

헌법해석에 관한 연구

1994. 6

헌법재판소

발 간 사

헌법의 해석과 적용을 통하여 국민의 기본권 보장과 헌법수호의 기능을 수행하기 위하여 우리 헌법재판소가 창설된지도 어언 6년 가까운 세월이 흘렀습니다.

그 동안 우리 헌법재판소는 창설당시의 기대 이상으로 그 역할을 수행하였고 관련분야에 대한 연구도 활발히 진행되어 왔습니다.

헌법재판소는 헌법이 헌법재판결정의 기준이 될 뿐만 아니라 국민속에 살아있는 규범으로서 국가의 최고근본법이라는 성격을 갖는 점을 고려하여 1993년도에 “헌법해석에 관한 연구”를 연구과제로 선정하여 연구용역의뢰하였고, 결과물인 연구보고서를 법조계나 법학계 등에 널리 알리는 것이 유익하다고 보아 보급판을 발간하게 되었습니다.

헌법해석의 문제는 정치, 경제, 사회, 문화 등 제요소의 영향을 고려하여야 되는 바 금번 “헌법해석에 관한 연구”가 상당한 깊이와 폭을 가지고 연구되었으므로 우리나라 헌법재판의 발전에 큰 기여가 될 것으로 기대합니다.

끝으로 바쁘신 중에도 연구집필을 맡아 수고해 주신 한국공법학회 연구이사 최대권교수를 비롯한 연구진에 감사를 드립니다.

1994. 6

헌 법 재 판 소
사무처장 김 용 균

머리말

이 연구는 헌법의 해석에 관한 연구이다. 헌법해석의 문제는 살아있는 헌법의 핵심적인 문제라고 생각된다. 한편으로 법적안정성·예측가능성의 요청이 있는가 하면 구체적인 문제상황에 타당한 헌법의 발견과 선택이 요청이 있고, 지속성의 확보와 함께 변화수용의 요청이 또한 거기에 있는 것이다. 그러면서도 헌법은 또한 헌법이어야 하는 요청이 그 곳에 있는 것이다. 이러한 모든 점이 헌법해석의 문제에 농축되어 있는 것이다.

이곳에서 첫째로 헌법의 해석이란 무엇이나 어떻게 하는 것이냐의 문제에 이어, 둘째로 우리 헌법재판소의 결정례에서 어떻게 헌법해석의 문제가 이해되고 있는지 어떠한 패턴이 드러나는지의 문제가 이해되고 있는지 어떠한 패턴이 드러나는지의 문제를 다루었고, 셋째로는 아직 헌법재판소에 제기되지는 아니하였지만 장차 제기될 수 있으리라고 판단되는, 우리의 헌법해석에 비추어 위헌의 소지가 있는 법령의 고찰을 행하였다. 헌법해석의 문제는 우리의 헌법생활의 중심부를 차지하는 문제인 만큼 대단히 어려운 문제이기는 하나 우리의 헌법문제를 둘러싼 우리의 헌법학적 논의의 장을 넓히기 위하여 용기를 내어 한번 시도하여

보기로 하였다.

팀웍에 의한 이 연구를 가능케 하여준 헌법재판소에 이 자리를 빌어 감사를 드린다. 그리고 이 연구를 직접적·간접적으로 도와준 여러분께도 아울러 감사를 드린다.

1994. 4. 17

공동연구책임자 최대권

목 차

제 1 장 헌법의 해석	11
(서울대 법대 교수 최대권)	
1. 머리말	11
2. 헌법해석의 의의	18
3. 헌법해석의 주체	32
4. 헌법해석의 목적	45
5. 헌법해석의 방법	55
6. 맺는말	84
제 2 장 헌법재판소의 결정례와 헌법해석	89
(경성대 법대 부교수 한상희)	
1. 서론 - 문제점의 제기	89
2. 헌법재판과 헌법현실	93
(1) 헌법재판의 의의	93
(2) 헌법재판과 헌법해석	99
- 방법론을 중심으로	
3. 헌법재판소의 헌법해석	124
(1) 헌법이해의 전제	124
- 다원주의적 국가관과 자유민주적 기본질서	
(2) 한국국가의 성격	127
- 헌법현실	

4. 헌법, 국가 그리고 사법부	132
(1) 사법부의 정치적 성격	132
- 우리나라를 중심으로	
(2) 권위주의적 통치의 기체로서의 사법부	133
(3) 결 론	141
5. 헌법재판소와 “과도기적 민주주의체제”	143
(1) 국가성격의 변화	143
(2) 헌법재판소의 설치의의와 그 역할	145
6. 헌법재판소 결정례의 분석	148
(1) 자유민주적 기본질서와 한국국가	148
(2) 헌법재판소의 “과도기적” 성격	158
7. 결 론	186
※ 참고문헌	192

제 3 장 위헌성 여부가 문제되는 몇가지 법률조항에 대한
 고찰

(이화여대 법대 교수 김문현)

1. 서 설	200
2. 생명권과 사형제도 및 낙태관련입법의 위헌성문제	206
(1) 사형제도의 위헌성문제	206
(2) 현행낙태관련입법의 위헌성문제	221
3. 영화의 사전심의제도의 위헌성 여부	239
4. 헌법 제36조 제1항과 민법 제809조	256
5. 공직선거 및 선거부정방지법상의 몇가지 문제 ...	270

(1) 선거운동의 자유와 호별방문금지규정	270
(2) 직접선거의 원칙과 전국구국회의원선출방법 ·	278
(3) 전국구국회의원의 당적 변경과 국회의원신분상실 문제	285

제 1 장 헌법의 해석

최 대 권

(서울대학교 법과대학 교수)

1. 머리말

과거(1954)의 소위 사사오입의 수학 원칙에 따른 국회 개헌안 통과를 위한 정족수 충족 여부의 문제¹⁾라든지 국무총리 임명에 있어서 국회의 동의를 얻어 국무총리를 임명한다는 헌법조항의 규정을 놓고 대통령이 국무총리를 먼저 임명하고 추후에 국회의 동의를 얻는 관행의 문제점에 비추어 일찍이 우리나라에 헌법해석의 문제가 없었던 것은 아니지만 헌법해석의 문제가 이론적으로나 실제적 필요성의 점에서 중요한 헌법상의 문제로 등장하게 된 것은 말할 것도 없이 헌법재판소의 등장과 함께 헌법현상이 활성화되면서부터이다. 헌법의 해석이란 무엇인가, 헌법의 해석은 누가 하는 것인가, 헌법해석은 무엇을 위하여 하는 것인가,

1) 사사오입에 의한 국회 헌법개정안 통과(1954)에 관하여 송우, 한국헌법개정사(서울: 집문당, 1980), 121-165면 ; 김철수, 헌법학(상), (지학사, 1972), 89-90면; 김철수, 한국헌법사(대학출판사, 1988), 78-79면; 최대권, 헌법학-법사회학적 접근(박영사, 1989), 91-92면 등.

헌법의 해석은 어떻게 하는 것인가 하는 점들이 밝혀져야 함은 물론이지만 동시에 헌법의 해석이 가지는 의미가 무엇인가 하는 점이 더욱 중요하다고 생각한다. 사실 그동안 헌법해석의 의의라든지 헌법해석의 주체 및 헌법해석의 방법 등에 관한 소개의 글²⁾들이 나와 있어 우리가 이로부터 많은 도움을 받아오고 있으나, 그러나 헌법의 해석이 가지는 의미가 무엇이나의 점에 관한 이해의 깊이를 더하여 주었다고 반드시 말할 수는 없다. 그러한 의미에서 헌법해석이 가지는 의미를 천착함이 없이 헌법의 해석에 임하여 왔다고 할 수 있다. 그러한 결과 우리가 헌법해석의 실제에 임하여 여러 가지 실수나 잘못을 알게 모르게 많이 저질러 온 것이 사실이다. 그러므로 헌법의 해석이 가지는 의미가 무엇이나의 시각에서 헌법해석의 의의, 헌법해석의 주체 및 헌법해석의 방법 등이 규명되어야 한다는 것이 우리의 생각이다. 그러한 만큼 헌법의 해석이 가지는 의미를 살펴보는 과정에서 제기될 수밖에 없는 헌법이란 무엇이나 하는 질문이 헌법해석의 의의, 헌법해석의 주체, 헌법해석의 목적 및 헌법 해석의 방법 등의 문제에 관련성을 가지고 다가올 수밖에 없다고 생각한다. 헌법의 해석이란 결국 헌법이란 무엇이나의 질문에 귀결된다고 생각한다.

해석이 문제가 되는 것은 헌법이나 법률 등에 한정되는

2) 계희열 편역, 헌법의 해석(고려대학교 출판부, 1993); Konrad Hesse 저, 계희열 역, 서독헌법원론(Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage), (서울: 삼영사, 1985), 51-70면(헌법해석); 허영, 한국헌법론, 재전정증보판, (박영사, 1994), 66-85면 등.

일은 아니다. 문자나 도안이나 기호를 통하여 메시지를 전하려고 하는 경우에는 언제나 문자 등의 해석이 요구될 수밖에 없다. 그 대표적인 경우가 성경의 해석³⁾이라고 생각한다. 이곳에서 수천년의 엄청난 지적 업적이 축적되어 있는 성경해석의 영역에 뛰어들 여유나 능력은 없다. 그러나 성경의 문구나 자구에 구애되는 성경의 해석으로부터 하느님의 이름으로 무기를 드는 것을 정당화하는 해방신학의 성경의 해석에 이르기까지 다양한 해석이 성경해석의 이름으로 가능하다는 것을 우리가 알고 있다. 과연 어떠한 해석이 옳은 해석이냐? 카톨릭교회에서 로마법황청의 공의회⁴⁾가 가지는 성경해석권한의 의미는 무엇이냐? 종교개혁과 함께 성경만이(sola scriptura) 권위를 지니게 되고 그리고 수많은 교파가 이를테면 성경의 해석을 달리하면서 생겨나게 되고 또 이단의 시비를 불러일으키기도 하고 있다. 이처럼 성경의 해석이 하느님의 진리를 밝혀내려는 목표를 가지고 있는데 비해 헌법의 해석이 헌법의 의미를 밝혀내려는 목표를 가지고 있다는 차이를 제외한다면 성경의 해석과 헌법의 해석은 서로 유사하거나 서로 평행선을 그리고 있는 점이 많아 보인다. 꼭 같은 성격이나 헌법을 놓고 시대나 상황이나 사람에 따라 해석이 다를 수 있고 또

3) 성경의 해석에 관하여, 박형용, 성경해석의 원리(서울:엠마오, 1991); 다니엘 아담스 지음 안중호 옮김, 성경 해석학 입문(서울:교문사, 1983); D. Stuart and G. Fee 저 김의원 역, 성경해석방법론(서울:기독교문서선교회, 1987); 한글 카톨릭대사전(서울:한국교회사연구소, 1985)의 “성서방법론”, “성서신학”, “해석학”란 등.
4) 전게 한글 가톨릭대사전의 “공의회”란 참조.

그것이 정당할 수 있다는 것은 무엇을 의미하는가? 이러한 과정에서 불변인 것은 무엇이고 변하는 것 또는 달리 하여야 하는 것은 무엇인가? 헌법의 해석에 있어서 국가기관이 기도 한 헌법재판기관이 가지는 의미는 무엇인가? 이 같은 성경해석과의 비교는 헌법의 해석이 지니는 의미를 재음미치 않을 수 없게 만든다고 생각한다.

미국의 헌법과 같이 오래된 헌법의 경우에는 헌법의 여러 조항에 있어서 헌법조항은 변하지 아니 하였더라도 농경사회였던 초창기의 그 조항의 의미와 후기 산업사회인 오늘날의 그것과 꼭같을 수는 없을 것이다. 그렇다고 헌법의 본질적인 것까지 달라진다고 하여서야 이미 헌법을 이야기할 수는 없을 것이다. 그렇다면 동일한 헌법조항을 놓고 바뀌어서는 안되는 것은 무엇이고 바뀔 수 있는 것은 어떠한 것인가? 헌법의 본질적인 것 내지 보편적인 것이 존재한다고 생각한다. 우리가 헌법을 이야기함에 있어서 여러 가지로 모델로 삼고있는 예컨대 영·미·독·불·일본의 헌법과 같아야 하는 것도 있지만 우리의 정치·경제·사회·문화적 여건이 다른 만큼 그들의 헌법과 같을 수 없는 것도 또는 다를 수밖에 없는 것도 얼마든지 있을 수 있다. 이것은 너무나 당연한 이야기이다. 그렇다면 무엇이 같고 또 무엇이 다르냐? 이처럼 시대나 나라에 따라 무엇이 의미심장하게 같고 다른지를 말해줄 수 있는 방법의 하나가 헌법사회학적 접근방법이라고 생각한다. 그러한 만큼 헌법의 의미를 밝힌다는 것은 후술하는 바와 같이 우리가 처한 역사적·시대적 및 사회적 여건하에 헌법이란 무

엇이나를 발견하는 문제이고 그리고 가능한 여러 가지 의미 가운데 타당한 단 하나의 선택을 행한다는 의미에서 그것은 또한 결단의 문제가 되는 것이라고 생각한다.

그 동안 우리나라에서는 헌법의 해석이 다른 법해석, 예컨대 법률 등의 해석과 다르다는데 대한 충분한 인식 없이 헌법의 해석에 임하여 온 바가 없지 아니하였다고 할 수 있는가 하면 헌법의 해석이 여타의 법해석과 다를 수밖에 없다고 하면서도 실제의 헌법의 해석에 임하여 그것이 어떻게 달라야 하는지에 대한 충분한 논의가 있었다고 할 수 없다. 이러한 현상은 첫째로는 외국의 헌법학설 및 이론, 판례, 제도, 기타 헌법사례 등에 대한 거의 무조건적인 우리의 의존적 태도와 밀접한 관계가 있다고 생각한다. 솔직히 우리에게서 외국의 학설·판례 등에 대한 거의 무비판적인 도입·적용의 습관이 있었던 것이 사실이다. 사실 이러한 습관대로라면 외국의 기술을 도입하여 쓰면 되지 우리 독자 기술을 개발한다든지 우리가 헌법학을 이야기하는 것은 불필요하기도 하고 또 불가능하리라고도 생각된다.⁵⁾ 외국의 학설·판례 등은 그 나라의 정치·경제·사회·문화의 여건 하에서 생겨난 것이란 사실을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 말할 필요도 없이 그러한 외국의 학설·판례 등을 우리나라에 도입 또는 적용하려고 하는 경우에는 헌법 본질적인 것 또는 보편적인 것과 비본질적 내지 그 나라에 특유한 특수적인 것을 판별하여 비본질적

5) 최대권, 헌법학, 1-12면(서론장) 참조.

인 것·특수적인 것은 버리고, 본질적인 것·보편적인 것을 택하되 우리의 특유한 정치·경제·사회·문화적 여건에 적합한 것으로의 창의적 변형과 적용이 요구된다.⁶⁾ 사실 이러한 태도는 헌법학에서만 특유하게 요구되는 것은 아니고 모든 비교연구에는 언제나 요구된다고 생각한다. 과연 무엇이 본질적인 것·보편적인 것이고, 무엇이 비본질적·특수적인 것인지의 탐구를 위하여 바로 헌법사회학적 접근이 요구된다고 생각한다. 동시에 비교연구에 있어서야말로 창의력이 요구되는 것이라고 생각한다.

둘째로는 수학에 있어서 공식을 대입하여 푸는 식으로 또는 삼단논법 식으로 헌법조항 내지 헌법명제를 적용하려는 태도를 들 수 있다고 생각한다. 수학에 있어서는 수리(수리)만이 고려의 대상이지 문제를 푸는 사람의 가치관이라든지 주변의 환경적 요인 등은 문제가 되지 않는다. 마찬가지로 논리적 사유 방법으로서의 삼단논법도 주어진 대명제 및 소명제만을 문제로 삼지, 주변의 여러 여건이 작용할 여지는 없다. 물론 헌법의 해석에 있어서도 의문의 여지없이 적용될 대명제로서의 헌법명제와 적용될 소명제로서의 헌법사실이 분명하고 여타의 여건에 의하여 영향받지 아니하게 되어 있다고 하는 경우에는 삼단논법이 타당하여야 한다. 그러나 다른 법해석에서와 달리 헌법의 해석이 특히 문제가 되는 것은 후술하는 바와 같이 헌법조항이 추상적, 다의적, 개방적으로 규정되어 있고 따라서 문제에

6) 비교법연구방법에 관하여, 최대권·오수근, 비교법(한국방송통신대학교 출판부, 1994), 3-17면 참조.

적용될 대명제로서의 헌법명제를 찾아내야 하는 까닭에, 그리고 바로 이것이 문제인 까닭에 이러한 사유과정을 거치지 아니한 대명제의 설정은 좋게 보아서 무모하다고 할까 자의적이라고 할 수밖에 없다. 그리고 소명제를 확정함에 있어서도 예컨대 형법의 살인죄 적용에 있어서는 살인이라는 사실은 비교적 여타의 여러 사실적 여건과 분리해서 확정할 수 있다고 할 수 있는 반면에 소명제로서의 헌법사실은 한 나라의 정치·경제·사회·문화적 여건과 밀접하게 연계되어 일어나고 있어서 사실 소명제가 될 헌법사실을 한정 내지 확정하는 일 자체가 쉽지 아니하게 되어 있고 자칫하면 그것 자체도 자의에 흐르기 쉽게 되어 있다. 그러한 만큼 관련되어 있는 여러 정치·경제·사회·문화적 요인 가운데 어떠한 요인이 쟁점이 되고 있는 헌법문제와 의미심장하게 관련되어 있어서 소명제로서의 헌법사실로 보아야 하는지의 판단이 요구되는 것이다. 그리고 이렇게 발견된 헌법사실에 가장 타당한 대명제로서의 헌법명제가 동시에 발견되어야 하는 것이다. 이것이 헌법해석에 있어서 창의력이 요구된다고 하는 이유 가운데 하나이다. 그리고 헌법해석이란 헌법발견의 문제이자 결단의 문제라고 하는 이유 가운데 하나이다. 결국 헌법해석에 있어서는 삼단논법적용의 여지는 비교적 없다고 생각하는 것이다.

이하에서 헌법의 해석이 가지는 이러한 의미 내지 시각에 따라 헌법해석의 의의, 헌법해석의 주체, 헌법해석의 목적, 헌법해석의 방법 등의 문제를 살펴보고자 한다.

2. 헌법해석의 의의

(1) 헌법의 해석이란 무엇인가? 쉽게 풀이하여 헌법의 해석이란 헌법규범의 객관적 의미를 밝히는 일⁷⁾이라고 일

- 7) 법해석에 있어서 입법자의 입법의사를 밝히는 것이 법해석자의 임무라고 생각하는 견해(소위주관론)와 입법자의 의사가 아니라 법에 나타나 있는 객관적 의사를 밝히는 것이 법해석자의 임무라고 생각하는 견해(소위객관론)가 있다. 헌법해석에 있어서도 주관론·객관론을 이야기할 수 있음은 물론이다. 전계 계획열 편역, 헌법의 해석, “서른”장,9-19면 참조. 제정법이란 이를테면 입법자의 의사표현의 산물인 만큼 법해석이 입법자의 입법의사를 밝히는 것이라고 하는 생각에 긍정할만한 근거가 있는 것은 사실이다. 그러나 입법자의 입법의사라고 하더라도 그 의사는 법문을 통하여 표현하는 것이며 따라서 법문에 나타나 있는 객관화된 입법의사를 밝히는 것이 법해석의 목표일 수밖에 없다고 생각한다. 법문으로 객관화된 입법의사를 밝히는 것이 법해석자의 의무라고 한다면 그것은 객관론에 지나지 않는다. 혹시 제정자의 입법의사를 밝히는 것이 법해석자의 임무라고 하더라도 제정자가 법제정 당시 가졌던 입법의사를 알아내는 일이 결코 용이하지 아니하다는 사실도 주의할 필요가 있다고 생각한다. 첫째로 지금 해석이 요구되는 세세한 구체적 문제(사실관계)에 대하여 입법자가 어떤 분명한 생각을 가지고 있었다는 일도 드물겠지만 설사 분명한 생각을 가졌었다고 하더라도 법문이외에 달리 그것을 확인할 만한 기록을 남기지 아니하였다고 하는 경우에는 그것을 알 수 있는 방법도 없게 된다. 이러한 사정을 특히 오래된 헌법(예컨대 미국헌법의 경우에는 심각하며 또 의사록 등 기록을 남기지 아니하거나 불충분한 기록만을 남긴 경우에는 제정자의 제정당시의 입법의사를 아는 일이 지난한 일이 된다. 둘째로는 재판에 있어서 제정자의 입법의사를 보여주기 위하여 당시의 국회의사록 등 법문 이외의 자료제출하는 것을 허용하고 있는 법체제이나 아니냐의 문제도 있다. 예컨대 같은 영미법이 지배하는 나라이더라도 미국에서는 이같은 자료의 제출을 허용하고 있으나 영국에서는 원칙의 문제로서 아무리 유용할 수 있는 것이더라도 법문이외의 자료의 제출을 허용하지 아니하고 있다. 이 후자의 원칙을 따르는 경우에는 법문만으로 입법자의 의사를 확인할 수밖에 없을 것이다. 최대권, 영미법, 개정정보판, (박영사, 1991), 72-74면 및 90-92면 참조. 셋째로는 제정의회의든 국회의든 수백명의 인사로 구성되게 마련인데 모든 사람이 다 발언하는 것도 아니고 또 발언자 중에서도 누구의 의사를 입법의사로 보아야 할는지 상임위원회에서의 발언을 중시할 것인지 본회의에서의

을 정의할 수 있을 것이다. 그리고 헌법의 해석은 형식적 의미의 헌법 즉 헌법전을 중심으로 하여 이야기하는 것임을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 실질적 의미의 헌법(헌법적인 법령, 관습법, 헌법판례 등)을 가지고 헌법의 해석을 이야기하지 못할 것은 아니지만 이미 그때에는 법령의 해석이 문제되는 것이지 엄밀한 의미의 헌법의 해석이 문제되는 것은 아니기 때문이다. 우리가 영어사용국에서나 독일어사용국에서처럼 법(法)으로서의 헌법(constitutional law, Verfassungsrecht 등)과 반드시 법(法)일 필요가 없이

그것을 중시할 것인지 아니면 주도적인 역할을 수행한 사람의 그것을 그렇게 하여야 하는 것인지 알 수 없는 문제가 있다. 넷째로는 제정당시의 입법 의사를 확인할 수 있다고 할지라도 오랜 세월이 지나 사정이 많이 달라진 오늘날에도 제정당시의 입법 의사가 지배하여야 하는 것인지를 문제가 있다. 제정당시의 입법 의사가 아직도 지배하여야 하는 것이라면 헌법변천과 같은 현상은 도저히 일어날 수 없을 것이다. 결국 법문을 통하여 나타나는, 시대나 구체적 문제상황에 타당하는 입법 의사를 밝히는 것이 법해석자의 임무여야 하지 않을까? 최대권, “제정법의 해석,” 서울대학교 법학, 30권1.2호, 122-137면, 특히 125면(1989) 이하 참조. 미국에서는 헌법해석에 있어서 original intent이라는 이름으로 헌법제정과정에서 중요한 역할을 담당한 헌법의 아버지나 제정자가 원래 의도하였던 바가 무엇이냐를 탐색하는 논의를 즐겨 행하는 것을 살펴 볼 수가 있는데 그러나 original intent를 탐색하는 것이 결국은 현재 문제가 되는 해석을 지지하는 수단으로서이지 200년전으로 되돌아가겠다는 것이 아니라는 생각을 갖게 하기에 충분하다. 그리고 제정자의 입법 의사나 original intent의 탐색이 역사해석의 방법과 결부되어 행하여지고 있음도 관찰할 수 있다. John H. Garvey and T. Alexander Aleinikoff, ed., *Modern Constitutional Theory: A Reader*(St.Paul, Minn.: West Publishing Co., 1989)에 실린 Frederic Schauer, “Easy Cases,” pp.47-53과 Sanford Levinson, “Law as Literature,” pp.54-60 및 Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding,” pp.60-72와 Richard S. Kay, “Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses,” pp.73-84 참조.

과악한 헌법(constitution, Verfassung 등)을 구별하지 아니하고 헌법이라는 단어를 사용하고 있지만 이론적으로 엄밀성을 기하자면 우리의 국가공동체를 규율하는 최고법규범으로서의 헌법을 중심으로 하여 헌법해석의 문제를 다룬다는 점도 아울러 주의할 필요가 있다고 생각한다.⁸⁾ 즉 헌법규범의 객관적 의미를 밝히는 문제이기 때문에 헌법의 해석에 있어서도 다른 법해석에 있어서와 마찬가지로 해석의 합리성, 정당성, 법적 안정성의 요청 등의 문제가 있다.⁹⁾ 다만 헌법규범이 가장 중요한 최고의 법규범인 만큼 그러한 요청이 다른 법해석의 경우보다 더욱 강력하다고 할 수 있으리라 믿는다. 그러나 동시에 문제되는 헌법조항의 다의성·추상성·개방성 때문에 헌법해석의 합리성·정당성·법적 안정성의 요청을 충족시키는 일은 그만큼 어렵다고 생각된다. 그러므로 헌법재판제도의 존재의의를 이러한 시각에서도 살펴 볼 수 있다고 생각한다. 다른 이유 때문이 아니라 바로 헌법재판소 등 헌법재판기관의 헌법해석이 기 때문에 그것은 정당할 수 있으며 법적 안정성도 충족시킬 수 있는 것이다. 헌법재판기관의 헌법해석은 적어도 사법적으로는 그 이상 더 다룰 수 없을 뿐만 아니라 헌법재판기관의 헌법해석은 존중되어야 하기 때문에 그러하다. 만약 헌법재판기관이 없다고 하는 경우에 어떠한 헌법규범의 의미(헌법해석)가 이를테면 시민의 헌법의식 내지 헌법

8) 최대권, 전계 영미법, 제7장(영미공법), 323-341면 참조.

9) 전계 계획열 편역, 헌법의 해석에 실린 Ernst Forstoffs의 “헌법율의 개조”(Die Umbildung des Verfassungsgesetzes), 89-124면 및 계획열, “서론” 장, 3-85면; 최대권, 전계 “제정법의 해석”, 125면 참조.

적 확산¹⁰⁾으로까지 나아가지 아니하는 한 서로 경쟁하는 다른 헌법해석과의 관계에서 그것이 정당한 것으로 통용된 다든지 정당한 것으로 받아들여진다는 것이 쉽지 아니하리라 생각되기 때문이다.

위에서 헌법의 해석이란 헌법규범의 객관적 의미를 밝히는 일이라고 정의한 바 있다. 헌법규범의 객관적 의미를 밝힌다는 것은 그러나 구체적인 문제상황에 부딪혀서 행하는 헌법인식의 문제이고 헌법발견의 문제이며 동시에 그것은 헌법적인 결단의 문제가 되는 것이라고 생각한다. 후술하는 바와 같이 헌법해석의 문제가 제기되는 것은 구체적인 문제상황에서이다. 구체적인 문제상황을 떠난 헌법해석의 문제란 혹시 강학적인 이유 때문이라면 몰라도 상상하기 힘들다. 구체적인 문제상황에서 예컨대 어느 국가기관의 행위나 개인(예컨대 기본권의 제삼자적 효력의 문제를 따지는 경우)의 행위가 합헌인지 위헌인지의 여부 또는 헌법합치적인지의 여부가 문제되는 경우에 바로 후술하는 바와 같은 헌법조항들의 모호성·추상성·광범위성·개방성 때문에 가능하게 되는 여러 의미 가운데서 이에 적용될 하나의 의미(구체적인 헌법규범)를 발견하여 그것을 선택할 수밖에 없다는 의미에서 그것은 헌법규범의 발견이자 동시에 구체적인 문제와 관련해서 행하는 대단히 심각한 헌법적 결단일 수밖에 없다. 헌법재판소의 헌법재판기능이 헌법창조적 기능일 수 있는 것은 바로 이러한 헌법해석의 성

10) 최대권, 전거 헌법학, 15-46면(헌법의 법적 성격), 특히 36면 이하.

격 때문이라고 생각한다. 미국의 법현실주의자들(the legal realists)의 생각을 빌린다면 헌법재판기관의 결정이야말로 헌법이 되는 것이고 헌법조항이란 헌법의 개연성을 줄뿐이기 때문에 헌법재판기관의 결정기능이란 헌법창조기능에 지나지 않는다고 말할 수 있게 된다. 헌법재판기관의 결정기능을 헌법인식의 기능으로만 볼 것이냐 헌법창조기능으로까지 볼 것이냐의 문제는 헌법재판기관의 결정의 효력을 파악함에 있어서, 예컨대 본질적으로 소급효를 가지는 것이냐 미래효를 가지는 것이냐, 법률(규)적 효력을 가지는 것이냐 어떠한, 이를 어떻게 파악할 것이냐 등의 문제를 이해함에 있어서 대단히 큰 의미를 갖는다고 생각한다. 우리의 생각으로는 헌법재판기관의 해석(결정)기능을 헌법창조적 기능으로 파악하고자 한다는 점을 이곳에서 밝혀두려고 한다. 이점은 잠시 후에 살펴보려고 하는 헌법변천현상을 이해함에 있어서도 대단히 큰 의미를 갖는다고 생각한다.

(2) 헌법의 해석이라고 하면 헌법재판과 관련해서 문제되는 것이라고 생각하기 쉬우나 헌법해석의 문제는 반드시 헌법재판과 관련해서만 생기는 것이 아님은 말할 필요도 없다. 혹시 헌법재판과 관련해서 생기는 헌법해석의 문제가 가장 중요하다고 말할 수는 있어도 헌법기관만이 헌법해석을 독점하는 것이 아니고 후술하는 바와 같이 헌법해석은 이를테면 개방되어 있다.¹¹⁾ 다만 굳이 분류하자면 유권해석과 그렇지 아니한 해석이 있을 뿐이다. 국가공동체

생활 자체가 부단히 수많은 헌법해석의 문제를 제기하며 해결한다. 우리 헌법상의 헌법재판기관(헌법 제107조 제1항 및 제2항, 제111조 제1항 참조) 이외의 국가기관의 활동도 헌법해석을 포함하고 있으며 국가공동체의 구성원인 국민의 활동이 또한 헌법해석을 동반하고 있다. 국회의 입법활동은 헌법의 해석을 포함하고 있다. 헌법 제37조 제2항은 특히 이 점을 분명히 하고 있다고 생각한다. 즉 헌법 제37조 제2항의 해석을 우리 헌법은 일차적으로 국회에 맡기고 있는 것이다. 헌법 제 37조 제2항의 해석을 오직 제이차적으로 그리고 사법과정상 최종적으로 헌법재판소에 맡기고 있을 뿐이다. 그리하여 예컨대 형법 제70조의 구속 사유에 관한 조항은 헌법 제12조의 신체의 자유에 관한 조항의 해석이자 구체화이다. 그러한 의미에서 입법이란 국회에 의한 헌법해석이라고 할 수 있다. 국회에 의한 헌법해석 즉 입법이 유권해석임은 물론이다. 그러므로 특히 헌법재판소에 의한 위헌결정이 있지 아니하는 한, 국회의 입법이 유효한 법률로 즉 유효한 국법으로 통용되는 것임은 말할 필요도 없다. 이러한 사정은 국회뿐만 아니라 행정부 및 다른 법원의 활동과 관련하여서도 전혀 동일하다. 다만 우리헌법상 명령·규칙·처분 등의 위헌여부가 재판의 전제가 되는 경우에 최종적으로 대법원이 결정하게 되어 있고, 헌법재판소법에 의하여 법원의 재판이 헌법의 해석을 잘못하였다고 하는 경우에는 헌법재판소의 결정에 의하여

11) 최대권, 전거 헌법학, 15-46면(헌법의 법적 성격)

이를 가릴 수 있는 방법이 없으며, 이를 통하여 행정부의 헌법해석(명령, 규칙, 처분 등)을 헌법재판소에서 다룰 수 있는 방법도 실질적으로 봉쇄되어 있다.

일반 국민도 헌법재판에 의한 국가기관의 헌법해석에 대한 도전을 통하여 혹은 국가기관의 헌법해석에 어긋나는 행동을 통하여(예컨대 집회 및 시위에 관한 법률이 위헌이라는 생각에서 또는 이러한 생각까지는 없더라도 이에 반하는 행동을 취함으로써) 의식적으로 또는 무의식적으로 헌법해석으로 나아가고 있다. 국민에 의한 의식적인 헌법해석은 헌법재판기관을 비롯한 국가기관에 의한 유권적 헌법해석을 유발한다고 할 수 있다. 국가기관에 의한 유권적 해석에까지는 이르지 아니하더라도 국민의 행동을 통한 의식적·무의식적 헌법해석은 다른 국민에 의한 동일한 동조적·호응적 헌법해석을 불러 일으켜 그것이 지배적인 헌법규범의 의미로 정착될 수도 있을 것이다. 헌법해석의 종류로 학리해석도 든다. 학자에 의한 학리해석이 그 자체로서도 의미심장할 뿐만 아니라 국가기관에 의한 유권해석이나 국민에 의한 해석에 기여함으로써도 헌법의 발달, 헌법의 변천에 기여한다는 점은 더 언급이 필요치 아니하리라 생각된다. 헌법해석의 종류를 들자면 그러므로 유권해석, 국민에 의한 해석, 학리해석 셋을 들 수 있다는 점은 후술하는 바이다.

(3) 법해석의 문제가 헌법에서만 특유하게 생기는 문제는 아니지만 헌법해석의 문제가 특히 문제가 되는 것은 어

떠한 연유 때문인가? 그것은 헌법조항의 모호성·추상성·광범위성·개방성 때문이다. 헌법조항에도 예컨대 대통령의 임기는 5년이라고 함(헌법 제70조)과 같이 다툼의 여지 없이 그 뜻이 분명한 조항도 있다. 그러나 구체적인 문제 상황에 접하여 그 뜻이 불분명하거나 여러 가지 의미로 새길 수 있는 조항들이 오히려 대단히 많이 있어서 그것이 헌법의 특징적 성격을 형성한다고 할 수 있다. 물론 다른 법, 예컨대 민법에서도 제103조와 같이 모호성·추상성·광범위성·개방성을 가지는 조항이 있다. 그러나 민법의 제103조와 같은 조항은 민법에서는 예외적인 조항이라고 할 수 있는 데 비해 헌법에서는 이러한 모호성·추상성·광범위성·개방성을 가지는 조항이 오히려 통상적이다. 그러므로 구체적인 문제 상황에 부딪혀서 헌법의 의미가 애매 모호하다던지 여러 가지 다양한 의미를 지닐 수 있어서 어느 의미로 새겨야 할지 잘 알 수 없는 상황이 헌법에서는 얼마든지 생기고 있다. 이러한 때에 구체적인 문제 상황에서 타당하여야 할 헌법의 의미가 무엇이나 하는 헌법해석의 문제가 생기는 것이다. 사실 따지고 보면 헌법보다 하위의 법형식에서도, 심지어는 죄형법정주의의 원칙상 특히 구체적으로 규정되어야 하는 형법조항에서도 법해석의 문제는 생긴다. 우리가 법학개론 수준에서도 배우는 예로 밥그릇에 배설물을 붓는 것이 손괴죄가 되느냐 아니냐, 전기를 몰래 끌어다 쓰는 것이 절도죄가 되느냐 아니냐(이것은 입법적으로 해결되었지만) 하는 것들이 그러한 대표적 예가 되리라 생각된다. 이처럼 구체적으로 규정하고 있는 법

령에서도 법해석의 문제가 생기는데 하물며 추상적·개방적으로 규정한 법조항에서 법해석의 문제가 생기는 것은 너무나 당연하고 역으로 법해석자로 하여금, 특히 판사로 하여금 다양한 상황에 처하여 이에 구체적으로 타당하는 의미(즉 법)의 모색을 가능케하기 위하여 바로 개방적·다의적인 추상적 법조항을 두는 것이라고 할 수 있다. 즉 판사의 재량에 따른 법의 판단, 법의 발견, 법의 창조를 가능케 하기 위하여 그러한 것이라고 할 수 있으리라. 민법의 신의성실 조항(제2조)이라든지 사회질서에 반하는 법률행위에 관한 조항(제103조) 등이 그 예이다.

(4) 그렇다면 다른 법규범에 있어서처럼 예외적으로만이 아니고 대부분이 추상적·개방적·다의적인 조항들로 구성되어있는 헌법규범의 경우에는 어찌하여 그러한가, 헌법조항들이 주로 추상적·개방적으로 규정되어 있다는 것은 어떠한 의미를 가지는 것일까? 첫째로 생각할 수 있는 것은 헌법이 국가 공동생활의 조직·구성·규율 등의 대강(대강)을 규정하고 있는 최고의 법규범이라는 사실이다. 그러므로 대통령의 임기조항의 예에서와 같이 성질상 구체적·한정적으로 규정할 수밖에 없는 헌법조항도 많지만 헌법은 기본적인 대원리·원칙을 설정하는데 그치고 그 구체화는 국회입법 등 하위법령에 의한 구체화에 맡길 수밖에 없는 성질의 것이 오히려 더 많다고 할 수 있는 것이다. 나아가 둘째로 국가공동생활의 조직·구성·규율 등의 세세한 것 모두를 미리 예상하여 그 전부를 헌법조항에 담는다는 것

은 입법기술적으로도 불가능하다고 생각된다. 뿐만 아니라 헌법조항을 전부 자세하게 구체적으로 규정한다는 것은 법적 명확성을 증대시키는 이점이 있을 것이지만, 그리하여 해석의 여지 내지 해석에 따르는 불명확성·불안정성의 여지는 줄일 수 있을 것이지만, 그러나 동시에 헌법의 개정 곤란성의 요청에 비추어 사정이 조금만 바뀌어도 일일이 헌법개정의 방법이 아니면 이를 바꿀 수 없다는 불편을 가져오게 된다. 그러한 만큼 헌법조항은 대강만을 규정하고 구체화는 추후의 입법 및 해석에 맡기는 것이 헌법정책적으로도 유리할 수 있다는 명제를 도출해 낼 수 있다. 그러므로 어떠한 헌법조항을 구체적·한정적으로 규정하고 어떠한 헌법조항을 추상적·개방적으로 규정할 것인가의 문제는 헌법정책의 문제라고 할 수 있을 것이다. 아무튼 국가공동체의 기본적 법규범을 추상적·개방적 조항으로 규정한다는 것은 이처럼 헌법의 속성에 속하는 것이라 할만하다. 그렇게 함으로써 헌법에 있어서의 지속성(continuity)과 변화(change)의 요청을 다 충족시킬 수 있기 때문이다. 즉 헌법조항을 추상적·개방적으로 규정하여 두었다고 하는 경우에 지속성과 변화의 요청을 동시에 충족시킬 수 있는 이점 내지 지혜가 숨겨져 있다. 헌법개정 없이 변화의 요청에 부응하는 메카니즘이 헌법의 해석이다. 또한 헌법의 개정이 없는 만큼 지속성의 요청도 충족시킬 수 있는 것임은 물론이다. 그리고 그 결정에 구속력·확정력 등의 효력을 부여받는 헌법재판기관의 헌법해석의 경우에는 더욱 그러하다고 말할 수 있다.

그러한 만큼 헌법의 해석은 헌법변천(헌법변천)의 현상과 따로 떼어서 생각할 수 없다.¹²⁾ 헌법변천이란 헌법조문은 바뀌지 아니하고 그대로 있으나 그 의미나 내용이 실질적으로 바뀌는 현상을 일컫는다. 헌법변천의 현상은 위헌법률심사제도가 확립되지 아니한 국가에서 발생하는 일이 많으리라 생각되지만 경성헌법의 개정곤란성을 감안하면 위헌법률심사제도하에서도 발생할 수 있는 현상임은 말할 필요도 없다. 그리고 헌법조항 가운데서도 위에서 본 대통령의 임기조항과 같은 구체적·한정적인 조항에서보다는 추상적·개방적인 헌법조항의 경우에 더 많이 발생하리라고 생각된다. 사실 따지고 보면 추상적·개방적인 헌법조항은 헌법의 지속성을 견지하면서 역사적·시대적 변화를 수용해내는 용기(용기)라고 할까 창구로서의 역할을 수행해내는 방편이라 할 수 있다. 예컨대 자유나 평등에 관한 조항 등을 살펴보자. 자유나 평등의 본질을 훼손함이 없이 자유나 평등에 관하여 일어난 역사적·시대적 변화를 수용할 수 있기 위하여는 자유나 평등에 관한 조항은 본질상 추상적·개방적일 수밖에 없다. 구체적으로 어느 시대에 등장하는 자유나 평등에 관한 모든 상황을 구체적으로 헌법조문화하고 난 후 다시 다음 시대에 등장하는 모든 상황을 모두 바꾸어 구체적으로 헌법 조문화할 수는 없는 까닭이다. 그러한 만큼 국회의 동의를 얻기 전에 국무총리를 임명하고 그리고 국회의 동의를 얻는 관행(이것이 헌법의

12) 최대권, 전거 헌법학, 15-46면(헌법의 법적 성격), 특히 44-46면.

변천이라고까지 말할 수 있을지는 아직 의문이나)의 탄생이나 후술하는 바와 같은 미국에서 조약체결을 위한 상원의 “자문과 동의”를 얻기 위하여 대통령이 상원에 직접 등원하지 아니하는 관행의 등장을 보면 구체적인 헌법조항과 관련하여서 헌법변천이 일어날 수 없는 것이라고만 말할 수 없는 것이지만 특히 추상적·개방적인 헌법조항과 관련하여서는 헌법변천은 과히 헌법의 속성이라고 할 수 있을 것이라고 믿는다. 그러한 만큼 헌법위반은 언제나 헌법위반이지 헌법위반의 상황이 합헌상황으로 바뀔 수는 없다는 법실증주의적인 생각은 헌법의 발달이나 살아있는 헌법을 도무지 믿지 아니하는 사고라고 생각한다.

그러면 헌법변천은 어떻게 일어나는가? 헌법의 변천을 일으키는 메카니즘의 하나가 헌법의 해석, 특히 헌법재판소의 헌법해석임은 우리가 쉽사리 생각해낼 수 있다. 즉 헌법의 해석을 통하여 헌법의 변천이 일어나는 것이다. 위에서 역사적·시대적 변화가 헌법의 변천으로 이어진다고 하였는데 이러한 현상은 어떻게 일어나는 것이며 헌법의 해석과 어떻게 연결되는 것인가? 필자의 다른 글¹³⁾에서 살아있는 법으로서의 헌법이 헌법적 제재(제재), 사회적 승인, 일반성 및 공적 권위의 네 가지 속성으로 구성되어 있으며, 헌법적 제재와 사회적 승인은 분석적 개념으로만 분리되는 것이지 관찰할 수 있는 헌법현상으로는 양자가 중첩적으로 나타나고 있어서 국가공동체 구성원인 국민의 헌

13) 최대권, 전거 헌법학, 15-46면(헌법의 법적 성격).

법지지적인 여론, 관행(practices), 투표행위, 헌법재판의 제기, 학자의 이론전개, 판결 등의 사실을 징표로 하여 확인할 수 있는 사회적 현상이란 점을 지적하였다. 그리고 사회적 승인이란 법적 확신과 동일시 할 수 있는 현상임도 설명하였다. 헌법의 속성인 법적 확신 내지 사회적 승인이 바뀌면 헌법의 의미가 바뀔 수밖에 없다. 그리고 헌법의 해석이란 이같은 헌법의 의미를 발견하고 판단하는 작업일 수밖에 없다. 그리고 헌법재판기관 등의 헌법해석을 통하여 헌법의 의미는 결정적으로 바뀐다. 헌법재판기관 등의 헌법해석을 통한 헌법의 변천이란 바로 이러한 경우라고 생각한다. 헌법재판기관 등의 헌법해석이 헌법의식의 변화를 선도하는 경우도 상정할 수 있다. 그러나 헌법재판기관 등의 헌법해석이 변화된 헌법의식보다 뒤쳐지는 경우도 상정할 수 있다. 이 후자의 경우에 세상이 얼마나 변하였는데 헌법재판기관 등이 이를 수용하지 아니하고 얼마나 버티어낼 수 있을 것인가 하는 어려운 문제가 제기될 수 있다. 미국의 예를 들자면 하루의 노동시간을 10시간으로 제한하고 부녀자나 소년의 노동을 규율하는 입법이 계약자유 원칙에 반한다고 하여 위헌판결을 받았던 시절도 있었는데¹⁴⁾ 헌법재판기관이 계속하여 위헌판결을 고집한다고 하는 경우에 참으로 어려운 문제를 제기한다고 생각한다. 이러한 사정은 미국에서 1930년대에 뉴딜 정책과 관련하여 실제로 일어났던 사정이다.¹⁵⁾ 정치과정의 다수자가 결정한

14) *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45(1905).

15) Dai-Kwon Choi, "Constitutional Challenges and Changes in the

입법을 국민에 의하여 선출된 바가 없는 소수의 법관이 시대가 지난 헌법관을 고집하여 이를 저지할 수 있느냐, 그것이 정당화될 수 있느냐 하는 질문이 그것이다. 지나치게 시대에 뒤진 헌법해석은 지나친 보수·반동으로 생각되어 헌법재판기관 자체의 존립에 대한 회의를 불러오기 쉽다. 미국의 루스벨트 대통령의 법원충전법안(the Court Packing Bill)이 그 한 예이다.¹⁶⁾ 지나치게 시대를 앞서가는 헌법해석은 사법기관에 의한 혁명으로 간주되어 그것 또한 헌법재판기관의 존립에 대한 위협세력의 등장을 고무하기 쉽다. 시대를 따라갈 뿐인 헌법재판기관이라면 그 존재의의가 무엇이냐의 질문을 제기하는 사람도 없지 아니하다.¹⁷⁾ 그러나 헌법재판기관의 헌법해석은 유동적이거나 불명확한 상태의 헌법의 변천을 이룰때면 사법적 결정의 형식과 효력을 가지고 이를 확정하고 명확히 하며 또 그것에 헌법적 정당성까지 부여하여 준다. 그러므로 헌법의 해석은 바로 이 시대의 헌법을 밝히고 이에 헌법적 효력을 부여하는 작업이라 할 수 있다.

1930s," 미국학논집(Journal of the American Studies Association of Korea), v.18, pp.64-81(1987) 참조.

16) 최대권, 전계 영미법, 291-292면 참조.

17) 예컨대 Robert A. Dahl, Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent(Chicago: Rand McNally, 1967), pp. 143-170, 특히 pp.167-170 참조.

3. 헌법 해석의 주체

(1) 헌법의 해석은 누가 하는 것이냐? 위에서 이미 헌법 해석의 종류로 유권해석·학리해석·국민에 의한 해석의 세 가지를 이야기하였거니와 헌법해석의 종류에 상응하여 ① 국가기관에 의한 해석, ② 전문 헌법학자에 의한 해석 및 ③ 국민에 의한 해석을 생각할 수 있을 것이다.¹⁸⁾ 첫째로 국가 각 기관은 독자적인 헌법해석권한을 가진다고 평면적으로 이야기할 수 있다고 생각한다. 다만 기능적·입체적으로 이해할 때에 국가 각 기관의 헌법해석은 추후에 헌법재판기관에 의하여 권위적으로 위헌으로 판정받는 경우가 아닌 한 유효한 것으로 받아들이는 유권해석이 된다. 그리고 헌법재판기관에 의한 결정은 추후에 헌법재판기관 스스로에 의하여 번복(판례변경)되지 아니하는 한, 사법절차적으로 그 이상 더 다룰 수 있는 길이 없다는 의미에서 최종적인 유권해석이라 할 수 있을 것이다. 그리고 헌법재판기관의 결정의 형식으로 표현되는 헌법재판기관의 헌법해석은 모든 국가기관·모든 국민을 구속하는 효력을 가지는 것이며 법현실주의자들의 주장처럼 실은 그것이 헌법이 되는 것이다. 다른 국가기관의 국법행위 즉 국회의 입법 및 행정부의 명령·규칙·처분, 그리고 법원의 재판 등은

18) 최대권, 전거 헌법학, 15-46면(헌법의 법적 성격), 특히 44-46면; 전거 계획열 편역, 헌법의 해석에 실린 Peter Haerberle의 “헌법해석자들의 개방사회”(Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation), 217-251면 참조.

동시에 헌법해석이 된다는 점은 부분적으로 이미 지적한 바이다. 그리고 이러한 국법행위는 후술하는 바와 같이 합헌(및 합법)의 추정을 받는다. 그러므로 이러한 국법행위는 추후에 위헌(또는 불법)으로 헌법재판기관 등에 의하여 권위적으로 판정받지 아니하는 한(법원의 재판의 경우에는 헌법재판소법에 의하여 헌법소원의 형식으로 헌법재판소에 의한 위헌판정을 받을 수 있는 길은 봉쇄되어 있다) 그리고 헌법재판기관에 의한 합헌판결의 경우에는 확정적으로 모든 국가기관·모든 국민을 구속하는 힘을 가진 국법이 되는 것이다.

국회가 헌법해석권을 가진다는데 대하여 의문을 가질 여지는 없다고 믿는다. 미국에서는 조약체결시 상원의 자문과 동의를 얻어서(by and with the advice and consent of the Senate)하게 되어 있는 것을 초대대통령 조지 워싱턴은 문자 그대로 자기가 상원의원들과 자리를 같이 하여 거기서 자문과 동의를 얻어야 하는 것으로 이해하여 상원에 나갔으나 당시 상원의원들은 그의 면전에서 토의하려고 하지 아니하고 위원회에 그 문제를 넘겨버리는 바람에 그냥 돌아오고 말았다고 한다.¹⁹⁾ 그 후 어느 대통령도 상원의 자문과 동의를 얻으려고 상원에 나가는 일이 없었다고 한다. 이러한 것도 일종의 헌법해석임에 틀림없다. 우리나라의 예로 위에서 이미 거론한 바 있는 소위 사사오입에 의한 헌법개정안통과 정족수 충족판단도 국회에 의한 일종의

19) C. Herman Pritchett, "Introduction" in Constitutional Law," International Encyclopedia of the Social Sciences, p. 296 참조.

헌법해석이라 할 수 있다. 다만 이 경우의 헌법해석은 해석의 정당성 여부를 묻게 하는 헌법해석이라 할 수 있다. 혹시 수학적원리로는 소수점 이하의 수나 그 이하(이곳에서는 0.333...)를 사상하여 135를 재적의원수 203의 3분의 2라고 할 수 있을지 모르나 정족수, 특히 경성헌법성을 위한 개헌정족수의 존치목적에 비추어 135는 결코 개헌정족수를 충족시키지 못하는 수치라 할 수 있다. 적어도 136이라야 개헌에 필요한 정족수인 재적의원의 “3분의 2 이상”이라고 할 수 있는 것이다. 통상의 의안통과를 위한 과반수의 경우에도 예컨대 찬반동수라고 하는 경우에는 결코 “과반수”라 할 수 없을 뿐만 아니라 소수자 보호의 취지에서 문제의 법안은 통과되지 못한 것으로 간주한다.

위에서 형사구속사유에 관한 형사소송법 제70조가 입법을 통하여 행하는 국회의 헌법 제 12조 및 제37조 제2항의 해석이라고 하였거니와 예컨대 국가보안법, 집회 및 시위에 관한 법률, 사회단체신고에 관한 법률, 정기간행물의 등록 등에 관한 법률 등은 국회에 의한 헌법 제21조 및 제37조 제2항의 해석이라 할 수 있을 것이다. 1985년에 거론되었다가 호된 비판에 부딪혀 국회에 제안되기도 전에 철회되기에 이른 소위 학원안정법²⁰⁾ 아이디어의 내용은 후술하는 바와 같이 전형적인 헌법해석의 문제를 제기한다고 생각한다. 물론 당시에는 헌법해석의 문제로서 헌법해석은

20) 학원안정법시안에 관하여 동아일보 1985년 8월 8일자 등 당시 일간지 참조. 그리고 동아일보 1994년 4월 24일자 기획기사 “학원안정법”란 참조.

쟁을 불러 일으켰다기 보다는 이념논쟁·민주주의논쟁을 불러 일으켰을 뿐이다. 헌법해석논쟁으로는 “적법한 절차” 조항이 삽입되기 이전의 헌법 제12조를 근거로 하여 그것이 전적으로 합헌적인 입법일 수 있음을 주장한 한 고위의 검사가 텔레비전에서 입론을 펼 것 이외에 찬성쪽이든 반대쪽이든 헌법해석에 입각한 논의를 당시에 보지 못하였던 것은 당시의 상황으로 보아 이해는 가나 헌법해석의 시각에서는 아쉬운 점이었음을 기억하고 있다. 그 검사에 의하여 대표된다고 생각되는 정부측 생각은 “법률에 의하여” 학원안정법이 예정하는 일종의 보안조치를 도입하는 경우에 그 법률은 합헌이라는 것이었다. 만약 학원안정법이 제정되었다면 그 법률은 국회에 의한 헌법해석이 되는 것이다. 사회적 기본권 내지 생활권적 기본권을 구체적으로 형성하는 국회입법, 예컨대 사회보장에 관한 법률, 생활보호법, 국민연금법, 사회복지사업법, 아동복지법, 모자복지법, 교육법, 환경보전법, 노동법 등도 헌법의 해석을 포함한다고 생각한다. 예컨대 헌법 제119조, 제10조, 제11조, 기타 기본권 등에 관한 판단과 결단이 그것에 따르지 않을 수 없다고 보는 까닭이다. 국회는 입법을 통하여 헌법을 실현하여야 하고 헌법에 합치되는 입법을 행하여야 하며 말할 것도 없이 헌법에 위반하여서는 안된다. 이때에 무엇이 헌법을 실현하는 것이며 어떻게 하여야 헌법에 합치하며 혹은 반하는지의 헌법해석이 그 입법에 의하여 행하여지는 것임은 물론이다. 노동쟁의조정법 제13조의 2의 소위 제3자개입금지조항의 위헌성 판단에 있어서 헌법재판소는 근

로자의 노동3권에 관한 제33조의 해석문제로 풀이하고 있는 것도 그 한 예가 된다고 생각한다. 다만 이것은 헌법 제33조의 해석의 문제가 아니라 제12조, 제37조 제1항 및 제37조 제2항의 해석의 문제라고 본다는 점은 후술하는 바이다.

이제까지의 우리의 논의에 비추어 행정부가 헌법해석권을 가진다는데 대하여 의문을 가지는 사람은 없을 것이다. 1841년 미국에서 대통령이 사망하였을 당시 미연방헌법 제2조 제6항에 비추어 부통령이 차지하게 되는 것이 대통령“직”(office)인지 그 직에 따르는 “권력과 의무”(powers and duties of the office)인지가 불분명하였던 것이다. 그리하여 논쟁이 일어났었다. 그러나 당시의 부통령이었던 존 타일러(John Tyler)가 대통령의 직을 대행(acting)하는 부통령이 아니고 자기가 대통령임을 선언·취임함으로써 부통령에 의한 대통령 사망시의 대통령직 승계에 관한 해석을 확정지었다.²¹⁾ 그후 미국에서는 헌법 제25개정 조항이 채택되어(1967) 이 해석이 이제는 미국 성문헌법의 한 부분으로 되어있다. 우리나라에서는 “국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다”(제86조 제1항)는 조항의 운영과 관련하여 국무총리를 먼저 임명한 후 국회의 동의를 얻는 것이 관행이 되어 왔었다. 그리하여 여러 가지 사유로 끝내는 국회의 동의를 얻지 못한 채 국무총리“서리”로 근무하다가 끝난 국무총리도 있었다. 관행의 이름으로

21) 전계 C. Herman Pritchett, "Introduction in Constitutional Law" 참조.

행하여진 이 헌법해석에도 정당한 헌법해석이나 어떠한의 문제가 제기된다. 우리나라 헌법상 부통령이 아니라 국무총리를 둔 제도의 의의 및 이와 맞물린 국회동의 제도의 취지에 비추어 살펴보면 국회의 동의를 얻은 연후에 국무총리로 임명하여야 한다는 것이 정당한 해석이라고 생각된다.²²⁾ 위의 관행은 단연 국회보다 우월한 위치에 섰던 대통령에게 국회가 종속적이었던 상황이 빚어낸 해석이라 생각된다.

행정부의 헌법해석이 명령·규칙·처분의 형식으로도 나타난다는 점은 쉽사리 이해되리라 생각된다. 다만 명령·규칙·처분의 위헌여부가 재판의 전제가 될 경우에는 헌법재판소가 아니라 대법원이 최종적인 해석권을 가지게 되어 있어서 우리 헌법상 두 개의 최종적 헌법재판기관을 가지고 있는 셈이다. 그러한 만큼 두 헌법재판기관 사이의 헌법해석상의 충돌의 경우도 상정할 수 있으며 이러한 경우에 어떻게 해결할 것이냐의 어려운 문제가 존재한다. 우리 헌법상의 헌법재판소의 존재의의에 비추어 입법론으로는 최종적인 헌법해석권한은 단일의 최종적 헌법재판기관에 통일되어야 한다고 믿는다. 그리고 이러한 시각에 바탕을 둘 때에 명령·규칙·처분이라고 하더라도 그것의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 아니하고 그리고 여타 헌법소원의 요건을 충족시킨다고 하는 경우에는 헌법소원심판의 형

22) 김영삼 정부 출범이후 대통령에 의한 국무총리 지명 - 국회에 의한 동의 - 대통령에 의한 국무총리의 임명과정을 애써 따르려는 노력을 보여주고 있는 점이 주목된다. 예컨대 이회창 국무총리 임명을 보도한 동아일보 1993년 12월 17일자 참조.

식으로 헌법재판소가 최종적으로 헌법해석권한을 정당하게 행사할 수 있다고 믿는다.²³⁾ 이같이 그 위헌 여부가 재판의 전제가 될 수 없다고 하는 경우이면서 헌법소원의 기타 요건을 충족시킨다고 하는 예외적 상황 이외에는 명령·규칙·처분의 형식으로 행하여진 행정부의 헌법해석에 대하여 헌법재판소에 의한 최종적 심사(헌법해석)를 받을 수 있는 길은 현재 봉쇄되어 있다. 헌법재판소법이 재판에 대한 헌법소원을 허용치 아니하기 때문이다(제68조 제1항). 그리고 헌법소원을 위한 보충성의 원칙상 명령·규칙·처분에 대하여는 재판을 꼭 거치게 되어있기 때문이다. 그러한 만큼 동일한 헌법조항에 대한 최종적인 유권적 헌법해석의 다원화가 예상된다. 이것이 결코 바람직한 상태가 아님은 물론이다.

사법부에 의한 헌법해석이 재판의 형태를 취하리라는 점은 쉽게 이해되리라 믿는다. 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 된다고 판단하여 법원이 그 스스로 헌법재판소에 대하여 그 심사를 제청하는 경우에 그 제청청구에 제청법원의 헌법해석이 포함되어 있음은 말할 필요도 없다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원의 형태로 헌법재판소의 위헌법률심사가 이루어지는 경우에도 사건이 계류되고 있는 법원의 헌법해석이 포함되고 있음은 물론이다. 이때에 기각하고 있는 법원 측의 헌법해석을 그 기각결정에 명시적으로 기재해 넣을 것이냐 아니면 기각결정의 문언

23) 헌법재판소 결정 1990. 11. 15.(89 헌마 178) 참조.

이외에 달리 명시적 헌법해석을 자제할 것이냐의 판단은 그 법원의 재량사항이라고 믿는다.²⁴⁾ 법원이 명령·규칙·처분 등의 위헌여부를 판단하는 경우에도 일정한 헌법해석을 포함하는 것임은 물론이다. 설사 위에서처럼 헌법해석이 명백하게 포함되었다고 하는 경우의 재판뿐만 아니라 모든 재판이 사실은 일정한 헌법해석을 포함하고 있음을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 모든 재판은 명시적으로 헌법해석을 행하는 경우가 아니더라도 그것이 단순한 형사재판이든 민사재판이든 그것이 최고법규범인 헌법규범을 준수하고 있느냐 아니냐의 관점에서의 헌법해석을 동반할 수밖에 없다고 생각한다. 그러한 의미에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외한 것은 유권적 헌법해석의 통일의 필요성의 시각에서 심각한 문제점을 제기한다고 생각한다. 법원이 재판을 통하여 헌법을 위반하였다고 하는 경우가 드물기는 하겠지만 전혀 있을 수 없다고 말 수는 없다고 믿는다. 예컨대 법원이 재판을 통하여 헌법상의 평등조항이나 재판청구권조항 등을 위반하였다고 하는 경우를 상정할 수 있다. 법원은 헌법에 합치하는 재판을 행하여야 하는 것임은 물론이다.

아울러 헌법재판소법에서 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 우리나라에서 헌법소원제도는 거의

24) 위헌제정신청에 대하여 기각결정을 하면서 명시적으로 기각법원의 장문의 헌법해석을 기각결정문에 포함시킨 예로 서울민사지방법원 제42부(판사 박용상·김상준·김소영)의 사립학교법 위헌제정신청의 기각결정 1990. 4. 3.(89 카 58899), 법조, 1990년 4월호, 170-191면 참조.

공동화되었다고 믿는다. 위에서 이미 살펴본 바와 같이 극히 예외적인 경우를 제외하면 행정부에 의한 헌법해석의 정당성을 헌법소원제도를 통하여 헌법재판소가 심사할 수 있는 길은 봉쇄되어 있는 셈이며, 법원의 헌법해석의 정당성은 바로 헌법재판소법의 이 조항에 의하여 헌법소원제도를 통한 헌법재판소의 심사가 불가능하게 되어 있기 때문이다. 그러므로 헌법소원은 국회의 헌법해석에 대하여서만 가능하게 되어 있으나 법률은 그 집행이나 시행을 통하여 비로소 국민의 기본권을 침해하는 관계에 서는 것이고 예외적으로만 국민의 기본권을 직접·현재적으로 침해하게 되는 것이 보통이기 때문에 법률에 대한 헌법소원은 예외적으로만 가능하다고 보아야 하는 까닭이다.

(2) 헌법해석의 종류의 하나로 거론하는 학리해석의 경우에 그 주체는 헌법학자가 되는 것임은 물론이다. 헌법의 경우뿐만 아니라 모든 법의 경우 법학자의 법학학문활동을 제외하고는 적어도 근대적인 법의 운영, 법의 발달을 상상할 수 없다.²⁵⁾ 법학자는 법학교육·훈련을 담당하는데 그치는 것이 아니고 법적 주장의 근거를 제시하고 법적 주장이나 판결 또는 법제도의 근거를 분석·비판하여 체계화하고 혹은 법의 이상이나 가치 또는 법의 발전방향을 밝히는 일에 임한다. 그러한 만큼 법운영에 있어서 법학자의 학설·이론을 대하는 태도는 법체계마다 다소의 뉴앙스상의

25) 최대권, 법과 사회(서울대학교 출판부, 1992), 123-157면(사법권의 독립) 중 특히 140-145면.

차이는 있어도 법의 의미가 뚜렷치 아니하다라든지 법의 흠결이 존재하는 경우에 법학자의 학설이나 이론을 중요한 전거로 하여 판결이나 그 밖의 법적 결정에 도달한다는 점은 동일하다. 영미법계에서는 법학자의 학설·이론을 2차적이라는 수식어는 붙이지만 아예 법원의 하나로 취급하고 있으며, 대륙법계에서는 법원이라고는 하지 아니하고 있으나 법의 의미가 불명하다든지 법의 흠결이 존재하는 경우 등에 있어서 법의 의미를 밝히고 적용할 조리 등을 발견하는 중요한 수단으로 법학자의 학설·이론에 크게 의존하고 있다는 점은 이미 잘 알려져 있다. 법체계 전반의 발전을 가지고 이야기하면 법학자의 학설·이론이 대륙법계에서 더 큰 영향력을 행사하여 왔다고 할 수 있으리라 믿는다. 적용될 법규범의 의미가 불분명하다고 하는 경우가 단연 많고 혼하다고 할 수 있는 헌법이나 국제법의 경우에 법학자의 학설·이론이 중요한 역할을 담당하리라는 점은 쉽사리 이해할 수 있다. 말할 것도 없이 헌법학자에 의하여 제시되고 또는 개발되는 학설·이론이 헌법재판기관의 그것을 위시하여 국가기관의 헌법해석에, 즉 헌법실무에 크게 영향을 미치리라고 생각하는 것은 조금도 무리가 아니라고 생각한다. 그럼에도 불구하고 단순한 분쟁해결기관이 아니고 헌법의 의미를 천명하고 결단하는 일을 전담하는 최종적인 유권적 헌법해석기관인 헌법재판소의 구성으로부터 헌법학자가 전적으로 배제되어 있는 현행제도는 도저히 납득할 수 없다. 헌법학자의 학리해석이 국민에 의한 헌법해석권의 실현에 지대한 영향을 미치리라는 점에 관해서도

의문의 여지가 없다. 국민의 헌법의식·사회적 승인은 헌법학자의 학리해석에 의하여 그리고 헌법재판기관의 결정을 통하여 확인 받고 혹은 지지를 받게 되며 학리해석이나 헌법재판기관의 결정은 역으로 국민의 헌법의식·사회적 승인을 형성케하기도 하고 이를 지도하기도 한다.

(3) 국민이 헌법해석권을 가진다는데 대하여 의문을 가질 여지는 없다고 생각한다. 국민은 선거와 여론형성 등 정치과정에 참여할 수 있는 권리를 가지고 있다. 국민은 재판청구권행사의 한 측면으로서 헌법해석권을 가지는 것이지만 더 기본적으로는 국민이 가지는 헌법해석권은 국민이 국가공동체의 구성원으로서 정치과정에 참여할 수 있는 권리의 한 측면으로서 가지는 것이라고 생각한다. 위에서 국민의 헌법의식·사회적 지지를 거론하였거니와 법으로서의 헌법의 구성요소인 사회적 지지 (및 중첩적으로 헌법적 제재)의 형성에 참여할 수 있는 권리가 있다고 믿는다. 국민이 적극적으로 예컨대 헌법소원을 제기하여 국가기관의 공권력의 행사(유권적 헌법의 해석)의 헌법위반여부를 다투는 경우에 위헌이라는 자기의 헌법해석을 가지고 그렇게 하는 것임은 물론이다. 국민이 자기가 개재되어있는 소송 사건과 관련하여 위헌법률심사를 청구하는 경우에도 사정은 마찬가지이다. 예컨대 시민운동차원에서 어떤 특정의 법률 등이 헌법에 반한다는 생각으로 그 법률 등에 도전하여 위법행위를 자초하고 입건되어 법정에서 그 법률 등이 위헌임을 주장하는 논거를 제시함으로써 헌법재판기관의 판정을 받아 본다고 하는 경우에도 국민의 헌법해석권

이 개재되어 있다.²⁶⁾ 역시 국민운동의 차원에서 일단의 국민이 어느 특정의 법령 등의 제정이나 개정 또는 폐기의 운동을 전개한다고 하는 경우에도 국민의 헌법해석권이 개재되어 있다. 국민의 이러한 헌법해석권의 행사에 있어서 학리해석에 의하여 자극이나 지원을 받는 등 학리해석에 의하여 크게 영향을 받으리라는 점은 물론이다. 이렇게 적극적으로 헌법해석권을 행사하는 경우가 아니더라도 국민은 국민이 가지는 가치관·헌법관 등을 통하여 위에서 언급한 국민의 헌법의식·사회적 승인의 형성에 기여한다는 의미에서 헌법해석권을 가진다고 말할 수 있다. 그리고 국민의 헌법의식·사회적 승인이라 하지만 그것이 뚜렷하다고 하는 경우보다는 실제적으로는 지도적인 헌법학자의 학술·이론이나 헌법재판기관의 판례 등에 의하여 대변되기도 하고 혹은 확인되기도 한다는 사회학적 사실도 주의할 필요가 있다고 생각한다.

국민에 의한 헌법해석권의 행사는 다원주의를 전제로 한다. 사실 위에서 국민에 의한 헌법해석이니 국민의 헌법의식·사회적 승인 등을 이야기할 때에 국민이 마치 한 사람이거나 한 것처럼 일원적으로 서술하였다. 말할 것도 없이 이때의 국민이란 공동체로서의 국민을 말한다. 그러나 국민이라고 하더라도 구체적으로 존재하는 국민이란 이념 또는 가치관에 있어서나 지역적으로나 세대나 직업에 있어서 또는 이해관계에 있어서 서로 각기 다른 다양한 국민으로

26) Privacy권에 관한 미연방대법원 판결 Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479(1965)도 이렇게 하여 태어난 판례이다.

구성되어 있다. 그러한 만큼 경우에 따라 어느 헌법적 의미에 관하여 국민적 합의(consensus)가 형성된 경우도 있을 수 있으나 그렇지 아니하고 국민에 의한 다양한 헌법해석에 노출되는 경우가 얼마든지 있다. 그것은 바로 위에서 지적한 헌법조항 등의 추상성·개방성 때문에 더욱 그러하다. 만약 국민적 합의가 형성된 경우라면 헌법재판기관에 의하여 이를 확인하고 천명하게 되는 그러한 헌법해석이 가능할 것이다. 그렇지 아니하고 국민에 의한 다양한 헌법해석이 서로 경쟁한다고 하는 경우에는 설득력이 강한 합리적인 헌법해석이 헌법재판기관에 의하여 선택되리라고 믿는다. 그러한 만큼 헌법해석에 있어서는 설득력이 특히 문제가 되는 것이다. 극단적으로 이야기하면 설득력이 전혀 없는 헌법해석은 이미 헌법해석이 아니라고 하더라도 무방하다. 그리고 헌법해석 방법의 문제는 설득력·합리성을 증대시켜 정당성을 획득하는 방법의 문제라고 생각한다.

4. 헌법해석의 목적

(1) 헌법해석은 무엇을 또는 누구를 위하여 하는 것인가? 이러한 질문은 무엇보다도 먼저 가치관으로부터 완전히 차단된 수학적공식을 찾아냄과 같은 헌법해석이 가능한가 하는 질문을 제기한다고 생각한다. 왜냐하면 헌법의 해석은 말할 것도 없이 헌법규범의 객관적 의미를 밝히는 것을 목적으로 하기 때문이다. 이러한 점은 헌법재판과 관련하여 대단히 중요한 의미를 갖는다고 생각한다. 그렇지 아니하고는 법적 안정성·예측가능성과 같은 법치주의의 요청을 충족시킬 수가 없을 것이다. 후술하는 바와 같은 전통적 해석방법은 바로 이러한 요청의 충족을 목표로 한다고 할 수 있다. 사실 헌법해석의 이름으로 헌법규범이 아니고 가치가 또는 이념이 지배한다고 하는 사태가 일어난다면 법치주의 또는 입헌주의를 위하여 심각한 문제를 제기하는 것이라고 생각한다. 그러나 한스 켈젠의 순수법학에서 요구하는 바와 같은 가치 등 주변으로부터 자유스러운 헌법해석이 우선 가능하냐 또 설사 가능하더라도 그것이 바람직할 것인가 하는 질문이 제기된다. 결론부터 이야기하면, 가치로부터 완전히 절연된 그러한 의미의 헌법해석이란 불가능하다고 생각한다.²⁷⁾ 왜냐하면 헌법 자체가 자유민주주

27) Thomas C. Grey. "Do We Have An Unwritten Constitution?" 전게 Garvey and AleiniKofff, eds., Modern Constitutional Theory, pp. 28-40; Richard H. Falln, Jr. "A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation," Harvard Law Review, v.

의·법치주의·인간의 존엄과 가치와 같은 가치 위에 세워져 있기 때문이다. 한편 헌법은 모든 가치에 대하여 개방되어 있는 것은 아니지만(헌법 제8조 제4항 참조) 다양한 가치에 대하여 개방되어 있는 것임에 틀림없다. 후술하는 바와 같이 헌법을 낱개조항들의 단순한 집합이 아니라 하나의 통일된 체계(system)로 파악하는 것인데 이때 어떠한 체계로 구성되어 있는 것이냐를 파악하는 문제에 있어서 가치가 크게 작용하리라는 점은 쉽게 이해될 수 있으리라 믿는다. 나아가 헌법해석에서 조만간에 부딪히게 되는 선택의 문제에 이르게 되면 의식하든 그렇지 아니하든 우리가 가치에 의하여 지도되고 있음을 솔직히 시인하지 않을 수 없게 된다. 요컨대 헌법이란 언제 어디에서나 단 한가지 의미만을 가지는 것일 수는 없다. 예를 들어 “자유”나 “평등”의 경우에 일정한 가치에 바탕을 두지 아니한 의미 발견이 과연 가능할 것인가 하는 생각을 하지 않을 수 없다. 만약 헌법해석의 과정에서 가치가 배제된다면(이것이 불가능하겠지만 만약 가능하다면) 헌법의 변천현상을 비롯하여 헌법의 발달이란 있을 수 없을 것이다. 세상이 바뀌고 가치관이 바뀌어도 바뀌지 아니하는 헌법이란 있을 수도 없겠지만 그러한 헌법이 있다면 세상으로부터 철저히 버림받는 헌법이 될 것이다. 그리고 (위에서 다원주의를 언급하였거니와) 국민에 의한 다양한 헌법해석도 불가능할 것이며 따라서 그 한에서 민주주의는 소멸하게 될 것이다.

100, pp. 1189-1286 (1987).

그러므로 가치로부터 완전히 절연된 헌법은 바람직하지도 않을 것이다. 광범위한 추상적·개방적인 조항으로 구성되어 있는 헌법규범은 그 성격상 다양한 가치에 바탕을 둔 다원적인 헌법해석을 포용하며 또한 촉진한다.

이처럼 가치가 헌법해석에 개입한다고 하더라도 그 가치가 곧바로 헌법규범이 되는 것이 아니고 헌법의 의미를 찾아내게 하는 출발점 내지 준거가 되는데에 그 역할이 있다고 생각한다. 다원주의·민주주의를 전제로 할 때에 다원적 가치의 존재는 서로 경쟁하는 복수의 헌법해석을 가능케 하며 이러한 경우에 유권적인 헌법해석기관이 수행하는 역할의 중요성은 이미 지적한 바이다. 그리고 유권적 헌법해석기관은 복수의 다양한 헌법해석 가운데에서 가장 설득력이 있는 헌법해석을 선택하게 되리라 하는 점도 이미 언급한 바이다. 합리적인 헌법해석이 설득력을 가져오리라는 데 대하여 의문을 제기할 여지는 없다. 헌법해석방법의 문제는 합리성 제고의 문제에 귀결된다. 한편 헌법해석의 설득력의 문제는 헌법의 구성요소 내지 속성의 하나로 지적한 바 있는 국민의 헌법의식·사회적 승인과 밀접하게 연계되어 있다고 생각한다. 국민의 헌법의식·사회적 승인을 사로잡는 헌법해석이 가장 설득력을 가진다고 생각하는 것이다. 아무튼 국민의 헌법의식·사회적 승인을 사로잡는 설득력 있는 합리적인 헌법해석을 찾아내는 작업은 상상력과 창의력이 요구되는 작업이라고 생각한다. 광범위한 추상적·개방적인 헌법규범과 관련하여 삼단논법과 같은 단순한 작업만으로 쉽게 얻어지는 작업이 아니기 때문이다.

그리하여 개발해낸다고 하는 개념은 설득력 있는 합리적인 헌법해석을 찾아내고 구성해내는 작업에도 타당하다고 생각한다.

(2) 한편 다원적인 헌법해석의 가능성은 내가 행하는 헌법해석이 누구를 또는 무엇을 혹은 어느 이익을 위한 헌법해석이나 의 질문도 제기케 한다고 생각한다. 특히 국민에 의한 헌법해석권 행사의 경우에는 이 질문이 제기되는 것은 너무나 자연스러운 일이라고 생각한다. 헌법의 추상적·개방적 조항의 구체적 문제에 타당하는 헌법적 의미가 다양할(다의적일)수 있고 그리고 다양한 의미 가운데서 어느 의미로의 해석을 선택할 수밖에 없다고 하는 경우(헌법의 경우에는 이것이 통상적인 상황이다)에, 즉 절대로 한 가지 의미밖에 다른 의미를 가질 수 없다고 하는 경우가 아닌 한, 이 질문은 대단히 중요한 질문이 될 것이다. 후술하는 헌법합치적 해석의 원칙은 이러한 선택, 이러한 질문에 대한 하나의 제약으로 작용하게 될 것이다. 그러나 동시에 이 경우 우리의 시각에서 문제가 되는 것은 누구를 또는 어느 이익을 위한 헌법해석이나가 아니라 어떻게 하면 설득력·합리성을 갖추느냐 하는 것이라고 생각한다. 어느 누구를 또는 무엇을 위한다는 것만으로 그것이 타당한 헌법해석으로 통용될 수 있는 것은 아니기 때문이다. 그리하여 국민이 자기의 주장이나 이익의 실현을 위하여 필요한 헌법적 지지를 획득코자 설득력 있는 헌법해석을 창안해내고 개발해 내려고 할 것이며 이 과정에서 선편례

등 유권해석을 원용하기도 할 것이며 학리해석을 동원하기도 하리라 생각된다. 일반 민형사 사건에서도 원고나 피고 모두 자기의 권리로서 자기에게 유리한 법이론이나 주장의 법적 근거를 스스로 혹은 법전문가인 변호사의 조력을 얻어 조사해내고 혹은 개발해낸다. 헌법재판과 관련하여서는 물론이고 입법과정 그밖에 정치과정에서 자기 주장의 설득력을 높이기 위하여 헌법적 근거를 찾아 이를 제시하는 일을 국민의 권리(정치참여권·재판청구권 등)의 문제로서 행할 수 있음은 물론이다. 그리고 이때에 헌법해석을 전개하게 되리라는 점은 쉽사리 상정할 수 있다. 그리고 이것을 국민의 헌법변론을 위한 헌법해석이라 하자. 헌법소송 구조상으로는 국민의 여론 등을 무대로 하는 입법과정을 비롯한 정치과정상의 헌법변론의 개념상 국민이 전개하는 헌법변론에 대항하여 공공의 이익 등 국가공동체의 이익을 대변하는 국가가 전개하는 국가공동체를 위한 헌법변론을 국가의 권리 및 책무의 문제로서 또한 상정하여야 한다고 생각한다. 이때에 국가가 전개하는 헌법변론을 뒷받침하는 헌법해석을 또한 상정하여야 함은 물론이다.

(3) 필자의 관찰로는 과거에 국가공동체의 이익(말할 것도 없이 국가공동체의 정당한 이익)을 위한 헌법변론을 전개하고 이를 위한 헌법해석을 개발해냄에 있어서 국가가 그 책무수행을 대단히 소홀하였다. 즉 적극적이지도 능률적이지도 못하였다고 생각하며,²⁸⁾ 또 어느 누가 만약 국가공동체의 이익을 대변하고 혹은 국가공동체이익을 위한 헌

법이론을 개발하고 혹은 전개하는 일을 행한다면 이는 마치 잘못된 일을 하는 듯이 타기시하고 혹은 극우시하는 사회적 분위기까지 존재하였다고 생각한다. 그리하여 국가공동체의 이익에 대항하는 헌법변론을 개발하고 혹은 전개하면 마치 영웅적이거나 한 것같이 보이는 사회적 분위기가 있었던 것이다. 과거 정당성이 결여된 정권이 존재하던 시절에 정당한 공권력행사의 이름을 빌려 권력담당자의 개인적 및 소집단적 이익을 도모하는 일이 많았고 민주화 이후에는 그 반동으로 국가공동체의 정당한 이익을 옹호하기 보다는 국가공동체를 공격하여야 잘하는 일로 여기는 사회적 분위기가 존재하였던 것이 사실이다. 이러한 사태는 극복되어야 한다고 믿는다. 헌법해석을 통하여 정당화할 수 있는 이익이라면 그것이 국가공동체의 이익이든 국민의 이익이든 양자 모두 적극적으로 주장·옹호되어야 한다고 믿는다. 이것은 정치과정상의 헌법변론의 건전한 전개를 위하여, 좁게는 헌법쟁송의 틀을 위하여, 특히 헌법 제37조 제2항의 건전한 운영을 위하여 반드시 강조되어야 한다고 믿는다. 예컨대 헌법 제37조 제2항은 국민의 이익(기본권)과 국가공동체의 이익(국가안정보장·질서유지 또는 공공

28) 국유재산법 제5조 제2항에 관한 헌법재판소의 결정(1991. 5. 13. 89헌가97)은 그 한 예가 된다고 생각한다. 최대권, “국유재산법 제5조 제2항의 위헌여부”, 서울대학교 법학, 32권 3.4호, 46-60면 참조. 그리고 지방자치단체장선거 불공고에 대한 헌법소원사건에서나 헌법 제3조(영토조항)와 제4조(평화적 통일조항)의 상충여부의 논의, 제3조는 개정삭제되어야 한다는 논의 및 국가보안법폐지 논의 등에서도 이러한 사정을 극명하게 보여주고 있다고 생각한다. 최대권, “한국 헌법의 좌표-「영토조항」과 「평화적 통일조항」”, 법제연구, 2권1호, 5-24면, 특히 22-24면(1992) 참조.

복리)의 교량을 요구하고 있기 때문이다. 다만 이곳에서는 국가공동체의 이익을 주장·옹호하는 헌법이론의 개발 필요성을 지적하고 싶었던 것이다. 그것은 헌법재판과 관련하여서는 국민측의 헌법변론은 비교적 적극적이었던 것에 비하면 국가측의 헌법변론은 대단히 형식적·소극적·도식적이었던 것으로 보였기 때문이다. 굳이 헌법재판에까지 나아가 헌법소송을 전개하는 국민측은 우선 적극적일 수밖에 없을 것이고 또 법전문가인 변호사의 조력을 얻을 수밖에 없게 되어 있으며(헌법재판소법 제25조 제3항 참조) 변호사는 직업상의 이익을 위하여서도 적극적으로 헌법변론에 임하게 되어있는 것이다. 이에 비하여 국가공동체는 공공의 재화가 다 그렇듯이 마치 임자없는 물건처럼 어느 누가 자기 개인 일 같이 적극적으로 나서서 헌법이론을 개발하고 창의력을 발휘하여 헌법변론에 임하는 일이 드물었다. 그리하여 헌법소송상 당연히 지지·옹호되어야 한다고 생각되는 국가공동체의 이익이 제대로 보호받지 못한 사례가 많았다고 생각된다. 이에선 부처간 이기주의, 헌법변론에 임하는 공무원의 무사안일한 대응, 담당 공무원의 잦은 교체, 이로 인한 계속성·전문성 제고의 부재 등의 요인을 들 수 있다고 생각한다. 그러한 만큼 효과적인 헌법해석·헌법이론 등의 창의성 있는 개발이 제대로 이루어질 수가 없게 되어있는 것이다.

근래에 우루과이라운드(Uruguay Round) 타결협상 등에 대응함에 있어서 우리 나라가 극적으로 보여주었다고 생각되는 부족함 내지 미비점으로 미국의 통상대표부(USTR)

에 상응하는 통상전문가로 구성된 통상협상전문팀의 부재, 우리나라 통상대표의 잦은 교체, 통상대표간의 코오디내이션의 부재, 통상전문법률가의 부재, 훈련받은 전문적인 협상기술의 부재 등을 들 수 있다고 생각한다. 이러한 문제점 등은 그것이 나타나는 모습의 차이는 있을지라도 우리나라가 부딪히고 있는 모든 국제문제·통일문제에도 해당된다고 생각한다. 그리고 여기서 특히 제기하고 싶은 문제점은 통상문제가 되었든 기타 국제문제가 되었든 그 문제를 여러해 동안 다루어온 법전문가가 없다는 점이라고 생각된다. 통상문제나 그 밖의 국제문제이거나 간에 그 문제의 다른 한 측면은 언제나 법문제임을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 미국의 통상대표가 법률가이라는 점은 우연이 아니라고 생각한다. 정당한 이익의 옹호를 위하여 법률전문가의 조력이 필요하다는 논리는 전쟁시가 아닌 한 국제무대에서 국가공동체의 이익을 위하여도 타당하다. 국제무대에서 힘이 약한 작은 나라가 자기나라의 이익을 보호하는 최상의 수단 하나는 국제법 등 법원리이다. 그리고 이를 위한 최상의 방법은 그때 그때의 상황에 적절하게 대응하는 법논리의 개발과 전개임은 물론이다. 이를 위하여 창의력이 요구되는 것이다. 이러한 사정은 국내무대에서 국가공동체의 정당한 이익보호를 위하여도 그대로 타당하다. 즉 국가공동체의 정당한 이익을 위하여도 법전문가의 조력이 요구되는 것이다. 그러나 그간의 관찰에 의하면 헌법변론에 한정하여 이야기하더라도 양성된 헌법전문가가 없다는 점이 두드러진다고 생각한다. 둘째는 이러한 헌법

전문가를 양성하고 활용하여야 한다는 생각이 없다는 점이 문제라고 생각한다. 물론 국가를 당사자로 하는 소송에 관한 법률(및 헌법재판소법 제25조 제1항 및 제2항)에 따라 검찰팀이 헌법소송을 위하여 가동되는 것은 사실이다. 그러나 얼마나 전문적·능률적이나 하는 문제에 이르면 이에 임하는 젊은 검사의 잦은 교체 등의 사실을 고려하면 대단히 회의적인 생각을 가지게 하는 것이다. 즉 국가도 국가의 정당한 이익보호를 위하여 국제법·통상법 등 전문가와 함께 창의력 있는 헌법전문가의 양성·확보가 필요한 것이다.

(4) 누구를 위한 또는 무엇을 위한 헌법해석이나의 질문과 관련하여 공공이익(the public interest)²⁹⁾을 위한 헌법해석의 문제를 하나 짚고 넘어가지 않을 수 없다. 헌법변론의 구조상 결국 정부가 국가공동체의 정당한 이익(헌법 제37조 제2항의 표현에 따르면 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리라고 하는 국가공동체의 이익)을 대변하도록 되어 있다. 그러나 정경유착과 같은 현상에 의하여 공공의 이익의 문제에 이르면 조직력과 금전력을 갖춘 대기업 등 이익단체의 그것에 비하여 불특정 다수인에게 이익이 돌아

29) Burton A. Weisbrod, Joel F. Handler, and Neil K. Komesar, *Public Interest Law An Economic and Institutional Analysis* (Berkeley: University of California Press, 1978); Joel F. Handler, "Public Interest Law: Problems and Prospects," in *Law and the American Future* (Englewood Cliffs: The American Assembly, Columbia University, 1976), pp.99-115 등 참조.

가는 공공의 이익이 잘 보호받지 못하는 경향을 보여주고 있는 것이 우리나라나 세계 여러나라의 경험이다. 소비자 보호문제나 환경보호문제가 그 대표적인 예인데, 이러한 입법으로부터 불이익을 받을 사람은 집중· 한정되어 있는데 비해 이로부터 이익을 받을 사람은 불특정 다수인으로 확산되어 있기 때문이다. 따라서 그러한 입법은 집중적인 반대 내지 저지로비를 받는데 비해 이익을 받게될, 확산되어 있는 불특정 다수인으로부터의 집중된 로비는 없는 까닭이다. 그러한 만큼 공공의 이익을 지지하는 국민운동이 이러한 분야에서는 대단히 중요하다. 소비자보호운동· 환경보호운동 등이 그 대표적인 예이다. 그러한 만큼 공공의 이익을 위한 국민운동을 위한 헌법해석도 우리가 상정할 수 있다.

5. 헌법해석의 방법

(1) 그러면 헌법해석을 위하여 어떠한 방법을 활용할 수 있는지 살펴보자. 결론적인 이야기부터 시작하면 헌법해석의 방법에 왕도는 없으며 헌법해석의 방법의 문제는 솔직히 과학(science)의 문제가 아니라 기술(art)의 문제임을 주의할 필요가 있다고 생각한다. 그러므로 그것은 논리적으로 기술되고 설명될 성질의 것이 아니라 헌법적·법적 훈련을 통하여 터득되어야 할 사항(헌법적·법적 사고, 즉 the legal mind)의 문제인 것이다. 헌법해석의 경험이 풍부한 미국연방대법원이나 독일헌법재판소의 판례를 보거나 우리나라 헌법재판소의 결정례를 보더라도 이들 헌법해석 기관이 일관되게 지지하고 따르는 확립된 헌법해석방법이 바로 이것이다 혹은 저것이다라고 말할 수 있는 그러한 해석방법이 없다는 것은 이러한 사정을 그대로 보여주는 것이라고 생각한다. 만약 이러한 왕도로서의 헌법해석방법을 찾으려고 한다면 아마도 무리한 욕심일는지 모른다고 생각하는 것이다.

아무튼 헌법해석이 헌법적·법적 사고의 문제인 만큼 기본적으로 헌법해석에도 법해석 일반에 타당하는 해석방법이 타당하다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 그러므로 헌법에는 특이한 해석방법이 따로 있다는 생각은 잘못된 생각이라고 믿는다. 독일의 헌법해석에 관한 문헌을 살펴보

면 후술하는 소위 전통적 법해석방법은 헌법해석에는 타당치 아니하고 마치 헌법만의 해석방법이 따로 있는 듯이 보이기엔 알맞게 되어 있다. 그러나 사정은 그러한 것이 아니라고 생각한다. 독일헌법이 마치 그렇게 보이는 것은 헌법해석의 특이성을 극적으로 지적하고 기술하기 위하여 전통적 법해석방법과 헌법해석방법을 대비시킨 것에 지나지 않는다고 생각한다. 헌법해석방법이 따로 있는 것이 아니라 헌법규범이 다른 법규범과 그 속성이 다른 만큼 다르게 법해석방법이 창의적으로 응용되는 것이라고 보는 것이다. 역으로 헌법 이외의 다른 법규범에서는 소위 전통적 법해석방법을 기계적으로 적용하면 한결같이 해답이 나와서 깨끗하게 해석되고 문제가 풀린다고 생각하는 것도 잘못이라고 생각한다. 가령 민법 제103조의 경우에 “사회질서에 반하는 법률행위”가 무엇이나 어떠한 때에 법률행위가 사회질서에 반한다고 할 수 있느냐 하는 문제에 이르게 되는 경우에 우리가 그간의 풍부한 판례를 통하여 어떠한 법률행위가 사회질서에 반하여 무효라고 할 수 있는지를 알고 있지만 가령 이러한 판례가 전혀 없다고 가정한다면 전통적 법해석방법의 기계적 적용이 이곳에서 문제가 되지 아니한다는 것을 쉽게 알 수 있다.

그러한 경우에는 어느 법해석방법의 “적용”이 문제가 되는 것이 아니고 제103조(법규범)와 문제된 법률행위(사실)를 바라보는 해석(판단)자의 시각·가치관(소위 건전한 상식)에 따라 문제된 법률행위에 적용될 제103조의 의미(법규범의 의미)를 발견하고 그러한 의미의 법창조를 하는 것

이라고 생각한다. 그러므로 제103조(법규범)의 의미(법해석)는 구체적인 문제(문제된 법률행위)와 함께 (또는 관련하여) 밝혀지고 판단되며 창조되는 것이다. 우리가 제103조의 의미를 이해함에 있어서 선판례의 도움을 받고 있지만 그 판례 자체는 시초에 이렇게 하여 태어난 것이라고 생각된다. 그리고 해석자가 문제된 법률행위(사실)와 함께 제103조(법규범)를 바라볼 때 제103조의 사용된 문언, 입법역사, 입법취지 내지 목적 등을 살펴보게 되리라 생각된다. 다만 제103조의 경우에 이 조문의 성격상 조문의 문언이나 역사보다는 입법취지 내지 목적(구체적 상황에 적합한 정의의 발견 또는 형평법의 발견을 판사에게 맡기려는 취지 내지 목적) 등이 더 살펴지게 되리라 생각할 뿐이다. 문제를 이렇게 보는 까닭에 나아가 해석의 문제가 별로 제기되지 아니하는 구체적인 법규범의 경우에도, 예컨대 형법 제250조 살인죄의 경우에도 법해석방법의 적용에 의하여 제250조의 의미를 아는 것이 아니라 실제의 살인사건에 적용될 법규범을 사용된 문자(문리해석 등)를 통하여 인식하고 발견하는 것은 아닐까? 그리고 민법 제103조의 예로 다시 돌아가 구체적인 선판례가 가지는 의미를 되새겨볼 필요가 있다고 생각된다. 민법 제103조와 같은 추상적·개방적인 법조항(소위 일반조항)과 관련하여 구체적인 선판례는 구체적인 사례에 한정되는 것이긴 하지만 그 자체가 법이라는 사실에 이르게 된다고 생각한다. 판례가 해석의 기준이 된다는 것은 법적 효력을 갖는다는 것을 의미하며 법적 효력을 갖는다는 것은 바로 법이 되는 것이라고 할 수 있기

때문이다. 즉 판례는 구체적인 법이 되는 것이다. 판례에 따라 구체적인 법률행위가 사회질서에 반하여 무효가 되게 하고 혹은 유효인 법률행위가 되게 하는 힘을 판례가 가진다는 것은 실질적으로 법(적 효력)이라는 이름에 불과하다고 할 수 있는 것이다. 다만 법계에 따라 선판례를 노골적으로 법원으로 거론하느냐 아니냐의 차이는 보이고 있지만.

위에서 민법 제103조와 관련하여 논한 것은 민법 제103조와 같은 추상적·개방적 법조항으로 가득찬 헌법규범에는 더욱이나 타당하다고 생각한다. 즉 해석방법 등의 적용에 의하여 헌법규범의 의미가 밝혀지는 것이 아니고 구체적인 문제에 적용될 추상적 헌법조항의 구체적 의미를 인식하고 발견하며 선택하는 것이다. 문자를 매개로 하여 헌법의 의미가 전달되는 것이므로 이를테면 문자는 매개수단에 불과하고 헌법의 의미가 본지인 것이다. 위에서 본 바와 같이 해석의 여지가 비교적 적은 구체적인 헌법조항의 경우에도 사유방향은 동일하다고 생각한다. 헌법의 뜻이 중심이지 문자 등은 그 뜻의 인식수단에 불과한 것이다. 다만 추상적·개방적·다의적 헌법조항을 가지고 이야기할 때 구체적 문제상황에 타당한 헌법의 의미를 발견하고 선택함에 있어서 해석자(판단자)의 헌법의 이해, 건전한 상식(조리), 다른 사람과 공유하는 정의감, 가치관, 후술하는 선이해의 도움을 얻게 된다. 그리고 조리·정의감·가치관·선이해 등이 총체적으로 하나인 것 같이 작용하게 되리라 믿는다.

(2) 구체적인 문제(사실관계)와 관련하여 추상적·개방적인 헌법조항의 그 문제에 타당할 구체적 의미를 밝히는 것이 헌법해석이라고 보는 만큼³⁰⁾ 헌법해석이 요구되는 구체적인 문제가 어떠한 것이냐, 어떻게 구성되어 있느냐 하는 것을 아는 일이 헌법해석에 있어서 대단히 중요하다고 생각한다. 우리가 실제의 구체적 문제에 결부시키지 아니하고도 추상적·개방적인 헌법조항의 의미를 알고있는 것이 많은데 이것은 구체적인 문제와 관련하여 내려진 선판례라든지 입법례라든지 학설이나 헌법이론 등을 통하여 혹은 외국의 학설·판례 등을 통하여 구체적인 경우의 구체적인 의미를 이미 많이 알고 있기 때문이다. 이를테면 이러한 이해를 선이해라고 부를만하다고 생각한다. 바로 이러한 선이해 때문에 구체적인 사례가 일어나더라도 헌법해석을 요구하는 구체적인 문제가 되지 않는 것이 보통이다. 헌법해석을 요구하는 구체적인 문제가 일어나는 것은 이같은 선이해의 도움을 가지고도 헌법규범의 뜻이 무엇인지 불분명한 경우일 것이다. 그러므로 확립된 선판례나 학설 또는

30) 이곳에서 헌법해석의 문제는 구체적인 문제(삼단논법의 소명제에 해당하는 사실)를 풀어나가는 것으로부터 시작한다는 입장은 이를테면 계획열교수가 문제변증론이라고 부르는 문제중심의 접근방법(topical approach)의 한 예라 할만 하다고 생각한다. Horst Ehmke, "헌법해석의 원리"(Prinzipien der Verfassungsinterpretation), 진계 계획열 번역, 헌법의 해석, 163-216면; Siegfried Magiera, "The Interpretation of the Basic Law," in Christian Starck, ed., Main Principles of the German Basic Law(Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), pp.89-105, 특히 pp.97-98; Martin Kriele, "법해석의 단계"(Die Stadien der Rechtsgewinnung), 296-308면 참조.

헌법관행 등(선이해)을 가지고도 헌법규범의 의미가 뚜렷치 아니한 경우의 구체적인 문제가 헌법해석을 요구하게 되는 것이다. 이러한 구체적인 문제란 위에서 지적한 바와 같이 삼단논법의 소명제 또는 사실에 해당한다. 그런데 우리의 헌법해석의 실재를 살펴보면 “구체적인 문제”를 바로 파악하지 못하고 헌법규범의 적용 내지 헌법해석을 행하는 일이 많았다. 즉 삼단논법의 소명제를 바로 설정하지 못하고 헌법규범을 적용하려고 한 사례가 많았던 것이다.

이러한 사례의 대표적인 예가 헌법소원으로까지 나아간 자치단체장선거연기조치 위헌여부의 시비라고 생각한다.³¹⁾ 이 시비에 타당한 헌법규범이 무엇이냐의 문제를 밝히기 이전에 헌법해석을 요구하는 구체적인 문제로서 우선 잘못 설정되어 있다는 점이 지적되었어야 한다고 생각한다. 구체적인 문제(소명제)를 보지 아니하고 바로 헌법규범(이것도 또한 밝혀져야 하는 것이었다)을 적용하려고 하였던 것이다. 이 시비에서 대통령이 자치단체장선거연기를 내용으로 하는 입법안(지방자치법 개정안)을 국회에 제출하고(대통령은 입법안 제안권을 가지고 있다) 그리고 국회가 그 법안을 통과시키지 아니하는 한 대통령의 어떠한 연기조치도 그것이 1993년 6월 30일 이후로의 선거연기의 효과가 없다는 사실에 주목할 필요가 있다고 생각한다. 그러므로 1993년 6월 30일까지 선거를 치르지 아니하고 이 시점을 도과

31) 최대권, “지방자치단체장선거 불공고에 관한 헌법소원사건의 연구-사회학적 헌법학의 입장에서,” 서울대학교 법학, 34권 2호, 122-140 (1993) 참조.

하였다면 단순한 지방자치법 위반행위가 존재할 뿐이다. 따라서 우선 지방자치법위반이 헌법재판소법 제68조 제1항의 “공권력의 행사 또는 불행사”에 해당하느냐 어떠냐가 문제되어야 하는 것이다. 그런데 일반시민은 물론 헌법학자들까지도 이 경우에 “공권력의 행사 또는 불행사”가 존재한다는데 대하여 의문도 제기하지 아니한 채 출발하고 있는 것이다.

헌법해석을 요구하는 구체적 문제를 제대로 설정하지 못한 사례로 노동쟁의조정법의 소위 제3자개입금지조항(제13조의 2)의 위헌여부에 관한 헌법재판소 결정³²⁾도 들어야 한다고 생각한다. 이 사례에서 제3자개입금지조항위반을 이유로 하여 기소된 사람에게 적용될, 즉 이 사람의 재판의 전제가 되는, 이 조항의 위헌여부가 문제되고 있는 것이다. 다시 말하면 구체적인 기소사건 등과 관계없이 이 조항 자체의 위헌여부(즉 추상적 규범통제)를 문제삼는 것이 아니고 이 조항위반으로 기소된 피소인에게 구체적으로 적용되는 처벌조항으로서의 제3자개입금지조항의 위헌여부가 문제인 것이다. 이 사건의 헌법재판소 결정의 다수의견 및 반대의견에서 거론하고 있는 이 조항의 노동3권 침해여

32) 1990. 1. 15. 89 헌가 103. 이 결정에 관한 논평으로 김선수, “제3자개입금지조항의 합헌결정에 대하여,” 법과 사회, 2호. 265-277(1990); 박주현, “제3자 개입금지” 서울대학교 노동법연구회 편 노동법연구, 1권1호. 381-400(1991); 신인령, “노동법에 대한 위헌심사판례연구(1),” 이화여자대학교 사회과학논집, 10, 23-10(1990); 조정배, “제3자개입금지 규정에 대한 헌법재판소 합헌해석의 재해석,” 민주법학, 4, 204-223(1990) 등 참조. 이들 논평들은 한결같이 헌법재판소가 설정한 문제의 틀을 벗어나지 아니하고 있다.

부의 문제는 헌법재판소가 추상적 규범통제권을 가진다고 할 경우이나 문제될 수 있는 입법적 사항이라고 생각한다. 이 곳에서 문제가 되는 것은 근로자가 가지는 노동3권이 아니라 소위 제3자 개입을 이유로 노동쟁의에 개입한 제3자를 처벌하는 처벌법규로서의 제13조의 2 및 제45조의 2가 헌법에 반하느냐 어떠한 하는 점이라고 생각한다. 그러므로 제기되어야 할 문제는 두 가지로 나누어서 제기될 수 있다고 생각한다. 그 첫째는 근로자가 가지는 근로3권은 헌법상 보장되는 기본권이며 따라서 의문의 여지없는 정당한 권리인데 근로자의 이러한 정당한 권리행사(노동쟁의)를 제3자가 촉구(선동 등)하고 조언(조종 등)하는 행위를 형사상 처벌하는 법률(위 제13조의 2 및 제45조의 2)이 헌법상 정당화될 수 있느냐 하는 질문이고, 둘째는 근로자의 부당·불법쟁의행위(예컨대 불법감금·과괴행위·사장실점거 등 업무방해행위 등등)를 제3자가 촉구하고 조언하며 혹은 도와준다고 하는 행위를 처벌하는 형사상의 처벌조항이 헌법상 정당화될 수 있느냐 하는 질문이다. 첫번째 질문은 남의 정당한 권리행사를 도와주는 행위를 어떻게 헌법상 정당하게 형사상의 처벌을 할 수 있느냐 하는 질문이 될 것이고, 두번째 질문은 남의 부당·불법행위를 도와주는 행위를 헌법상 정당하게 형사상 처벌할 수 있느냐 하는 질문으로서 형법상 공동정범·교사범·방조범으로 커버할 수 있는 것 말고도 또는 공동정범이나 교사범이나 방조범이나를 따지지 말고 이를 처벌하는 것이 헌법상 정당화되느냐 하는 질문이 된다고 생각한다. 그러한 점에서 김진

우·이시윤 두 재판관의 소수의견만이 부분적으로나마 이러한 시각에서 헌법해석에 나아가고 있다고 생각된다. 아무튼 결론만 피력하면 첫번째 질문에 대하여는 헌법정책적으로나 헌법해석상으로나 남의 정당한 권리(더구나 헌법상 보호되는 권리)행사를 도와주는 행위를 헌법상 정당하게 형사상 처벌의 대상으로 삼을 수는 없다고 생각하며, 두번째 질문과 관련하여서만 남의 부당·불법행위를 도와주는 행위를 형사상 처벌하는 것이 헌법상(즉 헌법 제12조 및 제37조 제2항 등에 비추어) 정당화되느냐의 여부를 따져야하고 그러한 의미에서 헌법해석이 필요하고 근로자의 노동3권의 위반여부는 도대체 문제가 되지 아니한다고 생각한다. 그리고 제3자개입금지조항은 위의 첫번째 문제 및 두번째 문제를 서로 가리지 아니하고 혼합하여 입법한 잘못된 입법이라 생각되며, 헌법재판의 문제로는 이 두가지 문제를 분리하여 각기 다른 결론을 이끌어 내도 무방한 또는 그래야 합리적인 그러한 조항이냐 아니냐, 그리하여 한정합헌 또는 한정위헌의 결정을 내려야 하는 조항이냐 아니냐의 결단을 요구하는 조항이라고 생각한다.

그러면 헌법해석을 요구하는 구체적인 문제의 설정은 어떻게 할 것인가? 헌법해석을 기다리는 구체적인 문제의 설정은 구체적인 정치·경제·사회·문화의 문맥(contexts)에서 이루어져야 한다고 하는 것이 우리의 입장이다. 이것은 소위 삼단논법 적용에 있어서의 소전제의 설정이 구체적인 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에서 이루어져야 한다는 것을 의미한다. 그런데 민·형사법(이것 자체도 헌

법에 비하면 해석의 필요성이 많지 아니하다) 적용에 있어서의 소전제(예컨대 살인)도 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에서 일어나는 것이 사실이지만 그러나 비교적 그러한 문맥으로부터 절연하여 소전제인 문제를 설정할 수 있는데 비하여 헌법의 경우에는 사정이 그렇게 단순하지 아니한 것이다. 헌법의 경우에는 헌법적용의 소전제인 구체적인 문제가 대단히 밀접하고 복잡하게 정치·경제·사회·문화적인 문맥에 얽혀있는 것이다. 그러한 만큼 헌법 해석을 요구하는 구체적인 문제의 설정이 성격상 그렇게 쉽게 되어있지 아니하다. 그러므로 헌법해석의 어려움의 일차적인 이유의 하나는 이곳에 있다고 생각하는 것이다. 위의 자치단체장선거연기조치에 관한 헌법소원사건의 예³³⁾에서 단순히 “공권력의 행사 또는 불행사”만을 따져 대통령의 연기조치(그러한 뜻의 연두기자회견·선거를 1995년으로 연기하는 지방자치법개정안의 제출 등)가 있었다 또는 1993년 6월 30일 이전에 선거실시가 없었다는 사실만에 주목하여 문제설정을 하는 것이 잘못이라는 것이다. 헌법상 대통령도 입법안제안권을 가진다는 점, 국회가 지방자치법개정안을 가결·통과시키지 아니하면 대통령의 선거연기조치는 아무런 법적 효력을 가지지 아니한다는 점, 그럼에도 불구하고 선거를 일정기일내에 치루지 아니한 것은 단순한 지방자치법위반행위에 불과하다는 점등이 이 사례에 있어서의 “구체적인 문제” 또는 소전제로서의 “사실”을

33) 최대권, 전개 “지방자치단체장선거 불공고에 관한 헌법소원사건의 연구” 참조.

구성하는 것이다.

구체적인 문제 또는 사실의 설정을 잘못하기로는 소위 제3자개입금지조항의 경우에도 마찬가지라고 생각한다. 다만 이 경우에는 정치·언론 등에서 설정한 문제의 틀에 얽매어 지나치게 넓게 구체적인 문제의 설정으로 나아간 것이 문제를 불러 일으켰다. 이 경우의 “구체적인 문제” 또는 사실은 형사처벌법으로서의 노동쟁의조정법 제13조의 2 및 제 45조의 2의 합헌성여부이지 노동3권을 제약하려는 정치적 의도나 그러한 부수효과가 아니다. 생수의 내국인 시판제한에 관한 보건사회부 고시에 대한 대법원의 위헌판결³⁴⁾에서도 원고의 직업선택의 자유 이외에 국민의 행복추구권까지를 문제삼은 것은 구체적인 문제의 설정을 잘못된 사례가 된다고 생각한다. 첫째로 “명령” 등에 대한 대법원의 위헌여부심사제도도 기본적으로 구체적 규범통제장치인 점에 비추어, 둘째로 이와 밀접하게 관련되어 있는 불고불리의 원칙에 비추어, 원고의 직업선택의 자유처럼 원고의 행복추구권을 문제 삼는다면 모르지만 원고가 아닌 국민의 행복추구권이 어떻게 문제가 될 수 있는지 알 수 없다. 원고인 생수생산업자가 소외의 국민 일반의 행복추구권을 사법제도를 통하여 주장할 수 있는 것인가, 어떠한 원리에 의하여 이것이 가능한가? 법원은 위헌여부의 주장만 나와도 이를 빌미로 구체적 사건과의 관련성을 문제삼지 아니하고 “명령” 자체에 대하여 위헌여부를 심사(추상적 규범

34) 대법원 판결 1994. 3. 8. 92 누 1728.

통제)할 권한을 가지며 행사할 수 있는 것인가? 필자의 생각으로는 이것은 할 수 없다고 생각한다. 즉 헌법해석에 있어서 대법원이 구체적인 문제를 지나치게 넓게 설정한 사례가 된다고 생각한다(아울러 행복추구권이 모든 기본권에 타당하는 기본권의 전제가 되는 원리에 그치지 아니하고 개별적·구체적인 기본권일 수가 있는가, 보건사회부가 이 헌법재판에 임하여 “수돗물에 대한 불신 조장의 우려” 이상으로 나아가 무절제한 생수개발로부터의 자연자원의 보전·지하수 오염방지 등등의 공공복리를 위한 규제필요성의 주장 등의 책무를 다하고 있는가, 이로 인하여 행복추구권에 대한 대법원의 헌법해석과 헌법재판소의 헌법해석이 상충할 수 있는 가능성은 없는가 하는 문제점이 존재한다고 생각한다).

이러한 점은 헌법해석 내지 헌법이해에 있어서의 비교법적 접근의 경우에 특히 타당하다고 생각한다. 외국의 정치·경제·사회·문화적인 여건이 꼭 같지 아니한 이상 외국의 헌법학설·판례 등을 이해하고 혹은 응용함에 있어서 구체적인 문제상황이 같고 다름을 따져야한다는 점은 이론의 여지가 없다. 그럼에도 불구하고 우리의 헌법실행의 실제에 있어서는 이러한 원리가 무시되고 마치 구체적인 문제상황이 꼭 같거나 한 듯이 단순 무시되고 비교에 그치는 일이 많았다고 생각된다. 토지거래허가제³⁵⁾를 비롯하여 소

35) 토지거래허가제의 위헌여부에 관한 헌법재판소의 결정 (1989. 12. 22. 88 헌가 13) 참조. 선진 외국의 입법례·학설·판례의 단순 비교만으로 이 문제의 위헌여부가 해결되지 아니함은 한눈에 분명하다.

위 토지공개념에 바탕을 두어 제정된 법률 등의 경우에 이러한 법률의 제정배경이 되는 우리 특유의 정치·경제·사회·문화적 여건(심각한 전사회적 토지투기 붐, 불로소득의 부동산줄부의 탄생, 빈부의 격차, 사치성 과소비, 소외계층의 상대적 박탈감의 증대, 사회적 불안감과 위기의식 등, 각종의 부조리 등)을 포함하여 “구체적인 문제”를 설정하지 아니하고 우리가 주로 참고하는 미·영·독·불·일과의 단순한 비교법적 접근으로 풀려고 하여서는 해결되지 아니한다는 점은 분명하다. 이러한 점은 국유재산법 제5조 제2항의 위헌여부에 관한 헌법사건에서도 마찬가지라고 생각한다. 이 경우에도 외국과의 단순비교만으로 해결하려고 할 것이 아니고 위의 토지공개념법의 배경이 된 정치·경제·사회·문화적 여건을 포함한 우리 특유의 여건 등이 “구체적 문제”의 설정에 고려되어야 한다고 생각한다.

헌법해석을 요구하는 구체적 문제 또는 사실은 유효·무효를 따질 수 있는 법률·명령·규칙·처분 등 국가기관의 행위(제3자적 효력을 다투는 경우에는 사인의 행위도)로 구성되어 있다는 점을 주의할 필요가 있다고 생각한다.³⁶⁾ 가령 국가기관의 범죄행위는 국가기관을 구성하고 있는 개인의 범죄행위가 될 뿐이지 국가기관의 헌법위반을 따져야 할 문제는 되지 아니한다. 국가기관에 의한 불법행위는 국가배상법에 의한 국가의 배상책임 및 국가기관을 구성하고 있는 개인의 배상책임 등의 문제를 유발할 뿐 헌법에 반하

36) 최대권, 전계 “지방자치단체장선거 불공고에 관한 헌법소원사건의 연구,” 126-132면 참조.

여 행한 국가기관의 합헌·유효 또는 위헌·무효를 따지게 되는 문제는 되지 않는다고 생각한다. 형사처벌이나 배상 책임 등 그 위반에 대한 제재의 문제가 동반되지 아니하는 경우라고 하더라도 단순한 불법행위는 적어도 헌법소송상 헌법해석의 문제는 제기하지 아니한다고 생각한다. 위에서 본 지방자치단체장선거연기조치에 관한 헌법소원사건에서 대통령의 연기조치는 이(개정법안)를 법으로 받아들이는 국회의 지방자치법 개정이 없는 한 아무런 연기효과가 없는 것이며 단순히 지방자치법위반행위를 구성할 뿐이다. 지방자치법 위반에 대하여 처벌방법이 규정되어 있지 아니하다고 하여 이러한 사정이 달라지는 것은 아니라고 생각한다.

이같이 구체적 문제 또는 사실을 구성하는 국가기관의 행위는 그 자체가 일종의 헌법해석이거나 헌법해석을 포함하고 있으며 나아가 그것은 유권적 헌법해석이라는 점을 이미 지적한 바 있다. 국가기관의 헌법해석이 유권적 헌법해석이라고 하는 것은 다른 말로 표현하면 그것이 헌법재판기관에 의하여 위헌·무효로 선언받지 아니하는 한 합헌·유효로 추정받는다는 것을 의미한다. 그리하여 국회가 제정한 법률의 경우에 합헌의 추정을 받는다고 말한다. 이를 합헌추정의 원칙이라고 한다. 합헌의 추정은 명령의 경우에도 받는다. 행정행위의 경우에는 공정력(selbstbezeugung) 또는 예선적 유효성³⁷⁾이라고 부르나 결국 일종의

37) 김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, (박영사,1992), 435면 이하 등.

합헌(및 합법)의 추정에 지나지 아니한다고 생각한다. 이처럼 합헌의 추정을 받는 국가기관의 행위에 대하여는 그것이 위헌·무효임을 주장하는 사람이 그것이 위헌·무효임을 성공적으로 설득해내지 못하면 그것은 합헌·유효인 것으로 취급된다. 이것을 거증책임의 원칙이라고 부른다. 위헌·무효임을 주장하는 사람이 이 거증책임을 지는 것은 물론이다. 이같은 유권적 헌법해석 또는 합헌추정의 원칙의 다른 측면의 원칙이라고 부를 수 있는 것으로 헌법합치적 해석의 원칙을 거론하여야 한다고 생각한다. 국가기관의 행위에 대하여 위헌이라는 해석도 가능하고 합헌이라는 해석도 가능한 경우에는 합헌이라는 해석을 하여야 마땅하다는 생각의 반영이다. 굳이 위헌이라고 보아야할 근거가 강력하지 아니하는 한 (특히 헌법재판기관의 입장에서는) 유권해석기관이기도 한 타국가기관의 행위는 존중되어야 할 것이기 때문이다. 모든 국가기관은 헌법을 존중하고 준수하여야 할 의무가 있으며 따라서 특히 헌법에 반하는 행위를 행하였다고 보아야할 이유가 없는 한 헌법합치적으로 행위하였다고 보아야 하는 것이 합리적이라고 할 수 있기 때문이다. 이같은 원칙 등의 도움으로 분명하게 된 국가기관의 행위 등으로 헌법해석이 요구되는 구체적인 문제 내지 사실이 구성되며 설정된다.

(3) 그러면 이제 설정·제기된 구체적 문제에 적용되어야 할 헌법규범의 구체적 의미를 따지는 문제를 살필 차례가 되었다. 위에서 보아온 바와 같이 적용되어야 할 헌법규

범이 구체적이고 그 의미가 분명하여서 다툼의 여지가 없는 경우에는 그 헌법규범을 적용하고 그에 따라 그 결과를 판단하는 문제만이 남게 된다. 다만 헌법의 경우에는 지목된 헌법조항이 구체적이어서 일견하여 그 의미에 관하여 다툼의 여지가 없을 듯이 보이는 조항과 관련하여서도 해석의 차이를 보이는 일이 많은 것이 헌법운영의 실제이다. 위에서 살펴본 “국회의 동의”에 관한 우리나라나 미국의 사례라든지 대통령 유고시 부통령의 대통령직 승계에 관한 미국의 사례나 최근 우리나라에서 전개되고 있는 대통령에 대한 관계에 있어서의 국무총리의 지위·권한³⁸⁾에 관한 해석의 차이 등은 그 대표적인 예가 될 것이다. 아마도 헌법 제3조 영토조항과 관련하여 벌이고 있는 그간의 헌법적 견해의 차이도 그러한 예의 하나로 지목하여야 한다고 생각한다. 조선민주주의인민공화국이 존재한다는 엄연한 사실에 비추어 그것은 실효되었고, 통일에 걸림돌이 되었기 때문에, 또는 제4조 평화적 통일조항과 충돌하므로, 개정삭제되어야 한다는 주장³⁹⁾이라든지 제3조와 제4조는 서로 충돌한다는 주장⁴⁰⁾이라든지 제3조가 국가보안법의 헌법적 근거

38) 동아일보 1994년 4월 28일자의 “홍보자료배포과문 ‘총리직속은 2원6처’”란 및 4월 29일자의 “총리위상 법적 정리 과제”란 등 참조.

39) 김철수, “통일을 위한 헌법 만들자,” 중앙일보 1987년 6월 15일자 시평; 장명봉, “남북기본관계정립을 위한 법적 대응,” 유엔 가입과 통일의 공법문제(한국공법학회, 1991), 131면 및 토론부분 148면; 장명봉, 한민족공동체 통일방안 그 법적 체계화 연구(국토통일원, 1989), 70-71면; 이장희, “남북합의서의 법제도적 실천적 과제.” 남북합의서의 후속조치와 실천적 과제, 아시아사회과학연구원 92년 제1회 통일문제 학술세미나 제출논문, 3면 등 참조.

40) 권영성, “국가보안법, 왜 개폐를 미루는가,” 신동아 1989년 10월호,

조항이라는 주장⁴¹⁾ 등이 그것이다.

제기된 구체적 문제에 적용되어야 할 구체적인 헌법규범을 발견하는 과정에서 부딪히는 어려움은 헌법현실에서는 여러 조항 가운데 어느 조항을 적용하여야 할지 모르는 경우와 적용되어야 할 조항은 비교적 분명하나 그 조항이 추상적·개방적·다의적인 조항이어서 그 뜻을 어떻게 새겨야 할지 불분명한 경우로 나타난다고 생각된다. 죄형법정주의는 헌법적 근거를 거론할 필요없이 우리가 받아들여야 할 이데올로기인 초헌법적인 원리이나, 실정헌법의 근거를 가지는 것이며 우리 헌법 아래에서는 그 근거가 헌법 제12조이나 혹은 37조 제2항이나, 그리고 국가보안법이 헌법상 정당화될 수 있는 근거는 제3조 영토조항이나 제37조 제2항이나 하는 문제는 전자의 예이고, 전화통화 상대방 확인 서비스가 제18조 통신의 자유(비밀)를 침해하는 것이냐 어 떠냐⁴²⁾하는 것은 후자의 예라고 생각한다. 어느 경우이든 제기된 구체적 문제에 적용되어야 할 구체적인 헌법규범을 찾아야 한다는 점에서는 동일하다고 할 수 있다. 결국 헌

189면; 권영성, 헌법학원론, 신판, (법문사, 1994), 211면; 김철수, 전계 “통일을 위한 헌법을 만들자”; 장명봉, 전계 한민족공동체 통일방안 그 법적 체계화 연구, 60-70면; 장명봉, 전계 “남북한기본관계정립을 위한 법적 대응,” 132면 및 토론부분 149면 등

41) 김철수, 헌법학개론, 전정신판, (박영사, 1994), 106면; 권영성, 전계 헌법학원론, 141면, 211면; 권영성, 전계 “국가보안법, 왜 개폐를 미루는가,” 188면; 장명봉, 한민족공동체 통일방안 그 법적 체계화 연구, 68면 및 82면; 장명봉, “남북한 기본관계정립을 위한 법적 대응,” 132면 등.

42) 최대권, “소위 ‘폭력전화’와 관련된 발신번호 확인서비스의 적법성” 사법행정 1992년8월호, 41-48면 참조.

법의 해석이 필요한 것이다.

그러면 이러한 헌법해석이 요구되는 경우에 어떻게 구체적인 문제에 적용되어야 할 구체적인 헌법규범을 찾아낼 수 있게 되는 것인가? 말할 것도 없이 헌법해석상의 도움을 얻어 제기된 구체적인 문제에 적용되어야 할 구체적인 헌법규범에 이르게 된다. Savigny의 이름에까지 거슬러 올라가는 소위 전통적 법해석 방법이 원칙적으로는 헌법해석에서도 타당하다고 할 수 있을 뿐이다. 원리 사법에서 개발된 이 전통적 법해석 방법이 헌법에도 그대로는 타당하지 아니하리라는 점은 분명하며 따라서 헌법이 사법과 다른 만큼 다르게 응용되리라는 점도 분명하다. 문헌에 따라서는 전통적인 법해석방법⁴³⁾은 진부한 것이고 마치 헌법해석방법이 따로 있는 듯한 인상을 주는 것이 있으나 사정은 그러한 것이 아니고 전통적 법해석방법이 사법에서만 “산뜻하게” 응용될 수 있는 경우가 비교적 적으며 선이해를 포함해서 헌법이 포용하고 있는 가치체계·이념체계가 작용하여 구체적인 헌법규범의 의미가 밝혀지는 경우가 많다고 할 수 있을 뿐이다. 결국 창의적인 응용의 문제는 있어도 전통적 법해석 방법이 헌법해석에서도 기본이 되는 것이라고 할 수 있다.

43) 전계 계획열 편역, 헌법의 해석, “서론,” 8-25면 및 Forstoff, “헌법률의 개조”(Die Umbildung des Verfassungsgesetzes); 전계 Magiera, “The Interpretation of the Basic Law,” pp.91-94; 전계 허영, 한국헌법학, 69-70면 등. 그리고 전계 계획열, 헌법의 해석, “서론,” 36-42면 및 Alexander Hollerbach, “법치국가적 헌법의 해체”(Aufloesung der rechtsstaatlichen Verfassung?), 125-162면 등 참조.

전통적 법해석방법으로 ① 문리해석; ② 논리해석(체계적 해석); ③ 역사해석; 그리고 ④ 목적해석을 드는 것이 보통이다. 영미에서는 이에 더하여 보조적인 해석원리로 동류율(eiusdem generis; 구체적인 사례의 나열에 이어 “기타··.” 등등의 일반조항을 규정하였을 때에는 나열된 구체적인 사례에 비추어 한정적으로 그 일반조항을 해석하는 것이 합리적이다), 반대해석의 원칙(expressio unius exclusio alterius; 일반조항을 끝에 첨가함이 없이 구체적인 사례의 나열만이 있는 경우에는 나열되지 아니한 것은 규정하지 아니한 것으로 보는 것이 합리적이다), 그리고 동류로부터 안다는 원칙 (noscitur a socii)도 든다.⁴⁴⁾ 따지고 보면 이러한 보조적 해석원칙은 논리해석의 연장이라고도 할 수 있을 것이다. 결국 논리적인 사유에 의하여 어떻게 하면 설득력 있는 합리적 헌법해석에 이르느냐 하는 문제에 이르게 되기 때문이다. 소위 축소해석 내지 엄격해석,⁴⁵⁾ 확장해석, 유추해석의 경우도 문제는 마찬가지로 생각한다. 결국 설득력 있는 합리적 해석의 문제이기 때문이다. 유추해석은 물론 확장해석도 형법에서는 허용되지 아니한다⁴⁶⁾는 원리도 헌법적 설득력, 헌법적 합리성(죄형법정주의)의 문제임은 물론이다.

또한 헌법해석의 원리로 소개되고 있는 통일적 해석의 원칙이나 조화적 해석의 원칙이라고 하는 것도 사실 따지

44) 최대권, 진계 “제정법의 해석,” 130면 참조.

45) 최대권, “형법의 해석과 헌법의 효력,” 서울대학교 법학, 31권1·2호, 209-221면, 특히 221면(1990) 이하 참조.

46) 이재상, 형법총론(박영사, 1988), 24-27면 등.

고 보면 헌법해석에서만 통하는 해석원칙이 아니라 위의 논리해석 내지 체계적 해석의 원칙이 헌법해석에서의 응용에 지나지 않는다고 생각한다. 헌법은 사실 어떠한 제정법도 그것은 전체로서 하나의 체계(system)를 형성하고 있는 것이라고 간주되고 있다. 역으로 풀이하면, 헌법은 그리고 예컨대 민법도 전체로서 하나의 논리적 체계를 형성하고 있는 것이라고 보는 것이 합리적이며, 서로 모순될 수도 있고 그러면서도 서로 조화될 필요가 없는 다수의 독자적 조항의 모자이크에 지나지 아니하는 것으로 본다는 것은 논리적이지도 타당하지도 아니다. 그러한 만큼 설득력 있는 합리적 헌법해석을 시행하자면 헌법규범은 전체적으로 통일적으로, 외견상 모순되는 듯이 보이는 여러 헌법조항이 존재할지라도 이를 조화적으로 상호 모순없게 해석하여야 할 것임은 물론이다. 통일성·조화의 원칙은 실은 입법의 원리이기도 하다. 입법에 있어서 각 장·항목간에, 조항간에, 그리고 개념간에 서로 모순 없이 조화를 이루어 전체로서 하나의 체계를 이루도록 법안을 만들어야 한다는 것은 기본적인 입법원리이기도 하다. 그러하지 아니하고는 입법의 목적을 달성하는데 있어서 효율성의 결여 등 여러 가지 어려움을 가져올 것이기 때문이다. 왜냐하면 입법은 시행을 목표로 하는 만큼 첫째로는 시행자·수범자가 쉽사리 이해할 수 있어야 할 것인데 통일적·조화적으로 만들어지지 못한 입법은 그러하지 못할 것이기 때문이다. 그러므로 입법자는 그가 합리적인 입법자라면 입법의 효율성 등을 극대화하기 위하여 조화적·통일적으로 입법안을 만

들려고 노력한다. 입법의 사정이 그러한 만큼, 역으로, 제정된 법은 전체적으로 통일적·조화적으로 만들어진 것이라고 보는 것이 그러하지 아니하다고 보는 것보다 훨씬 더 합리적일 것이다. 그런데 헌법은 국가공동체를 조직·구성하는 최고법규범이라고 할 수 있다. 그러한 만큼 그것이 더욱이나 통일적·조화적으로 형성되어 있다고 보는 것이 합리적이며, 따라서 헌법규범을 해석함에 있어서도 전체적으로 통일적·조화적으로 해석되어야 한다고 보는 것이 합리적일 것이다. 그렇다면 위에 든 헌법 제3조와 제4조의 관계 문제도 서로 충돌한다고 볼 것이 아니라 전체적인 통일적 체계 가운데에서 서로 조화될 수 있는 관계에서 있는 것이라고 보는 것이 더욱 합리적이라고 할 수 있다.⁴⁷⁾ 나아가 서로 충돌한다고 보는 것은 무엇을 또는 누구를 위한 헌법해석이냐의 질문을 당장 제기한다고 생각한다. 서로 충돌한다고 보는 것 보다 서로 조화될 수 있는 것이라고 보는 해석이 자기 나라의 최고법규범에 대한 존중의 태도를 보여주는 해석으로서 더욱 설득력을 가지리라는 점은 말할 필요도 없다고 생각한다.⁴⁸⁾ 다만 조화적으로 해석할 수 있기 위하여 창의력의 발휘가 요구될 뿐이다.

그러면 기본적으로 헌법해석에 있어서 전통적 해석방법이 어떻게 작용하는지를 살펴보자. 법해석에 있어서 그리고 헌법해석에 있어서도 무엇보다도 먼저 법문의 자연적,

47) 최대권, 전계 “한국헌법의 좌표”; 최대권, 「남북합의서」와 관련된 제반 법문제-특히 「특수관계」의 의미를 중심으로, “서울대학교 법학, 34권 3·4호, 1-38면(1993)

48) 전계 주(48) 참조.

통상적인 의미에 따라 그 뜻을 새겨야(해석하여야) 한다는 점은 상식에 속한다고 생각한다. 그러므로 문리해석에 의하여 그 뜻이 분명하면 달리 다른 해석방법에 의존할 필요가 없게 된다.⁴⁹⁾ 그러므로 문리해석에 의하여 불합리하거나 모순되는 결과를 가져온다고 하는 경우에 비로소 다른 해석방법의 도움을 얻어 그 뜻을 찾아내게 된다는 점도 상식에 속한다. 이처럼 헌법해석은 일차적으로는 문리해석에 의하여 그리고 이차적으로 논리해석(체계해석)이나 역사해석 또는 목적해석에 의하여 행한다는 점 이외에는 꼭 어떠한 해석에 의하여 한다는 해석의 원칙은 없다고 생각한다. 다만 헌법해석의 경우에는 문리해석보다는 운명적이라고 할만큼 논리해석(체계적 해석), 역사해석 및 목적해석에 의하여야 문제가 풀리는 경우가 단연 많다고 할 수 있을 것이다.

우리가 체험하였던 헌법적 경험사례 가운데 이러한 해석 방법들이 실제로 어떻게 응용될 수 있는지 보여주기에 강학적으로 가장 적합한 사례 가운데 하나가 1985년의 소위 학원안정법 사건이라고 생각한다. 학원안정법의 아이디어

49) 이처럼 문리해석에 의하여 그 뜻이 분명한 경우에는 달리 해석의 여지가 없다. 이를 다른 말로 표현하면 법문의 분명한 뜻에 반하는 해석을 행할 수 없다는 것을 의미한다. 이를 헌법에 반하는 헌법해석을 행할 수 없다는 말로도 표현할 수 있으리라. 아무튼 그 뜻이 문리해석에 따라 분명한 경우에는 헌법 법문은 일정한 결론을 요구하고 혹은 금한다. 전계 Fallon, "A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation," 특히 pp.1195-1198 및 pp.1252-1254; Christian Starck, "헌법해석"(Die Verfassungsauslegung), 전계 계획열 편역, 헌법의 해석, 309-363면; 전계 Magiera, "The Interpretation of the Basic Law"; 최대권, 전계 "제정법의 해석" 등 참조.

내용⁵⁰⁾은 그 당시 상황하에 불법시위로 구속된 학생을 형법·폭력행위 등 처벌에 관한 법률·국가보안법·집회 및 시위에 관한 법률 등의 위반을 이유로 기소하는 대신 검사의 재량으로 6개월 이내의 특별선도교육에 부침으로써 전과자의 불이익 없이 학원에 복귀할 수 있게 한다는 것이었다. 언론 등에 드러난 헌법적 쟁점은 검사의 재량으로 이러한 선도교육에 부치는 것이 헌법상 정당화될 수 있느냐 하는 점이었다. 그런데 그 당시의 헌법에는 현재의 헌법 제12조(신체의 자유) 제1항에 해당하는 제11조 제1항에 “적법한 절차”⁵¹⁾가 들어 있지 아니하였으며 그 이외에는 대동소이한 조항이었다. 그렇다면 특별 선도교육이 일종의 보안처분으로 볼 수 있는 것이니까 법문상 “법률에 의하지 아니하고는… 보안처분을 받지 아니하”는 것이라면 법률에 의하면 검사의 재량으로 특별 선도교육에 부치게 할 수 있다는 해석이 가능해진다. 이것이 당시 검찰측이 지녔던 헌법해석인데, 아무튼 법문에 충실한 일종의 문리해석이라고 할 수 있음에 틀림없다. 이러한 문리해석의 결과가 불합리하다는 점은 직감적으로 알 수 있었으나 이를 극복하는 합리적인 헌법해석이 헌법해석으로서 전개되었던 것을 필자는 보지 못하였었다.

50) 전계 주(20) 참조.

51) 현행 헌법 제12조 제1항 및 제3항의 “적법한 절차”의 의미에 대한 헌법재판소의 생각을 살필 수 있는 것으로 헌법재판소 결정 1989. 7. 14.(88 헌가 5, 8, 89 헌가 44); 1989. 9. 8.(88 헌가 6); 1990. 11. 19. (90 헌가 48); 1991. 4. 1.(89헌마 17, 85, 100, 109, 129, 167); 1991. 5. 13.(89 헌가 97); 1992. 12. 24.(92 헌가 8); 1993. 7. 29.(90 헌바 35) 등 참조.

불법시위학생에 대하여 기소 대신 특수 선도교육에 부치는 결정권을 검사에게 주는 법률이 헌법상 정당화될 수 있느냐 하는 문제를 해결하기 위하여는 다음과 같은 헌법해석상의 문제를 몇 개 제기할 수 있다고 생각한다. 헌법 제11조(현행 제12조) 제1항은 다른 헌법조항들, 예컨대 제37조 제2항 등과 관련시키지 아니하고 제11조 제1항만을 따로 떼어 해석하여도 무방한 즉 합리적일 수 있는 그러한 조항이나(만약 그렇다면 위의 문리해석을 통하여 우리는 합리적인 결과에 도달할 수 있을 것이다) 어떠한 문제가 그 하나이다. 이 문제는 나아가 제37조 제2항과 관련시키지 아니하고 헌법 제3조(영토조항)를 국가보안법의 합헌적 근거조항으로 볼 수 있는가, 헌법 제21조 제4항과 제37조 제2항은 어떠한 관계에 있는가 하는 문제와도 연계되어 있다. 이 문제는 기본적으로는 제37조 제2항을 어떻게 이해하느냐에 달려있다고 생각한다. 그리고 헌법 제37조 제2항에 대한 이해는 기본권에 대한 입장 내지 생각(가치관)에 기초하여서만 이루어질 수 있다고 생각한다.⁵²⁾ 기본권은 초국가적·전국가적인 자연권인 까닭에 최대한으로 보장되어야 하며 만약 국가공동체의 이익을 보호하기 위하여 기본권을 제한하여야 할 필요성이 있는 경우에는 부득이한 최소한만의 제약만을 그것도 법률에 의하여서만 가할 수 있으며 법률에 의한다는 것은 국민의 대표기관인 국회의 감시에 둔다는 것을 의미한다는 입장 내지 생각이 그 예이

52) 최대권, “기본권의 제한 및 한계,” 전계 최대권, 헌법학, 189-213면 참조.

다. 만약 헌법 제37조 제2항이 이러한 입장 내지 생각을 헌법조문화한 것이라고 이해할 때에는 제37조 제2항은 모든 기본권에 타당하는 기본권 제한을 제약하는 원리를 규정한 것이라고 이해할 수 있다. 그렇다면 헌법 제12조 제1항은 제37조 제2항의 원리를 무시하고 그 조항만의 문리해석방법만으로 합리적인 해석을 도출해 낼 수 있는 그러한 조항이 아니라고 할 수 있다. 왜냐하면 제12조 제1항만의 문리해석방법에 의하면 법률로 규정하는 경우라면 기본권 제한의 제약의 원리를 따를 필요가 없이 신체의 자유에 대하여는 어떠한 제한을 가하여도 헌법에 반하지 아니할 것이기 때문이다. 제12조 제1항은 차라리 제37조 제2항의 예시조항으로 이해하는 것이 훨씬 합리적이라고 할 수 있다. 만약 제3조(영토조항)를 국가보안법의 근거조항으로 이해한다면 제3조는 제37조 제2항의 예시조항(“국가안전보장”의 예시)에 불과한 것으로 보아야 할 것이나 그러나 그것보다는 차라리 제37조 제2항을 국가보안법의 근거조항으로 보아야 한다고 생각하는 것이 오히려 합리적일 것이다. 헌법 제21조 제4항의 경우에도 이것을 제37조 제2항의 한 예시조항으로 보는 것이 마찬가지로 합리적이라 생각된다. 결국 제12조 제1항 등과 제37조 제2항의 이러한 이해는 통일적인 체계적·조화적 해석방법의 응용에 불과하다.

그렇다면 학원안정법의 문제는 헌법 제12조의 문제가 아니라 제37조 제2항의 문제가 된다. 뿐만 아니라 “적법한 절차”라는 법문 없이는 “적법한 절차”의 요청을 우리 헌법 조항으로부터 도출해 낼 수는 없는 것인가? 만약 이것이

가능하다면 헌법 제12조의 “적법한 절차” 조항은 헌법해석으로 충분히 가능한 것을 헌법개정에 의하여 명문화한 것에 불과하게 된다. “적법한 절차” 없이는 “적법한 절차”의 요청을 우리 헌법조항으로부터 도출해낼 수 없는 것인가 하는 질문은 제37조 제2항에는 실제적인 기본권 제약의 원리만을 규정하고 있는 것이고 절차적인 기본권 제약의 제약의 원리는 포함하지 아니하느냐 하는 질문과 밀접하게 관련되어 있다고 생각한다. 영령장제도·형사재판제도를 규정하고 있는 제12조, 재판청구권을 규정한 제27조 및 제37조 제2항을 체계적·조화적으로 해석할 때 판사의 신체의 자유와 같은 중요한 기본권에 제한을 가하는 경우에 판사의 공정한 판단에 따라 행하게 한다는 것은 그 제한을 최소화하는 방안의 하나로 삼는다는 것을 의미하게 된다. 그렇다면 비록 “적법한 절차”조항이 명문으로 존재치 아니하더라도 적법한 절차의 헌법적 요청을 우리는 우리 헌법으로부터 도출해 낼 수 있게 된다. 그렇다면 판사의 판단이 아니라 검사의 판단에 따라 특별 선도교육에 부치게 하는 법률은 “적법한 절차”조항이 없더라도 우리 헌법의 적법절차의 요청에 반하는 법률이 된다.

가령 적법절차의 문제가 없는 경우(검사의 재량에 따라 하더라도 적법절차의 문제가 없다고 판단하는 경우라든지 아니면 판사의 판단에 따라 특별 선도교육에 부치게 한다는 경우 등)라도 6개월 이내의 특별 선도교육에 부치는 것은 피고자의 일정한 권리와 자유(예컨대 신체의 자유, 양심의 자유, 학문의 자유 등)의 침해를 내용으로 하기 때문

에 특별 선도교육에 부쳐야 할 공공의 필요성과 피교육자의 기본권의 헌법 제37조 제2항에 따른 비교형량이 요구된다. 기본권의 제한이나 침해가 개제 되어있는 헌법 문제는 언제나 헌법 제37조 제2항에 따른 비교형량을 요구한다. 이것은 부득이한 최소한의 공공의 필요성(국가안전보장·질서유지 또는 공공복리)을 한편으로 하고 국민의 권리나 자유의 최대한의 보장이라는 헌법적 요청(이것도 공공의 이익이다)을 다른 한편으로 하여 이 양자의 비교형량을 제37조 제2항은 요구하고 있는 것이다. 이러한 비교형량에 있어서 공공의 필요성이 워낙 크면 최대한의 기본권 보장의 요청은 양보할 수밖에 없으며 역으로 후자의 요청이 워낙 크거나 양보할 수 없는 경우(본질적 내용까지 침해하게 되는 경우 등)에는 공공의 필요성이 양보할 수밖에 없는 관계에 서게 된다. 그러므로 비례의 원리가 제37조 제2항에는 포함되어 있다. 아무튼 비교형량의 결과 어디에서 선을 그을 것인가, 어느 편에 설 것인가 하는 선택의 문제는 헌법해석자의 몫이다. 그러한 만큼 헌법해석에는 단순히 의미의 발견이나 확인에 그치는 것이 아니고 판단과 선택과 결단이 포함될 수밖에 없다고 생각한다.

나아가 비교형량의 문제는 기본권이 개재된 경우뿐만 아니라 모든 헌법해석에 포함될 수밖에 없다고 생각한다. 최근에 크게 논의된 바 있는 대통령에 대한 관계에 있어서의 국무총리의 지위·권한의 문제와 관련하여 우리나라의 정부형태가 기본적으로 대통령제인 만큼 대통령의 권한·지위에 무게를 주어 해석할 것이냐 대통령제를 기본으로 한

다고 하더라도 부통령제가 아니고 국무총리제도를 우리 헌법이 굳이 둔 것은 일정한 뜻이 있어서이고 그 뜻이라고 하는 것은 국무총리를 중심으로 한 내각이 실질적으로 국정을 이끌어 가게 하려는 것이라고 할 수 있고 국무총리 임명시 국회의 동의를 얻어서 하게 하고 국무위원 임명시 국무총리의 제청에 따라하게 하며 국무총리·국무위원에 대한 국회의 해임건의권 등의 규정이 그 증거라 할 수 있는 까닭에 즉 내각책임제적 요소의 도입도 의미하는 까닭에 내각책임제적 요소에 무게를 주어 해석할 것이냐의 경우에도 비교형량의 문제·조화의 문제가 있음은 물론이다. 만약 대통령제의 대통령의 지위·권한에 비중을 둔다고 하는 경우의 국무총리의 지위나 권한이란 실권이 없는 소위 “가오마담”에 그칠 것이고, 국무총리 중심의 내각책임제에 비중을 둔다고 하는 경우에는 우리나라의 정부형태는 프랑스식 의원집정제에 접근하게 되고 대통령은 국가원수이고 국정의 최고책임자이기는 하여도 매일 매일의 일상적 국정 수행에 있어서는 뒤에 물러나 있는 자리에 서게 된다. 이후자의 해석에 따르는 경우에는 “행정각부를 총괄하는 국무총리의 지위·권한은 실질적인 것으로 풀이하게 될 것이다. 예컨대 헌법 제3조(영토조항)와 제4조(평화적 통일조항)의 경우에도 비교형량과 조화의 문제가 대두된다고 생각한다. 이를테면 제3조가 헌법변천에 의하여 효력 내지 의미가 사라진 것이라고 본다⁵³⁾든지 개정삭제의 대상으로

53) 장명봉, 전계 “남북한기본관계정립을 위한 법적 대응,” 133-134면 및 토론부분 150면; 장명봉, 전계 한민족공동체 통일방안 그 법적

만 이해하는 입장은 이러한 헌법해석에 있어서의 비교형량·조화적 해석의 문제를 전혀 도외시하거나 이를 이해하지 못하는 입장이라고 할 수 있다.

체계화 연구,“ 73-74면; 양건, ”남한의 통일방안을 어떻게 볼 것인가,“ 공법연구, 22집1호, 223-225면(1994) 등.

6. 맺는 말

특히 헌법재판기관에 의한 헌법해석의 경우에는 그것은 국가공동체의 조직·구성이나 발전방향의 기본원칙을 설정하고 밝히는 기능을 수행한다. 국민에 의한 헌법해석의 경우에는 그것은 미시적·단기적으로는 국가기관에 의한, 그리고 최종적으로는 헌법재판기관에 의한 이러한 헌법해석기능의 수행이 가능토록 발동(initiative)을 걸어주고 거시적·장기적으로는 헌법의식·사회적 승인의 형성 내지 변천에 기여하는 기능을 수행한다. 국가공동체의 조직·구성이나 발전방향의 기본원칙을 설정하고 확정하는 일이 결코 가벼운 일이 아니라는 점은 이론의 여지가 없다. 특히 헌법재판기관의 그것에 이르면 헌법해석의 문제는 대단히 중대한 일일 수밖에 없다. 그러한 만큼 헌법해석은 하위법규의 해석의 문제에 비할 수 없는 신중함이 요구되고 어려움이 동반되는 작업인 것이다. 나라의 기본원리를 문제삼기 때문이다. 더구나 헌법의 해석이 요구되는 경우에는 거의 언제나 어느 국가기관의 헌법해석(법률·명령·규칙·처분 등)의 합헌성 여부와 관련하여 제기되기 때문에 어렵고 또 신중을 요할 수밖에 없다. 왜냐하면 국가기관의 헌법해석은 다른 국가기관의 입장에서나 시민의 입장에서나 헌법재판기관에 의한 위헌결정이 없는 한 국법으로서 존중되어야 하기 때문이다. 나아가 헌법해석의 어려움은 이같은 헌법

해석의 중대성 때문만이 아니고 헌법의 특징적인 성격이나 구조 때문에도 생긴다.

이러한 헌법해석의 어려움은 헌법이 단순한 문리해석 또는 삼단논법의 적용만으로 그 뜻을 파악해 낼 수 있는 조항보다는 더 많게는 다양한 해석이 가능한 추상적·개방적인 조항으로 구성되어 있기 때문이라는 특성 때문에 생기는 것이다. 이러한 조항의 해석과 관련하여 해석자의 가치관·헌법의 이해·다른 사람과 공유하는 정의감·조리·선 이해가 작용하여(또는 그 도움을 얻어) 그 조항의 의미가 찾아지고 선택되는 것이다. 동시에 헌법조항들은 전체적으로 하나의 체계를 형성하고 있는 것이기 때문에 헌법은 날개의 조항만을 따로 떼어서 해석하여도 합리적일 수 있는 조항보다는 오히려 서로 통일적·조화적으로 해석하여야 마땅한 조항들로 구성되어 있으며 따라서 헌법을 전체적으로 어떠한 통일적·조화적 체계로 이해하느냐 하는 점이 어렵고 중요할 수밖에 없게 된다. 나아가 실제의 헌법해석의 문제는 해석을 요구하는 구체적 문제상황에 타당한 헌법의 구체적 의미가 무엇이냐의 문제로서 제기된다. 그런데 구체적인 헌법문제의 설정이 그리 쉽지 아니하다는 점을 실례를 들어 살펴보았다.

헌법해석에 있어서 단순한 문리해석의 방법으로나 삼단논법의 적용만으로 그 목적을 달성할 수 없는 경우가 대부분인 것은, 첫째는 방금 지적한 바와 같이 헌법조항의 구조가 그것을 적용할 수 있으리만큼 구체적·일의적이지 아니하고 또 다른 조항과 관련시키지 아니하고 독립적으로

적용하여도 무방한 그러한 것이 아닌 경우가 대부분이기 때문이지만, 동시에 둘째로는 적용의 대상이 되는 사실(구체적 문제)이 전형적 민·형사사건의 사실관계만큼 비교적으로 구체적·한정적이지 아니하고 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에 서로 뗄 수 없도록 밀접히 복잡하게 연계되어 존재하는 경우가 대부분이기 때문이다. 그러므로 이러한 구체적 문맥 속에서 헌법해석이 요구되는 구체적 문제(사실관계)의 설정이 이루어져야 한다. 이같은 구체적 문제의 설정이 타당하면 그 문제에 타당한 구체적 헌법의 의미를 발견하는 일은 반 이상은 해결되는 것이라고 생각한다.

그리고 이러한 구체적인 헌법의 의미를 발견하는 문제는 결국 가능한 여러 의미 가운데서 한가지 의미를 고민하면서 선택하는 문제에 이르기 때문에 헌법해석은 헌법적 결단의 문제도 된다고 생각하는 것이다. 그것은 한편으로는 국가기관의 헌법해석을 일응 존중하여 주는 해석을 하여야 하는 부담(합헌추정의 원칙, 헌법합치적 해석의 원칙)을 안는 것이지만 다른 한편으로는 이와 상충되는 이익보호의 필요성(예컨대 기본권을 존중하여야 할 필요성 등)의 부담도 안는 것이기 때문이다(비교형량의 원칙). 더구나 헌법해석자는 내가 행하는 헌법해석이 결국 누구를 또는 무엇을 위한 해석에 이르게 되느냐의 문제의 인식에도 직면하게 된다. 이 문제에 대한 의식없는 헌법해석은 무책임 그것이라고 생각한다. 이 문제와 관련하여 헌법해석자는 헌법존중의 책무도 특히 헌법재판기관의 경우에는 지는 것이라고

생각한다. 그러므로 헌법해석자는 구체적 문제상황에 타당한 헌법의 구체적 의미를 발견하는 것이지만 그것은 동시에 상이한 해석사이의 대단히 고민스런 선택의 문제이기도 하다고 보는 것이다. 위에서 지적한 헌법해석의 어려움이 한꺼번에 해석자의 해석작업에 작용하는 까닭이다. 이러한 헌법해석의 고민없는 훌륭한 헌법해석은 없다고 믿는다. 그리고 솔직히 시인하고 싶지 않을런지 모르지만 이러한 고민스런 선택의 문제에 이르면 결국은 해석자의 가치가 향도노릇을 하게 된다는 사실을 시인하지 않을 수 없게 된다.

헌법해석은 구체적 문제(사실관계)에 타당하는 구체적인 헌법규범의 객관적 의미를 발견·선택·결단하는 문제인 까닭에 설득력을 갖춘 합리적인 것이어야 한다. 헌법해석은 이처럼 헌법규범의 객관적 의미를 발견·선택·결단하는 문제이지만 그것은 역설적으로 헌법에 의하여 한계지어지며 헌법에 의하여 결정지어지는 것이다. 그것은 헌법을 벗어나는 것일 수 없는 것임은 물론이다. 그러므로 헌법해석은 헌법으로 통하게 하는 설득력이 있는 합리적인 것이어야 한다.⁵⁴⁾ 그러하지 못한 헌법해석은 이미 헌법해석이 아니다. 합리적인 헌법해석이란 궁극적으로는 이성(reasons)에 바탕을 둔 헌법적 원리·원칙의 천명(a principled decision)이어야 한다. 이미 지적한 헌법해석방법들은, 예컨대 통일적·체계적·조화적 해석의 방법 등은,

54) 최대권, “헌법재판소의 위헌결정과 그 근거의 제시,” 서울대학교 법학, 30권 3.4호, 246-256면(1989) 참조.

말할 것도 없이 헌법해석으로서의 설득력을 가지게 만들어 주며 헌법해석으로서의 합리성을 담보하여 주는 장치의 하나에 지나지 않는다. 위에서 지적한 헌법변론의 시각에서 볼 때 헌법해석의 문제는 결국 헌법해석의 설득력·합리성의 경쟁의 문제가 된다. 설득력의 문제는 궁극적으로는 헌법의식·사회적 승인의 문제에 연계되어 있다고 생각한다. 합리적인 헌법해석은 설득력을 증대시켜줄 것임은 물론이다. 어느 특정의 헌법해석방법을 택하였다고 하여 헌법해석의 합리성이 전적으로 담보되는 것이 아니라는 사실이 헌법해석을 참으로 어려운 작업으로 만들어 준다고 생각한다. 그러므로 헌법해석의 합리성을 증대시키기 위하여 다양한 헌법해석방법들을 창의적으로 활용하여야 한다는 문제가 대단히 중요할 수밖에 없다. 헌법해석의 문제를 정치·경제·사회·문화의 문맥 속에서 풀어야 한다는 우리의 입장도 결국은 헌법해석의 합리성 증대의 문제에 귀결된다. 헌법해석이란 구체적 문제(사실관계)에 타당하는 헌법(적 원리·원칙)의 천명을 의미하는 까닭이다. 그리고 헌법해석의 설득력을 증대시키고 그 합리성을 확보하는 작업이야말로 창의력이 요구되는 작업이라고 생각한다. 헌법해석의 방법의 문제에는 왕도가 있는 것이 아니라 결국 창의력 발휘의 문제라고 생각한다.

제2장 헌법재판소의 결정례와 헌법해석

한 상 희

(경성대학교 법정대학 법학과 부교수)

1. 서론-문제점의 제기

헌법의 해석은 기존의 헌법Text를 바탕으로 하여 그 Text의 의미내용을 추출하는, 일종의 헌법의 발견작업이다. 그러나 그것은 기존의 헌법에 고착되어 있는 표의적인 의미만을 포착해 내는 것이 아니라, 마치 광석에서 생활에 유익한 광물질을 추출하듯이 일정한 가치정향하에서 살아 있는 의미내용을 여과하여 이를 일상에 유의미한 행위준칙으로 승화시킴으로써 국가생활에 대한 실천원리로서의 헌법의 실현을 추구하는 작용이다. 이러한 의미에서 헌법해석은 또한 헌법의 창조작업이기도 하다.¹⁾

그러나 이러한 논의는 그 헌정질서가 확고한 자유민주적

1) 헌법의 추상성, 이념성 및 정치성, 역사성, 개방성 등과 같은 특징으로 말미암아 헌법해석은 다른 법해석의 경우와는 달리 해석자의 가치관이나 사회, 경제적 이해관계에 입각한 편견이 개입하기 쉽다. 따라서 헌법의 해석을 법 발견으로 볼 것이냐, 아니면 헌법창조라고 볼 것이냐에 관하여는 상당한 논란이 있다. 이에 관한 간략한 정리로서는 양건, 헌법해석의 기본문제, 김철수교수화합기념논문집, 1993, 22-39면 참조.

기본질서에 바탕을 두고 있어, 헌법이 사법권을 포함한 모든 국가권력의 유효한 준거가 될 때에 비로소 ‘법’으로서의 의미를 가지며, 또한 그에 의거한 헌법해석 내지는 헌법판단이 구속력을 가지는 경우에만 타당하다. 반면, 권위주의 체제하에서의 헌법은 하나의 장식에 지나지 않는다. 여기서는 헌법이란 오로지 국민의 지지동원을 위한 정치적 조작 또는 수단에 불과하여, 헌법해석은 오로지 그때 그때의 권력행사를 적법성이라는 외피로 둘러싸는 방편에 그칠 따름이고, 헌법은 국가권력의 담지자에 의하여 자의적으로 그 내용이 규정될 뿐인 것이다.

이런 맥락에서 보면, “전전 독일이나 전후 서독의 헌법 이론을 헌법이론 일반으로 착각하고 그것에 보편사적 의미를 부여”²⁾하는 우리 헌법학계의 지배적 흐름은, 상당한 문제점을 안고 있다. 헌법해석이란 헌법 그 자체를 목적으로 한다. 물론 헌법판단은 정책판단이라는 미국식의 주장도 있기는 하지만, 그것도 법치주의나 국민주권주의, 권력분립 등에 대한 확고한 신념을 전제로 한 논의이며, 적어도 일정한 헌법적 가치 또는 기본이념에 대한 공감대의 형성을 바탕으로 이루어지는 것이다. 따라서 정책판단으로서의 헌법해석론이라 할지라도 그 결론이 국가구성원리로서의 헌법규범과 전혀 동떨어진 것으로는 되지 않는다.³⁾ 그러나,

2) 국순옥 편역, 자본주의와 헌법, 까치, 1987, 5면. 그는 진정한 헌법학의 존재를 위한 전제조건에 관하여, “권력의 민중화 없이 기본권의 보장은 현실적으로 실현될 수 없다. 또한 권력의 민주화는 국가권력 귀속의 문제인 주권원리의 해명 없이는 한치도 전진할 수 없다”고 단언하고 있다.

우리 헌법사의 실질적인 토대를 이루어 온 국가사회의 작동모습들은 최소한의 입헌주의적 사고틀도 구축하지 못하였다는 비난마저 가능케 한다. 해방이후 지금까지 형태상의 권위주의적 통치방식으로 일관하여 왔던 현실에 비추어, 서구적 입헌주의의 토대 위에서 구축된 헌법이론이나 헌법해석방법론에 대한 논의들이 과연 어떠한 의미를 가질 것인가에 대하여는 자못 회의적이지 않을 수 없다.

이 점에서 국민적 민주화요구에 따라 설치, 이제 제1기의 시한을 목전에 두고 있는 현행 헌법재판소의 헌법실현기관으로서의 기능은 주목의 대상이 된다. 헌법재판소는 종래와는 달리 법률이나 각종의 공권력행사에 관하여 실질적인 헌법재판을 행함으로써 헌정생활에 핵심적인 기능을 수행하는 동시에, 국민의 기본권의 보장에 있어서도 여타의 국가기관에 대한 견제역에 머물지 않고 명실상부한 헌법의 수호자로서의 역할에까지 나아가고자 하는 모습을 보여 왔다. 우리 헌정사에서 헌법이 국가사회의 행위준거로 작동하기 시작한 것이다. 그러나 그 노력들에도 불구하고, 조금만 자세히 살펴보면 그 결정들은 그때 그때의 상황에 따라 방편적인 방법론을 취하고 있다는 느낌을 지울 수 없다. 구체적인 사건에 헌법을 적용함에 있어 헌법이념과 각

3) 최대권, 헌법학, 서울대학교출판부, 1989, 10-11면 참조. 또한 보통법 체계에서 법원의 결정이 그때 그때의 상황에 따라 ‘적당하게 (appropriately)’ 이루어짐에도 그것이 일관된 선례로서 구축되는 것도 바로 이러한 보통법상의 일반원칙에 대한 신념과 그에의 복종의식이 전제되어 있기 때문이다. Cotterell, *The Political Jurisprudence* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989), ch.2 참조.

조문들이 내포하고 있는 헌법정신 및 목적에 대한 이해와, 그것이 구체화되어 나타난 결과(결정)와의 괴리 - 즉, 총론과 각론의 괴리현상이라든지, 헌법판단과 법률판단의 혼재, 상충되는 법익을 조화시킬 수 있는 나름의 일관된 원칙정립을 위한 노력이 엿보이지 않는 점 등 헌법해석 및 재판의 방법론에 있어서의 일응의 문제점들을 노정하여 온 것이 사실이다.⁴⁾

이 연구는 이런 문제의식을 가지고, 헌법의 실천이라는 목표하에 헌법재판소가 그 주위의 정치적, 이념사적 환경 속에서 헌법해석의 틀을 통하여 기존의 헌법과 그에 관한 헌법이론들을 어떻게 수용, 결정의 형태로 현실화시키고 있으며 또 어떠한 모습으로 나아가는 것이 바람직한가, 또 그에 적절한 방법론으로서는 어떠한 것이 있을 것인가를 모색한다. 또한 생활 속에서 살아 움직이는 법조법의 형성에 학계와 헌법재판소가 어떠한 역할인식과 상호작용이 있어야 할 것인지를 살펴보고자 한다. 말하자면, 우리나라의 국가성격과의 관련 속에서 누적되어 온 헌법재판소의 결정례를 중심으로, 그 각각에 내포된 헌법해석의 원리들을 추출하고, 그것이 기존의 헌법이론이나 해석방법론과 어떠한 관련 속에서 이루어졌는지를 살펴 볼 것이다.⁵⁾

4) 특히, 법실무에 있어 헌법이 상대적으로 경시되어 왔던 지난 역사에 비추어, 헌법에 관한 한 헌법학계의 이론적 성과가 우리 헌법해석의 거의 전부라고 할 것이지만, 헌법재판소의 결정들이 이와 어떠한, 그리고 어느 정도의 연계를 가지고 있는지도 문제시되지 않을 수 없는 것이다.

5) 이 글에서 언급되는 헌법재판소결정례들은 특별한 언급이 없는 한 헌법재판소, 헌법재판소판례집, 제1집 - 제4집, 1989-1993을 준거로

2. 헌법재판과 헌법현실

(1) 헌법재판의 의의

헌법재판은 일정한 헌법분쟁(constitutional disputes)을 사법적 형태로 처리하는 일련의 국가권력행사수단이다. 여기서 헌법분쟁의 성격이 법적인 것이냐, 아니면 정치적인 것이냐에 따라 헌법재판의 본질이 사법작용인가 또는 정치작용 내지는 입법작용인가의 여부가 결정되며 이에 대한 다양한 주장들이 행하여지고 있다.⁶⁾

헌법재판의 본질을 논함에 있어 우선적으로 고려하여야 할 것은 그것을 이루는 두 요소-헌법규범과 헌법분쟁이 서로 다른 추상화의 수준에서 존재한다는 점이다. 헌법규범은, 고도로 추상적인 형태를 취하고 있다는 성격상, 가장 낮은 수준에서 야기되는 헌법분쟁-구체적이고 개별적인 이해관계의 대립 또는 정치투쟁에까지 포섭되기 위하여는 상당한 추론의 과정이 요구된다. 반대로 관점을 바꾸어 보면, 단순한 두 당사자간의 헌법분쟁이라 할지라도 그것이 추상화되어 보다 고차원의 헌법 문제로 될 경우 이것은 이미 두 당사자간의 문제로 그치는 것이 아니라 무수한 국민대

하였다.

6) 박승호, 헌법재판의 본질, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭박사정년기념논문집, 1991, 411-442면을 참조. 대체로 헌법재판의 본질론과 기능론이 혼재되어 논의되는 경향이 있다. 엄밀히 보면 헌법재판의 성격 논쟁은 헌법재판의 현실적 기능을 어떤 맥락에서 보는가의 문제로 초점을 돌려야 할 것이다.

중들의 생활 그 자체와 연결되어 버린다. 구체적이고 개별적인 사건을 매개로 헌법규범의 의미가 특정되고 따라서 그것이 전체 하위법규범들을 지배하는 하나의 부분적인 법 질서를 형성하기 때문이다. 이런 의미에서 보면 헌법재판이란 헌법분쟁에 대한 승자와 패자를 가리는 작업인 동시에, 무엇이 헌법적으로 타당한 논술인가-즉, 무엇이 특정한 사회생활관계를 지배하는 ‘법’인가를 판단하는 작업이 된다.

따라서 헌법의 해석은 두 방향에서 이루어진다. 그 하나는 헌법규정을 출발점으로 하여 그 의미하는 바를 특정한 연후에 이에 따라 구체적 사건의 해결책을 발견하고자 하는 하향식의 헌법해석이며, 다른 하나는, 반대로 구체적 사건의 해결을 모색하는 과정 속에서 그에 적합한 헌법규범을 이끌어내하고자 하는 상향식의 방식이다. 물론 어떠한 방식이 타당한 것인가는 논자에 따라 다를 수 있다. 그러나 중요한 것은 이 두 방식이 개념상으로만 구분될 뿐, 현실적인 헌법재판에 있어서는 거의 동시에 이용된다. 흔히 사용하는 표현을 빌리자면, 헌법규범과 헌법분쟁이 상호작용하는 가운데서 헌법해석이 이루어진다고도 할 수 있다.

“법발견은 결코 삼단논법은 아니며, 존재의 영역에서 당위의 영역으로, 그리고 당위의 영역에서 존재의 영역으로의 합동적인 모색이며 규범을 사건(Lebenssachverhalt) 속에서, 사건을 규범 속에서 재인식하는 「과정」인 것이다.”⁷⁾

이 점은 현실적인 헌법재판에서 그에 임하는 재판관들의 심리를 살펴보면 알 수 있다. 인간의 인지구조상 재판관들은 사건에서부터 나오는 자극(즉, 사건자극 case stimuli)으로부터 자유로울 수 없다. 소위 헌법재판에서의 헌법적 논점이라는 것도 이 사건자극을 바탕으로 하여 형성된다. 결국 재판관들은 이 사건에 의하여 「구속」된다.⁸⁾ 반면에 재판관들은 법률적으로 훈련된 법률전문가라는 측면에서 바라보면 선재하는 헌법원리 또는 자신이 이미 발견한 헌법의 의미를 바탕으로 사건을 해결하게 되는 하향식 헌법해석의 존재 또한 배척할 수 없다. 나아가 헌법재판의 초점이 여느 재판과는 달리 사건의 해결과 더불어 객관적 법의 발견 또한 그 목적으로 한다는 점도 무시할 수 없는 요소이다.

따라서 헌법재판은 위의 세 가지 성격-정치작용, 입법작용 및 사법작용의 성격을 동시에 가진다. 첫째, 상향식의 헌법해석이라는 측면에서 헌법재판은 정치적 성격을 가진

7) A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 1965, S. 32; 구모영, *법과 인간*, 전망, 1994, 124면에서 재인용(어의의 명확성을 위해 일부 수정함)

8) 이 방식에 중점을 두어 전개되는 헌법해석 방법론이 H. Ehmke의 Topik적 헌법해석론이다. H. Ehmke, *Prinzipiender Verfassungsinterpretation*, VVDStRL, Heft 20 (1963), SS. 53-98 참조. 그러나 그의 방법론은 헌법규정을 독자적인 것이 아니라 사건과의 관련 속에서 야기되는 독자-대자적인 것(그는 이를 선이해 Vorverst nde라고 한다)으로 파악하면서 일종의 변증법적인 과정을 통하여 헌법을 발견하는 틀을 구축하였다는 점에서는 의미 있으나, 사건해결이라는 측면에서의 재판관의 입장에서는 헌법규정 자체도 사건자극과 마찬가지로 대자적인 것이 될 수 있다는 점은 거론하지 않고 있다.

다. 헌법분쟁은 (정치적) 다수자와 소수자의 대립에서부터 시작된다. 소수자의 「권리」 보호라는 언명은 다수자와 소수자간의 「권력」 다툼의 법적인 표현에 불과하다. 헌법분쟁은 두 당사자로 대표되는 사회부분(국가도 이에 포함된다)간에 어떠한 규범이 향후의 행위준거로서 타당한 것이 되어야 하는가에 관한 대립으로 이루어진다. 즉, 누구의 의지가 타방의 의지를 규율하는가의 문제인 것이다. 이 점에서 헌법재판은 정치적 성격을 가진다.⁹⁾ 둘째로, 그것이 향후에 적용될 헌법규범의 구체적 의미를 발견·창조하는 작업이라고 본다면 그것은 입법작용으로서의 성격을 여지없이 드러내게 된다. 헌법해석이 일종의 헌법구체화작업이며, 그것이 헌법재판에서는 사건을 매개로 하여 작동한다고 하더라도 이 때의 구체화란 대부분의 경우 당해 사건에만 1회적으로 적용되는 것이 아니라, 당해 법률 또는 공권력행사작용의 타당성여부(합헌성 또는 위헌성)에 대한 종국적인 판단으로서의 구체화이며 따라서 그 법률 등의 효력 자체를 유지·소멸시키려는 것이기 때문이다. 마지막으로 하향식의 헌법해석원리가 작동하는 한에서는 헌법재판은 사법작용이다. 사법의 본질을 구체적 분쟁의 해결에 필요한

9) 한동안 미국의 정치학계와 공법학계를 풍미하였던 사법행태주의(judicial behavioralism)는 바로 이러한 헌법재판의 특성을 당연한 전제로 파악한 위에 전개되었던 것이다. 여기서는 재판과 특히 연방대법원의 대법관들의 태도나 역할정향 기타 개인적인 속성들이나, 혹은 합의체 내에서의 정치적 위상 등이 재판결과에 영향을 미치며, 특히 헌법재판에 있어서는 더욱 그러하다는 결론을 내리고 있다. 자세한 것은 줄고, 사법적 정책결정의 경험적 분석, 서울대학교 법학박사학위 청구논문, 1993, 제2장 참조.

규범-행위준거를 발견하는 작용이라고 본다면,¹⁰⁾ 헌법재판은, 헌법분쟁의 성격이 어떠하건 간에 일종의 규범적 판단이며, 그 판단의 종국적인 근원을 헌법텍스트로부터 추구한다는 점에서 비록 그 유일한 속성은 아닐지라 하더라도 적어도 일면에 있어서는 사법작용의 하나임은 분명하다.¹¹⁾

헌법재판은 국가권력행사작용이다. 헌법재판관들은 헌법판단의 형식으로, 스스로가 다수자라고 생각하는 국가사회부분의 의사 내지는 이익을 향한 결정을 행하고 그것을 다른 정치·사회부분에 강요한다. 이 점에서 헌법재판이 행정부의 정책결정이나 의회의 입법결과 그 속성을 같이한다. 따라서 헌법재판 내지 그 헌법해석의 정치·사회적 의의에 관한 설명을 요구하게 된다. 헌법재판이 정치적 성격을 가진다는 것은 그것이 또 다른 정치투쟁의 장(arena)으로서 국가사회구성원들로부터 자신의 주장에 대한 지지를 획득하기 위한 수단 이상의 것은 아님을 의미하기 때문이다. 환언하자면 헌법재판이란 사법적 판단이라는 수단을 이용하여 정치투쟁의 결과 내지는 전리품들을 확인하고 그것에 대한 정당성을 마련하는 메카니즘인 것이다.

그러나 그렇다고 해서 헌법재판이 오로지 사실의 영역에

10) K. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL, 39(1981), S.133.

11) 이 점은 특히 헌법재판의 구조가, M. Shapiro가 말하는, 추상적 법원(Courtness)의 전형으로서의 3면 구조성(tradic, structure), 판단준거 규범의 선재성(pre-existence) 등의 요건을 충족하고 있다는 측면에서 더욱 그러하다. M. Shapiro, *The court: A Comparative and Political Analysis*, (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1981), ch.2 참조.

만 머무르고, 법적인 의의는 존재하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 오히려 헌법재판은 기왕의 정치투쟁결과를 보다 고차의 헌법원리와 결합시킴으로써 즉, 국가사회구성원들의 신념과 결부시킴으로써 보다 강력하고도 지속적인 행위규준들을 마련하는 역할을 수행한다. 이는 사법심사제도를 확정지은 *Marbury v. Madison* 사건에서 잘 나타난다. 이 사건은 대통령선거에서 패배한 연방주의자(Federalists)들이 반대파의 사법부장약기도를 사전에 봉쇄하기 위하여 “심야의 법관들(midnight judges)”을 무리하게 임명하는 과정 중에 야기된 것이다. 그리고 그 사건전개의 주역을 담당하였던 J. Marshall 대법원장은 이 사건에서 자신의 정치적 패배를 인정한 위에서 이 판결을 내렸던 것이다. 헌법과 법률이 충돌할 경우 사법부는 전자를 우선하지 않을 수 없다는 이 판결의 취지도 바로 이러한 정치적 패배의 충격을 최소한도로 완화하고자 하는 고심 끝에 나온 것이다. 다만 그것이 영미국가를 지배하고 있던 신념 - 자연법과 제한정부의 원칙에 대한 신념의 한 파생원리로 논리구성 되면서 향후 거의 모든 입헌국가의 권력구조를 결정짓는 철칙으로서의 위상을 차지하게 된 것이다.¹²⁾

다만 헌법재판이 다른 국가권력행사작용과 차이가 나는 것은 그것이 지향하는 바가 피통치자에 대한 행위지배가 아니라 의사지배라는 점이다. 여기서는 게임(분쟁)에 있어

12) 자세한 것은 J. A. Garraty, "The Case of the Missing Commissions," in: J. A. Garraty, ed., *Quarrels That Shaped The Constitution*, (New York: Harper Torchbooks, 1964) 참조.

서의 승리자와 패배자를 결정하면서, 동시에 패배자에 그 관정을 승복하도록 하는 별도의 장치를 마련해 두고 있는 것이다. 즉, (정치적) 게임의 두 당사자에 대하여 그 게임을 지배하는 규칙의 의미와 적용범위를 확정지어 줌으로써 패배자로 하여금 왜 자신이 패배하여야만 하는가를 설명하는 - 그리고 경우에 따라서는 그것을 수용하도록 하는 - 기능을 수행하는 것이다. M. Shapiro가 법원의 전형으로서 선제하는 법규범을 거론하고 있는 것도 바로 이 때문이다. 헌법재판의 결과가 당해 헌법분쟁이 발생하기 이전부터 그 분쟁의 상당한 과정을 지배하는 (헌법)규범이 분쟁발생 이전부터 존재하고 있었고, 또 다수의 사회구성원들이 그 규범은 그러한 분쟁에 대하여 적용될 수 있다는 것을 인식하고 있음을 두 당사자에게 보여주는 동시에, 적어도 일상생활 속의 언어관행(또는 법조인의 일상적 언어관행)으로부터 당해 규범에서 그와 같은 결론이 논리적인 모순 없이 추론될 수 있음을 논증함으로써 정치게임에서의 패배가 단순한 힘의 논리, 또는 권모술수에 의하여 편파적으로 야기된 것이 아님을 납득시키는 것이다.¹³⁾

(2) 헌법재판과 헌법해석 - 방법론을 중심으로

1) 정치작용으로서의 헌법재판

13) 다만 이러한 지지제공기능은 당해 선제하는 법규범 - 특히 헌법규범에 대한 국민의 신뢰 환원하자면 그의 사회적 유의성(saliency)이 충분히 클 때에만 가능한 것이라는 점에 주의하여야 할 것이다.

따라서 헌법재판은 두 가지 점에 대한 고려를 동시에 요구한다. 그것은 그 시대상황 속에서 발생하는 정치적, 사회·경제적 분쟁 - 헌법분쟁에 대한 정책판단과, 헌법적 도그마로서의 법개념과 법추론양식들을 적절히 조화시킬 것을 필요로 하는 것이다. 요컨대, M. Weber가 말하는 실질적 합리성과 형식적 합리성의 요청이 결합되는 것으로, 전자는 합리성과 효율성의 고려에 입각한 것이라면, 후자는 정당성과 법논리적 정합성을 의미한다. 즉, 헌법해석은 구체적이고 개별적인 정치투쟁의 과정속에서 이루어지는 가치판단-보다 엄밀히 말하자면 정책판단-과, 그 정치투쟁이 벌어지는 장(Arena)을 형성하는 게임규칙-즉, 헌법Text를 중심으로 한 법적 도그마의 결합이다. 이 두 요소 중 어느 하나를 무시할 경우 그 헌법해석은 공허해지거나, 맹목적인 것이 되고 만다. 특히 구체적이고 개별적인 헌법분쟁을 전제로 하여 이루어지는 헌법재판에 있어서는 더욱 그러하다. 통상의 경우에 헌법재판은 법규범 자체의 효력에 관한 판단으로 나아간다. 이 점에서 단순히 과거를 지향하는 일반사법작용과 차이가 있다. 헌법재판소의 결정에 대하여 어떠한 효력을 인정하건 간에, 그 판단이 법규범을 근거로 한 어떠한 행위의 타당성 판단만이 아니라, 나아가 그 법규범까지 판단하게 되기 때문에 그의 영향은 당해 법규범의 존재근거 내지는 정당성의 문제에까지 미치게 된다. 이 점에서 헌법재판은 규범적인 것이다.

그러나 동시에 헌법재판은 두 당사자간의 분쟁의 해결이

라는 점에도 관심을 기울여야 한다. 분쟁을 사법적인 절차에 의하여 해결하고자 할 때, 분쟁당사자들은 범규범을 자신의 주장을 정당화하기 위한 방편적인 것으로 보는 것이 일반적이다. 특히 그 분쟁의 처리방법으로 헌법재판이라는 장을 선택하게 되는 때에는 상당한 부분 전략적인 고려가 산입된다. 헌법재판이 가지는 정치적 상징성을 원용하여 자신들의 주의, 주장들을 널리 알리기 위한 전략적 헌법재판에서부터, 가능한 모든 경우의 수들을 다 거쳐 본다는 “밀저 봐야 본전”식의 헌법재판에 이르기까지 다양한 목적속에서 이루어지는 것이 헌법재판이다. 물론 국가권력에 대한 항의 내지는 항거라는 맥락에서 재판이 제기되거나 헌법에 대한 “믿음”에서 진정한 구제의 절차가 될 것이라는 고려하에 이루어지는 헌법재판은 그 중간에 들어갈 것이다. 이렇게 다양하게 이루어지는 헌법재판에 있어 그 판단의 준거가 되는 헌법은 그럼에도 불구하고 그 추상화수준이 너무 상향조정되어 있다는 데에 문제가 있는 것이다. 예를 들어 평등의 원칙만 하더라도 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”라는 형식적 정의의 기준만을 제시하고 있을 뿐, 같고 다를 수 있는 실질적 기준에 대하여는 눈을 감고 있다. 특히 헌법분쟁의 대부분이 국가와 시민의 관계로부터 연유하는 만큼, 공익과 사익의 대립 또는 공익 그 자체의 개념화라는 문제는 아무런 판단기준이 제시되어 있지 않은 것이다. 결국 헌법재판관이 준거하여야 할 판단근거는 헌법외적인 것이 되지 않을 수 없다.

“분리하되 평등”의 원칙을 파기하고 흑백통합을 선언한

Brown사건은 이 점에서 대표적이다.

“이 결정은…흑인학교와 백인학교의 「건물이나 교육과정 교사의 자질과 연봉 기타 가시적인 요소들」을 단순비교하는 것에서부터 더 나아가야 한다. 즉, 공립교육에서의 인종분리 그 자체의 효과에 대하여 바라보아야 할 것이다.…공립학교에서 오로지 인종에만 근거하여 분리교육하는 것이 비록 다른 가시적 또는 물리적 요소들이 동일하다 할지라도 이들 소수집단들에게 평등한 교육의 기회를 박탈하고 있는 것은 아닌가?…비슷한 연령과 자질을 가진 아이들을 분리시키는 것은 공동체내에서의 그들이 속한 인종집단의 지위에 대한 열등감을 느끼도록 만들며 그것은…그들의 심상에 전혀 없는 방식으로 영향을 미치게 된다.…Plessy v. Ferguson 사건 당시의 심리학적 지식은 어떠하였건, 이러한 결론은 오늘날 학자들에 의하여 뒷받침되고 있다. 따라서 이 결론에 반하는 Plessy v. Ferguson 판결의 취지는 배척된다.¹⁴⁾

여기서 이 판결을 뒷받침한다고 거론되고 있는 학자들이란 다른 아닌 심리학자나 사회학자들이다. 그러나 이러한 판결에 영향을 미친 것은 이런 사회과학적인 지식이라기 보다는 그 당시의 정치적 상황이었다고 하는 것이 더욱 정확할 것이다. Plessy 사건 이후 특히 20세기에 접어들면서 흑인들의 정치·경제적 지위가 향상되면서 공직자 선거에서 자신들의 주장을 흥정할 수 있는 세력으로까지 결집하

14) Brown v. Board of Education of the City of Topeka, 2347 U. S. 483 (1954)

고, 대공황 당시 F. Roosevelt 대통령의 중요한 정치적 기반의 하나가 되었다. 더구나 2차대전의 발발로 노동력부족현상이 심화되자 남부의 흑인들이 북부로 유입하면서 경제력을 확보하게 되고 또한 2차대전에서 미국이 내걸은 평등주의적 프로퍼갠더가 역으로 이들 흑인들의 의식을 고취하게 되었다. 이것이 연방대법원으로 흘러 들어가는 것은 문자 그대로 시간문제였던 것이다.¹⁵⁾

2) 상징의 재생산으로서의 헌법해석

(가) 헌법해석의 출발점 - 헌법Text와 헌법분쟁

그러나 그럼에도 불구하고 헌법분쟁을 굳이 헌법재판 - 즉, 헌법해석 - 의 방법에 의하여 해결하는 구도를 설정한 이유는 무엇인가? 더 나아가 헌법재판에 있어서의 헌법해석에 효율성을 바탕으로 하는 합리성 내지는 합목적성의 요청에 더하여 법적 정합성을 바탕으로 하는 정당성 내지는 합법성을 요청하는 이유는 무엇이며, 그 양자의 관계는 어떻게 정립하여야 할 것인가? 결론부터 말하자면, 헌법재판을 위한 헌법해석의 출발점은, 일정한 이념 또는 가치지향을 바탕으로 한 헌법Text와, 헌법분쟁에서 제기되는 사건유형 또는 그에 달린 대립적 이해관계 양자여야 한다. 여기서 먼저 잡고 넘어가야 할 것은 우리의 관심대상이 이론의 형성을 지향하는 법학이 아니라 실제적 문제를 다루

15) A. H. Kelly, "The School Desegregation Case," in: J. A. Garraty, ed., op. cit., pp.244-249 참조

는 헌법재판이라는 점이다. 지금까지 우리 나라 법학에서 은연중에 간과되어 왔던 점이 바로 이것이다. 서양식의 도그마에 매달려서 헌법의 사회적 효과, 현실 속에서의 헌법 목적의 실현을 위한 분석이 결여되었던 것이 헌법재판을 위한 헌법해석에는 별다른 도움을 주지 못하게 된 우리 법학의 현실인 것이다.¹⁶⁾

(나) 헌법의 존재론: 신화와 상징

이 점에서 통상적으로 법학통론의 첫 머리에서부터 언급하는 존재와 당위의 구별론은 적어도 헌법재판에서는 재론되어야 한다.¹⁷⁾ 논의의 편의를 위하여 우선 우리 헌법학에 있어 적어도 이념적 출발점이 되는 사회계약론에서부터 논의를 시작하기로 하자. 근대 입헌주의의 기초가 되는 이 사회계약론은 가공의 자연상태와 그를 벗어나기 위한 신민들 간의 사회계약을 상정함으로써 종래까지 지배하여 왔던 신의 지배라는 관념을 피치자의 동의에 의한 치자의 통치라는 도식으로 대체하였다. 그런데 여기에는 중요한 법의 두 요소가 내포되어 있다. 동의와 질서라는 관념이다. 이 관념은, 한 개인이 타인으로 하여금 자신의 의사를 지배하는 것을 용인하였다는 ‘사실’ - 동의 - 과, 일정한 집단적

16) 이 점은 최대권, 법사회학, 서울대학교출판부, 1983, 38면 참조.

17) 실제 독일의 헌법학계에서도 법률적 삼단논법을 중심으로 한 법실증주의적 헌법해석방법론의 경직성에 회의하고, 헌법의 개방성에 착안하여 존재론적 요소를 도입, 헌법해석의 객관성과 합리성을 동시에 충족시킬 수 있는 방법을 모색하는 것이 주류를 이루고 있다고 한다. 자세한 것은 계획열 편역, 헌법의 해석, 고려대학교출판부, 1993, 5-8면 참조.

내지는 사회적 상태의 유지 - 질서 - 라는 '사실'이 그의 실질적 내용을 이룬다. 결국 법이란 사실로부터 그 존재론적 근거를 찾게 된다. 그러나 그것만으로는 헌법규범의 의미를 설명할 수는 없다. 우발성의 1회적 사실이나, 순간적인 현상으로써 규범이라 칭할 수는 없기 때문이다. 이러한 사실들을 규범으로 승화시키는 것은 다름 아닌, 그 사실의 반복적, 규칙적 발생에 대한 사회구성원들의 신뢰(trust)이다. 존재가 당위로 전화되는 창구가 바로 이것이다.

인간은 자신의 행위가 가지는 장래의 효과에 대한 예측으로부터 자신의 행위를 선택하게 된다.¹⁸⁾ 그러나 비록 인간을 합리적 존재라 상정한다 하더라도, 그에게 제공되는 정보의 양이 한정되어 있거나, 그것을 판단하기 위한 기제의 부적절성, 또는 자신의 선호가 어떠한 것인지 조차에 대하여도 충분한 지식을 가지고 있지 못하다. 특히 상대방의 그것들에 대하여는 더욱 불확실한 상태에 있다.¹⁹⁾ 이를 극복할 수 있는 가장 유효한 기제가, 어떠한 사상의 발생 가능성에 대한 사회일반인들의 신뢰 - 사회일반인들이 과거의 경험으로부터 일정한 조건이 충족될 경우에는 언제나 또는 대부분의 경우에 그에 상응하는 결과가 야기되었다는

18) 이 관점은 소위 방법론적 개인주의를 바탕으로 하고 있다. 즉 분석의 목적을 위하여 인간은 최소의 노력으로 최대의 만족을 추구하는 합리적인 개인이라는 가설을 바탕으로 이러한 인간의 「경제적(또는 합리적)」 행위양식이 사회생활관계들의 핵심을 이룬다는 것을 전제로 한다. 자세한 것은 줄고, 전제논문, 86-95면 참조.

19) 정책학에 있어 Arrow 이래의 합리적 선택론이 주된 연구대상으로 하고 있는 것도 바로 이러한 인간의 합리성의 전제를 가로막는 요소들을 어떻게 극복할 것인가 하는 점이다. 이 점에 관하여는 전제논문, 제3장 참조.

인과관계의 개연적 발생가능성에 대한 믿음이 형성되고 그것이 계속적으로 축적되어온 결과로서의 신뢰 - 를 자신의 것으로 받아들이는 것이다. 화폐라든지 유명메이커의 상표와 같은 것은 경제생활에 있어서의 상대방의 장래의 행위를 예측하기 위하여 일반적으로 의거하는 사회적 신뢰의 대표적인 표현양태들이다. 교환의 대상이 되는 물건(나의 급부를 조건으로 상대방이 나에게 지급하는 물건)에 대한 불확실한 정보를 상쇄시키고, 내가 예측하는(가지기를 원하는) 일정한 가치를 확실하게 나에게 부여할 수 있는 안정된 기회를 마련해 주는 것이 바로 이러한 상징이다.²⁰⁾ 범규범도 마찬가지이다. 앞의 화폐나 상표가 경제생활에 있어서의 교환비용을 저감시켜 주는 기능을 한다면, 범규범은 사회생활 일반에 있어서의 불확실성을 제거하는 역할을 한다. 즉, 나의 행위에 대한 다른 사람들 또는 사회일반의 반작용에 대한 예측을 가능케 하는, 그럼으로써 사회구성원들의 행위를 일정한 규준내에 통어하는 상징²¹⁾으로서

20) 이 관점에서 의회의 불문율이라는 제도로서의 상징의 형성에 관한 분석으로는 김종립, “의회과정을 규율하는 불문율,” 박동서 편, 의회와 입법과정, 법문사, 1985 참조. 그는 게임이론을 적용하여 우리나라 국회에 존재하는 불문율의 형성과 양태를 분석하고 있다.

21) 여기서 상징(symbols)이라 함은 이러한 신뢰가 사회적으로 제도화된 형태를 의미한다. 즉, “다양한 의미들을 다의적으로 대변하며, 「정서에 작동하여」 인간으로 하여금 「일정한」 행동으로 나아가게 하는 대상, 행위, 개념 또는 의미형태”로서 나름의 자율성을 가지고 사회의 제관계를 규정하는 속성을 지닌 것으로 상정할 수 있다. 자세한 것은 줄고, 전체논문, 147면 참조. 이러한 의미에서의 상징은 개인과 대규모 정치질서에 대한 연계를 제공하며, 다른 개인들에게 다양한 동기화가 계속 동시에 일어날 수 있게 해 줌으로써 집단적 행동을 가능하게 만드는 기능을 수행한다. 정우일, 유영옥, 상징정 책론, 홍익재, 1991, 217면.

의 기능을 수행하는 것이다.²²⁾ 헌법재판에서의 헌법해석 역시 이러한 범규범의 역할이라는 맥락에서 이루어져야 한다.

그러나 범규범에 대한 사회구성원들의 신뢰는 구체적이지 않다. 무수하게 쏟아지는 법조문들을 사회구성원들이 모두 그 내용과 의미하는 바를 파악하고 있다고 생각하는 것은 어불성설이다. 오히려 그들의 신뢰는 가장 추상화된 형태의 범규범 즉, 사회질서와 국가생활 일반을 제어하고 있는 법원리 들인 것이다. 여기서의 관심대상인 헌법과 관련하여 본다면, 구체적인 헌법조문의 여하에 대하여 신뢰하고 있는 것이 아니라, 헌법의 기본원리나 기본질서에 관한 추상적인 내용들을 신뢰한다. 헌법이 신화 내지는 상징으로 작용한다고 할 때의 헌법이란 바로 이 부분을 의미한다. 정부의 구조(권력분립)나 역할, 국가와 국민의 관계(기본권보장, 국민의 기본적 의무), 국가권력의 행사방법과 목적(국민주권주의, 법치주의, 사회국가원리, 민주주의) 등 소위 헌법핵에 해당하는 헌법이념들이 아주 추상화된 형태로 국민들의 의식과 행동을 지배하는 기제로 작용하는 것이다.

(다) 헌법Text와 일반적 언어관행

여기에 덧붙여 주의하여야 할 점은 Text로서의 헌법의

22) 이러한 기능은, 크게 세가지로 나뉜다: 사회구성원에 대한 선호의 형성기능, 불확실성의 완화 및 교환비용의 저감기능, 그리고 정치적 자원의 배분 및 기회균의 제시기능 등이 그것이다. 자세한 것은 졸고, 전제 학위논문, 114-121면 참조.

성격이다. 헌법은 관념의 형태로 존재하기도 하지만 성문헌법의 형식을 취하는 경우에는 동시에 문자 - 언어의 형태로 '표현'되어 있다. 이 점은 신화 또는 상징으로서의 헌법의 존재형식을 규정한다. 앞서 상징에 대한 신념체계라는 관점에서 헌법의 성격을 규정하였지만, 실제 신념체계란 개인적인 맥락에서 파악되는 것이 일반적이기 때문에 사회공동체의 일반적 행위준칙으로서의 헌법의 보편성, 일반성을 설명하기에 상당한 곤란점이 있는 것은 사실이다.²³⁾ 그러나 헌법이 Text의 형식으로 명문화되어 존재할 경우에는 비교적 Naïve하고 추상적으로 존재하는 헌법적 신념이 구체적이고 명확한 형태로 가시화될 수 있다는 장점을 가진다. 사회일반인의 입장에서는 이 헌법Text를 매개로 하여 일반적인 행위준칙의 내용을 지득하게 되는 것이다. 여기에서 그 사회에서 통용되는 언어관행을 고찰할 필요가 나타난다.

즉, 굳이 H. L. A. Hart류의 언어철학에 바탕을 둔 논의들을 거론하지 않더라도, 사회생활형태로서의 헌법생활은 이러한 언어관행에 의하여 지배되는 것은 두 말할 나위도 없다. 국민들이 구체적인 헌법분쟁에 당하여 최우선적으로 고려하게 되는 것은 무엇보다도 관련된 헌법조문이며, 그들은 이것을 통상적인 언어생활 속에서 파악하고 사용하는 의미내용에 따라 이해하게 된다.²⁴⁾ 환언하자면, 그들은 그

23) 영국과 같은 불문헌법체제에서는 이러한 곤란점을 일정한 유형의 사상에 대한 계속적이고 반복적인 경험이라는 의미에서의 관습과, 이의 공식적 선언으로서의 판례 양자의 복합으로 헌법내용을 규정함으로써 극복하고 있다.

것이 가지는 일상적인 의미 내용을 중심으로 또는 그로부터 나름의 기대 - 비록 모호한 형태로나마 - 를 형성하게 된다. 원래 언어란 인격체간의 의사전달수단 즉, 커뮤니케이션의 수단으로 존재한다. 다만 여타의 수단과는 달리 언어는 사회일반인에 의하여 보편적으로 승인된 또 다른 상징으로 제도화되었다는 특징이 있다. 그래서 어떠한 언어 표현은 그것이 포함되어 있는 상황과 맥락에 따라 약간의 차이는 있겠지만 상당한 부분에 있어서는 동일한 또는 공통된 의미내용을 사회일반인에게 전달하게 된다. 헌법Text도 마찬가지이다. 「민주공화국」이나 「신체의 자유」와 같은 언명들은 비록 약간의 개인차는 있다 할지라도 통상적인 사회일반인이 지득하는 메시지는 거의 동일한 것이 된다. 이 점에서 언어라는 또 다른 상징은, 헌법Text가 규범적 상징으로 전화되는 매개체로서의 기능을 수행하는 것이다.

바로 이 점이 헌법해석에 대한 존재론적인 한계를 형성한다.

“언어는 그것이 속한 문화로부터 완전히 초월할 수는 없다...언어와 사회는 일방이 타방을 포섭하는 관계에 있다. 아무리 「그 의미내용이」 명확하다 할지라도, 그것을 이해하기 위하여서는 그 언어가 사용되고 있는 사회에 관한 이해가 필수적이다.”²⁴⁾

24) 이것은 언어의 간주관성이라는 특성에 기인하는 것으로, 언어는 일정한 「평균적인 의미내용」을 창출함으로써 인간간의 공통적인 세계의 성립을 가능케 한다. 구모영, 전계서, 102-3면 참조.

즉, 바로 이러한 언어의 사회성이 헌법Text의 해석에 영향을 미치는 것이다.²⁶⁾ 헌법조문으로부터 추출가능한 의미내용의 양과 질을 결정하는 것이 그 시대사회의 언어관행이기 때문이며 따라서 유사한 사건에 대한 선례가 존재한다 할지라도 그와는 다른 헌법판단이 정당화될 수도 있는 것이다.²⁷⁾ 그러나 언어관행에 의하여 매개되는 헌법적 상징은 구체적인 헌법분쟁에 있어서의 종국적인 해결준칙은 되지 못한다. 그것은 “의당히 그래야만 하는 것이다”는 식의 논술에 불과하여 구체적이나 정확성, 명확성이라는 점에서는 상당히 뒤떨어지는 것이기 때문이다. 그러나 후술하는 바와 같이 그것은 헌법해석에 있어 하나의 범위를 설정함으로써 무엇이 사회적으로 가능한가에 대한 막연하기는 하

25) F. Schauer, "Easy Cases," in: J. H. Garvey, and T. A. Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory: A Reader*, (St. Paul: West Publishing Co., 1989), p.51 그는 Wittgenstein식의 언어철학을 바탕으로 일상생활에 있어서의 언어관행이라는 맥락에서 헌법Text를 이해할 것을 주장한다. 물론 이 경우에는 입법자/제한자의 의도보다는 해석 당시의 Context가 더 중요한 판단요소로서 작용하겠지만, 그럼에도 불구하고 입법자/제한자가 헌법규정에서 사용한 언어의 관행적 의미의 틀을 완전히 벗어 날 수 없다는 점에서 헌법발전으로서의 헌법해석의 가능성을 전적으로 배제하고 있는 것은 아니라 할 것이다.

26) 전계논문에서는 언어가 가지는 불확실성을 “언어의 정확성은 인간의 전지적(omniscience) 능력의 한계로 인하여 불가피하다. 따라서 인간의 언어사용은 인간의 예견력의 한계에 의하여 구속된다”고 표현하고 있다. 이는 결국 언어란 사회적 합의(묵시적이든 명시적이든)의 존재를 그 기능요건으로 함을 의미한다. *ibid*, p.52 참조.

27) *ibid*, p.53에서는 이를 “Text는 이론적 또는 거의 직관적인 언어범위를 벗어나지 못하도록 하며, 따라서 헌법해석에 있어서의 하나의 제약 요소로 작용하게 된다”고 표현하고 있다.

나 당해 해석에 대한 지지의 기반이 되는 판단의 준거점을 제시하는 것이다. 이 점에서 Text의 언어에 대한 일반인의 관행적 의미부여하는 그 자체가 헌법해석의 출발점이자, 해석의 전과정에서 놓치지 말아야 할 check point가 된다.²⁸⁾

(라) 법적 도그마와 헌법이론

헌법의 해석은 바로 이러한 헌법의 기능 즉, 국민들의 신뢰와 기대의 대상으로서 나아가 그것의 구체화작업으로서 이루어져야 하는 것이다. 이 점에서 헌법해석은 헌법적 상징의 재생산이라 할 수 있다. 그리고 여기서 도그마로서의 헌법해석의 가능성이 존재한다. 상술한 국민의 신뢰나 기대라는 개념은 철저히 사실적이다. 「무엇이 행하여져야 한다」는 언술이 아니라, 「무엇이 행하여져야 한다고 믿는다(또는 기대한다)」라고 하는 언술체계를 가지는 것이다. 이러한, 존재로서의 신뢰 내지는 상징으로서의 헌법이념들을 구체적인 사건에 대하여 구속력을 가지는 당위체계

28) op. cit., p.53. 언어철학을 바탕으로 한 H. L. A. Hart는 하나의 법적 언술이 어떠한 현실적인 조건에서 진실로서 취급되는가를 살펴야 한다고 하면서, 그를 위하여는 법체계속에서 생활하고 그것과의 관련속에서 행위의 정향을 찾고 또 기대를 형성하는 사람들의 언어 관행의 현실을 보아야 할 것을 주장하고 있다. 부연하자면 그는, 법조인들은 법체계내에서 자신들의 공적활동을 규율하는 법규칙에 대한 내부자의 내면적 관점들을 받아들여야 할 것을 주장하는 것이다. Cotterell, op. cit., p.94. 다만 그의 입장에서는 법적 언명이나 담론들은 사회를 대변하는 것이 아니라, 사회 또는 사상을 변개하는 능력도 가지고 있는 독자적, 자율적인 것으로만 간주되고 있어, 존재론적 분석이라기 보다는 오히려 나름의 법적 도그마를 형성하기 위한 전제로서 언어철학적 분석방법이 이용되고 있을 따름이다.

로 변환시키는 것이 바로 이 법적 도그마이다. 부연하자면, 이 도그마는 구체적인 헌법조문들(예컨대, 의무교육의 연한이라든지, 대통령과 국무총리간의 권한분배 등)을 헌법이념과 연결시키고 따라서 그 헌법이념과 결합한 국민들의 신뢰에 그것을 융합시키는 또 다른 상징으로 작용하는 것이다.²⁹⁾

헌법이념들은 일반적으로 고도로 추상화되어 있고 또 헌법의 여러 군데에서 암묵적으로 존재하는 경우가 많다. 반면에 헌법조문들은 문자로서 특정되어 있고 또 비교적 개별적이기는 하나, 그럼에도 불구하고 일반적인 언어관행으로써는 그 내용을 특정하기 어려운 개방성과 다의성을 가진다. 일반적 언어관행은 대부분의 경우 구체적인 사상과의 밀접한 관련속에서 형성되는 것인 만큼, 일반성과 추상성을 특징으로 하는 법Text의 의미내용 모두를 포괄할 수는 없기 때문이다. 따라서 일반적 언어관행에 의하여 추론되는 헌법Text의 의미내용은 애매모호할 뿐 아니라, 관련되는 사상에 따라 또는 시간과 장소에 따라 수의적으로 변화하게 마련이다. 법적 도그마는 이러한 헌법조문의 불확정성을 보다 예측가능한 것으로 만들어주는 매개기능을 수

29) 여기서 앞서의 일반적 언어관행을 사회일반의 생활속에서 나오는 것이라고 한다면, 법적 도그마는 법조공동체 - 이는 법조3자 외에 법학자, 공무원 등 보다 적극적이고 능동적으로 법생활 또는 법문화의 형성, 유지, 변화에 관여하는 넓은 의미의 법조를 가리킨다 - 에 특유한 언어관행이라 할 수 있다. 전자가 어의와 문법을 중심으로 이루어진다고 하면, 후자는 법적 개념화와 법추론의 형태로 존재한다는 점에서 나름의 독자성과 자율성, 그리고 응집성(coherency)을 가진다.

행한다. 사회일반인에 의하여 거의 직관적으로 포착되는 헌법의 의미내용에 대하여, 헌법전체의 구조를 확정하고 조문들간의 관계를 규정하는 동시에, 헌법규범간의 모순이나 대립, 또는 헌법규범의 흠결에 대하여 그것을 치유할 수 있는 논리적이고 정합적인 기준들을 제시함으로써 보다 체계적이고 객관성이 보장되는 헌법내용의 추출작업을 가능케 하는 것이다.

법적 도그마의 기능은 이에서 그치지 않는다. 앞의 기능은 법적 도그마의 형성적 기능이라 한다면 이 도그마는 그에 더하여 구체적인 헌법판단에 대하여 국민들의 지지를 이끌어 낼 수 있는 매개장치로서의 기능, 즉 정당화 기능도 수행한다. 존재와 당위의 구별론은 바로 이 기능으로 인하여 의미를 가진다. 상징에 대한 국민들의 신뢰는 그것이 고도로 추상화될 때에만 형성되기 때문이다. 즉, 법적 도그마는 구체적인 존재양태와 결합되지 아니한 채, 기존의 상징체계로부터 또 다른 하부상징체계가 연역적으로 이끌어 질 수 있는 형식을 제공함으로써 모든 규범(상징)에 대하여 규칙적이고 언제나 반복 가능한 (따라서 신뢰할 수 있는) 해석준칙을 마련하는 것이다. 관점을 바꾸어서 본다면 법적 도그마는 헌법해석에 있어서의 객관성의 보장이라는 요청에도 기여하는 것이다.³⁰⁾

30) 학계에서 집중적으로 연구되고 있는 헌법이론들은 협의의 범주가 개발하는 도그마와는 달리 그의 추상성, 일반성이라는 속성으로 인하여 가장 유효한 도그마적 상징체계를 형성한다. 헌법재판에서의 헌법해석이 학계의 발견점과 연결되어야 하는 것도 바로 이 때문이다.

(마) 헌법해석의 방법 - 상징의 재생산

이와 같은 헌법재판을 위한 헌법해석에서 고려하여야 할 세가지의 요소 - 국민들의 신뢰의 대상인 헌법이념, 법적 도그마, 그리고 언어관행 - 중 법적 도그마는 헌법해석의 형식을 규정한다고 보면, 나머지는 헌법해석의 실질을 결정한다. 그러나 그렇다고 해서 이 요소들이 평면적으로 작용하는 것은 아니다. 말하자면 이들이 중첩하여 구체적인 헌법판단의 내용과 범위를 결정한다. 그리고 그 구조와 제한 속에서 헌법판단자 - 재판관의 개인적인 선호나 가치관, 태도 등이 작동할 수 있는 것이다.

헌법은 하나의 사회적 상징이라는 점에서 헌법재판은 종교재판과 유사한 구조를 띤다. 신관이 신탁에 의하여 계시를 전하고 교도들로 하여금 자발적으로 그에 복종하게끔 하듯이 - 즉, 추상적 신앙(신에 대한 신앙)을 구체적 신앙(계시에 대한 신앙)으로 전화시키듯이, 헌법재판은 그를 통하여 헌법이라는 고도의 추상적 의지를 헌법분쟁의 당사자들과 국민일반에게 구체화시키고 적어도 논리적인 측면에서의 오류가 없음을 보임으로써 그들의 복종을 유발하는, 일종의 의식(ritual)의 성격을 가지는 것이다. A. Miller가 말하는 신화로서의 헌법이란 바로 이 점을 의미하는 것이다.³¹⁾ 헌법은 신화와 마찬가지로 그의 존재가치와 규범적

31) A. Miller, *The Supreme Court: Myth and Reality*, (Westport: Greenwood Press, 1978), pp.11-49면 참조. 그는 신화를 거짓말이나 법적 허구(legal fiction)와 구별하면서 그것은 진실과 일치하지는 않지만, 진실한 것으로 믿어지고 있는 것이라 규정하면서 미국

정당성에 관하여 국민대중의 신앙 내지는 신념이 존재하여야만 그 본래의 기능을 수행할 수 있다. 특히 C. Schmitt와 같이 헌법을 헌법핵과 헌법률로 구분하면서 전자를 헌법의 일반원칙 내지는 법의 일반원칙의 차원으로 다루고 있는 경우에는 그 추상화의 정도가 고양되는 만큼 상징이나 신화의 성격이 더욱 강화된다.

이러한 맥락에 선다면, 헌법의 해석에 있어서는 개개의 헌법조문들이 아니라 가장 고차원의 규범 즉, 헌법의 일반원칙이나 기본적 질서와 같은 언명들이 그 중심을 이루게 된다. 미국의 사법심사에서 말하는 이익형량이론³²⁾이 바로 이 점을 의미한다. 형량의 대상이 되는 두 이익의 경중을 판단할 수 있는 기준은 그 이익에 비하여 보다 고차적인 이익에서 찾아야 하기 때문이다. 이때 헌법의 일반원칙

연방대법원에 대한 신화로 10가지의 것을 들고 있다. 그러나 이러한 그의 설명은 비록 나름의 개념규정에 의거한 것이기는 하나, 신화와 상징의 구별이 모호하다는 데에 문제가 있다(엄밀히 말하자면, 그의 신화는 집단적 허위의식이라고 하는 것이 보다 정확할 것이다) ; W. Y. Elliot, "The Constitution as the American Social Myth," in: C. Read, ed., *The Constitution Reconsidered*, (New York: Harper & Row, Pub., 1968)에서도 헌법을 하나의 신화로 보면서, 그것을 구성하는 상징으로 다양한 것을 들고 있다. 우선 학자별로 Hobbes의 경우, Leviathan이라는 신화를 위하여 군주주권이 라는 상징을, Locke는 사유재산권을 위한 혁명이라는 상징을 그리고 Rousseau는 일반의지라는 사회적 신화를 인민의 의지라는 상징을 통하여 각각 설명하고 있고, 그 신화와 상징을 매개하는 것으로 사회계약론을 든다. 또한 그는 미국의 경우에는 헌법을 중심으로 하는 fundamental law라는 신화를 연방최고법원이라는 상징이 헌법 제정자들(Founding Fathers)의 목소리를 대변함으로써 그 내용을 충전시키고 있다 한다. pp. 215-6, 219ff 참조.

32) 이의 간략한 소개로는 伊藤正己, “憲法解釋と利益衡量論, ツユリスト, 638호 참조

이나 기본적 질서는 이러한, 보다 고차적인 이익이 된다. 하지만 이것으로 헌법해석이 종결된다면 그것은 법실증주의적 해석론에서 찾아 볼 수 있는 것과 유사한 형태의 또 다른 독단이 되어 버리고 만다. 헌법Text와 법적 도그마가 존재의미를 갖는 것은 바로 이 지점이다. 국민대중의 신념의 대상이 되는 헌법의 일반원칙 등은 그 자체가 모호한 관념적 형태로 존재한다. 따라서 그것을 추구하는 인격에 따라 서로 상이한 내용을 주장할 수도 있는 것이다. 헌법Text나 법적 도그마는 이러한 부분에 개입하여 헌법해석의 안정성과 객관성을 담보할 수 있는 도구로서 작동한다. 즉, 전자는 국민대중의 신념의 대상을 특정하는 증표로서의 성격을 가지며, 후자는 헌법의 일반원칙 등과 헌법Text, 그리고 구체적인 헌법분쟁과 그에 대한 헌법판단과의 유기적, 체계적 관련성을 설명하는 도구가 되는 것이다.³³⁾

그러나 헌법재판을 위한 헌법해석은 여기서 그쳐서는 아니된다. 국가구성원들의 헌법에 대한 일정한 신념 특히 국

33) 특히 언어관행은 헌법Text의 의미내용의 외연적 한계를 설정한다. 그리고 이것이 헌법적 상징과 결합함으로써 당해 헌법분쟁의 해결에 대한 나름의 선택지들을 제시해 준다. 반면에 법적 도그마는 그의 내면적 핵심을 추출하는 수단으로 작용한다. 환언하자면 위의 선택지들로부터 어느 하나를 선택하는 것의 정당성을 마련해 주는 논리적 기초를 제시하는 것이다. 바로 이러한 기능으로부터 법적 도그마는 헌법적 상징을 미란다가 아닌, 크레덴다로 재생산한다. 즉, 사람들이 헌법을 감상과 동일화의 상징(symbol of sentiment and identification 즉, Miranda)으로부터 합리화의 상징(symbol of rationalisation 즉, Credenda)으로 전화시켜 나름의 합리화를 통하여 그것을 믿을 수 있는 것으로 신뢰하게 된다. 정우일, 유영옥, 전개서, 219-221면 참조.

가의 구성원리에 대한 확신으로부터 모든 헌법분쟁의 해결 준칙을 이끌어내는 작업이 곧 헌법재판이라는 맥락에서 본다면, 헌법해석의 또 다른 목적 - 헌법이념의 실천이라는 목적에 대한 고려가 필요하기 때문이다. 여기서 거듭 밝히거니와 실천의 대상이 되는 헌법이념이란 국민대중의 신념의 대상이 되는 헌법적 가치와 동일한 것이다. 따라서 구체적인 헌법분쟁에 대한 헌법판단이 헌법이념의 실천에 봉사하기 위하여서는 반드시 그것이 국민대중의 신념의 대상 영역내에 포섭될 수 있는 것이어야 한다. 그리고 이 의미내에서 헌법해석은 헌법의 발견인 것이며, 나아가서는 헌법적 상징의 재생산작업이다.

통상적으로 헌법해석의 목적은 합리적이고 통제가능한 해석절차에 따라 올바른 결과를 찾아내고, 그러한 결과가 나오게 된 합리적이고 통제가능한 근거를 제시함으로써 법적 확실성과 예측가능성을 마련하는 것으로 파악하고 있다.³⁴⁾ 이러한 목적규정은 올바른 결과라고 하는 실질적 목적과, 법적 확실성 및 예측가능성이라는 형식적 목적 두 가지로 나뉜다. 관점을 바꾸어서 이 글의 준거틀에 비추어 보면, 전자의 목적은 합리적 개인의 선호의 판단 내지는 선택기준이 된다. 즉, 무엇이 사회적으로 올바른 것이라 규정되고 있으며, 그에 합치되는 행위 또는 그에 위반되는 행위의 결과는 어떠한 것이 예상되는가, 나아가 그 행위로써 얻는 이득과 그 결과로부터 야기되는 이득·손실은 어

34) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 18. Aufl., 1991, Rn 51

떠한 관련에 있는가를 판단하는 기준을 마련한다. 반면, 후자의 목적은 그의 판단에 있어서의 불확실성을 제거하는 기능을 수행하여 상당한 개연성하에서 결과예측을 할 수 있도록 하는 것이다. 이렇게 본다면, 헌법해석이란 일면으로는 사회구성원으로 하여금 헌법을 자신의 행위선택기준 - 또는 행위준칙으로 받아들이도록 하는 작업으로서의 성격을 가진다. 그는 자신이 가지는 헌법에 대한 추상적 인식을, 헌법해석의 결과로서의 구체적이고 명확한 행위준칙으로 대체시키는 것이다. 예컨대, 소송촉진에 관한 특례법에 의한 국가에 대한 가치분금지규정으로 인하여 선택지가 제한을 받는 것으로 생각하고 있던 소송당사자들의 경우 그에 대한 위헌결정에 따라 국가에 대한 가치분신청도 자신의 헌법상의 청구권의 한 내포임을 지각하게 되고 따라서 국가상대소송의 제기방식에 여러 가지의 대안들을 추가시킬 수 있게 된다. 바로 이점에서 헌법해석은 상징의 재생산 작업인 것이다.³⁵⁾

35) 이 같은 헌법해석논의는 필연적으로 P. Häberle가 말하는 개방적 헌법해석방법론을 떠올리게 한다. 그는 Poppe의 개방사회론을 바탕으로 학문적 담론은 누구든지 동등한 조건하에서 그 담론을 사후집행할 수 있도록 형성하여야 한다는 간주관성(Intersubjektivität)의 관념을 채용, 헌법해석에 있어서도 다원적 공증의 최대한의 참여하에서 민주적이고 개방적인 과정에 따라 이루어져야 할 것을 주장하고 있다. ders, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. JZ 1975, S. 297-305(계희열, 전개편역서, 217-251면) 참조. 특히 여기서는 법조공동체의 공동작업에 의한 헌법형성으로서의 해석론이 강조되고 있다. 이러한 맥락은 본고의 취지와 상당부분 일치한다. 무엇보다도 본고의 준거집 중의 하나가, 법원을 재판부와 양당사자(변호인 포함)들에서 더 나아가 법학계, 감정인이나 참고인으로서 참여하는 자, 언론, 기타 당해 헌법분쟁과 관련한 제반의 사회적 집단/부분들 모두를 하나의 조직으로 파악하면서 이들의 공동작업에

그러나 헌법해석을 상징의 단순재생산이라고 본다면 그것은 문제가 있다. 상징 그 자체는 사회적 산물이고 따라서 사회의 변화라든지 또는 사회구조의 여하에 따라 나름의 역동성을 가지고 변화되는 것이기 때문이다. 특히 사회내적인 세력관계 - 지배관계의 여하는 상징의 의미내용에 중요한 영향을 미친다. 이것이 곧 지배이데올로기를 논하는 이유이다. 지배이데올로기는 사회적 지배계급이 피지배계급에 대하여 자신의 권력 또는 지위를 정당화하기 위하여 일방적으로 부과하면서 사회일반에 내면적으로 수용하도록 강요하는 일정한 가치관 또는 세계관을 말한다. 우리나라에서의 반공주의, 성장제일주의, 보수-혁신의 대립구도에 따른 안정 우선적 가치관 등이 이에 해당한다. 그리고 이러한 지배이데올로기는 헌법적 상징의 해석에 작용한다. 헌법해석이 정치적 성격을 띠는 것은 주로 이러한 상징의 구도에서부터 비롯한다. 지배이데올로기와 그에 대립하여 항거하는 대항이데올로기가 각각 헌법적 상징에 작용하여 서로 대치되는 헌법의미를 추출, 즉 해석해 내어 자신의 것이 정당함을 주장하는 것 그 자체가 국민대중을 전제로 한 권력투쟁에 다름이 아니기 때문이다.

의한 일련의 과정들을 헌법해석의 주된 요소로 파악하고 있다는 점에서 그러하다. 이 점에 관하여는 줄고, 전개논문, 136면 이하 참조. 다만 전자의 방법론이 다원적 공중의 동등한 참여를 전제하고 있음에 반하여 본고의 준거는 이들 참여자들간에도 그 권력의 분배양식에 따라 어느 일방이 여타 참여부분들을 지배하는, 따라서 계층적 조직구조나 조직내적 대립/투쟁의 관계 또는 폐쇄적 구조도 존재할 수 있음을 인정하는 바탕 위에서 이루어지고 있다는 점에서 차이가 난다.

예를 들어 헌법학계에서 가장 오래된 논쟁인 사회적 기본권의 법적 성격에 관한 논의를 보자. 여기서는 국가우선을 주장하는 파시즘적인 해석과 개인주의를 바탕으로 하는 다원주의적 세계관, 그리고 사회국가 - 복지국가를 지향하는 단체주의적 주장이 서로 엇갈리고 있다. 어느 것을 취하는가에 따라 프로그램 규정설, 추상적 권리설, 구체적 권리설의 어느 하나가 결정된다. 그 중에서 추상적 권리설은 사회국가성을 인정하면서도 그의 내용을 보충성의 원리로서 한정하고자 한다. 여기서 보충성의 원리는 개인주의와 자유방임적 시장경제질서의 관념을 여전히 보지하고 있다는 점에 주목하여야 할 것이다. 산업자본주의의 심화에 따른 체계위기를 극복하기 위하여 국가의 개입이 필요하게 되고 그 하나의 방편으로써 사회적 기본권의 관념이 등장하게 된다. 그런데 이 사회적 기본권은 사회국가원리의 또 다른 모습 - 국가의 적극적 사회개입 내지는 경제개입을 전제로 할 때에만 가능한 것이다. 국가가 시장규제 등의 공권력과 자본력을 이용하여 시장에 개입함으로써 민간부문의 자본축적의 한계를 극복할 수 있는 여지를 마련하는 가운데에 이의 정당성 확보를 위하여 국민대중에 대한 후견과 보호의 역할을 자임하고 나선 것이다. 하지만 그 조차도 그 자체가 목적이 아니라 수요창출을 통한 국내시장의 확대라는 자본주의의 요구에 기여하고 있는 방편성을 띠고 있다.³⁶⁾ 보충성의 원리는 바로 이점에 기여하는, 사회

36) 편강순, “사회보장의 권리,” 국순옥 편역, 전개서, 164-165면 참조.

적 기본권의 제한원리로 작용한다. 국가의 배려가 사회적 약자의 필요에 의거하여 이루어지는 것이 아니라, 총자본의 이해관계에 부응하는 가운데서 자본축적에 기여하기 위한 방편으로 행하여지는 것인 만큼, 종래의 개인주의적 관점이 여전히 작용할 수밖에 없는 것이다. 따라서 “인간다운 생활을 할 권리”를 “최대한 보장할 의무”를 지고 있는 국가가, 사회적·경제적 약자에 대하여 최소한으로 그리고 최후적으로만 배려하겠다는 의지로 해석되고 있는 것이다. 이것이 추상화된 것이 바로 추상적 권리설이다. 여러 가지 현실적인 고려(특히 자본축적의 효율성 확보에 관한 고려) 때문에 사회적 기본권은 완전한 공권으로는 아직은 형성되지 못하였으나, 여전히 국민의 권리로서 존재한다는 지배이데올로기의 한 표현형태에 불과한 것이 바로 이 학설인 것이다.

미국의 사법행태주의적 분석틀에서 가장 많이 사용하는 보수주의 - 자유주의의 대립구조³⁷⁾라든지 연방주의와 공화주의의 대립³⁸⁾ 역시 헌법적 상징의 의미내용추출에 작용하는 이데올로기의 전형적인 예이다. 이 점은 헌법재판에 있어 고려 대상이 당해 헌법분쟁이 가지는 당사자간의 의미 뿐 아니라, 그리고 그의 헌법적 의미 뿐 아니라, 그 분

37) 이 점에 관한 대표적인 학자로서는 G. A. Schubert를 들 수 있다. 그의 *The Judicial Mind*,(Evanston: Northwestern Univ. Press, 1974)는 그의 분석 방법과 그 결과를 가장 잘 내보이고 있다.

38) 경제적 이해관계가 정치적 대립으로 나아가고 그것이 헌법의 해석, 적용에 영향을 미치게 되는 과정에 관하여는 C. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the U. S.*(New York: Macmillan Co., 1941)이 고전이자 그의 전형에 속한다.

쟁을 위요하고 있는 정치적, 경제적, 사회적 의미에까지 확장하고 있음을 의미한다. 앞서 언어의 사회성이 헌법해석의 존재론적 한계라고 하였거니와, 이 때의 언어의 사회성이란 바로 이러한 그 당시의 정치적, 경제적 및 사회적(또는 문화적) 상황에 의한 구속성을 말하는 것이다. 그 중에서도 특히 헌법해석과 관련하여서는 정치적 상황과 경제적 상황은 중요한 비중을 가진다. 헌법은 권력의 소재와 그 행사에 관한 범규범인 만큼, 정치력과 경제력의 분포와 그 양태야말로 헌법해석의 가능한 영역을 특정 지우는 가장 중요한 요소에 해당한다 하지 않을 수 없다. 우리가 헌법이념과 헌법현실을 대비지울 때, 제일 먼저 이 요소들을 언급하는 것도 바로 이 때문이다. 그리고 이러한 현실적 요소들이 헌법해석에 혼입되는 과정에서 헌법의 개방성, 역사성이 확보될 수 있는 것이다. 환원하자면, 헌법의 개방성, 역사성은 헌법의 이러한 존재론적 구속성으로부터 특정될 수 있으며, 그것이 헌법해석의 중요한 고려대상이 되어야 하는 것이다.

이상의 서술을 정리하면 다음과 같다 : 국가사회내의 지배구조를 위요한 시대적 상황은 국민대중에 일정한 헌법적 기대를 부여한다. 이 헌법적 기대는 다시 헌법Text와 결합하여 구체적인 헌법적 상징으로 전화된다. 이 과정에서 기존의 헌법해석과 법조에서 사용하는 헌법적 도그마가 일부 개입하기도 한다. 이러한 헌법적 상징은 대부분의 국가생활을 안정적이고 예측가능한 것으로 이끄는 사회내적인 행위준칙으로 작용하게 된다. 그러나 헌법분쟁이 발생할 경

우 그 분쟁의 특성에 부합하는 상징부분들을 중심으로 특정한 헌법적 기대들이 수렴하게 된다(헌법재판은 관점을 바꾸어 보면 바로 이러한 기대들의 각축장이라 할 것이다). 이때 이 기대들은 당해 분쟁에 대한 나름의 상황판단(주로 존재론적 판단이며, 그것은 판단자의 인식체계에 상당히 의존한다)으로부터 재구성된 것임은 두말할 나위도 없다. 그러나 여기에는 헌법적 도그마도 중요한 역할을 담당하여 당해 분쟁에 대한 기대 및 결정의(형식적) 정당성을 부여하는 계기를 마련해 준다. 물론 이 도그마의 뒷면에는 학계에서 중첩적으로 형성되어 온 헌법이론의 뒷받침이 없어서는 아니될 것이다. 그것이 가지는 추상성과 일반성이 도그마와 결정의 정당성을 강화하기 때문이다. 헌법재판에서의 헌법해석은 이렇게 상징으로 귀결되는 헌법적 기대와 그에 부응하는 헌법적 도그마들이 서로 대립하고 타협하는 가운데서 이루어진다.

이하에서는 이러한 논의들을 바탕으로 우리 헌법재판소의 헌법해석의 현실에 관하여 살펴보기로 한다. 여기서는 우선 현재의 우리나라의 시대적 상황 - 특히 정치·경제적 상황 - 과 관련하여 국민들의 헌법적 기대 내지는 신뢰의 양상과 그 형성과정을 살펴보면서 그것이 헌법Text와 법적 도그마와 어떻게 결합되고 있는지를 분석하고자 한다.

3. 헌법재판소의 헌법해석

(1) 헌법이해의 전제 - 다원주의적 국가관과 자유민주적 기본질서

현대헌법의 일반적인 국가이념은 다원주의에 입각한 자유민주주의적 이념을 바탕으로 하고 있다. 그리고 이 이념을 기반으로 법치국, 민주국 및 사회국가원리 등이 파생되어 나온다. 즉, 헌법에 구현되어 있는 모든 실제적 및 절차적 국가 작동원리가 이 이념에 총화되어 있다. 헌법이 국가생활의 기본적 질서에 관한 범규범이라고 한다면 바로 이 점에서 이 이념은 헌법해석의 최우선적인 출발점이 되어야 하는 것이다.

우리 헌법에서도 (자유)민주적 기본질서라는 의미는 헌법전문(민주이념, 자유민주적 기본질서)을 비롯하여 §1①(민주), 제4조(자유민주적 기본질서), §8②(민주적), ④(민주적 기본질서), §32②(민주주의 원칙) 등으로 다양하게 표현되고 있다. 그리고 그 의미내용도 서독연방헌법재판소의 정의에 따라 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배를 배제하고, 그때 그때의 다수의 의사와 자유 및 평등에 의거한 국민의 자기결정을 토대로 하는 법치국가적 통치질서”³⁹⁾로서 우리 헌법의 가장 기본적인 원칙이자 핵심에 해당하는 것

39) BVerfGE 2, S.1(12)

으로 받아들이고 있다. 바로 이러한 헌법규정과 헌법해석으로부터 우리 헌법이 상정하고 있는 국가사회의 기본적인 성격이 다원주의에 입각하고 있음을 알 수 있다. 즉, 우리 헌법상의 “정치사회는 그 성원의 자주적인 의사에 의하여 형성, 유지”되어야 하며, “정치가 보통·평등의 선거를 바탕으로 하여 자유로이 표명된 일반민중의 (그때 그때의) 다수의사에 따라서 행하여짐”⁴⁰⁾을 요구하고 있다 할 것이며 이 점에서 다원주의적 국가관이 바라보는 국가성격과 일치한다. 즉, 우리 헌법은 개인주의(내지는 인격주의)와 시민사회의 자율성(특히 §23, §119①)을 바탕으로 하면서 국민주권주의(§1), 민주적 기본질서, 법치주의, 국민의 정치적 의사형성참여기제로서의 정당제도의 설정(§8②), 의회주의의 채용 등⁴¹⁾ 헌법의 전 영역을 통하여 사회 제집단의 이해관계의 표출을 바탕으로 한 국가운영을 기본적인 원리로서 채용하고 있는 것이다.⁴²⁾

국가설명에 있어 주류에 해당하는 다원주의적 모델은, 개인과 사회집단들을 대상으로 그들의 요구와 그에 대한 국가의 반응이 동태적으로 균형상태를 이루는 과정을 살펴

40) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1992, 146, 147면. ()안의 것은 필자가 삽입한 것임.

41) 위의 독일헌법재판소의 결정에서는 기본적인 인권의 존중, 인격과 그의 자유로운 발현에 관한 권리, 국민주권(Volkssouveränität), 권력 분립, 행정의 책임성, 행정의 적법성, 사법부의 독립, 복수정당주의 및 모든 정당에 대한 기회균등과 반대의견의 합헌적인 형성 및 그 행사의 권리 등이 자유민주적 기본질서의 내포라고 하였다.

42) 더불어 소위 6월항쟁 이후의 정치과정에서 국민적 요구로 떠올랐던 것이 바로 민주화였다는 점으로 보면, 우리 헌법에서 가장 중핵적인 신화 또는 상징은 곧 자유민주적 기본질서라고 할 것이다.

보고자 한다. 즉, 사회내의 다양한 집단들은 인적 자원이나 권력 등 보다 많은 자원을 얻기 위하여 서로 경쟁관계에 있으며, 이들은 최대한의 자율성을 가진 채 정치적 결정에 영향을 미칠 수 있는 상황이나 맥락을 선택, 동원함으로써 국가의 의무와 목적을 규정짓게 된다고 본다. 여기서 국가는 이들 이해관계의 대립들을 조정하고 타협하는 기능을 수행한다. 사회집단 및 정부에 의한 요구와 반응의 지속적인 교환을 통하여 그리고 그 교환과정의 지속적인 흐름을 통하여 합의를 도출해 냄으로써 균형으로서의 사회적 질서를 수립하는 것을 핵심적인 기능으로 한다.⁴³⁾ 그리고 그 전제로서, 평등의 원칙을 바탕으로, 사회적, 기능적 분업에 입각한 역할분담과 이 역할의 담당자들의 수직적, 수평적 이동이 언제나 가능한 사회의 유동성, 그리고 다양한 사회적, 직업적 이익집단의 형성, 해체의 자유로움을 예정하고 있다.⁴⁴⁾

이렇게 볼 때 자유민주적 기본질서는 이 다원주의의 헌법적 표현형태에 다름이 아니다. 그러나 이 자유민주적 기본질서란 기본적으로 자본주의적 시민사회⁴⁵⁾의 형성을 그

43) R. R. Alford, "Paradigms of Relations Between State and Society," (임영일, 이성현 편역, 국가란 무엇인가, 까치, 1985). 47-48면 참조. 국가론에 관한 패러다임으로서의 다원주의적 모델 외에도 엘리트 모델 및 계급(또는 경제적) 모델이 있다. 전2자를 주류 내지는 보수적 이론이라 한다면, 계급모델은 좌파를 중심으로 하는 체계중심을 분석수준을 제시하고 있다.

44) 최장집, 한국민주주의의 이론, 한길사, 1993, 142면 이하 참조.

45) 여기서의 자본을 기반으로 하는 부르조아사회 즉, 경제적 의미에서의 *bürgerliche Gesellschaft*를 말한다. 우리나라에서의 이러한 개념은 소극적으로 국가의 권력이 미치지 않는 여백에 나타나는 영역을

토대로 한다는 데에 문제가 있다. 즉 자본주의사회의 지배적 계급이었던 시민들의 이념과 제도로써 형성된 것으로, 사유재산과 자유시장의 보장을 중심으로 하는 개념이다. 그리고 민주주의는 이들 계급이 정치과정에 포섭되는 유효한 기제로써 작용하였던 의회주의의 한 파생으로서 이루어진다. 결국 국가의 억제원리로서의 자유주의와 국가의 구성원리로서의 민주주의가 복합한 자유민주적 기본질서라는 관념은 국가에 대항 또는 국가를 견제할 수 있는 시민사회의 형성을 전제로 한다. 근대국가를 특징짓는 소극국가라는 관념은 강력한 시민사회라는 말을 뒤집어 표현한 것에 지나지 않는 것이다.

(2) 한국국가의 성격 - 헌법현실

그러나 우리나라의 경우에는 이와는 다른 역사를 가진다. 즉, 해방이후의 국가형성기부터 오늘까지 국가가 시민사회를 압도하여, 후자는 전자에 의하여 형성, 유지 및 관리되어 왔었다. 미군정기나 제1공화국 당시의 귀속재산처분, 원조물자의 배분, 토지개량사업 등 기초적인 자본의 형성에 국가의 역할은 말 그대로 절대적이었다. 이 정권은 북한의 사회주의 국가이념에 대한 대항논리로서 자유민주주의를 공식적으로 천명하였으나,⁴⁶⁾ 그를 제도화할 생각은

의미하는 것으로, 진정한 민주화의 주체로서의 시민사회 civil society 개념과는 차이가 있는 것이다. 최장집, 전게서, 76-80면 참조.

46) 우리나라에서의 민주주의에 관한 논의는 크게 세 가지로 분류된다:

애초부터 없었다. 경쟁적 정당제도, 자유언론, 사상·집회·결사의 자유 등이 건국초기부터 심각하게 제약되었으며 이는 대북한 국가안보의 이름으로 억지로 정당화되었다.⁴⁷⁾

제3공화국도 이러한 억압적 통치구조와 더 하여, 국가주도에 의한 경제성장정책을 채용, 경제구조를 결정지었다. 경제성장은 제3공화국 이래의 특징적인 이념이자 최대의 국가목표로서, 후진국에서의 정당성의 위기가 심화될 때 일반적으로 나타나는 국가목표 중의 하나이다.⁴⁸⁾ 이 정책은 수입대체적인 경공업중심으로 시작하였다가 유신을 전

① 지배이데올로기로서의 자유민주주의 정치체제를 반공이데올로기와 동일시하고 일종의 교도 민주주의로 형해화함으로써 기득권을 유지하려는 정치질서론으로 대체된 지배계급의 민주주의관, ② 국가에 대한 시민사회의 우위를 확보하여 전통적인 자유민주주의의 내용을 확립하려는, 취약하지만 부분적으로 발전해온 자유주의적 민주주의관, 그리고 ③ 자본주의사회의 계급모순과 제국주의적 모순을 근본적으로 타파하고자 하는 변혁적 혹은 혁명적 민주주의관이 그것이다. 김동택, “한국사회와 민주변혁론: 1950년대에서 1980년대까지,” 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론Ⅱ, 창작과비평사, 1992, 481면.

47) 박광주, 한국권위주의국가론 - 지도자본주의체제하의 집정관적 신중상주의 국가, 인간사랑, 1992, 340면. 그리고 이러한 모습은 한국동란으로 보다 강화되는 계기를 맞이하였다.

48) 실제 박정희 전대통령의 연설문을 요소분석(factor analysis)한 결과 5.16 직후인 1962년과, 월남파병 및 한일협정시기인 1965년, 제6대 대통령선거기인 1967년, 제7대 대통령선거기이자 닉슨독트린이 선언된 1970년 및 1971년에 근대화 및 경제성장을 위한 정책목표가 가장 많이 거론되고 있다. 즉, 정당성의 위기가 고조될수록 경제성장이념이 보다 많이 강조되고 있는 것이다. 정연선, 한국정치지도자 이념의 구조와 변천, 고려대학교 석사학위논문, 1976, 43-50면 참조. 이 점에 관한 김태일, 권위주의체제 등장원인에 관한 사례연구, 최장집 편, 한국자본주의와 국가, 한길사, 1985년에는 그 원인을 군부관료들의 메시아적 멘탈리티와 정당성의 위기로 들고 있다.

후하여 중화학공업·수출중심의 불균형성장정책으로 전환되면서, 재벌 중심의 정경유착과 노동 및 농업부분에 대한 억압으로 나아간다. 그리고 이 철저한 국가관리의 경제정책 속에서 경제부분은 국가에 대한 종속의 관계로 편입되었다.⁴⁹⁾ 제5공화국도 마찬가지로 경제성장의 논리 속에서 외채도입 등의 통화증대와 임금상승억제에 기한 물가안정정책, 중화학공업투자조정 및 부실기업 정리를 중심으로 하는 산업구조고도화정책 등을 통하여 국가의 후견에 의한 경제관리체제를 강화하였다.⁵⁰⁾ 물론 그 속에서 시민사회의 자율성 확립의 분위기가 서서히 익어 갔던 것도 사실이지만, 그럼에도 불구하고 국가는 일관하여 시민사회의 형성과 유지, 관리에 있어 실질적인 주체로 기능하였고, 그 속에서 경제합리화라는 관료적 기준에 의한 선별적 지원과 배척을 바탕으로 하는 불균형, 불평등성장정책의 집행자로서 시민사회 위에 군림하였던 것이다.⁵¹⁾

한마디로 자유민주적 기본질서의 기저를 이루는 시민사회의 성장 그 자체가 국가에 의하여 주도됨으로써 시민사

49) 그 대표적인 예가 8.3조치와 중화학공업화정책이다. 중소기업(특히 경공업부분)이나, 중소기업의 채권자들의 희생을 바탕으로 하여 위기에 처한 재벌중심의 경제의 회복을 도모한 것이 바로 이 정책들이다. 그리고 이러한 정책들은 경제적 합리화라는 명분하에 대통령 - 국가의 지배력, 특히 물리력에 기하여 이루어지고 있다.

50) 자세한 것은 한국정치연구회 편, 전계서, 제6장 참조.

51) O'Donnell의 관료적 권위주의론에서는 기본적으로 군부와 기술관료, 그리고 민간자본가들이 정치적 지배층위를 이루는 3자동맹을 바탕으로 하고 있지만, 국가가 금융과 자본에 대하여 강력한 통제권을 행사하는 우리나라의 경우는 이러한 의미에서 2.5자동맹 정도라고 것이다.

회가 국가를 견제할 수 있는 여지를 찾지 못하였던 것이다. 바로 이 점이 전통적으로 형성되어 왔던 가부장적 권위주의 문화에 부가하여 한국국가로 하여금 권위주의적, 관료주적 국가로서 기능하게 만들었다. 여기서 권위주의적이라 함은 국가가 적어도 대내적으로는 거의 절대적인 자율성⁵²⁾을 가지고 스스로 목표를 정립하고 그것을 집행, 실천하며, 그의 수단·도구로서 사회를 조직, 동원하는 체제를 가진다는 의미이다. 즉, 국가와 시민 또는 백성의 관계가 수평적이 아니라 수직적으로 규정되면서, 후자는 정치적 주체성을 갖지 못하고 도구적 객체 - 통제와 동원의 대상으로 인식되고, 나아가 정치권력이 과두화, 독점화되면서 정책회로가 하향성과 폐쇄성을 지니게 된다.⁵³⁾ 여기서는 국가가 시민사회와 유리되어 집권세력 즉 정권은 정부를 사물화하여 스스로를 국가와 동일시한다.⁵⁴⁾ 따라서 집권세력에 반대하는 사회부분이나 정치부분의 주장들은 그 자체가 반국가적 행위로 규정되고 이를 통제하기 위한 다양한 법적, 제도적, 그리고 사실상의 강권력장치들이 마련되고 행사된다. 사회는 이러한 국가에 종속되어 그의 통제와 조작에 동원되었을 따름이다.

우리나라에서의 헌법해석의 파행적 성격은 이러한 국가의 독재적 성격으로부터 나온다. 권위주의체제의 공통적인

52) 국가의 자율성에 관한 개념규정과 논의는 김호진, 한국정치체제론, 박영사, 1993, 176-181면 참조.

53) 김호진, 전개서, 272면 이하 참조.

54) 최장집, 전개서, 342면; 김석준, 한국산업화국가론, 나남, 1992, 80-86면 참조.

약점은 그것이 정당성결핍상태에 있는 것이다. 해방과 더불어 전통적인 권위가 단절되면서 한국국가는 그 정당성의 기반을 카리스마와 합리성에서 찾고자 하였다. 그 단적인 예가 안보이데올로기와 경제성장논리이다. 그러나, 국가에 의하여서만 부과된 이러한 이데올로기는 오로지 기술관료적 기준에 의하여 수단-목적의 효과성을 바탕으로 규정되는 것인 만큼, 시민들의 지지를 획득하기에 충분하지 못하였다. 따라서 그 껍을 보완하는 방법으로 강권력의 행사와 폐쇄적, 선택적 정치과정이 불가피하였다. 그리고 자유주의와 민주주의에 입각한 헌법이념이 변질되고 헌법현실이 구체적인 판결을 통하여 왜곡되는 창구나 기제도 바로 이에 입각한 헌법조작을 통하여서이다.

이제, 이러한 권위주의적 모습들,⁵⁵⁾ 즉, 폐쇄적, 선택적 정치과정의 강화현상, 사회문제의 탈정치화 경향, 기술관료 지배체제의 강화, 그리고 억압적 강권력의 행사 등의 현상들은 절을 바꾸어 설명하면서 우리의 사업부 - 헌법재판소가 이에 어떻게 반응하였고 그것이 어떻게 헌법해석으로 이어지는지를 살펴보자.

55) 한상진, 한국사회와 관료적 권위주의, 문학과 지성, 1988, 85-86, 135-137. 그는 한국국가의 특성들을 G. A. O'Donnell의 관료적 권위주의론으로부터 추출하고 있으나, 이는 남미제국을 모델로 한 것으로 한국국가의 본질을 설명하기에는 약간의 무리가 있다. 다만 우리나라의 권위주의가 전통적, 가부장적인 것이라기 보다는 그에 더하여 관료주의적 측면을 부가하고 있다는 점에서 한국국가의 작동태를 설명하는데 적절한 용어를 제기해 주고 있다는 의미에서 이 논문에서 차용하고자 할 따름이다.

4. 헌법, 국가 그리고 사법부

(1) 사법부의 정치적 성격 - 우리나라를 중심으로

사법부의 성격을 논함에 제일 먼저 거론되어야 할 것은, 그것이 보다 큰 정치체계의 하부구조로서, 국가권력기관의 한 형태인 억압적 기구(repressive apparatus)에 속한다는 점이다. 즉, 사법부는 사회를 통합함에 있어 다양한 이해관계의 대립으로 인한 각종 일탈행위나 분열적 행위들을 ‘법’의 이름으로 통제함으로써, 주어진 국가목적에 부합하는 방향으로 사회가 정서될 수 있도록 하는 기능을 수행하는, 타인에 대한 행위통제를 주된 기능으로 삼는 권력기관이다. 사회의 전 영역에 걸친 「통일적 법질서」의 확립은 곧 강력한 중앙권력의 형성 및 유지를 의미한다. 국가내의 정치과정이 표면적으로는 의회를 중심으로 한 입법의 과정에서 참여화되고 그 결과로서의 법이 종국적으로는 사법부를 통하여 집행되는 구도 속에서는 사법부는 필연적으로 정치투쟁의 마무리단계 - 승리자에 그 전리품을 확인시켜 주는 장이지 않을 수 없다.⁵⁶⁾

56) 이 점에서 법의 사회적 유의성이 덜한 사회에서의 사법부의 독립은, 그 자체 형해화되어, 억압적 권력이 「법」이라는 상징을 거쳐 강권력으로 전화하는 과정을 은폐하는 수단으로서 조작되기 십상이라는 것에 주목하여야 한다. 더구나 시민사회내에서의 이해관계의 대립을 조정, 중재하던 메카니즘이 국가에 편입되어 법원으로 형성된 서구의 그것과는 달리, 처음부터 국가에 의하여 사법부가 형성되고 규정되어 온 우리나라에서는 더욱 그러하다.

그러나 사법부의 정치체제 내에서의 역할은 이에 머무르지 않는다. 사법부는 그에 더하여 기존의, 또는 진행중인 정치투쟁이 정당성의 이름 속에서 해소되거나 또는 그것이 보다 발전할 수 있는 기회를 마련한다. 부연하자면, 기존의 정치질서에 대하여 대립되는 견해를 가지거나, 그로부터 배제된 집단이나 개인에 대하여 보다 공식적인 공격의 기회를 부여하면서 기득의 입장을 법의 형태로 전이, 그것이나름의 정당성을 획득할 수 있는 장을 마련하기도 한다. 이 점에서 사법부는 정치과정에서 대중의 지지를 획득하기 위한 유효한 수단으로 존재하는 동시에, 그의 다양한 요구들을 적당한 수준에서 여과하는 장치로서 기능하고 있는 것이다.

이같은 사법부의 기능은 정도차이는 있을지나, 모든 국가체제에서 나타나는 모습이다. 문제는 그 국가를 이끌어 나가는 현실적인 지도이념이 무엇인가에 따라 사법부가 헌법적 신화를 구성하는 제 상징요소들을 제대로 재생산하였는가의 여부일 따름이다. 요컨대, 그 시대의 정치체제의 성격 즉, 국가성격의 여하에 따라 사법부의 성격이 규정되는 것이다. 이점에서 지난 시대의 우리 사법부 역시 권위주의적 체제의 한부분으로서의 모습을 그대로 보여주고 있다.

(2) 권위주의적 통치의 기제로서의 사법부

1) 정치참여의 배제

위에서 설명한 한국국가의 성격은 우선 사회부분에 대하여 폐쇄적, 선택적인 정치과정을 형성, 강화하는 것으로 나타났다. 대의기제의 형해화, 이익집단의 억압, 언론통제 등의 조치들이 바로 여기에 해당하는 것이며, 이것은 나아가 경제부분에 있어서의 불균형성장과 불평등한 분배로 이어진다.⁵⁷⁾ 특히 이러한 조치들은 노동부분을 중심으로, 대중들의 정치참여를 배제, 차단하고 오로지 경제적으로만 동원하는 데에 집중되는 데, 특히 노동부분의 정치참여는 그것이 역사적으로 선거권 확대 등을 통한 실질적 민주주의의 확립에 커다란 기여를 하였다는 점에서 특별한 주목의 대상이 된다.

이 부분에 관한 사법부 - 대법원의 입장은 1980년 3월 11일의, 「동아일보사 노조결정사건」에 관한 판례에서 단적으로 드러난다.⁵⁸⁾ 노조설립신고서의 제출후, 노조결정을 이유로 부당해고 된 근로자를 임원으로 하였다는 이유의 노조설립신고서반려처분을 합법적이라고 결정한 사건이다. 정권에 대한 항의적 성격이 가장 강하게 잠재해 있는 노조와 언론을 동시에 통제하기 위하여, 신고제에 있어서의 심사권을 “근로자가 아닌 자가 가입한 여부...등을 심사”할 실질적 심사권으로 규정하면서 “원고들을 해임한 것이 부당노동행위에 해당한다 할지라도...피고로서는 그 해고의

57) 이러한 폐쇄와 통제로 인한 국가의 정당성기반의 약화 내지는 그에 대한 도전은, 국가위기상황을 설정하고 그 심각성을 강조함으로써 해결해 나가고자 한다.

58) 대법원 제3부판결 76누254; 대법원 79.12.11 선고, 76누189 역시 같은 취지의 것이다.

유무효를 판정할 수 없는 것”이어서 그 반려처분은 타당한 것이라 하였다. 결국 이 판례는, 형식논리적 타당성이라는 명목으로 단결권을 형해화시킴으로써 정권에 위해가 될 수 있는 요소들을 사전에 배재하는 것이다.⁵⁹⁾

뿐만 아니라, 반정부단체에 대학교수가 참여한 사실을 구국가공무원법 65 위반으로 파면처분 한 것을 정당하다고 본 대법원판례⁶⁰⁾도 마찬가지이다. 실제 이 조항은 대중의 정치참여의 배제를 위하여 악의적으로 적용된 사례임에도 불구하고, 단순히 「민주회복국민회의」를 정치단체로 간주하면서 그 가입자인 교수를 파면한 것은 징계권의 남용에 해당하지 않음을 판시한 것이다. 대법원은 국가의 억압기제의 한 부분으로서, 공무원의 정치적 중립 - 구국가공무원법상의 정치단체결성금지 - 정치적 표현의 자유에 이르는 각 조항들의 취지나 목적에 대하여 하등의 고려도 없이 바로 『정치적 표현 = 정치단체결성 또는 정치활동』으로 연결, 헌법을 수단적 규범(instrumental norm)으로만 보는

59) 김영철, “「동아일보사 노조결성사건」 판례비판,” 한국법학교수회 편, 한국판례형성의 제문제, 동국대 출판부, 1989, 246면. 정치과정으로부터의 배제현상은 주로 사회단체나 이익단체의 결성에 대한 통제로 나타난다. 노조자체의 차단과 노조원자격의 배제(대법원 1970.7.21 선고 69누152; 1969.5.13 선고 68누163 등 참조), 임원개선명령 없이 곧장 해산명령을 할 수 있음을 선언하는 경우(대법원 1969.5.13 선고 68누 163) 등은 대표적인 예이다. 더불어 사회단체등록에 관한 법률에서 규정한 등록제는 결사의 자유를 침해한 것이 아니라는 판례(대법원 1974.12.10 선고, 74누89; 1967.7.18 선고, 65누172 등) 역시 헌법이념 보다는 국가에 의한 사회통제를 우선하는 사법부의 태도를 단적으로 보이고 있다.

60) 대법원 1981. 12. 22 선고, 80누499; 1967. 1. 24 선고 66다2282도 마찬가지이다.

관료주의체제의 단면을 노정하고 있다.

그 외에도 통치행위개념의 인정을 통하여 강권력의 행사를 묵시적으로 방조하는 판례⁶¹⁾나, 저항권을 “실존하는 헌법적 질서를 무시하고 초법규적 권리개념으로써 현행 실정법에 위배된 행위의 정당화를 주장”하는 것으로 규정한 판례⁶²⁾역시 마찬가지로 맥락에서 파악된다.

2) 탈정치화경향

이러한 논의들은 한국국가의 탈정치화조치와도 이어지는 것으로, 가치나 이념 - 헌법의 문제라고 하여야 할 사안들을 단순히 실정법률상의 문제로 격하시키고 그것을 사회안정이나 국가내외적인 질서유지 등 통제의 측면에서만 바라보는 한편, 이 과정을 통하여 이들 대중부분이 정치과정에 자신들의 목소리를 투입하는 것 자체를 차폐하고자 한다. 국가는 사회적 문제들을 질서와 경제안정을 저해하는 요소로 파악하면서 이를 국가관료의 합리적 판단에 의하여 기술적으로 해결될 수 있는 것으로 취급, 그것이 정치과정에 투입되어 해소될 수 있는 계기를 차단한다. 따라서 거의 모든 사건에 있어 사법부의 법 판단이 오로지 법률판단에만 머무를 뿐 헌법적 판단은 거의 배제되거나 소극적으로 이루어진다. 즉, 이들 분쟁들을 법률적인 문제로 환원함으로써 그것이 체제 또는 구조적 모순 속에서 유발되는 헌법

61) 대법원 제정 1964. 7. 11 결정, 64초3, 4

62) 대법원 1975. 4. 8. 선고 74도3323

적 차원이 아니라 오로지 단편적이고 국지적인 이해의 대립으로부터 야기되는 것으로 보는 것이다. 구체적인 사건을 중심으로 하는 사법기능의 본질상 그 당사자들을 정치과정으로부터 소외시키기 위하여는 사건의 성격 자체를 변경시키는 것이 가장 간편하고도 유효한 방법이기 때문이다. 그리고 그것은 대체로 법리나 법개념의 조작, 또는 철저한 존재·당위의 2분법을 통하여 이루어진다.

위의 판례들은 자체가 그 예를 이룬다. 언론노조를 배제하기 위하여 신고제의 본질을 왜곡한다든지, 공무원의 복무규정중심의 판단으로 정치적 표현의 자유에 대한 판단을 회피하는 것 등은 바로 이 점을 말한다. 건설부장관의 도시계획결정의 처분성을 인정한 판례⁶³⁾는 그 외관상의 혁신성에도 불구하고 마찬가지로 맥락에서의 파악이 가능하다. 학설의 동향에도 불구하고 도로계획결정을 “특정개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과”를 가지는 처분으로 규정하는 것은, 한편으로는 불특정 다수인에 대한 입법행위로서의 성질을 가지는 행정계획 자체를 국가와 개인간의 권리의 대립으로 파악, 어떠한 일반적 성질을 가지는 국가작용이 이루어지는 과정 자체에 대한 평가의 기회를 배제하고 있는 것이다.⁶⁴⁾ 한일회담반대시위의 주축이 되었던 민족주의비교연구회 지도교수에 대한 반공법위반사건 상고심에서 본안에 관한 판단은 배제

63) 대법원 1982. 3. 9 선고 80누105; 1978. 12. 26 선고 78누281도 동지.

64) 따라서 이 경우에는 원고의 절차참여권의 침해를 이유로 소의 이익을 인정하는 것이 보다 타당하고 법리적으로도 합당하다 할 것이다.

하고 오로지 공소장변경이 없음을 이유로 무죄판결을 내린 것⁶⁵⁾이나 3선개헌안과 동시에 날치기 처리된 국민투표법을 통치행위라는 개념을 바탕으로 판단을 회피한 대법원의 태도⁶⁶⁾는 이 부분의 극단을 이룬다.⁶⁷⁾

또한 엄격한 공사법 2원논의 입장에서 실질적인 국가영역을 국고작용의 개념에 의하여 사법의 원리로써 판단하는 것도 마찬가지로 맥락에서 이해될 수 있다. 특히, 사인의 국유지개간관계나 농어업협동조합의 임원선출·조합원관계, 공기업 및 공물의 이용관계, 공공단체에 관한 법률관계, 농지개혁법관계 등 사실상 공법적 - 권력관계적 맥락에서 이루어지는 법현상들을 모두 사법관계로서 이해⁶⁸⁾하면서, 이들에 대한 국가적 통제나 규제를 사적 자치라는 이름하에 「법적」 평가의 영역에서 배제하고 있다. 더 나아가 이러한 법개념의 조작 뿐 아니라, 순수한 형식논리에만 입각하면서 사실관계의 심각성은 애써 무시해 버리는 판결들은, 실질을 상실한 공허한 판결을 이루어낸다. 대표적인

65) 대법원 1968. 7. 30 선고 68도739

66) 대법원 1972. 1. 18 선고 71도1845

67) 이런 식의 판단유보는 굳이 정치문제가 아니라도 헌법판단을 회피하기 위한 수단으로 자주 나타난다. 예를 들어 불교재산관리법에 의한 종교의 자유 제한의 위헌성여부에 관한 판단에서 대법원은 이를 사회단체등록과 같은 맥락에서 파악, 특정종교에 대한 차별적 제한여부에 대한 심사를 회피하고 있다. 대법원 1969. 12. 23 선고 64다1870. 그 외에도 법학교수에게 국민윤리강의를 지시하고 그를 거부하였음을 이유로 징계처분한 것에 대하여 대학의 특성을 무시한 채 오로지 직무명령의 개념만 적용하여 타당하다고 한 71구34 판결(대구고법, 1971. 9. 8 선고)도 같은 의미를 가진다.

68) 한국행정과학연구소 편, 행정판례집(상), 서울문화사, 「4-20」 - 「4-82」 참조.

것이 사회안전법을 중심으로 하는 보안처분제도의 합헌결정이다. 「형벌」과 「보안처분」의 법적 개념의 차이는 명백하다. 그러나 현실적으로 현행의 보안처분은 그 자체 형벌보다 더 혹독한 조건하에 놓여 있고, 또 형벌의 연장으로 행하여지고 있는 현실은 완전히 무시한 채, 2중처벌금지의 원칙이나 죄형법정주의에 합치된다고 보고 있는 것이다.⁶⁹⁾

3) 관료주의의 강화

권위주의적 국가는 스스로 국가목적 설정하고 산업화를 주도하는 구조 속에서 기술관료주의에 입각한 합리성의 판단에 의하여 모든 문제를 해결하고자 한다. 따라서 관료들의 자율성이 강화되며, 이들이 권력확장의 속성에 의거하여 사회에 대하여 사실상의 지배권을 획득하게 된다. 이 부분에 관한 우리 사법부는, 실질적인 의원입법이 거의 없다시피 한 실정에서 입법형성권이라는 논리를 이용하여 당해 법률의 내용에 대한 판단을 회피하거나 자유재량개념 내지 반사적 이익개념에 따른 판단의 유보를 행함으로써 관료들의 입지를 최대한 확보해 주게 된다. 행정에 대한 가장 유효하고도 종국적인 통제수단으로서의 사법부의 지위와 권력제한규범으로서의 헌법의 존재에 대하여는 관심을 배제하는 것이다.

69) 대법원 1982.7.13 선고 82도1313, 82감도 262; 1982.12.28 선고 82도 2655, 82감도561; 1982.10.26 선고 82도21926, 82감도2244등 참조

이의 대표적인 사건이 72다2583(1973. 10. 10) 사건이다. 여기서 “법령의 해석이 복잡 미묘하여 어렵고 학설, 판례가 통일되지 않을 때 공무원이 신중을 기해 그 중 어느 한 설을 취하여 처리한 경우에는 그 해석이 결과적으로 위법한 것이었다 하더라도 공무원의 과실을 인정할 수 없다”고 선언하고 있다. 대법원은 원심법원⁷⁰⁾과 더불어, 오로지 법령해석에 있어서의 공무원의 주의의무만을 판단할 뿐, 취소처분의 공익성의 유무, 보충성·비례성의 원칙충족여부, 사실인정상의 주의의무준수여부 등에 관한 것은 모두 배제하고 있다. 모두 당해 공무원의 판단에 의존하고 있는 셈이다.⁷¹⁾ 결국 이 판결은 국가배상사건과 일반적인 불법행위책임사건을 동일선상에 놓고 전문가인 공무원에게도 일반인과 동일한 주의의무를 부과함으로써 사실상의 재량(또는 판단)여지를 관료들에게 부여한 결과를 자아내고 있다. 국세청에서 법인세의 과세를 위하여 법인소득을 추계 결정할 경우 그 추계금액과 법인의 신고금액과의 차액을 법인대표자 개인에 대한 상여로 간주한 법인세법 시행령(1967. 12. 30 제3319호) §83② ii (다)를 유효하다고 결정한 사건⁷²⁾도 마찬가지이다. 모법이 차액의 처분을 대통령령으

70) 서울고법 1972.11.15. 71나986에서는 국가배상의 요건으로서의 결과의 위법으로 충분하고 위법성의 인식까지는 요하지 않는다는 취지의 판단을 하고 있다.

71) 물론 다른 소송에서 이 취소처분 자체가 취소되어 판단할 필요가 없다고 보았을 수도 있으나, 이 점들은 취소처분 자체의 위법성 여부의 판단대상일 뿐 아니라, 당해 공무원의 과실개입여부의 판단에 있어도 마찬가지로 중요한 것이라는 점을 외면한 것이다.

72) 대법원 1972. 5. 9 선고 72누92

로 위임하고 있어 조세법률주의 및 포괄적 위임입법금지의 원칙에 어긋남에도 불구하고 이에 대한 판단은 없이, 단순히 모법에 위임조항이 있고 대통령령이 이 조항에 따라 제정되었으니 유효하다고 판단한 것이다.

더 나아가, 소위 반사적 이익론은 이 부분을 가장 잘 반영하는 개념조작이다. 공유수면매립면허와 관련하여 면허 없이 이미 매립에 착수한 자의 추인신청을 거부한 건설부장관의 처분은 “면허없이 매립하여 처벌의 대상이 되는 자에게 이러한 면허추인을 청구할 권리”가 없음을 이유로 적법하다고 판시한 것⁷³⁾은 추인의 제도가 기완성의 상황을 중심으로 사실상의 이해관계인을 보호하기 위한 것이며, 나아가 건설부장관이 제3자에게 면허를 하고 그 제3자가 상당기간동안 사업착수를 하지 않아 면허취소가 되었다는 사실 등을 전혀 무시한 채 모든 판단과 결정권을 처분권자에게 일임한 판결이다.⁷⁴⁾

(3) 결 론

73) 대법원 1968. 6. 25 선고 68누22

74) 실제 공권/반사적 이익론은 그 본래의 법이론적 의미에도 불구하고 오늘날에 와서는 시민사회의 집단적 요구가 사법이라는 창구를 통하여 법체계 또는 정치체계로 투입되는 것을 막는 가장 유력한 장치가 되고 있다. 환경운동이나, 여성운동, 소비자운동, 집단민원 등과 같은 소위 신사회운동부분들이 우리 헌정사에서 새로이 등장하는 시민적 요구들이 비록 전통적인 법이론 내지는 권리개념과는 상당한 거리를 두고 이루어지고 있기는 하나, 그것이 사회국가원리라는 헌법이념에서는 크게 낫설지는 않다는 점에서 새로운 법이론 구성이 필요하리라 할 것이다.

결국 우리의 사법부는 권력의 저 편이 아니라, 권력속에서 그의 주요한 한 손으로 기능하였던 것이 지난날의 현실이다. 권위주의적 정권의 일부분을 차지하면서 억압적 통치작용을 「법」의 이름으로 순치하는 역할을 담당한 것이다. 여기서 「순치」라는 말은 바로 위에서 본 사법부의 세 가지 기능을 지칭하는 것이다. 즉, 권위주의적 국가의 적나라한 강권력 현상과 더불어 그에 준하는, 그러나 어느 정도의 정당성을 획득할 수 있는 지배체제의 확립 내지 실천이라는 점에 기여한다는 의미이다. 사법부는 국가의 지배현상에 대하여, 『다원주의 및 자유민주주의적 헌법이념 → 법률 → 권력행사』로 이어지는 순수한 형식논리적 접근방식을 통하여 이루어지는 헌법적 상징의 조작을 통하여 강권력의 행사를 체제 자체의 문제가 아니라 단순한 법률문제 또는 행정문제로 전환시키고, 그 내용 자체에 대한 판단은 그대로 유보해 버림으로써 「법의 보호막」속에서 국가와 자신의 권력행사능력을 유지, 확대해 나간 것이다.

5. 헌법재판소와 “과도기적 민주주의체제”

(1) 국가성격의 변화

그러나 제5공화국과 이에 이은 제6공화국의 시기는 이상의 논의에 대하여 얼마간의 수정을 불가피하게 만든다. 유신정권 및 제5공화국은 권위주의가 절정에 달하였던 시기였지만, 1980년대에 들어서면서 시민사회부분에 중요한 변화가 가시적으로 나타난다. 1970년대 말의 부마사태와 1980년의 노사분규사태는, 자기인식에 바탕을 둔 중산층 및 노동자들의 정치적, 경제적 항의로 특징지어진다. 국가영역속에 포섭되어 언제나 그의 통제와 유도의 대상이 되어 왔던 시민사회가 나름으로의 자기목소리를 분출한 것이다. 이 점은 6월항쟁과 그에 이은 노사분규에서 보다 강화된 형태로 나타났다. 중산층·노동자들이 적극적으로 직선제개헌으로 대변되는 능동적인 정치참여기회의 보장을 주장하면서 자기의 몫으로서의 민주주의를 요구하고 나선 것이다.⁷⁵⁾ 또한 그 직후의 노사분규들은 노동자들의 자율적인 조직과 활동을 바탕으로 하는 독자적인 사회세력으로서의 성격을 규정지었다. 뿐만 아니라, 그간의 꾸준한 경제성장을 바탕으로 하는 상대적으로 독립적인 재벌이 형성되었음도 간과되어서는 아니될 것이다. 지난 대통령선거에서도

75) 한상진, “한국에서 시민사회, 국가 그리고 계급,” 한국사회학회등, 한국의 국가와 시민사회, 한울, 1992, 17면

나타났듯이 재벌 스스로가 정치세력화 하거나 그에 상당한 영향을 미칠 정도로 나름의 독자성을 확립하게 된 것이다. 여기서 우리는 우리나라의 성격변화의 중요한 요인을 발견할 수 있게 된다. 즉, 국가에 「대하여」 존재하는 시민사회의 등장이 그 것이다.

우선, 재벌들이 경제성장과 더불어 독자성을 확보하게 됨은,⁷⁶⁾ 이들이 더 이상 국가권력의 산출물에만 의존하는 종속적인 존재가 아니라, 상황에 따라서는 국가권력 그 자체에 도전해 볼 수도 있는 나름의 세력을 지니고 있음을 보여 주는 것이다. 이러한 사실은 “문민정부”가 재벌총수들을 개별면담까지 하면서 그들의 협조를 요청한다든지, 경제운용의 기초를 기업의 자율성장화와 국가규제완화로 잡는 것에서도 암시된다. 우리나라의 재벌들은 이제 더 이상 국가의 종속물이 되지 않아도 스스로 자립할 수 있는 힘을 가지고 있음을 알 수 있는 것이다.

전술한 중산층의 성장은 국가와 시민사회의 관계변화를 설명할 수 있는 또 다른 기반을 이룬다. 중산층이 우리나라의 국가성격의 변화에 어떠한 기여를 하는가에 대하여는 논란이 있기는 하지만, 그들의 성향이 안정과 질서추구형이건, 개혁과 민주화세력이건 관계없이 이들로부터 국가작용의 정당성 또는 그들의 지지를 확보하기 위하여는 종래의 권위주의적 통치구도를 어느 정도까지는 포기하지 않을 수가 없다. 즉, 작금의 “개혁”의 논의가 그 일단을 이루는

76) 이 점은 김형국, “산업구조변화에 따른 국가와 자본의 관계변화,” 한국사회학회 등, 전개서, 202-229, 특히 215면 이하 참조.

것으로 종래의 자의적, 특혜적, 일방적 권력행사가 아니라 보다 합리적이고 형평적인 행정이 이루어질 필요가 나타나게 되는 것이다. 이 중산층들은 자신의 이해관계를 기반으로 종래와는 달리 정치 과정에의 참여와 국가권력의 합리적 행사를 요구한다. 이들은 이데올로기의 개방에 힘입어 다양한 목소리를 가지게 되며 그것을 어떠한 경로를 통하든 표출되도록 한다. 경우에 따라서는 국가의 전단적 권력행사에 대하여 자신의 의견을 주장한다. 강요와 강제에 대항이 아니라 설득으로써 자발적 복종을 구하여야 하는 나름의 능동성을 가진 주체가 된다.⁷⁷⁾

(2) 헌법재판소의 설치의의와 그 역할

제6공화국에서 헌법재판소가 설치되고, 그것이 나름의 실질적 권한을 행사하고 있는 것도 바로 이러한 「개량화」된 국가성격의 변화에 말미암은 것이다. 종래 국가에 압도되었던 시민사회가 재벌의 성장, 중산층의 형성 및 노조나 농민 등 사회 각 부분들의 자기인식의 증대 등으로 인하여 국가에 대하여 어느 정도의 견제력을 갖추에 따라, 국가는 그의 정당성을 과거처럼 단순한 상징조작에 의한 시민사회

77) 이에 관한 사회조사결과를 보면 중산층의 의식변화와 그 지향하는 바를 잘 알 수 있다. 한 조사에 의하면, 다른 집단과는 달리 중산층으로 분류된 표본집단의 경우 60% 이상이 이승만정권이나 박정희정권의 독재성, 그리고 우리 사회의 현주소에 대하여 비판적 시각을 보이고 있다고 한다. 홍두승, “중산층의 성장과 사회변동,” 한국사회학회. 한국정치학회 편, 전게서, 255-276면 참조.

의 동원 내지는 배제에서 찾는 것이 아니라, 이들의 이해 관계를 반영하는 위에서(즉, 헌법적 상징의 재생산을 통하여) 찾아야 하게 된 것이다. 헌법재판소의 존재는 바로 이러한, 시민사회의 국가부분에 대한 부분적 개입을 반영하는 것이다.

종래의 사법부의 주된 역할 중의 하나는 사회부분이 정치과정에 개입하는 것을 차단하는 것이었다. 이에 대한 개량과 반성의 결과로서 나타난 것이 헌법재판소이다. 각종의 국가현상이나 사회현상들을 법률이 아닌 헌법적인 맥락에서 논의하는 것 자체가, 보다 높은 차원에서의 정책결정 과정 및 그 결과에 대한 시민적 통제를 의미하는 것이다. 전술하였듯이 우리 헌법은 다원주의를 바탕으로 하는 자유민주적 기본질서를 그 기본이념으로 하고 있는 만큼, 헌법에 따른 판단은 권력자나 관료들의 판단과 더불어 시민사회부분의 판단까지도 고려에 넣을 것을 요구하고 있기 때문이다. 따라서 종래 정치영역에서 배제되었던 사회부분들도 헌법소송을 제기하는 방식에 의하여 자신의 이해를 「헌법 - 국가」 차원에서 거론할 수 있는 여지를 마련한 셈이 된다. 국가보안법에 관한 헌법소송이나 전교조, 부실기업정리조치, 심지어 대학입시요강의 문제에 이르기까지 이전에는 단순히 복종의 대상이었거나 저항의 논리만이 존재하였던 논의들이 헌법재판소에서 공식적으로 심사될 수 있었던 것은 이 점을 대변하고 있다. 헌법적 상징이 더 이상 권위주의국가의 전유물로써 그의 자의에 따라 조작할 수 있는 것이 아니라, 경우에 따라서는 시민사회부분도 이에 대한

나름의 지분을 가짐을 의미하는 것이다. 요컨대, 헌법재판소는 1980년대 이래 점진적으로 성장해 온 시민사회부분이 국가영역에 공식적이고 합법적으로 참여할 수 있는 유효한 기제를 마련하고 있는 것이다.⁷⁸⁾

하지만 이러한 진술은 나름의 한계가 있다. 그것은 비록 시민사회가 성장하였다고는 하나 아직은 국가를 통제할 수 있는 수준에까지는 이르지 못함으로 인한 한계이다. 여기에는 몇 가지의 이유가 있다. 우선 권위주의적 정치문화가 완전히 불식되지 못한 터에,⁷⁹⁾ 재벌들의 정경유착의 강화, 미국을 중심으로 하는 세계체제 개편과정 속에서의 국가주도(또는 개입)형의 경제운용의 필요성 증대, 아직도 잔존하고 있는 한국적 냉전논리 등 국가영역은 여전히 시민사회를 능가하고 있기 때문이다. 따라서 헌법재판소의 기능 역시 이러한 한계에 따른 편향성들을 보인다. 향을 바꾸어 살펴보기로 한다.

78) 이 점과 관련하여 헌법재판소는, 제5공화국을 “소위 12.12쿠데타로 권력을 잡은 정치군인들이…정당한 민주적 절차도 없이” 국가통치 권력을 행사하고, 권력장악후에도 위법·부당한 조치들을 저질렀다고 하면서 제6공화국과의 차별화를 묵시적으로 선언하고 있다. 1993. 5. 13 선고 90헌바22등(병합)

79) 실제 6.29선언은, 집권세력의 민주주의 회복에 대한, 민주화세력은 집권세력의 기득권 보장이라는 양보라는 형태의, 체제세력과 반체제세력간의 대타협의 성격을 가진다. 그리고 그것이 소위 ‘공안정국’이라 불리는 보혁구도의 심화현상으로 이어지게 되는 것이다. 임혁백, “민주화 시대의 국가 - 시민사회 관계의 틀 모색: 국가, 시장, 민주주의,” 한국 사회학회 등, 전개서, 379-80면 참조.

6. 헌법재판소 결정례의 분석

(1) 자유민주적 기본질서와 한국국가

1) 헌법재판소의 국가성격규정

헌법재판소의 결정은 그 자체가 헌법규범에 관한 판단인 만큼 한국국가의 이념 내지는 나아가야 할 방향을 비교적 명확히 설정하고 있다. 국회의원선거법상의 기탁금제에 관한 헌법재판소의 결정⁸⁰⁾은 이 점에서 대표적인 것이다. 여기서는 국민주권주의를 형식적인 것과 실질적인 것으로 양분하면서, 지난날의 한국국가는 “민과의 동떨어진 권력의 자의적, 독단적 행사만을 합리화하는 전근대적 대표론을 바탕으로” “선거는 국민을 지배하는 정치의 수단이고 장식하는 제물”로, 그리고 “정권의 합리화나 정당의 의석수의 확보를 위한 정치적 편의주의로 이용하는 수단”으로만 이용하였고, 따라서 “정치의 불신과 부패로 젊은 층과 지식인의 저항은 끊이지를 않을 것이며 시위와 폭력으로 정치적인 문제를 해결하려고 하는 슬픈 사건들”을 야기하여 왔음을 지적하였다. 반면에 실질적 국민주권주의는 “모든 국민이 평등하게 국민대표를 직접 선출하여 국정을 위임하는 보통선거제도”와 “언론의 자유를 통한 여론정치로 민의를

80) 1989. 9. 8 선고 88헌가6

국정에 반영하는 자유선거제도”로 구성된다고 하면서, 참정권은,

“인간의 본능적인 정치적 욕구를 충족할 수 있도록 국민 각자를 단위로 개개인의 기본권으로서 국정을 창조하고 형성하는 개인의 정치적 권리이며 정치적 의사로서 자기의 권익과 행복을 추구하는 가장 중요한 수단으로서 보장받고, 개인의 정치적 주장과 의사를 선거를 통하여 그 주권을 행사하는데 기초를 둔 것이 민주국가의 생명이며, 민주정치의 장점이기 때문에, 이와 같은 적극적인 의의를 선거제도에 수용하지 않으면 안된다”

라고 하였다. 그리고 전자로부터 후자로의 전이는 문맹률, 교육수준, 연령별 유권자 비율 등에서 나타나듯 국민의 의식수준 고양, 정치에 대한 관심도 등에 의한 것으로 “사람은 누구나 인간의 존엄성을 가진 평등하고 동일하다는 인식을 가지고 정치지도층에게 민주의를 요구하고 진정한 민주사회를 건설해 주기를 바라는” 국민의식을 고려하면 필연적이라는 것이다.⁸¹⁾

81) 그러나 “국민이 실제에 있어서 현실적으로 국가의 최고의사를 결정함으로써 실질적으로 주인역할을 해야 된다는 실질적 생활용 국민주권이론”을 도입하면서도, 그것이 국가생활 전반에 걸쳐 국가와 부단한 상호작용을 통하여 시민들이 참여하는, 진정한 참여적 국민주권이론에까지는 이르지 못하고 단순히 “그 반은 언론의 자유를 통한 여론정치로 민의를 국정에 반영하는” 형태로만 규정하였다는 데에 한계가 있다. 특히 여기서 말하는 그 절반의 부분은, 형식적 국민주권이론하에서도 이와 크게 다른 결론이 나오지 않은 것으로, 특별히 새로운 점은 전혀 없음을 간과하고 있는 것이다.

이 결정은, 종래와 같이 헌법조문을 문리적, 형식논리적 해석으로 일정한 도출하던 것과는 달리, 헌법의 기본적 이념과 그를 뒷받침하고 있는 현실의 변화를 적극적으로 헌법판단에 원용하고 있다는 점에서 혁신적인 것이다. 여기서는 우선, 주권의 실질적인 행사주체를 개인에 두고, 그 개인의 자유로운 의사형성과 능동적 정치참여를 민주국가의 요체로 바라보면서 선거제도는 이의 원활한 작동에 기여할 것을 그 판단의 준거로 삼고 있다. 더구나 “아직은 뿌리가 내리지 못한” 정당제 민주주의를 보완하는 원리로서 무소속입후보제를 성격 규정하면서 이에 대한 차별금지를 선언함으로써 “정당의 독점적 특혜”에 대한 시정을 도모하고 있다. 결국 정치엘리트에 의한 엘리트국가 내지는 관료국가의 형태를 부인하면서, 사회 각 영역의 실질적 구성원들이 능동적으로 정치에 참여함으로써 국가기능을 형성, 그것을 반영하는 다원주의적 국가모델을 그대로 따르고 있는 것이다.⁸²⁾

이와 같은 논의는 정당과 선거의 기능에 대하여도 이어져서, “정당은 … 그 자유로운 지도력을 통하여 무정형적이고 무질서적인 개개인의 정치적 의사를 집약하여 정리하고 구체적인 진로와 방향을 제시하”는 것으로, 그리고 “선거야말로 … 국민의 의사를 체계적으로 결집하고 수렴하고 구체화하는 방법으로 국민의 정치적 의사를 형성하는 가장

82) 이 결정에서 나타나는 ‘국민적 합의’, ‘국민적 욕구의 수용’, ‘정치적 타협’, ‘정치적 통합화 과정’ 등의 표현들은 모두 다원주의적 국가모델의 키워드를 이루는 것이다.

합리적인 절차”이며 따라서 “국민의 의사가 얼마나 굴절 없이 정당하게 반영되었느냐의 여부가 통치권의 정통성과 정당성을 담보하는 핵심이고 생명”이라고 규정된다.⁸³⁾ 시민사회로부터 상향식으로 형성, 기능하는 국가와 매개장치로서의 정당 및 선거제도를 설정하고 있는 것이다.⁸⁴⁾

2) 시민사회와 국가의 관계

우리 헌법은 사회적 시장경제질서를 기본구조로 채택하고 있다(§119①, §126 등). 즉, “기업의 생성·발전·소멸은 어디까지나 기업의 자율에 맡긴다는 기업자유”를 표현하고 있고, “국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개입을 원칙으로 한다”는 의미이다.⁸⁵⁾ 따라서 헌법재판소는, 법률의 규정이나 긴급명령 등의 근거가 없이는, “은행마저 부실화를 초래하고 대기업이 부도가 나고 완전 도산이 몰고 올 수많은 종업원의 실직위기나 국가경제상 바람직하지 않은 결과가 초래되게 되어도” 국가의 공권력은 이에 개입할 수 없음을 선언하고 있다.

83) 1991. 3. 11 선고 91헌마21

84) 실제 이 부분에 있어서도 문제는 존재한다. 헌법재판소가 이 결정에서 그리고 있는 선거제도는 엄밀히 분다면, 승자독식(winner takes all)의 구조를 가지고 있다. 적어도 일정한 임기동안은 다수자가 소수자를 배제한 채 후자를 지배하는 구조에 불과할 따름인 것이다. 이와 같은, 경쟁시장의 원리를 도입한 선거제도라는 것은 실질적 국민주권주의를 실현하는 가장 합리적인 제도라기 보다는 오히려 형식적 국민주권이론에 더 부합하는 제도라고 하여야 할 것이다.

85) 1993. 7. 29 선고 89헌마31

그리고 이 영역에 있어서의 개인과 기업(법인)은 “근대 법치국가의 근간을 이루는 사법질서와 사적 재산권보장”에 의하여 규율되고 또 이를 위하여 “민주헌법의 기본원리”로서의 실질적 적법절차 및 헌법적 정의에서는 사적 자치의 원칙을 거래질서의 기본으로 하고 있다고 본다.⁸⁶⁾ 여기서는 비록 국가라 할지라도 “국가재정의 원칙과 국가공익의 구현 및 사회복지국가의 실현 등은 헌법의 기본질서인 자유민주주의와 법치주의의 기초가 되는 사유재산제도와 자유평등의 원칙에 반하지 아니하여야 할” 의무를 지게 되는 것이다.⁸⁷⁾ 따라서 국가도 특별한 사유가 없는 한 개인과 대등한 권리주체로서 사법인과 마찬가지로의 지위에 서게 되는 공법인에 불과해지고, 결국 개인이나 법인,⁸⁸⁾ 국가⁸⁹⁾는 그 성격여하와는 일단은 무관하게 모두 형식적으로 평등한 위치에 서서 일반적 행동자유권으로부터 연유하는 계약자유 원칙에 따라 어느 누구의 강제를 받지 아니한 채 자유롭게 경제활동에 종사할 권리⁹⁰⁾를 가지는 것이다. 이리

86) 위 결정 및 1989. 12. 22 선고 88헌가13 참조

87) 1991. 5. 13 선고 89헌가97

88) 금융기관의 경우 1989. 5. 24 선고 89헌가37, 96(병합); 보험회사의 경우 1991. 6. 3 선고 89헌마 204 참조.

89) 1989. 1. 25 선고 99헌가7; 1990. 9. 3 선고 89헌가95; 1991. 11. 25 선고 91헌가6 등 참조. 이 점에서 국가를 사회내부의 이해당사자의 하나로 간주하고 여타의 이익집단과 대등한 입장에서 조정자적 역할을 수행하는 것으로 보는 다원주의적 국가모델과 일치한다. 김호진, 전제서, 96면 참조.

90) 특히 직업선택의 자유에 관해서는 1989. 11. 20 선고 89헌가102; 1991. 6. 3 선고 89헌마204 등 참조. 심지어 직업선택의 자유가 농업협동조합장 등의 지방의회의원입후보의 자유까지 포섭하는 것으로 규정된다. 1991. 3. 11 선고 90헌마28 참조; 그리고 그 중에서도 영업의 자유는 자본주의, 개인존중의 사상의 발달과 더불어 직업선

한 논지들에 따르면, 시민사회는 일단 국가로부터 독립된 위치에서 나름의 자율성에 의하여 작동된다. 그래서 개인은 자기운명결정권⁹¹⁾ 내지는 자주적 의사결정권⁹²⁾을 가지면서, “자유민주주의 헌법 아래에서 가장 근본적인 국민의 기본권”으로서의 신체의 자유가 보장되고⁹³⁾ 사생활의 비밀,⁹⁴⁾ 양심의 자유,⁹⁵⁾ 대학의 자율권⁹⁶⁾ 등의 기본권을 바탕으로 국가에 대하여 불가침을 주장할 수 있는 것이다.

다원주의적인 민주주의는 시민의 자유와 재산으로 보호를 그 실질로 한다. 헌법재판소는 이 점과 관련하여 구시대의 통치방식을 편법·편의주의와 비밀주의로 일관한, 가부장적이고 무권한의 자의적인 공권력행사라고 비판하면서, “절차가 번거롭다하여 이를 생략한 채 목적이 좋다는 것만 내세워 초법적 수단에 의거하[는 식의] 공권력의 행사는 시장경제적 법치질서를 파탄시키는” 것으로 “인간의 정치적 예지의 산물이라 할 민주주의는 수단 내지 절차의 존중이지 목적만을 제일로 하는 것이 아님”을 선언하고, “적법절차가 무시되는 조치라면 추구하는 목적과 관계없이 공권력의 남용”이자 자의적, 위헌적임을 분명히 하고 있다.⁹⁷⁾ 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의존중에 입각한

택의 자유의 핵심을 이룬다고 보면서 보다 강한 보호를 받는다고 한다. 1990. 10. 15 선고 89헌마178

91) 1990. 9. 10 선고 89헌마82

92) 1990. 1. 15 선고 89헌가103

93) 1989. 7. 14 선고 88헌가5,8, 89헌가44(병합)

94) 1990. 9. 10 선고 89헌마82

95) 1991. 4. 1 선고 89헌마160

96) 1992. 10. 1 선고 92헌마68,76(병합)

97) 1993. 7. 29 선고 89헌마31

시장경제질서에 대한 국가의 불개입의 원칙을 선언하면서 이러한 자유와 자율은 절차적 법치주의에 입각하여 보장되어야 할 것을 규정하고 있는 것이다. 따라서 비록 사법의 형식을 빌어 이루어지는 국가작용이라 할지라도 “그 힘으로 밀고 나가”는 형태의, “그 실질이 공권력의 힘”인 경우에는 언제나 법률이나 긴급명령 등 법적인 근거하에서 이루어져야 하는 것이다.

이러한 자유주의적 사회관은 여기서 그치지 않고, 위에서 본 바와 같이 정당과 선거 및 여론을 바탕으로 한 국가·정치과정의 참여권이 보장되면서, 경우에 따라서는 국가에 대하여 일정한 정보를 요구할 수 있는 지위까지 포섭하고 있다. 특히 언론 등의 표현의 자유를 통한 여론의 형성이 한국국가에서 차지하는 비중은 헌법재판소의 결정에서 중첩적으로 지적되고 있다. 헌법재판소는 이 권리가 “개인이 인간으로서의 존엄과 가치를 유지하고 행복을 추구하고 국민주권을 실현하는데 필수불가결한 것”으로 “민주국가에서 국민이 갖는 가장 중요한 기본권의 하나”⁹⁸⁾로 규정하면서 “다른 기본권에 우선하는 헌법상의 지위를 가진다”고 하면서 “통치권자를 비판함으로써 피치자가 스스로 지배기구에 참가한다고 하는 자치정체의 이념을 그 근간으로 하고 있음”⁹⁹⁾을 지적하고 있다. 그리고 알 권리는 자유주의에 입각한 시민사회가 민주주의적 국가질서에 접근하는 창구를 이루는 것으로 국정의 공개를 지향하고

98) 1989. 9. 4 선고 88헌마22

99) 1992. 2. 25 선고 89헌가104

있다. 표현의 자유로부터 연유하는 이 권리는 국민주권주의, 인간의 존엄 및 인간다운 생활권과 관련을 가지면서, 구체적 공권으로서의 지위에까지 고양되어 있는 것으로 파악되고 있다. 헌법재판소는 알 권리의 존재의의로 다음과 같이 표현한다.¹⁰⁰⁾

통치권자와 피통치자가 이념상 자동적인 자유민주주의체제 하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분히 지식을 가지고 있는 국민대중을 필요로 하며, 자유스러운 표현체계의 유지는 개인의 자기실현을 확보하고 진리에 도달하는 수단이며 사회구성원의, 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐만 아니라 사회의 안정과 변혁과의 사이의 균형을 유지하는 수단이다[다].

따라서 알 권리는 “정부의 무류성을 믿지 않으며 정부는... 오류를 범할 가능성이 있을 뿐만 아니라, 권력을 가진 자가 오류를 범한 경우의 영향은 대단히 크다고 하는 역사적 경험”에서 국민의 비판에 의하여 정부를 견제하기 위한 장치로서 받아들여지고 있다.¹⁰¹⁾

100) 1992. 2. 25 선고 89헌가 104

101) 다만 이 알 권리를 여론형성의 수단의 입장에서 파악함에 있어 더 나아가 이를 바탕으로 국가작용의 개방성 즉, 시민의 일상적 정치참여의 기제를 기초지우는 개념으로까지 발전시키지 못하고 있는 점이 아쉽다. 요컨대, 헌법재판소의 결정은 상당수가 헌법을 체계적으로 해석하기보다는 당해 헌법조문만을 바탕으로 (경우에 따라서는 임기응변적으로) 해석하는 경향을 보이고 있는 것이다.

3) 결 론

결국 헌법재판소에 의하면 한국국가는 일단은 실질적 국민주권주의를 바탕으로 하는 자유주의와 민주주의, 그리고 시장경제질서에 의하여 규정되는 자유민주적 기본질서를 그 구성원리로 하는 셈이 된다. 즉, 국가에 대하여 존재하는 시민사회는 국가로부터 독립하여 스스로의 자율적인 원리와 질서에 의하여 운영되며, 그 구성원인 시민들은 헌법에서 보장되어 있는 각종의 기본권 특히 자유권을 기반으로 하여 자신의 운명과 의사를 자율적으로 결정하고 그에 대하여 책임을 지는 것이며, 이들은 자기의 이익의 실현을 위하여 국가과정에 적극적이고 능동적으로 참여하는 체제를 이루는 것이다. 그리고 국가와 시민사회의 관계에 있어서도 시민사회는 알 권리와 표현의 자유를 통하여 국가를 견제하고 선거 및 정당, 의회를 통하여 국가를 형성, 그 운영을 담당하는 소위 자동성의 원리라고 하는 상징에 의하여 이끌어지고 있다고 보는 것이다.

이와 같은 헌법재판소의 시각은 앞서 밝힌 바와 같은 한국국가의 성격변화와 직결된다. 종래의 사법부의 권력추종적 태도와는 달리, 과감하게 권력작용 그 자체에 대한 헌법판단을 행하면서 헌법이념과의 관련속에서 이들을 평가하고 경우에 따라서는 권력작용 자체의 정당성을 부인하는 데에까지 나아가는 것은, 적어도 지금의 시대상황에 따른 국가현상의 변화를 헌법재판소가 적극적으로 수용하고 있

는 것이라 할 것이고, 또 그것이 한국사회의 지배적 계층의 다수의 지지를 얻고 있음을 의미한다. 특히 헌법재판소가 경제질서 내지는 재산권관련부분에서 두드러지게 많은 위헌·청구인용결정을 내리고 있는 것은 1980년대 이후의 우리나라에서의 시민사회부분의 성장에서부터 많은 영향을 받고 있음을 추정케 한다. 실제 1960년대 중반 특히 1970년대의 유신정권하에서 국가주도의 경제성장정책에 의하여 획일적이고 자의적인 기준에 따라 각종의 경제규제조치들이 무수히 행하여졌고, 그것이 어느 정도의 경제발전단계에 이른 오늘날에 와서 오히려 경제의 걸림돌이 되고 있는 현실을 감안할 때, 헌법재판소의 이러한 태도는 당연한 것이자 바람직한 것이기도 하다.¹⁰²⁾

정치부분 - 시민권관련부분에 대한 헌법재판소의 결정들은 특히 자유권¹⁰³⁾과 정치과정에서의 참여권¹⁰⁴⁾을 중심으로 헌법우선적 판단을 내리고 있다는 점에서 6공화국 이래의 민주화의 요청을 반영함¹⁰⁵⁾으로써 헌법적 상징의 의미

102) 경제부분에 대한 위헌결정 등이 주로 평등권의 위반을 이유로 하고 있음은 이 점을 말한다. 불균형성장정책과 인위적인 자본형성 및 축적을 도모하였던 지난 시대의 정책들이 오늘날에 와서는 비합리적 차별 내지는 특혜로서 그 정당성의 기반을 상실하였음을 의미하는 것이다.

103) 국가보안법상의 구속기간연장제도(90헌마82), 변호인접견권제한(91헌마111), 사행행위단속법(91헌가4), 교통사고유기치사죄의 법정형(90바24) 사죄광고명령제도(89헌마160) 등이 위헌으로 결정되었다.

104) 의원입후보자기탁금제도(88헌가6, 91헌마21), 농협조합장 등 겸직금지(90헌마28), 정당연설회규정(92헌마37), 정보비공개(88헌마22, 90헌마133 등) 등의 합헌성에 관하여 소극적으로 판단되었다.

105) 민주주의를 「모든 시민에게 완전하게 또는 완전애 가깝게 반응(response)하는 것을 특징의 하나로 하는 정치체제」라고 파악하는 R. Dahl은, 민주주의를 위해서는 시민들에게 자신의 선호를 공식화

를 시민사회의 그것과 국가-헌법재판소의 그것을 일치시키고 있다는 일차적 평가를 가능케 한다. (구)국가보안법이나 (구)사회보호법의 일부조항에 관한 위헌성 결정과 더불어 이러한 헌법재판소의 태도는 권위주의적 정치권력에 대한 시민들의 저항감과, 국가의 정당성의 기반으로서의 지배이데올로기가 냉전-안보우선적인 것에서부터 자유민주주의적 합리성의 관념으로 이전하고 있음을 수용한 것이라 보아야 할 것이다.

(2) 헌법재판소의 “과도기적” 성격

1) 서언 - 대체적 상징조작과 헌법재판

그러나, 이상과 같은 결정들의 문언상의 표현에도 불구하고 여전히 지난 시대의 권위주의적 의식은 불식되었다고는 할 수 없다. 한국국가의 지배이데올로기들은 강력한 국가안보기구를 중심으로 하여 고도의 강권력이 일반대중으로부터 동의를 획득하기 위한 수단으로 이용되어 왔었

할 기회와, 그것을 개인적 집단적 행동으로 표현할 기회, 그리고 이 선호가 정부의 차별을 받지 아니할 기회가 확보되어야 하며, 이를 위하여 ① 조직구성 및 참여권, ② 표현의 자유, ③ 선거권 ④ 참정권, ⑤ 정치지도자가 지지·득표를 위하여 경쟁할 권리, ⑥ 정보출처의 선택가능성, ⑦ 자유·공정선거, 및 ⑧ 정부정책이 투표나 표출된 선호에 의존하게 할 제도 등이 보장되어야 한다고 주장하였다. 이러한 점에서 본다면 우리 헌법재판소의 이념적 태도는 이러한 요건들의 상당부분을 충족하고 있다 할 것이다. Robert Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, (New Haven : Yale Univ. Press, 1971), p.1-9 참조.

다.¹⁰⁶⁾ 냉전체제를 바탕으로 반공-안보이데올로기가 제1공화국에서부터 제5공화국까지를 관철한 지배이데올로기라 한다면, 제6공화국에 와서는 세계적인 냉전체제의 종식 및 경제성장(즉, 시민사회의 성장)과 더불어 보혁대립 구도로 전환하게 된다. 그리고 여기서 제6공화국의 국가성격이 확정된다. 즉, 종래의 일방적, 폭력적 통제일변도의 통치방식과는 달리, 제6공화국에 와서는 시민사회부분 특히 중산층들의 지지를 획득하기 위하여 이데올로기적 통제를 혼용하면서 각종의 이데올로기적 도구들과 재벌기업, 전경련, 경총 등과 같은 사적 기구들을 활용하고 있다는 특징을 가진다.¹⁰⁷⁾

우선 한국적 현실에서 자유민주주의를 담보하는 가장 유효한 수단으로 지칭되었던 반공주의는 냉전체제의 종식과 더불어 체제수호를 중심으로 하는 보수주의로 전환한다. 물론 종래의 반공 - 안보관념은 그 강도가 상당히 약화되기는 하지만 그럼에도 불구하고 여전히 보수주의의 핵심을 차지한다.¹⁰⁸⁾ 여기에 근대화의 주도세력이 국가에 배타적으로 귀속되었던 것이 1980년대에 들어서면서 재벌을 중심으로 한 시민사회 부분이 참여하게 됨으로써 경제성장의 논리가 안정우선적 논리와 결합하면서 보수주의의 또 다른

106) 최장집, 전개서, 199면.

107) 전개서, 203면 참조.

108) 통일논의에 있어서 국가의 양면적 태도가 이를 잘 나타내고 있다. 창구단일화라는 명분으로 모든 통일논의를 정부가 독점하면서 부분적인 개방과 더불어 북한정권에 대한 「적화야육」의 의혹을 계속 제기하고 있는 점은 여전히 안보논리가 보혁구도에 있어 중핵적임을 의미하는 것이다.

측면을 차지하게 된다. 환언하자면, 제6공화국의 체제이데올로기로서의 보수주의는 종래의 안보 - 성장이데올로기와 그 본질을 같이 하면서도 그 외연에 있어 안정을 바탕으로 하는 점진적 개량과 체제내적 참여를 희구하는 중산층들을 포섭하고 있다는 점에서 차이가 있다. 종래의 국가 - 시민사회의 대립 내지는 후자의 전자에 대한 일방적인 종속의 관계가 제6공화국에 들어서서는 국가·부르조아적 시민사회 - 혁신(급진)세력의 대립구도로 파악되는 것이다. 앞서 우리가 제6공화국 이후의 민주화경향이라 표현한 것이나 헌법재판소의 개량적, 민주적 결정례들도 바로 이러한 보혁구도속에서 파악되어야 한다. 즉, 전체사회영역에 걸치는 민주화, 개방화의 흐름이라기보다는 국가와 부르조아적 시민사회의 연합·타협속에서 종래 정치과정에서 배제되어 왔던 이 부르조아적 시민사회부분이 자신의 몫을 가지고 국가영역에 포섭되는 현상이 곧 5공비리청산, 악법개폐, 그리고 일련의 헌법재판소의 위헌 내지는 위헌성 결정으로 이어지는 것이다.

헌법재판소의 결정들이 다원주의적 자유민주주의를 이념으로 한다는 맥락에서 일정한 한계를 가진다고 하는 것도 바로 이 때문이다. 다원주의는 모든 사회부분의 정치참여를 요구한다. 그러나 제6공화국 이래의 한국국가성격은 그 정치참여가 오로지 부분적으로만 개방되었을 뿐 일반대중에까지는 확대되지 못하고 있다. 바로 이것이 헌법재판소가 사건의 유형에 따라 상이한 논거와 이념적 지향하에서 그 결정을 형성하도록 만드는 것이다.

우선 헌법재판소의 결정례는 그 사안에 따라 시민권관련 사건과 재산권관련, 그리고 검사공소권관련사건 및 본안진 판단 등으로 나누어볼 수 있다. 여기서 우리 헌법에 대한 기본적인 상징체계를 형성하는 것이 전2자이다. 시민권은 다원주의적 자유민주질서의 내연적 핵심을 이루는 것으로 국가생활 속에서 개인으로서 또는 일정한 이해관계의 당사자로서 자신을 정치과정 속에 포섭시킬 수 있는 계기를 마련한다. 반면, 재산권은 정치사회의 토대를 형성하는 것으로 시민사회의 국가에 대한 위상을 결정해 준다¹⁰⁹⁾ 하지만, 시민권관련사건은, 헌법재판소의 현실적인 한계를 가장 극명하게 드러나는 것으로, 자유민주주의를 지향하는 헌법의 이념과 그의 실현에 필요한 시대적, 정치적 여건이 완속되지 못한 현실에서, 헌법의 규범적 의미는 받아들여지, 그의 실천방법과 실천능력을 갖지 못한 헌법재판소의 위상을 노정하고 있는 것이다. 후자의 재산권관련사건의 경우에도 문언상으로는 직업선택의 자유나 계약자유의 원칙 등을 근거하여 종래의 특권적 조치들을 위헌선언하고 있지만, 어떠한 재산·경제적 상태가 한국사회에서 차지하는 위상에 관한 고찰은 하지 못한 채 평등원칙위반만을 그 결

109) 시민권은 원래 소극적 자유(freedom)로서 신체의 자유와 재산권을 중심으로 하는 개념이었으나, 보통선거제도의 확립과 더불어 정치적 의미, 즉, 참정권이 독립된 지위로서 그의 한 내포가 되었다. T. H. Marshall, "Citizenship and Social Class," 이병천, 박형준 편, 마르크스주의의 위기와 포스트 마르크스주의 II: 시민사회론과 민주주의론, 외암출판, 1994, 160면 참조. 여기서는 이러한 자유권과 참정권 외에 보다 넓은 의미의 참정권 즉, 국가·사회과정에서의 능동적 시민으로서의 지위를 포함하는 의미로 사용하고 재산권은 이들의 토대를 이룬다는 점에서 별도로 다루었다.

정의 근거로 삼고 있다는 점에서 여전히 관료의 전문가적 정책결정을 파기하지 못하는 한계를 가진다. 결국 헌법재판소의 결정들에서 나타나는 시민권과 재산권은 그것이 헌법이념에 봉사하는 상징으로 재생산되기보다는 오히려 권위주의적 정치관행을 뒷받침하기 위한 소극적 의미의 상징 - 권력의 자의성, 정당성을 은폐하기 위한 허위의식으로서의 상징의 역할에 머물고 있을 따름이다.

2) 시민권관련사건 - 형식적 위헌판단

국민의 정치적·사회적 기본권에 관련한 일련의 사건들에서 헌법재판소가 보이는 태도는 두 가지로 나뉜다. 우선 소위 시국관련사건이라 할 수 있는 체제 자체와 연관되는 사건유형들에서의 태도와, 여타의 정치과정에서의 참여권(참정권)이나 자유권에 관한 것이 그것이다.

(가) 시국관련사건

이것은 종래 한국국가가 그 통치권력의 장악과 권위주의적 권력행사의 정당화논리로서의 냉전-안보이데올로기 및 성장이데올로기를 바탕으로 하여 시민들의 제권리 위에 통치권력이 군림할 수 있었던 영역으로, 국가보안법이나 집시법, 사회보호법, 사회안전법, 언론관계법 등을 이용, 정치적 반대세력이나, 반체제세력들을 강권력으로서 억압하고 대중조작을 행하는 동시에 일정한 사회부분을 정치·사회과정에서 배제하고자 노력해 왔던 영역이다. 전술하였듯이

지난날의 사법부가 철저히 국가권력기관 내지는 국가권력정당화기관으로 기능하였던 부분이기도 하다. 다만 이 부분에 관한 헌법재판소의 결정은 크게 세 가지의 유형으로 분기되어 이루어진다. 지난날의 냉전 - 안보이데올로기가 보혁구도로 전환함과 발맞추어, 헌법재판소가 국가강권력의 행사를 그대로 정당화하는 것이 아니라 그것이 위헌적이기는 하나 그럼에도 불구하고 현재의 한국사회에 필수불가결한 존재임을 강변하는 형태가 그 첫째이다. 둘째는 노동운동과 같이 혁신적 사회부분에 대한 정치·사회과정으로부터의 배제를 위한 각종의 제도적 장치들에 관한 것으로 종래의 안보논리를 보수적인 안정중심의 산업평화, 경제성장의 논리로써 새로운 정당화논리를 추구하는 형태이다. 이 두 가지의 것이 시국관련사건의 실체에 관한 것이라고 한다면, 마지막의 것은 절차 내지는 주변적인 것으로서 국가강권력의 행사과정이 법원의 권한이나 절차적인 측면에서 위헌성이 있음을 인정하고 그 효력을 부인하는 형태를 이룬다.

첫번째는 비교적 온건한 형태의 것으로, 이전의 한국국가가 적나라한 강권력을 행사함으로써 시민사회 - 특히 반체제 세력들을 억압하는 도구로 이용되었던 국가보안법이나 집시법 등에 관한 결정이다. 여기서는 종래와는 달리 자의적, 전단적 권력행사의 여지에 대한 소극적인 판단이 이루어지고 있다는 특징을 가진다. 이들 처벌적·규제적 법률이 가지는 문언이 “불투명하고 구체성이 결여되어 있어 위헌의 여지가 분명히 존재함을 인정한 것이다. 종래의

폭력적 강권력의 행사가 가지는 부정형성, 자의성에 대한 시민적 반발을 고려한 측면이 강하게 작용한다. 그러나 그럼에도 불구하고 법치주의나 죄형법정주의와 같은 헌법상의 법익을 능가하는 또 다른 법익의 존재를 상정하면서 그 법률규정들의 효력을 유지시키고 있다. 즉, “남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는” 현실에서는 고전적인 내란·외환죄만으로는 국가의 자기안전·방어에 미흡하기 때문에 국가의 존립·안전을 보장하기 위하여 표현의 자유 등의 기본권에 특별한 조치를 할 필요를 인정하는 것이다.¹¹⁰⁾ 여기서 헌법재판소는 자유민주적 기본질서라는 헌법의 최대의 이념을 수호하기 위한 불가결의 요소로서의 국가안전보장이라는 개념구성하에 이러한 중차대한 법익이 §37②의 문언을 통하여 법치주의 및 죄형법정주의의 외곽을 벌리게 되면서 억압적 권력의 사용가능성을 정당화하는 주된 지배이데올로기로 고착될 수 있는 여지를 여전히 유지하고 있는 것이다. 집시법에 관하여도 “민주체제 전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법익침해의 명백한 위험 있는 집회·시위”에 대한 사회방어라는 명분으로 비록 위헌적 판단은 가능하다 할지라도 그 효력을 유지시켜야 할 것을 선언함으로써 마찬가지로 그 효력을 제공한다. 결국 이 부분에서의 헌법재판소는 한국국가가

110) 이러한 유형의 사건은 1990.4.2 선고 89헌가113외에도 1990.6.25 선고 90헌가11; 92.1.28 선고 89헌가8; 92.4.14 선고 90헌마82; 92.4.14 선고 90헌바23 등 국가보안법이나 집시법 등에 관한 것이 있으나 이러한 논지는 거의 변함이 없다.

가지는 권위주의적 성격을 완전히 탈피하기에 역부족임을 스스로 인정한 셈이 되는 것이다.¹¹¹⁾

그러나 이 부분에 있어서의 헌법재판소의 입장에서는 기본권 제한사유의 구체성 결여라는 점을 지적한 것은 별무리 없으나, 문제는 기본권의 제한과 그로써 보호하고자 하는 국가적 법익의 관련성, 그리고 제한·침해의 정도에 대한 분석이 결여되어 있다는 점에서 문제의 소지가 존재한다. 즉, 이적단체구성과 같이 위험성이 구체화되어 나타나는 경우를 제외한, 단순한 이적 목적의 고무·찬양·동조라는 의사표현만으로 국가적 법익의 침해의 위험이 존재한다고 보기에는 상당한 무리가 있다. 대체로 정치적 의사표현은 즉자적인 것이 아니라 대자적인 것이다. 따라서 그 대상에 대한 비판적 판단을 전제로 하는 경우가 대부분이다. 우리 헌법이 다원주의적 상징을 내포하고 있다고 한다면, 이러한 의미에서의 정치적 의사표현은 비록 그것이 이적의 성격을 가진다 할지라도 반박을 통한 극복의 대상이 되어야 하는 것이지 그 존재 자체로 추상적 위험성을 부여하여 억압·제한할 것은 되지 못한다. 종래 이적표현관련죄가 체제비판죄와 혼동되었던 것도 바로 이 때문이다. 결

111) 1992.2.25 선고 89헌가104 사건은, 88헌마22(1989.9.4 선고)에서 확립된 국민의 알 권리를 보다 명확히 규정하면서도, 국가안보를 보다 우선하면서 군사기밀보호법은 군사기밀에 대한 실질비성의 요건을 충족하는 한도내에서만 합헌이라는 결정을 내림으로써, 여전히 비밀의 판정권을 군부관료의 수중에 남겨두고 그에 대한 실질적인 통제 가능성을 제시하지 않고 있다. 결국 이 결정은 군사독재로 시종하였던 제3-5공화국의 권력현상들에 대하여 판단회피의 것이 되고 만 것이다.

국 위의 헌법재판소의 결정에서 미루어 보면 이적목적이라는 별도의 주관적 구성요건을 삽입하건 하지 않건 간에(실제 이 조차도 애매모호한 것이다) 국가적 범익을 침해하는 행위의 태양을 특정하기가 곤란함은 마찬가지가 되어 버린다. 더구나, 내란·외환죄로써 포섭되지 않는 행위태양이 어떠한 것인지, 또 그 행위태양이 국가적 범익에 미치는 영향이 어떠한 것이며 그 정도는 어떠한가에 대한 판단은 아예 존재하지조차 않는다. 이 점은 한정합헌결정의 논리적 정당성마저도 위태롭게 하는 부분으로, 위헌적 성향이 있는 국가보안법, 집시법을 위헌무효선언할 경우 어떠한 국가적, 사회적 위험이 가능하게 될 것인지에 대한 판단도 없이 무턱대고 그 효력을 유지하지 않으면 “큰일 난다”는 식의 판단만을 내리고 있는 것이다.

두번째의 유형은 제6공화국에서의 민주화와 그 기반이 되는 다원주의의 이념의 한계를 그대로 노정하고 있는 것으로, 그의 보혁대결구도를 바탕으로 하여 주로 노동운동을 중심으로 한 혁신세력들의 배제 및 통제에 그 초점을 둔다. 그 대표적인 것이, 노동쟁의에의 제3자개입금지규정에 관한 합헌결정이다.¹¹²⁾ 헌법재판소의 결정례 중 탈정치화 경향이 가장 강하게 나타나는 결정중의 하나인 이 결정에서는 노동자들이 정치영역에 포섭되는 과정 그 자체가 보통선거제도를 중심으로 하는 대중적 민주주의의 기틀을 이루고 있다는 역사적 사실에도 불구하고, 그들의 이익을

112) 1990. 1. 15 선고 89헌가103

사회 전체의 관심대상으로 하기보다는 단순한 작업장내에서의 이해대립으로만 파악함으로써 그것을 일정한 틀 속에 가두고자 하는 의지가 나타난다. 즉, 노동자 또는 노조의 행위는 단지 “노동관계 당사자의 책임 아래 자주적으로 이루어”져야만 하는 것일 뿐, 국가, 정당, 사회단체나 경쟁기업 등의 제3자의 개입이나 지시로부터 독립되어야만 하는 것으로 봄으로써, 자본주의사회 내에서의 보편적 현상으로서의 노사갈등을 단순한 개인적 차원의 갈등으로 한정하고, 이것이 정치적 요구로 전이되어 국가에 투입되는 기회 자체를 차단하고 있는 것이다.¹¹³⁾ 환언하자면, 구체적인 노사의 이해관계대립을 전체 사회의 관심대상으로 하고 그 상호투쟁의 장(arena)에 사회 각 부분들의 의견이 투입될 수 있는 기회를 마련함으로써 합리적으로 이를 조정하고 어떠한 사회적 합의를 이끌어내는 다원주의의 과정 그 자체를 차단한 채, 국가에 의하여 부과되는 일정한 이념에 따라 노사대립을 한정된 틀 속에서 처리하고자 하는 것이다.

여기서는 부르조아적 시민사회의 내연적 특징으로서의 자율성, 자기결정성을 바탕으로 하여 안정된 사회질서와

113) 이것은 노동자들의 조직화, 정치세력화를 막기 위하여 노동자들을 기업별로 분산 조직하게 만들면서(기업별 노조주의), 나아가 노동과산별노련의 단위노조지부에 대한 영향력을 제한하기 위한 장치로서, 노조의 정치개입금지조항과 더불어, 노동자들을 시장적 상황 속에서 정치적, 경제적으로 배제하는 일종의 시장기제적 배제억압 전략(exclusionary repression by market mechanism)의 일환으로 볼 수 있을 것이다. 임형택, “민주화시대의 국가 - 시민사회 관계의 틀 모색: 국가, 시장, 민주주의,” 한국사회학회 등, 전계서, 391-394면 참조.

그로부터의 경제성장을 희구하는 중산층들의 보수적 성향에 노동쟁의의 폭력성, 비생산성을 대비시킴으로써 노동쟁의 그 자체가 반사회적이고 따라서 최소한에 그쳐야 할 필요악임을 은연중에 제시하고 있다. 이는 노사대립을 단순히 “산업평화의 유지에도 도움이 되지 아니할 뿐만 아니라, …국민경제발전의 걸림돌이 되게 된다”는 점에서만 바라보는 것에서 단적으로 표현된다. 이에 국가는 의당히 이러한 질서 파괴적 노사분규, 노동쟁의 그 자체를 효율적으로 통제하여야 할 의무와 권한을 가지게 되는 것이며 자신의 판단을 하부사회에 부과하는 국가기능을 설정하고 있는 셈이 된다.

또한 전국교사노동조합에 관한 결정¹¹⁴⁾은 또 다른 헌법 해석에 기한 탈정치화 결정의 예이다. 교원의 직무의 특수성, 준공무원성, 근로관계의 특수성, 교원지위의 법정주의 등을 돌면서 사립학교교원도 노동자라는 본질을 인정함에도 불구하고 노동3권 전체에 대한 향유능력을 부인하고 있다. 그러면서도 당연히 있어야 할, 노동자로서의 본질과 기본권의 본질적 내용침해금지규정이 이들에 대한 노동3권 전체의 부정이라는 결론에 어떠한 관련이 있는지에 대한 설명이 그대로 빠져 있다. 위에서 든 직무의 성격, 지위의 특수성 등은 사립학교교원의 업무양태와 관련한 부수적 속성일 따름이다. 이것이 사회적 법익과 밀접한 연관을 가진다면 그에 상당하는 기본권의 제한으로 족하다 할 것이다.

114) 1991. 7. 22 선고 89헌가106

하지만 헌법재판소는 이들 부수적 속성으로 인한 사회적 법익의 침해위험을 제거하기 위하여 최소한의 제한이라는 방법 대신에 “발본색원”식의 결정을 내리고 있는 것이다. 결국 이 역시 일정한 사회부분이 나름의 사회세력 내지 정치세력화하는 것을 차단하는 동시에, “교원직무 특유의 사회적 봉사기능” “개인적 또는 집단적 자율권”, “광범위한 개인적 책임” 등을 강조함으로써 교육제도에 대한 사회적 이익에 봉사하여야 할 것을 강조한다. 이는 이데올로기도 구로서의 교육기관을 “사회적 이익”의 대변자인 국가의 통제하에 두겠다는 의사의 표현이라 보아야 할 것이다.

국정교과서제도의 위헌여부에 관한 판단¹¹⁵⁾ 역시 교육기관이 그대로 이데올로기도구로서 기능하고 있는 현실을 인정하는 결정으로 헌법재판소의 현실적인 한계를 노골적으로 표출하고 있는 결정이라 할 수 있다. 소위 참교육과 관련하여 제기된 이 사건에서 헌법재판소는, 현행의 교과서제도가 여러 문제점이 있음을 스스로 인정함에도 불구하고¹¹⁶⁾ “공교육제도를 시행하는 의무와 책임을 지고 있는

115) 1992. 11. 12 선고 89헌마88

116) 이 사건에서는 헌법재판소가 기존의 제도가 안고 있는 문제점에 대하여 여타 사건들에 비하여 비교적 정확하게 인식하고 있는 점이 특이하다. 특히 교육을 “인간의 내면적 가치증진에 관련”시키면서, 이에 대한 국가의 권력적 개입은 “정부의 행정관료에 의하여 교과내용 내지 교육내용이 영향을 받을 소지가 있다”는 점에까지 나아가고 있다. 더구나 그것이 자유민주주의의 기본이념과 모순되거나 역행될 우려도 있음을 인정한다. 그리고 실제로 이러한 문제점은 단순한 우려가 아니라 사실로 나타나고 있다. 이에 관하여는 전국교직원노동조합 교직원위원회, 참교육 실현을 위한 교과서 백서, 푸른나무, 1990; 광병선 등, 교과서와 교과서 정책, 한국교육개발원, 1986; 교육출판기획실 편, 분단시대의 학교교육, 푸른 나

국가가 교육정책의 입안 및 실현에 방관자적인 위치에 안주할 수는 없는 것이며, 교육내용 내지 교과서문제에 대해서도 어떤 형태로든 관여하는 것은 부득이하다”는 이유 아래 합헌결정을 내리고 있다. 그러나 여기서는 공교육에 있어서의 주체가 누구인가? 교육내용에 대한 관여는 조성·형성인가 감시·통제인가? 나아가 적극적으로야 하는가 아니면 소극적이어야 하는가? 그 관여의 실질적 주체는 국회인가 교육부를 중심으로 하는 행정부인가? 포괄적 입법위임의 문제는 없는가? 등등의 점에 대하여는 불확실하거나 논리의 정합성이 결여된 설시를 하고 있다.¹¹⁷⁾ 즉, 이미 도태되다시피 한 국가교육권설을 바탕으로 국가가 교육내용에 대하여 단지 감시의 역할만을 수행하는 것으로는 충분하지 않고 보다 적극적으로 교육의 내용을 결정하고 통제하여야 할 책무(또는 권한)를 선언하고 있는 것이다. 그리고 그 이유로서는 헌법상의 교육제도 법률주의와 교육의 통일성, 더 나아가 예의 “남북긴장관계가 아직도 지속되고 있는 현실여건”을 들고 있다.¹¹⁸⁾ 그러나 문제는 이러한 것

무, 1989 등 참조.

117) 이석태, “국정교과서제도 헌법소원 사건,” 민주사회를 위한 별론 제2호, 175-207면 참조.

118) 그 외에도 일본의 판례도 이 합헌결정의 심리적 근거가 될 것이다. 그러나 이 결정의 당부는 차치하고서라도 일본의 교과서제도는 검정제로서 국가는 소극적 형태로 감시하는 데에 불과하다. 그런데 이러한 소극적 감시체제하에서도 소위 일본사 교과서에의 일부 사실의 왜곡현상이 문부성의 주도하에 이루어졌던 사실을 본다면, 과연 헌법재판소의 이 결정이 다원주의를 바탕으로 하는 자유민주적 기본질서를 보호함에 기여할 것인가는 더 물을 필요도 없을 것이다. 上村貞美, “教科書檢定,” 芦部信喜, 高橋和之 編, 憲法判例百選 I, 別冊 ジュイスト No.96, 1988, 146-7면 참조

이 왜 국정교과서제와 같이 국가의 직접적이고 노골적인 교육내용의 통제장치로 이어지는가에 관하여는 아무런 언급도 없다. 단순히 『남북긴장관계(=민주적 기본질서)→통일적인 국민의식형성→국가의 교육통제→국정교과서제도』라는 평면적 도식만을 바탕으로 하고 있음 따름이다. 결국 이 부분에 관한 설명은 이데올로기 도구로서의 교육제도를 최대한으로 활용하겠다는 구시대 이래의 국가권력의 의욕을 그대로 반영하고 있음에 불과하다는 것으로 충분할 것이다. 바로 이 점에서 다음의 인용은 거의 절대적인 타당성을 가진다.

헌법재판소가 정치적, 사회경제적으로 대립하는 여러 입장 가운데 하나를 선택하여 자신의 입장으로 삼고 그것을 ‘헌법’이라고 선언하는 것은 헌법과 헌법재판의 ‘정치성’에 비추어 수긍할 수도 있는 일이다. 그러나 … 그것이 … ‘헌법재판’의 이름으로 주어지는 한 그 선택은 객관적으로 타당성이 인정되는 일관된 법논리에 의하여 논증해야 하는 것이다. 자신의 선택을 설명하면서 실제로 존재하는 사실을 존재하지 않는다고 … 허위주장하거나 논리적으로 아무런 상관관계가 없는 말 또는 단어를 나열한 다음 결론을 건강부회식으로 붙여서는 안되는 것이다.¹¹⁹⁾

119) 조용환, “재판을 통해본 90년의 인권,” 대한변호사협회, 인권보고서 제5집, 1991; 이석태, 전개논문, 204면에서 재인용. 실제 이 결정은 그 후미에서 “이러한 사정이 인정되는 경우 이외에는” 국정제 보다는 검인정제도, 그리고 검인정제도 보다는 자유제도가 헌법이념의 실현에 기여할 것이라는 사족을 달고 있는 바, 여기서 헌법재판소의 무기력성이 드러나는 것이다. 즉, 헌법의 이념과 구조가 어떠한지 판단하였다면, 그에 부응하는 결정을 내려야 함에도 불

마지막 유형은 주변적인 것이기는 하지만, 현저히 부당한, 그러나 냉전 - 안보이데올로기와 밀접한 연관을 가지는 사건에 대하여 우회적으로 그 위헌성을 선언한 형태이다. 91헌마111(1992. 1. 28) 사건에서는 국가보안법위반사건에 피의자의 변호인 접견에 대한 감청행위가 변호인의 접견·교통권을 침해하였음을 이유로, 그리고 90헌마82(1992. 4. 14)사건에서는 찬양고무죄 및 불고지죄에 대한 구속기간연장제도는 신체의 자유를 부당하게 침해함을 이유로 각각 위헌결정하였다. 그러나 전자의 경우에는 피의자의 방어권의 확보라는 측면보다는 변호인 - 법조의 권한 내지는 직역의 확보에 대한 관심이 더욱 부각되고 있다.¹²⁰⁾ 그것은 비록 방논의 형태로 거론되고 있을 뿐이지만, “대화내용의 비밀이 보장되는 자유로운 접견이라야 한다는 것은 변호인 접견에만 허용되고 변호인이외의 자와의 접견에는 적용되지 않는 것”이라는 취지의 언급은 물론 변

구하고 굳이 예외적인 사정을 창설하여 자신의 헌법판단을 「거부」하고 있는 것이다. 대체로 헌법재판의 형식으로 권위주의적 통치행태에 도전하는 경우에 헌법재판소의 결정이유의 실시 구조는 이와 같은, 총론은 그런데, 각론상 어쩔 수 없다는 식으로 일관하는 것이 통상적이다. 이 점에서 우리 헌법재판소의 결정을 지배하는 헌법해석논리는, “예외적 상황”의 논리라고 하여야 할 것이다.

- 120) 이 사건에서는 암묵적으로 법조인은 “법에의 봉사자”라는 미란타적 상징을 당연한 전제로서 받아들이고 있다. 법조의 배타적 직역 확보라는 논의는 그것이 법적 상징의 독점과 그의 조작을 통한 기득권의 유지라는 측면에서 상당히 중요한 정치적 의미를 가진다. 정치적 상징에 대한 통제력의 확보는 그 자체가 정치투쟁의 목적을 이루는 바, 그 상징의 한 파생인 법적 상징에 대한 통제력 확보 역시 마찬가지로의 권력적 우월성을 확보함을 의미하기 때문이다.

호인의 조력을 받을 권리의 측면에서 보면 당연할지 모르나, 무죄추정의 원칙에 기할 경우 통신의 자유, 사생활의 자유 등의 기본권에 대한 제한이 된다는 점을 엄두에 두지 않고 있다는 비판이 가능하다. 물론 이 경우 계호의 필요상 또는 공소유지의 필요상 이들 기본권들을 제한할 수도 있을 것이나 그 제한의 필요성과 최소성, 보충성의 문제도 깊이 고려되어야만 일응의 판단이 가능한 부분이다. 또 후자의 경우에는 국가보안법상의 여타의 범죄 즉, §3-6, §8, §9상의 범죄에 대하여는 그 성격상 어느 정도의 장기간의 구속이 필요함을 암시하고 있을 뿐 아니라 이에 더 나아가 단순히 범죄수사의 필요성이라는 기준에 의해서만 위헌적 기본권침해 여부를 판단하는 관료주의적 편향성을 보임으로써 행정적 필요가 있다면 언제든지 기본권은 제한가능하다는 단순논리에 입각한 편의주의를 뒷받침하고 있다.¹²¹⁾

(나) 기타의 사건

제6공화국이라는 국가의 성격이 헌법재판소에 부과하는 한계는 시국관련사건이 아닌 경우에도 명시적·묵시적으로 나타난다. 물론 여기서는 전술하였듯이 순수한 시민사회내부에만 그치는 사건들에 대하여는 나름의 헌법적 판단을 행하고 있다. 그러나 그것이 국가에 의한 시민사회의 통제라는 구도와 어느 정도의 관련이 발견될 수 있는 것이라면

121) 결국 이 부분에 있어서의 범익의 형량은 미국에서 말하는 범익형량의 원칙과는 달리 국가적 또는 사회적 범익이 개인적 범익과 충돌하는 경우 일단은 전자가 우선하는 것으로 보는 일종의 전체주의적 발상이 저변에 흐르고 있다 할 것이다.

그 논술의 기초가 조금씩 변형되어 버린다. 대표적인 것이 의원입후보시의 기탁금제도에 관한 사건이다. 헌법재판소는 고액의 기탁금제를 위헌선언하면서도,¹²²⁾ “과열선거의 예방과 후보자난립의 억제필요성”에 의거하여 “절대적 기준이 있을 수 없는 기탁금 액수를 조절해서 조화를 찾는 노력이 필요”하기 때문에 국회의 입법형성권을 존중한다는 취지의 결정을 내리고 있다. 실제 이 사건의 본질은 구시대로부터 내려오던 정치참여의 배제를 위한 제도적 장벽을 철폐하는 것이었음에도 불구하고 “선거절차상의 필요성”을 이유로 여전히 기탁금제도의 존치를 암시하고 있는 동시에 그의 합리성여부에 관한 실질적인 판단을 국회 - 보다 정확히는 여당을 매개로 하는 관료들의 판단에 일임하고 있는 것이다.¹²³⁾ 더불어 이 논의는, “정치지도층에게…진정한 민주사회를 건설해 주기를” 촉구하는 엘리트 중심적 사고로 이어진다. 말하자면 다원주의에서 요구되는 다원적 이해관계들의 조정 또는 중재라는 국가기능이 여기서는 국가에 의한 「민주적」 통합 메카니즘의 형성이 요구되고 있는 것이다.

122) 1989. 9. 8 선고 88헌가6; 1991. 3. 11 선고 91헌마21

123) 1992.3.13 선고 92헌마37.39(병합) 사건도 비록 평등원칙 위반을 이유로 정당연설회제도를 위헌선언하고 있지만, 선거운동에 대한 포괄적인 제한을 주된 내용으로 하고 있는 각종 선거법에 대하여 헌법재판소는 여기서 “선거부정방지” “공정한 선거”를 효과적으로 관리 시행한다는 입법자의 의지만을 원용하고 있을 뿐 그의 반환법성에 대하여는 여전히 침묵하고 있다. 선거운동의 규제를 포괄적 제한으로 하는가 아니면, 예외적 통제방식으로 할 것인가 자체를 입법형성권의 한 내포로 바라보고 있는 것으로, 유선정권 이래의 탈정치화 조치의 연장선상에서 선거관계법은 오로지 국회의 전권사항으로만 간주하고 있는 것이다.

또한, 이러한 선거의 정치적 의의의 설정은 독일헌법재판소가 말하는 자유민주적 기본질서의 본질적인 부분과 결합되어 있지 못한 점에서 한계가 있다. 이 판결에서는 “공동체의 결단을 함에 있어서 공동체에서 각각의 자유로운 공동형성자가 존재한다는 것이 가능하여야 하며…공동결정의 자유는 공동체의 결단이 - 실질적으로는 다수결에 의하여 - 각자에게 최고의 자유에 대한 가능성을…허용하며, 항상 동의할 수 있는 여지가 남아 있는 것을 전제할 때에만 가능하다”고 하면서, 사회생활의 형성에 참여하는 모든 개인과 집단에 상존하는 대립의 존재가능성이 정치권력을 위한 투쟁으로 이어지며, “질서와 이에 의하여 주어지는 모든 실제적이고 정신적인 힘 사이의 자유로운 대립가능성의 경향은…모든 이익의 조정과 보호를 위한 방향으로 작용한다”고 규정, 사회적 법치국가의 원리로부터 시민들의 참여권을 이끌어 그것을 자유민주적 기본질서의 한 내포로 규정하고 있다.¹²⁴⁾ 선거는 바로 이러한 시민의 참여권의 연장선상에서 그 권리가 가장 무르익는 클라이막스에 해당 하는 것이라고 바라보아야 할 것이며, 그런 만큼 모든 사람이 이 과정에 포섭될 수 있어야 하며, 또 이 과정 속에는 모든 주의나 주장들이 선거구민들에게 공평하게 알려질 수 있는 기회가 열려 있어야만 한다. 이 점에서 정당대표의 토론회를 보도할 수 있도록 한 국회의원선거법 제58조의2의 규정을 합헌선언한 92헌마37.39(1992. 3. 13)의 결정

124) BVerfGE 2, S.85ff

은 문제시된다. 여기서는 대중매체를 통한 보도가 개별적인 지역구의 선거결과에 상당한 영향을 미칠 수도 있다는 사실을 인정하면서도, 그것이 당해 지역구의 후보자들에 보장된 것은 아니며, 또 방송국 등과 사적 계약에 의하여 이루어지는 것인 만큼 기본권 침해의 직접성이 없다고 단정하고 있다. 실제 이와 같은 무소속입후보자와 정당의 공천을 받은 입후보자간의 사실상의 차별은, 혁신 내지는 급진에 속하는 인사들이 무소속으로 입후보하여도 자신의 의견이나 입장을 대중에 천명할 수 있는 기회를 실질적으로 박탈당하였고,¹²⁵⁾ 그 결과는 이들과 민중당의 참패 및 그와 비슷한 출신성분을 가졌으나 정당의 공천을 받은 입후보자는 상당수가 당선되었다는 양극적인 선거결과에서도 잘 나타난다.

3) 재산권사건 - 시민사회와 국가개입

자본주의사회에서의 재산권보장형태는 시민사회의 본질을 반영한다. 그러나 우리나라와 같이 국가에 의하여 시민

125) 헌법재판소는 이 결정에서 이것을 “정당정치에의 일환으로 정당활동을 보장하는 데에 주안점이 있는” 것이라고 하였으나, 결국은 보혁구도 속에서 소위 「제도권정치」에 프리미엄을 부가하는 역할만 수행하고 있을 따름이다. 즉, 시민사회내의 일정부분을 정치과정으로부터 배제하기 위한 정치적 목적이 다분히 담겨 있는 이 규정을, 단순히 정당정치라는 상징만 가지고 설명함으로써, 정당법상의 정당설립요건이 유례없이 강화되어 있는 우리나라의 실정상, 그리고 노동조합의 정치적 참여권이 제한되어 있는 실정상 기존의 틀에 비판적 입장을 가지고 있는 자가 선거라는 행사를 통하여 그것을 광포하고자 한다 할지라도 적절한 수단이 없게 되어 버리고 만다는 점을 보지 않고 있는 것이다.

사회가 형성되다시피 한 경우에는 오히려 전자가 후자를 규정한다고 보아야 할 것이다. 이 점에서 사회적 시장경제 질서를 채택한 헌법규정은 시민사회에 대한 포괄적인 국가 개입을 반영하고 근거 지우는 창구가 된다. 원래 시민사회는 사적 자치를 바탕으로 자율성과 자기책임성에 의하여 경쟁원리에 따라 영위되고 국가의 개입은 최소한에 그쳐야 하는 것이 원칙이나, 우리나라의 경우 국가가 자본의 축적과 경제발전을 주도하여 왔던 만큼, 상당히 많은 부분에서 국가규제 내지는 통제현상들을 발견할 수 있다. 헌법재판소는 경제적 기본권의 보장 및 평등의 원칙과 국가의 경제규제필요성이라는 일면 상호대립되는 요청들의 조정에 임하여 일단은 지난 시대의 불균형적 특혜나 과잉규제를 무효선언하는 모습을 보이고는 있으나, 그 실질부분에 대하여는 여전히 관료의 판단에 의존하고 있다.

이 사건유형과 관련하여 가장 많은 심판의 대상이 된 것이, 사적 부분에 대한 국가영역의 우대제도이다. 헌법재판소는, 국가에 대한 가처분금지¹²⁶⁾나 잠종재산의 취득시효 배제조항¹²⁷⁾이라든지 조세행정상의 각종 의제규정,¹²⁸⁾ 등에 대하여 일관하여 위헌결정을 내리고 있다. 이 결정들은 일단은 자율과 평등을 이념으로 하는 시민사회부분에 대한 국가의 우월성 내지는 자율성을 부인하는 외관을 갖추고는

126) 1989. 1. 25 선고 88헌가7

127) 1991. 5. 13 선고89헌가97; 1992. 10. 1 선고 92헌가6,7 병합

128) 조세행정상의 편의와 효율성만을 염두에 둔 이 사건유형은 1989. 7.21 선고 89헌마38; 1990.9.3 선고 89헌가95; 1991.11.25 선고 91헌가6; 1992.12.24 선고 90헌바21 등 참조.

있으나, 타면으로는 국가와 시민사회의 교호관계에 대한 추상적인 이해만을 바탕으로, 평등의 원칙이나 사적 자치 또는 조세법률주의라는 획일적 기준에 의해서만 이러한 결론에 이름으로써 형식적이라는 비판을 면치 못하게 된다. 즉, 국가의 국민에 대한 모든 영역에 있어서의 공적 의무라는 기본권의 실질이, 오히려 절차적, 형식적인 측면으로 전화되는 셈이 되어¹²⁹⁾ 경제생활영역에서 국가가 순수하게 사경제주체로 기능할 경우의 과급효과에 대한 판단이 배제되어 버리고, 그로 인한 기본권의 실질왜곡가능성이 간과되는 것이다. 제5공화국 당시의 부실기업정리정책의 예에서 나타나듯이 부실기업의 인수업체에 부여한 엄청난 특별성 조치들-용자, 조세감면, 인수대금의 상환조건의 대폭적 완화 등 - 이 모두 사적 경제영역 속에서 이루어진 것들이며, 이것이 우리나라의 불균형성장정책 내지는 재벌중심적 경제운용정책의 기본적 정책수단으로 이루어져 왔다는 점을 감안하면 더욱 그러하다. 결국 헌법재판소의 이 결정들은 제6공화국 이래 중산시민들의 정치적 요구들 중에서 가장 비중이 부여되고 있는 경제적 정의의 실천 및 자본축적의 천민성 극복이라는 요청에는 별다른 도움이 되지 않는 주변적인 개량이자 일종의 법의 형식을 빈 이데올로기적 조작에 불과한 것이다.

토지거래허가제에 대한 합헌결정¹³⁰⁾은 또 다른 측면에서 헌법재판소의 한계를 보여준다. 4:5의 표결로써 위헌이라

129) 출고, 전계논문, 216-218, 231-232면 참조.

130) 1989. 12. 22 선고 88헌가13, 좀더 정확히는 위헌불선언결정이다.

선언할 수 없다고 결정된 이 사건에서 반대의견들은 토지 소유권의 사회적 의무라는 헌법조항에 대하여 “총론에는 찬성하나, 각론에는 반대한다”¹³¹⁾는 취지로 일관하면서, 특히 동법 21의15의 토지매수알선청구권규정이 정당보상에 대한 헌법상의 권리를 침해한다는 이유로 이 제도 자체가 토지소유권의 본질을 침해하고, 과잉금지의 원칙에 반함을 주장하였다. 그러나 다수의견은 21의15에 대한 심판청구가 없었기 때문에 판단의 필요도 없고 또 그 조항이 위헌이라고 해서 토지거래허가제가 위헌일 수는 없다는, 양자는 전혀 별개의 문제임을 들어 합헌이라고 선언하였다. 물론 토지거래허가제의 위헌여부는 “그 [토지]의 종류, 성질 [등]에 따라 달라질” 수 있는 것이기는 하지만, 헌법재판소가 헌법 판단범위에 관한 종래의 태도¹³²⁾까지도 굳이 무시하면서까지 이 제도의 효력을 유지하고자 한 것은 무엇 때문인가?

1980년대 초기의 3저현상을 바탕으로 한 호황기가 점차 국제경쟁력의 약화로 쇠퇴의 국면에 들어서자 한국국가의 경제운용 전략이 개별자본에 대한 직접통제로부터 총자본에 대한 간접적 통제로 변화하게 된다. 그것이 가장 극명하게 드러나는 것이 토지공개념법안의 입법과정이다.¹³³⁾

131) 이 표현은 토지공개념입법과정에서 국회의원들이 보인 태도를 절실하게 표현하고 있다. 한국일보, 1989.7.12일자.

132) 예컨대, 88헌가5 등, 88헌마22 사건 등에서는 “가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것”이라고 하면서 헌법판단에 있어서의 헌법재판소의 역할을 상당히 적극적이고 포괄적으로 선언하고 있다.

133) 이에 관하여 자세한 것은 이상영, 법사회학적 입법연구 - 토지공개념 3개법안 입법과정을 중심으로, 서울대학교 박사학위청구논문, 1993, 제4장 특히 제2절 참조. 이와 같은 맥락속에서 거론되었던

거대재벌을 중심으로 하는 개별자본들의 단기적 이익에 극단적으로 반하는 이들 법률의 제정과정은 차기선거에서의 정권의 재창출 뿐 아니라 기존 제6공화국의 정당성마저도 국민대중으로부터 흔들리게 될 정도로 심각한 사회문제를 야기하였던 부동산투기억제정책의 일환으로 제기된 것이다. 헌법재판소의 이 결정은 토지공개념입법을 둘러싼 정부 - 재벌 - 대중들간의 대립과 알력이 고조되어 가는 과정 중에 이루어진 것이다. 국토이용계획법상의 토지거래허가제는 부동산투기억제를 위하여 일정한 지역에 대한 토지거래에 대한 일종의 “상한가격의 제한”이라는 형태로서 이루어진 것이며, 재산권의 사회적 의무라는 헌법조항의 의미와 한계에 대한 경제부분들간의 대립의 여지를 안고 있었던 제도이자, 제6공화국으로서는 “혁명예방적” 입법인 토지공개념입법으로 나아가기 위한 디딤돌로 여겨지고 있었다. 따라서 이 제도의 위헌여부는 장차의 토지공개념입법의 성과뿐 아니라 나아가 제6공화국의 존립에까지 영향을 미칠 것으로 예견되었었다. 헌법재판소의 위와 같은 판단은 이러한 정치·경제적 상황을 반영한 것으로 보인다. 즉, 당해 문제에 관하여 국민대중의 의사에 합치하는 방향으로 결정하기보다는 정치권력의 의사나 정책선택을 헌법적 판단에 흡수시킨 것이다. 문제는 그것이 비록 외관상으로는 경제적 정의의 실현에 기여하는 것처럼 보이기 는 하지만, 실질적으로는 시민들이 가지는 재산권의 실질¹³⁴⁾ -

금융실명제는 결국 재벌측의 반대로 인하여 실패로 돌아갔다.
 134) 실제 재산권의 본질적 내용에 관하여는 다툼이 있으나, 독일연방

즉, 그 경제적 가치의 보전에는 하등의 기여를 하지 못하는, 오히려 역행하는 결과를 야기하고 이러한 토대의 왜곡으로 인한 시민들의 제반의 기본권의 침해가능성에 대하여는 아무런 판단을 내리지 않고 있다는 점에서 나타난다.

직업선택의 자유에 관한 일련의 결정들은 헌법재판소가 입법형성권이라는 이름으로 관료적 판단에 자신의 판단을 대체하는 예를 보인다. “광범한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정사항”으로 “공공복리를 고려하여 합목적적으로 정할 재량사항”으로 (헌)법적 판단과 정책적, 행정적 판단을 준별하면서, 그 실질에 대한 평가를 국가에 일임하고 헌법재판소의 역할은 오로지 절차적 측면의 심사에만 국한하는 모습을 보인다. 이 점은 우리 헌법재판소가 직업의 헌법적 의미에 관한 이해가 부족함을 단적으로 보여주는

헌법재판소의 다음과 같은 판결은 재산권보장이라는 헌법적 요청의 실질을 규정하고 있다 할 것이다.

기본법 제14조 제1항 제1문에 따라 보장되는 재산권은 인적 관계에서 자기 스스로 책임지는 행동에 관한 자유영역으로 문제되어야만 한다. 재산권보장은 제1차적으로 대물적 보장이 아니라, 오히려 권리자보장(Rechtstragergarantie)인 것이다. 기본권은 무엇보다도 보장된 재산의 존속에 대한 모든 부당한 작용을 배제할 권능을 보장하는 것이다.(BVerGE 24, S.367ff)

다만 이러한 권리자보장으로서의 재산권보장이 “공용수용이 허용되는 경우에는 본질적 보장은 재산가치의 보장으로 전화한다.”(ibid) 요컨대, 재산권의 본질적 내용이 무엇인가에 관계없이 공적 침해가 가해질 경우 그것은 그 재산의 경제적 가치로 고착/전화되는 것이라 보아야 할 것이다. 여기서 토지거래허가제의 도입은 재산권, 특히 소유권의 주된 권능인 처분권을 제한하는 실질을 가지고 있는 만큼, 그에 상당한, 재산가치의 보전을 확보할 수 있는 대체수단이 존재해 있어야만 한다는 점을 다수의견은 무시하고 있는 것이다.

것이다. 즉, 「직업 선택의 자유 = 경제적 자유 = (미국식의 이중기준의 원칙에 의한) 합리성심사 = 합목적적 제한 입법에 대한 합헌성의 추정」이라는 단순논리에만 입각하여 직업선택의 자유가 공익과 대립하기만 하면 국가의 경제규제권을 발동하여 제한할 수 있는 것으로, 그리고 그 제한의 범위와 양태는 입법형성권에 위임되어 있는 것으로 보는 것이다. 이러한 해석론은 제3공화국 당시의 경제정책, 즉, 수출주도형 산업화전략에서 그 근원을 찾을 수 있다. 이 정책은 채 형성되지 못한 기본적 하부구조의 구축을 위하여 시장형성정책을 추진하면서, 수출주도형 산업화전략으로 인한 기업의 적자를 국내시장의 규제와 통제를 통하여 보전하고자 하였던 것으로 그 방편 중의 하나로서 각 경제영역에 독점체제를 구축하고 배타적 이윤확보력을 갖추는 전략을 선택하였다. 이것이 관료주의와 결합하면서 거의 모든 직업영역에 대한 허가제, 인가제, 또는 등록제 심지어 신고제까지에 이르는 광범한 행정개입현상을 야기하게 된 것이다. 그리고 이러한 국가중심적, 관료중심적 경제통제, 규제를 법적으로 뒷받침한 것이 바이마르 공화국 당시의 직업의 자유(동헌법 제151조 제3항)에 관한 도그마이다. 여기서는 직업(영업)의 자유를 사회 및 경제질서의 객관적 원리로서 선언함으로써 그것을 개인의 인격권과 유리시키고 단순한 경제적 활동의 자유로만 파악하였던 것이다.

그러나 직업은 그것을 영위하는 자의 인격과 불가분의

것이다. “직업은 개개인에 대하여 생활의 과제이자 생활의 기초이며 또한 이를 통해서 사회적인 총체적 급부에서 자신의 역할을 분담하는 활동에 헌신함으로써 자기완성을 꾀한다.”¹³⁵⁾ 즉, 자본주의사회에서의 직업이란 인격의 연장으로 교육을 받을 권리, 일반적 행동자유권, 인격의 자유로운 발현권 등과의 관련 속에서 이해되어야 한다. 이 점에서 독일연방헌법재판소가 직업선택의 자유에 대한 제한을 단계별로 구분하고 있는 것은 타당하다.¹³⁶⁾ 즉, 직업종사자가 그의 직업활동을 개별적으로 형성하는 형태와 방법에 대한 즉, 직업활동의 자유에 대한 제한은 합목적성이라는 관점에서 광범한 기준을 입법자가 설정할 수 있는 반면, 특정조건의 충족여부에 따라 직업활동에의 착수를 제한하는 순수한 의미에서의 직업선택의 자유의 제한은 다시 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그것이 그 직업종사자의 능력과 자질, 지식의 결여를 이유로 하는 경우(주관적 조건의 설정: 예컨대, 자격제)에는 그러한 요건의 획득을 위한 기회의 균등(교육기회와 학습가능성의 균등을 의미한다), 사전공지된 사항일 것, 그리고 비례성의 원칙(특히 압도적 공익의 보호를 위한 목적에 봉사할 것)에 충족하는 한에서만 허용된다. 하지만 직업허가에 대한 객관적 조건의 설정은 그 조건의 성취여부가 당사자의 노력과 전혀 무관하다는 점에서 압도적으로 중요한 공동체이익에 대한 명백하고도 고도의 개연성이 있는 중대한 위험을 저지하기 위해서만 허용

135) BVerGE 7, S.377ff

136) ibid

된다고 한다.

위의 직업선택의 자유에 관한 헌법재판소의 결정들에서는 이러한 제한의 구분이 전혀 보이지 않는다. 예컨대 한약업사권침해에 관한 헌법소원¹³⁷⁾에서 헌법재판소는 “도지사는 한약업사의 수급조정상 필요하다고 인정하는 경우에는…한약업사에 대해서는 그 업을 보건사회부령이 정하는 지역에 한하여 한지적으로 허가하게 되어 있으며…”라고 하면서도 이 약사법규정이 직업선택의 자유의 어떠한 단계에 대하여 어떠한 공익을 위하여 어떻게 제한하고 있는가는 전혀 판단하지 않고 있다.¹³⁸⁾ 즉, 입법부를 창구로 한 행정부 - 관료의 판단에만 일임하고 있는 보기 나름으로는 합법률적 헌법해석의 방법에만 의존하고 있는 것이다.

결국 재산권에 관한 일련의 사건들에서 헌법재판소는 한국국가와 시민사회의 구조를 그대로 반영하고 있는 것에 불과하다. 「입법형성권」, 「재량사항」, 「재산권 행사의 사회적 의무」 등의 언술은 그 자체가 헌법재판소의 판단대상이 아니라 국회의 입을 빌리는 국가의 전권적 판단사항이 되어 버린다. 평등원칙, 사적 자치, 재산권 보장 등의 헌법적 관념들도 다원주의적 모델에 의거한 시민사회의 틀을 마련하는 것이라기보다는, 국가의 경제규제 및 통제정책의 실질에 대한 판단을 회피하기 위한, 오로지 절차적인

137) 1991. 9. 16, 89헌마163

138) 이러한 헌법판단의 배제는 1991.9.16 89헌마231에서도 그대로 나타난다. 이 두 사건에서 당해 법조의 위헌성여부에 관한 판단이 비록 청구사항은 아니라 할지라도 적어도 방론으로서라도 그 부분을 실시하는 것이 결정의 정당성 획득이라는 점에서 보다 나왔을 것이다.

맥락에서만 파악되고 있는 것이다.

7. 결 론

지금까지 우리 헌법의 기본적인 상징으로서의 다원주의적 국가모델과 헌법현실의 기본구조로서의 권위주의체제 및 민주화경향 양자의 관계 속에서 헌법재판소의 결정례들을 그 헌법해석경향을 중심으로 살펴보았다. 우리 헌법(학)의 기본적인 준거가 되고 있는 다원주의적 국가모델(그리고 자유민주적 기본질서)은 오늘날 그 주창자들까지도 현대자본주의는 사회적 및 경제적 자원의 불평등으로 인하여 평등과 자유가 저해되고 있고, “다원주의가 민주주의적이기 때문이 아니라, 민주적이지 않기 때문에 시장체제와 결합하게 되는 역설적 결과”를 야기하고 있음을 자인하고 있는 실정이다.¹³⁹⁾ 그러나 여기서 바라본 것은 다원주의적 국가모델 그 자체에 대한 비판적 분석이 아니라, 헌법재판소가 나름의 결정을 통하여 정립하고 있다고 주장하는 이 다원주의적 국가이념이라는 헌법적 상징이 헌법재판소의 결정에 철저하게 관철되고 있지 못하다는 점이다. 한국국가가 처음부터 시민사회를 형성, 통제하여 온 역사적 경험이 다원주의적 자유민주적 기본질서라는 헌법이념을 단순히 지지획득을 위한 이데올로기적 조작에 불과하게 만든 것임이 헌법재판소의 결정들에서도 그대로 나타나는 것이

139) Robert Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, (Cambridge: Polity Press, 1985), p.60; 손호철, *전환기의 한국정치, 창작과 비평사*, 1993. 433-434면 참조.

다.

우리나라의 사법부는 그 자체가 국가권력의 행사기관이다. 즉, 입법·행정·사법의 권력분립론에서 나타나는 것과 같은 상호견제와 균형의 도식 속에서 움직이는 것이 아니라, 일방의 권력행사를 정당화시키고, 그로부터 국민들의 지지를 획득하는 현상확인적 기능에 중점이 놓여져 있다. 헌법재판소도 이에 대한 예외는 아니어서, 비록 그 설치와 기능개시의 시기가 개량적 민주화의 과정과 중첩됨을 계기로 어느 정도 정치참여의 개방, 시민사회의 자율성의 인정 등의 결과를 야기하기는 하였지만, 그 실질에 있어서는 역시 국민의 지지획득을 위한 방편적인 것에 머무르고 있다.

거듭 밝히거니와 우리 헌법은 다원주의적 자유민주적 기본질서를 바탕으로 한다. 헌법의 이념이 그렇고 그에 대한 국민적 기대 역시 마찬가지이다. 헌법Text와 이를 분석하는 헌법이론 역시 이 점에 대하여는 다른 설명을 찾아보기 힘들다. 다만 아직까지는 이러한 헌법이념에 대한 국민적 신뢰는 단순한 미란다의 차원에 그치고 있을 뿐이다. 일제 식민지시대의 질곡과 한국전쟁의 혼란기를 거치면서 종래의 왕권을 대체할 수 있는 새로운 신화를 추구하던 우리 국민들은 미군정의 경험과 이승만의 미국적 취향을 매개로 서구적인 자유주의적 입헌주의에 입각한 헌법질서가 질서와 복리로 규정되는 국가형성(nation building)의 유일한 모습인 것으로 생각하고 그에 귀속되고자 하였다. 그러나 그럼에도 불구하고 이러한 정서적 신념을 합리적 신념으로 재구성해 줄 수 있는 계기는 아직까지는 안정적으로 나타

나지 못 하였다는 것이 우리 헌정사에서의 가장 심각한 불행이었다.

물론 민주정부와 독재를 양분법적 대립관계로 보지 않는 한 이 헌법이념이 100% 실현되기를 기대하는 것은 그 자체가 무리이다. 그러나 그 시대와 상황의 구속하에서 최대한의 정치참여 및 자유·평등의 확보가 바로 이 헌법이념인 것이며, 또 헌법재판소에 주어진 사명이라는 점도 분명하다. 더구나, 「문민정부」라는 이름하에 새 정부가 들어서고 또 그것이 지난 정권기에 대한 회의와 반성에서 보다 집약, 현실화된 국민들의 요구와 기대의 충족이라는 사명과 개혁과 개방, 국제화라는 기치로써 또 다른 국가양태를 지향하고자 하는 만큼, 환원하자면, 이러한 방향에 대한 국민적 기대가 형성되고 그것이 헌법재판이라는 의식을 통하여 실현되기를 바라고 있는 만큼,¹⁴⁰⁾ 헌법재판소의 역할 또한 나름의 변화가 필요하다고 볼 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 자유민주적 기본질서¹⁴¹⁾로 축약되는 헌법적

140) 실제, 최근에 와서 관심의 대상이 되고 있는 신사회운동(예컨대, 환경운동, 반핵운동, 인권운동, 소비자 운동, 여성운동 등)은 중산층을 중심으로 한 시민사회의 역할을 더욱 고양시키고 있으며, 비록 아직까지는 법운동의 형태로 나아가지는 못하였으나, 미국의 NAACP가 그러하였듯이 전술적, 전략적 고려에서 그 운동의 타겟을 헌법재판소로 잡을 개연성은 충분히 있다. 이렇게 될 경우 헌법재판소가 단순한 법도그마만을 적용하여 권리보호의 이익, 권리침해의 직접성, 자기관련성 등등의 당사자적격에 관한 이론으로써 청구를 각하하는 것으로 일관한다면 헌법재판소의 존재의의 뿐 아니라, 그로 상징되는 국가의 정당성의 위기현상마저 초래할 가능성이 적지 않다.

141) 물론 인간의 존엄, 인격의 가치라는 이념은 보다 상위의, 궁극적 신화라고 할 것이다.

신화와 그것을 구성하는 각종의 상징들 - 기본권보장, 권력분립, 사법권의 독립, 법치주의 등 - 을 헌법재판소가 그의 결정들을 통하여 제대로 구현하고 있는가 라는 질문에 위에서 살펴 본 바와 같이 긍정적이지 못하다.

정치적 상징은 정치질서유지와, 집단응집력을 강화하는 기능을 수행하면서 나아가 정치적 정당화 그리고 그에 입각한 정치적 동원의 기능도 수행한다.¹⁴²⁾ 그러나 만일 국민들이 구체적인 정치적 상징이 현실에서 신뢰의 대상이 되지 못함 - 즉, 그 상징이 단순한 법적 허구 내지는 허위의식에 불과함을 깨닫게 된다면 이러한 정치적 상징의 기능들은 연쇄적으로 사멸해 버리고 만다. 도처의 신생독립국에서 이러한 상징 및 신화의 훼손으로 인한 coup d'Etat의 연속현상은 바로 이 때문인 것이다: 오늘날의 우리 헌법재판소에 주어진 정치적 역할도 바로 이러한, 정치적 기능의 원활한 수행을 담보하는 것이다. 헌법과 그에 바탕을 두는 제 이념과 원칙들을 현실생활의 준거로서 선언하는 역할이 그것이다. 이 점에서 헌법해석과 관련한 헌법재판소의 향후의 방향성을 제시해 보면 다음과 같을 것이다.

첫째, 민주화의 요구에 부응하여 정치참여의 폭을 크게 개방할 필요가 있다. 종래 정권에서 의도적으로 배척되어 왔던 「혁신부분」 즉, 노동계나 농민, 기타 기층적인 차원에서 결집되는 이해관계들을 정치과정에 적극적으로 반영하는 노력이 요구된다. 이들은 우리나라에서의 시민사회의

142) 정우일, 유영옥, 전개서, 222-231면 참조.

성장과 더불어 오늘날 보다 적극적이고 능동적인 사회부분으로 결집되고 있기 때문이다. 더구나 신사회운동의 맥락에서 환경운동, 여성운동, 소비자운동 등 중산층을 중심으로 하는 소위 계급연합적 운동의 양식이 표면화되고 있는 실정에서는 이들의 요구사항들을 법의 영역 속에 포섭할 수 있는 유효한 장치를 마련해 두어야 할 것이다. 이를 위해서는 정치관계법 뿐 아니라, 각종의 노동관계법, 사회단체나 언론에 대한 규제조치들 등에 대한 헌법재판소의 입장변화가 필요할 것이다.

둘째, 종래의 권위주의적 억압의 도구로서 작용하였던 안보관계법률들에 대한 전면적인 재심사가 필요하다. 국가보안법이나, 사회안전법 등에 대하여 단순한 법률적 형식논리의 관점에서가 아니라 그것이 현실적으로 집행되는 과정 속에서 나타나는 억압과 폭력적 구도를 척결하기 위한 깊은 고려가 필요한 것이다. 범리상 합헌이나 집행에 있어서의 위헌적인 사회보호법, 집시법, 언론관계법 등도 마찬가지이다.

셋째, 국가와 시민사회의 관계에 관한 헌법재판소 나름의 정향을 설정할 필요가 있다. 전술한 바와 같이 우리 헌법재판소는 이에 대한 깊은 이해가 없이 그때그때 임기응변적으로 (또는 판단회피적으로) 그 결정에 임하고 있다. 국제화, 개방화의 추세는 경제의 자율화요구와 더불어 새 정부의 주된 정책기조이다. 헌법재판소가 적어도 새 정부에 대한 국민들의 순진한 기대 정도에라도 부응하기 위해서는 단순히 「정부규제조치는 사적 자치, 평등원칙에 위반

되므로 위헌」이라는 경직된 논리보다는 총자본의 이해 또는 시민대중의 이해에 일치·상반되므로 합·위헌이라는 그 실질에 대한 판단을 할 수 있어야 하는 것이다.

넷째, 이러한 요청들에 헌법재판소가 부응하기 위하여는 무엇보다도 헌법재판소 자체의 변혁이 필요하다. 이는 별도의 논의대상이 되어야 할 것이지만, 일단은 기존의 정치기관들(법원 포함)의 나눠 먹기 식의 재판관지명제도는 그 지명과정에 대한 국민적 통제의 과정이 전혀 결여된 채 이루어지는 만큼 누가 누구에 대한 통제인가 하는 헌법재판소 자체에 대한 회의로 이어질 수 있다. 헌법재판소의 성격을 사법기관으로 보건, 정치기관으로 보건 그 판단의 준거는 헌법임에는 틀림이 없는 만큼, 보다 큰 틀 속에서 국가현상을 판단할 수 있는, 그리고 그 판단의 정당성을 국민 속에서 찾을 수 있는 충원제도가 이루어져야 할 것이다.¹⁴³⁾

143) 이 점에서 헌법재판소의 정치에의 의지(Wille zur Politik)를 헌법에의 의지로 전환하기 위한 한 방편으로 학계와의 공식적, 비공식적 교류가 필요하다. 법학교수에게 변호사자격을 부여할 것인가의 논의는 별도로 하더라도, 적어도 일정자격 이상의 법학교수가 헌법재판소의 재판관으로 또는 헌법재판의 소송대리인 내지는 자발적 참가인으로 개입할 수 있는 여지는 반드시 마련되어야 한다. 더불어 재판관지명과정에 대한 학계의 인물평가가 이루어질 수 있는 (비)공식적 절차도 마찬가지로 마땅하다.

참 고 문 헌

- 계희열 편역, 헌법의 해석, 고려대학교 출판부, 1993
- 곽병선 등, 교과서와 교과서 정책, 한국교육개발원, 1986
- 교육출판기획실 편, 분단시대의 학교교육, 푸른나무, 1989
- 구모영, 법과 인간, 전망, 1994
- 국순옥 편역, 자본주의와 헌법, 까치, 1987
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1992
- 김동택, “한국사회와 민주변혁론: 1950년대에서 1980년대까지”, 한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 II, 창작과비평사, 1992.
- 김석준, 한국산업화국가론, 나남, 1992
- 김영철, “「동아일보사 노조결정사건」 판례비판”, 한국법학 교수회 편, 한국판례형성의 제문제, 동국대 출판

부, 1989

김종립, “의회과정을 규율하는 불문율”, 박동서 편, 의회와

입법과정, 법문사, 1985

김형국, “산업구조변화에 따른 국가와 자본의 관계변화”,

한국사회학회·한국정치학회 편, 한국의 국가와

시민사회, 한울, 1992

김호진, 한국정치체제론, 박영사, 1993

박광주, 한국권위주의국가론 - 지도자본주의체제하의 집정

관적 신중상주의 국가, 인간사랑, 1992

박승호, 헌법재판의 본질, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭

박사정년기념논문집, 1991

손호철, 전환기의 한국정치, 창작과 비평사, 1993

양 건, 헌법해석의 기본문제, 김철수교수화갑기념논문집,

1993

이병천, 박형준 편, 마르크스주의의 위기와 포스트 마르크

- 스주의 II: 시민사회론과 민주주의론, 의암출판,
1994
- 이상영, 법사회학적 입법연구 - 토지공개념 3개법안 입법
과정을 중심으로, 서울대학교 박사학위청구논문,
1993
- 이석태, “국정교과서제도 헌법소원 사건”, 민주사회를 위한
변론 제2호, 1994
- 임영일, 이성현 편역, 국가란 무엇인가, 까치, 1985
- 임혁백, “민주화시대의 국가 - 시민사회 관계의 틀 모색:
국가, 시장, 민주주의”, 한국사회학회 등, 전개서
전국교직원노동조합 교과위원회, 참교육 실현을 위한 교과
서백서, 푸른나무, 1990
- 정연선, 한국정치지도자 이념의 구조와 변천, 고려대학교
석사학위논문, 1976
- 정우일, 유영옥, 상징정책론, 홍익재, 1991, 217면

정태일, 권위주의체제 등장원인에 관한 사례연구, 최장집
편, 한국자본주의와 국가, 한길사, 1985

조용환, “재판을 통해본 90년의 인권”, 대한변호사협회, 인
권보고서 제5집, 1991

최대권, 법사회학, 서울대학교출판부, 1983

최대권, 헌법학, 서울대학교출판부, 1989

최장집, 한국민주주의의 이론, 한길사, 1993

최장집 편, 한국자본주의와 국가, 한길사, 1985

한국법학교수회 편, 한국관례형성의 제문제, 동국대 출판
부, 1989

한국일보, 1989. 7. 12.

한국정치연구회 사상분과 편저, 현대민주주의론 II, 창작과
비평사, 1992

한국행정과학연구소 편, 행정관례집(상), 서울문화사

한상진, “한국에서 시민사회, 국가 그리고 계급”, 한국사회

학회 등, 전게서

한상진, 한국사회와 관료적 권위주의, 문학과 지성, 1988

한상희, 사법적 정책결정의 경험적 분석, 서울대학교 법학

박사학위청구논문, 1993

헌법재판소, 헌법재판소판례집, 제1권 - 제4권, 1989-1993

홍두승, “중산층의 성장과 사회변동, 한국사회학회 등, 전

게서

상춘정미, “교과서검정”, 호부신회, 고교화지 편, 헌법재판

백선 I, 별책 *ジュイスト* No.96, 1988

이등정기, “헌법해석と리익형량론, *ジュリスト*, 638호

편강, “사회보장의 권리”, 국순옥 편역, 전게서

Alford, R. R., "Paradigms of Relations Between State

and Society" (임영일, 이성현 편역, 국가란 무엇

인가, 까치, 1985)

BVerGE 24, S.367 ; BVerGE 7, S.377ff ; BVerfGE 2, S.1

(12)

Beard, C. A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the U. S.*, (New York : Macmillan Co., 1941)

Brown v. Board of Education of the City of Topeka,
2347 U. S. 483 (1954)

Cotterell, *The Political Jurisprudence* (Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1989)

Dahl, R., *Polyarchy: Participation and Opposition*, (New Haven : Yale Univ. Press, 1971)

Ehmke, H., *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*,
VVdstRL, Heft 20 (1963)

Elliot, W. Y., "The Constitution as the American Social Myth", in : C. Read, ed., *The Constitution Reconsidered*, (New York: Harper & Row,

Pub., 1968)

Garraty, J. A., "The Case of the Missing Commissions",
in: J. A. Garraty, ed., *Quarrels That Shaped The
Constitution*, (New York: Harper Torchbooks,
1964)

Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD,
18. Aufl., 1991

Häberle, P., Die Öffene Gesellschaft der *Verfassungs-*
interpreten. JZ 1975, (계희열, 전개편역서)

Kaufmann, A., Analogie und Natur der Sache, 1965

Kelly, A. H., "The School Desegregation Case", in: J. A.
Garraty, ed., op. cit.

Marshall, T. H., "Citizenship and Social Class", (이병천,
박형준 편, 마르크스주의의 위기와 포스트 마르크
스주의 II: 시민사회론과 민주주의론, 의암출판,

1994)

Miller, A., *The Supreme Court: Myth and Reality*,

(Westport: Greenwood Press, 1978)

Robert Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, (Cam-

bridge: Polity Press, 1985)

Schauer, F., "Easy Cases", in: J. H. Garvey, and T. A.

Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory: A*

Reader, (St. Paul: West Publishing Co., 1989)

Schlaich, K., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge

der Staatsfunktionen, VVDStRL, 39(1981)

Schubert, G. A., *The Judicial Mind*,(Evanston: Northwe-

stern Univ. Press, 1974)

Shapiro, M., *The Court: A Comparative and Political*

Analysis, (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1981)

제 3 장 위헌성 여부가 문제되는 몇가지 법률조항에 대한 고찰

김 문 현

(이화여자대학교 법과대학 교수)

1. 서 설

본 연구는 위헌성 여부가 문제되는 몇가지 법률의 헌법적 문제를 고찰함으로써 앞으로의 헌법재판소의 결정에 참고자료를 제시하고자 함을 목적으로 하고 있다.

법률의 위헌성 여부를 판단하기 위해서는 먼저 두가지 측면이 고찰되어야 한다. 즉 하나는 절차적으로 그 법률의 제정, 개정이 헌법에 적합하게 이루어졌느냐 하는 점이고 또 하나는 그 법률의 내용이 헌법에 합치하느냐 하는 점이다. 이 중 전자의 문제에 대해서는 국회의 자율성 보장이 라는 측면에서 헌법재판소의 위헌여부판단이 상대적으로 제한적으로 이루어질 여지도 있을 것이다.

다음으로 법률의 내용이 헌법에 합치하느냐 여부에 대해서는 먼저 헌법의 개별규정의 적합성 여부가 검토되어야 할 것이다. 예컨대 사회적 특수계급제도를 인정하는 법률이나 영전에 특권을 부여하는 법률, 소급하여 형사처벌이

나 참정권이나 재산권을 박탈하는 법률, 연좌제를 규정하는 법률, 언론, 출판에 대한 허가나 검열과 집회 결사에 대한 허가를 규정하는 법률, 구체적으로 범위를 정하지 아니한 포괄적 위임입법 등은 이러한 개별적 헌법규정의 위반으로 위헌이 될 것이다.

다음으로 법률이 헌법의 기본원리를 침해할 수 없음도 자명하다. 그리하여 헌법상의 기본원리로서 국민주권주의, 대의제 민주주의 내지 국민대표주의, 권력분립주의, 법치주의 그리고 인간의 존엄에 기초한 기본권의 보장, 사회복지주의, 혼합경제, 국제평화주의 등이 법률의 위헌성 여부에 대한 판단의 기준으로 적용되게 될 것이다.

한편 법률의 위헌 여부는 많은 경우 기본권 침해와 관련하여 문제될 것이다. 이러한 기본권관련입법에 대한 위헌성 여부에 대한 판단기준으로서 종래 학설과 판례에 의해 발전한 여러 기준을 들 수 있다.

이러한 기준으로서 먼저 이중기준의 원칙을 들 수 있다. 이중기준의 원칙은 기본권영역에 따른 기본권의 성격과 중요성의 차이, 이에 따른 다수의사예의 위임의 적합성의 차이 및 그 관련입법의 헌법적합성에 대해 국회와 재판기관 중 어느 쪽이 판단하는 것이 적정하나의 차이 등을 포함하므로¹⁾ 정신적 자유관련입법과 사회·경제관련입법에 대한 헌법재판소의 위헌여부판단의 범위에 차이가 있게 된다. 그런 점에서 사회경제적 입법에 관해서는 합헌성을 추정하

1) 이에 관해서는 H. J. Abraham, *Freedom and the Court*, 1977, pp 24-32

고 합헌성 추정을 배제할 만한 합리적 이유가 없는 한 국회의 판단을 존중하여야 할 것이다. 반면 정신적 자유관련 입법의 위헌성 판단에 대해서는 엄격한 기준을 적용하여야 할 것이다.

둘째, 법 앞의 평등과 관련해서는 합리성 기준이 적용되고 미국연방대법원의 판례에서 볼 수 있는 바와 같이 이중심사 기준 또는 삼중심사기준이 도입될 수 있다고 생각한다.

셋째, 과잉제한금지의 원칙(Übermassverbot) 또는 비례의 원칙(das Prinzip der Verhältnismässigkeit)을 들 수 있다. 헌법재판소는 특히 입법작용에 있어 과잉입법금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성) 그 목적달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성) 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화) 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말한다고 한다.²⁾ 우리헌법상 이 원칙의 근거는 법치국가원리와 헌법 제37조

제2항에서 발견할 수 있다고 할 수 있다.³⁾ 경우에 따라서는 미국판례에서 볼 수 있듯이 (실체적) 적법절차와 관련하여 인정할 수도 있을 것이다. 이 원칙은 적합성의 원칙과 필요성의 원칙, 그리고(좁은 의미의) 비례의 원칙을 포함한다.

넷째, 기본권을 제한하는 경우에도 본질적 내용은 침해할 수 없다.(헌법 제37조 제2항) 본질적 내용의 침해는 기본권의 제한정도가 지나쳐 기본권 보장 자체를 무의미하게 하는 경우로서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 정도에 이른 경우를 의미한다 할 수 있다.

다섯째, 표현의 자유와 관련하여 명백하고 현존하는 위협의 원칙(clear and present danger test)과 사전억제금지의 원칙, 그리고 지나치게 광범위하기 때문에 무효라는 원칙(the overbreadth doctrine)과 막연하기 때문에 무효의 원칙(the void for vagueness)이 인정된다. 명백하고 현존하는 위협의 원칙은 표현과 법률이 금지하는 해악의 발생간에 긴밀한 인과관계의 존재와 시간적 근접성을 요구한다. 사전억제금지의 원칙에 대해서는 미국의 경우 일부예외를 인정하고 특히 음란성의 문제에 대해서는 이를 언론출판의 개념적 범주에서 제외하여 이에 대한 사전억제를 인정하지만 우리헌법상으로는 헌법 제21조 제2항이 언론출판에 대한 사전허가나 검열을 금지하고 있어 문제상황이

2) 현재 1992. 12. 24 선고, 92헌가 8

3) 이에 관해서는 양삼승, 과잉금지의 원칙 - 특히 독일에서의 이론과 판례를 중심으로 - 헌법논총 제1집, 1990, 155면

다르다. 지나치게 광범위하기 때문에 무효의 원칙과 막연하기 때문에 무효의 원칙은 상호 관련되어 있으며 표현의 자유의 위축을 막기 위한 원칙인데 전자는 표현활동을 규제하는 입법의 적용범위가 과도하게 광범하여 헌법상 보장되는 표현활동까지 제한하는 경우에는 문면상 무효라는 원칙이며 후자는 표현행위를 제한하는 법률에 사용하는 용어가 너무 막연하여 통상의 이해력과 관용에 의해 금지된 행위가 무엇인지 알 수 없는 경우 그 법률을 무효로 하는 원칙을 말한다. 그 밖에 최소제한적 수단의 원칙(the least restrictive means test) 등이 인정된다.

한편 우리나라에서의 법률의 위헌 여부에 관한 문제를 개괄적으로 정형화한다면 다음 몇가지로 나눌 수 있으리라 생각한다.

즉 첫째, 절차적 합헌성의 문제로서 과거 쿠데타 등 정치적 변혁기에 정상적 입법절차에 의하지 아니한 입법의 합헌성 문제라든가 또는 다수당에 의한 날치기입법 등의 절차적 합헌성 여부 문제가 논의될 소지가 있다.

둘째, 우리사회에 특유한 문제라기보다는 다른 국가에서도 일반적으로 논의되는 사안에 대한 헌법적합성의 문제가 우리사회에서도 제기될 수 있음은 물론이다. 예컨대 사형제도의 위헌성 여부 문제라든가 낙태처벌규정의 위헌성 여부 문제와 같은 것은 그러한 예이다.

셋째, 과거의 유교적 가부장적 윤리와 관습에 기초한 제도로서 현재에도 존속하고 있는 제도의 경우, 현행 헌법이 기초하고 있는 인간의 평등과 자유, 그리고 민주주의와 상

충되는 문제가 제기될 여지가 있다. 이 점은 주로 혼인과 가족제도와 관련하여 문제될 소지가 크다고 할 수 있는데 예컨대 존속살인 등 존속에 대한 범죄의 가중처벌규정이나 민법 제809조에 규정하는 혼인금지 등은 그러한 예이다.

넷째, 과거 권위주의적 정치체제하에서 양산되었던 비민주적 입법의 잔재에 대한 위헌성 여부의 문제이다. 이 점은 이미 1988. 6 설치되었던 민주발전을 위한 법률개폐특별위원회에 의해 이러한 법률의 개폐작업이 수행되었던 바 있고 현정부출범이후에도 정치관계법 특별위원회를 두어 정치악법에 대한 개폐작업이 이루어지고 있다.⁴⁾

다섯째, 남북분단의 상황에 있는 우리의 현실과 관련하여 과거 냉전시대의 법률이 그대로 유지됨으로써 이의 위헌성이 문제되기도 하는데 예컨대 자주 위헌성 문제와 그 개폐가 논란되는 국가보안법의 문제는 그러한 예이다.

그러나 본 연구의 범위는 현실적으로 매우 제한적일 수밖에 없다. 수많은 법률과 그 조항의 위헌성 여부를 일일이 검증할 수는 없는 것이기 때문에 종래 외국이나 우리나라에서 위헌성 여부가 논란되었던 주요한 몇가지 문제에 관해서 예시적으로 고찰해 보고자 한다.

4) 이에 관해서는 권영성, 입법과정의 현황과 문제점 및 개선방향, 금량 김철수교수화갑기념논문집, 1993, 265면 이하 참조

2. 생명권과 사형제도 및 낙태관련입법의 위헌성 문제

(1) 사형제도의 위헌성문제

1) 문제의 제기

우리나라 형사처벌규정에는 법정형으로 사형을 규정하는 경우가 많다. 형법과 군형법, 국가보안법, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 등의 여러 규정이 그러한 예이다.

사형은 가장 오랜 역사를 가진 형벌로서 범죄에 대한 간단하고 근원적인 응보방법이며 효과적인 일반예방방법이라 여겨졌다. 그러나 그 극형성, 최종성, 회복불가능성으로 인하여 인간성에 대한 존중과 인권의식의 등장과 더불어 형사정책적 차원에서의 사형의 존폐문제와 나아가 그 위헌성 여부가 문제되어 왔다. 사형은 국가에 의한 인권제한의 가장 극단적 형태이며 라드부르흐(G. Radbruch)가 지적하듯이 개인주의적 법률관과 초개인주의적 법률관이 선명하게 차이를 보이는 지점이기도 하다.

오늘날에 있어 사형제도에 대한 입법경향은 사형을 폐지하거나 그 범위를 축소하고 사형집행방법의 인도성을 보장하려는 방향으로 나아가고 있다. 사형에 관한 입법례를 보면 헌법이 사형의 폐지를 명시하고 있는 경우도 있고 또는

법률로서 폐지하고 있는 나라도 있으며 사실상 사형을 폐지하고 있는 국가도 있다. 그러나 아직 사형을 존치시키고 있는 나라도 많다.

사형을 폐지하고 있는 나라의 경우는 당연히 사형의 위헌성 문제가 제기되지 않지만 사형제도를 존치시키고 있는 나라에서는 사형의 위헌성 여부가 중요한 헌법적 쟁점이 되고 있다.

우리나라의 대법원의 경우 일관하여 사형제도의 합헌성을 인정하고 있지만 37개주에서 사형은 존치시키고 있는 미국의 경우는 1972년 *Furman v. Georgia* 사건에서 연방대법원의 9인의 대법관 전원이 각자의 의견을 피력하면서 5:4로 사형의 위헌성을 인정한 바 있었으나 1976년 *Greg v. Georgia* 사건에서 다시 사형이 합헌이라 판결한 이래 이러한 태도를 그대로 유지하고 있다. 다만 사형 자체는 합헌이라 하더라도 특정한 경우에는 위헌이 될 수 있다고 보고 있다.

사형의 합헌성 여부의 문제는 국가권력에 의한 개인의 기본권 제한의 범위, 형벌의 목적, 다른 형벌에 의한 대체 가능성, 사형의 효과, 사회의 안전과 개인의 생명에 대한 가치평가 등과 관련하여 어려운 문제를 제기한다. 특히 우리나라 형법 및 그 특별법들은 지나치게 광범위하게 사형을 인정함으로써 그 위헌성 여부가 주요한 헌법적 쟁점의 하나로 등장할 가능성이 크다 하겠다.

사형의 위헌성에 관한 문제상황은 각국의 헌법규정형식의 차이에 따라 다르지만 본질적 문제에 있어서는 유사하

다. 미국에 있어 사형의 위헌성 문제는 수정헌법 제8조의 잔인하고 이상한 형벌(cruel and unusual punishment)금지조항과 수정헌법 제14조 1항의 적법절차(due process of law)조항과 관련하여 다루어졌고 일본에서도 고문 및 잔학한 형벌의 금지를 규정한 헌법 제36조와 생명박탈에 관한 법정절차의 보장에 관한 헌법 제31조를 중심으로 논의되어 왔다. 우리 헌법상으로는 인간의 존엄성에 관한 제10조, 적법절차를 규정한 제12조 1항, 기본권 제한에 관한 제37조 2항을 중심으로 다루어야 할 것이다. 사형의 합헌여부에 관한 논점은 다음 몇가지로 정리할 수 있을 것이다. 즉, ㉠ 피고인의 생명권, 판·검사 등 관련자의 존엄성의 본질적 내용침해 여부, ㉡ 과도성 여부 - 비례성의 법리위배 여부, ㉢ 평등원칙위배 여부, ㉣ 자의성 여부 - 적법절차위배 여부 및 명령적 사형(mandatory death penalty)의 위헌성, ㉤ 사형집행방법의 위헌성 여부 등이다. 다만 유의할 것은 사형 자체의 위헌성에 관해서는 ㉠, ㉡의 논점이 주로 문제되나 특정한 경우의 사형의 위헌성에 관해서는 ㉢, ㉣, ㉤의 논점이 주로 문제된다는 점이다. 이제 미국연방대법원의 판례를 참조하면서 이 문제를 살펴보기로 하자.

2) 사형과 인간의 존엄성, 생명권

사형의 문제는 인간의 존엄성과 생명권의 문제와 직결된다. 즉 사형은 사형수의 생명권을 근원적으로 박탈하여 인간의 존엄과 가치를 보장하는 헌법 제10조와 기본권의 본

질적 내용침해금지를 규정하는 헌법 제37조 2항을 위배하는 것은 아닌가? 그리고 사형에 관여하는 검사, 판사, 사형 집행관, 사면권자의 인간의 존엄성을 침해하는 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.

이런 관점에서 독일에 있어 사형을 폐지하는 독일기본법 제102조가 인간의 존엄성의 직접적 구현이며 생명권을 규정한 제2조 2항 1문과 본질적 내용침해금지를 규정한 제19조 2항으로부터 당연히 도출되는 순수한 선언적 규정이라거나 인간의 존엄의 불가침성을 규정한 제1조 1항에서 도출되는 필연적 귀결로서 헌법개정에 의해 임의로 변경할 수 있는 법정정책 결정이 아니라는 주장도 있다.⁵⁾ 한편 미국에서도 *Furman v. Georgia* 사건과 *Gregg v. Georgia* 사건에서 Brennan 대법관은 사형은 인간의 존엄성을 침해하여 위헌이라고 주장하였다. Brennan 대법관은 인간의 존엄성 보장에 근본정신이 있는 수정헌법 제8조를 해석하면서 잔인하고 이상한 형벌여부의 결정은 성숙한 사회로의 발전을 표시하는 품위기준에 따라야 한다고 보고 국가는 처벌에 있어서도 국민에게 인간으로서 고유한 가치를 인정하지 않으면 안되며 형벌이 인간의 존엄성을 침해할 정도로 가혹해서는 안된다고 보아 사형은 위헌이라 하였다.

한편 Marshall 대법관은 사형에 있어서의 인간의 품위의 판단에 관한 현재의 기준으로 ㉠ 사형폐지에 관한 세계적인 동향, ㉡ 본질적으로 사형에 대한 도덕적 반대에 기초한

5) 이에 관해서는 Scholz, Rdnr. 29 Zu Art. 102, in : Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG Kommentar.

학자들의 진보적 논문, ㉔ 최근 10년간의 사형집행수의 감소, ㉕ 국민들의 사형에 대한 혐오 등을 들어 사형은 잔인하고 이상한 형벌로서 위헌이라 하였다.

또한 A. J. Goldberg & A. M. Derschowitz는 사형의 위헌성 여부는 그 사회에 있어 현재의 지배적 품위기준에 의하여 판단할 것이 아니라 계몽기준에 의하여 판단해야 할 것이라 하면서 이 기준에 의하면 사형은 사형수의 절규, 처절한 투쟁, 쇠약해짐을 본다면 인간의 양심, 존엄성, 품위에 모욕을 가하는 형벌이며 또한 이에 관여하는 검사 판사 배심원 사면권자의 존엄성을 침해하는 것으로 위헌이라 하였다.⁶⁾

한편 일본에서는 ㉖ 전쟁의 방기를 규정한 헌법 제9조는 국가권력의 절대성을 부정하고 개인의 인격의 우위를 인정하는 사상을 규정하고 있고 ㉗ 헌법 제13조가 개인의 존중의 원칙과 생명권 존중의 원칙을 규정하여 국민의 생명에 대한 권리의 박탈이 공공의 복지에 반한다는 것을 나타내고 있으며 ㉘ 헌법 제36조가 잔학형을 절대 금지하고 있는데 사형이 사람의 생명을 박탈하는 잔학형이라는 점을 들어 사형의 위헌성을 주장하는 견해가 있다.⁷⁾

우리 헌법의 해석에 관해서는 사형은 죄수의 생명권의 본질적 내용의 침해이며 사형집행인, 사형선고인, 사형집행확인인 등의 인간의 존엄권을 침해하는 것이라 보는 견

6) A. J. Goldberg & A. M. Derschowitz, Declaring the Death Penalty Unconstitutional, 83 Harvard L. Rev. 1773, 1783 ff.
7) 木村龜二, 新憲法と形事法, pp.130 ff., 163 ff.

해⁸⁾와 인간의 생명은 인간의 실존 그 자체이며 모든 기본권의 논리적 전제이며 본질적 내용을 이루므로 사형이 위헌이라 보는 견해⁹⁾가 있다.

그러나 이러한 주장에 대해 사형의 역사적 수용, 세계적인 입법례, 국민의 의식 등과 관련하여 사형은 생명권의 본질적 내용과 인간의 존엄성의 침해로 보지 않고 따라서 사형 그 자체는 합헌이라 보는 견해가 많다.

미국의 경우 일찍이 In re Kemmer, 136 U. S. 436 (1890)사건에서 미연방대법원이 잔인한 형벌이란 생명의 제거와는 다른 비인간적이고 야만적인 것을 의미하는 것으로 사형은 잔인한 형벌은 아니라고 보았다. 또한 연방대법원이 형벌에 관한 국민의 지배적 의식의 객관적 표시로 이용한 척도로 ㉠ 특정형벌의 역사적 용례, ㉡ 다른 법역에 있어서의 법제도, ㉢ 일반국민의 여론 등을 들 수 있는데 이러한 기준에 비추어 보아 사형은 합헌이라 보거나 Trop 사건에서 나타난 품위기준(evolutionary standards of decency)은 사형의 본질 자체에 대해서가 아니라 사형판결과정에 초점이 주어져야 한다는 견해도 있다. 또 이러한 견해와 관련하여 권력분립의 원리, 사법자제의 원리에 따라 민주국가에 있어 사형에 관한 국민의 의식에 대한 판단이나 형사정책에 대한 판단은 사법부의 소관사항이 아니며 국민의 대표기관인 입법부의 판단에 맡겨야 한다는 입장도 있다.

한편, 독일에서도 사형의 제도입을 위한 기본법 개정이

8) 김철수, 헌법학개론, 1994, 331 - 332면

9) 구병삭, 신헌법원론, 1989, p.437 ; 안용교, 한국헌법, 1986, p.285

가능하다는 주장이 있는데 이러한 주장은 사형이 생명권의 본질적 내용, 인간의 존엄성을 침해하는 것은 아니라는 견제 위에 있다 할 것이다.

한편 일본의 최고재판소는 일본헌법 제13조의 해석에 있어 공공의 복지라는 기본원칙에 반하는 경우에는 생명에 대한 국민의 권리라도 입법적 제한 내지 박탈하는 것은 당연히 예상하고 있는 것이라 하고 제31조에 의해 국민 개인의 생명의 존귀라 하더라도 법률이 정하는 절차에 따라서 이를 박탈하는 형벌을 가하는 것이 명백히 규정되어 있다고 하고 개체에 대한 인도권을 우위시켜 결국 사회공공의 복지를 위하여 사형제도존속의 필요성을 승인한 것이라 해석된다고 하였다.¹⁰⁾

우리 헌법의 해석에 있어서도 사형 자체는 인간의 존엄성 생명권의 본질적 내용침해로는 보지 않고 다만 사형은 매우 제한적으로 인정되어야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾

우리 대법원은 1963. 2. 28. 판결(62 도 241)에서 생명은 무엇보다도 바꿀 수 없는 귀중한 것이고 존엄한 인간존재의 근원이나 ‘...현행헌법 제9조에는 처벌에 관한 규정은 법률에 위임하였을 뿐 그 처벌의 종류를 제정한 바 없을 뿐 아니라 헌법 제28조 2항은 질서유지와 공공복리를 위하여는 법으로써 자유와 권리를 제한할 수 있음을 헌법이 허용하였는 바 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사상 정책으로서 질서유지와 공공복리

10) 최판 1948. 3. 12.

11) 허 영, 한국헌법론, 1993, 340면

를 위하여 형법 균형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여도 이것은 헌법에 위반한 조문이라 할 수 없으므로' 사형은 합헌이라 하였다. 또한 1987. 10. 13. 판결(87 도 1240)과 1990. 4. 24. 판결(90 도 319) 및 1992. 8. 14. 판결(92 도 1086)에서도 대법원은 사형 자체는 합헌이라고 보았다.

생각건대 사형이 생명권의 본질적 내용을 침해하여 인간의 존엄성에 반하고 따라서 적법절차에도 반하는지는 헌법 조항에서 논리적으로 쉽게 추출될 수 있는 문제는 아니다. 인간의 존엄성이나 침해될 수 없는 생명권의 본질적 부분은 불변적 가치이나 그 구체적 내용이 무엇인지, 사형이 그에 반하는지는 미연방 대법원의 판례에서 보듯이 역사적·전통적 관습, 입법례, 일반국민의 의식에 따라 평가하지 않으면 안될 것이며 그 판단도 일차적으로는 국회에 맡기지 않으면 안될 것이다. 그런 점에서 우리 헌법 제10조, 제12조 1항, 제37조 2항에 기하여 사형 자체가 사형수와 사형관계인의 인간의 존엄성을 침해한다고 보기는 곤란할 것이다. 미연방 대법원이 사형의 위헌성을 인정한 *Furman v. Georgia* 사건에서도 사형 자체가 인간의 존엄성을 침해하여 위헌이라고 본 대법관은 Brennan, Marshall 두 대법관밖에 없었던 것은 이러한 사정을 설명하는 것이다. 그런 점에서 사형의 위헌성 본래는 D. Palsby가 규범적 접근방법(the normative approach)이라 명한, 인간의 존엄성과 사형의 특성에 기초하여 사형을 위헌이라 보는 방법에 의해서가 아니라 사형의 과도성, 불평등성, 자의성 등의 측면에

서 접근하는 분석적 접근방법(the analytical approach)에 의해 접근하는 것이 타당할 것이다.¹²⁾

3) 사형과 비례의 원칙

사형이 과도한 형벌로서 헌법 제37조 2항이 규정하는 기본권 제한에 있어 비례의 원칙을 위배하는 것은 아닌가 하는 문제는 가) 사형 자체의 과도성으로 인한 비례의 원칙 위반과 나) 특정범죄에 대한 사형의 과도성의 문제를 포함한다. 다만 유의할 것은 이러한 문제는 기본권의 본질적 내용침해금지가 비례에 맞지 않는 기본권의 제한을 금지하는 것이라고 이해하는 견해에 의하면 앞의 2)에서 논한 문제와 동일한 문제로 통한다는 점이다.

(가) 사형 자체의 비례의 원칙위반 여부

사형은 그보다 경미한 다른 형벌에 의해서도 그 목적을 달성할 수 있다는 점에서 과도한 형벌은 아닌가?

이 점에 관한 Furman 사건에서 Marshall 미연방 대법관은 사형이 인정되는 이유로 응보, 범죄발생 억제, 재범방지, 유죄자백의 장려, 우생학, 경제적 이유 등을 들 수 있으나 사형이 다른 형벌에 비하여 이들 목적에 더 효율적으로 봉사할 수 있다고 볼 수 없으므로 사형은 과도한 형벌이라 보았다. 또 Goldberg & Derschowitz도 종신형에 의

12) D. O. Polsty, The death of Capital Purnishment? Furman v. Georgia, The Supreme Court Rev. 1972, p. 10ff.

하여 범죄예방, 범죄인의 고립, 응보 등의 목적을 충분히 달성할 수 있으므로 사형은 과도한 형벌이라 하였다.¹³⁾

우리 헌법의 해석에 있어서도 인간의 모든 것인 궁극적인 생명을 박탈하지 않고서도 종신형으로 국가안보, 질서 유지, 공공복리를 유지하는 데에는 하등 지장이 없을 것으로 보이기에 사형제도는 위헌이라는 견해가 있다.¹⁴⁾

한편 이에 대해 형벌의 목적중의 하나가 응보임을 부정할 수는 없고 또 앞에서 위헌론자들이 사형은 종신징역형보다 범죄예방의 효과가 낮지 않다고 하나 이는 아직 입증되지 않은 것으로 이론의 근거로서 들 수 없는 것이라 하면서 이러한 형사정책적 문제는 입법부나 소관행정기관에서 판단하여야 할 것이라 한다.

생각건대 이 문제는 형벌의 목적, 사형이 갖는 범죄예방 효과 등에 대한 관점에 따라 달라질 수 있는 문제이다. 그러나 형벌의 목적의 하나가 응보라는 점은 부인할 수 없고 따라서 범죄의 종류에 따라 형량을 달리해야 할 것이므로 일률적으로 사형을 과도하여 비례의 원칙에 한한다고 보기는 곤란하고 또한 사형이 가지는 형사정책적 효과의 문제는 입법의 판단에 속하는 문제이며 이러한 증명되지 아니한 사실로써 위헌여부를 판단할 수는 없다고 생각된다. 오히려 문제는 범죄의 중요도에 비하여 지나치게 과중하게 사형을 규정하는 경우이다.

13) A. T. Goldberg & A. M. Derschowitz, op. cit., at 1794-1798

14) 구병삭, 전게서, 473면

(나) 특정범죄에 대한 사형의 비례원칙위반 여부

경미한 범죄에 대하여 사형을 과하는 것은 비례의 원칙에 반하여 위헌이라 보아야 할 것이다. 그래서 미국의 경우 연방대법원은 Coker v. Georgia사건(1977)에서 성년부인에 대한 강간죄에 대한 사형은 가중사유가 있다 하더라도 과도한 형벌로서 위헌이라 보았으며 Enmund v. Florida사건(1982)에서는 중죄실행중의 의도하지 않은 살인(felony murder)을 범한 범인에 대한 사형은 수정헌법 제8조 위반이라 하였다. 그러나 Gregg v. Georgia사건에서 모살(murder)에 대한 사형은 합헌이라 보았으며 Tison v. Arizona사건(1987)에서는 중죄실행중 의도하지 않은 살인을 한 자라도 인간의 생명에 개의치 않는 자에 대한 사형은 합헌이라 보았다.

생각건대 개별범죄에 대한 법정형문제는 1차적으로는 국회의 소관사항이지만 그 법정형이 범죄에 의해 침해되는 법익에 비해 지나치게 과중할 때는 헌법 제37조 2항의 비례의 원칙과 제12조 1항의 적법절차위반으로 위헌이라 보아야 한다. 그런 점에서 우리 실정법이 상당히 광범하게 사형을 규정하기 때문에 특히 인간의 존엄성 이외의 다른 법익을 위해 사형을 규정하는 경우가 많아 그 위헌성이 문제될 소지가 많다. 일부학자는 다른 인간의 생명을 구하기 이해 불가피한 경우에 비례의 원칙과 최소침해의 원칙을 존중하는 한도에서 사형을 인정해야 한다고 보고 있으며¹⁵⁾

15) 허영, 전게서, 340면

대법원도 앞의 1987. 10. 13. 판결과 1992. 8. 14. 판결에서 “...죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 한한다고...” 예시하고 있다.

4) 사형과 평등의 원칙

형벌은 피고인의 사회적 신분, 재산정도, 학력, 인종 등의 이유로 차별적으로 과해져서는 안된다. 그래서 사형을 받는 사람이 가난한 자, 무식한 자, 힘없는 자, 미움받는 자들이어서 이 때문에 사형을 선고받았다면 이는 법 앞의 평등에 반하여 위헌이 된다 할 것이다.

그래서 Furman사건에서 Douglas대법관은 사형이 인종, 종교, 재산, 사회적 신분, 학력 등에 따라 차별적으로 적용된다면 이는 이상한 형벌이 되는데, 실제 미국에서 사형선고를 받은 자의 대부분이 가난하거나 흑인이기 때문에 사형이 빈자나 흑인에 대한 차별적 의미를 지닌다고 보았다. 다만 McClesky v. Kemp사건(1987)에서는 당해 피고인에 대한 사형이 차별적이라는 증거없이 단순히 통계자료만으로 사형이 차별적이어서 위헌이라는 주장은 옳지 않다고 보았다.

또한 이외에도 특정신분을 가진 자(예컨대 군인)에 대한 형의 가중으로 인한 사형이 가중의 목적범위를 초과한 경우에는 위헌이라 보아야 할 것이다.

5) 사형의 자의성

Furman사건에서 미연방대법원이 사형의 위헌성 판단에 있어 중요한 근거가 된 것은 자의성의 문제였다. 대체로 현대사회는 사형을 폐지하거나 그 적용범위를 제한해 가는 것이 일반적 경향이고 법정형으로 사형을 규정하는 범죄에 있어서도 실제 사형을 과하는 것은 흔치 않다. 그래서 통상적으로는 선고되지 않는 사형을 과하기 위해서는 이를 정당화하기 위한 충분한 근거가 있어야 함에도 법률이 사형에 대해 아무런 기준없이 법관에게 재량을 부여하고 이에 따라 자의적으로 사형을 과하는 것은 이상한 형벌이라 보는 것이다. 특히 사형을 절대적 법정형이 아니라 선택적으로 규정하고 있으며 사형이 잘 선고되지 않는 현금에 있어 사형의 선고는 우연적이며 변덕스럽고 자의적이라는 것이다.

이에 대해 사형은 오랫동안 합헌으로 인정되어 왔고 또한 살인이나 강간 등에 사형을 과하는 것이 극히 드물다 해서 사형의 존재가치를 부인할 수 없으니 그것은 범인의 성격, 범행방법 등에 따라 사형선고 여부가 가려져야 하기 때문이라 보아 합헌으로 보는 견해도 있다. 또 Gregg v. Georgia사건에서도 선고기관의 재량행사에 대하여 적절한 정보와 지침이 주어지도록 법률로써 정한 경우에는 자의는 배제되므로 이러한 법제하의 사형은 합헌이며 소추기관의 자유재량이나 행정기관의 사면권행사에 있어서의 재량도 위헌을 아니라고 하였다.

이러한 문제는 우리 헌법해석상으로는 제12조 1항의 적법절차조항과 제37조 제2항의 기본권제한법률의 명확성과 관련하여 문제된다 할 것이다. 사형판결이 범죄동기, 범행방법, 정황, 범죄자의 성격 등을 고려하여 이례적으로 선고되었다고 하여 일률적으로 위헌이라 할 수는 없겠으나 법률이 사형판결에 대한 지침이나 절차에 관해 구체적 규정을 두지 않아 법관의 기분이나 자의가 개입될 수 있는 여지가 있는 것은 문제라 할 것이다.

한편 미국의 경우 사형의 자의성이 문제되자 각 주는 사형판결을 할 때 고려해야 할 요소와 따라야 할 절차를 법률로써 열거하거나 특정범죄에 대해서는 의무적으로 사형을 선고토록 함으로써 이 문제를 해결하려 하였다. 그러나 법관에게 전혀 재량을 인정하지 않는 명령적 사형(또는 절대적 사형; mandatory death penalty)은 Woodson et al v. North Carolina사건(1976)과 Locket v. Ohio사건(1978)이래 연방대법원에서 위헌판결을 받았다. 즉 확일적으로 사형을 과하는 것은 인간을 개성도 없고 개별화되지도 않은 집단의 일원으로만 보는 것이며, 사형에 있어 개인의 특성을 적정정도 고려하는 것은 다른 형벌의 경우보다 훨씬 중요하며 선고기관에 대해 피고인의 성격이나 경력, 범행당시의 정황 등을 고려치 못하도록 함으로써 이런 사항을 고려하였다면 보다 가벼운 처벌을 받았을 피고인에게 사형에 처하도록 하는 법률은 수정헌법 제8조, 제14조 위반이라 보았다.

6) 사형집행방법의 위헌성 여부

사형자체는 합헌이라 한다 하더라도 사형집행방법이 비인간적이고 잔인한 경우에는 인간의 존엄성을 침해하여 위헌이라 할 것이다.

미국의 경우 Wilkerson v. Utah사건(1878)과 In re Kemmer사건(1890)에서 총살이나 전기살의 합헌을 인정한 바 있으며 일본의 경우 1955. 4. 6. 최고재판소 판결에서 교수형은 잔학한 형벌은 아니라고 한 바 있다. 반면 전기살이나 가스살, 교수형도 결코 순간적이 아니며 엄청나게 고통스러울 수 있다는 이유로 위헌이라 보는 견해도 있다.

우리 헌법 제66조는 사형집행방법으로 교수형을, 군형법 제3조는 총살형을 규정하고 있다. 이러한 사형집행 방법은 그에 따르는 육체적 고통이나 정신적 공포가 사형 자체에 의해 수반되는 것이고 그 집행방법에 특히 부수되는 것은 아니라 할 것이므로 그 방법 자체가 위헌이라 보기는 어렵다 할 것이다.

7) 결 론

이상에서 본 바와 같이 사형은 입법정책상 존폐여부는 별론으로 하고 위헌성 여부에 있어서는 역사적 관행, 입법례, 국민의식에 비추어 그 자체 위헌이라 볼 수는 없으며 사형집행방법으로 교수살이나 총살이 위헌이라고 할 수는 없을 것이다. 사형의 헌법적 문제에 대한 접근은 사형 자체의

위헌성 여부보다는 비례의 원칙에 위배되는 사형, 평등성에 위배되는 사형, 자의성이 인정되는 사형 등의 관점에서 접근하는 것이 타당하다고 생각한다. 이 점은 특히 사형은 극히 중대한 범죄에 대해서만 인정되어야 하며 사형을 선고해야 할 피고인과 그렇지 아니한 피고인을 분류할 공정한 제도가 전제되어야 한다는 점에서¹⁶⁾ 비교적 광범하게 사형을 인정하고 사형선고에 대한 절차적 보장이 부족한 우리나라 형사법에서 유의해야 할 문제라고 생각한다.

(2) 현행낙태관련입법의 위헌성문제

1) 문제의 제기

미국이나 독일 등 서구사회에서 낙태문제는 헌법상 가장 중요한 이슈의 하나라는 것은 주지의 사실이다. 그러나 우리나라에서는 낙태문제가 재판에 있어 헌법상 이슈로 등장하고 있지는 않다. 현행헌법 제269조와 제270조는 임신기간과 관계없이 낙태한 부녀와 낙태하게 한 자를 처벌하고 있는 반면 모자보건법 제14조는 본인이나 배우자가 대통령이 정하는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 본인 또는 배우자가 대통령이 정하는 유전질환이 있는 경우, 강간 또는 준강간에 의해 임신된 경우, 법률상 혼인할 수 없는 혈족 또는 인척간에 임신된 경우, 임

16) 이에 관해서는 J. Nowak/R. Rotunda/J. Young, Constitutional Law, 1986, p456 f

신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하고 있거나 해할 우려가 있는 경우에는 본인과 배우자의 동의를 얻어 낙태수술을 할 수 있게 하여 일정한 경우 낙태를 허용하고 있다. 또한 사실상으로도 낙태는 광범하게 이루어지고 있고 낙태에 관한 형법규정에 의해 처벌받는 경우는 거의 찾아볼 수 없다. 이러한 법현실에 대한 반성과 관련하여 1992년 4월 8일에 입법예고된 형법개정시안은 형법에 모자보건법상의 낙태정당화사유를 수정하여 흡수, 규정하고 있다.

현행법상 낙태에 관한 법률규정의 위헌성 문제가 제기되는 것은 첫째, 미국연방대법원의 Roe v. Wade사건(1973)과 독일연방헌법재판소의 1975. 2. 25 낙태판결에서 문제된 것처럼 임신기간에 관계없이 태아의 낙태를 처벌하는 형법 제269조는 위헌인가, 아니면 독일연방헌법재판소의 1975년 2월 25일 낙태판결처럼 임신 3개월 이내의 태아에 대한 낙태도 낙태정당화사유가 없는 경우 이를 처벌하는 형법 제269조는 합헌인가, 둘째, 낙태정당화사유를 규정하는 모자보건법 제14조 제1항 및 제3항이 너무 광범위하게 낙태를 허용하는 것은 아닌가, 셋째, 모자보건법 제14조 제1항이 낙태정당화사유가 있는 경우에도 원칙적으로 본인의 동의만으로는 낙태수술을 할 수 없고 배우자 또는 친권자 등의 동의까지를 요하도록 한 것은 위헌은 아닌가 등의 문제이다. 그 밖에 일정범위에서 낙태의 자유가 인정된다면 이를 보장하기 위하여 국가는 자력없는 임신부에 대해 낙태경비를 보조해 주어야 하는 것은 아닌가 등의 문제도 제기된

다. 여기서는 우리나라 낙태관련 입법상 위헌성 여부가 주로 문제될 수 있는 낙태처벌에 관한 형법 제269조와 배우자의 동의요건을 규정하는 모자보건법 제14조의 위헌성 문제를 다루기로 한다.

2) 형법 제269조의 위헌성 문제

(가) 외국의 판례 및 입법의 동향

19세기 이후 각국 형법에 의해 엄격히 처벌되던 낙태가 1960년대 이후 그 처벌이 완화되고 낙태를 넓게 허용하는 경향을 보이고 있다. 이처럼 낙태를 허용하는 입법에는 일정기간 내에는 낙태의 자유를 인정하는 기한방식(Fristenlösung)과 일정한 정당화 사유가 있는 경우 낙태를 허용하는 적응규정(Indikationenregelung)이 있다.

한편 판례에 관해서는 미국의 경우 연방대법원이 Roe v. Wade사건에서 임신기간을 3단계로 나누어 임신초기 3개월간은 낙태 여부는 전적으로 임신부의 사생활의 영역에 속한다고 보아 의사와 상의하여 자유롭게 결정될 수 있다고 보았고 3개월 후 6개월까지는 임신부의 건강을 보호하기 위하여 합리적 범위내에서 낙태절차를 규제할 수 있다고 하였으며 마지막 3개월간은 태아의 생존능력이 있을 때 태아의 생명을 보호하기 위하여 임신부의 생명과 건강을 보호하기 위해 필요한 경우를 제외하고는 낙태를 규제하거나 금지할 수 있다고 하였다. 그러나 최근 미연방대법원의 보수화에 따라 판례의 경향이 바뀌고 있다. 즉 Roe v.

Wade판결 자체를 변경한 것이냐 여부에 관해서는 논란이 있고 또 낙태의 허용 여부의 문제를 직접 다룬 것은 아니지만 1989년의 Webster v. Reproductive Health Services 사건¹⁷⁾과 1991년의 Rust v. Sullivan사건¹⁸⁾에서 미연방대법원은 낙태에 대한 보수적 입장을 보이고 있다.

그러나 1975년 당시 서독연방헌법재판소는 기한방식을 규정한 1974년의 형법개정안을 위헌이라 판시함으로써 Roe v. Wade판결과는 상반되는 입장을 표명하였다. 동 판결은 태아의 독립적 법익으로서 생명권 주체성을 인정하고 임신기간구별에 따른 생명보호가치의 차별을 부정하였다. 또한 임신부의 자기결정권에 대한 태아의 생명권이 우월성을 인정하고 일정한 사유가 있는 경우를 제외하고는 낙태를 형벌로써 제재하는 것이 정당하다고 하였다. 이에 따라 1976년 형법개정 법률은 적응규정으로 바뀌었다. 그 뒤 1992년에 제정된 임신부 및 가족부조법(Schwangeren und Familienhilfegesetz)과 관련하여 1993. 5. 28 독일연방헌법재판소의 제2차 낙태판결¹⁹⁾이 있었다. 이 판결에서는 낙태

17) 492 U. S. 490 ; 이 사건에서 미연방대법원은 낙태시술에 대한 공공기금의 이용가능성을 강력하게 제한하고 임신 20주, 즉 5개월 된 태아의 생존가능성에 대한 테스트를 요구한 미주리주법의 합헌성을 인정하였다.

18) 111 S. Ct. 1759 ; 이 사건에서는 미연방대법원은 연방자금이 지원을 받는 진료소는 가족계획의 방법으로 낙태를 고무하거나 증진, 옹호할 수 없도록 하는 법규정은 합헌이라 하였다.

19) BVerfGE 88, 203 ; 이 판결의 소개에 관해서는 NJW 1993, Heft 26, 8ff 및 렌츠퉀카를 프리드리히, 독일연방憲法裁判所の第2次妊娠中絶判決について,ジュリスト, 1993. 11, 1034호, 68면 이하 ; 上田健二, 독일연방憲法裁判所新妊娠重絶刑法違憲判決の理論的分析,ジュリスト, 1993. 11, 1034호, 73면 이하

의 위법성문제뿐 아니라 의사의 책임, 낙태비용의 부담 및 기타 사회법상의 문제 등을 다루었다. 동 판결에서 연방헌법재판소는 국가의 태아보호의무와 낙태의 위법성에 관해서는 기본적으로 제1차 낙태판결의 입장을 유지하여 기본법 제1조 제1항과 이를 실현하는 제2조 제2항은 국가에 대해 태아의 생명까지도 보호해야 할 의무를 부과하고 있으며 태아에 대한 법적 보호는 모체에 대해서도 보장되어야 하고 낙태는 원칙적으로 전임신기간을 통하여 위법적인 것으로 보아야 하며 따라서 법적으로 금지된다고 한다. 또한 태아의 생명에 대한 보호의무의 범위는 한편으로 보호법익의 의미와 보호 필요성과 다른 한편으로 그와 충돌하는 법익을 고려하여 결정되어야 한다고 한다. 그러나 제1차 낙태판결과는 달리 엄격한 기준을 갖춘 기간방식이 원칙적으로 합헌임을 인정하였다.

(나) 태아의 생명권

㉠ 생명권의 헌법적 근거

독일기본법 제2조 제2항, 일본헌법 제13조처럼 생명권을 헌법에 명문으로 규정하고 있는 경우도 있지만 우리헌법은 생명권에 관해 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그러나 우리헌법해석상 생명권이 인정된다는 점에는 의문이 없다. 다만 인정하는 실정법상의 근거에 관해서 학자들간에 의견 차이가 있을 뿐이다. 생명권의 헌법적 근거에 관해서는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정하는 헌법 제10조에

서 찾는 견해와 헌법 제10조와 신체의 자유를 규정하는 제12조 제1항에서 찾는 견해, 그리고 제37조 제1항의 열거되지 않은 기본권의 한 내용으로 이해하는 견해 등이 있다.

생각건대 인간의 생명은 인간 본질의 한 내용으로 인간 존엄의 핵심적 기초이자 다른 모든 기본권의 전제라 할 수 있다. 또한 생명권은 포괄적 권리로서의 성격을 가지므로 국가권력의 침해에 대한 방어권으로서 뿐만 아니라 적극적 보호청구권으로서의 의미도 가진다. 그런 점에서 생명권은 개별적 기본권 규정에서 그 근거를 발견하기보다는 모든 기본권 보장의 이념적 기초이자 모든 기본권을 포괄하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정하는 헌법 제10조에서 직접 그 근거를 발견할 수 있다 할 것이다.

㉠ 생명권의 시기와 태아의 생명권주체성

낙태는 태아의 생명을 빼앗는 것이다. 그러면 태아도 헌법이 보장하는 생명권의 주체가 되고 따라서 그 생명은 박탈할 수 없는 것인가. 만약 태아에게 생명권의 주체성이 인정된다면 언제부터 생명권의 주체가 되는 것인가. 또 태아의 생명은 Roe v. Wade 판결에서 볼 수 있듯이 임신기간에 따라 보호가치에 있어 구별될 수 있는 것인가. 이러한 문제에 대해서는 서로 상반되는 견해가 존재한다.

먼저 태아의 생명권을 인정하는 견해가 우리나라에서는 다수설을 이루고 있으며 독일의 경우도 그러하다. 독일연방헌법재판소는 독일기본법 제2조 제2항 1문은 출생후의 인간 뿐 아니라 모태에서 성장하는 생명도 독립한 법익으

로서 보호한다고 한다. 즉 생명권의 주체는 모든 생명 있는 것을 의미하며 이미 태어난 인간이나 독자적 생존가능성을 가진 태아에게 국한되는 것은 아니라고 보았다.²⁰⁾ 또한 동 재판소는 생명의 시기에 관해서는 인간의 생명은 확립된 생물·생리학적 인식에 의하면 애정(Empfängnis)후 14일부터 시작한다고 하고(착상, Nidation, Individuation) 임신기간에 따른 태아의 생명보호가치의 차별에 관해서는 인간의 생명은 연속되는 일련의 과정으로서 엄격한 발전단계의 시기구분은 논증할 수도 없고 허용할 수도 없는 것이며 그것은 출생에 의해서도 끝나는 것이 아니라고 보았다.²¹⁾

이에 대해 태아의 생명권 주체성을 부인하거나 일정 임신기간까지는 태아의 생명을 보호의 대상에서 배제하는 입장도 있다. 과거 로마시대나 스토아학파에서는 태아는 모체의 일부로 이해하였고 ‘내 배는 내 것이다.’라는 여성들의 구호도 이러한 견해의 표현이다. 또한 출생이전의 생명은 존중하지 않는다는 것이 유대교의 지배적 견해이자 프로테스탄트의 많은 분파의 입장이기도 하다. 또한 낙태의 문제를 개인이나 가족의 양심의 문제로 보는 단체도 있다.²²⁾

한편 Roe v. Wade사건에서 다수의견을 대표한 블랙먼 대법관은 미국헌법상 ‘사람(person)’이란 말은 다양한 의미

20) BVerfGE 39, 1, 36-37

21) BVerfGE 39, 1, 37 ; 88, 203, 251-252

22) 이에 관해서는 410 U. S. 113, 160

로 사용되지만 태아는 어떤 경우에도 여기의 사람에는 해당되지 않는다고 한다. 그는 ‘우리는 생명이 언제 시작되는가 하는 어려운 문제를 해결할 필요는 없다. 의학, 철학, 그리고 신학의 각 분야에서의 전문가들이 합의에 도달할 수 없는 현인간지식의 발전단계에서 법원이 이러한 문제에 대해서 숙고할 입장에 있지 않다.’²³⁾ 태아의 생명에 대한 주의중요하고 정당한 이익에 관해서는 태아의 생존능력(viability)이 기준이 되어야 한다고 하였다. 그리하여 임신의 세번째 기간, 즉 임신 6개월 이후의 태아에 대해서만이 태아의 생존능력이 인정된다는 점에서 태아의 생명보호를 위한 낙태규제를 인정하였다.²⁴⁾

생각건대 언제부터 인간의 생명이 시작되고 또 생명으로서의 보호의 가치를 가지는 것인지, 또 생명으로서의 보호의 가치를 가진다 하더라도 아직 태어나지 않은 태아의 생명과 사람의 생명을 동일시할 수 있을 것인지, 태아의 생명도 성장의 과정에서 보호가치에 있어 차이를 가지는 것인지, 차이를 가진다면 그 기준은 무엇인지 하는 문제는 합의되지도, 합의될 수도 없는 문제이다. 그러나 독일연방헌법재판소도 판시하였듯이 인간의 생명은 출생으로부터 시작되는 것은 아니다. 그것은 수정 후 모체의 자궁에 착상한 이후 연면하게 이어지는 일련의 과정이며 출생도 이러한 성장의 한 과정이다. 그런 점에서 태아도 생명권의 주체이며 이를 침해할 수 없다고 할 수 있다. 따라서 생존

23) id. at 159

24) id. at 163ff

가능성이라는 기준에 의해 보호할 가치가 있는 생명과 보호할 가치가 없는 생명으로 구분하여 임신 3기에 이르러 비로소 태아의 생명을 고려하는 미국연방대법원의 입장은 문제가 있다고 생각한다. 그러나 낙태가 반드시 형벌에 의해 제재되어야 하는가, 처벌한다고 해서 살인과 동일한 범죄유형으로 다루어야 할 것인가, 임신의 계속이 모체의 생명을 위협할 때 낙태인정여부 등에서 의문이 있듯이 태아의 생명을 이미 출생한 사람의 생명과는 동일시할 수는 없다고 하여야 할 것이다.

㉔ 국가의 태아의 생명보호의무

생명권은 포괄적 권리이자 다른 기본권의 전제이다. 국가의 생명에 대한 보호의무는 포괄적이며, 그것은 국가권력에 대한 직접적 침해를 금지하는 것 뿐만 아니라 생명을 보호하고 조장해야 할 의무를 포함한다.²⁵⁾ 그런 점에서 생명권은 우선 국가에 대한 방어권으로서의 의미를 가진다. 이는 국가권력에 의한 생명의 박탈이나 생명의 단축을 받지 않을 권리를 의미한다. 둘째, 생명권이 생존권적 기본권의 의미를 가지느냐에 대해서는 견해의 차이가 있지만 생명이 인간 본질의 핵심적 요소이자 인간존엄의 본질적 부분이라는 점과 우리 헌법이 생존권적 기본권을 보장하는 점에 비추어 생명권 속에는 곤궁이나 질병에 의해 생명을 위협받는 경우, 국가에 대한 적극적 배려를 청구할 수 있

25) BVerfGE 88, 203, 251

는 권리가 포함된다 할 것이다. 따라서 국가는 태아의 생명의 유지를 위해 배려해야 할 의무가 있다 할 것이다. 셋째, 생명권의 보장은 한편으로 우리 사회가 기초하고 있는 기본적 가치로서 객관적 가치질서로서의 의미를 가지며 그런 점에서 사인에 의한 생명권 침해에 대한 국가의 보호의무를 포함한다. 즉, 국가는 타인의 위법적 행위에 의한 생명의 침해에 대해서 보호해 주어야 할 의무가 있다. 이러한 국가의 태아의 생명보호의무는 임신부와의 관계에서도 존재한다. 따라서 국가는 태아의 생명권을 보호해 주기 위하여 낙태를 금지해야 할 의무가 있으며 이는 임신부에의 낙태에 대해서도 그러하다. 그런 점에서 낙태를 방치하고 이를 완전히 자유화하는 것은 위헌이라 할 것이다.

(다) 임신부의 사생활의 자유와 낙태에의 권리

㉠ 사생활의 자유

헌법 제 17조는 사생활의 비밀과 함께 사생활의 자유를 보장하고 있다. 사생활의 자유는 혼자 있을 자유(to be let alone)와 자신의 사생활의 형성과 영위에 관한 자유, 즉 사적 생활에 관한 자기결정권을 포함한다. 그 속에는 결혼과 피임, 출산, 부부간의 성생활, 자녀양육, 이혼 등에 대한 프라이버시를 포함한다.

㉡ 사생활의 자유와 낙태에의 권리

그러면 사생활의 자유 속에는 낙태의 자유를 포함하는

가? 이 점에 관해 Roe v. Wade판결은 사생활의 자유는 임신부가 임신을 계속할 것인가, 낙태를 할 것인가 여부를 결정할 것까지를 포함할 정도로 광범하다고 하였다. 동 판결은 임신이 임신초기에조차 임신부에게 의학적인 위험을 야기할 수도 있고 출산은 여성에게 때로는 절망적 삶과 미래를 강요할 수 있으며, 자녀양육에 의해 정신적·육체적 건강의 침해가 초래될 수도 있고 아이를 양육할 수 없는 가정에 아이를 낳게 하는 문제를 야기하며, 미혼모의 경우 또 다른 어려움과 계속적 오명을 가져온다고 한다. 그런 점에서 이러한 요인은 임신부가 의사와의 낙태 여부에 관한 상담과정에서 상의되어야 하는 문제라고 보았다.²⁶⁾

한편 독일연방헌법재판소도 여성의 자유로운 개성신장권은 광범위한 행동의 자유를 포함하며, 이에 여성은 모성과 이에 따르는 책임에 대한 결정을 포함한다고 하였다.²⁷⁾ 또한 임신이 임신부의 육체적·정신적 상황에 미치는 영향은 직접적이며 명확한 것으로 임신은 때로는 임신부의 전체적 삶의 양식에 대한 변화와 인격발현에 대한 제한을 초래하며, 이러한 부담은 어머니로서의 자녀양육에 의해 언제나 보상되는 것도 아니고 또 완전히 보상되는 것도 아니라고 보았다.²⁸⁾

사실 임신과 출산은 여성의 삶에 있어 가장 중요한 문제의 하나이며 중대한 정신적·육체적 영향을 초래한다. 출

26) 410 U. S. 113, 153

27) BVerfGE 39, 1, 43.

28) BVerfGE, 39, 1, 48.

산은 여성의 생활에 광범위한 변화를 초래하고 여성의 개성과 능력의 발현을 제한하며 이 점은 어머니가 된다고 해서 보상되는 것은 아니다. 그런 점에서 출산과 낙태 여부는 여성의 중요한 사적 영역이며 이에 대한 자기 결정권은 사생활의 자유의 중요한 부분이라 할 수 있다. 그러나 이러한 낙태의 자유가 무제한한 것일 수는 없는 것이다. 이는 낙태의 자유를 광범위하게 허용하는 Roe v. Wade 판결에서도 인정하고 있는 바이며²⁹⁾ 특히 태아의 생명권에 의해 제한되는 것이다. 그런 점에서 양 기본권의 충돌의 문제가 제기되는 것이다.

(라) 생명권과 낙태에의 권리의 충돌과 형사처벌의 합헌성 여부

㉠ 생명권과 낙태에의 권리의 충돌

낙태는 사회적 관계를 포함하지 않는 여성의 순수한 사적 영역의 문제는 아니다. 만약 태아를 모체의 일부로 보면 낙태는 입법자가 규율할 수 없는 임신부의 사적 생활영역이라 할 수 있을 것이다. 그러나 독일연방헌법재판소가 관시하였듯이 태아는 헌법에 의해 보호되는 독립한 생명이며 낙태는 입법에 의해 규율할 수 있는 사회적 차원의 문제인 것이다.³⁰⁾ 그런 점에서 낙태금지 또는 낙태 허용여부의 문제는 태아의 생명권과 임신부의 낙태에 대한 자기결

29) 410 U. S. 113, 153-154.

30) BVerfGE 39, 1, 42.

정권이라는 양 기본권의 충돌의 문제를 포함하는 것이며 결국 이 양 기본권의 충돌을 어떻게 해결할 것인가가 관건이 된다 할 것이다.

그런데 태아의 생명권과 임신부의 낙태에 대한 권리를 조화할 수 있는 방법은 없다. 왜냐하면 임신부의 낙태의 자유의 보장은 바로 태아의 생명권의 박탈을 의미하기 때문이다. 그러면 양 법익의 형량에 있어 어느 권리가 우선하는가? 독일연방헌법재판소의 판결처럼 인간의 생명은 헌법질서 내에서 더이상 정당화가 필요없는 최고의 가치이며 인간존엄의 핵심적 기초이자 다른 모든 기본권의 전제가 되는 것이다. 또한 우리 헌법상의 가치질서의 핵심을 이루는 인간의 존엄성에 비추어 태아의 생명권은 임신부의 낙태에 대한 자기 결정권에 우선하는 것이다. 이 점에 관해 Roe v. Wade 판결은 임신 3기, 즉 임신 6개월 이후에 비로소 생명을 보호하기 위해 임신부의 사생활의 자유의 제한을 인정하지만, 이 점은 앞에서 지적하였듯이 임신기간에 따라 생명의 보호가치가 없는 태아를 인정할 수 없다 할 것이므로 타당하지 않다 할 것이다.

이렇게 본다면 기본적으로 태아의 생명권을 보장하기 위하여 임신부의 사생활의 자유는 제한되지 않으면 안된다. 그런데 문제는 태아의 생명권을 보장하기 위하여 낙태를 형사처벌에 의해 금지하여야 하는 것인가 하는 점이다.

㉔ 낙태처벌의 합헌성 문제

헌법은 태아의 생명권을 보호하기 위하여 낙태를 형벌로

써 처벌할 것을 명하는 것인가?

인간의 생명은 가장 근본적 가치이며 이를 보호하는 것이 형법의 가장 중요한 임무의 하나가 아닐 수 없다. 태아의 생명권이 인정되는 이상 낙태도 생명권을 침해하는 것으로 그 처벌은 정당하다 하지 않을 수 없다. 그러나 그렇다고 입법자가 낙태금지를 반드시 형사처벌을 통해 실현하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 그런 점에서 태아의 생명권을 긍정한 독일연방헌법재판소도 입법자는 낙태에 대해 반드시 형벌규정을 두어 이를 금지해야 하며 다른 방법으로 이를 금하는 것은 허용되지 않는다고 보지는 않았다.³¹⁾ 이는 낙태가 다른 살인행위와 동일시할 수 없음을 의미하는 것으로 낙태에는 임신부의 기본권, 즉 임신부의 자기 결정권(Selbstbestimmungsrecht)과 신체의 훼손을 받지 않을 권리, 그리고 사정에 따라서는 인간의 존엄성과 양심의 자유를 존중하지 않으면 안될 경우가 있기 때문이다.³²⁾ 즉 충돌하는 두 기본권을 최대한으로 존중하는 방향으로 기본권 충돌을 조정해야 한다는 원칙(Grundsatz des schonendsten Ausgleiches)에 따라 일정한 경우에는 형사처벌을 받지 않는다. 예컨대 임신의 계속이 임신부의 생명을 위협한다거나 건강에 중대한 장애를 초래하거나 강간과 같은 윤리적 이유가 있다든가, 또는 유전질환이 있는 경우 등에는 임신부의 임신의 계속을 강요할 수 없다. 이처럼

31) BVerfGE 39, 1, 46.

32) I. v. Münch, Rdnr. 49 zu Art. 2, in : I. v. Münch(hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bandl, 1985.

임산부에 통상의 임신의 경우와는 다른 큰 부담을 지우는 경우에는 입법자는 그 판단에 따라 형사처벌을 하지 않을 수 있는 것이다. 그러나 이러한 사유가 없는 경우에는 낙태는 처벌할만한 불법적 행위이며 입법자가 이러한 경우에도 형사처벌을 하지 않으려고 한다면 낙태행위의 위법성을 분명히 인정하고 형벌규정 못지 않게 낙태를 효과적으로 막을 수 있는 법적 제재방법이 있는 경우에 한한다고 보는 것이 생명권 보장에 관한 헌법규정에 합치한다고 할 것이다.³³⁾ 이상과 같이 본다면 임신기간에 관계없이 낙태를 처벌하는 형법 제269조와 제270조는 합헌이라고 보아야 할 것이다.

3) 배우자의 동의요건의 위헌성문제

현행 모자보건법 제14조 제1항은 인공임신중절수술이 합법적으로 이루어지기 위한 요건의 하나로 임산부 본인 뿐 아니라 배우자의 동의도 요구하고 있다. 동조 제2항은 다만 배우자의 사망, 실종, 행방불명 기타 부득이한 사유로 인하여 동의를 얻을 수 없는 경우에는 본인의 동의만으로 인공임신중절수술을 할 수 있도록 하고 있다. 이렇게 배우자의 동의를 요하도록 한 것은 임신이 임산부와 배우자의 공동행위의 결과이며 배우자가 가지는 임신과 자녀의 출산에 대해 가지는 이익을 보호하고자 함에 그 취지가 있다

33) BVerfGE 39, 1, 51.

할 수 있다. 그러나 임신부가 중절수술을 원함에도 불구하고 배우자가 이를 반대하여 임신부가 그 의사에 반하여 임신을 계속하고 출산할 수밖에 없다면 낙태에 있어 임신부의 자기 결정권을 침해하는 것이 아닌가 하는 문제가 제기된다.

외국의 입법례를 보면 일본의 위생보호법은 배우자의 동의를 요하고 있으나 독일이나 영미법에서는 배우자의 동의를 요하지 않고 있다.³⁴⁾ 미국의 경우 1974년 제정된 미주리주법 제3조 제3항이 임신부가 임신 12주 이내에 낙태를 하려는 경우 자격 있는 의사가 모체의 생명을 유지하기 위하여 낙태를 하여야 한다고 증명하지 않는 경우 배우자의 서면동의를 요하도록 한 바 있었는데 미연방대법원은 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* 사건 (1976)³⁵⁾ 에서 이 규정이 위헌이라고 한 바 있다.

혼인에는 언제나 일정 입법적 제한이 따르고 상호 동의 하에서 행해진 가족구조에 있어서의 변화는 부부 쌍방의 동의에 의해서만 종료되어야 한다는 점은 수긍될 수 있다.³⁶⁾ 또한 배우자는 결혼생활에 있어 임신과 자녀의 출산에 관해 중대한 관련성이 있고 보통 부로서 태아를 잉태하였고 그 출생과 성장에 중대한 관심과 이해관계를 가지는 것이 사실이며 이는 법에 의해 보호되지 않으면 안된다. 또한 낙태 여부가 장래의 결혼생활에 대해 심각한 영향을

34) 이에 관해서는 한국형사정책연구원, 형법개정과 관련하여 본 낙태죄 및 간통죄에 관한 연구, 1992, 101면 참조

35) 428 U. S. 52

36) *id.* at 68

미친다는 것도 사실이다.³⁷⁾ 그런 점에서 임신과 출산은 배우자만의 문제가 아님은 물론이다. 그러나 임신의 계속과 출산에 관해 보다 직접적이고 중대한 이해관계를 가지는 것은 임산부이다. 출산과 낙태에 관해 임산부와 배우자가 서로 상의하여 결정하는 것이 바람직하지만 낙태 여부에 관해 부부간의 의사가 나누어지는 경우에는 결국 한 당사자의 의견이 지배하게 될 것이다. 이러한 경우에는 결국 아이를 기르고 임신에 의해 직접적으로 그리고 즉각 영향 받는 것은 부인이며 그런 점에서 부인의 의사가 우선하여야 한다고 생각한다.³⁸⁾ 뿐만 아니라 배우자가 반드시 태아의 부라고 할 수도 없으며 이의 증명도 곤란하다. 그리고 적응방식을 규정하고 있는 모자보건법상 일정정당화사유가 있어야 낙태를 할 수 있도록 하고 있는데 이 경우 국가도 임산부에게 출산을 강요할 수 없음에도 그러한 거부권을 배우자에게 인정하는 것은 인정될 수 없다고 할 것이다. 입장은 다르지만 미국연방대법원도 주가 자신조차도 12주 기간동안 절대적으로 행사할 수 없는 거부권을 배우자에게 위임할 수 없다는 점에서 낙태에 있어 배우자의 동의를 요하도록 한 입법은 위헌이라 하였다. 또한 낙태를 허용하는 사유도 강간 또는 준강간에 의해 임신한 경우라든가 임신의 지속이 보건의학적 이유로 모체의 건강을 심히 해하거나 해할 우려가 있는 경우 등과 같이 배우자에게보다는 임산부에게 더 중대한 의미를 가지는 것이라 할 수 있다. 이

37) id. at 69

38) id. at 71

렇게 보면 임신중절수술에 배우자의 동의를 요하도록 하고 있는 모자보건법 제14조는 임신부의 임신과 출산, 낙태문제에 대한 자기 결정권을 침해하여 위헌이라 보아야 할 것이다.

3. 영화의 사전심의제도의 위헌성 여부

(1) 문제의 소재

현행 영화법 제12조는 ‘제1항 : 영화(그 예고편을 포함한다.)는 그 상영전에 공연법에 의하여 설치된 공연윤리위원회의 심의를 받아야 한다. 제2항 : 제1항의 규정에 의한 심의를 필하지 아니한 영화는 이를 상영하지 못한다.’고 하여 영화의 상영전 심의제도를 규정하고 있다. 또 동법 제13조 소정의 사유가 있을 때에는 공연윤리위원회가 심의필한 것으로 결정하지 못하도록 하여 영화상영을 할 수 없도록 하고 있다. 그렇다면 이와 같이 영화의 상영전에 공연윤리위원회의 사전심의를 반드시 거치도록 한 것은 헌법 제21조 제2항이 금지하고 있는 언론·출판의 사전검열제를 규정하여 위헌은 아닌가 하는 문제가 제기된다.

현행 영화법상 영화의 사전심의제도의 위헌성 여부의 문제는 다음 몇가지 측면에서의 문제를 함유하고 있다. 즉 첫째 영화가 과연 헌법 제21조 제1항에서 규정하는 언론·출판의 범주에 속하는 것인가 여부, 둘째 만약 영화가 언론·출판의 자유의 한 내포라면 영화에 대한 검열은 헌법 제21조 제2항에 의해 언제나 금지되는가, 셋째 영화법상의 사전심의제는 검열을 의미하는가, 만약 검열을 의미한다면 이러한 검열도 금지되는가, 넷째 설사 사전심의제 자체는 합헌이라 하더라도 영화법 제13조가 규정하는 심의기준이

너무 막연하여 명확성과 구체성이 없어 위헌은 아닌가, 다섯째 만약 공연윤리위원회가 심의필한 것으로 결정하지 않는 경우 이에 대한 신속한 구제방법의 보장이 있는가 등이 문제된다 할 것이다.

(2) 영화가 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판에 포함되는가?

좁은 의미에서 언론은 구두로 사상이나 의견을 표현하는 것으로 토론, 연설, 담화, 방송 등을 의미하며 출판이라 함은 문자나 상형에 의해 사상이나 의견을 표현하는 것으로 문서나 도화 등에 의한 표현을 의미한다.¹⁾ 그러나 사상이나 의견을 표현하는 방법이 다양해짐에 따라 언론 출판은 모든 형식의 의사표현형식을 나타내는 것으로 표현형식에 관계없이 의사표현형식 모두는 헌법 제21조 제1항에 의해 보호된다 할 것이다.²⁾

그러면 영화도 이러한 언론 출판의 범위에 속하고 따라서 헌법 제21조 소정의 자유를 향유하는가? 과거 미국에서는 영화발달의 초기에는 영화는 일종의 흥행물이라 하여 언론출판의 자유의 보장을 받지 않는 것으로 인정되어 오다가 그 뒤 발성영화의 발달에 따라 영화도 사상표현방법의 하나로서 언론·출판 속에 포함된다고 보았다.³⁾ 한편

1) 김철수, 전게서, 451면; 권영성, 헌법학원론, 1994, 504면

2) 독일기본법 해석에 있어서도 같은 취지로 헷세, 계획열역, 전게서, 239면

3) 예컨대 Times Film Corp. v. City of Chicago et al, 365 U. S. 43

독일의 경우 기본법 제5조 제1항이 영화에 의한 보도의 자유를 규정하고 이에 대한 검열의 금지를 규정하고 있다. 영화에 의한 보도는 원칙적으로 주간뉴스(Wochenschau)만을 의미하는 것이지만 이에 한정하지 않고 다수의 관람객을 대상으로 하는 모든 종류의 영화의 상영을 포함하는 것으로 이해되며 순수보도용 이외의 예술성을 가진 영화는 일반법률유보에 해당하지 않고 따라서 더 강력하게 보호받는 기본법 제5조 제3항의 예술의 자유에도 해당하는 것으로 이해되고 있다.⁴⁾ 일본의 경우 헌법 제21조 제1항이 ‘집회·결사 및 언론·출판 기타의 표현의 자유는 이를 보장한다.’고 하고 동조 제2항은 이에 대한 검열을 금지하고 있다. 영화나 연극은 이 중 언론·출판의 한 내포로 이해되고 있다.⁵⁾

우리헌법 해석상으로도 영화가 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 한 내포라는 점에 대해서는 별 이론이 없다. 헌법 제21조의 언론·출판이 인간의 사상, 의견을 대외적으로 표현하는 구두, 음향, 문자, 상형, 영상 등을 포괄하는 것으로 영화도 사상이나 의사를 표현하는 것으로 이의 한 내포라고 보아야 한다. 다만 영화는 상당부분 헌법 제22조 제1항이 보장한다고 보아야 할 것이기 때문에 이에 의해

(1961)에서 미연방대법원은 영화가 수정헌법 제1조와 제14조에서 규정하는 언론 출판의 자유의 범위에 포함된다고 보았다.(at 43)

- 4) M. Bullinger, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in : Isensee/Kirchhof(hrsg.), Handbuch des Staatsrecht, 1987, S. 696 ; C. Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 1985, Art.5 Rn. 99
 5) 通口陽一 등 공저, 注釋 日本國憲法 상권, 1991, 459면

우선적으로 보장된다고 하여야 할 것이고 보도영화와 같은 것은 제21조에 의해 보장된다 할 것이다.

(3) 영화에 대한 검열은 금지되는가?

과거 1962년의 헌법은 제18조 제2항에서 ‘언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다. 다만 공중도덕과 사회윤리를 위하여 영화나 연극에 대한 검열을 할 수 있다.’고 하여 영화에 대한 검열을 인정하였다. 또한 1919년의 바이마르헌법 제118조 제2항도 ‘검열은 인정되지 아니한다. 다만 영화에 대해서는 법률에 의해 달리 규정할 수 있다. 풍속을 해하는 저작물의 규제와 공개의 관람물 및 흥행에 관하여 소년의 보호를 위하여 또한 법률에 의하여 적당한 조치를 정할 수 있다.’고 하여 영화에 대한 검열을 법률로 규정할 수 있음을 인정하였다.

그러나 현행헌법 제21조 제2항은 언론·출판에 대한 허가제나 검열제는 금지됨을 규정하고 영화에 대하여 따로 검열의 여지를 인정하는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 영화가 언론·출판의 한 내포라면 헌법해석상 영화에 대한 검열은 이 헌법규정에 의해 당연히 금지되는 것인가 하는 문제가 제기된다.

이 점에 관해 헌법규정이 다르긴 하지만 미국의 경우에는 영화에 대한 사전검열 자체는 위헌이 아니라는 것이 확립된 미연방대법원의 판례이다. 미국에서도 1961년 전까지만 해도 영화의 사전검열의 기준이 너무 애매하여 명확성

과 구체성이 없어 위헌이 아니냐 하는 문제는 수차 연방대법원 판례에서도 문제되었지만 정작 영화의 사전검열제 자체의 위헌 여부가 문제된 것은 1961년의 Times Film Corp. v. City of Chicago 사건에서였다. 동 사건에서 연방대법원 대법관의 다수의견은 영화에 대한 사전검열 자체가 위헌은 아니라고 보았다. 그 논거는 다음 몇가지로 요약할 수 있다. 첫째, 영화도 수정헌법 제1조와 제14조 소정의 언론·출판의 자유의 범위에 포함된다. 그러나 언론·출판의 자유는 절대적 무제한적 자유는 아니다. 예컨대 음란, 신성모독, 중상모략과 모욕, 평화에 위해를 가하거나 평화의 직접 침해를 선동하는 경향을 띤 호전적 언사 등은 그러한 예이다.⁶⁾ 둘째, Near v. Minnesota판결에서도 보듯이 언론출판의 자유에 대한 사전억제금지의 원칙도 절대적, 무제한적인 것은 아니다. 사전억제금지는 무소불위가 아니며 부적과 같은 기준(a talismanic test)으로 취급될 수도 없다. 주는 음란물의 배포를 방지하기 위해 필요한 조치를 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 그런 점에서 원고가 영화의 상영은 어느 경우에도 허용되어야 하고 모든 영화가 공개적으로 적어도 한번 상영할 수 있는 절대적 권리를 가지며 그에 대한 제재는 사후의 형사처벌만이 유일한 방법이라고 보는 것은 정당성이 없다.⁷⁾ 셋째, 각 표현방법은 그 자체 특유의 문제를 가진다. 영화는 나름의 특성이 있고 다른 표현방법에 적용되는 특정 룰이 반드시 영화에도 적

6) id, at 43, 48

7) at 43, 48-49

용되어야 하는 것은 아니다.⁸⁾ 이처럼 영화에 대해 사전억제금지에 대한 예외를 인정하는 것은 전통적으로 미국판례가 음란물에 대해서는 표현의 범위에서 제외해 온 것과도 연관된다.

그러나 영화에 대한 검열을 위헌이라 보는 견해는 다음과 같은 몇가지 이유에 기초한다. 첫째, 영화필름의 사전제출요구는 수정헌법 제1조와 제14조가 금지하는 사전억제에 해당한다는 것이다.⁹⁾ 영화의 상영은 어떠한 경우에도 허용되어야 하며 주가 이를 규제할 수 있는 유일한 수단은 형사처벌이며 이는 영화상영에 의한 위법행위가 있고 나서야 가능하다고 한다.¹⁰⁾ 둘째, 각 표현방법은 고유의 문제를 가지고 있다고 하는 점은 인정하나 어떤 표현방법에는 검열이 인정될 수 있고 어느 표현방법에는 검열이 인정될 수 없다는 것은 타당하지 못하다는 것이다.

그러면 우리헌법 해석상 영화에 대한 검열은 인정되는가? 먼저 영화가 앞에서 보았듯이 헌법 제21조 제1항이 규정하는 언론·출판에 해당하고 헌법이 따로 영화에 대한 검열의 여지를 인정하지 않는 이상 원칙상 영화에 대한 검열도 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 문제는 헌법 제21조 제2항이 언론, 출판에 대한 검열을 금지한다고 규정하는 것은 어느 경우나 검열이 인정되지 않는다는 것인지, 아니면 일정한 경우에는 예외적으로 검열을 허용

8) at 49

9) at 44

10) at 49

할 수 있는 여지가 있는 것인지가 문제되지 않을 수 없다.

이 점에 관해 일본에서는 일본헌법 제21조 제2항 1문이 검열을 금지하고 있으나 그렇다고 언제나 검열을 금지하는 것은 아니고 예외적으로 공공복지를 위해 검열이 허용되는 경우도 있다거나¹¹⁾ 또는 명백하고 현존하는 위험이 있는 경우 검열이 인정될 여지가 있다는¹²⁾ 소수견해가 있으나 검열금지는 절대적인 것으로 어떤 경우에도 검열이 허용되지 않는다고 보는 견해가 지배적이다.

우리헌법 해석론상으로는 ‘어떠한 이유에 의한 것이든 영화에 대한 당국의 강제적인 사전 검열제는 예술활동의 독자성과 창의성을 유린하는 것이므로 이러한 방식은 지양되어야 마땅하다’고 하고 현행의 영화법은 헌법 제21조 제1항에 위반되는 위헌법률이라고 보는 견해가 있다.¹³⁾

생각건대 영화의 경우 다른 언론 출판과 달리 검열의 허용 여부가 많이 논란되는 것은 영화의 여러 복사본을 많은 장소에서 동시 상영할 수 있고 관람객에 미치는 직접적이고 자극적 효과로 인해 특히 위험스러운 대중커뮤니케이션 매체로 분류된다¹⁴⁾ 는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다. 그러나 이러한 영화의 표현수단으로서의 특수성을 인정한다 하더라도 사전억제는 사후의 처벌보다는 훨씬 강한 표현의 자유제한을 의미한다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 사후의 처벌도 영화에 의한 표현을 사전에 저지하는 효과를 가

11) 山内一夫, 税關檢閲の合憲性,ズェリト 232호, 26

12) 禮幌地判 1980. 3. 25 判時961호 29면

13) 권영성, 전게서, 523면

14) M. Bullinger, aaO., S.696

지지만 언론의 시장론(the marketplace theory of speech)에서 보듯이 사후처벌은 일단 문제가 된 사상이나 의견을 공중에 대해 표현할 수 있으나 검열은 아예 그 여지를 막는 것이다. 따라서 영화상영에 대한 이러한 중대한 제한을 의미하는 검열의 여지를 헌법이 규정하지 않는 이상 헌법 해석만으로 인정하기는 곤란하다고 생각한다.

(4) 영화법상 공연윤리위원회의 사전심의가 검열에 해당 하는가

만약 영화에 대한 사전검열이 헌법상 인정되지 않는다면 현행 영화법상의 공연윤리위원회의 사전심의를 검열에 해당되는지 여부를 살펴보지 않으면 안된다. 그러면 검열이란 무엇을 의미하는가. 검열은 ‘사상, 의견 등이 발표되기 이전에 국가기관이 그 내용을 심사, 선별하여 일정한 사상이나 의견의 표현을 억제하는 제도인 사전검열을 말한다’거나¹⁵⁾ 또는 ‘사상발표 전에 국가기관에 의하여 그 내용을 심사, 선별하여 일정한 사상, 표현을 저지하는 제도, 즉 사전검열의 의미한다’거나¹⁶⁾ ‘공권력이 외부에 발표해야 할 사상의 내용을 사전에 심사하여 부적당하다고 인정하는 경우 그 발표를 금지하는 것, 즉 사전심사를 의미한다’고 하거나 또는 ‘행정권이 표현 내용을 심사하여 부적당하다고 인정하는 경우 그 표현행위를 금지하는 것을 의미한다’

15) 권영성, 전게서, 522면

16) 김철수, 전게서, 444면

고¹⁷⁾ 정의되고 있다. 검열은 이처럼 공권력에 의한 표현행위의 사전심사를 의미하기 때문에 사인의 자유의사에 기한 자주적 규제, 예컨대 표현행위관계당사자의 자율적 사전심의는 검열의 개념에 포함되지 않는다.¹⁸⁾ 따라서 영화업자 관계자가 자율적으로 규제하는 것은 검열에 해당하지 않고 따라서 위헌이 아니다.¹⁹⁾ 그런 점에서 영화인 자신에 의한 자율적, 임의적, 권고적 사전심의제는 가능한 것이며²⁰⁾ 이러한 자율적 규제는 영화인의 자율성을 존중하면서 사회의 공중도덕이나 사회윤리를 준수할 수 있다는 점에서 바람직한 것이라 할 수 있다. 그런데 문제는 영화법상의 공연윤리위원회에 의한 사전심의가 이러한 사인에 의한 자율적 심의인지 아니면 사실상 국가의 검열인지에 있다. 공연법 제25조 제3항은 공연윤리위원회 위원을 ‘예술, 언론, 방송, 출판, 공연, 교육 등에 관하여 학식과 경험이 풍부한 자중에서 문화체육부장관이 위촉’하도록 하고 있다. 또한 동조 제4항은 공연윤리위원회의 조직과 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 동조 제5항은 국가는 예산의 범위 안에서 위원회의 운영에 필요한 경비를 보조할 수 있도록 하고 있다.

그러면 이와 같은 공연윤리위원회의 성격이 사인의 순수한 자율적 기구로 볼 수 있겠는가, 그래서 영화의 사전심의가 공권력의 개입이 없는, 영화인의 자율적 심의라 볼

17) 이에 관해서는 通口陽一 등 공저, 전게서, 502면 이하

18) Starck, aaO., Art.5 Rn. 107

19) 橋本公巨, 日本國憲法, 1990, 262면

20) 권영성, 전게서, 522면

수 있겠는가, 아니면 국가의 개입과 영향력 행사를 사실상 인정함으로써 검열에 해당되는 것은 아닌가 하는 점이 문제된다.

이 점에 관하여 현재 1991. 6. 3선고, 90헌마 56사건에서 청구인은 심의기관인 공연윤리위원회가 문화체육부장관이 위촉하는 위원으로 구성되는 등 사실상 행정부의 영향 아래 있어 사실상 검열에 해당한다고 주장하였다. 반면 당시 문화공보부장관은 공연윤리위원회가 문화체육부장관이 위촉하는 위원으로 구성되는 것이긴 하나 순수한 심의기구로서 그 심의 과정에 정부가 관여하는 것도 아니며 관계공무원의 심의참여 제도는 1989. 1. 1부터 폐지되었다는 점을 들어 공연윤리위원회의 사전심의가 검열이 아니라 민간단체의 자발적 통제임을 주장하였다. 이와 관련하여 독일에서도 영화심의위원회(Filmwirtschaft)의 자발적 통제는 동 위원회가 비록 사인에 의해 조직되었긴 하지만 문제가 있다고 보고 있다. 즉 동영화심의위원회는 한편으로는 영화 제작자, 대여업자, 극장주의 협회의 대표와 다른 한편으로는 연방과 주가 지명한 인사로 각각 반수씩으로 구성되며 모든 영화는 공연전에는 반드시 사전통제를 받도록 되어 있는데 동 위원회의 구성에 국가가 관여함과 관련하여 문제가 없지 않다고 한다.²¹⁾

생각건대 공연법상의 공연윤리위원회에 의한 사전심의를 다음과 같은 점에서 사실상 영화에 대한 사전검열을 의미

21) Starck, aaO., Art. 5 Rn. 107

한다고 생각한다. 우선 첫째로 공연윤리위원회는 국가기관은 아니지만 그 위원을 문화체육부장관이 위촉토록 함으로써 그 기관구성 자체가 사인에 의해 자발적으로 이루어졌다고 할 수 없다. 그리하여 공연윤리위원회의 심의는 사실상 문화체육부장관의 영향권내에 있다고 보아야 한다. 둘째, 공연윤리위원회의 조직과 운영에 관해 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 하고 있는데 이는 공연윤리위원회의 조직과 운영에 관한 자율성을 부정하는 것으로 동 위원회가 사적 단체가 아니라 공적 기관의 성격을 띄고 있음을 나타내 주고 있다. 셋째, 국가가 예산의 범위안에서 공연윤리위원회의 운영에 필요한 경비를 보조할 수 있도록 하고 있는 것도 사실상 국가의 개입의 여지를 인정하고 있다는 것을 의미한다 할 것이다. 이처럼 공연윤리위원회의 구성, 조직과 운영, 경비 등에 국가가 관여하고 있는 이상 이를 자발적 사적 기구로 이해하기 어렵고 영화의 사전심의에 있어 국가의 영향과 간섭에서 독립되어 있다고 보기 어렵다. 그런 점에서 공연윤리위원회의 영화의 사전심의는 사실상 검열을 의미한다고 보아야 한다고 생각한다.

(5) 영화법 제13조의 심의기준의 위헌성

영화법 제13조는 공연윤리위원회가 영화의 사전심의에 있어 다음 각호의 1에 해당된다고 인정되는 영화에 대해서는 심의필한 것으로 결정할 수 없도록 하고 다만 그 해당 부분을 삭제하여도 상영에 지장이 없다고 인정될 때에는

그 부분을 삭제하고 심의필을 결정할 수 있도록 하고 있다.

동조는 이렇게 심의필 할 수 없는 경우로서 ① 헌법의 기본질서에 위배되거나 국가의 권위를 손상할 우려가 있을 때, ② 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란케 할 우려가 있을 때, ③ 국제간의 우의를 훼손할 우려가 있을 때, ④ 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때를 들고 있다.

영화의 검열 자체가 위헌이라 본다면 논의의 필요가 없는 것이지만 검열 자체는 합헌이라 한다고 한다면 영화법 제13조가 규정하고 있는 심의기준이 위헌이 아니냐 하는 점이 문제로 제기된다. 앞서서도 언급하였듯이 과거 미국 연방대법원에서는 영화의 검열과 관련하여 제기된 문제가 주로 영화검열기준이 너무 막연하여 무효가 아니냐 하는 점이였다. 현행 영화법 제13조의 심의기준도 그 기준이 너무 막연하고 모호하여 위헌이 아니냐 하는 문제가 제기된다.

막연하기 때문에 무효(void for vagueness)라는 법리는 종래 미국연방대법원이 표현의 자유와 같은 헌법상 기본적인 권리보장을 위해 발전시켜 왔으며 지나치게 광범위하기 때문에 무효라는 법리(the overbreadth doctrine)와 밀접하게 관련되어 있다. 양원칙은 표현의 자유에 대한 위축효과를 방지하고자 함에 그 취지가 있고 판례에 따라서는 양원칙을 명확하게 구분하지 않는 경우도 있다.²²⁾ 그러나 엄밀하

22) J. Nowak/R. Rotunda/J. Young, Constitutional Law, 1986, p.846

게 말하면 법률이 명확성을 가지는 경우에도 과도하게 광범위한 경우가 있을 수 있으므로 양자는 구별된다.²³⁾ 막연하기 때문에 무효라는 법리는 다음과 같은 몇가지 근거에 기초하고 있다. 즉 첫째, 헌법상의 기본적 권리에 관한 법률로서 애매한 내용을 가진 법률은 기본적 권리에 위협적 효과를 가져올 수 있고 헌법상 보장된 권리의 행사를 억제하는 결과를 초래할 수 있다. 둘째, 법 집행을 통제하기 위하여는 법률에 분명한 가이드 라인이 존재해야 한다. 만약 명백한 가이드 라인이 없으면 법을 집행하는 공무원이 선택적으로 법을 집행할 재량을 가지게 된다. 이러한 재량은 언론·출판의 자유와 같은 기본적 권리를 규율하는 것인 경우 매우 위험하다. 셋째, 수정헌법 제1조의 권리가 보장되기 위해서는 인용되어야 하는 정부의 규제는 좁고 명확하게 한계 지어져야 한다. 이러한 좁고 명백하게 한계를 정하는 법률이 어떤 언론이 규제되어야 하는 것인지에 관한 의회의 판단을 보다 잘 반영할 수 있다.²⁴⁾

그리하여 미연방대법원은 Superior Film Inc. v. Department of Education 사건(1954)²⁵⁾에서 영화의 검열기준으로 유해하지 않아야 한다(harmless)거나 부도덕하거나(immoral) 도덕을 타락케 할 가능성이 있는 (tending to

23) 이에 관해서는 양 건, 미국판례법상 표현의 자유와 과도한 광범성의 원칙(The Overbreadth Doctrine), 법학 제23권 1호, 1982, 230면; 이동흡, 미국판례법상 과도한 광범위의 원칙 - The Overbreadth Doctrine-, 헌법논총 제3집, 1992, 224면 이하

24) Nowak/Rotunda/Young, op. cit., 1986, p 846 f

25) 346 U. S. 587

corrupt morals) 것이어서는 안된다는 것은 그 개념이 너무 애매하고 명확성과 구체성이 없어 위헌이라 하였고 Joseph Burstyn Inc. v. Wilson사건(1952)²⁶⁾에서는 영화검열기준으로 신성모독적(sacrilegious)이라는 것은 너무 불명확한 조건으로 이 기준으로 검열관이 허, 불허 여부를 결정함은 명확성과 구체성을 잃어 애매하므로 무효라 하였다. 우리 헌법재판소도 영화의 심의기준에 관한 것은 아니지만 군사기밀보호법상의 군사기밀의 범위와 국가보안법상 반국가단체를 위한 찬양활동의 개념과 관련하여 이러한 법리를 수용하고 있다.

이러한 기준에 비추어 볼 때 현행 영화법 제13조가 심의필의 결정을 할 수 없는 사유로 규정하고 있는 것은 너무 애매하고 막연하여 위헌이라 생각한다. 즉 국가의 권위를 손상할 우려가 있는 경우라든가 공서양속을 해하거나 사회질서를 문란케 할 우려가 있을 때라거나, 국제간의 우의를 해할 우려가 있을 때, 국민정신을 해이하게 할 우려가 있을 때 등의 사유는 심의에 있어 구체적이고 명확한 기준을 제시하지 못하여 공연윤리위원회에 사실상 거의 제한되지 않는 재량의 여지를 인정하여 광범위하게 영화상영을 금지할 수 있게 하고 또한 이로 인하여 영화를 통한 예술적 표현이나 사실표현을 사전에 광범위하게 억제시키는 결과를 초래할 수 있기 때문에 위헌이라고 판단된다.²⁷⁾

26) 343 U. S. 495

27) 이렇게 영화법 제13조가 심의기준을 애매하고 막연하게 규정하고 있기 때문에 동법 시행령 제18조 제1항은 이를 구체화하여 세부심의 기준으로 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 ① 국가 또는 국기를 경건

(6) 공연윤리위원회의 결정에 대한 구제수단의 문제

영화법상의 사전심의제도가 가지는 또 다른 문제는 공연윤리위원회의 심의결정을 하여야 하는 기간에 대한 제한이 없다는 점과 심의결정에 대한 구제절차에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다는 점이다. 다만 구제수단에 관해서는 공연윤리위원회 회칙 제10조에 의해 심의결정에 대해서 이의가 있는 경우에는 언제든지 재심을 청구할 수 있도록 하고 있을 뿐이다.

이러한 공연윤리위원회의 심의결정에 대한 구제수단과 관련하여 과거 미국연방대법원은 *Freedom v. Maryland* 사건(1965)²⁸⁾에서 영화의 사전검열을 규정하는 매릴랜드주법의 위헌여부와 관련하여 동주법이 합헌이기 위해서는 검열제도에 수반되는 위험을 제거하기 위한 절차상의 보장이 이루어져야 한다고 하면서 헌법상 보호되지 않는 영화의

하게 취급하지 아니하거나 국가원수를 모독하는 것, ② 반국가적 행동을 묘사하여 대중을 선동하는 것, ③ 폭동, 군중학살 등을 묘사하여 공중질서를 해할 우려가 있는 것, ④ 신앙이나 종교를 풍자, 조롱 또는 증오의 대상으로 하거나 종교의식을 모독하는 것, ⑤ 미신을 정당화하거나 권장하는 것, ⑥ 범죄수단을 지나치게 섬세하게 묘사하는 것, ⑦ 존비속의 학대를 정당화하는 것, ⑧ 성범죄 등 범죄를 정당화하는 것, ⑨ 역사적 고증이 필요한 특정의 사람, 사실 또는 물건 등을 묘사함에 있어서 그 공증된 바를 왜곡하여 묘사하는 것, ⑩ 허위선전 또는 과장선전이나 타인의 물건을 왜곡하여 소개하는 것(광고영화의 경우에 한한다.), ⑪ 기타 문화체육부령으로 정하는 사항에 대해서는 심의필 결정을 할 수 없도록 하고 동조 제2항은 문화영화, 뉴스영화, 텔레비전 영화, 광고영화 및 예고편영화의 심의에 있어서는 제1항의 기준에 적합하여야 하는 외에 연소자의 관람이 허용될 수 있는 것이 아니면 이를 심의를 마친 것으로 결정하지 못한다고 한다.

28) 380 U. S. 51

상영을 막는 유일한 절차로서 모든 필름의 사전제출을 명할 수는 있으나 영화가 헌법상 보장되는 것인가 여부에 관한 위원회의 결정이 사실상 최종적 효과를 주는 것과 같은 방법으로 운용되어서는 안되며 사법상의 최종결정이 신속히 청구될 수 있어야 한다고 한다. 그런데 매릴랜드주법은 검열위원회가 언제까지 결정을 하지 않으면 안된다는 기한을 정하지 않음으로 인하여 지연 기타의 이유로 사법심사를 구하는 것이 사실상 곤란하게 되어 위원회의 결정이 최종적이 될 가능성이 있다는 점에서 이러한 절차적 보안을 결여함으로써 위헌이라 보았다.

현행 영화법에 있어서도 이러한 문제가 존재한다. 즉 영화법은 공연윤리위원회가 심의결정을 하여야 할 기한을 규정하고 있지 않아 경우에 따라 심의결정이 지연되어 이에 의해서 영화상영이 지연될 수 있고 영화제작자가 의도한 시기에 영화를 상영할 수 없을 가능성이 상존한다. 또한 영화법은 이렇게 심의결정이 지연되는 경우에도 이에 대한 신속한 사법적 구제절차를 보장하고 있지 않다. 이렇게 영화의 심의결정의 기한과 지연된 심의에 대한 사법적 구제수단에 대한 규정을 두지 아니한 것도 언론출판의 자유, 또는 예술의 자유를 침해하여 위헌이라고 생각한다.

(7) 결 론

이상에서 보았듯이 영화는 그 표현수단으로서의 특수성이 인정되긴 하지만 언론출판의 자유와 예술의 자유를 향

유하여 언론출판에 대한 검열을 금지하는 헌법 제21조 제2항에 따라 영화에 대한 검열도 인정되지 않는다고 생각한다. 말하자면 헌법상 명시적 근거규정 없이 영화의 특수성만을 이유로 헌법해석상 이에 대한 검열을 인정하는 것은 무리라고 보아진다. 그런데 현행법상 공연윤리위원회의 영화에 대한 사전심의는 심의기관의 구성과 성격, 재정 등에 비추어 사실상 검열에 해당하고 따라서 위헌이라고 생각한다. 설사 사전심의제도가 위헌이 아니라 하더라도 심의기준이 너무 막연하여 위헌성을 가지고 있으며 심의를 지연시키거나 심의필 결정을 하지 않는 경우에 대한 신속한 구제수단이 확보되어 있지 않는 것도 문제이다.

이러한 문제는 문제상황은 반드시 같지 않을 수도 있지만 방송위원회의 방송물의 사전심의, 음반 및 비디오물의 내용에 대한 공연윤리위원회의 심의, 연극, 무용, 음악연주 등에 대한 대본심사 또는 실연심사 등에도 있다고 생각한다.

4. 헌법 제36조 제1항과 민법 제809조

(1) 문제의 소개

민법 제809조 제1항은 ‘동성동본인 혈족사이에는 혼인하지 못한다.’고 하고 동조 제2항은 ‘남계혈족의 배우자, 부의 혈족 및 기타 8촌 이내의 인척이거나 이러한 인척이었던 자 사이에서는 혼인하지 못한다.’고 하여 근친간의 혼인을 금지하고 있다. 또한 민법 제815조는 당사자간에 직계혈족, 8촌 이내의 방계혈족 및 그 배우자인 친족관계에 있거나 있었던 때에는 그 혼인을 무효로 하고 제817조는 그외의 근친혼, 즉 9촌 이상의 동성동본인 혈족사이의 혼인, 직계 인척이외의 처의 혈족과의 혼인, 배우자의 혈족의 배우자와의 혼인은 취소할 수 있도록 하고 있다. 일정 근친간의 혼인을 금지하는 것은 세계제국의 입법에 공통하는 것이지만 우리민법 제809조는 다른 외국에서는 입법의 예를 볼 수 없을 정도로 지나치게 혼인할 수 없는 근친의 범위를 확장함으로써 광범위하게 혼인을 제한하고 있다. 그리하여 이러한 규정은 헌법 제36조 제1항이 규정하는 개인의 존엄과 양성평등에 기초한 ‘민주적 혼인제도와 동조에 의해 보장되는 혼인의 자유를 침해하고 또한 부계혈족만을 중시함으로써 남녀평등에 위해되어 위헌이 아닌가 하는 의문을 낳고 있다.

(2) 입법의 취지 및 입법례

근친혼을 금지하는 범위는 나라에 따라 다르지만 근친간의 혼인을 금지하는 것은 동서고금에 보편적 현상이라 할 수 있다. 근친혼금지는 이미 원시시대의 동족간의 성적 결합을 타부시한 것에서 그 연원을 발견할 수 있으며 현대에 있어서도 세계각국의 입법은 근친혼을 금지하고 있다. 근친혼을 금지하는 이유는 대가족사회에 있어 공동생활체의 성적 질서를 유지하기 위하여 금지하였다고 할 수 있지만 현대의 가족제도하에서는 근친간의 혼인이 윤리에 반한다는 점과 근친간의 혼인이 우생학적 견지에서 저능아나 유전질환자를 출산케 될 위험이 크다는 점에서 금지된다고 할 수 있다.

근친혼을 금지하는 주요입법례를 보면 다음과 같다.²⁹⁾

먼저 직계혈족간의 혼인은 금지하는 것이 보통인데 독일민법, 프랑스민법, 스위스민법, 중국민법, 일본민법 등은 그러한 예이다. 방계혈족의 경우 독일민법은 부모의 쌍방 또는 일방을 같이 하는 형제자매의 혼인을 금지할 뿐인데 프랑스민법, 스위스민법, 일본민법은 형제자매간, 백숙부모와 질간의 혼인을 금지한다. 인척의 경우 독일민법, 프랑스민법, 스위스민법, 중국민법, 일본민법은 직계인척간의 혼인을 금지하며 다만 독일민법에서는 그 금지가 면제될 수 있

29) 이에 관해서는 김주수, 친족상속법, 1991, 121-122면

도록 하고 있으며 프랑스 민법의 경우 직계인척간의 혼인 금지도 다른 일방이 사망한 경우에는 면제할 수 있도록 하고 있다. 중국민법의 경우 과거 유교적 관습의 영향으로 근친혼금지의 범위가 넓은데 직계혈족 및 직계인척간의 혼인이 금지됨은 물론 방계혈족 및 방계인척의 배분(행렬)이 서로 같지 않은 자간의 혼인을 금지하되 방계혈족은 8친등이외, 방계인척은 5친등이외에 있을 경우에는 적용되지 않는다. 또 방계혈족의 배분이 서로 같고 8친등이내에 있는 자 사이의 혼인은 금지하나 표형제자매(내외종형제자매, 이종형제자매)는 이 적용을 받지 않는다.

한편 우리나라의 근친혼금지는 동성동본불혼(동성불취)의 원칙, 종처불혼의 원칙, 척족불혼의 원칙 등의 과거의 관습에 유래한다.³⁰⁾ 우리나라에서는 과거 신라시대에는 왕가의 종혈의 순수성을 보전하기 위해 계급적 내혼이 행해지고 이로 인해 일반서민사이에서도 근친혼, 동성혼이 널리 행해졌으며 고려시대에도 근친혼, 동성혼이 일반적으로 행해졌다.³¹⁾ 동성동본불혼의 원칙이나 종처불혼의 원칙 등은 중국에서 유래한 것으로 이조시대에 와서 중국의 대명률을 의용하여 시행되었다. 그리고 그러한 관습은 일제시대를 거쳐 1958년의 민법에 수용되었으며 그 뒤 1977년과 1989년 동성동본불혼규정 폐지와 인척간의 혼인금지범위의 축소를 위한 개정이 시도되었으나 아직 그대로 유지되고

30) 이회봉, 한국가족법상의 제문제, 1976, 273-274면

31) 김주수, 동성동본불혼제도에 관하여, 가족법연구 창간호, 1984, 11-12면

있다. 그러나 동성동본의 혈족이면서 사실상 부부생활을 하고 있는 부부를 구제하기 위하여 1978년과 1988년에 각각 1년간 효력을 가지는 한시법인 ‘혼인에 관한 특례법’을 둔 바 있다.

(3) 민법 제809조의 위헌성 여부

근친혼금지를 규정하는 민법 제809조는 두가지 측면에서 그 위헌성이 문제된다고 생각한다. 즉 첫째 혼인할 수 없는 근친의 범위를 너무 넓게 규정하여 혼인의 자유와 개인의 존엄에 기초한 혼인제도를 침해하는 것이 아닌가 하는 것이고, 둘째 근친혼금지의 범위가 부계혈통중심이어서 헌법상 남녀평등에 반하는 것이 아닌가 하는 점이다.

1) 민법 제809조와 혼인의 자유

(가) 혼인의 자유와 그 헌법적 근거

헌법 제36조 제1항은 ‘혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며 국가는 이를 보장한다.’고 규정하고 있다. 이 규정이 의미하는 바가 무엇인지에 관해서는 학자들간에 의견의 차이가 있다. 즉 과연 동조가 민주적인 혼인제도의 제도적 보장을 포함하는 것인지, 그리고 동조가 생존권적 기본권의 성격을 가지는 것인지, 또는 주관적 방어권으로서의 성격을 가지는 것인지 등에 관해서 논란이 있다.

이와 관련하여 독일기본법 제6조 제1항은 ‘혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.’라고 규정하고 있는데 동조항이 혼인과 가족에 관한 기본권보장과 혼인과 가족의 총체적 영역에 대한 구속력 있는 가치결정으로서 근본규범을 포함하고 있는 것으로 이해되고 있다. 그리하여 이 규정은 적극적으로는 혼인과 가족을 그에 대한 침해로부터 보호할 뿐 아니라 적절한 조치를 통하여 추진해야 할 국가의 과제를 규정함과 동시에 소극적으로는 국가 자신이 혼인을 침해하거나 간섭하는 것을 금지하는 것을 규정으로 보고 있다.³²⁾

우리헌법 해석상으로도 헌법 제36조 제1항은 개인의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인제도에 대한 가치결정으로서 근본규범을 포함하여 이를 위한 국가의 과제의 부과, 그리고 혼인의 자유를 보장하고 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다. 이렇게 보면 헌법 제36조 제1항에서 혼인의 자유의 헌법적 근거를 찾을 수 있을 것이고 또한 사생활의 자유를 규정하고 있는 헌법 제17조에서도 혼인의 자유의 근거를 발견할 수 있을 것이다.

혼인의 자유는 인간의 가장 기본적 권리이며 개인의 행복 추구에 있어 필수적이며 핵심적 권리의 하나이며 사생활의 자유의 핵심적 부분을 이루고 있다고 할 수 있다.³³⁾

32) BVerfGE 6,55,76

33) L. Jayson (ed.), Constitution of U. S. A., 1973, p 1405; 독일연방헌법재판소도 ‘스스로 선택한 배우자와 혼인하는 자유는 기본권을 통해 보장되는 인간의 자유로운 존재의 본질적 부분을 구성한다.’고 하였다. (BVerfGE 36,146,162)

혼인의 자유속에는 혼인을 할 것인가 여부의 자유, 혼인시기선택의 자유, 그리고 본질적 부분으로 자기가 선택한 배우자와 결혼할 권리 또는 자유를 포함한다.³⁴⁾ 민법 제809조는 이러한 자기가 선택한 배우자와 혼인할 자유를 침해하여 위헌을 아닌가 하는 것이 문제된다.

(나) 혼인의 자유의 제한과 민법 제809조

혼인의 자유도 무제한적인 것은 아니다. 이 점에 관해 독일에서는 기본법 제6조 제1항에서 나오는 혼인의 자유는 일반적 행동의 자유를 규정하는 제2조 제1항에 대해서처럼 일반적 제한이 타당하지 않는다고 한다.³⁵⁾ 즉, 혼인의 자유는 법률유보에 의해 제한되지 않는 기본권으로 헌법에서 직접적으로 도출되는 것이 아닌 모든 혼인금지나 혼인의 자유위반이라 보고 있다.³⁶⁾ 그리하여 독일연방헌법재판소는 자기가 선택한 배우자와 결혼할 자유는 법률유보에 의해서 또는 다른 방법에 의해서도 제한될 수 없는 것이라 하였다.³⁷⁾ 그러나 혼인에 관한 헌법상의 가치결정을 실현하기 위해서는 혼인관계를 법적으로 규정하고 한계짓는 법적 규율이 필요하며 이 점은 혼인의 자유가 혼인제도와 직접적으로 관련된다는 점에서 그러하다. 그런 점에서 독일연방헌법재판소도 혼인의 자유에 있어서도 혼인의 객관적

34) ebenda.,161

35) BVerfGE 31,58,68

36) R. Wasserman(hrsg.), GG Kommentar, 1989, B.1, Rdnr. 17 zu Art. 6

37) ebenda.

전제에 관해서는 법률로 규정할 수 있다고 한다.³⁸⁾

그런데 우리헌법해석상으로는 혼인의 자유도 헌법 제37조 제2항에 의해 법률로써 제한이 가능하다고 할 수 있다. 민법은 헌법상의 혼인에 관한 가치결정, 즉 인간의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인제도를 실현하기 위한 혼인제도의 구체적 내용을 규정하고 다음과 같은 혼인의 자유에 관한 제한도 규정하고 있다. 즉 ㉠ 미성년자인 자가 혼인하는 경우 부모의 동의를 얻도록 하고(제808조), ㉡ 중혼을 금지하며(제810조), ㉢ 여성에 대한 재혼금지기간을 규정하고(제811조) 있으며 민법 제809조도 그 한 예인 것이다.

그런데 문제는 혼인의 자유를 제한하는 민법 제809조가 헌법 제37조 제2항 소정의 요건을 갖추었느냐 하는 점이다. 이 문제는 과연 ㉠ 민법 제809조가 합리적 이유에 근거하고 있는 것인가, ㉡ 지나치게 광범위하게 혼인의 자유를 제한하는 것은 아닌가 하는 점에서 제기된다.

먼저 그러면 혼인의 자유를 제한할 수 있는 것은 어떤 것인가가 문제된다. 혼인의 자유, 그 중에서도 자기가 선택한 배우자와 혼인할 자유는 독일연방대법원이 지적하였듯이 기본권을 통해 보장되는 인간의 자유로운 사적 생활의 본질적 구성요소를 이루고 있다.³⁹⁾ 이 점은 미국에 있어서도 마찬가지로 혼인관계에 있어 선택의 자유는 프라이버시권의 핵심으로 그 자체 기본적 권리이며 그의 제한은 적법절차나 평등보호에 있어 엄격심사(strict scrutiny)의 대

38) ebenda. 161-162

39) BVerfGE 36,146,162

상으로 이해되고 있다.⁴⁰⁾ 그런 점에서 결혼관계에 있어 선택의 자유를 제한하는 법률은 제한에 있어 주가 압도적이거나 불가피적 이익(Overriding or compelling interest)을 입증하지 못하면 적법절차조항에 의해 무효가 되며 일정종류의 사람과 결혼하는 것을 금지하는 법률은 그 분류가 불가피적 이익을 증진시킨다는 것을 입증하지 못하면 평등보호위반으로 무효로 보고 있다.⁴¹⁾

이렇게 혼인의 자유는 개인의 사생활의 자유의 핵심적 부분을 의미하므로 국가가 혼인을 금지하는 것은 극히 제한적인 경우에만 허용될 수 있다고 할 것이다.⁴²⁾ 즉 국가는 혼인할 수 있는 남자와 여자의 상호 혼인하려는 욕구를 금지하기 위해서는 오늘날의 관념과 일치하는 혼인의 본질과 내용에서 나오고 헌법상 혼인제도를 규정하는 구조원리나 구조요소로부터 생긴 명백한 이유가 있어야 한다고 할 수 있다.⁴³⁾

따라서 단순히 옛날부터의 그 사회의 제례적 의식(ural-ten kultischen Vorstellungen), 종교적 이유나 과거의 관습, 형이상학적 이유, 합리적으로는 설명될 수 없는 관념만을 이유로 하는 혼인금지인 이러한 헌법적 요건을 갖추지 못하여 위헌이라고 보아야 할 것이다.⁴⁴⁾ 특히 혼인의 자유

40) J. E. Nowak/R. D. Rotunda/J. N. Young, Constitutional Law, 1986, pp.689-690; 혼인에 있어 선택의 자유를 기본적 권리로써 인정한 주요판례로는 Loving v. Virginia, 388 U. S. 1(1967)이 있다.

41) Loving v. Virginia(1967); Poe v. Ullman(1961)에서의 Harlan대법관의 소수의견

42) ebenda. 163

43) BVerfGE 36,146,163

의 제한은 오늘날의 세속적 결혼의 양상에서 유래한 것이거나 그것과 부합하는 것이 아니면 안된다. 즉 원칙적으로 본질적이고 합리적으로 납득할 수 있는 근거로 결혼금지를 정당화할 수 있을 것을 요구한다고 할 것이다.⁴⁵⁾ 그런 점에서 특정 종교적 교리나 과거의 유교적, 가부장적 윤리나 관습에 기초한 혼인금지는 인용되기 어렵다 할 것이다. 특히 헌법은 전래의 가부장적 가족제도와 혼인제도를 수용하고 있는 것이 아니라 인간의 존엄과 양성의 평등에 기반한 혼인제도를 규정하고 있는 점에서 과거의 혼인제도의 전통을 그대로 수용하기는 곤란하다 할 것이다.

반면 근친혼이나 중혼의 금지는 헌법상 결혼의 개념에서 유래하는 것으로 일부일처제와 근친혼금지는 혼인금지를 통해 보호해야 할 혼인의 본질적 징표에 속하는 것으로 이해된다. 또한 혼인능력에 관해서는 입법자가 이를 구체적으로 정할 수 있고 그 연령을 정할 수도 있는 것으로 보고 있다.

이렇게 본다면 민법 제809조는 다음과 같은 이유에서 혼인의 자유의 한 본질적 요소로서 자기가 선택한 배우자와 혼인할 수 있는 자유를 침해하여 위헌이라 생각한다.

첫째, 너무 지나치게 광범하게 배우자의 선택을 제한한다는 점이다. 먼저 동성동본불혼제도는 촌수에 관계없이

44) GG Kommentar, rdnr. 17 zu Art. 6; 그리하여 독일연방헌법재판소는 과거 자기의 부모 기타의 존속 또는 비속과 성생활을 계속한 자와의 혼인체결을 무효로 한 Geschlechtsgemeinschaft의 금혼에 대해 위헌판결을 하였다.(BVerfGE 36,146)

45) ebenda.

본과 성종을 같이 하는 부계혈족간의 혼인을 금지하는 것이다. 그런 점에서 동성동본불혼제도는 근친혼금지와 관계 없는 부계 혈통제도를 유지하기 위한 이념적 제도라는 지적에서 볼 수 있듯이⁴⁶⁾ 촌수에 관계없이 부계혈족을 나타내는 동성동본인 사람끼리는 무조건 혼인하지 못하도록 한 것은 선택할 수 있는 배우자의 범위를 지나치게 제한하는 것이다. 또한 제809조 제2항도 문리해석을 하는 경우 제한 범위가 너무 광범위하다. 즉 제1호의 남계혈족의 배우자와의 혼인을 금지함으로써 촌수관계 없이 남자는 자기와 동성동본인 혈족관계에 있는 자의 처였던 여자와 혼인하는 것이 금지되고 여자의 경우 동성동본의 혈족관계에 있는 자의 부였던 남자와 혼인하는 것이 금지되어 너무 광범위하게 금혼을 규정하고 있다. 또한 제2호는 부의 혈족과의 혼인을 금지하여 여자는 전부의 부계혈족뿐 아니라 모계혈족인 남자와 촌수에 관계없이 혼인이 금지되도록 하고 있다.⁴⁷⁾

둘째, 이렇게 광범위하게 배우자의 선택의 범위를 제한함으로써 그 제한에 합리적 이유를 발견하기 어렵다는 점이다. 앞에서 보았듯이 혼인의 자유는 인간의 가장 기본적인

46) 김주수, 가족법의 현황과 과제, 법제연구, 창간호, 1991, 41면

47) 이처럼 문리해석상 금혼의 범위가 지나치게 광범위하므로 김주수 교수는 이를 다음과 같이 축소해석하고 있다. 즉 제809조 제1항의 금혼범위는 8촌 이내의 동성동본인 혈족사이에는 혼인하지 못하는 것으로 이해하고 동조 제2항의 남계혈족의 배우자는 4촌 이내의 남계혈족의 배우자로, 그리고 부의 혈족은 부의 4촌 이내의 혈족으로, 그리고 기타 8촌 이내의 인척은 4촌 이내의 인척으로 해석하고 있다.(김주수, 전거서, 123-127면)

자유의 하나로서 행복추구와 사생활의 자유의 핵심을 이루는 것이다. 따라서 그 제한은 엄격한 기준에 의해 이를 제한하지 않으면 안 되는 불가피하고 중대한 법익이 있는 경우에만 인정되는 것이다. 그런데 민법 제809조는 다음과 같은 측면에서 이와 같은 정당한 근거에 기초하고 있다고 보기 어렵다.

㉠ 민법 제809조는 그 입법의 유래에서도 보듯이 과거의 가부장적 대가족제도에서 행해진 관습을 수용한 것이다. 그러나 독일연방헌법재판소의 판결처럼 단순히 과거의 윤리나 관습, 합리적으로 설명할 수 없는 관념을 이유로 혼인의 자유를 제한할 수는 없는 것이다. 동성동본불혼제도는 근친혼에서 초래되는 유전질환의 방지와 같은 과학적 근거도 전혀 없고 오늘날의 윤리적 의식에도 맞지 않으며⁴⁸⁾ 민법 제809조 제2항도 이러한 전통적 윤리와 관습 이외에는 그 합리적 근거를 발견하기 어렵다. 더욱이 문언해석만으로 본다면 민법 제809조 제2항은 구관보다 더 광범위하게 혼인의 자유를 제한하고 있다는 점⁴⁹⁾에서 그 합리적 근거는 어디에서도 찾기 어렵다.

㉡ 특히 오늘날 대가족제도가 점차 붕괴되고 핵가족 내지 소가족사회로 이행하였음에 비추어 과거 가부장적 대가족제도하의 공동체의 성적 질서를 유지하기 위한 광범위한 친인척간의 금혼을 그대로 유지하는 것은 혼인의 자유를 제한할 만한 합리적 이유를 결여하였다고 할 것이다.

48) 김주수, 상계논문, 41면

49) 이회봉, 전게서, 275면 이하

오히려 오늘날의 핵가족사회에서는 서구제국의 입법례에서 보듯이 유전학적 관점에서 공통의 유전자를 가진 자간의 혼인으로 인한 악성인자의 유전을 초래할 위험이 있는 범위의 근친간의 혼인만을 금지토록 하는 것이 정당할 것이다.

㉔ 오늘날의 논리의식에 비추어 이렇게 광범위하게 혼인을 금지하여야 할 윤리적 근거도 찾기 어렵다.

셋째, 민법 제890조의 문제는 과거의 윤리, 관습과 현재의 헌법적 가치질서와의 충돌의 문제를 함유한다. 앞에서 지적하였듯이 우리헌법은 혼인제도에 있어 전통적 유교윤리에 기초한 가부장적 혼인제도를 수용하고 있다고 할 수는 없다. 부계혈통중심의 대가족사회에서의 성적 질서를 유지하기 위한 광범위한 금혼규정은 우리헌법이 기초하고 있는 인간의 존엄과 양성의 평등에 기초한 혼인제도와 상용할 수 없고 또한 혼인의 자유의 보장과도 조화되기 어렵다.

2) 남녀평등과 민법 제809조

민법 제809조는 기본적으로 중벌제도라고 불리우는 부계적 대가족제도를 기조로 하고 있다.⁵⁰⁾ 즉 민법 제809조의 기초를 이루는 동성동본불혼, 종처불혼, 척족불혼의 원칙은 과거의 남자중심의 가부장적 가족제도에 바탕하고 있는 것

50) 이희봉, 전게서, 278면

이다.

먼저 제809조 제1항의 동성동본인 혈족간의 금혼은 본과 성종이 남계혈족에 기초하는 만큼 부계혈족간의 금혼만을 의미하고 모계혈족의 경우 동성동본간에도 혼인이 금지되지 않는다. 이는 부계혈족만을 고려하는 부계혈통중심의 혼인제도로써 금혼범위에 있어 부계혈족과 모계혈족을 구별하여야 할 합리적 근거가 발견되지 않아 헌법 제11조가 규정하는 남녀평등과 양성의 평등에 기초한 혼인제도를 규정하는 헌법 제36조 제1항에 반한다.⁵¹⁾

둘째, 제809조 제2항도 남계혈족의 배우자, 부의 혈족과의 혼인을 금지할 뿐 여계혈족의 배우자나 처의 혈족과의 혼인은 8촌 이내의 인척에 해당하지 않는 이상 금지되지 않는다. 이도 또한 남계혈통중심의 혼인제도의 표현이며 남계혈족과 여계혈족을 구별하는 것이 전통적 이유 이외에는 합리적 이유를 발견할 수 없어 남녀평등과 양성의 평등에 기초한 혼인제도에 반한다고 할 것이다.

3) 결 어

이상과 같이 이해한다면 민법 제809조는 지나치게 광범위하게 혼인의 자유를 제한하고 인간의 존엄에 기초한 혼인제도와 남녀평등에 기초한 혼인제도를 침해하여 위헌이라고 생각한다. 다만 결정의 형식은 가까운 근친간의 혼인

51) 같은 의견으로 김주수, 전거서, 121면

은 금지되어야 하므로 단순위헌결정보다는 변형결정의 형식이 되어야 하리라 생각한다.

5. 공직선거 및 선거부정방지법상의 몇가지 문제

(1) 선거운동의 자유와 호별방문금지규정

1) 호별방문금지규정의 유래와 취지

선거법에 있어 가장 중요한 과제는 선거의 자유와 선거의 공정성을 확보하여 선거결과가 유권자의 의사를 제대로 반영되도록 하는 것이다. 만약 이것이 확보되지 않으면 선거결과가 국민의 의사를 왜곡함으로써 국민주권은 허구에 그치고 말 것이고 선거는 집권자의 국민적 정당성을 포장하기 위한 수단으로 전락하고 말 것이다. 그런 점에서 유권자의 자유로운 투표와 후보자, 정당 등의 자유로운 선거운동을 보장하는 것은 국민주권을 실현함과 동시에 선거에 있어 개인의 언론출판의 보장이라는 점에서 중요한 의미를 가지는 것이다. 그럼에도 과거 우리국회의원선거법은 선거운동의 자유를 지나치게 제한함으로써 문제가 되었는데 최근 공직선거 및 선거부정방지법의 제정에 따라 이를 완화하여 종래 위헌성 문제를 둘러싸고 많은 논란을 빚었던 선거운동의 포괄적 금지조항이 삭제되었다. 그러나 아직도 위헌성 여부가 문제되는 것이 있는데 동법 제106조가 제1항에서 ‘누구든지 선거운동을 위하여 또는 선거기간 중 입당의 권유를 위하여 호별로 방문할 수 없다.’고 하고 제3항에서 ‘누구든지 선거기간 중 연설회 또는 공개장소에서의 연설 대담의 통지를 위하여 호별로 방문할 수 없다’고 하

여 호별방문을 금지하고 있는 것은 그 예이다.

원래 선거운동에 있어 호별방문금지조항은 서구선진민주주의국가에서는 그 예를 찾아볼 수 없는 것으로 우리나라와 일본에 특유한 규정으로 원래 일본의 입법례에서 유래한 것이다. 즉 일본의 경우 1925년의 보선법(중의원의원선거법, 1925. 5. 5제정, 법률 제47호)에서 처음으로 호별방문금지조항이 규정되었으며¹⁾ 그 뒤 선거법 개정에도 불구하고 존치되어 왔는데 1994년의 개정공직선거법도 제138조에서 오후 8시부터 다음날 오전 8시까지는 선거에 관하여 투표를 얻거나 얻게 하거나 또는 얻지 못하게 할 목적으로 호별방문하는 것을 금지하고 있다. 호별방문을 금지한 당시의 이유는 호별방문이 ㉠ 정실과 감정에 의한 선거를 초래하고, ㉡ 선거의 품위를 저하하며, ㉢ 선거를 사사화하는 위험이 있고, ㉣ 매수행위 등 부정행위를 조성할 가능성이 있어 선거의 공정성을 저해할 위험성이 있다는 것이었다.²⁾ 이는 호별방문을 통한 유권자의 매수 등과 같은 부정행위를 막기 위한 취지도 있지만 ㉠㉡㉢의 이유에서 볼 수 있듯이 선거를 국가의 주관에 의해 치러지는 국가적 행사라는 선거의 권위성을 유지하기 위한 의도도 있었다. 이러한 호별방문금지조항은 2차대전전후의 선거법 개정에도 불구하고 그대로 존치되어 왔다. 그러나 호별방문금지의 근거를 과거처럼 권위주의적 선거관에 기초한 ㉠㉡㉢의 이유에

1) 이에 관해서는 奥平康弘, 言論の自由と司法審査 - 戸別訪問禁止規定をめぐって -, 東京大 社會科學研究所編, 基本的人權 4, 1979, 255면 이하

2) 이에 관해서는 奥平康弘, 상게논문, 284면 이하

서 찾는 견해는 볼 수 없고 주로 ㉔의 이유가 문제되고 있으며 일부판례 중에는 호별방문이 후보자로 하여금 과당경쟁토록 하여 무용의 경쟁을 하지 않을 수 없게 한다는 점과 의리, 정실에 따라 투표할 우려가 크다는 점, 선거인을 미혹에 빠지게 한다는 점을 추가로 제시하고 있으며 그 밖에 호별방문을 허용하면 후보자가 경쟁적으로 호별방문을 함으로써 선거비용이 많이 든다는 점, 호별방문을 허용하면 선거운동기간을 철폐하여 호별방문을 사전운동으로 허용하는 것이 되나 이는 당선된 현역의원에게 불리하다는 새로운 주장도 등장하였다. 그러나 이러한 호별방문금지규정의 취지에도 불구하고 호별방문금지가 과도하게 광범위하게 선거운동에 있어서의 언론출판의 자유를 제한하는 것이 아니냐 하는 의문이 제기되고 이에 따라 호별방문금지규정의 위헌성 여부가 계속 논란되어 왔다.

2) 호별방문금지규정의 위헌성 여부에 관한 학설과 판례

호별방문금지규정의 위헌성 여부에 관한 판례와 학설은 합헌론과 위헌론, 한정위헌론으로 나누어지고 있다. 이들의 주장과 그 논거를 요약하면 다음과 같다.

(가) 합헌론

호별방문금지규정의 합헌론을 주장한 대표적 판례인 1950. 9. 27 일본 최고재판소판결은 ‘선거운동으로서 호별방문을 금지시킨 결과 언론의 자유가 어느 정도 제한될 수

있으나 헌법상 표현의 자유는 절대무제한의 자유를 보장하고 있는 것은 아니고 공공복리를 위하여 그 시, 장소, 방법 등에 대해 합리적인 제한이 존재하는 것은 용인되어야 하는 것이므로 선거의 공정을 기하기 위하여 호별방문을 금지시킨 결과 언론의 자유의 제한을 초래하는 일이 있더라도 그 금지규정이 헌법에 반한다고 할 수 없다.’고 하였다.³⁾ 그래서 호별방문중 선거인에 대한 매수, 위협, 이해유도 등 선거의 공정을 해하는 실질적 위반행위를 가져오거나 또는 그러한 해악이 생길 명백하고 현존하는 위협이 있다고 인정되는 것만을 금지하는 것은 아니라고 한다.⁴⁾

이러한 합헌론의 근거로는 호별방문을 금지하더라도 그 외의 수단방법에 의한 의견표명의 자유가 보장된다는 점, 호별방문을 금지하여 호별방문의 폐해를 방지함에 의해 얻어지는 선거의 자유와 공정의 확보라는 이익은 호별방문금지에 의해 잃는 이익에 비해 훨씬 크다는 점, 호별방문에는 매수 등의 실질적 부정행위가 행해지기 쉽다는 점과 후보자측의 무용, 부당한 경쟁을 초래하고 선거운동의 실질적 공정을 해치게 된다는 점, 의리, 인정과 같은 불합리한 요소에 의해 선거인의 자유의사에 의한 투표가 저해된다는 점을 들고 있다. 또 그 근거를 비밀투표의 원칙에서 찾는

3) 형집, 4권 9호 1799면; 동지의 판례로는 최고재 1967. 3. 10. 제2소법정판결; 1969. 4. 23 대법정 판결(형집 23권 4호); 1979. 6. 6 제2소법정판결(판시 964호 129면); 1981. 7. 21 제3소법정판결(형집 35권 5호); 1983. 11. 10 제1소법정판결(형집37권 7호); 동경지재 1967. 3. 23; 동경지재 1967. 4. 25판결 등을 들 수 있다.
4) 최고재 1967. 11. 21판결

견해도 있는데 비밀투표제는 투표시 및 투표후에만 비밀을 보장하는 것이 아니고 투표전에 있어서도 투표의 비밀이 호별방문과 같은 방법에 의해 침해되는 것을 막는 것을 의미한다고 한다.⁵⁾

한편 호별방문금지여부는 입법정책의 문제로서 입법부가 선거의 공정성을 확보하기 위하여 호별방문을 전면적으로 금지하든 부분적으로 제한하든 입법재량의 문제로서 호별방문 금지규정을 두어 선거과정에 있어 언론출판의 자유를 간접적으로 어느 정도 제한한다 하여도 이를 위헌이라 할 수는 없다고 보는 견해가 있다.⁶⁾

(나) 한정합헌론

한정합헌론은 호별방문규정 자체가 위헌이라 할 수는 없으나 모든 호별방문을 금지하는 것은 위헌의 의심이 짙은 만큼 호별방문금지규정은 구성요건을 제한하여 해석하는 한 합헌이라 보는 입장이다.⁷⁾

이 학설은 호별방문금지는 언론의 자유에 대한 제한을 의미하며 그런 점에서 명백하고 현존하는 위협의 원칙이 적용된다고 한다. 따라서 언론의 자유를 사전에 제한하여 그 위반행위를 처벌하는 것은 호별방문에 의해 중대한 해악이 불가피하게 생기는 절박한 위협이 있고 이를 제한하는 이외에는 그 해악의 발생을 방지할 수 없는 경우에 한

5) 野村敬造, 選舉に關する憲法上の原則, 憲法講座 3, 141-142면

6) 이러한 견해의 소개에 관해서는 奥平康弘, 전게서, 267-268면

7) 이러한 입장에 있는 일본판례로는 동경지재 1967. 3. 27 판결을 들 수 있다.

한다고 한다. 그래서 호별방문에 의해 유권자의 매수, 이해 유도 등의 선거의 자유와 공정을 초래할 수 있으나 반드시 이러한 해악이 발생하는 것도 아니며 많은 경우 이러한 해악이 발생한다고도 할 수 없는 만큼 호별방문이 이러한 해악을 초래할 명백하고 현존하는 위험이 있는가 여부를 묻지 않고 이를 전면적으로 금지하는 것은 위헌의 의심이 농후하고 개개의 호별방문을 검토하여 중대한 해악을 가져오는 명백하고 현존하는 위험이 있다고 인정하는 경우에 비로소 합헌적으로 적용된다고 한다.

(다) 위헌론

호별방문금지규정은 헌법상 언론의 자유를 침해하여 위헌이라 보는 입장이다. 즉 호별방문금지는 언론의 자유를 제한하는 것으로 언론의 자유는 매수, 이해유도 등 부정행위와 같은 중대한 해악을 발생할 위험이 존재하고 그 위험이 명백하고 현존하는 경우에만 인정될 수 있는데 호별방문은 그러한 해악발생위험의 명백성이 결여되어 위헌이라 한다. 즉 호별방문은 선거인의 생활의 장애 있어서 직접적 대화 중에 선거인에 대한 판단의 자료를 제공하고 설득활동을 하는 것을 본질로 하는 점에서 가장 생활에 밀착된 기초적 선거운동이며 게다가 재력의 다과와 관계없이 모든 후보자에게 평등하게 주어지고 다른 것으로 바꿀 수 없는 선거운동수단으로 여러 선거운동방법 중에서도 그 자유가 최대한 보장되지 않으면 안된다고 한다. 그럼에도 명백하고 현존하는 위험이 존재하지 않는 경우에까지 전면적으로

호별방문을 금지하는 것은 경우를 나누어 적용을 달리할 여지도 없이 위헌이라 한다.⁸⁾

2) 결 론

선거운동의 자유는 표현의 자유, 즉 정치적 의견의 표현의 자유를 의미하며 호별방문은 후보자가 유권자를 방문, 접촉하여 자신의 정치적 의견이나 사상, 공약 등을 전달하고 자신에게 투표할 것을 설득하는 주요한 정치적 의견표현방법이다. 그런 점에서 호별방문의 자유는 선거운동의 자유의 한 내용이며 정치적 표현의 자유의 한 내포이다. 호별방문금지는 이와 같은 표현의 자유를 제한하는 것을 의미하며 그 제한의 위헌성 여부에 대해서는 표현의 자유의 제한의 심사기준이 적용된다. 종래 인정되는 표현의 자유의 제한입법의 위헌성 여부 심사기준과 관련하여 호별방문금지규정의 위헌성 여부를 판단한다면 다음과 같은 점에서 위헌의 의심이 있다.

첫째, 호별방문금지는 특정유형의 표현방법을 그 표현의 내용은 묻지 아니하고 사전에 미리 일률적으로 이를 금지하는 것을 의미한다. 이렇게 호별방문을 금지하는 가장 큰 이유는 호별방문이 유권자의 매수, 이해유도 등 부정행위를 수반할 가능성이 크다는 것이다. 그러면 이러한 호별방문이 합헌이라 하기 위해서는 호별방문으로 인해 유권자의

8) 이러한 판례로는 妙寺簡裁 1968. 3. 12판결

매수, 이해유도 등의 선거부정과 같은 위험이 현존하고 명백하게 초래되어야 한다. 즉 호별방문이라는 표현유형과 선거부정 등의 결과와 직접적 인과관계가 존재해야 하고 또한 그러한 위험이 급박하게 존재해야 한다. 그러나 호별방문 자체가 이러한 부정행위와 직접적 인과관계를 가지는 것은 아니다.

둘째, 만약 일정한 호별방문이 이러한 선거부정의 방법으로 이용될 위험성이 크다면 부정행위와 직접 연관되는 일정한 호별방문만을 유형화하여 금지하여야 할 것이고 호별방문 전체를 금지하는 것은 '과도하게 광범위하게 제한하기 때문에 무효'라는 법리에 비추어 무효라 할 것이다. 즉 호별방문금지도 과도하게 광범위하게 표현의 자유를 제한하여 헌법상 보장되는 언론 출판까지 제한함으로써 문면상 무효라 할 수 있을 것이다.

셋째, 호별방문은 후보자와 유권자가 직접 접촉하여 상호 의견을 교환하고 후보자는 자신의 정치적 의견을 표현하고 유권자를 설득하며 또 유권자의 여론을 청취하는 중요한 선거운동방법의 하나이며 많은 선거비용 없이도 할 수 있는 선거운동방법이라 할 수 있다. 국민주권 - 민주주의에 기초하고 있는 우리헌법해석상 이를 실현하기 위한 선거운동의 자유는 가장 기본적 권리가 아닐 수 없다. 그런 점에서 비록 호별방문에 의해 매수 등의 부정행위, 과당경쟁 등을 초래할 위험이 있다 하더라도 호별방문을 허용하는 경우에 있어서의 자유로운 선거운동의 보장과 이를 통한 국민주권주의의 실현, 유권자의 여론반영 등의 이익

이 이러한 위험을 막기 위해 호별방문을 금지함으로써 얻는 이익보다 더 우월적이라고 생각한다.

(2) 직접선거의 원칙과 전국구국회의원선출방법

1) 문제의 소재

현행헌법 제41조 제1항은 ‘국회는 국민의 보통, 평등, 직접, 비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성된다.’고 하고 동조 제3항은 ‘국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.’고 규정하여 헌법은 국회의원선거의 기본원칙만을 규정하고 선거제도의 구체적 형성은 국회의 법률에 위임하고 있다. 이에 따라 공직선거 및 선거부정방지법은 국회의원을 지역구국회의원과 전국구국회의원으로 나누고(제21조) 전국구국회의원후보자의 등록은 추천정당이 순위를 정한 전국구국회의원후보자명부를 첨부하여 하도록 하고 있다.(제49조 제2항) 그리고 전국구국회의원의석의 배분과 당선인 결정은 지역구국회의원선거에서 5석이상의 의석을 차지하였거나 유효투표총수의 100분의 5이상을 득표한 각 정당에 대하여 지역구국회의원총선거에서 얻은 득표비율에 따라 전국구국회의원의석을 배분하고 (제189조 제1항) 중앙선거관리위원회에 제출된 정당별 전국구국회의원후보자명부에 기재된 순위에 따라 정당에 배분된 전국구국회의원의석의 당선인을 결정토록 하고 있다.(동조 제6항)

그런데 이와 같은 국회의원선출방법은 헌법 제41조 제1항이 규정하는 직접선거의 원칙에 위반되지 않느냐 하는 문제가 제기된다.⁹⁾ 이 점은 과거부터 지적되어 왔으나 이번에 만들어진 공직선거 및 선거부정방지법에서도 시정되지 않고 그대로 유지되고 있어 문제이다.

2) 전국구국회의원선출방법의 위헌 여부

(가) 우리나라 전국구국회의원선출방법은 독일의 비례대표제 명부식의원선출방법이나 1994. 1 제정된 일본의 공직선거법상의 비례대표제 중의원의원선거방식하고도 다르다.

즉, 독일의 경우 연방선거법은 선거권자가 2개의 투표권을 가지는데 제1표는 해당 선거구의원의 선거를 위한 것이고 제2표는 비례대표제 명부식 의원선거를 위한 것이다. 그리고 비례대표제 명부식 의원후보자추천명부에 의한 의석의 배분은 각 정당별 후보자추천명부에 투표된 제2표로 계산토록 하고 있다.

한편 일본의 공직선거법은 중의원의원선거의 경우 소선거구에 의해 선출되는 소선거구선출의원과 비례대표선출의원으로 나누어진다. 이에 따라 중의원의원선거에 있어서 유권자는 소선거구선출의원과 비례대표선출의원의 선출에

9) 종래 전국구국회의원선출방법에 있어 위헌성이 문제되었던 점, 예컨대 지역구국회의원득표율이 아닌 의석수에 따른 의석배분, %저지조항이 아닌 기본의석조항만을 둔 것 등도 개정하고 과거 도입되었던 적이 있었던 할증제를 규정하지 않음으로써 전국구국회의원선출방법의 위헌성 문제는 거의 없어졌으나 간접선거의 문제가 그대로 남았다고 할 수 있다.

대해 각 1표씩 가지므로(제36조) 1인이 2표를 가지게 된다. 중의원비례대표선출의원선거의 경우 선거인은 스스로 투표소에서 투표용지에 명칭이 인쇄된 중의원명부신고정당 중 투표하고자 하는 것에 기표토록 하고 있다.(제46조 제2항) 한편 소정의 요건을 갖춘 정당 또는 정치단체는 후보자가 기재된 중의원의원명부를 제출해야 한다.(제86조의 2)

그런데 우리 현행 공직선거 및 선거부정방지법은 국회의원선거에 있어 유권자는 1표만 가지며 그 1표는 지역구국회의원선출을 위한 것이고 전국구국회의원선출을 위해 따로 투표를 하지 않고 지역구국회의원선거에서의 특정후보자에 대한 투표를 그 후보자의 소속정당에 대한 투표로 의제하여 그 득표율에 따라 구속명부식에 의해 전국구국회의원의석을 배분토록 하고 있다. 그러면 이와 같은 선출방법은 헌법상의 직접선거의 원칙에 반하는 것은 아닌가. 이를 위해서는 먼저 직접선거의 원칙이 무엇을 의미하는가를 살펴보지 않으면 안된다.

(나) 직접선거의 원칙은 간접선거의 원칙에 대비되는 것으로 일반유권자가 그 대표자를 직접 선출하는 선거원칙을 의미한다. 이는 독일연방헌법재판소의 판결처럼 중간선거인에 의한 선거를 금지하는 것으로 원래 유권자가 중간선거인에게 투표권을 주고 중간선거인이 자유로운 결정으로 의원을 선출하는 선거절차를 배제하는 것을 의미한다.¹⁰⁾

10) BVerfGE 7, 63, 68

그래서 유권자와 후보자간에 또 하나의 심급이 있어 그 재량으로 국회의원을 선출하고 이에 의해 개개 유권자에게서 장래의 국회의원을 투표를 통해 자발적으로 결정할 가능성을 빼앗는 선거절차까지도 배제한다. 그런 점에서 오늘날의 정당국가에서도 국회의원을 정당이 아닌, 유권자가 직접적으로 선출할 것을 요구한다. 결국 유권자가 최종적인 결정권을 가져야 결정적 권한을 가지는 것이고 그래야 직접선거의 원칙에 맞는 것이다.¹¹⁾

그리하여 과거 독일에서는 구속명부식의 비례대표제에 의한 의원선출이 기본법상의 직접선거의 원칙에 위배되지 않느냐 하는 문제가 제기된 바가 있었다. 이 점에 관해 연방헌법재판소는 구속명부에 의한 비례대표제에서는 투표가 개개의 특정 후보자에게 대해서가 아니라 명부에 등록된 다수의 후보자에 대해서 행해진다는 점에서 유권자가 특정인을 의원으로 선출할 수 있는 가능성이 제한된다는 점은 인정한다.¹²⁾ 그러나 그렇다고 구속명부에 의한 비례대표제가 직접선거의 원칙을 침해한 것으로 보지는 않았다. 즉 선거결과가 오직 선거에서 표명된 유권자의 의사결정에 따른다는 점, 후보자의 선거가 명부에 등재된 다른 후보자에 대한 선거와 같이 이루어진다고 해도 후보자에 대한 득표의 계산과 유권자의 의사간에 다른 중간적 의사의 개입없이 행해진다는 점에서 직접선거의 원칙에 적합하다고 하였다.¹³⁾

11) ebenda.

12) ebenda, 69

말하자면 확정된 후보자의 명부에 대한 투표를 통한 의원의 선출은 직접선거의 원칙에 합치한다는 것이다.¹⁴⁾ 다만 투표가 행해진 뒤에 정당이 명부상의 후보자의 순위를 변경하는 것은 직접선거의 원칙에 반한다고 본다.¹⁵⁾ 이처럼 독일의 비례대표제에 의한 의원선거는 비록 정당이 후보자 명부를 작성하고 개개 후보자는 명부상의 다른 여러 후보자와 함께 선출되며 그런 점에서 유권자가 특정후보자를 선출할 수 있는 가능성이 제한되는 것은 사실이지만 유권자가 명부에 기재된 후보자의 명단을 인식하고 정당명부에 투표한다는 점, 유권자의 투표와 의원당선인 결정간에 아무런 중간개입이 없으며 유권자의 투표가 바로 후보자의 득표로 연결된다는 점, 선거후에 명부상의 순위나 후보자를 정당이 이를 변경할 수 없다는 점, 그래서 유권자가 의원당선여부에 결정적 권한을 가진다는 점에서 이러한 비례대표제에 의한 의원선거는 직접선거의 원칙에 반한다고 보기는 곤란하다.

(다) 그러나 우리나라의 전국구국회의원선출방법은 이와 문제상황이 다르다. 전국구국회의원선출은 정당이 전국구 후보자를 구속명부식으로 공천하고 국민은 정당에 투표하지 않고 지역구입후보자에게 투표하는 바 이를 집계하여 중앙선거관리위원회가 정당공천순서에 따라 당선을 결정하

13) ebenda.

14) BVerfGE 3, 51; 21, 355, 356

15) BVerfGE 7, 63, 72

는 것은 국민이 아닌 정당을 중간 선거인으로 하는 것이기 때문에 직접선거의 원칙에 반한다는 주장이 강력하게 주장된 바 있었다.¹⁶⁾ 또한 현행 전국구제는 1인2표제가 아니라 지역선거에서의 투표를 동시에 정당투표인 것처럼 의제하고 있는 점, 우리나라 정당정치 현실상 후보자 선출에 있어 당내의 민주적 절차가 도외시되고 특히 전국구후보선정에 있어서 여당은 논공행상, 야당은 정치자금조달수단으로 왜곡, 운영하고 있음을 감안한다면 이 제도의 간접선거의 성격은 더욱 짙다고 하는 주장도 있다.¹⁷⁾

생각건대 현행전국구국회의원선출방법은 다음과 같은 이유에서 직접선거의 원칙에 반하여 위헌이라고 생각한다.

먼저 전국구국회의원명부에 대해 유권자가 전혀 투표를 하지 않는다는 점이다. 독일의 경우 비례대표제 명부식의 의한 의원선출이 합헌이라 하는 것은 유권자가 명부상의 후보자를 인식하고 이에 대해 투표하며 그 투표결과와 당선여부에 중간 선거인이 개입하지 않는다는 점에 있다. 그러나 우리 전국구의원선출방식은 단지 지역구의원후보자에게 투표할 뿐이며 전국구의원후보자에게는 투표하지 않는다. 따라서 전국구의원선거에 있어서는 정당이 사실상 중간 선거인으로서 기능한다. 말하자면 소속지역구국회의원 후보자가 득표한 것을 정당이 득표한 것으로 의제하여 그 득표율에 따라 배당된 의석수 만큼의 전국구의원을 정당이

16) 김철수, 위헌법률심사제도론, 1983, 392면

17) 양건, 국회의원선거제도개혁의 방안, 사회과학연구 창간호, 서강대 사회과학연구소, 1992, 198면

선임하는 것과 같다. 이것은 간접선거를 의미한다.

둘째, 독일연방헌법재판소의 판결처럼 직접선거의 원칙은 결국 유권자가 국회의원당락에 대해 최종적인 결정권을 가진다는 것을 의미한다. 그런데 현행 전국구국회의원선거에 있어서는 유권자는 결코 전국구의원당락에 결정적 권한을 가지지 못하며 유권자 투표와 당선인 결정간에 정당이 개입하여 사실상 그 판단에 따라 당락여부가 결정되는 것을 뜻하므로 직접선거의 원칙에 반한다.

셋째, 과연 우리나라 선거 및 정당정치 현실에 비추어 지역구국회의원후보자에 대한 투표를 그 소속정당에 대한 투표로 볼 수 있겠느냐 하는 것도 문제이다. 과거의 여론조사에서도 볼 수 있듯이 지역구의원의 선거는 인물선거적 요소가 강하며 따라서 지역구국회의원후보자에 대한 투표를 그 소속정당에 대한 투표로 의제하고 이를 기초로 전국구의석배분의 기준으로 하는 것은 정당화될 수 없고 이는 결국 간접선거를 의미한다.

넷째, 이러한 간접선거로서의 성격은 과거 각 정당이 국민의 여론이나 평가를 고려하지 않고 전국구의석을 논공행상의 대상으로, 또는 정치자금조달의 방법으로 이용한 점에서도 분명히 나타난다고 생각한다. 말하자면 전국구의원은 유권자의 판단과는 전혀 무관계하게 정당의 필요와 판단에 따라 선임된다는 것을 실증하는 것이다.

(3) 전국구국회의원의 당적 변경과 국회의원신분상실문제

1) 문제의 소재

(가) 현행 공직선거 및 선거부정방지법 제192조 제4항은 ‘전국구국회의원이 소속정당의 합당, 해산 또는 제명외의 사유로 당적을 이탈, 변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있을 때에는 국회법 제136조(퇴직)의 규정에 불구하고 퇴직된다.’고 하고 동조 제3항 3호는 전국구국회의원당선인이 소속정당이 합당, 해산 또는 제명 이외의 사유로 당적을 이탈, 변경하거나 2 이상의 당적을 가지고 있을 때 그 당선을 무효로 하고 있다. 최근 빈번한 국회의원의 당적 변경으로 인하여 당적 변경의 문제는 정당국가적 현상과 관련하여 정치윤리의 주요한 쟁점으로 나타나고 있고 이러한 입법은 빈번한 당적 변경에 대한 비판적 여론을 수용한 것으로 보인다.

과거 제3공화국헌법은 제36조 제3항에서 국회의원입후보를 위해서는 반드시 소속정당의 추천을 받도록 하였고 제38조에서는 국회의원 임기중 당적을 이탈하거나 변경한 때 또는 소속정당이 해산된 때에는 국회의원의 자격이 상실됨을 규정한 바 있었다. 그러나 현행헌법은 그러한 규정을 두고 있지 않으며 또한 기본적으로 대의제 민주주의에 있어서의 자유위임개념에 기초하고 있다. 따라서 정당국가적 현실을 수용한 이러한 입법이 과연 우리헌법이 기초하고

있는 대의제 민주주의 내지 국민대표주의와 자유위임개념과 조화할 수 있는 것인지, 그래서 위헌은 아닌지가 문제되지 않을 수 없다.¹⁸⁾

(나) 전국구국회의원의 당적 변경시 그 의원신분을 상실토록 한 공직선거 및 선거부정방지법 제192조 제4항과 전국구국회의원당선자의 당적 변경시 당선무효를 규정하는 동법 제192조 제3항 3호의 위헌성 여부의 문제는 다음 두 가지 측면의 문제를 포함하고 있다. 즉 첫째, 전국구국회의원은 국민의 대표자인가, 정당의 대표자인가, 양자의 지위를 다 가진다면 어느 지위가 더 우선하는가, 다르게 표현하면 우리헌법상 대의제 민주주의와 정당국가현상의 문제를 어떻게 해석할 것인가, 전국구국회의원이 국민의 대표자라 한다면 국민의 대표자란 무엇을 의미하는가, 자유위임을 의미하는가, 강제위임을 포함하는가 등이 문제된다. 둘째, 전국구국회의원과 지역구국회의원간에 전국구국회의원은 당적 변경시 국회의원신분을 상실토록 하고 지역구국회의원의 경우 당적을 변경하더라도 그 신분을 그대로 유지토록 하는 이유가 있는가 여부가 문제된다.

18) 국회의원의 당적 변경에 따른 의원신분상실여부문제는 우리나라 뿐 아니라 독일과 일본에서도 논의되어 왔다. 독일의 경우 이미 바이마르헌법 하에서도 이 문제가 거론된 바 있고 서독기본법하에서도 논의되어 왔다.(이의 소개에 관해서는 계획열, 당적변경과 의원직, 금량 김철수교수화갑기념논문집, 1993, 116면 이하) 또한 일본의 경우도 1984년 복지당대표이자 동정당의 참의원비례대표제 명부 제1순위로 당선된 前島英三郎(八代英太)의원의 자민당 입당과 관련하여 이 문제가 거론된 적이 있다.

2) 현대 정당국가에 있어서의 국회의원의 지위

-헌법상 대의제 민주주의와 정당국가현상과 관련하여-

(가) 국회의원의 국민대표자로서의 지위

우리헌법은 기본적으로 대의제 민주주의 내지 국민대표주의에 기초하고 있다. 헌법 제1조 제2항, 제40조, 제41조, 제66조 제4항, 제67조, 제101조 제1항 등은 이러한 대의제 민주주의를 표현하고 있는 규정들이라 할 수 있다. 따라서 독일기본법 제38조 제1항 2문이 ‘그들(연방의회의원)은 국민전체의 대표자이고……’라 하고 일본헌법 제43조 제1항이 ‘양의원은 국민을 대표하는 선거된 의원으로써 조직된다.’고 한 것과 같은 헌법상 명문의 규정은 두고 있지 않으나 국회의원이 국민의 대표자임은 의문의 여지가 없다. 또한 독일기본법 제38조 제1항 2문이 ‘그들(연방의회의원)은 국민 전체의 대표자이고 명령과 지시에 구속되지 않으며 자신의 양심에만 따른다.’고 하여 자유위임을 규정하고 있는 것과 같은 명문의 규정을 두고 있지는 않으나 헌법이 기초하는 대의제 민주주의에 비추어 국회의원이 국민을 대표한다는 것은 강제위임이 아니라 자유위임에 기초하고 있음에도 이론이 없으며 헌법 제46조 제2항이 ‘국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.’고 규정한 것은 이를 표현한 것이며 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자임을 규정하는 헌법 제7조 제1항도 이를 뒷받침하고 있다. 이에 따라 국회의원은 개개의 국민이나 선거구민, 또

는 특정이익집단을 대표하는 것이 아니라 전국민의 대표자이다. 또한 국회의원은 국민으로부터 명령적 위임을 받는 것이 아니라 어느 누구의 지시나 명령에도 구속되지 않고 국회의원 스스로의 독자적 판단에 의해 국민을 대표하는 자유위임관계에 있으며 국회의원이 직무상 행한 발언과 표결에 대해서는 면책특권이 인정된다. 이리하여 국회의원은 선거시에 선거구민이 결정한 정치의 기본노선에 얽매이지 않고 따라서 선거에 의해 국민이 정당화해주지 않아도 정책의 근본적 변경이나 새로이 대두되는 원칙적인 문제에 대한 결정을 할 수 있으며 따라서 국민의 국회의원에 대한 영향력은 국회의원을 선출하는 것 이상으로는 미치지 않는다.¹⁹⁾

(나) 정당국가에 있어 국회의원지위와 선거의 의미의 변화

그러나 현대에 있어 정당국가적 발전은 이러한 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원의 지위에 중대한 변화를 초래하였다. 즉 보통선거의 원칙실시에 따른 선거권의 확대와 의회제도의 발전에 따라 등장, 발전한 정당은 현대 민주주의의 정치과정에 있어 불가결의 존재가 되었고 정당은 헌법적 기능을 수행하고 현실적으로 국가의 정치의사결정은 형식적으로 국가기관에 의해서 이루어지지만 실질적으로는 정당을 통해 이루어지고 있다고 할 정도로²⁰⁾ 정치의

19) 헷세, 계획열역, 서독헌법원론, 1985, 350면

20) K. Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der Politischen

사결정과정에서 중대한 역할을 수행하고 있다.

이러한 정당국가의 발전은 의원의 지위에 근본적 변화를 초래하였다. 즉 종래의 대의제 민주주의에 있어서는 국회의원의 국민 전체대표성과 자유위임이 의원지위의 본질적 요소를 의미하였던 것에 비하여 오늘날의 정당국가적 민주주의에 있어서는 사실상 국회의원은 정당의 대표자이자 정당에의 복종을 그 특징으로 하고 있다. 그런 점에서 국회의원은 위임과 지시에 구속되지 않고 오로지 그 양심에 따라서만 행동하는 전국민의 대표자라는 의미는 변질되고 또한 정당국가적 민주주의가 직접민주주의의 대용물을 의미한다는 점에서 사실상 명령적 위임관계가 성립하는 면도 가지게 된다.

M. Duverger도 지적하였듯이²¹⁾ 사실 정당국가로의 발전은 정당과 의원의 관계를 변화시켰다. 즉 과거에는 의원이 사실상 정당을 주도하고 지배하였음에 반하여 정당국가로의 발전은 국회의원의 정당에의 예속을 가져왔다.

이와 같은 정당국가적 민주주의에 있어서는 국회의원의 지위의 변화와 정당대표성을 보여주는 것은 국회의원상의 변화, 국회의원선거의 의미변화, 국회의원의 국회에서의 토론과 표결의 의미변화, 그리고 국회의원에 대한 정당의 통

Parteien, VVDStRL 17, 1959, S. 24

21) M. Duverger, Barbara/North역, Political Parties-Their Organization and Activity in Modern State-1955, p183 은 정당의 발전단계를 세단계로 나누어 정당에 대한 의원의 지배, 의원과 정당지도자간의 상대적 균형상태, 그리고 최종적으로 정당의 의원에 대한 지배로 나누었다.

제강화 등을 들 수 있다. 물론 이러한 변화의 정도는 그 나라의 정당국가의 발전정도에 따라 다르다.

㉠ 국회의원상의 변화

과거의 자유주의적 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원은 자신의 명망성과 인격, 그리고 개인적 자질과 능력에 의해 선출되고 어느 누구에도 구속되지 않은 자유롭고 이성적인 명망가를 의미하였다. 그런 점에서 라이프홀츠의 지적처럼²²⁾ 이러한 의회제적 대의제에 있어서의 의원은 인격적 고유가치의 소유자여야 하였고 종자의 자격이 아니라 주인의 자격을 가진 자여야 하였다. 그러나 현대의 정당국가적 민주주의에 있어 국회의원은 물론 자신의 개인적 정치적 명망성이나 능력, 공적도 중요하지만 오히려 이러한 개인적 요소보다는 그의 소속정당에 의해 선출되는 면이 강하다. 이 점은 우리나라의 경우 정당에 의해 사실상 지명되는 전국구의원²³⁾에 있어서는 보다 확실하게 드러난다. 이리하여 오늘날에 있어 국회의원은 자기의 자유로운 인격에 기초하여 국민전체를 위하여 독자적 판단과 개인적 행동을 하는 것이 아니라 정당의 한 구성원으로서 정당을 통하여, 그리고 정당 속에서 결합하고 교섭단체와 정당의 통일적이고 일치단결된 행동속에서만 자기의 의견을 관철할 수 있는 직업정치가 또는 전문가를 의미하는 것이다.²³⁾ 그리하여 오늘날의 정당국가에서 국회의원이 자유로운 인격체로서 존재하는 것은 정당이나 교섭단체 내부에서 의사형

22) G. 라이프홀츠, 권영성역, 헌법국가와 헌법, 1976, 95면

23) K. 헛세, 계획열역, 전개역서, 347-8면

성과정에 참여하고 그 결정에 영향을 미치는 것으로 축소되고 있다.

㉔ 국회의원의 선거의 의미변화

정당제 민주주의에 있어서의 국회의원의 선거는 대의제 민주주의에 있어서의 그것과는 의미를 달리한다. 즉 정당 국가적 현상이 강한 나라에서는 국회의원선거는 특정인물을 국민전체의 대표자로 선출하는 의미보다는 국민투표적 결단을 의미하는 경향을 가진다. 말하자면 국회의원선거를 통해 유권자는 정당이 지명한 후보자와 정당이 표방하는 정당의 정책에 대해서 투표하는 경향을 가지는 것이다. 이 점은 양당제가 확립된 나라에서, 특히 의원내각제국가에서 보다 분명히 드러나 총선거는 일정한 정치적 쟁점에 대한 국민투표적 의미를 가진다. 이리하여 총선거에 의해 다수 의석을 점한 정당의 의사가 국민의 일반의사와 동일시되는 결과를 가져온다. 또한 이러한 선거의 국민투표로의 의미 변화는 유권자가 국민을 위해 중대한 의미를 가지는 특정 문제에 대하여 최종적 구속력이 있는 결단을 한다는 것을 의미하고 정부와 의회의 존립에 관한 문제는 유권자가 그 문제에 대한 의견발표를 하기 전에는 원칙적으로 결단되어서는 안된다고 하게 된다. 또한 정당은 시민의사의 집행자로서 기능하며 정부와 의회는 선거를 통해 구체적 내용을 가진 위임을 받은 경우에 한해서 정치적 행동권을 가진다고 보게 된다.²⁴⁾ 이와 같은 정당국가를 통한 국민투표적 민주주의로의 전환에 따라 라이프홀츠는 추가적 국민투

표제도의 도입은 하등의 필요성도 정당성도 가지지 못한다고 보았다.²⁵⁾

만약 이러한 국회의원선거의 국민투표적 의미를 강조하게 되면 사실상 종래의 자유위임의 개념은 중대한 변질을 감수하지 않으면 안될 것이며 사실상 명령적 위임을 인정하는 결과를 가져 올 것이다. 이렇게 보면 총선거에서 나타난 국민의 결정을 변경하고자 하는 경우나 의석분포의 변경을 초래하는 경우에는 국민에게 다시 결정을 요구하지 않으면 안된다고 보게 될 것이다.²⁶⁾

㉔ 국회의원의 국회에서의 토론과 표결의 의미변화

과거 자유주의적 대의제 민주주의에 있어서 국회의원들의 국회에서의 토론은 이성적이고 자유로운 의원들이 국민 전체의 이익이 된다고 판단하는 각자의 의견을 주장하고 반대의견을 가진 의원들을 설득하고 또 때로는 양보함으로써 국민전체를 위한 최선의 결정에 도달할 수 있다고 생각되었다. 그런 의미에서 국회는 진정한 대화와 토론의 장이었다. 또한 표결도 각 의원이 아무런 구속을 받지 아니하고 국민 전체의 이익이 된다고 생각하는 바에 따라 이루어졌다. 그러나 정당국가적 민주주의에 있어 국회는 정당이나 교섭단체에서 이미 결정한 사항을 전달하는 장소로 전락하는 경향을 가진다. 이제는 각 의원의 대화와 토론은

24) G. 라이프홀츠, 권영성 역, 전개역서, 117면

25) 라이프홀츠, 주수만 역, 현대민주정치론, 1977, 161면

26) 상계역서, 166면

더 이상 다른 의원을 향한, 그래서 의견이 다른 의원을 설득하려는 의미는 없다. 그런 점에서 라이프홀츠는 오늘날 의회에서의 토론은 대의제적 의회주의가 전제로 한 구성적 창조적 성격을 거의 상실하고 말았으며 의원들은 의사당에서 다른 의원들을 향해서가 아니라 창바깥쪽, 즉 국민들에게 연설하며 국민들에게 직접 호소한다고 하고 그런 점에서 토론은 국민투표제적 성격을 가지게 된다고 한다.²⁷⁾ 이 점은 표결에 있어서도 예외는 아니다. 국회의원은 자기의 독자적 판단에 의해서가 아니라 정당이나 교섭단체가 결정한 바에 따라 표결한다. 물론 이러한 현상은 정당국가적 현상이 약하고 cross voting이 널리 행해지는 나라에서는 타당할 수 없는 것이다.

㉞ 정당강제의 강화

정당국가적 민주주의에 있어 국회의원의 정당대표성은 의원들에 대한 정당의 강제를 통해 뒷받침된다. 정당은 국회의원이 정당의 지시와 결정으로부터 이탈하지 못하도록 여러 강제조치를 마련한다. 이러한 경향은 서구에서 특히 공산당이나 사회주의정당에서 강하게 나타났으며 상대적으로 약하긴 하지만 보수주의적, 또는 자유주의적 정당에서도 이러한 경향을 보였다. 사실 정당국가적 현상을 강조하여 정당국가적 민주주의가 국민투표적 민주주의의 합리화된 현상형태 내지 대응물로 보는 입장에서는 국회의원이

27) G. 라이프홀츠, 권영성 역, 전개역서, 97면

소속정당의 지시와 결정으로부터 이탈하는 것은 국민의 일반위임에 위배되는 것으로 정당화될 수 없는 것이기도 하다.

정당강제의 모습은 다양한데 예컨대 비례대표제의 도입, 원내 총무에 의한 의원활동의 감시와 독려, 재정적 수단, 또는 정당의 지시나 결정에 불복하는 경우에 대비하여 백지위임사퇴서를 제출케하거나 사퇴선서를 하도록 한다거나 후보자공천에서의 배제 또는 의원이 전혀 연고가 없는 지역구의 후보자로 공천하는 등의 공천과정에서의 조작, 정당의 연구부서의 발달에 따른 의원의 정책개발의 정당에의 예속 등이 있다.²⁸⁾

3) 국회의원의 당적변경시 국회의원신분을 상실토록 하는 것이 헌법상 대의제 민주주의 - 자유위임에 적합한가?

앞에서 본 바와 같은 정당국가적 발전은 때로는 대의제 민주주의원리에 기초하여 국회의원을 전체국민의 대표자이며 국민과 자유위임의 관계에 있는 것으로 규정하고 있는 헌법규정, 예컨대 헌법 제1조 2항, 제40조, 제41조, 제46조 2항, 제45조 등과 외견상 충돌되는 현상을 낳고 이로 인해 양자간에 특수한 긴장관계가 존재하는 것도 사실이다.²⁹⁾ 즉 정당국가적 발전에 따른 헌법현실과 이를 수용한 헌법 규정, 즉 헌법 제8조와 이와 같은 국회의원의 국민대표성

28) 이에 관해서는 M. Duverger, Barbara/North 역, op. cit., p198ff

29) Leibholz/Rinck, GG Kommentar, Art. 38, Anm. 24

에 관한 헌법규정에는 이론상 일치하기 어려운 문제를 가지고 있는 것이다.³⁰⁾ 국회의원의 국민대표자로서의 지위와 국민과의 자유위임관계는 국회의원의 정당에의 소속과 정당대표자로서의 지위, 그리고 국민투표적 민주주의의 대용물로서 정당제 민주주의에 있어서의 사실상 명령적 위임관계의 성립과 이러한 충돌현상을 보여주는 것이다. 그러면 이러한 충돌을 어떻게 조화, 해소할 것인가?

이 점에 관해서는 기본적으로 그 나라의 정당국가적 현실이 어떠한지 하는 점에 달려 있다 할 것이고 또 한편으로는 정당국가적 현실 및 이를 수용한 정당에 관한 헌법규정과 종래의 대의제 민주주의원리에 따라 국민대표성 - 자유위임관계를 규정하는 헌법규정에 대해 어느 쪽에 보다 비중을 둘 것인가에 달려 있다고 할 수 있을 것이다. 그런 점에서 정당국가적 현상의 차이가 있는 국가간에 동일한 평가가 이루어 질 수 없다 할 것이고 같은 국가의 헌법현실에 대한 평가도 시각에 따라 달라 질 수 있을 것이다. 즉 정당국가적 현실과 정당규정의 의미를 강조하고 이를 통한 대의제 민주주의에 있어서의 의원의 국민대표성에 대한 변화를 중시하는 입장과 대의제 민주주의에 기초한 헌법의 규범적 구조를 중시하고 정당국가적 현실은 기본적으로 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원의 전체 국민대표성을 침해하지 않는 범위내에서 인정하려는 입장(예컨대 헌법 제8조와 제46조 2항을 일반법과 특별법의 관계로 이해하는

30) BVerfGE 2, 72

견해도 기본적으로는 이러한 입장에 서 있다 할 수 있다.)
에 따라 다르다.

그래서 예컨대 라이프홀츠(G. Leibholz)나 크릴레(M. Kriele)같은 학자는 지역구의원이든 비례대표제의원이든 소속정당으로부터 탈당시에는 의원직 상실을 규정하여도 무방하다고 본다. 왜냐하면 정당에 의해 공천된 후보자가 선거후에도 자기에게 의원직을 갖게 해 준 정당에 대해 계속 충성을 다하여야 하고 또 유권자가 희망한 원내에서의 세력분포가 의원의 자발적 탈당에 의해 변경되어서는 안된다고 하는 바 이것이 오늘날의 정당국가적 민주주의의 논리적 귀결이라고 보기 때문이다.³¹⁾ 또 이런 입장에서는 오히려 당적변경시 의원신분을 상실토록 할 때 의원에게 양심의 자유와 정당변경의 자유를 인정하는 것이 될 것이라 하고 반대의견은 임기동안 의원신분유지를 위해 양심을 희생시키려는 경멸적 의원상을 전제하고 있다고 한다.³²⁾ 또한 의원신분상실규정의 도입이 유권자의 지시에의 기속을 초래하는 것은 아니며, 선거는 정당의 일반정강에 대해서 행해지고 이는 명부식 의원선거는 물론이고 지역구의원선거도 마찬가지라고 하면서 선거는 유권자의 거의 유일하고 가장 중요한 권한이며 민주적 정당성의 기초라 할 수 있는데 의원의 당적변경은 이러한 선거에 나타난 유권자의 결정을 무시하는 것으로 이는 자유위임의 남용이라 한다.³³⁾

31) G. 라이프홀츠, 권영성 역, 전개역서, 116-7면

32) M. Kriele, Das Demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL, 29, S 72

33) ebenda.

그래서 당적변경시 의원신분을 상실토록 하는 것이 자유위임을 규정하는 기본법 제38조 제1항에 위반되는 것은 아니라고 한다.³⁴⁾

그러나 의원의 정당구속성은 자유위임에 의해 한계가 인정된다고 보고 의원의 정당성은 독립된 것이며 정당이나 교섭단체로부터의 탈당이나 제명은 의원직과는 관계가 없다고 보는 것이 종래 독일의 지배적 견해였다. 즉 제명이나 탈당의 경우에 의원직 상실을 법률로 정하는 것은 기본법 제38조 1항에 반한다고 보고 이는 지역구후보자이든 비례대표제후보자이든 마찬가지라고 본다.³⁵⁾ 기본법 제38조 제1항 2문은 의회가 의원신분의 존속을 소속정당의 당적보유에 의존하거나 정당으로 하여금 그 정당에 소속되지 않게 된 의원으로 하여금 의원신분을 포기토록 강제할 수단을 부여할 수 없게 한다고 본다. 즉 자유위임의 보장에 의한 의원의 독립성은 의원이 탈당의 결과로서 의원신분의 상실을 고려해야 한다면 본질적으로 침해된다고 한다.³⁶⁾ 또 대표위임의 원칙에 따라 의원은 표결에서 뿐 아니라 정당소속에 있어서도 자유로워야 한다고 보고 의원은 양심의 자유를 가지는 만큼 탈당이나 당적변경은 의원직의 상실의 위협없이 할 수 있는 자유가 있고 이는 입법자의 처분에

34) ebenda. S. 71

35) I. v. Munch, Rdnr. 64 zu Art. 38, in : I. v. Munch(hrsg.), GG Kommnetar

36) P. Badura, Die Stellung des Abgeordneten nach dem Grundgesetz und den Abordnetengesetzen in Bund und Ländern, in : H. P. Schneider/W. Zeh(hrsg.), Parlamentrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, S 500-501

맡겨져 있는 것이 아닌 만큼 입법에 의해 규정될 수도 없다고 한다.³⁷⁾

한편 우리나라 헌법해석에 있어서는 지역구위원의 경우 당적변경이 의원신분의 상실을 가져오지 않는다고 보는 견해가 지배적이나 전국구위원에 대해서는 견해가 나누어지고 있다.

즉 현행헌법은 정당국가적 경향을 지양하여 무소속국회의원을 인정하기 때문에 당적변경시 의원자격이 상실되지 않는다고 보나 정당명부에 따른 비례대표제당선의원의 경우에는 당적변경시 그 직을 상실토록 법률로 정할 수 있다고 보는 견해³⁸⁾나 헌법이 자유위임의 원칙을 규정하고 있고 무소속의원까지 인정하고 있으므로 지역구위원의 경우 그 당적변경이 정치도의상 문제될 수 있을지 모르지만 의원의 자격을 상실시키는 사유는 될 수 없으나 전국구위원의 경우 당적변경이 있으면 의원직을 박탈하여야 한다는 주장³⁹⁾이 있다.

이러한 주장에 대해 자유위임의 원칙은 오늘날의 정당국가적 민주주의에 있어서도 의의를 가지고 있으며 자유위임을 헌법에서 인정하는 한 입법을 통해서도 탈당의원의 의원직박탈은 위헌이 되어 불가능하다고 보는 견해가 있다.⁴⁰⁾ 또한 정당국가경향에도 불구하고 정당기속보다는 언제나 자유위임관계가 우선하는 효력을 인정하는 것이 옳다

37) N. Achterberg, Parlamentsrecht, S.257

38) 김철수, 전게서, 723면

39) 권영성, 전게서, 945-946면

40) 계획열, 전게논문, 135면

고 보고 국회의원은 의원직을 상실함이 없이 임기중 정당을 바꾸는 것은 가능하다고 보는 견해가 있다.⁴¹⁾

생각건대 이 문제에 대한 해석은 다음과 같은 방향에서 이루어져야 할 것이다. 즉, 첫째, 비록 헌법이 과거의 대의제 민주주의의 기본틀을 그대로 유지하고 있다 하더라도 그렇다고 그러한 헌법규정이 가지는 의미를 과거의 그것과 동일하게 이해할 수는 없는 것이다. 이러한 해석은 오늘날의 정당국가적 현실을 무시하고 헌법과 헌법현실의 불일치를 가져오며 정당에 관한 헌법 제8조의 규범적 의미를 축소하고 헌법 제46조 2항이나 제45조 등과의 조화로운 해석을 어렵게 한다. 사실 오늘날의 국회의원의 활동은 정당을 매개로 하지 않는 한 이해하기 어려운 것이다. 그런 점에서 정당의 소속의원에 대한 통제 등은 허용될 수 있는 것이다.

둘째, 그러나 그렇다고 헌법이 정당국가적 현실을 무제한적으로 수용한다고 할 수는 없다. 즉 대의제 민주주의에 있어서의 국회의원의 국민대표성 사실상 정당국가적 현실에 의해 변질되고 의원의 정당에의 예속이 일반적 경향이 라 하더라도 그것이 헌법규범상의 대의제 민주주의를 실현하는 현실의 한 모습에 그치는 것이 아니라 대의제 민주주의의 원리를 부정하고 그 틀을 뛰어 넘는 것이어서는 안된다고 할 수 있다. 그런 의미에서 정당정책에 반대한 의원의 사퇴강요나 제명에 의한 의원박탈과 같은 것은 인정될

41) 허영, 헌법이론과 헌법(하), 1992, 100-101면

수 없다고 보아야 할 것이다.

셋째, 이와 관련하여 정당국가에 있어 자유위임이 정당 활동에 있어 국회의원의 자유를 보장하고 당내 민주주의를 실현하며 국회의원에 대한 정당구속의 한계를 설정한다는 점에 유의할 필요가 있다.⁴²⁾ 정당이 특정이익집단이나 개인의 이익에 봉사하거나 독재화하는 것을 막고 당원의 자유로운 토론과 표결을 통해 국민 전체의 의사와 이익을 대변토록 하기 위해서도 자유위임이 기본적으로 유지되어야 한다. 특히 한국정당의 비민주적 구조에 비추어 당적 이탈에 따른 의원신분의 상실은 국회의원의 정당에서의 자유를 더욱 제한하고 정당의 비민주성을 가속시킬 우려가 있으며 사실상 당적 이탈에 의한 의원신분상실을 강요할 우려도 있다. 그런 점에서도 헌법 제46조 2항은 정당의 국회의원에 대한 구속의 한계를 설정하는 의미로 이해하는 것이 타당할 것이다.

넷째, 이렇게 보면 국회에서의 국회의원의 활동에 관해서는 헌법 제46조 2항이나 제45조가 제8조에 대한 특별법으로 우선적으로 적용된다 할 수 있다. 즉 국회의원의 활동은 정당의사실현의 한 형태에 불과하고 정당의 구성원은 반드시 의원뿐 아니라 지방의회의원이나 그 밖의 당원까지를 포함하며 제46조 2항, 제45조는 정당활동에 있어서의 제한을 의미한다는 점에서 특별규정을 의미한다.⁴³⁾

다섯째, 한국에서도 정당정치의 발달은 국회의원상의 변

42) 계획열, 전계논문, 127-128면

43) 김철수, 전게서, 674-5면; T. Maunz, Rdnrn. 19-21 zu Art. 38

화, 국회에서의 토론과 표결의 의미변화, 국회의 정당중심의 운영 등을 가져오고 있는 것은 사실이다. 그러나 이러한 변화가 과연 국회의원의 당적이탈 = 국회의원신분상실로 이어지는 것으로 볼 정도의 것인가? 과연 우리나라 정치현실에서 국회의원선거가 바로 정당의 정강에 대한 국민투표를 포함하며 따라서 정당간의 의식분포의 변경을 불허하는 것이라 볼 수 있을 것인가?

이 점에 관해서 먼저 지적하여야 할 것은 한국정당국가의 성숙성의 문제이다. 말하자면 한국정당이 서구의 정당처럼 오랜 역사를 가지고 있지 못하며 대중적 기반이 취약하다는 점이다. 한국정당구조의 특징의 하나로 지적할 수 있는 비민주성과 특정정당지도자중심의 하향식 정당구조는 일반국민의 정당을 통한 참정이나 조직화의 미성숙으로 연결됨은 당연하다. 또한 이러한 이유로 과거의 일부 여론조사(예컨대 1991. 12 말의 대륙연구소 여론조사) 등에서도 나타나듯이 유권자의 후보자에 대한 선택기준 중 소속정당은 극히 미미한 반면(7.3%) 후보자의 인품(55.1%)이 오히려 더 중요한 기준이 되고 있다.

여섯째, 의원내각제 특히 양당제하의 의원내각제에서는 총선거는 정당에 대한 국민투표적 의미를 함의한다 할 수 있을 것이나 한국헌법상의 정부형태는 기본적으로 대통령제이며 권력의 핵심은 오히려 대통령에 있고 심지어 국회의원선거는 대통령선거의 예선에 불과하다는 주장도 나오고 있다.

일곱째, 한국정당은 정당간 이념적 차별성의 결여, 지역

성, 특정 정치리더 중심의 정당, 정당구조의 비민주성과 정당 하부조직의 취약성 등을 가지고 있어 정당국가현상에 따른 대의제민주주의의 변질을 너무 강조할 수는 없다.

이상과 같이 보면 헌법 제46조 2항에 표현된 자유위임을 ‘헌법사적 석기시대에서나 발견되는 화석’ 정도로 보고 정당 국가현상을 지나치게 강조하여 헌법의 명시적 근거도 없이 당적이탈에 의해 국회의원신분이 상실토록 규정하는 것은 헌법상 대의제 민주주의와 헌법 제46조 제2항에 위배된다고 생각한다.

4) 전국구국회의원만이 당적변경시 의원신분을 상실케 할 이유가 있는가?

공직선거 및 선거부정방지법은 지역구국회의원의 경우 당적변경을 하더라도 의원신분을 상실치 않는 것으로 하면서 전국구국회의원의 당적변경에 대해서는 의원신분을 상실토록 하고 있다. 그러면 전국구국회의원과 지역구국회의원간에 이렇게 당적변경에 따른 국회의원신분상실여부에 있어 차이를 두어야 할 이유가 있는 것인가.

이렇게 차이를 두는 것은 전국구의원의 당적이탈에 관해서는 지역구의원과는 다른 문제를 함유하고 있다고 보는 것에 연유한다. 독일에서도 크릴레같은 학자는 처음에 정당명부에 의하여 선출된 의원이 자유의사에 의해 소속정당을 탈당하여 다른 정당에 입당한 경우에는 의원직을 상실토록 하자는 주장을 한 바 있다.⁴⁴⁾ 또한 한스 쾰젠은 비례

대표제의 도입은 보다 엄격한 정당조직의 불가피성을 초래하였다고 하면서 구속명부식에 의해 선출되는 의원이 그 소속정당을 탈당하거나 제명되는 경우 그 신분을 상실케 하는 것은 자연적 결과라 한다.⁴⁵⁾ 그는 이처럼 유권자가 의원선출에 더 이상 영향력을 가지지 못하는 경우 그 투표행위는 특정정당에 대한 지지만을 의미하게 되고 따라서 후보자는 유권자의 정당에 대한 투표에 근거하여 의원직을 가지는 결과가 되는 만큼 그가 그를 국회에 보낸 소속정당의 당적을 가지지 않는 경우 그 신분을 상실토록 하는 것은 당연하다고 한다.⁴⁶⁾

한편 우리나라에서도 앞에서 보았듯이 당적변경시 지역구위원의 경우 의원신분을 상실치 않는다고 보는 견해가 지배적이나 전국구위원의 경우 의원신분을 상실케 하여야 한다는 주장⁴⁷⁾과 이에 반대하는 주장으로 나누어져 있다. 전자가 전국구위원의 정당대표성을 강조하였다면 후자는 전국구위원의 국민대표성과 자유위임의 원칙을 강조한 것이라 할 수 있다.

생각건대 전국구국회의원과 지역구국회의원의 차이는 다음 몇가지에서 발견된다. 즉 의원후보자가 직접선거를 거치지 않으며 따라서 유권자에 의한 정당성확보가 없다는

44) M. Kriele, Mandatverlust bei Parteiwechsel ?, ZRP 1969, S. 241f

45) H. Kelsen, Vom Wesen und Wertder Demokratie, 1929, SS 40, 42

46) ebenda. SS.42-43

47) 권영성 교수는 그 이유로 정치적 신념을 결한 저질국회의원을 정계에서 추방함으로써 정계를 정화할 필요가 있기 때문이라 한다.(권영성, 전계서, 946면)

점, 소속정당의 지역구의석비율에 따라 정당이 제출한 후보자명부의 순위에 의해 당락이 결정된다는 점, 따라서 우리나라에서는 전국구국회의원의 경우 사실상 정당이 임명하는 것과 별 차이가 없으며 그런 점에서 전국구국회의원의 경우 그 지위의 취득은 그 의원이 그 소속정당의 당원이기에 가능하다는 점이 그것이다.

그러나 이러한 선출방법의 차이로 인하여 전국구위원의 경우만 당적이탈에 따른 의원신분상실을 가져온다고 볼 수 있겠는냐는 점에 대해서는 다음과 같은 의문이 있다.

즉, 첫째, 한국의 전국구의원선거는 원래의 의미의 비례대표제가 아닌 바 정당이 제시한 후보자명부에 대한 유권자의 투표가 없다. 그것은 매관매직, 논공행상에 의한 임명을 의미한다. 독일과 같은 명부식의원의 경우도 당적이탈이 의원신분을 상실케 하지는 않는다고 보는데 정당이 제시한 명부에 대한 투표도 없이 이를 바로 정당에 대한 구속으로 연결시키는 것은 납득하기 어렵다.

둘째, 지역구의원선거가 정당에 대한 투표의 의미가 별로 없다면 지역구위원의의석수에 따라 전국구의석을 배분하면서 특히 전국구국회의원선거가 정당투표적 의미가 강하다고 할 수는 없다.

셋째, 지역구의원도 정당공천에 의해 입후보하는 것이 압도적이며 유권자의 투표도 후보자의 소속정당에 좌우되는 경우가 많다. 그런 점에서 전국구의원과 특히 문제상황이 다르다고 하기 어렵다. 독일의 경우도 지역구의원과 명부식의원의 구별은 별 의미가 없다고 보는 것이 보통이다.

소속정당 변경으로 인한 의원신분상실을 인정하는 크릴레의 경우도 앞에서 보았듯이 처음에는 명부에 의해 선출되는 의원과 지역구위원을 구별하였으나 뒤에 오면 지역구의원선거도 거의 압도적으로 소속정당에 의해 좌우되는 것이므로 명부위원과 지역구위원을 구별하는 것은 유지되기 어렵다고 하였다.⁴⁸⁾

넷째, 전국구위원과 지역구위원은 선출방법은 다르지만 당선후의 지위가 달라지는 것은 아니다. 즉 의원선출방법의 차이로 인하여 의원의 헌법상 지위가 달라지는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 전국구위원이나 지역구위원이나 모두 국민 전체의 대표자이며 헌법 제46조 제2항에 의해 국익우선의무가 있음도 마찬가지이다.

5) 결 론

이상과 같이 전국구위원이 당적변경시 의원신분을 상실토록 하는 공직선거 및 선거부정방지법 제192조 제3항 3호와 제4항은 우리헌법상의 대의제 민주주의 - 자유위임의 원칙, 특히 헌법 제46조 제2항에 위배되어 위헌이라고 생각한다.

48) M. Kriele, aaO., S.71의 각주 75

49) N. Achterberg, aaO., S. 257; 계획열, 전계논문, 131면

연구자 약력

(최대권)

서울대학교 법과대학졸업

미국 미시간대학교 법과대학(M.C.L)

미국 캘리포니아대학 법과대학(LL.M.)

미국 캘리포니아대학 정치대학(Ph.D.)

서울대학교 법과대학 교수

한국공법학회 연구리사

(김문현)

서울대학교 법과대학졸업

서울대학교 대학원 법학과 수료(법학석사)

서울대학교 대학원 법학과 수료(법학박사)

전남대학교 법과대학, 경북대학교 법과대학 교수 역임

현 이화여자대학교 법학과 교수

(한상희)

서울대학교 법과대학졸업

서울대학교 대학원 법학과(법학석사)

서울대학교 대학원 법학과(법학박사)

경성대학교 법정대학 법학과 부교수

경성대학교 법학연구소 소장