



# 이슈와 논점



이슈와 논점 | 제565호 | 2012년 11월 22일 | 발행처 국회입법조사처 | 발행인 고현욱 | www.nars.go.kr

## 헌법재판관 지명방식의 문제점과 개선방안

조규범\*

### 1. 문제의 제기

지난 5일 헌법재판소장은 모대학교에서 개최한 특별강연에서 대통령, 국회, 대법원장이 각각 지명하는 현행 헌법재판관 지명 방식에 문제가 있다고 지적하여 이에 대한 사회적 관심이 고조되고 있다.

우리나라 헌법은 다수당에 의한 헌법재판기관의 석권을 막기 위한 방편으로 헌법재판관의 구성을 3부에 의한 선출방식으로 규정하여 헌법상 중립적인 기관으로 기능하도록 설계하였다.

즉, 헌법 제111조 제2항은 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 헌법재판소를 구성하며, 재판관은 대통령이 임명하도록 규정하고 있다. 같은 조 제3항은 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다고 규정한다. 즉, 대통령이 3인의 헌법재판소 재판관을 선임하고, 국회가 3인의 재판관을 선출하며, 대법원장이 3인을 지명하는 3부에 의한 선출방식을 취하는 것이다.

우리나라에서 대법원장의 헌법재판소 재판관에 대한 지명권에 관해서는 대법원장에

의한 독립적 지명제도의 폐지 내지 개선에 대한 견해가 다양하게 논의되고 있다.

이 글에서는 현행 3부에 의한 헌법재판관 선출방식의 문제점 중 대법원장의 헌법재판관 지명권의 문제점과 외국 헌법재판관 선임에 대한 비교법적 검토, 그리고 헌법재판관 구성방식의 개선방향에 대하여 검토하기로 한다.

### 2. 대법원장의 헌법재판관 지명권의 문제점

3부에 의한 선출방식의 문제에 있어서 가장 많은 비판을 받는 것 중의 하나는 대법원장의 지명권에 관한 것이며, 이와 관련된 내용은 다음과 같다.

우선, 대법원장은 국민에 의하여 직접 선출되지 않는다는 점에서 대법원장에 의한 헌법재판소 재판관 지명은 대통령의 지명과 국회에 의한 선출에 비해 국민적 정당성이 약하다는 견해가 있다.<sup>1)</sup>

또한, 대법원장의 지명권행사는 절대적 권

1) 양건·김문현·남복현, 「헌법재판소법의 개정 방향에 관한 연구용역보고서」, 『헌법재판연구』 제10권, 헌법재판소, 1999, p.14.

력이므로, 대법원장이 직접 재판관 3인을 지명하는 것은 지나친 권력집중이라는 견해도 있다.<sup>2)</sup>

한편, 대법원장이 대통령과 국회다수파의 결합에 의해 임명되는 상황에서 대법원장의 지명 몫도 대통령과 국회다수파의 영향력으로부터 자유롭지 못할 수 있다. 따라서 대통령 소속정파에 유리할 수 있는 국면은 더욱 강화되고 구성에 있어서의 다원성은 더욱 약화될 것이라는 의견도 제시된다.<sup>3)</sup>

그 밖에도 권력분립 내지 권력균형적인 측면에서의 비판으로 대법원장이 헌법재판소의 구성을 담당하는 권한을 가지는 반면에 헌법재판소는 대법원의 구성에 관여하는 권한이 없다고 지적하는 견해<sup>4)</sup>도 있다.

우리나라의 경우 사법기관으로 헌법재판소와 대법원을 별개의 장에서 규정하고 있는데, 이것에는 헌법체계론적인 문제점이 있음을 지적하는 견해도 있다. 즉, 헌법재판소는 헌법의 최종적 해석을 담당하고 대법원이 위헌법률심판을 제청하면 헌법재판소의 심판에 의하여 재판하여야 하는데, 대법원장에 의한 헌법재판관의 지명은 이와 같은 헌법체계와 조화되지 않는다는 견해다.<sup>5)</sup>

또한, 대법원장에 의한 단독지명은 사법부의 합의체에서 선출할 때에 비해 비슷한 성

향의 재판관들이 지명될 가능성이 높다는 비판도 제기된다.<sup>6)</sup>

그리고 사법부의 개입은 헌법재판소를 사법기관으로서의 성격을 강화하기 위한 것이라는 주장이 있다. 그러나 이에 대한 반론으로 구성원의 선출기관이 사법기관이라고 하여 사법기관성이 강화되는 것은 아니며, 사법기관의 성격인정 여부의 본질은 구성원이 정치적으로 독립적인가, 그 기관의 재판업무가 사법적 절차인가, 그리고 그 기관의 재판결과가 법적 구속력을 가지는가 등에 있다는 견해<sup>7)</sup>도 주목할 만하다.

### 3. 비교법적 고찰

#### (1) 의회의 단독 선출방식(독일 등)

독일의 헌법재판소는 2개부로 구성되며, 제1부는 기본권 침해문제를 취급하고, 제2부는 연방과 주정부 또는 주정부 간의 분쟁을 관할한다. 각 부는 8인의 재판관으로 구성되는데, 연방의회와 연방참사원에서 각각 4인씩 선출한다(「독일 헌법」 제94조 제1항). 이들에 대해 연방대통령이 임명권을 가지기는 하지만, 이는 실질적 임명권이 아니기 때문에 의회주도형 선출방식으로 분류할 수 있다.

#### (2) 의회와 정부에 의한 선출방식(오스트리아, 미국, 프랑스 등)

재판관 전원이 의회에서 선출되는 방식에 대비되어 정부도 재판관 선출에 참여하는 국가들은 오스트리아, 미국, 프랑스 등이다.

오스트리아의 헌법재판소는 1인의 소장, 1인의 부소장, 12인의 재판관 및 6인의 예비

2) 남북현, 「헌법개정시 헌법재판을 포함한 사법구조의 개편방향」, 『헌법학연구』 제12권 제5호, 한국헌법학회, 2006, p.400.

3) 김종철, 「헌법재판소 구성방법의 개혁론」, 『헌법학연구』 제11권 제2호, 한국헌법학회, 2005, pp.17-18.

4) 김문현·정재황·한수웅·음선필, 「헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안」, 『헌법재판연구』 제16권, 헌법재판소, 2005, p.114.

5) 허영, 『헌법소송법론』, 박영사, 2011, p.110.

6) 김문현·정재황·한수웅·음선필, 앞의 책, p.115.

7) 위의 책, pp.115-116.

재판관으로 구성된다. 헌법재판소장, 부소장, 6인의 재판관 및 3인의 예비재판관은 연방 대통령이 연방정부(Bundesregierung)의 제청을 받아 임명한다. 나머지 6인의 재판관과 3인의 예비재판관은 상·하원의 제청을 받아 대통령이 임명한다(「오스트리아 헌법」 제147조).

대법원이 헌법재판소의 역할을 하는 미국은 대통령이 지명한 후보를 상원이 인준해서 대법관을 선출한다(「미국 헌법」 제2조 제2항 2번째 구절). 따라서 상원이 인준을 거부하면 지명이 무산될 수 있기 때문에, 그러한 상황이 예상될 경우 대통령이 지명을 철회할 수 있다.

프랑스의 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성된다. 재판관은 3년마다 3분의 1이 갱신되는데, 대통령이 3인, 하원의장이 3인, 상원의장이 3인을 임명한다. 9인의 재판관 이외의 전직대통령들은 당연직 재판관<sup>8)</sup>이 된다(「프랑스 헌법」 제56조).

### (3) 3부에 의한 선출방식(이탈리아, 스페인 등)

의회와 정부 이외에 사법부도 일정부분 참여하는 나라로는 이탈리아, 스페인 등이 있다.

이탈리아 헌법재판소는 15인의 재판관으로 구성되며 양원합동회의, 대통령, 최고법원이 각각 3분의 1을 선출한다(「이탈리아 헌법」 제135조 제1항).

8) 전직 대통령이 재판관의 자격을 당연히 가진다는 것은 프랑스 헌법재판소의 특이한 면이지만, 그 정당성에는 의문이 제기된다. 전학선, 『프랑스의 헌법재판소 재판관』, 『광운비교법학』 제7호, 광운대학교 비교법연구소, 2006, pp.156-157 참조.

스페인의 헌법재판소는 국왕이 임명하는 12인의 재판관에 의하여 구성된다. 그 중 4인은 하원의원의 5분의 3 이상의 제안에 따르고, 4인은 동일한 수 이상의 상원의 제안에 따라, 2인은 정부가, 그리고 나머지는 2인은 사법부 총평의회에 제안에 따른다(「스페인 헌법」 제159조).

### (4) 행정부에 의한 선임(캐나다 등)

캐나다의 경우 헌법재판소가 없지만, 헌법재판을 담당하는 대법관의 임명은 전적으로 행정부가 관장한다. 특히 영국 여왕이 임명하는 총독이 여왕의 캐나다 추밀원의 조언을 받아 대법관을 모두 임명한다. 대법관의 선발은 「캐나다 헌법」보다는 「대법원법」이 좀 더 잘 설명하고 있는데, 특이한 점은 대법관 중 3명은 Quebec주 출신이어야 한다는 것이다.

## 4. 개선방안에 대한 논의

재판관 선출방식에서 우선적으로 고려되어야 할 요소는 민주적 정당성이며, 부차적으로 재판관의 독립성과 전문성이 요구된다. 헌법재판소 재판관의 민주적 정당성과 독립성의 확보를 위해서 현재의 대법원장에 의한 독립적 지명제도는 적절하지 않다는 지적이 있는 만큼 폐지 내지 개선의 검토가 필요한 사항이다. 학계에서 논의되는 개선 방안으로는 크게 헌법개정을 요하는 방식과 그렇지 않은 방식으로 나눌 수 있다.

헌법개정을 전제로 하는 방안으로는 다음과 같은 견해가 제시되고 있다.

우선 재판관 9인 중 3인은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 나머지 6인은 국

회에서 3분의 2 이상의 다수결로 표결하되, 대통령이 임명하는 3인 중 1인, 국회에서 선출하는 6인 중 2인은 전·현직 대법원 판사 중에서 임명하도록 하고, 그 절차에서 대법원장이 중심이 된 위원회에서 후보자명부를 제출하여 참고할 수 있도록 하자는 견해<sup>9)</sup>가 있다.

또한, 민주적 정당성과 독립성의 보장이라는 양자의 목적을 달성하기 위하여 3인은 국회에서 선출하고, 3인은 대통령이 임명하며, 나머지 3인 중 1인은 대법원장이 위원장인 대법관회의에서 선출된 자를 그리고 2인은 헌법재판소장이 추천하는 자를 임명하는 것이 합리적인 선출모형이라는 견해<sup>10)</sup>가 있다.

이 밖에도 독일 연방헌법재판소 재판관의 선임방법처럼 국회에서 9인의 재판관 모두를 선임해서 대통령이 임명하되, 국회 재적의원 2/3 이상의 찬성을 얻는 사람을 재판관으로 선임하는 방안<sup>11)</sup>, 일정한 자격을 갖춘 사람에 대해서 국민이 직접 선출하는 방안<sup>12)</sup>, 사법부에서의 재판관선출에 대해 국회의 동의를 받도록 하는 방안<sup>13)</sup> 등도 제시되고 있다.

반면, 헌법개정을 요하지 않는 개선방안으로는 사법부의 내부합의체에서 재판관의 선출을 주관하는 방식<sup>14)</sup>이나 재판관후보추천

위원회와 같이 사법부 외의 인사들이 참여하는 방식<sup>15)</sup>이 주장된다. 또한, 대법원장의 헌법재판관 지명에 앞서 대법관회의의 의결을 거치도록 법원조직법을 개정하는 것이 필요하다는 견해<sup>16)</sup>도 있다.

이러한 견해를 종합해서 볼 때, 대법원장의 독임적 지명제도 방식은 단기적으로는 헌법재판소법의 개정이나 대법원의 규정 신설 등을 통해서 대법원장의 헌법재판관 지명에 민주적 정당성을 보완하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 중·장기적으로는 헌법개정을 통해서 민주적 정당성과 독립성 및 중립성을 확보하는 방향으로 개선해 나가야 할 것이다. 이럴 경우, 현행 대법원장의 헌법재판관 지명제도를 폐지하고, 직접적 민주적 정당성을 부여받은 국회와 대통령이 적절한 비율로 헌법재판소의 구성에 관여하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 민주적 정당성이 확보된 더욱 세련된 헌법재판제도는 인간의 존엄성과 가치가 더 한층 존중되는 가운데 행복을 추구할 수 있는 자유민주주의와 법치주의 확립에 기여할 것이기 때문이다.

「이슈와 논점」은 국회의원의 입법활동을 지원하기 위해 수시로 발간되는 최신 국내외 동향 및 현안에 대한 정보 소식지입니다.

※ 본 내용을 허가 받지 않고 복제하거나 전재해서는 안 됩니다.

9) 차병직, 「헌법재판소 재판관 선임방식의 재검토」, 『인권과 정의』 제218호, 1994, p.13.

10) 신봉기, 「우리나라의 헌법재판관 선임제도 - 그 비판과 구체적 개선방안」, 『헌법논총』 제5집, 헌법재판소, 1994, pp.432-433.

11) 허영, 앞의 책, p.111.

12) 배상오, 「한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안」, 『법학연구』 제9권 제2호, 충남대학교 법학연구소, 1999, p.18.

13) 윤명선, 「헌법재판제도의 개선방향」, 『경희법학』 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994, p.85.

14) 성낙인, 「헌법재판소 인사와 임명 절차상의 문제점」, 『시민과 변호사』 제8호, 1994, p.74.

15) 최대권, 「헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로 -」, 『법학』, 서울대학교, 제34권 제1호, 1993, p.1993.

16) 고문현, 「헌법재판소 구성에 관한 개선방안」, 『헌법학연구』 제11권 제4호, 한국헌법학회, 2005, p.392.