

# 노무현 정부 시기 헌법재판소와 반다수제 (countermajoritarian difficulty) 문제: 주요정책이슈에 대한 위헌결정사례분석

전 정 현 | 전남대학교

1987년 한국의 민주화는 대통령 직선 및 입법부 강화와 헌법재판제도 신설이라는 제도적 틀로 시작되었다. 전자는 민주주의의 강화라면 후자는 헌정주의의 강화였다. 한국 민주주의는 이후 사법부의 독립성 증대와 정치의 사법화를 경험하게 되었고 특히 헌법재판소 역할의 양적·질적 팽창에 직면하게 되었다. 따라서 서구민주주의에서 전통적으로 대두되어온 사법부의 반다수제 문제(countermajoritarian difficulty)가 한국정치에서도 중요한 현실이 되었는데 바 보고에서는 이를 실증적으로 검토하려고 한다. 이를 위해 미연방대법원을 중심으로 이 문제를 다룬 여러 논의들을 고찰하고 다알의 입법다수 개념을 사용, 노무현 정부 시기 정책이슈에 대한 헌재의 위헌결정을 살펴본다. 그 결과 중차대한 이슈의 사법화가 이루어졌지만 헌재 결정의 실질은 반다수적이었다. 동시에 합의 및 대안형성 부재의 민주주의가 제약적 위치로 헌재를 자주 초청하였는 바, 이런 상황의 지속은 마침내 반다수적 결정과 제약적 사법부를 야기할 수도 있을 것이다. 결국 지금까지의 논의는 좋은 민주주의가 좋은 헌정주의를 가능하게 한다는 것을 가리키고 있는 것으로 보인다.

**주제어:** 민주주의, 헌정주의, 한국 헌법재판소, 반다수제 문제, 사법화, 노무현 정부, 정책이슈, 위헌심사제도

## I. 서론

1987년 한국의 민주화는 제도적 변화를 동반한 것이었다. 9차 헌법개정은 크게 두 가지 제도적 유산을 남겼다. 하나는 대통령 직선제의 실시이고 다른 하나는 입법부와 사법부의 강화였다. 민주화 이행 당시 최대의 관심사는 전자였다. 왜냐하면 구체제 권위주의는 간접

선거로 선출된 대통령이 통치하는 체제이고 따라서 민주주의는 곧 ‘국민의 손으로 직접 뽑은 대통령’이 통치하는 체제를 의미했기 때문이다(최장집 2005, 51). 그런데 후자 특히 그 중에서 사법부의 강화는 거의 주목받지 못했다. 하지만 2004년 노무현 대통령 탄핵심판사건(2004헌나1)과 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법위헌확인사건(2004헌마554등)을 통해 헌법재판소는 한국 민주주의에서 중요 행위자로 급부상했다. 기실 헌법재판소의 정치·사회·경제 전반에서의 주요 의제에 대한 개입은 꾸준한 현상이었다. 노태우 정부에서의 국가보안법사건, 토지공개념사건, 김영삼 정부의 12·12 불기소 사건, 5·18 특별법 사건, 금융실명제 사건, 김대중 정부의 국민연금법 사건, 의약분업사건, 과외금지 사건 등 모두 사법적 결정 대상이었다. 결국 87년 헌법은 크게 대통령 직선을 통한 인민의 지배실현과 이에 대한 견제 및 사법부의 강화를 통한 헌정주의 이념실현의 이중과제를 내장하고 있었고, 위의 사법화 현상은 그 두 이념의 상호조화문제가 한국 정치에서도 현실화되었음을 의미했다. 즉, ‘법원은 모든 정치체제의 일부이며 어떠한 정치에 대한 이해도 법원의 역할에 대한 인식 없이는 불가능하다’(Waltman et al. 1988, 5)라는 지적이 한국정치분석에도 적실해진 것이다. 그렇다면 민주화 이후 한국 민주주의에서 헌법재판소는 어떤 제도적 행위자인가?

그런데 민주주의체제에서 헌법재판소의 역할을 다룸에 있어 선차적으로 그 기능의 딜레마적 상황을 이해하는 것이 중요하다. 이는 기본적으로 헌정주의와 민주주의의 길항관계에서 도출되는 것으로 헌정주의는 민주주의에서 다수 의지에 대한 제한이며 헌법재판소는 그 핵심기제이다(Elster 1997, 2-4). 따라서 헌법재판을 통해 선출되지 않은 법관들이 민주적으로 선출된 기관의 결정을 헌정적 제약에 복속시키는 경우가 발생하게 된다. 빅켈(Bickel 1986, 16-17)은 이 문제를 ‘반다수제의 문제’(countermajoritarian difficulty)라 불렀고 이것이 사법심사가 비민주적이라고 지적되는 이유라고 했다. 이로 인해 민주주의에서 헌법재판소의 역할 및 사법화와 관련, 크게 두 가지 시각이 제시되어왔다. 하나는 알렉산더 해밀턴이 연방주의자 논설 78번에서 주장한 “칼도 지갑도 없는 가장 덜 위험한 기관”(the least dangerous institution)이라는 시각과, 다른 하나는 삼권을 초월한 헌법해석권을 행사하여 다른 민주적 기관을 위협하는 제왕적 사법부로 귀결되리라는 비판적 시각이다(Ferejohn et al. 2003, 242-260).

그렇다면 민주화 이후 한국 헌법재판소의 역할은 반다수제 문제와 관련하여 어떻게 파악할 수 있는가? 이 문제는 다음과 같이 되물어질 수 있다. 쉘보르스키(Prezowski 1991, 10)의 지적처럼 민주주의가 정당들이 패배하는 체제라면 헌법재판소의 반다수제 문제가

현존하는 체제는, 선출되지 않은 사법 권력이 헌법을 근거로 하여 선출된 권력의 행사를 패배시키는 체제이다. 그렇다면, 한국 헌법재판소는 선출된 정치권력의 행사를 의미 있게 패배시킨 적이 있는가? 이것이 바로 본고에서 다루고자 하는 핵심 질문이다. 즉 헌법재판소 위헌결정의 실재를 검토함으로써 민주주의에서 헌법재판소가 제왕적 기관인가 아니면 가장 덜 위험기관인가의 논쟁에 다가서려는 것이다.

논문의 구성은 다음과 같다. 먼저 민주주의체제에서 정치행위자로서 헌법재판소를 바라보는 시각을 제시한다. 이후 반다수제 문제와 관련 미국연방대법원에 대한 여러 연구들을 살펴보고 한국사례분석을 위한 논의를 다룬다. 이어 언론기사검색 및 헌법재판소 홈페이지를 통해 추출된 노무현 정부 하 위헌사례들을 중심으로 반다수제 문제를 검토한다. 결론에서는 지금까지 논의 및 함의를 정리한다.

## II. 정치적 행위자로서 헌법재판소

전통적 시각에서 사법부는 비(非)정치적 기관이다. 법과 정치는 어떤 가상(假想)의 연속선 위의 두 극단에 있는 것으로 여겨진다. 그래서, 종종 다음과 같은 대조가 이루어진다. 사법영역에서 주요 행위자는 다투는 쌍방과 제3자로서의 법관이고, 작동방식은 공개심리와 평결이며 기본결정규칙은 불편부당한 법관의 결정이다. 그 결과 개별사건의 해결·확정이 이루어지고 이것은 과거사실의 확정과 관련규칙의 적용을 뜻한다. 또한 유일한 올바른 해답을 뜻한다. 반면 입법부에서는 다수당사자들이 개입하고, 흥정이나 종종 밀실에서 타협 등이 작동한다. 그 기본적 결정규칙은 다수결이며 그 결과로 일반적 규칙(법, 예산)이나 정책결정이 이루어진다. 그것은 가치의 배분을 뜻하고 정치적으로 가능한 해결책을 의미할 뿐이다(Tate et al. 1995, 14).

하지만 실제에서 이런 구별은 그렇게 분명치 않다. 먼저 사법영역 내부차원에서 문제가 제기될 수 있다. 법관의 결정에 있어 법적 요소(입법자의 의도, 선례, 단어의 뜻, 논리적 추론·논증 등)만으로는 충분치 않은 경우가 많다. 입법자들은 다수이며 누구의 의도를 참조해야 하는가? 또 선례는 한 방향으로만 존재하지 않는 경우가 많고, 상급법원으로 갈수록 선례의 지배력은 약화된다. 또 단어들의 문자적 의미는 다양한 의미를 지닐 수 있고, 최종결정에는 헌법 텍스트 바깥에 존재하는 헌법적 이론과 철학에 의한 원칙도 작용하게 된다(Pacelle 2002, 133-154). 심지어, 사법기관의 독립성 때문에 오히려 법관들이 자신의 정

치적 가치관과 성향에 따라 결정을 내리게 된다는 주장도 존재한다(Segal et al. 2005, 38-39). 이런 주장에 전적으로 동의하지 않는다 해도, 법관의 정책성향과 이념성향이 전혀 작용하지 않는다면, 최고법원의 법관임명과정에서 보여지는 정치세력간의 갈등은 설명하기 어려워진다. 정치적 임명권자들은 주요 문제에 자신과 같은 관점과 해결책을 지닌 법관으로 사법부를 구성하여, 정책에 대한 사법적 지지를 보장받으려 하는 것이다. 이렇게 볼 때 사법적 결정에서 순수한 법적 요소만 작용한다는 것은 하나의 신화인 것이다. 게다가, 전략적 고려가 사법적 결정에 개입되게 된다(Vanberg 2005; Epstein et al. 2001). 법을 제정할 때 입법부의 정치행위자들은 입법에 대한 헌법적 검토를 예상하기 마련이다. 이러한 전략적 예상과 검토는 사법적 행위자의 측면에서도 마찬가지다. 왜냐하면 그들도 그 결정의 실행이 다른 기관의 협력에 의존한다는 것을 깊이 인식하고 있기 때문이다(Vanberg 2005, 12-15). 이런 고려가 부재한 오만한 법적 결정은 오히려 사법적 기관 스스로의 권위를 훼손시키는 반발을 낳을 수 있다. 따라서 전략적 고려는 사법적 결정에 중요한 요소가 된다. 이외에도 주어진 사안의 특성상 정책결정 행위자가 되는 것이 불가피해지기도 한다. 미연방 대법원의 정책결정을 선구적으로 분석한 다알(Robert Dahl 1957)은 대법원을 엄격한 의미의 법적기관으로 인식하는 것은 미국 정치체제에서 그 의의를 과소평가하는 것이며 그것은 논쟁적 국가 문제에 대해 결정을 내리는 정치적 기관이라고 평가한다. 왜냐하면 주어진 사건들은 그것에 대한 대안들이 있어 종종 사회 내에 심각한 불일치를 포함하는 것들이기 때문이다(Dahl 1957).

그래서 법원과 법원도 정부의 한 부분이며 정치학자들이 다른 정부의 기관을 연구하는 것과 같은 방법이 법원에도 적용될 수 있는 것이다(Saphiro et al. 2002, 4-5). 결국 사법기관을 정치적 영역으로부터 준별하는 것은 바람직하지도 않고 가능하지도 않게 된다. 따라서 사법부, 특히 헌법재판소<sup>1)</sup>는 민주주의체제에서 또 하나의 중요한 정치 행위자로 간주될 수 있다.<sup>2)</sup>

- 
- 1) 헌법재판소는 특히 헌법자체가 가장 정치적 법이라는 면에서 그 정치성이 두드러진다고 할 수 있다.
  - 2) 이런 논의가 사법기관 일반 및 헌법재판소의 특수성을 사상(捨象)할 수 있다는 것은 아니다. 다만 엄격한 법적 기관으로만 간주하는 것은 옳지 않으며 보다 정치적 시각에서 분석하고 검토하는 것이 가능하고 필요하다는 것이다. 헌법재판소를 포함, 사법기관의 정책결정 개입 배경 및 그 특수성과 한계에 대한 더 자세한 논의는 전정현(2011) 참조.

### III. 반다수제 문제와 헌법재판소

#### 1. 미연방대법원에 대한 경험적 논의들

상기의 논의를 통해 사법기관을 주요 정치행위자로 분석하는 것이 가능하고도 바람직하다는 것을 살펴보았다. 그렇다면, 민주주의체제에서 여타 선출기관과 관련하여 헌법재판소 역할의 실체는 어떠한가? 이를 위해 어떤 접근이 가능하고 또 이루어져 왔는가?

이와 관련, 미국적 맥락에서의 논의는 매우 유용하다. 왜냐하면 비록 미국의 사법심사제도와 한국의 헌법재판제도는 상이하지만, 오늘날 각 제도간의 수렴현상이 존재하며 모두 거시적으로 대통령제 하의 삼권분립체제이고 분할정부가 자주 등장하며, 그리고 미연방대법원은 오래 전부터 정책이슈에 자주 개입해왔기 때문이다(전정현 2011, 289). 게다가 정치적 기관으로서 미대법원에 대한 풍부한 연구는 반다수제 문제 접근에 좋은 이론적 자원을 제공해 준다.

가장 선구적인 연구는 다알(1957)에 의해 이루어졌다. 그는 1957년까지의 167년의 기간 동안 연방대법원이 위헌 선언한 사건 및 위헌 선언된 법률을 자료로 사용한다. 핵심개념은 ‘입법다수’(law making majority)다. 연방 법률이 통과되려면 의회 상하원과 대통령의 승인이 필요하며, 이때 형성되는 것이 입법다수로서 전국적 다수(national majority)의 대체물로 가정된다. 즉 반다수제 문제를 검증하기 위해 다수와 법원의 갈등구도를 보기위해 ‘입법다수’를 사용한다. 한편 실질적으로 형성된 입법다수와 대법원의 대면을 살피기 위해 입법4년 이내에 위헌 선언받은 사례에 집중한다. 그 기간엔 그 입법다수가 살아있을 거라는 상당한 이유가 있기 때문이다. 이로써 살아있는 입법다수에 대한 것은 38개로 줄어든다. 이를 다시 중요도에 따라 주요정책이슈(major policy issue)와 비(非)주요 정책이슈(minor policy issue)로 나눠 번복빈도를 살펴본다. 결과는 주요정책이슈에서 대법원의 위헌결정이 다시 번복된 경우가 17건이고, 비주요정책에서는 2건에 불과하며 기타는 19건이라는 것이다. 이 결과와 기타 내용적 분석 등을 종합하여 다알은 다음과 같은 결론을 내린다. 미국정치는 안정된 연합에 의해 상당기간 유지되는데, 그 기간 대법원은 지배적 전국연합의 일부분으로 기능하며 대법원이 확고하고 지속적인 입법다수의 저지에 성공할 확률은 아주 낮고 ‘약한’ 다수 혹은 ‘사멸한’ 다수의 저지에 대해서는 성공가능성이 가장 높다. 결국 다수의 입장에 반하여 소수를 옹호하는 대법원의 이미지는 실체가 아니다.

다알의 연구는 여러 후속연구를 낳았다. 먼저 캐스퍼(Casper 1976)는 다알의 연구를 체계적으로 재검토했다. 그는 다알의 연구에서 고려된 증거들이 자신의 주장에 유리하게 편향되어 있다고 비판한다. 예를 들어 4년 이내의 위헌법률을 강조하다보니 자료의 절반에 이르는 40여 개가 결정력(decisiveness: 반복되지 않고 그 결정이 지속되느냐 여부) 검토에서 배제되었다는 것이다. 또 다알은 직접 위헌이 아닌 법률해석을 통한 법원의 기능, 주와 지방적 사건들로부터 제기된 사건들을 무시하고 있다. 세 번째로 다알은 정책결정에 대해 제도섬적 견해를 갖고 있다고 비판한다.

한편 펀스톤(Funston 1975)은 다알이 언제 대법원이 가장 반다수제적으로 행동할 것인가를 고려하지 않았으며, 자신은 다알이 하지 않은 것을 함으로써 그 가설을 증명하려 한다고 말한다. 그는 과도기적 시기 동안 대법원은 법관의 종신임기 때문에 정치적 시기들로부터 벗어나 있고 그래서 위헌결정을 많이 할 것이라고 본다. 그는 1801~1969년 시기 동안 미국정치의 연대기에 대법원의 활동을 대비시킨다. 그는 대법원의 연방법률에 대한 위헌이 소위 중대시기(critical periods) 즉 정당재정렬(critical realignment)시기동안 더 높았다고 주장한다. 또 다알처럼 입법 4년 이내의 법률을 대상으로 한 경우, 그 시기의 위헌율은 안정된 시기의 세 배가 된다고 주장한다.

하지만 펀스톤의 주장은 재비판받는다. 벡(Beck 1976)은 그의 분석이 재정렬이 발생한 시기를 사용함에 있어 그 속에서 부상하는 다수(emerging majority)가 아직 입법 '다수'가 되지 못한 많은 시기를 포함하고 있다고 본다. 대신 새로운 입법다수의 안착에 의해 재정렬이 완료된 이후의 첫 연도들(그러나 동시에 새로운 다수가 대법원의 기본적 구성을 바꿀 수 있게 되기 전까지의 연도들)에 초점이 맞춰져야 한다고 말한다. 두 번째로, 그는 전국적 입법을 위헌 선언한 결정의 상당수가 뉴딜기간에 이루어졌으므로 갈등의 일반적 양상을 보여주기 위해서는 비(非)뉴딜 시기에 대한 독립적 표가 필요하다고 말한다. 캐논과 울메르(Canon and Ulmer 1976)도 벡과 같은 맥락에서 펀스톤을 비판하며 이에 대한 통계적 검증을 시도한다. 그들은 재정렬 직후이나 새로운 입법다수에 대법원이 동화되기 이전 기간인 지체시기(lag periods)<sup>3)</sup>만을 사용했을 때 반다수적 결정이 더 나타나는 것은 사실이지만 펀스톤의 가설을 확증할 정도는 아니라고 말한다.

이외에도 아다마니(Adamany 1980)와 라세르(Lasser 1985)의 연구가 있다. 아다마니

3) 이 개념 자체는 펀스톤(1975, 806)이 처음 제시했다. 그러나 그는 이 시기를 독립적으로 분석하지 않았다.

의 논의 중 특기할 만한 점은 재정렬 직후나 재정렬 동안이 아닌 재정렬을 산출하는 역동성 속에서 대법원 역할에 관심을 둔다는 점이다. 그는 재정렬 선거(realignment election)와 전환기적 선거(converting election)를 구분하며, 전자에선 기존 다수당이 권력을 상실하고 기존정책을 거부당하고 유권자의 충성심에서 실질적 변화가 나타나며, 후자에선 기존 다수당이 권력을 유지하고 기존정책을 유지하나 유권자의 충성심에서 도발적 변화가 나타난다고 정의한다. 그러면서 재정렬 이슈는 (기존의 균열을 가로지르는) 횡단이슈(crosscutting issue)인데 그 출현에 정치권은 양극단과 중앙으로 나뉘고 대법원은 몇몇 선택을 갖게 된다고 본다. 역사적으로 대법원은 그가 상정한 네 번의 재정렬 사전(事前) 시기 동안 세 번 다수와 연합 내 대통령의 분파에 지지를 보냈고(모두 대중의 입장과 배치되어 재정렬을 촉발시켰다) 네 번의 전환기적 선거에서는 지배적 정당 내 대통령의 분파에 두 번 지지를 보내 전환기적 선거를 촉발시켰다고 주장한다.

라세르(1985)는 펜스톤과 아다마니 모두에 대해 비판적이다. 재정렬(realignment)을 촉발시키는 중대이슈는 정의상 기존 정당균열을 가로지르는 횡단이슈며 그 이슈에서 '구체적 정당' 혹은 '지배적 정당'은 있을 수 없고 오히려 대법관들도 분열되어 있으리라 예상할 수 있다. 또한 아다마니와 관련하여서는, 재정렬을 촉발시키는 이슈는 보통 대통령과 다수세력들이 이전부터 억누르려고 했던 이슈들이며 따라서 대통령이 그런 이슈에 대한 입장에 기초하여 대법원을 구성할 가능성은 크지 않고 또 사전에 어떤 특정 이슈가 중대 이슈가 될 지 알 수 없다고 본다. 라세르는 재정렬 이전의 안정된 국면에서는 대법원이 장래 중대 이슈에 대해 중도적 입장을 취하다가 이후 재정렬 기간 동안 온건노선을 이탈, 보수적 극단을 정당화하는 경향이 있다고 주장했다.

마지막으로 테일러(Taylor 1992)의 연구를 들 수 있는데, 그는 기존의 연구들을 비판하고 다시 다알식 연구로의 복귀를 주장했다. 그에 따르면 1790년에서 1968년 기간 동안의 위험결정 분석 시, 대법원 사법심사의 초점은 대법원이 한 부분이 된 안정된 연합의 시기에 통과된 법률이었다. 그래서 그는 다알이 재정렬 문제를 다루지 않았다는 것을 언급하며 다알의 접근이 여전히 지표가 되는 것처럼 보인다고 말한다. 중대 재정렬 및 안정된 선거적 시기들에 대한 개념은 정치적 기관과 사법기관간의 상호작용과 행위의 동기들을 보여주기에 너무 둔한 도구이며 선거분석가들도 중대선거(critical election) 개념의 타당성에 대해 의문을 제기해 왔다고 말한다. 결국 다알처럼 정상적 정치과정 내에서의 대법원 역할에 초점을 맞출 것을 주장한다.

## 2. 다알 가설의 재구성과 반다수제 문제의 맥락

상기의 논의들은 사법기관의 반다수제 문제를 접근하는 데 유용한 지침이 된다. 다알 이후의 많은 연구들은 각기 조금씩 다른 재정렬 시기를 가지고 반다수제 문제를 검토해왔지만 테일러(1992)의 지적처럼 여전히 다알(1957)의 접근이 가장 단순하고도 명쾌해 보인다.

물론 다알도 여러 측면에서 검토했지만 (캐스퍼(1976)의 정리에 의하면, 결정력과 빈도와 방향성 측면<sup>4)</sup>) 핵심은 결정력(decisiveness) 부분이라고 할 수 있다. 그러나, 법원의 반다수제 문제에 대한 더 충실한 질문은 위헌여부자체에 있다고 본다. 따라서 본고에서는 다수에 반해 위헌결정이 내려질 수 있는가 자체에 관심을 갖는다.

그런데 문제는 먼저 반다수적 결정의 맥락을 확정해야 한다는 점이다. 위헌결정이 존재해도 실제 반다수적 맥락 속에서 이루어지지 않았다면, 그것은 하나의 착시현상에 불과할 것이다.

여기서 첫째로 ‘다수’를 어떻게 확인·확정할 것인가의 문제가 제기된다. 다알(1957)은 ‘입법 다수’라는 조작적 정의를 통해 접근했다. 캐스퍼(1976), 펀스톤(1975)도 이를 사용했다. 입법다수가 전국적 다수의 대체가 될 수 있는가가 문제시될 수 있지만, 자체의 논리가 있고 무엇보다 현대 민주주의는 대의제 체제라고 볼 때 정치세력과의 관계를 중심으로 그 문제를 접근한다 해도 의의가 충분히 있다고 본다.<sup>5)</sup>

그런데 또 다른 문제가 있다. 법원이 위헌 선언한 법을 매개로 입법다수를 대면한다고 할 때, 그 입법다수가 당해시기 실제 형성되어 있느냐 하는 점이다. 이미 오래 전 대체된 입법다수의 법에 대한 위헌은, 사실상 법원이 그 법률을 입법한 입법다수의 부재 상황 속에서 내린 것이다. 이는 진정한 반다수적 맥락이 아니다. 그래서 다알은 입법 4년 이내의 위헌결정을 중시했다. 그러나 실제 입법다수의 형성 사례와 부재사례를 구분하기 위해선 테일러가 제안한 것처럼 위헌선언 각각의 예에서 그 사건이 결정된 시기와 법률이 통과된 시기를 비교하는 것이 더 적절해 보인다(Taylor 1992, 362). 따라서 여기서는 이 전략을 따른다.

그러나 또 문제가 있다. 입법다수의 형성 사례라 해도 모든 입법사항이 동일한 중요도를

4) 빈도는 위헌결정의 빈도를 말하고 방향성은 결정의 방향이 실제 권리보호를 위한 것이냐 여부를 말한다.

5) 본고에서는 일차적으로 입법다수와 헌법재판소의 관계 자체에 초점을 둔다.



갖는 것은 아니다. 어떤 사안은 헌법해석이론 상 중요해도, 정치적으로 의미 있는 사안이 아닐 수 있다. 그래서 다알(1957)은 4년 이내 입법에 대한 위헌사례를 다시 입법다수의 관점에서 볼 때 주요 정책과 비(非)주요정책인 경우로 다시 구분하여 분석했다.<sup>6)</sup> 그리고 주요정책사안에서 위헌결정이 더 자주 반복되었음을 확인한다. 더 나아가 다알(1957, 286)은 입법다수의 내적 응집성 정도에 대해 언급했다.<sup>7)</sup> 즉 법원이 저지하기 힘든 중요정책에서의 확고하고 흔들리지 않는(determined and persistent) 입법다수, 또는 저지하기가 가장 쉬운 부차적 중요성을 가진 정책에 있어 사멸한 다수(a dead one), 일시적 다수(a transient one), 부서지기 쉬운 다수(a fragile one), 또는 약하게 결합된 다수들이 그것이다.

입법다수의 부재 외에도, 일시적 합의나 약한 연합에 의해 제정 및 개정된 입법은 진정한 반다수적 결정의 배경이 못된다. 때로 그에 대한 위헌은 법률로 드러난 그 합의를 이탈하고 싶어하는 갈등하는 입법다수 내의 한 분파의 입장을 돕는 것이 될 것이다.<sup>8)</sup>

이렇게 해서, 선출되지 않은 권력이 민주적으로 선출된 권력의 행사를 ‘의미있게’ 패배시킨 경우가 있는가에 대한 탐구는 다음과 같이 정리될 수 있다. 즉, 사법부가 주요정책사안에서 공고화된 입법다수에 반해 위헌 결정을 내린 경우가 있는가 하는 점이다. 이것을 살펴보기 위해 본고에서는, 노무현 정부 시기, 일정한 방법으로 수집된 위헌사건들을 대상으로 입법다수의 형성 사례를 구하고 그 중 주요 정책 사안에 대한 위헌결정 사례를 추출한다. 그리고 그 사례가 존재할 경우, 입법다수의 응집성을 검토하여 반다수적 결정의 실체를 분석한다.

## IV. 노무현 정부 시기 헌법재판소와 반다수제 문제

### 1. 노무현 정부 시기의 의의

본고는 노무현 정부 시기에 국한하여 정책이슈에 대한 반다수제 문제를 검토한다. 연구역량의 한계도 한 이유지만, 다른 중요한 이유도 있다. 이 시기는 특별히 주목할 만한 분석

6) 다알은 그 구분의 구체적 기준을 제시하지는 않고 있다.

7) 입법다수의 내적 응집성의 정도와 이슈의 특성 및 중요도(주요, 비(非)주요정책) 간 어떤 고정된 관계가 있다고 볼 수는 없다.

8) 한편, 핀스톤 등 이후 연구가들은 응집성 문제를 시기적으로 처리하려 했다고도 볼 수 있다.

상의 중요성과 이점이 존재한다. 우선 이전 시기는 반다수제 문제와 관련, 헌법재판소의 역할 검토에 부적절한 측면이 많다. 왜냐하면 신생민주주의에서 새로 활동하게 된 헌법재판소가 초기부터 적극적인 반다수적 결정을 내리리라고 기대하긴 어렵기 때문이다. 엡스타인 외(Epstein et al. 2001)는 러시아 헌법재판소를 분석하면서 역사가 일천한 헌법재판소는 권한에 대한 지지의 원천이 빈약하며 따라서 이미 합의된 영역에서만 적극적으로 활동해야 한다고 본다. 즉 법원의 조기 '정치화'는 바람직하지 않으며 조기 정치화를 지양해야만 정치행위자들로부터 도전을 받지 않을 것이라고 한다. 이것은 한국 상황에서도 적용 가능하다. 민주화 직후 인권 문제나 과거청산작업 등 이미 정치세력 간 합의된 영역에서의 위헌결정이 상대적으로 쉬울 것이다. 예를 들어, 전종익(2000)은 1989년부터 1999년 간의 국정감사를 분석하면서 위헌법률심판이 입법부와 충돌할 가능성이 크에도 의원들이 오히려 변형결정<sup>9)</sup>보다 단순위헌을 두려웠음을 지적한다. 또 남복현(2003)은 제1기부터 제3기 헌법재판소의 결정을 분석하면서, 제1기 재판부는 비정상적 기관에 의한 입법청산이 주된 임무였고 제2기는 이런 모습에서 많이 벗어났으며 제3기는 본래적 입법통제의 모습으로 돌아갔다고 평가한다.<sup>10)</sup> 즉 시대적 요청으로나 제도적 위치로나, 헌법재판소는 동시대적 지배적 다수에 반하는 결정을 하기보다, 과거 권위주의 청산작업에 협력했을 가능성이 큰 것이다. 반면 노무현 정부 시기는 과거청산작업으로부터 처음부터 자유로운 시기로 선출 엘리트와 헌법재판소 간의 일반적인 상호작용을 보여줄 수 있는 시기라고 여겨진다.

둘째, 이 시기는 헌법재판소의 활동 배경으로서 정치적 원심력이 상대적으로 컸던 때다. 긴스버그(Ginsburg 2003, 261)에 의하면 헌법재판소의 활발한 활동에 정치적 분산이 중요하다. 정치세력간의 분산이 이루어질 때, 정치적 관용의 영역(tolerance zone)이 커지기 때문이다. 영호남 두 지역을 기반으로 카리스마적 리더십을 발휘하고 정당의 보스로 군림해 온 이전 김영삼·김대중 대통령과 노대통령은 리더십 스타일도 달랐고, 당정분리 하에서 집권당과의 갈등도 컸다. 이라크 파병동의안 처리, 대연정 제안, 사립학교법 재개정안 등에서 집권당으로부터도 반발을 샀던 것이다(강원택 2011, 29-30).

마지막으로 내용적·결과적으로도 헌법재판소가 그 어느 때보다 중차대한 사건을 맡은 시기다. 대표적으로 대통령탄핵심판사건(2004헌나1), 수도이전사건(2004헌마554등), 신문법사건(2005헌마165등) 등이 있다. 이 중 수도이전의 경우 위헌결정이 국가정책방향에

9) 변형결정은 입법자를 존중하여 단순위헌을 내리지 않는 여러 결정유형이라고 말할 수 있다.

10) 비정상적 입법기관은 국가재건최고회의, 비상국무회의, 국가보위입법회의이다. 한편 제2기는 김대중 정부 시기의 일부를 포함한다(남복현 2003, 19).

심대한 영향을 미쳤다. 따라서 노무현 정부 시기는 헌법재판소의 반다수제 문제를 검토하는 데 중요하고도 유리한 시기로 보여진다.

## 2. 정책이슈에 대한 위헌결정과 입법다수의 형성

노무현 시기 ‘정책이슈’에 대한 헌법재판소의 ‘위헌 결정’은 어떠한 것들이 있는가?<sup>11)</sup> 또 거기서 입법다수가 동시대에 형성된, 주요정책 사례를 어떻게 추출할 것인가?

우선, 언론기사검색(<http://www.kinds.or.kr/>)를 통해 노무현 정부시기 기사화된 헌법재판소 사건들을 추출했다.<sup>12)</sup> 여기에 헌법재판소 분야별 주요 판례(헌법재판소 홈페이지 <http://www.ccourt.go.kr/>)에 나온 사건들을 더하였다.<sup>13)</sup> 이렇게 해서 그 중 노무현 정부 시기에 해당하는 사건의 총 수는 125개였다. 그 중 다시 법률에 대하여 위헌결정을 한 경우는 총 32건<sup>14)</sup>이다. 이 중 입법다수의 실제 형성에 직면하여 위헌결정을 내린 사례는 ‘신형정수도의건설을위한특별조치법위헌확인(2004헌마554)’, ‘교원지위향상을위한특별법제10조제3항위헌제청(2003헌가7등)’, ‘국가유공자예우및지원에관한법률제31조제1항등위헌확인(2004헌마675)’, ‘신문등의자유와기능보장에관한법률제16조등위헌확인(2005헌마165등)’, ‘공직선거법제26조제1항에의한별표2 위헌확인(2005헌마985)’, ‘공직자등의병역사항신고및공개에관한법률제3조등위헌확인(2005헌마1139)’, ‘주민투표법제5조위헌확인(2004헌마643)’, ‘공직선거및선거부정방지법 제15조제2항등위헌확인(2004헌마644)’, ‘문

11) 본고에서는 정책이슈에 대한 헌법재판소의 반다수적 결정을 대상으로 하는 바 대통령탄핵심판 사건과 같은 중요하지만 정책이슈에 대한 것이 아닌 것은 제외한다. 또 기존 연구를 좇아 위헌결정만을 대상으로 하였다.

12) 검색조건은 ‘제목+본문’이고 검색어는 ‘헌법재판소 정책 결정’이다. 검색매체는 ‘경향신문, 세계일보, 국민일보, 한겨레, 한국일보, 동아일보, 문화일보’이다. 검색기간 1990년 1월 1일~2008년 2월 24일이며 최종검색일은 2008년 4월 15일이다.

13) 최종검색일은 2008년 4월 9일이다. 단, 1990년대 이전의 헌법위원회와 대법원 판례는 제외시켰다.

14) (2000헌바26), (2003헌마106), (2003헌바16), (2000헌바67등), (2002헌바24), (2002헌마193), (2002헌바104), (2003헌가1), (2004헌마554), (2003헌가12), (2001헌가9등), (2004헌가8), (2003헌가20), (2004헌가6), (2003헌가3), (2004헌가28), (2003헌가5·6병합), (2005헌가7등), (2004헌마675), (2005헌가17등), (2005헌마165등), (2003헌가14,15(병합)), (2005헌마985), (2005헌바33), (2005헌마1139), (2004헌마643), (2004헌마644), (2003헌마377), (2004헌가25), (2005헌가10), (2006헌가13), (2004헌마1021)

화재보호법제81조제4항등 위헌확인(2003헌마377)', '의료법제2조등 위헌확인(2004헌마1021)'으로 총 10건이다. 전체적으로 볼 때 정책이슈에 대한 사법적 정책결정 가운데 심판 대상조문이 법률인 위헌결정은 32건(전체 125건의 25%)이고 그 중에서 같은 시기의 입법다수의 형성에 대한 직접 위헌결정은 10건(8%)에 불과했다.

한편, 선출된 권력의 권력행사를 '의미 있게' 패배시킨 사례를 구하기 위한 주요정책에서의 위헌결정사례는 3건이었다(전체의 2%). 다알(1957)은 주요·비(非)주요정책간의 기준을 제시하지 않았다. 여기서는 기사화를 통해 나타난 '사전(事前) 이슈화 여부'를 기준으로 삼았다. 상기의 125건 모두 언론에 보도된 사건들이다. 하지만, 위헌 결정을 단순 보도하거나, 그 결정을 계기로 사회적 관심이 커진 경우는 사전 압박이 있었다고 보기 어렵다. 따라서 형식적으로는 당시 입법다수의 법률에 반한 결정이지만, 실질적으로 반대수적 맥락에서 결정을 내렸다고 볼 수 없다. 반면, 헌법재판소 결정 이전부터 그 결정향방과 관련하여 직접 논란이 있었고 그런 내용의 기사화가 이루어졌다면, 그 사건은 주요정책이슈라고 할 수 있을 것이다. 그래서 언론기사를 통한 사전 정치화를 기준으로 주요이슈를 구분했다. 결정선고일을 기준으로 한 달 기간 동안 언론기사검색을 통해 사전이슈화를 구분했다.<sup>15)</sup> 그 결과 사전 기사화 된 사건은 '신행정수도건설을 위한 특별조치법 위헌확인(2004헌마554)', '신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률제16조등 위헌확인(2005헌마165등)', '공직선거 및 선거부정방지법제15조 제2항 등 위헌확인(2004헌마644등)' 세 건이었다. 헌법재판소의 결정 한 달 이전 기간 동안 조사된 수는 각각 52~58건, 13~16건, 4~9건이었다.<sup>16)</sup> 그 각각의 사건에서 결정 이후 한 달 동안 관련 기사는 약 862~860건, 64~95건, 60여 건이었다. 결국 상기의 방법에 의하면, 노무현 정부 시기 입법다수가 형성된 법률 중 주요 정책이슈에 대해 헌법재판소가 위헌결정을 한 사례는 소위 수도이전사건, 신문법 사건, 재외국민 참정권 사건이라고 할 수 있다. 그렇다면 이 사건들에서 헌법재판소는 어떤 입법다

15) 검색방법은 '헌법재판'과 그 사건과 관련된 검색어들을 함께 넣어 몇몇 조합으로 조사했다. 이를테면 수도이전사건의 경우, '헌법재판 수도이전', '헌법재판 행정수도' 등으로 검색했다. 왜냐하면 헌법재판소의 결정향방과 무관한 기사는 본주제와 관련이 없기 때문이다. 단순기사 건수가 아닌 내용관련성도 검토했다.

16) 법률에 대한 위헌사례인 32건 전체를 대상으로 사전 이슈화 여부를 조사해도 결과는 같았다. 다만, 공직선거 및 선거부정방지법 제53조 제3항 위헌확인(2003헌마106)은 유의미한 기사(서울신문 03/09/10, 4)가 있었는데, 자치단체장들이 선거출마를 앞두고 기존 선거법에 대한 헌법재판소의 빠른 위헌결정을 기대하는 내용이다. 그러나 한 건에 불과하고 오히려 위헌을 독려하는 기사로 주요정책이슈 위헌사례분석에 포함시키지는 않았다.

수에 직면했는가? 이하에서는 통상 일컬어지는 사건명으로 각 사례 내 위헌결정 이전 입법 다수의 내적 응집성을 살펴본다.

### 3. 주요정책이슈에 대한 위헌결정과 입법다수의 실제

#### 1) 수도이전 사건

2002년 9월 30일 노무현 대통령 후보는 “총청권에 행정수도를 건설, 청와대와 중앙 부처부터 옮겨 가겠다”고 공약했다. 대선 승리 후, 2003년 노무현 대통령은 신행정수도 건설 추진기획단 및 지원단을 발족시켰고 같은 해 12월 29일 국회에서는 ‘신행정수도의 건설을 위한 특별조치법’이 여야합의로 통과된다. 찬성 167표, 반대 13표, 기권은 14표였다. 이듬해 1월 16일에는 ‘신행정수도 특별법’이 공포된다. 2003년 국회에서 압도적인 찬성 가운데 여야합의로 법안이 통과되었지만, 한나라당은 이에 대해 확고한 입장을 갖고 있지 않았다. 이 사안은 민주당을 분당하여 소수당으로 출발, 17대 총선에서 소수정권을 벗어나긴 했지만 기존 지역주의 구도를 벗어나 전국정당화를 추구하는 노무현 정부에게는 중대 사안이었다. 수도이전은 전통적 지역주의에 기초하지 않고서 특정정책의 이해관계로 또 다른 정책연합을 구성할 수 있는 기회였기 때문이다(강명구 2008). 이렇게 볼 때, 한나라당으로서 박빙으로 승부가 갈리는 대선과 관련, 총청권을 의식하지 않을 수 없지만 노무현 정부와 열우당의 셈법에 적극 찬동해주기도 어려운 상황이었다고 할 수 있다.

한편 6월 9일 김안제 신행정수도 이전추진위원장이 한나라당의 정책모임인 ‘푸른정책모임’이 연 토론회에 참석, ‘사실상 천도가 아니냐’는 질문에 “국회와 사법부를 다 옮기면 수도이전이라고 볼 수 있다”고 발언을 해 파문을 일으켰다(한겨레 04/06/10, 2). 이후 소위 ‘천도’ 논란이 제기되고 수도이전 반대는 가속화된다. 한나라당의 서울지역 의원들은 정부의 신행정수도 이전계획발표에 중단을 요구하는 성명을 발표한다. 또 서울시는 행정수도 이전과 관련하여 정부에 어떠한 협조 및 협의도 하지 않기로 결정하고, 인천시·경기도·강원도 등 3개 광역자치단체들도 이에 동조할 것을 밝힌다(서울신문 04/06/15, 6).

2004년 6월 15일 정부의 이전 후보지 발표 당시 한나라당과 민주노동당은 소속 의원들의 입장과 성명 등을 통해 비판적 입장을 취했고 민주당은 유보적인 입장이었다. 한나라당은 당론 차원에서는 반대 입장을 취하지 않았다(문화일보 04/06/19, 4). 이 가운데 박근혜 대표는 결국 6월 21일 행정수도이전특별법의 처리에 대해 사과한 뒤 22일 수도이전 문제를 국회차원에서 재론하기 위한 특별위원회 구성을 제의하기에 이른다. 반면 노무현 대통

령은 6월 18일 방송기자클럽 기자회견에서 국회에서 167명의 동의를 받은 이상 국민적 합의를 받은 것으로 볼 수 있다고 반박했다. 2004년 8월 11일 정부의 예정지 발표에 한나라당은 원천적 무효라고 반발했고(서울신문 04/08/12, 2) 한나라당은 9월 22일 의원총회를 열어 마침내 반대 당론을 확정했다. 이후 후폭풍에 시달리긴 했지만 민노당도 2004년 8월 반대당론을 발표했다(서울신문 04/08/12, 2). 이렇게 수도이전 입법의 핵심축인 한나라당이 반대당론을 밝힘에 따라 헌법재판소 결정 이전 수도이전에 대한 합의가 약 9개월 만에 공식적으로 파기되었다. 게다가 여론의 동향도 변했다. 2002년 말에서 2003년 초에는 정부정책에 찬성 의견이 우세했지만 2004년을 지나면서 반대의견이 점차 우세해지게 된다. 2003년에는 국민의 57% 정도가 정부정책에 찬성했지만, 2004년 6월을 기점으로 반대 여론이 우세해진다. 또 여론조사된 응답자의 60% 이상이 일관되게 국민투표방식을 지지했다(강정인 2008, 69; 김수미 2006, 77).

이런 배경 속에서 헌법재판소는 수도이전사건을 맡고 있었다. 이미 갈라선 정부와 한나라당은 자신들의 입장 관철을 위해 노력한다. 건설교통부와 법무부는 각각 헌법소원이 각하되어야 한다는 내용의 의견서를 헌재에 제출한다. 반면 이명박 서울 시장과 손학규 경기도지사는 9월 16일 수도이전 추진 중단을 촉구하는 공동성명을 낸다.

2004년 10월 21일 헌법재판소는 재판관 8대 1의 의견으로 '신행정수도 건설을 위한 특별조치법'에 대해 위헌결정을 내린다. 7인의 다수의견에서 수도가 서울이라는 명문의 조항은 없지만 서울이 수도라는 점은 관습헌법이며 이는 헌법 제130조에 의거한 헌법개정 방법의 의해서만 개정될 수 있다고 보았다. 따라서 헌법개정 절차를 거치지 않고 수도를 이전하는 것은 국민이 가지는 참정권적 기본권인 국민투표권의 행사를 배제한 것이므로 위헌이라는 것이다. 별개 의견으로 김영일 재판관은 수도가 서울이라는 관습헌법규범은 단정키 어려우나 수도이전 사안은 국방 통일 및 기타 국가안위에 관한 중요정책에 해당하므로 국민투표 대상이 되고 따라서 대통령이 국민투표에 이 사안을 붙이지 않은 것은 재량권을 일탈 남용하여 위헌이라고 했다. 소수의견에서 전효숙 재판관은 관습헌법의 논리는 물론 김영일 재판관의 논리도 받아들이지 않고 각하의견을 밝혔다(2004헌마554등).

이 결정에 대한 각 당의 반응은 2003년 입법화 이후 파기된 합의의 양상을 그대로 보여 주었다. 한나라당은 법치주의의 승리로 묘사했으며(경향신문 04/10/22, 4) 다른 야당도 환영의 뜻을 표했다. 민노당은 이를 계기로 수도이전의 전면중단을 요구했고, 민주당은 헌법재판소의 판단에 경의를 표한다고 논평했고 자민련도 국민을 무시한 독선적 진행에 대한 경종이라고 결정에 의미를 부여했다(세계일보 04/10/22, 4). 반면 열린 우리당 천정배 의

원은 “국회의 입법권이 침해되는 결과를 초래할 것”이라고 반발했고 노무현 대통령은 “헌재의 결론에 저촉되지 않으면서 국가균형발전전략의 취지가 훼손되지 않도록 적절한 계획을 세워 반드시 추진해 나가도록 하겠다”고 강조했다(세계일보 04/10/26, 1).

따라서 행정수도이전에 대한 헌법재판소의 결정은 관습헌법이라는 다소 빈약한 근거가 동원되긴 했지만, 반다수적 결정은 아니었다. 헌법재판소가 판단한 법률에 대해 형성된 2003년 12월의 입법다수는 다일이 언급한 바 있는 과도기적(transient) 입법다수에 불과했다.

## 2) 신문법·언론중재법 사건

노무현 정부의 언론개혁은 2004년 4월 총선에서 열린 우리당이 과반수 의석을 확보하면서 본격화되었다. 그 시초는 언론개혁국민행동 등의 진보적 언론운동단체들이 ‘신문 등의 자유와 기능보장에 관한 법률’을 제정할 것을 국회에 청원하면서부터였고, 그 내용은 신문사 대주주의 소유지분 상한선을 정하고 시장점유율이 높은 신문사에 제재를 가하는 등 기존 구도변화를 위한 것이었다(한중호 2005). 그러나 2004년 10월 15일 열린우리당 발표의 언론개혁 법안들은 많이 후퇴한 것이었다.

이렇게 후퇴한 열린우리당 언론개혁법안은 진보적 개혁단체들이 강하게 주장했던 신문사의 소유지분 제한제를 도입하지 않았지만, 신문시장 점유율이 1개사가 30%, 3개 신문합계가 60%를 넘으면 ‘독점규제 및 공정거래법상’의 ‘시장지배적 사업자’로 규정하였고 광고가 차지하는 비율은 지면비율의 50%를 넘지 못하게 했고, 일선 기자들이 참여하는 편집위원회의 구성과 편집규약 제정 등을 의무화하였다. 여기서 ‘시장지배적 사업자’ 기준은 공정거래법에서 시장 지배적 사업자를 1개사 50%, 3개사 75%로 보는 것보다 더 강화된 것이었다.

4대 개혁입법 중 2005년 1월 예산안 및 이라크 파병 동의안과 함께 국회에서 유일하게 통과된 것은 언론개혁법안(신문법 및 언론중재법)이었다. 찬성 231표, 반대 11표, 기권 4표였다. 그러나 애초 여당안보다 더 후퇴하여 핵심사항이 빠진 누더기 법안이라는 비판을 받고 있었다(장덕진 2011, 44-47). 그리고 그 타협도 견고한 것이 아니었다. 한편 입법화된 그 해 2월 환경건설일보의 헌법소원을 시작으로 3월 22일 동아일보, 6월 9일 조선일보의 헌법소원이 있었고 2006년 1월 20일에는 서울중앙지법에서도 위헌법률심판제청이 있었다. 이런 움직임에 대해 정동채 문화관광부 장관은 “신문법 시행을 유보할 생각은 없다”며 시행방침을 분명히 했고 전국언론노동조합, 조선일보반대시민연대, 민주언론운동시민연합,

언론개혁시민연대 등도 위헌소송에 대해 비판적 입장을 표명했다(한겨레 05/06/11, 2).

그러나 한나라당은 입장을 바꿔 6월 임시국회에서 위헌논란을 일으킨 언론개혁법의 개정을 추진키로 한다. 박근혜 대표는 15일 최고위원·중진연석회의에서 “신문법시행령에는 제3자고발 등 독소조항이 있다”며 “신문관련법 개정안을 서둘러 내서 국제적 기준과 자유시장경제에 맞지 않는 것을 걸러내야 한다”고 지적했다(문화일보 05/06/16, 4). 이미 여야 합의한 신문법·언론중재법이 존재함에도 한나라당은 2005년 7월 28일 개정안을 발의했고 8월 12일 열린우리당 정청래의원 등도 개정안을 대표발의했다. 양 개정안은 2005년 1월 합의해 국회를 통과한 법안보다 각각 보수언론과 진보적 언론단체의 입장에 가깝게 바뀐 것으로 양당의 입장차가 다시 멀어지고 있음을 보여주었다. 단적인 예로 한나라당 개정안은 ‘시장 지배적 사업자’규정을 1개사 50%, 3개사 75%로 완화한 것이었고 열린우리당 개정안은 타협안으로 내세웠을 때부터 삭제되었던 언론사 소유지분 제한 조항을 다시 회복시켜 놓은 것이었다.

마침내 헌법재판소는 2006년 6월 29일 신문법과 언론중재법의 일부조항에 대해 위헌 및 헌법불합치 판결을 내렸다. 헌법재판소는 신문·방송겸영을 금지한 조항에 합헌결정, 신문의 복수 소유를 금지한 15조 3항에 대해서는 불합치결정을 내렸다. 신문법 16조의 신문사 경영자료 신고·공개조항에 대해서는 합헌결정을, 쟁점이던 제17조 ‘시장 지배적 사업자’ 관련 문구에 위헌결정을, 시장지배적 사업자를 신문발전기금 지원대상에서 배제한다는 34조 2항 2호에도 위헌결정을 내렸다. 언론중재법 제6조의 제1항·제4항·제5항의 고충처리인제도에 합헌결정, 정보도청구권 관련 언론중재법 14조 2항에 대해서도 합헌결정을 내렸고, 정정보도 청구소송을 민사집행법상 가처분 절차에 의해 재판하게 한 26조 6항 중 일부에 대해서는 위헌 결정을 내렸다. 마지막으로 언론중재법 부칙 제2조에 대해서는 진정 소급입법으로 위헌결정을 내렸다(2006헌마165등).

이러한 헌법재판소의 결정은 어느 일방의 승리로 해석하기에는 미묘한 측면이 있었다. 헌법재판소가 조선일보, 동아일보가 위헌이라고 주장한 30여 개 조항 대부분에 대해 위헌 결정을 내리지 않았으므로 언론개혁법이 전반적으로 합헌임을 인정했다는 주장(장행훈 2006)도 있었고, ‘시장지배적 사업자’규정과 ‘소유제한’규정이 그 탄생의 이념적 바탕이었는데 후자는 삭제되고 전자만 남아있음에도 이 규정이 위헌판결을 받았다는 것은 언론개혁법이 법리적으로 사망선고를 받았다는 주장(방석호 2006)도 존재했다. 한편 열린우리당과 한나라당은 헌법재판소 결정이후 각기 다르게 이를 해석했다. 즉 열린우리당은 “법 개정 논의에 들어가겠다”며 개정을 주장한 반면, 한나라당은 “위헌 조항은 물론 소수의 의견으



로 언론의 자유를 침해할 소지가 있는 것으로 지적된 조항까지 모두 폐지해야 한다”고 주장했다(한겨레 06/06/30, 4). 여기서 중요한 것은 헌법재판소 결정이 누구의 입장에 가깝냐 보다는, 헌법재판소가 이 사건에서 대면했던 입법다수는 일시적이고 한시적인 것이었다는 점이다. 왜냐하면 열린우리당과 한나라당은 법안의 형식적 통과 전후로 실제로는 언론개혁이슈와 관련하여 계속 평행선을 달리고 있었기 때문이다. 결국 이 사안도 현재가 과도기적 입법다수의 법안에 대해 부분적 위헌결정을 내린 사례였다.

### 3) 재외국민 참정권 사건

이 사건에 대한 헌법소원은 2004년, 2005년 재외국민(일본, 미국·캐나다)에 의해 각각 제기되었다. 헌법소원은 2005년 8월 4일 개정되기 전의 구‘공직선거 및 선거부정방지법’에 대한 것이었다. 그러나 헌법재판소는 심판대상조문을 2005년 8월 4일 개정된 법률 제7681의 여러 조항들로 보고 있다. 청구인들이 구‘공직선거 및 선거부정방지법(2005. 8. 4. 법률 제7681호로 개정되기 전의 것)’조항들에 대해 헌법소원을 제기했고 위 법률은 그 동안에 2005년 8. 4. 법률 제7681호로 법명이 ‘공직선거법’으로 바뀌었고 내용도 변화되었지만 청구인들과 관련된 부분에서는 아무런 변화가 없고 어떤 부분에서는 개정이 이루어졌지만 쟁점이 되는 국외거주자 부재자투표 불인정에 대해서는 개정 전후 아무런 변화가 없기 때문에 심판대상을 현행 공직선거법(법률 제7681호)의 해당조항으로 보는 것이 상당하다고 하였다(2004헌마644, 2005헌마369(병합)). 한편 심판대상조문 가운데 1994년 12월 22일 법률 제 4796호로 개정된 것이 포함되어 있지만, 대부분의 심판대상조문으로 2005년 개정 법률들이 존재하기에 입법다수의 형성사례로 본다.

그렇다면 이 사례는 애초 두 가지 가능성을 가지고 있었다고 할 수 있다. (입법다수에게 어느 정도 중요성을 지닌 이슈였다고 전제한다면) 이전 입법다수의 합의가 2005년 이 법안을 개정한 입법다수의 형성에 의해 지속적으로 승인된 법률인 경우거나, 아니면 정치적으로 입장차가 커서 그 부분에 대한 조정에 실패하여 잠재적 현상유지로 방치되는 법률인 경우다. 재외국민참정권 사례는 후자에 가까웠다.

2004년 8월의 재외국민(일본)의 헌법소원 이전 이미 열린우리당 정성호 의원에 의해 관련부분에 대한 선거법개정법률안이 국회에서 제출되었고(2004. 7), 2005년 4월 재외한인단체(미국·캐나다)의 헌법소원이전 한나라당 유기준 의원(2004. 10)과 홍준표 의원(2004. 11)의 선거법개정법률안 발의가 이루어져 있었다. 그리고 그 이후에도 헌법재판소의 최종결정 이전에 열린우리당 김성곤 의원(2006. 10)의 선거법개정안, 한나라당 김덕룡의원

(2007. 2), 한나라당 김기현의원(2007. 5), 민노당 권영길의원(2007. 6)의 개정안이 제출되어 있었다. 따라서 이 이슈는 이미 정치권에서 개정에 대해 관심을 갖고 있던 사안이었다. 문제는 어떤 방향으로 개정하느냐였다. 기존 법률에 의하면, 공직선거법 제37조 제1항에 의하여 ‘주민등록’이 되어 있지 않은 국외부재자는 국정선거권(대통령 선거 및 국회의원 선거)을 행사할 수 없게 되어 있고, 제38조 제1항은 부재자 신고 대상을 선거인 명부에 오를 자격이 있는 ‘국내거주자’로 규정하고 있다. 그래서 국내에 주민등록이 남아 있어도 해외에 있는 재외국민은 선거당일까지 귀국하지 않으면 선거권을 행사할 수 없게 된다(정상우 2007, 194-196). 따라서, 대한민국 국적을 버리지 않은 해외 영주권 취득자나 시민권자, 또는 해외 장기체류 가운데 국내주민등록이 말소된 자는 물론이거니와, 국내 주민등록이 말소되지 않은 재외공관원, 상사주재원, 유학생 등 단기해외 체류자들도 선거권이 있어도 귀국하지 않으면 선거에 참여할 수 없게 되어 있다.

이런 배경 하 열우당과 한나라당은 기존 선거법 개정의 각론에서 계속 대립해 왔다. 주된 쟁점은 참정권 허용범위와 속도에 있었다. 단기체류자부터 실시하자는 이른바 단계적 도입론과 영주권자까지 포함해서 실시하자는 전면적 도입론이 대립했다. 열린우리당은 전자 입장으로 2030세대인 유학생, 주재원들을 염두에 두고 있었다. 반면 후자 입장인 한나라당은 5060이 주된 구성원인 영주권자들의 보수성향을 생각하고 있었다(김재완 2008, 169). 따라서 헌법소원의 대상이 된 기존 법률은 각론에 대한 이견을 좁히지 못한 상태에서 현상(現狀)에 대한 합의 아닌 합의를 유지한 채 어정쩡한 상태를 유지하고 있는 것에 불과했다. 그래서 민노당의 권영길 의원은 각 당은 정치적 유불리를 계산하며 선거권 부여 대상의 범위에 의견차를 좁히지 못하고 있다고 꼬집었다(내일신문 07/04/30, 22). 그런데 헌법재판소도 2007년 대선을 염두에 둔다면 시간이 없는 상황에서 늑장선고로 비판받고 있었다. 2007년 6월 1일 재외동포언론인협의회 소속 기자들과 재외국민참정권 연대 회원 30여 명은 헌재 정문 앞에서 “늑장 선고 각성하라”고 외치며 시위를 하기에 이르렀고, 6월 20일에는 세계한인대회에 참석하기 위해 온 각국 대표들은 국회 앞에서 “재외참정권 보장”을 외치며 시위하였다(경향신문 07/06/27, 37).

이런 가운데 6월 28일 헌법재판소는 기존 판례를 변경하여 현행 공직선거법과 국민투표법의 관련 부분에 대해 헌법불합치 결정을 내린다. 그러나 2008년 12월 31일까지의 개정시한을 줌으로써 2007년 대선을 앞두고 선거권 부여대상을 놓고 이견을 좁히지 못하는 양당에게 채찍을 든 것은 아니었다. 그래서 기존 판례를 뒤집는 흠잡을 데 없는 결정이라고 박수를 받으면서도 불합치결정으로 시한을 줘서 현재의 국면을 어지럽게 하고 있다는 비판

을 받기도 했다(한국일보 07/07/07, 27).

결국 헌법재판소는 어정쩡한 자세를 유지하고 있는 현행 입법다수의 법률에 대해 내용적으로 현상타파적 결정을 내렸지만, 극장 결정에 시한까지 넉넉히 준 불합치 결정으로 정치적 부담을 주지 않는 방향으로 문제를 해결한 것이다. 더구나 그 위헌결정은 견고하고 흔들리지 않은 입법다수에 맞서 내려진 것은 아니었다.

## V. 결론: 반다수제 문제와 민주주의, 헌정주의

민주주의에서 헌법재판소는 통상 다수 의지에 반해서라도 소수의 권리와 헌법적 가치를 수호해야 하는 기관으로 간주된다. 그러나 헌법재판소가 반다수적 기관일 수 있는가 혹은 이를 넘어서 제왕적 사법부가 될 수 있는가의 문제는 실제적 검증의 대상이다. 본고는 이 문제에 대한 하나의 검증 시도라고 할 수 있다. 그렇다면 그 결과는 무엇인가?

우선 지적할 수 있는 사실은 헌법재판소가 단순한 사법기관이 아니라 일종의 정책형성 기관으로 기능하고 있다는 점이다. 수도이전사건, 신문법사건, 대통령탄핵심판사건 등 전 사회의 이목이 집중되는 사안의 결정 기관으로 헌법재판소는 기능했다. 그러나 동시에 그 결정의 실체는 반수적이지도 제왕적이지도 않았다. 이는 여전히 민주적 정치과정이 지배적임을 드러내준다. 본고의 분석틀 내에서 현재의 위헌결정은 입법다수의 형성사례에서보다 부재사례에서 훨씬 많았고 형성사례에 대한 위헌 중 비(非)주요정책이슈에 대한 위헌이 더 많았다.<sup>17)</sup> 무엇보다 헌법재판소가 주요정책의 결정자로 부상한 사례들에서도 의미 있게 반다수적 결정을 내린 경우는 없었다. 왜냐하면 그 위헌결정을 통해 직면했던 입법다수는 모두 과도기적 혹은 부서지기 쉬운(fragile) 다수였기 때문이다. 한편 대통령탄핵심판사건의 경우에도 같은 논리가 적용가능하다. 현재결정 이전 탄핵다수는 총선에서 몰락, 탄핵반대다수가 국회에 형성되었다. 따라서 현재의 결정은 결과적으로 상당수가 사멸해버린 다수의 주장을 기각한 것이었다.

그렇다면 이러한 사실이 헌법재판소의 위치, 혹은 한국 정치에서 민주주의와 헌정주의 발전과 관련하여 갖는 함의는 무엇인가? 그것은 양면적이라고 본다. 첫째, 일반적 의미에서 헌법재판제도는 반다수제 문제를 야기할 수 있지만, 다수 의지의 재고(再考)에 도움을

17) 이는 단순 사실을 언급하는 것이고 통계적 의미를 부여하는 것은 아니다.

줄 수 있고 그런 차원에서 민주주의와 모순적 정합성을 가지고 있다(김성호 2007, 136). 또 법적 관점에서 정책내용의 세련화에 기여할 수 있다. 게다가 지금까지 살펴본 바로는 제왕적 사법부나 반다수적 결정은 없었다. 따라서 상기의 사건들에서 민주주의에 대한 위협의 근원으로 헌법재판소 자체에 집중하는 것은 적절치 않아 보인다.

둘째, 노무현 정부 시기에 대한 분석은 선출정치세력의 합의형성 및 문제해결능력의 부재로 헌법재판소가 제왕적 결정위치로 초대받았고 반다수적 결정의 우려대상이 되었다는 것을 보여준다. 이런 상황이 반복된다면, 현재는 중차대한 이슈에서 결정 '위치'뿐 아니라 결정의 '향방'과 '내용'도 전유하게 될 수 있고 결정력 있는 반다수적인 제왕적 사법부의 등장은 그 다음의 문제일 것이다. 그러므로 부정적 의미에서의 반다수적 결정 및 제왕적 사법부의 미래는 열려져 있다.

결국, 상기의 모든 논의와 가능성은 역으로 민주적 정치과정의 중요성을 드러내준다. 민주주의와 헌정주의의 균형이 와해된 제왕적 사법정치는 합의 및 대안 부재의 민주주의 자궁에서 탄생할 가능성이 크기 때문이다. 이는 정치와 헌법 모두의 위기를 초래할 것이다. 따라서 과도한 사법화는 좋은 정치로 지양하는 것이 바람직할 것이다. 즉 더 좋은 헌정주의를 위해 더 좋은 민주주의가 필요한 것이다. 이런 의미에서 헌법의 문제는 곧 민주주의의 문제이고 그것은 다시 정치의 문제로 집약되는 것으로 보인다(최장집 2005, 69).

투고일 2012년 8월 30일

심사일 2012년 9월 7일

게재확정일 2012년 9월 21일

## 참고문헌

- 강명구. 2006. "행정수도이전, 분권, 그리고 균형발전: 또 다른 이야기." 『행정논총』 44권 제1호, 29-54.
- 강원택. 2011. "참여민주주의와 정당정치: 제도화의 실패와 정당 재편의 좌절." 강원택·장덕진 편. 『노무현 정부의 실험: 미완의 개혁』, 15-39. 서울: 한울아카데미.
- 강정인. 2008. "민주화 이후 한국정치에서 자유민주주의와 법치주의의 충돌." 『서울대학교 법학』, 40-75.
- 김성호. 2007. "입헌주의와 민주주의: 그 모순적 정합성에 관한 소고." 『헌법실무연구』 8권, 136.

- 김수미. 2006. “행정수도이전정책에 관한 연구.” 이화여자대학교 정책대학원 석사논문.
- 김제완. 2008. “재외국민 참정권 선거법을 둘러싼 현단계의 주요쟁점과 여야 3당안 비교분석.” 『한국국제정치학회 학술대회 발표논문집』, 169-198.
- 남복현. 2003. “법률의 입법과정 실제와 헌법재판소에 의한 위헌여부 결정실제의 상관관계.” 『법과 사회』 24집, 213-255.
- 방석호. 2006. “신문법 위헌판결, 어떻게 이해할 것인가.” 『관혼저널』 가을호, 134-140.
- 장덕진. 2011. “4대 개혁입법의 실패와 개혁 동력의 상실.” 강원택 · 장덕진 편. 『노무현 정부의 실험: 미완의 개혁』, 40-64. 서울: 한울아카데미.
- 정상우. 2007. “국외부재자 선거제도 도입방안에 관한 연구.” 『공법학연구』 8권 제4호, 191-219.
- 장행훈. 2006. “신문법 왜 제정됐는가?” 『관혼저널』 가을호, 141-149.
- 전종익. 2000. “헌법재판소 결정의 정당성에 대한 분석-국회의원들의 인식을 중심으로.” 『법과 사회』, 197-216.
- 전정현. 2011. “민주주의에서 사법적 정책결정의 배경과 한계.” 『공법학연구』 12권 제1호, 287-315.
- 최장집. 2005. “한국어판 서문.” Dahl, Robert 저. 박수형 · 박상훈 역. 『미국헌법과 민주주의』, 51-69. 서울: 후마니타스.
- 한종호. 2005. “참여정부와 언론정책.” 『관혼저널』 봄호, 233-241.
- Adamany, David. 1980. “The Supreme Court’s Role in Critical Election.” In Bruce Campell and Richard Trilling, eds. *Realignment in American Politics*, 229-259. Austin: University of Texas Press.
- Beck, Paul Allen. 1976. “Communication-Critical Elections and the Supreme Court: Putting the Cart After the Horse.” *American Political Science Review* 70, 930-32.
- Bickel, Alexander. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press.
- Cannon, Bradley C. and S. Sidney Ulmer. 1976. “Communication-The Supreme Court and Critical Elections: A Dissent.” *American Political Science Review* 70, 1251-21.
- Casper, Jonathan D. “The Supreme Court and National Policy Making.” *American Political Science Review* 70, 50-60.
- Dahl, Robert. 1957. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker.” *Journal of Public Law* 6, 279-95.
- Elster, Jon. 1997. “Introduction.” In Jon Elster and Rune Slagstad, eds. *Constitutionalism and Democracy*, 1-17. Cambridge: Cambridge University Press.
- Epstein, Lee, Olga Shevtsova, and Jack Knight. 2001. “The Role of Constitutional Courts in the

- establishment and maintenance of democratic systems of government.” *The Law & Society Review* 35, 117-164.
- Ferejohn, John and Pasquale Pasquino. 2003. “Rule of Democracy and Rule of Law.” In Jose Maria Maravall and Adam Przeworski, eds. *Democracy and the Rule of Law*, 242-260. New York: Cambridge University Press.
- Funston, Richard. 1975. “The Supreme Court and Critical Election.” *American Political Science Review* 69, 759-811.
- Ginsburg, Tom. 2003. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press.
- Lasser, William. 1985. “The Supreme Court and Periods of Critical Realignment.” *Journal of Politics* 47, 1174-1187.
- Przeworski, Adam. 1991. *Democracy and Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Pacelle, Richard. 2002. *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* U.S.: Westview Press.
- Shapiro, Martin and Alec Stone Sweet, eds. 2002. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press.
- Segal, Jeffrey A., Harold J. Spaeth, and Sara C. Benesh. 2005. *The Supreme Court in the American Legal System*. New York: Cambridge University Press.
- Vallinder, Torbjörn. 1995. “When the Courts Go Marching In.” In C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder, eds. *The Global Expansion of Judicial Power*, 13-26. New York: New York University Press.
- Taylor, John B. 1992. “The Supreme Court and Political Eras: A Perspective on Judicial Power in a Democratic Polity.” *Review of Politics* 54, No.3, 2345-368.
- Vanberg, Georg. 2005. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press.
- Waltman, Jerold and Kenneth Holland. 1988. “Preface.” In Jerold Waltman and Kenneth Holland, eds. *The Political Role of Law Court in Modern Democracies*, 5. New York: St. Martin’s Press.

<신문기사>

경향신문. 2004. “행정수도특별법 위헌-한나라당 반응 — “법치주의 승리...盧 사과하라”(10월 22일), 4.

- \_\_\_\_\_. 2007. “재외국민 참정권 ‘머나먼 길’”(6월 27일), 31.
- 내일신문. 2007. “생생마당-재외국민 참정권 확대 논란”(4월 30일), 22.
- 문화일보. 2004. “국회로 ‘공’넘겨진 국민투표 논란(대응 어정정한 박근혜)”(6월 19일), 4.
- \_\_\_\_\_. 2005. “한나라 신문법 개정 추진”(6월 16일), 4.
- 서울신문. 2003. “2004총선 출마예상 단체장 분석/후보들 공직선거법 신경전”(9월 10일), 4.
- \_\_\_\_\_. 2004. “서울·인천·경기·강원 “수도이전 협조 못한다””(6월 16일), 6.
- \_\_\_\_\_. 2004. “행정수도 연기·공주 확정/정치권 반응(한나라 “수도이전원천무효”)(8월 12일), 2.
- \_\_\_\_\_. 2004. “행정수도 연기·공주 확정/정치권 반응(민노당 ‘수도 이전반대’ 당론에 당원들 반발)”(8월 12일), 2.
- 세계일보. 2004. “‘수도이전 위험’ 파문-정치권 표정-말없는 열린우리… 한나라 “당연한 승리” (野 3당 엇갈린 반응)”(10월 22일), 4.
- \_\_\_\_\_. 2004. ““헌재결정 법적효력 부정 안해”(盧대통령 국가균형발전 반드시 추진)”(10월 26일), 1.
- 한겨레. 2004. “김안제 추진위원장, “행정수도 이전 국민투표 했어야””(6월 10일), 2.
- \_\_\_\_\_. 2005. “정동채 문화장관 “신문법 유보없다””(6월 11일), 2.
- \_\_\_\_\_. 2006. ““신문법’ 현재 결정/재개정 어떻게…9월 국회서 “일부손질” “대폭개정” 충돌”(6월 30일), 4.
- 한국일보. 2007. “재외국민투표 올해 대선부터”(7월 7일), 27.

<인터넷 사이트>

한국언론재단. <http://www.kinds.or.kr/>(검색일: 2008.04.15)

헌법재판소. <http://www.ccourt.go.kr/>(검색일: 2008.04.09, 2012.09.05)

<헌법재판소 결정>

헌재결 2004. 10. 21. 2004헌마554·566(병합)

헌재결 2006. 6. 29. 2005헌마165·314·555·807, 2006헌가3(병합)

헌재결 2007. 6. 28. 2004헌마644, 2005헌마360(병합)

ABSTRACT

---

# The Korean Constitutional Court and Countermajoritarian Difficulty under the Roh Moo Hyun Administration: Analysis on Judicial Nullification Cases in Major Policy Issues

Jung Hyun Jeon | Chonnam University

After the democratization in South Korea in 1987, the new Constitution was adopted which introduced the direct presidential election system with a more powerful legislature and new constitutional review system. As the Korean Constitutional Court gained more independence and started to deal with essential political issues, it grew to be an important political actor. Accordingly, the matter of ‘countermajoritarian difficulty’, which has always been important in the U.S. politics, has also become very critical in Korea. Therefore this paper aims to empirically analyze this matter in Korean context. First, I reviewed various related arguments on the U.S. Supreme Court. Then, I analyzed the matter of countermajoritarian difficulty in the Korean Constitutional Court under the Roh Moo Hyun administration based on the concept of ‘law-making majority’ of Dahl. In conclusion, the Korean Constitutional Court’s decisions on major issues were not against a determined and persistent law making majority but against a unstable and transient majority. Also, the frequent invitation of Judiciary to the imperial status will possibly cause ‘countermajoritarian difficulty’ and an imperial judiciary in the future. This implies that a better constitutionalism ultimately needs a better democracy.

**Keywords:** Democracy, Constitutionalism, the Korean Constitutional Court, Countermajoritarian difficulty, judicialization, Roh Moo Hyun administration, Policy issue, Constitutional Review