

2002년도 인권상황 실태조사

시국관련 법령의 사법결정에 대한 실증적 연구

국가인권위원회

시국관련 법령의 사법결정에 대한
실증적 연구

국가인권위원회 2002년도 인권상황 실태조사
보고서를 제출합니다

2002. 12. 24

건국대학교 법과대학 교수 한 상 희

목 차

I. 서 론	1
1. 들어가면서	1
2. 인권위법의 해석준거 형성을 위한 전제	2
3. 헌법재판소의 기본권판단에 있어서의 상황구속성	7
4. 인권정치와 헌법재판	13
5. 연구방법론에 관하여	17
II. 지배이데올로기와 법담론	22
1. 우리나라 법과정에서의 권력현상	22
2. 상징체계와 법담론조작, 그리고 헌법재판	26
3. 상징체계와 법담론조작	29
가. 서 론	29
나. 지배이데올로기의 내용과 변화	31
III. 법과정에서의 법담론양상 I - 공안사건	35
1. 서 언	35
2. 국가안전보장관련사건	37
가. 헌법재판소의 국가성격규정과 헌법해석	37
나. 공안관련법률에 대한 헌법해석	41
3. 사회질서유지관련사건	48
4. 노동쟁의관련사건	54
5. 맺 음	68

IV. 법과정에서의 법담론양상 II - 시민사회	71
1. 정치관련사건과 입법형성권	71
가.기탁금제도	72
나. 선거운동 및 정치적 표현의 자유	77
2. 표현·언론의 자유와 헌법적 상징체계	82
가. 정치권력의 규율대상으로서의 표현의 자유	82
나. 사회질서규율을 위한 법담론조작	95
V. 법과정에서의 법담론양상 III - 생활과정	97
1. 서 언	97
2. 청소년보호 - 보호와 배제의 법담론	99
3. 음란과 성적 쾌락 - 음란개념을 중심으로	102
4. 인간다운 생활권-사회보호기준사건	104
5. 직업의 자유와 생활세계	109
VI. 결 론	116
1. 정 리	116
2. 인권을 위한 헌법해석을 위하여	122
<참고문헌>	128

I. 서 론

1. 들어가면서

2001년 4월 30일 제221회 임시국회에서 국가인권위원회법안이 통과되고 5월 24일 법률 제6481호로 공포된 이래 벌써 2년의 세월이 지났다. 그 동안 국가인권위원회(이하 「인권위」라 함)는 인권침해부문에서 구치소내 의문사 사건에 대한 수사개시 의뢰, 수용자에 대한 의료조치, 사생활비밀침해, 재외동포강제퇴거명령, 인권위 진정방해 등의 사건을 인용하였고, 차별행위부문에서는 장애, 연령, 피부색, 원격대학 수료자 등의 사건에 대하여 인용결정을 내렸다. 뿐만 아니라, 그 구제조치로서 수사개시의뢰, 시정·개선조치권고, 형집행정지지휘권고, 운전면허수시적성검사중지 및 자료삭제권고, 손해배상 및 징계권고, 필요조치권고, 색명개정 권고 등의 다양한 권고를 행하고 있다.

하지만, 이러한 성과들은 이제 출범한지 1년도 채 안되는 인권위의 입장에서는 하나의 탐색전이라 할 것이고, 의연히 양심적 병역거부사건, 장애인이동권사건 등 사회적으로 민감한 하드 케이스들이 처분을 기다리고 있다. 더불어, 위의 표에서 보듯 구금시설, 경찰, 검찰 등 전통적으로 인권침해의 요소가 많았던 국가기관에 대한 진정사건이 약 80%에 육박하고 있다는 사실은 의미심장하다. 이들은 인권위의 출범에 저항하였던 대표적 기관이기도 하며, 근래에 이르기까지 정치적으로 권위주의적 통치에 기여하면서 인권의 이념을 심각히 왜곡시켜 왔던 주요세력이었다는 점에서 인권위의 조사·권고활동을 현저하게 위축시킬 가능성 조차 안고 있는 기관이기도 하기 때문이다.

이 글이 인권위의 조사·권고권의 토대가 되는 인권위법 제30조의 해석 즉 인권위법상의 인권개념을 헌법재판소의 기본권개념과 대비시키면서 전자에 대한 일정한 가치판단-자연권성, 전국가성-을 전제로 후자를 비판의 대상으로 삼아 후자의 결정과정에서 나타나는 각종의 법담론 특히, 권위주의시대에 형성되었고 지금까지 헌법

재판소의 기본권해석을 지배해 오고 있는 형식주의적·법관료주의적 법담론을 적시하고 그 문제점을 제시하는 것을 연구대상으로 삼은 것도 바로 이 때문이다. 그것은 무엇보다도 이 제30조의 의미규정 그 자체 우리나라 인권의 실체를 형성하고 인권위의 판단준거를 마련한다는 당연한 의미를 모색하기도 하지만, 그와 동시에 아직까지는 인권위에 적대적 내지는 위협조적일 수 있는 국가기구 혹은 국가유사기구들의 저항 내지는 우회전략을 적절히 통제할 수 있는 인권이론을 구축하기 위한 실천적 의미를 추구한다는 의미도 가진다. 즉, 지난 권위주의적 관행들에 의하여 자못 국가주의적 맥락에서 구성되어 왔던 기본권이해-특히 헌법재판소의 결정-나 행정편의주의적으로 변용되어 왔던 법담론, 봉건적 유습과 근대적 편견이 복합되면서 차별을 정당화시켜 왔던 사회적 관행들을 과감히 깨칠 수 있을 때, 과거회고적 교정기관으로서의 인권위가 아니라, 미래형성적 (인권)정책기관으로서의 인권위의 위상을 정립할 수 있게 된다.¹⁾ 따라서 이 글에서는 기존의 기본권담론 혹은 주류헌법학의 지배적 입장에 의존하지 않고, 담론분석의 방법론을 이용하여 그것을 비판하고 대안을 모색할 수 있는 나름의 준거를 확보할 수 있는 방안을 천착해 보기로 한다

2. 인권위법의 해석준거 형성을 위한 전제

인권위의 권한과 인권 및 헌법상의 기본권과의 관련성을 중심으로 볼 때 인권위법의 특징은 크게 세가지로 유형화시켜 볼 수 있다.

첫째, 인권위의 조사대상은 실체적 인권침해행위와 형식적 인권침해행위로 구분된다. 인권위법 제30조 제1항은 인권을 침해하는 침해행위를 침해행위와 차별행위로 나누고, 전자는 “국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우”(제1호)로 규정하여 인권의 실체적 부분 즉 구체적인 자유권에 대한 국가적 억압으로부터의 구제권한을 선언하고 있다. 일종의 해방적 관심을 표명하고 있는 것이다. 반면 후자의 경우에는 “법인, 단체 또는 사인

1) 그래서 인권위는 인권구제절차의 간이성, 편의성을 도모하는 것에 그치는 것이 아니라, 보다 거시적이고 포괄적인 내용의 인권형성적 기능을 수행할 것이 요청된다.

(私人)에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우”(제2호)로 정의하고 제2항에서는 차별행위의 구체적인 기준(18개 항)과 차별영역(고용, 재화·용역등의 공급·이용, 교육)을 제시하여 보다 구체화시키고 있음으로써, 사회적·경제적·문화적으로 소외된 자를 정규적인 생활관계로 편입시키고자 하는 일종의 시민권적 의지를 표방한다.

둘째, 이러한 규범구조는 그 관심방향을 침해행위의 경우 국가적 권력을 향하여, 그리고 차별행위의 경우에는 사인간의 관계를 향하여 각각 규정되는 방식을 취한다. 그래서 침해행위의 경우 국가기관·지방자치단체, 혹은 제2조 제2항에서 정하는 교도소·소년교도소, 유치장, 외국인보호소 등의 본래적 국가기구뿐만 아니라, 각종의 법률적 근거에 의하여 설치되는 “다수인보호시설”²⁾ 등의 준국가적 권력기구까지도 그 대상으로 한다. 또한 사적 영역에서 발생하는 차별행위는 미국의 시민권법(Civil Rights Act)과 유사한 취지를 가지면서 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 병력(病歷) 등 사회적 편견이나 전통적 관행 뿐 아니라 성적(性的) 지향, 출신국가, 출신민족과 같이 현대사회에서 서서히 문제성을 제기하는 새로운 차별요인들까지도 포함하여 그의 직접적인 개선을 지향하고 있다. 여기서 주의할 것은 제30조의 규정방식이 “인권을 침해당한 경우” 및 “차별행위를 당한 경우”로 정함으로써 법적 행위 뿐 아니라 사실상의 인권침해·차별행위까지도 포괄하는 구조를 갖춘다는 점이다. 즉, 그것은 침해의 원인이나 양상 등에 대한 관심보다는 침해의 결과로서의 現狀에 주목하게 한다.(그리고 바로 이 점에서 그것은 시민권적 성격을 가진다)

셋째, 이러한 인권위법의 가장 큰 특징은 그 구제·개선조치의 준거가 되는 인권의 개념규정에 있다. 인권위법 제2조 제1호는 ““인권”이라 함은 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다.”고 하면서 인권의 내포를 헌법상의 기본권뿐 아니라, 국제인권법의 영역에까지 확장함으로써, “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규”(헌법 제6조 제1항)를 국내법으

2) 이에에는 아동복지시설, 장애인복지시설, 정신보건시설, 부랑인복지시설, 노인복지시설(노인 주거복지시설, 노인의료복지시설), 요보호자를 위한 복지시설, 갱생보호시설 등이 있다. (시행령 제2조)

로 편입시키고 있는 헌법의 규정을 보다 광역화시키고, 국제법상의 선언, 규약 및 권고문 등이 국제관습법의 지위를 획득하는 경우 우리 인권법의 법원이 될 수 있는 가능성을 열어두고 있다.³⁾

인권위법은 헌법의 구체화법이다. 물론 모든 법률이 헌법의 구체화법이기는 하지만, 인권위법의 경우 지금까지 국가기구에 의하여 구체화되어 왔던 헌법규범의 실천양태에 대한 심각한 비판을 전제로 형성되었다는 점에서 다른 법률과는 차별적인 의미를 가진다. 즉, 그것은 우리나라의 헌법해석 및 헌법적용에 대한 일종의 항의적 관점에서 새로운 해석의 기준-자연권적 권리로서의 인권이라는 기준-을 도입하고 이를 바탕으로 헌법해석의 새로운 패러다임을 제시하고자 하는 의미를 가지는 것이다. 그래서 인권위법의 핵심이라 할 수 있는 제30조 제1호 및 제2호는 그 구체화의 방법에 있어 일반적인 기본권구체화적 법률 등과는 다른 양상을 보인다.

첫째, 이들은 종래 헌법상의 기본권보장의 예외영역 즉, 특별권력관계 혹은 사법상의 관계에 대한 기본권의 적용가능성을 열어둔다. 제1호중 구금·보호시설에 있어서의 인권침해행위에 대한 인권위의 권한은, 종래 특별권력관계 혹은 특별행정법관계론(공공시설이용관계) 등에서 기본권보호의 예외영역으로 인정되었던 부분에 대한 국가관여의 가능성을 열어 놓았고, 제2호의 경우에는 마찬가지로 사적 자치의 논리에 의하여 국가로부터 자유로왔던 포괄적 지배의 영역에 대한 국가관여의 가능성을 열어 놓은 것이다. 이는 기존의 헌법재판소 등에 의하여 지배되어 왔던 헌법담론에 대한 중요한 변혁을 의미한다. 즉, 기존의 법담론에 의할 경우 기관내부적 관계 혹은 사인간의 관계에 대하여는 기본권이 침윤할 수 있는 여지가 국가-시민사회라는 '공적·외부적' 관계의 경우에 비하여 현저히 축소된다고 보았다. 하지만, 인권위법은 이런 법담론을 직접적으로 부인하고 내부관계든, 혹은 사인관계든 관계없이 '인권'은 그대로 타당하여야 함을 공식적으로 그리고 명문으로 선언하고 있는 것이다. 그래서 양자는 지금까지 인권보장과 관련한 기본권해석론에서 난제로 남아있었던 포괄적 지배권의 문제를 비록 사법적 판단은 아니지만, 적어도 준사법적 장치에 의하여 인권법이 개입할 수 있는 통로 내지는 창구의 역할을 담당한다.

둘째, 제30조의 규정은 '기본권의 확장'으로서의 인권이 보장되는 메카니즘을 사

3) 이는 전국교사노동조합문제를 다룬 헌법재판소의 결정(1991.7.22 선고 89헌가106, 90헌바 27 등 병합)이 UNESCO와 ILO의 교원의지위에관한권고에 대한 국내법적 효력을 부인한 것과 대조된다. 이에 관하여는 후술할 것이다.

법적 판단으로부터 입법적 판단-즉, 정치적 혹은 인권정책적 판단으로 이전하고 있다. 해방 이후 지속된 권위주의적 통치체제에서 정치권력에 의하여 철저히 무시되어 왔던 인권보장의 이념을 입법부나 행정부차원에서는 거의 포기하다시피 해 왔다. 물론 사법부라 해서 예외는 아니어서 오히려 통치권력의 정치적 의지에 굴종하는 모습을 보이면서 인권보장에 별다른 기능을 하지는 못하였던 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고 인권의 실현을 위한 구체화입법이 부재한 상황이 되다 보니 헌법 이론상으로는 기본권의 구체수단으로서 사법판단에 의한 구제가 거의 유일한 대안으로 거론되는 것이 일반적이었다. 그러다가 1989년 헌법재판소가 본격 가동하면서 일부 기본권에 대한 적극적 해석에 의하여 일부 기본권이 그 실질적 실효성을 확보하기는 하였지만, 이 또한 사법적 판단의 과정을 거치면서 철저하게 국내법적 해석의 방법론-소위 도그마틱에 의해서만 기본권의 현실적 의미가 확정될 수 있었다. 하지만, 보기 나름으로는 우리나라 헌정사상 최초의 본격적 인권실행입법이라 할 인권위법은 이러한 헌법관행에 대하여 중대한 변환의 계기를 마련하게 된다. 즉, 인권보장의 메카니즘을 사법부 이외의 독립된 국가기관에 귀속시키고 그것을 입법의 틀에 의하여 구조화함으로써 입법부-인권위의 관계 속에서 인권보장의 실질화를 도모할 수 있도록 한 것이다. 한 마디로, 인권의 문제를 사법판단-환언하자면 법해석 내지는 법적용에 의한 선행가치의 발견의 문제로만 파악하던 것을, 인권위법의 발효를 계기로 그것은 이제 인권정책적 판단에 의한 가치형성의 문제로 재구성하게 된 것이다.⁴⁾

인권위의 권한이 주로 사실행위를 중심으로 엮어져 있음도 이러한 맥락에서 의미를 부여할 수 있다. 그것은 전술한 바와 같이 인권침해의 결과에 대한 무가치판단에 집중됨으로써 도그마틱을 떠난 정책적, 가치개입적 인권판단의 가능성을 확장하고, 인권의 문제를 법의 영역에만 한정하는 것이 아니라 법의 전제를 이루고 있는 이념과 사회적 가치의 영역으로 이전시키면서 종래 법조판료들이 장악하고 있던 인권판단의 권력을 전사회적 정의감정에 이양하는 효과를 야기하기 때문이다. 바로

4) 이에 인권위법 제1조는 이 법의 목적으로 “모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함”을 규정하고 있다. 즉, 인권보호의 수준을 향상시킨다는 인권형성적 기능과 더불어 그를 통한 인간성의 실현 및 민주적 기본질서의 확립을 추구하고자 하는 미래지향적 인권정책목표를 제시함으로써 인권위원회가 단순한 사법적 판단의 기능에 국한되지 않음을 선언한다.

이 때문에 인권위법은 근대 계몽시대 이래 자유를 위하여 시민들이 대의제체제를 구축하고 입법부를 중심으로 자유권을 형성해 내었던 근대적 정치화 현상과 마찬가지로 의미에서 인권의 재정치화를 이루어내는 계기가 된다고도 할 수 있을 것이다.

셋째, 헌법의 법원(法源) 특히 인권을 구체화하고 있는 기본권의 법원을 보다 확장하는 효과를 가진다. 이미 언급하였듯이, 인권위법 제2조에서 이미 “국제인권조약 및 국제관습법”을 그 법원으로 함을 선언하였을 뿐 아니라, 인권문제를 법문제에서부터 정책문제 내지는 전사회적 가치판단의 문제로 전이시킴으로써 우리나라의 인권보장수준을 국제법적 일반기준에 부합하도록 고양하고 이를 다시 우리나라에 특유한 인권환경에 조응시킬 수 있는 여지를 마련한다. 물론 여기서 위의 제2조는 헌법 제6조 제1항의 “일반적으로 승인된 국제법원칙”을 “국제관습법”으로 대체한 것에 불과하지만, 해석론상으로 전자는 국내법조관료의 실증적 판단에 종속되는 개념인 반면, 후자는 국제사회 그 자체가 판단의 주체가 된다는 점에서 상당한 차이를 보인다. 즉, 국제관습법의 경우, ①국제사회내에서 일정한 사항에 대하여 국가간에 동일한 내용의 행위가 반복·계속된다는 국제관행의 존재와, ② 이러한 관행을 각 국가가 장차에 있어서도 그 관행을 준수할 것을 승인하는 사실상의 행위가 존재함으로써 성립하는 것이지만, 바로 이러한 요건 그 자체가 추상적인 수준에 머무르고 있는 “일반적으로 승인된 국제법원칙”이라는 개념보다 더욱 구체적·개별적 규범력을 획득할 수 있게 되는 것이다. 그래서 국제인권법에 대한 UN인권위의 권고는 더욱 더 강한 국내법적 효력을 가지게 된다. 부연하자면, “일반적으로 승인된 국제법원칙”이란 문자 그대로 원칙의 수준에서 추상화·일반화의 관념으로 존재할 뿐, 구체적이고 개별적인 사건에 적용될 수 있는 법규적 내용을 추출하기란 쉽지 않다. 원칙은 예외를 전제로 하는 것이며, 따라서 우리나라의 현실을 어떻게 해석하는가에 따라 그 원칙의 적용가능성이 달라질 수 있기 때문이다. 그리고 바로 이 때문에 국내의 사법부는 이러한 국제법원칙을 국내적 사건에 적용하기를 꺼리거나 거부하는 양상이 반복되기도 하였다. UN인권위의 권고 그 자체는 국내법적으로 구속력이 없는 문자 그대로 권고에 불과한 것이라는 담론이 우리 사법부를 지배하는 일관된 태도였던 것이다.⁵⁾

환언하자면, 인권위법은 “국제법상으로 승인된 일반원칙”과 “국제관습법”에 대한

5) 예컨대, 헌법재판소 1991.7.22 선고 89헌가106 참조.

판단을 사법관료들의 전속적 권한으로 고정시키는 것이 아니라, 인권위의 인권정책적 판단의 가능성에 유보시킴으로써 인권의 보편성 혹은 세계적 기준에 의거한 인권보장의 이념을 구체적으로 실천하고자 하는 것이다.

물론 인권위는 사법기관이 아닌 만큼, 그리고 인권정책적 수준에서 ‘권고’를 할 수 있는 만큼 이렇게 엄격한 법원론이 필요 없다고도 할 수 있을 것이다. 하지만, 이러한 ‘국제관습법’ 조항의 존재의미는 오로지 인권위의 권한행사에 대한 준거법적 의미만을 가지는 것은 아니다. 오히려 그것은 우리나라의 사법과정에 있어서도 더 이상 좁은 의미의 국제법상 일반원칙 개념에 얽매어서 사법자체로만 일관하던 태도에서 벗어나 적극적으로 국제법 특히 국제인권법의 내용들을 사법판단에 수용할 것을 요청하는 또다른 의미에서의 헌법확장을 의미한다. 환언하자면, 국회가 인권위법에서 “국제법상으로 승인된 일반원칙”을 “국제관습법”으로 대체하면서 전자의 개념에 후자를 포괄하는 것으로 하는 새로운 헌법해석을 한 셈이 되는 것이며, 이는 최소한 법원의 수준에서는 준수하여야 하는 일종의 권한법적 의미의 입법-비록 인권위법이라는 간접적인 방법을 선택하고 있기는 하지만-이 되는 셈이다.⁶⁾

3. 헌법재판소의 기본권판단에 있어서의 상황구속성

하지만 이러한 인권위법의 특성과는 달리, 현행 헌법상 헌법해석의 최종적 권한과 권위를 가지는 헌법재판소의 기본권해석은 상당한 차별성을 가지고 나타난다. 엄밀한 헌법이론-특히 현대헌법이론-의 측면에서만 보자면 인권위법에서 지향하는 인권개념과 헌법재판소가 그 판단의 준거로 삼아야

6) 이렇게 이해할 경우 인권의 판단에 있어서는 중요한 변화가 예상된다. 즉, 지금까지의 사법부의 인권판단은 국제기준에 대한 ‘한국적 특수성’을 입증하는 방식이 아니라 역으로 ‘한국적 특수성’의 강조를 통하여 국제기준을 배척하는 양상으로 전개되어 왔던 반면, 인권위법에 의한 인권판단은 인권의 국제기준을 먼저 적용하면서 예외적으로 국제기준을 적용하지 못하는 ‘한국적 특수성’을 논리정합적으로 입증하여야 하는 양상으로 이루어져야 하게 되었다. 즉, 어떠한 인권문제에 대하여 국제적 기준을 적용할 것인가가 [사법관료들의] ‘재량적 판단권’에 일임되어 있는 것이 아니라, 역으로 그것을 적용하지 않아야 할 이유 즉, 우리나라의 특수한 상황이나 예외조건들을 스스로 논증할 수 있을 때에만 그 국제관습법의 적용을 배제할 수 있게 되는 것이다.

하는 헌법상의 기본권개념은 크게 다르지 않아야 하는 것이 정당한 이해일 것이지만, 현실에 있어 헌법재판소의 기본권해석은 많은 부분 국가중심적 사고에 기반하여 형식적·관료적으로 이루어져 왔었고 그것이 한편으로는 인권의 존재 자체를 불가피하게 만든 셈이 되기도 한다.

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.⁷⁾

그러나 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 헌법문제로 될 경우 이것은 이미 두 당사자간의 문제로 그치는 것이 아니라 무수한 국민대중들의 생활 그 자체와 연결되어 버린다. 구체적이고 개별적인 사건을 매개로 헌법규범의 의미가 특정되고 따라서 그것이 전체 하위법규범들을 지배하는 하나의 부분적인 법질서를 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 여기서의 헌법의 독해는 두 방향에서 상호 중첩적으로 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 이끌어내고자 하는 상향식의 방식이다. 물론 어떠한 방식이 타당한 것인가는 논자에 따라

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

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.⁸⁾

그것은 규범과 존재의, 그리고 구조와 행위의 상호교차적인 대화과정이다. 또한 그에 참여하는 구성원들 모두의 선택이자 학습의 장이기도 하다. 이 점은 현실적인 헌법재판에서 그에 임하는 재판관들의 심리를 살펴 보면 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 사건에 의하여 「구속」된다.⁹⁾ 반면에 재판관들은 법률적으로 훈련된 법률전문가라는 측면에서 바라보면 선재하는 헌법원리 또는 자신이 이미 발견한 헌법의 의미를 바탕으로 사건을 해결하게 되는 하향식의 헌법해석의 존재 또한 배척할 수 없다. 나아가 헌법재판의 초점이 어느 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 성격

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

9) 이 방식에 중점을 두어 전개되는 헌법해석방법론이 H. Ehmke의 Topik적 헌법해석론이다. H. Ehmke, Prinzipieller Verfassungsinterpretation, VVDStRL, Heft 20 (1963), SS. 53-98참조. 그러나 그의 방법론은 헌법규정을 즉자적인 것이 아니라 사건과의 관련속에서 야기되는 즉자-대자적인 것(그는 이를 선이해 Vorverstände라고 한다)으로 파악하면서 일종의 변증법적인 과정을 통하여 헌법을 발견하는 틀을 구축하였다는 점에서는 의미있으나, 사건해결이라는 측면에서의 재판관의 입장에서는 헌법규정 자체도 사건자극과 마찬가지로 대자적인 것이 될 수 있다는 점은 거론하지 않고 있다.

을 가진다. 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.¹⁰⁾ 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, 당해법률 또는 공권력행사작용의 타당성여부(합헌성 또는 위헌성)에 대한 종국적인 판단으로서의 구체화이며 따라서 그 법률등의 효력 자체를 유지/소멸시키는 구조의 형성을 의도하는 작업과정이자 결과이기 때문이다. 마지막으로 하향식의 헌법해석원리가 작동하는 한에서는 헌법재판은 사법작용이다. 사법의 본질을 구체적 분쟁의 해결에 필요한 규범-행위준거를 발견하는 작용이라고 본다면,¹¹⁾ 헌법재판은, 헌법분쟁의 성격이 어떠한건 간에 일종의 규범적 판단이며, 그 판단의 종국적인 근원-즉, 정당성의 근원을 헌법텍스트로부터 추구한다는 점에서 비록 그 유일한 속성은 아닐지라 하더라도 적어도 일면에 있어서는 사법작용의 하나임은 분명하다.¹²⁾

하지만 보다 정확한 표현은 이 세 가지의 성격 모두가 하나의 현상 즉, 담론으로서의 헌법의 속성을 말하고 있다는 것이다. 헌법적 상징들을 일련의 담론으로 구성하고, 그에 대한 자신만의 어휘목록을 형성해 나가는 공식적인 장이 바로 헌법재판

10) 한동안 미국의 정치학계와 공법학계를 풍미하였던 사법행태주의(judicial behavioralism)는 바로 이러한 헌법재판의 특성을 당연한 전제로 파악한 위에 전개되었던 것이다. 여기서는 재판관 특히 연방대법원의 대법관들의 태도나 역할정향 기타 개인적인 속성들이나, 혹은 합의체내에서의 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.

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

12) 이 점은 특히 헌법재판의 구조가, M. Shapiro가 말하는, 추상적 법원(Courtness)의 전형으로서의 3면구조성(triadic structure), 판단준거규범의 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.

이며, 그 속에서 구성원들은 '적'에 대한 '우리'를 확장하고 '적'을 극복하면서 자신들의 생활의 준거를 찾아내고자 한다. 그래서 그것은 동시에 정치이며 입법이자, 구체적인 분쟁을 처리한다는 점에서 사법이기도 하다.

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 입법결정과 그 속성을 같이 한다. 따라서 헌법재판 내지 그 헌법해석의 정치·사회적 의의에 관한 설명을 요구하게 된다. 헌법재판이 정치적 성격을 가진다는 것은 그것이 또다른 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 영역에만 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. 헌법의 담론적 성격은 이에서 연유한다. 예컨대, 사법심사제도를 확정지은 *Marbury v. Madison* 사건을 보자. 이 사건은 대통령선거에서 패배한 연방주의자(Federalists)들이 반대파의 사법부장약기도를 사전에 봉쇄하기 위하여 "심야의 법관들(midnight judges)"을 무리하게 임명하는 과정에서 야기된 것이다. 그리고 그 사건전개의 주역을 담당하였던 J. Marshall대법원장은 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 그러한 정략적 선택이 그때까지 영미국가를 지배하고 있던 신념 - 자연법과 제한정부의 원칙에 대한 신념의 한 파생원리로 논리구성되면서 향후 거의 모든 입헌국가의 권력구조를 결정짓는 철칙으로서의 위상을 차지하게 된 것이다.¹³⁾

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

다만 헌법재판이 여타의 국가권력행사작용과 차이가 나는 것은 그것이 지향하는 바가 피통치자에 대한 행위지배가 아니라 의사지배라는 점이다. 여기서는 게임(분쟁)에 있어서의 승리자와 패배자를 결정하면서, 동시에 패배자에 그 판정을 승복하도록 하는 별도의 장치를 마련해 두고 있다. 즉, (정치적) 게임의 두 당사자에 대하여 그 게임을 지배하는 규칙의 의미와 적용범위를 확정지워 줌으로써 패배자로 하여금 왜 자신이 패배하여야만 하는가를 설명하는 - 그리고 경우에 따라서는 그것을 수용하도록 하는 - 기능을 수행하는 것이다. M. Shapiro가 법원의 전형으로서 선재하는 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 일상생활속의 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.¹⁴⁾

그래서 헌법재판은 '우리'의 확장이라는 정치적 목표에 적합한 것이 된다. 그것은 사회적 통합의 과정이자 공동선으로 상징되는 '헌법이념'의 사회적 실천이다. 가장 추상적이고 일반적인 형태의 선-법규범의 어휘목록에 그때까지 배제되고 배척되었는 사회부분들의 어휘목록을 추가함으로써 또는 그것으로 대체함으로써 보다 확장된 사회생활을 가능케 한다. 또는 역으로 말하자면, 종래 소외되었던 사회부분들이 주류의 사회세력으로 편입되는 과정이기도 하다. 미국에서의 시민권사건들에서 흑인들이 보여 주었던 헌법투쟁의 모습들은 '평등'과 '시민권'으로 표징되는 기존질서의 소수인종의 가입을 위한 노력이자, 사회생활과정에서 '우리'의 정체성을 확보하는 디딤돌의 역할을 하였다. Brown사건에서 그들은 '분리(seperate)'를 거부하고 '평등(equal)'을 재규정하였다. Roe라는 가명의 여인은 성적 차별(gender discrimination)을 성적 차이(sexual difference)로 바꾸어 놓았다.¹⁵⁾ 수정헌법 제5조

참조

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

15) Roe v. Wade

와 제14조의 규정은 그 Text성을 여전히 견비하고 자신의 사회적 정체성을 추구하는 독자의 해석을 기다리고 있는 것이다.

4. 인권정치와 헌법재판

이러한 맥락에서 살펴보면, 재판관의 입장에서 헌법재판은 두 가지 점에 대한 고려를 동시에 요구한다; 그것은 그 시대상황속에서 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, 헌법 Text를 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 타당성판단만이 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 해결이라는 점에도 관심을 기울여야 한다. 분쟁을 사법적인 절차에 의하여 해결하고자 할 때, 분쟁당사자들은 법규범을 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 정략적 헌법재판에서부터, 가능한 모든 경우의 수들을 다 거쳐 본다는 “밀저 봐야 본전”식의 헌법재판에 이르기까지 다양한 목적속에서 이루어지는 것이 헌법재판이다. 물론 국가권력에 대한 항의 내지는 항

거라는 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 다름을 판단할 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.¹⁶⁾

“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 전례 없는 방식으로 영향을 미치게 된다. ... Plessy v.

16) 여기서 이 판결을 뒷받침한다고 거론되고 있는 학자들이란 다름 아닌 심리학자나 사회 그러나 이러한 판결에 영향을 미친 것은 이런 사회과학적인 지식이라기 보다는 그 당시의 이었다고 하는 것이 더욱 정확할 것이다. Plessy 사건 이후 특히 20세기에 접어들면서 흑 경제적 지위가 향상되면서 공직자 선거에서 자신들의 주장을 흥정할 수 있는 세력으로 대공황 당시 F. Roosevelt 대통령의 중요한 정치적 기반의 하나가 되었다. 더구나 2차대전의 동력부족현상이 심화되자 남부의 흑인들이 북부로 유입하면서 경제력을 확보하게 되고 또 서 미국이 내걸은 평등주의적 프로퍼갠드가 역으로 이들 흑인들의 의식을 고취하게 되었다. 이것이 연방대법원으로 흘러 들어가는 것은 문자 그대로 시간문제였던 것이다. A. H. Kelly, "The School Desegregation Case," in: J. A. Garraty, eds., op.cit., pp. 244-249 참조

Ferguson 사건 당시의 심리학적 지식이 어떠하였건, 이러한 결론은 오늘날 학자들에 의하여 뒷받침되고 있다. 따라서 이 결론에 반하는 Plessy v. Ferguson 판결의 취지는 배척된다.”¹⁷⁾

이 사건을 엄밀히 분석한다면, 그것은 인종과 피부색의 차이가, 생활의 차별화를 야기할 수 있는가의 문제를 판단의 대상으로 하고 있다. 실제 Plessy v. Ferguson 사건은 그러한 차이는 19세기말까지의 미국사회를 지배하여 왔던 하나의 지배문화였고 이에 평등이라는 헌법적 요청이 나름의 적절성의 인식하에 부가된 형태로 내려진 판결이었다. 하지만, 이 판결에서는 중요한 논리의 비약이 나타난다. 일종의 은유라고 할 수도 있는 부분으로, 인종과 피부색의 차이와 생활의 차이를 빈곤과 비인간적 생활의 문제로부터 분리시키고 단순히 그것을 기회와 능력의 차이의 문제로만 파악하였다. 여기서는 사회내에서 나타나는 심각한 계급분화 및 그에 이은 계급지배의 모습은 그 자체가 사회구조적 문제임에도 불구하고 이를 무시한 채, 단순히 구체적인 생활을 살아가는 개별적 인간들을 추상적인 인격으로 단순화시킴으로써 “분리하되 평등한” 형용모순적인 결론을 내린 것이다.

인간의 생활은 각인각색으로 다양한 모습을 하고 있다. 그것은 인종과 피부색의 차이와 같은 선천적·신체적 차이 뿐 아니라 공간적 시간적 차이를 비롯하여 인성이나 인간관계의 차이나 경제적, 사회적 지위의 차이에서 연유하는 것 등 수많은 변이들을 보인다. 법은 필연적으로 이러한 차이에 주목하지 않을 수 없다. 하지만, 그것이 동질적인 것과 이질적인 것을 확실적으로 구분하고 구획하는 것은 Foucault의 말처럼 또 다른 권력현상이지 않을 수 없다. 위의 Brown사건의 결정은 이러한 전단적인 권력의 칼을 무화시킨 것에 불과하다. 그것은 인간생활에 있어서의 차이를 분할과 배제라는 폭력적 지배의 계기로 삼았던 Plessy사건의 비인간성을 고발한 것이다. 논리비약적인 은유를 통하여 유사성(생활주체로서의 흑·백)과 대립성(인종 지배와 계급지배)의 경계를 혼란시키고, 그럼으로써 일방이 타방을 배제하고 지배하는 모순적인 사회분할의 행태를 교정한 것이다. 그래서 Brown사건에서는 생활공동체의 형성을 위한 유사성의 판단기준으로 인종과 피부색의 차이와 같은 선천적·신체적 차이를 원용하기를 거부하고, 오히려 이러한 차이가 환유적인 개념으로써 서로 포용하고 공존하기 위한 조건으로 승인되고 있다.

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

바로 이 점에서 이 두 사건은 철저히 정치적이다. 다만 Plessy사건은 배제와 배척의 권력을 향한 정치라고 한다면(따라서 그것은 갈등적이고 분열적이다), Brown사건의 경우에는 포용과 공존을 향한 '우리'의 확장으로서의 정치이다. 전자의 경우에는 승자와 패자가 구분되고 또 승자독식(Winner takes all)의 원칙이 지배하는 정치라고 한다면, 후자의 경우에는 변증법적으로 발전하는, 승부와는 초연한 정치이다. 왜냐하면, 그것은 모든 인간의 개별적 삶의 양상들을 그대로 수용하면서 그 속에서 나타나는 인공의 장애들을 제거하고자 노력하고 있기 때문이며, 이 점에서 흑인도 백인도 동일한 취급을 받고 있기 때문이다.¹⁸⁾

헌법재판을 정치로 규정할 때의 정치는 이와 같이 두 가지의 의미로 이해될 수 있다. 하지만, 그것은 투쟁과 갈등 그리고 분할과 배제를 향한 것이어서는 아니된다. 헌법이 규범력을 가진다면, 즉 하나의 담론으로서의 의미를 가지고 그 어휘목록으로부터 인간성을 실현할 수 있는 계기를 추구할 수 있는 기회를 제시한다면, 정치로서의 헌법재판은 바로 이 인간성의 발견을 위한 장이되어야 하기 때문이다. 이것은 거듭 말하거니와, 차이의 차별화를 통하여서가 아니라(이는 전자의 의미에서의 정치이다), 차이의 수용과 승인을 통하여 가능할 수 있다. 주체 즉 동일자와 타자의 구분과 구획을 통하여 차이를 지배와 억압의 도구로 이용하는 헌법재판이라면 그것은 그 자체 분열적이고 퇴행적이다. 헌법의 이념을 인간성의 실현에 둔다면, 그 인간성 자체가 이러한 유사성과 차이성의 복합으로 구현되며, 그것이 하나 하나의 개별적인 삶의 모습에서 현실화된다는 사실을 우리는 유념해야 할 것이다.

이렇게 볼 경우, 타자성을 발견하고 그로부터 타자성을 승인하는 하나의 정치적 장(즉 '우리'를 확인하고 또 확장하기 위한 정치적 장)으로서의 헌법재판은 필연적으로 개념적, 관념적이라기 보다는 상황적(contextual)이고 개별적이지 않을 수 없다. 헌법재판의 준거로서의 헌법규정을 하나의 개념 또는 관념으로 상정할 경우 그

18) 실제 Brown사건에서의 논점은 두 가지였다. 그 중 수정헌법 제14조의 입법의도가 Plessy사건에서 확립된 분리정책을 폐지하는 것이었는가의 문제는 역사적 사실의 모호성으로 인하여 미해결의 상태로 처리되었다. 반면, 분리교육제도가 유색인종들에게 깊은 열등감을 내면화시킴으로써 그들이 정상적으로 사회에 통합되는 것을 결정적으로 방해한다는 사실은 심각한 논쟁거리를 제공하여 결국 심리학, 사회학, 인류학 등의 도움으로 학교통합의 결정을 이끌어내었던 것이다. 이 점에 관하여 자세한 것은 줄고, "헌법재판에서의 사회과학적 변론," 한상희, "헌법재판에서의 사회과학적 변론-Brown사건과 생계보호기준사건의 비교를 중심으로," 서울대법학 제116호, 2000, 참조.

것은 불가피하게 다양한 차이들을 (그 어떠한 기준에 의하건) 이 편과 저 편으로 구획하지 않을 수 없다. 그래서 이 편과 저 편에 상이한(주로 대립적인) 법률효과를 부여하게 된다. 하지만, 그 규정들을 담론화하고 따라서 개별적인 문맥들 속에서 어휘선택을 하게 되는 경우에는 결론은 달라진다. 여기서는 동일성이 아닌 유사성의 추구로 이어지게 되는 만큼, 승인과 포용의 가능성이 보다 확장된다. 다양한 차이성들을 그 사건을 중심으로 재구성하고 이를 바탕으로 문제를 해결하기 위한 대안을 추구하는 이 과정에서 그 사건을 구성하게 되는 차이성들의 존재의미와 그것이 개인으로 하여금 형성하도록 하는 삶의 모습들을 당사자들이 공감하는 가운데서 통합의 상징으로서의 헌법의 기능이 실천될 수 있는 것이다.¹⁹⁾ 이를 우리 헌법재판소의 결정의 예를 통하여 보다 구체화시켜 보기로 하자.

5. 연구방법론에 관하여

헌법상 사법부의 역할은 통상적으로 구체적인 사건에 임하여 법을 해석, 적용함으로써 분쟁을 종국적으로 해결하는, 일종의 법발견 및 선언의 기능을 수행하는 것으로 이해되고 있다.²⁰⁾ 그 동안 사법체계를 연구하는 법학자들이나 정치학자들은, 양당사자 및 외부의 영향으로부터 독립된 법관으로

19) 이 점은 R. Dworkin이 말하는 해석공동체적 단일성과 유사하다. 그는, 법률은 일종의 문학적 서사를 구성하고 있기 때문에 어떠한 법률적 결정은 당해 법과정 전체에 대한 최상의 해석으로부터 도출되어야 하며, 이 서사 전체를 정당화하기 위하여 노력해야 할 것을 주장한다. *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986) 참조. 하지만, 그의 공동체관념은 기본적으로 단일성을 추구하면서 “하나의 서사, 즉 ‘전체적 이야기’로서 파악된 공동체 원칙의 단일한 의미 결정에 스스로를 제한하는, 판결의 모델 속으로 통합”(M. Ryan, 전거서, 294면)시키고 있다는 점에서 여전히 개인주의를 중심으로 삼고 있으며(그의 권리중심적 이론Rights-based theory은 자유주의를 기반으로 하지 않고 있다는 자신의 주장에도 불구하고 공동체와 대립되는 존재로서의 개인 즉 원자론적 개인의 관념에 입각하고 있다. 이에 대하여는 S. Sherry, “Civic Virtue and Ther Feminine voice in Constitutional Adjudication,” *Virginia Law Reivew*, vol. 72, 1986 참조.) 따라서 일반적이고 추상적인 공동체관념을 거부하고자 하는 우리의 논지와는 상당한 차이를 보이고 있다.

20) 이는 우리나라 헌법학자들 대부분이 취하는 입장이다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002, 1049면 이하 참조.

이루어지고 대립당사자구조를 가지는 3면구조(triadic structure)를 법원의 중핵적인 형태로 보면서 분쟁과는 별개로 선제적인 법규범의 적용, 일방당사자가 정당한 권리를 가지고 타방당사자는 정당하지 못한 것으로 판명되는, 승자가 모든 것을 가지는 결정 등의 요소에 입각한 사법절차의 모델을 사용하면서²¹⁾ 따라서 법원은 엄정중립과, 순수하게 법과 양심에 의하여 판결을 내리고, 그럼으로써 분쟁을 중국적으로 해결할 수 있는 기관으로 이해하여 왔다.²²⁾

특히 위헌법률심사제를 중심으로 하는 사법부의 헌법해석기능은 사법권의 정점에서 헌법을 최고법의 위치에 두고, 이를 바탕으로 하는 통일적 국법체계의 마련이라는 의미가 부여되고 있다.

그러나 사법부의 기능을 이렇게 단순히 구체적인 분쟁(사건성)과 그에 상응한 법률규정의 관련속에서만 파악하는 것은 사법부의 본연의 기능을 간과할 우려가 많다. 일반성과 추상성을 특징으로 하는 법률을 구체적인 사건에 적용하는 과정에서는 필연적으로 순수한 법해석학적인 고려외에도 법판단자가 가지는 세계관이나 가치관이 작용하게 마련이며, 적어도 그가 의거하고 있는 인식론적인 틀에 의한 주관적 해석의 개입가능성은 언제나 존재하고 있기 때문이다. 특히 법관으로서의 양심을 법의 해석, 재판에 그 직무로 하는 자의 소위 법조적 양심으로 파악하고 인간으로서의 도덕적 양심보다는 법관으로서의 법적 확신을 우선할 것을 요구하는 입장은 법관의 판단을 추상적인 법논리로 일관되는 신비주의적인 베일 속에 가려 버리고 사법판단의 실질을 외부로부터 차폐시키게 된다. 나아가 정치체계에 따라 현실의 법원들이 여러가지의 상이한 의사결정방식을 이용하면서, 순수하게 분쟁해결 및 사회통합에 전력하는 것이 아니라, 사회통제라든지 입법의 기능, 심지어 중앙정부의 통치권력의 강화에도 이용되는 등 다양한 정치적 역할을 담당하고 있는 경우도 적지 않다. 특히 N. Milner의 말처럼, 법적 행위가 다른 정치적 동원과 결합할 경우 관련당사자들은 그들이 선택한 전략을 변색시켜 버리는 이데올로기적 딜레마에 봉착하게 되는 현상을 관찰할 수

21) 특히 M. Shapiro, The Courts : A Comparative and Political Analysis, (Chicago: University of Chicago Press, 1981), pp.1f 참조

22) ibid, 그는 법원의 이러한 모습을 법원성(Courtiness)이라는 말로 규정하면서 법원의 전형(stereotype)을 여기서 찾고 있다.

있는 데 이 때에는 법원의 역할이나 기능은 전혀 다른 각도로 변이하게 된다.²³⁾

그럼에도 불구하고 종래의 법학 특히 공법학의 영역에서 주류를 이루어 왔던 법 해석학의 틀에서 사법판단의 성격을 오로지 분쟁해결성과 체계통합성의 관점에서만 소명하고자 하는 것은 소위 '법원의 신화 (Myth of the Court)' 속에서 사법판단의 실질은 도외시한 채 형식논리에만 집착한 것이라 할 것이다. 「법 + 사건 = 사법부의 판결」이라는 형해화된 도식은 결국 법의 지배라는 명분하에 법을 통한 인간의 지배를 살펴보지 못하게 하고 외관상으로 드러나는 형식논리의 흐름 속에서 사법부의 의사결정과정의 진정한 모습을 은폐한다. 또한, 경우에 따라서는 사법판단의 형식이 모든 국법질서의 형식적 정당성을 제공하는 일종의 여과장치로 이용되기까지 하는 것이다.²⁴⁾

이는 지난 우리의 권위주의 통치의 역사에서도 잘 드러난다. 집행권에 종속된 입법부는 권력의 욕구에 부응하는 법률을 통과시켰고, 이를 다시 사법부가 구체적 법규로 재확인함으로써 권력분립에 의한 국가권력의 통제가 아니라, 3권이 집행부를 중심으로 서열화하고 나머지 두 기관은 입법부와 사법부는 이 집행권의 전횡의 보좌하는, 형식적으로는 법치국가이되, 실질적으로는 가장 비법치적 통치관행이 이루어져 왔던 것이다. 실제, 권력분립의 발상속에는 집행권과 입법권의 분리를 통하여

23) Neal Milner, "The Dilemmas of Legal Mobilization : Ideologies and Strategies of Mental Patient Liberation Groups", Law and Policy, vol.8, 1986, p.105. 분쟁당사자들이 선택한 법적 수단 특히 소송의 방법이 정치적 동원의 한 형태로 전략하게 되는 이 딜레마의 원인으로서는, 그는, 권리의 신화(myth of rights)와 법적 동원의 이데올로기적 측면이 결합한 것을 든다. 전자는, "미묘하고 복잡적이고, 동시에 문제를 야기하는 형태로 (problematic fashion) 미국정치를 몰아치고자 하는" 신념체계로서, 법은 정치를 효율적으로 규율할 수 있으며, 정치는 권리와 의무라는 틀을 통하여 이루어져야 한다는 사고와, 법원에 의한 권리선언의 방식에 의해 의미있는 사회변화를 야기할 수 있다는 신념이 결합한 것이라 한다. 또 후자는 집단구성원으로 하여금 그들의 적을 직접적이고 구체적인 방법으로 특정하고 직면하게 만드는 동시에 적과 다른 사람들에게 자신들이 가지고 있는 심각성과 그 주장의 강렬성을 홍보하는 수단으로 이용될 수 있다는 점으로 설명하고 있다. *ibid.*, pp.105-109, pp.113-114 참조.

24) 특히 소위 법적 행위가 다른 정치적 요구와 결합되어 관련당사자들이 자신들의 요구를 실현 또는 과시하기 위한 도구로 법원이 이용될 경우 법원은 법의 성격과 효율성에 관하여 자신에게 강요된 신념과 이데올로기에 의하여 영향을 받게 되며 이에 의거하여 결정을 내리게 된다. 그러나 이 경우에도 법원의 결정이나 그로써 선언되는 법규칙은 아무런 왜곡이 없이 중립적이고 유익한 것으로 그 틀을 갖추게 된다. *ibid.*, pp. 105-108 참조

정치권력의 분화를 도모하고, 사법권을 다시 이들 양자로부터 분립시킴으로써 정치권력(집행권과 입법권)으로부터 시민권력을 보호하고자 하는 구도를 예정하고 있다. 하지만, 우리나라의 정치구조는 오히려 사법부를 철저히 정치권력에 종속시킴으로써 그를 시녀화하였고, 사법부는 이러한 권력적 통치구조에 적응하여 스스로 자신의 결정들을 정치권력의 필요에 따라 주문생산함으로써 왜곡된 법체계를 형성하였던 것이다. 즉, 사법부는 법률실정주의와 법담론조작의 두 가지 방법을 사용함으로써 정치권력의 의지를 그대로 법결정으로 승계하고 그것이 구체적 법규로서 현실적으로 집행가능하도록 하는 철저한 법조관료주의에 스스로를 처단하였다.

하지만, 문제는 이러한 과거의 권위주의적 통치의 시대에만 한정되지 않는다. 80년대 말부터 계속되어온 민주화의 과정에서 헌법재판제도가 활성화되고, 권력의 법적 통제가 상당한 정도 이루어지고 있음에도 불구하고, 나아가 정치권력 자체도 권위주의적 성격을 탈피하고 어느 정도는 민주적 절차와 규범에 의하여 통제되고 있음에도 불구하고, 사법부는 변화된 시대적 요구에 제대로 부응하지 못하고 있다는 점이 문제인 것이다. 종래 사법판단의 주된 근원이었던 법률실증주의적 사고방식이 여전히 법조관료들의 법판단과정을 지배하고 있고, 이전부터 조작되어 왔던 법담론 자체가 오늘날에도 거의 변함이 없이 의연히 통용되고 있는 현실인 것이다. 특히 새로운 법패러다임의 구축이 요청되는 헌법재판소의 경우에도 이러한 양상으로부터 자유롭지 못하고 있는 실정이다. 일반적인 법률문제를 다루는 일반법원과는 달리 정치성이 강한 헌법문제를 다루게 되는 헌법재판소는 오히려 그 성격 때문에 지배이데올로기나 정치적 권력의지가 침윤할 가능성이 더욱 농후하다.

우리가 민주화 및 인권신장이라는 지향점을 가지고 법원 특히 헌법재판소의 결정들을 살펴 봄에 있어서 이러한 지배이데올로기 및 그에 입각하여 조작된 법담론의 양상을 면밀하게 분석할 필요는 바로 이 점에서 나온다. 사법부의 법판단에 이용되는 법규범의 의미들이 순수하게 법적 논리와 개념에 의하여 결정되기보다는 그것이 가지는 정치적 의미와 결착하여 상황에 특유한 법규범으로 변용되거나, 혹은 인권법 내지는 헌법적 수준에서의 법개념들을 민법등의 사법적 개념으로써 왜곡하는 현상 등은 단순한 법과정에 대한 분석만으로 포착할 수 없기 때문이다.

이에 이 연구는 이러한 법적 상징체계나 지배이데올로기 등의 요소가 헌법재판소의 결정에 미치는 영향을 주로 시국관련사건 즉, 지배이데올로기의 영향이 직·간접적으로 미치고 있는 시민권(civil rights)관련사건들을 중심으로 분석하고자 한다.²⁵⁾

신제도주의적²⁶⁾인 방법론을 기반으로 살펴보고자 한다. 즉, 대륙법계를 이어받고 있는 현실에 비추어, 법판단의 준거는 1차적으로 실정법을 중심으로 되어 있고 따라서 상당 부분 법관의 성향이나 법적 상징의 영향력은 추상적인 법개념속에 은닉되거나 본안전 판단 등의 방법으로 회피되고 있는 실정에서 이 두 요소가 당해 결정에서 차지하는 비중을 검토함으로써 기존의 법리학적인 측면에서는 설명하지 못하는 부분들을 바라보고자 하는 것이다. 다만 지배이데올로기가 기존의 법개념이나 법추론방법을 통하여 결정의 형태로 투과되는 과정이나 그것이 의존하고 있는 법적 상징의 틀을 도출할 수 있는 분석은 단순한 태도-결정의 도식만으로는 해결하지 못하는 부분이다. 따라서 이러한 요소들은 결정에서 내포하고 있는 법적 상징들에 대하여 정성분석(qualitative analysis)의 방법에 의하여 그 의미, 맥락 등과 관련시키는 방법을 추구하여야 할 것이다.

25) 이는 G. Schubert의 C-Scale에 해당하는 개념이다. 그는 사법판단의 논점을 C-Scale과 E-Scale로 구분하고 전자는 형사피의자 및 피고인의 권리, 적법절차, 인신 및 정신적 자유, 참정권 등의 요소들을 중심으로 하는 영역, 그리고 후자는 재산권 내지는 경제적 권리를 요소로 하는 영역으로 나눈다. G. Schubert, *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*, New York: Oxford University Press, 1974 참조. 이 글에서는 이 C-Scale에 노동사건을 포함한 협의의 시국사건(즉 공안사건), 시민의 정치적·사회적 참여권(소위 시민권), 그리고 일상생활속에서의 권리 등 주요 인권항목을 포함시키고자 한다.

26) 일반적으로 신제도주의적인 관점에서 주목되는 연구대상은, 그 중첩성을 무시한다면, 크게 제도의 기원에 관한 것, 기존의 제도와 행태와의 상호작용의 관계에 관한 것, 그리고 제도의 질적, 규범적 내용 및 발전에 관한 것으로 나눌 수 있을 것이다. 그리고 신제도주의적 분석의 단계로서 1)독립전수(제도)의 확정, 2)독립변수(제도)의 기원에 관한 설명, 3)종속변수(의미있는 행위)의 확정, 4) 독립변수와 종속변수간의 상호작용 및 그 결과의 환류과정에 관한 연구 등으로 4분하여 설명할 수 있다. 다만, 여기서는 연구목적에 따라 기존의 제도와 행태와의 상호작용관계에 관하여 서술하기로 한다. 이에 관하여는 줄고, 사법결정행태에 관한 경험적 분석, 서울대학교 법학박사학위청구논문, 1993, 2, 특히 제3장, 제4장 참조.

II. 지배이데올로기와 법담론

1. 우리나라 법과정에서의 권력현상

전장에서 언급한, 법독해에서의 권력성은 헌법재판소를 비롯한 우리 사법부의 결정이나 판결에서 슬하게 나타난다. 그것들은 재판관이나 법관들이 그때 그때의 상황에 대한 주관적이고도 동일자적인 판단에 따라 방편적인 방법론을 취하면서 동시에 이를 형식논리적인 규범해석론으로 일관하여 개별적·구체적 타당성의 요청과 더불어 일반적·추상적 규범이해 양자에 걸쳐 미흡한 성과를 거두고 있다. 구체적인 사건에 헌법을 적용함에 있어 헌법이념과 각 조문들이 내포하고 있는 헌법정신 및 목적에 대한 이해와 그것이 구체화되어 나타난 결과(결정)를 주어진 상황에 부합하는 형태로 이끌어내기 위한 당사자들과의 부단한 의사소통의 노력이 없이, 단순히 판단자의 입장에서 자의적인 차별의 기준을 정립하여 이를 일방적으로 적용시키는 권력적 재판의 양상들이 주류를 이루어 왔던 것이다. 그래서 그 속에는 총론과 각론의 괴리현상이라든지, 헌법판단과 법률판단의 혼재, 사실의 포섭능력의 부재, 상충되는 법익을 구체적 상황과 연계하여 형평적으로 조화시킬 수 있는 나름의 일관된 원칙정립을 위한 노력이 엿보이지 않는 점 등 헌법해석 및 재판의 방법론에 있어서의 일응의 문제점들을 노정하여 온 것이다.²⁷⁾

이 점에서 우리 사법부의 성격을, 보다 큰 정치체계의 하부구조로서, 국가권력기관의 한 형태인 억압적 기구(repressive apparatus)로 규정한다고 해서 크게 이치에 벗어난다고 할 수 없을 것이다. 즉, 사법부는 사회의 다양한 생활관계속에서 나타나는 각종의 차이성들을 그 자체로서 존재의의를 인정하기 보다는 오히려 총체화

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

의 차원에서 일방적으로 규정하고 배척하는, 그럼으로써 그러한 차이성들을 일탈행위나 분열적 행위로 규정하고 이를 '법'의 이름으로 통제함으로써, 주어진 국가목적에 부합하는 방향으로 사회가 정서될 수 있도록 하는 기능을 수행하여 왔던 것이다. 사회의 전영역에 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.²⁸⁾

이 점은 제4공화국까지의 우리나라의 사법부가 권위주의적 통치의 기제로서 기능하였던 모습들-정치참여의 배제, 탈정치화, 관료주의-에서 보다 분명히 나타난다.²⁹⁾

A. 정치참여의 배제 권위주의적으로 운영되었던 우리 헌정사는 우선 사회부분에 대하여 폐쇄적, 선택적인 정치과정을 형성, 강화하는 것으로 특징지워진다. 고전적 자유주의의 기본조건이라 할 대의기제의 형해화, 이익집단의 억압 내지는 사이비 이익집단의 조성·동원, 언론통제 등의 조치들이 바로 여기에 해당하는 것이며, 이것은 나아가 경제부분에 있어서의 불균형성장과 불평등한 분배로 이어진다.³⁰⁾ 특히 이러한 조치들은 대중들의 정치참여를 배제, 차단하고 오로지 경제적으로만 동원하

28) 이 점에서 법의 사회적 유의성이 덜 한 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 규정되어온 우리나라에서는 더욱 그러하다.

29) 이하의 분석에서 사용하는 분류는 한국국가의 성격을 권위주의모델에 입각한 논의들에서 차용한 것이다. 한상진, 한국사회와 관료적 권위주의, 문학과 지성, 1988, 85-86, 135-137 등 참조. 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.

30) 이러한 폐쇄와 통제에 의한 국가의 정당성기반의 약화 내지는 그에 대한 도전은, 국가 위기상황을 설정하고 그 심각성을 강조함으로써 해결해 나가고자 한다.

는 데에 집중되는 데, 특히 노동부분의 정치참여는 그것이 역사적으로 선거권확대 등을 통한 실질적 민주주의의 확립에 커다란 기여를 하였다는 점에서 특별한 주목의 대상이 된다.

B. 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 법판단이 오로지 법률판단에만 머무를 뿐 헌법적 판단은 거의 배제되거나 소극적으로 이루어진다. 즉, 이들 분쟁들을 법률적인 문제로 환원함으로써 그것이 체제 또는 구조적 모순 속에서 유발되는 헌법적 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.

이러한 탈정치화를 향한 판결들은 형식적 자유주의의 폐쇄적인 법개념화양상을 가장 극단적으로 보여준다. 그것은 국가와 시민사회의 영역을 엄격히 구분하면서, 후자를 그대로 경제적 자유주의 내지는 시장민주주의의 것으로 이해하고 있다. 그래서 여기서는 공사법의 엄격한 구분과 더불어 추상적 개인이 소유하는 권리를 법률적인 것으로 못 박고 엄격한 요건과 효과의 통제를 바탕으로 맥락이나 상황으로부터 괴리되고 소외된 인간을 다룬다. 환언하자면, 어떠한 법규정은 반드시 그 언어에 상응하는 관념을 가지며, 이러한 관념은 법관의 '독자적인 법해석'의 작업을 통하여 발견될 수 있으며, 따라서 법관은 법발견자이자 동시에 이를 바탕으로 한 구획과 분할의 주체가 되는 것이다.

C. **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 당해법률의 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.³¹⁾

이와 같은 사법판단의 경향들은 비록 그것이 개발독재를 바탕으로 하는 권위주의적 국가체제에서 이루어진 것이라 할지라도, 국가-시민사회-경제영역 그 각각에서 법의 이름으로 일정한 사회부분들을 법생활로부터 배제하는 현상이 얼마든지 가능함을 잘 보여준다. 시민사회가 나름의 이해(理解)와 지향을 가지고 국가 내지는 법 영역에 대하여 자신의 몫을 주장할 때 법은 재판의 형식을 통하여 그것을 배제하고 오히려 정치나 국가에 복속시키는 유효한 도구로서의 역할을 담당하였다. 뿐만 아니라, 형식적 자유주의, 시장경제의 원리는 법치의 이름으로 다양한 생활주체들을 그들이 처한 상황으로부터 분리시켜 추상화, 형식화하고 그럼으로써 획일적이고 균제된 법생활을 강요하고 있다. 관료주의는 전문성이라는 명분하에 개개인들의 생활과정의 참여가능성을 처음부터 박탈한다. 한마디로 형식적 합리성으로부터 도출되는 인간관계의 정형화, 추상화작업, 행정재량이나 입법형성의 이름을 빈 실질적 합리성의 요청에 의한 전문가독재, 그리고 시민사회영역과 경제영역의 혼동으로 인한 시장원리와 생활과정의 은유적 대체, 이 모든 것들이 그동안의 우리 헌정사를 지배하면서, 구체적이고 개별적인 인간이 자신의 삶을 스스로 구성하고 영위하는, 그럼으로써 상황과 대응·적응하는 과정을 통하여 자신의 인격을 실현하는 법생활의 주요한 부분을 상실하게 만들었다. 그래서 결국은 「법을 통한 타자화」가 지배하였던 것이다.

31) 이에 관하여 자세한 것은 줄고, “사법판단의 준거로서의 권력현상,” 법과사회 제9호, 1994 참조.

이 글에서는 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. 말하자면, 우리나라의 국가성격과의 관련속에서 누적되어 온 헌법재판소의 결정례를 중심으로, 그 각각에 내포된 헌법해석의 원리들을 추출하고, 그것이 기존의 헌법이론이나 해석방법론에 숨겨져 있는 법담론들과 어떠한 관련속에서 이루어졌는지를 살펴 볼 것이다.

2. 상징체계와 법담론조작, 그리고 헌법재판

법관의 결정은, 자신의 권력적 목표를 최대화(또는 최적화) 하기 위하여 자신의 선호(가치, 역할, 상호작용 등)를 사실관계에 합리적으로 투사한 결과로서 일반화할 수 있다. 인간행위를 결정하는 가장 중요한 구조가 목표와 그 실현을 위한 전략의 수립이라고 한다면, 법관의 목표를 설정하는 주된 변인은 그의 선호 내지는 가치관이며, 또한 그의 역할인식이라든가 상호작용관계 등은 목표의 실현을 위한 전략의 수립에 영향을 미치기 때문이다. 그리고 일반적으로 배경속성은 당해법관의 사회화과정에서 태도나 역할정향의 형성에 영향을 미치는 것으로 이해되고 있는 만큼, 주관적인 것이어서 측정하기 곤란한 태도나 역할정향을 보완하는 변수로서 취급되고 있다.³²⁾

이와 더불어 인간의 행태와 그 선재요소로서 논의되고 있는 태도나 역할을 지배하는 사회적, 문화적 요소의 기능 또한 간과할 수 없다. 인간이 가지는 효용최대화

32) 사법결정에 관한 이러한 한정요인들이 법관의 결정을 제한하고 획일화시키는 원인을 이룬다는 전제는 그 자체 또 다른 검증의 대상이 되어야 하며 그 결과는 사법제도의 개선을 위한 정책대안의 마련에 중요한 의미를 가지게 될 것이다. 왜냐하면, 법관의 태도나 역할정향 등이 그의 결정행태를 규정한다는 이론을 타당한 것으로 받아들인다면, 전자가 후자에 작용하는 과정을 억제하거나 한정하는 요소는 관점을 바꾸어 본다면 재판의 독립의 저해하는 요소로서 평가할 수도 있기 때문이다. 이 점에서 법관들의 태도나 역할정향의 차이가 그의 결정의 차이로 이끌어지는 과정을 한정하고 있는 요인들-특히 후술하는 지배 내지는 통치이데올로기의 작용은 우리나라의 사법결정을 한정하는 가장 두드러진 요인이라 할 수 있다-의 발견 역시 의미있는 연구의 과제인 것이다.

의 욕구는 고립적인 개인의 차원에서 이루어지는 것이 아니라 그를 둘러싸고 있는 환경과의 부단한 교류 속에서 이루어진다. 특히 법관의 경우에는 정도의 차이는 있을지나 정치인들과 마찬가지로 공인으로서의 지위를 가진다. 여기서 법관은 자신의 지위의 유지나 상승 등을 위하여서도 그 당시의 사회내에서 형성되는 가치지향 또는 여론의 형태로 구성이 되는 사회일반의 가치관 - 이데올로기도 여기에 포함될 수 있을 것이다 - 의 영향을 무시할 수는 없다. 공익이나 사회통념과 같은 법의 일반조항은 이러한 영향이 흘러 들어오는 주된 통로가 됨은 두 말할 나위도 없다. 물론 행태주의적 입장이나 합리적 선택론의 견지에서 이를 사회화의 과정 또는 효용함수의 결정과 관련하여 포섭하고는 있으나, 인간이 가지는 인지능력상의 한계와 그로 인한 합리적 판단의 한계는 행위자가 인식하거나 판단함에 있어서 미리 규정된 사회적 의미를 소여로서 받아들여야 하는 경우가 적지 않고, 또는 경우에 따라서 자신의 정책결정에 대한 타인들의 지지를 얻기 위한 수단으로 자신의 판단과는 달리 이미 보편화되고 일반화된 개념 또는 행위유형들을 이용하는 때도 있다.³³⁾

여기서 무엇보다도 중요한 요소는 상징체계이다. 특히 법적 상징체계가 우리나라의 법관들의 행태에 미치는 영향은 우리의 법체계가 성문법주의를 취하는 대륙법 체계를 계수하고 있는 만큼 일견하여 그 유의성을 발견할 수 있을 것이다. 주요한 법적 명제들이 성문화되어 엄격한 법추론의 방식에 의한 구체적 법규의 발견이 요구되고 있는 만큼 법관들의 결정이 이에 영향을 받음은 당연한 것이기 때문이다. 다만 이러한 요소들을 규범주의적 방법에서처럼 당위의 측면에서가 아니라 소여로서의 현상으로 처리하여 그와 결정과의 경험적 관련성을 추구하여야 할 필요가 있다. 법관의 결정이 단순히 법규범과 사실의 단편적인 결합에서 이루어지는 것이 아

33) 예컨대, 국가보안법상의 찬양·고무죄에 관한 한정합헌결정(헌재 89헌가113, 1990.4.2)에서 헌법재판소가 그이유로 열기한 것들이 이에 속한다. “남북간에 일찌기 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는 마당”이라는 부분은, 「휴전상태」, 「긴장상태」, 「군사적 대치」 등 헌법재판소가 스스로 검증하지 아니한 명제들을 자신의 결정의 기준으로 삼고 있으며, 특히 “평화시대를 기조로 한 형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서”라고 한 부분은 현재의 우리나라의 상황이 「평화시대」에 대립되는 개념으로서의 「긴장상태」, 「휴전상태」에 해당함을 전제로 하고 「고전적」이 아닌 예외적인 법개념의 구축이 필요함을 암시하면서 국가보안법상의 관련규정이 그에 해당함을 판시하고 있다 (그러나 그럼에도 불구하고 국가보안법상의 조항들이 구체적으로 내란, 외환죄와 어떻게 다른가에 대하여서는 전혀 심묵하고 있음에 주목할 필요가 있다).

나라 위에서 전제되었듯이, 법규범의 포섭과정중에 자신의 목표나 만족을 최대화하는 목적과 수단의 관계에서 이루어지는 것이기 때문이다.

이러한 맥락에서, 우리의 정치, 사회를 지배하고 있는 이데올로기적 요소는 특히 주목의 대상이 되어야 한다. 「오욕과 회한의 나날」³⁴⁾이라는 표현으로 축약되는 사법부의 모습은 지배이데올로기가 사법결정에 미치는 영향을 잘 대변하고 있다. 법관의 인사권을 장악하고 있는 대법원장과 「권력기관의 로비창구」라 일컬어지는 지방법원 수석부장판사 등이 통치권력의 의사가 침투하는 창구로 기능하였던 역사적 경험³⁵⁾들은 일종의 이데올로기적 억압기구로 기능하는 법원의 결정에 대한 주요한 변수를 발견하는 계기를 마련해 준다. 이러한 모습은 법원의 독립과 재판의 독립이라는 헌법이념이 여기서 변질되게 만드는 각종의 제도적 모습들과 더불어, 그에 부응하는 결정으로 하여금 하나의 선례 내지는 관행을 형성하게 함으로써 지배이데올로기가 굳건한 법적 상징으로 고착되게 하는 동시에 법관이 당해사건에서 선택할 수 있는 기회군을 축소, 한정하는 역할을 담당하는 것이다. 일례로 그간의 대표적인 지배이데올로기로 나타났던 냉전, 안보이데올로기와 경제성장의 논리를 중심으로 한 시국사건에 대한 헌법재판소의 결정례는 이를 잘 반영하고 있다. 19건의 논점에 관하여 위헌이라 선언된 사건은 불과 2건에 불과하고 나머지는 모두 한정합헌결정이나 기각, 각하 등의 형태로 그 효력을 유지하고 있다.³⁶⁾ 우리나라 국회의원들의 행태에서 나타나는 소위 ‘성역’불가침의 행위³⁷⁾이 여기서도 작용하는 것으로, 그 의미나 헌법상의 지위에 관한 고찰은 전혀 행하여지지 않은 채 당연히 그러한 방향으로 결정되어야 하는 것 또는 판단을 자제하여야 하는 것으로 인식되고 있는 것이다. 이러한 요소들은 일종의 권력관계속에서 동태적으로 파악하여야 할 측면들이지만 동시에 재판관들을 포함한 법관들의 의식에 작용하는 중요한 제도적 - 상징적 요소라 하여야 할 것이다.

헌법의 해석을 주된 임무로 하는 헌법재판소의 결정은 두 가지의 의미에서 법적 상징의 영향을 받게 된다. 우선 성문헌법의 체계를 가지고 있는 법구조상 주어진

34) 이영섭 전대법원장은 그의 퇴임사에서 3명의 대통령이 바뀌었던 지난 날의 사법부의 모습을 이렇게 표현하고 있다. 동아일보 1992. 10. 31. 9면 참조.

35) 동아일보 1992. 10. 31. 및 1992. 10. 15. 각 9면 참조.

36) 효력을 유지한 결정의 경우 일관되어 위헌을 주장하고 있는 변정수 재판관과 4건에서 위헌판단을 한 김진우 재판관을 제외한 나머지 재판관들은 예외없이 합헌(한정합헌 포함)의견을 제시하고 있는 것이 특기할 만하다.

37) 김종립, 전거서, 152-153면 참조

사건자극과 그에 대한 자신의 평가를 기존의 헌법개념과 그 논리에 포섭시켜야 할 필요가 발생하게 된다. 헌법재판 특히 규범통제를 통한 권리구제의 과정을 거치게 되는 위헌심판과 헌법소원은 일반적인 재판과는 달리 이미 정립되어 시행되고 있는 법규나 그에 의한 처분관행에 대한 효력의 부인을 그 전제로 한다. 부연하자면 기존의 법관행들이 헌법규범에 배치된다는 소극적인 판단이 선결적인 것이 된다. 여기서 그 소극적, 비판적 판단의 준거가 되는 헌법규범의 존재양태가 그 결정의 내용에 영향을 미치지 않을 수 없게 된다. 기본권의 단계구조, 권력분립, 헌법유보 등의 헌법규범이 이러한 판단의 준거로서 작용하는 것이다.

또한 헌법판단은 비록 정도의 차이는 있을지나 분쟁당사자의 이해관계를 넘어서 사회적, 정치적으로 상당한 영향을 미치게 되고 이런 의미에서 재판관들의 결정에 내외적인 압력이나 영향을 무시할 수 없다. 헌법재판소도 다른 국가기관들과 마찬가지로 하나의 정치의 장 내에서 기능하는 존재이다. 그의 결정은 기존의 권력의 분배에 대한 확인 내지는 변경이라는 의미를 부여한다. 이 점에서 헌법재판소는 지배이데올로기의 영향으로부터 자유로울 수 없는 또는 나아가 그것을 적극적으로 확인하고 강화하는 역할을 담당하게 되는 것이다.

3. 상징체계와 법담론조작

가. 서론

인간의 태도와 행태를 결정짓는 요소로서의 상징체계는 무엇보다도 당대를 구성하는 문화의 산물로 규정할 수 있다. 여기서 문화는 일정한 가치체계나 평가의 기준을 보편화, 일반화된 형태로 정서하고 사회구성원들의 행위나 그에 주어지는 자극의 의미를 한정하는 역할을 담당한다. 법이 G. Radbruch의 말처럼 하나의 가치관련적 사회현상으로 바라볼 경우 이렇게 가치체계를 구조화한 상징체계는 기존의 권력관계를 공식화하는 법의 형성 혹은 운영과정에서도 그대로 나타난다. 즉, 당대에 통용되는 법담론은 비록 그것이 그 당시의 권력관계를 반영한다 할지라도 그 외관에 있어서는 의연히 당시의 가치체계 혹은 가치판단의 기준을 차용하여 이와

의 밀접한 연관 속에서 그 규범적 정당성을 획득하고자 노력한다. 일례로 국민주권의 원리가 종래에는 형식적 국민주권의 원리로 이해되었다가 오늘날에 와서는 실질적, 생활적 국민주권의 원리로 변용되면서 국민의, 국정에 대한 직접적이고 적극적인 참여의 보장을 의미하는 것으로 확대해석되는 것도, 정치권력집단과 시민사회간의 관계양상-권력양상-의 변화를 반영하는 것이지만 동시에 그 추론의 과정은 민주적 생활방식을 중심으로 형성되는 가치질서를 반영하는 것이며 그것은 다시 사회구성체의 변화에 따른 생활양식 내지는 상징체계의 변화로 말미암은 것이라 할 수 있는 것이다.

이러한 상징체계는 정치, 경제, 사회, 문화 등 전영역에 걸쳐 다양하게 조성되고 또 작용하고 있다. 그 중에서도 헌법판단의 영역에 있어서의 상징체계는 헌법재판소의 결정을 분석함에 있어 유의미한 준거를 마련해 준다. 특히 헌법이 국가의 기본적인 질서와 가치를 내포하고 있다는 점에서 본다면, 지배이데올로기에 의하여 규정되는 상징체계는 무엇보다도 중요한 변수를 이룬다.³⁸⁾ 헌법생활과 국가생활 그리고 그 실현양태로서의 지배-복종의 체제는 그 국가내에서 통용되는 일련의 가치체계를 바탕으로 하여야 하는 것이며, 또한 그 가치체계는 그 국가사회를 지배하는 일단의 계층적 이해관계와 무관할 수 없기 때문이다. 더구나 신생독립국으로서 또는 그 이전의 식민지체제하에 있을 때부터 기존의 전통적 가치체계와는 전혀 무관한 서구적 가치체계에 입각한 국가형성의 과정을 거치고 그 과정 전체를 특정한 부분적인 계층들만이 지배하였던³⁹⁾ 우리나라의 역사적 현실을 비추어 보면, 헌법생활에 있어서의 서구적인 법률개념의 도입이 주로 형식에만 그치고 그 실질은 집권자의 의사에 의하여서만 충족되었다는 사실은 무시할 수 없다. 환언하자면, 서구화

38) Roger Cotterrell, *The Sociology of Law : An Introduction*, (London : Butterworths, 1984) ; 김광수 외 역, *법사회학 입문*, 도서출판 터, 1992, 149면에서는 이데올로기의 기능으로 다음과 같이 규정하고 있다.

이데올로기가 개인이나 사회집단이 그들에게 관련된 갈등의 본질을 해석하고, 그들이 증진시키고자 하는 이익을 승인하고 이해하도록 하는 사고의 틀을 제공하[며] ... 사회적 상징을 해석할 맥락을 제공한다. 이데올로기는 상징의 의미를 고정화한다. 법과 지배라는 상징은 고립된 것이 아니라 사회와 개인적인 삶에 대한 이해의 폭넓은 조류의 일부로서 존재한다. ... 법적인 이데올로기는 법원리 자체로서보다는 법원리를 통해 표현되고 법원리 내에 반영된 사회적 의식의 형태로 생각될 수 있다.

39) 최장집 교수는 韓國社會 이데올로기의 形成과 특성은 近代國家의 形成과 資本主義의 발전이라는 두 역사적 과정 및 이들의 相互作用과 직접적인 관계를 갖는다고 規定하고 있다. 최장집, *한국 현대정치*의 구조와 변화, 까치, 1989

의 과정에서 도입된 개인주의적 권리중심의 법률문화는 국가형성의 단계에서 오로지 권력의 형식적 합법성을 마련하는 틀에 머무르고, 권위주의와 관료주의적 정치문화체계는 그 형식을 지배자의 의사나 권력논리로써 충당하는 동시에, 그것을 보편화, 일반화시킴으로써 일종의 이데올로기의 차원에까지 확산시키는 역사과정속에서 헌법재판소의 결정행태를 바라 보아야 한다는 의미인 것이다. 바로 이런 의미에서 지배이데올로기는 우리의 헌법재판소의 결정행태를 분석하는 데 가장 중요한 준거를 이룬다고 보는 것이다.⁴⁰⁾

나. 지배이데올로기의 내용과 변화

이데올로기라는 용어가 사회과학적 분석도구로 사용된 것은 마르크스로부터 시작한다고 보아야 할 것이다. 그는 지배이데올로기를 다음과 같이 설명한다 :

종래의 지배계급을 쫓아내고 들어서는 새로운 계급은 단지 그들의 목적만을 관철시키기 위해서라도 자기계급의 사상에 더욱 더 보편적인 성격을 부여하고 그것을 유일하고 합리적이며 보편타당한 사상이라고 제시하게 될 것이기 때문이다.⁴¹⁾

즉, 계급적 지배를 정당화하기 위한 지적 논리의 한 형태로서 현실에 객관적으로 존재하는 모습 - 사회관계를 감추고, 지배계급이 자신의 특수한 이익을 사회전체에 공통된 것으로 관념화함으로써 지배와 종속의 관계를 위장하고 지배-복종의 관계를 재생산하는 존재로, 일종의 허위의식으로서의 지배이데올로기를 파악하고 있다. 이 연구에서 말하는 지배이데올로기란, 그 핵심에 있어서는 이와 일치하나, 인간행

40) 그러나 여기서 말하는 지배이데올로기와 헌법재판소의 결정의 관계에 대한 분석은 이데올로기의 억압적 측면만을 의미하는 것은 아니다. 마르크스주의자들중 일부의 학자들은 법이나 이데올로기가 특정계급의 이익에 봉사하는 수단이라 규정하기도 하지만 여기서는 오히려 그것들의 상대적 자율성이라는 개념을 중심으로 하여 장기적으로는 인간의 행위에 의하여 변화하는 것이기는 하나 단기적으로는 인간의 상호작용과정에서 결과하는 일종의 사회적 균형으로서 안정된 선택행위를 야기하는 일종의 독립변수로 파악하고자 하는 것이다.

41) 마르크스, 엥겔스, 독일이데올로기(이대환 편역, 19세기 독일사회사상, 연찬, 1987), 66면.

태를 설명하기 위한 도구로 이용하고 있는 만큼 허위의식이라는 개념징표 보다는 사회적 수용성 내지는 통용성이라는 요소를 삽입하여 그 범역을 확대, 「사회적 현상에 대한 이해 및 가치판단을 가능케 하는 일련의 관념체계로서 인간행동을 규정하고 평가할 수 있는 기준을 제시해 주는 일단의 신념체계 내지는 관점(view)」⁴²⁾이라 이해하기로 한다.

이런 의미에서의 지배이데올로기는 우리나라에서는 반공-안보이데올로기와 성장이데올로기를 축으로 하여 이루어져 왔다. 해방 이후, 신생독립국가로서의 국가형성과정에서 직면하게 되는 남북분단과 미군정의 실시, 그리고 냉전의 심화현상은 일제하부터 민중을 탄압하게 위하여 사용되었던 반공의 논리를 더욱 강화, 우리나라의 통치질서에 있어서의 가장 핵심적인 지위를 차지하게 되었다. 특히 6.25전쟁과 휴전이라는 경험은 전쟁 자체가 가지는 잔혹성, 비참성과 더불어 한반도에서의 또 다른 전쟁의 발발가능성이 항존하고 있다는 사회적 정서를 야기하였다. 이러한 이데올로기는 자유민주주의를 수호한다고 하는 국가 자체의 존속과 유지라는 체계본질적인 속성과 결합함으로써 어느 누구도 도전할 수 없는 최고의 가치 내지는 일종의 성역으로 개념화되었고, 우리 사회의 전반을 지배하는 통치원리이자, 모든 억압적 규제행위의 정당성의 기반으로 작용하게 된다.

성장이데올로기는 경제발전을 통한 생활수준의 향상과 국력신장이라는 맥락에서 이루어진다. 후진자본주의국가로서 그리고 자원과 자본이 빈약한 빈곤국의 상태를 탈피하기 위한 정책적 수단으로서 선택한 불균형적 경제성장전략을 바탕으로 자본의 집중과 계획에 의한 국가주도형 경제조정, 수출주도형 산업육성, 그리고 이를 뒷받침하기 위한 저곡가, 저임금정책 등의 방법을 선택하고, 합리성과 효율성, 그리고 멸사봉공의 가치가 존중되는 신념체계를 조성하였다. 그러나 이 이데올로기는 그 자체 독립된 것이 아니라 위의 반공-안보이데올로기에 부수되는 형태로 발원하였다. 1960년대를 우리나라의 공업화의 시발점이라 본다면⁴³⁾ 군사쿠데타로 권력을 장악한 군사정권이 자신의 정통성과 국민의 지지획득을 위한 하나의 전략으로서

42) 이러한 의미에서의 이데올로기는 일종의 계급세계관(Weltanschauung)과 유사하게 된다.

즉, 계급의 구성원들이 그들의 이익을 추구하기 위하여 효과적으로 조직되는데 기여하는 신념을 의미하게 되는 것이다. 이 점에 관하여는 심용옥, “지배이데올로기와 재생산 메카니즘,” 한국정치연구회 편, 한국정치론, 백산서당, 1989, 193-195면 참조.

43) 김경동, “한국의 공업화와 산업민주주의 - 정치적 선택성의 원리에 의한 이해,” 이극찬 편, 민주주의와 한국정치, 법문사, 1985, 273면 참조.

선택한 것이 이 경제성장의 논리이며, 경제발전 - 승공이라는 개념도식하에서 양자가 개념적으로 결합한 상태에서 이루어진 것이기 때문이다. 더구나 그것이 저임금-저곡가를 바탕으로 하는 수출드라이브정책과 불균형적 성장정책으로 뒷받침되는 것이라고 한다면, 국가적 배려에서 소외된 계층의 불만을 단순히 성장의 논리만으로는 규제할 수 없었던 점도 성장이데올로기가 반공-안보이데올로기에 부수되는 또 하나의 요인을 설명해 준다.

그리고 이러한 획일성과 집중성, 효율성을 강조하는 이데올로기는 필연적으로 관료적 권위주의와 결합하게 된다. 우리나라에서 전통적으로 내려오던 관료적 권위주의는 결과와 성취만을 중시하는 두 지배이데올로기의 지도에 의하여 형식적 합리성 내지는 절차적 합리성의 관념 보다는 행정편의주의와 업적주의에 입각하여 일종의 신민형 정치문화(subject political culture)⁴⁴⁾를 야기하게 되는 것이다. 즉, 관료는 자신의 전문성을 바탕으로 하는 권위로써 주민을 지배하게 되고 주민들은 참여의 주체로서가 아니라 단순히 지지획득을 위한 동원대상으로서의 지위만을 부여 받는 형태가 되고 있다.

그러나 1980년대를 전환점으로 하여 이러한 반공-안보이데올로기와 성장이데올로기의 관계와 그 양상은 상당한 변화를 맞이하게 된다. 자못 직관적이고 감정적인 차원에서 이루어져 왔던 반공-안보이데올로기는 냉전체제의 붕괴와 개방화의 추세, 경제우선적 사고의 확산, 소위 북방정책의 추진필요성 등의 요인에 의하여 약화되지 않을 수 없었고, 성장이데올로기도 전례없는 고도의 성장으로 인한 경제구조 및 사회구조의 변화로 그 설득력이 약화되기 시작하였다. 오히려 이러한 지배이데올로기에 대항하는 논리로서의 자유주의 및 민주주의와 분배에 있어서의 정의라는 요청이 심화되고 있는 것이다. 더불어 종래의 권력집중적 통제와 그로 인한 국민의 권리의 경시라는 관행에 대한 항의적인 맥락에서 지방자치제, 민간정부의 수립, 기본권보장의 철저화 등 일종의 대항이데올로기가 요청되고 있기도 하다. 여기서 종래 관료적 권위주의를 바탕으로 굳건한 지위를 획득하고 있었던 반공-안보이데올로기와 성장이데올로기는 그 내용을 경제성장추세의 지속, 물가안정, 사회질서유지 등과 같은 중산층의 지지를 획득하기 위한 보수적 이데올로기의 틀을 구축하게 된다. 따라서 변혁이나 개혁 보다는 현상의 유지 내지는 점진적 변화를 추구하는 안정심리를 바탕으로 하는 완화된 형태의 지배이데올로기의 모습이 나타나면서 그것

44) 김학준, "한국의 정치문화와 민주화의 과제," 이극찬 편, 전거서, 433면.

이 자유주의에 입각한 법적 상징으로 분석되는 경향을 보이게 되는 것이다. 이하에서는 헌법재판소의 결정을 일단 사건유형을 중심으로 그것과 상징체계와의 관계 및 그 양상에 따라 분류하여, 지배이데올로기의 영향하에 있는 것과 사법부 자체의 조직논리에 입각한 것, 헌법상의 법적 상징체계에 의거한 것, 그리고 경제정책에 관련한 것 등으로 나누어 살펴 본다.⁴⁵⁾

45) 다만 검사의 공소권행사와 관련한 사건은 주로 수사의 합리성에 관한 판단으로 이 주제와 관련성이 적고, 또 구체적인 사건내용을 획득하기 곤란하여 제외하였다.

III. 법과정에서의 법담론양상 I - 공안사건

1. 서 언

이러한 지배이데올로기는 서구화의 과정에서 도입된 법개념들을 통하여 현실화된다. 일반적으로 서구법체계는 개인주의를 바탕으로 하는 권리와 의무라는 두 개념을 중심으로 구축되었다고 본다. 그러나 그것이 단체주의적 전통이 강한 우리 사회에 수용되는 과정에서는 필연적으로 전통적인 법의식과 혼재하게 되는 이중적 법문화를 야기하게 되고 그 사이에서 지배이데올로기가 그 간극의 상당부분을 충당하게 되는 것이다. 환언하자면 서구법체계에서 지배적인 이념으로 존재하고 있는 자유주의와 민주주의 그리고 그 바탕을 이루는 자유시장경제질서라는 관념은 개념 필연적으로 개인주의를 바탕으로 하고 있으나, 우리의 법현실은 권위주의적, 단체주의적 성향이 강한 만큼, 두 이념의 대립이 불가피하며 그 속에서 지배이데올로기가 전자의 희생을 바탕으로 후자의 정당화의 수단으로서 등장하게 되는 것이다.

우리의 헌법체계는 인간의 존엄과 인격의 가치라는 이념의 보장을 최고의 원리로 하면서, 자유민주적 기본질서와 국민주권주의를 바탕으로 이루어져 있다. 그리고 그 구체적인 구현수단으로서 기본권보장과 권력분립주의에 입각한 통치체제를 갖추고 있다. 그러나 그 각각이 지배이데올로기가 침윤된 형태로 변용되어서 나타나는 것이 우리의 헌법현실이다. 먼저 자유민주적 기본질서는 「모든 폭력적 지배와 자의적 지배를 배제하고, 그때 그때의 다수의 의사와 자유 및 평등에 의거한 국민의 자기결정을 토대로 하는 법치국가적 통치질서」⁴⁶⁾라고 하는 내연적, 적극적 개념화보다는 사회주의 내지는 공산주의적 지배질서에 대립되어야 하는 개념으로 규정되고 따라서 공산주의적 세계전략으로부터 보호되어야 하는 외연적, 소극적 개념화에 의하여 규정되고 있다. 소위 방어적 민주주의개념과 결합하여 나타나는 이러한 상징의 변화현상은 「자유민주적 기본질서의 수호 = 국가의 안전보장 = 기존통

46) BVerfGE 2, S. 1, 12 참조.

치체제의 유지」라는 도식화된 논리로 나타나고 이는 본질적으로 항의적 성격을 연원으로 하는 기본권에 대한 가장 정당화된 제약원리로 작동하게 된다. 즉, 개인의 기본권은 말 그대로 사익이자 부분리익에 불과한 것이고 국가안보 = 체제유지라는 법익은 공익의 영역 - 전체리익에 속하는 것인 만큼 '털사봉공'의 견지에서 희생되어야 하는 것으로 상정되는 것이다.

여기서 국민주권주의는 다수자 - 지배권력에 의하여 결정되는 국가정책을 정당화시키는 원리로 작용한다. 이념적 통일체로서의 국민에 의한 지배원리를 바탕으로 국민은 그 대표자를 통하여 (그리고 그런 방법으로만) 국정에 참여할 수 있다는 논리는 국가의사로부터 국민을 배제하고 부분의 선호가 전체를 지배하는 권위주의적 결정과정 자체를 정당화시키게 되는 것이다. 권력분립의 원칙은 이 논리를 보다 구체적으로 뒷받침하는 역할을 담당한다. 입법형성권, 상호불간섭의 원칙, 사법권의 한계 등으로 표현되는 이 원칙은 규범통제자로서의 헌법재판소가 부딪히게 되는 제도적인 한계를 설정하는 동시에 대립적인 가치관의 충돌에 임하여는 그 판단을 회피하는 수단으로 작용하는 것이다.

이상과 같은 현상들은 언제나 규범의 틀 속에서 법추론의 방식에 의하여 이루어진다. 그리고 그것이 헌법재판에서 구현되는 최대의 통로는 헌법 제37조 제2항 소정의 일반적 법률유보조항이다. 국가의 안전보장과 사회질서유지, 공공복리의 증진을 위하여 법률로써 국민의 기본권을 제한할 수 있는 길을 열어 두고 있는 이 조항은 그 실질의 결정권이 일단은 국회 (또는 그를 통한 행정부)에 일임되어 있는 통치구조에서 지배이데올로기가 그 정당성을 확보하면서 규제적이고 억압적인 기능을 발휘하기에 가장 좋은 통로를 마련해 준다. 또한 이를 보완하기 위한 법개념으로서의 평등의 원칙이 거론된다. 그것은 모든 기본권영역에 있어서 입법형성권이 인정된다는 것을 암묵적인 전제로 하면서, 기본권의 실질적 내용에 대한 판단을 피하고 우회적으로 법률의 합헌성여부를 심사할 수 있는 가장 좋은 장치로 이용되는 것이다. 그 외에도 규범과 사실 내지는 당위와 존재의 준별, 공·사법의 구별, 실체법과 절차법의 구별 등의 일반적인 법이론 또한 이러한 통로로서의 역할을 수행하기도 한다. 이하에서는 그 모습들이 헌법재판소의 결정례에서 어떻게 나타나는가를 공안사건 및 시민권관련사건을 중심으로 살펴 보기로 한다.⁴⁷⁾

47) 정치영역에서 나타나는 권위주의적 성격으로 인하여 정치, 경제, 사회부문의 구분을 모호하게 되어 보기 나름으로는 위에서 구분한 E-Scale과 C-Scale의 관념 조차도 무의미

2. 국가안전보장관련사건

가. 헌법재판소의 국가성격규정과 헌법해석

전술하였듯이 국가보안법사건은 반공-안보이데올로기의 핵심에 관련된 것이라는 점에서 헌법재판소의 결정이 적지 않은 영향을 받을 것이라는 것은 쉽게 예상할 수 있는 것이다. 즉, 헌법재판소가 기본권제한의 현실적 위해성에 관한 실질적 판단을 유보한 채, 지배이데올로기에 의하여 규정되는 상징들을 바탕으로 하여 결정에 이르는 과정이 잘 보여주는 경우라 할 것이다.⁴⁸⁾

하지만 외견상으로는, 헌법재판소는, 이전의 한국국가가 적나라한 강권력을 행사함으로써 시민사회 - 특히 반체제세력들을 억압하는 도구로 이용되었던 국가보안법을 약간이나마 거리를 두고 바라보면서 종래와는 달리 자의적, 전단적 권력행사의 여지에 대한 소극적인 판단을 조심스럽게 내리고 있는 모습을 보인다. 이들 처벌적·규제적 법률이 가지는 문언이 “불투명하고 구체성이 결여되어 있”어 위헌의 여지가 분명히 존재함을 인정한 것이다. 즉, 종래의 폭력적 강권력의 행사가 가지는 부정형성, 자의성에 대한 시민적 반발을 고려한 측면이 강하게 작용하는 것처럼 판단하고 있는 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 법치주의나 죄형법정주의와 같은 헌법상의 법익을 능가하는 또다른 법익의 존재를 상정하면서 그 법률규정들의 효력을 유지시키고 있다. 즉, “남북간에 일찌기 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.⁴⁹⁾ 여기서 헌법재판소는 자유민주적 기본질서라는 헌법의 최대의 이념

하게 만들 수도 있다. 예컨대 노사분규나, 토지공개념, 독과점규제, 금융실명제 등의 영역은 엄밀히 본다면 E-Scale에 해당하는 것이 아니라 C-Scale의 맥락에서 다루어야 한다.
48) 관련사건은 90헌가11 (1990, 6.25), 89헌가8 (92.1.28), 90헌마82 (92.4.14) 및 90헌바23(92.4.14) 등 5건이다. 91헌마111 (92.1.28) 사건은 국가보안법사건이라 보기 어려운 변호인접견권에 관한 것이나 피의사실이 국가보안법 등의 위반이므로 사건의 성격이 유사하다는 점에서 일단은 여기서 다루기로 한다.

을 수호하기 위한 불가결의 요소로서의 국가안전보장이라는 개념구성하에 이러한 중차대한 법익이 §37②의 문언을 통하여 법치주의 및 죄형법정주의의 외곽을 빌리게 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 마찬가지로의 결과를 제공한다. 결국 이 부분에서의 헌법재판소는 한국국가가 가지는 권위주의적 성격을 완전히 탈피하기에 역부족임을 스스로 인정한 셈이 되는 것이다.⁵⁰⁾

그러나 이 부분에 있어서의 헌법재판소의 입장에서는 기본권제한사유의 구체성결여라는 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 이적목적의 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 찬양·고무나 이적표현관련죄가 체제비판죄와 혼동되었던 것도 바로 이 때문이다.

[입법목적 등 합리적] 기준제시로 처벌범위를 좁히면 외국의 입법례나 판례·학설에 비추어 법운영 당국의 해석권에 의하여 제도 본지를 충분히

49) 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 90헌마23 등 국가보안법이나 집시법 등에 관이 있으나 이러한 논지는 거의 변함이 없다.

50) 1992.2.25 선고 89헌가104 사건은, 88헌마22(1989.9.4 선고)에서 확립된 국민의 알 권리를 명확히 규정하면서도, 국가안보를 보다 우선하면서 군사기밀보호법은 군사기밀에 대한 實 踐을 충족하는 한도내에서만 합헌이라는 결정을 내림으로써, 여전히 비밀의 판정권을 군부에 남겨 두고 그에 대한 실질적인 통제의 가능성을 제시하지 않고 있다. 결국 이 결정은 시종하였던 제3-5공화국의 권력현상들에 대하여 판단회피의 것이 되고 만 것이다.

살릴 수 있을 것으로 처벌범위의 불명확성 때문에 생기는 죄형법정주의 위배의 소지는 없어지고, 나아가 국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것이다. …… 다만 여기에서 국가의 존립·안전을 위태롭게 한다 함은 대한민국의 독립을 위협 침해하고 영토를 침략하여 헌법과 법률의 기능 및 헌법기관을 파괴 마비시키는 것으로 외형적인 적화공작 등 일 것이며, 자유민주적 기본질서에 위해를 준다 함은 모든 폭력적 지배와 자의적 지배 즉 반국가단체의 일인독재 내지 일당독재를 배제하고 다수의 의사에 의한 국민의 자치, 자유·평등의 기본원칙에 의한 법치주의적 통치질서의 유지를 어렵게 만드는 것이고, 이를 보다 구체적으로 말하면 기본적인 인권의 존중, 권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립 등 우리의 내부 체제를 파괴·변혁시키려는 것으로 풀이할 수 있을 것이다.⁵¹⁾

독일의 헌법재판소가 말하는 방어적 민주주의의 관념을 그래도 인용한 듯한 이 결정은, 변정수재판관의 반대의견에서 문제의 본질에 대한 강력한 회의를 제기하고 있는 것에 대하여는 아무런 언급도 없이 북한정권을 그대로 반국가단체로 규정하고 있는 국가보안법의 법현실을 당연한 것으로 전제하고 있다. 요컨대, “제7조 제1항 및 제5항은 반국가단체인 북한에게 이로운 것은 곧 대한민국에 해롭다는 상호 배타적인 적대관계의 논리를 강요하고”⁵²⁾ 있음에 대하여 어떠한 의심도 하지 않고 있는 것이다. 물론 여기서는 방어적 민주주의의 관념을 원용하고 있기는 하지만, “모든 폭력적 지배와 자의적 지배”와 “반국가단체의 일인독재 내지 일당독재”를 동일시하면서, 인간성의 실현이라는 헌법의 이념과 그 수단으로서의 자유민주적 기본질서를 「자의적」으로 규정하고 있음에 한계를 가진다. 실제 독일에서의 방어적 민주주의의 관념은 애초에 과시즘에 대항하는 개념으로 형성되었다가 점차 공산주의나 반자본주의적 성향에 대한 억제개념으로 발달하게 된 일종의 역사적인 것이다.⁵³⁾

51) 국가보안법 제7조에 대한 위헌심판 (1990.4.2. 선고 89헌가113 전원재판부). 이 결정은 국가 제7조 제1항 등 위헌제청사건(1996.10.4. 95헌가2 전원재판부)에서 그대로 반복된다.

52) 위 사건, 변정수재판관의 반대의견

53) 이 점에서 관한 비판적 분석으로 국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주주의법학연구회 편, 헌법해석과 헌법실천, 판악사, 1997, 32면 이하 참조. 국순옥교수의 이 논문

따라서 그것은 반드시 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배”를 확정할 수 있는 역사적·경험적 어휘목록들을 갖추고 있을 때에만 일인독재 내지 일당독재의 가능성으로부터 멀어질 수 있다. 부연하자면, 이 개념은 어느 특정한 판단주체에 의하여 일방적으로 이루어지는 추상적이고 관념적인 의미규정으로 그 내용이 특정될 수 있는 것은 아니라는 것이다. 오히려 그러한 의미규정 자체가 “모든 폭력적 지배와 자의적 지배”를 야기할 가능성이 농후한 것이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정은 그것을 단순히 고전적 자유주의에 입각한 제반의 제도들-권력분립, 의회제도, 복수정당제도, 선거제도, 사유재산과 시장경제를 골간으로 한 경제질서 및 사법권의 독립-로 치환하면서 그 내용의 경험성·특정성을 몰각시키고 있다.

뿐만 아니라 (「반국가단체」=「일인독재 내지 일당독재」)의 등식은 비록 수많은 문헌들과 경험담에서 확인되어 왔던 것이라 할지라도 그것이 Kant적 의미에서의 분석판단인지 아니면, 종합판단인지의 구별조차 애매하게 되어 있다. 즉, 반국가단체는 일인독재 내지 일당독재를 주장하는 단체들을 말하는 개념규정적 분석판단인지, 아니면, 반국가단체는 북한인데 그것이 일인독재 내지 일당독재의 체제를 이루고 있더라는 경험적 종합판단인지가 명확치 않은 것이다. 만일 전자라고 한다면, 우리 국가보안법의 규정은 법치주의적 통치질서의 관념을 확장 내지는 수정하고자 하는 참여민주주의론을 통제하여야 할 것이며, 후자의 경우라면 그 경험의 근원과 타당성에 대한 설시가 있었어야 하였다.

결국 위의 헌법재판소의 결정에서 미루어 보면 고무·찬양의 내용에 대한 제한해석이라든가 이적목적이라는 별도의 주관적 구성요건을 삽입하건 하지 않건 간에(실제 이 조차도 애매모호한 것이다) 국가적 법익을 침해하는 행위의 태양을 특정하기가 곤란하거나 또는 어느 특정한 권력주체에 의하여 일방적으로 그 특징이 이루어짐은 마찬가지가 되어 버린다. 더구나, 내란·외환죄로써 포섭되지 않는 행위태양이 어떠한 것인지, 또 그 행위태양이 국가적 법익에 미치는 영향이 어떠한 것이며 그 정도는 어떠한가에 대한 판단은 아예 존재하지조차 않는다. 이 점은 한정합헌결정의 논리적 정당성주장마저도 위태롭게 하는 부분으로, 위험적 성향이 있는 국가보

은 자유민주적 기본질서론이 가지는 이데올로기성을 「위로부터의 파시즘」이라는 맥락에서 규정하면서 독일에서 그 논의들이 이루어져 왔던 사상사적, 시대사적 배경을 잘 설명하고 있다. 다만 아쉬운 것은 이 자유민주적 기본질서론을 대체할 수 있는 「자유로운 민주적 기본질서」의 이념과 내용에 대한 구체적 언급이 없다는 점이다.

안법, 집시법을 위헌무효선언할 경우 어떠한 국가적, 사회적 위험이 가능하게 될 것인지에 대한 판단도 없이 무턱대고 그 효력을 유지하지 않으면 “큰 일 난다”는 식의 판단만을 내리고 있는 것이다.⁵⁴⁾

나. 시국관련법률에 대한 헌법해석

89헌가113사건은 이 유형의 전형을 이룬다. 헌법재판소는 우선, 법치주의 및 죄형법정주의와, 반공-안보이데올로기에 의하여 유도되는 자유민주적 기본질서라는 두 법적 상징의 대립을 지적하면서 양자의 절충을 도모하고 있다. 이 사건에서 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 대하여, 문리해석에 의하면 “국가안전보장이나 자유민주적 기본질서의 수호에 관계없는 경우까지 확대적용될 만큼 불투명하고 구체성이 결여되어 있다는 것은 분명히 헌법 제37조제2항을 어겨 ... 언론·출판의 자유와 ... 학문·예술의 자유를 침해할 개연성 나아가 ... 양심의 자유의 침해가능성을 남기는 것”이고 또한 “법운영 당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 생길 것”, 그리고 헌법상의 평화적 통일지향의 규정과 배치될 수도 있어 위헌의 소지가 있다고 한다. 그러나 그렇다고 해서 이를 위헌선언한다면, “완전폐기에서 오는 법의 공백과 혼란”과 “남북간에 일찍이 전쟁이 있었고 아직도 휴전상태에서 남북이 막강한 군사력으로 대치하며 긴장상태가 계속되고 있는” 현실에서는 “완전폐기함에서 오는 국가적 불이익이 폐기함으로써 오는 이익보다는 이익형량상 더 클 것”으로, “형법상의 내란죄나 외환죄는 고전적이어서 오늘날 우리가 처한 국가의 자기안전·방어에는 다소 미흡”한 동시에, 표현의 자유도 절대적 자유를 의미하는 것은 아닌 만큼, 한정합헌결정으로 그 효력을 유지함이 타당하다고 하였다.⁵⁵⁾

54) 실제 이 국가보안법의 한정합헌결정은 헌법도그마에서 말하는 합헌적 법률해석이라는 법 원칙에도 어긋난다. 합헌적 법률해석의 한계로서 그것이 합법적 헌법해석이 되지 않도록 하는 점은 헌법학계에서도 일치된 의견으로 되어 있지만, 이 결정의 경우, 고무·찬양죄의 위 범위를 그 목적과 관련하여 나름으로는 한정한다고 하지만, 그럼에도 불구하고 그것을 추의 형식으로 규정함으로써, 「명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)」의 법리를 확장하고 있는 셈이 된다. 애당초 모호하고 광범위한 형태로 위헌성을 배제하기 힘들게 무리하게 축소해석을 통하여 그 합헌성을 인정하였던 것이 오히려 헌법상의 표현의 자유권 해석을 헌법재판소의 결정의 형태로 구축해 놓은 것이다.

55) 이 부분은 남북정상회담, 햇볕정책 등으로 남북관계가 화해국면에 접어들고 있는 현재의 시점에서도 여전히 헌법재판소가 북한을 바라보는 주요한 시각이 되고 있다. 준법서

이 사건은 헌법재판소의 확고한 선례를 형성하여 뒤이은 90헌가11 사건, 89헌가8 사건,⁵⁶⁾ 그리고 동법 제9조 제2항의 편의제공죄에 관한 90헌바23 사건에서 준용되고 있다. 그러나 이러한 절충의 현실적인 효력에 대하여는 역시 형식적 법논리로 일관한다. 즉, 한정합헌결정은 당해사건에 관하여 제청법원을 기속함을 인정하면서도, 이렇게 이 조항에 “국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우”를 삽입하여 제한해석함으로써 얻을 수 있는 실익⁵⁷⁾으로 거론하고 있는 내용들이 얼마의 현실성을 가질 것인지에 대하여는, 헌법재판소 스스로

약제 등 위헌확인, 가석방심사등에관한규칙 제14조 제2항에 관한 위헌확인사건(2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99헌마170·498(병합))에서도 여전히 유지되고 있다. 헌법재판소는 이 사건에서 “남북한의 대결상황에서 북한은 여전히 대남혁명전략을 추구하며 대한민국의 존립을 위협”하고 있는 존재이기 때문에 “대한민국으로서는 국가의 존립 보장을 위하여 북한의 대남혁명전략에 방어적으로 대처하지 아니할 수 없”는 상황에 있으며, “북한에 연계하거나 혹은 자발적 의사에 의하여 대한민국의 자유민주적 기본질서를 침해하거나 붕괴시키려는 세력의 위법행위는 그 행위의 성격상 주로 국가보안법위반죄 또는 집회및시위에관한법률위반죄를 통하여 차단하여온 것이 현재 우리의 법적 현실”이라고 단호하게 선언하고 있는 것이다.

56) 집시법에 관한 헌법재판은 두 건이 있으나, 88헌가12 (1989.5.24) 사건은 법률의 폐지로 재판의 전제성이 소멸되었다는 이유로 각하되고, 89헌가8사건은 위의 경우와 같이 한정합헌결정이 내려졌다. 뒤 사건에서 구집시법 제3조제1항제4호는 그 적용범위의 광범성으로 인하여 위헌의 소지가 있으나, “민주체제 전복을 시도하는 집회·시위나 공공의 질서에 관한 법익침해의 명백한 위험 있는 집회·시위”에 대한 사회방어라는 측면에서 그 효력을 유지할 필요가 있다고 한다. 이 사건에서는 김진우재판관의 성향이 잘 드러난다. 그는, 동조항은 “애매모호하고 지나치게 광범한 표현들로 인하여 ... 비판의 자유, ... 국민의 정치적 의사형성에의 참여, 공개성과 다원성의 보장 그리고 소수자 보호라는 중대한 기능이 침해될 수 있을 것”으로 “이미 법이 개정되어 ... 위헌선언을 하여도 법의 공백상태에서 오는 피해도 없는 만큼 당연히 위헌”이지만, 국가보안법은 “국가의 존립과 안전 및 자유민주적 기본질서의 수호보다 중요한 것은 없”기 때문에 “위법률의 규정은 단 하루도 공백상태로 둘 수 없었다”고 한다. 결국 그에 의하면 국가안전보장 및 민주적 기본질서 > 집회 및 시위의 자유 > 사회질서 > 표현 및 양심의 자유라는 선호의 서열이 형성된다.

57) 동결정은 이러한 한정합헌결정의 효과로서 1) “제7조 제1항의 보호법익을 살리면서도 전면 위헌의 문제를 피할 길이 열리”며, 2) “언론·출판의 자유나 학문·예술 또는 양심의 자유의 위축문제나 이와같은 기본권의 본질적 침해의 우려는 해소될 것”이며, 3) “법운영 당국의 제도외적 오용 내지 남용으로 인한 기본권침해의 사태”를 회피하고, 4) “처벌범위의 불명확성으로 인한 최형법정주의 위배의 소지는 없어지고”, 5) “국가의 존립·안전을 저해함이 없이 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책추진의 헌법적 과제는 이룩할 수 있을 것”이라 한다.

도 “이와 같은 심판이 그 한도내에서 … 당해사건인 이 사건을 떠나 널리 법원 기타 국가기관 및 지방자치단체를 기속하느냐의 여부는 별론으로 하고”라는 취지로 판단을 유보하고 있는 실정이다.⁵⁸⁾ 결국 이 사건유형에서도 후술하는 사회보호법의 경우와 마찬가지로 법치주의 및 죄형법정주의라는 법적 상징을 안보논리로 일관하는 지배이데올로기와 조화시키는 듯한 외관은 가지고는 있으나, 엄밀히 본다면 지배이데올로기가 “국가의 존립과 안전” “자유민주적 기본질서” “위험성” 등 - 이들은 한마디로 방어적 민주주의라는 관념을 기반으로 한다 - 과 같은 또 다른 법적 상징으로 전환하면서 그 정당성을 보강하는 일련의 과정이 나타나는 것이다.⁵⁹⁾

군사기밀보호법 제6조등에 관한 89헌가104 (1992.2.25) 사건은 역시 국가안보와 관련된 사건으로 헌법재판소의 결정이 비교적 순수한 형태의 법논리로 일관한 외관을 가지는 이례적인 것이나, 여전히 포괄적 형태의 기본권제한규정의 효력을 인정하고 있는 점에서 공통된다. 동법 제6조의 「군사상의 기밀을 부당한 방법으로」 「국가안전보장상 해로운 결과를 초래할 우려」라는 규정방식이 애매하고 포괄적이기 때문에 위헌이라는 주장에 대하여, 실제 애매성이 문제될 가능성은 거의 없지만, “우리의 안보관에 비추어” 국가기밀의 세목에 대한 “입법취지에 따른 확장해석은 가능해도 축소해석은 사실상 불가능한 결과를 초래할 우려”가 있어 광범성의 문제는 의연히 남는다고 하면서 한정합헌결정을 내리고 있다.⁶⁰⁾ 반면에 변정수 재

58) 참고로 대법원은, 목적의식을 필요로 하는 것은 아니며 “다만 그와 같은 사실에 대한 인식만 있으면 되는 것이고 … 추상적으로 이익이 될 수 있는 개연성만 있으면 된다”(대판 84도2310, 1984.11.27)는 태도로 일관하고 있으며, 이 결정 이후에는 이러한 미필적 고의에서부터 이적행위의 미필적 목적만 있으면 된다는 식의 방향전환을 하고 있기는 하나, 그 목적이 없다는 입증의 책임을 피고인에 전가, 동일한 결과를 선언하고 있다(대판 90도2033, 1992.3.31 참조). 일선법관·검사들은 이 결정의 취지는 이해되지만, 결정내용이 추상적이어서 실제 법해석에 새로운 지침은 되지 못할 것으로 보고 있다고 한다. 조선일보, 1990.9.17

59) 이러한 형식논리는 강력한 반대의견을 제시하고 있는 변정수 재판관의 경우에도 마찬가지이다. 그는 반대의견에서 「명확하고도 현존하는 위협의 원칙」, 「이중기준의 원칙」 등의 관념을 바탕으로 표현의 자유 등 “민주주의의 제도적 토대”로서 “중요한 기본권”을 제한하는 입법은 “명확성”을 요구하며, 수사기관이나 법관의 “주관적 해석”의 여지를 부여하는 규정은 기본권의 “본질적 내용”을 침해하는 것이기 때문에 합헌적 해석의 여지도 없이 바로 위헌이라 주장한다. 국가안보라는 또 다른 법익을 위한 대안은 전혀 언급이 없이 항의적 입장으로만 일관하고 있다. 요컨대 이 사건에서의 의견대립의 경향은 두가지의 법적 상징을 바탕으로 일방의 타방에 대한 주장을 최대한 정당화하고자 하는 수준에서 일관되고 있는 것이다.

판관의 전부위헌의견은 동법 제2조의 취지가 군사기밀(형식적 요건)이면 모두 국가 안보에 관련되어 있는 것(실질적 요건)으로 의제하는 것이어서 한정합헌결정을 할 여지가 없으며, 제6조의 광범성으로 수사기관이나 법관의 자의적 해석의 여지가 있는 만큼 당연 위헌선언되어야 한다고 주장한다. 또 합헌의견에서는 제2조는 외국의 입법례에 비하여 비교적 상세하게 비밀의 개념을 분류, 적시함으로써 “실질적 요건과 형식적 요건을 아울러 규정하고 있을 뿐 아니라, 실질적 요건을 규정한 법문의 표현은 대단히 구체적이고 명료한 것이어서 비교적 준수한 입법례”로서 죄형법정주의나 알 권리를 침해하는 것은 아니라고 한다.

국가보안법의 위헌여부에 관한 판단에서 헌법재판소가 그 정당성을 담보하는 또 다른 방법은 판단회피전략이다. 국가보안법을 반복하여 위반한 자에 대하여 최고형을 사형에까지 확장하는 국가보안법 제13조에 대한 서울지방법원의 위헌제청한 것에 대하여 헌법재판소⁶¹⁾는 “단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 위와 같은 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것”이라고 인정하고, 동시에 “그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다”고 규정한 것이, 법정형의 최고가 사형이므로 그 이하의 형벌까지 모두 선고할 수 있다는 의미인지, 아니면 국가보안법 제7조 제5항, 제1항에 규정되어 있는 법정형 외에 사형이 법정형으로 추가된다는 의미인지 불명확하므로 형벌법규의 명확성 원칙에도 반한다”고 하면서 국가보안법 제13조의 해당부분을 위헌이라고 판단하였다. 하지만, 그럼에도 불구하고 같은 조의 다른 부분 즉, “제3조제1항제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조제1항제1호중 형법 제94조제2항·제97조 및 제99조, 동항제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄”에 관한 판단은 내리지 않고 있다. 실제 헌법재판소가 이 조항의 위헌여부를 판단함에 있어 적용한 법리는 비례성 위반과 명확성 위반의 두 부분이었고, 후자의 경우는 굳이 제7조의 고무·찬양 뿐 아니라 다른 모든 법조에 대하여도 마찬가지로 적용될 수 있

60) 그러나 한병채, 최광률, 황도연 재판관은 합헌의견에서 주문의 제한해석을 위한 문구는 동어반복에 불과, 무의미하다고 반발하고 있다.

61) 헌법재판소 결정 2002. 11. 28. 선고 2002헌가5

는 것이다.⁶²⁾ 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 다른 법조위반의 경우에 대하여는 직권으로 그 판단대상을 확장하지 못하고 굳이 제청법원이 특정한 고무·찬양죄에 관하여서만 위헌판단을 내리고 있을 뿐으로, 결국 제13조의 나머지 조항에 대하여는 그 효력을 유지하는 결과를 초래하고 있다.⁶³⁾

또 다른 방향에서 국가안보관련사건을 다루는 헌법재판소의 태도는 준법서약서에 관한 판단에서 잘 나타난다. 여기서 헌법재판소는 인권의 실제적인 측면에 대한 권위적 결정을 내리지 않고 오히려 그 인권이 처하고 있는 외형적, 외재적 상황만 강조하면서 그에 대한 실질적 침해 역시 상황논리에 의하여 합헌이 됨을 선언한다. 이 사건⁶⁴⁾은 양심의 자유란 “어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 않고는 자신의 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리로서의 절박하고 구체적인 양심을 말한다. 따라서 막연하고 추상적인 개념으로서의 양심이 아니”라는 종래의 입장⁶⁵⁾을 반복 확인하지만, 그에 대한 위헌적인 침해가 있기 위해서는 ①당해 실정법의 내용이 양심의 영역과 관련되는 사항을 규율하는 것이어야 하고, ②이에 위반하는 경우 이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제가 따라야 하며, ③그 위반이 양심상의 명령에 따른 것이어야 한다는 요건을 부과한다. 여기서 문제는 ②의, “이행강제, 처벌 또는 법적 불이익의 부과 등 법적 강제”라는 부분이다. 인권침해의 요건을 법적인 것에 한정함으로써 사실상의 인권침해는 자신의 판단대상에서부터 완전히 제외시켜 놓은 것이다. 즉, 헌법재판소는 “준법서약은 어떤 구체적이거나 적극적인 내용을 담지 않은 채 단순한 헌법적 의무의 확인·서약에 불과”한 것⁶⁶⁾이어서 비록 그것이 가석방 심사시 심

62) 엄밀히 말하자면, 실제 거의 모든 법조가 비례성의 원칙의 적용대상이 되는 것도 사실이다.

63) 이 입장은 준법서약에 관한 사건에서 “남북대치상황”으로 인하여 “우리에게만 특유하게 발생하여온 공안사범”이 존재하며 이들에 대하여는 특유한 행형정책이 이루어질 수밖에 없다고 하는 판단으로까지 이어진다.

64) 헌법재판소 결정 2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99헌마170·498(병합)

65) 헌법재판소 결정 1997. 3. 27. 선고 96헌가 11

66) 헌법재판소는 “국민의 당연한 의무사항인 국법준수만을 확인케 함으로써 헌법적 요구사항을 충족함과 아울러 가석방심사에 있어 당해 수형자들의 심적 부담을 덜어주려고” 하는 것이 심판대상 규칙의 입법의도라고 설명하고 있다. 하지만, 여기서도 국법준수의 의무가 헌법상 존재한다는 사실과, 그 의무를 내심으로 받아들이고 이를 양심선언의 형태로 외부에 표현하도록 강제한다는 사실의 차이를 구분하지 않고 전자와 후자를 혼동해 버리고 있다.

사자료로 활용된다 할지라도 법적 강제를 수반하지 않는 것이어서 “양심의 영역을 건드리는 것이 아니다”는 결론을 내리고 있다. 하지만, 심판대상인 가석방심사등에 관한규칙 제14조 제2항이 국가보안법위반죄와 집회및시위에관한법률위반죄의 수형자의 경우에 준법서약을 요구하고 있고, 김효중·주선희 재판관의 반대의견에서 설시되는 바와 같이, 준법서약서제도가 사상전향제의 변형판일 뿐 아니라, 그 제출여부가 가석방심사과정에서 고려되고 있는 현실적 상황은 그 자체 양심표명을 강제하는 ‘사실상의 강제장치’이자 절차법적인 관점에서도 의미를 가지는 ‘법적 강제’임을 감안할 때 이 다수의견의 판단은 결론부터 정해놓고 그에 따라 법판단을 해 나가는 전형적인 법왜곡의 예라 할 것이다.⁶⁷⁾

이 사건들에서 헌법재판소는 국가안보 = 자유민주적 기본질서 = 반공-안보이데올로기의 유지를 위하여 기본권을 제한하는 입법에 있어서 그 규정형식의 광범성, 애매모호성을 한정합헌결정⁶⁸⁾이나 판단회피, 혹은 형식적 법논리에 의한 실체판단 회피 등의 방법에 의하여 처리하고 그 위헌성-인권침해의 요소-를 은폐하고 있다. 첫째, 헌법재판소는 그 규정이 해석자나 집행자의 의사에 따라서는 남용될 개연성이 적지 않음을 인정하면서도 적극적으로 그것을 교정하고자 하는 의지보다는 합헌적 법률해석이라는 법논리로써 역시 추상적인 해석기준을 추가하는데에 그치고 있다. 환언하자면, 헌법재판소는 기본권제한규정에 대하여 스스로가 중국적인 헌법 해석을 행하는 것이 아니라 단순히 그 외연만을 피상적으로 한정함으로써 그의 실

67) 그 대표적인 예가 헌법재판소의 양심의 자유의 개념규정이 다른 결정례에 비교할 때 현저하게 협소한 형태를 취하고 있다는 점이다. 헌법재판소는 89헌마160(1991. 4. 1. 선고)사건에서 양심이란 세계관·인생관·주의·신조뿐 아니라, “널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단”도 포함되는 것으로 상당히 넓은 관념으로 규정하고 있다. 하지만, 이 사건에서 헌법재판소는 양심의 자유를 “개인의 윤리적 정체성에 관한 절박하고 구체적인 양심”에 한정하고 그것을 넘어선 국가관·이데올로기 등에 관한 신념·신조는 국가안보 혹은 사회질서에 복종하는 한계영역에 있는 듯한 판단을 내린다. 그리고 이러한 판단에서 준법서약은 국법질서에 의하여 사실상 강제될 수 있는 것이라는 결론을 이끌어내고 있는 것이다.

68) 특히 국가보안법 제7조 등에 관한 종전의 한정합헌판단은 대법원의 판례의 태도가 목적범성을 희석시키는 경우가 적지 않음에도 불구하고 여전히 유지되고 있다. 99헌바27·51(병합)사건(2002. 4. 25. 선고)은 그 대표적인 예로 아예 92헌바6등 사건의 결정(1997. 1. 16. 선고)을 그대로 인용하고 있다. 그 외에도 헌법재판소 결정 1997.1.16 선고 93헌바36; 1997.1.16 선고 89헌마240; 1997.1.16 선고 92헌바6; 1992.4.14 선고 90바23; 1997.1.16 선고 93헌바34; 1997.1.16 선고 93헌바35; 1998.8.27 선고 97헌바85 등 참조.

질적인 내용에 관한 결정권 내지 해석권을 집행부에 일임해 버리는 결과를 야기하고 있는 것이다. 둘째, 헌법재판소가 취하는 판단회피의 전략은 직권주의적 구조를 원칙으로 하는 헌법재판제도의 틀을 적극 활용하기보다는 오히려 심판대상을 당해 사건에 엄격히 한정함으로써 위헌성이 명백한 경우라 하더라도 판단의 대상으로 삼지않는 사법소극주의적 태도를 바탕으로 한다. 셋째, 그때그때 심판대상사건의 성격에 따라 자의적으로 법개념을 조작하는 경우가 있다. 준법서약에 대하여 인권의 내연을 축소하면서 양심의 자유가 국가안보, 사회질서 등에 종속될 수도 있는 상대적 기본권영역임을 선언하면서 동시에 사실상의 인권침해를 “법적 강제”가 아니라는 이유로 판단의 대상에서 제외하는 이중적인 전략이 구사되고 있는 것이다.

그러나 국가안보에 관한 사건이라 할지라도 그것이 절차법적인 측면에 이르게 되면 - 즉, 반공-안보이데올로기의 외곽에 위치하게 되면 - 헌법재판소는 조금 다른 모습을 보인다. 먼저 국가보안법등위반 피의자의 변호인접견시 수사관이 입회한 사실에 대하여 위헌임을 확인한 91헌마111 사건과, 국가보안법상의 구속기간연장제도에 관한 90헌바23 사건은 대표적인 것인 예이다. 우선 헌법재판소는 “헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 겸하고 있다”는 점을 전제로 하면서, 소원대상의 위헌성을 “선언적 의미에서 확인할 필요”가 있다고 하면서 헌법재판의 본질을 추상적 규범통제의 수준⁶⁹⁾으로까지 이끄는 동시에, 그 심판의 내용에 있어서도 엄격한 기준을 적용, “국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 한다”는 소위 이중기준의 원칙을 원용하고 있는 것이다.⁷⁰⁾

69) 이 점은 (구)사회보호법에 관한 88헌가5, 8, 89헌가44(병합) 사건과 맥을 같이 한다. 이와 더불어 헌법재판소는 국가보안법등의 한정합헌결정에서 그 결정의 효력이 당해법원을 구속하는 것으로 그 효력을 확장해석하고 있다는 점도 양자가 모두 추상적 규범통제를 지향하는 입장에 서는 것이라 할 수 있다. 따라서 청구인적격의 판단에 있어 자기관련성의 요건을 엄격히 요구하는 다른 결정례(89헌마145, 91헌마21 결정 등)와는 상반된 정향을 보이고 있다 (그러나 그럼에도 불구하고 88헌마5 등의 사건에서 “우리나라의 위헌심판제도는 구체적 규범통제의 권한과 절차를 원칙으로 한”다는 점을 바탕으로 반대의견을 제시하였던 한병채, 김양균 재판관도 이 결정에 찬성하고 있다).

70) 절차법적 측면을 중시하는 태도는 후술하듯이 헌법재판소가 조직으로서의 사법부나 법조의 직역 및 권한과 관련된 법적 상징을 발견한 데서 연유한다고도 볼 수 있다. 다만 여기서는 그 사건 자체가 통치권력의 관심의 대상이 되고 있는 것임에도 불구하고 이러한 결정에 이르고 있다는 점이 특징적이다.

3. 사회질서유지관련사건

구사회보호법 제5조 제1항 및 제2항의 위헌여부에 관한 88헌가5, 8, 89헌가 44(병합) 사건은 현행 보안처분제도의 합헌성 여부에 대한 일종의 통과의례(rites of passage)로서의 성격을 가진다. 헌법재판소는, 폐지된 법률에 대한 심판청구에 관하여 재판전제성의 결여라는 이유로 각하하다가⁷¹⁾ 이 사건에 와서 신법의 소급적용근거의 존재여부의 판단필요성과 제청법원의 의사존중이라는 이유로 종래의 입장을 변경, 본안심리에 이르렀다.⁷²⁾ 이에 관하여 이시운 재판관은 보충의견에서 “재판의 전제성은 … 되도록 법원의 이에 관한 법률적 견해를 존중해야 할 것이며…” “구법 제5조 위헌여부의 판단이 제청된 본안사건의 결론에 아무런 영향을 준바 없다 하여도 이 사건을 떠나 일반적 의미가 있다면 …” 종래 계속되는 위헌시비에 권위적 판단을 내림으로써 합헌적인 보안처분제도의 확립을 지향할 필요가 있어 본안에 이르고 있음을 실시하고 있다. 반면 한병채 재판관은 위헌법률심판은 구체적 규범통제의 성질을 가지는 것으로 좁게 파악하면서⁷³⁾ 구법에서 재범의 위험성의제는 실체적 요건에 해당하는 것이 아니라 절차문제에 불과한 것으로 소급입법금지의 원칙과 무관하기 때문에 구법의 위헌여부는 판단의 필요성이 없다고 주장한다.

본안에서도 보호감호제도가 적법절차에 의하여 보장되어야 할 기본권의 본질적 내용을 침해하는가의 판단은 전혀 유보한 채(변정수, 김진우의 반대의견 참조), 국

71) 동일한 사안이 관련되었던 88헌가4 (1989.4.17), 88헌마4 (1989.4.17) 및 구집회및시위에 관한법률 제3조, 제14조의 위헌여부에 관한 88헌가12 (1989.5.24) 사건 참조

72) 심판청구의 적법성에 관한 이러한 이유는 89헌가98내지101 병합사건에도 나타나고 있다. 국가보위입법회의법등의 위헌여부에 관한 89헌마32,33 병합 (1989.12.18) 사건도 폐지된 법률에 관한 판단을 하고 있으나 여기서는 법익침해와 그로 인한 법률상태가 현재 존속하고 있어 권리보호의 이익이 존재하고 있기 때문이다. 그러나 그 법률의 성립상의 하자를 이유로 위헌성을 다투고 있는 점에 관하여는 직접 법률관계와 무관하기 때문에 심판의 대상으로는 할 수 없다고 하면서 일부각하결정을 하고 있다.

73) 이 점은 김양균의 반대의견에서도 나타난다. 그는 “구체적 사건처리와 관계없이 일반적 위헌판단을 금하고 있는 이유는 삼권의 분립주의에 기초를 둔 헌법재판의 자기제한이라”고 주장한다. 이렇게 심판의 필요성을 좁게 파악하는 것은 최광률재판관에서도 마찬가지이다.

민의 기본권이라도 무제한, 무제약적인 것은 아니며 그 한계의 설정은 입법권자의 형성의 자유에 속하는 것으로 국가가 헌법상의 보안처분조항에 입각하여 마련한 제도인 만큼, 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 아니한다는 결정을 내리고 있다.

헌법은 ... 보안처분제도를 헌법상의 제도로 수용하여 왔으므로 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 한 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다 ... 사회보호법 제5조에 정한 보호감호처분은 헌법 제12조 제1항에 근거한 보안처분으로서 형벌과는 그 본질과 추구하는 목적 및 기능이 다른 별개의 독자적 의의를 가진 형사적 제재로 볼 수 밖에 없다 ... 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다 하여 ... 이중처벌금지의 원칙에 위반되는 것은 아니라 할 것이다.⁷⁴⁾

이러한 논지를 바탕으로 헌법재판소는 법원의 판단재량의 기능을 형해화시켜 국민의 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하였다는 이유로 제5조 제1항의 필요적 보호감호처분제도만 위헌으로 선언하고, 동조 제2항의 7년의 정기감호제도는 보호감호집행상의 상한을 정한 것으로 해석, 합헌결정을 내렸다.⁷⁵⁾ 요컨대 이 사건은 “제청법원의 의사존중”, “일반적 의미부여” 등의 관념을 통하여 위헌심판의 성격을 추상적 규범통제의 영역으로까지 무리하게 확대하면서, 특별예방의 방법을 통한 사회방어를 위하여 “입법형성권” “헌법상의 근거규정” 등에 입각, 제정된 보안처분의 헌법적 근거를 명확히 하고자 하는 의도에서 본안판단에 이르렀고, 또 일부위헌결정을 하게 된 것이다.

89헌가86 (1989.9.29) 및 89헌마17등 사건(1991.4.1)도 마찬가지이다. 여기서는 보

74) 이 태도는 95헌바20사건(1996. 11. 28. 선고)에서도 그대로 유지된다.

75) 이 점에서 유사한 형태의 조문구조를 가지고 있는 상속세법상의 증여의제조항에 대한 태도와 차이를 보인다. 후자의 사건(89헌마38, 1989.7.21 ; 변정수, 김진우 반대)에서 헌법재판소는 상속세법 제32조의2에서 규정한 「실질소유자가 그 명의자에게 증여한 것으로 본다」라는 간주규정을 “조세회피의 목적이 없이 실질소유자와 명의자를 다르게 등기 등을 한 경우에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한”이라 하여 주문에서 제한해석의 형태를 밝히고 있음에 반하여, 여기서는 이러한 합헌해석방법을 주문에서도 밝히지 않고 있다.

호감호제도 일반에 관하여 위의 결정례를 바탕으로 그 판단을 번복할 별단의 사정이 없으므로 그 결정을 그대로 유지하기로 한다고 판시하고 있다. 특히 후자의 결정은, 재범위험성의 판단시기가 심리종결시로 하더라도 반드시 보호감호제도의 본래의 취지에 반한다고 할 수 없으며, 또한 열악한 집행환경도 위험성의 판단기준이 되지 못한다고 하는 법률심의 한계를 원용하면서, 사회보호법 부칙 제2조 제1항의 규정은 단순한 경과규정으로 소위 필요적 감호처분에 처해진 자는 재심의 청구를 할 수 있는 길이 존재하기 때문에 합헌이라고 판시하고 있다.⁷⁶⁾

사회질서유지라는 법익을 위하여 기본권을 사익으로 간주, 그에 희생될 수도 있는 존재로 보는 헌법재판소의 태도는 일응 시국과 무관한 사건에서도 나타난다.⁷⁷⁾ 교통사고의 범법자에게 신고의무를 규정하고 그 의무위반자에 행정벌을 가하도록 한 도로교통법의 위헌여부에 관하여 한정합헌결정을 내린 89헌가118 (1990.8.27) 사건은 “교통질서유지 및 사회공동체의 상호이익을 보호하는 공공복리”와 헌법 제12조 제2항의 자기부죄금지의 원칙의 대립에서 야기된 사건이다. 여기서 헌법재판소는 이례적으로 우리나라의 교통사고통계와 그 실태 등의 상황을 열거하면서 “피해자의 구호 및 교통질서 회복의 조치가 좀 더 신속하고 완벽하게 이루어져야 한다는 교통행정상 조치의 긴급성과 필요성을 간과할 수 없다는 현실적인 필요성”이 등 조항들이 가지는 위헌성의 소지를 포용할 수 있을 것이라는 전제하에서 그 신

76) 이에 대한 변정수 재판관의 반대의견은 광주지방법원 89재고합6 재심청구사건과 법무부장관의 의견을 들면서 이 조항의 존재가 재심청구를 가로 막는 장애가 되고 있다고 하면서 위헌결정이 당연함을 주장하고 있으나 다수의견은 이 점에 대한 판단이 없다. 또 김진우재판관은 별다른 의견표명없이 현행의 보호감호처분에 대한 종전의 위헌입장(88헌가5등, 89헌마86)에서 합헌의견으로 전환, 다수의견에 가담하고 있다는 점도 주목된다.

77) 이렇게 기본권에 대립되는 개념으로서의 질서유지라는 헌법개념을 중시하는 보수적 견해는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제2항 제1호를 위헌결정한 90헌바24 (1992.4.28) 사건에서도 나타난다. 우선 다수의견에 의하면, 국가형벌권에 관한 입법은 일단은 입법재량사항이나, 헌법 제10조와 형벌개별화의 원칙에 의한 제약을 받는다는 전제하에서, 형법의 관련벌칙과 균형이 이루어져 있지 않으며, 과잉금지의 원칙에 위반되고 형법상의 상대적 법정형주의의 원칙에 반하여 법관의 양형재량권을 한정하고 있다는 등의 이유로 위헌선언하고 있다. 반면, 최광률, 김문희 재판관의 반대의견은, “뺑소니 사고”가 급증하는 시대적 상황과 그에 대한 “국민일반의 법감정”에 의거한 입법목적의 지적하면서 살인죄와는 달리 유기도주치사죄는 공공의 이익, 민사법적인 이익, 교통공동체의 이익 등이 복합된 법익을 지향하고 있는 만큼 이러한 가중처벌은 일반예방과 비난가능성에 대한 사회윤리적 평가의 측면에서 용인할 수 있을 것이라 한다.

고의 의무는 “피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용”되는 것으로 한정해석하는 한 합헌이라는 취지의 결정을 하고 있다.⁷⁸⁾

즉, 자기부죄금지의 원칙을 범죄사실에 관한 진술거부권으로 이해하면서 교통사고의 구체적 정황이나 사실은 범죄사실이 아니라는 2분법에 입각, 후자의 경우에는 진술거부권의 대상이 되지 않는 것으로 보는 것이다. 그러나 범죄의 구성요건에서 위법성이 부착되는 사실유형과 위법성과 무관한 사실유형간의 구별이 어떠한 기준에 의하여 가능한가에 대하여는 아무런 설시가 없으며, 교통질서를 유지하는 경찰관과 그의 수사를 담당하는 경찰관이 현실적으로 구분될 수 없음에도 불구하고 이를 개념상으로 양분, 사고장소, 부상자수 및 부상정도 등의 진술은 범죄사실의 진술이 아니어야 하며, 따라서 그것의 진술은 일용 자기부죄금지의 원칙과 무관한 것으로 보는 취지의 결정은 행정편의주의에 입각하여 당위와 존재의 양분법을 이용한 관념적 법논리의 결과로서, 법원의 판결에 의하여도 제한할 수 없는 진술거부권을 단순한 공공복리(혹은 사회질서)를 이유로 제한가능하다는 결정에 이르고 있는 것이다.

이러한 질서우선적 사고는, 공소시효가 완성된 군무이탈자에 대한 복귀명령위반을 위반한 경우 처벌하도록 한 사건(1995. 5. 25. 선고 91헌바20)에서 더욱 강화된다. 헌법재판소는 “반복적으로 행해지는 복귀명령으로 인하여 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자도 명령위반죄의 형사책임을 면할 수 없게” 됨을 인정하면서도, “군무이탈죄와 명령위반죄는 보호법익과 구성요건을 달리하는 별개의 범죄”인 만큼, 이중처벌금지의 원칙에의 해당은 없다고 하면서 “발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수범자가 그 명령을 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령을 의미하는

78) 이와 유사한 결정으로 미국연방대법원의 California v. Byers, 402 U.S. 424 (1971)을 들 수 있다. 여기서는 California주법상의 교통사고신고의무가 범죄활동의 의심을 받는 자에 부여되는 것이 아니라 일반대중을 대상으로 주어지는 것이기 때문에, 그리고 본질적으로 규제를 위한 것이지 형사적인 것이 아니기 때문에 비록 그것이 형사소송에서 증거로 사용되어 자기부죄금지의 원칙에 반하게 되는 결과를 야기할 우려가 높다고 하더라도 위헌은 아니라고 한다. 반면, 자유주의적 성향이 강한 Black, Douglas, Brennan 등 3인의 대법관들은 이 신고의무는 자기부죄금지의 원칙을 형해화시킬 우려가 있다는 이유로 반대 의견을 제시하였다.

것으로 한정"하여야 한다는 정경식 재판관의 한정합헌의견까지도 배제하고 있다. 실제 이 사건은 이중처벌로서 위헌이라는 조승형 재판관의 반대의견, 군형법 제47조 자체가 구성요건의 명확성을 결여한 것으로 위헌이라는 김진우·김문희·황도연 재판관의 반대의견 등 합헌의견 4명, 한정합헌의견 1명, 위헌의견 4명으로 의견이 나뉜 것이나, 일종의 수권법적 명령위반죄의 범위와 한계를 명확히 하지 않음으로써 이중처벌의 가능성을 노골적으로 드러내고 있는 군형법조항을 192·30년대 독일 국법학에서 형성된 특별권력관계론과 유사한 논리를 들어 합헌이라고 결론짓게 된 것에 지나지 않는다. 즉, 헌법재판소는 "전투에서의 승리를 주된 목표로 하는 군에서 상황에 따라 탄력적으로 행하여지는 통수작용"이라는 명분을 내세워 "군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 특정되어 존재하는 한 그 형식에 관계 없이 준수되어야"할 뿐 아니라, "명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 거의 불가능하다"고 보는 것이다.

반면에 간통죄의 위헌여부에 관한 89헌마82 (1990. 9. 10) 사건은 비교적 순수한 윤리적 지배이데올로기의 영향하에서 판단된 것이다. 이 결정은 헌법 제10조의 규정에서 인간의 자기운명결정권을 추출하고 간통죄의 처벌규정은 이 기본권을 제한하는 것이나, 그 행위가 선량한 성도덕, 일부일처주의의 혼인제도, 배우자에 대한 성적성실의무 등에 위반하기 때문에 그것은 "성적자기결정권에 대한 필요 및 최소한의 제한"이라고 판시하고 있다. 또 그 조항은 헌법 제36조 제1항에 의하여 "개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 혼인과 가족생활의 유지·보장의무이행에 부합하는 법률"이라고 판단한다. 조규광, 김문희의 보충의견은 간통에 대하여 "형사적 제재를 할 것인지의 여부는 입법권자의 의지 즉, 입법정책의 문제로서 입법권자의 입법형성의 자유에 속한다"고 하여 형사처벌의 정당성에 대한 해답을 마련한다.⁷⁹⁾

그러나 한병채, 이시윤의 반대의견은 간통죄의 징역형일원주의는 "필요한 정도를 넘어서 과도한 처벌로서 기본권 최소침해의 원칙에 반하는 것이고, 간통죄를 통하여 보호하려는 공공의 이익과 제한되는 기본권사이에 적절한 균형이 이루어" 지지

79) 그러나 이 사건에서는 지배이데올로기의 중심축을 이루는 가부장적 혼인제도 혹은 혼인 외의 성관계에 대한 역사적, 사회적 평가를 직접 거론하고자 노력함에도 불구하고 그 평가가 어떻게 이루어지며 어떻게 변화하고 있는가에 대한 어떠한 '입증'도 '논증'도 존재하지 않는다. 다수의견, 보충의견, 반대의견 가릴 것없이 모두 재판관들의 단순한 입장과 속단만이 결론에 이르는 전제사실로 제시되고 있을 따름이다.

않은 것으로 입법자의 개정을 촉구하고 있다. 김양균 재판관은 “사생활은폐권이라는 국민의 기본권을 침해하고 있거나 과잉금지의 원칙에 위배되어 원칙적으로 위헌이며” 동죄의 존치의 합헌성을 인정한다 하더라도 그에 대한 자유형은 과잉금지 원칙위반으로 위헌이라고 주장하고 있다.

요컨대 이 사건은 사회내에서 통용되고 있는 도덕률 - 이 또한 지배이데올로기의 한 부분을 이루는 것이나, 그것이 전통적인 윤리관에 입각하고 있다는 점에서 정치적 목적을 위하여 작위적으로 형성된 위의 통치이데올로기와는 차이가 있다 - 의 수용이라는 점에서는 모든 재판관이 동의하고 있다. 다만, 반대의견은 과잉금지의 원칙을 바탕으로 제재정도의 합헌성에 반대하고 있는 것이다.⁸⁰⁾ 결국 김양균 재판관을 포함한 모든 재판관들은 문화의 2중구조 속에서 어떠한 도덕률을 행위의 준거로 삼을 것인가 그리고 그것의 집행을 담보하는 방법은 어떠한 것을 선택할 것인가 하는 점은 모두 입법재량사항으로 규정하면서⁸¹⁾ 위의 시국관련사건에서는 거론되지 않았던 과잉금지원칙을 위헌성판단의 하나의 기준으로 삼고 있는 의견이 제기되고 있다는 점에 주목할 만한 것이다.

이 항에서 다룬 일련의 사건들은 그것과 지배이데올로기간의 상관관계를 잘 나타내 보이고 있다. 우리 사회의 지배이데올로기가 반공-안보의 논리와 성장의 논리의 2원적 구조로 되어 있고 이것이 통치권력의 정당성의 기반을 이룬다는 점은 이미 언급한 바이다. 그리고 질서유지라는 법익은 이러한 지배이데올로기의 입장에서는 일단은 보조적인 것이라고 보아야 한다. 위의 사건들이 국가보안법이나 집시법관련 사건과는 전혀 다른 양상으로 보이는 것은 이 점으로 설명할 수 있다. 형벌의 구성요건에 관한 포괄적 위임금지의 원칙⁸²⁾과 모호하므로 무효(void for vagueness)의

80) 결국 이는 간통죄를 원규(mores)로 볼 것인지 습속(folkways)로 볼 것인지의 차이에 기인하는 것이다. 여기서 간통이라는 일정한 사회적 행위에 대한 문화적, 사회적 평가를 보는 재판관들의 인식의 차이가 나타난다.

81) 이러한 입법재량권은 폭력행위등처벌에관한법률의 위헌여부에 관한 89헌마53 (1989.9.29) 사건에서도 나타나, 여러 유형의 범죄를 일률적으로 1년 이상의 유기징역에 처하게 한 동법 제2조제1항의 규정은 “입법론상으로는 바람직스러운 것은 아니”나, 상습적 폭력범을 처벌하기 위한 특별법으로 위헌이라 볼 수는 없다고 한다.

82) 91헌가4 (1991.7.8) 사건에서 사행행위단속법 제9조에 관하여 다수의견은 일반적이고 포괄적 위임은 “의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험”이 있으며, “법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 처벌대상행위를 법률로써 정하지 아니하고 예측할 수 있는 어떠한 기준도

법리가 비록 모두 자의적 집행과 무제한적인 기본권의 침해를 초래할 위험성이 있음에도 불구하고 사안에 따라 헌법재판소에 의하여 선택적으로 받아들여지고 있는 것이다. 7년의 보호감호를 선고하도록 한 규정과 교통사고후 유기치사죄에 대한 10년 이상의 징역형규정이 모두 법관의 양형상의 재량권을 한정하는 것이지만, 전자는 합헌으로, 그리고 후자는 법률상의 감경사유가 존재한다는 반대의견에도 불구하고 위헌선언을 하고 있음은 또 다른 예를 이룬다.⁸³⁾

환언하자면, 당해사건이 가지는 지배이데올로기의 핵으로부터의 상대적인 거리에 따라서 당해 기본권의 실체법적인 측면과 절차법적 측면에 대한 판단이 달라지는 것이다. 그 대표적인 예가 약사는 보건복지부령으로 정하는 약국관리에 필요한 사항을 준수하여야 한다"는 규정 위반자를 200만원 이하의 벌금에 처하도록 한 약사법 제77조 제1호를 죄형법정주의 내지 포괄위임금지원칙을 위배하였다는 이유로 위헌판단한 사건(2000. 7. 20. 선고 99헌가15)이다. 이 사건에서는 지배이데올로기의 작용이 존재하지 않고 단순히 행정상의 편의를 위하여 포괄위임적 입법을 한 예에 불과할 따름이다. 즉, 통치권력의 관심사에 해당하는 영역에서는 기본권의 내용이나 그것을 제한하는 입법의 목적상의 타당성, 그 수단의 합리성과 적절성에 대한 판단은 모두 유보되거나 형식에 그치면서 그의 판단을 오로지 국회를 포함한 집행부에 맡기고 있는 반면, 그로부터 떨어져 있는 사안에서는 반대의 양상이 나타나면서, 기본권현실이나 침해의 양태, 목적의 타당성 등에 관하여 나름으로 본격적인 심사를 벌이고 있는 것이다.

4. 노동쟁의관련사건

정함이 없이 포괄적으로 위임하는 것"으로 위임입법의 한계를 일탈하고, 죄형법정주의에 위반된다고 판시하였다. 반면 한병채 재판관은 현대산업사회에서의 백색범죄의 증가는 일응 포괄적인 위임입법을 요구하고 있으며 그 내용과 범위는 입법재량사항인 만큼 다수의견은 부당하며 또 이 조항에서 벌칙과 법정형벌을 모두 규정하고 있는 만큼 위헌이라 보기 어렵다는 입장에서 사회질서유지를 위한 국가기관의 규제행위에 대한 긍정적 입장을 주장하고 있다.

83) 이 점에서 변정수, 한병채, 김문희 재판관의 입장은 오히려 일관성을 가지고 있다.

우리나라에서의 노동운동은 보수-진보라는 양이데올로기의 대립구조속에서 이해되어 왔다. 자유민주적 기본질서와 시장경제질서를 바탕으로 형성된 지배이데올로기는 노동운동은 기존의 법질서에 대한 하나의 예외적인 것으로서 어느 정도는 필요악적 성격을 가지는 것으로 이해하고 용인하는 바탕위에서 나름으로 설정한 범주를 이탈하는 노동운동에 대하여는 좌익적, 사회주의적인 것으로 규정하고 국가안보라는 명분에서 철저히 탄압하였다.⁸⁴⁾ 특히 노동쟁의에 관하여는 성장이데올로기가 반공-안보이데올로기와 결합하여 국가안전보장, 사회질서유지 등을 이유로 엄격한 규제의 대상이 되었다.

헌법재판소가 헌법 제32조 및 제33조의 노동기본권을 “근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서, 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것”이라고 하면서 “그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권”으로 규정한 것⁸⁵⁾은 이러한 맥락에서 이해된다. 근로권을 헌법학계의 일반적인 규정에 따라 “인간이 생활에 필요한 기본적 수요를 충족시키기 위한 육체적·정신적 활동을 할 수 있는 권리”라는 개념⁸⁶⁾을 바탕으로 노동과 인격을 일단 분리시키는 자본주의적 노동개념-인격으로부터 소외된, 노동의 상품화-를 확립하면서도 그에 그치지 않고 그것을 재산권적 자유권 정도의 보장조차도 거부하고 있는 것이다. 즉, 근로의 권리에 화체되어 있어야 할 인격권, 행복추구권 내지는 자기발현권 등을 강조하기 보다는 역으로 근로의 권리를 “생활에 필요한 기본적 수요”를 충족하는 물적 개념으로 전이하여 일단 재산권적·경제권적 성격의 것으로 고착시킨 한편, 그것을 다시 “생존권 내지 사회적 기본권”으로서의 측면에 결합시킴으로써 재산권이 가지는 방어적·항의적 성격의 저항을 사전에 배제하고 있는 것이다. 그래서 헌법재판소의 이러한 입장에 의하라면 그것은 자연법적으로 실체가 규정되는 것이 아니라 국가의 입법에 의하여 결정·선택되는 것으로, 그리고 이에 대하여는 인권적 항변이 불가능한 것으로 간주하게 된다.⁸⁷⁾

84) 일제하부터 이루어지는 노동운동에 대한 이러한 시각과 그 구체적 전개과정에 관하여는 강만길, 한국현대사, 창작과비평사, 1985, 61-65, 273-289면 참조. 보기 나름으로는 정경유착으로 표현되는 우리나라의 통치구조상 노동3권의 제한 역시 통치이데올로기의 주요한 부분으로 보아야 할 것이다.

85) 헌법재판소 결정 1991.7.22 선고 89헌가106

86) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2000, 469면.

근로기준법의 적용대상을 5인이상의 사업장에 한정된 근로기준법 제10조 제1항에 대한 위헌확인사건⁸⁸⁾은 이 점을 재확인하고 있다. 여기서는 근로조건의 기준의 정하는 것은 인간의 존엄성보장을 기준으로 하여야 함을 선언한 헌법 제32조 제3항을 “[근로조건 및 기준은] 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회적·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것이다”라는 관점⁸⁹⁾으로 재구성함으로써 근로조건 및 기준의 결정은 입법자의 형성의 자유에 해당하는 것이라고 선언하고 있다. 근로와 관련한 인간의 존엄성보장의 실체가 인간의 인격권으로부터 직접 도출되는 것이 아니라, “사회적 평화”와 “사회적·경제적 상황”의 제약하에서 그때 그때의 입법의지에 의하여 국가가 결정할 수 있는 것이라 보는 것이다.

노동쟁의에의 제3자개입금지규정에 관한 89헌가103 (1990.1.15) 사건은 대표적인 예에 해당하는 것으로 5:4의 표결로 합헌결정되었다.⁹⁰⁾ 이 사건 역시 우리 사회의 지배이데올로기가 강하게 작용하는 영역으로, 공익을 위한 기본권제한의 필요성이 있다는 입법부의 판단에 대하여 명확성이 결여된 포괄적인 법규정으로 인한 국가기관의 자의적 법집행의 우려가 있음을 이유로 하여 제기된 사건이다. 헌법재판소는 쟁의행위의 성질에 관하여 인간다운 삶을 위하여 근로자에 부여된 적극적인 권

87) 이러한 입장은 노동조합법 제33조 제1항에 대한 위헌소원사건(1998. 2. 27. 선고 94헌바 13726, 95헌바44(병합))에서 근로3권에까지 확장된다. 헌법재판소는 이 사건에서 “근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어”를 일차적인 목표로 하는 동시에, “근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장”하는 의미도 가짐을 인정한다. 하지만, 그럼에도 불구하고 근로3권은 “사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’ 이라고 말할 수 있다”고 함으로써 의연히 이 기본권을 사회적 기본권 내지는 생존권적 기본권으로 규정하여 국가(특히 입법형성권)의 개입가능성을 인정하는 것이다.

88) 헌법재판소 결정 1999. 9. 16. 선고 98헌마310

89) 이는 헌법재판소 결정 1996. 8. 29. 선고 95헌바36에서도 확인되었다.

90) 이 사건은 주심이었던 변정수 재판관이 반대의견을 제시하고 있다는 이유로 주심을 김문희 재판관으로 변경한 특징을 가지고 있다.

리라는 측면보다는 “개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함으로 기본으로 하는 시장경제의 원리” 하에서 “노동관계당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고” 그들간의 “노동쟁의를 예방 및 해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 기여”할 필요성을 강조하는 동시에, “쟁의행위는 주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 경우”에만 “단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하여서만” 허용된다는 판단 아래, 노동쟁의조정법 제13조의2 및 45조의2는 합헌이라고 규정하고 있다.

여기서 헌법재판소가 근로의 권리를 굳이 생존권 내지는 사회권으로 이해하고자 하는 속셈이 드러난다. 그것은 국가의 개입에 의하여 실체가 규정되는 것으로서 인간의 본질로부터 파생되는 자연권적 성질의 것이 아니라, “시장경제의 원리”에 복종하여야 하는 일종의 제도적 성격의 기본권으로 “시장경제의 원리”를 이행하기 위하여는 필요한 경우 “계급적 대립·적대의 관계”로 나아가는 것을 국가는 사전에 차단할 수 있는 권력을 가진다고 선언하는 것이다. 그래서 일반적으로 사회적 기본권의 한 형태로서 인정되는 노동쟁의권이 여기서는 “산업평화”라는 공익적 요소에 대한 필요악으로 상정될 수 밖에 없다. 즉, “노동쟁의의 예방 및 해결”을 통한 “산업평화의 유지와 국민경제의 발전”이라는 도식을 이용, 근로의 권리 그 자체가 개인적 인격의 실현을 위한 수단이 아니라, 전체로서의 국가산업의 물적 발전을 위한 소극적 조건-“필요악”일 따름임을 선언하고 있는 것이다. 뿐만 아니라, “자주적 노동운동이 아직 튼튼히 뿌리내리지 못한 우리의 현실”에도 불구하고 개인주의를 바탕으로 하는 자본주의의 성격상 “당사자”만이 “자율적으로” 그들의 “책임” 아래 이루어져 가야 한다고 보는 것이다. 그리고 그 규정방식의 포괄성에 관하여서는 “처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다”⁹¹⁾고 한다. 김진우, 이시

91) 이 판시내용에 대하여 헌법재판소가 인용하고 있는 89헌가13 (1989.12.22) 도 마찬가지로 “사위 기타 부정한 방법으로...” 토지등거래허가를 받은 자를 처벌하고 있는 국토이용관리법 제31조의2 제1호는 합헌이라고 하였다. 그러나 이 두 경우는 그 규제대상을 전혀 달리 하고 있는 것으로 이는 일종의 경제사범으로서 그 행위태양을 특정하는 것이 입법기술상 곤란이 따른다고도 할 수 있는 반면, 제3자개입의 경우에는 구성요건상의 불법성을 특정하는 것이므로 입법이 가능한 영역에 속한다는 사실을 간과하고 있다. 이 점은

윤 재판관은 마지막의 합헌이유에 반발하여 비록 제3자개입금지의 필요성은 인정된다 할지라도 그 규정방식이 입법재량권에 속하는 사항은 아니라는이유로 한정합헌결정을 주장하고 있으나, (특히 김진우재판관의 경우에서) “국가존립에 위해가 미칠 정도의 법의 공백이나 사회적 혼란이 예상”⁹²⁾되는 사정의 적시도 없이 한정합헌을 주장하는 무리가 따르고 있다.

이와 같은 발상은 제2기 헌법재판소에서 계속된다. 특히 노동쟁의조정법 제4조 등에 대한 헌법소원사건⁹³⁾은, 공익사업에 대한 직권 및 강제중재제도에 대하여 “법은 현실여건의 바탕 위에서 그 시대의 역사인식이나 가치이념을 반영하고 있는 것이므로, 어느 특정한 법이 뿌리박고 있는 정치·경제·사회적인 현실과 역사적 특성을 무시하고 헌법의 순수한 일반이론에만 의존하여서는 그 법에 관련된 헌법문제에 대하여 완전한 이해와 적절한 판단은 할 수 없다”고 하면서 노동법을 경제적·사회적·사회정책적 측면에서 고찰할 필요가 있음을 적시하는 등 전례를 찾아볼 수 없는 문맥적 이해를 하고자 하는 외관을 보이면서도, 그 문맥을 자의적으로 추출, 해석함으로써 “강제중재제도는 사회혼란과 일반국민의 피해를 줄이고, 신속하고 원만한 쟁의타결을 위하여 아직까지는 필요한 제도라고 할 것”이라고 강변하고 있다. 4명의 합헌의견⁹⁴⁾으로 위헌결정에 이르지 못한 이 사건에서 헌법재판소는,

우리 나라는 1953년 노동관계제법이 제정되기 전까지 선진자본주의 제국이 겪어 온 노동법 생성의 역사적 과정을 경험하지 못하였으며, 오히려 거꾸로 노동법이 먼저 제정되고 그에 따라 집단적 노사관계의 현실적 기초가 마련되었다. 또한 근대적 의미의 노사관계라는 것도 1960년대 이후 근대화, 공업화가 본격적으로 이루어지면서 비로소 형성되기 시작하여, 1970년대까지는 긴급조치 등 여러 가지 정치·사회적 상황으로 인하

91헌가4(각주67참조)에서 사행행위처벌의 위임이 포괄적이어서 위헌이라고 한 판단과 비교하더라도 명확해진다.

92) 89헌가8에서의 반대의견 참조. 종래 변정수 재판관과 더불어 한정합헌결정에 반대의견을 제시하였던 그는 이 사건을 계기로 일관되어 한정합헌결정에 동의하고 있다. 김양균 재판관은 제3자개입금지규정은 합헌이나 그의 처벌규정은 한정합헌결정이 내려져야 한다고 주장하였다. 반면 변정수 재판관은 이 제도가 노동자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 죄형법정주의 및 언론·출판의 자유를 침해한다는 이유로 위헌이라 한다.

93) 1996.12.26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 전원재판부

94) 재판관 김용준, 재판관 김문희, 재판관 정경식, 재판관 신창언의 합헌의견이다.

여 노동쟁의의 해결에 있어서 노동관계법의 규정이 제대로 적용되지 못하였으며, 1980년대 중반 이후에 와서야 사회의 전반적 민주화 추세에 힘입어 노동관계법에 따라 근로3권의 행사가 가능하게 되었던 것이다. 그러한 까닭에 우리의 노사관계는 쌍방이 법을 제대로 준수하지 아니하고 사용자측의 권위적·고압적인 자세와 근로자측의 자치역량의 부족으로 마치 한풀이식의 폭력적 대응이 맞물려 노사쌍방이 극한적인 대립양상을 보이며 심지어 정치적인 투쟁으로 나아가는 경향이 없지 아니하였다. 우리의 노동관계법이 노사관계에 대하여 다분히 향도적·후견적인 성격의 규정을 마련하고 있는 것도 이러한 현실의 인식에 바탕을 두고 있는 것이다.

라고 하면서 지난 우리의 역사에서 노동법이 제자리를 잡지 못하였던 이유를 “사용자측의 권위적·고압적인 자세와 근로자측의 자치역량의 부족”에 전가하면서, 이러한 극한적 대립양상과 정치적 투쟁의 경향을 극복하는 장치로서 노동관계법을 향도적·후견적인 성격이라 규정한다. 심지어 “1980년대 중반 이후에 와서야 사회의 전반적 민주화 추세에 힘입어 노동관계법에 따라 근로3권의 행사가 가능하게 되었던 것”이라고 하면서, 그 동안 수많은 노동자들의 노력에 의하여 획득된 그나마의 노동3권조차도 단순히 1980년 이후의 노동관계법의 개선으로 인하여 유도 내지 조성된 것으로 오인하고 있을 정도이다. 60년대 이래 개발독재의 명분하에 정치영역이 경제부문과 유착하여 시민사회를 질곡의 상태로 빠뜨려 왔던 지난 역사를 처음부터 도외시하고 있는 것이다.⁹⁵⁾ 그것은 또 다른 맥락에서는 법규정과 법현실 및 법집행의 문제를 철저하게 2원화시킴으로써 노동법규에 관한 당사자들의 독해를 차단하는 논리를 선행적으로 구축하고 있는 것이기도 하다. 이 점은 바로 그에 이어 합헌의견이 주장하고 있는 다음의 논거에서 보다 분명해진다.

한편 우리 나라는 대내적으로는 1980년 중반 이후 사회의 민주화 분위기에 편승하여 노동쟁의의 발생빈도가 높아지고 특히 최근 철도·지하철·교통·통신 등 공공부문에서의 노사분규가 급증하고 있으면서도, 수출의존도가 높은 국가경제구조 때문에 대외적으로는 치열한 국가간의 무역경쟁에서 국제경쟁력을 제고하여야 하는 이중의 어려움에 직면하고 있는

95) 이 점에서 이 글이 노동사건을 정치영역으로 설명하고자 하였던 이유를 적나라하게 보여준다 할 것이다.

실정이다. 따라서 이러한 상황 하에서 과도한 노동쟁의행위는 해당 기업 뿐만 아니라 국가 전반의 경쟁력을 저하시켜 궁극적으로는 해당 기업의 근로자는 물론 국민 전체의 복지에 오히려 위해를 초래할 수 있다는 점을 인식하여야 할 것이다.

공익사업체의 노동쟁의에 대한 강제중재제도를 판단함에 전제되어야 하는 우리나라 노사관계의 역사와 현실여건에 대한 “올바른 인식”은, 작업장에서의 노동자의 생활이나 경제주체로서의 그들의 위치의 문제가 아니다. 그것은 “국가간의 무역경쟁과 국제경쟁력의 문제”이며, “국민 전체의 복지”이다. 따라서 공공부문에서의 공공은 다수 대중의 편익이나 복지의 문제가 아니라, 국가경제로 표상되는 총체적인 이윤률의 관념이다. 항간에 심각한 사회적 논의의 대상이 되었던 「고비용 저효율」의 문제를 노사의 대립에 유추하면서 그 타당성이나 적실성의 판단은 접어둔채 경영자측의 입장을 그대로 받아들이면서, 강제중재제도는 쟁의행위가 “비록 그것이 일시적이라 하더라도 그 공급중단으로 커다란 사회적 혼란을 야기함은 물론 국민의 일상생활 심지어는 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하게 되고 국민경제를 현저히 위태롭게” 한다는 점에서 이러한 「위험」에 이르기 이전에 노동쟁의를 신속하고 원만하게 타결할 필요성이 특별히 요청되기 때문에 그 존재의의를 발견할 수 있다고 한다.

여기서는 노동관계법이 규율하고자 하는 순수한 의미에서의 경제적 대립의 여지는 찾아볼 수가 없다. 오히려 어느 일방의 주장에 대한 타방의 법과 권력에 의한 압도와 지배의 논리만이 존재할 따름이다. 헌법재판소는 이 판단에서 노동쟁의와 사회적 혼란 내지는 생명과 신체에 대한 심각한 해악의 발생가능성에 대한 인과율적 분석은 물론, 그러한 위해를 제거하기 위한 수단으로서의 강제중재제도가 필요하다고 할지라도 그 필요성(이것은 합리성의 판단이지 합법성의 판단은 아니다)이 어떻게 헌법적 당위를 도출하는지에 대한 판단 조차도 내리지 않는다. 실제 이 사건의 발단인 서울지하철노조의 파업행위가 고도의 정치적 판단에서 노동계를 통제하고자 하는 「문민정부」의 시도였다는 점을 감안하지 않더라도 앞서 언급한 바와 같은, 노동운동과 시국문제를 동일시하는 권위주의적 정권의 시각을 그대로 반영하고 있다는 점은 그리 많은 분석을 요하지 않는다.⁹⁶⁾

96) 노동조합법 제12조에 대한 헌법소원사건(1994.12.29. 선고 91헌마2 전원재판부)은 노조의 정치활동금지조항에 대한 헌법소원을 청구기간이 경과하였다는 이유로 각하하고 있지만,

이러한 노동3권의 통제를 향한 경향은 종래 안보논리를 중심으로 한 통제에서 경제논리를 중심으로 한 보수적 경향을 타고 보다 치밀하게 나타난다. 총액임금제적용사업자지정 등에 관한 헌법소원사건⁹⁷⁾에서 헌법재판소는 이전의 결정⁹⁸⁾을 사실상 파기하는 결과를 보이면서까지 노동통제의 역할을 담당하고 있다. 여기서 헌법재판소는 재정경제원에서 임금인상가이드라인을 5%로 정하고 일정한 기업의 준수 여부에 따라 기업운영에 상당한 영향을 미치는 적극적, 소극적 제재를 가할 것을 선언한 행위에 대한 판단을 권리보호의 이익이 없으며 또한 재발의 가능성도 없다는 이유로 각하하였다. 하지만, 그러한 공권력의 행사가 청구인을 비롯한 소정의 사업장의 노조들이 취할 수 있는 행동반경을 결정적으로 위축하였다는 사실은 제외하고서라도, 그 결정이 청구일로부터 3년여가 지나 정치적 상황이 바뀌고 난 후에 내려지면서 재발할 가능성의 결여를 이유로 드는 것은 실질적으로 그동안의 침묵을 통하여 합헌판단을 내렸음에 다르지 않다는 점을 애써 부인하고 있는 셈이 된다. 헌법재판소는 이를 실체적 본안판단을 지연함으로써 회피하는 동시에 인정하는 고도의 전략을 사용하고 있는 것이다.⁹⁹⁾

또한 전국교사노동조합에 관한 결정¹⁰⁰⁾은 또 다른 헌법해석에 기한 탈정치화결정의 예이다. 교원에 대한 노동3권(헌법제31조)의 인정을 거부한 이 사건은 우리 헌법재판소가 헌법판단에 임하여 헌법해석의 이름으로 배척의 권력을 어떻게 행사하는가를 단적으로 보여준다. 여기서는 교원이 노동자성을 가지는가의 문제가 핵심적인 쟁점으로 되어 있지만, 실제 결정에 이르는 논리는 노동자성의 본질에 관한 판단보다는 오히려 생활과 노동의 분리라는 경계획정의 문제로 일관하고 있다.

이 또는 조승형재판관의 소수의견에서 암시하듯이, 노조의 정치활동을 통제하고자 하는 일련의 정치적 고려가 앞서 작용한 예이다.

97) 1996.11.28. 선고, 92헌마108 전원재판부

98) 공권력행사로 인한 재산권 침해에 대한 헌법소원(1993.7.29. 선고 89헌마31 전원재판부)사건을 말한다.

99) 이와 비슷한 유형의 결정은 1993년도 정부투자기관 예산편성공통지침 위헌확인사건(1993.11.25. 92헌마293 전원재판부)에서도 나타난다. 여기서는 위의 지침의 성격을 국가기관 내부의 지침으로 규정하면서 그것이 사용자에 대한 고려사항에 불과할 뿐 임금협상에서 구속적인 것은 아니라는 이유로 각하결정을 내리고 있으나, 이는 한병채, 이시윤, 김양균 재판관들의 반대의견에서 나타난 바와 같이 자치권을 가지는 기관대 기관의 행위라는 점에서 그리고 변정수 재판관의 반대의견에서 말하는 것처럼 사실상의 구속력을 가진다는 점에서 그 권력성을 인정하지 않을 수 없다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 형식논리를 적용하면서 본안판단을 회피하고 있다.

100) 1991.7.22 선고 89헌가106

여기서 헌법재판소는, 교원의 직무의 특수성, 준공무원성, 근로관계의 특수성, 교원지위의 법정주의 등을 들면서 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. 하지만 헌법재판소는 이들 부수적 속성으로 인한 사회적 법익의 침해위험을 제거하기 위하여 최소한의 제한이라는 방법 대신에 “발본색원”식의 결정을 내리고 있는 것이다.

헌법이념을 실현하는 기능을 가진 교육은 그 목적이 국민 개개인의 타고난 저마다의 소질을 계발하여 인격을 완성하게 하고, 자립하여 생활할 수 있는 능력을 증진시킴으로써 그들로 하여금 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 함과 아울러 평화적이고 민주적인 국가 및 사회의 형성자로서 세계평화와 인류공영에 이바지하도록 함에 있는 것이다. …… [교육법제5조 제1항에서는,] 국민에 대한 교육은 스스로 그 목적에 따르는 제약을 받지 않을 수 없는 것으로서 교육활동은 헌법의 체계와 테두리안에서 이루어져야 함을 명백히 하고 있다.

이 결정은 교육의 목적과 활동을 제약하는 요소-사회적 법익-로서 이 결정은 인성의 계발과 인격의 실현과 더불어 국가 및 사회의 형성자로서의 목표까지 설정하고 있다. 따라서 “공적인 학교제도를 보장하여야 할 책무를 진 국가가 일정한 범위 안에서 사립학교의 운영을 감독·통제할 권한과 책임을 지는 것”은 너무나 당연한 결과가 된다. 여기서 “공적인 학교제도”는 바로 ‘민주복지국가’, ‘세계평화와 인류공영’을 지향하는 국가 및 사회의 형성자로서의 교육제도를 말하며, 국가의 감독·통제권은 이러한 의미에서의 통일성과 균일성을 바탕으로 한다.

이렇게 “공적인 학교제도”에서의 교원의 지위는 역시 마찬가지로의 논리에 의하여 일반적인 노동자와는 차별성을 보인다.

오늘날의 교육은 주로 조직화·제도화된 공교육기관인 학교에서 이루어지는 학교교육이 그 중심을 이루고 있고, 학교교육의 수행자가 바로 교원이다.

교육제도의 중심부에 학교라는 추상적 인격을 설정하고 그 구성원으로서의 교원이라는 논리구조가 바탕이 되어 있다. 교육을 수행하는 자는 교원이 아니라, '학교교육'이며 교원의 활동은 바로 이 '학교교육'의 한 요소로서 지칭되고 있는 것이다. 이러한 추상화는 은연중에 교원이라는 직무와 그 구체적 담당자로서의 인간(이하 「교사」로 지칭함)을 분리시키는 논리의 전환을 야기한다. 학교와 교원의 관계가 교사와 인간의 관계를 대체함으로써 구체적인 생활의 장으로서의 학교가 추상화된 제도로 전이하고, 그 생활의 주체로서의 인간이 제도의 유기적 구성체로서의 교원으로 대체된다. 이러한 추론하에서는 인성의 계발과 인격의 실현을 위한 사회적 학습의 장이어야 할 학교가 그 구체성과 개별성을 상실한 채 전체로서의 학교제도내에서 추출되는 권리와 의무의 연결체로서 은유되어 버리는 것이다. 이것은 무엇을 의미하는가? 그것은 무엇보다도 청구인들이 보호받고자 하였던 바로 그 상황의 억압성을 판단의 대상으로부터 제외하는 효과를 가진다. 총체성의 수준에서 표준화되고 규격화된 교육을 통하여 국가지향적 공민을 양성하는 기관으로서의 학교와 교원제도가, 인간과 인간의 긴밀한 관계형성을 통한 학습과 인격실천의 장으로서의 교육현장을 압도하는 계기를 이루는 것이다. 여기서의 교사와 학생의 인간으로서의 제측면들-이것들은 그 자체 차이성을 바탕으로 한다-을 학생-학교-교원==국가로 연결되는 일련의 추상화과정을 통하여 대체하는 양상이 나타난다.

그래서 교원의 직무와 학생의 교육을 받을 권리를 1:1로 대응시키면서도 동시에 그 양자의 연결을 차단하는 별도의 제도-학교교육제도를 설정해 둔다. 그 제도는 주권자인 국민의 위임을 연계하고, 동시에 그 위임에 따른 공적 의무의 수범자로 규정하는 역할을 담당한다. 그래서 교원은 공교육제도의 주관자이자(교육제도의 주체가 아님에 주의할 것) 동시에 국가의 교육이념의 실천자·의무자로서의 위상이 부여된다. 그는 구체화수준에서는 후자 즉 의무의 수범자로서 위치지워지며("개개 교원들의 정상을 벗어난 행동"(강조는 인용자)), 추상화수준에서는 학교교육이라는 공적인 제도의 주관자이다. 그래서 그는 여느 노동자들과는 다른 모습을 가지게 되고 또 구획되는 것이다.

이에 이 결정은 노동을 단순한 경제적 사건으로만 파악하면서 노동3권이 실현하고자 하는 인간성의 문제, 또는 그 장애로서의 노동소외의 문제를 굳이 회피하고자 한다. 그 결정은 노동3권은 언제나 사용자와의 대립관계에서 경우에 따라서는 협상과 파업의 방식으로 투쟁하는 계기로서만 이해할 뿐, 그 권리들을 통하여 노동자들이 스스로 작업장을 형성하고 조성해 나가면서 그 자체를 하나의 생활의 장으로 실천해 나가는 과정을 알고자 하지 않는 것이다.

그러다 보니, 막중한 사회적 책무를 지는 교원은 이렇게 경제적 조건의 개선을 위하여 투쟁하는 전사로서의 노동자개념과는 어울리지 않는다는 결론이 가능해진다. 그래서 구체적인 생활인으로서의 교사가 교육이라는 작업을 통하여 학생들과의 긴밀한 연대하에서 스스로 자신의 생활을 구성하고 나아가 피교육자로서의 학생들의 생활을 자신의 생활로 포섭할 수 있는 기회를 박탈하게 된다. 청구인으로 대표되는 전국교원노조가 지향하고자 하였던 '참교육'의 관념이 단순히 경제적 지위의 향상 또는 사회적 명망의 고취에 머무르지 않고 학생과 더불어 교육의 장을 형성하는 참여를 바탕으로 하는 교육을 지향하였던 점은 이 결정에서는 전혀 고려되고 있지 않다. 교사들이 대한 교총과는 별도의 조직을 구성하고 자신들의 연대력을 행사하여야 할 필요성을 느끼게 되었던 시대적 상황이 무시되고 있는 것이다. 더불어 그들이 소위 화이트칼라 노동자로서의 인식을 공유하게 된 배경 역시 마찬가지이다. 관료화된 학교조직내에서 교육의 주체여야 할 교사들이 오로지 교육의 도구이자 수단으로 전락하면서 교육현장이 그들의 교사로서의 인격으로부터 유리되는 소외의식은 동시에 학생들의 교육을 받을 권리까지도 실질적으로 관주도의 교육에 의하여 침해되고 있다는 인식과 그 궤를 같이 한다. 헌법재판소의 이 결정은 바로 이러한, '법률관계의 실체부분'에 대한 판단을 도외시하고 있는 것이다. 그래서 교사들의 '참교육'의 주장을 교육제도내에서의 교사들의 위상의 문제 즉 형식적 지위로서의 교원과 학교제도의 문제, 또는 교원과 학교제도의 '수혜자'라 할 형식적 학생들간의 문제로만 환원시켜 버리고 그에 부합하는 법이론만을 말하고 있을 따름이다.

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 이데올로기 도구로서의 교육기관을 "사회적 이익"의

대변자인 국가의 통제하에 두겠다는 의사의 표현이라 보아야 할 것이다.

국정교과서제도의 위헌여부에 관한 판단¹⁰¹⁾은 노동기본권과는 거리가 있지만, 역시 교육기관이 그대로 이데올로기도구로서 기능하고 있는 현실을 인정한 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 불구하고¹⁰²⁾ “공교육제도를 시행하는 의무와 책임을 지고 있는 국가가 교육정책의 입안 및 실현에 방관자적인 위치에 안주할 수는 없는 것이며, 교육내용 내지 교과서문제에 대해서도 어떤 형태로든 관여하는 것은 부득하다”는 이유 아래 합헌결정을 내리고 있다. 그러나 여기서는 공교육에 있어서의 주체가 누구인가? 교육내용에 대한 관여는 조성/형성인가 감시/통제인가? 나아가 적극적이어야 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.¹⁰³⁾ 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.¹⁰⁴⁾ 그러나 문제

101) 1992.11.12 선고 89헌마88

102) 이 사건에서는 헌법재판소가 기존의 제도가 안고 있는 문제점에 대하여 여타 사건들에 비하여 비교적 정확하게 인식하고 있는 점이 특이하다. 특히 교육을 “인간의 내면적 가치 증진에 관련”시키면서, 이에 대한 국가의 권력적 개입은 “정부의 행정관료에 의하여 교과 내용 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 교과위원회, 참교육 실현을 위한 교과서 백서, 푸른나무, 1990; 박병선 등, 교과서와 교과서 정책, 한국교육개발원, 1986; 교육출판기획실 편, 분단시대의 학교교육, 푸른나무, 1989 등 참조.

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

104) 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 교과서에서의 일부

는 이러한 것이 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 있을 따름이다. 결국 이 분에 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.¹⁰⁵⁾

앞서 거론한 강제중재제도에 관한 헌법재판소의 결정¹⁰⁶⁾은 또다른 맥락에서 헌법

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 ジュリスト No.96, 1988, 146-7面 참조

105) 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 어떠하다고 판단하였다면, 그에 부응하는 결정을 내려야 함에도 불구하고 굳이 예외적인 사정을 창설하여 자신의 헌법판단을 ‘거부’하고 있는 것이다. 대체로 헌법재판의 형식으로 권위주의적 통치행태에 도전하는 경우에 헌법재판소의 결정이유의 설시구조는 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.

106) 헌법재판소 결정 1996. 12. 26. 선고 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합)

재판소의 법개념조작방법을 보여준다. 여기서는 노동쟁의조정법 제30조 제3호의 강제중재제도가 없어도 같은 법 제40조 이하의 긴급조정과 이에 따른 강제중재만으로 충분히 국민경제나 국민의 공공복리보전의 역무를 감당할 수 있다고 보는 반대의견에 대하여 긴급조정제도와 강제중재제도의 차이를 먼저 거론하면서 그 합헌의 이유를 찾아나서고 있다. 즉, 헌법재판소는 이 양자간에는 쟁의행위의 발생여부 및 결정권자 등 두 가지의 면에서 차이가 있는 만큼 상호 별개의 목적과 역할을 수행하고 있으며, 따라서 긴급조정제도가 존재한다는 이유로 강제중재제도의 위헌성을 논의하는 것은 오류라는 의미로 판단을 이끌고 있다.

하지만, 이는 기본권제한을 규정한 헌법 제37조 제2항에 대한 명백한 법리오인에 해당한다. 즉, 헌법 제37조 제2항은 보충성의 원칙을 포함하는 과잉금지의 원칙을 선언하고 있는 것으로, 명백하고도 현존하는 위협으로부터 달리 공익을 보전할 방법이 없을 때 공권력을 동원하되, 그것도 필요최소한도에 그칠 것을 요구한다. 특히 현행 헌법의 경우 “그간의 국민경제적 성장과 노동관계법 영역에서의 체험의 축적을 바탕으로 공익사업체의 근로자와 사용자가 자율적인 타협에 의하여 노·사관계를 규율하도록 노·사관계법질서에 대하여 개방적이고 유연한 자세를 견지하고 있는” 상황으로 “단체행동권이 근로자에게 사용자와 대등한 교섭능력을 보장하는데 있어서 불가결”한 만큼, 헌법 제37조 제2항에 의하더라도 “근로자의 단체행동권의 정당한 행사는 원칙적으로 제한할 수 없다고 보아야 한다.” 하지만, “노동위원회의 강제중재회부결정 여부의 문제와 중재위원회의 중재재정 여부의 문제는 전혀 근로자측에서 관여할 수 없고 완전한 행정재량에 맡겨져 있”어 적법절차의 원칙에 반할 뿐 아니라, 행정편의주의적 고려에 의하여 보충성·최후성의 배려조차도 없이 “행정청이 필요에 따라 간이하게 동원할 수 있는 일반적 수단으로 변질될 가능성을 안고 있”는 것이다.¹⁰⁷⁾ 환언하자면, 긴급조정제도와 강제중재제도는 별개의 제도가 아니라, 공익사업장에서의 쟁의행위에 대한 국민경제 및 공공복리의 보호장치로서 성격을 공유하고 있다는 점에서 상호 중첩적인 것이되, 전자의 경우에는 적법절차의 요청을 어느 정도 준수하고 있는 반면 후자의 경우는 행정청의 독단적 처분에 의하여 이루어진다는 점에서 위헌성의 강도가 높은 것일 뿐이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 양자가 전혀 별개의 제도로 존재하는 것인 양 추론하고 이로

107) 위 사건중 김진우·황도연·이재화·조승형·고중석의 위헌의견

부터 합헌판단의 근거를 도출하고 있다.

5. 맺 음

이상의 사건들에 관한 헌법재판소의 결정을 일관하면, 지배이데올로기 특히 통치 이데올로기의 기본권보장에 대한 절대적 우월을 바탕으로 하고 있음을 알 수 있다.¹⁰⁸⁾ 국가안보라든가 기존질서의 유지와 같은 보수주의적, 권위주의적 가치관이 헌법재판소의 결정의 상당부분에 침윤하여 그 내용에 영향을 미치고 있는 것이다. 그리고 이러한 요인들은 모두 법개념이나 법적 상징들의 조작을 통하여 표출된다. 국가안전보장, 질서유지 등의 포괄적 상징과 입법형성권, 입법재량권과 같은 권력 분립의 원칙에서 도출되는 중간적인 개념들에서 기본권을 제한하는 현실적인 필요성을 은폐, 정당화시키는 수단을 마련하고 있는 것이다. 이 점에서는 소위 절대적 기본권에 속하는 양심의 자유나 기본권의 중핵에 있는 것으로 이해되는 표현, 집회, 결사의 자유, 또는 자기부죄금지의 원칙 등의 요소들이라 할지라도 선별적으로 제한될 수 있다는 일종의 죄형법정주의의 예외 내지 배제현상이 나타나는 것이다.

요컨대, 지배이데올로기에 의하여 그 내용이 규정되는 국가안전보장 및 사회질서의 유지는 어떠한 기본권에도 우월하며 이중기준의 원칙에서 요구되는 비례성, 최소성, 보충성의 원리는 입법자의 법형성의 자유, 또는 입법기술상의 한계에 의하여 희석될 수 있음을 근간으로 하고 있다 할 것이다. 그리고 이러한 포괄적 규정에 의하여 야기될 수도 있는 위헌적 법집행의 가능성은, 기속력에 대한 법적 보장이 완비되어 있지도 아니한 한정합헌결정의 방법에 의하여 헌법재판소가 스스로 그 법문의 의미를 규정하거나 또는 “법관의 재량적 해석”에 의하여 배제될 수 있다는 판단을 내리고 있다. 즉, 국가안전보장이나 사회질서유지라는 공익상의 요구는 (헌법 제37조제2항에 의하여) 국민의 모든 기본권의 희생위에서라도 실현되어야 하는 것이며, 그로 인하여 가능한 폐단은 독립성과 직역이 보장되는 (또는 보장되어야 하는) 법조 - 한정합헌결정을 내리는 헌법재판소를 포함 -에 의하여 방지 내지는 차

108) 이 점은 권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구 - 우리나라의 경우를 중심으로”, 서울대학교 법학, 33권 2호, 1992, 34면 이하에서도 지적되고 있다.

단될 수 있다는 도식을 바탕으로 하는 것이다. 결국 미국에서와 마찬가지로 “법원의 신화”가 이루어지고 있다. 다만 미국에서는 그것이 주로 국민들의 정서를 기반으로 이루어지고 있는 반면, 여기서는 법원 스스로의 결정에서 표출되고 있다는 점과, 미국에서는 법현실주의에 입각한 기본권중심적인 판단들의 결집¹⁰⁹⁾이 이러한 정서를 야기하고 있음에 반하여, 여기서는 기본권현실은 철저히 외면한 추상적인 법논리와 법적 상징만을 바탕으로 하여 이루어진다는 점에서 두 신화의 차이가 표출되는 것이다.

이렇게 전반적인 보수화성향속에서도 헌법재판소는 지배이데올로기가 작용하는 영역에서는 예외없이 보수적인 성향의 의견을 제시하면서 그 합헌판단의 준거를 심판의 이익이나 필요성에 관한 판단에서부터 본안의 실질적인 내용에 이르기까지 현상의 유지라는 맥락에서 추구하고 있다. 더러 현상을 변경시키는 판단이 나오는 경우에도 대부분의 경우 엄밀한 법논리를 제시하면서 실체적 요건과 절차적 요건의 준별, 입법형성권, 헌법재판의 구체적 규범통제적 성격 등을 들어 법추론의 틀에 의하여 기존질서의 합헌성을 주장하고 있다는 점이다. 즉, 헌법판단에 있어 그 준거를 헌법현실이나 기본권현실에서부터 추구하는가(개혁적 입장) 또는 헌법논리에서부터 추구하는가(보수적 입장)에 따라 상이한 결론이 이끌어지는 현상을 발견할 수 있다. 개혁적 입장은 「헌법에서는 ** 기본권을 보장하고 있다 → 그러나 ## 법률에 의하여 현실적으로 그 기본권이 침해되고 있다 → 따라서 ## 법률은 위헌이다」라는 삼단논법에 의거하고 있는 반면, 보수적 입장은 「기본권도 공익을 위하여 제한가능하다 → ## 법률은 공익을 위하여 기본권을 제한하고 있다 → 따라서 ## 법률은 합헌이다」라는 전혀 다른 삼단논법에 의거하고 있는 것이다. 여기서 기본권의 의미와 공익의 의미 그리고 이들간의 관계를 바라보는 시각을 제시하고 있는 것이 질서와 안보를 중심으로 하는 지배이데올로기(보수적 입장의 경우 : 여기서는 특히 그것이 입법형성권이라는 관념으로 표현된다) 또는 그에 대한 항의적

109) 참고로 미국연방대법원이 1954년부터 1974년까지 5년동안 이용한 사회과학적 지식들은 총1270개의 의견중 1/3에서 찾아 볼 수 있다고 한다. 그중 정치학(43%), 경제학(20.1%), 사회학(18.8%), 심리학(9.4%), 사학(3.4%), 인류학(1.3%) 등의 지식들이 각각 인용되고 있으며, 이러한 자료들은 선거법사건, 형사절차에 관한 사건 및 인종차별사건등에서 주로 이용되었다고 한다. H. J. Abraham, *The Judicial Process : An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, (New York : Oxford University Press, 1980), pp.248ff.

표현으로서의 대항이데올로기(개혁적 입장의 경우)인 것이다. 헌법재판소가 더러
내어놓고 있는 한정합헌결정은 이러한 두 이데올로기간의 대립 사이에서 헌법재판
소의 위상을 확보하기 위한 일종의 방편으로서의 의미를 가진다.¹¹⁰⁾

110) 이러한 헌법재판소의 위상정립의 노력은 사회보호법 사건에서 처음에는 심판의 이익이
없다는 이유로 각하결정을 내리다가 88헌가5등 사건에 와서 「선언적 의미」에서 본안결
정에 이르게 된 점에서도 미루어 알 수 있다.

IV. 법과정에서의 법담론양상 II

- 시민사회의 탈정치화전략

헌법에서 규정하고 있는 각종의 기본권보장에 관한 원칙들이나 통치구조와 관련한 권력분립의 원칙 등은 헌법재판의 본질상 헌법재판소의 결정에 핵심을 이루어야 한다는 점은 규범주의의 관점에서는 당연한 것이다. 그러나 구체적인 결정례들을 살펴 보면, 이러한 원칙이나 원리들이 당해 사건이 가지는 사안이나 개개의 재판관들의 성향에 따라서 서로 다른 함의를 가지고 선별적으로 채택되거나 경우에 따라서는 동일한 법문이나 관념에 대하여 상이한 상징이 부여되는 경우가 적지 않다. 더구나 위헌선언 또는 위헌의 소지가 있다고 인정한 결정의 거의 대부분에서 평등권 내지 평등의 원칙이 일반조항의 성격을 띠면서 그 이유로 제시되고 있는 것은, 헌법재판소의 판단에 있어서 아직까지도 구체적인 헌법사건에 적용하여야 할 기본권의 법리가 확립되지 못하였다는 미숙성을 보여 줄 뿐 아니라, 그것이 복잡한 법리적 판단을 회피하기 위한 수단으로 이용되면서, 국민이 가지는 기본권은 국가의 이익을 위하여 언제나 제한가능한 것이며 그 제한의 방법과 정도는 입법형성권에 해당하는 것이나, 다만 불합리한 차별은 허용되지 않는다는 형태의 법적 상징조작이 이루어지는 보수적 행태를 암시한다.

1. 정치관련사건과 입법형성권

헌법재판소는 정치관련사건으로 각종 공직선거관련 법률에 관한 59개의 사건에 대하여 3건의 위헌결정, 3건의 헌법불합치결정 및 5건의 한정위헌결정을 내렸다.¹¹¹⁾ 이들 사건에서 문제로 된 기본권은 주로 참정권과 평등권이며, 그것과 입법형성권과의 관계 및 국민주권주의의 실현형태에 관한 헌법의 해석을 중심으로 사건을 처

111) 2003. 1. 31 현재

리하고 있다. 그리고 이에 따라 헌법불합치결정 및 입법촉구결정의 의미와 효과, 허용성 등에 관하여 첨예한 의견의 대립이 나타난다.

가.기탁금제도

먼저 입후보자에 대한 기탁금 및 국고환수제도에 관한 88헌가6(1989.9.8) 및 91헌마21(1991.3.11)사건부터 살펴 보자. 이 사건에서 헌법재판소는 “헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 욕구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다”고 하면서 헌법해석에 있어서의 헌법재판소의 적극적·능동적인 역할을 정립하고 있다. 이에 국민주권주의를 실질적으로 해석하여 “국민이 ... 현실적으로 국가의 최고의사를 결정함으로써 실질적으로 주인역할을 해야 된다는 실질적 생활용 국민주권이론”임을 실시하면서 그것은 “민의반영을 최우선과제로 반(반)정도만 국민의 대표가 일을 하고 반(반)정도는 국민의 민의가 정치에 반영된다는 이른바 반(반)대표제 또는 반(반)정도는 국민이 직접 정치에 참여한다는 의미의 반(반)직접제로 확립”되어야 할 것이며, 우리 헌법상 그를 위한 수단으로 각종의 선거권과 국민투표권이 부여되고 있다고 한다.¹¹²⁾

그러나 국회의원선거법 제33조 및 제34조상의 기탁금제도는 그 액수가 너무 과중하고 또 합리적 이유없이 정당추천립후보자와 무소속립후보자를 차별함으로써 “절대다수가 민주주의에 대한 교육을 받았고 의식수준이 이렇게 높은데 거기에다 선거에 대한 열의도 대단”한 우리 국민들의 참정권의 행사를 불합리하게 제한하며, 나아가 “국민이 실질적인 주권자가 되는 것을 방해하는” 것으로 이는, “구시대의 차등선거제도를 활용한 주권행사의 제한적 규정으로 현실을 풀어갈 수 없고 모든 사람은 동등하다는 의식이 투철한 우리 국민 감정에 용인될 수 없”다고 선언하고

112) 헌법재판소는 이후에도 국민이 국회의원선거에 입후보할 자유는 “민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 자유와 권리이지, 규제 받고 관리 받아야 할 행위가 아니다”고 하면서도 “피선거권에 대한 제한은 당해 공직의 수행에 필요한 기본적인 능력 또는 자격의 요구나 선거의 공정성이라는 목적을 위하여 필요한 경우에 한하여만 행하여 질 수 있다.”라는 유보조항을 달고 있다. 헌법재판소 2001. 7. 19 선고 2000헌마 91·112·134(병합)

있다. 그리고 이렇게 불합리한 것으로 판단하게 되는 이유로서 “정당설립과 정당가입이 자유스럽지 못한” 우리 현실상 무소속후보자를 지나치게 차별하는 것은 입후보의 자유와 기회균등의 원칙에 반하기 때문이며, 우리의 경제상태나 기탁금제도에 대한 외국의 입법례에 비추어 보더라도 그 금액이 과중하며, 그의 국고귀속의 기준 역시 너무 높게 잡혀 있어서 “정직하고 유능한 인재는 의정단상에서 국민을 대변할 기회가 원천적으로 봉쇄되고, 다원사회의 다양한 대표가 의회를 구성하고 모든 이해관계를 수렴하고 합의를 찾아 운영함으로써 안정과 평온속에서 사회발전을 이룩해 가는 것을 장점으로 하는 의회민주주의가 육성될 수 없기 때문”이며, 또한 헌법상의 선거공영제의 원칙에도 위배되기 때문이라 한다.

국회의 입법형성권에 관하여서도, 기본권제한법률의 제정은, 특정한 법익보호의 필요성외에도, “다른 법익과 비교하여 어느 쪽이 더 본질적이며 정당하고 합리적인 것인가 그 비례의 원칙에 따라 판단해야 할 또다른 한계를 가지고 있다”고 한다. 그리고 개별적 법률유보가 종래 “형식적인 문리해석에 의존하여 입법으로 무엇이든 제한할 수 있다는 견해를 가지고 헌법을 해석하고 입법을 하여 왔다는 지적이 없지 않았다”는 비판하에 “정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차의 원칙에 반하고, 헌법이 위임한 권한에 벗어나는 것으로 입법형성권의 한계를 이탈”하여 “자의금지의 원칙에 반하는 입법”이자, “국민주권론과 자유민주주의 기본질서에 위배되고 본질적으로 국민의 참정권을 제한하고 박탈하는 기본권의 침해규정”이라고 주장하였다.¹¹³⁾

요컨대 이 두 사건에서는 “실질적 국민주권주의”와 “평등선거”를 바탕으로 하여 기탁금제도가 그것을 본질적으로 제한하는 “구 시대의 차등선거제도”의 유산으로 존재하여 왔다는 논지를 펴고 있다. 그렇지만 그것이 가지는 정치적 의미 - 상징성에 의하여 헌법재판소는 적극적으로 위헌선언을 하지 못하고 헌법불합치결정과 입

113) 기탁금에 대한 헌법재판소의 결정은 그 외에도 상당수 있다. 국회의원선거기탁금 2,000만원은 위헌(2001. 7. 19 선고 2000헌마91·112·134 병합), 시·도의원선거기탁금 700만원은 헌법불합치(1991. 3. 11 선고 91헌마21) 등 과다한 것이나, 대통령선거의 경우 3억원(1995. 5. 25 선고 92헌마 269·299·305 병합)과 기초의원의 경우 200만원(1995. 5. 25 선고 91헌마44)는 합헌판단을 내렸다. 또한 시·도지사 선거시 기탁금 5,000만원을 지역별 경제사정 등을 고려하지 않고 전국적으로 동일하게 한 것이나(1996. 8. 29 선고 95헌마108), 국회의원선거에서 일정한 요건하에 기탁금을 국고에 귀속시키는 것은 합헌이라는 취지의 판단을 내렸다.

법촉구결정으로 자제하는 태도를 보인다. 헌법재판소는 그 이유로서 1) 국회의 권위존중 및 본질적 기능의 보장, 2) 국회의 동질성보장과 선출조건의 평등성을 확보, 3) “실질적 주권론에 부합하는 합리적인 선거제도와 평등한 참정권의 보장이 확보되는 새로운 국회의원 선거법에 의하여 선출된 국회를 구성하는 것이 합당하기 때문에” 그리고 4) “헌법재판의 본질에 적합한 통일적, 조화적인 해석을 얻을 수 있기 때문”이라는 것 등을 들고 있다.

이 결정은 92헌마37등 사건과 더불어 국회의원이거나 지방의회의원의 선거에 있어서 무소속립후보자의 난립을 막는다는 명분하에 기존의 정당들이 자신들의 기득권을 확보하기 위한 제도적 방편으로 마련한 장벽을 평등권이라는 관념으로 무너뜨린 의미를 가진다. 여기서 무엇보다 중요한 의미를 가지는 것은 헌법재판소가 종래의 관행과는 달리 기탁금제도의 합리성에 관하여 적극적으로 판단하고 있다는 점이다. 즉, 목적의 정당성이 수단의 정당성을 당연히 내포하지는 않는다는 논리하에서 입법형성권이 가지는 수단의 선택대안도 나름의 한계를 지니는 것이며 이것은 정치적 고려가 상당부분을 차지하는 각종 선거법에 있어서도 예외일 수는 없다는 관념을 바탕으로 하고 있는 것이다.¹¹⁴⁾ 결국 일종의 이중기준의 원칙에 입각한 엄격한 심사(strict scrutiny)가 충실하게 행하여지고 있는 것이다.¹¹⁵⁾ 이러한 결정은 미국연방대법원이 “입후보할 수 있는 또 다른 대안이 없는 상태에서는 주정부가 지급능력을 벗어나는 기탁금을 요구하는 것은 헌법적 기준에 합치되지 않는다”는 판시과 유사한 구조를 가진다.¹¹⁶⁾

92헌마37,39 병합(1992.3.13)사건은 이 논의들이 연장된다. 국회의원선거법상의 정당연설회와 소형인쇄물의 배부제도등에 대한 조건부위헌결정에서 헌법재판소는,

114) 이는 「실질적 국민주권주의→ 참정권의 최대한의 보장 → 입후보의 자유 → 기탁금제도의 위헌」으로 이어지는 추론과정에서 종래 입법형성권의 영역내에 포함된다고 이해되던 기본권제한의 수단의 합리성여부에 관한 판단을 헌법재판소 스스로가 능동적으로 행하고 있다.

115) 예컨대, 2000헌마91·112·134병합사건에서는 “우리나라의 2000년도 전산업실질임금은 월 1,422,000원이고, 소비자물가지수는 1995년을 100으로 하였을 때 1989년은 68.2, 2000년은 121.5이다”는 식으로 구체적인 통계수치까지 제시하고 이를 바탕으로 기탁금제도가 젊은 층들에 대한 진입장벽을 형성함을 판단하고 있다.

116) *Lubin v. Panish* (415 U. S. 709, 1974) ; Laurence H. Tribe, *The Constitutional Protection of Individual Rights : Limits on Government Authority*, (New York : The Foundation Press, Inc., 1978), p.784 에서는 이 결정이 관점을 선거권 보다는 입후보를 통한 피선거권 내지 공무담임권이라는 측면에 두고 있다고 지적하고 있다.

“자유민주주의국가에 있어서의 선거제도는 유권자인 국민이 자유로이 입후보자를 선택하고 입후보자의 자유로운 의사가 발표되고 홍보될 수 있는 선거운동이 민주적으로 균등하게 행하여지게 보장되어야만” 한다는 전제하에 “무소속후보자와 정당 추천후보자를 선거운동에 있어서 지나치게 불평등하게 취급하거나 불합리하게 차별하는 법률규정을 두는 것은 국가존립의 기초가 되는 주권행사인 참정권의 본질적 내용을 침해하는 것”으로 위헌이라고 한 것이다. 국회의 입법형성권에 관하여서도 “특정 정당간의 협상에 의하여 자의적으로 선거법을 조정하는 입법권을 행사하거나 헌법이 보장하고 있는 선거운동의 기회균등을 침해하는 법규정을 설정한 것은 ... 입법재량의 범위를 넘어선 것으로서 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 반하는” 결과가 된다고 한다. 다만 선거일이 급박하며 전부위헌을 선언한다면 선거의 혼란을 야기할 우려가 있는 만큼 “법규정에 내재된 합헌적인 의미부분을 살려가면서 헌법배치적 상태를 제거하기 위하여” “이 법률의 결함을 그 법률속에 숨어 있는 내재적 규범의 의미를 발견하여 보완하는 제한해석”을 함에 이르렀다고 한다.¹¹⁷⁾

미국연방대법원의 판례의 영향을 받은 듯한 이러한 결정례들은 비록 정치적으로 민감한 사안이기는 하나 통치이데올로기의 의지가 강하게 작용하지 않는 부분에서 기존의 정치권에 대한 헌법재판소의 회의적인 태도와 더불어 헌법해석의 논리가 잘 투영되어 있는 예라고 할 수 있다. 입법재량권이 인정될 수도 있는 부분에서 단순한 합리성의 판단에만 그치지 않고, 능동적으로 입법의 실질적인 목적에까지 심사의 범위를 넓혀 자유민주적 기본질서의 근간을 이루는 정치적 기본권의 본질적 내용에 반하는 차등선거의 가능성을 발견하고 “모든 헌법적 상황을 종합적으로 재량하여” 그 법률의 내재적 규범의 의미까지를 구체적으로 발견하고자 하는 적극적 정책형성자로서의 헌법재판소의 기능을 설정하고 있는 것이다.¹¹⁸⁾ 그러나 앞의 두

117) 그러나 정당대표의 방송제도에 대한 소원부분은 매스컴의 영향력을 고려한다면 정의와 형평에 위반될 소지는 있으나 지역구후보자에 그러한 기회를 부여하는 것은 아니어서 지역구의 차원에서는 차등을 둔 것이라 할 수 없고, “정당정치의 일환으로 정당활동을 보장”하기 위한 것이므로 헌법재판소에 의한 규범통제의 방식으로 합헌성여부를 판단, 해결하기 어려운 입법정책의 문제라는 이유로 기각하였다.

118) 지방의회의원선거법 제28조등에 관한 90헌마28 (1991.3.11) 사건에서는 농업협동조합장 등의 겸직금지조항의 위헌성을 판단하면서 당해조합의 공법인성, 상근여부, 명예직여부등을 기준으로 하여 공법인의 임원이 지방의회의원이 된다면 이는 권력분립의 원칙에 반하는 것이나 특정계층의 자주적 협동체의 임원에 그치는 조합장에게는 겸직금지는 참정권 및 평등권의 침해가 된다고 판시하였다. 이에 한병채 재판관은 입법형성권을 들어 반대

사건에서 국민의 참정권 내지는 공무담임권의 의미나 그에 대한 기본권제한의 필요성과 합리성의 판단 보다는 오히려 평등의 원칙에 입각한 차별의 불합리성을 보다 중점적으로 거론하고 있는 것은, 전술하였듯이 헌법재판소가 기본권의 실질에 관한 보수적 견해에 입각하고 있음을 보여 준다. 또한 위헌선언과 불합치결정과의 본질적인 차별성을 규명하지 못한 채 단순히 입법촉구결정만으로 그치고 입법의 기준을 구체적으로 제시하지 못한 것은,¹¹⁹⁾ 조직으로서의 헌법재판소가 기존정치세력의 권력관계에 충분히 포섭되지 못한 현실을 고려한 것으로 보인다.

하지만, 그럼에도 불구하고 이 결정은 헌법재판소가 “실질적 국민주권”의 올바른 실천을 위한 헌법해석의 틀을 제대로 구성하지 못하고 있음으로 인하여 차후의 헌법판단과는 상당한 단절현상을 보여준다. 실제, 이 결정에서 나타나는 국민주권의 관념이나 정당 및 선거의 정치적 기능에 대한 헌법재판소의 입장은 그것이 여전히 고전적 자유주의관념에 입각하고 있다는 점에서 문제가 있다. 그것은 다양한 사회적 이해들이 부단하게 정치과정에 투입되고 처리되는 참여의 개념에서 있다고 하기 보다는 이미 제도화된-따라서 권위주의정권의 억압속에서 이미 형식화되어 버린- 선거제도와 언론의 역할에 한정되어 있기 때문이다. 그래서 헌법재판소가 취하고 있는 절차개념은 참여의 통로로서가 아니라, 여전히 권력의 정당화의 기제로서만 이해되고 있다.

도시계획의 시행여부나 실시시기는 관할 행정청은 그에 관한 광범위한 재량권을 갖는다..... 다만 도시계획의 시행주체인 행정청이 도시계획예정지로 지정한 뒤 적정한 기간 이내에 그 실시계획을 수립한 후 시행하지 아니하여 해당 토지소유자의 재산권행사를 수인할 수 없을

의견을 제기하고 있다.

119) 헌법재판소는 국회의원선거가 실시되기 전에 내려진 사건(2001. 7. 19 선고 2000헌마 91·112·134 병합)에서는 위헌결정을 선고한 적이 있다. 하지만, 기탁금의 액수 및 기탁금 반환요건이 합헌적이 되기 위한 기준을 명확히 제시하지 못함으로써 그 위헌결정이 소극적 저지효과만 가질 뿐, 입법을 향도하는 효과는 거두지 못하고 있다. 실제, 국회는 이 직후인 2001. 10. 8 공직선거및부정선거방지법 제56조 제1항 제2호를 2,000만원에서 1천5백만원으로, 기탁금반환요건으로 국회의원선거득표수를 유효투표 총수의 100분의 20 이상에서 100분의 15 이상인 때(제57조제1항제2호)로 각각 하향조정하였다. 하지만 이러한 선거법 개정은 헌법재판소의 결정취지를 받아들이는 것이라기 보다는 오히려 그것을 우회하여 계속 국회의원선거에 진입장벽을 만들어 놓겠다는 의미가 더 강한 듯이 보인다.

정도로 장기간 제한하는 경우에는 …… 해당 토지소유권자의 재산권을 침해하게 될 가능성이 있다. 그러나 이 경우 해당 토지소유자는 헌법상 보장된 재산권으로부터 도출되는 방어권에 기하여 도시계획예정지구의 해제를 요구하……는 등 재산권보호를 위한 적절한 대책을 세우지 아니한 입법자의 입법부작위를 다투거나, 그러한 점에서 불완전한 기존의 도시계획관련법 자체를 다투는 것은 별론으로 하고, …… 행정청의 부작위에 대한 위헌확인을 구할 수는 없다고 할 것이다.¹²⁰⁾

도시계획에 의하여 자신의 토지가 도로로 지정고시되어 20여년간이나 사실상 도로로 이용되고 있고, 그 주위의 건물들은 이미 이 사실상의 도로를 전제로 건축되어 사용되고 있는 실정에서 청구인이 관할행정청을 상대로 그 토지의 수용을 요구하였지만, 헌법재판소는 이를 행정재량권으로 이해하면서 일정한 작위의무가 없기 때문에 청구를 각하한 사건이다. 강단에서 말하는 행정재량개념을 충실하게 반영하고 있는 이 결정은 그럼에도 불구하고 청구인의 지위를 전통적인 권리-의무의 관련속에서만 파악하고 있다. 이 결정이 말하는 도시계획의 해제청구나, 입법부작위의 다툼은 청구제기기간의 문제 또는 입법재량 내지는 국가재정의 문제 등으로 인하여 청구인의 입장에서는 별다른 소용이 없는 것임을 애써 외면하면서, 주어진 문제를 해결하기 위한 ‘헌법적’ 방안의 마련을 회피하고 있는 셈이다. 이는 청구인에 있어서의 당해 재산권의 의미라든가 또는 그가 이 청구제기로써 무엇을 지향하는가, 그리고 그 의도에 대하여 행정청과 헌법재판소는 무엇을 할 수 있으며 또 하여야 하는가의 문제지향적, 상황관련적 판단을 헌법재판소의 역할에서부터 배제함을 의미한다. 청구인이 그 주장의 기반으로 전제하고 있는, “국민 각자를 단위로 개개인의 기본권으로서 국정을 창조하고 형성하는 개인의 정치적 권리이며 정치적 의사로서 자기의 권익과 행복을 추구하는 가장 중요한 수단”이어야 할 실질적 국민주권의 원리가 행정과 입법, 그리고 사법과정에서 조차 부인되고 있는 것이다.

나. 선거운동 및 정치적 표현의 자유

120) 도로예정지 미수용 위헌확인, (1996.11.28. 92헌마237 전원재판부)

선거운동 및 그에 수반하는 표현의 자유는 민주주의의 핵을 이룬다. 특히 우리 헌법 등 근대적·서구적 입헌주의의 본질요소를 이루는 대의제체제를 취하고 있는 경우에는 이러한 자유는 통치기관의 구성이라는 외형적 헌법행위로서의 의미뿐 아니라 정치권력과 그들의 차후의 정책결정에 대한 민주적 정당성을 부여하는 가장 중요한 메카니즘을 이룬다는 점에서 중차대한 의미를 가진다. 더 나아가 선거과정에서 선거운동의 형식을 빌어 정책에 대한 비판, 정치적 의견이나 견해의 제시 등의 행위를 통하여 자신의 정치적 입장에 대한 동조자를 모으로 그것을 하나의 정치적·국가적 의제로 설정할 수 있는 기회를 확보한다는 점에서 다양성·다원성을 바탕으로 하는 현대민주주의 내지는 국민주권주의의 핵심적 틀을 형성하게 된다.

이는 헌법재판소에 의해서도 확인되는 것으로, 헌법재판소는 실질적 국민주권의 원리라는 법리를 제시하면서, 대의제도를 취하고 있는 국가에서는 “선거야말로 국민의 의사를 체계적으로 결집하고 수렴하고 구체화하는 방법으로 국민의 정치적 의사를 형성하는 가장 합리적인 절차이며, 따라서 국민의 의사가 얼마나 굴절없이 정당하게 반영되느냐의 여부가 통치권의 정통성과 정당성을 담보하는 핵심이며 생명”이라고 단호하게 선언하고 있다.¹²¹⁾ 하지만, 그럼에도 불구하고 미국¹²²⁾ 등 선진 제국에서는 거의 절대적 권리로까지 보호받고 있는 선거운동이나 정치적 표현에 대하여는 상당히 유보적인 입장을 견지하고 있다.

헌법재판소의 결정례 중에서 선거운동과 관련한 사건은 대체로 선거운동의 주체, 시기 및 방법에 관한 헌법상의 다툼을 다루고 있다. 여기서 무엇보다도 주의를 기울여야 할 것은, 선거운동을 할 수 있는 자의 범위는 시기 혹은 방법과 관련한 문제와는 달리 선거운동의 원천적 봉쇄를 의미하는 만큼 보기나름으로는 가장 심각한 헌법문제를 야기한다는 점이다. 하지만 헌법재판소는 이러한 부분에 대하여는 별다른 고심의 흔적을 보이지 않는다. 헌법재판소는, 정당등을 제외한 각종 단체에

121) 헌법재판소 1991. 3. 10 선고 91헌마21

122) 이의 대표적인 예가 자가지배(self governing)의 원칙의 연장선상에서 표현의 자유 특히 수정헌법 제1조의 의미를 이해하고자 한 A. Meiklejohn이다. 그는 미국헌법상의 기본권조항이라는 것은 미국헌법의 맥락에서 이해할 때에는 그것은 자연권이나 인권의 연장에서 규정된 것이 아니라, 오히려 제한정부의 이념을 바탕으로 “중국적으로는 미합중국의 인민들이 스스로를 통치한다는 기본적인 미국의 정치적 합의가 표현”된 것으로 보고자 한다. A. Meiklejohn, “Testimony on the Meaning of the First Amendment,” in: A. Meiklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965).

대하여는 선거운동을 금지하면서, 노동조합에 대하여만 예외적으로 이를 허용하고 있는 공직선거및선거부정방지법 제87조 단서가 평등원칙에 위배되는지에 관하여 합헌판단을 내렸다.¹²³⁾

이 사건에서 헌법재판소는 우선 대의민주제의 원리상 국민의 참정권 특히 선거참여권은 최대한 보장되어야 함을 인정하면서 동시에 “금권·관권 등으로 인한 타락선거를 막고 아무런 제한 없는 과열된 선거운동으로 인하여 발생할 사회경제적 손실과 부작용을 최소화하며 국민의 진정한 의사를 제대로 반영하기 위하여” 선거의 공정성 또한 그에 못지 않게 중요함을 강조한다. 그리고 바로 이 선거의 공정성 확보를 위하여는 “선거운동에 관한 어느 정도의 규제가 불가피함을 쉽사리 알 수 있다”고 단언한다. 그리고 이러한 “어느 정도의 규제”가 정당이 아닌 단체에 집중되어 그들을 선거운동으로부터 원천적으로 배제하고 있는 선거법의 규정을 정당화하는 근거로 원용된다.

헌법재판소는 그 “규제”의 합헌근거를 다섯 가지를 든다. 첫째, 정당이 아닌 단체가 선거운동을 할 수 있게 되면 “민주정치의 건전한 발전을 도모하려는 정당법의 입법취지가 몰각”될 뿐 아니라, “정당의 요건을 갖추지 아니한 채 정당에 준하는 각종 정치활동을 하는 단체의 난립으로 인하여 우리 정치문화의 퇴행을 가져올 우려가 있다.” 둘째, 선거의 과열, 금권 내지 상호비방 등에 의한 혼탁선거 등의 우려가 발생한다. 셋째, “각종 단체와 이해관계를 맺고 단체의 힘을 등에 업은 후보자와 그렇지 못한 후보자간에 실질적인 기회균등의 면에서 불공평이 발생”하고 “진정 국민과 지역구민의 이익을 대변할 수 있는 후보자 보다는 단체이기주의나 집단이기주의를 대표하는 후보자가 당선될 가능성이 많게 되”며, “개인적 연고를 토대로 조직된 각종 친족단체, 지역단체, 학연(學緣)단체 등이 선거에 깊숙이 개입함”으로써 공직선거가 “정실(情實)과 친소관계, 지역감정 등에 의해 좌우되는 결과를 초래할 수” 있고 나아가 “친정부적인 각종 관변단체와 반정부적인 각종 재야단체의 자의반(自意半) 타의반(他意半)의 충성경쟁적, 정략적, 공명위주의 성명서(聲明書)등이 난무할” 것으로 이는 공명선거에 반한다. 넷째, “구성원의 뜻과는 상관없이 간부 몇 사람만의 의견으로 단체의 이름을 빌려 특정 정당이나 후보자에 대한 지지 또는 반대의 의사를 표명할 경우도 상정”할 수 있다. 다섯째, 각종 단체를 일정한 기준에 따라 선별하여 그 어느 것은 선거운동을 허용하는 방법은 “실제로는 각종 단체의

123) 헌법재판소 결정 1995.5.25. 선고 95헌마105

설립목적, 성격, 규모 및 그 구성원의 성격 등의 다양성과 복잡성에 비추어 입법기술상 용이한 문제가 아”니다.¹²⁴⁾

한마디로 헌법재판소는 “선거권과 피선거권이 없으며 정당과는 달리 헌법상 그 지위와 활동에 관하여 특별한 보호나 보장을 받지 못하는 일반단체”에 대하여는 참정권의 기본권주체성을 실질적으로 부인하는 판단을 내리고 있는 것이다. 하지만, 이러한 판단은 관제선거·동원선거 등의 권위주의 통치시대의 잔재를 극복하고 공명선거의 기틀을 마련하고자 하는 순기능적 입법의도에 편승하여 국민의 정치적 결사의 자유 및 정치적 표현의 자유에 대한 심각한 침해현상을 정당화시키는 참여배제의 전략이라 할 수 있다. 즉, 헌법재판소가 계속하여 확인하듯, 실질적 국민주권의 원리를 실천하고 국민의 정치적 기본권을 최대한 발휘하게 하여야 한다는 헌법적 명제를 전제로 한다면, 그에 대한 규제입법의 위헌여부판단은 미국연방대법원이 취하고 있는 엄격심사(strict scrutiny)에 갈음할 정도의 심사기준을 적용하여야 함에도 헌법재판소는 의도적으로 이 기준을 회피하고 있는 것이다.

부연하자면, 일반단체가 선거운동에 참여하게 될 경우 공명선거의 원칙에 반하는 행태가 예상될 수 있음은 분명하지만, 그럼에도 불구하고 그 위험을 저지하기 위한 입법수단의 선택은 보충성의 원리 - 혹은 ‘보다 덜 제한적인(less restrictive)’ 규제의 방식을 취하여야 함에도 헌법재판소는 이 부분에 대한 판단을 하지 않고 있는 것이다. 이 부분에서 헌법재판소는 두 가지의 판단을 회피한다. 첫째, 헌법 제21조 제1항상의 표현의 자유와 결사의 자유가 본질적으로는 가장 정치적인 국민의 권리이자 동시에 대의체제하에서는 선거과정에서 가장 고조된 형태로 발현될 수 있는 권리임에도 불구하고 그것이 선거법상의 제한과 관련하여 어떠한 의미를 가지는지에 대한 판단을 내리지 않는다. 특히 이 사건에서 문제로 된 “정당이 아닌 단체”는 헌법상의 결사의 자유의 핵심적인 구현형태이며 이를 통하여 국민들은 보다 강화된 표현의 자유를 누릴 수 있게 됨에도 그것이 어떠한 과정을 통하여 제한될 수 있는지에 대한 판단이 누락되어 있다. 둘째, 그와 동시에 선거운동의 폐해를 방지하기 위한 선거법집행의 문제와 선거운동의 능력(가능성)을 한정하는 것은 전혀 별개의 문제임에도 불구하고 양자를 단선적으로 동일시함으로써 과잉제한의 우를 야기한다. 이는 유사한 법리의 적용이 가능한 직업의 자유의 법리와 비교할 때 더욱

124) 이 판단은 이후 1997. 10. 30 선고 96헌마94; 1999. 11. 25 선고 98헌마141 사건에서 재확인되고 있다.

두드러진다. 즉, 헌법재판소는 독일의 이론을 차용하여 직업의 자유에 대하여는 소위 3단계이론-직업종사의 자유의 제한(1단계), 주관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한(제2단계), 객관적 사유에 의한 직업결정의 자유의 제한(제3단계)-을 적용하여 제3단계의 진입제한은 엄격한 심사-헌법재판소는 이를 “엄격한 비례의 원칙”¹²⁵⁾이라 한다-의 대상으로 하고 있다. 그래서 검찰총장의 일정기간 공직취임금지(구검찰청법 제12조 제4항),¹²⁶⁾ 주세법 제38조의7 제1항의 자도소주 100분의 50 이상 구입명령제도,¹²⁷⁾ 골프장업에 대한 취득세의 중과세,¹²⁸⁾ 지적측량업무를 비영리법인에게만 대행시킬 수 있도록 한 지적법 제28조 제2항,¹²⁹⁾ 약사법인설립을 금한 약사법 제16조 제1항¹³⁰⁾ 등은 이미 위헌으로 판단되기도 하였다. 헌법재판소는 직업의 자유와 같이 경제적 성격이 강한(그래서 상대적으로 헌법상의 보호강도가 약한) 기본권의 경우에는 엄격한 심판기준을 적용하면서 결사의 자유와 표현의 자유 등 헌법상의 보호강도가 강한 기본권에 대하여는 하등의 이유설시도 없이 단순 비교형량에 의해서 판단하는, 일종의 “전도된 이중기준의 원칙”을 선택하고 있는 것이다.

이러한 법추론상의 오류는 그 이후 동종의 사건이라 할 공직선거및선거부정방지법 제87조 단서 위헌확인사건¹³¹⁾에서 두드러진다. 여기서는 노동조합만 선거운동을 할 수 있도록 한 것은 그외의 일반 사회단체에 대한 차별이라는 주장에 대하여 헌법재판소가 합헌판단을 내리고 있다. 헌법재판소는 그 이유로서 우선 노동조합은 “근로자들이 자주적으로 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모할 목적으로” 결성된 단체인 반면, 일반단체는 “그 설립목적이 노동조

125) 헌법재판소 결정 2002. 4. 25 선고 2001헌마614. 실제 헌법재판소는 선거운동은 “국민 주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로, 선거운동의 허용범위는 아무런 제약 없이 입법자의 재량에 맡겨진 것이 아니고 그 제한입법의 위헌 여부에 대하여는 엄격한 심사기준이 적용된다”고 하여 미국연방대법원이 말하고 있는 이중기준의 원칙을 그대로 적용할 뜻을 밝히기도 하였고 이를 적용, “선거의 공정성을 해칠 우려가 없는” 유권자까지 선거운동을 금지하는 구대통령선거법은 이들의 선거운동의 기회를 박탈하는 것으로 위헌이라고 판단하기도 하였다. 헌법재판소 결정 1994. 7. 29. 선고 93헌가4,6(병합)

126) 헌법재판소 1997. 7. 16 선고 97헌마26

127) 헌법재판소 1996. 12. 26 선고 96헌가18

128) 헌법재판소 1999. 2. 16 선고 96헌바64

129) 헌법재판소 1992. 5. 30 선고 2000헌마81

130) 헌법재판소 2002. 9. 19 선고 2000헌바84

131) 헌법재판소 결정 1999. 11. 25. 선고 98헌마141

합과는 다르고 그 조직이 헌법에 규정된 것도 아니며, 그러한 조직을 형성할 의무가 있는 것도 아니”라고 하면서 노동조합이 선거운동을 할 수 있게 한 것은 “조합원의 복지향상을 도모하기 위한 목적달성에 필요불가결한 수단에 해당”되기 때문에 이러한 차별적 대우는 합리적 차별로서 합헌이라고 판단한다. 즉 노동조합의 경우 “조합원인 근로자의 권익에 직접 관계되는 입법 또는 행정조치 등을 촉진하거나 반대하여 그 목적을 달성하려면 조합의 정치활동이 허용되어야 하고, 이러한 정치활동은 노동조합의 목적 범위 내의 행위로 해석되기 때문”인 것이다.

하지만, 이 결정 역시 노동조합과 일반결사의 차이를 헌법적인 측면에서 설명한 것이라기 보다는 해당 법조를 합헌판단하기 위하여 무리하게 그 차별성을 강조한 것에 지나지 않는다. 실제 헌법에서 단결권을 규정하고 있는 것은 일반결사에 비하여 노동조합의 경우 근대 이래 국가적 혹은 경제·사회적 억압의 빈도와 정도가 극심하였음에 대한 반성적 차원에서 노동조합을 보호하고자 하였던 것이지 그것이 정당의 경우와 같이 노동조합을 국가의 정치과정에 공식적으로 편입하고자 하였던 것은 아니었다. 환언하자면 노동조합은 그 법적-헌법을 포함하여- 성격에 있어 일반 결사와 본질적으로나 실체의 측면에서 차별적 대우를 정당화할 만큼 상이한 것은 아니라는 것이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 마치 이러한 헌법규정상의 차이를 본질의 차이로 이해하고 그에 대한 차별대우를 합헌이라 판단하고 있는 것이다.¹³²⁾

2. 표현·언론의 자유와 헌법적 상징체계

가. 정치권력의 규율대상으로서의 표현의 자유

132) 이 부분에서 김문희, 이재화 재판관의 반대의견은 적실성을 가진다. 실제 다수의견은 노동쟁의에의 제3자개입금지를 규정한 구노동조합법 제12조의2를 합헌이라 판단한 사건(헌법재판소 결정 1993. 3. 11. 선고 92헌바33)에서 노동조합의 활동영역을 극도로 축소시킨 사례와는 정반대의 논리를 내세우고 있다는 점에서도 문제적이다. 즉 헌법재판소는 제3자개입을 허용하게 되면 “근로자의 단결과 단체교섭은 노동관계당사자의 위험부담 아래 진행되면서도 근로자의 근로조건의 유지·향상 등과는 관계없는 목적에 의하여 왜곡될 수”도 있다고 하여 노동쟁의가 제3자로 상징되는 “사회화”의 수준으로 확장되는 것을 금하고 있으면서 이 사건에서는 노동자의 권익향상을 위하여 노동문제의 “정치화”는 긴요하다는 식의 모순된 판단을 내리고 있다.

정치부분에 관한 헌법재판소의 전술한 성향들은 시민사회에 관하여도 마찬가지로 모습을 보인다. 보기 나름으로는 상당한 결정들이 시민사회의 형성·유지에 필요한 기본권을 보장하고 그 실현을 추구하는 듯한 내용을 담고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 지배이데올로기를 관철하기 위한 무리한 법도그마를 강요하거나 또는 은연중에 권리-의무의 테제를 대입함으로써 고전적인 의미에서의 자유관념을 바탕으로 또다른 배제와 지배의 가능성을 배태하고 있다.

실제 시장모델(marketplace model)에 대응하여 자가지배(self governing)의 원칙의 연장선상에서 표현의 자유를 이해하고자 한 A. Meiklejohn은, 헌법상의 기본권을 철저히 공적인 것, 즉 정치적인 개념으로 포착하면서, 수정헌법 제1조는 “대표자를 선출하는 ‘선거인’으로서의 능력”을 인민들에게 부여하는 조항이며, 이 점은 “우리 인민들이 결정적인 의미에서 다른 위임된 권력에 의하여 우리를 통치하는 자들을 능동적으로 통치하도록 함”을 의미한다고 주장한다.¹³³⁾ 즉, 인민들이 진정으로 정치적 지배권을 가지는 자가 되기 위하여는 첫째, 국민들은 공공문제를 판단함에 있어서 자유롭고 독립적이어야 하며, 둘째, 선거에서 그들이 판단하는 바에 따르는 결론이나 신념을 자유롭고 독립적으로 표현할 수 있어야 한다고 보는 것이다. 그래서 이러한 자유를 실현하기 위하여는 사고나 사실관계, 과학이나 허구, 운문이나 산문, 신념이나 의심, 감상이나 목표 또는 정보나 논쟁거리 이 모든 것들이 그들의 결심을 이끌어내는 데에 도움이 될 수 있어야 함을 주장한다. 이에 그는, 표현의 자유란 인민들을 정치화시키는 가장 유력한 수단으로서 그 어떠한 국가적 이익보다 상위에 위치하는 절대적인 기본권을 파악한다. 특히 그에 의하면, 그 어떠한 언술도 그에 반대되는 언술이 보장된다면 마찬가지로 동등한 보장을 받아야 한다. 그래서 전시에 전쟁의 정당성을 주장하는 언술이 자유의 보호대상이라고 한다면, 그와 동등하게 전쟁의 부당성을 강조하는 언술도 보장되어야 하며, 영국이나 소련이나 독일에 비하여 미국이 우월하다는 주장에 대하여 그 반대의 주장의 경우에도 마찬가지로 하는 것이다.¹³⁴⁾

133) A. Meiklejohn, “Testimony on the Meaning of the First Amendment,” in: A. Meiklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965).

134) 이와 같은 이해는 엄격한 해석주의를 취하고 있는 Black 대법관의 의견에서도 드러난다. 그는 Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies, 312 U.S. 287(1941)에서 반대의견을 내어 “공적 문제에 대하여 말하고 저술하는 자유는 … 우리 정부에 필수적인

하지만, 우리 헌법재판소의 경우 이러한 Meiklejohn의 논의와는 정반대되는 방향으로 표현의 자유를 이해하고자 노력한다. 표현의 자유 특히 언론의 자유가 정치적 정보를 공유함으로써 인민들의 정치적 의식을 계발하고 육성하는 기능에 대하여는 가능한 한 통제하고자 하는 경향을 보이고 있는 것이다. 그래서 헌법재판소는 표현의 자유가 가지는 총론적인 의미는 충분히 인정하면서 동시에 각론적 의미는 한정적으로 해석하는 이율배반적 모습을 보인다.

그의 대표적인 예가, 정정보도청구권을 규정한 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원사건¹³⁵⁾이다. 여기서 헌법재판소는 사안의 핵심을 언론의 자유와 인격권 및 사생활의 자유의 대립의 문제로 보고 정정보도의 개념을 반론권의 의미로 변환시킴으로써 그 조항의 효력을 유지시키고 있다. 그러나 그러한 결론에 이르게 되는 과정에서 헌법재판소는,

언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 한 특징이다. …… 법이 정한 정정보도청구권은 …… 이른바 “반론권”을 뜻하는 것으로서 헌법상 보장된 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 그 바탕을 둔 것이며, 나아가 피해자에게 반박의 기회를 허용함으로써 언론보도의 공정성과 객관성을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수도 있다는 뜻도 함께 지닌 것이다.

위의 인용은 위에서 말한 기본권을 포괄하는 존재로서의 국가라는 관념이 충실하게 반영되어 있다. 언론의 자유가 가지는 본질에 관하여 민주주의의 수단이라는 이론과 인격의 발현이라는 이론 등으로 나뉘고는 있지만, 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이를 “민주국가의 존립과 발전을 위한 기초”로 규정하면서 국가중심적 사고의 틀을 놓치지 않고 있다. 즉, 언론의 자유를 국가작용의 영역내로 포섭함으로써 그것을 시민사회의 문화와 의미, 가치의 형성에 실현하는 기제로서 파악하기 보다는, 국가내적인 “제도”로서 공식화시킨다. 한마디로 “제도로서의 언론보장”론이 제기되는 것이다. 여기서는 언론을 통한 의견과 감성의 다양하고도 다층적인 표현,

것이다. 실제 이 특권은 우리 정부의 심장이다! 만약 이 심장이 약해진다면, 치명적인 결과를 야기할 것이다. 그것이 멈춘다면(stilled) 결과는 곧 죽음일 따름”임을 단호하게 선언하고 있다.

135) 1991.9.16. 89헌마165 전원재판부

그리고 이에 따른 의미 및 가치의 형성을 가능케 하는 자율적인 시민사회의 구축은 제도로서의 언론에 대한 “언론보도의 공정성과 객관성”을 향상시키기 위한 국가적 통제가 복선으로 내재되어 있는 것이다. 소위 제도보장론을 통한 「언론의 공적 과업론」¹³⁶⁾이 가지는 이데올로기성이 여기에서 다시 구현되는 셈이다.

정기간행물의 등록에 관한 90헌가23 (1992.6.26) 사건은 우리 헌법재판소가 언론의 자유에 대하여 가지는 두 가지의 입장을 가장 잘 대변하는 사건이다. 우선, 언론기관이 일종의 이데올로기적 도구라고 할 수 있다는 점에서 그의 통제는 통치권력의 관심사가 된다. 따라서 앞서 살핀 공안사건과 유사한 구조의 결정이 나타나게 되는 것이다. 먼저 헌법재판소는 “언론·출판의 자유는 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권이며 이를 최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의헌법의 기본원리의 하나”임을 인정한다. 즉, 그것은 우리 헌법상의 인권목록중 가장 고차원의 필수불가결한 책임을 선언하고 있는 것이다. 그러나, 그러한 중차대한 인권도 그 자체로서 방임할 경우 “공공의 이익”에 반할 경우가 발생할 것이라는 위협성의 예측을 바탕으로 “그 기능을 실질적으로 보장하고 활성화하기 위하여는 언론기관과 정기간행물인 신문 등의 발행을 업무로 하는 보도 및 출판매체가 건전하게 존립되고 운영되는 것을 전제”로 하여야 한다고 선언한다. 즉, 언론·출판의 자유는 최대한 보장되어야 하되, 그것은 언제나 “공공의 이익”에 부합하는 방향으로 실천되어야 하며 이를 위하여 “보도 및 출판매체”의 건전한 존립과 운영이 담보되어야 한다는 것이다. 자유를 선언하면서 동시에 그 자유가 실현되는 조건으로서 일정한 통제를 인정함으로써 자유와 통제라는 보거나름으로는 양립불가능한 두 개념을 상호 조건-효과의 관계속에 엮어 두는 것이다. 바로 이 점에서 언론·출판매체의 건전한 존립이라는 개념은 언론·출판의 사회적 기능과 역할로 이어지면서 그것을 보장하기 위한 국가의 언론·출판에 대한 규제가 정당성을 획득할 수 있는 계기를 확보하게 된다.

언론매체가 ... 중요한 사회적 기능을 수행하고 있는 것은 사실이나 이는 한편으로 그 기능의 영향력이 사회적으로 지대한 만큼 공공의 이익 뿐만 아니라 개인의 기본권인 사생활의 자유와 명예의 보장 등 타인의 기본권과 깊은 관련이 있는 것으로 그에 따른 헌법상의 책임과 의무도 수반

136) 이는 박용상, 언론의 공적 과업, 서울대학교 법학박사학위청구논문이 대표적이다.

되는 것이다.

그리고 언론의 자유라는 주관적인 기본권의 보장과 “언론기업의 주체인 기업인으로서의 활동”은 전혀 다른 범주에 속하는 것으로, 후자는 “사회일반의 권리주체 또는 기업으로서 규제받아야 하는 객관적인 사회구성원으로서의 책임”을 지는 존재인 만큼, “정기간행물 발행인에게 법률로써 언론의 건전한 발전과 그 기능의 보장을 위하여 일정한 시설을 갖추어 등록하게 하는 것은 언론자유와 본질적인 내용의 간섭과는 엄연히 구분하여 이해하고 검토하여야 하는 것”임을 강조한다.

언론·출판업무의 내용에 있어서는 부당한 침해와 간섭으로부터 두터운 법적 보호를 받아야 하는 것이 마땅하지만 언론·출판기업이 사회구성원의 일원인 권리주체로서 존속·운영되기 위하여 필요한 일정한 시설을 갖추어 있어 공공의 이익과 사회질서유지를 위하여 필요한 범위내에서 일반 법률에 따라 등록하게 하고 그의 규제를 받게 하는 것 자체가 곧 위헌적인 것이라 할 수 없다. ... 정기간행물발행에 관한 법률규제는 헌법에 의하여 유보된 입법권의 재량에 속하는 사항이며, 그 법률의 내용이 과잉입법금지의 원칙 ... 언론·출판의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것이냐 하는 것은 별개로 보아야 할 것이다.

이러한 사고는 정기간행물의 납본제도에 관한 합헌결정¹³⁷⁾에서도 반영되어, 이 납본제도는 질서유지의 목적을 위하여 정기간행물에 대한 국가적 감시, 견제의 수단으로 정당성을 가진다고 하여, 언론이 그 자체로서의 존재의의를 가지기 보다는 전체로서의 국가에 대한 하나의 수단적인 지위에 머물러 있음을 간접적으로 시인하고 있다. 그래서 언론은 사전검열의 대상은 될 수 없으며, 강약의 차이에 불과한 또다른 검열의 기제로 작동할 여지가 농후한 납본제도와 같은 광범위한 국가적 통제하에 놓이게 되는, 국가중심적 사고의 일단을 보인다.

헌법상 보장된 언론·출판의 본질적 자유에 속하는 표현의 자유가 강력하게 보장되어야 한다는 것과 언론·출판의 자유를 현출하는 매체가 하나의 기업으로서 객관적인 시설기준을 갖추고 일반 법질서에 규율되어야 한다는 것은 엄연히 구분하여 파악하여야 할 것이며, 더구나 신문 등 정기간행물의 발행은 외형적이고 객관적인 물적 시설을 갖추어 그 기능을

137) 정기간행물의 등록등에 관한 법률 제10조 제1항 등에 대한 헌법소원(1992.6.26. 90헌바26 전원재판부)

보장함으로써 건전하게 현출되는 것이기 때문에 그 시설에 필요한 사항을 법정하여 등록하게 하는 것은 언론·출판의 자유의 내재적이고 본질적인 보도의 내용을 검열하고 간섭하는 것과는 다른 것이다. 언론·출판업무의 내용에 있어서는 부당한 침해와 간섭으로부터 두터운 법적 보호를 받아야 하는 것이 마땅하지만 언론·출판기업이 사회구성원의 일원인 권리주체로서 존속·운영되기 위하여 필요한 일정한 시설을 갖추에 있어 공공의 이익과 사회질서유지를 위하여 필요한 범위내에서 일반 법률에 따라 등록하게 하고 그의 규제를 받게 하는 것 자체가 곧 위헌적인 것이라 할 수 없다.¹³⁸⁾

위의 인용사건은 가장 정교한 논리조작을 통하여 이러한 언론통제장치의 존재를 정당화한다. 여기서는 세 가지 층위의 법적 상태가 논의된다. 언론기업의 구성원으로서의 개개인이 가지는 언론의 자유와, 언론기업의 언론의 자유, 그리고 기업의 영업활동의 자유의 문제가 그것이다. 물론 헌법재판소는 이러한 구분을 바탕으로 정기간행물의 등록제는 마지막의 문제, 즉 기업의 영업활동과 관련된 문제로서 파악하고 이 부분에 관련되어서는 공공의 이익과 사회질서유지를 위하여 필요한 범위내에서 국가적 통제가 가능함을 판시하고 있다. 그러나 이러한 구분 자체가 현실적인 차원에서 가능한가의 문제는 차치하더라도 이렇게 나누어지는 각부분들이 각자의 독립성을 그대로 유지한 채 즉, 다른 부분에 대한 영향을 미치지 아니한 채 별도의 법적 규율이 가능할 것인가의 문제는 전혀 언급되어 있지 않다. 개인의 의견이나 의사, 감정이 불특정다수에게 표현되는 매체로서의 언론기관은 자본주의적 시장체제에서는 필연적으로 상업적 유통망을 따라 작동하게 된다. 인격의 표현으로서의 언론이 시장경제원리와 결합하는 것이다. 개인의 인격-언론매체-시장은 그래서 관념상으로는 구분가능하나 언론의 자유라는 틀속에서는 상호 긴밀하게 결합되어 그 어떠한 것을 다른 어떠한 것과 구분한다는 것 자체가 이 모든 연관의 고리를 끊어 버리는 셈이 된다.¹³⁹⁾

사죄광고의 위헌성을 선언한 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건¹⁴⁰⁾은

138) 정기간행물의등록등에관한법률 제7조 제1항의 위헌심판(1992.6.26.선고. 90헌가23 전원재판부)

139) 음반에관한법률 제3조 등에 대한 헌법소원 (1993.5.13. 91헌바17 전원재판부) 역시 마찬가지로 논의가 가능하다.

140) 1991.4.1. 89헌마160 전원재판부

이러한 개념조작을 다시 한번 심화시키고 있다.

사죄광고의 강제는 …… 침묵의 자유의 파생인 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이며 따라서 우리 헌법이 보호하고자 하는 정신적 기본권의 하나인 양심의 자유의 제약(법인의 경우라면 그 대표자에게 양심표명의 강제를 요구하는 결과가 된다.)이라고 보지 않을 수 없다.

마치 “버로즈(Burroughs)는 컴퓨터를 제조하고 판매하는 회사였다”라는 법원의 사실인정설시와 같은 표현을 보는 듯하다.¹⁴¹⁾ 양심의 자유를 법인에까지 확장하고 있는 이 결정은 마치 노동자가 아니라 버로즈라는 회사가 컴퓨터를 제조·판매하는 실체인 것처럼 사실관계를 확정하는 미연방대법원의 행태와 동일하다. 헌법재판소는 민사소송에서의 법인의 당사자능력을 유추하면서 법인이나 기업의 독립된 인격을 형상화하며 이러한 은유를 통하여 양심이나 표현·언론의 자유를 그 실질적 주체-개개인과 분리시킨다.

판결의 서술에 있어서 법규의 담론이 사실을 묘사하는 단지 우연적인 담론을 대체하며, 따라서 단순한 우연성에 합리성과 질서를 부여한다고 가정하기 위해서 반드시 필요한 것이다.¹⁴²⁾

법인이나 기업은 독자적인 인격 특히 기본권주체로서의 속성을 가지는 실체로 은유된다. 여기서 그 법인이나 기업을 구성하는 개개인의 기본권실천은 단순히 그 법인이나 기업의 내부적 문제로 환원되어 버린다.¹⁴³⁾ 그리고 바로 이 과정을 통하여 시민사회에 대한 두 가지의 통제가 가능해진다. 첫째, 언론의 자유를 개인의 인격의 실현을 위한 행위로서 파악하기 보다는 그것을 매개하는 법인이나 기업의 행위에 착안함으로써 제도의 영역(즉 민주국가의 기본적 요소)으로 편입하는 논리의 틀을 구축할 수 있게 된다. 법인이나 기업과 같은 일정한 사회적 제도가 언론의 중요한 축을 담당한다는 법규적 담론양식이 국가질서의 한 부분으로서의 언론제도·법인

141) 이 문장은 M. Ryan, 전계서, 310면 이하에서 판결의 은유적 장치가 이데올로기적 폐쇄용됨을 설명하는 가운데 제시된 것으로, 이하의 서술은 이에서 착안하였다.

142) 전계서, 311-2면

143) 교수재임용추천거부 등에 관한 헌법소원(1993.5.13. 91헌마190 전원재판부)은 이렇게 하나의 인격 내부에서 일어나는 분쟁이나 갈등에 대하여 헌법재판소가 판단을 거부하고 있는 대표적인 예이다.

제도의 존재의의로 전이하게 되는 것이다. 바로 이 점에서 언론의 공적 과업론, 또는 언론의 객관성·공정성의 법적 담보라고 하는 국가중심적 사고가 나타나게 되는 것이다. 둘째의 통제방식은 그 법인이나 언론이 뿌리박고 있는 경제부문을 통하여서 이루어진다. 정치의 통제하에 있는 또는 정경유착을 통하여 그 영향력하에 편입되는 시장질서가 시민사회의 깊숙한 부분까지 침투하는 계기를 마련하는 것이다. 편집과 경영의 분리라는 언론계의 주장에서 보듯 재벌언론, 언론재벌의 상업성이 언론의 내용과 시민사회의 의미형성과정에게까지 영향력을 미치게 되고 그에 대하여 국가(법)은 침묵으로써 방임하는 사적 자치의 원리가 그 대표적인 예이다.

또 정기간행물의등록등에관한법률에 의한 등록제는 “일정한 사항을 … 등록하게 함으로써 그의 특수한 사회적 기능을 보장하고 언론의 건전한 발전을 도모하기 위한 목적으로 제정”되었고, “외형적인 물적 시설을 갖추어 등록하게 하고 그에 위반하는 때에 규제를 하는 것이어서 이는 … 행정상의 절차와 처벌에 불과한 것이지만 헌법상 보장된 언론의 자유와 보도의 내용을 간섭하거나 허가하기 위한 지침을 제시하거나 이를 요구하는 것”은 아니라고 한다.

결국 이 사건에서도 헌법재판소는 기본권에 관한 실체법적 내용과 절차법적 내용을 준별하고 언론·출판의 자유와 구별되는 기업의 사회적 의무라는 형식논리적인 개념화에 빠짐으로써, 등록제가 실질적으로 출판의 자유를 제한하는 역할을 할 수도 있다는 기본권현실을 간과해 버리는 결정에 이르게 된 것이다.¹⁴⁴⁾ 이 점은 사회보호법상의 보안처분제도에 관하여 그 실질의 적정성과 합리성의 판단은 접어둔 채 위험성판단에 있어서의 법관의 재량여지의 인정여부만으로 결정에 이른 것이라든지,¹⁴⁵⁾ 교통사고신고의무의 합헌성판단에 있어 중립적인 사실의 신고와 범죄사실의 신고를 준별하는 결정을 내리고 있는 것¹⁴⁶⁾ 등과 일맥상통한다. 즉, 기본권이 보장됨으로써 그 주체가 누릴 수 있는 이익보다는 기본권과 충돌하는 또 다른 법익 - 국가안보나 사회질서의 유지라는 점에서 기본권을 판단하게 되고, 이 과정에서 필연적으로 국가안보와 사회질서의 유지의 의무를 지고 있는 국가기관의 행정

144) 이 점에서 같은 법의 효력을 다투는 90헌바26 (1992.6.26) 사건은 의미가 있다. 여기서 헌법재판소는 “공보처가 위 법률을 집행함에 있어 실질적으로 사전검열의 효과를 초래하는 정도에 위 법률규정을 악용한다면 이는 위헌적 공권력행사가 될 것이다”라고 하여 정기간행물의 납본제도와 관련하여 있을 수 있는 기본권현실을 동시에 고려하고 있다.

145) 대표적인 예로 헌법재판소 결정 1996. 11. 28. 선고 95헌바20 참조.

146) 헌법재판소 결정 1990. 8. 27. 선고 89헌가118

상의 편의성과 효율성에 대한 고려가 기본권현실에 대한 헌법적 판단에 앞서게 되는 것이다.¹⁴⁷⁾ 예컨대 허가제와 등록제는 그 상대방인 개인의 입장에서 보면 자신의 신청에 대한 주무관청의 일정한 행위(허가처분이든 등록필증의 발부이든)가 있어야만 원하는 행위를 할 수 있음에는 다를 바 없다. 그러나 법리상으로는 전자는 그 행위의 실체에 관하여 작용하는 것이고 후자는 그 행위의 비본질적 부분, 즉 절차나 조정, 규제에 관한 작용이다. 따라서 전자는 침해행정의 부분에 속하는 반면 후자는 국민의 기본권과는 무관하기 때문에 행정법적 통제의 대상은 될 수 있을지 언정 헌법적 통제의 대상은 되지 못한다는 논리를 이루게 된다. 결국 이 논의들은 입법형성권이라는 개념과 더불어 법률의 합헌성을 선언하는 통로로서 이용되는 것이다.¹⁴⁸⁾

이에 반하여 국민의 알 권리에 관한 결정례는 그간 학설로 인정되어 왔던 파생적 기본권을 헌법상의 기본원칙으로부터 도출, 공식적으로 확인하였다¹⁴⁹⁾는 의미를 부여할 수 있다. 88헌마22 (1989.9.4) 사건은 청구인이 문서의 열람·복사신청의 거부

147) 이러한 논리를 간단히 표현하자면, 「** 기본권은 자유민주사회의 유지를 위하여 필요불가결하다 → 따라서 적극적으로 보장하여야 한다」의 논리가 아니라, 「** 기본권은 자유민주사회의 유지를 위하여 필요불가결하다 → 따라서 이의 건전한 발현을 위하여 국가의 규제가 필요하다」는 형태로 전도되어 나타난다. 이는 입법에 대한 합헌성추정의 원리와는 다른 측면을 가진다. 즉 표현의 자유 등 대상이 되는 기본권의 성격에 따라서는 위헌성의 추정이 이루어져야 한다는 헌법상의 일반법리를 전혀 고려하지 않고 판단되는 것이다.

148) 이 사건과 위의 노동쟁의관련사건들 사이에 있어서도 결정의 구조상 공통점이 나타난다. 제3자개입금지사건에서는 노동쟁의의 실질을 근로자들의 경제적 지위향상이라는 본래의 목적은 접어둔 채, 경제관계에 있어서의 당사자의 자율성이라는 자본주의적 논리를 그대로 준용함으로써 합헌선언에 이르는 논리를 마련하고 있고, 교원로조사건에서는 교원의 지위를 근로자가 아니라 일정한 공무의 수행자로 규정함으로써 근로3권의 적용대상이 되지 않는 것으로 규정하였다. 이러한 상징조작은 이 사건에서도 나타나 언론기관의 “표현의 자유”를 단순한 “기업행위”로 변형시킴으로써 행정적 규제의 대상이 되는 것으로 판단하고 있다. 결국 헌법재판소는 지배이데올로기를 나름의 상징조작을 통하여 정당화시켜 주는 일종의 이데올로기적 억압기구로서 기능하고 있는 셈이 되는 것이다.

149) 서울고등법원 88구1334 판결(1988.7.6)은 알 권리와 관련하여 국민의 정보공개청구권을 인정한 획기적인 판결로 헌법재판소의 그것과 유사한 구조를 이루고 있다. 그러나, 여기서 알 권리를 보장하고 있다고 인용한 국회법 제70조나 제111조, 그리고 정부공문서규정 등은 국가의 정보공개 의무를 규정한 것이 아니라 정보비공개를 바탕으로 예외적으로만 공개할 수 있음을 규정한 것이다. 강경근, “국민의 공문서열람·복사청구권,” 법률신문, 1988.8.18, 1988. 8.25.

처분은 재산권의 침해에 해당한다고 주장한 사건이나, 그것을 받아들이기 어렵다고 하면서도, 헌법재판소는 청구인의 주장에 한정되지 않고 “가능한 한 모든 범위에서 헌법상의 기본권침해의 유무를 직권으로 심사하여야 할 것”이라는 사법적극주의적 태도를 취하여 소송물을 확장하면서 “알 권리의 생성기반을 살펴 볼 때 이 권리의 핵심은 정부가 보유하고 있는 정보에 대한 국민의 알 권리, 즉 국민의 정부에 대한 일반적 정보공개권을 구할 권리라고 할 것”이라고 선언한다. 그리고 그것은 “자유민주적 기본질서를 천명하고 있는 헌법 전문과 제1조 및 제4조의 해석상 당연한 것”이라고 하여 이러한 알 권리가 정치적 기본권으로서의 의미도 가짐을 암시하고 있다.¹⁵⁰⁾

이는 90헌마133 (1991.5.13) 사건에서 무고죄의 피고인으로 재판을 받은 자가 자신에 관한 형사소송기록의 열람·복사신청을 한 경우에도 마찬가지이다. 헌법재판소는 알 권리를 앞의 사건에서 거론되었던 구체적 기본권으로서의 성격을 보다 확정적으로 선언하였다. 이 점에 대하여 한병채, 최광률의 반대의견이 두드러진다. 한병채 재판관은 다수의견이 알 권리를 표현의 자유의 한 내포로 보는 협의의 관념으로 해석함으로써 무리하게 구체적 권리설을 취하고 있다고 하면서, 이 사건의 경우에 다수의견처럼 “알 권리에 의한 일반적 정보청구권으로서 공개를 요구할 수 있는 국민기본권으로 이론구성을 한다면” 당해 형사소송절차상 당사자가 아닌 제3자도 그를 행사, 타인의 기본권을 침해할 우려가 있다고 주장하고 오히려 형사소송절차상의 공격, 방어적 권리의 측면에서 판단하여야 할 것이라고 한다. 최광률 재판관은 앞의 결정에서와 같이 청구의 적법성을 먼저 다투면서, 예비적으로 다수의견은 알 권리를 청구권적 기본권으로서 일반적 공개청구권으로 이해하고 있는 것은 문제가 있는 것으로 이는 “국민의 기본권을 두텁게 보장하고자 하는 의욕적인 자세도 좋지만, 뚜렷한 논거의 제시도 없이 학설로서도 아직 거론되지 않은 이른바 구체적 권리설을 판례가 앞질러 채택한 것으로 무리한” 것이라고 비판하고 있다.

이 논쟁은 알 권리의 헌법적 성격이 구체적 기본권으로서 “청구인에게 이해관계가 있고 타인의 기본권을 침해하지 않으면서 동시에 공익실현에 장애가 되지 않는

150) 이러한 입장은 대법원에서도 그대로 받아 들여, 알 권리를 표현의 자유와 관련지우면서 “일반국민 누구나 국가에 대하여 보유·관리하고 있는 정보의 공개를 청구할 수 있는 이른바 일반적인 정보공개청구권이 포함되어 있다”고 한다. 대법원 판결 1999.9.21 선고 대판97누5114.

다면 가급적 널리 인정하여야 할 것이고 적어도 직접의 이해관계가 있는 자에 대하여는 특단의 사정이 없는 한 의무적으로 공개하여야 하는”¹⁵¹⁾ 성질의 것인지, 외국의 입법례와 같이 “정보공개에 관한 법률이나 조례가 제정되어야”만 행사할 수 있을 것인지에 대한 견해의 대립으로 요약된다.¹⁵²⁾ 그러나 그 이면에 있어서는 정부공문서처리규정이 가지는 함의와 종래의 대법원판례의 태도에 대한 해석의 차이, 그리고 알 권리의 성격에 대한 입장의 차이가 그 근저를 이루고 있다. 다수의견은 알 권리를 일반적 정보공개청구권으로 개념구성함으로써 개별적 정보공개청구권으로 규정할 경우에 생기는 행정청의 정보개시의무의 존재라는 문제점을 해소하고 법률의 규정 없이도 직접적으로 그 효력이 발생하는 효과 - 특히 실질적 국민주권 원리의 충족 - 를 지향하고 있다. 반면 최광률 재판관은 이러한 해석은 아직은 입법례나 우리의 헌법학설상으로 존재하지 않는 것인 만큼 단순한 가설을 판례로 채택하는 무리한 이론구성을 시도한 것이라고 반박한다.¹⁵³⁾ 그러나 보다 중요한 점은 이러한 헌법적 상징의 여하에 관한 입장의 차이이기 보다는, 새로운 파생적 기본권을 창출함에 있어서의 헌법재판소의 역할과 권한영역에 관한 이해의 대립에서 연유하는 것이라 보아야 할 것이다. 즉, 헌법재판소가 새로운 기본권을 발견하고 그를 선언함이 “학설동향에 반하는 성급하고 무리한 이론구성”을 하더라도 관료주의의 현상에 대응하여 사안에 적절하게 국민의 기본권을 구제할 수 있는 기회를 마련할 수 있을 것인가의 여부에 대한 판단의 차이라 할 것이다.¹⁵⁴⁾

151) 알 권리의 한계에 관하여 89헌가104 결정은 타인의 명예나 권리(개인적 법익), 공중도덕이나 사회윤리(사회적 법익), 국가의 안전보장이나 치안질서(국가적 법익)을 들고 있다. 여기서는 알 권리의 외연을 보다 확대하여 “통치권자와 피통치자가 이념상 자동적(自同的)인 자유민주주의체제하에서는 정치지도자들이 내리는 결정이나 행동에 관해서 충분히 지식을 가지고 있는 국민대중을 필요로 하며, 자유스러운 표현체계의 유지에 개인의 자기실현을 확보하고 진리에 도달하는 수단이며 사회구성원의 정치적·사회적인 결단의 형성에 참가하는 것을 확보하는 수단일 뿐 아니라 사회의 안정과 변혁과의 사이의 균형을 유지하는 수단”이라는 의미를 부여하고 있다.

152) 다만 한병채재판관은 앞의 사건에서는 다수의견에 가담하였다가 뒤의 사건에 와서 반대하고 있는 데 이는 형사절차기록이 가지는 의미에 중점을 두기 때문이라 할 것이다.

153) 서독의 판례에서도 신문의 자유는 국가기관의 정보공개의무를 바탕으로 하는 것이기는 하지만, 그것이 국민에게 구체적인 청구권을 발생시키는 것은 아니라고 한다. BVerfGE 20, 162, 175f 참조.

154) 실제 이 두 사건과 89헌가104 사건의 결정에서는 그동안 국가기관의 정보비공개관행에 대한 회의가 그 저변을 이루고 있다. 특히 후자의 사건에서 “수많은 비밀취급자가 실질적으로 비밀지정권자의 일을 하는 셈이 되어 군사업무의 속성상 비밀이 등급상향분류되거

하지만, 이렇게 선언된 알 권리의 기본권성 인정판단에도 상당한 한계가 내재되어 있다. 헌법재판소는 이 알 권리를 ①언론·출판의 자유의 한 파생권리¹⁵⁵⁾로 파악하면서 그것을 취재의 자유와 동질적인 개념으로 이해하고, ②일반적인 “정보”공개 청구권의 개념으로 파악하는 경향을 보임으로써 알 권리의 정치적 성격 혹은 민주적 참여권으로서의 성격을 부인하는 결과를 야기한다. 헌법재판소는, 시민단체들이 국회예결특위의 계수조정소위원회등에 대한 방청을 신청한 것에 대하여 국회가 방청불허처분을 한 것에 대한 위헌확인사건¹⁵⁶⁾에서 국회의 의사공개의 원칙을 선언한 헌법 제50조 제1항과 국회법 제55조 제1항을 축소해석함으로써 그 방청불허처분의 정당성을 유지시키고 있다. 한마디로 소위원회의 회의를 공개할 경우 나타날 수 있는 위험성-부정적 측면-을 전면에 내세우면서 국회의 자율권, 비공개행의 관행, 방청을 희망하는 시민단체에 대한 부정적 평가 등을 이유로 소위원회 혹은 상임위원회의 방청거부결정은 합헌적이라는 것이다.

여기서 헌법재판소는 두 가지의 전략을 선택한다. 첫째, ‘정보’ 그 자체가 아닌, 정보의 ‘형성과정’에 대한 접근의 권리는 알 권리와 다른 취급의 대상이라는 예단이 그것이다. 즉 이 사건 방청권의 문제를 알 권리의 차원에서 판단하는 것이 아니라, 헌법 제50조 제1항과 국회법 제55조 제1항의 의사공개행의 원칙으로부터 파생되는 ‘반사적 이익’의 관점에서 접근함으로써 그것을 국회의 자율적-재량적-제한의 대상으로 격하시키고 있는 것이다. 즉, 방청권을 알 권리의 정보형성과정에의 접근권으로 이해할 경우 방청허가와 관련한 국회의 자율권은 헌법 제37조 제1항의 엄격한 요건에 따라 행사되어야 할 것이나, 헌법재판소는 이러한 엄격해석의 방법을 버리고 “방청을 불허한 것이 헌법재판소가 관여하여야 할 정도로 명백히 이유없는 자의적인 것이라 보기 어렵다.”는 소극적 해석으로 나아간다.¹⁵⁷⁾

나 양산될 소지가 적지 않은 것”을 지적하면서, “국민의 비판과 감시권 밖의 영역”이 될 우려와 “주무기관의 자의와 전횡의 우려는 물론 국민의 불신·비협조·유언비어의 난무등 부정적 결과를 초래하고 아울러 국민의 국가에 대한 귀속의식 내지 공동체 구성원의식을 희석시키고 정치적 무력감, 소외감, 적대감을 갖게 할 우려”도 거론하고 있다. 그래서 국가기관은 “의심스러우면 일단 비밀로 해둠으로써 국가안보에 대비하고, 겹하여 국민의 비판과 질책을 면하는 것은 물론 사법부의 통제까지도 벗어나고자 하는 시도를 하기 쉬운” 현실을 지적하는 것이다.

155) 헌법재판소 결정 1989.9.4 선고 88헌마22

156) 헌법재판소 결정 2000. 6. 29. 선고 98헌마443, 99헌마583(병합)

157) 여기서 “명백히 이유없는”이라는 표현은 기본권해석론에 있어 전혀 존재할 수 없는 추론이다. 기본권의 제한은 언제나 헌법 제37조 제2항에 따라 엄격한 요건의 적용을 받아

둘째, 헌법재판소는 국민의 알 권리와 언론기관의 취재의 자유를 혼동함으로써 국회가 방청권을 선별적으로 부여하고 있는 상황에 대한 '평등권'적 접근을 하지 못하고 있다. 실제 이 사건은 국정감사장에 대한 일반적인 취재기자들의 접근은 허용한 상태에서 특정한 시민단체(의정감시활동단)에 대하여만 특별히 방청권을 부여하지 않음으로써 발생한 경우로, "시민단체가 객관적 기준도 없이 국정감사에 임한 의원들을 평가하여 바로 언론을 통해 공표함으로써 "의원들에게 가해지는 과도한 심리적 압박 때문에 국정감사의 원활한 진행과 질서유지를 위하여" 방청을 불허한 것"이다. 즉, 방청불허처분은 언론기관(기자)과 시민단체(의정감시활동단)를 구분하면서 전자에게는 객관성·공정성을 인정하고 후자에게는 그것을 부인하는 한편, 전자에 의한 평가·비판에 대하여 후자에 의한 평가·비판의 가치를 폄하하는 예단을 전제로 내려진 처분인 것이다.¹⁵⁸⁾ 그래서, 김영일 재판관이 적절하게 지적하듯이, "알 권리는 민주주의 국가에서 국정에 대한 참여를 보장하고, 인격의 자유로운 발전을 도모하며, 인간다운 생활을 확보하기 위하여 필요한 정보수집의 자유와 권리"를 의미하고 있다는 사실은 이 알 권리가 하나의 정치적 기본권으로서 모든 국민들이 자유롭게 국정과정에 접근하여 필요한 지식·정보를 수집할 수 있으며 국가는 그것을 최대한 보장하여야 할 의무를 짐(헌법 제10조)을 전혀 고려하지 않고 있는 것이다.¹⁵⁹⁾

야 하는 만큼 "명백한 이유가 있어야만" 그 기본권은 제한할 수 있다. 반면, 반사적 이익에 대하여는 "명백히 이유없는" 자의적 결정이 아니라면 언제든지 제한/침해할 수도 있다는 것이 일반적인 법리이다.

158) 이러한 판단회피의 전략은 변호인이 있는 경우 피고인에게 형사사건공판조서열람권을 배제한 형사소송법 제55조 제1항을 합헌결정한 헌법재판소 결정 1994. 12. 29. 92헌바31 사건에서 더욱 두드러지게 나타난다. 헌법재판소는 "공판조서는 공판절차의 증명과 피고인의 방어권 행사에 중요한 자료"가 된다는 사실 및 이에 대한 피고인의 접근권은 인정하면서도 "변호인이 있는 경우에는 변호인을 통하여 피고인이 공판조서의 내용을 알 수 있고 그 기재의 정확성도 보장할 수 있으며 변호인은 피고인의 위임에 의한 신뢰관계에 터 잡아 피고인의 정당한 이익을 보호하는 지위에 있"기 때문에 "변호인이 소송기록을 열람하는 것은 곧 피고인이 열람하는 것과 같"다고 한다. 여기서는 의정감시활동단의 경우와 같은 구조, 언론기관-시민단체의 관계가 곧장 변호인-피고인의 관계로 환원되는 것이다. 즉 헌법재판소는 자신의 권리 혹은 인격발현을 위하여 자신이 스스로 정보를 취사·선택할 수 있는 자유를 폄하하는 한편, 배제하고 대표자 혹은 후견자-언론기관 혹은 변호인-에 의하여 여과되어 부여되는 정보에 보다 많은 가치를 두고 있는 것이다.

159) 이러한 사고는 중국에는 일정한 정보원에 대한 접근권 자체를 부인하는 양상으로 발전한다. 국가보안법 제7조 상의 이적표현관련행위의 범죄화는 정치적 권리로서의 알 권리

나. 사회질서규율을 위한 법담론조작

표현의 자유에 있어 두 번째로 나타나는 법담론조작은 사회질서의 확립이라는 명분으로 사법적 개념을 무리하게 공법질서에 차용함으로써 공법질서가 추구하고자 하는 이념이나 인권법의 체계를 왜곡하는 경우이다. 89헌바160 (1991.4.1) 사건과 89헌마165사건(1991.9.16)은 양심과 언론의 자유에 대한 헌법재판소의 입장이 나타나는 예이다. 전자에서 헌법재판소는 양심의 자유는 “윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는” 침묵의 자유도 포함한다고 보면서 민법 제764조상의 명예회복에 필요한 조치로서 사죄광고를 포함시키는 것은 “양심도 아닌 것이 양심인 것처럼 표현할 것의 강제로 인간양심의 왜곡·굴절이고 결과 속이 다른 이중인격형성의 강요”로서 양심에 반하는 행위의 강제금지에 저촉되는 것이라고 보았다. 그리고 그것은 피해자의 인격권보호와의 상관관계에서도 손해전보라는 배상제도의 본질적인 기능의 발휘에 오히려 장애요인이 될 뿐더러 보다 침해의 정도가 적은 취소광고나 판결문의 게재 등의 방법이 존재하는 만큼 사죄광고제도는 과도한 동시에 불필요한 기본권제한이라고 하였다.

후자의 사건에서는 정기간행물등록등에관한법률 제16조 제3항의 정정보도청구권과 제19조의 심판절차에 관하여 판단하고 있다. 헌법재판소는 이 제도가 소위 독일형의 반론권에 해당한다고 보고, 언론의 자유를 제한하기 위한 소극적 필요에서 나온 것이 아니라 인격권의 보호 및 진실발견과 올바른 여론형성에 기여하기 위한 제도로써 도입되었다고 본다. 즉, “언론보도의 객관성을 향상시켜 제도로써의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수도 있을 것”이라는 입법취지를 원용하였다. 그리고 그 제한의 수단에도 “내용상 반론의 제도”이며 “피해자의 이름으로 해명한다는 점에서 언론기관의 명예 및 신뢰성을 직접적으로 떨어뜨리는 것으로는 되지 아니하도록 장치가 되어 있”기 때문에, “언론의 자유를 일부 제약하는 성질을 가지면서도 반론의 범위를 필요·최소한으로 제한함으로써 양쪽의 법익사이의 균형을 도모”하고 있다고 합헌결정을 하였다. 이에 관하여서는 한병채, 이시윤재판관의 반대의견이 관심의 대상이 된다. 거기서는 우리의 법제가 독일의 그것과는 달리 반론청구권이 아

의 의미를 단순히 “위협성”의 정도만 가지고 판단하는 우를 범하고 있는 것이다.

나라 정정보도청구권으로 되어 있고 그 편제 또한 침해에 대한 구제로 되어 있어 “오보로 인한 명예훼손의 피해자의 구제를 위하여 보도내용의 진실여부를 따져 이를 정정하기 위한 절차인 것으로 보아 무방”한 구조로 되어 있기 때문에 위헌요소가 있고¹⁶⁰⁾ 이를 제거하기 위한 입법촉구결정을 내려야 할 것을 주장한다.

이 두 사건은 언론의 자유와 인격권의 충돌을 중심으로 한 것으로 「사죄」나 「정정」이라는 용어가 사회적으로 부여하는 상징적 의미를 바탕으로 양심이나 언론의 자유에 반하는 것으로 판단한 것이다. 다만 전자의 판단에 있어 양심의 자유 또는 그 내포로서의 침묵의 자유에 대하여 일응의 제한의 가능성을 추구하였다는 사실은 헌법재판소가 모든 기본권에 대하여 보다 높은 법익의 존재를 인정하고 이를 헌법 제37조 제2항의 기본권제한목적으로 수용할 수 있음을 의미하고 있는 것이라 할 것이다. 즉, 소위 절대적 자유 혹은 고차의 기본권으로 인정되고 있는 양심 혹은 침묵의 자유에 대하여 그것을 헌법적으로 의미있게 제한할 수 있음을 미리 전제함으로써 이 기본권의 의미를 상당부분 축소하는 양상을 보여준다.¹⁶¹⁾ 후자의 사건에서 의견의 대립이 일어나는 것도 용어의 의미에 관련된 것으로 다수의견은 한정합헌의 맥락에 있어서와 같이 법문의 의미를 제한적으로 해석함으로써 합헌적 법률해석을 하고자 하였던 반면, 반대의견에서는 법문의 의미와 더불어 체계상의 위치도 고려하여 「사죄광고」 부분과 「약식절차」 부분의 양자가 불가양립적인 것으로 그 어느 하나는 위헌적 요소가 있음을 주장한 것이다.

160) 반대의견에서는 정정보도청구권이 반론권이 아니라 명예훼손에 대한 원상회복청구제도의 구조를 하고 있기 때문에 민법 제764조의 경우와 마찬가지로 정식재판절차에 의하도록 하는 것이 헌법상의 절차적 기본권의 침해라고 본다. 만일 그것이 반론권인 경우에는 가처분절차에 의하더라도 위헌은 아니라고 한다. 결국 이는 정정보도청구권을 언론의 자유에 대한 제한이라는 맥락에서가 아니라 정정보도청구권의 절차가 적법절차를 이루는가에 중점을 두고 있는 것이다. 이 사건에서도 헌법재판소의 언론의 자유에 대한 소극적 시각이 나타나고 있다.

161) 그 대표적인 예가 전술한 준법서약서사건(2004.4.25 선고 98헌마425)이다.

V. 법과정에서의 법담론양상 III - 생활과정

1. 서 언

A. Giddens는 20세기말의 비판이론은 “해방적 정치가 생활정치 혹은 자아실현의 정치의 연계될 필요”에서 시작되었다고 한다.¹⁶²⁾ 여기서 해방정치란 불평등이나 예속으로부터의 해방에 관여하는 급진적 투쟁을 의미한다면, 생활정치는 이에서 더 나아가 삶의 성취와 만족의 가능성을 추구하는 급진적 투쟁을 의미하면서, “~을 향한 자유”를 지향하게 된다.¹⁶³⁾ 인간의 자아실현이라는 근대의 핵심적 이념으로부터 “개인적 정체감을 발견하고 개인적 삶을 성취하는 데서 얻어지는 매우 사적인 경험 자체가 바로 타도적인 정치적 힘의 상당부분을 구성”¹⁶⁴⁾하도록 만드는 정치현상 또는 그 기본적 전제이자 동시에 결과로서의 타인들과의 연대를 지향하게 하는 일련의 과정이자 동시에 그에 대한 하나의 주장으로서의 생활정치를 말하고 있는 것이다.

여기서 우리는 오늘날 초미의 관심사로 떠오르고 있는 개개인의 생활의 영역에 관한 수많은 논의들을 헌법이론에 포섭하여야 한다는 요청이 떠오른다. 생활세계의 정치화된 모습 또는 생활세계의 분석이 유의미하게 헌법담론속에 내포되어야 한다는 것이다. 허영교수¹⁶⁵⁾는 이를 헌법의 생활규범성이라고 명명하고 있지만, 여기서 말하는 생활정치로서의 헌법실천은 그 의미를 넘어선다. 그것은 근대적 해방의 이념과 더불어, 자아실현을 지향하고 또 그 조건을 창출하는 일련의 과정적 규범으로서의 헌법을 논의하고자 하는 일련의 요청인 것이다.

여기서 중요한 것은 개인의 「사회적 성찰성」이다. 실제 인간의 생활에서 중요한 것은, 정신이 육체의 욕구를 그 내포로 하며, 개인적 생활이 공동체적 생활의 한

162) A. Giddens, 포스트모더니티, 161면.

163) 전계서, 161-2면.

164) Th. Roszak, Persin/Planet: The Creative Disintegration of Industrial Society(1979):

A. Giddens, 전계서, 163면에서 재인용.

165) 허영, 한국헌법론, 박영사, 1999, 23면 이하 참조.

부분으로 편입되면서, 또는 공동체의 의미부여가 개인생활로 투입되면서 상호 조정과 재전유되는 과정속에서, 끊임없이 자아를 형성하고 재현하는 일련의 흐름이라고 본다. 공동체적 선은 개인생활에 형식을 부여하며 그로부터 개인은 자신을 둘러싸고 있는 상황과의 지속적인 대화관계를 형성하게 되며 여기서 자신의 정체성을 추구하게 된다. 즉, 개인은 근대의 계몽이념이 요구하는, 총체적이고 보편적으로 개념화되는 단자론적 삶의 유형이 아니라, 자신이 속한 현실적인 삶의 공간속에서 스스로의 삶을 성찰하고 이를 바탕으로 부단히 이어지는 선택과 결정을 거치면서 자신의 삶을 구성하고 나아가 타인들과의 유기적인 관계를 설정하면서 그 삶의 의미를 포착하게 된다. 개인들이 자신에게 주어진 “삶의 기회”에 대하여 선택을 행하고 그 삶의 기회를 확장하기 위하여 논쟁과 투쟁으로 들어서는 이 과정에서 개개인들은 자신의 정체성을 발견하고 실현하기 위한 삶의 모습들을 재구성하여 나간다는 것이다. 따라서 생활정치는 선택의 정치이자 동시에 정체성의 정치이다.¹⁶⁶⁾ 그리고 이 선택과 재구성의 행위 또는 정치적 투쟁을 가능성의 차원에서 열어두고 있는 것이 바로 생활규범으로서의 헌법이다.

하지만, 지금까지의 헌법이론 혹은 헌법재판소가 기반하고 있는 헌법해석의 패러다임은 이러한 새 시대의 요청으로부터 상당한 거리를 두고 있다. 특히 자유민주주의에 대한 헌법학적 이해들은 하나같이 일반화와 추상화의 법·권리담론을 거의 절대적인 명제로서 굳건한 자리를 차지하면서, 주체중심적 권력현상,¹⁶⁷⁾ 즉 타자화와 배제의 논리를 바탕으로 하는 지배의 논리들을 핵심적 요청으로 전제한다. 다양하고 다층적으로 개별화(individualization)되고 있는 현대사회의 변화양상들을 제대로 반영하지 못하고 있다는 인식에서 출발한다. 그리고 바로 이 점에서 즉, 개인의 자율적 공간 내지는 ‘자유’공간-법실증주의적 의미에서의 고정된 헌법규범이나 그 하위 권력에 의하여 외부적으로 강요되는 통제로부터 스스로 생활공간을 형성하고 그에 상응하는 놀이규칙 즉 법규칙을 발견할 수 있는 여지를 상실하게 된다. 나아

166) A. Giddens, 김현옥 역, 좌파와 우파를 넘어서, 한울, 1997, 107-8면 참조. 여기서 A. Giddens에 의하면, 생활정치는 “개인적·집단적 수준에서 사회활동의 실존적 변수들을 근본적으로 뒤바꿔 놓은, 성찰적으로 조직되는 질서”로서 규정되며 그것은 “성찰적으로 질서지워진 환경에서의 자아실현에 관한 정치”가 된다. A. Giddens, 권기돈 역, 현대성과 자아정체성, 새물결, 1997, 339면.

167) 근대성을 특징짓는 주체중심주의가 동일자와 타자의 구분을 바탕으로 전자에 의한 후자의 지배라는 권력현상으로 전이하는 양상에 관하여는, 이경, 한국근대소설의 근대성 수용양식, 태학사, 1999, 25-33면, 특히 25-29면 참조.

가 선택과 재구성의 과정을 통하여 자유로운 정체성의 실천이 가능하게 되어야 한다는 당위적 헌법요청이 이렇게 형식화되고 일반·추상화되는 헌법판단에 의하여 그대로 실증적 타당성을 상실하게 되는 현상이 나타나게 되는 것이다. 그리고 바로 이 점으로 인하여 헌법이론의 중심은 개인이 아니라 국가로 이전하게 된다. 헌법해석이나 헌법담론의 구축은 개인이 스스로의 일대기를 구성하는 능동적 주체로서 행위하기 위한 주장과 투쟁의 방식을 바탕으로 이루어지는 것이 아니라, 국가에 의한 권력현상을 정당화하는 방식으로 이루어지고 있는 것이다.

이하에서는 이러한 선이해를 바탕으로 일상생활속에서 나타나는 개인적 욕구나 욕망이 실증주의적, 형식논리적 헌법해석으로 인하여 좌절되는 양상을 살펴보면서 그 헌법판단의 과정을 지배해 온 법담론의 존재양상을 개별적으로 규명해 보기로 한다.

2. 청소년보호 - 보호와 배제의 법담론

청소년보호정책은 청소년의 개념을 미완성의 존재 혹은 결핍의 존재로 규정함으로써 이루어진다. 물론, 청소년의 신체는 성인의 그것과 다르다는 의학적 논의가 과거에 없었던 것은 아니지만, 오늘날에 와서는 청소년의 경우 이미 신체적 발육이 완성되어 성인의 신체와 다름이 없다고 하는 것이 일반적인 경향임에도 불구하고 그들의 지적·감성적 ‘미성숙’을 이유로 성인들의 후견이 요청되고 있다. 예를 들어, 헌법재판소는 당구장을 학교정화구역이내에 설치하지 못하도록 한 것에 대하여, 초·중등학교의 학생들은 “아직 변별력 및 의지력이 미약하”기 때문에 “당구장의 유해 환경으로부터 나쁜 영향을 받을 위험성이 크다”고 선언하고 있다.¹⁶⁸⁾ 초·중등학생들의 경우 연령·지능·신체조건 등은 대학생들과 마찬가지로의 상황에 있음을 인정함에도 불구하고 이들은 당구의 오락성이 가지는 ‘유해’환경에 오염된 가능성을 발견하고 있는 것이다.

여기서 문제가 도출된다. 보호의 개념과 차단 혹은 배제의 전략이 같은 의미연관 속에서 이용되고 있는 것이다. 헌법재판소는 이 결정문에서 “당구장의 유해환경으

168) 헌법재판소 1997.3.27 선고 94헌마196,225,97헌마83 학교보건법제6조제1항제13호위헌확인

로부터 [초·중등]학생을 차단, 보호할 필요가 있"다고 선언한다. 한마디로 「차단=보호」라는 도식하에 「오락→유해→차단→보호」의 틀속에서 당구장과 청소년의 관계를 규정한다. 이러한 태도는 청소년에 대한 주류판매를 금지하는 법률은 합헌이라고 한 결정에서 단적으로 드러난다. "[청소년]들이 무절제한 음주를 할 경우 그 학업성취 및 직업 등에의 적응 그리고 심신의 건전한 성장과 발전에 중대한 지장을 받을 위험이 매우 크"169)다고 한다. 여기서 보호의 내용 혹은 목적이 "그 학업성취 및 직업 등에의 적응"과 "심신의 건전한 성장과 발전"에 집중되어 있다. 반면 "술도 마실 수 있어야 대학생이나 직업인으로서 잘 생활할 수 있"다고 하는 청구인측의 주장은 "흥취와 분위기를 일시적으로 고조시키는 술의 부분적 효용을 과장하고 인체의 생리와 정신 특히 성장중의 심신에 미치는 마비적이고 때로 파괴적일 수 있는 술의 유해성을 도외시한 근거없는 주장에 불과"한 것으로 배척한다.

이 결정들에서는, 청소년의 보호목적은 그의 신체·정신 혹은 교육·취업 등 그 개인을 향하고 있는 반면,170) 청소년에 유해한 것은 성인과 유사한 생활관계들-우리나라에 특유한 음주·흡연문화, 오락문화, 혹은 도박-이 제시된다. 바로 이 때문에 헌법재판소의 법담론은 청소년/성인의 획일적 이원론에 입각하고 있다 할 것이나, 조금만 더 자세히 읽어 본다면 그것은 푸코식의 미시권력담론이 청소년-성인의 축을 따라 양상을 달리하여 나타나고 있음에 지나지 않음을 알 수 있다. 그래서 이 판결들은 '청소년은 결핍된 성인'이라는 전제를 세우고, 이들을 "시한폭탄을 하나씩 손에 들고 있는 테러리스트만큼이나 불안한 존재로" 읽고 주시하고 감시하고 '보호'한다.171) 그러나 이 보호는 그 결핍을 보완하거나 결핍에 대한 외부적 공격을 차단하는 기제보다는 오히려 결핍된 영역에 대한 접근 자체를 차단하는 방식을 취한다. 즉, 학습소홀과 음주, 흡연, 도박경기등의 행위오락(당구장), 흥취와 분위기(음주), 혹은 성애(음란물) 등의 쾌락에 청소년이 접근하는 것은 그 자체 불건전한 것으로 금기시되고 있는 것이다.172) 하지만, 이 금기는 청소년에 특유한 금기로 설정되기

169) 헌법재판소 2001.1.18 선고 99헌마555 청소년보호법제2조등위헌확인

170) 또다른 판결인 헌법재판소 1993.5.13 선고 92헌마80 체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙제5조에대한 위헌확인도 마찬가지이다.

171) 이지연, "십대의 性을 찾아서," 현실문화연구, 섹스·포르노·에로티즘·쾌락의 악몽을 넘어(문화연구 7), 1994, 98-9면.

172) 대표적인 것이 노래연습장에 대하여 18세 미만자의 출입을 금지하고 있는 풍속영업의 규제에관한법률 제3조 제5호 등을 합헌이라 판단한 사례이다. 헌법재판소는 이 규정들은 "노래연습장의 환경적 특성이나 청소년의 정신적·신체적 성숙정도 등을 고려한 것으로서,

보다는 사회문화적 수준에서 언제나 누구에게나 부과되고 있는 일상적 금기에 다를 바 없다. 신체통제의 권력이 교육자, 의사, 부모, 혹은 아동심리학자 등이 가지는 지식에 투영되고 그것이 다시 청소년에 대한 보다 가중된 금기로 나타나는 것이다.

한마디로 이러한 ‘결핍’은 자연적 혹은 개체발전상의 결핍이라기 보다는 제도적 혹은 사회문화적 수준에서 주어지는 것이다.¹⁷³⁾ 즉 일반성인들에 가해지는 신체적 통제의 기제들이 그대로 청소년의 성장담론에 이어지는 것이다. 노동/여가, 근면/오락, 절제/쾌락 등의 신체통제를 위한 담론들이 청소년에 있어서는 성장이라는 논의와 결합하면서 전자는 성장의 내재적 요소로, 그리고 후자는 성장의 일탈적 금기로 규정되고 따라서 청소년들이 후자의 요소를 가지는 영역으로 나아갈 수 있는 여지를 사전에 차단하는 구조를 만들어낸다. 요컨대, 청소년보호라는 명제는 어른들에게 유해하지 않으나 청소년에게는 유해한 것으로부터 청소년의 접근을 차단하려는 목적에서라기 보다는, 오히려 청소년의 행위를 억제하는 가운데, 사회전체적인 수준에서 정상/일탈의 구획을 이루어내고, 그것을 통하여 전사회적인 신체통제를 행하고자 하는 일련의 구조적 억압의 기제를 형성해내는 것이다.¹⁷⁴⁾

바로 이 점에서 ‘보호’의 대상이 되는 청소년은 대상화, 객체화되어 버린다. 그들이 가지고 있는 성욕과 감정과 감각은 그들의 위치에서 이해되고 또 규율 혹은 보호되는 것이 아니라, 현재의 성인의 관점에서 그 성인들이 처하고 있는 사회구조를 그대로 떠맡게 되는, 지배의 대상이 되어 버리는 것이다. 환언하자면, 그들이 하나의 생활주체로서 스스로의 생활을 영위하는 공간을 형성하는 것이 청소년‘보호’정책이 아니라, 그와는 전혀 관계없이 현재의 성인이 기억하는 청소년의 연장선상에서 현재의 성인이 처해져 있는 권력구조를 확대복제하는 수준에서 그들의 생활을

이러한 제한이 노래연습장업자를 합리적 이유 없이 자의적으로 차별하는 것이라고는 할 수 없다.”고 하여 청구인들의 주장을 기각하였다. 헌법재판소 결정 1996.2.29. 선고 94헌마 13.

173) N. Elias에 의하면 성장이란 “수세기를 거친 사회적 문명화 과정의 결과, 모든 젊은이들이 어린 시절부터 자동적으로 따르지 않으면 안되는 개인적인 문명화 과정” 그 자체라고 한다. Ch. Shilling, 임인숙 역, 몸의 사회학, 나남출판, 1999, 231면에서 전제.

174) 청소년에 금기를 설정하고 그에의 접근을 차단하는 ‘보호’정책은 마찬가지로 성인의 연장이 된다. 성인의 과거로서의 청소년은 현재 성인에 부과되고 있는 신체통제에 복종하여야 할 미래의 성인이 된다. 혹은 청소년의 미래로서의 성인은 현재 청소년에 부과되고 있는 신체통제를 그대로 부담하고 있는 존재가 된다.

규제하고 통제하는 것이다. 바로 이 때문에 청소년‘보호’는 결코 보호일 수 없는 것이다.

3. 음란과 성적 쾌락 - 음란개념을 중심으로

이와 같은 배제의 법리는 신체적 성장과 관련한 차별화담론에만 입각하고 있는 것은 아니다. 오히려 그보다는 몸의 욕구에 대한 정신 혹은 “진리”의 우월성을 강조함으로써 일상적인 삶의 관계들을 추상화하면서 개별적 차이들을 ‘자의적’으로 재단하는 법담론들에서 보다 많은 예를 찾을 수 있다. 표현의 자유에 관한 법이론은 이의 대표적인 예이다. 실제 헌법 제21조의 표현의 자유의 중심에 의사표현의 자유를 놓는다. 하지만 그 본질적 내용을 분석하는 논의들은 주로 ‘사상’과 ‘진리’의 소통을 말하거나, 또는 “평가적인 의사”의 전달에 한정할 것이냐 아니면, “단순한 사실의 전달”까지도 포함시킬 것이냐에 한정된다.¹⁷⁵⁾ 문제는 그 논의 자체의 한계성-평가·의견과 사실인식·주장의 분리가능성의 문제-보다는 그러한 담론구성에서부터 파생되는 획일성 즉, 일상생활과정에서 ‘욕망’이 가지는 의미를 ‘정상성(normality)’의 담론구조로부터 제외하고 이를 배척하고자 하는 권력의 논리에서부터 연유한다.

예컨대, 미국에서 표현에 대한 규제론의 하나인 단계론은, 표현을 이분하여 각각 높은 가치(high value)와 낮은 가치(low value)를 가지는 것으로 보고, 전자의 경우에는 「명백하고 현존하는 위협」이 존재하는 때에만 규제할 수 있을 뿐이며 후자의 경우는 일반적인 국가규제가 가능하다고 보고 있다.¹⁷⁶⁾ 예컨대 표현의 내용을 범주화하고, 최상위에 정치적, 종교적, 경제적, 학문적 발언을 위치지우고, 중간단계에는 오락, 음악, 유모어를, 그리고 최하위의 단계에 중상모략(libel), 음란(obscenity), 불경(profanity), 상업적 포르노그래피(commercial pornography)를 각각 설정한 것은 이러한 구분론의 대표적인 예이다.¹⁷⁷⁾

175) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 525면. 이 논쟁은 박승호, “의사표현의 자유,” 헌법학연구, 제3집, 1997.10에서 잘 분석하고 있다.

176) 이러한 구분론은 사상의 자유시장론이나 공화주의적 관점에 입각한 것이다. 자세한 것은 C. Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech(New York: Free Press, 1993), pp. 8-11.

이 3단계론¹⁷⁸⁾은 정신의 우위에 입각한 근대적 사고의 배제담론을 가장 잘 보여준다. 그것은 “진실”에 대비되는 개념으로서의 쾌락-특히 성적 쾌락-을 미덕의 계층구조에서 되도록 하위에 위치하고자 노력하기 때문이다. 예컨대, 윤락행위등방지법이나 풍속영업의규제에관한법률 등에서 보듯, 상업적 목적으로 성행위를 하는 것은 윤락행위라는 이름으로 엄격히 금지하고 있다. 특히 후자의 법률은 성행위 혹은 그에 유사한 행위를 제외한 기타의 행위들-대화나 웃음, 조소, 눈맞춤 등의 오락행위-을 상업적 목적으로 하는 것은 청소년보호라는 명분으로 일정한 조건(영업허가)하에 허용한다.

출판사및인쇄소의등록에관한법률제5조의2제5호등위헌제청사건¹⁷⁹⁾은 우리 헌법재판소가 취하고 있는 정신/신체의 2분법적 우열론¹⁸⁰⁾을 대표적으로 보여준다. 헌법재판소는 표현의 자유를 지배하는 법리와 육체적 쾌락 특히 성애의 표현을 철저히 구분하여 취급한다. 그 자유는 “인간이 그 생활속에서 지각하고 사고한 결과”의 의사소통을 보호할 뿐이며, 민주주의는 이러한 ‘진리’의 소통을 불가결한 필요조건으로 한다고 판단하고 있으며, 심지어 문화의 영역에서까지도 “한때 공식적인 진리로 생각되었던 오류가 새로운 믿음에 의해 대체되고 새로운 진리에 자리를 양보하는 과정속에서 이루어진다”라는 사고가 적용될 것임을 선언하고 있다. 그리고 그 와중에 “노골적이고 적나라한 성표현”으로 “하등의 문학적, 예술적, 과학적, 또는 정치적 가치를 지니지 않은” 표현은 비록 그것이 “행복추구권의 한 내용으로서 인정된다 하더라도” “성도덕이 크게 문란 내지는 파괴될 가능성”으로 인하여 규제의 대상

177) 이는 Roth사건에서 정부측이 제시한 범주론이다. S. H. Shiffrin & J. H. Chopper, op.cit., p.111; 한상희, “표현의 자유의 헌법적 함의,” 일감법학 제5권, 2000 참조.

178) 비슷한 맥락에서 Young v. American Mini Theatres(427 U.S. 50(1976)) 사건의 다수 의견을 집필한 Stevens대법관은 성적으로 노골적인 성인용 표현물은 정치적 표현과는 달리 취급될 수 있으며, 따라서 도시계획의 일환으로 지역적 규제를 할 수 있다고 판시하였다. ibid., 63ff. 하지만, 이러한 구분론은 그것이 가지는 경계획정상의 왜곡가능성 뿐만 아니라, 표현기법의 다양성이 폭발적으로 증가하고 있는 소위 포스트 모던의 시대에서 혼성모방(패스티쉬)이나 패러디, 키췌 등의 방법이 동원되는 표현물이 과연 오락인지 아니면 정치적 풍자인지 구별할 그 어떠한 객관적 기준도 발견하기 어렵다는 점에서 본질적인 한계를 가진다.

179) 헌법재판소 1998.4.30 선고 95헌가16

180) 서구사회에 있어서의 성담론은 플라톤이 하위단계의 ‘아름다운 육체에 대한 사랑’과 중간단계의 ‘아름다운 영혼에 대한 사랑’ 그리고 최상위단계의 ‘아름다움 자체에 대한 사랑’으로 구분한 이래, 특히 근대 자본주의가 형성되는 시기 이래 계속하여 육체에 대한 정신의 우월이라는 관점에서 논의되어 왔다.

이 되어야 함을 선언한다. 나아가 “그 외설성이 음란에는 달하지 않는 성적 표현뿐만 아니라 폭력적이고 잔인한 표현 및 욕설 등 상스럽고 천한 내용 등의 표현을 가리키는” 퇴폐적인 성표현이나 지나치게 폭력적이고 잔인한 ‘저속’표현 또한 “청소년의 건전한 심성을 보호하기 위해서” 규제할 수 있다고 판단한다.

헌법재판소의 이 결정례 속에는 지각과 사고, 진리, 성도덕, 건전성 등의 근대 이성중심주의적 사고가 일관하여 감정과 욕구, 정서, 개인적 성정체성, 친밀성 등 몸의 호출에 입각한 일상생활상의 요청들을 지배하고 있다. 한마디로, 헌법재판소의 태도 또는 그를 뒷받침하는 우리 헌법학계의 일관된 입장은 표현의 자유를 계몽주의적 이성관에 입각하여 정신의 육체에 대한 우월이라는 관점에서만 접근할 뿐, 우리의 몸이 세계내에서 실존하는 가장 두드러진 양식인 쾌락-성욕의 부분에 대하여는 일관하여 부인하고 있는 것이다. 그래서 도덕의 요청을 그대로 법의 영역에 끌어 들이고, 이 과정에서 에로티시즘이 행복추구권 내지는 인격발현권의 하나의 표출형태임¹⁸¹⁾을 받아들이면서도 그것을 관용하지 못하고¹⁸²⁾ 그대로 배제하여 버리는 법담론을 굳건하게 구축하고 있는 것이다.

4. 인간다운 생활권-사회보호기준사건

이렇게 맥락으로부터 단절된 법담론이 가지는 폭력성은 헌법재판소의 생계보호기준사건¹⁸³⁾에서 잘 나타난다. 헌법재판소는 이 사건에서 생활보호법상의 거택보호대

181) 실제 A. Giddens(전계역서, 49면 이하)에 의하면, 성적 지향(sexual orientation)은 분명, “신체와 자기정체성, 그리고 사회규범이 일차적으로 연결되는 지점”이다. 그것은 “행복과 사랑, 그리고 타인에 대한 존중을 결부시킬 수 있는 개인 생활의 윤리를 창조한다.” 그리고 이러한 성적 지향의 감정을 의사소통이라는 맥락에서 형성해 나가는 에로티시즘은 폭넓은 정서적 목적 속에서 재통합된 섹슈얼리티이며, 이것이 현대사회에서 친밀성의 구조를 민주적인 방식으로 변동시켜나가는 주요한 동인이 된다.

182) 실제 표현의 자유라는 기본권이 가지는 본질요소를 사상의 교환을 통한 진리발견이나 공화주의적 민주주의의 실현이라는 주류담론외에도 그것이 ‘나와는 다른 생각이나 의견 혹은 감정에 대한 관용’이라는 일종의 책임론적 설명도 존재한다. 자세한 것은, D. J. Richards, *Free Speech and The Politics of Identity*(New York: Oxford University Press, 1999), 특히 p.182f 참조. Richards는 예컨대, 미국에서도 음란법의 적용범위가 점차 축소되고 있음은 이러한 관용으로서의 표현의 자유라는 사고가 은연중에 확장되고 있음을 암시하고 있다는 취지를 표명하고 있다.

상자에 대하여 월 61,000원 정도만 지급하는 생계보호금액이 인간다운 생활의 권리를 침해하는가에 대하여 헌법재판소는, 「인간다운 생활」을 추상적·상대적인 개념으로 파악하면서 그것은 “그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것”이라고 전제한다. 그리고 이에 따라 생계보호수준의 결정은 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야 하므로, 그것은 입법부 등의 광범위한 재량에 속한다고 판단한다.

하지만 이 결정에서는 헌법 제10조에서 나오는 인간의 존엄과 가치에 관한 판단이 누락되어 있다. 인간의 실존적 상황을 고려하면서 그의 일상생활이 인간다운 생활로서의 실질을 갖출 수 있도록 국가가 최대한 배려와 보장을 하여야 할 국가의 무에 대한 이해가 결여되어 있는 것이다. 즉, 이 결정의 문언에서는 청구인은 생활공간속에서 자신의 삶을 형성해 나가는 존재가 아니라, 단순히 국가적 급부의 수급자 혹은 국가작용의 상대방으로서의 의미만이 부여되어 있는 것이다. 그래서 국가의 복지배려능력-경제수준, 재정규모, 나아가 국민전체의 평균적인(따라서 산술적인) 생활수준-만이 고려되고 있을 뿐이지, 청구인의 입장에서 요청되는 주관적인 삶의 수준-구체적인 개별인격이 그에 특유한 생활상황으로부터 경험하고 또 그에 대하여 발현되는 의지적 지향이나 선호, 감정 등과 그것을 실현하기 위하여 필요한 재화 및 서비스의 양-에 대한 판단은 전혀 존재하지 않는다.

여기서 이 사건에서 다툼의 대상이 되었던 것은, 청구인적격이라든가, 인간다운 생활의 권리의 성격 등과 같은 순수한 헌법도그마에 관한 문제가 아니라, 과연 기존의 국가적 보호조치들이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기에 필요한 최소한의 수준을 만족시키고 있는가의 여부임을 알 수 있다. 즉, 순수하게 규범적인 판단의 문제가 아니라, 일정한 규범판단을 전제로 그에 관련된 사실관계가 어떻게 이해되고 있는가 환언하자면 사실에 대한 평가의 문제인 것이다.

이 점에 관하여 헌법재판소는 생계보호는 “여타의 자산·근로능력 등을 활용하여 최대한 노력하는 것” 또는 “부양의무자의 부양과 기타 다른 법령에 의한 보호”를 우선하여야 할 일종의 “보충적인 것”임을 확인하면서, 월동대책비(년간 61,000원), 노인복지법에 의한 노령수당(월15,000원), 버스승차권(월 3,600원 상당) 등의 부가적 부조가 행하여지고 있고 또 보건복지부의 계획이 이 생계보호비의 점진적 지원을

183) 헌법재판소 1997.5.29선고 94헌마33 1994년 생계보호기준 위헌확인

확약하고 있는 만큼 “생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나” 청구인들의 헌법상의 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다고 하였다.

여기서 청구인측이나 헌법재판소측에서 간과한 중요한 사실을 발견할 수 있다. 인간다운 생활의 권리나 생계보호의 보충적 성격등에 관한 법률적 판단에 대하여는 양측의 이견이 존재하지 않는 상황에서 그럼에도 불구하고 정반대의 결론을 주장할 수 있는 것은 사실의 평가에 있어서의 차이때문인 것이다. 그리고 바로 이 점에서 청구인들의 주장방법상의 허술함을 지적하지 않을 수 없다.

인간다운 생활이란, 헌법재판소의 결정에서와 같이, ① “그 나라의 문화의 발달 역사적 사회적 경제적 여건에 따라” 그 내연이 달라질 수 있는 것이며, 또한 ② “국가가 이를 보장하기 위한 생계보호수준을 구체적으로 결정함에 있어서는 국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 갖가지 이해관계등 복잡하고도 다양한 요소들을 함께 고려하여야” 하는 것이다. 그러나 위의 ②의 진술은 엄밀히 보아 ①을 부연하고 있는 것에 불과한 만큼, ‘인간다운 생활’이 가지는 의미는 결국에는 인간이라는 개념에 부여하는 사회·문화적 의미에 의하여 결정되지 않을 수 없다. 왜냐하면 ②에서 말하는 소득수준, (경제적) 생활수준, 재정규모 등은 ①의 경제적 여건을 부연하는 것이고 국가의 정책은 이미 전제로서 인간다운 생활의 보장의무를 헌법적 의무로 인정하고 있는 헌법재판소의 입장에서 그 자체가 본건의 판단대상이 되고 있어 여기서 다시 언급하는 것은 언어의 남용에 불과하기 때문이다. 그렇다면 ②에서의 생활수준중 사회·문화적 생활수준은 결국 ①에 의하여 결정될 따름이며 결국 ‘인간’의 의미와 그에 부착되는 ‘~다운’에 대한 사회적·법적 평가에 달려 있다 할 것이다.

논리의 흐름이 이러함에도 불구하고 청구인과 헌법재판소는 이 ‘인간’다운’이 가지는 사회·문화적 의미부여를 그대로 생략한 채, 자신의 예단으로 대체하고 있다. ①에서 말하는 문화적, 사회적 ‘여건’이 내포하는 사실성- 인간에 대한 사회구성원의 인식과 평가가 사회적으로 존재한다는 의미에서의 사실성이 전혀 언급되어 있지 않은 것이다. 과연 우리의 사회에서는 어떠한 삶의 모습을 ‘인간’으로서의 모습으로 상정하고 어떠한 수준의 것을 ‘~다운’이라는 관념의 최소한으로 인식하고 있는지에 대한 하등의 분석조차 논급되지 않는다. 한마디로 청구인과 헌법재판소는 모두 자신들이 입각하고 있는 전제(즉, ①의 판단)를 자신들의 편견으로 대체할 뿐

그것의 적절성이나 타당성에 대한 어떠한 입증도 않고 있는 것이다.

이러한 논리전개상의 문제는 「보충성」의 인식에도 나타난다. 실제 「보충성」은 국가적 개입 외에 달리 방법이 없는 경우 그 개입이 허용되고 또 규범적으로 요청된다는 하나의 조건명제이다. 여기서 달리 방법이 없다 함은 그 자체 일정한 사실관계에 대한 인식을 전제로 하는 것이고 따라서 기존의 사회·문화적 현상이나 경제적 조치등의 적절성 즉 합리성여부에 대한 경험적이고 과학적인 판단이 필요한 것이다. 환언하자면, 헌법재판소가 말하는 월동대책비 외 제반의 수단들이 청구인의 「인간다운 생활」을 보장함에 필요한 최소한의 수준을 만족시킴에 적절하고 또 합리적인가를 분석하고 그에 대한 평가를 이루어낸 다음에 보충성의 요건충족여부를 판단하여야 하는 것이다. 그럼에도 불구하고 단순히 그러한 조치들이 존재한다는 사실만으로 보충성판단에 이르고 있으며, 이에 대한 청구인측의 그 어떠한 이의제기 조차도 없다.¹⁸⁴⁾

문제는 여기서 그치지 않는다. 청구인측의 주장이나 헌법재판소의 판단 모두가 현상에 대하여 무관심하다는 우를 범하고 있다. 헌법재판소의 결정이 암묵적으로 전제하고 있는 바와 같이, 인간다운 생활이 지향하고 있는 바가 미래를 향한 계획이 아니라, 현실에서의 실현 즉 실천이라고 한다면, 현재의 시점에서 청구인의 생활상태가 어떠하며, 그에 대한 사회적 평가는 무엇이며 헌법규범적 맥락에서는 어떠한 의미를 부여하여야 할 것인가를 먼저 판단하여야 함에도 불구하고 단순히 기존의 제도가 어떻게 되어 있고 그것이 무슨 의의를 가지는가에 대한 전도된 분석만 행하고 있는 것이다. 그래서 청구인의 현재의 생활상태에 대하여 그 사회부조제도가 어떠한 비중과 기능을 수행하고 있는가의 문제 보다는, 국가재정에서 사회부조가 차지하는 몫¹⁸⁵⁾만을 염두에 두게 된다.

결국 양측의 주장은 헌법분쟁을 해결하는 데 필요한 가장 기초적인 전제조건들

184) 한마디로 도구적 합리성의 관념과 규범적 합리성의 관념을 혼동하면서 전자를 후자로 완전히 대체하는 우를 범하고 있는 것이다. 전자는 목적실현에 있어서의 수단의 효율성 즉, 당해 수단을 통하여 목적을 어느 정도로 실현시키며, 그 비용은 경제성이 있는가의 문제를 경험적, '과학적'으로 분석하고 평가함을 의미하지만, 그것이 단순히 당사자의 자치와 행정재량이라는 규범논리로 치환되어 있을 따름이다.

185) 실제 이것 조차도 전도된 논리에 입각하고 있다. 기존의 사회부조예산의 크기로부터 개별적인 부조금액의 타당성을 따질 것이 아니라, 인간다운 생활을 영위하는 데에 필요한 국가적 지원의 크기부터 먼저 결정하고 그에 따라 예산배정의 타당성을 따지는 것이 올바른 것이다.

즉 헌법문제를 특정하고 그것을 그에 상응하는 시선에서 분석, 평가하는 메카니즘 자체가 결여되어 있다는 점에서 전혀 과학적 타당성이 결여된 판단으로 나아가고 있는 것이다. 그래서 구체적 사건성을 전제로 하는 우리나라의 헌법재판제도에 상응하는, 사건적 특성에 대한 고려가 전혀 없이 단순히 제도나 규정만을 형식주의적인 법해석으로 예단하고 처결하는 일종의 사법적 독단으로 일관하는 것이다.

당해 개인이 추구하는 삶의 양식, 혹은 그 개인이 처하고 있는 생활환경에서 요청되는 정규적인 삶의 조건들이, 법의 이름으로 배제되고 있는 것이다. 요컨대, 법담론의 형식성을 규정하는 중립성(impartiality)이나 객관성이라는 원칙이 실제로는 그 법제도나 법원칙들의 편파성을 은폐하는 하나의 가식(guise)으로, 구체적인 사건의 개별성이나 차이성-혹은 맥락성-을 배제하고 차별화하는 은폐물¹⁸⁶⁾로서만 작용하고 있을 따름인 것이다.

이에 대하여 Minow는 ““진실”에 보다 가까이 가고자 노력할 것이 아니라 다른 사람의 진실에 가까이 가고자 노력하여야 한다.”¹⁸⁷⁾고 단언한다. 법적 정의가 차이를 배제하는 권력의 담론으로 작용하지 않기 위해서는 필연적으로 관용과 포괄에 의한 배려¹⁸⁸⁾가 요청된다. 법관의 “진실”과 청구인의 “진실”이 서로 포용될 수 있는 노력이 필수적이라는 것이다. 실제 “진실”은 그 자체 하나의 신화이다. 그것은 “다른 조건이 일정하다면”이라는 전제가 선행될 때에만 객관적일 수 있다. 위 결정에서 말하는 “평균적 생활수준”은 개별적·구체적 삶의 양식이나 욕구의 문제가 일정한 것으로 전제된다. “객관적인 최소한도”의 생활수준이라고 할 때 그 수혜자가 살고 있는 공동체의 구체적인 생활관계들이 배제되고 있다. 수많은 삶의 요소들 중에 어느 것은 일정한 것으로, 어느 것은 가변적인 것으로 취사선택하는 자의성이 내재하고 있는 것¹⁸⁹⁾이다. 바로 이 때문에 위 결정이 의존하고 있는 진리명제는 기

186) M. Minow, "Justice Engendered," in: S. J. Brison and W. Sinnott-Armstrong, Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation(Boulder: Westview Press, 1993)

187) M. Minow, op.cit., p.171

188) 이 때의 배려는 명사로서의 배려care가 아니라 동사적 의미에서의 보살핌caring을 뜻한다. 즉, 보살핌은 “활동적이고, 진행중이며, 미완성의 사회적 과정, 또는 구체적으로協議的인 과정”이자 동시에 타자를 전제로 하는 협의적 책임의 원형prototype이다. 정화열, (박현모 역), 몸의 정치, 민음사, 1999, 260면.

189) 이는 P. Williams, "The Obliging Shell: An Informal Essay on Formal Equal Opprotunity," in: S. J. Brison and W. Sinnott-Armstrong, op.cit.에서 잘 나타난다.

본적으로 그 밑바닥에 허구를 깔고 있고 이 허구로부터 구축된 진리명제에 전사회적인 정당성을 부여하고자 한다는 점에서 그것은 신화일 수 밖에 없는 것이다.

5. 직업의 자유와 생활세계

헌법 제15조에서 말하는 직업의 자유는 국민의 경제적 기본권이라는 측면과 더불어 노동을 통한 인격의 실현이라는 점에서 사회체제의 여하를 막론하고 가장 중요한 권리 중의 하나로 인정되고 있다. 그러나 우리나라의 실태는 관료적 권위주의에 입각한 규제로 인하여 그 실질의 적정성문제가 항상 제기되고 있는 실정이다. 바로 이 때문에 실제로도 직업의 자유에 관한 헌법재판소의 판단은 앞서의 결정례들과는 달리 상당히 전향적으로 이루어지고 있다. 기존의 관료적 편의주의에 의거한 제반의 규제장치들에 대한 위헌판단이 적지 않게 이루어지고 있는 것이다.

88헌마1(1989.3.17)과 89헌마178(1990.10.15)사건은 사법서사(또는 법무사)의 자격에 관한 사건으로 직업선택의 자유를 바라보는 헌법재판소의 시각이 잘 나타나 있다.¹⁹⁰⁾ 헌법재판소는 앞 사건에서 사법서사직은 그 공익적 성격으로 미루어, “국민의 법률생활의 안정과 불의의 피해방지를 위하여 그 자격부여에 있어서 합목적적으로 신중히 정할 입법사항”이라고 하면서 “광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 선택결정 사항에 속한다 할 것이며, 헌법재판소가 관여할만큼 현저한 합리성이 결여되거나 입법형성권에 명백한 남용내지 자의가 있어서 평등권의 침해가 있었다고 할 사유를 찾을 수 없다”고 한다.¹⁹¹⁾ 반면에 후자는 헌법재판소의 결정중 가장 많

190) 전자는 이 외에도 입법부작위가 헌법소원의 대상이 될 수 있는지에 관하여 명확한 지침을 제공하고 있다. 헌법재판소는 “헌법에서 기본권보장을 위해 법령에 명시적 입법위임을 하였”거나, 헌법 해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였음이 명백함에도 불구하고 “하고 아무런 입법조치를 취하고 있지 않은 경우에 입법부작위가 헌법소원의 대상이 된다고 한다.

191) 이렇게 경력환산규정을 두지 않은 입법작용의 위헌성여부에 대하여 89헌마1(1989.7.28) 사건에서도 마찬가지로 취지에 입각하여 입법부작위에 대한 소원으로 부적법하며, 보충성의 결여 등의 이유로 각하결정을 내리고 있다. 약사관리제도 불법운용과 한약업사업권침해에 관한 헌법소원사건을 다룬 89헌마163(1991.9.16) 사건도, 한약업사를 약사에 비하여 보충적, 한지적 직종으로 규정하는 것은 “광범위한 입법형성권을 가진 입법자가 국민보건향상이라는 공공복리를 고려하여 합목적적으로 정할 재량사항”이라고 한

은 논란의 대상이 된 사건으로, 법무사자격시험의 실시여부를 법원행정처장에 위임한 법무사법시행규칙 제3조 제1항의 위헌성여부에 관한 것이다. 여기서 헌법재판소는 헌법재판소의 권한에 명령·규칙의 심사권도 포함되는가의 여부에 대하여 “명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 … 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미”로서 법률의 하위규범인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연한 것이라고 하여 대법원에 대한 헌법재판소의 우월적 지위를 선언하고 있다. 그리고 직업선택의 자유를 “특정인이나 특정 집단에 의한 특정 직업 또는 직종의 독점을 배제하고 자유경쟁을 통한 개성신장의 수단으로 모든 국민에게 보장된 … 직업선택의 자유를 구현시키는” 것이 법무사시험제도를 규정한 법무사법의 취지라 할 것이라는 전제하에 그 실시여부를 법원행정처장의 재량에 일임한 것은 위임입법권의 한계를 일탈한 것이라고 선언하고 있다.¹⁹²⁾

하지만 이러한 판단과정은 직업의 자유에 대한 정확한 이해보다는, 입법형성권 내지는 입법재량권의 관점에서 제한의 목적과 그 수단 사이에 일정한 합리성만 인정되면 그의 위헌여부에 대하여 헌법재판소가 개입하지 않는다는 입장에 입각하고 있다.¹⁹³⁾ 물론 89헌마178 사건과 같은 경우에는 입법재량권을 일탈한 것으로 보고 있기는 하지만 이 경우는 대법원규칙이 스스로 자격요건을 특정하지 못하고 법원행정처장에 실질적인 내용의 결정권을 백지위임하다시피 함으로써 자의적인 권력행사의 틀을 제공하였다는 이유를 바탕으로 한 것이기 때문에 이러한 입장에서 크게 벗어나는 것은 아니다.

사실 직업의 자유는 헌법 제10조의 인격권·행복추구권과 헌법 제119조 제2항의

다.

192) 그 외에도 국공립사범대학등 출신자를 교육공무원으로 우선채용하도록 한 교육공무원법 제11조 제1항을 위헌선언한 89헌마89 (1990.10.8) 사건은 사회여건의 변화에 입법이 부응하지 못함으로써 효력을 상실하게 된 대표적인 경우이다. 사립사범대학출신자도 국공립사범대학등 출신자와 동일한 교원자격을 갖추어도 불구하고 교원적체현상으로 인하여 교육공무원으로의 신규채용에서 사실상 배제되는 결과를 야기하게 된 이 조항은 우수한 인력을 사전에 유치, 교육공무원으로 양성·채용하려는 제도의 본래의 목적을 상실시키는 결과가 야기되었다고 본 것이다.

193) 이러한 맥락에서 지방공무원법에서 금고 이상의 형에 대한 선고유예를 받은 경우에 당연퇴직사항으로 규정한 것의 위헌성여부를 다룬 89헌마220 (1990.6.25) 사건도 “공직에 대한 국민의 신뢰”를 위하여 이를 공무원결격사유 및 당연퇴직사유로 한 입법자의 의사결정은 수긍이 가는 것으로 합리성과 형평에 반한다고 볼 수 없다 한다.

경제의 민주화조항과의 밀접한 연관속에서 이해하여야 한다. 직업은 경제영역에의 인간의 참여를 의미한다. 경제가 생활세계의 향상에 대한 수단으로 기능하여야 한다면, 그것은 필연적으로 생활세계내에서 삶을 영위하는 구체적인 인간의 행위를 전제로 하지 않을 수 없고, 이때의 행위란, 어떠한 목적의 실현(즉 외부적인 것의 획득)을 위한 도구적 행태가 아니라, 행위 또는 행위함 그 자체가 그 행위주체의 인격 내지는 인간성의 실현으로 나타난다. 환언하자면, 행위란 S. Bowles와 H. Gintis¹⁹⁴⁾의 말처럼, 행위주체밖에서 미리 주어진 이익 또는 그 무엇을 획득하기 위한 것이라기 보다는 오히려 또는 그와 더불어 스스로를 형성하기 위한 것이며, 이러한 형성적 행위란 공통적으로 규정된 목표를 성취하기 위하여 다른 사람들과 함께 상호적·호혜적·참여적 행위에 들어가는 것을 의미하는 것이다. 여기서 필요한 것은 나의 존재, 나의 의식을 타자에게 주입시키는 지배의 도구가 아니라, 의사소통을 통한 나의 학습이자 나의 인간성의 형성이다. 자유주의가 당연한 것으로 전제하고 있는 기성의 선호라는 관념은 여기서는 무용하다. 인간의 선호는 사회적 고립 상태에 빠지지 않는 한 타자와의 교류 속에서 끝없이 수정되고 강화되는, 재생산의 것이다. 인간은 상황속에서 그 행위를 통하여 부단히 선택하지만, 그 선택은 완성이나 결과가 아니라, 학습이고 또한 과정이다. 어떠한 인간이 대상에 대한 ‘권리’를 획득하였다고 하더라도 그것은 ‘부’의 형성이나 ‘권력’의 실현이라는 의미에서가 아니라, ‘권력’이나 ‘부’를 통하여 이루어지는 자아확인이라는 의미에서 자기존재적으로 된다.

이러한 개념화에 따르면, 각각의 생활의 장은 각각의 행위자에 의하여 규정되고 또 실천된다. 참여는 “시민으로 하여금 자신의 삶을 보다 효과적으로 형성·조직할 수 있도록 전환될 수 있는” 기제로서의 민주주의가 가지는 본래의 이념을 추구할 수 있다는 점에서 나름의 의미를 가진다. 인간의 삶을 형성·조직하고 그로부터 학습과 조정의 과정을 거쳐 자신의 인간성을 형성하며 정체성을 확립한다는 것은, 소극적으로는 획일화나 총체성에 의한 배제와 배척을 거부한다는 의미로 나아가기 때문이다. 개개인들이 나름의 생활의 장에 대하여 가지는 자신만의 의미부여가 존중되고 또 실현되는 것이 민주주의라고 한다면, 이는 필연적으로 차이성을 의미하게 되고 이러한 차이성은 전체적인 결정이나 획일적인 규율이 아니라, 주어진 생활

194) Bowles, G., and H. Gintis(1994), (차성수, 권기돈 역), 민주주의와 자본주의: 재산·공동체 그리고 현대사회사상의 모순, 백산서당, 1994, 209면 이하.

현장에서 스스로 발언하고 실천하는 기제가 마련되어야 한다. 참여는 이를 보장하기 때문에 민주주의에 대하여 순기능적이며, 이 점에서 직업의 자유가 헌법 제10조의 인격권과 제119조의 경제의 민주화조항과의 관련속에서 이해되어야 하는 이유가 설명되는 것이다.

제119조 제2항에서 “개인과 기업”으로 표현되는 경제주체는 생산 및 판매의 조직으로서의 기업과 그 구체적인 행위자로서의 개인으로 구분된다. 동시에 이 “개인과 기업”은 헌법 제15조의 직업의 자유를 누리는 향유주체이기도 하다. 그러나 여기서 주의하여야 할 것은, 소비자, 노동자, 자영업자, 농·어민 등은 분명 “경제주체”이면서 동시에 생활인이라는 점이다. 경영자나 투자자 역시 마찬가지이다. 경제영역에서의 이들의 행위는 의당히 “경제적”이라는 수식어가 붙지만, 그들이 그러한 행위로 나아감에 있어 그 지향점은 각각 다르다. 특히 전자의 집단은 「경제행위」와 동시에 「생활행위」를 수행한다. 이 지점에서 “삼성전자는 컴퓨터를 만드는 회사다”라는 표현은 분명히 잘못된 것이다.¹⁹⁵⁾ 컴퓨터를 만드는 주체는 회사가 아니라 생산라인에서 있는 노동자이다. 이 노동자는 라인에서 컴퓨터를 조립하면서 동시에 동료들과 정서를 교환하고 불만을 토로하고 회사에 대한 감정을 조성한다. 나아가 그는 라인의 규칙에 따라 자신의 행동과 삶을 조정하기도 한다. 그 라인 자체가 그 노동자에게는 또 다른 생활의 장을 형성하는 것이다. 그래서 그의 이해관계는 순수히 경제적인 것만은 아니다. 그래서 “경제주체간의 조화”란 경제주체간의 경제적 이해관계의 조화를 의미하는 동시에 각각의 경제주체가 그 생활공간에서 가지는 ‘경제외적’ 이해관계-삶의 기대와 정향을 경제과정에서의 의사결정과정에 투입시키고 포섭시킬 수 있는 가능성을 전제로 한다. 그래서 “개인”으로서의 노동자는 물론, 농어민, 중소기업, 지역경제, 소비자 등 다양한 경제주체들은 자신의 자유와 창의를 위하여 즉, 자신의 삶을 효과적으로 형성하고 조직할 수 있기 위하여 그 삶에 영향을 미치거나 그것을 조직하는 모든 경제부문에 대하여 나름의 주장과 발언의 기회가 마련되어야 하는 것이다. 또는 보다 정확한 의미에서 “개인”으로서의 경제주체는 이러한 경제영역을 자신의 입장에서 생활공간으로 재구성할 수 있는-그것을 요

195) 이 표현은 M. Ryan에서 따온 것으로, 회사 특히 법인이라는 개념이 인간을 의제함으로써 재산과 자본을 탈인간화하는 자본주의의 담론조작의 대표적 예로 거론되는 것이다. 즉, 법인과 같은 자본의 덩어리를 인간과 동일시하는 논리조작을 통하여 인간에게 인정되는 시민권을 오로지 이 법인에게만 인정하고자 하는 것을 비판하면서 지역공동체나 사회적 결사에 대한 소극적 입장을 견지하였던 개인주의적 자유주의의 허구를 지적한다.

구할 수 있는 권리와 능력이 부여되어야 한다.¹⁹⁶⁾

이러한 맥락에서 직업의 자유를 파악할 때 소위 “뺑소니”차량의 운전자에 대한 면허취소를 강제한 구 도로교통법 제78조 제1항 단서 중 제12호 부분은 합헌이라 판단한 사건¹⁹⁷⁾은 인간의 행위와 인간의 생활을 상호 단절시켜 놓고 후자에 대한 국가편의적 취급행위를 정당화한 대표적인 사건이라 할 것이다. 이 사건에서 헌법재판소는 “특히 과도한 교통량, 높은 교통사고발생률, 이른바 “뺑소니” 사범도 계속 늘어나고 있는 우리나라의 교통현실과 국민의 교통질서의식과 문화 등을 감안”함을 명백히 하고 있다. 그리고 바로 이러한 질서요청이 “자동차의 운행을 직업의 직접적인 수단으로 이용하는 국민에게는 특히 생계에 지장을 초래하게” 되며, 나아가 “자동차의 운전으로 생업을 영위하는 개인에게 있어서는 장기간의 운전면허취소는 생계에 심각한 타격을 초래”¹⁹⁸⁾한다는 사실에 우월하는 국가이익임을 선언하고 있다. 이에 헌법재판소는, 이 법규정이 면허정지처분의 여지를 배제한 채, 모든 “뺑소니” 운전자의 경우 반드시 면허취소하도록 규정한 것이 “교통질서유지와 공공복리, 그리고 교통사고 피해자의 생명, 신체에 대한 보호를 위하여 국민의 행복추구권이 나 직업선택의 자유를 제한함에 있어 필요 최소한의 범위를 넘었다고 볼 수는 없다”고 단언한다.

하지만, 운전면허라는 것을 하나의 국가적 시혜 혹은 국가에 의한 「상대적 금지의 해제」라는 형식논리로만 파악한다면 이러한 논의는 어느 정도 의미는 있을지나, 그것이 반대의견에서 거론된 바와 같이 국민생활의 한 부분으로 편입되어 있고 경우에 따라서는 그것을 하나의 생업수단으로 삼아 자신의 생활근거를 마련하는 통

196) 이 점에서 과외교습금지조치에 대하여 위헌판단을 내린 사건(헌법재판소 결정 2000. 4. 27. 선고 98헌가16, 98헌마429(병합))이 이 사건법률조항의 위헌성여부판단의 초점을 직업의 자유가 아니라, 학습권, 교육권 등에 맞춘 것은 일단 정당해 보인다. 헌법재판소는 그 이유로서 “[여기서] 제기되는 헌법적 문제는 교육의 영역에서의 자녀의 인격발현권·부모의 교육권과 국가의 교육책임의 경계설정에 관한 문제이고, 이로써 국가가 사적인 교육영역에서 자녀의 인격발현권·부모의 자녀교육권을 어느 정도로 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 이러한 측면에서 본다면, 과외교습을 직업으로서 자유롭게 선택할 수 있는 자유에 대한 제한은 오히려 부차적인 문제이다.”라고 단언하고 있다. 하지만, 이 결정은 역으로 질서유지 및 공공복리에 관한 판단이 너무 추상적으로 이루어짐으로써 공공선 혹은 공동체적 미덕의 구현보다는 개인적 권리를 강조하는 우를 범하고 있다는 지적은 면키 어렵다.

197) 헌법재판소 결정 2002. 4. 25. 선고 2001헌가19·20(병합)

198) 하경철, 김효중 재판관의 반대의견

로 활용되고 있는 경우에는 그 「상대적 금지의 해제」라는 허가개념이 가지는 형식논리를 넘어 생활권으로서의 의미를 가지게 된다. 여기서 헌법재판소의 합헌의견은 문제를 노정한다. 즉, 구 도로교통법 조항은 “뺑소니”에 해당하기만 하면 무조건 운전면허를 취소하게끔 강제하고 있음으로 인하여 행위자의 구체적 생활관계가 법판단의 과정에 포섭될 수 있는 여지 자체를 박탈하고 있다. 즉, 헌법상의 적법절차의 원칙이 요구하는 상대방에 대한 배려-구체적 상황에 대한 인식과 이해의 공유-가 개입될 수 있는 가능성이 전혀 허용되지 않고 있는 것이다. 한마디로 “이 사건 법률조항은 행정당국이나 법원의 재판과정에서 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려하여 공익침해의 정도에 상응하는 제재조치를 선택할 수 있는 재량의 여지를 전혀 부여하지 않고” 있는 셈이다.¹⁹⁹⁾

하지만 여객운송사업자가 지입제 경영을 한 경우 그 자체만으로 사업면허를 반드시 취소하도록 한 여객자동차운수사업법 제76조 제1항 단서 중 제8호 부분에 대한 위헌제청사건²⁰⁰⁾에서는 헌법재판소는 정반대의 입장을 취한다. 즉, 헌법재판소는 임의적 규정으로도 법이 지향하는 목적을 실현할 수 있음에도 불구하고 당해 구체적 사안의 개별성과 특수성을 고려할 수 있는 가능성을 일체 배제하는 소위 “필요적 규정”을 둔다면 그것은 최소침해의 원칙에 어긋나게 되어 비례의 원칙 위반으로 위헌적인 것이라는 전제를 제시한다. 그리고 지입제 관행은 임의적 취소제도에 의하더라도 단속을 철저히 하고 법집행을 엄격히 한다면 그 폐해는 충분히 해소될 수 있을 것이라고 하면서, “기본권침해의 정도가 덜한 임의적 취소제도의 적절한

199) 여기서 또 다른 문제가 야기된다. 비슷한 유형에 해당하는 특정범죄가중처벌등에관한 법률 제5조의3 제2항 제1호 위헌심판사건(1992.4.28 선고 90헌바24)에서 헌법재판소는 교통사고후 유기도주치사죄를 저지른 “뺑소니”운전자에 대한 엄중처벌이 사회질서의 목적을 위하여 필요하다는 사실을 인정하면서도 그 형벌권을 사형 등에만 한정하고 있는 것은 위헌이라고 판단하였다. 물론 이 사건에서 최광률, 김문희 재판관은 공공의 이익, 민사법적인 이익, 교통공동체의 이익 등을 고려하여 합헌이라고 주장하였으나 다수의견은 이를 거부하였다. 문제는 이 경우는 「법관의 양형판단에 있어서의 재량권」을 침해한다는 것이 다수의견의 위헌판단의 이유였다. 하지만, 위의 면허취소에 관한 사건에서 헌법재판소는 이와는 정반대로 엄격처벌을 주장하면서 「행정청의 처분판단에 있어서의 재량권」에 대한 고려는 전혀 하지 않고 있다. 양자의 사건은 따라서, 헌법재판소가 어떠한 법판단을 하는 국가기관을 중심으로 헌법의 의미를 추구할 뿐, 그 헌법상의 기본권주체로서의 국민을 중심으로 그들의 생활관계를 어떻게 헌법과정에 편입시켜야 할 것인가에 대하여는 전혀 무관심함을 역으로 보여준다.

200) 헌법재판소 결정 2000. 6. 1. 선고 99헌가11·12(병합)

운용을 통하여 입법목적은 달성하려는 노력은 기울이지 아니한 채 기본권침해의 정도가 한층 큰 필요적 취소제도를 도입한 이 사건 법률조항은 행정편의적 발상으로서 피해최소성의 원칙에 위반된다.”고 선언한 것이다.

이 두 사건에서의 헌법재판소의 태도의 차이는 어디서 연유하는 것인가? 그 답은 후자의 사건에서 헌법재판소가 제시한 결정이유에서 찾아 볼 수 있다. 헌법재판소는 “지입제에 대한 운송사업자와 지입차주의 경제적 이해관계가 일치하는 이상 오히려 지입제가 더욱 은밀히 이루어지게 될 가능성을 배제할 수 없”고 “면허취소가 지나치게 가혹함이 분명한 경우 행정당국으로서도 달리 선택할 수 있는 제재수단이 없어 오히려 경고와 같이 실효성없는 조치에 그치게 될 가능성도 배제할 수 없”다고 하면서 “한 때 나라 경제사정이 악화되어 회사경영이 어렵게 되자 오히려 지입제에 의한 경영형태가 확산되었던 현실은 이러한 사정을 반영한 것”으로 판단된다고 밝히고 있다. 뿐만 아니라, 지입제로 인하여 면허취소가 된다면 “법 제7조 제5호에 의하여 면허취소일로부터 2년간 면허를 발급받을 수 없기 때문에 최소한 향후 2년간 사업장을 폐쇄할 수밖에 없을 것인데, 그로 말미암아 운송사업자에게 막대한 경제적 타격이 초래됨은 물론, 운송사업자에게 고용된 근로자들 또한 직장을 잃게 되어 생계의 어려움에 직면하게 된다.”는 점도 위헌여부의 판단에 있어 중요한 고려대상으로 산입한다. 그리고 바로 이러한 사업자들의 경제적 이익이 필요적 면허취소제도의 위헌이유로 작용하게 되는 것이다.

한 마디로, 전자의 사건(“뽕소니”사건)에서는 공익의 엄정함으로 인하여 운전자의 개별적인 생활상의 이익은 희생될 수밖에 없고 따라서 필요적 면허취소제도가 합헌이 되는 반면, 후자의 사건(지입제 사건)에서는 면허취소되는 개별사업자의 구체적인 경제적 이익을 형량하지 못하기 때문에 필요적 면허취소제도는 위헌이 된다는 것이다. 여기서 헌법재판소의 판단은 경제적 이익의 크기에 있을 뿐, 그 경제적 이익이 당사자의 생활관계에 어떠한 의미를 가지는지, 혹은 그러한 처분이 당사자의 인권과 어떤 의미연관속에서 이해되어야 하는지에 대하여는 전혀 무관심한 것이다.

VI. 결 론

1. 정 리

기본권은 그것이 국민 개개인에 일정한 이익을 부여한다는 측면과 더불어 그것을 향유케 함으로써 자유민주적 기본질서의 유지와 사회적 법치국가라는 헌법상의 양대 이념에 기여하고 따라서 인간의 존엄과 인격의 가치를 실현시킨다는 객관적인 측면도 존재한다. 따라서 이 부분에 대한 입법은 상당부분이 이중기준의 원칙에 의하여 통제되게 된다. 즉, 그 제한의 필요성 뿐 아니라 제한함으로써 얻을 수 있는 공익이 반드시 필요한 것이어야 하고 나아가 비례와 보충성의 원칙에도 합치되어야만 한다. 그러나 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 결정례를 보면 상술한 바와 같이 시민권을 단순히 개인적 이익에만 종사하는 것으로 간주하고 국가안보나 사회질서유지라는 공익과는 일응 상충할 수 있는 것이라는 맥락 속에서 다수자의 논리-지배이데올로기의 틀 속에서만 바라보고 있다.

헌법재판소의 결정에서 공통적으로 나타나는 것은 그것이 개인/국민, 기본권/안보·질서·공공복리의 대조법을 활용하고 이 두 쌍을 각각 전자는 전자끼리, 후자는 후자끼리 대응시키면서 전자에 대한 후자의 우월적 지위를 주장하고 있다는 점이다. 헌법재판소는 그 판단준거로서의 법을 「일반법(Allgemeine Gesetzes)」의 관념으로 이해하고 있다.

헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 따라서 국가가 종전의 상황을 개선함에 있어서 그 개선의 효과가 일부의 사람에게만 미치

고 동일한 상황하에 있는 다른 사람에게는 미치지 않아 그들 사이에 일
견 차별이 생기게 된다고 하더라도 그것만으로는 평등의 원칙을 위반한
것이라고는 할 수 없다.²⁰¹⁾

그러나 위의 인용과 같은 국가법의 획일성, 일반성의 요청은 평등의 원칙에만 한
정되지 않는다. 그것은 개인에 대한 국가의 우월성의 관념이며, 자율과 자치에 대
한 국가법의 후견적·지도적 지위의 인정이다. 여기서는 개개인의 생활상의 다양성
이나 다층성의 인식보다는 통일성과 총체성의 요청이 더욱 강하게 작용한다. 헌법
재판소는 위 인용에서 제도의 개선을 통한 기본권의 실현이라는 이름으로 말하고
있지만, 그 판단의 기준은 개인의 인간성의 실현이 아니라 「국민」의 「공공복리」의
실현이며, 그 판단의 주체 역시 자율적인 개인이 아니라 그 개인을 후견하는 국가
이다. 따라서 이 판단의 과정에는 「합리성」과 「법적 가치」가 작동하게 된다.

우리나라의 정치와 시민사회, 그리고 경제영역을 모두 포괄하여 통제하는 시국사
건결정들은 바로 이러한 논리에 입각해 있다. 기본권의 주체로서의 개개인들은 헌
법제37조제2항의 법리에 따라 안보나 질서, 공공복리에 복종하는 피동적 위치에 놓
이게 된다. 이러한 법익들은 언제나 개인적 상황을 압도하며 「전체의 이익을 위하
여」라는 명분하에 그러한 압력에 굴복할 것이 요청된다. 이것이 위의 결정들에서 2
중적 판단이 혼재하게 되는 원인이다. 권위주의적 권력관행들이 어느 정도의 민주
화과정을 통하여 독자적인 존재능력을 상실해감에 따라 그것을 보완하거나 대체하
는 논리로 나타나는 것이 국민의 기본권의 한계론이다. 헌법재판소는 국민 특히 개
인이 향유하는 기본권에 대하여 종래와는 달리 상당히 수용적 입장을 취하면서도
그것을 그대로 실현될 수 있도록 내버려두지 않고 우리 헌법상 예외조항이라 할
제37조제2항 소정의 기본권제한규정을 전가의 보도처럼 사용하는 것이다. 여기서는
국가의 기본권보장의 의무는 안보·질서·공공복리실현이라는 국가에 전속되는 또다
른 법익에 양보하게 된다.

헌법재판소결정문에서 흔히 나타나는 “~기본권은 보장된다 ...하지만, 그렇다고
해서 그것은 무제한한 것은 아니다. 따라서 그 기본권은 ~을 위하여 제한할 수 있
다”고 하는 표현은 이 점을 대변한다. 그러나, 이 판단의 형식은 마치 “너는 살아있

201) 토지수용법 제46조 제2항의 위헌여부에 관한 헌법소원 (1990.6.25. 89헌마107 전원재판부
육법 제8조의2에 관한 위헌심판 (1991.2.11. 90헌가27 전원재판부)

다. 그러나 인간의 생명은 유한하다. 따라서 너는 지금 죽어야 한다”는 논리구조와 마찬가지로, 아주 심각한 논리적 문제를 내포하고 있다. 그 기본권의 유한성은 사회생활관계속에서 문화적으로 결정되는 것이며, 그 양상 또한 그러하다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 그것을 정책적으로 또는 합리성의 판단에 의하여 결정될 수 있는 것으로 이해하면서 동시에 그 결정의 주체까지도 국가에 일임하고 있다. 예컨대, 국가보안법사건과 같은 경우 표현의 자유의 유한성은 사회생활과정 특히 문화생활이나 정치생활과정에서 1차적으로 정서되고 또 여과되어야 할 것임에도 불구하고, 거의 ‘선협적’ 판단에 의하여 반국가단체의 의미와 내포를 당연히 주어 진 것으로 전제하면서 그러한 선입관으로부터 이적성-안보위해성을 도출해내고자 한다. 여기서는 생활의 주체로서의 개인의 자율적 판단을 대체하는 또다른 추상적 주체를 예정하고 있는 것이다. 그것이 국민이든 아니면, 입법재량권을 가지는 입법 기관이든, 또는 헌법재판관 자신이든 관계없이, 개개인들이 자신의 기본권을 실현 하는 과정에서 발견하거나 자각하게 되는 한계 또는 한계인식이 아니라, 어느 누군 가에 의하여 일방적으로 주어지는 한계이자, 억압을 말하고 있는 것이다.

요컨대, 바로 이 점에서 우리는 헌법재판소 역시 또다른 권력기구 내지는 억압기 구로 규정할 수 있게 된다. 그것은 헌법재판소가 어떠한 지배이데올로기를 반영하 고 그것을 결정의 형식으로 그대로 투사한다는 의미에서 보다는, 그와 더불어 헌법 의 의미내용을 스스로 창출하고 그렇게 형성된 헌법의미들을 총체화하여 하나의 완결된 체계로서의 헌법을 예상하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 국순옥교수가 염려하듯이,²⁰²⁾ 미흡하나마 선거구민의 정치적 통제에 굴복하는 대의제적 입법기관 이 사회의 민주화과정에 따라 그 억압적 성격의 수정을 가하지 않을 수 없게 됨에 따라 이를 보완하는 기제로서 헌법재판소가 기능하게 될 가능성 또한 이러한 판단 의 구조로부터 읽을 수 있는 것이다.

국회의 입법형성권이라는 논의는 헌법재판소의 전 결정에서 나타나다시피 하는 것으로 또 다른 법적 상징으로 등장한다. 이는 법률의 합헌성추정의 원칙과 연결되 어 기본권의 제한의 필요성, 그 수단의 합리성 및 정당성을 의제하는 준거로 작용 한다. 정책의 결정(입법기능)은 국회의 소관이며 그것이 정당한 절차에 의하여 이 루어지는 한에 있어서는 합헌적이라는 전제가 언제나 헌법재판소의 결정의 밑바닥 에 깔려 있는 것이다. 따라서 이중기준의 원칙에서 볼 수 있는 엄격심사의 방법은

202) 전계논문 참조

이러한 의제에 의하여 상당부분 간과되어 버린다. 그리고 입법의 방법에서 드러나는 애매성이나 포괄성에 의한 위헌적 요소는 한정합헌결정이라는 독일식의 판단방법론을 원용하여 변용하고자 한다.

실제 기본권보장을 위한 헌법재판은, 입법자등 공권력을 장악하고 있는 다수자가 사실에 대하여 동원하는 인식이나 평가의 준거를 소수자의 입장에서 비판하고 그 소수자 나름의 준거로써 그것을 대체하고자 하는, 그럼으로써 소수자 자신의 인식과 평가 - 즉, 理解와 의지에 따른 헌법의 재구성작업으로 나아갈 수 있는 헌법적 기회로서 존재한다. 그리고 바로 이것이 헌법재판의 정치화의 문제이다. 헌법의 의미를 고착시킨 채 그에 적합한 사실관계를 추출해 내는 것이 아니라, 분쟁주체들이 자기 나름으로 사실관계에 대한 인식과 평가를 바탕으로 헌법내용을 자신의 것으로 이끌어내고 이로써 분쟁의 소재로 상정하는 일련의 검증과정으로 헌법재판을 재구성하는 작업인 것이다. 그리고 이렇게 될 때에야 비로소 헌법재판이 단순한 형식주의적 법논리의 무한반복에 그치는 것이 아니라, 끊임없는 대립과 논쟁의 과정을 통하여 헌법을 변화하는 시대상황에 적응시키고 나아가 그렇게 발견되는 헌법내용이 현실을 규율할 수 있도록 규범력을 부여하는 헌법발전의 계기를 구축할 수 있다. 뿐만 아니라, 헌법재판의 전과정을 통하여 헌법분쟁에서의 의제설정(agenda setting)의 기회를 소수자에게도 부여한다는 점에서 헌법과정의 다양하고도 다층적인 참여를 이루어낼 수 있게 된다는 이점도 가지게 된다.

이는 현대헌법의 특성에서도 추론된다. 형식적 평등과 소극적 자유주의를 바탕으로 표준화와 총체화에 주력하였던 근대헌법과는 달리 현대헌법은 보편적·편재적 이성을 바탕으로 하는 추상적 인간이 아니라 구체적인 생활환경에서 현실적이고 감각적으로 실존하는 구체적 인간을 다룬다. 여기서 종래 순수하게 私法의 영역에서 의사자치에 방임되었던 그래서 정치로부터 소외시켜 두었던 제반의 생활영역들-경제관계, 환경관계, 소비자보호, 여성과 모성의 보호 등-을 다시 헌법적 관심영역으로 포섭할 수 있는 계기가 형성된다. 하지만, 그러한 과정에서 간과하지 말아야 할 것은 바로 상술한 '사항강제'라는 이름하에 이루어지는 관료적 재량과 형성영역의 도래이다. 헌법적 관심이 '사적' 생활로 이전하면서도 그것을 그대로 정치영역으로 재편성하는 것이 아니라 오히려 행정국가라는 이름으로 변형시켜 버리고 여전히 그들을 탈정치화시키고 있는 것이다. 형식주의적 법학이나 독일, 일본, 우리나라 등에서 이루어지고 있는 관료화된 법조제도가 바로 이러한 현상을 가속화시키고 있

다. 법의 문제를 입법이나 집행의 문제와는 전혀 별개의 차원에서 설정해두고 두 영역의 판단기준을 전혀 달리 함으로써 법판단과 정치판단을 2원화시킴과 동시에 사회내의 다수자와 소수자의 대립을 대립 그 자체의 현실문제로 파악하기보다는 오히려 법으로 상정되는 국가의지와 일 개인의 대립의 문제로 변이시켜 버리는 것이다. 부연하자면, 행정이나 입법의 테크노크라트와 사법의 테크노크라트를 분리시킴으로써 사실판단의 상위로 인하여 발생하는 대립과 분쟁의 문제를 전혀 다른 차원의 패러다임 즉 법판단의 논리로서 처리하고자 하는, 그럼으로써 결국에는 다수자의 의지가 관철되는, 분쟁사실의 왜곡과 그 처리방법의 편향성을 야기하게 되는 것이다. 그리고 그것이 바로 입법형성권이라는 사법소극주의의 틀로 전이된다.

입법자나 정책형성자의 의지에 명시적으로 반하지 않는 결정을 선호하는 이러한 현상은 헌법재판소의 소극적 역할정향과도 연결되는 것인 바, 이는 그 정책의 집행 과정에 대한 그의 성향에서도 나타난다. 헌법재판은 사실심이 아닌 법률심이며 또한 헌법심이라는 경계설정을 바탕으로 헌법재판소는 구체적인 법집행과정속에서 나타나는 기본권현실에 대한 판단은 자신의 역할경계로부터 제거해 버린다. 헌법재판소는 스스로 국가기관의 '자의적 집행의 여지'의 존재를 인정하면서도 그것이 헌법판단에 있어 필요조건을 될 수 있는지는 모르나 충분조건은 되지 못한다는 취지의 결정을 내리고 있다. 여기서 규범현실과 규범의 간극이 나타나게 되는 것이지만, 국민주권주의와 자유민주적 기본질서의 한 내포로서의 기본권보장이라는 관념의 실질은 무시해 버리는 논리가 아닐 수 없다.

실제 이 부분에서 사실관계에 기반하는 구체적 타당성을 담보하기 위한 최선의 헌법적 장치라고도 할 수 있는 적법절차의 원리는, 조직으로서의 법원이 자신의 지위나 권력의 향상을 추구하는 과정속에서 부산물로서만 거론될 뿐, 그것이 기본권의 실체적 의미를 발견하고 이를 법과정에서 집행하는 헌법적 통로로서는 이용하지 않는다. 즉 헌법재판소는, 「적법절차에 의한 재판을 받을 권리」라는 관념을 절차적 측면에서 수용, 법률과 법관의 양심에 의하여 정기적으로 임용된 법관이 행하는 재판을 받을 권리로서 이해하면서 법관의 재량여지의 확보를 중심으로 판단을 내리고 있을 뿐이며, 따라서 법률상의 의제조항이나 가중처벌조항 등 법관의 판단에 제약을 가하는 법률은 그 의미를 축소하거나 효력을 상실시키는 결정에는 이르고 있다. 하지만, 그것은 이 적법절차를 설계하는 입법지침을 유의미하게 상정하지 못함으로써 경우에 따라서는 법조집단의 자의적 판단을 중시하고 경우에 따라서는

청구인의 사적 이익을 고양하는 등 일관된 틀을 제시하지 못하는 양상을 보여준다.²⁰³⁾

또 하나의 상징요소는 「평등의 원칙」이 있다. 헌법재판소는 본안에서 거론되는 기본권의 실질적 내용에 관한 판단 보다는, 그에 대한 제한이 평등의 원칙에 반한다는 이유로 거의 모든 위헌결정에 임하는 경향을 보이고 있다. 이는 기본권에 관한 법리의 발전에 기여하지 못한다는 한계를 의미하는 것이기도 하거니와, 일반적으로 형식적 정의의 표현이라 할 평등의 원칙에의 지나친 의존은 기본권일반에 대한 헌법재판소의 소극적 성향을 대변하는 것이라고도 하여야 할 것이다. 전술하였듯이 평등의 원칙이 합리적 「차별」의 원칙을 의미하는 것이라면, 기본권 이해의 준거를 이 평등의 원칙에만 의존하는 것은 역으로 모든 기본권이 입법재량권에 의한 다수자의 규제범위 내지는 그 대상영역안에 있음을 암묵적으로 인정하는 셈이 되어 버린다. 환언하자면, 문제되는 기본권의 내용과 제한의 목적 및 필요성, 그리고 그 수단 간의 합리적 연관 등에 관한 논의는 일단 공익의 대변자인 국회의 권한으로 미루어 두고 그 제한의 외연 즉, 형식적 특성에만 초점을 맞추어 위헌여부를 판단하는 것이다. 이 점은 특히 각종의 특례법이나 특가법 등 국회의 일정한 목적의식하에서 정립한 법률이 위헌무효로 선언되게 하는 가장 중요한 요인을 이루면서 시국사건등에 적용되어야 할 이중기준의 원칙 내지는 엄격심사의 원칙이 재산권사건이나 기타 주변적인 사건에 대입됨으로써 위에서 말한 입법재량권의 개념이 오히려 모호해지거나 단순히 판단을 회피하기 위한 수단으로 이용되고 있음을 스스로 입증하는 모습을 보이게 되는 것이다.

결국 헌법재판소의 결정과정을 일관하면, 헌법 제37조 제2항의 규정에서 말하는 국가안전보장과 사회질서유지라는 관념을 통치권력에 의하여 규정되는 지배이데올로기로 충당한 후, 입법재량권, 규범과 현실의 준별, 실체법적 제한과 절차법적 제한의 이분적 관념, 적법절차원리에 대한 법원과 법조 중심의 해석·조작, 그리고 평등의 원칙 등의 상징체계들을 통하여 지배이데올로기 내지는 통치권력의 의사가 헌법재판소의 결정의 형태로 침윤하는 모습을 보여 주고 있다.

203) 위의 시국사건에 관한 소극적인 결정성향도 그간의 수차에 걸친 사법파동의 예에 비추어 본다면 넓은 의미에서의 조직성의 표현이라 할 수 있다.

2. 인권을 위한 헌법해석을 위하여

이상과 같은 발견은 인권에 관한 우리 법원-특히 헌법재판소의 결정을 분석함에 있어 결코 놓쳐서는 아니될 점을 제시한다. 그것은 우리나라의 법과정 특히 사법과정에 대하여 지금까지 강요된 편견이 조속히 시정되어야 한다는 점이다. 우리의 사법결정은 현재까지 일관되이 순수한 법논리에 의하여 설명되어 왔을 뿐, 그것의 정치적·사회적 기능 또는 정치적·사회적 영향에 의한 법(정책)판단이라는 측면에서는 거의 무시되어 왔다. 이것은 법원이나 헌법재판소를 법의 물신화라는 허구속에 은닉시키는 역할만 할 뿐이다. 물론 종래의 연구방법의 타당성이나 유효성에 대하여 반론을 제기하고자 하는 것은 아니다. 다만 전통적인 법문화속에 외래적인 근대사구법제도가 유입되면서, 그리고 그것도 권위주의와 관료주의적 토양 위에 이식되어 버린 우리나라의 현실에서는 이러한 규범론적 고찰은, 미국에서와 같이 '법원'의 신화를 통하여 사회적 또는 정치적 갈등을 정의의 관점에서 해결하는 공식적이고도 가장 유효한 수단으로서의 법원을 양성하는 것이 아니라, 법원의 '신화'속에서 개인의 기본권이 정치적, 사회적 필요성에 의하여 제약되는 과정들을 정당화시키는 허약한 법원의 모습만을 만들게 될 여지를 제공하는 것이다.²⁰⁴⁾

우리나라 헌법재판소의 재판관들의 결정성향들은 이러한 논의를 뒷받침한다. 많은 경우 헌법해석학적인, 따라서 '헌법적' 추론방법에서 도출되는 결정보다는 그때 그때의 사건자극에 대한 각 재판관들의 성향의 차이에 의한 결정이 드러나고 있는 것이다. 특히 지배이데올로기에 대한 입장의 차이는 두드러진 양극화의 경향을 보이면서 우리 사회내에서 전개되고 있는 안정과 개혁의 대립적인 주장을 그대로 반영하고 있는 대표적인 예라 할 것이다. 여기서는 국민의 기본권을 어떠한 경우에 얼마나 제한할 수 있으며 그것은 어떠한 법리에 의하여 정당화될 수 있는가의 논의보다는 각 재판관들이 준거로 하고 있는 이데올로기가 어떠한 헌법규정을 통하여 당해 사건에 투영될 수 있는가를 중심으로 한 논의가 주를 이룬다. 헌법에의 의지(Wille zur Verfassung) 보다는 정치에의 의지(Wille zur Politik)가 우선하여 나타나고 있는 것이다.

하지만 헌법재판소는 이러한 자제적 태도보다는 오히려 정치부분과 법부분 혹은

204) 이 점에서 권영성, 전개논문에서는 특히 정치사건에 대한 헌법재판소의 적극주의적 결정을 촉구하고 있다. 45-46면 참조

정치적 산출물과 그 상대방으로서의 개인 혹은 소수자집단을 상호 조정하고 통합하는 일종의 연대형성적 기능을 수행하여야 한다. 즉, 국회와 행정부의 산출부문에 대한 체계통합의 기능을 수행하여야 한다는 것이다. 헌법재판소는 정치부문에서 이루어지는 행위를 헌법적인 차원으로 포섭하여 그의 정당성을 마련하고 또한 그에 대한 지지를 획득하는 기능을 수행할 것이 요청된다. 또는 위헌결정 등의 형태를 통하여 이들 기관의 행위로 인한 사회적 반발을 제도내적으로 흡수하고 그로써 거시적인 의미에서의 체계의 유지를 도모할 수 있게 하는 것이다. 바로 이 점에서 헌법재판소는 가치와 권력의 분배에 관한 사회 각부분들의 투쟁의 장(Arena)을 형성하게 되는 것이고 따라서 그 헌법상의 성격여하와는 무관하게 완전한 의미에서의 정치적인 기관인 것이다.

여기서 인권과 관련하여 중요한 헌법판단요소로 등장하는 것은 바로 시민권(Citizenship)의 개념이다. 이것은 단순히 기본권의 향유주체의 문제가 아니라, 보다 동태적으로 일정한 생활관계를 이루고 있는 개개인들이 자신이 속한 생활공동체에서 유의미한 구성원으로서의 지위(standing in the community)²⁰⁵⁾를 확보하고 있는가의 문제이다. 그래서 그것은 D. Held²⁰⁶⁾가 말하는 시민권(Citizenship)의 개념과 유사하다. 즉, 어떠한 생활공동체의 한 구성원으로서 그 생활공간을 중심으로 의미체계를 구성하고 그에 따라 자신의 생활을 형성하고 영위해 나가는 인간에 대하여 헌법을 비롯한 법체계가 어떠한 조건들을 형성하고 있는가를 중심으로 구성된다. 개인이 생활공동체 내의 다른 구성원들과 형성하는 그때 그때의 관계들을 조직함에 있어 헌법상의 종교의 자유나 표현의 자유 또는 복지에 대한 권리들이 어떻게 이해되고 재구성되어야 하는가를 선언하고 있음이다. 환언하자면, 기본권을 자기충족적인 것으로 바라보는 것이 아니라, 구체적 상황속에 편입되어 있는 개개인들의 관계양상 또는 생활의지를 중심으로²⁰⁷⁾ 그것이 당사자들의 생활에 미치는 영향을

205) 이는 학교에서 기도시간을 설치한 것은 위헌이라고 판단한 *Wallace v. Jaffree*, 105 U.S. 2479(1985)에서 O'Connor대법관의 다수의견으로 제시되었다.

206) D. Held, "Citizenship and Autonomy," in: D. Held, *Political Theory and the Modern State*(Stanford: Stanford University Press, 1989)

207) 이 지점에서 P. Williams, op.cit의 서술방식과 같이 법담론의 구성에 있어 구체적인 개개인들의 自傳的 이야기하기(story telling)의 중요성이 도출된다. 그것은 "자신을 분열시켜 복화술적인 여러 목소리를 냄으로써" 기존의 사회적 권력담론에 의하여 배제되고 배척되었던 개인의 소서사가 법의 영역에 편입될 수 있게 된다. 임옥희, "황색여자의 이야기," 『여/성이론』, 통권3호, 2000.겨울, 258-9면. 일생의 욕구가 법의 당위명제로 재구성될

평가하고 그로부터 개인과 공동체와 국가에 부여되는 각각의 몫-그 당사자의 일상 생활의 질과 양을 풍부하게 하기 위한 배려의 몫-을 결정하는 일종의 재구성적 판단의 대상으로 바라보는 것이다. 따라서 이러한 시민권으로서의 기본권은 필연적으로 개인성과 차이성을 강조하게 되면서, 기본권이 인간(의 생활)을 규정하는 것이 아니라 개인적인 생활관계들이 기본권의 내용을 충당하는 것이다. 그리고 인간의 존엄과 가치라는 헌법상의 대원칙 또한 '객관적 법질서'로서 구체적 상황속에서 행복을 추구하는 개개인들의 것이 될 수 있는 것이다.

정치과정 뿐 아니라 생활과정에서 사법적 판단이 필요한 것도 바로 이 때문이다. 다수자의 지배가 가능한 구도로 설정되어 있는 대의제적 민주주의의 틀 속에서 일련의 공간구획에 의하여 '진정한 대표'로부터 소외되어 있는 자의 사생활을 보호한다는 것은 비록 그 본질이 그러함에도 불구하고 미시적 차원에서 의회과정은 적절치 않다. 오히려 구체적인 사건과 생활관계를 바탕으로 구체적이고 개별적인 이익형량이 가능할 수 있는 법원의 소송구조야말로 이러한 문제를 적시에 조정하고 해결할 수 있는 가장 유효하고도 적절한 변론의 장을 제시하는 공식적 절차인 것이다. 즉, 법판단을 중심으로 하는 대립의 장과, 정치적 입법판단을 중심으로 하는 대립의 장이라는 이원적 구분론이 아니라, 각각의 생활과정이 그 사회공간속에서 차지하는 의미와 그에 대한 개개의 생활인의 생활의지가 사법과정 혹은 법과정에서 정치적 변론의 형식을 통하여 정치화하고 그것이 공동체적 선의 문제로 합일하면서 하나의 법판단으로 구성될 수 있는 기회로서 사법제도가 이용되어야 하며 나아가 헌법상의 기본권조항에 대한 해석 역시 이러한 과정론적 측면에서 이루어져야 한다.²⁰⁸⁾

실제 인권 혹은 기본권의 해석에 있어 중요한 것은, 개인생활과 공동체적 선을 각각 독립되어 선재하는 것으로 전제하고 이들을 대립시키면서 어떠한 것은 다른

수 있는 가능성이 확보되는 것이다. 그리고 이 점에서 배심이나 검찰심사회와 같은 사법의 민주화의 요청이 또다른 의미를 가진다.

208) 실제 F. Olsen, "Unraveling compromise," harvard Law Reivew vol.105(1989)에 의하면 낙태는 "결핍(want)"의 문제이지 "의욕(need)"의 문제가 아니다. 그럼에도 불구하고 기존의 낙태논의나 연방대법원의 판단은 "right to choose"라는 은유에 의하여 여성들이 사회적으로 결여되어 있는 것들을 은폐하고 오히려 그것을 선택의 문제 또는 적극적인 인격발현의 문제로 치환하고 있다는 것이다. 그래서 연방대법원이 낙태의 권리는 소극적 권리라고 규정하면서도 그것을 단순히 국가로부터의 자유라는 관념으로 형해화하고 이러한 논리전개에 따라 낙태에 대한 각종의 국가적 지원을 거부하고 있다.

것에 우선시키는 구도가 아니라, 개인적 생활이 공동체적 생활의 한 부분으로 편입되면서, 또는 공동체의 의미부여가 개인생활로 투입되면서 상호 영향을 미치는 과정에서 조정과 재전유되는, 끊임없는 형성과 재현의 흐름이다. 이렇게 본다면, 이들 개인생활과 공동체적 선은 어느 하나가 다른 하나를 배제하고 배척하는 상호 대립적인 것이라기 보다는 오히려 상호 보완적이며 상호 형성적인 것이다. 공동체적 선은 개인생활에 형식을 부여하며 그로부터 개인은 자신을 둘러싸고 있는 상황과의 지속적인 대화관계를 형성하게 되며 여기서 자신의 정체성을 추구하게 된다. 뿐만 아니라, 공동체적 선은 이러한 개인생활의 지속과 누적을 통하여 부단히 통합되고 재형성된다. 앞서 정치적 문제로서 사생활의 영역을 규정한 것도 이 때문이다. 개인적 생활과 공동체적 선이 상호 조정과 재전유되는 관계를 형성하면서 당해 공동체의 구성원들이 그 생활과정속에서 공동체적 선을 형성해 나가는 일련의 과정을 의미하고 있는 것이다.

이러한 과정론적 접근은 미국연방대법원의 O'Connor대법관이 말하는 ‘부당한 부담’의 법리의 이해에도 의미를 가진다. 그것은 개체로서의 인간이 향유하고자 하는 인권-혹은 기본권-의 실체적 내용을 국가 전체의 보편적 이해와 대비시키는 형태로 이루어지는 ‘부당성’의 판단이 아니라, 당해 개인이 속해 있는 생활공동체내에서 그 개인이 자신의 정체성을 상실하지 않은 채, 정규적이고 정상적인 구성원으로 계속 생활하기 위하여 공동체와 그녀가 각각 어떠한 역할과 의무를 담당하여야 할 것인지를 판단을 중심으로 이루어진다. 즉, 이 판단에 의거하여 그러한 역할분담과 의무의 이행에, 국가의 입법이나 정책방향이 적극적인 기능을 하는지 아니면 소극적인 장애로 작용하는지의 평가가 되어야 한다는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 권리/의무와 같은 상호대립적 법담론의 차원이 아니라, 책임과 배려를 지향하는 민주적 변론과정이 보장되는 결정절차를 마련할 필요가 있는 것이다. 그리고 이 점에서 인권-혹은 기본권-은 지역공동체 내지는 생활공동체를 단위로 그때 그때의 구성원들의 의사를 결집하고 정서하는 일련의 과정으로서의 정치적 문제가 되며, 동시에 그것은 바로 헌법상의 적법절차의 본질적 내용이 된다.

이러한 논의들은 그대로 우리 헌법상의 모든 인권규정-사생활의 비밀과 보장이나, 거주·이전의 자유, 주거의 비밀 내지는 통신의 비밀보장 등-의 규정들에게도 타당하다. 실제 인권이라 불리는 개개의 권리들은 그 자체 독립적인 혹은 배타적인 권리 내지는 권력으로 존재하는 것이 아니라, 그 근간에 있어서는 모두가 공동체적

삶의 연계 속에서 스스로의 사적 생활을 영위하는 것을 지향하고 있고 따라서 그 공동체의 유효한 구성원으로서의 지위를 보장하기 위한 제측면들을 그때 그때의 관념화나 개념화에 의하여 구분하고 있음에 불과하다. 더 나아가 양심의 자유나 종교의 자유 역시 내면적 생활을 중심으로 한다는 기존의 헌법학계의 논의에도 불구하고 여전히 그것은 내면과 외면의 긴밀한 상호영향의 관계내에서 형성되며, 인간의 사고나 관념은 항상 공동체적 상징이나 의미부여에 의하여 그 내연이 결정되기 마련이라는 점에서 같은 맥락을 가진다. 한마디로, 각각의 세부적인 인권은 기존의 헌법논의에서와 같이 다른 모든 것과 독립된 상태에서 그 각각의 자율성을 지닌 채 외부생활과 구별되는 형태로 현실적인 실천으로 나아가는 것은 아니며, 바로 그 때문에 하나의 인권항목이라 하더라도 그것은 다른 인권항목들과의 연관하에서 총체적으로 이해되고 나아가 그 인권의 주체가 속하고 있는 공동체적 이해(understandings)와의 밀접한 관련 속에서 이해되어야 한다는 것이다.

<참고문헌>

- 강경근, “국민의 공문서열람,복사청구권,” 법률신문, 1988.8.18, 1988. 8.25.
- 강만길, 한국현대사, 창작과비평사, 1985
- 곽병선 등, 교과서와 교과서 정책, 한국교육개발원, 1986
- 교육출판기획실 편, 분단시대의 학교교육, 푸른나무, 1989
- 구모영, 법과 인간, 전망, 1994
- 국순옥, 자유민주적 기본질서란 무엇인가, 민주주의법학연구회 편, 헌법해석과 헌법실천, 관악사, 1997
- 권영성, “헌법재판제도의 활성화방안에 관한 연구 - 우리나라의 경우를 중심으로”, 서울대학교 법학, 33권 2호, 1992
- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2002
- 김경동, “한국의 공업화와 산업민주주의 - 정치적 선택성의 원리에 의한 이해,” 이극찬 편, 민주주의와 한국정치, 법문사, 1985
- 김학준, “한국의 정치문화와 민주화의 과제,” 이극찬 편, 민주주의와 한국정치, 법문사, 1985
- 마르크스, 엥겔스, 독일이데올로기, 이대환 편역, 19세기 독일사회사상, 연찬, 1987
- 민주주의법학연구회 편, 헌법해석과 헌법실천, 관악사, 1997
- 박승호, “의사표현의 자유,” 헌법학연구, 제3집, 1997.10
- 박승호, 헌법재판의 본질, 공법이론의 현대적 과제, 구병삭박사정년기념논문집, 1991,
- 박용상, 언론의 공적 과업, 서울대학교 법학박사학위청구논문
- 심용옥, “지배이데올로기와 재생산 메카니즘,” 한국정치연구회 편, 한국정치론, 백산서당, 1989
- 이 경, 한국근대소설의 근대성 수용양식, 태학사, 1999
- 이극찬 편, 민주주의와 한국정치, 법문사, 1985
- 이석태, “국정교과서제도 헌법소원 사건,” 민주사회를 위한 변론 제2호
- 이지연, “십대의 性을 찾아서,” 현실문화연구, 섹스·포르노·에로티즘·쾌락의 악몽을 넘어(문

화연구 7), 1994

임옥희, "황색여자의 이야기," 『여/성이론』, 통권3호, 2000.겨울

전국교직원노동조합 교과위원회, 참교육 실현을 위한 교과서 백서, 푸른나무, 1990

정화열, (박현모 역), 몸의 정치, 민음사, 1999

조용환, "재판을 통해본 90년의 인권," 대한변호사협회, 인권보고서 제5집, 1991

최장집, 한국 현대정치의 구조와 변화, 까치, 1989

한상진, 한국사회와 관료적 권위주의, 문학과 지성, 1988

한상희, "헌법재판에서의 사회과학적 변론-Brown사건과 생계보호기준사건의 비교를
중심으로," 서울대법학 제116호, 2000

한상희, "사법판단의 준거로서의 권력현상," 법과사회 제9호, 1994

한상희, 사법적 정책결정의 경험적 분석, 서울대학교 법학박사학위청구논문, 1993

허영, 한국헌법론, 박영사, 2000

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

Abraham, H. J., The Judicial Process : An Introductory Analysis of the Courts of the
United States, England and France, (New York : Oxford University Press, 1980)

Bowles, G., and H. Gintis(1994), (차성수, 권기돈 역), 민주주의와 자본주의: 재산·공동체·그
리고 현대사회사상의 모순, 백산서당, 1994

Brison, S. J., and W. Sinnott-Armstrong, Contemporary Perspectives on Constitutional
Interpretation(Boulder: Westview Press, 1993)

Ch. Shilling, 임인숙 역, 몸의 사회학, 나남출판, 1999

Cotterrell, R., The Sociology of Law : An Introduction, (London : Butterworths, 1984) ;
김광수 외 역, 법사회학 입문, 도서출판 터, 1992

Dworkin, R., Law's Empire (Cambridge: Harvard University Press, 1986)

Ehmke, Prinzipiender Verfassungsinterpretation, VVDStRL, Heft 20, 1963

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

Garraty, J. A., eds., Quarrels That Shaped The Constitution, (New York: Harper
Torchbooks, 1964)

Giddens, A., 권기돈 역, 현대성과 자아정체성, 새물결, 1997

Giddens, A., 김현옥 역, 좌파와 우파를 넘어서, 한울, 1997

- Giddens, A., 포스트모더니티,
- Held, D., "Citizenship and Autonomy," in: D. Held, Political Theory and the Modern State(Stanford: Stanford University Press, 1989)
- Kaufmann, A., Analogie und Natur der Sache, 1965
- Kelly, A. H., "The School Desegregation Case," in: J. A. Garraty, eds., Quarrels That Shaped The Constitution, (New York: Harper Torchbooks, 1964)
- Meoklejohn, A., "Tesimony on the Meaning of the First Amendment," in: A. Meoklejohn, Political Freedom: The Constitutional Powers of the People(New York: Oxford University Press, 1965).
- Milner, N., "The Dilemmas of Legal Mobilization : Ideologies and Strategies of Mental Patient Liberation Groups", Law and Policy, vol.8, 1986
- Minow, M., "Justice Engendered," in: S. J. Brison and W. Sinnott-Armstrong, Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation(Boulder: Westview Press, 1993)
- Olsen, F., "Unraveling compromise," harvard Law Reivew vol.105(1989)
- Richards, D. J., Free Speech and The Politics of Identity(New York: Oxford University Press, 1999)
- Schlaich, K., Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL,39, 1981
- Schubert, G., The Judicial Mind Revisited: Psycholometric Analysis of Supreme Court Ideology, New York: Oxford University Press, 1974
- Shapiro, M., The Court: A Comparative and Political Analysis, (Chicago: Univ. of Chicago Press, 1981)
- Sherry, S., "Civic Virtue and Ther Feminine voice in Constitutional Adjudication," Virginia Law Reivew, vol. 72, 1986
- Shiffrin, S. H., & J. H. Chopper, op.cit., p.111; 한상희, "표현의 자유의 헌법적 함의," 일감 법학 제5권, 2000
- Sunstein, C., Democracy and the Problem of Free Speech(New York: Free Press, 1993)
- Th. Roszak, Persin/Planet: The Creative Disintegration of Industrial Society(1979)
- Tribe, L. H., The Constitutional Protection of Individual Rights : Limits on Government Authority, (New York : The Foundation Press, Inc., 1978)
- Williams, P., "The Obliging Shell: An Informal Essay on Formal Equal Opprotunity," in: S. J. Brison and W. Sinnott-Armstrong, op.cit

