

한국 헌법재판소 구성방식의 원리적 문제*

최 선 | 연세대학교

| 국문요약 |

본 연구는 한국의 헌법재판소 구성방식의 특징을 분석하여 그 원리적 문제를 검토하는 것을 목적으로 한다. 헌법재판소는 1987년 민주화 이후 정치·사회적으로 주요 사안에 대한 최종 결정을 수행함으로써 그 중요성이 증대되고 있다. 하지만 헌법재판소의 결정에 대해 사회 구성원들이 존중과 신뢰를 바탕으로 승복하는 문화가 형성되었다고 보기에는 이르다. 헌법재판이 본질적으로 정치형성재판으로서의 성격을 가진다는 점을 고려할 때, 사회적 갈등과 재판에 대한 불신이 높게 나타나는 한국에서 헌법재판소 결정에 대한 신뢰를 구축하는 것은 매우 중요한 과제가 된다. 따라서 본 연구는 현행 헌법재판소 구성방식의 특징으로 (1) 대법원장의 과도한 헌법재판소 재판관 임명권, (2) 대통령의 영향력 행사 가능성, (3) 헌법재판소 재판관 자격의 폐쇄성을 지적하고, 이들이 민주적 정당성, 사법권 독립, 전문성의 원리와 충돌할 수 있음을 밝히고 있다. 이를 개선함으로써 헌법재판소는 구성에서의 공정성을 확보하여 재판 결과에 대한 불필요하고 소모적인 정치적 논란을 해소할 수 있을 것이다.

주제어 | 헌법재판소, 구성방식, 민주적 정당성, 사법권 독립, 재판관 자격, 정치의 사법화

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5B5A07042506).

I. 서론

한국에서도 1987년 민주화 이후 헌법재판소가 정치·사회적으로 주요 사안에 대해서 최종적으로 결정하는 현상이 자주 나타나고 있다. 헌법재판소는 사형제, 존엄사, 호주제, 간통죄 등의 사회적 이슈뿐만 아니라, 선거구 간 인구편차, 통합 진보당 해산, 신행정수도 건설, 노무현 대통령 탄핵, 박근혜 대통령 탄핵 등의 주요 정치적 쟁점에 대한 최종결정을 담당했고, 그에 따라 헌법재판소의 중요성은 점차 증가하게 되었다. 하지만 헌법재판소의 결정이 언제나 갈등의 원만한 조정을 통한 사회통합으로 이어지는 것은 아니다. 경우에 따라서는 정치·사회적 논란을 더욱 심화시키는 결과를 낳기도 했다.¹⁾

이러한 현상은 헌법재판이 가지는 본질적 속성과 무관하지 않다. 헌법을 둘러싼 갈등을 조정하고 국가권력을 제한하며 국민의 기본권을 보장함으로써 사회적 안정과 헌법질서를 수호하는 것을 목적으로 하는 헌법재판은 최종결정으로서의 성격과 정치형성재판으로서의 성격을 동시에 가진다(허영 2013, 998-1001). 헌법재판소의 결정이 한 번 내려지면 국가기관들을 비롯한 사회의 모든 구성원들은 그 결정을 따라야 한다. 만일 헌법재판소의 결정을 뒤집기 위해서는 국회에서 입법권을 행사하여 대체입법으로 헌법재판소 결정을 무력화 시키거나, 혹은 헌법재판소가 스스로 자신의 결정을 뒤집는 결정을 새롭게 해야 한다. 동시에 헌법재판은 정치규범으로서의 헌법에 대한 분쟁을 해결하는 것이므로 재판의 결과는

1) 헌법재판소의 결정이 사회적 논란을 불러일으킨 대표적인 사례는 2004년 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법 위헌확인 심판과(헌재 2004헌마554·566) 2009년 신문법·방송법 등 미디어법에 관한 국회의원과 국회의장 간의 권한쟁의 심판이다(헌재 2009헌라 8·9·10). 2004년 신행정수도 건설관련 판결은 “대한민국의 수도는 서울”이라는 헌법적 수준에 있는 관습을 변경하기 위해서는 헌법에 명시된 헌법 개정절차를 거쳐야 한다는 이유에서 해당 법을 위헌으로 판결함으로써 이후 한국사회에 관습헌법을 둘러싼 논란과 논쟁을 불러일으켰다. 2009년 신문법·방송법 등 미디어법 관련 권한쟁의 심판에서는 국회에서 해당 법안을 처리하는 과정에서 투표절차에 문제가 있었지만 그 결과를 무효화 할 수는 없다는 결정을 함으로써 이후 사회적으로 “시험에서 부정행위를 했지만 점수는 인정한다”, “술은 마셨지만 음주운전은 아니다” 등의 비판과 논란이 이어졌다.

국가의 정치질서와 정치생활에 영향을 미치게 된다. 이는 헌법재판이 단순한 법적 분쟁의 수준을 넘어서 정치질서를 재판하는 성격을 가지는 것을 의미한다. 즉, 헌법재판은 사회적 갈등을 조정하고 해결함으로써 사회적 통합을 목적으로 하지만, 동시에 사회적 갈등을 야기할 수밖에 없는 본질적 속성을 함께 가지고 있다는 것이다.

헌법재판의 정치적 성격에 더하여, 한국사회에서 나타나는 높은 수준의 사회적 갈등과 재판에 대한 불신은 헌법재판을 통한 사회통합 실현을 더욱 어렵게 할 수 있다. 현재 한국에서는 노사갈등, 빈부갈등, 정규직·비정규직 간의 갈등, 이념갈등, 세대갈등, 지역갈등 등의 다양한 사회적 갈등이 높은 수준으로 나타나고 있고, 갈등에 대한 국민적 인식 역시 심각한 수준으로 나타나고 있다.²⁾ 사회적 갈등이 높은 수준으로 형성된 사회에서는 정치형성재판으로서의 성격을 가지는 헌법재판이 구성원들의 동의와 승복을 통한 갈등해결이라는 결과로 쉽게 이어지지 않는다. 또한 한국에서 나타나는 재판에 대한 높은 불신 역시 헌법재판을 통한 사회통합에 장애가 될 수 있다. 한국법제연구원이 실시한 국민법의식 조사에 따르면, 법원의 재판에 대해 권력이나 재력이 영향을 미친다고 생각한다는 응답자의 비율 그렇지 않다는 응답자의 비율보다 매우 높게 나타나고 있다.³⁾ 오랜 권위주의 시기 동안 국민들 사이에서 형성된 사법에 대한 불신이 민주화 이후

2) 한국사회갈등해소센터가 2016년 7월 실시한 공공갈등에 대한 조사에서 응답자의 91.8%가 우리사회 집단 간 갈등이 심각하다고 응답했다(한국사회갈등해소센터 2016, 2-6).

3) 한국법제연구원은 1987년 민주화 이후 현재까지 1991년, 1994년, 2008년, 2015년 네 차례의 국민법의식 조사를 실시했다. 그 중 법원 재판의 공정한 판결에 대한 의견을 묻기 위해 “권력이나 재력이 재판의 결과에 어느 정도 영향을 미친다고 생각하십니까? 혹은 그렇지 않다고 생각하십니까?”라는 질문에 대한 응답률은 각각 1991년 94.2%, 1994년 93.3%, 2008년 95.6%, 2015년 43.3%로 나타났다(박상철 외 1991; 박상철 외 1994; 이세정·이상운 2008; 현대호·김명아 2015). 그런데 유독 2015년 결과가 달리 나타난 것은 설문기법의 차이에 의한 결과로 보인다. 1991년, 1994년, 2008년의 설문은 “매우 그렇다”, “그런 편이다”, “별로 그렇지 않다”, “전혀 그렇지 않다” 등의 4점 척도였으나, 2015년에 “보통이다”라는 응답문항이 추가되고 이에 30.7%가 응답함에 따라 영향을 미친다고 응답한 응답자의 비율이 갑자기 줄어든 것으로 나타난 것이다. 그럼에도 불구하고 여전히 재판에 권력이나 재력이 영향을 미친다는 응답이 그렇지 않다는 응답에 배에 가까운 결과를 보이고 있다(현대호·김명아 2015, 249-250).

30년이 지나고 있는 현재까지 큰 변화를 보이지 않고 지속되고 있는 것이다. 재판에 대한 높은 불신은 갈등 조정과 해결을 위한 국가시스템에 대한 불신이므로 법치의 실현과 민주주의 발전에 큰 장애가 될 수 있다. 재판에서 패소한 경우에 그 결과에 승복하기보다는 재판이 잘못되었다고 생각할 수 있기 때문이다.

사회적 갈등 수준이 높고 재판에 대한 국민적 불신 역시 높게 형성되어 있는 한국의 상황에서는 헌법재판소의 결정이 어떻게 이루어지든지 재판 결과에 대한 논란을 피하기 어렵다. 헌법재판 결과를 둘러싼 정치·사회적 논란은 그로 인해 발생하는 사회적 비용에 더하여, 한국의 법치주의 안정과 민주주의 발전을 저해할 수 있다는데 문제의 심각성이 있다고 할 수 있다. 따라서 헌법재판을 통해서 헌법적 갈등을 조정하고 사회통합을 실현하기 위해서 우선 해결해야 하는 과제는 헌법재판소에 대한 사회 구성원들의 신뢰를 확보하는 것이다. 헌법재판소에 대한 신뢰가 전제될 때, 비로소 헌법재판소 결정에 대한 승복이 가능하기 때문이다.

헌법재판소에 대한 신뢰의 문제를 재판의 내용적 측면과 재판 외적 측면으로 나누어 볼 경우, 본 연구가 검토하고자 하는 대상은 재판 외적 요인으로서 헌법재판소 구성방식에 관한 문제이다. 헌법재판소를 구성하는 방식에 대한 신뢰가 형성된다면 재판 결과에 대한 논란을 많은 부분 줄일 수 있고, 결과에 동의하지 않더라도 결과를 받아들이는 승복의 문화를 정착시킬 수 있다. 따라서 본 연구는 한국의 헌법재판소가 공정하고 객관적인 방식과 절차에 의해서 구성되는지 여부를 분석하는 것을 목적으로 한다. 이는 적어도 헌법재판소 구성 방식이 헌법재판소의 재판 결과에 동의하지 못하는 근거로 주장되어서는 안 된다는 문제의식에 의한 것이다.

헌법재판소 구성방식에 관한 기존의 연구들은 주로 헌법학 분야에서 헌법재판소의 민주적 정당성에 관한 연구나(권순현 2012; 차동욱 2006; 허완중 2012), 해외 주요 국가의 제도와 비교연구(김명수 2009; 김종세 2006; 한수웅 2015), 구성 원리의 문제와 제도적 대안을 검토하는 연구(고문현 2005; 김종철 2005; 최희수 2011) 등 비교적 활발히 연구가 진행되고 있다. 하지만 현행 제도가 가지는 원리적 문제를 역사적 맥락과 비교적 시각에서 종합적으로 검토된 연구는 드물고, 정치학적 시각에서 분석된 연구 역시 많이 이루어지지 않은 것이 현실이다.

이러한 맥락에서 본 연구는 한국의 현행 헌법재판소 구성방식의 원리적 문제를 헌정사적 맥락과 비교적 시각에서 검토함으로써 그 문제를 진단하고자 한다. 이를 위하여 2장에서 헌법재판의 기능과 정치적 성격을 검토하고, 3장에서 헌법재판소를 구성하는 기본 원리를 살펴 본 후, 4장에서 현행 헌법재판소 구성방식의 특징을 역사적 맥락에서 분석하고, 5장에서 원리적 문제를 검토한다. 이는 향후 헌법재판에 대한 신뢰 증진을 위한 제도개선 논의에 도움이 될 수 있을 것이다.

II. 헌법재판의 기능과 정치적 성격

1. 헌법재판의 기능

헌법재판은 헌법을 둘러싼 분쟁에 대한 재판을 의미하는 것으로서, 국가의 권력작용에 대한 합헌성을 보장하기 위한 사법적 통제절차이다(허영 2015, 3). 이러한 헌법재판은 한 국가의 최고법이자 근본규범으로서의 위상을 가지는 헌법의 규범적 효력을 지키는 역할을 한다. 일반적으로 헌법재판을 대표하는 제도는 위헌법률심판으로서, 법률이 헌법에 위반되었는지 여부를 심판하는 것이다. 즉, 법률의 위헌성을 판단하여 법률이 헌법의 테두리를 벗어난 경우에 해당 법률을 무효화하여 효력을 정지시킴으로써 헌법의 규범적 효력을 지키는 것이다. 한국의 헌법재판소는 법률에 대한 위헌심사를 담당하고 있으며, 명령, 규칙, 처분 등의 위헌심사는 대법원이 담당하고 있다(대한민국헌법 제107조).

보다 넓은 의미의 헌법재판은 위헌법률심판을 포함하여, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 헌법소원심판, 정당해산심판, 선거소송심판 등 헌법의 규범적 내용이나 헌법문제에 대한 분쟁을 심판하는 여러 제도를 포함한다. 권한쟁의심판은 헌법에 명시된 국가기관 사이에 헌법적 권한이나 의무에 관해 발생한 분쟁을 조정하는 것이고, 탄핵심판은 일반 사법절차로는 소추나 처벌이 어려운 정부의 고급공무원이나 법관 등에 대하여 국민을 대표하는 기관인 국회가 헌법이나 법률이 정한

바에 의하여 소추하여 처벌하거나 파면하는 제도이며, 헌법소원은 국가의 권력 행사나 불행사로 인해 헌법이 보장하는 자유와 권리가 침해당한 국민이 그 위헌 여부나 권리구제를 청구하는 제도이다. 정당해산심판은 정당의 목적이나 활동이 국가의 민주적 기본질서에 위배될 때 해당 정당을 강제 해산시킴으로써 그 활동을 제한하는 것이며, 선거소송심판은 국민의 대표를 선출하는 선거에서 합헌성과 합법성에 대한 갈등이 생겼을 경우 이를 조정하는 제도이다. 이 중에서 한국의 헌법재판소는 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 헌법소원심판을 담당한다.

헌법재판은 헌법보호, 권력통제, 기본권보호, 정치적 안정보장 등의 기능을 수행한다(허영 2013, 1007-1010). 헌법보호 기능은 헌법재판이 최고규범인 헌법에 대한 침해를 보호하는 역할을 수행함으로써 헌법의 규범적 효력을 지키는 것을 의미한다. 이는 국가권력이 남용되거나 악용되는 것으로부터 헌법을 보호하며, 개인이나 단체가 헌법적 질서를 위태롭게 하려는 시도를 제한함으로써 헌법을 보호하는 것이다. 권력통제 기능은 헌법의 범위를 벗어나는 권력의 남용이나 전횡을 제한하는 것으로서, 국가권력의 행사를 감시하고 견제함으로써 권력기관의 권한행사를 주어진 권한 범위 내에 묶어 두는 것이다. 또한 헌법재판은 기본권을 보호하는 기능을 하는데, 위헌법률의 제정이나 위법한 행정작용 등에 의해 침해된 기본권을 구제함으로써 국민의 자유와 권리를 보장해 주는 기능을 한다. 그리고 헌법을 둘러싼 분쟁을 조정하거나 해결함으로써 정치적, 사회적 안정을 보장하는 기능을 한다.

2. 민주주의 원리와의 충돌: 반 다수결주의적 난제

제2차 세계대전 이후 세계적인 민주주의 확산과 더불어 여러 국가에서 헌법재판제도를 도입하여 국민들의 자유와 권리보호를 위한 권한을 부여하게 되었다(Hirschl 2004, 7). 많은 국가에서 헌법재판 기관이 위헌심사권을 바탕으로 국가의 중요한 정책에 영향력을 행사하는 경향이 나타나면서 헌법재판권을 보유하는 헌법재판소나 최고법원의 중요성이 점차 증가하게 되었다. 그 결과 사법부가 행정부나 입법부보다 약한 기관이라는 기존의 인식에서 벗어나, 행정부와 입법부

못지않은 정책적 영향력을 행사하게 되었다(Ferejohn 2002; Hirschl 2004; Seigert-Fohr 2012; Tate and Valinder 1995).

하지만 이와 동시에 헌법재판권이 적극적으로 사용되어 입법부에서 제정한 법이나 행정부의 주요 정책이 사법부에 의해서 뒤집히는 문제가 자주 발생함에 따라, 헌법재판제도가 민주주의 원칙에 반할 수 있다는 비판에 직면하게 되었다. 비켈(Bickel)은 이 문제를 “반다수결주의적 난제”(counter-majoritarian difficulty)라고 표현했다(Bickel 1986, 16). 즉, 선출되지 않은 권력인 사법부가 행하는 위헌심사가 국민의 대표기관인 의회의 다수의사에 반할 수 있고, 이는 다수지배를 기본 원리로 하는 민주주의 원리에 위배될 수 있다는 것이다.

지난 2004년 신행정수도 건설에 관한 헌법재판소의 결정이 이에 해당하는 대표적인 사례다. 2002년 제16대 대선 당시 노무현은 민주당 후보 경선에서 전국적인 돌풍을 일으키며 유력 주자들을 누르고 대통령 후보로 선출되었다. 예상치 못한 선전으로 민주당 대선후보가 된 노무현은 신행정수도를 충청지역에 건설하여 청와대와 정부기관을 이전함으로써 국가의 균형발전을 도모하겠다는 파격적인 공약을 걸고 당선되었다. 대통령 취임 후 노무현 대통령은 신행정수도건설추진기획단을 대통령 산하에 설치하고 본격적인 준비에 착수하여, 2003년 12월 29일 국회에서 여야 합의를 거쳐 “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법”이 통과되어 공포된다. 하지만 이 정책을 반대하는 사람들이 2004년 7월 헌법소원심판을 청구하였고, 10월 21일 헌법재판소는 “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법”이 헌법에 위반된다는 위헌결정을 함으로써 그동안 추진되어 온 신행정수도 건설 사업이 중지된다.⁴⁾

이처럼 “신행정수도의 건설을 위한 특별조치법”은 행정부의 수장인 대통령이 선거과정에 주요 공약으로 제시한 정책을 취임 후에 본격적으로 추진하였고, 이후 입법부인 국회에서 야당이 다수의석을 차지하는 여소야대의 상황에도 불구하고 합의에 의해 통과된 것이었다. 즉, 국민의 직접 선거로 구성되는 대의기관인 행정부와 입법부가 각각의 의사절차를 거쳐 결정한 사항이었다. 그런데 국민에 의해 직접 선출되지 않은 소수의 헌법재판관들이 대의기관의 결정을 뒤집고 무

4) 현재 2004.10.21. 2004헌마554·556(병합).

효화 시켰던 것이다. 이는 단순히 재판내용에 대한 논란의 수준을 넘어서, 다수 지배 원칙을 기본 원리로 하는 민주주의에서 소수가 다수의 결정을 뒤집는 것으로서 민주주의 원리에 위배될 수 있다는 보다 근본적인 논란을 수반하게 되는 것이다.

3. 정치형성재판: 정치의 사법화 현상

헌법재판권이 확대됨에 따라 나타나는 또 다른 문제는 “정치적 사법화”(judicialization of politics) 현상이다. 이는 기존까지 입법부나 행정부 등의 정치적 영역에서 이루어지던 정치적 결정이 점차 법원의 판사들에 의해 최종 결정되는 현상을 의미한다(Hirschl 2004, 7-8). 21세기 들어서 전 세계적으로 정책결정에서 사법부의 권한과 영향력이 점차 확대되는 현상이 나타나는 배경으로는 민주주의의 확산, 권력분립 원리의 실현, 권리의 정치, 이익집단의 적극적 활용, 정치적 반대세력의 활용, 다수대표기관의 비효율성 및 사법부로의 위임 등이 지적된다(Tate and Vallinder 1995, 28). 한국의 경우에도 2000년대 이후 정치·사회적으로 중요한 이슈에 대한 헌법재판소의 결정이 자주 이루어졌다. 선거구 간 인구편차, 선거 기탁금, 통합진보당 해산, 노무현 대통령 탄핵, 비례대표 의석배분방식, 신행정수도 건설, 이라크파병, 재외국민 투표권, 국무총리 서리, 낙천·낙선 운동, 국가보안법, 양심적 병역거부, 사형제, 존엄사, 간통죄, 영화 사전심의제, 호주제 등을 둘러싼 갈등이 헌법재판소의 결정으로 마무리되었다.

이러한 헌법재판은 민사재판, 형사재판, 행정재판 등의 재판과는 그 성격을 달리하게 된다. 헌법재판 역시 다른 재판과 같이 법률문제에 대한 분쟁을 해결하는 것을 목적으로 하지만, 헌법재판은 정치적 영향력을 행사하는 정치형성재판으로서의 성격을 가진다는 점에서 특징적이다(허영 2013, 1001). 헌법재판은 정치규범으로서의 헌법에 대한 분쟁을 해결하는 것이므로 재판의 결과는 국가의 정치질서와 정치생활에 영향을 미치게 된다는 것이다. 이처럼 정치형성재판의 성격을 가지는 헌법재판은 단순한 법적 분쟁의 수준을 넘어서 정치질서를 재판하는 성격을 가지므로, 경우에 따라서 헌법재판이 사회적 갈등을 조정하는 것을 넘어 사회적 갈등을 야기할 수 있는 가능성을 동시에 가진다. 특히 한국과 같이 정

치·사회적으로 갈등이 다소 심하게 나타나는 환경에서는 헌법재판소의 결정이 갈등을 통합하기보다 오히려 갈등을 심화시키는 방향으로 영향을 미칠 수 있다.

헌법재판소의 결정에도 불구하고 논란이 쉽게 가라앉지 않는 대표적인 사례는 지난 2009년 소위 “미디어법”에 관한 헌법재판소의 결정이었다. 2009년 7월 국회는 신문법, 방송법, 인터넷멀티미디어 방송사업법 등의 “미디어법” 개정안을 입법 의결했다. 그러나 본회의 처리 과정에서 여당인 한나라당이 야당 의원들의 반발에도 불구하고 일방적으로 변칙 처리한 것에 대해, 야당 의원들이 국회의장을 상대로 법률안 가결선포행위에 대한 무효 확인을 요구하는 권한쟁의심판을 청구했다. 헌법재판소는 최종 결정에서 신문법안의 처리과정에서 질의 및 토론 절차가 위법적으로 진행된 결과 국회의원의 심의 및 표결권이 침해되었음을 인정하고, 방송법안 처리과정에서는 일사부재의의 원칙에 위배되어 역시 국회의원의 심의 및 표결권이 침해되었음을 인정했다. 하지만 해당 법률들에 대한 효력을 무효화 하지 않고 법을 고치는 문제는 국회의 역할임을 강조하는 것으로 결론냈다.⁵⁾ 결국 이러한 헌법재판소의 결정은 “절차는 잘못되었지만 무효는 아니다”라는 논리적 모순을 포함하게 됨으로써 정치권은 헌법재판소의 결정을 자신들에게 유리한 방향으로 해석했다. 여당인 한나라당은 헌법재판소가 “미디어법”을 유효한 것으로 결정했다고 해석하며 환영한 반면, 야당들은 헌법재판소가 법률개정은 국회의 역할이라고 명시한 점을 강조하며 국회에서 재논의 할 것을 주장했다. 헌법재판소의 결정이 사회적 갈등을 조정하고 해결하기보다는 오히려 논란을 가중시키는 결과를 가져온 사례라고 할 수 있다.

이처럼 헌법재판은 정치적 성격을 가지는 헌법을 둘러싼 갈등을 조정하는 것이므로 그 결정의 정치적 영향을 완전히 배재하기 어렵고, 동시에 헌법재판은 사법작용의 하나이므로 경우에 따라서 다수를 대표하는 기관인 입법부나 행정부의 결정을 뒤집는 결과가 나타날 수도 있는 것이다. 이는 헌법재판이 가지는 본질적 특성이라고 할 수 있다.

5) 현재 2009.10.29. 2009헌라8·9·10(병합).

III. 헌법재판소 구성의 기본원리

헌법재판을 담당하는 헌법재판소는 그 구성에 있어서 몇 가지 헌법적 원리가 요구된다. 한국의 헌법재판소 역시 헌법에 명시된 헌법기관으로서 입법, 행정, 사법의 세 권력 중 사법권을 행사하는 기관 중 하나이다. 따라서 국민주권원리에 기반 하여 만들어진 헌법기관이라는 점에서 헌법재판소 역시 그 구성에 있어서 민주적 정당성의 원리, 사법권 독립의 원리, 전문성의 원리 등이 고려되어야 한다.

1. 민주적 정당성의 원리

헌법재판소는 국민대표기관인 헌법기관으로서 주권을 가진 국민으로부터 권한을 위임 받아 행사하게 되므로 그 기능에 합당한 민주적 정당성을 갖추어야 한다(김종철 2005, 18). 민주적 정당성은 국가기관의 모든 행위가 민주적으로 정당화되어야 한다는 것으로서, “국가의 지배가 모두 그 행사에 있어서 국민으로부터 도출되어야 하며, 그 내용에 있어서 국민에 의하여 결정되어야 하고 통제받아야 한다”는 것을 의미한다(비켄회르데 2003, 218). 헌법재판소 역시 대의민주주의 원리에 의하여 국민을 대표하는 기관이므로 그 구성에 있어서 민주적 정당성을 갖추어야 하는 것이 요청된다.

민주적 정당성은 일반적으로 기능적-제도적 측면, 조직적-인적 측면, 실질적-내용적 측면으로 구분된다. 기능적-제도적 민주적 정당성은 국가권력의 분배와 관련된 것으로서, 헌법제정자이 국민이 스스로 국가권력을 행사하는 수단인 헌법재판소로써 특정 권한과 기능을 가진 독립적인 기관을 창설하는 것을 의미한다(비켄회르데 2003, 219-220). 즉, 국민투표에 의해 성립된 헌법에 의해서 헌법재판소가 설치되고 헌법재판의 권한이 부여되었다는 점에서 기능적-제도적 측면의 민주적 정당성이 확보된다는 것이다. 하지만 기능적-제도적 민주적 정당성은 국가기관이 특정 국가권력을 행사할 권한과 자격을 보유하고 있다는 점을 보장할 뿐, 권한행사에 대한 구체적인 행위에 대한 민주적 정당성까지 부여하는 것은 아니

다. 따라서 권력분립의 차원에 머무르는 기능적-제도적 민주적 정당성만으로는 국가기관의 권력행사에 대한 민주적 정당성을 충분히 보장하기 어렵다.

조직적-인적 측면의 민주적 정당성은 국가기관과 국민 사이에 정당성의 사슬이 중단되지 않는 것을 의미한다. 즉 국가기관에서 국민까지 이어지는 정당화의 사슬이 민주적 정당성이 없거나 민주적 정당성을 충분히 갖지 못한 기관이나 공직자가 끼어 들어와 중단되어서는 안 된다는 것이다(비켄회르데 2003, 221). 그렇다고 해서 모든 국가기관이 국민의 직접 선거로 구성되어야 하는 것을 의미하는 것은 아니다. 국민에 의해서 직접 선출되지 않고 간접적인 방식으로 구성되더라도 그 과정에서 민주적 정당성이 중단되지 않는다면 조직적-인적 민주적 정당성은 확보된다. 의원내각제 국가에서 총리와 내각은 의회에서 간접 구성되지만 민주적 정당성이 부족한 것으로 비판받지 않는 이유는 국민에 의해 직접 구성된 의회에서 합법적 절차에 따라 총리와 내각을 선임한 것이기 때문이다. 문제는 민주적 정당성이 부족한 기관이나 개인이 국가기관 구성에 많은 영향력을 행사하는 경우에 정당화의 사슬이 끊어지고 민주적 정당성이 결핍되는 것이다.

실질적-내용적 민주적 정당성은 국가기관의 행위가 국민의사와 실질적-내용적으로 연결되어 있는 것을 의미한다. 국가기관의 조직구성과 인적구성이 정당성을 가진다고 하더라도, 권한행사의 내용적 측면에서 국민의사에 소급되지 않을 경우 민주적 정당성의 결핍으로 이어진다는 것이다(비켄회르데 2003, 225). 이러한 실질적-내용적 민주적 정당성은 국민대표기관인 국회가 제정한 법률에 다른 기관들이 모두 구속되어야 한다는 것과, 모든 국가기관은 민주적 책임이나 통제를 받아야 한다는 것을 포함한다. 즉 국가기관의 권한행사는 헌법과 법률의 범위 안에서 이루어져야 하며, 기관의 행위에 대해서 국민이나 다른 국가기관에 책임져야 한다. 이처럼 헌법재판소가 구성되는 방식에 있어서 민주적 정당성의 원리가 고려되어야 한다.

다만, 헌법재판소는 다수제적 기관이 아니라는 점에 주의할 필요가 있다. 즉, 국민의 선거에 의해 구성되는 입법부나 행정부 등의 ‘다수파 기관(majoritarian institution)’과는 달리 헌법재판소는 ‘비다수파 기관(non-majoritarian institution)’으로서 “국민 다수의 목소리에 귀 기울이기보다는 다수의 목소리에 묻혀 듣기 어려운 사회적·경제적 소수자나 약자의 목소리에 귀 기울이고, 잘 조직화되지

도 못하고 다수와 기관에 의해 대표되지도 못하는 사회적·경제적 소수자나 약자의 이익을 법의 적극적·창조적 해석을 통해 실현하는” 역할을 한다(임지봉 2004, 239). 이러한 이유에서 일반적으로 헌법재판소는 간접적인 방식으로 구성된다. 하지만 그렇다고 해서 민주적 정당성을 충분히 갖지 못한 기관이나 공직자가 헌법재판소 구성권을 가지게 되는 경우에는 민주적 정당성을 확보하지 못하게 된다(보켄회르데 2003, 221).

2. 사법권 독립의 원리

사법권 독립은 민주주의의 필수적 요소이며 민주주의를 가늠하는 척도가 된다(임지봉 2004, 169). 개인의 자유와 권리를 보장하기 위해서 사법권 독립을 보장해야 한다는 주장은 오래된 것이다. 삼권분립을 이론적으로 정리한 몽테스키외(Montesquieu)는 법의 안정성과 일관성 보장을 위해서 독립된 사법부를 설치하는 것이 필수적임을 주장했고(몽테스키외 2007, 179-180), 미국의 건국자들 중 한 사람인 해밀턴(Hamilton) 역시 시민들의 권리 보호를 위해서는 법원의 완전한 독립이 필요하다고 주장했다(해밀턴 외 1995, 459). 현대에 이르러서는 사법권 독립의 중요성이 더욱 강조되어, 사회주의나 권위주의 체제에서 민주주의 체제로 이행을 겪는 국가에서 사법권 독립을 보장하기 위한 최소조건을 구축하는 것이 핵심적인 과제가 되고 있다(Russell 2001, 9).

사법권의 독립이 강조되는 이유는, 사법부가 다른 국가기관에 비하여 힘이 약하고 소극적인 성격을 가지기 때문이다. 사법부는 입법부나 행정부와 같이 예산권이나 집행권이 없기 때문에 상대적으로 힘이 약한 기관이다(해밀턴 외 1995, 458). 그리고 사법부는 제기된 소송에 대해서만 판단을 내릴 수 있는 수동적이고 소극적인 기관이다. 게다가 사법부 최고 법원의 판사들은 국민의 선거에 의해서 구성되는 것이 아니라 행정부나 입법부에 의해서 간접 임명되는 경우가 많고, 예산권이나 입법권을 바탕으로 행정부나 입법부가 사법부에 영향을 미칠 수 있다. 이러한 이유에서 현대 민주주의는 사법권 독립을 강조하게 되는 것이다.

사법권 독립의 핵심적인 내용은 재판의 독립이다(Becker 1970, 144; Rosenberg 1992, 369; Rosenn 1987, 4-7). 이는 외부의 부당한 간섭이나 영향 없이 법률과

법관의 양심에 의거하여 재판이 이루어지는 것을 의미한다. 이러한 전제 하에, 일반적으로 사법권의 독립을 법원의 독립과 법관의 독립으로 구분한다(Fiss 1993, 55-56; Larkins 1996, 609-611; Masterman 2011, 207-209; Shetreet 1985, 598-599). 법원의 독립은 법원이 입법부나 행정부 등의 다른 외부 기관의 부당한 영향과 간섭으로부터 독립되어 자율성을 가지고 권한을 행사하는 것을 의미한다. 그리고 법관의 독립은 법관에 대한 외부의 부당한 영향이나 간섭이 없는 것을 의미하는 것으로서, 이는 다시 실질적 독립(재판상의 독립)과 개인적 독립(신분상의 독립)으로 구분된다. 법관의 실질적인 독립은 법관이 재판 등의 공적 업무를 수행하는데 있어서 법 이외의 다른 권위에 복종하지 않는 것을 의미하고, 개인적 독립은 공적 업무 이외에 법관의 임기나 정년의 보장 등을 의미한다(Shetreet 1985, 598-599; 권영성 2010, 1066-1078; 김철수 2013, 1641-165; 성낙인 2016, 723-731). 이처럼 헌법재판소가 구성되는 방식에 있어서 외부기관으로부터의 부당한 압력이나 영향이 미치지 않도록 사법부 독립의 원리가 고려되어야 한다.

3. 전문성의 원리

헌법재판소는 헌법적 분쟁을 조정하는 특수한 권한을 행사하는 기관이므로 관련된 전문성을 갖추어야 한다. 헌법재판은 헌법을 해석하고 적용하는 권한행사를 통하여 헌법을 보장하고 인권을 보호하며 권력을 통제하는 등의 기능을 수행한다(허영 2013, 1007-1010). 이러한 기능은 헌법의 본질과 특성, 국가와 사회의 본질, 기본권의 이념, 국가권력구조의 체계, 경제·사회적 주요 가치 등에 대한 전문적인 지식, 식견, 경험, 능력이 필요하다(정종섭 2014, 38-40). 헌법재판소 재판관들에게 이러한 덕목의 전문성이 요구된다는 것이다.

이는 헌법재판소가 사법권을 행사하는 기관으로서 다수대표기관이 아니라, 소수를 대표하는 소수대표기관으로서의 성격을 가지는 것과 관계된다. 사법부는 국민의 직접선거로 구성되는 입법부나 행정부가 국민 다수의 목소리에 귀 기울이는 것과는 달리, 사회적 소수자나 약자 등 다수에 의해 대표되지 못하는 계층의 이익을 실현하는 역할도 동시에 수행한다(임지봉 2004, 239). 따라서 헌법재판소는 다수대표기관의 권력을 감시하고 통제하는 역할에 더하여 국민의 자유와

권리를 보장하고, 소수자나 약자의 이익을 대변하는 역할을 수행하기 위해서는 그에 합당한 전문적 능력을 가진 사람들로 조직을 구성해야 한다는 것이다.

하지만 여기서 주의해야 할 것은, 전문성의 원리가 “법률적 전문성”만을 의미하는 것은 아니라는 점이다(김종철 2005, 21). 헌법재판이 사법작용으로서 법률적 전문가들이 중심이 되어야 한다고 해서 외부의 개입을 완전히 배제하는 것은 문제라는 지적이다. 헌법재판은 법률적 고려뿐만 아니라 헌법이 정치법으로서 가지는 특징과 헌법재판이 초래할 사회적·경제적 효과에 대한 고려 역시 함께 이루어져야 한다. 이러한 맥락에서 민사소송과 형사소송 중심의 법률 해석과 적용을 전문적으로 해 온 법률전문가들만으로 헌법재판소를 구성하는 것은 헌법이 포함하는 다양한 내용과 가치를 종합적으로 고려하여 판단하지 못하고 오히려 편협하고 편향적인 결정을 내릴 가능성이 우려된다. 따라서 헌법재판소 재판관은 법률적 전문성뿐만 아니라 국가구조나 사회구조, 기본권, 정치제도 사이의 정합성, 재판결과의 정치·사회적 효과 등을 종합적으로 다룰 수 있는 국가작용에 대한 전문성이 추가로 요구된다. 해외에서 많은 국가들이 헌법재판 기능을 담당하는 기관의 구성원 자격을 법관만으로 한정하지 않고 대학교수나 행정관료 등에도 개방하는 이유가 여기 있다.

Ⅳ. 현행 헌법재판소 구성방식의 특징

1. 현행 헌법재판소 구성방식

현행 헌법은 제111조에서 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하도록 규정하고 있다(제2항). 대통령은 국회에서 선출된 3인과 대법원장이 지명한 3인을 포함하여 9명의 재판관을 임명하고(제2항, 제3항), 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 대통령이 임명한다(제4항). 그리고 헌법재판소 재판관의 임기는 6년이며 연임이 가능하다(제112조).

헌법재판관의 자격으로 명시된 “법관의 자격”은 헌법 제101조 제3항에 의해

법률로 정하도록 규정하는데, 이 조항에 의거하여 법원조직법 제42조와 헌법재판소법 제5조는 각각 법관의 자격과 헌법재판관의 자격을 규정하고 있다. 먼저, 법원조직법 제42조는 법관의 자격을 “판사·검사·변호사”, “변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 지방자치단체, 『공공기관의 운영에 관한 법률』 제4조에 따른 공공기관, 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람”, “변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직한 사람”으로 정하고 있다. 한편 변호사의 자격은 변호사법 제4조에서 변호사의 자격을 “사법시험에 합격하여 사법연수원의 과정을 마친 자”, “판사나 검사의 자격이 있는 자”, “변호사시험에 합격한 자”로 정하고 있고, 검사의 자격은 검찰청법 제29조에서 “사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마친 사람”, “변호사 자격이 있는 사람”으로 정하고 있다.

헌법재판소법은 이러한 타 법에서 규정하는 법관의 자격요건을 보다 강화하여 “판사, 검사, 변호사”, “변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 국영·공영 기업체, 『공공기관의 운영에 관한 법률』 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람”, “변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람”중에서 15년 이상의 경력을 가진 40세 이상인 사람으로 재판관의 자격을 규정하고 있다(제5조). 결국 한국에서 헌법재판소 재판관이 되기 위해서는 기본적으로 “사법시험에 합격하여 사법연수원 과정을 마치거나, 변호사 시험에 합격한 사람”이 최소 자격조건이 된다. 이들 중에서 판사, 검사 혹은 국가기관, 공공기관, 대학 등에서 15년 이상의 경력을 가진 40세 이상이 된 사람으로 한정된다.

이러한 사항을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 헌법재판소 재판관 9인을 대통령, 국회, 대법원장이 각각 3인씩 임명함으로써 헌법재판소 구성에 입법부, 행정부, 사법부가 동등하게 관여한다. 둘째, 사법부가 관여하는 경우에 법원의 회의체나 별도의 선출위원회에서 후보자를 선정하는 것이 아닌 대법원장이 헌법재판소 재판관 3인의 지명권을 온전히 가진다. 셋째, 헌법재판소 재판관의 자격은 최소한 변호사 자격을 보유하는 “법관의 자격”이 요구되며, 임기는 6년이며 연임이 가능하다.

2. 제도적 기원과 특징

한국에서 헌법재판제도는 1948년 대한민국 정부수립 이후 현재까지 헌법재판을 담당하는 기관과 권한이 상이함에도 불구하고 줄곧 존재해왔다. 제1공화국에서는 국회의원과 대법관 각각 5명으로 구성되며 부통령이 위원장을 맡는 헌법위원회가 담당했고, 1960년 제2공화국에서는 헌법재판소가 상설기구로 설치되었으며, 1963년 제3공화국에서는 미국과 같이 대법원에서 담당했다가, 1972년 제4공화국에서는 다시 헌법위원회로 변경되어 제5공화국까지 지속되었고, 1987년 제6공화국 헌법개정 과정에서 다시 헌법재판소가 설치되었다.⁶⁾

현행 헌법재판소 구성방식은 제2공화국 헌법에서 규정하는 헌법재판소 구성방식을 차용했으나, 실질적으로는 많은 부분 상이하다. 제2공화국 헌법은 제83조의4에서 헌법재판소의 심판관을 9인으로 하고, 대통령, 대법원, 참의원이 각 3인을 선임하며, 심판관의 임기는 6년으로 규정하고 있다. 이는 현행 헌법이 규정하는 헌법재판소 구성방식과 연임여부에 대한 언급이 없다는 점을 제외하고는 동일하다.⁷⁾ 하지만, 대법원에서의 선정방식, 재판관의 자격, 재판소장 선임 등의

6) 물론, 제도의 존재가 언제나 실질적 기능을 보장하는 것은 아니다. 제2공화국의 헌법재판소는 실제 구성되지 못했고, 권위주의 시기의 헌법위원회는 사실상 제 기능을 수행하지 못했다. 한국에서 헌법재판제도는 1987년 민주화 이후 비로소 제 기능을 수행하기 시작했다.

7) 그렇다면, 제2공화국에서 대한민국 역사상 처음으로 헌법재판소를 설치하면서 그 구성방법을 입법부, 행정부, 사법부가 공히 3인씩 임명권을 나누어 갖도록 디자인한 이유는 무엇인가. 당시 헌법개정안을 설명하는 내용에 의하면 기존의 헌법위원회가 상설기관이 아니고 그 구성의 절반을 현직 국회의원으로 충원하다보니 이해관계의 충돌로 인해서 개접휴업 상태의 무용지물이 되어 상설기관으로 헌법재판소를 설치했고, 헌법재판은 정치적 문제에 대한 사법적 통제를 의미하므로 구성방식에 있어서 비정치적 문제를 다루는 법원의 조직과 동일하게 할 수는 없으며, 헌법재판이 모든 국가기관을 권위적으로 구속하므로 재판의 권위를 보장하기 위해서 국가의 최고기관인 대통령, 대법원, 국회 참의원이 공동으로 구성하도록 했다는 것이다. 또한 헌법재판소 재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 자로 한정할 이유에 대해서는 헌법재판소의 정치적 독립성과 공정성을 보장하기 위한 것으로 설명한다. 즉, 대통령과 국회 참의원에서 재판관을 선출하는 경우라도 그 정치적 영향력을 최소화하여 재판관의 독립성과 공정성을 확보하기 위해서라는 것이다(대한민국국회 1960, 21-22). 즉, 제2공화국 헌법을 논의하는 과정에서 보다 실질적으로 “모든 국가기관을 권위적으로 구속”할 수 있는 헌법재판을 위한 상설기관이 필

사항에서는 차이가 존재한다.

먼저, 대법원은 대통령 및 국회와 동일하게 3인의 헌법재판소 재판관을 임명하지만 대법원에서 헌법재판관을 임명하는 임명권자와 임명방식이 상이하다. 제2공화국 헌법은 대법관회의에서 재적대법관 과반수의 투표로 3인을 선거하도록 규정했다(구 헌법재판소법(법률 제601호) 제3조 제1항). 그러나 현행 헌법은 대법원장이 지명하도록 규정하고 있다(헌법 제111조 제3항). 즉, 대법원이 헌법재판소 재판관 3인을 임명하는데 있어서 대법관회의에서 선출할 것인지, 아니면 대법원장 1인이 모든 권한을 가지고 임명할 것인지의 차이가 있는 것이다. 특히 대법원장 선임방식의 차이를 고려할 때 실질적 차이는 더욱 커진다. 현재 대법원장은 대통령이 국회의 동의를 받아 임명하도록 되어 있다(헌법 제14조). 그러나 제2공화국 헌법에서는 대법원장과 대법관을 법관의 자격이 있는 사람들로 구성된 선거인단에서 선출하도록 정했다(제2공화국 헌법 제78조). 따라서 대통령이 임명한 대법원장 한 사람이 헌법재판소 재판관 3인을 임명하는 것과, 법관의 자격을 가진 사람들로 구성된 선거인단에서 선출된 대법관들의 회의에서 헌법재판소 재판관 3인을 선출하는 것은 많은 차이가 있다고 할 수 있다.

재판관의 자격 역시 차이가 있다. 기본적으로 법관의 자격이 있는 사람들로 제한한다는 점에서는 동일하지만 재판관으로 임명될 수 있는 경력과 연령제한의 차이가 존재한다. 현행 헌법은 헌법재판소 재판관의 자격으로 법관의 자격을 가진 사람으로서 15년 이상의 경력과 40세 이상의 연령제한을 두고 있다. 반면 제2공화국 헌법은 법관의 자격을 가진 사람으로서 10년 이상의 경력을 가진 사람으로 규정함으로써(구 헌법재판소법(법률 제601호) 제2조 제1항, 구 법원조직법(법률 제679호) 제32조), 현행 헌법의 규정이 연령과 경력의 측면에서 보다 강화된 규정을 두고 있음을 알 수 있다.

헌법재판소장 임명 방식 역시 차이가 있다. 현행 헌법은 헌법재판소 재판관 중에서 대통령이 국회의 동의를 받아 임명하도록 규정하지만(제111조 제4항), 제2공화국에서는 헌법재판소 재판관의 과반 찬성으로 선출하고 대통령이 확인하

요했고, 동시에 그러한 기관에 대한 독립성을 확보하기 위해서 정치적 영향력을 배제하고자 법관의 자격으로 한정하게 되었다는 것이다.

〈표 1〉 제2공화국과 제6공화국 헌법재판소 구성방식 비교

	제2공화국 헌법(1960년)	제6공화국 헌법(1987년)
헌법재판소 권한	위헌법률심사 권한쟁의심판 정당해산심판 탄핵재판 최종적 헌법해석 대통령·대법원장·대법관 선거소송	위헌법률심사 권한쟁의심판 정당해산심판 탄핵심판 헌법소원심판
헌법재판소 구성	대통령 3인, 국회 3인, <u>대법원 3인</u>	대통령 3인, 국회 3인, <u>대법원장 3인</u>
대법원 3인 선임	대법관회의 선출	대법원장 지명
대법원장 선임	선거인단의 선거 → 대통령 확인	대통령이 국회 동의로 임명
헌법재판소장 선임	심판관중 호선, 대통령확인	대통령 임명
재판관 자격	법관의 자격을 가진 자 (경력10년)	법관의 자격을 가진 자 (경력 15년, 40세 이상)

도록 하고 있다. 구 헌법재판소법(법률 제601호) 제5조. 이처럼 현행 헌법재판소는 외형적으로 제2공화국의 헌법재판소를 닮아 있으나, 실질적으로 유의미한 차이가 존재함을 확인할 수 있다.⁸⁾

8) 이러한 차이에 대한 논리적 근거는 찾아보기 어렵다. 1987년 개헌당시 기존의 헌법위원회를 헌법재판소로 변경하는 변화가 있었지만, 헌법재판소 구성방식에 대한 구체적인 논의사항을 확인할 수 있는 자료가 거의 존재하지 않는다. 1987년 6·29선언 이후 국회에서 헌법개정특별위원회가 구성되어 7월 30일부터 헌법개정 준비에 착수했다. 헌법개정특별위원회는 8월 31일 헌법 개정 초안을 마련하기 위해 헌법개정안기초소위원회를 구성했지만 소위의 논의는 비공개로 진행되었고, 9월 17일 소위에서 완성한 초안을 개헌 특위에 보고하고는 내용에 대한 구체적인 토론 없이 원안을 가결했다. 이후 10월 12일 국회본회의에서도 보고 이후 수정 없이 표결처리하여 가결함으로써 제10차 대한민국헌법이 완성되었다. 이 과정에서 법개정안기초소위원회에서의 논의사항은 비공개로 진행된 결과 내용을 확인할 방법이 없고, 개헌특위나 국회본회의에서는 헌법재판소 구성방식에 관한 구체적인 논의가 이루어지지 않았다. 다만, 당시 주요 정당들이 국회에 제출한 헌법개정안을 통해 부분적으로 확인할 수 있는 것은 헌법재판소의 설치가 당시 여당인 민주정의당의 의사였다는 점이다. 당시 야당인 통일민주당, 신한민주당, 한국국민당은 위헌심사제도를 대법원으로 통합하고, 법관추천회의를 부활시켜서 법관추천회의에 대법원장과 대법관 임명제정 및 동의권을 부여하자는 것이었다(국회헌법개정특별위원회

V. 현행 헌법재판소 구성방식의 원리적 문제

1. 민주적 정당성의 문제

한국의 현행 헌법재판소 구성방식의 민주적 정당성 문제로 가장 많이 지적되는 것은 간접 임명된 대법원장이 국민에 의해 직접 선출된 대통령 및 국회와 동일한 임명권을 가진다는 점이다(김명수 2009, 478; 김문현 2005, 112; 최희수 2011, 178; 한수용 2015, 20). 이는 조직적-인적 측면의 민주적 정당성에 관한 문제로서, 간접 임명된 대법원장 한 사람이 헌법재판소 재판관의 1/3에 대한 임명권을 보유하고 있는 것은 민주적 정당성의 불완전성을 의미한다는 것이다.

이는 두 가지로 구분하여 살펴볼 수 있다. 먼저 민주적 정당성의 수준에 관한 문제이다. 대통령과 국회는 국민의 직접 선거로 구성되므로 민주적 정당성이 가장 높은 수준에 있다. 반면, 대통령이 국회의 동의를 받아 임명하는 대법원장은 대통령이나 국회와 비교할 때, 상대적으로 민주적 정당성의 수준이 낮다. 물론, 국가기관을 간접 선임의 방식으로 구성한다고 해서 민주적 정당성을 충족시키지 못하는 것은 아니다. 다만 국민에 의해 직접 구성되는 기관이 가장 높은 민주적 권위를 생성시키는 것이다(베켄회르데 2003, 220-221). 따라서 대법원장에 의해서 헌법재판소의 재판관이 임명된다고 해서 그것이 민주적 정당성의 완전한 결핍을 의미하는 것은 아니다. 문제는 민주적 정당성의 수준이 서로 다른 기관이 동등한 재판관 임명권을 보유하고 있다는 점이다.

다음으로, 대법원장이 헌법재판관 3인을 임명하는데 있어서 그 권한을 온전히 독점하고 있다는 문제이다. 대법원장이 지명하는 방식은 헌법재판소 구성에 있어서 법률적 전문성을 충족시킬 수 있다는 긍정적 평가를 받을 수 있으나, 대법원장이 지명하는 절차에서 사법부 내의 의견을 수렴하거나 변호사협회 등 법조

1987, 61-69). 당시 정당들의 헌법개정안과 최종 개정되어 완성된 헌법을 비교해 볼 때, 헌법재판소를 설치하여 헌법재판권을 부여하고 기존 헌법위원회의 구성방식을 그대로 적용하는 것은 모두 민주정의당이 제안한 방식대로 최종 결정된 것임을 확인 할 수 있다. 결국 이는 당시 대통령 직선제를 중심으로 진행되는 개헌과정에서 이루어진 정치적 타협의 결과로 추정된다.

전문단체의 의견을 수렴하는 장치가 부재하고 오직 대법원장 개인의 안목에 의해서 헌법재판소 재판관 임명이 좌우되는 것은 입헌민주국가의 원리와 모순되는 비민주적인 것이다(정종섭 2005, 357).

세계 주요 민주주의 국가에서 헌법재판기관을 구성하는데 사법부가 참여하는 경우는 매우 드물게 나타난다. 스페인과 이탈리아 등 일부 국가에서만 사법부의 헌법재판소 구성권이 인정되고 있지만, 이 국가들에서도 대법원장 한 사람에게 권한을 부여하지는 않는다. 스페인에서는 헌법재판소 재판관 12인 중 상원과 하원이 각각 4인씩 제안하고, 나머지 2인에 대해서 사법부 총평의회에서 제안하여 구성하도록 규정하고 있다(스페인 헌법 제159조). 즉, 스페인은 헌법재판소 재판관의 1/6을 사법부에서 제안하지만 대법원장 한 사람이 권한을 가지는 것이 아니라 대법원장을 포함하여 21명으로 구성되는 사법부 총평의회에서 결정하도록 하고 있는 것이다.⁹⁾ 이탈리아의 경우에는 헌법재판소 재판관 15인 중 양원합동회의, 대통령, 대법원이 각각 5명씩 지명한다(이탈리아 헌법 제135조). 이탈리아는 한국과 같이 사법부가 헌법재판소를 구성하는데 있어서 1/3의 지분을 가지고 있다. 하지만 이탈리아는 5명의 헌법재판소 재판관을 대법원장 한 사람이 임명하는 것이 아니라, 재판관선출위원회에서 선출하도록 했다.¹⁰⁾

이처럼 대법원장이 단독으로 3인의 헌법재판소 재판관을 임명할 수 있는 한국의 현행 제도는 제2공화국의 헌법재판소 구성방식보다 후퇴한 것이다(정종섭 2009, 401). 제2공화국에서도 현행 방식과 같이 대법원에게 9인의 재판관 중 3인의 임명권을 부여했다. 하지만, 당시 대법원장과 대법관은 대통령이 임명하는 것이 아니라 법조 직역에 있는 사람들로 구성된 선거인단에 의해서 선출되었고, 이러한 대법관들로 구성된 대법관회의에서 과반의 찬성으로 3인을 선출하도록 했던 것이다. 따라서 제2공화국에서 대법원이 헌법재판소 재판관 3인을 지명하는 것이 현행 방식보다 민주적이었음을 알 수 있다.

결과적으로 대통령이 임명한 대법원장이 단독으로 3인의 헌법재판소 재판관

9) 스페인의 사법부 총평의회는 대법원장 이외에 20인으로 구성되며 20명중 12명은 각급 재판관 중에서, 4명은 하원에서, 4명은 상원에서 선임한다(스페인 헌법 제122조).

10) 이탈리아에서 헌법재판소 재판관 선출을 위한 재판관선출위원회는 대법원 3인, 국가자문위원회 1인, 회계감사원 1인 등 모두 5인으로 구성된다(김종호 2014, 781).

을 임명하는 현행 방식은 민주적 정당성의 수준의 측면과 대법원장의 단독 결정이라는 측면에서 민주적 정당성의 보완이 요구된다고 하겠다.

2. 사법권 독립의 문제

현행 헌법재판소 구성방식은 대통령의 과도한 권한행사가 가능하다는 점에서 사법권 독립이 침해될 수 있는 문제를 가진다(김종세 2006, 24; 김종철 2005, 26; 김하열 2014, 76; 한수용 2015, 13). 대통령은 헌법재판소 재판관 9인 중에서 3인을 직접 임명한다. 이에 더하여 다른 4인의 재판관에 대해서도 대통령이 임명과정에서 간접적인 영향력을 행사할 수 있는 가능성이 열려 있다. 먼저 대법원장이 지명하는 3인이다. 현행 헌법에서 대법원장은 대통령이 국회의 동의를 받아 임명하도록 되어 있다. 그리고 대법원장은 헌법재판소 재판관 3인에 대한 지명권을 온전히 가지고 있다. 이러한 구조에서는 대통령의 의지에 따라 대법원장을 통해 헌법재판소 재판관 임명에 간접적 영향력을 행사할 가능성을 완전히 차단하기 어렵다. 이는 제2공화국에서와 같이 대법원장과 대법관을 선거인단에 의해 선출하고, 헌법재판소 재판관 역시 대법관들에 의한 선거에서 선출하여 3인을 결정하는 방식과는 많은 차이가 있는 것이다. 또한 대통령은 국회에서 선출하는 3인의 헌법재판관 중에서 적어도 1명에 대해서 간접적인 영향력 행사가 가능하다. 국회에서 임명하는 헌법재판관 3인은 일반적으로 여당 추천 1명, 야당 추천 1명, 여·야 합의 1명으로 선임한다. 따라서 적어도 여당 추천 1인에 대해서 대통령이 간접적 영향력을 행사할 수 있는 가능성이 열려 있는 것이다. 결국 현행 헌법재판소 구성방식에서는 제도적으로 9명 중에서 적어도 7명에 대해 대통령이 직·간접적으로 영향을 미칠 수 있게 되는 것이다.

주요 국가의 헌법재판을 담당하는 기관의 구성방식을 참고할 경우 그 특징이 보다 두드러진다. 미국의 연방대법원 대법관 9인은 대통령이 상원의 동의를 받아 임명하고 종신이 보장되며(미국헌법 제2조 제2항), 독일의 헌법재판소 재판관 16인은 상원과 하원이 각각 8명씩 선출하고 임기는 12년이다(독일연방공화국 기본법 제94조). 프랑스의 헌법평의회 9인은 대통령, 상원의장, 하원의장이 각각 3인씩 임명하고 임기는 9년이며(프랑스 헌법 제56조), 오스트리아의 헌법재판소

재판관 14인 중 소장과 부소장을 포함한 8인은 내각의 제청으로 대통령이 임명하고 6인은 상원과 하원이 각각 3인씩 임명하며 임기는 9년이다(오스트리아연방 헌법 제147조). 일본의 최고재판소 재판관 15인은 내각의 지명으로 천황이 임명하고 이후 처음으로 실시되는 중의원 선거에서 국민심사에 회부하고, 이후 10년마다 중의원 선거에서 재신임을 받는다(일본국헌법 제79조).

이러한 해외 주요 국가의 사례를 참고할 때, 한국의 헌법재판소 구성방식은 사법부가 관여한다는 점과, 이를 통해 대통령이 과도한 영향력을 행사할 수 있는 구조가 형성되어 있다는 점이 특징적이다. 이는 대통령이 헌법재판관 임명에 영향력을 행사하고자 하는 경우에 대법원장이나 여당을 통한 임명에도 간접적 영향력을 행사함으로써 사법권 독립의 원리가 침해될 수 있다는 점에서 문제가 되고, 대통령이 그러한 의지가 없거나 실제 영향력을 행사하지 않는다고 하더라도 헌법재판소의 결정을 두고 정치적 논란을 야기할 수 있다는 점에서도 문제가 될 수 있다. 이러한 제도적 환경은 대통령의 영향력 행사 여부와 무관하게 헌법재판소 결정에 동의하지 않는 사람들이 헌법재판소의 결정 자체를 정치적 영향력에 의한 것으로 평가절하하고 승복하지 않는 빌미를 제공한다는 점에서 문제가 될 수 있다. 실제 주요 이슈에 대한 헌법재판소의 결정에 동의하지 않는 사람들은 이념과 정파에 관계없이 헌법재판소가 “정치적 결정”을 했다고 비판하는 경우를 자주 볼 수 있다. 따라서 이러한 논란의 가능성을 근본적으로 차단함으로써 대통령의 간접적 영향으로부터 벗어나는 동시에, 재판결과에 대해 존중하고 수용하는 법치주의가 정착될 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다.

또한 재판관의 임기 역시 독립성의 문제로 지적될 수 있다(김종세 2006, 24; 최희수 2011, 187). 한국의 헌법재판소 재판관은 임기가 6년으로 상대적으로 짧고, 연임을 허용하고 있다. 6년의 임기는 대통령이나 국회 및 대법관의 임기와 비교했을 때 짧은 임기는 아니지만 헌법재판소의 특수한 기능을 고려하고 다른 국가들과의 비교를 통해 볼 때 길다고 평가하기 어렵다. 게다가 재판관의 연임을 허용하고 있는데, 이 경우 초임 재판관들은 연임을 기대하기 쉽고, 특히 명예를 존중하는 우리 문화에서는 연임의 탈락을 우려할 수밖에 없다는 것이다(김종철 2005, 30). 따라서 다른 국가에서 9년이나 12년 등의 임기를 규정하는 것과 비교하여 상대적으로 길지 않은 임기에 연임을 허용함으로써 임명권자를 의식하지

않을 수 없게 됨으로써 독립성의 원칙이 약화될 수 있게 된다.

3. 전문성의 문제

헌법재판소 재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 사람으로 한정하는 것은 법률적 전문성을 갖추는 장점이 있지만, 헌법재판소 구성에서 함께 고려되어야 하는 국가의 정치·사회적 구조 등에 관한 국가작용에 대한 전문성을 충족하지 못하는 문제가 나타난다(김명수 2009, 470; 김문현 2005, 99; 김종세 2006, 38; 최희수 2011, 174). 헌법재판은 민사재판이나 형사재판보다 거시적인 판단과 헌법정책적 판단을 요구하고 이론재판의 성격이 강하므로 민형사 재판의 실무경험이 많다고 해서 헌법재판을 수행할 자격을 당연히 가지는 것은 아니다. 또한 헌법재판은 국민적 의지와 사회적 가치를 반영해야 하며, 재판의 결과가 미치는 정치, 경제, 사회적 영향을 고려해야하므로 이에 관한 비법률적 전문성이 보완되어야 한다. 게다가 헌법재판소법 제5조에서 15년 이상의 경력에 40세 이상으로 추가적인 자격제한을 두는 것 역시 법률적 전문성을 확보하는 것에는 도움이 될 수 있지만 그밖에 보완되어야 하는 다른 정치사회 구조적 전문성을 확보하는 데 제약이 될 수 있다. 연령이 세계관이나 가치관을 결정하는 가장 주요한 기준은 아니기 때문이다(김종철 2005, 30).

세계 주요 국가에서도 헌법재판기관의 자격을 엄격히 제한하지 않는 경향이 강하다. 독일 등 일부 국가에서 법관의 자격을 가진 사람으로 한정하기도 하지만, 그 역시 우리의 경우와 동일하지는 않다. 독일 등의 국가에서는 법관을 양성하는 과정이 개방적이어서 사회적 다양성을 충분히 수렴할 수 있는 반면에, 우리는 높은 경쟁률의 사법시험을 통과한 소수의 법률가들만이 법관의 자격을 가지는 제도가 오랜 기간 유지되었고, 법률가 집단 내에서도 관료화된 법원조직이나 검찰조직에서 사법엘리트를 양성해 온 점을 감안할 때, 법관의 자격을 가진 사람들 내의 동질성과 폐쇄성이 크다는 것이다(김종철 2005, 27-28). 독일에서는 법학교육과 법조인 양성을 연방정부가 아닌 주에서 관장하고, 실무수습 역시 하나로 통일되어 있지 않고 사법부, 행정부, 변호사 사무실 등의 여러 곳에서 다양한 형태의 실무수습을 받을 수 있는 등 법률가 집단이 획일화되지 않고 다양성이 보장

될 수 있다(홍선기 2015, 123-125). 다만, 한국에서도 지난 2009년부터 로스쿨이 도입되고 관료적 사법제도 개혁을 위해 꾸준히 노력한 결과, 법조계의 폐쇄성과 동질성이 완화되어가는 추세이기는 하지만 여전히 근본적으로 변화되었다고 보기는 어려운 것이 사실이다.

다른 주요 국가들에서는 헌법재판기관의 재판관 자격을 법관의 자격을 가진 사람으로만 한정하지 않는 경우가 많다. 미국은 연방대법관의 자격제한을 두고 있지 않고, 프랑스 역시 헌법위원회 위원이 될 수 있는 자격제한을 두고 있지 않다. 오스트리아는 판사, 행정관리, 법학교수, 법학 및 국가학 전공자 등이 헌법재판관으로 선발될 수 있는 자격을 가진다(오스트리아 헌법 제147조). 일본은 15명의 최고재판소 재판관 중에서 10명 이상을 법조인의 경력이 있거나 20년 이상 법학교수직에 있었던 사람으로 해야 함을 규정하여(최고재판소법 제41조), 최대 5명에 대한 별도의 규정을 두지 않고 있다.

한편, 한국에서 헌법재판관의 자격을 법관으로 한정하는 것은 세계적인 흐름과는 반대되는 것이기도 했다. 1980년대 후반 이후 권위주의나 사회주의 체제에서 민주주의 체제로 이행을 겪은 국가에서는 새로운 민주주의적 정치체제를 구축하기 위한 시도를 했다. 그중 대표적인 것이 헌법재판소를 설치하고 재판관의 자격을 개방하여 기존의 법관들로만 헌법재판소가 구성되는 것을 제한하려 했던 것이다. 이는 권위주의시기에 사법부가 시민들의 자유와 권리를 보호하기보다는 권위주의 정권에 유리한 판결을 하는 등의 이유에서 국민적 신뢰를 받지 못하는 당시의 상황이 반영된 것이었다. 그 결과 당시 민주주의로 체제이행을 겪은 여러 국가에서는 헌법재판소 재판관으로 법학교수 등 다수의 외부인사가 포함되는 경향이 나타났던 것이다(쉐보르스키·마라발 2008, 412-413).

이와는 달리, 한국에서는 1987년 개헌 과정에서 기존과는 달리 헌법재판관의 자격을 법관의 자격으로 제한했던 것이다. 제5공화국 헌법에서 헌법재판은 헌법위원회가 담당했는데, 헌법위원회는 위원의 자격을 법관의 자격을 가진 사람으로만 한정하지 않았다. 당시 헌법위원회는 9인의 위원으로 구성되고, 현재와 동일한 방식으로 대통령, 국회, 대법원장이 각각 3인씩 임명하도록 했다. 그렇지만 위원의 자격으로 법관의 자격을 가진 사람을 비롯하여, 대통령, 국회의장, 국무총리, 국무위원 등의 직에 있었던 자, 법학교수를 포함하는 등 개방적이었다(헌

법위원회법(법률 제3551호) 제3조. 즉, 1987년 개헌의 과정에서 헌법위원회를 헌법재판소로 상설기구화 하면서 보다 적극적인 헌법 및 기본권 보호 장치를 마련하고자 했지만, 재판관의 자격을 법관의 자격을 가진 자로만 한정함으로써 세계적인 추세와는 반대로 헌법재판소 구성 방식을 폐쇄적인 방향으로 바꾸게 되었던 것이다.

Ⅶ. 결론 및 전망

한국의 헌법재판소는 국가권력을 제한하고 국민들의 기본권을 보장하는 중요한 역할을 수행함으로써 한국의 법치주의와 민주주의 발전에 기여하고 있다. 하지만 현재 한국의 헌법재판소 구성방식은 갈등을 중재하는 공정한 심판자로서 충분한 신뢰를 확보하는데 한계를 가지고 있다. 이는 헌법재판소를 구성하는 데 있어서 반드시 고려되어야 하는 민주적 정당성의 원리, 사법권 독립의 원리, 전문성의 원리 등 기본 원리가 충분히 실현되고 있지 못하기 때문이다.

헌법재판소 구성방식에서 나타나는 원리적 문제는 실제 헌법재판 내용의 공정성과 중립성을 훼손할 가능성이 있다는 점과, 나아가 갈등의 중재자에 대한 사회구성원들의 불신을 야기할 수 있다는 점에서 문제의 심각성이 있다. 특히 한국과 같이 사회적 갈등이 높게 형성되어 있는 경우에는 헌법재판이 갈등을 해소하기 보다는 오히려 갈등을 더욱 심화시킬 수 있는 우려가 있기 때문이다. 따라서 적어도 헌법재판소 결정에 대한 불필요하고 소모적인 논란을 피하기 위해서라도 헌법재판소 구성의 객관성과 공정성을 강화할 필요가 있다.

이러한 문제의식에서 본 연구에서 검토한 현행 헌법재판소 구성방식의 원리적 문제는 (1) 대법원장의 과도한 헌법재판소 재판관 임명권, (2) 대통령의 영향력 행사 가능성, (3) 헌법재판소 재판관 자격의 폐쇄성이라고 요약할 수 있다. 첫째, 간접 선임된 대법원장 한 사람이 국민에 의해 직접 선출된 국회 및 대통령과 동일한 임명권을 독점적으로 보유하는 경우는 세계적으로도 찾아보기 어려운 특수

한 사례로서, 헌법재판소 구성에서 민주적 정당성의 결핍을 야기하는 주요 요인으로 지적되며, 제2공화국 헌법의 헌법재판소 구성방식과 비교하여 퇴보한 것으로 평가된다. 둘째, 현행 헌법재판소 재판관 임명방식은 대통령의 의지와 무관하게 대통령이 재판관 9명 중에서 적어도 7명에게 직·간접적인 영향력을 행사할 수 있는 가능성이 열려 있다. 이는 대통령이 영향력 행사의 의지를 가질 경우 사법권 독립이 침해될 수 있는 조건이며, 대통령이 실제 그러한 의지가 없는 경우에도 현재 결정에 대한 비판의 빌미로 이용될 수 있는 문제를 가진다. 셋째, 헌법재판소 재판관의 자격을 법관의 자격을 가지 사람으로 한정함으로써 국가작용에 대한 거시적인 전문성과 민주적 다원성을 확보하는데 한계를 가진다. 특히 이는 권위주의나 사회주의에서 민주주의로 체제이행을 겪는 국가들에서 나타나는 일반적인 경향과는 반대로, 한국에서는 1987년 헌법을 개정하는 과정에서 기존의 개방적인 자격규정을 폐쇄적으로 제한하는 역 이행의 행보였다.

헌법재판소 구성 방식을 개선하여 원리적 문제를 해소하기 위해서는 법률개정이나 헌법개정의 과정을 거쳐야 한다. 법원조직법이나 헌법재판소법, 국회법 등의 관련법을 개정하는 경우에는 대법원장이 재판관 3인을 임명하는 과정에서 별도의 “헌법재판관 후보추천위원회” 등을 구성하여 대법원장의 임명권을 견제하도록 하거나 국회에서 인사청문회를 보다 강화하는 등의 방법으로 공정성과 객관성을 부분적으로 강화할 수 있을 것이다 하지만 이는 매우 제한적이고 보완적인 수준에 그칠 수밖에 없다. 결국 문제를 근본적으로 해결하는 방법은 헌법을 개정하는 것이다. 하지만 한국에서 개헌의 문을 여는 것은 결코 쉬운 문제가 아니며, 개헌의 장이 열린다고 해도 헌법재판소 구성의 문제가 근본적으로 논의될 수 있을지는 불명확하다. 역대 헌법 개정이 입법부와 행정부 구성방식의 변경 중심으로 이루어졌고 사법부에 관한 논의는 매우 제한적으로 이루어졌다는 점을 감안할 때, 체계적인 준비와 사회적 합의가 전제되지 않고서는 개헌의 과정에서 헌법재판제도 개선의 문제를 의미 있게 다루는 것은 쉽지 않을 것이기 때문이다.

이러한 어려움에도 불구하고 현행 헌법재판소 구성방식이 개선되어야 하는 것은 분명하다. 한국의 사회적 갈등을 해소하고 민주주의를 보다 발전시키기 위해서는 공정한 심판자로서 헌법재판소의 역할이 더욱 중요하다. 이를 위해서는 현행 헌법재판소 구성방식의 원리적 문제들을 해결해야 하며, 그랬을 때 헌법재판

소의 권위가 형성되고 나아가 헌법재판소 결정에 승복하는 정치문화가 정착될 수 있을 것이다.

참고문헌

- 고문현. 2005. “헌법재판소구성에 관한 개선방안: 헌법재판관 선출을 중심으로.” 『헌법학 연구』 제11권 제4호, 357-406.
- 국회헌법개정특별위원회. 1987. 『각 교섭단체 헌법개정시안 대비표: 현행헌법-민주정의당-통일민주당-신한민주당-한국국민당』. 서울: 국회사무처.
- 권순현. 2012. “헌법재판의 정당성 문제.” 『유럽헌법연구』 제11호, 254-271.
- 권영성. 2010. 『헌법학원론』. 파주: 법문사.
- 김명수. 2009. “헌법재판소의 조직·구성 등에 관한 고찰.” 『성균관법학』 제21권 제3호, 463-487.
- 김문현 외. 2005. 『현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안』. 서울: 헌법재판소.
- 김종세. 2006. “헌법재판소 구성방식에 관한 문제점과 개선방안.” 『법학연구』 제22호, 19-46.
- 김종철. 2005. “헌법재판소 구성방법의 개혁론.” 『헌법학연구』 제11권 제2호, 9-48.
- 김종호. 2014. “이탈리아 헌법재판제도에 관한 소고.” 『서울법학』 제22권 제2호, 781-830.
- 김철수. 2013. 『헌법학신론』 (제21전정판). 서울: 박영사.
- 김하열. 2014. 『헌법소송법』. 서울: 박영사.
- 대한민국국회. 1960. “제35회 국회임시회의속기록 제33호.” (1960.06.10).
- 몽테스키외. 2007. 『법의 정신』. 하재홍 역. 서울: 동서문화사.
- 박상철 외. 1991. 『1991 국민법의식 조사연구』. 서울: 한국법제연구원.
- 박상철 외. 1994. 『1994 국민법의식 조사연구』. 서울: 한국법제연구원.
- 비켄회르데, 에른스트-볼프강. 2003. 『헌법과 민주주의: 헌법이론과 헌법에 관한 연구』. 김효전·정태호 역. 서울: 법문사.
- 성낙인. 2016. 『헌법학』 (제16판). 파주: 법문사.
- 쉐보르스키, 아담·호세 마리아 마라발 편. 2008. 『민주주의와 법의 지배』. 안규남 외 역. 서울: 후마니타스.
- 이세정·이상윤. 2008. 『2008 국민법의식 조사연구』. 서울: 한국법제연구원.
- 임지봉. 2004. 『사법적극주의와 사법권 독립』. 서울: 철학과현실사.
- 정종섭. 2005. 『헌법재판연구 I』. 서울: 박영사.
- 정종섭. 2009. “1960년헌법에서의 헌법재판소의 최초 등장과 배경.” 『법과사회』 제36권, 385-420.

- 정중섭. 2014. 『헌법소송법』 (제8판). 서울: 박영사.
- 차동욱. 2006. “위헌법률심사제도의 민주적 정당성에 관한 고찰: 대의제 민주주의 하에서의 헌법재판제도의 정당성.” 『정부학연구』 제12권 제2호, 161-195.
- 최희수. 2011. “헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향.” 『헌법학연구』 제17권 제2호, 161-197.
- 토크빌, A. 지음. 임효선 외 옮김. 1997. 『미국의 민주주의 I』. 한길사.
- 한국사회갈등해소센터. 2016. 『2016 공공갈등에 대한 국민 및 전문가 조사』.
- 한수웅. 2015. “현행 헌법재판소 재판관 선임제도의 문제점과 개선방향.” 『법학논문집』 제39집 제1호, 5-36.
- 해밀턴, 알렉산더·제임스 매디슨·존 제이. 1995. 『페더럴리스트 페이지』. 김동영 역. 서울: 한울.
- 허완중. 2012. “헌법재판소의 민주적 정당성.” 『헌법학연구』 제18권 제3호.
- 허영. 2013. 『헌법이론과 헌법』. 서울: 박영사.
- 허영. 2015. 『헌법소송법론』. 서울: 박영사.
- 헌법재판소. 2004. “헌재 2004.10.21. 2004헌마554·556(병합).”
- 헌법재판소. 2009. “헌재 2009.10.29. 2009헌라8·9·10(병합).”
- 현대호·김명아. 2015. 『2015 국민법의식조사연구』. 서울: 한국법제연구원.
- 홍선기. 2015. “독일 법조인 양성제도의 최근 현황과 대한민국의 대안.” 『법학논총』 제28권 제1호, 115-126.
- Becker, Theodore L. 1970. *Comparative Judicial Politics: The Political Functionings of Courts*. Chicago: Rand McNally.
- Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Ferejohn, John. 2002. “Judicializing Politics, Politicizing Law.” *Law and Contemporary Problems* 65, 41-68.
- Fiss, Owen M. 1993. “The Right Degree of Independence.” In *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, edited by Irwin P. Stotzky, 55-72. Boulder: Westview Press.
- Hirschl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- Larkins, Christopher M. 1996. "Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis." *The American Journal of Comparative Law* 44(4): 605-626.
- Masterman, Roger. 2011. *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Rosenberg, Gerald N. 1992. "Judicial Independence and the Reality of Political Power." *The Review of Politics* 54(3): 369-398.
- Rosenn, Keith S. 1987. "The Protection of Judicial Independence in Latin America." *University of Miami Inter-American Law Review* 19: 1-35.
- Russell, Peter H. 2001. "Toward a General Theory of Judicial Independence." Peter H. Russell and David M. O'Brien. eds. *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*. Charlottesville: The University Press of Virginia, 1-24.
- Seibert-Fohr, Anja. ed. 2012. *Judicial Independence in Transition*. Heidelberg ; New York: Springer.
- Shetreet, Shimon. 1985. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges." In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes, 590-681. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. Cambridge ; New York: Cambridge University Press.
- Tate, C. Neal and Torbjorn Vallinder. eds. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Waldron, Jeremy. 1998. "Precommitment and Disagreement." Larry Alexander. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge, UK ; New York: Cambridge University Press, 271-299.

Fundamental Problems of the Appointment System of the Constitutional Court Justices

Choi, Sun | Yonsei University

The purpose of this study is to analyze the characteristics of the appointment system of the Constitutional Court Justices in Korea in order to examine its fundamental problems. Since the democratization in 1987, the importance of the Constitutional Court has been increased by making final decisions on both political and social major issues. However, it is too early to believe that a culture was formed in which the social members accept the decisions of the Constitutional Court based on respect and trust. Considering that the constitutional trial essentially has the characteristic as the political formation trial, it becomes very important task to build trust in the Constitutional Court decision in Korea where there is high distrust of social conflicts and trials. Therefore, this study points out that (1) The excessive power of the Chief Justice of the Supreme Court to appoint the Constitutional Court Justices, (2) the possibility of the usage of the President influence, (3) the closed qualification of the Constitutional Court Justices and it reveals that they may conflict with the democratic legitimacy, the judicial independence, and the principle of the professionalism.

Key Words | constitutional court, democratic legitimacy, judicial independence, qualification of the justices, appointment system, judicialization of politics