

〈논문〉

헌법재판과 여론^{*,**}

— 속의·대화 거버넌스를 통한 한국 헌법재판의 재구조화 모색 —

윤 성 현^{***}

법관은 그 날의 날씨가 아닌 시대의 기후를 고려해야 한다.1)

— Ruth Bader Ginsburg, 前 미 연방대법관

요 약

헌법재판소는 전통적으로 사법권으로 이해되었고, 따라서 사법의 독립 원리에 따라서 정치권력과는 분명히 거리를 두어야 하는 것으로 간주되었으며, 나아가 비정부 영역에 속하는 여론과 사법권은 더욱 거리가 멀다고 간주되었다. 그러나 오늘날 정치의 사법화가 심화되고 있는 점은 우리나라를 포함해서 전 세계적으로 공통된 현상이 되었고, 더불어 비정부영역의 여론이 사법, 특히 헌법재판에 대해 미치는

* 본 논문은 2021 한국공법학자대회 자유공모세션(파크 하얏트 부산, 2021. 9. 11, 토)에서 초고를 발표한 후, 이를 수정·보완하여 한국공법학회 「민주주의와 헌정개혁」 연구포럼 주최 <헌법재판과 민주주의> 학술대회(서울대 법학전문대학원, 2021. 11. 19, 금)에서 다시 발표하였고, 이후 법학지 심사과정을 통해 수차례 더 수정·보완한 결과물입니다. <헌법재판과 민주주의> 학술대회에서 지정토론을 맡아주신 서울대 행정대학원 우지숙 교수님, 종합토론을 맡아주신 서울대 언론정보학과 이준웅 교수님과 헌법재판연구원 김종현, 배정훈 책임연구원님께 감사드리고, 또한 개별적으로 원고를 전부 읽고 소중한 의견을 제시해주신 서기석 한양대 석좌교수님(前 헌법재판관)과 이미래 헌법연구원님께도 감사드립니다. 마지막으로 예리한 심사의견으로 논문을 보완하는데 도움을 주신 익명의 심사위원님들께도 감사의 말씀을 드립니다.

** 필자가 본 논문의 초고를 준비하던 2021년 8월 28일 윤재식 前 대법관님이 세상을 떠나셨습니다. 일심(一心)과 항심(恒心), 그리고 올곧은 양심(良心)으로 우리 사회의 시대의 기후를 판결문에 오롯이 담아내고자 분투하셨던 아버님 영전에 본 논문을 바칩니다.

*** 한양대학교 정책학과 부교수.

1) 1993년 7월 미 상원 법사위원회 인준 청문회에서 루스 베이더 긴즈버그(Ruth Bader Ginsburg) 前 연방대법관이 한 말인데(루스 베이더 긴즈버그/헬레나 헌트, 오현아 옮김, **긴즈버그의 말**(마음산책, 2020), 32면), 원래 하버드 로스쿨 헌법학 교수였던 Paul Freund의 말(The Court should never be influenced by the weather of the day but inevitably they will be influenced by the climate of the era.)을 긴즈버그가 원용한 것이라고 한다(The Supreme Court and the “Climate of the Era”, Constitution Daily, June 29, 2020).

영향력이 커지고 있다는 점도 엄연한 현실이 되고 있다. 이는 최근 부정청탁금지법 합헌 결정, 간통죄 위헌 결정 등에서 우리 헌법재판소가 여론을 명시적으로 판결문에 원용하는 것을 보거나, 최근 헌법재판관 등에 대한 인터뷰와 언론 기사 등의 분석을 통해서도 추론해볼 수 있는 부분이고, 헌법재판의 모국인 미국에서는 이미 여론이 헌법재판에 미치는 영향에 대한 이론적이고 실증적인 연구가 Posner, Friedman 등 법학자들은 물론 사회과학자들에 의해서도 상당히 이루어져왔다.

따라서 이제는 헌법재판소가 사법의 독립을 이유로 여론을 무시하거나 여론수렴에 소극적인 것은 바람직하지 않고, 오늘날 바뀐 시대의 기후(climate of the era)를 적절히 반영하지 않는 것이다. 따라서 이제는 전통적 사법권 독립을 고수하는데 그칠 것이 아니라, 여론이 헌법재판에 영향을 미칠 수 있는 가능성과 한계에 대한 헌법이론을 새롭게 구축해서, 헌법재판을 통한 민주·사법의 통합적 공론장을 모색하는 헌법정책론에 이르러야 한다.

다만 앞으로 헌법재판이 지속적으로 ‘사법적 숙의’와 ‘헌법적 대화’ 거버넌스의 중심으로 기능할 수 있도록 재구성하기 위해서는, 지나치게 많은 사건들을 모두 같은 비중으로 처리해서는 곤란하고, 헌법적으로 그리고 정치적으로 중요한 사건들을 신중하게 선별해서 이에 대해 숙의적 결정을 선고하는 방향으로 시스템이 재편되어야 한다. 필자는 이를 위한 구체적인 제도개선방안으로, ① 헌법재판 내부의 사법적 숙의를 강화하는 동시에, ② 헌법재판 외부, 즉 각급 법원(+외국의 각종 법원), 입법부와 행정부 등 다른 국가기관들과 헌법적 대화를 확대·강화하며, ③ 나아가 국민이 청구한 헌법소원 사건에서 공개변론을 대폭 확대하고 참고인·이해관계인(amicus curiae)의 보고서나 진술 등을 풍부히 참조함으로써 각종 국가기관과 국민을 헌법토론의 장(場)으로 초대하는 것을 제시하였다.

주제어: 헌법재판, 여론, 숙의, 사법적 숙의, 헌법적 대화, 공론장

I. 서론: 헌법재판에서 여론을 고려할 수 있는가?

오늘날 우리나라 헌법재판소와 각급 법원은 언론보도를 포함한 다양한 사회적 여론으로부터 영향을 받고 동시에 비판과 감시를 받고 있고, 이는 재판에 대한 비판이나 비난은 물론이고, 심지어 법관 혹은 헌법재판관 개인에 대한 신상 털기나 좌표 찍기, 고소·고발에까지 이르기도 하며, 이러한 상황은 날이 갈수록 심화되고 있다. 이는 정치·사회적 민주화와 정보통신기술의 발달이 맞물려 여론(輿論, public opinion)이 실시간으로 강한 폭발력을 가지게 된 데 기인한 것이기도 하고, 다른 한편으로 정치의 사법화로 인해 사법권의 역할과 비중이 과거보다 훨씬 커진데

기인한 것으로도 생각된다. 과거에는 정치권력이 해냈던 국가 중요 정책결정을 이제는 헌법재판 등 광의의 사법 영역에서 결론을 내리는 비중이 커지다 보니, 이제 여론은 정치권력 못지않게 사법권력을 주시하면서 직·간접으로 영향을 미치거나 견제하려고 시도하고 있다.

하지만 전통적인 사법의 독립 원리에 따른다면 사법은 정치권력은 물론이고 여론으로부터도 영향을 받아서는 안 된다는 의미로 해석되어왔기에,²⁾ 여론의 영향을 받아 사법적 결정이 내려진다면 이는 곧 사법권 독립에 위배되는 것이 아니냐는 이론적 딜레마가 제기된다. 하지만 사법권도 국가권력의 일부이므로, 헌법 제1조 제2항이 정한 국민주권의 대전제로부터 자유로울 수는 없기에 사법의 민주적 정당성을 확보하는 것은 매우 중요한 일이며, 사법권이 전통적인 정치·정책 문제에 대해 판단하고 결정을 내리는 빈도가 현저히 늘어나는 오늘날 그러한 사회적 요구는 더 클 수밖에 없다. 따라서 광의의 사법권, 그중에서도 헌법재판권의 독립이 곧 여론으로부터 형식적·기계적으로 분리·단절되는 것을 의미하는 것이냐에 대해서는 현대의 변화된 정치사회적 배경을 토대로 하여 근본적인 재성찰이 요구된다고 생각한다.

우리 헌법학계에서 헌법재판과 여론의 관계에 대한 논의는 2004년 양건 교수가 ‘헌법재판과 여론’이라는 신문 칼럼을 통해서 제기한 것이 처음으로 보인다. 동 칼럼에서 양건 교수는 헌법재판이 따라야 할 것은 부침하는 여론과 구별되는 ‘진정한 국민의 의사’이며, 그것은 ‘헌법 속에 나타나 있는 국민의 의사’라고 하였다.³⁾

2) 김하열, **헌법강의** 제3판(박영사, 2021), 911-913면; 한수웅, **헌법학** 제9판(법문사, 2019), 1395-1396면; 또한 이강국 前 헌법재판소장 퇴임사 중 “헌법재판소가 국민들로부터 사랑과 신뢰, 나아가 존경을 받을 수 있기 위하여는 헌법재판소는 확실한 정치적 독립과 중립은 물론, 여론과 언론으로부터도 독립하여 오로지 헌법제정 권력자인 국민과 역사의 평가만을 바라보면서 그 소임을 다해야 한다는 믿음을 가지고 있었습니다.”(“이강국 헌법재판소장 퇴임사 전문”, 리걸타임즈 (2013. 1. 24). 분량관계상 이후로 해당 기사의 인터넷 주소는 참고문헌에만 별도로 표시하도록 한다) 등 참조.

3) 양건 교수는 이어서 다음과 같이 언급한다. “위터게이트 사건의 특별검사를 맡았던 아치볼드 콕스는 여기에 대해 미묘하면서도 적절한 표현을 준다. 미국 대법원의 정치적 역할에 관한 강연집의 말미에서 그는 이렇게 말한다. “헌법재판은 미묘한 공생관계에 의존한다고 생각한다. 대법원은(미국에서는) 대법원이 최종적 위헌심사권을 갖는다. 필자) 우리가 우리 자신을 아는 것보다 우리를 더 잘 알지 않으면 안 된다. 대법원의 판결문은 때때로 영혼의 목소리이며, 이것은 보다 나은 우리 자신을 일깨워준다. ... 그러나 그 판결의 뿌리는 이미 국민 속에 있지 않으면 안 된다. 대법원의 목소리를 통해 나타나는 열망들은 다음과 같은 것, 즉 공동체가 기꺼이 다짐할 뿐 아니라 중국에는 그것에 따라 살려는, 그러한 열망이어야 한다. 큰 헌법 판결들의 정당성은 그러한 공동의 의지를 대법원이

2004년이라는 시점은 단순한 우연은 아닌데, 2004년은 노무현 대통령 탄핵 기각 결정과 수도이전 위헌 결정으로 인해 소위 ‘정치의 사법화’가 우리 사회에서 본격적으로 논의되기 시작하고, 미국적 논의였던 법치주의와 민주주의의 정합성 문제도 우리 사회에서 진지하게 논의되기 시작한 시기였다.⁴⁾ 물론 이 당시 논의는 주로 미국의 논의를 차용하여 ‘정치의 사법화’ 및 ‘반다수결주의 난제’ 등 주로 대의 정치와 사법부의 정합성 문제를 해결해보려는 시도였고, 여론이 헌법재판에 어떤 영향을 미치는가 하는 문제는 적어도 국내의 헌법학계나 정치학계 등에서는 크게 주목받지 못했던 것으로 보인다. 하지만 민주주의를 광의로 이해하면 대의/직접민주주의 제도뿐만 아니라, 비제도적 여론(시민정치)도 고려할 수 있고, 또 실제로는 여론이 정치나 사법에 영향을 미치는 바도 무시할 수 없으며 이것이 민주화 이후 부상하는 상황이었기 때문에, 당시에 이를 대의민주주의 문제와 별도로 여론의 문제로 포착한 것은 양건 교수가 헌법학자이면서 동시에 법사회학자였던 배경이 기여하지 않았나 생각한다.

오늘날 정치의 사법화가 심화되고 사법부가 정치기관이라는 주장도 나오는 상황에서, 여전히 전통적인 사법의 독립론을 소극적으로 고수하는데 그치는 것은 긴즈버그 연방대법관이 언명한 시대의 기후(climate of the era)를 반영하지 못한 것으로 여겨진다. 그보다는 국가권력행사로서의 헌법재판에서도 각종 언론보도, 여론조사를 포함해서 다양한 국민여론을 폭넓게 인식하고 이를 헌법과 법률의 체계 내에 균형 있게 소화하는 노력을 기울이는 것이 솔직하고 바람직하다. 또한 헌법은 단순 다수결로 제정되는 일반 법률과 달리, 경성헌법주의에 의해 가중다수결의 절차를 밟아 제정되는 가장 민주적인 규범인 만큼, 원리적으로도 헌법은 인민의 의사를 최대한 반영한 것이어야 하며,⁵⁾ 이러한 가장 민주적인 규범을 심사기준으로

얼마나 정확히 지각하느냐는 지각의 정확성, 그리고 이 지각의 표현을 통해 궁극적으로 합의를 이끌어낼 수 있는 대법원의 능력에 달려 있다.”(양건, “헌법재판과 여론”, 중앙일보 (2004. 12. 1), 밑줄은 필자가 그은 것임) 이후 동 칼럼의 내용은 양건, “재판과 여론”, **법앞에 불평등한가? 왜?**(법문사, 2015), 306-308면; 양건, “헌법재판과 여론”, **헌법의 이름으로** (사계절, 2018), 350-354면에 이를 보완한 내용이 실렸다. 한편 최근 사법전문기자의 관점에서 이 문제를 직접 다룬 글로, 이범준, “여론과 헌법재판”, **인권의 창 헌법의 길** (경인문화사, 2018)도 참조.

4) 김하열, **헌법소송법** 제3판(박영사, 2018), 24면; 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계: 노무현 정부 전반기의 상황을 중심으로”, **공법연구** 33(3)(2005); 박명림, “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의: 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로”, **한국정치학회보** 39(1)(2005); 최장집, “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국”, 로버트 달(Robert Dahl), **미국헌법과 민주주의**(휴머니티스, 2005) 등 다수.

하는 헌법재판이 여론 혹은 국민의 의사(will of the people)를 도외시키고 이에 합치하지 않은 결정을 내리게 된다면 그것이 오히려 정당하지 않다고 볼 수 있다. 그러나 유동적이고 일시적인 여론, 혹은 특정 이해관계에 종속되거나 당파적인 여론이 헌법재판에 영향을 미친다면, 그것은 헌법 제103조의 법관의 독립과 헌법재판소법 제4조의 재판관의 독립을 위배하여 법치주의의 근간을 위협하는 것 아닌가,⁶⁾ 또한 민주적 기관과 별도로 사법기관을 두는 의의가 몰각되는 것 아닌가 하는 비판에서 자유롭지 못할 것이다.

따라서 종래와 같이 헌법재판을 광의의 사법(司法)으로 분류하면서, 사법에 적용되는 재판의 독립, 특히 여론으로부터의 재판의 독립의 의미를 철저한 분리와 단절로 설명하는데 그치면 족한가에 대한 비판적 물음을 제기할 시기가 되었다고 생각한다. 즉 급속도로 변화하는 사회 현실과 거버넌스의 지형을 염두에 두면서, 이를 반영하는 새로운 헌법이론과 정책론을 선제적으로 준비할 필요가 있다.⁷⁾ ‘여론으로부터의 독립’이 문제되는 재판에는 일반법원의 재판과 헌법재판이 모두 해당할 수 있지만, 본 연구에서는 일반적으로 정치적 성격이 더 강하고 그로 인해 여론의 주목을 받는 경우가 더 큰 헌법재판을 중심으로 양자의 관계를 고찰한다. 또한 헌법재판이 사회에 미치는 영향은 이미 공감대를 이룬 부분들도 있고 어느 정도 선행 연구들도 있으므로 제외하고,⁸⁾ 오늘날 우리 사회에서 새롭게 부각되는 문제인

-
- 5) 대한민국헌법 전문은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은”으로 시작하며, 세계 최초의 성문 헌법인 미국헌법의 전문은 “We the people”로 시작한다. 헌법제정권력자는 우리 국민이다.
- 6) 헌법 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 하는데, 헌법재판관에 대하여는 헌법상 이러한 규정이 없고, 대신 헌법재판소법 제4조에서 “재판관은 헌법과 법률에 의하여 양심에 따라 독립하여 심판한다.”라고 한다.
- 7) 2021년 여름 방영되었던 ‘악마판사’에서, 극본을 맡은 前 부장판사 출신 문유석 작가는 순위권 정의를 존재하는가에 관해 다음과 같이 묻는다. “정체불명의 역병이 휩쓸고 가버린 가상의 디스토피아 대한민국에 사람들이 원하는 정의를 효율적으로 제공하는 히어로가 나타난다면 어떨까. 그의 무기는 대중의 지지다. 미디어를 효과적으로 활용하여 법정을 리얼리티 쇼로 만들어낸다. 국민의 관심과 열광을 동력으로 낡은 사법 시스템을 국민이 바라는 모습으로 신속하게 바꾸는 혁명적 실험을 시도한다. ... ‘다수의 뜻’ 그대로 재판이 이루어진다면? 그렇다면 진정으로 정의가 실현되는 것일까?”(문유석, **악마판사 오리지널 대본집1**(문학동네, 2021), 8면). 이는 지금 우리 사회가 직면하고 있는 가장 엄중한 물음 중 하나이다.
- 8) 가령 남북현 외, **헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향**, 정책개발연구 제1권(헌법재판소, 2010); 헌법재판소, **헌법재판소 결정과 대한민국의 변화 1988-2017**(2017) 참조. 단, 후자의 책은 헌법재판소 결정이 나오기 이전과 이후의 사회적 배경, 특히 여론의 움직임을 상세하게 서술하여, 헌법재판과 여론의 상호관계에 대해 어느 정도

‘여론이 헌법재판에 미치는 영향’의 측면에서 연구를 진행한다.⁹⁾

이를 위해 아래에서는 먼저 우리 헌법재판소에서 여론을 명시적·묵시적으로 고려한 결정례들을 추출하여 이들 판례가 제기하는 문제점의 분석을 통해 오늘날 헌법재판과 여론의 관계를 새롭게 조명해보고(II), 이처럼 과거의 전통적 사법권 독립의 법리와는 달리 오늘날 여론이 헌법재판에 영향을 미치는 것이 가능하고 바람직한 부분이 있다면 그것은 어떤 헌법적 논변을 통해 정당화될 수 있는 것인지, 그럼에도 그 한계는 무엇인지를 미국의 헌법이론을 참고하여 검토한다(III). 마지막으로 ‘사법적 숙의’와 ‘헌법적 대화’의 거버넌스를 헌법재판에 접목하여 헌법재판을 ‘민주적 사법’으로 재구조화하기 위해서 헌법정책적으로 제도개선이 필요한 부분과 방법론은 무엇인지에 대해 검토한 후(IV), 결론을 내리도록 한다.

II. 여론을 고려한 주요 헌법재판소 결정례 검토

1. 헌법재판소 결정과 여론·여론조사의 관계

헌법재판소는 일찍이 ‘선거와 여론조사와의 관계’를 논하면서 여론의 의미와 그 긍정적인 측면에 대해서 다음과 같이 설시한 바 있다.¹⁰⁾

현대민주국가에 있어서 선거는 국가권력에 대하여 민주적 정당성을 부여하고 국민을 정치적으로 통합하는 중요한 방식이라고 할 수 있다. 그런데 선거의 결과는

의식하면서 쓰였다고 보인다.

- 9) 기왕에 정치권력이 헌법재판에 미치는 영향에 대한 연구는 일부나마 있었고(예컨대, 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할”, **공법연구** 41(4)(2013.6) 다만 이 연구는 정치권력과 헌법재판의 상호적 대화를 강조하는 부분에서 차이가 있다. 그리고 최근 이창민/이황희/홍정민, “헌법재판소 판례에 대한 정치적 영향 분석”, **법경제학연구** 16(3)(2019.12)는 이 문제를 정면으로 다루고 있다), 이는 정부영역 상호 간의 관계에 대한 문제로 인식되었다. 그런데 이제 여론과 같은 민간, 사회 영역의 거버넌스 문제를 헌법학 논의의 장에 포함시켜 헌법학의 인식대상과 범위를 과거보다 확장할 필요가 있음은 분명하고, 헌법재판을 둘러싼 민주주의 거버넌스, 특히 숙의거버넌스 전체를 새롭게 재정립하는 구도와 문맥에서 이 문제를 인식할 때 총체적이고 정합적인 해결이 도출될 수 있다고 본다.
- 10) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등. 대통령선거법 제65조 위헌확인. (이하 헌재 결정문상 밑줄은 모두 필자가 그은 것임.)

여론의 실체인 국민의 의사가 표명된 것이기 때문에 민주국가에서 여론의 중요성은 특별한 의미를 가진다.

민주국가에서 여론이란 국민이 그들에게 공통되고 중요한 문제에 관하여 표명하는 의견의 집합체를 말한다고 할 것인데, 이와 같은 여론을 정확히 파악하여 표출시키는 것을 목적으로 하는 여론조사는 선거와 밀접한 관련을 갖고 있다.

우선 여론조사를 통하여 국민은 정당이나 정치인의 정책에 대한 자신의 의사를 표명할 기회를 갖게 됨으로써 간접적이거나 국가정책에 참여할 수 있고, 정당이나 정치인들은 자신들이 추진하고 있는 정책에 대한 지지도를 파악하여 국민이 거부하는 정책을 시정할 수 있으므로 선거와 선거 사이의 공백이나 선거의 결과가 정책보다는 후보자의 개인적인 인기로 좌우되기 쉽다는 선거의 문제점을 어느 정도 보완할 수 있게 된다. 또한 여론조사는 선거와 관련하여 예비선거의 기능을 수행하고, 무엇보다도 국민으로 하여금 선거에 대하여 높은 관심을 갖도록 하는 구실을 한다.

그러나 동 결정에서 “여론조사는 민주정치의 구현수단으로서 긍정적 측면을 갖고 있지만 여러 가지 부정적인 측면도 가지고 있다.”라고 하면서 결국 구 대통령 선거법상의 여론조사의 결과공표 금지 조항 청구에 대해 기각 결정을 하였는데,¹¹⁾ 이는 이후로도 계속해서 헌재가 여론(조사)에 대해 취하고 있는 기본적 입장으로 간주할 수 있다.¹²⁾ 이처럼 헌재가 과거에 여론과 여론조사에 대해 정면으로 실시한 것은 대의민주제의 요체인 선거와 관련되는 부분에 한정되었다.

그러나 대략 2004년을 기점으로 정치의 사법화가 두드러지기 시작한 이후로 헌재의 대내외적 위상이 급격히 높아졌고, 오늘날에는 우리 사회의 중요한 갈등과 분쟁은 거의 대부분 헌법재판소로 수렴되면서 여론의 관심과 영향도 엄청나게 높아지는 것을 피부로 느낄 수 있다. 특히 과거에는 주로 레거시 미디어인 신문과 방송 등에 여론이 좌우되었고, 기껏해야 여기에 독과점적 접근권을 가졌던 학계나 기업·노조 등 일부 이익단체, 시민단체 정도들에 의해 여론이 형성되고 좌우되었다고 한다면, 오늘날에는 다양한 여론조사가 상시화·보편화되고, 여론조사가 이루어지지 않더라도 포털이나 유튜브, SNS 등 뉴미디어를 활용한 여론전이 활발하며, 언론은

11) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마177등, 대통령선거법 제65조 위헌확인.

12) 예컨대 헌재 1998. 5. 28. 97헌마362등, 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항 위헌확인; 헌재 1999. 1. 28. 98헌바64, 공직선거및선거부정방지법 제108조 제1항 등 위헌소원; 헌재 2015. 4. 30. 2014헌마360, 공직선거법 제108조 제3항 제4호 등 위헌확인; 헌재 2019. 11. 28. 2016헌마90 공직선거법 제8조의5 제6항 등 위헌확인 결정 등 참조.

스스로 취재하고 분석하는 대신 이와 같은 여론을 여과 없이 받아쓰고 전달하는 경쟁도 심심찮게 볼 수 있는 형국이어서, 우리 사회의 중요한 갈등과 분쟁들이 귀결되는 헌법재판에 직·간접적으로 여론이 미치는 영향력은 앞으로 더욱 높아질 것은 분명해 보인다.¹³⁾

오늘날은 선거는 물론이고 그 외의 중요한 정책이나 현안, 또한 수사나 재판에 대해서도, 일상적으로 여론조사를 실시하고 그 결과가 공표되고 있고, 국민들은 여론이 재판에 영향을 미치는 것이 바람직하다고 생각하는 비율이 1991, 1994, 2008 한국법제연구원 법의식조사에서 각각 거의 80%에 달할 정도로 높다.¹⁴⁾ 현실적으로 ‘헌법재판소의 결정은 국민여론의 영향을 받지 않는다’에 대해서는, 2019년 법의식조사에서 51.8%,¹⁵⁾ 2021년 법의식조사에서는 53.81%로 나타나고 있어,¹⁶⁾ 국민의 거의 절반 정도는 영향을 받는 것으로 인식하고 있음을 알 수 있다.

이처럼 헌재 결정에 대한 여론의 높아진 관심과 영향에 대응하여, 헌법재판소가 직·간접적으로 여론을 수용하거나 고려하는 것으로 보이는 결정을 선고하는 사례가 늘어나고 있는 추세는 분명해 보인다.¹⁷⁾ 필자는 아래 2.~3.에서 여론과 언론의 큰 관심을 모았던 헌법재판소 결정 5건을 대표적으로 분석의 실마리로 삼으려

13) 우리 사회의 바로미터 역할을 하곤 하는 미국에서는, 여론이 연방대법원에 미치는 영향에 대한 연구를 오래전부터 진행해 왔고, 이는 법학자들의 연구는 물론이고(아래 III. 2. 참조) 사회과학자들의 실증적이고 정량적인 연구들까지 폭넓게 이루어져왔다. 예컨대 정치학자 Tom S. Clark 교수는, 통계학적이고 역사적인 방법론을 통해 연방대법원의 헌법 결정에 대해 정치적, 사회적 힘이 법을 어떻게 규정해왔는지를 분석한다. Tom S. Clark, *The Supreme Court: An Analytic History of Constitutional Decision-Making* (Cambridge University Press, 2019). 또한 Thomas R. Marshall, *Public Opinion and the Supreme Court*(Boston: Allen & Unwin, 1989)도 참조.

14) 이유봉/김대홍, **한국인의 법의식: 법의식조사의 변화와 발전**(한국법제연구원, 2020.6), 123면.

15) 이유봉/김대홍, 위 보고서, 123면.

16) 사법부에 대한 2021년 인식조사에서 ‘헌법재판소의 결정은 국민여론의 영향을 받지 않는다’는 100점 만점에 53.81점으로 나타나고 있다. 이는 ‘법원의 재판은 국민여론의 영향을 받지 않는다’ 51.75점에 비해 헌법재판소가 미세하게나마 여론의 영향을 덜 받는다고 본 수치이다. 이유봉, **2021년 국민법의식조사 연구**(한국법제연구원, 2021.10), 14면.

17) 헌재가 정치적 함의를 갖는 다수의 결정에서 국민여론의 동향에 예민하게 반응해오고 국민여론을 고려하고 있다는 견해로, 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할”, **공법연구** 41(4)(2013.6), 54-55면). 또한 당위적으로 헌법재판은 여론으로부터 초연해야 하나, 여론을 너무 의식한 것이 아니냐고 할 수 있는 결정이 자주 보이는 것도 사실이라는 견해로, 최대권, **법치주의와 민주주의**(서울대학교출판문화원, 2012), 245-246면. <헌법 재판과 민주주의> 학술대회 종합토론자 이준웅 교수도 토론문에서 “우리 헌재는 어떤 ‘반다수결주의적 난점’도 없다는 듯이 대세에 추종하는 경향을 보인다”라고 언급하였다.

하는데, 필자는 이들 5가지 결정례가, ① 판례 자체에서 여론이나 국민의 법의식 등을 직접 논하거나(청탁금지법과 간통 사건), ② 해당 결정과 관련해서 단순히 법 논리만 다루어진 것이 아니라 사회적 공론이 오랜 기간 활발하게 개진되어왔고 각종 논문이나 언론기사 등을 통해 여론의 동향이 계속해서 주시되어온 결정들(탄핵, 낙태, 양심적 병역거부)이라고 보아 선정하였다.¹⁸⁾

2. 헌법재판소가 여론을 명시적으로 주된 논거로 원용한 사례¹⁹⁾

가. 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마236등, 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률 제2조 제1호 마목 등 위헌확인 (청탁금지법(일명 김영란법) 사건)

헌재는 부정청탁금지조항과 금품수수금지조항의 과잉금지원칙 위배 여부를 논하면서 (1) 입법목적의 정당성 및 수단의 적정성 검토 부분에서, “교육과 언론은

18) 헌재가 여론으로부터 명시적 혹은 묵시적으로 영향을 받았거나 이를 의식한 것으로 보이는 결정례는 필자가 본 논문에서 제시한 5가지 결정례에 한정되지 않음은 물론이며, 예컨대 시각장애인 안마사 사건(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가16, 구 의료법 제67조 등 위헌제청 사건에서 합헌 결정이 나온 이후로, 위헌(헌재 2006. 5. 25. 2003헌마715등, 안마사에관한규칙 제3조제1항 제1호 등 위헌확인)을 거쳐 합헌으로 다시 결론이 바뀌었고, 가장 최근 결정(헌재 2021. 12. 23. 2019헌마656, 의료법 제82조 제3항 등 위헌확인(시각장애인 안마사 사건))에서도 합헌이 선고된 바 있다)이 대표적인데, 이에 대해 이범준 작가는 “합헌으로 결정된 규범이 세월이 흘러 위헌으로 바뀌는 경우는 별다른 설명이 필요하지 않지만, 위헌으로 판단된 법규가 뒤집혀 합헌이 되고 다시 전월일치 합헌으로 강화되는 경우는 그 원인을 여론 이외의 이유로는 설명하기 힘듭니다”(이범준, 주3의 글, 72-74면 참조)라고 하면서 동 사건을 여론의 영향을 받은 대표적 사례로 꼽고 있다. 그 밖에 아래 각주의 헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등 결정 등 여론을 반영한 것으로 보이는 결정례는 관점에 따라 다양하게 적시할 수 있다.

19) 본 논문에서 별도로 다루지는 않았지만, 가령 수도이전 위헌결정(헌재 2004. 10. 21. 2004헌마554등, 신행정수도의건설을위한특별조치법 위헌확인) 김영일 재판관의 별개의견 중에서도 ‘수도이전문제에 관한 우리 국민의 현실의사’를 직접 실시한 부분(“이 사건 법률이 제정·공포된 2004. 1.경의 여론조사에 의하면, 주요국가기관을 신행정수도로 이전하는 것에 관하여 찬성과 반대의 의견이 균등하였고, 당시 여론의 추이는 찬성의견은 점차로 감소하고 반대의견은 점차로 증대하는 추세였던 사실, 당초 국민투표로 수도이전문제를 결정하겠다는 정치권의 약속이 있었을 때에는 찬성의견이 높았으나, 이 사건 법률의 법률안제출과 대통령의 발언 등으로 국민투표의 가능성이 점점 희박해짐에 따라 반대의견이 점증하게 된 사실을 인정할 수 있고, 2004. 6. 이후 여론조사에 의하면, 국민투표에 의하여 결정하여야 한다는 여론이 60% 내외인 사실을 인정할 수 있다.”)이 있고, 여론의 동향도 사회적으로 큰 관심의 대상이 된 바 있다. 이 결정문에서도 여론조사의 구체적인 출처는 밝히고 있지 않다.

공공부문과 민간부문이 함께 담당하고 있는 분야로서 그 공적 성격이 매우 크다. 교육과 언론 이외에도 청구인들이 주장하는 것처럼 건설, 금융, 의료, 법률 등 부패가 문제되는 민간부문은 많이 있다. 하지만 교육과 언론은 국민들의 일상생활에 밀접하게 연결된 분야이고, 국민들은 이 분야의 부패 정도가 심각하고 그로 인하여 직접적으로 피해를 받고 있다고 인식하고 있다. 이런 인식이 여론조사결과에 반영되어 청탁금지법에 사립학교 관계자와 언론인이 포함된 것을 지지하는 여론이 이를 반대하는 여론보다 압도적으로 높게 나타나고 있다.”라고 실시하여, 여론조사 결과를 결정문의 중요한 논거로써 다른 법적 근거들보다 우선하여 전면에 내세우고 있다.

다만 2인 재판관(재판관 김창중, 재판관 조용호)의 정의조항에 대한 반대의견은, 적용대상의 확대는 법체계의 정합성(整合性)에 배치된다고 비판하면서, 아래와 같이 입법단계에서 진지한 논의가 없음에도 불구하고 여론에 떠밀려 입법된 부분에 대한 지적을 경청할 필요가 있다.²⁰⁾

“이처럼 청탁금지법의 적용대상 확대와 관련하여 국회 상임위원회는 물론 본회의에서도 충분한 논의가 없었던 결과, 청탁금지법안을 통과시키고 나서 곧바로 국회의원들 스스로 법안 내용의 위헌성을 지적하면서 법안이 공포·시행되기 전부터 그 개정의 필요성을 주장하여 왔다. 그리하여 20대 국회에서도 일단 실시해보고 문제가 드러나면 고치자는 입장과 시행 전에 정의조항을 포함한 심판대상조항들과

20) 현재의 같은 결정문에서도 세월호 참사 이후의 여론의 변화가 주된 입법의 동인이었음을 실시하고 있고(“국민권익위원회가 마련하여 2013. 8. 5. 국회에 제출된 정부법안은 적용대상을 공직자에 한정하고 있었다. 국회의 법안 심의 도중 2014. 4. 16. 세월호 참사가 발생했고 공직사회의 부조리와 공공부문은 물론 민간부문에도 전반적으로 만연해 있는 부정부패가 참사의 원인 중 하나로 지목되었다. 이에 따라 법안 심의가 신속하게 진행되면서 정부안에 있던 공직자의 이해충돌방지규정을 제외하고 법 적용대상에 사립학교 관계자와 언론인을 포함시키는 등 여러 내용을 바꾼 수정안이 마련되었다. 정부위원회안으로 제안된 청탁금지법안은 국회 본회의에서 90%가 넘는 압도적 지지로 통과되었다. (중략) 공공부문의 부패뿐만 아니라 민간부문의 부패도 세월호 참사의 한 원인으로 지적되었다. 세월호 참사와 같은 비극이 되풀이 되지 않도록 한다는 취지에서 국회는 청탁금지법안을 압도적 지지로 통과시키면서 청탁금지법 적용대상에 민간부문 중 사립학교 관계자와 언론인을 포함시켰다. 현재 2016. 7. 28. 2015헌마236등), 이 부분에 대해서는 청탁금지법의 원 발안자인 김영란 前 대법관도 인터뷰를 통해서, 이 법은 국회에서 통과가 어려울 수 있다고 생각했는데 세월호 참사 이후로 정부에서 국민들이 납득할 수 있는 부패에 대한 대책을 마련해야 해서 정부위에 통과를 요청했고 이에 여당도 응해서 통과하게 된 것으로 설명하고 있다(김영란/이범준, 김영란법, 김영란에게 묻다: 대한민국을 뒤튼튼 청탁금지법의 모든 것(풀빛, 2017), 45-47면).

다른 문제 조항들을 함께 개정하거나 보완하자는 입장 및 헌법재판소의 결정을 기다려보자는 유보적인 입장으로 나뉘고 있음이 작금의 현실이다. 이러한 상황은 정의조항을 포함한 심판대상조항들이 형식적인 입법절차만 거쳤을 뿐, 그 실제적 내용에 관한 숙의(熟議) 과정과 진지한 토론 없이 졸속으로 입법함에 따른 당연한 결과인 것으로 보인다. 따라서 입법과정에서 정의조항에 사립학교 관계자와 언론인을 포함시키게 된 이유에 대하여 합리적인 근거를 제시하지 아니한 채 이들 직군을 포함시킨 입법자의 자의적인 입법자세 내지 입법형성의 내재적 한계를 일탈한 의무 해태도 함께 지적될 필요가 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 정의조항은 사립학교 관계자와 언론인을 공직자와 동일하게 청탁금지법의 적용대상으로 삼은 합리적인 기준을 제시하지 못하여 그 적용대상의 선정이 자의적이라는 의심이 들게 할 뿐만 아니라, 민간의 자발적인 부정부패 척결의 의지를 꺾고 국가의 처벌상의 편의와 효율성만을 강조한 결과 진지한 논의 없이 여론에 떠밀려 졸속으로 입법된 것으로 보인다.”²¹⁾²²⁾

위 법정외견과 같이 여론조사결과를 판결의 전면에 내세우는 방식이 타당하지 않음을 요한다. 또한 여론조사결과를 인용하려면 최소한 그 근거를 명확하게 - 누가, 어느 시점에, 어떤 조건으로 조사한 것인지, 반대결과는 찾아볼 수 없는지 - 인용 해주어야 할 것이다. 어떤 여론조사결과가 있다는 현재의 ‘선언’만으로 정당성이 담보되었다고는 할 수 없다. 특히 규범적 논증이 아니라 사실관계 인정의 경우에는 더욱 신중해야 하는데, 현재는 규범에 적용할 사실관계를 채택하고 평가할 수는 있지만, 그것은 정확성과 합리성에 바탕을 두었다는 전제에서 그러하기 때문이다.²³⁾

21) 허진성, “도덕적 입법의 적정성에 관한 연구 - 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률의 경우를 중심으로 -”, **공법연구** 45(1)(2016), 97면은 “이 법의 입법과정에서 또한 문제되는 것은 이러한 법의 문제점에 대한 논의가 지속적으로 있어왔는데도 법에 대한 여론의 강력한 지지를 의식한 의원들이 충분한 검토 없이 다급하게 통과를 추진했다는 점”을 지적하고 있다. 이처럼 문제가 있어도 일단 통과하고 보자는 식의 우리 입법행태를 입법단계에서 그대로 두어야 하는가의 문제에 이어서(송기춘, “부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”, **세계헌법연구** 21(3)(2015), 64면도 “법률을 일단 제정하고 문제점은 서서히 해결해 나가자고 하는 주장도 입법기관에서 할 얘기는 아니다.”라고 한다.), 헌법재판소도 계속해서 이러한 입법행태를 소극적으로 방기하는 것이 적절한가에 대해서 되물을 필요로 한다.

22) 반대로 목영준 前 재판관은 이 사건에 대해서 여론이 갈렸지만 여론을 거슬러서 장기적으로 지지 여론을 얻은 사례로 긍정적으로 평가했다고 한다(이병준, 주3의 글, 77면 참조). 그러나 동 법에 대해서 대중의 여론은 갈리지 않고 일관되게 동법을 지지하는 여론이었고, 다만 언론계나 법조계 등에서 당시의 법내용에 대한 반대론과 위헌론이 적지 않았는데, 후자의 여론을 일컬은 것이 아닌가 생각된다.

물론 특정 입법이 여론에 의해 추동됐다는 점 자체가 문제인 것은 아니다. 대의 기관은 원래 다수의 의사를 입법으로 실현하는 기관이므로, 그러한 과정은 정당하다. 그러나 다수의 의사가 추구하는 목적이 정당하더라도, 이를 어떤 수단과 방법으로 적절하게 입법하느냐 하는 것은 과잉금지원칙과 같은 법치국가적 기준과 한계를 지켜야 한다.²⁴⁾ 많은 법학자와 법률가들이 동법의 제정과정에서 헌법이론상 위헌 가능성과 입법정책적 부당성에 대한 의문과 비판을 제기하였으나,²⁵⁾ 이러한 점이 입법과정을 전후하여 적절히 논의되고 반영되지 못한 점이 1차적 문제이고, 입헌주의/법치주의의 관점을 주된 심사기준으로 입법 이후에 다시 평가하도록 설계된 헌법재판에서도 압도적 여론의 경향에 다소 경도된 것은 아니었는가, 그래서 여론조사 결과를 모두에 앞세우기에 이른 것 아닌가 하는 아쉬움이 있다.²⁶⁾

23) 가령 미 연방대법원에서는 판결문에서 여론조사나 통계 등을 인용할 때 그 출처를 밝히는 경우가 많다는 점을 비교해볼 수 있다.

24) 김영란 前 대법관은 인터뷰에서 헌재에서 과잉금지, 그중에서도 목적의 정당성과 수단의 적절성을 판단하자면 우리 사회가 놓여 있는 상황이나 국민들의 인식을 살펴보는 것이 필수이고, 여론을 고려하지 않을 수가 없다고 하였으나(김영란/이범준, 앞의 책, 139면), 과잉금지원칙을 판단함에 있어 국민들의 인식을 살피는 것을 필수라고 할 수 없고, 또 우선 순위가 될 수도 없다. 오히려 “청렴과 도덕을 높이는 일은 좋은 일이고 또한 중요하다. 그러나 그것이 법률이라는 방법에 의하여 이뤄질 경우는 법률제정과 관련되는 원칙과 법리에 구속을 받아야 한다.”(송기춘, 주21의 논문, 65면 참조)라는 견해가 적절하다고 본다.

25) 많은 법학자들이 이 법의 입법과정에서(“김영란법 문제점 쏟아낸 공청회 ... 목살해버린 19대 국회”, 매일경제 (2016.7.19.)), 또 입법 이후에도 사적 영역으로의 규율대상의 확장, 민간 영역에 대한 외부강의 신고의무나 강의료 금액 상한 제한, 청탁금지법 준수 서약서 등에 대해 위헌성과 입법정책적 부당성을 지적하여왔다. 예컨대, 김정현, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, **헌법학연구** 22(2)(2016.6); 성중탁, “부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 문제점과 개선 방안 - 헌법재판소 2016. 7. 28.자 2015헌마236 등 결정에 대한 평석을 곁하여 -”, **저스티스** 160(2017.6); 송기춘, 주21의 논문; 홍완식, “김영란법의 체계성에 관한 연구”, **법제연구** 49(2015.12) 등 참조. 국가인권위원회는 “청탁금지법상 서약서 제출 의무는 양심의 자유 침해”임을 결정하고 권익위원장에게 해당 조문 삭제를 권고하였고(인권위원회, “청탁금지법상 서약서 제출 의무는 양심의 자유 침해”, 법률신문 (2016. 12. 2)), 박한철 前 헌법재판소장도 법조기자단에게 “국민권익위원회의 ‘부정청탁 및 금품수수 등 금지에 관한 법률’(김영란법) 지침이 너무 경직돼 있다”라며 “향후 개별 사안에 따라 일부 해석에 대해선 ‘한정 위헌’ 결정을 내릴 수도 있다”라고 하였다(박한철 헌재소장, “김영란법 너무 경직”, 한국경제 (2016. 10. 29)).

26) 압도적 여론이 형성되는 사안에서는 헌법재판소가 그 결론을 따르고 존중하는 경향이 있다. 즉 헌재가 주시하는 것은 “여론의 지속이 아니라 강도”이며, 따라서 “압도적 다수인 여론은 가능하다면 따랐고 다소간 우위인 여론은 극복해왔다”는 것이 취재기자의 경험에 의한 진술이다(이범준, 주3의 글, 77면). 그에 비해 최근 소위 윤창호법에 대한 헌재 결정

나. 현재 2015. 2. 26. 2009헌바17등, 형법 제241조 위헌소원 (간통 사건)

헌법재판소는 간통 사건 다수의견인 5인 재판관(재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호)의 위헌의견에서, 목적의 정당성을 긍정한 뒤, 수단의 적절성 및 침해최소성을 논하면서 그 첫 번째 항목으로 ① 간통 행위에 대한 국민의 인식 변화를 들면서, “우리 사회에서 혼인한 남녀의 정조유지가 전통윤리로 확립되어 있었고, 일부일처제의 유지와 부부간의 정조의무 역시 도덕기준의 하나로 정립되어 왔다. 그러나 최근 전통적인 가족 구조 및 가족 구성원의 역할이나 지위에 대한 인식이 변화하고 있고, 급속한 개인주의 및 성개방적 사고가 확산됨에 따라 결혼과 성에 대한 인식도 바뀌어 가고 있다. 성과 사랑은 형별로 통제할 사항이 아닌 개인에게 맡겨야 하는 문제로서 부부간의 정조의무를 위반한 행위가 비도덕적이기는 하나, 법으로 처벌할 사항은 아니라는 것이다.”라고 하면서, “이러한 사회 구조의 변화, 결혼과 성에 관한 국민의 의식 변화, 그리고 성적자기결정권을 보다 중요시하는 인식의 확산에 따라, 배우자 있는 사람이 배우자 아닌 사람과 성관계를 하였다고 하여 이를 국가가 형별로 다스리는 것이 적정한지에 대해서는 이제 더 이상 국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다.”²⁷⁾라고

(현재 2021. 11. 25. 2019헌바446등, 도로교통법 제148조의2 제1항 위헌소원 등 [2회 이상 음주운전 시 가중처벌 사건])에서는, 음주운전 처벌에 대한 2배 이상의 압도적인 찬성여론에도 불구하고 위헌결정을 내린 바 있어 비교대상이 된다(“현재, ‘윤창호법’ 위헌 결정 반대 63% vs 찬성 26.7%”, TBS - 한사연 11월 26 ~ 27일 공동조사 (2021. 11. 29)). 청탁금지법과 비교하여 볼 때, 소위 윤창호법의 경우 수범자가 모든 국민이고, 직접적인 형사처벌규정이라는 점이 더 중하게 고려된 것이 아닌가 생각된다.

27) 이와 유사한 입장을 취하는 것으로, 현재 2009. 11. 26. 2008헌바58등, 형법 제304조 위헌소원 결정문을 참조할 수 있다. 혼인빙자간음죄의 위헌성을 다툰 이 사례는 당해 조항이 입법목적의 정당성조차 없다고 하여 위헌을 선고했는데, 이후 추가적으로 수단의 적절성 및 피해최소성을 검토한 항목에서 3) 국민 일반의 법감정의 변화를 실시하면서, “그런데 최근의 우리 사회는 급속한 개인주의적·성개방적인 사고의 확산에 따라 성과 사랑은 법으로 통제할 사항이 아닌 사적인 문제라는 인식이 커져 가고 있으며, 전통적 성도덕의 유지라는 사회적 법익 못지 않게 성적자기결정권의 자유로운 행사라는 개인적 법익이 더한층 중요시되는 사회로 변해가고 있다. 성의 개방풍조는 선진 국제사회의 변화 추이에 따라, 이제 우리 사회에서도 막을 수 없는 사회변화의 대세가 되었고 그것을 용인할 수밖에 없게 된 것이다.

결혼을 약속하였다고 하여 혼전 성관계를 맺은 여성의 착오가 국가의 형벌권에 의하여 보호될 수 있는 법익에 포함되기 위해서는, 우리 사회에 아직도 한번의 혼전 성관계가 여성에게는 곧 결혼을 의미하는 성풍속이 존재한다거나 아니면 한번의 경솔한 혼전 성관계도 여성에게는 정상적인 결혼이나 사회생활을 가로막는 결정적 장애라는 사회적 인식이 존재한다는 것이 전제되어야 하는데, 위에서 본 바와 같이 결혼과 성에 관한 국민의 법의식에 많은 변화가 생겨나 여성의 착오에 의한 혼전 성관계를 형사

하여 ‘국민의 인식 변화’를 위한 결정의 가장 중요한 논거로써 전면에 내세운 뒤,²⁸⁾ 수단의 적절성과 침해최소성을 갖추지 못하였다고 결론내리고 있다.

1인 재판관(재판관 김이수)의 위헌의견에서는, “제1, 2유형의 간통행위의 경우에는 제3유형과는 달리 비난가능성이 크고, 기존의 혼인관계를 보호할 필요성도 크므로 이에 대한 형벌적 규제가 아직도 필요하다”는 것이 상당수 일반 국민들의 법의식으로 보인다. (중략) 또한, 이제는 이러한 제3유형의 간통행위에 대하여는 허울뿐인 법률혼이 있다는 이유만으로 다른 유형과 동일하게 형사 처벌하는 것은 적절하지 않다는 관념이 우리 사회구성원들의 보편적인 법의식으로 보인다.”²⁹⁾라고 하여, 간통행위의 유형을 3분하여 그중에서도 3번째 유형은 처벌하지 않아야 한다는 것이 국민의 법의식으로 보인다고 하면서 5인 위헌의견과는 또 다른 국민의 법의식을 제시하고 있다.³⁰⁾³¹⁾

하지만 5인 위헌의견의 위와 같은 ‘국민의 인식’ 논거는 다른 아닌 같은 판례에서 2인 재판관(재판관 이정미, 재판관 안창호)의 반대의견에 의해 구체적인 여론조사 결과를 통해 바로 반론에 직면하고 있음을 주목할 필요가 있다.³²⁾

법률이 적극적으로 보호해야 할 필요성은 이미 미미해졌다고 보지 않을 수 없다.”라고 설시하여 간통죄 위헌의견의 설시와 유사한 태도를 보이고 있다.

- 28) 하지만 국민의 인식에 대한 실증적 증거는 제시하고 있지 않으며, 단지 “국민의 인식이 일치한다고 보기 어렵게 되었다”라는 모호한 표현을 사용하고 있을 뿐이다. 강일원 前 헌법재판관은 결혼과 성에 관한 국민의 의식 등 여러 사실이 간통죄의 위헌 여부 판단에 중요한 자료가 되었음에도 불구하고 사실인정을 위한 증거조사가 이루어지지 않았으며, 이는 차치 객관적 사실과 다른 사실에 근거하는 잘못을 저지를 수도 있음을 지적하고 있다(강일원, “헌법소원과 사실 인정”, **법학평론** 제10권(2020.4), 23면).
- 29) 1인 재판관(재판관 김이수)의 위헌의견에서는, “간통의 유형을 크게 세 가지로 나누어 보면, 배우자가 있음에도 단순한 성적 쾌락을 위해 혼외성관계를 맺는 유책배우자(제1 유형), 현재의 배우자보다 매력적인 상대를 만나 기존 혼인관계에 대해 회의를 느끼고 그와 사랑에 빠진 경우(제2유형), 기존의 혼인이 해소되거나 이혼소송이 제기되지 않았지만 장기간 별거 등 혼인이 사실상 파탄에 이른 상태에서 새로운 사랑의 상대를 만나 성적 결합으로 나아간 경우(제3유형)가 있다.”라고 구분하고 있다.
- 30) 그러나 역시 실증적 근거는 제시하고 있지 않다.
- 31) 또 다른 1인 재판관(재판관 강일원)의 위헌의견에서는, “다양한 유형으로 각각의 죄질이 서로 다른 간통행위에 대하여 일률적으로 단기의 징역형만 부과하도록 규정하고 있는 심판대상조항은 범죄와 형벌 사이의 균형을 잃어 실질적인 법치국가의 원리에 어긋나며, 우리 국민의 법감정은 물론 국제적인 입법 추세에도 맞지 않는다.”라고 하여 국민의 법감정을 간단하게만 언급하고 있다.
- 32) 이러한 모순적 설시는 판결문의 신뢰를 약화시킬 우려가 있다는 지적으로, 김중현, “간통죄 위헌결정에 대한 연구: 집단적 법감정의 변화에 대한 헌법재판소의 설시를 중심으로”, **법과사회** 50(2015.12) 참조.

“다수의견은 간통에 대한 우리 사회 대다수의 법의식이 변화하였다고 하나 현재 국민 법의식에 대한 실태조사결과 등 이를 입증할 어떠한 증좌도 없다. 오히려 2005년 한국가정법률상담소가 실시한 간통죄 존폐 설문조사 결과에서는 응답자 1만 2,516명 중 60%에 달하는 7,621명이 존치의견이었고, 2009년 여론조사기관이 전국 19세 이상 성인 1,000명을 대상으로 실시한 간통죄 형사처벌 찬반여부 설문조사에서는 응답자의 64.1%가 찬성 입장이었으며, 2014년 한국여성정책 연구원이 전국 19세 이상 남녀 2,000명을 대상으로 실시한 간통죄 존폐 설문조사 결과에서도 응답자의 60.4%가 존치의견을 나타냈다. 이렇듯 가정 내 경제적·사회적 약자의 입장에 있는 여성들을 비롯한 일반 국민들 중에서는 간통을 형법으로 규제함으로써 국가가 가정을 보호해 주어야 한다는 의견이 존재하는 것은 명백한 사실이다.”³³⁾

다수의견의 모호한 설사와는 달리, 간통죄 폐지와 관련된 국민 여론은 일관되게 폐지에 반대한다는 여론이 높았다.³⁴⁾ 그런데도 굳이 위헌의견을 포함한 모든 의견에서 국민의 인식, 법의식, 여론조사를 각각 실시하고 있음을 주목할 수 있는데, 이는 간통 사안이 어느 특정 계층이나 집단에만 국한된 것이 아니라 모든 국민이 관계되고 관심을 가지는 사안이라는 점에 기인한 것으로 보인다. 이 사안은 여론에 반하는데도 법리에 따라 여론을 거스른 결정으로 볼 수 있는데, 여기에는 세계적인

33) 한편 동 결정에서 5인의 위헌의견은 그렇다 하더라도, 김이수 재판관과 강일원 재판관의 위헌의견은 반드시 간통죄를 폐지해야 한다는 취지의 견해는 아니었음에도 불구하고 형식상 7인으로 함께하여 6인 정족수를 충족했음을 이유로 위헌결정이 내려졌고, 국회에서도 이를 근거로 별다른 논의 없이 형법 조문이 삭제, 폐지되었는데, 이것이 적절한 것이었는지에 대해서는 검토가 필요하다. 간통죄가 완전히 폐지되어야 한다는 의견은 5인이므로 국회에서 국민여론 수렴과 논의과정을 거쳐 최종결론을 도출하는 것이 타당하다는 견해로, 박한철, “한국정치와 헌법재판”, **헌법논총** 31(2020), 31-32면 참조. 이정미 前 재판관도, “결국 합헌의견을 낸 재판관을 포함하여 4인의 재판관이 간통죄에 대한 형사처벌의 필요성을 궁극적으로 인정한 셈인데, 굳이 간통죄 처벌 조항에 대하여 위헌결정을 하여야 했는지에 대하여는 못내 의문과 아쉬움이 남는다”라고 하였다(조배숙, 남형두, 김일수, 이정미, **예수 믿는 법률가들**(베네딕션, 2022), 183면). 또한 김이수 재판관과 강일원 재판관의 의견을 모두 전부위헌의견으로 판단한 것은 타당한 판단이라고 볼 수 없고, 헌법재판소는 간통죄에 대하여 헌법불합치결정 혹은 일부위헌결정을 선고하였어야 한다고 생각한다는 견해로, 정준섭, “간통죄 위헌결정에 대한 소고”, **법학연구** 47(2016.2) 참조.

34) 리얼미터가 조사한 여론은 폐지반대가 2007년 70.1%, 2008년 69.5%, 2009년 64.1%, 2015년 현재 결정 직후 49.7%로 폐지 찬성에 비해 계속 높았다. 다만, 폐지 찬성 여론도 전에 비해서는 늘었음은 분명하다(2015년 34.0%로 최고 기록). 헌법재판소, **헌법재판소 결정과 대한민국의 변화 1988-2017**(2017), 434면.

입법례가 전반적으로 간통죄를 처벌하지 않는 것이라는 점,³⁵⁾ 그리고 법불가 집단 내의 여론이 간통죄 위헌 혹은 폐지 쪽으로 기울고 있었던 점,³⁶⁾ 그리고 2008년 이후 ‘성적 자기결정권’에 대한 헌법재판소의 적극적 재평가가 경향³⁷⁾이 복합적으로 작용한 것이 아닌가 여겨진다.³⁸⁾

3. 헌법재판소가 여론을 묵시적으로 고려한 주요 사례

가. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1 대통령(노무현)탄핵; 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 대통령(박근혜)탄핵

우리 헌재 결정을 통틀어 가장 정치적이고 여론의 영향에 민감하게 반응한 사건을 꼽으라면 단연 탄핵 사건을 꼽을 수 있다.³⁹⁾ 2004년 및 2017년 탄핵 모두

35) 동 결정(헌재 2015. 2. 26. 2009헌바17등)에서는 판결 이유의 도입에서 입법례를 예시 하면서, “간통에 대한 세계적인 입법 추세는 형벌을 부과하지 않는 것이다. 덴마크는 1930년, 스웨덴은 1937년, 일본은 1947년, 독일은 1969년, 프랑스는 1975년, 스페인은 1978년, 스위스는 1990년, 아르헨티나는 1995년, 오스트리아는 1996년에 간통죄를 폐지하였다.”라고 시작하며, 김이수 재판관을 제외한 모든 재판관의 의견에서 아래와 같이 이 점을 간략하게라도 언급하고 있다.

재판관 박한철, 재판관 이진성, 재판관 김창중, 재판관 서기석, 재판관 조용호의 위헌 의견: 비록 비도덕적인 행위라 할지라도 본질적으로 개인의 사생활에 속하고 사회에 끼치는 해악이 크지 않거나 구체적 법익에 대한 명백한 침해가 없는 경우에는 국가권력이 개입해서는 안 된다는 것이 현대 형법의 추세이다. 이에 따라 전세계적으로 간통죄는 폐지되고 있다.

재판관 강일원의 위헌의견: 세계적으로 간통죄가 폐지되는 추세에 있는 것도 이러한 현실을 반영한 것이다. (중략) 우리 국민의 법감정은 물론 국제적인 입법 추세에도 맞지 않는다.

재판관 이정미, 재판관 안창호의 반대의견: 물론 간통죄에 대한 오늘날 세계 각국의 입법례는 이를 폐지해 가는 것이 그 추세이고, (생략)

36) 예컨대 “형법학자들은 대부분 간통죄 폐지의견을 표명하고 있다.”라는 김이수 재판관의 위헌의견 참조.

37) 가령 간통죄에 관한 선례인 헌재 2008. 10. 30. 2007헌가17등 결정에서 성적 자기결정권 침해를 이유로 5인 다수가 위헌의견을 개진했고, 뒤이어 2009년 혼인빙자간음죄에 대한 위헌결정(헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58등)을 들 수 있다(헌법재판소, 앞의 책, 436면).

38) 그러나 헌재의 간통죄 위헌 결정에 대해서, ‘성적 자기결정권’이라는 자유주의적 가치가 전면에 등장하면서도 혼인과 성관계에 대한 개인(부부)간의 계약 개념은 찾아보기 어렵다고 지적하면서, 간통죄의 폐지는 피해 배우자의 고통에도 초점이 맞추어져야 한다는 견해도, 양현아, “포스트 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 묻혀진 피해 배우자의 손해”, 서울대학교 법학 56(3)(2015.9) 참조.

그러했다.⁴⁰⁾ 비록 두 개의 탄핵사건 결정문에서는 여론을 명시적으로 언급하고 있지는 않지만, 2004년에는 탄핵에 반대하는 다수 여론이 여당의 총선 승리를 가져왔고 그러한 민심이 이후 헌법재판소의 기각결정에 영향을 주게 되는 것 아닌가 하는 넓은 의미의 헌법적 대화과정으로 볼 여지가 다분하고,⁴¹⁾ 2017년에는 1,000만 이상이 광장으로 나와 탄핵을 외친 촛불항쟁이 애초에 탄핵을 주저하고 있었던 국회가 탄핵소추로 돌아서게 하는 원동력으로 작동하였고, 그것이 현재의 탄핵결정이라는 사법과정으로 귀결되는 헌법적 대화로 이어졌다고 볼 수 있기 때문이다.⁴²⁾

2004년 탄핵결정에서 헌법재판소법 제53조 제1항의 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’의 해석론으로서 정립된 ‘법위반의 중대성’ 요건은,⁴³⁾ 여론을 직접 언급하거나

39) 문재인 대통령은 2004년 노무현 前 대통령 탄핵심판 상황에서 대리인단 간사를 맡아 여론전도 중요했고, “탄핵재판의 정치적 성격과 헌법재판관들의 보수적 성향을 감안하면 여론에서 압도할 필요가 있었다”라고 회고한 바 있다(문재인, **문재인의 운명**(북팔, 2017), 297면). 함재학, “헌법재판의 정치성에 대하여: ‘헌법적 대화’ 모델을 위한 제안”, **헌법학연구** 16(3)(2010.9), 629-631면 등 다수 참조.

40) 송인준 재판관은, 노무현 대통령 시기 헌재에 대해서, “우리는 앉아 있을 수가 없었다. 서고 싶어서 선 게 아니다. 사법적극주의를 내세워 심판한 것도 아니다. 들끓는 민심, 흔들리는 여론을 잠재울 곳은 재판소뿐이었다. 좋은 싫든 전면에서 결정해야 했다.”라고 언급했는데, 이는 당시 탄핵결정이 여론을 정면으로 의식하고 쓴 것임을 압축적으로 드러낸다(이범준, **헌법재판소, 한국현대사를 말하다**(공리, 2009), 317면). 권성 재판관은 노무현 대통령이 법률가로서 접근한 것이 아니라 정치 전술 차원에서 지지자를 끌어 모으고 결속시켜 효과를 냈다고 보면서, 국회의 탄핵가결 뒤 총선에서 크게 승리한 것을 그 예로 들었다(이범준, 위의 책, 323면). 탄핵심판과정에서도, 노무현은 애초에 변론에 출석을 원했으나, 주변에서 “틀림없이 이깁니다. 하지만 생방송으로 중계되는데 조금이라도 잘못되면 총선 망칩니다. 나가시면 안 됩니다.”라고 말려서 불출석하기로 했다는 사실은(이범준, 위의 책, 336면), ‘탄핵심판 - 변론 생중계 등 언론과 여론 - 총선 승리’가 서로 얽혀있는 다이내믹스를 짐작케 한다.

41) 장영수 교수는 탄핵소추에 대한 반대 여론이 높았음에도 불구하고 국회의원들이 이를 무시하고 탄핵소추를 의결하였고, 국민들의 탄핵 반대여론은 2004년 4월 15일에 열린 우리당이 압승하는 결과를 가져왔고, 이는 다시 선거일로부터 1개월 후 내려진 헌재 결정에도 영향을 미친 부분들이 적지 않았을 것이라는 추측들이 있다고 한다(장영수, “탄핵심판”, **헌법재판 주요선례연구**(헌법재판연구원, 2012), 465-467면).

42) 속의민주주의적 관점에서 박근혜 탄핵은 촛불집회 공론장과 제도적 속의절차의 상호작용이 빚어낸 결과물이라는 견해로, 홍성구, “박근혜 탄핵 촛불집회의 민주적 함의 속의 민주주의와 파수꾼 민주주의를 중심으로”, **한국언론정보학보** 89(2018.6). 헌법재판소가 탄핵 과정을 통해 국회와 대통령 그리고 국민 여론과의 관계에서 전략적 판단을 통해 제도적 기관으로서의 위치를 공고히 하고 있으며 민주적 역할을 확장하는 정치적 행위자로 기능하고 있다는 주장으로는, 김현진, “헌법재판소 탄핵 결정의 정치적 의미”, **기억과 전망** 37(2017.12) 참조. 동 논문에서 2004년 탄핵 당시에는 반대 여론이 70.6%였고, 2017년 탄핵의 경우 탄핵지지 여론이 81%에 달했다고 한다(같은 논문, 202면).

고려토록 하고 있지는 않지만, 그러한 통로로써 기능할 수 있는 단초를 일부 제공하는 듯 보인다.

“대통령을 파면할 정도로 중대한 범위반이 어떠한 것인지”에 관하여 일반적으로 규정하는 것은 매우 어려운 일이나, 한편으로는 탄핵심판절차가 공직자의 권력 남용으로부터 헌법을 수호하기 위한 제도라는 관점과 다른 한편으로는 파면결정이 대통령에게 부여된 국민의 신임을 박탈한다는 관점이 함께 중요한 기준으로 제시 될 것이다. (중략) 대통령이 국민으로부터 선거를 통하여 직접 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 관점에서 본다면, 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 대통령이 범위반행위를 통하여 국민의 신임을 저버린 경우에 한하여 대통령에 대한 탄핵사유가 존재하는 것으로 판단된다.”⁴⁴⁾

2017년 탄핵결정에서도 ‘범위반의 중대성’ 요건은 재차 확인되었는데, 동 요건을 적용한 ‘피청구인을 파면할 것인지 여부’ 항목에서 현재는 “위와 같이 피청구인은 자신의 헌법과 법률 위배행위에 대하여 국민의 신뢰를 회복하고자 하는 노력을 하는 대신 국민을 상대로 진실성 없는 사과를 하고 국민에게 한 약속도 지키지 않았다. 이 사건 소추사유와 관련하여 피청구인의 이러한 언행을 보면 피청구인의 헌법수호의지가 분명하게 드러나지 않는다.”라고 설시하여, 법리보다는 국민 여론과의 접점을 고민한 것으로 읽힐 수 있는 부분이 있다.⁴⁵⁾

또한 중대성 요건이 여론을 반영하는 통로의 역할을 일부 할 수 있을 것으로

43) 양건 교수는 ‘범위반의 중대성’ 요건은 새로운 창조적인 논증이라고 본다(양건, 주3의 책 **헌법의 이름으로**), 350-351면). 동 요건에 대한 상세한 분석으로 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 - 헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로 -”, **저스티스** 161(2017.8) 참조.

44) 현재 2004. 5. 14. 2004헌나1 대통령(노무현)탄핵.

45) 2016년 탄핵 결정 선고 이전 리얼미터 여론조사에서는 11월 22-23일, 11월 29-30일, 12월 5-6일에 걸쳐 탄핵 찬성이 각각 79.5%, 75.3%, 78.2%의 압도적인 비율을 보였다(헌법재판소, 앞의 책, 227면 참조). 2017년 2월 7일 한국 갤럽 조사에서도 탄핵 찬성이 79%에 이르렀다(이지호/이현우/서복경, **탄핵 광장의 안과 밖**(한솔수북, 2017), 150면). 김종대 前 헌법재판관은 <시비에스>(CBS) 라디오 ‘김현정의 뉴스쇼’ 인터뷰에서, “며칠에 걸쳐서 계속 100만 명 이상이 촛불을 들고 나온다. 그것이 전 국민의 뜻인데 더 이상 어떤 중대성을 우리가 입증해야 하는가”라면서, “재판관이 법리적 판단을 할 때 민심이나 여론이 작용한다. 재판관들은 촛불집회를 중하게 받아들여야 한다”라고 했다(김종대 前 헌재 재판관 “대통령, 탄핵할 정도 중대한 범위반”, **한겨레** (2016. 11. 22)). 하경철, 조대현, 송두환 前 헌법재판관들도 한겨레21과의 탄핵심판 7문7답에서, 재판관들이 촛불 민심과 여론의 영향을 받지 않을 수 없다는 점을 공통적으로 언급하였다(“전 헌법재판관들”, **한겨레21**, 제1141호 (2016. 12. 10)).

추정되는 부분은, 중대성 요건의 판단요소에 국민의 법 감정을 언급한 아래 1인 보충의견에서도 힌트를 얻을 수 있다. “‘대통령의 파면을 정당화 할 정도의 중대한 법 위반 행위’의 여부는 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 ‘대통령의 법 위반 행위’의 경위와 내용, 침해되는 헌법질서의 의미와 내용뿐만 아니라, 탄핵심판의 시대적 상황, 지향하는 미래의 헌법적 가치와 질서, 민주주의의 역사와 정치적·경제적·사회적·문화적 환경, 헌법수호에 대한 국민의 법 감정 등이 종합적으로 고려되어 결정된다.”⁴⁶⁾

나. 현재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 형법 제269조 제1항 등 위헌소원 (낙태죄 사건) 위헌의견(5인)이나 헌법불합치의견(2인)에서는 여론에 대해 특별한 언급이 없는데 반해, 2인 재판관(재판관 조용호, 재판관 이종석)의 합헌의견에서는 ‘입법자의 성찰과 모성보호의 필요성’이라는 표제하에 아래와 같이 언급한다.

“국가가 태아의 생명보호의무를 이행함에 있어 어떠한 조치를 취하여야 하는가에 관하여, 단지 시민의 법감정이나 다수의 의지에 종속되어야 하는 것은 아니고 헌법적 가치 질서에 구속되어야 하기 때문에 국가의 권력 행사에 대한 위헌심사는 가능하고 필요하다. 그러나 헌법적 가치질서의 일차적 수호자인 입법자는 낙태와 같이 극도로 논쟁적이고 인간 존엄의 본질에 관한 탐색을 요하는 문제에 관한 규율을 함에 있어 보다 적극적이고 진지한 성찰을 하여야 한다. 정치과정의 회피와 사법심사로의 도피가 만능의 해결책이 될 수는 없다.”

“정치과정의 회피와 사법심사로의 도피가 만능의 해결책이 될 수는 없다.”라는 마지막 문장은 낙태죄 논의의 현 상황을 집약적으로 잘 보여주는 표현이 아닐 수 없다. 우리 사회에서도 낙태 문제가 공론화된 것이 어제 오늘의 일이 아니고, 시민 사회에서는 논의가 계속 활발히 진행되어 왔으며, 현재에서도 기존에 합헌 결정이 나온 바 있는데,⁴⁷⁾ 정치권은 계속해서 이에 대해 적극적인 논의를 꺼려왔고, 이는 심지어 현재가 2019년 입법시한을 정해 헌법불합치 결정을 한 이후에도 입법개선을 기한 내에 하지 않아 결과적으로 동 조항이 효력을 잃고 낙태가 처벌의 대상은 되지 않지만 제대로 보호되지도 않는 상황에 이르렀다.⁴⁸⁾ 이처럼 공론을 모아야

46) 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 대통령(박근혜)탄핵 재판관 안창호의 보충의견.

47) 현재 2012. 8. 23. 2010헌바402, 형법 제270조 제1항 위헌소원 (낙태죄 사건) 임신 초기의 낙태까지 전면적, 일률적으로 금지하고 처벌하고 있다는 점에서 위헌이라는 재판관 이강국, 재판관 이동흡, 재판관 목영준, 재판관 송두환의 반대의견 참조. 이 결정에서도 특별히 여론에 대해 명시적으로 언급한 바는 없었다.

할 국가적 과제를 대의정치가 방기하고 미루는 경우 결국 사법부가 해결하거나 국민의 의사를 결집해서 해결해야 하는데, 우리의 경우 입법에 대한 국민의 참여는 제도적·현실적으로 대부분 막혀 있기 때문에 결국 사법부에 그 책임이 넘어갔고,⁴⁹⁾ 헌법재판소는 재판부 구성의 변화와 더불어 여론의 지형도 과거에 비해 낙태죄 폐지 의견이 증가하는 방향으로 변화가 있었던 것 등의 이유로 헌법불합치 결정에 이르게 된 것으로 해석된다.⁵⁰⁾

하지만 헌재가 헌법불합치 결정을 내렸다고 해서 단순히 관련 논쟁이 종식되었다고는 생각할 수 없고,⁵¹⁾ 더군다나 헌재 결정의 취지에 맞추어 기한 내에 입법 개선이 되지 않고 종전의 입법이 폐지된 것에 불과한 입법공백 상태에 그치고 있는 지금은 더욱 그러하다. 위 2인 합헌의견이 “1973년 미국 연방대법원이 로 대 웨이드 (Roe v. Wade) 사건에서 낙태를 규제하는 주법(州法)에 대하여 위헌결정을 한 이래,

48) 이는 소위 야간옥외집회 헌법불합치 결정(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25, 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청)에서 정한 입법개선시한을 초과하여 야간옥외집회가 전면 자유화된 상황과 흡사하다.

49) 2017년 2월 헌법소원심판청구가 제기되고 2019년 4월 헌재 결정이 나오기까지 2년 2개월 동안 소송대리인이 아닌 개인·단체가 헌재에 제출한 낙태죄 폐지 관련 탄원서와 의견서만 100건이 넘는다는 사실(민주사회를 위한 변호사모임, **낙태죄 헌법소원 백서** (2021), 7면)은 대의정치에서 입법청원으로 해결되지 않은 다양한 의견들이 최후의 보루인 헌재의 문을 두드리게 된 것으로 해석할 수 있다. 같은 책에는 위헌의견서에 비해 절대적으로 수는 적지만 합헌의견서도 실려 있다.

50) 다음 기사는 이런 분위기를 잘 묘사하고 있다. “헌 재판관 9명 중 6명은 문제인정부가 임명한 진보적 색채가 짙은 사람들이다. 실제 유남석 헌재소장을 비롯해 이은애·이영진 재판관의 경우 인사청문회 당시부터 낙태죄 조항 개정이 필요하다는 입장을 밝혔고, 특별히 입장을 내놓진 않았지만, 이석태·김기영 재판관 등도 진보성향으로 분류된다. 여성재판관이 한 명이었던 2012년과 달리 이번에는 한 명이 더 늘어난 점도 주목할 만한 부분이다. 사회적 분위기도 달라졌다. 리서치회사 리얼미터의 여론조사 결과에 따르면, 2010년에는 ‘낙태를 허용하면 안 된다’는 의견이 53.1%였지만, 올해 조사에서는 거꾸로 ‘폐지해야 한다’가 58.3%에 달했다. 낙태에 대한 인식도 크게 달라졌다. 한국갤럽에 따르면, 1994년에는 낙태죄 존재여부를 아는 사람이 48%에 그쳤지만, 올해는 79%에 달했다. 또 낙태가 일종의 살인이라고 생각하느냐는 질문에 ‘그렇다’고 응답한 비중이 같은 기간 78%에서 45%로 떨어졌다.”(“낙태죄, 7년 전엔 4:4로 합헌 ... 여론도 재판관도 바뀌었다”, 한국일보 (2019. 4. 11))

51) 서기석 前 재판관이 낙태에 대해 결론을 내지 못하고 있었지만 퇴임을 앞둔 누구도 독촉하지 않았는데, 위헌의견과 합헌의견이던 재판관들이 서로 승리를 확신하지 못했기 때문이었다는 분석이 있다(“‘낙태’, 헌재 결정 났다고 ‘게임 오버’는 아니다”, 경향신문 (2019. 5. 11)). 헌재 결정 이후로 3년이 채 되지 않은 지금까지 한국학술지인용색인(KCI) 기준으로만 해도 약 150건에 달하는 낙태 관련 학술논문이 쏟아지고 있는 것은, 낙태 문제가 전혀 해결되지 않은 과제임을 보여주는 증거라고 할 수 있다.

미국 내에서 낙태를 둘러싼 사회적 합의가 형성되고 논란은 종식되었는가? (중략) 관련 결정 이후 각각의 찬반 세력이 더욱 결속력을 더하고 정치세력화하면서 정치 지형의 변화를 가져오고, 더 나아가 연방대법원의 구성에까지 영향을 미치고 있다.”라고 정확하게 지적한 바와 같이, 미국 사회에서 낙태는 여전히 뿌리 깊은 정치적 갈등을 낳으면서 끊임없이 다투어지고 있다.⁵²⁾ 최근에는 텍사스 주에서 낙태금지에 거의 필적하는 낙태 제한 입법(Heartbeat Bill)이 이루어졌는데, 동 법을 적용한 재판의 금지를 구하는 긴급가처분이 트럼프 前 대통령이 보수 우위로 재편한 연방대법원에서 기각되었고,⁵³⁾ 본안 사건이 다시금 연방대법원에서 변론을 마치고 선고를 기다리고 있다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

우리 사회는 미국 사회만큼 기독교적 전통이 뿌리 깊지는 않기 때문에 그만큼의 큰 파급력을 가질지는 두고 봐야겠으나,⁵⁶⁾ 여전히 여론이 팽팽하게 갈리고 있는데다 정치권에서 적정한 입법대응을 하지 않은 것은 이후 또 다른 갈등의 불씨를 살려둔 것으로 보인다.⁵⁷⁾

52) Barry Friedman, “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 91, No. 4 (Feb., 1993), pp.658-668에서 Roe 판결 이후의 낙태에 관한 미국 사회의 대화(Dialogue)에 대해 논의하고 있는데, 30년이 지난 지금도 여전히 뜨거운 논쟁적 대화 주제로 남아 있다.

53) WHOLE WOMAN'S HEALTH ET AL. v. AUSTIN REEVE, No. 21A24. (2021. 9. 1).

54) 최근 Samuel Alito 연방대법관이 집필한 낙태에 관한 98쪽 분량의 5인 다수의견 판결문 초안을 POLITICO지가 입수한 후 공개하여 큰 파문을 일으키고 있는데, 이는 트럼프 집권 시에 보수 우위로 재편된 연방대법원이 1973년 선고된 Roe v. Wade 판결의 내용을 파기하는 내용을 담고 있어 정치적으로 보수-진보 간의 격렬한 논쟁을 불러일으키고 있다. “Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows”, POLITICO, 05/02/2022.

55) 필자가 게재 확정된 논문을 최종 수정하는 과정에서, 낙태권을 보호하는 선례(Roe v. Wade (1973)와 Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey (1992))를 49년 만에 폐기하는 내용의, 새롭고도 중요한 낙태 제한 결정이 2022년 6월 24일에 선고되었다 (Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization (2022)). 동 판결은 알리토 대법관이 법정외견을 집필하고 토마스, 고서치, 캐버노, 배럿이 이에 동조의견을 내었으며, 로버츠 대법원장은 당해 사안에서 쟁점이 된 미시시피의 낙태 제한은 인정할 수 있지만 로 판결을 폐기하는 데는 동의하지 않았다. 결국 트럼프 前 대통령이 재임시절 보수 성향 연방대법관 3명(고서치, 캐버노, 배럿)을 연이어 임명하였고 이들이 이번 판결에서 모두 로 판결을 폐기하는 법정외견을 지지함으로써, 뒤에서 애커만이 얘기하듯이, 대법관 구성의 변화를 통해서 실질적인 헌법개정에 준하는 효과를 본 것으로 이해할 수 있다.

56) 미국의 경우, 연방대법원에는 낙태 사건과 그 외의 사건 두 종류가 있다고 할 정도로 연방대법원에서 낙태 사건의 비중은 지극히 높다고 한다(Jeffrey Toobin, *The nine: inside the secret world of the Supreme Court* (New York: Doubleday, 2007); 제프리 투빈, 강건우 역, *더 나인*(라이프랩, 2010), 70면).

다. 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등, 병역법 제88조 제1항 등 위헌소원 (양심적 병역거부 사건)

양심적 병역거부 사건 또한 사회적 쟁점으로 떠오른 지가 오래되었고 이에 대한 논의는 계속해서 활발하게 진행되었지만 대의정치과정을 통해 적절히 타협점이나 해결점을 찾지 못했다는 측면에서 낙태 문제와 닮은 바가 많다. 양 결정 법정 의견 모두 특별히 여론을 언급하지 않았다는 점도 동일하다.⁵⁷⁾

다만 2인 재판관(재판관 안창호, 재판관 조용호)의 병역종류조항에 대한 반대의견 및 처벌조항에 대한 합헌의견에서는, 처벌조항이 합헌이라고 생각하는 이유를 제시하면서 특히 대체복무제의 도입은 국민적 합의가 요구되는 사항임을 여러 차례 강조하고 있는데, 이는 낙태의견의 2인 반대의견과 유사한 방식의 대응이라고 생각된다.

“대체복무제의 도입은 국가공동체가 양심적 병역거부에 대한 합법성과 정당성을 인정하는 문제이고, 국방의무는 외부 적대세력의 침략과 위협으로부터 대한민국이라는 국가공동체의 존립과 안전을 수호하는 문제이며, 국가공동체의 정체성을 확보하고 그 구성원의 생명과 자유, 안전과 행복을 보장하는 문제이므로, 대체복무제의 도입여부는 규범적 평가 이전에 국민적 합의가 선행되어야 할 영역이다.”

따라서 대체복무제의 도입여부와 양심적 병역거부자에 대한 처벌문제는 단순히 양심적 병역거부를 인정할 필요가 있다는 규범적 요청만을 근거로 판단할 사안이 아니다. 사법기관인 헌법재판소가 이러한 문제의 해결에 있어 전면에서 나서서 국회로 하여금 대체복무제의 도입을 실질적으로 강제하는 것은 권력분립의 원칙이나 헌법재판소의 기능적 한계를 벗어난 것이다. 만일 국회의 입법 등을 통한 양심적 병역

57) 현재의 낙태죄 헌법불합치 결정에 대한 국민여론은 헌법불합치 결정 후 종전보다 찬성 의견이 상승해서 찬성 65.7%, 반대 25.4%로 나타났다([아시아투데이 여론조사] “낙태죄 헌법불합치 국민 65.7% 찬성”, 아시아투데이 (2019. 4. 16)). 그러나 정부가 지난 2020년 10월 7일 형법·모자보건법(낙태죄) 개정안 입법을 예고한 후 데이터리서치가 10월 26일 시행한 여론조사에서는 25.4%가 ‘현행법 유지’, 22.7%가 ‘14주 이내 임신초기 허용(정부 개정안)’, 21.8%가 ‘낙태죄 전면 폐지’가 바람직하다고 답할 정도로 시민들의 견해가 팽팽히 맞서고 있는 상황이다([쿠키뉴스 여론조사] “낙태죄 ‘현행법 시행’ vs ‘전면 폐지’ 의견차 팽팽”, 쿠키뉴스 (2020. 10. 28)).

58) 하지만 단순히 헌법재판소의 판례나 헌법이론에 한정하여 실시하는 것이 아니라, 국제인권규범에 대해서 자세히 서술하고, 국가인권위나 국방부의 의견, 국회의 법안 발의, 법원의 하급심 무죄 판결 사례 등을 폭넓게 언급하고 있는 점에서, 그리고 무엇보다 동결정의 당해사건이 헌가사건과 헌바사건을 포함하여 28건이 병합되어 있다는 자체가 다분히 여론을 폭넓게 고려할 수밖에 없는 구조이고, 특히 아래에서 후술할 여러 다른 국가기관들과의 ‘헌법적 대화’의 가장 모범적이고 전형적인 사례가 될 수 있다고 생각된다.

거부자에 대한 문제 해결을 기대하기 어려우므로, 헌법재판소가 그 역할을 담당할 수밖에 없다고 주장한다면, 그 주장 자체로 아직은 대체복무제의 도입에 대한 국민적 합의가 이루어지지 않았음을 방증하는 것이기도 하다. 참고로 다른 서구 선진국가에서 헌법이나 법률로 대체복무제가 도입되지 않은 상황에서 사법기관이 대체복무제를 도입하도록 결정한 사실은 없다.”

또한 “최근까지 대체복무제의 도입에 관하여 실시된 많은 여론조사 결과가 설문지 형태에 따라 찬반을 달리하고 있고 국회에서 대체복무제의 도입을 결의하지 못하는 것은, 국가공동체가 양심적 병역거부에 대해 합법성과 정당성을 부여할지 여부, 대체복무제 도입이 국가안보 등에 미치는 영향, 대체복무의 구체적 내용 등 핵심적 사항에 관하여 아직 국민적 합의가 이루어지지 못한 것이라는 의미로 읽힌다.”라고 하여 여론조사 결과에 대해서도 보수적이지만 언급하고 있다.⁵⁹⁾

헌법재판소는 “양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항은 과잉금지원칙에 위배하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다.”라고 대체복무제 입법부작위에 대한 헌법불합치 결정을 하면서,⁶⁰⁾ 처벌조항에 대해서는 합헌 결정을 선고했다. 특히 양심적 병역거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 아니한 병역종류조항이 양심의 자유를 침해한다는 논리 구성은 2004년 및 2011년의 선행 결정들에서는 논의되지 않았던 새로운 시도였는데,⁶¹⁾⁶²⁾ 법정의견과

59) 현재 결정에 바로 뒤이어 비슷한 시기에 선고된 대법원 전원합의체 판결(대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 [병역법위반])의 다수의견은, 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 하는데, 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결이 유지되어야 한다고 하는 4인 대법관 (대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상욱, 대법관 이기택의 반대의견)의 반대 의견에서는, 그 중요한 논거로서 여론조사를 예로 들고 있음을 특기할 수 있다(“기록에 의하더라도, 과거 수십 년간 양심적 병역거부에 대한 형사처벌이 이어져 왔고 언론에서 그에 관한 보도와 관심을 표명하였음에도, 2013. 11.경 실시된 여론조사결과에서는 양심적 병역거부에 대해 이해할 수 없다는 답변이 76%를 점유하여 압도적 다수였다. 2014. 11.경 실시된 여론조사결과에서는 형사처벌에 갈음한 수단으로서 대체복무제 허용 여부에 대해 반대한다는 답변이 58.3%로서 다수였음을 알 수 있다(공판기록 80쪽, 149쪽).”).

60) 현재는 주문에서 “위 조항들은 2019. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속 적용된다.”라고 하였고, 이에 따라 「대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률」이 제정되어 2020. 1. 1부터 시행되고 있다.

61) 현재의 앞선 결정들에서는 모두 병역법 제88조 제1항의 처벌조항에 대한 위헌여부만 심판대상으로 삼았다(헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1, 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청; 헌재 2004. 10. 28. 2004헌바61등, 병역법 제88조제1항 위헌소원; 헌재 2011. 8. 30. 2008헌가22등, 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 (양심적 병역거부 사건) 참조).

같이 병역종류조항과 처벌조항을 나누어 그중 전자에 대해서만 헌법불합치 결정을 선고하게 되면, 과거의 유죄판결에 대한 재심청구는 되지 않는 대신 미래를 향한 대체복무제 도입의 대안을 제공해주므로, 대체복무제 도입에는 전반적으로 호의적이지만 양심적 병역거부자를 처벌하지 않는 것에는 부정적인 의견도 만만치 않은 여론의 추이를 의식하고 이를 절충하여 반영한 것으로 이해할 여지가 있다.⁶³⁾

양심적 병역거부 사안은 앞의 간통죄 사안과 유사하게, 국제적 규범이나 각종 국제 법원/재판소에서 양심적 병역거부를 전반적으로 인정하는 추세였고, 국내 법률가 집단 내에서도 위헌 의견이 점차 높아진 점, 특히 법원 하급심에서 양심적 병역거부에 따른 무죄 판결 선고가 늘어나고 있었다는 점을 주목할 수 있고, 일반 여론의 경우에도 처벌하지 말자는 여론이 우세하진 않았지만 과거에 비해서는 상당히 전향적으로 바뀌고 있었던 데다, 대체복무제 도입에 있어서는 전반적으로 찬성의견이 우세해진 부분도 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내리는데 영향을 미친 것으로 생각해볼 수 있다.⁶⁴⁾

62) 이러한 의견을 제안한 것은 서기석 前 헌법재판관이었다고 한다. “가장 고민했던 사건 중 하나가 양심적 병역거부 사건이었어요. 5년을 고민한 끝에야 결론을 내릴 수 있었습니다. 그 가운데 처벌조항에 대해서는 숙고 끝에 ‘양심적 병역거부자의 경우 정당한 사유에 해당하므로 처벌을 하면 안 되지만, 법 자체가 잘못된 것은 아니기에 합헌’이라는 법정의견을 냈습니다.”([인터뷰] “헌법재판관 중요한 덕목은 중립성과 용기”, 법률신문 (2019. 4. 22)) 박한철 현재소장과 이정미 재판관이 퇴임한 뒤 이선애·유남석 재판관이 합류하고 두 재판관이 위헌 의견에 가담하면서 위헌 정족수 6명에 단 한 명이 모자랐다 (이진성 현재소장과 강일원 재판관은 이미 위헌 의견). 서기석 재판관은 병역거부를 처벌하는 조항을 위헌으로 판단하지 말고 대체복무제를 병역의 종류로 규정하지 않은 조항을 헌법불합치로 판단하자고 제안했고, 이에 강일원 재판관이 동의했고, 애초부터 위헌 의견을 주도했던 김이수 재판관도 서 재판관의 견해를 따라서 기존의 병역거부처벌 조항 위헌 의견을 보충의견으로 바꾸면서 지금과 같은 6인 법정의견이 형성되었다고 한다 (“헌법재판관 김이수의 6년… ‘그는 위대한 반대자였다’”, 한겨레 (2018. 9. 3)). 이 과정에 대한 한겨레 이춘재 기자의 또 다른 상세한 분석 기사로, “‘양심적 병역거부 인정’ 2명의 스윙보터가 운명 갈랐다”, 한겨레 (2018. 7. 1)도 참조.

63) 단, 현재 결정 내에서도 병역종류조항을 심판대상으로 삼아 헌법불합치를 선고하는 데 대한 반대의견이 있었고, 반대의견을 지지하는 학자들의 비판론도 있었다. 예컨대 이인호, “양심에 따른 병역거부와 헌법재판소의 월권(越權)”, **헌법학연구** 25(2)(2019.6); 정주백, “이른바 양심적 병역거부 관련 헌법재판소 결정에 관한 검토 - 병역법 제5조 제1항에 관한 절차적 문제를 중심으로 -”, **헌법학연구** 24(4)(2018.12) 참조.

64) “병역거부와 관련한 최근의 여론조사는 지난 1월 국가인권위원회(이하 인권위)가 발표한 ‘국민인권의식조사’다. 성균관대 산학협력단이 지난해(* 필자 주: 2016년) 5~12월 만 15세 이상 국민 1504명을 상대로 조사했다. “양심적 병역거부를 허용해야 한다”는 의견은 46.1%로 2005년(10.2%)에 비해 4배 이상이 됐다. 지난해 한국갤럽네스티가 한국갤럽에 의뢰한 조사에서는 응답자의 72%가 양심적 병역거부를 “이해할 수 없다”고 답했지만

Ⅲ. 여론이 헌법재판에 미치는 영향과 속의·대화의 헌법이론 모색

1. 서설: 민주주의와 법치주의 거버넌스의 새로운 변화

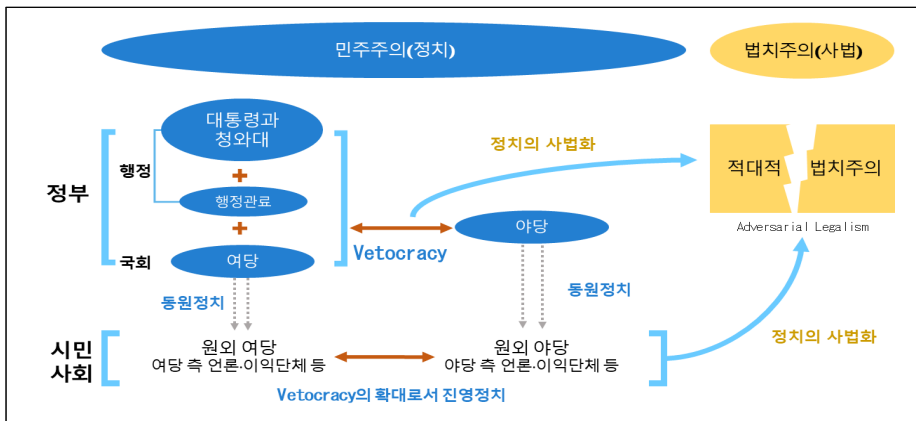
여론은 언론정보학/정치학 등에서는 관심의 대상이 되어 왔지만,⁶⁵⁾ 우리 헌법학계에서는 그동안 거의 다루어진 바가 없는 주제이다. 최근 소위 국정원 댓글조작 사건⁶⁶⁾과 드루킹 댓글조작 사건⁶⁷⁾ 등으로 여론조작의 문제에 대해 헌법적으로 조명될 일련의 계기가 있었지만, 그럼에도 불구하고 여론이 우리 헌법상 어떤 의미를 가지느냐에 대해서는 아직 본격적으로 논의가 이루어지지 못해왔다.⁶⁸⁾ 그것은 기존의 헌법논의가 주로 정부를 중심으로만 정태적으로 이루어져왔기 때문으로 생각된다. 그러나 오늘날 헌법학의 관심사는 여전히 정부를 중심으로 하면서도 시민사회의 여론 등을 포괄하는 거버넌스의 측면에서 동태적 관계론을 중심으로

동시에 70%가 “대체복무제 도입에 찬성한다”는 의견을 보였다.” ([이슈추적] “병역거부 반대 72%, 대체복무 찬성 70% ... 길 잃은 여론”, 중앙일보 (2017. 9. 15)) 단, 위 조사에서도 양심적 병역거부를 허용해선 안 된다는 여론이 52.1%로 더 높았다.

- 65) 여론에 대한 커뮤니케이션학/정치학의 고전으로, Walter Lippmann, *Public Opinion* (Harcourt, Brace & Co., 1922); 월터 리프먼, 이동근 옮김, *여론*(커뮤니케이션북스, 2021).
- 66) 원세훈 前 국정원장의 국정원 심리전단 사이버팀의 댓글활동에 대해서는 대법원 2018. 4. 19. 선고 2017도14322 전원합의체 판결 [공직선거법위반, 국가정보원법위반]에서, 또 원 前 원장이 국정원 직원뿐 아니라 민간인을 동원해 ‘댓글 부대’를 운영해 정치공작을 벌인 혐의 등에 대해 기소된 사건에서, 대법원에서 한 차례 파기환송(대법원 2021. 3. 11. 2020도12583 판결)된 뒤, 파기환송심인 서울고등법원 2021. 9. 17. 선고 2021노488 판결(특정범죄가중처벌등에관한법률위반(국고등손실) [피고인 B에 대한 일부 예비적 죄명 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령), 업무상횡령, 업무상배임, 일부 인정된 죄명 업무상횡령, 피고인 I에 대한 일부 예비적 죄명 업무상횡령], 국가정보원법위반, 뇌물공여, 허위공문서작성, 허위작성공문서행사, 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반(명예훼손))이 있었고, 2021. 10. 20 원세훈 前 국정원장 측에서 재상고를 취하함으로써 파기환송심 판결이 확정된 바 있다.
- 67) ‘대통령 선거 포털 댓글 조작’ 혐의로 기소된 드루킹에 대한 유죄판결은, 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도12194 판결 [컴퓨터등장애업무방해(피고인5에대한예비적죄명:컴퓨터등장애업무방해방조)· 정치자금법위반(피고인5에대하여인정된죄명:정치자금법위반방조)· 위계공무집행방해· 증거위조교사· 위조증거사용· 뇌물공여] 참조. 또한 위 드루킹의 컴퓨터 등 장애 업무방해의 점에 대해 김경수 前 경남지사를 공모공동정범으로서 유죄로 인정한 판결로, 대법원 2021. 7. 21. 선고 2020도16062 판결 [컴퓨터등장애업무방해· 공직선거법위반]도 참조.
- 68) 다만 박경신, “드루킹 ‘댓글조작’의 형법 및 공직선거법 적용에 있어서 합헌적 해석의 필요성”, *선거연구* 1(9)(2018.12); 장철준, “자유로운 여론 형성과 국가의 역할 - 인터넷 여론조작 시대의 민주주의 -”, *헌법학연구* 24(3)(2018.9) 등을 참조.

재정립될 필요가 있다. 이제 여론은 정부(government)를 포함하는 국가·사회 전반의 거버넌스(governance)에서 ‘보이지 않는 손’(invisible hand)으로 작동하고 있다고 해도 과언이 아닐 정도로 핵심적인 요소로 부상하고 있기 때문이다.

시민사회/시장에 대비되는 정부영역이 크고 강했던 시대에는 정부 중심의 기관/제도 논의만으로도 어느 정도 충분했을지 모르지만, 오늘날은 ① 전 세계적인 비토크라시(vetocracy) 현상은 우리나라에서도 예외가 아니고,⁶⁹⁾ 이는 기존의 엘리트 정치로서의 대의정치의 약화와 그 반대급부로 시민정치와 여론/대중정치의 부상을 가져왔으며, 한편 ② 정치의 사법화를 통한 사법권의 강화라는 뚜렷한 변화 기조도 동시에 감지되고 있다.⁷⁰⁾ 즉 작금의 권력지형은 엘리트 정치인들을 중심으로 했던 대의민주주의가 전 세계적으로 약화되는 현상이 일어나고, 대의정치가 보유했던 권력이 한편으로는 사법부로, 다른 한편으로는 대중에게 직접/참여민주주의의 형태로 이동하는 경향을 보이고 있다. 과거에 비해 강해진 이들 사법부와 직접/참여 정치는 상호 간에 팽팽한 긴장관계를 이루면서 전선(戰線)을 구축하고 있는데, 이를 도표로 구조화해보면 다음과 같다.⁷¹⁾



<비토크라시 개념을 적용한 한국의 민주적 거버넌스 위기상황>

69) 비토크라시(vetocracy)는 반대민주주의 혹은 거부권의 지배(rule by veto)라고 부를 수 있는 정치학 용어로, 오늘날 협력과 공존이 아니라 반대파의 정책과 주장은 무조건 거부하고 보는 새로운 개념이다. 자세한 내용은, 윤성현, “대의민주주의를 넘어, 하이브리드 민주주의는 가능한가? - 새로운 민주적 거버넌스 모델을 위한 시론 -”, *공법연구* 49(2) (2020.12), 9-15면 참조.

70) 윤성현, 위의 논문, 15-18면.

71) 윤성현, 위의 논문, 19면.

2. 여론이 연방대법원 판결에 미치는 영향에 관한 미국 헌법이론 검토

가. 브루스 애커만(Bruce Ackerman)의 이원 민주주의(dualist democracy)

미국의 대표적 헌법학자 애커만은 그의 주저 「We the People (1) – Foundations」⁷²⁾를 통해서 미국 헌정의 상황을 헌법정치(constitutional politics)⁷³⁾와 일상정치(normal politics, 혹은 통상정치)로 구분한 이원 민주주의(dualist democracy)⁷⁴⁾ 이론을 주창하며 미국 헌정사를 재해석한 작업으로 명성을 얻었다.⁷⁵⁾

애커만은 미국 헌정사에서 건국시기와 재건시기를 거쳐 뉴딜 시대까지를 세 번의 헌법정치의 시기(constitutional moments)로 보았는데,⁷⁶⁾ 이 중 마지막에 해당하는 뉴딜 시기에 루즈벨트 대통령이 연방대법관 임명을 통해 헌법해석의 변화를 꾀하는 새로운 방식이 등장한다고 보았고, 이는 애커만 당대에 레이건 대통령이 보크 판사를 대법관으로 지명하려 한 방식으로 이어진다고 보았다.⁷⁷⁾ 애커만은 대법관 임명을 통한 새로운 방식보다는 헌법개정을 통한 전통적 방식을 활용할 때, 법적 초점, 제도적 무게, 그리고 대중의 반응성(엘리트주의의 거부)을 높이는 3가지의 이상을 실현하는데 더 적합하다고 한다.⁷⁸⁾ 그리고 이미 여러 주 차원에서 시행되고 있는 주민투표(referendum)를 활용해서 인민의 토론을 불러일으킴과 동시에 집중되고

72) Bruce Ackerman, *We the People (1) – Foundations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1991). 애커만은 이후 2권과 3권을 연이어 발표하였다.

73) 이를 ‘헌법정치’로 번역하기도 하는데(정준표, “사법심사, 입헌주의와 민주주의”, **대한정치학회보** 20(3)(2013.2), 18면), 헌정(憲政)이 이미 정치(政治)의 의미를 내포하므로 ‘헌법정치’가 낫다고 보인다. 김비환 교수도 애커만의 이원민주주의적 헌정주의를 설명하면서 ‘헌법정치’로 번역한다(김비환, **민주주의와 법의 지배**(박영사, 2016), 201-234면 참조).

74) 이국운 교수는 ‘이중적 민주정치’로 번역한다. 이국운, “민주 헌정과 정당성 관리 – 위헌법률심사의 한미 비교”, **공법학연구** 10(1)(2009), 260면.

75) 애커만은 2006 올리버 웬델 홈즈 강좌(OLIVER WENDELL HOLMES LECTURES)에서 ‘살아있는 헌법’에 대해 논하면서, 사법심사 우위론과 원본주의적 해석론에는 거리를 두지만, 법이 ‘다른 수단의 정치’일 뿐이라거나 헌법해석은 걸치레에 불과하다는 주장은 거부한다(Bruce Ackerman, “The Living Constitution”, 120 *Harv. L. Rev.* 1737 (MAY 1, 2007)). 따라서 애커만은 연방대법원의 헌법해석권을 부정적으로 보고 인민 자신의 의사와 토론을 우선시하려는 인민주의적 헌법해석론자들(가령 Larry Kramer, Mark Tushnet) 등과는 구분된다고 생각된다.

76) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.40-50.

77) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.50-54. 이것은 이후 미국 헌법정치의 중요한 방식으로 기능하고 있고, 우리나라의 경우에도 점차 최고 재판관 임명을 통해 헌법해석에 영향을 미치려는 시도가 강화되고 있다.

78) Bruce Ackerman, 위의 책, p.54.

숙고된 동의(focused and considered consent)를 얻도록 하자고 제안한다.⁷⁹⁾ 이와 같은 논변은 특히 인민의 동의 및 숙의(deliberation)를 헌정에 접목할 수 있는 이론적 틀을 제공한 점에서 주목할 수 있다고 생각된다.

애커만은 일상정치에서 헌법의 형성으로 나아가기 위해서, 우선 ‘사적 시민’(private citizenry)의 깊고 넓은 지지를 얻는 것이 첫 번째 단계이고(signaling), 둘째로 개헌의 제안이 이뤄지며(proposing), 세 번째로는 동원된 인민의 숙의(mobilized popular deliberation)가 있게 된다(deliberating). 이것이 성공하면 마지막 단계는 법적 체계화(codifying)인데, 이 때 헌법정치를 헌법으로 변환시키는 역할을 하는 것이 연방대법원이라고 본다.⁸⁰⁾

애커만은 ‘동원된 숙의’(mobilized deliberation)⁸¹⁾가 미국 헌법 형성의 가장 큰 특징 중의 하나라고 보는데, 다른 나라들은 헌법 개정이 제안된 후 짧은 기간 내에 국민투표를 통해 국민에게 물어볼 수 있는 제도적 장치가 있는 경우가 많은데, 미국은 이런 장치도 없고 개헌제안과 비준 사이에 수년의 세월이 걸릴 정도로 길다. 이는 인민의 숙의를 철학 세미나로 만들어주며, 민주적이고 에너지가 넘치고 다양성이 풍부하다.⁸²⁾ 헌법 형성의 체계화가 고전적 방식으로 이뤄지든 새로운 방식으로 이뤄지든, 그 중심에는 법원이 있다. 애커만은 잘 정돈된 이원 민주주의의 법원이, 충돌하는 신구의 어려운 헌정문제와 이론들을 신중하게 고려해야 하며, 그렇지 않을 경우 미국 인민의 헌법적 성취가 다시 일상정치로 분열되는 귀결을 맞게 될 수 있다고 한다.⁸³⁾

애커만은 「우리 국민」(We the People)을 통해, 헌법정치의 수준에서 인민의 일반 의사(general will)를 확인할 수 있고 연방대법원은 이러한 헌법을 보존하는 역할을 해야 한다고 함으로써, 종전에 알렉산더 비켈(Alexander M. Bickel) 등이 일원적 민주주의(monistic democracy) 관점에서 정치와 법을 엄격하게 구분하며 반다수결주의

79) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.54-55.

80) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.266-267.

81) 이하에서 다시 언급할 정치학자 제임스 피시킨(James S. Fishkin)은, ‘동원된 숙의’를, 일반대중으로 하여금 숙의포럼에 참여하도록 장려하는 것이고, 진지한 숙의가 가능하도록 만들 인프라를 제공하는 것도 포함한다고 하며, 지적 토의를 위한 비당파적이고 의식적으로 균형 잡힌 노력이라고 하면서, 스타인의 고립된 숙의(enclave deliberation, 당파적 활동을 토의와 결합하는 노력들)와 대비시킨다(James Fishkin, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation* (Oxford: Oxford University Press. 2009); 박정원 옮김, *숙의민주주의*(한국문화사, 2020), 106면).

82) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.285-287.

83) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.288-290.

난제를 제기한 것에서 벗어나, 이원적으로 민주주의를 이해하여 대의민주주의와 직접/참여 민주주의를 결합할 수 있는 가능성을 마련했다. 또한 애커만은 과거의 주류적 해석이 자유주의적 대의민주주의에 경도됐던 데서 벗어나, 미국의 민주주의를 자유공화주의적 민주주의로 재구성하고자 한다.⁸⁴⁾

이처럼 애커만은 이원민주주의 이론 전개를 통해, 숙의라는 시민의 집단지성이 발현되어야 할 가장 중요한 순간은 헌법정치의 시기(constitutional moments)에 헌법 제정(higher lawmaking)을 할 때라는 점, 즉 헌법적 순간에 인민의 사려 깊은 숙의가 이루어져야 함을 강조함으로써 헌법과 시민의 숙의가 연결되는 헌법이론적 기초를 제공해준다고 평가할 수 있다. 또한 애커만은 헌법정치에 동원되는 인민을 ‘사적 시민’(private citizenship)으로 새로 개념화하면서, 그리스의 공적 시민처럼 공적 업무에 늘 전념할 수는 없고 평소에는 사적 자율성을 갖지만, 헌법정치의 순간에는 공적 기여를 한다고 보면서 자신의 자유공화주의와 이원민주주의 이론에 연결되는 시민 개념을 제시한 것도 주목할 수 있다.⁸⁵⁾

이후 애커만은 공론조사(deliberative poll)를 창시한 정치/커뮤니케이션 학자 제임스 피시킨(James S. Fishkin)과 공저한 「숙의의 날(Deliberation Day)」을 통해,⁸⁶⁾ 미국인 전체 중 확률표집의 방법으로 뽑은 일반 시민들이 같은 시간에 공론조사를 위해 모여 각각의 장소에서 타운미팅과 유사한 방식으로 대통령 선거 혹은 의회 선거에서의 주요 아젠다에 대해 의견을 제시하도록 하자는 아이디어를 상세하게 제시하는데, 이는 ① 애커만의 헌법이론과 ② 피시킨의 공론조사 방법론을 제도적으로 결합시킨 것이다. ‘숙의의 날’은 정치적 평등과 참여, 숙의를 모두 만족시킬 수 있는 이상적 모델로, 시행된 적도 없고 앞으로 시행하기에도 많은 난관이 있을 것이다. 하지만 만약 ‘숙의의 날’이 실제로 시행될 수 있다면, 이처럼 전 국가에 걸쳐 각 지역에서 국민 다수를 통해 결집되고 표현된 여론은, 당해 선거에서 뽑힌 대통령 혹은 연방의원들에 대해 무시할 수 없는 사실상의 큰 정치적인 구속력을 갖게 될 뿐 아니라, 사후에 ‘숙의의 날’에서 다수의 동의를 얻은 쟁점이 문제되어 연방대법원의 위헌심사에 회부되면, 연방대법원으로서도 이를 쉽게 무시하기는 어려울 것으로 예상해볼 수 있다.⁸⁷⁾

84) 애커만은 하츠의 자유주의와 포콕의 공화주의 어느 한 쪽도 따르지 않으면서, 자유 공화주의(Liberal Republicanism)를 따른다(Bruce Ackerman, 위의 책, pp.29-32).

85) Bruce Ackerman, 위의 책, pp.311-314.

86) Bruce Ackerman/James S. Fishkin, *Deliberation Day* (Yale University Press, 2004).

87) 미국은 헌법개정절차가 너무 복잡하고 어렵기 때문에 숙의의 날과 같은 작업이 실질적으로는

나. 리처드 포스너(Richard Posner)의 법실용주의(legal pragmatism)

포스너는 미국 전 시대를 통틀어 가장 많이 인용되어온 저명한 법학자이며,⁸⁸⁾ 연방항소법원 법관으로 오래 근무하면서 제10의 연방대법관으로 불릴 만큼 뛰어난 인물이었다.⁸⁹⁾ 그는 법과 재판의 실용주의적·정치적 성격을 강조하여 법에 대한 규범학적인 접근의 한계를 지적하면서 범경제학 등 다양한 방법론적 접근이 필요함을 주장해왔다.

포스너는 「How judges think」⁹⁰⁾라는 책에서 기왕의 주류적인 법규주의(legalism)적 재판모형을 비판하면서,⁹¹⁾ 법실용주의(legal pragmatism)적 재판모형으로 사법행태를

거의 개헌을 방불케 하는 수준의 공론화가 될 수 있는데, 우리나라의 경우는 연방국가가 아닌 단일국가로서 미국에 비해서는 경성헌법성이 완화된 것이기에, 우리의 경우에는 헌법개정절차 자체에도 속의적 방법을 접목하는 방안을 충분히 강구해볼 필요가 있다고 생각한다. 이에 대해서는, 윤성현, “2017년 헌법개정과정의 시민참여와 헌법 교육의 모색 - 1987년 헌법개정과정의 경험을 바탕으로 -”, **법교육연구** 12(3) (2017.12); 윤성현, 주69의 논문, 27-28, 39-40면 참조.

88) 포스너는 48,852회로 MOST-CITED LEGAL SCHOLARS OF ALL TIME으로 선정되었다(Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Legal Scholars Revisited”, *The University of Chicago Law Review* 88(7) (2021), p.1602). 하버드 로스쿨의 선스타인(Cass Sunstein) 교수와 서울대 법전원 김화진 교수도 노벨 법학상이 있다면 포스너에게 돌아가야 할 것이라고 하였다. Cass Sunstein, “Richard Posner, Leader of a Legal Revolution” (Bloomberg View Bloomberg.com, 9/3/2017); [김화진칼럼] “노벨 법학상은 왜 없나”, 머니투데이 (2019. 9. 6) 참조.

89) 포스너는 지난 2017년 78세로 연방항소법원 판사직에서 스스로 은퇴를 선언했다. 그는 뉴욕 타임스와 은퇴 인터뷰에서 자신의 방법론은 실용주의적 재판이었다고 회고했다. 즉 자신은 성문법규나 헌법조문에 크게 관심을 두지 않았다고 하면서, “사건은 단지 분쟁(dispute)이고, 사건에 임해서 가장 먼저 자문하게 되는 것은, - 법이 아니라 - 무엇이 이 분쟁을 가장 분별력 있게 해결하는 것인가” 하는 점이고, 다음으로 하는 일이 그 결론을 지지하는 판결을 선고하는데 유리한 대법원의 최근 선례나 아니면 다른 법적 장애가 있는지를 살펴보는 것이라고 한다. 범형식주의가 주류인 법조계에서 포스너는 비주류적 입장을 취한 셈인데, 포스너는 자신에 대한 비판자들은 두 부류가 있다고 하면서, 단지 법관의 적정한 역할에 대해서 자신과 다른 견해를 가진 진지한 범형식주의자들이 있는데(strong formalist tradition in the law), 이는 그들의 사법관으로서 존중한다고 밝혔다. 그러나 자기 멋대로 헌법과 법규를 재단하고자 하는 반동분자들(reactionary beasts)에는 동의할 수 없다고 했다(An Exit Interview With Richard Posner, Judicial Provocateur, Liptak, Adam. New York Times (Online), Sep 11, 2017.).

90) Richard A. Posner, *How judges think* (Cambridge, MA : Harvard University Press, 2008). 국내번역서로는, 백계문/박종현 공역, **법관은 어떻게 사고하는가**(한울, 2016). 이하 인용은 기본적으로 번역서를 기준으로 한다.

91) 위 번역서에서는 legalism을 ‘법규주의’로 번역하고 있다(Richard Posner, 위의 책, 13-14면). 포스너는 legalism의 유의어로 범형식주의, 전통적 법적 추론 등을 순서대로 제시하고 (Richard Posner, 위의 책, 13면), 였킨이의 말에서도 “법관은 명확한 규칙을 삼단논법에

설명해야 한다는 입장을 피력한다. 특히 상급심 법원인 연방대법원은 정치적 법원 (Political Court)이며, 연방대법원은 점점 헌법사건을 중심으로 다루고 있다는 것이 포스너의 설명이다.⁹²⁾

위의 책 제10장 「연방대법원은 정치적 법원이다」에서는 위와 같은 견해가 집약적으로 드러나 있다. 포스너는 미국의 법관들은 실용주의자가 될 수밖에 없는데, 연방대법관들, 특히 헌법적 쟁점을 다루는 대법관들은 ‘정치적인 법관들’이라고 한다.⁹⁴⁾ 연방대법원은 오래전부터 자신의 업무가 하급 법원들의 잘못을 바로 잡는데 있지 않다는 사실을 강조해왔고, 이는 연방대법원이 기본적으로 입법적 성격을 갖는다는 것을 의미한다고 한다.⁹⁵⁾

포스너는 대법원이 헌법사건만 심리하는 법원이 아님에도 불구하고, 또 그 비중이

따라 사실에 적용해, 정치적·도덕적 고려 없이, 객관적이고 일관된 정답을 도출할 수 있다고 보는 법규주의적 설명”(Richard Posner, 위의 책, 9면)에 대해 포스너가 통렬하게 비판하고 있다고 설명하고 있음을 아울러 고려하면, legalism은 법형식주의, 포섭자동기 계론, 원의주의 등과 유사한 맥락에서 실정법 문언과 법해석 도그마틱을 강조하는 입장으로 생각된다. ‘법규주의’라는 번역이 원어의 의미를 정확하게 전달하지 않는 느낌도 있으나, 필자도 이를 대체할 적절한 번역을 아직 찾지 못하였으므로(법규주의 용어 바로 다음 괄호 안에 유의어로 법형식주의(legal formalism)를 쓰고 있고, 은퇴 인터뷰에서도 포스너가 자신과 반대되는 사법관으로 강한 형식주의 전통을 언급한 것으로 보아(주89의 기사 참조), 법형식주의가 근사치의 용어로 생각된다), 본고에서는 일단 ‘법규주의’를 잠정적으로 유지하면서 법형식주의와 거의 같은 의미로 이해한다.

92) 단, 그렇다고 해서 법관이 임의적이고 자기 멋대로이며 당파적이라는 뜻은 아니라고 한다. Richard Posner, 위의 책, 30면. 즉, 포스너는 “다만, 실용주의가 재판에 관해 ‘무엇이든 용인’하는 관점을 가진, 마치 법현실주의(legal realism)의 극단적인 버전으로 오해하는 것은 문제다. 실용주의적 법관은 사실 여러모로 제약받는 법관이다. 실용주의적 법관은 법관이란 무릇 공정해야 하며 (자신을 포함해) 모든 사람의 행동이 법에 복종하도록 안내해줄 수 있을 만큼 법은 예측 가능성이 있어야 한다고 인식하며, 계약이나 제정법령에 쓰인 문구가 허투루 쓰이지 않은 만큼 이들 문구를 충분히 존중해야 한다는 규범에 – 여느 법관과 마찬가지로 – 간혀 있다.”라고 한다(같은 책, 31면).

93) 연방대법원이 다루는 사건 중 헌법사건의 비중은 평균적으로 36% 정도였고(1946년~2014년), 2005년 로버츠 대법원장 취임 이후로는 30% 이하로 떨어지고 있다는 견해로, 이제우, 미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구(사법정책연구원, 2016), 95-97면. 그러나 산술적인 비율은 그렇다 하더라도, 사회적 중요성이나 관심도에 있어서는 포스너의 설명이 적실성을 갖는다고 생각된다. 워싱턴 대학 연방대법원 데이터베이스 <http://supremecourtdatabase.org/analysisOverview.php?sid=2101-JUMPBALL-2432> 참조.

94) Richard Posner, 위의 책, 389면. 그런데 연방대법관이 주로 판결이 가져올 정치적 결과를 고려하여 판결을 내린다면, 정치적 법관들은 곧 실용주의적 법관들이라고 한다(같은 책, 389면).

95) Richard Posner, 위의 책, 391면.

일반 법률 관련 사건보다 현저히 많은 것도 아님에도 불구하고, 수가 더 적은 헌법 사건들이 대중의 관심을 크게 끈다고 한다.⁹⁶⁾ 이와 같은 오도된 인식은 대법원을 입법부의 재량만큼 큰 재량을 행사하는 정치기구로 보이게 하고, 또한 헌법사건에서 대법원은 더 큰 권력을 행사한다. 또한 헌법이 다루는 근본적인 쟁점들은 법률 관련 쟁점들에 비해 훨씬 더 큰 감정(emotion)을 불러일으킨다.⁹⁷⁾ 근본적인 쟁점들은 냉정하게 기술적으로 분석하는 것을 어렵게 하고, 또 이는 곧 *정치적(political)*인 쟁점이 된다.⁹⁸⁾ 정치적인 쟁점들은 중립적인 전문가들에게 해결을 맡기기 어려운 문제이고, 이는 힘(force)과 힘의 문명화된 대체물인 표결(voting)으로써만 해결될 수 있으며, 이러한 표결에는 법관도 헌법에서 지침을 얻지 못하고 자신의 정치적 성향에 따라 선호하는 투표를 하게 되는 경우도 포함된다.⁹⁹⁾

연방대법원의 판결은 누구나 주목하기 때문에 정치적 제약이 크고, 대중의 반응이 아주 강렬하고 광범위한 경우에는 대법원에 대한 정치적 도전이 촉발될 수도 있다고 한다.¹⁰⁰⁾ 대법원의 역할은 제방이 터질 때까지만 손가락으로 막고 버티는데 그치고, 여론이 압도적으로 형성되면 정치인들과 마찬가지로 대법관들도 손을 들지 않으면 안 된다.¹⁰¹⁾ 헌법상 법관의 재량을 제한할 방법(특히 외적 제약)은 거의 없는데, 다만 대중의 분노 같은 강력한 여론만이 예외이다.¹⁰²⁾ 입법자들은 원래 여론의 제약을 받기로 한 데 비해서 법관은 여론을 무시하기로 되어 있기 때문에, 여론은 법관에 대한 외적 제약 중 가장 문제가 많은 제약이기도 하다.¹⁰³⁾

⁹⁶⁾ Richard Posner, 위의 책, 392면.

⁹⁷⁾ Richard Posner, 위의 책, 393면.

⁹⁸⁾ Richard Posner, 위의 책, 393-394면.

⁹⁹⁾ Richard Posner, 위의 책, 394면. 헌법재판이 이처럼 정치의 다른 이름일 뿐이라면, 공적 이성애 근거한 정당화 요소가 퇴색하거나 몰각될 우려가 있다.

¹⁰⁰⁾ Richard Posner, 위의 책, 223, 397면. 포스너는 대법원이 “틀린” 대답을 내놓을 경우 헌법개정이나 예산 등의 의회의 보복, 대통령의 시행거부나 대법관 탄핵 운동 등이 벌어질 수 있다고 한다(같은 책, 395면 참고). 동성혼의 예도 들고 있는데(397면), 포스너의 이 책 출간시점은 연방대법원이 2015년 동성혼에 대해 합헌 판결(Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015))을 내리기 전이어서, 그 사이 동성혼을 둘러싸고 벌어진 다이내믹스(dynamics)가 반영되지 않았다.

¹⁰¹⁾ Richard Posner, 위의 책, 419면.

¹⁰²⁾ Richard Posner, 위의 책, 232-233, 397면.

¹⁰³⁾ Richard Posner, 위의 책, 397면. 포스너는, 미국의 인준 절차는 연방법관을 선발하는데 포퓰리즘적 요소가 개입하는 몇 안 되는 과정 가운데 하나라고 하면서(230면), 대법관의 능력을 도외시킬 정도로 대법관의 이데올로기에 모든 질문이 집중된다고 한다(402-403면). 가장 최근에 브렛 캐버노 대법관 인준을 둘러싼 미국 사회의 격렬한 논쟁은 이후 더욱

포스너는 다른 연구를 인용하면서, 외국의 헌법재판소들에는 보통 구두 변론이나 반대의견 공포 등이 존재하지 않으며 따라서 미국 대법관들처럼 대중의 인기를 노릴 기회가 별로 없다는 점을 지적한다. 그러나 미국의 대중은 여론 법정을 형성하며 (the court of public opinion), 헌법에 관한 논쟁에 대중이 참여하는 것은 헌법재판에 민주적 요소를 더한다고 한다.¹⁰⁴⁾

한편 포스너는 법관의 숙의(deliberation)가 비공개적으로 이루어지며, 실제로는 숙의 자체가 잘 이뤄지지 않음을 지적한다.¹⁰⁵⁾ 연방항소법원 법관이었던 패트리샤 월드(Patricia Wald)는 “우리는 원탁에 둘러앉는다. 판사들은 각자 결론을 간결하게 이야기하고 때로 약간의 설명을 덧붙인다. 의견이 갈릴 경우 토론은 지나칠 정도로 짧고 간결하게 진행된다. 회의를 거침으로써 판사의 마음이 바뀌는 경우는 극히 드물다. 각자 과제가 분배되고, 그리고 다시 일상의 일과로 돌아간다.”라고 술회하였고,¹⁰⁶⁾ 랜퀴스트 前 대법원장은 “대법관들은 다른 사람들, 특히 소장 대법관들의 반대의견에 부응해 자신의 투표방향을 바꾸는 경우는 거의 없다”면서, 회의를 갖는 목적은 동료 대법관들의 견해를 바꾸는데 있다기보다는 대법원의 다수의견이 무엇인지를 판정하려는 데 있는 것이 거의 대부분이라고 하였다.¹⁰⁷⁾

나아가 포스너는 오늘날 대법원의 판결문을 대부분 재판연구원들이 쓰고 있다고 지적한다. 젊은 재판연구원들이 쓰기 때문에 과거보다 더 법규주의적인 판결문이 나오고 있음도 지적한다.¹⁰⁸⁾ 또 포스너는 대법관들이 법학계의 비판에 대해서는 크게 관심이 없다는 점도 지적하고 있다.¹⁰⁹⁾ 재판에 대한 외적 제약을 다룬 제5장에서, 판결문들에 대한 전문가 비판은 대체로 법관에게 심각한 정도로 경시되고 있으며 법관들의 행태에 영향을 못 미치고, 대법관들이 입법자나 일반 여론 또는 매스미디어에는 신경 쓰면서 학계의 비판에 대해서는 신경을 쓰지 않는다고 한다.¹¹⁰⁾

심화된 미국 사회의 분열상을 극명하게 보여주는 사례로, 상원에서 공화당이 다수당이 있음에도 케버노는 50대 48로 겨우 인준을 통과했다.

104) Richard Posner, 위의 책, 237면.

105) Richard Posner, 위의 책, 15-16면.

106) Richard Posner, 위의 책, 15-16면의 각주5 참조.

107) Richard Posner, 위의 책, 440-441면. 우리의 경우, 다음 기사 참조. “대법관들, 의견 엇갈릴 때 토론·설득보다 각자 소신 선택”, 법률신문 (2019. 8. 19).

108) Richard Posner, 위의 책, 322-323, 414-415면도 참조.

109) Richard Posner, 위의 책, 29-30면. 특히 제8장 「법관은 법학교수가 아니다」에서 상세히 다루고 있다.

110) Richard Posner, 위의 책, 217면. 이것은 사법, 특히 헌법재판의 정치성이 강화되면서 벌어지는 현상으로 생각되는데, 그럼에도 불구하고 법원이 법학계의 목소리에 귀를

포스너는 법관이 법학교수로부터 영향을 거의 받지 않음을 지적하는데,¹¹¹⁾ 법관들은 동료법관이나 변호사를 청중으로 생각하지 법학교수를 별로 청중으로 생각하지 않고 이는 법학교수들도 법관보다는 주로 다른 학자들을 염두에 두고 쓴다는 점, 또 법관이 대개 제너럴리스트인데 반해서 법학교수들은 점차 전문화가 증대되어왔다는 점을 들고 있다.¹¹²⁾ 포스너는 법학교수들이 법에 미치는 영향은 어려운 사건을 판결할 때 고려해야 할 새로운 요소들이 있음을 법관들이 깨닫도록 유도하는 방식을 통해 미치는 간접적인 방식이고, 교수들이 글을 쓰는 청중은 법관이 아니라 다른 법학교수들이며 부분적으로는 법학도들이라고 한다. 하지만 포스너는 법학교수들의 논문과 연구가 낙수효과로 인해 로클릭이나 지적인 변호사들, 그리고 과거 교수였던 법관들에게 침투해 들어간다고 하고, 이것은 중요한 의미가 있을 수 있다는 점을 인정하고 있다.¹¹³⁾

포스너의 이론은 연방대법원의 판결, 특히 헌법사건에 대한 결정들이 법 문언의 해석이나 법적 추론에 따라서만 이루어지는 것이 아니라 정치·사회적 배경이나 동기에 의해 영향 받는 바가 클 수 있다는 점을 일깨워준다는 면에서 의의가 크지만, 한편으로는 자신이 비판하는 법규주의에 대한 개념 정의 자체가 빈곤하고,¹¹⁴⁾ 법관이 어떻게 생각하는가를 다룬 것이 아니라, 포스너는 어떻게 생각하는가(“how Posner thinks”) 그리고 포스너는 법관이 어떻게 생각해야 한다고 생각하는가(“how Posner thinks judges should think.”)를 논하는데 그치고 있다고 비판받기도 한다는 점도 참고할 필요가 있다.¹¹⁵⁾

다. 배리 프리드먼(Barry Friedman)의 헌법적 대화(constitutional dialogue)

헌법적 대화(constitutional dialogue)는 우리 학계에서는 아직 생소한 개념이지만,¹¹⁶⁾

기울이지 않는다면 이는 법치주의가 더 중심이 되는 재판기관으로서 본연의 책무를 소홀히 하는 셈이 되어 위험성이 크다.

111) 포스너는 스스로가 법관이자 교수 출신이다.

112) Richard Posner, 위의 책, 299-302, 315면.

113) Richard Posner, 위의 책, 308-309면. 포스너는 유명 로스쿨 교수들이 법정조언자로서 영향을 미치는 부분에 대해서는 다소 회의적인 것 같다. 그 이유로는 로스쿨 교수들의 이름을 걸고 실제로는 로펌에서 의견서를 쓰고 있다는 점을 지적하고 있다.

114) Chad Flanders, “A Review of How Judges Think by Richard A Posner”, *Law and Humanities*, Vol. 3, No. 1 (2009), pp.118-122.

115) Craig Green, “What Does Richard Posner Know about How Judges Think?”, *California Law Review*, Vol. 98, No. 2 (April 2010), pp.625-626.

116) 우리 학계에서는 김선택, 앞의 논문; 김선희, **캐나다에서의 헌법적 대화**(헌법재판연구원,

오늘날 영미학계에서는 상당한 지지를 얻고 있는 것으로 보인다. 특히 우리와 달리 법학과 사회과학 사이에 학제 간 연구가 활발한 미국의 학문적 현실에서, 헌법적 대화에 대해서는 법학자들뿐만 아니라 정치학자 등 사회과학자들의 논의도 활발한 편으로 보인다.¹¹⁷⁾ 여기에서는 헌법분야의 대표적 대화론자인 뉴욕대 로스쿨 배리 프리드먼 교수의 문제의식을 일부 공유함으로써 논의의 단초를 가져오고자 한다.

프리드먼은 대표작 「The Will of the People」에서,¹¹⁸⁾ 사법은 영향력이 큰 데 비해서 책임성이 결여되었다는 점으로 인해 정당성의 문제, 특히 민주성이 결여되었다는 혐의를 받아왔다고 하면서, 법원은 미국 인민(the American public)이라는 더 큰 권력에 따라왔다는 점을 밝혀서, 적어도 지난 60년간 대법관들의 결정은 여론에서 크게 벗어나지 않았다는 점을 보여주려 한다.

위 저서의 기본 토대가 된 ‘대화와 사법심사’(Dialogue and Judicial Review)¹¹⁹⁾ 논문에서, 프리드먼은 비켈이 제기했던 반다수결주의 난제(countermajoritarian difficulty)가 대부분의 사법심사에 관한 규범적 접근에서 전제로 해야 하는 것처럼 간주되고 있지만, 사실 그것은 과장된 것이고 부정확한 전제라고 지적한다.¹²⁰⁾ 프리드먼은 사법심사의 많은 이론들이 이상적이고 의무론적이라고 하면서, 현실(reality)은 그런 원칙에 미치지 못하고 있으므로 법원이 실제로 작동하는 방법을 보여주고자 한다. 그리고 실제의 일상 세계에서 매일 일어나는 이와 같은 사법심사의 과정을 ‘대화’(dialogue)라 명명한다.¹²¹⁾ 사법심사는 훨씬 더 상호의존적이고 상호작용적인 성격을 갖는다. 헌법해석은 법관과 정치적 단위 사이의 세심한 토론

2018); 함재학, 앞의 논문 등이 이 문제를 선구적으로 논하고 있다.

117) 다만 양자는 사법심사에 대해서 서로 다른 접근방법을 취한다. 법학자들은 규범적인 차원에서, 법관이 어떻게 판결해야 하는지에 대해서 연구하는 반면, 정치학자나 정치경제학자들은 법관이 어떻게 판결하고 있는지에 대해 실증적인 질문(positive questions)을 던지려는 차이를 보인다. Barry Friedman, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Tex. L. Rev.* 257 (2005) 참조. 이런 구분 기준으로 본다면 앞서 검토한 법경제학자 포스너는 법학자이지만 후자에 가까운 태도로 분류할 수 있을 것이다.

118) Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* (Signed edition) (Farrar, Straus and Giroux, 2010).

119) Barry Friedman, “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 91, No. 4 (Feb., 1993), pp.577-682

120) *Ibid.*, 616면.

121) 프리드먼은 ‘대화’라는 용어를 먼저 쓴 학자 중 하나로 애커만을 지목하고 있다. *Ibid.*, 653면 각주 388 참조.

과정이다.¹²²⁾

프리드먼은 법원은 대화 과정에서 필수적인 역할을 한다고 하면서, ‘헌법재판을 하는 법원들’(Constitutional courts)은 개인의 권리구제 요구나 소위 권한을 위임받은 정치기구로 설명되는 정부의 조치에 대한 위헌여부를 심사한다. 법원은 이 논쟁에 참여한다. 헌법의 개방적 문언은 이러한 문제들에 차이(divergence)를 허용한다. 법원은 다른 모든 정부부처와 마찬가지로, 헌법의 의미에 관한 적극적인 참여자이다. 그러나 법원은 훨씬 더 많은 역할을 할 수 있는데, 법원은 헌법적 논의를 조정하고 규정짓는다. 그 문언에 관한 해석적 합의에 이르는 과정은 동학(dynamic)이다. 법원은 일정 기간 유효한 해석을 제시할 수 있지만, 그러나 법원의 의견은 그러한 해석을 변화하게 만드는 길에 대한 해석으로 이끌 수도 있다. 동시적이지는 않다 할지라도, 인민의 세력이 변하고 증가하는 것에 따라서 지배적(헌법)해석도 움직이고 바뀔 수 있다. 이런 헌법해석의 과정은 법원이 좀처럼 인민의 의사에 거역하지 못하도록 한다. 차라리 법원은 다양한 인민의 견해들의 타협을 이뤄내게 한다.¹²³⁾ 이처럼 모든 이해 당사자들이 참여하는, 헌법해석의 상호작용 과정을 프리드먼은 대화(dialogue)라 부른다.¹²⁴⁾

3. 헌법재판을 둘러싼 통합적 숙의거버넌스 헌법이론 구축의 필요성

미 건국헌법의 기초자 알렉산더 해밀턴(Alexander Hamilton)의 고전적 언명처럼, 오늘날의 사법부는 국민의 의사(will)를 반영하지 않고 단지 판단(judgement)만을 하는 기관으로 볼 수 있는가?¹²⁵⁾ 근대 이후 3권 분립을 통해 정립된 사법(司法) 개념을 중심으로 한 ‘법치주의/법의 지배’ 원리가 전제하는 것은, 주관적이고 자의적인 사람의 지배(人治)를 배제하고 객관적이고 명확한 법의 지배(法治)를 구현하자는 것에 기본적인 배경이 있다. 또한 이는 법이 명확하게 판단의 근거를 제공하므로,

122) *Ibid.*, 653면.

123) *Ibid.*, 654면.

124) *Ibid.*, 655면.

125) The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments. (HAMILTON, The Judiciary Department, Federalist Papers, No.78 (https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp) 밑줄은 필자)

이를 현실에 포섭하면 타당한 결론이 도출된다는, 자족적이고 완결적인 법의 체계를 전제로 한다.

전통적으로 법과 정치를 비교적 엄격히 구분하고 헌법재판을 사법작용으로 인식하는 견해에서는, 헌법재판이 법도그마틱의 삼단논법에 따라 내려지는 것으로 간주되어 왔기에, 여기에 민주주의적 요소, 특히 ‘비제도적’인 성격을 가진 여론이 개입할 공간을 확보하기는 용이하지 않았다.¹²⁶⁾ 이에 더하여, 법원에 대하여 보장되는 ‘사법의 독립’ 원리는, 헌법재판소에 대해서도 동일하게 적용된다는 견해가 일반적이기에,¹²⁷⁾ 헌법재판소는 정치권력으로부터 거리를 두고 독립적이어야 한다고 보는 것이 통상의 해석이었다. 따라서 정치권력보다 훨씬 실체를 파악하기 어려운 여론의 헌법재판에 대한 영향은 수면 위의 쟁점으로 거의 떠오르지 않았다. 마지막으로 가장 직접적으로는 헌법재판관이든 (대)법관이든 평의의 비공개 원칙이 있고,¹²⁸⁾ 따라서 판결문에 명시된 사항 외에는 재판과정에서 어떤 요소가 어떤 영향을 미쳤는가라는 점을 규명하는 것은 매우 어려운 과제였다는 점이 이러한 논의를 가장 어렵게 한 요소였을 것으로 보인다.¹²⁹⁾

헌법이 법(法)이라는 점은 오늘날 의심할 바 없지만, 한편으로 헌법은 고도의

126) 다만 ‘제도적’인 정치권력, 즉 대의민주주의가 제도적으로, 또 인적으로 헌법재판에 어떤 영향을 미치는가에 대해서는 어느 정도 관심이 주어져 왔다.

127) 그동안 통상 헌법학에서의 논의는 법원 파트에서 사법의 독립에 관해 논한 후, 헌법재판소 파트에서는 이 논의를 반복해서 원용하는 식이 대부분이었다. 하지만 법원과 헌법재판소는 동급의 사법기관임에도 불구하고 법관의 독립은 헌법 제103조에, 재판관의 독립은 헌법재판소법 제4조에 차등적으로 규정되어 있는 부분을 어떻게 해석할 것인가? 일반법원과 헌법법원의 ‘사법의 독립’ 원리는 반드시 같은 수준이라고 보아야 하느냐의 문제제기도 가능하다고 생각된다. 일반법원은 다수 국민의 대표인 의회가 제정한 법률의 해석, 적용을 하는 기관이므로 이를 일시적 다수의 의사인 여론으로부터 독립, 이격시키는 것은 문제가 없다고도 보이는데, 헌법은 가중다수 혹은 초다수(supermajority)의 의사가 반영되어 제·개정된 규범이고, 헌법재판소의 심판대상인 입법이나 행정처분은 일반 다수를 대표하는 기관의 행위이므로, 만약 초다수(supermajority)의 여론이 강하게 그리고 지속적으로 반대하는 사안에 대해서 헌법재판소가 이를 무시하거나 거스르는 것이 타당하거나 적절하냐는 생각도 해볼 수 있다고 본다.

128) 헌법재판소법 제34조(심판의 공개) ① 심판의 변론과 결정의 선고는 공개한다. 다만, 서면심리와 평의(評議)는 공개하지 아니한다.

129) 자료상으로는, 결정문 외에 헌법재판관들이 남긴 별도의 글이나 책이 많지 않고(변정수 재판관 등 일부 자서전 등이 있다. 오늘날은 인터뷰나 기록 등이 점진적으로 들어가는 추세로 보인다), 또 이에 대해 취재한 글도 드물다. 국내에서 헌법재판소 내부 사정에 대해 본격적으로 취재하고 인터뷰를 한 저서의 유일한 예로 들 수 있는 것은, 이범준, 주40의 책 참조.

정치적인 산물이고 또한 늘 살아있는 정치를 대상으로 한다는 점에서, 헌법은 정치·사회적인 제반 조건들과 문맥(context)들을 도외시키고 생각할 수 없다는 점을 유의해야 한다.¹³⁰⁾ 그리고 오늘날 정보통신기술의 비약적 발전으로 정치/사법 분야의 정보도 대폭 공개되고 있고 이들에 대한 시민의 접근성이 강화되면서, 기존에 대의정치가 담당했던 부분은 시민정치 혹은 시민의 사법참여로 분화·확대되고 있다. 그러므로 헌법재판을 단순히 사법작용으로 간주하여 전통적 포섭자동기계론이 그대로 적용된다는 류의 접근은 오늘날 우리에게 설득력 있게 다가오기 어렵다. 그보다는 헌법재판도 기존의 대의정치는 물론, 여론의 영향도 받을 수 있음을 솔직하게 시인하고, 그런 가운데 어떻게 우리가 바라는 정의롭고 공정한 헌법재판을 구현할 수 있을지를 실질적으로 논의해야 한다. 이것이 가능해진다면, 헌법재판을 논할 때 이론적 문제로 선결적으로 제기되는 전통적 반다수결주의 난제를 넘어, 법/정치가 융합할 수 있는 이론적 가교를 놓음과 동시에, 헌법재판의 민주적 정당성을 실질적으로 확보하는 계기를 마련할 수 있다.¹³¹⁾

본 논문에서 헌법재판을 ‘정치적 사법’으로 그 성격을 재구성하고 이에 따라 전통적인 법치주의나 사법의 독립 논의로부터 벗어나 통합적이고 민주적인 숙의·대화 거버넌스를 통해 새로운 이해의 발판을 마련하려는 것은, 한국의 헌법재판이 직면한 오늘날의 정치·사회적 현실의 변화에 엄중히 대응하고, 우리 헌법재판의 규범력을 지난 30년을 넘어 앞으로도 지속가능하도록 자리매김하기 위한 미래를 향한 노력이다.¹³²⁾ 김진한 前 헌법연구관이 적확히 지적하였듯이, “중요한 헌법적

130) 이것은 미국헌법상 원본주의(originalism)와 대비되어 논의되는 소위 ‘살아있는 헌법’(living constitution) 이론과 일정한 관련성을 가질 수 있다. 그러나 우리는 미국에 비해 상대적으로 헌법개정이나 더 쉬운 측면이 있고, 또한 헌법 텍스트도 더 구체적이고 자세하므로, 우리 헌법해석론에 바로 미국 식의 ‘살아있는 헌법’을 대입할 수는 없을 것이며, 추상적이거나 불확정 개념의 해석 논의에 있어서는 참조할 바가 있을 것이다.

131) 함재학, 앞의 논문, 638-645면도 참고.

132) 비록 구미에서는 하버마스가 일찍이 주장했던 숙의민주주의 기획의 제도적 공간인 헌법재판소이기도 하고(Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Suhrkamp Verlag, Berlin, 1992); 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주적 법치국가 이론*(나남출판, 2007), 오늘날 미국의 유수한 법이론가와 정치철학자들, 예컨대 John Rawls, Ronald Dworkin, Amy Gutmann, Dennis Thompson, Joshua Cohen 등도 사법부가 숙의적 이상을 실현하기에 가장 좋은 기관이라고 한다(Maya Sen, “Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System”, 27 *NOTRE DAME J.L. Ethics & PUB. POL’y* 303 (2013), pp.304, 312-315). 그러나 아직 우리 헌법재판 이론과 제도 전반에 걸쳐 숙의 및 대화라는 틀을 통해 통합적으로 개념화하고

쟁점에 대하여 국민과 언론, 다양한 전문가들의 관심과 토론을 초대하지 못하고 판단하는 것은 헌법의 위력을 축소시키며, 헌법재판소 권한남용의 위험을 증대시키고, 헌법재판에 대한 신뢰를 점차 소멸시키게 된다.”¹³³⁾고 보기 때문이다.

1988년 개소 이후 초반에는 인적·제도적 기반이 열악하고 헌법재판에 대한 대내외적 이해가 매우 낮은 시절이어서 이를 극복하는 것이 큰 과제였으나,¹³⁴⁾ 그러한 외적 조건을 떼어놓고 생각할 때 헌법재판의 실제적 측면에 있어서는 권위주의 정권 시대에 제·개정된 악법들과 위헌적 관행들에 대해서 기본권의 보장과 민주주의/법치주의 제고의 측면에서 위헌결정을 내리면서 자기 정당성을 확보하는 것이 상대적으로 쉬운 측면도 있었다.¹³⁵⁾ 즉 초기에는 ‘권위주의 vs 민주주의’의 대립 국면이 선했기에 과거의 잘못된 권위주의적 요소들을 몰아내는 데에는 특별한 이론이나 논리보다는 이에 맞설 용기가 더 필요한 상황이었다고도 할 수 있다. 그러나 우리 사회에서 정치적 민주화가 본격적으로 진행된 지도 30여 년이 지난 지금에 와서는 과거와 같이 단순한 선/악의 이분법적 사법적극주의적 자세만으로 헌법재판의 정당성과 규범력을 온전히 확보하기가 어려운 상황에 직면해있다. 이제 하나의 권력기관이 되었다고 할 만큼 헌법재판소의 입지와 위상은 과거보다 제고된 가운데, 헌법재판은 과거처럼 ‘선과 악’, ‘민주 대 비민주’의 단선 구도로 해결되는 것이 아니라, 오늘날 급격하게 바뀐 다원적 사회의 가치관들이 경합하는 가운데 충실한 논증 경연이 요구되는 다층적 토론장으로 변화되었다.

따라서 재판관이 개인적으로 성실하게 재판에 임한다고 하더라도, 재판과정에서 다양한 여론과 사회적 의견을 수렴하고 반영하는 과정이 충분하지 않을 경우, 자칫 재판관의 주관적 가치관이나 정치적 성향을 주장하거나 선언하는데 그친 결정으로 오인받을 수 있고, 이는 재판관 개인 혹은 재판소의 재판 자체의 정당성에 대한 도전으로 이어질 수 있음을 경계해야 한다. 또한 오늘날은 헌법재판의 영향력이 사회적으로 커진데 비례해서, 정치권력이 당파적 목적으로 헌법재판소를 장악하려는 시도가 커질 수 있는 상황이므로,¹³⁶⁾ 시민사회의 다양한 여론을 충분히 수렴할

체계화한 연구는 찾아보기 어렵다.

133) 김진한, “서른 살, 헌법재판소에 보내는 헌사”, **인권의 창 헌법의 길**(경인문화사, 2018), 15면.

134) “이시윤의 소송야사(訴訟野史) - 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편)”, **법률저널** (2017. 7. 26); “이시윤의 소송야사(訴訟野史) - 헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (속편)”, **법률저널** (2017. 8. 10) 참조.

135) 이범준, 주40의 책, 41-52면 「03 무사 군사정권 악법들, 헌법의 칼에 베어지다」 참조.

136) 이는 미국에서 연방대법관 임명을 둘러싸고 벌어지는 치열한 인준 전쟁(앞에서 애커만이 뉴딜 시기에 루즈벨트 대통령이 연방대법관 임명을 통해 헌법해석의 변화를 꾀하는

공간을 마련함으로써 이러한 직접적 충격에 대한 완충지대를 확보할 필요도 있다고 생각된다. 초기의 헌재가 대의정치와 적정한 거리를 유지하면서 긴장관계를 통해 국민적 신뢰와 제도적 정당성을 확보했음을 반추해볼 때, 지금의 헌재가 과거보다 국가적 중요도가 훨씬 높아졌다 하더라도, 특정한 정치세력이나 당파와 적정한 거리를 두지 못하는 경우에는, 다시금 국민의 신뢰를 잃고 존립근거에 대한 위협에 봉착할 수 있다는 점을 무겁게 인식해야 한다.

다만, 헌법재판을 숙의와 대화 거버넌스 틀로 통합적으로 이해함으로써 헌법재판에서 여론을 고려하는 공론장(public sphere)을 확보한다고 하더라도, 그것은 사법적 성격에 좀 더 무게를 두고 신중한 절차와 방법으로 구성해야 할 것이다. 즉 헌법재판도 국민주권에 기초하기에 정치적 성격을 가짐은 부인할 순 없지만, 절차와 심사기준 등 무게중심은 재판으로서의 ‘사법’에 더 기울어있다. 즉 사법은 민주적 성격도 갖지만 기본적으로는 법치주의 원리에 기반하여 개인의 자유를 보장하고 권력을 통제하는 것을 주된 임무로 하는 자유민주주의 헌법의 기본 구조를 고려하면, 헌법재판도 사법적 소통의 체계와 문법 내에서 수용할 수 있는 한도에서 정치와 여론을 고려하는 것을 한계로 삼아야 하고, 사법적 특성을 상실하거나 몰각하고 전적으로 정치기관이 되어버릴 경우, 헌법재판의 독자적 정당성과 존재의의, 즉 ① 사법적 기관으로서의 절차적·제도적 장점¹³⁷⁾ 및 ② 정치기관에 대한 독립적 견제기관으로서의 장점을 상실하게 될 우려가 있다.

새로운 방식이 등장한다고 본 점 참조), 그리고 오늘날 우리나라에서도 헌법재판관과 대법관 임명을 둘러싸고 벌어지는 인사청문회 절차가 점점 정치적인 쟁투로 변해가고 있다는 점에서도 드러난다. 그것은 인사청문회가 쟁점에 대한 공론이나 논변 중심이 아니라 개인의 사생활과 스캔들 들추기로 사사화(私事化)되고 있는 작금의 흐름과 궤를 같이 한다고 생각한다.

- 137) 드워킨은, “원리에 관한 어떤 중대한 쟁점을 국민투표 또는 의회를 통해 결정하기 전에 이루어지는 공적 토론은 이성적인 논쟁을 강조하는 질 높은 것이 될 수도 있지만, 실제로 그런 경우는 거의 없다. ... (중략) ... 그러나 쟁점이 헌법적인 것으로 이해될 때, 그리고 일반적인 헌법 원리를 적용하는 법원이 궁극적으로 해결해야 할 것으로 이해될 때 공적 논변의 질은 종종 개선된다. 왜냐하면 그 논변은 처음부터 정치적 도덕의 질문에 집중하기 때문이다.”(Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press, 1996); 로널드 드워킨, 이민열 역, **자유와 법**(미지북스, 2019), 558면)라고 하여 법원과 헌법재판이 공적 논변의 질에서 국민투표 또는 의회보다 우위를 가질 수 있다고 보고 있는데, 기본적으로 필자도 이에 찬동하는 입장이다. 단, 필자의 경우는 민주주의의 영역도 숙의(deliberation)를 활성화함으로써 단순히 다수정치나 이익정치에서 벗어나야 하고 절차적·이성적 성격을 갖추어야 한다고 보는 점에서는 드워킨의 생각과 다소 다를 수 있다.

사법절차의 개념징표로써 가장 중요한 부분은 ① 적법절차(due process)로서 대심(對審)절차의 충분한 보장과 ② 법적 논증(legal argumentation)의 강화가 되어야 할 것이다. 같은 결론에 동조하는 재판관의 수가 많음이 단순히 중요한 것이 아니고, 각각의 논변이 합리적 추론에 근거한 것이며, 자유롭고 대등한 법적 논증과 숙의의 시간을 거쳐서 합의에 이른 것이냐는 점이 중요한 것이다. 헌법재판이 ‘헌법 재판이라는 이름의 정치’의 수준에 머무르게 되면, 이는 사법의 이름으로 소위 ‘다른 수단에 의한 정치’를 하는 것이고 또 다른 방식의 과두제의 지배로 변질될 우려가 크기 때문이다.¹³⁸⁾ 따라서 여론을 고려할 수 있는 헌법이론적 토대가 마련되더라도, 이러한 원리에 맞게 이를 구체적으로 실현할 제도적 방안이 헌법정책적으로 정교하게 구현되어 있는지를 면밀하게 검토할 필요가 있다.

IV. 헌법재판의 민주적·절차적 정당성 확보를 위한 공론장 형성의 헌법정책론

말하게 해줘라. 그게 적법절차다(Let them talk. That's due process).
- 미 어느 판사¹³⁹⁾

1. 서설: 중요사건 선별을 통한 헌법재판 공론장의 강화·확대

헌법재판을 통해 ‘그 날의 날씨’가 아닌 ‘시대의 기후’를 어떻게 감지해낼 것인가? 헌법재판은 단순히 헌법과 헌법 도그마틱을 단편적·기계적으로 적용하는 데 그치는 것이 아니라, 정치·경제·사회 현실을 폭넓게 고려하면서 그에 상응하는 헌법의 해석을 해내야 하는 융합적 혹은 통합과학적인 재판이므로, 현재 내부의

138) 박중현 교수도 사법의 책임성의 강화를 강조하면서도, 헌법재판소에 요구되는 사법의 책임성에서는 헌법에 대한 책임, 기속, 충실성이 중요한 의미를 갖게 된다는 점을 강조하고 있다. 박중현, “정치의 사법화의 메커니즘 - 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가”, **법학연구** 27(1)(2017.3); 또한 손인혁 교수도 구체적으로 탄핵의 사례를 들어, 탄핵이 좀 더 엄정한 법적 절차에 따라 이루어진다면 정치적 갈등을 해소하고 국민통합의 기제로써 작동할 것이라는 견해를 피력하고 있음도 주목할 수 있다. 손인혁, “국민통합의 관점에서 본 탄핵심판절차의 문제점 - 대통령 탄핵을 중심으로 -”, **세계헌법연구** 26(3)(2020.12).

139) 정인진, “사법철학으로서 민주주의”, **이상한 재판의 나라에서**(교양인, 2021), 102면 참조.

공론을 형성하는 것의 중요성은 물론이고, 나아가 국가기관과 시민사회 전반에 이르는 의견을 수렴하고 이를 공론화하는 노력이 필요하다.¹⁴⁰⁾ 그런데 헌법재판소 내에서, 나아가 헌법재판소 외부에까지 폭넓은 공론화의 과정을 거쳐 결론을 도출하려면, 적지 않은 법치주의와 민주주의의 비용, 즉 시간과 자원의 투입이 요청된다. 가령 특정한 사건에 대해서 공개변론을 열고 참고인/이해관계인 의견서를 폭넓게 받아서 이들을 두루 참고한 뒤 평의를 여러 번 거쳐서 선고에 이르게 된다면, 당해 사건의 합리성과 정당성은 제고될 수 있겠지만 그 밖의 사건에 투여할 시간과 자원은 줄어들 수밖에 없다. 이는 아직까지 활발히 논의되고 있지는 않지만, 헌법재판에서의 사건 선별의 필요성의 문제이다.¹⁴¹⁾ 물론 헌법재판소보다 훨씬 많은 사건 수에 허덕이는 대법원의 상고심 사건 처리 문제도 수십 년간 풀리지 않고 있는 상황에서, 지금 대법원보다는 그나마 사정이 다소 나은 편인 헌법재판소의 사건 선별이 먼저 이루어지리라 기대하기는 쉽지 않다.

하지만 위 III.에서 논한 바와 같이, 이제 헌법재판소를 사법적 성격 일변도에서 벗어나 인민의 숙의를 반영하는 정치적 사법기관, 또는 각종 국가기관과 국민들과 헌법적 대화(constitutional dialogue)를 하는 중심기관으로 정당하게 자리매김할 수 있다면, 종전처럼 고위 법관 출신의 재판관들이 외부와 단절된 채 각자 집무실에서 서면심리를 통해 고독하게 내린 결론으로 중요한 국가정책을 결정하는 것의 타당성에 대한 재검토가 요망된다. 더군다나 비토크라시의 심화로 분열된 정치권과 국민들은 최근 헌법재판과 헌법재판관의 역할이 매우 커진 것을 인식하여, 각자 자기세력의 당파적 이해관계에 충실한 재판관을 선출 내지 임명하고자 노력하며, 임명 후에도

140) 드워킨도, “어떤 헌법적 쟁점이 연방대법원에서 판결되었을 때, 그리고 그것이 미래의 판결에 의해 정교화되고, 확장되고, 제한되고, 심지어 뒤집어질 것이라 예상될 만큼 충분히 중요한 쟁점일 때 신문을 비롯한 매체에서, 로스쿨과 교실에서, 공적 회의와 사적인 저녁 모임에서 계속되는 전국적인 토론이 시작된다.”라고 하여 연방대법원의 판결(아마도 특히 헌법 판결)이 전국적인 토론을 불러일으키는 기제임을 지적한다(로널드 드워킨, 위의 책, 558면).

141) 김진한, 주133의 글, 15-16면 참조. 김진한은 헌법재판의 양대 강국인 미국과 독일에서 모두 사건 선별을 과감하게 하고 있음을 설명하고 있다. 그런데 헌법소원제도를 갖고 있고 헌법소원제도가 헌법재판사건의 절대적 다수를 이루는 독일과 한국에서는, 사건 선별의 문제는 결국 헌법소원사건을 선별하는 문제와 다르지 않다. 이에 대해서는, 김하열, “헌법소원 사건의 효율적 처리에 관한 고찰 - 지정재판부 권한 강화 방안을 중심으로 -”, **공법연구** 43(1)(2014.10); 정광현, “독일연방헌법재판소의 헌법소원 수리절차”, **법조** 71(2)(2022.4) 참조. 한편 선택과 집중이라는 논리가 자칫 수요자인 국민이 아닌 공급자 위주의 논리가 될 수 있다는 우려로 반대하는 견해로는, **인권의 창 헌법의 길**, 442면의 김선수 대법관(당시 변호사)의 의견 참조.

재판관들에게 지속적으로 정치적인 신호를 보내거나 여론을 통한 압박을 하려고 애쓸 위험이 다분한 것이 오늘날의 상황이다.

이처럼 정치사회적 환경의 변화에 조응하여, 헌법재판이 자칫 헌법정치 내지 사법정치로 흐를 수 있는 위험성을 완화시키고 이를 견제, 감시할 수 있는 헌법이론과 제도를 모색하는 것이 필요하다고 생각한다. 즉 헌법재판 내/외부에 걸쳐 ‘민주적 사법’의 공론장이 활발하게 작동될 수 있도록 함으로써, 헌법재판이 특정한 배경이나 성향을 가진 재판관들 그룹이나 혹은 재판관들에게 영향을 미치려는 특정 정치세력에 지배되지 않도록 할 수 있을 때, 헌법재판이 비로소 본래의 민주공화정 이념에 충실한 형태로 구현될 수 있다는 것이 본고의 문제의식이다.¹⁴²⁾

2. 헌법재판 내부의 사법적 숙의거버넌스 강화

가. 재판관·연구관 구성 및 평의·숙의구조 개선

헌법재판의 숙의적 전환(deliberative turn)을 위해서는, 우선 현재 헌법재판소 내부의 숙의 구조가 적합하게 구축되어 있는지를 먼저 검토할 필요가 있다. 헌법재판 내 숙의거버넌스 강화를 위해서는 먼저 다양한 의견이 개진될 수 있도록 재판관 구성의 다양화가 전제될 필요가 있다.¹⁴³⁾ 이는 법률적용·해석을 본령으로 하는

142) 사건 선별의 필요성의 문제는, 헌법재판의 가장 중요한 숙제 중 하나인 재판소원 도입과는 다소 달라야 관계에 놓일 수 있다. 헌법재판소법을 개정하여 재판소원을 도입하게 되면 법리적으로나 현실적으로나 장점이 많겠지만, 그동안 이미 헌법소원 사건도 충분히 많았는데 이에 더하여 특히 우리 사회의 재판에 대한 불신과 높은 상소율을 생각해 보면, 헌법소원 사건이 훨씬 폭증할 수 있는 가능성이 제기된다. 이에 대해서는, 재판소원에 대해서도 결국 사건을 선별해야 한다는 요청이 적용되어야 하고(독일의 경우도 그러함), 또한 기존에 이미 입법에 대한 헌법소원이 많이 청구되는 문제를 타개하기 위해서는 입법 단계에서 추상적 위헌심사의 도입이나 국회의 체계·자구심사권에 위헌심사권을 적극적으로 포함시키는 방안, 최근 활발히 논의되고 있는 사전 입법영향분석의 도입(국회입법조사처, **주요국 사전 입법영향분석 제도(2020)** 참조) 등도 아울러 검토할 필요가 있을 것이다. 결국 헌법적 공론장이 활발하게 작동할 수 있도록 헌법재판을 둘러싼 전체적인 국가운영 거버넌스와 시스템 전반을 패키지 개혁하는 방안을 모색해야 한다.

143) 이는 거의 대부분의 학자는 물론 재판관들도 지적하는 사항이다(김하열, **헌법소송법** 제3판, 77-79면; 정종섭, **헌법소송법** 제9판(박영사, 2019), 90-91면; 이강국 前 헌재소장은 재직 중 소장으로서 처음으로 재판관 다양화를 기자간담회에서 공식적으로 언급하였고(“헌법재판관 9명 중 3명은 비법조인이 맡게 해야”, **중앙일보** (2009. 7. 13)), 목영준 前 헌법재판관도, 학계 출신이나 정부 부처 출신의 비법률가 헌법재판관이 필요하다고 하였다(“[법조라운지] 4기 헌법재판소 임기만료 퇴임하는 목영준 재판관”, 법률신문

(대)법원에 비해 정치규범인 헌법을 다루기에 정치기관성이 상대적으로 더 드러나는 헌법재판소에서 더욱 요청되는 내용이다.¹⁴⁴⁾ 정치적 사법이라는 특성을 고려할 때, 헌법과 법률에 대한 경험과 소양이 있는 정치인도 고려에 넣을 수 있다. 미국의 경우에도 정치인 출신인 얼 워렌 대법원장과 샌드라 데이 오코너 대법관(여성 제1호 대법관)이 미국 사법사는 물론 미국사 전체에 획을 그을 만큼 획기적인 역할들을 한 부분을 주목할 수 있다.¹⁴⁵⁾ 다양성의 측면에서 학자 출신들이 재판관이 되는 것도 도움이 된다. 학자 출신은 헌법판례의 논리성과 체계성의 관점에서 기여할 수 있는 부분이 많을 것으로 기대된다. 또한 헌법이론과 실무의 가교를 놓는다는 측면에서도 바람직하다. 미국 대법원의 경우에도 긴즈버그, 스칼리아, 케네디, 브레이어 등 쟁쟁한 역대 대법관들이 학자 출신이었음도 주목할 필요가 있다.¹⁴⁶⁾¹⁴⁷⁾

(2012. 9. 3)). 단, 헌법재판은 사법적 법인식과정이고 대표기능을 수행하지 않으므로 다원적 민주주의의 사고를 반영하는 데는 한계가 있다는 견해로, 한수웅, 앞의 책, 1394-1395면 참조. 그러나 이 견해에서도 재판관의 자격을 ‘법관의 자격을 가진 자’에서 법학교수나 행정부 공무원으로 확대할 것인지의 문제는 다원적 민주주의의 요청과는 성격을 달리하는 문제라고 하여, 이들을 포함하는 것을 긍정한다고 보여, 결과적으로 다른 견해와 큰 차이는 없다고 생각된다.

144) 다만 언론과 정치권에서 헌법재판관 등 고위 법관을 소위 ‘서오남’(서울대·50대·남성)과 같은 방식으로 단순하게 분류하는 방식은 다소 정확하지 않고, 때로는 본질을 호도하는 측면도 있을 수 있다고 생각된다. 물론 ‘서오남’은 중요한 속성과 배경을 공유하는 집단이므로 비교적 비슷한 생각을 가지고 있을 확률이 상대적으로 높은 것은 사실이다. 그러나 ‘서오남’이라고 해도 완전히 다른 생각을 가지고 있는 사람들이 있고, 전혀 다른 이력을 가진 대법관이라고 하더라도 생각은 통상의 서오남과 유사할 수도 있다(유사한 견해로, “화려한 이력서 아닌 ‘뜨거운 스토리’를 가진 대법관을 보고 싶다”, 경향신문 (2019. 2. 13) 참조). 언론과 정치권에서는 단순히 스펙이나 가십성 스캔들을 거론하며 쉽게 특정인을 어떤 성향으로 예단하지 말고, 재판관 후보자가 내린 그동안의 판결들, 공적인 글과 업무 내용들을 두루 살펴 치밀하게 검토한 상태에서 평가하고, 인사검증과 청문회를 진행하는 것이 합리적이다.

145) 제프리 투빈도, 역사상 오코너만큼 완전하게 한 시대를 지배한 대법관도, 오코너만큼 많은 결정적인 한 표를 행사한 대법관도 없었다면서, 그녀는 미국인의 여론에 대하여 초인적인 귀를 가지고 있었다고 평가하였다(제프리 투빈, 앞의 책, 19-20면). 우리의 경우에도 1기 재판소는 다양성과 정치성이 특징이고, 정치에 관여했던 3명(이성렬, 변정수, 한병채)의 재판관이 포함되었으나(이범준, 주40의 책, 18-24면), 이후로는 점점 다양성이 줄어들고 고위 법관 출신들로 채워지게 된다.

146) 긴즈버그는 럽거스 로스쿨(1963-1972)과 콜럼비아 로스쿨(1972-1980)에서 법학교수를 역임했고(Wikipedia-Ruth Bader Ginsburg https://en.wikipedia.org/wiki/Ruth_Bader_Ginsburg#Academia 참조), 스칼리아는 시카고 로스쿨(1977-1982)에서 법학교수를 역임했으며(Wikipedia-Antonin Scalia https://en.wikipedia.org/wiki/Antonin_Scalia#Early_

헌법재판관 각자가 다양한 가치관과 배경을 가지는 것도 중요하지만, 이들 헌법재판관 간에 평의(評議)가 활성화될 수 있는 장치를 마련하고 그러한 분위기를 조성할 필요가 있다. 평의는 심리의 최종단계에서 재판의 결론을 내리기 위해 재판관들이 합의하고 표결하는 과정을 말하는데,¹⁴⁸⁾ 평의의 공개는 법으로 금하고 있어서 우리가 외부에서 그 실질적 내용을 아는 것은 매우 어렵지만,¹⁴⁹⁾ 그럼에도 평의가 양적으로나 질적으로나 풍부하게 될 때 헌법재판 전체의 수준이 제고될 수 있음은 분명하다. 미 연방대법원은 1년에 100건이 안 되는 수의 사건만을 선고하지만, 각

legal_career_(1961%E2%80%931982) 참조), 케네디는 캘리포니아에 위치한 퍼시픽 대학 맥조지 로스쿨(McGeorge School of Law, University of the Pacific)에서 1965년부터 1988년까지 헌법 교수를 지냈다(미연방대법원-대법관 <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy> 참조). 또한 브레이어는 하버드 로스쿨(1967-1994)에서 교수와 강사를 지냈다(미연방대법원-대법관 <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy> 참조). 그 밖에 엘레나 케이건 현 대법관도 시카고 로스쿨(1991-1995) 및 하버드 로스쿨(2001-2009) 교수를 지냈고 특히 학장(2003-2009)도 역임했다(https://en.wikipedia.org/wiki/Elena_Kagan#Early_career 참조). 에이미 코니 배럿 현 대법관도 노트르담 로스쿨(2002-2017)에서 헌법교수를 역임했다(Wikipedia-Amy Coney Barrett https://en.wikipedia.org/wiki/Amy_Coney_Barrett#Teaching_and_scholarship 참조).

147) 우리의 경우 대법원에서는 과거에도 학계 출신으로 방순원, 이영섭 대법관 등이 있었고, 최근에도 양창수(2008-2014), 김재형 대법관(2016-현재)이 임명되었지만, 헌법재판소의 경우는 아직 그러한 선례가 없음은 아쉬운 부분이다. 이시윤 前 헌법재판관이 서울법대 교수 이력이 있는데(1964-1970), 재판관이 되기 전 이미 20년 정도 법관을 먼저 한 상태였으므로, 학자 출신이라기보다는 학자적 배경을 가진 법관 출신으로 보는 것이 무난해 보인다.

148) 김하열, **헌법소송법** 제3판, 208면. 평의의 주체는 재판관들이라는 점에 대해 우리 학계에서는 거의 이설이 없어 보인다. 그러나 그렇다고 해서 평의에 반드시 재판관들만 들어가야 하는가 혹은 재판관 외의 인원이 들어가는 입법개선이 되면 위헌의 문제가 생기는가에 있어서는, 사건으로는 반드시 그렇지는 않다고 본다. 가령 강일원 前 재판관은 헌법연구관제도 개선방안의 하나로써, 필요한 경우 재판부 평의에 출석하여 재판관의 질문에 답하고 재판장의 허가를 받아 의견을 진술할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 하는데(강일원, 앞의 논문, 27면), 이는 일반적으로 사실이나 쟁점에 대한 정보제공 차원에서든 그러할 수 있고, 특히 재판관의 다양성을 확보하기 위해 헌법이나 법률 지식이 상대적으로 부족한 재판관을 받아들일 수 있는 경우 당해 재판관에 대한 보좌 기능 강화를 위해 더욱 필요할 수 있다고 보인다(비법률가 출신 대법관이 적지 않은 일본의 경우에 연구관이 평의에 참석할 수 있다는 내용으로 이범준 기자의 대담 내용, **인권의 창헌법의 길**, 456-457면). 다만 이처럼 평의의 주체를 확대하면 평의의 비공개원칙 준수가 어렵게 될 우려가 있는데, 이 부분은 해당 연구관에게도 평의의 비공개의무를 부과하거나 혹은 연구관이 참석하는 절차와 이후 재판관들만의 의견교환 절차를 분리하는 등의 방법을 강구하여 어느 정도 극복이 가능할 수 있지 않나 생각한다.

149) 헌법재판소법 제34조(심판의 공개) ① 심판의 변론과 결정의 선고는 공개한다. 다만, 서면심리와 평의(評議)는 공개하지 아니한다.

사건마다 주심 대법관이 따로 없고, 9명의 연방대법관이 각자 1명의 로클럭을 통해 사건보고서(bench memo)를 작성하여 서로 다른 9개의 사건 보고서가 나오게 되며, 이때 로클럭들이 서로 정보를 교환하거나 토론을 하는 등의 관행은 존재하지 않는다고 한다. 이후 판결문을 집필하는 대법관이 정해지게 되면, 그 대법관의 로클럭이 초안을 작성하면서 다른 로클럭들과 교류를 시작한다고 한다.¹⁵⁰⁾ 이는 주심 재판관이 정해지고 담당 연구관이 작성한 사건 보고서 1개를 중심으로 논의가 전개되는 우리와 비교해볼 때, 효율성과 신속성은 떨어질 수 있지만, 다양한 시각에서 작성된 사전 평의자료를 확보하여 이들이 다양하게 경합함으로써 평의의 질을 제고하는 방안으로써 고려해볼직 하다.

또한 평의가 실질화되기 위해서는, 재판관의 평의 자체가 활발하게 진행되도록 하는 것이 중요함은 물론이고, 공개변론을 활성화하고 그것이 단순히 당사자나 참고인의 일방적 의견 제출이나 정보제공에 그치는 것이 아니라 재판관들이 충분히 내용을 숙지하고 준비한 상태에서 활발하게 질문하는 과정을 통해서 간접적으로 재판관들 상호 간 토론을 촉진하는 효과를 기대해볼 수 있다.¹⁵¹⁾ 또한 「변론 - 평의 - 선고」가 시간적으로 밀접하게 연결되도록 함으로써, 재판관들이 충분히 준비된 상태에서 변론이 이루어지도록 하고, 변론에서 외부와 교류하고 검증된 결과가 평의 및 최종선고로 이어지는 선순환의 체계를 구축할 필요가 있다.¹⁵²⁾

150) 김진한, 미국 연방대법원의 사법심사 제도와 그 운영, 박사학위논문, 고려대학교(2014), 176-177면.

151) 김진한, 위의 논문, 214-215면 참조. 우리의 경우 지난 2017년 탄핵결정의 공개변론 과정에서 재판관들의 질문이 사회적 관심을 불러일으키고 뉴스의 관심대상이 된 바 있다. 가령, “[뉴스 속으로] 강일원 ‘사이다 질문’ 이정미 ‘그물망 추궁’ 서기석 ‘간결한 발언’”, 중앙일보 (2017. 2. 4) 등 참조.

152) 김진한, 위의 논문, 212-213면 참조. 우리의 경우도 공개변론을 거친 경우 너무 늦지 않게 선고가 이루어지는 것이 통상적이지만, 간혹 변론을 거친 후에도 선고가 너무 늦게 이루어지는 경우들이 있다. 가령 앞서 예로 들었던 양심적 병역거부 사건(헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등)은 비록 수습 건이 병합된 사건이었지만 최초 사건인 2011헌바379 사건을 기준으로 한다면 2011. 12. 1에 위헌소원이 청구된 사건이었는데, 공개변론은 2015. 7. 9. 14:00에, 그리고 선고는 2018. 6. 28.에 이루어짐으로써 사건접수로부터 선고 까지 6년 반이 넘었고 변론 시점으로부터도 거의 3년이 다 되어 선고가 이루어졌다. 또한 2012. 2. 17. 헌법소원심판 청구서가 접수된 형법 제314조(업무방해) 제1항에 대한 헌법소원심판 사건은 최장기 미제로 언론에 의해 지적되고 있었는데(“업무방해죄 헌법소원” 10년째 결론 못 내렸다”, 헤럴드경제 (2022. 3. 7)), 최근 헌법재판소는 재판관 4:5의 의견으로, 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것) 제314조 제1항 중 ‘위력으로써 사람의 업무를 방해한 자’ 부분이 헌법에 위반되지 않는다는 합헌 결정을 헌법소원 청구 이후 10년이 넘어서야 선고하였다(헌재 2022. 5. 26. 2012헌바66, 위력에 의한 업무

다만 재판관들의 평의가 자칫 정치적 협상이나 타협의 산물로 흘러가지 않도록 주의할 필요는 있다고 생각된다.¹⁵³⁾ 우리는 굳건한 헌법적 논증에 토대를 둔 이성적 논변의 법정을 지향하는 것이지, 재판소 내부에서의 다수 형성 자체가 목표인 헌법정치가들을 기대하는 것은 아니다.¹⁵⁴⁾ 따라서 평의의 실질화와 확대는 이런 한계 내에서 고려되어야 한다.¹⁵⁵⁾ 이는 헌법재판소장의 리더십 혹은 그 정당성과도 관련이 될 수 있다. 헌법재판소장을 현행 헌법과 같이 대통령이 임명하는 방식이 아니라 재판관 상호 간 선출하는 호선을 택하여 내부적인 리더십을 제고하는 방향으로 개정하는 경우 평의를 더 활성화할 수 있는 계기가 될 수도 있다고

방해 사건). 장기미재는 변론이 이뤄진 이후 새로운 쟁점이 부상하거나 재판관들 간의 의견의 합치가 도저히 이루어지지 않는 경우 등 불가피한 경우도 있을 수 있겠지만, 사건이 청구되고 변론이 이루어진 당시의 법과 사회를 반영하는 것이 통상적이라는 측면에서나, 신속한 재판을 통한 당사자 권리구제의 차원 등 측면에서 볼 때, 변론 후에도 사건을 캐비닛에 오래 묵혀두는 것은 바람직하지 않다.

- 153) 그러한 경계선상에 있는 문제에 대한 전직 대법관의 증언으로, 박시환, “대법원 전원합의체 판결 이후 다수의견·소수의견 사이의 경계확정 과정”, **법학연구** 24(3)(2021.9) 참조. 헌법재판에서 이를 직접적으로 언급한 문헌은 찾기 어렵지만, 역시 일정한 타협이 이루어지는 부분이 있을 것으로 추정된다(예컨대 각주 62에서 인용한 양심적 병역거부 판결의 법정외견 형성과정도 그러한 한 예가 될 수 있다). 다만, 설득과 이를 넘어서는 타협·거래의 과정은 구분될 필요가 있다. 법리적 설득과정을 통해서 상호 간에 견해를 바꾸는 것은 자연스러운 평의의 과정이고 문제될 것이 없다. 가령 속의민주주의 제도인 공론조사에서도 정보제공이 충분히 이루어지고 난 후 참가자들이 애초의 견해를 바꾸는 것은 자연스럽고 기대되는 것이듯, 재판관들의 평의과정에서도 해당 사건에 대한 정보가 충분히 제공되고 여러 의견이 개진된 후 각자 자연스럽게 생각을 바꾸는 경우는 얼마든지 가능하다.
- 154) 브레넌 前 연방대법관은 자신의 로클럭들에게 “연방대법원에서 가장 중요한 법은 무엇인가?”라는 질문을 던지고는, “다섯 표야. 다섯 표법이라구. 다섯 표만 있으면 여기서 무엇이든 할 수가 있지.”라고 답했다(제프리 투빈, 앞의 책, 161-162면. 브레넌은 실제로 중요한 판결을 내리면서 과반수 표를 확보하는데 특별한 수완을 발휘했다고 평가되기도 했다). 미국은 물론 우리나라의 최고법원에서조차 점진 논변 자체의 근거와 합리성 여부 보다는 어느 쪽이 다수의 지지를 얻었는지 여부에만 초점이 맞추어지는 점은 경계해야 하며, 헌법재판에서 다수정치가 횡행하게 될 경우 헌법재판의 존립근거는 사라진다는 점을 명심해야 한다.
- 155) 전혀 협상을 하지 않아서 영향을 주지도 받지도 않는 토마스 대법관, 스칼리아 대법관, 그리고 일정한 타협이나 입장 변경을 통해 스윙보터의 역할을 하는 오코너나 케네디 대법관 등 어느 쪽이 더 타당하고 바람직한지에 대해서는 숙고를 요한다. 긴즈버그는 다음과 같이 말한 바 있다. “사건을 논의할 때 투표담합은 있을 수 없다. 이 사건에서 네가 내 편 되어주면 (다른 사건에서는) 내가 네 편 되어줄게, 같은 일은 없다. 그런 일은 절대, 절단코 일어나지 않는다.” - 2015년 6월 13일, 법률 및 정책을 위한 미국헌법학회 전국 대회. 루스 베이더 긴즈버그/헬레나 헌트, 앞의 책, 40면.

생각된다.¹⁵⁶⁾ 그리고 평의에서는 주문이나 결론에만 합치하는 지를 단순히 합산할 것이 아니라, 그러한 주문에 이르게 된 이유와 논증에 있어서 충분한 합의를 이루는 것이어야 한다. 따라서 현재의 주문별 평결방식이 타당한지, 아니면 독일식으로 쟁점별 평결방식을 취할 것인지에 대해서도 검토가 필요하다.¹⁵⁷⁾

재판소 내부의 숙의거버넌스에 있어서 헌법연구관들의 역할도 충분히 재음미되어야 할 필요가 있다. 헌법연구관은 헌법재판관을 보좌하여 사건기록을 검토하고 보고서를 작성하며 판결문의 초안을 쓰는 등의 다양한 업무를 수행한다.¹⁵⁸⁾ 두 재판부로 구성되는 독일 연방헌법재판소에서 헌법연구관들이 ‘제3재판부’(Dritter Senat)로 불리기도 한다는데,¹⁵⁹⁾ 우리 현재는 독일과 달리 (대)법원과 별도로 조직되어 있고 그에 따라 사실심리를 하는 하급심이 존재하지 않은 채 단심으로 마무리되며, 헌법재판관들 다수가 취임 전까지 헌법재판 관련 경험이 많지 않은 현실을 고려하면,¹⁶⁰⁾ 우리 헌법재판 체계에서 헌법연구관은 일종의 사실심 법관에 필적하는 역할을 수행하며, 따라서 헌법연구관의 사건보고서가 실질적으로는 거의 법원에서의 1심 판결문에 버금가는 중요성과 영향력을 가진다고까지 말할 수 있다.¹⁶¹⁾ 특히

156) 지난 2018년 3월 문재인 대통령이 발의했던 개헌안과 2018년 1월 발간된 국회 개헌특위 자문위원회 보고서에 수록된 조문시안 모두 헌법재판소장의 호선을 개헌안으로 제시한 바 있다(제111조 ④ 헌법재판소의 장은 재판관 중에서 호선한다). 그 취지는 제왕적 대통령제의 요인을 막고, 현재의 독립성을 강화하는 것이라고 한다(국회헌법개정특별위원회 자문위원회, **국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서**(2018.1), 415면). 그러나 호선에 대해서는 재판관들이 헌법재판소장이 되고자 하는 욕망이 강할 수 있으므로 재판관들 간의 치열한 토론에 방해가 될 수 있어 위험할 수 있다는 김진한 연구관의 반대 의견 참조(**인권의 창 헌법의 길**, 450-451면).

157) 공진성, “헌법재판 합의방식의 개선방안”, **헌법학연구** 17(2)(2011.7); 이효원, “헌법재판 절차의 합리화를 위한 제언 - 독일과의 비교를 중심으로 -”, **서울대학교 법학** 56(1)(2015.3), 132-133면; 정중섭, 앞의 책, 156-160면 등 참조. 학자들과는 달리 재판관들은 주문별 평결방식을 바꾸는 데 대체로 부정적이라는 견해로, 이동흡, **헌법소송법**(박영사, 2015), 93면.

158) 헌법재판소법 제19조(헌법연구관) ③ 헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리(審理) 및 심판에 관한 조사·연구에 종사한다.

159) 이황희, “헌법연구관제도의 모델”, **공법연구** 49(4)(2021.6), 83면.

160) 다만 최근에는 고위 법관 중에서 헌법재판소 파견연구관 경험을 가진 인원이 재판관으로 임명되는 경우가 종종 있는데, 현재 9명의 헌법재판관 중에서는 유남석 헌법재판소장과 이선애, 이은애 재판관 3명이 파견 헌법연구관 경험을 가진 것으로 파악된다(헌법재판소 소개 <https://www.ccourt.go.kr/site/kor/06/10602010000002020100509.jsp> 참조).

161) 상고사건이나 재판소원을 주로 담당하는 미국 연방대법원이나 독일 연방헌법재판소에서는 ‘재판 관련 사실’이 이미 사실심 법원에서 정리된 상태인데 우리 권리구체형 헌법소원은 그렇지 않고, ‘입법 관련 사실’도 별도의 법적 절차를 거치지 않고 재판부가 사실을

우리 헌법재판소의 경우 해당 사건에 대한 연구관의 사건보고서가 기본적으로 1개 이고 그 보고서를 기초로 다른 재판관과 연구관들이 사안에 우선적으로 접근하게 되기 때문에, 우리 헌법재판에서 연구관의 사건 보고서가 갖는 중요성은 더욱 크다고 봐야 할 것이다.¹⁶²⁾

그렇다면 헌법연구관들의 역할과 기능에 대해서도 상당히 주의 깊게 바라보지 않으면 안 된다. 헌법연구관의 채용 혹은 외부 인력의 연구관으로의 파견을 결정함에 있어서도 헌법 및 법률에 대한 지식과 경험의 우수성은 물론이고, 다양성에도 주의를 기울여야 한다. 기왕에 판사와 검사들의 파견은 충분히 이루어지고 있지만, 오늘날 재판소 사건에서 많은 비중을 차지하는 위헌법률심판 혹은 입법에 대한 헌법소원심판 등과 관련된 입법 전문가는 연구부에서 파견을 받지 않고 있는데,¹⁶³⁾ 입법 관련 사실(legislative fact) 확정예 기여할 수 있는 입법조사관을 국회로부터 파견을 받든지 아니면 관련 입법업무 경험이 있는 전문가를 연구관으로 채용하는 방식도 고려될 필요가 있다. 또한 연구관들을 유사한 실무 배경 중심으로 채용하는 데서 벗어나서 학계 출신의 연구관(보) 채용을 더 적극적으로 고려하거나 공법학계의 헌법연구위원들과 교류를 활발히 하고, 나아가 연구관들과 헌법학계가 상호 교류에 인색하지 않도록 하는 것이 필요하다.¹⁶⁴⁾

또한 전속부와 공동부의 구성과 조직을 어떻게 하는가에 따라서도 각 재판관이 더 중심이 되는가 혹은 연구관들의 조직인 공동부의 비중이 상대적으로 높아지는가의 시스템 차이를 가져오게 된다.¹⁶⁵⁾ 재판관의 보조 인력인 헌법연구관의 선발이나

인정하는 것이 의문이라는 견해가 있는데(강일원, 앞의 논문, 22-24면), 이처럼 사실심을 다루는 하급심이 조직상으로도 없고 절차법상으로도 정비되지 않은 상황에서 이들 사실인정에 가장 크게 기여하는 것이 헌법연구관임은 물론이고, 또한 통상 연구관 보고서가 사건 심리와 결론 도출에 가장 큰 역할을 하고 있음을 고려하면(강일원, 같은 논문, 26면도 참조) 이와 같은 평가가 지나치다고 할 수 없을 것이다.

162) 미국 연방대법원처럼 각 재판관별로 사건보고서가 별도로 작성되게 되면, 지금 우리에게 비해서는 상대적으로 로클릭의 연구보고서의 중요성이 줄어들 것으로 보인다. 9개의 보고서가 서로 경합하게 될 것이기 때문이다.

163) 국회로부터는 사무처에서만 입법협력관으로 파견을 받고 있고, 연구부에서는 법제처로부터만 파견을 받고 있다고 한다.

164) 조재현 교수는 현행 헌법재판연구원, 연구위원, 자문위원 제도 등의 운영은 법정조언자 제도가 갖는 의견제출자로서의 필요성을 상쇄하는 부분이라고 평가한다(조재현, “헌법 재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구 - 미국의 경험을 중심으로 -”, **인권과 정의** 446(2014), 23면 참조).

165) 전중익, “미국 Law Clerk 제도”, **헌법논총** 14(헌법재판소, 2003), 399면도 참조. 이황희 교수는 우리 연구관 모델이 재판관 보좌모델과 재판부 보좌모델의 혼합 형태라고 한다

배치에 미국과 독일처럼 재판관의 의사를 반영하는 것이 ‘재판관에 의한 재판’이라는 헌법재판의 성질에 부합하는 방안이라는 주장도 제도 개선을 구상함에 있어서는 일부 참고할 만하다.¹⁶⁶⁾

그리고 재판관과 연구관 간의 관계에서도, 이것이 완전히 수평적인 의미의 속의는 아니라 할지라도, 적어도 평의와 선고에 이르기 전 사건보고나 기록검토 등의 단계에서는 활발한 수평적 소통과 커뮤니케이션이 요청된다고 할 것이다. 물론 헌법연구관은 어디까지나 헌법재판관의 보좌기관이고 재판의 주체는 아닌 만큼, 자칫 연구관이 주도하는 재판이 되어서는 안 된다는 점은 당연한 한계이다.¹⁶⁷⁾

나. 헌법재판소 자료공개 범위의 확대와 결정문 작성방식 개선

법원은 판결문 공개범위가 매우 제한적이어서 그 공개 여부가 매우 크고 중요한 쟁점인데, 현재는 결정문이 원칙적으로 모두 공개되고 있어서 그 공개 여부 자체는 문제가 되지 않는다. 그러나 헌법소원과 위헌법률심판 사건에서 서면심리가 원칙이고 구두변론은 극히 예외적으로만 이루어지는데다, 참고인이나 이해관계인 서면 등은 외부에 공개되고 있지 않으므로, 결국 외부에서 볼 수 있는 것은 현재가 내부적으로 여러 기록들을 본 후 취사선택해서 추려낸 최종결론으로서의 결정문뿐이다. 이것은 현재와 외부 간의 정보격차를 가져오는 동시에 여론에 의한 소통과 감시를 어렵게 하는 요소가 될 소지가 있고 헌법재판은 일반 민·형사 사건에 비해서는 당사자의 개인정보나 사생활 보호의 이익이 일반적으로 크지 않다고 보므로, 당사자가 제출한 서면이나 참고인·이해관계인 서면 등도 원칙적으로 공개될 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 강일원 前 재판관은, 헌법연구관의 보고서가 사건 심리와 결론 도출에 가장 큰 역할을 하는데, 이 보고서는 비공개 자료이고 당사자나 이해관계인도 열람할 수 없음을 지적하면서, 사실관계와 입법례 등을 정리한 부분은 당사자와 이해관계인 등에게 공개하여야 한다고 하는데,¹⁶⁸⁾

(이황희, 주159의 논문 참조).

166) 이동흡, 앞의 책, 34-35면.

167) 그러나 현재 우리 헌법재판관들이 주로 고위직 법관 출신들이지만, 헌법이론과 판례에 대한 전문성은 부족한 경우가 많다는 점에서, 현재에 장기적으로 근무하는 전속연구관들이 전문성 면에서 상대적으로 영향력을 더 가지게 될 수도 있는 부분은 염두에 두어야 한다(전종익, 위의 논문, 398면; 정종섭, 앞의 책, 105면도 참조). 연구관 재판이 되어서는 안 되지만, 연구관 중에서 출중한 능력과 경험을 갖춘 사람을 차후에 재판관으로 임명하는 것은, 필요하고 바람직하다.

168) 강일원, 앞의 논문, 26-27면(다만 연구관 개인의 의견이나 검토 결과 등은 공개를 제외할

적극적으로 음미해볼 대목이다. 이와 같이 결정문의 기초를 이루는 중요한 자료들에 대한 정보가 충분히 외부에 공개될 때 결정문의 타당성과 합리성에 대한 보다 적절한 평가와 감사가 가능해질 것이고,¹⁶⁹⁾ 또한 외부 공개를 의식하여 참고인이나 이해관계인이 제출하는 서면의 품질이 더 향상되는 것을 기대해볼 수 있을 것이다.¹⁷⁰⁾

미 연방대법원의 경우, 비록 동 법원이 처리하는 사건 수가 우리에게 비해 매우 적다는 점을 감안해야하지만, 사건에 대해 공개변론을 필수적으로 시행하고 또 공개변론 자료가 연방대법원 홈페이지를 통해 변론 속기록(Argument Transcripts)과 녹음파일(Argument Audio)의 형태로 모두 공개되고 있다는 점을 참고할 필요가 있다.¹⁷¹⁾ 또한 법정조언자 보고서(amicus curiae brief)의 경우, 2017년 이후의 자료는 연방대법원 홈페이지 각 케이스의 Docket Search를 통해 전자 자료의 형태로 확인할 수 있고,¹⁷²⁾ 그 외의 자료들도 미국변호사협회 등 여러 사이트를 통해 공개되어

수 있다고 한다). 물론 사건보고서를 바탕으로 해서 「헌법재판소결정해설집」이 매년 발간되고 홈페이지에 공개도 되고 있지만, 모든 사건에 대해 공개되는 것도 아닐 뿐더러 선고 연도 다음 해에 해설집이 발간되므로, 사건보고서의 내용을 재판과정 중에는 알 수 없다는 한계가 있다.

- 169) 헌법판례를 감시하고 견제하며, 체계성과 합리성을 부여하는 기제로서 헌법이론과 헌법학자들의 역할이 가장 중요하다. 자료가 공개되더라도 이들에 대한 비판과 감시, 피드백(feedback)이 이루어지지 않는다면 적절한 견제기능을 할 수 없기에, 헌법학계의 판례 비평은 매우 중요한 의미가 있다.
- 170) 가령 최근 한 논문에서 헌법재판소 결정문이 해외 입법 사례에 대한 부정확한 해석에 기초했음을 지적하였는데(박준석, “배아의 보존기간에 관한 입법 사례 연구 - 헌법재판소 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정의 검토를 중심으로 -”, **동북아법연구** 15(3)(2022.1), 이러한 내용이 사실이라면, 해당 결정문의 사건보고, 사건 접수 후 4년 만에 열린 공개 변론(2009. 10. 8), 그리고 평의 단계를 거치면서 입법 등 사실관계에 대한 충분한 검증이 이루어지지 못했다는 하나의 예가 될 수 있다.
- 171) 미 연방대법원-속기록(https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcript/2021) 연방대법원-녹음파일(https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio/2021) 사이트 참조. 다만 구두변론은 실시간으로 중계되지 않고, 또한 변론 이후에도 음성파일과 속기록을 제공할 뿐 변론 화면까지 제공하지는 않는다. COVID-19로 미국 내 집합금지 등에 따라 구두변론 일정이 연기되다가, 2020년 5월에 전화를 통한 원격변론 (telephone conference)이 미 연방대법원 역사상 처음으로 시행되었다(Press Release Regarding May Teleconference Oral Arguments https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20, April 13, 2020). 대법원은 몇몇 매체를 통해 실시간 음성 중계는 허용했으나, 역시 변론 화면 중계는 허용하지 않았다. 연방대법원의 변론에 방송촬영을 허용할 경우 심판절차를 방해할 가능성이 있고, 방송 등에서 연방대법원의 심판과정을 왜곡하여 소개할 가능성을 우려하기 때문에 허용하지 않는다고 설명된다.
- 172) 연방대법원 사건검색(<https://www.supremecourt.gov/docket/docket.aspx>)

있다.¹⁷³⁾

또한 결정문은 쉽고, 명확하게 쓰여야 한다. 그러할 때 사건 당사자나 변호인은 물론, 일반 국민들에게까지 널리 소통되고 교육적 효과를 낼 수 있다.¹⁷⁴⁾ 국민이 결정문에 접근하여 그 내용을 제대로 그리고 명료하게 이해하는 것은, 알 권리뿐만 아니라 표현의 자유, 학문의 자유, 참정권 등 여러 기본권을 구현하는 데에 필수적이다.¹⁷⁵⁾ 이를 위해서는 헌법재판관과 헌법연구관의 노력에 더하여 이를 좀 더 쉽게 풀어서 전달하는 공보관 등 현재 측 공보 담당자의 노력, 나아가 결정의 주요 논거들을 쉽고 균형 있게 전달하려는 언론사, 특히 사법기자들의 노력이 합쳐져야 한다.¹⁷⁶⁾

헌법재판에서 숙의와 대화가 충실해지기 위해서는, 무엇보다 결정문의 논증이 풍부해져야 하고 강화되어야 한다. 간혹 보이는 것처럼, 결론을 ‘선언’하는데 그쳐서는 안 된다. 물론 논증 강화는 앞에서 전제한 것처럼 투입되는 비용의 증대와 연결되고, 이는 또 다시 사건 선별의 필요성을 부각시키게 된다.¹⁷⁷⁾ 하지만 이와 같이 강화된

173) 각종 법률 사이트, 미국변호사협회(<https://www.americanbar.org/groups/committees/amicus/>) 법무부(<https://www.justice.gov/osg/supreme-court-briefs>), 독립적인 SCOTUSblog(<https://www.scotusblog.com>)에서도 자료를 잘 갈무리해놓고 있다.

174) Brown 사건 등 중요 헌법 사건들이 초중등교육 등 시민교육의 기본 텍스트로 폭넓게 활용되고 있고, 판례를 대법판들이 직접 가르치기도 하는 미국의 예를 참고해볼 수 있다. 대표적으로 Annenberg Classroom(<https://www.annenbergclassroom.org/>)의 자료와 동영상 참조.

175) 권영준, “대법원 판결서 개선의 당위성과 방향성”, **사법 44**(2018), 48면.

176) 비록 여기서는 간략하게 언급할 수밖에 없지만, 오늘날 여론의 영향력이 커진데 비례해서 시민사회/여론이 헌법재판을 올바르게 인식할 수 있도록 하는 공보기능과 사법저널리즘의 역할 또한 매우 중요하다는 점은 재차 강조되어야 한다. 사법저널리즘은 국민의 눈높이에 맞춰 쉽게 전달할 수 있는 것도 중요하긴 하나, 핵심적인 쟁점을 체계적으로 파악한 상태에서 전달이 이루어져야 하므로, 단순히 인상비평에 그치거나 출신고교, 대학, 인맥 등 신상정보만 제공하면서 이를 통해 쉽게 정파성의 외피를 덧씌워서는 안 되고, 판결의 구체성, 논리성과 일관성에 대한 전문적 소개도 함께 이루어져야 한다. 우지숙 교수는 <헌법재판과 민주주의> 학술대회 지정토론문에서 현 재판보도의 문제점으로, 취재를 하지 않고 출입처의 보도자료 혹은 출입처에서 흘려주는 정보에 의존한 보도를 하는 경우가 많고, 언론의 권력화 현상에 따라 언론이 유사사법기관의 역할을 적극적으로 하는 현상을 지적한 바 있다. 또한 권석천 前 중앙일보 사법전문기자는, 취재가 사치 부리는 일이 된 현실에서 서로 ‘질 낮은 경쟁’에 몰두하고 있음을 지적하면서, “시간 들이고 땀 흘린 만큼 기사 쓸 수 있다”라고 일갈하였다(권석천, “기자들을 기다리지 마라”, 중앙일보 (2019. 7. 2)).

177) 혹은 선별된 일부 사건에 대해서만 논증을 강화하는 방식으로 절충할 수 있는 여지도 있을 것이다. “모든 사건에서 동일한 정도로 논증을 강화해야 하는 것도 아니다. 현재로서는 다툼이 치열하거나 선례적 가치가 있거나 일반 국민들이 관심을 가지는 소수 사건을

논증은 비용(cost)뿐만 아니라 편익(benefit)도 동반한다. 논증은 판결에 대한 합리적 이해 가능성을 높이고, 당사자들이 판결에 승복할 가능성을 높인다. 현재 결정의 행간의 의미를 국민들이 혹은 정치사회 세력들이 각자 알아서 찾아야 하는 수고도 덜어줄 수 있다.¹⁷⁸⁾ 또한 그 논증은 기본적으로 헌법에 의거한 ‘사법적’ 방식이 중심이 되어야 한다. 이는 과도한 ‘정치의 사법화’로 인해 정치에서 해결할 일이 헌법재판소로 넘어오는 것을 제약하고, 만약 정치과정에서 해결될 문제라면 정치영역에서 해결할 것을 설득하고 사법적 판단을 자제하는 논증 방식이 될 수 있다.¹⁷⁹⁾

결정문 작성 및 논증방식으로써 하나 더 강조하고 싶은 것은, 결정문에 주석이 더 활발하게 활용될 필요가 있다는 점이다. 물론 재판의 신속도 중요한 가치인 헌법재판에서, 학술논문 수준의 상세한 주석을 요구하거나 기대하기는 어려울 수 있다.¹⁸⁰⁾ 하지만 사실관계에 대한 확인과 인용 등에 있어서 여론조사를 인용하는 등 정확성이 필요한 경우라든가,¹⁸¹⁾ 혹은 헌법해석의 문제에 있어서도 단순히 기존 판례의 법리를 적용하고 구사하는데 그친 것이 아니라 전에 없던 새로운 개념이나 원리를 원용하는 경우, 특히 다른 사회과학 등의 논의를 가져오는 등에 있어서는 그 전거와 출전을 밝혀주는 것이 외부 기관이나 학계는 물론 시민들과 충실히 소통하는데 크게 도움이 될 것으로 생각된다.¹⁸²⁾ 이를 통해 현재가 근거로 삼은

선별하여 논증 강화 작업을 진행하면 충분하다.”(권영준, 위 논문, 72면)

178) 권영준, 위의 논문, 72면 참조.

179) 롤즈는 “공적 이성(公的 理性)은 헌법재판소가 행사하는 유일한 이성이다. 헌법재판소는 국가기관 중에서 공적 이성만으로 이루어진 유일한 국가기관이다. 헌법재판소의 과제야말로 바로 이것이며, 공적 이성 외의 다른 이성과 정치적인 가치 외의 다른 가치들은 가지지 않는다.”(John Rawls, *Political Liberalism* (expanded edition) (New York, 2005), 235면; 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, **법철학연구** 24(2)(2021) 참조)라고 하면서, 법원이 입법부나 행정부와는 달리 공적 이성(public reason)의 전형(exemplar)이 될 것으로 기대했다(Maya Sen, 위 논문, pp.312-314도 참조).

180) 특히 앞서 언급한 것처럼 사건 선별이 병행되거나 혹은 충분한 인력이 보장되는 것이 함께 전제되어야 할 필요도 강조되어야 한다.

181) 앞에서 검토한 간통죄 사건에서의 국민의 인식과 법감정 인용은 그 대표적 예가 될 것이다.

182) 가령 현재는 오늘날 교육감 직선제의 이론적 출발점이 된 교육자치 혹은 지방교육자치에 대해서, 헌법 제31조 제4항을 제도보장으로서의 교육자치를 규정하고 있다고 하면서, 지방교육자치는 교육자치라는 영역적 자치와 지방자치라는 지역적 자치가 결합한 형태이고, 지방교육자치의 기본원리는 주민참여의 원리, 지방분권의 원리, 일반행정으로 부터의 독립, 전문적 관리의 원칙 등을 드는 것이 보통이라는 등의 설시를 이어가는데 (헌재 2000. 3. 30. 99헌바113; 헌재 2002. 3. 28. 2000헌바283등), 이와 같은 기본원리와

사실관계와 헌법해석의 근거와 맥락, 체계를 온전히 파악하는 계기가 될 수 있고, 그럴 때 헌재 결정에 대한 비판이 더 원활하고 충실하게 이루어질 수 있을 것이기 때문이다.¹⁸³⁾

헌법재판소는 대립당사자의 의견을 직접 듣거나 서면심리를 한 후, 그중에서 특정한 사실과 법리를 취사선택한다. 헌재의 심리와 재판과정은 기본적으로 공평무사하게 형평의 저울을 재는 법적 논증의 과정이지만, 자칫 비교형량이 자의적이거나 당파적이 되면 사법권력의 행사에 그칠 수도 있는 양날의 검이다. 정당한 국가 권력행사가 되기 위해서는 재판의 법적 논증이 견고해야 하며, 이는 판결문에 충실히 반영되어야 한다. 그렇지 않고 빈약한 논리로 결론을 ‘선언’하는 모습으로 비치게 되면 그것은 논증이기보다는 사법적 권력의 선언 내지 결단에 그치는 것이다. 물론 내로라하는 법률가들인 헌법재판관의 심중(心中)에는 대부분 정연하고 견고한 논리가 서있을 것으로 생각한다. 그러나 판결문에 충분히 표현되지 않고 재판관의 심중에만 머무른 법리와 논증은 외부에서 파악할 수 없으므로 이해를 구할 수 없다. 특히 단심제이고 거의 대부분의 사건에서 공개변론절차를 거치지 않고 있는 오늘날 헌법재판의 현실을 직시한다면, 결정문의 상세함과 논리정연함의

내용을 밝히는데 있어서 아마도 기왕의 헌법학계, 특히 교육(법)학계의 논의를 차용한 것으로 보이지만 특별히 인용도 없고 또 풍부한 논증이 이루어지고 있지도 않다. 기왕에 헌법학계나 헌법재판 실무에서 일반적으로 받아들여지고 있는 내용이 아니라 새롭게 논의되는 사건에 적용되는 개념과 원리를 설시함에 있어서는 되도록 그러한 개념이나 원리의 헌법적 근거나 배경을 밝히고, 그것이 우리 헌법체계에서 어떤 위치를 가지는지에 대한 더 상세한 설명과 논증이 필요하다고 생각된다. 이와 관련한 비판적 재검토에 대해서는, 윤성현, “지방교육자치제와 교육감 직선제의 헌법학적 재검토”, **세계헌법연구** 18(1)(2012.4), 특히 102-107면 참조.

¹⁸³⁾ 미 연방대법원 판결문에서는 신문기사, 규정, 통계, 논문(법학자는 물론 사회과학자 등도) 등을 다양하게, 그리고 비교적 상세하게 인용되고 있는 점과 비교해볼 수 있다. 또한 판결문에서 인용한 온라인 소스를 홈페이지를 통해서 밝히고 있기도 하다. Online Sources Cited in Opinions https://www.supremecourt.gov/opinions/cited_urls/21 가령 Fisher v. University of Tex. at Austin 사건의 경우 온라인 출처만 24개에 달하고, 그 중에는 통계 조사 같은 내용도 상당수에 이른다(https://www.supremecourt.gov/opinions/cited_urls/15). 물론 우리의 경우 사건 부담이 미국에 비해 훨씬 크다는 점에서 단순히 양적으로 비교하는 것은 무리이지만, 적어도 가장 기본적이고 중요한 부분에 있어서 하나씩 시작하는 것은 의미가 있다고 생각한다. 그리고 사실 이것은 지금으로서도 크게 어려운 일도 아니라고 보이는 것이, 헌재 결정문은 헌법연구관의 보고서와 초안으로부터 출발하고, 보고서에는 이미 상당한 인용이 이루어지고 있고 또 인용을 요구할 수 있기 때문에, 이를 결정문에 지금보다 더 충실히 인용하고, 필요하다면 그것을 공동부를 통해서 혹은 외부 공개변론이나 이해관계인 서류 등을 통해서 추가·교차 검증하는 방식으로 진화할 필요가 있다.

중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

3. 헌법재판 외부와 헌법적 대화의 확대

가. 국내외 법원과의 관계

(1) (대)법원의 헌법판단 활성화를 통한 헌법해석 경쟁

우리 헌법상 헌법재판의 중심은 당연히 헌법재판소에 있지만, 각급 법원도 위헌 법률심판 제청권한과 명령, 규칙에 대한 위헌심사권 등을 통해 헌법해석권한을 가지고 있고,¹⁸⁴⁾ 특히 위헌제청이 신청된 경우에도 합헌적 법률해석을 한 사례들도 헌법해석의 사례이며,¹⁸⁵⁾ 또 동일하거나 유사한 사실관계와 쟁점에 대해서 당사자들이 일반법원에 소를 제기하면서 동시에 헌법소원이나 위헌법률심판 등을 병행적으로 제기하는 경우도 흔하므로, 이런 경우 양 기관이 헌법해석에 대해 선의의 경쟁을 벌일 수 있는 구도가 펼쳐지고 있다.¹⁸⁶⁾

184) 헌법 제107조

- ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.
- ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.

헌법재판소법 제41조(위헌 여부 심판의 제청)

- ① 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청한다.

헌법재판소법 제68조(청구 사유)

- ② 제41조제1항에 따른 법률의 위헌 여부 심판의 제청신청이 기각된 때에는 그 신청을 한 당사자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 이 경우 그 당사자는 당해 사건의 소송절차에서 동일한 사유를 이유로 다시 위헌 여부 심판의 제청을 신청할 수 없다.

185) 김진한, “합헌적 법률해석의 원칙과 위헌적 법률해석의 통제범위와 기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결에 대한 평석을 중심으로 -”, **헌법학연구** 18(1)(2012.3); 조동은, “헌법합치적 법률해석과 법원의 기본권보장의무 - 대법원과 하급심의 기본권 영역에 관한 최근 판례를 중심으로 -”, **헌법학연구** 23(3)(2017.9) 등 참조.

186) 예컨대 양심적 병역거부에 대한 소송, 연명치료에 대한 소송 등이 그 예가 될 수 있고, 최근 집단소송의 형태로 여러 군데서 다투어지고 있는 중부세 위헌소송의 경우 행정소송 및 위헌소송(위헌제청, 헌법소원)이 병행적으로 제기되고 있는 좋은 예이다. 최근 진행된 정당해산이나 탄핵심판의 경우에도 헌법소송과 더불어 관련 당사자에 대한 형사재판이 병행적으로 진행된 것도 상기해볼 수 있다.

법원의 헌법판단은 점점 늘어나고 있지만 아직 충분하다고 보이지는 않는데,¹⁸⁷⁾ 만약 재판에 대한 헌법소원이 도입되게 된다면 헌법소원을 통한 기본권의 완결적 구제라는 대명제를 충족하는 동시에, 재판소원이 헌법재판소에 의해 인용되는 상황을 방지하기 위해서 법원이 지금보다 헌법판단에 더욱 적극적으로 나서리라는 것도 충분히 예상해볼 수 있다. 따라서 현재의 위헌법률심판 제청 혹은 기각권한 행사 시 헌법해석을 좀 더 충실히 하는 방안과 더불어, 재판소원을 도입하는 방안 또한 법원의 헌법해석을 획기적으로 개선하는 길이 된다.¹⁸⁸⁾

법원의 헌법판단이 부족한 것은, 한편으로는 현제가 결정문에서 법원의 헌법판단에 대해 좀 더 비중을 두고 판단하지 않는 것에 대응되는 것일 수도 있다.¹⁸⁹⁾ 현제가 법원의 헌법판단 내지 의견에 대해 적극적으로 호응하면서 사법부 간 숙의거버넌스를 구성해나갈 필요가 있다.¹⁹⁰⁾ 즉 양 기관이 서로 최고 사법기관으로서의 경쟁관계를 의식하여 서로의 목소리나 논리를 외면하거나 배척하지 말고, 최고의 법정조언자(amicus curiae)라는 연대의식 하에 사법적 대화의 파트너로 서로를 최우선으로 존중할 때, 양 기관의 위상은 오히려 동반 상승할 것이다.¹⁹¹⁾

187) 그와 같은 지적은, 예컨대 김하열, “한국 헌법재판제도의 성과와 과제”, **저스티스** 146(2)(한국법학원, 2015.2), 103면; 송기춘, “법원의 헌법재판”, **공법학연구** 15(1)(2014.2) 등 참조. 이에 반해 법원의 위헌제청 건수가 적다고 단정할 수 없다는 견해는, 정계선, “법원의 헌법적 판단”, **헌법학연구** 21(4)(2015), 127면.

188) 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, **헌법학연구** 16(4)(2010.12) 참조.

189) 다만, 그럼에도 헌법재판소법 제68조 제2항의 위헌소원(헌바사건)에 비해 제41조 제1항의 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판(헌가사건)의 인용률이 현저히 높다는 것은 분명한 사실이다. 가령 “헌법재판소가 설립된 이래 법원이 위헌제청한 사건은 877건이고 그중 838건이 처리되었는데, 그중 위헌, 헌법불합치, 한정위헌, 한정합헌을 포함하여, 최광의의 위헌결정에 포함되는 사건은 341건이고 심판제청한 사건 대비 위헌결정 비율은 40.6%로 제68조 제2항 헌법소원의 위헌결정 비율 2.4%와는 큰 차이를 보이고 있다. 이에 비추어 보면, 법원이 위헌법률심판제청신청에 대한 위헌심사를 비교적 충실히 행하고 있다고 볼 수 있다.”라는 지적은, 정계선, 위의 논문, 126면.

190) 가령 최근 사건 접수 후 10년 만에 선고된 업무방해죄에 관한 현재 결정(현재 2022. 5. 26. 2012헌바66, 위력에 의한 업무방해 사건)에서, 현제가 법정 의견(합헌)은 물론이고 5인 반대의견(일부 위헌)에서도, 업무방해죄 구성요건으로서 ‘위력’ 개념의 해석에 대한 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결의 판단을 각각 주된 논거로 인용하면서 의견 대립을 하고 있는 부분은, 현제가 법원의 해석에 대해 적극적으로 대응하여 헌법적 대화를 진행했다는 측면에서는 바람직한 부분이 있다. 다만 현재의 결론이, 지금 시대 헌법해석으로서 유효하고 적절한 것이냐는 실제적인 측면은 헌법적, 노동법적, 형사법적으로 심층적인 고찰을 요하는 것이므로 본고에서는 판단을 유보한다.

191) 가령 현재 2017. 12. 28. 2017헌가15, 의료법 제82조 제1항 등 위헌제청 (시각장애인

최근 이러한 사법부 내의 다양한 숙의구조의 동학이 잘 나타난 사례로 양심적 병역거부 사건을 들 수 있다.¹⁹²⁾ 이는 법원과 헌법재판소라는 양대 최고 사법기관의 경쟁구도 측면에서도 바라볼 수 있지만,¹⁹³⁾ 여기서 주목할 수 있는 것은 법원 하급심의 역할이다.¹⁹⁴⁾ 가령 양심적 병역거부에 대해서는 1심 법원에서 처음으로 양심적 병역거부 위헌제청(2002년)과 무죄 판결(2004년)이 있었고,¹⁹⁵⁾ 2004년 대법원 전원합의체 판결에서 양심적 병역거부에 대해서 대체복무제의 도입 필요성을 강조한 보충의견과 반대의견이 최고법원 수준에서 처음으로 개진되었으며,¹⁹⁶⁾ 이어서 1심 법원의 무죄판결이 점차 늘어나고 2심 법원에서도 무죄 판결이 나오기 시작하는 등, 현재와 대법원의 입장이 변경되는 과정에서 법원의 하급심이 중요한 계기와 동력을 제공하였음을 부인할 수 없다.¹⁹⁷⁾¹⁹⁸⁾

안마사제도에 관한 사건) 사건에서, 현재가 안마사제도에 관한 기왕의 현재의 선례를 인용한 뒤, 3문단에 걸쳐 상당히 자세하게 제청법원의 의견을 적시하고 이에 응답하고 있음은 사법적 대화의 바람직한 예라고 볼 수 있다. 또한 정계선 부장판사의 다음과 같은 제언도 같은 취지로서 경청할 가치가 있다. “법원과 헌법재판소 두 기관 모두 헌법 재판기관으로서 어느 한 기관에게 합헌적 법률해석의 최종권한이 있다고 보기 어려운 우리 사법체계 내에서 한 기관이 일방적 우위에 서려는 시도는 자제되어야 하고, 두 기관이 상호 존중하면서도 국민의 기본권 보장이라는 관점에서 그 논증의 타당성과 설득력을 바탕으로 헌법 내지 법률해석의 차이를 조정해 나가는 발전적 경쟁관계가 정립되어야 한다.”(정계선, 위의 논문, 150면).

- 192) 이러한 측면에서의 분석으로, 김예영, “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”, **사법** 38(2016.12).
- 193) 지난 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결이 먼저 선고된 이후에 곧이어 한 달 만에 현재 2004. 8. 26. 2002헌가1 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청 결정이 합헌으로 선고되었고, 최근 현재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 병역법 제88조 제1항 등 위헌소원 (양심적 병역거부 사건) 사건에서 대체복무제를 규정하지 아니한 부분에 대해서 헌법불합치 결정이 난 후 석 달 만에 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 [병역법위반]에서 양심적 병역거부가 병역법 제88조 제1항에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부에 대해 한정 적극의 판결을 평행적으로 선고하고 있는 점을 주목해볼 수 있다.
- 194) 故 이흥훈 前 대법관도 한겨레 신문과의 인터뷰에서 하급심의 역할을 다음과 같이 강조한 바 있다. “대법원에선 실제로 판례를 바꾸기가 쉽지 않다. 하급심에서 뭔가 조금이라도 바뀌 대법원에 올리면 다시 생각하는 계기가 될 수 있다. 생각이 더 앞설 수도 있는 젊은 세대가 아래에서 전향적으로 판례 변경을 추동하는 힘이 있어야 한다. 그래서 젊은 법관들이 기존의 판례에 너무 얽매이는 것은 바람직하지 않다.”(“법관은 법리뿐 아니라 정의에 맞는 판결해야”, 한겨레 (2011. 9. 4))
- 195) 2002년 1월 29일 서울남부지방법원은 병역법 위반 사건에 대해 직권으로 위헌법률심판 제청결정을 하였으며(서울남부지방법원 2001고단5819 병역법위반), 2004년 5월 21일에 병역법 위반 사건에 대하여 1심에서 처음으로 무죄 선고를 내렸다(2002고단3940).
- 196) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결

(2) 국제적 헌법대화의 활용

위 양심적 병역거부 사례는 헌법재판소에서 2018년 헌법불합치 결정이 나오기까지 일반법원(특히 하급심 법원)으로부터 촉발된 상호작용, 즉 헌법적 대화가 활발하게 이루어졌고, 또한 여기에는 헌재가 2018년 결정에서 실시했듯이 국가인권위원회, 국방부, 국회 등 다른 국가기관들에서도 활발한 의견개진이 있었다. 그러나 동 사안에서 이에 못지않게 중요한 부분은 국제적 헌법대화가 적극적으로 활용된 부분이다.

2018년 헌재 결정문을 보면, ‘국제인권규범에 비추어 본 양심적 병역거부’라는 제하(題下)에서, 1966년 국제연합(UN)에서 채택한 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ‘자유권규약’) 제18조, 1993년 자유권규약위원회(Human Rights Committee)의 일반의견, 국제연합 인권위원회(United Nations Commission on Human Rights)의 반복된 결의, 2006년부터 국제연합 인권위원회를 대신하게 된 국제연합 인권이사회(United Nations Human Rights Council)의 2013. 9. 27. 양심적 병역거부에 관한 결의, 그리고 유럽연합의회가 채택한 ‘유럽연합 기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union)’에서 양심적 병역거부권을 인정한 제10조 제2항, 양심적 병역거부가 유럽인권협약 제9조에 의하여 보장된다는 유럽인권재판소 판결[Bayatyan v. Armenia (Application no. 23459/03)] 등을 서두에서 자세하게 언급하였는데, 이처럼 국제인권규범이나 또한 외국의 각 헌법재판소와 대륙별 인권재판소, 국제재판소 등의 판결, 그리고 우리나라가 가입하여 매우 활발하게 활동하고 있는 베니스위원회와 같은 국제기구의 지침 등은, 비록 아직까지 헌법재판소나 법원이 직접적으로 법원(法源)으로 삼는 경우는 찾아보기는 어렵지만, 점차 이를 적극적으로 참조하고 원용하려는

197) “하급심의 14년 반란, 대법 판결 바꿨다... 양심적 병역거부 판결 역사”, 경향신문 (2018. 11. 1)도 참조. 또한, 비슷한 사안을 담당하는 같은 심급 내의 여러 재판부와 대법원을 정점으로 한 심급별 판단이 헌법적 논의를 보다 깊고 풍부하게 하는 토양이 될 수 있다는 견해로, 정계선, 위의 논문, 147면.

198) 그런데 이와 같은 사법적 숙의의 역사에도 불구하고, 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379등 병역법제88조 제1항 등 위헌소원 (양심적 병역거부 사건)에서 다른 국가기관들의 양심적 병역거부에 대한 입장을 언급하면서 헌재, 인권위, 국방부, 국회 뒤에 법원을 맨 뒤에 배치하면서, 그나마 “법원에서도 최근 하급심에서 양심적 병역거부에 대해 무죄판결을 선고하는 사례가 증가하고 있다.”라는 단 한 줄의 문장으로 법원의 역할을 언급하는데 그치는 부분은 다소 석연치 않은 느낌을 준다. 본 사례는 헌법적 대화의 구도를 드러내는 매우 모범적인 예이고 법원은 그 출발점을 제공한 기관인데, 헌법적 대화에 있어 상대 기관에 대한 존중이 다소 부족한 것으로 비춰진다.

움직임이 활발해지고 있음을 주목해볼 수 있다.¹⁹⁹⁾

게다가 외국법원의 판결이나 국제인권기구의 규범 등을 단순히 수용하고 참조하는 것을 넘어, 오늘날 우리 헌법재판의 높아진 위상을 바탕으로 아시아 헌법재판 소연합과 베니스위원회 등에 주도적으로 활발히 참여하면서 우리의 헌법재판 경험을 세계에 소개하고 또한 경우에 따라서는 외국이나 국제기구의 규범 성안에 일조하는 등 인권과 민주주의의 보편성에 대한 믿음을 기반으로 헌법재판에 대한 국제적 헌법대화의 수준이 나날이 제고되고 있음을 확인할 수 있다.²⁰⁰⁾

나. 입법부·행정부 등 다른 국가기관들과의 헌법적 대화

지금까지 헌법재판소는 입법부와 행정부에 대해 위헌심사나 권한쟁의를 통해서 사법적 통제의 관점에서 주로 접근해왔다. 행정부의 경우는 재판소원 금지에 의해 원처분에 대한 헌법소원도 막힘으로 인해 다소 제한적인 통제가 이루어지고, 입법부가 제·개정된 법률에 대해서는 상당히 폭넓은 위헌심사 및 법률에 대한 헌법소원이 이루어지고 있다.

따라서 입법부와와의 관계에서 지금보다 더 활발한 헌법적 대화가 이루어져야 한다는 점은 분명하다. 특히 입법부는 민주적 대의기관이기 때문에, 현재가 만연히 위헌심사로 통제하는 것만이 능사는 아니며, 입법부로서도 자신의 헌법해석을 좀 더 적극적으로 개선하고 제한적이거나 이것이 통용될 수 있는 제도를 마련하는 것도 고려해볼 필요가 있다.²⁰¹⁾

이를 위해서는 사전적으로 각 입법단계에서 위헌성에 대한 검토가 좀 더 적극적·체계적으로 이루어질 필요가 있다. 입법에 대한 헌법적 검토 내용을 입법조사관

199) 최근 헌법재판에 국제인권법이 더 적극적으로 적용되어야 한다는 견해들로, 신윤진, “국제인권규범과 헌법: 통합적 관계 구성을 위한 이론적·실천적 고찰”, **서울대학교 법학** 61(1)(2020.3); 원유민, “헌법재판소 위헌결정과 국제인권법”, **국제법학회논총** 65(2)(2020.6); 정광현, “국제인권규약과 헌법상 기본권”, **헌법재판연구** 6(1)(2019.6) 등 참조.

200) 우리 헌법재판소가 아시아의 베니스위원회와 같은 역할을 맡아주길 기대하면서 유치한 국제기구인 아시아헌법재판소연합 연구사무국(AACC SRD)은, 현재 아시아 헌법재판 기관 간 활발한 대화와 교류의 마중물 역할을 수행하면서 다가올 미래에는 아시아 인권재판소 등 더 고양된 사법협력관계를 추진하려는 장기 플랜을 가지고 운영되고 있다 (윤성현, “아시아헌법재판소연합 연구사무국 조직·운영 모델 연구 - 아시아의 베니스위원회 구상의 현실화를 위한 시론 -”, **가천법학** 11(2)(2018.6) 참조).

201) 가령 터쉬넷(Tushnet)은 대화적 사법심사를 주장하면서 미국에서도 캐나다와 같이 의회의 합리적인 헌법 해석에 법적 효력을 주어야 한다고 주장한다는 것으로, 김선희, 앞의 보고서, 32-33면 참조.

보고서와 국회 각 단계의 회의록에 입법 관련 사실로 충실히 남길 필요가 있고, 또한 현행 법사위의 체계·자구심사에 위헌성 검토를 명시적으로 포함하여 충실화하는 방안, 혹은 사전입법영향 평가를 새로 도입하면서 거기에 위헌심사를 포함시키는 방안, 아니면 별도의 사전적·추상적 규범통제 절차를 마련하는 방안 등을 모색함으로써 의회 내에서 사전적으로 헌법변론과 논증이 활성화되도록 하고, 예측할 수 있는 사안이었음에도 부실한 입법으로 사후에 위헌결정이 선고됨으로써 생길 수 있는 국가와 국민에 대한 피해와 리스크를 낮추는 방안이 강구되어야 한다. 또한 입법 이후 사후적으로 법률에 대한 위헌결정이 내려지게 될 경우, 그에 대해서 의회가 전적으로 기속되어야 하는 것인지 아니면 의회가 반복입법 등으로 대응할 수 있는 것인지에 대해서도 좀 더 심도 있는 논의가 요청된다.²⁰²⁾

만약 재판소원이 도입되면, 행정청의 가장 중요한 행정작용인 ‘처분등’의 경우 과거 행정소송의 대상이 되므로 재판소원 금지 규정으로 인해 이에 대한 헌법재판소의 통제가 원칙적으로 어려웠던 데서 벗어나, 이미 헌법재판소가 심사대상으로 삼아온 행정입법이나 권력적 사실행위 등과 함께 ‘처분등’을 포함하는, 행정권에 대한 포괄적인 위헌심사도 가능해지게 되므로, 이에 상응하여 행정부와의 관계에서도 더 긴밀한 소통과 대화가 필요하게 될 것이다. 한편, 행정처분 등에 대한 직접적인 위헌심사의 경우가 아니라 할지라도, 위 양심적 병역거부 등의 경우에서 볼 수 있듯이 특정한 종류의 입법이나 정책, 제도에 대해서는 관련 행정기관은 이해관계인으로서 헌법재판소에 비해 실제적 전문성의 측면에서는 강점을 가질 수 있으므로 역시 헌법적 대화의 상대방으로서 고려해야 한다. 행정부처에는 정부조직법상의 일반 행정기관만이 아니라 점차 독립행정기관의 유형도 많이 등장하고 있는데, 그 중에서도 중앙선거관리위원회나 국가인권위원회 등 독립성이 중요시되고 선거나 인권 등 해당 분야에 전문성을 갖춘 기관들의 경우에는 역시 헌법적 대화의 파트너로 존중하는 것이 필요하다고 생각된다.²⁰³⁾²⁰⁴⁾

202) 김선희, **미국 연방대법원과 연방의회의 관계 - 판결대응입법을 중심으로**(헌법재판연구원, 2014)도 참조.

203) 국가인권위원회는 아래와 같이 법원 및 헌법재판소에 대한 의견 제출권이 법률상 보장되어 있으므로, 국가인권위원회는 물론 현재도 필요한 경우 인권위에 의견 제출을 요청하면서 양 기관이 헌법적 대화에 더 적극적으로 나설 필요가 있다.
국가인권위원회법 제28조(법원 및 헌법재판소에 대한 의견 제출) ① 위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속(係屬) 중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정할 때에는 법원의 담당 재판부 또는 헌법재판소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다.

행정부처 중에서 특히 법무부는 헌법재판에서 매우 중요한 역할을 한다. 법무부장관은 위헌법률심판과 헌법소원심판에서 의견서를 제출할 수 있는 권한을 가지기 때문이다.²⁰⁵⁾ 이는 법정조언자 제도가 채택되어 있지 않고 공개변론이 극히 제한적으로만 운영되는 현 상황에서는 더욱 중요한 의미를 가질 수 있다. 법무부의 헌법재판 수행이나 자문 등 업무는 과거 법무부 국가송무과에서 검사와 공익법무관들을 중심으로 이루어졌는데, 지난 문재인 정부에서 법무부 탈검찰화 기조와 함께 송무심의관 및 국가소송과, 행정소송과로 조직과 인력을 개편하였다.²⁰⁶⁾ 개편 후 헌법재판 관련 업무는 행정소송과가 담당하고 있으며,²⁰⁷⁾ 행정소송과의 변호사 인력은 비검찰 임기제 변호사들과 공익법무관들이 핵심이다.²⁰⁸⁾ 한편 공공부문에

② 제4장 및 제4장의2에 따라 위원회 또는 제50조의3제1항에 따른 군인권보호위원회가 조사하거나 처리한 내용에 관하여 재판이 계속 중인 경우 위원회는 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정할 때에는 법원의 담당 재판부 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다. <개정 2022. 1. 4.>
[전문개정 2011. 5. 19.]

204) 중앙선거관리위원회는 인권위처럼 헌법재판소에 직접 의견을 제출하는 권한이 법률상 보장되어 있지는 않지만, 아래와 같이 국회에 선거·국민투표 등 소관사항에 대해 의견을 제출할 권한이 있는 독립적이고 전문성을 갖춘 기관이므로, 관련 내용에 대해 헌법재판이 계속 중인 경우 헌재가 중앙선거위에 의견제출을 요청하는 것도 의미있다고 본다. 선거관리위원회법 제17조(법령에 관한 의견표시등) ② 중앙선거관리위원회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법률의 제정·개정 등이 필요하다고 인정하는 경우에는 국회에 그 의견을 서면으로 제출할 수 있다. <신설 1992. 11. 11., 2016. 1. 15.>

1. 선거·국민투표·정당관계법률

2. 주민투표·주민소환관계법률. 이 경우 선거관리위원회의 관리 범위에 한정한다.

205) 헌법재판소법 제44조(소송사건 당사자 등의 의견) 당해 소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌 여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다.

헌법재판소법 제74조(이해관계기관 등의 의견 제출)

① 헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다.

206) 법무부, “『국가송무체계 개선』 효율적·통일적 지휘체계 구축 - 송무심의관 신설, 1심의관 2과 100명 규모로 전담 조직 운용 -”, 법무부 보도자료 (2020. 8. 5).

207) 법무부 법무실 행정소송과의 분장사무 범위에는, ○ 행정소송(특허소송을 포함한다)의 수행 및 지휘·감독에 관한 사항, ○ 법무부 소관 행정심판의 처리, ○ 소송총괄관의 지휘·감독(행정소송에 한정한다)에 관한 사항, ○ 헌법재판의 수행, ○ 행정 각 부처의 헌법재판사무에 관한 법률적 자문, ○ 헌법재판과 관련한 헌법제도의 연구, ○ 헌법재판과 관련한 자료의 조사·수집 및 간행, ○ 행정 각 부처의 헌법재판사무에 관한 법률적 자문이 포함되어 있다(법무부 소개 - 조직과 기능 - <https://www.moj.go.kr/moj/265/subview.do#legal>).

208) 행정소송과는 법무부 내부 인사배치기준에 따라, 1) 임기제 서기관(4급), 임기제 사무관(5급), 2) 법무관, 3) 수습변호사(6개월 실무수습)들로 구성되어 있다. 최근까지 행정소송과의

특화된 국가로펌 형태의 정부법무공단은, 위헌법률심판과 헌법소원심판 사건에서 이해관계인인 정부부처와 자치단체를 대리하고, 입법과정에서의 사전적 합헌성 검토 등을 수행하는 등 법무부의 업무를 위임받아서 수행하기도 한다.²⁰⁹⁾

법무부는 최근 국가송무체계 개선을 통해서, 소송지휘의 효율성과 통일성을 확보하고, 역시 소송지휘의 계속성과 일관성을 확보하며, 각종 전문성을 지닌 인력들이 전문성을 축적·확보하게 될 것을 기대하고 있다.²¹⁰⁾ 그런데 변경 전이든 후이든 법무부 내에서 헌법재판 관련 업무가 차지하는 비중은 상당히 낮아 보이고, 담당 인력의 전문성을 담보할 만한 장치도 찾아보기 어렵다.²¹¹⁾ 앞으로 법무부 내에도 지금과 달리 헌법재판에 특화된 부서를 만들고 여기에서 지속적으로 헌법재판 전문성을 가진 인력을 높일 수 있는 환경을 조성한다면, 앞으로 헌법재판소와 더 건설적인 헌법적인 대화의 파트너가 될 수 있음과 동시에 또한 여러 중요 사안에 있어서 법정조언자에 머무르는 기능을 수행할 수 있을 것이다.²¹²⁾

이를 위해서는 연방대법원의 정부 측 소송수행 및 감독 업무, 또한 법정조언자로서의 역할을 수행하는 미국 법무부 송무차관실(the Office of the Solicitor General)을 일정 부분 벤치마킹할 수 있다.²¹³⁾ 송무차관(Solicitor General)은 미국 법무부 내

헌법재판은 사무관 1명과 법무관 2.5명이 담당하였고, 따라서 헌법재판 업무 전반을 대응하기에는 부족하므로 관련 내용에 따라서 검찰국 형사법제과나 법무실 상사법무과에서도 일부 나누어 업무를 처리하고, 의견서 작성과 공개변론 참여는 해당 헌법재판 사건을 배당받은 공익법무관이 수행하였다. 그런데 2022년 5월부터 행정소송과 업무분장이 변경되면서, 헌법재판을 전담하는 사무관(변호사자격증 소지자)이 3명으로, 그리고 법무관이 9명으로 증원되면서 인력 측면에서 종전보다 헌법재판 대응역량이 강화되었다 (동 내용은 법무부 오준호 공익법무관에게 개별적으로 요청해서 받은 ‘법무부 송무심의관실 업무 수행 관련 자료.’(2022.6)를 토대로 하였다). 이는 6. 27 법무부의 권한쟁의심판 청구 이후 소송수행을 위한 일시적 조정으로 보이는데, 권한쟁의심판 이후 재조정 추이를 지켜볼 필요가 있다.

209) 정부법무공단-헌법소송(<https://www.kgls.or.kr/business/constitution.html>) 참조.

210) 위 법무부 보도자료 (2020. 8. 5), 5-6면.

211) 지금까지 헌법재판절차에서 법무부장관이 가지는 지위와 역할에 대한 인식이 심도 있게 이루어져 오지 않았으며, 검사와 법무관들이 돌아가면서 헌법재판 관련 업무를 맡는 구조로는 인력의 전문성과 의견서의 신뢰성에 한계가 있다는 지적으로 전종익, “미국 연방대법원 재판절차와 송무차관(Solicitor General)의 역할”, **강원법학** 45(2015.6), 573-575면 참조. 이는 송무구조 개편 전 상황에 대한 논평이지만, 위에서 본 바와 같이 최근 개편 후에도 헌법재판과 관련해서 유의미한 개선이 이루어졌다고 보이지는 않는다.

212) 현재가 의견서 제출을 요청한 경우, 법무부장관이나 이해관계 있는 국가기관 등이 의견서와 더불어 관련된 자료를 제출하는 경우가 많지만, 아무런 의견도 제출하지 않는 경우도 적지 않다고 한다(강일원, 앞의 논문, 21면). 이는 법무부에서 헌법재판이 충분히 중요하게 취급되지 않고 또한 법무부의 전담 인력이 충분하지 않기 때문으로 보인다.

4번째 서열이지만, 연방대법원의 가장 유력한 법정조언자인 동시에 제10의 대법관(The Tenth Justice)이라고 불릴 만큼 그 영향력과 권위를 인정받고 있는데,²¹⁴⁾ 송무차관실은 송무차관 외에 4명의 부차관(Deputies), 16명의 변호사(Attorney Assistants), 4명의 1년 임기의 펠로우(Bristow Fellows) 등으로 단계적으로 구성되며,²¹⁵⁾ 지속적으로 연방대법원 사건을 다루면서 전문성을 키워 연방대법관들의 신뢰를 얻고 있다.

다. 시민사회·여론과의 공론장 마련

(1) 헌법소원 등 헌법재판을 통한 국민 여론과의 헌법적 대화

헌법소원은 우리 헌법이 정한 5가지 헌법재판 유형 중에서 유일하게 국민이 직접 청구권자가 되는 재판유형으로,²¹⁶⁾ 국가기관이 청구권자가 되는 다른 4가지 유형에 비해 압도적으로 많은 수의 헌법소원이 접수되어 처리되고 있다.²¹⁷⁾ 따라서 헌법

213) 전종익, 위의 논문, 565-569면 참조. 단 미 연방대법원은 헌법사건은 물론 모든 종류의 사건을 다루는데 반해, 우리는 헌법재판소와 대법원으로 최고법원이 이원화되어 있기 때문에, 국가송무체계에서 헌법재판과 함께 행정소송에 대한 대응 역량도 중요하다는 차이를 감안할 필요는 있다.

214) Lincoln Caplan, *The Tenth Justice: The Solicitor General and the Rule of Law* (1st edition) (Knopf, 1987). 실제로 최초의 흑인 대법관인 서굿 마셜(Thurgood Marshall)도 송무차관 출신이고(1965-1967), 현직 엘레나 케이건(Elena Kagan) 대법관도 오바마 정부 때 송무차관 출신이다(2009-2010). 그 밖에 현직 대법관 중에서 John G. Roberts, Jr. 대법원장(Principal Deputy Solicitor General, 1989-1993), Samuel A. Alito(Deputy Assistant Attorney General, 1985-1987), Neil M. Gorsuch(Principal Deputy Associate Attorney General, 2005-2006), Brett M. Kavanaugh(attorney, 1992-1993) 등 무려 4명의 현직 대법관이 송무차관실 경력을 가지고 있다(이상 <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy> 참조).

215) 미국 법무부 송무차관실 홈페이지(<https://www.justice.gov/osg/employment-opportunities>) 참조.

216) 1972년 헌법에서부터 1980년 헌법까지 존속했던 헌법위원회에서는 위헌법률심판의 요건에 대법원의 제청이 있어야 한다고 함으로써 단 한 건도 위헌제청이 이루어지지 않는 결과를 낳았다. 1987년 헌법에서 헌법소원의 도입은 국민이 직접 헌법재판소에 청구할 절차적 권리를 보장한 것으로 그 의의가 크다(당시의 상황에 대해서는, 이범준, 주40의 책, 53-55면 참조).

217) 1988. 9. 1 ~ 2022. 2. 28. 기준으로 44,864건이 접수되었는데, 그중에서 헌법소원 사건이 43,688건(\$68① 34,615건 + \$68② 9,073건), 위헌법률 1,054건, 탄핵 3건, 정당해산 2건(1건은 재심사건), 권한쟁의 117건으로, 헌법소원 사건이 전체 사건 수중에서 97.4%를 차지한다. 다만 헌법소원 사건 처리 수는 42,207건이고, 이 중에서 28,951건(특히 지정 재판부에서 처리되는 것이 26,855건)이 각하로 처리되어, 지정재판부에서 각하 처리된 비율이 63%에 달하므로, 실제로는 접수된 헌법소원 사건 중에서 전원재판부에서 처리하는

소원 사건이 반복적으로 다수가 청구된다든가 혹은 사건 수는 적더라도 청구인들이 다수라고 하면 이는 해당 사건의 중대성과 심각성에 대한 여론의 동향을 읽을 수 있는 일종의 바로미터로 작동할 수 있다.²¹⁸⁾

또한 헌법소원, 특히 그중에서도 오늘날 헌법소원의 큰 비중을 차지하는 법률에 대한 헌법소원의 경우, 당사자는 입법부에 어떤 법률의 개정이나 폐지를 청원하는 것이 대의민주주의의 한계로 인해 쉽지 않은데 비해, 헌법소원을 통해서서는 직접적으로 입법의 폐지 혹은 개정을 청구하고 이에 대해 현재의 응답을 구할 수 있는 공적 참여수단을 얻게 된다.²¹⁹⁾ 이는 당해 사안이 헌법소원의 적법요건을 충족해야 하고, 또 기본권 침해가 있어야 위헌확인 결정을 받을 수 있다는 사법절차로서의 한계는 있지만, 그럼에도 불통의 대의민주주의에 시민이 참여하는 경로가 막혀 있는 현재의 거버넌스 상황을 고려하면, 국민에게 직접적이고 효율적인 참여수단을 보장하는 역할을 하게 된다. 나아가 국민이 청구하는 헌법소원심판 절차에 아래 (2)에서 검토할 공개변론 및 이해관계인·참고인 진술 등의 확대가 결합된다면, 여론의 법정으로 기능하는 헌법재판의 역할에 한 걸음 더 나아가는 것을 기대할 수 있게 한다.²²⁰⁾

(2) 구두변론 및 이해관계인·참고인 진술 등의 확대

탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우에는 필요적으로 구두변론을 열게

사건은 약 1/3 정도라고 볼 수 있다(헌법재판소 일반통계, <https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/selectEventGeneralStats.do>).

218) 그러나 동시에 이는 그러한 효과를 노리기 위해 특정한 소수의 이해관계자나 단체가 반복적으로 같은 소송을 반복하거나 혹은 대규모 청구인을 모아서 기획소송을 한 결과 물일 수도 있기 때문에, 단순히 외양이나 형식으로만 판단할 수 있는 문제는 아니다. 역으로, 중요하지만 사건화가 되지 못하거나 소리 없이 묻히는 사건들도 있다.

219) 이황희, “헌법재판과 공적 참여”, *저스티스* 159(2017.4); 함재학, 앞의 논문, 628-629면도 참조.

220) 유남석 헌법재판소장 2021년 신년사에서 “국민 여러분들께서 헌법재판권을 헌법재판소에 부여하신 이유를 잘 알고 있습니다. 헌법재판을 통해 헌법의 정신과 원리가 국민의 삶 속에 온전히 실현되도록 하는 것이 헌법재판소의 존재 이유이자 사명입니다. 이를 위해서 헌법재판소의 문을 두드리시는 국민 여러분의 목소리와 어려움을 빠짐없이 귀하게 듣고 무겁게 받아들이는 재판소가 되겠습니다. 헌법재판소가 심리하고 판단하는 대상은 법전 속에 인쇄된 활자로서의 법이 아니라, 국민 여러분의 삶 속에 스며들어, 그 안에서 살아 숨쉬는 법이라는 것을 잊지 않겠습니다.”(유남석 헌법재판소장 2021년 신년사, 리걸타임즈 (2021.1.1))라고 하였는데, 이와 같은 제도 개선이 이뤄질 경우 “헌법재판소의 문을 두드리시는 국민 여러분의 목소리와 어려움을 빠짐없이 귀하게 듣고 무겁게 받아들이는 재판소”로 가는 하나의 발판이 될 수 있을 것으로 생각한다.

되어있지만 이들은 모두 국가기관이나 정당을 대상으로 한 것이고 사건 수로는 전체의 1%도 안 되는 극소수에 불과하며, 일반 국민의 기본권 등이 주로 관계되는 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우는 원칙적으로 서면심리에 의하되, 재판부가 필요할 때만 공개변론을 열어 이해관계인이나 참고인의 진술을 임의적으로 들을 수 있도록 되어 있다(헌법재판소법 제30조).

2022년 4월 3일 현재 헌법재판소의 변론횟수 누계는 301건에 불과한데,²²¹⁾ 이 중에서 다수는 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 필요적 변론사건에서의 변론이었음을 고려하면, 위헌법률심판과 헌법소원심판 사건에서 임의적 구두변론이 열린 사례는 매우 드물다. 이처럼 공개변론이 제한적이고 서면심리 위주로 처리되는 것은, 헌법재판의 객관소송적 성격과 더불어 한정된 소송자원의 효율적 분배에 있는 것으로 보이지만, 이제 헌법재판절차를 통해 국민과의 대화, 여론의 법정을 구성하고자 한다면, 사건을 어느 정도 선별하더라도, 본안심리를 하는 사건에 대해서는 전향적으로 공개 변론을 확대하여 사법적 숙의의 장을 원칙적으로 국민에게 개방할 필요가 있다.²²²⁾ 헌법재판에서 공개변론을 충실히 활용하는 것은, 재판관들 사이에도 간접적으로 의사소통을 하거나 설득의 기회를 가질 수 있게 하고, 사회통합과 헌법재판의 정당성 제고에 도움이 될 수 있으며,²²³⁾ 또한 구두변론은 현재 결정의 법치주의적·절차적 정당성을 제고하는데도 중요한 역할을 할 수 있다.

특히 헌법재판소 결정은 단심재판이고 별도의 사실심 절차가 존재하지 않기 때문에, 공개변론 등의 대외적 검증절차 없이 서면심리만으로 하게 되면, 내부에서 연구관들과 재판관들이 수차례에 걸쳐 크로스 체크를 한다고 하더라도 자칫 오류를 걸러내지 못할 가능성이 있고, 이는 경우에 따라서는 헌법재판기관의 위상과 권위에 치명적 손상을 가져올 수 있다. 공개변론은 공개법정에서 당사자나 제3자의 시각으로 공방을 펼치고 논변을 펼치게 함으로써 자칫 재판소 내부자 시각에 치우친 오류 가능성을 방지하는 효과도 기대할 수 있다.

구두변론 사건이 늘어나게 되면, 사건별 변론시간은 현재의 2~3시간보다 줄여서 1시간 내외로 하는 것이 합당해 보인다.²²⁴⁾ 또한 2021. 9. 14. 헌법재판에서 변론·

221) 헌법재판소. 한눈에 보는 사건통계(<https://www.ccourt.go.kr/site/kor/stats/newEventStaticBoard1.do>)

222) 공개변론의 전면적 확대가 부담스럽다면, 헌법연구관에게 변론참여권을 주고 변론준비 절차를 진행하도록 하는 방안이나 수명재판관의 변론절차를 도입하여 우선 현실적인 변론의 확대 효과를 도모해볼 수도 있다(강일원, 앞의 논문, 28면).

223) 정중섭, 앞의 책, 142면.

224) 현재 시간을 명시적으로 제한하는 규정은 없고 심판 규칙에서는 필요에 따라 변론시간을

선고를 생중계 할 수 있는 규정이 신설되었는데,²²⁵⁾ 공개변론의 방법과 수준을 어떻게 할 것인가에 대해서도 별도의 추가적인 검토가 필요하다. 미국 연방대법원의 경우 원칙적으로 모든 사건에 대해 구두변론을 진행하면서도, 방송 등을 통한 생중계는 불허해왔고, 코로나로 원격변론이 처음으로 시도된 상황에서도, 오디오를 통한 변론을 할 뿐 방송으로 생중계하고 있지 않은 부분은, 인상적인 구절(sound bite) 중심으로 재판절차가 지나치게 선정적으로 흘러가는 것에 대한 경계가 담겨있는 것이어서, 참고할 필요가 있다.

이해관계인이나 참고인의 진술에 관해서, 헌법재판소법 제74조에서는 “헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관”으로 제한되어 있고, 헌법재판소 심판 규칙 제10조 제2항에서는 이를 약간 확대하여 “헌법재판소는 필요하다고 인정하면 당해심판에 이해관계가 있는 사람에게 의견서를 제출할 수 있음을 통지할 수 있다.”라고 규정하나, 이는 현재의 직권이자 재량일 뿐이다. 참고인에 대해서도 마찬가지로 형식을 취하고 있다.²²⁶⁾

우리 헌법재판제도에서 이해관계인이나 참고인의 진술 및 의견서를 확대하는 데 있어서는 미국의 법정조언자(amicus curiae) 제도를 참고로 할 수 있다. 이를 긍정적으로 보면, 법정조언자는 대중, 특히 사회적 약자에게 연방대법원이 여론에 무관심하지 않다는 민주적 성격을 재확인시켜준다는 점과 법원과 국민의 신뢰를 확보한다는 점,²²⁷⁾ 그리고 법적 지식이 아닌 사회과학정보 또는 사실적 데이터와 같은 사실적 지식을 제공하여 준다는 점²²⁸⁾ 등에서 그 가치를 찾는다. 그러나 다른

제한할 수 있는 것으로 하고 있는데(헌법재판소 심판 규칙 제12조 ③ 재판장은 필요에 따라 각 당사자의 구두변론시간을 제한할 수 있고, 이 경우에 각 당사자는 그 제한된 시간 내에 구두변론을 마쳐야 한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 경우에 제한한 구두변론시간을 연장할 수 있다.), 실제 변론시간 2~3시간은 너무 길다는 비판이 있다 (이동흡, 앞의 책, 76면).

225) 헌법재판소 심판 규칙 제19조의3(변론 또는 선고의 방송) 재판장은 필요하다고 인정하는 경우 변론 또는 선고를 인터넷, 텔레비전 등 방송통신매체를 통하여 방송하게 할 수 있다. [본조신설 2021. 9. 14.]

226) 헌법재판소 심판 규칙 제13조(참고인의 지정 등) ① 헌법재판소는 전문적인 지식을 가진 사람을 참고인으로 지정하여 그 진술을 듣거나 의견서를 제출하게 할 수 있다.
② 헌법재판소는 참고인을 지정하기에 앞서 그 지정에 관하여 당사자, 이해관계인 또는 관련 학회나 전문가 단체의 의견을 들을 수 있다.

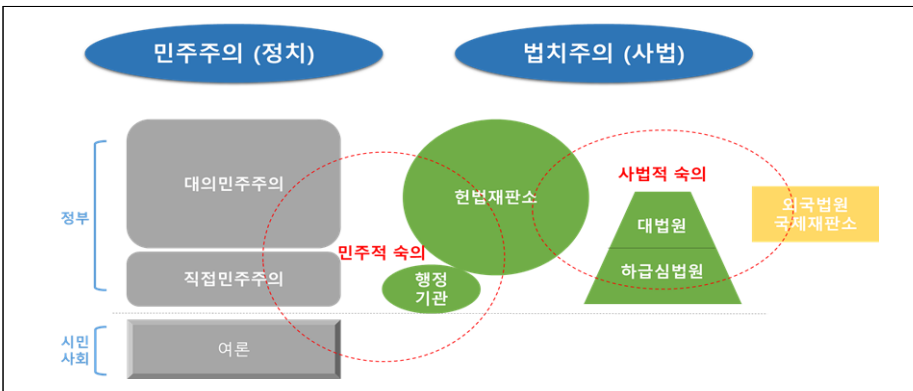
227) 김지영, **미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae) 제도**(헌법재판연구원, 2013), 37면.

228) 정영수, “미국 연방대법원의 Amicus Curiae 제도에 관한 소고”, **원광법학** 34(3)(2018.9), 29-32면 참조. 이는 앞서 논한 바와 같이 사실심으로서의 하급심이 존재하지 않는 우리 헌법재판의 구조에 비추어 상대적으로 더 의미 있는 논거가 될 수 있을 것으로 생각한다.

한편으로는 법정의 로비스트 역할을 하고, 많은 이익단체들이 사회과학적 연구결과를 왜곡하는 경향이 있는데 법정에서 이를 검증할 적합한 매커니즘이 없다는 지적 등이 있다.²²⁹⁾

장단점이 각각 있고, 미국과 우리의 재판 구조와 환경이 다르다는 점을 고려하더라도, 여론의 전방위적 영향이 커지는 시대에, 사법절차 내에 국민의 목소리를 들을 수 있는 창구를 마련함으로써 국민과의 접촉면을 넓히고 소통의 장을 확대하여 시대의 기후를 읽는 장(場)으로 활용하는 것은, 숙의민주주의의 가치를 제고하는 이익을 기대할 수 있게 한다.²³⁰⁾ 당장은 헌법재판소가 직권으로 제출을 요구할 수 있는 이해관계인이나 참고인의 진술 및 서면 등의 활용을 확대해가면서, 그것이 긍정적으로 평가될 경우 향후 법정조언자에 준하는 제도를 도입하는 방안을 차분히 검토해볼 필요가 있다고 생각된다.

이상 필자의 문제의식에 따라 헌법재판을 둘러싼 통합적 숙의·대화 거버넌스를 개략적으로 도표화하면 다음과 같다. 헌법재판소가 ‘사법적 숙의’와 ‘민주적 숙의’의 중층적 가교역할을 맡는 구조이다.²³¹⁾



<헌법재판을 둘러싼 통합적 숙의거버넌스 구상>

229) 김지영, 위 보고서, 37-39면.

230) Ruben J. Garcia, "A Democratic Theory of Amicus Advocacy", 35 *FLA. St. U. L. REV.* 315, 346-347 (2008); 조재현, 앞의 논문, 17-18면 참조.

231) 도표에서 헌법재판소가 법원보다 상위에 위치한 것은 양 기관의 조직이나 권한 상 우열의 문제와는 무관하고, 시각적으로 도표화하는데 따른 한계에 기인한 것임을 밝혀 둔다.

V. 결론: 헌법재판을 통한 민주·사법의 통합적 공론장 모색

헌법재판소가 1988년 개소 초기 독립사무실도 없이 비상임 재판관제도를 운영하며, 사건이 별로 접수되지 않아서 애써 헌법사건을 유치해야 할 정도로 미약하게 출발했음에도(소위 “the least dangerous branch”), 이제 현재는 각종 여론조사에서 공공기관 신뢰도 1위를 연거푸 차지하는가 하면 재판기관으로서의 영향력에 있어서도 국내외적으로 공히 비약적인 발전을 해온 것이 사실이다.²³²⁾ 그런데 그 원인은 헌법재판소 자신의 부단한 노력과 성과에 있음도 분명하지만, 헌법재판소가 그동안 주요 결정들을 통해 우리 사회의 권위주의적 요소를 몰아내고 민주주의를 제고하는데 기여하면서, 기존의 대의정치가 제대로 대변하지 못한 국민의 의사를 상대적으로 잘 대변해주었다는 점, 즉 다른 정치기관에 비해 상대적으로 국민의 의사를 경청하고 이를 결정문에 반영하는 반응성(responsiveness)의 체계가 비교적 잘 작동한 데 있었다고 볼 수 있다. 달리 말해 다른 국가권력에 비해서 ‘토론을 초대하는 수단’에 있어서 상대적으로 우위를 점한 것이 지금까지 헌법재판소가 신뢰를 얻으면서 성공적으로 정착해온 과정이었다고 생각한다.²³³⁾

하지만 단순히 과거를 답습하는데 그친다면, 한국 헌법재판의 미래는 밝지 못할 수 있다. 자칫 지금까지의 성취에 안주하여 권력기관의 입지를 다지고 기득권화하는 것은 위험하다. 정치적 사법기관으로서의 헌법재판소의 강점은, 각종 국가기관과 국민을 유연하게 공론장의 토론에 초대하면서도, 헌법적·사법적인 체계와 논리라는 한계를 넘지 않는 중용(中庸)의 묘에 있을 것이다. 과거보다 더욱 더 힘써 헌법재판의

232) “그 동안 헌법재판소에는 많은 변화들이 있었습니다. 2007년 187억 5900만 원에 불과했던 예산은 2013년 354억 3900만 원으로 두 배 가량 증가했고, 222명에 불과하던 인원은 300여 명으로 늘어났습니다. 그리고 2011년 1월에는 헌법재판연구원이 신설돼 헌법재판에 관한 중·장기적인 과제에 연구 역량을 집중할 수 있게 되었습니다. 또한 2012년 5월에는 대한민국 헌법재판소가 주관하는 아시아헌법재판소연합(아재연합)이 아시아지역 13개국을 1차 회원국으로 하여 성공적으로 창설돼 아시아에서의 헌법재판 기관 사이의 교류와 협력이 더 한층 확대·강화됐고, 그에 따라 아시아에서의 민주주의와 법치주의의 발전에 크게 기여할 수 있게 되었습니다. 그리고 2014년에는 전 세계 약 120여 개국의 헌법재판기관 수장들이 모여서 헌법과 헌법재판에 관해 논의하는 대규모의 제3차 세계헌법재판회의가 우리나라에서 개최되기로 이미 확정되어 있습니다. 이러한 발전과 성장에 힘입어 이제 우리 헌법재판소는 국민의 신뢰도와 사회적 영향력에 관한 각종 여론조사에서 2005년 이래 계속하여 국가기관 중 부동의 1위로 선정되는 영광을 누리고 있습니다.”(이강국 헌재소장 퇴임사, 법률신문 (2013. 1. 21) 참조)

233) 김진한, 주133의 글, 17-18면도 참조.

공론장에 국민과 여러 국가기관들을 초대하려 하지 않고, 자칫 정파적 이해관계를 반영하여 정치기관임을 자임하거나, 국민의 뜻을 충분히 듣고 헤아리는데 소홀한 채 국민과 국가기관을 사법적으로 통제하려는 데 그친다면, 어느 쪽을 택하든 ‘형평의 기예’(art of balance)로서의 헌법재판의 묘미는 줄어들게 될 것이다.²³⁴⁾

헌법재판은 단심(單審)에 그치지만, 국가와 사회에 대한 파급효는 매우 크고 전방위적이라는 점을 늘 염두에 두어야 한다. 따라서 민주·사법의 중층적 공론장을 통해 풍성한 논증 경연이 활발히 펼쳐진 연후에 비로소 절제된 결론으로 인도되어야 하는 것이 헌법재판이다. 어느 한 순간에 일부 재판관이 자신들의 가치관과 신념을 일방적으로 선언함에 그치는 것은 헌법재판의 공적 가치와 정당성을 훼손시키는 일이 된다. 우리 헌법재판이 앞으로도 계속해서 공적 이성의 발현을 통해 국민의 신뢰를 받기 위해서는, 내부의 사법적 숙의절차를 활성화하고, 외부의 국가기관들이나 국민들과 헌법적 대화를 증진시킴으로써, 판결의 질과 정당성을 제고하고 이를 통해 진정한 국민의 의사를 다시금 확인하는 숙의·대화의 플랫폼으로 거듭나야 함을 강조하고 싶다.

헌법재판이 따라야 할 것은 부침하는 여론과 구별되는 ‘진정한 국민의 의사’이며, 그것은 ‘헌법 속에 나타나 있는 국민의 의사’다.²³⁵⁾

- 양건 교수

투고일 2022. 4. 7	심사완료일 2022. 5. 4	게재확정일 2022. 5. 13
----------------	------------------	-------------------

234) 필자는, 사회 각 분야의 다양한 열정과 이해관계를 합리적인 법의 이성으로 냉철하게 재음미하는 기제가 헌법재판이어야 한다고 생각한다.

235) 양건, “헌법재판과 여론”, 중앙일보 (2004. 12. 1).

참고문헌

- 강일원, “헌법소원과 사실 인정”, **법학평론** 10(2020.4).
- 공진성, “헌법재판 합의방식의 개선방안”, **헌법학연구** 17(2)(2011.7).
- 국회입법조사처, **주요국 사전 입법영향분석 제도**(2020).
- 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, **국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서** (2018.1).
- 권영준, “대법원 판결서 개선의 당위성과 방향성”, **사법** 44(2018).
- 김도균, “공적 이성과 법적 논증”, **법철학연구** 24(2)(2021).
- 김비환, **민주주의와 법의 지배**(박영사, 2016).
- 김선택, “헌법적 대화에 있어서 헌법재판소의 역할”, **공법연구** 41(4)(2013.6).
- 김선희, **미국 연방대법원과 연방의회의 관계 - 판결대응입법을 중심으로**(헌법재판연구원, 2014).
- _____, **캐나다에서의 헌법적 대화**(헌법재판연구원, 2018).
- 김영란/이범준, **김영란법, 김영란에게 묻다: 대한민국을 뒤흔든 청탁금지법의 모든 것** (폴빛, 2017).
- 김예영, “하급법원과 대법원, 헌법재판소의 관계에서 본 양심적 병역거부 문제”, **사법** 38(2016.12).
- 김정현, “부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률’의 문제점과 발전방향에 관한 연구”, **헌법학연구** 22(2)(2016.6).
- 김종철, “‘정치의 사법화’의 의의와 한계: 노무현 정부 전반기의 상황을 중심으로”, **공법연구** 33(3)(2005).
- 김종현, “간통죄 위헌결정에 대한 연구: 집단적 법감정의 변화에 대한 헌법재판소의 설시를 중심으로”, **법과사회** 50(2015.12).
- 김지영, **미국 연방대법원의 법정조언자(Amicus Curiae) 제도**(헌법재판연구원, 2013).
- 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성 - 헌법 제65조 제1항과 헌법재판소법 제53조 제1항의 해석을 중심으로 -”, **저스티스** 161(2017.8).
- 김진한, **미국 연방대법원의 사법심사 제도와 그 운영**, 박사학위논문, 고려대학교 (2014).
- _____, “서른 살, 헌법재판소에 보내는 헌사”, **인권의 창 헌법의 길**(경인문화사, 2018).

- 김진한, “합헌적 법률해석의 원칙과 위헌적 법률해석의 통제범위와 기준 - 서울중앙지방법원 2009노677 판결에 대한 평석을 중심으로 -”, **헌법학연구** 18(1)(2012.3).
- 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위: 재판소원의 부분적 도입을 위한 시론”, **헌법학연구** 16(4)(2010.12).
- _____, “한국 헌법재판제도의 성과와 과제”, **저스티스** 146(2)(한국법학원, 2015.2).
- _____, **헌법강의** 제3판(박영사, 2021).
- _____, **헌법소송법** 제3판(박영사, 2018).
- _____, “헌법소원 사건의 효율적 처리에 관한 고찰 - 지정재판부 권한 강화 방안을 중심으로 -”, **공법연구** 43(1)(2014.10).
- 김현진, “헌법재판소 탄핵 결정의 정치적 의미”, **기억과 전망** 37(2017.12).
- 남복현 외, **헌법재판소에 의한 헌법재판이 우리 사회에 미친 영향**, 정책개발연구 제1권(헌법재판소, 2010).
- 루스 베이더 긴즈버그/헬레나 헌트, 오현아 옮김, **긴즈버그의 말**(마음산책, 2020).
- 문유석, **악마판사 오리지널 대본집1**(문학동네, 2021).
- 문재인, **문재인의 운명**(북팔, 2017).
- 민주사회를 위한 변호사모임, **낙태죄 헌법소원 백서**(2021).
- 박경신, “드루킹 ‘댓글조작’ 의 형법 및 공직선거법 적용에 있어서 합헌적 해석의 필요성”, **선거연구** 1(9)(2018.12).
- 박명림, “헌법, 헌법주의, 그리고 한국 민주주의: 2004년 노무현 대통령 탄핵사태를 중심으로”, **한국정치학회보** 39(1)(2005).
- 박시환, “대법원 전원합의체 판결 이후 다수의견·소수의견 사이의 경계확정 과정”, **법학연구** 24(3)(2021.9).
- 박종현, “정치의 사법화의 메커니즘 - 헌법재판에 의한 정치의 사법화 현상에 대한 분석 및 평가”, **법학연구** 27(1)(2017.3).
- 박준석, “배아의 보존기간에 관한 입법 사례 연구 - 헌법재판소 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정의 검토를 중심으로 -”, **동북아법연구** 15(3)(2022.1).
- 박한철, “한국정치와 헌법재판”, **헌법논총** 31(2020).
- 법무부, “『국가송무체계 개선』 효율적·통일적 지휘체계 구축 - 송무심의관 신설, 1심의원 2과 100명 규모로 전담 조직 운용 -”, 법무부 보도자료 (2020. 8. 5).
- 성중탁, “부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률의 문제점과 개선방안 -

- 헌법재판소 2016. 7. 28.자 2015헌마236 등 결정에 대한 평석을 곁하여 -”,
저스티스 160(2017.6).
- 손인혁, “국민통합의 관점에서 본 탄핵심판절차의 문제점 - 대통령 탄핵을 중심으로 -”,
세계헌법연구 26(3)(2020.12).
- 송기춘, “법원의 헌법재판”, **공법학연구** 15(1)(2014.2).
- _____, “「부정청탁 및 금품 등 수수의 금지에 관한 법률」의 법적 문제점과 개선방향”,
세계헌법연구 21(3)(2015.12).
- 신윤진, “국제인권규범과 헌법: 통합적 관계 구성을 위한 이론적·실천적 고찰”,
서울대학교 법학 61(1)(2020.3).
- 양 건, “재판과 여론”, **법앞에 불평등한가? 왜?**(법문사, 2015).
- _____, **헌법의 이름으로**(사계절, 2018).
- 양현아, “포스트 간통죄 폐지: 드러난 성적 자유주의 담론과 묻혀진 피해 배우자의 손해”, **서울대학교 법학** 56(3)(2015.9).
- 원유민, “헌법재판소 위헌결정과 국제인권법”, **국제법학회논총** 65(2)(2020.6)
- 윤성현, “2017년 헌법개정과정에서의 시민참여와 헌법교육의 모색 - 1987년 헌법 개정과정의 경험을 바탕으로 -”, **법교육연구** 12(3)(2017.12).
- _____, “대의민주주의를 넘어, 하이브리드 민주주의는 가능한가? - 새로운 민주적 거버넌스 모델을 위한 시론 -”, **공법연구** 49(2)(2020.12).
- _____, “아시아헌법재판소연합 연구사무국 조직·운영 모델 연구 - 아시아의 베니스위원회 구상의 현실화를 위한 시론 -”, **가천법학** 11(2)(2018.6).
- _____, “지방교육자치제와 교육감 직선제의 헌법학적 제검토”, **세계헌법연구** 18(1)(2012.4).
- 이국운, “민주 헌정과 정당성 관리 - 위헌법률심사의 한미 비교”, **공법학연구** 10(1)(2009).
- 이동흡, **헌법소송법**(박영사, 2015).
- 이범준, “여론과 헌법재판”, **인권의 창, 헌법의 길**(경인문화사, 2018).
- _____, **헌법재판소, 한국현대사를 말하다**(공리, 2009).
- 이우영/김복기/신운진 엮음, **인권의 창, 헌법의 길**(경인문화사, 2018).
- 이우봉, **2021년 국민법의식조사 연구**(한국법제연구원, 2021.10).
- 이우봉/김대홍, **한국인의 법의식: 법의식조사의 변화와 발전**(한국법제연구원, 2020.6).
- 이인호, “양심에 따른 병역거부와 헌법재판소의 월권(越權)”, **헌법학연구** 25(2)(2019.6).

- 이재우, **미국 연방대법원 판결의 유형과 사회적 영향에 대한 연구**(사법정책연구원, 2016).
- 이지호/이현우/서복경, **탄핵 광장의 안과 밖**(한솔수북, 2017).
- 이창민/이황희/홍정민, “헌법재판소 판례에 대한 정치적 영향 분석”, **법경제학연구** 16(3)(2019.12).
- 이황희, “헌법연구관제도의 모델”, **공법연구** 49(4)(2021.6).
- _____, “헌법재판과 공적 참여”, **저스티스** 159(2017.4).
- 이효원, “헌법재판절차의 합리화를 위한 제언 - 독일과의 비교를 중심으로 -”, **서울대학교 법학** 56(1)(2015.3).
- 장영수, “탄핵심판”, **헌법재판 주요선례연구1**(헌법재판연구원, 2012).
- 장철준, “자유로운 여론 형성과 국가의 역할 - 인터넷 여론조작 시대의 민주주의 -”, **헌법학연구** 24(3)(2018.9).
- 전종익, “미국 연방대법원 재판절차와 송무차관(Solicitor General)의 역할”, **강원법학** 45(2015.6).
- _____, “미국 Law Clerk제도”, **헌법논총** 14(헌법재판소, 2003).
- 정계선, “법원의 헌법적 판단”, **헌법학연구** 21(4)(2015).
- 정광현, “국제인권규약과 헌법상 기본권”, **헌법재판연구** 6(1)(2019.6).
- _____, “독일연방헌법재판소의 헌법소원 수리절차”, **법조** 71(2)(2022.4).
- 정영수, “미국 연방대법원의 Amicus Curiae 제도에 관한 소고”, **원광법학** 34(3)(2018.9).
- 정인진, “사법철학으로서 민주주의”, **이상한 재판의 나라에서**(교양인, 2021).
- 정종섭, **헌법소송법** 제9판(박영사, 2019).
- 정주백, “이른바 양심적 병역거부 관련 헌법재판소 결정에 관한 검토 - 병역법 제5조 제1항에 관한 절차적 문제를 중심으로 -”, **헌법학연구** 24(4)(2018.12).
- 정준섭, “간통죄 위헌결정에 대한 소고”, **법학연구** 47(2016.2).
- 정준표, “사법심사, 입헌주의와 민주주의”, **대한정치학회보** 20(3)(2013.2).
- 조동은, “헌법합치적 법률해석과 법원의 기본권보장의무 - 대법원과 하급심의 기본권 영역에 관한 최근 판례를 중심으로 -”, **헌법학연구** 23(3)(2017.9).
- 조배숙, 남형두, 김일수, 이정미, **예수 믿는 법률가들**(베네딕션, 2022).
- 조재현, “헌법재판에서 법정조언자의 도입가능성에 관한 시론적 연구 - 미국의 경험을 중심으로 -”, **인권과 정의** 446(2014).

- 최대권, **법치주의와 민주주의**(서울대학교출판문화원, 2012).
- 최장집, “민주주의와 헌정주의: 미국과 한국”, 로버트 달(Robert Dahl), **미국헌법과 민주주의**(후마니타스, 2005).
- 한수웅, **헌법학** 제9판(법문사, 2019).
- 함재학, “헌법재판의 정치성에 대하여: ‘헌법적 대화’ 모델을 위한 제안”, **헌법학연구** 16(3)(2010.9).
- 허진성, “도덕적 입법의 적정성에 관한 연구 - 부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률의 경우를 중심으로 -”, **공법연구** 45(1)(2016).
- 헌법재판소, **헌법재판소 결정과 대한민국의 변화 1988-2017**(2017).
- 홍성구, “박근혜 탄핵 촛불집회의 민주적 함의 속의 민주주의와 파수꾼 민주주의를 중심으로”, **한국언론정보학보** 89(2018.6).
- 홍완식, “김영란법의 체계성에 관한 연구”, **법제연구** 49(2015.12).
- Ackerman, Bruce, James S. Fishkin, *Deliberation Day* (Yale University Press, 2004).
_____, “The Living Constitution”, 120 *Harv. L. Rev.* 1737 (MAY 1, 2007).
_____, *We the People (1) - Foundations* (The Belknap Press of Harvard University Press, 1991).
- Bonica, Adam, and Maya Sen, *The Judicial Tug of War: How Lawyers, Politicians, and Political Incentives Shape the American Judiciary* (Political Economy of Institutions and Decisions Series) (Cambridge University Press, 2020).
- Caplan, Lincoln, *The Tenth Justice: The Solicitor General and the Rule of Law* (1st edition) (Knopf, 1987).
- Clark, Tom S., *The Supreme Court: An Analytic History of Constitutional Decision-Making* (Cambridge University Press, 2019).
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard (University Press, 1996); 로널드 드위킨, 이민열 역, **자유 의 법** (미지북스, 2019).
- Fishkin, James, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation* (Oxford: Oxford University Press. 2009); 박정원 옮김, **숙의민주주의**(한국문화사, 2020).
- Flanders, Chad, “A Review of How Judges Think by Richard A Posner”, *Law and Humanities*, Vol. 3, No. 1 (2009).

- Friedman, Barry, “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, Vol. 91, No. 4 (Feb., 1993).
- _____, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Tex. L. Rev.* 257 (2005).
- _____, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* (Signed edition) (Farrar, Straus and Giroux, 2010).
- Garcia, Ruben J., “A Democratic Theory of Amicus Advocacy”, 35 *FLA. St. U. L. REV.* 315 (2008)
- Green, Craig, “What Does Richard Posner Know about How Judges Think?”, *California Law Review*, Vol. 98, No. 2 (April 2010).
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Suhrkamp Verlag, Berlin, 1992); 위르겐 하버마스, 한상진·박영도 옮김, *사실성과 타당성: 담론적 법이론과 민주적 법치국가 이론*(나남출판, 2007).
- Lippmann, Walter, *Public Opinion* (Harcourt, Brace & Co., 1922); 월터 리프먼, 이동근 옮김, *여론*(커뮤니케이션북스, 2021).
- Marshall, Thomas R., *Public Opinion and the Supreme Court* (Boston: Allen & Unwin, 1989).
- Posner, Richard A., *How judges think* (Cambridge, MA : Harvard University Press, 2008); 리처드 포스너(Richard A. Posner), 백계문/박종현 공역, *법관은 어떻게 사고하는가*(한울, 2016).
- Rawls, John, *Political Liberalism* (expanded edition) (New York, 2005).
- Sen, Maya, “Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System”, 27 *NOTRE DAME J.L. Ethics & PUB. POL’y* 303 (2013).
- Shapiro, Fred R., “The Most-Cited Legal Scholars Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 88, No. 7 (2021).
- Toobin, Jeffrey, *The nine : inside the secret world of the Supreme Court* (New York : Doubleday, 2007); 제프리 투빈, 강건우 역, *더 나인*(라이프맵, 2010).

[신문기사/ 보도자료]

- “강일원 ‘사이다 질문’ 이정미 ‘그물망 추궁’ 서기석 ‘간결한 발언’”, 중앙일보 (2017. 2. 4), <https://www.joongang.co.kr/article/21210218#home>.
- “기자들을 기다리지 마라”, 중앙일보 (2019. 7. 2), <https://www.joongang.co.kr/article/23512716#home>.
- “김영란법 문제점 쏟아낸 공청회… 목살해버린 19대 국회”, 매일경제 (2016. 7. 19), <https://www.mk.co.kr/news/special-edition/view/2016/07/517484/>.
- “김종대 전 헌재 재판관 ‘대통령, 탄핵할 정도 중대한 범위만’”, 한겨레 (2016. 11. 22), https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/771415.html.
- “‘낙태’, 헌재 결정 났다고 ‘게임 오버’는 아니다”, 경향신문 (2019. 5. 11), <https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/201905110600035>.
- “낙태죄 ‘헌행법 시행’ vs ‘전면 폐지’ 의견차 팽팽”, 쿠키뉴스 (2020. 10. 28), <http://www.kukinews.com/newsView/kuk202010270373>.
- “낙태죄 헌법불합치 국민 65.7% 찬성”, 아시아투데이 (2019. 4. 16), <https://www.asiatoday.co.kr/view.php?key=20190416000720221>.
- “낙태죄, 7년 전엔 4:4로 합헌… 여론도 재판관도 바뀌었다”, 한국일보 (2019. 4. 11), <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201904111580072885>.
- “노벨 법학상은 왜 없나”, 머니투데이 (2019. 9. 6), <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2019090513450830254>.
- “대법관들, 의견 엇갈릴 때 토론·설득보다 각자 소신 선택”, 법률신문 (2019. 8. 19), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=155082>.
- “박한철 헌재소장 ‘김영란법 너무 경직’”, 한국경제 (2016. 10. 29), <https://www.hankyung.com/society/article/2016102841791>.
- “법관은 법리뿐 아니라 정의에 맞는 판결 해야”, 한겨레 (2011. 9. 4), https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/494763.html.
- “병역거부 반대 72%, 대체복무 찬성 70%… 길 잃은 여론”, 중앙일보 (2017. 9. 15), <https://www.joongang.co.kr/article/21938466#home>.
- “4기 헌법재판소 임기만료 퇴임하는 목영준 재판관”, 법률신문 (2012. 9. 3), <https://www.lawtimes.co.kr/Lawman/Interview-View?serial=66737>.
- “‘양심적 병역거부 인정’ 2명의 스승보터가 운명 갈랐다”, 한겨레 (2018. 7. 1), https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/851385.html.

- “‘업무방해죄 헌법소원’ 10년째 결론 못내렸다”, 헤럴드경제 (2022. 3. 7), <http://biz.heraldcorp.com/view.php?ud=20220307000523>.
- “유남석 헌법재판소장 2021년 신년사”, 리걸타임즈 (2021. 1. 1), <https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=57599>.
- “이강국 헌법재판소장 퇴임사 전문”, 리걸타임즈 (2013. 1. 24), <https://www.legaltimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=17736>.
- “인권위 ‘청탁금지법상 서약서 제출 의무는 양심의 자유 침해’”, 법률신문 (2016. 12. 2), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=106284>.
- “전 헌법재판관들”, 한겨레21, 제1141호 (2016. 12. 10), https://h21.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/42791.html.
- “‘탄핵’ 현재 신뢰도 1위, ‘文 효과’ 고용부 2위 … 국정원 꼴찌”, 서울신문 (2017. 12. 4), https://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20171205003002&wlog_tag3=naver.
- “하급심의 14년 반란, 대법 판결 바꿨다… 양심적 병역거부 판결 역사”, 경향신문 (2018. 11. 1), <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/201811011626001>.
- “헌법재판과 여론”, 중앙일보 (2004. 12. 1), <https://www.joongang.co.kr/article/419687#home>.
- “헌법재판관 9명 중 3명은 비법조인이 맡게 해야”, 중앙일보 (2009. 7. 13), <https://www.joongang.co.kr/article/3684168>.
- “헌법재판관 김이수의 6년 … ‘그는 위대한 반대자였다’”, 한겨레 (2018. 9. 3), https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/860436.html.
- “헌법재판관 중요한 덕목은 중립성과 용기”, 법률신문 (2019. 4. 22), <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=152396>.
- “헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (속편)”, 법률저널 (2017. 8. 10), <http://www.legco.kr/news/articleView.html?idxno=45176>.
- “헌법재판소와 헌법소송의 초기사 (전편)”, 법률저널 (2017. 7. 26), <http://www.legco.kr/news/articleView.html?idxno=45046>.
- “현재, ‘윤창호법’ 위헌 결정 반대 63% vs 찬성 26.7%”, TBS - 한사연 11월 26~27일 공동조사 (2021. 11. 29), <http://ksoi.org/20/?q=YToxOntzOjEyOiJrZXI3b3JkX3R5cGUiO3M6MzoiYWxsJt9&bmode=view&idx=8999916&t=board>.
- “화려한 이력서 아닌 ‘뜨거운 스토리’를 가진 대법관을 보고 싶다”, 경향신문 (2019. 2. 13), <https://www.khan.co.kr/national/court-law/article/201902151649005>.

- An Exit Interview With Richard Posner, Judicial Provocateur, Liptak, Adam. New York Times (Online), Sep 11, 2017. <https://www.nytimes.com/2017/09/11/us/politics/judge-richard-posner-retirement.html?partner=bloomberg>.
- HAMILTON, “The Judiciary Department”, *Federalist Papers*, No.78, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp.
- Press Release Regarding May Teleconference Oral Arguments https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20, April 13, 2020.
- Sunstein, Cass, “Richard Posner, Leader of a Legal Revolution” (Bloomberg View Bloomberg.com, 9/3/2017).
- Supreme Court has voted to overturn abortion rights, draft opinion shows, POLITICO, 05/02/2022 <https://www.politico.com/news/2022/05/02/supreme-court-abortion-draft-opinion-00029473>.
- The Supreme Court and the “Climate of the Era”, Constitution Daily, June 29, 2020, <https://constitutioncenter.org/blog/the-supreme-court-and-the-climate-of-the-era>.

<Abstract>

Constitutional Adjudication and Public Opinion
– In Search of Restructuring Korean Constitutional Adjudication
through Deliberation and Dialogue –

Yoon, Sunghyun*

Under the principle of judicial independence, the Constitutional Court has been traditionally positioned with clear distance from political power, and is far from the public opinion. However, judicialization of politics is becoming a global phenomenon and today it gets intensified in Korea as well. The influence of the public opinion over constitutional adjudication is getting greater that the Constitutional Court of Korea explicitly cited the public opinion in its decision on constitutionality on Improper Solicitation and Graft Act and decision on unconstitutionality of adultery. Media interviews with Justices or analysis of media reports also supports such phenomenon. The US, the origin of judicial review, has already developed theoretical and objective research on the influence of the public opinion over constitutional adjudication for Richard Posner and Barry Friedman as the most representative examples.

It is no longer appreciated for the Constitutional Court to disregard the public opinion for the sake of judicial independence or to be passive in listening to the public opinion. The Constitutional Court ought not to be affected by the weather of the day, but will be by the climate of the era. (words by Ruth B. Ginsburg) Therefore, a new constitutional theory examining potential influence of the public opinion and its limitation must be introduced, which will lead to constitutional policy that brings out comprehensive public sphere on democracy and judicial review through constitutional adjudication.

Selective approach in identifying political significance of the cases must be taken necessary to ultimately reach to Judicial Deliberation and Constitutional Dialogue. To perceive all cases equal might in reality, hold back such effort by the Constitutional

* Associate Professor, Department of Policy Studies, Hanyang University.

Court. To make this shift, ① judicial deliberation should be further forced in the process of constitutional adjudication, while ② constitutional dialogue with the legislative and executive branches is to be encouraged and extended and finally ③ various governmental branches and the people must be invited to public sphere for constitutional issues by expanding oral arguments and inferring to amicus curiae reports or statements.

Keywords: Constitutional Adjudication, Public Opinion, Deliberation, Judicial Deliberation, Constitutional Dialogue, Public Sphere