

■ 법률 논단 ■

[헌법소송] 헌법재판관의 선발 방법에 관한 소고



(법무법인 지평 정광현 변호사)

지난해 12월 19일 통합진보당 해산이 헌법재판관 8인의 다수의견으로 결정되자 진보·보수를 떠나 많은 사람들이 의외라는 반응을 보였습니다. 해산결정을 하더라도 '7 대 2' 또는 '6 대 3' 정도로 의견대립이 있을 줄 알았는데, 결과가 '8 대 1'로 나타나자, 보수적 성향으로 쓸림 현상이 예상보다 심각하다는 평이었습니다. 헌법재판소 구성이 획일화되었다는 지적과 함께, 헌법재판관 9명 중 대통령이 직·간접으로 임명하는 몫이 6~7명이 이르는 점, 임기가 6년이라 비교적 짧은 편인데 연임을 허용하고 있어서 혹시 헌법재판관이 연임을 위해 권력의 눈치를 볼 우려가 있는 점 등이 언론의 비판을 받았습니다.

헌법재판관 선발방법 개선론은 종종 헌법재판소의 본질론으로 이어지기도 하였습니다. 예컨대, "헌법재판소는 개인의 권리구제뿐 아니라 정치적 갈등을 조정하고 통합하는 '정치적 사법기관'이다. 따라서 다양한 생각과 정파의 이해가 현재에 고르게 반영돼야 한다"는 주장이 그것입니다. 또한 "국민이 전혀 통제할 수 없는 기관이 국민에게 중대한 영향을 미치는 사안의 최종 결정기구가 되는 지 곰곰이 생각해 보아야 한다"면서 "헌법재판관도 국민이 뽑아야 한다"는 견해도 출현하였습니다. 하지만 이즈음에서 비판은 정론(正論)에서 살짝 빛나간 느낌을 줍니다. 다소 진부할 수도 있지만, 헌법재판의 본질이 무엇인지, 헌법재판관 선발방식의 근거에 깔려 있는 생각은 무엇인지에 대해 다시 한 번 짚고 넘어갈 필요가 있다고 생각하게 된 까닭입니다.

헌법재판소의 결정은 종종 특별한 정치적 파장을 가져옵니다. 그런 연유에서 헌법재판은 본질적으로 '정치작용'의 속성을 가지는 것으로 파악하는 이도 있습니다. 또한 어떤 법률규정에 대한 위헌 결정은 해당 규정을 사실상 폐지하는 것 같은 결과를 가져오는 점에서 일종의 '소극적 입법'으로

보는 견해도 있었습니다. 하지만 헌법재판은 소정의 절차에 따라 제기된 '법적인 문제'에 대해 엄연히 '헌법'이라는 규범을 척도로 독립적으로 심판하는 것을 자신의 소임으로 해야 하지, 어떤 '사회적 이슈'에 대해 정치적 다수자의 의사를 관철시키거나 혹은 그 반대로 소수자의 편을 들어 다수자에 대항하는 것을 목표로 삼아서는 안 됩니다. '헌법의 규정내용이 무엇인지'를 유권해석하고 이를 바탕으로 기성의 법률이 헌법에 위반되었는지 아닌지를 법적인 논증을 통해 가려내는 데 중점을 둘 뿐이지, 대의민주적 기제에 따라 어떤 정책적인 관점에서 규정을 신설 또는 폐지하는 데 헌법재판의 요체가 있지도 않습니다. 요컨대, 헌법재판은 본질적으로 '사법작용'이지, '정치작용'이나 '입법작용'이 아닌 것입니다.

그럼에도 헌법재판이 흔히 일반 사법작용과는 다른 특질이 있다고 여겨지는 것은 그 재판규범인 헌법의 특수성에 그 원인이 있습니다. 헌법은 '정치적인 것에 관한 법'입니다. 즉, 정치 영역을 규율하기 위한 법입니다. 미래에 있을 정치적 결정들은 무정형적이고 예측하기도 어렵기 때문에, 헌법은 부득이 개방적인 규율체계로 될 수밖에 없습니다. 그래서 헌법을 제대로 해석하기 위해서는 통상적인 법률해석기법만으로는 불충분한 경우가 많습니다. 과잉금지원칙과 같은 헌법적 도그마틱(Dogmatik)과 국내·외의 헌법재판 선례 등을 참고하여 헌법의 개방적 규정들을 최대한 합리적으로 보충한다고 하더라도, 여전히 일정 부분은 가치판단의 영역에서 완전히 자유로울 수 없습니다. 이에 헌법재판은 "법과 정치의 경계선에 서 있다"는 말을 듣기도 합니다.

그러나 이 때문에 헌법재판의 본질이 '정치적' 또는 '정책적 결정'이라고 단정하거나 또는 그렇게 변질되는 것을 당연시할 수는 없습니다. 헌법재판소는 그럴수록 엄격히 자신의 기능을 법적인 판단영역 내로 제한해야 하지, 이를 벗어나 마치 무슨 "정책법원"(political court?)이라도 되는 것처럼 정책적 결단을 주된 과제로 삼으려 해서는 안 됩니다. 헌법재판소는 민주적 정당성에서 타 국가기관보다 결코 우위에 있지 않으며, 그 결정의 정당성이 기관구성의 민주성에서 찾아지지도 않습니다. 그러므로 광범위한 여론 수렴을 전제로 하는 정책적 결단은 민주적 정당성이 충분한 기관에게 맡기고, 헌법재판소는 이미 주어진 헌법규범을 척도로 해서 '그런 정책적 결단이 과연 헌법상 허용된

한계선을 넘었는지 여부'만 심사해야 합니다.

헌법재판소의 역할을 이렇듯 사법적인 판단작용에 한정해야 한다면, 그에 상응하여 헌법재판관도 마땅히 사법적 판단에 전문화된 자로 선발해야 합니다. 무엇보다도, 전술한 헌법규범의 특수성 및 헌법재판의 본질을 잘 이해하고 이를 헌법재판 실무에 제대로 반영할 수 있을 만큼의 소양을 갖춘 자여야 할 것입니다. 특정한 정치성향 세력의 대변인 역할을 자임하여 스스로 재판기관으로서의 중립성을 훼손하거나, 법적 판단영역을 벗어나 정책적 판단영역에 불필요하게 침범함으로써 국회가 할 일을 자신이 대신 하기를 좋아하는 것은 결코 훌륭한 헌법재판관의 자질로 볼 수 없습니다.

여기서 "그렇다면 헌법재판관의 선발에 정치권이 관여하게 한 이유는 무엇인가"하는 의문이 제기될 수 있습니다. 이와 관련하여 이탈리아의 카펠레티(Mauro Cappelletti) 교수는, 대륙법계 국가들의 법원은 대체로 직업법관으로 구성되는 관계로 관료적이고 정책적 판단에는 익숙지 않아서 헌법재판을 하기에 역부족인 데 반해, 미국 연방대법원의 대법관은 정치적으로 선발되기 때문에 덜 관료적이고 정책적 판단에도 능숙하여 헌법재판을 하기에 적합하다고 설명한 바 있습니다. 대륙법계 국가에서 대법원과 별도로 독립된 헌법재판소가 설치된 것도 바로 이런 배경에서라고 합니다.

그러나 카펠레티 교수의 이러한 직관은 일부 사실과 다르거나 본질과는 거리가 먼 지나치게 현상적인 분석으로 보입니다. 대륙법계 국가의 법관이 법률의 위헌성 심사에 취약한 듯 보이는 것은 법관의 멘탈에 결함이 있어서라기보다는, 당시 법관의 법률에 대한 위헌성 심사를 허용하지 않던 도그마(Dogma)에서 주된 원인을 찾을 수 있습니다. 또한 1920년 오스트리아에서 처음으로 헌법재판소가 설립되기 이전에도 특정 법원의 구성에 있어서는 법관의 정치적 선발방식이 채택되기도 했습니다. 예컨대 1867년경 설치된 오스트리아 제국법원의 경우에는, 황제로 대표되는 행정권의 우월적인 지위가 그 법원의 판단에 일방적 영향을 미치는 것을 막기 위해, 의회가 법관의 선발에 동참할 수 있게 했습니다. 이러한 정치적 선발방식은 1920년 오스트리아가 민주공화정으로 전환된 이후 헌법재판소를 설립할 때에도 거의 그대로 유지되었는데, 그 배경을 켈젠(Hans Kelsen)은 다음

과 같이 서술한 바 있습니다. “헌법재판소의 재판에 대해 일체의 정당의 영향력이 미치지 못하도록 하는 것이 아주 바람직하다고 할지라도, 이를 실현하는 것은 너무 어렵다. 법조인도 알게 모르게 정치적 고려를 한다는 점을 도외시할 수는 없다. 만약 이런 우려가 특히 크다면, 정당이 비공식적이고도 통제불가능한 영향력을 행사하도록 내버려 두는 대신에, 차라리 헌법재판소의 구성에 정당의 합법적 동참을 허용하는 게 차선책일 것이다”(Kelsen, VVDStDRL 5, 56 f.).

결국 헌법재판관의 정치적 선발방식은 특정한 정치적 세력이 헌법재판소 구성에 일방적으로 영향력을 행사하지 못하도록 차단하는 데 그 주된 목적이 있습니다. 다시 말해, 정치적 선발방식을 채택하는 이유는, “그것이 반드시 헌법재판에 적합한 멘탈을 가진 자들로 헌법재판소를 충원하는 것을 보장하기 때문”도 아니고, “다양한 정치세력들이 각자 이해관계를 대변할 자를 헌법재판소에 파견하여 그들로 하여금 대리전을 치를 수 있게 하기 위함”도 아닙니다. 그것은 헌법재판소 내 정치적 편중현상이 생길 우려를 최소화하기 위해, 하지만 현실적인 이유에서 부득이하게 선택한 차선책일 뿐입니다.

우리나라 헌법재판소의 경우에는 대통령과 국회와 대법원장이 각각 3인씩 헌법재판관 선발권을 행사하도록 되어 있습니다. 3권분립에 대응하여 선발권을 분산시킨 것으로 추측됩니다. 하지만 이 때문에 헌법재판소 내 정치적 편중현상의 위험이 더 커진 면도 분명히 있습니다. 여당 출신 대통령이 3인의 헌법재판관을 선발하고, 게다가 그 대통령이 임명한 대법원장이 다시 3인의 헌법재판관을 선발하게 되면, 여당 고유의 선발권 지분에 총 6인의 헌법재판관에 해당하는 가중치가 부여되는 셈이 됩니다. 이는 정치적 선발방식을 채택한 근본취지를 몰각하는 것이 아닐 수 없습니다. 장차 이 문제점은 반드시 시정을 해서, 헌법재판관 선발권을 전적으로 국회에 귀속시키고, 유럽의 여러 나라들처럼 의회에서 3분의 2 이상의 가중다수결로 헌법재판관을 선발하도록 하여 헌법재판소의 정치적 편향에 관한 우려를 근본적으로 불식할 수 있기를 기대합니다.