

헌법재판기관의 구성원리와 우리 제도의 개선방향

이광윤*·이봉한**

I. 헌법재판제도의 도입과 운영	IV. 헌법재판소 구성의 문제점과 개선방향
II 헌법재판의 본질	1 헌법의 틀
III. 헌법재판기관의 구성원리	2 헌법재판소 구성
1 독립성의 원리	3 헌법재판소 구성의 문제점과 개선방향
2. 전문성의 원리	V 결
3. 민주적 정당성의 원리	

I. 헌법재판제도의 도입과 운영

미국 연방최고재판소에서 1803년 위헌법률심사가 최초로 시작된 이래 Hans Kelsen의 유명한 논문 ‘재판에 의한 헌법의 보장’(헌법재판)¹⁾에 나타난 교훈에 따라 1920년 오스트리아에서 최초의 독립기관형 헌법재판소가 창설되더니 제2차 세계대전 후에 독일과 이탈리아에서도 과거 독재체제에 대한 반성을 토대로 같은 형의 헌법재판소가 설립되었다. 오늘날 자유민주국가에서 헌법재판제도는 정치생활을 헌법의 규범적 테두리속으로 끌어들이으로써 정치를 순화시키고 ‘헌법을 실현’하는 헌법보호의 중요한 수단일 뿐 아니라, 그 강력한 권력통제적 기능때문에 통치기구의 불가결한 구성요소로 인식되고 있다.²⁾현재 헌법재판제도는 의회주권이 강하게 확립된 영국, 네덜란드, 뉴질랜드 등과 사회주의국가 중 중국, 북한, 쿠바 등을 제외하고 세계의 대부분 국가에서 채택하고 있다.

위헌법률심사를 주요한 관할사항으로 하는 각국의 헌법재판제도를 보면 사법형(최

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

** 호서대학교 초빙교수, 성균관대학교 대학원 박사과정.

1) Hans Kelsen, La garantie juridictionnelle de la Constitution(la justice constitutionnelle), Revue du droit public, 1928, pp.198-251. 조병륜, ‘우리나라 헌법재판소의 지위와 기능’, 헌법재판 운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993, 182면.

2) 허영, 한국헌법론, 박영사, 2003, 783면

고재판소형)이 54개국, 독립기관형 중 헌법재판소형이 57개국 및 헌법위원회형이 11개 국이어서 현재 세계적 추세는 독립기관형임을 알 수 있다 이는 독립기관형 헌법재판 제도가 헌법수호와 기본권보장에 있어서 사법형보다 장점이 많기 때문이다. 즉 구성방법이 중립적이고, 정치적이고, 전문적이면서 심판에 있어서는 어느 국가기관으로부터도 독립적이기 때문이다. 철의 장막이 붕괴된 이후, 거의 모든 동유럽의 국가들이 광범위한 권한을 가지는 헌법재판소를 설치하였다. 아프리카와 중미의 신생민주국가의 경우에도 마찬가지이다.³⁾ 특히 독립기관형 중 헌법재판소형이 주류를 이루고 있는 것은 헌법재판소제도가 종래의 사법심사제도가 가지고 있던 미약한 효과성을 극복할 수 있는 제도이기 때문이다.⁴⁾

우리나라는 제헌이래 헌법위원회형, 헌법재판소형,⁵⁾ 대법원형 등 헌법재판제도를 바꾸어 가며 가지고 있었으나 유명무실하였고, 1988년 현 헌법재판소가 창설된 이래 중요한 많은 위헌결정을 함으로써 비로서 국민의 헌법인식과 인권의식이 크게 향상되었다.

제9차 헌법개정에 의하여 창설된 현 헌법재판소는 당시에 철저한 비교법적인 연구와 사전준비도 없이 집권세력의 정치적 결단을 통해서 도입된 제도라고 볼 수 있다. 따라서 처음부터 완전무결한 제도를 기대할 수는 없었고, 특히 보수적이고 집단이기적 성향이 강한 사법부가 신설되는 헌법재판소의 위상설정에 적극적이지 못하여 대법원과 헌법재판소 사이의 위상정립을 분명히 하지 못한 채 헌법재판소가 설립되었다. 지금의 우리 헌법재판제도가 안고 있는 여러 가지 문제점은 출발당시 철저한 연구와 준비를 하지 못한데서 비롯된 제도상의 결함이라고 볼 수 있으나, 그러나 많은 문제점에도 불구하고 헌법재판소의 노력으로 괄목할 만한 업적을 남기어 이제는 국민들이 헌법을 살아있는 규범으로서 인식을 갖게 되었다.

헌법재판소는 1988. 9. 1일 창설시부터 2004. 8. 31. 현재까지 16년간 사건접수 10,377건, 처리 9,762건, 위헌 및 인용 618건, 위헌조문수 268개, 미제 615건이고, 2003년간 처리실적은 1,063건의 업적을 남기었다.

3) Jutta Lumbach, 'Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts', 한국헌법재판의 회고와 전망(서울, 헌법재판소), 1998, 별지 5면

4) Jose Manuel M. Cardoso da Costa, 'Seminar on Commemorating the 10th Anniversary of the Constitutional Court of the Republic of Korea', 한국헌법재판의 회고와 전망. (서울, 헌법재판소), 1998, 별지 61면.

5) 우리 헌정사에서 헌법재판소제도는 제2공화국 헌법에 처음으로 도입하였으나 5. 16군사구테타에 의해 구성조차 못하고 폐지되었고, 현 헌법재판소는 두 번째 이다.

II. 헌법재판의 본질

헌법재판의 본질은 헌법재판의 법적성격이라고도 하겠다. 헌법재판의 본질에 대하여는 사법작용설, 정치작용설, 입법작용설, 제4의 국가작용설 등이 있다.

사법작용설은 헌법재판도 헌법규범에 대한 법해석작용을 그 본질로 하는 만큼 다른 법률해석작용과 마찬가지로 전형적인 사법적 법인식작용에 지나지 않는다고 한다. 이 견해는 헌법과 일반법률의 해석이 방법상에 아무 차이가 없다는 입장에 서서 사비니(Savigny)의 해석법학적 사상을 그 바탕으로 하는 것으로, 이 설은 사법의 해석에 관한 Savigny의 이론을 사법과는 그 규범구조가 다른 헌법해석에 적용시키려고 하는데 무리가 있고, 헌법은 일반법률과는 다른 많은 구조적 특질을 가지고 있음을 인식하여야 한다.

정치작용설은 헌법재판의 본질을 정치작용으로 보는 C. Schmitt의 견해로써 헌법재판은 헌법문제에 대한 다툼을 전제로 하는 것인데, 헌법문제에 관한 다툼은 그 본질상 '법률분쟁'이 아닌 '정치분쟁'이기 때문에 정치분쟁을 해결하는 것은 어디까지나 정치작용이라고 한다. C. Schmitt는 헌법재판을 '사법적형태의 정치적 결단'이라고 보는 것도 그 때문이다. 그러나 정치작용설은 헌법의 정치결단적 성격만을 지나치게 강조하고 헌법의 규범으로서의 성격을 완전히 도외시한 무리가 있다.

입법작용설은 헌법재판은 헌법해석을 통한 헌법의 실현작용인데, 헌법을 해석한다는 것은 헌법이 가지는 규범구조의 특질(추상성, 개방성, 미완성성 등) 때문에 결국 헌법의 보충 내지 형성적기능을 뜻하게 된다고 한다. 이러한 법률의 보충 내지 형성적기능은 전통적인 사법작용에서는 오히려 입법권에 대한 침해를 뜻한다고 하여 금지되기 때문에, 헌법재판은 헌법규범의 내용을 구체화하는 법정립작용에 지나지 않는다고 한다⁶⁾. 그러나 헌법이 규범구조적인 특질이 있으나 일반법률의 해석에서도 정도의 차이는 있을지언정 법률의 보충 내지 형성적기능이 있을 수 있고, 헌법의 해석과 일반법률의 해석이 그 방법과 내용면에서 본질적인 차이가 있다 하더라도 그와 같은 차이가 헌법재판을 입법작용으로 만드는 것이라고 보기는 어렵다고 생각한다. 왜냐하면 헌법재판에 내재하는 입법기능은 헌법재판의 효과일 수는 있어도 그것이 결코 헌법재판의 본질과 성격 그 자체일 수는 없다고 느껴지기 때문이다.⁷⁾

6) 미국 연방대법원의 위헌법률심사기능과 관련하여 미국연방대법원을 '입법작용의 제3원'(dritte Kammer der Gesetzgebung), 또 심지어 '진정하고 유일한 제2원'(wahre und einzige zweite Kammer)이라고 표현하는 학자가 있는 것도 같은 맥락이다.

7) 허 영, 한국헌법론, 박영사, 789면

제4의 국가작용설은 헌법재판은 국가의 통치권행사가 언제나 헌법정신에 따라 행해질 수 있도록 입법·행정·사법 등의 국가작용을 통제하는 기능이기 때문에 사법작용일 수도 없고 입법작용일 수도 없을 뿐 아니라 그렇다고 행정작용일 수도 없는 독특한 성격을 갖는 제4의 국가작용이라고 한다.

생각건대 헌법재판은 헌법해석이 가지는 정치형성적인 효과라든지 헌법규범에 내포된 구조적인 특성이라든지 또는 헌법을 해석할 때 참작해야 하는 정치적 관점 등을 고려해 볼 때에 순수한 '사법작용'이라고 보기는 어렵고⁸⁾ C. Schmitt의 표현대로 '정치적인 사법작용'이라고 하면서 제4의 국가작용이라고 함이 타당하다. 헌법재판을 제4의 국가작용이라고 이해하려는 이유는 사법작용적인 법인식기능과 정치작용적인 타당성이 적절한 균형관계를 유지함으로써 법적인 관점에서나 정치적인 관점에서나 수긍할 수 있는 해결책이 모색되어야 하기 때문이다.

III. 헌법재판기관의 구성원리

헌법재판소의 구성원리는 국가구성원리와 정치적사법기관이라는 헌법재판의 본질에 의해 결정된다. 국가의 구성원리, 즉 우리나라의 구성원리는 민주공화국으로서의 구성원리이고, 헌법재판은 국가의 제4의 작용으로서 정치적사법이라고 하는 독특한 성질을 지니고 있다. 또한 우리의 헌법재판기관의 구성특성은 독립기관형 헌법재판제도, 그 중에서도 헌법재판소형 헌법재판제도이다. 헌법재판의 특성은 헌법이 가지는 유동성, 추상성, 개방성, 미완성성 등의 특성과 헌법해석이 가지는 특성에 의해 지배된다. 따라서 헌법재판소는 이러한 독특한 성질에 맞게 구성되어야 한다.

헌법재판소의 구성에 있어서도 민주국가원리, 법치국가원리, 권력분립원리가 그 기초에 있다.

1. 독립성의 원리

헌법재판기관은 사법형(분산형)과 독립기관형(집중형)이 있고, 오늘날 독립기관형 헌법재판기관, 그 중에서도 헌법재판소형이 주류이지만 사법형 헌법재판기관 숫자도 헌법재판소형에 버금간다. 사법형 헌법재판기관에서는 일반 민·형사사건과 더불어 위헌법률심사 등 헌법재판을 관장하지만 대법원에 헌법부(constitutional chamber or

8) 허영, 상계서, 790면.

section)을 설치하는 경우도 있다. 어느 경우나 대법원은 사법기능을 위해서 독립을 원칙으로 유지하고 있다. 독립기관형 헌법재판소는 그 구성원리인 전문성의 원리와 더불어 외부로부터의 독립을 위해 별도로 구성된 기관이므로 독립성이 더욱 확고하다 하겠다. 특히 탄핵심판 등 정치적 사건의 심판으로 사법부가 정치적 영향을 받는 것을 피하기 위해서 독립기관형 헌법재판소가 설립되게 되었다.⁹⁾

헌법재판소는 권력분립상 국회·정부·대법원과 대등한 독립된 헌법기관이다. 그리고 헌법재판소장은 의전상 대통령·국회의장·대법원장 다음의 네 번째 지위를 가지나, 법적지위에서는 대통령, 국회의장 및 대법원장과 동렬에 있다.

헌법재판소는 다른 국가기관이 헌법을 침해하는 경우 이에 대해 통제하는 권한을 가짐으로써 명실공히 최후의 헌법수호기관으로 기능하므로 다른 府나 기관으로부터 독립적이어야 한다. 여기서 말하는 독립 중 가장 중요한 것은 재판의 독립을 말하며, 헌법재판소 구성이 방법론상 불가피하게 타부 참여하에 이루어진다 해도 일단 구성된 후에는 헌법재판의 독립성이 훼손되지 않는 방향으로 운영되어야 한다.

그러므로 헌법재판의 독립성을 위해 그 구성원인 재판관은 국민의 대표인 국회에서 선임하기도 하고, 대통령이나 사법부에서 선임하는 경우에도 국회의 동의절차를 거치도록 하는 경우가 있다. 헌법재판소장 선임에서도 국회에서의 선임, 대통령의 선임 및 호선 등의 방법으로 하고 있으며 독립성보장에 주안점을 두고 있다. 확고한 독립성유지를 위해 재판관에게 임기 및 정년보장, 겸직의 금지, 철저한 신분보장 등의 규정을 두고 있다. 입법례를 보면 대개의 경우 탄핵과 형벌에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하는 규정을 두고 있다.

우리나라 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관을 대통령이 임명하도록 되어 있고, 헌법 제111조 제3항에서 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다(동조 제3항)고 하여 국회, 대통령 및 대법원장의 협력으로 구성함으로써 어느 한 부에 의존되지 않고 독립을 유지 하도록 규정하였고, 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다(동조 제4항)고 규정하여 대통령이 자의로 임명치 못하도록 하였다.

헌법재판소의 재판관의 임기를 6년으로 하여 임기 중 독립하여 재판할 수 있게 하였고(헌법 제112조 제1항), 재판관은 정당가입이나 정치에 간여할 수 없도록 규정(동조 제2항)하여 재판에 부당한 영향을 받지 않도록 하였을 뿐 아니라, 헌법재판관은 탄핵 또는 금고이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다(동조 제3항)라

9) 헌법재판소, 헌법재판소10년사, 1998, 72-73면.

는 철저한 신분보장으로 권력으로부터의 독립을 보장하고 있다.

가. 재판의 독립

헌법재판소법 제4조는 '재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다'라고 재판의 독립을 규정하고 있다. 헌법재판관의 헌법재판기능수행에 있어서의 독립이란 헌법재판기능을 수행함에 있어서 국회나 행정부와 같은 다른 국가기관으로부터의 독립뿐만 아니라 정당 등 정치세력, 압력단체와 당사자 등 이해관계자로부터의 독립, 심지어 동료재판관으로부터의 독립까지 포함한다. 이러한 헌법재판관의 독립과 그들의 헌법 등 법에의 구속이 서로 상충모순되는 것이 아니고, 헌법 등 법에의 구속이 오히려 헌법재판관의 독립의 본질을 이룬다는 점을 주의할 필요가 있다. 이처럼 헌법재판관의 독립이란 헌법 등 법에 종속하는 이외에 어느 누구에게도 종속되지 아니함을 의미한다.¹⁰⁾ 헌법재판은 사법작용이므로 독립적으로 판단하여야 하며, 정치적 사법작용이라고 하여도 헌법재판 그 자체가 정치적 영향을 받아서는 안 된다. 그런데, 이 내용이 헌법에는 명시된 규정이 없다. 그 사항이 헌법적인 사항일 뿐만 아니라 '법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다'라고 법관의 독립에 대해 규정한 헌법 제103조 규정에 비추어 볼 때, 헌법재판소 재판관의 독립에 관한 규정도 헌법에 명시하는 것이 타당하다고 하겠다.

나. 운영의 독립

헌법재판소의 독립이 보장되기 위해서는 헌법재판소의 운영이 독립되어야 하는데, 운영의 독립에서는 인사와 예산의 독립이 가장 중요하다.

헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 통리하며, 소속공무원을 지휘·감독한다(헌법재판소법 제12조 제2항) 또한 헌법재판소장은 사무처장이하 사무처공무원과 헌법연구관을 임명하고, 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 사무처공무원으로 근무하기 위하여 헌법재판소에의 파견근무를 요청할 수 있다

헌법재판소는 다른 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.(동법 제10조)

헌법재판소장은 헌법재판소의 조직·인사·운영·심판절차 그 밖에 헌법재판소의 업무

10) 최대권, 헌법재판소의 정치화-그 구조와 기능을 중심으로-, 서울대학교 법학 제34권 1호, 1993, 111면.

에 관련된 법률의 제정 또는 개정이 필요하다고 인정하는 경우에는 국회에 서면으로 그 의견을 제출할 수 있고, (동법 제10조의2) 헌법재판소의 경비는 독립하여 국가의 예산에 계상하여야 하며, (동법 제11조 제1항) 경비 중에는 예비금을 둔다. (동조 제2항)

2. 전문성의 원리

헌법재판은 헌법실현에 있어서 국가적으로 최고의 수준에서 행해지는 국사재판의 성격을 가지는 여러 형태의 재판을 모아놓은 집합¹¹⁾으로 보는 견해가 있는데, 우리나라 헌법재판은 헌법 제111조 제1항에서 관장사항으로 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판을 열거하고 있다. 헌법재판소는 이렇게 헌법에 열거된 사항에 대해서만 관할권을 가진다. (열거주의) 즉 광범위한 司法분야에서 헌법적 사항, 또는 국사재판의 성격을 가지는 분쟁사건만을 분리해서 별도로 전문적으로 다루는 재판제도를 일컫는다 하겠다. 여기서 ‘전문적’이라 함은 이들 분쟁사건은 사건 수가 많지 않으면서도 사항별로 성질이 각기 상이한 관계로 분리하여 별도기관(예, 탄핵재판소)을 설립 또는 관할사항을 축소·확대할 수도 있으나, 크게 보아서 사건이 헌법적 사항 또는 국사재판이라는 공통점을 가지고 있고, 그것은 기본적으로 중요한 사건임으로 최고헌법기관의 하나로서 헌법재판소를 창설하여 전문적인 재판관이 위 사건만을 배타적이면서 전속적으로 재판하게 한다는 의미이다.

그런데 헌법재판이 국민 다수의 의사에 의하여 행해지지 않고 전문적인 지식과 경륜을 가진 극소수 인물들로 하여금 헌법재판을 행하게 하는 것은 공동체의 삶의 원리, 헌법철학, 규범질서의 원리 등을 정확히 인식하고 이를 밝혀내어 구체적인 사건을 해결하는 업무에는 경험칙으로 보아 일반적인 경륜을 갖추고 다수로 구성된 국회나 통상적인 법률전문가로 구성된 법원보다는 전문적인 지식, 경험 및 능력 등을 갖춘 극소수 인물이 보다 타당한 것으로 요구되기 때문이다. 입법제도 그렇다. 민주주의 공동체의 진리와 규범가치에 관련된 문제는 다수의 의사에 의해 결정된다고 보지만, 공동체 구성원의 다수의사만이 항상 보편적인 진리와 인간의 행복에 관련된 문제를 결정할 수 있는 것은 아니며, 오히려 최고의 법원리와 같은 보편적인 법원리·법가치, 사물의 본성 및 이치와 관련된 문제는 그러한 원리 및 가치를 깊이 천착한 자에 의해서 결정될 수 있는 것이다.

여기서 법치주의는 민주주의와 함께 공동체를 지도하는 원리로 작동하게 된다. 인

11) 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2002, 3면

간속에 내재하고 있는 이기적 욕망, 자의성, 가변성 등을 통제하면서 공동체의 존속과 삶의 질서를 안정되게 하는 보편적인 가치와 일반적인 규범을 찾아내는 작업은 법치주의에서 비롯된다. 재판에 있어서 전문성과 능력을 요구하는 것은 재판의 공정성과 정확성을 확보하려는 것이고, 재판의 공정성과 정확성은 판단의 자의성과 판단기준의 가변성을 통제한다. 재판에서 요구되는 전문성의 원리는 이렇듯이 법치국가원리에 의해 요구되는 것이다.¹²⁾

위와 같은 이유로 헌법재판관은 법관과는 다른 자격과 선임방법으로 구성하여 헌법재판사건을 전문적으로 다루게 하는 것이 일반적이다.

전문성은 지식의 전문성만에 한정되는 것은 아니고, 경륜에 의해서도 확보될 수 있다는 점을 고려하는 것이 중요하다. 헌법재판을 수행하는 재판관의 자격요건을 법지식만에 한정할 수 없고, 인간의 삶, 공동체의 존속과 발전, 국가의 현황과 미래에 대한 전망과 통찰력 등 공동체와 국가를 전체적으로 인식할 수 있는 능력도 요구되기 때문이다.

헌법재판은 헌법질서를 형성하는 것이기는 하지만, 헌법질서형성을 통하여 국민의 기본권신장과 국가발전에 기여하는 것이므로 인간의 다양한 전문영역의 하나일 뿐인 법률지식을 가진 사람만으로 한정하여 헌법재판기관을 구성하는 경우 기본은 충족되었지만 개방적이지 못하여 헌법재판기능을 왜곡시킬 수도 있다.

그럼에도 불구하고 우리나라 헌법재판소 구성에서 전문성의 확보는 재판관자격요건을 제한하는 방식으로 구현하고 있는데, 헌법은 재판관은 법관의 자격을 가질 것을 요구하고 있고(헌법 제111조 제2항), 헌법재판소법은 재판관의 경우 15년 이상 1)판사·검사·변호사, 2)변호사의 자격이 있는 자로서 국가기관, 국·공영기업체, 정부투자기관 기타 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 자, 3)변호사의 자격이 있는 자로서 공인된 대학의 조교수 이상의 직에 있었던 자일 것과 그와 동시에 나이가 40세 이상일 것을 자격요건으로 하고 있다.(헌법재판소법 제5조 제1항) 또한 헌법재판소법은 헌법재판소의 구성에서 전문성의 원리를 더욱 확고히 하고 재판업무에서의 전문성을 강화하기 위하여 주로 판사·검사·변호사, 또는 법학박사학위 소지자로 충원하는 헌법연구관제도를 두어 재판업무에서 법률적인 전문적 지식에 기초하여 재판관들을 보좌하도록 하고 있다.

12) 정종섭, 상계서, 37면.

3. 민주적 정당성의 원리

민주적 정당성이란 ‘국민의 정치적 합의’를 말한다. 즉 헌법적 권능의 정당성 및 헌법기관 선임의 정당성에 대한 국민의 정치적 합의를 말하며, 그 정신이 헌법에 반영되어 있다. 현재 인정되는 민주적 정당성의 창출 및 유지제도를 보면 우선 권력분립에 의거 헌법기관에 헌법적 권능부여 및 헌법적 선임방법이 규정되어 있고 국가권력에 대한 국민의사의 상설적인 입력통로(input-channel)로서 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장한다. 이들 자유는 내포된 ‘주관적 공권’의 행사에 그치지 않고 일종의 ‘계속적인 국민투표’로서 입력기능을 가진다. 그리고 청원권과 복수정당제도는 ‘민주적 정당성의 신진대사’를 위한 불가피한 제도이다.¹³⁾ 또한 정권이 특정한 또는 특정계층에 의해서 독점되는 것을 막음으로써 평화적인 정권교체의 정치적정의를 실현하고 통치권이 갖는 ‘민주적정당성의 신진대사’를 촉진하기 위해서 ‘입기제도’를 전체로 한 선거제도와 국민투표제도 등 주기적인 입력채널을 마련해 놓고 있다.

민주주의가 자유와 평등의 통치형태적 실현수단이고,¹⁴⁾ 민주적 정당성이라 함은 민주주의적 요청을 충족시키며 민주주의적 요청과 조화를 이루어야 한다는 당위성을 말함으로,¹⁵⁾ 헌법기관에는 헌법적 권능과 헌법적 선임이 부여된다. 그런데 헌법기관의 민주적정당성의 크기는 그 헌법기관의 헌법적 권능에 따라 체증하고, 그 헌법기관의 헌법적선임의 국민으로부터의 거리에 따라 체감되는 것을 이상으로 하는 ‘민주적 정당성’의 원리에 비추어 현 헌법(제67조)이 대통령의 선거방법을 간접선거에서 직접선거로 바꾼 것은 의의가 있다.¹⁶⁾

13) 허 영, 전계서, 608면

14) 허 영, 상계서, 152면.

15) 권영성, 헌법학개론, 법문사, 2004, 714-715면.

16) 민주적 정당성의 원리는 헌법기관의 헌법적 권능 외에 헌법기관의 헌법적 선임과정을 포함시킨 개념이며, 이때 헌법적 선임단계가 국민으로부터 멀어질수록 국민의 의사는 이완왜곡 가능성이 있어 결국 민주적 정당성의 크기는 국민으로부터 선임단계까지 거리에 따라 체감관계로 본다. 즉 헌법상 대통령에게 막중한 권한을 부여했다고만 해서(입헌주의) 대통령에게 민주적 정당성이 있는 것이 아니고 동시에 대통령의 선임절차에 ‘국민의 의사가 반영되었기 때문에’(민주주의) 그에게 민주적 정당성이 있는 것인데, 나아가 개정헌법(제67조)에서 대통령선출을 간접선거에서 직접선거로 변경하여 국민과의 거리가 한 단계 더 가까워져서 국민이 의사가 왜곡없이 반영되는 제도로 개선되었기 때문에 그의 민주적 정당성이 제고된 것으로 평가할 수 있다 만일 국민과의 거리를 단축시키는 제도없이 헌법적 권능만 부여된다면 대통령은 왕같이 독재자가 될 것이고, 반면 권능은 부여하지 않고 국민과의 거리만 가까운 제도일 때는 부통령같이 한직이 된다. 이렇게 보아야 ‘법규범 상호간에는 규범구조나 규범내용면에서 서로 상치 내지 모순되어서는 아니 된다’는 체제정당성의 원리(Ch Degenhart, System -gerechtigkeit und Selbstbindung

또한 주요 헌법기관의 구성에 국민의 대의기관인 국회로 하여금 직접·간접으로 관여케 한 것은 적어도 주요헌법기관의 존립과 기능이 국민과의 거리가 가장 가까운 국회의 의결을 거침으로써 간접적이거나 '민주적 정당성'의 바탕위에서 이루어져야 한다는 자유민주적 통치구조의 근본이념과 기본원리를 받아들여서 제도화하고 있는 것이라고 볼 수 있다.¹⁷⁾ 다시 말해서 헌법기관에 헌법적 권능을 부여할 때는 직접적이든 간접적이든 국민과의 거리를 단축시키도록 제도화하고, 이것은 직접적이든 간접적이든 국민과의 거리가 가까운 헌법기관에 헌법적 권능을 부여한다는 의미가 된다.

그런데 어느 헌법기관의 민주적 정당성은 그 기관의 헌법적권능 대소보다는 구성에 국민과의 거리가 가까운 것이 우선하는 것으로 생각된다.

헌법재판소에는 정치적 사법기관으로서 국민의 대표가 제정한 법률을 무효화 하고, 국민이 선출한 대통령 등 고위공직자를 파면하는 탄핵을 하고, 국가기관 상호간 등의 헌법적 권한과 의무의 범위와 내용에 관해서 다툼이 생긴 경우에 이를 심판함으로써 국가기능의 수행을 원활히 하고 권력상호간의 견제와 균형을 유지시켜 헌법의 규범적 효력을 보호하는 등의 강력한 헌법재판의 권능이 부여되어 있으므로, 국회·대통령·대법원장 3부 합동으로 재판부를 구성함으로써 국민과의 거리를 가깝게 하여 헌법재판소는 민주적 정당성에 기초하여 구성되고 있다.

민주적 정당성이 '국민의 정치적 합의'임으로 민주적 정당성을 얻으려면 헌법적 권능외에 구성에 국민과의 거리가 가까워서 '국민의 정치적합의'가 질과 양에서 변함없이 전달되어야 한다. 그렇게 되어야 민주적 정당성이 실질적으로 확보된다. 민주적 정당성 부여를 단계적으로 보아 선거인단으로서 국민이 민주적 정당성 제1차기관이라면 국회와 직선대통령은 국민이 직접투표로 선출함으로 민주적 정당성 제2차기관, 그리고 국회의장은 국회의원 전원에 의해 선출되고, 대법원장, 헌법재판소장 및 국무총리는 대통령이 (국회의 동의를 얻어) 임명하므로 민주적 정당성 제3차기관이라고 하겠다. 국민과의 거리가 같은 경우에는 '국민의 정치적 합의'의 보편성여부가 민주적 정당성 대소의 판단기준이 될 수 있겠다. 즉 국회와 직선대통령은 국민과의 거리가 동일하여 같이 2차기관에 해당하나 국회는 여·야 등 다수당으로 구성되어 있어 국민의 다양한 의사가 왜곡됨이 없이 표출되도록 구성되어 있으나 대통령은 지지자의 의사만이 반영되어 선출되기 때문에 국회의 민주적 정당성이 대통령의 그것보다 더 크다고 하겠다.

민주적 정당성 제3차기관중에서는 국회의장이 국민의 대의기관인 국회에서 선출되

des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, BverfGE 81, 156(207))에도 함당하다

17) 허 영, 전게서, 608-609면.

기 때문에 민주적 정당성이 가장 크다고 보고, 대법원장, 헌법재판소장 및 국무총리는 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하도록 되어 있어 임명절차가 비슷하여 민주적 정당성 크기도 비슷하다고 생각될 수 있다. 국회동의를 간접적이거나 민주적 정당성 부여에 목적이 있는데 동의방법은 인사청문회, 찬성 또는 반대로 행해지나, 예로 대통령의 어느 직위에 대한 임명절차에서 국회동의를 대통령 임명권에 대한 견제수단임으로 대통령의 임명권이 실질적 권한이라 하겠다 위의 세 기관의 민주적 정당성 크기를 비교해 보면, 임명에 국회동의를 요하는 것은 동일하고, 대법원장은 판사, 검사 및 변호사 또는 그 자격자 중 임명한다는 제한이 있고 지위가 사법부의 수장이고 직무가 독립적임에 비해, 국무총리는 아무 제한이 없으나 대통령보좌기관으로서 행정각부를 통할하는 행정부 2인자이고 직무상 독립성이 없으며, 헌법재판소장은 법관의 자격을 가진 자로 구성된 헌법재판관 중에서 임명도록 되어 있고 헌법수호와 기본권보장을 임무로 하는 헌법기관의 수장으로서 지위가 중립적이다. 대법원장 및 국무총리는 대통령의 의중대로 임명이 가능하나, 국민의 대표가 제정한 법률의 무효화 및 국민이 뽑은 대통령 등 고위공직자를 파면하는 탄핵심판 등을 하는 헌법재판소의 권능에서 헌법재판소장은 민주적 정당성이 부여될 뿐만 아니라 3인은 국회 추천자로, 3인은 대법원장 지명자로, 3인은 대통령이 임명한 자로 하여 중립적으로 구성된 재판관중에서 임명하게 되므로 헌법재판소장의 선임은 구성된 재판관에 의해 제한을 받게 되어 헌법재판소장의 민주적 정당성이 대법원장보다 크다고 보아야 하겠다.

그런데 헌법규정을 보면 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명하되(헌법 제111조 제2항) 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하고(동조 제3항), 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다(동조 제4항)고 규정하고 있다.

헌법재판소 구성에 국회, 대통령, 대법원장이 공동 참여함으로써 민주적 정당성과 중립성을 확보하고자 의도하였으나, 절차에서는 민주적 정당성 제3차기관인 대법원장에게 민주적 정당성이 요구되는 직위인 헌법재판관의 독자적 지명권을 부여한 점과 대통령임명 및 대법원장지명자는 민주적 정당성의 검증절차, 즉 국회동의를 거치지 아니하고 재판관으로 임명되도록 한 것이 문제점이다.

또한 헌법재판관 수(9인)는 헌법에 명시되어있으나 대법관 수는 법률사항이다. 재판관수를 헌법에 규정한 것은 3부 합동구성지를 보장함으로써 헌법재판소의 중립성을 확실히 담보하는 규정일 뿐 아니라 헌법재판소의 위상과 재판관 지위의 안정성도 더 두텁게 보호한다.

따라서 대법관과 헌법재판관을 비교하면 헌재소장과의 관계가 상대적으로 평등한 헌법재판관이 대법관보다 격상의 지위라 하겠다.

헌법재판소법 제15조 제1항을 개정하여야 한다

나. 헌법재판관 자격과 선임

헌법재판소는 정치적 사법기관으로서 국회, 대통령 및 대법원장의 균등한 참여에 의해서 구성되어 중립적이고 민주적 정당성을 인정받으며 헌법재판소장과 그가 포함된 재판관으로 구성된다.

헌법재판소에는 헌법상 국가최고통치기관의 하나로서 권능과 지위를 부여하였으나(헌법 제111조 제1항, 제2항, 제3항 및 제4항) 위의 제2, 3항에 규정된 구성절차 중 일부가 이러한 취지에 미흡하고, 현실적으로 헌법적관행의 미성숙으로 운용되는 면이 있다. 즉 헌법재판소의 관장사항은 강력하게 규정되었으나 관장사항을 실현하는 재판관의 구성절차에서 법관자격자로 제한된 재판관자격 및 민주적 정당성이 취약한 대법원장의 재판관지명권 등이 미흡하다. 즉, 헌법 제111조 제1항 헌법재판소 관장사항과 동조 제2, 3항에 규정된 자격 및 대법원장의 지명권과는 체계정당성의 원리에 저촉된다.

한편 대법원은 사법기관으로서 대법원장은 국회동의를 얻어 대통령이 임명하고, 대법관은 대법원장 제청으로 국회동의를 얻어 대통령이 임명하는 등 독립적으로 구성되며, 대법원장과 그의 하부조직인 대법관으로 구성된다.

헌법재판관자격에는 15년이상 경력의 법관자격에 40세이상인 자로 규정했어도 헌법재판소의 기능인 정치적 사법기관 위상에 맞는 경력자가 요구되고 있고, 헌법재판소장을 헌법재판관중에서 임명하므로 헌법재판관중 적어도 수인은 소장직 담당능력의 비중높은 경력자로 구성하여야 마땅함에도 현재는 소장직적임재판관을 소장직제자 1인 정도만 고려하는 관행인 듯 하다. 법관자격자중 국회의원, 장관, 대법관, 경력변호사 등 경력자를 헌법재판관에 임명하여 재판관의 능력을 높이고 심리의 심층화 및 다양화로 헌법재판소의 정치적 사법기능을 활성화시킬 수 있을 것이다. 헌법재판소장이 임기중 사임하면 재판관으로 남게 되고 후임은 재직자중에서 임명해야 될 경우가 발생할 수도 있으므로 평균적으로 재판관의 비중을 증량화하도록 구성하여야 한다.

또한 3부 공동구성의 헌법취지에 부응하여 3부에서 추천받은 자의 위상도 상호 비슷하여야 한다.

다. 헌법재판소 관장

우리나라 헌법재판소는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판을 관할사항으로 하고 있으므로 헌법재판소로서의 기본적인 사항은 전부 포함하고 있으나, 헌법소원의 대상으로부터 「법원의 재판」을 제외함으로써 사법부의 권력행사에 대하여는 물론이고 행정부의 권력행사에 대하여도 법원의 판결에 의해 확정된 후에는 헌법소원이란 사실상 불가능하게 만든 결과를 가져왔다.²⁰⁾ 많은 입법례를 가지고 있는 헌법소원 및 추상적 규범통제 등이 누락되어있다.

(1). 추상적 규범통제 · 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되지 않는 경우라도 법률의 위헌여부에 다툼이 있는 경우에 일정한 국가기관의 신청에 의해서 독립한 헌법재판기관이 그를 심사결정하는 제도이다. 일반적으로 추상적 규범통제의 신청권은 법률제정에 관여하는 모든 헌법기관에게 부여하는데, 이 제도는 분쟁이 발생하기 이전에 법률의 위헌성문제를 제기하여 그 위헌성을 제거함으로써 헌법재판소의 위헌결정에 따른 현실적인 파장과 충격을 줄일 수 있어 법적안정성을 기할 수 있고,²¹⁾ 특히 국회의 야당(규정상은 의원소수가 신청 가능하도록 함)에게도 그와 같은 신청을 가능케 하는 것은 여당의 횡포와 전제를 견제한다는 의미도 갖게 한다. 입법례로는 프랑스·그리스를 제외한 OECD헌법재판제도국가가 모두 채택하고 있으며, 독일은 이 제도를 성공적으로 운영하고 있는 모델이다. 우리나라는 이 제도를 채택하지 아니하고 있는데, 당연히 채택하여야 하겠다.

(2). 명령·규칙심사 : 현행 헌법상 위헌법률심판은 헌법재판소에, 명령·규칙·처분의 심사권은 대법원에 속하는데, 동일한 명칭의 법률과 시행령의 경우에 위헌심사주체가 상이해서 위헌법률심사를 하는 헌법재판소와 명령·규칙을 최종적으로 심사하는 대법원간에 상이하게 결정하는 사례가 있을 수도 있다. 규범통제는 규범심사전문기관인 헌법재판소로 통일시키는 것이 좋다. 입법례로 대통령령 등을 심사하는 국가는 체코, 폴란드, 폴투갈, 러시아, 슬로박, 슬로베니아, 프랑스 등이 있다.

20) 최대권, 전개논문, 107면

21) 윤명선, 헌법재판제도의 개선방향-입법론적 접근-, 경희대, 1994, 93면.

(3). 법원의 재판에 대한 헌법소원 : 헌법소원제도의 본래의 취지는 입법, 집행, 사법을 포함하는 모든 국가권력의 기본권에의 기속성을 확보하고자 함에 있다. 헌법 제 10조에서 규정하듯이 모든 국가권력은 국민의 기본권에 기속되는 것이므로 원칙적으로 기본권에 기속되는 국가권력은 모두 헌법소원의 대상이 된다고 하여야 할 것이다.²²⁾ 그러나 헌법재판소법은 법원의 재판을 원칙적으로 헌법소원의 대상에서 제외시키고, 다만 재판의 전제가 된 법률의 위헌심판제청신청을 기각하는 법원의 결정만은 헌법소원으로 다룰 수 있도록 하였고, (법 제68조 제2항) 또한 헌법재판소는 헌법재판소가 위헌결정한 법률을 적용해서 기본권을 침해하는 법원의 재판은 예외적으로 헌법소원의 대상이 된다고 결정하였다. (헌재결 1997. 12. 24, 96헌마172-173(병합))

전형적인 국가권력의 하나인 법원재판은 당연히 헌법소원의 대상으로 하여야 하고, 그럼으로써 지금까지 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 해석하여 온 법원의 재판을 거친 행정작용에 대해서도 헌법소원을 통한 구제의 길이 열리게 하여야 한다. 헌법소원의 대상으로부터 법원의 재판을 제외시키고 있는 헌법재판소법 제68조 제1항은 폐기하여야 하며, 이 점에 관해서 헌법학자 사이에 의견의 일치를 보고 있다.²³⁾ 헌법소원 제도를 두고 있는 국가는 오스트리아, 체코, 독일, 러시아, 슬로박, 슬로베니아, 스페인, 스위스 등이고, 재판에 대한 헌법소원을 인정하는 국가는 독일, 스위스 등이다.

(4). 선거소송 : 선거와 국민투표는 헌법실현의 기본질서이고, 정치적 행사임으로 선거소송은 중요한 헌법적 쟁송이다. 그러므로 선거소송제도는 논리적으로 보아 정치적이고 중립적이고 전문적기관인 헌법재판소 관할사항이어야 마땅하다. 입법례로 대통령 선거소송은 오스트리아, 프랑스에서, 국회의원선거소송은 오스트리아, 체코, 독일, 슬로박, 프랑스, 그리스 등이 있고, 국민투표소송은 오스트리아, 폴투갈, 슬로박, 프랑스, 그리스 등이 있다. 우리나라도 대통령, 국회의원 및 광역지방자치단체장의 선거와 국민투표에 대한 소송제도의 도입이 필요하다.

라. 성공한 헌법재판소사례

(1). 최고재판소형 : 미국 연방최고재판소

연방헌법재판소 재판관은 자격제한 및 정년이 없고 상원의 엄격한 인사검증을 거쳐

22) 헌법재판소, '헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서', 헌법재판연구 제10권, 1999, 345면

23) 최대권, 전개논문, 117면.

대통령이 임명한다. 이 과정에서 공식적심사와 변호사회 등 단체에서의 평가를 통해서 민주적정당성을 인정받는다. 자신들이 창조한 200년이상의 헌법재판전통에 대한 긍지와 재판에 사명감을 가지고 임하고 있다.

매년 5000여 사건 중 200건 내외의 중요한 사건-실제로는 헌법과 관련된 사건-만을 처리함으로써 기능적으로 유럽의 헌법재판소와 같다.

(2) 독일형 : 독일 연방헌법재판소

연방헌법재판소 재판관은 법관자격을 가진 자로 구성되는데, 재판관은 법학교수를 겸직할 수 있게 되어 있어 헌법재판에 필수불가결한 법철학 및 헌법학의 이론을 공급받아 헌법재판을 이론적으로 선도하고 있고, 재판관은 전원 상원 및 하원에서 선출함으로써 민주적정당성을 검증받는다.

추상적규범통제를 함으로써 다수당의 횡포 방지 및 야당의 주장을 보호하고, 법원의 재판을 포함한 헌법소원심판을 통하여 국민의 기본권을 철저히 보호한다.

(3). 우리 헌법재판제도의 문제점

우리나라 재판관자격은 직업법관은 아니라 하여도 법관자격자로 제한되어 있고, 대법원장의 전속적인 재판관지명권 등의 영향으로 헌법재판관은 직업법관출신이 압도적이다. 직업법관은 사건에 법을 적용하는 업무를 하면서 훈련을 받아왔으므로 헌법철학과 고도의 판단을 요하는 헌법재판에는 부족한 면이 있어 법철학과 헌법학을 보완하기 위해 재판관자격에 법학교수를 개방하여야 한다.

재판관선임에서 대통령임명자와 대법원장지명자의 민주적정당성이 취약한데, 특히 대법원장지명은 폐지하든지 대법관회의 추천후 국회동의를 거치도록 개선하는 것이 바람직하다.

전형적인 공권력행사인 법원의 재판이 헌법소원에서 빠져있어, 이로써 행정작용에 대한 헌법소원도 법원의 판결에 의해 확정된 사건에는 불가능하고 헌법소원의 기능이 반감되고 있으므로 헌법소원에 법원의 재판을 포함한다.

2 헌법재판소 구성

가. 3부 선출

헌법재판소는 행정, 입법, 사법, 3부가 선출한 각대표자들로 구성된 합의제 헌법기

관인 것이다. 재판관제도의 구성방법에는 국회선출형과 3부선출형으로 나누어지는데, 국회정당의석비율이 재판관의 수에 그대로 반영되는 전자보다는 정치적중립성을 유지하는 면에서는 후자가 이상적이라고 하여 우리나라는 후자를 택한 것이다²⁴⁾. 그러나 국회의 재판관선출에 대통령이 여당을 통해서 영향력을 행사하거나, 대법원장의 재판관지명에 대통령이 임명하는 대법원장을 통해 영향을 미칠 가능성이 있다.

나 헌법에 재판관수 규정

대법원조직은 법률로 정하게 되어 있으므로(헌법 제102조 제3항) 대법관수는 업무량의 증감에 따라 법원조직법에 적절히 조정될 수 있으나, 헌법재판관수는 헌법에 명시한 때문에 신축적이지 못하다. 그럼에도 불구하고 헌법재판관수를 헌법에 규정한 이유는 헌법재판소를 정치적중립기관으로 구성하기 위해서 대통령, 국회, 대법원장이 균등하게 헌법재판소를 구성하는 방법을 보장하고자 함에 있다. 즉, 헌법에 재판관수를 규정한 이유는 재판관수규모를 엄격히 정하는 의미도 있겠지만 그 보다 3부균등 선출방법을 규정하고자 함이다. 그래서 각 선출주체가 전체재판관 9인의 1/3에 해당하는 3인씩 선출토록 규정하였다.

다. 9인 재판관

헌법재판관수는 제1공화국 헌법위원회 위원장포함 11인, 탄핵재판소 재판장포함 11인, 제2공화국 헌법재판소 9인, 제3공화국 탄핵심판위원회 위원장포함 9인, 제45공화국헌법위원회 9인에 이어 제6공화국인 현 헌법재판관도 9인이다. 제1공화국과 제3공화국탄핵심판위원회 때는 전원명예직이었고, 제2공화국 헌법재판소 때는 보수와 대우를 대법관의 예에 준하도록 하였었고, 제45공화국 때는 1인만 상임이고 나머지는 전원 비상임이었다.

제1공화국과 제3공화국탄핵심판위원회를 제외하고 제2공화국 이후 현재까지 재판관 신분이 상임, 비상임, 상임으로 변화하면서도 재판관수가 9인을 유지하는 이유는 무엇이며, 재판관수 증감요인이 발생해도 9인을 계속 규정하는 이유는 무엇인가.

일반적으로 헌법기관을 포함한 어느 기관도 구성원규모결정에 근거가 있고, 예로서 대법관의 수도 법률에 위임되어 대법원 업무량에 따라 조정되고 있는데, 헌법재판관수는 뚜렷한 이유없이 일관되게 9인으로 규정하고 있다. 아마도 대통령, 국회, 대법원장 3부가 균등하게 선출하려다 보니까 3의 배수이면서(3인, 6인, 9인,중에서 택일),

24) 이시윤, '헌법재판에 관한 관견(I)', 헌법논총 제1집, 1990, 59면

다양한 재판관관해 수렴차원 및 외국의 제도(OECD, 9~19인)를 고려해서 9인이 된 것이 아닌가 한다.

특히 제2공화국에서는 헌법재판소제도 도입초기이니까 업무량예측이 어려웠겠지만 제45공화국에서는 과소업무량예측이 가능했을 터인데도 적지 아니한 규모인 9인제를 계속규정한 것은 3부합동구성 특성상 9인 차하 규모는 6인이 되고, 이는 규모가 적으므로 9인제를 유지시킨 것 같고, 현 헌법소원제도를 신설도입하면서도 당시 상황으로서는 단 한건의 실적도 없었던 과거 제45공화국 헌법위원회를 의식해서인지 '그 당시 여당은 헌법재판을 위하여 독립기관으로 헌법재판소를 설치한다 하여도 운영은 과거 헌법위원회 때와 비슷하게 하면 될 것이라고 생각하였다 한다.'²⁵⁾고 한 것을 보면 9인제는 예상업무량의 고려측면에서는 여유있는 규모라고 판단한 듯 하다.

헌법은 개방성·미완성성 등을 가지고 있고, 내부적으로 재판관의 상임·비상임제, 순차적 임명제 등을 대비한 규모일 수 있다

라. 상임·비상임 재판관에서 상임으로

제45화국 헌법위원회의 위원은 상임위원 1인외는 전원 비상임이었다. 현 헌법재판소를 도입하면서 국회는 9인재판관의 업무와 직명을 규정하게 되었는데, 헌법소원제도를 신설한다 해도 과거의 예로 보아 헌법재판 사건처리건수가 많지 아니할 것으로 예상되었으므로 9인 재판관을 상임·비상임으로 구분하되 상임재판관의 증감은 업무량에 따라 조정하기로 한 듯하다. 이러한 추론은 헌법재판제도 도입시에 위에서 인용한 '운영은 과거 헌법위원회때와 비슷하게 하면 될 것'이라는 논의와 '헌법재판소법 제정은 의 당시에 9인의 재판관중 상임재판관 수를 몇인으로 하느냐를 논란이 있었는데 업무량에 비례하여 정하여야 한다는 의견이 있었다'²⁶⁾ 로도 알 수 있다. 그 후 실제로 1988. 7. 4. 민정당안은 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외하고 위헌법률제청신청에 대한 기각결정에 대하여 헌법소원을 인정하면서 재판관 9명중 재판소장을 포함하여 4명의 재판관을 상임으로 하였고, 동년 7. 18. 야3당안은 법원의 재판도 헌법소원의 대상에 포함시키면서 재판관전원을 상임으로 하였는데,²⁷⁾ 국회는 헌법재판소법 제정에서 재판관 9인중 6인은 상임재판관으로(주심으로서 평의 및 선고기일 준비), 3인은 비상임재판관(평의만 참석)으로 규정하였다. 헌법재판소 출범후 사건처리건수가

25) 헌법재판소, 헌법재판소10년사, 1998, 73면.

26) 이강국, '헌법재판소법 제정에 관하여', 헌법재판소제도(법무자료 제95집), 법무부, 1988, 54면.

27) 헌법재판소, 헌법재판소10년사, 1998, 76면

예상외로 증가하고 업무량이 확대되어 비상임재판관의 상임화가 필요시되어 출범 3년 후인 1991. 11. 30일에 비상임재판관을 상임화하였다. 이로써 재판관 9인 전원이 상임화되었다.

재판관전원 상임화후에도 사건처리건수가 계속 증가하여 2003년말 현재 연간처리건수가 1,063건을 기록하게 되었고, 최근의 미제건수가 615건이나 된다. 과다 업무량 해결방법은 재판관수가 확대, 그 외에도 헌법재판연구원 확충, 심리절차개선 등이 있겠으나 재판관수 확대가 가장 중요하다고 보겠다. 헌법재판소 관할사항확대가 논의되는데 이 경우의 재판관업무가 증대되리라는 것을 제외하고 현 관할사항에 따른 업무량만을 가지고도 유사국에 비해 재판관수가 과소하다고 평가된다.

헌법재판소 창설이래 헌법재판 사건처리건수의 급증으로 비상임재판관의 상임화가 예상보다 일찍 도래했고 헌법재판연구원 강화, 심리절차개선 등 모든 노력을 병행해도 이제는 재판관수확대가 불가피하게 되었다.

3. 헌법재판소 구성의 문제점과 개선방향

가. 3부선출 방식

재판관 선출방식의 입법례로서 입법·사법·행정 3부에서 선출하는 국가는 제1공화국 헌법위원회(부통령은 당연직, 대법원장 및 국회), 제2공화국 헌법재판소(대통령, 대법원 및 참의원), 제45공화국 헌법위원회(대통령, 국회 및 대법원장), 스페인, 이탈리아 등이 있고, 입법·행정 2부에서 선출하는 국가는 오스트리아, 그리고 의회에서 선출하는 국가는 독일, 헝가리, 폴란드 등이 있다.

우리는 3부 선출방식을 채택하고 있는데, 정치적 중립성의 유지 및 엄정하고 공정한 임무수행이라는 장점인 면이 있으나, 민주적 정당성의 측면에서 문제가 있고, 당파적·정파적이라는 지적도 제기하고 있다²⁸⁾

현재의 3부 선출방식은 일견 정치적 중립성을 보장하는 것 같이 보이지만 집권여당에게 유리하게 되어 있고, 민주주의 정당성 제3차기관인 대법원장 지명권의 민주적 정당성이 취약하여 효율적인 권력통제를 저해하고 있다. 즉 대통령이 선임하는 3인과 국회에서 선출하는 3인중 집권여당이 추천하는 자를 합치면 4인 이상(집권여당의 의석수에 따라서는 5인 또는 6인)이 될 수 있고 이는 사실상 헌법재판의 결정적수인 6인에 가까워 권력통제의 실효성을 거두기 어렵게 할 가능성이 있을 뿐 아니라,²⁹⁾ 또한 사법

28) 최대권, 전게논문, 119-120면

부의 장이고 독립적 지위이지만 기능적이고 민주적정당성 제3차기관의 지위인 대법원장³⁰⁾이 민주적정당성이 요구되는 헌법재판관에 대한 독자적 지명권을 갖고 대통령이 국회동의 없이 임명하는 것이 문제이고, 특히 대법관이 대법원장의 제청으로 국회의 청문회 및 동의를 얻어 대통령이 임명하도록 되어 있는 것과 비교하여 볼 때는 균형이 맞지 않는 것이다. 즉 국민과의 거리로 보아 대법관은 민주적 정당성 제3차기관임에 비하여 대법원장이 지명한 헌법재판관은 대통령의 임명절차를 거처도 대통령의 임명이 형식적 절차에 불과함으로 민주적 정당성 제4차기관에 해당되어 민주적정당성이 요구되는 직위인 헌법재판관의 민주적정당성이 오히려 떨어진다. 또한 동일한 권한을 가진 국회선출과 대통령임명 헌법재판관의 민주적 정당성이 제3차기관임에 비하여도 평등하지 않다. 국회의원의 주민대표성을 비슷하게 하기 위하여 지역선거구당 주민수의 상·하한수를 제한한 헌법재판소판례(헌재결 2001 10. 25. 2000헌마92 등(병합))도 있음을 유의할 필요가 있다.

위와 같이 현 헌법규정이 헌법재판소 관장사항과 구성방법, 특히 대법원장의 지명권사이에 체계적이지 못할 뿐 아니라, 관행면에서 볼 때에도 헌법재판소의 합동구성이라는 헌법의 취지가 대법원장의 기관이거지 지명권행사로 퇴색하는 경우도 있다.

대법원장이 재판관에 대한 지명권 행사시에 헌법재판소의 권능 및 위상, 3부 합동참여로 헌법재판소 구성이라는 헌법상 지명권의 취지보다는 법원인사 적체해소를 위해 법원 재직자 우선으로 지명하고, 더구나 기관이익을 위해서 대법관제청자보다 하위서열자를 지명하는 사례도 있다.

현재와 같은 3부 선출방식을 유지하는 경우에도 사법부에 배분된 3인에 대하여는 대법원장 독단이 아니고 사법부내부의 의견을 반영하여 선임하도록 하는 것이 타당하다고 본다.³¹⁾³²⁾ 사법부의 장이 독자적지명권을 갖는 입법례를 찾아볼 수 없다.

29) 윤명선, 전계논문, 84면

30) 우리 헌법은 최고법원인 대법원의 구성을 대통령과 국회의 공동권한으로 하고 있기 때문에 대통령과 국회의 대법원의 구성에 관여하는 범위내에서는 법원의 조직상의 독립은 제약 받을 수밖에 없다. 또 그것이 법원조직 전체의 독립성에도 적지 않은 부정적인 영향을 미칠 수도 있다. 바로 이곳에 우리 헌법상 사법권독립의 한계가 있다 (허영, 한국헌법론, 박영사, 2003, 968면)

31) 제2공화국에서 헌법재판소 심판관은 대통령, 대법원, 참의원이 각 3인씩 선임되되(제2공 헌법 제83조의3), 대법원에서 심판관을 선임할 때에는 재판관 회의에서 이를 선거하며 재적대법관 과반수의 투표를 얻어야 한다(동 헌법재판소법 제3조 제1항)고 규정되어 있어서 자의성이 배제되었으나, 제1공화국 헌법 그리고 제4공화국 헌법 때부터 대법원장의 지명자는 국회동의없이 대통령이 임명하도록 바뀌어 현재에 이르고 있다. 이는 대법원장을 대통령이 임명하는 헌법체제 아래에서 대법원장을 통한 집권자의 영향력 행사가 가능할 수도 있는 제도이다.

재판관 선출방식은 통치구조 내에서 행정부-입법부-사법부로부터 중립성을 지키면서 이들 통치기관의 위헌적인 권능행사를 통제해야 하는 권력통제기관으로서의 헌법재판소는 그 권한행사에 걸맞는 충분한 민주적 정당성을 확보해야 한다는 당위성에서 볼 때 헌법재판소의 지금의 구성방법은 문제가 있고, 따라서 헌법재판소의 재판관을 선임하는 방법은 국민과의 거리를 가깝게 하여 민주적 정당성을 강화하는 방법으로 개선할 필요가 있다³³⁾

이는 헌법재판소가 입법부-행정부-사법부의 위헌적인 국정행위를 실질적으로 통제하고 헌법의 규범적효력을 지키기 위한 당위적인 전제조건이기도 하다. 헌법재판소 결정의 법적 구속력을 무시하고 헌법재판소의 권위에 도전하는 다른 국가기관(국회, 대법원을 비롯해서 심지어 일선 세무서장에 이르기까지)들의 작금의 태도³⁴⁾는 지금의 헌법재판소가 갖는 민주적정당성의 취약성과도 무관하지 않다고 할 것이다.

-민주적 정당성 제고

32) 헌법상 격상의 지위이고, 민주적 정당성이 더 많아야 할 지위의 재판관임명과정에서 대법관 임명보다도 절차가 경시되어 국회청문회 및 동의절차없이 대통령 단독임명, 또는 대법원장 단독지명만으로 대통령이 임명토록 하는 것은 헌법의 기본적 틀에 어긋난다. 즉 헌법재판소에 강력한 권능을 부여하면서도 민주적 정당성에 기초하여 그 권능을 실제로 행사해야 될 재판관의 선임절차가 미흡하다.

대법원장이 대법관을 제청하는 경우 국회동의에서 부결되거나 대통령의 임명거부 등의 견제를 받을 가능성이 있으나 헌법재판관지명은 대법원장 개인의 고유권한이기 때문에 지명된 자를 대통령이 반드시 임명해야 하므로 대법관을 제청할 때보다 대법원장이 더 자의적일수도 있다. 이러한 이유로 대법원장은 법원 인사승통해소의 방편으로 재직자위주로 헌법재판관지명을 이용한다는 말이 있고, 헌법재판소 위상을 대법원보다 아래로 두기 위한 기관위기주의로 대법관후보자보다 하위 서열자를 지명한다는 말도 있다

이것은 잘못된 관행이다. 그렇지만 대법원장은 헌법규정대로 하는 것이므로 헌법을 조속히 개선하여야 한다. 개헌전에는 대법원장은 대법관후보를 우선적으로 지명하는 식의 관행을 지양하고 헌법재판소 구성권이라는 취지에 맞게 지명권을 행사하여야 한다. 대법원과 헌법재판소의 협력적 양립은 관할사항의 조정과 더불어 대법원장의 헌법재판관 지명관행의 개선이 이루어져야 한다.

33) 허 영, '헌법재판제도의 바람직한 개선방향,' 재판의 한길, 1998, 27면

34) 헌법재판소가 검찰의 불기소처분을 취소하는 헌법소원 인용결정을 한 후에도 검찰이 그 인용결정의 구속력을 무시하고 재차 불기소처분을 해서 헌법재판소가 다시 불기소처분을 취소해야 하는 경우(예컨대, 헌재 1993. 11. 25. 93헌마113, 판례집 5-2, 551면)를 비롯해서, 헌법재판소의 한정위헌결정(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616면)으로 효력을 상실한 법률을 적용해서 재판 또는 행정처분을 하는 경우(예컨대, 대법원 1996. 4. 9 선고 95누11405 및 헌재 1997. 12. 24. 96헌마172등, 판례집 9-2, 842면), 헌법재판소의 헌법불합치결정에도 불구하고 입법개선을 게을리 하는 국회의 처사 등을 예로 들 수 있다

헌법재판관 선임방식에 대한 개선안으로는 국회에서 전원선출하는 방법, 시민대표 자들에 대한 재판관후보추천위원회를 구성·추천케 하고 국회에서 선임하는 방법,³⁵⁾ 일정한 자격을 갖춘 자 중에서 국민이 직접 선출하는 방법³⁶⁾ 등이 제시 되고 있다. 국민이 재판관선출에 직접·간접으로 관여하는 방법은 민주적 정당성은 담보할 수 있는 방법이라 하겠으나 일본에서 임명후 신임투표방식 외는 입법제도 찾기 어렵다. 그러므로 개선안으로는 헌법재판소의 민주적 정당성을 높여 헌법재판의 기능을 강화하기 위하여서 헌법재판소와 헌법재판관의 위상에 맞추어 재판관구성을 절차화, 중량화 하는 방법으로, 개헌전에는 대법원장 지명자는 대법관회의의 의견을 거쳐 지명하도록 함으로써 대법원장의 독단을 막으면서 대통령 임명자와 더불어 국회청문회를 거치도록 하고, 헌법개정시에는 국회에서 전원 선출하게 하든가 대통령 임명자와 더불어 대법원장 지명후에 국회동의를 거쳐 임명되도록 한다.

나. 재판관수

현행 헌법상 헌법재판관의 수를 9인으로 하고 있으나, 계류중인 미제사건이 2004. 8. 31일 현재 615건에 이르는 등 9인의 재판관이 현재 담당하고 있는 심판업무가 과중한 점에 비추어 재판관정수를 확대하는 방안을 적극 검토할 필요가 있다. 우리나라 대법관의 과중한 업무량³⁷⁾과 비교하여 헌법재판관의 업무가 많은 것이 아니라는 견해도 있지만 헌법재판관은 헌법재판을 함에 있어서 1) 헌법재판은 단심임으로 오판을 방지하기 위하여 신중을 기하여야 하고, 2) 사실심과 법률심을 병행하여야 하므로 사건당 업무량이 많고, 3) 한국은 아직 헌법재판의 역사가 짧으므로 판례 및 문헌이 부족하고, 4) 사건이 기본권관련이어서 이론적이고 따라서 결정문이 장문인 경우가 많고, 5) 당사자가 사인만이 아니고 국가나 지방자치단체, 적어도 한쪽은 국가나 지방자치단체이고, 6) 결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속함으로써 결정의 파급효과가 커서 그만큼 중요함으로, 이러한 요인들과 심판사건의 난이성, 다양성, 비정형성 및 복잡성 등을 종합하여 볼 때 대법관과의 업무량비교를 처리사건수만으로 단순비교할 수 없다. 외국의 입법제도 재판관수가 상대적으로 많아 보인다.(참조, 뒤 도표 1)

심판사건은 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정하도록 헌법재판소법에 규정되

35) 정재황, 헌법재판소의 구성과 헌법절차상의 문제점 및 그 개선방안, 공법연구 제22집 제2호, 1994, 48면

36) 정중섭, 주요국가 헌법재판제도에 대한 비교법적 연구, 헌법재판 및 제도의 활성화에 관한 연구 (헌법재판연구 제2권), 헌법재판소, 1990, 104면.

37) 대법관 1인당 사건부담건수 · 본안 1,431건(2002년), 법원행정처, 사법연감 2003, 604면

어 있으나 현재 미제사건이 615건이고 그 중에는 2년 이상의 미제사건이 2004년말 현재 31건이나 있는 것으로 아는데, 기본권침해여부가 2년이상 미처리 상태로 계속되어서는 기본권보장이 제대로 되고 있다고 할 수 없겠다. 현재 접수사건수는 꾸준히 증가추세인데 미제사건을 줄이고 신속한 결정이 이루어지기 위해서는 재판관수 확대, 연구인력 확충, 참고판례 및 문헌확보, 심리절차 간소화 등 여러 가지가 있겠지만, 현재 및 향후의 처리사건수에 대비하여 그중 재판관수확대가 가장 중요하다고 생각한다. 입법례가 있다.³⁸⁾

-재판관수의 확대

헌법재판관수는 재판소의 전반적인 권한의 범위, 재판소과업의 전반적인 결과 및 긴급한 사건해결에 필요한 시간에 직접적으로 관련된다고 한다³⁹⁾. 이 말은 헌법재판관수는 업무량과 관계된다고 본 것이라 말할 수 있다. 재판관을 몇 명으로 확대할 것인가에 앞서 외국의 입법례를 보면 9명에서 19명까지로 되어 있다.(참조: 뒤 도표 1) 각국의 재판관수 결정방법에 헌법정책 등 여러 가지 요인이 있겠지만 그 중에 업무량, 즉 사건처리수⁴⁰⁾와 인구수를 들 수 있겠다. 사건처리수가 증가하면 업무량이 증가하게 됨으로 재판관수를 늘려야 하고, 인구가 증가해도 사회현상이 복잡해짐으로 그만큼 사건이 많아지게 될 것이므로 재판관수를 확대시켜야 한다. 사건처리수 및 인구수는 재판관수와 각각 (+)상관관계⁴¹⁾가 있다고 보기 때문이다. 이것을 계산하는 방식이 회

38) 우리나라 헌법재판소는 창설 당시에는 상임재판관 6인, 비상임재판관 3인으로 구성되었으나 그 후 사건이 폭주하여 비상임재판관을 1991. 11. 30일에 상임재판관으로 개정하였다. 상임재판관은 평의나 선고기일을 준비하는 사건의 주심이 됨으로 상임재판관수의 확대로 사건심리가 보다 신속하게 되었다

슬로박헌법재판소 재판관수는 2001년 10인에서 13인으로 증가되었는데 이것은 헌법재판소 활동범위의 증가 때문이다(대통령직선제를 도입하는 1999년 1월의 헌법개정결과로, '선거의 합헌성과 합법성 그리고 공화국대통령소환...' 권한을 헌법재판소의 부여)

39) Constitutional Court of the Slovak Republic, 2001, 18면

40) 사건처리수의 다소와 재판관수와는 상관관계가 크다. 왜냐하면 사건처리수가 증가하면 재판관 1인당 업무량이 증가하기 때문에 그 결과 심리지연이나 줄속결정이 될 우려가 있어 재판관수를 늘리지 않으면 안 된다.

41) 인구수 증가가 재판관수 증가에 얼마나 영향을 미치는 가와 관련하여 공무원 인력규모팽창의 주요원인이 무엇인가를 설명하려는 이론은 다양하다 이론들 중에는 인구요인(Demographic factors)을 주요원인으로 강조하는 연구들이 있다 이들 연구는 주로 공공부문의 팽창과 도시화 비율, 인구밀도, 인구규모 등의 변수간의 관계규명에 그 초점을 맞추고 있다. 터싱과 헤닝(A. D. Tussing and J. A. Henning, 1974)의 연구는 1960-69년의 시계열자료를 이용하여 미국에 있어서 공공경비의 팽창과 인구변화간의 상관성을 실증적으로 분석하였다. 이들은 인구의 연령구조비

귀방정식⁴²⁾이다. 선진국가 그룹이고 우리와 경제상태가 비슷한 OECD국가 중 독립기 관형 헌법재판기관을 가지고 있는 국가의 재판관수와 사건처리수 및 인구수를 기초로 하여 만든 회귀방정식(참조; 뒤 도표 2 및 3)에 2003년 사건처리수 1,063건⁴³⁾을 대입하면 재판관수가 12.7-12.4인, 2003년 인구수 48백만⁴⁴⁾을 대입하면 13.9-13.4인이 되는데, 현 추세대로라면 앞으로도 사건처리수의 자연증가(관할사항에 법원의 재판에 대한 헌법소원심판 등이 추가되는 별도)가 예상됨으로 현재의 통계치를 기준으로 한 12-13 인으로는 가까운 장래에 업무폭주상태가 다시 초래될 것이 예상되어, 헌법의 유동성을 고려하여 조금 여유있는 규모로 개선하기로 하고 2020년 예상통계수치⁴⁵⁾로 계산한 결과를 이용해도 무리가 없다고 판단해서, 향후의 예상사건처리수 2,000건을 대입하면

울과 도시화비율을 독립변수로 하여 공공지출, 이전지출 및 소비지출 등의 변수에 미치는 영향을 검정한 바 부양인구의 비율과 이전지출과는正的 상관관계가 있음을 찾아냈다. 켈리(A C Kelly, 1976)는 도시화를, 인구밀도, 부양인구비율, 인구규모를 독립변수로 하여 정부지출과의 상관성을 검정한 결과, 인구변이요소의 고려가 공공부문팽창에서 매우 중요하다는 것을 알아냈다. 발(R Bahl, C K Kim, C K Park, 1986)등은 한국의 근대화 과정에서 도시화 및 인구증가가 공공부문팽창에 어떤 영향을 미쳤는가를 규명해 본 결과 인구증가가 상당히 중요한 변인임을 밝혀냈다. 그 연구결과 1%의 도시인구증가는 약 2%의 1인당 지출의 증가를 가져온 것으로 나타났으며, 인구증가가 정부지출수준에 미치는 효과로 내연적 효과와 외연적 효과로 나누어 추정해 본 결과, 1953-75년 기간 중에 정부지출의 약 38%정도가 순 인구증가에 따른 외연적 효과에 의한 것임을 알게 되었다 그리고 한 최근 연구에서는(박우서, 1994) 인구규모와 도시서비스기능간에 그리고 도시서비스기능의 구성요소중에 하나인 행정기능간에 상관관계가 매우 높다는 사실을 밝히고 있다 따라서 이와 같은 유의한 실증연구를 토대로 공무원 수의 증가와 인구요인을 연관하여 실증모형을 설정하려는 시도는 그 타당성이 인정된다고 할 것이다

이은국, '우리나라 경찰공무원인력규모의 적정화에 관한 연구', 『延世行政論叢』, 제23집(1998), 103-104면.

42) 공공부문의 인력규모의 적정규모를 산출하는 방법은 유사한 특성의 상이한 단체를 비교하는 타 단체비교의 거시적 방법과 개인의 업무량측정에 의한 미시적 방법으로 대별된다. 그리고 거시적 방법으로는 유사단체별 지표비교에 의한 방식, 쿠프만 방식, I/O방식 및 회귀모형 방식 등으로 나눌 수 있다 우리나라에서 개발된 적정모형은 주로 회귀모형에 의존하고 있다.

이은국, '우리나라 경찰공무원인력규모의 적정화에 관한 연구', 『延世行政論叢』, 23집(1998), 108면

43) -사건처리수(헌법재판소형8개국자료)회귀방정식, $Y=11.6+0.001X=11.6+0.001 \times 1,063 \approx 12.7$ (인) ①
 -사건처리수(헌법위헌회형포함 9개국자료) " , $Y=11.3+0.001X=11.3+0.001 \times 1,063=12.4$ (인) ②

44) -인구수(헌법재판소형 12개국자료) " ; $Y=12.0+0.04X=12.0+0.04 \times 48=13.9$ (인) ③
 -인구수 (헌위, 최고재, 중재제포함 15개국자료) " , $Y=11.5+0.04X=11.5+0.04 \times 48 \approx 13.4$ (인) . ④

45) 평균 연간처리사건수증가를 $(1,063(2003)-307('89))/14=54$ (건)로 계산, 2020년 예상처리사건수를 $1,063+53 \times 17=1,981$ (건), 이를 2,000건으로 반올림하여 ①식에 대입하면 $Y \approx 13.6$ 인, ②식에 대입하면 $Y \approx 13.3$ 인, 인구수는 통계청 한국통계연감(2003), 65면, 장래추계인구(2020) 50.65백만인을 51백만으로 반올림하여 ③식에 대입하면 $Y \approx 14.0$ 인, ④식에 대입하면 $Y \approx 13.5$ 인

헌법재판소형 13.6인, 헌법위원회 포함시 13.3인, 그리고 인구수 51백만인을 대입하면 헌법재판소형 14.0인, 헌법위원회형 포함시 13.5인이 된다. 따라서 3부 합동구성을 고려하면 3의 배수인 15인 정도로 확대하는 것이 바람직하다고 본다.

다. 재판관의 자격

헌법상 헌법재판관은 법관의 자격을 가진 자로 제한하고 있고(제111조 제2항), 헌법재판소법은 15년 이상의 법조경력에 40세이상의 자로 한정하고 있다.(헌법재판소법 제5조 제1항)

헌법재판관의 자격을 법관으로 한정시킨 것은 헌법재판소를 사법기관적 전문기관성격을 갖도록 하기 위한 것으로 생각된다. 그런데 우리나라 검사나 변호사의 자격자는 법관자격도 가지고 있고 실제로 검사나 변호사가 헌법재판관으로 임명되고 있어 헌법재판관구성이 대법원중심의 법조3륜체제를 반영하여 구성됨으로써 인적 특성면에서 정치적사법기관인 헌법재판소가 사법기관인 대법원과 크게 차이가 없게 되었다. 그런데 대륙법계 사법체계에서의 법관은 구체적인 사건에 법을 적용하기 위하여 법을 해석해 왔으므로, 사법부의 대부분은 사법심사에 포함되어 있는 가치판단적·준정치적 기능을 수행하는데 심리적으로 무능력한 것 같이 생각된다.⁴⁶⁾ 미국과는 달리 독일 등 대륙법계의 나라에서는 민·형사사건의 심판에 전담하는 판사들의 오리엔테이션(개념법학·해석법학의 오리엔테이션)에 비추어 일반법원의 판사에게 헌법사건을 맡기기에 적당하지 아니하다는 판단이 그들 나라에서 일반법원과는 별개로 헌법사건을 전담하는 헌법재판소를 두게 한 이유이기도 하다.⁴⁷⁾ 헌법재판소는 정치적 사법기관이기 때문에 재판관 자격을 직업적 법관만을 요구하는 것은 아니라 하더라도 법관으로 한정하고 있는 것은 문제이다. 국민적 합의를 도출해 낼 수 있는 헌법재판이 되기 위해서는 사회각계의 다양한 의사를 헌법재판에 반영할 수 있는 제도적장치로서 헌법재판관의 자격이 개방되어야 할 것이고, 헌법재판은 정치·경제·사회적 문제를 다루게 됨으로 고도의 헌법철학을 전제로 한다는 점에서도 법관만을 재판관자격으로 한 것은 문제이다.⁴⁸⁾

성공적인 헌법재판제도를 가지고 있는 나라 중 미국모델의 미연방최고재판소 재판관은 자격제한이 없이 상원에서 충분한 인사검증후에 대통령이 임명하고, 독일모델의

46) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis-Kansas City-New York, 1971. 구병삭·강경근·김승환 공역, 현대헌법재판론, 법문사, 1989, 85면.

47) Mauro Cappelletti, 상계서, 구병삭·강경근·김승환 공역, 상계서, 75-89면.

48) 윤명선, 전개논문, 86면.

독연방헌법재판소의 재판관은 법관자격자로 구성하나 독일대학의 법학교수겸직을 허용함으로써 저명한 헌법교수들이 상당수 이미 헌법재판관을 역임했거나, 현재 활약하는데 힘입어 독연방헌법재판소 판례는 헌법이론과 헌정질서발전을 기하는 헌법해석의 중요한 기준이 되고 있다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾

법관의 자격을 가지고 헌법재판관에 임명된 사람들은 모두가 우수한 법조인의 자질을 가진 이들로 보여 지지만 예외없이 법원실무경험을 가졌거나 변호사업에 종사한 경력을 가지고 있어서 특히 헌법재판에 필요한 헌법학의 전문적 지식을 축적하고 있다고 말하기는 어렵다. 즉 장점으로는 절차적이고 기술적인 재판기술을 들 수 있겠으나, 기술보다 더욱 중요한 것은 본안의 기본적인 헌법문제판단이기 때문에 실무경험론은 부당하다.⁵¹⁾

독일에서 재판관자격을 법관으로 규정하였어도 법과대학이수자는 시험을 통해서, 그리고 법학교수⁵²⁾는 시험없이 법관자격을 획득하므로, 법관을 자격으로 하여 재판관을 임명하면 재판관들은 상당수 교수자격을 가지게 되는 경우가 있을 뿐 아니라, 헌법

49) 조병률, 전개논문, 210면.

50) 프랑스에 있어서도 저명한 헌법교수법학교수들이 헌법재판관을 역임했거나 현재 그 직을 맡고 있다. 이러한 현상은 독일에 있어서 헌법재판관 16명 중 5명, 이탈리아는 15명 중 6명, 포르투갈 13명 중 5명, 스페인 12명 중 9명이 대학교수란 점에서 그 세계적 추세가 잘 나타나 있다 더구나 일반법관과 헌법재판관은 그 경력과 사고경향에 있어서 상당한 차이가 지적되기도 한다는 점을 유의할 필요가 있다 Louis Favoreu도 헌법재판관이 법관자격만으로 구성되는 계도를 서구의 헌법재판 모델과는 다른 것으로서 분류하고, 이러한 헌법재판관구성은 헌법재판의 정당성을 인정하기 어렵지 않겠느냐고 지적하고 있다

미국의 Cole교수도 이미 1959년의 논문에서 유럽제국의 헌법재판의 특징적 요소로 수많은 대학교수들이 헌법재판관으로 활약하고 있다는 점을 지적하고 있고, Louis Favoreu도 이러한 30여년 전의 현상이 오늘날까지 효율적으로 지속되고 있다는 것을 분석적 자료를 가지고 인정하고 있다. 나아가 대부분의 헌법재판제도를 가진 나라의 헌법재판소장도 헌법교수가 담당할 예는 주목할 만하다. 즉 스페인의 헌법재판소장 Garcia Pelavo, 이탈리아 헌법재판소장 L. Elia, 포르투갈의 헌법재판소장 Marques Guedes, 오스트리아 헌법재판소장 Melichar는 모두 다 헌법교수들인 것이다. 폴란드 헌법재판소의 경우도 헌법재판소장과 부소장을 모두 헌법교수가 담당하고 있다.

대부분 나라의 헌법재판관과 나아가 헌법재판소장으로 헌법교수들이 크게 활약하고 있는 이러한 현상은 우연한 일이 아니다. 유럽에 있어서 법학과 정치학의 대학교수들은 지적이론적 독립성을 가지고 역할을 하고 있는 것이다 (조병률, 상개논문, 210-211면.)

51) 정재황, 전개논문, 46면.

52) 독일연방헌법에서 'Ordentlicher Professor'라고 표현하는데 이는 우리나라 법과대학의 '정교수'보다는 '종합대학교의 전임교수'의미로 보는 것이 정확하다(문홍수신봉기, 세계각국의 헌법재판제도, 삼선, 1994, 34면 각주14.)

재판관이 법학교수만은 겸직할 수 있도록 허용(독일 연방헌법재판소법 제3조 제4항)하고 있는 제도가 우리와는 다르다.

그러나 재판관의 자격을 비법률가에게 까지 넓힐 경우에 그 이유에는 수궁이 가는 점이 있더라도 헌법재판소의 성격변화를 초래하게 됨으로, 현 단계에서 헌법재판소의 성격변화, 즉 정치기관적 변화는 그 이유가 그리 크지 않다고 본다. 다만 재판관자격을 법관만에 한한다고 하더라도 법학교수도 법률가이고 위와 같이 법학교수에게는 개방해야할 당위성이 있음으로 조교수급 법학교수가 사법연수원 이수자보다 늦게 되는 것이 현실임으로 조교수이상 자격요건을 갖춘 자를 변호사법상 변호사로 인정하게 되면 별 무리가 없으리라고 보고, 결국 변호사자격을 가진 법학교수는 법원조직법상 법관자격, 나아가 15년 이상의 경력을 갖추면 재판관자격도 인정받게 되는 방법을 검토해 볼 수 있다.⁵³⁾

이처럼 재판관자격개방에 우선적인 대상자격은 법학교수이다. 법학교수는 헌법학이나 법률학의 권위자이고, 고도의 헌법철학을 충족시킬 수 있다고 봄으로 변호사법에 의해 법학교수에게 변호사자격을 주면 자연스럽게 재판관자격 부여의 가능성이 있다. 또한 헌법은 법관자격을 입법자에 위임하였고, 법학교수 등을 법관자격에서 배제하고 있지도 않다. 그런데 이 방법은 좋은 방법이기는 하나 우리나라에서 사시우위의 정서로 보아서 실현이 어려울 것 같다. 사시합격자 집단이기주의로 실현가능성이 적다. 사법개혁의 일환으로 지금 로스쿨이 본격적으로 논의되면서도 법학교수의 변호사인정은 전혀 언급이 없음을 보아도 알 수 있다. 또 하나의 방법은 법관과 더불어 법학교수를 재판관자격으로 헌법에 열거하는 방법이 있다. 이 방법은 개헌이라는 절차를 거쳐야 하기 때문에 어려움이 따르겠지만 헌법정책상 법학교수에게 헌법재판관 자격인정 필요성에 학계나 실무계에서 공감대가 형성되었다고 봄으로 가능성이 있다고 본다. 현재 헌법재판관은 겸직이 금지되고 있으나 법학교수의 경우에는 예외적으로 겸직을 허용하는 것이 바람직하다. 그리고 법관을 자격자로 한다고 해서 일반법관출신만을 대상으로 할 것이 아니고 대법관을 반드시 참여시킨다. 대법관은 같은 법관이라도 법률과 소송의 대가이고 재판수행경험과 오랜 법관생활에서 각인된 법관으로서의 사고양식이 활용될 수 있는 높은 경륜을 가진 자임으로 이들을 재판관으로 임명함으로써 헌법재판의 질과 권위를 높일 수 있다는 장점이 있다.

-법학교수 및 대법관 추가

53) 헌법재판소, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 1999, 12-13면

개선방향을 종합하면 헌법재판관은 법관 및 법학교수를 자격으로 하여 15인 전원을 국회에서 선출하게 하거나, 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하되 5인은 국회에서 선출한 자를, 5인은 대법원장이 지명한 자를 임명한다. 다만, 교수경력자는 국회와 대통령이 각 1인을, 대법관경력자는 대통령이 1인 및 대법원장이 2인을 각각 지명한다.

라. 재판관의 임기 및 연임

우리나라는 재판관 연임제를 채택하고 있으나(헌법 제112조 제1항) 연임제의 경우에는 재판관의 독립성·중립성, 내지는 소신있는 결정에 부정적인 면이 있다고 봄으로 소신있는 결정을 위해서 연임제를 폐지하여야 한다. 연임제는 헌법재판의 독립성확보를 위해 적절치 못하다.⁵⁴⁾ ‘연임제의 경우에는 재판관이 자기를 지명·선출한 지의 눈치를 보지 않을 수 없고, 특히 임기가 종료되는 시기가 가까이 올 때는 더욱 그럴 것이다. 이와 같이 연임제는 재판관의 중립성·독립성 내지 소신있는 판결에 바람직하지 못한 면이 있다.’⁵⁵⁾ 또한 유럽(베니스)민주주의위원회의 비교연구결론은 ‘헌법재판소 재판관들의 임명과정은 재판관이, 오직 한번, 임기중 내내 독립을 유지할 수 있도록 하기 위하여 헌법재판소에서 두 번째의 임기를 위한 재판관의 입후보가능성을 배제하여야만 한다는 것이다.’⁵⁶⁾ 입법례는 독일, 이태리, 스페인, 폴투갈 등이 단임제를 채택하고 있다.

재판관임기는 조직의 안정과 신분보장의 개념임으로 임기를 충분히 보장해 줌으로써 판례의 일관성이 유지되고 재판관은 안정적 위치에서 소신껏 결정할 수 있다. 임기의 특정 및 재판관 재선(재임명)은 다소 기술적 문제로 나타날지라도, 전반적인 헌법보호의 수준에서 규정된 것과 같이, 특정국가에서 헌법재판소의 완벽한 기능에 중요한(가끔은 단지 일시적일지라도) 효과를 가질 수 있다. 헌법재판소의 활동의 다양한 형태의 정치적 영향에 대해 임기는 근거를 제공할 수 있다. 만일 헌법재판소 재판관의 무기한(중신, 또는 확실한 정년까지) 선임 또는 임명된다면, 헌법재판소는 ‘시대에 뒤지게’되고 재판관은 헌법 및 법률적 업무의 전반적 전개 또는 국가정책의 전개와의 접촉을 상실할 수도 있는 위험이 있다. 다른 한편, 재판관임기가 너무 짧으면, 헌법재판소의 판례의 계속성과 전반적인 균형에 부정적 영향을 가질 것이고, 사회에서 그의 권위를 축소시킬지도 모른다.⁵⁷⁾ 헌법재판관임기 입법례에 중신은 프랑스의 당연직 헌법

54) 헌법재판소, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 1999, 18-19면.

55) 이옥한, ‘헌법재판의 성격과 재판관 선출’, 사법행정, 1992, 42면

56) Constitutional Court of the Slovak Republic, 2001, 22면.

57) 상계서, 21면.

위원 외는 없다.

-임기연장, 연임폐지 및 정년연장

임기의 장단은 그 나라의 헌법정책, 민주화수준과도 상관관계가 크다고 하겠으나 각국의 임기를 단순평균해도 무리가 없다고 보아 헌법재판소형 10개국의 평균임기는 10년, 헌법위원회 및 특별최고재판소를 합한 12개국의 평균임기는 9.3년으로 계산된다. 입법례를 보면 선진국에서는 그 임기가 장기이고 단임제를 채택한 나라가 보통이다. 따라서 우리 헌법재판관 임기는 10년에 단임이 타당하다고 본다.

또한 헌법재판소법(제7조 제2항)상 헌법재판소장의 정년은 70세이고, 재판관의 정년은 65세로 되어 있으나, 헌법재판소장도 재판관의 1인으로서 사건심리 및 평의에 참여하고 있으므로 재판관과 정년을 차등화한 것이 별의미가 없다. 더구나 대법관경력자를 재판관으로 임명하기 위해서는 경력구비를 위한 소요연한을 고려할 때 재판관정년을 연장하는 것이 바람직하고 그럴 경우 헌법재판소장과 동일하게 재판관 정년도 70세가 무난하다고 본다.

마. 순차적 개선

헌법재판관의 대다수가 동시에 교체될 경우에는 헌법재판관리의 연속성 등이 문제가 될 수 있고, 또 헌법해석상 급격한 변동이 초래될 수 있다.⁵⁸⁾ 또한 대통령이 헌법재판관 대다수를 임명하는 것은 권력집중을 가져옴으로 이것을 제도적으로 배제함으로써 권력분산적 효과를 기대해야 한다. 현행제도는 대다수 재판관이 동시에 교체⁵⁹⁾ 가능하도록 되어있으나 정년제한으로 임기를 못 채우는 경우가 있어서 일부 분산임명이 가능하게 되었다. 하지만 이 경우도 재판관마다 정년까지 잔여연령이 일정치 아니하여 어느 해에는 정년퇴임자가 없을 수도 있고, 어느 해는 전임 정년퇴임자의 퇴임시부터 임기가 시작되는 경우 등도 포함해서 여럿이 될 수도 있다.⁶⁰⁾ 따라서 순차적 개선이 헌법재판업무의 계속성에 더 유리한 여건을 부여하고 그때그때 시대가 요구하는 재판관 적임자를 임명할 여지를 더 가질 수 있을 것으로 보인다.⁶¹⁾ 순차적개선의 입법례로 프랑스, 스페인이 3년마다 3분1씩 개선하고 있고, 제2공화국 헌법재판소에서도

58) 윤명선, 전계논문, 87면

59) 현 재판부는 9인 재판관 중 5인 재판관의 임명일자가 같다.

60) 1997. 1. 22 김진우재판관 퇴임, 1997. 8. 26 한대현재판관은 전에 정년퇴임한 이성렬재판관 후임으로서 임기를 마친 후 퇴임

61) 정재황, 전계논문, 51면

6년 임기의 9인 재판관을 2년마다 3인씩 개선하도록 규정한 바가 있었다. 우리 헌법 재판소도 2년마다 3분의 1씩 교체하는 순차적 개선제도를 도입하는 것을 적극 고려하는 것이 좋다.

-순차적 개선 도입

따라서 이 제도를 도입하려면 이 제도 도입당시 재판관의 임기가 6년일 때 재판관의 1/3은 임기를 2년으로, 1/3은 4년으로, 1/3은 6년으로 해야 한다.

만일 재판관수를 15인으로, 임기를 10년으로 개선하는 경우에는 2년마다 5분의 1씩 교체한다. 이 경우에는 재판관의 5분의 1씩 임기를 2, 4, 6, 8, 10년으로 하되 법학교수는 국회와 대통령이, 대법관출신은 대통령과 대법원장이 2년마다 중복을 피하여 교차 선임하도록 한다.

바. 헌법재판소장 선임 및 임기

헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하게 되어 있기 때문에 국회의 임명동의를 받아서 대통령이 임명하는 다른 헌법기관(대법원장, 대법관, 국무총리, 감사원장)과 마찬가지로 어느 정도의 민주적정당성을 가지게 되는 것은 사실이다.

-헌법재판소장 호선 및 임기규정

그러나 헌법재판소기능과 헌법재판소장의 독립적 위상을 확고히 하기 위하여 헌법재판소장을 대통령이 임명하도록 할 것이 아니라 재판관중에서 호선하는 것이 바람직하다.

한편 헌법재판소장의 임기에 대하여 명시된 규정이 없으나 별도로 규정하는 것이 바람직하다. 예컨대 기존의 재판관중에서 소장을 임명하는 경우, 소장의 임기가 재판관으로서의 잔여임기에 해당하는지 아니면 새로이 소장임기가 개시되는지에 대해 명시할 필요가 있다. 위의 경우에 소장의 임기는 재판관으로서의 잔여임기에 한정하는 것이 적절하다. 임기가 새로 개시되는 것으로 하면, 헌법재판소장인 재판관에게 특별한 이점을 주는 것으로 되고, 이는 호선과정에서 갈등을 유발할 소지가 될 수 있기 때문이다.

V. 결

우리나라 헌법재판소제도는 도입당시 충분한 검토와 철저한 비교법적 연구를 하지 못하고 출발함으로써 많은 모순과 미비점을 가지고 있다. 그러나 창설 이래 헌법재판소의 노력으로 위헌법률심판 및 헌법소원심판 등에서 주요한 결정을 함으로써 헌법재판소는 이제 헌법수호와 기본권보장의 최후 보루로서 그 기능이 높이 평가되고 있다. 우리는 헌법재판제도의 기능을 바로 인식하고 우리 제도가 가지고 있는 문제점을 면밀히 검토하여 헌법재판소가 본연의 기능을 다 하도록 개선해 나아가야 할 것이다.

위에서 검토한 헌법재판소 구성방식 즉 재판관 선출방식, 재판관수, 재판관의 자격, 임기 및 연임, 순차적 개선, 헌법재판소장의 선임 및 임기 등을 헌법재판기관 구성원리에 맞게 개선하여야 하겠다. 이제 우리 헌법재판소제도도 도입된지 16년이 경과하여 연간 처리사건이 1,000건을 넘게 되었고 주요한 판례도 어느 정도 축적되었으므로 그 간의 판례, 경험 및 노하우를 살려서 완벽하게 제도를 정비하여야 한다.

헌법재판제도는 그 특성상 국민, 모든 국가기관 및 지방자치단체, 그리고 언론의 적극적인 협력과 결정의 집행의지가 없이는 그 실효성을 기대할 수 없는 만큼 헌법재판소의 결정을 존중하는 태도가 절대적으로 필요하다고 본다. 그러나 헌법재판소의 장래는 헌법재판소가 스스로 개척해 나가는 것이 우선이므로 헌법재판소가 제 기능을 다 할 수 있도록 제도개선을 조속히 하여야 한다.

<도표> 1. OECD국가⁶²⁾중 독립기관형 헌법재판기관의 헌법재판관수 및임기⁶³⁾

	국가명	재판관 (인)(A)	특별재판관(인) (B)	교체,대리재판관 (인)	비고	임기 (청년)
헌법재판소형	오스트리아	14		교체 6	재판관중상임3	(70)
	체코	15				10
	독일	16				12(68)
	헝가리	11				9(70)
	이탈리아	15	대통령에 대한 소송시 16			9
	폴란드	15				9
	폴투갈	13				9
	*러시아	19				12
	슬로박	13				12
	*슬로베니아	9				9
	스페인	12				9
터키	11		대리 4		(65)	
소계평균						
헌법위원회형	프랑스	9			전직대통령이 당연직헌법위원, 현재 없음	9
특별 최고재판소형	그리스	11	권한쟁의심판, 위헌법률심사시 ²			2
중재재판소형	벨지움	12				(70)
합계평균						

위 표에서 프랑스 헌법위원회 당연직위원은 전직대통령이 되며, 종신직(a vie)이다. 1959-1962년 사이에 제4공화국 대통령이던 뱅상 오리올, 르네 코티가 참여했을 뿐 드골은 참여를 거부하였고, Valéry Giscard D'Estaing도 현재까지 참여한 적이 없다. 폼피두대통령은 책임중이던 1974년에 사망하였기 때문에 해당사항이 없다. 1963년 이래 사실상 헌법위원회는 9명의 임명직위원으로 구성되고 있다.⁶⁴⁾

62) 우리는 OECD 29번째 가입국이다. OECD가입국가들 중 독립기관형 헌법재판제도가 있는 한국포함 14개국 상호간 헌법재판제도를 비교교자 하는데, 우리가 중간쯤 가입했으면 회원국만 비교 대상으로 하여도 무리가 없겠지만 29번째의 후순위 가입국임으로 자칫 우리보다 선진국들과만 비교하는 결과가 될 것 같은 우려가 있어 우리보다 조금 뒤진 나라로서 OECD공식가입 신청국(러시아, 아르헨티나, 슬로베니아)중 독립형 헌법재판제도가 있는 러시아, 슬로베니아를 검토대상에 포함하였다.

OECD의 2004. 5. 10일 현재 가입국 30개국(OECD현황, 외교통상부, 2001) 및 공식가입 신청국 3개국(외교통상부 경제기구과) 중 독립기관형 헌법재판제도를 두고 있는 나라는 총16개국인데(헌법재판소 13, 헌법위원회1, 특별최고재판소1, 중재재판소1) 위 도표에서는 설명의 편의상 한국을 제외하였다

63) Blaustein, Albert P, Flanz, Gisbert H Constitutions of the Countries of the World, New York , Oceana Publications, INC, 1998

64) 성낙인, 프랑스헌법학, 법문사, 1995, 657면.

2. 처리사건수에 의한 회귀방정식

	헌법재판관수 (인) y	연간사건처리 (건) x	x ²	xy
오스트리아	14	2,524	6,370,576	35,336
체코				
독일	16	4,814	23,174,596	77,024
헝가리	11	405	164,025	4,455
이탈리아	15	609	370,881	9,315
폴란드	15	15	225	225
폴투갈	13	526	276,676	6,838
러시아				
슬로박				
슬로베니아	9	558	311,364	5,022
스페인	12	2,666	7,107,556	31,992
터키				
소계(8개국)	105	12,117	37,775,899	170,207
프랑스	9	146	21,316	1,314
그리스				
벨지움				
합계(9개국)	114	12,263	37,797,215	171,521

사건처리수(x)를 독립변수로, 재판관수(y)를 종속변수로 하여 회귀방정식을 만들면 다음과 같이 된다

$$\text{회귀방정식 } b = \frac{n\sum xy - (\sum x)(\sum y)}{n(\sum x^2) - (\sum x)^2}, a = \bar{y} - b\bar{x}, Y = a + bx$$

<소계>

$$b = \frac{8(170,207) - 105 \times 12,117}{8(37,775,899) - (12,117)^2} = \frac{1,361,656 - 1,272,285}{302,207,192 - 146,821,689} = \frac{89,371}{155,385,503} = 0.001$$

$$a = \frac{105}{8} - 0.001 \times \frac{12,117}{8} = 13.1 - 1.5 = 11.6$$

$$Y = 11.6 + 0.001x$$

<합계>

$$b = \frac{9(171,521) - 114 \times 12,263}{9(37,797,215) - (12,263)^2} = \frac{1,543,689 - 1,397,982}{340,174,935 - 150,381,169} = \frac{145,707}{189,793,766} = 0.001$$

$$a = \frac{114}{9} - 0.001 \times \frac{12,263}{9} = 12.7 - 1.4 = 11.3$$

$$Y = 11.3 + 0.001x$$

3. 인구수에 의한 회귀방정식

	헌법재판관수 (인) y	인구수 (백만) x	x ²	xy
오스트리아	14	8	64	112
체코	15	10	100	150
독일	16	82	6,724	1,312
헝가리	11	10	100	110
이탈리아	15	57	3,249	855
폴란드	15	39	1,521	585
포르투갈	13	10	100	130
러시아	19	144	20,736	2,736
슬로박	13	5	25	65
슬로베니아	9	2	4	18
스페인	12	41	1,681	492
터키	11	70	4,900	770
소계(12개국)	163	478	39,204	7,335
프랑스	9	60	3,600	540
그리스	11	11	121	121
벨지움	12	10	100	120
합계(15개국)	195	559	43,025	8,116

인구수(x)를 독립변수로, 재판관수(y)를 종속변수로 하여 회귀방정식을 만들면 다음과 같이 된다

회귀방정식

<소계>

$$b = \frac{12(7,335) - 163 \times 478}{12(39,204) - (478)^2} = \frac{88,020 - 77,914}{470,448 - 228,484} = \frac{10,106}{241,964} = 0.04$$

$$a = \frac{163}{12} - 0.04 \times \frac{478}{12} = 13.6 - 1.6 = 12.0$$

$$Y = 12.0 + 0.04x$$

<합계>

$$b = \frac{15(8,116) - 195 \times 559}{15(43,025) - (559)^2} = \frac{121,740 - 109,005}{645,375 - 312,481} = \frac{12,735}{332,894} = 0.04$$

$$a = \frac{195}{15} - 0.04 \times \frac{559}{15} = 13 - 1.5 = 11.5$$

$$Y = 11.5 + 0.04x$$



● 이광윤 · 이봉한

민주적 정당성(democratic legitimacy)

헌법재판관수(number of constitutional justices)

헌법재판관 자격(qualification of constitutional justices)

헌법재판관 임기 및 연임(tenure and reappointment of constitutional justices)

헌법재판소장 선임(election of the president of the constitutional court)

[ABSTRACT]

Principles of Composition of the Constitutional Justice Organization & Our Improvement of the System

Lee Kwang Youn* · Lee Bong Han**

Our constitutional justice system has been introduced since the first Constitution of 1948, but it had achieved only several decisions before the present Constitutional Court inaugurated in 1988. After then, it has made many decisions in human rights.

It has to be based on 3 principles for the composition, which are the independence, the specialty and democratic legitimacy. Our ruling system divides the power of the state into the Legislative, the Administration, the Judicature and the Constitutional Court equally. The Constitutional Court has the power of constitutional review of statutes upon request, impeachment, dissolution of political parties, competence dispute and constitutional complaint

The Constitutional Court is composed of 9 justices, who are qualified judge and over 40 years old. Justices are appointed by National Assembly, President and Chief Justice that appoint 3 justices respectively. The system is reasonable for neutralization of the Court which has to decide the cases, basing on democratic legitimacy because of the constitutional review of statutes made by the Legislature which has democratic legitimacy and impeachment fired from the position elected by the people. Nevertheless it is the important fault that 3 justices were nominated by Chief Justice who has not democratic legitimacy but functional status. Including this, our Constitutional Court has many defects which have to be improved.

* Law Prof, Ph.D.

** Guest Prof, Major in Public Law(Ph.D.)

First, all justices have to be elected by the National Assembly, otherwise justices appointed by President and Chief Justice have to be agreed by the National Assembly after their nominations.

Our justices have much workload, so it takes long time for them to scrutinize pending cases. The number of justices correlate with the number of cases and populations. By the regression equation based on the number of the decided cases of countries of OECD, which have constitutional justice organization of independent type, we are proper to have 15 justices.

Present justice qualification in judge is very narrow, comparing with the fact which constitutional justices need to possess various qualifications and high philosophy of law, because they use deep knowledge of law and philosophy of law. At least, they have to be qualified for philosophy of law to solve the constitutional problems. So justice qualification should include law professor.

Tenure of justices needs long period because the Constitutional Court has to be stable. Tenure expands into 10 years. Reappointment may undermine the independence of the justice, so it ought not permitted.

If many of constitutional justices are changed at the same time, the Constitutional Court may change its consistency of constitution interpretation. Power may be concentrated when President appoint many justices at the same time. So the separate appointment is effective for power diversification. In case of the amendment of constitution, the Court has 15 justices by the periods of 10 years. All justices shall be renewed by one fifths(3 justices) every 2 years. Not to be overlapped reciprocally, justices in law professor are nominated by the National Assembly and President, and justices in Supreme Court Justice are nominated by President and Chief Justice alternatively every 2 years.

To strengthen independence of the President of the Constitutional Court he may be elected by justices for themselves. Also, its tenure is not regulated, but it should be stipulated expressly in the our constitution.

Our constitutional justice has many problems because we had not

examined deeply its system and studied comparative law. Nevertheless it has developed through many important decisions for constitution protection and human rights safeguard since its inauguration.

Constitutional justice has become very important for our people's life, and so we must make every efforts to improve the above defects. Constitutional justice needs cooperation of the people, all state organs and regional governments, and mass communications so that decisions of constitutional court have to be respected and implemented, and constitutional justice must be improved to do its function effectively.