

대통령 탄핵심판제도상의 딜레마

이황희*

【목 차】

I. 서론	2. 검토
	3. 헌법재판소의 입장과 그 평가
II. 절차상 딜레마	IV. 결정상 딜레마
1. 문제 상황	1. 문제 상황
2. 검토	2. 검토
3. 헌법재판소의 입장과 그 평가	3. 헌법재판소의 입장과 그 평가
III. 실체상 딜레마	V. 결론
1. 문제 상황	

【국 문 요 약】

탄핵대상자 중 유일하게 국민으로부터 선출되는 대통령은 직접적인 민주적 정당성을 보유하고 헌법에 의해 안정적인 임기가 보장된다. 반면, 탄핵심판은 이러한 대통령을 그 직에서 물러나게 하는 제도이다. 본고는 이 두 측면 간의 길항적인 관계가 대통령 탄핵심판의 전반에 걸쳐 여러 딜레마를 초래한다고 본다. 대통령 탄핵심판은 뜨거운 정치적 소용돌이 속에서 진행되므로 원래부터 어려운 재판이지만, 이 같은 딜레마들이 이 소송의 어려움을 가중시킨다. 본고에서는 이 딜레마들의 원인과 구체적 내용, 그리고 해결방안에 관하여 살펴보았다.

우선 절차상의 딜레마로, 절차진행의 신속성과 신중성 간의 충돌문제에 초점을 맞추었다. 본고는 신속성의 상대적 우위 속에서 신중성 또한 최대한 발휘되는 것이 합당하다는 견해를 제시했다. 실체적 판단에 관한 딜레마로, 헌법재판

* 성균관대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

소가 형사법위반 여부를 판단할 때 겪게 되는 문제를 짚어보았다. 이 문제는 원칙과 예외를 구분해 접근하고자 했다. 원칙적으로 헌법재판소는 청구인이 제시한 탄핵사유에 대하여 모두 판단하는 것이 옳지만, 예외적으로 형사법위반 문제에 대한 판단유보가 허용될 수 있는 경우도 존재한다는 것이다. 마지막으로, 결정상의 딜레마로는, 재판부에서 6인 이상의 인용의견이 형성되었지만 아직 의견을 정하지 못했거나 다른 의견(각하 혹은 기각)을 가진 재판관이 있을 때, 재판부가 어떤 행동을 취할 것인가라는 문제를 중심으로 살펴보았다. 이와 관련하여, 탄핵결정의 권위와 정당성을 강화하기 위해서 설령 탄핵사유가 축소되더라도 인용 측 재판관의 수를 강화하는 것이 더 타당하다고 평가했다.

I. 서론

탄핵심판은¹⁾ 고위공직자가 직무수행에서 헌법이나 법률을 위반할 때 그에 대한 법적 책임을 따져 그 권한을 박탈함으로써 헌법의 규범력을 확보하는 제도이다.²⁾ 헌법 제65조는 탄핵소추기관을 국회로, 탄핵소추의 대상이 되는 자를 대통령, 국무총리, 국무위원, 행정각부의 장, 헌법재판

1) 탄핵제도의 기원에 관하여는 정종섭, 「헌법소송법(제9판)」(박영사, 2019), 426면; 김하열, 「탄핵심판에 관한 연구」(고려대학교 박사학위논문, 2005), 8면 이하. 이 문헌들은 중세 영국 노르만왕조 때 있었던 왕의 법정(Curia Regis)에서 그 연원을 찾고, 14세기 영국의회로부터 완전한 의미의 탄핵제도가 나타났다고 설명한다. 그러나 역사를 좀 더 거슬러 가자면, 고대 아테네 민주정에서 고위공직자의 파면을 위한 공적소송으로 시행된 에이상겔리아(*eisangelia*)를 언급할 수 있다. 이 제도는 각 행정회기의 주요 민회(*kyria ekklesia*)에서 논의되어야 할 고정된 안건이었는데, 당시 아테네 민주정에서 가장 영향력이 큰 관직이었던 장군들(*stratego*), 그리고 매년 700명씩 선출되어 공무를 담당했던 행정관들(*archai*)에 대한 통제수단으로 기능했다. 이 제도에 관해서는 M. H. Hansen, *Eisangelia: The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B. C. and the Impeachment of Generals and Politicians*, Odense University Press, 1975; M. H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, University of Oklahoma Press, 1999, pp. 212ff.

2) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 632. 헌법의 수호 외에도 권력통제, 공무수행의 정상화, 법관에 대한 견제와 신분보장 등이 탄핵심판의 기능으로 언급된다. 정종섭, 앞의 책(주 1), 430면 이하; 김하열, 앞의 논문, 98면 이하. 탄핵제도의 유용성 논의로는 정재황, 「헌법재판론」(박영사, 2020), 1562-1563면.

소 재판관, 법관 등 그 밖에 법률이 정한 공무원으로, 탄핵소추의 사유를 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때로 정한다. 국회가 탄핵소추를 행하면 그에 대한 심판은 헌법재판소가 관할한다. 현행 헌법재판소 체제에서 탄핵심판에 관한 결정은 3건이 있었고, 그중 2건은 대통령, 1건은 법관에 관한 것이었다. 최초 사례인 노무현 대통령 사건에서는 기각결정이(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1), 두 번째 사례인 박근혜 대통령 사건에서는 인용결정이 선고되었고(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1), 얼마 전 선고된 법관에 대한 탄핵심판 사건은 피청구인의 퇴직을 이유로 각하되었다(헌재 2021. 10. 28. 2021헌나1).

이처럼 탄핵심판은 흔치 않지만, 그 중요성 때문인지 그간 적지 않은 연구가 수행되었다. 이들 기존 연구는 몇 가지 유형으로 구분된다. 우선 탄핵제도 자체에 관한 연구가 있는데, 국내 혹은 국외의 제도에 관한 연구나 그 둘 간의 비교법적 연구가 여기에 해당한다.³⁾ 다음으로 탄핵심판의 절차와 실제적 요건에 관한 연구가 있다. 탄핵심판의 대상자는 다양하지만 그간 주로 문제된 사건은 대통령에 대한 것이었기 때문에 대통령 탄핵에 관한 문제가 주를 이루었다.⁴⁾ 탄핵제도의 개선을 모색하는 연구

3) 정만희, “탄핵제도에 관한 비교헌법적 연구”, 『동아법학』 제32호 (동아대학교 법학연구소, 2003); 이명웅, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 『미국헌법연구』 제16권 제2호 (미국헌법학회, 2005); 정중섭, “탄핵제도와 헌법디자인”, 『법과 사회』 제30권 (법과사회이론학회, 2006); 이상운, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 『공법학연구』 제7권 제4호 (한국비교공법학회, 2006); 이상운, “일본탄핵제도의 헌법적 의의와 과제”, 『공법학연구』 제8권 제2호 (한국비교공법학회, 2007); 조희문, “브라질 대통령 탄핵제도: 민주화이후 사례를 중심으로”, 『포르투갈-브라질 연구』 제13권 제2호 (한국포르투갈-브라질학회, 2016); 강명원, “탄핵에 관한 한국과 프랑스 헌법 비교 및 고찰”, 『외법논집』 제42권 제1호 (한국외국어대학교 법학연구소, 2018) 등.

4) 임종훈, “탄핵심판제도에 대한 평가 - 탄핵사유의 중대성과 적용할 증거법 등을 중심으로 -”, 『공법연구』 제46집 제1호 (한국공법학회, 2017); 윤정인, “대통령 탄핵사유의 범위 - 2016 헌나1 대통령(박근혜) 탄핵사건을 중심으로 -”, 『공법연구』 제45집 제3호 (한국공법학회, 2017); 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성”, 『저스티스』 제161호 (한국법학원, 2017); 박성태, “탄핵심판절차에 관한 연구 - 대통령(박근혜) 탄핵사건 탄핵사유와 증거법을 중심으로 -”, 『헌법재판연구』 제7권 제1호 (헌법재판연구원, 2020). 최근에는 이른바 사법농단 사태를 겪으면서 법관 탄핵에 관한 연구가 발표되기도 했다. 윤정인·김선택, “법관 탄핵의 요건과 절차 - 사법농단 사태와 관련하여 -”, 『공법연구』 제47집 제3호 (한국공법학회, 2019); 이준범, “미국 연방법관 탄핵에 관한 연구”, 『성균관법학』 제32권 제2호 (성균관대학교 법학연구원, 2020).

도 있었다.⁵⁾ 탄핵심판은 자주 활용되는 제도가 아니다보니 실제 소송이 이루어질 때마다 여러 제도적 문제를 노정해 왔다. 일부 문제에 관해서는 제도개선이 이루어지기도 했다.⁶⁾

반면, 본고는 우리 대통령 탄핵심판의 진행과정에 관심을 두고, 그 진행과정 속에서 발생하는 문제들을 들여다보고자 한다. 대통령 탄핵심판은 그 진행과정에서 여러 절차적, 실체적 판단상의 문제와 조우하게 된다. 이 문제들이, 한편으로 해당 사건의 법리적 난이도나 그 사건을 둘러싼 정치적 상황의 복잡성으로부터 기인할 수도 있다. 대통령 탄핵심판은 국내외적으로 사건 수가 많지 않으므로, 아직 참조할 만한 국내외의 선례가 충분하지 않다는 점 역시 문제의 어려움을 가중시키는 요소가 될 것이다. 그러나 본고는 이 같은 문제들이 일정부분 대통령 탄핵심판제도 그 자체에 내재한 긴장요소 간의 긴장관계에서 초래된다고 본다. 이에 이러한 긴장관계의 실체를 파악하고, 그에 대한 합당한 해법을 모색해 보고자 하는 것이 바로 본고의 목적이다.

우리 대통령 탄핵심판제도에 내재한 긴장관계는 헌법이 인정하는 대통령의 특별한 지위에서 비롯된다. 탄핵심판 대상자에는 여러 고위공직자가 있지만, 그중에서도 대통령은 다른 대상자와 구별되는 특수성이 있다. 우선 대통령은 민주적 정당성의 측면에서 특별하다. 탄핵심판 대상자 중 국민으로부터 직접 선출되는 자는 오직 대통령뿐이다. 탄핵대상자 모두 그 나름의 민주적 정당성을 가지겠지만, 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받는다는 측면에서 대통령과 다른 공직자는 구별될 수 있다. 또한, 헌법상 지위의 측면에서도 대통령직은 다른 공직과 구별된다. 헌법은 대통령에 대해 국가원수이자 행정부 수반이라는 막중한 지위를 인정하고(제66조), 그의 임기를 확고히 보장한다(제70조). 그리고 그의 지위

5) 박진우, “탄핵제도에 관한 입법론적 연구”, 「공법연구」 제38집 제1호 제2권 (한국공법학회, 2009); 표명환, “현행법상의 탄핵관련 규정의 몇 가지 문제점과 개선 입법방향”, 「법제연구」 제54호 (한국법제연구원, 2018).

6) 노 대통령 사건 이후에는 탄핵심판에서도 재판관이 개별의견을 밝히도록 하는 헌법재판소법 개정이 있었다(법률 제7622호). 반면 박 대통령 사건 이후에는 아직 별도의 헌법재판소법 개정이 이루어진 바가 없는 상황이다. 그러나 탄핵소추 시 국회의 조사의무, 절차법, 증인 소환, 재판관 공백 시 선고, 최종변론 참석한 대통령 신문 가능 여부 등과 관련된 여러 문제가 제기되었으므로, 차후를 위해서라도 이번 기회에 이들 문제에 대한 검토와 개선이 필요할 것으로 보인다.

가 안정적으로 유지되도록 다양한 장치를 마련하고 있다. 이를테면 대통령의 지위는 의회의 신임여부와 무관하게 임기 내내 보장되고, 대통령은 형사상 불소추의 특권을 누리며(제84조), 대통령에 대한 탄핵소추안의 발의와 의결은 다른 공직자의 경우와 비교해 더욱 가중된 요건으로 되어 있다(제65조 제2항). 이는 헌법이 다른 어떤 고위공직자보다도 대통령의 지위를 더 확실하고 안정적으로 보장하고자 함을 의미한다. 이러한 직접적인 민주적 정당성과 특별한 헌법상 지위의 측면에서 대통령이 다른 탄핵대상 공직자와 “본질적인 차이”가 있음은 헌법재판소 또한 지적한 바와 같다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1).⁷⁾

한편, 대통령 탄핵심판은 이러한 대통령직의 속성과 달리 대통령을 그 자리에서 물러나게 하는 제도이다. 대통령의 지위를 최대한 안정적이고 확실하게 보장하고자 하는 헌법의 취지와 반대로, 대통령 또한 그의 의사에 반해 자리에서 물러나게 만드는 것이 바로 대통령 탄핵심판이다. 이처럼 탄핵심판은 대통령에 대한 각별한 대우를 의도한 헌법의 기본적인 방향을 거스르는 것인 까닭에, 이러한 마찰 속에서 여러 난맥이 발생하게 된다. 아래에서 보듯이, 이 같은 난맥들은 두 선택지 중 어느 것도 선뜻 받아들이기 힘든 딜레마(dilemma) 상황을 대통령 탄핵심판 과정에 불러오는 원인이 된다.⁸⁾

이 글은 이러한 딜레마가 구체적으로 잠복해 있는 지점들을 짚어보고, 이 딜레마를 현명하게 처리할 수 있는 해법을 살펴보기 위한 것이다. 아울러 실제 사건에서 이것이 어떻게 발현되고, 또 헌법재판소는 어떻게 대처하는지, 그 대처는 합당한 것인지에 대해서도 검토한다. 이 글을 통해 대통령 탄핵심판제도와 관련하여 종래 충분히 검토되지 않은 사항들이 해명될 수 있기를 기대한다. 아래에서는 절차상(Ⅱ), 실체상(Ⅲ), 결정상(Ⅳ) 측면으로 나누어 서술한다.

7) “대통령은 국가의 원수이자 행정부의 수반이라는 막중한 지위에 있고(헌법 제66조), 국민의 선거에 의하여 선출되어 직접적인 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 점에서(헌법 제67조) 다른 탄핵대상 공무원과는 그 정치적 기능과 비중에 있어서 본질적인 차이가 있다.” 판례집 16-1, 609, 655.

8) 딜레마는 그리스어 di(두 번)와 lemma(제안)가 결합된 어휘이다. 두 개의 제안이라는 뜻으로서 어느 쪽으로도 결정하기 어려운 상태를 가리킨다.

II. 절차상 딜레마

1. 문제 상황

가. 대통령 탄핵은 확고한 임기 보장을 통해 국정안정을 도모하는 대통령직의 속성을 거슬러 그 임기를 중단시키는 것이다. 대통령의 직접적이고 강한 민주적 정당성, 대통령의 지위와 임기를 안정적으로 보장하려는 헌법 내의 다양한 장치를 고려하면, 대통령 탄핵심판절차는 매우 신중히 진행되어야 한다. 파면 효과의 측면에서도 그렇다. 헌법재판소도 인정한 대로 대통령 파면의 효과는 다른 공직자의 그것과 비교해 근본적인 차이가 있을 만큼 지대하다.⁹⁾ 이 역시 대통령 탄핵이 신중에 신중을 거듭해야 할 문제임을 의미한다.

다른 한편, 탄핵심판이 진행되는 동안 대통령의 권한행사는 정지된다(헌법 제65조 제3항). 대통령 탄핵심판이 진행되는 동안 국가 최고지도자의 자리에 공백이 발생하는 것은 불가피하다. 대통령의 권한행사가 정지된 상태를 시급히 해소하기 위해서는 심판절차가 신속히 진행되어야 한다. 이러한 신속성 요청은 대통령이라는 국정운영의 최고책임자 지위에 발생한 공백 때문이므로, 그러한 지위에 있지 않은 다른 탄핵대상자의 경우와 달리 대통령 탄핵심판에 주어지는 본질적 속성으로 볼 수 있다. 이는, 부당한 탄핵소추라면 조속히 그 혐의를 지우고 피소추인이 빨리 대통령직에 복귀하도록 하기 위해서일 것이고, 정당한 탄핵소추라면 조속히 그 지위를 박탈하고 빨리 새로운 대통령을 선출하기 위해서일 것이다. 어느 것이든 국가 최고지도자의 공백을 최소화해야 한다는 요청을 공유한다. 설사 대통령의 권한행사가 정지되지 않는다고 가정하더라도, 신속한 진행의 당위는 크게 달라지지 않을 것이다. 대통령의 파면 여부

9) 이와 함께 헌법재판소는 이러한 차이가 탄핵사유의 중대성을 판단할 때에도 작용한다고 보았다. 대통령 이외의 공직자는 상대적으로 경미한 범위반행위에 의해서도 파면이 정당화될 가능성이 큰 반면, 대통령의 경우에는 파면결정을 하기 위해서는 이를 압도할 수 있는 중대한 범위반이 존재해야 한다는 것이다. 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 관례집 16-1, 609, 655.

를 결정하는 소송이 길어진다면 그만큼 국정의 최고책임자로서 대통령의 지위는 불안정해지고, 그의 권위를 유지하기 힘들며, 직책을 원활히 수행하는 데에도 어려움이 커지기 때문이다. 말하자면, 대통령 탄핵심판에서 절차진행은 ‘신중’해야 하지만 또한 ‘신속’해야 한다.

대통령 탄핵심판에서 절차진행의 신속/신중 문제는 종국결정의 선고시기 문제와 맞물려 있다. 실제로 이 문제는 박 대통령 사건의 초기부터 첨예한 논쟁의 대상이 되었다. 당시 청구인 측은 대통령의 권한행사가 정지된 상태임을 이유로 신속한 절차진행의 당위를 강조했다. 그와 달리 피청구인 측은 공정한 재판을 위해 충분한 심리, 무죄추정, 엄격한 증명에 기초한 신중한 절차진행의 필요성을 제기했다. 피청구인 측은 그 당시 피청구인과 관련된 혐의로 수사를 받았던 측근의 형사재판 결과를 지켜본 후에 탄핵절차를 진행하자고 주장하기도 했다. 그런데 대통령 탄핵심판에서 언제나 청구인 측이 절차진행의 신속성을, 피청구인 측이 신중성을 주장하는 것은 아니다. 상황에 따라 정반대의 양상이 나타나기도 한다. 노 대통령 사건에서는 피청구인 측이 대통령의 권한행사가 정지된 상태임을 이유로 신속한 절차진행을 원했고, 그에 반해 청구인 측이 신중한 진행을 요청했다. 청구인 측은 당시 소추위원인 국회 법제사법위원회 위원장(김기춘)이 총선 출마로 법정에 참석하기 어려운 상황이고, 탄핵심판이 촛불시위를 통한 국민들의 열기에 의해 영향을 받을 수 있으므로, 변론기일을 총선 이후로 연기할 필요가 있다고 했다. 노 대통령 사건과 박 대통령 사건은 절차진행의 신속성을 강조하는 측과 신중성을 내세우는 측이 뒤바뀐 점에서는 차이가 있지만, 대통령 탄핵심판절차에 내재된 길항적인 두 측면에 의한 대립구도를 긴장감 있게 보여준다는 점에서는 본질적으로 다르지 않다.

나. 탄핵심판에 준용될 절차법을 정하는 문제 역시 대통령 탄핵심판절차의 신속/신중 문제를 둘러싼 중요한 쟁점이다. 헌법재판소법에 따르면, 원칙적으로 헌법재판소의 심판절차는 헌법재판의 성질에 반하지 않는 한 민사소송에 관한 법령이 준용되며, 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령이 준용된다(제40조).

특히 증거조사에서 형사소송에 관한 법령이 준용되는지, 그렇지 않은지는 절차의 신속 여부에 결정적인 차이를 가져온다. 형사소송에 관한

법령이 준용된다면 전문증거법칙이 적용되므로 증거조사에 비교적 오랜 시간이 소요될 것이다. 이는 대통령의 주변인에 대한 검찰의 수사를 통해 대통령에 대한 탄핵논의가 촉발된 경우처럼 관련 수사기록이 존재하는 경우 실무상 더욱 중요한 문제가 된다. 만약 관련자의 진술에 대하여 전문증거법칙을 엄격하게 적용한다면, 관련자를 일일이 헌법재판소의 심판정으로 불러 증언을 들어야 하는 까닭이다. 이렇게 되면 절차의 신중한 진행을 통해 피청구인 측의 방어권 보장에는 이점이 있을 것이나, 신속한 절차진행에는 상당한 차질이 빚어질 수밖에 없다. 반대로 탄핵심판 절차에서 전문증거법칙 적용의 엄격성을 완화한다면, 절차는 그만큼 신속히 진행될 것이나 피청구인 측의 방어권 보장에는 불리함이 있을 수 있다. 박 대통령 사건에서 피청구인 측이 증거조사절차를 형사소송법에 따라 엄격히 진행해야 한다고 주장한 것은 이러한 실무상의 차이를 염두에 두었기 때문일 것이다.

2. 검토

가. 탄핵심판은 직접적인 민주적 정당성을 갖는 대통령의 지위를 박탈하는 절차이므로 그 절차의 신속성만을 내세우는 것은 옳지 않지만, 그 누구도 아닌 ‘대통령’의 파면 여부를 판단하는 탄핵심판의 특수성을 고려하면 절차의 신중성에도 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 대통령의 권한행사정지 상태가 장기화되어서도 안 되고, 국가 최고지도자의 지위가 장기간 불안정한 상태에 놓이는 것도 바람직하지 않기 때문이다. 대통령제에서 국가 원수이자 행정부 수반인 대통령직의 오랜 공백 혹은 장기화된 불안정은 적지 않은 사회적 해악을 초래하게 된다. 대통령이 국정운영에서 수행하는 크나 큰 역할을 고려하면, 그에 대한 탄핵심판절차의 신중한 진행이 필요하다 해도 이를 무제약적으로 허용할 수는 없다. 대통령 권한대행이 존재하므로 대통령 공백의 현실적 문제는 그다지 크지 않다는 반론도 가능하나, 통상 민주적 정당성이 허약한 권한대행의 직무범위는 대통령의 그것에 미치지 못한다고 보므로,¹⁰⁾ 공백의 문제가 완전

10) 대통령 권한대행의 직무범위는 원칙적으로 잠정적인 현상유지에만 국한된다는 입장으로,

히 해소된다고 말할 수 없다.

대통령의 과도한 공백상태를 허용하지 않겠다는 취지는 우리 헌법이 견지하고 있는 내용이기도 하다. 헌법 제68조 제2항은 대통령이 궐위된 때 또는 대통령 당선자가 사망하거나 판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때 ‘60일 이내’에 후임자를 선거한다고 규정한다. 대통령 선거는 다음 5년 동안 우리나라의 국정을 책임질 최고지도자를 선출하는 절차이므로, 여러 경쟁후보들의 정책, 역량, 도덕적 자질을 비교·검증해 적임자를 찾기 위해서는 충분한 시간이 필요하다. 법상 선거운동 기간은 선거일 전 20여일 남짓에 불과하나, 일반적으로 그보다 훨씬 전부터 대통령 선거에 출마할 후보자들에 대한 심도 깊은 사회적 검증과 논의가 이루어지는 것은 그 때문이다. 그러나 우리 헌법은 궐위 등의 경우처럼 대통령의 급작스러운 공백상태가 발생한 때 대통령 선출절차의 신속한 진행이 불가피하다고 본다. ‘60일’이라는 기간은 대통령 선거가 신속히 진행되어야 한다는 요청과 적임자를 고르기 위한 충분한 시간이 필요하다는 요청이 충돌할 때 전자의 우위를 표현한 것이다. 이는 탄핵심판의 절차진행에서도 고려되어야 할 대목이라고 생각된다.

이러한 신속성 요청의 상대적 우위는 과거 탄핵심판을 규율했던 법조항으로부터도 엿볼 수 있다. 1964년 제정된 탄핵심판법은 탄핵심판위원회가¹¹⁾ 소추의결서 접수일로부터 15일 이내에 심리를 개시하고 심리개시일로부터 90일 이내에 선고하도록 했다(제15조). 90일도 짧다면 짧은 기간이지만, 입법자는 1965년 이 조항을 개정해 종전 심리기간인 ‘90일

김철수, 「헌법학개론(제19개정판)」 (박영사, 2007), 1423면; 허영, 「한국헌법론(전정16판)」 (박영사, 2020), 1039면; 한수용, 「헌법학(제8판)」 (법문사, 2018), 1229면; 정재황, 「헌법학」 (박영사, 2021), 1714면. 대통령이 궐위된 경우와 사고로 인해 직무를 행사할 수 없는 경우를 구분해 전자의 경우에는 대통령의 권한과 동일하지만 후자의 경우에는 현상유지를 위한 범위에 국한된다는 입장으로, 권영성, 「헌법학원론(개정판)」 (법문사, 2008), 966-967면. 원칙적으로 권한대행의 직무범위를 소극적으로 이해하면서도 필요에 따라 적극적 권한행사의 가능성을 긍정하는 입장으로 김하열, 「헌법강의(제2판)」 (박영사, 2020), 838-839면. 규범적 측면과 현실적 측면을 구분해, 원칙적으로 권한대행의 직무범위를 대통령의 그것과 동일하게 파악하면서도 실제 권한행사에서는 적정 수준의 행사가 바람직하다는 입장으로 정종섭, 「헌법학원론(제12판)」 (박영사, 2018), 1335-1336면.

11) 당시 탄핵심판은 탄핵심판위원회의 관할이었는데, 이 위원회는 대법원판사 3인의 위원과 국회의원 5인의 위원으로 구성되었다(1962년 제5차 개정헌법 제62조).

이내'를 '30일 이내'로 단축했다. 당시 헌법에서도 탄핵소추가 되면 탄핵 결정이 있을 때까지 그 권한행사가 정지되었으므로(제61조), 이 개정은 탄핵심판절차의 신속성을 최대한 확보해 공직의 공백을 최소화하기 위한 것이었다.

나. 또한 탄핵심판은 형사재판과 성격이 다르다. 탄핵심판은 형사법적 측면에서의 유무죄를 판단하는 절차가 아니라 고위공직자의 파면 여부를 결정하는 절차이다. 한편으로, 형사법적으로 유죄라 해서 그가 반드시 파면되어야 하는 것은 아니다. 법률위반 사실이 인정되어도 그것이 그의 파면을 정당화할 만한 사유인지에 관한 별도의 판단이 필요하기 때문이다. 헌법재판소는 대통령의 범위반이 중대할 때 파면결정을 할 수 있다고 본다.¹²⁾ 다른 한편으로, 형사법적으로 무죄라 해서 그를 파면할 수 없는 것도 아니다. 탄핵사유에는 법률위반뿐만 아니라 헌법위반도 존재하기 때문이다.¹³⁾ 탄핵심판과 형사재판 간의 이런 차이에 비추어 보면, 탄핵심판과 형사재판에 적용되는 절차법이 반드시 동일해야 할 이유는 없다.¹⁴⁾

대통령의 실질적 공백이라는 특수한 상황도 이 심판이 다른 심판과는 상이한 방식으로 운영될 수 있는 기초를 제공한다. 가령, 위헌법률심판의 경우 당해법원이 해당 법률조항에 대하여 위헌법률심판을 제청하면 당해 소송절차가 정지된다. 따라서 만약 당해 재판절차의 조속한 진행을 최우선 가치로 둔다면, 헌법재판소는 최대한 신속히 그에 대한 결론을 내려야 한다. 이는 실무적으로, 하나의 법률조항에 대해서 여러 위헌사유가 주장되었을 때, 그리고 그중 하나의 사유가 위헌임이 명백할 때, 헌법재

12) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 654 이하; 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 21, 46 이하.

13) 임성근 부장판사는 서울중앙지법 형사수석부장판사로 근무하던 당시 재판에 개입한 행위로 인해 직권남용 권리행사방해죄로 기소되었는데, 1심 재판부는 그의 행위를 법관 독립을 침해하는 위헌적 행위로 규정하면서도 직권남용 권리행사방해죄에는 해당하지 않는다고 하여 무죄를 선고했다. 이 1심 판결이 법률위반은 없지만 헌법위반은 존재한다는 관점에서 서 있는 셈이다. 형사상 무죄임에도 불구하고 이와 동일한 사실관계에 기초해 탄핵소추가 이루어질 수 있었던 것은 이처럼 헌법위반의 쟁점이 법률위반 여부와 무관하게 독자적으로 존재하기 때문이다.

14) 같은 취지로 김하열, 「헌법소송법(제4판)」(박영사, 2021), 728면.

판소는 나머지 사유까지 모두 판단하면서 시간을 지체하지 말고 이미 확인된 사유에 기초해 신속히 위헌결정을 선고할 필요가 있음을 의미한다. 그러나 일반적으로 헌법재판소는 해당 법률조항에 대한 포괄적인 심사를 끝낸 후에 위헌결정을 선고한다. 이는 헌법재판소가 개별 심판사건을 단순히 해당 법률조항의 위헌 여부만을 판단하는 계기로만 간주하지 않고, 그 법률조항에 관한 헌법적 문제를 종합적으로 해명하는 과정으로 여기기 때문일 것이다. 헌법재판은 과거에 발생한 법적 분쟁에 대한 사법적 판단작용일 뿐만 아니라 공동체의 장래를 위한 지침을 제공하는 역할도 수행하는 까닭이다. 과잉금지원칙 위반 여부의 심사에서 헌법재판소가 해당 법률조항이 피해의 최소성 요건에 위반됨을 확인한 후에도 법익의 균형성 요건의 위반 여부까지 함께 심사하는 것도 마찬가지로 이해된다. 원칙적으로, 어떤 법률이 피해의 최소성 요건을 충족하지 못하면 그 순간 이미 위헌임이 확인된 것이므로 법익의 균형성 요건에 관한 심사로 나아갈 필요가 없다.¹⁵⁾ 그러나 우리 헌법재판소의 태도는 그렇지 않다. 이 또한 우리 헌법재판소의 포괄적 심사 경향을 보여주는 대목이다.

탄핵심판을 위와 같이 운영하는 것도 당연히 가능할 것이다. 그러나 대통령 탄핵심판은 현재 국가 최고지도자의 실질적 공백 속에서 진행되는 측면에서, 포괄적 심사방식을 그대로 적용하기에는 한계가 있다. 탄핵사유가 여럿 있을 때, 탄핵사유를 모두 판단해야 한다면 그 절차에 매우 긴 기간이 소요될 것인데, 이미 일부 사유가 사실로 입증되었고 그것만으로도 파면할 정도에 달한 경우라면 헌법재판소가 대통령의 권한행사가 정지된 상황임을 중히 여겨 나머지 소추사유를 판단하지 않고 결론을 내릴 필요가 있기 때문이다.¹⁶⁾ 이는 형사재판과 비교할 때 더욱 두드러지는 특징이다. 형사재판에서는 일부 범죄사실이 인정되어 피고인이 유죄임이 확인된다 해도 그 범죄사실에 적합한 형량을 정하기 위해 나머지

15) 과잉금지원칙의 이 같은 판단순서 및 단계적 서열에 관해서는 Alec Stone Sweet & Judith Mathews, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, No. 1(2008), pp. 75-76; 이재홍, "과잉금지원칙의 논증구조", 「저스티스」 제163호 (한국법학원, 2017), 98-100면.

16) 물론 이는 심판기간의 여유가 충분하지 않을 때이다. 주장된 제반 탄핵사유를 모두 판단하더라도 심판기간의 부족함이 없을 때라면 다른 심판절차처럼 포괄적인 심사를 해도 문제가 없을 것이다.

범죄사실까지 모두 판단해야 한다. 전부유죄와 일부유죄는 형량에서 차이가 있는 까닭이다. 반면 탄핵심판에서는 피청구인의 과면 여부만이 문제되므로, 제기된 사유 중 일부에 대한 판단만으로도 이론상 과면결정이 가능할 수 있다. 다른 탄핵절차보다도 신속한 절차진행의 요청이 더욱 부각되는 대통령 탄핵심판은 이러한 방식의 절차진행 요청이 더욱 커진다.

말하자면, 대통령 탄핵심판은 신속성과 신중성이라는 길항적인 원리가 공존하는 절차이지만, 국가 최고지도자의 권한행사정지 상태 및 그 지위의 불안정화 등 탄핵절차의 장기화에 따른 해악에 초점을 둔다면 신중성은 궁극적으로 신속성 원리에 의해 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 이러한 결론은, 국정운영에서 덜 중요한 직위일수록 탄핵절차의 장기화로 인한 해악이 작아서 신속성 원리가 덜 강조되므로 그만큼 더 신중한 절차진행이 가능한 반면, 더 큰 비중을 차지하는 공직자일수록 절차의 장기화로 인한 해악이 커서 신속성 원리가 더 강조될 것이므로 그만큼 절차를 신중히 진행하기가 어려워진다는 역설을 낳는다.¹⁷⁾ 국정의 최고책임자인 대통령의 경우 이 역설이 극대화된다. 그러나 이것은 우리 헌법이 대통령을 대하는 방식에 의해 초래된 어쩔 수 없는 결과이다. 이로 인한 문제는, 집중심리방식처럼 일정한 시간적 한계에도 불구하고 대통령 탄핵심판을 신중하고 공정하게 진행하기 위한 헌법재판소의 노력을 통해 상당부분 해소될 수 있다고 생각한다.

3. 헌법재판소의 입장과 그 평가

가. 심판절차의 신속성 문제, 혹은 선고시기의 문제는 박 대통령 사건을 시종 지배한 매우 핵심적인 쟁점이었다.¹⁸⁾ 여러 우여곡절 끝에, 박

17) 최근 있었던 법관 탄핵사건(2021헌나1)은 심판청구가 접수된 지 약 8개월이 지나 선고되었다. 물론 이 사건은 피청구인이 심판절차 도중에 그 직에서 물러난 탓에 헌법재판소의 입장에서는 신속한 선고의 필요성이 덜하다고 느꼈을 수도 있다. 이 사건의 심리기간을 일반화하기 어려운 점이 여기에 있다. 그러나 탄핵소추에 따른 직무정지의 장기화로 인한 사회적 해악은 법관의 경우가 대통령보다 훨씬 덜하다고 볼 수 있으므로, 법관 탄핵사건의 신속성 요청이 대통령 탄핵사건의 그것보다 덜 긴절할 것은 쉽게 이해할 수 있다.

대통령에 대한 탄핵결정은 2017년 3월 10일 선고되었다. 사건이 접수된 날로부터 90여일이 경과한 날이었다. 재판부가 밝힌 바에 따르면, 헌법재판소는 3차례의 준비기일과 17차례의 변론기일을 통해 청구인 측이 신청한 갑 제174호 증까지의 서증과 12인의 증인, 피청구인 측이 신청한 을 제60호 증까지의 서증과 17인의 증인에 관한 증거조사를 했고, 이들 자료는 모두 48,000여 쪽에 달했다.¹⁹⁾ 두꺼운 기록에 담긴 난해한 쟁점들을 검토하기 위해 전례 없는 규모의 헌법연구관들이 사건에 투입되었고,²⁰⁾ 재판관들은 사건 접수 이후 거의 매일 모여 평의를 진행했다.²¹⁾ 통상적인 사건처리 절차와 비교해 볼 때, 이러한 모습은 헌법재판소가 얼마나 이 사건에 집중하고 있었는지를 잘 보여준다. 이 노력은 그만큼 신속히 사건을 처리하기 위한 것이자, 동시에 신속성의 요청 내에서 최대한 신중하고 면밀히 사건을 심리, 검토하기 위한 것이기도 했다.

그러나 이 사건에서 정작 종국결정의 선고일 문제를 좌우한 결정적 요인은 다른 곳에 있었다. 그것은 일부 재판관의 임기만료라는 변수였다. 박한철 헌법재판소장과 이정미 재판관의 임기는 각각 2017년 1월 31일과 2017년 3월 13일까지였기 때문에, 후임자가 제때 임명되지 못한다면 위 일자 후에는 8인 혹은 7인 재판관 체제에서 탄핵사건을 진행해야 할 상황이었다. 탄핵심판이 접수된 지 사흘 후 탄핵을 추진한 야권으로부터 재판관 공백 문제를 해결하기 위한 법안이 발의된 것은²²⁾ 후임 재판관

18) 탄핵소추안이 헌법재판소에 접수된 날, 재판부는 탄핵심판에 관한 첫 번째 재판관 회의를 가진 후 “재판관들은 이번 탄핵심판 사건은 우리 헌법의 수호와 유지를 위해 매우 중대한 사안으로서 재판을 공정하고 신속하게 진행해야 한다는 데 의견을 같이했다.”고 발표했다. 여기서 ‘공정’과 ‘신속’이 동시에 등장하는 사실에 주목할 필요가 있다. 대통령 공백 상태를 시급히 해소해야 하므로 절차는 ‘신속’하게 진행해야 하고, 우리 제도에서 가장 직접적이고 강한 민주적 정당성을 갖는 대통령의 파면 여부를 정해야 하므로 절차는 다른 어떤 절차보다도 ‘공정’해야 함을 표현한 대목이다. 이는 헌법재판소가 대통령 탄핵심판 절차에 내재된 두 요청의 긴장관계를 충분히 인식하고 있었음을 보여준다. “현재 ‘공정·신속하게 심판’…주심엔 여야 함께 추천한 강일원”, 중앙일보, 2016. 12. 10. 온라인입력 기사(<http://news.joins.com/article/20986337>).

19) 박 대통령에 대한 탄핵결정문의 “3. 이 사건 심판 진행과정” 참조.

20) “현재 “쟁점 많아 노무현 전 대통령 탄핵 심판 때 없었던 준비절차 밟기로””, 조선일보, 2016. 12. 12. 온라인입력기사(https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/12/12/2016121201852.html).

21) 박 대통령에 대한 탄핵결정 선고 당시 이정미 헌법재판소장 권한대행의 모두 발언 참조.

임명문제를 향한 비관적 전망이 상당했음을 보여준다.

두 재판관의 후임자를 공백 없이 임명하는 것도 이론상 불가능하지는 않지만, 이는 현실적으로 쉬운 일이 아니었다.²³⁾ 우리처럼 예비재판관 제도나 후임 재판관 임명 시까지 전임 재판관이 직무를 계속하도록 허용하는 제도가 없는 상태에서 재판관의 임기만료는 심판의 인용정족수(6인) 달성을 어렵게 만드는 결정적인 요인으로 작용하므로, 공석이 된 재판관 자리는 기각의견(혹은 각하의견)과 동일시된다. 피청구인은 공석이 된 재판관의 자리가 늘어날수록 상황이 유리해지는 만큼 피청구인을 지지하는 정치세력이 후임 재판관 임명에 소극적일 확률이 컸다. 이에 청구인 측이 사건의 신속한 진행을, 피청구인 측이 신중한 진행을 주장한 것은 각자의 효과적인 소송전략이었다.²⁴⁾

결국 헌법재판소는 2017년 3월 10일 박 대통령 사건을 선고했는데, 여기에는 그보다 더 지체할 경우 재판관이 7인만 남게 된다는 측면이 결정적으로 작용했음을 부인할 수 없다. 만약 재판관 결원이 없었더라도, 혹은 만약 예비재판관제도나 후임자가 임명될 때까지 전임자가 임시적으

-
- 22) 헌법재판소법에 “재판관의 임기가 만료될 때까지 후임자가 임명되지 아니한 경우 임기가 만료된 재판관은 후임자가 임명될 때까지 직무를 수행할 수 있으며 이 경우 연임된 것으로 본다.”는 조항(제7조 제3항)을 신설하자는 법안이었으나, 제대로 논의되지 못했으며, 20대 국회의 임기가 만료됨으로써 폐기되었다.
- 23) 당시 후임재판관 임명이 어려웠던 상황에 대한 해설, 그와 관련한 현행 재판관 제도의 문제점 및 그에 대한 여러 해법의 분석과 검토로는 이황희, “탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법”, 「성균관법학」 제32권 제3호 (성균관대학교 법학연구원, 2020).
- 24) 이 문제가 가장 극명하게 부각된 것은 박 대통령 사건(2016헌나1)의 8차, 9차, 10차 변론에서였다. 피청구인 측은, 박한철 재판소장의 퇴임이 임박해 있던 8차 변론(2017. 1. 23.)에 39명의 증인을 신청했고, 9차 변론(2017. 1. 25.)에서 이 중 29인에 대하여 기각결정이 이루어지자, 10차 변론(2017. 2. 1.)에서 다시 15인의 증인을 신청했다. 그리고 자신들이 신청한 증인들이 대부분 채택되지 않는다면, 심판의 공정성이 의심되므로 “중대결심”을 할 수밖에 없다는 의견을 피력했다. 여기서 말하는 중대결심이란 대리인단 전원 사퇴를 암시하는 것이었다. 대리인단 전체가 사퇴하게 되면 새로 선임된 대리인단은 사건기록을 검토할 시간을 요구하게 될 것이므로 심리지체가 불가피해 지는 상황이었다. 퇴임을 앞둔 박한철 소장이 9차 변론기일에서 탄핵심판이 3월 13일 이전에 결론이 나와 한다는 의견을 밝힌 것 역시 이 문제를 더욱 논쟁적으로 만들었다. 박 소장이 공식화한 ‘3. 13. 이전 선고’ 방안에 대하여 피청구인 측은 10차 변론에서 신속성을 강조하다 공정성을 잃으면 세계적 비웃음을 살 것이라며 거세게 비판했다.

로 업무를 계속하는 제도가 존재했다라도, 박 대통령 탄핵심판의 결정이 그 무렵 선고되었을지 여부는 가정적인 상황에 대한 문제라 누구도 알기가 어렵다. 그러나 설사 그러한 경우를 가정한다 해도, 헌법재판소가 탄핵결정의 선고시점을 더 이상 뒤로 연기하는 것은 옳지 않았다고 본다. 대통령의 권한행사가 이미 90여 일 동안 정지된 상태이므로, 이러한 상태가 더 이상 장기화되는 것은 피해야 했기 때문이다.

나. 절차법 문제에 관하여 보건대, 탄핵심판은 민·형사재판과 구분되는 별도의 고유한 특성을 갖는 재판이라는 것이 헌법재판소의 기본입장이었고, 이러한 전제에서 헌법재판소는 탄핵심판을 진행했다. 이에 따라 헌법재판소는 특정 소송절차에 관한 법령을 탄핵심판 절차에 그대로 적용하기보다 필요에 따라 자신이 합당하다고 여기는 내용으로 절차법을 새로이 조형해 나가는 방식을 취했다. 이는 전문증거의 증거능력을 판단하는 대목에서 잘 드러났다. 헌법재판소에 따르면, 탄핵심판은 범위반 여부를 판단하는 절차이므로 엄격한 증명을 필요로 하는 형사절차의 성격이 있는 것이 사실이나, 기본적으로는 헌법재판의 고유한 속성을 가지므로 그에 합당한 절차가 필요하다는 것이다. 헌법재판소는 이러한 인식에 기초해, 피청구인 측이 증거채택에 동의하지 않은 수사기록은 원칙적으로 증거로 채택할 수 없으나, 예외적으로 원진술자가 헌법재판소 심판정에 나와 검찰에서의 자신의 진술이 적법하게 이루어졌다는 사실을 증언하지 않아도 ‘증거능력’을 인정할 수 있는 경우가 존재함을 설명할 수 있었다. 검찰수사에 있어서 조사의 전체 과정이 영상으로 녹화되어 있거나, 변호인이 입회한 상태에서 조사가 이루어졌고 그 조사결과에 대해 변호인이 별다른 이의를 제기하지 않은 경우가 여기에 해당한다는 것이다.²⁵⁾ 이 같은 법리는 사건진행의 신속성을 추구하려는 재판부의 노력을 반영하는 것이었다. 이를 통해 재판부는 실제로 박 대통령 사건에서 증거조사에 소요되는 시간을 상당부분 절약할 수 있었다.

이러한 사정을 종합해 본다면, 헌법재판소는 원칙적으로 사건진행에서 신속성과 신중성 모두를 중시했지만, 그 둘이 충돌하는 상황에서는 궁극적으로 신속성을 우선시하려는 노력을 보여주었다고 평가된다. 실제 사

25) 박 대통령 사건(2016헌나1)의 6차 변론(2017. 1. 17). 이와 관련하여, 헌법재판소가 이 같은 판단의 이유를 구체적으로 명시함이 바람직하다는 지적으로, 정종섭, 앞의 책(주 1), 452면.

건에서 재판관 퇴임이라는 변수가 개입되었음을 부인하기는 어렵지만, 탄핵심판이 대통령의 권한행사정지로 인해 발생한 국정운영상의 공백을 전제로 진행된다는 측면에서도 헌법재판소의 그 같은 노력은 불가피한 선택이었다고 판단된다.

Ⅲ. 실체상 딜레마

1. 문제 상황

다른 탄핵소추 대상자와 구별되는 대통령의 특수한 지위는 탄핵심판의 실체적 판단에서도 난해한 문제를 가져온다. 탄핵대상자 중에서 오직 대통령만이 형사상 불소추의 특권을 가지는데(헌법 제84조), 이는 탄핵심판과 형사재판 간의 관계에 영향을 끼친다. 가령 이런 특권이 없는 고위 공직자는 탄핵심판보다 형사재판을 먼저 받게 될 가능성이 크다. 아무래도 복잡한 정치적 쟁점이 얽혀있는 국회의 탄핵소추보다 형사재판절차가 먼저 가동되기 쉬운 까닭이다. 이 경우 이들에 대한 탄핵심판은 형사소송의 진행상황에 따라 그 개시 여부가 결정될 것이다. 형사재판에서 일정한 형의 선고가 이루어지게 되면 이는 파면사유가 되므로(국가공무원법 제69조, 공직선거법 제19조, 법원조직법 제46조 등), 탄핵심판절차가 개시되어야 할 필요가 없다. 반면에 형사재판에서 무죄 혹은 가벼운 형이 선고된 상황에서 헌법위반의 사유가 존재한다면, 이를 이유로 탄핵소추가 이루어질 수 있다. 설사 형사재판과 더불어 탄핵심판이 진행되더라도 탄핵소추와 동일한 사유로 형사소송이 진행되는 때에는 재판부가 탄핵심판절차를 정지할 수 있기 때문에(헌법재판소법 제51조) 헌법재판소는 형사재판의 진행상황을 한동안 지켜보고자 할 수도 있다. 이런 상황에 비추어 보면, 대통령 이외의 탄핵대상자의 경우에는 형사재판이 탄핵심판보다 먼저 개시되고 진행될 가능성이 크다.

그러나 대통령은, 내란이나 외환의 죄를 범한 경우가 아닌 한, 다른 탄핵대상자와 달리 형사재판을 받지 않은 채로 탄핵심판을 받게 된다.²⁶⁾

헌법상 대통령에 대한 불소추의 특권이 그에 대한 수사까지도 면제한다는 의미인지에 관하여 논란이 있지만,²⁷⁾ 설사 대통령에 대한 수사가 허용된다고 하더라도 소추가 불가능한 이상 그에 대한 형사재판이 진행될 가능성은 없다. 문제는, 대통령이 형사상 불소추의 특권을 가진다 해도 대통령의 형사법위반은 탄핵사유가 될 수 있다는 점이다. 이는 대통령 탄핵심판에서 까다로운 문제를 야기하는데, 형사법위반 문제에서 현재 진행 중인 탄핵심판과 훗날 진행될 형사재판의 결론이 충돌할 위험이 있기 때문이다.

대통령 이외의 탄핵대상자는 탄핵심판보다 형사재판이 먼저 개시되고 진행될 가능성이 크긴 하지만, 그렇다고 해서 탄핵심판이 반드시 형사재판의 최종결론이 나온 후에야 진행되어야 하는 것은 아니다. 헌법재판소법 제51조에 따른 정지는 헌법재판소의 재량에 맡겨져 있고, 탄핵심판은 피청구인의 직무가 정지된 상태에서 진행되므로 이를 장기간 방치하는 것도 바람직하지 않기 때문이다.²⁸⁾ 그러나 이 경우에도 헌법재판소는 형사재판의 진행상황과 하급심의 결과를 지켜보면서 탄핵심판절차를 진행할 수 있는바, 이러한 절차진행상의 이점이 대통령 탄핵심판에서 존재하기 어렵다. 그로 인해 대통령 탄핵심판은 필히 탄핵심판이 형사재판보다 형사법위반 문제를 먼저 판단하게 되는데, 만약 형사법위반이 핵심적인 탄핵사유로 인정되었음에도 훗날 형사재판에서 형사법위반이 부정된다면 탄핵결정의 정당성은 심각한 위기에 처하게 된다는 어려움이 발생한다.

사실 형사법위반 여부에 관한 탄핵심판의 결론이 형사재판의 결론과 다를 수 있다는 것은 법적으로 문제될 것이 없다. 우선, 탄핵심판과 형사재판은 각각의 사실인정에 요구되는 증명의 정도가 다르다. 형사재판에

26) 김하열, 앞의 책(주 14), 729면.

27) 불소추의 특권은 수사에 대한 금지까지 포함한다는 견해로, 김철수, 앞의 책, 1420면의 주 1; 권영성, 앞의 책, 965면의 주 2; 한수용, 앞의 책, 1226면. 헌법상 불소추의 특권은 기소 및 이와 연관된 체포·구속을 금지하는 것일 뿐 수사와 그 수단인 압수·수색은 가능하다는 견해로, 정종섭, 앞의 책(주 10), 1246-1247면; 김하열, 앞의 책(주 10), 840면; 장용근, “헌법 제84조”, 「헌법주석서 III」(법제처, 2010), 607면. 수사와 그 수단인 압수·수색뿐만 아니라 체포·구속도 가능하다는 견해로, 박찬주, “대통령의 불소추특권에 관한 몇 가지 문제”, 「법조」 제58권 제12호(법조협회, 2009), 18면.

28) 김하열, 앞의 책(주 14), 729면.

서 혐의사실은 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 입증되어야 한다. 그러나 탄핵심판과 형사재판은 서로 성격이 다르다는 헌법재판소의 입장에 따르면,²⁹⁾ 탄핵심판에서의 입증정도는 형사재판과 같은 수준으로 요구되지 않는다. 달리 말하자면, 탄핵심판에서는 형사재판에서 요구되는 것보다 덜 엄격한 수준의 확신으로도 관련 사실을 인정할 수 있게 된다는 것이다. 이 점에서 형사범위반 사유를 인정하는 탄핵결정과 이를 부정하는 형사판결이 양립할 여지가 발생한다. 다음으로, 앞서 본 대로 탄핵심판과 형사재판은 증거능력 법리에서도 차이가 있다. 탄핵심판은 전문증거의 증거능력 판단에서 형사재판보다 덜 엄격하다. 증거능력 판단에서의 엄격성 격차도 형사범위반 여부 판단에 관한 두 재판 간의 상반된 판단을 가져오는 원인이 될 수 있다. 설사 이상에서 살펴본 탄핵심판과 형사재판의 차이가 존재하지 않는다고 가정하더라도, 두 재판 간의 판단이 불일치할 가능성은 여전히 존재한다. 판단주체가 상이하기 때문이다. 같은 사건에서 같은 증거를 놓고도 심급에 따라 판단이 달라질 수 있듯이, 상이한 판단주체 간에 발생하는 판단의 불일치는 실무상 충분히 있을 수 있는 일이다. 이 또한 동일한 형사범위반 여부의 쟁점에서 두 재판 간의 판단이 상충하는 원인일 수 있다.³⁰⁾ 한편, 탄핵결정 이후 진행되는 형사재판에서 새로운 사실이 밝혀질 가능성도 있는데, 이 역시 두 소송의 결과에 차이를 만들 수 있다.

이처럼 형사범위반을 이유로 한 파면결정과 그 위반을 인정하지 않는 무죄판결은 법리적으로 양립할 수 있지만, 파면결정을 행하는 헌법재판소로서는 무죄판결에 의해 초래될 탄핵결정의 정당성 훼손을 우려하지 않을 수 없다. 그리고 이는 단순히 형사재판에서 탄핵심판의 결론과 충

29) “탄핵결정은 대상자를 공식으로부터 파면함에 그치고 형사상 책임을 면제하지 아니한다(헌법 제65조 제4항)는 점에서 탄핵심판절차는 형사절차나 일반 징계절차와는 성격을 달리 한다.” 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 14.

30) 반대로 헌법재판소가 형사범위반을 인정하지 않음으로써 탄핵심판청구를 기각했음에도 추후 형사재판에서 같은 죄목으로 유죄판결이 선고될 가능성도 있다. 예컨대 탄핵심판의 청구인 측은 강제수사권한이 없으므로 탄핵심판 당시에는 증거가 충분히 확보되지 못했을 가능성이 있다. 그러나 ‘두 절차에서 동일한 증거가 주어져 있다고 가정하면’, (물론 판단주체 간의 판단의 불일치 현상은 있을 수 있으나,) 이론상 탄핵심판에서 인정되지 않은 형사범위반이 그보다 더 엄격한 증명을 요하는 형사재판에서 인정될 가능성은 크지 않다.

돌하는 내용의 판결이 선고될 때에만 문제되는 것이 아니다. 헌법재판소가 후행 형사재판의 존재로 인한 위험을 무릅쓰고 형사법위반 여부를 판단하고자 한다면, 형사재판에서 행어나 탄핵심판의 오판이 밝혀지는 일이 생기지 않도록 더욱 안전하고 여러 가능성에 대비한 방식으로 사건을 진행하고 심리하게 될 것인데, 이러한 방식이 절차진행의 신속성에 차질을 불러올 수 있다는 측면도 문제가 된다. 이때 헌법재판소 앞에는 두 가지 선택지가 주어진다. 하나는, 형사법위반 문제를 정면으로 다루는 것인데 이 경우에는 후행 형사재판과 충돌할 수 있는 위험을 떠안아야 한다. 이 충돌을 피하기 위해서는 더욱 안전하고 흠 잡힐 여지를 최소화하는 심리방식을 취할 수밖에 없다. 예컨대 증거법에 적용되는 절차에 관해서도 실질적으로 거의 형사재판에 준하는 모습을 추구하게 될 것인데, 이는 탄핵심판의 신중성 요청에는 부합하겠지만 신속성 요청에 불리할 수 있다. 다른 하나는, 형사법위반 문제를 최대한 우회하는 것이다. 즉 이 문제를 최대한 판단하지 않는 것이다. 그러나 이 방식을 택하면 재판소가 애초 제기된 탄핵사유에 대하여 충실히 답변하지 않는 것이 되므로, 결정의 정당성을 약화시킬 가능성이 있다.

2. 검토

형사법위반은 대통령의 파면 여부를 결정하는 데 매우 중요한 요소임이 분명하다. 헌법재판소는 노 대통령 사건에서 “뇌물수수, 부정부패”가 대표적인 탄핵사유에 해당된다고 했다.³¹⁾ 뇌물수수, 부정부패에 해당하는지 여부는 전형적인 형사법위반 여부의 문제이다. 박 대통령 사건에서도 청구인 측은 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상 뇌물죄, 형법상 직권남용권리행사방해죄와 강요죄 등 각종 형사법위반을 탄핵사유로 제기했다.³²⁾

31) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 609, 656.

32) 헌법재판소는 변론준비기일에 탄핵소추사유를 ① 비선조직에 따른 인치주의로 국민주권주의와 범치국가원칙 등 위배, ② 대통령의 권한 남용, ③ 언론의 자유 침해, ④ 생명권 보호 의무 위반, ⑤ 뇌물수수 등 각종 형사법 위반의 5가지 유형으로 정리하였으나, 2017. 2. 1. 제10차 변론기일에 각종 형사법위반을 다른 유형의 사유와 사실관계가 중복된다는

형사법위반이 탄핵사유로 주장된 이상 기본적으로 헌법재판소는 이 문제를 판단해야만 한다. 청구권자가 청구한 내용을 판단하는 것은 헌법재판소의 기본임무이기 때문이다. 형사법위반 여부에 관하여 탄핵심판과 형사재판의 판단이 서로 엇갈리는 것이 법리적으로 정당화될 수 있음은 앞서 확인한 바와 같다. 아울러, 가령 명령·규칙의 위헌 여부에 대하여 헌법재판소(헌법재판소법 제68조 제1항)와 대법원(헌법 제107조 제2항)의 판단이 상충될 가능성이 존재하는 것처럼, 국가기관 간의 판단이 서로 어긋나는 현상은 현실에서 간혹 일어날 수 있는 일이기도 하다. 이 또한 제도가 예정한 바이므로 그에 따라 해결하면 될 일이다.

다만, 국정의 최고책임자가 공백인 상태로 진행되는 대통령 탄핵심판의 특수성에 비추어 예외의 여지가 있을 수도 있다. 헌법위반으로 인한 탄핵 문제에서 헌법재판소가 최종적 판단자인 것과는 달리, 형사법위반으로 인한 처벌 문제는 형사재판의 판단이 최종적이다. 헌법재판소가 이를 의식하면 할수록 형사법위반 여부를 더욱 안정적으로, 흠 잡힐 일이 생기지 않도록 판단하려고 할 것인데, 아무래도 이러한 상황에서 심판절차는 늘어지기 마련이다. 이에 신속성에 관한 급박한 요청이 존재하는 상황에서 헌법재판소가 형사법위반 문제를 다루지 않고도 사건의 정당한 결론에 이를 수 있다면, 예외적으로 형사법위반 여부의 판단을 유보하는 것이 허용될 여지가 생긴다. 예컨대, 이미 인정된 다른 사유로도 파면결정이 가능한 정도에 이르렀고, 여기서 형사법위반 여부의 쟁점을 빠짐없이 판단하려면 심리기간이 연장될 수밖에 없는 상황이며, 이처럼 추가로 필요해진 기간으로 말미암아 대통령의 공백상태가 사회적으로 수인 가능한 수준을 넘게 되는 경우를 생각해 볼 수 있다. 같은 행위에 대하여 헌법위반과 형사법위반이 동시에 주장될 때, 헌법위반 여부만을 판단함으로써 파면이라는 결론에 이를 수 있는 상황에서, 형사법위반 여부의 판단에 필요한 추가기간이 전술한 바와 같은 매우 큰 부정적 효과를 낳는 경우도 마찬가지이다. 헌법위반과 형사법위반의 쟁점이 동일한 사실관계를 토대로 한 것이라면 이미 헌법위반 문제를 판단하는 이상 큰 어려움 없이 형사법위반 문제를 판단할 수 있다고 여길 수도 있겠으나, 형사법

이유로 제외하고 앞의 4가지 유형으로 다시 정리하였다. 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 15-16.

위반에 관한 법리판단은 또 다른 문제이므로 반드시 그렇게 볼 수는 없다.

헌법재판소가 제기된 사유의 일부에 대해서라도 그 판단을 회피한다면, 결정의 정당성이 약화되는 일은 피할 수 없다. 그러나 이 경우에는 형사법위반 문제의 우회에 따른 결정의 정당성 약화라는 해악과 그로써 얻을 수 있는 결정의 신속한 선고라는 이익을 비교형량할 필요가 있다. 여기서 후자가 전자를 능가한다면, 형사법위반 여부에 대한 판단유보가 예외적으로 정당화될 수 있다고 본다.

그러나 이러한 예외는 탄핵심판청구를 인용하는 경우 중 일부 사례, 즉 형사법위반 여부와 무관하게 탄핵심판청구의 인용이 가능하고, 형사법위반 여부를 판단하게 될 때 중국결정의 신속한 선고가 힘들어지며, 그로 인해 큰 사회적 해악이 초래되는 경우에만 해당되는 이야기이다. 형사법위반 여부를 판단하더라도 중국결정의 신속한 선고에 큰 지장이 없다면, 혹은 그렇지 않다 해도 형사법위반 여부가 탄핵심판청구의 인용 여부를 결정하기 위해 반드시 필요하다면, 혹은 탄핵심판청구에 대한 기각결정을 선고하는 때라면, 헌법재판소는 형사법위반 여부에 대한 판단을 회피해서는 안 될 것이다.

3. 헌법재판소의 입장과 그 평가

박 대통령 사건에서 헌법재판소는 가급적 형사법위반 여부 판단을 우회하려는 태도를 보여주었다. 한편으로, 헌법재판소는 어떤 행위에 대하여 헌법위반과 형사법위반 문제가 동시에 제기되었을 때 헌법위반 여부의 문제를 중심으로 심사하는 방식을 취했다. 박 대통령에 대한 파면결정의 가장 주요한 사유는, 박 대통령이 공무원의 공익실현의무를 저버리고 사기업에 대하여 특정 재단을 위한 금원의 출연을 요구했으며, 또한 사기업의 인사나 계약체결에 관하여 부당한 요구를 했다는 것이다. 청구인 측은 이를 헌법적으로는 기업의 재산권, 직업수행의 자유 등 침해로, 법률적으로는 직권남용권리행사방해죄, 강요죄 위반으로 구성해 주장했다. 헌법재판소는 그러나 이 문제를 직권남용권리행사방해죄, 강요죄 위

반 여부가 아니라, 기업의 자유와 재산권 침해(헌법 제15조, 제23조 제1항 등 위반) 문제로만 다루었다. 해당 행위에 대하여 형사법위반 여부를 판단함이 없이, “임의적 협력을 기대하는 단순한 의견제시나 권고가 아니라 사실상 구속력 있는 행위” 혹은 “구속적 행위”로 파악함으로써 해당 기업의 재산권 및 기업경영의 자유 침해라는 헌법위반의 문제로만 판단한 것이다.³³⁾

다른 한편으로, 헌법재판소는 이미 인정된 사유만으로도 파면이 가능할 때에는 다른 형사법위반 문제를 판단함이 없이 파면결정을 할 수 있다는 논리를 택했다. 예컨대, 청구인 측은 일부 기업의 출연금에 대해서는 박 대통령이 해당 기업의 당면 현안을 해결해 준 대가로 보아 그것이 형법상의 뇌물수수죄(형법 제129조 제1항) 혹은 제3자뇌물수수죄(형법 제130조)에 해당하고, 또 그 수뢰액이 1억 원 이상이므로 결국 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 위반죄(특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제2조 제1항 제1호, 형법 제129조 제1항 또는 제130조)에 해당한다고 주장했다. 그러나 헌법재판소는 이 뇌물죄 성립여부라는 형사법위반 쟁점에 대해서는 판단하지 않았다. 이는 헌법재판소가 이미 확인된 다른 사유로 파면결정이 가능할 때 그 밖의 사유를 일일이 판단할 필요는 없다고 보고 있음을 시사한다. 헌법재판소가 법률위반 여부에 관한 판단을 모두 생략한 것은 아니었다. 결정문에는 법률위반 여부에 관한 판단이 일부 등장하는데, 가령 박 대통령이 측근의 이익을 위해 대통령으로서의 지위와 권한을 남용한 부분에 대해서 헌법 제7조 제1항, 국가공무원법 제59조, 공직자윤리법 제2조의2 제3항, 부패방지권익위법 제2조 제4호가목, 제7조 위반임을 지적한 부분이 대표적이다. 그러나 이는 후행 형사재판과 충돌할 가능성이 없는 비형사법위반 부분이었다. 박 대통령 사건 중 형사법위반 여부가 정면으로 문제된 대목에서 헌법재판소가 그에 관한 판단을 가급적 회피하려고 한 것만은 분명해 보인다.

본고는 형사법위반의 문제를 가급적 우회하려 했던 헌법재판소의 이 같은 시도가 박 대통령 사건에서 합당한 것이었다고 평가하는 편이다. 특히 뇌물죄 성립여부를 판단하지 않은 것은 설사 파면결정의 정당성을

33) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 40.

약화시키는 면이 있다 해도 그것을 넘어서는 더 큰 공적 이익이 있었다고 생각한다. 헌법재판소가 뇌물죄 성립여부에 관한 심리까지 마치고자 했다면 2017년 3월 10일 결정을 선고하는 일은 현실적으로 매우 어려웠을 것이며, 그 경우 심리절차의 연장이 불가피해 7인 재판관 체제에서 중국결정을 선고해야 할 상황에 처했을 가능성이 상당히 컸기 때문이다.³⁴⁾ 뿐만 아니라 대통령의 직무정지 상태가 장기화되는 결과까지도 감수해야 했다.

다만 사기업에 특정 재단을 위한 금원의 출연을 요구한 부분이나 사기업의 인사나 계약체결에 관하여 부당한 요구를 한 부분이 헌법에 위반되는지(기업의 자유와 재산권 침해) 여부를 판단한 이상 법률에 위반되는지(직권남용권리행사방해죄, 강요죄 위반) 여부를 판단하는 것은 상대적으로 수월하지 않았을까 생각되기도 하나, 여기서의 판단유보 역시 중국결정의 신속한 선고라는 고려가 작용했을 가능성이 커 보인다. 동일한 사실관계를 대상으로 한다 해도, 법리구성에 차이가 있다면 새로운 판단이 필요할 수 있고, 그에 따라 추가적으로 시간이 더 소요될 것이기 때문이다.

IV. 결정상 딜레마

1. 문제 상황

이상의 내용이 대통령 탄핵심판에서 발생할 수 있는 절차적, 실체적 측면의 딜레마였다면, 이제 중국결정을 할 때 발생하는 또 다른 문제에 관하여 살펴보고자 한다. 이 역시 대통령의 직접적인 민주적 정당성과

34) 헌법위반의 사유 등을 통해 파면이 가능하다면 형사범위반의 사유에 대한 판단이 없더라도 헌법소송법적으로 문제가 없고, 박 대통령 사건에서도 그렇게 했어야 할 사정이 있었을 것으로 보이지만, 헌법위반 사유와 동일한 사실관계에 있는 형사범위반 사유에 대해서는 판단이 충분히 가능했다는 취지로, 김하열, “대통령 탄핵 - 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정 -”, 『법조』 제722호 (법조협회, 2017), 416-417면. 박 대통령 사건에서 형사범위반 여부에 관한 판단 부재 문제에 대한 또 다른 지적으로, 박성태, 앞의 논문, 315-316면.

국정의 최고책임자라는 지위로부터 발생하는 문제라는 점에서 앞서 본 문제들과 본질적으로 다르지 않다.

헌법재판소 역시 인정한 대로, 국가 최고지도자인 대통령을 파면하는 결정이 가져올 효과는 실로 막대하다. 따라서 대통령 탄핵심판은 다른 어떤 심판에서보다도 헌법재판소가 인용결정을 하려고 할 때 느끼는 판단상의 부담이 클 수밖에 없다. 따라서 헌법재판소가 대통령에 대해 파면결정을 하고자 한다면, 국민들에게 파면이라는 결론이 지극히 정당하고 해당 사건에서 파면 외의 다른 결론은 있을 수 없었다는 메시지를 주고 싶어 할 것이다.

여기서 발생하는 딜레마는, 탄핵사유를 강화하면 인용의견의 지지세가 약화되고, 인용의견의 지지세를 강화하면 탄핵사유가 약화되는 상황을 가리킨다. 이는 특히 재판관 9인 중 6인 이상이 인용의견으로 모였지만 아직 의견을 정하지 못했거나 다른 의견(각하 혹은 기각)을 가진 재판관이 있을 때, 재판부가 취할 선택과 관련하여 잘 드러난다. 예컨대 하나의 상황을 가정해 보자. 탄핵사유로 A, B, C, D가 제기되었을 때, 9인 재판관 중 6인은 A, B, C, D가 모두 탄핵사유로 인정된다고 보는 데 반해, 2인은 아직 의견을 정하지 못했지만 설령 인용의견에 가담한다 하더라도 A, B만이 인정될 수 있다고 여기고, 1인은 현재 기각의견으로 기우는 편이지만, 혹시라도 인용의견을 취한다면 A만이 인정된다고 생각하는 상황이다. 이제 재판부는, A, B, C, D를 모두 탄핵사유로 인정하는 결정을 재판관 6:3의 의견으로 선고할 것인가(①안), A, B만을 탄핵사유로 인정하는 결정을 재판관 8:1의 의견으로 선고할 것인가(②안), A만을 탄핵사유로 인정하는 결정을 재판관 전원일치 의견으로 선고할 것인가(③안)를 정해야 하는 상황에 처하게 된다. 물론 이런 상황이 대통령 탄핵심판에서만 발생하는 것은 아니다. 그러나 전술한 대로 대통령은 그 헌법상 지위로 인해 그에 대한 파면결정의 파급효과가 막대할 수밖에 없어 헌법재판소가 느낄 부담은 다른 공직자의 파면과 비교해 확연히 크고, 이 대목에서 재판소가 겪는 선택의 고민 또한 각별할 수밖에 없다.

여기서 재판부는, 대통령 파면이 지극히 정당하고 그 외에 달리 판단할 여지가 없는 당연한 결론이었다는 메시지를 주기 위해 탄핵사유를 강화하는 ①안을 선택할 수 있다. 그러나 이 경우 파면결정의 정당성은 탄

핵사유의 극대화를 통해 강화되겠지만(‘이렇게나 많은 범위반사실이 존재한다!’), 그와 동시에 3인 반대의견의 존재로 인해 약화되기도 한다. 이렇게 되면 탄핵결정에 반대하는 사람들이 탄핵결정문을 읽었을 때, 탄핵에 반대한 3인 재판관의 존재로 인해 파면결정 역시 결국 상대적인 의견 차이일 뿐이라는 인상을 받아 탄핵이라는 결론을 온전히 받아들이지 못하는 상황이 초래될 수 있다.³⁵⁾ 다른 한편, 재판부는 대통령 파면결정의 정당성을 높이기 위해 재판관 전원일치의 모양새를 추구하는 ③안을 선택할 수 있다. 그러나 이 경우 파면결정의 정당성은 재판관 전원일치라는 외관을 통해 강화될 수도 있지만(‘누가 봐도 파면이야!’), 그와 동시에 탄핵사유의 최소화로 인해 약화될 수도 있다(‘고작 A로만 파면한다고?’). 즉, 탄핵이라는 결론에 반대하는 사람들이 탄핵결정문을 읽었을 때, 탄핵사유가 약하다고 느껴 파면결정에 대하여 심리적으로 승복하지 못하는 상황이 초래될 수 있다는 것이다. 다시 말해, 전원일치라는 형식을 중시하면 재판관의 일치된 의견이 상징하는 바에 따라 결정의 정당성이 강화될 터이나 탄핵인용의 논리는 온건해 질 수밖에 없고, 전원일치라는 형식을 포기하면 탄핵인용의 논리가 강화되겠지만 반대의견이 존재함으로써 법정의견의 권위가 약화되는 상황인 것이다.

2. 검토

헌법재판소가 처리하는 많은 사건은 이해관계가 팽팽하게 대립하는 사안이다. 어떤 문제에 관한 사회적 대립은 가치관이나 세계관의 차이 등 본질적인 입장차에서 기인하는 경우가 적지 않다. 따라서 헌법재판소가 그 문제에 대하여 결정을 선고했다는 이유만으로 사회의 갈등상황이 본질적으로 해소될 리는 없다. 그러나 지금까지 우리 사회에서 헌법재판소

35) 헌법재판소의 결정에서 법정의견이 아닌 개별의견을 표시하는 것의 긍정적·부정적 역할에 관해서는, 서보건, “헌법재판에서 소수의견표시제에 관한 연구”, 『헌법학연구』 제10권 제3호 (한국헌법학회, 2004), 416면 이하; 허완중, “헌법재판에서 소수의견제도”, 『헌법재판연구』 제6권 제1호 (헌법재판연구원, 2019), 197-203면; Marieta Safta, “The Role of Dissenting and Concurring Opinions in the Constitutional Jurisdiction”, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 5, No. 1(2016), pp. 210-211.

결정은 적어도 그것이 선고되었을 때 해당 문제를 둘러싼 사회적 대립을 한동안 잠재우는 효과가 있었다. 사회적 대립이 첨예한 사건일수록 헌법재판소의 이러한 역할이 더욱 크게 요구된다. 정치적 충돌상황이 극명한 대통령 탄핵심판이야말로 대표적인 사례일 것이다.

헌법재판소가 이러한 역할을 해내기 위해서는 결정의 권위와 정당성을 최대한으로 유지할 필요가 있는데, 탄핵심판과 같이 정치적으로 민감한 사건에서 반대의견의 존재는 결정의 권위와 정당성을 상당부분 약화시킬 수 있다. 반대의견에 가담한 재판관의 수가 많아질수록 그에 비례해 법정의견의 권위와 정당성은 허약해질 것이다. 극단적인 예를 들자면, 재판부가 기각 4인, 인용 5인의 의견구도로 기각결정을 선고하는 경우라면 이 결정이 법적으로는 기각결정임에 분명하지만, 재판관 5인의 반대의견으로 인해 기각결정의 권위는 극도로 약화될 것이며 사실상 인용결정과 다름없는 메시지를 국민들에게 주게 될 가능성도 적지 않다. 이러한 경우에는 헌법재판소의 결정에도 불구하고 정치적 갈등은 일시적으로도 종식되기 힘들 것이며, 반대의견의 존재로 인해 오히려 더 증폭될 우려도 배제할 수 없다.

따라서 대통령 탄핵사건처럼 첨예한 정치적 갈등을 배경으로 하는 경우, 과면결정의 권위와 정당성을 강화하기 위해서는 탄핵사유의 강화보다는 반대의견의 약화가 더 효과적이다. 구 헌법재판소법(2005. 7. 29. 법률 제7622호로 개정되기 전의 것) 제36조 제3항이 탄핵심판과 정당해산심판에서 개별의견을 표시할 재판관의 의무를 규정하지 않았던 것은 재판의 독립성과 공정성을 위한 것이었을 터이나, 여기에는 반대의견의 존재로 인한 갈등의 강화 문제에 대한 고려도 있었을 것이다.³⁶⁾ 그러나 헌법재판소법이 개정되어 이제는 탄핵심판과 정당해산심판에서도 재판관이 개별의견을 표시할 의무를 인정한다. 개별의견의 존재로 인한 결정의 정당성 약화가 그로 인한 이익(결정문상 현출된 의견의 다양성)보다 더 크다고 여겨진다면 재판부로서는 전원일치 의견으로, 그것이 힘들다면

36) 탄핵심판과 정당해산심판은 집권세력과 반대세력 간의 정치적 투쟁 상황에서 진행되므로, 이들 사건에서 재판관의 개별의견을 공개하도록 하는 것은 자칫 재판의 독립과 공정성을 훼손할 수 있다는 설명으로, 정종섭, 앞의 책(주 1), 171면. 소수의견의 존재가 사회통합을 저해할 수 있다는 지적으로 서보건, 앞의 논문, 418면.

반대의견이 최소화된 형태로 결정을 선고할 필요가 있다. 개정된 헌법재판소법으로 인해 재판관 전원일치 의견은 재판부의 의견조율을 통해서만 가능하게 되었으므로, 이제 재판부가 일치된 혹은 반대의견이 최소화된 법정의견을 만들 생각이 있을 때 내부의 의견을 조율하는 일은 불가피한 현상이 되었다. 이러한 조율과정에서 탄핵사유의 인정범위가 축소되는 결과가 초래될 수도 있으나, 이 역시 딜레마 상황에서의 불가피한 선택일 것이다.

3. 헌법재판소의 입장과 그 평가

실제로 박 대통령 사건에서 재판부가 이러한 딜레마 상황에 봉착했는지는 확실하지 않다. 재판관들의 평의는 공개하지 않는 까닭이다(헌법재판소법 제34조 제1항). 현행법 아래에서 재판부가 대통령에 대한 파면결정과 관련하여 실제로 앞서 본 바와 같은 딜레마를 겪었는지를 확인하기는 어렵다는 의미이다.

다만, 그럼에도 불구하고 박 대통령 사건에서 그 같은 딜레마 상황의 존재를 추론할 만한 대목들이 눈에 띈다. 먼저, 파면결정이 재판관 전원의 일치된 의견으로 선고된 것은 당시 일반적인 여론에 비추어 상당히 이례적이었던 점이다. 헌법재판소는 다양한 정치적 경로를 통해 임명되는 재판관들로 구성되므로, 정치적 대립이 큰 사건일수록 재판부 내의 의견대립 역시 커질 것이라는 관측이 컸고, 특히 피청구인이 직접 지명해 임명한 재판관들이 해당 사건의 심리에 참여한다는 사실도 이러한 관측에 힘을 실어주었다. 그러나 예상은 빗나갔다. 그 무렵 여러 언론은 재판관 전원일치에 의한 파면결정을 “예상 밖”, “뜻밖”으로 표현했다. 이를 바탕으로, 어떻게든 전원의 일치된 의견을 형성하기 위한 노력이 재판부 내에서 있었을 가능성을 짐작할 수 있다.

그러나 그보다 더 눈길을 끄는 대목은, 소위 세월호 관련 탄핵사유에 관한 재판관 2인의 ‘보충의견’에서 느껴지는 ‘어색함’이다. 우선 이 의견은 그 내용상 ‘별개의견’으로 표시되었어야 합당했다. 법정의견과 달리, 이들의 의견은 세월호 사고 당일 피청구인의 행적을 면밀히 살피면서 피

청구인의 대응이 현저하게 불성실한 직무수행임을 인정했고, 이것이 헌법 제69조 및 국가공무원법 제56조에 따라 대통령에게 구체적으로 부여된 성실한 직책수행의무에 위반됨을 확인했기 때문이다. 이처럼 실질적으로 ‘별개의견’에 해당함에도 ‘보충의견’의 이름을 취한 것은 그 결정에서 재판관 전원의 일치된 의사를 만들기 위한 시도의 존재를 뒷받침하는 근거가 될 수 있다.

더 나아가, 이들의 의견이 위와 같이 범위반 사실을 인정하면서도 이것만으로는 임기 중인 대통령의 직위를 박탈할 정도에 이르렀다고 보기 어려워 파면사유에 해당한다고 볼 수 없다고 결론지은 부분에도 어색함이 있다.³⁷⁾ 법정의견의 탄핵인용 판단은 2단계 심사구조를 취한다. 피청구인의 행위가 헌법과 법률에 위반되는지에 관한 것이 1차 판단이라면, 그 위반사실이 인정될 때 그것이 파면결정이 필요할 만큼 중대한 것인지에 관한 것이 2차 판단이다. 반면, 위 2인의 보충의견은 세월호 사고에 관한 부분만 별도로 떼어내어 범위반사실의 중대성을 독자적으로 판단했다. 법정의견의 심사구도를 일관되게 적용한다면, 위 2인의 의견은 세월호 사고에 관한 부분의 범위반 사실을 인정할 후 이를 다른 범위반 사실과 종합해 범위반의 중대성을 함께 판단해야 했다. 법정의견이 이미 범위반의 중대성을 인정해 파면의 필요성을 인정할 상태이므로, 위 2인의 의견은 거기에 세월호 관련 사유까지 더해 파면 결론의 타당성을 더욱 강화하는 방향으로 서술되어야 옳았다는 뜻이다.

물론 위 2인 의견의 형식과 내용에서 느껴지는 어색함이 단순한 착오로 발생했을 가능성도 있다. 그러나 다른 한편으로, 위 2인 의견에 담긴 형식적, 내용적 부정합이 재판관 전원의 일치된 의견으로 결론을 내리고자 했던 당시 재판부의 의식적인 노력을 암시하는 대목일 가능성도 있다. 당시 상황을 취재했던 한 언론기사도 이 같은 추론을 뒷받침한다. 이 기사에 따르면, 애초 기각의견을 가지고 있었던 재판관 2인이 결국 법정의견 쪽에 가담하기로 하면서 그 대신 세월호 관련 탄핵사유 부분에 문제를 제기해 이 부분이 보충의견의 형식으로 정리되었다는 것이다.³⁸⁾ 이

37) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1, 48-60.

38) 이춘재, “박근혜 청와대 잘못된 보고가 ‘기무사 계엄령 문건’ 낳았나”, 한겨레 21(제1221호), 2018. 7. 16. 온라인입력기사(http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/853334.html).

기사의 정확성이 어느 정도인지는 알 수 없지만, 앞서 언급한 정황상 어느 정도 진실에 부합할 가능성도 있다고 보인다.

요컨대, 만약 박 대통령 사건 당시 본고에서 말하는 결정상의 딜레마가 실제로 존재했다면, 박 대통령에 대한 탄핵결정은 헌법재판소가 대통령 파면결정의 정당성과 권위를 높이기 위해, 탄핵사유가 축소되는 한이 있더라도 재판관들 전원의 일치된 의견을 형성하기 위한 의식적인 노력의 산물일 가능성이 있다. 다만 실제로 그 사건에서 그 같은 딜레마 상황이 존재했는지, 또 존재했다 해도 탄핵사유의 축소를 감내하면서까지 재판관의 전원일치 의견을 만들기 위한 의식적 노력을 시도했는지를 확인할 방도는 아직 부재한 상황이다. 이 부분은 앞으로 해당 사건에 대한 보다 많은 정보가 드러날 때 명확히 알 수 있을 것이다.

V. 결론

대통령은 탄핵대상자 중 국민으로부터 직접 선출되는 유일한 인물이라는 점에서 그 누구와도 비교할 수 없을 직접적이고 강한 민주적 정당성을 가진다. 또 우리 헌법은 대통령의 임기를 보장하고, 형사상 불소추의 특권을 인정하는 등 대통령이 임기 동안 국정의 최고책임자로서 시종 그 역할을 다할 수 있도록 하고 있다. 반면, 탄핵심판은 그러한 대통령직의 속성을 거슬러 대통령을 그 직에서 물러나게 하는 제도이다. 이 둘 간의 길항적인 관계가 대통령 탄핵심판의 전반에 걸쳐 여러 딜레마를 양산한다는 것이 본 연구의 문제의식이었다.

우선 절차상의 딜레마로, 절차진행의 신속성과 신중성 간의 충돌문제에 초점을 맞추었다. 대통령은 국민이 직접 선출한 자이고 또 국정의 최고책임자인 만큼 그 직을 함부로 박탈해서는 안 되므로, 이 점에서 대통령 탄핵심판은 신중성이 요구된다. 다른 한편, 대통령은 탄핵심판 기간 동안 권한행사가 정지되는데, 그로 인한 국정상의 공백을 고려한다면 대통령 탄핵심판은 신속성이 요구된다. 이 문제에 관하여, 이 글에서는 신속성의 상대적 우위 속에서 신중성 또한 최대로 발휘되는 것이 합당하다

는 입장을 제시했다.

실체적 판단에 관한 딜레마로는, 헌법재판소가 형사법위반 여부를 판단할 때 겪게 되는 문제를 짚어보았다. 대통령은 형사상 불소추의 특권으로 인해 통상 형사재판 이전에 탄핵심판을 먼저 받게 된다. 이때 헌법재판소가 형사법위반을 판단한다면 이후 형사재판에서 자신의 판단이 뒤집힐 위험이 생기고, 판단하지 않는다면 제시된 탄핵사유에 대해 성실히 답변하지 않는 것이 된다. 이 문제에 관하여 본고는 원칙과 예외를 구분해 접근하고자 했다. 원칙적으로 보자면, 헌법재판소는 청구인이 제시한 탄핵사유에 대하여 모두 판단하는 것이 옳다. 그러나 예외적으로, 이미 인정된 다른 사유로도 파면결정이 가능한 정도에 이른 상황에서 형사법위반 여부의 쟁점을 빠짐없이 판단하려면 추가로 더 연장된 기간이 필요하고 이로 말미암아 대통령의 공백상태가 사회적으로 수인 가능한 수준을 넘게 되는 경우처럼, 형사법위반 문제의 우회에 따른 결정의 정당성 약화라는 해악과 그로써 얻을 수 있는 결정의 신속한 선고라는 이익을 비교형량해 전자가 더 클 경우에는 형사법위반 문제에 대한 판단유보도 허용될 수 있다는 것이다.

마지막으로, 결정상의 딜레마로는, 재판부에서 6인 이상의 인용의견이 형성되었지만 아직 의견을 정하지 못했거나 다른 의견(각하 혹은 기각)을 가진 재판관이 있을 때, 재판부가 어떤 행동을 취할 것인가라는 문제를 중심으로 살펴보았다. 대통령은 국민이 직접 선출한 국정의 최고책임자이므로, 그를 파면하는 결정은 그에 걸맞은 권위와 정당성을 가져야 할 필요가 있다. 재판부는 대통령 탄핵결정의 권위와 정당성을 높이기 위해 탄핵사유를 최대화하고자 할 수 있으나, 이 경우 인용의견에 가담하는 재판관의 수가 최대화되지 않는다는 문제가 있다. 반면, 인용의견에 가담하는 재판관의 수가 극대화된 형식을 추구할 경우에는 애초 인용의견을 취하지 않은 재판관과의 의견조율 과정에서 탄핵사유가 축소될 가능성이 있다. 본고에서는 탄핵결정의 권위와 정당성을 강화하기 위해서 설령 탄핵사유가 축소되더라도 인용의견의 재판관 수를 강화하는 것이 더 합당하다는 입장을 취했다.

대통령 탄핵심판은 뜨거운 정치적 소용돌이 속에서 진행되므로 원래부터 어려운 재판이지만, 대통령 탄핵심판제도에 내재한 갈등요소 간의 긴

장관계에 의해 이 심판의 어려움이 더욱 가중된다. 이 어려움은 대통령 탄핵심판제도 그 자체의 속성에서 기인한 탓에 완전히 해소될 수는 없다. 그러나 주어진 구체적 상황에 맞는 사려 깊은 판단을 통해 이 심판 제도를 합리적으로 운영하는 것은 충분히 가능하다. 우리 실무례 역시 큰 틀에서 그러한 방향에 있다고 평가된다.

(논문투고일: 2021.11.21., 심사개시일: 2021.12.9., 게재확정일: 2021.12.13.)



▶ 이황희

탄핵심판, 딜레마, 절차진행, 불소추 특권, 결정의 권위와 정당성

【참 고 문 헌】

I. 단행본

- 권영성, 「헌법학원론(개정판)」, 법문사, 2008.
- 김철수, 「헌법학개론(제19전정신판)」, 박영사, 2007.
- 김하열, 「헌법강의(제2판)」, 박영사, 2020.
- 김하열, 「헌법소송법(제4판)」, 박영사, 2021.
- 정재황, 「헌법재판론」, 박영사, 2020.
- 정재황, 「헌법학」, 박영사, 2021.
- 정종섭, 「헌법학원론(제12판)」, 박영사, 2018.
- 정종섭, 「헌법소송법(제9판)」, 박영사, 2019.
- 한수웅, 「헌법학(제8판)」, 법문사, 2018.
- 허영, 「한국헌법론(전정16판)」, 박영사, 2020.
- Hansen, M. H., *Eisangelia: The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B. C. and the Impeachment of Generals and Politicians*, Odense University Press, 1975.
- Hansen, M. H., *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, University of Oklahoma Press, 1999.

II. 논문

- 강명원, “탄핵에 관한 한국과 프랑스 헌법 비교 및 고찰”, 「외법논집」 제42권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018.
- 김진욱, “탄핵요건으로서 헌법이나 법률 위반의 중대성”, 「저스티스」 제161호, 한국법학원, 2017.
- 김하열, 「탄핵심판에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문, 2005.
- 김하열, “대통령 탄핵 - 현재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정 -”, 「법조」 제722호, 법조협회, 2017.
- 박성태, “탄핵심판절차에 관한 연구 - 대통령(박근혜) 탄핵사건 탄핵사유와 증거법을 중심으로 -”, 「헌법재판연구」 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020.
- 박진우, “탄핵제도에 관한 입법론적 연구”, 「공법연구」 제38집 제1호

- 제2권, 한국공법학회, 2009.
- 박찬주, “대통령의 부소추특권에 관한 몇 가지 문제”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009.
- 서보건, “헌법재판에서 소수의견표시제에 관한 연구”, 「헌법학연구」 제10권 제3호, 한국헌법학회, 2004.
- 윤정인, “대통령 탄핵사유의 범위 - 2016헌나1 대통령(박근혜) 탄핵사건을 중심으로 -”, 「공법연구」 제45집 제3호, 한국공법학회, 2017.
- 윤정인·김선택, “법관 탄핵의 요건과 절차 - 사법농단 사태와 관련하여 -”, 「공법연구」 제47집 제3호, 한국공법학회, 2019.
- 이명웅, “미국 연방헌법의 탄핵사유”, 「미국헌법연구」 제16권 제2호, 미국헌법학회, 2005.
- 이상윤, “미국탄핵제도의 헌법적 연구”, 「공법학연구」 제7권 제4호, 한국비교공법학회, 2006.
- 이상윤, “일본탄핵제도의 헌법적 의의와 과제”, 「공법학연구」 제8권 제2호, 한국비교공법학회, 2007.
- 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조”, 「저스티스」 제163호, 한국법학원, 2017.
- 이춘재, “박근혜 청와대 잘못된 보고가 ‘기무사 계엄령 문건’ 낳았나”, 「한겨레 21」 제1221호, 2018.
- 이준범, “미국 연방법관 탄핵에 관한 연구”, 「성균관법학」 제32권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2020.
- 이황희, “탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법”, 「성균관법학」 제32권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2020.
- 임중훈, “탄핵심판제도에 대한 평가 - 탄핵사유의 중대성과 적용할 증거법 등을 중심으로 -”, 「공법연구」 제46집 제1호, 한국공법학회, 2017.
- 장용근, “헌법 제84조”, 「헌법주석서 III」, 법제처, 2010.
- 정만희, “탄핵제도에 관한 비교헌법적 연구”, 「동아법학」 제32호, 동아대학교 법학연구소, 2003.
- 정종섭, “탄핵제도와 헌법디자인”, 「법과 사회」 제30권, 법과사회이론학회, 2006.
- 조희문, “브라질 대통령 탄핵제도: 민주화이후 사례를 중심으로”, 「포르투갈-브라질」 연구 제13권 제2호, 한국포르투갈-브라질학회, 2016.

표명환, “헌행법상의 탄핵관련 규정의 몇 가지 문제점과 개선 입법방향”, 「법제연구」 제54호, 한국법제연구원, 2018.

허완중, “헌법재판에서 소수의견제도”, 「헌법재판연구」 제6권 제1호, 헌법재판연구원, 2019.

Safta, Marieta, “The Role of Dissenting and Concurring Opinions in the Constitutional Jurisdiction”, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 5, No. 1(2016).

Stone Sweet, Alec & Jud Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 47, No. 1(2008).

Ⅲ. 기타

“헌재 “공정·신속하게 심판”...주심엔 여야 함께 추천한 강일원”, 중앙일보, 2016. 12. 10. 온라인입력기사(<http://news.joins.com/article/20986337>).

“헌재 “쟁점 많아 노무현 전 대통령 탄핵 심판 때 없었던 준비절차 밝기로””, 조선일보, 2016. 12. 12. 온라인입력기사(https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2016/12/12/2016121201852.html).

Abstract

Dilemmas in the Adjudication on Presidential Impeachment

Hwanghee Lee

The president has direct democratic legitimacy in that it is the only figure who is elected directly by the people among the high ranking officials subject to impeachment. In addition, the president has a stable term of office guaranteed by the Constitution. On the other hand, the impeachment is the means by which the president is removed from office against his or her will. This article believes that the conflicting relationship between these two aspects leads to some dilemmas throughout the presidential impeachment adjudication. There are some challenges in this adjudication from the beginning as it proceeds in a heated, complicated political situation, but the dilemmas as mentioned below add to the difficulty on this adjudication. In this paper, we look at the causes, specific contents, and solutions of these dilemmas.

First of all, as a dilemma on procedural matter, we focus on the conflict between the principle of quickness and prudence in proceedings. This paper takes the position that it is reasonable to pursue the principle of prudence to the maximum under the guidance of the relative superiority of the principle of quickness. As a dilemma regarding substantive judgment, we pay attention to the problems that the Constitutional Court faces when judging whether he or she violated criminal laws. On this matter, this paper attempts to distinguish between principles and exceptions. In principle, the

Constitutional Court should make judgment on all the grounds for impeachment presented by the impeachment prosecutor, but there would be some exceptions where it is possible to reserve judgment on the issue of criminal law violations. Finally, the decision-making dilemma arises when more than 6 justices think the request for impeachment could be upheld, while the others have not yet decided. This paper defends the perspective that in order to make stronger the authority and legitimacy of the impeachment decision, it is more appropriate to maximize the number of justices on the court opinion, even if the impeachment grounds might be reduced.



▶ **Hwanghee Lee**

adjudication on impeachment, dilemmas, proceedings, presidential privilege against prosecution, authority and legitimacy of the impeachment decision