

시론



이호선

- 현) 국민대학교 법대 교수 · 변호사
- 사단법인 대한법학교수회 사무총장

정치적 추인기구로 전략한 헌법재판소, 필요한가

2023년 3월 23일은 대한민국 헌법재판소의 흑역사로 기록될 것이다. 이른바 ‘검수완박’ 법안의 입법 과정에 있어 입법부 구성원의 심의·표결권이 침해되었다고 인정하면서도 국회의장의 법안 가결 선포행위는 적법하여, 결국 법률 자체에는 문제가 없다고 한 현재의 결정은 법률 전문가가 아닌 그 누가 봐도 납득하기 어려운 해괴한 결론이다.

법사위를 거쳐 본회의까지 이르는 일련의 순차적 과정에서 선행 하자가 후속 행위의 효력에 당연히 영향을 끼치게 됨은 두말할 나위가 없다. 현재는 정치적 사안에 대해 사법적 심판을 하는 곳이다.

이런 심판이 필요한 이유는 입법권에 대한 불신에 있다. 선출된 권력은 국민주권의 표현이기도 하지만, 법의 이름을 빈 다수의 횡포, 그리고 이에 따른 기본권 침해 등이 문제 될 수 있기에 헌법 재판관을 통해 이를 견제하고 바로 잡자는 것이다.

흔히 대의민주정치에서 그 대의의 실현 기관이 의회인 까닭에 의회의 입법권은 무소불위로 인식되기 쉽고, 실제로 각 정파들은 너나할 것 없이 편한 대로 입법우위, 입법권형성의 재량을 주창한다.

하지만 미국의 건국의 아버지들은 삼권 중에서도 가장 위험한 권력을 입법권으로 보았다. 미국의 제4대 대통령이었고 미국 헌법의 아버지라 불리는 제임스 매디슨(James Madison)은 공화주의 정부에서 입법부가 갖는 우월성은 필연적이라고 하면서도, 그 필연적 성격으로 인해 입법부를 다시 선출과 행동 원칙이 다른 두 개로 분리하여 번덕스럽고 자의적으로 변할 수 있는 입법부 내에서의 견제를 제도화하지 않으면 안된다고 보았다. 이렇게 해서 나온 것이 미국의 상·하원 양원제도이다.

일찍이 마키아벨리도 그의 <로마사 논고>에서 로마가 망한 이유 중의 하나로 입법자들이 처음에는 민중들의 비위를 맞추는 법을 내놓아 인기를 끈 뒤, 나중에 사익을 위한 법들을 쏟아내도 이미 타락한 민중, 힘이 없는 민중은 자기를 파괴하는 법을 막지 못하게 된다고 지적하였다.

정당이 곧 입법부의 기둥인 현대 정당국가는 입법권 외·남용을 이미 그 생래적 특성으로 내포하고 있다. 정당은 영어로 ‘party’이다. 부분(part)이라는 말과 같은 뿌리에서 나왔다. 처음부터 전체(whole)와는 양립할 수 없는 것이 정당이다. 따라서 정당은 겉으로는 공동선(common good) 내지 공익(public good)을 내세우지만, 사실은 부분적인 당파적 이익(partisan good)을 쫓게 된다. 정당 내부에서의 민주적 견제와 자체 윤리가 실종된 정파일수록 더욱 그러하다.

1830년대 미국 사회를 둘러본 토크빌은 미국이 언젠가 입법부발 위기에 처하게 된다면

그것은 입법권이 허약해서가 아니라 너무 강하기 때문일 것이라고 경고하였다. 선거구민의 의지에 복종한다는 입법부 앞에는 어떠한 이성의 권위도 작동하지 않을 것이기 때문이라는 것이었다.

의회에 대하여 입법재량이 광범하게 인정되어야 한다는 것이 입법절차상의 재량이 광범하게 인정되어야 한다는 뜻은 아니다. 형사사법의 원리 중 ‘독수독과(毒樹毒果)의 원리’라는 것이 있다. 절차적으로 위법하게 수집된 증거는 그것이 아무리 실제적 진실 규명에 유용하더라도 증거로 써서는 안 된다는 원칙으로, 우리 형사소송법의 대원칙이기도 하다. 개별 사건에 있어서의 적법절차 준수가 이 정도로 요구되는데, 하물며 법률이 만들어지는 과정 자체가 위법이라면 이는 온 숲이 통째로 독나무로 채워진 것과 같아서 나무 하나씩 들여다 볼 필요도 없이 그 숲 자체를 없애 버려야 한다.

그런 까닭에 법률의 내용에 관하여는 백번을 양보하여 사법자제를 한다손 치더라도, 입법과정에서의 적법절차 준수는 헌법수호기관으로서의 헌법재판소가 절대 양보해서는 안 될 일이었다. 심지어 27개 국가들이 모인 연합체인 유럽연합(EU)의 경우에도 공동외교 및 안보정책·공동방위와 같이 고도의 정치적 판단과 결단이 필요한 분야에는 사법적 개입을 허용하지 않지만, 예외적으로 어떤 결론에 이르게 된 과정, 즉 절차적 적법성 준수 여부에 관하여는 유럽연합최고법원이 관할권을 갖는다고 명문화하고 있다. 사법심사에서 제외되는 절차란 있을 수 없다는 것이다.

입법절차에 대한 사법심사는 정당이 입법부는 물론 행정부까지, 경우에 따라서는 사법부에까지 그 영향을 미치는 현대 정치에서는 더욱 필요하다. 독일의 유명한 사회학자 하버마스(Jürgen Habermas)는 국민의 정치적 의지 형성의 수단인 정당이 이제는 모든 국가권력을 망라하는 독자적인 권력 카르텔이 되어 정치체계의 핵심을 장악하면서 헌법적 틀 속에서 제어하기 어려운 존재로 되어 가고 있다고 분석한다.

1987년 헌법 개정 논의 초기에는 헌법재판소를 따로 두려고 하지 않았었다. 미국식으로 대법원에 그 기능을 두려 하였으나, 정치적 논란거리를 가져와 휩쓸리기를 꺼려했던 법원의 강력한 반대로 독일식 헌법재판소 도입으로 갑작스레 방향이 바뀌었다. 당시 대학원 1학년이던 필자는 이 헌법 개정에 참여했던 교수님의 부탁으로 관련 자료를 찾아 정리하는 잔심부름을 한 바도 있다.

헌법재판소는 이번 사태로 별도의 사법기관으로 있어야 하는가에 대한 근본적 의문에 봉착하게 되었다. 왜냐하면 유남석·이석태·김기영·문형배·이미선 헌법재판관이 “정치적 헌법기관인 국회가 가지는 자율권과 정치적 형성권을 최대한 존중하여야 한다”면서 위장탈당·쪼개기 국회의사 일정 등으로 탄생한 ‘검수완박’ 법률이라는 독과(毒果)에 문제없

다는 결론을 내린 것은 정치에 대한 사법적 심판 기능을 포기하고, 스스로 정치에 대한 정치적 추인기관으로 전락하겠다는 자살골에 다름 아니기 때문이다. 앞으로 국회에서 어떤 법률, 어떤 무법의 절차를 거쳐 만들 건 간에 결론은 ‘답정너’ 합헌이라는 결정을 내리는 헌법재판소가 굳이 있을 필요가 있는지 국민은 묻지 않을 수 없는 것이다.

비정치적 영역에서의 헌법체계적 적합성 여부 심사는 대법원에서 해도 충분하다. 사실 토크빌이 이미 지적했듯이 입법권의 과잉, 괴물화를 막는 가장 효과적인 수단은 법원이 개별적 사건에서 해당 법률뿐만 아니라 헌법적 원리에 비추어 판결을 하도록 함으로써 직접적이고 구체적인 위헌 판단이 일상적으로 가능하도록 하는 것이다.

이번 현재의 결론은 자신들을 배출한 정파의 이익을 중심으로 한 현재 재판관 다섯 명의 정치적 단일대오의 산물이다. 파르티잔(partisan)적 입법폭주의 무도함에 면죄부를 준 파르티잔 재판관들이 헌법재판관으로서의 독립성·전문성·공공선에 대한 헌신·상식과 정의에 대한 진지함에 스스로 오물을 끼었고, 헌법재판소 존립의 정당성 기반까지 훼손시킨 것이다. 참으로 통탄스러운 일이 아닐 수 없다.