

# 韓國의 民主化에 있어서 憲法裁判所와 基本權의 實現\*

— 1988년부터 1998년까지 —

鄭 宗 燮\*\*

## I. 序論

20世紀는 憲法裁判의 時代라고 할만큼 세계적으로 헌법재판에 대한 요구가 높았고, 적지 않은 제3세계의 국가와 동유럽의 사회주의국가에서 民主化(democratization)로 이행하는 과정에서 헌법재판을 제도화하였다. 특히 주목할만한 것은 민주화 과정에서 헌법재판을 제도화한 나라에서는 거의 대부분이 통상의 최고법원이 아닌 독립된 憲法裁判所를 설치하여 헌법재판제도를 관장하게 한 점이다. 스페인(1979), 포르투갈(1982), 폴란드(1982), 헝가리(1988), 루마니아(1991), 불가리아(1991), 슬로베니아(1991), 리투아니아(1992), 슬로바키아(1992), 알바니아(1991), 불가리아(1991), 체코(1992), 우즈베키스탄(1992), 몽골(1992), 臺灣(1992), 러시아(1993), 카자흐스탄(1993), 키르기스스탄(1993), 남아프리카공화국(1996), 泰國(1997) 등의 경우에서 그 예를 찾아볼 수 있다.

憲法에 의한 支配를 추구하는 立憲主義(constitutionalism) 또는 憲法國家(Verfassungsstaat)에서 헌법재판은 憲法の 最高規範性和 憲法の 優位(Vorrang der Verfassung)에서 나오는 本質必然的인 것이고, 美合衆國을 위시하여 民主主義와 法治主義를 先占한 나라에서는 오래 전부터 헌법재판이 행해져 왔고, 헌법이 規範力을 가지고 共同體의 秩序를 형성하여 왔다. 헌법이 있어도 규범력을 상실하고 장식물로서 존재하는 反民主主義的이고 反法治主義的인 통치를 타파하고 민주화를 추구하는 과정에서 공동체의 주인이면서 主權者의 지위에 있는 국민이 공동체내의 국가 권력으로 하여금 국민이 스스로 정한 헌법에 羈束되게 하는 노력은 당연한 것이라고 할 수 있다.

한국의 헌법재판도 그 예외는 아니다.<sup>1)</sup> 현재의 헌법재판제도는 1987年憲法에서

\* 이 글은 韓國과 日本國의 法學者에 의한 兩國의 법에 대한 比較研究의 韓·日 공동프로젝트의 일환으로 작성된 것이다.

\*\* 서울大學校 法科大學 助教授

정한 것인데, 이 헌법재판제도에에서 특별히 중요한 것은 憲法訴願審判制度의 도입이다.<sup>2)</sup> 이 헌법소원심판제도의 도입은 韓國憲法史에서 처음 있는 일로서 한국의 민주화와 헌법재판의 관련성을 가장 잘 나타내 보여주는 부분이다. 1987年憲法은 全斗煥政府의 말기에 전두환정부에 대한 국민의 저항이 1987년 6월의 ‘民主化抗爭’(通稱 ‘6月抗爭’)으로 폭발하여 강력한 항거로 치닫자 전두환정부가 등장했을 당시 軍部勢力으로서 운명을 같이한 장군 출신의 盧泰愚 大統領候補가 이른바 ‘6·29宣言’으로

- 1) 韓國에서 현재의 憲法裁判制度가 헌법에 규정되기 전까지 憲法裁判은 거의 없는 것과 마찬가지였다. 현실에서 헌법재판이 작동하지 아니한 시기에도 헌법재판에 대한 이론적 연구는 있었지만 만족할 만큼 깊이 있거나 현실성이 있는 논의는 전개되기 어려웠다. 헌법재판이론이 헌법재판의 실제와 보조를 맞추어 발전할 수 있는 것이라는 점을 고려하면 이런 현상은 이해할 수 있다. 그러나 이론의 영역에서 보다 활발한 전개가 있었다면 현재의 憲法裁判所制度가 입법화될 때 보다 충분한 검토가 있을 수 있었을 것이고, 현재 憲法裁判所法에서 정하고 있는 헌법소송에 관한 규정상의 미비한 점도 많이 보충할 수 있었을 것이다. 日本國의 사정을 보면 그 동안 最高裁判所가 관장하는 司法審査制度가 헌법재판으로서 만족스러운 성과를 거두지는 못하였지만 이론적인 면에서는 학자들간에 많은 연구와 논의들이 있었다. 大久保史郎은 日本國에서 그간 전개된 憲法訴訟論을 시대별로 나누어 60년대를 ‘憲法訴訟論의 生成’의 時期, 70년대를 ‘憲法訴訟論의 成立’의 時期, 80년대를 ‘憲法訴訟論의 停滯’의 時期로 평가하고 있다. 大久保史郎, “憲法裁判と憲法訴訟論(上),” 法律時報, 70卷 1號(1998. 1.), 42쪽 이하; 大久保史郎, “憲法裁判と憲法訴訟論(中),” 法律時報, 70卷 4號(1998. 4.), 43쪽 이하 참조.
- 2) 여기서 말하는 ‘憲法訴願’이라는 말은 한국이 오스트리아와 獨逸의 Verfassungsbeschwerde를 受容하면서 그 翻譯用語로 사용되고 있는 것이다. 한국의 憲法訴願審判制度가 오스트리아와 독일의 그것과 완전히 동일한 것은 아니지만 그 제도는 오스트리아와 독일의 Verfassungsbeschwerde制度를 受容한 것이다. 한국에서는 헌법학자들이 Verfassungsbeschwerde를 번역하여 ‘憲法訴願’ 또는 ‘憲法訴請’이라는 말로 표현하고 있고, 憲法과 憲法裁判所法에서는 ‘憲法訴願’으로 표기하고 있다. 일본국의 헌법학계에서는 ‘憲法異議’라는 용어로 번역하여 사용하고 있다. 이번 한일공동연구에서 日本國의 憲法學者인 中島茂樹教授는 나의 글에 대해 귀중한 논평을 해주면서 Verfassungsbeschwerde의 번역용어와 관련하여 ‘憲法訴願’이라는 말이 부적절하다고 지적하였다. ‘訴願’이라는 말은 국민이 국가의 아래에 있으면서 국가에 대해 무엇을 해주기를 仰望하는, 國家優位の 杼앙스를 가지고 있어 일본국에서는 오래 전에 폐기하였는데, 한국이 헌법재판의 하나로 Verfassungsbeschwerde를 두면서 이를 ‘憲法訴願’이라고 하는 것은 재검토해볼 여지가 있다고 지적하였다. 우리의 法制史에서 과거 行政訴訟節次에서 訴願前置主義를 두었을 때 訴願法이 있었는데, 그 당시 訴願前置主義는 분명히 國家優位的인 제도였다. 현재의 行政審判制度가 생기면서(1984년 12월 15일 行政審判法(法律第3755號)이 제정되고 1985년 10월 1일부터 시행되었다) 訴願法의 폐지로 인하여 訴願制度는 폐지되었다. 이런 과정을 거치면서 1951년 8월 3일에 제정된 訴願法(法律第211號)은 1985년 10월 1일에 폐지되었다. 현재 한국에서 ‘訴願’이라는 말은 ‘憲法訴願’이라는 말에 남아 있는데, 그 용어의 杼앙스는 中島茂樹教授의 지적대로 국가 우위적인 杼앙스를 풍기고 있다. Verfassungsbeschwerde라는 것이 국가권력이 국민의 기본권을 침해한 경우 국민이 기본권의 주체라는 지위에서 소송을 제기하는 것인 만큼 이런 메커니즘에서는 결코 국가가 우위적인 지위를 가질 수 없다. Verfassungsbeschwerde라는 번역용어에 대해 다시 숙고해볼 여지가 있다고 생각한다. 이런 점에서 나는 中島茂樹教授의 지적이 적절하다고 생각한다.

이 국면을 넘기는 과정에서 제정된 것이었다. 통칭 ‘軍事政府’의 타도를 외치는 국민들의 저항이 거세게 나타나자 盧泰愚 대통령후보는 1987년 6월 29일 국민들의 대통령직선제에 대한 요구를 수용하고 인권 침해를 즉각 중단하는 동시에 정치범을 석방하고 언론의 활성화와 정당활동을 보장하겠다는 등의 내용을 담은 약속을 하였고, 全斗煥大統領은 7월 1일 時局收拾을 위한 大統領特別談話에서 盧泰愚후보의 이 약속을 수용하겠다는 의사를 표명하였다. 그 이후 헌법개정 작업이 이루어지고 1987年憲法이 國民投票로 확정되었는데, 여기서는 대통령의 직선과 기본권의 충실한 보장에 대한 국민의 요구가 수용되어 그 일환으로 오스트리아와 독일의 헌법재판소를 모델로 하여 독립된 헌법재판기관으로 헌법재판소를 설치하고, 특히 국민의 기본권을 최후로 수호하는 憲法訴願審判制度를 도입하였다.<sup>3)</sup> 이러한 헌법소원심판에 대한 요구에는 종래 一般法院이 국민의 자유와 권리를 지켜주는 데 실패한 것에 대한 국민의 懷疑와 絶望感이 깔려있는 것이기도 했다. 과거 독재와 권위주의통치시기를 지나면서 법원에 대한 국민의 불신을 매우 높은 수준에 있었다. 그래서 법원이 아닌 새로운 기관으로서 헌법을 수호하고 국민의 기본권을 최종적으로 지켜주는 憲法機關을 갈망하게 되었고, 헌법재판소는 국민의 이런 갈망을 충족시켜줄 수 있는 것으로 받아들여졌다.

이와 같이 현행 한국의 憲法裁判制度는 한국의 民主化 過程과 밀접한 연관을 가지고 출발하였다. 따라서 한국에서 憲法裁判制度가 민주화에 얼마나 기여하였는지를 살펴보는 것은 헌법재판제도가 立憲主義의 實現, 憲法の 規範力의 確保, 憲法裁判制度의 發達에 얼마나 기여하였는지를 살펴보는 것만큼이나 중요한 의미를 가진다.

憲法裁判이 民主化에 어느 정도로 기여하였는가를 측정함에 있어서는 憲法裁判所 裁判官의 充員 實態, 國會·行政府·法院 등 國家機關에 대한 權力統制의 實際, 基本權의 實現 程度 등 여러 관점에서 분석하는 것이 가능하지만 여기서는 기본권의 실현에 초점을 맞추되, 모든 영역의 기본권을 모두 분석하는 것은 매우 광범하기 때문에 민주화에서 특히 긴요하고 또 한국에서 권위주의통치를 청산하고 민주화로 나아가는 정도를 측정하는 尺度가 되는 것에 한정하여 살펴보기로 한다. 民主化의 與否와 程度를 측정하는 척도로 고려할 수 있는 것은 과거 독재와 권위주의통치에서 상당히 강하게 억압을 받은 기본권 영역과 민주화를 실현함에 있어 큰 기능을 하는 기본권이다. 이에 해당하는 대표적인 것으로 身體의 自由, 刑事節次上의 基本權, 表現의 自由, 勞動者의 基本權, 알 權利를 들 수 있다. 독재와 권위주의통치하에서 집권세력은 자기의 통치에 저항하는 세력에 대해서는 신체에 物理的인 危害를

3) 현행 憲法裁判所制度의 도입의 배경과 과정에 관한 개괄적인 설명은 憲法裁判所, 憲法裁判所10年史(서울: 憲法裁判所, 1998), 71쪽 이하를 보기 바람.

加하거나 신체의 자유를 극심하게 제한하였고, 저항세력에 대해 형벌이라는 수단을 동원하여 헌법과 법률이 정하고 있는 절차를 무시한 채 強權으로 억압하였다. 집권 세력은 국민들에 대해 표현의 자유와 알 권리를 집중적으로 통제하여 집권세력의 통치에 대해 비판하거나 은폐된 정보에 접근하려는 시도를 적극적으로 차단하였다. 집권세력에 대한 시민, 학생들의 저항을 통제했을 뿐 아니라 강력한 단체적인 힘을 행사하는 노동자들의 활동도 극심하게 통제하였다. 예컨대 집권세력에 대해 항거하다가 불법으로 잡혀간 ‘民主人士’나 學生들의 경우 그의 가족들은 그들이 어디로 잡혀가 있는지도 알 수 없었을 뿐만 아니라, 혹 잡혀간 곳을 알았다고 하더라도 수사기관의 방해로 거의 면회하기를 할 수 없었다. 변호사를 선임하여 접견을 하고자 하여도 公安機關과 搜查機關은 이를 방해하였다. 이러한 상황에서는 불잡혀간 당사자의 경우 辯護人의 도움을 요청하는 것은 거의 불가능하였다. 변호사들조차 법적으로 보장된 권리를 수행하기 어려운 억압상황이 되자 민주주의와 국민의 인권 보호를 위해 이러한 체제와 맞서 싸우게 되었는데, 이러한 과정에서 이른바 ‘人權辯護士’로 불리는 저항적인 법률가들도 등장하였다.<sup>4)</sup> 이러한 상황에서 불잡혀간 사람들의 경우 그 生死與否조차 알기 어려웠다. 拷問, 不正 등 국가기관의 불법행위를 국민들에게 알리려고 할 때에는 종교단체나 ‘人權辯護士’들의 보호를 받으면서 ‘良心宣言’이라는 방법을 택해야했고, 원인이 밝혀지지 않은 채 사망으로 처리된 사건의 경우는 지금까지 ‘疑問死’의 문제로 남아있다.<sup>5)</sup>

- 4) 韓國의 人權辯護士에 관하여는 민주사회를 위한 변호사 모임, 민변백서(서울: 민주사회를 위한 변호사 모임, 1998); 朴元淳, “고난받는 사람들과 함께 해온 변호사들,” 황인철 변호사추모문집간행위원회(편) ‘무죄다’라는 말 한마디, 황인철변호사추모문집(서울: 문학과지성사, 1995), 53쪽 이하; 鄭宗燮, “한국의 민주화와 ‘민주사회를 위한 변호사 모임,’” 같은 책, 98쪽 이하; 金昌洙, “民權 辯護士들,” 月刊朝鮮 1985년 9월호, 437쪽 이하를 보기 바람.
- 5) 獨裁와 權威主義統治時代에 恣行되었던 기본권의 침해 현실에 관하여는 예컨대 大韓辯護士協會, 人權報告書, 제1집(1986); 人權報告書, 제2집(1987); 人權報告書, 제3집(1989); 人權報告書, 제4집(1990); 人權報告書, 제5집(1991); 人權報告書, 제6집(1992); 서승(지음), 김경자(옮김), 옥중 19년(서울: 역사비평사, 1999); 이석태(외), ‘무죄다’라고 말할 수 있는 용기(서울: 문학과지성사, 1998); 安商守, 이제야 마침표를 찍는다(서울: 東亞日報社, 1995); 서울지방변호사회(편), 국제인권원칙과 한국의 행형(서울: 역사비평사, 1993); 朴元淳, 국가보안법연구 1 증보판(서울: 역사비평사, 1992); 朴元淳, 국가보안법연구 2(서울: 역사비평사, 1992); 朴元淳, 국가보안법연구 3(서울: 역사비평사, 1992); 조영래변호사추모하는모임(엮음), 조영래변호사변론선집: 그 인권변론의 발자취(서울: 까치, 1992); 조영래변호사 추모를 위한 모임(엮음), 진실을 영원히 감옥에 가두어 둘 수는 없습니다(서울: 창작과비평사, 1991); 趙英來, 전태일평전(서울: 돌베개, 1983/1991); 민주사회를 위한 변호사 모임, 반민주악법 폐폐에 관한 의견서(서울: 역사비평사, 1989); 趙甲濟, 고문과 조작의 기술자들(서울: 한길사, 1987)을 보기 바람. 大韓辯護士協會가 출간한 人權報告書는 표현의 자유와 정부에 대한 비판의 자유가 극심하게 탄압받던 시절 변호사들에게 주어진 합법적인 공간을 이용하여 인권침해의 실태를 국민에게 알리는 유일한 수단으로 만들어지면서 시작된 것이다. 人權報告書는 지금까지

## II. 10년을 넘어선 憲法裁判所

한국에서 헌법재판은 1945년 日本帝國主義의 植民地支配에서 解放된 후부터 1948년 7월 17일 大韓民國憲法이 제정된 때까지 있었던 美軍政期 동안인 1947년 9월 2일(보다 정확하게 말하면 이 시기는 1947년 5월 17일부터 軍政法令 제141호에 의해 출범한 ‘南朝鮮過渡政府’의 시기였음) 大法院에서 행한 1건의 違憲判決(「1947年民上第88號」 사건)에서 그 萌芽의인 形態가 나타나기는 했으나,<sup>6)</sup> 당시는 아직 主權國家로서 국가가 建立되기 전이었고,<sup>7)</sup> 이 재판은 大韓民國憲法을 근거로 한 것이 아니어서 정상적인 것이라고 평가하기는 어렵다고 보인다.<sup>8)</sup> 따라서 한국에서의 헌법재판은 最初の 制定憲法인 1948年憲法에서 정한 憲法委員會制度에서 출발한다고 보는 것이 타당하다.

한국의 헌법은 최초로 제정된 이후 9차례나 개정되어 현재의 헌법은 제9차 改正憲法인데, 그 동안 憲法이 개정됨에 따라 憲法裁判制度에도 변천이 있었다. 1948年憲法에서는 憲法委員會와 彈劾審判所가 헌법재판을 관장하였는데, 이러한 형태는 1952年憲法과 1954年憲法에서도 그대로 유지되었다. 李承晩의 長期執權에 저항한 ‘4·19民主革命’으로 새로 들어선 정부에서 있었던 1960年6月憲法에서는 憲法裁判所制度를 도입하였고, 1960年11月憲法에서도 이는 그대로 유지되었다. 그러나 憲法裁判所法이 1961년 4월 17일에 제정되고 한달 후인 5월 16일에 군사쿠데타가 발생하여 헌법재판소는 설치되지 못했다. 새로 들어선 朴正熙 군사쿠데타정부에서 개정된 1962年憲法에서는 大法院과 彈劾審判委員會에서 헌법재판을 관장하였다. 이러한 형태는 1969年憲法에서도 그대로 유지되었다. 朴正熙의 長期執權體制로 전환하는 이른바 ‘維新憲法’이라고 부르는 1972年憲法은 憲法委員會制度를 도입하였는데, 1972年憲法의 시기에 위헌법률심사는 전혀 없었다. 朴正熙政府가 종말을 고하고 다시 군부세력의 등장으로 이루어진 全斗煥政府의 출범과 함께 개정된 1980年憲法에서도 헌법재판은 憲法委員會가 관장하였는데, 이 시기에도 憲法委員會는 위헌법률심사를 전혀 하지 않았다. 全斗煥政府가 퇴진하고 盧泰愚政府의 등장이 이루어지면서 개정된 1987年憲法에서 현재의 憲法裁判所制度를 채택하였다. 韓國憲法史에서 나타난 헌법재판제도의 변천을 간단히 표로 보면 <표 1>과 같다.<sup>9)</sup>

지 매년 발간되고 있다.

6) 憲法裁判所(註 3), 9쪽 이하 참조.

7) 美軍政期の 司法制度에 관해서는 法院行政處, 法院史(서울: 法院行政處, 1995), 165쪽 참조.

8) 1947년 9월 2일 당시의 ‘大法院’이 선고한 「1947年民上第88號」의 판결에 대한 분석은 梁彰洙, “우리나라 最初の 憲法裁判論議,” 서울대학교 法學 제40권 2호(1999. 8.), 125쪽 이하를 보기 바람.

&lt;표 1&gt; 韓國 憲法裁判制度的 變遷

憲法	1948年憲法-1954年憲法	1960年6月憲法-1960年11月憲法	1962年憲法-1969年憲法	1972年憲法	1980年憲法	1987年憲法
施行期間	1948. 7. 17.- 1952. 7. 7.- 1954. 11. 29.- 1960. 6. 14.	1960. 6. 15.- 1960. 11. 29.- 1961. 6. 5.	1963. 12. 17.- 1969. 10. 21.- 1972. 11. 23.	1972. 11. 24.- 1980. 10. 26.	1980. 10. 27.- 1987. 10. 28.	1987. 10. 29.-
政府	李承晚 政府	張勉 政府	朴正熙 政府	→	全斗煥 政府	盧泰愚, 金泳三, 金大中 政府
憲法裁判機關	憲法委員會, 彈劾裁判所	憲法裁判所	法院, 彈劾審判委員會	憲法委員會	→	憲法裁判所
管掌事項	憲法委員會: 違憲法律審判  彈劾裁判所: 彈劾審判	違憲法律審判, 最終的 憲法解釋, 機關爭議審判, 違憲政黨解散審判, 彈劾審判, 大統領·大法院長·大法官의 選舉裁判	大法院: 違憲政黨解散審判, 違憲法律審判  彈劾審判委員會: 彈劾審判	違憲法律審查, 彈劾審判, 違憲政黨解散審判	違憲法律審查, 彈劾審判, 違憲政黨解散審判	違憲法律審判, 彈劾審判, 機關爭議審判, 彈劾審判, 憲法訴願審判, 違憲政黨解散審判
憲法裁判機關의 構成	憲法委員會: 副統領(委員長), 大法官 5인, 國會議員 5인(1952年憲法 이후: 民議院議員 3인, 參議院議員 2인)  彈劾裁判所: 副統領(裁判長, 大統領과 副統領審判時 大法院長이 裁判長), 大法官 5인, 國會議員 5인	大統領, 大法院, 參議院이 각 3인씩 選任	大法院: 大法院長(法官推薦會議提請+國會同意+大統領任命), 大法院判事(法官推薦會議同意+大法院長提請+大統領任命)  彈劾審判委員會: 大法院長(委員長, 大法院長 審判時 國會議長이 委員長), 大法院判事 3인, 國會議員 5인	大統領이 9인의 委員 任命(國會選出의 3인, 大法院長 指名의 3인 포함)	→	大統領이 9인의 裁判官 任命(國會選出의 3인, 大法院長 指名의 3인 포함)

헌법이 개정되는 과정에서 헌법재판기관의 형태는 많은 변천을 거쳤지만 헌법재판이 활성화되지는 못하였다. 李承晚政府에서 憲法委員會는 7건의 심판을 하였고, 朴正熙政府의 초기인 1962年憲法 아래에서 大法院은 1963년부터 1965年사이에 11건의 심판을 하였으나 그 내용은 충분하지 못한 것이었고,<sup>10)</sup> 그나마 그 이후로부터는 헌법재판기관은 실제에 있어 명목적이고 장식적으로만 존재하였을 뿐 한 건의 심판도 하지 않았다. 1972年憲法과 1980年憲法이 채택한 憲法委員會制度에서는 違憲法律審判節次가 심하게 歪曲되어 있었을 뿐만 아니라,<sup>11)</sup> 憲法委員會가 헌법재판을 하기 위해서는 大法院이 해당 법률의 위헌여부에 대해 헌법위원회에 심판을 제

9) 歷代 憲法裁判機關에서 종사한 裁判官(審判官), 委員의 名單은 憲法裁判所(註 3), 552쪽 이하를 보기 바람.

10) 이 시기 동안에 행해진 헌법재판의 사건에 대해서는 憲法裁判所(註 3), 17쪽 이하, 39쪽 이하 참조.

11) 1972年憲法과 1980年憲法 아래에서 違憲法律審判節次가 어떻게 歪曲되어 있었는지에 대해서는 鄭宗燮, 憲法裁判研究(1)(서울: 철학과현실사, 1995/1999), 31쪽 이하를 보기 바람.

청하여야 했는데, 대법원은 이 당시 문제가 되었던 사건들에서 언제나 합헌이라고 판단하여 국민이 憲法委員會의 違憲法律審判을 받고자 하는 길을 차단하는데 일조를 하였다.<sup>12)</sup> 이 시기 大法院에는 國家保安法違反事件, 集會및示威에관한法律違反事件 등(당시 대부분의 정치적인 사건은 國家保安法違反이나 集會및示威에관한法律違反으로 처리되었다) 국민의 기본권과 밀접한 연관을 가지는 많은 사건이 재판의 대상으로 되었고, 政府批判의 自由, 身體의 自由, 宗教의 自由, 學問의 自由, 集會의 自由, 結社의 自由 등表現의 自由와 같이 정치적으로 중요한 기본권에 관한 대부분의 쟁점이 첨예하게 부각되었음에도 대법원은 이러한 재판에서 이유는 밝히지 않고 결론만 제시하거나 짧고 불분명한 이유를 실시하거나 아예 전근대적인 논거를 들이대면서 국민의 기본권 침해를 재판이라는 이름으로 합법화하기도 하였다.<sup>13)</sup> 韓國憲法史에서 이 시기 동안 헌법재판은 국민의 시야에서 멀리 떨어져있었다.<sup>14)</sup> 이렇게 헌법의 실제에서 사라져버린 헌법재판은 1987年憲法에서 憲法裁判所制度를 채택하면서 비로소 현실에 다시 살아서 돌아오게 되었다.

현재의 헌법재판소는 1987年憲法에서 헌법재판소제도가 채택된 후 거의 1년이 지난 1988년 9월 1일 憲法裁判所法(1988. 8. 5. 법률제4017호)이 시행되면서 출범하였다(1987年憲法은 附則 제1조에 따라 대부분의 조항이 1988년 2월 25일 施行되었다). 이해 9월 12일 憲法裁判所 裁判官이 9인이 임명되고 19일부터 업무가 시작되었다. 그 동안 헌법재판에 대한 국민의 인식이 거의 없고 국가기관도 헌법재판에 대해 긍정적으로 생각하지 않는 상황에서 헌법재판소에 접수되는 사건이 없자 또 다시 과거의 憲法委員會와 같이 休眠機關으로 전락하는 것이 아닌가 하는 우려가 있었으나 9월 23일 憲法訴願審判事件이 처음 접수되었고, 1989년 1월 25일 國家에 대한 假執行宣告를 禁止한 訴訟促進등에관한特例法 제6조 제1항 단서에 대해 위헌 결정을 하면서 헌법재판의 향해를 시작하였다.<sup>15)</sup> 1989년에 헌법재판소에 접수된 사

12) 憲法裁判所(註 3), 62쪽 이하, 67쪽 이하 참조.

13) 1980年代 憲法裁判에 관한 大法院의 태도에 대해 梁建은 1980년대의 헌법판례들을 權威主義의인 支配에 直接 關聯되는 ‘核心的 領域’의 사건과 그렇지 않은 ‘周邊的 領域’의 사건으로 나누고 美合衆國에서의 司法消極主義와 司法積極主義의 觀點을 통하여 이를 살펴보면, ‘周邊的 領域’의 사건의 경우에는 재판관들 중에 司法積極主義를 指向하고자 고심한 흔적이 보이기도 하지만 ‘核心的 領域’의 사건의 경우에는 司法消極主義라고 부르기도 힘든 그 이전의 상태에 머물렀다고 평가한다. 梁建, 憲法研究(서울: 法文社, 1995), 674쪽 이하(특히 680쪽) 참조.

14) 1945년 이후부터 1989년 9월 30일까지 憲法委員會와 大法院이 宣告한 憲法判例의 原本을 複寫하여 모은 것으로는 憲法裁判所判例編纂課, 憲法委員會 및 大法院 憲法判例集(上)(1990), 憲法委員會 및 大法院 憲法判例集(中)(1990), 憲法委員會 및 大法院 憲法判例集(下)(1990)를 보기 바람.

15) 헌법재판소의 창설기의 상황과 10년간의 주요 활동에 관하여는 憲法裁判所(註 3), 86쪽 이하, 99쪽 이하, 411쪽 이하를 보기 바람.

건은 예상이외로 많았다. 헌법재판의 물꼬가 트이기 시작하자 그 동안 헌법위반의 의문이 있었던 사건들도 헌법재판소에 쏟아져 들어왔다.

憲法裁判所는 지난 10여년 동안 활발하게 활동하여 초창기에 헌법재판소에 대해 懷疑的으로 보던 시각을 상당히 뒤바꾸어놓았다. 그 동안의 헌법재판소의 판단에 대해 논란이 없는 것은 아니지만 韓國憲法史 전체를 놓고 보면 많은 발전을 가져왔다고 평가해도 지나친 것은 아니라고 생각한다. 헌법재판이 활성화되어감에 따라 헌법에 대한 국민들의 이해가 높아져갔고, 비로소 주권자로서 헌법에 의지하여 國家權力의 濫用과 誤用에 대해 是非를 할 수 있게 되었다. 憲法을 守護하고자 하는 意志(Wille der Verfassung)는 헌법재판이 행해질 수 있을 때 비로소 가능하다는 것이 한국에서도 증명이 되었다. 본질적으로 권력통제의 기능을 가지고 있는 헌법재판소에 대해 다른 국가기관이 호의적으로 대하기를 기대하기는 어렵지만 헌법재판의 연륜이 쌓여가면서 국회, 행정부, 법원 등 국가기관들도 헌법재판을 이해하기에 이르렀다. 헌법재판소가 헌법재판을 통해 기본권을 보장하는 기능은 違憲法律審判과 憲法訴願審判을 통하여 나타났고, 권력통제의 기능은 違憲法律審判, 憲法訴願審判, 機關權限爭議심판을 통하여 나타났다. 彈劾審判이나 違憲政黨解散審判을 한 경우는 없다. 헌법재판소에 접수된 사건의 증감만으로 헌법재판이 얼마나 활성화되었는가를 측정할 수는 없지만 그 일면은 짐작해볼 수 있다. 헌법재판소가 업무를 시작한 1988년부터 1998년까지 10년간의 사건 접수 및 처리 현황을 통계표로 보면 <표 2>, <표 3>과 같다.

위헌법률심판의 경우 초기에 급증하였다가 그 동안 위헌성이 문제된 법률들에 대해 정리가 되어감에 따라 줄어갔는데, 1996년부터 증가한 것은 위헌법률심판에 대한 인식이 확산되어 법원의 재판에서 적용되는 법률에 대해 위헌의 의문을 제기하거나 법률에 대한 헌법소원심판을 적극적으로 청구한 것이라고 평가할 수 있다. 憲法訴願審判請求事件은 전체적으로 增加趨勢를 보이고 있는데, 여기에는 檢事의 不起訴處分에 대한 헌법소원심판청구가 상당한 비율을 차지하고 있다. 憲法裁判所法의 명문의 표현대로 하면 同法 제68조 제1항의 헌법소원심판과 제68조 제2항의 헌법소원심판의 두 종류가 있으나, 同法 제68조 제2항의 헌법소원심판절차는 위헌법률심판절차인 同法 제41조 제1항의 절차에서 당사자가 당해 법원에 대해 당해 재판에서 전제가 된 법률의 違憲與否審判을 憲法裁判所에 提請할 것을 申請하였다가 棄却당하였을 때 당사자가 직접 헌법재판소에 해당 법률의 違憲與否를 審判하여 줄 것을 請求하는 절차이므로 실질상 위헌법률심판절차에 해당한다.<sup>16)</sup> 憲法裁判所法 제68조 제2항의 憲法訴願審判節次는 同法 제41조 제1항의 違憲法律審判節次와 동일하므로 재판의 실제에서도 헌법재판소는 양자를 같은 것으로 본다. 그래서 아

16) 이에 대한 자세한 논의는 鄭宗燮(註 11), 123쪽 이하를 보기 바람.

래 통계에서는 憲法裁判所法 제68조 제1항의 헌법소원심판사건을 同法 제41조 제1항의 위헌법률심판사건에 포함시켜 계산하였다. 헌법재판소는 그간 재판한 결과를 憲法裁判所判例集으로 출간해오고 있는데, 1989년부터 1998년까지 선고한 판례중 중요한 판례를 모아 출간한 것이 모두 16권의 책에 달한다.

<표 2> 年度別 審判事件의 接受 및 處理 現況

		1988年	1989年	1990年	1991年	1992年	1993年	1994年	1995年	1996年	1997年	1998年	合計
接受事件總數		39	425	362	264	392	385	347	476	552	538	657	4,437
違憲法律事件	㉠§41①	13	142	71	9	24	17	10	17	23	15	18	359
	㉡§68②	1	15	60	22	54	67	50	64	96	90	107	626
接受	㉠+㉡	14	157	131	31	78	84	60	81	119	105	125	985
憲法訴願事件	接受	25	268	230	233	313	301	286	395	431	433	528	3,443
權限爭議事件	接受			1		1		1		2		4	9
違憲法律審判	違憲		10	26	5	16	7	12	26	9	24	13	148
	合憲		4	3	109	23	14	24	60	51	46	5	339
憲法訴願審判	認容		3	6	6	9	10	3	13	12	22	10	94
	棄却		17	50	46	100	89	83	161	160	179	207	1,092
	終了宣言					1							1
	却下	8	164	114	123	144	171	139	207	218	199	381	1,868
	取下	5	9	11	8	20	21	18	18	11	7	9	137
權限爭議	認容										1		1
	棄却											1	1
	却下								1			4	5
	取下							1					1

\* 違憲法律審判에서 違憲·憲法不合致·一部違憲·限定違憲·限定合憲의 경우 모두 違憲으로 計算하였다.  
 \*\* 憲法訴願審判에서 認容, 法律에 대한 憲法訴願審判에서의 違憲·憲法不合致·一部違憲·限定違憲·限定合憲의 경우 모두 認容으로 計算하였다.

<표 3> 年度別 接受된 憲法訴願審判請求事件의 總數와 不起訴處分에 대한 審判請求事件의 總數

		1988年	1989年	1990年	1991年	1992年	1993年	1994年	1995年	1996年	1997年	1998年	合計
憲法訴願審判事件	總數	25	268	230	233	313	301	286	395	431	433	528	3,443
不起訴處分에 대한	憲法訴願事件 總數	8	132	136	144	162	165	180	288	271	264	314	2,064

헌법재판을 통한 권력통제와 기본권의 보호에서 특히 주목되는 것은 憲法裁判所法 제68조 제1항에서 法院의 裁判을 憲法訴願審判의 對象에서 제외한 부분과 檢事

의 不起訴處분에 대한 憲法訴願審判與否이다. 법원이 재판이라는 이름으로 국민의 기본권을 침해하는 경우 이를 어떻게 할 것인가 하는 것이 재판에 대한 헌법소원심판의 문제인데, 憲法裁判所法은 제정 당시부터 이 문제에 대해 논란을 벌이다가 사법부의 강력한 반발로 헌법소원심판의 대상에서 제외하는 것으로 정하였다.<sup>17)</sup> 그러나 이 조항에 대해서는 헌법에 위반된다는 비판이 줄곧 제기되어왔고, 헌법재판소에도 법원의 재판이 위헌이라고 주장하는 재판에 대한 헌법소원심판청구사건이 많이 접수되었는데, 이 문제에 대해 상당기간 논란이 있어오다가 憲法裁判所는 1997년 12월 법원이 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판은 헌법소원심판의 대상이 된다고 결정하여<sup>18)</sup> 헌법재판의 발전에 큰 진전을 보였다. 이 결정에 대해 대법원은 반발하였는데, 이로 인하여 헌법재판소와 대법원사이의 긴장이 발생하기도 하였다. 헌법재판소와 대법원사이에는 과거 헌법재판소가 大法院規則을 헌법소원심판의 대상이 된다고 선고하여 서로 관계가 불편하였으나 헌법재판의 성질에 비추어보아 헌법재판소에 대한 지지가 우세하였다. 檢事의 不起訴處분에 대한 統制는 본질적으로 法院의 刑事裁判權에 의해 통제되어야 적합하지만<sup>19)</sup> 刑事訴訟法은 불기소처분에 대한 법원의 통제를 극히 제한하고 있는 형편이어서 헌법재판소는 起訴猶豫,<sup>20)</sup> 嫌疑없음,<sup>21)</sup> 죄가안됨,<sup>22)</sup> 公訴權없음,<sup>23)</sup> 起訴中止<sup>24)</sup> 등 모든 종류의 不起訴處분에 의해 기본권이 침해된 경우는 헌법소원심판의 대상이 된다고 판단하고 있다.

헌법재판소는 그 동안 위 통계에서 보는 것과 같이 활발하게 재판을 하여왔는데, 이러한 과정을 통하여 구체적인 사건에서 實定憲法規定의 意味를 명확하게 하였다. 특히 基本權의 制限의 限界에서 그 侵害與否를 정하는 判斷基準들을 구체적으로 마련하여갔는데, 이러한 성과는 현실에서 헌법재판을 적극적으로 할 때만 가능한 것이다. 基本權의 制限에 있어서 요구되는 憲法 제37조 제2항의 比例原則(=過剩禁止原則), 平等權과 平等原則의 侵害與否를 판단하는 恣意禁止原則, 法治主義의 內容을 이루는 罪刑法定主義·遡及立法의 限界·適法節次原則·法律의 明確性의 原則·委任立法의 限界·租稅法律主義·信賴保護原則 등의 內容을 구체화시켜온 것을 그 예

17) 이 과정에 관하여는 憲法裁判所(註 3), 74쪽 이하를 보기 바람.

18) 憲法裁判所 1997. 12. 24.-96헌마172·173(병합) [憲] 9-2, 842쪽 이하.

19) 이에 대한 자세한 것은 鄭宗燮, “檢事의 不起訴處분에 대한 憲法訴願審判制度,” 人權과 正義 제237호(1996년 5월호), 8쪽 이하를 보기 바람.

20) 憲法裁判所 1989. 10. 27.-89헌마56 [憲] 1, 309쪽 이하의 결정이후 확립된 판례이다.

21) 憲法裁判所 1990. 11. 19.-89헌마116 [憲] 2, 405쪽 이하의 결정이후 확립된 판례이다.

22) 憲法裁判所 1996. 11. 28.-93헌마229 [憲] 8-2, 610쪽 이하.

23) 憲法裁判所 1992. 10. 1.-91헌마31 [憲] 4, 620쪽 이하의 결정이후 확립된 판례이다.

24) 憲法裁判所 1991. 4. 1.-90헌마115 [憲] 3, 175쪽 이하의 결정이후 확립된 판례이다.

로 들 수 있다.

### III. 基本權 分野의 主要 決定

#### 1. 身體의 自由

헌법재판소의 功績중에서 특히 눈에 띄는 것이 신체의 자유에 관한 것이다. 신체의 자유에 대한 침해행위는 과거 독재와 권위주의통치 기간중 극심했던 부분인데, 한국 사회에서 민주화가 진행되면서 무엇보다 먼저 신체의 자유 침해에 대해 批判이 활발히 제기되었다. 헌법재판소도 이러한 상황의 전개 과정에서 신체의 자유를 침해하는 국가행위에 대해 많은 결정을 하였다.

1989년에는 軍隊內에서 상급자가 하급자에 대해 힘을 행사하는 이른바 氣合行爲(‘얼차려’라고 불림)와 관련하여 정당하지 않은 氣合命令에 따르지 아니한 행위는 軍刑法上的 抗命罪에 해당하지 않는다고 판단하여 軍隊內의 不法的인 氣合行爲와 기본권침해행위에 대해 경중을 올렸다.<sup>25)</sup> 지금도 군대 내에서 氣合行爲와 毆打事故가 발생하고 있지만,<sup>26)</sup> 軍部勢力에 기반을 두고 있었던 盧泰愚政府 당시 군대내의 기본권침해행위에 대한 문제의 제기와 비판이 제대로 행해질 수 없던 상황에서 내린 헌법재판소의 이 결정은 人權 死角地帶였던 군대 내에서의 兵士들의 人權保護에 있어서 큰 의미를 가지는 것이었다. 朴正熙-全斗煥-盧泰愚로 이어지는 軍出身에 의한 정부 하에서는 군대내의 문제에 대해 어느 누구도 감히 문제를 제기하거나 비판할 수 없었고, 군대는 어떤 비난으로부터도 면제되었던 軍隊優位의 사회분위기를 감안할 때 헌법재판소의 이 결정은 처음으로 군대 내에서 행해지는 불법행위에 대해 제동을 건 것으로 높은 평가를 받을만한 것이었다.

1990년에는 교통사고를 일으킨 운전자에게 事故申告義務를 정한 道路交通法(1984. 8. 4. 법률 제3744호)규정에 대해 이러한 신고의무는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에서만 인정되는 것일 뿐 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것이라고 판단하여 憲法上的 陳述拒否權 保障의 의미를 분명히 하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 “현재의 형사피해자나 피고인으로서 수사 및 공판절차에 係屬중인 자뿐만 아니라 교통사고를 일으킨 차량의 운전자 등과 같이 장차 형사피해자나 피고인이 될 가능성이 있는 자에게도 그 진술내용이 자기의 형사책임에 관련되는 것일 때에는 그 진술을 強要받지 않을 自己負罪拒絶의 권리가

25) 憲法裁判所 1989. 10. 27.-89헌마56 [憲] 1, 309쪽 이하.

26) 韓國에서는 일반적으로 군대 내에서 행해져온 氣合行爲나 毆打行爲는 과거 日本國이 韓國을 侵奪하여 植民地로 支配하였던 당시 日本軍隊에 의해 移植된 弊習이라고 이해하고 있다.

보장되는 것이다”라고 판시하였다.<sup>27)</sup>

1992년에는 拘束期間의 延長에 대해 違憲 決定을 하였다. 이 사건은 國家保安法 違反으로 구속된 청구인들이 治安本部 對共分室에서 조사를 받으면서 國家保安法 제19조에 따라 두 번에 걸쳐 구속기간이 연장된 사안에서 1차 또는 2차에 걸친 구속기간의 연장규정이 위헌이라고 다투어진 것이다. 이 사건에서 헌법재판소는 國家保安法상의 讚揚·鼓舞罪와 不告知罪의 경우 刑事訴訟法이 정하고 있는 구속기간보다 더 긴 구속기간을 필요로 하지 않는다고 하여 위헌으로 선고하였다.<sup>28)</sup> 이 사건은 남용되어온 구속기간의 연장에 대해 제동을 걸었을 뿐만 아니라 그 동안 禁錮視되어온 국가보안법에 대해 정면으로 심사를 하는 사례를 남긴 것이다. 1992년은 이른바 ‘文民政府’로 불린 金泳三政府가 들어서서 改革의 霧圍氣가 고조된 해였다. 이 해에 헌법재판소는 重刑 求刑時에 釋放을 制限하던 刑事訴訟法 제331조 但書의 규정에 대해서도 위헌이라고 선고하였다. 이 당시 刑事訴訟法(1954. 9. 23. 법률 제 341호) 제331조는 “無罪, 免訴, 刑의 免除, 刑의 宣告猶豫, 刑의 執行猶豫, 公訴棄却 또는 罰金이나 科料를 科하는 判決이 선고된 때에는 拘束令狀은 효력을 잃는다. 但 檢事로부터 死刑, 無期 또는 10년 이상의 懲役이나 禁錮의 刑에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다”고 하는 정하고 있었는데, 헌법재판소는 이 조항의 단서에 대해 신체의 자유를 과도하게 침해하고 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되게 하여 적법절차에 위반된다고 하여 위헌이라고 결정하였다.<sup>29)</sup> 이 결정으로 無罪, 免訴 등의 선고를 받고도 대법원에서 확정될 때까지 拘禁되어야 했던 종래의 기본권침해는 사라졌다.

1993년에 헌법재판소는 法院의 保釋決定에 대해 檢事가 即時抗告를 할 수 있도록 정한 刑事訴訟法의 규정에 대하여 ‘保釋許可決定에 대하여 檢事の 即時抗告를 허용하여 그 即時抗告에 대한 抗告審의 裁判이 確定될 때까지 그 執行이 정지되도록 한 刑事訴訟法 제97조 제3항의 규정은 당해 피고인에 대한 保釋許可決定이 부당하다는 檢事の 불복을 그 피고인에 대한 拘束執行을 계속할 필요가 없다는 法院의 판단보다 우선시킨 것이어서 拘束의 여부와 拘束을 계속시키는 여부에 대한 판단을 司法權의 독립이 보장된 法官의 결정에만 맡기려는 令狀主義에 위반되고, 그 내용에 있어 합리성과 정당성이 없으면서 피고인의 신체의 자유를 제한하는 것이므로 適法節次의 원칙에 반하며, 基本權制限立法의 기본원칙인 방법의 적정성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 갖추지 못하여 過剩禁止의 원칙에도 위반된다’라는 취지로 違憲이라고 선고하였다.<sup>30)</sup> 현재 拘束을 取消하는 법원의 결정에 대해서는 檢事가

27) 憲法裁判所 1990. 8. 27.-89헌가118 [憲] 2, 222쪽 이하(특히 229쪽-230쪽).

28) 憲法裁判所 1992. 4. 14.-90헌마82 [憲] 4, 194쪽 이하.

29) 憲法裁判所 1992. 12. 24.-92헌가8 [憲] 4, 853쪽 이하.

即時抗告를 하는 것은 가능하다. 1995년 12월 29일 刑事訴訟法の 관련 규정이 改正되어 정비되었다.<sup>31)</sup>

독재나 권위주의통치에서는 刑事司法構造와 刑事節次에서 기본권의 침해가 많이 발생하는데, 한국의 경우에도 그 예외는 아니다. 과거 독재와 권위주의통치시절에 刑事司法構造와 刑事節次에서 발생한 기본권의 침해에 관해서는 ‘人權辯護士’들이 끊임없이 문제를 찾아내고 제기하였는데, 이러한 ‘人權辯護士’들의 활동은 刑事司法構造와 刑事節次에서 빚어지는 기본권 침해행위를 제거하는데 적지 않은 寄與를 하였다. 신체의 자유의 부분에서 본 위의 사례들을 보건대 한국에서 있었던 이러한 기본권 침해 현실에서 헌법재판소는 인권변호사들이 제기한 문제상황을 사후적으로 정리해갔다고 해도 크게 틀린 평가는 아니라고 생각한다.

## 2. 刑事節次上的 基本權

1989년 7월 國家安全企劃部에 國家保安法違反으로 구속되어 조사를 받던 피의자들을 그의 변호인들이 접견하려고 하는 것을 국가안전기획부가 접견하지 못하게 한 사건이 발생하였는데, 이 당시 피의자들은 국가안전기획부에 구속되어 위압적이 분위기 속에서 조사를 받고 있을 뿐 아니라 변호인의 접견도 방해 받고 있었다. 이런 상황에서 변호인이었던 인권변호사들은 피의자의 접견을 시도하다가 국가안전기획부의 이러한 방해 를 받게 되자 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. 1991년 이 사건에서 헌법재판소는 피의자나 피고인이 가지는 변호인과의 접견교통권은 헌법이 보장하는 基本권이지만 변호인이 가지는 피의자나 피고인과의 접견교통권은 형사소송법이 정하는 법률상의 권리에 지나지 않는다는 판단을 하였다.<sup>32)</sup> 이러한 헌법재판소의 판단은 헌법상의 接見交通權 保障의 의미를 약화시키는 것이었으나,

30) 憲法裁判所 1993. 12. 23.-93헌가2 [憲] 5-2, 578쪽 이하. 이 사건에서 문제가 된 刑事訴訟法の 規정은, 검사에게 보석허가결정에 대한 即時抗告의 權限을 인정함으로써 보석허가결정이 있어도 즉시항고의 提起期間 뿐만 아니라 즉시항고가 제기된 경우 그 항고심의 재판이 확정될 때까지 보석허가결정의 執行이 無條件 停止되어 被告人은 보석을 허가하는 결정을 받고도 釋放되지 못하고 계속 구속되어 있어야 하는 결과를 가져왔다. 이 규정은 朴正熙時代인 1972년에 이른바 ‘維新憲法’이 공포된 후 국회 아닌 ‘非常國務會議’에서 1973년 1월 25일 刑事訴訟法을 개정하면서 신설한 규정인데, 美合衆國, 英國, 獨逸, 프랑스, 日本國 등 선진 어느 나라에서도 그 유례를 찾아보기 어려운 규정이었다.

31) 保釋과 拘束의 取消에 있어서 檢事가 가지는 權限에 관하여 1995년 12월 29일 개정된 刑事訴訟法 제97조는 다음과 같이 정하고 있다. “1) 保釋에 관한 결정을 함에는 檢事의 意見을 물어야 한다. 단, 검사가 3日 이내에 의견을 표명하지 아니한 때에는 保釋許可에 대하여 同意한 것으로 看做한다. 2) 拘束의 取消에 관한 결정을 함에 있어서도 檢事의 請求에 의하거나 急速을 要하는 경우외에는 제1항과 같다. <개정 95.12.29>. 3) 拘束을 取消하는 決定에 대하여는 檢事는 即時抗告를 할 수 있다. <개정 95.12.29>”

32) 憲法裁判所 1991. 7. 8.-89헌마181 [憲] 3, 356쪽 이하.

1992년에는 國家安全企劃部(현재의 國家情報院)의 수사관이 구속된 수감자의 변호인접견시에 참여하거나 변호인과의 對話를 聽取하거나 記錄하는 행위에 대해 違憲이라고 결정하여 변호인 접견교통권이 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용임과 어떠한 이유로도 제한될 수 없다고 천명하였다.<sup>33)</sup> 이러한 변화가 盧泰愚政府에서 金泳三政府로 이행되는 과정에서 헌법재판소가 태도를 바꾼 것인지에 대해서는 더 흥미할 필요가 있지만, 아무튼 김영삼정부의 출범후 헌법재판소는 종래와 다른 모습을 보여준 부분이 적지 않다.

刑事司法의 기초는 피의자 또는 피고인이 그의 변호인으로부터 얼마나 충실하게 조력을 받을 수 있는가에 있다. 그러나 한국에서는 과거 권위주의통치의 폐습으로 인하여 搜查機關은 매우 威壓的이고 辯護人의 활동조차 거침없이 침해하고 억압하였다. 현재도 이러한 폐습과 수사기관에 종사하는 사람들의 잘못된 인식이 불식되지 않은 채 남아 있어 人權侵害是非의 한 원인이 되고 있지만 변호인 접견교통권에 대한 헌법재판소의 태도는 한국 형사사법의 발전에 기여한 면이 적지 않다. 물론 이러한 헌법재판소의 판단의 배경에는 민주화로 나아가게 하는 국민의 힘이 뒷받침된 부분도 있다.

권위주의통치에서는 裁判記錄이나 搜查記錄의 公開를 원칙적으로 금지하였는데, 이러한 것은 국민으로 하여금 공정한 재판을 받을 권리를 제한하는 것일 뿐 아니라 잘못된 수사과 재판에 대해 다룰 수 있는 기회를 박탈하고 刑事司法權力의 행사에 있어 발생한 국가의 잘못과 책임을 국민에게 轉嫁하는 것이기도 한 것이었다. 그러나 민주화과정에서 이미 국민 위에 君臨하는 國家優越의인 國家觀이 붕괴되고 主權者인 국민에게 奉仕하는 國家로 국가의 지위가 확인됨으로써 일정한 범위 내에서 確定된 裁判記錄과 자기 사건의 搜查記錄을 閱覽하고 謄寫할 수 있는 權利도 基本權으로 인정된다는 결론에 이르게 되었다.

1991년 헌법재판소는 確定된 刑事裁判記錄의 閱覽·複寫할 권리를 법익의 충돌이 없는 범위 내에서 국민의 기본권이라는 획기적인 결정을 하였다.<sup>34)</sup> 이 결정은 정보의 공개라는 면이외에도 그 동안 자기의 재판이 제대로 된 것인지 사후에 살펴볼 권리마저 봉쇄 당하였던 국민에게 자기의 권리를 찾아준 것이라는 점에서 더 큰 의미를 가지는 것이었다. 과거 형사재판에서 이 문제가 아주 예민했던 것은 이른바 '時局事件'이라고 불린 정치적인 사건에서 형사재판의 기록의 공개는 곧 反政府鬪爭으로 연결되는 것이었기 때문에 형사재판기록의 공개는 철저히 금지되었다.

33) 憲法裁判所 1992. 1. 28.-91헌마111 [憲] 4, 51쪽 이하. 이 결정이후 1995년 1월 5일 行刑法의 해당 조항은 “未決收容者와 辯護人(辯護인이 되려고 하는 자를 포함한다)과의 接見에는 矯導官이 參與하거나 그 내용을 聽取 또는 錄取하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 收容者를 監視할 수 있다.”라고 개정되었다.

34) 憲法裁判所 1991. 5. 13.-90헌마133 [憲] 3, 234쪽 이하.

1997년에는 辯護인이 搜查記錄의 閱覽과 謄寫를 신청한 것에 대해 檢事가 拒絶한 사건에서 헌법재판소는 변호인과 피고인이 他法益을 침해하지 않는 범위 내에서 自己 事件의 搜查記錄을 閱覽하고 등사할 수 있는 권리를 공정한 裁判을 받을 권리와 辯護인의 助力을 받을 권리에에서 도출되는 기본권이라고 인정하였다.<sup>35)</sup> 수사기록의 공개금지도 형사재판기록의 공개금지만큼 오랫동안 시비의 대상이 되었던 것인데, 이 문제도 헌법재판소의 결정을 통하여 해결의 길을 찾게 되었다. 이러한 것은 國家刑罰權을 중심으로 하여 국민을 支配하던 權威主義的 國家에서 점차 民主法治國家로 나아가는 과정을 보여주는 좋은 예라고 할 수 있다.

한편 형사절차상의 기본권과 관련하여 보건대 독재와 권위주의통치 기간에 軍隊와 矯導所는 基本權死角地帶였는데 헌법재판소는 변호인의 조력을 받을 권리의 내용을 확립함과 동시에 피구금자의 권리를 확인함으로써 감옥 속에 구금된 被拘禁者의 기본권도 찾아주었다. 위에서 보았듯이 1992년에 헌법재판소는 未決收容者의 변호인접견을 방해하는 행위에 대해 위헌의 결정을 하였고, 1995년에는 未決收容者의 書信을 檢閱하는 행위에 대해서도 ‘憲法 제12조 제4항 본문은 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 규정하고 있는데, 이는 신체구속을 당한 사람에게 변호인과 사이의 충분한 접견교통을 허용함과 교통내용에 대하여 비밀이 보장되고 부당한 간섭이 없어야 하는 것을 포함하고 있다. 이러한 취지는 접견의 경우뿐만 아니라 변호인과 미결수용자 사이의 서신에도 적용되어 그 비밀이 보장되어야 한다. 다만 미결수용자와 변호인 사이의 서신으로서 그 비밀을 보장받기 위하여는, 첫째, 교도소측에서 상대방이 변호인이라는 사실을 확인할 수 있어야 하고, 둘째, 서신을 통하여 마약 등 소지금지품의 반입을 圖謀한다든가 그 내용에 도주·증거인멸·수용시설의 규율과 질서의 파괴·기타 형벌법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 합리적인 이유가 있는 경우가 아니어야 한다. 그런데 舊 行刑法 제62조는 형이 확정된 受刑者에 대하여 서신검열을 규정한 같은 法 제18조 제3항 및 施行令 제62조를 未決收容者에 대하여도 準用하도록 규정하고 있고, 피청구인의 위 검열행위도 위 규정에 따른 것이므로, 위 검열행위가 위헌임을 확인함에 있어서, 舊 行刑法 제62조의 규정 중 앞서 본 변호인과의 서신검열이 허용되는 조건을 갖추지 아니한 경우에도 검열을 할 수 있도록 準用하는 부분에 대하여는 憲法裁判所法 제75조 제5항에 따라 위헌을 선언한다’라고 결정하였다.<sup>36)</sup> 헌법재판소는 이런 꾸준한 결정을 통하여 矯導所內의 基本權에 대한 주의를 환기시키면서 구금자의 기본권 보장의 중요성을 확인시켰다. 물론 교도소내의 기본권 침해에 대해서는 오랫동안 學界와 人權團體에서 끊임없는 비판이 있었고 헌법재판소도 이러한

35) 憲法裁判所 1997. 11. 27.-94헌마60 [憲] 9-2, 675쪽 이하.

36) 憲法裁判所 1995. 7. 21.-92헌마144 [憲] 7-2, 94쪽 이하.

목소리에 귀를 기울인 점도 있다고 보인다. 아무튼 피구금자의 기본권 보장에 대한 헌법재판소의 이런 결정은 기본권 신장에 큰 기여를 하였다고 평가할 수 있다.

### 3. 表現의 自由

독재와 권위주의통치시기에 있어서는 표현의 자유는 곧 執權勢力에 대한 비판을 허용하는 것이 되었기 때문에 이에 대한 억압은 매우 심하였다. 그러나 권위주의통치에서 민주화로의 이행에서는 무엇보다 표현의 자유에 대한 주장이 강하게 표출되었고 헌법재판소는 이러한 표현의 자유의 보장에 있어 헌법이 인정하는 범위를 설정하면서도 동시에 적극적인 자세를 취하였다.

1992년에는 과거 출판·언론의 자유를 억압하기 위한 조치로 정해졌던 인쇄시설의 自己所有를 강제하는 규정을 위헌으로 무효화시켰다.<sup>37)</sup> 그러나 이 해에 정기간행물의 간행할 때에 公報處長官에게 納本하게 하는 것(出版社 및 印刷所의 登錄에 관한 法律(1961. 12. 30. 법률 제904호)은 1964년 6월 10일 개정되어 납본한 자의 청구가 있을 때에는 국가는 정당한 보상을 하여야 한다고 정하고 있다.)에 대해서는 언론·출판에 대한 事前檢閱이 아니라고 판단하였다.<sup>38)</sup> 1993년에는 헌법재판소는 音盤製作者에 대해 일정한 시설을 갖추어 文化公報部에 등록하게 命하는 것은 음반제작에 필수적인 기본시설을 갖추지 못함으로써 발생하는 피해를 방지하는 등 공공복리를 추구하기 위한 것이라고 하여 합헌이라고 판단하였으나, 여기서 요구되는 시설이 음반제작자의 自己所有를 의미하는 것이라면 위헌이라고 하여 해당 규정에 대해 限定違憲의 판단을 하였다.<sup>39)</sup> 이러한 것은 표현의 자유를 회복시켜준 것이었다. 과거 權威主義政府는 知識人들이나 社會運動을 하는 사람들이 출판물이나 음반을 통하여 사회의 모순을 고발하고 정부에 대해 비판하는 것을 이러한 시설의 자기소유요건을 통하여 통제하였는데(이러한 비판세력들이 자기소유로 인쇄시설을 갖추거나 음반제작시설을 갖추는 것은 경제적으로 어려웠다. 통치자들이 반대세력을 탄압하기 위해 시설을 임차하거나 시설소유자에게 의뢰하여 출판물을 인쇄하거나 음반을 제작하는 것을 금지한 의도는 충분히 짐작할 수 있을 것이다), 헌법재판소는 이러한 일련의 결정을 통하여 표현의 자유를 침해하는 이러한 법규정을 無效化시켰다.

권위주의가 점차 극복되어 가면서 표현의 자유는 더욱 강하게 주장되었고, 표현의 자유는 한계가 없는 것처럼 주장되기도 하였다. 표현의 자유는 개인의 가장 기본적인 요소이기는 하지만 그의 과다함은 반대로 타인의 이익과 다른 법익을 침해

37) 憲法裁判所 1992. 6. 26.-90헌가23 [憲] 4, 300쪽 이하.

38) 憲法裁判所 1992. 6. 26.-90헌바26 [憲] 4, 362쪽 이하. 1999년 1월 21일 出版社 및 印刷所의 登錄에 관한 法律(1961. 12. 30. 법률 제904호)을 개정하여 만화, 사진집, 화보집, 소설에 대해서만 납본하도록 하는 것으로 축소하여 납본에 따른 부담을 경감시켰다.

39) 憲法裁判所 1993. 5. 13.-91헌바17 [憲] 5-1, 275쪽 이하.

할 우려가 많기 때문에 그에 대한 제한에 관한 논의는 지금까지도 치열하다. 오늘날 이러한 것은 映像媒體와 淫亂物(포르노)에서 주로 문제가 심각하게 발생하는데, 한국의 경우도 그 예외는 아니다. 1992년 金泳三政府의 登場 以後 점차 民主化가 진행됨에 따라 표현의 자유에 대한 주장은 더욱 강하게 나타났고, 이러한 주장은 權威主義의 清算이라는 차원이 아니라 自由의 滿喫이라는 것으로 변화되어 나타나고 있다.

映畫의 自由에서 事前制限이 위헌이라는 주장에 대해 1996년 헌법재판소는 事前檢閲이 아니라고 판단하여 그 한계를 설정하였다. 여기서 헌법재판소는 檢閲禁止原則은 모든 형태의 事前的인 規制를 금지하는 것이 아니고 단지 의사표현의 발표여부가 오로지 行政權의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것을 뜻하고 정신작품의 발표이후에 비로소 취해지는 사후적인 사법적인 규제를 금지하지 않는다고 하였다. 심의기관에서 허가절차를 통하여 영화의 상영여부를 종국적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 검열에 해당하나 예컨대 영화의 상영으로 인한 실정법위반의 가능성을 사전에 방지하고, 청소년 등에 대한 상영이 부적절할 경우 이를 流通段階에서 효과적으로 관리할 수 있도록 미리 등급을 심사하는 것은 검열이 아니라고 판단하였다.<sup>40)</sup>

1998년 헌법재판소는 淫亂物의 出版에 대해서도 ‘低俗한 刊行物’에 대한 광범한 제한에 대해서는 제동을 걸었으나, 음란에 대해서는 “人間尊嚴 내지 인간성을 왜곡하는 露骨的이고 赤裸裸한 성표현으로서 오로지 성적 흥미에만 호소할 뿐 전체적으로 보아 하등의 문학적, 예술적, 과학적 또는 정치적 가치를 지니지 않는 것”라고 규정하여 그 의미를 분명히 하면서, 이러한 음란은 “사회의 건전한 性道徳을 크게 해칠 뿐만 아니라 사상의 경쟁 메커니즘에 의해서도 그 害惡이 해소되기 어렵다고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 嚴格한 意味의 음란표현은 언론·출판의 자유에 의해서 보호되지 않는다고 할 것이다”라고 판단을 내리고 淫亂한 刊行物에 대한 규제는 인정되는 것이라고 하여 그 한계를 분명히 하였다. 따라서 저속한 출판물을 출판했다는 이유로 출판사의 등록을 취소하는 것은 인정할 수 없지만 음란물을 출판한 출판사의 등록을 취소하는 것은 헌법상 인정된다고 하였다.<sup>41)</sup>

40) 憲法裁判所 1996. 10. 4.-93헌가13 [憲] 8-2, 212쪽 이하(특히 223쪽 이하).

41) 憲法裁判所 1998. 4. 30.-95헌가16 [憲] 10-1, 327쪽 이하. 1999년 1월 21일 出版社 및 印刷所의 登錄에 關한 法律(1961. 12. 30. 법률 제904호)을 개정하여 저속한 간행물을 출판한 경우를 삭제하고 음란한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여 공중도덕이나 사회윤리를 침해한 경우에 한하여 등록을 취소할 수 있게 하였다. 음란물이나 아동에게 유해한 만화가 아닌 경우에도 공중도덕이나 사회윤리의 보호라는 점에서는 그 정도에 있어서 음란물이나 아동에게 유해한 만화와 동등하거나 더 심한 출판물로서 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우(잔혹하거나 인간성을 부정하는 행위 등)도 있는 바, 이러한 경우를 배제한 것은 문제라고 할 것이다. 이 법률 제5조의2 제5호에서 정하고

표현의 자유의 문제는 아니지만 주목되는 것이 法院의 謝罪廣告命수에 대한 판단이다. 헌법재판소는 타인의 名譽를 침해한 자에 대해 法院이 謝罪廣告를 하도록 命하는 행위에 대해서도 良心의 自由를 침해하는 행위라고 하여 이러한 행위를 위헌이라고 하였다.<sup>42)</sup> 과거 日本國 最高裁判所는 이에 대해 合憲이라고 판단하였다.<sup>43)</sup> 韓國의 憲法裁判所가 違憲이라고 판단한 것과 대조를 이룬다.

#### 4. 勞動基本權

勞動分野는 노동자들의 權益保護라는 弱者 또는 少數者(minority)의 保護라는 차원과 獨裁 또는 權威主義統治에 抵抗하는 政治運動으로서의 勞動運動이라는 차원에서 보아야 할 면이 있다. 독재와 권위주의통치에서 노동분야를 억압하고 통제할 이유는 집권세력에 대하여 저항하고 투쟁하는 면이 강하게 나타났고 사회에 미치는 그 영향력이기 강했기 때문이다. 통상 노동자들의 노동조합의 설립과 단체행동은 법적으로는 노동자의 권익향상과 노동환경의 개선이라는 수준에서 인정되는 것이지만 資本主義國家의 현실에서는 勞動者들의 團體行動의 性質과 樣相에 따라 政治的인 意味와 理念的인 意味도 가지는데서 複合的인 性格을 지니고 나타난다.

한국에서도 노동분야는 과거 극심한 탄압이 있었고 따라서 이에 대응해온 勞動運動은 지금까지도 急進的이고 強硬한 性格을 보이고 있다. 이러한 노동운동에 反資本主義的인 이데올로기적 요소가 어느 정도로 강하게 영향을 미쳤는가 하는 문제에 대해서는 보다 심도 깊은 연구가 필요하지만, 1980년대 學生運動圈의 主流에 마르크스시즘(Marxism) 또는 社會主義 이데올로기가 강하게 작용했던 점을 고려하면 勞學連帶運動(또는 鬪爭)에서 이러한 반자본주의적인 이념의 영향이 없었다고 할 수 없다. 이러한 상황에서 한국 사회에서 노동문제는 단순히 노동자의 權益問題로 파악되지 않았고, 이것은 한편으로 政治的인 性格을 띤 것인 동시에 理念的인 性格을 띤 것으로 다루어졌다. 그 만큼 헌법재판소도 이 문제를 다루는데 있어 매우 민감한 자세를 보였다.

1990년 헌법재판소는 직접 노동관계를 맺고 있는 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 원칙적으로 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 개입하지 못하게 하고 이를 위반한 경우에는 형벌로 처벌하는 규정을 두고 있던 勞動爭議調停法(1986. 12. 31. 法律 제3926호)의 해당 조항에 대해 합헌이라고 판단하였다.<sup>44)</sup> 그런데 이 결정에서는 재판관 9인중 5

있는 “음란한 간행물이나 아동에 유해한 만화 등을 출판하여.....”에서 “등”에 이러한 것이 포함되느냐의 여부에 따라 논란이 있을 수 있다.

42) 憲法裁判所 1991. 4. 1.-89헌마160 [憲] 3, 149쪽 이하.

43) 最高裁判所 1956年 7月 4日 昭和28年(ホ)第1241號 大法院判決, 最高裁判所事務總局, 最高裁判所憲法判例集, 第1卷(民事編) Vol 1, 183쪽 이하 참조.

인만 단순합헌의 의견을 낸 반면 3인의 재판관은 제3자개입이 금지되는 경우를 축소하여 한정된 경우에만 인정되는 것이라고 하였고 1인의 재판관은 단순위헌이라는 의견을 내었다. 결론에 있어서는 해당 규정이 합헌으로 되어 효력을 유지하였지만 헌법재판소의 이 결정을 통하여 勞動爭議調停法의 第三者介入禁止規定이 團體行動權의 보장에 있어 문제를 지니고 있는 것이라는 점은 확인되었다. 盧泰愚政府에서 헌법재판소가 내린 이 결정에 대해 부정적인 평가에서부터 다소 긍정적인 평가에 이르기까지 다양한 평가가 있을 수 있지만 勞動基本權의 전체적인 발달과정에서 거시적 시각으로 보면 약간의 진전이 있었다고 인정할 부분도 있다. 그러나 헌법재판소가 그 당시 보다 적극적인 자세를 취하였다면 기본권의 실현에 큰 기여를 했을 것이다. 1970년대 한국노동조합총연맹과 그 산하 노동조합이 御用化되고 無力化된 현실에 저항하여 지식인과 운동가들에 의해 ‘民主勞組運動’이 전개되자 이를 통제하기 위한 수단으로 1980년 軍部勢力이 國家保衛立法會議에서 노동조합의 설립과 쟁의행위 그리고 노사협의회운영에 있어 제3자의 개입을 금지하는 입법을 한 점을 고려하고 이러한 법규정이 세계적으로도 유례를 찾기 힘든 것임을 고려해볼 때 헌법재판소가 보다 적극적으로 판단했다더라면 좋았을 뻔했다.<sup>45)</sup>

1991년 헌법재판소는 다시 정치적으로 사회적으로 민감한 사안에 직면하였는데, 私立學校法에서 私立學校의 敎員의 복무에 있어 노동운동을 금지하는 국·공립학교 교원의 복무규정을 준용하고, 사립학교의 교원이 勞動運動을 한 때에는 任免權者는 免職시킬 수 있게 조항에 대해 합헌이라고 선고하면서 사립학교의 敎員의 경우에는 노동조합을 결성할 수 없고 헌법이 정하고 있는 단체교섭권이나 단체행동권도 인정되지 않는다고 판단하였다. 이 사건에서는 9인의 재판관중 3인의 재판관이 반대의견을 내었는데, 이 사건의 主審을 맡았던 裁判官(金亮均)도 소수의견에서 위헌이라는 의견을 표명하였다.<sup>46)</sup> 이 당시 학교사회에서는 학교교육의 문제점과 정부의 정책에 대해 비판을 하면서 전국교직원노동조합을 결성하려는 운동에 참여한 교사들이 적지 않았는데, 정부의 정책에 따라 이들은 ‘全敎組運動’(전교조는 1989년 5월 28일에 결성되었다)에 참여하였다는 이유로 학교에서 면직 당하였다. 헌법재판소의

44) 憲法裁判所 1990. 1. 15.-89헌가103 [憲] 2, 4쪽 이하.

45) 제3자 개입금지규정 및 그 적용에 대한 비판으로는 朴洪圭, 勞動法論(서울: 三英社, 1995), 1060쪽 이하 참조. 조경배는 세계노동입법사에서 이러한 입법례를 찾아보기는 매우 어렵고 日本帝國主義의 殖民地支配體制下에서 朝鮮의 獨立運動과 勞動運動을 억압하기 위해 제정한 警察法處罰規則(1912년 3월 總督府令 第40號) 제1조 제18호에서 고의로 他人의 金錢去來에 간섭하거나 함부로 訴訟 또는 爭議를 勸誘, 教唆하거나 기타 분쟁을 야기시킬 만한 행위를 한 자를 拘留 또는 科料에 처할 수 있게 한 규정에서나 비슷한 입법례를 찾아볼 수 있다고 한다. 조경배, “제3자개입금지 규정에 대한 헌법재판소의 합헌해석의 재해석,” 민주주의법학연구회(편), 헌법해석과 헌법실천(서울: 관악사, 1997), 301쪽 이하 참조.

46) 憲法裁判所 1991. 7. 22.-89헌가106 [憲] 3, 387쪽 이하.

이 결정으로 1600명 이상의 면직된 교사들이 解雇無效訴訟을 통해 講壇에 復歸하는 길은 막혀버렸다. 이후 ‘全敎組運動’은 정부가 불법운동이라고 규정했음에도 불구하고 사회운동으로 전개되어 갔다.

1993년에 모든 公務員의 團體行動을 全面 禁止하는 勞動爭議調停法의 해당 규정에 대해 勞務職 公務員의 경우에는 단체행동권이 인정되는 것이라고 하면서 憲法不合致의 결정과 동시에 국회에 대해 法律改正을 促求하는 결정을 하였다.<sup>47)</sup> 그러나 동시에 헌법재판소는 노동조합의 설립과 활동에 있어 제3자의 개입을 금지한 勞動組合法 제12조의2의 “직접 노동관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 設立과 解散, 노동조합에의 加入·脫退 및 사용자와의 團體交涉에 관하여 관계 당사자를 操縱·煽動·妨害하거나 기타 이에 影響을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 總聯合團體인 勞動組合 또는 당해 노동조합이 가입한 産業別 聯合團體인 勞動組合의 경우에는 제3자의 개입으로 보지 아니한다.”라는 규정에 대한 판단에서도 여전히 前과 같은 입장을 고수하면서 이를 합헌이라고 판단하였다.<sup>48)</sup>

勞動組合의 設立에서 제3자의 개입을 금지한 규정과 勞動爭議에서 제3자의 개입을 금지한 규정은 金大中政府가 출범한 직후인 1997년 3월 종래의 勞動組合法과 勞動爭議調停法을 통합하여 勞動組合및勞動關係調整法(1997. 3. 13. 법률 제5310호)을 제정하면서 폐지되거나 완화되었는데, 단체교섭과 노동쟁의에 있어서의 제3자의 개입금지에 관해서는 1998년 2월 20일의 개정을 통하여 介入禁止를 支援으로 전환하고 노동조합이나 사용자를 지원하고자 하는 자에 대해서는 行政官廳에 신고하도록 정하였다.<sup>49)</sup> 또 새로 제정된 이 법률의 제41조는 “防衛産業에관한特別措置法에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 防産物資를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며, 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다.”라고 하여 노무직 공무원의 쟁의행위와 관련된 문제를 입법적으로 해결하였다. 교원의 노동기본권의 문제에서는 1999년 7월 1일부터 시행한 敎員의勞動組合設立및運營등에관한法律(1999.

47) 憲法裁判所 1993. 3. 11.-88헌마5 [憲] 5-1, 59쪽 이하.

48) 憲法裁判所 1993. 3. 11.-92헌바33 [憲] 5-1, 29쪽 이하.

49) 이 법률의 제정으로 노동조합의 설립에 있어서 제3자 개입금지는 없어졌고, 단체교섭과 쟁의행위에 있어서 제3자 개입금지에 관해서는 이 법률 제40조에서 정하고 있다. 이 법률 제40조는 “① 勞動組合과 使用者는 團體交涉 또는 爭議行爲와 관련하여 다음 각호의 자로부터 지원 받을 수 있다. <개정 1998. 2. 20.> 1. 당해 勞動組合이 가입한 産業別 聯合團體 또는 總聯合團體, 2. 당해 使用者가 가입한 使用者團體, 3. 당해 勞動組合 또는 당해 使用者가 지원을 받기 위하여 行政官廳에 申告한 자, 4. 기타 法令에 의하여 정당한 權限을 가진 자 ② 제1항 각호외의 자는 단체교섭 또는 쟁의행위에 干與하거나 이를 操縱·煽動하여서는 아니된다.”라고 정하고 있고, 제89조는 이를 위반한 자에 대해서는 3年 以下の 懲役 또는 3,000萬圓 以下の 罰金에 처한다고 정하고 있다.

1. 29. 법률 제5727호)의 제정으로 진척이 있었다. 이 특별법에서는 初·中等教育法 上의 敎員에 한하여 特別市, 廣域市, 道 單位 또는 全國單位에 한하여 노동조합을 설립할 수 있게 하였다(同法 제2조, 제4조). 단체교섭은 노동조합의 대표자가 교육부장관, 시·도 교육감 또는 사립학교의 설립·운영자와 교섭하게 하되,<sup>50)</sup> 파업·태업 기타의 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 爭議行爲는 금지하고 있다(同法 제8조). 이러한 규정은 앞으로도 논란의 여지를 남겨두고 있다. 현재 한국의 학교 현장에는 교사들간에 ‘全敎組’(민주노총 산하), ‘韓敎組’(한국노총 산하), 韓國敎員團體總聯合會 등으로 노동조합 또는 단체가 결성되어 활동하고 있다.<sup>51)</sup>

## 5. 알 權利

權威主義國家에서 民主法治國家로 이행하는 民主化에 있어서 중요한 것 중의 하나가 國家活動의 內容을 국민들이 쉽게 알 수 있게 하는 것이며, 이것은 한편으로 국가가 保有하고 있는 情報에 대해 국민이 쉽게 接近할 수 있게 만든 것이다. 이러한 民主化로의 移行은 閉鎖的이고 秘密的인 國家에서 透明하고 公開的인 國家로의 移行을 의미한다.

이러한 관점에서 보면 헌법재판소는 상당한 기여를 하였다. 1989년에는 行政機關이 保有하고 있는 公文書를 閱覽하고 複寫할 수 있는 正當한 권리의 保障과 관련하여 “청구인의 正當한 이해관계가 있는 政府保有의 情報의 開示에 대하여 행정청이 아무런 검토없이 不應한 不作爲는 憲法 제21조에 규정된 표현의 자유와 자유민주주의적 基本질서를 淸명하고 있는 憲法 前文, 제1조, 제4조의 해석상 國民의 정부에 對한 一般의 情報 公開를 구할 權利(請求權의 基本權)로서 인정되는 “알” 權利를 침해한 것”이라고 하면서 이 權利를 基本權으로 해석해내었는데,<sup>52)</sup> 이것은 당시

50) 이 법률에 의해 교원의 경우 公務員의 신분을 가지는 敎員에게 勞動組合의 設立과 團體交涉이 인정되었는데, 노동기본권 保障의 평등과 관련하여 타 분야 的 公務員의 勞動基本權의 保障이 主張될 여지가 만들어졌다. 이 점에 對해서는 앞으로 새로운 쟁점으로 논의가 전개될 가능성이 있다.

51) 全敎組運動은 國際機構의 지원과 호응을 얻어 UN 경제사회이사회 산하 경제·사회·문화적 權利위원회 的 권고(1995년 5월)와 OECD내의 고용·노동·사회문제위원회의 의 건개진(1997년 1월)이 있었다. 이러한 國內외적 요청에 따라 1996년 발족된 노사관계개혁위원회에서 이 문제를 다루었으나 입법으로 연결되지는 못하였고, 김대중정부의 출범으로 발족한 노사정위원회에서 교원의 단결권을 保障하고 이를 1998년 정기 국회에서 입법화하여 1999년 7월부터 시행하기로 참여한 당사자간에 합의하여 1999년 1월 6일 敎員의 勞動組合設立및 運營등에 關한 法律이 제정되었다. 敎員의 勞動組合設立및 運營등에 關한 法律의 제정의 배경과 경위, 그 내용에 對한 분석에 對해서는 李哲洙, “敎員의 團結權,” 노동법학 第8호(1998. 12.), 535쪽 이하 참조. 李哲洙는 現행법상의 교섭단체의 단일화, 학교 單위의 노조결성의 금지, 國공립학교 敎員과 사립학교 敎員의 동일한 취급, 단체행동권의 금지 등에 對해 의문을 제기하고 있다.

52) 憲法裁判所 1989. 9. 4.-88헌마22 [憲] 1, 176쪽 이하.

로서는 가히 획기적인 일이었다. 종래에는 국가의 활동이나 국가가 보유하고 있는 정보나 자료를 국민들이 알고자 하는 것은 원칙적으로 금지되어 있고 실제에 있어서도 어떠한 이유를 들어서라도 국민들에게 이를 허용하지 않았다. 그러던 것이 헌법재판소에 의해 비로소 ‘transparent 政府’, ‘열린 政府’로의 길이 열리게 되었다.

이러한 결정을 기화로 情報公開에 대한 認識이 높아졌고, 1991년에는 確定된 刑事裁判記錄을 閱覽할 수 있는 권리에 관하여 “表現의 自由에 포함되는 “알 권리”의 基本權保障法理에 의할 때 確定된 刑事확정소송기록이라 할지라도 이에 대한 열람이나 복사는 原則적으로 正當한 이익이 있는 국민에게 인정된다고 할 것이고, 따라서 特段의 사정이 없는 한 사건 당사자에 대하여서는 檢察廳이 보관하고 있는 刑事確定訴訟記錄에 대한 接近의 自由가 保障되어야 할 것이다.··· 刑事確定訴訟記錄의 閱覽·複寫에 관한 이러한 헌법적 법리에 비추어 보면, 被告人이었던 者가 자신의 刑事被告事件이 確定된 후 그 소송기록에 대하여 열람·복사를 요구하는 것은 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 허용되어야 한다고 할 수 있을 것이며, 특히 자신의 陳述에 기초하여 作成된 문서나 자신이 作成·提出하였던 자료 등의 열람이나 복사는 제한되어야 할 아무런 이유를 찾을 수 없다.··· 이 사건에서 청구인이 복사하고자 하는 대상기록은 자신이 誣告罪의 被告人으로 재판을 받은 刑事확정소송기록의 일부이고, 그 재판은 공개로 진행되었던 것이고, 사건내용도 통상의 私文書 僞造, 同行使, 誣告 등 사건이므로 피청구인은 의당 청구인이 복사를 원하는 구체적인 부분이 어떠한 것인가를 면밀히 확인, 검토한 다음 그 부분의 공개가 관계인의 기본권과 충돌되는 소지가 있거나 또는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 침해하는 요소가 있는 경우가 아니라면 그 열람·복사를 허용하는 조치를 취하는 것이 憲法 제10조 後文에서 명시하고 있는 國家의 基本權保障義務를 성실히 수행하는 것이라고 할 수 있을 것임에도 불구하고 현행 실정법상 청구인에게 刑事확정소송기록을 열람·복사할 수 있는 권리를 인정한 明文規定이 없다는 것만을 이유로 하여 위에서 본 바와 같이 요구되는 검토를 구체적으로 행함이 없이 무조건 청구인의 복사신청을 접수조차 거부하면서 복사를 해줄 수 없다라고 한 행위는 憲法 제21조에 의하여 보장되고 있는 청구인의 “알 권리”를 침해한 것이므로 違憲”이라고 판단하여, 이러한 권리가 基本權임을 선언하게 이르렀다.<sup>53)</sup>

1992년에는 “軍事機密의 範圍는 국민의 표현의 자유 내지 “알 권리”의 대상영역을 가능한 최대한 넓혀 줄 수 있도록 必要한 最小限度에 限定되어야 할 것이며, 따라서 관계 당국에서 어떠한 사항을 군사기밀로 규정하기만 하면 그 내용이 비밀로서 보호되어야 할 實質價値의 有無 및 程度와 관계없이 모두 군사기밀이 되는 것이라고 하기는 어려운 것이다.··· 따라서 軍事機密이라 함은 非公知의 事實로서

53) 憲法裁判所 1991. 5. 13.-90헌마133 [憲] 3, 234쪽 이하.

관계 기관에 의하여 적법절차에 따라 군사기밀로 分類表示 또는 告知된 軍事關聯 사항이어야 할뿐만 아니라 아울러 그 내용이 漏泄될 경우 국가의 안전보장에 明白한 위험이 초래된다고 할 수 있을 정도로 그 내용 자체가 實質的인 秘密價値를 지닌 非公知의 사실에 한하는 것이라고 限定解釋되어야 할 것이다.”라고 판시하여 軍事機密의 認定範圍를 엄격히 縮小하였는데, 이로 인하여 종래 광범하게 군사기밀로 정하여 국민들에게 그 내용의 공개를 과도하게 금지했던 것은 더 이상 가능하지 못하게 되었다.<sup>54)</sup>

이러한 헌법재판소의 결정은 국가가 보유하고 있는 정보에 대해 국민이 접근하는 것을 용이하게 만드는 데 기여하였다. 공개가 제한되는 군사기밀의 범위를 좁히는 방향으로 바뀐 軍事機密保護法(1972. 12. 26 법률제2387호, 全文改正 1993. 12. 27 법률제4616호)의 개정과 정보공개에 관한 법률의 제정 및 행정절차에 관한 법률의 제정에 긍정적인 기여를 하였다. 1994년 1월 7일에는 公共機關의個人情報保護에 관한法律(1994. 1. 7. 法律제4734호, 개정 1999. 1. 29. 法律제5715호)이 제정되었고, 1996년 12월 31일에는 마야호로 公共機關의情報公開에관한法律(1996. 12. 31. 法律제5242호)과 行政節次法(1996. 12. 31. 법률제5241호, 개정 1999. 2. 5. 법률제5809호)이 제정되기에 이르렀다.<sup>55)</sup> 새로 제정된 行政節次法은 行政處分과 관련한 聽聞節次에서 당사자들이 행정청이 보유하고 있는 문서 중 해당 처분과 관련된 文書에 대한 閱覽과 複寫를 요청하는 경우에는 다른 법령에 의해 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 이를 拒否할 수 없다고 정하였다(제37조). 確定된 형사재판기록의 열람과 복사에 관하여는 1993년 12월 10일 檢察事務保存規則을 改正하여 이에 관한 규정을 두고 있을 뿐 이에 관한 법률이 제정되지 않고 있다.<sup>56)</sup>

#### IV. 結論

憲法裁判所가 한국의 民主化에 대해 기여한 부분은 적지 않다. 사유재산의 보장과 평등보호에서 적극적인 자세를 보이고 신체의 자유와 형사절차상의 기본권의 신장에 있어서는 상당한 기여를 하였다. 한국의 정치권이 아직도 舊態에서 벗어나지 못하고 국회가 자기 역할을 충분히 하고 있지 못한 상황에서 헌법재판소가 기본권을 침해하는 법령에 대해 적극적으로 심사를 하고 있는 것은 현재도 긍정적으로 평가를 받는 부분이다. 이러한 모습은 憲法裁判所라는 독립된 헌법재판기관이 출범

54) 憲法裁判所 1992. 2. 25.-89헌가104 [憲] 4, 64쪽 이하.

55) 公共機關의情報公開에관한法律의 制定 經緯와 課題에 관하여는 慶健, “情報公開請求制度에 관한 研究”(博士學位論文, 서울大學校 大學院, 1998/1999), 104쪽 이하, 162쪽 이하를 보기 바람.

56) 이 문제에 관한 자세한 논의는 鄭宗燮, 憲法判例研究(1)(서울: 철학과현실사, 1999), 164쪽 이하를 보기 바람.

한 후 한국에서는 헌법재판이 司法積極主義(judicial activism)의 모습을 보여주고 있다고 평가할 수 있다.<sup>57)</sup> 그러나 憲法裁判所도 상황에 너무 민감하여 과감하게 위헌결정을 해야 할 때 妥協裁判을 하거나 기본권 보장의 법리를 歪曲한 점도 없지 않다. 특히 勞動基本權의 문제에서 헌법재판소가 지극히 소극적이고 부정적인 태도를 취하는 것은 비판을 받아 마땅하다. 특히 중요한 사건에서 신속히 결정을 하지 않고 해당 법률이 개정될 때까지 장기간 미루거나 청구인들이 취하하기를 기다리다가 법률이 개정되거나 審判請求가 取下된 후 權利保護利益이 없다는 이유로 却下하는 태도는 비난을 피할 수 없다.<sup>58)</sup>

1979년 12월 全斗煥 軍部勢力의 등장을 가져온 ‘12·12사건’과 관련하여 검사가 해당자에 대해 불기소처분을 내린 것에 대해 却下하거나 棄却한 것은<sup>59)</sup> 지극히 정치적인 계산을 했다는 비판을 피하기 어렵고, 1980년 광주에서 발생한 ‘5·18사건’의 해당자에 대해 검사가 불기소처분을 한 것에 대해서도 청구인들의 취하를 기다려 ‘審判終了宣言’이라는 새로운 주문형태를 만들어 선고한 것은 헌법재판소가 자기의 역할을 스스로 회피한 것이라는 비난을 피하기 어렵다.<sup>60)</sup>

특히 정치적으로 비중을 가지는 사건에서는 ‘限定合憲’이나 ‘憲法不合致’와 같은 變形決定의 主文을 넘으로써 ‘妥協裁判’의 인상을 주었고, 1990년 “국가보안법 제7조 제1항 및 제5항(1980. 12. 31. 법률 제3318호)은 각 그 소정 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 危害를 줄 경우에 적용된다고 할 것이므로 이러한 해석 하에 헌법에 위반되지 아니한다”라고 한 결정<sup>61)</sup>과 같이 限定合憲은 실제 법적용에 있어서도 아무런 변화를 가져오지도 못하고 헌법재판의 권위만 실추시키는 결과를 초래하기도 하였다. 표현의 자유 중에서 국가안보와 관련된 사안이나 집회나 시위와 관련된 사안에서 헌법재판소는 소극적인 태도를 보이고 있는데, 이 부분에 대해서는 비판이 있다.<sup>62)</sup>

57) 安京煥은 1988년 이후 한국의 헌법재판이 司法積極主義의 경향을 띠게 된 중요한 요인으로 憲法裁判에 대한 국민들의 容易한 接近, 司法權의 獨立에 대한 要求 增大, 辯護士의 數 增加, 韓國 經濟의 世界經濟秩序로의 編入(globalization으로의 경향), 憲法과 訴訟에 대한 韓國 國民들의 權利意識 및 態도의 積極的인 變化라는 5가지를 들고 있다. 이 중에서 가장 중요한 요소로 헌법과 소송에 대한 한국 국민들의 의식과 태도의 변화라고 하면서, 여기에는 무엇보다 새로 도입한 憲法訴願審判制度가 큰 기여를 하였다고 평가하고 있다. Kyong Whan Ahn, “The Influence of American Constitutionalism on South Korea,” *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 22(fall, 1997), 75쪽 이하 참조.

58) 예컨대 憲法裁判所 1994. 8. 31.-92헌마126 [憲] 6-2, 176쪽 이하.

59) 憲法裁判所 1995. 1. 20.-94헌마246 [憲] 7-1, 15쪽 이하.

60) 憲法裁判所 1995. 12. 15.-95헌마221 [憲] 7-2, 697쪽 이하. 이 결정에 대한 비판으로는 許營, “5·18關聯事件의 不起訴處分에 대한 憲法訴願의 取下와 憲法訴願程序的 終了決定,” 憲法判例研究會(編), 憲法判例研究(1)(서울: 博英社, 1999), 327쪽 이하 참조.

61) 憲法裁判所 1990. 4. 2.-89헌가113 [憲] 2, 49쪽 이하.

이와 같이 헌법재판소는 정치적으로 부담이 적은 사건에서는 적극적인 태도를 보여주었으나 정치적으로 부담이 큰 사건에서는 대부분의 경우 소극적이거나 문제를 회피하려는 태도를 보였다. 헌법재판소의 이러한 태도의 원인에 대해서는 재판관의 충원에 근본적인 문제가 있다는 지적도 있다.<sup>63)</sup> 한국의 憲法裁判所는 9인의 재판관으로 구성되는데, 대통령이 직접 3인을 임명하고, 대법원장이 직접 3인을 지명하고, 국회가 직접 3인을 선출하여 대통령이 나머지 6인을 임명하는 방식으로 되어 있다. 이러한 구조하에서 헌법재판소의 재판관이 자기를 任命, 指名, 選出한 大統領, 大法院長, 國會로부터 어느 정도로 자유롭게 소신에 따라 재판을 하는지에 대해서는 더 많은 연구를 통하여 밝혀야 하겠으나, 이러한 헌법재판소의 구성방법에서는 재판관이 충분히 자유롭지 못할 여지가 있다. 아무튼 헌법재판소의 그간의 태도는 이러한 경향을 보여주고 있다. 헌법재판소가 社會體系的 ‘느슨한 부분’(slack)에 대해서는 적극적인 태도를 취하였지만, ‘깊은 防禦의 부분’(deep defence)에 대해서는 回避하는 자세를 취하였다는 평가와 헌법재판소가 헌법을 시민의 일상생활 규범으로 작동하게 하는 면에서는 일정한 성과를 거두었으나 權力統制規範으로 작동하게 하는 면에서는 매우 제한적이고 한계적인 기능만 수행하는데 그치도록 하였다는 평가가 따르는 것도<sup>64)</sup> 이런 점을 지적한 것이라고 보인다. 이와 함께 헌법재판소에 대해 私有財產權의 保障, 刑事司法節次上的 基本權, 平等의 保護에서는 긍정적인 기여를 하였지만 그 반면 매우 保守的이고 일관성이 없이 狀況論理에 의존하고 있을 뿐만 아니라 기본권을 自由權 중심으로 이해하여 社會的 基本權에 대한 인식이 부족하며 한국의 문제를 해결하는 適實性이 있는 이론과 논리가 부족하다고 평가하는 시각도 있다.<sup>65)</sup>

헌법재판소는 그 동안 충분히 만족스럽지는 않지만 성공적인 모습을 보여주고 있다. 이러한 헌법재판의 성공에는 국민의 지지가 있었고, 인권변호사와 사회단체들에 의한 적극적인 헌법재판의 청구라는 人權運動의인 要素도 기여를 하였다. 헌법재판소의 경우 초기 헌법재판소 재판관들은 과거와 같이 헌법재판기관이 休眠機關으로 變質되지 않기 위해 부단한 노력과 정성을 쏟았는데 이런 재판관들의 열성도 헌법재판의 성공에서 무시할 수 없는 부분이다. 초기 재판관들의 憲法裁判 着根을 위한 노력은 현재의 헌법재판의 활성화에 그 토대를 마련해준 것이라고 평가할 수 있다.

헌법재판소는 그간 헌법재판소의 存立 自體에 대해 도전하는 권력으로부터 자기

62) 梁建, “表現의 自由에 관한 憲法裁判所의 決定 評釋,” 心泉桂禧悅博士華甲記念論文集刊行委員會, 公法學的 現代的 地平(서울: 博英社, 1995), 221쪽 이하 참조.

63) 金鍾서, “헌법재판의 허와 실,” 민주주의법학연구회(편), 헌법해석과 헌법실천(서울: 관악사, 1997), 236쪽 이하 참조.

64) 梁建(註 13), 662쪽 참조.

65) 金鍾서(註 63), 234쪽 이하 참조.

를 지키면서 한편으로 憲法을 守護하고 國民의 基本權을 實現시켜야 하는 과제를 수행하여 왔다. 10년이 지난 현재까지 헌법재판소는 적지 않은 압력에도 불구하고 자기 지키기에 성공하였다고 보이나 그러한 과정에서 정치적으로 민감한 사건에서 소극적인 태도를 보인 것도 사실이다. 헌법재판소가 보다 적극적인 자세를 보였다 라면 한국의 민주화가 더 빠른 속도로 진행되었을지 아니면 헌법재판을 저지하려는 憲法裁判所 廢止論者들에게 빌미를 만들어 주었을지 단언하기 어렵지만 적지 않은 부분에서 아쉬움을 남긴 것도 사실이다.

아직 한국은 민주화가 진행되는 과정에 있다. 아직도 정치권은 舊態依然하게 낡은 政治行態를 보이고 이른바 軍部勢力이 물러난 후 金泳三政府와 金大中政府가 들어섰어도 인권침해의 문제는 계속 제기되고 있으며 사실상 權力의 集中現象이 그대로 濫存하는 가운데 권력이 恣意에 의해 濫用되고 誤用되는 大統領優位の 權威主義 統治行態에는 큰 변화가 없다.<sup>66)</sup> 여전히 國家情報院(과거의 國家安全企劃部), 檢察, 警察, 國稅廳, 金融監督委員會 등은 대통령의 통치에 강력한 수단으로 동원되고 있다. 검찰의 정치적 중립성은 아직도 강하게 요청되고 있고, 金大中政府에서 ‘檢察의 政治侍女化’는 더욱 심화되고 있다. 국회는 약화되어 있고 대통령의 영향력은 행정부는 물론이고 입법부와 사법부에까지 강하게 미치고 있다. 이러한 상황속에서 憲法裁判所가 권력통제의 기능을 얼마나 충실히 해나갈 수 있을 지는 앞으로 두고 볼 일이다. 그간에 헌법재판소가 집권세력의 눈치를 보아 권력통제기관으로서 그 역할을 충분히 하지 못했다는 평가가 따라 왔었는데, 金大中政府에서도 이러한 실망스러운 모습은 완전히 극복하지 못했다. 예컨대 헌법상 대통령이 國務總理를 임명함에 있어서는 국회의 동의를 얻어 국무총리를 임명하여야 함에도 野黨의 반대에 부딪치자 과거 권위주의통치에서 朴正熙, 全斗煥, 盧泰愚 대통령이 하였듯이 힘으로 밀어붙여 實定法에 없는 ‘國務總理署理’라는 虛無職을 만든 사건에서 그 위헌여부를 판단하여야 사안에서 본안의 판단에는 들어가지 않고 타당성이 없는 주장으로 심판청구를 却下시킨 것은 여전히 大統領優位の 韓國 大統領制의 現實에서 헌법재판소가 대통령의 권한 남용에 대해 통제를 제대로 하지 못하는 力不足을 보여 주었다.<sup>67)</sup> 民主化라는 것이 民主主義와 法治主義를 동시에 추진하여 국민의 기본권을

66) 韓國의 權威主義的 大統領制를 ‘帝王的 大統領制’ 또는 ‘君王的 大統領制’라는 시각으로 대통령제의 제도와 현실을 분석하고 있는 것으로는 예컨대 閔京植, “우리나라 大統領制의 現實과 展望,” 憲法學研究 第4輯 第2號(1998), 188쪽 이하; 鄭宗燮, “韓國 憲法上 大統領制의 課題,” 憲法學研究 第5輯 第1號(1999. 5.), 9쪽 이하를 보기 바람.

67) 이 사건에 대한 자세한 논의는 鄭然宙, “國務總理署理任命行爲의 違憲性,” <星雲許慶教授華甲紀念論文集>, 刊行委員會(編), 基本權·國家·憲法(서울: 법학서당, 1999), 481쪽 이하; 許營, “大統領과 國會議員간의 權限爭議審判,” 考試研究, 통권298호(1999년 1월호), 162쪽 이하; 鄭萬喜, “國會的 國務總理任命同意權,” <琴浪金哲洙教授停年紀念論文集>, 刊行委員會(編), 韓國憲法學的 現況과 課題(서울: 博英社, 1998), 793쪽 이하; 鄭宗

실현시키고 국가권력의 濫用과 誤用을 통제하는 것을 뜻한다면 한국에서 民主化는 여전히 수행해야 할 實踐課題로 되어 있다. 이러한 상황에서 앞으로 헌법재판소가 어느 정도로 권력통제기능과 기본권 수호기능을 수행하면서 민주화에 기여할지는 계속 관찰할 과제이다.

---

燮, “大統領의 國務總理 任命에 대한 國會의 同意,” 憲法學研究, 第4輯 第2號(1998), 384 쪽 이하; 鄭宗燮, “大統領의 「國務總理署理」 任命行爲의 違憲與否,” 鄭宗燮(註 56) 243 쪽 이하를 보기 바람.

<Abstract>

## The Democratization of South Korea and the Contribution of the Constitutional Court: 1988–1998

Jong-Sup Chong\*

The Constitutional Court of Korea began its operation from 1988. The Court is an important working mechanism of the 1987 Constitution, which itself is the symbol of the people's victory against the authoritarian regime. From its inception the Court had to face the almost antagonistically unsympathetic attitudes of the judiciary and the prosecution. However, the Court has successfully overcome the hurdles to play an important role during the transition period to the full democracy.

This article aims at legally evaluating the degree of the Constitutional Court's contribution in the realization of people's constitutional rights for the first decade of its operation(1988-1998). To achieve this goal, the decisions of the Court have been analysed with focuses on the problematic issues as habeas corpus, the rights in the criminal procedure, the rights of expression, the labor rights, and the right to know. Generally speaking, the Court' attitude has been active to expand the traditional span of liberties, the rights of the prisoner and the right to know, as contrasted with the cases involving the labours' rights.

In conclusion, this article shows that the contribution of Constitutional Court as the guardian of the human rights, although fall short of the high public expectation, has been significant by legal standards. The spirit of judicial activism persistent within the Court since its inception has played as an important factor in its successful working.

---

\* Assistant Professor of Law, Seoul National University