 118조)	○	○	○	○		
농민소작제도금지(제121조 제1항)				○		
농어민중소기업자 자조조직준립(제123조 제5항)	○			○		

표 3

39) 김철수(주 3), 237쪽 이하; 권영성(주 2), 215쪽; 안용교(주 20), 272쪽, 321쪽; 구병삭(주 20), 240쪽; 박일경(주 20), 202쪽 이하; 문홍주(주 20), 210쪽 이하. 서로 차이가 나는 각각의 견해에서 지적된 규정이 왜 제도보장에 해당되는냐에 대해서 서로 언급이 거의 없기 때문에 각 견해를 이해함에 있어 어려움이 있다. 다만 김철수 교수는 언론·출판·집회·결사의 보장과 선거제도, 노동3권의 보장을 제도보장에 포함시키는 견해에 대하여 비판하고, 이는 제도보장이 중심이 아니라 기본권보장으로서 더 중요성을 가지므로 최대한의 보장을 인정하여야 할 것이라고 한다. 김철수(주 3), 238쪽 참조. 구병삭 교수는 “노동자의 노동3권, 언론·출판의 자유보장, 민주적 선거제도의 보장도 들 수 있지만, 그것은 기본권의 객관적 가치질서로서의 성격이 더 강하다고 할 수 있다.”라고 한다. 독일에서 Presse의 보장이 제도보장이냐, 그때의 제도보장의 의미가 무엇을 뜻하는냐 하는 문제를 두고 첨예한 학문적 의견의 대립이 있었던 점을 고려해보면 좀더 깊은 검토와 논의가 필요하다고 본다.

준별론은 기본권보장은 최대한의 보장이고 제도보장은 최소한의 보장이라는 도식적인 주장을 하여 그 본래의 의도와는 다를지 몰라도 기본권실현에 혼란을 초래하였다. 우선 위에서 보았듯이 헌법이 가치체계이고 기본권보장과 관련된 제도의 보장도 최대한의 보장인 기본권의 실현을 위하여 존재의 정당성을 가진다면 이런 제도보장이 법리상 최소한의 보장이 될 수는 없다. 제도의 보장에는 헌법유보와 법률유보라는 수준을 달리하여 규정하는 방법이 있는 만큼 그 범위 내에서 국회의 입법형성의 자유가 기본권보장에서보다 더 클 수는 있는 여지는 있지만 그렇다고 해서 제도보장이 항상 최소한의 보장으로 되는 것은 아니다. 제도보장은 최소한의 보장이 아니라 기본권보장에 기속되면서 입법형성의 자유가 허용되는 범위 내에서 인정되는 것이다. 따라서 준별론과 같이 ‘기본권보장=최대한의 보장, 제도보장=최소한의 보장’이라는 도식적인 이해는 기본권과 결합되는 제도를 이해함에 있어 논리 그 자체 모순을 가지는 것이 된다. 기본권의 보장을 최대한의 보장이라고 하고 제도보장이 기본권침해의 논리가 되어서는 안 된다고 아무리 강조하더라도 다른 한편으로 이를 구체화시키는 제도의 보장이 여전히 최소한의 보장이라고 하는 자세를 고수하는 한, 많은 이들이 이른바 ‘제도보장이론’에 대하여 우려를 표명하였듯이 제도보장에 의하여 기본권보장은 오히려 형해화되고, 제도형식을 통한 국가의 기본권침해라는 통로를 열어주는 것이 된다. 준별론이 안간힘을 쓰고 있음에도 불구하고 애석하게도 스스로 빠진 함정이다.⁴⁰⁾

40) 이 문제와 관련하여 권영성 교수는 제도보장을 최소한의 보장이라고 보는 견해를 유지하면서 언론·출판제도를 준별론이 말하는 의미의 제도보장이라고 한다. 권영성(주 2), 215쪽. 권영성(주 2), 506쪽 이하에 나타나 있는 언론·출판의 자유에 관한 권영성 교수의 설명을 살펴보면, 이런 주장이 언론·출판의 자유를 최소한의 보장으로 제한하려는 것이 아니라 언론·출판의 자유를 실질적으로 실현하고자 하는 의도를 가진 것으로 보

준별론에 의하면 기본권보장과 제도보장이 엄격히 구별되므로, 이런 구별론이 헌법조항의 해석에도 적용되어 자칫 헌법조항의 해석에도 적용되어 자칫 헌법조항의 해석에 있어 경직성을 초래하기 쉽다. 헌법의 문언상의 표현에 얽매어 헌법이 명문으로 자유와 권리를 보장하는 것만 기본권보장규정이라고 하기 쉽다. 이런 경직된 헌법해석은 기본권의 보장이념과 기본권실현이라는 실천적 요구에 적절히 부응할 수 없다. 준별론에 해당하는 견해 중 기본권보장에 대한 강한 의지를 보이는 견해마저 그 열정에도 불구하고 그 이론화에 있어 정치한 체계를 구축하지 못하고 개념과 논의상의 혼란을 초래한 것은 이런 도식적 이해에 따른 사고의 경직성에서 비롯되는 것이라고 지적할 수 있다. 프랑스나 독일에서 제도를 인식상의 문제로 삼아온 것의 바탕을 들여다보면 유럽에 있어서 주관주의(Subjektivismus), 자유주의(Liberalismus), 개인주의(Individualismus)라는 개념과 이에 대한 인식을 둘러싼 논의 속에서 이들 개념과 범주와는 다른 사회적 질서 또는 실정법상의 질서를 형성하는 비주관주의적, 비자유주의적, 비개인주의적인 영역을 어떻게 처리할 것이냐 하는 문제가 놓여 있음을 발견할 수 있다. 아울러 객관과 주관이라는 이분법적 인식을 저변에 두고 혼란스런 논란을 계속하는 이런 논의에 과연 우리가 같이 빠져들어 고민해야 할 필요가 있는가 하는 점을 숙고해보면 그간의 논의에 대한 새로운 성찰을 해볼 여지도 없지 않다고 보인다.⁴¹⁾ 특히 준별론에서 볼 수 있는 것과 같

이지만 제도보장을 최소한의 보장으로 보고 있는 한 논리일관 된 이론구성이라고 하기는 어렵다. 이 문제와 관련해서는 이미 김철수(주 3), 238쪽에서 볼 수 있듯이 김철수 교수의 지적이 있었다. 일본국 헌법학계에서도 이런 시각의 위험성을 비판하는 견해가 제기되었다. 예컨대 호부신희, 「현대인권론」(동경: 유배각, 1974), 102쪽 이하, 156쪽, 387쪽 이하 참조.

41) 서구의 경우 자유주의, 개인주의, 주관주의 등에 대한 인식은 영국과 미합중국의 경우가 다르고, 유럽(더 세분화하면 프랑스, 독일, 이탈리아 등)의 경우가 다르다. 이들 용어가

은 논의는 C. Schmitt의 제도보장이론이 가지는 이론의 전략적 성격과 독일의 과거 특수한 상황과 특정 시기의 논의를 일반화시키는데 따르는 문제 등에 관한 충분한 검토가 없는 상태에서

얼마나 다의적인 개념으로 받아들여져 혼선을 빚었으며(서구의 정신사, 이념사를 훑어볼 때 이런 혼란은 그들의 문제이다) 학문에서도 논란이 있었는가(때로는 무용하기도 했던)를 깊이 생각해보면 제도문제를 그들의 이분법적 사고에서 어떻게 정리할 것인가는 일차적으로는 혼란된 그들의 논의속에서 그들이 정리해내야 할 문제이다. 이런 문제의 단서는 그들의 법학서에서도 나타나 있다. C. Schmitt(주 27), 171쪽 이하; P. Häberle(주 6), 73쪽 이하 참조. 김효진 교수가 (주 6)의 글에서 적절히 지적하였듯이 유럽에서의 제도에 대한 논의는 그 나름의 정신사적, 이념사적 맥락 속에 논의되고 있는 것이므로 우리가 그 문제에 뛰어 들어 같이 인상을 쓰며 심각한 척하는 것은 길을 가다가 남이 흥분하는 것을 보고 자기도 흥분하여 시위대열에 끼여들어 무턱대고 어느 한편에 돌팔매질을 하는 것과 다름이 없다. 내가 보기에는 제도를 처음부터 객관적인 것으로 못박아 놓고 이런 인식이 잘된 것이니 잘못된 것이니 하는 것은 객관과 주관의 엄격히 구별해온 서구 인식론에서의 혼란의 한 표현으로 보인다. 서구철학에서 객관과 주관의 문제를 두고 전개되어 온 논의를 잘 들여다 본 다음 권리를 주관으로 제도를 객관으로 설정하는 인식의 틀이 과연 합당한 것인가를 처음부터 다시 음미해보면 이들 논의의 좌표를 잘 판독할 수 있으리라 생각한다. 인식의 범위를 좁혀 개인적 권리로서 주장할 수 있는 성질을 '주관'으로, 그렇지 아니한 것을 '객관'으로 이해하는 기존의 틀만 놓고 보아도 '반사적 리익'의 권리로의 전회문제를 고려해보면 이런 기존의 틀도 계검되어야 할 여지가 남아 있는 것이다. 한편 우리 몸에 배인 그간의 서구적 논의를 밀쳐두고 인식의 문제를 처음부터 다시 생각해보면, 서구와는 달리 우리 삶의 호흡 속에는 주관과 객관이 엄격히 구별되지 않는 것, 기론적 사유가 자리잡고 있는 곳, 상대적 개념이 해체되는 선교적 인식이 자리잡을 수 있는 곳, 현학적 사유가 자리를 점하고 있는 곳 등이 존재하여 삶에 있어 탄력성과 유동성을 유지시켜 주는 부분이 있다. 이러한 부분을 과연 법학이 관심의 대상에서 배제시키고 서구적 논의만 붙잡고 외곬수로 돌진할 수 있을까? 학문적 지식이 가지고 있는 한계와 우리의 관심의 변화에 대하여 겸손하게 재음미해보면 이 문제는 계속 탐구되어야 할 성질의 것이라고 생각된다. 이런 문제제기가 생소한 것으로 보이지 않을 때 우리의 문제를 해결하는 방도를 좀 더 쉽게 포착할 수 있지 않을까? 언뜻 보기에 이 글의 주제나 논의방식과는 동떨어진 엉뚱한 이야기 같을지 모르지만 여기서는 물음으로 남겨둔다. 누군가 이 문제를 생각하고 있을지도 모른다. 한국의 법학자 황산덕은 그의 법학이 성숙도니 단계에서 왜 이런 문제에 매달렸을까? 서구적 방법을 차용하는 것이기는 하지만 우리의 삶 속에서 나타나는 법현상과 법문제들에 대해 범사회학적인 탐구와 범인류학적인 탐구가 심도 있게 진행되면 우리의 법문제를 설명하는 데서도 패러다임의 변화가 올지도 모른다. 이런 문제와 관련하여 주목되는 최근의 글로는 이흥재, "고용보장의 법적 구조에 관한 시론," 「서울대학교 법학」 제 32권 1·2호(1991. 8.), 93쪽 이하를 보기 바람.

도식적이고 단순화된 형태로 C. Schmitt의 이론을 만연이 추종하여 전개된 면도 없지 않다.⁴²⁾ 독일에서 헌법상의 제도보장에 관하여 전개된 논의들을 살펴볼 때 헌법상의 제도보장을 C. Schmitt의 견해에 집착하여(그것도 때로는 논자의 억측까지 포함시켜) 이해하는 것은 문제라고 하지 않을 수 없다.⁴³⁾

42) 예컨대 독일의 경우 1849년의 프랑크푸르트헌법 제184조는 모든 지방자치단체는 단체장과 대표의 선출, 자치행정에 대하여 기본권(Grundrechte)을 가진다고 규정하였고, 바이마르헌법 제127조는 지방자치단체와 지방자치단체연합회는 법률의 범위 안에서 자치행정에 대한 권리(Recht)를 가진다고 규정하여 과연 지방자치단체가 가지는 것이 기본권이나 하는 것이 논란의 대상으로 되었다. 오늘날에는 기본권이론의 발달로 국가나 지방자치단체는 기본권의 주체가 될 수 없다는 것이 밝혀졌지만 당시 법실증주의적 분위기 속에서는 이 문제가 큰 쟁점이었다. 특히 자유를 중심개념으로 한 기본권을 대국가적 효력을 가지는 주관적 공권으로 이해하고 이를 국가와의 관계에서 선국가적이고 천부적인 것이라고 본 C. Schmitt가 이론적으로 밝히고자 한 점을 보면 오늘날에는 범용어에서 권리(Recht)와 권능(Kompetenz)은 엄격히 구별되어 이해되고 있지만 당시에는 용어법상의 혼란과 개념상의 혼란이 있었던 것으로 보인다. 이런 용어와 개념의 혼란 그리고 당시 독일에 있어 지방자치단체가 접하는 법적 지위와 관련된 문제를 해결하는데 있어 당시의 혼란된 독일학계의 논란 속에서 이를 명확히 하기 위해 제도보장이론을 전개한 면도 있는 것으로 보인다. 한편 C. Schmitt는 법률만능주의에 기초한 독일 법실증주의자들의 헌법해석에 맞서 헌법상의 제도는 입법자를 구속하는 것이라는 헌법우위의 법리를 정립하려는 의도를 가지고 있었다. 이런 그의 이론적 전략의 측면은 제127조의 해석을 두고 G. Anschütz의 견해와 대결한 것에서도 발견할 수 있다. C. Schmitt(주 27), 143쪽 이하 참조. 일본국 헌법학계에서도 C. Schmitt류의 제도보장이론에 기초를 둔 논의가 주류를 이루어 왔으나 山下健次, 芦部信喜 등에 의하여 문제점이 지적되고 비판되었다. 山下健次, “制度保障の法的性格のその問題點,” 「공법연구」 제26호(1964), 81쪽 이하(특히 85쪽 이하); 芦部信喜(註 40), 102쪽 이하, 156쪽, 387쪽 이하; 山下健次, “人權と制度的保障の理論,” 小嶋和司(編), 「憲法の争點」(東京: 有斐閣, 1985), 64쪽 이하; 芦部信喜, 「憲法」(東京: 岩波書店, 1993), 77쪽 이하 참조.

43) 독일에서의 헌법상의 제도보장에 대한 논의들의 전개에 관한 국내 문헌으로는 신현직, “기본권과 제도보장”(석사학위논문, 서울대학교 대학원, 1979), 6쪽 이하; 이명구, “제도적 보장의 이론,” 「고시연구」 제7권 제7호(1980년 7월호), 12쪽 이하; 김영수, “제도적 보장(상),” 「월간고시」 통권 115호(1983년 8월호), 78쪽 이하, “제도적 보장(하),” 「월간고시」 통권116호(1983년 9월호), 69쪽 이하; 신현직, “기본권과 제도보장,” 「고시계」(1991년 7월호), 53쪽 이하를 참조하기 바람. 이명구 교수는 위 글에서 제도보장에 대한 독일에서의 논의전개를 간단히 소개하면서 국내에서 천편일률적으로 설명되어온 종래의 이해에 대하여 주의를 환기시키고 있다. 위의 글, 20쪽 참조. 김영수 교수도 위의 글에

준별론이 가지는 기본권보장과 제도보장의 구별에 대한 도식적인 이해는 자칫 기본권보장과 제도보장의 단절을 가져올 우려가 있다. 준별론 중에는 기본권보장과 제도보장의 단절을 우려하여 제도보장으로 본 헌법규정에서도 중첩적으로 기본권이 보장되고 있는 경우가 있고, 양자의 관계를 ‘제도보장의 기본권수반형’, ‘양자의 보장병립형’, ‘기본권의 제도종속형’이라고 유형화시키기도 하는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 그러나 이런 이론구성은 기본권보장의 우위나 기본권의 최대한보장이라는 기본권보장의 이념을 충족시키기에 부족하다고 보인다. 준별론 중 제도와 함께 기본권이 동시에 보장되는 경우를 그렇지 아니한 기본권과 구별하여 기본권의 존재가 제도의 목적에 봉사하고 제도보장에 예속되는 것이라는 의미의 ‘부진정기본권’이라고 이해하는 태도는 기본권보장에 제도보장이 뒤따르는 경우에 비로소 기본권의 진정한 보장이 있다고 하는 현대 기본권보장의 실천적 이해와 조화되기 어렵다.⁴⁵⁾

서 독일에서는 제도보장에 관하여 다양한 논의가 전개되어 왔음에도 국내의 이른바 ‘통설’이라고 불리는 견해들은 여전히 C. Schmitt적인 이해에 머무르고 있다고 지적하였다. 김영수, 위의 “제도적 보장(하)”, 79쪽 참조. 제도적 보장에 관한 김영수 교수의 논의는 “기본권과 제도적 보장,” 「현대 공법의 제문제」 화정서주실박사화갑기념논문집(부산: 화정서주실박사화갑기념논문집간행위원회, 1992), 85쪽 이하에서 재확인되고 있다. 김효진 교수도 “한국의 경우에는 제도이론의 계보 내지는 원천에 대한 기본적인 이해가 부족하기 때문에 그 오해와 혼란이 가중되고 있는 실정이다.”라고 비판하였다. 김효진, “제도이론의 계보”(주 6), 25쪽 이하. 이런 지적이 1980년 이후 있었음에도 국내의 대부분의 수험용 ‘교과서’에서는 이런 지적도 아예 무시하고 지금까지 용의주도하게 친권원론적인 설명을 반복하고 있다. 이미 독일에서도 C. Schmitt의 이론에 대하여는 F. Klein에 의해 일찍이 비판이 제기되었다. H.v.Mangoldt/F.Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, 제1권 (Berlin/Frankfurt a.M. : Franz Vahlen GmbH, 1966), 83쪽 이하 참조. 제도보장에 관한 국내의 초기 논의에 관하여는 김철수, “제도보장의 의의와 법적성격,” 「고시계」 1965년 5월호, 89쪽 이하 참조.

44) 권영성(주 2), 213쪽 이하, 298쪽 이하, 328쪽 이하, 587쪽 참조.

45) 제도보장과 함께 기본권이 동시에 보장되는 경우를 기본권만이 보장되는 경우와 구별하여 ‘부진정 기본권’이라고 보는 김철수 교수와 권영성 교수의 견해는 C. Schmitt의 견해에서 비롯된 것이다. 김철수 교수는 기본권보장과 제도보장에 관해 C. Schmitt의 견해를 따르기 때문에 그의 견해를 따라 이런 설명을 유지하는 것으로 보이지만, 권영성 교

오늘날에는 ‘진정기본권’과 ‘부진정기본권’의 구별론은 더 이상 실제상의 의미를 가지지 못한다. 제도보장이 기본권보장과 함께 존재할 때는 제도보장이 헌법유보사항인가 아니면 법률유보사항인가 하는 것이 문제될 뿐이다. 기본권을 제한하는 제도보장에 기본권보장의 보편적 원리가 그 한계를 확정하는 지도원리로 가능하듯이 이런 것의 판단에 있어서도 기본권보장의 보편적 원리가 지도원리고 기능한다. 따라서 제도보장이 기본권보장과 관련될 때는 그 제도보장은 국회가 가지는 입법형성의 자유범위 내에서 역시 최대한의보장으로 구체화되지 않으면 안 된다. 자유의 실현이든 사회권의 실현이든 이 점에서는 차이가 없다. 기본권을 실현하는 제도라면 기본권실현의 수준에 부응하는 수준의 제도보장이 뒤따라야 한다. 제도보장에 기본권제한의 요소가 포함되어 있는 경우에는 철저히 기본권제한의 한계에 대한 헌법적 법리에 기속된다. 이러한 이해가 기본권보장의 이념에 충실한 태도라고 생각한다.

V. 결 론

기본권을 명시적으로 정하고 있는 기본권조항이외의 헌법규정에서도 기본권을 도출할 수 있느냐 하는 문제는 기본권의 이중성을 인정할 것이냐 또는 자유나 기본권의 개념에 있어 제도를 그 개념의 요소라고 볼 것이냐 하는 문제와 반드시 일치하지는 않는다. 자유와 제도가 개념상으로는 서로 별개의 것이라고 구별

수는 C. Schmitt가 인정하지 않은 기본권의 이중적 성질을 인정하면서 C. Schmitt의 ‘부진정 기본권’개념을 따르고 있다. 김철수9주 3), 239쪽, 241쪽; 권영성(주 2), 241쪽 참조.

하더라도 자유를 규정하고 있는 헌법규정에서 그 자유를 실현시킬 제도를 도출할 수 있고 어떤 특정의 제도를 보장하고 있는 규정에서 특정의 자유 또는 기본권을 도출할 수 있다. 더 깊이 들어가 음미한다면, 앞에서 잠시 언급하였듯이 과연 기본권을 주관적이라고 하고 제도를 객관적이라고 단정짓는 것이 타당한지 (이것은 기본권의 이중성인정부문제제가 아니다), 그리고 그때의 주관과 객관이 무슨 의미이며, 법적 효과의 면을 고려할 때 과연 그런 인식이 기본권실현과 현대 입헌국가의 이념을 실현시키는데 얼마나 기여할 수 있는지에 대하여 이 문제와 관련된 문제들과 함께 재검토를 해볼 필요가 있다. 이 논문에서는 일단 이 문제를 차치하고 기본권을 순전히 주관적 권리라고 보더라도 그 기본권을 규정하고 있는 규정에서 해당 기본권을 실현시킬 제도를 도출할 수 있고, 제도를 객관적인 것이라고 보더라도 성질에 따라서는 제도를 보장하고 있는 헌법규정에서 기본권을 도출할 수가 있다는 점을 밝혀두고자 한다. 그러나 분명한 것은 제도의 보장이 그 자체 항상 객관적인 것은 아니라는 점이다. 실정헌법의 해석은 헌법원리에 합치되는 한에서 탄력적으로 접근하는 것이 필요하다. 헌법해석이 가지는 이런 법리는 헌법이 가지고 있는 역사성, 개방성에서 도출되는 결론이다. 헌법해석의 통일성이라는 요청이 이런 점을 방해하는 것이 아님은 이미 지적하였다. 특히 실정헌법의 해석에 있어 어떤 특정의 이론이나 학설에 얽매어 헌법해석작용의 생동력을 억제하는 것은 ‘이론’ 그 자체에 대한 이해에서부터 잘못된 것이다. 이론은 인간의 실존적인 생활 속에서 체계화될 때 비로소 존재의 정당성과 설득력을 가질 수 있다. 이러한 이론만이 우리의 삶으로부터 소외되지 않는 본질적(radical)인 것으로 될 수 있고, 실천성을 가질 수 있다. 어떤 이론도 인간의 생활을 발전시키고 인간의 문제를 해결하는데 있어

장애가 되면 즉시 폐기되어야 한다. 처음부터 잘못된 이론이든 시간이 지나 현실적합성을 상실한 것이든 마찬가지이다. 인간은 어떤 경우에도 이론의 포로가 될 수 없다. 이론이 인간의 삶을 규정하는 것이 아니라, 인간의 삶이 이론을 규정한다. 실천적 이론과 이론적 실천에 관심을 집중하고 있는 ‘통합과학으로서의 헌법학’은 이 글의 주제에 대한 논의에서도 여전히 원래의 기본자세를 유지한다.⁴⁶⁾ 이런 관점에서 볼 때 종래의 ‘기본권보장-제도보장 준별론’은 우리 헌법상의 기본권보장에 대한 이해와 실천 그리고 헌법규정의 해석에 있어 많은 문제점을 노정시키고 있으므로 극복되어야 할 필요가 있다고 하겠다. 제한된 지식과 한정된 정보 속에서 어떤 특정된 논의에 감탄하여 의도적으로 이를 적용할 사안을 우리의 현실에서 조작적으로 찾을 것이 아니라, 먼저 우리의 생활현실을 면밀히 관찰하고 이해한 후 우리 문제를 해결함에 있어 필요한 논의를 풍요롭게 하는데 도움을 주는 이론적 자원을 광범하게 살펴보는 것이 제대로 된 학문적 자세이다. 이른바 우리 사회에서 심각히 거론되고 있는 ‘국적없는 학문’의 폐해는 우리의 현시도가 우리의 문제를 먼저 이해하려고 하지 않고 ‘새것 콤플렉스’와 ‘외국 콤플렉스’속에서 만연히 외국의 특정 논의를 우리의 논의로 대치시켜 안이하게 우리의 문제에 적용한 것에서 빚어진 점이 적지 않다.⁴⁷⁾ 우리 헌법에 정해진 제도보장의 문제도 마찬가지이다. 우리 헌법이 정하고 있는

46) ‘통합과학으로서의 헌법학’에 관해서는 정종섭, 「헌법연구(1)」(서울: 철학과현실사, 1994), 11쪽 이하를 참조하기 바람.

47) 이 문제와 관련한 진지한 논의의 한 예로는 다음의 문헌을 보기하기 바람. 조동일, 「우리 학문의 길」(서울: 지식산업사, 1993); 조동일, “우리학문 총괄이론을 위하여,” 「철학과 현실」 통권 20호(1994년 봄호), 248쪽 이하; 이강숙/신용하/이면우/이명현(좌담), “수입학문, 수입문화의 터널에서 빠져 나와야 한다,” 「철학과현실」, 같은책, 137쪽 이하; 이강숙/김영동(대담), “음악의 앞날은 민족의 숨결이다,” 「신동아」 통권 419호(1994년 8월호), 534쪽 이하; 이면우, 「W이론을 만들자」(서울:지식산업사, 1992).

제도가 어떤 내용과 의미를 가진 것인지를 먼저 이해하려고 힘써야 한다. 이른바 ‘근대화론’의 어류와 파산 끝에 우리 문제를 우리의 준거틀 속에서 해결해내야 한다는 것에 합의가 이루어지고 있는 현재의 우리 상황에서는 법학에 있어서도 먼저 역사적으로 그리고 현실적인 맥락 속에서 무엇이 문제가 되는지를 진지하고 성실한 자세로 찾아내어 이를 올바르게 인식하고자 노력하는 자세가 그 어느 때 보다도 절실하게 요구된다. 이 글의 주제에 대한 나의 견해도 이런 맥락에서 구상되고 전개되었다.

선거구획정에 관한 미국 연방대법원의 판례동향

박 홍 우

헌법연구관

서울고등법원 판사

- 목 차 -

- I. 서 론
- II. 선거구간 인구편차의 사법심사 대상성
 - 1. Colegrove 사건 이전
 - 2. Colegrove v. Green 사건
 - 3. Gomillon v. Lightfood 사건
 - 4. Baker v. Carr 사건
- III. 선거구간 투표가치의 평등과 그 기준
 - 1. “1인 1표”의 원칙
 - 가. 개 설
 - 나. Gray v. Sanders 사건
 - 다. Wesberry v. sanders 사건
 - 라. Reynolds v. Sims 사건
 - 2. 선거구간 인구편차의 허용범위
 - 가. 연방하원의원 선거구획정

나. 주의회의원 선거구획정

IV. Gerrymandering

1. 의 의

2. 인종적 Gerrymandering

3. 정치적 Gerrymandering

가. Davis v. Bandemer 사건 이전

나. Davis v. Bandemer 사건

V. 한국의 국회의원 선거구획정에 관한 검토

1. 1992. 3. 24. 국회의원총선거에 적용된 선거구분석

2. 미국 판례이론의 적용

가. 사법심사의 대상성 문제

나. 선거구간 투표가치의 평등과 그 기준

다. gerrymandering 문제

3. 맺 음 말

I. 서론

1992. 3. 24. 실시된 제13대 국회의원선거에 적용된 선거구 중 주민수가 가장 많은 선거구와 가장 적은 선거구 사이의 인구수 비율은 5 : 1이나 되었다. 이러한 비율은 미국이나 독일¹⁾ 등 선진국가에 비하면 매우 심하다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 지금까지 이를 다루는 소송이 제기된 바가 없다. 그러나 제6공화국 출범 이후 일어난 민주화의 물결과 더불어 국민의 인권의식이 점차 향상되고, 헌법재판소와 법원이 과거에 비하여 국민의 인권보장에 적극적인 오늘날의 여건 하에서는, 조만간 선거구간의 인구편차 문제가 소송사건화되어 사법적으로 검토되어질 것으로 예상된다. 헌법재판소와 법원이 선거구간의 인구편차 문제를 사법적으로 검토되어질 것으로 예상된다. 헌법재판소와 법원이 선거구간의 인구편차 문제를 사법적으로 검토함에 있어서는, 먼저 이러한 문제가 사법심사의 대상이 되는가, 즉 사법심사의 대상에서 제외되는 정치문제(political question)에 해당되는지 여부를 살펴보아야 할 것이다. 만약 사법심사의 대상이 된다고 인정한다면, 이상적인 선거구로부터 어느 정도의 인구편차가 합헌적으로 허용될 수 있는가, 즉 선거구간 투표가치의 평등과 그 기준은 무엇인가 하는 점이 문제된다. 그리고 선거구의 인구편차가 헌법적으로 허용되는 범위내인 경우에도 gerrymandering 문제가 제기될 수 있다. 다행히 이러한 문제들이 미국에서는 판례에 의하여 이미 해결되었거나 해결 되어가는 중에 있다. 그러므로 미

1) 독일의 연방선거법 제3조 제2항 제2호는 “1개의 선거구의 인구수는 선거구의 평균인구수와 비교할 때 100분의 25 이상의 편차를 가져서는 아니된다; 편차가 평균인구의 3분의 1 이상인 경우에는 신 경계가 설정되어야 한다”고 규정하고 있다.

국에서의 판례동향에 대한 검토는, 우리가 이상의 제 문제를 검토·해결하는데 상당한 참고가 될 수 있을 것이다.

이리하여 본고에서는 이상의 제 문제에 관하여 미국 연방대법원의 판례를 중심으로 그 동향을 살펴본 다음, 결론에 갈음하여 지난 제13대 국회의원총선거에 적용된 선거구 분석을 토대로 우리 나라 국회의원 선거구획정을, 미국의 판례를 적용하여 검토하기로 한다.

Ⅱ. 선거구간 인구편차의 사법심사 대상성

1. Colegrove 사건 이전

미국 연방대법원이 선거구획정(districting)과 의원정수배분(apportionment) 문제에²⁾ 관여한 것은 1932년부터이다. 1930년 인구조사가 실시된 후 전주의 3분의 2는 연방하원의원 의원정수 재배분(reapportionment)에 의한 영향을 받았다. 의원수가 증가한 주에서는 선거구재획정(redistriction)이 안 되는 경우 주 전역에서 증가된 수의 의원수를 선출하면 되므로 문제가 없었지만, 의원수가 줄어든 주에서는 어려운 문제가 제기되었다.

주의회가 감소된 선거구를 흡수하여 선거구를 재획정한 후 그

2) 미국에서 선거구획정과 의원정수배분은 서로 혼용되고 있는데 원래, 선거구획정은 문자 그대로 선거구를 획정하는 것을 의미하고, 의원정수배분은 의회가 하위기관의 의원수를 배정하는 것을 의미한다.(Leonard W. Levy, 외 2인, Encyclopedia of the American Constitution, New York: MacMillan Publishing Co., at 1520(1990) 참조). 이하에서는 선거구획정도 의원정수배분과 관련되고 미국에서도 이를 혼용하는 예가 보이므로 미국 판례의 판시사항에 따라 선거구획정 또는 의원정수배분의 측면에서 문제를 살펴보기로 한다.

새로운 선거구의 적법성을 다투는 사건이 여러 주에 있었고, 그 중 4사건이 연방대법원에서 심리되었다. 그 가운데 3사건에서는³⁾ 주의회가 연방하원의원 선거구를 재획정하는 법안을 제정함에 있어서 주지사가 거부권을 행사할 수 있는가 하는 문제가 쟁점으로 되었고, 다른 1건에서는 1911년의 의원정수배분에 관한 법률의 유효성에 관한 문제가 쟁점으로 되었다.⁴⁾ 그러나 어느 사건에서도 연방대법원은 선거구획정의 재판대상성 문제를 직접 다루지 않고 부수적인 쟁점으로 사건을 처리하였다.

3) *Smiley v. Holm* 285 U. S. 355(1932), *Carroll v. Becker* 285 U. S. 380(1930), *Koenig v. Flynn* 285 U. S. 375(1932); 위 사건 중 대표적인 것은 *Smiley* 사건이고 그 내용은 다음과 같다.

1930년의 인구조사를 근거로 연방의회는 Minnesota 주의 연방하원 의원수를 10명에서 9명으로 줄여 배정하였다. 이리하여 주의회는 주의 선거구를 9개로 나누는 법안을 통과시켰다. 그런데 주지사가 거부권을 행사하였다. 이와 같은 사안에서 주지사가 거부권을 행사할 수 있는가 하는 문제가 다투어졌고, 주대법원은 주의회의 연방하원의원 선거구획정에 관한 권한은 통상적인 주의 입법 활동이 아니라 연방헌법에 의하여 부여된 권한의 행사이므로 주지사에 의한 거부권의 대상이 되지 않는다고 하였으나, 연방대법원은 이 경우에도 주지사는 주헌법에 의하여 인정된 거부권을 행사할 수 있다고 판시하였다.

4) *Wood v. Broom* 287 U. S. 1(1932); 1911년의 전국인구조사가 있을 후 연방의회는 같은 해 의원정수재배분법(Reapportionment Act)을 제정하였다. 동법 제3조는 연방하원의원은 밀집한(compact) 지역으로 이뤄지고, 가능한 한 주민수가 대등한 선거구에서 선출되어야 한다고 규정하였다. 동법 제4조는 주의 의원수가 증가하는 경우, 위 제3조에 따라 새로운 선거구가 재획정될 때까지 증가된 의원은 주지역에서 선출된다는 규정을 두었다. 이와 유사한 규정은 1842, 1872, 1882, 1891, 1901년에 제정된 각 의원정수재배분법에도 있었다. 그러나 1929년에 제정된 의원정수재배분법에는 이 제3조, 제4조와 같은 규정을 두지 않았다. *Wood v. Broom* 사건에서 원고가 1929년에 제정된 Mississippi 주의 연방하원의원 선거구에 관한 법률이 1911년의 위 법률 제3조에 위배되는 형태로 선거구를 획정하고 있으므로 무효라고 주장하였으나, 연방대법원은 1911년의 위 법률은 1910년의 인구조사에 의한 선거구획정에만 적용된다는 이유로 위 Mississippi 주의 새로운 선거구획정에는 적용되지 않는다고 판시하였다.

2. Colegrove v. Green 사건

가. 미국 연방대법원은 1946년 Colegrove v. Green⁵⁾ 사건에서 불공정한 의원정수배분(malapportionment) 사건을 최초로 정면으로 다루었다. Northwestern 대학의 Kenneth Colegrove 교수는 불평등한 대표(representation)의 위헌문제를 제기하였다.

당시 Illinois 주의 선거구간 인구편차는 극심하였다. 즉 제5연방하원의원 선거구의 주민은 겨우 100,000명을 상회하였지만 제7연방하원의원 선거구의 주민은 900,000명을 상회하였다. Colegrove는 이 주민수의 편차로 인하여 제7연방하원의원 선거구의 주민인 그의 투표권의 가치가 제5연방하원의원 선거구 주민의 그것에 8분의 1밖에 되지 않는다고 주장하였다. Chicago 연방지방법원에 제출한 소장에서, 그는 Illinois 주의 연방하원의원 선거구에 관한 1901년의 법률은 1911년의 의원정수재배분법에서 요구하는 선거구 지역의 밀집성과 선거구간 인구의 평등이 결여되어 위 법률에 위배될 뿐 아니라 Illinois 주 제7연방하원의원 선거구의 주민으로서 연방헌법 수정 제14조⁶⁾에 의하여 보장되는 자신의 평등권이 침해되었다고 주장하였다. 그는 1946. 11.에 실시될 예정인 연방하원의원선거가 1901년의 위 Illinois 주법에 의하여 실시되는 것을 방지하기 위하여 위 1901년의 주법의 무효를 선언하는 판결을 청구하였다.⁷⁾ 이 사건은 연방지방법원에서 각하되어(dismissed) 연방대법원에 상고되었다. 연방대법원에서는 첨예하게 의견이 나뉘진 상태에서 3-1-3으로 상고가 기각되었다.⁸⁾

5) 328 U. S. 549(1946).

6) 연방헌법 수정 제14조 제1항; “어떠한 주도……그 지배하에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.”

7) Colegrove v. Green, 328 U. S. at 551.

다수의견을 집필한 Frankfurter 대법관은, 연방하원의원 선거 구획정계획은 전적으로 연방의회에 의하여 정하여져야 할 사안 이어서 법원은 이 문제를 판단할 권한이 없으므로,⁹⁾ 다시 말하면 쟁점이 “정치문제”를 내포하고 있으므로, 원고는 당사자적격 이 없이 사건이 기각되어야 한다고 판시하였다.¹⁰⁾ 그는, 헌법이 정부구조(government scheme) 내의 많은 의무의 이행을 행정부 와 입법부의 성실한 직무수행, 궁극적으로는 국민의 정치적 권리의 행사를 통한 감시에 맡겨두고 있고, 의원정수배분은 이러한 의무의 일종이라고 주장하였다.¹¹⁾ 그리고 “사법부가 국민의 정치 행위에 관여하는 것은 민주주의 제도에 맞지 않으므로” 법원은 “정치적 덩굴(political thicket)에 발을 들여놓아서는 안 된다.”¹²⁾ 고 하였다.

한편 Rutledge 대법관도 기각 주문에는 의견을 같이 하였다. 그는 법원이 재판관할권을 갖지만 정부내의 다른 기관과 사이에 충돌을 야기 시킬 수 있는 사안이어서 재판을 회피할 필요가 있고, 뿐만 아니라 권리구제를 하기에는 선거시기가 너무 촉박하다고 주장하였다. 결론적으로 그는 “하고자 하는 치료가 질환보다 더 나쁠 수 있다”고 느꼈던 것이다.¹³⁾

그러나 Black 대법관을 비롯한 William Douglas, Frank Murphy 대법관은 기각 판결에 반대하였다. Black 대법관은 1901년의 주법은 평등권조항이 보호하고자 하는 차별적인 입법의 일종

8) 이 사건은 Stone 대법원장이 사망한 후에 선고되었다. 또 당시 Robert Jackson 대법관은 Nazi 전범재판에 미국측 수석검찰관으로 Nuremberg에 가 있었기 때문에 이 사건의 평결에 참여하지 못하였다. 그래서 대법관 중 7명만이 평결에 참여하였다.(Royce Hanson, *The Political Thicket*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall Inc., at 43(1966)).

9) 328 U. S. at 551.

10) Id. at 552~554.

11) Id. at 556.

12) Id. at 553~554.

13) Id. at 564~566.

이므로, 법원은 당해 사건을 재판할 헌법상의 권한을 갖는다고 주장하였다.¹⁴⁾

나. Colegrove 사건에서 오직 3명의 대법관만이 선거구의 인구편차 문제가 사법심사의 대상이 되지 않는다고 하였고, 1950년대의 인구조사에 나타난 전후 미국의 인구이동, 그리고 일련의 law review에 실린 논문들에 의한 비판에도 불구하고, Frankfurter대법관의 견해는 1940년대 후반과 1950년대의 지배적인 견해로 보였다.¹⁵⁾ 실제 1946년과 1962년 사이에 연방대법원은, 대개 Colegrove 사건을 인용하면서, 제소된 의원정수재분배 사건 11건을 모두 기각하였다.¹⁶⁾

3. Gomillion v. Lightfoot 사건

1960년의 Gomillion v. Lightfoot¹⁷⁾ 사건에서 연방대법원은 주의 정치적 선거구획정(political districting)에 법원이 관여하는 것을 절대적으로 거부하지 않는다고 판시하였다.

Alabama 주는 Tuskegee 시의 대부분 흑인 유권자들이 거주하는 지역을 분리시켰다. 이는 유명한 흑인대학인 Tuskegee Institute의 정치적 영향력을 줄이기 위한 것이었다.¹⁸⁾ Tuskegee

14) Id. at 572.

15) Jon M. Anderson, Comment: Politics and Purpose: Hide and Seek in the Gerrymandering Thicket after Davis v. Bandemer, university of Pennsylvania Law Review, vol. 136, at. 191(1987).

16) Cook v. Fortson, 329 U. S. 675(1946); Truman v. Duckworth, 329 U. S. 675(1946); Colegrove v. Barnett, 330 U. S. 804(1947); Tedesso v. Bd. of Supervisors of Elections, 339 U. S. 940(1950); Remmery v. Smith, 342 U. S. 912(1952); Cox v. Peters, 342 U. S. 936(1952); Anderson v. Jordan, 343 U. S. 912(1952); Kidd v. McCannless, 352 U. S. 920(1956); Radford v. Gary, 352 U. S. 991(1957); Hartsfield v. Sloan, 357 U. S. 916(1958); Matthews v. Handley, 361 U. S. 127(1959).

17) 364 U. S. 339(1960).

18) Robert G. Dixon, Democratic Representation: Reapportionment in Law and Politics,

시가 축소됨으로써 영향을 받는 흑인 유권자들은, 그 도시 외에서는 투표권을 행사할 수 있었지만, 그 도시의 주민이 아니게 되었으므로 Tuskegee 시에서 시행되는 선거에는 참여할 수 없었다. 그들은 인종차별 행위의 피해자였기에 이에 항의하였다. 그들의 불만은 명백한 인종차별에 관한 것이었기 때문에 그들은 연방헌법 수정 제14조의 평등권조항 위배를 주장하였다. 그러나 Colegrove 사건의 기판력을 유지하기 위하여, Frankfurter 대법관은 법정의견에서 위와 같은 gerrymandering은 정부가 인종을 이유로 투표권을 제한하지 못하게 한 연방헌법 수정 제15조¹⁹⁾의 취지에 위배되기 때문에 위헌이라고 판시하였다.²⁰⁾ 아마 Frankfurter 대법관은 주의회에 의한 의원정수재배분을 다루는 소송이 폭주하고 있던 하급심법원이 비인종적인 불공정한 의원정수배분 사건은 재판대상이 되지 않는다고 알고 있기를 원하였을 것이다.²¹⁾

4. Baker v. Carr 사건

가. 연방대법원의 구성원은 Colegrove 사건이 선고된 1953년과 1960년 사이에 많이 변경되었다. Eisenhower 대통령은 Earl Warren을 대법원장에 임명하고 그 외 William Brennan, Charles Whittaker, John Marshall Harlan 및 Potter Stewart를 새 대법관에 임명하였다. Colegrove 사건 당시의 대법관으로는 Frankfurter, Black 및 Douglas 대법관만 남아 있었고 그 중 2명

New York: Oxford University Press, at 116(1968).

19) 연방헌법 수정 제15조 제1항; “합중국시민의 투표권은 인종……에 의하여 합중국 또는 어떤 주도 거부하거나 제한하지 못한다.”

20) 364 U. S. at 346.

21) Robert G. Dixon, Id. at 117.

은 Colegrove 사건에서 반대의견을 개진한 자들이었다.²²⁾ 이러한 상황에서 Baker v. Carr²³⁾ 사건이 제기되었다.

나. 1901년과 1961년 사이에 Tennessee 주는 크게 성장하였고 인구 이동도 많았다. 1901년의 인구는 2,020,616명이었고 그 중 487,380명이 투표권을 갖고 있었다. 그러나 1960년의 연방인구 조사에 의하면 Tennessee 주의 인구는 3,567,089명이었고 그 중 2,092,891명이 투표권을 갖고 있었다. 각 county의 유권자수 분포도 많이 변경되었다.²⁴⁾ 주민의 겨우 37%를 차지하는 county들에서 주상원의원 33명 중 20명이 선출되었고, 상원 선거구의 주민은 최고 131,971명에서 최저 25,190명에 이르렀다. 한편, 하원의 경우 주민의 40%를 차지하는 county들에서 99명의 의원 중 63명이 선출되었고, 하원 선거구의 주민은 최고 42,298명에서 최저 2,340명에 이르렀다.²⁵⁾ 그러나 Tennessee 주의 선거구는 1901년이래 의원정수를 재배분하지 않았다. Baker v. Carr²⁶⁾ 사건에서 Tennessee 주의 여러 지역에 거주하는 자들이 Tennessee 주의회의 의원정수배분은 “그들의 투표가치를 감소시킴으로써” 연방헌법 수정 제14조의 평등권을 위배하였다는 확인 판결(declaratory judgment)을 구하였다. 연방지방법원은 그 해악이 심각하므로 지체 없이 시정되어야 한다는 데는 동의하면서도 원고들의 청구를 각하하였다. 즉 연방지방법원은 Colegrove v. Green 사건은 근거로 하여 원고들이 입법부의 의원정수배분의 위헌성을 다투고 있고, 이는 “정치문제”에 해당하므로 재판의 대상이 되지 않는다고 판시하였던 것이다.²⁷⁾

22) Royce Hanson, Id. at 49.

23) 369 U. S. 186(1962).

24) Baker v. Carr, U. S. 186, at 192.

25) Id. at 253~256; Robert G. Dixon, Id. at 120 참조.

26) 179 F. Supp. 824(1959).

27) Id. at 828.

Baker v. Carr 사건이 연방대법원에 계류 중이었을 때는 비록 사정을 완화시키기 위한 개혁자들의 노력이 있었지만, 불공정한 의원정수배분은 더 악화되었다.²⁸⁾ 연방대법원에서 실제 논의된 쟁점은 법원이 그 사건을 재판할 권한을 갖는가, 만약 그 권한을 갖는다면 불공정한 의원정수배분문제가 법원에 의하여 시정될 수 있는가 하는 것이었다.

연방대법원은 연방지방법원의 판결을 7 : 2로 파기하면서 연방대법원의 판시에 따라 더 심리하도록 사건을 환송하였다. 다수의 의견을 집필한 Brennan 대법관은 정치문제의 원칙을 분석하면서 정치문제 원칙의 핵심을 다음과 같이 판시하였다 :

어떤 문제가 의견상 정치문제를 포함하는 것으로 보이는 것은, ① 헌법자체가 문제해결을 정치를 담당하는 입법부와 행정부에 위임하고 있는 경우, ② 그 문제를 사법적으로 해결하기 위하여 적용할 수 있는 기준이 없는 경우, ③ 명백히 비사법적인 판단의 일종인 정책결정이 미리 정하여지지 않고는 재판하는 것이 불가능한 경우, ④ 입법부와 행정부의 입장을 존중하지 않고는 법원이 독자적으로 사건을 해결하는 것이 불가능한 경우, ⑤ 이미 결정된 정치적 판단을 존중하여야 할 특별한 필요성이 있는 경우, ⑥ 각 부가 한 문제에 대하여 제각기 의견을 발표함으로써 혼란을 야기시킬 가능성이 있는 경우 등이다.²⁹⁾

또한 그는 Tennessee 주의 의원정수배분 사건은 미국 각 주의 “공화정체”를 보장하는 “보장규정(guarantee clause)”이라고 알려진 연방헌법 제4조에 해당하는 사건들과 유사하다는 주장에 대한 반박을 많이 하였다.³⁰⁾ 그 조항에 해당되는 사건은 전통적

28) Id. at 259,(Clark 대법관의 보충의견).

29) Id. at 217.

30) 연방헌법 제4조 제4항; “합중국은 연합각주에 대하여 공화정체를 보장하고 각 주의 입

으로 정치문제에 해당하는 것으로 분류되었다.³¹⁾ Brennan 대법관은 그 조항에 관련되는 사건이 재판의 대상이 되지 않는 “정치문제”가 되는 이유는, “어떤 것이 합법적인 정부인가 하는 문제에 대한 결정은 다른 부에 의임하고, ……법원이 어떤 정부형태가 공화정인가 하는 문제를 결정할 기준이 없기 때문”이라고 주장하였다. Brennan 대법관의 견해에 의하면, Baker 사건은 오직 주의 행위가 헌법에 부합하는가 아닌가 하는 문제를 제기하였을 뿐이었다. 그리하여 그는 보장조항에 의하여 재판의 대상이 될 수 없다는 원칙은 적용되지 않는다고 판시하였던 것이다.³²⁾

반면에 Frankfurter 대법관은 다수의견이 선결례를 무시하고,³³⁾ “수학적 진구렁이(mathematical quagmire)”³⁴⁾에 빠지게 하였다고 강렬하게 비판하였다. 그는 이 사건은 “다른 형태를 가장한 보장조항문제”라고 하였다.³⁵⁾ Harlan 대법관도 “법원의 권위가 계속하여 국가적으로 존중될 것인가 하는 문제는 오직 법원이 헌법적인 판결을 함에 있어서 얼마나 현명하게 자제를 하는가 하는 점에 달려 있다고 생각하는 자들은, 이 판결에 대하여 깊이 우려할 것이다”는 표현을 하면서 Frankfurter 대법관의 의견에 동조하였다.³⁶⁾

이와 같은 과정을 거쳐서, Baker v. Carr 사건 이후 선거구획정문제는 법원의 재판대상이 되게 되었다.

법부 또는(입법부를 소집할 수 없을 때) 행정부의 요구에 의하여 주내의 폭동에 대하여 각 주를 보호한다.”

31) Robert G. Dixon, Id. at 123.

32) Baker v. Carr, Id. at 222~29.

33) Id. at 277~80.

34) Id. at 268.

35) Id. at 297.

36) Id. at 340.

Ⅲ. 선거구간 투표가치의 평등과 그 기준

1. “1인 1표”의 원칙

가. 개 설

의원정수배분문제 자체는 재판의 대상이 될 수 없는 정치문제가 아니라는 Baker 사건의 결론에 따라 주의회와 연방의회의 선거구획정을 소송으로 다룰 수 있게 되었다. 그런데 Baker 사건에서 선거구획정계획의 합헌성을 판단할 때 적용하여야 할 실질적인 기준을 제시하지는 않았다. 이리하여 주민수 이외의 어떤 요인을 고려하는 것이 연방헌법 수정 제14조에 부합하는가 하는 문제를 결정함에 있어서, 연방대법원은 먼저 대표제정부에 있어서 입법부의 올바른 기능이 무엇인가를 결정하여야만 하였다. 왜냐하면, 의원정수배분은 입법부의 기능을 향상시키는 문제와 관련되기 때문이다. 다시 말하면 법원은 대표제정부에서 입법부가 누구를 대표하여야 하는가를 결정하여야만 했다. : 의회는 주민수에 따라 개개 시민을 대표할 뿐인가, 아니면 주민수에 상관없이 각 선거구와 주민의 이익을 대표하는가.³⁷⁾ 일련의 판결을 통하여 연방대법원은 투표가치 평등의 기준으로서 유명한 “1인 1표”라고 하는 단순한 원칙을 개발하였다.³⁸⁾ 이하에서는 그 원칙

37) Terry B. O'Rourke, Reapportionment: Law, Politics, Computers, Washington D.C. : American Enterprise Institute for Public Policy Research, at 11(1972).

38) 이러한 이념은 적어도 Jeremy Bentham이 말한 “각 개인은 개인으로서 중요성을 지녀야 한다”는 격언에까지 소급한다(Robert G. Dixon, Id. at 172).

의 발전과정을 살펴보기로 한다.

나. Gary v. Sanders 사건

Baker v. Carr 사건 이후 연방대법원은, 1963년의 Gary v. Sanders³⁹⁾ 사건에서 주전역에서 시행되는 선거에 적용되는 Georgia 주의 county-unit system은 “1인 1표”의 원칙에 위배된다는 이유로 이를 최초로 무효라고 판시하였다. 이 사건은 미국 대통령을 선출하는 선거인단 방식과 유사한, 연방과 주의회의 의원선출을 위한 민주당의 예비선거에서의 투표수 계산에 적용되는 Georgia 주의 county-unit system에 대한 것이었다. 예를 들자면, Georgia 주지사도 당선되기 위하여는 후보자가 county-unit의 다수표(majority)를 얻어야 한다. 각 county의 전체 unit-vote는, 각 county에서 많은 표를 받은 자가 전부를 차지하는 원칙에 따라, county에서 다수표를 받은 후보자에게 주어진다. 그러나 Georgia 주의 county-unit system에서는 각 county의 주민수와 각 county에 할당된 unit-vote 사이의 편차가 아주 심하였다. Gray 사건이 제소되었을 당시 Georgia 주에서 주민수가 가장 많은 Fulton county의 경우 인구가 556,226명이었지만 6개의 unit-vote를 갖고 있었고, 주민수가 가장 적은 Echols county의 경우 인구가 1,876명이었는데도 2개의 unit-vote를 갖고 있어서, 1개의 unit-vote 당 인구편차는 99 : 1이었다.⁴⁰⁾ Warren 대법원은 그 제도가 연방헌법수정 제14조에 의하여 보장되는 평등권에 위배된다는 이유로 무효라고 판시하였다.⁴¹⁾ 그러나 Gray 사건에

39) 372 U. S. 368(1963).

40) Id. at 371. 그러나 엄밀한 의미에서, Gray 사건은 의원정수배분의 문제를 포함하지 않는 선거권 문제였다고 할 수 있다.

41) Id. at 384.

서 Harlan 대법관은 “1인 1표”의 원칙은 영국에서나, 미국식민지 시대 또는 미국에서 결코 보편적으로 인정된 철학이 아니라는 이유로 유일하게 반대의견을 개진하였다.⁴²⁾

Gray 사건은 의원이 지역을 대표한다는 주장을 약화시키고 투표가치에 대한 산술적 해석을 제시하였기 때문에 “1인 1표”원칙의 발전에 큰 의미가 있었다.⁴³⁾

다. Wesberry v. Sanders 사건

“1인 1표”의 원칙을 적용하여 주법을 무효화시킨 두 번째 사건은, 1964. 12. Georgia 주의 연방하원의원 선거구가 문제된 Wesberry v. Sanders⁴⁴⁾ 사건이다. Wesberry 사건의 원고는 Georgia 주의 제5연방하원의원 선거구의 유권자들이었다. 1960년의 인구조사에 의하면, 위 선거구의 주민은 823,680명이었고 10개 선거구의 평균 주민수는 394,312명이었으며, 가장 인구가 적은 제9연방하원의원 선거구의 인구는 272,154명이었다. 각 선거구에서는 연방하원의원 한 명만 선출되기 때문에 이러한 인구편차는, 제5연방하원의원 선거구의 의원이 Georgia 주의 다른 연방하원의원 선거구의 의원보다 23배나 많은 주민을 대표하여야만 한다는 사실을 의미하였다. 원고는, 연방헌법 수정 제14조의 평등보호조항과 하원의원은 “인민(people)”에 의하여 선출되고 “각주의 인원수에 따라,” 즉 주민수에 따라 각 주의 연방하원의원수가 배정된다는 연방헌법 수정 제1조 제2항에 근거하여, 그들의 투표권의 완전한 실현이 침해되었다고 주장하였다.⁴⁵⁾ 평등권

42) Id. at 384.

43) Nancy Maveety, Representation Rights and the Burger Years, Ann Arbor: The University of Michigan Press, at 25(1988).

44) 376 U. S. 1(1964).

45) Id. at 1~4.

조항의 의미와 그 적용가능성을 무시하면서 Black 대법관에 의하면 집필된 다수의견은,⁴⁶⁾ “역사적으로 해석할 때 대표는 각 주의 주민에 의하여 선출되어야 한다는 연방헌법 제1조 제2항의 취지는, 연방하원의원 선출을 위한 선거에서 1인의 투표는 가능한 한 다른 사람들의 그것과 가치가 같아야 한다는 것을 의미한다”고 하면서 한 선거구에서의 투표권의 가치가 다른 선거구의 그것보다 높다는 것은 미국의 기본적인 국가이념에 배치된다고 판시하였다.⁴⁷⁾ 그러나 Harlan 대법관은, 그의 설득력 있는 반대 의견에서, 연방헌법 제1조 제2항은 헌법제정자들의 주간의 하원의원배분에 관한 관심의 표명이지 주 내의 선거구획정에 관한 그것은 아니라고 주장하였다.⁴⁸⁾ 결론적으로 그는 “이 사건에서의 사법적 구제는 우리 정부조직의 기본원칙인 권력분립에 위배된다”고 주장하였다.⁴⁹⁾

라. Reynolds v. Sims 사건

“1인 1표”원칙이 확립된 것은 1964년의 Reynolds v. Sims 사건에서이다.⁵⁰⁾ 이는 Alabama 주의회의 의원정수배분을 다투는 소송이었다. 비록 Alabama 주 헌법이 의회로 하여금 인구를 토대로 10년마다 선거구를 조정하도록 요구하고 있었지만 1901년 이래 한번도 선거구조정이 이뤄지지 않았다. 1960년의 인구조사

46) 지방법원은, 연방의회의원 선거구의 획정에 대한쟁송은 정치문제이므로 재판의 대상이 될 수 없다고 하는 Colegrove v. Green 사건에서의 Frankfurter 대법관의 판시사항을 인용하면서, 원고들의 청구를 각하하였다(Id. at 5). 그러나 지방법원의 판결을 파기하면서 연방대법원은, 투표권은 자유사회에서 사법적 보호를 배제하기에는 너무나 중요하다... 이러한 사법적 보호를 거부하는 것은 더이상 정당화 될 수 없다고 판시하였다(Id. at 7).

47) Id. at 7-8.

48) Id. at 23-29.

49) Id. at 42, 48.

50) 377 U. S. 533(1964).

통계에 의하면, 주민구의 25.1%가 주상원의 과반수를 선출하는 선거구 내에 거주하고 있었고, 25.7%만이 주하원의 과반수를 선출하는 county들에 거주하고 있었다. 인구가 가장 많은 선거구와 가장 적은 선거구의 인구편차가 상원의 경우 41 : 1이었고 하원의 경우 16 : 1이었다.⁵¹⁾ Warren 대법원의 다수의견은 Alabama 주의 의원정수배분을 무효라고 판시하였다. Reynolds 사건에서 연방대법원은 “의회 의원은 투표권자에 의하여 선출되지 농장이나 시 또는 경제적인 이익에 의하여 선출되는 것이 아니다”⁵²⁾고 말하면서 의원이 대표하는 주된 것은 지역의 단체이익이라는 개념을 거부하였다. 연방대법원은 평등권조항은 “주의 회 양원의 의석은 주민수에 따라 정하여질 것을 요구하고…주의 회 의원 선출을 위한 개개인의 투표권은, 그 가치가 같은 주 내의 다른 지역에 거주하는 주민의 투표권과 비교할 때 본질적인 형태로 감소되었을 때에 그의 권리는 헌법적으로 침해된 것이다.”⁵³⁾고 판시하였다. 연방대법원은 일반적으로 평등권은 문제가 되고 있거나 다투어지고 있는 정부의 행위에 대하여 동일한 관계에서 있는 자들을 동일하게 다룰 것”을 요구한다고 인식하였다.

그런데 Reynolds 사건에서 연방대법원은 엄밀한 수학적 평등을 요구하지는 않았다. “평등권은 주가 양원에 있어서 실행 가능한 한 주민수가 동등하도록 선거구를 획정하도록 성실히 노력할 것을 요구한다.” 만약 “합리적인 주의 정책”을 실행하기 위한 것이라면, 동등한 주민수로부터의 “어느 정도의 일탈”은 허용된다. 그러나 “역사적인 것 뿐 아니라 경제적인 또는 단체이익과 같은 유형의 것은 일탈을 허용하는 요소가 아니다”⁵⁴⁾고 판시하였다.

51) Id. at 545.

52) Id. at 562.

53) Id. at 568.

연방대법원은 일탈을 정당화시키는 요소의 하나로서 선거구 분계선으로 county나 시의 경계를 이용하는 주의 정책을 들었다.⁵⁵⁾ 그러나 연방대법원은 정치적인 소단위가 대표를 선출할 수 있도록 하기 위하여 의원정수배분시 주민수가 고려되지 않아도 되는 것은 아님을 명백히 하였다.⁵⁶⁾ 연방대법원은 또한 선거구에 따라 주민수가 불평등한 선거구는 위헌으로 추정되므로, “1인 1표”로부터의 일탈을 정당화시키기 위한 요소에 대한 입증책임이 주에 있음을 명백히 하였다.⁵⁷⁾

그러나 Harlan 대법관은 역사적인 관계에서 해석할 때 연방헌법 수정 제14조가 주의 주의회의원 선거구획정의 재량행위에 대하여 연방법원에 제소할 수 있는 소권이 허용되지 않는다고 주장하면서 다수의견에 반대하였다.⁵⁸⁾

2. 선거구간 인구편차의 허용범위

Wesberry 사건과 Reynolds 사건은 헌법이 평등으로부터 어느 정도의 일탈을 허용하는가 하는 문제를 남겨두었기 때문에, Reynolds 이후의 사건에서 법원은 이를 결정하여야만 하였고, 연방대법원은 연방하원의원 선출을 위한 선거구획정과 주의회의원 선출을 위한 선거구획정 사이에 상당한 차이를 인정하였다. 이하에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

54) Id. at 577, 579.

55) Id. at 581.

56) Id. at 581.

57) Id. at 562.

58) Id. at 595.

가. 연방하원의원 선거구획정

연방하원의원 선거구의 경우 어느 정도의 일탈이 허용되는가 하는 문제를 결정함에 있어서, 연방대법원은 “실천 가능한 한 1인의 투표권은 다른 사람의 그것만큼 가치가 있어야 한다”는 Wesberry의 판지를 실현함에 있어서 아주 엄격하였다.⁵⁹⁾ 법원은 연방의회 선거구획정에 있어서는 주가 정당화할 필요가 없는 허용 가능한 최소한의 일탈이 허용된다는 개념을 거부하였다. 오히려 주는 그 계획에 있어서 어느 정도의 주민수 차이는 어떤 정당한 주의 목적을 달성하기 위하여 필요하다는 것이나, “엄밀한 수학적 평등”을 달성하기 위한 성실한 노력(good-faith efforts)에도 불구하고 발생한다는 사실을 입증하여야 한다고 하였다.⁶⁰⁾ 예를 들자면 Kirkpatrick v. Preisler⁶¹⁾ 사건에서, 법원은 최대편차가 5.97% - +3.13%에서 -2.84% 사이이고, 평균편차가 1.6% -⁶²⁾인 Missouri 주의 연방하원의원 선거구획정이 정치적인 소단위와 명백하게 사회적, 경제적 이익을 갖는 지역을 분해시키지 않기 위한 것이라는 주의 주장에도 불구하고 이를 무효화시켰다.

다수의견을 집필한 Brennan 대법관은 주는 “엄밀한 수학적 평등을 달성하기 위한” 성실한 노력을 하여야 하므로 “아무리 적은” 편차라고 하더라도 정당성이 입증되어야 한다고 하였다.⁶³⁾ 함께 심리된 사건인, 인구편차가 +6.49%에서 -6.61%인 New York 주의 연방하원의원 선거구획정도 무효로 되었다.⁶⁴⁾ 그 결

59) 376 U. S. at 7~8.

60) Id.

61) 394 U. S. 526(1969).

62) Id. at 528~29.

63) Id. at 530~31.

64) Wells v. Rockefeller, 394 U. S. 542(1969).

과 Missouri 주와 New York 주에 대하여 10년마다 행하는 새로운 선거구획정 이전에, 단지 1970년 단 한번의 선거를 위하여 거의 10년 전의 수치인 1960년의 인구조사를 토대로 새로운 선거구를 획정하도록 명하였다.

1973년 연방대법원은 인구편차가 겨우 4.13%인 Texas 주의 의원정수배분에 관한 *White v. Weiser*⁶⁵⁾ 사건에서도 유사한 이유로 위헌이 선고되었다. 더 최근에는 1983년 *Karcher v. Daggett*⁶⁶⁾ 사건에서 연방대법원은 인구조사의 오차 범위보다 적은 수치인 겨우 0.6084%의 편차가 있을 뿐임에도 불구하고 New Jersey 주의 연방하원의원 선거구획정을 무효화 시켰다.⁶⁷⁾ 연방대법원은 “연방헌법 제1조 제2항은 연방하원의원 선거구의 의원정수배분을 위한 ‘고도의 정의와 상식’ 즉 ‘동등한 수의 주민을 위한 동등한 대표’를 요구한다”고 판시하였다.⁶⁸⁾ 그러나 연방하원의원 선거구와의 관계에 있어서도 연방대법원은 엄밀한 산술적인 평등으로부터 약간의 편차를 합리화시킬 수 있는 주의 중요하고 정당한 목적을 인정하려고 하였다. 이러한 입법목적에는 “선거구 형태가 밀집되게 획정하는 것, 지방경계를 존중하는 것, 종전 선거구의 골격을 유지하는 것, 그리고 현직 의원간의 다툼을 피하는 것”이 포함된다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 그러나 주는 특정 사건에서 편차가 적은 경우에도 어떻게 이러한 목적이 달성되는 가를 밝혀야 한다.⁷⁰⁾

그런데 *Karcher* 사건에서 4명의 반대의견을 집필한 White 대법관은, 다수의견의 “지나친” 논거는 대표에 적절한 효과를 갖지

65) 412 U. S. 783(1973).

66) 462 U. S. 725(1983).

67) *Id.* at 769.

68) *Id.* at 730.

69) *Id.* at 740.

70) *Id.* at 741.

않는 “통계학적으로 무의미한”인구편차에 근거한다고 비난하였다.⁷¹⁾ 그는 연방하원의 선거구획정에 있어서 최대편차가 5% 이하면 특별한 사정이 없는 한 위헌으로 보아서는 안 된다고 주장하였다.⁷²⁾

나. 주의회의원 선거구획정

(1) 최소한의 영역

연방대법원은 연방하원의원 선거구에 비하여 주의회의원 선거구 사이의 인구편차에 훨씬 관대하여, 주의회의원 선거구획정에 있어서는 “최소한”의 영역-어느 정도 이하의 편차는 어떠한 목적에 의하여도 정당성을 입증할 필요가 없는 영역-을 확립하였다.⁷³⁾

Texas 주 하원의원의 의원정수재분배계획은 79개의 1인 선거구와 1개의 복수 선거구로부터 선출되는 150명의 의원선출을 위한 것이었다. 이상적인 선거구의 주민수는 74, 645명이었다. 선거구의 인구수는 의원 1인당 71, 597명에서 78, 943명이었다. 따라서 인구가 가장 많은 선거구와 가장 적은 선거구 사이의 총편차는 9. 9%였다. 그러나 전 하원선거구의 이상적인 선거구와의 평균인구편차는 1. 82%였다. 단지 1인 선거구 중 23개의 선거구만이 3%이상 과대 또는 과소 대표되어졌다.⁷⁴⁾ 지방법원은 Texas 주의 의원정수재분배계획은 정당화될 수 없을 정도로 “1인 1표”

71) Id. at 766.

72) Id. at 782.

73) 이러한 차이를 두게 된 데는, ① 연방하원의원 선거구는 연방헌법 제1조에 의하여 검토되고, 주의회의원선거구는 연방헌법 수정 제14조의 평등보호조항에 의하여 검토되는 사실에도 그 원인이 있지만, ② 가장 중요한 것은 주정부는 선거구를 획정함에 있어서 인구평등으로부터 벗어나야 할 정도로 고려하여야 할 사정이 많기 때문이다(John E. Nowak 외 1인, Constitutional Law, St. Paul: West Publishing Co., at 859(1991)).

74) White v. Regeister, 412 U. S. 755(1973) at 762~64.

의 이상으로부터 동떨어지기 때문에 위헌이라는 결론을 내렸다.⁷⁵⁾ 그러나 연방대법원은 위의 *Site v. Register* 사건에서 지방법원의 판단이 잘못되었다고 판시하였다. 연방대법원은 주의 의원정수재분배에 적용되는 것과 동일한 엄격한 기준이 적용되지 않는다고 밝혔다.⁷⁶⁾ 이 사건에서 피상소인들은 인구 편차만으로 평등권조항의 침해를 입증하려고 하는 한 그들은 입증책임을 다하지 못하였다는 것이다. 따라서 연방대법원은 이러한 편차만으로는 피상소인들이 평등권조항을 위배한 것으로 보이는 일응의 불공정한 차별을 입증하는데 요구되는 조건을 충족시켰다는 결론을 내릴 수가 없었던 것이다.⁷⁷⁾

위 사건과 같은 날 선고된 *Gaffney v. Cummings*⁷⁸⁾ 사건에서 연방대법원은, 최대 인구편차가 7.83%였던 Connecticut 주의 주 의회의원 선거구재획정계획도 동일한 이유로 지지하였다.

이리하여 연방대법원은 선거구간의 인구편차가 10% 미만인 경우에는 그 편차의 정당성을 입증할 필요 없이 일응 합헌이라고 인정하였다.⁷⁹⁾

(2) 주에 대한 정당한 고려

연방대법원은 선거구간의 인구편차가 10%를 초과하는 경우에는 주가 이를 정당화시킬 수 있는 사유를 입증할 것을 요구하였다. 이에 대한 판례는 다음과 같다.

*Mahan v. Howell*⁸⁰⁾사건에서, 연방대법원은 최대한의 편차가 16.4%인 Virginia 주 의회의원의 선거구획정을 지지하였다.-12 선거구는 6.8% 과대 대표되었고, 16 선거구는 9.6% 과소 대표되

75) Id. at 762~63.

76) Id. at 763.

77) Id. at 763~64.

78) 412 U. S. 735(1973).

79) *Connor v. Finch*, 431 U. S. 407(1977), at 418 참조.

80) 410 U. S. 315(1973).

었지만, 정치적인 소단위의 영역을 존중하였다.⁸¹⁾ 이 사건에서 지방법원은 그 편차가 “1인 1표”의 원칙에 위배되어 허용될 수 없는 것이라고 판시하였다.⁸²⁾ 그러나 연방대법원은 그 선거구획정은 정치적 소단위의 영역을 존중한다는 주의 합리적인 정책을 실현시키기 위한 것이라고 합리화 할 수 있어서 그로 인한 각 선거구 사이의 인구편차는 헌법상의 제한 내에 있다는 이유로 하급심 판결을 번복시켰던 것이다.⁸³⁾

Mahan v. Howell 사건은 하나의 정치적 덩불에서 빠져 나와 또 다른 덩불에 빠져든 명백한 예이다. 주의 선거구획정에서 소단위 경계성에 대한 배려를 허용함으로써 Bruger 대법원은 의심할 여지없이 복잡한 주선거에서 사법적 심사를 약화시킨다고 믿었다. 그러나 선거구획정에서 지리적 집단요소(geographic group)의 정당성을 다시 심사함으로써 Burger 대법원은 대등한 주민수의 기준을 제한할 수 있는 다른 집단요소를 고려할 수 있도록 하였다.⁸⁴⁾

그러나 Mahan 사건 이후, Mississippi 주의 인구편차가 16.5%인 주상원의원 선거구와 인구편차가 19.3%인 주하원의원 선거구가 문제된 Conner v. Finch⁸⁵⁾ 사건에서, 연방대법원은 선거구의 편차가 이상적인 선거구와 사이의 최소한의 편차를 벗어났고, 그러한 편차의 정당성을 입증하지 못하였다는 이유로, 이는 “1인 1표”의 원칙에 위배된다고 판시하였다.

연방대법원이 주의 정당한 정책이라는 이름 하에 선거구간의 인구편차를 허용한 가장 심한 예는 1983년의 Brown v. Thomson⁸⁶⁾ 사건이다. 이 사건에서는 Wyoming 주 의회의원 선

81) Id. at 319.

82) Id. at 319.

83) Id. at 328.

84) Nancy Maveety, Id. at 36.

85) 431 U. S. 407(1977).

거구간의 인구편차가 평균 16%이고, 최대 인구편차는 89%인데도 불구하고 이를 합헌이라고 판시하였다. 그 이유는 Wyoming 주가 각 county마다 최소한 1명의 하원의원을 선출할 수 있도록 한 주의 정책을 정당한 것으로 판단하였기 때문이다.

IV. Gerrymandering

1. 의 의

Gerrymandering은, 후보자·정당 또는 이익단체에 유리하게 또는 불리하게 하기 위하여 정치적 선거구를 획정하는 행위를 의미한다.⁸⁷⁾ 이 말은 1812년 Massachusetts 주의 선거구재획정 안에서 어느 하나의 선거구가 salamander (불 속에 산다는 전설적인 동물)를 닮았다는 데서 유래한다. 그 안을 제안했던 당시 주지사인 Elbridge Gerry를 곤경에 빠뜨리기 위하여, 반대당의 익살꾸러기들이 그 안에 “gerrymander”라는 별명을 붙였다. 그 때부터 모든 정당의 정치인들은 특정의 선거구획정에 의하여 그들이 이익을 받는가 피해를 받는가에 따라 gerrymandering에 참여하기도 하고 불평하기도 하였다.⁸⁸⁾ 넓은 의미에서는 인종적 (racial) gerrymandering도 정치적 gerrymandering으로 간주될 수 있을 것이다. 그러나 인종적 gerrymandering의 발전과정은 정치적 gerrymandering의 그것과 다르므로 양자를 나누어 살펴보기로 한다.

86) 462 U. S. 835(1983).

87) Leonard W. Levy 외 2인, Id. at 839. 참조.

88) Andrew P. Miller and Mark A. Packman, “The Constitutionality of Political Gerrymandering: Davis v. Bandemer and Beyond,” 4 J. L. & Pol. at 698(1988).

2. 인종적 Gerrymandering

인종적 gerrymandering을 다룬 최초의 사건은 Gomillion v. Lightfoot⁸⁹⁾ 사건이다. 앞의 II. 선거구간인구편차의 사법심사대 상성에서 살펴본 바와 같이, 연방대법원은 Tsukeegee시의 의원 정수재배분계획을 받아들이지 않았다. 그 논거는 gerrymandering 문제가 아니라 흑인들이 Tuskegee 시의 정치에 관여하는 것을 배제하려는 시의 명백한 동기에 초점이 맞추어져 있었다. Gomillion 사건 이후 연방대법원은 gerrymandering 문제를 심리하기 시작하였다.

Wright v. Rockefeller⁹⁰⁾ 사건에서 원고들은 New York 주의 연방하원의원 선거구가 gerrymander되었다고 주장하였다. Wright 사건에서 의회를 지배한 공화당이 비백인과 Puerto Ricans를 Manhattan에 있는 하나의 연방의회 선거구내에 배치함으로써 그들이 그 선거구민의 89%를 차지하게 되었다. 동시에 백인이 95%를 차지하는 선거구를 당시 공화당 의원이었던 자를 위하여 만들었다. 연방대법원은 선거구가 인종차별의 의도로 만들어진 것이 아니라는 지방법원의 사실인정을 받아들여 인종적 gerrymandering이라는 주장을 배척하였다.⁹¹⁾ 이리하여 연방대법원은 암암리에 gerrymandering 문제에 직면하고 그 주장을 본안으로 재판하였던 것이다.

Wright 사건 이후 결정된 일련의 인종적 gerrymandering 사건에서 연방대법원은, 인종적 gerrymandering이 평등권조항을

89) 364 U. S. 339(1960).

90) 376 U. S. 52(1964).

91) Id. at 58.

위배하였다는 주장을 받아들이기 위하여는, 인종차별적 의도와 인종차별적 효과를 입증하여야 한다고 판시하였다. 다시 말하면, 단지 차별적 효과만으로는 충분하지 않다는 것이다.⁹²⁾ 이는 *City of Mobile v. Bolden*⁹³⁾ 사건에서 명백히 판시되었다.

Alabama 주의 Mobile이라는 도시는 1911년 이래로 그 시전역의 유권자에 의하여 선출되는 3명의 시집행위원회(City Commissioner)에 의하여 운영되고 있었다. 원고-피상소인들은 흑인들의 투표권이 1965년의 투표권법(Voting Right Act) 제2조와 연방헌법 수정 제14조, 제15조에 위배하여 실질적으로 약화되었다고 주장하였다.⁹⁴⁾

Burger 대법원장, Powell, Rehnquist 대법관과 다수의견을 집필한 Stewart 대법관은, 투표권법 제2조⁹⁵⁾는 단지연방헌법 수정 제15조를 상술한 것에 불과하다고 해석하였다. 외견상 인종적으로 중립인 주의 행위가 차별적인 목적을 가질 경우에만 연방헌법 수정 제15조에 위배된다고 하였다.⁹⁶⁾ 연방헌법 수정 제15조

92) *White v. Register*, 412 U. S. 755(1973) 사건에서는 인구편차의 문제 외에 Bexar와 Dallas County에서의 복수 선거구가 인식할 수 있는(cognizable) 인종 내지 민족 집단에 대하여 불공정하게 차별적으로 만들어졌다고 인정되는지 여부가 문제되었다. 연방대법원은 Baxar County에서 만들어져 적용되는 복수 선거구는 Mexico 계 미국인이 정치적 생활에서, 특히 Texas 주 하원의원선거에 있어서, 효과적으로 참여하는 것을 배제하였다고 하는 지방법원의 판단을 유지하였다(412 U. S. 755 at 769). 이 사건에서 연방대법원은 다투어지는 선거법에 있어서 주의 동기가 아니라 그 차별적인 결과에 초점을 맞추었다. *City of Mobile v. Bolden* 사건에서 연방대법원은, *White* 사건은 *Mobile* 사건과도 양립한다고 판시하였다(446 U. S. 55, at 69(1980)). *Zimmer v. McKeithen*, 485 F. 2d 1297(1973) 사건에서 제5항소법원은 평등조항 위반을 입증하기 위하여 차별적인 목적(discriminatory purpose)를 제시할 필요는 없고, 차별적인 결과의 입증만으로 충분하다고 판시하였다. 그러나 *Mobile* 사건에서 이는 잘못된 것으로 판시되었다(446 U. S. at 71).

93) 446 U. S. 55(1980).

94) *Id.* at 58.

95) 투표권법 제2조: “어떤 주나 정치적인 소단체가 인종이나 피부색깔을 이유로 또는 제4조 제1항 제2호에 위반하여, 합중국 시민의 투표권을 거부하거나 제한하기 위하여 투표자격이나 전체조건 또는 기준, 관행 내지 절차를 부과하거나 적용하여서는 안된다.”

96) *Id.* at 62.

의 평등권조항은 정치조직에 절대적으로 비례적인 대표를 요구하지는 않는다는 것이다.⁹⁷⁾ Stewart 대법관의 다수의견은 일반적으로 차별적으로 투표권이 약화되었다는 주장이 인정되기 위하여, 원고는 그가 속하는 인종수에 비례하여 대표를 선출하지 못하였다고 하는 효과 외에 선거구획정이 “그 이상의 인종적인 차별을 위하여 의도적인 책략으로 고안되었거나 기능하였다”는 사실을 입증하여야 한다고 하였다.⁹⁸⁾

그런데 차별적인 목적을 입증하는 것이 어렵기 때문에, Bolden 사건 이후 연방의회는 1982년, Bolden 사건에서의 다수의견의 투표권법 제2에 대한 해석을 뒤집고 그 조문을 근거로 제기되는 사건에서 차별적인 목적을 입증하지 않아도 되도록 하기 위하여, 투표권법 제2조를 개정하였다.⁹⁹⁾ 비록 제2조의 개정이 법원으로 하여금 그 법률에 의하여 보장된 계층원들에게 정치적 참여가 개방되어 있는가 어떤가를 결정할 때 “전체적인 상

97) Id. at 75~76.

98) Id. at 66~70. 대법관 4명만이 이 의견에 동조하였다. 다수의견에 동조한 다른 4명의 대법관 중 3명은 이 문제를 회피하였고, Marshall 대법관은 차별적인 목적은 요구되지 말아야 한다고 믿었다.

99) Frank R. Parker, “The ‘Results’ Test of Section 2 of the Voting Rights Act: Abandoning the Intent Standard,” 69 Va. L. Rev. at 747ff(1983).

개정된 투표권법 제2조의 내용은 다음과 같다.

a항; 어떤 주나 정치적인 소단체는, 인종이나 피부색깔을 이유로 또는 제4조 제1항 제2호에 규정된 보장을 위반하여, 제b항에 규정된 바와 마찬가지로 합중국 시민의 투표권을 거부하거나 제한하는 결과를 초래하는 투표자격이나 전제조건 또는 기준, 관행 내지 절차를 부과하거나 적용하여서는 안된다.

b항; 전체적인 상황을 토대로 하여, 제a항에 의하여 보호받는 시민 계층원이 주나 정치적인 소단체에서 후보지명 혹은 선거를 하는 정치과정에 참여하여 그들이 선택한 대표를 선출함에 있어서 다른 유권자들보다 그 기회가 적어서, 그 참여가 동등하게 허용되지 않는다고 인정되면, 이는 제a항 위반이 된다. 그 보호받는 자들이 주나 정치적인 소집단의 관직에 선출된 정도는 고려될 수 있는 상황의 하나다: 이 조항은 보호받는 계층원이 주민수에 비례하여 그들의 계층원을 선출할 권리를 보장하는 것은 아니다(이 법률은 42 USC § 1973으로 법전에 편찬되었다).

황”을 고려하도록 한 것이었지만, 그 개정은 명백히 비례적 대표를 회피함으로써 그 자체 모순되는 것으로 보인다. 결과적으로 그 이후의 인종적 gerrymandering에 관한 소송은 평등권조항보다 투표권법 제2조에 근거하여 제기되고 있다.¹⁰⁰⁾ 한편 연방대법원이 인종적 gerrymandering을 이유로 1인 선거구의 재조정계획을 파기한 적은 없다.¹⁰¹⁾

3. 정치적 Gerrymandering

가. Davis v. Bandemer 사건 이전

다수당에 의한 지배를 위하여 선거구간의 유권자를 분산하는 정치적 gerrymandering은 오랫동안 미국 정치의 일부가 되어 왔다.¹⁰²⁾ Reynolds¹⁰³⁾ 사건에서의 “동등하게 효과적인” 투표라는 말은 필연적으로 다수에 의한 지배와 비례적인 대표 사이의 긴장을 야기시켰다. 그러나 1986년의 Davis v. Bandemer¹⁰⁴⁾ 사건 이전에는 연방대법원이 비록 인종적 gerrymandering 사건에 대한 심리를 받아들였음에도 불구하고 정치적 gerrymandering을 직접 다루는 것을 피하였다.¹⁰⁵⁾ 연방대법원이 이 문제에 대한 검토를 주저한 것은 모두 “정치적 덤불”중에서 가장 파당적인 문

100) 실제로 Thornburg v. Gingles, 478 U. S. 30(1986) 사건에서, 원고들은 North Carolina 주의 복수선거구제도를 투표권법 제2조를 근거로 하여 이의를 제기하였다.

101) United Jewish Organizations v. Carey, 430 U. S. 144(1970), Wright v. Rockefeller, 376 U. S. 52(1964) 참조.

102) Andrew P. Miller and Mark A. Packman, Id. at 697.

103) 377 U. S. 533(1964).

104) 478 U. S. 109(1986).

105) Andrew P. Miller and Mark A. Packman, Id. at 699. WMCA Inc. v. Lemonzo, 238 F. Supp. 916 (S.D.N.Y.), aff'd, 382 U. S. 4(1965)(percuriam); Fortson v. Dorsey 379 U. S. 433(1965); Burns v. Richardson, 384 U. S. 739(1966)l Gaffney v. Cummings, 412 U. S. 735(1973); Karcher v. Daggett, 462 U. S. 725(1983) 참조.

체에 빠지는 것을 두려워했기 때문일 것이다.¹⁰⁶⁾ 그러나 1973년의 *Gaffney v. Cummings*¹⁰⁷⁾ 사건에서 평등권조항을 근거로 한 정치적 gerrymandering이라는 문제를 처음으로 직면하게 되었다.

위 사건에서 Connecticut 주의 의원정수배분위원회(appointment board)는 여러 선거구의 인구편차를, 주요한 두 정당이 대략 비례적으로 의원수를 차지할 수 있도록 할 의도로 입안했다고 주장함으로써 정당화하려고 하였다.¹⁰⁸⁾ 원고는 이 정책이 그 차이에 대한 법률적인 설명으로써 충분하지 않고 오히려 그 계획은 평등권조항에 위배되는 “엄청난 정치적 gerrymander”라고 주장하였다.¹⁰⁹⁾ 그러나 연방대법원은, 어떤 정치적 고려 없이 만들어진 선거구획정이 “선거구가 엄청나게 편파적으로 확정되는 결과”를 야기할 가능성을 인정하였지만,¹¹⁰⁾ 그 계획이 인구수에 따라 의석을 공정하게 배분하려고 했기 때문에 그러한 정치적인 동기만으로는 그 계획을 위헌이라고 하기에 충분하지 않다고 하였다. gerrymandering 주장이 재판의 대상이 되는가 하는 문제에 관하여 명백히 실시하지는 않았지만, 연방대법원은 의원정수 재배분과 선거구재획정이 사법심사로부터 완전히 배제되는 것은 아니고, 인종적 또는 정치적 집단이 정치과정으로부터 배제되지 않도록 일정한 범위 내에서 이루어져야 한다는 언급은 하였다.¹¹¹⁾ 하지만 *Gaffney* 사건에서는 gerrymandering 문제가 상세하게 분석되지는 않았고, 어떠한 기준도 제시되지 않았다.

그러나 1983년의 *Karcher v. Daggett*¹¹²⁾ 사건에는 보충의견과

106) Joseph C. Coates, III, "Comment: The Court Confronts the Gerrymander," 15 Fla. St. S. Rev. at 354~55(1987).

107) 412 U. S. 735(1973).

108) Id. at 738.

109) Id. at 752.

110) Id. at 753.

111) Id. at 754.

반대의견은 정치적 gerrymandering 문제를 언급하였다. 별도의 보충의견에서 Stevens 대법관은 정치적 gerrymandering의 소송 원인(cause of action)이 되는 요소에 대하여 설명하였다. Stevens 대법관은 위 사건에서의 선거구획정은 county의 영역을 완전히 무시한 사실을 적시하면서 선거구의 형태가 밀집되지 아니하여 gerrymandering이 될 수 있다고 하였다.¹¹³⁾ 더구나 Burger 대법원장과 Powell, Rehnquist 대법관이 합류한 White 대법관의 반대의견은 New Jersey 주의 선거구획정에서 인구편차가 헌법적으로 중요하지 않다고 보면서, 선거구 사이의 절대적인 인구 평등에 대한 다수의견은 과당적인 gerrymandering을 방지할 수 없다고 주장하였다. 비록 White 대법관이 gerrymandering 문제를 상세히 다루지는 않았지만 어떠한 인종적 또는 정치적 집단에 대하여 불공정한 차별적인 계획은 헌법적인 공격의 대상이 된다는 의견을 제시한 셈이다.¹¹⁴⁾

나. Davis v. Bandemer 사건

Davis v. Bandemer 사건에서, Indiana 주의 민주당원들은 공화당이 만든 주의회의 선거구획정계획은 위헌적인 정치적 gerrymandering이라고 주장하였다. 그들은 Indiana 주 하원의 공화당 원내총무가 그 계획은 “가능한 한 많은 공화당 현직의원이 당선되도록 하기 위하여” 만들어졌음을 시인한 사실을 지적하면서, 1982년 선거에서 민주당 후보들이 투표의 51.9%를 얻었지만 하원의석의 43%만 차지했다는 사실이 이를 입증한다고 주장하였다.¹¹⁵⁾ 이 사건에서 기본적인 쟁점은 (1) 정치적인 gerry-

112) 462 U. S. 725(1983).

113) Id. at 744, 762.

114) Id. at 783.

mandering이 사법판단에 적합한가, (2) Indiana 주의 선거구획정이 헌법의 평등조항을 위배하였는가 하는 것이었다. 3인의 판사로 구성된 지방법원은 선거구가 공화당원에 의하여 민주당원에 대하여 차별적인 의도로 만들어졌다는 사실을 지적하면서 원고의 주장을 받아들였으나, 연방대법원은 이를 번복시켰다. 그 내용은 다음과 같다.

(1) 재판의 대상성 문제

연방대법원은 Davis 사건에서 처음으로 정치적 gerrymandering에 근거한 평등권조항의 위반이라는 주장이 재판의 대상이 되는 것을 명백히 하였다. 다수의견을 집필한 White 대법관은 민주당원의 주장은 사법심사의 대상이 된다고 하였다. 그는 그 논거를 Baker v. Carr 사건에서 찾았다. Baker 사건에서의 논리를 적용하면서 다수의견은 (1) 파당적 gerrymandering은 입법적 또는 행정적 의사결정에 보다 적합한 쟁점을 내포하고 있지 않다; (2) 그 쟁점에 대한 사법적으로 결정하거나 처리할 수 있는 기준이 없는 문제를 제기하지 않는다는 것을 주장하였다.¹¹⁶⁾ 그는 또한 인종적 gerrymandering에서 투표에 의한 힘을 최소화하기 위하여 차별적으로 작용하는 선거구획정계획을 위헌으로 선언한 것은 대표의 부당성에 대한 문제가 재판의 대상이 된다는 것을 의미한다고 하였다.¹¹⁷⁾ 더구나 그는, Gaffney 사건이 인종적 집단이 아니라 정치적 집단에 의하여 제소된 청구는 재판대상이 될 수 없다는 취지로 판시한 것은 아니라고 이해하였다.¹¹⁸⁾

그러나 O'Conner 대법관은 재판대상성에 관한 다수의견에 반대하였다. 그녀는 두 가지를 주장하였다. 첫째, 입법부에 의한 의

115) Bandemer v. Davis, 603 F. Supp. 1479 at 1484, 1485, 1488(S. D. Ind. 1984). rev'd, 478 U. S. 109(1986).

116) Davis v. Bandemer, 478 U. S. 109. at 123.

117) Id. at 124~25.

118) Id. at 125.

원정수배분은 ‘기본적으로 정치적인 일’이라고 주장하였다.¹¹⁹⁾ 이에 의하면, 입법부에 의한 선거구재확정에 의하여 정치적 영역을 통제하는 것은 정치적으로 아주 중요하고 전통적으로 정치의 일부인 것이다.¹²⁰⁾ 따라서 그녀는 중요한 정당에 의한 과당적 gerrymandering의 주장은 헌법 제정자들이 입법부에 맡겨두려고 했던 사법심사의 대상이 되지 않는 정치적인 문제의 일종이라고 주장하였다.¹²¹⁾ 더구나 그녀는 평등권조항은 법원에게 정치적 gerrymandering을 재판할 수 있는, 사법적으로 적용할 수 있는 기준을 제공하지 않는다고 하였다.¹²²⁾ 둘째로, O’Conner 대법관은 다수의견의 선례이용을 비판하였다. 그녀는 Baker v. Carr 사건에서 문제가 된 권리는 개인의 투표할 수 있는 권리였지만 Davis 사건에서의 원고는 “정치적인 힘과 대표를 평등하게 배분 받을 집단의 권리”가 주장된 사실을 지적하였다. 이리하여 O’Conner 대법관의 견해에 의하면, Baker 사건은 그러한 집단의 권리주장에 대한 선례가 될 수 없는 것이었다.¹²³⁾

(2) 합헌성 문제

다수의견을 집필한 White 대법관은 원고가 동일한 정치집단에 대한 의도적인 차별과 그 집단에 대한 차별적인 영향을 입증하여야 한다는 지방법원의 의견에 동조하였다.¹²⁴⁾ 연방대법원은 패배한 정당에 투표한 자들이 1회의 선거에서 그 소속정당의 후보

119) Id. at 145.

120) Id. at 145.

121) Id. at 144. O’Conner 대법관은, “오늘 취하여진 조치는 아주 중요하다. 만약 장래에 이 조치가 적용된다면, 이는 정치적 불안정과 사법적 불안을 야기시킬 것이다.”고 주장하였다(Id. at 147).

122) Id. at 147. 그러나 이에 대하여 다수의견은, O’Conner 대법관이 정치적인 gerrymandering이 문제되는 사건에 대하여 다수의견이 제시한 기준이 왜 인종적인 gerrymandering이 문제되는 사건에 적용되는 기준보다 덜 적합한지 그 이유를 설명하지 않고 있다고 비판하였다(Id. at 125).

123) Id. at 149.

124) Id. at 127.

자들이 받은 전 주의 투표수에 따라 의회에 그들이 대표를 가질 수 없게 되었다는 사실만으로는 의원정수재분배법이 평등권조항에 위배되지 않는다는 결론을 내렸다.¹²⁵⁾ 그 대신 연방대법원은 위헌적인 차별은 선거제도가 “전체적, 계속적으로 어느 유권자나 유권자 집단의 정치과정에 대한 영향력을 떨어뜨리는” 방식으로 만들어질 때만 인정된다고 하였다.¹²⁶⁾ 따라서 연방대법원은 지방법원이 Indiana 주의 의원정수재분배안이 위헌이라고 판시한 것은 잘못이라고 하였다.

그러나, Powell 대법관은 본 안에 대한 다수의견에 반대하였다. Powell 대법관은 Indiana 주의회에서 민주당은 실질적으로 의사결정과정에서 배제되어 있었다고 믿었다.¹²⁷⁾ 그는 더 나아가 입법과정을 보면 그 안을 만든 공화당의 의도가 민주당의 희생하에 공화당의 의석수를 늘리기 위한 것이었음을 알 수 있다고 주장하였다.¹²⁸⁾ 또한 Powell 대법관은 선거구의 형태가 이상하고 역사적인 경계를 따르지 않았다고 주장하였다.¹²⁹⁾ Powell의 견해에 의하면, 이러한 증거와 민주당 후보들이 얻은 투표수에 비하여 당선된 민주당 의석수의 불균형한 비율을 종합하면, 선거구획정안은 집단으로서의 민주당에 불리한 영향을 끼쳤다는 결론을 낼 수 있다는 것이다.¹³⁰⁾

이러한 주장에 대하여 다수의견은 “비록 주의회가 어느 정당의 선거결과에 불리한 영향을 끼치기 위한 특별한 의도를 갖고 선거구를 재획정하였다고 하더라도, 그 선거구재획정이 사실상 투표에서 그 정당을 불리하게 하지 않았다면 그 정당원에 대하

125) Id. at 132.

126) Id. at 132.

127) Id. at 118~19.

128) Id. at 122~23.

129) Id. at 124~25.

130) Id. at 133~34.

여 위헌적인 차별이 있다고 할 수 없다”고 주장하였다.¹³¹⁾ 단 한번의 선거에서 투표에 불이익이 있었다는 증거는 충분하지 않다는 것이다.¹³²⁾ 오히려 다수의견은, “평등권 위배는 과거의 불균형한 결과가 유사한 지표로 다시 나타날 때에만 발견될 수 있다”고 설명하였다.¹³³⁾

(3) *Badham v. Eu* 사건에의 적용

*Davis v. Bandemer*의 다수의견은 연방지방법원에 의하여 과당적인 gerrymandering이라는 주장이 있는 California 주의 연방하원의원 선거구획정에 관한 사건인 *Badham v. Eu*¹³⁴⁾ 사건에 적용되었다. 재판의 대상이 될 수 있는가 하는 문제에 대하여 피고들은, *Davis* 사건은 주의회의 선거구를 다룬 것이므로 재판대상성에 관한 그 판지는 연방하원의원 선거구에 관한 사건에는 적용될 수 없다고 주장하였다.¹³⁵⁾ 그러나 지방법원은 *Davis* 사건에서의 재판대상성에 대한 분석이 연방과 주의 의회의원선거구획정 사이의 차이에 따라 달라지는 것이 아니라는 이유로 위와 같은 주장을 배척하였다.¹³⁶⁾ 본 안에 관하여 지방법원은, *Davis* 사건에서 다수의견에 의하여 채택된 “한계효과(threshold effects)”를 적용하면서 원고들이 차별적인 효과를 입증하지 못하였다고 판시하였다.¹³⁷⁾ 연방대법원은 그 이상의 논의 없이 방법원의 판결을 인용하였다.¹³⁸⁾

131) *Id.* at 139.

132) *Id.* at 139.

133) *Id.* at 139.

134) 694 F. Supp. 664.

135) *Id.* at 668.

136) *Id.*

137) *Id.* at 671~72.

138) *Badham v. Eu*, 488 U. S. 1024(1989).

V. 한국의 국회의원 선거구획정에 관한 검토

1. 1992. 3. 24. 국회의원총선거에 적용된 선거구 분석

1992. 3. 24. 실시된 제13대 국회의원총선거를 위하여 1991. 12. 31. 국회의원 선거구가 재획정되었다. 1992. 1. 31. 기준의 서울특별시·각 직할시·각 도의 지역구수, 이상적 지역구수, 주민수와 선거권자수는 <표 1> 과 같다.¹³⁹⁾ 1992. 1. 31. 당시 전국의 인구는 43,862,069명이고 투표권자수는 29,003,828명이었으며, 지역구 수는 237개였다. 그러므로 이상적인 지역구 주민수는 15,072명이었다($43,862,069 \div 237 = 185,072$).

¹³⁹⁾ 이하의 각 통계자료는 본자가 중앙선거관리위원회로부터 수집한 자료를 토대로 재구성한 것이다.

〈표 1〉 광역지방자치단체의 지역구수 · 이상적 지역구수 · 주민수 및 선거권자수

자치단체	지역구수	이 상 적 지역구수	주민수	선거권자수
서울	44	58.8	10,884,339	7,346,986
부산	16	20.8	3,863,362	2,552,674
대구	11	12.1	2,244,017	1,472,014
인천	7	10.6	1,970,485	1,298,965
광주	6	6.4	1,182,734	744,894
대전	5	5.9	1,094,915	702,916
경기도	31	33.9	6,266,447	4,193,755
강원도	14	8.4	1,560,810	1,021,396
충청북도	9	7.5	1,389,039	908,751
충청남도	14	10.2	1,880,980	1,228,910
전라북도	14	11.0	2,044,943	1,315,306
전라남도	19	12.7	2,344,486	1,514,234
경상북도	21	15.5	2,870,509	1,921,329
경상남도	23	20.4	3,770,671	2,458,560
제주도	3	2.7	494,332	323,138
합계	237	237	43,862,069	29,003,828

각 광역지방자치단체의, 이상적 선거구 주민수와의 편차 정도에 따른 지역구수 분포는 〈표 2〉에서 보는 바와 같고, 이상적인 선거구와 편차의 정도에 따른 지역구수의 누진계는 〈표 3〉과 같다.

〈표 2〉 이상적인 선거구와의 편차정도에 따른 지역구수 분포

편차 정도 자치단체	0%	10%	20%	30%	40%	50%	60%	70%	80%	90%	100%	0%	10%	20%	30%	40%	50%	60%	70%
	~+10%	~20%	30%~	40%~	50%~	60%~	70%~	80%~	90%~	100%~	0%~	10%~	20%~	30%~	40%~	50%~	60%~	70%~	
서울	5	6	7	7	11	3	2		2			1							
부산		2	1	1	4	1		1	2			1	1					1	1
대구	1	4		1				1				2	1	1					
인천	1	1		2						2	1								
광주	3				1							1	1						
대전						1	1					2	1						
경기도	2	1	3	2	1	1		4				9	2	2	2	2			
강원도												1	2		2	5	4		
충청북도	3				1									1	1	1	2		
충청남도	1	1										1	2	2	3	2	2		
전라북도	2				2								1	2	1	4	1	1	
전라남도		1										2	3	3	2		6	2	
경상북도	3												1	6	2	4	3	1	
경상남도	3	3	1	1	1							2	2	3	2	1	4		
제주도			1										1			1			
합계	24	19	13	14	21	6	5	5	6	1		22	17	21	15	20	23	5	

〈표 3〉 이상적인 선거구와 편차의 정도에 따른 지역구수의 누진계

편차의 정도	지역구수의 누진수	%
+ -10%이내	46	19.4
+ -20%이내	82	34.6
+ -30%이내	116	48.9
+ -40%이내	145	61.2
+ -50%이내	186	78.5
+ -60%이내	215	91.1
+ -70%이내	225	94.0

위 각표에 의하면, 대도시인 서울과 각 직할시의 경우는 과소 대표되어지고 있고, 중소도시와 시골로 구성되어 있는 각 도의 경우에는 과대대표되고 있으며, 이상적인 선거구와 인구편차가 $\pm 30\%$ 이내인 선거구는 전체의 48.9%에 불과하고, $\pm 50\%$ 이내인 선거구도 78.5%에 불과한 사실을 알 수 있다.

2. 미국 판례이론의 문제

가. 사법심사의 대상성 문제

선거구획정 문제가 정치적 문제이기는 하지만, 이는 국민의 평등한 참정권과 관련된다. Baker 사건에서의 Brennan 대법관의 사법심사에서 제외되는 정치문제 이론을 적용할 경우, ① 선거구 획정 문제는, 한국 헌법자체가 문제해결을 입법부와 행정부에 위임하고 있다고 할 수 없고, ② 문제를 사법적으로 해결하기 위하여 적용할 수 있는 기준이 없다고 할 수 없으며, ③ 비사법적인 정책결정이 전제되어 있어야 하는 것도 아니고, ④ 입법부와 행정부의 입장을 존중하여야만 사건을 해결할 수 있는 경우에도 해당하지 아니하며, ⑤ 입법부가 획정한 선거구를 존중하여야만 하는 특별한 필요성이 있는 경우에도 해당하지 아니하고, ⑥ 사법부가 이를 재판의 대상으로 삼는다고 하여 민주화가 진전된 오늘의 상황하에서 수인할 수 없을 정도로 정치적 혼란을 야기할 가능성이 있는 경우에도 해당하지 아니한다.

그러므로 불공정한 선거구획정으로 인하여 평등한 참정권이 침해되었다고 주장하는 사건에 대하여 사법부는 이를 재판의 대상으로 삼아야 할 것이다.

나. 선거구간 투표가치의 평등과 그 기준

(1) 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있으므로 정치적 생활에 있어서의 평등권은 헌법 제11조 제1항에 의하여 보장되고 있다. 따라서 Reynolds v. Sims¹⁴⁰⁾ 사건에서 확립된 “1인 1표”의 원칙이 한국에서도 적용되어질 수 있을 것이다. 그런데 헌법 제41조 제3항은 “국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있으며, 위 내용은 미국 연방헌법 제1조 제2항과 다르고, 한국은 연방제국가도 아니다. 그러므로 한국 헌법은 각 투표의 등가성을 미국 연방하원의원 선거구획정에서와 같이 사실상 선거구획정의 유일하고 절대적인 요소로 보고 있지 않다고 할 수 있다. 즉 헌법 제41조 제3항은 지역선거구획정에 관한 사항을 단순히 법률에 위임하고 있기 때문에 국회에 많은 재량을 주고 있다고 할 수 있다. 그러므로 연방하원의원 선거구획정에서 “1인 1표” 원칙의 엄격한 적용이 요구된 Kirkpatrick v. Preisler¹⁴¹⁾ 사건, White v. Wieser 사건¹⁴²⁾ 및 Karcher v. Daggett¹⁴³⁾ 사건의 판결례를 한국에서 그대로 적용하는 것은 적절하지 못하다고 본다.

그러나 비록 헌법이 국회의원 선거구획정과 관련하여 국회의 재량권을 인정하고 있다 하더라도 그 재량은 무제한의 것이 아

140) 377 U. S. 533(1964).

141) 394 U. S. 526(1969).

142) 412 U. S. 783(1973).

143) 462 U. S. 783(1983).

니다. 만약 의원정수배분이 일반적으로 인정되는 합리적인 재량권의 범위를 벗어나면 위헌이 될 것이다. 기본적으로 “1인 1표”의 원칙이 주의 선거구획정에 있어서 적용되어야 하지만 의원정수배분문제의 위헌성을 결정할 때 합리적인 주의 정책도 고려되어야 한다고 한 Mahan v. Howell¹⁴⁴⁾ 사건의 판례가 한국에서 좋은 참고가 될 것이다. 문제는 ① 어떠한 정부의 정책이 고려되어야 하고, ② 어느 정도의 편차가 허용될 수 있는가 하는 점이다.

(2) 제13대 국회의원선거가 실시될 당시의 구 국회의원선거법 제15조 제1항 본문은 “지역구는 인구·행정구역·지세·교통 기타의 조건을 고려하여 이를 확정한다. 그러나 구·시(구가 설치되지 아니한 시를 말한다. 이하 같다)·군의 일부를 분할하여 다른 지역구에 소속하게 하지 못한다”고 규정하고 있었다. 또한 1994. 3. 16. 제정·공포된 공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항도 “국회의원지역선거구(이하 국회의원지역구라 한다)는 시·도의 관할구역 안에서 인구·행정구역·지세·교통 기타 조건을 고려하여 이를 확정하되, 구(자치구를 포함한다)의 일부를 분할하여 다른 국회의원 지역구에 속하게 하지 못한다”고 규정하고 있어서 그 내용이 구 국회의원선거법 제15조 제1항과 대동소이하다. Mahan 사건에서는 정치적 소단위의 구역만이 존중되었지만, 한국에서 보다 많은 요소를 고려하도록 규정하고 있는 것이다.

한국에서 국회의원 선거구의 인구편차는 +190%(인천의 남동 선거구로서 주민 수는 352,425명)에서 -62%(전남 장흥 선거구로서 주민 수는 70,410명)에 이른다. 따라서 선거구의 최대 주민 수와 최소주민수의 편차는 약 5 : 1이다. 게다가 <표 3>에서 보는 바와 같이 이상적인 선거구와 인구편차가 ±50%내외인 지역구는

144) 410 U. S. 315(1973).

전체 지역구의 78.5%인 186개에 불과하고, 인구편차가 50% 이상인 지역구 수가 51개(237-186)나 된다.

Reynolds 사건에서 판시한 바와 같이, 국회의원은 국민을 대표하는 것이지 나무나 토지를 대표하는 것이 아니고, 또한 투표권자에 의하여 선출되는 것은 아닌 것이다.¹⁴⁵⁾ 그러므로 비록 미국 주의회의원 선거구 인구편차의 허용가능범위가 한국에 직접 적용될 수 없다고 하더라도, 1991. 12. 에 있는 선거구획정에 따른 지역구의 인구편차, 특히 가장 과소 대표되고 있는 인천 남동 선거구의 경우 그 주민의 투표권 가치의 불평등은 시정되어야 한다고 본다. 미국에서도 “1인 1표”의 원칙으로부터의 이탈을 허용하는 사유의 하나로서 정치적 소단위의 영역을 존중한다고 하는 주의 합리적인 정책을 인정하고 있지만, 인천 남동 선거구의 경우 이상적인 선거구와 사이의 주민 수 편차가 +190%에 이르고, 주민 수가 많은 경우 하나의 구·시를 둘로 나누는 것은 허용되고 있는 것이므로, 비록 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원지역구에 속하게 하지 못한다고 하는 규정에 충실하더라도, 선거구를 둘로 나누면 이상적인 선거구와 사이의 주민 수의 편차가 -5% 정도에 불과할 것이기 때문에, 투표권 가치의 불평등은 용이하게 시정될 수 있는 것이다. 투표권 가치의 차별도 그러한 차별에 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여 허용되는 것이고, 인천 남동 선거구와 같은 경우에는 차별을 정당화할 만한 합리적인 이유가 없는 경우에 해당한다. 그러므로 적어도 인천 남동 선거구의 유권자에 관한 한, 그들의 투표권이 합리적인 이유 없이 과소 대표되어 평등한 참정권이 침해되었다고 할 수 있다.

(3) 국회의원 선거구의 인구편차가 큰 이유 중의 하나는, 구·

145) 377 U. S. at 562.

시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원 지역구에 속하게 하지 못한다고 하는 규정 때문일 것이다. 국민의 애항심이 강한 현실을 고려하면, 하나의 구·시·군의 일부를 분할하여 다른 국회의원 지역구에 속하게 하는 것에 어려움이 있을 수 있다. 그러나 미국에서 각 county마다 최소한 1명의 주하원의원을 선출할 수 있도록 한 Wyoming 주 의회의원 선거구간의 인구편차가 문제된 Brown v. Thomson 사건이 합헌으로 선고되었지만, 그 사건에서도 최대인구편차는 89%에 불과하였다. 그런데 한국의 국회의원 선거구간 중 이상적인 선거구와 사이의 인구편차가 $\pm 50\%$ 이상인 선거구가 무려 51개(237—185)나 된다. 이와 같은 인구편차는 시정되어야 할 것이다. 이론적으로 볼 때 국회의원은 전 국민의 대표자이므로, 구·시·군 이하의 행정조직단위의 경계를 존중하는 가운데 “1인 1표”의 원칙이 적용되도록 공직선거및선거부정방지법 제25조 제1항 후단부분은 개정되고, 그에 따라 선거구가 재획정되어야 할 것이다.

다. gerrymandering 문제

한국은 단일민족국가이므로 인종충돌에 관한 문제는 없다. 그러므로 한국에서는 인종적 gerrymandering이 예상되지는 않는다. 그러나 앞으로 정치적 gerrymandering은 있을 수 있을 것이다. 그러나 이것도 지역구가 구·시·군의 영역을 바탕으로 만들어져 있고, 정당이 특정의 정책을 바탕으로 형성되기보다는 특정지역을 바탕으로 형성되어 있기 때문에 현재로서는 그 가능성이 극히 희박하다. 지난 선거에서 집권당은 민주당의 지지기반인 호남에서 단지 2석만 차지할 수 있었고, 제1야당이었던 민주당은 집권당의 지지기반인 경상도에서 1석도 차지하지 못하였다. 따라

서 위 지역에서 가까운 장래에 정치적 gerrymandering이 발생하리라고는 예상되지 않는다. 그러나 그 이외의 지역에서는 하나의 구·시를 둘로 나누어 둘 이상의 선거구를 획정할 때 정치적 gerrymandering을 예상할 수 있다.

한국에서 정치적 gerrymandering이 있을 때 Davis v. Bandemer¹⁴⁶⁾에서 판시된 원칙이 적용될 수 있을까? Davis 사건에 의하면, 정치적 gerrymandering이 위헌이 되기 위하여는 원고가 어느 특정 정치집단에 대한 차별적인 목적과 그 집단에 대한 차별적인 효과를 입증하여야 한다. 그러나 개개인의 권리를 보호함에 있어서는 입법부의 차별적인 의도보다 그 결과가 더 중시되어야 할 것이다. 비록 특정 정치집단에 대하여 차별적인 목적이 없었다 하더라도, 만약 그 집단에 대하여 계속적으로 차별적인 효과가 발생한다면 그 문제는 시정되어야 하는 것이다. 이런 점에서 Davis 사건에서 판시된 원칙을 그대로 적용하는 데에는 문제가 있고, 오히려 미국에서 Bolden 사건 이후에 개정된 투표권법 제2조와 같이 차별적인 효과만을 입증하면 족하다고 하여야 할 것이다.

3. 맺 음 말

재판이란 발명이 아니라 주어진 사회에 적용되는 “일반상식의 발견”이라고 할 수 있다. 의원정수배분분야에서도 국민의 인권의식의 향상 없이는 바람직한 “일반상식”을 발견하는 작업은 쉽지 않다. 미국에서 1960년대 이래로 선거구획정 및 의원정수배분과 관련하여 발전한 평등한 투표권의 보장은 미국에서도 평등한 투

146) 478 U. S. 109(1986).

표권이 보장될 수 있도록 하기 위하여는, 헌법재판관과 판사의 확고한 기본권 보장의지 외에 법률가를 비롯한 시민단체가 한국민의 인권의식을 향상시키기 위하여 꾸준한 노력을 경주하여야 할 것이다.

헌법재판의 행정통제기능에 관한 소고

강 윤 원

판례편찬과장

- 목 차 -

I. 서 설

1. 문제의 제기

- 가. 현대행정의 특징
- 나. 기본권 제한의 행정
- 다. 헌법재판소의 출현

2. 연구목적

- 가. 민주행정의 추구
- 나. 사법적 행정통제에 관한 연구의 미흡
- 다. 헌법재판소에의 기대

3. 연구범위

4. 연구방법

II. 행정통제에 관한 논의

1. 행정책임

- 가. 행정책임의 개념
- 나. 행정책임의 유형
- 다. 헌법재판과 행정책임

2. 행정통제

- 가. 행정통제의 개념
- 나. 행정통제의 유형
- 다. 헌법재판과 행정통제

Ⅲ. 행정통제작용으로서의 헌법재판

- 1. 현행 헌법재판에 의한 행정통제의 제도적 고찰
- 2. 헌법재판에 의한 행정통제의 성격
 - 가. 『견제와 균형』의 주체
 - 나. 시민참여적 통제의 기제
 - 다. 헌법해석의 창조자
 - 라. 미래지향적 정책형성의 향도
- 3. 헌법재판에 의한 행정통제의 한계
 - 가. 사법적 통제로서의 한계
 - 나. 정치적 재판기관으로서의 한계
 - 다. 생존유지론적 한계
 - 라. 현행제도상의 한계

Ⅳ. 헌법재판의 행정통제실적 및 평가

- 1. 전체통계상의 헌법재판실적
- 2. 헌법재판의 행정통제실적
 - 가. 위헌선언된 법령의 정비현황
 - 나. 헌법소원심판의 인용판결에 대한 조치현황

V. 결 론

- 1. 헌법재판에 의한 행정통제의 종합평가
- 2. 헌법재판에 의한 행정통제강화방안
- 3. 향후의 연구과제

(부록) 위헌선언된 사건의 법령정비현황

참고문헌

I. 서 설

1. 문제의 제기

가. 현대행정의 특징

현대행정의 특징은 행정국가화 현상과 함께 일반적으로 행정기능의 확대, 행정권의 강화 및 행정재량권의 확산을 주요 내용으로 하고 있다. 행정국가는 행정권한 자체의 확대뿐만 아니라, 광범위한 행정입법기능과 준사법기능까지 집중되는 거수국가이며, 의회주의, 법치주의, 권력분립과 같은 입법국가의 기본장치를 실질적으로 붕괴시키는 효험을 지니는 것으로 지적되기도 한다.¹⁾ 행정기능의 확대는 선진국으로서의 복지국가지향 과정에서, 개도국은 발전정책추진 고정에서 불가피하게 이루어지고 있으며, 행정권의 강화는 입법부와 사법부의 상대적 약화를 초래하는 경향에까지 이르렀으며, 행정재량권의 확산은 위임입법기능을 포함하는 행정의 정책결정 영역의 확대현상을 더욱 가속화시키고 있는 실정이다.

이와 같이 행정국가화 현상은 행정의 전문화·기술화에 수반하여 행정권의 남용가능성도 더욱 커지게 되었으며 국민들이 바라는 대로 행정이 이루어지도록 하는 적절한 행정통제도 점차 어려워지고 있다.²⁾ 따라서 현대행정의 특징은 행정책임의 확립과 그 확보수단으로써의 행정통제의 중요성과 필요성을 더욱 느끼

1) 김도창, 일반행정법론(상)(제3전정판; 서울 : 청운사, 1990), p.79.

2) 김석태, “행정통제의 행태모형적 접근”, 한국행정학보 제25권 제3호 (1991. 12.), p. 753.

게 하여, 행정부의 자율적 통제에 전적으로 맡기기에는 너무나 부족하기 때문에 사법부에 의한 통제가 불가피하게 되었다.

나. 기본권 제한의 행정

우리 나라는 1962년부터 제1차 경제개발계획을 착수한 이래 지난 30여 년 동안 괄목할 만한 경제성장을 이루어 왔지만 경제개발우선정책의 미명하에 잃은 것 또한 적지 않다. 그 대표적 사례로써 국토개발계획이나 도시개발계획에 의한 재산권의 제한을 들 수 있겠는 바, 현행헌법 제23조 제3항에서 규정한 『정당보상의 원리』가 제헌헌법 이후 현행헌법에 이르기까지 우여곡절을 겪고 오늘에 이르렀음을 살펴봄으로써도 쉽게 알 수 있다.³⁾

이와 같은 경제개발우선정책에 의한 기본권제한의 행정은 개발독재의 현상으로 나타났으며 정치적으로는 군사정권에 의한 정권안보적 행정과 편의주의적 행정이 야기한 기본권의 억압과 맞물려 우리가 이룩한 경제개발의 성과가 우리에게 소중한 것들의 희생의 바탕 위에 마련되었음을 지적하여 주고 있다고 볼 수 있겠는 바, 부수적으로 발생한 사회혼돈 현상은 “인치행정”, “모로가도 서울만 가면 된다” 또는 “칼자루 잡는 사람이 임자다” 등의 속언을 대변하는 『법치주의의 실종』 그리고 “무전유죄 유전무죄”, “법은 멀고 주먹은 가깝다” 또는 “정치개판극” 등의 속언

3) 『정당보상의 원리』에 관한 제헌헌법(1945. 7. 17. 공포) 이후 현행헌법에 이르기까지의 헌법규정의 변천과정을 살펴보면, 제헌헌법에서는 제15조에서 『……상당한 보상을 지급함으로써 행한다』, 제5차 개정헌법(1962. 12. 26. 공포; 전면개정)에서는 제20조 제3항에서 『……정당한 보상을 지급해야 한다』, 제7차 개정헌법(1972. 12. 27. 공포)에서는 제20조 제3항에서 『……보상의 기준과 방법은 법률로 정한다』, 제8차 개정헌법(1980. 10. 27. 공포)에서는 제22조 제3항에서 『……보상은 공익 및 관계자의 이익을 정당하게 형량하여 법률로 정한다』, 제9차 개정의 현행헌법(1987. 10. 29. 공포)에서는 제22조 제3항에서 『……정당한 보상을 지급해야 한다』라고 규정하였다.

이 대변하는 『사법부에 대한 불신』⁴⁾ 등의 우려와 개탄의 소리가 지적하는 바대로 막강한 공권력의 위세 앞에서 행정의 적절한 통제를 실시할 겨를을 갖지 못하였던 것이 지난날의 현실이었으며, 근래에도 법치주의의 실천의지를 의심케 하는 ‘행정편의주의에 의한 법률경시대도’⁵⁾의 사례가 적지 않다.

위에서 지적한 경제발전우선정책이란 ‘관주도의 경제발전정책’이라고 표현될 수 있는데, 여기서 나오는 바람직하지 못하였던 부산물은 엄청나게 공권력을 강화시켜주었던 것으로 나타났으며, 발생할 수 있는 문제는 강화된 공권력을 어떻게 억제하는 것이냐의 문제로써 민권에 의하여 공권이 억제되지 않는 사회에서 민주주의를 이룩한다는 것은 거의 불가능한 일이라고 인식되고 있다.⁶⁾ 따라서 오늘날 권력행사는 과거 그 어느 때보다도 고도로 정당성에 대한 압력을 받고 있다.⁷⁾

막강한 공권력의 폐단은 18세기 영국의 정치가 E. Burke가 행한 『권력이란 크면 클수록 그 남용의 위험성이 더욱 커진다』(The greater the power, the more dangerous the buse.)라는 어록에서 보듯이 필연적으로 공권력의 남용과 무분별한 행사를 초래하고 결과적으로 기본권제한의 행정의 가능성을 상존시키는 가운데 민주행정의 발전에 장애요인으로 작용하였던 것이 우리의 현실이었기 때문에 자유민주주의 이념을 최고의 가치로 하는 헌법에 의한 행정권력의 통제에 관심을 갖게 한다.

다. 헌법재판소의 출현

4) 한상범, “인권보장과 사법제도”, 월간고시(1993. 9.), pp. 15~16.

5) 동아일보(1994. 5. 5일자 제2면)의 『행정예 깃뚫힌 법률』, pp.15~16.

6) 박동서, “한국의 행정과 공권력”, 행정논총 제26권 제1호(서울대학교 행정대학원: 1988. 6.), pp182~184.

7) G. Kaiser, 신동운 역, “법과 사회에 대한 도전으로서의 부정부패”, 법학 제32권 3·4호 (서울대학교 법학연구소:1991), p139.

제3공화국의 유신헌법이래 극도로 팽배되어 오던 온 국민의 민주화에 대한 열망이 제5공화국의 말기에 이르러 급기야 누구도 거스를 수 없는 국민적 민주화 압력으로 증폭되었던 와중에서 우리 나라의 헌정사상 최초의 여야합의에 의한 제6공화국 헌법은 1988. 9. 19. 우리 나라 헌법사상 처음으로 헌법재판소를 탄생시켰다.⁸⁾

헌법재판소의 발족배경을 살펴보면, 당시 대법원의 고위층의 분위기가 정치적 재판의 속성을 갖고 있는 헌법재판을 골치 아픈 사항으로 간주하고 기피하는 분위기가 지배하였으며, 여당의 일부정치권에서는 과거정권의 대법원의 헌법재판관할시대와 헌법위원회의 헌법재판관할시대를 빗대어 유명무실한 것이라는 예단이 있었기 때문에 오늘날의 독립재판기관형 헌법재판소제도가 창설될 수 있었다고 한다.⁹⁾ 또한 어떤 사람은 당시 사법부에서 미국식으로 사법심사제도를 반대하였기 때문에 헌법재판소제도로 바뀌었다고 한다.¹⁰⁾

헌법재판소제도는 근자에 세계적으로 큰 Boom을 일으키고 있다고 하는 바, 기존의 헌법재판소제도를 갖고 있는 나라들은 그 재판관할권을 강화하는 방향으로 나아가고 있으며, 또 새로이 헌법재판소제도를 신설하고 있는 나라가 증가하고 있음이 이를 대표한다.¹¹⁾고 한다. 따라서 우리 나라의 헌법재판소제도는 이즈음 세계의 ‘헌법에 의한 권력통제의 확충’이라는 도도한 조류에 부합하는 세계시대사적 의의를 갖고 있음은 물론, 국내적으로는 자유민주주의 정착을 위한 국민적 투쟁의 결과로 생성된 제도라는

8) 강윤원, “헌법재판의 인식도에 관한 조사연구”, 헌법논총 제2집(헌법재판소; 1991. 12.) pp.459~461.

9) 강윤원, “한국헌법재판제도의 개관”, 법무사(대한법무사협회; 1992. 12.), p.44.

10) 환상범, “헌법재판제도, 이것이 문제다.” 사법행정(1990. 12.), p.23.

11) 이시윤, “헌법재판에 관한 관견(1)”, 헌법논총 제1집(헌법재판소; 1990. 12.), p.60.

의미에서 민주발전사적 의의를 갖는다고 볼 수 있다.

어쨌든 입법권, 사법권, 행정권 등 모든 공권력의 합헌적 통제를 통하여 국가의 최고법규범인 헌법을 수호함으로써 법치국가의 지향과 국민의 기본권의 보호·신장을 사명으로 하는 헌법재판소의 출현은 새로운 연구분야로서 사법적 행정통제의 최고적 기관인 헌법재판소에 의한 행정통제의 역할에 관한 문제의식을 갖게 하기에 충분한 바, 국회의원선거법 제33조, 제34조의 위헌심판의 결정¹²⁾에서의 『우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨 있는 최고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제 원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고 입법형성권의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜야 하는 최고의 가치규범이다』라는 선언은 헌법에 의한 공권력의 통제의 방향을 제시하여 주는 것으로 의의가 있다고 생각된다.

2. 연구목적

가. 민주행정의 추구

일반적으로 행정학에서는 가장 중요한 행정이념으로 합법성, 민주성, 능률성 및 효과성을 들고 있다. 행정의 이념 중 어느 이념 하나 중요하지 않은 것이 없으나 모든 이념들이 동시에 동일한 비중을 가지고 추구되기란 어렵다. 여기서 이념간의 우선 순위 문제가 대두하게 되는데 그 때 그 때의 시대적 요청과 정신에 따라 또는 국가적 상황에 따라 보다 우선적으로 강조되는 이념

12) 1989. 9. 8. 선고, 88헌가6 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.205).

이 있을 수 있는 바, 오늘의 선진국은 20세기 중반부터 어느 이념보다도 민주성을 강조하는 경향이 있는데, 국민의 뜻을 행정에 반영하고 국민이 좋아하는 행정을 강조한다.¹³⁾

우리의 경우 지난날의 개발행정위주의 정책형성시대에는 개발의 목표달성을 위한 효과성이 가장 중요한 행정이념으로 등장하였으며 합법성의 강조는 공권력 담당자들의 독선적 행위에 대한 정당성 부여의 수단으로 이용될 수 있었다. 그러나 민주화시대 또는 문민정부시대라고 일컬어지는 작금의 시대적 상황과 국가적 현실은 민주성을 최고의 이념으로 행정이 지향되어야 한다고 생각되어 진다. 근래 상품을 생산·공급하는 기업들이 실수요자인 소비자를 지향하며 고객만족운동을 벌이듯이 행정을 서비스 산업으로 간주하고 정부도 정책의 수요자인 국민을 대상으로 국민만족운동에 나서고 있다¹⁴⁾는 사실은 민주행정을 추구하는 일면목이라고 해석될 수 있다.

민주주의국가에 있어서의 행정은 결국 주권자인 국민에 대하여 책임을 져야하며 국민에 의하여 통제되어야 함이 마땅하다. 그러나 오늘날과 같이 복잡한 사회체제하에서 국민이 모든 행정활동에 대하여 통제를 가한다는 것은 현실적으로 한계가 있기 때문에 다원적 장치가 필요하다.¹⁵⁾ 민주행정이 추구하는 민주성의 이념적 목표는 헌법재판소가 추구하는 목표인 자유민주주의 원리와 국민주권원리를 최고이념으로 하는 헌법정신을 행정권에 대한 통제를 통하여 실현될 수 있다고 보는 관점에서 헌법재판을 관찰하고자 함에 본 연구의 우선적 목적이 있다.

13) 백완기, 행정학(서울: 박영사, 1989. 8.), pp.62~63.

14) 박헌준, “공공부문조직의 혁신 : 진통관료조직으로부터 초우량 서비스 조직으로의 파라다임 전환”, 한국인사·조직학회 1994년도 춘계학술발표대회(1994. 4. 2.) 발표자료, p.23.

15) 이광중, “한국관료의 행정책임과 통제에 관한 연구”, 서울대학교 행정학 박사학위 논문(1986. 2.), p.5.

나. 사법적 행정통제에 관한 연구의 미흡

행정통제에 대한 지금까지의 연구는 오늘날 우리의 국가적 목표인 민주화의 추진과 국가경쟁력 강화라는 당위성에 비하여 그리고 현실적 중요성에 비하여 미진하다고 할 수 있다. 지금까지의 많은 연구들이 통제자를 중심으로 하여 외부통제와 내부통제로 나누고 외부통제의 경우는 입법부에 의한 통제, 시민참여적 통제 등에 대한 연구가, 내부통제의 경우는 감사원이나 부처내의 감사조직들이 어떠한 통제수단으로서 어떻게 통제하여야 하는가에 대한 연구가 중점을 이루어 왔다.

행정에 대한 외부통제로서의 사법부에 의한 사법적 행정통제에 관한 정책적 연구의 실적은 미흡한 수준에 있다. 더욱이 1988. 9. 헌법재판소의 발족 이후에도 사법적 행정통제의 일환이라고 할 수 있는 헌법재판소에 의한 행정통제에 대한 연구는 찾아보기 힘들 정도이다. 특히 행정책임을 담보하기 위한 행정통제를 헌법재판의 역할과 관련한 연구는 거의 없는 바, 본 연구는 행정책임과 관련한 행정통제와 헌법재판과의 관계를 직접적으로 연결하여 고찰하였다는 의미에서 의의를 갖게 한다.

헌법적정의를 실현시키고자 하는 사법제도인 헌법재판은 헌법국가성의 규범적 보호를 통하여 국민의 '헌법에의 의지'를 더욱 강하게 끌어내고 있다.¹⁶⁾ 그런데 지난날 어두웠던 시절의 한 단면인 사법부불신시대에는 헌법재판에 의한 행정통제란 기대하기 곤란하였으며 기대될 수 있는 분위기도 아니었다는 변명이 있을 수 있겠으나, 민주화시대라고 일컬어지는 현재의 시대적 상황을

16) 강경근, "한국 헌법재판소의 공권력 통제기능", 월간고시(1991. 1.), p.135.

행정에 있어서의 자유민주주의적 입헌정신의 실현을 위한 최후적 길잡이로서 그리고 최종적 통제자로서 헌법재판소의 역할을 막중하다는 판단하에 정책방향을 제시하고자 함에 본 연구의 목적이 있다.

다. 헌법재판소의 기대

우리 나라의 헌법재판의 역사를 개괄적으로 살펴보면 일찍이 1948년의 제헌헌법에 의하여 헌법재판을 담당하는 헌법위원회가 설치되었으나 그 기능이 매우 한정적이었으며 비상설기구로서 자유당 정권의 12년간 별로 세인의 관심을 끌지 못하였던 단 2건의 위헌결정을 선언함으로써 우리 나라의 헌법재판사는 초기부터 이미 유명무실의 기미가 짙어있었다. 4·19 이후 민주당 정권에 의한 1960년의 제2공화국 헌법은 현행 헌법재판소와 유사한 헌법재판소의 설립근거를 마련하였으나, 5·16 쿠데타로 발족조차하지 못하고 무산되는 불운을 맞았다.

5·16 후 공화당 정권에 의한 제3공화국 헌법에서는 사법심사형 헌법재판제도를 채택하여 대법원에 위헌법률심사권을 부여하였으나 10년간 위헌판결다운 위헌판결은 단 1건만¹⁷⁾있었으며, 그나마 위헌판결에 가담하였던 9명의 대법관이 유신체제의 출범과 더불어 재임명에서 탈락되어 대법관직을 떠나야 했던 사법사상 매우 불행한 기록을 남겼다. 그 이후 민주정치의 되보시대라고 호평되기도 하는 제4공화국의 1972년 유신헌법에 의하여 설립되었던 상설기구인 헌법위원회가 1988년 현행 헌법재판소의 창립 이전까지 16년간 존속하였으나 유례없는 무건위헌결정기록을 세웠는 바, 1948년의 정부수립 이후 1988년의 현행헌법재판소의 발

17) 『국가배상법 제2조 제1항 단서규정의 위헌판결』(대법원 1971. 6. 22. 선고).

족이전까지 40년은 가히 『헌법재판부재시대』라고 표현될 수 있다.¹⁸⁾ 이와 같은 헌법재판부재시대에는 한 나라의 헌정질서의 성패는 헌법재판제도에 달려 있다고 할 것이며, 구라파 대륙형이든 미국형이든 헌법재판제고를 그 통치기구 속에 마련하고 있지 않다면 자유민주적 통치구조의 기본요소를 갖추었다고 할 수 없을 것이다.¹⁹⁾라는 역설에 비추어 볼 때 공권력의 합헌성 담보 내지 공권력에 대한 헌법적 통제의 가능성은 존재하기 어렵다. 어쨌든 위와 같은 배경 속에서 현행 헌법재판소가 설립되었지만, 설립당시 과거의 전례와 같이 유명무실할 것이라는 권력층 내부와 법조계는 물론 일반국민들의 관측과 비교하면 현행 헌법재판소의 활동은 예상을 깨기에 충분하였고, 일응 눈부신 활약이라고 칭찬되어지고 있다. 더욱이 혹자는 이른바 제6공화국 이후 여러 헌법기관 중에서는 가장 후한 점수를 받아서 마땅하다고 주장한다.²⁰⁾

헌법재판소에 대한 일반국민의 기대가 막중하고 그간의 활동이 돋보일만한 것은 헌법재판소의 사건처리현황 통계(* 후술하는 IV·1의 별표 참조)를 살펴보면 알 수 있는데, 1994.6월말 현재 총접수 2,038건 중 총 1,461건을 재판처리한 실적은 헌법재판소의 맹렬한 활동을 반증하여 주고 있으며, 특히 공권력의 행사·불행사로 인한 기본권 침해의 구제수단인 헌법소원사건 1,753건의 접수현황은 헌법재판소가 “현대판 신문고”의 역할을 하고 있다는 표현을 실감나게 하여주는 증거로 볼 수 있겠는바, 공권력에 대한 적절한 통제의 그 자체가 민주화의 추진과 민주행정의 정착을 위한 통제라고 보는 관점에서 국민적 기대가 뒷받침되고 있는 헌법재판소 행정통제기능에 관한 연구의 필요성을 부여한

18) 강윤원, 전개논문 “한국 헌법재판제도의 개관”, p.44.

19) 허 영, 한국헌법론,(서울 : 박영사, 1991), p790.

20) 허 영, “헌법재판소에 손대지 마라.”, 월간조선(1991.5.), p.132.

다.

3. 연구범위

행정책임을 담보하기 위한 행정통제와 헌법재판의 관계를 규명하고자 하는 본 연구는 사법적 행정통제가 갖는 일반적 속성에 한정하여 있기보다는 헌법재판의 새로운 기능으로 의미 지어 질 수 있는 예방적·미래지향적인 사전적 통제기능의 발굴에도 특별한 관심을 갖고 연구에 임하였다는 점을 특징으로 들 수 있다. 따라서 본 연구는 위와 같은 헌법재판이 일반 사법적 통제작용으로서는 가질 수 없는 독특하고 새로운 기능에 유념하였음을 밝히면서 연구의 체계를 개괄적으로 살펴보면, 먼저 행정통제에 관한 논의와 관련하여 행정책임과 행정통제를 구분하여 각 개념과 유형에 대한 일반적인 고찰과 더불어 헌법재판과의 관계를 살펴보았으며 다음으로는 행정통제작용으로서의 헌법재판을 현행 제도적 관점에서 고찰하고 아울러 이 장에서는 헌법재판의 관례적 성격인 사법적 통제로서의 성격을 제외한 새로운 기능에 초점을 맞추어 다양한 성격을 고찰하였으며 또한 헌법재판에 의한 행정통제의 현실적 한계를 논하였다.

다음으로는 헌법재판의 행정통제 실적을 고찰하기 위하여 헌법재판 통계의 분석을 시도하였는 바, 접수·재판처리현황과 재판처리실적의 내용별 현황의 분석을 통하여 일반적 평가를 고찰하였으며, 특히 위헌선언, 인용결정 등 헌법재판결과에 대한 행정부의 법령정비현황 및 반응적 행정조치현황을 헌법재판에 의한 행정통제의 실효성 측면에서 직접적 통제와 간접적 통제로 구분하여 평가하고자 함에 관심을 가졌다.

끝으로 결론에서는 헌법재판에 의한 행정통제실적을 종합적으로

평가하고 아울러, 헌법재판의 민주행정을 위한 통제가 바람직한 방향으로 강화되어야 한다는 관점에서 제도적 측면, 정책적 측면 및 헌법문화적 측면에서 개괄적으로 고찰하였으며 또한 본 연구의 약점을 적시하고 향후 본 연구와 관련한 연구과제를 제시하였다.

연구범위와 관련한 위의 내용을 요약하면 본 연구는 헌법재판과 행정통제(행정책임포함)의 관계에 관한 연구로서 이 두 가지 주제의 접목을 통한 헌법재판의 행정통제기능의 새로운 성격과 한계를 규명하며 아울러, 헌법재판결과 및 판례의 분석을 통하여 그간의 실적을 통제의 실효성 측면에서 평가하고, 또한 헌법재판소가 헌법의 기본정신인 자유민주주의원리와 국민주권원리를 실현하는 명실공히 입법, 사법 등을 포함하는 모든 공권력에 대한 국가 최고 권위적·최종적 통제기관으로서의 위상을 바람직한 방향으로 정립하기 위한 정책방향을 제시하고자 함에 연구의 목적이 있다. 다만 금번의 연구는 이 분야에 관한 향후 본격적인 연구를 대비한 예비적 연구의 성격으로서 이론적 배경과 심층적 사례분석이 부족한 개괄적인 측면에서 소논문의 형태로 작성하였다.

4. 연구방법

본 연구는 앞서 밝혔듯이 이론적 연구가 아닌 정책적 연구이기 때문에 원칙적으로 헌법재판소 판례를 포함하는 국내문헌을 대상으로 하는 문헌조사 방법에 의한 연구에 거의 의존하였으며 헌법재판소 판례의 분석은 1988.9.19. 헌법재판소 발족 이후 1993년 12월말까지의 판례를 대상으로 하여 통계적 방법에 의하여 그리고 헌법재판결과의 실효성 측면에서 통제효과를 행정청의

후속조치를 중심으로 고찰하였으며 국내문헌의 조사로는 관련학계의 학술전문지, 석·박사학위논문, 신문기사 등을 중심으로 조사하였고, 외국문헌은 행정책임과 행정통제에 관련한 약간의 단행본과 논문을 참고하였다. 아울러 헌법재판결과에 대한 행정청의 후속조치 내용은 당해 행정청에 문서로서 확인하거나 직접적인 구두문의에 의하여 확인하고 자료로서 활용하였으며 헌법재판소의 내부자료도 활용하였다.

II. 행정통제에 관한 논의

1. 행정책임

가. 행정책임의 개념

행정통제와 행정책임은 표리의 관계에 있는 것으로서 행정통제의 목적은 행정책임의 이행을 보장하려는 것으로 파악되고 있다. 행정통제의 확보대상으로서의 행정책임의 개념에 관하여는 논자들의 견해 차이에 따라 다양하게 주장되고 있으나 공통적인 것은 행정기관이나 행정인이 행정행위를 함에 있어 지켜야 할 의무라는 이해를 바탕으로 하고 있는 바, 몇몇학자들의 논지를 살펴보면, 행정책임은 행정인이나 행정조직이 윤리적·기술적·법률적 기준에 따라 행동해야 하는 의무라는 견해²¹⁾, 공공기관이나 공직자가 조직의 내외에서 제기된 다양한 기대를 관리하기

21) Robert Presthus, *Public Administration*, 6th ed. (New York: Ronald Press, 1975), p.441.

위한 수단이라는 견해 행정관 또는 행정조직이 직무를 수행할 때에 일정한 행동기준에 따라서 행동하여야 할 의무라는 견해²²⁾, 행정관 또는 행정조직이 직무를 수행할 때에 일정한 행동기준에 따라서 행동하여야 할 의무라는 견해²³⁾, 어떠한 직위를 점하고 있는 관료들이 직무 내지 역할을 수행하는데 있어서 일정한 행동규범을 따라 행동하여야 할 임무 또는 의무라는 견해²⁴⁾ 등이 있다.

행정책임에 관한 논의를 역사적으로 보면 1940년 초 H. Finer와 C. Fredrich의 논쟁에서부터 표면화되기 시작하였는 바 양논의 요지는 H. Finer가 정치에 대한 행정의 종속을 강조하는 전통적 행정책임의 관점에서 행정관료들이 국민에 의하여 선출된 대표들에게 책임을 져야할 것임을 주장하고 외부통제가 약화되면 권력남용이 발생하므로 책임의 외재적 타율성(객관적 책임)과 민주제적 기본원리가 준수되어야 함을 강조한 반면, C. Friedrich는 전통적 행정책임론에 대한 부정적 입장에서 책임의 내재적 자율성(주관적 책임)을 강조하고 책임 있는 행정을 위하여는 제도적 장치 또는 외부강요보다는 자율적 심리요소가 더욱 중요하다고 주장하였다.²⁵⁾

나. 행정책임의 유형

행정책임의 내용을 어떻게 규명하느냐에 따라 행정책임의 종류에 관하여서도 학자에 따라 다양한 주장들이 제시되어 왔으나

22) B. Romzek and M. Dubnick, "Accountability in the Public Sector : Lessons from the Challenger Tragedy", *Public Administration Review*(1987. MAY/JUNE), p.228.)

23) 박동서, 안해균 공저, *행정통제론*(한국방송통신대학교 출판부, 1993), p.27.

24) 이광중, *전개논문*, p.12.

25) 구자용, "행정의 책임과 행정통제 관한 주요논의 검토" *한국행정학보* 제24권 제2호 (1990.), pp.879~880.

여기서는 대표적으로 국내의 박동서 교수의 견해²⁶⁾와 오석홍 교수의 견해²⁷⁾를 살펴봄으로써 헌법재판과 행정책임의 관계에 대한 이해를 도모하고자 한다. 박동서 교수는 행정책임의 내용을 도의적 책임(Responsible), 법률적 책임(Accountable) 및 반응적 책임(Responsive)으로 구분²⁸⁾하면서 도의적 책임은 공복으로서 맡게되는 광범한 윤리적 성격의 책임의 성격으로, 법률적 책임은 비교적 한정된 뜻을 가진 변명적·법적 성격의 책임으로 그리고 반응적 책임은 민의에 대한 응답적 성격의 책임으로 설명하고 있다.

오석홍 교수는 행정책임의 내용을 객관적 책임(Objective responsibility)과 주관적 책임(Subjective responsibility)으로 구분하면서 객관적 책임은 행동자의 외부로부터 부과되는 기대에 관련된 것으로서 행동자에게 권한을 행사할 위치에 있는 주체가 원하는 바대로 행동하여야 할 의무이며, 일정한 직무수행기준에 관하여 행동자 이외의 사람에게 부과하는 의무라고 규정하고 그 대표인 것이 법률에 대한 책임이라고 지적하면서 민주국가에서의 법률에 대한 책임은 궁극적으로 국민에 대한 책임을 반영하는 것이라고 설명하는 반면, 주관적 책임은 행동자 스스로가 책임이 있다고 느끼는 것에 대한 개념으로 규정하고 이것은 도덕적 의무에 대한 내적·개인적 인식이라고 설명한다. 아울러 객관적 책임은 사람들이 맡은 역할에 대한 법률·조직·사회의 요구에서 생기는 것이지만 주관적 책임은 양심·충성심·일체감 등이 조성하는 내적 충동에서 비롯되는 것으로 비교한다.

26) 박동서, 한국행정론(제3전정판; 서울; 법문사, 1994), p.628.

27) 오석홍, “행정통제체제에 관한 연구”, 행정논총 제31권 제2호(1993.12.), p.53.

28) 박동서 교수의 견해에 대한 도의적, 법률적 및 반응적 책임의 국문적 표현은 원문의 상기 3개의 영어단어에 대하여 필자가 주관적으로 국역한 것임. 즉 원문에는 영어로 구분하고 국문으로 설명하고 있음.

다. 헌법재판과 행정책임

현행 헌법 제111조 제1항에서는 헌법재판소의 관할을 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 5가지로 규정하고 있는 바, 행정통제의 피통제 대상으로서의 행정책임과 관련 있는 헌법재판소의 기능은 위헌법률심판, 탄핵심판 및 헌법소원심판이다. 이렇게 볼 수 있는 이유는 위헌법률심판^(헌법재판소법 제41조 참조)은 대국회입법통제를 행사함으로써 간접적으로 행정기관에 통제를 가하는 기능(*이유는 'Ⅱ·2·나'에서 상술)이며, 탄핵심판^(헌법재판소법 제46조 참조)은 대통령을 포함한 행정부의 고위 공무원 등이 직무를 집행함에 있어 헌법이나 법률에 위반한 때 통제를 가하는 기능이며, 헌법소원심판^(헌법재판소법 제68조 참조)은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자를 구제하는 기능으로써 어떤 형태이든 행정기관이나 행정인의 헌법 규범적 책임을 보장하기 위하여 헌법재판이라는 사법작용을 통하여 통제를 가하는 것이기 때문이다.

아울러 앞에서 고찰한 행정책임의 개념 및 내용상의 구분으로서 행정책임과 헌법재판과의 관계를 살펴보면 헌법재판에 의한 통제의 피통제 대상으로서의 행정책임은 박동서 교수의 법률적 책임과 반응적 책임(*이유는 'Ⅲ·2·나'의 시민 참여적 통제에서 상술), 오석홍 교수의 객관적 책임 및 H. Finer의 외재적·객관적 책임이라고 할 수 있다. 그 이유는 박동서 교수의 도의적 책임, 오석홍 교수의 주관적 책임 및 C. Friedrich의 내재적·주관적 책임이 인간의 내면세계 내지 정신세계 속에 존재하는 심리적 요소에 근거하고 있으며 현실적으로 통제가 곤란한 반면, 앞서 열거한 법률적 및 반응적 책임, 객관적 책임 그리고 외재적·객관적 책임은 일반적 사법작용이 채택하고 있는 증거주의에 입각

하여 외부세계에 명백히 나타난 의무위반으로서의 성격을 갖고 있기 때문이다.

2. 행정통제

가. 행정통제의 개념

현대사회의 행정국가화 현상이 강화되면서 행정책임의 확립이 중요시됨과 아울러 행정책임을 확보하거나 보장하기 위한 행정통제의 필요성 또한 증대되어가고 있다. “통제되지 않는 권력을 폭력이다”라는 표현이 암시하여 주듯 행정국가화 현상에 수반하여 강화되는 행정권력 내지 공권력은 반드시 자유민주주의원리에 의하여 통제되어야 함에 의문이 있을 수 없다.

행정통제의 개념에 관하여도 학자들의 견해 차이에 따라 다양한 주장들이 제시되어 있으나 본 연구에서는 『행정행위를 일정한 기준에 합치되도록 유도하고, 평가하며 시정조치 하는 활동』이라고 정의하면서, 이와 같은 견해를 소개하면 행정통제란 조직이 목표달성을 위하여 미리 설정한 계획과 기준에 업무실적이 일치하도록 보장하는 활동은 물론 그 계획·기준과 실적간에 차이가 나타났을 때에는 그 원인을 규명하고 아울러 시정조치까지 취하는 활동을 포함한다는 견해²⁹⁾와 이미 설정된 목표·기획·기준에 비추어 성과를 비교하고 빗나가는 것이 있으면 시정조치를 취하는 활동이라는 견해³⁰⁾가 있다. 여기서의 일정한 기준이란 행정을 『법률의 집행』이라는 관점에서 본다면 행정이념 중 합법성이 강조되어야 할 것이며, 시대적·국가적 상황에 따라 민

29) 김운태, 조직관리론(서울 : 법문사, 1966), p.24.

30) 박동서, 전계서 “한국행정론”, p.625.

주성, 효율성, 효과성 등이 강조될 수도 있다. 그러나 본 연구에서는 헌법재판의 추구목표가 자유민주주의적 헌법질서의 확립이라고 규정하는 관점에서 기본권보장을 위한 민주성이 최고의 이념적 기준이 되어야 한다고 생각한다.

행정통제의 필요성 측면에서 보면 행정에 있어서 관료들의 책임 있는 행위를 보장하기 위한 통제자와 통제체제의 필요성은 무엇보다도 민주행정의 이념상 행정에 의한 국민권익침해의 가능성을 배제 내지는 예방하기 위한 것이며, 다른 한편으로는 국가의 발전적 목표들을 행정적 가치와 규범의 틀에 저촉되지 않으면서 효율적으로 수행하고 있는가 하는 문제로서 더욱 증대되고 있다.³¹⁾

나. 행정통제의 유형

행정책임보장방법으로서의 행정통제의 유형은 보는 이의 견해에 따라 다양한 주장이 제시되어 있는 바, 통제의 주체가 행정부의 외부에 있느냐 또는 내부에 있느냐에 따라 영어의 Internal control로 표기되는 내부통제(또는 내부적 통제, 내재적 통제)와 External control로 표기되는 외부통제(또는 외부적 통제, 외재적 통제)로 구분하는 것이 가장 일반적인 구분의 방법이다. 이 분류방법에 의한 외재적 통제는 정치적 책임(political responsibility)에 대응하는 행정의 민주성신장이 주도니 목표라는 점에서 민주통제(democratic control) 또는 수평적 통제(scalar control)라고 불리우며, 상대적으로 내재적 통제는 행정의 기능적 책임(functional control)에 대응하는 능률성 확보가 주된 목표라는 점에서 관리통제(managerial control) 또는 계서적 통제

31) 이광중, 전계논문, p.46.

(hierachical control)라고도 불리운다.³²⁾ 내부통제는 행정부조직 내의 자체적 통제이며 외부통제에는 입법부에 의한 입법적 통제, 사법부에 의한 사법적 통제, 선거, 여론형성과 후술하는 헌법소원심판의 청구 등 시민이 직접적으로 참여를 하여 행정통제를 가하는 방법인 시민참여적 통제³³⁾ 그리고 옴브스만제도에 의한 통제 등이 있다.

그 밖에 분류방법으로는 통제의 주체가 법제상 강제된 통제수단이나 여부에 따라 공식적 통제(formal control)와 비공식적 통제(informal control)로 구분하기도 하며, 통제가 외부로부터 강제되는 것이냐 자발적 의지에 의한 것이냐에 따라 타율적 통제(enforced control)와 자율적 통제(voluntary control)로 구분하기도 하고, 통제시점을 기준으로 하여 사전적 통제(precontrol)와 사후적 통제(post control)로 구분하기도 한다. 또한 통제대상의 단위가 개인이나 조직이나에 따라 개인통제(individual control)와 조직통제(organization control)로 구분하기도 한다. 개인통제와 관련하여 공무원의 국민에 대한 책임을 살펴보면, 공권력의 행사를 실제 수행하는 『공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다』는 헌법의 규정(제7조 제1항)에 따라 개인통제의 대상이 되며, 이 경우 담보하고자 하는 행정책임의 최고 기준은 국민주권원리에 의하여 제정된 헌법의 기본이념(자유민주주의의 실현과 기본권보장)에 합당하도록 공권력을 행사하여야 하며 따라서 공무원 개인은 국민에 의한 통제의 대상이 된다. 아울러 필자의 견해를 추가하면 직접적 통제와 간접적 통제

32) 박제창, “행정기획과 행정통제”, 행정학개론(성균관대 사회과학연구소편, 8인공저)(서울 : 대영문화사, 1991), p.125.

33) 여기의 『시민참여적통제』라는 용어는 필자의 주관적 표현으로서 이 용어와 유사한 의미의 용어로는 안해균 교수의 『국민에 의한 통제』, 백완기 교수의 『민중통제』 등이 있음.

구분할 수 있겠는 바, 행정기관이나 행정인에 대하여 직접적으로 통제를 가하는 방법을 직접적 통제라고 규정하며, 입법작용이나 사법작용에 대한 통제를 경유하여 간접적으로 행정기관이나 행정인에 대하여 통제를 가하는 방법을 간접적 통제라고 규정할 수 있다. 여기서의 간접적 통제란 직접적으로는 입법통제를 목표로 하는 헌법재판소의 위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판(헌법재판소법 제68조 제2항 근거) 및 법령에 대한 권리구제형 헌법소원심판(헌법재판소법 제68조 제1항 근거)에 의한 행정통제를 예로 들 수 있는데, 이렇게 분류할 수 있는 연유는 입법권이 의회의 전유물이기는 하지만, 행정권의 강화현상 또는 전문성 심화현상으로 국회의 입법활동 중 정부제출법안이 의원제출법안을 압도³⁴⁾ 하고 있으며, 의원입법의 경우에도 실제의 내용은 정부의 해당부처에서 성안하여 형식적으로 의원입법의 이름을 빌려 국회에 제출되는 경우가 허다하여 순수 의원입법활동은 오히려 미약하다고 볼 수 있기 때문이다. 그 밖에 외부통제에 의한 방법인 사법적 행정통제는 절차적 통제와 실체적 통제로 구분하여 설명될 수 있겠는 바, 예컨대 건축행정에서 환경영향평가서의 작성의무와 행정절차법(미제정)에서 규정한 필요적 절차의 준수여부를 사법적으로 심사하는 방법 등에 의한 통제를 절차적 행정통제라고 구분할 수 있으며, 국민의 알권리에 해당하는 어떤 행정정보의 공개나 열람을 거부한 경우 당해 행정청을 피청구인으로 하는 헌법재판(예; 1989.9.4. 선고, 88 헌마 22 결정 및 1991.5.13. 선고, 90헌마 133 결정)에 의한 행정통제는 실체적 행정통제라고 정의할 수 있다.

다. 헌법재판과 행정통제

34) 1994.5.23.자 한국경제신문 제2면 “졸속 의원입법 자성의 소리높아” 제하의 기사에 나타난 통계표에 의하면 정부수립 이후 1994.5. 현재까지 총 3,358건의 법안이 통과되었는데, 이 중 2,351건이 정부제출법안으로서 그 구성비율은 무려 70%에 이른다.

헌법재판에 의하여 행정책임을 담보하고자 하는 행정통제, 즉 헌법재판에 의한 행정통제는 행정부의 내부적 통제가 아니라 외부적 기관에 의한 통제라는 점과 헌법에 이의 구성과 조직 및 기능이 규정되어 있는 제4의 국가작용³⁵⁾(또는 제4부)의 성격을 갖는 독립기관에 의하여 통제를 가한다는 의미에서 외부통제에 해당하며, 사법작용의 근본인 재판의 본질을 『법의 해석과 적용』이라는 관점에서 보면 외부통제 중에서도 사법적 행정통제에 해당한다. 三權分立의 원칙과 『견제와 균형』의 원리가 자유민주주의의 실현을 위한 핵심적 수단이라면 헌법재판에 의한 행정통제는 민주적 통제의 속성을 갖는다.

아울러 헌법재판에 의한 행정통제는 헌법 제111조와 헌법재판소법에 명시되어 있는 고유권한에 의하여 행사된다는 점에서 공식적 통제에 해당하며, 외부기관에 의하여 강제된다는 의미에서는 타율적 통제에 해당하고, 개인간의 법률적 다툼을 대상으로 하는 대법원의 민·형사사건에 대한 재판과는 달리 국가기관 또는 행정청을 대상으로 하는 통제라는 측면에서는 조직통제로 규정할 수 있다. 또한 헌법재판에 의한 행정통제는 사법작용이 갖고있는 속성인 사후적 통제의 성격을 갖고 있지만, 헌법재판소의 결정은 모든 국가기관을 기속³⁶⁾하고 모든 국가기관의 장래의 행동규범을 제시하는 것이기 때문에 사전적 통제의 성격도 갖는다. 아울러 앞서 적은 필자의 견해에 따르면 헌법재판소의 헌법소원심판은 공권력의 행사·불행사의 주체인 행정청을 피청구인으로 하기 때문에 직접통제에 해당하며 위헌법률심판은 국회의 입법

35) 허영, 전계서, p.796.

36) 헌법재판소법은 헌법재판소의 법률인 위헌결정의 효력(제47조 제1항)과 헌법소원심판의 인용결정의 효력(제75조 제1항)은 『모든 국가기관과 지방자치단체를 기속한다』고 규정하고 있다.

작용에 대한 직접적 통제를 통하여 행정부의 관련업무에 통제의 효과가 미치는 경우³⁷⁾이기 때문에 간접통제에 해당한다. 또한 헌법재판의 본질은 사법작용으로서의 성격을 갖기 때문에 사법재판의 두 가지 심사기능, 즉 절차적 통제와 실체적 통제가 헌법재판에서 사안을 따라 동시에 또는 선택적으로 행사될 수 있다.

Ⅲ. 행정통제작용으로서의 헌법재판

1. 현행 헌법재판에 의한 행정통제의 제도적 고찰

헌법재판의 헌법적 기능은 주지하는 바와 같이 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판이 있으나 행정부에 대한 통제와 관련이 있는 것은 직접적인 통제로서 헌법소원심판과 탄핵심판을 들 수 있으며, 간접적인 통제로서는 위헌법률심판을 들 수 있겠는바 본 연구에서는 탄핵심판은 논외로하고 위헌법률심판의 경우에 한하여 살펴본다.

위헌법률심판³⁸⁾은 법률의 위헌여부가 구체적 소송에 의하여 법원의 재판에 전제가 된 경우에 법원의 제청에 의하여 법률(명령·규칙 포함)의 위헌여부를 심판하는 권한으로서 특이한 것은 하급법원의 위헌제청이 있는 경우 대법원은 단순히 경유하는 통로로서만의 역할만 하게 되어 있는데, 이는 제4공화국 및 제5공화국의 헌법위원회 시절에는 위헌심판제청 여부에 관한 최종결

37) 1990.9.3. 선고, 89헌가95결정(헌법재판소판례집, 제2권, p.245) 등 다수.

38) 헌법재판소법 제41조 내지 제47조 참조.

정권이 대법원에 부여되어 있었기 때문에 하급법원의 제청건의
가 있어도 대법원이 헌법위원회에의 회부를 차단함으로써 단1건
의 위헌심판도 없었던 악몽을 벗어나기 위한 제도적 개선으로
생각된다.

현행 위헌심판의 방법은 규범적 통제를 통하여 이루어지고 있
는 바, 규범적 통제의 유형³⁹⁾으로는 국회의 입법의결이전의 과정
이나 단계에서, 즉 법안의 성안과정에서 이미 위헌성여부를 심사
하여 선언하는 사전적 규범 통제, 구체적 소송의 전제가 없는 경
우에도 기존법률의 위헌성 여부를 심사하여 선언할 수 있는 추
상적 규범통제, 구체적 소송의 전제가 있는 경우에만 위헌성여부
를 심사하여 선언할 수 있는 구체적 규범통제 및 개인의 헌법소
원심판청구에 의하여 법령의 위헌여부를 심사하여 선언할 수 있
는 개인적 규범통제의 4가지 방법이 있다. 현행 헌법재판제도의
경우에는 구체적 규범통제^(*근거:헌법재판소법 제41조 제1항)와 개인적 규범통제^{(*}
근거:헌법재판소법 제68조 제2항)의 두 가지 방법만 허용되고 있으며 개인적 규
범통제는 구체적 소송의 당사자가 위헌법률심판제청신청을 하였
음에도 당해 법원이 기각한 경우에 당사자가 헌법재판소에 헌법
소원심판청구의 형태로 법률의 위헌성여부를 심사·선언받을 수
있는 제도로서 위헌심사형 헌법소원이라고 지칭되기도 하는데,
이는 개인적 규범통제의 모습이다.

헌법소원심판⁴⁰⁾은 헌법재판에 의한 행정통제작용의 주축으로
서 『헌법재판의 꽃』 또는 『현대판 신문고』 라고도 일컬어지기도
하는 바, 현행 헌법재판제도가 활성화 될 수 있었던 가장 근본적
요인으로서 이 제도의 채택은 기본권 보장을 위하여 귀중한 혁
신적 제도로 평가된다. 아울러 헌법소원심판제도는 공권력에 의

39) 이시윤, 전계논문 “헌법재판에 관한 관견(1)”, pp.69~70.

40)

하여 억울한 사연을 당한 일반서민 대중에게 친근하게 느껴질 수 있는 제도로써 헌법소원심판 유형으로서는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권을 침해받은 개인이 헌법재판소에 기본권구제를 직접 구할 수 있는 권리구제형 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제1항)과 앞의 위헌법률심판에서 논하였던 개인적 규범통제논리에 의한 위헌심사형 헌법소원(헌법재판소법 제68조 제2항)이 있다.

헌법소원의 본질⁴¹⁾은 개인의 주관적 권리구제 뿐만 아니라 객관적 헌법질서의 보장도 겸하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하지 않는다는 특징을 갖고 있는 바, 헌법소원의 대상⁴²⁾은 법원의 재판을 제외한 입법·사법·행정을 포함한 모든 국가기관(지방자치단체 포함)의 공권력의 행사·불행사를 대상으로 하고 있지만 그 범위가 워낙 추상적이고 넓어서 헌법재판소의 판례로서 그 대상을 구체화 해나가고 있다.

헌법소원의 청구요건은 첫째(공권력행사의 실재) 취소를 청구하는 공권력행사의 실체가 반드시 존재하거나 또는 위헌확인을 청구하는 공권력 불행사의 실체가 존재하여야 한다. 여기서의 공권력 불행사(행정권력의 부작위)에 대한 헌법소원의 청구는 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용된다.⁴³⁾ 둘째(기본권침해의 사실) 헌법에 열거되지 않은 기본권도 포함하는 헌법상 보장된 기본권이 침해된 사실이 존재하여야 하며 기본권 침해여부의 판단기준은 헌법재판소의 판례로서 확립되어 있는바 자기관련성⁴⁴⁾, 현재관련성⁴⁵⁾ 및 직접관련성⁴⁶⁾

41) 1992.1.28. 선고, 91헌마111결정(헌법재판소판례집 제4권, p.56).

42) 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.176).

43) 1991.9.16. 선고, 89헌마163 결정(헌법재판소판례집 제3권, P.513).

의 요건이 원칙적으로 충족되어야 한다. 셋째(보충성) 헌법소원은 그 본질상 예비적이고 보충적인 최후의 기본권구제수단이므로 관련법률이 규정한 절차에 따라 침해된 기본권의 구제를 위하여 필요한 절차와 수단을 강구하였음에도 기본권구제가 이루어지지 못한 경우에 비로소 청구할 수 있다.⁴⁷⁾ 넷째(권리보호이익의 실존) 헌법소원제도는 그 제도의 목적상 권리보호의 실익이 있는 경우에만 청구할 수 있다.⁴⁸⁾ 즉 예로서 공소시효가 만료된 불기소처분에 대한 헌법소원⁴⁹⁾과 이미 해제된 출국금지조치에 대한 헌법소원⁵⁰⁾의 경우는 보호받을 실익이 없기 때문에 각하된 사례이다. 다섯째(기타의 요건) 기타의 요건으로는 청구기간의 제한⁵¹⁾, 변호사 강제주의⁵²⁾, 일사부재리원칙⁵³⁾에 의한 요건이 충족되어야 한다.

2. 헌법재판에 의한 행정통제의 성격

가. 『견제와 균형』의 주체

몽테스큐의 삼권분립이론 이후 미국연방헌법을 비롯한 입헌민주국가의 헌법은 권력분립이론을 통치조직구성 원리를 위한 『철칙』 또는 『금과옥조』로 삼아왔다. 권력분립의 원칙이라 함은 그 국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관으로 분산시킴으로써 권력상호간의 『견제와 균형』을 통하여 국민의 자유와 권리를

44) 1989.4.15. 선고, 89헌마51 결정(헌법재판소판례집 제1권, P.24).

45) 1989.7.21. 선고, 89헌마12 결정(헌법재판소판례집 제1권, P.128).

46) 1991.5.13. 선고, 89헌마267 결정(헌법재판소판례집 제3권, P.227).

47) 1992.6.26. 선고, 91헌마68 결정(헌법재판소판례집 제4권, p.452).

48) 1989.4.17. 선고, 88헌마3 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.31).

49) 1989.7.28. 선고, 89헌마65 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.170).

50) 1990.1.6. 선고, 89헌마269 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.1).

51) 1990.6.25. 선고, 89헌마220 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.200).

52) 1990.9.3. 선고, 89헌마120, 212(병합) 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.288).

53) 1990.10.12. 선고, 90헌마170 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.363).

보호하려는 통기기관의 구성원리를 말하며 전통적으로 국가권력을 그 성질에 따라서 입법권, 행정권, 사법권의 셋으로 분류하고 이를 각각 의회·행정부·법원에 나누어 맡김으로써 이들 국가기관 상호간에 서로 그 권력행사를 감시·통제케 해 온 역사적 유래 때문에 『권력분립의 원칙』은 흔히 『삼권분립의 원칙』이라고 일컬어져 왔다.⁵⁴⁾

우리 헌법은 종래에 법원이 전유하고 있던 사법작용을 현행 제6공화국 헌법(1987년)에서 헌법재판소가 창설됨으로써 사법부의 일원화 시대가 시작되었다고 볼 수 있다. 즉 사법부에는 대법원과 헌법재판소라는 두개의 최고기관이 독립적으로 양립되어 있는 바, 학계에서는 헌법재판소를 정점으로 일원화되어야 한다는 주장이 크게 일고 있는 것이 현실이다. 헌법재판의 실체를 관장하여 오던 제3·4·5공화국 시대의 대법원의 헌법재판기능은 앞서 밝힌바와 같이 유명무실 바로 그것이었던 역사적 사실이 헌법재판소의 발족 배경이었음을 염두에 둔다면 『헌법재판소를 정점으로 하는 사법부의 일원화 주장』은 어느 일면 헌법재판소의 국가권력통제 기능의 주체로서의 위상에 막중한 기대를 거는 것이라고 볼 수 있다.

헌법재판소의 헌법재판이 입법·행정·사법 등 다른 국가기능에 대한 강력한 통제효과를 나타내는 것은 헌법규범의 해석과 적용에 대한 규범의 최종적인 인식작용인 헌법재판의 본질상 당연한 것이기 때문에 헌법재판은 국가권력의 분립이나 국가기능의 분리라는 제도적 메카니즘을 통해서 달성하려는 권력통제의 가장 강력한 수단이 될 수밖에 없다.⁵⁵⁾

더욱이 대법원은 행정소송과 선거소송을 취급하고는 있지만

54) 허영, 전계서, p.648.

55) 허영, 전계서, p.668.

당사자간의 구체적 법적분쟁을 해결하기 위한 민·형사사건을 주요 업무로서 수행하고 있고, 행정소송과 선거소송은 구체적인 사건에서 피해자의 침해된 권익의 원상회복이나 국가를 상대로 한 보상에 관한 다툼을 다루고 있으며 대부분의 경우 그 재판의 효과가 당해 사건의 당사자에 한하고 있기 때문에 대입법부·대행정부에 대한 권력통제기능은 거의 없거나 미약하다고 볼 수 있다.

헌법재판의 효력은 전기한 바와 같이 지방자치단체를 포함한 모든 국가기관을 기속한다. 헌법재판소는 위헌법률심판을 통하여 대입법부의 입법작용에 확실한 통제를 가할 수 있으나 대법원은 이와 같은 기능을 전혀 갖고 있지 못하다.⁵⁶⁾ 더욱이 헌법소원심판의 대상에 법원의 재판이 포함될 수 있다면 명실공히 헌법재판소는 모든 국가권력에 대한 최고통제자로서의 지위를 확고히 할 수 있다(*현행 헌법소원심판제도는 『법원의 재판』을 그 대상에서 제외하고 있음 : 헌법재판소법 제68조 제1항 참조). 어쨌든 현행 헌법재판제도만으로도 대행정부, 대입법부에 대한 통제를 동시에 실시할 수 있는 권한을 갖고 있는 헌법기관은 헌법재판소가 유일한 기관이기 때문에 국가권력에 대한 『견제와 균형』의 실질적인 주체로서의 지위에 있으며 『국회는 행정부의 시녀, 법원은 정권유지의 도구 또는 사법부의 정치시녀화⁵⁷⁾』를 지탄하던 여론이 팽배하던 시절의 기억이 남아있는 현실을 감안할 때 모든 국가권력에 대한 합헌성을 보장하고자 하는 『견제와 균형』의 주체로서의 헌법재판소에 거는 기대가 막중하게 느껴진다.

나. 시민참여적 통제의 기제

56) 대법원은 헌법 제107조 제2항의 규정에 의하여 오로지 재판의 전제가 된 경우에 한하여 명령·규칙·처분의 위헌여부를 심사할 수 있다.

57) 한상범, 전제논문 “인권보장과 사법제도”, p.18.

헌법재판소는 스스로도 이니셔티브를 취할 수 있는 국회나 행정부와는 달리 위헌법률심사의 제청이나 헌법소원심판의 청구와 같은 국민 쪽의 요처에 따라서만 행동하는 소극성·피동성을 그 특징으로 하고 국민 쪽에서 발동을 걸어주어야 작동하는 기관으로서 헌법재판소의 헌법수호기능은 국민 쪽의 적극적인 청구나 주장에 의존할 수밖에 없는데, 헌법재판소에 대한 위헌법률심사의 청구 등은 시민의 각종 서명운동, 시위, 투표참가행위 등에 못지 아니한 시민의 정치참여의 한가지 방법에 지나지 않으며 헌법이란 궁극적으로는 국민을 감시자로 하고 권력담당자를 규율함을 내용으로 하는 법규범임을 주의할 필요가 있다.⁵⁸⁾

우리 헌법은 다원주의에 의한 자유민주적 기본질서를 기본이념으로 하고 있는 만큼, 헌법판단은 시민사회부문의 판단까지도 고려에 넣을 것을 요구하며 종래 정치영역에서 배제되었던 사회부문들도 헌법소송을 제기하는 방식에 의하여 자신의 이해를 『헌법-국가』 차원에서 거론할 수 있는 여지를 마련하였으며, 헌법재판소는 1980년대이래 점진적으로 성장하여온 시민사회 부문이 국가영역에 공식적이고 합법적으로 참여할 수 있는 유효한 기제를 마련하고 있는 것이다.⁵⁹⁾

위에서 살폈듯이 헌법재판에 의한 행정통제작용의 성격은 일응 시민참여적 통제의 기체로서의 특징을 갖고 있다고 볼 수 있겠는 바, 시민에 의한 왕성한 헌법재판의 청구는 헌법재판의 행정통제기능을 강화할 수 있다. 필자의 일반시민의 헌법재판의 인식도에 관한 조사연구⁶⁰⁾의 사례에 의하면 공권력의 행사 또는

58) 최대권, “헌법재판소의 정치학”, 법학 제34권 1호(서울대학교 법학연구소: 1993.) p.110.

59) 한상희, “헌법재판소 판결례에서 본 국가성격”, 제44회 한국공법학회 학술발표회 (1994.2.19.) 발표자료 『국가란 무엇인가』 중 p.14.

60) 강운원, 전개논문, “헌법재판도의 인식도에 관한 조사연구”, pp.505~512.

불행사로 기본권이 침해되었다고 판단되는 경우의 헌법소원심판의 청구가능성을 묻는 질문과 어떤 법률이 법원의 재판에서 위헌성 여부로 문제가 된 경우의 위헌법률심판의 제청가능성을 묻는 질문에서 유효표본의 약 57%가 청구(제청)하겠다고 각각 응답한 반면 헌법소원심판의 경우는 약6%가, 위헌법률심판의 경우는 5%가 안하겠다고, 나머지는 ‘현재로서는 모르겠다’로 응답함으로써 기본권 쟁취의식에 의한 헌법재판청구가능성이 시민참여적 의식에 의하여 행정통제기능을 강화할 수 있는 가능성을 보여주고 있는 좋은 사례가 될 수 있다.

다. 헌법해석의 창조자

일반적으로 헌법재판과 일반재판의 구별을 위한 본질적 차이는 헌법재판은 헌법문제의 해결을 위한 헌법규범의 해석이 문제가 되지만 일반재판은 구체적 법적문제의 해결을 위한 법규의 적용을 원칙으로 함에서 그 차이를 구하고 있다.⁶¹⁾ 아울러 헌법재판과 행정재판의 구별에서 헌법재판은 헌법의 해석·적용을 내용으로 하지만 행정재판은 사실관계의 확정과 행정법규의 해석·적용을 그 내용으로 한다.⁶²⁾

헌법이 국가의 현실적인 제도와 국민의 사회적 현실 속에서 활용되고 본래의 취지대로 법률적 기능을 다하기 위하여는, 그에 맞는 해석론이 뒷받침되어야 한다는 것은 자명한 일이다. 헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적·사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞은 실질적

61) 권영성, 헌법학원론(서울 : 법문사, 1992.), p.942.

62) 김문현, “헌법재판과 행정재판”, 고시계(1993.9.), pp76~77).

국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다.⁶³⁾

위에서 살펴듯이 헌법재판의 본질은 헌법의 해석기능에 있으며 헌법의 해석은 헌법의 창조적 기능을 수행하는 것으로 이해될 수 있는 바, 헌법재판소는 위헌법률심사권을 행사하는 과정에서 헌법해석의 창조적 기능을 통하여 입법형성작용 내지 입법통제를 수행하며 아울러 기본권의 적극적·능동적 확장차원에서 평가되고 기여하여야 할 것이다(예; 미국 연방최고법원의 평등권 개념의 확장경향). 이러한 관점에서 본다면 헌법소원심판의 경우 헌법소원의 청구요건(공권력행사의 실재, 자기관련성·현재관련성·직접관련성의 검토에 의한 기본권 침해의 사실, 보충성의 원리 등)에 대한 새로운 해석을 통하여 헌법재판의 영역을 확장해가고 있는 추세⁶⁴⁾는 기본권의 확장차원에서 매우 고무적인 현상이라고 생각된다.

라. 미래지향적 정책형성의 향도

사법적 행정통제의 속성이나 한계에 관한 논의는 사법작용이 갖고 있는 사후적 구제의 특성에 초점을 맞추어 이해하는 것이 일반적이고 사법적 통제가 장래의 행정적 실책을 예방하는 효과를 수반하기도 하지만 이것을 부수적·간접적으로 이해하는 견해⁶⁵⁾도 있으나 필자는 사법적 통제의 이로 한인 헌법재판에 의한 행정통제는 당해 사건에서는 사후적 구제기능을 근본적으로 갖고 있음을 인정하지만 모든 국가기관을 기속하는 헌법해석이

63) 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.207).

64) 예시 : 1993.12.23. 선고, 890헌마281 결정(헌법재판소판례집 제5권 2집, p.658) 등의 법령에 관한 헌법소원청구기간의 경우에서 『상황성숙성의 이론』에 근거하여 창조적으로 확장해석을 하고 있음.

65) 오석홍, 전제논문 “행정통제체제에 관한 연구”. P.73.

갖고 있는 미래적 방향제시의 성격은 일반재판작용에 의한 행정 통제와는 대조적으로 사전적 구제성격을 강하게 갖고 있다고 판단하며 아울러 이와 같은 의미에서의 사전적 구제의 성격은 행정부를 대신하여 미래지향적 정책형성의 지침을 제공하는 역할을 하는 것이다.

헌법재판소의 판례⁶⁶⁾에 의하면 『……생명·신체에 관한 법익과 관계 있는 형벌법규의 위헌의 경우에는 원시무효 시키되, 그 밖의 경우에는 장래무효 시키는 법^(헌법재판소법) 제47조 제2항의 규정은 미래지향적인 법규정의 재정비라는 헌법재판의 본질적 기능과 무관하지 않다.』라고 실시하는 것은 법률이 정책형성의 법적 표현에 불과하다는 관점에서 본다면 헌법재판소의 이 판례는 헌법재판의 미래지향적 정책형성의 성격을 인정한 것이라고 볼 수 있다. 아울러 헌법재판의 청구요건에 합당한 경우 행정부의 명령·규칙·처분 등도 헌법재판의 대상이 될 수 있는 바, 상위법인 헌법에 비추어 타당한 것인지의 여부를 심사·평결하는 내용은 행정부에 의한 장래적 의사결정에 있어서 예시적 준비지침으로 작용하게 된다.⁶⁷⁾

미국의 헌법재판의 성격 규명에 관한 연구 중에는 헌법재판을 정책형성의 역할로 이해하는 견해⁶⁸⁾도 있는 바, 요지를 소개하면 다음과 같다. 『건국초기의 연방대법원의 본연의 기능과 임무를 찾아내는데 있어서는 John Marshall 대법원장의 지도력이 큰 힘이 되었다. 실무적이면서도 이상적인 이론가인 마샬은 사법에 의한 정책형성은 법원의 고유하고도 자연스러운 의무라는 것을 인

66) 1993.5.13. 선고, 92헌가10, 91헌바7, 92헌바24, 50(병합) 결정(헌법재판소판례집 제5권 1집, P.246).

67) 박재창, 전개논문, p.135.

68) Tom Ormiston, "The Constitutional Policymaking Role of The United States Supreme Court", 헌법재판연구(1), (서울: 헌법재판연구회, 1993.7.) pp.504~506.

정하였다. 그의 유명한 *Murbury* 판결에서 마샬은 연방대법원이 헌법의 해석에 관한 최종적인 권한을 가지고 있다는 주장을 견지하였다. 헌법을 정의할 이러한 권한과 책임은 새로운 정부조직 내에서 법원의 영구적인 정책형성 역할을 보장하였다. 이러한 권한이 없다면 실제문제로서 James Madison이 고안한 사법부에 의한 정부 3개 기관간의 견제와 균형은 공염불이 되었을 것이다. ……헌법의 의미를 해석해야 하는 바로 이 의무의 존재가 본질적으로 연방대법원으로 하여금 항구적인 정책형성을 하도록 요구하고 있다.』

3. 헌법재판에 의한 행정통제의 한계

가. 사법적 통제로서의 한계

헌법재판소는 『사법적』 방법에 의하여 헌법을 보장하는 기관이다(통설)라는 관점⁶⁹⁾에서 보면 헌법재판에 의한 행정통제는 사법적 통제로서의 일정한 한계를 갖고 있는데, 헌법재판과 관련 있는 사법통제의 한계에 관한 논의⁷⁰⁾를 종합하여 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 행정이 이미 이루어진 후의 사후조치라는 점이다. 행정이 이루어진 후이므로 시민은 이미 불이익이나 손실을 보고 있다는 점에서 문제가 있을 뿐만 아니라, 일단 그러한 결정을 한 행정인의 자기옹호 및 정당성의 주장 또는 복귀하는 경우의 또 다른 손실 등이 사후구제를 어렵게 한다. 둘째, 비용과 시간이 너무 많이 소요된다. 사법구제는 대부분의 경우 시간과 비용이

69) 권영성, 전게서, p.952.

70) 박동서·안해균 공저, 전게서, pp.42~43.

그리고 박재창, 전게논문, pp.135~136.

크게 소요되어 상당한 유산자가 아니고서는 구제를 받기가 힘들다는 것이다(*필자주 : 헌법재판의 경우에도 국선 변호사 제도가 있으나 영세민 증빙서류가 있어야 가능함). 따라서 사법통제의 혜택은 법률상 누구에게나 평등하다고 하지만 실제 수혜 가능성을 보면 재력의 여하에 따라 크게 차이가 있음을 볼 수 있다. 셋째, 수동적이고 타율적인 구제장치이다. 사법부에 의한 통제는 우선 사법부 외부의 이해당사자가 재판을 요구하거나, 의견을 구하거나, 구제를 청구하는 등 사법부의 간여를 요청한 때 한하여 작동 가능하다는 점에서 수동적이고 타율적이다. 넷째, 행정재량권의 범위가 넓어지고 전문화되어 가고 있어 사법적 통제를 더욱 어렵게 하고 있다. 행정의 자유재량성의 범위가 확대될수록 행정이 전문화되면 될수록 사법적 통제를 어렵게 하고 있는 바, 사법부는 일반적으로 특정 분야에 대한 전문지식이나 고도기술성의 확보에 있어서 행정부에 미치지 못하고 있는 실정이므로 사법부에 의한 대행정부 통제에는 일정한 한계가 있다. 다섯째, 우리의 경우 사법부의 독립성 및 공정성자체가 고도의 권력적 압력으로 인하여 위협을 받아왔다는 사실에서 일정한 한계를 느끼게 한다. 즉 우리는 아직 민주정치의 역사도 짧고 막강한 공권력에 맞서는 민권이 시민사회의 미성숙으로 균형을 이루고 있다고 보기 어렵기 때문이다.

이상에서 사법작용으로서의 헌법재판에 의한 행정통제의 한계에 대하여 살펴보았으나 헌법재판의 일반적 한계와 관련하여 이를 전면 부정하거나 제한적으로 인정하는 견해도 있는데, 『헌법재판은 율동적인 정치생활을 헌법규범의 테두리 속으로 끌어들이며 헌법으로 하여금 국가생활을 주도할 수 있는 규범적인 힘을 가지도록 하는 헌법의 실현수단이기 때문에 당연히 모든 국가작용이 그 규제와 통제의 대상이 되는 것이 마땅하며 헌법재판의 대상에서 제외되어야 하는 국가작용의 분야는 있을 수 없

다』 고 하는 견해⁷¹⁾와 헌법재판의 기능적 한계와 관련하여 『헌법재판소는 그 본질상 다른 국가기관의 기능까지 행사하여서는 안 된다. 즉 스스로가 입법자가 되거나, 스스로가 법원대신에 민사소송을 판결하여서는 안 된다.……(중략)……헌법재판의 기능적 한계를 보다 자세히 확정하고자 하는 것은 물론 헛된 시도로 생각될 수도 있지만 그것이 어느 정도 정당성이 없는 것은 아니다. 이러한 한계가 결코 정확하게 그어질 수는 없으며, 오히려 실제로는 ‘자기의 임무의 범위를 스스로 정할 권한’을 갖는 헌법재판속 자신의 통제 범위를 그 때 그 때 어느 정도까지 확정할 것인가가 궁극적으로 중요하다』 고 하는 견해⁷²⁾가 바로 그것이다.

나. 정치적 재판기관으로서의 한계

헌법재판소의 헌법상의 지위를 논함에 있어 헌법재판소를 정치적 사법기관이라고 규정하는 견해⁷³⁾와 헌법재판의 특성을 논함에 있어 정치형성재판이라고 규정하는 견해⁷⁴⁾는 헌법재판이 일반 민·형사재판과는 구별되는 정치재판기관으로서의 성격을 강조한 것이다. 즉 전자는 헌법재판소를 사법기관으로서의 성격과 정치적 기관으로서의 성격을 아울러 가진 이중적 성격의 헌법기관으로 이해하는 입장이며, 후자는 헌법문제에 관한 다툼은 ‘정치규범으로서의 헌법’에 관한 다툼으로서 국가의 정치질서와 직결되기 때문에 헌법재판을 정치생활을 형성하는 재판으로 이해하는 입장인 바, 이와 같은 견해들은 헌법재판이 ‘정치적 영향’

71) 허 영, 전계서, p.808.

72) K. Hesse, 계획열 역, 헌법의 기초이론(서울 : 삼영사, 1988), pp.242~243.

73) 권영성, 전계서, p.952.

74) 허 영, 전계서, p.752.

을 배제할 수 없는 특수한 성격을 강조한 것으로서 헌법재판에 의한 행정통제는 정치적 재판기관으로서의 한계가 있음을 지적해 주는 것이다.

여기서 논하는 정치적 재판기관으로서의 한계를 지적할 수 있는 근거로 우선 헌법재판소 재판관이 구성원리(*헌법 제111조 제2항 내지 제4항 참고)를 살펴보면, 정치적 영향을 배제할 수 없는 어떤 한계를 보여주고 있는 바, 헌법재판관은 9인으로 구성되어 있는데 3인은 대통령이 독자적으로 임명하고, 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명하며, 그리고 국회에서 선출한 3인을 대통령이 임명하도록 되어 있다. 이와 같은 헌법재판관의 구성은 빈약한 야당에 여당 독주의 국회가 아니더라도 헌법재판관 9인 중 7인 이상을 대통령 또는 여당의 영향력하에 있는 인사로 구성될 수 있는 가능성을 배제할 수 없기 때문에 대통령이나 여당이 주도하는 행정부에 대한 통제에 한계를 가져올 수도 있다.

이와 같은 헌법재판에의 정치적 영향의 가능성 관련하여 헌법재판소 구성문제를 생각함에 있어 고려하여야 할 사항으로 첫째 문제는 헌법재판소의 민주적 정당성의 문제를 어떻게 해결할 것이냐 하는 점과 두 번째 문제로 특히 우리 나라 사회의 연고주의 문화에 의하여 증폭되기 쉬운 피임명자의 임명권자(또는 추천권자)에 대하여 느끼는 인간적 부채감에서 나오는 헌법재판소 업무수행에 있어서 편파성 내지 당파성의 문제를 어떻게 해결할 것이냐 하는 점이라고 지적하는 견해⁷⁵⁾가 있다.

다. 생존유지론적 한계

헌법재판소는 오는 '94년 9월로서 만 6년의 나이를 갖게 되었

75) 최대권, 전개논문, p.119.

다. 지나온 6년은 정부수립 이후 약 50년의 헌정사에 비추어 보면 결코 짧은 기간은 아닐지도 모른다. 우리의 역사 속에서 민주주의 정치역사는 오히려 짧은 경험을 간직하고 있을 뿐이며 오늘의 문민정부로 이어진 제6공화국의 헌법에 의하여 가장 확실한 민주화 조치의 하나로 헌법재판에 대한 경험과 연구가 거의 황무지 같은 상태에서 헌법재판소가 출발하였음을 감안한다면 6년의 짧은 기간에도 헌법수호와 기본권 보장의 최후의 보루로서 눈부신 활약을 하여 왔다고 평가되고도 한다. 그러나 다른 한편에서는 헌법재판소에 거는 국민적 기대가 막중한 나머지 헌법재판소의 그간의 활동에 대하여 꼭 성공적인 평가를 하는 견해만 있는 것은 아니다. 필자의 『헌법재판의 인식도에 관한 조사연구』⁷⁶⁾의 헌법재판소의 판결경향 평가에 관한 질문에서 『대체로 만족한다』가 유효표본의 20%, 『잘 모르겠다』가 14%로 응답한 사례에 의하면 적어도 응답자의 64% 이상이 국가권력의 합헌적 통제를 위하여 헌법재판소가 보다 과감한 판결에 임하여 주기를 기대하는 결과로 나타난 것에 유념할 필요가 있다.

그러나 헌법재판소의 국가권력 내지 공권력의 합헌적 통제를 중심으로 하는 행정통제를 위한 재판은 헌법재판소의 생존유지를 위하여 지나치게 적극적이거나 과감해서는 곤란한 지경에 이를 수도 있다는 조심스러운 견해들이 있다. 즉 이제까지의 헌법재판소의 결정들이 정치적인 사건과 경제적인 사건에 있어 그 대응자세가 균형을 잃고 있다고 지적하면서 『헌법재판소가 설립 초창기부터 지나치게 정치적 판단에 몰입하는 경우 그 존립자체마저 위협받을 수 있다』는 견해⁷⁷⁾와 법무사법시행규칙에 관한 헌법소원사건⁷⁸⁾으로 비롯된 대법원과의 위상다툼논란과 관련하여

76) 최대권, 전제논문, p.119.

77) 권영성, “헌법재판제도의 활성화 방안에 관한 연구”, 법학 제33권 2호(서울대학교 법학 연구소 : 1992), p.45.

여 『대법원과 헌법재판소의 대립·갈등은 한편으로는 의전상 대법원장이 상석이나 헌법재판소장이 상석이나의 모습으로 표출되었고 다른 한편으로는 지난 1991.4월에 민자당의원을 중심으로 제기되었다가 여론에 밀려 잠적하여 버린 권한추소입법의 논의(79)등에서도 나타났다』는 지적(80)은 헌법재판소가 자신의 생존유지를 위하여 지나치게 과감할 수도 없고 지나치게 소극적일 수도 없는 어려운 현실을 설명하여 주는 근거로서 이해되고 있는 바, 어떤 의미에서는 대다수의 국민들이 신바람나는 판결을 고대할 수만은 없는 사정이 헌법재판에 의한 행정통제의 또 다른 한계를 단면적으로 보여주고 있는 것이다.

더욱이 『헌법재판이 그 때 그 때의 시세나 인기에 영합하는 것이어서는 안된다는 점은 분명하지만……헌법재판이 시대에 역행하거나 지나치게 반동적이어서는 그 설립근거 내지 기초를 잃고 나아가 철폐될 위기를 맞이하기 십상이다. 바로 이곳에 헌법재판의 어려움이 있다』는 지적(81)은 적극적인 공권력 통제의 한계를 느끼게 한다.

라. 현행제도상의 한계

자유민주주의의 이념에 의한 헌법질서를 수호하고 기본권의 보장 내지 신장을 위한 헌법재판제도의 개선방안 또는 활성화방안에 관한 논의는 학계를 중심으로 어느 일면 충분하다할 만큼 많은 견해들이 나와 있다(*후술하는 결론부분 V.2 참조). 그러나 필자는 헌법재판을 통한 행정통제의 강화방안의 입장에서 가장 많이

78) 1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.365).

79) 동아일보 1991.4.11.자 기사 및 조선일보 1991.4.12.자 사설 및 기사참조.

그리고 허 영, 전계논문, “헌법재판소에 손대지 마라”, pp.132~135 참조.

80) 최대권, 전계논문, p.114.

81) 최대권, 전계논문, p.110.

주장되고 있고 가장 중요하다고 판단되는 두 가지 사항에 대하여 우선 논하고자 한다. 그 첫째는 헌법소원의 대상에서 “법원의 재판”을 포함할 것과 헌법재판결과의 실효성 보장미흡문제가 보완적 입법을 통하여 개선되어야 할 것으로 주장한다.

우선 헌법소원대상에 법원의 재판을 제외한 문제(헌법재판소법 제68조 제1항 참조)를 살펴보면, 사법적 행정통제의 두 가지 방법은 대법원을 최종상급심으로 하고 고등법원의 관할로 되어 있는 행정재판과 헌법재판소의 헌법재판을 들 수 있는데, 공권력 통제와 관련된 사건이 예외적인 경우를 제외하고는 헌법재판소에 직접 청구할 수 없고 행정재판에서 종결이 이루어진다는 제도적 모순을 갖고 있음을 지적한다. 이와 같은 제도적 현실은 헌법재판소법 제68조 제1항 단서에서의 헌법소원심판의 청구는 『다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다』는 규정에서 비롯된다. 이 규정은 행정심판의 경우 고등법원이나 대법원에서 헌법을 잘못 해석하여 기본권구제가 소홀히 된 경우에도 법원의 재판이 헌법소원의 대상에서 제외되어 있기 때문에 기본권 구제의 길이 전혀 없다는 사실에 문제의 심각성이 있다. 즉 헌법해석의 최종적 최고적 기관인 헌법재판소에서 해당 사건을 헌법적 문제로 검토할 기회를 봉쇄한 것이기 때문에 『헌법재판의 꽃』이라고도 불리워지는 『헌법소원심판제도를 공동화시켰다』⁸²⁾는 개탄이 있다. 이는 어느 일면 헌법재판의 행정통제기능을 공동화시켰다는 연장적 해석을 가능하게 한다.

다음으로 헌법재판의 실효성 확보의 문제를 살펴본다. 헌법소원심판에서의 인용결정은 헌법재판소법 제75조의 규정에 의하여 지방자치단체를 포함한 모든 국가기관을 기속한다. 그러나 대표

82) 최대권, 전계논문, p.113.

적인 예로서 불기소처분에 관한 헌법소원의 경우 헌법재판소의 불기소취소의 결정이 있었음에도 피청구인인 검찰청에서 재수사 결과 『혐의 없음』의 결론을 내리는 경우 그 이상의 어떤 구제 절차가 남아있지 못한 것이다. 뒤에서 다시 세부적으로 살펴보겠지만 1993.12.31.까지 선고된 불기소처분에 관한 헌법소원심판의 총 17건의 인용결정 중 단지 7건(1994.6.30. 현재)만 검찰에서 최종적으로 기소조치 되었음은 헌법재판결과의 실효성 미흡에 따른 문제의 심각성을 느끼게 하여 준다. 또한 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정(일명 : 국제그룹 해체사건)에서의 위헌결정이 있었음에도 아직까지 정부측에서 특별한 구제조치에 착수하고 있지 않다는 사실도 헌법재판소의 공권력통제기능의 실효성에 의문을 갖기에 충분한 사례이다.

타국가기관이 헌법재판소의 결정을 존중하는 것은 중요한 일이다. 예컨대, 프랑스의 경우 타법원들과 헌법원(Council Constitutional)⁸³⁾이 더불어서 주권적 재판기관이므로 헌법원만이 타법원보다 상위에 있다고는 볼 수 없지만, 프랑스법 현실에서 타국가기관들은 헌법원의 결정을 잘 존중하고 있는 것으로 평가되고 있다⁸⁴⁾는 사실은 헌법재판을 통한 자유민주주의 이념의 조기정착을 위하여 꼭 참고 될 만하다.

IV. 헌법재판의 행정통제실적 및 평가

1. 전체 통계상의 헌법재판실적

83) 우리나라의 헌법재판소와 유사한 프랑스의 헌법재판기관.

84) 강경근, “헌법재판소 결정례 평석을 통한 헌법재판의 활성화 연구”, 헌법재판연구 제2권 『헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구』(서울 : 헌법재판소, 1991.5.) 중, p.284.

우리 헌법이 채택한 헌법재판제도는 그것이 정상궤도에 오르
기만 한다면 자유민주주의를 정착시키는데 참으로 이상에 가까
운 제도⁸⁵⁾라는 국민적 기대를 갖고 출범한 헌법재판소는 아래의
(별표 1)에서 보듯이 지난 6년간 헌법재판관들의 각고의 노력으
로 1988.9.부터 1994.6. 말 현재까지 총 2,038건을 접수하여 1,645
건을 재판 처리하는 눈부신 실적을 이룩하였다. 이와 같은 통계
수치는 일반국민들의 부당한 공권력에 도전하는 기본권쟁취의식
이 시민 참여적 행정통제를 위한 헌법재판청구의 형태로 나타난
결과이며, 또한 헌법재판관들의 왕성한 역사적 사명감과 시대적
사명감의 표현 결과라고 볼 수 있다.

재판처리한 실적을 내용별로 보면 1994.6말 현재로 위헌선언이
38건(위헌법률심판 22건 및 헌법소원심판 16건), 헌법불합치선언
이 3건(위헌법률심판 1건 및 헌법소원심판 2건), 일부위헌선언이
8건(위헌법률심판 4건 및 헌법소원심판 4건), 한정위원이 5건(위
헌법률심판 3건 및 헌법소원심판 2건)으로 소계 54건(위헌법률
심판 30건 및 헌법소원심판 24건)의 위헌선언실적⁸⁶⁾은 정부수립
이후 1988년 8월의 헌법재판소의 발족이전까지 대법원과 헌법위
원회의 헌법재판관할 시대인 43년간 단3건의 위헌법률판결(그것
도 2건은 유명무실하였던 사건이었음)이 있었음을 감안한다면,
우리의 민주발전사에서 과거에는 꿈꾸기 어려울 만큼 놀랄만한
헌법재판에 의한 간접적 행정통제실적이다. 더욱이 일반서민의
억울한 사안이 깃들여 있는 헌법소원심판에서 25건의 인용판결
이 있었다는 것은 숫자면에서는 일응 약소하다 할 수 있을지 몰
라도 지난날 일반국민이 국가의 막강한 공권력을 상대로 기본권

85) 한상범, “헌법재판제도와 정치과정”, 법조(1989.7.), p.26.

86) 여기서의 『소계 54건의 위헌선언실적』에는 (순수)위헌과 헌법불일치·일부위헌·한정
위헌을 포함하여 위헌선언으로 표기하였음.

쟁취를 위하여 개인적으로 투쟁을 한다는 것은 ‘바위에 계란 던지기식’의 도저히 승산 없는 싸움이라는 과거의 기억을 감안한다면 눈물겹도록 놀라운 헌법재판에 의한 직접적인 행정통제실적이 아닐 수 없다.

(별표 1)

헌법재판사건통계표

구 분	접 수	치 리													미 취	미 제
		결 정											기 타			
		합 계	위 헌 현	헌법불합치	일부위헌	한정위헌	한정합헌	인용	합헌	기각	각하					
합 계	2038	1645	1461	38	3	8	5	7	25	175	354	845	1	184	393	
위헌법률	282	25	166	22	1	4	3	5		116		15		91	25	
탄핵																
정당해산																
권한쟁의	3														3	
헌법소원	계	1753	1383	1295	16	2	4	2	2	25	59	354	830	1	93	365
	§68①	1503	1265	1184	5	2	2			25		354	795	1	81	238
	§68②	250	123	111	11		2	2	2		59		35		12	127

(기간 : 1988.9. ~ 1994.6.)

*자료출처 : 헌법재판소의 심판사건통계표(*1994.8.1.자 발행 헌법재판소공보 제6호 게재)

2. 헌법재판의 행정통제실적⁸⁷⁾

가. 위헌선언된 법령의 정비현황

87) 헌법재판에 의한 행정통제실적은 법령의 개정 등에 의한 정비와 행정청의 시정조치를 위하여 최소한 6개월이 필요하다는 가정하에 원칙적으로 분석대상기간을 창설(1988.9.) 이후부터 1993년 말 현재까지의 결정(실적)을 분석대상으로 하였음.

헌법재판소는 다음의 (별표 2)에서 보듯이 1988.9. 창설 이후 1993년 12월말까지 총 32건(사건명 기준 : 2개 이상의 사건이 동일한 법령에 관련된 사건인 경우 한 개의 사건명으로 병합결정되는 경우가 있기 때문에 청구사건자체의 숫자와는 일치하지 않음. 세부내용은 부록을 참고할 것)의 법령관련 위헌선언을 하였는 바, 이의 구성은 위헌법률심판에서 16건, 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 권리구제형 헌법소원심판(내용 : 법령에 대한 헌법소원)에서 9건, 그리고 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 위헌심사형 헌법소원심판(내용 : 재판의 전제가 되었을 경우 법원에서 당사자의 위헌법률심판제청이 거부되어 헌법재판소에 헌법소원의 형태로 위헌법률심판을 직접청구)에서 7건을 포함하여 헌법소원심판에서 16건의 위헌법령의 선언이 있었다.

(별표 2)

위헌선언된 법령의 정비현황개요

구 분	계 (사건명기준)	정 비 완 료		미 정 비
		개 정 등*	효 력 상 실	
위헌법률심판	16	12	4	—
헌법소원심판	16	10	3	3
(§68 I)	(9)	(6)	—	(3)
(§68 II)	(7)	(4)	(3)	—
합계	32	22	7	3

*1993.12. 말 이전의 선고사건을 대상으로 '94.6. 말 현재의 정비내역

- (주) 1. 상기통계는 위헌선언은 되었으나 해석·적용 등의 문제이기 때문에 법령 정비가 필요하지 않은 사건은 제외하였음. (*세부내용은 부록 참조)
 2. 『개정』 등에는 신 법령 제정·개정·폐지·삭제를 포함하였음.

이들 32건의 위헌법령의 1994년 6월말까지의 정비내역을 살펴보면 헌법재판의 결과로 22건의 법령이 신법령 제정·개정·삭제·폐지로 정비되었으며 3건이 법령이 미정비 상태에 있는 바, 세부내역은 별첨의 부록(위헌선언된 법령의 정비현황)과 같다. 이들 미정비된 3건의 법령의 소관행정부처에 필자가 직접 현재의 추진상황과 향후계획을 문의하였는 바, 현재 부분개정 작업 중 또는 전면개정작업 중에 있음을 확인할 수 있었다.

위와 같이 헌법재판소에서의 위헌선언현황과 그 결과에 따른 법령정비현황을 살펴본 결과로 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 첫째, 앞서 적은 바와 같이 헌법재판소의 위헌법령선언을 헌법재판에 의한 행정통제의 유형 중 간접적 통제의 형식으로 정의(‘II·2·나’의 『행정통제의 유형』 참조)한다면 헌법재판에 의한 간접적 행정통제는 그 실효성이 상기 3건의 미정비법령도 현재 개정작업 중이며 시간이 걸릴지언정 긍정적으로 정비될 것으로 전망되어 완벽한 것으로 평가할 수 있다.

나. 헌법소원심판의 인용판결에 대한 조치현황

여기서는 헌법소원심판의 인용판결 중 법령관련 위헌선언의 정비실적은 앞의 항에서 논하였기 때문에 제외하고 순수하게 행정기관의 공권력의 행사 또는 불행사에 대한 헌법소원심판결과에 대한 행정부의 조치내역을 살펴본다.

행정기관 또는 행정청의 소관업무와 관련된 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해에 대한 헌법소원심판은 아래의 (별표 3)에서 보듯이 1988.9.창설 이후부터 1993.12.말까지 총 24건의 인용판결이 있었던 바, 공권력의 행사로 인한 22건과 공권력의 불행사(알권리의 침해)로 인한 사건 2건(일명 : 임야

조사서 등 열람거부 사건 및 형사기록등사거부사건⁸⁸⁾이었다. 공권력의 행사로 인한 기본권 침해에 대한 헌법소원의 소계 22건은 검찰청의 검사를 피청구인으로 하는 불기소처분취소소원 17건과 기소유예처분취소소원 4건 그리고 재무부장관을 피청구인으로 한 재산권 침해에 대한 소원 1건⁸⁹⁾(일명 : 국제그룹해체사건)이다.

(별표 3)

헌법소원심판의 인용판결에 대한 조치내역

*1993.12.말 이전의 선고사건을 대상으로 '94.6.말 현재의 내역

구 분	계	긍정적조치	부정적조치	기타
공권력의행사	22	11	10	1
(불기소처분)	(17)	(7)	(9)	(1)
(기소유예처분)	(4)	(4)	—	—
(재산권침해)	(1)	—	(1)	—
공권력의불행사	2	2	—	—
(알권리침해)	(2)	(2)	—	—
계	24	13	10	1

((불기소처분)⁹⁰⁾ (기소유예처분)⁹¹⁾

(주) 1.기초처분 경우의 「기타」는 현재 재기수사중.

2.본 통계는 법령관련 헌법소원심판의 인용판결은 제외한 것임.

위의 1993.12.말까지의 헌법소원심판의 인용판결에 대한 관련 행정청의 조치내역을 1994.6.말 현재에서 긍정적 또는 부정적으로 구분하여 살펴보면 공권력의 행사부문에서 불기소처분취소소원은 소계 17건 중 7건⁹²⁾은 긍정적으로, 9건⁹³⁾은 부정적으로

88) 여기의 『일명 : ……사건』은 필자가 독자의 이해를 돕기 위하여 자의적으로 붙인 사건 이름임.

89) 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정(헌법재판소판례집 제5권 2집, p.87).

90) 평등권 및 재판절차진술권 침해.

91) 평등권 및 법원에 의한 재판을 받을 권리 침해.

조치되어 헌법재판 결과의 실효성은 41%에 불과하며, 기소유 예처분취소소원은 소계 4건 중 4건⁹⁴⁾이 긍정적으로 조치되어 실효성이 100%로 완벽하고, 재산권침해구제소원 1건⁹⁵⁾은 관계 당국에서 구제를 위한 아무런 조치를 취하지 않고 있어 실효성이 0%로 나타났는 바, 공권력행사부분 소계의 실효성은 21건 (재기수사중 1건 제외) 중 11건이 긍정적으로 조치되어 그 실효성은 52%이다.

다른 한편 공권력의 불행사부분의 2건은 이천군수를 피청구인으로 한 임야조사서 등 열람신청거부사건⁹⁶⁾과 서울지방검찰청 의정부지청장을 피청구인으로 한 확정된 형사기록등사신청거부사건⁹⁷⁾으로써 관련행정청의 조치내역을 살펴보면, 임야조사서등열람신청거부 사건은 1989.10.7.자 내무부공문(문서제목 : 토지(임야)조사부의 열람 및 사본발급 등에 관한 지시)으로 ‘소제기 등 이해당사자에 한하여’ 열람 및 사본발급을 허용함으로써 국민의 ‘알권리’를 회복하였으며, 형사기록등사신청거부사건은 1993.12.10.자로 법무부장관이 『검찰보존사무규칙중개정령』을 공포하여 “기록의 공개로 인하여 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명신체의 안전이나 생활의 평온을 해할 우려가 있는 경우” 등의 예외적인 경우^(동 개정령 제22조 참조)를 제외하고는 재판기록의 전부나 일부에 대하여 열람·등사를 허용함으로써 ‘알권리’를 회복하였는 바 공권력의 불행사에 대한 헌법소원의 인용판결 경우는 100%의 실효성이 보장되고 있다.

헌법소원심판의 인용결정의 실효성과 관련하여 불기소처분

92) 1991.6.3. 선고, 90헌마185 결정(헌법재판소판례집 제3권, p.312) 등.
93) 1990.4.2. 선고, 90헌마83 결정(헌법재판소판례집 제2권, p.95) 등.
94) 1992.6.26. 선고, 92헌마7 결정(헌법재판소판례집 제4권, p.462) 등.
95) 1993.7.29. 선고, 89헌마31 결정(헌법재판소판례집 제5권 2집, p.87).
96) 1989.9.4. 선고, 88헌마22 결정(헌법재판소판례집 제1권, p.176).
97) 1991.5.13. 선고, 90헌마133 결정(헌법재판소판례집 제3권, p.234).

취소소원의 경우 인용판결의 실효성이 피청구인인 당해국가기관(이 경우 검찰총장 또는 지방검찰청장)의 비협조로 헌법소원심판 제도가 기본권 구제에 너무 미흡하다는 관련한계 등의 지적⁹⁸⁾에 대하여 특기하고자 하는 바, 앞서 밝혔듯이 헌법재판소의 불기소처분취소결정은 전체적으로는 그 실효성이 41%로서 미흡한 점이 인정되지만 92년 이전과 93년을 구분하여 살펴보면 92년 이전의 약 4년여간 인용결정의 소계 9건 중 3건만 기소조치 함으로서 실효성이 33%에 불과하였으나 93년은 1년간의 소계 7건 중 4건이 기소조치됨으로써 실효성이 57%로 증가하였음을 본다면 결론적으로 이 부분의 경우 긍정적 조치가 최근 1년 동안 대폭 이루어졌다는 사실은 헌법재판소가 불기소처분취소결정을 하는 경우 검찰은 무조건 기소하여 법원에서 구제 받을 수 있는 기회를 갖도록 제도를 개선하여야 한다는 주장은 별론으로 하더라도 헌법재판의 실효성제고 내지 헌법재판에 의한 행정통제의 강화측면에서 반가운 현상이 아닐 수 없으며 세월이 흐를수록 헌법재판소의 위상과 타국가기관에 대한 통제력이 강화되는 현상으로 받아들일 수 있다고 평가하며 아울러 기소유예처분취소결정의 100% 반영실적을 포함하고 현재 재기수사중인 사건을 제외한다면 대검찰권에 대한 통제의 실효성은 52%임을 밝힌다.

98) 강경근, 전제논문 “한국헌법재판소의 공권력통제기능”, pp.143~144 등 다수논문에서 지적되고 있음.

V. 결 론

1. 헌법재판에 의한 행정통제의 종합평가

진술한 바와 같이 헌법재판소는 위헌법률심판과 헌법소원심판을 통하여 행정권에 대한 사법적 통제작용의 일환으로 법원(특히 대법원)에 비교가 되지 않을 정도로 사법적 행정통제의 중추적 역할을 하고 있다. 위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원심판 및 법령에 대한 권리구제형 헌법소원심판에 의한 직접적인 입법통제를 경유하여 간접적으로 완벽하게 행정통제기능을 수행하고 있으며 권리구제형 헌법소원심판을 통하여 공권력행사 부문의 불기소처분취소소원의 경우에는 미흡하지만 최근 바람직한 방향으로 통제력이 강화되고 있으며 공권력행사 부문에서의 기소유예처분취소소원과 공권력 불행사 부문에서의 알권리와 관련한 소원의 경우는 완벽하게 통제되고 있다. 다만 공권력 행사부문에서 사건 당시 고도의 정치권력이 간여된 것으로 알려져 있는 일명 국제그룹해체사건(사건명 : 공권력행사로 인한 재산권침해에 대한 헌법소원)의 경우는 성급하게 판단할 수는 없는 일이지만 현재로서는 선언적 의미만 있지 실효성 측면에서는 그 어떤 의문을 갖지 않을 수 없다는 것이 필자의 판단이다.⁹⁹⁾

99) 필자가 1994.8.3(수)오전 국제그룹복원추진본부를 방문하여 대표를 면담한 결과, '93.7.29. 헌법재판소의 관련헌법소원의 위헌결정이 있는 후 동년 11.3. 대통령 앞으로 탄핵서를 제출해 놓은 상태이며 위헌결정 이후 이제까지 정부측으로부터 구제와 관련한 어떠한 조치도 없었으며, 오히려 1994.5.4. 고등법원에서 계속 중이었던 동건 관련의 민사소송(주식반환청구소송)에서 패소하였으며, 5.28. 대법원에 상고해 놓은 상태에 있음을 확인하였음.

위와 같은 현실을 결론적으로 종합해 보면, 지난 5년여간의 헌법재판에 의한 행정통제의 실적은 간접통제 부문은 강력하지만, 직접통제 부문은 상대적으로 일응 미흡한 수준에 있다고 평가할 수 있다.

그러나 우리 헌법에서 보장하고 있는 헌법재판소의 입법권, 행정권, 사법권 등 모든 공권력에 대한 통제능력은 우리 국가 사회가 민주화되면 될수록 그리고 세월이 흐르면 흐를수록 강화될 것으로 확신한다.

2. 헌법재판에 의한 행정통제강화방안

1989.9. 헌법재판소가 발족한 이후부터 이제까지 학계와 재야 법조계를 중심으로 자유민주주의 이념의 조기정착을 위하여 매우 필요하고 다양한 주장들이 제시되어 왔는 바, 헌법재판에 의한 행정통제 강화방안의 관점에서 중요한 사항들의 요지를 살펴보면 입법론적 측면에서는 독일의 예와 같이 법원의 재판을 헌법소원심판의 대상에 포함시켜야 한다는 주장, 헌법재판의 실효성을 제고하기 위하여 가치분제도¹⁰⁰를 헌법소원심판에 도입하여야 한다는 주장, 현재 6년(재임명가능)으로 되어 있는 헌법재판관의 임기를 독일헌법재판소와 같이 『12년 임기·재임명금지』 또는 미국연방대법원과 같이 『종신제』로 개선하여 헌법재판관이 소신껏 재판에 전념할 수 있도록 하여야 한다는 주장, 헌법재판관 선출의 민주적 정당성을 확보하기 위하여 청문회 개최를 포함하는 국회인준절차를 규정하여야 한다는 주장,

100) 헌법재판소는 1994.6.말 현재까지 2건의 가치분신청에 대하여 구체적 판단이유를 명시하지 않고 『이유없다』 하여 기각하였다(1993.6.25. 고지, 93헌사16 결정 및 1993.12.20. 고지, 93헌사81 결정).

헌법재판관의 구성에 헌법학교수 등 비법관출신 전문가를 포함 시키자는 주장, 현재 『사유를 안 날로부터 60일 이내·사유가 있는 날로부터 2년』의 예와 같이 연장하여야 한다는 주장, 변호사강제주의의 철폐 주장, 현행 위헌법률심판의 방법에 모든 법령의 합헌성담보를 보다 확실하게 하기 위하여 구체적 소송의 전제 없이 위헌여부를 심사할 수 있는 추상적 규범통제를 포함시켜야 한다는 주장, 현재 대법원과 헌법재판소로 이원화 되어있는 사법체계를 헌법재판소를 정점으로 일원화되어야 한다는 주장 등이 있다.

위의 입법론적 측면에서 열거한 다양한 주장들은 신중한 논의와 심층적 검토를 거쳐 기관이기주의나 집단이기주의 등을 초월하여 어떻게 개선하면 국민의 기본권 신장에 도움이 될 것인가 하는 진솔한 차원에서 헌법재판소에 거는 국민적 기대에 걸맞게 점진적으로 반영되어야 할 것으로 생각한다.

아울러 정책적 측면에서는 헌법재판에 적극적 사법주의를 도입하여야 한다는 주장¹⁰¹⁾이 있으며, 이와 관련된 주장으로는 사법의 기본권 보장기능과 관련한 사법적극주의론¹⁰²⁾과 위헌법률심판제도의 활성화와 관련한 하급법원 판사들의 사법적극주의적인 역할지각의 중요성을 지적한 이론¹⁰³⁾ 등이 있다. 헌법문화적 측면에서는 헌법규범이 일반국민의 생활규범으로서 그리고 모든 공권력 행사규범으로서 우리 국가사회에 정착할 수 있도록 국민적인 ‘헌법에의 애착’ 또는 ‘헌법에의 의지’¹⁰⁴⁾를 갖고 바람직한 헌법문화가 조성되도록 노력하여야 한다는 주장에

101) 권영성, 전계논문, p.45.

102) 이회창, “사법의 적극주의—특히 기본권 보장기능과 관련하여—”, 법학 제28권 2호(서울대학교 법학연구소 : 1987.7.), p.160.

103) 양 건, “미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판”, 법학 제29권 3·4호(서울대학교 법학연구소 : 1988.12.), p.94.

104) 허영, 전계서, p.794.

귀를 기울여야 할 것이다.

3. 향후의 연구 과제

본 연구는 앞의 서론에서도 밝혔듯이 헌법재판의 행정통제기능에 관한 본격적 연구에 앞서 손쉽게 살펴볼 수 있는 자료를 중심으로 한 예비적 연구의 성격으로 작성하였는 바, 연구의 수준이 깊지 못하고 고찰된 분야가 넓지 못하며 연구의 질도 개괄적이라는 지적을 면치 못할 만큼 부족한 연구가 되었다.

특히 이 연구에서 주자오던 논거에 대한 이론적 배경이나 헌법재판소판례의 정밀한 분석이 뒷받침되지 못하였는 바, 향후 본 건 연구의 심도와 학문적 연구성과를 제고하기 위하여 주요 선진국의 헌법재판에 의한 행정통제사례의 연구, 기존 형태론적 통제모형의 정책적 연구와의 접목시도, 피청구인의 입장에 설 수 있는 공권력 담당자나 청구인의 입장에 설 수 있는 일반 시민들에 대한 설문조사 등을 통한 헌법재판의 행정통제기능에 대한 연구를 향후의 숙제로 남긴다.

다만 국내에 별로 그 연구흔적을 찾아보기 힘든 특수분야의 본 연구가 사법적 행정통제작용으로서의 헌법재판의 행정통제기능에 관한 개척적 연구의 작은 시작으로써 의미를 부여하며 금번 연구에서 깊이 있는 연구는 되지 못하였지만 헌법재판에 의한 행정통제의 성격 및 헌법재판에 의한 행정통제의 한계를 새롭게 규명하였으며, 이제까지 산만하게 알려져 있던 헌법재판 결과에 대한 행정부의 반응을 추적해 봤다는 점에서 의의를 찾는다(*1994.8. 작성).

(부록)

위헌선언된 사건의 법령정비현황¹⁾

*1993.12.말 이전의 선고사건을 대상으로 '94.6.말 현재의 정비내역

사건명 ²⁾ (선고일자, 사건번호) *결과	정비내역 ³⁾
위헌법률심판	
1. 소송촉진에 관한 특례법 제6조 (1989.1.25. 선고, 88헌가7 결정) *위헌	삭제('90.1.13.)
2. 금융기관의 연체대출금에 관한 특별조치법 제5조의2 (1989.5.25. 선고, 88헌가37, 88헌가96 결정) *위헌	삭제('93.12.10.)
3. 사회보호법 제5조 제1항 (1989.7.14. 선고, 88헌가8, 89헌가44 결정) *위헌	전문개정 ('89.3.25.)
4. 국회의원선거법 제33조, 제34조 (1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정) *헌법불합치	개정('91.12.31.)
5. 변호사법 제10조 제2항 (1989.11.20. 선고, 89헌가 102 결정) *위헌	삭제('93.3.10.)
6. 금융기관의연체대출금에관한특별조치법 제7조의3 (1990.6.25. 선고, 89헌가98 내지 101, 105 결정)	삭제('93.12.10.)
7. 국세기본법 제35조 제1항 제3호 (1990.9.3. 선고, 89헌가95 결정) *위헌	개정('90.12.31.)
8. 변호사법 제15조 (1990.11.19. 선고, 90헌가 48 결정) *위헌	삭제('93.3.10.)
9. 복표발행,현상기타사행위단속법 제9조 및 제5조 (1991.7.8. 선고. 91헌가4 결정) *위헌	전문개정 ('91.3.8.)
10. 지방세법 31조 (1991.11.25. 선고, 91헌가6 결정) *위헌	개정('91.12.14.)
11. 상속세법 제29조의 4 제2항 (1992.2.25. 선고 90헌가69, 91헌가5, 90헌바3 결정) *위헌	효력상실 ('92.2.25.)
12. 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항 (1992.6.26. 선고, 90헌가23 결정) *한정위헌	개정('92.12.24.)

사건명 ²⁾ (선고일자, 사건번호) *결과	정비내역 ³⁾
13. 형사소송법 제331조 단서규정 (1992.12.24. 선고, 92헌가8 결정) *위헌	효력상실 (‘92.12.24.)
14. 국세기본법부칙 제5조 및 개정전국세기본법 제35조 제2항 (1993.9.27. 선고, 92헌가5 결정) *위헌	효력상실 (‘93.9.27.)
15. 국세기본법 제68조 제1항 (1993.12.23. 선고, 92헌가12 결정) *위헌	개정(‘93.12.31.)
16. 형사소송법 제97조 제3항 (1993.12.23. 선고, 93헌가2 결정) *위헌	효력상실 (‘93.12.23.)
헌법소원심판사건	
A 헌법재판소법 제68조 제1항(*권리구제형헌법소원)	
1. 교육공무원법 제11조 제1항 (1990.10.8. 선고, 89헌마89 결정) *위헌	개정(‘90.12.31.)
2. 법무사법시행규칙 (1990.10.15. 선고, 89헌마178 결정) *위헌	개정(‘91.3.29.)
3. 지방의회의원선거법 제28조 등 (1991.3.11. 선고, 90헌마28 결정) *위헌	개정(‘91.5.23.)
4. 지방의회의원선거법 제36조 제1항 (1991.3.11. 선고, 91헌마21 결정) *헌법불합치	개정(‘91.5.23.)
5. 변호인의 조력을 받을 권리 (1992.1.28. 선고, 91헌마111 결정) *위헌 *위헌선언된 법령 : 현행법	<u>개정작업중</u> ⁴⁾
6. 국회의원선거법 제55조의3 등 (1992.3.13. 선고, 92헌마37, 39 병합결정) *위헌	신법(공직선거및선거부정방지법) 제정
7. 국가보안법 제19조 (1992.4.14. 선고, 90헌마82 결정) *위헌	<u>전면개정</u> <u>작업중</u>
8. 노동쟁의조정법 (1993.3.11. 선고, 88헌마5 결정) *헌법불합치	<u>전면검토</u> <u>개정작업중</u>
9. 체육시설의설치이용에관한시행규칙 제5조 (1993.5.13. 선고, 92헌마80 결정) *위헌	삭제(‘94.6.17.)

사건명 ²⁾ (선고일자, 사건번호) *결과	정비내역 ³⁾
B.헌법재판소법 제68조 제2항(*위헌심사형헌법소원) 1. 국가보위입법회의법 등 (1989.12.18. 선고, 89헌마32, 89헌마33 결정) *위헌 2. 특정범죄가중처벌법등에관한법률 제5조의3 제2항 제1호 (1992.4.28. 선고, 90헌마24 결정) *위헌 3. 국세기본법 제56조 제2항 등 (1992.7.23. 선고, 90헌바2, 92헌바2, 25 결정) *위헌 4. 상속세법 제9조 제2항 (1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정) *위헌 5. 구 상속세법 제9조 제2항 (1993.5.13. 선고, 92헌바32 결정) *위헌 6. 반국가행위자의 처벌에관한특별조치법 제5조 등 및 헌법재판소법 제41조 등 (1993.7.29. 선고, 90헌바35 결정) *위헌 *위헌선언된 법령 : 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법 7. 지방세법 제58조 제3항 (1993.12.23. 선고, 92헌바11 결정) *위헌	폐지('91.4.10.) 효력상실 ('92.4.28.) 효력상실 ('92.7.23.) 삭제('90.12.31.) 삭제('90.12.31.) 효력상실 ('93.7.29.) 개정('93.12.27.)

(주) 1) 상기목록은 위헌선언은 되었으나 해석·적용 등의 문제이기 때문에 법령정비가 필요하지 않은 사건 제외하였음.[*제외내역 : 한정위헌(91헌바17 결정), 일부위헌(89헌가97 결정, 91헌가6, 7 병합 결정, 91헌가2 결정, 89헌마160 결정, 89헌마204 결정) 이상 사건명 기준 6건]

2) '사건명'은 『소송촉진에관한특별법 제8조에 관한 위헌법률심판』 형태의 공식 사건명에 『……에 관한 위헌법률심판』 또는 『……에 관한 헌법소원』을 생략하고 간략히 표기한 것임. 또한 사건명 자체에 적시되어 있는 법령조항이 위헌 결정된 조항과 반드시 일치하지는 않음.

3) '정비내역'은 위헌 선언된 당해 법령의 조, 항, 호 또는 단서의 정비내용임.

4) '개정작업중'은 필자가 당해 법령의 소관부처에 직접 확인한 것임.

참 고 문 헌

1. 저 서

- 권영성, 헌법학원론(서울 : 법문사, 1992)
- 김도창, 일반행정법론(상), (제3전정판; 서울: 청운사, 1990)
- 김운태, 조직관리론(서울 : 법문사, 1966)
- 김철수, 신고 헌법학신론(개정증보판; 서울: 박영사, 1994)
- 박동서, 안해균 공저, 행정통제론(서울: 한국방송통신대학교 출판부, 1993)
- 박동서, 한국행정론(제3전정판; 서울: 법문사, 1994)
- 박재창 등 8인 공저, 행정학개론(성균관대학교 사회과학연구소 편; 서울: 대영문화사, 1991)
- 백완기, 행정학(서울 : 박영사, 1989)
- 석종현, 일반행정법(상)(제5전정판; 서울: 삼영사, 1994)
- 허 영, 한국헌법론,(서울 : 박영사, 1991)
- K. Hesse, 계획열 역, 헌법의 기초이론(서울 : 삼영사, 1988)
- Robert Presthuis, *Public Administration*, 6th ed.(New York : Ronald Press, 1975)

2. 논 문

- 강경근, “한국헌법재판소의 공권력통제기능”, 월간고시(1991.1)
- , “헌법재판소결정례 평석을 통한 헌법재판의 활성화 연구”, 『헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구』, 헌법재판연구 제2권(서울 : 헌법재판소, 1991.5)
- 강윤원, “헌법재판의 인식도에 관한 조사연구”, 헌법논총 제2집(헌법재판소; 1991.12)
- , “한국헌법재판제도의 개관”, 법무사(대한법무사협회 : 1992.12)

- , “헌법재판소판례상의 기본권해석”, 헌법재판자료 제5집
(헌법재판소; 1992.12)
- 김문현, “헌법재판과 행정재판”, 고시계(1993.9)
- 권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구”, 법학 제33권
2호(서울대학교 법학연구소; 1992)
- 김석태, “행정통제의 행태모형적 접근”, 한국행정학보 제25권 제
3호(한국행정학회, 1991.12)
- 김학성, “헌법소원에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문
(1990.2)
- 김현구, “효율적 국정감사체계의 확립방안”, 한국행정학보 제24
권 제3호(한국행정학회, 1990.12)
- 박동서, “한국의 행정과 공권력”, 행정논총 제26권 제1호(서울대
학교 행정대학원 : 1988.6)
- 박재창, “행정기획과 행정통제”, 행정학개론(성균관대학교 사회과
학연구소편 8인 공저; 서울: 대영문화사, 1991)
- 박헌준, “공공부문조직의 혁신 : 전통관료조직으로부터 초우량서
비스조직으로의 패러다임 전환”, 한국인사·조직학회
1994년도 춘계학술발표대회(1994.4.2.) 발표자료
- 양 건, “미국의 사법심사제와 80년대 한국의 헌법재판”, 법학
제29권 3·4호(서울대학교 법학연구소 : 1988.12)
- 오석홍, “행정통제체제에 관한 연구”, 행정논총 제31권 제2호
(1993.12)
- 이광중, “한국관료의 행정책임과 통제에 관한 연구”, 서울대학교
박사학위논문(1986.2)
- 이시윤, “헌법재판에 관한 관건(I)”, 헌법논총 제1집(1990.12)
- , “헌법재판과 입법통제”, 고시연구(1991.8)
- 이회창, “사법적극주의—특히 기본권보장기능과 관련하여—”, 법

- 학 제28권 제2호(서울대학교 법학연구소 : 1987.7)
- 최대권, “헌법재판소의 정치학”, 법학 제34권 제1호(서울대학교 법학연구소 : 1993)
- 한상범, “헌법재판제도, 이것이 문제로다”, 사법행정(1990.12)
- , “헌법재판제도와 정치과정”, 법조(1989.7)
- , “인권보장과 사법제도”, 월간고시(1993.9)
- 한상희, “헌법재판소 판결례에서 본 국가성격”, 제44회 한국공법학회 학술발표회(1994.2.19) 발표자료 『국가란 무엇인가』 중에서
- 허 영, “헌법재판소에 손대지 마라”, 월간조선(1991.5)
- G. Kaiser, 신동운 역, “법과 사회에 대한 도전으로서의 부정부패”, 법학 제32권 3·4호(서울대학교 법학연구소 : 1991)
- Tom Ormiston, “The Constitutional Policymaking Role of The United States Supreme Court”, 헌법재판연구(I), (서울 : 헌법재판연구회, 1993.7)
- B. Romzek and M. Dubnick, “Accountability in the Public Sector : Lessons from the Challenger Tragedy”, Public Administration Review(1987. May/June)

3. 기 타(정부간행물 등)

- 헌법재판소, 헌법재판소판례집 제1권(1990.11), 제2권(1991.8), 제3권(1992.7), 제4권(1993.9), 제5권1집(1994.3), 제5권2집(1994.6)
- 헌법재판소, 헌법논총 제1권(1990.12), 제2권(1991.12), 제3권(1991.12), 제4권(1993.6), 제5권, (1994.6)
- 헌법재판소, 헌법재판연구 제1권(1989.12), 제2권(1991.5), 제3권(1991.12), 제4권(1993.6), 제5권(1994.6)

헌법재판소, 헌법소원심판개요(1993.5)

동아일보, 1994.5.5. 제2면, “행정에 짓밟힌 법률” 제하기사

한국경제신문, 1994.5.5. 제27면, “양정보씨 『주식반환』 패소” 제하기사

한국경제신문, 1994.5.23. 제2면, “졸속 의원입법 자성의 소리높아” 제하기사

동아일보, 1991.4.11. 제1면, “헌재권한 축소 검토” 제하기사

조선일보, 1991.4.12. 제3면, “헌재기능 위축 안된다” 제하사설 및 “여권 『헌재불만』 표출” 제하기사

동아일보, 1992.9.9. 제9면, “『법치』와 『인치』” 제하의 지명관 교수 컬럼 기사

조선일보, 1992.5.24. “행정은 최대의 서비스산업” 제하의 일본 이즈모시 이와꾸니 시장 인터뷰기사

우리 나라의 헌법재판관 선임제도 —그 비판과 구체적 개선방안—

신 봉 기

헌법연구관보

- 목 차 -

- I. 서 언
- II. 우리 나라의 헌법재판관 선출 및 임명절차
 1. 헌법재판관의 피임명자격
 2. 헌법재판관의 선출 및 임명절차
 3. 헌법재판관의 임기
 4. 헌법재판관의 법적 지위
- III. 우리 나라의 헌법재판관 선출제도에 관한 비판과 구체적 개선방안
 1. 현행 헌법재판관 선출제도에 대한 비판
 - 1) 헌법재판관의 자격
 - 2) 헌법재판관의 선출방식
 - (1) 3부에 의한 선출방식의 문제점
 - (2) 3부선출형의 현행 제도상 3부에 3인씩 균분선출권을 부여한 것의 문제점
 - (3) 3인 재판관에 대한 '대법원장 단독지명권'의 문제점
 - 3) 헌법재판관의 임명권자
 - 4) 헌법재판소장의 선임방식

- 5) 헌법재판관의 정원
 - 6) 헌법재판관 및 헌법재판소장의 임기 및 연임
 - (1) 헌법재판관의 임기 및 연임의 문제
 - (2) 헌법재판소장의 임기 및 연임의 문제
 - 7) 재판관 결원시 후임자의 임기 및 선출기간
2. 개선방안에 대한 검토
- 1) 헌법재판관의 자격
 - (1) 법관자격자에의 한정—법학교수 등의 배제
 - (2) 법학교수의 헌법재판관 임명에 대한 세계적 보편성
 - (3) ‘법관실무경험’과 ‘헌법에 대한 전문지식’
 - 2) 재판관 선출방식
 - (1) ‘3부선출형의 부정’이 절대적인 타당성을 갖는지 여부
 - (2) 3부선출형에 있어 각 부에 3인씩 균분한 것이 타당한 것인지 여부
 - (3) 대법원장의 ‘3인 재판관 단독지명권’이 민주적 정당성에 반하는 지 여부
 - 3) 헌법재판관의 임명권자
 - 4) 헌법재판소장의 선임방식
 - 5) 헌법재판관의 정원
 - 6) 헌법재판관 및 헌법재판소장의 임기·연임·정년
 - (1) 헌법재판관의 임기·연임·정년
 - (가) 비교법적 검토
 - (나) 개선방안
 - (다) 순차적 개선제도에 대한 검토
 - (2) 헌법재판소장의 임기 및 연임
 - 7) 재판관 결원시 후임자의 임기 및 선출기간
 - 8) 헌법재판관의 임기만료와 후임자의 임명

IV. 결 론

I. 서 언

민주화의 정도는 헌법재판이 그 나라에 얼마나 뿌리를 내리고 있는지에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 그런데 재헌헌법 이래 우리 헌정사에 있어서 헌법재판은 비교적 관심 밖의 분야로 이해되어 왔던 것 같다. 거슬러 보면 최근까지만 해도 우리 나라는 헌법은 있으되 그 헌법은 우리 생활에 있어서 재판규범이 되지 못하고 다만, 선언적인 대외장식용으로만 존재해 왔었다고 할 수 있다. 그것은 헌법수호의 장치가 미흡하였던 것에 연유하는 것으로 보인다. 다행히 현행 제6공화국 헌법에서는 종래와 달리 헌법재판소의 근거규정을 두고 있고 이에 따라 1988년 9월 헌법재판소가 설치되어 우리 역사상 처음으로 그 기능을 발휘하게 되었다.

그렇지만 헌법재판소는 그 제도의 도입 당시부터 도입에 대한 찬반론이 있었을 뿐만 아니라 그 기능에 대한 기대감과 회의감 등으로 각계에서 많은 논의의 대상이 되어 왔었다. 특히 그 관장 사항에 대하여는 다른 기관으로부터 대단히 민감한 반응이 표출되기도 하였으며 이러한 과정을 거쳐 오늘날의 제도가 탄생되게 된 것이다. 하지만 헌법재판소가 지금과 같이 자리를 잡게 된 것은 헌법재판소의 제도적 완벽성에 있다고는 볼 수 없다. 그것은 헌법재판의 제도 및 절차상의 개선방안이 지금도 각계에서 많이 주장되고 있는 점에서도 알 수 있다. 현행 제도의 많은 문제점이 지적되어 왔지만 그 동안 적극적인 헌법해석론에 따라 헌법재판소의 기능을 확대해 왔다는 점은 부인할 수 없다.

헌법재판의 정착은 헌법재판소 구성원의 의지에 달려있는 것이다. 어떠한 경력과 성향을 갖춘 인사가 헌법재판관이 되는가는 헌법재판의 보수 및 진보를 가늠하는 것이 될 것이고, 어떠한 절

차를 거쳐서 임명되는가는 헌법재판관의 민주적 정당성을 측정하는 기준이 되는 것이다. 현행의 제도는 제5공화국 말기 이미 제헌헌법 이래 40여 년간 제3공화국의 시기를 제외하고는 주로 헌법위원회라는 기구를 두어 헌법재판을 해왔던 그 형식에 약간의 손질을 가하여 받아들여진 것이라고 할 수 있다. 따라서 헌법재판소의 효과적 기능에 대한 논의는 깊이 되지도 않은 채 시행되어 헌법재판소가 출범하였던 결과 다른 많은 문제점 외에 그 구성원의 측면에서도 재판관의 자격요건이나 선출 및 임명절차 등에 있어서 끊임없이 비판의 목소리가 나오고 있음을 알 수 있다.

본고에서는 이러한 점을 고려하여 우리 나라의 헌법재판관 선출 및 임명제도를 간략히 살펴본 후 그에 대한 비판과 그 개선방안에 대하여 살펴보려고 한다.

Ⅱ. 우리 나라의 헌법재판관 선출 및 임명절차

1. 헌법재판관의 피임명자격

헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며 (헌법 제111조 제1항), 40세 이상으로서 15년 이상 ① 판사·검사·변호사, ② 변호사의 자격이 있는 자로서 국가기관, 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 자, ③ 변호사의 자격이 있는 자로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 자 중에서 임명한다. (헌법재판소법 제5조 제1항). 다만 위 각호

중 2 이상의 직에 있던 자의 재직기간은 이를 통산한다. 그러나 ① 다른 법령에 의하여 공무원으로 임용하지 못하는 자, ② 금고 이상의 형의 선고를 받은 자, ③ 탄핵에 의하여 파면된 후 5년을 경과하지 아니한 자 등은 재판관으로 임명할 수 없다.(헌법재판소법 제5조 제2항).

2. 헌법재판관의 선출 및 임명절차

현행 헌법에 의하면, 헌법재판소의 9인의 재판관은 대통령이 임명하는데, 그 중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하고, 다만 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명하도록 규정되어 있다(제111조). 재판관의 임기가 만료되거나 임기중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 다만 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 결원이 된 때에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다.(헌법재판소법 제6조 제3항).

헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다.(헌법 제111조 제4항, 헌법재판소법 제12조 제2항). 헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 헌법재판소장이 궐위되거나 사고로 인하여 사무를 수행할 수 없을 때에는 다른 재판관이 헌법재판소 규칙이 정하는 순서에 의하여 그 권한을 대행한다.(헌법재판소법 제12조 제3항, 제4항).

3. 헌법재판관의 임기

헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다(헌법 제112조 제1항, 헌법재판소법 제7조 제1항), 재판관의 정년은 65세이며, 헌법재판소장인 재판관의 정년은 70세이다(헌법재판소법 제7조 제2항), 헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면 또는 의사에 반하여 해임되지 아니한다(헌법 제112조 제3항, 헌법재판소법 제8조),

4. 헌법재판관의 법적 지위

헌법재판소장 및 재판관은 ① 국회 또는 지방의회의 의원의 직, ② 국회, 정부 또는 법원의 공무원의 직, ③ 법인·단체 등의 고문, 임원 또는 직원의 직 등을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 업무를 영위할 수 없다(헌법재판소법 제14조), 또한 헌법재판소 재판관은 정장에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다(헌법 제112조 제2항, 헌법재판소법 제9조), 헌법재판소장의 대우와 보수는 대법원장의 예에, 재판관의 대우와 보수는 대법관의 예에 준한다(헌법재판소법 제15조).

Ⅲ. 우리 나라의 헌법재판관 선출제도에 관한 비판과 구체적 개선방안

우리 나라의 헌법재판관 선출제도와 관련하여 각종 사회단체 및 학계·실무계 등에서 많은 비판과 개선방안이 제시되고 있다. 다음에서는 이러한 주장을 크게 현행제도에 대한 학계·실무

계·사회단체의 비판 및 이에 대한 검토 등으로 거분하여 살펴보기로 한다.

1. 현행 헌법재판관 선출제도에 대한 비판

우리 나라의 현행 헌법재판관 선출제도에 대한 비판은 다양한 시각에서 제기되고 있는데, 그 주요한 것은 재판관의 자격, 재판관의 선출방식과 임명, 헌법재판소장의 선임방식, 재판관의 정원, 재판관의 임기와 연임 및 재판관 결원시 후임자의 임기와 그 선출기간 등으로 압축할 수 있다.¹⁾

1) 헌법재판관의 자격

헌법재판관의 자격문제와 관련하여 특히 문제되는 것은 헌법재판관이 될 수 있는 자로서 ‘법관의 자격’을 가진 자에 한정하고 있다는 점이다. 이에 대하여 제기된 비판을 살펴보면 다음과 같다.

『헌법재판소는 헌법문제를 다루는 국가의 중요한 정책결정기관이다. 이러한 기관을 1회적인 사건 해결만을 훈련받았던 판·검사, 변호사만으로 구성한다는 것은 모순이라 하겠다. 국민전체

1) 이에 대하여는 특히 다음과 문헌들을 참조하였다. 정제황, 헌법판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 37/54면; 조병윤, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구 제22집 제3호, 1994, 205/253면; 최대권, 헌법재판소의 정치학, 법학(서울대), 제34권 1호, 1993, 106/124면; 한상범, 한국의 헌법재판제도의 제문제, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭교수정년기념논문집, 1991, 303/324면; 정종섭, 주요국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2집, 1991, 104/105면; 김운룡, 헌법재판의 제도적 개선방향, 헌법재판자료 제6집, 1994, 219/220면; 이재후, 헌법재판의 운영상의 문제점, 헌법재판자료 제6집 234면; 이육한, 헌법재판의 성격과 재판관선출, 사법행정 1992, 5. 40/43면 등.

의 의사를 수렴하고 대변할 수 있는 학식과 덕망이 있는 인물을
충원하여야 한다. 고급 공무원이나 교수로서 다년간 전문지식을
쌓은 사람들을 충원함으로써 국회와 행정부에 대한 견제의 기능
을 다하여야 할 것이다.』²⁾

『현행 헌법 제111조 제2항은 “헌법재판소는 법관의 자격을
가진 9인의 재판관으로 구성하며”라고 규정하여 헌법재판관의
자격을 법관 자격자로 한정하고 있다. 과거 제2공화국 때의 헌법
재판소법도 법관 자격자로 한정한 바 있다. 그러나 다양한 영역
에 걸친 사건들을 해결해야 하는 헌법재판에 있어서, 그리고 헌
법재판을 단순한 사인간의 분쟁해결과는 다르고 헌법정책적 견
해의 제시로 국민에게 납득이 될 충분한 거시적 논리와 체계를
갖추어야 하는 판단 작용이라는 점에서 법관자격자만을 재판관
으로 참여시키는 데에 대해 문제가 제기되고 있다. 유럽 국가들
대다수의 경우 법률관련 전문가들, 즉 법관과 법학교수 등 넓게
일정한 법률과 관련된 직종에 종사하는 법률가(Juriste)를 헌법
재판관 자격자로 인정하는 경향이 강하다.³⁾……따라서 굳이 법
률가라는 자격을 규정치 않더라도 그 비율(법관의 비율)이 높은
데 오히려 반드시 법률가에 한정되는 자격설정으로 타영역의 전
문가를 필요로 하는 헌법재판에서 타영역의 전문가들의 영입을
원천적으로 봉쇄할 필요가 있느냐 하는 것이다. 요컨대 널리 법
률가로서의 자격자 정도로 하는 것은 그래도 이해가 될지 모르

2) 김철수, 국민을 위한 사법개혁, 한국경제신문 1994년 6월 27일자 3면.

3) 「특이한 경우로 프랑스에서는 헌법평의회(le Conseil constitutionnel)의 재판관 자격으
로 법조인으로서의 자격을 요구하지 않음은 물론 법률가로서의 경력도 요구하지 않고 있
는데, 사실은 헌법평의회 구성원의 자격으로 법률가로서의 경력을 넣는 것이 바람직하지
않는가 하는 제안이 그 동안 있어 왔다. 흥미로운 것은 자격을 법률가로 한정하지 않는
프랑스의 경우에도 지금까지 임명된 49인의 재판관 중 법률가 출신인 재판관이 32인에
달하여 법률가 출신의 재판관 비율이 매우 높다는 점이다.」 정제황, 헌법재판소의구성과
헌법재판 절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 43면.

나 ‘법관’자격자라고 하여 법조자격자에 한정된 것은 문제라고 본다.』⁴⁾

『헌법재판소 재판관은 법률전문가에 그치는 것이 아니라 정책에 대한 견식과 안목을 가진 자이어야 한다는 것을 알 수 있다. 따라서 프랑스처럼 원로정치가가 사회·정치·경제분야에 전문적 식견까지도 가진 양식 있는 정책판단 능력자를 영입하는 길을 택한 예도 있다. 그러나 우리는 그렇지 못하다. 이 점은 프랑스와는 물론 다르고 독일과도 다르다. 심지어 일본의 최고재판소에서도 학계로부터의 영입도 있다. 우리는 실무 법조인으로 한정하고 있다. 따라서 그러한 사람 중에서 식견이 있고 특히 정책에 대한 슬기로운 판단을 할 수 있는 안목을 갖춘 인재를 기용해야 한다는 문제가 있다.』⁵⁾

『가장 큰 문제점 가운데 하나가 ‘법관자격’을 가지는 사람만으로 헌법재판소를 구성하게 함으로써 헌법학 교수가 헌법재판소 재판관으로 임명되어 그러한 자격에서 기여할 수 있는 길을 봉쇄하고 있는 점이다. 헌법재판소가 수십 년간 민·형사사건 등에 전념하여 그 분야의 전문법관이기는 하여도 헌법문제에 관여하는 비전문가라고 하여야 할 재판관으로 구성되어 출발하였다 함은 이미 지적한 바이다. 그간의 on the job training에 의하여 헌법재판관의 헌법감각(헌법적 분석판단력)이 상당히 세련되고 풍부하여지긴 하였어도 헌법학을 수십 년간 전공한 헌법학자의 시각에서 판단할 때 헌법감각의 부족이 헌법사건의 처리과정에 드러나 그 결정문 등에 표출되고 있음을 여기 저기서 감지할 수 있다. 헌법재판은 민·형사사건 등에 있어서의 재판과는 달리 반

4) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판 절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 43/44면.

5) 한상범, 한국의 헌법재판제도의 제문제, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭교수정년기념논문집, 1991, 310면.

드시 좁은 의미의 ‘법관’의 자격을 갖춘 사람만에 의하여 다루어져야 할 이유가 없다. 헌법재판은 일반 법원이 다루는 통상의 재판이 아니다. 그것은 법률 등의 위헌여부 등을 따지는 작업이다. 그러한 만큼 헌법재판에 있어서 좁은 의미의 법관자격을 갖춘 사람과 함께 ‘헌법학 교수’의 전문능력을 활용할 수 있어야 한다고 믿는다……. 개인적으로 따로 헌법공부를 하는 소수의 법관, 그것도 비교적 젊은 층의 법관을 제외하면 심지어는 오늘날에도 대부분의 법관, 특히 중견 이상의 법관은 헌법에 대하여 무지한 것이 실정이다. 이러한 실정도 법원형이나 헌법재판소형이나의 논의가 있어서 후자를 택하지 않으면 안되게 만드는 이유의 하나이다. 일반 법원의 판사가 동시에 헌법판단도 한다고 하는 경우에 담당하는 민·형사사건만으로도 바쁜데(handful인데) 골치아픈 헌법문제까지 다루려는 유인은 그만큼 적을 수밖에 없을 것이기 때문이다. 그리고 평소에 민·형사사건 등에 전념하다가 보면 헌법적 감각을 날카롭게 할 기회도 상대적으로 적을 것이기 때문이다.』⁶⁾

2) 헌법재판관의 선출방식

재판관 선출방식과 관련하여서는 비교적 다양한 측면에서 비판이 있다.

(1) 3부에 의한 선출방식의 문제점

현행 헌법은 헌법재판소재판관9인을 대통령, 국회, 대법원장이 각 3인씩 선출 내지 지명하여 임명하도록 하고 있다(제111조 제3항). 이러한 3부선출형은 우리 나라 현실의 정치풍토상으로 바람직스럽지 못하고 또 그 구성방식에 있어서도 민주적 정당성을

6) 최대권, 헌법재판소의 정치학, 법학(서울대), 제34권 1호, 1993, 117/119면.

결여하고 있다는 다음과 같은 많은 비판이 있다.

『이처럼 ‘국회단독만의 선출’(국회선출형)이 아니라 ‘3부선출형’을 택한 이유는, “국회 정당의식 비율이 재판관의 수에 그대로 반영되는 전자보다는 정치적 중립성을 유지하는 면에서는 후자가 이상적이라고 하여 우리 나라는 후자를 택한 것이다”⁷⁾라고 한다. 이 구성방식은 제4·5공화국하의 헌법위원회의 구성방식을 답습한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 3부간의 합작 선출이 국회 선출형보다 정치적 중립성 유지에 더 낫다는 견해도 있으나, 이 구성방식이 민주적 정당성에 문제가 있고 당파적이고 정파적이라는 점을 들어 비판하는 견해도 있다. 생각건대 이러한 선출방식은 당파성을 표출할 수 있고 공정한 판결에 영향을 미칠 수 있다고 본다.』⁸⁾

『(현행헌법상 헌법재판관은) 대통령이 3인, 법원측에서 3인, 그리고 국회에서 정당 안배에 따라 3인을 임명한다는 결과가 된다. 이것은 어떠한 결과가 되는가 하면 먼저 대통령이나 정부 여당에 가까운 인사가 반수나 대개는 과반수가 확보되고 야당측에 가까운 인사는 대개는 형편이 좋으면 1인 정도가 국회선출로 들어올 수 있다는 것을 의미한다…… 독일헌법재판소는 연방의회(연방하원)와 연방참의원(연방상원)이 각기 반수씩 헌법재판관을 선임하여 구성한다. 헌법재판이 정책판단이라고 할 때 독일식의 선임제도가 오히려 합당하고 소수파의 정책의 관점에서는 재판관의 발언권도 보장된다고 하는 점에서 참고가 된다. 우리 제도에서는 소수파에 속하게 될 야측의 추천으로 재판관에 선출되어 임명된 재판관은 언제까지이고 소수의견을 쓰는 외로운 1인자가 될 우려가 있다.』⁹⁾

7) 이시윤, 헌법재판에 대한 관견(1), 헌법논총, 제1집, 1990, 59면.

8) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판 절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 47면.

『(현재의) 이러한 구성방법은 헌법원리상 많은 문제점을 지니고 있다. 우선 현재 대통령은 집권 여당의 당수직을 겸하고 있으므로 국회에서 선출하는 3인의 재판관까지 모두 여당에 의해 결정되는 경우에는 결국 집권여당이 6인을 모두 선정하는 결과가 된다(특히 당수의 명에 의해 일사불란하게 행동하는 한국의 정당 구조에서는 이 점이 매우 두드러지게 나타날 소지가 크다).』¹⁰⁾

『헌법재판소 구성 문제를 생각함에 있어서 고려하여야 할 첫 번째 문제는……헌법재판소의 민주적 정당성의 문제를 어떻게 해결할 것이냐 하는 점이고, 두 번째 문제는 특히 우리 나라 사회의 연고주의 문화에 의하여 증폭되기 쉬운 피임명자의 임명권자(또는 추천권자)에 대하여 느끼는 인간적 부채감에서 나오는, 헌법재판소 업무수행에 있어서의 편파성 내지 정당성의 문제를 어떻게 해결할 것이냐 하는 점이라고 생각한다……。 지금은 여당의 일부가 된 정파가 천거한 재판관이 정치적으로 민감한 사건에 대하여 취한 입장이 삼당합당 이전과 그 이후에 달라진 점도 눈에 띄는 대목이다. 지금 현재 야당인 정파가 천거한 재판관의 정치적으로 민감한 사건에 있어서의 입장은 잘 알려져 있다. 그런가 하면 대다수 재판관에 의하여 이끌려 온 헌법재판소의 다수이견이 정치적으로 민감한 사건에 있어서는 거의 예외 없이 정부의 입장을 지지하는 것이었다는 점도 한번 생각해 볼만하다고 생각한다. 혹시 그것마저도 일종의 당파성의 표출이 아닌가 하는 점이 그것이다. 만약 이것이 사실이라면 현행의 헌법재판소 재판관 임명방법에 문제가 있다고 보아야 한다. 재판관 3인을 대통령이 선택·임명하고 다른 3인을 대법원장이 지명하고 대통령

9) 한상범, 한국의 헌법재판제도의 제문제, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭교수정년기념논문집, 1991, 310/311면.

10) 정종섭, 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2집, 1991, 105면.

이 임명하는 방식은 우선 민주적 정당성 확보의 점에서 그리고 임명 내지 지명권자에 대한 정파적 지지태도의 우려 때문에, 그리고 또 다른 3인을 국회가 지명·대통령이 임명하는 방식은 바로 정치적 정파성의 우려 때문에 그러한 것이다.』¹¹⁾

『3권이 모두 헌법재판관 선출에 동등하게 참여함으로써 견제와 균형을 통한 객관성의 확보라는 원론적인 주장은 오늘날 몽테스큐적인 삼권분립이 존재하지 않는다는 사실로부터 근거를 잃게 된다. 오늘날에는 의회와 행정부는 더 이상 상호견제의 대상이 아니며, 오히려 의회내의 소수자의 다수자에 대한 통제가 더 큰 의미를 갖는다. 한국 헌법은 이와 같은 결정적인 점을 간과 내지 과소평가 함으로써 오히려 헌법재판소의 독립성을 심각하게 위협하는 선출모형을 선택하였다. 대통령은 ‘자의적으로’ 아무런 간섭 없이 3인의 재판관을 임명할 수 있으며, 국회도 3인의 재판관을 과반수에 의해 선출할 수 있다. 만일 대통령이 속한 정당이 국회에서 다수를 점하고 있다면 이론적 또는 실질적으로 재판관 6인이— 최소한 4인이 — 한 정당의 영향권하에 있게 된다.』¹²⁾

(2)3부선출형의 현행 제도상 3부에 3인씩 균분선출권을 부여한 것의 문제점

비록 현행제도가 3부에 의한 선출방식을 채택하고 있더라도 대통령, 국회, 대법원장에게 공히 3인씩 선출할 수 있는 권한을 부여한 것이 반드시 바람직한 것인지에 대하여도 의문이 제기되고 있다. 즉 한 선출 주체에 의해 선출된 3인은 성향을 비슷하게 가질 가능성이 클 것인데 이 3인에다 나머지 타선출 주체에 의해 선임된 1인의 재판관이라도 동조를 하는 성향을 보일 경우, 위헌 의견이 다수일 경우에도 위헌결정·탄핵결정·정당해산결

11) 최대권, 헌법재판소의 정치학, 법학(서울대), 제34권 1호, 1993, 119/120면.

12) 이육환, 헌법재판의 성격과 재판관선출, 사법행정, 1992.5. 42면.

정·헌법소원인용결정의 정족수, 즉 재판관 6인 이상의 찬성을 어렵게 할 수 있다.』¹³⁾고 하는 것이 그것이다.

(3) 3인 재판관에 대한 '대법원장 단독지명권'의 문제점

또한 현행 3부선출형을 긍정적으로 평가한다고 하더라도 대통령과 국회에 의한 각 3인의 선출 외에 대법원장이 단독으로 3인의 재판관을 임명하여 선출토록 하는 것은 문제가 있는 것으로 지적되면서 다음과 같이 많은 우려의 목소리가 나오고 있다.

『만약 3권간에 균형을 위해 3인씩 선출 내지 지명하는 방식을 그대로 둔다고 하더라도 사법부의 몫인 3인의 헌법재판관 지명을 대법원장이라는 독립기관에서 행하게 하는 것은 헌법재판소의 위상에 맞지 않다. 또한 대법원장이 대통령에 의해 임명되는 점에서도 그러하고, 대통령과 성향이 비슷한 대법원장에 의해 지명된 재판관은 대통령에 임명되는 3인의 재판관들과 연계될 가능성도 클 것이다.』¹⁴⁾

『대법원장이 지명하는 방법은 헌법재판소 구성에서 요구되는 '전문성의 원리'를 충족시키는 한 방법으로 순기능적인 평가를 받을 수 있는 소지는 있지만, 대법원장의 지명절차에서 변호사협회 등 법조 전문단체의 의견을 수렴할 수 있는 장치는 물론이고 사법부내의 의견을 수렴할 수 있는 장치조차 없으므로 헌법재판관 중 3인의 선정은 오로지 대법원장 개인의 안목에 의해 좌우되는 비민주적 결과를 초래하고 있다. 헌법재판소의 구성 방법에서 요구되는 '민주적 정당성의 원리'와 '전문성의 원리'를 조화롭게 충족시키는 방향으로 개선되어야 할 것이다.』¹⁵⁾

13) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 47면.

14) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 49면.

15) 정종섭, 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2집, 1991, 105면.

『법원을 대표하는 대법원장이 지명하는 재판관 3인도 대법원장이 대통령에 의해 임명되기 때문에 정부 여당에 무난한 인사가 지명될 것으로 귀결된다…… 우리의 헌법재판관 선임제도에 있어서 ‘3인은 대법원장이 지명하는 자’를 임명토록 한 것은 검토해 볼 일이다. 국회의 선출이나 대통령의 임명은 국민대표성을 지닌 기관에 의한 선출이나 임명이란 점에서 헌법재판소 재판관의 위상을 갖추어지는 것이 된다. 그런데 대법원장의 ‘지명’은 헌법재판소 재판관이 대법원장보다 하위에 위치하는 것으로 인식될 수 있고 실제로 상식적인 견지나 시정인이나 관리들은 힘없는 헌법재판소보다 힘있는 대법원이 더 높은 기관이고, 헌법재판소장보다 대법원장이 격이 높다고 본다. 그래서 관청의 대법원장의 자리는 마련되어도 헌법재판소장 자리는 마련되지 않거나 마련되어도 그 격을 어디에 두는 것으로 하는 것으로 문제가 되는 일이 많다. 이러한 점으로 보아도 헌법재판에 대한 인식이 어느 정도인가 하는 점 이외에 그 선출·임명의 주체가 누구인가 하는 문제가 걸려 있음을 볼 수 있다.』¹⁶⁾

『대법원장이 지명하는 3인의 경우에도 독립성이 보장되어 있다고 볼 수 없다. 비록 대법원장을 대통령이 임명하는 경우 국회의 동의를 얻어야 하고 연임이 금지됨으로써 대법원장의 독립성이 어느 정도 이루어질 수 있으나 정치현실사 대통령의 의사에 반하여 임명권을 행사하리라고는 기대하기는 어렵다……. 민주적 정당성 확보라는 면에서 가장 문제되는 것이 대법원장에 의해 선출되는 헌법재판관들이다. 이들이 갖는 민주적 정당성은 매우 미약하다. 왜냐하면 헌법재판관의 민주적 정당성은 최소한 국민이 직접 선출한 대표자에 의해 선출, 임명될 것을 요구하는데 반

16) 한상범, 한국의 헌법재판제도의 제문제, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭교수정년기념논문집, 1991, 310/311면.

하여 대법원장의 임명 케이스에는 그러하지 못하기 때문이다. 즉 이종의 간접적인 민주적 정당성만을 갖게되기 때문이다. 물론 사법부를 헌법재판관 선출에 참여시킨 것은 민주적 정당성 확보라는 관점보다는 독립성 보장이라는 데 주안점이 있는 것으로 보이지만, 그럼에도 불구하고 민주주의적 정치체제에 있어서는 헌법기관으로서 요구되는 민주적 정당성이 완전히 무시되어서는 안 된다.』¹⁷⁾

3) 헌법재판관의 임명권자

3부에서 선출·지명된 헌법재판관을 대통령이 임명하도록 한 현행 제도에 관하여도 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.

『현행대로 대통령에 의한 3인의 헌법재판관 지명, 국회에 의한 3인의 재판관의 선출, 대법원장에 의한 3인의 재판관의 지명 제도를 그대로 둔다고 하더라도 현재 국회에서 선출된 3인의 재판관과 대법원장 지명의 3인의 재판관에 대한 임명권자도 대통령인 바^(헌법 제111조 제2항), 국회에서 선출된 3인과 대법원장에 의해 지명된 3인에 대한 ‘형식적’ 임명인 다음에야 굳이 대통령에게 그러한 형식적 임명권을 주어 헌법재판소의 위상을 대통령보다 아래에 둔 결과를 가져온 것은 바람직하지 않다고 본다.』¹⁸⁾

4) 헌법재판소장의 선임방식

『현행 헌법에 의하면 헌법재판소장의 임명은 대통령이 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 하도록 규정하고 있는데(제111조

17) 이옥한, 헌법재판의 성격과 재판관 선출, 사법행정 1992.5. 42면.

18) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 49/50면.

제4항), 대통령이 소장을 임명토록 하고 있는 것도 비판의 대상이 되고 있다. 즉 대통령에 의한 임명방식 보다는 헌법재판관들 중에서 헌법재판관들에 의해 선출되게 하는 것이 헌법재판소의 독립성 보장을 위해서라도 타당하지 않을까 생각된다. 소장이 재판부의 재판장이 된다는 점(헌법재판소법 제22조 제2항), 따라서 변론의 지휘 등을 담당하는 점(동법 제35조 제1항 참조) 등에서 소장의 역할이 중요할 뿐만 아니라 외국의 경험을 보면 헌법재판기관의 장의 성향이 그 시대의 헌법재판의 경향에 영향을 미치는 것을 간접적으로 볼 수 있다는 지적도 있기 때문이다. 우리 제2공화국하의 헌법재판소법 5조는 “헌법재판소장은 심판관 중에서 호선하여 대통령이 이를 확인한다”라고 규정하고 있었다.¹⁹⁾라는 비판이 그것이다.

5) 헌법재판관의 정원

현행 헌법 및 헌법재판소법은 헌법재판관의 정원을 9인으로 확정해 두고 있다. 따라서 현재의 9인의 재판관이 헌법재판소의 업무부담에 무리가 없을 정도로 적정한 수준의 것인가에 대하여 비판이 있으며, 그 정원을 확대할 필요가 있다는 견해가 많이 주장되고 있다. 그것은 다음과 같다.

『매년 사건이 증가하고 있고, 현재 미제사건이 적지 않다는 점을 고려하면, 헌법재판관 9인의 업무가 과중한 것이라고 볼 것이다. 또한 앞으로 ‘재판’에 대한 헌법소원을 인정하는 등 새로운 관할 사건이 늘어날 경우 업무 과중이 있을 가능성이 더욱 커진다. 그렇다면 9인의 재판관 정원을 적정한 수준에서 더 늘려야 할 것으로 본다…… 헌법재판소법 제정논의 당시에 9인의 재판

19) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 53/54면.

관 중 상임재판관 수를 몇 인으로 하느냐를 놓고 논란이 있었는데 업무량에 비례하여 정하여야 한다는 의견이 있었다. 이제는 9인 전원의 상임화가 이루어졌고 나아가 그러한 논리에 따른다면 지금 업무량이 당초 예상보다 늘어났으므로 더더욱 재판관 정수 자체의 확대가 요망된다고 하겠다.』²⁰⁾

『현재 수준의 헌법재판관 수로는 폭주하는 사건을 감당하기 어렵다는 데에 대해서는 대체로 이론이 없는 것으로 보인다. 헌법재판의 내실과 질적 향상을 위해서, 그리고 사건의 신속한 처리를 위해서 헌법재판관의 수를 적어도 현재의 대법관수²¹⁾ 수준으로 증원하는 것이 바람직하다.』²²⁾

6) 헌법재판관 및 헌법재판소장의 임기 및 연임

(1) 헌법재판관의 임기 및 연임의 문제

재판관의 임기 및 연임제도는 헌법재판소의 인적·물적 독립의 확보에 가장 중요한 문제의 하나라고 할 수 있다. 그 가운데 특히 연임의 문제는 세계 각국의 재판관 임기제도와 관련하여 가장 민감하게 논의되고 있는 문제에 해당한다.

우리 현행 헌법 및 헌법재판소 법에도 “법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다”라고 규정함으로써 재판관의 연임을 허용하고 있는 바(헌법 제112조 제1항, 헌법재판소법 제7조 제1항), 이와 같이 연임을 허용한 것이 우리에게 있어 타당한 것인가 하는 점은 비판의 대상이 되고 있다.

즉 헌법재판관의 『연임제가 재판관의 중립성·독립성·공정성

20) 정계황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 41/42면.

21) 대법원장과 법원행정처장을 포함하여 14인.

22) 기운룡, 헌법재판의 제도적 개선방향, 헌법재판자료 제6집, 1994, 219면.

확보에 바람직하지 못하다는 견해들이 제시되고 있다.²³⁾ 단임제가 선출권자를 의식하지 않는 소신 있는 재판의 풍토를 담보하는데 더 긍정적일 것으로 보는 견해가 많다…… ① 현재의 연임제 규정 그 자체로도 문제가 많다. 당장 헌법 제112조 제1항은 “법률이 정하는 바에 의하여”라고 하여 법률로 그 연임에 관한 사항, 즉 연임의 요건, 절차 등을 상세히 하도록 규정하고 있으나, 현재 헌법재판소법에는 그 상세한 규정이 없고 헌법재판소법 제7조 제1항은 헌법 제112조 제1항을 그대로 옮겨놓다시피 하여 단지 “연임할 수 있다”라고만 규정하고 있어서 그 연임의 요건, 방식, 절차 등에 대한 상세 규정이 요구된다 하겠다. 또한 ② 현행 헌법 제112조 제2항의 연임 허용 규정은 연임 아닌 중임을 배척하는 것인지 여부도 논란이 될 수 있다. ③ 또한 연임이 몇 회까지 가능한지에 대해서도 불분명하다. 물론 정년제여서 연임 횟수의 자연적 제한이 있을 것이긴 하다.』²⁴⁾

『헌법재판에서는 정치적으로 예민한 쟁점을 다루는 예가 많은 만큼, 헌법재판의 독립성이 특히 강조된다. 따라서 이러한 독립성 보장의 일환으로 헌법재판관의 임기제는 폐지하고 정년제만을 두는 것이 좋을 것이다. 미국에서와 같은 종신제까지는 가지 않더라도 정년까지의 신분보장은 긍정적으로 검토해야 할 필요가 있는 부분이라 하겠다.』²⁵⁾

『임기제로 하는 경우에는 업무의 연속성과 헌법해석의 급격한 변경의 지양을 위하여 재판관의 임기도 9년 내지 12년으로 하면서 1/3씩 교체하는 방법이 바람직하다. 일거에 재판부 전체가 바뀌는 것이 분위기 쇄신에 적합할지는 모르나 일정한 수준

23) 이육한, 헌법재판의 성격과 재판관 선출, 사법행정 1992.5. 42면 참조.

24) 정제환, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 51/54면.

25) 김운룡, 헌법재판의 제도적 개선방향, 헌법재판자료 제6집, 1994, 219/220면.

의 유동성과 안정성을 동시에 가지는 헌법질서의 유지를 위해서는 바람직한 것이 아니다.』²⁶⁾

『……한국의 재판관 선출모형을 독립성 보장이라는 측면에서 보면 현저히 불충분함을 알 수 있다. 이렇게 헌법재판소의 독립성이 현저히 위협받는 상황이라 하더라도 만일 연임금지 규정이 존재한다면 상당부분 그 위협이 감소될 수 있다…… 그러나 우리 나라는 헌법재판관의 연임을 가능하도록 함으로써 헌법재판관의 독립성을 더욱 현저하게 침해하고 있다. 특히 소수 의견에 재판관 이름을 표시함으로써 그러한 침해는 구체적이고 직접적으로 나타난다. 이와 같이 일방적인 영향력 행사의 가능성이 너무나 현저하여 헌법재판소 독립성 보장이라는 요구의 가장 본질적인 부분까지도 침해하였으며, 따라서 한국의 헌법재판관 선출모형은 이 점에서 이미 헌법재판의 이념에 합치하지 않는다.』²⁷⁾

(2) 헌법재판소장의 임기 및 연임의 문제

현행 헌법 및 헌법재판소법에서는 헌법재판소장의 임기와 그 연임가능 여부에 대한 명시적인 규정이 없다. 그럼으로 인하여 헌법재판소장이 재판관 중에서 임명되지만 얼마간의 임기로 임명되는 것인지 그리고 현재의 운용 실제와 같이 임명시부터 헌법재판소장으로 임기를 개시하여 다른 재판관과 같이 임기 종료를 맞게 되는 경우에, 당해 헌법재판소장이 소장 또는 재판관으로 다시 임명될 수 있는 가능성도 전혀 배제할 수 없다. 이 경우에 헌법재판소장의 연임 또는 중임의 문제가 쟁점이 될 수 있는

26) 정종섭, 주요 국가 헌법재판제도에 대한 비교적 연구, 헌법재판연구 제2집, 1991, 104/105면.

27) 이육환, 헌법재판의 성격과 재판관 선출, 사법행정 1992.5. 42면.

데, 이에 대한 어떠한 해결가능성도 현행법에서는 찾을 수가 없다는 것은 중대한 입법적 결함이라고 하는 비판이 있다.

7) 재판관 결원시 후임자의 임기 및 선출기간

헌법재판소법은 “임기 중 재판관이 결원된 때에는…… 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다”고 함으로써 결원된 재판관의 후임자 선정에 대하여 규정하고 있는 바(제6조 제3항), 이에 따르면 후임자는 어떠한 임기로 임명되는 것인지 및 결원된 재판관의 후임자 임명기간이 너무 장기간이 아닌지 등에 있어서 비판이 있다. 즉 전자의 문제와 관련하여 『그 후임자의 임기가 새로이 6년이 시작되는지 아니면 잔여 임기만 채우는 것인지 명시규정이 없다. 명시규정이 없으므로 새로이 6년의 임기가 시작된다고 볼 것이다.』²⁸⁾ 이 점에 대하여 입법적으로 보다 정확하게 할 필요가 있다. 제2공화국 당시의 헌법재판소법 제3조 제3항은 “전임자의 잔임기간”으로 임명한다는 것을 명문으로 규정하고 있었다.

또한 후자의 문제 즉 후임자 임명기간이 “결원된 날로부터 30일 이내”로 되어 있는 것도 문제가 있다고 지적된다. 즉 후임자의 선출에 관한 현행 헌법재판소법 제6조 제3항은 “재판관의 임기가 만료되거나 임기 중 재판관이 결원된 때에는 임기만료 또는 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 다만 국회에서 선출한 재판관이 국회의 개회 또는 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 결원이 된 때에는 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다”라고 규정하고 있

28) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 52/53면.

는데 30일의 임명기간이 너무 길지 않은가 하는 문제가 있다. 사망, 사직 등의 급작스런 결원의 경우 외에는 그 임명기한을 단축하는 것이 재판업무의 계속성, 신속성 담보에 보다 바람직할 것이다. 특히 예측가능한 경우인 임기 만료인 경우에는 “임기 만료된 날로부터”가 아니라 “임기 만료일 전 몇 일내”의 후임자 선출이 바람직하다고 볼 것이다.』²⁹⁾

특히 국회선출 재판관의 경우 국회가 폐회 또는 휴회 중일 때에는 다음 국회가 소집된 후 30일 이내에 하도록 하고 있는 것은 재판관의 공석기간이 보다 더 장기화되어 더욱 심각한 문제가 발생할 수 있다는 비판도 있다.

2. 개선방안에 대한 검토

1) 헌법재판관의 자격

(1) 법관자격자외의 한정—법학교수 등의 배제

헌법재판관의 자격에 대하여는 이미 앞서서도 보았듯이 많은 논의가 있어 왔다. 그 가운데 가장 주목을 끄는 것은 헌법재판이 때로는 국가의 운명을 결정하는 역사적 결단을 포함한다고 볼 때 법학교수나 식견 있는 정치인·외교관·고급관료출신·군장성출신 등의 헌법재판관 자격 봉쇄의 문제이다. 이 점에 대한 학계나 사회단체의 비판은 법조 실무계, 특히 헌법재판소 내외에서도 대체로 타당성이 있는 것으로 받아들여지고 있는 것으로 보인다.³⁰⁾

29) 정채황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 53면.

30) 헌법재판소법 제정(1988.8.5.)을 앞두고 1988.7.2. 한국공법학회에서는 법학교수의 헌법재판관에의 참여 허용을 건의한 바 있으나 받아들여지지 않았다.

즉 『현재 법조출신 법관자격자로 한정된 것이 헌법재판소를 재판기관으로서의 성격을 강화시키는 것으로 보는 견해가 있으나, 재판절차 등 기술적인 측면에서는 소송법 실무에 밝은 법관들을 생각하면 그러할 지도 모르나…… 헌법재판이 민사·형사 재판과 다른 특질을 가짐을 고려하면 반드시 그러한지 의문이다.』³¹⁾라고 하는 견해는 바로 이 점을 시사하고 있는 것으로 파악된다.

그런데 문제는 현행 헌법 및 헌법재판소법이 “법관이 자격을 가진”자에게만 헌법재판관의 자격을 부여하고 “법관의 자격이 없는” 사람에게는 그 자격을 봉쇄하고 있는 제도적인 문제에 있는 것이다. 현행 법체계하에서 이 문제를 어떻게 슬기롭게 풀어나가느냐 하는 점은 이미 학계의 여러 문헌에서 많이 논의되고 있는 바이므로 여기서는 생략하기로 한다. 그렇지만 여기서는 비록 현행 제도상으로 법학교수의 헌법재판관으로의 참여가 전면적으로 봉쇄되어 있다 하더라도 궁극적으로는 헌법개정에 의하여 다양한 지식과 경험을 갖춘 인사가 참여할 수 있도록 하는 것이 헌법재판의 기능 및 특성상 바람직한 것으로 판단된다.

(2) 법학교수의 헌법재판관 임명에 대한 세계적 보편성

헌법재판소를 두고 있거나 또는 헌법재판 기능을 행하는 세계 각국의 최고재판소 구성원을 살펴보면, 현재의 우리와 같이 법학교수의 참여가 보장되지 않고 있는 예는 거의 찾아보기 힘들다. 이 점은 이미 앞에서 우리가 살펴 본 각국의 제도에서도 명백히 드러나고 있는 것이다. 즉 오스트리아, 프랑스, 독일, 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등 모든 국가의 예가 그러하다. 이와 같이 제도적인 면뿐만 아니라 실제에 있어서도 마찬가지로의 경향을 보이

31) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 44면.

고 있는데, 실제적인 문제 및 해결방안 등에 대하여는 다음의 견해로 대신하기로 한다.

『우리 나라 헌법재판소의 모형이 된 독일의 연방헌법재판소를 위시하여 헌법재판소 제도를 두고 있는 나라에서는 반드시 헌법학 교수를 비롯한 법학교수가 다수 헌법재판관으로 충원되고 있다. 교수들이 헌법재판소의 소장직을 맡는 나라도 많다. 국제화·개방화 시대에 적극적으로 대처하기 위하여는 대법관과 헌법재판관의 충원이 판·검사에 국한되어서는 그 본래의 기능을 다하기 어렵다. 따라서 일정한 인원을 15년 이상의 경력을 가진 법학자 또는 15년 이상 국가 기관에서 중견 이상의 공무원으로 법률사무에 종사한 사람 등 학식과 덕망을 갖춘 전문인들에게도 반드시 개방하여 전문적인 지식과 경륜이 국가정책 결정 과정에 반영되도록 해야 할 것이다. 이 같은 이유로 선진 민주주의 여러 나라들은 최고법원 구성자격의 문호를 개방하고 있는 것이다. 더구나 일반 법관이 헌법문제에 관한 전문화에 미약하다는 것이 국내외적으로 인정되고 있다……. 우리 나라 헌법은 헌법재판관의 임명과 구성에 있어서 그 임용자격을 법관자격을 가진 자로 한정하였는데,……. 우리 나라 헌법재판의 모형이 되고 있는 독일을 위시하여 프랑스, 오스트리아, 이탈리아, 스페인, 포르투갈 등 거의 모든 나라의 헌법재판에 있어서는 ‘법관’과 함께 ‘법학교수’도 헌법재판관이 될 수 있는 자격이 부여되고 있고, 실제로 많은 법학교수들이 헌법재판관으로 활약하고 있다……. 독일은 15인 중 6인, 포르투갈 13인 중 6인, 스페인 12인 중 9인이 대학교수란 점에서 그 세계적 추세가 잘 나타나 있다. 더구나 일반법관과 헌법재판관은 그 경력과 사고 경향에 있어서 상당한 차이가 있음이 지적되기도 한다는 점을 유의할 필요가 있다……. 나아가 대부분의 헌법재판소 제도를 가진 나라의 헌법재판소장

도 헌법교수가 담당할 예는 주목할 만하다.』³²⁾

(3) ‘법관실무경험’과 ‘헌법에 대한 전문지식’

헌법재판관의 자격요건에서 법학교수 등이 배제된 이유는 재판실무경험의 부족과 소송절차법에의 미숙 등으로 하여 헌법재판관으로서의 역할수행이 부적절하다는 점 때문이었던 것으로 일반적으로 이해되고 있다. 그러나 이러한 부족한 점은 다른 한편으로, 헌법재판관으로서 당연히 갖추어야 할 헌법에 대한 전문지식에 있어서 일반 법관 출신의 재판관이 오히려 적합하지 않다는 점에서 볼 때에는 법관자격자 역시 헌법재판관으로서의 역할수행을 잘 할 수 있을지는 의문이다. 독일에서 재판관의 임기와 관련된 논의에서 『헌법재판에 대한 장기간의 숙달기간을 필요로 하는 점에서 공법학을 전공한 학자든 실무경험이 많은 법관이건 모두 그 한계가 있으며, 헌법재판관으로 임명된 자는 법관출신은 ‘헌법’에 대하여, 교수출신은 ‘재판관 활동’(실무)에 대하여 숙달되도록 노력하여야 한다.』³³⁾고 역설하고 있는 점에서도 알 수 있듯이 우리 나라에서 법학교수를 배제한 것은 옳지 못한 것으로 평가할 수 있는 것이다.

나아가 헌법재판이란 무엇이 ‘헌법’인가에 대한 재판을 하는 것이지, 헌법에 관한 단순한 ‘재판’을 하는 것에 불과한 것으로 이해하여서는 안 된다. 그렇게 본다면 헌법재판관이 될 수 있는 자격은 재판실무경험을 보완해 줄 수 있는 일정한 제도적 장치가 마련되는 것을 전제로 하여 공법교수나 특히 헌법에 조예가 깊은 법관 및 국가관리철학과 경륜을 갖춘 고위관리 출신 등으로 하여야 할 필요가 있는 것이다. 헌법재판관이 되는 비법관출

32) 조병윤, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구 제22집 제3호, 1994, 241/245면.

33) Vgl. Geck. Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter. Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Bd. 36, Nomos. S. 52ff.

신과 법관출신은 헌법재판 실무를 행함에 있어서 상호 기능의 보완역할을 하는 것이 바람직하다.

이와 같이 될 때 절차적·기술적인 실무능력의 부족은 실무출신의 법관이나 헌법연구관의 협력을 통해 해결될 수 있을 것이고, 다른 한편 전문적인 헌법지식과 국가경영철학은 비법관출신의 헌법재판관이 직접 보완하거나 학자출신의 헌법연구관을 통하여 보조를 받음으로써 그 효과적 기능을 충분히 확보할 수 있게 될 것이다.³⁴⁾

2) 재판관 선출방식

우리 나라의 현행 헌법재판관 선출제도는 앞에서 지적된 바와 같이 3부선출형 그 자체가 갖는 문제점뿐만 아니라 재판관 선출에 3부가 모두 관여한다 하더라도 현재와 같이 각부에 3인씩 동등하게 균분한 것이 타당한 것인지, 대법원장 단독의 지명권 행사로 3인의 재판관을 선출토록 하는 것이 민주적 정당성에 흠이 없는지 그리고 임기를 동등하게 함으로써 전체 재판관이 동시에 교체되는 데에서 기능의 연속성과 안정성 등에 있어서 문제점이 제기되고 있는 것이다. 마지막의 문제점은 재판관 임기제도와 더욱 밀접한 문제이므로 아래의 관련부분에서 살펴보기로 한다.³⁵⁾

34) 그런데 이를 위하여는 다수의 능력 있는 헌법연구관이 확보되어야 하는데 그 방법에 대한 다음의 의견은 우리에게도 참조할 만하다. : 『헌법재판소의 헌법연구관과 연구관보, 연구원 등의 수도 많이 증원하고, 국내외에서 공법 등으로 법학박사 학위를 받은 젊은 법학전공자들을 더 많이 확충할 수 있도록 승진기회 등 처우면에 있어서도 범조인, 사법연수원 수료자와 균형을 맞추는 유지활성화 방안이 마련되도록 이에 관련되는 헌법재판소법과 관련규정을 개정할 필요성을 재검토해야 할 것이며, 기타 헌법재판의 활성화 위한 제반 문제점과 개선방안에 대한 심도 깊은 연구검토가 활발히 전개되어야 할 것이다.』(조병훈, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구 제22집 제3호, 1994, 252면).

35) 아래 「6. 헌법재판관 및 헌법재판소장의 임기 및 연임」 부분 참조.

(1) '3부선출형의 부정'이 절대적인 타당성을 갖는지 여부

헌법재판관을 대통령, 국회, 대법원장에 의하여 선출·지명되어 임명되는 선임방식이 절대적으로 바람직하지 않은 것인지는 의문이 있다. 3부선출형에 의하면 민주적 정당성에 문제가 있고 당파성·정치성 등으로 인하여 공정한 판결을 내릴 수 없다고 하는 것이 과연 타당한 것인가. 그렇다면 어떠한 대안이 있는가. 이러한 물음에 대하여는 헌법재판제도를 두고 있는 각국의 상황을 비교분석해 판단해야 할 필요가 있다는 점을 지적할 수 있지만, 다른 한편 비교분석의 결과 통일적인 어느 형태가 있을 경우에 그것이 반드시 우리 나라에 있어서도 타당한 것인가 하는 점이 고찰되어야 한다.

세계 각국의 제도를 보면, ① 국회 단독에 의한 선출(독일, 포르투갈, 스위스, 벨기에, 유고슬라비아, 폴란드 등), ② 국가권력 3부의 합작선출(스페인, 이탈리아, 터키 등), ③ 대통령과 의회의 의한 2부선출형(오스트리아, 프랑스 등) 등이 있음을 알 수 있다. 즉 어느 하나의 통일적인 재판관 선출모형은 찾기가 어려울 뿐만 아니라 오히려 각 국가의 역사적 발전배경에 의하여 나름대로의 독특한 선출제도를 마련해 두고 있는 것으로 파악된다. 특히 주목할 것은 독재제의 처절한 경험에 대한 반성에서 헌법재판소가 설치된 것으로 이해되고 있는 스페인과 이탈리아 등의 국가가 오히려 3부 선출형을 채택하고 있다는 것은 우리에게도 시사하는 바가 대단히 크다고 아니할 수 없다.

우리의 3부선출형 제도가 그 도입 초기에 “정치적 독립성 유지에 이상적”이라는 것이 다수의 공감대를 형성하였던 결과 입법되었다는 것을 기억한다면, 우리 나라 역시 과거의 권력독재에 대한 저항의 결과 탄생한 헌법재판소의 구성이 3부선출로써 이루어진 것은 나름대로의 시대적 타당성을 갖는 것이라고 보아야

할 것이다. 우리 나라의 국회 운영 실제에서 보듯이 정당의 총재를 중심으로 하여 일사불란하게 움직이는 ‘총재정치’ 아래에서는, 오히려 국회선출형에 의하여 헌법재판소가 구성되는 것이 헌법재판소의 정당성·당파성을 초래하여 헌법재판소를 ‘정쟁’의 소용돌이 안으로 끌어들이 우려가 없지 않다. 따라서 현행의 ‘3부선출형’을 ‘국회선출형’으로 제도개선을 해야 한다는 주장은 그렇게 설득력이 있는 것으로까지는 보이지 않는다.

그렇게 본다면 결국 ‘선임방식’ 자체보다는 오히려 얼마나 실질적으로 중립성을 지닌 능력 있는 인사를 선임하느냐 하는 것과 그러한 선임이 가능하도록 하는 정치풍토 등 여건이 중요한 관건이 되는 것으로 보아야 할 것이다.³⁶⁾

(2) 3부선출형에 있어 각 부에 3인씩 균분한 것이 타당한 것인지 여부

3부선출형 국가 가운데 이탈리아는 15인의 통상재판관을 3부에서 각 5인씩을 지명하여 균분 선출하고 있는 반면에(그 외에 탄핵사건에서 임명되는 16인의 특별재판관은 모두 의회에서 선출한다), 12인의 재판관을 두고 있는 스페인의 경우는 그 중 「8인」은 상원과 하원이 각 4인씩 제청하고, 나머지 「4인」은 행정부와 사법부에서 각 2인씩 제청하여 국왕이 임명하도록 하고 있다.

그 밖에 2부선출형 국가라 할 수 있는 오스트리아와 프랑스의 경우를 살펴보면, 먼저 오스트리아의 경우 14인의 헌법재판관과 6인의 예비재판관 가운데 「소장, 부소장, 6인의 헌법재판관, 3인의 예비재판관」을 연방정부의 제청으로 대통령이 임명하고, 「3인의 헌법재판관, 2인의 예비재판관」을 연방하원 추천으로 그리고 「3인의 헌법재판관, 1인의 예비재판관」을 연방상원의 추천으로

36) 동지, 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차성의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 48/49면 참조.

로 대통령이 임명하도록 되어 있다. 또한 프랑스는 당연직을 제외한 임명직 재판관 9인 중 대통령·하원의장·상원의장이 각 3인씩 임명하도록 하고 있다.

따라서 위의 예에서 보듯이 3부선출형 국가든 2부선출형 국가든 이탈리아를 제외한 나머지 국가들은 모두 각 부 간에 차등적으로 선출 배당 인원을 정하고 있음을 알 수 있다. 즉 스페인은 「의회 8인, 대통령 2인, 법원 2인」으로, 오스트리아는 「대통령 8인, 의회 6인」으로(예비재판관 제외), 그리고 프랑스는 「대통령 3인, 의회 6인」을 임명하고 있는 것이다.

이와 같이 각국의 재판관 지명 또는 선출기관이 각기 상이한 지분으로써 이를 행하고 있는 것은 각국의 역사적 발전배경에서 나온 결과라고 보는 것이 옳을 것 같다. 우리 나라의 경우 과거 구 헌법상 헌법위원회의 구성방식으로 계속되어 왔던 3부의 균분은 아무런 깊이 있는 논의 없이 현행 제도에도 그대로 답습되어 온 것으로 본다면 다른 나라의 제도를 참고하여 민주적 정당성을 최대한 확보할 수 있는 방향으로 재판관 선출·지명의 배당지분에 대하여 재고할 여지가 있다고 할 것이다.

이 점과 관련하여 민주적 정당성과 독립성의 보장이라는 양자의 목적을 달성하기 위하여 3인은 국회에서 선출하고, 3인은 대통령이 임명하며, 나머지 3인 중 1인은 대법원장이 위원장인 대법관회의에서 선출된 자를 그리고 2인은 헌법재판소장이 추천하는 자를 임명하는 것이 합리적인 선출모형이라 할 것이다. 특히 헌법재판소장이 추천하는 재판관 2인의 범위에는 헌법재판소 자체 연구관출신도 포함시키는 것이 바람직하며, 그로써 일면 헌법재판소의 독립기관으로서의 지속성과 안정성을 유지할 수 있을 것이고 타면 능력 있는 연구관의 확보를 가능하게 할 수 있는 것이다.

(3) 대법원장의 '3인 재판관 단독지명권'이 민주적 정당성에 반하는지 여부

헌법재판소의 구성에 사법부가 관여하고 있는 스페인(12인 중 2인) 및 이탈리아(15인 중 5인)의 경우를 보면 각 재판관의 지명 또는 제청권을 대법원장 개인에게 전단적으로 부여하고 있지 않음을 알 수 있다. 즉 이탈리아의 경우 상급재판소가 지명하는 5인의 통상재판관을 각기 다른 구성원이 참여하는 3개의 선거위원회에서 투표로 지명하도록 하고 있으며, 스페인은 사법부 총평의회에서 지명하게 하도록 하고 있다.

3부선출형 국가 가운데 특히 사법부에서의 재판관 지명이 우리 나라와 같이 대법원장이라는 독립기관에게 단독으로 지명권을 부여하는 나라는 찾을 수 없다. 우리 나라도 앞으로의 헌법재판소법 개정시에는 '대법관회의'나 '전체판사회의'³⁷⁾ 또는 대법원장, 헌법재판소장, 법원행정처장, 법무부장관, 검찰총장, 대한변협 회장 등(헌법재판소 사무처장을 포함시킬 수 있을 것이다)으로 구성되는 범국가적 '헌법재판관추천회의'에서 선출하도록 하는 것이 바람직하며, 이는 헌법재판소의 위상제고라는 면에서도 옳은 것이라 할 것이다.

3) 헌법재판관의 임명권자

헌법재판관을 누가 임명할 것인가에 대하여도 헌법재판소의 위상과 관련하여 비판이 있다. 다른 나라의 경우를 보면, 스페인은 국왕이 헌법재판관을 임명하고 있다. 이와 달리 이탈리아는

37) 동지, 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 49면 참조. 우리 제2공화국하의 헌법재판소법은 9인의 재판관을 대통령·참의원·대법원이 각각 3인씩 선임하게 하면서, 대법원의 선임은 '대법관회의'에서의 선출로 하도록 규정하였었다(동법 제3조 제1항).

국회·대통령·상급재판소에서 통상재판관으로 지명됨으로써 바로 임명된 것으로 보고, 다만 이들 모든 지명된 재판관은 대통령 앞에서 선서를 할뿐이다. 이탈리아의 경우 선서로써 임명되는 것이 아니라 ‘임기를 개시’한다고 규정하고 있다.

특히 관심이 가는 것은 포르투갈의 경우 재판관이 “대통령 앞에서 선서함으로써 임명되고 그 직무를 개시한다.”고 하고 있는 반면(헌법재판소법 제20조), 이탈리아는 “선서한 날을 임기 개시일로 하여 임명된다”고 규정하고 있다(헌법 제135조 제3항). 전자의 경우는 대통령의 형식적 임명행위가 따르는 반면에 후자는 각 선출기관에서의 지명으로 임명되고 임기개시시점이 선서일이며 여기에 대통령의 임명행위는 전혀 필요하지 않은 것으로 파악된다.

우리의 제도와 관련하여 『선출과 지명 그 자체로 임명된 것으로 간주하든지 아니면 선출, 지명으로 국민에 의하여 임명된 것으로 간주하는 것이 헌법재판소의 위상의 제고에 부응하는 것』³⁸⁾이라는 견해가 있으나, 다른 나라의 예를 보더라도 대통령이 임명한다는 것만으로 위상 약화를 가져오는 것으로 볼 수는 없는 것이라 생각된다.

4) 헌법재판소장의 선임방식

현행 헌법상 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 하고 있다. 그런데 헌법재판소장을 대통령이 임명하지 않고 재판관들 중에서 스스로 선출하도록 하는 것이, 헌법재판관을 대통령이 임명하는 경우와 달리, 헌법재판소의 위상 및 독립성 확보라는 차원에서 바람직한 방법이라고 할 것이다. 그렇지만

38) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 50면 참조.

법관의 승진서열이 국가고시 또는 연령순으로 이루어지고 있는 우리 나라의 경우에 있어 헌법재판소장을 선거를 통하여 선출하는 제도를 받아들이기는 쉽지가 않을 것이다.

외국의 예를 보더라도, 프랑스와 오스트리아 외에는 대체로 헌법재판소 스스로 소장을 선출하고 있음을 알 수 있다. 즉 프랑스의 경우는 헌법평의회 소장을 대통령이 임명한다고만 단순히 규정하고 있고, 오스트리아는 연방정부의 제청으로 연방대통령이 임명하도록 하고 있어^(헌법 제147조 제2항), 이들 국가는 우리 나라와 같다고 할 수 있다.

이와 달리 포르투갈, 스페인, 이탈리아 등은 재판관 중에서 선출하도록 하고 있다. 먼저 포르투갈은 “헌법재판소장(및 부소장)은 재판관 중에서 선출되다”고 간략히 규정하고 있다^(헌법 제284조 제4항). 특히 스페인과 이탈리아는 헌법재판소장 선출제도가 흡사하다는 점은 대단히 흥미롭다. 즉 헌법재판소 전원재판부에서 헌법재판소장을 선출하는데, 소장은 재판관 전원의 비밀투표로 과반수를 획득한 자가 선출된다. 그런데 과반수 득표자가 없을 때에는 2차 투표를 하고 그럼에도 피선되지 않을 경우에는 다수득표자를 결선투표에 붙여 최고득표자를 소장으로 선출한다. 가부동수인 때에는 직무경력이 오래된 자가, 직무연한이 같을 때에는 연장자가 소장이 된다. 그런데 양 국가의 차이점이 있다고 한다면, 스페인은 2차 투표에서 단순다수득표자가 소장으로 선출되는 반면에, 이탈리아는 2차 투표에서도 과반수 득표를 요구하고 있다는 점이다.

그 밖에 스위스는 연방하원에서 재판관 가운데 연방재판소장(및 부소장)을 선출하도록 하고 있다.

5) 헌법재판관의 정원

우리 나라의 헌법재판관 정원은 9인으로 되어 있다. 그런데 각국의 헌법재판소 재판관 수를 살펴보면 독일 16인, 오스트리아 14인(예비재판관 6인 제외), 이탈리아 15인(특별재판관 16인 제외), 스페인 12인, 포르투갈 13인, 프랑스 9인(당연직 재판관 제외), 스위스 30인(예비재판관 15인 제외), 벨기에 12인으로 되어 있어 프랑스를 제외하고는 모두 우리 나라 보다 많음을 알 수 있다. 그러나 우리 나라는 헌법재판사안의 중대성과 업무량 등을 고려하더라도 아직 초창기인 만큼 현재로서는 9인 정도가 적당하다고 본다.

재판관 정원과 관련하여 주장된 견해를 보면, 『대법원의 경우 대법관의 수를 법원조직법으로 정하고 있는데(법원조직법 제4조 제2항) 반하여 헌법재판관의 수는 헌법 자체가 9인으로 고정하고 있다.

대법관의 수를 법원조직법으로 정하고 있는데(법원조직법 제4조 제2항) 반하여 헌법재판관의 수는 헌법 자체가 9인으로 고정하고 있다. 물론 대법원은 일반 민·형사 사건의 최고심으로서 사건이 상대적으로 많겠지만 법원조직법이라는 법률로 그 때 그때의 사건의 상황이나 업무량을 고려하여 대법관 수를 법률로 조절할 수 있다는 점을 고려하면 헌법재판관의 수도 법률로 신축성 있고 시대상황에 맞추어 정할 수 있게 함이 바람직하다고 본다. 헌법재판이라 하고 늘 일정량의 사건만이 발생한다고 볼 것은 아니고 시대가 변하면서 사건이 늘어날 수 있을 것인데 그때마다 헌법개정을 일일이 하기도 힘들 것이므로 헌법재판소법이라는 법률로 그 정원의 조정이 가능하도록 하여 그 수요에 대처할 수 있게 함이 필요할 것이기 때문이다. 이를 위하여서는 물론 현재의 헌법을 개정하여야 한다.…… 대법원의 경우 현행 헌

법 제102조 제2항 단서가 「다만, 법률이 정하는 바에 의하여 대법관이 아닌 법관을 둘 수 있다」라고 규정하여 대법원의 구성을 이원화 할 수 있게 하고 있다. 이러한 규정을 감안하여 헌법재판과의 정수를 확대하는데 거부반응이 많다면 그 업무과중의 타개를 위하여 헌법재판소에도 이러한 이원화의 가능성을 주는 것을 고려해 볼지하다.』³⁹⁾

6) 헌법재판관 및 헌법재판소장의 임기·연임·정년

(1) 헌법재판관의 임기·연임·정년

(가) 비교법적 검토

현행법에 의하면 헌법재판관의 임기는 6년이며 연임할 수 있고(헌법 제112조 제1항), 또한 65세를 정년으로 한다(헌법재판소법 제72조 제2항 본문). 임기제도를 논하는 경우 연임 및 정년제도를 함께 검토하는 것은 임기제도의 실효성이 연임(및 정년)의 인정 여부에 따라 그 성과가 좌우될 소지가 너무나 크기 때문이다. 이 점은 비교법적으로 검토해 보더라도 명백히 드러난다. 즉, 헌법재판관의 단임제를 채택한 국가로 독일·프랑스⁴⁰⁾·이탈리아·스페인 등이 있고, 연임을 허용하는 국가로는 포르투갈과 스위스가 있으며 연임제에 대한 적용을 받지 않는 나라로 오스트리아를 들 수가 있다.

그런데 문제는 연임제인지 단임제인지의 여부에서 그칠 것이 아니라 각 국가의 제도상 임기제·정년제와 어떻게 맞물려서 이

39) 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 42면 참조.

40) 『임명권자가 정치적 인물인 프랑스의 경우에도 소신 있는 재판이 나오는 이유는…단임제 때문이 아닌가 하는 질문이 간다』 정제황, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 51면 참조.

루어져 있는 것인지를 파악해 보아야 한다. 여기서 우리는 대단히 흥미로우면서도 합리적이라고 할 수 있는 점을 발견할 수 있는데, 그것은 바로 단임제 국가에서의 재판관의 임기는 비교적 장기적인 반면에, 연임제 국가에서의 그것은 단기적이라는 것이다.

단임제 국가인 독일과 이탈리아는 그 임기가 12년이고, 스페인과 프랑스는 9년이며, 여기서 더 나아가 단임제 국가들 중 68세를 정년으로 하고 있는 독일을 제외한 나머지 국가 즉, 프랑스·이탈리아·스페인도 정년제를 두지 않고 있다.

다른 한편 연임제를 채택한 국가인 포르투갈과 스위스는 재판관의 임기를 6년으로 하여 비교적 짧게 하고 있음을 알 수 있다. “6년 임기의 연임제”라는 점에서 우리 나라와 같다고 할 수 있지만, 이들 국가 모두가 정년제를 두지 않음으로써 최소한의 임기인 6년을 보장하고 있다는 점에서 우리 나라가 정년제까지 채택하여 6년의 임기조차 채우지 못하고 중도에 퇴직할 수밖에 없는 결과를 가져오도록 하는 제도를 두고 있는 것은 대단히 불합리한 제도라고 하지 않을 수 없다. 이러한 상황은 헌법재판소가 발족한지 불과 3년 정도밖에 지나지 않는 시점에 이성렬 재판관이 65세의 정년으로 퇴임한 예에서도 알 수가 있다. 결국 우리의 제도는 임기·정년·연임의 관계를 조합함에 있어 가장 비합리적·비효과적인 것이라고 밖에 볼 수 없다고 할 것이다.

그 밖에 오스트리아는 ‘35세 이상’의 연령 요건에 ‘70세’의 정년만 두고 임기나 연임을 전혀 채택하지 않고 있다.

결국 이들 국가의 임기제도를 살펴보면 ① 오스트리아(70세 정년제만 있음), ② 이탈리아(12년 단임제이면 비정년제), ③ 독일(12년 단임제이며 정년제), ④ 프랑스·스페인(9년 단임제이며 비정년제), ⑤ 포르투갈·스위스(6년 연임제이며 비정년제) 등의

순으로 임기제도와 관련한 재판관의 신분보장이 이루어져 있어, 우리 나라의 “6년 연임제이며 정년제”는 임기제도의 본질적 취지와 세계적 조류에 크게 미치지 못하는 것이라고 볼 것이다.

즉, 우리 나라의 제도는 ① 임기에 있어 ‘6년’의 단기로 하여 재판관의 전문성을 해치고, ② ‘연임제’를 채택함으로써 재판관의 독립성·중립성·공정성을 해치며, ③ ‘정년제’를 둠으로써 임기제를 무의미하게 만들 우려가 있다는 점에서 결코 바람직스러운 제도라고 할 수 없다.

(나) 개선방안

우리 나라의 문헌을 보면 대체로 현행의 연임제를 단임제로 바꾸어야 한다는 주장에 집약되어 있는 듯하다. 이는 앞의 비판 부분에서도 보았듯이 단임제로 해야 한다든지, 임기제로 하더라도 임기제로 하더라도 임기에 차등을 두어 1/3을 교체하도록 해야 한다든지, 임기제를 폐지하고 정년제만 두어야 한다든지 하는 등의 견해가 그것이다.⁴¹⁾

이에 대하여 보다 구체적으로 개선방안을 제시한 경우도 찾아볼 수 있다. 즉, 『단임으로 할 경우 그 임기의 연한은 어느 정도 현재보다는 장기로 하는 것이, 예컨대 독일처럼 12년이나 프랑스처럼 9년 정도로 조정하는 것이 바람직하지 않은가……』⁴²⁾ 『무엇보다도 연임 가능성을 열어 놓은 규정을 폐지하고 연임을 금지시켜야 한다. 그렇지 않은 한 재판관이 업무수행에 있어서 재판관의 개인적인 이해관계로부터 완전히 독립될 수 없다. 연임을 금지하는 경우 임기는 헌법재판소의 계속성(보장)과 경직성 방지 등을 비교형량하여 볼 때 10~20년 정도로 함이 적당하리라 생각한다.』⁴³⁾

41) 그에 대하여는 앞의 「Ⅲ. 1. 6) (1) 헌법재판관의 임기 및 연임의 문제」 부분 참조.

42) 정제왕, 헌법재판소의 구성과 헌법재판절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 52면 참조.

여기서는 어느 하나의 개선 방향을 제시하기보다는 앞에서 본 여러 나라의 제도 중 어느 하나의 형태를 채택하는 방향으로 우리의 제도가 개선될 수 있다면 그것으로써 현행의 제도보다는 분명히 발전된 것으로 평가할 수 있다고 하는 점만 지적하기로 한다. 그렇다면 결국 ① 70세의 정년제만 두는 경우(오스트리아), ② 12년 단임제이면서 비정년제인 경우(이탈리아), ③ 12년 단임제이면서 정년제인 경우(독일), ④ 9년 단임제이면서 비정년제인 경우(프랑스·스페인), ⑤ 6년 연임제이면서 비정년제인 경우(포르투갈·스위스) 등이 그 개선방향의 예가 될 것이다.

(다) 순차적·개선제도에 대한 검토

헌법재판관을 순차적으로 개선하는 것이 헌법재판 업무의 계속성에 더 유리한 여건을 부여하고 그 때 그 때 시대가 요구하는 재판관 책임자를 임명할 여지를 더 가질 수 있을 것인 반면에, 재판관 대다수가 동시에 교체될 경우 헌법재판 업무의 계속성을 파괴하고 지속적인 업무의 유지에 장애가 될 수 있을 것이라는 점에서 프랑스나 스페인 등과 같이 순차적 개선제도를 도입해야 한다는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 순차적 개선제도는 매 임기 때마다 전체 또는 다수의 재판관이 모조리 바뀌는 것을 예방함으로써 헌법재판의 계속성을 유지할 수 있도록 배려하는 것으로 바람직한 제도이다.⁴⁵⁾

그런데 순차적 개선제도를 채택하는 것이 바람직하기는 하나,

43) 이옥환, 헌법재판의 성격과 재판관선출, 사법행정 1992. 5. 43면.

44) 우리 나라의 경우에도 제2공화국 하에서 헌법재판소 6년 임기의 9인 재판관이 2년마다 3인씩 개선되도록 규정한 적이 있었다(제2공화국 헌법 제83조의4 제3항). 이 경우, 헌법재판의 운영상의 문제점, 헌법재판자료 제6집 234면; 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법절차상의 문제점, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 50/51면.

45) 순차적 개선제도는 우리 나라에서도 명문화된 예를 찾을 수 있다. 즉, 한국은행법에 의거 설치되는 「금융통화운영위원회」는 재무부장관, 한국은행총재 등 9인의 위원으로 구성되는데, 이들 위원은 모두 3년 임기로 대통령이 임명한다. 그런데 「초대위원의 임기는 매년 1명 또는 2명이 교체되도록 대통령령이 정하는 바에 의하여 단축할 수 있다.」고 하여 일시적인 교체로 인한 업무의 공백을 예방하고 있다(한국은행법 제8조 제1항, 제2항).

이미 우리 나라의 경우에는 1988년 헌법재판소법 제정 및 재판소발족 당시 초대 헌법재판관의 임명부터 이러한 점에 대하여 깊이 있는 논의가 없이 이루어져 왔고 그 뿐만 아니라 이미 그 사이에 2인의 재판관이 퇴직 또는 전직됨으로써 임기의 시종이 다른 2인의 재판관이 직무를 계속하고 있음을 알 수 있다. 따라서 순차적인 개선제도를 새로이 도입하는 것은 제도 도입 당시의 문제라고 보아 더 이상 제도개선의 문제는 실익이 없다고 본다. 실제로 순차적 개선제도를 두고 있는 프랑스와 스페인도 최초 임명된 재판관이 임기를 3년·6년·9년으로 각기 차등적으로 임명하였을 뿐이고 그 초대 재판관들의 임기가 만료되어 임명되는 후임자들은 모두 9년의 동등한 임기로 임명됨으로써 헌법재판소의 공동화 현상이 자연스럽게 배제되고 연속성을 확보할 수 있게 된 것을 기억할 필요가 있다.

그런데 우리 나라의 경우 1994년 9월에 임기만료되는 재판관은 전체 9인의 재판관 중 2인을 제외한 7인이나 된다. 일시적인 교체는 신생의 헌법재판소 업무의 계속성과 헌법적 안정성을 위하여 결코 바람직스럽지 못하다. 현재 시점에서는 가급적 연임의 폭을 확대하고⁴⁶⁾ 2인 정도는 62세 내외의 재판관을 임명하여 3년 정도 후에 정년퇴직으로 자동 교체되도록 하고 헌법재판소장은 내부에서 승진 임명되도록 함으로써 “전면적 개선”에 따른 부작용을 최소화할 수 있는 방안이 깊이 모색되어야 할 필요가 있다.

(2) 헌법재판소장의 임기 및 연임

헌법재판소장의 임기나 연임 여부에 대한 문제는 우리의 법률

46) 『미봉책으로써 헌법재판소법 7조 1항의 연임규정을 자동적인 연임규정으로 해석하는 것도 한 방법이 되리라고 생각한다. 이 규정은 선출기관들이 합의하여 자동적으로 헌법재판관들이 연임하도록 하는 것을 배제하고 있지 않다. 그렇게 해석하는 경우 실질적으로 12년의 임기가 보장됨으로써 헌법재판소에 결여된 독립성이 어느 정도 보완되지 않을까 생각된다.』 이육환, 헌법재판의 성격과 재판관선출, 사법행정 1992. 5. 43면.

문화에서는 아직은 대단히 생소한 문제라 할 수 있다. 그것은 대법원장의 경우 한번 그 직책에 임명되면 특별한 사유로 퇴직하지 않는 한 그 임기를 마칠 때까지 재직하는 것이 우리에게 익숙해져 있기 때문이다.

그러나 헌법재판소를 두고 있는 다른 나라의 경우를 보면 의외로 재판소장의 임기에 대하여 명문으로 규정해 두고 있는 나라가 적지 않다. 즉, 스페인·이탈리아(각 3년)·포르투갈·스위스(각 2년) 등은 헌법재판소장의 임기를 2년 또는 3년으로 하고 있으며 연임 또는 중임(스페인)을 가능하게 하고 있는 것이다.

더욱 흥미로운 것은, 이들 국가가 모두 헌법재판소장을 헌법재판소 스스로 또는 의회에서 선출하는 제도를 채택하고 있다는 점이다. 한 마디로 선출직 헌법재판소장의 경우는 모두 임기제를 채택하고 있다는 점이다. 이와 달리 프랑스는 대통령에게 소장의 임명재량권이 있고, 오스트리아는 연방정부 제청으로 연방대통령이 임명하고 있다. 그 밖에 독일은 헌법재판소장과 부소장을 연방하원과 연방상원이 교대로 선출하도록 하고 또한 상원과 하원 및 여당과 야당이 헌법재판소장의 선출문제가 발생할 경우에 상호 협의로써 합리적인 해결책을 강구해 나가는 선출 실제적인 지혜를 발휘함으로써 헌법재판소장의 임기제에 대한 문제를 별로 발생하지 아니한다.

결론적으로 현행의 우리 제도는 프랑스 및 오스트리아와 유사한 제도를 채택하여 대통령이 헌법재판소장을 임명하도록 하고 있는 것인데 이 점은 헌법재판소장의 선출 및 임명제도와 관련하여 판단할 사항으로서 우리의 현행 제도가 전혀 세계적 유래 없는 독단적인 것이라고는 볼 수 없으며, 이와 함께 헌법재판소장의 임기 및 연임제도 역시 전혀 잘못된 것이라고는 볼 수 없다고 할 것이다.

7) 재판관 결원시 후임자의 임기 및 선출기간

헌법재판관이 퇴직 등의 사유로 결원이 된 경우에 그 후임자의 임기를 어떻게 정할 것인가가 문제될 수 있다. 후임자의 임기와 관련하여 현재 1991년 정년퇴임한 재판관의 후임으로 임명된 재판관과 1993년 12월 재임 중 감사원장으로 자리를 옮긴 재판관의 후임으로 임명된 재판관이 6년의 임기로 임명되었다는 점에 대하여는 전혀 아무런 이의가 없다.

그런데 외국의 제도를 보면, 프랑스의 경우 재판관이 임기만료 전에 퇴직하는 경우에는 그 승계자는 전임재판관의 잔여임기 동안만 재임하도록 하고 있다. 임기만료 전의 퇴직의 경우 이탈리아도 마찬가지로 전임자의 잔여임기만을 재임기간으로 한다. 그 밖의 국가에서는 우리 나라와 같이 잔여임기로 임명된다는 특별 규정을 두고 있지 않음으로써 새로이 임기를 개시하는 것이 각국의 실제인 것으로 파악된다.

이와 관련하여 문제되는 것은 재판관의 임기가 만료되었는데도 후임자가 임명되지 않음으로써 재판소의 업무의 공백을 초래하는 경우이다. 우리 헌법재판소법에서는 이에 대한 규정을 전혀 두고 있지 않으나 외국에서는 대체로 이를 제도화 해 두고 있는 것이 일반적이다. 즉, 독일의 경우 재판관은 임기가 만료된 후에도 후임자가 임명될 때까지 계속 그 직무를 행하고(연방헌법재판소법 제4조 제4항), 포르투갈은 임기 종료 후 그 직을 이어받을 후임자가 임명됨으로써 그 임기를 마치도록 하고 있으며(헌법 제284조 제3항, 헌법재판소법 제21조 제1항), 스페인도 포르투갈과 거의 같은 규정을 두고 있다(헌법재판소법 제17조). 특히 오스트리아는 헌법재판관의 결원시에는 예비 재판관이 그직을

수행하도록 함으로써 궤석의 여지를 사전에 배제하고 있는 것이 그 특징이다.

이처럼 우리의 경우에도 임기만료 전의 퇴직사유가 발생하거나 임기만료 후에 후임자를 선출 임명하지 않는 경우에 다른 나라의 예와 같이 그 해결을 위한 제도적 장치가 마련되어야 할 필요가 있다고 본다.

그 밖에 재판관의 결원시 그것이 임기 중인 때에는 그 재판관을 선출한 기관이 1월 이내에 후임자를 선출하도록 하고 있는 독일과 이탈리아 등의 예에서 보듯이 우리 헌법재판소법에서 결원된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하도록 한 것은 적당한 기간이라고 생각된다.

8) 헌법재판관의 임기만료와 후임자의 임명

우리 현행 헌법재판소법 제6조 제3항은 재판관의 임기가 만료되는 때에는 임기 만료된 날로부터 30일 이내에 후임자를 임명하도록 규정하고 있다. 즉, 임기만료의 대상인 재판관이 국회에 의하여 선출되었던 대법원장에 의하여 지명되었던 관계없이 그 만료일로부터 30일 이내에 후임자의 선출·지명을 거쳐 대통령이 임명을 완료하여야 하는 것이다.

그런데 ‘임기만료’와 ‘후임자 임명’의 관계는 연임제도를 두고 있는지 여부에 따라 각기 달리 평가되어야 한다고 본다. 연임제도를 채택하고 있는 우리 나라의 경우에는 임기만료로써 재판관직에서 퇴직하고 그 때까지는 그 직을 수행할 수 있도록 최대한 보장해 주어야 하며, 따라서 후임자의 임명은 가급적 법률에 정해져 있는 바와 같이 “그 ‘만료일’로부터 30일 이내”에 하여야 한다. 그럼으로써 전임재판관의 직무수행이 완벽하게 가능할 수

있게 될 것이기 때문이다(물론 연임제로 인한 문제는 여전히 남는다). 이에 비추어 볼 때 30일의 임명기간이 너무 길다고 하는 비판이 있기는 하나,⁴⁷⁾ 오히려 적절한 기간으로 판단된다.

후임자의 임명기간과 관련하여 보통 예로써 드는 나라로 이탈리아·독일·프랑스 등을 들고 있으나, 이들 국가는 모두 우리나라와 달리 헌법재판관의 단임제도를 채택하고 있는 나라들이다. 따라서 이탈리아·독일·프랑스 등의 예는 우리와 비교할 수가 없는 나라들이다. 다만 참고로 이들 국가의 제도를 살펴보면, 단임제 국가로서 이탈리아의 경우는 임기만료로써 모든 재판관은 퇴임하기 때문에 후임자가 임명 될 때까지는 공식으로 있게 되나 “결원이 생긴 날로부터 1월 이내”에 후임자를 임명하도록 규정하고 있기 때문에 1개월의 기간이 적용된다. 또한 독일의 경우는 “전임자의 임기만료일로부터 3월 이내”로 명문화하고 있음을 알 수 있다. 그 밖에 임기만료일 이전에 후임자를 정하도록 하고 있는 나라도 있는데 프랑스의 경우가 이에 해당한다. 프랑스는 재판관이 임기만료로 퇴직하는 경우에는 “임기만료 8일 이전”에 교체되도록 규정하고 있는 것이 그것이다(또한 재판관이 사직하는 경우에는 헌법평의회 “사직확정일로부터 8일 이내”에 후임자를 임명하도록 하고 있다).

우리 제도와 비교할 수 있는 나라는 오히려 「임기 6년에 연임제」를 채택하고 있는 포르투갈과 스위스를 들 수 있을 것이다(이들 국가는 모두 정년제가 없다). 즉, 포르투갈은 임기가 종료되더라도 그 후임자가 임명되지 않으면 직무를 계속하며 후임자가 임명됨으로써 실질적으로 임기가 종료되도록 하고 있다. 또한 스위스는 이에 관한 특별한 규정을 두고는 있지 않으나 실제에 있어서 개선되는 것이 일반화되어 있을 뿐 아니라 종신직으로

47) 앞의 「Ⅲ. 1. 7」 참조.

운영되어 오고 있으며 대체로 70세 정도에 퇴직하는 것으로 되어 있다. 결국 연임제를 채택하지만 제도적으로든 실제적으로든 임기의 보장과 재판관의 독립성을 최대한 유지할 수 있도록 하고 있는 것을 알 수 있다.

그러나 우리의 경우는 어떠한가. 「임기 6년의 연임제」 이면서도 엄연히 법률에서는 “재판관의 임기가 만료되는 때에는 ‘임기 만료된 날’로부터 30일 이내에 후임자를 임명”하도록 규정하고 있다(헌법재판소법 제6조 제3항). 재판관의 독립과 정상적인 직무 수행 및 헌법재판소의 기능에 비추어 볼 때 이러한 법률상의 규정은 철저하게 준수되어야 하는 것이 바람직하다. 비록 법률에서는 임기만료 된 날로부터 30일 이내에 후임자를 “임명”하도록 되어 있기 때문에 국회 또는 대법원장이 임기만료시점 이전에 후임자를 선출되거나 지명하는 것을 배제하고 있는 것이라고는 할 수 없다 하더라도, 전임재판관 및 헌법재판소의 정상적인 직무수행을 해치는 방향으로 국회 또는 대법원장의 권한이 행사되어서는 안되는 것이다. 결국 전임자의 임기만료 전에 후임자를 지명하거나 선출하는 것은 옳지 못한 것이다.

따라서 우리 나라의 경우에도 임기만료를 앞둔 재판관의 임기 보장과 정상적 직무수행 확보를 위한 제도적인 개선 방안이 마련되어야 할 필요가 있는 것이고, 그것은 바로 이러한 ‘후임자 임명기간’의 문제로 해결하기보다는 오히려 헌법재판소의 공동화 방지라는 차원에서 후임자가 임명되지 않는 경우에는 후임자가 임명될 때까지 전임자가 임기를 계속한다는 규정을 두는 것이 보다 효과적이고 바람직한 것이라고 본다.

IV. 결 론

이제까지 우리의 현행 헌법재판관 선임제도의 문제점과 그 개선 방안에 대하여 살펴보았다. 각국의 헌법과 그에 기초한 여러 제도들은 필연적으로 고유한 역사적·사회적·정치적 풍토에 따라 형성되고 발전된 것이라 할 수 있다. 이 점은 헌법재판소의 구성원을 선출·임명하는 제도에 있어서도 마찬가지라 할 것이다.

이렇게 볼 때 각국의 헌법재판관 선출 및 임명제도가 국가마다 서로 차이가 있다는 점은 당연한 것이다. 그렇지만 헌법재판소제도가 제2차 세계대전을 겪은 유럽 국가에 있어서 독재제에 대한 항거의 결과로서 도입·시행된 것이라는 점을 고려한다면 그 탄생의 배경은 곧 국민의 기본권 보장과 민주주의의 실현 및 객관적 헌법질서 수호에 대한 강렬한 요구에 의한 것임을 기억하지 않으면 안 된다. 결국 헌법재판소제도는, 비록 각 국가의 고유한 특성에 따라 다양하게 이루어질 수밖에 없는 역사성을 띠고 있지만, 다른 한편 그 탄생배경을 고려한다면 각국의 제도는 상호 공통된 분모를 가지고 있다는 점도 부정할 수 없다. 즉, 헌법재판관의 선출 및 임명절차는 민주적 정당성의 요청이라는 국민주권주의사상에 기초한 것이라는 점에서 국가 상호간에는 일정한 유사점을 찾을 수가 있는 것이다.

여기서는 본고에서 논의된 현행 헌법재판관 선임제도에 대한 개선방안을 간략히 정리하는 것으로 결론을 대신하고자 한다.

(1) 헌법재판관이 될 수 있는 자의 범위를 법관의 자격을 가진 자에 한정하고 법률학교수 및 일정한 경력을 가진 전문가의 참여를 배제하는 것은 법조실무경험과 헌법에 대한 전문지식의 조화를 통한 헌법재판기능의 활성화를 저해하는 것이다.

(2) 헌법재판관의 3부선출형은 헌법정책적인 문제이므로 그 타당성이 긍정될 수 있을 것이다. 그러나 3부선출형은 3부에의 구분선출권을 뜻하는 것이 아니므로 최대한의 독립성과 민주적 정당성 및 합리성을 확보할 수 있는 방향으로 개선되어야 한다.

(3) 대법원장에 의한 '재판관의 단독지명권'은 헌법재판소의 위상제고 차원에서 대법관회의 등 유사 합의체 기관에서 선출하도록 하여야 한다.

(4) 헌법재판소장의 임명은 재판관들 중에서 호선하도록 하는 것이 헌법재판소의 위상과 독립성 제고하는 차원에서 바람직하다.

(5) 현행의 헌법재판관의 임기·연임·정년제도는 헌법재판소의 독립성을 약화시키는 가장 불합리한 방식의 조합으로 이루어져 있다. 우리 나라의 경우 9년 내지 12년 정도의 단임제와 함께 정년의 적용을 받지 않도록 하는 것이 바람직하다(9년 단임제이며 비정년제 또는 12년 단임제이며 비정년제).

(6) 헌법재판관의 임기제가 보장되어 있는 이상 그 임기는 최대한 보장될 수 있도록 해야 한다. 그렇게 하기 위해서는 임기가 만료된 재판관이 후임자 선출은 현재와 같이 임기 만료 후 1개월 이내 정도로 하고 후임자의 임명이 지체되는 경우에는 후임자가 임명될 때까지 임기만료된 당해 재판관이 직무를 계속하도록 하는 것이 옳다.

한국헌법의 영토조항과 국적문제

나 인 균

연구원

- 목 차 -

- I. 머리말
- II. 국적의 개념과 법적 성격
 - 1. 국적의 개념
 - 2. 국적의 법적 성격
 - 3. 국적규율의 법적 제한
- III. 한반도에 있어서 국적의 변천과정
 - 1. 일본통치하의 조선인의 국적
 - 2. 연합국에 의한 한반도의 점령
 - 3. 한국의 독립과 국적의 취득
- IV. 영토조항과 남북한의 국적
 - 1. 북한의 국가성과 국적
 - 2. 영토조항의 법적 의미
 - 3. 북한주민의 법적 지위
- V. 맺는말

I. 머리말

한반도에는 대한민국(한국)과 조선민주주의인민공화국(북한)이라는 국제사회에서 일반적으로 승인된 2개의 국가가 존재한다. 한반도의 정치적 분단에서 발생한 문제 중 하나는 한반도의 구성부분인 북한의 주민에게 주어져야 할 법적 지위다. 여기서 국적의 문제는 작지 않은 역할을 한다. 왜냐하면 북한의 주민이 외국인 또는 내국인으로 간주되느냐에 따라 그들의 법적 지위도 달라지기 때문이다.

한국의 국민이 되는 요건은 헌법 제2조 제1항에 기한 국적법에서 이를 규정하고 있다. 국적법은 한국의 국적에 관한 규정만을 두고 있을 뿐 북한주민의 국적에 대하여 침묵하고 있다. 한국헌법 제3조는 「대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다」(영토조항)라고 규정하고 있고 모든 국가는 그의 영토 내의 주민에 대한 국적을 규율할 수 있으므로 북한주민의 국적은 북한지역을 한국의 영토라고 규정하는 어떠한 관계가 있는지 문제된다.

한국정부는 최근 시베리아 벌목장을 탈출한 북한노동자사건과 관련하여 처음에는 이들을 UN 난민기구를 통한 난민¹⁾ 지위의 부여 후 국내에 수용하겠다는 입장을 표명하였으나²⁾ 곧이어 이들의 망명³⁾ 신청을 불허하였다가⁴⁾ 결국은 UN기구를 통한 절차를 거치지 않고 이들의 귀순을 허용하는 등 혼선을 빚고 있다.⁵⁾

1) 국적법은 난민을 본국을 떠나 외국인으로서의 실효적인 국적의 결여로 인하여 체류국에서 외교적 보호를 누리지 못하는 자로 이해한다. I. Seidl-Hohenveldern(Hrsg), Lexikon des Rechts, Völkerrecht, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 81. 북한 벌목공의 난민지위에 관하여는 김찬규, 북한탈출자의 난민자격과 그 처우에 관한 고찰, 「인권과 정의」 1994/6 (제214호), 9쪽 이하.

2) 문화일보 1994. 4. 19.

3) 망명은 수용국 이외의 지역에서 온 난민에게 수용국의 영토 내에서 허용된다. Seidl-Hogenveldern, a. a. O., S. 11.

4) 김영삼 대통령의 1994. 4. 6. 발언참조. 중앙일보 1994. 4. 11.

이에 대하여 북한은 한국정부에 의한 별목공의 귀순허용을 북한에 대한 내정간섭이며 국제법적으로 허용될 수 없는 범죄적 행위라고 비난하였다.

영토조항과 관련하여 한반도에는 한국의 국적만이 존재하는가. 북한의 국적은 인정될 수 없는가. 북한주민은 영토조항에 의하여 당연히 한국의 국적을 갖는 국민인가. 그렇다면 한국은 제3국에 있는 북한주민에 대하여 그의 재외공관을 통하여 외교적 보호권을 행사할 수 있는가. 이는 남북한의 국적분야에서 생기는 단지 몇몇의 문제에 지나지 않는다.

이 글은 먼저 법적 현상으로서 국적의 개념과 그 성질을 설명한 후, 현재의 상황에 이르게 된 우리 국적의 발전연혁의 개관을 살펴본다. 이어 한국헌법의 영토조항은 남북한의 국적과 관련하여 어떠한 법적 의미가 있는가를 고찰함으로써 한반도에 있어서의 국적문제를 해결하기 위한 방안을 검토해 본다.

II. 국적의 개념과 법적 성격

1. 국적의 개념

국적은 한 국가에 대한 자연인의 소속의 법적 표현으로서 외국인을 자국민과 구별케하며 형식적으로 보아 법적인 자격, 즉 한 국가에 있어서 구성원자격이다.⁶⁾ 또한 국적은 국가와 그의 구성원간의 법률관계로 간주된다.⁷⁾ 국적의 취득과 상실은 원칙적으

5). 한겨레신문 1994. 5. 19.

6) H. Jellinek, Der automatische Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit durch völkerrechtliche Vorgänge, Berlin, Detmold, Köln 1951, S. 116ff.; A. Verdross/B. Simma, Univerrecht, 3. Aufl. Berlin 1984, S. 787f.

7) A. N. Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl., Stuttgart, S. 27f.

로 국내법규에 의하여 규율되나 국제법에 의한 일정한 한계가 있다.⁸⁾ 이 국내법은 국적을 가진 자, 즉 국민의 지위에 일련의 권리와 의무(예컨대 선거권 및 피선거권, 병역의 의무 등)를 결부시킨다.

2. 국적의 법적 성격

(1) 국적의 개념을 형식적으로 파악할 때 법적으로 규정된 국적을 가지는 국민이라는 개인의 자격은 국적의 법률관계를 구체화하는 국민의 권리·의무보다 우선한다. 이 법률관계는 다른 법률관계와는 달리 사회적 생활관계(친자관계) 또는 의사표시에 의한 행위(혼인, 계약체결)에 의하여서가 아니라 일방적으로 정하여진 법적 지위에 의하여 발생한다.⁹⁾ 이러한 사정은 국적의 특수한 성격을 나타내고 있는 것이다. 일반적으로 국적의 본질은 보호와 복종의 관계이고,¹⁰⁾ 모든 국적은 불가분 특정국가와 관계되어 있으며 따라서 국적의 존재는 국가를 전제로 함으로 국적은 이러한 구체적 국가와 법적으로 분리될 수 없다. 국가와 그 구성원인 인간과의 법률관계의 표현으로서 국적은 국가가 생성하면 발생하게 된다. 마찬가지로 국적은 국가가 소멸하면 존재하지 않게 되는 것이다. 국적 없는 국가는 국민 없는 국가가 될 것이고, 국가 없는 국적은 주체의 결여로 인하여 법적인 무로 화할 것이다.¹¹⁾ 이는 국적존재의 법적 기준은 국적을 규정하는 법령

8) 그러나 국내법이 규율하는 국적의 지위 외에도 국제법에 근거한 국적의 개념이 존재한다는 견해도 있다. 이 견해는 국적을 국내법적 및 국제법적 개념에 따라 구별한다. P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn 1979, S. 239.

9) Makarov, a. a. O., S. 31ff.

10) J. M. Mössner, *Einführung in das Völkerrecht*, München 1977, S.97.

11) E. W. Böckenförde, *Die Teilung Deutschlands und die deutsche Staatsangehörigkeit*, Festgabe Carl Schmitt 1968, S. 430.

에서 찾을 수 있는 것이 아니라 법령 이전에 존재하는 국가의 존재 자체에서 찾을 수 있다는 것을 의미한다.¹²⁾ 그러므로 국적법은 제2차적이고 그것은 국적을 창설하는 것이 아니라 현실화하고 구체화하는 것이다.

(2) 국적을 실질적·내용적으로 파악한다면 국적은 국민에게는 해당국가의 대인고권에 종속됨을 의미한다. 국민은 국가권력의 대인고권에 종속되는 인적 집단이라 할 수 있다.¹³⁾ 여기서 대인고권의 개념은 통치권의 일정한 형식으로서 소속하는 인적 집단에 대하여 일방적으로 권리·의무를 부여하는 법적 권한을 가리킨다. 이렇게 본다면 국적은 지배관계라고 할 수 있다.

이러한 통치적 법률관계 내지는 통치적 법적 지위로서의 국적은 일방적인 통치작용으로 국가에 의하여 규정될 수 있다. 이와 같은 일방적인 규정가능성은 국민의 권리·의무의 확정뿐만 아니라 국적의 창설에도 적용된다. 국가가 개인을 국민으로 하는 것은 계약이 아니라 통치권적인 근거에 기한다. 국민이 그의 국적을 일반적인 선언에 의하여 포기할 수 있고 이로써 국가사회의 소속에 대하여 일종의 이탈권을 갖는다면 이것은 국적의 개념으로서가 아니라 국가가 그의 국적에 부여한 구체적인 내용에서 생기는 것이다.

3. 국적규율의 법적 제한

원칙적으로 국적문제의 규율은 각국의 권한에 속한다. 어느 국가가 누구를 자국민으로 하고 국민에게 어떤 권리·의무를 설정하느냐는 그 국가 스스로 결정한다. 이는 국가가 그의 주권을 행

12) Makarov, a. a. O., S. 31ff.

13) G. Dahm, Völkerrecht I, Stuttgart 1958, S. 445.

사하는 주요한 예의 하나다.

이러한 원칙은 물론 법적으로 아무런 제한 없이 적용되는 것은 아니다. 이것이 제한 없이 적용된다면 개개이 국가의 자의를 용인하는 것이 될 것이며, 국가는 임의로 외국인을 자국민으로 간주하여 그에게 복종 및 충성의 의무를 부과할 수 있게 될 것이다. 국가에 의한 국적의 일방적 규율은 대외적으로는 국가간의 공존에 의하여, 대내적으로는 국가 본래의 의의와 목적에 의하여 일정한 한계가 정하여 진다.

(1) 국제법적 한계

국가간의 관계는 국제법상 독립과 주권을 상호간에 존중함으로써 정하여 지므로,¹⁴⁾ 각국은 국내법으로 국적법영역을 규율함에 있어 이에 대하여 일정한 제한을 가하는 국제법의 원칙에 의하여 구속된다. 국가의 주권에 기하여 각국은 국제법적으로 단지 자국의 국적의 취득·상실에 관한 법규만을 제정할 권한이 있고, 타국의 영토고권 및 대인고권을 침해하여 타국의 국적을 규율하는 것은 금지된다. 그러므로 일정한 인적 집단에 국적을 부여하기 위하여 해당 국가의 영토고권 및 대인고권은 이에 대하여 객관적인 연결점(Anknüpfungspunkte), 예컨대 혈통, 출생, 혼인 등이 필요하게 된다.¹⁵⁾

(2) 국내법적 한계

대내적으로 국적의 규율에 있어서 그 한계는 국가질서의 의의

14) Makarov, a. a. O., S. 94; Dahm, a. a. O., S. 448f.

15) Dahm, a. a. O., S. 449; Makarov, a. a. O., S. 95.

와 목적에서 생긴다. 국가는 임의로 일정한 인적 집단을 그의 국민으로 간주하여 그들에게 복종을 요구할 수 없다. 국가가 국적관계 그 자체를 파기하지 않으려 한다면 국가는 보호 및 복종관계를 준수하지 않으면 않된다. 이는 국적이 원칙적으로 국가의 실효적인 통치권이 미치는 범위 이상 확대될 수 없다는 것을 의미한다. 또한 국적은 그가 소속되는 실효적인 국가권력에 의하여 뒷받침되지 않으면 현실의 국민의 권리·의무와 아무런 관계가 없게 된다.

Ⅲ. 한반도에 있어서 국적의 변천과정

1. 일본통치하의 조선인의 국적

(1) 1910. 8. 22. 대한제국과 일본간에 체결된 한일병합조약은 같은 해 8. 29. 공포되고 동시에 발효하였다. 대한제국의 황제는 조약체결을 비준하고 그의 국민에게 대한제국의 주권을 일본천황에 이양한다고 선언하였다.¹⁶⁾ 병합조약의 발효와 동시에 일본은 한반도에 총독부를 설치하고 이제까지의 대한제국을 “조선”으로 개칭하였다.¹⁷⁾ 병합조약의 법적 효력과 관련하여 일본과의 합방은 일본군의 진주가 무력행위이고 대한제국의 조약체결이 일본에 의해 강요되었기 때문에 국제법상 무효인가가 문제되고 있다.¹⁸⁾ 그러나 제1차 세계대전까지는 전쟁을 할 권리는 일반국제법에 의하여 국가주권의 속성으로 간주되었으므로 모든 전쟁

16) Government-General of Chosen, Annual Report on Reforms and Progress in Chosen(1921~1922), Keijo 1923, S. 245.

17) U. S. Department of States, Foreign Relations to the United States(FRUS), 1910, S. 648.

18) 김병기/유하영, 대한민국임시정부의 정통성에 관한 연구, 이병조 교수 회갑기념논문집, 국제법학회논문총 제38권 제1호(1993. 6.) 15쪽 이하.

은 적법하였고 제한 없이 허용되었다.¹⁹⁾ 따라서 당시 유효한 국제법에 의하면 전쟁을 통한 영토의 획득에 대하여 아무런 이의를 제기할 수 없었다. 무력의 사용 또는 무력사용의 위협에 근거한 병합(Annexion)은 정당화되었으며 국제법 위반에서 배제되었다.²⁰⁾ 그러므로 병합은 해당국의 동의가 없더라도 적법한 영토 획득의 권원이었다. 그뿐만 아니라 한일합방은 당시 국제법사회에 의해서도 일반적으로 승인되었다.²¹⁾ 대한제국과 외교관계를 맺고 있던 국가들은 서울에 있는 그들의 재외공관을 철수하였고 어느 국가도 합방에 대하여 항의하지 않았다.²²⁾ 이 사건은 오히려 일본 내정의 문제로 간주되었다. 그러므로 이 점에 있어서 한일합방은 위법하다고 볼 수 없다.

(2) 대한제국은 병합에 의하여 국제법상 일본영토의 일부가 되었다. 한반도는 식민지로서 일본의 한 지방은 아니었으나 일본의 헌법이 적용되고 일본의 주권이 행사되었다.²³⁾

주권의 변경이 해당 주민의 국적에 미치는 효과와 관련하여 국적의 변경이 어떻게 이루어지는가 하는 문제에 관하여 다툼이 있다. 다수설에 의하면 해당 지역의 주민전체가 주권변경과 함께 자동적으로 새 국적을 취득하고 종래의 국적을 상실하는 것이 국제법원칙이라 한다.²⁴⁾ 그러나 영토를 취득한 국가는 영토를 상실한 국가의 모든 국민을 항상 자기의 국민으로 하려는 이해

19) H. Wehberg, *Krieg und Eroberung im Wandel des Völkerrechts*, Frankfurt/M, Berlin 1953, S. 11f.; W. Wengler, *Völkerrecht II*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964, S. 981.

20) L. Oppenheim, *International Law*, hrsg. von H. Lanterpacht, Bd. I, 8. Aufl., New York, Toronto 1955, S. 566f.

21) 영토획득에 대한 승인 또는 비승인은 당시 그 정치적 의미에도 불구하고 그 국제법적 효력에 관하여는 아무런 법적 의미가 부여되지 않았다. 무력에 의한 영토변경의 유효여부는 국제법사회의 승인에 좌우된다는 이른바 「스팀슨 주의」(Stimson-Doktrin)는 1932년 이후에 비로소 적용되었다. FRUS(1932), Vol.III, S. 8; Wehberg, a. a. O., S. 97f; Wengler, a. a. O., S. 982.

22) 大沼保昭, 在日韓國人の法的地位に關する一考察(5), 法學協會雜誌, 97券2호(1980), 204쪽.

23) 萩原彦三, 朝鮮行政法, 京城 1923, 18쪽 이하

24) Jellinek, a. a. O., S. 50ff.; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3. Aufl., Oxford, S. 638ff.

관계를 갖는 것은 아니다. 따라서 종래 국적의 상실 내지 새 국적의 취득은 자동적으로 이루어지지 않고 인적 범위를 구체적으로 정하는 조약 또는 계승국가의 법령을 요한다고 보아야 할 것이다.²⁵⁾ 이러한 조약이나 법령이 결여된 경우에는 국적변경은 관습법에 따를 수도 있다.²⁶⁾

병합 후 일본의 국적법은 대만이나 사할린의 경우와는 달리 조선에 적용되지 않았기 때문에 조선인은 일본의 국적을 취득하였는가가 여부가 문제된다.²⁷⁾ 대한제국은 일본과의 합방에 의하여 법적으로 소멸하였음은 의심의 여지가 없다. 국적은 개념상 국가의 존재를 전제하므로 대한제국의 국적은 더 이상 존재할 수 없었다. 병합조약은 국적변경에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 일본천황은 1910. 8. 29. 병합조약에 대한 칙서에서 합방의 결과로서 조선인은 장차 일본의 신민(Subjects)으로서 간주된다고 선언했을 뿐이었다.²⁸⁾

대한제국의 국민에 대하여 일본국적을 명시적으로 부여한 법적 근거는 찾을 수 없다. 이 문제를 일본학자들은 조선인이 병합과 함께 일본국적을 취득하였고, 이는 이미 대한제국의 병합과 동시에 모든 조선인은 당연히 또는 자동적으로 일본국민이 되었기 때문에 일본에 의한 명시적인 국적부여는 불필요하다고 본다.²⁹⁾

25) A. N. Makarov/H.v. Mangoldt, Deutsches Staatsangehörigkeitsrechts, 3. Aufl., 4. Lieferung, Frankfurt/M. 1983, Einleitung 7. 126; 1§17 Rn. 27~34; A. Verdross, Verdross, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964, S. 256f; Weis, a. a. O., S. 143f.; O. P. O'Connell, International Law I, 2. Aufl., London 1970, S. 391ff.

26) H. J. Sonnenberger/H. v. Mangoldt, Anerkennung der Staatsangehörigkeit und effective Staatsangehörigkeit natürlicher Personen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht, Heidelberg 1988, S. 52; Vgl. A. Bleckmann, Das französische kolonialreich und die Gründung neuer Staaten, Köln, Berlin, Bonn, München 1969, S. 275; G. Breunig, Staatsangehörigkeit und Entkolonisierung, Berlin 1974, S. 22ff.

27) 萩原彦三, 日本統治下における朝鮮の法制, 東京 1969, 11쪽 이하.

28) Government-General of Chosen, a. a. O., S. 246.

29) 法務研修所編, 在日朝鮮人處遇の推移と 現狀, 東京 1975. 27쪽; 江川英文/山田僚一, 國籍法, 東京 1973, 98쪽

그러나 국적의 자동적 변경에 관한 국제법원칙이 존재하지 않는다는 입장에서 볼 때, 조선인은 법령이나 그 밖의 법률행위에 의하여 일본국적을 부여받지 않았음에도 일본은 이들이 일본국적을 보유하고 있다고 인정하였고 이들은 일본헌법의 적용을 받는 일본국민으로 간주하였으므로 조선인은 일본국적의 취득과 상실에 관하여 명문의 규정이 아니라 관습법의 적용을 받았다고 보아야 할 것이다.³⁰⁾

그 밖에 조선인은 일본인에 비해 참정권이 제한되고 병역의무를 부담하지 않는 등의 차별대우를 받았다는 이유에서 조선인은 일본국적을 갖지 않았다는 주장도 제기된다.³¹⁾ 그러나 이 문제에 있어서 국제법적으로 관계된 국적(nationality)과 국내법적 의미가 있는 시민권(citizenship)은 구별되지 않으면 안된다.³²⁾ 전자는 국가상호간의 관계에 있어서 자연인이 한 국가에 소속되는 문제를 규율하므로 특정한 권리·의무의 보유여부와 관계없는데 반하여, 후자는 국가구성원(국민)의 국내에서의 지위의 문제와 관련되는 것으로 전적으로 국적이 속한 국가의 국내법에 일임되어 있다. 따라서 위의 주장은 근거가 없다고 할 것이다.

(3) 조선인의 국적변경과 관련하여 병합과 같은 국가승계(Staatusukzession)의 경우 국적이 변경되는 인적 범위는 어떠한가가 문제된다. 이러한 인적 범위를 결정하기 위하여 예컨대 주소, 혈통 등 여러 가지의 연결점이 기준이 될 수 있다. 그러나 국적변경에 해당되는 인적 범위를 결정하는 일반적으로 승인된 규칙은 없다.³³⁾ 영토 전제의 병합에 있어서 계승국가가 소멸국

30) 예컨대 琉球列島가 일본에 편입되었을 때 그곳의 주민들은 일본의 국적법규의 적용을 받지 않고 일본국적을 취득하였다. B. Langen, Die Gebietsverluste Japans nach dem Zweiten Weltkrieg, Berlin 1971, S. 183f.

31) 한국정부는 1965년 한일기본조약체결을 위한 협상과정에서 이러한 주장을 하였다. 萩原彦三, 日本統治下における朝鮮の法制, 11쪽 이하.

32) 그 구별에 관하여는 Weis. a. a. O., S. 3ff; Koessler, Yale Law Journal 1946/47 (56), S. 75f. ; Makarov, S. 40; Sonnenberger/v. Mangoldt. a. a. O., S. 53.

가의 모든 국민에게 그의 국적을 부여하는 것은 드물지 않게 볼 수 있다.³⁴⁾ 대한제국의 경우 그 국민은 병합 전에는 1909. 3. 4.의 민적법에 의하여 민적에 기재되어 있었다.³⁵⁾ 병합 후에는 1922년 민적법 대신하여 조선훈적령(조선총독부령 제154호)이 시행되어 민적에 기재된 사람들은 다시 조선훈적에 기재되었다. 일본은 조선훈적에 의하여 국적변경에 해당된 인적 범위를 파악한 것으로 풀이된다. 그러므로 민적에 기재된 대한제국의 모든 국민은 당시 한반도에 거주하고 있지 않았더라도 일본국적을 취득하였다고 할 수 있다. 이에 따라 일본은 병합 후 외국, 특히 중국과 러시아에 거주하는 조선인을 일본국민으로 선언하고 그들에게 외교적 보호권을 행사하였다.³⁶⁾ 1910년 이후 종래의 대한제국의 국민은 다른 국가들에 의하여 일본의 국민으로 취급되었다. 제2차 세계대전이 발발한 후에도 조선인은 일본인과 같이 연합국에 의하여 “적국인”(enemy nationals)으로 간주되었다.³⁷⁾ 세계대전이 종료될 때까지 연합국은 한반도의 일본편입을 전혀 문제삼지 않았다. 이로써 조선인의 일본국적의 취득은 일반적으로 인정되었다고 볼 수 있다.

2. 연합국에 의한 한반도의 점령

1945. 8. 14. 일본은 연합국의 포츠담선언에서 제시한 항복조건을 수락함으로써 무조건 항복하였다. 일본의 항복은 한반도에 대한 일본의 주권에 아무런 변동을 가져오지 않았다. 한반도는 일

33) Makarov, a. a. O., S. 97; Verdross, a. a. O., S. 256f.

34) Weis, a. a. O., S. 138f. : 예컨대 1938년 독일에 의한 오스트리아 병합 후 당시 오스트리아에 거주하지 않았던 자도 포함한 모든 오스트리아 국민은 독일국적을 취득하였다. Dahm, a. a. O., S. 471.

35) 법률학사전, 제3보정판, 법문사 1984, 333쪽.

36) Government-General of Chosen, a. a. O., S. 17f.

37) 大沼保照, 出入國管理法制の成立科程(1), 法律時報 50권 4호 94쪽.

본영토의 구성부분으로 북위 38도선을 경계로 남한은 미국에 의하여, 북한은 소련에 의하여 점령되었다. 일본은 연합국최고사령관(Supreme Commander for the Allied Powers)의 통치를 받게 되어 이로써 일본의 행위 능력은 제한되었으나 그 권리능력은 침해받지 않았다.³⁸⁾ 따라서 일본은 1945년 항복 이후에도 소멸하지 않고 국가로서 존속하였다. 일본의 항복 직후 연합국최고사령관은 조선인의 법적 지위에 관하여 구체적으로 규정하지 않고, 군사적 또는 행정상의 목적을 위하여 그들을 특별취급하였다. 그들은 군사상의 안전이 허용하는 경우에는 해방인민(“liberated nationals”)으로, 그러나 필요한 경우에는 적국민(“enemy nationals”)로 취급받았다.³⁹⁾ 그러나 그들은 연합국최고사령관 각서에서 사용되는 “일본인”이라는 명칭에는 포함되지 않았다.⁴⁰⁾

전후문제의 해결을 위하여 연합국최고사령관은 각서에 의하여 한반도를 일본의 통치 및 행정관할에서 제외시키고 조선인을 대만인, 유구인과 같이 비일본인으로 분류하였다. 조선인은 일본본토 입국시에는 외국인으로 취급되어 다른 외국인과 마찬가지로 연합국최고사령관의 입국허가를 받아야 하였다.⁴¹⁾ 일본에로의 집단유입을 방지하기 위한 목적에서 조선인은 아직 일본국적을 갖고 있었음에도 불구하고 외국인과 동일시되었다. 그러므로 여기서 연합국최고사령관 각서가 사용한 외국국적의 개념은 기능적 개념(funktioneller Begriff)이다.⁴²⁾

38) H. Borton, American Occupation Politics in Japan, in : Department of State Bulletin, XVII(1947), S. 1001ff.

39) Supreme Commander for the Allied Powers, Political Reorientation of Japan : September 1945 to September 1948, Vol. II, Washington, S. 432.

40) A. a. O., S. 432.

41) 법무연수소 편, 앞의 책, 85쪽 이하.

42) 국적의 일반적 개념은 한 국가에 소속된 지위를 의미하는데 비하여, 기능적 개념의 국적은 일정한 국내법적 또는 조약상 의미의 국적이며 일정한 목적을 위해서만 적용된다. 예를 들어 A국이 그이 이민법의 의미에서 누가 B국의 국민으로 간주될 수 있는가를 정

1946. 11. 12. 연합국최고사령관은 재일 조선인의 지위와 관련하여 한반도로 귀환하기를 거부하고 자발적으로 일본에 잔류하기를 원하는 조선인은 적법하게 수립된 정부가 그들에게 조선(한국) 국적을 부여할 때까지 일본국민으로 본다는 입장을 표명하였다.⁴³⁾ 이로서 연합국은 조선인을 일본국민으로 보았고 연합국의 점령상태에 있는 한반도에 법적으로 한국(조선)의 국적이 존재하지 않음을 명백히 하였다.

조선인은 일본이 무조건 항복할 때까지 일본국적을 보유하였다. 결국 일본국적을 보유한 조선인은 연합국에 의한 한반도의 점령 후에도 일본이 한반도에 대한 그의 영토주권을 포기하거나 연합국에 이양한 사실이 없고, 국적은 피점령국의 주권과 밀접하게 관련되므로 연합국에 의한 한반도의 점령은 조선인의 국적 변경에 아무런 영향을 미치지 못하였다.

3. 한국의 독립과 국적의 취득

(1) 새로운 국가의 탄생은 국민의 존재를 전제로 한다. 국가의 성립과 함께 국적도 발생하므로 일정한 인적 범위는 국민으로서 국적을 취득하게 된다. 한국은 1948. 8. 15. 정부수립과 함께 독립국가로서 성립되었다는 전제에서 출발할 때 이 시점에서 한국의 국적도 발생하였다고 할 것이다. 우리 나라 국적의 발생시점과 관련하여 위와 같은 법적 상황은 조선과도정부하에서 1948. 5. 11. 과도입법원에 의하여 제정된 「국적에 관한 임시조항」

하는 경우 이로써 단지 자국의 법률서의 관점에서만 존재하는 의제의 국적이 창설된다. B국과 그 밖의 모든 국가들에게는 이러한 지위는 존재하지 않는다. Makarov, a. a. O., S. 12, 17 ; H. F. van Panhuys, The Role of Nationality in International Law, Leyden 1959, S. 140f, 166f.; Sonnenberger/v. Mangoldt, a. a. O., S. 44ff. 국제법원칙에 의하면 어느 국가가 자국이 아닌 외국의 국적을 규정하는 것은 금지되거나 기능적 국적의 경우에는 적용되지 않는다. Makarov, a. a. O., S. 60.

43) E. Wagner, The Korean Minority in Japan : 1904 ~ 1950, New York 1951, S. 58f.

(조선과도정부 법률 제11호)에 의하여 변경될 수 있을 것인가. 여기서 문제는 과도정부가 한국정부수립 이전에 국적을 도입할 수 있는냐는 것이다 즉 국적은 국가의 존재를 전제로 하므로 과도정부는 국제법이 요구하는 요건을 충족시킨 국가의 정부인가의 여부가 검토되어야 할 것이다. 과도정부가 미군정하에서 제한된 권력을 행사할 수 있었다 하더라도 주권의 완전한 독립이 자기의 국적을 부여하기 위한 필수요건이 아니므로⁴⁴⁾ 이와 같은 사정이 과도정부에 의한 국적의 도입을 저해하지는 않는다. 그러나 미군정청은 1946년 남조선과도정부를 구성케 하였으나 이로써 조선인의 국가를 창설시키려 하지는 않았다. 과도정부는 자주적인 조선인의 기관이 아니라 미군정청의 조선인으로 구성된 집행기관에 불과하였고,⁴⁵⁾ 그 구성원은 미국 당국에 의하여 임명되어 자주적인 조선정부의 수립을 준비하는 목적을 가지고 있었다.⁴⁶⁾ 과도정부가 자기 고유의 통치권이 아니라 미군정청의 통치권을 행사한 것이다. 따라서 당시의 법적 상황에서 과도정부의 성격은 국가의 존재를 전제로 한 정부라 할 수 없고 국적도입의 권한을 갖는다고 할 수 없다.

(2) 한국은 1948. 8. 15. 국제법적인 독립의 성취와 함께 해당 주민에 대한 국적변경을 규율할 수 있게 되었다. 한국의 국적법(1948. 12. 20. 법률 제16호)이 제정되기까지 「국적에 관한 임시조례」가 경과법규로서 유효하였다.

영토변경에 있어서 어떠한 인적 범위가 새로운 국적을 취득하느냐의 문제는 일반적으로 평화조약 또는 해당 정부간의 협정에 의하여 해결된다. 그러한 조약이 체결되지 않는 한 해당 국가는 그의 국민이 될 인적 범위를 결정할 권한이 있다. 이에 관하여

44) Makarov, a. a. O., S. 32.

45) FRUS, 1947, Vol. VI, S. 678.

46) a. a. O., S. 800.

일반적인 국제법의 원칙은 없으나 국가는 국제법적으로 관습화되고 승인된 연결점에 의해서 그의 국민을 정의할 수 있다.⁴⁷⁾ 한국독립의 경우 한국과 일본간에 국적 문제에 관하여 아무런 협정도 체결되지 않았다. 또한 한국의 국적법도 국적변경의 문제에 대하여 경과규정을 두고 있지 않다. 이 문제의 해결을 위하여 우선 국적규정에 관한 입법자의 태도와 우리 나라의 법적 계속성 또는 동일성에 관한 법적 의제⁴⁸⁾가 해명되어야 할 것이다.

국적에 관한 입법에 있어서 한국의 입법자는 한국이라는 국가의 수립이 국제법상 일본영토로부터의 분리(Sezession)⁴⁹⁾에 근거하지 않는다는 데에서 출발한 듯 보인다.⁵⁰⁾ 따라서 한국은 일본의 계승국가가 아니고 불법의 병합조약에 기한 일본의 점령으로 인하여 사실상 행사할 수 없었던 원래의 주권을 회복했다는 것이 된다.⁵¹⁾ 이전의 조선인은 이에 따라 1945년 일본의 점령이 해소된 후 한국의 국적을 회복한 것이 된다.⁵²⁾

47) B. Dubois, Die Frage der völkerrechtlichen Schranken landesrechtlicher Regelung der Staatsangehörigkeit, Bern 1955, S. 23ff.

48) 국가이 동일성 또는 계속성이란 한 국가가 국가 및 통치권의 변동후 법적의미에서 동일한 국가로서 존속하느냐 여부에 관한 것이다. 예컨대 혁명 또는 쿠데타에 의한 헌법의 변경, 영토와 인구의 변동, 전쟁 중 점령에 의한 국가권력의 일시적인 중단 또는 제한은 국가의 동일성에 영향을 없다. 한편 원상회복(Restitution)의 이론에 의하면 정치적·역사적 원인에 의하여 법적 의미에서 국가의 계속성이 단절되었음에도 불구하고 원상회복된 국가의 법인성은 종전의 국가와 동일하다고 한다. 예컨대 1938년 독일에 의하여 병합되어 국가로서 소멸한 오스트리아의 경우 연합국은 1943. 11. 1. 병합의 무효를 명시적으로 선언하였고, 1945. 4. 27. 오스트리아의 독립선언에 의하여 오스트리아는 국가로서 원상회복되어 1938년 이전의 국가와 동일한 것으로 일반적으로 간주된다. 그러나 현행 국제법에 의하면 일단 소멸한 국가는 원상회복이 되더라도 사후에 법적의제를 통하여 종전의 국가와 동일시 되는 것이다. 국가의 동일성 또는 계속성에 관하여는 W. Fiedler, Das Kontinuitätsproblem im Völkerrecht, Freiburg, München 1978, S. 34ff.; Berber, a. a. O., S. 251ff. 참조.

49) 분리는 원래의 국가로부터 영토의 일부가 이탈하여 법적으로 독립된 새로운 국가를 형성할 때 성립한다. 이는 원래의 국가와 합의에 의하여 또는 그 의사에 반하여 강제적으로 이루어 질 수 있다. Jellinek, a. a. O., S. 187.

50) 그러나 서방 법학자들은 한국의 독립을 분리로 본다. D. P. O'Connell, Legal Aspects of the Peace Treaty with Japan, in : BYIL(1952), S. 423ff.; Dahm, a. a. O., S. 83f.

51) 한국정부는 1948년 국적법에 관한 국회의 토의에서 한국이 일본의 항복이전에도 국가로서 존속하였으며 이로써 독립이전에도 한국국적이 잠재적으로 존재한다는 입장을 취하였다. 그러나 이미 설명한 바와 같이 이 입장은 유지될 수 없으므로 1948년 독립한 한국은 국가로서 원상회복되었다고 볼 수 없다.

위와 같은 입법자의 관념에 의하면 한국국적은 종래의 일본국적의 법적 승계가 아니므로 한국의 국적법에 국민의 범위를 결정하는 일정한 규정 또는 경과규정, 또한 새 국적의 부여를 가능하도록 한국국적의 부모세대제로의 소급에 관한 규정을 두고 있지 않은 데서도 나타난다.⁵²⁾ 그 대신 입법자는 한국인이 종래 일본국적자였음을 고려하지 않고 새로운 국적을 창설하여 마치 한국국적이 이미 정부수립 이전에 존재한 것처럼 규정하였다.

따라서 한국국적을 취득할 인적 범위를 어떤 기준에 따라 결정되어야 할지에 관해서도 명시적인 규정이 없다. 그러나 한일 병합 후 모든 조선인은 조선호적을 취득하였고 이에 관한 근거 법령인 조선호적령은 1948년 독립 이후에도 계속 유효하였으므로 조선호적의 취득은 한국의 국민이 될 수 있는 중요한 증명수단이라 할 것이다.

IV. 영토조항과 남북한의 국적

1. 북한의 국가성과 국적

1948년 한국과 북한의 정부가 각각 수립된 이후 국적과 관련하여 한반도에는 한국의 국적만이 존재하는가 또는 북한의 국적도 성립하였는가 하는 문제가 제기된다. 상술한 바와 같이 국적은 국가의 존재를 초월하여 존재할 수 없고, 국가와 국적이 분리될 수 없는 일체를 형성한다면 이 문제는 한국의 국적법이 한국의

52) 이러한 취지에서 「국적에 관한 임시조례」 제5조는 “외국의 국적 또는 일본의 효적을 취득한 자가 그 국적을 포기하거나 일본의 국적을 이탈한 때는 1945. 8. 9. 이전에 조선의 국적을 회복한 것으로 간주한다”고 규정한다.

53) 프랑스의 식민지였던 아프리카국들은 프랑스국적의 법적 승계를 위한 혈통주의의 적용을 가능케 하기 위하여 그들의 국적법에 이러한 규정을 두고 있다. Breunig, a. a. O., S. 150ff.

영토인 한반도전역에 적용되느냐 여부에 따라 해결될 수 있는 것이 아니라 한반도의 법적 상황 및 한반도에 있어서 한국만이 국가인가 또는 북한도 국가인가에 따라 그 답을 찾을 수 있을 것이다. 다시 말해서 북한의 국가성이 부인되는 경우에만 한반도에는 한국의 국적만이 존재한다고 할 수 있다.

한국과 북한이라는 양 정치적 조직체가 서로 독립된 상이한 국가인 경우 각각 고유의 국적을 갖는다. 국적의 성립시기는 한국과 북한정보의 수립 일자와 반드시 일치한다고 볼 수 없다. 1948년 이후 한반도에서의 정치적 발전은 새로이 성립한 양 정치체제의 계속되는 분단의 고정화의 과정을 보여주고 있다. 정부수립 이후 한국과 북한은 그들의 조직, 내부질서 및 국제관계 등에 있어서 많은 변화가 있었다. 1948년 북한 정부가 국가가 아닌 조직체로 성립하였다 하더라도 이러한 과정을 거치는 동안 국가가 될 수 있었다.

1950년 발발한 남북간의 무력분쟁을 한국과 북한정부가 주장하는 바와 같이 국제법상의 전쟁(Krieg)⁵⁴⁾이 아니라 내란(Bürgerkrieg)⁵⁵⁾이라고 한다면,⁵⁶⁾ 1948년 남북한 정부수립 직후에는 한국과 북한은 각기 다른 독자적인 국가로서가 아니라 서로가 한반도 전체를 대표하는 정통성이 있음을 주장하고 상대방의 존재를 부인하는 경합하는 정부조직으로 볼 수도 있을 것이다. 북한의 경우 한반도 전역을 그의 영토로 그의 영토로 하는

54) 전통적 국제법은 전쟁을 평화관계를 단절한 국가간의 무력

55) 내란은 한 국가 내에서 주민의 일부와 국가기관간의 무력사용의 상태로서 해당 국가의 내정 문제이므로 국제법적으로는 관련이 없다. P. Guggenheim, *Lehrbuch des Völkerrechts I*. Basel 1948, S. 193f. ; A. Randelzhofer, *Der Bürgerkrieg*, in : *Zeitschrift für Politik* 1971, S. 237f.

56) UN Doc. S/PV. 482, S. 7 ; M. Whiteman, *Digest of International Law* vol. 13, Washington 1973, S. 423f. ; J. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Köln, Berlin 1968, S. 44. 일부 서방학자들도 한국분쟁을 내란으로 본다. Berber, a. a. O., S. 42. J. Kunz, *The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for their Revision*, in : *AJIL* 45 (1951), S. 55; H. Kelsen, *The Laws of United Nations*, London 1951, S. 930f, 934f.

목표설정은 당시의 북한헌법 제103조가 한국의 수도인 서울을 북한의 수도로 규정한 데서 알 수 있다. 당시의 정치적 상황에서 볼 때 북한헌법은 북위 38도 이북지역에서 유효하였고 북한정부는 이 지역 내에서만 통치권을 행사 할 수 있었다. 북한은 이러한 제한을 잠정적인 것으로 보고, 한반도의 국가적 통일을 맑스-레닌주의에 입각한 전체 조선민족의 민족자결에 의거하여 실현하는 것이 그의 가장 중요한 과업이었다.⁵⁷⁾

한국도 마찬가지로 당시의 헌법 제4조에서 한반도를 그의 영토로 규정하여 한반도의 통일을 목표로 한 과도적인 질서로서 성립되었다고 할 수 있고, 그 밖에도 한국정부는 1948. 12. 12. 의 유엔총회결의에 의거하여 한반도에서 유일한 합법정부임을 주장하였다.⁵⁸⁾

이리하여 한국과 북한에는 상반되는 정통성원칙에서 각기 한반도 전체를 단독대표하고 민족의 동일성을 주장하는 두 개의 정부조직 또는 미완의 국가가 대치하게 되었다. 이들 정부는 각각 그들 자신의 영토에 한정된 국가가 아니라 한반도 전역을 그들의 영토로서 실현하고자 하였고, 한인 전체를 그들의 질서에 속하는 것으로 간주하였다. 이렇게 국가로서의 경계가 확정되지 않은 내란과 유사한 경합상태는 단기적인 과도상태였고 법적으로 보아 그러할 수밖에 없었다. 한국과 북한간에 존재하였던 통치권의 경합이 1950년에서 1953년에 걸친 무력행사에 의해서도 결말날 수 없었다면, 경합하는 남북한의 정부조직은 각각 그들의 영토와 체제를 고정시키고 상호간의 경계를 확정짓고, 모든 국가적 기능을 위한 기관 또는 기구를 형성하여 자기 자신의 법질서를 확립

57) 김진, 북한헌법의 일반적 고찰, 경남대학교 극동문제연구소 편, 북한의 법과 법이론, 경남대학교출판부 1988, 49쪽 이하.

58) L. Goodrich, Korea. A Study of United States Policy in the United Nations, New York 1956, S. 72ff.

하게 되면 이 모든 것들이 지속성과 실효성을 갖게 되는 것은 불가피하다. 그러한 조직이 실효성의 원칙(Effektivitätsprinzip)⁵⁹⁾에서 본 국가로서의 요건, 즉 법적·형식적의미에서 국민, 영토, 국가권력을 갖추었는가는 시간의 문제이고, 한국과 북한이 그 동안 이러한 요건을 충족시켰음은 물론이다. 이것은 지속적인 냉전의 세계정치의 상황에 의하여 조성된 과정이었다. 남북한의 정부조직이 언제 국가로 되었는지를 정확히 확정짓는 것은 어려우나 1953년 정전협정의 성립으로 인한 한반도 분단의 고정화는 중요한 전기라 할 수 있다.⁶⁰⁾

그럼에도 불구하고 한국을 비롯한 서방국가들은 오랫동안 북한의 국가성을 부인하였다. 북한은 소련의 괴뢰정권 또는 위성국이며, 북한정권은 북한주민의 자유선거에 의하여 선출되지 않았고 유엔헌장과 국제법규범을 위반한 “침략자”이므로 국제법적 의미의 국가가 아니라는 것이다.⁶¹⁾ 정치적·이데올로기적 목적을 위한 주장을 배제하고 이 문제를 법적인 기준에 따라 판단한다면, 이러한 견해는 제2차 세계대전까지 지배적이었던 국제법에서의 실효성의 원칙을 벗어나 국가가 존재하기 위하여는 국민, 영토 및 지속적이고 실효적인 국가권력이라는 고전적인 요소 외에 일정한 민주주의적 정통성(demokratische Legitimität)⁶²⁾ 요소가 요구되는 경우에만 유지될 수 있다. 실제로 제2차 세계대전 후

59) 통치권력이 확고한 것으로 보여지고 통치권의 주체가 일정한 공간적 범위에서 실제의 권력을 일정한 기간 지속적으로 행사하고 그에 의하여 법이 제정되고 시행된다면 그 통치권은 실효성이 있다. 실효성의 원칙에 관하여는 J. Kunz, *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*, Stuttgart 1928, S. 55, 138; H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge 1948, S. 28ff. ; T. Chen, *The International Law of Recognition*, London 1951, S. 117ff.

60) J. Crawford, *The Creation of State in International Law*, Oxford 1979, S. 284에 의하면 북한은 1953. 7. 27. 정전협정의 체결과 동시에 한국으로부터 분리되어 국가가 되었다고 한다.

61) *Keesing's Archiv der Gegenwart* 1949, S. 2107; UN Doc, S/PV. 843, S. 2; UN Doc, S/pv. 410, S. 10.

62) 민주주의적 정통성에 관하여는 Chen, a. a. O., S. 107ff. ; Kunz, a. a. O., S. 143ff. ; Lauterpacht, a. a. O., S. 126ff.

냉전의 시대에는 서방국가들에 의하여 국제법에서 정통성의 원칙이 강조되었다. 그러나 국가권력의 민주주의적 정통성이 있느냐 여부의 문제는 국제법에 의해서가 아니라 국내법에 의하여 규율되므로,⁶³⁾ 정통성을 국제법적 의미의 국가개념에 포함시키려 한다면 이는 내정불간섭의 원칙에 위배될 뿐만 아니라, 이데올로기적 대립으로 인하여 “민주주의”는 사회주의국가와 서방국가에서 전혀 상이하게 이해되므로⁶⁴⁾ 이를 국가개념의 요건으로 한다면 사회주의국가와 서방국가는 서로 국가로서 취급하지 않게 될 것이다. 국제법과 국제관계에서 이러한 정통성의 원칙이 우선한다면 이는 국제법의 분열과 그의 평화적 기능의 상실을 가져왔을 것이고, 국제법질서의 보편성은 서구 민주주의적 및 사회주의적 국제법으로 분열되었을 것이다. 그러나 국제법영역에서는 결정권이나 집행권이 있는 상위 기관의 결여로 인하여 정통성의 원칙을 둘러싼 다툼은 해결될 수 없었기 때문에 결국 실효성의 원칙이 기준이 되지 않을 수 없었고, 국제사회는 상호간 그 존재를 부인하는 대신에 국제법 질서 내에서 공존하려고 하였다.⁶⁵⁾ 핵의 균형과 강대국의 자기방위의지에 의하여 야기된 냉전의 동결은 이러한 결과의 동기이자 표현이다.

북한의 국가성의 부인은 또한 남북한의 UN동시가입 이후에는 더 이상 유지될 수 없다. UN 가입은 UN 헌장 제4조 제1항에

63) Chen, a. a. O., S. 111; Kunz, a. a. P., S. 56; Lauterpacht, a. a. O., S. 98.

64) Vgl. Kunz, The Changing Law of Nations, in : AJIL 51(1957), S. 77ff.; W. Marschall von Biberstein, Zum Problem der völkerrechtlichen Anerkennung der beiden deutschen Regierungen, Berlin 1959, S. 168.

65) 사회주의적 국제법이론에서는 국가의 지배계급이 그들의 권력을 공고히 하고 피지배계급을 억압하기 위한 수단으로 보고 국가의 사회적 기능을 특히 강조한다. E. W. Böckenförde, Die Rechtsauffassung in kommunistischen Staaten, München 1967, S. 13ff., ; M. Rigin, Der Staatberiff in der sowjetischen juristischen Literatur, in : Osteuropa Recht 1964, S. 1ff. 그러나 국가의 개념에 관해서는 서방의 입장과 비슷하게 국가 자격의 결정적 기준으로서 국민, 영토, 국가권력의 3요소와 국가권력의 실효성을 들고 있다. J. Peck, Die Völkerrechtssubjektivität der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin(Ost) 1960, S. 14, 77ff.

따라 가입신청단체가 현장에 규정된 의무를 수락하고 이러한 의무를 이행할 능력과 의사가 있다고 기구가 판단하는 “국가”임을 전제로 한다. 새로운 국가조직의 가입은 그 국가성이 UN총회의 3분의 2의 다수에 근거하여 모든 회원국에 구속력 있게 확인되고, 이는 새로운 국가의 가입에 대한 찬반투표의 여부와 관계없다.⁶⁶⁾ 물론 국가성에 관한 UN 기구의 판단과 개개의 회원국의 승인은 구별해야 할 것이다. 그러나 어느 정부가 회원국으로서 투표를 통하여 또는 비회원국으로서 공식선언을 통하여 통치단체의 UN 가입을 찬성했다면 이 단체의 국제법주체로서의 성격을 더 이상 부인할 수 없다.⁶⁷⁾ 북한의 UN 가입으로 한국을 포함한 모든 회원국은 북한의 주권평등, 영토보전 및 정치적 독립을 존중해야 하며,⁶⁸⁾ 그의 국내관할권 안에 있는 사항에 간섭을 삼가야 할 의무가 있다.⁶⁹⁾

이로부터 한국은 원칙적으로 북한국적을 규정한 북한의 국적법(1963)이 국제법위반이 아닌 한 이의 유효를 인정할 국제법적 의무가 있게 된다. 왜냐하면 통치단체의 국가성을 인정한다면 그의 국민 및 국적을 규율할 권리를 부인할 수 없기 때문이다.

그러므로 객관적이고 법적인 관점에서 볼 때 한반도에는 1948년이래 행하여진 정치적 발전에 따라 헌법, 사회질서 및 민주주의적 전통성의 양태가 대립된 2개의 국가와 이와 함께 2개이 국적이 성립하였다. 즉 한국과 북한의 국적이 그것이다.

2. 영토조항의 법적 의미

66) Dahm, a. a. O., s. 144 ; B. J. Meissner, Formen stillschweigender Anerkennung im Völkerrechtssubfektivität der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin(Ost) 1960, S. 14, 77ff.

67) W. Kewenig, Deutschland und die Vereinten Nationen, in : Europa-Archiv(1970), S. 341f.

68) UN헌장 제2조 제1, 4, 5항.

69) UN헌장 제2조 제7항.

한국헌법의 영토조항에 따라 한국의 영토가 남북한지역을 포함하는 한반도 전체라고 한다면, 북한지역은 일시적으로 위법하게 한국의 통치권이 미치지 않는다고 할 수 있다. 그 결과 북한 지역은 북한정권에 의하여 불법점령된 한국의 영토이므로 내국이다. 북한지역은 이중의 성질, 즉 현재 북한이라는 정치적 질서의 통치영역이고 이념적 한국의 영토인 성질을 갖는다.

그러나 이러한 법적 구성은 한국과 북한이 군사분계선을 따라 견고하고 적대적으로 차단되어 있고 다른 어느 국가간의 승인된 국경보다도 철저히 격리되어 있는 사실에 영향을 미칠 수 없을 것이다.

한국영토의 법적 상황을 살피려면 국가영토의 법적 개념에서 출발하지 않으면 안된다. 법학적인 관점에서 국가영토는 국가권력의 공간적 관할범위이며 또한 국가존재를 위한 공간적 기초라 할 수 있다.⁷⁰⁾ 국가권력과 영토와의 관계, 즉 영토고권(Gebietshoheit)은 대입법적이 아닌 대인법적 성격(personenrechtlicher Art)을 띠므로 통치권(Imperium)이지 령유권(Dominium)이 아니다. 한국의 국가권력은 헌법 제3조의 영토조항에도 불구하고 실제에 있어서 한국의 관할, 영토고권 및 통치권은 남한지역에 한정되었다.⁷¹⁾ 따라서 이미 오래 전부터 국제사회에서 한국의 영토는 남한을 가리키는 것으로 인식되어 왔다. 이 영역에 대해서만 한국은 통치권을 행사하고 이 범위 내에서 그의 권한은 국제법적으로 인정된다. 그러므로 남한만이 법적·논리적으로 한국에 대하여 내국으로 간주 될 수 있다. 한반도 전체를 영토로 한 국가조직인 대한제국이 국가로서 소멸한

70) Verdross/Simma, a. a. O., S. 224.

71) 한국은 정부수립 이래 한반도 한반도 전역에 대하여 통치권을 행사한 적이 없었고, 국제법적으로 한국의 영토가 한반도 전체라고 인정된 바가 없다.

이후 법학적으로 보아 한반도가 한국의 국가영토로서는 더 이상 존재하지 않는다.

만약 한국의 영토가 한반도라고 전제하다면 북한도 당연히 법적·경제적인 내국으로 취급해야 할 것이다. 이에 따라 한반도에 유일하게 한국의 국적만이 존재하게 되므로 북한주민에게 일정한 관계에 있어서는 한국의 국민과 동등한 권리를 주어야 할 것이다. 위와 같은 전제에서 출발하는 경우 한국정부만이 한반도에서의 유일한 합법정부가 될 것이므로 북한정권은 반도단체 또는 반군과 같아 그의 모든 법령과 조치는 무효로 취급되지 않으면 안된다.⁷²⁾ 자기 영토 내의 적대적인 정권과는 원칙적으로 어떠한 협정도 그 종류나 명칭을 불문하고 체결할 수 없다. 스스로 한반도 전체에 통치권이 미친다고 보는 국가에 의하여⁷³⁾ 시행되는 법령이 한국국적을 가지는 모든 사람에게 의무를 부과하거나 또는 국가영토인 한반도 전역 어느 곳에서 발생한 모든 사안에 대하여 적용되고, 보호법익이 한국국민인 형사법규가 한반도 전역에서 적용된다면 논리가 일관된다고 할 것이다.⁷⁴⁾ 한반도의 일정한 지역에 대한 실효적인 통치가 외국이나 불법세력에 의하여 방해받고 있다 하더라도 이 국가권력은 이를 시행할 권한이 있다. 마찬가지로 반군 또는 혁명세력에 의하여 부분적으로 점령된 국가의 국가권력은 그가 제정한 법규범의 전부 또는 일부가

72) 이러한 취지의 판례로는 <1955. 9. 27. 4288 형상 246> : “대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다 하였으므로, 북한공산피뢰의 남침은 국내의 일지방적 폭동에 불과하다고 관념할 것이니, 공산군의 一警察員이 한 범죄 행위가 그의 직무행위인 경우에도 해야유전 법규 적용을 논할 여지가 없다고 할 것이다.”

73) 판례의 입장, <1961. 9. 28. 429 형상 48> 참조 : “북한지역은 헌법상 대한민국의 영토에 속하는 한반도의 일부를 이루는 것이므로 이 지역에는 대한민국의 주권이 미칠 뿐이요, 대한민국의 주권과 부딪치는 어떠한 주권의 정치도 법리상 인정될 수 없다고 보아야 한다.”

74) 대판 1957. 9. 20. 57 형상 228에 의하면 북한도 우리의 영토의 일부이므로 당연히 형법의 적용대상지역이지만, 단지 그 곳에 재판관이 미치지 못할 뿐이라 한다. 그러나 김일수, 형법학원론, 총론강의, 박영사 1992, 125쪽; 배종대, 형법총론, 홍문사 1993, 160쪽에 의하면 형법의 적용범위는 형법이 실제 법적 및 사실적으로 적용되는 범위를 말하는 것이므로 북한은 형법의 장소적 적용을 받는 대한민국영역이라 할 수 없다고 한다.

점령지역의 주민에게도 구속력 있음을 요구할 수 있다.⁷⁵⁾

한국의 영토인 한반도의 의무를 이행하는 등 그가 한국의 국가 권력에 의해 국민이 기본적 의무를 이행하는 등 그가 속하는 국가의 법질서를 준수하도록 요구된다면 그들에게 이러한 권한을 행사하는 국가권력에 대한 이들 국가구성원의 기본적인 권리의 문제가 대두된다. 국적은 일방적인 복종관계가 아닌 통치권적 질서의 쌍방적인 법률관계를 의미하므로 국가가 법질서 준수에 관하여 복종요구권을 가지며 이에 상응하여 국민은 (외교적) 보호 및 헌법상 동등한 국민기본권의 향유를 청구할 권리를 갖는다.⁷⁶⁾

그러나 한국의 영토가 한반도라는 것은 다른 범영역에서와 같이 국제법에서도 관찰될 수 없었다. 실제로 한국의 통치작용은 1948년 정부수립부터 영토적으로 남한지역에 한정되어 행사되었고 이 지역과 결합된 인적 집단과 관계되었다. 즉 한국은 이 점에서 다른 국가와 마찬가지로 국제법에 의거하여 그의 통치권은 그의 영역 또는 국민과 일정한 관계가 있는 사안과 사람들에게 미칠 수 있다는 원칙에 따라 이를 행사하였다.⁷⁷⁾ 한국은 영토조항에도 불구하고 스스로 통치권의 행사를 남한에 한정하고 북한 주민에게 국민으로서의 복종의무를 요구하지도 않으며, 반면 북한주민은 한국국민으로서의 권리를 향유하지 못한다.⁷⁸⁾ 이들에게는 국가적 보호가 결여되어 있다. 한국은 사실상 존재하는 북한의 실효적인 통치권으로 인하여 이들에게 보호를 부여할 수

75) Verdross/Simma, a. a. O., s. 560ff.

76) 한국 헌법 제2조 제2항은 국가의 재외국민에 대한 보호의무를 규정하고 있다.

77) 이에 대한 예외는 외국인도 한국영역 내에서 범한 일정한 범죄행위(예컨대 외환 또는 내란의 죄 등)에 대하여 처벌될 수 있다는 형법규점이다. 형법 제5조 참조.

78) 서독은 동독주민에게 외교적 보호권의 행사, 서독 여권의 신청 또는 서독의 자유입국의 권리를 보장함으로써 국민과 영토의 불가분성에 관한 입장을 확인하였다. 독일의 국제 문제에 관하여는 이시우, 동독탈출자에 대한 서독의 법적 대응방안, 「인권과 정의」 1994/6 (제214호), 19쪽 이하 참조.

없는 상황에 있는 것이 아니라 이들이 북한이 통치권을 벗어나 제3국에서 한국의 재외공관을 통하여 보호를 요구하더라도 이들에게 보호권을 행사하지 않고 있는 것이다.⁷⁹⁾ 결국 한국은 북한주민에 대하여 현대국가의 기본원칙의 하나인 보호와 복종의 상호관계를 포기하고 있다.

영토조항을 근거로 북한주민도 한국의 국적을 잠재적으로 갖고 있다고 보거나 국적을 한민족 또는 한민족 공동체에 속하는 것으로 해석하는 것도 역시 국적의 개념 및 본질과 어긋난다.⁸⁰⁾ 국적은 실정법의 관계이지 잠재적으로 존재하거나 관념적이고 감상적인 유대가 아니다. 국적은 실효적인 법질서에서의 보호 및 복종의 관계이지 민족적인 바탕을 둔 혈연, 문화 및 역사 공동체가 아니다.⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고 한국의 영토가 한반도로 구성되어 있고, 이로부터 북한주민이 한국의 국적을 갖는다는 법적 결과를 도출하는 것은⁸²⁾ 법적의제(Fiktion)이다. 그것은 정치적 요청으로서 의미가 있을 뿐이다.

3. 북한주민의 법적 지위

북한은 국가로서 국제사회에서 일반적으로 법적 승인을 받고 있으므로 국제법상 한반도에는 한국과 북한이 상호 동등한 주권 국가로서 공존하고 있다. 한국이 북한을 법적으로 승인하지 않았다 하더라도 북한주민은 그들에게 국적을 부여한 권력체제에 속

79) 1994. 5. 18. 국내수용된 5명의 북한별북공은 애초 우리 정부가 러시아에 제의했던 UN 기구를 통한 난민보호방식에 의한 것은 아니나, 이들에게 외교적 보호권을 행사한 것도 아니다. 한겨레신문, 1994. 5. 19. 참조. 제3국에 있는 북한주민에 대한 한국의 외교적 보호권의 행사는 북한의 내정간섭 내지는 주권평등의 원칙 위반 일 수 있다. UN 헌장 제 2조 및 7항 참조.

80) Vgl. Makarov/v. Mangoldt, a. a. O., Einleitung V lb§20ff.

81) H. Rumpf, Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Grundvertrag, in : Zeitschrift für Rechtspolitik(1973), S. 203.

82) 정형근, 국제테러의 법적규제에 관한 연구, 고려원 1992, 354쪽 참조.

하므로 일응 북한의 국적을 갖는 외국인으로서 지위를 갖는다고 보지 않을 수 없다. 그들은 한국헌법상 국민은 아니다. 그러므로 영토조항은 국적과 관련하여 북한주민에게 당연히 한국국적을 취득케하는 근거가 될 수 없고 단지 한국국적의 취득의 문호가 개방되어 있음을 의미한다. 즉, 그들이 한국에 귀순하는 경우, 다시 말하여 한국의 관할권 범위 내에서 북한의 국적을 포기하고 명시적으로 한국국적을 취득하고자 하는 때에 다른 외국인과는 달리 귀화절차를 거치지 않고 호적을 신고하거나 남한지역에 본적을 가지지 아니한 자는 취적함으로써 한국의 국민이 될 수 있는 권리가 부여되는 것이다.⁸³⁾ 즉 북한주민을 내국인과 같이 대우를 하는 것이다. 한 나라가 다른 국가의 주민에게 귀화 또는 체류에 있어서 특별한 지위를 인정하는 것은 국제법에 저촉되지 않으며 북한에 대한 주권평등의 원칙을 침해하지 않는다. 이는 북한주민의 의사에 반하여 한국국적을 강요하거나 북한국적의 취득 또는 상실을 규정하지 않기 때문이다. 오히려 북한국적에 단지 한국국적을 취득할 수 있는 중개의 기능(Vermittlungsfunktion)이 인정되어 그 결과 부가적인 권리가 인정되고 이것은 북한주민에게 유리할 뿐 불리하지 않은 것이다.

V. 맺는 말

위에서 본 바와 같이 한반도에는 상이한 국제법 주체인 한국과 북한이라는 두 개의 국가가 존재하고, 두 개의 상이한 국적이 존재함을 부인할 수 없다. 그러나 남북한은 다른 국제법 주체들과는 달리 단순히 국제법만이 적용되지 않는 특수한 관계라 할 수 있다.⁸⁴⁾ 이러한 남북한관계는 한국과 북한의 정치적 대결이

83) 귀순북한동포보호법 제11조. 정형근, 위의 책, 356쪽 각주 21 참조.

계속된다면 현재의 국내법과 국제법과의 중간상태에서 순수한 국제법적 상태로 전환되고 한민족이라는 남북한의 공통적인 기초가 와해될 는지도 모른다. 이것은 법적 인식의 문제가 아니라 그러한 결과가 회피되어야 할는지 여부의 정치적 결단의 문제이다. 이를 회피하기 위하여는 남북한이 정치적 대립관계에도 불구하고 분단이 고정화되지 않도록 현존하는 적대관계를 협력관계로 전환하는 용의가 필요하고, 남북한은 상호간에 통일된 민족국가의 부분국가로서 존중해야 할 것이다. 적대국간의 평화는 결국 조약을 통하여 이루어지고 따라서 적대국의 승인을 전제로 한다. 영토조항에 의거하여 한국의 영토는 당연히 북한지역을 포함한다는 해석은 이와 일치하지 않는다. 한국헌법 제정 당시와는 변화된 상황을 고려할 때 영토조항은 오히려 북한을 외국으로 보지 않는 남북한간의 특수관계를 인정하고 북한주민을 외국인으로서가 아니라 내국인으로서 대우하는 근거규정으로 삼아야 할 것이다.

84) 1991. 12. 13. 의 「남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서」는 남북한 사이의 관계가 “나라와 나라 사이의 관계가 아닌 통일을 지향하는 과정에서 잠정적으로 형성되는 특수관계”라 하고 있다.

정정보도청구 제도의 문제점과 대안

김 종 서

연구원

- 목 차 -

- I. 들어가는 말
 - II. 현행법제의 개관
 - III. 현행법과 기존 해석론의 문제점
 - 1. 정정보도청구 제도에 대한 기본적 인식
 - 2. 정정보도청구의 대상과 청구권자
 - 3. 정정보도절차
 - 4. 정정보도 시한
 - 5. 정정보도문
 - 6. 언론중재위원회
 - IV. 정정보도청구권에 대한 적극적 해석론
 - 1. 정정보도청구의 대상-‘사실적 주장’의 의미
 - 2. 청구권자-관련자
 - 3. 정정보도문-무기대등의 원칙
 - 4. 정정보도의 시한
 - 5. 언론중재위원회의 구성
 - V. 맺는말
- 참고문헌

I. 들어가는 말

“언론기관=국민의사의 대변자·전달자”라는 인식을 전제로 하고 전적 언론자유 이론의 후원 아래 언론사업은 급속하게 발전해 왔다.¹⁾ 특히 20세기 과학·기술의 발전에 바탕을 둔 독점과 집중과정을 통해서 이제 언론사는 하나의 권력이 되었다고 해도 과언은 아니다.²⁾ 그리고 언론의 권력화는 언론에 의한 국민의 권리 침해라는 새로운 문제를 낳게 되었다.³⁾

막강한 전달력과 자본력을 가진 언론사가 국민의 권리를 침해하는 사태가 이어지고 있으나 막상 개개인이 언론에 대항하여 자신의 권리를 실현한다는 것은 사실상 불가능하다. 이러한 현상은 이미 우리 사회에서도 일반화되었으며, 이를 여실히 보여주는 것이 바로 우리 헌법 제21조의 규정이다.

헌법 제21조는 제1항에서 “모든 국민은 언론·출판……의 자유를 가진다”고 하여 언론자유 의 대원칙을 규정하고 있다. 그러나 제4항에서는 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이

-
- 1) 최대권, 「언론과 법」, 『법학』 28권 2호 (서울대 법학연구소, 1987), 94쪽 ; 박용상, 「여론의 자유와 언론의 자유」, 『방송연구』 (방송위원회, 1990 겨울), 201쪽. 그리고 이러한 인식하에서 대중매체와 시민은 일체가 되어 국가에 의한 언론탄압에 맞설 수 있었다고 한다. 堀部政男, 「マス・メディアと市民」, 『言論とマミナー増刊』(日本評論社, 1987), 194~195쪽.
 - 2) 松井茂記, 「『マス・メディアと法』(홍문당, 1988), 317쪽. 매스미디어 산업은 말하자면 사회적 권력으로 국민앞에 나타나며, 매스미디어를 입법·행정·사법과 나란히 제4의 권력이라고 부르는 것이 이를 잘 보여준다. 우리 나라에서 이러한 언론의 권력성을 보여주는 대표적인 사례로 부수공사(공사) 제도(ABC)를 거부하고 있는 언론의 태도를 들 수 있다. 언론은 발행부수 감추기를 통해 불공정거래를 하면서도 일반기업이나 기타 기관의 정보공개를 요구하는 모순된 행위를 보여 줌으로써 이기주의적 권력기관으로 군림하고 있다. 박중수, 「한국 언론의 윤리성과 자율규제」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1993 여름), 7쪽.
 - 3) 대중매체의 비중과 영향력이 커지면 커질수록 대중매체의 의한 언론자유 의 남용이라는 문제도 심각한 것으로 나타날 수밖에 없다. 이것은 오늘날 언론 자유의 남용이 문제되는 대부분의 경우가 대중매체에 의한 것이라는 점에서 쉽게 확인된다. 장영수, 「최근의 언론관련관계 개관」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1993 가을), 34쪽.

나 사회윤리를 침해하여서는 아니 된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다”고 규정하여 언론·출판의 자유의 한계를 규정하고 있다. 바로 이 제4항 후문의 규정, 즉 언론에 의한 권리침해시의 피해배상청구권을 헌법에서 직접 규정하지 않으면 안될 정도로 우리 사회에서도 언론의 횡포는 심각한 사회문제가 되고 있다.

물론 헌법은 언론에 의한 권리침해에 대한 피해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있지만 사실상 단순한 피해배상의 청구는 사후적인 것으로 침해된 권리를 회복시키기에는 역부족이다. 언론에 의한 침해는 어떤 사실이 언론보도에 의하여 타인에게 전달됨으로써 야기되는 것인데 피해배상만으로 그 보도를 돌이킬 수는 없기 때문이다.⁴⁾ 따라서 피해배상을 논하기 전에 보다 효과적인 권리구제책으로서 언론보도의 효과를 돌이킬 수 있는 방법이 강구되어야 하는데,⁵⁾ 언론에 의하여 권리침해를 당한 개개인이 그 언론보도에 대한 반론을 바로 그 언론매체를 통하여 제기할 수 있도록 하는 것은 그 대표적인 방법이다. 이것이 이른바 반론권이며, 우리 법제에서는 정정보도청구권이란 명칭으로 규정되어 있다.⁶⁾

이 글에서는 반론권의 일종이라 할 수 있는 정정보도청구권이 과연 효과적인 권리구제책으로 작용할 수 있는지, 그렇지 못하다

4) 헌법재판소는 이 점을 다음과 같이 실시하고 있다. “피해자가 강력한 전파력을 가진 대중매체인 정기간행물에 의하여 침해를 입게 된 경우에는 일반민사소송절차에 따른 손해배상 또는 명예회복의 구제수단으로서의 기능을 다하기에는 부족함이 적지 아니하다.” 헌재 1991. 9. 16 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 535쪽).

5) 오늘날 언론·출판매체들은 권력과 자본 및 고도의 지능을 갖춘 일부 사람들에게만 소유되고 통제되는 까닭에 더욱 많은 사람들의 활발한 의사표현 및 자유로운 의사교류를 제약할 가능성이 높아지므로, 언론자유는 소수집중을 막고 언론의 평등을 현실화하기 위하여 언론의 자유를 다수 국민이 향유할 수 있게 하고 현대인의 다양한 사회성을 보장해 줄 언론규범에 E한 당위적인 요청이 있게 된다. 유일상, 「언론법제연구의 성격과 방법」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1994 봄), 35쪽.

6) 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」 『인권과 정의』(대한변호사협회, 1989. 5), 26쪽.

면 무엇 때문인지, 바람직한 대안으로 어떤 것이 제시될 수 있는지를 살펴보고자 한다. 특히 이 글은 정정보도청구권 또는 반론권이 단순히 명예권이나 초상권 등 개인의 인격권 침해에 대한 구제에만 그치는 것이 아니라, 권력화한 언론을 국민의 입장에서 통제하고 그럼으로써 진정한 언론자유를 실현하기 위한 수단임을 강조하고자 한다.

이러한 목적을 위하여 이 글에서는 먼저 관련된 현행법 규정과 그 구체적 운용실태를 중심으로 정정보도청구 제도의 문제점을 살펴보게 된다. 문제가 무엇인지를 모르고는 무엇을 해야 하는지도 모를 수밖에 없기 때문이다. 그리고 이를 바탕으로 현행부분에서는 약간의 입법론적 대안을 언급하기로 한다.

이와 같은 이 글의 논의는 주로 우리 나라의 법제와 해석론, 판례를 중심으로 한다. 따라서 반론권 제도에 대한 일반적 고찰, 즉 반론권 제도의 연혁에 대한 소개나 외국법제와의 비교 등은 별도로 하지 않고 필요한 경우 제한적으로 이를 언급하는데 그친다. 우리 나라보다 일찍 반론권 제도를 도입한 외국의 법제나 이론에 대한 연구가 매우 중요한 것은 분명하지만 더욱 중요한 것은 우리 법과 우리 현실에 대한 철저한 분석에 바탕을 두고 나름대로 문제를 제기하고 적절한 대안을 제시하는 것이라고 생각하기 때문이다. 이러한 인식은 지나치게 외국 이론이나 법제의 소개에 골몰한 나머지 막상 가장 중요한 우리 법제나 우리 판례 등은 아주 제한적으로만 분석하는가 하면, 우리와는 여러 가지로 다른 상황에서 나온 외국 법제와 판례·학설을 무비판적으로 우리 현실에 도입·적용하려고 했던-그리고 지금도 그렇게 하고 있는-그간의 우리 법학계와 실무계의 태도에 대한 나름의 반성에 바탕을 두고 있다.

II. 현행법제의 개관

정기간행물의 등록 등에 관한 법률(이하 “정간물법”이라 한다) 제16조는 “정기간행물에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자(이하 “피해자”라 한다)는 그 공표가 이루어진 날로부터 일간신문 또는 통신의 경우에는 14일 이내에, 그 밖의 정기간행물의 경우에는 1월 이내에 서면으로 발행인이나 편집인에게 정정보도의 게재를 청구할 수 있다”고 규정하여 정정보도청구권을 규정하는 한편 동조 제2항에서 제6항까지 정정보도청구와 관련된 절차 등을 규정하고 있다.

또한 방송법 제41조는 “방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자는 그 공표가 이루어진 날로부터 14일 이내에 서면으로 방송국의 장이나 편성책임자에게 정정보도의 방송을 청구할 수 있다”고 하여 정정보도청구권을, 동조 제2항에서 제7항까지는 관련절차를 규정하고 있다.

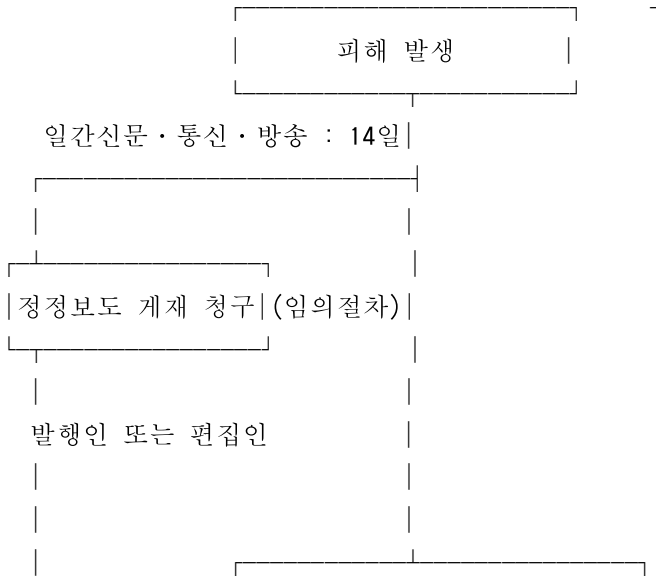
그리고 정정보도청구에 의한 분쟁을 중재하기 위한 언론중재위원회의 설치와 직무에 관해서는 정간물법 제17조가 이를 규정하고 있다. 즉 정정보도청구에 의한 분쟁을 중재하고 정기간행물의 게재내용에 의한 침해사항을 심의하기 위해 언론중재위원회를 두고, 위원회는 40인 이상 70인 이내의 위원으로 구성하며, 위원은 학식과 덕망이 있는 자 중에서 공보처장관이 위촉하되, 위원의 5분의 2 이상은 법관의 자격이 있는 자 중에서 법원행정처장이 추천한 자를 위촉한다. 정당의 당적을 가진 자와 공무원(법관의 자격을 가진 자 및 교육공무원은 제외)은 위원이 될 수 없다. 위원은 명예직으로 하되, 수당과 실비보상을 받을 수 있다(이상 정간물법 제17조). 한편, 언론중재위원회에서의 중재절차 및 언론중재위원회의 중재가 실패한 경우의 정정보도청구심판에

관해서는 정간물법 제18-19조에서 규정하고 있다. 그리고 이러한 정간물법의 규정들은 방송법에서도 준용되고 있다(제42조).

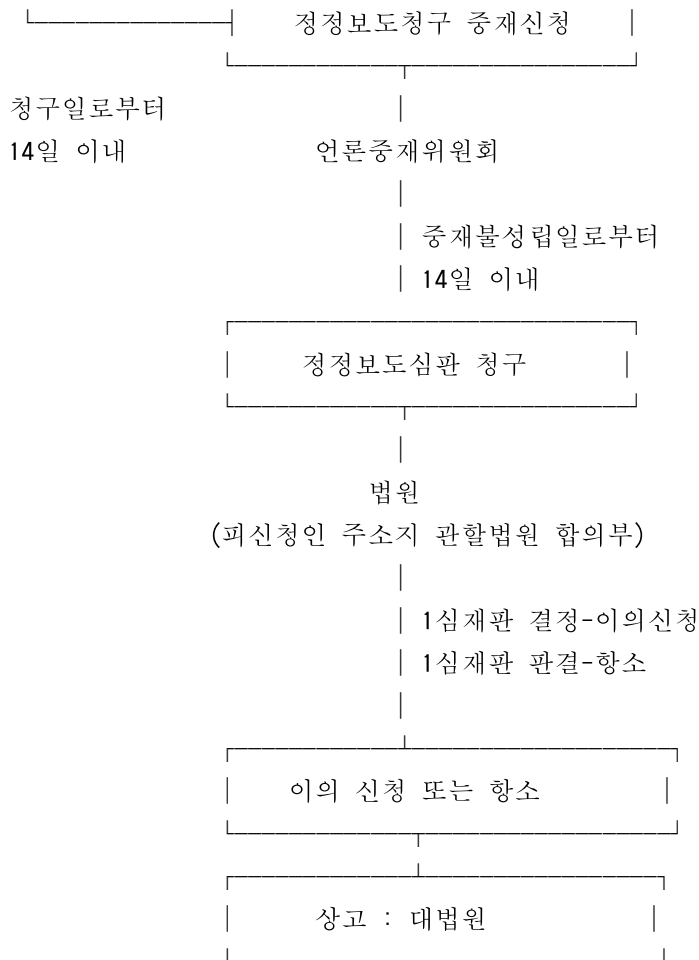
또한 정정보도청구와 관련한 언론중재위원회의 중재가 결렬되어 정정보도 심판청구로 이행할 경우 필요한 세부적인 절차는 「정정보도 등 청구사건 심판규칙」(1988. 3. 4. 대법원규칙 제1003호, 개정 1991. 11. 23. 대법원 규칙 제1180호)에서 규정하고 있다.

따라서 국민이 언론에 의해 권리침해를 당하였을 때에는 이들 규정에 따라 정정보도청구권을 행사함으로써 그 피해를 구제하고 언론을 통제할 수 있다. 이와 같은 정간물법과 방송법의 규정에 따라 정정보도청구와 관련된 언론중재와 법원의 심판절차를 도식화해 보면 <그림 1>과 같다.

<그림 1> 정정보도청구절차 흐름도⁷⁾



7) 안상운, 「우리 나라의 언론피해구제 제도 : 관례를 중심으로」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』(한나래, 1993), 357쪽.



그런데 위와 같은 현행법상의 정정보도청구권의 행사는 그 요건이나 절차 등에서 많은 문제점을 내포하고 있기 때문에 그 효과를 매우 제한적이라고 생각된다.⁸⁾ 아래에서 이를 구체적으로

8) 이는 비단 정정보도청구 제도에만 국한된 문제는 아니며 언론법제 전반에 걸친 문제이다. “언론이 사회에 미치는 엄청난 영향력에 비추어 본다면 어떠한 형태로든 문민정부 하에서의 언론이 공적 책임을 구현할 수 있는 법제의 정비와 정비가 필요하다”는 지적도 이런 맥락에서 이해할 수 있다. 성낙인, 「한국언론법제의 특징과 문제점」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1994 봄), 17쪽.

살펴보자.

III. 현행법과 기존 해석론의 문제점

1. 정정보도청구 제도에 대한 기본적 인식

정정보도청구 제도는 통상 반론권 제도의 하나로 인식되고 있다.⁹⁾ 그런데도 정정보도청구권에 의해 구제되어야 할 권리, 즉 언론에 의해 침해되는 권리는 통상 당사자의 인격권이라고 파악하고 있다.¹⁰⁾ 이는 현행법상의 정정보도청구 제도가 언론에 의한 피해를 구제한다는 차원에서 규정된 것임을 보여 준다.¹¹⁾

최근의 헌법재판소의 결정은 이러한 입장을 명시적으로 확인해 주고 있다. 헌법재판소는 이 결정에서 “정정보도청구권은 바로 헌법상보장된 인격권에 그 바탕을 둔 것으로서, 피해자에게 보도된 사실적 내용에 대하여 반박의 기회를 허용함으로써 피해자의 인격권을 보호함과 동시에 공정한 여론의 형성에 참여할 수 있도록 하여 언론보도의 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장

9) 정정보도청구권의 법적 성격에 관해서는 논란이 있었다. 정정보도청구권은 반론권이라고 이해하는 것이 다수설이고 판례이지만 양건은 정정보도청구권 제도는 반론권 제도와는 성격이 다르다고 하였다. 양건, 「반론권행사의 실제」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1982 여름), 57쪽; 양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 『현대공법의 이론』(목촌김도창선생화갑기념, 1982), 174쪽. 그러나 대법원이 현행헌법상의 정정보도청구권이 반론권임을 명백히 밝히고, 원보도의 오보(오보)나 허보(허보)인 여부는 이 권리를 행사하는 요건으로서 고려될 수 없다는 결론을 내림으로써 이러한 논란은 해소되었다고 하겠다. 대법원 1986. 1. 28. 선고, 85다카1973 판결. 대법원판결에서 표명된 이와 같은 입장은 헌법재판소의 결정에서도 확인되었다. 현재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 525~526쪽). 그 밖에 정정보도청구권이 반론권임을 밝힌 판결로는 서울지방법원 남부지원 1992. 12. 20. 89카8917 판결, 서울고법 1983. 11. 17. 82나4188 판결 등이 있다.

10) 박용상, 「언론기본법」, 김철수 편, 『정치관계법』(박영사, 1983), 201쪽; 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」, 27쪽; 팽원순, 『메스커뮤니케이션법제이론』(법문사, 1983), 165쪽.

11) 현행법상 반론권은 사후적·교정적 권리에 불과함에 비추어 보다 적극적인 일반 국민의 언론집근권의 보장이 요망된다. 성낙인, 「한국언론법제의 특징과 문제점」, 18쪽.

을 더욱 충실하게 할 수도 있을 것이라는 취지 아래…… 제정된 것”이라고 하여 이 제도에는 두 가지 측면이 있음을 인정하고 있다.¹²⁾

그러나 반론권과 보도기관의 언론의 자유의 관계에 대한 언급에서는 “반론권은 보도기관이 사실에 대한 보도과정에서 타인의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 중대한 침해가 될 직접적 위험을 초래하게 되는 경우 이러한 법익을 보호하기 위한 적극적 요청에 의하여 마련된 제도”라고 하여¹³⁾ 이 중 후자의 측면을 배제하고, 이 제도가 궁극적으로는 인격권의 침해된 자의 구제를 위한 피해구제제도의 일종임을 밝히고 있다.

그러나 이는 반론권 제도의 본뜻을 잘못 이해한 것이다. 오히려 반론권의 원래 취지는 고전적 언론자유 이론의 뒷받침을 받아 거의 무제한적인 자유를 누리던 대중매체의 영향력 아래에서 자신의 정당한 의사를 표명할 방법을 상실한 일반 개개인에게, 대중매체의 표현에 의하여 왜곡된 자신의 의사를 바로 그 대중매체를 통해 표명할 수 있는 기회를 보장하고¹⁴⁾ 그럼으로써 적극적으로 여론형성과정에 참여할 수 있게 하려는 것¹⁵⁾이라고 이해함이 옳다고 본다. 즉 반론권은 권력화한 언론에 대항하여 국민의 표현의 자유를 적극적으로 실현하는 수단으로 인정된 것이

12) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165결정(헌법재판소판례집 제3권, 527쪽). 이는 반론청구권의 근거를 일반적 인격권과 자유로운 의사표현의 권리에서 찾고 있는 독일 연방헌법재판소 판례의 입장을 따른 듯하다. BVerfGE 61, 131(135).

13) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 529쪽).

14) 송경수시, 「반론권」, 김동민 편역, 『언론민주화의 논리』(한울, 1992), 185쪽.

15) “헌법이 보장하는 표현의 자유는 여론의 형성에 협력할 자유도 포함되고 이러한 자유는 이견을 표현할 가능성에 의하여 보장된다”고 한다. Löffler, M., *Handbuch des Presserechts*(München : C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978), 110쪽. 또한 “현대산업사회에서 입법자가 자신의 의사를 표현하고자 하는 자에게 그 표현의 통로를 장악하고 있는 언론기관에 접근할 수 있는 길을 열어주지 않으면, 자유로운 표현을 할 수 있는 권리란 공허한 것이 될 것이다. 언론의 봉쇄를 분쇄하는 의사형성의 자유는 공익에도 부합하고 헌법이 보장하는 민주주의의 본질의 한 징표이기도 한 것이다”하는 지적도 반론권의 본질과 관련하여 흥미해 보아야 할 부분이다. Löffler, M/Wenzel, K.E./Sedelmeier, K., *Presserecht. Kommentar*, Bd. I. 3. Aufl.(München: C. H. Beck/sche Verlagsbuchhandlung, 1983), 531~532쪽.

다.16) 또한 정정보도청구권의 행사로 게재되는 정정보도문은 그것이 언론기관의 이름으로 하는 것이 아니라 관련당사자의 이름으로 한다는 점도 언론기관의 보도에 의하여 침해된 국민의 표현의 자유가 정정보도청구권의 주요한 보호법익의 하나임을 뒷받침해 준다. 이와 같이 반론권의 보호법익은 피해당사자의 인격권에 국한되는 것이 아니라 당연히 언론의 자유를 포함하는 것이다.17) 정정보도청권을 인격적 침해에 대한 구제수단으로 바라보는 입장에서 이 권리가 언론의 자유와 밀접한 관련이 있는 것임은 부인하지 못하고 있다.18)

한편 헌법재판소는 위의 결정에서 반론권의 행사로 인하여 야기되는 “보도기관이 누리는 언론의 자유에 대한 제약의 문제는 결국 피해자의 반론권과 서로 충돌하는 관계에 있는 것으로 보아야 할 것”이라고 하여 양자의 관계를 기본권의 충돌문제로 위헌 문제를 판단하고 있다.

기본권의 충돌문제는 이해관계의 쌍방이 각각 자기의 이익을 위하여 주장하는 기본권 상호간의 충돌문제이다. 이러한 기본권의 충돌문제는 사적인 이해관계의 다툼에서 발생하는 기본권의 충돌을 해결하기 위해서 이익형량이라는 수단을 동원해야 되는

-
- 16) 헌법재판소도 반론권 제도는 “전과력이 강한 대중매체인 정기간행물의 속성에 비추어……마련된 것”이라고 하여 이 제도가 대중매체의 권력화에 대응하는 취지가 있음을 부분적으로 인정하고 있다. 한편 반론권은 언론자유에 대한 보충적 권리의 하나로서 현대과학기술의 눈부신 발전이 이룩한 성과를 취득할 수 있는 소수의 자본력만이 언론기관을 소유·운영하고 있는 현실적 조건을 개선하고 언론에 대한 평등한 접근과 이용을 가능하게 하는 것이 언론기관의 이름으로 하는 수단인 것을 부인할 수 없다고 한다. 유일상, 「언론법제연구의 성격과 방법」, 39쪽.
- 17) 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」(서울대학교 법학박사학위논문, 1993, 12), 177쪽. 한편 안용교는 반론권은 보도에 관계된 자의 인격의 자유로운 발전 또는 보호이익에 도움이 되는 동시에 객관적으로 진실에 부합하는 보도 또는 국민의 자기통치에 필요한 공공의 이익에 기여하게 된다고 하고 있는데 같은 처지로 이해할 수 있다. 안용교, 「ACCESS권-MASSMEDIA에 대한 ACCESS권을 중심으로-」, 『현대공법의 이론』(목촌김도창선생화갑기념, 1982), 138쪽.
- 18) 예컨대 박용상은, 반론권은 언론의 보도대상이 된 개인 자신에게 당해 언론매체를 이용하여 자신의 말을 할 수 있는 권리를 인정한다는 점에서 약세스권 이론을 제한적으로 실정화한 것이라고 한다. 박용상, 「정정보도청구권 제도의 일반적 고찰」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 가을), 54쪽. 헌법재판소의 위 결정 역시 마찬가지다.

문제이기 때문에 헌법상의 이익형량의 문제와 상호 밀접한 관련성이 있지만, 기본권 충돌시에 그 효력의 우열을 결정하는 일은 바로 헌법적 가치질서에 대한 형성기능을 의미하기 때문에 기본권의 충돌시에 이익형량에 관한 모든 법이론을 그대로 원용하는데에는 스스로 일정한 한계가 있다고 한다.¹⁹⁾

기본권의 상충시에 이익형량을 위해서는 무제한한 기본권을 고집하지 말아야 하고 기본권 상호간에 일정한 위계질서가 있다는 가설이 전제되어야 한다. 그리고 구체적인 이익형량의 기준으로서는 ‘상위기본권 우선의 원칙’, ‘인격적 가치 우선의 원칙’과 ‘자유 우선의 원칙’이 거론되는데, 이러한 기준만으로는 해결될 수 없는 사례가 얼마든지 있을 수 있어 이런 경우에는 이익형량의 방법적 한계가 나타나게 되므로, 이를 해결하기 위하여 과잉금지의 방법, 대안식 해결방법, 최후수단의 억제방법을 내용으로 하는 규범조화적 해석이 주장되고 있다.²⁰⁾

그러나 반론권과 대중매체가 가지는 언론의 자유의 문제는 엄밀한 의미에서 보자면 이와 같은 기본권 충돌문제는 아니라고 생각된다. 왜냐 하면 기본권의 충돌은 일반적으로 서로 다른 기본권간의 충돌을 대상으로 하는 것인데 반하여, 반론권과 대중매체의 언론의 자유 사이의 충돌은 의사표현의 자유라는 동일한 기본권 내부의 문제이기 때문이다. 그렇다면 여기에서는 단순한 이익형량이나 규범조화적 해석 등이 하나의 지침이 될 수는 없을 것이다. 오히려 이 문제의 해결을 위해서는 대중매체의 언론의 자유가 갖는 의미와 국민의 반론권이 갖는 의미를 분석하여 그 중 어느 것이 표현의 자유라는 기본권에서 더 본질적인 내용을 이루는가를 밝혀 내는 것이 필요하다. 그리고 그러한 것을 전

19) 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』 (박영사, 1991), 108~109쪽.

20) 이익형량의 기준과 규범조화적 해석에 관해서 상세한 것은 허영, 『헌법이론과 헌법(중)』, 111~117쪽 참조.

제로 해서만 비로소 기본권 충돌시에 사용되는 이익형량의 방법이나 규범조화적 해석의 방법이 원용될 수 있을 것이다.

이런 점들에 비추어 볼 때 반론권의 인정 여부나 반론권과 대중매체의 언론자유 사이의 관계는 단순한 피해 구제라는 차원에서 논의되어서는 안되고 누구의 언론의 자유가 최우선적으로 고려되어야 하는가 하는 언론자유와 공극 주체 문제까지 포괄하는 차원을 바라보아야 하며 그 대답은 자못 명쾌하다. 대중매체가 그야말로 ‘매체’(media)로서 기능해야 하는 것이라면 언론 자유의 궁극적 주체는 일반 국민이 될 수밖에 없고 양자의 이익형량에서 승리자는 이미 결정되어 있기 때문이다.²¹⁾ 그리고 반론권 제도 자체는 단순한 피해의 구제에 바탕을 두고 있는 것이 아니라 그것이 존재함으로써 인하여 대중매체가 자의적인 출판, 방송을 자제하게 될 것이라는 믿음에 바탕을 두고 있다. 즉 대중매체의 권력화를 방지한다는 측면을 강하게 내포하고 있는 것이다.²²⁾

이와 같은 점을 고려할 때 오로지 피해자의 구제 차원에서만 규정된 현행법이나 마찬가지로의 인식을 전제로 하고 있는 기존의 해석론이나 판례는 많은 문제를 나타내고 있다. 그 대표적인 예가 정정보도청구의 대상을 ‘사실적 주장’에 국한하고 있는 법규정과 그에 대한 해석론이다.

2. 정정보도청구의 대상과 청구권자

1) 대상-‘사실’ 주장인가 ‘사실적’ 주장인가

21) “언론의 자유란 언론기업의 보도의 자유만을 의미하는 것이 아니고 국민의 언론의 자유도 포함하는 것이라고 할 것인 즉 개인이든 단체이든 공익의 장에서 동등하게 표현할 수 있는 기회를 부여받을 권리를 갖는다고 해야 할 것이다. 언론의 자유는 시민들의 자유도 포함하는 것이므로 대중매체에 대한 자유로운 접근(access)과 말할 수 있는 권리는 어떤 형태의 통로로든 개방되어야 한다”고 한다. 김성남, 「언론중재제도의 법적 고찰」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 가을), 13쪽.

22) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 177쪽.

정간물법 제16조 제1항과 방송법 제41조 제1항에 따르면 정정보도청구의 대상이 되는 것은 ‘사실적 주장’에 한정된다. 따라서 가치판단 즉 언론기관의 의견이나 비평에 대해서는 정정보도청구권을 행사할 수 없다.²³⁾ 종래의 해석론은 표현사항이 증거에 의하여 심사할 수 있는 것, 즉 과거에 행해졌거나 현재 존재하는 상태로서 입증가능한 것을 사실이라고 한다.²⁴⁾ 그리고 사실이란 반드시 외부적으로 인식가능한 과정이나 상태만이 아니라 동기 목적 정조 등 내부적 사실도 포함되며, 미래의 사실에 관한 보도는 원칙적으로 제외되나 미래의 사실이 현재의 내심의 사실에 의하여 확정될 수 있으면 이 역시 사실로 본다고 하고 있다.²⁵⁾ 그리고 가치판단이라 하더라도 그 판단의 표현이 확정된 객관적 사실을 전제로 하거나 그 전체의 취지로 보아 사실을 왜곡하는 방향으로 표현된 경우에는 정정보도의 대상이 된다고 한다.²⁶⁾ 그리고 이 경우 보도내용의 진실 여부는 문제되지 않는다고 한다.²⁷⁾

다수설은 이처럼 ‘사실’의 의미를 밝히면서 이를 정정보도청구의 대상으로 보고 있다. 그러나 이러한 해석은 상당한 문제점을 내포하고 있다. 우선 정간물법 제16조 1항과 방송법 제41조 1항이 말하는 정정보도청구의 대상은 ‘사실’주장이 아니라 ‘사실적’ 주장인데, 위의 해석은 이 양자를 동일시하여 다루고 있다. ‘사실적 주장’이라는 표현 자체가 매우 모호한 것이기는 하나 이런 용어를 일부러 선택한 이상 이를 ‘사실’이나 ‘사실의 주장’과 동일

23) 서울지방법원 남부지원 1992. 12. 20. 89카8917 판결; 서울민사지법 1983. 5. 24. 83카7933 결정. 김성남, 「언론중재제도의 법적 고찰」, 11쪽.

24) 박용상, 「언론기본법」, 204쪽.

25) 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」, 30쪽.

26) 박용상, 「언론기본법」, 204쪽.

27) 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165결정(헌법재판소 판례집 제3권, 528쪽); 대법원 1986. 1. 28., 85다카1973 판결.

시하는 것은 곤란하다고 생각한다.²⁸⁾

또한 이러한 해석에 따르면 논평이나 기타의 언론보도에 의해 피해를 당했을 경우에 정정보도의 게재를 요구할 수 있는지는 매우 불분명해진다. 이러한 우려는 정정보도청구에 대한 법원의 한 결정에서 현실로 드러났다.²⁹⁾ 이 사건에서 정정보도청구의 대상이 된 원보도는 주식회사 서울신문사가 1992. 6. 27자 서울신문에서 한 다음과 같은 보도였다.

「범민련은 …… 독일 베를린에서 <범민족대회> 개최 등 이른바 범민족 통일운동을 벌인다고 남북한 및 해외인사 9명이 이른바 <3자회담>을 갖고 태동시킨 단체라 할 수 있다. 이들의 합의에 따라 북한의 이른바 <조국통일통일위원회>(조평통) 부위원장 윤기복을 본부장으로 하는 북측본부와 재독교포 윤이상씨를 위원장으로 하는 <해외본부>가 지난해 1월 결성되었으며 이들과 함께 결성하려던 <남측본부>는 이해학 목사, 조우성 씨 등 추진세력의 핵심인사들이 구속되는 바람에 <준비위원회>만 발족시켜 문익환씨를 위원장으로 뽑았으나 문씨 또한 구속돼 강희남씨를 위원장 직무대행으로 삼아 활동해 오고 있다. …… 따라서 범민족 대회를 위한 범민련의 제1추진 주체는 베를린 3자회담을 주도한 북한공산정권으로 볼 수밖에 없다.」

이에 대해 <조국통일범민족연합남측본부결성 준비위원회> 등은 정정보도게재를 청구하는 심판을 청구하였다. 그러나 법원은 이에 대하여 “이는 위 범민련의 제1추진 주체에 관한 기자의 주관적인 판단 내지는 의견에 불과하다 할 것이고, 정정보도의 대상이 되는 사실적 주장이 아니라 할 것”이라고 하여 청구를 기각하였다. 이와 같은 법원의 태도는 사실적 주장이 무엇인지에 대한 판단을 매우 어렵게 한다. 범민련의 추진주체가 누구인가 하

28) 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 184~185쪽.

29) 서울민사지방법원 제50부 1992. 11. 26. 92카기649 결정.

는 것이 객관적 사실이나 사실적 주장이 아니라면 도대체 어떤 것이 사실적 주장이 될 수 있는지 의문스러울 따름이다. 위 기사를 접한 사람들은 그것이 의견이든 사실의 주장이든 간에 범민련이 북한의 지령을 받고 결성된 단체라는 것을 당연한 사실로 받아들일 것이 명백한 데도 말이다.

정정보도청구권의 대상에 대한 이와 같은 이해는 반론권을 지나치게 좁게 인식한 결과로 생각된다. 반론권 제도를 처음으로 창안한 프랑스법에 따르면 반론의 대상이 되는 사항은 사실보도 뿐만 아니라 논평, 비판 등 의견표명이나 가치판단사항까지도 포함되는 것이나³⁰⁾ 우리의 경우는 그 대상을 사실보도에 국한시키고 있는 독일의 법제를 따르고 있다.³¹⁾ 원래 언론기본법에서 독일의 입법례를 따른 것은 언론의 비판기능 위축을 방지하기 위함이라고 하고 있다.³²⁾ 그러나 이는 언론이 비판기능을 원활하게 수행한다는 것을 전제로 한 것이므로, 언론 자체가 권력화한 현대적 상황에는 적절하지 못한 것이다. 그렇다고 언론기본법 제정 이후에 한국의 언론-방송을 포함하여-이 비판기능을 원활하게 수행했다고 보기는 더더욱 어려운데, 언론기본법 폐지 이후에 새로 제정된 방송법이나 정간물법에서 언론기본법의 규정을 그대로 답습하고 있는 것은 이해하기 힘들다.³³⁾

게다가 앞서 본 헌법재판소의 판례에서는 독일의 각주 출판법상 반론권의 대상이 “사실적 주장”이라고 밝히고 있는데,³⁴⁾ 이는 용어 번역상의 오류로 생각된다. 독일의 경우 반론권이 인정되는 대상은 *Tatsachenbehauptung*, 즉 ‘사실(의) 주장’이며,³⁵⁾ 이를 사

30) 양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 174쪽. 벨기에, 이태리법도 마찬가지다.

31) 박용상, 「언론기본법」, 202쪽; 팽원순, 「메스커뮤니케이션법제이론」, 165쪽.

32) 박용상, 「언론기본법」, 202쪽; 팽원순, 「메스커뮤니케이션법제이론」, 165쪽.

33) 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 176~177쪽.

34) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 525쪽).

35) 바덴-뷔르템베르크주 출판법 제11조 1항, 베를린주 출판법 제10조 1항, 브레멘주 출판법

실적 주장(tatsächliche Behauptung)으로 해석해야 하는지는 의문이다.³⁶⁾ 이런 점에 비추어 보면 헌법재판소가 반론의 대상을 사실적인 주장에 국한함으로써 의견의 진술 등 “가치판단의 표현에 관한 언론의 자유”를 보장하고 있다고 판단하는 점 역시 법제의 차이를 간과한 채 독일의 이론을 도입하여 한 것이라는 비판을 면하기 어렵다.³⁷⁾

언론의 권력화라는 현대적 상황이 결코 남의 나라 일만이 아니게 된 이상 이제 반론권 제도에 대한 새로운 이해가 필요하게 되고 이러한 상황에서는 앞에서 본 것처럼 반론권 제도는 언론기관에 맞서 국민의 언론자유를 실현하기 위한 수단으로 마련된 것이라고 이해하는 것이 올바른 태도임을 알 수 있다. 그리고 이러한 인식에 바탕을 두게 되면 이제 정정보도청구의 대상을 ‘사실’보도에 국한할 이유는 없게 된다.³⁸⁾ 결국 우리 정간물법 등의 정정보도 청구 제도는 반론권 제도에 대한 잘못된 이해가 잘못된 법제화(法制化)로 이어진 결과로 나타난 것이라 생각한다.³⁹⁾

2) 청구권자 - 피해자

제11조 1항, 함부르크주 출판법 제11조 1항, 헤센주 출판법 제10조 1항, 니더작센주 출판법 제11조 1항, 노르트라인-베스트팔렌주 출판법 제11조 1항, 라인란트-팔츠주 출판법 제11조 1항, 자르란트주 출판법 제11조 1항, 쉴레스비히-홀스타인주 출판법 제11조 1항. 이들 법률을 수록한 문헌으로는 Delp, L./Lutz, P., *Sammlung Delp-RdPubl. Das Gesamte Recht der Publizistik*, Bd. 2(München : Rehm-Druck, 1986) 참조.

36) 특히 바이에른주 출판법 제10조 1항은 반론권의 대상을 ‘보도된 사실’이라고 하고 있어 그 대상이 사실의 주장이지 사실적 주장이 아님은 분명하다.

37) 그런데 독일에서조차도 ‘사실’이라는 개념은 널리 해석되고 있다. 특히 독일신문평의회가 공표한 반론권 취급기준은 “의견인가 사실주장인가 의문이 있는 경우는 지나치게 엄격한 척도가 적용되어서는 안된다”고 주장하고 있다고 한다. 松井修視, 「반론권」, 193쪽. 이에 비추어 본다면 ‘사실의’ 주장도 아니고 ‘사실적’ 주장이라고 하고 있는 우리 법의 태도는 사실에 대한 해석을 독일의 경우보다 더욱 넓게 할 것을 요구하고 있다고 보아야 할 것이다.

38) 헌법 제10조, 제21조의 규정은 현대적 언론자유 의 상황에서 보아 표현의 자유, 알 권리, 의견광고, 반론권을 포함하는 액세스권을 포괄하는 통합적 보장체계에서 이해해야 하기 때문에, 사실의 반론에 한정하지 않고 의견광고에 대하여 의견으로써 반론을 인정하는 반론권을 보장함이 필요하다고 한다. 안용교, 「ACCESS권-MASS MEDIA에 대한 ACCESS권을 중심으로-」, 144쪽.

39) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 178쪽.

다음으로 정정보도 청구를 할 수 있는 자는 이러한 사실적 주장에 의하여 ‘피해를 받은 자’이다. 이 경우의 ‘피해’가 무엇을 말하는지는 분명하지 않다. 종래의 해석에 따르면 이 때의 피해란 인격권에 대한 침해라고 한다. 이 때의 인격권은 명예훼손소송에서 말하는 명예권보다 한층 넓은 개념임은 분명하지만, 이를 모든 기본권의 전제가 되는 인간의 존엄과 가치와 동일한 것이라고 보기는 어렵고, 단지 명예권이나 사생활의 비밀과 자유를 그 내포로 하는 것이라 보는 것이 타당할 것이라고 한다.⁴⁰⁾ 한편 법원의 판례에 따르면 “피해를 입었을 것”의 의미는 “그 보도내용에서 지명되거나 그 보도내용과 개별적인 연관성이 있음이 명백히 인정되어 자기의 인격적 법익의 침해”된 것을 가리킨다고 하거나,⁴¹⁾ 보도에 의한 피해는 명예 또는 신용의 훼손이라고 한다.⁴²⁾ 헌법재판소도 정정보도청구권은 “헌법상 보장된 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 그 바탕을 둔 것”이라고 하여 이 때의 피해가 인격권이 침해를 가리킨다고 실시하고 있다.⁴³⁾

그러나 보도에 의한 피해를 단순히 인격권의 침해로 국한하는 것은 매우 협소한 해석이다. 실제로 독자나 시청자가 신문·방송 등의 보도에 의하여 입는 피해란 그렇게 국한시킬 수 있는 성질의 것이 아니다. 대중매체가 지닌 위력을 고려하면 당장 잘못된 보도가 있을 경우 그들은 자신의 표현의 자유를 심각하게 위협당하게 되기 때문이다.⁴⁴⁾ 이러한 현실적 상황을 고려하지 않은 현행법과 기존 학설·판례는 많은 문제를 안고 있다.

종래의 해석론의 이 때의 피해자 개념을 단순히 언론보도에

40) 박용상, 「언론기본법」, 201쪽; 팽원순, 「메스커뮤니케이션법제이론」, 163쪽.

41) 대법원 1986. 1. 28. 85다카1973 판결.

42) 서울고등법원 제8민사부 1992. 8. 20. 91나64670 판결.

43) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 529쪽).

44) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 186쪽.

“관련된 자”로 해석함으로써 이러한 문제점을 피해 보려고 한다.⁴⁵⁾ 이러한 해석은 반론권청구권자를 사실주장과 “관련된 자”(betroffen)로 하고 있는 독일법을 엄두해 둔 것으로 보이나 정정보도청구권의 보호법의 자체를 인격권으로 상정하면서 어떻게 이런 해석이 가능한지는 의문이다. 이러한 해석이 논리적 정합성(整合性)을 갖추기 위해서는 정정보도청구 제도의 보호법익이 표현의 자유라는 인식이 전제되지 않으면 안 된다.

한편 설사 피해구제 차원에서 규정되어 있는 현행법상 정정보도청구 제도 자체의 이와 같은 문제점을 거론치 않는다 하더라도 그 구체적 절차의 측면에서는 매우 불만족스럽다.

3. 정정보도절차

1) 청구기간

우선 정정보도청구기간이 지나치게 짧다.⁴⁶⁾

일간신문이나 통신 및 방송의 경우에는 공표된 날부터 14일 이내에 정정보도청구를 하도록 되어 있다(정간물법 제16조 1항, 방송법 제41조 1항). 언론기본법이 폐지된 이후 언론매체수가 급격히 증가하였고 방송에서도 이른바 “다매체 다채널시대”의 도래가 눈앞에 닥쳐온 상황에서 이와 같이 매우 짧은 정정보도청구기간은 국민의 입장에서는 매우 불리한 것이 아닐 수 없다. 매체수가 한정된 상황에서는 국민이 자신과 관련한 보도가 났는지

45) 박용상, 「정정보도청구권 및 언론중재제도의 입법론적 개선방안」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 가을), 13쪽; 양삼승, 「언론중재제도의 개선방안-반박보도청구권 등에 관한 법률의 제정-」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1992 가을), 10쪽.

46) 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 179쪽; 양건, 「반론권에 관한 소고-우리나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 177쪽; 양삼승, 「언론중재제도의 개선방안-반박보도청구권 등에 관한 법률의 제정-」, 13~14쪽; 박용상, 「정정보도청구권 및 언론중재제도의 입법론적 개선방안」, 16~17쪽.

여부를 직접 또는 주위 사람을 통해 금방 알게 될 가능성이 큰 반면에 급격한 매체수의 증가는 보도된 사실 자체의 확인을 상대적으로 지연시킬 수 있기 때문이다.⁴⁷⁾ 또한 잡지의 경우 발행 일보다 늦게 배포되는 경우가 많은 것도 현재의 청구기간이 지나치게 짧다는 비판이 논거가 될 수 있다.⁴⁸⁾ 한편 독일이나 프랑스의 경우와 비교해 보더라도 현행법의 청구기간은 지나치게 짧다.⁴⁹⁾

그런데 헌법재판소는 앞서 결정에서 정정보도청구권의 행사 기간을 이와 같이 단기로 규정한 것이 “언론기관의 보도의 자유를 무리하게 침해하지 않도록 하는 안전장치”의 역할을 하는 것이라고 파악하고 있다.⁵⁰⁾ 물론 정정보도청구권 자체의 위헌 여부를 판단해야 하는 헌법재판소가 그 합헌성을 뒷받침하기 위한 논거로서 이를 거론하는 것도 이해할 수 없는 것은 아니지만 이러한 해석은 사실상 정정보도청구권의 범위를 매우 제한하고 있는 현행법 규정을 정당화시키고 있다는 점에서 문제가 있다. 이런 해석에 따르면 정정보도청구기간을 조금 더 연장하더라도 위헌이 될 수 있다는 결론으로 귀결될 수도 있기 때문이다. 이와 같은 헌법재판소의 입장은 정정보도청구 제도의 합헌성 판단에 치우친 나머지 그 제도 자체에 대한 심도 있는 평가는 간과하고 있음을 보여 준다.⁵¹⁾

47) 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 겨울), 24쪽; 양삼승, 「언론중재제도의 개선방안-반박보도청구권 등에 관한 법률의 제정-」, 13쪽. 또한 이는 현재의 제도 자체가 피해자 보호 면보다는 언론사 입장에 유리하게 되어 있다고 볼 수도 있다. 박형상, 「언론으로부터의 자유와 법적 대응」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』(한나래, 1993), 203쪽.

48) 안광식, 「언론중재제도의 기능적 결합과 개선방향」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1990 봄), 28쪽.

49) 프랑스에서는 원보도 후 1년의 시효기간이 설정되어 있고, 독일에서는 3개월의 제척기간이 규정되어 있다. 박용상, 「정정보도청구권제도의 일반적 고찰」, 62쪽.

50) 현재 1991. 9. 16. 선고, 98헌마165 결정(헌법재판소법 제3권, 530쪽).

51) 개인적인 생각으로는 헌법재판소가 굳이 이 규정을 정정보도청구 제도의 합헌근거로 삼으려 했다면 “제도적으로는 그 청구기간이 더욱 장기기간으로 설정되어야 마땅함에도 이런 식으로 단기간의 제척기간을 규정한 것은 이 제도의 합헌성을 더욱 강하게 뒷받침해

2) 필요적 중재

다음으로 언론사에 대한 피해자의 정정보도청구가 받아들여지지 않는 경우⁵²⁾에도 곧바로 법원에 정정보도심판을 청구할 수 없고 반드시 언론중재위원회의 중재절차를 거치도록 하고 있다. 즉 현행법은 신문사나 방송국에 대해 피해자가 정정보도청구를 했지만 방송국이 이를 이행하지 않거나 양자간의 협의가 결렬될 경우에도 곧바로 법원에 정정보도심판을 할 수 없고, 반드시 언론중재위원회의 중재를 거치도록 하고 있는 것이다(정간물법 제 19조 1항, 방송법 제42조에서 준용).⁵³⁾

이는 매우 부당하다. 일단 피해자와 언론사 사이에 정정보도 청구에 관한 협의가 결렬된 사정이 있는 이상 언론중재위원회에 중재신청을 하더라도 위원회에 강제중재권이 없는 상태에서 중재가 원만히 이루어지리라고 기대하기는 힘들기 때문이다. 협의가 결렬되면 피해자로서는 결국 법원에 정정보도심판을 청구할 것이라고 당연히 예상되는데 이런 경우에까지 굳이 중재를 거치게 한 현행법의 규정은 매우 비효율적이라고 할 수밖에 없다.⁵⁴⁾ 통계자료에 따르면 중재신청을 받아서 원만히 중재가 이루어지는 경우는 실제로도 그다지 많지 않다. 즉 아래 <표1>에 따르면 중재신청의 결과 합의가 이루어지는 경우는 25.9%에 불과하다. 그런데도 당사자간의 협의가 결렬된 경우에도 재판을 청구하기 전에 반드시(결렬될 것이 뻔한) 중재를 거치도록 한 것은 불필

준다”는 식의 표현을 쓰는 게 더욱 좋았으리라 본다.

52) 현행법은 언론중재위원회에 대한 중재신청과는 별도로 언론사에 대해 직접 정정보도청구를 할 수 있도록 하고 있다(정간물법 제16조 1항, 방송법 제41조 1항).

53) 정간물법 제18조 1항에 따르면 피해자는 방송사나 정기간행물 발행인 등을 거치지 않고 바로 언론중재위원회에 중재신청을 할 수도 있다.

54) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 179쪽.

요하며 이는 결국 피해구제의 시기만 늦추게 될 뿐이다.⁵⁵⁾

<표1> 언론중재신청현황⁵⁶⁾

(단위 : 건, %)

구분 연도	합의	불성립	기각	각하	취하	계
1981	9	12	1	2	20	44
1982	19	19		2	10	50
1983	21	22	1	1	26	71
1984	12	29	3		10	54
1985	12	28	4		15	59
1986	14	10	1		24	49
1987	10	9	1		27	47
1988	16	12		1	26	55
1989	29	35		6	51	121
1990	42	43	1	2	71	159
1991	52	49	3	1	116	220
1992	81	79	19		202	381
1993	132	96	8	2	185	423
계(%)	449(25.9)	442(25.5)	42(2.4)	17(1.0)	783(45.2)	1,733(100.0)

물론 비재판적인 구제절차로 정정보도를 실현하는 것이 더 바람직할 수도 있지만, 그것은 어디까지나 권리구제가 효과적으로 될 수 있다는 전제를 필요로 한다. 그런데 필요적 중재 제도는 피해자의 권리구제에는 전혀 효과적이지 못하다.⁵⁷⁾ 게다가 중재가 성립되더라도 신청인이 그 합의내용에 만족하는 경우가 매우 적

55) 양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 177~178쪽; 박형상, 「언론으로부터의 자유와 법적 대응」, 202쪽. 이 점은 정정보도청구를 규정한 정간물법 제16조와 제19조 3항의 위헌여부가 문제된 헌법소원사건 결정에서 한병채, 이시운 두 재판관이 개진한 반대의견에서도 지적되고 있다. 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 537쪽).

56) 언론중재위원회, 「'93년도 중재신청처리 및 시정권고 현황」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1994 봄), 90쪽.

57) 김종서, 「시정자의 방송통제에 관한 연구」, 181쪽.

다는 사실은 문제를 더욱 어렵게 만든다.⁵⁸⁾

헌법재판소는 이에 대하여 필요적 중재절차는 “당사자간의 자율적인 교섭에 의한 해결의 기회”를 보장한 것으로 이해하고 있지만 중재절차가 진정으로 자율적인 교섭의 기회를 보장하려는 것이라면 그 채택 여부를 당사자의 자율에 맡기는 것이 옳다는 점에서 이러한 입장은 다분히 자가당착적인 것이다.

그렇다면 이와 같이 합의 가능성이 매우 적고 합의가 이루어지는 경우에도 만족을 주지 못하는 중재를 피해자의 의사에 반하여 강제하는 것은 매우 부당하다고 할 수밖에 없고, 오히려 피해자로서는 중재보다는 재판을 택하는 것이 더 경제적이라고 말할 수 있을 것이다.⁵⁹⁾ 특히 이와 같은 필요적 중재 제도는 언론중재 제도가 언론에 의한 피해구제 제도가 아니라 오히려 언론사를 보호하기 위한 제도로 운용되도록 하는 결과를 낳을 수도 있다는 점에서 그 문제점이 심각하게 검토되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

3) 정정보도심판기간

58) 언론중재위원회의 설문조사 결과에 따르면 중재결과 언론사와 합의한 사항에 대해 매우 불만족하거나 대체로 불만족하다고 한 사람은 전체 응답자의 74%에 이르는 것으로 나타나고 있다. 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 19쪽. 이러한 점에 비추어 볼 때, 오늘날 개인에 대한 언론의 침해가 주로 일어나는 사생활 영역에서 반론권 제도가 대단히 무력한 방어수단에 불과하며, 이런 점에서 반론권 제도는 주로 매스미디어에 대한 악세스권의 일종으로서, 즉 매스 미디어를 갖지 못한 시민이 매스 미디어를 통해 자신의 견해를 ‘들려 줄 권리(the right to be heard)’라는 점에서 의미를 갖는다는 양건의 지적은 매우 타당하며, 정정보도청구 제도를 인격권 침해에 대한 구제 제도가 아니라 국민의 언론자유를 실현하기 위한 제도로 파악하는 이 글의 입장과도 일맥상통하는 면이 있다. 양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 192~193쪽.

59) 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 181~182쪽.

60) 양건은 중재신청 취하의 원인이 대부분 피신청인의 막후접촉에 의한 것임을 볼 때, 중재절차가 정정보도청구권의 행사를 사실상 또는 사전에 봉쇄하는 장으로서 기능함을 말해 주며, 합의가 성립한 경우조차 그 합의의 내용은 대체로 정정보도청구권이 실현되는 경우의 내용보다 미약한 경우가 많음을 볼 때 중재절차 자체의 문제가 있는 것이 아닌가 하는 더욱 근본적인 문제가 있다고 지적한다. 양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 177쪽.

언론중재위원회의 중재절차를 통해서도 당사자 사이의 합의가 성립하지 않게 되면 당사자는 정정보도심판을 법원에 청구하게 된다. 이 경우 재판은 민사소송법의 가치분절차에 의하여 진행하도록 하고, 민사소송법 제703조의 이의신청이나 항소 제기 이외에는 불복신청을 못하도록 하여 신속하게 재판을 진행하도록 함으로써 정정보도의 효과를 고려하고 있다.(정간물법 제19조 3항, 정정보도 등 청구사건심판 규칙 제8조).

이와 같이 정정보도청구심판을 가치분절차에 의하도록 한 규정에 대하여 위헌론이 없었던 것은 아니지만 헌법재판소는 다음과 같은 이유로 합헌이라는 판단을 하고 있다.

“피해자는 언론기관의 보도에 대하여 즉시 반박을 함으로써 실효성 있게 자신의 인격권 침해에 대한 방어를 할 수 있게 된다. 피해자가 본안 소송 절차에 의하여만 그 권리를 구제받게 된다면 대중이 그 사실을 망각한 다음에야 비로소 구제조치가 가능해질 것이므로 실효를 거둘 수가 없다. 반론은 그것이 너무 늦게 집행된 나머지 현안성을 상실하여 독자나 시청자가 반론의 전제가 된 원래의 보도내용이 무엇인지를 알 수 없는 지경에 이르면 반론권을 인정하는 근거 중의 하나인 공정한 여론형성에 참여할 자유나 객관적 질서로서의 언론제도를 보장하는 데도 반하는 것이 된다.……반론권을 제도로서 인정하고 있는 한 그 심리를 위하여 시간이 많이 걸리게 되는 민사소송법에 정한 본안절차를 따르게 하기보다는 오히려 가치분절차에 따라 신속하게 처리하도록 함이 제도의 본질에 적합하다 할 것이다.”⁶¹⁾

위의 설시에 따르면 헌법재판소가 가치분절차에 의한 심판을 합헌이라고 보는 근거에는 두 가지 측면이 있다. 하나는 인격권 침해에 대한 효과적인 구제라는 측면이고, 또 다른 하나는 국민

61) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 533~534쪽).

이 여론형성에 참여할 자유의 보장이라는 측면이다. 그리고 그 중에서도 헌법재판소는 반론권의 보호법익을 인격권으로 보고 있으므로 전자에 더 치중해 있는 것으로 이해된다. 이는 독일 연방헌법재판소 판례의 태도를 따른 것이나⁶²⁾ 여기에는 그 자체로 문제가 있다.

반론권의 보호법익을 인격권으로 볼 경우 인격권 구제를 위한 다른 구제절차와의 균형도 고려하지 않을 수 없게 되는 데 이 경우 민법 제764조의 위헌여부에 대한 결정⁶³⁾에서 실시한 바와 모순이 발견된다. 즉 위 결정에서 헌법재판소는 사죄광고명령이 위헌이라고 판시하면서 사죄광고 이외에도 인격권의 일종인 명예회복에 적당한 방법의 하나로서 “명예훼손기사의 취소광고”의 방법을 상정할 수 있다는 것을 위헌결정의 근거의 하나로 삼은 바 있다. 그러나 이러한 취소청구 역시 인격권 침해 구제하기 위한 것이고, 본안소송절차에 의하게 되면 대증이 그 사실을 망각한 다음에야 비로소 구제조치가 가능해진다는 점에서 반론권의 경우와 아무런 차이가 없다. 헌법재판소의 실시대로라면 취소광고 청구(위헌이라고 선언된 사죄광고 청구도 마찬가지이다) 역시 가치분절차에 의해야만 효과적인 인격권 구제가 가능해질 것인데, 실제로 이러한 청구가 가치분절차에 의하는 것은 아니다.

이처럼 반론권을 효과적인 인격권 구제를 위한 제도로 보게 되면 민법 제764조와 마찬가지로 명예권의 원상회복청구제도로 보는 것이 오히려 자연스럽고 그렇다면 이 경우에도 민법 제764조에 의한 청구의 경우와 마찬가지로 정식재판절차에 의하는 것이 옳은 것이다.⁶⁴⁾ 이러한 문제점은 정정보도청구권의 보호법익이

62) BVerfGE 61, 131(142~144)의 내용은 우리 헌법재판소의 판시 내용과 거의 동일하다.

63) 헌재 1991. 4. 1. 선고, 89헌마160 결정.

64) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165 결정의 반대의견에서도 이 점이 지적되었다. 반대의

관련당사자의 인격권뿐만 아니라 그 언론의 자유를 포함한다고 해석하여 국민의 표현의 자유와 공정한 여론형성이 갖는 중요성을 정정보도청구 제도의 중심에 둘 때에만 해결될 수 있으리라고 본다.⁶⁵⁾

한편 이와 같은 가치분절차에 의하여 재판이 다소간 신속하게 진행될 수 있음은 분명하나 여전히 문제는 남는다. 재판기간에 대한 제한은 전혀 없기 때문이다. 즉 제1심 재판이 상당히 길어질 수 있는 것이다.⁶⁶⁾ 언론사가 제1심 판결에 불복하여 항소하더라도 정정보도의 간접강제를 신청함으로써 정정보도를 얻어낼 수 있지만 제1심 판결 자체가 이미 상당한 기간이 경과한 후에 내려지게 되면 그 효과는 거의 상실되고 만다. 그리고 이러한 상황은 중재과정을 통해서도 정정보도를 얻어내지 못한 사람들의 상당수가 정정보도심판청구 자체를 포기하는 현상으로 이어진다. <표 2>에서 보듯이 실제로 중재의 결과 또는 그 과정-예컨대, 정정보도를 약속 받고 중재신청을 취하하는 경우 등-에서 정정보도를 얻어낸 경우는 전체 신청건수 1,733건 중 879건(50.7%)인데도, 막상 법원에 정정보도심판청구를 하는 사례는 128건으로 정정보도를 얻지 못한 사례(854건)의 15%에 불과하다(<표 3>).⁶⁷⁾

건을 개진한 한병재, 이시윤 두 재판관은 “헌법법상의 정정보도 청구 제도 역시 민법 제 764조와 마찬가지로 명예권침해를 당한 피해자의 원상회복청구제도로 보는 것이 오히려 자연스럽고, …… 민법 제764조가 명예훼손 일반의 경우에 원상회복에 관한 것이라면, 정정보도청구는 정기간행물에 의해 명예가 훼손된 특수경우의 원상회복에 관한 것으로 해석되기에 적합하다.”고 하여 정정보도청구의 심판도 가치분절차가 아닌 본안절차에 의해야 한다고 하였다. 『헌법재판소판례집』, 제3권, 539쪽.

65) 우리 헌법재판소의 결정이나 그 전거(전거)가 된 독일 연방헌법재판소의 위 판례가 침해된 인격권의 효과적인 구제 이외에 별도로 여론형성의 자유나 객관적 질서로서의 언론제도의 보장을 거론한 것도 이러한 문제점을 인정했기 때문으로 보인다. 여기에서 외국 이론이나 판례의 무비판적 수용의 문제점을 발견할 수 있다.

66) 언론중재위원회, 『국내언론관계판례집』 제1권(1990)에 수록된 정정보도청구 관련 판례 28건을 분석해 보면 심판청구 후 제1심 판결까지는 평균 3.8개월, 원보도가 있고 나서 제1심 판결까지는 평균 5개월이 소요되었고, 심지어 원보도가 있고 나서 1년여가 지나서야 제1심 판결이 선고된 예도 있다(출천지방법원 1989. 11. 3. 88카1616 판결의 경우 정정보도청구의 대상이 된 원보도는 1988. 9. 5. 자 강원일보에 게재된 것이었다.)

<표 2> 연도별 실제 정정보도율⁶⁸⁾

구분 연도	신청건수	정 정 보 도 건 수					정정보 도율(%)
		소계	합의	불성립	기각	취하	
1981	44	16	9	5		2	36.4
1982	50	28	19	5	4	8	56.0
1983	71	35	20	7		8	49.3
1984	54	24	11	8		5	44.4
1985	59	20	8	5		7	33.9
1986	49	27	14	2		11	55.1
1987	47	17	10	4	1	2	36.2
1988	55	34	16	5		13	61.8
1989	121	59	28	10		21	48.8
1990	159	90	40	10		40	56.6
1991	220	103	51	9		43	46.8
1992	381	191	78	12		107	51.7
1993	423	229	129	16		84	54.1
계	1,733	879	433	98	1	347	50.7

<표 3> 법원제소현황(1심)⁶⁹⁾

구 분	인 용	기 각	화 해	취 하	각 하	계속중	계
건 수	34	27	6	42	2	17	128
비율(%)	26.56	21.10	4.69	32.81	1.56	13.28	100.0

이러한 상황에 비추어 보면 정정보도심판의 재판기간은 매우 단기로 규정할 필요가 있으며, 특히 제1심 재판의 경우만이라도 그 기간을 매우 단기로 규정할 것이 요구된다.⁷⁰⁾

67) 이해복, 「언론중재제도 운용 10년의 문제점과 발전방안」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄), 18쪽.

68)

69) 언론중재위원회, 「'93년도 중재신청처리 및 시정권고 현황」, 95쪽.

70) 위의 헌법재판소 결정에서 소수의견을 개진한 두 재판관은 현행법상의 정정보도청구 제

4. 정정보도 시한

정간물법 제16조 3항은 “발행인 또는 편집인이 정정보도게재 청구를 받은 때에는 지체 없이 피해자 또는 그 대리인과 정정보도의 내용, 크기 등에 관하여 협의한 후 일간신문과 주 1회 이상 발행하는 정기간행물 및 통신은 요구를 받은 날로부터 9일 이내에 같은 정기간행물에, 그 밖의 정기간행물은 편집이 완료되지 아니한 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 한다”고 규정하고, 방송법 제41조 3항은 “방송국의 장 또는 편성책임자는 정정보도청구를 받은 때에는 지체 없이 피해자 또는 그 대리인이 정정보도의 내용 등에 관하여 협의한 후 이를 무료로 방송하여야 한다”고 규정하여 정정보도의 시한을 규정하고 있다.

정기간행물의 경우에는 정정보도문을 언제까지 게재하는지 확정할 수가 있으나 방송의 경우에는 위의 규정만으로는 그 확정이 불가능하여 실제 정정보도가 나가는 것은 상당한 기간이 지난 후일 가능성이 커진다. 일정한 시간이 지난 뒤의 정정보도, 그 효과란 불을 보듯 뻔하다.⁷¹⁾ 특히 방송의 경우 그 효과가 매우 광범위하고 즉시적인 점을 고려한다면 이와 같은 정정보도 시한의 불특정은 방송국에 일방적으로 유리하며 사실상 반론권을 유명무실하게 하는 자의적인 것이다.⁷²⁾

도가 반론권 제도가 아니라 민법 제764조와 같이 명예권 침해를 당한 피해자의 원상회복 청구 제도라는 것을 전제로 당연히 정식재판절차에 의하는 것이 옳다고 하고 있으나 이는 현재의 정정보도청구권이 보도의 불법성과 무관하게 행사할 수 있다는 점이나 정정보도의 내용 자체가 엄격히 제한된다는 점에 비추어 볼 때 이를 명예훼손에 대한 원상회복청구라고 파악하기는 곤란할 것이다. 설사 그러한 전제에서 헌법상의 평등이나 재판청구권과 관련하여 정식재판절차에 의하는 것이 정당하다고 해도 그러한 재판절차 역시 매우 단기간이 되어야 함은 마찬가지라고 하겠다.

71) 앞에서 보았듯이 헌법재판소가 가처분절차와 관련하여 지적한 두 번째 측면은 이 점을 적절히 지적한 것이다. 헌재 1991. 9. 176. 선고, 89헌마165 결정(헌법재판소판례집 제3권, 533~534쪽).

72) 방송의 경우에 관해서는 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 178쪽.

5. 정정보도문

현행법은 “정정보도문에 관하여 정정보도문의 자수(자수)는 이의의 대상이 된 공표내용의 자수를 초과할 수 없다”고만 규정하여(정간물법 제16조 5항 후문, 방송법 제41조 5항) 그 기준을 정하고 있다. 그러나 이는 언론기관의 보도의 위력을 지나치게 과소평가한 것이다.

일단 언론에 보도가 나가고 나면 그것을 실질적으로 되돌린다는 것은 매우 어렵다.⁷³⁾ 예컨대, 추후보도청구권이 인정되는 경우처럼 일단 범죄혐의사실을 보도하고 나면 설사 그 사람이 후일 무죄의 확정판결을 받는다 하더라도 한번 유죄보도를 접했던 사람들의 인식 속에서는 여전히 유죄로 남아 있을 가능성이 매우 크며, 이러한 인식을 바꾸기 위해서는 최초의 유죄보도보다 몇 배의 상세하고 심층적인 추후보도가 행해져야만 한다. 마찬가지로 동일한 문자 크기로, 동일한 면의 동일한 부위에 정정보도문을 게재하고(정기간행물의 경우), 동일한 시간, 동일한 프로그램에 동일한 사람의 입을 통하여 정정보도가 행해진다고 하더라도(방송의 경우) 일단 행해진 보도의 효과를 돌이키는 것은 매우 힘든 일이다. 실제 언론중재위원회의 설문조사결과에 따르면 정정보도가 있고 난 후 피해회복에 대하여 긍정적인 답변을 한 사람은 약 24%에 지나지 않았다.⁷⁴⁾

정정보도청구가 단순한 인격권의 보호 차원에 그치는 것이라 하더라도 침해된 인격권을 회복하기 위해서는 원래 행해진 보도나 방송보다 훨씬 더 강력한 것이 되지 않는 한 그 효과는 매우 의

73) 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 178쪽.

74) 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 20쪽.

심스럽다. 게다가 정정보도나 정정보방송은 상당한 시일이 흘러간 뒤에 보도되거나 방송될 수밖에 없었고, 특히 정정보도가 피해자와 방송국간의 협의에 따라 이루어지지 않고 정정보도심판까지 가는 경우에는 재판기일을 특정할 수 없어 그 기간은 매우 길어질 수 있다. 이러한 시간적 차이는 효과상 중대한 차이를 낳게 된다. 이 경우에도 원보도와 동일한 자수의 정정보도만을 인정하는 것은 매우 불합리하다고 할 수밖에 없다.

최초의 공표가 있고 몇 개월 뒤 또는 몇 년 뒤에 아무런 경위 설명 없이 정정보도만을 행한다면 그것은 거의 효과가 없고, 장차 언론사가 그러한 자의적인 보도를 되풀이하는 것을 전혀 억제하지 못할 것이다. 이를 언론사이 편집(편성)권 침해니 하는 식으로 비난하는 것은 결국 일반 국민에게 언론의 자유의 주체성을 부정하고 잘못된 보도에 대한 책임을 일반 국민에게 떠넘기는 것이나 다름없다.⁷⁵⁾

이와 같이 공표된 내용과 동일한 자수의 정정보도만으로는 원보도의 효과를 돌이킬 수 없음을 감안한다면 정정보도문의 내용, 크기 등에 대해서도 피해자의 권리구제에 적합하도록 적절한 기준이 마련되어야 할 것이다.

6. 언론중재위원회

한편 정정보도청구에 임하여 이를 중재하는 언론중재위원회가 관원 현재와 같은 명예직 위원들만으로 그 직무를 효과적으로 수행할 수 있을지 의문시된다. 아직은 위원회에 중재신청이 그다지 많이 제기되지는 않고 있는 형편이지만 국민들의 언론에 대

75) 언론의 자유는 결코 무제한적인 자유가 아니며 언제나 시민의 권리와 공공의 복지, 그리고 국가 안녕질서에 책임을 다해야 하는 조건적인, 즉 제한적 자유라는 사실을 명심해야 한다. 박종수, 「한국 언론의 윤리성과 자율규제」, 10쪽.

한 인식과 권리의식이 높아지게 되면 매우 많은 분쟁이 생길 수밖에 없다.⁷⁶⁾ 그리고 이러한 우려는 현실로 입증되고 있다.

앞의 <표 1>에 따르면 1981년부터 1993년까지 언론중재위원회에 중재신청된 사례는 총 1,733건으로 연평균 133건에 지나지 않는다. 그러나 1987년 이후 중재신청 사례는 급격하게 증가하고 있다.⁷⁷⁾ 즉 1987년에는 47건으로 전년보다 2건이 줄어들었으나 그 이후 신청사례는 급격히 늘어나 1993년에는 423건이 제기되어 5년 사이에 신청사례가 9배로 증가하고 있는 것이다.⁷⁸⁾

더욱이 언론중재신청을 할 경우 언론사에서 정정보도를 하게 되는 비율이 매우 높아 앞으로도 언론중재신청은 더욱 늘어날 전망이다.⁷⁹⁾

앞의 <표 2>를 살펴보면 언론중재의 결과 또는 그 과정에서 정정보도가 이루어지는 확률이 매우 높게 나타나고 있다. 즉 중재 신청된 1,733건 중 정정보도가 된 것은 879건인데 이 중 합의된 것이 433건이고 중재과정에서 정정보도된 경우(정정보도를

76) 정정보도청구 제도와 언론중재 제도가 더욱 활성화되고 정착되리라고 예측할 수 있는 이유는 네가지 정도를 거론할 수 있을 것이다. 첫째, 새로운 정기간행물의 출현으로 언론에 대한 불만처리사유가 증대할 것이고, 둘째, 언론기관의 급격한 팽창으로 전문직업적 훈련이 부족하고 직업윤리수준이 낮은 언론인이 대량으로 등장하여 그로 인한 권리침해가 빈발하게 되며, 셋째, 언론중재제도에 대한 이해가 확대되고, 넷째, 언론에 의한 권리침해로부터 자신의 권리를 지키려는 자의의식과 노력이 확산될 것이기 때문이다. 유재천, 「언론중재제도의 활성화방안」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 가을), 23~24쪽.

77) 이는 1988년 정간물법 제정 이후 신문과 잡지 숫자가 급격하게 증가하였고, 언론침해에 대한 피해자의 인식이 제고된 것이 큰 원인이 되었다. 정진석, 「언론환경의 변화와 언론중재제도」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄), 13쪽; 이해복, 「언론중재제도 운용 10년의 문제점과 발전방안」, 17쪽.

78) 그러나 아직까지 우리 나라의 정정보도 청구 제도 이용숫자는 매우 적은 편이다. 일본의 경우 1990. 9. 1.부터 한달간 96개 일반일간지를 대상으로 제5회 정정기사제상상황사를 실시했는데 그 결과에 따르면 이 중 1개 이상의 정정 기사를 게재한 일간지수는 83개지였으며 총 게재건수는 669건이었다. 일본신문협회 심사실, 「일본신문의 정정기사제상상황」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄), 87~88쪽. 이로 미루어 볼 때 비록 우리 나라보다 인수도 많고 일간지수도 많긴 하지만 불과 한달의 기간동안, 그것도 일간지만에 의해서 이루어진 실제 정정보도가, 우리 나라에서 정정보도청구 제도가 처음 생긴 1981년부터 1990년까지 10년간 모든 매체에 대한 정정보도 '청구' 숫자 전체(709건)와 엇비슷하다는 사실은 우리 나라의 경우 정정보도청구가 매우 침체되어 있음을 반증해 준다.

79) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 183쪽.

하거나 할 것을 약속함으로써 중재신청을 취하한 경우)가 347건으로 이 양자가 실제 정정보도의 88.7%에 이른다. 그런데 이는 기타의 경우 즉 중재가 불성립하거나 기각되어 법원에 정정보도 심판 청구를 함으로써 정정보도가 된 경우(99건, 11.3%)에 비해 훨씬 높은 수치이므로, 결국 언론중재의 효과가 매우 크다는 결론이 나오는 것이다.

이런 상황에 비추어 보면 중재신청은 급격히 늘어날 것을 예상되는데 현재의 비상근 명예직 제도는 이에 대처하기에는 매우 부적절한 것이다.⁸⁰⁾

또한 현재 언론중재위원회의 위원을 공보처장관이 위촉하는 방식은 지양되어야 한다. 언론중재 제도는 언론과 국민간이 분쟁 해결과 궁극적으로는 올바른 여론의 형성을 목적으로 하는데 이러한 여론형성과정에 정부가 개입하는 것은 바람직하지 않고 자칫하면 정부에 의한 언론통제의 또 다른 수단으로 운용될 우려마저 있기 때문이다. 가능하다면 언론계와 일반 국민의 여론을 잘 반영할 수 있는 인사들로 구성하되 정부의 개입은 철저히 부정되어야 한다.

IV. 정정보도청구권에 대한 적극적 해석론

언론에 의한 피해를 구제하기 위한 형행법상의 제도로서 가장 신속하고 효과적인 것이 정정보도청구라는 데에는 별 의문이 없다.⁸¹⁾

그런데 정정보도청구 제도는 반론권 제도의 한 모습임을 앞에

80) 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 184쪽.

81) 이를 명예권 등 인격권 침해이 경우에만 적용되는 것으로 해석하더라도, 침해된 명예 등을 간접적으로 밖에 회복시킬 수 없는 민형사상 명예훼손에 대한 손해배상의 방법보다는 확실히 효과적이라고 한다. 양삼승, 「반박보도 청구권(반론권)」, 26쪽.

서 살펴보았고, 반론권 제도가 보호하고자 하는 기본권은 관련 당사자의 구체적인 인격권에 국한되는 것이 아니라 본질적으로는 일반 국민의 언론자유라고 함도 알 수 있었다. 그리고 이러한 해석이야말로 공정성과 진실성과 객관성을 생명으로 하는 언론의 사회적 책임을 강조하고 있는 우리 헌법의 태도와도 직결된다고 할 것이다.

그러나 앞서 보았듯이 현행 언론관계법에서 규정한 정정보도 청구권은 이와 같은 반론권 제도의 본질이나 헌법의 태도에 비추어 보더라도 매우 불충분하거나 비효율적이라는 것을 부인할 수 없다. 그렇다면 정정보도 청구와 관련된 현행 정간물법이나 방송법의 규정들은 이러한 취지에 걸맞게 재해석될 필요가 있다.

1. 정정보도청구의 대상-‘사실적 주장’의 의미

우선 정정보도청구의 대상이 되는 것을 ‘사실적 주장’이라 하고 있는데 이를 어떻게 해석해야 할지가 문제된다. 앞서 보았듯이 다수설은 정정보도청구의 대상인 ‘사실적’ 주장을 ‘사실’ 주장과 동일시하는 문제점을 보이고 있다. 그러면 ‘사실’ 주장과 구별되는 ‘사실적 주장’이란 무엇인가?

‘사실적 주장’이란 객관적 사실을 포함하는 것은 물론이고 이를 접하는 독자나 시청자가 객관적 사실로 인식할 수 있는 것이면 모두 포함한다고 보아야 한다.⁸²⁾ 독자나 시청자로서는 보도를 행하는 언론기관이나 방송국처럼 많은 정보를 가지고 있지도 못하고 달리 정보를 입수할 수 있는 독자적인 방도도 없으므로 언론기관이나 방송사의 보도가 논평이건 사실보도이건 간에 이를

82) 이런 면에서 보면 언론사로서는 문제된 보도가 객관적 사실로 인식될 수 있는 것이 아님을 적극적으로 입증하는 부담을 져야 할 것이다.

객관적 사실로 인식할 가능성이 매우 높기 때문이다.⁸³⁾ 특히 언론기관이나 방송국에서 제한된 지면과 시간을 가지고 사실과 무관한 사항에 대하여 보도를 할 리는 없다는 점도 이러한 해석을 뒷받침해 준다.⁸⁴⁾ 또한 대중매체에게 진실보도의 의무가 인정되는 점을 보더라도 이러한 해석은 매우 타당하다. 물론 신속한 보도의 필요성 때문에 일반적인 진실보도의무는 인정되지 않으나, 언론은 공표사항의 진실성·출처·내용에 관하여 상당한 주의로써 심사할 의무가 있음은 분명하고⁸⁵⁾ 이는 위의 해석론에 정당성을 제공해 준다.

또한 현행법은 정정보도 게재의 거부사유의 하나로 “청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우”를 들고 있는데(정간물송법 제41조 3항 단서), 이 역시 법 소정의 ‘사실적 주장’이 ‘사실’ 주장과 동일한 것이 아님을 보여주고 있다. ‘사실적 주장’이 ‘사실’ 주장과 동일한 것이라면 사실의 진위 여부를 불문하고 정정보도청구를 허용하는 규정 취지 자체의 모순되는 결과를 초래한다. 즉 사실보도에 의하여 피해를 받은 자도 정정보도를 청구할 수는 있지만 그 정정보도는 사실에 명백히 반하는 것이 되므로 결국 정정보도는 게재되지 못할 것이기 때문이다. 오히려 “청구된

83) 사회일반인의 의식구조 속에서는 신문이나 방송 등에 의하여 일단 보도된 사실은 거의 무조건적으로 진실한 것으로 받아들여려는 경향이 있다고 한다. 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」, 27쪽. 이 점은 박용상도 지적하고 있다. “논평이나 비판 등 의견표현은 보통 사실관계에 근거하게 마련이고 선정적인 잡지언론에서는 사실주장과 함께 주관적인 평가나 가치판단이 혼합되고 있기 때문에 보도내용 중 정정보도청구의 대상이 될 수 있는 부분과의 한계가 모호해지기 쉽다. 이 경우에는 의견과 사실 중 무엇이 전면에 서고 중요한 의미를 갖는가에 따라 판단하여야 하난. 그리고 그 판단의 표준이 되는 것은 사실 없는 일반 독자가 받는 인상이다.” 박용상, 「판례를 통해 본 정정보도청구권의 실재」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄), 23쪽. 그러나 불행하게도 이러한 판단표준은 앞서 본 우리 법원의 판결에 의하여 부인되었다. 서울민사지방법원 1992. 11. 26. 92카기 649 결정.

84) 김종서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 185쪽.

85) 이와 같은 진실보도의무는 폐지된 언론기본법 제9조에 규정되어 있다가 현재는 없어졌으나 이러한 의무는 진실의 전달자여야 할 대중매체에게 당연히 인정되는 조리상의 의무라고 한다. 김철수, 『헌법학개론』(박영사, 1992), 454~455쪽; 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 1992), 419~420쪽 참조

정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우”라는 문구를 든 것은 순수한 사실 보도 이외의 사항에 대하여도 정정보도청구가 허용됨을 전제로 하고 있다고 보아야 한다.⁸⁶⁾ 예컨대 일정한 가치 판단에 대한 정정보도를 청구했는데 그 정정보도의 내용이 객관적 사실에 명백히 반하는 경우가 있을 것이다. 법제41조 3항 소정의 위 문구는 바로 이런 경우를 전제로 하고 있는 것으로 해석해야 할 것이다.⁸⁷⁾

2. 청구권자-관련자

다음으로 정정보도 청구를 할 수 있는 자는 이러한 사실적 주장에 의하여 “피해를 받은 자”이다. 이 경우의 “피해”가 다수설의 주장처럼 인격권에 대한 침해에 국한되어야 할 필요도 없고 또 그래서도 안된다. 표현의 자유에 대한 침해 역시 엄연히 피해 개념 속에 포함된다.

물론 다수설과 언론사는 “그래도 국민들은 자기 의견을 다른 사람에게 자유롭게 이야기할 수 있으니, 언론사의 보도가 있다한들 표현의 자유가 침해되었다고 할 수는 없지 않느냐”고 의문을 제기할지도 모른다. 그러나 일단 신문·방송에 의하여 보도된 사항을 개인의 힘으로 돌이키거나 언론사의 견해와 다른 의사를 다른 사람에게 전달하는 것이 얼마나 어려운지는 굳이 설명을 요하지 않는 것이고, 언론의 보도 자체만으로도 개인의 의사표현

86) 이러한 해석은 “정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우”라는 예외사유를 확장하여 해석, 적용될 우려(양건, 「반론권에 관한 소고-우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 176쪽)를 방지하는 측면도 있다.

87) 헌법재판소는 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우에 정정보도문의 게재를 거부할 수 있도록 한 이 규정을 청구권의 행사범위를 축소하여 보도의 자유에 대한 침해를 최소화하려는 장치로 이해하고 있지만, 오히려 이는 정정보도청구의 대상을 사실주장을 넘어 사실로 오인될 수 있는 논평 등에까지 확대할 수 있는 근거규정으로 이해하는 편이 더 바람직하지 않을까 한다.

및 전달의 자유가 심각하게 침해될 가능성은 항상 열려 있다. 그런데도 이러한 침해에 대하여 정정보도청구를 인정하지 않는다면 결국 국민이 가지는 표현의 자유란 언론의 위력 앞에서 기껏해야 “아무도 설득할 수 없는 고독의 외침”에 그치게 되고 마는데 헌법이 보장하는 표현의 자유가 고작 이 정도의 것이라고는 믿을 수 없다.

또한 공적 제도로서 자격을 갖춘 언론을 보장받을 권리, 즉 언론으로부터 공정하고 객관적인 정보를 지속적으로 받을 권리 등 국민의 정보수령권은 이러한 보도에 의하여 즉각적으로 침해당하게 되는데, 그러한 피해가 정정보도청구의 요건이 되는 피해가 아니라는 것은 매우 자의적인 해석이다. 국민의 표현의 자유에 대한 침해 역시 법 제41조이 피해개념 속에 당연히 포함되는 것이라고 보아야 한다.⁸⁸⁾

한편 정정보도청구의 입법취지는 보도된 사실적 주장의 진실 여부를 묻지 아니하고, 국민의 표현의 자유를 보장함으로써 정확한 여론형성에 이바지하려는 데 있다. 이 점을 감안할 때, 비로소 그 요건으로서 피해를 받았다는 것은 단지 사실적 주장에 비관련되었다거나, 언급되었다는 것으로 족하다고 할 수 있게 된다.⁸⁹⁾

또한 정간물법 제16조 3항 단서와 방송법 제41조 3항 단서는 언론사가 정정보도 게재를 거부할 수 있는 사유의 하나로 “정정보도청구권의 행사에 정당한 이익이 없는 경우”를 규정하고 있다. 이는 “피해자의 정정보도청구권을 보장하되 이를 아무런 제한 없이 인정함으로써 인하여 일어날 수 있는 언론활동의 마비 내

88) 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 186쪽.

89) 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」, 33쪽 ; 양삼승, 「언론중재제도의 개선방안-반박보도청구권 등에 관한 법률의 제정-」, 10쪽; 박용상, 「정정보도청구권 및 언론중재제도의 입법론적 개선방안」, 13쪽.

지는 위축을 아울러 방지하고자 함에 있다”고 한다.⁹⁰⁾ 그리고 정당한 이익이 없는 경우의 하나로서 “정정보도에 기재될 내용과 원문기사에 보도된 내용이 본질적인 핵심에 관련되지 못하고 지엽말단적인 사소한 것에만 관련되어 있을 뿐이어서 이의 시정이 올바른 여론형성이라는 본래의 목적에 기여하는 바가 전혀 없는 경우”를 들고 있다.⁹¹⁾

언뜻 보기에 “정당한 이익”에 대한 법원의 이 같은 해석은 매우 타당해 보이지만 법원이 구체적으로 정당한 이익이 없는 경우로 인정한 사례를 보면 이러한 해석에는 상당한 자의(자의)가 개입할 소지가 있음이 발견된다. 이러한 예를 잘 보여준 사례로 바로 위의 서울민사지법 1992. 11. 26, 92카기649 결정을 들 수 있다.

이 사건에서 법원은 서울신문의 원보도 중 「범민련은 겉으로는 남북합의서 이행 등 통일을 앞당기기 위한 슬로건을 내걸고 실제로는 반전, 반핵, 미군 철수 등과 연방제 통일을 위한 민족통일 정치협상회의 소집을 지지하는 등 북한의 대남적화노선을 그대로 추종하고 있다」는 부분에 대하여 범민련이 그 게재를 청구한 정정보도문 중 『……범민련이 주장하는 연방제는 1국가 2체제라고 한다면, 고려연방제는 1국가 2지역이라고 할 수 있다』는 부분은 “북한과 범민련의 노선 중 일부 차이가 있는 내용에 관한 것으로서 위 기사 및 정정보도문 내용의 본질적인 핵심에 관련되지 못하고 지엽말단적인 것에 불과하여…… 정정보도청구권의 행사에 정당한 이익을 갖는다고 볼 수 없다”고 하여 정정보도심판청구를 기각하였다.

그러나 이 사건 기사의 핵심은 범민련과 북한의 노선이 동일하

90) 대법원 1986. 12. 23. 86다카818 판결.

91) 대법원 1986. 12. 23. 86다카818 판결; 서울민사지법 1992. 12. 26, 92카기649 결정.

다는 것이고 그 중 중요한 내용의 하나가 연방제인 데도 이를 지엽말단적인 것에 불과하다고 하고 있어 “정당한 이익”의 판단에서 법원의 상당한 자의가 개입되었음을 보여주고 있다.

따라서 이와 같은 자의 개입을 방지하기 위해서는 “정당한 이익이 없는 경우”에 관해서 엄격한 해석이 요구되며 그럴 때에만 정정보도청구 제도의 취지가 살아날 수 있다고 하겠다.

3. 정정보도문-무기대 등의 원칙

한편 정정보도가 진정 효과적인 것이 되려면 그 방식을 결정하는 기준은 “무기대등의 원칙”이 되어야 한다. 그리고 “무기대 등의 원칙”은 이의의 대상이 된 보도가 이루어진 것과 같은 장소, 같은 시간에 같은 분량의 정정보도가 이루어져야 하는 것으로 이해되고 있다.⁹²⁾

그러나 이것만으로는 무기는 대등해지지 않는다. 우리 법은 그나마도 규정하고 있지 않고 오로지 정정보도문의 자수는 이의의 대상이 된 공표내용의 자수를 초과할 수 없도록 되어 있을 뿐인데, 이것이 언론기관의 보도의 위력을 지나치게 과소평가한 매우 부당한 것임은 이미 지적한 바 있다. 진정 정정보도청구가 침해된 권리를 회복할 수 있는 효과적인 수단이 되기 위해서는 원래 행해진 보도나 방송보다 훨씬 더 강력해야 하며 이는 법기술적으로도 충분히 가능하다.

우선 정정보도문이 원보도의 자수를 초과할 수 없도록 되어 있는 현행법의 테두리를 벗어나지 않는 범위 내에서도 적절한 해석론이 고려될 수 있다. 그 하나로서 생각해 볼 수 있는 것은, 당사자의 협의가 결렬되어 중재절차로 이행하거나 언론사를 거

92) 박용상, 「언론기본법」, 211쪽.

치지 않고 곧바로 중재신청을 하였으나 중재가 불성립되어 정정보도심판까지 가는 경우에는 정정보도를 하게 되기까지의 경위보도를 정정보도에 포함시킬 수 있다는 입론이다. 물론 그 경위보도는 정정보도문과는 별도로 할애되어야 한다. 기존의 해석론에 따르더라도 이러한 경위보도를 포함시킬 수는 있으나 그 자체가 정정보도문 자수에 포함되는 것으로 해석해 왔기 때문에 큰 효과를 기대할 수 없었다.⁹³⁾

경위보도가 정정보도와 별도로 인정되면, 언론사로서는 그 보도 자체에 대한 공신력에 손상을 입음은 물론 정정보도청구에 대하여 보인 땀땀하지 못한 태도까지 일반에 공개된다는 점에서 언론의 권력적 태도에 상당한 타격을 입힐 수 있으므로, 정정보도청구의 실효성이 매우 높아지게 되어 우선 관련당사자의 표현의 자유가 상당 부분 실현되게 된다. 또한 공신력 실추를 두려워하는 언론으로서는 권력적 태도를 지양하고 국민을 위한 공정한 여론형성이라는 본연의 역할을 다하게 될 것이므로, 궁극적으로 언론을 하나의 제도로서 보장하는 헌법의 정신이 구현되도록 하는 데도 정정보도청구 제도가 크게 이바지하게 될 것이다.

이렇게 할 때에야 비로소 국민은 언론사의 위력에 맞설 수 있는 대등한 무기를 가질 수 있게 된다. 즉 이것이야말로 “무기대등의 원칙”이 실현되는 길이다. 법원의 적극적 해석이 요구된다.

이에 더하여 입법론적으로는 정정보도문이나 정정보도방송의 규모는 최소한 원보도와 동일한 분량의 것이어야 하되, 2~3배를 초과하지 않는 범위 내에서 원보도공표일시와 정정보도일시 사이의 경과시간에 비례하여 일정 정도를 가산하는 방식이 고려되어야 하며, 언론보도의 위력을 감안할 때 이러한 방식이 훨씬 더 합리적이다. 그 방식을 구체적으로 살펴보자.

93) 김종서, 「시청자의 방송통계에 관한 연구」, 187~188쪽.

우선 공표내용과 동일한 자수의 정정보도만 행하면 되는 최대 경과시간을 정해야 한다. 현행법에 따르면 중재신청을 한 경우 언론중재위원회는 신청이 접수된 후 14일 이내에 중재를 처리해야 하므로(정간물법 제18조 7항), 이를 유추해석하면 정정보도청구가 있고 그에 따라 청구인과 언론사 사이에 협의가 이루어져 정정보도 청구 후 14일 이내에 정정보도를 할 경우에는 공표내용과 동일한 자수의 정정보도를 하도록 한다. 그러나 협의가 이루어지지 않고 중재절차나 정정보도심판절차로 이행할 경우에는 정정보도청구를 한 때부터 정정보도를 실제로 게재할 때까지의 경과시간에 비례하여 일정 분량을 정정보도문에 가산한다(물론 이 경우에도 정정보도가 청구 후 14일 이내에 게재되면 원보도와 동일한 분량만 게재하면 된다). 그리고 중재신청기간(14일) 종료 이후에는 기간에 관계없이 최대 정정보도문(원보도의 2~3배)을 게재하도록 한다. 이 경우 정정보도청구 후 14일 Work 되는 날을 원보도와 동일한 분량의 정정보도문만 게재하면 되는 최종시한으로 본다. 다음에 실제 정정보도를 게재하는 날짜가 정해지면 정정보도청구 후 15일째부터 정정보도문 게재일까지의 기간이 중재기간 종료일까지의 기간에서 차지하는 비율에 따라 일정 분량을 가산하는 방식으로 정정보도문의 분량을 정할 수 있게 된다. 예컨대, 정정보도문의 최대분량이 원보도의 3배까지 허용된다고 하고, 정정보도청구가 1994. 7. 1. 에 있고 협의가 결렬되어 1994. 7. 10.에 중재신청을 하여 중재절차에서 1994. 7. 15. 에 합의를 하여 1994. 7. 20. 에 정정보도문을 게재하기로 하였다고 가정하자. 원보도 분량을 넘는 정정보도문을 게재해야 하는 기산점은 1994. 7. 15.이고, 중재시한은 1994. 7. 24. 일이다. 실제 정정보도일은 7. 20. 일이므로 경과기간은 6일이고 3배 정정보도문 게재를 해야 하는 날까지의 전체 기간은 7. 15.부터

7. 24. 까지 10일이다. 따라서 실제 게재해야 할 정정보도문은 원 보도분량에다가, 추가될 수 있는 분량(원보도의 2배) $\times 6/10$ 을 합한 것이 되어 결국 정정보도문은 원보도의 2.2배까지 게재할 수 있게 된다.

한편 언론기관에 정정보도청구를 하지 않고 곧바로 중재신청을 하는 경우에는 중재신청일이 정정보도청구일이 되므로 중재기간 내에 게재하게 되면 언제나 원보도와 동일 분량의 정정보도를 게재하게 되고, 중재기간 종료 후 보도하는 경우에는 종료일부터 실제 보도일까지의 기간이 차지하는 비율에 따라 가산하면 될 것이다. 이렇게 하면 중재신청을 먼저 하느냐 나중에 하느냐에 관계없이 정정보도의 분량은 동일하게 계산되지만 절차상으로는 중재신청을 먼저 이용하는 것이 더욱 간편하게 되어 중재제도의 취지를 살려 그 이용을 늘릴 수 있게 될 것이다.

4. 정정보도의 시한

또한 현재 정정보도의 시한이 특정되어 있지 않은 것은 피해자의 권리회복에 매우 불리한 것이므로 정간물법 제16조 3항과 방송법 제41조 3항 소정의 “지체 없이”란 규정은 아주 제한적으로 해석되어야 할 것이다. 즉 언론사의 발행인 또는 편집인 그리고 방송국의 장은 피해자가 원할 경우에는 청구가 있는 당일 또는 늦어도 1-2일 이내에 정정보도에 관한 협의를 행하고 협의가 성립하는 날부터 가장 가까운 시일 내에 발행(방송)되는 같은 정기간행물(동일 프로그램)에 정정보도를 게재(방송)해야 하며, 그 기간 내에 정정보도가 행해지지 않을 경우에는 청구인은 즉각 후속절차를 이행할 수 있는 것으로 해석해야 한다. 왜냐 하면 협의를 질질 끌면서 정정보도를 행하지 않을 경우 청구인의 권리

회복에는 중대한 장애가 발생하기 때문이다.⁹⁴⁾ 이는 언론사측이 정정보도에 매우 인색한 경향을 보였다는 대답이 거의 대부분이었다는 언론중재위원회의 설문조사결과에 의하여 입증되고 있다.⁹⁵⁾ 언론사가 중재에 임하는 태도도 매우 소극적일 뿐 아니라, 정정보도청구 제도나 중재 제도 자체도 매우 부정적으로 보고 있다는 평가가 상당수였다는 사실도 이를 뒷받침해 준다.⁹⁶⁾ 또한 실제 정정보도심판을 법원에 청구하여 제1심에서 승소판결을 얻었음에도 정정보도를 하지 않고 항소하고 별도의 간접강제신청에 의해서야 비로소 정정보도문을 게재하는 사례가 많다는 것도 이러한 우려를 실증해 준다.⁹⁷⁾

이와 같은 조사결과를 바탕으로 해서 볼 때 정정보도의 시한을 명확하게 정하지 않은 것은 결국 적절한 대응무기를 갖지 못한 신청인에게만 일방적으로 불리하게 작용한다. 이러한 생각이 결코 기우만은 아님을 입증해 주는 또 다른 자료도 있다.

과거의 통계이긴 하지만 피해자와 언론사간에 협의가 이루어지지 않으면 언론중재절차로 이행하게 되는데 중재가 원만히 이루어지지 못하고 불성립되는 사례가 매우 많았고 합의 결렬 이외에 가장 중요한 사유가 언론사측의 비협조(중재절차에 불출석)로 나타났다.⁹⁸⁾ 즉 아래 <표 4>에 따르면 언론사측의 불출석은

94) 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」, 18쪽.

95) 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 14쪽.

96) 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 17~18쪽.

97) 언론중재위원회, 『국내언론관계판례집』 제1권(1990)에 수록된 정정보도청구 관련 판례 28건 중 신청인이 승소한 것은 17건인데 이 중 간접강제신청 후에야 비로소 정정보도문을 게재한 것이 7건에 이르고 있다.

98) 불출석으로 인한 중재불성립이 적지 않게 나타나고 있었다는 사실은 언론사측의 피해구제의식이 부족하고 폐지된 언론기본법에는 언론사의 출석을 의무화하는 규정이 없었기 때문이라고 한다. 안광식, 「언론중재제도의 기능적 결함과 개선방향」, 23쪽. 그러나 1988년 정간물법이 제정되면서 2회의 불참은 합의에 동의한 것으로 간주한다는 규정을 둬으로써 이후 언론사의 중재과정 불참으로 인한 불성립은 거의 없어졌다. 그렇지만 그 대신 신청인들로 하여금 취하시킴으로써 합의를 기피하는 경우가 많아지고 있어 사실상 별다른 변화가 있다고 하기는 어렵고, 불성립간주기간이 지나치게 단기간이어서(14일) 충분한 합의의 기회를 갖지 못하게 된다는 문제점은 여전히 미결인 채로 남아 있다고 한다. 안광식, 「언론중재제도의 기능적 결함과 개선방향」, 24쪽; 유재천, 「언론중재제

쌍방불출석을 포함하여 49건으로 신청인 불출석 25건의 2배 가까이 되고 있다.

<표 4> 언론중재 불성립이유⁹⁹⁾

구 분 연도	불성립건수	불출석으로 인한 불성립			합의결렬
		신청인 불출석	피신청인 불출석	쌍방불출석	
1981	12	1	6		5
1982	19	1	7	2	9
1983	22		8		14
1984	29	4	6	3	16
1985	28	3		5	20
1986	10	1		1	8
1987	9				9
1988	12				12
1989	35		2	1	32
1990	43		5	5	35
계	219	10	34	15	160

이로 미루어 볼 때 언론사측의 소극적 태도는 중재과정 뿐만 아니라 피해자가 먼저 언론사에 정정보도를 청구하는 경우 이루어지는 협의과정에서도 그대로 나타난다고 생각할 수밖에 없고, 이의 시정을 위해서는 앞서 본 바와 같이 정정보도 시한에 대한

도의 활성화방안」, 26쪽; 이해복, 「언론중재제도 운용 10년의 문제점과 발전방안」, 18쪽.
 99) 언론중재위원회, 「10년간 언론중재 처리 및 시정권고 통계」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄), 47쪽.

엄격한 해석이 요구된다.¹⁰⁰⁾

5. 언론중재위원회의 구성

다음으로는 정정보도청구 등 분쟁의 중재를 담당하는 언론중재위원회의 구성과 운용의 적절성에 관한 것이다. 즉 최근 들어 국민들의 언론에 대한 관심이나 권리의식이 매우 높아지고 있는데, 이는 필연적으로 많은 분쟁을 낳게 될 것임은 앞서 지적한 바와 같다. 그렇다면 언론중재위원회도 이와 같은 분쟁 증가에 대비하여 그 직무를 효과적으로 수행할 수 있도록 하기 위해서는 현재와 같은 명예직 제도를 지양하고 적어도 위원들 중의 절반 정도는 유급상근직으로 하는 것이 바람직하다.

한편 현재와 같이 중재위원을 공보처장관이 위촉하는 방식을 지양하고 언론계와 비언론계를 대표하는 인사들로 구성하되 해당 단체에서 선출하도록 하는 것이 바람직할 것이다.¹⁰¹⁾

V. 맺는 말

지금까지 나는 현행법상의 정정보도청구 제도의 문제점을 밝히고 그 개선방안을 개괄적이거나 제시하였다. 그 결과 적절한 해석론적 기법을 이용한다면 정정보도청구를 통하여 언론보도를 어느 정도 통제할 수 있음을 알 수 있었다. 즉 적절한 해석론을

100) 앞에서 본 언론중재위원회의 설문조사결과에 따르면, 언론중재위원회에 중재를 신청하기 전에 언론사측에 직접 항의하였다고 응답한 73명 중 언론사측으로부터 잘못을 인정하고 정정보도를 하겠다는 대답을 들은 사람은 단 1명도 없었고, 언론사가 잘못을 부인하는 한편 위협을 가했다고 한 응답자가 14명에 이르고 있는 사실은 이를 잘 보여 준다. 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 13~14쪽.

101) 유재천, 「언론중재제도의 활성화 방안」, 30쪽; 박용상, 「정정보도청구권제도의 일반적 고찰」, 53쪽; 박용상, 「정정보도청구권 행사의 요건과 절차」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 겨울), 68쪽; 안광식, 「언론중재제도의 기능적 결합과 개선방향」, 24쪽.

통하여 정정보도청구의 대상을 확대하고 청구적격을 완하하며 그 효과를 배증시키는 것이 제한된 범위 내에서의긴 하지만 어느 정도는 가능하다는 결론을 얻게 되었다.

그러나 그 효과는 관련 당사자에게만 국한되는 것이어서 보다 많은 국민의 입장에서 권력화한 언론을 통제하는 장치로서는 여전히 미흡하다는 느낌을 지울 수 없다. 정정보도청구 제도가 진정 효과적인 국민의 언론통제장치로서 자리잡기 위해서는 기존 해석론과 판례에 대한 끊임없는 문제제기와 가능한 대안들의 제시, 그리고 정정보도청구 제도를 국민의 언론자유 실현을 위한 적극적인 수단으로 인식하고 활용하는 굳건한 수용자운동의 뒷받침이 없으면 안된다는 점을 강조하고 싶다.

참 고 문 헌

1. 저 서

- 권영성, 『헌법학원론』 (법문사, 1992).
- 김성남, 「언론중재제도의 법적 고찰」, 『언론중재』 (언론중재위원회, 1989 가을).
- 김중서, 「시청자의 방송통제에 관한 연구」 (서울대학교 법학박사학위 논문, 1993. 12).
- 박용상, 「여론의 자유와 언론의 자유」, 『방송연구』 (방송위원회, 1990 겨울).
- 박용상, 정정보도청구권 및 언론중재제도의 입법론적 개선방안」, 『언론 중재위원회, 1989 가을』.
- 박용상, 「정정보도청구권 행사의 요건과 절차」, 『언론중재』 (언론중재위원회, 1991 겨울).
- 박용상, 판례를 통해 본 정정보도청구권의 실제」, 『언론중재』 (언론중재위원회, 1993 여름).

- 박종수, 「한국 언론의 윤리성과 자율규제」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1993 여름)
- 박형상, 「언론으로부터의 자유와 법적 대응」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』(한나래, 1993).
- 성낙인, 「한국언론법제의 특징과 문제점」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1990 봄).
- 안상운, 「우리 나라의 언론피해구제제도 : 판례를 중심으로」, 김동민 편, 『언론법제의 이론과 현실』(한나래, 1993).
- 안용교, 「ACCESS권-MASS MEDIA에 대한 ACCESS권을 중심으로-」, 『현대공법의 이론』(목촌 김도창선생 화갑기념, 1982).
- 양 건, 「반론권에 대한 소고 - 우리 나라, 미국, 일본에서의 사례·판례를 중심으로-」, 『현대공법의 이론』(목촌 김도창선생 화갑기념, 1982).
- 양 건, 「반론권행사의 실제」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1982 여름).
- 양삼승, 「반박보도청구권(반론권)」, 『인권가 정의』(대한변호사협회, 1989. 5).
- 양삼승, 「언론중재제도의 개선방안-반박보도청구권 등에 관한 법률의 제정-」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1992 가을).
- 언론중재위원회, 「10년간 언론중재 처리 및 시정권고 통계」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1994 봄).
- 언론중재위원회, 「'93년도 중재신청처리 및 시정권고 현황」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1994 봄).
- 언론중재위원회, 「언론중재제도 개선을 위한 평가연구」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 겨울).
- 언론중재위원회, 『국내언론관계판례집』 제1권(1990).
- 유일상, 「언론중재제도의 활성화방안」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1989 가을).
- 이혜복, 「언론중재제도 운용 10년의 문제점과 발전방안」, 『언론중재』(언론중재위원회, 1991 봄).

- 일본신문협회 심사실, 「일본신문의 정정기사제재상황」, 『언론중재』
(언론중재위원회, 1991 봄).
- 장영수, 「최근의 언론관련판례 개관」, 『언론중재』(언론중재위원회,
1993 가을).
- 정진석, 「언론환경의 변화와 언론중재제도」, 『언론중재』(언론중재위
원회, 1991 봄).
- 최대권, 「언론과 법」, 『법학』 28권 2호(서울대 법학연구소, 1987).
- 팽원순, 『매스커뮤니케이션법제이론』(법문사, 1983).
- 허영, 『헌법이론과 헌법(증)』(박영사, 1991).
- Delp, L./Lutz, P., *Sammlung Delp-RdPubl. Das Gesamte
Recht der Publizistik*, Bd. 2(München : Rehm-Druck, 1986).
- Löffler, M./Wenzel, K. E./Sedelmeier, K. *Presserechts. Kommentar*,
Bd. I, 3. Aufl. (München : C. H. Beck'sche
Verlagsbuchhandlung, 1983).
- 堀部政男, 「マス・メディアと市民」, 『言論どマスコミナー増刊』(일본
평론사, 1987).
- 松井茂記, 『「マス・メディアと法」入門』(弘文堂, 1988).

헌법정책론에 있어서 헌법재판의 역할

오 호 택

연구원

- 목 차 -

- I. 문제의 제기
 - 1. 헌법의 규범력
 - 2. 헌법정책론의 필요성
- II. 헌법정책론의 내용
 - 1. 헌법정책론의 접근방법
 - 2. 헌법정책론의 대상으로서의 헌법
 - (1) 국민적 합의
 - (2) 헌법규범
 - (3) 헌법실현
 - (4) 결 어
 - 3. 헌법정책론의 개념
- III. 헌법재판과 헌법정책론
 - 1. 헌법재판의 특성

- (1) 일반사법과 헌법재판
 - (2) 헌법재판의 정치적 책임
 - 2. 헌법재판의 헌법정책론에서의 역할
 - 3. 헌법재판의 과정과 이 때 고려할 사항
 - (1) 헌법재판의 과정
 - (2) 합의의 부재
 - (3) 개방성과 국민의 의사
 - 4. 헌법재판을 통한 헌법정책론의 한계
- IV. 결 론

I. 문제의 제기

1. 헌법의 규범력

헌법의 규범력이라는 측면에서 볼 때 우리 헌법의 경우는 과연 어느 정도의 역할을 하고 있는가? 뢰벤슈타인의 분류¹⁾를 따를 때 우리 헌법은 “명목적 헌법(nominalistische Verfassung)” 이상은 아니었다고 생각된다. 우리의 민주주의가 성숙하지 못했다거나 헌법수호의 의지가 박약했었던 것이 하나의 이유가 될 수 있을 것이다. 이 둘은 서로의 원인이 된다. 좀 더 자세히 살펴보면, 헌법전의 규정자체가 수규자(Adressat, 규범수신인)가 받아들이기 곤란한 내용을 담고 있었던 부분도 있었다. 예컨대 이른바 1952년의 拔華改憲, 1954년의 四捨五入改憲, 5·16이후의 국가재건비상조치법²⁾, 1962년 헌법, 1969년의 삼선개헌, 1972년의 유신헌법 등에 대해서 절차와 내용의 하자를 들어 정당한 헌법이 아니라고 생각한 국민들이 그 헌법을 잘 지키려고 하지 않았을 것은 당연한 일이다.³⁾ 불행히도 우리 헌법은 처음 만들어진 이래 제 구실을 다하지 못했다. “헌법이 헌법으로서 제 구실을 다한다는 것은 정치생활의 큰 흐름을 규범적으로 주도함으로써

1) K. Loewenstein, Verfassungslehre, 3판. Tübingen 1975, 151면 이하 참조.

2) 이른바 “국가재건최고회의”에서 1961. 6. 5. 공포된 “국가재건비상조치법”은 제24조에서 “헌법의 규정 중 이 비상조치법에 저촉되는 규정은 이 비상조치법에 의한다.”라고 하여, 그 효력상 당시의 현행헌법인 1960년 헌법보다 우선한다고 규정하고 있었고 실제로 관철되었기 때문에, 절차상의 하자로 인한 위헌성은 차치하고 사실상 당시의 헌법에 해당한다. 1960년 헌법의 의견(1960. 6. 15.)로부터 5·16까지를 제2공화국으로 부를 때 그 기간은 1년이 채 안되지만 그로부터 1962년 헌법이 확정되어(1962. 12. 17.) 그 부칙 제1조에 따라 시행된 1963. 12. 17.까지는 2년 7개월이나 되며 그 동안 엄연히 헌법의 역할을 하였다. 이 법은 24개조와 부칙 5개조로 구성되었고 7차에 걸쳐 개정되었다.

3) 우리 헌법사에 대해서는 많은 문헌이 있지만, 그 중에서도 구병삭, 우리 헌법사의 회고와 전망, 한국법학의 회고와 전망(고려대학교 법학연구소 창립30주년 기념논문집), 박영사, 1991, 17-145면과 김철수, 헌정40년의 소묘, 고시연구, 1988. 7., 32-72면을 참조하였다.

사회통합의 실질적인 원동력으로 작용한다는 말이다.”⁴⁾ 그러한 **살아 있는 헌법**이란 규범력을 갖고 있어서 국민들에게 준수를 요구할 수 있는 헌법을 뜻한다. 그러기 위해서는 그 실정헌법이 **국민을 위한 헌법**이어야 하고, 또 **제대로 만들어져 있어야 함은 당연하다.**

비교적 헌법의 규범력이 높다는 독일의 경우, 1949년 본(Bonn) 기본법이 만들어질 당시에 바이마르(Weimar)공화국의 경험을 최대한 반영하여 만들었다는 점을 주목하여야 한다. 예를 들면 다수당의 난립으로 의회의 기능이 위협에 처하지 않도록 하기 위하여 수상이 선출되지 못한 경우 연방의회의 단순다수결로 선출할 수 있도록 하고(기본법 §63 ④), 건설적 불신임제도(konstruktives Mißtrauensvotum; 같은 법 §67)를 고안한 점, 나찌에 의한 민주주의 붕괴를 거울삼아 기본권의 실효(같은법 §18)와 위헌정당해산제도(같은 법 §21②)와 위헌결사의 금지(같은 법 §2) 등을 규정하고 중앙집권국가에서 연방국가로 전환하였으며(같은 법 §21 ① 등), 사법권의 독립을 강화하고 특히 연방헌법 재판소를 창설하였고, 기본권보장을 강화한 점등을 들 수 있겠다.⁵⁾ 또한 제정 이후 잦은 개정을 통하여 변화된 현실을 반영한 것이 기본법의 생명력을 지속해 온 이유이다. 한편 1787년에 만들어진 미국 연방헌법이 지금까지 생명력을 유지하고 있는 것도 그것이 만들어질 당시의 **역사적 상황을 충분히 반영하여 합의에 기초하였기** 때문이다. 또한 이듬해인 1788년에 13개 주중 9개 주의 요구를 받아들여 수정10개조의 기본권 조항을 추가함으로써 **최대한의 합의**를 이끌어 내었기 때문이다.

4) 허영, 산 헌법 죽은 헌법, 월간중앙, 162, 1987. 7., 140-149면(141).

5) 자세한 것은 Stein, E., Verfassungsgebung, Verfassungsanwendung und soziale Wirklichkeit, in : Lebendige Verfassung-das Grundgesetz in Perspektive, Neuwied/Darmstadt 1981, 1-24면(1-3) 참조.

우리의 경우는 어떠한가? 헌법이 처음 만들어질 때부터 국민의 의사를 반영한다든가 국민의 기본권보장을 강화한다는 생각보다는 오직 통치의 편의를 위해서 헌법내용이 수정되었다. “대통령으로 모셔야 될 단 하나밖에 없는 이박사가 내각책임제에 절대로 반대하는 태도를 변하지 않는 이상 한국민주당도 더 이상 내각책임제를 고집할 수 없어 헌법을 대통령책임제로 바꾸는데 찬성하기로 하였는데……”⁶⁾라는 말에서 알 수 있듯이 실정헌법이 만들어질 때 국민의 의사가 제대로 반영되지 못하고 관심분야는 주로 권력구조 문제였을 뿐, 기본권 분야는 그저 장식에 불과했던 것이다. 이러한 현상은 현대적 의미의 실정헌법이 처음 만들어진 이래 9번에 걸쳐 개정되는 동안 별로 나아지지 않았다. 현행헌법도 “처음부터 국민의 정치적인 공감대에 바탕을 두고 제정된 헌법이라고 하기보다는 국민투표라는 형식적인 절차를 거쳐 특정한 내지 집단의 집권구상에 맞게 만들어진 헌법이 국민의 생활 속에 파고들어 국민에 의해 수호되고 실현되는 생활규범으로서의 힘을 갖지 못하고 쉽게 그 규범력을 상실하게 되는 것은 당연하다.”⁷⁾고 할 수 있다.

2. 헌법정책론의 필요성

“규범과 현실의 괴리”라는 영원한 헌법학의 테마는 “**규범이 현실을 규율**하도록 만들어져야 하며 또 그렇게 해서되어야 한다.”는 말로 바꾸어 놓을 수가 있다. 법학의 궁극적 목적은 현실을 규율하는 **법을 설명하고**, 나아가 그 법이 정당한 법으로서 현실을 잘 규율하도록 **이끌어야** 한다는 점을 들 수 있다.

6) 유진호, 헌법기초회고록, 일조각, 1981, 73면.

7) 허영, 주(4)의 글, 143-144면. 다만 생활규범이라는 것은 헌법만의 특성이 아님을 지적해 두고자 한다.

헌법은 국가공동체의 거의 모든 생활이 반영되어 있고, 또 그렇게 해석될 수 있다.⁸⁾ 따라서 우리 헌법학은 이제까지의 그리고 현재의 우리 사회의 모든 부정적인 면들, 예컨대 부의 편재와 이에 따른 소외감, 비민주적 정치행태, 가치관의 혼란과 이에 따른 사회의 부조리 등에 대해서 상당부분 책임이 있다. 다시 말해서 우리 헌법학이 이러한 사회의 모순에 대해 올바른 비판과 가능한 해결책을 제시해 주었어야 한다.⁹⁾ 그러나 헌법학의 기존의 분과들은 대개 법적 현상을 설명하고 법조문을 단순해석하고, 또 그 기초로서의 이론정립·개념법학 등이 주류를 이루어 왔다. 그러나 규범과학으로서의 법학은 단순한 설명 이상이 것이 필요하다. 그것은 현실과 법질서에 대한 비판과 아울러 이상적인 상태로의 접근을 모색해야 하는 것이다. 그러한 시각은 헌법정책론에서 찾을 수 있다.

“헌법학은 더도 덜도 아니고 확실히 ‘헌법정책심의’의 권능을 가지고 있다.”¹⁰⁾ 그러므로 헌법에 대한 논의는 “헌법정책적으로 귀결되지 않으면 의미가 반감된다. 왜냐 하면 헌법학은 마지막 단계(letzter Schritt)에서 헌법정책의 차원을 배척하는 것이 아니라 포함하는 것이기 때문이다. 다시 말해서 학문은 (즉 헌법정책론은) 장래의 헌법제정권력자에게 실정헌법을 제정하는 데에 있어서 실제적인 원조(praktische Handreichung)를 해 줄 수 있고 또 해 주어야”¹¹⁾하기 때문이다. 이하에서 헌법학의 한 관점인 헌

8) Häberle, P., Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, Verfassung als öffentlicher Prozeß, Berlin 1978, 182-224면(190)에서 이야기하는 다원적 사회의 기본 구조를 포함한 넓은 개념의 헌법 참조.; 그리고 이 글 II 2 참조.

9) 물론 본질적으로 헌법이 규율할 수 없는, 따라서 헌법학·헌법정책론에서는 논의하기 어려운 분야도 있다. 이에 대해서는 Ehmke, H., Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953, 90aus 이하의 “헌법개정과 헌법초월적 한계” 부분 참조.

10) Häberle, P., Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschland, JZ 1990, 358-3636면(358).

11) Häberle, P., Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat-eine vergleichende Textstufenanalyse, AÖR 112, 1987, 54-92면(92). ()의 내용은 원문에 없음.; 같은 사람, 주(10)의 글, 358면도 같은 의미.

법정책론의 내용에 대하여 살펴보고, 특히 그 중에서 헌법재판의 역할을 살펴본다.

II. 헌법정책론의 내용

1. 헌법정책론의 접근방식

헌법정책은 오직 실정헌법상의 개정절차에 따른 합법적인 헌법 개정을 목표로 하는 정책만을 의미하거나, 헌법정책의 내용과 대상으로부터 분리된 채 헌법을 이끄는 정책을 의미하지 않는다. 오히려 헌법정책은 정책의 대상으로서 헌법을 바라보고 있다.¹²⁾ 헌법은 선행하는 권력관계에 관여했거나 이에 관련되는 헌법제정자의 경험이 표현된 것이며, 그래서 관련자의 경험을 매개로 해서, 그 때 그 때 만 최근의 갈등을 반영하게 된다.¹³⁾ 실정헌법에는 그것이 만들어지고 공포되는 시기의 시대적·사회적 목표가 반영되어 있고 이러한 역동적인 상황은 실정헌법에 편입되면서 고정화된다. 따라서 역동적인 현실과 실정헌법은 필연적으로 서로 틈이 생기는데 헌법전의 연수가 길면 길수록, 개정절차가 곤란할수록 이 틈은 더욱 넓어진다. 이러한 상태가 지속될수록 헌법의 시대적응성이 약해진다. 이러한 모순의 해소를 위하여 헌법정책론¹⁴⁾이 필요하다. 헌법정책론은 “헌법의 ‘시의적절한 개정’과 헌법이 계속발전, 시대에 맞는 실현과 ‘헌법구체화 정책’의 과정에서는 관철이라는 ‘헌법의 계속형성’(Fortbildung der Verfassung)을 의미한다.”¹⁵⁾ 다시 말해서 **헌법정책론은 헌법의**

12) Gusy, Ch., "Verfassungspolitik" zwischen Verfassungsinterpretation und Rechtspolitik, Heidelberg 1983, 1면.

13) Gusy, Ch., 같은 곳.

14) 헌법정책에 대한 학문적 논의를 헌법정책론이라 부를 수 있으며, 될 수 있으면 이 둘을 구분해서 사용하기로 하며 둘 모두 쓰일 수 있는 경우는 “헌법정책론”을 쓰기로 한다.

계속형성과정의 모든 면을 그 관심사로 한다. 실정헌법에 바탕을 두고 현실과의 관계를 분석하지만 그 실정헌법의 정당화문제도 주요한 비판의 대상으로 삼을 수 있고, 현행헌법의 테두리 내에서 문제해결이 곤란한 경우 헌법의 개정을 통하여 정당한 해결을 시도할 수 있도록 기준과 대안을 제시한다. 따라서 관심의 시점도 과거와 현재에 국한되는 것이 아니라 과거와 현재를 바탕으로 미래를 예측해서 논의하는 것이다. “헌법정책의 관심사는 불변의 문구에도 불구하고 경직되고, 낡고, 시대에 뒤떨어지는 위험으로부터 실정헌법적인 당위명제를 보호하는 것이다. 따라서 출발점은 한편으로는 핵심만 기술된 미사여구로 된 헌법규범이며, 다른 한편 현실의 규율요청에 따르는 지속적 변화이다. 여기에서 불충분한 실정헌법은 그 시대에 구속된 관계에서 해결되고, ‘현실지향적인 효력형성(wirklichkeitsorientierter Geltungsfortbildung)’의 과정에서 새로운 사실상의 필요를 위해 효력 있게 (fruchtbar)되어야 한다. 그렇게 해서 헌법제정 당시와 헌법적용시의 시대적 차이를 극복하려는 것이다.”¹⁶⁾

헌법정책론의 관점을 이렇게 볼 때 법리론(Rechtstheorie)¹⁷⁾과 비슷한 접근방향을 갖고 있으며, 다만 법이론에서 한 걸음 나아가 대안을 제시하는 미래지향적인 관점이 헌법정책론의 특색이라고 할 수 있다. 이러한 시각은 추상적이고 개방적인 헌법의 구체화 과정에서, 더욱이 실정헌법이 많은 모순을 가지고 있는 우리나라에서는 더 강조되어야 할 관점이다. 다만 헌법정책론에

15) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 2면.; Steinberg, R., Verfassungspolitik und offene Verfassung, JZ 1980, 385-392면(385).; 자세한 것은 뒤에 서술하는 3. 참조

16) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 2-3면.

17) 법이론은 독일에서, 지나치게 추상적이고 현실유리적인 법철학에 대한 반성으로 성립한 법학의 한 분과이다. 이에 대하여는 다음의 글 참조. 배종대, 법이론이란 무엇인가?, 법학논집 25, 고려대, 1987, 1-71면; Schroth, U., Was ist und was soll Rechtstheorie?, JA 1972, 1-6aus ; Rottleuthner, H., Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Freiburg/München 1981 등.

입각한 비판이 자의적인 비판이 되지 않기 위해서는 진정한 국민적 합의를 확인하고, 광범위한 토론과 비판을 통하여 국민 전체의, 적어도 다수의 공감대를 얻는 작업이 필요하다. 그러한 과정을 통하여 국민 전체의 의사라고 인정된 후에야 그 헌법정책은 실현될 수 있다.

2. 헌법정책론의 대상으로서의 헌법

헌법정책론의 개념과 내용을 논의하기 전에, 그러한 헌법정책론이 성립하기 위해서는 헌법을 어떻게 볼 것인가가 문제되는데, 우선 이에 관하여 살펴본다.

(1) 국민적 합의(Konsens des Volkes)

헌법이 규범력을 발휘할 수 있는 것은 국민적 합의의 표현이기 때문이다. 헌법이 전문에서 “헌법을 …… 국민투표에 의하여 개정한다.”라고 하고, 제1조 제2항에서 “대한민국의 주권은 국민에게 있고”라고 규정하고 있는 것은 나라의 근본법인 헌법을 국민의 의사에 따라 만들었고, 또 만들어 가야 한다는 것을 의미한다. 이 국민의 의사, 즉 **국민적 합의(Konsens des Volkes)**는 **헌법규범에 대한 국민적 공감대**를 말한다. 이 공감대는 헌법규범 전체에 대하여 또는 부분적으로 형성된다. 이는 국민들의 사상 또는 가치관과 밀접하게 관련되어 있다. “헌법의 개방성은 필연적으로 헌법해석의 이데올로기화를 초래하며 가치질서에 대한 논쟁을 포함하게 된다. 헌법 자체가 기본적으로 가치에 대한 결정을 포함하고 있다. 개별적으로가 아니라 다양하게 형성되어 있다. 헌법적으로 보호되는 가치는 고정적으로 설정되는 것이 아니

며 개별적인 경우 서로 갈등에 빠지게 되지만 고정된 서열질서가 있는 것이 아니라 구체적인 경우에 비례적으로 정서되는 과정에서 이 갈등은 해소된다.”¹⁸⁾ 이 합의의 개념은 매우 다양하게 접근되어 왔으나,¹⁹⁾ 다원적인 요소와 이해관계의 갈등이 해소되는 과정에서 이루어지는 것으로 파악할 수 있다.

(2) 헌법규범(Verfassungsnom)

헌법에 대한 국민적 합의는 그 자체가 헌법은 아니다. **그 합의는 규범화과정을 거쳐 헌법규범으로 된다.** “실정헌법의 성립과정은 현실의 단순한 기술적 묘사가 아니라 오히려 규범적 형태의 특징을 빌린 현실 접근의 의지행위(Willensakt)가 전제된다.……실정헌법은 이러한 의지를 통해서 당위질서(Sollensordnung)로서의 특별한 지위를 갖는다. 각각의 구체적 내용이 아니라 먼저 의지 행위가 헌법의 규범적 성격을 근거지운다. 의지행위의 중개가 없으면 현실헌법(Realverfassung)²⁰⁾은 실정헌법의 지위에 이를 수 없다. 현실헌법의 필연적인 미완결성(Unabgeschlossenheit)과는 반대로 실정헌법은 매우 높은 완결성(Abgeschlossenheit)을 가지고 있다. 그 의지가 없거나 예견 가능한 방법으로 표현되지 않으면 실정헌법은 변동 없이 존재한다.”²¹⁾ 다시 말해서 실정헌법은 국민적 합의의 체계화(Systematisierung)와 합리화(Rationalisierung)를 통하여 정치적 운명의 일치된 결정에 대한 의식적 의지의 표현이다.²²⁾

18) Steinberg, R., 주 (15)의 글 386면.

19) 자연법이론(Locke, J.), 체계이론(Luhmann, N.), 비판이론(Habermas, J.), 다원주의 이론(Fraenkel, E.) 등에서 합의의 개념에 대한 접근이 시도되었으며 미국의 경험적 합의이론과도 대비된다. : 자세한 것은 Vorländer, H., Verfassung und Konsens, Berlin/München 1981, 162aus 이하 참조.

20) 현실헌법이란 아직 “실정화되지 아니한 국민적 합의”로 이해된다.

21) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 29-30면.

그렇게 형성된 헌법규범은 현실에서 **실현**될 때 의미를 갖는다. 따라서 현실과 분리되어 파악할 수 없다. 그러한 점은 헌법의 개방성의 결과로, 헌법이 현실에 적용되면서 구체화되고 보충되는 점에서 더욱 그렇다. 규범프로그램(Normprogram)에 의해서 포착된(betroffenen) 규범영역(Normbereich) 속에 있는 현실이 규범 자체를 구성하는 실질적 구성 부분인 것이다.²³⁾ 따라서 사회적 현실의 변하는 헌법규범 자체의 변화를 가져올 수 있는데 그 변화된 사실이 규범영역에 속하는지를 판단하는 것은 규범프로그램이다. 헌법에 대한 국민적 합의라는 것은 이러한 현실과, 현실이 규범의 내용이 되는 과정 내지는 그 과정에서 기준을 제시하는 규범프로그램 모두에 대한 국민의 **평가**를 의미한다. 이 합의에 따라 규범화과정을 거쳐 정립되는 것이 헌법규범인데, 이 헌법규범은 해석을 통하여 의미가 확정된다.²⁴⁾ 이 때의 해석은 입법을 통한 헌법의 구체화와 재판을 통한 구체적 형성을 포함한다. 이 해석의 과정은 곧 다음에 살펴보는 헌법실현과 중첩된다.

(3) 헌법현실(Verfassungsverwirklichung)

위에서 밝힌 바와 같이 헌법에 대한 국민적 합의는 헌법규범에 반영되어 규범의 변화를 이끌어야만 한다. 또한 역으로 변화된 규범은 현실을 규율해야 한다. 그러한 연속적 과정이 국가공동체

22) Heller, H., Staatslehre, Leiden 1934, 249면 이하.; Gusy, Ch., Richterliches Prüfungsrecht, Berlin 1985, 121면도 같은 의미.

23) Müller, F., Normstruktur und Normitivität Berlin 1966, 114aus 이하 참조.

24) Ehmke, H.는 “헌법의 기본적 의미와 정치적 공동체를 위한 헌법상의 제도들을 볼 때 사항(Sache)에 접근하지 않는 해석론은 곧 헌법영역에서 부충분한 것으로 여겨진다.”고 하면서 사항관련적이며 문제를 파악하여 해명하는, 선판단에 기초하고 사건을 실천하는, 가공하는(verarbeitend) 헌법이론을 주장한다. Ehmke, H., (Häberle, P. 엮음) Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, Athenäum 1981, 338면.

(Gemeinwesen)의 통합을 유지하는 규범적 측면이다. 그러나 현실적으로 이 규범이 현실에서 실현될 때 규범의 내용이 그대로 실현되는 것은 아니다.

이러한 괴리의 원인은 다음과 같다. 우선 범규범의 특성상 규율될 현실을 앞서 규정할 수는 없다. 따라서 구체적으로 규범이 실현될 때는 이미 현실이 변화되어 적절한 규범이 아닐 수 없다. 규범의 변화가 현실의 변화를 못 따라가는 이 시차가 클수록 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)²⁵⁾은 헌법규범의 내용과 괴리가 생기는 것이다. 한편 우리 나라의 경우 정치적 주도권을 가진 일부집단에 의해 의도적으로 국민적 합의와는 거리가 먼 실정헌법을 만들어서 결과적으로 현실과의 괴리를 불러온 경우도 있었으며, 이미 정립된 헌법규범과는 다른 조치를 취함으로써 이러한 괴리를 불러온 경우도 있었다.²⁶⁾ 기술상 어쩔 수 없는 경우도 있지만, 이러한 바람스럽지 못한 상황이 생기게 되는 근본적 원인은 국민의 헌법수호 의지가 박약한 탓이며, 이러한 상황을 막기 위한 헌법질서가 제대로 마련되어 있지 못하기 때문이다. 단순히 국회에서 의결되고 국민투표에서 통과되기만 하면 정당한 헌법규범으로 보아서는 안되며 국민적 합의의 도출과정과 규범

25) "헌법규범에 반하여 실현되는 내용은 '헌법현실', 즉 실현된 헌법일 수 없다.……헌법규범의 실현은 그 규범이 인간의 행태에 제기하는 요구에 많은 적든 미치지 못하는 것이 불가피하며, ……그러나 헌법에 반하는 (contra constitutionem) 헌법현실이라고 하는 것은 존재하지 않는다." Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19판, Heidelberg 1993, 18-19면(계희열 옮김, 서독헌법원론, 삼영사, 1987, 49-50면); 한편 헌법규범과 헌법현실에 관해서는 권영성, 헌법규범과 헌법현실, 법학, 18-1, 서울대, 116-124면 참조. ; Kwon, Young-Sung, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit-Unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsentwicklung seit dem Militärstaatsreich 1961 in der Republik Korea, (Diss.) Göttingen 1974도 참조. ; 헌법현실 중 특히 기본권의 효력에 대해서는 Seon-Taek Kim, Die Interpretation der Grundrechte nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und nach der Verfassung der Republik Korea, (Diss) Köln 1992, 14-16aus 참조.

26) 예컨대 1972년 헌법의 경우 이전 헌법의 기능을 정지시킨 상태에서 만들어졌으며 그 내용 또한 국민적 합의가 반영되어 있다고 하기 힘든 것이었다. 구병삭, 주(3)의 글, 107면 이하 참조.

화 과정에 대한 근본적인 재검토와 평가가 필요하다.

(4) 결어; “실질적 의미의 헌법”

현실을 고려하여 실정헌법이 해석·실현되고 헌법규범의 내용이 확정되는 반면에 현실도 실정헌법의 영향으로 바뀔 수 있다. 즉 “현실헌법(Verfassungsgesetz)은 물론 현실과 완전하게 구분될 수 없으며 오직 부분적으로만 독립되어 있다. 법적 헌법이 만들어 낸 사회적 현실은 법적 헌법이 공포된 이후에 그것이 현실에 끼친 영향을 포함하고 있다.²⁷⁾

헌법은 여러 가지 측면에서 파악할 수 있으나 정태적이며 좁은 헌법이해는 헌법의 명시적 개정이 없을 때 어떤 위험한 상황으로부터 정당하게 벗어나도록 도그마틱적인 해결을 제시할 수도 없으며, 새로운 내용으로의 헌법계속형성에 기여하지도 못한다.²⁸⁾ 따라서 헌법정책론의 전제가 되는 **헌법을 동태적이며 넓은 의미로 파악**하고자 한다. 이러한 헌법은 정적인 국가영역뿐 아니라 동적인 사회영역과도 관련이 되며 다원적 사회구조를 포괄하는 것이다.²⁹⁾ 이러한 헌법의 제 요소는 서로 영향을 미치는 순환·역순환의 작용으로 계속된다. 그 과정에서 범단계의 하위로 내려갈수록 국민이 느끼는 헌법에 가까워질 것이며, 특히 헌법재판의 경우 가장 실체가 있는 헌법으로 느낄 것이다.

3. 헌법정책론의 개념

27) Heller, H., 주(22)의 책, 253면 이하.

28) Fiedler, W., Fortbildung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht?, JZ 1979, 417-425면(418) 참조.

29) Häberle, P., Verfassungsinterpretation und Verfassunggebung, Verfassung im Öffentlicher Prozeß, Berlin 1979, 182-224면(190) 참조.

헌법을 위와 같이 이해할 때, 헌법정책은 실정헌법의 시의적절한 개정, 헌법의 계속 발전과 시대에 맞는 실현, 그리고 헌법구체와 정책 과정 속에서의 관철이라는 의식적이며 계획적인 **헌법의 계속형성(Fortbildung der Verfassung)**³⁰⁾을 의미하며, 헌법정책론은 이에 대한 논의를 의미한다. 이를 두 단계로 나누어 보고자 한다. 헌법은 완벽한 내용을 갖고 있을 수 없기 때문에 한번 제정됨으로써 완성되는 것이 아니며, 많은 영역이 개방된 채로 남겨져 있고, 또 실사 별 흠이 없었더라도 시간이 흐름에 따라 현실의 변화로 인하여 시대에 뒤떨어질 수밖에 없는 것이다. 현실의 역동성을 헌법에 수용하는, **헌법의 계속적인 효력 형성의 헌법해석**이 헌법정책론의 첫 단계이다.³¹⁾ 헌법정책은 단순한 해석³²⁾을 넘어서는 여러 가지 특징들을 가지며, 헌법 정책론의 혁신적 요소들은 이미 결정되어 있는 내용을 넘어서는 것이다.³³⁾ 즉 헌법을 이해할 때 현실을 포함하는 사고가 헌법정책을 가능하게 한다. 따라서 헌법정책은 역동적으로 진행되는 현실과 정적이며 고정된 실정헌법을 조정(ausgleich)하는 것이다.³⁴⁾ 이로써 헌법차원에서 불분명한 “사실의 규범성”(Normativität des Faktischen) 내지는 현재에 대한 과거의 지배를 피하게 된다.³⁵⁾ 따라서 헌법정책론은 헌법보호의 역할을 한다.³⁶⁾

그러나 헌법의 해석만으로 변화하는 현실을 뒤따라가는 데에는

30) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 2면과 50면 참조.; Steinberg, R., 주(15)의 글, 385면도 참조.; 헌법정책론은 헌법제정의 경우에도 해당될 수 있으나 현재 우리 나라의 입장에서 볼 때 헌법제정에 대한 논의는 큰 의미가 없으므로 이미 제정된 헌법의 계속 형성의 측면을 주안점으로 하기로 한다.

31) Fiedler, W., 주(28)의 글, 417면 참조.; Badura, P., Kriterien und Wege der Verfassungspolitik, in : Denninger, E. 등, Staatsziebestimmungen/Gesetzgebungsaufträge(Bericht der Sachverständigenkommission), Bühl/Baden 1983, 29-41면(31)도 같은 의미.

32) 도그마틱(Dogmatik)적인 해석을 의미한다. ; 주(52) 참조.

33) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 3면 참조.

34) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 3면 참조.

35) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 4면.

36) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 2면.

한계가 있다. 해석에 의한 헌법개정은 금지되며, 의미 있는 이해의 가능성이 끝나는 곳에서 헌법변천도 헌법해석의 가능성도 끝나는 것이다.³⁷⁾ 따라서 헌법정책론의 둘째 단계는 헌법개정을 통한 실정헌법 자체의 변화에 기준과 이념을 제시하는 것이다.

결론적으로 헌법정책론은, “시대에 맞고 또 합당한 헌법효력의 계속형성을 목적으로 한, 헌법의 형식적 문구개정 없는, 헌법내용의 의식적인 계속서술(Fortschreibung)”³⁸⁾이며, 나아가 “헌법의 이념을 인식하고 헌법규정을 해석하고 이제까지의 실무의 태도를 비판적으로 검토하여 개혁을 요하는 문제에 관해서 대안을 제시하는 것이다.”³⁹⁾

보다 분명한 개념정의를 위해서 헌법정책론과 비슷하지만 구분해야 할 개념들을 살펴보자. 먼저 헌법정책론은 헌법의 기본이념을 부인하지 않고 기본적 동일성과 계속성을 유지하는 범위에서 이루어진다는 점에서 혁명론이나 혁명운동과는 다르다.⁴⁰⁾ 한편 계획(Planung)이라는 것이 있다. 독일에서는 계획에 대한 연구가 1968년의 “비상사태헌법”에 대한 논의에서 시작되었고 그 이후 여러 다른 학문분야에서도 계획을 연구의 대상으로 삼기 시작했는데 철학·사회학·정치학·경제학·행정학 등에서 연구되기 시작하였고 뒤늦게 법학에서도 논의되기 시작했다. 특히 행정법에는 많이 알려져 있지만 헌법학에서는 이제 도입단계로 여겨진

37) Hesse, K., 주(25)의 책, 28-29면(옮긴 책, 65-66면)과 같은 사람, Grenzen der Verfassungswandlung in : Festschrift für U. Scheuner, 1973 : 계획열 옮김, 헌법변천의 한계, 헌법의 기초이론, 삼영사, 1988, 71-96(93)면 참조.

38) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 4면.; Gusy, Ch.는 헌법개정의 측면을 비교적 소홀히 하고 있다. 이는 우리 나라와는 달리 헌법의 규범이 효과적으로 유지되고 실정헌법의 규정 자체에 큰 문제점이 없는 것으로 평가되는 독일의 상황이 반영되고 있는 입장이다. 그러나 우리 나라는실정헌법의 규정 자체도 많은 결함을 갖고 있으므로 헌법개정과 관련된 헌법정책론의 두 번째 단계를 무시할 수 없다. 다만 이 글은 헌법정책론 중 헌법제관을 주로 살펴보는 데 주안점이 있으므로 헌법개정 논의는 생략한다.

39) 小林直樹, 憲法政策論, 日本評論社, 1991, 5면. ; Gusy, Ch., 주(12)의 책, 4면도 같은 의미.

40) 小林直樹, 주(39)의 책, 7면 참조.

다.⁴¹⁾ “모든 계획은 일정한 방법과 내적으로 정해진 시간적 범위 내에서 미리 정해진 목표에 도달하기 위하여, 미래의 행위에 영향을 미치거나 미래의 행위를 형성하는 것을 고려하는 데 기초를 두고 있다. 따라서 계획은 미래와의 관련성, 목표지향성, 수단적 방법론(Methodik), 시대이해(Zeithorizont)로 특징지워진다.”⁴²⁾ 헌법정책론이 현실에서의 구체화를 우선적 목표로 한다는 점에서 계획과는 다르지만 미래에 필요한 대안을 제시하는 단계는 계획과 비슷한 면을 갖고 있다.⁴³⁾ 헌법정책론이 좀 더 포괄적이며 대강과 원칙을 제시하는 데 비해 계획은 기술적이고 좁은 범위에서 이루어지는 것이다. 한편, **단순한 해석**은 현시점의 문제만 다루는, 조문풀이지만 헌법정책론은 미래를 예측하여 대안을 제시하는 역할도 해야 한다는 점에서 다르다. 왜냐하면 “법은 장래의 현실을 정확히 반영할 수는 없기”⁴⁴⁾ 때문에 법의 단순한 해석은 그 시점이 미래적일 수는 없는 것이다. 다만 헌법해석은 구체화과정으로서 아직 분명하지 않은 내용을, 규율하여야 할 현실을 끌어들어서 확정하게 된다는 점에서⁴⁵⁾ 헌법정책론의 기초를 이룬다는 점은 당연하며, 헌법정책적인 관점에 따른 해석을 부인할 수도 없다. 그러나 이 둘은 기능적으로 구분되어야 하는데 단순한 헌법해석의 역할이 끝나는 곳에서 헌법정책론의 역할이 시작된다.

III. 헌법재판과 헌법정책론

41) Stern, K., Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2권, München 1980, 697-726aus(700)참조.

42) Stern, K., 주(41)의 책, 704면.

43) Badura, P., 주(31)의 글 30-31면도 헌법정책론의 미래지도적인 면과 방향제시를 강조한다.

44) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 30면.

45) Hesse, K., 주(25)의 책, 24025면(옮긴 책, 58-59면) 참조. ; Hessemer, W.도 “규범은 사실관계(Sachverhalt)가 구성되지 않으면 이해할 수 없다.”고 한다. Hassemer, W., Tatbestand und Typus, 1968, 106aus. S초개소, U., 주(17)의 글, 3면에서 다시 옮김.

1. 헌법재판의 특성

(1) 일반사법과 헌법재판

“헌행법의 해석(Auslegung)과 해석에 의한 계속형성(interpretativen Fortbildung)에 있어서 법정정책적 관점의 고려는 내적으로 일정한 한계가 있지만 정당한 …… 해석과 해석에 의한 법의 계속형성은 법원에 어느 정도 자유를 준다. 이를 통하여 주어진 활동의 여지를 메움에 있어 법정정책적 고려가 사용되고 전제될 수 있으며, 이는 전체질서의 원칙영역과 가치근거에 기초한다.”⁴⁶⁾ 그러한 영역에서 법관은 법정정책적 기능을 갖는다. “늘 열정적인 법학에 의해 지도되는 재판은 사람들이 아는 것처럼 종종 당혹스러운 결과를 가져오는, 그 때 그 때 법률을 능가하는 새로운 가치설정을 하고는 했다. 그때 그때의 ‘헌행법’은 입법자가 법률에 기술해 놓은 것뿐만이 아니라-독립적이며 법률과 시대 정신에만 기속되는-법관이 가려낸(herauslesen) 것이다. 최종심의 법효력적인 결정을 통한, 이러한 ‘가려내는 행위’(Akt des Lesens)는 법을 현실적으로 효력 있게 하는 결정적인 발생단계이다.”⁴⁷⁾

이러한 점은 헌법재판의 경우에 더욱 그러하다.⁴⁸⁾ 즉 무엇이 헌법인가를 판단하는 헌법재판을 통하여 헌법은 구체화된다. 문제는, 헌법은 다른 법에 비해 고도의 정치적 성격을 갖는다는 점

46) Larenz, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3판, 1985, 219면 이하. 원래의 취지는 법정정책적 고려의 한계를 언급한 글. ; 사법에 의한 형성은 입법자가 예견할 수 없었던 “뜻 밖의 문제 상황들”을 해결하기 위해서 불가피하다. ; Kriele, M., Recht und praktische Vernunft, Göttingen 1979, 73074, 80-81aus(홍성박 옮김, 법과 실천이성, 한림대, 1992, 89-90, 100-101면) 참조.

47) Rüthers, B., Zeitgeist und Recht, ZRP 1988, 283-285면(283).

48) Schmitt-Glaeser, W., Rechtspolitik unter dem Grundgesetz AöR 1982 337-386면(346).

이다.⁴⁹⁾ 왜냐 하면 헌법은 여러 정치세력간에 공존을 위한 정치 투쟁과 정치적 타협의 과정을 거쳐서 성립되기 때문에 다른 어느 법률보다도 정치성을 띠 수밖에 없기 때문이다. 이는 정치현실의 안정화 내지 합리화를 촉진시키기 위한 것이며, 이러한 유동적이며 때로는 비합리적인 정치현실을 최대한 규범화하기 위해서는 다른 법률과는 다른 특성을 지닐 수밖에 없는 것이다.⁵⁰⁾ 따라서 “정치적 영향력을 얻고자 하는 자는 자신의 과제와 조직의 헌법화(Konstitutionalisierung)를 고려하여야 한다. 다른 한편 그런 실정헌법적 승인과 정치적 의사형성을 동일시하는 데서, 헌법외적인 세력을 허용하지 않거나 적어도 부당하다고 선언하여야 하는 경향(Tendenz)이 생긴다. 헌법은 대상과 방법과 정치 과정에의 참여를 궁극적으로 기술하므로 이것들을 또한 한계지운다. 정치적인 것은 헌법적인 것이며 헌법은 정치적인 것이다. 따라서 현실적으로 정치적 사건은 실정헌법적인 중요성을 갖는다. 정치적 사건은 행동하는 헌법(Verfassung in Aktion)이며, 적용되고 실현되는 헌법이다. 그것은 헌법의 검증실험(Bewährungsprobe)이 된다. 역으로 실정헌법의 능력은 현실에서 발견되는 정치적 과정을 질서지우고 규율할 수 있는 능력으로 증명된다. 그로부터 곧 정치적 현실과 실정헌법 규범을 구체적으로 형성할 필요성이 나온다.”⁵¹⁾

그러므로 정치적 성격을 띠는 헌법에 대한 궁극적인 판단인 헌법재판은 일반사법에 비해 정치적인 문제를 많이 다루게 된다.

49) 小林直樹, 주(39)의 책, 9면 참조; 헌법재판의 대상인 헌법이 정치성에 대한 여러 견해에 대해서는 이옥한, 헌법재판에 있어서의 법과 정치의 긴장관계, 헌법재판연구 I, 한국사법행정학회 1993, 384-396면 참조.

50) Hesse, K., 주(25)의 책, 10-13면, 특히 13면(윤긴 책, 37-42면, 특히 42면) 참조. ; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990, 26면도 참조.

51) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 16면.; Triepel, H. 은 “정치를 포함하지 않고서 다방면의 국가법(Staatsrecht) 규범을 파악하는 것은 전혀 불가능하다.”고 한다. Triepel, H., Staatsrecht und Politik, Berlin/Leipzig 1926, 20면.; Bilfinger, C., Verfassungsrecht als politisches Recht, ZIP 18, 281-298(284-288)면도 참조.

일반사법은 헌법재판에 비해 정치적이지 않으며 따라서 재판을 통한 헌법의 구체적 형성에 직접 간여하지는 않는다. 일반사법은 주요한 판단의 잣대로 도그마틱(Dogmatik)⁵²⁾을 사용하는 반면, 헌법재판은 헌법정책론(Verfassungspolitik)에 입각하여 새로운 국민적 합의(Konsens)를 확인하는 역할을 해야 한다. 다시 말해서 헌법재판은 새로운 법질서의 형성, 즉 입법작용과 유사한 역할을 수행해야 한다.⁵³⁾ 그러한 순수한 입법작용과는 구분된다. 즉 헌법재판은 “헌법이 다투어지거나 침해된 경우에 헌법재판소의 규범통제권의 테두리 내에서 제소에 의해서만 재판하며 이로써 그 활동은 입법자의 활동과 구별된다. 헌법재판소의 결정은 실질적인 사법작용이다.”⁵⁴⁾

공동체가 당면하고 있는 문제의 해결을 위해서 도그마틱에 의해 지도되는 일반재판과 헌법정책론에 의해 지도되는 헌법재판이 서로 보충적인 관계에 놓여 있다. 다시 말해서 도그마틱적인 일반사법이 그 시대의 문제에 대해서 실정헌법상 유효한 해결책을 제시하지 못하는 곳에서 헌법정책론에 의해 지도되는 헌법재판의 역할이 시작되는 것이다.⁵⁵⁾ 따라서 헌법재판에 의한 헌법의 구체화 내지는 계속형성은 일반적으로 사용되는 좁은 의미의 헌법해석과 동일한 것이 아니며 해석범위의 확대와 공공성이 더욱 강조된다.⁵⁶⁾ 그렇다고 해서 헌법재판의 헌법정책적인 해석이 헌법의 파괴를 의미하지는 않는다. 왜냐 하면 헌법재판에서의 해

52) “Dogmatik”에 대한 번역어가 통일되어 있지 못한 실정이고, 적절한 번역어를 찾을 수 없으므로 원어를 그대로 음역하여 쓴다. 도그마틱에 대하여는 배종대 주(17)의 글 참조. 특히 현실을 배제하지 않는 도그마틱의 새로운 경향에 대하여는 Stark, Ch., *Empirie in der Rechtsdogmatik*, JZ 1972, 606-614aus 참조.

53) 헌법재판소법 제47조 제2항에는 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률이 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다.”라고 규정되어 있다.

54) Häberle, P., *Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in : 같은 사람 엮음, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1976, 1-45면(8-9).

55) Steinberg, R., 주(15)의 글, 385면.

56) Fiedler, W., 주(28)의 글, 418-419면 참조.

석을 통해서 실정헌법이 그 시대에 맞게 구체화되고 갈등관계가 극복되기 위해서는 합의에 기초한 해석이어야 할뿐만 아니라, 헌법재판을 통한 새로운 헌법내용의 형성은 헌법의 파괴에 이르지 않는, 즉 통일성과 계속성의 유지라는 한계를 지니고 있기 때문이다.

(2) 헌법재판의 정치적 책임

“정치적 사실의 헌법현실에 대한 새로운 의미부여(Umdeutung)는 현실의 헌법화(Konstitutionalisierung der Realität)에 대한 실정 헌법적 평가의 필요성에 도달한다. 정치적이고 사회적인 현상은 아마도 전혀 규율되지 않는 동안이라 해서 이미 허용되거나 정당한 것은 아니며, 확인해야 할 가치가 있는 헌법의지(Wille der Verfassung)의-적어도 암시된-필연적인 계속적 표현이다. 헌법화된 현실은 정치적 이익과 정치의 담당자를 위해 존재하는 정당화 요구에 대한 반응이다.”⁵⁷⁾ 그러한 반응이 구체화되고 넓은 의미의 헌법에 포섭되는 과정이 바로 헌법재판이라고 할 수 있다. 따라서 정치적 생활의 기초를 규율하는 헌법규범에 대한 궁극적 유권해석에 있어 법률의 효력을 구속하는 헌법재판이 비정치적일 수는 없다.⁵⁸⁾ 그러나 헌법재판관은 정치적 책임을 지지않는다.⁵⁹⁾ 이 때의 책임(Verantwortung)이란 법적 효과 내지는 제재가 가해질 수 있는 책임을 의미하는 것이 아니라, 국가형

57) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 16-17면.; 그러한 “헌법의지의 확인”에 대해 헌법재판소는 “헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정”하고 있다(헌법재판소 1992. 1. 28. 선고, 91헌마111 결정).

58) Battis, U. / Gusy, Ch., Einführung in das Staatsrecht, 2판, Heidelberg 1986, 15면 참조.

59) Worm, H., Die rechtliche Verantwortlichkeit der Richter des Bundesverfassungsgerichts, Hedelberg 1988, 3면 참조.

성에 관련되는 헌법재판 결과에 대한 정치적 책임만을 의미한다.⁶⁰⁾ 앞서 본 대로 헌법재판이 정치적 성격을 띠다 해도 헌법 해석에 있어 법적이론과 양심을 우선해야 하는 원칙적인 사법작용이기 때문이다.

우리의 경우 대통령이나 국회가 선거를 통하여 국민에 대해서 책임을 지고 직무와 관련하여 상호 통제할 수 있는 여러 규정들을 헌법과 단행법에 둔 데 반해서, 헌법이나 헌법재판소법은 헌법재판관에 대해서는 그런 규정들을 두지 않고 있다. 오히려 헌법재판의 정치적 성격 때문에 헌법재판소와 헌법재판관의 정치적 독립이 더욱 요청된다. 헌법 제112조 제3항은 “헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.”라고 규정하여 이를 확인하고 있다.

이 문제에 재판관 임명과 임기문제가 관련되나 또 다른 큰 주제가므로 논의를 생략한다.

2. 헌법재판의 헌법정책론에서의 역할

“법과 현실과의 관계는 궁극적으로 변증법적으로 조정된다. 이러한 상태는 법적헌법(Rechtverfassung)의 독자성(Möglichkeit der Verselbständigung)이 변증법적으로 구성된 현실의 표현으로 이해될 때 논리일관되게 보인다. **현실은 헌법에 앞서 질서 지워지는 것이 아니라 동시에 질서 지워지는 것이다.**”⁶¹⁾ 따라서 “실정헌법(Verfassungsgesetz)의 현실관련은 실정헌법의 공포로 끝나는 것이 아니라 그 후 사회적 현실관계에 질서 있게 적용되고 해석되어야만 한다. 즉 법과 현실은 끊임없는 상호관계에 놓

60) Worm, H., 위의 책 4면 참조.

61) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 13면(강조는 원문에 없음).

여 있다.”⁶²⁾ “헌법은 전해지고 발견되는 상황의 표현이며 이에 대한 반응이다. 따라서 모든 헌법은 그것이 영원하거나 또는 오랫동안 지속되는 효력을 요청하는지의 여부와는 별개로 일정하게 시간에 구속된다. 헌법제정에 대한 시대적 영향은 실정헌법을 공포하고 시행하여야 할 그 시대의 필요한 목표를 말해준다.”⁶³⁾ 다시 말해서 “정치적 현실로서의 헌법현실은 정적인 것이 아니라 기술적·문화적 그리고 사회적 범위의 제약의 변화에 영향을 받는다.”⁶⁴⁾

이와 같이 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)은 헌법이적인 현상의 지배를 받을 수 있으며 이러한 제어되지 않은 현실도 그 정치적 중요성을 이유로 헌법적 의미를 가질 수 있다. 다만 이 새로운 현상은 정당하다고 승인되는 의지적·결단적 과정에 참여하기 위해서는 헌법적인 평가와 수용을 필요로 한다. 그러한 변화된 구체적 사실들의 헌법에의 유입은 일반적·추상적 법규범의 정립을 임무로 하는 입법의 임무이전에 구체적 사실에 부딪혀 법의 의미를 확인·선언하는 재판 특히 헌법재판을 통해 이루어진다.

“**실정헌법은 현재에 대한 과거의 지배**라고 할 수 있다.”⁶⁵⁾ 따라서 헌법재판은 현실적 헌법(wirkliche Verfassung)을 찾거나 헌법을 현실화시키는(Realisierung) 방법을 찾고 그때의 조건과 전제를 고려하는 것이 그의 임무이다. 이는 특히 실정헌법상 다툼이 있는 부분의 해석과 적용에 있어서 더욱 중요하다.⁶⁶⁾ “법은 쇠퇴하거나 부패될 수 있는 것이 아니며, 변화하는 상황에도 불구하고 부당한 것이 되지 않도록 계속 형성하는 것이 그 과제이

62) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 14면(강조는 원문에 없음).

63) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 1-2면.

64) Gusy, Ch., 주(12)의 책, 18면.

65) Gusy, G., 주(12)의 책, 18면.

66) Steinberg, R., 주(15)의 글, 385면 참조.

다. ……그리고 가장 중요한 과제는 주어진 법의 주석(Erläuterung)이나 설명(Abklärung)이 아니고 법을 불분명하게 사용하는 것은 더욱이 아니며, 본질적인 것은 법을 그 시대에 맞게 개혁하는 것이다.”⁶⁷⁾ 결정적으로 중요한 과제는 도그마틱이 아니라 헌법을 그 시대에 맞게 갱신하는(Erneuerung) 일과 그에 전제되는 작업들이다. 헌법규범은 입법과 집행의 행위에 대해 충분히 계획되어 있거나 완전한 결정이 되어 있는 것이 아니다. 헌법규범은 규정이나 명령 등의 형태로 헌법의 실현에 대한 문제해결의 객관적으로 법적인 요소로서 제공되거나 완전한 결정프로그램은 아닌 것이다.⁶⁸⁾ “헌법이 원래 그 시대에 주어진 정치적 통일형성의 기능을 하는 것이라면, 다시 말해서 헌법의 일반조항의 넓이와 개방성은 헌법형성과 헌법기능의 유지를 위한 필연적 전제로서 매우 다양하게 이해된다면 헌법변천과 헌법의 계속형성의 과정은 도그마틱적인 지위를 상실하게 된다. (결국) ……헌법구체화 과정이 필요하다.”⁶⁹⁾ 물론 규범구체화 과정에서 이미 전체가 일견 파악될 수 있고 헌법이 그때그때 스스로 주어지고 형성된다는 것을 늘 인식할 수 있어야 한다. 다시 말해서 법적명확성과 법적 안정성이 상실되면 안된다.⁷⁰⁾

따라서 헌법의 이념을 유지하며 그 시대적 조건 아래서 잘 기능하도록 실정헌법을 보장하고 계속형성하는 것이 문제된다. 헌법이 어떤 분야를 구체화할 과제를 지니고 있을 때 자유롭게 개방된 과정이 존재하지 않는다면 정치가 위험적인 상태로 되든가 궁극적으로 반자유민주주의로 될 것이다.⁷¹⁾ 이러한 전체 공동체

67) Burckhardt, W., Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft in Aufsätze und Vorträge 1910-1930, Bern 1970, 95면. : Steinberg, R., 주(15)의 글, 385면에서 다시 옮김.

68) Steinberg, R., 주(15)의 글, 387면 참조.

69) Fiedler, W., 주(28)의 글, 418면.

70) Fiedler, W., 주(28)의 글, 419면 참조.

71) Hesse, K., Rezension von Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit,

를 위한 헌법의 활성화(Aktualisierung)는 본질적으로 헌법재판을 통한 헌법정책론의 통하여 이루어진다.

“헌법의 계속 형성은 판결의 구속력(Bindungswirkung)에 기인하며 적어도 헌법생활에 참여하는 자들의 합의가 우선 확인될 수 있어야 하고 그 설득력(Überzeugungskraft)과 내용적 올바름(Sachrichtigkeit)에 기인한다.”⁷²⁾ 헌법재판을 통한 “헌법정책론은 다양한 영역에서의 사회형성적 국가실무, 즉 일반적이거나 특별한 집행작용 뿐만 아니라 사회권이나 노동·경제권 등의 분야에서 실정헌법의 실현에 방향을 제시해 주어야 한다. 헌법정책론의 대상 분야는 따라서 개별 헌법규범이 집합점(Anknüpfungspunkt)과 영역만 기술할 수 있을 뿐인 실정 헌법상의 모든 규율범위이다.”⁷³⁾ 다만 지나치게 정치적이거나 헌법재판소가 판단하기 곤란한 부분은 국가권력의 기능분립과 이에 따른 형성의 여지를 주기 위하여 당해 국가기관의 재량행위라는 이유로 각하하여야 할 경우도 있을 수 있다.

“헌법재판은 헌법(Grundgesetz)하에서 개별 사건의 포섭뿐만 아니라, 동시에 개별 사건의 판결의 기회에 실정헌법으로서 무엇이 일반적으로 효력이 있는 것인지를 밝히는 것이다.”⁷⁴⁾ 따라서 “헌법의 규정은 헌법재판소의 결정을 통하여 대체되는(abgelöst) 것이 아니라 해석되는(interpretiert) 것이다.”⁷⁵⁾ 그러므로 “헌법판결이 갖는 모든 중요성으로 인해 헌법을 대신하는 것은 아니며 …… 헌법재판에 대한 비판은 헌법재판과 학문을 공공성(Öffentlichkeit)이라는 측면에서 결합시킨다. 이 비판은 공적 과

AÖR 96, 1971, 137-140면(139).

72) Fiedler, W., 주(28)의 글, 420면.

73) Steinberg, R., 주(15)의 글, 389면.

74) Kriele, M., Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung(Zum Problem des judicial self-restraint), NJW 18, 1976, 777-783면(777).

75) Häberle, P., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, Athenäum 1980, 3면.

정으로서 헌법해석의 일부이다.”⁷⁶⁾ 따라서 헌법재판은 그 중요성과 효과의 광위성으로 인해서 재판관만의 판단에 의할 것이 아니라 일반국민과 전문가들의 의견이 폭넓게 반영되는 것이 필요하다.

3. 헌법재판의 과정과 이때 고려할 사항

(1) 헌법재판의 과정

가. 문제의 설정

헌법재판의 첫 단계는 문제의 설정단계이다. 이제까지의 헌법규범과 그 해석에 따른 통상의 구제 절차로서는 현실을 제대로 규율하지 못하고 주어진 문제를 해결할 수 없는 경우를 말한다. 다시 말해서 헌법재판은 헌법 내의 모든 구제절차 중의 최후수단인 것이다.

문제의 정확한 파악, 즉 헌법현실의 이해와 파악은 그 문제의 합리적 해결을 위하여 꼭 필요한 것이다.⁷⁷⁾ 이러한 문제의 제기는 재판이라는 특성상 소의 제기로 이루어진다. 즉 법원의 위헌여부심판의 제청(헌법재판소법 §41①, 이하 그냥 법이라고 한다), 정부의 정당해산심판의 청구(법 §55), 국가기관이나 지방자치단체의 권한쟁의심판의 청구(법 §61①), 기본권을 침해받은 국민의 헌법소원심판청구(법 §68①) 등이 그것이다.

어떠한 문제의 제기가 있으면 그 문제의 정확한 진단을 위하여, 그리고 해결책(대안)의 확정을 위하여 자료수집

76) Häberle, P., 주(75)의 책, 5-6면.

77) 홍정선, 헌법과 정치, 법문사, 1986, 77면 참조. ; 문제의 정확한 진단은 예방을 위해서도 필요하며, 예방이 치료보다 나은 것이다. 그러나 치료, 즉 사후해결도 중요하다. 헌법재판은 계속되는 과정이므로 치료는 또 그 이후에 대한 예방이 될 수 있기 때문이다. Hippel, E. v., Grundfragen der Rechtspolitik, JZ 1984, 953-961면(955) 참조.

(Datensammlung)이 필요하다. 이러한 자료의 수집은 헌법재판의 실무담당자들만의 능력으로 해결될 수는 없다.⁷⁸⁾ 헌법재판소는 관련된 국가기관으로부터 자료의 제출을 요청할 수 있으며(법 §32), 증거조사 기타 학문적 성과 내지는 국민의 여론 등이 광범위하게 수집되어야 한다(법 §31).

이러한 과정을 통하여 전문가와 이해관계자들은 헌법재판의 과정에서 간접적으로나마 참여하게 된다. 그것은 헌법생활이 이러한 여러 사람들의 각각의 의사표현을 통하여 서로 영향을 주며 형성되는 생활관계 속에서 이루어진다는 것을 말해 준다. 따라서 이 때의 헌법재판은 넓은 의미의 해석이며 이에 대한 간접적 참여는 의식적으로 행해질 필요도 없다. 오히려 단순히 존재를 통하여 구체화되는 것이며 실정헌법을 명시적으로 의식하지 않고서도 이루어진다. 해석은 수급자(Adressat)의 그러한 자기이해(Selbstverständnis)에 따른 구체화이다. 이 과정에서 헌법은 구체화되고 실현되는 것이므로 “다원적 사회에 있어서의 전문가와 이해관계자들은 헌법(staatliches Recht)의 해석자가 된다.”⁷⁹⁾ 물론 전문가와 이해관계자들, 나아가 모든 국민이 헌법재판에 참여한다 해도 그 효과의 강도는 서로 틀릴 수밖에 없다. 특히 일반 국민의 경우 그 의사는 직접적 효력이 없으며 헌법재판의 의견으로 대표될 때를 기대할 수밖에 없다.⁸⁰⁾

수집된 자료의 채택과 분석·평가과정에서⁸¹⁾ 자연스럽게 헌법

78) 홍정선, 주(77)의 책, 77면 참조.

79) Häberle, P., Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, Verfassung im Öffentlichen Prozeß, Berlin 1978, 155-181면(158) 참조. ; Häberle, P. 가 이렇게 헌법의 해석자를 광범위하게 인정하는 것은 Popper, K. R. 의 사상에서 영향을 받았다고 알려져 있다. 이러한 입장에는 찬반이 엇갈린다. Häberle, P., 위의 글, 주(68)과 180-181면의 “추록” 참조.; Schmitt-Glaeser, W., Rechtsplitik unter dem Grundgesetz, AÖR 1982, 337-386면(342)도 법정책의 수행자를 다원주의적으로 파악하고 있다.

80) Schmitt-Glaeser, W., 주(79)의 글, 349면 참조.

81) 平井宜雄은 이 단계에서 문제의 탐색·확인·분석·정식화가 이루어진다고 한다. 같은 사람, 法政策學, 有斐閣, 1987, 205-213면.

재판의 다음 단계인 대한의 선택으로 이어지게 된다.

나. 결론의 도출

문제의 소재가 명확히 밝혀졌으면 이에 더잡아 결론을 도출해야 한다. 결론의 도출을 위하여 중요한 것은 **미래를 예측** (Prognose)하는 일이다. 헌법재판은 현실을 바탕으로 하지만 그 목표는 언제나 미래일 수밖에 없으며, 따라서 미래를 제대로 예측하지 못한 대안은 그 생명력이 짧을 수밖에 없다. 즉 헌법재판에서 결정될 시점의 여러 조건의 변화를 예측하여 이를 토대로 결론을 내려야 한다.⁸²⁾ 그러나 현대사회의 복잡성과 급변성은 예측작업을 점점 더 곤란하게 만들고 있다. 다시 말해서 다양한 사회적·자연적 환경요인들을 예측하는 것이 쉬운 일이 아니며 여기에 예측의 한계가 있다.⁸³⁾ 더구나 예측에서 중요한 것은 많은 종속변수를 고려해야 한다는 점이다.⁸⁴⁾ 그렇지 않을 경우 전혀 다른 결론이 나올 수 있으며, 특히 헌법재판 주체의 의도대로 결론을 만들 수 있다. 따라서 중요한 것은, 헌법재판의 담당자는 자기와 자기가 속한 집단을 위해서가 아니라 객관적 헌법질서의 확립이라는 측면을 고려해야 한다는 점이다.

다음 단계는 논점을 정리하고 우선순위를 정하는 일이다. 현실적으로는 헌법재판이 필요한 문제상황은 복합적으로 나타나는 것이 일반적이기 때문에 여러 가지 상황에서 어떤 결과를 추구할 것인지, 어떤 논점을 우선적으로 고려할 것인지를 정하는 작업이 필요하다. 세부적인 기준들은 상위의 기준에 부합되어야만 한다. 우선 그런 상위의 기준에 대한 의견의 일치가 있으면 가능한 한 정밀하고 구체적인 기준들이 차례로 검토되어야 합리적인 결론이 나올 수 있다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

82) Steinberg, R., 주(15)의 글, 390면 참조.

83) Stern, K., 주(41)의 글, 704면 참조.

84) 홍정선, 주(77)의 책, 80면 참조.

그 다음의 단계는 헌법재판의 결과의 구속력과 그 결과에 따른 영향의 검토이다. 헌법은 다른 법에 의해서 그 강제력이 약한 것이 특징이다. 즉 아래⁸⁷⁾에서 보는 바와 같이 자기보장성이 특징이다. 헌법재판도 모든 사람에 의해 지켜질 수 있도록 스스로 설득력 있는 내용으로 결정될 것이 요청된다. 여기에는 경제학적인 원리가 준용될 수 있다. 즉 최소의 희생으로 최대의 효과를 추구해야 하며 절약과 경제성을 염두해 두어야 한다. 이 때 빼놓을 수 없는 것은 **부작용**이다. 어떠한 행위든 늘 순기능 뿐만 아니라 역기능도 가지고 있으며, 따라서 부작용도 고려해야 한다. 부작용이 큰 수단은 아무리 효과가 크더라도 선택되어서는 안된다.⁸⁸⁾ 이러한 점에 대해 헌법재판소는 “과잉금지의 원칙은 국가작용의 한계를 명시하는 것인데 목적의 정당성, 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성(보호하려는 공익이 침해되는 사익보다 더 커야 한다는 것으로서 그래야만 애인의 기대가능성이 있다는 것)을 의미하는 것”이라고 밝히고 있다(헌법재판소 1989. 12. 22. 선고, 88헌가13 결정).

결론도출의 단계에 전반적으로 국민 전체의 의사가 반영되어야 하며, 특히 직접적으로 이해관계를 갖고 있는 사람들에게 그 헌법재판에 참여하고 의견을 제시할 수 있는 기회를 제공하여야 한다. 직접적으로는 변론·참고인진술(법 §30①② 참조) 등의 소송참가를 통하여, 간접적으로는 매스컴을 통하여 이런 역할을 할 수 있을 것이다.⁸⁹⁾ 이런 공개된 과정에서 비판을 받을 수 있고,

85) Hippel, E. v., 주(77)의 글, 953면 참조. ; Steinberg, R. 는 목표와 과정, 방법과 수단에 대한 항구적인 심사숙고가 없이는 다양하고 복잡한 변화에 따른 방향제시가 불가능하다고 강조한다. Steinberg, R., 주(15)의 글, 390면. ; 홍정선, 주(77)의 책, 81-83면도 참조.

86) 상충되는 목표들의 조정이 필요하므로 개별적으로 설정된 목표의 실현은 보통 제한적으로만 가능하다는 사실을 인식해야 한다. 전형적인 예가 도로교통의 자유와 안전의 충돌이다. Hippel, E. V., 주(77)의 글, 953면 참조.

87) “다. 결정의 집행” 부분 참조.

88) 小林直樹, 주(39)의 책, 31면. ; 홍정선, 주(77)의 책, 89면 참조.

89) 小林直樹, 주(39)의 책, 31면 참조.

더 나은 헌법재판을 하는 기회가 될 뿐 아니라 국민적 합의에 바탕을 둔 민주적 정당성을 갖는 재판이 됨으로써, 그 결정에 대한 반작용이나 거부감을 없앨 수 있게 된다.

다. 결정의 집행

헌법규범은 다른 법률에 비해서 현실과의 괴리가 큰 것이 일반적이다. 그것은 경성헌법의 특성에서 나오는 것이다. 한편 헌법규범은 구체적인 내용을 모두 실정헌법에 규정하는 것이 입법기술상 불가능하며 한편 정치세력에 의해 단순히 전시효과를 노리는 지나치게 비현실적이고 이상적인 규정을 지니고 있는 경우가 있을 수 있다.⁹⁰⁾ 다시 말해서 헌법은 다른 법률에 비해서 **강제력이 약한 것이 특징**이다. 따라서 현실과 규범의 괴리, 즉 위헌적인 상태가 지속될 가능성이 상존한다. 이러한 특성 때문에 헌법의 규범력은 헌법 자체에서 마련되어야 한다. 즉 “헌법은 자기 자신을 스스로 보장하지 않으면 안되며 이를 위해서는 자기보장을 가능한 한 보증할 수 있는 형성을 전제로 한다.”⁹¹⁾ 헌법재판의 결과는 현실에 적용 내지 집행되어야 하는 것이 당연하나, 헌법의 자기보장성은 헌법재판 결과의 자기보장성으로 이어진다.

헌법재판소법에는 “위헌결정은 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속한다.”라고 규정되어 있다(법 §47①). 기타 다른 종류의 심판에도 기속력이 규정되어 있다(법 §53, §54, §59, §60, §66, §67, §75 등). 현상유지적인 결정에 대하여는 규정이 없으나 그러한 규정은 불필요하다. 어떤 법률이나 공권력의 행사에 있어

90) 특히 우리 나라에서는 이러한 현상을 쉽게 발견할 수 있다. 예컨대, 현행헌법 제3조는 북한지역도 우리의 영토로 규정하고 있으며, 제10조 후단의 행복추구권은 전단의 인간의 존엄과 가치 부분에 포함될 수 있는 것을 1980년 헌법 개정시에 전문적인 논의 없이 들어갔다.

91) Hesse, K., Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland-Aufgabe und Funktion der Verfassung : 계획열 옮김, 헌법(의 개념)과 그 특성, 헌법의 기초이론, 2판, 삼영사, 1988, 16-25면(23). ; 계획열, 헌법의 특성, 고시연구, 1993. 6., 62-74면(67)도 참조.

서 그 근거가 되는 것은 헌법재판소의 (현상유지적) 결정이 아니며, 통상적으로 헌법에 근거하여 이루어졌기 때문에 그 정당성의 근거도 헌법과 그에 따른 절차 자체에 있기 때문이다.

현상을 변경하는 새로운 헌법재판은 헌법재판의 결과와 이전에 실정법체계의 접합을 의미한다. 헌법재판의 결과에 대해 초기에는 사소한 반대가 있을 수 있다. 만약 오랫동안 이 결과가 받아들여지는 것으로 여길 수 없다면, 대개는 이 입장을 포기하는 것이 나오며, 그렇지 않으면 헌법질서의 심각한 혼란을 감수해야 하고,⁹²⁾ 수규자인 국민의 저항을 불러일으킬 뿐이다.⁹³⁾ 헌법재판은 넓은 의미의 사법작용이므로 헌법재판으로 완벽한 헌법의 구체화는 달성할 수 없으며, 새로운 입법 심지어 헌법의 개정까지 필요한 경우가 있을 수 있고, 이 경우 그러한 보안에 의해서 헌법재판은 헌법정책의 임무를 완수할 수 있다.

현재 헌법재판소에는 공보관실이 마련되어 있는데,⁹⁴⁾ 헌법재판 결과의 집행을 위하여 더 적극적인 활동이 필요하다. 예컨대 헌법재판소의 결정에 따른 후속 입법이 이루어졌는지, 또는 공권력의 행사가 다시 이루어졌는지 등을 조사하고 해당 기관에 통보하여 주의를 환기시키고, 언론에 의해 오해가 있는지 등을 점검하고 적극적으로 해명해야 한다.

라. 평가와 판례변경

헌법재판은 **계속적인 평가작업**을 수반하게 된다. 헌법재판은 언제나 오류의 가능성을 포함하고 있다. 따라서 소수의견을 개진함으로써 언젠가 그 소수의견이 다수의견, 즉 헌법재판소의 공식의견이 될 수 있음을 암시하는 것이다. 여기에서 말하는 평가는

92) Hippel, E. v., 주(77)의 글, 960면.

93) 小林直樹는 이를 “반정책운동”이라고 표현한다. 주(39)의 책, 45면.

94) 헌법재판소보조기구에 관한 규칙(1988. 11. 1., 헌법재판소규칙 제7호; 최종개정 1993. 3. 12. 규칙 제54호) 제6조.

헌법재판의 결과가 나온 후의 재투입, 즉 판례변경을 위한 평가를 말한다. 이 사후평가에서 검토될 것은 우선 헌법재판의 결과가 집행이 되었는지의 여부, 다음으로 헌법재판 당시의 목표 또는 의도한 효과가 나타났는지의 여부, 헌법재판 과정에서 예상했던 또는 예상치 못한 부작용이 나타나고 있는지, 헌법재판의 집행수단 내지 희생이 과연 적합한 것이었는지, 그리고 헌법재판 당시의 목표와 기준이 변화되었는지, 또는 현실적 조건의 변화로 새로운 문제가 제기되었는지 등이다.⁹⁵⁾

이때 헌법재판의 긍정적·부정적 효과의 인식은 제한적으로만 가능한데, 왜냐하면 진단은 늘 불확실성을 갖고 있기 때문이다. 그러나 외국의 예를 포함해서 이제까지의 경험을 주의 깊게 이용하는 것과 사회과학적인 인식방법의 참고는 많은 경우 비교적 정확한 진단을 가능하게 한다.⁹⁶⁾ 이러한 평가의 주체는 헌법재판의 주체와 완전히 분리되어 있는 것이 아니라 헌법재판에 직·간접으로 참여한 주체와 동일하다. 다만 그 헌법재판에 주도적인 역할을 하지 않은 부류의 평가가 보다 중요하다. 특히 성질상 능동적이기 어려운 일반국민의 경우, 특히 헌법학자들은 이 평가과정에 적극적으로 참여할 것이 요청된다.

우리 헌법재판소의 역사가 짧아서 아직은 판례의 변경이 별로 눈에 띄지 않으나 헌법재판소가 국가기관들과 국민들 사이에 확고하게 자리잡고 연륜을 쌓아 간다면 이러한 판례의 변경이 많이 생길 수밖에 없다. 국민적 합의가 시대에 따라 바뀔 수 있다는 점에서 당연한 결과이다.

위에서 헌법재판의 과정을 살펴보았는데, 이러한 단계는 논리적으로만 구분될 뿐이며 사실 중첩되기도 하고 이어지는 일련의

95) 홍정선, 주(77) 책, 92면 참조.

96) Hippel, E. v., 주(77)의 글, 955면.

과정이다. 이런 끊임없는 과정 속에서 국가공동체는 통합이 이루어진다. 따라서 모든 구성원의 관심과 참여가 헌법재판의 모든 과정에 요청된다.

(2) 합의의 부재

헌법재판은 결국 헌법의 의미, 즉 국민적 합의를 찾아내는 작업이다. 그러나 이는 쉬운 일이 아니다. 현대사회에서 가장 심각한 문제는 헌법규범에 대한 **국민적 합의의 부재**이다. 이는 전문가만이 알 수 있는 문제에 대해서 국민들이 모르고 있다거나 관심을 기울이지 않는다는 것을 의미하는 것이 아니다. 이는 전체적인 정치과정에 대한 실망과 무관심, 또는 전체적인 헌법규범에 대한 무관심을 의미한다. 국가조직이 어떻든 집권당이 어디이든 상관 없는 **정치허무주의**(politischer Nihilismus)의 가장 큰 원인이다. 이는 합의가 이루어지지 않은 상태, 즉 합의라고 할만한 다수의견이 형성되지 않은 상태를 의미하는 것이 아니라 합의가 이루어질 가능성조차 없는 상태이다. 이러한 현상은 계속 떨어져 가고 있는 투표참여율에서 쉽게 확인 할 수 있다. 투표율이 낮아서 어떤 결정에 찬성한 사람이 공동체 구성원 전체의 50% 이하로 떨어지는 경우 과연 이것을 전체의 의사로 여길 수 있는가, 여길 수 있다면 어떤 근거에서인가 하는 문제가 발생한다. 이러한 문제는 다른 나라뿐만 아니라 우리 나라에서도 당면한 문제이다. 역대 국회의원선거를 예로 들면, 1대(95.5%), 2대(91.9%), 3대(91.1%), 4대(90.7%), 5대(84.3%), 6대(72.1%), 7대(76.1%), 8대(73.2%), 9대(73.0%), 10대(77.1%), 11대(78.4%), 12대(84.6%), 13대(75.8%), 14대(71.9%)로 특수한 사회적 상황으로 말미암아 일시 투표율이 올라간 때도 있으나 대체로 떨어지는 추세이다.

이를 선진국형이라고도 말하지만 결코 바람직하다는 의미는 아닙니다. 참고로 1992년 실시된 성남시의회 보궐선거에서는 투표율이 27%였다.

이러한 합의의 부재상태에서 이루어지는 헌법재판에 과연 “……침묵하는 다수(schweigende Mehrheit)의 동의가 제시되는가?”⁹⁷⁾라는 의문이 제기된다. 합의의 부재라는 현상은 시대가 흐를수록 더욱 심화되리라고 예상되는바, 헌법의 이론도 이에 대응한 논리를 만들어가야 할 것이다. 즉 어쩔 수 없이 능동적인 소수의 역할이 국민적 합의의 도출과정에서 중요할 수밖에 없다하더라도 능동적인 소수는 국민의 의사를 조직하여서는 아니된다. 대신에 그들은 합의의 부재상태에서 합의를 도출할 수 있는 상태를 만들어야 한다. 즉 공정하고 공개된 설득을 통하여 특정 사안에 대한 관심과 합의를 만들어 내야 한다. 그리고 그러한 관심과 그에 대한 의사를 갖게 된 능동적 국민들에 의해서만 헌법적 사안이 결정되어야 하며 이것이 헌법재판의 결과로 나타나야 한다.

(3) 개방성과 국민의 의사

헌법은 규범구조상 개방성(Offenheit)을 갖는다. 따라서 헌법재판은 이미 정립되어 있는 내용을 해석하고 비판하는 것뿐만 아니라 때로는 개방되어 있는 내용을 구성해 넣어야 하는 특색이 강조된다. 또한 헌법이 정치적 투쟁과 타협의 결과라고 볼 때 헌법은 이데올로기적 성격을 갖는다.⁹⁸⁾ 헌법은 많은 사회적 세력과 사상적 갈등을 극복하고 정치적으로 통합되어 가는 것이기

97) Häberle, P., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, Athenäum 1980, 8면.

98) 小林直樹, 주(39)의 책, 9면 참조.

때문이다. 특히 헌법이 제정될 때, 또는 변혁기에는 많은 이념적 갈등이 표출되고 이 갈등이 극복되면서 헌법규범이 정립되는 것이다. 반면에 평상시에는 그러한 이념적 갈등이 적으며 기술적이고 부분적인 갈등만이 나타나게 된다. 다시 말해서 이미 정립된 헌법상 기본원리의 범위 내에서 구체적으로 어떻게 형성해 나갈 것인가가 헌법정책의 관심사가 된다. 이러한 갈등의 해소를 위해서는 반대 의견에 대한 비판과 그러한 비판의 수용이 중요하다. “비판적 토론(kritische Auseinandersetzung)은 폭넓은 화해(Akkord)를 가져온다. 비판적 토론은 변증법적으로 반대의견과 연결된다.”⁹⁹⁾ 이러한 비판을 통한 이견의 해소과정에서 바람직한 결론을 이끌어내는 것이 헌법재판의과정이다.

“헌법재판은 헌법적 가치들의 우선순위를 확정하며 입법자에게 일정한 전제하에 특정한 사항을 요청할 수 있으며 더욱이 매우 제한된 한도 내지만 규범통제의 영역에서 입법과 비슷한 기능을 발휘한다.”¹⁰⁰⁾ 따라서 헌법규범이 헌법재판을 통하여 현실에 적용될 때 헌법정책적인 고려가 필수적이다. 예를 들어 사립학교법 제55조와 제8조 1항 제4호에서 교사들의 근로삼권을 제한하는 것이 헌법위반이 아닌가라는 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 학생들의 교육을 받을 권리와 교사들의 근로삼권과의 기본권충돌(Grundrechtskollision)을 인정한 후 결론에서 합헌으로 판단을 내렸다.¹⁰¹⁾ 이러한 결정을 내릴 때 서로 다른 이익을 형량하게 되는데 이때 가장 설득력 있는 근거는 올바르게 파악된 **사회일**

99) Göldner, D., Grundrechte und Grundwerte-Über Konsens und Dissens im Verfassungsdenken, in : Püttner, G. 엮음, Festschrift für Otto Bachof zum 70 Geburtstag, München 1984, 21-28면(21).

100) Schmitt-Glaeser, W., 주(79)의 글, 346면.

101) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고, 89헌가106 결정. ; 이 다수의견에 대해 단결권까지 제한하는 것은 위헌이라는 재판관 이시훈의 반대의견, 교원은 일반근로자와 다를 바 없어 기본권 침해라는 재판관 김양균의 반대의견, 노동운동을 전면적으로 금지하는 것은 위헌이라는 재판관 변경수의 반대의견 있음.

반의 통념이라고 생각한다. 이러한 통념이라는 것은 늘 변화가
능성을 지니고 있는데, 판결이 내려질 당시의 헌법정책론적고려
라고 바꾸어 말할 수 있다.

4. 헌법재판을 통한 헌법정책론의 한계

헌법재판이 헌법정책론에서 중요한 역할을 한다고 해서 “헌법
의 계속형성이 헌법재판에만 집중되는 것은 아니다. 헌법재판소
의 판결에 대한 학문적·정치적 비판이 헌법외적인 관찰로서 더
욱 중요해지고 있으며……헌법생활의 전체적 맥락에서의 결합은
폭넓고도 직접적으로, 주로 헌법재판소의 통합기능에서 나오는
재판과 판결문에서 명백해진다.”¹⁰²⁾ 즉 다른 국가기관이 헌법 재
판을 통한 헌법구체화를 맡는 경우도 많다. 이는 헌법재판도 넓
은 의미에서 사법의 영역에 속하므로 그 성질상 소극적일 수밖에
없고, 헌법재판의 주된 의미는 헌법의 보장에 국한되기 때문
이다. 또한 위에서 본 바와 같이 헌법의 자기보장성에 따른 헌법
재판 결과의 자기보장성 때문에 헌법재판은 다른 국가기관이 받
아들이기 곤란한 내용으로 결정을 내려서는 안된다.¹⁰³⁾ 만약 그
러한 한계 이탈의 결정이 있게 되면 헌법상 최고기관간의 갈등
이 생기고, 결과적으로 헌법의 기능이 일부나마 정지될 가능성이
생기는 것이다. 그리고 헌법재판을 통한 헌법의 계속 형성
(Fortbildung der Verfassung)은 헌법의 동일성(Identität)과 계속
성(Kontinuität)의 범위 내에서 이루어지는 것이다.¹⁰⁴⁾ 그 한도
내에서 이루어질 때, 헌법의 기능인 자유로운 정치과정을 가능케

102) Fiedler, W., Fortbildung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht?, JZ
1979, 417-425면(420).

103) Hesse, K., 주(25)의 책 228면(옮긴 책 330면) 이하 참조.

104) Steinberg, R., 주(15)의 글, 389면 참조.

하고 보장하는 기능, 구성적 기능, 안정화기능, 합리화기능, 권력 제한기능, 그리고 개인의 자유를 보장하는 기능 등을 유지할 수 있는 것이다.¹⁰⁵⁾ 이 한계는 넘는 것이 헌법이 예정하고 있지 않다. 그 이상은 새로운 입법, 특히 헌법개정을 통해서 해결해야 한다. 다만 헌법재판은 그러한 과정에서 필요한 기준과 이념을 제시할 수는 있다. 물론 헌법개정자체가 헌법의 동일성의 범위 내에서 이루어지며, 동일성이 유지되지 않는 변화는 혁명으로 파악될 수밖에 없다.

IV. 결 론

“이제까지 전반적으로 헌법해석과정이 지나치게 국가기관이나 직접적인 소송 참여자에 국한되었고, **직무상**의 헌법해석, 국가 기능들 사이의 기능법적 협동작용에 고착되었다. 물론 이들이 중요한 것은 사실이다. 그러나 헌법해석은 잠재적으로 모든 사람, 그리고 누구에게나 관계되는 **사항**이다……집단, 개인 등 **간접적인** 또는 장기적으로 작용하는 헌법해석자로 지칭될 수 있다. 헌법현실의 형성도 또한 **해당되는** 헌법규범에 대한 해석의 일부분으로 된다.”¹⁰⁶⁾ 그리고 “국민(Bürger)이 헌법문화의 창조에 기여하는 한 헌법예의 의지(Willen zur Verfassung)를 통하여 직접적인 방법으로 헌법의 실현에 협력하는 것이다. 이밖에 국민이 헌법을 자신의 권리로 인용하거나 헌법규범의 수규자로 기술되는 범위에서 간접적으로 헌법구체화에 기여하게 된다.”¹⁰⁷⁾

따라서 국민은 구체적 사건에서 이해관계자로 참여하고 헌법을 준수해야 하는 수규자로서 헌법을 해석하고 헌법정책의 주체가

105) Hesse, K., 주(25)의 책, 13면(옮긴 책, 42면) 참조.

106) Häberle, P., 주(79)의 글, 162면.

107) Steinberg, R., 주(15)의 글, 388면. ; Häberle, P., 주(79)의 글, 169-170면도 같은 의미.

된다. 그리고 헌법정책에서 중요한 역할을 하는 헌법재판에 간접적으로 참여하게 된다. 다만 직접 현재의 이해관계가 없는 사안에 대해서는 국민의 능동성을 기대할 수는 없다. 이 경우 헌법재판을 담당하는 주체나 전문가들의 주도적 역할을 기대할 수밖에 없다. 일반법원의 경우 적극적인 헌법해석과는 거리가 있었던 감이 있다. 예컨대 1992년의 한 대법원 전원합의체 판결은 “……위각 표현물의 내용은 국가보안법의 보호법익인 대한민국의 안전과 자유민주주의체제를 위협하는 적극적이고 공격적인 표현으로서 표현의 자유의 한계를 벗어난 것”이라하여 조문도 들지 않고 구체적 기준도 제시하지 않은 채 헌법상의 자유민주주의와 표현의 자유를 판결을 논거로 들고 있다.¹⁰⁸⁾ 같은 내용에 대해 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항을 적용함에 있어서 각 소정행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우에 적용되는 것으로 한정해서 해석하는 한 위헌이 아니라고 하면서 헌법상의 자유민주적 기본질서의 내용을 구체적으로 설명하고 있다.¹⁰⁹⁾ 최근에는 헌법재판소의 활동의 영향으로 법원은 물론 모든 국가기관이 헌법중시의 경향을 나타내고 있어서 다행이다. 예컨대 1994년의 대법원 판결에서 생수판매를 내국인에게만 금지하는 보건사회부장관의 고시(구 식품위생법 제27조의3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 제1항 제4호에 따른 것)는 질서유지나 공공복리를 위해 꼭 필요한 것이 아니어서 직업의 자유를 침해하는 것이며, 국민이 음료수를 선택할 수 없도록 함으로써 헌법 제10조의 행복추구권을 침해한 것이어서 위헌이므로 효력이 없는 것이라고 판결하고 있다.¹¹⁰⁾

108) 대법원 1992. 3. 31. 선고, 90도2033 판결. 다만 반대의견은 이 점을 지적하여 비교적 자세히 언급하고 있으나 구체적인 헌법조문을 들지 않고 있는 점은 다수의견과 같다.

109) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고, 89헌가113 결정.

110) 대법원 1994. 3. 8. 선고, 92누1728 판결.

헌법재판에서는 “……결론적으로 헌법정책을 적용하여야 한다. 이를 중단하는 것은 상당부분 책임회피가 된다. 헌법의 외부에서 현대의 기술적 세계의 발전이 완성되고 결과적으로 헌법을 대수롭지 않게 여기는 이때에, 또한 자유민주주의가, 강력하고 모든 정보를 가졌다고 이해되는 집행부가 시민의 안전과 복지를 책임지는 그리고 자유롭고 인격적이며 사회적·정치적 생활의 형성을 가능하게 할뿐만 아니라 불가능하게 하기도 하는 기술관료적 법치국가(technokratische Rechtsstaat)로 되어가는 시점에서 사항관련적인 헌법의 계속형성이 그 과정을 조정하게 될 것”¹¹¹⁾이기 때문이다.

111) Hesse, K. 1970. 10. Marburg 대학에서의 강연 : Steinberg, R., 주(15)의 글, 392면.