

헌법재판소 재판관의 자격 문제에 대한 검토

정재황*

I. 연구의 의의	2. 현행 규정에 대한 논증적 검토
II. 자격설정에 있어서의 고려사항 과 기본요소	IV. 외국의 제도
1. 고려사항	V. 개선방안
2. 기본요소	1. 자격 범위의 문제
III. 현행 규정의 문제점	2. 규정의 위치 문제
1. 현행 규정	VI. 결어

I. 연구의 의의

국민의 기본권을 최후의 보루로서 수호하고 헌법규범의 최고성의 확보와 입헌주의의 실질화에 기여하는 헌법재판은 오늘날 필수적인 국가기능으로서 그 위상이 확립되어 있다. 우리의 경우에도 헌법재판의 효율성을 위하여 헌법재판소제도를 채택하였다. 우리 헌법재판소의 활동에 대해서는 앞으로도 평가가 계속되겠지만 일단은 그동안 왕성한 활동을 보여주었고 제6공화국헌법이 태동시킨 중요한 업적 중의 하나라고 평가될 수 있다. 이제는 국민의 일상적인 생활에도 헌법재판은 중대한 영향력을 미치고 있고 헌법재판과 헌법재판소의 기능이나 운영에 대한 일반 국민들의 인식이 제고되고 있다. 최근에 대통령에 대한 탄핵소추에 대한 기각결정¹⁾, 양심적 병역거부에 관한 합헌결정²⁾, 신행정수도의 건설을 위한 특별조치법에 대한 위헌결정³⁾, 신행정수도

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

1) 헌재 2004.5.14. 선고, 2004헌나1, 판례집 16-1, 609면 이하 참조.

후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시건설을 위한 특별법에 대한 각하결정⁴⁾ 등에 국민의 관심이 집중되었음은 바로 그러한 사실을 실증한 바 있고 헌법재판소의 판단이 가져올 결과의 영향과 파장의 진폭이 크다는 것이 여실히 나타난 바 있다. 헌법재판소의 개별적인 판례에 대한 평가는 별도로 이루어져야 하겠지만, 여하튼 헌법재판은 우리의 일상 곁에 자리 잡았다고 할 것이다.

이러한 헌법재판의 실질을 담당하는 주체는 바로 헌법재판소의 구성원인 재판관들이다. 국가적으로 중요한 헌법문제에 대한 판단은 바로 이들 재판관들에 의해 수행되므로 헌법재판소 재판관의 자격을 어떠한 자질과 능력을 가진 사람에게 부여할 것인가 하는 문제는 당연히 헌법재판의 발전을 판가름하는 핵심적인 과제이다. 헌법재판소 재판관의 자격설정에 있어서는 헌법재판이 일반의 민사재판, 형사재판과는 다른 특수성을 지닌다는 점, 특히 헌법재판의 결과는 중대한 파급효과를 가져올 수 있기에 국민들의 신뢰를 더욱더 충분히 받을 수 있어야 한다는 점 등이 고려되어야 한다.

현행 법규정은 헌법재판소 재판관의 자격을 법조출신자에 한정하여 부여하고 있는데 이에 대한 보다 근본적인 검토가 필요하다. 그동안 헌법재판소 재판관의 자격에 대한 검토가 적지 않게 이루어져 왔다. 그런데 여전히 이 문제는 중요성을 가진다는 점에서, 근간에 헌법개정논의가 없지 않은데 앞으로 헌법재판소에 관한 헌법규정의 개정이 논의된다면 역시 다루어져야 될 중요한 문제들 중에 하나라는 점에서, 그리고 이러한 상황에서 이제는 현행 제도의 문제점을 보다 더욱 논증적으로 검토함이 충실한 대안마련에 필요하다고 보아 헌법재판소 재판관의 자격 문제에 대해 다시 살펴보고자 한다.

II. 자격설정에 있어서의 고려사항과 기본요소

헌법재판소의 재판관(이하 ‘헌법재판관’으로 약칭하기도 함)으로서 선임되기 위한 자격요건에 대해 보다 논리적인 검토와 논의를 수행하기 위해서는 전제적으로 고려되어야 할 사항으로 무엇이 있는지를 알아보고, 헌법재판관의 자격에 있어서의 기본요소가 무엇인지를 먼저 파악함이 필요하다. 즉 기본지침의 마련이 먼저 필요하다.

2) 2004.8.26. 선고, 2002헌가1, 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청, 판례집 16-2, 141면 이하 참조.

3) 현재 2004.10.21. 선고, 2004헌마554등, 판례집 16-2-하, 1면 이하 참조.

4) 현재 2005.11.24. 선고, 2005헌마579-763(병합). http://www.ccourt.go.kr/court_hinformation/precedent.asp 참조.

이러한 기본지침에 비추어 논의를 전개함으로써 그 검토와 논의에 있어서 보다 논리성과 설득력을 가지게 할 것이기 때문임은 물론이다. 아래에서 헌법재판관의 자격설정에 있어서 고려할 사항들, 그리고 헌법재판관이 갖추어야 할 능력과 자질에 있어서의 기본요소들을 다시 살펴볼 필요가 있다.

1. 고려사항

(1) 헌법재판의 성격과 헌법재판소 재판관의 자격 문제

우리 헌법재판소도 재판기관으로서의 성격을 가지고⁵⁾ 헌법재판소 재판관도 사법기관의 구성원으로서의 지위를 가지게 된다.⁶⁾ 그런데 헌법재판은 그 대상이 정치적 성격의 사건들인 경우가 많고 국가의 최고법인 헌법을 해석하는 작용이라는 점과 그 재판결과가 미치는 효과의 광범위성 등에서 일반적인 민사소송, 형사소송과는 그 성격을 달리하기도 한다. 이러한 헌법재판의 특성은 헌법재판소 재판관의 자격설정에 대한 논의를 함에 있어서도 염두에 두어야 할 점이다.

(2) 헌법재판의 공정성·효율성 제고

헌법재판 외의 다른 재판에 있어서도 그 공정성, 효율성의 확보가 중요하다. 그런데 헌법재판에 있어서 공정성과 효율성은 헌법재판을 통하여 국민의 기본적 인권이 보장되고, 헌법의 최고해석이 이루어지며 입헌주의가 실질적으로 보장된다는 중요한 기능이 수행되고 그 파급효과가 크기 때문에 더욱 그 확보가 중요하다. 헌법재판의 공정성은 헌법재판소 자체의 독립성은 물론이고 헌법재판관들의 신분상, 재판상 독립성에 의하여 뒷받침되는데 아래의 2.에서 언급하듯이 헌법재판관의 자격요건도 이러한 독립성을 충분히 기대할 수 있도록 설정되어야 하는 것이 중요하다.

2. 기본요소

5) 우리 헌법재판소는 자신의 판례에서 스스로 사법기관으로서의 성격을 밝히고 있다. 헌재 1994.8.31. 선고, 92헌마126, 판례집 6-2, 192면 참조.

6) 우리나라에서 현행 헌법 외에 헌법재판소제도를 채택한 시기는 제2공화국인데 당시에 재판관의 자격은 법관의 자격을 지닌 9인의 심판관으로 구성되는 순수한 사법기구로서의 성격을 가지며 심판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여하지 못하게 함으로써 정치적 중립성을 보장하고 있다. 김영수, 한국헌법사, 학문사, 서울, 2001, 480면 참조.

헌법재판관이 갖추어야 할 능력과 자질에 있어서의 기본요소로 헌법적 전문성, 독립성 등을 들 수 있다.

(1) 헌법적 전문성

헌법재판은 헌법을 해석하고 그것에 비추어 행해지는 판단작용이므로 헌법재판관은 헌법이론과 헌법해석에 관한 전문적이고 심화된 지식과 식견을 보유하여야 함은 물론이다. 일반적으로 헌법은 최고규범성, 권력제한규범성, 추상성, 개방성 등의 특성을 가진다는 점이 지적되고 있다.⁷⁾ 헌법재판은 이러한 헌법의 특성에 따른 특수성을 가지고 또한 그 결정이 가지는 헌법정책적 의미와 파급효과의 정도 등에서 일반재판과 다른 특수성을 가진다. 따라서 헌법재판에 있어서는 다른 법규범의 해석에 비해 보다 더 거시적인 시각에서 보다 전반적이고 체계적인 해석이 이루어질 것을 요한다. 이러한 헌법, 헌법재판, 헌법해석의 특수성을 인식하면서 헌법에 대한 전문적 지식을 토대로 통찰력 있는 헌법적 안목으로 심도 있는 분석과 판단이 수행되어야 더욱 정치하고 설득력 있는 헌법재판이 이루어질 수 있다.

(2) 독립성

헌법재판은 한 국가의 최고법의 해석에 관한 유권적 판단을 수행하고 국민의 기본적인 권리의 보장과 국가권력의 통제에 중요한 법리를 확인하는 결과를 가져오고 그 결과의 영향력이 지대할 수 있으므로 재판관이 고도의 독립성을 가질 것을 요한다. 재판관은 어떠한 경우에도 당리당략이나 특정 집단의 이익을 위하여 심판하여서는 아니된다. 헌법재판소법은 "재판관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다"라고 규정하고 있다(헌법재판소법 제4조).⁸⁾

헌법재판관은 정치적 영향을 받지 않고 독립하여 헌법해석을 객관적으로 수행하여

7) 김철수, 헌법학개론, 제17전정신판, 박영사, 서울, 2005, 20-23면 등 참조.

8) 우리 나라에 있어 법관에 대해서는 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다"라는 직무상 독립에 관한 규정을 헌법 자체에 두고 있다(헌법 제103조). 헌법재판관에 대해서는 헌법 자체가 아니라 헌법재판소법에 직무상 독립에 대한 규정을 두고 있다. 헌법재판관에게 요구되는 고도의 독립성을 생각하면 앞으로 헌법에 규정을 두는 문제가 검토될 필요가 있다. 이 헌법재판소법 규정의 "법률에 의하여"라는 부분은 권한쟁의심판의 경우에는 법률상 부여된 권한이 침해된 경우에도 심판이 이루어질 수 있고(헌법재판소법 제61조 제2항), 탄핵심판의 경우에도 위헌성 판단 뿐아니라 위법성 판단도 이루어질 수 있으나 헌법재판소는 법률에 대한 위헌여부의 심사권을 가지기에 '합헌적'인 법률에 의하는 것으로 규정하는 것이 보다 바람직할 것이다.

공정한 재판을 할 수 있는 자질을 보유하여야 한다.

III. 현행 규정의 문제점

1. 현행 규정

현행 헌법 제111조 제2항은 헌법재판관의 자격을 법관의 자격을 가질 것으로 규정하고 있다. 법관의 자격에 대해서는 현행 헌법 제101조 제3항이 법률로 정하도록 규정하고 있고 이에 따라 법원조직법 제42조 제2항은 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자, 2. 변호사의 자격이 있는 자”를 법관으로 임용하도록 규정하고 있다. 변호사법 제4조는 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자, 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자”는 변호사의 자격이 있다고 규정하고 있다. 따라서 사법시험에 합격하여 사법연수과정을 마친 법관이나 검사로서의 자격을 가진 사람들이 아닌 비법조 출신의 인물들에 대해서는 헌법재판관의 자격을 인정하지 않고 있다.

2. 현행 규정에 대한 논증적 검토

헌법재판관의 자격자를 법관자격자에만 한정하고 있는 것은 일반소송과는 다른 특수성을 가지는 헌법재판에 있어서 재판관의 자격이 너무 폐쇄적이라는 지적이 그동안 헌법학계를 중심으로 있어 왔다. 그리하여 일반적으로 법관자격을 가진 법학교수가 드물다는 현실에서 법관자격이 없는 법학교수들을 헌법재판관의 자격자에서 배제하고 있는 것에 대해서는 비판이 많이 제기되었고 적어도 법학교수들에게는 재판관 자격을 개방하여야 한다는 견해들이 많았다.

아래와 같은 몇 가지 중요한 관점에서 헌법재판관자격을 법조 출신자에 한정하는 현행규정의 폐쇄성의 문제점을 논증할 수 있다.

첫째, 헌법 자체나 헌법재판이 가지는 특수성에 비추어 볼 때 문제점이 나타난다. 헌법재판에 있어서는 사인(私人)들간의 분쟁해결을 위한 민사재판 등에 비해 보다 거시적인 판단을 요하고 헌법정책적인 판단을 요구하는 경우가 많다.⁹⁾ 이는 헌법 자체

9) 김철수, 헌법소송제도의 문제점과 개선방안, 성계 이규석교수 정년기념논문, 현대공법론의 연구, 1992, 465면("다양한 정치적·사회적 문제를 다루는 헌법재판관의 자격을 법관자격자로만 한정한

의 특성에서 나오는 결과이기도 한데 헌법은 한 국가의 최고근본법으로서 국가적, 시대적 이념성을 띠고 있다. 헌법소원과 같은 헌법재판에 있어서는 개인의 권리구제가 목적이긴 하나 우리 헌법재판소도 인정하고 있듯이 헌법소원의 경우에도 객관적 헌법질서의 유지라는 기능을 가진다고 본다. 따라서 헌법소원과 같은 헌법재판도 사인의 개인적 이익만을 위한 것이 아니다. 민사소송, 형사소송에서도 물론 파급효가 큰 사건들이 있을 수 있지만 위헌법률심판이나 법령소원과 같이 법규범에 대한 판단이 이루어지는 헌법재판에서는 법규범의 위헌 여부가 제청신청인이나 당사자만의 문제가 아니라 전국민에 영향을 미칠 가능성이 있으므로 그 파급효가 크다. 이는 물론 법규범이 일반적 적용가능성을 가지고 있기 때문이다. 이러한 헌법재판이 지니는 특성에 비추어 재판관의 자격도 논의되어야 할 것이다. 법관은 민사소송, 형사소송 등 일반소송을 주로 다루어 왔다는 점에서 헌법재판은 위에서 살펴본 것처럼 특수성을 가지기에 헌법재판을 담당하는 헌법재판관의 자격을 법조 출신자들만에 한정하여 부여하는 것이 과연 타당한 것인가 하는 문제가 있다.

다음으로 헌법재판의 특수성과 관련하여 고려하여야 할 점은 헌법 자체가 추상성과 개방성 등의 특성을 가지기 때문에 그러한 헌법을 적용하는 헌법재판도 이론재판으로서의 성격이 강하다. 따라서 민사·형사의 실무적 경험이 많다고 하여 헌법재판도 재판이므로 이를 수행할 자격을 당연히 가진다고 보는 것은 적절하지 못하고 헌법재판에서 요구되는 이론적 해석을 위해 법학교수들의 참여가 필요하다. 헌법재판은 변론중심의 일반 재판절차와 다르다는 점에서도 헌법재판관자격을 법조실무경험자에 한정하는 것은 문제이다.

둘째, 헌법재판과 헌법 자체가 수행하여야 할 기능 내지 사명을 고려하여야 한다. 헌법과 헌법재판이 수행해야 할 여러 가지 사명들 중에 다원주의(多元主義)의 보장이 있다. 즉 국민은 다양한 계층으로 이루어져 있기에 헌법과 헌법재판은 가능한 다양한 국민의 의사와 이익을 보호하도록 하고 다양한 국민의 보호는 소수의 존중과 보호를 요하는 것이기도 하다. 따라서 헌법재판에 있어서는 국민들의 다양한 이해관계를 분석하여 판단하여야 할 필요가 있다. 단적인 예로 헌법재판에서 적용되는 비례(과잉금지)원칙에서 이익형량의 경우 다각적인 분석이 요구되는 것을 보면 그러하다. 이러한 분석에는 다양한 소양과 경험을 가진 인사들이 재판관으로 임명되어 재판에 참여하는 것이 필요하다. 또한 헌법이 관여하거나 관련되는 영역은 국민이 생활하는 광범위하고도 다양한 영역들이므로 이러한 영역들에 적용되는 다양한 법들에 대한 전문지

것은 문제라고 하겠다“).

식을 가진 재판관들을 필요로 한다.¹⁰⁾

재판관들은 구체적이고 개별적인 문제 앞에서 항상 헌법적인 시각과 문제의식을 가지고 종합적, 거시적인 안목과 식견을 가질 것을 요한다. 따라서 헌법문제를 전문적으로 연구하는 헌법학교수와 여러 개별 법영역에서 전문적 법리를 연구하는 법학 교수들의 참여를 통해 이상적인 판단이 이루어지게 할 필요가 있다.

셋째, 헌법재판관이 지녀야 할 전문적 능력의 관점에서의 검토가 필요하다. 법학교수는 법적 문제를 집중적으로 연구하고 거시적 안목에서 문제를 분석하는 전문적 연구활동을 전담한다. 절차법적 전문성이 법학교수들에게 결여되었기에 헌법재판관자격을 부여하기가 부적절하다는 주장이 있을 수 있을 것이나 앞서 살펴본 대로 헌법재판은 이론재판의 성격이 강하다는 점에서 설득력이 부족하고, 그러한 주장은 물론 절차법이론을 전문으로 연구하는 법학교수들에게는 타당하지도 않지만, 다른 한편으로 헌법재판의 절차적 법리도 상당히 헌법이론의 뒷받침과 그 연관하에서 구성된다는 점을 간과한 것이다. 예를 들어 빈번히 제기되는 헌법소원의 경우 심판청구요건 중 무엇보다도 중요한 기본권의 침해요건에 있어서 기본권이 무엇인지 하는 문제가 대두된다. 이는 기본권이론에 대한 식견을 가져야 사건에서 그 요건의 충족 여부를 판단할 수 있다. 바로 실체적 이론이 절차법에 직접적으로 연관되어 있는 예이다. 오히려 일반 민사절차법의 원칙이 헌법재판에 적용되는 것이 바람직하지 않을 수도 있다. 그 실제의 예로 권한쟁의심판에서 청구인이 심판청구를 취하한 사건에서 민사소송법을 준용하여 심판절차를 종료함으로써 바람직한 판례가 제시될 수 있었던 기회가 사라진 사례 등을 본다.¹¹⁾

한편 위에서도 살펴본 대로 헌법재판관자격을 기본요소로서의 전문성이라는 측면에서 헌법재판관자격을 법조자격에 한정하는 현행 제도가 설득력을 가지기 위해서는 일반법관이 헌법적 법리에 전문화가 되어 있을 것을 요한다. 그동안 민사·형사사건에

10) “법률가집단의 폐쇄성이나 동질성에 대한 문제의식이 사법개혁의 차원에서 논의되어 온 것이 우리의 현실임을 고려할 때 현재구성에 법관자격을 요구하는 것은 현재구성의 기본원리로서 다원성의 반영을 요구하는 민주적 정당성의 원리에 반한다”라는 견해로, 김종철, 헌법재판소 구성방법의 개혁, 헌법학연구(한국헌법학회) 제11권 제2호, 2005. 6., 28면 참조.

11) 헌재 2001.6.26. 선고, 2000헌라1, 판례집 13-1, 1218면 이하. 사안은 국회 상임위원회에서의 이른바 변칙처리에 관한 것이었는데 취하로 심판절차종료가 되지 않았더라면 상임위의 의안 가결선평행위에 대한 무효확인결정이라는 중요한 결정이 나와 변칙처리에 대한 헌법적 제재의 예를 보여줄 수 있었는데 그렇지 못하였다. 2003년 3월 12일 개정법률의 공포로 헌법재판소법 제40조는 “헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서” 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용하도록 개정되었다.

전문화되어 온 일반법관이 헌법문제에 관한 전문화에 미약하다고 지적되어 왔고,¹²⁾ 선행연구에서 “헌법재판에서는 소송절차 등에 관한 기술적 지식이나 경험보다는 헌법정책적 판단이 중요하고 이와 관련하여 이론적 토대가 특히 큰 비중을 차지하는데, 현실적으로 법관 자격을 가진 자 중에서 이러한 소양을 갖춘 자를 찾기는 쉽지 않다”라고 지적된 바 있다.¹³⁾ 전적으로 절차법의 일반원칙적인 측면에서의 판단을 요하는 문제라 할지라도 필요하다면 이러한 문제의 해결에는 법조출신 헌법재판관이나 헌법연구관들에 의한 연구에 도움을 받을 수 있을 것이다.

넷째, 독립성에 대한 기대가능성이라는 면에서 검토가 필요하다. 교수는 그 직업이 가지는 특성이나 환경의 측면에서는 독립성에 대한 기대가 클 수 있다. 우리 헌법 제31조 제4항이 명시하여 보장하고 있는 '대학의 자율성'과 교수의 자율성이 재판관으로서의 독립성의 소양을 지니게 하는 데 긍정적인 요소로 작용할 것이다. 우리 사회가 대학교수에 요구하는 높은 도덕성의 수준이나 대학의 사명을 보더라도 그러한 가능성을 기대하게 한다.

비법조인이 헌법재판관으로 임명될 수 있도록 하면 헌법재판소의 정치기관적 성격을 강화하게 된다는 의견이 개진되고 있다. 이러한 의견은 재판관임명의 대상을 법조인만에 한정하면 정치성이 배제된다는 보장이 전제된다면 타당하다. 그러나 비법조출신의 배제가 정치성의 배제를 담보하지는 않는다. 법학교수의 경우에도 정치적 성향을 가질 수 있고 법조인 출신이라고 하더라도 변호사로서의 자격을 가진 국회의원과 같이 정치적 활동을 해온 사람도 정치성을 가질 수 있다. 그렇다면 재판관자격을 법조자격자에 한정한다고 하여 정치적 성향이 배제되는 것이 아니다. 법학교수에의 재판관 자격부여에도 물론 정치적 독립성을 전제로 해야 한다. 재판관자격의 판단에 있어서 중심적인 준거가 되어야 하는 것은 독립성을 지키면서 헌법을 해석할 지식과

12) 일반 법관이 헌법문제에 전문화되어 있지 못하다는 취지의 지적으로, 최대권, 헌법재판소의 정치학 - 그 구조와 기능을 중심으로 -, 서울대학교 법학 제34권 1호, 1993, 116면 ; 조병륜, 국민을 위한 사법개혁 추진의 헌법적 당위성, 공법연구, 제22집 제3호, 1994, 242면 ; 배상오, 한국헌법재판제도에 있어서의 문제점과 극복방안, 법학연구, 충남대학교 법학연구소, 제9권 제2호, 1999, 17면 등 참조. 또한 법률가집단 속에서도 관료화된 법원 및 검찰조직을 중심으로 사법엘리트가 양성되어 온 점을 고려하여 헌법재판관자격을 법관자격자로 한정한 데 대해 문제점을 지적하는 견해로, 김종철, 앞의 논문, 28면 참조. 법관인사의 관료화에 대한 문제점을 지적하는 견해로, 신평, 사법개혁을 향하여, 대구카톨릭대학교출판부, 2002, 337-351면 ; 임지봉, 사법적극주의와 사법권독립, 철학과 현실사, 2004, 264면 이하 등 참조.

13) 양건, 김문현, 남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 헌법재판소, 1999(이하 '헌재법개정연구보고서'라고 줄여 기재함), 10면.

소양을 갖추고 있느냐 하는 것이다.

헌법재판관의 자격을 법조출신 법관자격자로 한정하는 것이 헌법재판소를 재판기관으로서의 성격을 강화시키는 것으로 보는 견해들이 있었다.¹⁴⁾ 그러나 앞에서 지적하였듯이 헌법재판이 민사·형사재판과 다른 특질을 가지고 이론재판으로서의 성격이 강하다는 점을 고려하면 법관자격자에게만 재판관자격을 부여하여야 헌법재판소의 사법기관으로서의 성격이 강화되는 것으로 보는 것은 설득력이 약하다. 법리를 전문적으로 연구하고 인적 독립성 속에서 법분야의 연구와 학술활동에 종사하는 법학교수의 헌법재판에의 참여는 헌법재판소의 사법기관적 성격을 침해하는 것이 아니라 오히려 사법적 성격의 강화에 긍정적인 여건을 조성하게 한다.

IV. 외국의 제도

헌법재판관의 자격을 법조자격자에 한정하여 부여하고 있는 우리의 현행 제도에 대해 비교법적 시각에서 검토하고자 헌법재판제도가 일찍이 자리 잡은 오스트리아를 비롯하여 헌법재판소제도를 시행하고 있는 여러 국가들에서의 예를 아래에서 살펴보고자 한다.

오스트리아의 경우 모두 14인의 헌법재판관과 6인의 예비재판관으로 헌법재판소가 구성되는데 법학, 정치학을 전공하고 그 전공을 이수할 것을 요하는 직역에서 10년 이상 활동한 경력이 있어야 하며 연방정부의 제청에 따라 연방대통령이 선임하게 되는 6인의 헌법재판관과 3인의 예비재판관은 법관, 행정공무원, 법학교수 중 적어도 하나의 직에 있던 사람이어야 한다(오스트리아 헌법 제147조 제2항). 따라서 법학이나 정치학을 전공한 대학교수들도 10년의 경력이 있으면 헌법재판관이 될 수 있는 자격이 있다. 오스트리아의 경우 이처럼 법조자격만을 재판관자격으로 요구하지 않고 법관, 대학교수, 판료, 변호사 등 다양한 직역에서 재판관을 선출하는 것은¹⁵⁾ 헌법재판소의 多元的 구성을 위한 것이라고 한다.¹⁶⁾

14) 1988년 헌법재판소법 제정논의 당시에 개최된 법무부 주최 세미나(헌법재판소법의 제정방향)의 발표와 토론내용, 「헌법재판제도」(법무자료 제85집) 수록, 법무부, 1988, 56면, 94면 등 참조.

15) 현재 오스트리아의 헌법재판소는 14명의 재판관 중에 교수가 7명으로 반수를 차지하고 있고, 법조인 출신은 5명, 정부판료출신은 2명이다. 법조인출신 재판관들 중에 명예교수인 재판관도 2명이 있다. 현재의 헌법재판소장(Karl Korinek)도 대학교수 출신이다.

16) <http://www.vfgh.gv.at/> 참조.

이탈리아의 경우 헌법재판소는 모두 15인의 헌법재판관으로 구성되는데 헌법재판관은 최고사법법원(대법원), 최고행정법원의 전직, 현직 대법관들, 대학의 법학교수와 20년 이상의 법조실무경력을 가진 변호사들 중에서 선출된다(이탈리아헌법 제135조 제2항). 헌법재판소의 구성에 있어서 전통적으로 대학교수들, 그리고 최고법원의 대법관들이 헌법재판관으로 많이 임명되어 그 비중이 크다.

스페인의 경우 재판관들은 판사, 검사들, 대학교수, 공무원, 변호사 중에서 선출되며 그 자격요건으로서는 전문성을 인정받은 법률가로서 15년 이상의 경력을 요한다. 따라서 스페인에 있어서도 법학교수들에게 헌법재판관의 자격을 부여하고 있고 법학교수 출신들의 헌법재판관들이 있다.¹⁷⁾

벨기에의 헌법재판소는 그 구성이 독특하다. 즉 프랑스어와 네덜란드어를 같이 사용하는 국가이기에 헌법재판소의 구성도 프랑스어그룹과 네덜란드어그룹의 두 조직으로 이루어지고 각 조직 마다 6명의 헌법재판관들이 소속되는데 각 그룹마다 3인의 헌법재판관들은 연방상원, 연방하원의 의원, 공동체의회 또는 지역의회의 의원으로서 적어도 5년 이상의 경력을 가진 사람들로 선출되고 3명의 재판관들은 그 중 한 명은 5년 이상의 대법원이나 최고행정법원의 판사의 경력을 가진 사람들 중에서, 그 중 한 명은 5년 이상의 헌법재판소의 헌법연구관으로서의 경력을 가진 사람들 중에서, 그 중 1명은 5년 이상의 법학교수의 경력을 가진 사람들 중에서 선출된다(벨기에 헌법재판소법 제34조 §2). 이처럼 벨기에의 경우에도 5년 이상의 경력을 가진 법학교수에게 헌법재판관의 자격을 부여하고 있다.

프랑스의 경우에는 법조출신을 자격요건으로 하지 않음은 물론 법률가로서의 교육을 받은 이력이나 법률가의 소양 또는 법률가로서 경력 등을 자격으로 요구하고 있지 않다.¹⁸⁾ 프랑스에서도 법률가로서의 경력을 요구하자는 제안이 없지 않았다. 그러나 법률가로서의 경력을 요하지 않는 프랑스의 경우에도 현실적으로는 법률가들이 재판관으로 임명된 비율이 높았는데 이처럼 법률가로 자격을 굳이 설정하지 않더라도 그 비율이 높은 반면 오히려 법률가로 자격한정을 하면 다른 영역의 전문가를 필요로 하는 헌법재판에 있어서 그 영입을 원천적으로 봉쇄할 가능성이 있다는 취지의 지적도 있다.¹⁹⁾

17) 스페인의 헌법재판소에 대해서는, 김영철, 스페인 헌법재판소의 관할과 그 운용현황 - 우리 제도와와의 비교를 중심으로 -, 헌법논총, 237면 이하 참조.

18) 그리하여 의과대학교수나 약사가 헌법재판관으로 임명되기도 하였다. D. Rousseau, Droit du Contentieux constitutionnel, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 1992, 41면의 통계표 참조.

포르투갈의 헌법재판소의 재판관은 모두 13인인데 이중 6인의 재판관은 반드시 법원의 법관들 중에서 선출되어야 하고 나머지 재판관들은 법과대학의 박사학위, 석사학위 등을 가진 법률가들 중에서 선출된다.

체코의 경우, 상원의원의 피선거권을 가지는, 즉 만 40세 이상의 국민으로서 대학의 법학교육을 받고 적어도 10년 이상 법률 직역에서 활동한 사람은 헌법재판관의 자격을 가진다(체코공화국헌법 제84조 제3항).

루마니아의 경우, 고등 법률교육을 받고 높은 수준의 직업적 능력을 지닌 적어도 18년 이상 법률직역이나 고등법학교육계에서 활동한 경력을 가진 사람에 대해 헌법재판관자격을 인정한다(루마니아헌법 제143조).

독일의 경우 16인의 헌법재판관들 중 각 원 3인씩 6인의 헌법재판관들은 연방의 최고법원들, 즉 연방대법원, 연방행정법원, 연방재정법원, 연방노동법원, 연방사회법원의 대법관들 중에서 선출되도록 하고 있다(독일연방헌법재판소법 제2조 제3항). 나머지 각 원 각각의 5인의 헌법재판관들, 모두 10인의 헌법재판관들은 그 외 학계 등의 인사들 중에서 선출되는데 이들은 40세 이상의 사람으로서 헌법재판관이 되겠다는 의사의 표시를 서면에 의해 하여야 하며 재판관의 직무를 수행하기 위해 요구되는 요건을 충족하고 있는, 즉 법관자격을 보유하고 있는 사람들이어야 한다. 이처럼 법관자격을 헌법재판관의 자격요건으로 명백히 규정하고 있는 예로 독일연방헌법재판소의 경우를 들 수 있다. 그러나 독일의 경우에도 법과대학을 졸업하기 위하여 1차 법관자격시험을 거치며 2차 시험에서의 합격비율도 높고 따라서 법과대학교수들도 일반적으로 법관자격을 보유하고 있으므로 헌법재판관의 자격요건으로서의 법관자격이 헌법학교수들의 헌법재판관에의 임용을 막는 효과를 가지지 않는다. 이는 독일연방헌법재판소에서 법학교수들이 헌법재판관으로 활동하고 있는 법학교수들이 많다는 점에서 실증되고 있다.

결국 헌법재판소제도를 두고 있는 유럽의 여러 국가들에서는 헌법재판관의 자격으로서 대체적으로 법관자격만을 요구하지는 않고 법학교수에게도 자격을 부여하고 있으며 실제로 법학교수 출신의 인사들이 헌법재판관으로 많이 선출되고 있어 중요한 비중을 차지하고 있고 그 역할이 중요하다. 더욱이 헌법재판소장에도 교수출신 인사가 선출되는 경우가 많다. 일례로 이탈리아 헌법재판소의 소장은 1956년부터 1996년까지 21명의 소장이 재임하였는데 그중 법학교수 출신이 14명이었다.

일본의 경우에도 사법심사제국가의 유형, 즉 법원에서 위헌심사를 행하는 유형인

19) D. Rousseau, 위의 책, 39면 참조.

데도, 최고재판소의 재판관들 15인 중 10인은 법관, 검사, 변호사, 법학교수 등 중에서 선임되고 나머지 재판관들은 법률가일 것을 요구하지 않고 있다.

V. 개선방안

1. 자격 범위의 문제

그동안 국내에서 헌법재판관의 자격을 법학교수들에게도 인정하여야 한다는 견해가 학계를 중심으로 많이 제시되었다. 즉 “헌법재판이 직업 법조인의 전유물이 되지 않도록 헌법학 정교수로서 일정한 교육경력을 가진 자에게도 재판관 자격을 부여하여 청신한 기풍진작이 필요하다”는 견해,²⁰⁾ “헌법재판은 일반 법관이 다루는 통상의 재판이 아니며 헌법재판소나 대법원의 심리 사항은 분쟁사건의 해결자체라기 보다는 (헌)법상의 원리·원칙의 문제처리인 만큼 ...다년간의 경험을 가진 법학교수가 헌법재판소재판관이나 대법관으로 임명되어야 한다”고 보아 15년 이상의 경력을 가진 법학교수에게 변호사자격을 부여하면 헌법재판관으로 임명되기에 적당한 연령이라고 볼 수 있다는 견해,²¹⁾ 헌법교수를 위시한 대학교수들이 사실상 헌법재판관이 될 수 있는 길을 원칙적으로 봉쇄하고 있는 것은 세계 각국의 헌법재판조류에 크게 역행할 뿐만 아니라 우리나라 헌법재판기능의 활성화에 하나의 장애요소가 되고 있다고 보면서 법률문화의 창달과 실질적 법치주의의 실현을 위하여 다년간의 경험과 법에 관한 전문지식을 가진 법학교수가 헌법재판관으로 임명될 수 있어야 한다는 견해,²²⁾ 헌법재판은 고도의 헌법철학을 전제로 한다는 점에서 법관자격자만을 재판관으로 한 것은 문제가 있으며 법원조직법 제42조를 개정하여 일정한 직위 이상의 법학교수에게도 법관자격을 인정하는 것이 법조일원화의 추세와도 부합한다는 견해,²³⁾ 고도의 헌법지식을 요하는 국가기관의 구성에는 헌법학이나 행정법학에 조예가 깊은 학자들의 참여가 요망된다는 견해,²⁴⁾ 국민적 합의를 이끌어 낼 수 있는 헌법재판이 되기 위

20) 이시윤, 헌법재판 10년의 회고와 전망, 공법연구 제27집 제3호, 1999.6. 114면.

21) 최대권, 앞의 논문, 118면.

22) 조병륜, 우리나라 헌법재판소의 지위와 기능, 헌법재판 운영현황과 활성화, 헌법재판자료 제6집, 헌법재판소, 1993, 210면 ; 조병륜, 개혁시대와 국민을 위한 사법, 법학교육과 법조개혁, 한국법학 교수회 편, 1994, 79-80면.

23) 윤명선, 헌법재판제도의 개선방향, 경희법학, 제29권 제1호, 경희법학연구소, 1994, 86면.

24) 김효전, 헌법재판소제도의 문제점과 그 개선책, 공법연구 제27집 제1호, 한국공법학회, 1998, 71

하여는 사회 각계의 다양한 의사를 헌법재판에 반영할 수 있도록 재판관 자격의 개방이 이루어져야 하며 이상적으로는 법률전문가가 아닌 인사들에게도 최고법원을 개방하는 것이 바람직하나 적어도 법원조직법의 개정을 통하여 일정한 경력을 쌓은 법학교수들에게 법관의 자격을 부여함으로써 폐쇄적인 사법인력의 충원을 개선하여야 한다는 견해²⁵⁾ 등이 제시되고 있다.²⁶⁾

헌법재판관의 자격을 어느 정도까지 개방할 것인지, 비법률가에게까지 전면적으로 확대할 것인가 하는 문제는 신중한 검토가 필요하다고 본다. 그러나 현재로서도 위의 문제점에서 충분히 분석한 대로, 그리고 국내학자들이 대체적으로 지적하듯이 적어도 지나친 폐쇄성은 시정되어야 할 것이고 따라서 비법조 출신의 법학교수들에게는 그 자격이 주어져야 할 것이다. 위의 외국의 경우에서 본 대로 헌법재판소제도를 채택하고 있는 유럽의 대부분의 국가들에서 법학교수들이 헌법재판관의 중요한 비중으로서 참여하고 있다.

2. 규정의 위치 문제

헌법재판관의 자격에 대해서 헌법 자체에 규정을 둘 것인가 아니면 법률에 위임하도록 할 것인가 하는 문제가 있다. 이 문제는 앞으로 헌법재판소에 관한 헌법규정의 개정논의가 이루어진다면 다루어질 가능성이 있을 것이다. 현행 헌법은 법관의 자격으로 규정하고 있고 법관의 자격은 법률로 정하도록 하고 있다. 요컨대 방안으로는 ① 헌법 자체에 헌법재판관의 자격에 관한 구체적 규정을 두는 방법, ② 법률이 헌법재판관 자격에 관해 정하도록 위임하는 방법, ③ 헌법 자체에 어느 정도의 기본규정을 두고 구체적이고 세부적인 자격요건을 법률로 정하도록 위임하는 방법 등을 고려해 볼 수 있을 것이다.

면 ; 김효진, 대법관과 헌법재판관의 자격, 헌법학연구 제7집 제2호, 2001, 55면.

25) 성낙인, 헌법재판소 인적 구성의 비교헌법적 검토를 통한 대안 모색, 현대사회와 법의 발달, 군제 양승두 교수 화갑기념논문집, 홍문사, 1994.12., 1044-1045면 ; 성낙인, 헌법재판소 인사의 임명 절차상 문제점, 시민과 변호사, 제8호, 서울지방변호사회, 1994.9. 70-72면.

26) 헌법재판소의 전문성을 살릴 수 있는 방법은 일정한 요건을 갖춘 헌법학교수를 일정수 범위 내에서 재판관으로 영입하는 것이라고 보는 견해로, 이승우, 헌법재판소 구성방법과 제2기 재판관 임명의 문제점, 법과 사회, 제10권, 1994, 270면 참조. “현행 헌법과 법률은 재판관의 자격을 법관(변호사의 자격이 있는 자)에 한정하고 있어, 법학교수 뿐만 아니라 다른 고급공무원 등의 지적·경험적 지식을 원천봉쇄하여 전문성의 요구에 정면으로 배치하고 있다”라는 견해로, 차병직, 헌법재판소 재판관 선임방식의 재검토, 인권과 정의, 1994.10., 12면 참조.

한편 현행 헌법을 개정하지 않고서도 위의 개선방안을 실현하는 방법이 없지 않다. 현재로서도 사실 헌법의 위임에 따라 제정된 법률의 개정만으로도 개선이 가능하다. 현행 헌법 제111조 제2항은 헌법재판소의 자격으로 ‘법관의 자격을 가진’ 자로 규정할 뿐인데, 이 법관자격은 헌법 제101조 제3항이 법률로 정하도록 하였고, 이 법률인 법원조직법 등에서 비법조 출신 법학교수를 법관자격자에서 배제하고 있기 때문에 결국 비법조 법학교수들이 헌법재판관자격을 가질 수 없게 된 것이다. 즉 법원조직법 제42조 제2항은 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자, 2. 변호사의 자격이 있는 자”를 법관으로 임용하도록 규정하고 있고, 변호사법 제4조는 “1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정과정을 마친 자, 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자”는 변호사의 자격이 있다고 규정하고 있다. 따라서 이 법원조직법, 변호사법의 규정을 개정하여 사법시험에 합격하여 사법연수과정을 마친 법관이나 검사로서의 자격을 가진 사람들만이 아닌 법학교수들도 포함시킨다면 위의 개선방안의 실현이 가능하다.²⁷⁾ 결국 현재로서도 비법조 출신 법학교수 등에 대한 헌법재판관자격의 부여를 위해서는 법원조직법, 헌법재판소법, 변호사법 등 법률 차원의 개정만으로도 가능하다.

VI. 結語

현재 우리나라에서는 헌법재판관의 자격을 현재 법조출신자에 한정하여 부여하고 있으나 헌법재판의 특수성, 전문성, 독립성을 감안할 때 지금보다 개방하여, 적어도 법학교수에까지 헌법재판관자격을 인정하도록 개선되어야 한다. 외국의 헌법재판관들의 자격에서도 보았지만 법학교수 등에게 그 자격을 개방하는 것이 보편적 현상이다. 이러한 외국의 현상을 떠나 우리나라의 독자적 상황에서 보더라도 그 개방이 필요하다.

그동안 헌법학자들을 중심으로 헌법재판관의 자격을 보다 개방화하자는 주장이 있

27) 양건, 김문현, 남복현, 헌재법개정연구보고서, 12면 ; 정재황, 앞의 논문, 46면 ; 조병륜, 개혁시대와 국민을 위한 사법, 법학교육과 법조개혁, 한국법학교수회 편, 1994, 81면 등 참조. 법학교수에 대하여 재판관자격을 인정하는 견해로서 헌법재판소법 제5조 제1항과 법원조직법 제42조 제1항의 “변호사의 자격이 있는 자”라는 규정을 폐지하는 것이 바람직하다는 견해로, 정종섭, 법학계와 법조계의 새로운 관계 정립, 한국 법학 50년 - 과거·현재·미래 (I), 한국법학교수회, 1998, 양성제도의 개혁, 180면 참조.

어 왔다. 이러한 주장이 헌법학자들의 입지를 확대하고자 하는 집단적 이해관계에서 비롯된 것이 결코 아니다. 이 점은 위에서 자격개방화의 정당성을 논증적으로 살펴본 데에서도 바로 나타난다. 즉 자격개방의 필요성은 그 정당성 자체에서 나오는 것이다. 헌법재판관의 자격을 법학교수들에게 부여하는 방향으로 변경되더라도 그 자격인정에 일정한 경력을 요구하는 것이 필요하다고 할 것이다.

헌법재판의 중요성이 증대되는 만큼 헌법재판도 더욱 전문화되어가고 더욱 독립성을 띠어가도록 헌법재판을 담당하는 헌법재판소의 재판관의 자격도 그러한 필요성에 제대로 충분히 부응하는 방향으로 설정되어야 할 것이며 이를 위한 법개정 등의 노력이 절실하다.



▶ 정 재 황

헌법재판소(Constitutional Court), 헌법재판관의 자격(qualification of Constitutional Court judges), 전문성(specialization), 독립성(independence), 법학교수(constitutional law professors)

[Abstract]

Reflection on the qualification of the Constitutional Court judges

Jeong, Jae-Hwang

The Korean Constitution adopted the independent specialized Constitutional Court in addition to the Supreme Court. As the function of the Constitutional Court for protecting the human rights and for controlling political and governmental powers is very important, the selection of constitutional judges must be one of the most important tasks for the function of Constitutional Court. The judges must be independent and fully specialized in constitutional theories. As present, in Korea, the qualification of judges of Constitutional Court is limited to those who have the license of lawyer. Thus, the constitutional law professors who do not have it, even though they are regarded as professionals with deep and broad knowledge in constitutional law cannot be selected as the Constitutional Court judges. It is necessary to reconsider the qualification of the judges and to select judges with deep knowledge in constitutional theories and practices in order to accomplish the function of the Constitutional Court efficiently and effectively.