

정책개발연구 제14권

신속한 기본권 구제를 위한 심판업무 개선에 관한 연구

- 적절한 연구기반 구축 및 연구역량 강화를 중심으로 -



헌법재판소
Constitutional Court of Korea

<머리말>

본 연구는 2022년도에 헌법재판소가 발주하고 한국헌법학회가 수행한 연구용역과제의 결과물입니다. 본 연구는 신속한 기본권 구제를 위한 심판업무 개선 과제 중 적정 연구기반의 구축과 연구역량 강화를 위한 세부 방안을 마련하고 신속한 사건 처리를 위한 심판지원체계를 강화하는 방안을 모색하고자 연구를 진행하였습니다.

헌법재판소는 1987년 헌법개정을 통하여 1988년 창립되었는데, 그동안 국민의 기본권보장을 위하여 그 어떤 다른 국가기관보다도 중요한 역할을 하였다고 할 수 있습니다. 헌법재판소는 위헌법률심판과 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판 그리고 헌법소원심판을 하면서 중요한 결정들을 많이 하였고 국민의 일상 생활에도 많은 영향을 미치는 결정들을 하였습니다.

헌법재판의 가장 중요한 기능 가운데 하나라고 할 수 있는 기본권 보장은 현대 민주주의의 목적이라 할 만큼 중요한데, 헌법재판소에 청구되는 사건의 수가 늘고 있어 신속한 사건처리에 어려움을 겪고 있다고 할 수 있습니다. 신속한 사건 처리는 국민의 신속한 재판받을 권리를 보장한다는 측면에서도 매우 중요한 요소인데, 신속한 사건 처리를 위하여 적정한 연구기반의 구축과 연구역량을 강화하는 방안을 모색할 필요가 있습니다. 신속한 기본권구제를 위하여 적정한 연구기반을 구축하고 또한 신속한 사건 처리를 위한 심판지원 체계를 강화하는 것은 헌법재판을 효율적으로 진행한다는 면에서도 필요하다고 할 수 있습니다.

헌법재판소가 창립된 지 30년이 넘었고 청구되는 사건의 수는 계속 증가하는 추세에 있으므로 헌법재판의 효율성을 높인다는 점에서도

필요한 연구라고 할 수 있습니다.

본 연구를 위하여 외국의 사례도 함께 고찰하였는데, 미국 연방대법원에 대해서는 원광대학교 법학전문대학원에 강승식 교수님이 담당했고, 독일의 연방헌법재판소에 대해서는 한국외국어대학교 법학전문대학원에 공진성 교수님이 담당하였으며, 프랑스의 헌법재판소에 대해서는 연구책임자인 제가 담당했습니다.

본 연구를 하는데 있어서 가장 중요하다고 할 수 있는 우리나라 헌법재판소 연구기반과 관련해서는 연세대학교 법학전문대학원에 손인혁 교수님이 많은 부분을 담당해 주셨습니다. 또한 정애령 박사님은 행정지원과 원고 교정 등 어려운 일을 맡아 주셨습니다.

본 연구를 진행하면서 헌법재판소의 연구관, 헌법재판연구원의 연구관 등 많은 관계자분들과 인터뷰를 통하여 실질적으로 부족한 부분과 현실적으로 어려운 부분 등에 관하여 파악하고자 노력하였습니다.

본 연구가 완벽하게 신속한 기본권 구제를 위한 심판업무 개선 과제 가운데 적정 연구기반의 구축과 연구역량 강화를 위한 세부 방안과 신속한 사건 처리를 위한 심판지원 체계 강화 방안을 마련하였다고는 볼 수 없으나 어느 정도 헌법재판소의 연구역량 강화와 심판지원 체계 강화에 도움이 되기를 바랍니다.

연구책임자와 함께 공동 연구를 수행해 주신 연세대학교 법학전문대학원에 손인혁 교수님, 원광대학교 법학전문대학원에 강승식 교수님, 한국외국어대학교 법학전문대학원에 공진성 교수님, 숙명여자대학교 법과대학의 정애령 박사님께 감사드리고, 본 연구를 할 수 있도록 기회를 주신 한국헌법학회에도 감사를 드립니다.

2022. 10. 31.

연구책임자 전학선

목 차

제1장 서론

제1절 연구의 목적과 필요성	1
I. 연구의 목적	1
II. 연구의 필요성	3
제2절 연구의 방법과 내용	4

제2장 헌법재판소의 심판절차 및 지원기관

제1절 헌법재판소의 심판절차	7
I. 개관	7
II. 심판절차에 관한 규범 개관	7
1. 헌법재판의 개념과 심판절차	7
2. 심판절차의 법원(法源)과 포괄적 준용	9
III. 심판절차	11
1. 개 관	11
2. 재판부의 구성 및 조직, 권한	12
3. 사건처리를 위한 구체적 심판절차	18
4. 심리절차	25

제2절 헌법재판소 심판업무 지원기관	42
I. 연구부	42
1. 연구부의 설치 및 조직	42
2. 헌법연구관(보), 헌법연구원, 헌법연구위원 등 연구인력	44
II. 헌법재판연구원	47
1. 헌법재판연구원의 설립·조직	47
2. 헌법재판연구원의 기능	48

제3장 주요국가의 헌법재판기관 지원기관

제1절 독일	52
I. 서론	52
1. 연방헌법재판소 업무부담의 경감을 위한 헌법소원 처리절차의 설계방향: 일반등록절차와 심판회부절차 ...	52
2. 신속하고 올바른 사건처리를 위한 소송지원체계: 사무처 및 헌법연구관제도	53
II. 연방헌법재판소의 지위, 조직 및 관장사항	55
1. 연방헌법재판소의 지위와 조직	55
2. 연방헌법재판소의 관장사항	57
III. 일반심판절차-헌법소원의 일반등록부 등재절차와 심판회부절차를 중심으로	59
1. 사무처 절차	59

2. 지정재판부 절차	61
3. 재판부 절차	69
IV. 연방헌법재판소의 심판업무 지원 1-사무처	80
V. 연방헌법재판소의 심판업무 지원 2-헌법연구관제도 ...	84
1. 헌법연구관의 역사, 법적 근거와 지위	84
2. 헌법연구관의 선발과 헌법재판관실의 구성	86
3. 헌법연구관업무와 헌법소원의 처리	88
4. 헌법연구관업무와 재판부(Senat)의 소송절차	94
5. 헌법연구관제도에 대한 평가	98
VI. 시사점	105
1. 헌법소원처리절차	105
2. 헌법연구관제도	107
제2절 미국의 상고허가제	111
I. 서언	111
II. 연방대법원 지위의 변화	114
III. 연방대법원의 구성과 헌법적 지위	118
1. 연방대법원의 구성	118
2. 연방대법원의 헌법적 지위	123
IV. 연방대법원의 심판권	125
1. 개관	125
2. 연방대법원의 관할권	126
3. 사건 선별의 절차와 기준	136

V. 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도와 비교	163
1. 서언	163
2. 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도	164
3. 평가	169
VI. 시사점	173
1. 논의의 전제	173
2. 개별 심판 절차에서의 사건 선별 허용 가능성	175
제3절 프랑스	187
I. 헌법재판소의 권한과 구성	187
1. 헌법재판소의 권한	187
2. 헌법재판소의 구성	191
II. 권한별 심판기간과 사건처리 현황	206
1. 권한별 심판기간	206
2. 사건 처리 현황	211
III. 헌법재판소의 사건처리과정과 심판기간	214
1. 헌법재판소의 사건 처리 과정	214
2. 헌법재판소 결정	215
3. 단기간의 심판기간에 대한 분석	217
제4절 유럽인권재판소	224
I. 개관	224
II. 유럽인권협약	224

III. 유럽인권재판소	226
1. 조직과 권한	226
2. 개인제소사건의 급증으로 인한 유럽인권재판소의 대응조치로서 제14의정서	228

제4장 심판업무의 효율성 강화 방안

제1절 헌법재판소의 사건접수 및 처리 현황 개관	230
I. 헌법재판의 특수성과 신속한 기본권 구제의 필요성 ...	230
II. 사건접수 및 처리 현황	231
III. 소결	237
제2절 재판부	239
I. 헌법재판소의 사건처리 절차와 그 담당 및 지원기관 ...	239
II. 헌법재판소장의 지위와 역할, 장기간 공석(空席)의 방지 ...	242
III. 재판관의 자격과 임기, 재판관 수	244
1. 재판관의 자격과 임기, 후임자 임명 시까지 업무수행 ...	244
2. 재판관의 수	248
IV. 지정재판부의 개편 및 권한 강화	250
1. 지정재판부의 사전심사제도	250
2. 사전심사를 통한 재판부 업무경감의 입법례	253
3. 지정재판부의 사전심사 강화방안	257

V. 주심재판관의 역할 재정립과 평의, 평결 절차의 개선 …	261
1. 주심재판관 제도의 개선방안 ……………	261
2. 평의·평결 절차의 개선방안 ……………	267
제3절 연구부 ……………	271
I. 헌법연구관 ……………	271
1. 헌법연구관의 법적 근거와 직무 ……………	271
2. 헌법연구관 제도의 유형과 우리 헌법연구관 제도에 대한 평가 ……………	273
3. 헌법연구관 및 연구부 현황 ……………	280
4. 신속한 사건처리를 위한 적정 연구관 규모(수) …	284
5. 신속한 사건처리를 위한 연구부 조직개편 및 사건처리 방안 ……………	292
II. 헌법연구원 ……………	299
1. 헌법연구원 현황 ……………	299
2. 헌법연구원 개선 방안 ……………	300
III. 헌법연구위원 ……………	302
제4절 헌법재판연구원 ……………	306
I. 헌법재판연구원의 연구기능과 헌법재판소 심판업무의 효율성의 관계 ……………	306
II. 헌법재판연구원의 연구기능과 헌법재판실무와의 연계성 확보방안 ……………	308

1. 헌법과 헌법재판에 관한 연구의 유형과 실무적 연계성 확보의 방향	308
2. 헌법재판실무와의 연계성 확보 방안	311
 제5절 사무처	 322
 제5장 결론	 325
 참고문헌	 339

제1장 서론

제1절 연구의 목적과 필요성

I. 연구의 목적

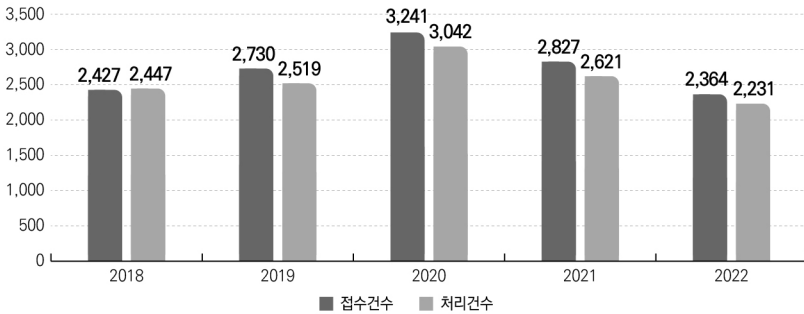
우리나라는 1948년 헌법에서부터 헌법위원회를 두어 위헌법률심판을 담당하도록 하였고, 1987년 헌법개정을 통하여 헌법재판소를 설치하여 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판을 담당하게 하고 있다. 헌법재판은 국민의 기본권보장은 물론이고, 국가기관 간의 권한분쟁을 해결하고, 국가기관을 통제하는 기능을 하는 등 우리나라에서 매우 중요한 기능을 하는 제도라 할 수 있다.

헌법재판은 헌법질서를 수호하는데 있어서 매우 중요한 역할을 하는데, 그 가운데에서도 국민의 기본권 보장에 있어서 가장 중요한 제도 가운데 하나라고 할 수 있다. 헌법재판은 국가권력으로부터 국민의 기본권이 침해되는 경우 이를 구제해 주는 역할을 할 뿐만 아니라, 정치세력의 헌법 위반으로부터 헌법을 수호하는 기능을 하는 것이다.

헌법재판소는 1988년 9월 창설되어 2022년 10월 31일까지 46,806건이 청구되었고, 45,155건의 사건을 처리하였다. 헌법재판제도는 국민의 기본권보장을 위하여 반드시 필요한 제도라 할 수 있다. 이에 따라 우리나라는 1987년 헌법을 개정하면서 헌법재판소를 설치하였는데, 1988년 9월부터 2022년 10월까지 4만 6천 건이 넘는 사건이 청구되었다. 초창기에는 1년에 1,000건이 안되는 사건이 청구되었으나, 최근에는 1년에 2,000건이 넘는 사건이 청구되고, 2020년에는 3,000건이 넘는 사건이 청구되었다.

년도	위헌 법률	탄핵	정당 해산	권한 쟁의	헌법 소원68①	헌법 소원68②	계
2017	35	·	·	2	1,987	602	2,626
2018	17	·	·	2	1,819	589	2,427
2019	31	·	·	6	2,062	631	2,730
2020	20	·	·	5	2,472	744	3,241
2021	38	1	·	2	2,201	585	2,827
2022.10.	34	·	·	5	1,954	371	2,364

구분	2018	2019	2020	2021	2022.10
접수건수	2,427	2,730	3,241	2,827	2,364
처리건수	2,447	2,519	3,042	2,621	2,231



헌법재판소는 국민의 기본권을 수호하는 기관으로 국가권력으로부터 국민의 기본권이 침해되었을 때 이를 구제해 주는 가장 중요한 기관이라 할 수 있는데, 청구된 사건을 처리하는데 많은 시간이 소요되는 것은 국민들의 기본권보장에 있어서 효율적이지 못하다는 것이 된다.

따라서 본 연구의 목적은 청구되는 사건의 수가 늘어남에 따라 헌법재판에 있어서 사건 처리를 위한 기간이 늘어나는 문제를 해결하기 위한 것이다.

헌법재판소에 청구되는 사건의 증가는 헌법재판소의 사건처리 지연으로 연결될 수 있고, 이는 곧 국민들의 신속한 재판을 받을 권리를 제한 내지 침해할 소지가 있는 것이다. 헌법재판소법 제38조에는 심판 사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정을 선고하도록 되어 있으나, 헌법재판소는 이를 훈시적 규정으로 해석하고 있으며(헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732) 사건처리기간도 180일을 넘는 경우가 많다.

헌법재판에서 심판기간이 장기화된다는 것은 사건처리에 있어서 신중하다는 면이 있지만 국민들에게 있어서 신속한 기본권구제가 안된다는 측면도 있다. 헌법재판을 신중하게 한다는 측면에서 심판기간의 단축이 반드시 좋은 것만은 아니지만 불필요한 심판절차를 둔다든지 또는 심판기간을 단축할 수 있도록 심판절차를 개선한다면 이는 국민들의 기본권구제에 필요한 것이라 할 수 있다. 따라서 심판업무 개선을 통하여 심판처리기간을 단축하는 방안을 찾아보고자 하는 것이 연구의 목적이다.

II. 연구의 필요성

헌법재판의 특성상 다양한 쟁점들에 대한 다각적 검토와 정확한 판단이 요구되어지는 사건들이 많지만 사건처리기간이 길어지는 것은 많은 문제를 낳을 수 있으므로 사건처리기간의 단축이 필요하다. 국민들의 기본권보장을 위하여 신속하게 사건을 처리하는 것이 필요한데, 심판기간의 장기화는 국민의 신속한 재판을 받을 권리의 보장 측면에서도 개선되어야 한다. 또한 헌법수호를 위하여 헌법에 위반되는 상황을 조속히 해결할 필요가 있다.

헌법재판소에 따르면 지정재판부에서 각하한 사건을 제외한 사건당 평균처리기간은 1년 2개월로 나타나고 있다. 그러나 이것은 평균인 것이고, 예를 들어 2022년 5월 26일 선고된 2012헌바66 사건은 2012년 2월 17일 청구된 사건으로 청구된 날로부터 10년 이상 경과 되어 결정

이 선고되었다. 이처럼 심판기간이 장기화됨에 따라 기본권 구제에 가장 중요한 역할을 하여야 하는 헌법재판소가 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 경향을 나타낸다고도 볼 수 있다.

따라서 심판업무의 개선방안을 제시하여 심판기간을 단축할 수 있는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

제2절 연구의 방법과 내용

‘신속한 기본권 구제를 위한 심판업무 개선에 관한 연구’를 위하여 현재 헌법재판소의 심판처리 기간 등을 조사하였다. 헌법재판소는 1988년 설립 이후 많은 사건을 처리하였다. 그러나 헌법재판소법에서 심판기간을 180일로 규정하고 있지만 이를 훈시규정으로 해석하고 180일을 넘겨서 결정을 선고하는 사건이 대부분이었다고 할 수 있다.

현재 헌법재판소의 심판기간이 장기화 되어 있는 상황에서 그 이유는 무엇이고 문제점은 무엇인지를 고찰하였다. 그러나 헌법재판소가 과중한 사건처리의 부담을 경감하기 위해 심판기간의 단축에만 집중하는 것은 바람직한 해결책은 아니며, 오히려 적확하고 효율적인 사건처리를 통해 사건처리의 부담을 경감시킬 필요가 있기 때문에 이를 저해하는 심판업무에 있어서 문제점과 그 해결방향을 중점적으로 살펴보았다.

이에 더하여 헌법재판소의 연구인력 현황과 그 조직, 그리고 실제 연구인력의 활용방법과 사건처리에 대한 기여도 등에 대한 실태분석을 하였고, 이를 통해 현재의 연구기반과 연구인력이 신속한 재판을 위해 적정한 것인지, 그렇지 않다면 그 문제점은 무엇인지 등에 대해 검토하였다.

효율적인 심판업무 처리를 위하여 외국의 사례를 살펴보았다. 미국과 독일 그리고 프랑스의 경우 헌법재판의 처리 기간과 심판업무에

있어서 사무처 조직 등을 살펴보고, 연구부의 규모와 연구부의 구체적인 지원 형태와 상황 등을 조사하였다.

미국의 경우 헌법재판소가 없으므로 연방대법원의 사건처리를 위한 사무처의 조직 등을 살펴보고 미국 사법제도 특유의 상고허가제(Writ of Certiorari)와 로클릭(Law Clerk) 제도 등에 관하여 살펴 보았다. 미국 연방대법원은 상고허가제를 채택하여 발전시킨 결과 중요한 쟁점을 제시하는 사안에 대해서만 상고를 선별적으로 허용함으로써 소수의 핵심 사건에 연방대법원의 역량을 집중시킬 수 있고, 이로 인하여 개별 판결의 사회적 영향을 극대화시키고 있다. 이 같은 상고허가제의 연혁, 사건선별 기준과 절차 등에 관하여 검토하였다. 또한 연방대법원에는 연방대법관들의 사법심리와 연구를 보조하기 위하여 로클릭이라고 하는 독특한 사법보조인 제도를 두고 있다. 로클릭 제도를 구체적으로 살펴보고 로클릭의 역할과 기능 등에 관하여 살펴보았다.

독일의 경우 연방헌법재판소의 심판절차와 사무처 등에 관하여 살펴 보았다. 특히 헌법연구관(Wissenschaftlicher Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts)의 소송지원에 관하여 살펴보았다. 구체적으로 헌법연구관의 구성과 규모, 역할과 기능 등에 관하여 살펴봄으로써 우리나라에 참고할 만한 사항을 도출하였다.

프랑스의 경우 헌법재판소에 사무처장이 지휘하는 사무처에는 4개의 국을 두도록 하고 있다. 4개의 국은 심판사무국(Le Service juridique), 행정·재정사무국(Le Service administratif et financier), 자료사무국(Le Service Documentation), 대외사무국(Le Service des relations extérieures)이다. 이 가운데 심판사무국이 사건 처리와 관련하여 재판관들을 돕는 역할과 기능을 하는 국이다.

심판사무와 관련하여 심판업무의 효율성을 높이기 위하여 다양한 방안을 모색해 보았다. 재판관 임명과 관련하여 재판관의 공석이 발생하는 것을 방지할 필요가 있으며 지정재판부의 권한을 확대하여 지정 재판부에서 사건을 기각하는 것을 고려해 보았다. 또한 재판관과 헌법

연구관 간의 기능적인 협력과 보완관계를 강조하고, 헌법연구관의 수를 늘려 좀 더 심도있는 재판보조업무를 담당할 수 있도록 할 필요가 있다. 또한 헌법연구원도 6명에 불과한 데, 이에 대한 증원도 모색해 보았다.

최근 4년간 전원재판부 사건처리 건수의 평균이 522건, 헌법연구관 1명당 연 10건의 연구보고서 작성을 전제로 할 때, 접수사건을 전부 처리하기 위해서는 연구보고서 작성 등 조사·연구 업무만을 담당하는 헌법연구관의 증원을 실질적으로 모색해 보았다.

이와 더불어 신속한 사건 처리의 관점에서 연구부의 조직과 기능에 있어서 효율적인 운영 방안을 모색해 보았다.

제2장 헌법재판소의 심판절차 및 지원기관

제1절 헌법재판소의 심판절차

I. 개관

신속한 기본권 구제를 위한 심판업무의 개선을 위해서는 선행적으로 헌법재판소의 사건처리에 관한 절차, 즉 심판절차에 대한 이해와 분석이 필요하다. 헌법재판소의 실제 사건처리 과정이 어떤 단계를 거쳐 이루어지고, 개별 단계마다 구체적으로 어떤 작업이, 무엇을 위해 행해지는지를 분석함으로써 사건처리의 신속성을 저해하는 요소를 발견할 수 있고, 이를 전제로 사건처리의 단순화와 함께 신속한 처리를 위한 제도개선의 방안을 검토하여 제시할 수 있을 것이다. 헌법재판소가 창설되어 활동을 개시한 지 이미 35년여의 기간이 지났으므로 여러 가지의 시행착오 과정을 거쳐 현재는 표준적이고 정형적인 사건처리의 단계와 절차가 형성되어 있다. 물론 헌법과 헌법재판소법, 그리고 헌법재판소법 제40조에 의해 준용되는 다른 소송법령을 통한 규범적인 제약이 존재하지만, 이를 토대로 현재의 사건처리 단계와 개별 단계마다 이루어지는 작업의 내용을 분석함으로써 단계별·절차별 문제점과 함께 개선방안을 모색하고자 한다.

II. 심판절차에 관한 규범 개관

1. 헌법재판의 개념과 심판절차

헌법 제111조 제1항 및 헌재법 제2조는 헌법재판소의 관장사항을 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산

심판. 국가기관 상호간·국가기관과 지방자치단체 간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판 등 5가지로 열거하여 규정하고 있다. 현행 헌법이 독일, 오스트리아, 스페인 등 주요국가에서 행해지는 헌법재판의 유형을 모두 수용하고 있는 것은 아니지만, 우리 헌법에서 채택하고 있는 위의 5가지 헌법재판 유형만을 전제로 하여 이를 일의적으로 포섭할 수 있는 헌법재판의 개념을 정의하는 것도 매우 어렵다. 이들 개별 심판절차의 개념과 기원, 기능 및 절차의 특성이 각기 다르고 그 심판대상도 다양하므로 이를 포괄하는 헌법재판에 대한 일반적 개념의 설정이 매우 어렵고, 또한 그 때문에 현행 헌법상의 헌법재판 유형을 포섭하는 헌법재판의 개념을 분명히 함으로써 얻을 수 있는 실익도 그다지 크지 않을 것으로 보인다.

헌재법 제3장에서는 현행법상 인정되는 헌법재판의 모든 유형에 일반적으로 적용되는 일반심판절차에 관한 조항을 제22조부터 제40조까지 두고 있다. 일반심판절차에 관한 조항은 헌법재판소가 관할하는 모든 심판절차에 일반적으로 적용되는 절차규율을 의미하므로 심판절차의 유형을 가리지 않고 모든 심판절차에 적용되어야 하는 것에 그 규율의 취지가 있다. 그러나 그와 같은 취지와 기능의 일반심판절차에 관한 조항들에서도 개별심판절차의 고유성이나 특수성으로 인해 그 적용 여부가 다시 구체적으로 검토되어야 하고, 그 때문에 헌재법 제40조에서는 포괄적 준용이라는 입법방식을 통해 헌법재판소의 해석을 통한 보충적인 절차법적 규율의 가능성을 열어두고 있다. 이는 헌법재판의 모든 심판절차를 아우르는 통일적인 개념의 설정이 매우 어렵다는 것을 규범적으로 반증하는 것이고, 헌법재판소는 개별심판절차에서 헌재법 등 절차법의 규율내용을 해당 심판절차의 본질 및 기능에 비추어 심판절차를 규율하는 절차법으로서 기능과 구체적 타당성을 확보할 수 있도록 그 적용 여부를 사안별로 구체적으로 검토하여야 한다.

2. 심판절차의 법원(法源)과 포괄적 준용

헌법상 분쟁을 헌법을 기준으로 판단하는 헌법재판의 절차를 규율하는 법규범으로는 우선 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소규칙을 들 수 있다. 헌법은 헌법재판소의 설치와 함께 그 관할과 권한을 부여하고(제111조 제1항), 정당해산심판(제8조 제4항), 위헌법률심판(제107조 제1항, 제111조 제1항 제1호), 탄핵심판(제65조), 권한쟁의심판(제111조 제1항 제4호) 등 개별심판절차에서 판단의 요건과 절차, 재판의 전제성과 법원의 권한, 심판청구의 당사자 등 심판절차상의 중요한 요건을 직접 제시함으로써 헌법재판소의 본안판단권을 제한하고 있다. 이로써 헌법재판소에 다른 국가기관이 행하는 권한 행사의 내용 및 절차의 합헌성 또는 합법성을 심사할 수 있는 권한을 부여함과 동시에 헌법재판소의 심판권한에 대해 스스로 한계를 설정하여 국가기관의 조직과 권한, 그리고 권한 행사의 한계를 정하는 헌법 본래의 기능을 수행한다.

헌법 제113조 제3항은 “헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.”라고 하여 헌법재판소의 조직과 운영, 그리고 심판절차에 관한 구체적 형성을 입법자에게 포괄적으로 위임하고 있다. 이에 근거하여 헌법재판소법은 총칙(제1장)에서 헌법재판소의 관할과 구성, 재판관의 지위 등을 정하고, 조직(제2장)에서 헌법재판소장, 헌법재판소 재판관, 재판관회의, 사무처, 헌법연구관, 헌법재판연구원 등 주요 기구의 조직 및 기능 등에 관하여 정하며, 일반심판절차(제3장) 및 특별심판절차(제4장)에서는 헌법재판소가 관장하는 모든 심판절차에 적용될 수 있는 재판관의 제척·기피 및 회피, 심판청구의 방식, 변론주의·직권탐지주의 등 심리원칙 등의 절차와 개별심판절차 특유한 절차를 규정하고 있다.

한편, 헌법 제113조 제2항과 헌법재판소법 제10조에서는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있도록 헌법재판소에 규칙제정권을 부여하

고 있는바, 이는 국가의 독자적 기능조직인 헌법기관으로서 헌법재판소의 자주성과 독립성을 보장하고, 전문적·기술적인 사항은 헌법재판소로 하여금 스스로 정하도록 함으로써 헌법재판의 본질과 기능, 그리고 기능 수행에 적합한 절차에 관한 사항을 자율적으로 정하도록 함에 그 취지가 있다.¹⁾ 이에 근거하여 ‘지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙’, ‘헌법재판소 국선대리인의 선임 및 보수에 관한 규칙’ 등 개별심판절차에 관한 규칙과 함께 일반절차에 관한 규칙으로 ‘헌법재판소 심판 규칙’을 두고 있다. 심판규칙을 포함하여 헌법재판소 규칙은 일상적인 헌법재판의 실무에서 중요한 역할을 담당하고 있다.

헌법재판의 절차에 관한 명시적 법원으로서 헌법, 헌법재판소법, 헌법재판소 규칙에도 불구하고 실제 개별심판절차 실무에서 발생하는 절차법상의 규율 공백은 불가피하다. 입법자가 심판절차를 규율하면서 의도적으로 빠뜨린 부분이 있고, 실수로 규율하지 못한 사항도 있다. 헌법재판이 민사재판이나 형사재판 등 다른 사법절차에 비해 그 역사가 일천할 뿐 아니라, 헌법재판소가 관할하는 헌법재판의 유형이 그 기원과 기능, 구조 등의 측면에서 통일적인 절차법적 규율이 가능하도록 일반성과 보편성을 갖고 있지 못하기 때문이다. 따라서 헌법재판소법은 이와 같은 규율의 공백을 막기 위해 민사소송법 등 일반소송법을 포괄적으로 준용하는 방식(제40조)과 함께, 그때그때 사건을 해결하기 위해 판례를 통한 헌법재판의 특성에 부합하는 절차를 헌법재판소 스스로 형성할 수 있는 공간을 허용하고 있다. 이와 같은 공간은 헌법재판소법 제40조의 포괄적 준용규정에도 불구하고 절차법상의 흠결이 발생하거나 헌법재판의 성질에 반하여 준용의 방법조차 사용할 수 없는 예외적인 경우를 위한 것이다. 이 경우 헌법재판소 재판관의 법 형성이나 관련 헌법재판소법, 일반소송법의 유추적용을 통해 절차

1) 헌법재판소는 헌법으로부터 직접 규칙제정권을 부여받은 것이기 때문에 그 권한의 행사에 따로 법률적 근거를 필요로 하지 않는다. 헌법재판소의 규칙제정권은 일종의 법규명령제정권으로 국민의 권리·의무에 직접 관련된 사항에 대해서도 규율할 수 있다. 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2018, 120-121면 참조.

적 공백을 보충할 수 있을 것이다.)²⁾

Ⅲ. 심판절차

1. 개 관

우리 헌정사는 1948년 제헌헌법부터 법률의 위헌 여부를 심사하는 위헌법률심판을 중심으로 헌법위원회에 헌법재판의 권한을 부여하였고, 현행헌법에 이르기까지 허용되는 헌법재판의 유형이나 그 담당주체에는 다소 변화가 있었지만 일관하여 헌법재판제도를 운영해왔다. 그러나 선거부정, 군사쿠데타 등 비정상적인 방법을 통해 집권하여 정당성이 부족한 권위주의 정권의 보호를 위해 헌법재판의 정상화·활성화를 두려워했던 정치권력은 헌법재판이 제대로 기능하는 것을 방지하기 위해 헌법재판의 담당기관을 정치적 상황에 따라 변경하거나 그 관할 또는 권한을 축소하는 등의 시도를 하였다. 그 결과 우리 헌정사에서 헌법재판은 규범력을 가진 실효적인 제도가 아니라 장식적인 의미의 명목상 제도에 불과하였다.

그러나 시민 세력을 중심으로 한 민주화 투쟁의 성과인 현행헌법에 이르러 헌법소원심판을 비롯하여 국가권력의 헌법기속성(憲法羈束性)을 제도적으로 담보하기 위한 여러 헌법재판의 유형을 담당하는 최고의 그리고 최종의 헌법재판기관으로서 헌법재판소를 창설하였다. 지난 35년여간 헌법재판소는 헌법재판에 대한 경험이나 역량의 부족으로 인해 기존의 헌법위원회법 등 헌법재판 관련 법령을 그대로 답습하거나 민사소송법, 행정소송법 등 다른 소송법령 또는 외국의 입법례를 일반적으로 준용하거나 모방하여 제정한 헌법재판소법에서 정하는 심판절차를 운영하면서 그 문제점을 수정·보완하고, 판례를 통해 그 흠결을 메우거나 새로 정립하는 등의 부단한 노력을 하였다. 아직 1988년 제

2) 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2021, 93면 참조.

정 후 헌법재판소법의 전면개정에는 이르지 못했지만, 헌법재판소의 일반심판절차에 적용되는 헌법재판소 심판 규칙을 제정하는 등의 성과를 거두었다.

심판절차란 사건이 접수·배당되고 심리되어 결정에 이르기까지의 전체 과정을 말하는 것으로, 사건이 청구되어 접수되는 등 시간적·단계적 흐름에 따라 심판청구와 사건의 접수, 사건의 배당, 헌법연구관 등 연구인력을 통한 사건에 대한 형식적·실체적 조사 및 연구, 주심재판관에 대한 보고, 서면 또는 구두의 변론절차, 평의 및 평결의 절차, 결정서의 작성·선고 등의 순서로 이루어진다. 이러한 심판절차는 재판관으로 구성된 재판부와 헌법연구관 등 연구인력으로 구성된 연구부, 그리고 심판절차의 모든 과정에서 절차적·행정적인 지원업무를 수행하는 사무처의 행정인력을 통해 이루어진다.

헌법재판소의 심판절차는 재판관의 이름과 서명을 명시한 재판부의 결정을 통해 종결되고, 심판절차의 진행 및 종국결정에 대한 궁극적인 책임 역시 재판부에 귀속되므로 신속한 기본권 구제를 위한 심판절차의 효율성 및 신속성의 확보방안 역시 재판부의 조직과 구성, 재판관의 자격, 재판관 업무수행의 구체적 절차와 방식, 재판관 개개인이 가지는 민주주의원리와 법치국가원리의 체계에서 헌법재판소의 지위와 역할 및 기능에 대한 이해와 인식에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다.

이하에서는 먼저 심판절차의 주재자인 재판부와 재판부의 구성원인 재판관에 대해 간단히 살펴본 후 헌법재판소의 심판절차를 시간적·단계적으로 구분하여 개관하기로 한다.

2. 재판부의 구성 및 조직, 권한

가. 재판부의 구성원으로서 재판관

헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9명의 재판관으로 구성하며, 재판

관은 국회의 인사청문을 거쳐 대통령이 임명한다(헌법 제111조 제2항, 헌재법 제6조 제1항·제2항). 대통령은 재판관 중 3명은 국회에서 선출하는 사람을, 3명은 대법원장이 지명하는 사람을 임명하는데, 대통령이 고유의 권한으로 임명하는 재판관 3명에 대해서는 임명하기 전에, 대법원장이 지명하는 재판관 3명에 대해서는 지명하기 전에 국회에 인사청문을 요청하여야 한다(헌재법 제6조 제2항).

재판관의 임기가 만료되거나 정년이 도래하는 경우 임기만료일 또는 정년도래일까지 후임자를 임명하여야 하며, 임기 중에 재판관이 결원된 경우에는 결원된 날부터 30일 이내에 후임자를 임명하여야 한다. 그리고 국회에서 선출한 재판관이 국회의 폐회나 휴회 중에 그 임기가 만료되거나 정년이 도래한 경우 또는 결원된 경우 국회는 다음 집회가 개시된 후 30일 이내에 후임자를 선출하여야 한다(헌재법 제6조 제3항·제4항·제5항). 재판관의 임명절차와 관련하여 헌재법에서 시간적 한계를 설정하는 이유는 후임 재판관의 임명절차가 지연됨으로 인해 발생하는 헌법재판소의 심판업무 공백을 방지하는 데 그 취지가 있다. 헌법재판소 재판관 구성을 대통령이나 국회 등 헌법기관의 단독행위로 하지 않고 3개 기관의 합동행위를 통해 9명의 재판관으로 재판부를 구성하게 한 이유는, 최고·최종의 헌법해석기관이자 모든 국가권력의 헌법기속성을 통제하는 기능을 하는 헌법재판소에 민주적 정당성을 부여하고 사법기관으로서 전문성을 보충하는 것에 그 취지가 있다고 할 것이므로 이와 같은 재판관 선출에 있어 시간적 한계는 엄격히 준수되어야 한다. 그러나 헌법재판의 현실에서 재판부 구성에 책임 있는 국가기관의 헌법위반 행위로 인해 재판부 구성이 지연되는 사례가 일상화되고 있고, 이로 인해 헌법재판소 심판절차의 공정성과 신속성에 심각한 장애가 발생하고 있다.³⁾ 헌법재판소법 제23조 제1항은 재판

3) 2011. 7. 8. 국회 선출의 조대현 재판관이 임기만료로 퇴임한 후 국회의 후임자 선출이 지체되어 2012. 9. 20. 비로소 그 후임자가 임명된 적이 있었다. 이에 대해 국회의 재판관 후임자 선출 부작위로 인해 자신이 청구한 헌법소원심판사건에서 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었음을 주장하면서 헌법소원심판을 청구한 사건이

관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리한다고 하여 심판정족수가 충족되는 한 사건의 심리를 진행할 수 있으므로 재판관 임명의 지연이 심판절차의 신속성과 무관하다는 주장도 있을 수 있다. 하지만 대법원의 구성에서 개별 대법관의 참여가 갖는 의미와 헌법재판소의 구성에서 개별 재판관의 참여가 갖는 의미는 판단의 정당성이나 대표성의 측면에서 매우 다른 헌법적 의미가 있다고 할 것이므로, 심판정족수가 채워졌다고 하여 사건의 경중이나 비중을 가리지 않고 심리를 진행하거나 결정을 선고할 일은 아닌 것이다.⁴⁾

한편, 헌법 제111조 제2항은 재판관의 자격요건으로 법관의 자격을 명시하고 있으나, 헌법재판소법에서는 이를 구체화하여 재판관의 자격요건으로, “1. 판사, 검사, 변호사, 2. 변호사 자격이 있는 사람으로서 국가기관, 국영·공영 기업체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관 또는 그 밖의 법인에서 법률에 관한 사무에 종사한 사람, 3. 변호사 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람으로 해당 직에서 15년 이상 40세 이상의 사람 중에서 임명한다.”라고 규정하고 있다(제5조 제1항). 일반법률사건과는 그 내용이나 성격에서 본질적인 차이가 있는 헌법사건을 국가의 사법

있다(헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2 참조).

- 4) 대통령 탄핵사건이나 국민들 간의 이해관계나 의견의 대립이 심각한 사건에서 재판관이 공식인 상태로 중구결정을 선고하는 것은 결정의 정당성 측면에서 문제가 있다. 이와 같은 이유에서 지난 대통령 탄핵사건(헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1)에서 8명의 재판관으로 탄핵결정을 할 수 있는지가 쟁점이 되었다. 이에 대해 헌법재판소는 ‘헌법재판은 9인의 재판관으로 구성된 재판부에 의하여 이루어지는 것이 원칙이다. 그러나 현실적으로는 일부 재판관이 재판에 참여할 수 없는 경우가 발생할 수밖에 없다. 이에 헌법과 헌법재판소법은 재판관 중 결원이 발생한 경우에도 헌법재판소의 헌법 수호 기능이 중단되지 않도록 7명 이상의 재판관이 출석하면 사건을 심리하고 결정할 수 있음을 분명히 하고 있다. 그렇다면 헌법재판관 1인이 결원이 되어 8인의 재판관으로 재판부가 구성되더라도 탄핵심판을 심리하고 결정하는데 헌법과 법률상 아무런 문제가 없다.’고 판시하였다. 그러나 당시 헌법재판소장 권한대행까지 임기만으로 퇴임하게 되어 재판관 8명이 아니라 7명으로 재판부를 구성할 수밖에 없는 상황이었다면 보다 재판관 공식 문제가 심각하게 부각되었을 것이다.

기능을 담당하는 일반법원의 관할(헌법 제101조 제1항)에서 분리하여 헌법재판소의 전속관할(헌법 제111조 제1항)로 규정하고 있는 우리 헌법의 사법기능에 대한 권한배분의 질서에 비추어 볼 때, 위와 같은 재판관 자격요건의 설정이 헌법의 취지에 부합하는지 의문이 있다. 헌법이 일반사법권과 헌법재판권을 분리하여 각기 대법원을 정점으로 한 법원과 헌법재판소로 권한을 귀속하게 한 취지는 그 성격과 역할 및 기능이 본질적으로 다를 것을 전제로 한 것인데, 재판관의 자격을 법관으로 명시한 것과 관련하여 헌법규범 간의 조화로운 해석이 요청된다.

나아가 헌법 제112조 제1항은 재판관의 임기를 6년으로 정하고 있다. 위에서 본 바와 같이 일반재판과 헌법재판이 본질적으로 다른 성격과 기능의 사법작용이라고 할 때, 일반재판에 전문가인 법관이 헌법재판에 전문가일 수는 없다. 물론 헌법재판 역시 헌법규범의 해석과 적용으로부터 출발하므로 본질적으로 다르다고 볼 수는 없을 것이지만, 헌법규범의 특수성, 헌법규범을 구체화하고 실현하는 헌법재판의 본질에 비추어 볼 때 법관의 자격이 재판관의 업무를 수행하는 데 충분조건이 될 수는 없다. 이와 같은 상황에서 재판관의 6년 임기는 제대로 된 헌법재판의 역할과 기능을 수행하기에, 그리고 헌법재판의 신속성을 확보하기에 그 기간이 너무 짧다고 볼 수 있다. 물론 재판관의 임기를 결정하는 고려요소가 심판절차의 신속성 확보에만 있는 것은 아니지만, 신속성 확보를 위해 임기를 연장하는 방법도 고려할 필요가 있을 것이다.

나. 재판부

(1) 전원재판부

헌법 제111조 제2항과 제113조 제1항은 헌법재판소의 조직과 결정정족수를 정하면서 헌법재판소의 심판이 9명으로 구성된 재판부, 즉

전원재판부에서 행해질 것을 규정하고 있고, 헌재법 제22조 제1항5)은 이를 다시 확인하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 9명의 재판관으로 구성되는 재판부에서 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리하고(제23조 제2항), 중국심리에 관여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 하되, 위헌결정·탄핵결정·정당해산결정 및 헌법소원의 인용결정, 그리고 중전에 헌법재판소가 판시한 헌법 또는 법률의 해석 적용에 관한 의견을 변경하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 함을 규정하고 있다(헌법 제113조 제1항, 헌재법 제23조 제2항). 법률에 대한 위헌결정과 같이 그 법적 효과가 큰 중요한 판단에 대해 가중정족수를 규정한 취지는 헌법재판이 사회에 미치는 파급효과와 법적 안정성을 고려한 것으로 일면 정당한 것으로 보인다. 그러나 다른 한편으로 이와 같은 가중정족수는 위헌 여부의 결정권을 가지고 있는 소수의 재판관들에 과중한 부담을 주어 심판절차를 지연시키는 요인이 되는 문제점도 있을 것이다.⁶⁾

(2) 지정재판부

헌법재판소장은 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다(헌재법 제72조 제1항). 지정재판부는 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하할 수 있다(헌재법 제72조 제3항). 따라서 지정재

5) 제22조(재판부) ①이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장한다.

6) 외국 입법례를 보면, 독일은 출석 재판관의 과반수를 원칙으로 하되(가부동수인 경우 기본법 또는 연방법에 위반하는 것을 확인할 수 없다), 기본권의 실효, 정당의 위헌 여부, 대통령과 법관의 탄핵결정에 있어서는 재판부 소속 재판관 3분의 2 이상으로 규정하고 있다(연방헌법재판소법 제15조 제4항). 오스트리아, 스페인의 경우에도 심판정족수를 출석 재판관의 과반수로 규정하고 있다. 그러나 미국 연방대법원의 경우에는 대법관 9명 중 6명 이상의 출석으로 사건을 심리하고(28 U.S.C. §1, Court Rule §4), 출석 재판관의 과반수로 결정한다.

판부는 헌법재판소법에 의해 설치가 강제되는 재판부의 유형이 아니라 헌법재판소장이 재량으로 둘 수 있는 임의적 재판부이다(헌재법 제22조 제1항, 제72조 제1항).⁷⁾ 헌법재판소는 설립 초기인 1988. 10. 15. ‘지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙’을 제정하여 3개의 지정재판부를 두고 사전심사를 담당하게 하였다.

헌법재판소에 접수된 헌법소원사건은 헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원이든 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원이든 불문하고 먼저 지정재판부의 사전심사를 거치게 된다. 사전심사절차의 단계에서는 헌법소원심판청구의 본안에 관한 판단이 아니라 단지 헌재법 제72조 제3항이 정하는 적법요건⁸⁾의 구비 여부만을 심사한다.

헌법재판소 설립 이후 2022. 7. 31. 기준으로 헌법재판소에 접수되어 처리된 43,350건의 헌법소원심판사건 중 전원재판부에서 각하된 사건은 2,110건(헌재법 제68조 제1항의 헌법소원사건 1,697건, 제68조 제2항의 헌법소원사건 413건)이고, 나머지 27,824건(제68조 제1항 사건 22,745건, 제68조 제2항 사건 5,047건)이 지정재판부에서 각하되었다. 헌법소원심판사건 43,350건 중 29,934건이 각하되는데, 그중 27,824건이 지정재판부의 사전심사단계에서 각하되는 것으로 각하 건수의 92.95%에 이르고 있다.

정치적 사법기관으로서 헌법재판의 특수성과 최고·최종의 헌법해석권자로서 헌법재판소의 헌법적 지위에 비추어 헌법재판소는 자신의 역량과 기능을 그에 합당한 사건의 범위 내로 제한하여 이에 집중하

7) 김하열, 앞의 책, 100면 참조.

8) 제72조(사전심사) ③ 지정재판부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 헌법소원의 심판청구를 각하한다.

1. 다른 법률에 따른 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거치지 아니하거나 또는 법원의 재판에 대하여 헌법소원의 심판이 청구된 경우
2. 제69조의 청구기간이 지난 후 헌법소원심판이 청구된 경우
3. 제25조에 따른 대리인의 선임 없이 청구된 경우
4. 그 밖에 헌법소원심판의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우

는 것이 불가피하므로 지정재판부의 사전심사절차는 신속한 기본권 구제를 위해 매우 중요한 기능을 담당한다. 우리 헌법재판소보다 오랜 헌법재판의 역사를 가진 미국의 연방대법원이나 독일의 연방헌법재판소가 자신의 역량을 최고·최종의 헌법재판기관이 처리할 만한 중요한 헌법사건에 집중하고, 신속한 기본권 구제를 위해 지정재판부 단계의 사건처리를 제도적으로 완비하고 강조하고 있는 것은 우리 헌법재판의 실무에도 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이다.

3. 사건처리를 위한 구체적 심판절차

가. 심판청구

(1) 심판의 청구와 방식

헌법재판도 사법작용의 본질을 가지므로 재판을 구하는 당사자 일방의 신청으로 절차가 개시된다. 따라서 모든 심판절차에서 당사자가 개인이든 국가기관이든 간에 당사자가 심판청구를 하여야 비로소 헌법재판소의 심판절차가 개시된다. 심판청구는 심판의 유형별로 구별되는 청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 이루어지는데(헌재법 제26조 제1항), 헌법재판소법과 심판규칙은 심판절차별로 청구서(제청서, 소추의결서)의 기재사항을 구체적으로 정하고 있다(헌재법 제43조, 국회법 제133조, 헌재법 제56조, 제64조, 제71조).

청구서에는 누가, 무엇에 대해, 어떤 심판을 구하는지를 명확하고 구체적으로 기재하여야 하고(청구취지), 그 청구를 이유 있게 하는 사실적·법적 기초를 빠짐없이 상세하게 서술하여야 한다(청구이유). 우선 각 심판절차에서 헌법재판소의 심리는 심판대상을 중심으로 이루어지고, 종국결정의 효력이 미치는 범위도 심판대상이 원칙적인 기준이 되기 때문에 청구서에서 심판대상을 명확하게 확정하는 것은 매우

중요하다. 심판대상은 심판유형별로 다른데, 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항의 헌법소원심판에서는 당해사건에 적용되는 법률 조항의 위헌 여부가, 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판에서는 특정 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 청구인의 기본권 침해 여부가, 권한쟁의심판에서는 피청구인의 처분 또는 부작위로 인한 청구인의 권한 침해 여부가 각 심판대상이 된다. 소송법상 처분권주의의 내용으로서 신청주의에 따라 헌법소송 역시 청구서에 기재된 심판대상을 통해 일차적으로 심판대상이 확정된다.

심판의 대상과 함께 청구서에는 위헌이라고 해석되는 이유(헌재법 제43조 제4호), 탄핵소추의 사유(국회법 제133조), 청구 이유(헌재법 56조, 제64조, 제71조) 등 심판청구의 적법성과 타당성을 근거 짓는 사실적·법적 근거와 관점을 구체적이고 명확하게 기재하여야 한다. 민사소송 등 일반법원의 재판절차에서는 청구취지를 특정함에 필요한 사실관계를 중심으로 청구이유를 기재하는 것으로 충분하지만, 사실관계보다는 헌법 및 법률의 해석 및 적용에 심리의 중점이 있는 헌법재판에서는 사실관계와 아울러 법적 근거 및 관점도 청구이유에서 구체적이고 명확하게 기재하여야 한다.

객관적 소송의 성격이 강조되는 헌법재판의 특성상 심판대상이나 청구이유가 불분명한 경우 청구서의 기재 사항이나 내용에 구애됨이 없이 청구인의 주장요지를 종합적으로 판단하여 헌법재판소가 직권으로 심판대상이나 침해된 기본권 등 법적 쟁점에 대해 판단할 수 있다. 그러나 신청주의의 취지에 따라 어디까지나 청구서에 기재된 청구취지와 청구이유를 출발점으로 하여 불명확한 쟁점을 보완하고 보충하는 데에 그 의미가 있다고 볼 것이다. 따라서 헌법소원심판청구서에 특정 기본권과의 관련을 확인할 수 있을 정도로 구체적인 주장을 하지 않고 막연하고 모호한 주장을 하는 경우 그 심판청구는 부적법하다고 보아야 할 것이다. 그렇지 않고 그 경우에도 헌법재판소가 직권으로 청구서의 의미를 살피 심판대상을 확정하고 사건의 법률적 쟁점

을 찾아 본안판단으로 나아가는 것은 사법작용으로서 헌법재판의 본질에도 부합하지 않고, 헌법재판소의 업무 과중과 이로 인한 신속한 심판절차의 운용을 방해한다.

(2) 전자문서에 의한 청구

청구인은 청구서를 전자문서(컴퓨터 등 정보처리능력을 갖춘 장치에 의하여 전자적인 형태로 작성되어 송수신되거나 저장된 정보를 말한다)화하고, 이를 정보통신망을 이용하여 헌법재판소에서 지정·운영하는 전자정보처리조직(심판절차에 필요한 전자문서를 작성·제출·송달하는 데에 필요한 정보처리능력을 갖춘 전자적 장치를 말한다)을 통하여 제출할 수 있다(헌재법 제76조 제1항). 전자문서로 제출된 청구서는 서면으로 제출된 청구서와 같은 효력을 가지는데(헌재법 제76조 제2항), 전자문서로 제출된 청구서가 접수된 때에는 당사자나 관계인에게 전자적 방식으로 그 접수사실을 알려야 한다(헌재법 제76조 제4항).

전자접수에 의한 심판청구는 2010년 3월부터 시작되었는데, 청구인이 직접 헌법재판소로 방문하여 청구서를 제출하거나 우편으로 접수하여야하는 불편함을 제거하여 심판청구를 용이하게 하였다는 점에서 매우 획기적인 조치로 평가되고 있다. 그러나 이로 인해 헌법재판을 통한 기본권 구제를 선택할 것인지에 대한 진지한 고민 없이 일단 전자접수를 통해 심판청구를 하고 보는 식의 남청구(濫請求)의 폐단도 야기하여 심판청구 건수의 뚜렷한 증가추세에 대비한 신속한 사건처리 방안에 대한 고민과 함께 남청구를 방지하기 위한 제도적 조치도 함께 고민하여야 할 것이다.

2010년 3월부터 2017년 12월 말까지 접수된 23,555건의 심판청구서 중 우편접수가 9,296건(39.5%), 방문접수가 5,818건(24.7%), 전자접수가 8,441건(35.8%)을 차지하고 있는바, 이 같은 추세는 급속한 정보환경의 개선으로 인해 더욱 뚜렷해질 것으로 예상된다. 헌법재판의 심판절차

신속화를 위해 반드시 적극적인 대응이 필요한 부분이다.

권리구제 및 법적 분쟁을 해소하기 위한 다른 재판절차와는 달리 헌법재판에서는 심판비용을 모두 국가가 부담한다(제37조 제1항). 분쟁의 원인이나 사태를 국가 등 공적 주체가 야기하였고, 헌법재판을 통한 권리구제의 이익이 분쟁의 당사자를 넘어 모든 국민에게 영향을 미치기 때문일 것이다. 다만 심판비용이 없는 관계로 남청구가 우려되므로 제도적으로 헌법재판소는 청구인에게 공탁금의 납부를 명할 수 있고, 심판청구가 각하되는 등 일정한 경우에는 공탁금을 국고에 귀속할 수 있도록 하고 있다(헌재법 제37조 제2항, 제3항). 그러나 이 제도가 실제로 활용된 사례는 아직 없다.

나. 사건의 접수 및 송달, 보정명령

(1) 사건의 접수 및 보정권고, 송달

심판서류를 접수한 공무원은 심판서류를 제출한 사람이 요청하면 바로 접수증을 교부하여야 하며, 제출된 심판서류의 흠결을 보완하기 위하여 필요한 보정을 권고할 수 있다(심판규칙 제5조 제1항, 제2항). 헌법재판소는 필요하다고 인정하면 심판서류를 제출한 사람에게 그 문서의 전자파일을 전자우편이나 그 밖에 적당한 방법으로 헌법재판소에 보내도록 요청할 수 있다(심판규칙 제5조 제3항).

당사자나 그 밖의 심판관계인에게 소송상 서류의 내용을 알 수 있는 기회를 주기 위해 법정의 방식에 따라 하는 통지행위를 송달이라고 한다.⁹⁾ 송달은 소송상 이루어지는 행위의 내용을 당사자에게 정확하게 전달함으로써 적법절차원칙을 실현하고, 당사자의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하며, 나아가 원활한 소송절차의 진행에 기여하는 데 그 취지가 있다.¹⁰⁾ 헌법재판소는 청구서를 접수한 때에는 지체없이 그

9) 이시윤, 민사소송법, 박영사, 2018, 417면.

등본을 피청구인에게 송달하도록 하고(헌재법 제27조 제1항), 중국결정이 선고되면 결정서 정보를 또한 당사자에게 송달한다(헌재법 제36조 제4항). 청구서의 등본을 피청구인에게 송달하도록 한 것은 피청구인에게 청구에 대응하여 답변서의 제출 등 절차에 참여할 수 있는 기회를 실질적으로 보장하기 위한 것이다(헌재법 제29조). 헌법재판소는 당사자나 관계인에게 전자정보처리조직과 그와 연계된 정보통신망을 이용하여 청구서를 송달할 수 있다. 다만, 당사자나 관계인이 동의하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 전자정보처리조직을 이용한 서류 송달은 서면으로 한 것과 같은 효력을 가진다(제78조).

(2) 보정명령

재판장은 심판청구가 부적법하지만 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하여야 한다(헌재법 제28조 제1항). 이에 따른 보정이 있는 경우에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 본다(헌재법 제28조 제3항). 보정명령에 불응하면 심판청구가 부적법함을 이유로 심판청구를 각하한다.

보정명령의 주체는 재판장이다. 따라서 전원재판부에서는 헌법재판소장이, 지정재판부에서는 주심재판관의 바로 앞 열 재판관¹¹⁾이 보정명령을 한다. 실무상 보정명령을 보다 효율적으로 활용하기 위해서는 사건의 심리를 일차적으로 담당하는 주심재판관으로 하여금 직접 보정명령을 하게 하는 것이 필요하고, 특히 보정명령이 실제 필요한 헌법소원심판의 사전심사단계에서는 더욱 그러할 필요성이 크다. 따라서 헌법재판소법을 개정하여 제28조 제5항을 추가하였는데,¹²⁾ 이는 헌법재판소의 업무부담 경감과 효율적인 심리를 위한 취지에서 재판장은

10) 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015, 341면.

11) 지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙 제4조.

12) 2009. 12. 29., 법률 제9839호.

필요하다고 인정하는 경우 재판관 중 1명에게 보정요구를 할 수 있는 권한을 부여할 수 있고, 이 경우 그 재판관은 보정요구에 관한 직무를 수행할 수 있다.¹³⁾

헌법소원심판청구서의 필요적 기재사항이 누락되거나 명확하지 아니한 경우에 적당한 기간을 정하여 이를 보정하도록 명할 수 있으며, 이 보정기간까지 보정하지 아니한 경우에는 심판청구를 각하할 수 있다(심판규칙 제70조). 청구서의 필요적 기재사항은 통상 본안판단을 위한 중요한 적법요건에 관한 사항임을 감안한 것으로 민사소송법 제254조에서 정하는 소장각하명령제도의 취지가 헌법재판에도 반영된 것이다.¹⁴⁾

사건의 접수와 청구서에 대한 보정의 단계는 헌법재판소의 심판절차를 신속화하기 위하여 매우 중요한 역할을 한다. 특히 전자접수의 건수가 점차 늘어가는 추세에 비추어 보정명령의 단계에서 심판청구의 적법요건에 대한 일차적 심사를 강화함으로써 접수단계에서 명백하게 부적법한 심판청구를 선제적으로 걸러낼 수 있을 것이므로 심판청구의 신속성 확보에 기여할 것이다.

다. 사건의 배당

사건이 접수되면 주심재판관을 정하기 위한 사건배당절차가 행해지

13) 사건을 배당받은 주심재판관이 사실상 보정명령의 필요 여부를 결정하고, 재판장의 명의로 보정명령을 하였던 실무적인 불편을 개선한 것으로, 특히 헌법소원의 사전심사단계에서 적극적으로 활용하고 있다고 한다. 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 44면 참조.

14) 제254조(재판장등의 소장심사권) ①소장이 제249조제1항의 규정에 어긋나는 경우와 소장에 법률의 규정에 따른 인지를 붙이지 아니한 경우에는 재판장은 상당한 기간을 정하고, 그 기간 이내에 흠을 보정하도록 명하여야 한다. 재판장은 법원사무관등으로 하여금 위 보정명령을 하게 할 수 있다.

②원고가 제1항의 기간 이내에 흠을 보정하지 아니한 때에는 재판장은 명령으로 소장을 각하하여야 한다.

③ - ④ (생략)

는데, 헌법소원사건에서 주심재판관이 정하여지면 그 사건은 그 주심재판관이 소속된 지정재판부에 배당된 것으로 보며, 헌법소원사건이 헌법재판소법 제72조 제4항에 의하여 재판부에 회부된 경우에는 지정재판부의 주심재판관이 전원재판부에서도 계속하여 주심재판관이 된다.

사건의 배당은 접수 후 지체없이 실시하되 접수된 모든 사건(본안사건에 부수된 신청사건은 제외)에 대하여 심판청구의 유형별로 실시한다. 다만, 헌법재판소장이 사안의 중대성이나 난이도 등을 고려하여 주요사건으로 분류한 사건은 그 유형에도 불구하고 따로 배당을 실시하는 경우도 있다. 신청사건 중 제척 및 기피신청 사건은 본안사건에 부수된 사건으로 보아 따로 배당하지 아니하고, 제척 및 기피의 대상이 되는 재판관이 주심인 경우에는 이를 피하여 배당한다.

사건의 배당은 먼저 배당할 사건을 정하여 놓고 그 사건을 배당받을 주심재판관을 정하는 방법으로 행하는데, 사건배당의 공정성과 균등성을 보장하기 위하여 확률을 체증조정하는 추첨의 방법으로 실시한다. 배당방법은 창설 초기부터 2003년 3월 6일까지는 “은행알 추첨”의 방법으로 행하다가 2003년 3월 7일부터는 컴퓨터에 의한 전자배당을 실시하고 있다.

사건의 배당과 관련하여 헌법재판소는 추첨의 방법에 의하여 주심재판관을 정하는 방법을 선택하고 있다. 이에 반해 독일 연방헌법재판소의 경우 재판관별로 미리 심판청구의 유형이나 중요한 헌법적 쟁점별로 일종의 사물관할을 정해두고 사건이 접수되면 추첨의 방식이 아니라 해당 사건의 유형이나 쟁점에 따라 기계적으로 보고재판관(주심재판관)을 선정하는 방식을 채택하고 있다.¹⁵⁾ 이는 재판장이나 재판부의 자의에 따른 사건의 배당을 막아 공정한 재판을 확보하는 것에 기본적인 취지가 있지만, 그 외에도 재판관의 경험과 전문성을 활용하여

15) 독일 연방헌법재판소 2022-2023년 사무분배에 관해서는 https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2022/geschaeftsverteilung_2022.html 참조.

심판절차를 신속하게 운영하는 부수적인 취지에도 주목할 필요가 있다고 생각된다.

4. 심리절차

가. 지정재판부의 사전심사

위에서 본 바와 같이 헌법재판소법은 헌법소원심판에서 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있다고 규정하고 있다(제72조). 이에 따라 1988년 10월 15일 ‘지정재판부의 구성과 운영에 관한 규칙’을 제정하여 3개의 지정재판부를 설치·운영하고 있다.

지정재판부에서는 헌법소원사건의 적법요건을 사전심사하여 명백히 부적법한 경우 지정재판부에서 각하하지만, 사건이 사전심사의 단계를 거쳐 전원재판부로 회부된 뒤에도 적법요건의 흠결로 각하되는 경우도 적지 아니하다.

정치적 사법기관으로서 헌법재판의 특수성과 최고·최종의 헌법해석권자로서 헌법재판소의 헌법적 지위에 비추어 헌법재판소는 자신의 역량과 기능을 그에 합당한 사건으로 제한하여 이에 집중하는 것이 불가피하므로 지정재판부의 사전심사절차는 심판절차의 신속성 확보를 위해 매우 중요한 기능을 담당한다. 우리 헌법재판소보다 오랜 헌법재판의 역사를 가진 미국의 연방대법원이나 독일의 연방헌법재판소가 자신의 역량을 중요한 헌법적 쟁점을 가진 사건에 집중하고, 신속한 기본권 구제를 위해 지정재판부 단계의 사건처리를 제도적으로 완비하고 본안판단을 할 만한 주요사건을 선별하는 기능을 강조하고 있는 것은 우리 헌법재판의 실무에도 시사하는 바가 매우 크다고 할 것이다.

나. 심판준비절차

심판준비절차는 변론기일에 앞서 변론이 효율적이고 집중적으로 실시될 수 있도록 당사자의 주장과 증거를 정리하는 절차를 말한다(심판규칙 제11조). 이는 민사소송법상 변론준비절차(민소법 제279조)를 헌법재판에도 도입한 것으로 헌재법 제40조에 근거하여 위 민사소송법 조항을 준용¹⁶⁾하다가 헌법재판소 심판규칙에서 명시적으로 심판준비절차에 관한 규정을 둬으로써 헌법재판소법에 근거를 두게 되었다. 따라서 심판규칙 제10조와 심판규칙에 명시적인 규정이 없는 경우 민사소송법상 변론준비절차에 관한 규정을 준용하여 심판준비절차가 이루어진다. 심판준비절차는 그 취지가 변론의 효율성과 집중성, 그리고 이를 통한 신속성에 그 취지가 있으므로 신속한 심판절차의 진행을 위해 그 활용이 강조된다. 특히 일반재판과 달리 헌법재판의 경우 관점에 따라 법적 쟁점이 다양하고 복잡할 뿐이 아니라 국민 개개인의 이해관계나 공익과 사익이 다면적으로 충돌하는 등 변론과정에서 이해관계인의 진술 등 절차보장이 매우 중요하므로 변론절차에 들어가기에 앞서 쟁점을 정리하고 주장을 정리하는 등 심판준비절차의 효율성이 매우 강조된다.

독일연방헌법재판소법은 일반심판절차에 관해서는 따로 명시적인 규정이 없고, 다만 연방대통령 탄핵심판사건에서 예심절차를 두고 있다. 연방헌법재판소법 제54조는 “연방헌법재판소는 변론의 준비를 위하여 예심을 명할 수 있다. 연방헌법재판소는 소추의 대리인 또는 연방대통령이 예심을 신청한 경우에는 예심을 명하여야 한다(제1항). 예심의 수행은 본안재판을 관할하지 아니하는 재판부의 재판관에게 촉탁하여야 한다(제2항)”라고 규정하고 있다.

16) 심판규칙 제정 전에 민사소송법을 준용하여 현재 89헌마26 고소사건의 진정처리 사건 등 9건의 사건에서 준비절차를 개시한 바 있다(헌법재판소, 憲法裁判所 10年史, 109면 참조).

헌법재판은 서면심리와 구두변론을 하는 경우가 심판유형별로 나누어지므로 통상 구두변론을 하는 경우가 쟁점이 복잡하고, 결정과 관련한 이해관계자나 국민에게 미치는 영향이 매우 큰 경우가 일반적이므로 구두변론을 하는 경우 심판준비절차를 거칠 필요성이 있는 경우가 많을 것이다. 심판준비절차를 거칠 필요가 있는지 여부는 개별사건에서 헌법재판소가 판단하며, 구두변론을 하는 경우 재판장은 재판부에 속한 재판관을 수명재판관으로 지정하여 심판준비절차를 담당하게 할 수 있다(심판규칙 제11조 제2항).¹⁷⁾ 그리고 심판준비절차에서는 증거결정과 증거조사를 할 수 있고, 준비기일을 열어 당사자를 출석시켜 쟁점과 증거를 정리할 수 있다(헌재법 제40조, 민소법 제281조, 제282조).

한편 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하는 헌법연구관이 사건에 대한 조사·연구를 함에 있어

17) 민사소송법 제139조 제1항은 수명법관의 지정 및 촉탁이라는 제목으로 “수명법관으로 하여금 그 직무를 수행하게 하고자 할 경우에는 재판장이 그 판사를 지정한다.”라고 하여 수명법관의 지정에 관한 일반조항을 두고 있고, 구체적으로 수명법관제도를 활용할 수 있는 경우를 한정적으로 열거하고 있다[화해의 권고(민소법 제145조), 법원 외에서의 증거조사(제297조 제1항), 기일의 지정과 변경(제165조), 변론준비절차의 진행(제280조), 감정인의 지정(제335조), 일정한 경우의 증인신문(제313조) 등]. 수명법관제도는 직접심리주의(제204조)의 요청상 헌재법에 직접 명시적 규정을 두거나 헌재법 제40조에 의하여 준용되는 관련 소송법 규정에서 명시적으로 정하는 경우에 한하여 지정 또는 전원재판부의 권한을 수명재판관에게 위임하여 처리할 수 있다고 할 것이다. 한편 법 제31조 제2항은 증거조사에 한하여 수명재판관으로 하여금 재판부의 권한을 행사할 수 있도록 규정하고 있고, 실무관행은 또한 주심재판관이 수명법관으로서 헌재법 제32조의 사실조회 또는 자료제출요구를 하고 있는데, 헌재법이나 명시적인 준용규정 없이 가능한지 여부에 관하여 이견이 있을 것이다. 먼저 수명재판관제도가 직접심리주의의 예외에 해당된다는 점, 적법한 법원의 구성과 관련하여 재심사유가 될 수 있는 점 등을 이유로 헌재법 또는 관련 소송법 규정이 명시적으로 수명재판관 지정사유를 신설하지 않는 한 규칙이나 실무관행으로 새로운 지정사유를 정할 수 없다고 보는 견해가 있을 수 있고, 직접심리주의의 요청은 심증형성과 본질적으로 관련되는 부분에 한하여 적용되므로 심증형성의 기초자료를 수집하는 단순한 사실행위의 성격을 갖는 사실조회나 자료제출요구의 경우 그 예외를 인정할 수 있는 점, 실무상 이미 정착되었고 그 기능이 실무적으로 매우 필요하다는 점 등에 비추어 이를 규칙에서 정하여도 무방하다는 견해가 있을 수 있다. 심판규칙 제11조 제2항은 후자의 견해에 따라 심판규칙에서 그 근거규정을 신설한 취지로 이해할 수 있을 것이다.

주심재판관에게 보고하고 혹은 그 명을 받아 독자적으로 심판준비절차를 실시할 수 있는지 여부가 문제된다. 이는 헌법연구관이 본연의 직무를 수행함에 있어서 불가피하게 수반되는 행위이기 때문이다. 재판장이나 수명재판관의 심판준비절차 진행 시 이를 보조하는 것은 헌법연구관의 직무를 정한 헌재법 제19조 제4항에서 그 법적 근거를 찾을 수 있으므로 절차에 참여하는 데에 문제가 없을 것이지만(보조적 지위), 독자적으로 그와 같은 행위를 수행할 수 있는지 여부는 실무상 문제가 될 수 있고, 허용되는 경우 심판절차의 신속성과 관련하여 매우 중요한 역할을 할 것으로 기대된다.

헌법연구관은 재판부의 구성원이 아니라 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 담당하기 때문에 독자적으로 심판준비절차의 진행주체가 될 수는 없을 것이다. 다만 심판준비절차기일에 직접 관여하지 않더라도 보조적 지위에서 자료의 제출을 요구하는 등 서면에 의한 쟁점정리의 방식으로 그 결과를 미리 주심재판관에게 보고하거나 주심재판관의 명을 받아 사건의 조사·연구에 필요한 범위 내에서 심판준비절차(서면에 의한 쟁점정리)를 사실상 수행할 수 있을 것이다. 헌법재판소 심판규칙 제11조에서는 “헌법연구관은 주장의 정리나 자료의 제출을 요구하거나, 조사기일을 여는 방법 등으로 사건의 심리 및 심판에 관한 조사를 할 수 있다.”라고 하여 이에 관하여 명시적으로 법적 근거를 두었다.

헌법재판의 특수성과 9명의 재판관으로 조직·구성되는 헌법재판소의 특수성을 감안하여 헌법연구관이 심판준비절차를 독자적으로 주재하고 쟁점을 정리하여 그 결과를 사전에 재판부에 보고함으로써 재판부의 심리를 원활하게 하고 그 업무부담을 경감하며, 동시에 심판절차의 신속성을 확보할 수 있을 것이다.

향후 이와 같은 방향으로 헌법재판소법 등 입법론적 개선이 필요한 부분이다.

다. 심리의 방식

심리는 종국결정을 내리기 위해 필요한 소송자료 수집의 전 과정을 말하고, 헌법재판소의 심리는 구두변론 또는 서면심리에 의한다(헌재법 제30조). 대심구조를 전제로 하는 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판의 경우 구두변론에 의하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우 원칙적으로 서면심리에 의하고 필요한 경우 구두변론을 열 수 있도록 하고 있다.

비교법적으로 독일연방헌법재판소법은 변론을 원칙으로 하고, 모든 당사자가 명시적으로 포기한 경우에는 변론 없이 재판할 수 있으며, 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)의 형식으로, 변론에 기하지 않은 재판은 결정(Beschluß)의 형식으로 재판하도록 하고 있다(연방헌법재판소법 제25조).¹⁸⁾ 그러나 재판의 실제에서 변론이 이루어지는 경우는 매우 드물게 있고 대부분 서면심리에 의해 판단하고 있다.

(1) 구두변론과 심문

헌법재판소법 제30조에 의하면 탄핵심판·정당해산심판·권한쟁의심판은 구두변론에 의하고, 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리에 의하되 재판부가 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열 수 있는 것으로 규정하고 있다. 다만 구두변론에 의하는 경우에도 심판청구가 부적법하고 그 흠을 보정할 수 없는 경우에는 변론 없이 심판청구를 각하할 수 있다(헌재법 제40조, 민사소송법 제219조).¹⁹⁾ 심판청구가 부적법

18) 제25조 (1) 연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 재판한다. 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다.

(2) 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정(Beschluss)으로 내린다.

(3) 일부재판 및 중간재판은 허용된다.

(4) 연방헌법재판소의 재판은 “국민의 이름으로” 행한다.

19) 권한쟁의심판청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없어 변론 없이 각하한 사례로는, 헌재 2009. 9. 24. 2008헌라5; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌라3 참조.

함이 명백함에도 필요적으로 변론을 여는 것은 무용하기 때문이다.

헌법재판사건의 대부분을 차지하는 위헌법률심판과 헌법소원심판의 경우에도 구두변론의 필요성이 있는 사건이 있을 수 있지만, 그렇다고 모든 사건에서 구두변론을 거치도록 한다면 재판부의 업무가 가중되거나 필요 없이 헌법재판소의 자원이 소모되는 문제점이 있으므로 서면심리를 원칙으로 한다. 다만, 당사자나 참고인, 이해관계기관 등의 진술을 청취하기 위한 경우 등 공정하고 신속한 판단을 위해 필요한 경우 구두변론을 열 수 있는 것으로 규정하고 있다.

심문(審問)이란 심판절차에서 변론을 열지 않는 경우에 당사자, 이해관계인 그 밖의 참고인에게 대석적(對席的)이 아니고 개별적으로 서면 또는 구술로 진술할 기회를 주는 절차이다(헌재법 제40조, 민소법 제134조 제2항). 심문은 변론과 같은 엄격한 방식에 의하지 아니하고 간이·신속하게 당사자 등에 대하여 진술할 기회를 주어 그들의 주장을 참작함으로써 당사자 일방만의 주장·입증에 의한 재판을 피하고자 함에 그 목적이 있다. 심문을 받는 사람은 원칙적으로 사건의 당사자이다. 필요한 경우 이해관계인 기타 참고인도 심문의 대상이 될 수 있는데, 당사자 외에 다양한 이해관계인이 존재하고 그 유형에 따라 당사자를 상정하기 어려운 헌법재판의 특성상 심문절차를 통한 심판절차의 운영은 공정성이나 신속성의 확보에 기여하는 바가 클 것이다.

심문의 절차와 방법은 헌법재판소가 재량으로 정함이 원칙이므로 헌법재판소는 당사자 등에게 구술 또는 서면으로 진술하게 할 수 있다. 심문이 구술로 이루어질 경우 사무관등을 참여케 하여 심문조서를 작성하여야 하나(헌재법 제40조, 민소법 제160조), 공개된 심판정에서 행할 것을 요하지 않는다. 심문은 당사자 등에게 서면 또는 구술로써 진술할 기회를 주어 재판자료를 제출케 하려는 것이므로 성질상 증거 방법이나 증거자료가 아니다. 다만, 심문절차에서 행하여진 당사자 등의 서면 또는 구술에 의한 진술의 결과는 변론의 전취지로 참작되어 재판부의 심증을 형성하는 증거원인으로는 될 수 있다. 따라서 심문을

통해 재판관이 사안에 대한 심증을 분명하게 형성하는 경우가 있고, 또한 당사자가 심문에 응하지 아니하거나 그 진술이 불명료할 경우에도 거기에 상응하는 심증이 형성될 것이다.²⁰⁾

(2) 서면심리

서면심리는 당사자, 제청법원, 이해관계인 등이 제출하는 서면자료를 토대로 사건에 대한 심리가 진행되는 것을 말한다. 위헌법률심판과 헌법소원심판은 서면심리가 원칙이다. 서면심리는 법정에서 출석해야 하는 번거로움이 없고, 진술이 확실하며 그 보존·재확인이 편리하다는 점을 장점으로 들 수 있다.²¹⁾

서면심리의 주요 자료들로는 제청법원의 제청서, 청구서와 이에 첨부하는 관련자료, 피청구인이 제출하는 답변서와 관련자료, 이해관계인이 제출하는 의견서, 사실조회 회신이나 기록(헌재법 제32조), 참고인이 제출하는 의견서(심판규칙 제13조, 제15조) 등이 있다. 서면심리를 하는 경우 구두로 하는 행위는 효력이 없다. 따라서 위헌법률심판이나 헌법소원심판에서 구술이 소송행위로서 효력을 갖는 경우는 구두변론을 여는 경우에 한한다.

서면심리는 공개하지 않는다(헌재법 제34조 제1항 단서).

라. 변론의 절차와 방식

(1) 변론기일의 지정, 변경 및 통지

재판부가 변론을 열 때에는 기일을 정하여 당사자와 관계인을 소환해야 한다(헌재법 제30조 제3항). 재판장은 재판부의 협의를 거쳐 기

20) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015, 567-568면 참조.

21) 이시훈, 앞의 책, 314면.

일을 지정·변경하고, 수명재판관이 신문하거나 심문하는 기일은 그 수명재판관이 지정·변경한다(심판규칙 제20조 제1항). 기일은 기일통지서 또는 출석요구서를 송달하여 통지하나, 전화·팩시밀리·보통우편 또는 전자우편으로 하거나 그 밖에 적절하다고 인정되는 방법으로 간이하게 통지할 수도 있다(심판규칙 제21조 제1항).

(2) 구두변론의 진행과 방식

민사소송에서 변론은 적극적 당사자가 청구취지에 따라 심판의 목적을 구하는 진술을 함으로써 시작되고, 이를 뒷받침하는 법률상·사실상의 주장과 필요한 증거신청을 하면 상대방 당사자가 청구를 배척하기 위한 방어를 하고 필요한 소송자료를 제출하는 형태로 진행된다.²²⁾ 헌법재판 역시 이와 같은 순서와 방식에 따라 진행되지만, 헌법재판의 공익적 성격에 따라 직권주의적 특성이 가미된다.

대체로 헌법재판에서 변론은 다음과 같은 순서로 진행된다.²³⁾

- ① 청구인 또는 제청신청인²⁴⁾의 변론
- ② 피청구인 또는 이해관계인의 변론²⁵⁾
- ③ 재판부의 질문 및 이에 대한 답변
- ④ 청구인 또는 제청신청인측 참고인의 진술, 재판부의 이에 대한 질문 및 답변
- ⑤ 피청구인 또는 이해관계인측 참고인의 진술, 재판부의 이에 대한 질문 및 답변

22) 이시윤, 앞의 책, 368-373면.

23) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 561-562면.

24) 위헌법률심판에서는 당사자가 없지만 위헌 여부에 직접적인 이해관계를 가진 제청신청인을 청구인에 준하는 것으로 보아 변론의 기회를 부여하고 있다.

25) 위헌법률심판, 현재법 제68조 제2항의 헌법소원심판, 범령을 대상으로 한 현재법 제68조 제1항의 헌법소원심판에서는 법률을 집행하는 중앙행정기관의 장이 이해관계인으로서 피청구인에 준하여 실질적으로 심리에 관여하므로 이들을 변론에 참여시키는 것이 실무관행이다.

구두변론은 사전에 제출한 준비서면을 읽는 방식으로 하여서는 아니되고, 쟁점을 요약·정리하고 이를 명확히 하는 것이어야 한다(심판규칙 제12조 제1항). 재판관은 언제든지 당사자에게 질문할 수 있다(심판규칙 제12조 제2항). 재판장은 필요에 따라 각 당사자의 구두변론시간을 제한할 수 있고, 이 경우에 각 당사자는 그 제한된 시간 내에 구두변론을 마쳐야 한다. 다만, 재판장은 필요하다고 인정하는 경우에 제한한 구두변론시간을 연장할 수 있다(심판규칙 제12조 제3항). 복수의 대리인이 있는 경우에 재판장은 그 중 구두변론을 할 수 있는 대리인의 수를 제한할 수 있고(심판규칙 제12조 제4항), 원활한 진행과 적정한 심리를 위해 필요한 한도에서 진행 중인 구두변론을 제한할 수 있다(심판규칙 제12조 제5항). 이해관계인이나 참가인이 구두변론을 하는 경우에도 위와 같다(심판규칙 제12조 제6항).

석명권은 청구인의 심판청구나 당사자의 주장내용이 불명료하거나 미진한 경우 심판관계를 분명하게 하기 위하여 당사자에게 질문하고 입증을 촉구할 뿐 아니라, 간과한 법률적 사항을 지적하여 의견진술의 기회를 주는 재판부의 권능을 말한다(헌재법 제40조, 민소법 제140조). 변론주의가 엄격하게 적용되는 민사재판과는 달리 헌법재판에는 직권주의적 성격이 함께 작용하므로 비교적 넓게 석명권의 행사가 인정된다.

석명의 대상을 일반적으로 설명하기는 어렵지만, 위헌법률심판 등 규범통제절차의 경우 ① 법령의 입법경위와 목적, ② 입법목적의 달성을 위한 덜 기본권 제한적인 대안 수단의 유무와 기본권 제한의 정도, ③ 당해 법령에 의한 공익 효과, ④ 당해 법령과 유기적 관계를 맺고 있는 관련 법령조항의 체계, ⑤ 위헌결정에 따른 파급효과 등이 이에 해당한다고 볼 것이다.

한편, 재판부는 석명권의 행사로서 질문·입증촉구·석명준비명령 외에 심판관계를 명확하게 하기 위하여 당사자본인의 출석명령, 문서 그 밖의 물건의 제출·유치, 검증 및 감정, 조사촉탁 등 필요한 처분을 할 수 있는데(심판규칙 제17조), 이는 어디까지나 심리의 대상이 되는

사실관계 또는 쟁점을 밝히기 위한 것으로 사실인정을 위한 증거조사와는 다르다. 중요한 법률상의 쟁점에 관한 다툼이 대부분인 헌법재판에서는 특히 당사자의 청구와 주장내용을 명료하게 정리하기 위한 사전적인 조치가 필요하다고 할 것인데, 변론사건에 주로 이용되는 석명권의 행사보다는 석명처분이 유용할 경우가 많을 것이다.

기일은 그 기일에 예정되었던 소송행위가 끝남으로써 종료하는 것이 원칙이다. 따라서 선고기일이나 심판정 외의 증거조사기일은 예정된 결정의 선고나 증거조사가 끝남으로써 자연적으로 종료되며 별도로 종료의 선언을 요하지 않는다. 그러나 통상의 변론기일은 재판장이 변론의 종결을 선언하거나 연기 또는 속행의 선언을 한 후, 다음 기일을 지정·고지함으로써 종료한다.

기일을 연기 또는 속행할 때에는 소송절차의 중단, 중지 기타 특별한 사정이 없는 한 다음 기일을 지정하여야 한다(민사소송규칙 제42조 참조). 다음 기일을 지정하지 않는 경우에는 '추후지정'의 형식으로 고지하고, 추후에 당해 기일을 지정하여 출석요구 등 절차를 밟게 된다.

마. 증거조사

헌법재판소의 심판절차에 관하여는 원칙적으로 민사소송에 관한 법령이 준용(헌재법 제40조)되나, 사적자치원칙이 지배하는 민사소송과는 달리 헌법질서의 수호와 국민의 기본권 보호를 목적으로 하는 헌법재판에 있어서는 공익성의 요청에 따라 재판부가 필요하다고 인정할 때에는 당사자의 신청이 없어도 직권으로 증거조사를 할 수 있다(헌재법 제31조 제1항). 당사자가 증거를 신청할 때에는 증거와 증명할 사실의 관계를 구체적으로 밝혀야 한다(심판규칙 제25조).

증거조사라 함은 재판관의 심증형성을 위하여 법정절차에 따라 인적·물적 증거의 내용을 오관(五官)의 작용에 의해 지각하는 헌법재판소의 소송행위이다. 고유의 증거조사 이외에 그 준비로서 혹은 그

실시에 즈음하여 여러 가지 행위가 행하여지는데,²⁶⁾ 이와 같이 증거조사와 관련하여 행하여지는 당사자 및 헌법재판소의 행위를 증거조사 절차라고 한다.

증거조사기일도 기일인 이상 미리 그 일시·장소를 당사자에게 고지하여 출석요구를 하여야 한다(헌재법 제40조, 심판규칙 제21조). 증거조사기일이 변론기일과 같을 때에는 변론기일의 출석요구로써 족하며, 독립된 증거조사기일일 때에는 당해 기일의 출석요구를 따로 하여야 한다.

바. 평의와 주문의 결정

(1) 평의

평의는 심판의 결론을 내기 위해 재판관들이 사건의 쟁점에 관해 의견을 나누고 표결하는 과정을 말한다.²⁷⁾ 이 때 재판장은 평의의 정리를 담당한다(헌재법 제35조 제1항). 실무상 사건을 평의에 회부하고자 하는 주심재판관은 해당 사건에 관한 평의요청서를 작성하여 각 재판관에게 배포하는데, 평의요청서의 배포는 평의일 전에 상당한 기간을 두고 행해진다. 재판장은 재판관들과 미리 협의하여 평의일정을 확정하고, 평의일자와 안건목록을 각 재판관에게 통지한다.

평의에 참여할 수 있는 재판관은 원칙적으로 심리에 참여한 재판관이다. 평의는 곧 평결을 전제로 하므로 직접심리주의원칙에 따라 심리 과정에 참여하지 않은 재판관이 이에 참여할 수는 없다. 평의정족수에 대해서는 별도의 규정이 없지만, 헌법재판소법 제23조 제1항에 따라 심리정족수인 재판관 7인 이상이 참여하여야 할 것이다.

26) 예컨대 당사자의 증거신청 및 이에 대한 헌법재판소의 채부결정, 증인의 출석요구, 문서의 송부촉탁 등

27) 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 69면.

평의에서는 먼저 주심재판관이 사건에 대한 검토내용을 요약하여 발표하고, 재판관들 간에 의견을 교환한 다음 최종적으로 표결하는 평결을 하게 된다. 평결에서는 우선 주심재판관이 의견을 내고, 임명일자 역순으로 후임재판관부터 순차적으로 의견을 표시한 다음, 마지막으로 재판장이 의견을 내는 것이 관례다.

평의는 공개하지 아니한다(헌재법 제34조 제1항). 재판관들이 외부의 영향을 받지 않고 사건에 관해 자유롭게 논의하고 결정할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 심판의 변론과 결정의 선고는 공개재판의 원칙상 공개하여야 하지만(헌재법 제34조 제1항), 그 결정에 이르는 가장 중요한 절차인 평의와 평결의 절차는 절대적으로 비밀이 보장되어야 한다. 따라서 평의의 결론에 찬성하지 않은 재판관이 평의의 결론에 영향을 주기 위해 결정 선고 전에 평의의 내용을 미리 언론이나 외부에 알리는 것은 금지되며, 재판관의 이와 같은 행위는 위법행위로서 탄핵사유가 된다.²⁸⁾

평의와 평결은 헌법재판소의 심판절차에서 가장 핵심적인 부분으로 당사자의 청구에 대한 헌법재판소의 답변, 즉 재판관의 의견을 수렴하여 재판부의 의견을 확정하는 절차이다. 따라서 평의와 평결의 과정에서 구성원인 재판관은 헌법과 법률, 그리고 양심에 근거하여 책임 있게 자신의 의견을 제시하여야 하며, 그 과정에서 다른 재판관의 의견을 존중하고 자신의 의견을 다른 재판관에게 논리적으로 제시하고 설득함으로써 재판부의 법정의견을 합의에 의해 도출하여야 한다.

평의의 첫 번째 과정은 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구의 책임을 지는 헌법연구관에 의해 작성·보고된 연구보고서를 근거로 주심재판관이 사건의 내용과 쟁점을 파악하고, 이를 토대로 주심재판관이 재판장에게 평의를 요청함으로써 시작한다. 평의를 위하여 작성·보고된 연구보고서는 평의의 대상이 된 심판사건의 관련 쟁점을 추출·정리하고 각각의 쟁점에 대해 헌법 또는 법률규범의 해석과 적용을 통해

28) 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2019, 160면.

도출이 가능한 모든 결론을 제시하는 것으로, 이를 통해 평의에 참여하는 재판관들이 사건의 내용과 쟁점을 파악하고 나름의 결론을 선택하고 도출할 수 있을 정도의 내용을 담고 있어야 한다. 그래야만 헌법재판의 내용적 타당성과 절차의 신속성이 함께 보장될 수 있을 것이다. 결론적으로 헌법연구관에 의해 작성·보고되는 연구보고서의 내용과 수준, 이를 근간으로 한 재판관 스스로의 사건 이해 및 의견의 형성, 그리고 평의와 평결의 과정에서 합리적인 조정과 합의를 통해 헌법재판의 정당성과 신속성이 확보되는 것이다.

헌법재판소의 사건처리가 지체되고 법정 처리기간을 넘은 미제사건이 발생하는 가장 큰 요인은 연구보고서의 작성·보고, 평의요청, 평의 및 평결 절차의 지체와 지연에서 발생한다. 헌법재판소 심판절차의 신속성을 확보하기 위해서는 이 단계의 절차에 대한 점검과 개선이 반드시 필요하다.

(2) 평결과 평결의 방식

평결이란 평의절차에서 제시되고 교환한 자료 등을 근거로 하여 재판부의 최종적인 결론을 수렴하고 확정하는 표결절차를 말한다.²⁹⁾ 평결방식으로는 쟁점별 평결방식과 주문별 평결방식이 있다.³⁰⁾ 전자는 적법요건과 본안에 해당하는 문제들을 구별해서 각 쟁점별로 순차적으로 표결하여 결론을 도출하는 방식을 말하고, 후자는 결론에 초점을 맞추어 전체적으로 표결하여 주문을 결정하는 방식을 말한다. 따라서 후자의 경우 적법요건과 본안의 구별 없이 재판관들이 스스로 의견을

29) 허영, 앞의 책, 154면.

30) 용어와 관련하여 쟁점별 표결방식은 표결이 적법요건과 본안판단, 본안판단 중 세부적인 쟁점의 순으로 순차적으로 이루어진다는 의미에서 순차적 표결방식이라고 하고, 주문별 표결방식은 표결이 일괄적이고 동시에, 주문 또는 결론만 표결한다는 점에서 동시적 표결방식이라고 한다. 헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 389면 참조.

제시하는 것을 통해 주문이 형성되고, 전자의 경우에는 적법요건과 본안을 구별하여 각기 평결하고, 심판청구가 적법하다는 의견이 다수이면 참여 재판관 전원이 본안판단과 관련하여 다시 순차적으로 평결을 하여 결론을 형성한다.³¹⁾

헌법재판소의 실무는 기본적으로 주문별 평결방식에 입각하여 적법요건과 본안판단에 대해 따로 평결하지 않고 전체로서 주문에 관한 의견을 제시함으로써 평결하여 결론을 도출하는 방식을 취하고 있다. 따라서 심판청구가 부적법하다는 의견을 낸 재판관은 본안의 이유 유무에 대한 평결에는 참여하지 않는다.

평결방식과 관련하여 헌법재판소법에 아무런 정함이 없으므로 평의과정에서 재판관 간의 합의에 따를 것이지만, 평결방식을 두고 의견이 나누는 경우도 있었다.³²⁾ 반면 독일연방헌법재판소의 경우 연방헌법재

31) 순차적 평결방식의 구체적인 평결절차에 관해서는 허완중, 앞의 책, 165면 참조.

32) 구 국세기본법 제42조 제1항 단서에 대한 헌법소원사건에서 위헌의견을 낸 5인의 재판관은, “헌법소원의 적법성의 유무에 관한 재판은 재판관 과반수의 찬성으로 족한 것이므로 이 사건에 있어서 재판관 5인이 재판의 전제성을 인정하였다면 이 사건 헌법소원은 일응 적법하다고 할 것이고, 이 사건 헌법소원이 적법한 이상 재판의 전제성을 부인하는 재판관 4인도 본안결정에 참여하는 것이 마땅하며 만일 본안에 대해 다수와 견해를 같이 하는 경우 그 참여는 큰 의미를 갖는 것”이라고 하였고(헌재 1994. 6. 30. 92헌바23), 이에 대하여 각하의견을 낸 4인의 재판관은 “5인의 위헌의견은 헌법재판의 합의방법에 관하여 쟁점별 합의를 하여야 한다는 이론을 펴고 있으나 헌법재판소는 발족 이래 오늘에 이르기까지 예외 없이 주문합의제를 취해 왔으므로 유독 이 사건에서 주문합의제를 쟁점별 합의제로 변경하여야 한다는 이유를 이해할 수 없고, 새삼 판례를 변경하여야 할 다른 사정이 생겼다고 판단되지 아니한다.”라고 하면서 본안판단에는 참여하지 아니하였다.

한편, 야간옥외시위를 금지한 집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청사건(헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25)에서 재판관 조대현은 적용중지의견에서 “헌법불합치결정은 일부위헌결정의 일종이고 위헌법률에 대해서는 규범력을 부정하려는 것이 위헌법률심판제도의 본질이므로, 헌법재판소가 어느 법률조항이 헌법에 합치되지 아니한다고 결정하는 경우에는 그 법률조항에 위헌부분이 포함되어 있기 때문에 헌법불합치결정이 있는 날로부터 적용되어서는 아니된다는 내용이 포함되어 있다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소가 어느 법률조항에 대하여 헌법불합치결정을 하면서 그 법률조항을 계속 적용하도록 결정하려면 그 점에 대하여 특별한 평의와 합의 절차를 거쳐야 한다고 할 것이다. 그런데 이 사건의 경우에는 단순 위헌 의견이 5인이고 헌법불합치 의견이 2인이다. 5인의 단순위헌 의견은 이 사

판소법 제17조에 의하여 준용되는 법원조직법 제194조 내지 197조에 의거하여 모든 심판절차에서 청구의 적법 여부에 대한 평결과 청구의 인용 여부에 대한 평결로 나누어 순차적으로 평결하고, 전의 평결에서 소수의견을 낸 재판관도 후의 평결에 참여하여야 할 것을 요구하는 순차적 평결방식을 취하고 있다. 다만, 정당해산심판, 탄핵심판 등과 같이 주문으로 평결함이 피청구인에게 유리한 경우에는 주문별 평결 방식에 의한다고 한다. 앞에서 살핀 바와 같이 평의와 평결의 절차는 헌법재판소의 심판절차에서 가장 중추적이고 핵심적인 단계이므로 헌법재판소의 실무관행이나 재판관의 합의사항으로만 남겨둘 것이 아니라 헌법재판소법 등에서 최소한의 규율을 하는 것이 심판절차의 효율성 확보 차원이나 절차의 예측가능성을 높이는 차원에서 필요하다고 보인다.

본안에 대해 관여 재판관이 모두 평결에 참여하면 기본권 보장과 권리구제에 유리하다는 장점이 있지만, 거꾸로 적법요건과 본안을 분리하여 표결하면 피청구인에게 유리한 주문의 단계에서 평의가 종료되므로 피청구인의 이익으로 돌아갈 가능성이 크다. 또한 주문별 평결 방식의 경우 재판관의 의견에 따라 주문이 명확하고 평결의 순서에 따라 주문이 달라질 가능성이 크지 않지만, 쟁점별 평결 방식의 경우 평결의 단계에서 주문을 예측하기 어려울 뿐 아니라 재판장의 평의 진행의 순서나 방식에 따라 주문이 달라질 가능성을 충분히 예상할 수 있는 문제점이 있다.

건 법률조항들 전부가 소급적으로 실효되어야 한다는 의견이라고 할 수 있다. 단순위헌 의견이 위헌결정의 정족수에 미달되어 헌법불합치 의견과 합쳐서 헌법불합치의 결론에 이르렀다고 하여, 단순위헌 의견이 위헌이지만 계속 적용하여도 좋다는 의견으로 바뀌는 것이 아니다. 헌법불합치의견을 표시한 재판관 2인이 헌법에 합치되지 아니하는 이 사건 법률조항들의 계속 적용을 결정할 수는 없다고 보아야 한다. 이 사건 법률조항들은 개선입법이 이루어질 때까지 적용 중지되어야 하고 계속 적용하게 해서는 아니된다.”라고 판시하여 본안판단에서 주문이 독립된 경우 주문 간에 동질성이나 포함 여부가 명확하지 않다면 순차적으로 평의와 합의절차(평결)를 거쳐야 함을 지적하였다.

심판절차의 신속성과 관련해서는 양 평결방식의 차이점이 뚜렷하다. 주문별 평결방식의 경우 1회의 평결 절차로서 주문의 도출이 가능하여 평의 및 평결 단계에서 심판절차의 신속성을 확보할 수 있는 반면에, 쟁점별 평결방식의 경우에는 일단 적법요건과 본안을 구별하여 순차적으로 평결하고 본안에 대해서도 주요쟁점 별로 따로 평결 절차를 진행하여야 하는 관계로 심판절차가 지연되는 문제점을 극복하기 어렵다.

양 평결방식 중 어느 것이 더 합리적이고 적절한지에 관해 이론적인 접근과 규명은 여러 관점에서 가능할 것이지만,³³⁾ 일차적으로 재판부를 구성하는 재판관들의 합의와 관행에 맡겨져 있다고 할 것이다. 그러나 평의와 평결의 방식에 따라 재판부의 결론이 달라질 위험성을 배제하지 못하므로 최소한의 입법적 규율은 필요하고 또한 요청된다고 생각된다.

사. 결정의 선고

재판부가 심리를 마치면 중국결정을 한다(헌재법 제36조 제1항). 중국결정은 심판청구에 대한 재판부의 최종적인 판단으로 심판사건을 완결하는 의미를 갖는다. 따라서 재판관의 제척·기피 등에 대한 결정이나 변론기일의 지정 등 재판에 부수적이거나 재판장의 소송지휘상 판단으로서 결정, 중간결정 등은 중국결정이 아니다. 현행 헌법재판소 법상 헌법재판소의 중국결정은 모두 결정의 형식으로 이루어진다.³⁴⁾

33) 허영 교수는 평결의 정확성의 관점에서 쟁점별 평결방식이 보다 합리적이라고 평가하고(허영, 앞의 책, 155면), 정종섭 교수는 심판청구의 적법여부는 본안판단을 할 수 있는 본안판단요건이고 본안심리요건이기 때문에 법리상 청구의 적법요건이 충족되지 못하면 본안판단에 들어갈 수 없기 때문에 순차적 평결방식이 법리상 자명하다고 한다(정종섭, 앞의 책, 159-160면 참조).

34) 독일연방헌법재판소의 경우 구두변론의 유무에 따라 판결과 결정으로 중국결정의 형식이 나누어진다.

제32조 (2) 변론에 기한 재판은 판결(Urteil)로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정(Beschluss)으로 내린다.

심판에 관여한 재판관은 결정서에 의견을 표시하여야 한다(헌재법 제36조 제3항). 따라서 주문을 이끌어낸 의견인 법정의견 외에 평의에서 반대의견, 별개의견, 보충의견 등 소수의견을 개진한 재판관도 그 의견을 표시할 의무를 진다. 이는 평의의 비밀을 요구하는 헌재법 제34조 제1항 단서의 예외를 규정한 것이다.

평의가 종료되면 곧바로 결정문이 작성되고 통상 다음 선고기일에 선고가 이루어진다. 선고는 특별한 사정이 없는 한 매달 1회씩 행해지는데, 결정문의 다수의견은 주심재판관이 다수의견에 가담하는 경우 주심재판관이 작성하고, 소수의견은 소수의견을 개진한 재판관들이 서로 합의하여 그중 한 재판관이 작성한다.

종국결정의 선고는 심판정에서 공개적으로 하여야 한다(헌재법 제33조, 제34조 제1항). 공개 시에 선고하여야 하는 종국결정의 종류나 범위에 관하여 헌법재판소법에서 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 헌법재판소의 실무는 전원재판부의 종국결정에 대해서는 모두 심판정에서 선고를 하고 있다. 지정재판부의 결정이나 신청사건의 결정은 선고에 의하지 않고 결정문 정본을 송달하여 고지한다.

종국결정의 선고는 재판장이 결정서 원본에 따라 주문을 읽고 이유의 요지를 설명하는 방식으로 하는데, 필요한 때에는 다른 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다(심판규칙 제48조). 다만, 법정의견과 다른 의견이 제출된 경우에는 재판장은 선고 시 이를 공개하고 그 의견을 제출한 재판관으로 하여금 이유의 요지를 설명하게 할 수 있다(심판규칙 제48조 단서).

제2절 헌법재판소 심판업무 지원기관

I. 연구부

1. 연구부의 설치 및 조직

헌법재판소의 행정사무를 처리하는 조직으로서 사무처(헌재법 제17조)와 달리 헌법재판 사건의 심리 및 조사·연구를 담당하는 조직으로서 연구부에 대해서는 헌법재판소법, ‘헌법재판소 사무기구에 관한 규칙’³⁵⁾ 등에 명시적인 근거가 없다. 다만 ‘헌법재판소 연구부 및 선임헌법연구원 등에 관한 내규’ 제2조에서 사건의 심리 및 심판에 관한 조사 및 연구업무를 담당하는 사무기구로 연구부의 설치 및 조직에 관한 근거를 두고 있다.

연구부는 헌법재판소법 제19조, 제19조의2, 제19조의3, ‘헌법재판소 공무원규칙’ 제4조의3 제3항³⁶⁾에 근거하여 각 사건의 심리 및 심판에 관한 조사 및 연구업무를 담당하는 헌법연구원, 헌법연구원보, 헌법연구위원, 헌법연구원 등으로 구성된다. 독자적인 사무기구로서 헌법재판소법 제19조의4에 근거하여 설치된 헌법재판연구원을 제외한 헌법재판소에 근무하는 모든 연구인력은 원칙적으로 연구부에 소속된다. 연구부에는 전속부와 공동부를 둘 수 있는데, 전속부는 재판관에 배속된 헌법연구원 등으로, 공동부는 재판관에 배속되지 아니한 헌법연구

35) 사무규칙 제2조에는 “헌법재판소의 사무기구(이하 “사무기구”라 한다)로서 헌법재판소사무처(이하 “사무처”라 한다), 헌법연구원 및 헌법연구원보, 헌법재판연구원(이하 “연구원”이라 한다), 헌법재판소장 비서실 및 헌법재판소 재판관 비서관을 둔다.”라고 규정하여 연구부의 구성원으로서 헌법연구원(보)를 언급하고 있을 뿐, 따로 연구부의 설치 및 조직에 관한 규정을 두고 있지 않다.

36) 제4조의3(임기제공무원의 종류 등)

③ 전문임기제공무원은 헌법재판을 위한 조사, 연구나 특수분야에 대한 전문적 지식이나 기술 등이 요구되는 직위의 업무를 수행하기 위하여 채용되는 임기제공무원을 말하며, 그 직군별 업무내용 및 등급구분은 별표 1의3과 같다.

관 등으로 구성되고, 공동부에는 전문분야별로 수 개의 공동부를 둘 수 있도록 규정하고 있다.

연구부에 관한 명시적인 근거규정을 두기 전에도 헌법재판소의 모든 연구인력은 연구부에 소속되어 있었지만, 연구부는 헌법재판소 내부의 사실상 기구였을 뿐 규범적 근거를 가진 공식적인 사무기구는 아니었다.³⁷⁾ 그러다가 2007년부터 시작된 제4기 재판부에서 연구부 조직을 개편하여 종래 1인의 헌법연구부장 대신 차관급 대우인 수석부장연구관 1인과 선임부장연구관 1인, 부장연구관 등을 두어 연구부의 관리업무를 분장하고, 재판관 소속의 전속연구관으로 운용되던 연구부 조직을 개편하여 전속연구관을 1명으로 줄이고 3개의 공동연구부(재산권부, 자유권부, 사회권부)를 조직하여 연구인력의 전문성을 제고함과 아울러 연구보고서의 작성단계에서 심도 있는 자료조사와 토론을 거치도록 하였다.³⁸⁾ 그리고 헌법연구관 등 연구인력이 연구업무에만 치중할 수 있도록 기획, 출판 등 행정업무를 전담하는 행정연구관을 두어 헌법재판소의 행정업무를 지원하도록 하였다. 이후 공동연구부를 3개부에서 4개부로 늘리고 종전의 재산권부와 자유권부에서 담당하던 사건의 일부를 증설된 공동부에서 담당하도록 연구부 조직을 일부 개편하여 사건처리의 효율성을 도모하였다.

제5기 재판부에서는 심리에 소요되는 시간을 단축하고 연구업무의 효율성과 신속성을 제고하는 데 초점을 맞추어 연구부를 개편하였다.

37) 법원에서 파견받은 부장판사급의 파견연구관을 헌법연구부장으로 보임하고, 연구부 전체업무를 관장하도록 하였다. 헌법재판소 30년사에는 헌법연구부장의 역할에 대해 “연구업무에 관하여 헌법재판소장을 직접 보좌하며 그 지시를 받아 연구부 전체의 의견을 수렴하고 업무를 조정하는 역할을 하였다.”고 서술하고 있다(위 책, 185면 참조).

38) 연구부 개편과 함께 2009. 2. 21. ‘헌법재판소 연구부 직제’를 제정하여 처음으로 연구부에 대한 규범적 근거를 두었다. 연구부 직제를 처음 제정하면서 그 취지를 “『헌법재판소법』 제19조 제1항 및 『헌법재판소 사무기구에 관한 규칙』 제13조 등에 헌법연구관의 정원에 대한 규정 이외에는 연구인력의 조직에 대한 규정이 없어, 연구부 조직에 관한 기본적인 사항을 규정하여 재판업무를 보다 효율적으로 지원하기 위함.”이라고 밝혔다.

재판관별 전속연구관을 1인에서 3인으로 늘리고, 지정재판부별로 각 1인의 팀장연구관을 두어 사전심사 이외에 전원재판부에 회부된 사건 중 쟁점이 간단하거나 선례가 있는 사건들을 지정부 내부의 토론을 거쳐 신속하게 처리하도록 하였다. 그리고 공동연구부는 4개부에서 3개부(자유권부, 재산권부, 사회권부)로 재편하여 새로운 쟁점이 있거나 긴급한 처리를 요하는 중요사건에 대하여는 심도 있는 연구·검토를 거치도록 하였다. 이후 연구부 조직을 일부 개편하여 전속연구부 팀장연구관의 명칭을 부장연구관으로 변경하였다.

2017년 9월 1일부터는 법조 경력 10년 이상 및 헌법연구관 경력 5년 이상의 헌법연구관 중에서 선임연구관을 임명하도록 하고, 이들 중에서 수석부장연구관·선임부장연구관·부장연구관·행정연구관 및 헌법연구관으로 임명되는 헌법재판연구원의 원장·연구교수부장 및 팀장을 보하도록 하였으며, 이들의 근무기간을 1년으로 하고 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하는 순환보직제도를 도입하였다. 그리고 그 규범적 근거를 명확하게 하는 취지에서 종전의 연구부 직제를 전면개정하여 ‘헌법재판소 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관한 내규’에서 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있다.³⁹⁾

한편, 2013년 3월 11일 ‘헌법연구관 인사규칙’을 제정하여 헌법연구관의 임용 등에 관한 사항을 규정하는 한편, 헌법연구관 인사위원회를 설치하여 임명이나 연임과 같은 헌법연구관의 인사에 관한 중요사항을 심의하도록 하였다.

2. 헌법연구관(보), 헌법연구원, 헌법연구위원 등 연구인력

39) 2017. 9. 1. 헌법재판소내규 제206호로 개정된 ‘헌법재판소 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관한 내규’를 개정하면서 헌법재판소는 “선임연구관 제도 도입 등에 관한 필요한 사항을 규정함으로써 헌법연구관의 사기를 진작하고 헌법재판소 연구부 조직의 활성화를 도모하려는 것임.”이라고 그 취지를 밝혔다.

헌법재판소는 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사하는 특정직 국가공무원인 헌법연구관을 두고 있다. 헌법연구관은 ① 판사·검사·변호사의 자격이 있는 사람, ② 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람, ③ 국회·정부 또는 법원 등 국가기관에서 4급 이상 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람, ④ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 국회·정부·법원 또는 헌법재판소 등 국가기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람, ⑤ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 헌법재판소규칙이 정하는 대학 등 공인된 연구기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용한다.

헌법재판소 창설 초기에는 헌법재판에 대한 기존 법조인들의 관심이 부족한 상황에서 헌법연구관의 자격요건을 갖춘 사람을 찾아 임용하기가 쉽지 않았다. 그런데 헌법재판소장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속공무원을 헌법재판소에 파견근무토록 요청할 수 있었기 때문에, 헌법재판소의 연구인력은 주로 법원 또는 검찰로부터 파견을 받은 헌법연구관으로 구성되었다. 그 후 헌법재판소 자체 연구인력을 확보하기 위해 1991년 11월 30일 개정된 헌법재판소법에서는 헌법연구관 보제도를 신설하고, 헌법연구관보로 5년 이상(사법연수원 수료 시 3년 이상) 근무한 자에 대하여 헌법연구관으로 임명할 수 있도록 하였다. 이를 통해 헌법재판소 자체의 연구인력으로서 헌법연구관의 정기적이고 계속적 충원과 헌법연구관을 중심으로 한 연구부의 조직이 가능하게 되었다.

한편, 그때까지 헌법연구관의 법적 지위는 1급 내지 4급의 별정직공무원으로 신분의 보장이나 처우에서 안정적이지 않았기 때문에 헌법연구관보 또는 헌법연구관의 직에 지원하고 계속적으로 근무하기를 기대하기는 매우 어려운 것이 현실이었다. 그래서 우수한 연구인력을 헌법연구관으로 확보하고 헌법연구관으로서 장기 근무를 유도하기 위

해서는 안정적인 신분의 보장과 처우의 개선이 필요하였는데, 2003년 3월 12일 헌법재판소법을 개정하여 헌법연구관의 신분을 법관 또는 검사와 동일하게 특정직국가공무원으로 전환하고, 그 임기는 10년으로 하되 연임할 수 있도록 하였다. 그리고 헌법연구관을 신규로 임용하는 경우에는 3년 동안 헌법연구관보로 임용하여 근무하게 한 후 임용하되, 경력 및 업무능력을 고려하여 헌법연구관보 임용을 면제하거나 그 기간을 단축할 수 있도록 하였다.

한편, 법률학 박사학위를 가진 사람을 전문임기제공무원인 헌법연구원으로 채용하여 헌법재판을 위한 조사·연구업무를 담당하게 하고 있다. 그 채용기간은 초기에는 3년 이내였으나 이후 관련 규정을 개정하여 5년 이내로 연장하였고, 성과가 탁월한 경우 근무기간을 추가로 5년 이내에서 연장할 수 있도록 하였다.

또한 헌법재판의 주요쟁점에 관한 조사·연구를 위하여 대학의 중견교수를 전문임기제 공무원인 헌법연구위원으로 임용할 수 있도록 하였는데, 헌법연구위원은 헌법재판소 사무처장이 헌법재판소장의 승인을 얻어 예산의 범위 안에서 임용하고, 채용기간은 3년 이내로 하되 재계약에 의하여 그 기간을 연장할 수 있도록 하였다.

II. 헌법재판연구원

1. 헌법재판연구원의 설립·조직

헌법재판연구원은 2011년 1월 1일 ① 중·장기적 측면에서 헌법과 헌법재판을 체계적으로 연구하여 우리나라의 특성에 맞는 헌법 및 헌법재판제도의 발전방안을 모색하고, ② 주요한 헌법적 쟁점을 선행적으로 연구하여 헌법재판의 질적 향상에 기여하고, ③ 공무원·법조인을 비롯한 다양한 사회계층을 대상으로 헌법과 헌법재판 교육을 실시하여 기본권 보호의식을 확산시키기 위한 목적으로 설립된 헌법재판소 산하의 연구·교육기관이다.

헌법재판연구원은 연구원장 산하에 연구교수부와 기획행정과를 둔다. 연구교수부에 연구교수부장을 두고, 그 밑에 연구를 담당하는 제도연구팀, 기본권연구팀, 비교헌법연구팀, 교육을 담당하는 교육팀의 4개 팀을 둔다.⁴⁰⁾

연구원장은 헌법연구관 또는 1급의 일반직공무원으로 임명하며, 연구교수부장은 헌법연구관, 2급 또는 3급의 일반직공무원으로, 제도연구팀장은 헌법연구관, 3급 또는 4급의 일반직공무원으로, 기본권연구팀장·비교헌법연구팀장 및 교육팀장은 헌법연구관 또는 4급의 일반직공무원으로 임명한다.

제도연구팀, 기본권연구팀, 비교헌법연구팀에는 책임연구관 및 책임연구원을 둔다. 책임연구관 및 책임연구원은 ① 헌법연구관, ② 변호사의 자격이 있는 사람, ③ 학사 또는 석사학위를 취득한 사람으로서 헌법재판소규칙으로 정하는 실적 또는 경력이 있는 사람, ④ 박사학위를 취득한 사람 중에서 임명한다. 교육팀에는 강의·교재작성 및 교육기법

40) 헌법재판연구원의 조직과 각 부서의 담당업무에 관하여는 「헌법재판소 사무기구에 관한 규칙」(헌법재판소규칙 제442호) 제14조 내지 제16조 및 헌법재판연구원, 헌법재판연구원 10년사, 2021, 64면 참조.

연구·개발을 위하여 교수를 두며, 헌법연구원, 4급 또는 5급의 일반직 공무원으로 임명한다. 헌법재판연구원의 정원은 40명 이내로 제한되어 있다(헌법재판소법 제19조의4 제2항). 2022. 10. 현재 정원은 38명(현원 32명)인데, 연구원장 1명, 연구교수부장 1명, 제도연구팀 8명(현원 7명), 기본권연구팀 5명(현원 4명), 비교헌법연구팀 7명(현원 5명), 교육팀 7명(현원 5명), 기획행정과 9명(현원 9명)으로 구성되어 있다.

4개 팀의 주요 담당업무는 다음과 같다. 첫째, 제도연구팀은 ① 연구 기본계획 수립 및 연구과제 개발, ② 헌법 및 헌법재판제도에 관한 중장기적 연구, ③ 통일 대비 헌법 연구, ④ 학술대회 개최 등 국내외 교류협력 총괄, ⑤ ‘헌법재판연구’(헌법재판관련 전문학술지) 발간업무 등을 담당한다. 둘째, 기본권연구팀은 ① 개별기본권 및 새로운 기본권 유형에 대한 연구, ② 주요 헌법적 쟁점 조사·연구, ③ 기본권별 심사기준 연구·개발, ④ 모의헌법재판 경연대회 운영 등을 담당한다. 셋째, 비교헌법연구팀은 ① 외국 헌법재판기관의 사건 동향 및 운영 실태 조사·분석, ② 헌법재판과 관련된 국제규범 및 각국의 입법례 조사·분석, ③ 헌법 및 헌법재판제도에 관한 비교법적 연구 등을 담당한다. 교육팀은 ① 교육계획 수립 및 교육일정 관리, ② 헌법연구원 및 사무처 공무원 등 직무연수, ③ 국가기관 및 지방자치단체 공무원 교육, ④ 국내·외 법학전문대학원생 실무수습 및 실무연수 등 교육업무를 담당한다.

연구원장 직속의 기획행정과는 ① 기본 운영계획 수립 및 각종 업무계획 종합 작성, ② 연구원 소관 제반 규정의 제정·개정 및 관리, ③ 연구원성과물 발간·배부 및 정보자료실 운영, 교육생(시설) 지원·관리 및 교재 발간 등 행정업무를 담당한다.

2. 헌법재판연구원의 기능

헌법재판연구원은 그 설립목적에 따라 연구기능과 교육기능을 수행

한다.⁴¹⁾

헌법재판연구원의 연구기능은 중·장기적 측면에서 헌법 및 헌법재판 제도를 체계적으로 연구함으로써 우리나라의 특성에 맞는 헌법 및 헌법재판제도의 발전방안을 모색하고, 주요한 헌법적 쟁점을 선행적으로 연구하여 헌법재판의 질적 향상을 도모하는 데 중점이 있다. 헌법재판 연구원의 주된 연구활동은 ① 연구보고서 발간, ② 세계헌법재판 조사 연구, ③ 통일과 헌법재판에 관한 연구, ④ 학술지 ‘헌법재판연구’ 발간, ⑤ 중·장기 연구사업(주요국가의 헌법재판 관련 법령 번역, 세계헌법재판 편람 발간, 통일과 헌법 시리즈 발간, 헌법재판 주요 선행연구 발간 등), ⑥ 기타 헌법이론 및 실무연계 활동으로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 헌법재판연구원은 매년 초 연구계획을 수립하여 6개월 및 1년 단위의 과제를 선정하고 개인별 연구를 진행하여 그 연구결과를 매년 2차례 연구보고서로 발간한다. 위헌심사기준, 기본권, 헌법재판제도, 비교헌법, 통일헌법 등 헌법이론과 헌법재판실무의 주요 분야에 관한 주제들을 다룬 연구보고서의 발간은 헌법재판연구원의 핵심적인 연구업무에 해당한다. 헌법재판연구원은 최근 5개년 평균 매년 20개의 연구보고서를 발간하고 있으며, 개원 시 부터 2022년 상반기 까지 총 172건의 연구보고서를 발간하였다. 둘째, 헌법재판연구원은 비교헌법팀을 중심으로 2011년부터 미국, 독일, 프랑스, 일본 등 세계 각국 헌법재판기관의 최신판례를 번역하고 분석·연구한 세계헌법재판 조사연구보고서(2019년 이전 명칭은 ‘세계헌법재판동향’)를 발간하고 있다. 2013년까지 연 1회씩 발간하였고 2014년부터 격월로 연 6회 발간하고 있다. 또한 2013년 6월부터는 조사연구보고서 발간 전에 ‘세계헌법재판동향 뉴스레터’를 제작하여 국가기관 및 연구단체와 법조인, 학자 등 2만 4천여 명에게 제공하고 있다. 2022년 8월 현재까지 총 460개의 세계 각국의 헌법판례를 헌법재판소 홈페이지에 정리·소개하고 있다.⁴²⁾

41) 헌법재판연구원의 기능과 관련 통계에 관한 자세한 내용은 헌법재판연구원, 헌법재판연구원 10년사, 2021, 69-85, 285-291면 참조.

셋째, 헌법재판연구원은 다양한 중·장기 연구사업을 진행하였다. ① 주요국의 헌법, 헌법재판소법, 재판소 사무규칙 등 헌법재판 관련 법령 번역 사업을 진행하여 2016년 독일편을 시작으로 스페인편(2017년), 일본편(2018년), 프랑스편(2018년), 미국편(2019년), 스위스편(2020년) 총 6권을 발간하였다. 또한 세계헌법재판 편람사업을 통해 세계 헌법 재판기관의 연혁, 구성, 권한, 심리 및 결정 방식 등 현황을 파악하여 전 세계헌법재판의 구도를 조망할 수 있는 객관적 자료를 확보하였다. ② 통일을 대비한 헌법적 쟁점의 체계적 연구와 그 성과의 공유·확산을 위해 2016년부터 2018년까지 ‘통일과 헌법재판’ 단행본 시리즈 발간 사업을 진행하여 총 4권의 시리즈를 발간하였다. ③ 헌법재판소 결정 중 이론적으로 길잡이가 될 만한 주요결정을 분석하고 체계화한 ‘헌법재판 주요선례연구’ 발간 사업을 진행하여 2011년부터 2013년까지 3년에 걸쳐 헌법재판소 주요결정 36건을 평석한 3권의 연구서를 발간하였다. 그 밖에 헌법재판연구원은 매년 통일학술대회, 국제학술대회, 국내 주요 학술단체들과의 공동학술대회를 개최하여 국내외의 헌법적 담론을 폭넓게 활성화하는 역할을 수행하고 있다.

한편, 헌법재판연구원의 교육기능은 공무원·법조인을 비롯한 다양한 사회계층을 대상으로 헌법과 헌법재판 교육을 실시하여 기본권 보호 의식을 확산시키는데 중점이 있다. 헌법재판연구원은 헌법재판소 소속 공무원, 국가기관 및 지방자치단체의 공무원, 법학전문대학원생, 변호사 및 국선대리인, 외국 사법기관 직원 및 로스쿨 학생 등을 대상으로 교육을 담당하고 있다. ① 헌법재판연구원은 헌법재판소 소속 공무원의 역량 강화를 위해 헌법재판소 연구부 및 헌법재판소 사무처, 헌법재판연구원의 소속 직원을 대상으로 헌법교육을 하고 있다(‘신임·과건 헌법연구관 직무연수’, ‘헌법연구관 직무연수’, ‘신임 일반직 사무관 직무연수’, ‘헌법재판실무과정’, ‘판례이해과정’). ② 헌법재판연구원은 일

42) 헌법재판연구원 홈페이지: <https://ri.court.go.kr/cckri/cri/newsletter/selectNewsLetterList.do>(최종방문일: 2022. 10. 25).

선 공무원의 헌법의식을 고취시키기 위하여 중앙부처 및 지방자치단체 공무원에 대한 헌법교육을 실시하며(‘국가 및 지방자치단체 공무원 헌법교육 연수’), 교원의 헌법 및 헌법재판에 대한 교육역량의 강화를 통해 학생들이 민주시민으로 성장할 수 있도록 교원에 대한 헌법교육을 실시한다(‘교원연수’). 특히 교원의 헌법교육과 관련하여 헌법재판연구원은 우수 헌법수업사례를 공유·활동하여 헌법교육에 대한 교육현장의 관심을 유도하고 헌법문화 확산에 기여할 수 있도록 매년 교원을 대상으로 ‘우수 헌법수업 경연대회’를 개최하고 있다. ③ 전국 25개 법학전문대학원생들에게 헌법 및 헌법재판에 관한 실무수습의 기회를 제공하고, 다양한 법조직역의 분야를 경험할 수 있는 기회를 부여하기 위해 실무수습 및 교육실무연수제도를 운용한다(‘법학전문대학원 실무수습 과정’, 및 ‘법학전문대학원 교육실무연수 과정’). ④ 헌법재판소 국선대리인의 헌법재판에 대한 이해를 높이고 전문성을 강화하기 위한 연수(‘국선대리인 초청연수’)와 군대 내 법률전문가인 군법무관의 헌법의식을 함양하고 헌법소송 실무능력을 향상시키기 위한 연수를 실시한다(‘군법무관 직무연수’). ⑤ 헌법재판소는 한국의 헌법재판제도에 대한 전문적인 연수를 통해 실무능력 향상의 기회를 제공하고, 국제적인 교류·협력관계를 증진시키기 위하여 해외 헌법재판기관 직원을 대상으로 초청연수를 진행하고 있으며(‘해외 헌법재판기관 초청연수’), ⑥ 일반 대학생들의 헌법적 소양을 함양하고 헌법에 기초한 개인의 기본권 의식을 제고하기 위해 대학생 헌법교육을 실시하고 있다(‘대학생 헌법기초교육’). ⑦ 그 밖에 지리적 제약으로 헌법재판소 견학 기회가 제한되어 있는 지방 학생 등에게 헌법과 헌법재판을 학습할 수 있는 기회를 제공하기 위해 방문강의 프로그램을 제공하고, 공공기관의 헌법교육을 위한 전문강사 요청이 있는 경우에 교육팀 교수가 해당기관에 방문하여 강의를 진행하고 있다(‘원외교육’).

제3장 주요국가의 헌법재판기관 지원기관

제1절 독일

I. 서론

1. 연방헌법재판소 업무부담의 경감을 위한 헌법소원처리절차의 설계
방향: 일반등록절차와 심판회부절차

연방헌법재판소는 사건의 증가를 감당할 수 있는 업무부담의 한계 상황에 도달했다는 것이 독일학계와 실무의 지배적인 견해이다.⁴³⁾ 연방헌법재판소의 설립 초기에는 접수되는 사건이 약 1,000건에 머물렀지만, 1980년대에 약 3천 건대로 증가하였고, 1990년대부터 2020년에 이르기까지 매년 연방헌법재판소에 접수되는 사건 수는 약 5,000~6,000건 사이로 비약적으로 증가했다.⁴⁴⁾

연방헌법재판소의 업무부담 중 압도적인 비중을 차지하는 것은 바로 헌법소원사건이다. 연방헌법재판소 설립 이후 2020년 말까지 약 70년 동안 연방헌법재판소에 접수되어 처리된 사건의 96.51%(245,809건 중 237,223건)가 헌법소원사건이고, 2020년 말 기준 아직 계속 중인 사건의 94.21%(3,214건 중 3,028건)도 헌법소원사건이다.⁴⁵⁾ 2011년부터 2020년까지 헌법소원사건 중 1년 이내에 처리되는 비중이 80%이고, 2년 이내가 10%로 전체 헌법소원사건 중 90%의 사건을 2년 이내에 처리하고 있다는 점에서 재판지연문제가 그리 심각하지 않은 것으로 보일 수 있다. 그러나 헌법소원사건 중 2%는 여전히 3년 이상 처리기간

43) Schlaich/Koriath, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Auflage, C.H.Beck, 2018, Rn. 78

44) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 5, 7.

45) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 1.

이 소요되고, 5%의 사건은 아직도 처리되지 않은 채 계속 중이다.⁴⁶⁾ 이에 따라 연방헌법재판소 업무부담을 덜기 위한 그간의 심판절차개선의 노력은 헌법소원절차를 어떻게 효율적으로 구성하는가에 집중되어 있다.⁴⁷⁾

현행 헌법소원절차는 위와 같이 연방헌법재판소의 업무부담을 경감시키기 위한 연방헌법재판소와 입법자의 노력이 반영되어 있는 산물이다. 특히 헌법소원의 처리절차 중에서 사무처의 일반등록절차와 지정재판부의 심판회부절차(수리절차, Annahmeverfahren)가 헌법적인 의미가 없는 대부분의 사건을 걸러내고 재판부가 중요한 사건에 집중하도록 하는 일종의 필터로서 중요한 역할을 한다.⁴⁸⁾

따라서 연방헌법재판소의 헌법소원처리절차 중 재판부에 들어오는 사건 수를 줄이는데 핵심적인 역할을 하는 일반등록절차와 심판회부절차가 어떻게 구성·운용되고 있는지 검토할 필요가 있다.

2. 신속하고 올바른 사건처리를 위한 소송지원체계: 사무처 및 헌법연구관제도

연방헌법재판소 재판부의 절대적으로 과중한 업무부담은 도저히 감당하기 어려운 엄청난 양의 사건들이 접수되는데서 비롯되기 때문에, 신속한 사건처리를 도모하기 위해서는 우선적으로 재판부에 들어오는 사건수를 줄이는 것이 일차적인 과제이다. 신속한 사건처리를 위해 연방헌법재판소가 절대적으로 과중한 업무부담 자체를 자신의 기능을 수행할 수 있는 능력에 맞게 줄이고 그만큼 역량을 중요한 사건에 집

46) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 22.

47) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn 78 참조.

48) 그 밖에 연방헌법재판소법은 불필요한 소송을 방지함으로써 재판부의 업무부담을 경감시키기 위해 납소수수료 부과제도와 같은 제도들을 마련하고 있다. 연방헌법재판소법은 헌법소원, 선거심사소원이 남용되거나 (절차의 종류를 불문하고) 가처분이 실패한 경우, 납소수수료 부과제도를 두고 있다(법 제34조 제2항).

중하는 것은 중요하다. 다른 한편으로는 그와 동시에 신속하고 올바른 사건처리를 도모하기 위해서는 재판소 내에 적정한 행정 및 연구기반을 구축하고 재판관의 심판업무를 지원하는 행정 및 연구인력을 효율적으로 체계화하고 그 행정 및 연구역량을 강화하는 일도 병행되어야 한다.

재판소에 접수되는 엄청난 규모의 사건을 고려할 때, 재판관들이 사건기록을 검토 및 조사하는데 부터 개별쟁점을 연구하고 결정문을 작성하는 전체 재판업무를 오롯이 스스로 감당하는 것은 이미 불가능하다. 사무처의 행정지원부서 중 사법행정실은 매년 접수되는 약 만 건의 청원을 단순 질의, 헌법소원사건 등으로 분류·관리하는 과정을 거쳐 헌법적 의미 있는 소송청구를 사건등록부에 등재하는 절차를 담당한다. 특히 사법행정실은 매년 약 5천 건의 헌법소원사건 중에서 곧바로 재판부로 이송될 사건(매년 평균 1,000여건)을 선별하는 중요한 역할을 담당하므로, 사무처의 행정지원은 사법행정실을 중심으로 검토할 필요가 있다.⁴⁹⁾ 또한 연방헌법재판소는 사무처와 함께 재판관의 재판업무를 지원하는 헌법연구관제도를 설립 초기부터 마련하고 있었다. 헌법연구관은 재판관들이 신속하면서도 올바른 재판을 할 수 있도록 사전에 개별 사건처리를 위해 연구지원업무를 수행한다. 재판부로 접수된 상당한 규모의 사건에 대한 사실관계를 파악하고 개별 쟁점을 연구하여 재판관에게 제출할 소견서를 작성하고 사건의 결론까지 제안하고, 평의에서 평결이 이루어지면 결정문초안작성도 담당한다. 특히 사건기록부에 등재되는 매년 약 3천 여건의 사건 중 대부분을 차지하는 지정재판부 사건을 처리함에 있어 헌법연구관의 역할은 중요하다. 재판관이 재판업무를 준비를 위하여 연구관의 도움을 받지 않을 수 없는 상황에서 연구관의 역량 강화와 그 조직의 효율적인 운용은 신속하면서도 올바른 헌법재판을 담

49) 2010년부터 2020년까지 사무처에 접수된 헌법소원사건은 5,035~6,112건이었고 당사자의 이의제기절차를 거치지 않고 곧바로 사건등록부에 등재된 헌법소원사건은 807~1,376건이었다. Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 55 참조.

보하는데 매우 중요한 역할을 한다.

따라서 연방헌법재판소의 경우 신속하면서도 올바른 헌법재판을 도모하기 위해 헌법재판절차의 진행과정에서 헌법연구관제도를 어떻게 운용하고 있는지를 검토할 필요가 있다.

이하에는 위와 같은 논의를 펼치기 위한 기본적인 전제로서 연방헌법재판소의 지위, 조직 및 관장 사항에 관하여 먼저 살펴보고 난 후에, 연방헌법재판소의 업무경감과 연구역량 강화를 위한 심판절차와 소송지원제도에 관한 논의를 하기로 한다.

II. 연방헌법재판소의 지위, 조직 및 관장사항

1. 연방헌법재판소의 지위와 조직

연방헌법재판소는 ‘법원’과 ‘연방의 최상위 헌법기관’의 이중적 지위를 가진다.⁵⁰⁾ 기본법 제92조⁵¹⁾와 연방헌법재판소법 제1조 제1항⁵²⁾은 연방헌법재판소를 사법권을 행사하는 법원으로 규정한다. 연방헌법재판소도 스스로를 헌법에 의하여 직접 그 지위와 주요권한이 창설되는 연방의 최상위 헌법기관으로 보고 있고, 연방헌법재판소법도 연방헌법재판소가 다른 모든 헌법기관과 마찬가지로 자주적이고 독립적인 헌법기관임을 실정법적으로 확인하고 있다(법 제1조 제1항).⁵³⁾

연방헌법재판소는 각 8명의 재판관으로 구성된 2개의 재판부로 구성된다(법 제2조 제1항, 제2항). 두 재판부는 각각 동등하며 모두 연방

50) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 26, 27.

51) 기본법 제92조 사법권은 법관이 행사한다. 사법권은 연방헌법재판소, 기본법에 규정된 연방법원 그리고 주법원에 의해 행사된다.

52) 연방헌법재판소법 제1조 ① 연방헌법재판소는 다른 모든 헌법기관에 대하여 자주적이고 독립적인 연방의 재판소이다.

53) BVerfGE 7, 1 (14).

헌법재판소로서 기능한다. 연방헌법재판소법은 두 재판부의 관할을 구별하여 확정하고 있고(법 제14조), 한 재판부가 다른 재판부의 재판을 심사할 수 없다.⁵⁴⁾ 연방헌법재판소장과 부소장은 각 서로 다른 소속 재판부의 재판장이 된다(법 제15조 제1항).⁵⁵⁾ 각 재판부의 재판관은 연방의회와 연방참사원에 의하여 각 절반씩 선출되며(법 제5조 제1항), 각 재판부의 재판관 중 3명은 연방최고법원의 법관 중에서 선출된다(법 제2조 제3항).

연방헌법재판소 재판관 전원으로 구성되는 전원합의체(Plenum)는 한 재판부의 업무가 과중한 경우에 법률의 규정과 다르게 업무분장에 대해 규율할 수 있으며(법 제14조 제4항), 한 재판부가 다른 재판부의 법적 견해와 다른 입장을 취하려고 하는 경우, 그에 대해 재판한다(법 제16조 제1항). 또한 전원합의체는 재판관의 면직 및 파면의 결정권한(법 제105조), 사무규칙의 제정권한(법 제1조 제3항), 새로운 재판관 선출을 위한 추천 권한이 있다(법 제7a조 제2항).⁵⁶⁾

각 재판부는 1년 단위로 3명의 재판관으로 구성된 복수의 지정재판부를 둔다(법 제15a조 제1항). 현재 각 재판부는 각 3개씩 지정재판부를 두고 있다.⁵⁷⁾ 지정재판부는 위헌제청 및 헌법소원절차에서만 작용한다. 지정재판부는 구두변론 없이 위헌제청의 적법여부 및 헌법소원의 심판회부여부에 대하여 재판하며, 예외적인 경우에 한하여 재판부를 대신하여 헌법소원을 인용할 권한을 가진다(법 제81a조, 제93b조, 제93c조).

54) BVerfGE 7, 17 (18).

55) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html;jsessionid=A50D84801CE23758BA19B8E4EAG6A182F.1_cid506 (최종방문일: 2022. 9. 27).

56) 전원합의체는 5개의 상임위원회, 즉 사무규칙위원회, 의전위원회, 예산·인사위원회, 도서관위원회를 구성한다(규칙 제3조 제1항)

57) 연방헌법재판소의 2020. 12. 22자 결정에 따른 현 재판부의 지정재판부 구성과 업무배분에 대하여는 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/GV_2021/GV_2021_S1_III_Kammern.html (최종방문일: 2022. 9. 27) 참조.

전원합의체 산하에 각 재판부에서 2명씩 선임된 재판관으로 구성된 지체소원재판부를 둔다(법 제97c조). 지체소원재판부는 부적절한 헌법재판기간에 의한 당사자의 손해와 보상에 대하여 재판한다(법 제97a, 제97b조, 제97c조).

재판관의 직무를 보좌하는 연구인력으로서 헌법연구관이 있다. 헌법연구관은 보통 다른 법원이나 행정부처에서 일정한 기간 연방헌법재판소에 파견되어 각 재판관에 배속되고, 직속 재판관의 지시에 따라 재판관의 직무활동을 보좌한다(규칙 제13조 제1항). 그 밖에 연방헌법재판소의 행정업무를 담당하는 사무처가 있다. 사무처장은 재판소장의 위임을 받아 재판소의 행정사무를 통솔한다(규칙 제15조 제1항).

2. 연방헌법재판소의 관장사항

연방헌법재판소의 관장사항은 연방헌법재판소법 제13조에 상세히 열거되어 있다. 주요 관장사항은 ① 기본권실효(기본법 제18조), ② 위헌정당해산(기본법 제21조 제2항, 제3항), ③ 선거심사 소원(기본법 제41조 제2항), ④ 연방대통령 탄핵심판(기본법 제61조), ⑤ 연방기관들 간의 권한쟁의(기본법 제93조 제1항 제1호), ⑥ 헌법기관의 제청에 의한 규범통제(기본법 제93조 제1항 제2호), ⑦ 연방과 주 간의 권한쟁의(기본법 제93조 제1항 제1호 및 제84조 제4항 제2문), ⑧ 공법상 쟁송(기본법 제93조 제1항 제4호), ⑨ 법관 탄핵심판(기본법 제98조 제2항, 제5항), ⑩ 주 내부의 헌법쟁송(기본법 제99조), ⑪ 법원의 제청에 의한 규범통제(기본법 제100조 제1항), ⑫ 연방법의 일부로서 국제법 확인(기본법 제100조 제2항), ⑬ 주헌법재판소의 제청에 의한 기본법 해석(기본법 제100조 제3항), ⑭ 연방법률의 존속 여부에 대한 견해차이에 따른 심사(기본법 제100조 제3항), ⑮ 기타 연방법률에 의해 관할하게 된 사건의 심사(기본법 제93조 제3항), ⑯ 가처분(법 제32조), ⑰ 헌법소원(기본법 제93조 제1항 제4a호 및 제4b호)이다.

한편, 제1재판부와 제2재판부의 업무분장은 연방헌법재판소법 제14조 제1항 내지 제3항에 상세히 규정되어 있고, 동조 제4항은 전원합의체가 각 재판부의 업무부담을 고려하여 매년 업무분장을 조정할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.⁵⁸⁾ 재판부 사건의 거의 대부분을 차지하는 헌법소원사건을 중심으로 두 재판부의 업무분장을 비교할 수 있다. 본래 헌법소원은 헌법재판소법상 (지방자치단체가 제기하는 헌법소원과 선거권에 관한 헌법소원을 제외하고는) 모두 제1재판부의 관장사항으로 규정되어 있는데(법 제14조 제1항), 이 규정대로 한다면 제1재판부의 업무부담이 지나치게 가중된다. 그래서 전원합의체는 두 재판부의 업무부담을 조정하기 위해, 망명·체류·국적법, 공무원법, 국방의무, 형법 및 형사소송법, 과태료, 소득세 및 교회세, 국제관계, 청원법, 강제경매 및 집행법, 법인세, 기업구조조정세, 파산법, 주거소유권법 등의 영역에 관한 헌법소원사건을 제2재판부가 담당하도록 결정하였다.⁵⁹⁾

58) 연방헌법재판소법 제14조

- ① 연방헌법재판소의 제1재판부는 법규정이 기본권 또는 기본법 제33조, 제101조, 제103조 및 제104조의 권리에 합치되지 아니한다는 것이 주된 청구 내용인 규범통제절차(제13조 제6호, 제11호)와 제91조에 의한 헌법소원과 선거권에 관한 헌법소원을 제외한 헌법소원을 관장한다. 주정부가 제1문의 규범통제청구(제13조 제6호)와 더불어 제13조 제6a호나 제6b호의 청구를 할 경우에도 이와 동일하다.
- ② 연방헌법재판소의 제2재판부는 제13조 제1호 내지 제5호, 제6a호 내지 제11a호, 제12호 및 제14호의 사건과, 그 밖에 제1재판부의 권한에 속하지 않는 규범통제절차와 헌법소원을 관장한다.
- ③ 제13조 제10호와 제13호의 사건에 대하여는 제1항, 제2항의 규정에 따라 각 재판부의 재판권한이 결정된다.
- ④ 재판부의 지속적인 과중한 부담으로 인하여 불가피한 경우에는 연방헌법재판소의 전원합의체에서 다음 연도가 개시되는 때로부터 효력을 갖도록 하여 재판부의 재판권한을 제1항 내지 제3항과는 달리 정할 수 있다. 이 규정은 재판의 변론 또는 평의가 행하여지지 않은 계속 중인 절차에도 적용한다. 이 결정은 연방법률관보에 공고된다.

59) 그 밖에 민사재판영역의 헌법소원의 경우도 두 재판부에게 범영역에 따라 업무를 분장한다. 관련 전원합의체의 결정에 관하여는, 연방헌법재판소 홈페이지: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/geschaeftsverteilung.html#|Plenum>(최종방문일: 2022. 9. 17).

III. 일반심판절차 - 헌법소원의 일반등록부 등재절차와 심판회부절차를 중심으로

연방헌법재판소의 업무부담 중 압도적인 비중을 차지하는 헌법소원 사건의 처리절차 중 헌법적인 의미가 없는 대부분의 사건을 걸러내고 재판부가 중요한 사건에 집중하도록 기능하는 일반등록절차와 심판회부절차를 중심으로 검토하기로 한다.

1. 사무처 절차

가. 사건접수와 일반등록부 등재절차

헌법소원청구서가 헌법재판소 사무처에 접수되면, 사법행정부서에서 청구서가 헌법소원의 최소한의 요건을 갖추었는지 여부를 심사한다.⁶⁰⁾ 즉 헌법소원이 명백히 부적법하거나 헌법재판소관례에 비추어 볼 때 명백히 인용가능성이 없다고 판단되는 경우 그 헌법소원은 (사건등록부가 아닌) 일반등록부에만 등재된다(규칙 제63조 제2항 제a호). 헌법소원의 일반등록부 등재여부에 대한 결정권은 재판부의 장에게 있지만, 법관의 자격을 갖춘 등록담당관에게 그 결정권을 위임할 수 있다(규칙 제64조 제1항). 실제로도 등록담당관이 위 결정권을 행사한다. 등록담당관은 최소한의 요건을 갖추지 못한 헌법소원청구에 대해 자신의 견해를 안내문에 기재하여 청구인에게 통지한다. 청구인이 이의 제기를 하지 않으면, 청구서는 일반등록부에 등재된다.⁶¹⁾

청구인은 위와 같은 법적 사정에 대한 안내를 받은 후에 일정 기간 내에 재판관에 의한 재판을 원하는지 여부에 대한 의사를 표명할 수 있

60) Zuck/Eisele, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Auflage, C.H.Beck, 2022, Rn. 715.

61) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 715.

다. 청구인이 재판을 원한다는 의사를 표명하면, 청구서는 사건등록부에 이전되고 지정재판부의 심판회부절차가 진행된다. 청구인이 그러한 의사를 표명하지 않으면 사건은 해결된 것으로 간주된다.⁶²⁾ 사건등록부에 이전되지 않은 일반등록부에 등재된 사건의 문서들은 사안과 관련된 마지막 처분으로부터 5년이 경과하면 폐기된다(규칙 제64조 제4항).

한편, 헌법소원청구에 대한 일반등록부 등재결정이 실무상 비법관인 공무원(‘등록담당관’)이 수행하는 예비재판의 성격을 갖는다는 이유로 재판소 직원에 의한 일반등록부 등재 결정에 대해 비판하는 견해가 있다.⁶³⁾ 물론 재판소 직원의 일반등록부 등재 결정이 실제로 예비재판의 성격을 갖는다면, 이는 법관에 의한 재판에 해당하지 않으므로 헌법에 위반될 것이다. 그러나 그러한 등재 안내절차는 법적 상황을 알려주고 사건의 속행여부를 재고해 보도록 청구인을 유도하는 안내의 성격을 갖는데 그치므로, 헌법에 위반된다고 보기는 어렵다.⁶⁴⁾

2020년도에 사무처에 접수된 모든 유형의 청원은 총 10,251건이었다.⁶⁵⁾ 그 중에서 연방헌법재판소 판례에 관한 질의 또는 계속 중이거나 종결된 소송절차에 관한 질의 등의 사유로 일반등록부에 등재된 질의는 모두 718건(7%)이었고(규칙 제63조 제1a항), 특정한 신청이 아니고 연방헌법재판소 관할에 속하는 사안을 주장하지도 않았다는 사유로 일반등록부에 등재된 청원은 모두 3,950건(38.5%)이었다. 나머지 5,583건(54.4%)은 헌법소원으로 접수된 사건이었다. 이 중에서 곧바로 사건등록부에 등재한 사건은 805건(14.4%)이고, 나머지 4,778건(85.6%)은 명백히 부적법하거나 명백히 인용가능성이 없어서 심판회부의 대상이 안 된다는 이유로 일반등록부에 등재되었다(규칙 제64조 제2항). 한편, 일반등록부에 등재한 사건 중에서 2,166건(45.3%)은 당사자의 이의제기로 다시 사건등록부에 등재되었다(규칙 제64조 제2항). 결국 사

62) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 261; Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 715.

63) Schlink, Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, S. 91.

64) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 261.

65) 이하 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 55 참조.

무처에 접수된 5,583건의 헌법소원사건 중에서 (곧바로 또는 이의제기를 거쳐서) 사건등록부에 등재된 총 사건 수는 2,973건(53.3%)이고, 2020년 말까지 최초 일반등록부에 등재된 후 이의제기가 없었던 2,610건(46.7%)만이 일반등록부에 남게 되었다. 다만, 일반등록부에 남는 모든 사안은 5년 이내에 언제든지 청구인의 이의제기가 있으면 다시 사건등록부에 이전될 수 있으므로 위 통계는 일부 변경될 수 있다(규칙 제35b조 제7항 및 제64조 제2항).

나. 사건등록부 등재 절차

사무처에서 접수된 헌법소원 사건에 대해 사무처는 일반등록부 등재사유가 없으면 곧바로 사건등록부에 등재하고, 일반등록부 등재사유가 있어서 일반등록부에 등재한 사건이라도 당사자가 이의제기를 하면 사건등록부에 등재한다. 특히 헌법소원이 사건등록부에 등재되기 위해서는 재판부관할(제1재판부 또는 제2재판부)이 분명히 밝혀져야 한다. 재판부관할이 즉시 밝혀지지 않으면, 헌법소원은 일반등록부에 등재되기 때문이다(규칙 제63조 제2항 제c호). 재판부의 관할에 의문이 있는 경우에는 헌법재판소장, 부소장 및 재판관 4명으로 구성된 위원회에서 결정한다(법 제14조 제5항). 만약 관할에 의문이 있는 사건이 두 개의 재판부 중에 어느 하나의 재판부에 이미 계속 중인 경우에는 두 재판부의 재판장들과 주심재판관들의 합의 하에 지체 없이 사건은 다른 재판부에 이송된다(규칙 제44조 제2항)

2. 지정재판부 절차

가. 심판회부절차와 심판회부의무

(1) 심판회부절차의 의의와 진행과정

출범초기부터 과도한 헌법소원사건의 폭주에 시달려온 연방헌법재판소의 과중한 업무부담을 줄이기 위하여 입법자는 1956년부터 선별심사체계의 구축을 시도했다. 이러한 선별심사체계는 여러 차례 수정을 거쳐 현재는 연방헌법재판소법 제93a조 이하에 규정된 지정재판부의 심판회부절차로(수리절차, Annahmeverfahren) 구체화되었다.⁶⁶⁾ 헌법소원에 대한 특별한 접수절차를 연방법률에 규정할 수 있도록 하는 기본법 제94조 제2항은 위 연방헌법재판소법상의 지정재판부의 심판회부절차의 헌법적 근거가 된다.

심판회부절차는 소송요건을 심사하는 절차가 아니라 소송요건심사 밖에서 결정하는 절차이며, 법원이 청구인의 청구를 처리할 것인지 여부를 결정하는 절차이다. 심판회부절차는 권리구제절차 내부의 심사절차인 적법요건이나 본안이유에 대한 심사와는 별개로 법원 자체의 결정에 따라 사법에의 접근을 가능하도록 하는 특별한 사법접근절차(Gerichts-Zugangsverfahren)에 해당하고, 사건에 대한 재판절차는 아니다.⁶⁷⁾

재판부 재판장은 사무배분표에 따라 주심재판관을 정하고, 주심재판관은 연구관의 참여하에 심판회부요건을 심사한다(법 제15a조 제2항, 규칙 제20조 제2항 제1문). 대부분의 경우 심판회부절차는 변론 없이 진행된다(법 제94조). 심판회부여부에 대하여 지정재판부가 결정하기 전에 주심재판관이 이해관계인이나 제3자의 의견진술이 필요하다고 판단하면, 이해관계인 등에게 청구서를 송달하고, 청구인에게는 필요한 수의 청구서 및 첨부문서 사본을 요청한다. 이와 같이 송달하는 헌법소원사건은 전체 헌법소원사건의 약 3%에 해당한다(법 제94조, 규칙 제41조 제1항).⁶⁸⁾

사건에 대해 결정할 준비가 되면, 주심재판관은 결정에 대한 제안을

66) 이는 ‘헌법소원선별제’, ‘헌법소원절차에 설치된 접근장애물’, ‘갑문시스템’ 등으로 묘사된다. Schlaich/Koriath, Rn. 259, 260.

67) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 727.

68) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 776.

표기한 소견서를 다른 2명의 재판관에게 회람한다. 쟁점이 제기되는 사건에 대해서는 의논한다. 결정은 구두변론 없이 하며, 모든 결정은 지정재판부 전원의 일치된 의견으로 내린다(법 제93d조 제1항 제1문, 제3항 제1문). 결정 이유에 대하여 의견이 일치할 필요는 없다.⁶⁹⁾

지정재판부는 불회부결정을 내릴 수 있을 뿐, 심판회부결정을 내리지 않는다.⁷⁰⁾ 지정재판부가 불회부결정을 하지 않으면 별도로 다른 결정을 할 필요 없이 사건은 재판부에 송부되고 그 때부터 재판부가 사건의 회부여부를 결정한다(법 제93b 제2문).

(2) 심판회부의무와 그 요건

헌법재판소법은 일정한 요건을 충족하는 헌법소원에 대하여 심판회부의무(수리의무)를 부과한다(법 제93a조). 첫째, 헌법소원에 원칙적인 헌법적 의미(grundständige verfassungsrechtliche Bedeutung)가 있는 경우이다(법 제93조 제1항). 이는 헌법소원이 갖는 헌법수호의 객관적 기능을 표현하는데, 중대한 헌법적 문제를 제기하면서 특정한 범영역에서 기본권이 갖는 의미를 명확히 하고 국가기능에 대해 장래의 작용방식에 대한 지침을 제시하는 것이어야 한다.⁷¹⁾ 연방헌법재판소는 ‘원칙적인 헌법적 의미’에 대하여 기본법 자체에서 곧바로 답이 제시될 수 없고 헌법재판소 판례를 통하여 아직 해명되지 않았거나 변경된 사정으로 인하여 새롭게 해명될 필요가 있으며, 그 해명이 개별 사건을 넘는 이익을 가질 때 충족된 것으로 본다.⁷²⁾

둘째, 기본권과 기본권유사적 권리(기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조와 제104조의 권리)를 관철하기에 적절한

69) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 778; Lechner/Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 8. Auflage, C.H.Beck, 2019, Vor § 93a Rn. 19.

70) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 792.

71) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 263 참조.

72) BVerfGE 90, 22 (24 f.)

(angezeigt) 경우이다. 본안재판의 거절로 인하여 청구인의 특별히 중대한 불이익이 발생할 경우도 이에 해당한다(법 제98a조 제2항 제b호). 이는 개인의 권리보호라는 헌법소원의 주관적 기능을 실현하는 요건이다. 위 요건 중 ‘적절한’은 재판소의 재판부담과 권리구제기회의 가능성을 사리에 맞게 조절할 수 있는 핵심적인 구성요건표지이다.⁷³⁾ ‘적절한’을 삽입한 입법의도는 연방헌법재판소에게 심판회부결정과 관련된 탄력적인 재량을 부여하기 위한 것이다. 연방정부가 입법안에서 체계적으로 정리한 위의 ‘적절한’요건을 충족하는 심판회부사유의 4가지 사례군은 ① 청구인에게 실존적(existentiell) 중요성이 있는 경우이다. 본안재판의 거부로 청구인에게 중대한 불이익이 발생하는 사례가 이에 해당한다. ② 전문법원들이 기본권에 위반되는 실무를 하는 경우, ③ 법원이 극히 태만한 경우나 이해할 수 없는 사법적 행위를 한 경우, ④ 법원이 기본권 및 기본권유사적 권리에 대해 처리해 본 경험이 없는 경우이다.⁷⁴⁾

연방헌법재판소는 제2항 제b호의 심판회부사유 중 ‘적절한’ 및 ‘특히 중대한 불이익’라는 구성요건표지를 해석하고 적용할 때 상당한 재량을 갖고 있기 때문에, 위 연방헌법재판소법 제98a조 제1항에 따른 연방헌법재판소의 심판회부의무는 위 ‘적절한’ 및 ‘특히 중대한 불이익’이라는 구성요건표지로 인하여 해체된다는 평가가 있다.⁷⁵⁾

나. 심판회부결정

지정재판부는 헌법소원이 연방헌법재판소법 제93a조 제2항의 요건을 충족하지 않을 경우 3명 재판관 전원일치의 결정으로 헌법소원을 재판에 회부하지 않을 수 있다(법 제93d조 제3항). 특히 부적절한 헌

73) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 264.

74) BT-Drucks. 12/3628, S. 14; 위 사유들은 연방헌법재판소 판례에도 반영되어 있다. BVerfGE 90, 22(24 f.); 107, 395 (415) 참조.

75) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 264.

법소원은 ‘원칙적인 헌법적 의미’를 갖지 못한다. 지정재판부는 변론을 열지 않고 불회부결정을 하며, 그 이유를 제시할 필요가 없다. 또한 지정재판부의 불회부결정에 대하여는 다룰 수 없다(형식적 기판력, 법 제93d조 제1항).

심판불회부결정(수리거부결정)은 지정재판부가 내리는 약식 재판을 의미하지 않고 재판을 구속력 있게 거부하는 의미를 지닌다. 심판불회부결정을 받은 헌법소원에 대하여는 재판이 내려진 것이 아니다. 심판불회부결정은 헌법소원에 대한 재판이 아니므로 심판불회부결정에 대하여는 실체적 기판력과 구속력이 부여되지 않는다.⁷⁶⁾ 불회부결정이 회부요건에 대한 심사과정에서 헌법소원의 적법성과 본안이유에 관한 선행심사를 할 경우, 이것은 재판에 관한 표명이 아니라 단지 재판의 회부요건에 관한 표명에 불과하다.⁷⁷⁾ 심판불회부결정은 헌법소원에 대한 재판이 아니라는 의미에서 헌법소원이 재판에 회부된 이후에 비로소 내려질 수 있는 온전한 재판인 법 제24조의 청구의 배척(a limine-Abweisung)⁷⁸⁾과 구별된다.⁷⁹⁾

심판불회부결정에 이유제시의무를 면제하는 것은 재판소의 부담경감을 도모하기 위함이다. 1993년 개정전 법률은 적어도 결정적인 법적 관점을 언급하여 논증할 것을 요구했으나, 재판소의 부담경감을 위해 이유제시의무가 면제되었다.⁸⁰⁾ 심판회부절차 관련 지정재판부결정의

76) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 268.

77) 회부절차는 개념적으로 헌법소원의 적법성과 본안이유에 대한 판단과 관련이 없지만, 다른 한편으로 회부되지 않은 헌법소원은 적법성 및 본안이유에 대한 판단을 받을 수 없다.

78) 어떤 절차는 부적법한 청구나 명백히 이유 없는 청구에 대하여는 연방헌법재판소 재판관 전원의 일치된 의견으로 배척할 수 있다(법 제24조). 배척결정(a limine-Abweisung)은 기각도 각하도 아닌 연방헌법재판소의 고유한 결정유형이다.

79) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 268.

80) 입법배경에 관한 자세한 내용은 Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 323 참조; 한편, 이유제시의무의 면제가 헌법에 위반된다는 견해는 Krotzsch, Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der Bundesrepublik, NJW 1994, S. 1032 참조. 이에 반해 본안재판이 문제되고 있지 않기 때문에 법치국가적으로 감수할 수 있다는 견해는 Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 266 참조.

90% 이상이 이유제시가 없었다.⁸¹⁾ 설령 이유가 있더라도 전혀 내용 없는 짧은 이유가 붙는 것이 보통이다. 예컨대 “헌법재판소법 제93조 제2항의 심판회부의 요건이 제시되어 있지 않다. 헌법소원에는 원칙적인 의미가 없다. 또한 헌법소원에 대한 심판회부는 청구인이 침해되었다고 주장하는 기본권을 관철하기 위해 적절하지 않다. 헌법소원에 대한 성공가능성이 없기 때문이다. 기본권이나 기본권유사적 권리의 침해는 명백하지 않다.”고 서술하는 방식이다.⁸²⁾

심판불회부결정에 이유제시의무를 면제한다고 해도 어차피 중심재판관의 소견서는 작성되어야 하는 것이므로, 부담경감의 효과는 재판관이 이유에 대한 의견을 통일할 필요 없이 심판불회부결정을 하고, 문서작업의 부담이 줄어드는 정도에 그치는 것으로, 그리 크지 않다는 견해가 제시되기도 한다.⁸³⁾

지정재판부는 가끔 상세한 이유가 붙은 지정재판부결정을 공표하기도 하고 별도의 지정재판부판례집을 편찬하기도 한다. 본안재판이 아니면서도 본안에 대한 입장을 표명하는 불회부결정은 사실상 재판부의 재판처럼 헌법문제의 해명에 기여하는 측면도 있다. 이러한 재판소의 관행에 대하여는 심판불회부결정은 본래 본안재판을 포함하는 것이 아니라는 법리적인 문제와 연방헌법재판소가 점점 지정재판부화될 위험 즉 지정재판부가 재판부를 대체하게 될 위험을 고려할 때, 불회부결정에 이유를 제시하더라도 짧은 이유가 붙은 본안재판의 형식이 되어서는 안되고, 결정적인 의미가 있는 법적 관점 정도를 제시하는 수준에서 그쳐야 한다는 비판이 제기된다.⁸⁴⁾

연방헌법재판소 설립 이후부터 2020년까지 사건통계를 보면 (사건등록부에 등재된) 헌법소원사건(215,651건)의 약 98%(211,522건)가 지정재판부에 의해 해결될 정도로 지정재판부가 헌법소원사건을 처리하는

81) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 795.

82) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 795.

83) Lechner/Zuck, 앞의 책, § 93d Rn. 7.

84) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 265, 268.

비중이 압도적이다.⁸⁵⁾ 2020년을 예로 들면 재판부와 지정재판부가 처리한 헌법소원(5,084건) 중에서 지정재판부 결정의 비중은 99.8%(5,072건)으로 압도적이고 재판부결정의 비중은 0.2%(12건) 밖에 안 된다. 즉 약 423건 중 단 1건만이 재판부(Senat)에서 처리되는 셈이다. 또한 2020년 지정재판부의 결정(5,338건) 중 인용 결정은 단 90건에 불과하고 심판불회부 결정의 비중(5,248건)이 98.3%로 거의 대부분을 차지한다(당해연도에 재판부가 결정한 사건은 총 23건이고 그 중 기각 2건, 인용 21건이다).⁸⁶⁾ 위 통계에 따라 연방헌법재판소의 헌법소원처리방식을 보면, 대부분의 헌법소원심판사건을 이유제시의무 없는 지정재판부의 심판불회부결정을 통해 처리함으로써 재판소의 업무부담을 경감시키는 것을 알 수 있다.

다. 인용결정

지정재판부는 ① 헌법소원이 기본권과 기본권유사적 권리를 관철하기에 적절하고, ② 결정적인 헌법문제에 대하여 이미 연방헌법재판소가 재판한 바 있고, ③ 명백히 이유가 있는 경우에는 직접 재판부의 일치된 의견으로 헌법소원을 인용할 수 있다(법 제93c조 제1문 및 제93a조 제2항 제b호). 지정재판부의 인용재판은 불회부결정과는 달리 본안재판의 성격을 갖는다. 이 때 지정재판부는 재판부와 동일한 독자성을 가진 재판기구이다. 지정재판부의 인용결정은 재판부의 결정과 동일한 효력을 가진다(법 제93c조 제2문).

지정재판부의 인용재판을 위한 첫째 요건은 법 제93a조 제2항 제b호에 규정된 지정재판부의 불회부결정의 요건과 동일하다. 둘째 요건에서 결정적인 헌법문제가 무엇인지는 헌법적 대전제에서 출발하여야 하고, 재판의 기초를 이루는 사태가 이미 재판의 대상이 된 적이 있었

85) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 9.

86) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 19.

는지는 중요하지 않다.⁸⁷⁾ 다만 새롭거나 특별한 상황은 헌법적 대전제에 대한 확립된 판례에도 불구하고 아직 해명되지 않은 헌법문제가 있는지 여부를 판단하는데 도움이 될 수 있다. 연방헌법재판소가 아직 해명한 부분이 아니어서 논쟁이 있는 경우에는 인용결정권이 없다.⁸⁸⁾ 헌법문제가 다수 있다면 모든 문제에 대해 연방헌법재판소의 해명이 있어야 하고 추가적으로 발생하는 헌법문제가 더 이상 없어야 한다. 설령 추가적으로 헌법문제가 있더라도 고유한 의미가 없는 것이어야 한다. 헌법적 대전제가 더 일반적일수록, 헌법문제가 이미 결정되었다고 가정하는데 더욱 신중해야 한다.⁸⁹⁾ 셋째 요건은 헌법문제가 이미 결정되었는지 여부에 대한 심사요건이다. 중요한 헌법문제가 이미 결정된 것이라는 선판단이 ‘명백한’ 경우에 충족된다.⁹⁰⁾

1986년 법률개정으로 지정재판부의 인용결정권이 도입되면서 지정재판부는 부분적으로 독자적인 재판기구로 기능하게 되었고 그 지위도 격상되었다.⁹¹⁾ 다만, 지정재판부의 인용결정요건은 위의 3가지요건으로 엄격히 한정되어 있기 때문에, 지정재판부는 연방헌법재판소의 기존 판례를 사후 집행하는 것에 그치고 근본적인 의미를 갖는 헌법문제에 대하여는 재판부가 재판하는 것으로 볼 수 있다.⁹²⁾

1986년 개정법률은 지정재판부에 인용결정권을 부여함으로써 재판부의 부담경감을 도모하였는데, 위와 같이 인용결정요건이 엄격히 한정되어 있어서 그 목표를 부분적으로만 달성하게 되었다는 학계의 평가를 받는다. 동시에 지정재판부의 재판실무는 인용결정요건을 매우 유연하게 적용함으로써 재판부의 확립된 판례를 집행하는데 그치지 않고 있다는 실무적 평가도 함께 존재한다.⁹³⁾

87) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 807.

88) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 808.

89) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 810.

90) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 811.

91) Schlaich/Korioth, 앞의 책, Rn. 266

92) Schlink, 앞의 논문, S. 11.

93) 이러한 이론과 실무의 격차에 대하여는 Graßhof, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge,

지정재판부는 재판부가 헌법소원의 심판회부여부에 대하여 결정하고 있지 않는 기간과 범위에서 가처분을 포함한 모든 헌법소원절차에 대한 재판을 할 수 있다(법 제93d조 제2항). 다만, 가처분으로 일정한 법률의 적용을 정지하는 경우에는 지정재판부가 가처분을 발할 수 없고, 지정재판부의 가처분에 대한 이의제기에 대하여는 재판부가 재판한다(법 제32조 제3항).

최근 5년간(2016~2020)의 통계에서 매해 지정재판부가 처리한 헌법소원사건(4,793건에서 5,784건 사이) 중 대부분은 불회부결정이 되고 인용결정된 비율은 1.4%에서 1.8% (68건에서 109건 사이)에 그치는 것을 보면 본격적으로 본안을 판단한 사건 수가 많지 않기 때문에 지정재판부에 큰 부담을 주지 않는다고 생각할 수 있다.⁹⁴⁾ 그러나 인용결정된 사건 수(68건에서 109건 사이로 전체 평균 90건)가 같은 연도 재판부에서 본안판단을 한 사건(10건에서 27건 사이로 전체 평균 10건)의 9배나 많은 것을 볼 때, 지정재판부가 비교적 간단히 처리할 수 있는 사건에 대하여 인용결정을 했다는 것을 감안 하더라도, 재판부에서 소수의 중요한 사건에 집중할 수 있도록 지정재판부 차원에서 상당한 업무부담을 감당하고 있음을 알 수 있다.⁹⁵⁾

3. 재판부 절차

가. 심판회부결정 및 불회부결정

지정재판부는 재판부를 구속하는 독립적인 심판회부결정을 내릴 수 없다.⁹⁶⁾ 지정재판부가 심판불회부결정을 하거나 인용결정을 하지 않은 경우 심판회부여부는 재판부가 결정한다(법 제93b조). 지정재판부가

Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 93c Rn. 10.

94) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 19.

95) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 19.

96) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 792; Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 267

심판불회부결정이나 인용결정을 하지 않는 사안은 재판부에 송부되고 그 때부터는 재판부가 사안의 심판회부여부(심판회부 또는 심판불회부)를 결정한다(법 제93b 제2문).

재판부의 심판회부요건(수리요건)은 지정재판부의 심판회부요건과 동일하다(법 제93a조 제2항). 재판부는 회부요건이 충족되면 심판회부를 하여야 하고(법 제93a조 제2항), 심판회부요건이 충족되지 않으면 불회부결정을 하여야 한다. 법 제93a조에 규정된 두 가지 회부요건(원칙적인 헌법적 의미의 해명 및 기본권 관철의 적절성)이 충족되지 않는다고 판단하면, 재판부는 명백히 본안의 이유가 있는 헌법소원도 불회부결정을 할 수 있다.⁹⁷⁾ 첫째 회부요건에서 ‘원칙적인 헌법적 의미’는 반드시 헌법적 성격을 가져야 하며, 헌법소원의 객관적 기능과 헌법재판소의 과제를 고려하여 심사되고 해명되어야 한다. 둘째 회부요건인 기본권 관철의 적절성은 법 제90조 제1항에 규정된 기본권 및 기본권유사적 권리를 관철하는 것이어야 하고, 그 권리들이 관철되는지에 대한 판단은 그 권리들이 결정에 중요한 영향을 미치는지에 달려 있다. 기본권관철의 ‘적절성’은 주장하는 기본권침해가 중요한 경우에 인정되는데, 특히 청구인에게 특별히 심각한 불이익을 주는 경우에 인정된다.⁹⁸⁾

심판회부를 위한 의결 정족수는 재판부 재판관 3명의 동의이다(법 제93d조 제3항). 지정재판부는 전원일치의 결정으로 심판회부여부를 결정하지만, 재판부는 전원일치나 과반수가 아니라 재판관 3명의 동의만으로 심판회부여부를 결정한다. 결과적으로 지정재판부나 재판부나 심판회부결정을 위해 필요한 재판관이 모두 3명이라는 점은 동일하다. 8명의 재판부 재판관이 모두 참여할 경우 6명 이상의 재판관이 회부결정에 반대하면 헌법소원은 재판에 회부되지 않는다.⁹⁹⁾ 지정재판부

97) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 814.

98) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 817 ff.

99) Zuck/Eisele, 앞의 책, Rn. 820.

재판관 3명 모두가 불회부의견이어서 재판부로 이송된 사안이라면, 나머지 (8명 중 지정재판부 재판관 3명을 제외한 나머지) 재판부 재판관 5명 중 3명 이상이 회부에 찬성해야(즉, 5명 중 3명 이상이 회부에 반대하지 않아야), 헌법소원이 재판부 재판에 회부된다. 위 정족수는 지정재판부 재판관 3명 모두가 불회부의견이 아닐 경우도 고려하여 정한 것이다.¹⁰⁰⁾

재판부의 심판회부여부 결정은 변론 없이 진행되며(법 제93d조 제1항 제1문), 그 결정에 대하여는 다룰 수 없다(법 제93d조 제1항 제2문). 재판부가 심판회부여부의 결정을 하기 전까지 지정재판부가 당해 헌법소원에 관한 다른 모든 부수적인 결정권한을 행사한다(법 제93d조 제2항 제1문).

재판부의 불회부결정을 하는 경우 이유 적시의무가 없는데, 이는 재판소의 업무부담을 경감시키는 기능을 한다(법 제93d조 제1항 제3문).

나. 소송대리, 직권조사

연방헌법재판소는 재판절차에서 원칙적으로 변호사강제주의를 채택하지 않는다. 당사자는 구두변론을 하는 경우에만 변호사나 법관자격을 보유한 법학교수를 대리인으로 선임해야 한다(법 제22조). 구두변론을 하지 않는 경우 당사자는 대리인 선임을 자율적으로 정할 수 있다.

연방헌법재판소는 사실의 인정에 필요한 증거조사를 한다(법 제26조 제1항). 연방헌법재판소는 사실관계의 정확성과 완전성을 위해 독립적으로 사실을 조사할 권한을 가진다.¹⁰¹⁾ 증거조사는 사실의 해명을 위해 증인신문, 서증, 검증, 감정 등 모든 소송법적인 수단들을 통해 이루어진다.¹⁰²⁾ 재판관에게 증거조사를 위탁하거나 다른 법원에 증거조

100) BT-Drucks. 12/3628 S. 14.

101) Schlaich/Korioth, 앞의 책, Rn. 60.

102) BVerfGE 96, 217 (220).

사를 요청할 수 있으나 통상적으로 활용되고 있지는 않다(법 제26조 제1항).¹⁰³⁾ 규범통제절차의 경우 직권으로 법률의 기초가 되는 사실을 조사하여 입법자의 예측판단을 통제하기도 한다. 재판소원절차의 경우 보충성사상에 근거하여 통상적으로 다른 법원이 이미 정리한 사실관계에 의존하고 있다. 연방헌법재판소법은 모든 법원과 행정청에게 연방헌법재판소를 위해 법률상 및 직무상 지원을 하며, 연방헌법재판소가 1심 재판의 자료를 요청하면 이를 직접 제출해야할 법원의 의무를 규정한다(법 제27조).

다. 당사자, 절차참가, 의견진술

헌법소원의 경우 당사자는 소원청구인이고, 청구의 상대방은 존재하지 않는다. 헌법소원청구의 상대방은 존재하지 않지만, 헌법소원의 대상이 된 공권력의 주체인 헌법기관들은 소송절차에 참가할 수 있다(법 제94조 제5항 제1문). 구체적 규범통제절차에서는 연방의회, 연방참사원, 연방정부, 주정부, 주의회가 공식적으로 절차에 참가할 수 있다(법 제82조 제2항). 절차에 참가하는 이들은 절차참가를 통해 문서 및 판결의 송달, 신청권, 재판관기피권, 소송서류열람권 등을 행사할 수 있는 소송절차의 당사자의 지위를 갖게 된다.¹⁰⁴⁾

의견진술권자의 범위는 절차참가자의 범위보다 넓다. 헌법소원에서 의견진술의 기회는 기본권을 침해한 공권력주체뿐만 아니라(법 제94조 제1항, 제2항, 제4항), (재판소원에서) 법원판결의 수혜자에게도 주어진다(법 제94조 제3항). 구체적 규범통제절차에서 의견진술의 기회는 절차참가자가 아닌 당해소송의 당사자에게도 부여된다(법 제82조 제3항). 재판장은 구체적 규범통제뿐만 아니라 다른 소송절차에서도 연방최고법원이나 주의 최고법원에 법적 문제에 대한 상황보고나 의견진술을

103) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 60.

104) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 62

구할 수 있다(규칙 제22조 제4항). 한편 연방의회가 연방법률의 효력이 문제되고 있는 경우에 의견을 진술하는 경우는 드물고 연방참사원이 의견을 진술하는 경우는 거의 없다.¹⁰⁵⁾

헌법재판소는 사건에 정통한 전문가인 제3자에게 의견표명의 기회를 부여할 수 있다(법 제27a조). 재판장은 직권으로 특정 분야의 전문가에게 재판의 전제가 되는 문제에 대해 전문가에게 감정의견을 구할 수 있다(규칙 제22조 제5항). 이처럼 헌법재판절차는 다른 소송절차에 비해 법정에서 의견진술을 할 수 있는 자의 범위가 넓고 탄력적이다.

라. 구두변론

연방헌법재판소는 특별한 규정이 없으면 구두변론에 의한 재판을 원칙으로 하지만(법 제25조 제1항 제1문), 모든 당사자들이 구두변론을 명시적으로 포기하는 경우 헌법재판소는 구두변론을 생략할 수 있다(법 제25조 제1항 제2문). 물론 변론의 생략은 다른 규정을 통해서 이루어지는 것이 보통이므로 법 제25조 제1항 제2문의 변론포기규정은 큰 의미가 없다.¹⁰⁶⁾ 법 제94조 제5항 제2문에 따르면 연방헌법재판소는 헌법소원에서 변론에 의하여 더 이상 절차의 진행을 기대할 수 없고, 의견진술을 할 권리를 가지고 절차에 참가한 헌법기관이 변론을 포기한 경우에는 변론을 생략할 수 있는 재량을 가진다. 따라서 헌법소원청구인이 구두변론을 포기하지 않고 희망하더라도, 절차에 참가한 헌법기관이 구두변론을 고집하지 않고 포기한다면 헌법소원은 구두변론 없이 진행된다.¹⁰⁷⁾ 구두변론이 강제되는 절차는 연방대통령과 연방법관의 탄핵재판(법 제55조 제1항, 제58조), 가처분에 대한 이의재판(법 제32조 제3항 제3문)으로 제한적이다.

105) Schlaich/Korioth, Rh. 63.

106) Wiedemann, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG-Kommentar, § 25 Rn. 12.

107) 그 밖의 변론 면제에 관한 설명은 Wiedemann, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflag. C.F.Müller, 2022, § 25 Rn. 16.

연방헌법재판소법은 구두변론에 의한 재판을 원칙으로 삼고 있고 이 원칙이 포괄적으로 적용되고 있다면 구두변론절차에 따른 재판소의 부담이 상당할 것이다. 그러나 연방헌법재판소는 지정재판부 단계(108)와 재판부 단계에서 각각 구두변론을 면제하거나 면제할 수 있는 재량을 부여하는 연방헌법재판소법규정에 근거하여 대부분의 사건에서 구두변론을 생략한다. 연방헌법재판소는 이처럼 실무상 구두변론을 매우 드물게 운용함으로써 구두변론절차에 수반되는 업무부담을 경감시키고 있다.¹⁰⁹⁾

마. 청구의 배척결정(Abweisung a liminie)

재판부는 부적법하거나 명백히 이유 없는 청구에 대하여 재판관 전원일치의 의견으로 배척할 수 있다(법 제24조 제1문). 청구인에게 사전에 청구의 적법성이나 이유에 대하여 문제있음을 고지한 경우에는 배척결정에 이유를 붙이지 않아도 된다(법 제24조 제2문). 배척결정은 지정재판부의 심판불회부 결정과는 달리 완전한 재판으로서 기판력과 기속력을 가진다.¹¹⁰⁾

배척결정은 기각결정이나 각하결정 어느 하나로 볼 수 없고 둘 중 어느 사유에도 적용할 수 있는 결정유형이다.¹¹¹⁾ 어느 소송절차에서는 어느 진행단계에서든 배척사유가 있으면 결정할 수 있다.¹¹²⁾ 다만, 정당해산절차, 기본권실효절차의 경우 법 제24조의 배척결정에 대한 특

108) 앞서 지정재판부절차에서 서술하였듯이 헌법소원에서 지정재판부의 불회부결정이나 인용결정에는 구두변론을 하지 않는다는 특별한 규정이 있다(법 제93d조 제1항 제1문). 또한 구체적 규범통제절차에서 법원의 제청에 대한 지정재판부의 각하결정에서도 마찬가지이다(법 제81a조 제1항)

109) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 69.

110) Schlaich/Koriath, 앞의 책, Rn. 71.

111) 배척결정제도는 195 연방헌법재판소법에도 있었다.

112) Dollinger, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflag. C.F.Müller, 2022, § 24 Rn. 9.

별규정(각 법 제37조 제45조)이 먼저 적용되고, 대통령 및 법관탄핵의 경우 구두변론 강제로 인해 여하튼 적법한 청구인 경우에는 배척결정이 배제된다.¹¹³⁾

1951년 연방헌법재판소법 제정시부터 존재했던 배척결정은 성공가능성 없는 청구에 대해 이유제시나 구두변론을 면제해 줌으로써 재판소의 업무부담을 감경시키는데 목적이 있었지만, 이러한 재판형식은 후에 지정재판부의 심판회부절차(법 제93a조)가 마련되어 그 업무부담 완화 기능을 담당하면서, 재판소의 업무부담과 관련하여서 아무런 역할을 수행하지 못하고 있다.¹¹⁴⁾ 한편, 배척결정은 그간의 판례경향을 볼 때 재판관전원일치로 청구를 배척함으로써 앞으로 법적 상황의 변화가 발생하지 않는 한 반복된 헌법소송은 여하튼 가까운 미래에 성공가능성이 없다는 ‘신호효과’(Signalwirkung)를 부여할 목적으로 사용되는 측면이 있다.¹¹⁵⁾

한편, 배척결정이 신속하게 간단히 사건을 처리하기 위한 본래의 목적으로 사용되는 의미 있는 사례군은 선거심사소원이다. 의회가 의원의 자격상실여부에 대하여 선거심사를 한 후에 당사자가 그 결과를 갖고 연방헌법재판소에 선거소원을 청구하는데 까지 걸리는 기간은 평균 1년 정도 이다. 즉 선거 후 1년 이상 지난 시기에 당사자가 선거소원을 청구하게 된다. 만약 연방헌법재판소가 의원임기 4년을 마친 이후에 선거소원을 결정하게 되면 당사자는 이미 임기를 마치게 되어 의회의 선거심사가 무력화된다. 따라서 연방헌법재판소는 당사자의 4년 의원임기 이내에 가능한 한 신속한 결정을 하기 위해 배척결정을 하곤 한다.¹¹⁶⁾

바. 소송비용, 남소수수료, 비용

113) Dollinger, 앞의 책, § 24 Rn. 10.

114) Dollinger, 앞의 책, § 24. Rn. 36.

115) Dollinger, 앞의 책, § 24. Rn. 11.

116) Dollinger, 앞의 책, § 24. Rn. 37.

연방헌법재판소의 모든 소송절차는 원칙적으로 무상이다(법 제34조 제1항). 다만, 연방헌법재판소는 헌법소원의 청구, 선거소원(기본법 제41조 제2항)의 청구가 남용되거나 가처분신청(법 제32조)이 남용된 경우에는 2,600유로까지의 남소수수료를 부과할 수 있다.

연방헌법재판소법 제정 당시부터 있었던 남소수수료제도는 이유 없는 청구를 억제하기 위하여 도입되었다.¹¹⁷⁾ 남소수수료제도는 헌법소원, 선거소원, 가처분에서 소송절차무상원칙에 예외를 두는 제도이다. 연방헌법재판소는 입법자가 남소수수료를 통해 비용충족목적 이외에 제한된 범위에서 행위조정적 목적을 추구하는 것이 헌법에 위배되지 않는다고 결정한 바 있다.¹¹⁸⁾

남소수수료는 연방헌법재판소 설립 초기에 사건접수건수에 비하여 상대적으로 자주 부과되었고, 그 후 헌법소송사건 수가 가파르게 증가했는데도 부과빈도가 급격히 줄어들었다.¹¹⁹⁾ 1962년 이래 2020년까지 재판부 사건 중 0.45%의 사건(3,097/686,216건)에 남소수수료가 부과되었다. 1962년부터 2001년까지 40년간 전체 재판부 사건 중 0.58%의 사건(2,647/453,441건)에 부과되었는데, 2002년부터 2020년까지 20년 간 0.2%의 사건(450/230,279건)에만 부과되었다. 최근 2019년, 2020년에는 각각 0.18%(4/2,200), 0.16%(4/2,500건)에 그쳤다(최소 200유로 최대 1,000유로). 지난 10년동안 매년 결정되는 헌법소원사건 중에서 (부적법하거나 이유가 없는 등의 사유로) 지정재판부에서 불회부결정이 되는 헌법소원의 비중이 약 98%정도 되고, 성공가능성 없는 엄청난 규모의 사건들로 인해 오래전부터 재판소의 업무부담이 과중했던 상황에서, 남소수수료규정을 좁게 해석함으로써 남소수수료의 부과 비중을 높이지 않은 점은 의아할 수 있는데, 그 이유는 남소수수료부과결정의 경우 불회부결정과는 달리 결정의 이유를 제시해야하고, 그 과정에서

117) Reiter, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflag. C.F.Müller, 2022, § 34. Rn. 34.

118) BVerfGE 108, 1 (18).

119) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 33 f.

추가적인 업무부담을 야기하기 때문이라고 한다.¹²⁰⁾

납소수수료제도가 성공가능성이 없는 청구를 억제하는데 적합한 수단임은 분명하지만, 연방헌법재판소가 납소수수료제도를 소극적으로 운용하는 실무를 고려할 때, 납소수수료제도는 연방헌법재판소의 업무 부담을 줄이는데 거의 기여하지 못하고 있는 것은 분명하다.¹²¹⁾

사. 평의 및 표결방식

연방헌법재판소는 심리와 증거조사에서 얻은 자유로운 확신에 따라 비공개적 평의에 의하여 재판한다(법 제30조 제1항). 연방헌법재판소는 평의의 인적 연속성을 도모하기 위해 어떤 사건에 대해 평의가 시작된 후에는 다른 재판관은 해당 사건에 대한 평의에 참여할 수 없고, 재판부가 결정할 수 없게 되는 때에는 증원 후 새롭게 평의를 하도록 한다(법 제15조 제3항).

연방헌법재판소법에 따라 재판부는 직접 대면하는 ‘평의’에 의하여 결정을 하지만, 지정재판부는 원칙적으로 재판관이 직접 대면하지 않고 사건기록과 소견서를 순차적으로 보고 문서로 의견을 표시하는 회람절차(Umlaufverfahren)에 의하여 결정한다.¹²²⁾ 지정재판부 재판관이 대면하는 ‘평의’에 의한 재판은 드문 예외에 해당한다. 이에 대하여는 회람절차에 의한 지정재판부의 재판은 연방헌법재판소법상(직접 대면하여 논의할 것을 전제로 하는) ‘평의’에 의한 재판의 요청(법 제30조 제1항)에 부합하지 않고, 이를 정당화할 다른 법적 근거도 존재하지 않는다는 비판이 제기된다.¹²³⁾ 지정재판부의 ‘회람절차에 의한 결정’은 엄청난 규모의

120) Reiter, 앞의 책, § 34. Rn. 31 및 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 33-35.

121) 납소수수료제도의 단점에 대하여는 Reiter, 앞의 책, § 34. Rn. 31.

122) Burkiczak, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflag. C.F.Müller, 2022, § 30 Rn. 9, 14.

123) Lenz/Hensel, Bundesverfassungsgericht, 3. Auflage, Nomos, 2020, § 30 Rn. 5

지정재판부 사건들을 처리하기 위해 다른 대안이 없는 합목적적인 방법이라는 평가를 받고 있지만, 위와 같은 비판은 정당하므로 최소한 회람 절차에 의한 결정에 관한 법률상 근거규정이 요청된다.¹²⁴⁾

재판부평의는 두 단계로 나뉜다.¹²⁵⁾ 첫째 ‘소견서평의’(Votumsberatung) 단계이다. 이 단계에서 재판부는 구두변론의 실시여부를 결정한다(규칙 제24조 제1항). 구두변론을 하지 않으면, 관여재판관은, 주심재판관이 사전에 제출하여 사전에 배포한 소견서와 기록철을 토대로 평의에서 사건의 결론을 내고 그 주요 이유를 확정하는 표결을 한다(규칙 제23조). 구두변론을 할 경우, 소견서평의의 결과는 임시적으로 의견형성을 한 것에 지나지 않고, 사건의 결론을 내고 그 이유를 확정하는 표결은 구두변론 종결 후 일정기간(3개월) 이내에 한다(법 제30조).

둘째 ‘독회평의’(Leseberatung) 단계이다. 주심재판관은 소견서평의의 결과를 토대로 결정문초안을 작성한다. 재판관들에게 결정문초안을 배포하고 재판관들은 주심재판관에게 다시 수정제안을 한다. 주심재판관은 이를 토대로 수정제안을 직접 반영하거나 하나의 대안으로 표기하여 결정문초안을 보완하고 이를 다른 재판관들에게 배포한다. 재판부가 최종 결정문을 확정하는 시기는 결정문초안을 서로 읽어가며 검토하는 독회평의를 할 때이다. 물론 관여재판관이 의견을 변경하고자 할 때에는 선고 전까지 또는 송달을 위한 판결정본 작성 전까지 평의 속개를 요구할 수 있다(규칙 제26조 제1항).

재판부평의에서 사건의 결론을 내고 그 이유를 확정하는 표결방식에 대해 좀 더 검토해 보기로 한다. 표결방식에는 순차표결방식(쟁점별합의방식)과 전체표결방식(주문별합의방식)이 있는데, 순차표결방식은 적법요건과 본안판단에서 문제되는 여러 쟁점에 대하여 관여재판관이 순차적으로 표결하여 결정하는 합의방식을 의미한다. 적법요건판단이 분명하지 않다면 기본적으로 사건은 크게 적법요건판단과 본안

124) Burkiczak, 앞의 책, § 30 Rn. 14.

125) 관련 내용은 Burkiczak, 앞의 책, § 30 Rn. 12, 13 참조.

판단의 2개의 쟁점으로 나누어지고, 구체적으로 적법요건판단과 본안판단 내에서도 각각 여러 개의 쟁점이 제기될 수 있다. 전체표결방식은 위와 같이 개별 쟁점으로 나누어 결정하지 않고 전체적으로 포괄하여 주문에 대한 의견만을 표결하여 결정하는 표결방식이다. 연방헌법재판소법은 표결방식에 관하여 별도로 규정을 두고 있지 않고 법원조직법 제192조 내지 제197조를 준용하고 있다(법 제17조). 개별 사건 유형별 표결방식은 판례와 학설에 맡겨져 있는데, 연방헌법재판소 실무는 위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판 등과 같은 헌법재판절차에서는 쟁점별 표결방식을 적용한다.¹²⁶⁾ 연방헌법재판소는 재판에서 공권력이 기본법의 어떠한 규정에 위배되었는지 확인하여야 하는데, 이는 개별적 쟁점에 대하여 표결하는 쟁점별 표결방식에 의해서만 확보될 수 있다(법 제67조 및 제95조 제1항). 사건에서 여러 법적 문제가 제기되면 주문을 결정하기 전에 원칙적으로 문제들을 차례대로 표결에 부쳐야 한다는 연방헌법재판소규칙조항은 재판소가 쟁점별 합의방식을 원칙으로 한다는 것을 확인한다(규칙 제27조 제2문). 재판소는 원칙적으로 재판부 소속 재판관 6명 이상의 출석과 관여재판관의 과반수의 찬성으로 재판한다(법 제15조 제2항, 제4항). 반면에 형사소송절차와 유사한 성격을 갖는 소송유형인 기본권실효(법 제13조 제1호), 정당의 위헌해산(법 제13조 제2호), 연방대통령(제13조 제4호)이나 법관의 탄핵(법 제13조 제9호)에 관한 헌법재판절차에서는 전체표결방식이 적용된다. 이러한 헌법소송유형의 경우 피청구인에게 불리한 재판을 하기 위해서는 재판부 소속 재판관의 3분의 2이상의 다수가 찬성하여야 한다(법 제15조 제4항).

126) 연방헌법재판소의 표결방식에 관한 자세한 내용은 최갑선, 한국 헌법재판에서의 표결방식에 관한 고찰, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1999, 258-264 참조.

IV. 연방헌법재판소의 심판업무 지원 1 - 사무처

연방헌법재판소법은 연방헌법재판소 사무처에 관해 규율하고 있지 않다. 연방헌법재판소규칙에 따르면 재판소장은 행정사무 배분을 규율하고 특정사무를 사무처장에게 독자적으로 처리하도록 위임할 수 있다(규칙 제14조 제1항). 또한 사무처장은 재판소 행정을 통솔하며 재판소장의 위임을 받아 활동한다(규칙 제15조 제1항). 사무처장은 법관의 자격이 있어야 하며 재판부 사무에서 재판장을 보좌하고 재판장 지시에 전적으로 구속된다(규칙 제12조 제1항, 제2항). 규칙은 재판과 관련 있는 행정결정은 재판소장 스스로 내리도록 하고 있으므로, 사무처장은 일반적으로 통상적인 행정에 속하는 단순사무에 관하여 사무처를 통솔한다(규칙 제14조 제2항).

연방헌법재판소 홈페이지에 등재된 2022. 3. 25.자 연방헌법재판소 행정조직도에 따르면 연방헌법재판소 사무처는 사법행정실, 일반행정실, 전자정보처리/자료편찬/판례발송실, 도서관, 그 밖에 의견·국제관계·번역실, 공보실, 내부감사·부패방지실, 유럽인권재판사무실으로 구성된다.

연방헌법재판소의 재판절차와 가장 밀접한 관련을 가진 사무처 부서는 사법행정실이다. 사법행정실을 중심으로 주요 재판소 행정부서를 소개하기로 한다.¹²⁷⁾ 사법행정부서의 과장이 재판부의 사무를 처리할 때 특히 재판부의 재판장을 보좌한다(규칙 제12조). 사법행정실은 소송우편물 접수 및 분류 사무(Auszeichnung/Verfahrenspost), 일반등록사무(Allgemein Register), 재판부사무(Senatsgeschäftsstellen)를 담당한다.

사법행정실에서는 매년 약 만 건의 청원을 관리한다. 법관자격을 갖춘 일반등록담당관(AR-Referent)이 청원을 분류 및 심사한다. 규칙은 재판부의 장이 사안의 일반등록 여부를 결정하도록 하면서, 우편물 분

127) 연방헌법재판소의 사무처에 관한 소개는 연방헌법재판소 홈페이지에 소개된 내용을 주로 참고하였다. 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgesgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Organigramm_Verwaltung.pdf?__blob=publicationFile&v=19 (최종방문일, 2022. 9. 26).

류 직무에 임명된 법관자격을 갖춘 담당관에게 위임을 할 수 있도록 한다(규칙 제64조 및 제16조). 2021년 12월 기준 2명의 일반등록담당관(AR-Referent)이 12명의 사법보좌관과 함께 매년 약 1만 건의 청원을 처리한다. 대부분의 청원은 연방헌법재판소 관례 등에 대한 질의, 연방헌법재판소 관할에 해당하지 않는 주장이라는 이유 등으로, 명백히 부적법하거나 명백히 인용가능성이 없다는 이유 등으로 일반등록부에 등재되고, 매년 약 3,000건의 헌법소원 등이 사건등록부에 등재된다.¹²⁸⁾ 만약 청원인이 자신의 청원이 일반등록부에 등재되었다는 사실과 그 등재사유에 대한 안내를 받은 후에도 재판받기를 원하면, 해당 사안은 사건등록부에 기재되고 주심재판관에게 전달된다.¹²⁹⁾

일반등록부에 등재되는 청원은 재판소의 행정사무와 무관하고 연방헌법재판소법의 규정상 허용되지 않는 청원이다. 일반등록부에 등재되는 대표적인 청원 사례는 연방헌법재판소 관례, 재판소에 계속 중이거나 종결된 소송절차에 관한 질의이다(규칙 제63조 제1항 제a조). 또한 특정한 소송청구가 아니면서, 연방헌법재판소 관할에 해당하는 사안을 주장하지도 않는 청원이다(규칙 제63조 제1항 제b호). 이러한 청원은 사법행정사무로서 일반등록부에 등재되고 청원내용에 따른 답변을 받는다. 또한 일반등록부에는 헌법소원도 등재될 수 있다. 명백히 부적법하거나 연방헌법재판소관례를 고려할 때 명백히 인용될 수 없어서 심판회부의 대상이 되지 않는 헌법소원의 경우 일반등록부에 기재된다(규칙 제63조 제2항). 특히 청구기간이 도과한 사안이나 보충성원칙에 위배된 사안, 청구대상 공권력이나 침해되는 기본권을 충분히 설명하지 않은 사안이 이에 해당한다.¹³⁰⁾ 그 밖에 재판부의 관할을 즉시

128) Legal Tribune Online 홈페이지: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-am-bundes-verfassungsgericht-arbeiten-verwaltung-jobs-post-protokoll-bibliothek-direktor> (최종방문일, 2022. 9. 26).

129) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

130) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

확정될 수 없는 헌법소원도 일단은 일반등록부 등재 대상이 된다(규칙 제63조 제2항). 실무상 (예컨대 법적청문절차나 상고불허가결정에 대한 항고절차 등) 권리구제절차가 열려 있어 아직 보충성원칙에 위배되는지 여부가 불명확한 헌법소원의 경우 신청이나 직권에 의해 잠정적으로 일반등록부에 등재된다.¹³¹⁾ 전체적으로 볼 때 일반등록부에 등재되는 사안의 절반 정도는 재판부관할이 분명하지 않거나 명백히 인용 가능성이 없는 헌법소원이고, 나머지 절반은 헌법재판소 판례나 계속 중인 소송에 대한 질의와 의견표명이라고 한다.¹³²⁾

한편 사법행정실은 재판부에 관한 사무를 처리한다. 재판부의 사건 기록을 정리·관리하고, 사건정보데이터베이스에 정보를 기록하고 기간 일정 및 심리일정에 관한 사무를 처리한다. 또한 소송 당사자와의 문서처리업무, 사법명령(예컨대 소환), 처분(예컨대 기일지정), 소송당사자에 대한 결정의 공표, 기록열람에 관한 업무를 수행한다. 또한 사법행정실에 속해 있는 사법보좌관(Rechtspfleger)은 비용 및 보상에 관한 업무처리를 하고, 구두변론과 선고의 준비작업에 참여하며, 재판부의 결정문에 대한 교정업무도 담당한다.¹³³⁾

1951년 연방헌법재판소 설립과 동시에 개관한 연방헌법재판소 도서관은 일반에게 공개되지 않는 연방헌법재판소 내부의 전문학술도서관이다. 국가법, 헌법 및 행정법, 국가 및 사회학, 정치학과 현대사 분야의 전문학술도서관을 표방하고 있다. 연방법원도서관에 이어 독일에서 두 번째로 큰 규모의 법률전문도서관이다. 도서관은 약 43만 권의 전문서적을 소장 중이고 소장 도서는 매년 5,000권씩 증가하고 있다. 또한 약 8,000개의 정기간행물을 구독하고 있으며 그 중 국내외 법률 및

131) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

132) Legal Tribune Online 홈페이지: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-am-bundes-verfassungsgericht-arbeiten-verwaltung-jobs-post-protokoll-bibliothek-direktor> (최종방문일, 2022. 9. 26).

133) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

사회과학 정기간행물은 약 450개에 달한다. 도서관은 국내의 헌법을 비롯한 공법학 관련 문헌을 중심으로 소장하고 있으며, 헌법재판에서 중요한 사실관계를 비법학적인 관점에서 평가하는데 도움을 주기 위하여 그 밖에 다양한 분야의 전문서적을 구비한다.¹³⁴⁾ 또한 도서관은 언론기록보관소를 설치하여 재판소와 관련된 언론자료를 보관하고 있다. 도서관은 1951년 이후 매일 30~40개의 신문과 잡지에서 재판소와 관련된 자료를 선별하여 언론기록보관소에 보관하고 있다.¹³⁵⁾ 도서관은 바덴-뷔르템베르크 도서관서비스센터를 통해 소장하고 있는 모든 도서목록, 정기간행물목록과 (1996년 8월 이후의) 논문목록 약 64만 건(그 중 논문은 약 33만 건)에 대한 온라인문헌목록을 제공하고 있다. 일반 대중에게 제공되는 이러한 온라인문헌목록은 독일어권에서 가장 큰 법학관련 온라인문헌목록 서비스 중 하나에 해당한다.¹³⁶⁾ 외부인은 원칙적으로 도서관을 이용할 수 없지만 가끔씩 소수의 승인된 외부인이 이용한다. 헌법연구관은 도서관의 주된 이용자이며 업무에 필요한 많은 문헌을 도서관에 주문한다. 도서관은 헌법연구관의 요청에 따라 논문을 스캔하여 제공하거나 도서를 연구실로 배송해 주기도 한다.¹³⁷⁾

그 밖에 전자정보처리실은 신뢰할 수 있는 정보기술 네트워크를 활용하여 거의 모든 재판소의 소송절차와 재판소 내부의 정보교환을 지원한다. 또한 원활하고 안전한 인터넷 접속과 통신기술의 운용을 통해 재판소가

134) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Bibliothek/bibliothek_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

135) 20여명의 직원이 30~40개의 언론미디어를 평가하고 언론기록물을 관리하고 한다고 한다. 또한 매일 약 50~70개의 헌법재판소 및 헌법재판과 관련된 언론 기사를 발췌하여 정리한다고 한다. Legal Tribune Online 홈페이지: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-am-bundesverfassungsgericht-arbeiten-verwaltung-jobs-post-protokoll-bibliothek-direktor> (최종방문일, 2022. 9. 26).

136) 연방헌법재판소 홈페이지: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Bibliothek/bibliothek_node.html (최종방문일, 2022. 9. 26).

137) Legal Tribune Online 홈페이지: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-am-bundesverfassungsgericht-arbeiten-verwaltung-jobs-post-protokoll-bibliothek-direktor> (최종방문일, 2022. 9. 26).

외부와 접촉할 수 있도록 지원한다. 또한 자료편찬실은 재판소결정과 기타 헌법재판 관련 중요 자료를 기록하고 문서화한다. 자료편찬실에서 편찬한 재판소결정은 유리스(Juris) 법률정보시스템의 데이터베이스에 등재하여 공개된다. 또한 일반행정실은 총무, 공사, 조달, 인쇄, 차량, 재정, 시설관리, 인사, 우편접수, 등재, 보안, 전화교환 등 매우 다양하고 광범위한 일반 행정 업무를 담당한다. 의전실의 주요 업무는 독일의 다른 헌법기관 및 국가기관, 유럽사법재판소, 유럽인권재판소를 비롯한 다양한 외국의 헌법재판기관과의 관계를 유지하는데 있다.¹³⁸⁾ 또한 재판소의 대규모 행사를 조직하고 재판소 결정을 영어로 번역하는 업무를 담당한다.

V. 연방헌법재판소의 심판업무 지원 2 - 헌법연구관제도¹³⁹⁾

1. 헌법연구관의 역사, 법적 근거와 지위

독일 상급법원에서 재판업무를 지원하는 연구관을 두는 것은 오랜 전통을 갖는다. 연구관제도는 이미 프로이센 고등행정법원, 제국재정법원에서 법률지원인력의 형식으로 이미 존재했다.¹⁴⁰⁾ 현재 독일 사법부, 특히 최고 연방법원에서 재판관의 재판업무를 지원하는 연구인력을 두는 것은 특별한 일이 아니다(법원조직법 제193조 제1항 참조).¹⁴¹⁾

138) 1년에 4~5차례 외국의 헌법재판소 대표단이 연방헌법재판소에 방문한다. Legal Tribune Online 홈페이지: <https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-am-bundesverfassungsgericht-arbeiten-verwaltung-jobs-post-protokoll-bibliothek-direktor> (최종방문일, 2022. 9. 26).

139) 이하의 독일의 헌법연구관제도에 관한 정보와 논의는 해당 주제에 관하여 독일문헌 중 가장 상세히 소개하고 있는 최근 문헌인 Hellmann, Organisation des Bundesverfassungsgerichts - Blick in die Box: Zur Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen am Bundesverfassungsgerichts, Rechts und Politik, Beiheft 9 (2021), S. 104 ff.를 주로 참조하여 서술하였다.

140) Scheffczyk, The Role of the Judicial Clerks ant the German Federal Constitutional Court, in: The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016, p. 74.

141) Zuck, Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts, in: Möllers,

따라서 연방헌법재판소도 헌법연구관제도를 두는 것 자체는 논란이 되지 않는다.¹⁴²⁾

1951년 연방헌법재판소설립 당시 처음에는 단 1명의 헌법연구관을 두었는데, 1952년에 6명으로 증가했다. 이 때는 제1재판부만 헌법소원심판 사건을 담당할 때였다. 그러다가 헌법소원심판사건수가 증가하면서 1956년에는 제2재판부도 헌법소원심판사건을 일부 담당하게 되었고 헌법연구관의 수도 크게 증가하였다. 이에 따라 헌법연구관의 수는 1971년에는 21명, 1984년에는 30명, 1995년에는 50명, 2005년에는 62명(전임 연구관 기준, 반일 근무자 포함 65명)에 이르렀고, 2019년에는 67명에 이르고 있다.¹⁴³⁾ 연방헌법재판소 설립 이후 헌법연구관 수의 증가는 헌법소원의 접수건수의 증가량에 비례한다는 평가를 받는다.¹⁴⁴⁾

연방헌법재판소 재판관을 지원하는 헌법연구관에 관한 내용은 헌법재판소법을 비롯한 법률에 규정되어 있지 않다. 헌법연구관에 관하여는 연방헌법재판소법 규칙에 재판관이 배속연구관을 스스로 선임하고 배속 연구관에 대한 근무평가를 하며, 연구관은 직속 재판관의 직무활동을 보좌하며 재판관의 지시에 구속된다는 규정을 두고 있을 뿐이다(규칙 제13조 제1항 및 제2항). 다만, 연방예산안은 일정한 수의 헌법연구관을 예정한 임금을 반영하고 있다(연방예산안 제19장 제42202편 및 제42709편 참조).¹⁴⁵⁾

헌법연구관은 재판부 자체가 아니라 특정한 재판관에게 배속되어

Martin H. W./ van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 1. Auflage, 2016, S. 285.

142) Zuck, 앞의 논문, S. 285.

143) 1956년까지 500건이었던 헌법소원심판접수 건수는 1968년 1,600건, 1976년까지 2,500건, 1978년부터는 부분적으로 3,000건을 넘었고 1991년 4,000건, 1993년부터는 부분적으로 5,000건을 넘었다. 그 후 2006년까지 4,000건 대에서 5,000건 대까지 변동이 있었고, 2010년까지 대체로 6,000건 대를 유지하다가(5,818건에서 6,606건 까지) 2015년부터 2020년까지는 5,000건 대(5,158건에서 5,784건까지)에 머무르고 있다. Zuck, 앞의 논문, S. 286 및 Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 7 참조.

144) Zuck, 앞의 논문, S. 286.

145) Zuck, 앞의 논문, S. 286.

해당 재판관의 지시를 받는다. 헌법연구관 사이에는 공식적으로 위계가 없다. 상대적으로 선임인 연구관이 특히 재판관 간의 권한갈등에 관한 문제를 포함한 행정문제의 처리를 지원한다.¹⁴⁶⁾ 법관, 검사, 공무원 출신 연구관은 소속 기관에서 기간을 정해 연방헌법재판소에 파견하는 형식으로 근무하며, 대학교 구성원 출신 연구관은 (일반적으로 대학에 복귀약속을 받고) 임기제 고용계약에 따라 연방헌법재판소에 근무한다.¹⁴⁷⁾ 파견기간과 고용계약 기간은 6개월의 수습기간을 포함한다. 수습기간 중에는 연구관이나 재판소 모두 이유를 제시하지 않고 즉시 근로관계를 종료시킬 수 있지만, 이러한 조기종료 사례는 매우 드물다.¹⁴⁸⁾ 헌법연구관의 헌법재판소 재직경험은 보통 그들의 미래에 긍정적인 영향을 미친다고 한다.¹⁴⁹⁾

2. 헌법연구관의 선발과 헌법재판관실의 구성

헌법재판관들은 각 헌법연구관 4명과 비서 1명으로 구성된 헌법재판관실을 구성한다. 재판관은 4명의 전속연구관을 직접 선임한다(규칙 제13조 제2항 제1문). 특별한 연구관 채용 공고는 없고, 재판관이 재판관이 되기 전 대학이나 일반법원에 근무할 때 알았던 젊은 연구인력 내지 법관을 직접 선임하거나 다른 연구관이나 주 사법행정 부처의 추천을 받아 선임한다.¹⁵⁰⁾ 공식적인 채용공고를 내지 않으니 채용요건도 알 수 없으나 실무적으로는 당연히 제1차 및 제2차 사법시험에 합

146) Scheffxzyk, 앞의 논문, p. 75.

147) Zuck, 앞의 논문, S. 287; 파견 법관, 검사, 공무원은 각 그들의 원 소속기관으로부터 계속해서 임금을 받지만, 그 임금에 해당하는 비용은 재판소가 자신의 예산으로 상환한다. Scheffxzyk, 앞의 논문, p. 75.

148) Scheffxzyk, 앞의 논문, p. 75.

149) Scheffxzyk, 앞의 논문, p. 76.

150) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 32; Hiéramente, Der Dritte Senat des Bundesverfassungsgerichts - Zur Rolle der wissenschaftlichen Mitarbeiter, ZRP 2020, S. 57.

격할 것이 전제된다.¹⁵¹⁾ 모든 재판관이 전임 연구관 4명을 배정받고, 재판소장은 1명의 연구관을 추가로 배정받을 수 있다.¹⁵²⁾ 특정 시기에 특정 사건을 해결하기 위해 필요한 경우에는 재판관이 1명의 연구관을 추가로 배정받는 경우도 있다.¹⁵³⁾ 시간제 연구관까지 포함하면 항시 약 70명의 연구관이 근무한다. 공무원인 헌법연구관은 헌법재판소에 파견을 오는 형식으로 임용되며, 그 밖의 경우는 임기제 공무원으로 임용된다. 대부분은 2년에서 3년 근무하나 경우에 따라서는 장기근무를 하기도 한다.¹⁵⁴⁾

재판관은 법관, 검사, 변호사 등 모든 법직역에서 연구관을 선발할 수 있다. 대부분의 연구관은 일반법원의 젊은 법관출신인데, 재판관이 담당하는 전문영역에 관한 사건처리 경험이 있는 법관이 선호된다. 연구관 중 다수는 대학교에서 곧바로 오기도 한다. 행정부나 변호사 출신의 법률가는 매우 드물다. 학자출신과 실무가출신 연구관이 재판관실에 섞여 있을 때 효과적이라는 평가를 받는다.¹⁵⁵⁾ 연구관 선발에 있어 헌법학에 관한 전문적인 지식을 갖추고 있는지 여부 보다는 헌법재판관이 재판부 내에서 담당하는 전문영역 분야의 전문성을 갖추고 있는지 여부가 더욱 중요하다.¹⁵⁶⁾

2019년 여름을 기준으로 할 때, 67명의 헌법연구관이 근무한다. 남성 35명, 여성 32명이고 평균 나이는 37.51세다. 44명의 연구관이 박사학위 취득자다. 67명 중 15명은 법관 시보경험만 있다. 18명은 일반법원 법관출신인데 그중 11명은 행정법원, 6명은 사회법원, 2명은 재정법원, 1명은 노동법원 출신이다. 4명은 대학에서 연구경력을 쌓다가 왔다. 8명은 공무원출신인데, 그 중 6명이 검사출신이다.¹⁵⁷⁾ 헌법연구관

151) Hiéramente, 앞의 논문, S. 57.

152) Lenz/Handel, 앞의 책, § 90 Rn. 32.

153) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 74.

154) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 33.

155) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 34.

156) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 75.

157) Hieramente, 앞의 논문, S. 57; 독일 법관과 공무원 중 여성의 높은 비율을 고려

중 법관 시보 경력만 있는 자가 상당한 비중을 차지하고 있고 실무경험이 없는 학자출신도 여러 명 있는 점을 고려할 때, 실무경력과 연구관의 전문적인 능력은 반드시 일치하는 것은 아니라고 평가된다.¹⁵⁸⁾ 명시적인 규정은 없지만 재판관실의 업무처리 방식에 따르면 재판관이나 선임연구관이 개별 연구관에게 사건을 배분할 때 연구관의 이전의 특화된 전문능력을 고려하는 경향이 있다.¹⁵⁹⁾

연방헌법재판소는 헌법재판 실무경험이 부족한 신입헌법연구관을 위한 특별한 교육과정을 마련하고 있지는 않다. 일반적으로 신입헌법연구관은 취임 후 대략 3개월에서 6개월에 걸쳐 스스로 헌법재판 관련 문헌과 연방헌법재판소 결정례를 통해 헌법재판의 실무적인 내용을 집중적으로 연구한다.¹⁶⁰⁾ 또한 매년 헌법연구관의 업무능력 및 연구역량을 강화하기 위해 연구관들이 자체적으로 ‘헌법연구관 해외연수’를 계획하고 추진한다.¹⁶¹⁾ 동 연수는 모든 연구관을 대상으로 자비연수를 원칙으로 진행되며 매년 주요 국가의 헌법재판기관을 1주일간 공식 방문한다.

3. 헌법연구관업무와 헌법소원의 처리

매년 연방헌법재판소에 접수되는 수천 건의 헌법소원 중 대부분은 지정재판부에서 결정된다.¹⁶²⁾ 지난 10년 간(2011-2020년) 매년 5,600여 건에서 6,600여건의 헌법소원이 제기되고 있는데 그 중 재판부에서 결

할 때, 여성연구관의 수가 지속적으로 50%를 밑돌고 있는 상황에 대하여, 보통 20대 후반에서 40대 초반인 연구관의 나이를 고려할 때 여성연구관은 가족과 관련된 사유로 연구관직 지원에 소극적인 것으로 보는 견해가 있다. Scheffrzyk, 앞의 논문, 75면.

158) Hieramente, 앞의 논문, S. 57

159) Hieramente, 앞의 논문, S. 57

160) 이세주, 앞의 논문, 279면.

161) 이세주, 앞의 논문, 279면.

162) Lenz/Hansel, § 90 Rn. 70.

정하는 사건은 매년 8건에서 16건에 불과하고, 매년 4,700여건에서 5,900여건의 사건은 지정재판부에서 결정한다.¹⁶³⁾ 지정재판부의 헌법 소원처리는 재판소의 업무량 중 가장 큰 비중을 차지한다.¹⁶⁴⁾ 연방헌법재판소의 관할 중에서 지정재판부가 관할하는 소송절차는 헌법소원심판(법 제93a조)과 구체적 규범통제(법 제81a조)와 이 두 유형의 소송절차와 관련된 가처분(법 제32조)에 국한된다. 그 밖의 다른 소송절차, 그리고 지정재판부 관할이 아닌 헌법소원심판(법 제93b 제2문, 제93c조 제1항 제3문)과 구체적 규범통제(법 제81a조)에 대하여는 예외 없이 재판부가 관할한다.

가. 재판관실 내 헌법연구관의 사건배당과 소견서의 작성

접수된 사건의 주심재판관이 사건기록을 받으면, 재판관이 직접 또는 경우에 따라서는 선임연구관이 재판관실 내의 헌법연구관에게 사건을 배당한다. 사건은 명단순서에 따라 수학적으로 정하는 방식과 특정 범영역에 대한 헌법연구관의 전문적인 능력을 모두 고려하여 배당한다. 재판관이 사건배당을 하는 초기에 사건의 처리에 대한 특별한 지침을 주는 경우도 있지만, 보통은 연구관이 자유롭게 배당받은 사건에 대해 자유롭게 소견서를 작성한다.¹⁶⁵⁾

소견서 작성은 헌법연구관의 주 업무이다. 지정재판부의 재판(규칙 제40조 제1항)과 재판부의 재판(규칙 제23조 제1항 제1문)은 모두 주심재판관의 소견서를 기초로 진행된다.¹⁶⁶⁾ 개별 소송기록과 소송기록에 첨부된 주요 인용 문헌 및 판례는 재판에 관여하는 재판관이 사건을 파악할 수 있는 재판의 기초자료다. 소견서는 일반적으로 사건의 중요한 사실관계, 헌법과 법률에 근거한 청구인의 주장, 사건의 해결을

163) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 7, 9.

164) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 76

165) Scheffczyk, 앞의 논문, 76면

166) Lenz/Hansel, 앞의 책, §90 Rn. 53.

위한 제안과 이를 뒷받침하는 법적 논증으로 구성된다. 기본적으로 발간된 연방헌법재판소(재판부) 결정집에 수록된 결정내용과 동일한 구조이다. 소견서의 서술분량과 범위는 각 소송에서 제기된 사실적 및 법적 쟁점, (경우에 따라서는) 원심법원 사건과 헌법소송청구서(내지 제청서)의 내용과 범위에 달려 있다. 지정재판부사건의 소견서 분량은 2면에서 100면에 이르기까지 다양하지만, 기본적으로 지정재판부사건의 소견서는 재판부사건 소견서보다 그 분량이 적다. 가령 기간도과처럼 명백히 인용가능성이 없는 일부 소견서는 한두 장에 불과하기도 하다.¹⁶⁷⁾ 이에 반해 재판부사건의 경우 박사학위에 버금갈 정도로 수준이 높고 범위가 포괄적인 소견서가 적지 않다.¹⁶⁸⁾

일부 재판관실에서는 헌법연구관이 지정재판부사건 소견서를 전적으로 작성하고, 일부 재판관실에서는 재판관이 지정재판부사건의 소견서 작성에 참여한다. 사건의 서술범위는 사건의 복잡성 뿐만 아니라 재판관의 선호에 따라 좌우되기도 한다.¹⁶⁹⁾ 재판관이 헌법연구관의 참여 없이 재판부사건의 소견서를 단독으로 작성하는 일도 예외적인 경우이지만 있다.¹⁷⁰⁾

접수된 사건의 처리순서는 각 재판관실에서 합의한 기준에 따른다. 사안의 긴급성(특히 긴급 절차에서), 문제되는 기본권·헌법 침해의 중대성, 즉시 인식 가능한 인용가능성, 청구인이 특별한 방식으로 공권력에 종속될 수 있는 기본권에 민감한 영역에서 최대한 신속한 결정의 필요성, 명백히 부적법한 청구나 제청, 재판부사무와 무관하고 법률상 허용되지 않는 청원으로 일반등록기록부에 기재된 사항(규칙 제63조 제1항)은 특히 신속하게 처리될 수 있다.¹⁷¹⁾ 청구인이 동일한 사건의 경우 대

167) Korner, Der Dritte Senat, LTO Karriere 2012. 10. 30자 기사, LTO Karriere 홈페이지: <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/jobprofil-wissenschaftlicher-mitarbeiter-am-bundesverfassungsgericht> (최종방문일: 2022. 8. 20).

168) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 64

169) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 77.

170) Hellmann, 앞의 논문, S. 104.

171) Hellmann, 앞의 논문, S. 104.

부분 모든 사건들을 매번 새롭게 처리하지 않고 한꺼번에 또는 즉각 순차적으로 처리한다. 재판관실의 사건처리순서에 관한 지침은 전적으로 지정재판부 사건에 한하여 적용한다. 재판부 사건의 경우 각 연구관은 원칙적으로 하나씩 사건을 집중적으로 처리한다.¹⁷²⁾ 재판부사건 소견서 하나를 작성하는데 몇 달, 때로는 일년 내내 걸리기도 한다.¹⁷³⁾ 처리하지 못한 남은 사건들은 점차 다른 연구관에게 재분배된다.

나. 불회부결정 또는 회부결정에 따른 송달

지정재판부 헌법소원심판사건에서 주심재판관은 소견서에서 (사건이 부적법하거나 이유가 없다는 결론에 이를 경우) 불회부결정을 제안하거나 (적법하고 이유가 있다는 결론에 이를 경우) 사건 신청서를 사건 관계인에게 의견표명의 기회를 주기 위해 송달할 것을 제안한다. 불회부결정을 제안할 경우 소견서에 불회부결정 초안이 첨부된다. 송달을 제안할 경우 소위 송달소견서를 작성하고 거기에 소위 송달처분초안이 첨부된다.¹⁷⁴⁾

헌법연구관은 소견서를 준비할 때, 모든 사건기록의 내용이 - 요약된 형태라도 - 실제로 전달되는지를 확인한다. 재판관이 사건기록을 한 장씩 처음부터 끝까지 넘겨 가며 살펴보지 않더라도 가능한 사건기록을 종합적으로 파악할 수 있어야 한다. 예컨대 헌법소원사건의 경우 재판관은 전체 사건기록을 모두 읽지 않더라도, 청구접수일, 법원 선고일, 법원재판의 논거, 법원 판결문 송달일 등을 신속하게 파악할 수 있어야 한다. 사건에 관한 설명에서 문제가 되는 것은 사전 권리구제절차

172) Hellmann, 앞의 논문, S. 104.

173) Komer, Der Dritte Senat, LTO Karriere 2012. 10. 30자 기사, LTO Karriere 홈페이지: <https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/jobprofil-wissenschaftlicher-mitarbeiter-am-bundesverfassungsgericht> (최종방문일: 2022. 8. 20).

174) 이하 불회부결정 또는 회부결정에 따른 송달 관련 내용은 Hellmann, 앞의 논문, S. 105-107 참조.

의 완전한 경우 등 적법요건 판단을 위해 입증할 수 있는 정보가 부족한 경우이다. 그러한 경우 헌법재판관이 전체 사건기록을 읽어야 하는 것이 아니라면, 사건기록의 내용을 빠짐없이 소견서에 기재함으로써 사건기록 내용이 소견서에 누락되는 일이 없도록 해야 한다.

헌법연구관이 소견서와 결정제안을 작성한 후, 인용한 참고문헌과 판례 및 사건기록과 함께 재판관에게 제출하면, 재판관은 이를 검토한다. 모든 사건기록에 연속된 쪽번호를 매기고, 사건기록과 관련된 소견서의 모든 내용에 관련 문헌과 사건기록 해당 부분의 쪽번호를 기재하여 재판관이 쉽고 빠르게 기록을 참조할 수 있도록 한다. 전직 재판관인 베켄퍼르테 교수는 재판관 1인당 사건을 처리하는데 필요한 시간과 처리해야 할 사건을 수치화함으로써 헌법재판소 사건을 처리하는데 재판관이 감당할 수 있는 업무의 한계에 도달했다는 것을 설명한 바 있다.¹⁷⁵⁾ 재판관은 위와 같은 연구관의 지원을 통해 업무부담을 크게 덜고 짧은 시간 안에 지정재판부사건을 처리할 수 있게 된다.

재판관이 소견서를 수정하고자 할 때는 직접 수정하거나 연구관에게 수정을 지시한다. 이러한 수정절차는 사건에서 문제된 쟁점의 범위

175) 한 재판부에 평균 30건의 재판부사건과 약 2,400건의 지정재판부사건이 있을 경우(1999년도 기준) 8명으로 구성된 재판부에서 재판관 1명은 연간 약 304건의 주심을 담당하게 되고(2,430건/8명), 재판관 1명은 (3명으로 구성된 지정재판부에서) 다른 2명의 재판관이 주심을 담당한 지정재판부 사건(600건)도 함께 결정하게 되므로 결국 재판관 1명은 약 900건의 사건을 함께 결정하여 처리한다. 베켄퍼르테 전 재판관이 자신의 경험을 토대로 한 계산에 따르면, 연간 222일의 근무일(5일씩 52주=260일, 그 중 공휴일과 휴가기간을 제한 일 수) 중 120일은 재판부 평의시간과 평의를 준비하는데 필요한 시간이고, 나머지 102일은 지정재판부 사건과 주심을 맡은 재판부 사건의 소견서 및 결정문초안 준비에 필요한 시간이라고 한다. 이 102일 중 만약 한 재판관이 1년에 양호한 3개의 재판부 사건 주심을 맡아 처리한다면, 최소한 70일이 소요되고(한 건 당 소견서 작성에 15일, 결정문 초안 작성에 5~6일), 특별회의와 행정업무에 필요한 시간은 약 8일 소요된다고 한다. 그렇다면 102일 중 재판관 1명당 약 900건의 지정재판부 사건을 처리할 수 있는 시간은 24일(102일에서 78일을 제한 일 수)에 불과한데, 이는 한 재판관이 하루 8시간씩 쉬지 않고 업무를 한다고 해도 지정재판부 사건 1개에 할애할 수 있는 시간이 128분 밖에 안된다는 충격적인 결론에 이른다. Lamprecht, Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?, NJW 2001, S. 419-420.

와 난이도에 따라 수회에 걸쳐 반복될 수 있다. 일반적으로 소견서에는 집필 연구관 이름이 기재되어 있다. 일부 재판관실에서는 주심 재판관 이름만 기재하기도 한다. 재판관이 직접 소견서를 집필한 경우에는 당연히 재판관 이름만 기재된다. 재판관이 자기 이름을 소견서에 기재된 집필연구관의 이름에 부기할 경우 누가 어느 범위에서 소견서를 작성하고 수정했는지에 대하여 부분적으로 알아차릴 수 있다. 아마도 사소하게 수정한 경우 재판관 이름을 이니셜로만 표기하겠지만, 포괄적인 수정은 재판관 성과 이름을 모두 표기하거나 연구관 이름 대신 재판관 이름만 기재한다. 후자의 경우는 연구관이 집필한 소견서가 광범위하게 수정되어서 재판관이 거의 새롭게 작성한 경우에 해당하나 실제로 이런 일이 자주 발생하지는 않는다.

이해관계인에게 신청서를 송달할 경우 재판관은 심사를 거쳐 송달 소견서(Zustellungsvotum) 및 송달처분서(Zustellungsverfügung)에 서명한다. 지정재판부의 경우 일반적으로 원심절차를 행한 법원 및 관청의 관할 주 법무부장관이나 주 수상에게만 송달되고 의견서가 요청된다(연방법원이 원심법원인 경우 연방 법무부장관 및 연방정부에게 송달한다). 이러한 소위 ‘작은 송달’절차는 주심재판관이 직접 진행한다(규칙 제40조). 헌법연구관은 이해관계인에게 받은 의견서와 원심절차 기록을 기존의 송달소견서에 첨부한다. 기록내용, 의견서와 사실확인서까지 고려했을 때, 헌법소원청구가 적법하고 이유가 있다고 판단한다면, 주심재판관은 송달소견서에 인용결정초안을 첨부하는 방식으로 인용소견서를 구성한다. 헌법소원이 적법하고 이유 있다고 했던 잠정적 판단이 변경되었다면, 송달소견서에 불회부결정초안을 첨부하는 방식으로 불회부소견서를 구성한다.

사전에 송달을 하지 않은 불회부결정은 원칙적으로 이유가 불지 않지만(법 제93d조 제1항 제3문), 송달을 한 경우 지정재판부는 이해관계인에게 청구서를 송달했음에도 불구하고 불회부결정을 한 이유를 원칙적으로 불회부결정문에 설시한다. 이러한 이유설시를 통해 지정재판부는

처음에는 적법하고 이유 있는 것으로 보였던 헌법소원사건을 왜 전원합의체에 회부하지 않게 되었는지 그 이유를 청구인에게 알려준다.

다. 지정재판부 회람과 결정

주심재판관이 소견서의 수정을 더 이상 원하지 않을 경우, 소견서와 함께 인용 문헌 및 판례, 관련 결정초안, 원심절차의 사건기록을 포함한 개별 사건기록을 지정재판부 재판관에게 회람시킨다(소위 지정재판부 회람).¹⁷⁶⁾ 주심재판관은 후임재판관부터 시작해서 선임재판관 순으로 사건 소견서와 첨부문서를 회람시킨다. 지정재판부 재판관들이 함께 모여 지정재판부 사건을 구두로 논의하는 일은 예외에 해당한다. 이유가 붙지 않는 결정보다는 이유가 붙은 결정에 대해 회람할 경우 논의가 많아진다. 지정재판부의 결정은 만장일치로 한다(법 제93d조 제3항 제1문). 한 지정재판부를 구성하는 3명의 재판관이 전원일치로 결정하지 않을 경우, 지정재판부 사건은 재판부가 결정한다(규칙 제40조 제2항).

4. 헌법연구관업무와 재판부(Senat)의 소송절차

재판부는 주심재판관의 재판부소견서에 기초하여 사건을 재판한다(규칙 제23조 제1항 제1문). 그러한 재판부소견서(Senatsvotum)는 재판관이 (일반적으로 사건에 관한 개별쟁점에 대한 연구관의 선행연구의 도움을 받아) 직접 작성하거나 연구관이 재판관과의 긴밀한 협의를 통해 작성한다. 재판부소견서는 당해 사건에 대한 지정재판부소견서(불수리 또는 인용)로부터 출발한다.

176) Hellmann, 앞의 논문, S. 107 f.

가. 송달소견서의 작성

재판부 소송절차에서 송달은 의무이며, 송달소견서(Zustellungsvotum)를 작성함으로써 재판부 소송절차가 시작된다.¹⁷⁷⁾ 연구관이 재판부 소송절차의 사전준비를 담당하게 되면, 미리 소송절차의 준비 시기와 사건처리에 대한 접근방식 또는 특히 고려되어야 할 사항에 대하여 논의한다. 사건을 담당하게 된 연구관은 준비단계에서 종종 단독으로 사건에 대한 법적 평가를 수행하기 전에 사건에 대한 가능한 포괄적이고 좋은 인상을 줄 수 있는 상세한 사실보고서(Sachbericht)를 작성한다. 또한 개별 사건기록내용을 쉽게 참조할 수 있도록 재판부소견서 내용에 관련 사건기록의 쪽수를 표기한다.

재판관은 사실보고서 초안을 직접 작성하지 않는 대신 연구관이 작성한 초안을 철저히 읽고 경우에 따라서 사실보고서의 수정을 지시한다. 그 다음 연구관은 (또는 재판관이 직접) 사건에 대한 일차적인 법적 평가를 시작한다. 사건보고서와 일차적인 법적평가서는 각 재판부의 장에게 사건을 재판부절차로 진행시켜야 하는 이유와 (경우에 따라서는) 이해관계인 송달 시 질의해야 할 사항을 간결하고 이해하기 쉽게 보여주는 역할을 한다.

재판부절차에서의 송달은 각 재판장이 주심재판관의 제안에 따라 행한다(규칙 제22조 제2항). 지정재판부의 송달(소위, ‘소송달’[小送達])에 비하여 그 범위가 확연히 광범위하기 때문에 ‘대송달’(大送達)이라고 한다. 송달소견서에는 상응하는 송달처분서가 첨부된다.

헌법연구관은 재판관과 긴밀한 협의 하에 송달소견서를 작성한다. 송달소견에 관한 논의가 계속되고, 송달처분서와 사건관련질의를 송달소견에 부합되도록 조정된다. 예외적으로 송달을 하지 않을 경우 재판부소견서에 (불회부, 부적법, [법 24조에 따른] 거부 판단을 한) 결정초안이 첨부된다.

177) 송달소견서 작성 관련 내용은 Hellmann, 앞의 논문, S. 107 f, 참조.

나. 이해관계인 의견과 응답의 첨부

재판부절차에서의 송달의 경우 보통 상당한 분량의 상세한 의견, 응답과 (경우에 따라서는) 원심절차에서 참조한 기록까지도 받게 되는데, 헌법연구관은 이를 송달소건서에 적절히 추가한다.¹⁷⁸⁾ 주심재판관의 재판부소건서는 이러한 송달소건서를 기초로 구성된다(규칙 제23조 제1항 제1문). 이해관계인 의견 및 응답을 추가하여 종합하는 작업은 상당한 노력이 수반되는 일이다. 연구관의 핵심적인 지원업무 중 하나는 소송사건을 가능한 간명하고 명확하면서도 필요한 만큼 상세하게 준비하는 일이다. 모든 의견이 접수된 후 상당히 광범위한 소송기록에 그 내용을 신속하고 정확하게 확인할 수 있도록 목차를 붙인다.

다. 평의의 기초로서 재판부소건서의 작성

이해관계인 의견 및 원심법원 소송절차의 기록 내용에 따라 보완된 송달소건서를 토대로 최초의 사실보고서를 수정한 다음에야, 비로소 법적 평가가 담겨 있는 온전한 재판부소건서가 작성된다.¹⁷⁹⁾ 재판부소건서 작성 전에 이미 헌법연구관과 재판관은 긴밀한 협의하에 사건처리의 방향과 개별쟁점을 논의하고, 그 과정에서 그 방향과 쟁점이 점차 분명해진다. 헌법연구관과 재판관은 여러 차례 만나서 견해를 나누며, 그 과정에서 상호간에 소건서 일부를 주고받으며 검토한다.

재판관이 최종 수정을 거친 후에 재판부소건서 준비가 완료되었다고 확신하면, 그는 소건서에 서명을 하고 모든 재판부 구성원에게 소건서 사본을 배부한다. 재판부소건서에는 사건의 소송기록, (경우에 따라서는) 원심법원 소송기록(규칙 제23조 제1항 제2문)과 소건서에 인용된 전체 문헌 및 판례 중 참조부분을 분류한 서류철이 첨부된다. 첨

178) 이하 ‘이해관계인 의견 등’ 관련 내용은 Hellmann, 앞의 논문, S. 109 참조.

179) 이하 ‘재판부소건서 작성’ 관련 내용은 Hellmann, 앞의 논문, S. 109 f. 참조.

부서류철은 알파벳이나 시간순으로 정렬된 완전한 목차가 있고, 내용별로 경계가 분류되어 있다. 또한 전자적으로도 상응하는 내용이 일목요연하게 개별 하위서류철에 정리되어 있다.¹⁸⁰⁾

지정재판부사건과는 달리 재판부절차의 경우 서면회람에 의한 평의절차(Umlaufverfahren)가 없다. 재판부는 원칙적으로 그때그때 평의일에 모여 사건에 관한 구두 평의를 한다. 구두 평의를 준비하기 위해 재판관은 소견서, 사건기록과 첨부문서를 철저히 검토하고 자신의 견해를 표기한다. 재판관 평의에 연구관은 참여할 수 없다(규칙 제25조). 평의과정에서 논의된 소견서 수정사항에 대하여는 재판관이 연구관에게 전달하여야 한다. 이러한 절차진행 중에 재판관이 평의에서 논의된 수정사항을 직접 수정하는 경우도 빈번하다. 소견서의 수정범위는 사건마다 상이하다. 사건 소견서의 결론에 대략적인 합의에 이른 경우에는 사소한 수정사항만 있고, 커다란 반대에 부딪히는 경우에는 광범위하게 수정하거나 아예 새로 작성하는 경우도 있다. 개별문제에 대한 다른 재판관의 이견메모는 원칙적으로는 재판부 평의 중에 회람되지만, 부분적으로 평의 이전에 회람되기도 한다. 이러한 메모는 여하튼 구두 평의 중에 논의되고 경우에 따라서는 소견서에 이견메모의 내용이 삽입되기도 한다. 일반적으로 사소한 수정은 재판관이 직접 하지만, 광범위한 수정은 재판관과 연구관이 긴밀한 협의하에 이루어진다.

라. 구두변론과 결정문초안

재판부는 평의과정에서 사건에 대한 구두 변론을 실시해야 할지 여부를 결정한다.¹⁸¹⁾ 이 경우 주심재판관은 연구관과 긴밀한 협의 하에 구두변론을 준비한다. 사건에 대한 결정문초안이나 (구두변론이 열린

180) 재판부소견서는 최대 1,000면에 달하며, 수백 개의 첨부문서가 포함된 수십 개의 문서철에 의해 보충된다. Scheffczyk, 앞의 논문, p. 77.

181) 이하 '구두변론 및 결정문 초안' 관련 내용은 Hellmann, 앞의 논문, S. 111 참조.

경우) 판결문 초안은 평의와 구두변론을 통해 얻은 인식을 기초로 주심재판관이 직접 작성하거나 연구관이 주심재판관의 긴밀한 협의 하에 작성한다. 완성된 초안은 주심재판관이 서명한 후 다른 재판부 구성원에게 전달한다.

다른 재판관이 결정문초안에 대해 수정을 요청할 경우 주심재판관에게 문서로 제시하고 소위 독회평의(Leseberatung)에서 주요 수정요망사항에 대하여 논의한다. 이때 비서관은 연구관과의 긴밀한 협의하에 수정요망사항 및 재판관메모가 포함되어 있는 초안의 통합버전(소위 원결정문[Urschrift])을 작성한다. 독회평의에 따른 결론은 수정요망사항 및 메모를 포함하고 있는 원결정문의 내용에서 벗어나지 않는다. 재판관이 서명한 독회평의의 원결정문은 완성된 결정문의 토대가 된다. 모든 인용부분은 사법보좌관(Rechtspfleger)에 의해 한번 더 검토된다. 사무처는 결정문을 경우에 따라서는 비서실과의 긴밀한 협의 하에 (항상 3명이 결정문을 독회하는데 그중 1명이 소리 내서 읽는 방식으로) 교정한 후 결정문으로 완성한다(법 제25조 제2항). 판결의 경우 구두로 선고한다(법 제30조 제1항 제3문).

5. 헌법연구관제도에 대한 평가

가. 헌법연구관제도의 법률적 근거

연방헌법재판소법은 연구관에 관한 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 헌법연구관제도가 법률상 근거도 없다는 비판이 제기된다.¹⁸²⁾ 연구관이 공무원인 보조인력으로 결국 연방의 예산안에 따른 인건비규정에서 그 근거를 찾을 수 있기 때문에, 법률상 근거가 반드시 요청되지 않는다는 견해도 일부 있지만, 위와 같은 비판은 지속되고 있다.¹⁸³⁾

182) Zuck, 앞의 논문, S. 1656; Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 38.

183) 이에 대해서는 Hellmann, 앞의 논문, S. 114 Fn 57에 기재된 문헌 참조.

법원조직법에 따르면 법원이 고용한 연구보조인력(Wissenschaftlichen Hilfskräfte)이 법원 평의에 참여할 수 있고(법원조직법 제193조 제1항), 연방헌법재판소법은 법원조직법을 준용하고 있으므로(법 제17조), 헌법연구관도 재판소 평의에 참여할 수 있다는 준용 가능성이 법률상 열려 있지만 연방헌법재판소는 이를 준용하고 있지 않다.¹⁸⁴⁾ 연구관에 관한 명시적인 언급은 연방헌법재판소규칙 제13조에 있다. 이에 따르면 재판관은 자신의 지시에 구속되어 직무활동을 보좌할 전속연구관을 스스로 선임하고, 전속연구관의 근무평가도 담당한다(규칙 제13조 제1항 및 제2항). 재판부의 재판장은 헌법연구관의 근무에 대해 독자적인 평가를 추가할 수 있다(규칙 제13조 제2항).

지난 수 십년 동안 지속적인 비판이 제기되었음에도 헌법연구관의 업무에 대한 법률적 근거는 마련되지 않았다.¹⁸⁵⁾ 부분적으로 이러한 법률적 근거의 부재가 기본법 제92조(“사법권은 법관이 행사한다”), 제101조 제1항 제2문(법률에 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리)과 제97조 제1항(법관의 독립성)에 위배되는지 여부가 논란되기도 하였다. 이에 대하여는 헌법재판관은 법률에 정한 법관이므로(기본법 제101조 제1항 제1문), 연방헌법재판소에서 재판은 오로지 헌법재판관만 행사하므로(기본법 제92조), 헌법재판관의 독립성(기본법 제97조 제1항)에 대해서만 문제된다.

헌법연구관은 연방헌법재판소에서 재판을 위한 예비업무를 수행할 뿐이고 실제로 재판관의 재판업무를 수행하는 것은 아니므로 연구관의 업무가 헌법재판관의 독립성을 침해한다고 볼 수는 없다. 다만 이와 같은 헌법적 문제가 없다고 해서 그것이 바로 연구관업무에 대한 법률적 규율이 필요 없다는 것을 의미하지는 않는다. 가령 입법자는 연방헌법재판소규칙 제13조의 내용을 연방헌법재판소법에 넣을 수 있다. 연구관의 지위, 자격과 업무에 관한 규정을 법률에 두면, 연방헌법

184) Hellmann, 앞의 논문, S. 114.

185) 이러한 비판에 대하여는 Zuck, 앞의 논문, S. 1656 f.

재판소에서 연구관이 수행하는 광범위한 업무가 직접 정당화된다. 또한 연구관이 법률에 규정되어 있지 않음에도 재판관이 요청하는 업무를 광범위하게 수행하는 회색지대에 숨겨져 있다는 비판에서 벗어날 수 있고 연구관이 실제로 재판업무를 직접 수행한다는 오해도 불식시킬 수 있다.¹⁸⁶⁾

나. 헌법연구관 채용방식

재판관이 스스로 연구관을 선임하도록 하는 현행 연구관채용방식에 대하여는, 가령 재판소장에 의한 중앙적인 공개채용절차와 같은 개혁방안에 관한 논의가 있었다. 특히 현행 연구관 채용현황을 보면, 연구관의 출신주에 대한 지역적 안배가 전혀 이루어지고 있지 않은 부분(서독지역에 치중되어 있음)이 연방국가체계 하에서 부적절하다는 이유로 현행 채용방식을 비판하는 견해가 있었다.¹⁸⁷⁾ 중앙채용방안에 대하여는 재판소장이(다른 최고법원들의 경우와 마찬가지로) 원칙적으로 재판관들의 희망을 고려해서 임용한다면 실무적으로 재판관이 직접 연구관을 선임하는 것과 차이가 없을 것이고, 현행 채용방식이 구성원 상호간에 긴밀한 협력과 신뢰를 통한 재판관실을 성공적으로 운용하는데 유리하다는 점을 들어 반대하면서 현행 채용방식을 유지해야 한다는 견해도 있다.¹⁸⁸⁾ 또한 현행 채용방식을 유지해야 한다는 입장에서 중앙채용방식이 연구관직처럼 단기직으로 운용되는 직무에 요청되는지, 출중한 능력과 경력을 지닌 인적자원을 재판소에 묶어두는 것이 바람직한지에 대한 문제를 제기하기도 한다.¹⁸⁹⁾

186) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90 Rn. 38; Hellmann, 앞의 논문, S. 115.

187) Hiéramente, 앞의 논문, S. 57

188) Hellmann, 앞의 논문, S. 102-103.

189) Hellmann, 앞의 논문, S. 103.

다. 헌법연구관 정보의 투명성

연방헌법재판소 연구관의 업무는 외부적으로 거의 드러나지 않는다. 물론 연구관은 예컨대 다른 주 헌법재판소에 방문하거나 학술대회에 참가하여 연구관 업무에 관해 발표할 수도 있고, 재판소 방문자를 안내하는 역할을 하기도 한다. 그러나 연구관은 재판관과는 달리 연방헌법재판소 홈페이지에 사진과 약력이 게시되지 않는다. 이에 대하여는 연구관 스스로 자신들을 ‘제3의 재판부’로 지칭할 만큼 연구관이 하는 업무의 중요성과 의미에 비추어 연구관 정보의 투명성이 요청되므로, 연구관과 연구관조직에 관한 정보가 재판소 홈페이지에 게시되어야 한다는 비판이 제기되기도 한다.¹⁹⁰⁾ 이러한 비판에 대하여는 연방과 지방의 입법부, 행정부도 각 기관의 연구인력에 관한 정보를 각 기관 홈페이지에 게시하지 않고 법원도 법원장 등을 제외하고 일반 법관에 관한 정보를 게시하지 않는 것이, 완전히 일반적인 상황이고, 연방헌법재판소 연구관도 여기서 벗어나지 않는다고 한다. 따라서 헌법기관으로서 연방헌법재판소의 중요성을 고려하더라도 재판의 주체인 재판관들에 관한 인적 정보만 홈페이지에 게시되는 것으로 충분하고 헌법연구관에 관한 인적 정보로 확장 시킬 필요는 없다는 반론이 설득력 있게 제시된다.¹⁹¹⁾

라. 헌법연구관의 영향력

헌법연구관이 연방헌법재판소의 재판에 미치는 영향이 개별사건에서 재판관에게 허용된 정도와 같은 정도로 크거나, 재판관이 헌법연구관에게 자신의 권한을 위임하는 것으로 추정하면서 이러한 위임이 국민의 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한다는 비판이 제기된다.¹⁹²⁾

190) Lenz/Hansel, 앞의 책, § 90. Rn. 41.

191) Hellmann, 앞의 논문, S. 113

192) 이러한 비판에 대하여는 Scheffxzyk, 앞의 논문, p. 77; Hellmann, 앞의 논문, S. 116 참조.

재판관이 엄청난 양의 사건을 처리하기 위하여는 헌법연구관의 지원이 필요하다는데 대하여는 논란이 없다. 개별 헌법연구관이 재판관의 결정에 미치는 영향은 주심재판관을 포함한 재판관이 헌법연구관이 작성한 소견서에 어느 정도 동의하는지 여부에 달려 있다. 실무상 재판관이 헌법연구관의 소견서를 실제 심사하는 강도는 납득가능성통제(Plausibilitätskontrolle)에 그치는데, 다수의 간단한 지정재판부 사건의 경우, 재판관은 헌법연구관의 능력을 신뢰하고 헌법연구관의 의견에 따르는 경우가 많다.¹⁹³⁾ 경우에 따라서 헌법연구관은 자신이 작성한 소견서의 내용에 따라 특정한 법적 쟁점에 대해 재판관을 설득하기도 한다. 이러한 헌법연구관의 사건처리에 대한 관여는 재판관이 허용한 자율성의 범위 내에서 이루어진다.¹⁹⁴⁾ 헌법연구관의 의견에 동의할지 여부에 대하여 재판관은 스스로 결정을 내리며, 재판관이 헌법연구관이 제안한 의견에 동의하지 않는 경우도 빈번하다. 또한 재판부사건의 경우에는 주심재판관이 헌법연구관에게 상세한 지침을 주는 경우가 빈번하므로 헌법연구관의 영향은 상대적으로 작아진다. 헌법연구관은 사건의 평의과정에 참여할 수 없으며, 평의의 준비작업만 할 수 있을 뿐이다. 주심재판관과 다른 재판관들은 평의과정에서 개별 사건에 대해 면밀히 논의하는 과정에서 헌법연구관은 개입할 수 없다.¹⁹⁵⁾

결국 헌법연구관의 사건처리에 대한 관여도 재판관이 허용하는 범위 내에서 이루어지는 것이고, 사안별로 사건에 대한 결정을 하고, 결정문에 서명함으로써 최종적인 책임을 지는 것은 재판관이다. 연방헌법재판소 헌법재판관과 헌법연구관은 위와 같은 논거로 헌법연구관의 헌법재판에 대한 관여가 국민의 법관을 받을 권리를 침해한다는 견해를 강력히 반박한다.¹⁹⁶⁾

193) Lenz/Hansel, § 90 Rn. 38.

194) 따라서 개별 재판관의 업무처리방식에 따라 헌법연구관의 사건처리에 관한 자율성의 범위가 달라질 수 있다. Hellmann, 앞의 논문, S. 116.

195) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 78.

196) Scheffczyk, 앞의 논문, p. 78.

마. 헌법연구관 증원

헌법연구관이 실제로 충실하게 작성할 수 있는 소견서의 건수가 제한적임을 고려할 때, 헌법연구관의 지원으로 사건을 처리하는 재판관도 머지않아 사건처리에서 한계에 봉착할 것이므로, 헌법연구관 수를 늘려야 한다는 논의가 계속되고 있다.¹⁹⁷⁾ 사실 1996년 당시 연방헌법재판소의 업무경감을 위해 위원회가 연방법무부에 제출한 보고서에 따르면, 연방헌법재판소의 업무경감을 위하여 당시 3명 이었던 각 재판관에 배속된 헌법연구관을 4명 또는 5명으로 증원할 것을 제안하고 있었다.¹⁹⁸⁾ 현재의 실무관행은 위 보고서 제출 당시 보다 1명씩 증원된 4명의 헌법연구관이 각 재판관마다 배속되어 있다.¹⁹⁹⁾ 지정재판부(Kammer)의 경우 3명의 재판관은 총 12명의 연구관이 강도 높은 업무를 통해 작성한 소견서에 기초하여 사건처리를 수행한다. 각 재판부(Senat) 재판관 8명으로 구성되어 있는데 각 재판부에는 3명의 재판관으로 구성된 3개의 지정재판부가 있으므로, 각 재판부에 소속된 재판관 중 1명은 어쩔 수 없이 2개의 지정재판부에 소속될 수 밖에 없다. 이 경우 해당 재판관 1명과 전속연구관 4명은 2개의 지정재판부 사건을 처리해야 하고, 2개의 지정재판부에 소속된 재판관 5명 및 각 재판관당 4명씩 배속된 전속연구관 20명이 2개의 지정재판부 사건을 감당해야 하는 업무부담은 이미 그 한계에 봉착했다는 평가를 받고 있다.²⁰⁰⁾ 이에 대해 각 재판관 1명 당 연구관 수를 1명만 더 늘리는 방안이 모색되고 있다. 그렇게 되면 원칙적으로 지정재판부 소속 재판관은 12명이 아니라 15명이 작성한 소견서를 검토할 수 있다. 재판관 5명이 구성한 2개의 지정재판부의 경우 재판관은 20명이 아니라 25명

197) Hellmann, 앞의 논문, S. 112.

198) Wieland, Das Bundesverfassungsgericht am Scheideweg, KritV Vol. 81, No. 2 (1998), S. 182 f.

199) Hellmann, 앞의 논문, S. 111.

200) Hellmann, 앞의 논문, S. 112.

의 연구관이 작성한 소견서를 검토할 수 있게 된다. 그러나 헌법연구관은 재판부사건 관련 연구 및 행정업무 뿐만 아니라 지정재판부 사건 관련 연구 및 행정업무 및 그 밖에 재판관 업무를 지원하는 다양한 역할을 수행하는 등 업무강도가 매우 높다는 점을 감안하면, 재판관실 별로 연구관 수를 1명 증가시키는 것은 실제로 그 효과가 제한적일 것이라는 점이 지적된다.²⁰¹⁾

한편, 전속연구관의 담당사건을 지정재판부사건과 재판부사건으로 구분하지 않고 이를 동시에 처리할 수 있는 인원을 둘 수 있도록 연구관증원을 모색하는 방안도 고려된다.²⁰²⁾ 예컨대 재판관실 별로 2명씩 연구관을 증원한 후 총 6명이 되는 전속연구관 중 2명은 재판부사건을 전담시키고 나머지 4명은 지정재판부 사건을 전담시키되, 재판부사건 전담연구관은 고정될 필요 없이 재판관실에 배속된 총 6명의 전속연구관이 재판부사건과 지정재판부사건을 서로 돌아가면서 담당하는 방안이다. 재판부사건을 담당할 연구관을 추가로 2명 더 확보하게 되면 종래 (재판관실 전속연구관 4명 중 2명은 재판부사건을 처리하고 2명은 지정재판부사건을 처리했다고 가정하면) 2명이 처리했던 지정재판부사건을 4명이 처리할 수 있도록 함으로써 실질적인 업무경감 효과가 있을 것이라고 평가된다. 이러한 연구관증원방식은 경험적으로 충실하게 검토할 수 있는 지정재판부사건 수를 유지하면서도 재판부사건처리를 위해 필요한 업무부담을 지속적으로 감당할 수 있는 방안으로 평가된다. 재판부사건의 비중이 다른 재판관실 보다 높은 일부 재판관실의 경우는 증원된 연구관들을 모두 재판부사건의 처리에 투입하는 방안도 제시된다.²⁰³⁾

201) Hellmann, 앞의 논문, S. 112.

202) Hellmann, 앞의 논문, S. 112.

203) Hellmann, 앞의 논문, S. 112.

VI. 시사점

1. 헌법소원처리절차

가. 일반등록부 등재절차

독일 연방헌법재판소가 채택하고 있는 일반등록부 등재절차는 사무처가 단순히 사건을 접수하는 일에 그치지 않고, 헌법소원심판청구의 적법성과 이유를 고려하여 명백히 부적법하거나 이유없는 헌법소원심판청구에 대하여는 청구인에게 다시 한번 숙고할 수 있도록 안내하고, 일정기간 이내에 청구인의 이의제기가 없으면 사건절차를 종료시키는 제도이다. 우리 헌법재판소의 경우 사무처는 사건을 접수만 할 뿐 사건의 적법성과 이유에 관한 판단은 전혀 하지 않고, 재판부에서 사건의 적법성과 이유에 대하여 판단한다.

독일의 경우 지난 10년간 평균 전체 사건에서 95% 이상을 차지하는 헌법소원심판사건 중에서 사무처의 일반등록부 등재절차를 통해 당해 연도에 곧바로 재판부 사건의 대상이 되지 않는 사건(즉, 사건등록부 등재 사건이 아니라 일반등록부 등재사건)의 비중이 50%가 넘는다. 만약 우리나라 재판소에 위와 같은 독일의 일반등록부 등재절차를 도입하면 재판부의 업무부담을 획기적으로 줄일 수 있으리라고 생각된다.

나. 지정재판부의 심판회부절차, 인용결정

독일 연방헌법재판소가 채택하고 있는 지정재판부의 심판회부절차는 헌법소원청구가 원칙적인 헌법적 의미가 없거나 기본권 및 기본권 유사적 권리를 관철하기에 적절하지 않은 경우에 재판관 전원의 일치된 의견으로 이유제시 없이 재판부에 회부하지 않는 결정을 함으로써 재판을 구속력 있게 거부하는 사건처리절차이다.

독일의 경우 소송사건으로 등록되어 재판부의 심판대상이 된 헌법소원사건의 약 98%가 지정재판부에서 해결할 정도로 지정재판부에서 헌법소원사건이 처리되는 비중이 압도적인데, 심판회부절차가 그 핵심적인 역할을 담당한다. 예컨대 병합사건을 포함할 때 2020년 기준 지정재판부가 불회부결정을 한 사건은 5,258건, 인용결정은 90건이고, 재판부가 결정한 사건은 22건에 불과하다(기각 2건, 인용 21건).²⁰⁴⁾ 독일의 경우 재판부의 심판대상이 된 헌법소원사건의 대부분을 원칙적으로 이유제시 의무 없는 지정재판부의 심판불회부 결정을 통해 처리함으로써 재판부의 업무부담을 획기적으로 줄이고 있다.

우리 헌법재판소의 지정재판부는 재판관 전원의 일치된 결정으로 각하결정만 할 수 있을 뿐 위와 같은 심판회부절차에 관한 권한이 없다. 만약 우리도 독일의 경우와 같이 헌법재판소법을 개정하여 지정재판부에 불회부결정권한을 부여할 경우 전원재판부의 사건부담을 획기적으로 줄임으로써, 전원재판부가 원칙적인 헌법적 의미를 갖거나 기본권을 관철하기에 적절한 주요 사건에 대하여만 판단하는데 기여할 것으로 생각된다. 심판회부절차의 도입이 어렵다면, 지정재판부 재판관 전원의 일치된 결정으로 기각결정을 할 수 있는 제도를 도입할 것을 고려할 수 있다.²⁰⁵⁾

한편, 독일의 경우 지정재판부는 헌법소원사건에 대해 불회부결정 뿐만 아니라 기본권을 관철하기에 적절하고 결정적 헌법문제에 대해 선례가 있고, 명백한 이유가 있는 경우 재판관의 일치된 의견으로 헌법소원을 인용할 수 있는 권한이 있다. 최근 5년 동안(2016~2020년) 지정재판부가 결정한 사건 중에서 인용결정을 한 사건은 매해 2%가 채 되지 않는다.²⁰⁶⁾ 그러나 이러한 지정재판부의 인용권한은 심판불회부결정의 요건에 해당하지 않아서 각 재판부에 회부해야 하는 헌법소

204) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 19.

205) 이에 관하여는 김하열, 헌법소원 사건의 효율적 처리에 관한 고찰, 공법연구 제 43권 제1호, 한국공법학회, 2014, 70-74면 참조.

206) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020. S. 19.

원사건 중에서 중요한 헌법적 문제를 다루지 않는 사건의 경우 지정 재판부가 직접 해결함으로써 각 재판부는 위와 같은 중요한 헌법적 문제를 다루는 사건에 집중할 수 있도록 재판부의 업무부담을 경감시켜주는 효과가 있다. 최근 5년 동안 지정재판부가 인용결정을 하지 않았으면 재판부에 회부 되었을 사건은 매해 68~109건에 불과하지만, 그 숫자는 각 재판부가 매해 기각이나 인용결정을 하는 사건들(매해 10~22건)에 비해 훨씬 많다. 한편, 우리 헌법은 헌법소원에 대한 인용결정을 하기 위하여는 재판관 6명 이상의 찬성을 요구하고 있기 때문에 헌법재판소법 개정을 통해서 위 제도를 도입할 수는 없다(헌법 제 113조 제1항).

2. 헌법연구관제도

가. 헌법연구관제도 모델 비교

독일 연방헌법재판소는 설립 당시부터 재판업무를 지원하는 헌법연구관제도를 두고 있었고, 헌법소원사건의 증가량에 비례해 점차 헌법연구관의 수가 늘어나서 항시 70명 안팎의 연구관이 근무한다. 헌법연구관제도는 법률상 근거 없이 연방헌법재판소법 규칙에만 근거를 두고 운용되고 있다. 연방헌법재판소 재판관은 각 헌법연구관 4명을 선임하고, 재판소장은 추가로 1명의 연구관을 더 배정받는다. 헌법연구관은 모두 사법시험 합격자를 전제로 하며 그 출신은 법관, 검사, 대학교로 다양하나 법원 출신이 다수이다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 헌법연구관제도는 각 재판관이 개별적으로 헌법연구관을 임용하고 해당 재판관에 배속되어 지시를 받으면서 해당 재판관의 임기범위 내에서 단기근무를 하는 소위, 단기근무 및 재판관보좌모델을 채택하고 있다. 비교법적으로 이에 대응하는 모델은 헌법연구관이 공개채용절차를 거쳐 재판부에 배속되어 재판부 자체를 보좌하면서 재판소에 장기근

무하는 소위, 장기근무 및 재판부보좌모델에 해당한다.²⁰⁷⁾ 우리 재판소의 헌법연구관제도는 헌법연구관이 공식적인 채용절차를 거쳐 법원의 법관과 동일한 신분으로 재판소에 장기근무를 하는 장기근무모델을 채택하고 있다. 또한 우리 재판소는 재판관별로 3명의 헌법연구관을 배속시키면서 그와 별도로 전체 재판부를 보좌하는 공동부를 설치하여 전문적인 영역별로(자유권부, 재산권부, 사회권부) 헌법연구관을 배속시키는 형식으로 재판관보좌모델과 재판부보좌모델의 혼합한 방식을 채택하고 있다.²⁰⁸⁾

각 헌법연구관제도의 모델마다 장단점이 있으므로, 어느 모델이 본질적으로 더 우월하다고 평가할 수는 없고 각국의 법제도와 문화를 배경으로 각국에 맞는 제도를 설계·운용할 수 밖에 없다. 다만, 법제도적·문화적 요인으로 헌법소송 사건의 부담이 큰 상황에서 많은 헌법연구관이 체계적인 역할분담에 기초한 전문성을 추구하면서, 효율적으로 사건을 처리하기를 원한다면, 재판부보좌방식의 장점이 더 돋보일 수 있다.²⁰⁹⁾ 따라서 재판부의 사건부담을 완화하고 효율적으로 사건을 처리하기 위해 우리 재판소의 헌법연구관모델 자체를 반드시 독일식 단기근무·재판관보좌모델로 변경하는 방안을 고려할 필요는 없을 것으로 생각된다.

나. 업무부담과 헌법연구관 증원

독일 연방헌법재판소 헌법연구관의 주된 업무는 지정재판부 및 재판부에서 주심재판관이 담당할 사건의 소견서를 작성하는 일이다. 주심재판관이 사건기록을 받으면 배속된 헌법연구관에게 사건이 배당되고, 헌법연구관은 담당사건에 대한 소견서를 작성한다. 소견서에는 사

207) 헌법연구관제도의 비교법적인 모델유형에 관하여는 이황희, 헌법연구관제도의 모델, 공법연구 제49집 제4호, 한국공법학회, 2021, 85-103면 참조.

208) 이황희, 앞의 논문, 93면.

209) 같은 견해: 이황희, 앞의 논문, 96면.

실관계, 청구인과 이해관계인의 주장, 사건의 쟁점과 이를 해결하기 위한 논거와 제안이 담겨져 있다. 소견서는 헌법연구관이 사전에 작성한 사실보고서, 사전평가서, 송달소견서 및 이해관계인 의견을 기초로 구성된다. 소견서 분량은 다양하지만, 기본적으로 지정재판부사건 소견서가 재판부사건의 소견서 보다 분량이 적다. 지정재판부 사건의 대부분은 이유제시가 필요없는 불회부결정을 내림으로써 종료하지만, 소견서는 작성된다. 또한 헌법연구관은 구두변론을 준비하고 주심재판관과의 긴밀한 협의 하에 지정재판부 및 재판부사건의 결정문(또는 판결문) 초안을 작성한다. 우리 재판소의 헌법연구관의 주된 업무도 독일의 경우와 다르지 않다. 헌법연구관은 사실관계, 청구인 및 이해관계인의 주장, 사건의 쟁점과 이를 해결하기 위한 논거와 제안 등이 담긴 사건에 관한 연구보고서를 작성하고, 구두변론을 준비하고, 평의결과에 따라 결정문 초안을 작성하는 업무를 담당한다. 독일 연방헌법재판소와 우리 재판소의 헌법연구관제도는 구체적인 모델은 다르지만 주요 업무는 거의 차이 나지 않는다.²¹⁰⁾

한편, 헌법연구관의 업무부담을 평가하기 위해 최근 3년간(2018~2020년) 매해 헌법연구관 1인당 사건 처리 수를 계산하면 독일의 경우 평균 76.2 건이다(지정재판부 및 재판부 사건 대상 매해 처리건수는 4,991~5,633건이고 연구관 수는 70명 기준).²¹¹⁾ 우리나라의 경우는 평균 38건이다(지정재판부 및 재판부 사건 대상 매해 처리건수는 2,447~

210) 독일의 헌법연구관제도는 재판관보좌형모델이므로 지정재판부사건이든 재판부사건이든 간에 주심재판관에게 배당된 사건에 관한 연구업무를 재판관실을 중심으로 주심재판관과 전속연구관들 중심으로 처리되고 있다. 한편, 재판관보좌 및 재판부보좌형의 혼합방식을 채택하고 있는 우리 재판소의 경우는 헌법연구관의 인력 및 업무배분을 고려할 때 지정재판부의 사건처리는 재판관에 배속된 전속연구관이 담당하고, 전원재판부의 사건처리는 전속연구관과 공동부에 속한 헌법연구관이 나누어 담당하되, 전문분야별로 심층적인 연구가 필요한 사건은 재판관에 배속되어 있지 않은 헌법연구관으로 구성된 공동부에서 처리한다. 이처럼 양자는 구체적인 헌법연구관모델은 상이하지만 사건에 관한 연구보고서를 작성하고 결정문 초안을 작성하는 등 주된 업무는 동일하다.

211) Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020, S. 9.

3,011건이고 연구관 수는 실제 재판소 근무자 70명 기준). 매해 헌법연구관 1인당 사건 처리 수를 위와 같이 단순히 평면적으로 계산하면 마치 독일 헌법연구관이 우리나라에 비하여 2배의 업무부담을 지는 것처럼 보인다. 그러나 독일의 경우 헌법소원사건의 대부분이 재판소원 사건이라는 점, 전체 헌법소원사건 중 거의 대부분을 지정재판부에서 처리하고 극소수의 사건만 재판부에서 처리한다는 점, 지정재판부에서 처리하는 사건 거의 대부분을 이유제시의무가 없는 불회부결정으로 처리한다는 점을 고려할 때, 위와 같은 독일의 통계를 평면적으로 우리 재판소 헌법연구관의 업무부담의 정도를 비교하는 척도로 사용하는 것은 곤란하다. 다만, 독일 학계와 실무에서 위와 같은 헌법연구관의 업무부담의 정도를 재판소의 업무부담능력의 한계상황으로 인식하고 있고, 이를 해결하기 위해 헌법연구관의 증원 등 개선방안이 모색되고 있음에 주목할 필요가 있다.

독일에서 연방헌법재판소의 과중한 업무부담을 덜기 위한 방안 중 하나로 헌법연구관을 각 재판관별로 1명씩(총 16명) 또는 2명씩(총 32명) 증원하는 방안이 제시되고 있다. 즉 헌법연구관의 수를 현재 약 70명에서 86명 또는 102명으로 늘리는 방안이다. 현재 우리의 재판소의 업무부담능력이 독일 연방헌법재판소와 마찬가지로 한계상황에 이르렀다면, 독일의 경우와 마찬가지로 그에 대처할 수 있는 적정한 수의 헌법연구관을 증원하는 방안을 고려할 수 있다. 다만, 헌법연구관의 증원을 요청하기에 앞서 검토해야 할 사항이 있다. 우리 재판소는 적지 않은 수의 중견 헌법연구관을 다른 기관(대법원, 국회, 헌법재판연구원)에 파견하고 있다.²¹²⁾ 독일 연방헌법재판소의 경우 헌법연구관은

212) 2022. 10. 5. 기준 실근무 헌법연구관은 69명(법원 및 검찰에서 헌법재판소로 파견된 연구관 10명 포함)이고, 타 기관에 파견된 헌법연구관은 7명(국회, 대법원 각 1명, 헌법재판연구원 5명)이므로, 타 기관에 파견된 헌법연구관은 실근무인원 대비 10%에 해당한다. 헌법재판연구원에 파견된 헌법연구관 수는 2017년 9월 7명이었으나 2022년에 5명으로 줄었다. 그 밖에 국회연수인원 6명과 휴직인원이 4명은 통계에서 제외한다.

단기근무를 하기 때문에 헌법연구관의 타기관 파견은 생각하기 어려운 일이다. 신속한 재판을 위해 헌법연구관의 증원의 필요성을 제기하면서 정작 헌법재판의 수행에 필요한 연구와 조사 경험이 축적된 중견 헌법연구관을 본연의 업무와 직접 관련되지 않는 기관에 파견하는 것이 적절한지 여부에 대한 검토가 필요하다. 특히 중견 헌법연구관 5~7명이 헌법재판연구원에 파견되어 원내 책임연구관을 지휘·감독하는 역할을 하는데, 이들이 헌법재판연구원의 중장기적인 헌법 및 헌법재판에 관한 연구기능의 실무적 연계성을 도모하는데 기여할 수는 있다. 그러나 그렇게 상당한 헌법연구관을 본연의 업무가 아닌 업무에 투입하면서, 재판소가 과도한 업무부담을 지고 있다는 이유로 신속한 사건처리를 위해 헌법연구관의 증원의 필요성을 제기하는 것은 설득력을 갖기 어려울 것이다.

제2절 미국의 상고허가제

I. 서언

지금으로부터 약 160여 년 전에 프랑스의 자유주의 사상가 토크빌(Alexis de Tocqueville)은 미국을 여행하면서 미국에서는 거의 모든 정치적 문제가 조만간 사법적으로 해결된다는 점을 강조한 바 있다.²¹³⁾ 이 같은 토크빌의 지적대로 미국에서는 정치적 분쟁을 헌법 문제로 보고 이를 법원, 특히 연방대법원에서 해결하려는 전통이 뿌리 깊게 남아 있다. 이런 관점에서 본다면 미국 연방대법원은 정치적 영역과 법적 영역이라는 서로 불가분의 관계에 있는 두 가지 영역에서 이중적 기능을 담당하고 있다고 볼 수 있다. 결국 연방대법원은 국가

213) Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Signet Book, 2001, p. 270.

권력의 행사·배분·범위와 관련한 중요한 헌법 문제를 사법적으로 판단함으로써 그 스스로가 정치적 기관이 아님에도 불구하고 불가피하게 정치 과정에 관여하게 된다.

정치 과정에 불가피하게 관여하는 결과 연방대법원의 결정은 일반적인 법적 구속력 외에 상당히 강한 정치적 영향력을 갖는다. 연방대법원 결정이 정치적 영향력을 갖는다는 것은 구체적으로 그것이 국민 여론이나 정치권에 일정한 영향을 미침으로써 간접적으로 정부의 정책 결정 과정에 참여하게 된다는 것을 의미한다. 예컨대 논란이 되고 있는 국가 정책에 대해 연방대법원이 합헌 결정을 내리게 되면 그 정책을 시행하는 기관은 헌법적 정당성을 확보하게 되어 앞으로 더욱 적극적인 정책 추진력을 발휘할 수 있다. 연방대법원 판례를 통하여 이를 보다 구체적으로 살펴보면, 과거 연방대법원은 1964년 *Heart of Atlanta Motel* 판결²¹⁴⁾에서 1964년 민권법(Civil Rights Act)상 논란이 되는 일부 조항들을 합헌으로 결정함으로써 연방 정부에게는 공공시설에서의 인종 차별을 규제할 권한이 있음을 인정한 바 있다. 이것은 인종 문제라는 당시의 국가적 논란에 대해 연방대법원이 중지부를 찍은 것이었으며, 이를 계기로 정부의 인종 차별 철폐 정책이 더욱 확대되었다. 또 1947년 *NLRB* 판결²¹⁵⁾과 그 후속 판결에서 연방대법원이 논란이 되던 여러 가지 뉴딜 입법들을 합헌으로 결정한 것도 위와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 결국 이 두 가지 사례는 일정한 연방정부 정책에 연방대법원이 결정적인 역할을 하고 있음을 잘 보여주고 있는 사례라고 평가할 수 있다.²¹⁶⁾ 그 외에 연방대법원은 주의 정책에 대한 위헌 심사를 통하여 주정부의 정책 결정 과정에 간접적으로 참

214) *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964).

215) *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 331 U.S. 416 (1947).

216) 연방대법원 결정이 연방정부 정책에 미치는 영향에 대해 자세한 것은 Charles L. Black, *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, Greenwood Publishing Group, 1977, p. 50 이하 참조.

여하기도 한다. 예컨대 1896년 Plessy 판결²¹⁷⁾에서 연방대법원이 대중 교통 수단에서의 인종 분리 제도를 인정하고 있었던 루지애나 주법을 합헌으로 결정하자 전국의 각 주에서는 흑인 차별 입법인 소위 짐크로우 입법(Jim Crow Law)이 크게 확산되었다.²¹⁸⁾²¹⁹⁾

이런 사실에서 알 수 있듯이 연방대법원 결정이 미국 사회에서 갖는 영향력은 상당히 큰 것으로 보인다. 이것은 곧 연방대법원 결정에 대해 국민들의 관심이 매우 높다는 것을 의미하기도 한다. 이로 인해 연방대법원 결정은 종종 그것에 대한 찬성론자와 반대론자간의 정치적 대립과 논쟁을 낳기도 한다. 예컨대 1973년 Roe 판결²²⁰⁾에서 낙태를 제한하는 주법에 대해 위헌 결정이 내려지자 낙태 반대론자들은 전국적인 낙태 반대 운동(pro-life movement)을 통하여 낙태를 더욱 엄격히 제한하는 법률을 제정함과 동시에 낙태를 범죄로 규정하는 헌법개정안을 채택할 것을 강력히 주장하였다. 그러나 그 후 연방대법원이 낙태를 제한하는 주법을 합헌으로 결정하자²²¹⁾ 이번에는 낙태 찬성론자들이 낙태를 권리로 인정하는 연방법과 주법의 제정을 요구하고 낙태 찬성론에 동조하는 대통령 후보자를 지지한다는 내용의 낙태 찬성 운동(pro-choice movement)을 광범위하게 전개하였다.²²²⁾

217) Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

218) 이 문제에 대해 자세한 것은 C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow*, Oxford University Press, 2001, pp. 11-31 참조.

219) 그러나 연방대법원이 정부의 정책 결정에 참여하는 과정이 항상 순탄한 것은 아니며 일정한 경우에는 연방대법원의 정책 형성 기능이 완전히 부인되기도 한다. 이러한 현상은 대표적으로 연방대법원 결정에 반대하는 세력이 적극적으로 반대 운동을 전개하고 이를 정치권에서 수용하는 경우에 나타난다. 예컨대 1980년대에 연방대법원이 인권과 관련한 연방 법률들을 매우 제한적으로 해석하는 판결을 잇달아 내리자 여러 민권 단체들은 의회를 상대로 적극적인 로비 활동을 벌였고 그 결과 1991년에 민권법이 제정되었다. 이 법은 이전의 연방대법원 판례들을 근본적으로 부인하는 것이었다. JoAnn Bren Guernsey, *Affirmative Action: A Problem or a Remedy*, Lerner Publications Company, 1997, pp. 40-43 참조.

220) Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

221) Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

222) Louis Fisher, *Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties*(2nd ed.), McGraw-Hill, 1995, pp. 1194-99 참조.

그러나 미국의 헌정 사상 국민들 간의 가장 극렬한 대립을 불러온 연방대법원 판결은 아마도 1954년 Brown 판결²²³⁾일 것이다. 즉 학교에서의 인종 분리 제도를 위헌으로 결정한 Brown 판결은 인종 차별주의자들의 극단적인 비판과 민권 단체들의 열렬한 지지를 동시에 받았다. 여기서 한 가지 흥미로운 사실은 Brown 판결과 같이 극과 극이 대립하고 있는 상황에서 내려지는 연방대법원 판결은 판결 이후의 정치적 구도에 미묘한 변화를 준다는 점이다. 예컨대 Brown 판결에서 승리한 민권 단체들은 헌법이 그들의 민권 운동을 지지한다는 점을 대외적으로 주장할 수 있게 됨으로서 인종 차별주의자들보다 정치적 우위에 설 수 있었고, 이러한 자신감을 바탕으로 Brown 판결로부터 1960년대 말까지 민권 운동에 있어서 괄목할 만한 성과를 올릴 수 있었다. 결국 국가적 이슈가 되는 사안에 대해 연방대법원 결정이 어느 정도 영향력을 가질 수 있는지는 국민들이 연방대법원을 어느 정도 신뢰하는지 또 연방대법원 결정에 대해 국민들이 얼마나 자발적으로 호응하려 하는지와 직접적인 관련이 있다고 볼 수 있다.

요컨대 연방대법원은 행정부·의회와 더불어 국가의 정책 결정 과정에 참여하는 하나의 주체로 기능하고 있으며, 그 결과 미국 사회의 기본 질서를 형성하는 데에 일정한 기여를 하고 있다. 그렇다면 기본적으로 사법 기관인 미국 연방대법원이 이런 정책 형성 기능을 담당하게 된 요인은 무엇인가? 이 문제를 간단하게나마 먼저 살펴본다.

II. 연방대법원 지위의 변화

건국 초기만 하더라도 연방대법원은 당시의 유력한 정치지도자 쿠싱(William Cushing)이나 해밀턴(Alexander Hamilton) 등이 연방대법원장직을 거부할 정도로 그다지 주목을 받지 못했다. 그러던 연방대법원이 사법심사권을 통하여 점차적으로 권한을 확대하고 심지어 오늘

223) Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

날에 와서는 “제왕적 사법부”라는 평가가 나올 정도로 미국 사회에 상당한 영향력을 행사하고 있다. 이러한 연방대법원 지위의 변화는 내부적인 측면에서 연방대법원 스스로가 자신에게 주어진 권한을 적극적으로 행사해왔다는 점, 그리고 외부적인 측면에서 정부 구조나 연방대법원에게 요구되는 역할이 변화되어왔다는 점에서 그 원인을 찾을 수 있다.

연방대법원의 지위를 변화시킨 가장 일차적인 요인으로는 연방대법원 스스로가 종래에 비해 사법심사권을 적극적으로 행사해왔다는 점들을 들 수 있다. 연방대법원이 사법심사권을 적극적으로 행사한다는 것은 여러 가지 소송요건들, 예컨대 사건성·분쟁성(cases and controversies), 당사자적격(standing), 사건성 소멸(Mootness), 사건의 성숙성(Ripeness) 등에 대해 연방대법원이 어떤 기준을 적용하여 판단하느냐와 직접적인 관련이 있다. 예컨대 연방대법원이 이러한 요건들을 까다롭게 요구한다면 사법심사는 자연스럽게 위축되는 반면 그 반대의 경우라면 사법심사가 활발하게 이루어질 것이다. 다만 근래의 연방대법원은 초기 연방대법원에 비해 이러한 요건들에 대한 판단 기준을 상당히 완화시켜왔다. 즉 현대 연방대법원은 의회나 행정부로부터 소외된 사회적 약자들의 이익을 대변해야 한다는 판단 하에 “연방대법원에서 행하는 가장 중요한 일은 아무 것도 하지 않는 것이다”라는 브랜다이즈(Louis Brandeis) 대법관의 논리를 더 이상 수용하고 있지 않다.²²⁴⁾ 그 결과 오늘날 연방대법원은 사회적 약자들의 권리를 보호하기 위하여 연방헌법 제3조 제2항으로부터 파생되는 여러 가지 소송 요건들을 크게 완화하고 사건에 대한 본안 판단에 더욱 적극적으로 임하고 있다.²²⁵⁾

연방대법원 지위의 변화를 가져온 두 번째 요인으로는 미국 연방정부의 구조가 과거와는 많이 달라졌다는 점을 들 수 있다. 즉 정부 구

224) Alexander M. Bickel, ed., *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work*, Harvard University Press, 1957, p. 17.

225) Henry J. Abraham, *The Judicial Process*(7th ed.), Oxford University Press, 1998, pp. 367-77.

조가 확대됨에 따라 그 법적 규제도 불가피하게 확대되었고 법적 규제의 확대는 결국 과거에는 문제되지 않았던 새로운 법적 분쟁을 끊임없이 야기하게 되었다. 이러한 일련의 과정에서 주목할 점은 바로 이익 단체들의 활동이 매우 활발해졌다는 것과 이들이 그 정치적 목적을 달성하기 위하여 법원을 적극적으로 활용하려는 모습을 보여주고 있다는 것이다. 구체적으로 민권 단체·소비자 단체·공익 단체·환경 단체와 같은 이익 단체들은 그들의 정치적 목적을 달성함에 있어서 의회나 행정부를 공략하는 것보다는 법원을 활용하는 것이 더욱 유리하다고 판단하고, 근래에 들어 자신들의 주장을 담은 소를 적극적으로 제기해왔다.²²⁶⁾ 그 결과 연방대법원의 활동범위는 더욱 넓어지고 있으며 이것은 연방대법원의 지위를 강화하는 하나의 요인으로 작용하고 있다.

연방대법원 지위의 변화를 야기한 또 다른 요인은 헌정이 진행되면서 그것에게 요구되는 역할이 변화되어가고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이것은 연방대법원이 다루어야 할 새로운 법적 분쟁들이 크게 증가했다는 위의 두 번째 요인과 직접적인 관련이 있다. 즉 이러한 문제들에 대해 연방대법원이 종래의 방식으로 대응하는 데에는 여러 가지 한계가 나타날 수밖에 없으며, 그 결과 연방대법원에게는 새로운 역할이 요구될 수밖에 없다. 구체적으로 헌법적인 영역에서 과거에 연방대법원에게 요구되던 역할은 오로지 입법부나 행정부의 기본권 침해 행위로부터 국민을 보호하는 것이 전부였다. 그러나 오늘날 연방대법원은 이러한 단순한 역할로부터 탈피하여 좀 더 적극적으로 정책 결정 과정에 참여할 것과 입법부나 행정부가 해야 할 정책 결정 및

226) 그러나 법원은 사회를 개혁하는 기관이 아니라는 점을 지적하며 이러한 이익 단체들의 활동에 대해 문제를 제기하는 견해가 있다. 구체적으로 이 견해는 미국의 법원은 권력분립이라는 틀 속에서 기능하는 기관이기 때문에 법원에게 사회 개혁을 요구하는 것은 법원의 제도적 역사와 그 권한의 한계를 망각하는 것이라고 주장한다. Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press, 1991, p. 343.

집행을 이들의 의사와 관계없이 더욱 확대시킬 것을 요구받고 있다. 요컨대 연방대법원은 과거의 수동적 역할로부터 벗어나 좀 더 능동적인 자세를 취해야 한다는 시대적 요청이 생겨난 것이다.

그러나 사법부가 정책 결정에도 참여해야 한다는 이러한 논리에 대해서는 미국 내에서 논란이 일고 있는 것으로 보인다. 예컨대 일부에서는 사법부가 정책 결정 과정에 참여하는 데에는 일정한 제도적 한계가 있다는 전제 하에 사법 절차는 구체적 분쟁을 해결하기에 적합한 제도이지 결코 일반적 정책 결정을 하기에 적합한 제도가 아니라는 점을 지적한다.²²⁷⁾ 반면 또 다른 일부에서는 사법부의 정책 결정 능력은 의회나 행정부, 그리고 관료들의 그것과 비교해볼 때 실질적으로 전혀 뒤떨어지지 않는다는 점을 주장하며 사법부의 정책 결정 기능을 적극적으로 옹호한다.²²⁸⁾ 나아가 이러한 견해의 대립은 학계에서 그치는 것이 아니라 연방대법원 대법관들 간에도 나타나고 있다. 이러한 대법관들의 의견대립이 나타났던 대표적인 판결로는 1989년 DeShaney 판결²²⁹⁾을 들 수 있을 것이다. 이 사건은 수정헌법 제14조 적법절차조항을 부모로부터 학대받은 아동을 방치한 국가 기관에까지 확대 적용할 수 있는지 여부가 문제된 사건이었다. 이에 대해 렌퀴스트(William Rehnquist) 대법원장의 다수의견은 헌법 문언이나 선례 등을 근거로 의회나 행정부에 대한 사법부의 과도한 통제는 허용될 수 없다고 판단한 반면 반대 의견을 제출한 블랙먼(Harry Blackmun) 대법관은 사법부의 역할이 과거와는 달리 크게 확대되었다는 점을 들어 이를 긍정하였다.

한편 이와 같은 연방대법원의 지위 변화를 소송 절차적인 측면에서

227) R. Cavanaugh / A. Sarat, "Thinking About Courts: Towards and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence," *Law and Society Review* 14(no.2) (1980), pp. 371-420; Stephen L. Wasby, "Arrogation of Power or Account-ability: "Judicial Imperialism" Revisited," *Judicature* 65(no.4) (1981), pp. 208-19.

228) Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Brookings Institution Press, 1977, pp. 33-56.

229) DeShaney v. Winnebago County Department of Social Service, 489 U.S. 189 (1989).

유도한 요인도 존재한다. 그것은 바로 상고허가제(Writ of Certiorari)로서, 이를 통해 연방대법원은 중요한 쟁점을 제시하는 사안에 대해서만 상고를 선별적으로 받아들인다. 그 결과 소수의 핵심 사건에 대법관들의 역량을 집중시킴에 따라 미국 연방대법원의 정치적, 사회적 영향력은 극대화되어 왔다.²³⁰⁾ 상고허가제의 필요성은 처리해야 할 사건이 밀려 있는 상황에서 국가의 미래 모습을 상정하고 현실을 감안하여 적절한 정책 방향을 제시한다는 것은 불가능하다는 점에서 찾을 수 있다. 그에 따라 연방대법원은 연방의회에 제도개선을 꾸준히 요구하였고, 그 결과 매년 처리할 사건 수와 종류를 스스로 결정할 수 있는 어젠다 설정(agenda-setting) 능력을 상고허가제를 통하여 법적으로 확보하였다.²³¹⁾

이하에서는 상고허가제를 자세하게 살펴보고, 본격적인 논의에 앞서 먼저 미국 사법체제에서 연방대법원은 어떻게 구성되며, 어떠한 지위를 가지는가를 살펴본다.

III. 연방대법원의 구성과 헌법적 지위

1. 연방대법원의 구성

가. 연방대법원 대법관의 임명과 임기

연방대법원 대법관은 상원의 권고와 동의(advice and consent)를 얻어 대통령이 임명하며 다른 연방 하급 법원 판사들과 마찬가지로 재직 중 성실히 직무를 수행하는 한(during good behavior) 그 직을 보

230) 이제우, 미국 연방대법원의 상고허가제에 관한 연구 -연혁, 사건선별 기준과 심리절차를 중심으로-, 법과정책 제25집 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2019, 191쪽.

231) 문재완, 미국 상고허가제(certiorari)의 이론과 실제, 외법논집 제23호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006, 98쪽.

유한다.²³²⁾ 즉 종신제이다. 다만 연방대법원 대법관은 탄핵에 의하여 재임 중 파면될 수 있다.²³³⁾ 일반적으로 미국에서 연방대법원 대법관으로 임명되었다는 것은 공직자와 법조인으로서의 경력이 절정에 달했다는 것을 의미하며, 이것은 일단 대법관으로 취임한 이후 사망이나 퇴직이라는 사유가 발생할 때까지 그 직을 수행하는 것이 보편적이라는 점에서도 뒷받침되고 있다.²³⁴⁾ 예컨대 더글라스(William O. Douglas) 대법관은 무려 36년을 재직하였으며, 홀즈(Oliver W. Holmes) 대법관은 91세에 이르러 대법관직으로부터 퇴직하였다. 연방대법원에서 대법관의 결원이 생기는 경우는 평균적으로 2년에 한번 발생하고 있다. 따라서 4년 중임의 임기를 전제한다면 대통령은 연방대법원 구성에 상당한 영향력을 행사할 기회를 갖는다. 그러나 연방대법관 결원이 반드시 규칙적으로 발생하는 것은 아니다. 예컨대 레이건(Ronald Reagan) 대통령은 4년 중임의 임기를 다하는 동안 4명의 대법관을 임명하였다. 그리고 클린턴(Bill Clinton) 대통령은 첫 번째 4년 임기 중에 2명의 대법관을 임명한 반면 두 번째 4년 임기 중에는 대법관 임명의 기회를 갖지 못했다. 또한 부시(George W. Bush) 대통령 역시 첫 번째 4년 임기 중에는 대법관을 임명하지 못했다. 근래에 들어 인간의 평균 수명이 연장됨에 따라 대법관의 재직 기간도 그 이전에 비해 장기화

232) 연방헌법 제3조 제1항.

233) 연방헌법 제2조 제4항. 미국헌정사상 연방대법원 대법관이 상원의 탄핵결정으로 파면된 경우는 없었으나 하원에 의해 탄핵소추된 예는 한 차례 있었다(미국은 우리나라와는 다르게 탄핵소추권은 하원이 가지고 탄핵심판권은 상원이 가지고 있다. 연방헌법 제1조 제2항 제5호, 제1조 제3항 제6호). 1804년 체이스(Samuel Chase) 대법관에 대한 탄핵사건이 바로 그것이었는데, 당시 하원에서 제시된 탄핵사유는 연방주의자였던 체이스 대법관이 보안법(The Sedition Act) 위반사건의 심리에 있어서 당파에 기초해 부당한 재판을 했다는 것과 보안법을 위반한 신문편집인을 기소하기 위하여 배심원을 부당하게 강제 설득했다는 것이었다. 체이스 대법관 탄핵 사건에 대해 자세한 것은 Raoul Berger, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Harvard University Press, 1973, pp.234-63 참조.

234) 이상 Alpheus Thomas Mason / Donald Grier Stephenson, Jr., *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*(12th ed.), Prentice Hall, 1999, pp. 6-19 참조.

되고 있다. 그에 따라 오늘날에는 누가 대법관에 임명될 것인지가 초미의 관심사로 대두되고 있다. 2022년 현재 연방대법원 대법관들을 표로 정리해보면 다음과 같다.

[표 1] 연방대법원 대법관(2022년도 기준)²³⁵⁾

대법관	출생	임명대통령	임명연도	전임자
알리토 (Samuel Alito)	1950	부시 (George W. Bush)	2006	오코너 (Sandra Day O'Connor)
로버츠 (John Roberts, 대법원장)	1955	부시 (George W. Bush)	2005	렌퀴스트 (William Rehnquist)
토마스 (Clarence Thomas)	1948	부시 (George H. Bush)	1991	마샬 (Thurgood Marshall)
케이건 (Elena Kagan)	1960	오바마 (Barack Obama)	2010	스티븐스 (John Paul Stevens)
소토마이어 (Sonia Sotomayor)	1954	오바마 (Barack Obama)	2009	수터 (David Souter)
고서치 (Neil Gorsuch)	1967	트럼프 (Donald Trump)	2017	스칼리아 (Antonin Scalia)
캐버노 (Brett Kavanaugh)	1965	트럼프 (Donald Trump)	2018	케네디 (Anthony Kennedy)
바렛 (Amy Coney Barrett)	1972	트럼프 (Donald Trump)	2020	긴스버그 (Ruth Bader Ginsburg)
잭슨 (Ketanji Brown Jackson)	1970	바이든 (Joe Biden)	2022	브리어 (Stephen Breyer)

나. 연방대법원 대법관의 선발

앞서 살펴본 대로 미국에서의 연방대법원 대법관의 임기는 종신직이기 때문에 ‘사망’이나 ‘퇴직’이라는 사유가 발생하여야 신임 대법관을

235) https://ballotpedia.org/Supreme_Court_of_the_United_States <2022. 7. 18. 검색>

선발할 여지가 생긴다. 대법관 임명에 있어서 미국의 대통령들은 일반적으로 다음과 같은 세 가지를 고려하고 있는 것으로 보인다. 첫째, 후보자가 공직자로서 가지고 있는 경력이다. 역대 대법관들 중에 많은 대법관들이 의회의원이나 행정부각료를 지냈다. 또한 대법관 임명에 있어서 법관으로서의 경력이 반드시 요구되는 것은 아니지만 1975년 이후에 임명된 대법관들은 대부분 연방항소법원 판사로 재직했다. 둘째, 후보자의 정치적 성향과 헌법관이다.²³⁶⁾ 예컨대 레이건 대통령은 사법소극주의(judicial restraint)를 지지하는 인사를 대법관으로 임명하려 하였으며 클린턴 대통령은 낙태의 합법화에 대한 긍정적 시각을 대법관 임명의 주요 기준으로 고려하였다. 셋째, 인종·성별·출신지역과 같은 인구통계학적 요소이다. 예컨대 존슨(Lyndon Johnson) 대통령은 미국 역사상 최초의 흑인 대법관을 임명하고자 마샬을 대법관 후보자로 지명하였으며, 마샬 대법관이 퇴직하자 부시(George H. Bush) 대통령은 그 자리에 역시 같은 흑인인 토마스를 임명하였다. 또 레이건 대통령은 역사상 최초의 여성 대법관을 임명하려는 취지에서 오코너를 지명하였으며, 1993년 클린턴 대통령 역시 여성 대법관을 증원하는 차원에서 긴스버그를 그의 첫 번째 대법관 후보자로 지명하였다.²³⁷⁾

다. 대법관 임명의 정치적 성격

대통령은 대법관 임명권을 통하여 연방대법원의 향후 운영에 대해 일정한 영향력을 행사할 수 있다. 예컨대 레이건 대통령과 부시(George H. Bush) 대통령은 1981년부터 1992년까지 보수적 성향의 인사들을 잇달아 대법관으로 임명하였고, 그 결과 이들의 희망대로 전례가 없을 정도로 매우 보수적인 연방대법원이 출현하였다. 그러나 대통

236) 현재까지 대법관 후보자로 지명된 대부분의 인사들이 대통령 소속 정당의 당적을 가지고 있었다.

237) Henry J. Abraham, *op.cit.*, pp. 63-69 참조.

령의 이러한 정치적 목적은 다음과 같은 두 가지 이유에서 항상 성공을 거둔다고 보기는 힘들다.²³⁸⁾ 첫째, 대통령이 대법관을 임명하기 위해서는 상원의 동의가 필요하다는 점이다. 예컨대 1968년부터 1992년까지 6명의 대법관후보자들이 상원의 동의를 얻는데 실패하거나 상원의 동의를 얻을 수 없음을 확신한 대통령에 의해 그 지명이 철회되었다. 나아가 상원으로부터 최종적인 동의를 얻는 경우에도 대법관 후보자에 대한 상원의 인사청문회는 매우 격렬한 논쟁을 야기하기도 한다. 그 대표적인 예로는 현재까지 대법관으로 재직 중인 토마스 대법관에 대한 임명 당시의 상원 인사청문회를 들 수 있을 것이다. 비록 당시 토마스 대법관 후보자에 대한 임명동의안은 상원에서 불과 52 : 48이라는 근소한 표차로 가결되었지만 이러한 표차에서 알 수 있듯이 인사청문회 과정에서 제기되었던 그의 성추행 논란은 사회적으로 큰 반향을 불러왔다. 둘째, 대통령에 의해 임명된 대법관이 임명된 후에 대통령의 기대와는 다르게 행동할 수 있다는 점이다. 이러한 상황은 대통령이 대법관 후보자의 정치적 성향이나 헌법관에 대해 잘못 판단하거나 대법관 후보자의 이러한 기본적 성향이 임명된 후에 변화된 경우, 또는 대통령이 임명 당시에는 전혀 예상할 수 없었던 새로운 사정이 생긴 경우에 발생한다. 그러나 아무리 대통령 스스로 임명했다 하더라도 임명 후에 자신의 기대와 어긋나게 행동하는 대법관에 대해 대통령이 취할 수 있는 조치는 아무 것도 없다.²³⁹⁾

위에서 살펴보았듯이 대법관 임명 절차에서 가장 주목되는 부분은 바로 상원의 인사청문회이다. 1920년대까지 대법관 후보자에 대한 상원의 임명동의 절차는 비공개로 진행되었다. 따라서 당시에는 대법관 후보자가 상원에 출석하여 증언하는 절차가 존재하지 않았다. 또한 대

238) 예컨대 2005년에 대법관 후보자로 지명된 미어스(Harriet Miers)는 대통령 지지층을 포함한 여론의 비판적인 시각에 직면하자 스스로 부시(George W. Bush) 대통령에게 지명 철회를 요구한 바 있다.

239) 이상 *Ibid.*; Alpheus Thomas Mason / Donald Grier Stephenson, Jr., *op.cit.*, pp. 6-19 참조.

법관 후보자에 대한 임명동의 표결도 무기명 투표로 처리됨에 따라, 개별 상원의원이 어느 쪽에 표를 던졌는지도 확인할 수 없었다. 그러나 오늘날에는 대법관 후보자가 상원 법사위원회의 인사청문회에 출석하여 증언을 하여야 하며, 이 과정에서 임명동의에 찬성하는 여론과 반대하는 여론이 형성된다. 특히 레이건 대통령이 대법관 후보자로 오코너를 지명한 1982년 이후에는 상원의 인사청문회가 TV로 중계되어 왔다. 이로 인해 다음과 같은 두 가지 현상이 두드러지게 나타났다. 첫째, 특정 집단이 대법관 후보자에 대한 찬·반 여론을 조성하는 것이 가능해졌다. 둘째, 차기 선거를 의식해야 하는 상원의원 입장에서는 이러한 여론을 고려하지 않을 수 없었다. 그러나 대법관 임명을 둘러싼 여론의 갈등은 후보자의 성격이나 관점에 크게 의존하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 과거 레이건 대통령이 보수적 성향의 보크(Robert Bork)를 대법관 후보자로 지명하자 여러 진보 단체들은 그에 반대하는 여론을 적극적으로 조성하였다. 이로 인해 결국 보크는 대법관으로 임명되지 못했다. 반면 클린턴 대통령이 깐스버그와 브리어를 대법관후보자로 지명하자 별다른 논란이 제기되지 않았고 결국 이들은 압도적인 표차로 상원의 임명 동의를 얻었다. 그 후 부시(George W. Bush) 대통령이 로버츠와 알리토를 각각 대법원장·대법관후보자로 지명한 것을 두고 논란이 제기되었다. 이러한 논란의 배경에는 이전의 연방항소법원 법관 지명을 둘러싼 공화당과 민주당과의 갈등이 자리 잡고 있었다. 그럼에도 불구하고 상원은 이들에 대한 임명동의안을 비교적 무난하게 통과시켰다.²⁴⁰⁾

2. 연방대법원의 헌법적 지위

연방헌법 제3조는 연방대법원을 헌법기관으로 직접 설치하고 연방

240) Dulcie Green Wink, "Judicial Confirmations: Politics And Predictions About Questions Not Answered," *Texas Bar Journal* 69 (2006), pp. 393-94.

의회에게 연방하급법원을 설치할 권한을 부여하고 있다. 이 조항에 의거하여 연방 의회는 연방대법원의 연방하급심으로 연방항소법원과 연방지방법원을 설치하였고, 그 결과 연방 사법제도의 삼심제가 완성되었다. 그러나 20세기를 거치면서 연방 의회는 이러한 3개의 심급 외에 연방군사항소법원(Court of Military Appeals)과 연방국제법원(Court International Trade)과 같은 여러 특별법원을 추가적으로 설치하였다.

연방지방법원은 미국연방법원의 1심으로서 민사 및 형사사건을 관할하며 여기에서의 재판은 원칙적으로 단독판사의 관할로 한다. 현재 50개주, 콜롬비아특별구, 괌, 버진 아일랜드, 북부마리아나 제도, 푸에르토리코에 총 94개의 연방지방법원이 있다. 연방 의회가 1789년에 연방지방법원을 창설할 당시에는 각 주마다 1개, 즉 13개의 연방지방법원을 설치하였으나 그 후 미국이 성장하면서 주에 따라 1개 이상의 법원이 필요하였다. 따라서 오늘날에는 50개 주에 기본적으로 1개의 연방지방법원을 설치하되 인구가 많은 주에는 여러 개의 연방지방법원을 두고 있다. 예컨대 캘리포니아, 뉴욕, 텍사스주에는 4개의 연방지방법원이 설치되어 있다.²⁴¹⁾

연방법원의 2심은 연방항소법원으로 여기에서는 연방지방법원의 항소와 독립규제위원회(independent regulatory commission)²⁴²⁾의 항소, 그리고 여러 특별 법원의 항소를 담당한다. 연방항소법원에서의 항소심은 대부분 “panel”이라 불리는 3명의 판사들에 의해 심리된다. 법원에 항소가 접수되면 그것을 심리할 3명의 판사들이 무작위로 지명되고 다

241) <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public/court-web-site-links> <2022. 7. 18. 검색>

242) 미국의 독립규제위원회란 전통적인 입법부·사법부·행정부와 독립하여 매우 기술적이면서도 복잡한 산업을 규제하는 기구를 말한다. 대표적인 독립규제위원회로는 연방준비제도이사회(Board of Governors of the Federal Reserve system)나 연방에너지규제위원회(Federal Energy Regulatory Commission) 등을 들 수 있을 것이다. 독립규제위원회는 그 본래의 업무인 행정적 규제 외에 규칙을 제정하고 재결(adjudicator decision)을 행한다는 점에 그 제도적 특징이 있다. 바로 연방항소법원이 독립규제위원회의 항소심으로 기능한다는 것은 이러한 독립규제위원회의 재결에 대한 항소심으로 기능한다는 것을 말한다.

수결에 의하여 사건을 결정한다. 그러나 경우에 따라 항소법원은 그 법원 소속의 판사 전원이 특정한 항소사건을 심리하도록 결정하기도 한다. 이를 “en banc”로 심리한다고 한다. 현재 미국에는 13개의 연방항소법원이 있고 이들 중 11개는 관할하는 주를 기준으로 숫자에 의해 구분되고 있다. 예컨대 제7연방순회항소법원(U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit)은 위스콘신주, 일리노이주, 인디애나주를 관할한다. 한편 독립규제위원회의 상소나 여러 특별법원의 상소는 제12연방항소법원인 콜롬비아특별구 항소법원(U.S. Court of Appeals for the District of Columbia)과 제13연방항소법원인 연방순회재판소 항소법원(U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit)이 담당하고 있다.²⁴³⁾

연방법원의 3심은 연방대법원이다. 연방대법원은 9명의 재판관으로 구성되며²⁴⁴⁾ 극히 예외적인 1심 관할사건을 제외하고는 대부분 연방지방법원과 항소법원, 주지방법원과 항소법원에서 올라온 사건들을 관할한다. 연방문제에 관한 연방대법원의 결정은 법적으로 모든 하급심을 구속한다는 점에서 연방대법원은 진정한 미국의 최고 법원이다.

IV. 연방대법원의 심판권

1. 개관

2000년대 후반을 기준으로 연방대법원에는 한해 평균적으로 7~8000여건의 사건이 접수되고 있으며, 이중 연방대법원의 심리를 거쳐 선고되는 사건은 약 70~90여건에 이르고 있다.²⁴⁵⁾ 연방대법원이 심판하는

243) <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public/court-web-site-links> <2022. 7. 18. 검색>

244) 연방대법원이 처음 설치될 당시에는 6인의 대법관으로 구성되었다. 그 후 법률에 의하여 수차례 변동이 있었으나 연방 의회는 1869년에 대법관 숫자를 9인으로 확정하였다.

245) 구체적인 통계는 김진한, 미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사 절차-Writ of certiorari제도를 중심으로-, 헌법은총 제22집, 헌법재판소, 2011,

사건은 반드시 그 관할에 속하는 것이어야 한다. 다시 말해 연방대법원은 헌법과 법률에 의해 자신의 관할에 속하는 것으로 인정되는 사건에 대해서만 재판권을 행사할 수 있다. 하지만 이러한 요건이 충족된 모든 사건에 대해 연방대법원이 재판권을 행사하는 것은 아니다. 즉 연방대법원은 자신의 관할에 속하는 사건들 중 어느 것을 심판할 것인지에 대해 광범위한 재량권을 갖는다. 사건 선별에 관한 연방대법원의 재량권은 점차적으로 확대되어 왔으며 이를 통해 연방대법원은 심판할 사건의 양을 적절히 조절하고 있다.

2. 연방대법원의 관할권

가. 개요

연방대법원의 관할권은 크게 1심 관할권(original jurisdiction)과 상소심 관할권(appellate jurisdiction)으로 나눌 수 있다. 연방헌법 제3조 제2항 제2호에 따르면 연방대법원은 대사와 그 밖의 외교사절 및 영사에 관계되는 사건과 주가 당사자인 사건에 대해 1심 관할권을 가지며, 그 밖의 모든 사건에서는 연방 의회가 정하는 규정에 따라 법률 문제와 사실 문제에 관하여 상소심 관할권을 가진다. 단 상소심 관할권의 경우, 연방 의회가 예외로 정하는 사건에 대해서는 관할권을 행사하지 못한다.

나. 1심 관할권

연방대법원의 1심 관할권은 대사와 그 밖의 외교 사절 및 영사에 관계되는 사건과 주가 당사자인 사건이다. 이 경우에 연방대법원은 상소 법원으로서의 성격을 갖지 않으며 1심이자 종심 법원으로 기능한

210-11쪽.

다. 그러나 연방대법원이 1심 관할권에 속하는 사건을 심판하는 경우는 극히 드물다. 이것은 다음과 같은 두 가지 원인에 직접적으로 기인한다. 첫째, 연방대법원의 1심 관할권은 수정헌법 제11조에 의해 제한된다는 점이다. 1798년에 채택된 수정헌법 제11조는 연방법원에 주를 상대로 소를 제기할 수 있는 자격을 해당 주의 시민으로 제한하고 있다. 이것은 연방대법원의 1심 관할권을 사실상 제한하고 있는 것이라고 볼 수 있다.²⁴⁶⁾ 둘째, 연방대법원의 1심 관할권은 연방 의회에 의해 제한되고 있다. 즉 20세기를 거치면서 연방 의회는 법률을 통하여 연방대법원의 1심 관할권에 속하는 사건들을 연방대법원과 연방지방법원의 공동관할(concurrent jurisdiction)로 규정함으로써 연방대법원의 1심 관할권을 정책적으로 제한해왔다.²⁴⁷⁾

결과적으로 현재 연방대법원은 두 개 혹은 그 이상의 주간의 법적 쟁송에 대해서만 1심 관할권을 독점적으로 행사하고 있으며, 이 사건들은 공통적으로 주간의 경계에 관한 쟁송 또는 수자원이나 천연 자원에 관한 쟁송을 그 내용으로 하고 있다.²⁴⁸⁾ 더욱이 얼마 안 되는 1심 사건에 있어서도 증언청취(hearing testimony)과정에 상당한 시간과 에너지가 요구된다고 판단되는 경우에는 이를 담당할 특별보좌관(Special Master)을 임명하고 있다. 특별보좌관은 대부분 전직 법관 출신으로서 당사자의 증언을 청취하고 이를 재판부에 보고한다. 특별보좌관의 조사내용은 일반적으로 재판 과정에서 대법관들에게 그대로 받아들여지고 있다.²⁴⁹⁾

246) 수정헌법 제11조는 연방대법원이 1793년에 내린 *Chisholm* 판결의 효력을 부인하기 위해 채택된 것이다. 이 판결에서 연방대법원은 모든 주의 시민은 자신이 속한 주 이외의 주를 상대로 연방법원에 소를 제기할 수 있다고 결정하였다. *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

247) 28 U.S.C. §1251.

248) 대표적인 사건은 *Arizona v. California*, 373 U.S. 546 (1963).

249) 이상 Henry J. Abraham, *op.cit.*, p. 24; Alpheus Thomas Mason / Donald Grier Stephenson, Jr., *op.cit.*, p. 29.

다. 상소심관할권

연방대법원에서 다루는 사건의 대부분은 연방하급법원이나 주법원에서 올라오는 사건들이다. 바로 이러한 사건들에 대해 연방대법원은 상소심관할권을 갖는다. 이 경우에 연방대법원은 다음과 같은 두 가지 의미에서 최종심으로 기능한다. 첫째, 소송당사자들이 판결을 다룰 더 이상의 법원이 존재하지 않는다는 점이다. 따라서 연방대법원의 법률 해석이 갖는 효력은 의회의 입법에 의해서만 제한될 수 있으며, 그 헌법해석의 효력은 헌법개정이나 후속 연방대법원 판례에 의해서만 부인될 수 있다. 이러한 예외적 상황이 발생하지 않는 한, 모든 법원은 연방문제에 대한 연방대법원의 결정에 구속된다. 둘째, 소송당사자가 연방대법원의 심판을 받기 위해서는 다른 법원에 심판절차가 있는 경우에 그것을 모두 거쳐야만 한다는 점이다. 즉 연방대법원에 상소되는 사건들은 보충성의 요건을 갖추어야 한다.

주법원에서 개시된 사건은 대체적으로 주대법원에서 상소의 형태로 연방대법원에 올라오는 것이 일반적이다. 그러나 유의할 점은 주의 사법제도상 실질적으로 더 이상 거쳐야 할 심급이 존재하지 않는 경우에 주하급법원 사건은 주대법원을 거치지 않고 직접 연방대법원으로 올라올 수 있다는 것이다. 예컨대 1960년 Thompson 판결²⁵⁰)에서 연방대법원은 켄터키주법상 피고에게 선고된 벌금이 지나치게 경미할 경우에 주상급법원으로서의 상소가 금지되고 있다는 점을 확인하고 켄터키주 루이빌시 치안법원(police court)판결에 대한 상소를 인정하였다. 반면 연방법원에서 개시된 사건은 일반적으로 연방항소법원 판결에 대한 상소로 연방대법원에 올라오고 있다. 그러나 여기에도 일정한 예외가 있다. 즉 일정한 경우에 연방지방법원 사건은 연방항소법원을 거치지 않고 직접 연방대법원으로 올라온다. 이것과 관련한 대표적인 사례가 바로 1974년 Nixon 판결²⁵¹)이다. 이 사건은 원래 연방지방법

250) Thompson v. Louisville, 362 U.S. 199 (1960).

원에서 닉슨(Richard Nixon) 대통령이 워터게이트 사건을 조사하는 의회와 특별검사에게 사건관련 테이프들과 기타 기록들을 제출하기를 거부한 것이 문제된 사건으로서, 연방대법원은 이 사건이 갖는 정치적 중요성을 감안하여 연방항소법원에 사건이 계류 중이었음에도 불구하고 원심판결에 대한 상소를 인정하였다.²⁵²⁾

한편 주법원이나 연방하급법원 사건을 연방대법원으로 상고하는 방법은 권리상고(appeal)와 상고허가(certiorari) 두 가지가 있다. 권리상고는 소송당사자의 권리사항으로 원칙적으로 일정한 법정요건이 충족되면 반드시 인정해야 하는 상고절차를 말한다. 권리상고 절차에서는 연방 또는 주(州)의 법률을 위헌이라고 판단한 하급심 판결에 대한 심리, 판단을 한다. 1988년까지는 연방항소법원의 판결, 연방지방법원의 판결, 연방지방법원 항소부의 판결, 또는 주 최고법원의 판결로부터 연방대법원으로서의 상고를 허용하였으며, 이중 주 최고법원의 판결로부터의 상고가 가장 일반적인 경우였다.²⁵³⁾

반면 상고 허가는 연방대법원의 재량 사항으로 사건을 심리할 것인지 여부는 연방대법원이 자율적으로 결정하는 것으로, 이 제도는 연방항소법원이 상설화된 1891년에 도입되었다. 이 시기에 제정된 연방항소법원법(Circuit Court of Appeals Act) 제6조는 연방항소법원의 판결에 불복하는 소송 당사자가 권리 상고 또는 재심 영장(writ of error)의 경로를 활용하지 못하는 경우에 한하여 상고 허가를 신청하도록 하였다. 상고 허가제는 상급심 법원이 하급심 법원에 대해 당해 하급심 법원이 당해 사안에 관해 갖고 있는 기록을 상급심 법원에서의 심리, 판결을 위해 상급심 법원으로 송부할 것을 명하는 제도로 보통법

251) United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

252) 주(州)최고법원의 경우 종국적인 판결 또는 명령에 대해서만 상고허가가 가능한 것과 달리 연방항소법원의 판결 또는 명령은 종국적으로 내려지기 전이라도 연방대법원이 상고를 허가하여 사건을 심리, 판단할 수 있다. 이혜우, 앞의 글, 209-10쪽.

253) 이우영, 미국의 연방대법원, 인권과 정의, 제411권, 대한변호사협회, 2010, 15쪽.

에 기원을 둔 영장(writ)이다.²⁵⁴⁾

20세기 후반에 접어들면서 권리 상고보다는 상고 허가에 의한 상고가 현저하게 증가되었고 이로 인해 연방대법원은 심리할 사건을 결정함에 있어서 실질적인 재량권을 갖게 되었다. 20세기 초반만 하더라도 연방대법원에 상고되는 사건은 약 80%이상이 권리 상고에 의한 것이었다. 즉 이 시기에 상고 허가를 통해서 연방대법원으로 올라오는 사건의 비중은 전체 20% 정도에 불과하였는데, 연 500건 정도의 청구 가운데 인용은 60~70건에 대해서 이루어졌으며, 연방대법원이 다루는 나머지 80%의 사건은 재심 영장 청구 또는 권리 상고를 통해서 올라왔다.²⁵⁵⁾

하지만 연방대법원의 권리 상고 사건 처리에 따른 업무 부담이 증가되고, 권리 상고에 의해 상고되는 사건들 중 대다수가 중요한 법적 쟁점이 없는 것으로 밝혀짐에 따라 연방대법원은 의무적으로 심리해야 하는 권리 상고 사건을 축소하고자 정치권에 적극적으로 로비활동을 전개하였다. 그 결과 의회는 1925년 법원조직법(Judiciary Act)을 개정하여 권리 상고할 수 있는 사건의 범위를 크게 축소하였다. 구체적으로 연방대법원이 접수하는 사건 가운데 약 4분의 3에 해당하는 사건의 관할을 심판이 강제되는 권리 상고 관할로부터 연방대법원의 재량에 의하여 심판 여부를 결정하는 상고 허가 관할 사건으로 변경하였다. 그리하여 상당부분의 연방대법원 관할은 그 심판 여부가 연방대법원의 재량에 의하여 결정되는 상고 허가 관할 사건이 되었다.

한편 상고허가제를 본격적으로 도입한 1925년 법원조직법 개정 과정에는 여러 가지 중요한 쟁점이 제기되었는데, 최고 법원의 과도한 업무 부담으로 고민하는 국가들은 이와 관련한 논의를 살펴볼 만하다.²⁵⁶⁾ 1925년 법원조직법 개정은 당시 연방대법원 대법원장이었던 태

254) 위의 글, 같은 쪽.

255) 이재우, 앞의 글, 194쪽.

256) 이하의 논의는 김진한, 앞의 글, 215쪽 이하 참조.

프트(William Howard Taft) 대법원장이 주도하였다. 그가 제안한 법안의 골자는 연방순회항소법원의 재판에 대한 상고 사건을 모두 상고허가 관할로 전환하는 것, 연방순회항소법원도 중요하고 어려운 법적 쟁점에 관하여 연방대법원의 판단을 확인(certification)할 수 있도록 하는 것이었다. 태프트 대법원장은 해당 법안의 논거로 제1심과 제2심을 거쳐 최고 법원 단계로 나아간 사건의 경우, 그 1차적인 목적은 개인의 권리 구제보다는 헌법적 쟁점이나 공익과 관련되는 중대한 법적 쟁점을 밝히는 것이라는 점을 제시하였다. 그에 따라 국민 전체의 이익을 위하여 법의 원칙을 확립하고 해석하는 것을 존립 근거로 하는 연방대법원이 사건을 선별적으로 심리, 판단하는 것은 불가피하다고 주장하였다.

하지만 해당 법안에 대해서는 연방 의회 심의 과정에서 여러 가지 논란이 제기되었다. 먼저 연방대법원의 사건 부담을 덜어내는 입법이 필요하다고 하여도, 그것이 반드시 연방대법원에 사건 선별의 재량을 허용하는 방식으로 이루어져야 하는지에 대한 의문이 제기되었다. 특히 해당 법안은 연방대법원이 상고 허가 신청 사건 중 어떠한 사건을 어떠한 기준으로 선별하여 그에 대해 심리, 판단할 것인지 여부에 관하여 아무런 규정도 하고 있지 아니하다는 점이 논란이 되었다. 이런 점에서 입법자가 법률을 통하여 연방대법원이 판단할 사건의 유형 내지 요건을 정하고 그 유형에 해당하는 사건에 대하여 심리, 판단을 하는 방법이 타당하다는 주장도 제기되었다. 그러나 연방대법원 측은 입법으로 연방대법원이 심리, 판단할 사건을 유형화하는 것은 법 기술적으로 곤란할 뿐만 아니라 연방대법원의 유연성을 저해하는 것이라는 반론을 제시하였다.

다음으로 연방대법원이 그 재량권한을 남용하여 자의적으로 사건을 선택할 우려가 있다는 주장도 제기되었다. 즉 해당 법안에 따르면 상고 허가 신청에 대하여는 구두변론을 거치지 않으며 결정문도 작성되지 않기 때문에 사건 선별에 아무런 기준도 제시되지 않는다는 것이

다. 이에 대해 연방대법원 측은 상고 허가 신청에 대한 판단은 자의적 재량이 아닌 건전한 사법 판단에 기초한 재량이라는 점에서 공적으로 중대한 사건, 국민 일반이 이해관계를 갖는 사건, 사건의 통일적 해결에 중대한 이해가 있는 사건 등이 선별될 것이라는 반응을 나타냈다.

또한 연방대법원이 담당하는 재판이 주로 헌법적 쟁점에 관한 재판이고, 헌법적 쟁점의 중요성을 감안할 때 헌법적 쟁점을 가지고 있는 사건에 대해서는 사건 선별의 재량이 인정되어서는 안 된다는 주장도 제기되었다. 이에 대해 연방대법원 측은 소송 당사자들에 의해 헌법적 쟁점은 얼마든지 조작될 수 있다는 점에서 연방대법원이 헌법적 원칙에 기하여 판단하여 과연 그와 같은 의문이 헌법적 문제로서의 진정한 실체를 가지고 있는지 심사를 할 수 있어야 한다는 반론을 제시하였다.

마지막으로 연방대법원이 사건 선별의 재량을 갖게 되면 상고 허가 신청 사건을 선별하기 위하여 지정재판부 형식의 소부(小部)를 구성하여 이를 간편하게 심사할 가능성이 있으며, 만일 이와 같은 방식으로 제도를 운영한다고 하면 ‘하나의 연방대법원’(one supreme Court)에 사법권을 부여한다고 규정한 연방헌법 제3조 제1항에 위반된다는 우려도 제기되었다. 그러나 이에 대해 연방대법원 측은 연방대법원의 9명의 대법관들은 하나의 상고 허가 신청에 대하여 9명 전원이 심사할 것이고, 전원재판부의 평의를 거쳐 투표를 할 것이라는 견해를 제시하였다. 나아가 4인 동의 원칙(Rule of Four)과 3인 동의 원칙(Rule of Three)을 언급하며²⁵⁷⁾ 대법관 4인의 동의가 있는 경우나 3인의 동의가 있더라도 그 사건이 중요한 영역의 것이라면 상고를 허가할 것이라는 점을 강조하였다.

예상대로 1925년 법원조직법 개정에 의하여 연방대법원의 권리 상고 관할로 인한 사건 부담은 현저하게 감소되었다. 하지만 시간이 지나면서 여전히 권리 상고 관할로 남아있는 사건들은 다시 연방대법원

257) 4인 동의 원칙과 3인 동의 원칙은 아래의 사건 선별 절차에서 자세히 설명한다.

에 큰 부담으로 작용하게 되었다. 1980년대 초반까지만 해도 연방대법원의 한 회기동안 구두변론을 거친 사건의 약 20~25%가 권리상고 관할 사건이었던 것이다.²⁵⁸⁾ 이런 점을 반영하여 결국 1988년에는 그나마 남아있던 권리 상고 관할 사건의 범위를 더욱 축소하여 사실상 연방대법원에게 사건 선별의 전권을 부여하였다.²⁵⁹⁾

다만 1988년 이전에도 연방대법원은 사실상 심리할 사건을 결정함에 있어서 상당한 정도의 재량권을 행사해왔다. 예컨대 1988년 이전에도 연방대법원에 접수되는 사건의 80~90%이상은 상고 허가를 구하는 것이었다.²⁶⁰⁾ 연방대법원에 접수되는 사건은 전문 변호사가 주도하는 소위 유료 소송(paid case)에서부터 빈곤층이 스스로 소송을 주도하는 무료 소송(in forma pauperis)²⁶¹⁾에 이르기까지 매우 다양하다. 어쨌든 이러한 여러 가지 사건 중에 어느 것을 심리·판결할 것인지는 현재

258) 김진한, 앞의 글, 214쪽.

259) 오늘날 연방대법원에 권리 상고 할 수 있는 경우는 연방지방법원의 3인의 판사가 심리, 판결을 내린 사건으로 제한되고 있다(28 U.S.C. §1253). 그런데 단독 판사의 관할을 원칙으로 하는 연방지방법원에서 3인의 판사에 의해 사건이 심리되는 경우는 연방 의회가 제정하는 법률에 특별한 규정이 있는 경우와 연방 의회 의원 선거구 확정과 주 의회의원 선거구 확정에 대해 위헌 소송이 제기된 경우로 제한된다(28 U.S.C. §2284(a)). 이로 인해 사건이 권리 상고에 의해 연방대법원으로 올라오는 경우는 극히 예외적일 수밖에 없다.

260) 연방대법원으로 사건이 올라오는 방법은 권리 상고와 상고 허가 외에 확인(certification)이 있다. 확인은 연방 하급법원이 연방대법원에게 특정한 법적 쟁점에 대해 지침(instruction)을 구하는 것이다. 연방 하급법원의 확인 요청에 대해 연방대법원은 법적 구속력이 있는 지침을 발하거나 사건 전체의 기록을 요구하여 여기에 대해 직접 판결을 내리기도 한다. 확인은 주로 연방항소법원이 연방대법원에 대해 요청하는 것이 일반적이나 확인으로 인해 사건이 연방대법원으로 올라오는 경우는 매우 드물다. 28 U.S.C. §1254(2) 참조.

261) 일반적으로 유료 소송은 소송 신청인이 소정의 소송 비용(filing fee)을 납부하고 법적으로 요구되는 여러 가지 소송 자료들을 제출해야 하는 소송을 말한다. 반면 무료 소송은 경제적으로 빈곤한 소송 신청인이 하급 법원의 판결에 대한 상급 법원의 심사를 신청할 때 활용되는 것으로서, 이것은 주로 빈곤으로 인해 법률적 지원을 얻을 수 없는 형사 피고인에 의해 이용되고 있다. 무료 소송의 경우, 연방대법원은 유료 소송에 요구되는 소송 비용이나 기타의 서류 제출 요건들을 면제하고 있다. 무료 소송에 대해 자세한 것은 Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet*, Vintage Books, 1989.

연방대법원의 재량에 속한다고 할 수 있다. 연방대법원 규칙(Supreme Court's Rule) 10조에 의하면 상고 허가는 소송 당사자의 권리 사항이 아니라 사법부의 재량 사항이며 이것은 특별하고도 중요한 이유가 있는 경우에 한하여 허가될 수 있음을 규정하고 있다. 연방대법원 규칙 제10조를 구체적으로 소개하자면 다음과 같다.

연방대법원 규칙 제10조(Rule 10). 상고 허가 심리에서의 고려 사항 (Considerations Governing Review on Writ of Certiorari)

상고 허가 심리는 권리가 아닌 사법부 재량 사항이다. 상고 허가 신청은 중대한 이유가 있을 때에 한하여 인용된다. 대법원이 고려하는 상고 이유의 내용은 다음과 같다. 다만 대법원은 이러한 내용에 구속되지 않으며 이에 근거하여 재량권을 행사해야 하는 것은 아니다 (Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:).

(a) 연방항소법원이 동일한 주요 사안에 관하여 다른 항소법원의 결정과 충돌하는 결정을 내린 경우; 중요한 연방 문제에 관하여 주 최고법원의 결정과 충돌하는 결정을 내린 경우; 일반적으로 승인된 사법절차에서 크게 벗어나거나 또는 하급심의 이러한 이탈을 허가하여 대법원의 감독권의 행사가 요청되는 경우(a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned

such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court's supervisory power;)

(b) 주 최고법원이 중요한 연방문제에 관하여 다른 주 최고법원 또는 연방항소법원의 결정과 충돌하는 결정을 내린 경우(a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals:)

(c) 주 법원 또는 연방항소법원이, 대법원의 선례가 없지만 대법원이 결정하여야 할 연방문제에 관한 주요 문제에 관하여 결정하였거나, 대법원의 관련 결정과 상충되는 방향으로 중요한 연방 문제를 결정한 경우(a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court.)

상고 허가 신청은 당사자가 주장하는 오류가 사실 인정의 오류 또는 법 적용의 오류에 해당하는 경우에는 가급적 인용되어서는 안 된다(A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.)

이 조항에 대해서는 다음과 같은 몇 가지가 주목된다. 첫째, 상고 허가는 사법부의 의무가 아닌 재량이며, 중대한 이유가 있는 경우에만 인용될 여지가 있다는 점이다. 이는 연방대법원이 심리할 사건을 선별하는데 완전한 재량권을 행사하겠다는 것으로 풀이할 수 있다. 둘째, 이 조항은 상고 허가의 중요한 기준으로 연방항소법원 판결 간 충돌, 연방항소법원과 주 최고법원 판결의 충돌, 연방대법원과 연방항소법원 및 주 최고법원 판결의 충돌 등을 들고 있다. 이는 법령의 해석 및 판

례의 통일이 연방대법원의 핵심 기능이라는 점을 나타내는 것이다. 셋째, 이 조항은 하급심의 사실 인정의 오류나 법 적용의 오류를 시정하는 것을 상고 허가의 기준으로 사실상 배제하고 있다. 이는 사실 인정이나 법 적용상의 오류를 시정하는 것은 연방대법원 본연의 기능이 아니라는 것으로 연방대법원의 정책 법원으로서의 성격을 강조하는 것이다.²⁶²⁾

근래에 연방대법원은 상고 허가 재량권을 통하여 매년 심리되는 사건의 수를 대폭적으로 줄여오고 있다.²⁶³⁾ 예컨대 1980년대 초반에는 매년 약 180여건 정도가 심리되었으나 2000년에는 불과 86건만이 심리되었다. 이러한 현상에 대해 과거 수터 대법관은 이것은 연방대법원이 의도적으로 계획한 바는 아니며 자연스럽게 발생한 현상에 불과하다고 하고 있으나, 어쨌든 연방대법원의 까다로운 사건 선별로 인해 사건 선별 절차가 과거와는 달리 매우 중요시되고 있다는 점만은 분명해 보인다.²⁶⁴⁾ 이러한 점에 주목하여 이하에서는 연방대법원이 어떤 절차와 기준으로 사건을 선별하고 있는지에 대해 자세하게 살펴보기로 한다.

3. 사건 선별의 절차와 기준

가. 사건 선별 절차

앞에서 살펴본 대로 연방대법원에 접수되는 상고 허가 신청은 매해 수천 건에 달하고 있기 때문에 이들 모두를 연방대법원이 심판한다는 것은 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다. 따라서 연방대법원은 일정한 절차와 기준에 의거하여 이들 중 일부의 사건만을 선별하여 심판

262) 이제우, 앞의 글, 198쪽.

263) 이 문제에 대해 자세한 것은 David M. O'Brien, "The Rehnquist Court's Shrinking Plenary Docket," *Judicature* 81 (1997), pp. 58-65.

264) Henry J. Abraham, *op.cit.*, pp. 24-28.

하고 있다.

연방대법원의 사건 선별 절차는 비교적 명확하다. 먼저 사건 선별 절차에 있어서 중요한 역할을 담당하고 있는 자들은 바로 대법관을 보좌하는 재판연구관(Law Clerk)²⁶⁵들이다. 대체적으로 대법관들은 재판연구관으로 하여금 접수된 상고 허가 신청에 대한 간단한 보고서를 작성하도록 하며, 여기에는 사건의 사실 관계(facts), 하급 법원의 판결 (opinions below), 쟁점(issues), 변호인들의 주장(arguments of the attorneys) 등이 포함된다. 이러한 재판연구관의 보고서는 대법관의 검토를 거쳐 대법관회의(conference)에 제출된다.

이러한 통상의 절차 외에 연방대법원은 1970년대에 들어와 상고 허가 신청의 처리를 좀 더 효율화하기 위하여 이른바 상고 허가 공동연구제도(cert pool)를 도입하였다. 이 제도는 1972년에 연방대법원의 대법관 개인이 부담하는 업무량을 줄이기 위한 목적에서 비롯되었다. 이 제도의 도입 이전에는 각 대법관실(chamber)이 연방대법원으로 올라오는 모든 청구서를 검토하였는데, 이는 대법관들의 업무가 중복되는 결과를 가져와 효율적이지도 못하였을 뿐만 아니라 상고가 허가되는 사안을 심리하고 판결문을 쓰는 데 그만큼 더 적은 시간만을 할애할 수밖에 없는 문제를 야기하였다. 이런 이유로 그 당시 버거(Warren E. Burger) 대법원장을 비롯한 여러 대법관들이 상고 허가 신청서를 하

265) 참고로 재판연구관은 재판 사안의 쟁점에 대한 연구·분석 및 판결문의 초안 작성 등의 직무를 담당하며 그러한 과정에서 재판부의 판결을 포함한 재판 실무에 상당한 영향을 미친다. 연방대법원에서는 1886년 이래 줄곧 재판연구관을 두어, 자료의 분석, 쟁점에 대한 분석·연구 및 판결문 초안의 작성 등의 영역에서 대법관과 대법원장의 업무를 보조하도록 하고 있다. 연방 하급 법원의 판사는 대체로 판사 1인이 1인의 재판연구관을 배정받는데 비해, 연방대법원의 대법관은 1인당 4인의 재판연구관을, 대법원장은 5인의 재판연구관을 배정받는다. 연방대법원을 제외한 연방법원에서의 재판연구관직은 통일된 절차(National Federal Judges Law Clerk Hiring Plan)에 따라 지원과 면접을 거쳐 결정된다. 연방대법원은 연방대법원의 독자적인 절차를 통해 재판연구관을 고용한다. 대체적으로 연방대법원의 재판연구관은 명문 로스쿨을 졸업하고 연방 하급 법원 판사의 재판연구관으로 일 년 간 근무한 경력이 있는 자들이 선발되는 경향이 있다. 이우영, 앞의 글, 20-21쪽.

나의 풀(pool)로 공유하여 관리하게 된 것이다.²⁶⁶⁾

보다 구체적으로 살펴보면 연방대법원의 관할에 관한 개혁을 이루었던 1925년 당시에는 상고 허가 신청 사건이 불과 400여건에 불과하였으므로 모든 상고 허가 신청 사건에 대하여 개별적인 노력을 투입하는 것이 어렵지 않았다. 하지만 상고 허가 신청 건수가 8,000여건에 이르게 된 요즘에는 상고 허가 신청 사건에 대하여 개별 대법관들이 각자 전면적인 평의 준비를 하는 것은 현실적으로 쉽지 않게 되었다. 대법관들은 상고 허가 신청 이외에도 본격적인 사법심사를 하는 변론 판결 사건의 평의 및 판결문 작성의 업무를 수행하는 것인바, 이들 모든 업무를 적정하게 수행하기 위해서는 상고 허가 신청 사건의 평의 준비에 들이는 시간과 노력을 절약해야 할 필요가 있게 되었다. 따라서 연방대법원은 상고 허가 신청 사건의 평의 준비에 들이는 시간과 노력을 절약하기 위해 상고 허가 공동연구제도를 고안한 것이다.

이 제도에 따르면 재판연구관들은 상고 허가 신청 사건을 보고하는 경우에는 자신이 소속한 대법관에게만 보고하는 것이 아니라 이 제도에 참여하는 대법관 모두에게 회람하는 보고서를 작성한다. 이는 공식적인 법 제도가 아니라 연방대법원의 실무 절차를 운용하는 과정에서 발생한 관행일 뿐이다. 대법관들은 풀(Pool)에 참여할 의무가 없으며, 언제든지 여기에서 탈퇴할 수 있다.

풀(Pool)에 참여한 대법관에 소속된 재판연구관들은 한 회기 동안 연방대법원에 접수되는 모든 상고 허가 신청 사건을 해당 재판연구관 숫자로 나누어 공평하게 분배한다. 사건을 배당받은 재판연구관은 분배받은 사건에 관한 보고자가 되어 보고서를 작성하고, 이 보고서를 대법관들이 회람하여 검토하는 방식으로 심사가 이루어지게 된다. 보고서에는 해당 사건의 사실 관계, 법적 쟁점의 분석, 그리고 대법관들에게 제시하는 보고자의 결론 등의 내용이 포함되어 있다. 풀(pool)에 참여하지 않는 대법관들은 접수되는 각 사건에 대하여 각자 연구를

266) 이제우, 앞의 글, 212-13쪽.

하여야 하며, 각 대법관에 소속되어 있는 재판연구관들은 각 사건마다 보고서를 작성한다.²⁶⁷⁾

다만 상고 허가 공동연구제도에 대해서는 법조 경력이 일천한 재판연구관에게 지나치게 큰 권한을 부여한다는 비판, 대법관과 소속 재판연구관과의 진솔한 대화를 어렵게 하고 사건이 어느 재판연구관에게 배당되느냐에 따라 상고 허가 여부가 좌우된다는 비판, 재판연구관 공동 운영으로 연방대법원의 다양성이 훼손되고 연방대법원이 동질화되어간다는 비판 등이 제기되고 있다.²⁶⁸⁾

한편 대법원장은 재판연구관들의 보고서에 기초하여 접수된 사건들을 평가하고 이를 근거로 대법관회의에서 토론될 사건들의 목록을 작성한다. 나머지 대법관들은 대법원장이 작성한 사건 목록에 토론할 가치가 있다고 판단되는 사건들을 추가시킬 수 있다. 대법원장이 작성한 사건 목록에 포함되지 못하거나 나머지 대법관들에 의해 추가적으로 지정되지 못한 사건들은 이 단계에서 자동적으로 각하된다. 매년 상고 허가 신청들 중 약 70%가 이러한 방식으로 처리된다. 다만 사건 목록에 포함되었다고 하여 해당 신청이 받아들여질 확률이 높은 것은 아니다. 사건 목록에 포함된 사건들은 대법관들의 평의에서 그 상고 허가 여부에 관하여 논의를 하게 된다는 것뿐이며, 그 가운데 대다수의 사건들은 상고 허가가 거부된다.²⁶⁹⁾

대법관회의에서 대법관들은 재판연구관의 보고서를 토대로 상고 허가 여부를 정하는데 개인적 판단에 의존한다. 다시 말해 원칙적으로 상고 허가 심리 절차를 위한 평의가 열리기 전에는 다른 대법관들과 상고 허가에 대한 논의를 하지 않는다. 이러한 독자성은 연방대법원의 관행뿐만 아니라 현실적 요구에서 비롯된다. 사건이 연방대법원에 다량으로 유입되기 때문에 대법관들이 모여서 일일이 상고 허가에 관한

267) 김진한, 앞의 글, 237-39쪽.

268) 문재완, 앞의 글, 110쪽.

269) 김진한, 앞의 글, 236쪽.

구술 변론을 열고 합의체로서 논의할 수 없는 것이 가장 큰 이유이다.

토론이 이루어진 후 모든 대법관들은 서열 순으로 상고 허가 신청의 인용 또는 기각 의사를 밝히는데, 투표결과는 공개되지 않는다. 인용으로 결정되는 경우, 구두 변론을 열지 아니면 그 자리에서 약식 판결을 선고할 지를 같이 정한다. 반면 청구 기각으로 결론이 나오면 연방대법원은 별도의 이유를 명시하지 않고 단지 ‘기각’(denied) 또는 “실질적 연방 사안의 부재를 이유로 각하”(appeal dismissed for want of a substantial federal question) 정도만 기재하는 것이 일반적이다. 종종 대법관에 따라서는 기각에 대한 반대 의견을 작성하기도 한다.²⁷⁰⁾

이와 같은 상고 허가 심리절차의 비밀성과 추상성은 이것이 대법관들에게 최대한의 재량을 제공해줄 수 있다는 점에서도 비롯된다. 즉 상고 허가 심리를 위한 평의의 비밀성은 각계 각층의 사회적 이익 단체의 영향력으로부터 대법관들을 보호해주며 그들이 자유로운 분위기에서 의견을 주고받을 수 있도록 해준다. 그러나 다른 한편으로 이러한 비밀성은 대법관들이 어떠한 책임도 지지 않는다는 문제점을 안고 있기도 하다. 나아가 대법관들이 특정 사안에 대해서 상고를 허가하지 않더라도 이후 동일한 사안에 대해서 어떤 결정을 내릴지에 대해서는 아무런 구속을 받지 않는다.

상고 허가 신청에 대한 토론이 이루어지는 대법관회의는 연방대법원 개정기²⁷¹⁾ 이전에는 개정일 직전 3~4일 간에 걸쳐 열리고 개정기 중에는 주말에 열린다. 특히 개정기 이전의 대법관회의는 전적으로 상고 허가 신청 사건들을 처리하기 위해 열리고 있으며 이 때 각 대법관들은 7~8월이 지나면서 연방대법원에 접수된 수많은 사건들을 처리한다. 접수된 상고 허가 신청이 인용되려면 대법관회의에서 대법관 4인의 찬성이 있어야 한다. 이것을 소위 4인 동의 원칙(Rule of Four)

270) 위의 글, 214쪽.

271) 미국 연방대법원은 우리나라 헌법재판소와 달리 매해 10월부터 다음 해 6월까지만 재판을 한다. 이 기간이 바로 연방대법원의 개정기이다.

라고 한다.²⁷²⁾

4인 동의 원칙이 중요한 의미를 갖는 것은 다수결 원칙이 적용되지 않는다는 점에 있다. 즉 연방대법원에서 이루어지는 거의 대부분의 결정에서 의결 정족수가 5인 이상일 것을 요구함에도 상고 허가와 관련하여서는 대법관들의 과반수가 아니어도 심리가 가능해진다. 4인 동의 원칙은 미국 연방대법원의 오래된 관행에 의해서 확립된 것으로 그 어디에도 그 법적 근거가 존재하지 않는다. 4인 동의 원칙은 대법관회의에 참여한 대법관의 수에 결원이 있어 8명의 대법관이 참여한 경우에도 마찬가지로 준수되는 원칙이다. 하지만, 대법관의 평의 참여 대법관의 수가 그 보다 적어 7명 내지 6명인 경우에는 그 원칙을 완화하여 3명의 대법관의 찬성으로 족한 것으로 판단하고 있다.²⁷³⁾

4인 동의 원칙을 더 완화하는 표결 방식으로 ‘join-3’이라는 투표 방식이 있다. 이 방식을 따를 경우 대법관 한 명 한 명의 투표가 상당히 중요해진다. Join-3 투표는 본인을 제외하고 최소한 3명의 대법관이 상고를 허가한다는 점을 전제로 하여 조건부 투표를 하겠다고 하는 방식이다. 이를 3인 동의 원칙(Rule of Three)이라고도 부르는데 이 원칙에 의하면 상고 허가 표나 join-3 표나 그 합이 4표 이상만 되면 상고 허가가 확정되기 때문에 양자는 사실상 같은 표로 취급될 수 있게 된다.²⁷⁴⁾

연방하급심 또는 주 최고법원으로부터 연방대법원에 상고 허가 신청이 접수된 사안들에 대해 연방대법원은 다음과 같은 세 가지 결정을 할 수 있다. 첫째, 상고 허가를 불허하는 등의 방식으로 본안에 대한 심리, 판결을 하지 않기로 결정할 수 있다. 연방대법원에 접수되는 사안 중 약 99%에 대해서는 이러한 결정이 내려진다. 상고 허가 신청에 대한 기각 결정은 아무런 이유를 기재하지 아니한 한 문장의 결론

272) Alpheus Thomas Mason / Donald Grier Stephenson, Jr., *op.cit.*, p. 33.

273) 김진한, 앞의 글, 240쪽.

274) 이제우, 앞의 글, 218쪽.

으로 판단이 내려진다. 따라서 연방대법원이 기각 결정을 내리게 된 공식적인 이유는 존재하지 아니한다.

기각 결정에 이유를 제시하지 않는 관행은 연방대법원이 상고 허가 신청에 대하여 갖는 넓은 재량의 권한을 상징한다고 볼 수 있다. 연방대법원은 상고 허가 신청에 대하여 약 100건 당 1건의 비율로 신청을 받아들이는 결정을 하고 있다. 만일 그와 같은 판단을 하기 위해서 일일이 그 이유를 명시해야 한다면 재판부로서는 매우 큰 부담을 갖게 된다. 또한 기각 결정을 내리게 된 실질적인 이유는 하나로 설명할 수 없을 만큼 매우 다양하고 복잡적이다. 즉, 기각 결정의 의미는 청구가 부적법하다는 의미로부터 사건이 연방대법원이 판단할 만큼 중요한 법적 쟁점을 갖고 있지 못하다는 의미, 사건의 법률 관계가 지나치게 복잡하고 그 법적 쟁점을 판단하기에 적합하지 아니하다는 의미까지 매우 다양하고, 그와 같은 이유들은 하나의 사건에 복합적으로 존재한다. 따라서 그 결정은 선례로서의 가치를 전혀 갖지 못한다.

다만 일반적으로 상고 허가 신청에 대한 허가 결정이 예상될 수 있는 사건에 대하여 신청이 기각될 경우에는 반대 의견이 제시된다. 예컨대 국가적으로 중요한 법적 쟁점에 관한 연방항소법원의 판단이 서로 충돌하는 경우임에도 신청이 기각되는 경우가 있다. 이런 경우에는 반대 의견이 작성되는 것이 일반적이며 이는 상고 허가 신청에 대한 연방대법원 판단이 일정한 기준과 일관성을 형성하는데 결정적으로 작용한다.²⁷⁵⁾

둘째, 상고 허가 사안 중 일부에 대해 구술 변론 없이 약식으로 심리, 판결하고 쟁점 및 적용 법률의 적시 또는 판결 이유의 설시 없이 판결 주문만을 기재한 판결문으로 판결할 수 있다.²⁷⁶⁾ 이 경우 판결문의 작성자를 명시함이 없이 익명의 판결(per curiam) 방식으로 판결할

275) 김진한, 앞의 글, 242-43쪽.

276) 약식재판은 연방대법원 규칙 제16조에 근거한다. 이 조항은 연방대법원의 판단 형태는 본안에 관한 약식 재판 형태일 수 있다고 규정하여 약식 처리 절차의 근거를 규정하고 있다.

수 있다. 그러나 이러한 약식 재판에 대해서는 연방대법원 내부 및 외부에서 지속적으로 비판이 제기되고 있다. 그 정당성에 관하여 가장 논란이 되는 것은 하급심 판결을 파기(reversal)하는 재판을 약식으로 하는 경우이다. 연방대법원의 약식 재판은 상고 허가 단계에서 이루어지므로 당사자로서는 사건의 실체에 관하여 주장할 기회가 주어지지 아니한다. 당사자들은 사건의 본안에 관하여 변론에서 주장할 기회는 물론 서면으로 의견을 개진할 기회도 보장되지 아니하였고, 사건을 선택하여 사법 판단을 하여달라고 하는 신청 단계에서 본안 판단을 받게 되는 것이다. 약식 재판으로 패소하는 당사자에게는 절차적으로 공정하지 못한 측면도 있다.²⁷⁷⁾

셋째, 변론 기일을 지정하여 구술 변론을 하고 이후의 평의를 거쳐 판결 주문과 판결 이유를 기재한 정식 판결문으로써 판결을 할 수 있다. 오늘날 매년 약 100건 이하의 사안이 이와 같은 방식으로 심리, 판결된다. 연방대법원이 심리, 판결하는 사안의 내용 및 성격을 보면, 대체로 절반 정도는 연방헌법의 해석과 적용에 관한 사안이며, 나머지 절반 정도는 연방 법률과 행정입법의 해석에 관한 사안이다.²⁷⁸⁾

나. 사건 선별의 기준

(1) 서언

일반적으로 연방대법원은 상고 허가 신청의 허가 여부를 판단하는 기준에 대해 별다른 설명을 하지 않는다. 이러한 연방대법원의 태도는 사건 선별에 영향을 미치는 여러 가지 관점이 사건 별로 대법관마다 다르다는 점에서 어느 정도 이해가 간다. 그러나 일반적인 관점에서 연방대법원의 사건 선별에 영향을 미치는 요인들을 정리하자면 다음과 같다.

277) 김진한, 앞의 글, 244쪽.

278) 이우영, 앞의 글, 23쪽.

(2) 연방법 체계의 통일성

첫째, 연방법 체계의 통일성이다. 이 기준은 앞에서 소개한 연방대법원 규칙 제10조에 여러 가지 항목에 걸쳐 구체적으로 제시되어 있는데, 대략 반복하자면 ① 연방 문제에 관한 중요한 사건으로서 연방대법원이 그 때까지 결정하지 않은 사건, ② 연방법 해석에 대하여 하급심 간의 의견이 상반되는 사건, ③ 하급심 결정이 이전의 연방대법원 결정과 상반되는 사건,²⁷⁹⁾ ④ 하급 법원이 일반적으로 승인된 사법 절차를 무시하고 판결한 사건 등으로 요약될 수 있다. 사건이 이들 중 어느 하나에 해당될 경우에는 연방대법원에 의해 받아들여질 가능성이 높아진다. 그러나 유의할 점은 이러한 성격의 사건이라 하더라도 연방대법원이 그것에 대해 반드시 상고를 허가하지는 않는다는 것이다.

보다 구체적으로 살펴보면 과거에는 연방 문제에 관한 명백한 충돌이 존재하면 쟁점의 중요성과 무관하게 연방대법원이 상고 허가 신청을 받아준다는 평가도 있었지만 그러한 인식은 근래에는 통용되고 있지 않다. 즉 ‘진정한(true)’ 충돌이 있더라도 미래 어느 시점에 하급심에서 해결이 가능하거나 충돌의 범위가 좁게 해석되어 향후 계속적으로 영향을 미칠 여지가 크지 않은 경우에는 상고를 허가하지 않을 수 있다.²⁸⁰⁾

279) 이는 연방항소법원 또는 주 최고법원이 연방대법원의 관련 선례와 충돌하는 판결을 내린 경우이다. 이런 점을 감안하여 소송 당사자는 연방대법원의 판단을 받기 위한 의도에서 신청 대상인 판결이 연방대법원의 판단과 저촉되는 것으로 주장하고자 하는 경향이 있다. 그러나 판례 저촉은 당사자의 그에 관한 주장만으로 인정되는 것이 아니라 그 판단에서 밝힌 법리에 의거하여 볼 때 명백하고 직접적인 것이어야 한다. 상고 허가 신청 대상인 연방항소법원 판결이 연방대법원의 판례에 명백히 저촉되는 판결인 경우에는 상고 허가 신청에 대한 허가를 받을 가능성이 높다. 그리하여 항소심 법원이 연방대법원의 선례를 잘못 해석하였거나, 오해하는 등 잘못 적용한 경우에는 연방대법원이 상고 허가 신청을 받아들여 이를 교정하는 것이 일반적이다. 또한 연방항소법원의 판결이 연방대법원의 판례를 변경하고자 의도적으로 연방대법원의 판례를 적용하지 아니한 것일 경우에도 신청을 받아들여 이에 관하여 판단하는 것이 일반적이다. 김진한, 앞의 글, 223쪽.

실제로 종래에 연방대법원은 연방법 해석에 대해 하급심 간의 의견이 상반되는 사건에 대해 종종 상고 허가를 거부해왔다. 구체적으로 과거 연방대법원에는 음주 운전 단속을 위한 주 정부의 도로상 바리케이드 설치에 관한 사건들에 대해 여러 차례 상고 허가 신청이 접수되었으나 연방대법원이 실제로 이러한 사건들에 대해 상고를 허가한 경우는 1990년에 단 한 차례밖에 없었다.²⁸¹⁾ 그러나 이 사건들은 주 정부의 도로상 바리케이드 설치가 연방헌법이 금지하고 있는 부당한 수색과 압수(unreasonable searches and seizures)에 해당되는지 여부에 대해 이미 주 법원 간에 심각한 의견 대립이 있었던 사건들이었다.

(3) 사건의 중요성

둘째, 사건이 가지고 있는 정치적, 법적 중요성이다. 즉 연방대법원은 자신이 국가의 통치작용에 부분적으로 참여하고 있다는 인식하에 사건의 사실 관계나 당사자를 떠나 사건 자체의 해결이 정치적, 법적으로 시급하다고 판단하는 경우에는 해당 사건에 대한 상고 허가 신청을 받아들이는 경향이 있다. 대통령의 행정부특권(executive privilege)이 헌법적으로 문제된 1974년 Nixon 판결²⁸²⁾이 바로 이러한 기준에 의거하여 연방대법원이 사건을 받아들인 대표적인 예이다. 다른 예로 2011년 J.D.B. 판결²⁸³⁾에서는 미란다 원칙과 관련하여 미성년자인 피의자의 나이를 고려하는 문제를, 2009년 Caperton 판결²⁸⁴⁾에서는 주 최고법원 대법관이 기피 신청을 기각한 것이 수정헌법 제14조의 적법 절차조항을 위배하는지 검토하였고, 2005년 Kelo 판결²⁸⁵⁾에서는 경제

280) 위의 글, 199쪽.

281) 그 결과 심판한 사건이 1990년 Sitz 판결(Michigan Department of State Police v. Sitz, 496 U.S. 444 (1990))이다. 이 판결에서 연방대법원은 음주 운전을 단속하기 위한 주 정부의 도로상 바리케이드 설치는 합헌이라고 결정하였다.

282) United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974).

283) J.D.B. v. North Carolina, 131 S. Ct. 2394, 2401 (2011)

284) Caperton v. A.T. Massey Coal Co., 556 U.S. 868 (2009).

개발을 위한 공용수용의 합헌성을 심리하였다.

연방대법원이 빈곤층의 무료 소송을 비롯한 대다수 사건들에 대해 상고 허가 신청을 허가하지 않는 것도 바로 이러한 사건들이 정치적, 법적으로 비교적 사소한 문제들을 내포하고 있기 때문이다. 그러나 정치적, 법적으로 중요한 문제가 내포되어 있는 사건이라 하더라도 일정한 경우에는 그 사건에 대한 상고 허가 신청을 연방대법원이 허가해야 하는 지에 대해 매우 격렬한 논쟁이 벌어지기도 한다. 그 대표적인 예로 2000년 *Bush* 판결²⁸⁶⁾을 들 수 있을 것이다. 이 사건은 원래 2000년 미국 대통령선거에서 플로리다 주에서의 개표 과정이 문제된 사건으로 당시 미국의 여러 학자 간에는 연방대법원이 이 사건에 대한 상고 허가 신청을 받아들여야 하는지 여부에 대해 날카로운 의견 대립이 있었다.²⁸⁷⁾

만일 사건이 정치적, 법적 중요성을 내포하고 있고, 여기에 더하여 해당 법적 쟁점이 반복적으로 문제되는 경우에는 상고 허가 가능성이 더 높아진다. 예컨대 여러 하급심 법원에서 자주 문제가 되어 여러 하급 법원이 해당 법적 쟁점을 다루어온 경우에는 반복 가능성을 인정할 수 있을 것이다.²⁸⁸⁾

한편 사건이 헌법적 쟁점을 가지고 있다면 해당 사건을 정치적, 법적 중요성이 있는 사건으로 볼 수 있는지 문제된다. 앞에서 살펴본 대로 헌법적 쟁점을 제기하고 있는 사건이라는 점만으로는 사건의 중요성이 인정되지 않는다. 특히 하급 법원이 연방 법률 또는 주 법률에 대하여 합헌 판단을 한 경우는 그 자체로서 중요한 법적 쟁점으로 인정받기 어렵다. 다만 사회적으로 위헌 논란이 강하게 제기되었던 법률이라면 하급심이 합헌 판단을 하였다고 하여도 쟁점 자체의 중요성을

285) *Kelo v. City of New London, Connecticut*, 545 U.S. 469 (2005).

286) *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

287) Erwin Chemerinsky, "Bush v. Gore Was Not Justiciable," *Notre Dame Law Review* 76 (2001), pp. 1093-4.

288) 김진한, 앞의 글, 225쪽.

이유로 상고가 허가될 여지도 있다. 그간 연방대법원은 대체적으로 하급심 판결이 연방 법률 또는 주 법률에 대한 위헌 판단을 한 사건에 대해서는 상고를 허가해왔다. 만일 하급 법원이 법률에 대한 위헌 판결을 하였던 사건에 대하여 상고 허가 신청을 받아들이지 않는다면 하급 법원의 판단에 대하여 민주적 정당성을 갖는 연방 의회 및 주 의회의 법률이 무효가 되는 결과를 승인하는 것과 다름없으며, 해당 판결과 관련된 하급 법원의 연방 헌법의 해석을 헌법 해석으로 승인하는 것과 다름없기 때문이다.²⁸⁹⁾

그 밖에 쟁점의 중요성과 관련하여 살펴보아야 할 것은 중요한 쟁점을 확정하는 과정이다.²⁹⁰⁾ 연방대법원은 접수된 상고 허가 사건들 가운데에서 심판할 사건을 스스로 선별하는 것에 그치지 아니하고, 하나의 사건에서 연방대법원이 판단할 쟁점도 선별한다. 즉 연방대법원은 하나의 사건을 선별하였다고 하여도 해당 사건이 가지고 있는 법적인 쟁점 모두에 대하여 판단하는 것이 아니라, 해당 사건이 갖고 있는 가장 중요한 1-2개의 쟁점에 한정하여 판단한다. 따라서 연방대법원은 하나의 사건을 판단하는 경우에 해당 사건이 가지고 있는 모든 쟁점 또는 당사자가 주장한 모든 쟁점을 모두 판단하지는 않으며, 중요한 법적 쟁점을 선별하여 판단한다. 연방대법원이 쟁점을 선별한다는 의미는 연방대법원의 심판의 부담을 줄여주는 기능을 하는 동시에 사건의 선별 작업을 용이하게 하는 기능도 가지고 있다. 즉 연방대법원은 사건을 선별하는 과정에서 사건이 담고 있는 여러 쟁점들 가운데 매우 중요한 법적 쟁점이 포함되어 있는 경우에도 당사자가 선정한 법적 쟁점이 그 중요한 쟁점이 아닌 경우 또는 그 중요한 쟁점이 사건의 결론을 내리는 것에 결정적으로 작용하는 것이 아닌 부차적인 경우에는 그 사건을 선별하지 않는다.

따라서 상고 허가 신청을 한 당사자가 판단 받고자 하는 법적 쟁점

289) 위의 글, 225-26쪽.

290) 위의 글, 227쪽 이하.

을 무엇으로 삼고 있는가 하는 것은 사건 선별에 결정적으로 영향을 미친다. 연방대법원의 판단을 받고자 하는 신청인은 자신이 승소하기 위한 가장 결정적인 법적 쟁점인 동시에 연방대법원이 사건 선별에서 중요시 하는 기준에 적합한 법적 쟁점을 선택하여 신청서에 기재한다. 연방대법원 규칙 제14조 제1항은 신청인의 신청서에 담겨 있어야 할 내용, 즉 필요적 기재사항을 규정하고 있는데, 필요적 기재사항 가운데 가장 중요한 사항은 신청인이 연방대법원으로부터 판단 받고자 하는 법적인 쟁점이다. 여기서 보듯이 연방대법원은 스스로 쟁점 사항을 결정하는 방식을 취하지 아니하고 당사자의 신청에 맡기는 것을 원칙으로 하고 있다. 하지만 연방대법원은 당사자가 주장하는 쟁점 사항에 구속되지 않으며 당사자가 스스로 정한 쟁점 사항 가운데 일부만 선택적으로 받아들이거나 그 내용을 수정, 변경, 추가하는 등 그 내용을 주도적으로 결정한다.

(4) 사건의 정치성

셋째, 사건의 정치성이다. 일반적으로 연방대법원은 정치적 분쟁에 불필요하게 관여하는 것을 최대한 자제함으로써 판결에 대한 권위와 영향력을 유지하려 한다. 따라서 과거에 연방대법원이 월남전의 위헌 여부를 다투는 사건들에 대해 잇달아 상고허가를 거부한 것도 이러한 측면에서 이해될 수 있다. 그러나 위의 Bush 판결에서 보듯이 정치적 분쟁을 내용으로 하는 모든 사건들에 대해 연방대법원이 상고허가를 거부하는 것은 아니다. 즉 2000년 당시 연방대법원은 ‘대통령선거’라는 극단적인 정치적 분쟁에 대해 상고를 허가한 바 있다. 또한 2004년 Rasul 판결²⁹¹⁾에서 연방대법원은 관타나모(Guantanamo) 기지에 구금되어 있는 외국국적의 포로들이 미국 법원에 인신보호 청원을 할 수 있는지를 검토하였으며, 2003년 Garamendi 판결²⁹²⁾에서는 홀로코스트

291) Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 470 (2004).

(Holocaust) 관련 보험을 규율하는 주(州)법이 미국정부의 외교정책에 부정적 영향을 미치는지의 문제를 살펴보았다.

(5) 국민적 여론

넷째, 판결이후 예상되는 국민적 여론이다. 즉 연방대법원은 국론이 분열되는 것을 방지하기 위하여 사회적으로 크게 논란이 되는 사건들에 대해 사건이송명령을 허가하는 것을 최대한 자제하고 있으며 허가하는 경우에도 시기적으로 매우 제한적인 허가를 하고 있다. 예컨대 과거 1954년 *Brown* 판결²⁹³)에서 주교육기관에서의 인종분리정책이 위헌으로 결정되고 인종간의 갈등이 극에 달하자 인종간 혼인(interracial marriage)을 금지하고 있는 주법들의 위헌성을 다투는 사건들에 대해 잇달아 상고허가를 거부한 바 있다.²⁹⁴) 또 연방대법원은 1963년 *Gideon* 판결²⁹⁵)에서 빈곤한 형사피고인은 재판절차에서 변호인의 도움을 받을 권리(right to counsel)를 가진다고 결정한 바 있는데, 당시 이 사건에 대한 상고허가 신청이 받아들여진 것도 당시 피고인이 여론의 지탄을 받는 강력범죄를 저지른 것이 아니라 상대적으로 경미한 범죄를 저질렀기 때문이었다.

(6) 기타 요인

이러한 여러 가지 요인들 외에 연방대법원의 상고허가에 결정적인 영향을 미치는 요인은 바로 대법관 개인의 헌법관이다. 즉 헌법문제들 중에 어느 것이 가장 중요하며 이를 어떻게 해결해야 하는지에 대해

292) *American Ins. Ass'n v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003).

293) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

294) 그러나 인종간의 혼인을 금지하는 주법들은 결국 1967년 *Loving* 판결에서 위헌으로 결정되었다(*Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)).

295) *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

대법관들이 가지고 있는 생각은 연방대법원의 사건선별에 중요한 영향을 미친다. 그러나 특정 사건에 대한 상고허가 신청을 허가하는 것이 대법관 자신의 헌법관에 부합하는 경우에도 실제로 그가 대법관회의에서 상고를 허가하는 쪽에 표결할 것인지는 여전히 불확실하다. 예컨대 대법관회의에서 대법관 4인 이상이 상고허가 신청을 받아들일 것으로 예견되는 경우, 특히 이들 대법관이 하급심판결의 문제점에 대해 공감하고 있다면 그는 자신의 헌법적 소신대로 상고를 허가하는 쪽에 표결할 것이다. 그러나 대법관 4인 이하가 상고를 허가할 것으로 예견되는 경우, 그는 이러한 불리한 상황을 감수하기보다는 상고를 허가하지 않는 쪽에 표결할 가능성이 크다고 볼 수 있다.²⁹⁶⁾

또한 주목되는 것은 연방정부가 상고허가를 신청하는 경우 상고를 허가하는 비율이 대단히 높다는 점이다. 상고허가 사안 전체를 볼 때 상고가 허가되는 비율은 5%미만인 데 비해, 연방대법원의 심리·판결 대상인 사안에서 미연방정부를 대표하는 연방총무국장(Solicitor General)²⁹⁷⁾의 상고허가 신청의 경우 50~70%정도의 사안에서 상고가 허가된다.

참고로 연방총무국장은 연방대법원의 사건선별 절차에 여러 가지 형태로 참여한다. 우선 연방총무국장은 연방정부가 패소한 하급심 사건에 관하여 연방대법원에 상고할지 여부를 결정하고 제출할 신청서를 작성하며, 연방정부가 하급심에서 승소한 사건에 대하여 상대방이 상고한 경우 그에 대한 답변서를 작성한다. 행정청들은 개별 소송에 관하여 서로 다른 의견을 가지고 있거나 정부 전체의 이익과 충돌하는 의견을 가지기도 한다. 그러나 연방총무국장이 상소심을 총괄 관장함으로써 연방정부는 개별사건에서 문제되는 관련 행정청의 이해관계

296) Alpheus Thomas Mason / Donald Grier Stephenson, Jr., *op.cit.*, pp. 32-33; Henry J. Abraham, *op.cit.*, pp. 27-28 참조.

297) 연방총무국장은 미연방정부 법무부(Justice Department)내 서열 3위의 공무원으로서 대통령이 임명한다. 연방총무국장의 일차적 책무는 연방대법원의 심리, 판결 대상인 사안에서 연방정부를 대표하는 것이다. 따라서 연방총무국장은 연방정부가 당사자인 모든 소송에서 미연방정부를 대표하여 변론을 한다. 이우영, 앞의 글, 17쪽.

를 넘어 폭넓고 장기적인 이해관계를 위한 소송전략을 통하여 소송을 수행할 수 있다. 이러한 연방송무국장의 임무가 가장 잘 나타나는 것이 상고허가 신청 단계에서 수행하는 상고사건의 선정이다. 연방송무국장은 이 단계에서 상당히 엄격한 선정기준을 적용하여 하급법원에서 패소한 사건 중 일부에 대하여만 연방대법원에 상고허가를 신청한다. 신청할 사건을 선정할 때 연방송무국장은 하급심 판결의 충돌과 사안의 중대성 등 연방대법원의 상고허가 인용 기준을 그대로 적용하며, 그밖에 개별사안의 사실관계가 정부의 입장을 제시하는데 적합한가, 또는 본안의 승소가능성이 있는가, 장기적인 법의 발전에 기여하는가, 연방대법원 역시 흥미를 가질 수 있는가 등의 요소도 고려한다. 이와 같은 연방송무국장의 상고에 대한 엄격한 심사는 앞에서 언급한대로 현저히 높은 상고 허가 신청의 인용률로 나타난다. 이러한 인용률은 연방행정부 내 각종 행정청의 상고 허가 신청에 대한 연방송무국장의 통제 및 여과 기능을 잘 보여줌과 동시에 연방대법원의 송무국장에 대한 기능적 신뢰도를 보여준다. 또한 정부기관인 연방송무국장이 상고 허가절차에 개입한다는 것은 해당 사건의 중요성을 나타내는 것으로도 볼 수 있다.²⁹⁸⁾

그 밖에 특정 사안에 관해 전문가의 참고인(amicus curiae)으로서의 활동이 적극적이며 참고인 의견서가 제출된 사안에 대해 상고가 허가되는 비율이 높다. 상고허가 신청 사안 전체를 볼 때 상고가 허가되는 비율이 5% 미만인 데 비해, 전문가의 참고인 의견서가 제출된 사안의 경우 상고가 허가되는 비율은 36%이다.²⁹⁹⁾ 이는 직접적인 소송 당사자 아닌 다양한 주체들이 상고허가 절차에 자발적으로 참여하는 경우에는 중요한 법적 쟁점을 가지고 있다는 것을 시사하기 때문이다.

지금까지 살펴본 대로 연방대법원의 상고허가 선별기준은 추상적으

298) 전종익, 미국 연방대법원 재판절차와 송무차관(Solicitor General)의 역할, 강원법학 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015, 516쪽.

299) 이우영, 앞의 글, 17쪽.

로 일반화 할 수는 있으나 구체적으로 제시하기는 어렵다. 사건선별 기준으로서 철칙이 없다는 것은 상고허가제와 관련하여 어느 정도의 불확실성이 존재할 수밖에 없음을 뜻하기도 하지만 동시에 대법관들에게 최대한의 재량권이 보장된다는 점을 의미하는 것이다. 결국 연방 대법원은 그 핵심 기능을 개인의 권리 구제보다는 법령의 해석 및 판례의 통일, 그리고 국가 전체의 입장에서 사회가 나아갈 방향을 제시하는 것으로 보고 있으며, 이런 시각에 따른다면 사건선별에 있어서 상고허가제를 통해 최대한 재량권을 확보하는 것이 법적 불확실성을 일부 해소하는 것보다 더 중요하다고 볼 수 있다.³⁰⁰⁾

다. 사건선별의 정치적 성격

지금까지 살펴본 연방대법원의 사건선별기준은 주로 접수된 사건의 객관적 성격을 중심으로 도출한 것이었다. 그러나 “미국에서는 거의 모든 정치문제가 조만간 사법적으로 해결된다”는 토크빌의 지적은 연방대법원의 사건선별기준을 도출함에 있어서 더욱 폭넓은 관점을 제공하고 있다. 토크빌의 지적대로 정치문제가 사법적으로 해결되기 쉽다는 것이 미국사회의 특징이라면, 연방대법원이 상고를 허가하는 사건은 아마도 당대에 미국이 직면하고 있는 정치적 이슈와 밀접한 관련이 있을 가능성이 높다. 달리 말해 당대의 국가적 관심사는 그 시기의 연방대법원의 기본적 어젠다를 형성한다는 것이다.

위와 같은 사실은 미국의 역사적 경험에서도 그대로 확인되고 있다. 알려진 대로 남북전쟁 이전에 미국사회를 지배했던 최대의 정치적 이슈는 노예제와 관련한 연방과 주간의 권한배분 문제였다. 이에 따라 당시에 연방대법원이 상고를 허가한 사건 중에는 연방과 주와의 권한 관계를 헌법적 쟁점으로 하는 사건들이 특히 두드러졌다. 또 남북전쟁 이후에는 급격한 산업발전과 거대기업의 성장이 주요 정치적 이슈로

300) 이제우, 앞의 글, 211쪽.

대두됨에 따라 1870년대부터 1930년대까지 연방대법원이 심판한 사건들의 주요 테마는 “산업화과정에서의 정부의 역할”이었다. 이후 정부의 광범위한 경제규제가 행해졌던 뉴딜시대가 개막되자 정부에 의한 개인의 권리침해문제가 정치적으로 크게 부각되었다. 따라서 이 시기에 연방대법원이 상고를 허가한 사건들은 일차적으로 개인의 헌법상 권리 보장 및 그 한계와 밀접한 관련이 있었다.³⁰¹⁾

라. 상고허가제에 대한 헌법적 평가

미국 건국 초기만 하더라도 그다지 큰 주목을 받지 못했던 연방대법원은 사법심사권을 통하여 점차적으로 권한을 확대하고 심지어 오늘날에 와서는 “제왕적 사법부”라는 평가가 나올 정도로 미국 사회에 상당한 영향력을 행사하고 있다. 헌법적인 영역에서도 과거에 연방대법원에게 요구되던 역할은 오로지 입법부나 행정부의 기본권 침해 행위로부터 국민을 보호하는 것이 전부였으나, 오늘날 연방대법원은 이러한 단순한 역할로부터 벗어나 좀 더 적극적으로 정책 결정 과정에 참여하는 모습을 나타내고 있다. 바로 이런 연방대법원 지위 변화에 결정적으로 기여한 요인이 바로 상고허가제이다. 즉 연방대법원은 상고허가제를 매개로 당대에 미국 사회가 고민하는 중요한 헌법적 이슈를 선별할 수 있었고, 그 해법을 정밀한 논증을 통해 미국 사회에 전파함으로써 국가적 논쟁을 최종적으로 중재하고 미국 사회가 나아가야 할 방향을 제시할 수 있었다. 이는 결코 부인하기 어려운 상고허가제의 업적이라고 할 수 있다.

그러나 헌법 이론적인 측면에서 본다면 상고허가제가 가진 몇 가지 문제점도 발견된다. 이들은 다음과 같은 세 가지로 요약할 수 있다.

301) 시대적 배경이 연방대법원에 미치는 영향에 대해 자세한 것은 Robert G. McCloskey / Sanford Levinson, *The American Supreme Court*(2nd ed.), University of Chicago Press, 1994, pp. 53-147 참조.

첫째, 상고허가제는 사법심사제의 고전적인 정당화 근거와 충돌하는 측면이 있다. 둘째, 사법부의 정책 기능을 강화하는 상고허가제는 구체적인 사건에 법을 해석, 적용하는 사법의 본질과 법의 지배(rule of law)에 어긋나는 측면이 있다. 셋째, 상고 허가는 과연 어떤 성질의 권한인가가 불분명하다. 이러한 헌법 이론적 문제점들은 결코 무시할 수 없는 쟁점들이기 때문에 보다 면밀하게 검토되어야 할 필요가 있고, 이들을 최소화하기 위한 방안도 생각해볼 필요가 있다.

먼저 상고허가제는 사법심사제의 고전적인 정당화 근거와 충돌하는 측면이 있다. 사법심사제의 고전적인 정당화 근거에 따르면 사법심사는 사건을 심판해야 할 사법부의 의무에 기초하고 있다. 즉 사법부는 단순히 법을 해석하는 기관이 아니라 사건을 심판하는 기관이다.³⁰²⁾ 이런 취지에서 1803년 *Marbury* 사건³⁰³⁾에서 마셜(John Marshall) 대법원장은 법을 해석하는 것, 그리고 그러한 법 해석을 특정한 사건에 적용하는 것은 사법부의 권한이자 의무라고 하였다. 아울러 특정한 사건에 적용되는 두 가지 법이 충돌하는 경우에 사법부는 각각의 적용 범위에 대해 판단해야 한다고 하였다.³⁰⁴⁾

이러한 사법심사의 정당화 근거에 따르면 사법부에게 사건 심판을 회피할 권한은 없으며, 헌법과 법률이 충돌하는 경우에는 헌법을 선택할 의무가 있다는 결론이 나온다. 마셜 대법원장은 1821년 *Cohen* 사건³⁰⁵⁾에서도 이 점을 더욱 분명히 하였다. 그는 이 사건에서 연방대법원은 그 관할이 아닌 권한은 행사하지 않을 것이며, 마찬가지로 논리로 그 관할에 속하는 권한은 반드시 행사할 것이라고 하였다. 또한 사법부는 입법부와 같이 헌법에 구속되기 때문에 그 헌법상 권한의 행사를 회피할 수 없고, 이는 해당 권한을 행사하는 것이 과연 정당하지

302) Christopher L. Eisgruber, *The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen*, 83 *Georgetown Law Journal* 347 (1994), p. 349.

303) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

304) *Ibid.*, at 177.

305) *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).

여부가 의심스러운 경우에도 마찬가지라고 하였다. 이런 관점에서 어떤 사건이 의심스럽고 그 해결이 까다로운 경우에도 그것이 사법부에 제소되는 한, 사법부는 이를 반드시 심판해야 한다고 하였다. 아울러 사법부가 그 관할에 속하는 권한의 행사를 거부하거나 그 관할에 속하지 않는 권한을 행사하는 것은 그 모두가 헌법에 위반되는 것이라고 하였다. 이런 이유에서 사법부에 사건이 제소되었다면 사법부는 이를 회피할 수 없으며, 오로지 사건에 대한 최적의 판단을 내림으로써 사법부의 헌법상 의무를 이행해야 한다고 하였다.³⁰⁶⁾

사법부의 사건을 심판할 의무는 토크빌과 링컨(Abraham Lincoln)에 의해서도 강조된 바 있다. 먼저 토크빌은 미국의 법관은 자신도 모르게 정치 영역에 관여하게 된다고 보고, 미국의 법관에게는 사건의 심판을 거부할 권한이 없기 때문에 그가 할 수 있는 일은 오로지 법을 해석, 적용하여 사건을 심판하는 것뿐이라고 하였다.³⁰⁷⁾ 링컨 역시 이와 유사한 입장을 취한 바 있다. 다만 링컨은 노예제를 헌법적으로 인정한 1857년 Dred Scott 판결³⁰⁸⁾이 내려지자 여기에서의 연방대법원의 헌법 해석은 잘못되었다는 전제 하에 이 판결의 효력을 저지하기 위해 모든 노력을 다할 것임을 밝히기도 하였다. 하지만 이 판결이 연방대법원 판결로서 갖는 권위까지 부정하지는 않았다. 구체적으로 이 판결의 문제점을 지적하는 것은 연방대법원이나 대법관들을 공격하고자 하는 것은 아니며, 이들에게는 외부의 압력에 굴복하지 않고 사건을 합리적으로 심판해야 할 헌법상 의무가 있다고 하였다.³⁰⁹⁾

결국 마샬, 토크빌, 링컨이 주장한 바와 같이 사법부에게는 사건을 심판할 의무가 있다고 본다면 심판할 사건을 선별하는 상고허가제는 여기에 어긋나는 제도로 볼 여지가 있다. 주목할 점은 상고허가제를

306) *Ibid.*, at 404.

307) Alexis de Tocqueville, *op.cit.*, p. 103.

308) Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393 (1857).

309) Richard N. Current ed., *The Political Thought of Abraham Lincoln*, Bobbs-Merrill Company, Inc., 1967, p. 88.

본격적으로 도입한 1925년 법원조직법 개정 과정에서 여러 대법관들조차 중요한 헌법 문제에 관한 사건에 대해서도 상고허가제를 시행할 것인지에 대해 구체적인 입장을 밝히지 않았다는 것이다. 이 문제에 대해 당시 태프트 대법원장은 대략적으로 중요한 헌법 문제에 관한 사건이 상고허가제를 통해 연방대법원의 심판에서 배제되는 일은 없을 것이라는 견해를 제시하는데 그쳤다. 반대로 헌법 문제에 관한 사건이더라도 중요한 헌법적 쟁점이 포함되지 않은 사건, 해당 쟁점이 이미 선례를 통해 충분히 해명된 사건, 심판을 지연시키려는 목적에서 해당 쟁점을 주장하는 사건, 해당 쟁점이 이미 확립된 규범으로 정착되었음에도 단순히 그에 대한 재고를 요청하는 사건 등은 상고가 허가되지 않을 것이라고 하였다.³¹⁰⁾ 그러나 이러한 입장은 결코 상고허가제와 사법심사제를 헌법 이론적으로 조화시키려는 노력으로 보기는 어렵다. 상고허가제와 사법심사제는 헌법 이론적으로 조화되기 어렵다는 주장이 거세지자 1950년대에 이르러 연방대법원은 상고허가 신청 기각 결정을 해당 사건의 헌법적 쟁점에 대한 실제적 판단으로 보아서 안 된다는 점을 강조하기 시작하였다.³¹¹⁾

다만 비켈(Alexander Bickel) 교수와 같이 사법심사의 존립 근거를 사건 심판이 아닌 헌법 해석으로 볼 경우에는 사법심사제와 상고허가제가 헌법 이론적으로 조화될 여지가 있다. 그에 따르면 연방대법원은 품격(decency)과 이성(reason)을 제도적으로 대표하는 기관으로, 그 헌법적 기능은 헌법적 가치를 정의하고 헌법 원리를 선언하는데 있다고 보았다.³¹²⁾ 이는 사법심사의 존립 근거가 연방대법원의 헌법 해석 기능에 있다는 것을 의미한다. 이렇게 보면 연방대법원의 헌법 해석 기능을 강화하는 상고허가제는 사법심사제와 충돌하지 않는다. 상고허가제에서는 중요한 헌법 문제를 포함한 사건을 선별하는 것이 가능하기

310) 66 Congressional Record 2922 (1925).

311) *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 497 (1953).

312) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, pp. 131-35.

때문이다.

그러나 헌법을 해석할 권한은 사건을 심판할 권한에서 도출되는 것이다. 따라서 전자가 일차적 권한이고 후자는 이차적 권한에 불과하다고 보는 것은 사법권을 연방사법부에게 부여하는 미국 헌법에 어긋나며 원인과 결과를 혼동하는 것이다.³¹³⁾ 또한 비켈의 견해는 연방대법원은 다른 법원과 구별된다는 점을 전제하고 있는데, 이는 미국의 모든 법원이 사법심사권을 행사하는 것을 용인하는 고전적인 사법심사 이론과 헌법 현실에 부합하지 않는다.

결국 상고허가제를 통해 사건을 선별할 수 있는 연방대법원에게는 더 이상 사건을 심판해야 할 헌법상 의무를 인정하기는 어려운 것으로 보인다. 이는 현재의 관행에 따르면 연방대법원은 매우 제한적으로 상고를 허가한다는 점, 그리고 상고가 허가된 소수의 사건에서 다루고자 하는 쟁점까지 선별할 수 있다는 점에서 확인된다. 바로 여기서 사건을 선별할 수 없는 하급 법원과의 결정적 차이점이 발견된다.

다음으로 사법부의 정책 기능을 강화하는 상고허가제는 구체적인 사건에 법을 해석, 적용하는 사법의 본질과 법의 지배(rule of law) 원리에 어긋나는 측면이 있다. 과거 해밀턴(Alexander Hamilton)은 연방주의자논집 제78호를 통하여 사법부는 행정부를 상징하는 칼자루(sword)이나 의회를 상징하는 돈지갑(purse)을 가지고 있지 않기 때문에 국민에게 해악을 미칠 가능성이 가장 낮은 부(府)라는 점을 지적한 바 있다.³¹⁴⁾ 그러나 이러한 해밀턴의 지적은 상고허가제를 통해 사건을 선별적으로 심판함으로써 스스로 국가적 어젠다를 설정할 수 있는 연방대법원에게는 더 이상 통용되기 어려운 것으로 보인다. 물론 1925년 법원조직법이 사법부에게 직접 정치권력을 부여한 것은 아니지만 상고허가제를 통해 연방대법원이 정치적 영향력을 행사할 여지를 남

313) John Harrison, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 *Virginia Law Review* 333 (1998), p. 361.

314) Alexander Hamilton et al., Roy P. Fairfield ed., *The Federalist Papers*, Johns Hopkins University Press, 1981, p. 227.

긴 것은 분명하다. 왜냐하면 국가적 어젠다 설정 능력은 정치적 영향력의 핵심 요소이기 때문이다.

연방대법원이 상고허가제를 통해 국가적 어젠다를 설정할 수 있다는 것은 국가 정책을 중립적으로 조정·평가하고 정책 결정 과정에 적극적으로 참여할 수 있다는 것이다. 이는 마치 연방대법원의 역할이 사회적 요구에 대응하는 행정부 위원회나 의회의 그것과 유사해졌다는 것을 의미한다. 그러나 이러한 연방대법원의 정책 기능은 법의 지배 원리와 충돌할 여지가 있는 것으로 보인다.

사법 작용에서의 법의 지배 원리는 사법부에게 각종 소송 요건을 준수하고, 각종 규범에 따라 판결을 선고하며, 판결의 이유와 실제적 정의의 기본적 요건들을 정교하게 제시할 것을 요구한다.³¹⁵⁾ 그러나 상고허가제의 경우, 상고를 허가하는 과정에 연방대법원을 통제하는 가이드라인이 거의 존재하지 않는다. 물론 상고 허가의 기준을 정한 연방대법원 규칙 제10조가 있으나, 이 조항은 상고 허가 심리를 권리가 아닌 사법부의 재량 사항으로 정하고 있다. 또한 상고 허가 신청은 중대한 이유가 있을 때에 한하여 인용되고, 연방대법원은 이 조항이 정하는 상고 이유에 구속되지 않는다는 점을 분명히 밝히고 있다.³¹⁶⁾ 이런 이유에서 이 조항을 연방대법원의 상고 허가를 실질적으로 통제하는 법적 근거로 보기는 어렵다.

다만 이 조항은 상고 이유로서 몇 가지 하급심 판결이 충돌되는 경

315) Richard H. Fallon, Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, *97 Columbia Law Review* 1 (1997), pp. 9-20.

316) 연방대법원 규칙 제10조(Rule 10). 상고 허가 심리에서의 고려 사항(Considerations Governing Review on Writ of Certiorari) 상고 허가 심리는 권리가 아닌 사법부 재량 사항이다. 상고 허가 신청은 중대한 이유가 있을 때에 한하여 인용된다. 대법원이 고려하는 상고 이유의 내용은 다음과 같다. 다만 대법원은 이러한 내용에 구속되지 않으며 이에 근거하여 재량권을 행사해야 하는 것은 아니다(Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers:).

우를 명시하고 있다. 하지만 이것 역시 연방대법원의 재량권 행사를 제약하지 못한다는 점을 밝히고 있다. 결국 연방대법원이 상고를 허가하는 사건은 연방대법원이 자체적으로 상고를 허가할 만큼 중요하다고 판단한 사건이라고 볼 수 있다. 사건의 중요성을 판단하는 것은 사법적 판단이라기보다는 정책적 판단에 가깝다. 바로 여기서 상고허가제가 고전적인 법의 지배 원리와 조화되지 않는다는 점이 발견된다. 왜냐하면 고전적인 법의 지배 원리는 국가의 모든 정책 결정은 법적 기준에 근거할 것을 요구하기 때문이다.³¹⁷⁾

상고 허가가 명확한 법적 기준보다는 연방대법원의 재량에 의존함에 따라 그간에 상고 허가 신청은 급격하게 증가해왔다. 이 또한 연방대법원 입장에서는 부담이 아닐 수 없다. 상고 허가 신청을 줄이기 위한 가장 효율적인 방안은 상고 허가에 관한 상세한 기준을 마련하고 공개하는 것이다. 그럼에도 그간 연방대법원은 연방대법원 규칙 제10조 외에 별 다른 조치를 취하지 않고 있다. 그 결정적인 원인은 연방대법원이 상고 허가에 관한 재량권의 범위가 축소되는 것을 경계하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 이렇게 보면 연방대법원 규칙 제10조가 다소 불명확하게 규정된 것은 연방대법원의 부주의에서 비롯된 것이 아니라 재량을 확보하려는 연방대법원의 의도를 반영한 것으로 볼 수 있다.³¹⁸⁾

물론 사법권을 행사하는 과정에 일정한 재량이 필요하다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나 그 재량은 임시방편적 재량이 아니라 원칙에 입각한 재량(*principled discretion*)이어야 한다. 원칙에 입각한 재량이 되기 위해서는 재량이 ① 사법권 행사와 관련한 헌법 또는 법률 규정으로부터 도출되는 기준에 따르거나, ② 사법권을 정의하고 행사하는 과정에서 사법부의 선택에 지침이 될 만한 관례에 따라야 한다. 나아가 이러한 기준이나 전통은 내용적으로 명확해야 하고, 공개적으로 사

317) Richard H. Fallon, Jr., *op.cit.*, pp. 28-30.

318) Richard L. Revesz / Pamela S. Karlan, *Nonmajority Rules and the Supreme Court*, 136 *University of Pennsylvania Law Review* 1067 (1988), p. 1080.

건에 적용되어야 하며, 법학자나 의회에 의해 평가될 수 있어야 한다.³¹⁹⁾ 이런 관점에서 본다면 상고허가제에서 연방대법원이 갖는 재량은 사실상 절대적인 재량이라는 점에서 원칙에 입각한 재량과는 일정한 거리가 있는 것으로 보인다.

1925년 법원조직법이 통과된 직후부터 연방대법원이 상고 허가 신청을 기각하는 경우에는 간략하게나마 그 이유를 밝혀야 한다는 지적이 있었으나³²⁰⁾ 현재까지 연방대법원은 이를 받아들이지 않고 있다. 그 이유는 물론 연방대법원의 어젠다 설정에 보다 광범한 재량을 확보하기 위한 것으로 볼 수 있다. 하지만 이러한 관행이 계속될 경우에는 상고허가제는 법의 지배 원리에 부합하지 않는다는 비판을 근본적으로 피하기 어려울 것이다. 이렇게 보면 국민에게는 본안 재판을 받을 권리가 있고 그 본안 재판은 당연히 원칙에 입각한 재판이어야 하는데, 이러한 헌법적 취지는 상고 허가 절차에서도 존중되어야 한다는 의견은 충분히 경청할 만하다.³²¹⁾

일각에서는 만일 모든 상고 허가 신청을 전문성이 높은 연방대법원 변호사(Supreme Court bar)³²²⁾에게 대리하도록 한다면 상고 허가 기준의 불명확성을 이들의 전문성으로 보완할 수 있다는 견해를 제시한다. 이렇게 되면 연방대법원의 상고 허가가 나름대로 일관성을 갖게 된다는 논리이다.³²³⁾ 그러나 문제는 누구든지 특정한 주에서 3년 이상의 변호사 경력만 있으면 연방대법원 변호사가 될 수 있어³²⁴⁾ 이들의

319) David L. Shapiro, Jurisdiction and Discretion, 60 *New York University Law Review* 543 (1985), p. 578.

320) Frank D. Moore, Right of Review by Certiorari to the Supreme Court, 17 *Georgetown Law Journal* 307 (1929), pp. 307-8.

321) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, p. 132.

322) 연방대법원 변호사는 연방대법원에서 변론 자격을 허가받은 변호사들을 말한다.

323) H. W. Perry, Jr., *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, 1991, p. 42.

324) <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/minority-trial-lawyer/practice/2020/admission-to-us-supreme-court-bar/> <2022. 8. 3. 검색>

전문성을 강하게 신뢰할 수 없다는데 있다. 또한 연방대법원 변호사의 자격을 보다 엄격하게 제한하고, 이들을 통해서만 상고 허가 신청을 하도록 하는 것을 현실적으로 기대하기도 어렵다. 왜냐하면 이렇게 되면 상고 허가 신청은 급격히 줄어들 것이고, 이는 연방대법원의 재량권의 축소와 어젠다 설정 범위의 축소로 이어지기 때문이다. 연방대법원이 이를 받아들이기는 쉽지 않을 것이다.

상고 허가 절차의 강한 정책적 성격은 상고 허가 신청에 대한 연방대법관들의 방어적 기각(defensive denial)에 잘 드러난다. 방어적 기각은 개별 대법관이 사안이 덜 중요하여 기각 표결을 하는 것이 아니라, 사안의 중요성과 관계없이 그에 대한 본안 판단의 결론을 예상해보고 그에 반대할 경우에 미리 상고 허가 단계에서 기각 표결을 하는 것을 말한다. 방어적 기각은 상고 허가 단계에서 연방대법관들이 선택할 수 있는 하나의 표결 전략으로 일반화되어 있다.³²⁵⁾

마지막으로 상고 허가는 과연 어떤 성질의 권한인가 불분명하다. 연방대법원이 상고 허가 여부를 결정한다는 것은 심급제에서 어느 단계의 법원이 사건에 대한 최종적 심판권을 행사하느냐의 문제와 밀접한 관련이 있다. 즉 연방대법원이 상고를 허가한 사건은 연방대법원이 최종적 심판권을 행사하며, 상고를 허가하지 않은 사건은 사실상 하급심이 최종적 심판권을 행사하게 된다. 이런 관점에서 본다면 연방대법원의 상고허가권은 그 성질이 사법권이라기보다는 행정적 권한에 가깝다.³²⁶⁾ 이는 1925년 법원조직법이 1934년 규칙제정수권법(Rules Enabling Act)과 밀접한 관련이 있다는 점에서도 뒷받침된다. 규칙제정수권법은 미국 의회가 사법 절차의 특수성과 전문성을 감안하여 연방대법원에 소송 절차 및 제도에 관한 광범위한 규칙제정권을 위임한 법률이다.

그러나 연방대법원의 상고허가권을 행정적 권한으로 볼 경우에는

325) H. W. Perry, Jr., *op.cit.*, p. 207.

326) Edward A. Hartnett, A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion, 74 *New York University Law Review* 123 (1999). p. 141.

중요한 헌법적 문제점이 제기된다. 일반적으로 연방대법원의 상고허가제는 주 법원 판결과 연방 하급 법원 판결을 그 대상으로 한다. 그런데 상고허가권을 행정적 권한으로 본다면 연방대법원이 주 법원에 대해 행정적 권한을 행사하는 것을 헌법적으로 설명하기 어렵다. ‘연방주의’라는 틀에서 연방대법원의 행정적 감독권은 연방 하급 법원에 대해서만 행사될 수 있기 때문이다.³²⁷⁾ 예컨대 연방대법원이 연방 하급 법원 판결에 대해 상고 허가 여부를 결정하는 상황이라면 이를 연방대법원이 연방사법권을 행사하는 연방사법부 중 누구에게 사건을 배당할 것인지를 결정하는 경우로 이해할 수 있을 것이다. 그러나 주 법원 판결에 대해 상고 허가 여부를 결정하는 경우에는 그 의미가 완전히 달라진다. 왜냐하면 이때에는 주 법원 사건을 해결하기 위해 연방사법권을 동원할 것인지 여부를 결정하는 것이기 때문이다.

나아가 연방대법원의 상고 허가 결정은 관할을 배분하는 것으로서 형식적으로는 명백히 행정적 권한이나, 보다 본질적으로 이것이 과연 진정한 행정적 권한인지에 대해서도 의문이 제기된다. 왜냐하면 행정, 특히 행정 절차 영역은 전문성에 기초한 중립적, 객관적 판단을 기본으로 하는데, 연방대법원의 상고 허가는 연방대법원 규칙 제10조의 불명확성으로 인하여 상당한 정책적 판단을 요구하기 때문이다.

결론적으로 상고허가제는 중요한 헌법적 이슈의 선별을 통해 국가적 논쟁을 중재하고 사회가 나아가야 할 방향을 제시한다는 결코 무시할 수 없는 제도적 장점을 가지고 있다. 하지만 사법심사의 본질, 법의 지배 원리, 권한의 성질이라는 측면에서 헌법 이론적 취약성을 가지고 있는 것도 사실이다. 그렇다면 이러한 취약성을 부분적으로나마 극복할 수 있는 방안은 과연 무엇인가? 그것은 바로 상고 허가 기준을 보다 명확하고 상세하게 정립하는 것이라고 본다. 이렇게 보면 사법부의 어젠다 설정 능력을 유지하는 범위에서 객관적인 상고 허가 기준을 마련하는 것은 상고허가제의 성패(成敗)를 좌우하는 결정적 조

327) *Dickerson v. United States*, 120 S. Ct. 2326, 2332-33 (2000).

건이라고 할 수 있다.

V. 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도와 비교

1. 서언

일반적인 의미에서 상급 법원이 상소를 허가한다는 것은 사건에 대한 하급 법원의 관할을 상급 법원의 그것으로 대체한다는 의미를 갖는다. 하지만 지금까지 살펴본 미국 연방대법원의 상고허가제는 하급심 사건들 중에 중요한 쟁점을 제시하는 사건을 선별적으로 받아들임으로써 사건에 대한 업무 부담을 줄이고, 이를 통해 최고 법원의 국가적 어젠다 설정 능력을 강화하는 수단으로 기능해왔음을 알 수 있다.

이런 의미에서 본다면 프랑스에도 이와 유사한 제도가 존재하고 있다는 점이 주목된다. 즉 프랑스의 최고 일반 법원인 대법원(Cour de Cassation)은 민사국과 형사국에 3명의 판사로 구성된 사건심사부를 두고, 여기에서 배당된 사건을 심사한 뒤 해당 사건이 적법한 상고 대상이 아니거나 그 비슷한 사유로 수리할 수 없는 경우 또는 상당한 근거가 없는 경우 상고불수리 결정을 하고 있다.³²⁸⁾ 이는 결국 사건에 대한 업무 부담을 줄이려는 의도에서 사실상 상고를 허가하는 제도를 시행하고 있는 것으로 볼 수 있다. 하지만 헌법재판과 관련하여 더 주목해야 할 것은 2008년에 프랑스 헌법 개정으로 도입된 사후적 위헌법률심판제도이다. 이 제도에 따르면 프랑스 최고 법원인 대법원과 행정최고재판소(Conseil d'État)은 위헌법률심판 제청에 관하여 넓은 재량을 가지고 있고, 이를 통해 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)에 제청되는 사건의 수가 적절하게 통제되고 있다.

328) 서창식, 해외 주요국의 상고(上告) 제한제도와 시사점, 이슈와 논점 제922호, 국회입법조사처, 2014. <https://www.nars.go.kr/report/view.do?cmsCode=CM0018&rdSeq=14421> <2022. 8. 9. 검색>

2. 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도

1958년 프랑스 제5공화국 헌법이 제정되기 전까지만 하더라도 프랑스 사법부는 법률의 위헌 여부에 대한 판단을 회피하는 입장을 취했다. 이런 소극적 자세는 프랑스의 전통적인 사법부에 대한 불신에서 비롯된 것으로, 이는 1789년 프랑스 혁명 전의 구체제(Ancien Régime)에서 사법부가 그 권한을 여러 가지 형태로 남용했다는 점에 그 원인이 있었다.³²⁹⁾ 그러다가 1958년 제5공화국 헌법이 효력을 발생하면서 헌법재판소가 설치되었으며 사전적 위헌법률심판제도가 도입되었다. 구체적으로 프랑스 제5공화국 헌법제정자들은 우선 위헌법률심판이 법률안에 대한 의회의 의결 후에 공포되기 이전에 이루어지도록 하였는데, 이는 일단 의회가 제정한 법률은 국민의 일반 의사의 표출로서 헌법에 합치된다는 점을 전제한 것이다. 뿐만 아니라 위헌법률심판의 청구권자도 헌법 수호의 제1차적 책임을 지는 것으로 여겨지는 대통령, 수상 및 상·하원의장에게만 매우 제한적으로 인정하고 있었다. 그 후 1974년 헌법 개정으로 청구권자의 범위가 상·하의원 60인 이상으로까지 확대되었다.³³⁰⁾

다만 사법부에 대한 뿌리 깊은 불신으로 인하여 사전적 위헌법률심판제도가 도입된 이후에도 위헌법률심사가 활발히 이루어지지는 못했다. ‘사전적’ 위헌법률심판제도임에 따라 1958년 이전에 공포된 법률은 위헌심사의 대상이 되지 못했고, 1958년 이후에 공포된 법률이라 하더라도 여기에 정치적 이슈가 내재된 경우에는 그에 대한 위헌심사에 상당한 사법소극주의가 나타났다. 아울러 사전적 위헌법률심판제도는 위헌법률심판의 청구권을 주요 헌법 기관에게 부여함에 따라 일반 국

329) Michael H. Davis, The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U.S. Supreme Court, 34 American Journal of Comparative Law 45 (1986), pp. 46-47.

330) 변해철, 프랑스 위헌법률심판제도의 개혁과 성과: 2008년 헌법개정을 중심으로, EU연구 제28호, 한국외국어대학교 EU연구소, 2011, 96쪽.

민은 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하지도 못했다.³³¹⁾ 그러던 중 2008년 헌법 개정으로 법원에 소송 계속 중에 헌법이 보장하는 권리와 자유를 침해하는 법률 규정이 있는 경우, 소송 당사자는 위헌법률심판을 청구하고 행정최고재판소나 대법원의 제청에 따라 헌법재판소가 해당 법률 규정의 위헌 여부를 심판하도록 하는 사후적 위헌법률심판제도가 도입되었다.³³²⁾ 그에 따라 소송 당사자가 법률의 위헌 여부에 대한 헌법재판소의 판단을 받을 수 있는 통로가 마련되었고, 이런 점에서 프랑스의 사후적 위헌법률심판은 미국의 상고허가제와 유사성을 갖게 되었다.

다만 2008년에 사후적 위헌법률심판제도가 도입되었다고 하여 종전의 사전적 위헌법률심판제도가 폐지된 것은 아니다. 즉 양자는 병행하여 시행되고 있으며, 전자는 후자의 취약성을 보완하는 역할을 담당하고 있다. 왜냐하면 사후적 위헌법률심판제도는 일반 국민의 위헌법률심판 청구를 허용할 뿐만 아니라 구체적인 재판 과정에서 제기된 헌법적 쟁점을 판단함으로써 사전적 위헌법률심판에서는 기대할 수 없는 기능을 수행하고 있기 때문이다.³³³⁾

2008년에 사후적 위헌법률심판제도가 도입됨에 따라 헌법재판권을 행사하는 헌법재판소의 지위와 역할은 크게 변화되었다. 즉 추상적 규범통제만 인정되는 사전적 위헌법률심판제도와 다르게 사후적 위헌법률심판제도에서는 헌법재판소가 법원의 재판에 적용되는 법률의 위헌 여부를 심사한다. 이는 법률의 위헌 여부를 심사하는 관점이 크게 달라질 수 있음을 의미한다. 예컨대 추상적 규범 통제에서는 합헌으로 결정된 법률이라도 이에 대한 구체적 규범 통제에서는 결론이 얼마든지 달라질 수 있다. 왜냐하면 구체적 규범 통제에서는 일정한 통계를 바탕으로 법률이 시행된 후에 사실 관계의 변화가 있었는지 여부를

331) James Beardsley, Constitutional Review in France, 1975 *The Supreme Court Review* 189 (1975), p. 218-25.

332) 프랑스 헌법 제61조의1.

333) CC décision n° 09-595DC du 3 décembre 2009.

위헌 심사의 중요한 관점으로 고려하기 때문이다. 예컨대 2010년 프랑스 헌법재판소는 과거에 사전적 위헌법률심판에서 합헌으로 결정되었던 재판전구금(pretrial custody)과 관련한 법률을 사후적 위헌법률심판에서 위헌으로 결정하였다. 그 논거로 해당 법률이 사전적 위헌법률심판에서 합헌으로 결정된 이후에 재판전구금을 하는 사례가 급격히 증가하였으며, 이는 개인의 자유에 대한 중대한 위협으로 볼 수 있다는 점을 제시하였다.³³⁴⁾

이와 같이 사후적 위헌법률심판제도는 위헌법률심사의 절차에 큰 변화를 가져왔다. 하지만 사전적, 사후적 위헌법률심판제도 모두 일반 법원으로부터 독립된 헌법재판소가 위헌법률심판권을 행사한다는 점을 전제한다. 즉 프랑스에서 헌법재판소는 헌법재판에 관하여 독점적 권한을 가진다.³³⁵⁾

다만 이러한 프랑스 헌법재판소의 독점적 권한은 행정최고재판소와 대법원이 행사하는 위헌법률심판 제청권에 의해 다소 제약된다. 즉 행정최고재판소와 대법원은 법률이 헌법에 위반되지 않는다고 판단한 경우에는 헌법재판소에 제청을 하지 않을 권한을 가지고 있다. 이런 점에서 이들 최고 법원은 소극적인 위헌심사권, 즉 합헌 판단권을 가지고 있다고 볼 수 있다. 즉 사후적 위헌법률심판제도에서 헌법재판소는 소송 당사자가 법원에 위헌법률심판 제청을 신청하고, 당해 법원이 제청 요건을 갖추었다고 판단하여 이를 행정최고재판소나 대법원에 송부한 후, 이들 최고 법원도 제청 요건을 갖추었다고 판단한 경우에만 하여 위헌법률심판권을 행사할 수 있다.³³⁶⁾

행정법원 및 일반 법원의 하급심 단계에서의 송부 요건은 조직법률 제23-2조가 규정하고 있다. 구체적으로 첫째, 구체적인 사건에 적용되는 법률 조항이고, 둘째, 해당 법률조항은 이미 헌법재판소에 의하여

334) CC décision n° 10-14/22QPC du 30 juillet 2010, J.O. du 31 juillet 2010.

335) Michael H. Davis, *op.cit.*, p. 52.

336) 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022, 98쪽.

합헌으로 결정되지 않았어야 하며(다만 사정변경이 있는 경우는 제외 함), 셋째, 해당 법률 조항의 합헌성에 대해 중대한 의심이 존재해야 한다. 최고 법원의 제청 요건에 대해서는 조직법률 제23-4조에서 정하고 있는데, 여기에서는 하급심에서 심리한 세 가지 요건 중 세 번째 중대성 요건을 해당 법률 조항의 합헌성 문제가 새로운 것인지, 즉 신규성 요건으로 대체할 수 있다는 점을 규정하고 있다. 이렇게 보면 최고 법원 제청 요건에서 중대성 요건과 신규성 요건은 선택적이다.

먼저 첫 번째 요건과 관련하여, 법률 조항은 당해 사건에 적용되는 것이어야 한다. 당해 사건에 적용된다는 것은 직접 적용되어야 한다는 것을 말하며, 확립된 판례에 의해 구체화된 법 해석 역시 당해사건에 적용되는 법률로 인정된다. 행정최고재판소와 대법원의 이 같은 재판의 전제성 판단은 헌법재판소를 구속하기 때문에 헌법재판소는 이를 새로이 판단하여 재판의 전제성을 부인하거나 직권으로 다른 법률 조항을 심판대상으로 삼을 수는 없다.³³⁷⁾

다음으로 두 번째 요건과 관련하여 이전에 헌법재판소에 의하여 헌법에 합치된다는 결정이 없었어야 한다. 이 요건은 헌법재판소 결정의 기속력과 직접 관련이 있는데, 선행 결정의 기속력이 미치는 한 헌법재판소가 다시 해당 법률 조항의 합헌성을 심사할 필요성이 없다는 점을 근거로 한다. 그러나 소송 당사자가 종전의 합헌 결정에서 실시된 결정 이유와 다른 이유에 기초하여 위헌법률심판 제청 신청을 한 경우에는 이전에 합헌 결정이 있었던 것으로 볼 수 없다. 또한 프랑스가 사전적 규범 통제만을 50년 이상 실시해오면서 많은 법률에 대해 위헌 심사를 했는데, 이미 위헌 심사를 거친 법률들에 대하여 사후적 위헌법률심판을 할 수 없다면 이는 헌법재판의 본질에도 맞지 않는다. 따라서 사정 변경이 있는 경우에는 합헌 결정이 있었다 하더라도 송부 요건을 갖추었다고 본다. 여기서 말하는 사정 변경은 ① 헌법 개정

337) 김혜진, 프랑스 헌법재판소 결정의 효력 -국사원과 과거원에 대한 효력을 중심으로 -, 헌법논총 22집, 헌법재판소, 2011, 326-27쪽.

이 있었던 경우, ② 헌법재판소 관례에 의하여 새로운 헌법 원칙이 발견된 경우, ③ 헌법재판소가 합헌으로 결정하게 되었던 사실(경제적, 사회적, 기술적, 도덕적 기초 사실 등)이 변화된 경우 등을 말한다.³³⁸⁾

마지막으로 세 번째 요건과 관련하여 해당 법률 조항의 합헌성에 대해 중대한 의심이 존재하거나(중대성) 아니면 해당 법률 조항의 합헌성 문제가 새로운 것이어야 한다(신규성). 먼저 중대성은 사건의 실체적 또는 절차적 측면과 관련된 중대한 헌법적 이유가 있는 경우를 의미한다. 중대성의 정도는 법원이 상당한 재량을 가지고 판단할 수 있으며 최소한의 심각성을 요구하는 것으로 본다. 이렇게 보면 약간의 위헌 의심만으로도 위헌법률심판 제청이 가능하다는 결론이 나온다. 실제로 행정최고재판소나 대법원은 중대한 의심의 존부에 대한 상세한 논증을 회피하고 있으며, 이는 중대성 판단의 재량을 극대화하려는 의도에서 비롯된 것으로 보인다.³³⁹⁾

행정최고재판소나 대법원이 중대성 판단에 대한 넓은 재량이 있다는 점을 잘 나타내는 한 가지 사례를 살펴보면, 프랑스는 1990년 공산당 의원이었던 게소(Gayssot)의 발의로 인종차별, 유대인 또는 외국인을 배척하는 모든 행위를 처벌하는 게소법을 제정하였다. 하지만 이 법은 표현의 자유에 대한 중대한 위협이라는 점에서 헌법에 위반된다는 일부 헌법학자들의 주장이 강력하게 제기되었다. 그럼에도 대법원은 이 법의 위헌성은 중대하지 않다는 이유로 3번이나 헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 하지 않았다.³⁴⁰⁾

다음으로 신규성은 새로운 헌법적 판단이 필요하다는 것이다. 신규성의 판단 기준은 아직 확립된 바 없지만, 헌법재판소는 제청된 법률 조항이 지금까지 헌법재판소의 판단을 받지 않았다는 것만으로는 부

338) 전학선, 앞의 책, 101-3쪽.

339) 위의 책, 104쪽 ; 김혜진, 앞의 글, 328쪽.

340) 그러나 2015년에 이르러 대법원은 종전의 입장과 달리 중대성을 인정하여 이 법에 대한 위헌법률심판을 제청하였다. 자세한 것은 한동훈, 프랑스의 역사기억법에 대한 헌법적 분석, 헌법재판연구원, 2021, 43쪽 이하.

족하고, 아직 헌법재판소에 의하여 해석되고 적용되지 않은 헌법 규정 또는 헌법 원리를 문제 삼는 경우가 새로운 문제의 대표적인 사례가 될 것으로 보고 있다.³⁴¹⁾

지금까지 살펴본 사후적 위헌법률심판의 세 가지 적법 요건 중 행정최고재판소와 대법원의 위헌법률심판 제청 여부를 결정적으로 좌우하는 요건은 바로 세 번째 요건, 즉 중대성 또는 신규성이다. 중대성이거나 신규성에 대한 판단은 상당히 주관적이며, 이를 통해 행정최고재판소와 대법원의 위헌법률심판 제청에 대한 재량이 크게 확대된다. 바로 여기서 중요한 쟁점을 제시하는 사건을 선별적으로 받아들임으로써 사건에 대한 업무 부담을 줄이고, 이를 통해 최고 법원의 국가적 예전 다 설정 능력을 강화하는 미국 상고허가제와의 연결고리가 발견된다.

3. 평가

2008년에 도입된 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도는 미국의 상고허가제와 일정한 차이점과 공통점을 가지고 있다. 먼저 차이점은 헌법 사건을 심리, 판단하는 주체가 다르다는 점에서 찾을 수 있다. 미국의 경우, 연방대법원은 스스로 처리할 사건 규모를 정하고 그 범위에서 사건을 선별적으로 받아들인다. 반면 프랑스는 행정최고재판소와 대법원이 헌법재판소가 심리, 판단할 사건을 결정한다. 나아가 프랑스 행정최고재판소나 대법원에는 미국 연방대법원의 상고 허가 정족수인 4인 동의 원칙이 존재하지 않는다. 따라서 행정최고재판소나 대법원이 헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 하려면 행정최고재판소나 대법원 재판부 법관 과반수의 동의를 얻어야 한다.

미국 상고허가제와 마찬가지로 프랑스 사후적 위헌법률심판에서도 당해 사건에서 문제된 헌법적 쟁점만이 위헌법률심판 제청의 대상이 된다. 다만 프랑스의 경우, 헌법재판소는 당사자가 소송 계속 중에 위

341) CC décision n° 09-595DC du 3 décembre 2009, J.O. du 11 déc. 2009.

헌법률심판 제청을 신청하고, 당해 법원이 제청 요건을 갖추었다고 판단하여 이를 행정최고재판소나 대법원에 송부한 후, 이들 최고 법원도 제청 요건을 갖추었다고 판단한 경우에 한하여 위헌법률심판권을 행사할 수 있다. 미국의 경우에도 연방 하급법원의 요청에 의해 연방대법원이 법적 구속력이 있는 지침을 발하거나 사건 전체의 기록을 요구하여 직접 판결을 내리는 확인(certification) 제도가 있으나 현재 이 제도는 유명무실한 상태에 있다. 따라서 미국 연방대법원의 심판권은 하급심이 사실 문제와 법률 문제에 대한 심리, 판단을 완료한 후에 행사되는 것이 일반적이다. 이런 이유에서 미국에서는 하급심 사건이 연방대법원의 판단을 받기까지 통상 몇 년의 기간이 걸리지만, 프랑스의 경우에는 법률의 위헌 여부에 대한 헌법재판소의 판단은 보다 신속하게 결정된다.

그 밖에 미국 연방대법원은 여러 가지 해석론을 통해 헌법적 쟁점에 대한 판단을 회피할 수 있다. 예컨대 법률에 대한 다양한 해석이 가능하고, 그 중 합헌적 해석이 가능한 경우라면 해당 법률은 헌법에 합치되는 것으로 추정한다.³⁴²⁾ 또한 사건이 비헌법적 쟁점을 통해 해결이 가능한 때에는 가급적 헌법적 쟁점에 대한 판단을 자제한다.³⁴³⁾ 반면 프랑스에서는 당사자가 소송 계속 중에 법률의 위헌성을 주장한다면 헌법재판소는 다른 쟁점들보다 우선적으로 해당 헌법적 쟁점을 판단해야 한다.

또한 프랑스 행정최고재판소나 대법원이 위헌법률심판 제청 신청을 기각하는 동기와 미국 연방대법원이 상고 허가 신청을 기각하는 그것도 차이를 나타낸다. 미국 연방대법원은 상고허가제를 사건에 대한 업무 부담을 경감하거나 민감한 헌법적 쟁점에 대한 판단을 회피하기 위한 수단으로 활용하고 있다. 반면 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도에서는 이런 동기를 발견하기 어렵다. 예컨대 프랑스 헌법재판소는

342) Clark v. Martinez, 543 U.S. 371, 380-381 (2005).

343) Spector Motor Serv., Inc. v. McLaughlin, 323 U.S. 101, 105 (1944).

미국 연방대법원과 달리 업무 부담을 경감하기 위하여 스스로 사건을 선별하지 못한다. 즉 행정최고재판소나 대법원이 사건에서 제기된 헌법적 쟁점의 중대성이나 신규성을 인정하여 위헌법률심판을 제청한다면 헌법재판소는 해당 쟁점을 판단해야 한다. 따라서 행정최고재판소나 대법원이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청했다는 사실은 해당 사건이 청구인에게 유리하게 판단될 것이라는 점을 나타낸다. 이런 이유에서 행정최고재판소나 대법원이 위헌법률심판 제청 신청을 기각할 때에는 재판청구권의 헌법적 중요성을 감안하여 기각 결정을 내린 동기를 상세하게 밝히는 경향이 있다.

이러한 여러 가지 차이점에도 불구하고 한 가지 분명한 점은 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도는 종전의 사전적 위헌법률심판제도에 비해 미국식 사법심사제도에 근접했다는 것이다. 역사적으로 프랑스의 위헌법률심판은 법률이 효력을 발생하기 전에 이루어졌고, 특정한 국가기관만이 위헌법률심판을 청구할 수 있었다. 이 같은 사전적 위헌법률심판제도는 미국의 사법심사제도와 구조적으로 달랐다. 미국 헌법 제3조 제2항은 연방사법부의 권한은 ‘사건’(cases)과 ‘쟁송’(controversies)에 미친다는 점을 명시적으로 규정하고 있다. 미국 연방대법원 역시 건국 초기부터 여기서 말하는 사건과 쟁송은 개념적으로 당사자 간의 권리나 이익이 현실적으로 대립하고 있는 것을 의미한다고 보았다.³⁴⁴⁾ 그에 따라 연방 법원은 사건성이나 쟁송성이 없는 사건을 심리, 판단할 수 없으며 권고적 의견(advisory opinion)도 내릴 수 없다는 견해를 제시해왔다.³⁴⁵⁾ 이로 인

344) Daimlerchrysler Corp. v. Cuno, 547 U.S. 332, 341 (2006).

345) 일반적으로 권고적 의견이란 특정 국가 행위의 성격이나 그 합헌성에 대한 법원의 의견을 말한다. 권고적 의견은 일반적으로 행정부나 의회 등 국가기관의 요청에 따라 내려지게 되고 여기에는 어떠한 법적 구속력도 인정되지 않으며 현실적 사건이나 분쟁을 전제로 하지 않는다는 점이 그 특징이 있다. 연방 법원은 미국 헌법 제3조 제2항의 사건성, 분쟁성 요건으로 인해 어떠한 경우에도 권고적 의견을 내릴 수 없으나 연방국제법원(Court International Trade)과 같은 특별 법원에게는 이러한 제한이 없다. 헌정 초기에는 연방대법원이 권고적 의견을 내릴 수 있는가에 대해 논란이 있었다. 그러나 1793년 제이(John Jay) 대법원장은 연방대법원은 법적 조언을 하는 기관이 아니라 구체적인 쟁송에 대해 판결을 하는

해 미국에서는 위헌법률심사가 법률이 효력을 발생한 후에 이루어진다는 원칙이 확립되었다. 실제로 미국에서 법률이 효력을 발생하기 전에 해당 법률에 대한 위헌 심사가 청구된다면, 법원은 사건의 성숙성(ripeness) 요건을 갖추지 못했다는 것을 이유로 사건을 판단하지 않는다. 여기서 말하는 성숙성은 원고가 해당 법률로부터 현실적인 불이익을 받아야 한다는 것으로, 아직 충분히 현실화되지 않고 특정되지 않은 분쟁에 대해 법원이 장래의 불확실한 상황과 당사자의 예상되는 행동에만 의존하여 재판할 수 없다는 것을 뜻한다.³⁴⁶⁾ 이런 측면에서 본다면 프랑스의 사후적 위헌법률심판제도는 법률이 효력을 발생한 후에 해당 법률로부터 현실적인 불이익을 받은 자가 위헌 심사를 청구한다는 점에서 미국의 사법심사제도와 구조적으로 유사한 것으로 보인다. 결과적으로 프랑스는 전통적인 사전적 위헌법률심판제도를 유지하면서, 그 한계를 보완하기 위한 사후적 위헌법률심판제도를 동시에 운용하고 있다.³⁴⁷⁾

기관이라는 견해를 제시하며 워싱턴(George Washington) 대통령의 권고적 의견 요청을 거부하였다. 이 사건을 계기로 연방대법원은 권고적 의견을 내리지 않는다는 원칙이 확립되었다. Henry J. Abraham, *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*(10th ed.), New York University Press, 1996, p. 84.

346) *United Public Workers of America v. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947).

347) 다만 프랑스가 사후적 위헌법률심판제도를 도입한 것을 단순히 미국 사법심사제도의 영향 또는 헌법재판의 세계화라는 측면에서 설명하기는 어렵다. 이보다는 유럽 법, 특히 유럽 헌법의 영향으로 보는 것이 정확하다. 유럽인권조약(European Convention on Human Rights, ECHR)을 비롯한 여러 가지 유럽 연합 조약에 따라 프랑스는 유럽 법을 존중해야할 의무가 있다. 이러한 의무에 따라 프랑스 사법부는 1975년 이후 유럽 연합 조약에 저촉되는 국내 법률의 효력을 무효로 결정해왔다. 이와 같이 법률이 상위법에 저촉되는 경우에 그 효력을 상실시키는 관행을 법률의 위헌 심사에도 적극 반영하고자 한 제도가 바로 사후적 위헌법률심판제도인 것으로 보인다. 즉 2008년 이전의 사전적 위헌법률심판제도에서는 국내 법률이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하려면 해당 법률이 효력을 발생하기 전이어야 한다는 제도적 한계로 위헌법률심판이 활성화되지 못했으나, 사후적 위헌법률심판제도가 도입되면서 마치 효력을 발생한 국내 법률이 유럽 연합 조약에 위반되는지 여부를 심사하는 것과 같이 그에 대한 위헌 심사가 크게 활성화되었다. Gerald L. Neuman, *Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as a First Resort in France*, 43 *New York University Journal of International Law and Politics* 15 (2010), pp. 17-21.

또한 프랑스 사후적 위헌법률심판에서는 행정최고재판소와 대법원이 위헌법률심판을 제청하기 위한 적법요건 중의 하나로 중대성 또는 신규성을 요구하고 있다. 이는 미국 연방대법원이 상고 허가 여부를 결정하는 과정에서 사건의 중요성을 크게 고려하는 것과 구조적으로 유사하다. 다만 프랑스에서는 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하는 행정최고재판소나 대법원이 사건의 중요성을 판단하며, 미국에서는 연방대법원이 직접 이를 판단한다는데 차이가 있을 뿐이다. 사건의 중요도에 대한 판단은 상당히 주관적일 수밖에 없기 때문에 이를 본안 판단의 전제 조건으로 고려하는 한 사건 선별에 대한 사법부의 재량은 크게 확대된다. 이와 같이 중요한 헌법적 쟁점이 존재하는 사건을 선별적으로 판단할 수 있다면 헌법재판 기관의 사건에 대한 업무 부담을 줄이는 것은 물론 헌법재판의 권위와 국가적 어젠다 설정 능력을 강화할 수 있다. 이는 우리나라 헌법재판소에게도 많은 시사점을 던지고 있다.

VI. 시사점

1. 논의의 전제

지금까지 살펴본 미국의 상고허가제는 중요한 쟁점을 제시하는 사안에 대해서만 상고를 선별적으로 허용함으로써 국가의 미래 모습을 상정하고 현실을 감안하여 적절한 정책 방향을 제시한다는 것을 제도적 목적으로 삼고 있다. 이는 연방대법원의 지위를 단순히 입법부나 행정부의 기본권 침해 행위로부터 개인의 권리를 구제하는 기관이 아닌 입법부, 행정부와 더불어 국가 정책을 형성하는 하나의 헌법 기관으로 보는 시각에 기초하고 있다. 다만 이런 연방대법원의 지위와 역할의 변화는 다음과 같은 사실을 전제하고 있는 것으로 보인다. 그것은 바로 미국의 1925년 법원조직법 개정 과정에서 제시되었던 논거로

하급심을 거쳐 최고 법원 단계로 나아간 사건의 경우, 그 1차적인 목적은 개인의 권리 구제보다는 헌법적 쟁점이나 공익과 관련되는 중대한 법적 쟁점을 밝히는 것으로 보아야 한다는 것이다. 이는 곧 개인의 권리를 구제하는 하급심이 존재한다는 전제 하에만 상고심의 정책 형성 기능이 가능하다는 것으로 풀이된다. 사법부의 원칙적인 존립 근거는 개인의 권리를 구제하는데 있다. 따라서 이 점은 우리나라 헌법 재판 절차에 미국의 상고허가제 도입 여부를 논의함에 있어서 결정적인 조건으로 고려되어야 한다고 본다.

우리나라의 경우, 미국과 달리 사법부는 민사재판권, 형사재판권, 행정재판권을 갖는 법원과 헌법재판권을 갖는 헌법재판소로 이원화되어 있다. 이런 사법부 내의 권력 분립 구도로 인해 법원은 개인의 권리를 구제하는 기관으로, 헌법재판소는 국가적 어젠다를 설정하는 기관으로서의 성격이 강하다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 미국 연방대법원과 같이 중요한 사건을 선별적으로 수용할 수만 있다면 이 같은 헌법재판소의 정책 형성 기능은 더 확고하게 자리매김할 수 있다고 본다. 이 문제는 단지 헌법재판소의 역할 정립 문제에 그치지 않는다. 근래에 해마다 몰려드는 수 천 건의 사건³⁴⁸⁾에 대한 현실적인 해법이 될 수도 있다. 이런 상당한 정도의 사건 처리를 인력이나 물적 시설의 조정·보강으로 대응하는 데에는 일정한 한계가 있는 것으로 보인다. 다만 헌법재판소의 사건 선별 가능성을 진단하려면 현행 개별 심판 절차의 본질은 무엇인지, 또 해당 절차는 법원의 사법 절차와 어떤 관계에 있는 지가 논의될 필요가 있다.

348)

연도	위헌 법률	탄핵	정당 해산	권한 쟁의	헌재법 제68조 제1항 헌법소원	헌재법 제68조 제2항 헌법소원	계
2019	31	·	·	6	2,062	631	2,730
2020	20	·	·	5	2,472	744	3,241
2021	38	1	·	2	2,201	585	2,827

2. 개별 심판 절차에서의 사건 선별 허용 가능성

가. 개관

앞에서 언급한 대로 현행 개별 심판 절차에서 사건 선별이 가능하려면 해당 절차가 개인의 권리 구제보다는 객관적 법질서를 규명하는 절차로서의 성격이 강해야 하며, 해당 절차의 사건에서 문제된 개인의 권리 침해가 법원의 사법 절차에 의해서도 해결될 수 있어야 한다. 반대로 해당 절차의 주요 목적이 개인의 침해된 권리를 구제하는데 있거나 해당 절차 외의 일반적인 사법 절차에 의해서는 침해된 권리를 구제받을 수 없는 경우에는 사건 선별이 어려울 것이다.

현행법상 개별 심판 절차는 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판으로 구성되어 있다. 이들 중 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 개인의 권리를 구제한다는 측면보다는 객관적 법질서를 규명하는데 궁극적 목적이 있다. 이런 점에서는 사건 선별 가능성이 있다고 할 수 있으나, 사건 수가 많지 않고 청구되는 사안의 헌법적 중요성이 떨어진다고 보기 어렵다는 점에서 사건 선별 가능성을 진단할 실익이 없다고 본다. 그렇다면 결국 논의의 초점은 헌법재판소 사건의 다수를 차지하는 위헌법률심판, 헌법재판소법 제68조 제1항 헌법소원심판, 헌법재판소법 제68조 제2항 헌법소원심판에서 과연 헌법재판소가 사건을 선별적으로 받아들일 수 있는 지로 모아진다.

나. 위헌법률심판

위헌법률심판은 현행 헌법 제111조 제1항에서 정하고 있다. 그에 따르면 법률이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된 경우에 당해 사건을 담당하는 당해 법원이 직권 또는 당사자의 신청에 의한

결정으로 헌법재판소에 위헌 여부 심판을 제청하고, 헌법재판소가 이에 대해 심판한다. 위헌법률심판은 헌법을 국가의 최고법으로 하는 헌법 국가에서 법률은 존재와 효력 측면에서 상위법인 헌법과 충돌할 수 없다는 법치 국가 원리를 바탕으로 위헌 법률을 적용한 재판을 차단하려는 데 제도적 의의가 있다.

현행 헌법 제111조 제1항과 헌법재판소법 제41조 제1항에서 정하고 있는 위헌법률심판은 법률의 시행 이후에 해당 법률의 위헌 여부를 심판하는 것으로 사후적 규범 통제에 해당한다. 또한 일반 법원에 계속된 소송 사건의 재판의 전제가 되어 있는 법률에 대해 위헌 여부를 심판한다는 점에서 구체적 규범통제에 해당한다.

위헌법률심판의 본질은 입헌주의와 헌법 질서를 수호한다는 측면에서 찾을 수 있다. 즉 법률에 의한 헌법의 침해를 교정하여 공동체의 법질서에서 국민주권에 바탕을 둔 입헌주의를 실현하고 헌법 질서와 헌법 국가를 유지, 수호하는 것을 주된 목적으로 한다.³⁴⁹⁾ 이런 점에서 위헌법률심판은 객관적 소송으로서의 성격을 가지며, 주관적 권리 보호와는 별개의 독립한 소송으로 볼 수 있다.³⁵⁰⁾ 물론 위헌법률심판에는 위헌 법률을 통제함으로써 당해 사건 당사자의 침해된 권리를 구제하는 기능이 존재한다는 점을 부인하기 어렵다. 하지만 현행 위헌법률심판의 구조상 당해 사건 당사자의 침해된 권리를 구제하는 중심 기관은 법원이며, 헌법재판소는 법원의 권리 구제 기능을 보완하는 역할에 그친다.

현행 위헌법률심판은 구체적 규범통제에 해당하고, 구체적 규범통제는 위헌 심사와 위헌 결정을 분리하는 관할분리제를 특징으로 한다. 관할분리제에서 위헌심사권은 구체적인 사건의 재판을 담당하는 법원에게, 위헌결정권은 헌법재판소에게 부여된다. 이로 인해 구체적 규범 통제 절차에서도 위헌 법률에 대한 제청 절차와 심판 절차로 구별된

349) 정중섭, 헌법소송법(제6판), 박영사, 2010, 232쪽.

350) 허영, 헌법소송법론(제8판), 박영사, 2013, 195쪽.

다. 제청 절차에서는 구체적인 사건 내용이 고려의 대상이 되나 심판 절차에서는 제청된 법률의 재판의 전제성을 검토하는 것 이외에는 오로지 심판 대상 법률의 위헌 여부만 검토되며 구체적인 사건은 고려의 대상이 아니다.³⁵¹⁾ 이렇게 보면 위헌법률심판에서 법원의 소송 절차는 당해 사건 당사자의 권리를 구제하는 절차로, 헌법재판소의 위헌 법률심판 절차는 기본적으로 객관적 법질서를 규명하는 절차로 이해하는 것이 타당하다.

이와 같이 현행 위헌법률심판제도의 본질이 객관적 법질서를 규명하는데 있고, 당해 사건의 당사자는 법원의 소송 절차를 통해 얼마든지 침해된 권리를 구제받을 수 있다면 미국의 상고허가제와 같이 헌법재판소가 위헌법률심판 절차에서 사건의 중요성을 고려해 사건을 선별할 여지가 있다고 본다.

물론 헌법 제111조 제1항 제1호가 법원의 제청에 의한 법률의 위헌 여부 심판을 헌법재판소의 관장 사항으로 정함으로써 법원의 제청이 있으면 헌법재판소는 무조건 본안 판단을 해야 하는 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 하지만 아무리 법원의 제청이 있다 하더라도 헌법재판소가 본안 판단을 하려면 위헌법률심판의 적법 요건을 충족해야 한다. 즉 위헌법률심판의 정당한 제청권자에 의한 제청이어야 하고, 위헌 제청의 대상 적격이 있는 법규범이어야 하며, 재판의 전제성이 있어야 한다.³⁵²⁾ 따라서 사건의 중요성을 위헌법률심판의 적법 요건 중의 하나로 요구한다면 헌법 제111조 제1항 제1호와 관련한 위헌 문제는 발생하지 않는다고 본다.

위헌법률심판의 적법 요건으로 사건의 헌법적 중요성을 요구하는 예는 앞에서 살펴본 프랑스 사후적 위헌법률심판에서 찾아볼 수 있다. 반복하자면 프랑스 사후적 위헌법률심판제도에서 헌법재판소는 소송당사자가 법원에 위헌법률심판 제청을 신청하고, 당해 법원이 제청 요

351) 위의 책, 196쪽.

352) 헌법재판실무제요(제2개정판), 헌법재판소, 2015, 120-67쪽.

건을 갖추었다고 판단하여 이를 행정최고재판소나 대법원에 송부한 후, 이들 최고 법원도 제청 요건을 갖추었다고 판단한 경우에 한하여 위헌법률심판권을 행사할 수 있다. 조직법률 제23-2조는 행정법원 및 일반 법원의 하급심 단계에서의 송부 요건 중의 하나로 해당 법률 조항의 합헌성에 대해 중대한 의심이 존재해야 함을 규정하고 있고, 조직법률 제23-4조는 최고 법원의 제청 요건 중의 하나로 중대성 요건을 규정하면서 이를 신규성 요건으로 대체할 수 있다는 점을 규정하고 있다.³⁵³⁾

다만 프랑스의 경우, 행정최고재판소나 대법원이 적법 요건을 충족한 것으로 판단하여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다면 헌법재판소는 행정최고재판소나 대법원의 적법 요건 판단에 구속되어 이를 다시 심사하지 못한다. 그러나 우리나라의 경우, 헌법재판소는 법원의 적법 요건 판단이 명백히 오류라고 판단한 경우에는 이를 직권으로 조사할 수 있다는 입장을 취하고 있으므로,³⁵⁴⁾ 사건의 중요성을 적법 요건 중의 하나로 요구한다면 프랑스 헌법재판소와 달리 이를 헌법재판소가 직접 심사할 여지가 있다.

프랑스의 사례에서 보듯이 위헌법률심판의 적법 요건으로 사건의 헌법적 중요성을 요구하는 것이 충분히 가능한 것으로 보이며, 이럴 경우 적법 요건 심사에서 사건의 중요성을 가장 먼저 판단하고 이를 긍정하는 경우에 나머지 적법 요건을 판단한다면 심판의 효율성을 높일 수 있을 것이다.³⁵⁵⁾

353) 프랑스의 경우에는 위헌법률심판의 적법 요건이 법률에 직접 규정된 반면 우리나라의 경우에는 그것이 헌법재판소 판례로 형성되어 왔다. 법적 근거를 보다 명확하게 하는 차원에서 우리나라도 헌법재판소법에 각종 개별 심판 절차의 적법 요건을 명시할 필요가 있다.

354) 현재 1993. 5. 13. 92헌가10등; 현재 1999. 9. 16. 99헌가1

355) 다만 위의 통계에서 보듯이 위헌법률심판은 2019년 31건, 2020년 20건, 2021년 38건으로 사건 수가 많지 않다. 따라서 위헌법률심판에서 사건을 선별하는 것이 가능하다면 이는 심판 업무의 효율성 측면에서 위헌법률심판의 연장선에 있는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 실질적인 의미를 가질 것이다.

그렇다면 다음으로 검토되어야 할 중요한 문제는 사건의 중요성에 대한 판단 기준이다. 이에 대해서는 일단 종래에 헌법재판소가 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판 사건에서 제시해온 예외적인 심판 이익을 주목할 필요가 있다. 그간 헌법재판소는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판 사건의 적법 요건 심사에서 주관적 권리구제에는 별 도움이 되지 않는다 하더라도 그러한 침해 행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법 질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판 이익을 인정할 수 있다는 입장을 제시해왔다.³⁵⁶⁾ 이를 사건의 중요성을 판단하는 기준으로 삼을 수 있다고 본다.

참고로 미국의 경우, 종래에 연방대법원은 대체적으로 당해 사건의 사실 관계나 당사자를 떠나 사건 자체의 해결이 정치적 또는 법적으로 시급한 경우, 해당 법적 쟁점이 향후에 반복적으로 문제될 가능성이 있는 경우, 해당 사건에 대한 전문가의 참고인 의견서가 적극적으로 제출되는 경우, 해당 사건이 당대의 국가적 관심사를 반영하고 있는 경우에 상고를 허가하는 모습을 보여 왔다. 다만 사건이 지나치게 정치적 성격을 띠어 연방대법원이 불필요하게 정치적 분쟁에 휘말릴 가능성이 있거나 판결 이후 국론 분열이 예상될 만큼 사회적 논란이 심한 사건에 대해서는 상고 허가를 자제해왔다. 우리 헌법재판소가 충분히 참고할 대목이라고 본다.

사건의 중요성 판단에 한 가지 유의할 점은 미국의 경우에서 보듯이 법원의 위헌 여부 판단이 헌법재판소에 중요한 참고가 될 수 있다는 것이다. 미국의 사례를 보면 하급 법원이 연방 법률 또는 주 법률에 대하여 합헌 판단을 한 경우는 그 자체로서 중요한 법적 쟁점으로 인정받기 어려운 반면 위헌 판단을 한 경우에는 상고 허가의 가능성이 높아진다.

356) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60 ; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 ; 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327 ; 헌재 2004. 12. 16. 2002헌마478

이는 하급 법원의 위헌 판단으로 민주적 정당성을 갖는 연방 의회 및 주 의회의 법률이 무효가 되는 것은 적절치 못하다는 관점에 입각한 것으로 보인다. 이렇게 보면 우리의 위헌법률심판은 법원의 법률의 위헌성에 대한 합리적 의심을 전제한 것으로 헌법재판소는 가급적 사건의 중요성을 인정하는 것이 바람직하다고 볼 수 있다. 반면 위헌법률심판의 연장선에 있는 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 법원의 법률에 대한 합헌 판단을 전제한 것으로, 여기에서는 헌법재판소가 사건의 중요성 판단에 상당한 재량을 가질 수 있다고 본다. 따라서 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서는 헌법재판소가 미국 연방대법원과 같이 극히 중요하다고 판단되는 사건을 엄격히 선별하여 심판하는 것이 정당화될 수 있을 것이다.

다음으로 검토되어야 할 점은 사건의 중요성이 존재하지 않아 사건을 각하할 경우에 그 이유를 구체적으로 제시할 것인지 여부이다. 미국의 경우, 상고 허가 신청에 대한 기각 결정은 아무런 이유를 기재하지 아니한 한 문장의 결론으로 판단이 내려진다. 따라서 사건의 중요성이 없다는 결정을 내리게 된 공식적인 이유를 찾아보기 어렵다. 이런 관행은 연방대법원이 상고 허가 신청에 대하여 갖는 넓은 재량의 권한을 상징한다. 또한 사건의 중요성이 없다는 결정에 일일이 그 이유를 명시해야 한다면 재판부로서는 매우 큰 업무 부담을 갖게 된다. 이런 점에서 우리 위헌법률심판절차의 경우에도 사건의 중요성에 대한 판단의 이유를 구체적으로 제시할 필요는 없다고 본다.

다만 앞에서 살펴본 바와 같이 미국의 상고허가제에 대해서는 중요한 헌법적 이슈의 선별을 통해 국가적 논쟁을 중재하고 사회가 나아가야 할 방향을 제시한다는 장점이 있는 반면 사법심사의 본질, 법의 지배 원리, 권한의 성질이라는 측면에서 헌법 이론적 취약성이 있음이 지적되고 있다. 이런 비판을 최소화하는 차원에서 헌법재판소가 객관적인 사건 선별 기준을 마련하고 사건의 중요성 판단에 대한 이유를 간략하게나마 밝히는 것은 필요하다고 본다.

다. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해 받은 자가 헌법재판소에 그 권리의 구제를 위하여 헌법소원심판을 청구하고, 이에 대해 헌법재판소가 심판을 통하여 국민의 기본권 침해를 구제하는 제도이다. 여기서 보듯 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 원칙적으로 기본권 침해를 구제하는 데에 그 목적이 있다. 이런 점에서 헌법상 기본권이 침해된 경우에 이를 구제하는 소송인 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 주관 소송으로서의 성질을 가진다.³⁵⁷⁾

다만 기본권은 헌법상 주관적 권리인 동시에 사회 공동체의 객관적 질서를 의미하는 양면성을 갖기 때문에 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 기본권을 보장하기 위한 주관 소송의 성격뿐만 아니라 헌법 질서의 수호·유지를 위한 객관 소송으로서의 성격도 함께 가지고 있다.³⁵⁸⁾ 이런 객관 소송으로서의 성격은 주관 소송에서 요구되는 권리보호이익이 소멸한 경우라도 헌법 질서의 보장을 위하여 필요한 경우에는 심판을 한다는 점에서 드러난다.³⁵⁹⁾

그러나 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 원칙적으로 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 기본권 침해를 당한 피해자의 주관적 권리 구제에 관한 심판이어서 구체적, 개별적인 쟁송 사건에 대한 재판인 민사, 형사, 행정소송과 유사한 성질을 가진다. 이렇게 보면 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 객관적 성격은 독립적인 것으로 파악되지 않으며 어디까지나 기본권을 침해하는 공권력 작용의 효력을 부인하고 공권력 작용이 기본권을 존중하

357) 정종섭, 앞의 책, 551-52쪽.

358) 허영, 앞의 책, 347쪽.

359) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111 ; 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144

도록 촉구하는 과정에서 2차적으로 형성되는 성격으로 보아야 한다. 그에 따라 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에서 기본권 침해 여부에 대해 판단함이 없이 다른 헌법 규정의 위반 여부만 심판하는 것은 정당화되기 어렵다.³⁶⁰⁾ 요컨대 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판의 본질은 개인의 침해된 기본권을 구제하는 주판 소송으로 보아야 한다.

아울러 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 그 적법 요건 중의 하나로 보충성 요건을 요구하는 데에서 알 수 있듯이 법원의 사법 절차와 연계되지 않는다. 여기서 법원의 사법 절차와 연계되는 위헌법률심판과 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판과의 결정적인 차이점이 발견된다. 반복하자면 미국 상고허가제의 기본 전제는 하급심을 거쳐 최고 법원 단계로 나아간 사건의 경우, 그 1차적인 목적은 개인의 권리 구제보다는 헌법적 쟁점이나 공익과 관련되는 중대한 법적 쟁점을 밝히는 것으로 본다는 것이다. 즉 개인의 침해된 권리를 구제하는 하급심이 존재한다는 것을 전제로 상고심의 사건 선별은 정당화될 수 있다는 것이다. 이렇게 보면 위헌법률심판이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판과 달리 개인의 침해된 권리를 구제하는 별도의 사법 절차가 존재하지 않는 경우에 진행되는 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에서 사건을 선별한다는 것은 사건 선별의 기본 전제에 부합하지 않는 것으로 보인다.

다만 사건 선별 가능성을 떠나 사건 처리의 효율성 측면에서 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에서 적법 요건, 특히 직접성 요건을 보다 엄격하게 심사함으로써 법원의 사법 절차를 통해 해결될 수 있는 사건은 가급적 법원에게 맡기는 방안은 검토할 여지가 있다. 종래에 헌법재판소는 법령 자체가 헌법소원의 대상이 되려면 집행 행위에 의하지 않고 법령 그 자체에 의하여 기본권이 제한되어야 한다는 입장을 제시해왔다.³⁶¹⁾ 다만 예외적으로 ① 집행 행위가 존

360) 정종섭, 앞의 책, 554쪽.

재하더라도 그 집행 행위를 대상으로 하는 구제 절차가 없거나, 구제 절차가 있다고 하더라도 권리 구제의 가능성이 없는 경우³⁶²⁾, ② 집행 행위가 존재하더라도 법규범의 내용이 집행 행위 이전에 이미 국민의 권리 관계를 직접 변동시키거나 국민의 법적 지위를 결정적으로 정하는 것이어서 국민의 권리 관계가 집행 행위에 의해 좌우되지 않는 경우³⁶³⁾에는 직접성의 예외로 인정해왔다.

이들 두 가지 예외 사유 중 ②는 이른바 기계적 집행 행위를 의미하는 것으로 얼마든지 법원의 사법 절차에 의해 해결될 여지가 있다. 헌법재판소 역시 이를 인식하고 있는 것으로 보인다. 예컨대 금고 이상의 실형을 선고 받고 그 집행이 종료된 날로부터 3년이 지나지 않았다면 전자 충격기의 소지 허가를 필요적으로 취소하도록 하는 법률 조항에 대해 그 기본권 침해는 경찰서장의 소지 허가 취소라는 집행 행위를 매개로 하는 것이어서 직접성이 없다고 본 바 있다.³⁶⁴⁾ 헌법재판소가 이와 같이 직접성을 부정하더라도 기계적 집행 행위는 얼마든지 법원에서 다룰 수 있다.

보다 세부적인 문제로 국민에게 일정한 행위 의무 또는 행위 금지 의무를 부과하고 이를 위반할 경우 제재 수단으로 형벌이나 행정벌을 부과하는 법률 조항 역시 직접성을 부정하고 사건을 법원에서 해결하도록 유도할 여지가 있다. 현재 헌법재판소는 이런 형벌, 행정벌 조항의 경우에 국민은 별도의 집행 행위를 기다릴 필요 없이 제재의 근거가 되는 법률의 시행 자체로 행위 의무 또는 행위 금지 의무를 직접 부담한다는 점을 근거로 직접성을 인정하고 있다.³⁶⁵⁾ 그러나 다른 한편으로 보면 형벌이나 행정벌 조항은 검사의 기소나 행정처분, 그리고

361) 헌재 1992. 11. 12. 91헌마192 ; 헌재 2005. 5. 26. 2004헌마671

362) 헌재 1997. 8. 21. 96헌마48

363) 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38 ; 헌재 2004. 8. 26. 2003헌마337

364) 헌재 2014. 2. 27. 2012헌마904. 유사한 취지의 결정으로는 헌재 2013. 7. 25. 2012헌마934

365) 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213 ; 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377

법원의 재판을 통한 형벌이나 행정벌 부과라는 구체적 집행 행위를 통해 기본권을 제한한다고도 볼 수 있으므로 이런 관점에서는 직접성이 부정된다.

헌법재판소는 형벌이나 행정벌 조항을 위반하기 전에 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판을 청구한 경우에는 전자의 입장에서 직접성을 인정하며, 위반한 후에 청구한 경우에는 후자의 입장에서 직접성을 부정하는 결정도 있다.³⁶⁶⁾ 이런 입장을 논리적으로 일관된다고 볼 수는 없으나 위반 전 청구에 대해서는 직접성 요건을 요구하는 것이 먼저 불법을 행할 것을 요구하는 것이어서는 안 된다는 점³⁶⁷⁾, 위반 후 청구에 대해서는 법원의 사법 절차가 현실화될 수 있다는 점을 감안하면 부득이한 해석이라고 본다.

결국 법령에 기계적 집행 행위가 수반되는 경우나 형벌, 행정벌 조항을 위반한 경우에는 법원의 사법 절차를 통해 기본권 침해가 구제될 수 있으므로 직접성을 부정하여 해당 사건을 법원에 맡기는 것이 정당화된다고 본다. 다만 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판이 헌법 질서의 수호·유지를 위한 객관 소송으로서의 성격도 가지고 있다는 점을 감안한다면, 이런 경우에 직접성을 부정하더라도 예외적으로 사건의 중요성을 인정하여 본안 판단을 할 것인지 여부는 검토해볼 필요가 있다. 법원에 의한 구제 가능성이 존재하는 이상 사건 선별의 가능성도 있다고 보아야하기 때문이다.

라. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 법원에 계속 중인 구체적인 사건에서 특정한 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 경우, 당해 사건의 당사자가 해당 법률에 대해 위헌법률

366) 헌재 2016. 11. 24. 2013헌마403.

367) 정종섭, 앞의 책, 664쪽.

심판제청 신청을 하였으나 법원이 이를 기각하였다면 위 신청을 한 당사자가 직접 헌법재판소에 그 해당 법률의 위헌 여부를 판단하여 줄 것을 청구하는 제도이다.

원칙적으로 재판에 적용되는 법률의 위헌성이 의심되는 경우라 하더라도 당해 법원이 헌법재판소에 위헌법률심판 제청을 하지 않을 경우 당사자로서는 모든 심급 절차를 경유한 다음 위헌적인 법률을 적용한 법원의 재판을 대상으로 헌법소원심판을 청구할 수밖에 없다. 하지만 헌법재판소법 제68조 제1항이 원칙적으로 법원의 재판에 대한 헌법소원심판 청구를 인정하지 않고 있기 때문에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 이 같은 현행 헌법소원 제도가 가지는 결함을 일부 보완하는 기능을 수행하고 있다.³⁶⁸⁾

헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판의 본질에 대해서는 여러 가지 논의³⁶⁹⁾가 있는 것으로 보이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판의 연장선에 있는 만큼 이를 구체적 규범 통제로 보는 것이 타당하다. 즉 심판 청구서의 기재 사항, 심판 대상, 인용 결정 및 인용 결정의 효력, 주문의 표시, 심판 절차 등이 위헌법률심판 절차와 다르지 않고, 법원의 재판을 계기로 구체적 규범 통제가 이루어진다는 점도 위헌법률심판 절차와 동일하다.³⁷⁰⁾ 이렇게 보면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 본질상 재판의 전제가 된 법률의 위헌 여부를 심판해줄 것을 당사자가 직접 헌법재판소에 청구하는 규범 통제형 헌법소원이라고 할 수 있다.³⁷¹⁾ 헌법재판소도 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 구체적 규범 통제의 성격을 가진 위헌법률심판으로 파악하고 있다.³⁷²⁾

368) 성낙인 외, 헌법소송론, 법문사, 2012, 224쪽.

369) 헌법소원설, 구체적 규범 통제설, 절충설 등이 대립한다. 자세한 것은 배정훈, 행정청 등 행정주체가 청구하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에 관한 연구 -청구인능력 및 본안판단과 관련하여-, 헌법재판연구원, 2022, 13쪽 이하.

370) 정종섭, 앞의 책, 266-67쪽.

371) 허영, 앞의 책, 198쪽.

그렇다면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서의 사건 선별 가능성은 위헌법률심판에서의 그것과 동일한 것으로 파악될 수 있다. 즉 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서 당해 사건의 상소심의 소송절차를 포함한 당해 사건의 소송절차는 당사자의 권리를 구제하는 절차로, 헌법재판소의 헌법소원심판 절차는 객관적 법질서를 규명하는 절차로 이해할 수 있다. 이는 곧 현행 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판제도의 본질이 객관적 법질서를 규명하는데 있고, 당해 사건의 당사자는 법원의 소송 절차를 통해 얼마든지 침해된 권리를 구제받을 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 미국의 상고허가제와 같이 헌법재판소가 헌법소원심판 절차에서 사건의 중요성을 고려해 사건을 선별할 여지가 있다.

사건의 중요성을 판단하는 방식으로는 위헌법률심판의 경우와 마찬가지로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에서도 그 적법 요건 중의 하나로 사건의 중요성을 판단하면 될 것이다. 다만 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 위헌법률심판과 달리 지정재판부가 사전에 그 적법 요건 구비 여부에 대해 심사한다(헌법재판소법 제72조 제1항). 그렇다면 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부가 사건의 중요성을 판단하는 것이 과연 바람직한가에 대해 논란이 제기될 수 있다. 앞에서 언급한대로 미국의 경우에도 의회의 상고허가제 논의 과정에서 연방대법원이 사건 선별의 재량을 갖게 되면 상고허가 신청 사건을 선별하기 위하여 지정재판부 형식의 소부(小部)를 구성하여 이를 간편하게 심사할 가능성이 있다는 문제가 제기되었고, 이에 대해 연방대법원은 9명의 대법관들이 투표를 통해 사건을 선별하겠다는 견해를 제시한 바 있다.

사건의 중요성에 대한 판단은 보는 시각에 따라 결론을 달리할 수 있는 주관적 판단으로서의 성격이 강하다. 이런 점에서 판단에 최대한의 객관성을 확보하기 위하여 재판관 3인으로 구성되는 지정재판부가

372) 헌재 2003. 5. 15. 2001헌바98

판단하기보다는 재판관 전원의 다양한 논의를 거쳐 결론을 도출하는 것이 바람직하다고 본다. 다만 이럴 경우에 헌법재판소법 제72조 제1항에도 불구하고 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에는 사실상 지정재판부의 사전 심사가 배제된다는 비판이 나올 수 있다.

그러나 이 문제는 보다 본질적으로 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에 지정재판부의 사전 심사 제도를 적용하는 것이 과연 타당한지를 검토해보아야 한다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판은 실질적으로 위헌법률심판이라는 점, 위헌법률심판에는 사전 심사가 없다는 점, 헌법소원 사전 심사 제도는 본래 제도의 취지상 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판에 적용되는 것이라는 점 등을 감안하면 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판에는 사전 심사를 생략하고 바로 전원재판부에 회부하는 것이 타당하다고 본다. 이럴 경우, 전원재판부는 먼저 사건의 중요성이 있다고 판단되는 사건을 선별하고 해당 사건의 나머지 적법 요건, 즉 청구 기간 도과 여부, 대리인 선임 여부, 재판의 전제성 유무 등을 심사하면 될 것이다.

근래에 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 사건은 2019년 631건, 2020년 744건, 2021년 585건이 접수된 바 있다. 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판 절차에서 사건 선별이 가능하다면 이런 상당한 규모의 사건 수를 대폭 줄일 수 있으리라 본다. 미국의 상고허가제 경험이 이를 그대로 방증하고 있다.

제3절 프랑스

I. 헌법재판소의 권한과 구성

1. 헌법재판소의 권한

프랑스에서 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 헌법에 대한 최종적인 유권해석기관이다. 그러나 헌법재판소가 위헌법률심판만을 하는 것이 아니라 정부에 대한 자문 등 다양한 권한을 행사하는데, 헌법재판소의 권한을 보면 다음과 같다.³⁷³⁾

가. 사법적 권한

첫째, 프랑스 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하여 조직법률(lois organiques)과 보통법률(lois ordinaires), 그리고 의회규칙(règlements des assemblées parlementaires)과 국민투표를 통한 법률(loi référendaire)에 대한 사전적 위헌심사권한을 가지고 있다. 조직법률은 공권력 조직에 관한 헌법의 시행에 관한 것으로서 헌법과 보통법률의 중간에 있다고 볼 수 있는데, 조직법률은 의무적으로 반드시 위헌법률심사를 거치도록 되어 있다. 의회규칙은 우리나라의 국회법에 해당하는 것으로서 국민의회는 국민의회 규칙(le règlement de l'Assemblée nationale)을 가지고 있고 상원은 상원 규칙(le règlement du Sénat)을 가지고 있다. 이 규칙도 반드시 위헌심사를 거치도록 되어 있다. 또한 2008년 7월 헌법개정으로 국민투표 법률 가운데 국회가 제안한 국민투표법률도 의무적 위헌심사의 대상이 되었다. 보통법률은 청구권자의 청구가 있어야만이 위헌심사를 할 수 있게 되어 있는데, 청구권자가 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원의장 그리고 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원 의원이다.

둘째, 국제조약에 대한 위헌심사이다. 우리나라와는 달리 국제조약에 대해서도 명문으로 헌법에서 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있다고 규정을 하고 있는 것이다.³⁷⁴⁾ 정부가 국제조약을 체결하는 경우에

373) 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2, 267면 이하 참조.

374) 이에 관해 자세한 것은 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2, 275면 이하 참조.

대통령이나 수상, 국회의원회 의장, 상원 의장, 60인 이상의 국회의원회 의원 또는 60인 이상의 상원 의원이 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수 있는데, 헌법재판소가 국제조약이 헌법에 위반되는 내용을 포함하고 있다고 선언하면 헌법을 개정하여야만 조약을 체결할 수 있다.

셋째, 헌법 제60조에 근거하여 국민투표에 대하여 적법성을 감독할 권한을 가지고 있다.

넷째, 선거에 관한 것으로서, 헌법 제58조와 제59조에서 대통령 선거와 국회의원회 의원선거, 상원 의원선거에 관여할 권한을 부여하고 있는데, 대통령 선거의 적법성을 감독하고 선거에 대한 이의를 심사하며 선거결과를 선언한다. 또한 국회의원회 의원선거와 상원 의원선거의 적법성에 대하여 심사를 한다.

다섯째, 대통령의 유고나 궐위에 대하여 이를 확인할 권한이 헌법 제7조에 의하여 헌법재판소에 부여되어 있다.

여섯째, 헌법 제37조 제2항과 제41조에 기한 법률사항과 법규명령사항의 구분에 관하여 심사할 권한이 헌법재판소에 있다. 프랑스 헌법은 제34조에서 법률로 정해야 할 사항들에 대하여 일괄적으로 규정을 하고 있는데, 그 가운데에는 공민권에 관한 규정들, 공적 자유의 행사를 위한 기본적 보장 규범들을 포함하고 있으므로 법률사항과 법규명령사항간의 구분 심사를 통해서 어떠한 사항이 헌법 제34조의 공민권 또는 공적 자유에 속하는 기본권에 해당되어 법률에 규정되어야 하는가를 헌법재판소가 판단하게 되어 있는 것이다. 따라서 의원발의 법률안이나 수정안 대하여 수상이나 해당 국회의장이³⁷⁵⁾ 헌법재판소에 청구하여 규범의 성격을 판단해 달라고 요청하면 헌법재판소가 이의 성격을 판단하게 되는데, 헌법재판소가 법규명령이라고 판단하면 이 사항은 법규명령으로 정하게 되는 것이다. 이러한 법률의 법규명령화를 비법률화(délégalisation, 또는 déclasserment)³⁷⁶⁾라고 부르기도 한다. 이

375) 2008년 7월 헌법 개정 전에는 정부만이 불수리를 선언할 수 있었으나 헌법개정
으로 정부 또는 국회의장이 불수리를 선언할 수 있도록 하였다.

와 더불어 2008년 7월 헌법 제39조를 개정하여 정부제출 법률안에 대하여 해당 의회 의장단이 조직법률에 위반된다고 하면 그 법률안은 회기에 등록될 수 없도록 하였는데, 의장단과 정부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 국회의장이나 수상이 일주일 이내에 헌법재판소에 그 결정을 청구할 수 있도록 하였다.

일곱째, 2008년 7월 23일 헌법개정으로 신설된 헌법 제61-1조에 의하여 행정최고재판소(Conseil d'Etat)나 대법원(Cour de cassation)은 구체적 사건에 있어서 재판 중에 헌법상 보장되는 권리와 자유를 침해하는 입법조항에 대하여 헌법재판소에 위헌심판을 청구할 수 있다. 이는 사후적 규범통제를 시행하는 것으로 구체적 규범통제를 채택한 것이다.

여덟째, 1999년부터 누벨칼레도니(Nouvelle-Calédonie) 의회가 제정한 규범(loi du pays)에 대하여 사전적 규범통제를 할 수 있다(헌법 제77조).

나. 자문에 관한 권한

프랑스 헌법재판소는 헌법 제16조에 근거하여 국가비상시 예외적 상황에 관해서 대통령의 자문에 응할 권한이 있는 것이다. 즉, 공화국의 제도, 국가의 독립, 영토의 보전 또는 국제조약의 집행이 중대하고 직접적으로 위협을 받으며, 헌법상 공권력의 정상적인 기능이 중단되는 경우에 대통령은 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 및 헌법재판소의 공식적인 자문을 거친 후 당면상황에 필요한 조치를 취하도록 하고 있다. 또한 2008년 7월 헌법개정으로 제16조 제6항을 신설하여 헌법재판소가 대통령의 비상대권 행사에 대한 통제를 할 수 있도록 되었다. 비상대권이 행사된 후 30일 후에, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 또

376) Louis Favoreu, La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel, in Le juge et le droit public - Mélanges Marcel Waline, LGDJ, 1974, p.429.

는 60인 이상의 국민의회 의원이나 60인 이상의 상원 의원이 헌법재판소에 비상대권의 행사요건 충족여부에 대하여 심사를 청구할 수 있고, 헌법재판소는 가장 빠른 기간 안에 공개적으로 견해를 발표하여야 한다. 비상대권 행사 기간이 60일을 넘으면 헌법재판소가 자동적으로 비상대권 행사요건 충족여부를 심사하여 공개적으로 견해를 밝히도록 하였다. 결국 60일이 지나면 헌법재판소가 자기제소권을 통하여 청구 없이도 대통령의 비상대권에 대하여 심사할 수 있도록 하였다.³⁷⁷⁾

2. 헌법재판소의 구성

가. 임명직 재판관

프랑스 헌법재판소는 9명의 임명직 재판관(les membres nommés)과 전직 대통령인 당연직 재판관(les membres de droit)으로 구성된다.

이 가운데 임명직 재판관은 임명권자에 의하여 임명되는 재판관이고 당연직 재판관은 전직 대통령으로 당연히 재판관의 지위를 가지는 것이다.

(1) 임명권자

헌법재판소 재판관을 누가 임명하는가 하는 것은 헌법재판제도의 성격을 나타내는 문제이기도 하다.³⁷⁸⁾ 과거에 프랑스 공법학자 뒤기(Duguit)는 헌법재판소가 정부나 의회에 의해서만 임명되면 어떠한 독립성도 보장될 수 없다고 하였고, 만약에 국민들의 직·간접적인 선거

377) 프랑스 헌법재판소의 위헌법률심판에 있어서 자기제소권과 심판범위에 관해서는 전 학선, 프랑스 위헌법률심판에서 심판범위, 외법논집 제8집, 2000. 8, 379면 이하 참조.

378) Jean Rivero, Rapport de synthèse, in Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux(sous la direction de Louis Favoreu), Economica et PUAM, 1987, p.520; Pierre Avril, La justice Constitutionnelle est politique, Commentaire, n°35, automne 1986, p.417.

에 의하여 구성되면 너무 정치적으로 변하여 헌법재판에서 요구되는 중립성이 유지될 수 없으며, 재판관들끼리 호선을 하게 되면 현대 민주주의와 어울릴 수 없는 엘리트화가 될 수 있다고 하였다.³⁷⁹⁾ 그러나 헌법재판 자체가 정치적 성격을 가지고 있으므로 일정한 부분 정치권력에 의하여 임명되는 것은 어쩔 수 없는 일일지도 모른다.

프랑스의 경우 헌법재판소의 임명직 재판관은 9명이다. 그 가운데 3명은 대통령(Président de la République)에 의하여 임명되고, 3명은 상원의장(président du Sénat), 그리고 나머지 3명은 국민의회 의장(président de l'Assemblée nationale)에 의하여 임명된다. 재판관의 임기는 9년으로 3년마다 3분의 1씩, 즉 3명씩 교체되도록 되어 있다. 3명이 교체될 때 3명의 임명권자가 임명한 사람이 각각 한사람씩 포함된다. 이렇게 3분의 1씩 3년마다 교체되도록 하는 것은 헌법재판의 효율성을 증대시키기 위한 것이다. 헌법재판소 재판관이 한꺼번에 많이 교체되면 헌법재판의 효율성이 떨어지기 때문에 3년마다 3분의 1씩 교체되도록 하고 있는 것이다.

이는 우리나라의 경우에도 많은 참고가 될 수 있다. 우리나라의 경우 6년 임기로 임명이 되고 있는데, 다수의 재판관이 한꺼번에 교체됨으로 인하여 업무의 효율성이 떨어질 수 있다. 물론 정년제가 있고 헌재까지 오면서 임기 중간에 사임을 한 경우가 있어서 9명이 동시에 교체되지는 않지만 정기적으로 안정되게 교체되는 것이 바람직하다 할 것이다.

대통령, 상원의장, 국민의회 의장이 3명이 임명하도록 한 것은 국민의 직·간접적인 대표기관으로 하여금 헌법재판관을 임명하도록 하기 위함이다. 즉 프랑스의 헌법재판소 재판관 구성에 있어서 결국 각 의회의 의장이 6명의 재판관을 임명할 수 있도록 되어 있는데, 이는 헌법재판소 재판관 구성에 의회가 큰 영향을 미치는 것이라고 볼 수 있고, 대통령과 의회가 결국 국민들의 선거를 통해서 선출되는 기관이기 때문에

379) Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, 3e éd., tome III, Bocard, 1930, p.715.

그만큼 헌법재판소에 정당성을 부여하기 위한 것이라고 볼 수 있다.³⁸⁰⁾

또한 임명하는데 있어서 누구를 임명할 것인가는 전적으로 임명권자의 재량이다. 대통령의 경우 재판관을 임명하는데 있어서 수상의 부서도 필요하지 않다. 그리고 상원의장과 국민의회 의장도 각각 상원과 국민의회와는 독립적으로 임명권을 가지게 된다. 보통의 경우 대통령과 상원의장의 경우에는 독자적으로 재판관을 임명하지만 국민의회 의장의 경우에는 시기에 따라 약간씩 다르다. 동거정부(cohabitation) 하에서인 경우를 제외하고는 국민의회 의장이 재판관을 임명할 때에는 대통령과 상의를 하는 경우가 많다. 즉 국회 다수당과 대통령의 소속 정파가 같은 경우에는 대통령과 상의하여 재판관을 임명하는 경우가 많았다.³⁸¹⁾

임명권자가 재판관을 임명하는데 있어서 전적으로 임명권자의 재량이 인정되기 때문에 임명권자가 자신의 정치적 성향이라든가 혹은 친분관계에 의하여 재판관을 임명하는 경향이 있다. 예를 들면, De Gaulle, Pompidou, Chaban-Delmas, Pretti, Faure, Seguiun, Chirac 등은 자신의 정치적 노선과 같은 드골리스트 들을 임명하였고, Giscard d'Estaing, Poher, Monory 등은 중도파를 주로 임명했으며, Monnerville, Mitterrand, Mermaz, Fabius, Emmanuelli 등은 주로 중도 좌파나 사회주의자 들을 임명하였다.

따라서 프랑스에서 대통령 선거와 국회의원 선거를 치룬 후에 재판관 교체가 있으면 선거 결과에 따라서 재판관 구성도 변화를 하게 된다. 즉 선거에서 좌파가 승리를 하게 되면 그 이후에 있을 헌법재판관 임명을 좌파성향의 인사로 하고, 선거에서 우파가 승리를 하면 그 다음에 있는 재판관 임명에서 우파 성향의 인사를 임명하곤 하였다.

그러나 2008년 7월 헌법개정으로 대통령이 재판관을 임명할 때 각 국회 관할 상임위원회에서 5분의 3 이상의 국회의원이 반대를 하면

380) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, pp.164-165.

381) François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel Tome I - Organisation et Attributions*, 2e éd., Economica, 1997, p.68.

재판관으로 임명할 수 없도록 하였다.

(2) 임기

임명직 재판관의 임기는 9년이다. 9년이란 임기는 헌법재판소 재판관으로 숙련된 업무를 하면서 임기를 채우기 적당하다고 할 수 있다. 유럽의 다른 국가의 경우에도 그러하다. 예를 들면 이탈리아도 9년이고, 스페인, 포르투갈도 9년이다. 물론 독일의 경우에는 12년인데, 재판관의 임기가 너무 짧으면 헌법재판을 하는데 있어서 헌법재판의 특성을 이해하고 판단하는데 어려움이 있을 수 있다. 헌법재판소 재판관의 임기가 너무 짧으면 재판관이 너무 자주 교체되면서 임명권자에게 종속될 우려가 있고, 종신제로 하여 너무 길면 사회변화에 대응하기 어려운 점이 있다.³⁸²⁾

헌법재판소 재판관의 임기가 3년마다 3분의 1씩 순차적으로 교체되도록 하기 위하여 최초의 구성을, 즉 1959년도의 구성을 3년 임기의 재판관 3명, 6년 임기의 재판관 3명, 9년 임기의 재판관 3명으로 하였다. 즉 3명의 임명권자가 각각 3년·6년·9년 임기의 재판관을 한명씩 선임하도록 하였다. 초기의 재판관 구성을 할 때 임기를 3년 단위로 차등을 둬으로써 3분의 1씩 교체될 수 있도록 하였던 것이다.

또한 헌법재판관 재판관은 연임이나 중임할 수 없도록 하였다. 이는 헌법재판이 정치적 문제를 사법적으로 해결하는 것이고 중립성과 독립성을 보장하기 위하여 필수 불가결한 것이라 할 수 있다. 그러나 이에는 예외가 있다. 재판관이 임기만료일 전에 궐위된 때에는 그 후임자가 잔여임기동안 재판관임무를 수행하기 위하여 임명되는데, 잔여임기가 3년 미만인 경우에는 다시 임명될 수 있다. 즉 재판관 궐위시 임명되는 새로운 재판관은 전임재판관의 잔여임기만을 채우도록 함으로써 매 3년마다 3분의 1씩 교체되는데 차질이 없도록 하고 있는데, 3년

382) Dominique Rousseau, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, 1992.

미만의 임기를 남기고 결원이 생기면 그 후임은 임기를 3년도 못하고 연임금지조항에 해당되게 되어 불합리한 결과를 초래하게 된다. 따라서 이러한 점을 보완하기 위하여 궐위시 새로이 임명되는 재판관은 전임자의 잔여임기만을 수행하도록 하고 있는데, 잔여임기가 3년 미만인 경우에는 다시 재판관으로 임명될 수 있도록 하고 있다. 결국 최장으로 재판관 직을 수행할 수 있는 기간은 12년이 될 것이다. 실제로 Louis Joxe는 1977년에 임명되었는데, 이는 1971년 임명되어 1980년에 임기가 만료되는 Henri Rey가 1977년에 재판관 직을 수행할 수 없게 되자 후임으로 임명되어 1980년까지 재판관직을 수행하였다. 그 후 1980년에 다시 임명되어 12년 동안 재판관으로 재직하였었다.

(3) 자격제한

헌법재판소 재판관이 되는데 자격제한은 전혀 없다. 즉 우리나라처럼 법조인에 한정하지 않고 누구라도 재판관으로 임명될 수 있는 것이다. 이는 헌법재판이라는 것이 일반 법원의 재판과는 다른 성격을 가지고 있고 사회의 다양한 경험과 각계각층의 입장을 반영하여야 하기 때문에 자격제한을 두고 있지 아니하고 있는 것이다. 그러나 실제로는 대부분 법조인 혹은 법학교수가 많이 임명되었고, 정치인도 많이 임명되었다. 그 외에도 의사라든가 혹은 외교관 등도 헌법재판소 재판관에 임명되었다. 헌법재판소 재판관 자격과 관련하여 법조인으로 자격을 제한하게 되면 헌법재판소의 성격이 사법적 성격을 강하게 띠게 될 것이고 자격제한을 두지 않는다면 법조인으로만 구성되도록 하는 경우보다는 정치적 성향을 조금은 더 가지게 될 것이다. 법조인만으로 재판관을 구성하게 되면 많은 문제점이 나타날 수 있고, 또한 뛰어난 법조인이 헌법재판관으로서도 뛰어난 역할을 하리라는 보장이 없다. 법조인만으로 헌법재판소를 구성하게 되면 정치적인 측면과 사회적인 측면을 무시한 법적인 측면만을 고려한 재판을 할 수 있다.³⁸³⁾ 프랑스

에서도 1974년부터 1983년까지 헌법재판소장을 지낸 로저 프레이(Roger Frey)의 경우 정치인으로서의 경험만을 가지고 있음에도 불구하고 헌법재판소장으로서는 뛰어난 역할을 하였다는 평가를 받고 있다.³⁸⁴⁾ 물론 법조인이 아닌 사람들로만 재판관을 구성하였을 때는 사법의 정치화를 걱정하여야 하는 단점도 있다.³⁸⁵⁾

실제로 2000년까지 임명된 재판관들을 분석해 보면, 다양한 사람들이 임명된 것을 알 수 있다. 56명의 재판관이 임명되었는데, 43명의 재판관이 법학 교수 혹은 법조인 그룹에 속한다. 43명 가운데 11명은 법학 교수였고, 11명은 행정최고재판소(Conseil d'Etat) 재판관이었다. 그리고 12명은 변호사 출신이고 5명은 대법원(Cour de Cassation) 대법관 출신이었다. 그리고 한명의 소송대리사(avoué), 한명의 공기업 법무담당자 등이 임명되었다. 또한 도지사(préfet), 국회 고위공직자 등도 임명되었다.

대학에서 전공별로 구별해 보면, 전체의 41%가 대학에서 법학을 전공한 사람들이며 17%가 법학박사학위를 가지고 있다. 또한 18%가 교수자격(agrégation)을 가지고 있다.³⁸⁶⁾

헌법재판소 재판관에 임명되는데 있어서 연령제한도 없다. 그러나 실례를 보면 50대나 혹은 60대에 많이 재판관으로 임명되고 있으며, 40대 초반 나이에 헌법재판소 재판관으로 임명되기도 한다. 게다가 정년제한도 없기 때문에 70대 나이에 재판관으로 임명되기도 한다. 임명될 당시의 나이와 관련하여 1990년대 중반 이후 상대적으로 젊은 나이에 재판관에 임명되는 경우가 많이 나오고 있다. 특히 40대 초반에 재판관으로 임명되기도 하여 재판관의 평균 연령이 낮아지는 추세

383) Alfred Grosser, Cours constitutionnelles et valeurs de références, Pouvoirs n°13, 1980, p.118.

384) Loïc Philip, Les Cours constitutionnelles, in Traité de science politique(dir. Madeleine Grawitz et Jean Leca), Tome 2, PUF, 1985, p.419.

385) Michel Fromont, Le juge constitutionnel en RFA, Pouvoirs n°22, 1982, p.52.

386) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 5e éd., Montchrestien, 1999, p.40.

를 보이고 있기도 하다.

이와 더불어서 여성 재판관의 수가 늘어난다는 점이 특징이다. 1958년에 헌법재판소가 구성된 이후 1992년에 Noëlle Lenoir가 처음으로 여성 재판관으로 임명이 되었다. 따라서 헌법재판소 창설 이후 거의 35년 만에 여성 재판관이 처음으로 임명이 되고 나서는 1998년에 Simone Veil가 여성으로서 재판관에 임명이 되었고, 2000년에도 Monique Pelletier가 재판관으로 임명이 되어 여성 재판관의 수가 점점 늘어났다. 2022년 3월 현재 9명의 임명직 재판관 가운데 4명 즉 Claire Bazy Malaurie, Nicole Maestracci, Corinne Luquiens, Dominique Lottin이 여성 재판관으로 재직 중이어서 44.4%가 여성 재판관인 셈이다. 이는 여성의 입장을 대변할 수 있고 헌법재판관의 다양성 측면에서 바람직한 현상이라 할 수 있다.

나. 당연직 재판관

프랑스 헌법재판소는 대통령, 상원의장 그리고 국민의회 의장에 의하여 임명되는 9명의 임명직 재판관 외에 전직 대통령이 당연직 재판관의 자격을 가진다. 전직 대통령이 헌법재판소 재판관의 자격을 당연히 가진다는 것은 프랑스 헌법재판소의 특이한 면이라 할 수 있는데, 전직 대통령이 당연히 헌법재판소 재판관으로서의 자격을 가진다고 하여야 할 정당성을 찾기는 어렵다. 이는 1958년 제5공화국 헌법제정 당시 전직 대통령이었던 르네 코티(René Coty)가 자신이 대통령에서 물러난 후에도 일정한 공직활동을 계속하고 싶은 마음에서 이렇게 헌법에서 전직 대통령을 당연직 재판관으로 한 것이 아닌가 하는 견해³⁸⁷⁾도 있고 또는 전직 대통령으로서 헌법의 수호자로서의 경험을 살리고자 전직 대통령을 당연직 재판관으로 하였다는 견해도 있다.³⁸⁸⁾ 이 외에도 전직 대통령으로서 소득도 없고 보상 차원에서 자격을 부

387) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, p.172.

388) Raymond Janot, *Documents pour servir*, II, p.72.

여한 것이라는 견해³⁸⁹⁾도 있다. 결국 전직 대통령에게 헌법재판소 재판관의 자격을 당연히 부여하는 것은 헌법재판의 본질과는 관계없는 결정이었다고 할 수 있다.

2008년 7월 헌법개정 당시 전직대통령이 헌법재판소 당연직 대통령이 되는 것을 폐지하자는 제안이 있었으나, 채택되지는 않았다.³⁹⁰⁾

당연직 재판관의 경우 종신직이며 사임할 수도 없다. 헌법과 헌법재판소법 어디에도 사임을 할 수 있도록 규정하고 있지 않기 때문에 사임을 할 수 없도록 되어 있는 것이다. 따라서 전직 대통령이 되는 순간 당연히 사망 시까지 재판관의 자격을 가지게 된다. 그리고 재판관으로서의 지위는 임명직 재판관과 동일하다.

전직 대통령의 경우 헌법재판에 참여하기도 하고 참여하지 않기도 하였는데, 1958년 제5공화국 헌법 제정 이후 당시 전직 대통령으로는 르네 코티 전 대통령과 뱅상 오리올(Vincent Auriol) 전 대통령이 있었다. 이 때 르네 코티 전 대통령의 경우는 1962년 11월 사망할 때까지 계속해서 헌법재판에 참여하였다. 그러나 뱅상 오리올 전 대통령의 경우에는 헌법재판소가 창설된 이후 참석하다가 1960년 5월부터 알제리 의회 선거와 임시국회 소집에 대한 대통령의 거부에 대한 항의표시로 참석하지 아니하였다. 그러나 그 후 1962년 11월 3일과 5일 그리고 6일 평의 때 헌법 제11조 국민투표를 통한 헌법개정에 대한 위헌심사를 위하여 참석하였다. 이 때 참석한 것은 상원의장의 위헌심사청구를 지지하기 위하여 참석하였던 것이다. 그러나 이 결정에서 헌법재판소는 심사할 권한이 없다고 각하결정을 하였다.³⁹¹⁾ 따라서 1960년 이후 1966년 1월 사망할 때 까지 참석하지 아니하였는데, 예외적으로 1962년 11월에만 참석하였던 것이다. 드골 전 대통령의 경우에는 1969년 국민투표의 실패로 하야를 한 다음 1970년 11월 사망할 때까지 한

389) Pierre Avril et Jean Gicquel, Le Conseil constitutionnel, Montchrestien, 1992, p.90.

390) 이에 관해 자세한 것은 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학연구 제10권 제1호, 2009. 2, 274면.

391) CC. n°62-20 DC 6 novembre. 1962.

번도 참석한 일이 없으며, 퐁피두 전 대통령의 경우에는 임기 중 사망을 하였기 때문에 참석할 기회가 없었던 것이다. 그 후 지스카르 데스탱 전 대통령의 경우에도 2004년 10월까지 헌법재판에 참여를 하지 않았었다. 또한 미테랑 대통령도 퇴임 후에 한 번도 헌법재판에 참석하지 않았었다. 따라서 2004년까지 대부분의 프랑스 학자들은 전직 대통령이 헌법재판에 관여하지 않는 것이 관례가 되었다고 하였었다. 그러나 2004년 11월부터 지금까지 지스카르 데스탱과 시락 전 대통령은 헌법재판에 간혹 참여를 하여 재판관으로 활동하였어서 전직 대통령이 헌법재판에 참여하지 아니하는 것이 관례가 되었다는 것은 바뀌었다고 보기도 하였다.

그러나 그 이후 사르코지(Nicolas Sarkozy) 대통령은 2012년과 2013년에 몇 달 동안만 참석했고, 올랑드(François Hollande) 대통령은 전혀 참석하지 않고 있다.

다. 헌법재판소 소장

헌법재판소 소장은 헌법재판소 재판관 가운데 대통령이 임명하도록 되어 있다. 따라서 반드시 임명직 재판관 가운데 헌법재판소 소장을 임명하여야 하는 것은 아니고 당연직 재판관 가운데에서도 헌법재판소 소장을 임명할 수 있다. 그러나 지금까지 예외없이 임명직 재판관 가운데 소장이 임명되었다. 헌법재판소 소장을 임명하는데 있어서 국회의 동의도 필요없고 관계 장관의 부서도 필요 없으므로 대통령이 자신의 재량으로 헌법재판소 소장을 임명할 수 있다. 이렇게 헌법재판소 소장을 대통령이 재량으로 임명할 수 있는 권한을 가지고 있다는 것은 바람직하다 할 수 없다. 가장 적임자를 임명하기 보다는 대통령의 개인적 친분이라든가 정치적 성향을 고려하여 대통령 자신의 의사를 헌법재판에 반영할 수 있는 재판관을 임명할 가능성이 크기 때문이다. 따라서 이러한 점은 헌법재판소의 독립성 보장에 장애가 될 수

있다. 특히 헌법재판소 소장은 다른 재판관들과는 다른 막강한 권한을 행사하기 때문에 더욱 그러하다.

헌법재판소 소장은 평의에서 가부동수일 경우 결정권을 가진다. 헌법재판에 있어서 재판관들의 의견이 나누어질 경우 소장이 결정권을 가지는 것은 커다란 권한을 가진다고 할 수 있다. 또한 주심(rapporteur)을 선택할 권한이 주어지는데, 주심이 보고서를 작성하므로 주심으로 누구를 임명할 것인가 하는 것도 중요하다고 할 수 있다. 그리고 사무처장(secrétaire général)을 추천할 수 있으며 평의를 주재한다. 따라서 헌법재판소 소장의 권한은 크다고 할 수 있는데, 이러한 소장을 임명하는데 있어서 대통령에게 재량권을 전적으로 부여하고 견제책이 없다는 것은 헌법재판소의 독립성 보장과 중립성 유지에 커다란 장애가 될 수도 있다.

헌법재판소 소장의 경우 임기에 대하여 따로 규정이 없다. 따라서 헌법재판소 재판관 가운데 소장을 임명한다고만 규정하고 있기 때문에 소장의 임기는 몇 년인가 하는 것이 문제가 되었었다. 재판관으로 임명이 되면서 동시에 헌법재판소 소장으로 임명이 되는 경우 재판관 임기 9년 동안 헌법재판소 소장직을 수행하는 것인지, 아니면 대통령이 소장 임기 중간에 다른 재판관으로 소장을 새로이 임명할 수 있는 것인지가 불분명하다 할 수 있다. 또한 헌법재판소 소장이 임기 중간에 사퇴를 하게 되면 새로운 후임자가 소장으로 임명되면 전임 소장의 잔여 임기만을 채울 것이지만 기존의 재판관 가운데 소장을 임명하면 전임자의 잔여임기 동안만 소장직을 수행하는 것인지 아니면 자신의 임기 동안 소장직을 수행하는 것인지 규정이 없다.

이와 관련하여 1983년 2월 당시 미테랑 대통령은 재판관을 새로이 임명하면서 재판소장으로 마이어를 프레이의 후임으로 임명하였다. 그러나 다음 재판관 임명 시기인 3년 뒤, 1986년 새로이 재판관을 임명할 때, 마이어가 재판소장직을 사임하였고, 새로 임명되는 재판관인 바맹터를 재판 소장으로 임명하였다. 따라서 바맹터가 소장으로 임명되

는 것이 가능한 지 여부와 그 임기는 몇 년인가 하는 논쟁이 일어났다. 왜냐하면 재판소장을 사임하는 마이어가 재판관직은 유지를 하였기 때문이다. 이 당시 정치권과 학계의 커다란 논쟁을 불러일으키며 견해의 대립이 있었는데, 뒤베르제(Duverger) 교수는 이는 헌법을 속이는 것이라고 하면서 강한 비판을 하였고, 신임 재판소장은 전임자의 잔여 임기인 6년 동안만 소장직을 수행하여야 한다고 하였다.³⁹²⁾ 이에 반해 전직 헌법재판소 재판관인 루쉐르(Luchaire) 교수는 만약에 잔여 임기 동안만 소장직을 수행하게 되면 오히려 대통령이 3년마다 소장을 바꿀 수도 있다고 하면서 9년의 임기를 수행하여야 한다고 하였다.³⁹³⁾

이러한 점에 대하여 프랑스 헌법과 헌법재판소법이 침묵을 하고 있는 가운데, 학자들마다 견해가 대립되었다. 헌법재판소 소장은 한번 임명되면 재판관의 임기동안 소장직을 수행한다고 보는 견해와 대통령은 매 3년 동안 소장을 새로 임명할 권한을 가지고 있다고 보는 견해이다. 생각건대, 현행 헌법과 헌법재판소법 어디에도 소장의 임기에 대하여 규정하고 있지는 않고 있으며, 재판관 가운데서 소장을 임명하도록 하고 있다. 또한 한번 소장직으로 임명되면 소장 본인이 사퇴하지 않는 한 대통령이 해임을 할 수도 없도록 되어 있다. 따라서 현행 규정대로라면 대통령이 3년마다 새로이 소장을 임명하는 것을 방지할 수 없을 것이므로, 입법론적으로 헌법이나 혹은 헌법재판소법을 개정하여 헌법재판소 소장의 임기를 9년으로 규정하여야 할 것이다.

헌법재판소 소장이 임기 중에 물러난 경우는 한 번 더 있었는데, 1996년에 헌법재판소 소장으로 임명된 퐁랑 뒤마가 외무장관 시절 대만의 무기판매와 관련된 뇌물수취 혐의로 재판을 받는 과정에서 헌법재판소장직을 사임하였고 그 뒤를 이어 새로이 재판소장으로 임명된 구에나(Guena)는 전임 재판관의 잔여임기만을 채우는 것으로 하여 남은 임기동안 헌법재판소장으로 일하였다.

392) Maurice Duverger, Une fraude à la Constitution?, Le Monde du 22 février 1986.

393) François Luchaire, Réponse à M. Duverger, Le Monde du 25 février 1986.

재판소장이 궐위인 경우에는 최고 연장자인 재판관에 의하여 재판관 회의가 소집된다. 그러나 최고 연장자가 권한을 대행하지만 가부동수인 경우 결정권을 가지는 것은 아니다.

* 역대 헌법재판소 소장

소장	성별	임명날짜	임기	임명권자(대통령)
Léon NOEL	남	1959. 2. 20.	1959-1965	Charles DE GAULLE
Gaston PALEWSKI	남	1965. 3. 1.	1965-1974	Charles DE GAULLE
Roger FREY	남	1974. 2. 22.	1974-1983	Georges POMPIDOU
Daniel MAYER	남	1983. 2. 21.	1983-1986	François MITTERRAND
Robert BADINTER	남	1986. 2. 19.	1986-1995	François MITTERRAND
Roland DUMAS	남	1995. 2. 22.	1995-2000	François MITTERRAND
Yves GUENA	남	2000. 3. 1.	2000-2004	Jacques CHIRAC
Pierre MAZEAUD	남	2004. 2. 27.	2004-2007	Jacques CHIRAC
Jean-Louis DEBRÉ	남	2007. 2. 23.	2007-2016	Jacques CHIRAC
Laurent FABUS	남	2016. 2. 19.	2016-	François HOLLANDE

라. 재판관의 지위

헌법재판소 재판관은 헌법재판의 본질상 독립성과 중립성이 보장되어야지만 공정한 재판을 할 수 있다. 따라서 프랑스에서는 헌법재판소 재판관이 연임 혹은 중임할 수 없도록 하고 있다.

헌법재판소 재판관의 경우 국가별로 직무 스타일에 따라서 전업으로 재판관 직을 수행하는 경우가 있을 수 있고 재판이 있을 때에만 재판관의 직을 수행하는 경우로 나눌 수 있는데, 우리나라의 경우에는 헌법재판소 재판관이 재판관 직을 전업으로 수행하는 경우라 할 수 있다. 외국의 예를 보면 독일과 스페인이 그렇다. 그러나 이와 다르게 헌법재판소 재판관직을 전업으로 하는 것이 아니라 헌법재판이 있을 때에만 모여서 재판을 하는 경우로 오스트리아와 프랑스를 들 수 있다.

재판관은 겸직이 제한되는데, 정부구성원 혹은 국회의원, 또는 경제 사회환경위원회(Conseil économique, social et environnemental) 위원, 권리보호관(Défenseur des droits)을 겸직할 수 없다. 또한 1995년 1월 20일 조직법률을 통해 모든 선거직을 겸직할 수 없도록 하였다. 특히 지방 분권화 이후 지방자치단체의 경우 더욱 더 정치적 성격이 강해진 점을 고려한다면 당연하다 할 수 있다. 따라서 헌법재판소 재판관이 선거직에 당선이 된다거나 혹은 선거직에 있는 사람이 재판관에 임명된다면 선거직과 재판관 가운데 하나를 선택하여야 한다. 이러한 겸직금지의 문제는 임명직 재판관뿐만이 아니라 당연직 재판관에게도 적용이 된다. 그러나 당연직 재판관의 경우 재판관의 자격이 종신제이기 때문에 선거직에 나가게 되면 그 기간 동안에만 재판관으로서의 자격이 상실되는 것이다.

재판관은 직무와 관련하여 의무를 준수하여야 한다. 심의와 표결에 관하여 비밀을 준수하여야 하며 헌법재판소의 심판 대상이 될 수 있는 사건의 자문을 하여서도 안되고, 모든 공적 혹은 사적 활동이나 공개되는 문서에 재판관 자격에 대한 설명을 하여서는 안된다. 정당의 중요 직을 맡아서도 안되며, 재판관으로서 독립성과 중립성이 훼손될 수 있는 활동을 하여서는 안된다.

임명직 재판관은 임명되면 대통령 ‘앞에서’ 선서를 하여야 한다. 이와 관련하여 1965년에 상원의장에 의하여 임명된 François Luchaire 교수는 대통령‘에게’ 와서 선서를 하라는 편지를 다시 돌려보내면서 대통령에게(au Président de la République) 선서를 하는 것이 아니라 대통령 앞에서(devant Président de la République) 선서를 하는 것이니 편지를 받을 수 없다고 하여 다시 돌려보낸 것은 유명한 일화다.³⁹⁴⁾

394) François Luchaire, Le Conseil constitutionnel, Tome I - Organisation et Attributions, 2e. ed., Economica, 1997, p.83.

* 헌법재판소 재판관 구성

(2022. 3. 현재)

이름	임기	임명권자	출생년월일	경력	학력
Laurent Fabius (헌법재판소장)	2016. 3. ~ 2025. 3.	대통령 (올랑드)	1946. 8. 20.	정치인, 수상, 국민의회 의장	국립행정학교 (ENA)
Michel Pinault	2016. 3. ~ 2025. 3.	상원 의장	1947. 5. 9.	행정최고재판소 재판관, 사무처장	국립행정학교 (ENA)
Corinne Luquiens (여)	2016. 3. ~ 2025. 3.	국민의회 의장	1952. 8. 28.	국민의회 사무처장	파리정치학교
Jacques Mézard	2019. 3. ~ 2028. 3.	대통령 (마크롱)	1947. 12. 3.	변호사, 부시장, 도회의의원, 장관	변호사학교
Alain Juppé	2019. 3. ~ 2028. 3.	국민의회 의장	1945. 8. 15.	정치인, 수상, 장관	국립행정학교 (ENA)
François Pillet	2019. 3. ~ 2028. 3.	상원 의장	1950. 5. 13.	변호사, 시장, 상원의원	변호사학교
Licence d'Histoire- Géographie(여)	2022. 3. ~	대통령	1950. 11. 20.	역사지리 교사 시장, 상원의원	역사지리학
François SENEERS	2022. 3. ~	상원 의장	1958. 2. 4.	부지사, 대학교수, 헌법재판소 부보고관	국립행정학교 (ENA)
Véronique MALBEC (여)	2022. 3. ~	국민의회 의장	1958. 10. 1.	사법관	국립사법관 학교(ENM)
Nicolas Sarkozy (전직대통령)	2012. ~	당연직	1955. 1. 28.	정치인, 대통령, 변호사	변호사학교
François Hollande (전직대통령)	2017. ~	당연직	1954. 8. 12.	정치인, 대통령	국립행정학교 (ENA)

마. 조직

헌법재판소에는 사무처장(Le secrétaire général) 1인을 두도록 하고 있다. 사무처장은 헌법재판소장의 제청으로 대통령이 테크레(décret)를

통하여 임명하도록 되어 있다. 사무처장이 지휘하는 사무처에는 4개의 국을 두도록 하고 있다. 4개의 국은 심판사무국(Le Service juridique), 행정·재정사무국(Le Service administratif et financier), 자료사무국(Le Service Documentation), 대외사무국(Le Service des relations extérieures)이다. 이 가운데 심판사무국이 사건 처리와 관련하여 재판관들을 돕는 역할과 기능을 하는 국이다. 따라서 사무처의 심판사무국과 행정·재정사무국, 자료사무국, 대외사무국 가운데 핵심은 심판사무국이라 할 수 있다. 일반적으로 심판사무국은 행정법원의 판사와 일반법원의 판사 그리고 국회의 행정직원으로 구성된다. 이들은 1명의 보좌관과 몇몇의 견습생들의 보좌를 받는다. 견습생들은 주로 대학에서 박사과정에 있으면서 박사학위 논문을 준비하는 학생들로 이루어진다. 심판사무국의 구성원들이 하는 업무는 재판관들이 헌법재판을 하는데 있어서 직접적인 보좌를 하는 것으로 사무처장의 지휘와 감독을 받는다.³⁹⁵⁾

사무처장은 보통 제10번째 재판관이라고 할 정도로 중요한 역할을 한다. 헌법재판소의 사건 처리에 있어서 각종 준비작업을 하는 것을 총 지휘하는 역할을 하기 때문에 매우 큰 영향을 미칠 수 있는 것이다. 사무처장은 행정최고재판소 출신인 경우가 대부분이었는데, 이들도 법조인으로 전문성을 가지고 헌법재판에 기여를 한다고 할 수 있다. 따라서 프랑스에서 헌법재판소의 사무처장은 헌법재판에 있어서 매우 중요한 역할을 한다고 볼 수 있는데, 헌법재판소장이 임면권을 가지고 있다고 할 수 있다. 다만 그 임명은 대통령의 데크레로 할 뿐인 것이다. 따라서 사무처장은 헌법재판소장의 신임을 얻어야 하는 것이고 상호 신뢰가 있어야 한다.³⁹⁶⁾

395) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011, p.193.

396) 1958년부터 2014년 8월말 현재까지 사무처장이 7번 임명되었다. 1959년 3월부터 1962년 5월까지 Jacques Boitreaud이었고, 1962년 5월부터 1983년 4월까지 Pierre de Lamothe-Dreuzy이었고, 1983년 4월부터 1986년 4월까지 Bernard Poullain, 1986년 4월부터 1993년 1월까지 Bruno Genevois, 1993년 1월부터 1997년 6월까지 Olivier Schrameck, 1997년 6월부터 2007년 6월까지 Jean-Éric Schoettl이었고, 2007년 6월부터 2013년 9월 현재는 Marc Guillaume가

사무처의 소속 공무원들 실질적으로 헌법재판소 재판관들의 소송수행을 보조하는 역할을 하는데, 우리나라와 비교하면 연구관과 연구원 그리고 사무처 공무원들이 모두 이에 속한다. 2011년 1월 1일 기준으로 55명의 사무처 직원들이 있다. 55명의 직원들은 A급 직위 공무원 21명, B급 직위 공무원 15명, C급 직위 공무원 19명으로 구성되어 있다.³⁹⁷⁾

3명의 전직대통령을 포함하여 12명의 헌법재판소 재판관들이 헌법재판을 담당하면서 55명의 직원들로부터 보조를 받고 있는데 이는 너무 적은 인원이라고 평가를 받고 있다.³⁹⁸⁾ 소속 직원의 숫자가 적기 때문에 소속 직원들을 선발할 때 능력있는 사람을 선발하고 능력있는 자들로 재판관들을 보좌하도록 하여 최대한 효율적으로 운영하려고 하고 있다.

II. 권한별 심판기간과 사건처리 현황

1. 권한별 심판기간

가. 사전적 위헌법률심판

위헌법률심판에 있어서 심판기간은 비교적 단기간에 결정을 하도록 하고 있다. 사전적 위헌법률심판과 사후적 위헌법률심판의 심판기간이 다르게 되어 있는데, 프랑스 헌법 제61조 제3항에서는 조직법률에 대한 위헌심사와 보통법률에 대한 위헌심사 그리고 의회 규칙에 대한 위헌심사에 있어서는 청구된 날로부터 1개월 이내에 선고를 하도록

사무처장을 맡고 있다. 이들 가운데 Bernard Poullain을 제외한 모두는 행정최고 재판소 구성원이어서 공법분야의 전문가라 할 수 있고, Bernard Poullain도 법원의 판사출신인 것이다.

397) Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 6e éd., Montchrestien, 2011, p.89.

398) Jean-Éric Schoettl, *Ma cinquantaine rue de Montpensier, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, 2008.

하고 있다. 따라서 사전적 위헌법률심판에 있어서는 국회가 법률안에 대하여 의결을 한 후 대통령이 공포하기 전까지 헌법재판소가 위헌심사를 하는 것이므로 비교적 짧은 기간을 정해 놓고 있다. 그나마 1개월의 기간도 정부의 요청에 따라 긴급한 경우에는 8일³⁹⁹⁾로 단축된다.

이러한 심판기간은 헌법에서 규정하고 있다. 헌법 제61조 제3항에서 심판기간을 규정하고 있는 것이다. 우리나라의 경우에는 심판기간을 헌법재판소법에서 규정하고 있는데 반하여 프랑스에서는 사전적 규범통제의 경우에는 헌법에서 직접 심판기간을 규정하고 있는 것이다. 이러한 헌법규정을 프랑스 헌법재판소법(Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel) 제19조에서 준수하도록 규정하고 있다.

국제법에 대한 사전적 규범통제의 경우에는 헌법이나 헌법재판소법에 심판기간에 대한 규정이 없다. 그러나 헌법재판소는 국제법에 대한 위헌심사에 있어서도 위헌법률심판의 기간이 그대로 적용된다고 하였다. 즉 청구된 날로부터 1달 이내에서 선고하여야 하고 정부가 긴급을 요구하는 경우에는 8일 안에 선고하여야 한다고 하고 있다.⁴⁰⁰⁾

의원발의 국민투표와 관련하여 2013년 12월 6일 헌법 제11조 적용에 관한 조직법률(loi organique n°2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution)이 제정되었다(시행은 제10조에서 공포 후 13개월째 달의 1일로 하고 있다). 동 법률은 헌법재판소법을 개정하는 내용도 포함하고 있는데, 헌법재판소법에 제45-2조를 신설하여 국회발의 국민투표에 대한 위헌심사는 1달 이내에 하도록 하고 있다.

399) 프랑스에서 8일이라고 하는 것은 우리나라의 기간계산에 따르면 7일에 해당한다.

400) CC. n°92-308 DC du 09 avril 1992; CC. n°97-394 DC du 31 décembre 1997; CC. n°98-408 DC du 22 janvier 1999; CC. n°99-412 DC du 15 juin 1999

나. 사후적 위헌법률심판

2008년 7월 헌법개정으로 2010년 3월부터 시행된 사후적 위헌법률심판에 있어서는⁴⁰¹⁾ 심판기간을 헌법에서 규정하고 있지 않고 이를 법률에서 규정하고 있다. 헌법재판소법 제23-10조에서는 사후적 위헌법률심판의 경우에는 청구된 날로부터 3개월 안에 선고를 하도록 하고 있다. 따라서 사전적 위헌법률심판의 경우보다 2개월 더 긴 시간동안 심판을 할 수 있도록 하고 있다. 사전적 위헌법률심판의 경우에는 긴급을 요하는 경우 정부가 요청하면 심판기간이 8일로 단축되는데, 사후적 위헌법률심판에는 이러한 규정이 없기 때문에 3개월의 심판기간만 적용된다.

1심법원에서 위헌법률심판제청이 신청되면 법원은 지체없이 송부여부를 결정하여야 하며, 송부결정을 하면 8일 이내에 최고법원에 송부하여야 한다. 송부받은 최고법원은 3개월 이내에 헌법재판소에 제청 여부를 결정하여야 하는데 3개월 이내에 결정을 하지 못하면 자동으로 헌법재판소에 위헌제청이 되도록 하고 있다.

이에 대하여 1심법원에서의 송부 결정기간(지체없이), 최고법원에서의 제청결정기간(3개월 이내)과 헌법재판소에서의 결정기간(3개월 이내)을 거치면 6개월 이상이 될 수 있으므로 기간이 너무 길어 법적 안정성이 문제가 될 수 있고 프랑스 사회가 사법화 될 우려가 있다는 지적도 나오고 있다.⁴⁰²⁾

그러나 3개월에 대한 강제조항이 없어 제청이 늘어나면 어려움이 발생할 수도 있다.

401) 프랑스의 사후적 위헌법률심판에 관해서는 전학선, 프랑스에서 사후적 규범통제 도입에 따른 헌법재판의 변화, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012. 9, 511면 이하 참조.

402) Henry Roussillon et Pierre Esplugas, Le Conseil constitutionnel, 7e éd., 2011, p.117; Anni Borzeix, La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique?, RDP, 2010, p.981.

다. 법률과 명령에 대한 판단(헌법 제37조)

프랑스에서는 의회를 통과한 규범만이 법률(loi)이 되고 나머지는 법률이라는 용어를 사용할 수 없다. 프랑스는 과거 의회주권주의에 대한 반동으로 헌법에서 법률로 정할 수 있는 것을 제한해 놓고 있다. 따라서 헌법에서 정한 것만 법률로 규정할 수 있고 나머지는 명령으로 규정해야 한다. 헌법 제34조는 법률로 규정하여야 하는 것을 규정하고 있는데, 법률로 규정해야 하는 것은 시민의 권리 및 공적 자유의 행사를 위하여 시민에게 부여된 기본적 보장·국방을 위하여 시민에게 과하여진 시민의 신체상 및 재산상의 의무, 개인의 국적·신분 및 능력·부부재산제·상속 및 증여, 중죄 및 경죄의 결정과 이에 과하는 형벌·형사소송절차·일반사면·새로운 재판기관의 창설 및 사법관의 신분, 모든 성질의 조세의 기준·세율·징수의 태양 및 통화발행제도, 국회 및 지방의회의 선거제도, 각종의 공공단체의 창설, 국가의 공무원 및 군인에게 인정되는 기본적 보장, 기업의 국유화 및 공기업에서 사기업으로의 기업소유권의 이전, 국방의 일반조직, 지방공공단체의 자유로운 행정·그 권한 및 재원, 교육, 소유권, 물권과 민사상 및 상사상의 채무에 관한 제도, 노동법, 노동조합법 및 사회보장법, 예산법이다.⁴⁰³⁾

이처럼 프랑스에서는 법률로 규정할 수 있는 사항과 명령으로 규정할 수 있는 사항이 구분되는데, 명령에 해당하는 사항임에도 불구하고 법률로 규정하고 있는 경우에는 행정최고재판소의 의견을 청취한 후 명령으로 개정할 수 있도록 하고 있다. 그러나 1958년 헌법이 발효한 후에 제정된 법률이 명령에 해당하는 내용을 포함하고 있는 경우에는 수상의 청구로 헌법재판소가 심판을 하여 명령에 해당하는지 여부를 심판하게 된다.

이러한 법률과 명령의 구분에 관한 심사에 있어서는 심판기간이 1달이다. 헌법재판소법 제25조에 의하면 수상에 의하여 청구가 되면 헌

403) 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구, 제12권 제1호, 2011. 2, 211면.

법재판소는 1달 안에 선고를 하도록 하고 있는데, 정부가 긴급을 요한다고 하는 경우에는 8일 안에 선고하도록 하고 있다.

라. 정부제출 법률안의 제출 조건에 대한 심사(헌법 제39조)

2008년 7월 헌법 제39조를 개정하여 정부제출 법률안에 대하여 해당 의회 의장단이 조직법률에 위반된다고 하면 그 법률안은 회기에 등록될 수 없도록 하였는데, 의장단과 정부의 견해가 일치하지 않는 경우에는 해당 국회의장이나 수상이 헌법재판소에 그 결정을 청구할 수 있도록 하였다. 이 경우에 헌법재판소는 8일 안에 선고하여야 한다.

마. 의원발의 법률안이나 수정안에 대한 불수리 선언

정부 또는 법률안을 제출받은 의회의 의장은 입법절차 중에 의원발의 법률안 또는 개정안이 법률의 소관사항이 아니거나, 헌법 제38조에서 위임한 것에 위반된다고 판단하는 경우 그 수리를 거부할 수 있다. 이 경우 수리 거부와 관련하여 정부와 해당 국회의장의 의견이 일치하지 않는 경우에는 헌법재판소에 청구하여 헌법재판소 결정에 따르도록 하고 있다. 헌법재판소에 불수리 여부에 관하여 청구가 되면 헌법재판소는 8일 안에 결정을 하여야 한다.

바. 선거에 관한 적법성 통제

헌법재판소는 대통령선거와 국회의원선거, 상원의원 선거에 있어서 적법성을 통제하도록 되어 있다. 우리나라의 선거에 관한 소송을 담당하는 것에 해당한다. 이 경우에는 청구된 날로부터 언제까지 헌법재판소가 결정을 하여야 하는가에 관한 규정은 헌법과 헌법재판소법에는 규정이 없다.

다만 대통령 선거와 관련하여 선거결과를 공포하여야 하는 기간을 정해놓고 있다. 프랑스에서 선거는 일요일에 실시하는데 1회전 선거가 끝난 후 절대 과반수 득표자가 없을 때에는 다음 수요일 20시까지 각 후보자들의 득표수를 공포하도록 되어 있다. 그리고 1회전 선거에서 유효투표의 과반수 이상 득표자가 있거나 또는 2회전 선거에서는 투표가 종료된 날로부터 10일 이내에 선거결과를 공포하도록 되어 있다.⁴⁰⁴⁾

사. 국민투표에 대한 통제

프랑스 헌법재판소는 국민투표의 적법성을 심사하도록 되어 있는데, 이 역시 심판기간에 관한 규정은 헌법과 헌법재판소법에는 없다.

2. 사건 처리 현황

앞에서 살펴본 바와 같이 프랑스 헌법재판소는 위헌심판과 선거에 대한 적법성 통제, 국민투표에 대한 적법성 통제 이외에도 자문에 관한 통제 등 다양한 권한을 가지고 있으나 여기서는 위헌심판사건과 선거와 국민투표에 관한 사건의 처리 현황만을 제시한다. 프랑스의 사건통계를 보면 헌법재판소 창설 초기에는 그리 많은 사건을 처리하지는 않았지만 점차 처리사건의 수가 증가하고 있는 것을 알 수 있으며, 처리 사건의 증가에도 불구하고 프랑스는 처리기간을 비교적 단기간으로 유지하고 있는 것을 알 수 있다.

404) Article 29, Décret n° 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

가. 위헌법률심판사건(DC, QPC) 처리현황(2021년까지)⁴⁰⁵⁾

구분	사전적 위헌법률심판						사후적 위헌법률 심사	총
	보통 법률	조직 법률	조약	국회 규칙	국민 투표 법률	지방법		
1958~1969	6	13	·	18	·	·	·	37
1970~1979	38	23	2	9	·	·	·	72
1980~1989	120	20	1	13	·	·	·	154
1990~1999	104	29	5	20	·	·	·	158
2000~2009	128	29	4	12	·	2	·	175
2010	15	9	·	·	·	·	64	88
2011	15	6	·	2	·	·	110	133
2012	12	4	1	·	·	·	74	91
2013	15	6	·	1	·	1	66	89
2014	19	3	·	2	·	1	67	92
2015	13	4	·	1	·	1	68	87
2016	11	7	·	·	·	1	81	100
2017	10	2	1	1	·	·	75	89
2018	15	2	·	2	·	·	64	83
2019	11	5	·	3	3	·	61	83
2020	10	6	·	·	7	·	46	69
2021	13	6	·	2	1	1	75	98
총	555	174	14	86	11	7	851	1,698

405) https://pjpl-excel.officeapps.live.com/x/_layouts/GetFileCopyFileHandler.aspx/?sessionId=15.OSIPEPF00003CA41.A95.1.V25.11049p3Vg8WOnj8gBZ1jcUMD514.5.ko-KR5.ko-KR38.www.conseil-constitutionnel.fr-Private1.S1.N16.16.0.15103.35054.14.5.ko-KR5.ko-KR1.V1.N0.1.S&workbookFileExtensionName=.xlsx&workbookCopyFileType=Pdf&workbookFilename=20210630bilan_statistique_titrevii07.xlsx&latestStateId=0&WacUserType=WOPI&usid=24f5e45c-2772-4c32-b665-6c959dbaa3ce&NoAuth=1&waccluster=PJPI&wtp=1&una=1&ssn=D%C3%A9cisions%201958-30%20Juin%202021&ori=2&psz=9&scl=2&rv=1&ipa=0&pp=1&psp=1&pep=1&tpc=1&#toolbar=0&zoom=100 (2022. 8. 30. 검색)

나. 선거소송 결정 현황⁴⁰⁶⁾

구분	국민의회 의원선거	상원 의원선거	기타 의원선거	대통령 선거	국민 투표	총
1958~1969	391	34	·	22	10	457
1970~1979	114	12	·	11	1	138
1980~1989	174	22	7	28	3	234
1990~1999	1,285	31	10	32	6	1,364
2000~2009	503	25	8	49	18	603
2010	5	·	·	·	·	5
2011	·	3	·	·	·	3
2012	83	3	1	13		100
2013	254	·	1	2	·	257
2014	3	3	·	·	·	6
2015	8	44	·	·	·	52
2016	4	·	·	·	·	4
2017	145	6	1	16	·	168
2018	369	52	·	·	·	421
2019	12	1	1	1	·	15
2020	1	2	1	·	·	4
2021	3	35	·	·	·	38
총	3,354	273	30	174	38	3,869

406) https://pjpl-excel.officeapps.live.com/x/_layouts/GetFileCopyFileHandler.aspx/?sessionId=15.OSIPEPF00003CA41.A95.1.V25.11049p3Vg8WOnj8gBZ1jcUMD514.5.ko-KR5.ko-KR38.www.conseil-constitutionnel.fr-Private1.S1.N16.16.0.15103.35054.14.5.ko-KR5.ko-KR1.V1.N0.1.S&workbookFileExtensionName=.xlsx&workbookCopyFileType=Pdf&workbookFilename=20210630bilan_statistique_titreVII07.xlsx&latestStateId=0&WacUserType=WOPI&usid=24f5e45c-2772-4c32-b665-6c959dbaa3ce&NoAuth=1&waccluster=PJP1&wtp=1&una=1&ssn=D%C3%A9cisions%201958-30%20Juin%202021&ori=2&psz=9&scl=2&rv=1&ipa=0&pp=1&psp=1&pep=1&tpc=1&#toolbar=0&zoom=100 (2022. 8. 30. 검색)

III. 헌법재판소의 사건처리과정과 심판기간

1. 헌법재판소의 사건 처리 과정

헌법재판소의 사전적 위헌법률심판 사건의 처리 과정을 보면 다음과 같다.

법률이 의회에서 의결이 되면 정부로 이송되는데, 대통령이 이를 15일⁴⁰⁷⁾ 안에 공포하든가 아니면 의회에 재의를 요구하여야 한다. 대통령이 15일 안에 헌법재판소에 위헌법률심판을 청구하면 재의를 요구할 수 있는 기간인 15일에는 청구된 날로부터 헌법재판소의 결정이 있을 때까지의 기간은 포함되지 않는다.⁴⁰⁸⁾ 의회에서 의결이 되면 조직법률이나 국회규칙의 경우에는 의무적으로 헌법재판소의 위헌법률심판을 거쳐야 하고 보통법률은 대통령이나 수상, 국민의회 의장, 상원 의장 또는 60인 이상의 국민의회 의원이나 60인 이상의 상원의원의 청구가 있어야지만 헌법재판소가 위헌법률심판을 할 수 있다.

헌법재판소에 위헌법률심판이 청구가 되면 헌법재판소 사무처는 이를 곧바로 내각사무처장(*secrétaire général du gouvernement*)에게 통보한다. 사건이 접수되면 헌법재판소장에 의하여 주심이 임명된다. 이와 더불어 다른 청구가 있는지 여부를 확인하고 대통령과 국민의회 의장과 상원 의장에게 청구사실을 통지한다.

그 후 주심의 지휘 아래 다양한 연구와 검토를 통하여 다양한 법리 검토를 한다. 주심과 내각사무처장과 관련 부처와의 회합을 가지고 난 후 위헌심사에 대한 내각사무처의 보고서가 나온다. 이 보고서는 청구인에게 통지된다. 이 보고서에 대한 청구인의 이의제기가 있으면 이를 내각사무처장에게 통보하고 이에 대하여 내각사무처는 다시 새로운

407) 프랑스 법에서 15일은 우리나라 기간 계산에 따르면 14일이 된다.

408) 프랑스 대통령의 법률안 거부권에 대해서는 전학선, 프랑스 대통령의 법률안 거부권, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012. 8, 309면 이하 참조.

보고서를 작성하든가 아니면 심리가 계속된다. 이후 주심의 지휘아래 내부검토를 계속하면서 결정문 초안을 작성한다. 이를 전체 평의에 부치고 선고를 하게 된다.

심판기간으로 정해진 기간 동안에는 심판절차를 어떻게 운영할 것인가 하는 것은 전적으로 헌법재판소의 재량에 맡겨져 있다. 어떠한 법령도 심판절차에 대하여 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 주심재판관이 보고서를 작성하면 헌법재판소장에게 제출하고 헌법재판소장은 재판관들을 소집한다.

2. 헌법재판소 결정

결정은 헌법재판소 전원재판부에서 한다. 결정은 천재지변에 의한 경우를 제외하고는 적어도 7명의 헌법재판관이 출석하여야 결정을 선고할 수 있다. 현실적으로 거의 모든 선고에 있어서 재판관 전원이 참석하고 있는 실정이다. 비공개로 행하여지는 평의는 주심(rapporteur)의 사건소개로 시작이 된다. 재판소장에 의하여 임명되는 주심은 평의를 시작하기 전에 보고서를 각 재판관들에게 배포한다. 주심의 사건소개와 보고서의 발표 후에 토론에 들어간다. 토론 후에 표결에 들어가는 데 참여 재판관의 과반수로 결정된다. 그러나 가부동수의 경우가 발생한 때에는 헌법재판소장이 결정권을 가진다.⁴⁰⁹⁾ 프랑스의 경우 각 재판관의 의견이 공개되지 않는다. 즉 누가 어떤 의견을 개진하였는지를 알 수는 없다. 따라서 프랑스 헌법재판소의 결정문에는 반대의견과 보충의견이 기재되지 않는다. 반대의견과 보충의견을 결정문에 포함시키지 않는 것은 프랑스 절차법에서 일종의 전통이며, 또한 각각의 재판관의 독립을 위하여 필요한 것이라는 견해⁴¹⁰⁾와 헌법재판소의 결

409) 헌법재판소장이 결정권을 행사한 예는 CC. n°86-225 DC du 23 janvier 1987.

410) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 10e éd., Montchrestien, 2013, p.87; Wanda Mastor, Les opinions séparées des juges constitutionnels, PUAM, 2005; Paul Thibaud, Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Léo Hamon,

정의 권위를 위하여도 보충의견과 반대의견을 인정하지 아니하는 것이 좋다는 견해도 있다.⁴¹¹⁾

결정문을 보면 처음에 관련 법조문이 나오고 그 뒤에 이유가 나오며 그리고 주문이 나온다. 이러한 헌법재판소의 결정형식은 행정최고재판소(Conseil d'Etat)와 대법원(Cour de cassation)의 예를 많이 따랐는데, 특히 행정최고재판소의 예를 따른 것이다. 왜냐하면 초대 헌법재판소장⁴¹²⁾이 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)이었기 때문이다. 그 외에도 2명의 재판관이 행정최고재판소 재판관이나 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였다.⁴¹³⁾ 그 외에도 1기 재판관 가운데 한명은 대법원판사 출신이었다.⁴¹⁴⁾ 게다가 사무처장(secrétaire général)은 행정최고재판소 구성원 가운데에 한사람이 맡고 있는 실정이다.

결정은 헌법재판소장과 사무처장 그리고 주심에 의하여 서명되고, 결정이 있는 지 하루나 이틀 후에 관보(Journal Officiel)에 게재된다.

결정문은 처음에 청구인을 표시하고 그 다음에 적용될 관계법령이 열거되고 그 다음에 판결의 근거가 되는 결정이유(motifs)가 오며 마지막으로 결정주문(dispositifs)을 기재한다. 결정주문은 행정최고재판소의 판결(arrêts)처럼 조문형식으로 작성된다. 또한 결정이유에서도 행정최

Le débat, n°43, 1987, p.70.

411) Louis Favoreu, La décision de constitutionnalité, RIDC, 1986, p.614; Léo Hamon, Le Conseil constitutionnel - Un échange avec Paul Thibaud, Le débat, n°43, 1987, p.73; Henry Roussillon et Pierre Esplugas, Le Conseil constitutionnel, 7e éd., 2011, p.51; Georges Vedel, Préface, in Droit du contentieux constitutionnel (Dominique Rousseau), 10e éd., Montchrestien, 2013, p.9.

412) 초대 헌법재판소장은 드골 대통령에 의하여 임명된 레옹 노엘(Léon Noel)이었다. 1959년부터 1965년까지 6년 동안 헌법재판소장을 역임하였다.

413) 드골 대통령에 의하여 임명된 조지 폼피두(Georges Pompidou)는 행정최고재판소의 논고담당관(Maître des requêtes au Conseil d'Etat)을 역임하였으며 당시 상원의 의장인 가스통 모네르빌(Gaston Monnerville)에 의하여 임명된 모리스 델르핀(Maurice Delepine)은 행정최고재판소 재판관(Conseiller d'Etat)을 역임하였다.

414) 드골 대통령에 의하여 임명된 모리스 빠탱(Maurice Patin)은 대법원의 형사부 재판장(Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation)을 역임하였다.

고재판소의 형식을 빌려서 ...을 고려하며(considérant que)로 시작하며 간략하게 판결이유를 설명하고 있다.⁴¹⁵⁾ 그러나 결정문은 헌법재판소 창설 초기에는 간결하였으나 80년대 초반부터 차츰 길어지기 시작하여 상세한 이유를 설명하고 있다. 즉 초기에는 한 결정에서 십여 개의 considérant이 사용되었으나 요즘은 수십 번 사용되기도 하고 백여 개가 넘는 결정문도 있다. 예를 들면 1993년 8월 13일의 이민의 조절 (Maîtrise de l'immigration)에 관한 위헌심사⁴¹⁶⁾에서 134번의 considérant이 사용되었다. 이러한 결정문의 장문화는 판결이유의 시작에서 청구인의 주장을 설명하기 때문에 더 한층 심화되었다. 1983년까지는 비공식적으로 청구인의 주장내용을 알 수 있었을 뿐, 공식적으로 알 수는 없었다. 그러나 1983년 이후 헌법재판소의 결정이 관보에 기재됨과 동시에 청구인의 청구내용도 관보에 게재된다. 이러한 점은 우리가 프랑스 헌법재판소의 결정내용을 이해하는 데 도움이 되고 있다.⁴¹⁷⁾

3. 단기간의 심판기간에 대한 분석

프랑스 헌법재판소는 비교적 단기간에 위헌심판사건을 처리하고 있다.

가. 사전적 위헌법률심판

사전적 위헌법률심판의 경우에는 1달 이내에 하고 정부가 긴급을 요한다고 하는 경우에는 8일 안에 처리하도록 하고 있다.

정부가 긴급을 요구하는 경우는 예외적인 경우이다. 지금까지 몇 번 없었는데, 1973년 12월 27일 1974년 예산법률사건⁴¹⁸⁾과 1982년 2월 11

415) 그러나 초기 두 결정(CC. n°59-2 DC du 17·18 et 24 juin 1959 et CC. n°59-3 DC du 24·25 juin 1959)은 considérant'을 사용하지 아니하였다.

416) CC. n°81-132 DC du 16 janvier 1982.

417) 최희수, 전학선, 차진아, 추상적 규범통제제도에 관한 고찰, 헌법재판연구 제22권, 헌법재판소, 2011, 164면 이하.

일 국영화 사건 II,⁴¹⁹) 1989년 7월 8일 사면법 사건⁴²⁰)에서 정부가 긴급을 요구하였고 헌법재판소는 8일 안에 선고를 하였다.

정부가 긴급을 요구한 경우에 헌법재판소는 결정문에서 그 사실을 명시하고 있다. 헌법재판소는 결정문에서 ‘헌법 제61조 제3항에 규정된 긴급절차에 따라 1989년 7월 4일 수상이 헌법재판소에 요청한 서신에 근거하여(Vu la lettre du Premier ministre, en date du 4 juillet 1989, demandant au Conseil constitutionnel de bien vouloir statuer selon la procédure d’urgence prévue à l’article 61, alinéa 3, de la Constitution)’라고 실시하고 있다.

현재 정부가 긴급을 요구하는 경우는 주로 보통법률의 경우이며, 보통법률 가운데에서도 주로 예산법률에 대하여 긴급을 요구하고 있다.⁴²¹) 헌법 제61조 제3항이 8일 안에 ‘선고 하여야 한다.’라고 규정하고 있으나, 이러한 헌법규정이 헌법재판소에게 강행규정으로 적용되는지에 대한 판단을 헌법재판소는 명시적으로 하지는 않았지만, 수상이 긴급을 요구한 경우에는 항상 헌법재판소는 8일 안에 결정을 하였다.

정부의 긴급절차요구의 성격에 대하여 견해가 나누어진다. 정부의 긴급절차요구를 정부의 특권으로 인정하여 헌법 제61조 제3항이 정부에게 헌법재판소의 심판기간을 통제할 수 있는 권한이라고 해석하는 견해⁴²²)가 있고, 정부가 헌법재판소에 긴급절차를 요구하더라도 긴급절차요구에 대한 헌법 제61조 제3항에서 요구되는 조건을 충족하였는지 여부를 헌법재판소가 판단하여 독자적으로 판단하여 결정할 수 있다고 보는 견해⁴²³)가 있다. 두 번째 견해에 따르면 정부의 긴급절차요구는 1958년 헌법 제정 당시부터 존재하였는데, 1974년에 60인 이상의

418) CC. n°73-51 DC du 27 décembre 1973.

419) CC. n°82-139 DC du 11 février 1982.

420) CC. n°89-258 DC du 08 juillet 1989.

421) Pascal Jan, Le procès constitutionnel, 2e éd., LGDJ, 2010, p.176.

422) Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, 3e éd., PUF, 2011, p.371.

423) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 10e éd., Dalloz, 1999, 477.

국민의회 의원과 60인 이상의 상원의원에게 청구권을 부여하는 헌법개정을 할 때 정부의 긴급절차요구를 규정하고 있는 헌법 제61조 제3항도 개정을 했어야 한다고 보면서, 사전적 규범통제에서 청구인을 대통령, 수상, 국민의회 의장, 상원 의장, 60인 이상의 국민의회 의원, 60인 이상의 상원의원으로 다양화되어 있는 상황에서 정부의 긴급절차요구를 정부의 독자적인 권한으로, 정부가 요구하면 헌법재판소가 무조건 8일 이내에 선고하여야 한다고 해석하면 정부가 헌법재판소의 심판기간을 조절하여 헌법재판소의 권한행사에 제한을 하게 된다고 보고 있다. 따라서 ‘정부의 요청’과 ‘긴급한 상황이 존재하는 경우’의 두 가지 조건을 헌법재판소가 판단하여 기간을 단축하여 선고할 것인가를 결정할 수 있다고 보고 있다. 이와 관련하여 행정최고재판소는 수상의 긴급절차요구권 행사는 입법절차와 불가분의 관계에 있는 것으로 보고 통치행위의 일종으로 보아 법원이 관여할 수 없다고 하였다.⁴²⁴⁾

이러한 짧은 기간으로 사전적 위헌법률심판을 할 수 있는 것은 프랑스 위헌법률심판의 특징에서 비롯된다고 할 수 있다. 프랑스에서 조직법률과 국회규칙은 국회의 의결을 거친 후 공포되기 전에 반드시 헌법재판소의 위헌법률심판을 거치도록 되어 있다. 따라서 조직법률이든가 혹은 의회 규칙이 개정되기 위한 논의가 있으면 헌법재판소는 이에 대하여 위헌여부에 대한 검토에 들어간다.

또한 보통법률과 같은 경우에도 개정 논의가 있다든가 혹은 새롭게 법률이 제정되는 경우에는 헌법재판소가 미리 위헌성 검토를 시작하곤 한다. 따라서 청구가 된 후에 위헌성 검토를 시작하는 것이 아니라 그 이전에 위헌성 검토를 시작하는 것이다. 위의 표에서 보는 바와 같이 2010년 3월 사후적 위헌법률심판이 시작되기 전에는 청구된 사건의 수가 그리 많은 편은 아니었다. 게다가 1974년 사전적 위헌법률심판에서 청구인을 60인 이상의 국민의회 의원 또는 60인 이상의 상원의원으로 확대하기 전에는 더욱 더 청구 사건 수가 적었던 것이다. 따

424) CE. 9 oct. 2002, Meyet, req. n°235856 ; AJDA, 2002, p.1099.

라서 그리 긴 시간이 필요하지 않았던 것이다.

국회에서 의결되는 법률안을 보면, 예를 들어 11대 국회인 1997년 6월부터 2002년 4월까지 정부제출 법률안은 341건이 통과되는데 반하여 의원발의 법률안은 81건만 통과되었다.⁴²⁵⁾ 따라서 정부제출 법률안이 80%를 넘게 차지하고 있는데, 헌법 제39조에서는 정부제출 법률안의 경우 반드시 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에 국무회의 심의를 거쳐 발의하도록 되어 있다. 정부제출 법률안의 경우 행정최고재판소의 의견을 듣고 난 후에야 발의할 수 있으므로 행정최고재판소에서 많은 부분 위헌성에 대한 검토가 있게 된다. 따라서 행정최고재판소에서 검토된 부분이 있으므로 그 만큼 헌법재판소에서의 심판기간이 단축될 수 있는 것이다. 또한 위에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소 사무처장이 행정최고재판소 출신이기 때문에 행정최고재판소와 헌법재판소 간의 관계가 유기적으로 협조가 잘 되는 관계를 형성하고 있다는 것도 크게 작용한다고 할 수 있다.

그러나 헌법재판소가 결정 선고를 1달 혹은 정부가 요구하여 긴급한 경우에는 8일 안에 하여야 하는 점에 대하여 문제점이 있다고 지적되고 있다. 오늘날 위헌법률심판을 하면서 청구인과 정부의 대립적 구조로 의견이 나뉘는 경우가 많아 심판기간이 길게 요구되고 있으며, 청구인들이 청구하는 법률의 경우에도 청구하는 조문이나 법률의 수가 많아지고 있고, 점점 더 법률의 내용이 다양하고 많아지기 때문에 심판기간이 너무 짧을 수도 있다고 보는 견해도 있다.⁴²⁶⁾

헌법재판소 설립 초기와 달리 1974년에 청구권을 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원의원에게도 부여하여 위헌법률심판 사건 수가 늘어났으며 2008년 헌법개정으로 사후적 규범통제도 병행하여 시행하고 있기 때문에 헌법재판소에 청구되는 사건 수가 늘어나서

425) Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, Droit constitutionnel, 32e éd., Sirey, 2013, p.475.

426) Pascal Jan, Le procès constitutionnel, 2e éd., LGDJ, 2010, p.177.

헌법재판소가 심판기간 안에 선고하기가 점점 어려워질 수도 있을 수 있다.

나. 사후적 위헌법률심판

사후적 위헌법률심판과 관련하여서는 헌법재판소의 심판기간이 사전적 위헌법률심판보다는 긴 3개월 이내에 하도록 되어 있다.

헌법 제61-1조에 따른 사후적 규범통제의 경우에 헌법재판소에 위헌법률심판이 청구되면 헌법재판소는 즉시 이러한 사실을 대통령과 수상 그리고 국민의회 의장과 상원 의장에게 통보하도록 되어 있다. 통보를 받은 대통령과 수상 그리고 국민의회 의장과 상원 의장은 위헌여부에 관하여 자신들의 의견을 헌법재판소에 제출할 수 있다. 위헌법률심판의 당사자들은 3달의 기간 안에 자신들의 의견을 헌법재판소에 제출할 수 있다.

국민의회 Jean-Luc Warsmann 의원이 2010년 10월 법사위원회에 제출한 보고서에 따르면⁴²⁷⁾ 행정최고재판소의 경우에 평균 헌법재판소에 제청하는데 걸리는 심판기간은 51일이었다고 하고 있는데, 가장 짧은 기간은 1일이었고 가장 긴 기간은 2달 28일이었다고 한다. 대법원의 경우에는 행정최고재판소의 경우보다 조금 더 긴 기간을 소요하고 있는데 평균 2달 반이 걸린다고 하고 있다. 최장기간의 경우는 3달의 기간만료일 전에 위헌제청을 한 경우가 있고, 가장 단 기간에 제청 신청을 한 경우는 18일 걸렸다고 한다. 헌법재판소의 경우에 있어서 평균 심판기간은 2달을 넘지 않는다고 하였다. 가장 긴 심판기간은 91일이었고 가장 짧은 심판기간은 23일이었다고 한다.⁴²⁸⁾

헌법재판소는 3개월의 심판기간을 단축하고자 노력하고 있다고 보

427) Le rapport d'information de Jean-Luc Warsmann, AN, n°2838, XIIIe Législature, 5 oct. 2010.

428) Xavier Magnon et s, La Question prioritaire de constitutionnalité ; Pratique et contentieux, Litec, 2011, p.19.

고 있다. 그러나 헌법재판소에 사후적 위헌법률심판이 청구되는 사건 수를 보면 사전적 위헌법률심판과 비교하여 큰 폭으로 사건 수가 증가한 것을 알 수 있다. 2010년 5월 28일 사후적 위헌심사에 대한 첫 결정을 한 이래 2014년 10월 17일까지 367건을 처리하였는데, 2010년에 64건을 처리하였고, 2011년에는 110건을 처리하였으며, 2012년에는 전년도보다는 줄어 74건을 처리하였다. 2013년의 경우에는 66건을 처리하였다. 사전적 위헌법률심판의 경우에는 1년에 평균 30건이 안 되는 사건을 처리하고 있는데 반하여(국제조약과 의회 규칙 포함하여) 사후적 위헌법률심판은 더 많은 사건을 처리하여야 하기 때문에 헌법재판소의 업무가 가중될 것으로 보고 있다. 따라서 헌법재판소의 심판기간을 3개월로 규정하고 있으나 이 기간을 도과한 경우에는 어떻게 할 것인가에 관한 규정은 없기 때문에 문제점으로 지적되고 있다.⁴²⁹⁾

다. 대통령 선거와 국회의원선거, 국민투표

헌법재판소는 대통령 선거와 국회의원 선거의 적법성을 감독하고 국민투표의 적법성을 감독할 권한을 가지고 있는데, 선거와 국민투표의 적법성을 심판하면서 심판기간에 대한 제한 규정은 없다. 그러나 심판기간에 대한 제한이 없어도 과거에 그리 문제점이 발생하지는 않았다. 비록 선거에 대한 심판기간이 길어지면 선거결과에 대한 법적 안정성에 문제가 있을 수는 있지만 크게 문제된 적은 없다. 1978년 국회의원 선거까지는 평균 선거에 관한 적법성 감독에 있어서 심판기간은 10개월에서 12개월 정도였다. 1978년부터는 심판기간이 조금은 단축되었다.

1990년부터 선거자금관련 부분이 추가됨에 따라 헌법재판소의 선거관련 적법성 감독의 사건 수가 증가하였다.

2007년 6월에 있었던 국회의원 선거에서 제기된 선거운동 자금에 대한 통제는 2008년 5월에 끝났다. 따라서 헌법재판소는 1년 안에 선

429) Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011, p.477.

거에 관한 적법성 통제를 끝낸 것이다. 이러한 기간은 종전의 국회의 원선거에 있어서 보다는 더 심판기간이 연장된 것이었는데, 1981년부터 1988년 사이의 선거에 있어서 적법성 통제 심판기간보다 더 길어졌다고 하여 반드시 비판을 할 수만은 없는 상황이 되었다고 할 수 있다. 그 이유는 첫째, 선거 후에 선거 자금에 대하여 6개월 안에 결정하여야 하는 국가선거운동경비 및 정치자금통제위원회(Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques)의 결정을 기다려야 하고,⁴³⁰⁾ 둘째, 청구 사유 등이 점점 더 증가하기 때문이다. 2007년 6월의 국회의원 선거와 관련하여 선거운동 자금과 관련되지 않은 적법성 통제 사건은 2007년 11월에 모두 처리하였다. 따라서 헌법재판소는 선거에 있어서 적법성 통제 심판기간을 단축하여 당선자의 불안정한 법적 지위를 빨리 해소하려고 노력하고 있다고 할 수 있다.

국민투표의 적법성 통제와 관련해서는 심판기간에 대하여 규정이 없는데, 지금까지 상대적으로 짧은 기간 안에 그 결과를 공포하였다. 제5공화국에서 국민투표는 모두 10번 치러졌는데,⁴³¹⁾ 가장 최근에 치러진 2005년 5월 29일의 유럽헌법조약에 관한 국민투표에 대해서는 6월 1일에 결과를 공포하였고, 이의제기도 한 달 안에 처리하였다. 2000년 9월 24일에 있었던 대통령임기를 5년으로 하는 것을 내용으로 하는 헌법개정에 대한 국민투표에서 9월 28일에 결과를 공포하였는데, 국민투표와 관련된 이의제기도 청구된 날로부터 한 달 안에 처리하였다.

430) 프랑스의 정치자금법제에 관해서는 전학선, 프랑스의 정치자금제도에 관한 연구, 한국법제연구원, 2003 참조.

431) 이에 대해 자세한 것은 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정, 헌법학연구 제13집 제1호, 2007. 3, 511면 이하 참조.

제4절 유럽인권재판소

I. 개관

유럽의 전통적인 지리적·역사적 유대감으로 인해 유럽인권체제는 다른 지역보다도 앞서 정립되었다. 1950년 서명되어 1953년 발효한 유럽인권협약(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)을 통하여 공동의 인권규범을 구축하였고, 1959년 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)를 통하여 개인과 유럽국가들의 인권보장에 관한 분쟁을 해결하는 수단을 마련하였다. 이와 더불어 유럽이 통합되면서 유럽연합의 차원에서 인권보장체계를 구축하고 있다.

II. 유럽인권협약

유럽인권협약은 1953년 발효되었는데, 국제인권 분야에서 중요한 의미를 가진다. 첫째, 유럽인권협약은 국제인권 분야에서 세계 최초로 성립한 포괄적인 인권조약이다. 당시 유엔에서도 세계인권선언을 구체화하는 포괄적인 인권조약을 논의하고 있었지만 유럽인권협약은 시기적으로 먼저 발효되었고, 이후 유엔의 인권조약 논의에 많은 영향을 주었다. 둘째, 유럽인권협약은 처음으로 인권침해를 당한 개인에게 국제적인 구제절차를 개설하였다. 인권침해를 당한 개인에게 국내법상 사법절차 외에 국제법적 절차를 통해 다룰 수 있도록 하였다. 셋째, 유럽인권협약은 대표적인 지역적 인권보장체제로서 가장 발전된 형태의 인권보장절차를 마련하여 다른 지역인권보장체제 또는 유엔 인권보장시체제의 모델로서 기능을 하고 있다. 유럽인권협약이 다른 지역적 인권보장절차와 비교하여 특별한 의미를 가지는 이유는 바로 그 이행기

관으로서 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)의 존재와 활동이라 할 수 있다.⁴³²⁾

유럽인권협약이 체결된 배경은 대체로 세 가지로 설명될 수 있다. 첫째, 제2차 세계대전 중 유럽에서 자행된 상상을 초월하는 인권유린의 참상에 대한 전 유럽적 대응이라는 차원에서 설명할 수 있다. 전후 유럽인들은 이웃 나라에 총부리를 들이대는 정부는 인권을 존중하지 않는다는 사실에 공감하고, 전쟁을 방지하는 근원적인 방법은 인권을 존중하는 정부를 만드는 것에 있다고 생각하였다. 둘째, 전후 유럽인들은 어떻게 하면 호전적인 독일과 연합국의 관계를 본질적으로 개선할 수 있을 것인가에 관심을 두었다. 그에 대한 해답으로 나타난 것이 독일을 비롯한 유럽의 모든 국가가 공동의 가치를 토대로 지역적 통합을 이루는 것이라는 결론을 내렸다. 이러한 사고는 1949년 유럽평의회(Council of Europe)와 1952년 유럽공동체(European Community)를 창설하는 직접적인 배경이 되었다. 유럽인권협약이 이러한 배경에서 성립하였다는 사실은 그 서문에서도 잘 나타나고 있다. 즉 ‘유럽의 국가들은 같은 생각을 가지고 있고, 정치적 전통과 이상, 자유와 법의 지배에 대한 공통의 유산을 가지고 있다.’는 것을 선언하고 있다. 셋째는 현실적인 배경으로 제2차 세계대전 이후의 국제적인 냉전상태를 들 수 있다. 서유럽의 국가들은 직면한 공산주의 국가로부터의 위협에 대해 공동의 이념적 틀을 마련하고자 하였다. 이것은 공산진영이 말하는 인민민주주의와는 본질적으로 다른 것으로 유럽인권협약이 이념적 기초로 삼고 있는 자유민주주의의 개념이었다. 유럽인권협약은 바로 이러한 서구의 이념적 틀을 대변하는 유럽국가들 간의 약속이다.⁴³³⁾

432) 박찬운, 인권법, 한울아카데미, 2015, 229-230면.

433) 박찬운, 앞의 책, 230-231면.

III. 유럽인권재판소

1. 조직과 권한

미주인권협약 및 아프리카인권헌장 등 지역인권협약에서도 인권협약의 이행기관으로 각 인권위원회와 사법적 방식의 인권재판제도를 두고 있다. 하지만 협약을 위반한 인권침해사건에 대해 인권재판소가 내린 결정(판결)이 침해 당사국과 개인을 구속하고, 기판력을 갖추는 등 실효적인 인권보장의 체제를 갖추고 있는 것은 유럽인권재판소가 유일하다. 유럽인권협약에 의해 설치된 유럽인권재판소는 협약의 이행에 관한 사법적 이행제도를 두고 있는 유일한 국제적 혹은 지역적 인권보장체제라고 평가할 수 있다.

유럽인권재판소는 유럽인권협약 및 의정서의 체약국이 행한 약속의 준수를 확보하기 위하여 상설적으로(a permanent basis) 설립되었음을 명시적으로 밝히고 있다.⁴³⁴⁾ 인권재판소는 단독판사(a single-judge formation), 위원회(Committees; 3명의 판사로 구성), 소재판부(Chambers; 7명의 판사로 구성), 대재판부(a Grand Chamber; 17명의 판사로 구성) 및 전원재판부(혹은 전원합의부 the Plenary Court)로 조직되어 있다. 인권재판소는 유럽평의회의 체약국과 같은 수의 판사로 구성되는데, 판사는 유럽평의회 의원총회(the Parliamentary Assembly)에서 다수결로 체약국이 지명한 3명의 후보자 명단에서 체약국별로 1명씩 선출한다.

유럽인권재판소에 권리구제를 신청할 수 있는 자는 유럽인권협약의 ‘모든 체약국’ 및 ‘개인’이다. 국가제소의 경우, 모든 체약국은 협약 및 의정서의 규정에 대한 다른 체약국의 어떠한 위반행위에 대하여도 인권재판소에 권리구제를 신청할 수 있고(유럽인권협약 제33조), 개인제소의 경우 협약 또는 의정서에 규정된 권리가 체약국의 위반행위에 의하여 침해되었다고 주장하는 모든 개인, 비정부기구, 집단이 인권재

434) 유럽인권협약 제19조.

판소에 신청할 수 있다.

유럽인권협약 제35조 제1항은 유럽인권재판소가 다루는 사건에 대해 두 가지의 일반적 적법요건(Admissibility criteria)을 제시하고 있다. 유럽인권재판소에 제기된 신청은, 첫째, 국내법상 재판제도에서 개인에게 인정된 구제수단을 경로하여야 하고(국내 구제 완료의 원칙), 둘째, 국내법상 구제절차의 최종적 판결로부터 6개월 이내에 신청이 제기되어야 한다(청구기간). 이 기준은 개인신청과 국가신청 모두에 적용되는 것으로 이 요건을 충족하지 못한 사건은 모두 부적법한 신청으로 각하된다.

한편, 유럽인권협약 제35조 제2항 및 제3항에서는 개인제소에 대한 고유한 적법요건을 규정하고 있다. ①익명신청(anonymous application)의 금지(제35조 제2항 a호), ②중복신청(redundant application)의 금지(제35조 제2항 b호), ③국제기구에 이미 제출된 신청(application already submitted to another international body)의 금지(제35조 제2항 b호), ④ 제소권 남용(abuse of the right of application)의 금지(제35조 제3항 a호)가 그것이다.

유럽인권재판소에서 사건의 종결은 이유가 제시된 판결을 통해 이루어진다. 인권재판소는 국가 제소, 개인 제소, 판결의 구속력 및 집행, 그리고 권고적 의견에 따라 제출된 유럽인권협약 및 의정서의 해석과 적용에 관한 모든 문제에 대하여 관할권을 가진다.⁴³⁵⁾ 만일 재판소의 관할권에 관하여 다툼이 있을 때에는 재판소가 결정한다. 이에 근거하여 재판소가 본안판결을 내리고, 회원국은 자신이 당사자인 모든 사건에서 재판소의 최종판결에 따라야 한다.

유럽인권재판소는 주로 협약(의정서 포함) 위반에 관한 확인판결을 통해 사건을 종국적으로 처리하지만, 정당한 수준(just satisfaction)의 배상을 명하는 판결을 통해 사건을 종결하는 보충적인 권한도 함께 가지고 있다. 그리고 인권재판소는 종국판결까지 이르지 않고 우호적 해결에 관한 특별한 권한도 가지고 있는데, 이는 신청인과 회원국 간

435) 유럽인권협약 제32조 제1항.

에, 회원국들 사이에 화해가 성립한 경우 이를 존중하여 사건을 종결하는 형식적 판결을 통해 사건을 종결할 수 있다.

재판소가 최종적으로 판결을 선고하면 그 판결은 유럽평의회 각료위원회로 송부되고, 각료위원회는 그 판결의 이행을 감독하는 임무를 수행한다.⁴³⁶⁾ 협약 위반의 판결, 배상에 관한 판결 및 사건명부에서 삭제하는 우호적 해결의 판결에 대한 집행 및 감시의 임무를 유럽평의회 각료위원회에 부여하고 있다. 그러나 인권재판소의 판결이 집행력을 가지지 못하기 때문에 각료위원회도 판결의 집행을 위하여 필요한 조치를 결정하는 권한은 없다. 1976년 각료위원회는 유럽인권협약 제54조의 적용을 위한 규칙을 채택하고, 집행 및 감시에 대한 절차를 명확히 하였다. 2006년 5월 각료위원회는 “판결 및 우호적 해결의 이행·감독을 위한 각료위원회규칙”(Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements)⁴³⁷⁾을 채택하였는데, 각료위원회는 판결 후에 개별국가에서 취해진 조치에 대해 보고하도록 요구할 수 있다.⁴³⁸⁾ 그리고 제출받은 보고서를 각료위원회가 검토하여 결의의 형식으로 협약의 이행 여부를 확인하도록 하고 있다.⁴³⁹⁾

2. 개인제소사건의 급증으로 인한 유럽인권재판소의 대응조치로서 제14의정서

개인제소는 유럽인권협약에 규정된 권리와 자유를 보장하고 협약의 목적으로 달성하기 위한 중요한 수단이다. 이러한 개인제소는 1950년 협약, 제9의정서, 제11의정서, 제14의정서를 거치면서 변화와 발전을 거듭하게 되는데, 특히 제9의정서와 제11의정서를 통해 개인제소권이

436) 유럽인권협약 제46조 제2항.

437) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7e18 참조.

438) 각료위원회 규칙 제6조 제1항.

439) 각료위원회 규칙 제6조 제2항.

확장되었다. 특히 제11의정서는 기존의 유럽인권위원회와 유럽인권재판소를 통합하여 단일의 상설재판소를 설립하고 개인제소사건을 처리함에 있어 유럽인권재판소가 강제관할권을 갖도록 하여 재판소의 사법적 성격을 강화하였다. 이에 따라 개인제소사건이 급속하게 증가하게 되어 유럽인권체계의 효율성 및 재판소 권위의 신뢰성에 심각한 의문이 제기되었고, 이러한 사건처리의 지연으로 인한 재판소의 신뢰회복을 위해 제14의정서를 채택하였다.

제14의정서에 따라 유럽인권재판소는 재판관 1인의 단독재판과, 3명의 재판관으로 이루어진 위원회, 7명의 재판관으로 구성된 소재판부, 17명의 재판관으로 구성된 대재판부로 재판을 할 수 있게 되었다. 특히 개인제소사건 관련하여 재판관 1인으로 구성된 단독재판 절차를 통해 종래 위원회가 담당하던 허용성 심사, 즉 적법요건에 대한 심사를 하게 함으로써 재판의 효율성과 신속성을 확보할 수 있게 되었다. 단독재판은 개인제소의 허용성에 대해 부인하는 경우 단독재판으로 종국적으로 이를 각하하고, 개인제소의 허용성에 의심이 있는 경우 해당 사건을 위원회나 소재판부에 회부하게 된다. 그리고 제14의정서는 위원회의 권한을 확대하여 개인제소의 허용성이 부인되는 경우 개인제소 신청의 수리를 확정적으로 거부할 수 있고, 일정한 경우 본안판단을 할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

결국 유럽인권재판소는 재판의 신속성을 저해하고 재판업무의 효율성을 떨어뜨리는 가장 큰 요인이었던 개인청원의 폭증에 대응하여 우선 1인 재판부에 의한 적법성심사를 강화하여 사건의 접수단계에서 적법요건에 대한 통제를 강화하고, 7명의 재판관으로 구성된 위원회에서 간단한 사건의 경우 본안판단을 할 수 있는 권한을 부여함으로써 대재판부의 업무부담을 경감하였다. 이를 통해 대재판부는 유럽인권재판소가 직접 담당하여야 할 주요사건으로 그 관할을 축소함으로써 재판소 업무의 효율성과 신속성을 확보하면서 대재판부로부터 판단을 받은 권리를 보장하고 있다.⁴⁴⁰⁾

제4장 심판업무의 효율성 강화 방안

제1절 헌법재판소의 사건접수 및 처리 현황 개관

I. 헌법재판의 특수성과 신속한 기본권 구제의 필요성

헌법재판소가 헌법재판을 통해 헌법의 우위를 확보하기 위해서는 한편으로는 신중하고 공정한 심판절차의 운영을 통해 헌법재판소 결정의 내용적 정당성을 확보하여야 하고, 다른 한편으로는 효율적이고 신속한 심판절차의 운영을 통해 침해된 국민의 기본권을 신속히 구제하여야 한다. 그럼으로써 헌법재판은 국가작용이 헌법의 테두리를 벗어나지 않도록 헌법을 정점으로 하는 국가 법체계의 객관적 정합성을 확보하는 헌법의 우위를 실현하게 된다.

헌법재판소법 제22조 제1항은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판이 재판관 전원으로 구성되는 전원재판부에서 관장할 것을 요구하고 있다. 따라서 아직은 증가하는 추세에 있는 헌법재판소의 사건을 헌법재판소법 제38조의 법정기간 내에 9명의 재판관으로 구성된 재판부에서 정식의 심판절차를 거쳐 종국결정의 형식으로 처리하는 것은 현실상 불가능할 것임이 능히 예상된다. 헌법재판은 재판에 적용될 것을 예정하고 법원에 의한 해석 및 적용을 통해 재판의 준거로서 기능하는 일반법률의 규범과 달리, 추상성, 개방성, 이념성 등 헌법 규범의 특성으로 인해 재판의 준거로 기능하는 과정에서 구체화 및 형성의 과정, 그리고 관련 가치와 이익 간의 형량 과정을 거치게 되므로, 일반재판의 절차와 달리 신속한 심판절차의 운용을 통해 침해된 국민의 기본권을 신속히 그리고 효과적으로 구제하기

440) 유럽인권재판소의 재판 신속화에 대한 자세한 설명으로는, 이주윤, “유럽인권협약상 개인청원의 효율성 제고에 관한 연구”, 국제법평론 2007-11(통권 제26호), 261-263면 참조.

매우 어려운 특수성을 가지고 있다. 그리고 이에 더하여 일반재판과 달리 헌법재판은 기관력은 물론이고, 국가기관 등에 대한 기속력(헌재법 제47조 제1항), 일반적 구속력으로서 법규적 효력(헌재법 제47조 제2항, 제3항, 제4항)을 아울러 가지므로, 이와 같은 헌법재판소 결정의 특수한 효력에 비추어 신속한 심판절차의 운용을 통한 국민의 기본권 구제의 관점보다는 신중하고 공정한 심판절차의 운용을 통한 헌법적 가치의 수호와 법적 안정성의 보장이라는 관점이 더욱 중요한 의미를 가진다. 그러나 헌법재판 역시 당사자의 침해된 기본권 구제 등 주관적 쟁송의 성격을 부차적으로라도 가지고 있으므로 심판절차의 운용과정에서 효율적이고 신속한 기본권 구제의 측면도 강조될 필요가 있다.

이하에서는 헌법재판소의 심판청구 접수건수와 처리건수, 그리고 미제사건의 건수와 그 구성 및 유형 등의 현황을 통계적인 수치를 통해 살펴보고, 심판절차의 단계마다 이를 담당하거나 업무를 지원하는 기관의 특성 및 업무에 대한 분석을 통해 심판절차의 신속성을 저해하는 원인을 도출하고, 신속성을 확보할 수 있는 개선방안을 모색하고자 한다.

먼저 헌법재판소의 사건현황을 구체적으로 살펴보고, 심판절차의 신속한 운용을 저해하는 원인으로서는 심판담당기관 및 심판지원기관의 문제점을 지적하고 그 개선방안에 대해 검토하기로 한다.

II. 사건접수 및 처리 현황

2022년 9월 30일을 기준으로 헌법재판소는 모두 46,592건의 사건을 접수하여 그중 44,956건의 사건을 처리하였고, 1,636건의 사건이 아직 처리되지 않은 미제사건으로 남아있다.⁴⁴¹⁾ 연도별로 접수건수 대비 미

441) 2019. 12. 31. 기준으로 독일 연방헌법재판소의 경우 1951년 창설된 이후 243,494건이 접수되어 그중 240,022건이 처리되었고, 3,472건이 미제사건으로 남아있다.

제건수의 추이를 살펴보면, 2000년의 경우 접수건수 968건에 521건, 2003년의 경우 접수건수 1,163건에 580건, 2005년의 경우 접수건수 1,468건에 739건, 2007년의 경우 접수건수 1,771건에 927건, 2009년의 경우 접수건수 1,487건에 610건, 2010년의 경우 접수건수 1,720건에 660건, 2013년의 경우 접수건수 1,480건에 743건, 2015년의 경우 접수건수 1,859건에 746건, 2017년의 경우 접수건수 2,626건에 922건, 2020년의 경우 접수건수 3,241건에 1,312건, 2021년의 경우 접수건수 2,827건에 1,518건, 2022년 9월 현재 접수건수 2,150건에 1,636건으로 나타나고 있다.

(표1) 접수건수 대비 미제사건 수

구분	2000	2003	2007	2009	2015	2020	2021
접수건수	968	1,163	1,771	1,487	1,859	3,241	2,827
미제건수	521	580	927	610	746	1,312	1,518

구체적으로 살펴보면 접수사건의 수는 헌법재판소법 등 관련법령의 변화에 따라 다소 증감변동이 있지만,⁴⁴²⁾ 1996년에 접수건수 500건⁴⁴³⁾

미제사건의 구성은 3,300건이 헌법소원사건, 97건이 추상적 및 구체적 규범통제 사건, 1건이 정당해산사건, 74건이 기타사건이다. 2018. 12. 31. 기준으로 미제사건이 3,236건이고, 2019년의 경우 3,472건이므로 2019년 한 해 동안 미제사건이 323건 증가되었다. 구체적 규범통제사건과 헌법소원사건을 주로 담당하는 연방헌법재판소 제1재판부의 경우 2019년 현재 미제사건이 1,642건이고, 그 외의 헌법재판소 관할사건과 일부 규범통제사건과 헌법소원사건을 관할하는 제2재판부의 경우 1,830건의 미제사건을 가지고 있다. 헌법재판소, 독일 연방헌법재판소-2019년 통계연감-(번역본), 2021, 17면 참조.

442) 예를 들어 2008. 1. 1.부터 시행된 형사소송법은 불기소처분에 대한 재정신청의 대상범위를 모든 범죄로 확대하였다(제260조 제1항), 그에 따라 고소인의 불기소처분에 대한 헌법소원은 부적법하게 되었고, 고소인이 아닌 범죄피해자가 청구하는 헌법소원, 피의자가 청구하는 헌법소원만이 적법한 심판청구로 허용되게 되었다. 그 결과 위 표1)에서 보는 바와 같이 2009년의 접수건수가 대폭 감소한 것으로 나타나고 있다.

443) 552건.

을 넘은 후 2001년에 1,060건, 2010년에 1,720건, 2017년에 2,626건을 거쳐 2020년 3,241건이 접수되어 정점에 이르렀다. 미제사건의 경우에는 2000년 521건, 2007년 921건에 이르렀다가 2009년 610건으로 감소된 후 다시 상승세로 돌아서 2020년에 1,312건, 2021년 1500건을 돌파한 후 현재 1,636건으로 지속적인 증가추세를 보이고 있다.

이와 같은 접수사건 대비 미제사건 수의 추이에 따르면, 아래 (표2)에서 보는 바와 같이 매년 150건에서 200건 정도의 사건이 접수된 당해 연도에 처리되지 못하고 미제사건으로 남게 되어, 이것이 미제사건의 누적적인 증가의 주된 원인이 되는 것이다. 이와 같은 상황은 헌법재판소의 본래적 기능 중 하나인 실효적인 기본권 구제의 요청에 부응하지 못할 뿐이 아니라 헌법재판소에 대한 국민의 신뢰를 훼손시키는 중요한 원인으로 작용하고 있다. 매년 증가추세에 있는 1,600건을 상회하는 미제사건 수를 획기적으로 줄이지 않는 한, 매년 접수사건 건수 대비 처리사건 건수의 비율이 92%를 상회할 정도로 능률적인 심판절차를 운영하고 있음에도 불구하고, 미제사건 건수의 누적적 증가추세를 막거나 이를 감소의 추세로 반전시키기는 어려울 것으로 보인다.

(표2) 최근 5년간 접수건수 대비 처리건수

구분	2018	2019	2020	2021	2022. 9.
접수건수	2,427	2,730	3,241	2,827	2,150
처리건수	2,447	2,519	3,042	2,621	2,032

한편, 현재까지 헌법재판소에 청구된 사건 46,592건 중 44,956건이 처리되고 1,636건이 미제사건으로 남아있는데, 처리된 사건 중에서 30,485건이 본안판단에까지 이르지 못하고 본안전 심사인 적법요건에 대한 심사단계에서 각하되었다. 특히 국가기관이 당사자가 아니라 일반사인이 헌법재판소에 직접 심판청구를 할 수 있는 헌법소원심판 사건의 경우, 그중에서도 특히 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법

소원심판 사건의 경우에는 그 주관적 쟁송으로서의 본질에 비추어 기본권 침해의 법적 관련성, 권리보호이익 등 복잡한 적법요건의 충족을 요구하므로 적법요건에 대한 심사단계에서 심판청구가 각하되는 사례가 매우 많다. 따라서 헌법재판소법 제72조 1항에서는 재판관 3명으로 구성되는 지정재판부의 사전심사절차를 마련하고 이를 통해 적법요건을 갖추지 못한 부적법한 심판청구임이 명백한 것으로 밝혀지면 이를 전원재판부로 회부하지 않고 직접 지정재판부의 사전심사 단계에서 각하하도록 하고 있다.

지금까지 헌법재판소에서 처리된 44,956건 중 30,485건이 심판청구가 부적법함을 이유로 각하되었는데, 그중에서 28,241건이 지정재판부의 사전심사단계에서 각하된 것으로 나타나고 있다. 이는 접수사건 대비 68% 남짓한 사건이 부적법한 심판청구로 각하되었는데, 각하된 사건 중 약 92.5%가 지정재판부의 사전심사절차 단계에서 종국적으로 각하 처리된 것이다. 결국 헌법재판소에 접수되는 사건 중 지정재판부의 사전심사절차 단계에서 각하되지 못한 사건이 전원재판부의 심리절차를 거쳐 종국결정 선고의 방식을 통해 처리되고, 그중에서 선고되지 못하고 남는 매년 200여 건의 사건이 미제사건으로 추가되는 것이다.

이와 같은 결과는 헌법재판소의 신속한 사건처리방안을 모색함에 있어서도 시사하는 바가 크다.

(표3) 최근 5년간 연도별 접수사건과 전원재판부 선고사건

구분	2018	2019	2020	2021	2022. 8.
접수건수	2,427	2,730	3,241	2,827	2,150
지정재판부 처리건수	1,796	2,018	2,467	2,060	1,510
전원재판부 처리건수	601	455	521	511	259

한편, 위 (표3)의 내용과 같이 접수사건 건수의 약 63%의 사건이 지정재판부에서 처리되고 소수의 청구취하 등 다른 방식으로 종국적으로

로 처리되는 사건을 제외하면 나머지 사건들은 모두 전원재판부에서 처리된다. 이와 같이 접수사건 수에 대비하여 20% 이상의 사건을 전원재판부에서 처리하고 있는 헌법재판소의 심판업무 방식은 헌법재판소법 제23조에서 심판사건을 원칙적으로 전원재판부에서 관장하도록 규정하고 있는 것에 기인하지만, 헌법재판소가 아직은 자신의 역량과 노력으로 충분히 사건처리를 할 수 있다는 자기평가에도 그 원인이 있을 것이다. 그리고 헌법재판소 스스로 헌법재판소의 역할과 기능을 사안의 내용이나 쟁점, 사건의 경중에 무관하게 최고·최종의 헌법해석기관으로 빠짐없이 직접 심리하고 답변을 하여야 한다는 자기인식에도 그 원인이 있다고 보인다.

그러나 현실적으로 매년 200건 이상씩 증가하는 미제사건의 수에 비추어 볼 때 이와 같은 자기평가와 자기인식에는 한계가 있다고 볼 것이고, 헌법재판소의 한정된 자원과 역량으로는 미제사건의 처리까지는 차치하더라도 매년 증가하는 추세의 접수사건 건수에 비추어 현재의 사건처리 수준을 유지하는 것에도 일정한 한계가 있다고 판단된다. 그리고 보다 근본적으로는 지금까지의 사건처리 절차와 과정에서 사실관계의 확정과 법률의 적용, 설득력 있는 논증을 거쳐 중국결정에 이르기까지 국가 내 사법작용의 최고·최종의 성과물으로써 평가하고 자부할 수 있는지에 대해서는 의문이 있다. 기속력과 법규적 효력을 지닌 최종적 헌법해석자인 헌법재판소에게는 국민의 기본권 보장을 위해 합리적이고 설득력 있는 헌법의 정신과 가치를 담은 해석 및 적용의 결과를 헌법재판소 결정으로 제시할 책무가 있다. 문제는 헌법재판소의 심판업무가 현재의 자원과 능력으로 이를 감당하기에 지나치게 과중하고, 이에 따라 사건처리에 지나치게 오랜 기간이 소요됨에 따라 헌법재판의 질적 부실과 이로 인한 국민의 재판받을 권리 침해가 현실적인 문제로 대두되었음을 부인할 수 없다는 사실이다. 따라서 헌법재판소의 사건처리 부담을 대폭 경감시킴으로써 헌법재판소가 자신의 본질적인 역할과 기능에 부합하는 근본적이고 중요한 헌법문제

에 집중하여 수준 높은 논증을 통한 결정을 도출할 수 있도록 유도하는 방안을 모색하여야 할 것이다.

독일 연방헌법재판소의 경우 2019년에 접수된 헌법소원 사건 총 5,158건 중 지정재판부 단계에서 4,793건을 본안판단을 받은 이익이 없다는 이유로 전원재판부로 회부하지 않는 심판불회부 결정을 통해 각 하되었거나 지정재판부에서 본안판단에까지 나아가 직접 헌법소원심판을 인용하는 결정을 하였고, 최종적으로 남은 10건의 사건만이 전원재판부에서 처리된 사실은 우리에게 시사하는 바가 크다고 볼 것이다.⁴⁴⁴⁾ 이에 더하여 독일 연방헌법재판소의 경우 양 재판부를 합하여 평균적으로 15건 내외의 사건만이 구두변론과 판결선고의 절차를 거쳐 중국적으로 처리되는바, 이로써 연방헌법재판소가 자신이 보유한 자원과 역량을 집중할 만한 중요한 헌법사건에 대한 해명과 중대한 기본권 침해의 구제로 자신의 역할과 기능을 재정립한 것은 우리의 헌법재판 현실과 그 개선방안의 모색에도 의미하는 바가 매우 크다고 할 수 있다.

또한 헌법재판소에 청구되는 사건 중 가장 큰 비중을 차지하는 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원심판 사건 중에서 검사의 불기소처분에 대한 취소청구가 비교적 큰 비중을 차지하고 있다. 물론 2008년 1월 1일부터 시행된 형사소송법의 개정을 통해 불기소처분의 취소를 구하는 법원의 절차인 제정신청 절차의 대상이 대폭 확대되면서 그 비중이 대폭 감소하기는 하였지만, 여전히 전체 접수사건 건수의 약 25%를 차지할 정도로 그 비중이 크고, 미제사건의 건수에서 불기소처분취소 사건이 차지하는 비중 역시 그 정도에 이르고 있는 것으로 나타나고 있다. 따라서 미제사건의 수를 줄이기 위해서는 범죄피해자 또는 피의자가 청구하는 불기소처분취소 사건의 신속한 처리와 그 방안도 중요한 역할을 한다.

444) 2018년의 경우 5,678건이 접수되어 그중 5,826건이 지정재판부에 처리되고 27건이 전원재판부에서 처리되었다.

(표4) 접수사건/미제사건 건수 대비 불기소처분취소사건

연도	전체 심판사건		불기소처분취소 사건	
	접수	미제	접수(%)	미제(%)
2018	2,427	902	638(26.3)	231(25.6)
2019	2,730	1,113	699(25.6)	299(26.9)
2020	3,241	1,312	732(22.6)	338(25.8)
2021	2,827	1,518	675(23.9)	357(23.5)
2022. 9.	2,150	1,636	406(18.9)	397(24.3)

Ⅲ. 소결

위에서 살핀 바와 같이 헌법의 규범적 특성과 헌법재판에서 판단의 근거로서 헌법의 해석 및 적용의 규범적 의미와 역할, 그리고 헌법재판소 결정의 효력과 헌법재판의 기능에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 담당하는 헌법재판은 일반적 분쟁의 해결수단으로서 일반법원의 재판과는 달리 신중하고 공정한 심판의 관점이 특별히 강조되어야만 한다. 국가 법질서의 정당성 원천으로서 헌법과 헌법을 일차적으로 구체화하고 형성하는 입법행위의 결과인 법률은 어느 정도 시간적 영속성과 규범적 안정성을 가질 것이 요청되고, 그 토대 위에서 법치국가원리의 핵심적 내용으로서 법적 안정성이 확보될 수 있기 때문이다. 따라서 헌법재판에서 공정하고 신중한 심판을 통한 법적 안정성의 보장을 위해서라면 원칙적으로 신속한 심판절차의 이익은 한걸음 물러나는 것이 필요하다.

그러나 헌법재판 역시 헌법의 규범적 궤도를 벗어난 위헌적인 국가 권력으로부터 헌법의 우위를 보장하고, 이를 통해 침해된 국민의 기본권을 구제하는 데에 그 본래적인 기능이 있으므로 신속하고 효율적인 기본권 구제의 이익도 여전히 법치국가원리의 관점에서 필요불가결한 요청이라고 할 것이다.

매년 헌법재판소에 접수되는 사건의 수가 증가하는 상황에서, 그와 함께 해마다 누적되고 있는 미제사건의 수는 이제 더 이상 방치해서는 안 될 정도로 위험한 수준에 접어들었다고 평가할 수 있다. 현재 우리 헌법재판소의 사건처리 속도와 한정된 자원 및 역량, 접수사건 대비 미제사건 수의 증감 정도 등 실제 사건처리의 현황에 비추어 볼 때, 지금도 1,600여 건을 상회하는 미제사건의 건수가 조금이라도 줄어들기는커녕 매년 200여 건 이상으로 누적되어 증가할 것임이 명백히 예상되기 때문이다. 이러한 헌법재판소의 사건처리 상황은 아무리 신중하고 공정한 심판의 이익이 강조되는 헌법재판의 영역이라 할지라도 헌법재판소가 그 본래적 역할과 기능을 제대로 수행하지 못하고 있다고 일응 평가할 수 있을 것이고, 이는 헌법재판소에 대한 국민의 기대를 훼손시키고 헌법재판소 결정의 정당성과 이에 대한 신뢰성을 실추시키는 근본적인 원인이 될 것이다.

이하에서는 헌법재판소의 심판절차를 효율적이고 신속하게 운용함으로써 해마다 증가하는 미제사건의 수를 획기적으로 줄이고 접수사건을 적절한 기간⁴⁴⁵⁾ 안에 처리하기 위하여, 사건처리의 과정에서 심판절차의 단계별로 효율성과 신속성을 저해하는 인적·제도적 요인들에 대한 분석을 토대로 심판업무의 개선방안을 제시하고자 한다.

445) 헌법재판소법 제38조는 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 결원으로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 결원된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 이에 따르면 재판관이 결원된 경우를 제외하면 사건의 유형이나 경중, 난이도 등을 가리지 않고 모두 180일 이내에 선고하여야 한다. 그러나 이미 살핀 바와 같이 헌법재판의 본질이나 헌법재판의 준거로서 헌법의 특성이 비추어 볼 때 일률적이고 획일적인 심판기간의 제한은 그 취지의 당위성에도 불구하고 현실적으로 제대로 지켜지기 어렵다. 사건의 유형이나 난이도에 따라 기간 준수가 어려운 경우가 있는 반면, 사건의 내용이나 관련 기관의 사정상 신속한 사건처리가 오히려 바람직하지 못한 경우도 있기 때문이다(입법자가 위헌성을 제거하기 위한 법률개정의 과정에 있는 때에는 오히려 법률개정을 기다리는 것이 권력분립원리 등에 비추어 타당하다). 헌법재판소법 제38조의 문제점에 대해서는, 헌법재판소, 헌법재판에 있어 신속한 사건처리를 위한 제도개선 방안, 헌법재판소 정책개발 연구 제6권(2013), 제34-40면 참조.

제2절 재판부

I. 헌법재판소의 사건처리 절차와 그 담당 및 지원기관

앞에서 살핀 바와 같이 헌법재판소의 심판절차도 법원의 재판 등 다른 사법작용과 마찬가지로 당사자의 심판청구로부터 개시된다. 헌법재판소에 심판이 청구되면 사무처의 심판민원과에서 접수담당 공무원이 청구서의 형식적 기재사항을 확인하여 빠진 것이 있으면 필요한 보정을 권고할 수 있고(심판규칙 제5조 제2항), 형식적 요건이 충족되면 첨부서류 등의 구비 여부를 확인한 다음 신청인에게 접수증을 교부함으로써 심판청구를 접수한다. 이후 사건번호와 사건명을 부여하고, 배당절차를 통해 주심재판관이 정해지면 헌법소원심판 사건의 경우 주심재판관이 소속된 지정재판부에서 연구부에 소속된 담당 헌법연구관에 의해 사전심사절차가 진행된다. 그 결과 다른 법률에서 정하는 구체절차를 거치지 아니하는 등 심판청구가 명백히 부적법하고 달리 그 흠결을 보정할 수 없는 경우라면 지정재판부에서 종국적으로 각하결정을 하며(헌재법 제72조 제3항), 그렇지 않으면 전원재판부로 회부된다. 전원재판부로 회부된 심판사건은 주심재판관에 의하여 헌법재판소의 내부규정으로 사전에 정해진 연구부 내 업무분장 요령에 따라 연구부 내 전속부 또는 공동부로 연구업무가 배정되고, 전속부에 배정되는 경우 주심재판관에 배속된 전속부 헌법연구관에게, 공동부에 배정되는 경우 주심재판관이 직접 지정하거나 주심재판관의 위임에 따라 수석부장연구관이 해당 사건에 대한 조사·연구 업무를 전담할 헌법연구관에게 관련 자료의 수집 및 정리, 연구보고서의 작성 등을 중심으로 하는 연구업무가 최종적으로 배정된다.

이어 사건에 대한 조사·연구의 절차와 방식 등을 규정한 연구부 내 업무지침 등에 따라 연구업무를 배정받은 담당 헌법연구관에 의해 연구보고서의 초안이 작성되고, 이를 토대로 연구부 내의 토론 등 절차

를 거쳐 연구보고서의 작성이 완료되면 수석부장연구관 또는 선임부장연구관의 검토를 거쳐 의견을 부기한 후 주심재판관에게 보고된다.

주심재판관은 담당 헌법연구관에 의해 작성·보고된 연구보고서가 평의 또는 변론을 할 수 있을 정도로 충분히 중요한 쟁점들에 대한 검토와 관련 참고자료 등을 갖추고 있다고 판단하면, 재판장에게 해당 사건의 평의절차를 개시하거나 변론을 열어 심리를 진행할 요청을 하여야 한다.⁴⁴⁶⁾ 그 과정에서 당장 평의나 변론의 절차를 진행하기에는 연구보고서의 검토내용이나 관련자료의 수집 등 준비가 부족하다고 판단되면, 주심재판관은 담당 헌법연구관에게 검토내용의 수정이나 보완, 쟁점의 보충, 관련자료의 수집 등 추가적인 조사·연구를 통해 연구보고서의 완성도를 높이도록 지시한다. 평의절차를 진행할 수 있을 정도로 연구보고서의 작성이 완료되었거나 연구보고서를 토대로 변론절차를 진행하여 해당 사건에 대한 충분한 (서면 또는 구두에 의한) 심리가 종료된 후에는 주심재판관의 요청에 따라 재판장은 재판관들과 협의하여 평의의 일정을 확정하고, 합의된 일정에 따라 평의를 진행한 후 관여 재판관들의 의견이 충분히 형성되었다고 판단되면 재판장은 평의절차를 종료하고 평결의 절차로 들어간다.

평결의 결과 재판부의 의견이 수렴되면 주심재판관 또는 결정서의 작성을 담당하는 것으로 지정된 재판관은 수렴된 의견을 법정 의견(法庭意見)으로 하여 연구부(주로 담당 헌법연구관)에 결정서 초안을 작성할 것을 지시하고, 담당 헌법연구관 등 결정서 초안 작성을 담당하는 헌법연구관을 중심으로 결정서 초안이 작성된다. 이때 법정의견 외에 반대의견, 별개의견 등 소수의견이 있는 경우 법정의견이 완성된 후⁴⁴⁷⁾ 따로 해당 재판관이 또는 그 지시를 받은 헌법연구관이 소수의

446) 연구보고서가 주심재판관에게 보고되면 위헌법률심판이나 헌법소원심판 사건의 경우 서면심리에 의하여 심리가 진행되므로, 연구보고서의 완성 정도나 추가 연구의 필요 여하에 따라 주심재판관은 추가 연구를 지시하거나 재판장에게 평의를 요청하여야 하고, 권한쟁의심판 등 필요적 변론을 하여야 하는 사건(헌재법 제30조 제1항)의 경우에는 재판장에게 변론을 실시할 것을 요청하여야 한다.

견 초안을 작성한다.

결정서 초안의 작성이 완료되면 이를 담당한 헌법연구관은 주심재판관 등 결정서 작성을 책임지는 재판관에게 결정서 초안을 보고하고, 담당 재판관의 검토를 거친 후 재판장에게 보고한 후 관여 재판관들에 결정서 초안을 회람한 후 재판관들의 수정·보완을 거쳐 확정된 결정서를 최종적으로 재판장이 회람하여 관여 재판관들의 서명날인을 받은 다음 선고기일에 재판정에서 결정을 선고함으로써 사건처리를 위한 심판절차의 진행이 모두 종결된다.

헌법재판소의 사건처리절차를 표로 정리하면 다음과 같다.

사건접수 ⇒ 사건번호·사건명 부여 ⇒ 배당절차를 통한 주심재판관 지정 ⇒ (헌법소원심판의 경우 사전심사) ⇒ 연구부 내 전속부·공동부로 사건 배정 ⇒ 담당 헌법연구관 배정 ⇒ 연구활동 ⇒ 연구보고서 초안 작성 ⇒ 연구부 내 토론 등 절차 ⇒ 연구보고서 완성 ⇒ 수석부장연구관 등 검토 ⇒ 주심재판관 보고 ⇒ 주심재판관의 지시에 따른 보완 ⇒ 평의·평결 ⇒ 결정서 작성 ⇒ 선고

이와 같은 헌법재판소의 사건처리절차 진행은 각 절차를 주관할 권한과 책임을 가진 재판장, 주심재판관 등 관여 재판관, 재판장 또는 주심재판관 등 재판관의 지시에 따라 연구부 소속의 헌법연구관이나 사무처 소속의 담당공무원의 학문적·행정적 보좌를 통해 이루어진다. 그러나 어디까지나 연구부 소속 헌법연구관이나 사무처 소속 공무원의 역할은 재판부의 역할을 보완하는 것에 그치고 사건처리의 권한과 책임은 재판부에 있다.

이하에서는 사건처리의 개별 단계마다 절차의 진행을 지연시키는 원인을 분석하고, 이를 토대로 절차 진행의 주체별로 심판절차의 신속성과 효율성을 확보하고 이를 제고하는 개선방안을 제시하기로 한다.

447) 실무상 법정의견의 작성에 앞서 소수의견이 작성되는 사례도 얼마든지 있을 수 있다. 그러나 소수의견은 법정의견에 대응하여 그 결론에 반대하거나 논증의 방식을 달리하는 것이므로 개념상 법정의견을 전제로 한다.

II. 헌법재판소장의 지위와 역할, 장기간 공석(空席)의 방지

헌법재판소에는 헌법재판소장을 두고(헌재법 제12조 제1항), 국회의 동의를 받아 대통령이 재판관 중에서 임명한다(헌법 제111조 제4항). 헌법재판소장은 헌법재판소를 대표하고, 헌법재판소의 사무를 총괄하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다(헌재법 제12조 제3항). 그리고 헌법재판소장은 재판관회의의 의장이자(헌재법 제16조 제1항), 헌법재판소 재판부의 재판장이다(헌재법 제22조 2항).

우선 헌법재판소장은 헌법재판소의 행정사무를 총괄하는 권한을 가지므로 헌법재판소의 주요 행정사항에 대한 의결기구인 재판관회의의 의장이 되고, 재판관회의를 소집하며, 회의를 주관하고 의결된 사항을 집행한다. 행정사무의 총괄권자로서 헌법재판소장은 사무처를 조직·구성하고, 사무처장을 지휘하여 헌법재판소의 행정사무를 관장한다(헌재법 제17조 제3항). 그리고 연구부의 구성원인 헌법연구관 등은 재판부의 구성원인 개별 재판관의 지휘나 명령이 아니라 헌법재판소장의 명(命)을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 관한 업무를 수행한다. 그 결과 헌법재판소장은 심판사무업무 등 헌법재판소의 행정사무를 총괄하므로 사건의 접수에서부터 변론 등 심리절차, 결정의 선고, 각종 송달업무에 이르기까지 사건처리와 관련하여 사건처리와 직접 관련 없는 모든 행정사무를 총괄하는 지위에 있고, 아울러 사건에 대한 조사, 연구 등 사건처리와 관련한 연구업무에 대한 지휘·명령 등 헌법재판소의 연구업무를 총괄한다. 따라서 헌법재판소의 사건처리와 관련한 모든 행정사무와 연구업무의 최종적인 결정권자이자 책임의 귀속자로서 헌법재판소장의 헌법재판에 대한 인식과 철학, 헌법재판의 실무에 대한 이해와 전문성은 헌법재판소의 신속하고 효율적인 사건처리를 위해 가장 중요한 요소라고 할 수 있다.

한편, 헌법재판소장은 헌법재판소 전원재판부의 재판장이다. 재판장의 권한은 법원 합의부 재판장의 권한에 해당하지만, 그 질과 양에 있

어서 비교할 바는 아니다. 재판장은 재판부의 대표로서 심판청구를 보정할 것을 명할 수 있고(헌재법 제28조 제1항), 심판정의 질서유지와 변론을 지휘하며(헌재법 제35조 제1항), 평의와 평결의 절차를 주재하는 주재자로서 지위를 가진다(헌재법 제35조). 그리고 심리가 끝난 후에는 종국결정의 선고를 주재하고, 심판과정에서 재판관 전원의 관여가 필요없는 간단한 사항과 관여를 기다릴 여유가 없는 급박한 사항, 예컨대 기일의 지정 및 변경(심판규칙 제20조 제1항, 제2항) 등의 사항에 대해서는 단독으로 그 권한을 행사한다. 비록 재판장으로서 헌법재판소장은 평의와 평결의 과정에서 재판부 구성원인 재판관과 동일한 법적 지위와 판단의 권한을 가지고, 평결의 결과 가부동수일 경우 해당 사건의 결정권을 가지는 것도 아니지만, 재판장으로서 심판절차의 진행과 관련하여 신속성 및 효율성의 이익과 공정성 및 신중성의 이익 간의 비교형량을 통해 사건처리와 관련한 절차 운용에 대한 소송지휘권을 독자적으로 행사하므로, 재판장의 역할은 개별 재판관의 그것과 비교할 바가 아니다.

이와 같은 헌법재판소장의 지위와 역할, 특히 헌법재판소의 행정사무 및 심판 관련 연구업무의 총괄권자이자 재판부의 재판장으로서 지위에 비추어 볼 때, 헌법재판소장의 장기간 공석(空席)이나 헌법재판에 대한 경험 또는 전문성의 부족은 헌법재판소의 심판절차 운용에 직접적이고 결정적인 영향을 미친다고 볼 수 있다.⁴⁴⁸⁾

헌법재판소 창설 후 지금까지 초기의 일부 사례를 제외하고는 헌법재판소장의 임명과 관련하여 그 자격이나 임기 등의 문제로 장기간의 공석상태가 일상화되는 지경에 이르고 있는 것이 현실이다.⁴⁴⁹⁾ 헌법재

448) 대법관의 장기간 공석을 대법원 재판 지연의 주요원인으로 보고 공석상태의 해소를 위한 정치권의 결단을 촉구하는 글로는 홍기태, 대법관 공백, 법률신문(2022년 10월 20일 자), 15면 참조. 재판절차의 지연과 관련하여 헌법재판소장과 대법관의 역할과 기능이 서로 비교할 바는 아니지만, 대법관의 장기간 공석을 재판지연과 결부하여 설명하고 있다.

449) 구체적으로 3기 재판관들의 퇴임과 함께 노무현 대통령은 당시 재판관으로 재직 중이던 전효숙을 헌법재판소장으로 지명하였고, 그 임명과 관련한 재판관의 자

판소장의 임명과 관련한 정치적 또는 법적 논란으로 인한 헌법재판소장의 장기간 공석상태는 권한대행제도(헌재법 제12조 제4항)에도 불구하고 사건처리 지연의 중요한 원인이 되었고, 미제사건의 증가 역시 이로 인한 부정적 영향의 결과임을 부인할 수 없다. 헌법재판소장인 재판관의 임명과 관련해서는 그리고 현직 재판관의 헌법재판소장 임명과 관련해서는, 그 임명권자인 대통령이 헌법재판소법 제6조 제3항 내지 5항에서 정하는 임명의 기한을 특별히 준수하여야 할 것이다.⁴⁵⁰⁾

수감할 만한 충분히 합리적인 사유나 계기 없이 헌법재판소장의 임명을 지연하는 경우, 이는 대통령의 헌법상 책무인 헌법재판소장 임명권의 불이행(지체)으로 인한 위헌적인 헌법장애상태(憲法障礙狀態)의 야기라고 평가하지 않을 수 없다.⁴⁵¹⁾

III. 재판관의 자격과 임기, 재판관 수

1. 재판관의 자격과 임기, 후임자 임명 시까지 업무수행

가. 재판관의 자격과 임기

격요건 등의 문제를 두고 공석상태가 발생하였다. 5기 박한철 소장의 임명과정에서 임기문제가 제기되었고 잔여임기만 재직하는 것으로 정리가 되자 헌법재판소장 임명이 가능하였다. 그 후 현재까지 모두 재직 중인 재판관을 헌법재판소장으로 지명하였고, 청문회 등 임명과정에서 논란을 야기하여 공석상태가 일상화되었다.

450) 재판관의 임명과 관련한 임명기간의 법적 성격과 내용, 국회의 공식인 재판관의 후임 선출을 하여야 할 작위의무의 존재와 관련한 헌법재판소의 판단으로 현재 2014. 4. 24. 2012헌마2 결정 참조할 것.

451) 지난 박근혜 대통령 탄핵사건에서 헌법재판소장을 비롯한 재판관의 공식이 헌법재판소 결정의 정당성에 미치는 영향이 특별히 강조된 바 있다. 국회의 탄핵소추 이후 심리과정에서 당시 박한철 소장이 임기만료로 퇴임하였고, 이후 이정미 권한대행체제로 심리절차가 진행되었다. 심리절차 진행중 이정미 권한대행조차 임기만료로 퇴임이 가까워지자 권한대행을 비롯한 재판관 2명이 공식인 상태에서 헌법재판소의 결정, 특히 탄핵결정의 가능성과 정당성에 관한 논쟁이 촉발되었고, 양측의 입장이 대립하였다.

(1) 재판관은 법관의 자격을 가져야 하는데(헌법 제111조 제2항), 판사, 검사, 변호사의 직 또는 변호사의 자격이 있는 사람으로서 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직 등에 15년 이상 있던 40세 이상의 사람은 재판관의 자격이 있다(헌재법 제5조). 재판관의 자격요건은 헌법재판의 성격을 결정짓는 본질적인 요소에 해당하기 때문에, 헌법에서 재판관의 자격으로 법조인의 자격을 요구하도록 명시하는 것은 헌법재판의 본질이 헌법의 해석과 적용에 관한 법인식작용, 즉 사법작용임을 확정하는 것으로 볼 수 있다.⁴⁵²⁾

헌법재판의 본질을 사법작용으로 이해한다면 헌법재판 역시 공정한 재판과 신속한 재판을 통한 효과적인 권리구제의 수단으로 기능하여야 하며, 이를 통해 국민의 공정하고 신속한 헌법재판을 받을 권리가 제도적으로 보장된다. 신속한 헌법재판을 받을 권리의 제도적 보장은 헌법재판소 재판부를 구성하는 재판관의 업무적 연속성과 계속성, 그리고 전문성에서 출발한다. 헌법재판의 권한과 책무를 담당할 재판관으로서 헌법재판에 대한 업무적 연속성과 계속성, 전문성이 현행의 헌법 및 헌법재판소법에서 정하는 재판관의 자격만으로 충분하고 적절한지, 그리고 재판관 선출 등 재판관 임명의 현실이 이와 같은 요청에 부합하는지에 대해서는 의문이 있다. 이에 더하여 6년으로 비교적 짧은 재판관 임기에 비추어 헌법재판의 신속성과 효율성 확보를 위한 업무의 연속성, 계속성 그리고 전문성의 요청에 부합하는지도 아울러 고민하여야 할 것이다.

결론적으로 현행 헌법 및 헌법재판소법에서 정하는 재판관 자격의 요건은 헌법재판의 신속성·효율성을 확보하기 위한 측면에서는 제도적으로 미흡한 것으로 보이고, 이와 같은 현실적인 제약과 한계 속에서 신속한 사건처리를 위한 제도적 방안이 모색되어야 한다.

452) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2017, 1386-1389면 참조.

(2) 재판관의 임기는 6년으로 연임할 수 있다(헌법 제112조 제1항, 헌재법 제7조 제1항). 이에 대해 헌법재판의 본질과 재판관 업무의 특수성, 헌법재판 실무의 현실 등을 고려할 때 헌법재판의 효율성과 신속성, 그리고 헌법재판의 전문성을 확보하기에 현재의 재판관 임기는 상당히 짧다는 견해가 지적되고 있다.⁴⁵³⁾

구체적으로 김하열 교수는 재판관의 전문성과 안정성을 강화하기 위해 임기를 9년으로 연장할 것을 제안하고,⁴⁵⁴⁾ 한수웅 교수는 독일의 경우 연방재판관의 임기를 12년으로 정함으로써 재판관 직무의 전문성을 확보하는 데 기여한다고 평가하고, 이에 비교하면 상대적으로 단기인 우리의 6년 임기에 문제점이 드러난다고 평가한다.⁴⁵⁵⁾ 허영 교수는 6년의 임기가 전문적인 헌법재판 업무를 효율적으로 수행하기에 너무 짧다고 평가한 후, 미국의 연방대법관처럼 종신직은 문제가 있지만 적어도 임기를 8년 정도로 연장할 필요가 있다고 제안하고 있다.⁴⁵⁶⁾⁴⁵⁷⁾

의회나 집행부와 같은 정치적 헌법기관의 경우에는 지나치게 짧거나 길지 않은 적정한 주기로 실시되는 선거에 의하여 해당 공직의 수행에 필요한 정도의 민주적 정당성을 부여받아야 한다는 요청이 대의 민주주의의 본질로부터 도출되는 반면, 정치적 헌법기관의 행위를 사법적으로 통제하는 헌법재판의 권한을 담당하는 기관의 경우에는 오히려 헌법재판의 과제를 효율적이고 신속하게, 그리고 전문적으로 이행하여야 한다는 관점을 고려하여 헌법재판기관의 임기를 정할 필요가 있다. 재판관으로 임명되기 전에 법조인으로서의 경험과 경력에 비해 재판관으로서 직무수행에 필요한 헌법 및 헌법재판에 관한 이해가 절대적으로 부족한 상태에서 재판관으로 임명되는 것이 지금까지의

453) 김하열, 앞의 책, 79면; 한수웅, 앞의 책, 1389면; 허영, 앞의 책, 107-108면 각 참조.

454) 김하열, 앞의 책 79면.

455) 한수웅, 앞의 책, 1389면 각주 1).

456) 허영, 앞의 책, 107-108면 참조.

457) 9년으로 연장하자는 제안으로는 양건/김문현/남복현, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판연구 제10권, 1999, 19면.

재판관 임명의 현실이므로, 헌법재판의 실무에 익숙하기 위해 적어도 2년 내지 3년의 기간이 필요하다는 점을 감안하면, 사건처리의 전문성과 신속성을 위하여 재판관 임기를 일정 부분 늘리는 임기연장이 반드시 필요하다고 생각된다.

나. 후임 재판관 임명 시까지 지속적인 업무수행

독일의 경우 임기만료나 정년으로 인해 퇴임하는 경우 후임자가 임명될 때까지 퇴임하는 재판관이 재판업무를 계속 수행하도록 규정하고 있다(연방헌재법 제4조 제4항). 독일 연방헌법재판소법은 재판관이 그 임기만료나 정년으로 퇴임을 하였음에도 불구하고 후임 재판관의 임명이 이루어지지 않을 경우, 임기만료나 정년퇴임한 재판관에게 계속 재판업무를 수행하도록 함으로써 심판업무의 공백과 이로 인한 사건처리의 지연을 방지하고, 이와 함께 재판관 임명의 권한을 가지는 연방상원과 연방하원에 심리적·우회적인 압력을 가함으로써 재판관 임명에 관한 정치권의 합의를 강제하는 역할을 하고 있다.

우리 헌법재판의 현실에서 재판관 임명의 지연은 재판부의 교체시기에 주기적으로 나타나는 것이 현실이고, 이를 방지하고 심판업무의 공백 방지와 사건처리의 신속성을 확보하기 위해서는 헌법재판소법 개정을 통해 명시적으로 도입하는 것이 필요하다.

이와 관련하여 후임 재판관이 임명될 때까지 퇴임하는 재판관이 계속 업무를 수행하는 것은 헌법에 재판관의 임기가 명시되어 있으므로 위헌의 소지가 있다는 견해가 있을 수 있지만, 이는 임기제를 전제로 후임 재판관의 선임이 지연되는 경우 헌법재판소의 업무능력을 보장하고 보완하기 위한 의미를 가진 것이기 때문에 헌법상 임기제에도 불구하고 입법형성권의 한계를 벗어나지 않는다고 평가할 수 있다.⁴⁵⁸⁾

458) 헌법재판소, 주석 헌법재판소법, 126면 참조.

2. 재판관의 수

현행 헌법은 헌법재판소의 재판관 정수를 법관의 자격을 가진 9명으로 규정하고 있다. 이는 대법원의 조직을 법률로써 정할 것을 위임하고, 대법원에 두는 대법관의 수를 헌법에서 직접 규율하지 않은 입법적 태도(헌법 제102조 제2항, 제3항 참조)와 비교해 볼 때, 우리 헌법의 제정자가 헌법재판소의 구성 방식과 재판관 정수를 입법자에게 위임하지 않고 스스로 정하도록 결단하였다는 것을 의미한다.

헌법재판을 담당하는 기관의 구성원 수는 개별국가의 고유한 헌정 상황, 법문화 및 사법적 전통, 사법부의 구조 및 법조인력의 충원시스템 등을 고려하여 정책적으로 결정할 사항이다. 그리고 재판관 정수를 정책적으로 결정함에 있어서는 재판관이 수행하여야 할 헌법재판 업무의 양과 헌법재판 업무의 본질 및 특수성 등을 아울러 고려하여야 할 것이다. 헌법과 헌법재판소법에서 허용하는 헌법재판소의 관할 및 권한이 크면 클수록 재판관 정수는 그만큼 늘어나는 것이 일반적이고, 반대의 경우에는 재판관의 정수가 그만큼 많을 필요는 없을 것이다. 그리고 헌법재판의 경우 헌법 및 헌법해석의 특수성에 비추어 그 심리 과정에 비교적 많은 시간과 노력이 필요하고, 결정의 파급효과도 크므로, 특별히 공정하고 신중한 심판의 이익이 강조된다고 할 것이다. 따라서 이와 같은 헌법재판의 특수성과 헌법재판소의 업무 부담의 정도가 재판관 수를 정하는 일차적 기준이 될 것인데, 현행 헌법에서 정하는 재판관 정수 9명은 헌법재판소에 접수되는 사건의 수와 매년 누적적으로 증가하는 추세에 있는 미제사건 수에 비추어 적정한 인원으로 평가하기에는 어렵다고 판단된다. 헌법재판을 담당하는 기관으로 헌법재판소를 두고 있는 주요국가들의 재판관 정수를 보면, 독일과 크로아티아 16명, 프랑스 9명 및 당연직 재판관으로 전직 대통령, 오스트리아 14명, 이탈리아·폴란드·체코 15명, 스페인·벨기에·불가리아 12명, 포르투갈 13명 등으로 각기 자국의 헌법재판 유형이나 업무부담

의 정도 등을 고려한 것이지만, 비교법적으로 우리 헌법재판소의 재판관 정수가 많다고 보기는 어렵다.⁴⁵⁹⁾

재판관의 정수가 헌법재판소의 사건처리를 신속하고 효과적으로 이용하는 데에 긍정적인 방향으로 작용할 것인지, 오히려 부정적인 방향으로 작용할 것인지를 일의적으로 단정하기는 어렵다. 위에서 본 바와 같이 원칙적으로 재판관 정수의 확대는 사건처리의 신중성과 공정성을 확보하기 위함에 기본적인 취지가 있다. 이에 더하여 재판부를 구성하는 재판관의 정수가 많아지면 많아질수록 심리절차가 복잡해지고, 평의나 평결의 절차가 지연될 위험성도 늘어날 수 있을 것이다. 그러나 재판관의 정수와 재판부의 조직을 결합하여 보면 재판관의 수는 사건처리의 신속성과 효율성을 높이는 방향으로도 작용할 수 있다. 독일의 경우 16명의 재판관을 2개의 재판부(Senat)로 나누고, 다시 각 재판부별로 3개의 지정재판부(Kammer)를 두고 있는데, 심판청구의 유형에 따라 제1재판부와 제2재판부로 사건의 관할을 구별⁴⁶⁰⁾함으로써 사건처리의 신중성과 함께 신속성을 추구하도록 하고 있다. 그리고 각 재판부별로 설치된 3개의 지정재판부를 통해 전원재판부의 심리·판단을 받을 필요나 이익이 없는 명백히 부적법한 심판청구나 경미한

459) 여기에 더하여 비교법적으로 상당수의 국가에서 재판관의 정수는 헌법사항이 아니라 법률로 정하도록 위임하고 있다. 헌법재판의 유형이나 접수사건 및 미제사건의 증감에 따라 재판관 정수의 변경을 용이하게 하려는 취지이다. 독일 연방헌법재판소의 경우 설립 초기에는 사건의 폭주로 과도한 업무부담이 있을 것을 우려하여 2개의 재판부를 각 12명의 재판관(재판관 수 24명)으로 구성하였으나, 접수사건의 수가 단계적으로 줄어들어 일정하게 유지되자 그에 맞추어 연방헌법재판소법을 1956년 및 1963년에 각 개정하여 재판부별 10명, 8명의 순으로 재판관의 수를 줄였다.

460) 제1재판부는 법규정이 기본권 또는 기본법 제33조, 제101조, 제103조 그리고 제104조의 권리와 불합치한다는 것이 주된 주장인 규범통제절차(제13조 제6호, 제11호)와 제91조에 의한 헌법소원과 선거권 영역상의 헌법소원을 제외한 헌법소원을 관장한다(기본권 보장과 제한에 대한 구체적 규범통제절차, 헌법소원심판절차). 제2재판부는 권한쟁의심판, 추상적·구체적 규범통제절차, 정당해산심판, 탄핵심판을 담당한다. 따라서 제1재판부를 기본권재판부(Grundrechtssenat)로, 제2재판부를 국가법재판부(Staatsrechtssenat)로 부르기도 한다.

사건에 대한 인용 및 기각결정까지 할 수 있는 권한을 부여함으로써 재판부의 사건부담을 줄이고, 연방헌법재판소가 반드시 판단하여야 할 중요하고 헌법적 해명이 반드시 필요한 사건으로 연방헌법재판소의 자원과 역량을 집중할 수 있도록 하고 있다. 즉, 재판관의 정수를 늘리고, 이들 늘어난 재판관 정수를 어떻게 조직하고 운용하는지 여하에 따라, 재판관 정수의 증가는 헌법재판소의 사건처리에 신속성과 효율성을 확보하고 배가하는 수단으로서 기능할 수 있다.

그러나 위에서 본 바와 같이 헌법재판소법은 국민의 재판을 받을 권리를 충실히 보장한다는 취지에서 헌법재판소의 심판을 원칙적으로 전원재판부에서 관장하게 하고, 지정재판부의 관장사항을 헌법소원심판으로 제한함과 동시에 지정재판부에서 각하결정을 하기 위한 심사의 기준 및 사유 역시 헌법재판을 받을 필요성과 이익 등 정책적인 사유가 아니라 심판청구의 적법 여부라는 법적 사유로 한정하고 있다. 따라서 우리의 경우 재판관 정수의 증가가 곧바로 심판절차의 신속성·효율성으로까지 이어지지 않는 규범적·제도적 한계를 가지고 있다고 평가할 수 있다.

IV. 지정재판부의 개편 및 권한 강화

1. 지정재판부의 사전심사제도

매년 증가하는 헌법재판소 접수사건을 신속히 처리하기 위해서는 무엇보다도 전원재판부가 처리하여야 할 심판업무의 양적 부담을 줄여야 한다. 그래야 헌법재판소가 헌법의 우위와 기본권 보장이라는 자신의 역할과 기능을 제대로 수행하기 위해 반드시 스스로 처리하여야 할 사건으로 자신의 역량을 결집하고 신중하고 공정한, 그러면서도 신속하고 효율적인 헌법보호 및 기본권 보장의 역할을 수행할 수 있기 때문이다.

특히 우리 헌법은 9명으로 구성된 (전원)재판부를 통해 심판사건을 처리(제111조 제2항)할 것을 예정하고 있을 뿐, 대법원의 경우처럼 전원합의체 외에 따로 부(部)를 두어(제102조 제1항) 간이하고 신속하게 사건을 처리할 수 있는 방안을 마련하고 있지 않다. 따라서 접수사건의 수만으로 대법원과 단순비교할 일은 아니지만, 헌법재판소는 헌법소원심판 사건에서 적법요건에 관한 판단을 제외하고는 모든 심판사건을 전원재판부에서 심리·판단하여야 하므로 그 업무부담이 매우 큰 것이 현실이다. 게다가 위에서 본 바와 같이 헌법규범 및 헌법재판의 특수성으로 인해 일반법원의 재판보다 헌법재판은 훨씬 더 오랜 기간이 소요되기 때문에 전원재판부로 회부되는 심판사건의 총량을 줄임으로써 업무부담을 획기적으로 줄이는 조치가 헌법재판소의 신속한 사건처리를 위해 반드시 필요하다.

한편, 위에서 본 바와 같이 헌법재판소의 사건은 원칙적으로 전원재판부에서 관장함이 원칙이고, 헌법과 헌법재판소법에서 헌법재판소 결정에 필요한 정족수(헌법 제113조 제1항, 헌재법 23조 제2항)를 규정하고 있으므로, 전원재판부 외에 대법원처럼 부를 두어 경미한 사건을 간이하고 신속한 절차를 통해 처리한다고 하더라도 위와 같이 정족수를 규정하는 헌법 및 헌법재판소법 조항에 저촉되어서는 안 되는 규범적 한계가 있으므로 신중한 검토를 필요로 한다.

헌법재판소법 제72조는 헌법재판소장이 지정재판부를 두어 헌법소원심판의 사전심사를 담당하게 할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 따라 헌법재판소는 창설 이래 현재까지 3개의 지정재판부를 구성하여 사전심사제도를 운영하여 왔다. 따라서 사전심사제도는 우리 헌법소원제도에서 유래하고 확립된 제도라 할 수 있다.⁴⁶¹⁾ 헌법소원제도는 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 기본권이 침해되었음을 주장하는 국민이면 누구나 청구할 수 있는 헌법재판의 유형으로, 제도의 취지상 사건의 폭주나 청구의 남용이 특별히 우려된다. 더욱이 헌법재판소는

461) 헌법재판소, 주석 헌법재판소법, 1186면 참조.

일반법원과 달리 단심절차로서 재판부는 헌법소원심판의 청구로 인한 과중한 업무의 부담에 직접적으로 노출되어 있다. 최고·최종의 헌법재판기관으로서 헌법재판소가 자칫 불필요하게 폭주하는 헌법소원심판 사건을 처리하느라 정작 중요한 헌법재판소의 과제 이행에 장애를 초래한다면, 이는 헌법재판제도의 목적과 취지에 부합하지 않는다. 규범 통제절차와 더불어 국민 개개인의 기본권 구제는 헌법재판이 수행하여야 할 본질적이고 중대한 과제임에 틀림이 없지만, 바로 그러한 과제와 기능을 제대로 이행하기 위해서라도 그것에 장애를 일으키는 과중한 업무부담이나 청구의 남용으로부터 헌법재판소(전원재판부)를 보호할 필요성이 있는바,⁴⁶²⁾ 그것이 지정재판부의 사전심사제도이다. 비교적 부적법함이 명백한 심판청구를 3명의 재판관으로 구성된 지정재판부를 통해 신속하게 심리하여 각하함으로써 전원재판부의 업무를 덜어주고, 보다 긴급한 기본권 침해에 대한 구제와 중요한 헌법문제의 해명에 헌법재판소의 역량과 자원을 집중할 수 있도록 하는 것이다.

사전심사제도는 요컨대 효율적이고 신속한 헌법소원심판 사건의 처리, 전원재판부의 과중한 업무부담의 경감, 헌법소원심판권의 남용에 대한 여과 기능을 통해, 전체 헌법재판 업무의 효율성을 제고하려는 데 그 취지가 있다.⁴⁶³⁾

462) 최광률, “헌법재판소법의 입법방향”, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 법무부, 1988, 45면; 안대희, “헌법재판소법 제정 거론사항”, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 법무부, 1988, 85면

463) “헌법재판소법 제72조가 지정재판부의 사전심사에 관하여 규정을 두고 있는 것은 심판청구가 부적법함이 명백한 경우 이를 지정재판부의 사전심사 단계에서 간편하게 각하하도록 함으로써 헌법재판소의 업무부담을 덜고 소송경제를 도모하려는 데 그 취지가 있다 할 것이고...”(헌재 1993. 10. 29. 93헌마222, 판례집 5-2, 372, 376-376)

사전심사제도의 입법 경위에 관하여는 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 약사, 2006, 제18, 47면 참조.

2. 사전심사를 통한 재판부 업무경감의 입법례

가. 독일

독일에서는 재판소원을 중심으로 한 헌법소원심판이 사건의 대부분을 차지하고 있어 재판부의 업무 과중을 야기하는 주된 요인이 되고 있다. 연방헌법재판소를 과중한 업무로부터 보호하기 위하여 지정재판부(Kammer)에 의한 수리절차(심판회부절차, Annahmeverfahren)를 도입하여, 수리되지 않은 헌법소원심판 사건에 대해서는 재판을 할 수 없도록 규정하고 있는바, 그 법적 근거는 독일 기본법 제94조 제2항 제2문⁴⁶⁴⁾과 연방헌법재판소법 제93조a 내지 제93조d⁴⁶⁵⁾이다.

464) “연방법률은 헌법소원에 대하여 권리구제절차를 사전에 경유할 것을 요건으로 정할 수 있고, 특별한 수리절차를 규정할 수 있다.”

465) 제93조a ① 헌법소원 사건에 대해 재판하기 위해서는 그 사건이 수리되어야 한다. ② 헌법소원은 다음 각호의 경우에 수리되어야 한다. 1. 헌법소원에 중요한(grundsätzliche) 헌법적 의미가 있는 경우 2. 제90조 제1항에 열거된 권리를 관철하기에 알맞은 경우. 본안재판의 거절로 인하여 소원청구인에게 특별히 중대한 손해가 발생할 경우도 전단에 해당할 수 있다.

제93조b 지정재판부는 헌법소원의 수리를 거부하거나 제93조c의 경우에는 수리할 수 있다. 그 밖의 경우에는 재판부가 수리 여부에 관하여 재판한다.

제93조c ① 제93조a 제2항 제2호의 요건들이 충족되고 당해 헌법소원에 대하여 기준이 되는 헌법적 문제에 대해 연방헌법재판소가 이미 재판한 바 있다면, 지정재판부는 헌법소원이 명백히 이유있는 경우에 헌법소원을 인용할 수 있다. 인용결정은 재판부의 재판과 동일한 효력을 지닌다. 법률이 기본법이나 다른 연방법에 불합치한다거나 무효라고 선언하는, 제31조 제2항의 효력을 가지는 재판은 재판부에 유보된다. ② 제94조 제2항, 제3항 및 제95조 제1항, 제2항은 전항의 절차에 적용된다.

제93조d ① 제93조b 및 제93조c에 의한 재판은 변론 없이 행한다. 그 재판은 취소될 수 없다. 헌법소원의 수리거부에는 이유를 적시할 필요가 없다. ② 재판부가 헌법소원의 수리 여부에 대하여 재판하지 않고 있는 동안 그리고 그 범위에서, 지정재판부는 헌법소원절차에 관련된 모든 재판을 행할 수 있다. 법률의 적용을 전부 또는 일부 중지시키는 가처분은 재판부만이 발할 수 있다. 제32조 제7항은 영향을 받지 아니한다. 제32조 제3항의 경우에도 재판부가 재판한다. ③ 지정재판부는 전일일치의 결정으로 재판한다. 재판부는 재판관 3인이상의 동의가 있을 때에만 헌법소원의 수리 결정을 할 수 있다.

재판관 3명으로 구성되는 지정재판부는 전원일치의 의견으로써 수리요건의 흠결을 사유로 수리를 거부할 수 있다. 수리요건(심판회부요건)은 연방헌법재판소법 제93조a에 규정되어 있다. 제93조a 제2항 제1호의 수리요건[헌법소원에 중요한(grundsätzliche) 헌법적 의미가 있는 경우]는 헌법소원의 객관적 기능의 표현이고, 제2호의 요건(제90조 제1항에 열거된 권리를 관찰하기에 알맞은 경우, 본안재판의 거절로 인하여 청구인에게 특별히 중대한 손해가 발생할 경우도 전단에 해당할 수 있다)은 개인의 기본권을 보호하고 침해로부터 구제하는 헌법소원 심판의 주관적 기능을 구체화한 것이다.⁴⁶⁶⁾

지정재판부의 수리절차는 제도의 취지나 요건상 헌법소원의 적법 여부에 관한 재판은 아니지만, 실제에 있어 헌법소원의 부적법성이 수리거부결정의 주된 이유가 된다. 수리거부결정에는 형식적 확정력이 있어서 이를 다시 다룰 방법은 없다. 그리고 재판부에서 이를 다시 심사할 수 있는 예외적인 방법도 두고 있지 않다. 나아가 지정재판부의 수리절차를 통해 실제로 사건처리와 관련한 업무부담이 경감될 수 있도록 수리거부결정에는 이유를 실시할 필요도 없다.

나. 미국

사건이나 분쟁이 상소심 관할권(appellate jurisdiction)에 기초하여 연방대법원에 이르는 주된 방법은 권리상고신청(appeal)과 허가상고신청(petition for certiorari)이다. 연방대법원에 이르는 사건이나 분쟁의 대부분은 허가상고사건의 경로를 이용하고 있다.

허가상고신청을 받아들여 사건이송영장을 발부할 것인지의 여부는 연방헌법과 연방의회가 제정한 법률이 허용하는 범위를 벗어나지 않는 범위 내에서 전적으로 연방대법원의 재량판단에 맡겨져 있다. 연방대법원규칙 제10조는 허가상고의 심리 회부 또는 거부 기준을 다음과

466) Schlaich/Koriath, 7.Aufl. Rn.264

같이 명시하고 있다:

“사건이송영장 신청에 대한 심사는 권리의 문제가 아니고 사법부의 재량문제이다. 허가상고신청은 불가피한 이유(compelling reason)가 있을 때에 한하여 수락된다.”

기본적으로 대법관은 심리회부 또는 거부에 대해 자유롭게 결정할 수 있다. 심리회부를 결정하는 불문의 관행은 ‘4명 대법관의 찬성 원칙’(rule of four)이다. 대법관 9명 중 4명이 사건의 심리회부에 찬성하면 그 사건에는 사건이송영장이 발부된다. 대법관들은 때때로 결정문에 덧붙여 반대의견(dissents)이나 별개의견(concurring opinion)을 피력하기도 한다.

다. 유럽인권재판소

유럽인권협약에서 보장하는 자유와 기본권이 회원국에 의하여 침해당하였다고 주장하는 개인은 유럽인권재판소에 제소할 수 있다(협약 제34조). 유럽인권재판소의 재판부에는 17인의 재판관으로 구성되는 대재판부(Große Kammer), 7인의 재판관으로 구성되는 재판부(Kammer), 3인의 재판관으로 구성되는 위원회(Ausschuss)가 있다.

위원회는 제소의 적법 여부와 사건종결 여부를 심사한다. 명백히 이유 없거나 제소권의 남용으로 인정되는 제소도 부적법하다(협약 제35조 제3항). 위원회는 절차 계속 중 언제라도 사건을 등록부에서 말소하도록 결정할 수 있는데, 제소자가 절차를 계속할 의사가 없을 때뿐만 아니라 ‘재판소가 설정한 사유들에 비추어 심사의 계속이 정당화되지 않을 때’에도 말소결정을 할 수 있다(협약 제37조). 위원회의 부적법결정이나 말소결정은 재판관 3명의 일치된 의견으로 행해진다.

위원회의 그러한 결정이 없으면 원칙적으로 재판부에서 심리하며, 협약의 해석에 관한 중요한 문제가 있거나 기존의 판례변경이 고려될 때에는 대재판부로 회부한다(협약 제30조).

라. 오스트리아

행정청의 처분에 대한 헌법소원이 승소의 충분한 가망이 없거나 헌법적 문제의 해명이 기대되지 않는 때에는 심리를 거부할 수 있다(연방헌법 제144조 제2항).

통상의 의사정족수로는 소장 및 8명 재판관의 출석이 필요하지만, 위 결정을 위해서는 소장 및 4명 재판관의 출석으로 족하다(같은 법 제7조 제2항).⁴⁶⁷⁾

마. 스위스

주(kanton)의 처분 등으로 인한 헌법상의 권리 침해를 주장하는 개인은 연방재판소(Bundesgericht)에 소원을 청구할 수 있으며, 이에 대한 재판은 7명으로 구성되는 연방재판소의 공법부에서 한다(연방법원법 제15조 제3항).

그러나 3명 재판관의 일치된 의견으로, ① 명백히 부적법한 소원에 대한 심사거부 결정, ② 명백히 이유 없는 소원에 대한 기각의 결정, ③ 명백히 이유 있는 소원에 대한 인용의 결정을 할 수 있다(연방법원법 제36조a). 상습반복의(querulatorisch) 또는 권리남용의 소원은 부적법한 것으로 취급된다.

이러한 결정에는 이유가 ‘간략히’(summarisch) 기재된다.

바. 스페인⁴⁶⁸⁾

사건의 신속처리, 사건의 수리(受理) 또는 불수리(inadmisibilidad)를

467) 헌법재판소, 주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점-미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-, 헌법재판연구 제21권, 2010, 124면.

468) 김하열, “스페인의 헌법재판제도”, 저스티스 통권 115호, 2010. 2. 제116, 132, 134면

결정하기 위해 3명의 재판관으로 구성되는 지정재판부(Seccion)를 두고 있다(헌법재판소법 제8조, 제50조). 부적법 여부뿐만 아니라 헌법적 의미의 유무라는 본안의 사유까지 판단한다는 점, 많은 사건이 이를 통하여 여과된다는 점에서 독일 연방헌법재판소의 사전심사절차와 유사하다.

지정재판부는 재판부(Sala)와 마찬가지로 가처분에 관한 결정을 할 수 있다. 즉 심판대상이 되는 행위나 재판의 집행이 청구인으로 하여금 헌법소원의 목적을 상실할 수도 있는 손해를 야기할 경우, 재판부 또는 지정재판부는 직권 또는 청구인의 신청으로 그 효력의 전부 또는 일부를, 헌법적으로 보호되고 있는 가치나 다른 사람의 권리 또는 자유를 심각하게 침해하지 않는 경우에 한하여 정지시킬 수 있고, 또한 성질상 헌법소원 절차에 적용되고, 헌법소원이 그 목적을 상실하는 것을 방지할 수 있게 하는 예방조치 및 잠정적 결정 중 어느 것이라도 채택할 수 있다(헌법재판소법 제56조).

3. 지정재판부의 사전심사 강화방안

가. 현행 사전심사제도

헌법재판소에 접수된 헌법소원심판 사건은 헌법재판소법 제68조 제1항에 따른 헌법소원과 같은 조 제2항에 따른 헌법소원 사건을 불문하고 먼저 지정재판부의 사전심사절차를 거치게 되는데(헌재법 제72조 제1항), 이러한 사전심사의 단계에서는 단지 심판청구의 적법요건 구비 여부만을 심사하게 된다. 즉, ① 다른 법률에 구제절차가 있음에도 불구하고 그 절차를 모두 거치지 아니한 경우, ② 법원의 재판에 대하여 청구된 경우, ③ 청구기간이 지난 경우, ④ 변호사를 대리인으로 선임하지 않고 청구한 경우(다만, 청구인 자신이 변호사의 자격을 가진 자인 때에는 각하사유에 해당되지 않는다), ⑤ 그 밖에 헌법소원심판

의 청구가 부적법하고 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에는 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로 심판청구를 각하할 수 있다(헌재법 제72조 제3항).

지정재판부의 권한으로 가처분신청에 대한 결정을 할 수 있는지에 관하여는 명시적인 규정이 없다. 그러나 가처분은 본안재판에 부수적인 성격을 가지므로 사전심사에서 헌법소원을 각하하는 경우에는 가처분신청을 받아들이지 않는다는 결정도 함께 할 수 있다. 지정재판부에서 헌법소원이 각하되에도 불구하고 가처분신청만을 따로 떼어 이를 전원재판부에서 심리·재판하도록 하는 것은 사전심사제도의 취지나 가처분사건의 본질상 신속한 처리에 반하는 것이다. 실무에서도 지정재판부에서 가처분신청을 인용한 사례는 없으나 적법요건의 흠결 등을 이유로 헌법소원심판을 각하하는 경우 그에 부수된 가처분신청에 대해서도 함께 기각결정을 하고 있다.⁴⁶⁹⁾

나. 사전심사제도의 개선방안

위에서 살펴본 바와 같이 현행 헌법재판소법상 지정재판부의 사전심사제도는 헌법소원심판사건에 국한하여 명백히 부적법한 심판청구에 대한 여과 기능만을 수행하고 있고, 그것도 지정재판부 소속 재판관 전원의 의견이 합치된 경우에만 가능하므로 그 역할과 기능이 매우 제한적이다. 이로써 사전심사제도의 본래적인 취지로서 전원재판부의 사건부담 경감과 신속한 사건처리의 기능은 사실상 형해화되거나 유명무실하게 되었다고 평가할 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 헌법재판제도가 제대로 작동하고 있다고 평가되는 국가들에서 헌법재판소가 채택하고 있는 사전심사제도가 명백히 부적법한 청구를 비롯하여 정책적으로 전원재판부에서 직접 심리·판단할 필요가 없는 ‘명백히 이유

469) 헌재 2010. 7. 6. 2010헌사485; 헌재 2012. 3. 27. 2012헌사185; 헌재 2013. 10. 22. 2013헌사876; 헌재 2014. 11. 18. 2014헌사1281 등 참조.

가 없'거나 '명백히 이유가 있'는 심판청구를 기각하거나 인용함으로써 사건을 종국적으로 처리할 수 있는 권한까지 부여하고 있음에도 불구하고, 우리 헌법재판소법상의 사전심사제도는 그 역할과 기능에서 매우 형식적이고 제한적이라고 평가할 수 있을 것이다.

우선 사전심사기능을 현실화하는 방안으로 명백히 이유 없는 헌법소원심판 사건을 지정재판부 단계에서 기각하는 제도를 고려할 수 있다.⁴⁷⁰⁾ 전원재판부에서 심리할 가치가 없는 명백히 이유 없는 헌법소원심판 사건, 예를 들어 기존의 선례를 곧바로 적용해서 처리할 수 있거나(법률조항에 대한 합헌결정 후 이어서 다른 청구인이 사실관계나 규범환경의 변화가 없음에도 불구하고 동일 법률조항에 대해 헌법소원을 청구한 경우), 사안이 경미하여 헌법적 판단의 실익이 없는 경우(기소유에 처분을 다투는 헌법소원이 명백히 이유 없다든지, 문제가 된 공권력 행사를 통한 기본권 제한의 효과가 매우 경미한 경우 등), 헌법소원심판 사건이 헌법소원심판 청구권의 남용에 가까운 의미를 가지는 경우(동일인에 의한 반복적인 민원성 청구에 해당하지만 헌법소원심판 청구 자체는 적법한 경우)에는 헌법소원심판 사건을 지정재판부의 사전심사절차에서 기각할 수 있도록 하는 것이다. 이와 같은 유형과 내용의 헌법소원심판청구는 선례가 명백하거나 사안이 경미하여 심판청구에 이유 없음이 명백하므로, 헌법재판의 본질적 기능과 실질적 관련이 없을 뿐 아니라 기본권 구제의 가능성도 없다고 할 것이므로 이를 통해 당사자의 헌법재판을 받을 권리를 침해하지도 않는다고 볼 것이다.

그러나 지정재판부의 재판관 3명의 일치된 의견으로 심판청구를 기각할 수 있다고 한다면, 나머지 6명의 재판관 의견일치를 통해 인용결정을 할 가능성을 봉쇄하는 문제가 있으므로 위헌결정의 정족수를 정하는 헌법 제113조 제1항에 위반된다는 지적이 있을 수 있고, 따라서

470) 헌법재판소법 제정 당시에도 '헌법소원이 인용될 수 없음이 명백한 때'를 각하사유로 명시하는 방안이 제시되었다고 한다. 헌법재판소, 헌법재판소법 제정 약사, 2006, 제18, 47면

지정재판부에 일정한 사유를 근거로 기각결정권을 부여하기 위해서는 지정재판부의 구성을 재판관 4명으로 하여 재판관 전원의 의견이 일치되는 경우 기각결정권을 부여할 것을 제안하고 있다.⁴⁷¹⁾ 이에 대해 일부의 견해는 헌법 제113조 제1항의 취지가 인용결정에 필요한 최소한의 정족수를 규정한 것일 뿐으로, 이를 통해 인용결정을 이끌어 낼 수 있는 잠재적 가능성을 보장하는 것에 그 취지가 있는 것이 아니므로 지정재판부 소속의 3명 재판관으로도 기각결정을 할 수 있다고 주장한다.⁴⁷²⁾

헌법소원심판에서 사전심사제도는 무분별한 헌법소원심판의 남발 현상에 대비해서 헌법재판소가 직접 판단할 만한 헌법적 의미를 가진 헌법소원심판 사건과 그렇지 않은 사건을 구별하여 전원재판부가 직접 심판할 만한 이익이 있는 사건에 집중하여 심리·재판을 할 수 있도록 함으로써 헌법재판소의 본래적 기능인 기본권의 보호 및 구제, 헌법질서의 수호·유지의 실효성을 높이는 데에 있다. 그러나 사전심사제도의 가장 큰 문제점은 사전심사제도로 인해 헌법재판소의 임의의 기준에 따라 정책적 판단으로 개인의 기본권 구제 여부가 결정될 수 있는 위험성이 있다는 데에 있다. 따라서 사전심사제도를 통해 헌법재판소의 업무부담을 줄이고 헌법재판소 본연의 기능에 충실하기 위해서는 무엇보다 사전심사제도의 심사기준이 법률로써 엄격하게 정해져야 할 것이고, 나아가 헌법재판소의 심판정족수를 정한 헌법규범과 충

471) 이부하, “헌법재판소의 업무부담경감”, 법조 2007·2(Vol 605), 21-22면; 양건/김문현/남복현, 앞의 보고서, 390-392면; 헌법재판소, 헌법재판에 있어 신속한 사건처리를 위한 제도개선 방안, 77면 각 참조할 것.

472) 헌법재판소, 주석 헌법재판소법, 1194면 참조.

“(헌법 제113조 제1항) 취지는 인용결정에 필요한 최소한의 정족수를 규정한 것이지, 인용결정을 이끌어낼 수 있는 잠재적 가능성을 언제나 보장하여야 한다는 것은 아니라고 본다. 그러한 취지라면 현행 지정재판부 제도도 존립할 수 없다. 지정재판부에서 3인의 찬성으로 헌법소원을 각하해 버릴 때에도 나머지 6인의 잠재적 인용결정 가능성은 침해되기 때문이다. 지정부 소속 3인의 찬성으로 각하할 수 있는 것과 마찬가지로, 3인의 찬성으로 명백히 이유 없는 헌법소원을 기각하는 것도 가능하다 할 것이다.”

돌할 위험성이 일부라도 존재한다면 재판관 4명으로 지정재판부를 구성하고 이에 일부 기각결정권을 부여하는 것이 덜 위험할 것이다.

통상의 경우에는 현재와 같이 재판관 3명으로, 3개의 지정재판부를 구성하여 명백히 부적법한 심판청구에 대한 각하결정을 통해 사건을 종결할 수 있고, 명백히 이유 없는 기각의 사유가 있는 경우에는 다른 지정재판부 소속의 재판관 1명을 임시로 추가하여 예외적으로 재판관 4명의 일치된 의견으로 지정재판부에서 기각결정을 할 수 있도록 하는 권한을 부여할 수 있을 것이다.

V. 주심재판관의 역할 재정립과 평의, 평결 절차의 개선

1. 주심재판관 제도의 개선방안

가. 주심재판관 제도의 의의와 문제점, 개선방안

주심재판관은 ‘헌법재판소 사건의 배당에 관한 내규’에 따라 헌법재판소에 접수된 사건을 배당받은 재판관을 말한다(배당내규 제5조). 배당내규에 따른 사건배당은 개개의 사건에 대한 주심재판관을 정하기 위한 행위로서, 이후 배당을 받은 주심재판관은 사건에 대한 기록의 검토, 평의를 위한 연구보고서의 작성 및 관련자료의 수집, 변론절차 등 심리과정에서 수명재판관(헌재법 제28조 제5항, 심판규칙 제11조 제2항)으로서 각종 소송행위, 재판장에 대한 평의의 요청 및 평의절차에서 사건에 대한 검토결과의 보고, 평결 후 결정서 초안의 작성 등 자신에게 배당된 사건의 처리와 관련하여 주도적 역할을 담당하게 된다.⁴⁷³⁾

473) 원래 주심제도는 법원의 소송절차에서 합의부 사건의 경우 기록의 검토, 합의의 준비, 합의 결과에 따른 판결문의 작성을 책임지는 법관을 말한다. 그리고 주심이 수명법관의 자격에서 변론준비절차 등 절차를 진행하는 경우가 많다고 한다. 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2018, 73면 참조.

주심재판관 제도는 재판부의 구성원인 1명의 재판관에게 사건에 대하여 일차적·우선적으로 검토하게 하고, 재판장을 대리하거나 위임에 따라 절차를 진행하거나 평결의 결과에 따라 결정서의 초안을 작성하는 등 9명의 재판관으로 구성된 헌법재판소 재판부의 기능을 원활하고 효율적으로 수행하게 하려는 데에 그 제도적 취지가 있다. 재판장과 함께 개별사건의 처리를 주도한다는 점에서 헌법재판소에 청구되는 사건의 처리에 매우 중요한 역할과 기능을 담당하고 있지만, 헌법재판소법에 근거를 둔 제도가 아니라 배당내규에 근거를 둔 제도⁴⁷⁴⁾에 불과하므로 실제 헌법재판의 절차와 과정에서 그 지위와 역할에 부응하는 정도의 규범적 근거를 명확하게 정하는 것이 필요하다. 물론 헌법재판소법 제28조 제5항에서 재판장이 필요하다고 인정하는 경우 1명의 재판관을 지명하여 보정요구 등 일정한 소송행위를 할 수 있도록 함을 규정하고 있고, 다른 조항에서 이를 준용함으로써 간접적으로 그 법적 근거를 두고 있다고 볼 여지도 있지만, 주심재판관의 사건처리에 있어 광범위한 역할과 기능에 비추어 볼 때 문제가 있다고 볼 것이다.

나아가 주심재판관은 사건에 대한 조사·연구의 과정에서 사실상 헌법재판소장⁴⁷⁵⁾인 재판장을 대리하여 조사 및 연구의 내용과 방향을 결정하고, 특히 헌법소원심판의 경우에는 사전심사절차를 통해 각하결정으로 사건을 종결하는 데에도 사실상 결정적인 역할을 한다. 나아가 재판장에 대한 평의 요청의 권한을 통하여 사건처리의 신중성과 신속성을 결정하는 데에도 주도적 역할을 담당하고 있다.⁴⁷⁶⁾ 이와 같은 주

474) 배당내규에서 배당을 받은 재판관을 주심재판관으로 규정할 뿐, 주심재판관의 역할과 기능에 대해서는 아무런 규정이 없다.

475) 헌법재판소법 제19조 제3항에서는 헌법재판소장의 명에 따라 헌법연구관은 그 업무에 종사한다고 규정하고 있다.

476) 사건을 담당하는 헌법연구관으로부터 사건에 대한 조사·연구의 결과를 담은 연구보고서 및 관련자료를 보고받았으나 특별한 사유없이 주심재판관이 평의요청을 하지 않거나 불요·불급한 쟁점에 대한 추가보고서의 작성 및 보고를 지시하는 경우에 변론이나 평의·평결의 절차가 지연되므로 신속하고 효율적인 심판절

심재판관의 지위와 역할에 비추어 주심재판관 개인의 사건에 대한 이해와 인식, 절차 진행의 태도와 방식, 무엇보다도 평의와 평결의 기본 자료로써 연구보고서의 내용 및 결론에 상당한 영향을 미칠 수 있다는 점 등을 고려할 때, 주심재판관 제도의 운영에 있어서 특별히 공정성과 전문성의 관점에서 유의할 필요가 있고, 나아가 사건의 경중 및 난이도에 대한 주관적 평가를 통해 심판절차의 신속한 운영을 사실상 저해할 위험성의 관점에서도 유념할 필요가 있을 것이다. 이러한 문제점으로 인해 합의제로 운영되는 재판절차에서 효율적인 사건처리를 위해 주심제도의 필요성은 충분히 인정할 수 있지만, 주심재판관이 사건처리의 과정에서 지나치게 주도적이거나 과도하게 사건처리의 절차 진행이나 방향에 개입을 하는 경우, 이는 합의제의 단점을 보완하는 취지의 주심제도 운용이 아니라 실질적인 단독심 운영의 폐단으로 나타나 사건처리의 공정성과 신중성을 확보하기 위한 합의제의 취지를 몰각시킬 우려와 위험이 있다는 지적에 유의할 필요가 있다.⁴⁷⁷⁾

따라서 주심재판관 제도의 근거를 헌법재판소법에 명시적으로 두면서, 그 역할과 기능, 심판절차에 진행과 관련한 구체적 권한에 대한 선언적·주의적 규정을 함께 마련할 필요가 있다고 생각되고,⁴⁷⁸⁾⁴⁷⁹⁾ 나아가 주심재판관 제도에 대한 재판관 개인의 이해 및 인식도 재판부의 내부 관행의 적립을 통해, 그리고 재판관 상호 간 의견교환 등을 통해 제대로 정립될 필요가 있다고 생각된다.

헌법재판소 결정의 특유한 소송법적 효력과 국가 및 국민의 생활에

차의 운용을 저해하는 원인이 된다는 지적이 있을 수 있다.

477) 이시윤, 앞의 책, 73면 참조.

478) 과거 중요한 사건의 결정과 관련하여 주심재판관 제도가 언론이나 국민들로부터 그 제도적 취지와 달리 오해를 받기도 하였고, 그 때문에 규범적으로 주심재판관 제도를 폐지하기도 하였다. 특히 안마사자격 비맹제외(非盲除外) 사건에서 당시 위헌결정에 반발하는 측에서 주심재판관을 집중적으로 비난한 사례도 있었다. 당시 언론기사 참조

(<https://m.khan.co.kr/national/national-general/article/200605251811011#2b>).

479) 주심재판관의 권한과 역할에 대한 법적 근거를 분명히 함으로써 주심제도에 대한 불필요한 오해를 방지할 수 있을 것이다.

미치는 파급효과, 헌법규범에 대한 해석·적용의 성격과 취지에 비추어 볼 때, 헌법재판소의 사건처리 과정은 합의제를 통한 신중하고 공정한 심판의 관점이 무엇보다도 중요하다. 그리고 그와 같은 취지에서 헌법 및 헌법재판소법은 헌법재판의 심리절차가 전원재판부에서 이루어져야 함을 특별히 규범적으로 요청하고 있다. 그럼에도 불구하고 일반법원의 재판에서 자주 지적되는 주심제도에 의한 합의제 재판의 단독제 재판으로의 변칙적인 운영은 헌법재판에서는 더욱 우려할 만한 일이다.

결국 주심재판관 제도는 합의제 운영의 효율성과 신속성을 제고하기 위한 것이지만, 주심재판관의 실제 운용방식, 특히 사건처리방식에 따라 심판절차의 효율성과 신속성을 저해하는 중대한 원인이 될 수 있음을 지적하고자 한다. 독일 연방헌법재판소 사무규칙은 주심재판관에 의한 사건처리의 지연을 방지하고 사건처리의 신속성을 강화하기 위해 주심재판관에게 특별한 책임을 부여하고 있고,⁴⁸⁰⁾ 변론이나 평의의 신속성 확보를 위해 주심재판관에게 평의나 변론 10일 전에 소견서(schriftliches Votum)를 작성하여 재판부 소속 재판관에게 배포하도록 규정하고 있다.⁴⁸¹⁾

나. 주심재판관 지정방식과 문제점, 개선방안

사건의 배당은 접수 후 지체없이 실시하되, 접수된 모든 사건(본안 사건에 부수된 신청사건은 제외)에 대하여 심판청구의 유형별로 실시한다. 이는 심판청구의 유형별로 난이도나 경중에 차이가 있으므로 특정 유형의 사건이 특정 재판관에 치우치게 배당되지 않도록 심판청구

480) 사무규칙 제22조(절차상 조치) (3) 주심재판관은 특히 소송지휘처분을 통해서 소송절차를 촉진할 의무가 있으며, 이와 관련하여 재판장과 협의하여야 한다.

481) 심판규칙 제23조(주심재판관의 소견서) (1) 주심재판관은 재판부가 결정하여야 하는 모든 사건에서 소견서를 제시하여야 한다. 소송절차와 재판에 중요한 모든 문서가 첨부되는 기록철은 재판부 소속재판관에게 동시에 전달되어야 한다. 간단한 사건에서는 소견서에 같음하여 이유가 제시된 결정문 초안을 제시할 수 있다.

(2) 소견서는 평의나 변론 10일 전에 배포되어야 한다.

의 유형별로 공정한 배당이 이루어지도록 하는 데 취지가 있다. 그러나 헌법재판소장이 사안의 중대성이나 난이도 등을 고려하여 주요사건으로 분류한 사건은 그 유형에도 불구하고 따로 배당을 실시하는 경우가 있다.⁴⁸²⁾ 이는 심판의 유형별로 공평하게 사건을 배당하더라도 특정 재판관에게 중요한 헌법적 쟁점을 가지고 있거나 사회적 파급력이 큰 사건이 다수 배당되는 경우가 있을 수 있어 공정성의 관점에서 새로 배당할 필요가 있을 수 있고, 사건처리에 비교적 오랜 시간이 소요되는 중요사건의 배당을 적절하게 분산시키거나 반대로 유사한 쟁점을 가진 사건을 특정 재판관에게 함께 배당함으로써 사건처리의 신속성과 효율성을 도모하는 데에 그 취지가 있다.

사건의 배당은 먼저 배당할 사건을 정하여 놓고 그 사건을 배당받을 중심재판관을 정하는 방법으로 행하는데, 사건배당의 공정성과 균등성을 보장하기 위하여 확률을 체증조정(遞增調整)하는 추첨의 방법으로 실시한다. 배당방법은 창설 초기에는 은행알 추첨의 방법으로 행하다가 2003년부터는 컴퓨터에 의한 전자배당을 실시하고 있다. 이와 같은 헌법재판소의 사건배당 방식은 사건을 기준으로 접수된 순서에 따라 기계적·획일적으로 중심재판관을 정하는 방식인데, 중심으로 지정된 사건과 중심재판관 사이에는 헌법재판의 경험이나 전문성 등 재판관의 개인적 특성과는 아무런 실질적 관련성을 가지고 있지 않다. 따라서 중심재판관은 중심으로 지정된 사건의 절차적 관리자로서 사건에 대한 조사·연구의 과정이나 절차의 진행, 평의나 평결의 절차, 결정서 초안의 작성에 있어 중심으로서의 본래적 역할 외에 추가적인 권한이나 책임을 부담하는 것은 아니라고 할 것이다. 그렇다면 사건의 처리에 있어 중심의 역할은 재판장을 보좌하는 관리자의 지위에 있다

482) 제8조(배당의 대상) ① 규칙 제3조제3항제2호의 신청사건을 제외한 모든 사건은 다음 각호의 유형별로 접수순에 따라 배당의 대상이 된다. 다만, 헌법재판소장이 사안의 중대성·난이도 등을 고려하여 주요사건으로 분류한 사건은 그 유형에도 불구하고 따로 배당의 대상이 되며, 그 경우 배당방법은 헌법재판소장이 재판관들과 협의하여 정한다.

고 할 것이므로 사건처리의 신속성을 확보하기 위한 재판장의 소송지휘권에 따라야 할 것이다.

반면, 독일 연방헌법재판소의 경우 재판관별로 미리 심판청구의 유형이나 중요한 헌법적 쟁점별로 일종의 사무관할을 정해두고, 사건이 접수되면 무작위의 추첨 방식이 아니라 해당 사건의 유형이나 쟁점에 따라 기계적으로 보고재판관(주심재판관)을 선정하는 방식으로 사건의 배당절차, 즉 보고재판관을 지정하는 방식을 채택하고 있다.⁴⁸³⁾ 예를 들어 제1재판부의 재판장인 연방헌법재판소장 Harbarth의 경우 사회권, 건강보험, 집회의 자유 등 분야를, Paulus 재판관은 재산권, 예술의 자유 등 분야를 담당하여 이들 쟁점이 문제가 되는 사건에서 보고재판관이 된다. 그리고 제2재판부의 Müller재판관은 형집행법, 선거법, 정당법 등의 분야를 주로 담당하여 이들 쟁점을 가진 사건에서 보고재판관이 된다. 이와 같은 보고(주심)재판관의 지정방식은 주심사건과 주심재판관 간에 헌법재판의 경험, 전문성 등 실질적 관련성을 고려하는 것으로 사건처리의 과정에서, 즉 연구보고서 작성 등 사건에 대한 조사·연구의 단계나 심판절차의 진행과정, 평의나 평결의 과정, 결정서의 작성 과정에서 보고재판관의 특별한 역할을 고려하고 존중하는 방식이라 할 것이다. 나아가 이와 같은 사건배당의 방식은 헌법재판소의 사건처리 과정에서 주심재판관의 전문성과 이를 통한 심리절차의 신중성을 강화하는 장점을 가지고, 다른 한편으로 주심재판관의 경험과 전문성을 통해 심판절차의 신속성 및 효율성을 확보하는 장점도 아울러 가질 수 있을 것이다.

우리 헌법재판소의 경우 주심 지정의 방식, 즉 사건배당의 방식을 독일 연방헌법재판소와 같이 재판관의 전문 분야나 헌법재판의 경험을 고려하는 방식으로 전면적으로 변경하는 것은 어렵다고 생각된다.

483) 독일 연방헌법재판소 2022-2023년 사무분배에 관해서는 https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2022/geschaeftsverteilung_2022.html 참조.

재판관의 자격, 임기, 선출 절차, 실제 재판관의 직업적 경력 등에서 우리와 독일은 환경이 매우 다르기 때문이다. 그러나 사건처리에서 전문성의 보강과 전문성을 통한 사건처리의 신속성을 촉진하기 위해 주심재판관의 지정과 관련하여 경험과 전문성에 대한 고려를 통해 보완하는 것은 충분히 의미가 있다고 생각된다. 예를 들어 특정 재판관의 과거 직업적 경력이나 학문적 경력, 주심재판관으로 처리한 사건이 헌법재판소의 일관된 판례의 형성이나 향후 결정의 방향성과 관련하여 지도적 역할을 한다고 평가되는 경우, 해당 쟁점을 가진 사건에서 주심재판관으로 지정함으로써 사건처리의 신속성 제고와 아울러 일관된 판례의 형성을 통한 헌법재판소 결정의 예측가능성 등을 보장하는 데에 도움이 될 수 있을 것이다.

2. 평의·평결 절차의 개선방안

가. 평의일정의 법정(法定)

헌법재판을 신속하게 진행하기 위해서는 절차적으로 필요한 기간을 최대한 단축하는 것이 요구된다. 현재 재판관의 인원이나 조직, 구성과 업무부담 등을 고려할 때, 사건의 처리에 필요한 물리적인 최소한의 시간은 불가피하지만, 헌법재판에 필요한 절차에 소요되는 기간을 단축하는 방향에서 관련 법제도와 시스템을 개선하는 것을 고려할 필요가 있다. 현행 헌법재판소법 제30조는 “ ① 탄핵의 심판, 정당해산의 심판 및 권한쟁의의 심판은 구두변론에 의한다. ② 위헌법률의 심판과 헌법소원에 관한 심판은 서면심리에 의한다. 다만, 재판부는 필요하다고 인정하는 경우에는 변론을 열어 당사자, 이해관계인, 그 밖의 참고인의 진술을 들을 수 있다.” 고 규정하여 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판은 구두변론으로만 진행하고, 사건의 대부분⁴⁸⁴⁾에 해당하는

484) 헌법재판소 홈페이지(<http://www.ccourt.go.kr>)의 심판사건 누계표에 의하면, 2022.

위헌법률심판과 헌법소원심판은 원칙적으로 신속한 헌법재판을 위하여 서면심리에 의하지만, 예외적으로 재판부의 판단에 따라 구두변론에 의할 수 있음을 규정하고 있다. 그러나 구두변론에 의하여 심리하는 경우의 구두변론 후 평의 일정과 관련하여서는 헌법재판소법 및 헌법재판소 심판규칙 등 관련 법령에서는 별도의 규정을 두고 있지 않다.

헌법재판의 신속성과 효율성을 제고하기 위한 비교법적 사례로는 미국의 경우를 들 수 있고, 이를 참고할 수 있을 것이다. 신속한 헌법재판을 실현하기 위하여 미국 연방대법원이 상고허가제도를 통하여 선별된 1년에 약 60~100여 건의 사건에 대해서는 구두변론을 실시하면서 동시에 원칙적으로 구두변론절차가 종결되면 변론이 열린 그 주간에 실시되는 평의에 해당 사건에 관한 평의를 마치는 관행을 헌법재판소의 사건처리 실무에서도 참고할 수 있을 것이다. 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판을 구두변론으로 진행하는 경우와 위헌법률심판과 헌법소원심판을 사건의 중요성 등을 고려하여 구두변론으로 진행하는 경우, 구두변론을 마친 그 주간(週間)에 평의일정을 잡는 것을 규칙이나 내규로 정할 필요가 있다. 구두변론을 마친 그 주간(週間)에 평의일정을 잡는다면 변론과정에서 쌍방의 주장과 진술이 비교적 생생하여 재판관들의 의견 형성에 도움이 될 뿐만 아니라, 구두변론을 준비하는 과정에서 평의를 대비하기 위해 사전에 충분히 변론을 준비하게 되므로 신속한 헌법재판이 가능해지게 될 것이다.

나. 평의절차 및 주심재판관의 역할 법정(法定)

현행 헌법재판소법 및 헌법재판소 심판규칙은 주심재판관에 관한 규정을 두고 있지 않을 뿐 아니라 평의와 평결에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않다. 헌법재판소의 사건처리 절차에서 재판관의 의견을 형

10. 31. 기준으로 총 46,806건의 사건 중 탄핵심판 3건, 정당해산심판 2건, 권한쟁의심판 122건 외의 모든 심판사건이 위헌법률심판과 헌법소원심판이다.

성하고, 의견의 수렴을 통하여 헌법재판소의 법정의견을 도출하는 평의와 평결의 과정이 가장 중요하고 핵심적인 절차임에도 불구하고, 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙에서 이들 절차와 관련하여 그 일정이나 방식, 순서, 내용 등에 관해 아무런 정함이 없다.⁴⁸⁵⁾

이는 독일연방헌법재판소 사무규칙에서 평의의 일정과 방식에 관하여 제21조에서 제27조까지 자세히 규정하고 있는 것과 대조된다. 우선 사무규칙 제21조는 재판부가 정기적인 평의의 일정을 요일을 정하여 미리 결정하여야 하고, 비상적인 회의는 재판부의 결정에 의하되 긴급한 때에는 재판장이 소집할 수 있도록 규정하고 있다(제21조 제1항). 평의의 일정을 미리 공개함으로써 연방헌법재판소의 심판절차와 결정과정의 투명성을 강화하고 있다. 그리고 평의의 안건 및 의사일정은 재판장이 재판부와 협의하여 확정하는데, 안건 및 의사일정은 10일 전에 각 재판관에게 전달되어야 할 것을 규정하고 있다(제21조 제2항). 재판장은 다른 재판관들과 협의하여 평의의 안건과 순서를 정하지만, 이를 사무규칙에서 명시적으로 밝힘으로써 재판장의 독단적인 평의 주재 및 그 과정에서 의사의 정리를 방지하고 있다.

주심재판관은 평의일 10일 전에 소견서를 작성하여 재판관들에게 배포하여야 하고, 평의에 참여한 재판관이 의견을 변경하는 경우에는 선고 전이나 송달을 위한 결정 정본의 작성 전까지 평의의 속개를 요구할 수 있다. 그리고 지금까지 거론되지 않은 새로운 관점이나 쟁점을 제시하거나 소수의견을 주장하고자 할 때에도 평의의 속개를 요구할 수 있다(사무규칙 제26조). 우리 헌법재판소의 평의 절차에서도 재판관이 의견을 변경하거나 새로운 쟁점이 발견되는 등 필요한 경우 재판부의 관행으로 평의의 속개가 인정되고 또 자주 활용되고 있지만, 독일 연방헌법재판소의 경우 이를 사무규칙에 명시함으로써 평의 및 평결의 속개와 관련한 불필요한 오해를 방지하고 있다.⁴⁸⁶⁾

485) 다만 헌법재판소법 제34조 제1항과 제35조 제1항은 평의의 비공개와 평의에서 재판장의 평의 정리권(整理權)을 규정하고 있다.

그리고 사무규칙 제27조에서는 평의의 진행에 대해서는 재판부가 결정한다고 규정하고, 사건에서 여러 법적 문제가 제기되면 주문을 결정하기 전에 원칙적으로 법적 문제들을 차례대로 표결에 부쳐야 한다고 규정하여 평결의 방식에 대한 쟁점별 평결방식을 명시적으로 선언하고 있다. 물론 평의의 진행은 재판부의 결정에 의하므로 평의의 대상이 된 사건마다 재판부가 평의 및 평결의 방식을 결정할 수 있을 것이지만, 사무규칙에서는 원칙적으로 쟁점마다 의견을 내고 표결하는 방식으로 평의와 평결의 절차를 진행하도록 규정함으로써 평의와 평결의 방식을 둘러싼 재판부 내부의 다툼을 사전에 방지하고 있다.

이와 같은 평의 및 평결의 일정 및 절차, 방식, 주심재판관의 역할 등에 관한 독일연방헌법재판소 사무규칙의 규정은 우리 헌법재판소의 심판절차 운용에도 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 우선 주심재판관의 역할과 기능을 분명히 하고 신속한 절차 진행의 책임을 부여함으로써 절차 진행의 과정에서, 특히 평의나 평결 절차의 진행에서 불필요한 다툼을 사전에 방지할 수 있을 것이다. 그리고 재판관이 종전의 의견을 바꾸는 등 평의를 속개할 불가피한 사정이 있는 경우 헌법재판소법 또는 관련 규칙에서 정하는 바에 따라 평의의 속개 등 절차를 신속하게 진행할 수 있으므로 헌법재판소의 사건처리에 신속성과 효율성을 확보할 수 있을 것이다.

486) 결정선고 기일이 당사자에게 통보되거나 언론 등을 통해 일반에게 알려진 경우, 재판부의 평의 속개는 정치권 등 외부의 개입 등 헌법재판소 결정에 불필요한 오해를 줄 수 있다. 따라서 사무규칙 등에서 평의 재개와 그 사유를 명시함으로써 이를 투명화하는 효과가 있다. 우리 헌법재판소 실무에서도 평결이 이루어졌거나 선고기일이 통지되었음에도 불구하고 평의를 속개하는 경우가 충분히 있을 수 있다. 평의 완료 후 결정선고 시까지 새로운 쟁점이 발견되거나 사실관계의 변동이 있는 등 정당한 평의 속개의 사유가 있음에도, 평의 재개를 근거로 헌법재판소의 독립성과 공정성, 결정의 공정성 등을 비난할 수 있다.

제3절 연구부

I. 헌법연구관

1. 헌법연구관의 법적 근거와 직무

앞에서 살핀 바와 같이 헌법재판소의 심판절차 운용 등 사건처리의 권한과 책임은 최종적으로 재판부의 구성원인 재판장과 재판관에 있다. 따라서 헌법재판소의 심판절차를 신속히 운용하여 국민의 기본권을 효과적으로 구제하는 것 역시 재판관의 헌법재판에 대한 인식과 업무수행의 방식·태도 등에 달려있다고 할 것이다. 그런 의미에서 앞에서 신속한 심판절차의 운용과 관련한 재판관의 업무개선방안에 대해 살펴보았다.

그런데 재판관의 수는 헌법 또는 헌법재판소법에서 명시적으로 정하고 있고, 그 수는 국가마다 차이가 있지만 8명(라트비아)에서 19명(러시아)⁴⁸⁷⁾ 정도의 대체로 적은 수에 머물고 있다.⁴⁸⁸⁾ 이는 헌법재판이 일반재판과 달리 일상적인 분쟁의 해결에 목적이 있는 것이 아니라 헌법적 가치의 보호와 국민의 기본권에 대한 최후적인 보장에 목적이 있으므로, 통일된 헌법해석의 필요성과 헌법재판 절차의 효율성 확보 차원에서 재판관의 정수가 적정한 범위 내에 머물러야 하기 때문이다.⁴⁸⁹⁾ 그러므로 사건처리의 신속성을 위해 재판관 수를 늘리고 그 업무를 개선하는 노력도 필요하지만, 실제 심판업무는 사건에 대한 조사·연구와 행정적인 지원을 통해 실제로 이루어지기 때문에 재판부를 보조하고 지원하는 헌법연구관으로 구성된 연구부와 사무처의 역

487) 독일은 연방헌법재판소 설립 초기 제1재판부와 제2재판부의 합쳐 24명의 재판관을 두었다.

488) 헌법재판소 조직 및 구성에 대한 자세한 설명으로는 정종섭, 앞의 책, 92면 이하 참조.

489) 이황희, “헌법연구관제도의 모델”, 공법연구 제49집 제4호(2021. 6.), 82면 참조.

할이 매우 중요하다. 실제로 사건처리를 위한 재판부의 변론절차, 평의 및 평결 절차, 그리고 최종적인 결정선고의 절차는 모두 헌법연구관을 중심으로 하는 연구부에서 그 준비작업이 이루어지므로, 재판관의 신속한 심판절차 운용은 이를 지원하고 보조하는 직무를 담당하는 헌법연구관의 신속하고 신중한 직무의 수행에 달려있다고 해도 과언이 아니다. 이는 우리 헌법재판소뿐 아니라 헌법재판의 권한을 담당하는 모든 헌법재판기관에 공통적인 현상으로, 국가별로 사법적 전통과 법조(法曹)의 구조, 사법인력의 충원시스템 등을 고려하여 고유의 헌법연구관 제도를 운용하고 있다.

헌법연구관은 헌법재판소법 제19조의1 제4항이 정하는 자격을 갖추고, 헌법재판소장에 의하여 헌법연구관에 임명되어, 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구에 종사하는 헌법재판소 소속의 특정직공무원을 말한다(헌재법 제19조의1 제2항, 제3항). 헌법연구관 외에도 헌법재판소법 제19조의 2에 의한 헌법연구관보, 제19조의 3에 의한 헌법연구위원, 「헌법재판소 공무원규칙」 제4조3 제3항(별표 1의3)에 의하여 공법분야에서 박사학위를 받고 헌법재판을 위한 조사·연구를 위하여 임기제로 임명되는 전문임기제공무원으로서 헌법연구위원, 헌법재판소장의 요청으로 법원, 검찰청, 법제처 등 다른 국가기관에서 헌법재판소에 파견된 공무원도 헌법재판소에서 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 통해 재판관 또는 재판부를 보좌함으로써 헌법재판의 수준과 심판절차 운용의 효율성을 제고하는 데 핵심적인 역할을 수행하고 있다.

헌법연구관은 헌법재판소장의 명을 받아 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구를 수행한다. 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구는 구체적으로 사건의 쟁점 정리와 국내·외의 자료 수집, 사건에 대한 종합적인 연구보고서 작성 및 연구부 내의 토론, 심판절차 진행의 보조, 변론 및 평의과정에서 개별재판관의 질의에 대한 답변, 결정문 초안의 작성 등으로, 헌법재판소의 사건처리 과정 전반에 걸쳐 사건에 대한 조사·연구의 측면에서 재판관과 재판부를 지원·보조하는 직무를 담

당한다.

헌법재판소의 사건처리는 최종적으로 종국결정을 통해 이루어지고, 종국결정은 재판관 간의 사건의 쟁점에 대한 평의와 평결의 절차를 통해 이루어진다. 평의와 평결은 사건의 쟁점에 대한 종합적이고 망라적인 자료의 수집과 주요쟁점에 대한 검토내용을 토대로 하여, 재판관 고유의 고도의 판단작용을 통해 형성된 의견 간의 절충과 조정을 통해 헌법재판소의 법정의견을 형성하고, 이를 설득력 있는 논증의 과정을 통해 작성한 결정서를 통해 선고함으로써 이루어진다. 이 과정에서 재판관의 고도의 판단작용에 의한 의견 형성에 기본적인 자료를 제공하는 것이 헌법연구관의 직무에 해당한다.

따라서 헌법연구관은 헌법재판의 과정에서 재판관에 대한 지원 및 보좌의 역할에 그치지만, 사실상 헌법재판소의 사건처리에 있어서 공정성과 신중성, 신속성과 효율성 간의 형량과 조정을 결정하는 중추적이고 핵심적인 역할을 담당하고 있다. 특히 우리 헌법재판소와 같이 비교적 짧은 임기와 법원·검찰 등 일반사법 분야의 법조 경력만을 가진 실무법조인을 중심으로 재판부가 조직되는 상황에서, 헌법연구관의 역할과 기능은 미국, 독일 등 국가에 비해 더욱 강조된다고 보아야 할 것이다.

2. 헌법연구관 제도의 유형과 우리 헌법연구관 제도에 대한 평가

가. 헌법연구관의 자격과 신분

헌법연구관은 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람, 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람, 국회, 정부 또는 법원 등 국가기관에서 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람, 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 국회, 정부, 법원 또는 헌법재판소 등 국가기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에

종사한 사람, 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 헌법재판소규칙으로 정하는 대학 등 공인된 연구기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 중에서 헌법재판소장이 재판관회의의 의결을 거쳐 임용한다(헌재법 제19조의1 제4항). 재판관의 자격과 달리 실무법조인으로만 그 자격을 제한하지 않는 것은 헌법재판 역시 사법작용의 본질을 가지므로 그 조사·연구의 작업에 실무법조인으로서 전문적 지식과 경험이 필수적으로 요청되기는 하지만, 일반재판의 경우와는 달리 학문으로서 법학에 대한 본질적 접근과 분석, 정치·외교·재정·경제·사회·문화 등 분야에 대한 상당한 정도의 지식과 현실에 대한 깊은 통찰력이 함께 필요하기 때문이다. 또한 통상적인 실무법조인에게 헌법재판에 대한 전문적인 지식과 경험을 기대하기 어렵고, 헌법재판 사건의 처리에는 외국의 입법례와 학설, 판례에 대한 비교법적 접근과 연구가 반드시 필요하므로, 다양한 분야에서의 경험과 전문성을 가진 헌법연구관을 통해 재판관의 직무수행을 보좌하는 것이 필수적으로 요청된다.

현재 헌법재판소에 근무하는 헌법연구관의 대부분은 실무법조인의 자격을 가진 사람들로, 이러한 현상은 창설 이후 지금까지 임명되었던 역대 재판관들이 판사, 검사 등 일반 실무법조의 경력을 가진 사람들로 충원되어 헌법재판 업무의 수행에 필요한 헌법 및 헌법재판에 지식이나 경험 등 전문성의 관점에서 매우 취약하였기 때문으로 보인다.

헌법연구관은 특정직공무원(헌재법 제19조의1 제2항)으로 실적과 자격에 따라 임용되고, 그 신분이 보장되는 직업공무원이다. 헌법재판소가 창설되고 2003년 헌법재판소법의 개정으로 헌법연구관의 법적 지위가 변경되기 전까지 헌법연구관은 1급 내지 4급의 별정직공무원으로 신분의 보장이나 처우에서 안정적이지 못하였다. 헌법재판소 창설 초기에는 1987년 개정된 헌법재판소가 종래 헌법위원회나 위헌심사권을 가졌던 대법원과 마찬가지로 사실상 휴면기관으로서 제대로 그 기능을 수행하지 못할 것이라고 예상하였다. 그래서 재판관의 법적 지위도 상

임과 비상임⁴⁹⁰)으로 구별하여 헌법재판소에 사건에 접수되면 비로소 그 권한을 행사하는 과거의 헌법위원회와 같이 비상설의 헌법기관으로 활동할 것을 예정하고, 그 조직을 구성하였다. 헌법연구관 역시 헌법재판소가 실제로 채용하여 조사·연구에 종사하게 할 것을 예정하지 않았고, 필요한 경우 법원이나 검찰 등 국가기관으로부터 파견을 받아 헌법연구관으로 근무하게 하면 충분할 것으로 보았다. 그러나 예상과는 달리 헌법재판소의 기능이 정상적으로 작동하자 1991년 11월 30일 개정된 헌법재판소법에서는 헌법연구관보 제도를 신설하고, 헌법연구관보로 5년 이상(사법연수원 수료 시 3년 이상) 근무한 자에 대하여 헌법연구관으로 임명할 수 있도록 하였다.⁴⁹¹) 이를 통해 헌법재판소 자체의 연구인력으로서 헌법연구관(보)의 정기적이고 계속적 충원과 헌법연구관을 중심으로 하는 연구부의 조직이 가능하게 되었다.⁴⁹²)

그러나 헌법연구관의 계속적인 충원에도 불구하고 열악한 신분과 근무조건으로 인해 법조인 자격을 가진 사람이 헌법연구관보 또는 헌법연구관의 직에 지원하고, 계속적으로 근무하기를 기대하기는 매우 어려웠고, 실제 그러한 현상이 나타나기도 하였다. 그래서 우수한 법조인력을 헌법연구관으로 확보하고, 헌법연구관으로서 장기근무를 유도하기 위해서는 안정적인 신분의 보장과 처우의 개선이 필요하였는데, 2003년 3월 12일 헌법재판소법을 개정하여 헌법연구관의 신분을 특정직국가공무원으로 전환하고, 법관의 직과 같이 그 임기를 10년으로 하되 연임할 수 있도록 하였다. 그리고 헌법재판에 대한 전문성을 확보하기 위해 헌법연구관을 신규로 임용하는 경우에는 3년 동안 헌법연구관보로 임용하여 근무하게 한 후 임용하되, 경력 및 업무능력을

490) 헌법재판소법(1988. 9. 1. 제정) 제13조 (상임재판관) 헌법재판소에 헌법재판소장을 포함한 6인의 상임재판관을 두되 대통령이 임명하며, 그 중 2인은 국회에서 선출하는 자 중에서, 2인은 대법원장이 지명하는 자 중에서 임명한다.

491) 이때부터 헌법재판소에서 정기적으로 헌법연구관보, 헌법연구관을 임용하게 되었다.

492) 헌법재판소, 헌법재판소 30년사, 2018, 184-185면 참조.

고려하여 헌법연구관보 임용을 면제하거나 그 기간을 단축할 수 있도록 하였다.

나. 헌법연구관 제도의 유형

헌법연구관에 관한 사항은 개별국가의 법적 전통과 법조인력의 구조 및 충원시스템에 따라 각국의 헌법재판 법제에서 구체적으로 그 조직 및 권한 등을 규율하여야 할 것으로, 헌법재판 제도의 형성과 관련한 본질적이고 중요한 사항은 아니라고 할 것이다. 그리고 헌법연구관의 조직 및 직무의 내용과 직무수행의 방식도 재판관과 헌법연구관 양자 간의 문제로 헌법재판소의 내부규율로 남겨두는 것이 일반적이다. 그러한 이유로 인해 독립적인 헌법재판기관을 두고 있는 국가들에서 헌법연구관의 조직과 구성, 그 구체적 업무수행의 방식을 정확하게 파악하기는 매우 어렵고, 해당 기관의 견학이나 방문, 헌법연구관과의 개별적인 토론 등을 통해 얻은 정보나 지식, 재판관의 평전 등에 소개된 정보 등 간접적인 문헌자료를 통해 헌법연구관 제도의 대강에 대해 알 수 있을 뿐이다. 최근에 헌법연구관 제도를 주제로 비교적 상세한 논문⁴⁹³⁾이 발표되어 제도에 대한 이해에 큰 도움을 주고 있는바, 이를 토대로 우리 헌법연구관 제도의 유형을 설명하고 이를 평가하기로 한다.

먼저 헌법연구관 제도는 그 근무기간의 장단을 기준으로 단기근무 모델과 장기근무 모델로 분류할 수 있다. 단기모델은 임기제로 채용되고, 주로 재판관의 임기 내에서 헌법연구관의 임기가 정해진다. 재판관 임기 내에 재판업무의 보조를 위해 재판관에 의해 직접 채용되는 경우가 많고 업무의 내용이나 방식도 재판관과 헌법연구관 간의 상호

493) 이세주, “독일 연방헌법재판소의 헌법재판실무상의 시사점에 대한 고찰”, 공법연구 제45집 제1호(2016. 10); 이황희, “헌법연구관제도의 모델”, 공법연구 제49집 제4호(2021. 6.) 참조.

관계에 따라 정해진다.⁴⁹⁴⁾ 이에 반해 장기근무 모델은 재판관 임기와 관계없이 비교적 장기로 또는 정년까지 근무하는 것을 예정하여 채용되고, 따라서 재판관에 의해 개별적으로 채용되지 않고 헌법재판소의 직원으로 채용되는 것이 일반적이다.⁴⁹⁵⁾ 독일, 이탈리아, 오스트리아, 포르투갈의 헌법재판소와 미국 연방대법원이 단기모델로 분류되고, 벨기에, 루마니아, 리투아니아 헌법재판소가 장기모델에 해당한다.

다음으로 헌법연구관 제도를 재판관 보좌 모델과 재판부 보좌 모델로 구별할 수도 있다. 전자는 헌법연구관이 특정 재판관만을 보좌하는데, 이 경우 통상 해당 재판관이 개별적으로 헌법연구관을 선발하는 경우가 많고 단기근무 모델과 결합하여 임기제로 채용된다. 재판부 보좌 모델에서는 헌법연구관이 전체 재판관들, 즉 재판부를 보좌한다. 해당 사건의 주심재판관과 사건을 전담하여 조사·연구업무를 담당할 헌법연구관이 매번 새로 정해진다. 다수의 헌법재판소에서 재판관 보좌 모델을 택하고 있는데, 독일, 이탈리아, 오스트리아, 벨기에가 여기에 속한다. 재판부 보좌 모델로는 터키, 루마니아가 있다.⁴⁹⁶⁾

끝으로 재판관과 헌법연구관 간의 업무적 종속관계를 기준으로 헌법연구관 제도의 모델을 구분하는 시도도 있다.⁴⁹⁷⁾ 먼저 강한 종속 모델은 재판관에 대한 헌법연구관의 강한 종속성을 특징으로 하는데, 이들 간의 엄격한 상하관계가 업무적으로 고도로 관철되는 형태를 뜻한다. 재판관의 사건에 대한 관점 및 판단이 헌법연구관의 직무수행에 강한 지배력을 미치는 유형이다. 강한 종속 모델과 비교할 때 재판관과 헌법연구관의 관계를 상대적으로 덜 종속적으로, 덜 위계적으로, 그리고 더 존중적인 모습으로 만들 수 있는 요소들이 발견되는 제도를

494) 이황희, 앞의 논문, 85면 참조.

495) 두 모델을 혼합하여 장기와 단기의 헌법연구관을 동시에 보유하는 모델로는 스페인 헌법재판소가 있다고 한다. 스페인의 경우 장기의 헌법연구관은 헌법재판소법에 의해 공식적으로 채용되고, 단기의 헌법연구관은 비공식적인 채널을 통해 채용된다고 한다. 이황희, 앞의 논문, 87면 참조.

496) 이황희, 앞의 논문, 93-94면 참조.

497) 이황희, 앞의 논문, 96-100면 참조.

약한 종속 모델이라 한다.⁴⁹⁸⁾

헌법연구관 제도의 유형에 대한 이황희 교수의 분류에 동의하는 입장도, 그렇지 않은 입장도 있을 수 있지만, 적어도 헌법재판 기관에서 재판관과 헌법연구관의 역할과 기능, 헌법연구관의 법적 지위와 직무를 비교법적으로 검토할 때, 적절하고 유용한 분류의 기준을 제시하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

다. 현행 헌법연구관 제도에 대한 평가

위와 같은 헌법연구관 제도의 분류에 의할 때 현행법상 그리고 우리 헌법재판의 실무상 일률적·일의적으로 그 유형을 분류하기는 어렵지만, 대체로 장기근무 모델, 재판부 보좌 모델, 약한 종속 모델로 분류할 수 있다고 생각된다. 우선 헌법연구관은 10년 임기로 채용되지만, 재임용의 결격사유가 없는 한 계속 근무할 것이 예정되는 경력직 공무원으로, 그 채용의 주체 역시 개별 재판관이 아니라 헌법재판소의 대표자로서 헌법재판소장이다. 미국의 law clerk이나 독일의 헌법연구관이 재판관에 의해 개별적으로 채용되고 재판관의 임기보다 짧은 기간 동안 근무할 것이 예정되어 있음에 반해, 우리의 경우 재판관회의를 거쳐 헌법재판소장이 임용하고 임기가 있는 재판관과 달리 원칙적으로 정년까지 근무하는 것이 예정되어 있다.

한편, 헌법연구관은 개별 재판관에 의해 임용되어 해당 재판관의 재판업무를 보좌하는 것에 그치지 않는다. 헌법재판소 내의 연구부 조직 및 연구관 배치에 따라 헌법연구관이 공동부 또는 재판관 전속의 전속부에서 근무할 수 있지만, 규범적으로 헌법연구관은 헌법재판소의 대표자로서 헌법재판소장의 명을 받아 사건에 대한 조사·연구 업무에 종사하고, 전속부에 배치된 경우를 제외하고는 모든 재판관의 주심 사건을 배정받아 해당 사건에 대한 조사·연구 업무를 수행할 것이

498) 이황희, 앞의 논문, 960100면 참조.

예정되어 있기 때문이다.⁴⁹⁹⁾

끝으로 약한 종속 모델인지, 강한 종속 모델인지와 관련해서는 재판관과 헌법연구관 간의 개별적인 관계 설정 및 업무수행 방식, 개별 재판관의 평의 등 심판절차 운영의 태도에 따라 그 분류가 달라질 수 있을 것이지만, 현행 헌법연구관 제도에 대한 규범적 접근을 강조하는 경우 강한 종속 모델보다는 상대적으로 약한 종속 모델로 분류하는 것이 보다 현실에 근접하고, 설득력 있는 분석으로 볼 수 있다. 헌법연구관의 조사·연구의 방향 설정이나 연구보고서의 결론에 주심재판관 또는 개별 재판관의 의지가 관철되거나 반영될 가능성이 현실적으로 크지만, 이는 사실상의 문제일 뿐 헌법연구관이 이에 따르지 않는 경우 이를 관철하기는 어렵기 때문이다.

이상으로 본 바와 같이 우리 헌법연구관 제도는 장기근무·재판부 보좌·약한 종속의 모델로 분류할 수 있다. 헌법연구관의 임용이나 근무관계에서 재판관의 의사는 법적 의미가 아니라 사실상의 영향을 미치는 것에 불과하고, 임기제로 임용되지만 이는 헌법연구관의 직에 부적합한 사람을 배제하기 위한 필터로서 기능을 하는 것이지 단기근무를 의도한 것이 아니기 때문이다.

헌법재판소의 기능수행과 관련하여 재판관과 헌법연구관 간의 관계 설정에 따른 분류는 특별한 의미가 있다고 생각된다. 헌법의 규범적 특수성과 이에 따른 헌법해석의 의의, 헌법에 대한 해석과 적용을 기초로 하는 헌법재판의 역할과 기능에 비추어 헌법재판소의 조직과 구성에는 특별히 전문성의 요청이 강조되는바, 현행 헌법재판의 법제에 비추어 헌법재판소의 조직 및 구성, 재판관 임명의 현실은 전문성의 측면에서 다소 문제가 있음을 앞에서 검토하였다. 따라서 사건처리의 과정에서 재판관과 헌법연구관 간의 기능적인 협력과 보완의 관계는

499) 이황희 교수는 현행 헌법연구관제도를 재판관 보좌 모델과 재판부 보좌 모델을 혼합한 방식으로 평가한다. 연구부를 공동부와 전속부로 조직하고, 소속 여하에 따라 재판관 또는 재판부를 보좌하기 때문이다. 이황희, 앞의 논문, 93면 참조.

특별히 강조되어야 한다. 헌법재판 사건의 공정하고 신중한 처리를 위하여, 다른 한편으로 신속하고 효율적인 심판절차의 운용을 통한 신속한 사건처리를 위하여 양자 간의 건강한 협력관계와 보완관계는 헌법재판소의 결정이 충분히 설득력을 갖추어 국민통합의 공감대적 가치로써 정당화되기 위한 필요조건으로, 이와 같은 측면에서 현행 헌법재판소법상 헌법연구관 제도는 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.

3. 헌법연구관 및 연구부 현황

가. 헌법연구관 현황

2022. 8. 29. 현재 파견 헌법연구관을 제외한 헌법재판소의 자체 헌법연구관(보) 수는 73명이다. 여기에 헌법재판소 공무원으로서 독자적인 사건처리보다는 사건 관련 비교법적 연구나 해외문헌에 대한 조사·연구를 담당하는 헌법연구원 6명, 법원과 검찰로부터 파견받은 파견 헌법연구관 13명,⁵⁰⁰⁾ 법제처와 국세청의 파견공무원 2명을 합하면, 모두 94명의 연구인력이 연구부를 구성하고 있다. 1998년 9명, 1999년 13명, 2002년 21명, 2007년 30명, 2008년 38명이었던 것과 비교하면, 약 2배 정도로 자체 헌법연구관 수의 증가가 있었다.

그런데 자체 헌법연구관 인력 전부가 모두 사건에 대한 조사·연구 업무에 투입되는 것은 아니다. 헌법재판소 산하기관인 헌법재판연구원 근무, 외부기관(국회, 대법원)으로의 파견근무, 공보관 등 헌법재판 관련 행정업무 전담, 국외 장단기연수, 휴직 등의 사정으로 연구업무를 수행할 수 없는 인원이 일상적으로 20명 내외⁵⁰¹⁾임을 감안하면, 실제 연구업무를 수행할 수 있는 자체 헌법연구관 인력은 대략 53명 내외

500) 법원 파견이 9명, 검찰 파견이 4명이다.

501) 헌법연구관의 성별, 연령 등의 분포에 비추어 출산 또는 육아로 인한 휴직자 수는 매년 거의 고정적이고, 헌법재판소 외의 헌법재판연구원, 파견 등 외부 근무 인력의 수 역시 고정적이다.

에 머무르고, 여기에 법원과 검찰에서 파견된 13명⁵⁰²⁾의 파견 헌법연구관 수를 더하면 66명 내외의 연구인력이 연구업무에 투입되는 것을 볼 수 있다.

헌법연구관 중 근무경력 10년 이상의 선임헌법연구관(헌법재판소 연구부 및 선임헌법연구관 등에 관한 내규 제3조)⁵⁰³⁾은 모두 17명이 고,⁵⁰⁴⁾ 3개의 전속부에 20명, 3개의 공동부에 30명, 수석부장연구관·선임부장연구관·비서실장으로 각 1명씩 모두 53명의 자체 헌법연구관이 연구부에 배치되어 실제 연구업무를 수행하고 있다.⁵⁰⁵⁾

한편, 대법원은 헌법연구관과 같이 조사·연구 업무를 담당하는 인력으로 재판연구관 조직을 운용하고 있다. 대법원 재판연구관은 2022. 2. 21. 현재 131명으로 대법원장 비서실장, 수석재판연구관, 선임재판연구관 각 1명씩을 제외하면 모두 128명의 재판연구관이 조사·연구 업무를 담당하고 있다. 그중에서 97명의 재판연구관이 지방법원 부장판사와 일반판사의 직에 있는 사람이고, 31명의 재판연구관이 헌법재판

502) 법원 및 검찰의 파견 헌법연구관 역시 온전히 연구·조사 업무를 수행할 수 있는 인력으로 보기 어렵다. 헌법재판소로 파견되기 전에 헌법재판의 경험이 거의 없을 뿐 아니라, 파견기간도 2년 정도로 단기간에 불과하여 실제 사건처리와 관련한 연구업무에 종사하는 기간은 더욱 짧을 수밖에 없는 것이 현실이다. 법제처와 국제청에서 파견된 연구관도 각 1명씩 있으나 법제 또는 세무행정과 관련한 조사업무만을 담당하므로 독자적인 연구인력으로 기능하지 아니한다.

503) 제3조(선임헌법연구관) ① 헌법재판소장은 법조경력 10년 이상 및 헌법연구관 경력 3년 이상의 헌법연구관 중에서 선임헌법연구관을 임명할 수 있다.

② 선임헌법연구관은 각자의 보직에 따라 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 사건의 심리 및 심판에 관한 조사·연구 업무
2. 헌법 및 헌법재판 연구와 교육
3. 헌법연구관, 헌법연구관보, 헌법연구원, 헌법연구위원, 그 밖의 조사·연구업무 담당자의 조사·연구 업무 지도
4. 기타 헌법재판소장이 부여하는 업무

504) 헌법재판연구원에 근무하는 선임헌법연구관, 기획심의관, 공보관으로 근무하는 선임헌법연구관은 제외하였다.

505) 수석부장연구관, 선임부장연구관은 평의와 선고의 대상이 되는 모든 사건에 관여하므로 개별사건에 대한 조사·연구를 담당하는 연구인력으로 보기 어렵고, 비서실장의 경우 헌법재판소장을 보좌하므로 헌법연구관으로 보할 뿐 사실상 연구인력에서 제외된다.

소, 국세청 등의 파견연구원, 계약직으로 전문분야의 조사·연구업무를 담당하는 전문연구원이다.

재판연구관의 조직은 전속조와 공동조로 나뉘는데, 전속조(주로 민사사건)에는 대법관 1명당 2명씩 모두 24명의 재판연구원(모두 법관으로 배치)이 배치되어 있고, 공동조(행정·지적재산권·조세·형사사건)에는 모두 104명의 재판연구관이 배치되어 있는데, 그중 73명이 법관인 재판연구원이고, 31명이 비법관 재판연구원이다.

나. 연구부의 조직과 구성

헌법재판소는 창설 초기부터 연구부 조직을 운영⁵⁰⁶⁾하였지만, 연구부는 헌법재판소 내부의 사실상 기구였을 뿐 규범적 근거를 가진 공식적인 사무기구는 아니었다. 그러다가 2007년부터 시작된 제4기 재판부에서 연구부 조직을 개편하여 종래 1명의 헌법연구부장 대신 수석부장연구원 1명과 선임부장연구원 1명, 부장연구원 등을 두어 연구부의 관리업무를 분장하고, 재판관 소속의 전속연구원으로만 운용되던 연구부 조직을 개편하여 전속연구관을 재판관별 1명으로 줄이고 3개의 공동연구부(재산권부, 자유권부, 사회권부)를 조직하여 연구인력의 전문성을 제고함과 함께 연구보고서의 작성 단계에서 심도 있는 자료조사와 토론을 거치도록 하였다. 이와 같이 공동연구부를 중심으로 연구부 조직을 재편하고 재판관에 배치되는 전속 헌법연구관의 수를 줄인 것은 공동부 내 토론의 활성화 및 연구부 조직 내 단계별 검토과정을 통해 연구보고서의 내용을 충실히 하고, 미제사건의 누적적인 증가가 전속 헌법연구원 중심의 연구부 체제에 원인이 있다고 판단하고 이를 줄이기 위해 공동부 중심으로 연구부 조직을 개편·운영하게 된 것이다.⁵⁰⁷⁾

506) 법원에서 파견된 부장판사가 1989. 3. 1.부터 1990. 2. 28.까지 헌법연구부장으로 근무하였으므로 창설 초기부터 연구부를 조직·운용한 것으로 볼 수 있다. 헌법재판소, 헌법재판소 10년사, 1998. 536면 참조.

507) 2007. 12. 보고된 “헌법연구관의 충원 및 관리개선 방안” (내부보고서) 참조.

제5기 재판부에서는 심리에 소요되는 기간을 단축하고, 연구업무의 효율성과 신속성을 제고하는 데 초점을 맞추어 연구부를 개편하였다. 재판관별 전속연구관을 1명에서 3명으로 늘리고, 지정재판부별로 각 1명의 팀장연구관을 두어 사전심사 이외에 전원재판부에 회부된 사건 중 쟁점이 간단하거나 선례가 있는 사건들을 지정부 내의 토론을 거쳐 신속하게 처리할 수 있도록 하였다. 그리고 공동연구부는 기존의 4개에서 3개(자유권부, 재산권부, 사회권부)로 재편하여 새로운 쟁점이 있거나 적시의 처리를 요하는 주요사건에 대하여는 심도 있는 연구·검토를 거치도록 하였다. 이후 연구부 조직을 일부 개편하여 전속연구부 소속의 팀장연구관 명칭을 부장연구관으로 변경하였다.

2017년 9월 1일부터는 법조 경력 10년 이상 및 헌법연구관 경력 5년 이상의 헌법연구관 중에서 선임헌법연구관을 임명하도록 하고, 이들 중에서 수석부장연구관·선임부장연구관·부장연구관·행정연구관 및 헌법연구관으로 임명되는 헌법재판연구원의 원장·연구교수부장 및 팀장을 보하도록 하였으며, 이들의 근무기간을 1년으로 하고 1회에 한하여 연장할 수 있도록 하는 순환보직제도를 도입하였다. 그리고 연구부 조직 및 그 운영의 규범적 근거를 명확하게 하는 취지에서 종전의 연구부 직제를 전면적으로 개정하여 ‘헌법재판소 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관한 내규’에서 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있다.⁵⁰⁸⁾

2022. 10. 현재 헌법재판소 연구부는 전속부 3개부와 공동부 3개부로 조직되어 있다. 전속부는 전속1부, 전속2부, 전속3부로 나누어 각 제1·제2·제3의 지정재판부를 담당한다. 전속부 소속의 각부에는 부의 업무를 총괄하는 1명의 선임헌법연구관을 배치하고, 제1부에는 7명(그중 5명이 자체 헌법연구관), 제2부와 제3부에는 각 10명(그중 각 6

508) 2017. 9. 1. 헌법재판소내규 제206호로 개정된 ‘헌법재판소 연구부의 조직 및 헌법연구관의 보직부여에 관한 내규’를 개정하면서 헌법재판소는 “선임연구관 제도 도입 등에 관한 필요한 사항을 규정함으로써 헌법연구관의 사기를 진작하고 헌법재판소 연구부 조직의 활성화를 도모하려는 것임.”이라고 그 취지를 밝혔다.

명이 자체 헌법연구관)의 헌법연구관을 배치하고 있다.

공동부는 자유권부, 재산권부, 사회권부로 나누어 해당 및 관련 업무영역별로 사건에 대한 조사·연구 업무를 담당한다. 각부의 조직을 2개의 조로 나누어 각조의 업무를 총괄하는 1명의 선임헌법연구관을 배치하고, 자유권부에 14명, 재산권부에 12명, 사회권부에 8명의 헌법연구관을 배치하고 있다.

다. 연구부의 사건배정 등 운영방식

헌법재판소에 사건이 접수되면 배당절차에 따라 주심재판관이 정해지고, 주심재판관은 심판청구의 유형, 사건의 내용 및 주요쟁점 등을 파악한 후 주심재판관의 전속연구관에게 조사·연구를 배정할 사건(전속부 배정사건)을 제외한 나머지 사건을 공동부에 배정한다. 이때 주심재판관은 사건을 담당할 공동부를 특정하여 해당 공동부로 사건을 배정할 수 있고, 직접 배정하지 않고 수석부장연구관에게 공동부로의 배정을 위임할 수도 있다. 따라서 사건에 대한 조사·연구 업무를 전속부에 배정할 것인지, 공동부에 배정할 것인지는 원칙적으로 사전에 정해진 연구부 내부의 연구부 운영방안 등 관련 내부규정에 따라 주심재판관이 결정하고, 공동부 중 어느 부에서 실제 조사·연구업무를 담당하게 할 것인지는 주심재판관이 직접 정하거나 수석부장연구관에게 위임하여 정한다.

4. 신속한 사건처리를 위한 적정 연구관 규모(수)

가. 헌법연구관제도의 형성 및 운용에 대한 고려사항

앞에서 본 바와 같이 재판관의 수는 개별국가의 헌법 또는 헌법재판에 관한 사항을 규율하는 법률 차원에서 정하는 것으로 일반적으로

그 수는 매우 적다. 그러나 헌법재판소에 접수되는 사건에서 헌법재판소는 헌법의 해석과 적용을 통해 주권자인 국민이 만든 최소한의 합의로서 헌법을 구체화하고 실현하는 작용을 하므로, 헌법재판사건의 심리 및 판단은 일반법원의 법률 해석 및 적용의 과정과는 달리 매우 어려운 작업으로, 아무리 간단하고 큰 비중을 가지지 않은 사건이라고 하더라도 심도 있는 연구와 검토를 필요로 한다. 게다가 헌법재판소에 접수되는 사건의 수도 해마다 증가하므로 이를 오로지 재판부의 노력으로 처리하기는 현실적으로 불가능하다. 따라서 이를 보완하는 헌법연구관의 역할은 헌법재판소의 기능수행을 위하여 매우 중요하고, 헌법재판제도를 운영하는 모든 국가의 헌법재판기관에서는 다양한 형태와 규모로 해당 국가 고유의 헌법연구관제도를 운용하고 있다.

앞에서 본 바와 같이 미국연방대법원은 연방대법관이 자신의 재량과 필요에 따라 4명의 로클릭(law clerk)을 선발하여 재판업무를 보조하게 하고 있다. 대부분 전년도에 우수한 로스쿨을 최고 성적으로 졸업한 사람들이 로스쿨 원장이나 동료재판관 등의 추천을 받거나 서류심사, 면접 등을 거쳐 선발되어 오다가, 최근에는 연방항소법원에서의 로클릭 경력이 필수요건으로 되고 있다고 한다.⁵⁰⁹⁾ 로클릭제도는 법조직역에서 최고의 경륜을 가진 재판관과 이제 막 법조인의 길을 걷는 신진 법조인을 업무적으로 결합시킴으로써 재판관의 보수적인 성향을 로클릭의 신선하고 창의적인 생각으로 보완하여 상호 조화를 이루고 있다는 평가를 받고 있다.⁵¹⁰⁾ 연방대법원의 로클릭제도는 대법관의 풍부한 재판 경험과 헌법해석에 대한 전문성, 헌법재판의 일관성 보장을 위한 대법관 임기의 종신제(終身制)와 결합하여 연방대법원의 재판과정에서 대법관과 로클릭 간의 최대한 시너지 효과를 발휘하도록 고안된 헌법연구관제도로 평가할 수 있을 것이다.

509) 전종익, 미국 Law Clerk제도 - 연방대법원을 중심으로 -, 헌법논총 제14집(2003), 359면 이하 참조.

510) 헌법재판소, 주석 헌법재판소법, 195-196 참조.

독일 연방헌법재판소에도 창설 초기부터 미국의 로클릭제도에 유사한 헌법연구관제도(Wissenschaftlicher Mitarbeiter)를 운용하였다. 헌법재판소의 기구로서 헌법연구관에 대한 법률적 근거는 없고, 연방헌법재판소 사무규칙 제13조 제2항에서 “연방헌법재판소의 모든 재판관은 그의 연구관을 스스로 선발할 권한을 가진다. 그의 의사에 반하여 연구관이 그에게 배속될 수 없다.”라고 규정하고 있다. 따라서 재판관은 스스로 권한과 책임으로 자신의 직무활동을 법학적·실무적 차원에서 보좌할 헌법연구관을 선발하는데, 연구관의 자격에는 따로 제한이 없고 재판관의 개인적인 친분으로 동료 교수나 법조인으로부터 추천을 받는 것이 일반적이고, 필요한 경우 법조 직역 내부에 채용공고를 통해 선발하는 경우도 있다. 연방헌법재판소의 재판관 중 연방헌법재판소법에 의해 각 재판부에 할당되는 3명의 연방최고법원 재직경력 of 재판관을 제외하고 나면, 대부분의 재판관이 헌법재판의 전문성을 가지고 있으므로 앞에서 본 바와 같이 재판관이 전담하는 사무분배의 전문영역에 따라 해당 전문영역에서 경험이나 전문성을 가진 법조인을 선발하는 것이 일반적이라고 한다.⁵¹¹⁾ 재판관당 4-5명의 헌법연구관을 둘 수 있고, 근무기간은 재판관과의 협의에 따라 정하지만 2-3년 정도 단기간으로 근무하는 것이 일반적이다. 과거 연방헌법재판소의 헌법연구관 경력은 대학교수, 연방법원의 법관 임용 등을 위한 영예로운 지위로 여겨졌으나, 법조 직역에 대한 젊은 법조인들의 선호 변화, 가족 중심의 생활구조, 독일의 외곽에 위치한 연방헌법재판소 소재지로 생활근거지를 옮겨야 하는 불편함 등의 사정으로 인해 헌법연구관

511) 예를 들어 제1 재판부 소속의 Prof. Dr. Gabriele Britz 재판관은 ‘가족 및 아동·청소년 등의 분야 관련 개별 법률들과 그와 관련한 사건’을 담당하는데, 4명의 헌법연구관 중 3명은 가정법원 판사이며, 1명은 사회법원 판사이다. 이러한 연구관의 선발 및 구성은 재판관이 담당하는 전문 분야의 사건 처리에 있어서 전문성과 효율성을 더욱 가질 수 있는 장점이 있다. 재판관은 자신의 선임재판관이 담당하는 전문분야를 그대로 물려받는 경우가 업무관행이므로 정작 해당 전문분야에 대한 법률지식이나 경험이 부족할 수 있고, 따라서 헌법연구관은 이를 학문적·실무적으로 보좌한다. 자세한 것은 이세주, 앞의 논문, 278-279면 참조.

으로서의 근무, 특히 장기근무를 기피하여 지원자가 줄어드는 추세라고 한다. 그러나 재판관에 배속된 헌법연구관 중 선임연구관은 2년을 넘어 비교적 장기간 근무하는 것이 일반적이며, 재판관과 특별한 유대관계를 통해 지정재판부의 수리절차 단계에서 소속 헌법연구관을 지휘하여 신속한 사건처리를 담당하고, 전원재판부로 회부되는 사건에 대한 조사·연구 업무를 주로 전담하여 처리한다고 한다. 이와 같은 독일 연방헌법재판소의 헌법연구관 제도 역시 연방헌법재판소의 재판관 자격 및 선출의 방식, 재판관 임명의 현실, 그리고 지정재판부 단계에서 수리절차를 통해 대부분의 사건을 처리하고 소수의 사건만을 전원재판부에서 관장하여 재판하는 연방헌법재판소 특유의 심판절차와 재판관의 업무수행방식에 기인하는 것이다.

헌법재판소의 경우 재판관의 자격과 선출방식, 지정재판부가 아니라 전원재판부로 집중된 사건처리의 방식, 심판절차의 특수성 등을 고려하여 위에서 본 바와 같이 단기가 아니라 장기 근무, 재판관이 아닌 재판부 보좌, 비교적 종속성이 약한 성격의 헌법연구관제도를 운영하고 있다. 이는 우리 헌법재판제도의 특성과 법조의 조직 및 시스템, 법조인력의 충원시스템 등을 고려한 것으로 적절하고 합리적인 재판관-헌법연구관 모델로 평가할 수 있음은 앞에서 이미 살펴보았다.

나. 적정 헌법연구관 규모와 증원의 필요성

미국이나 독일의 경우 접수사건의 대부분을 (전원)재판부에서 판단하지 않고 상고허가절차(Certiorari 관할)의 단계나 지정재판부의 수리절차를 통해 중국적으로 처리한다. 양 기관 모두 다소의 차이가 있지만 접수사건 대비 1% 내외의 사건만을 연방대법원 또는 연방헌법재판소의 재판부에서 직접 관장하여 중국결정을 통해 처리하고 있다. 이는 헌법재판의 본질과 기능에 비추어 헌법재판소가 직접 심리하고 판단할 만한 중요한 헌법사건을 선별하여, 이에 대해 자신의 역량과 자원

을 집중하는 사건처리방식을 선택한 것으로 볼 수 있다.

그러나 이와 같은 업무처리의 방식은 국가권력의 헌법기속성의 차원에서, 국민의 헌법재판을 받을 권리의 보장 차원에서 문제가 있을 뿐 아니라 헌법재판기관의 자의적인 사건 선별 및 이로 인한 차별적인 권리구제, 그리고 헌법재판소에 대한 국민의 신뢰 실추로 이어질 위험성이 크다. 따라서 선불리 심판절차의 신속성 확보를 통한 효과적인 권리구제수단의 제공이라는 명분으로, 법적 판단이 아니라 정책적 판단으로 미국식의 상고허가절차나 독일식의 수리절차를 도입할 것은 아니라고 생각된다. 미국 연방대법원이나 독일의 연방헌법재판소와 같이 오랜 기간 국민의 통합을 촉진하고 국민의 생활감각에 부합하는 수준 높은 헌법재판을 통해 국민의 기대와 신뢰가 공고하게 축적된 단계에서 신속한 국민의 기본권 구제를 위한다는 명분과 목적으로 정책적 고려에 의해 재판부의 판단 여부를 가리는 제도가 비로소 정당성을 가질 수 있을 것이다.

우리 헌법재판법제는 국민의 헌법재판을 받을 권리의 실질적 보장을 위해 헌법사건의 처리를 원칙적으로 전원재판부에 관장하도록 하고(헌법 제111조 제2항, 헌재법 제22조 제1항), 예외적으로 헌법소원심판사건에 한하여, 심판청구가 명백히 부적법하고 달리 그 흠결을 보정할 수 없는 경우에, 지정재판부 재판관 전원의 일치된 의견으로 각하결정을 함으로 전원재판부가 아니라 지정재판부에서 사건을 중국적으로 처리할 수 있도록 하고 있다. 따라서 헌법재판소는 매년 접수사건 총수의 약 20-30%의 사건을 전원재판부에서 직접 처리하고 있는데,⁵¹²⁾ 이들 전원재판부 처리사건의 경우 사건의 비중, 쟁점의 다소(多少)나 난이도 등에 상관없이 원칙적으로 헌법연구관에 의해 작성된 연구보고서와 수집된 심판자료 등을 토대로 재판부의 평의·평결의 절차를 거쳐, 결정서에 의해 중국결정이 선고됨으로써 사건이 처리된다. 따라서 헌법재판소의 적정한 헌법연구관 규모는 매년 접수되는 사건 중 전원재

512) 표3) “최근 5년간 연도별 접수사건과 전원재판부 선고사건” 참조할 것.

판부에서 결정선고를 통해 중국적으로 처리되는 사건의 조사·연구 업무를 충분히 감당할 수 있을 정도의 규모여야 하고, 여기에 더하여 현재와 같이 헌법재판소법에서 정하는 사건처리기간인 180일을 넘은 미제사건이 부담스러운 정도에 달하는 상황에서는 미제사건 수를 적정한 범위 내로 대폭 줄이는 것 역시 고려하여야 할 것이다.

2018년부터 2021년까지 각 601건, 455건, 521건, 511건의 사건이 전원재판부에서 처리되었는데, 헌법연구관 1명이 1년에 10건(1월에 0.83건)의 연구보고서를 작성⁵¹³⁾하는 것을 전제로 할 때, 이를 모두 처리하기 위해 최소한 52.2명의 헌법연구관이 필요하다. 즉, 최근 4년간 전원재판부 사건처리 건수의 평균이 522건, 헌법연구관 1명당 연 10건의 연구보고서 작성을 전제로 할 때, 연구보고서 작성 등 조사·연구 업무만을 담당하는 헌법연구관이 최소 53명이 필요하다는 의미이다.

공식적인 통계나 문헌으로 확인된 것은 아니지만, 독일 연방헌법재판소에 근무하는 현직 헌법연구관들과의 대화를 통해 확인한 바에 따르면, 재판관실에 근무하는 헌법연구관 대부분은 지정재판부 단계에서 부적법한 청구, 명백히 청구에 이유가 없거나 반대로 선례가 분명하여 명백히 청구에 이유가 있는 사건을 주로 배정받아 연구보고서를 작성하는데, 비교적 정형화된 단순사건의 경우라도 약 3개월 정도의 기간이 소요되고, 평균적으로 일반적인 사건처리의 기간으로 약 6개월 정

513) 적정 헌법연구관 수를 산정하기 위해 고려되는 상황과 조건을 모두 단순화하였다. 개별사건마다 연구보고서의 작성기간에 큰 차이가 있다. 헌법적 쟁점이 많은 경우 그만큼 긴 시간이 소요되고, 심리절차에 필수적으로 요청되는 피청구인의 답변서, 이해관계기관의 의견서 등의 제출을 기다려 이를 요약, 정리, 검토 및 판단의 결과를 포함하여 연구보고서를 작성하여야 하며, 변론을 실시하는 경우 변론 준비 및 변론 결과의 정리 및 검토, 연구보고서의 내용과 관점을 누락 없이 그리고 풍부하게 만들기 위해 연구부 내의 토론과 의견 무기 등의 절차를 거쳐야 하므로 하나의 사건에 6개월에서 1년 정도의 기간이 소요되기도 한다. 반면 쟁점이 단순하고 선례가 있는 경우 단기간 내에 연구보고서 작성을 완료할 수 있는 사건도 있지만, 완전히 같은 사건이 아닌 한 청구인의 주장과 피청구인의 답변에 대한 검토와 판단은 반드시 필요하다. 그러므로 1년에 10건의 연구보고서(월 0.83건)를 기준으로 하였다.

도가 소요되는 편이라고 한다.⁵¹⁴⁾⁵¹⁵⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 헌법재판소 연구부에는 자체 헌법연구관과 과건 헌법연구관을 합하여 66명 내외의 헌법연구관이 사건에 대한 조사·연구 업무를 담당하고 있는데, 그중에서 지정재판부의 사전심사를 주로 담당하는 30명의 지정재판부 소속 헌법연구관을 제외한 공동부 소속의 헌법연구관 36명 정도가 전원재판부 사건에 대한 연구보고서 작성업무를 담당하고 있다. 현재의 헌법연구관 가동인원으로는 접수사건 모두를 처리하지 못하는 것이 산술적으로 명백히 입증되므로 접수사건의 신속한 처리를 위해서는 상당한 규모의 헌법연구관 인력의 증원이 필요하다.

이와 같은 접수사건의 평균 건수, 사건처리에 필요한 최소한의 헌법연구관 인원 간의 차이로 인해 접수된 해에 처리되지 못하고 다음 연도로 넘어가는 미제사건의 수도 해마다 증가할 수밖에 없는 실정이다. (표4)에서 본 바와 같이 2018년 902건, 2019년 1,113건, 2020년 1,312건, 2021년 1,518건, 2022년 9월 현재 1,636건으로 미제사건의 수가 계속해서 증가하고 있고, 위에서 살펴보았듯이 접수사건 수에 대비한 적정 헌법연구관 수를 고려하여 보면, 특단의 사정이 없는 미제사건의 신속

514) 이세주, 앞의 논문, 282면 참조.

515) 이에 더하여 독일의 경우 헌법소원심판을 청구하기 위해서는 보충성 요건에 따라 법원의 모든 심급절차를 거쳐 상고심을 대상으로 헌법소원심판을 청구하여야 하는데, 그 과정인 1심, 2심, 3심(상고심)의 재판과정에서 필요한 헌법적 쟁점이 모두 판단되므로, 헌법재판소가 법원과 헌법 및 법률의 해석을 달리하는 예외적인 사건이 아닌 한 법원의 판단을 원용하는 것으로 연구보고서와 결정서가 작성되는 것이 일반적이고 또한 실제 헌법재판의 실무도 그러하다. 대법원의 사건 역시 상고심 절차에 이르는 과정에서 하급심의 판단이 존재하고, 사건에 대한 조사·연구 업무의 주요내용도 기존의 판례 입장을 정리·분석하여 판례와 모순되지 않는 일관성 있는 결론을 도출하는 것에 있으므로 그 업무가 비교적 정형적이라 볼 수 있다.

반면에, 우리 헌법재판의 실무에서는 헌법재판소가 판단한 바 있는 완전히 동일하거나 거의 유사한 쟁점을 가진 선례가 없는 한, 대부분의 사건들에서 헌법연구관은 완전히 새로운 연구보고서를 작성하여야 한다는 점에서 독일 연방헌법재판소나 대법원 등 일반법원의 재판연구관과 연구업무의 성격과 내용이 다르다고 볼 수 있다.

한 처리나 건수의 감소를 기대하기는 사실상 불가능한 상황이다.

예를 들어 (표 4)에 따르면 2022. 9. 현재 미제사건 총수가 1,636건이고, 그중에서 비교적 짧은 시간에 큰 노력 없이 연구보고서를 작성할 수 있는 불기소처분취소 사건의 수가 397건을 차지한다. 불기소사건을 제외한 일반 미제사건 1,239건을 처리하기 위해 가동이 가능한 헌법연구관 66명을 모두 미제사건의 처리에만 투입하는 경우, 산술적으로 $1.877\text{년}[1,239(\text{미제사건})\div(66\times 10)]$ 이 소요된다. 이 경우 1.87년 동안에 헌법재판소에 접수되는 사건은 모두 미제사건으로 추가될 것이므로 오히려 미제사건의 수가 누적적으로 증가하게 될 것이다.

헌법재판소의 사건처리를 신속히 하기 위해서는 일차적으로 사건에 대한 조사·연구 업무에 종사하는 헌법연구관의 인원을 산술적으로 미제사건이 발생하지 않을 정도에 이르기까지 증원하는 것이 시급히 요청된다. 여기에 더하여 이미 지체된 권리구제수단이 제공이 명백한 1,636건에 이르는 미제사건의 처리를 위해 필요한 몫의 헌법연구관 인원 충원도 필요할 것이다.

다. 연구인력 증원의 방안

이상의 적정 헌법연구관 인력에 대한 산술적 분석은 자체 헌법연구관의 현원에 파견 헌법연구관의 현원 13명을 포함한 연구부의 연구인력 충원을 기준으로 하였다. 헌법재판소의 신속한 사건처리를 위해 헌법연구관의 증원이 필요하다는 사실은 산술적으로 명백히 입증되지만, 어떤 방식으로 충원을 할 것인지도 역시 문제가 된다. 예를 들어 미제사건이 어느 정도 줄어들 때까지 법원이나 검찰로부터 파견을 받는 헌법연구관을 늘리는 방식으로도 연구인력의 증원이 가능하기 때문이다. 법원이나 검찰로부터 파견된 헌법연구관은 파견기간이 단기간인데다 헌법재판에 대한 실무경험이 거의 없고, 그나마 업무수행을 위해 일정 기간 교육 및 훈련이 필요하다. 게다가 이들의 파견취지는 헌법

재판의 과정에서 필요한 심판대상으로서 또는 심판기준으로서 법원의 법률 해석이나 적용에 관한 사항, 형사처벌규정에 대한 검찰의 형벌권 행사의 실무 등을 조사·연구하는 데 있는 것이지 하나의 사건을 온전히 처리하는 데 있는 것이 아니다. 따라서 연구인력 증원의 방식은 자체 헌법연구관의 인원을 늘리는 방식이어야 한다.

5. 신속한 사건처리를 위한 연구부 조직개편 및 사건처리 방안

가. 개관

헌법재판소에 접수되는 사건을 신속히 처리하기 위해서는 무엇보다도 전원재판부로 회부되는 사건의 수를 획기적으로 줄이는 것이 필요하다. 지정재판부에서 종국적으로 처리되는 일부 사건을 제외하면 헌법재판소에 접수되는 모든 사건은 전원재판부에서 처리된다. 사건이 접수된 후 배당절차에 따라 주심재판관이 지정되면, 주심재판관은 사건의 내용이나 경중, 사건처리의 난이도, 결정의 파급효과 등을 고려하여 지정재판부의 사전심사를 거쳐 명백히 부적법한 청구가 아닌 한 연구부에 사건에 대한 조사·연구를 지시한다. 그에 따라 연구부 단계에서 사건에 대한 조사·연구 업무가 종료되면(연구보고서의 작성 및 관련 자료의 수집, 연구부 내부 토론 및 의견서 작성 등), 주심재판관에게 조사·연구 업무의 결과가 보고되고, 이들 자료를 토대로(전원)재판부에서 변론·평의·평결 등 사건처리를 위한 절차가 진행된다. 사건의 쟁점이 비교적 단순하거나 명백히 선례가 존재하여 이를 원용하여 사건을 처리할 수 있는 예외적인 경우를 제외하고는, 조사·연구의 단계, 재판부의 심리절차에 비교적 오랜 기간이 소요되고, 그 과정에서 적시에 처리되지 못하는 사건은 결국 미제사건으로 남게 된다. 따라서 헌법재판소에 접수된 사건이 전원재판부로 회부되면, 위에서 본 바와 같은 예외적인 경우가 아닌 한 헌법재판소법 제38조에서 정하는 심판

기간 180일을 준수하는 것이 어렵기 때문에, 전원재판부로 회부되는 사건을 줄이는 것이 신속한 헌법재판을 위해 반드시 필요한 것이다.

이러한 사정은 미국, 독일 등의 헌법재판기관에서도 동일하게 문제가 되는데, 전원재판부가 직접 판단하여야 할 사건의 수를 줄이기 위해 미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소는 Certiorari 관할제도(허가상고제도), 지정재판부의 수리절차(Annahmeverfahren)를 통해 헌법재판의 본질과 기능에 비추어 전원재판부의 심리와 판단을 반드시 받을 필요가 있는 사건과 그렇지 않은 사건을 구별하고 있다. 이를 통해 전자의 사건에 연방대법원과 연방헌법재판소의 자원과 역량을 집중하도록 심판절차를 개선하였다. 이와 같은 제도개선의 취지는 이들 기관의 업무량을 최고의 그리고 최종의 헌법재판기관으로서 효율적으로 기능할 수 있도록 조절하여 사건에 대한 심판업무의 신중성과 공정성을 최대로 확보하고, 이와 동시에 사건처리의 절차를 신속히 운용하려는 것에 있다고 할 것이다. 그리고 이들 기관의 노력과 실제 효과는 비교적 긍정적인 것으로 평가되고 있다.

반면, 우리 헌법재판소의 경우 사건의 내용이나 비중, 헌법적 쟁점의 경중, 결정의 파급효과 등에 따라 사건을 선별하여 헌법재판소가 담당하여야 하고 또 담당할 만한 사건으로 정책적으로 분류하여 전원재판부로 회부되는 사건의 수를 조절하는 사건처리의 방식은 지정재판부의 사전심사절차에서 허용되지 아니한다. 오로지 심판청구의 적법요건 충족 여부를 심사하여 명백히 부적법한 청구의 경우에만 지정재판부 단계에서 종결할 수 있고, 그렇지 않으면 반드시 전원재판부로 회부하여 결정으로 처리하여야 한다.⁵¹⁶⁾ 따라서 헌법재판소법이 허용

516) 앞에서 본 바와 같이 미국 연방대법원의 Certiorari 제도(사건이송명령제도)나 독일 연방헌법재판소의 수리절차의 경우 전원재판부로 회부 여부를 결정하는 심사의 기준은 적법요건의 구비 유무가 아니라 본안판단, 구체적으로는 전원재판부의 본안판단을 받을 정도의 사건의 비중 및 필요성을 가지고 있는지 여부에 있다[헌법소원에 중요한(grundsätzliche) 헌법적 의미가 있는 경우(연방헌재법 제93조 a 제2항 제1호), 헌법소원이 기본권을 관철하기에 알맞은 경우(제93조 a 제2항 제2호)]. 즉 전원재판부로의 회부 여부는 오로지 헌법재판소의 본안판단을 받

하는 범위 내에서 지정재판부의 사전심사절차를 통해 전원재판부로 회부되는 사건의 수를 적정한 범위 내로 줄일 수 있도록 제도를 운용하는 것이 필요한데, 앞에서 본 바와 같이 국민의 헌법재판을 받을 권리를 축소하지 않으면서도 일정한 경우 지정재판부에 기각결정권을 부여함으로써 전원재판부로 회부되는 사건의 수를 줄이는 것이 하나의 방안이 될 수 있을 것이다. 그리고 이에 더하여 향후 헌법재판소법의 개정을 통해 독일이나 미국의 헌법재판 실무에서 보듯이, 사건의 경중이나 비중, 헌법적 판단의 필요성이나 그 파급효과 등을 정책적으로 고려한 사건의 선별이 가능하도록 심판절차를 개선하는 방안도 전향적으로 검토할 필요가 있을 것이다.

나. 사건처리 기간의 장단을 기준으로 한 사건의 선별과 사건처리의 방식

(1) 사건선별의 의의와 필요성

헌법재판소의 사건처리가 지체되고 미제사건의 수가 계속 누적적으로 증가되는 가장 큰 원인은 전원재판부로 회부되는 사건의 수가 절대적으로 많다는 것에 있음을 위에서 살펴보았고, 이에 대한 개선방안은 연구관 인력의 증원과 지정재판부의 사전심사절차의 개선에 있음을 살펴보았다.

다음으로 사건처리를 지연시키는 원인으로 들 수 있는 것은 사안의 경중이나 쟁점의 비중, 심판의 유형이나 변론의 유무, 동일하거나 유사한 선례의 존부에 따라 사건을 선별하여, 간이하고 신속하게 처리할 수 있는 사건의 유형과 엄격한 절차의 보장 및 관련 쟁점에 대한 종합적인 조사·연구, 재판부의 신중한 심리와 평의의 절차, 설득력 있고

을 위한 헌법적 그리고 기본권 구제의 중요성과 필요성이라 할 수 있다. 이에 반해 우리 지정재판부의 심사기준은 적법성 심사에 머물러야 하는 한계가 있다(헌재법 제72조 제3항).

치밀한 논증을 거친 결정문의 작성 등 사건처리에 신중과 공정을 기하여야 할 사건의 유형을 구별하지 않고 접수순서대로 사건을 처리하는 비효율적인 심판절차의 운용을 지적할 수 있다. 이는 사건처리의 신속성을 저해하여 효율적인 권리구제를 막을 뿐 아니라 중요한 사건에 대한 종합적인 조사·연구와 신중한 심리·판단을 방해하여 심각한 문제를 야기한다.

따라서 사건의 접수와 주심재판관의 지정, 지정재판부의 사전심사에 이르는 단계에서 재판장과 주심재판관, 연구부의 협력을 통해 사건을 선별하고, 선별의 결과에 따라 사건처리의 진행경로를 달리하여 처리하는 방식이 필요하다고 생각된다.

(2) 사건선별의 기준과 방법

위에서 본 바와 같이 사건선별의 기준은 원칙적으로 조사·연구 업무, 변론 및 평의·평결에 필요로 한 기간의 장단이다. 우선 적법요건에 의문이 있지만 각하결정 가능성이 큰 사건, 기본권 침해의 정도가 경미하거나 헌법적 쟁점이 비교적 단순한 경우, 동일하거나 유사한 사안이 이미 존재하고 그에 대한 헌법해석이 명확한 사건, 변론이나 이해관계인의 의견이 명확한 사건, 불기소처분취소 사건 등 비교적 간이하게 처리할 수 있는 사건으로 분류하고 이를 “신속처리사건”으로 표시할 수 있을 것이다.

그리고 중요한 헌법적 쟁점을 담고 있거나 기본권 제한의 정도가 중하거나 이해관계인이 다수인 사건, 우리나라뿐 아니라 외국에서도 문제가 되어 헌법재판기관의 결정이 있는 등 종합적이고 비교법적 대응이 필요한 사건, 결정의 파급효가 크고 사회적 관심이 큰 사건으로 분류하고 이를 “신중처리사건”으로 표시할 수 있을 것이다.

마지막으로 통상의 비중과 난이도, 사건처리의 기간이 소요되는 일반사건으로 분류할 수 있고, 이를 “통상사건” 또는 “일반사건”으로 표

시할 수 있을 것이다.

(3) 사건선별의 절차와 담당

헌법재판소에 접수된 사건은 먼저 주심재판관이 정해지고, 이후 주심재판관에 의해 헌법소원심판 사건의 경우 지정재판부의 사전심사절차를 거쳐 연구부에 사건에 대한 조사·연구 업무가 배정되고, 그 외의 사건의 경우에는 바로 연구부에 조사·연구 업무가 배정된다.

그런데 주심재판관을 비롯한 재판관은 전원재판부에서 선고되는 결정을 포함하여 모든 사건처리에 있어 중국적인 판단권자이자 책임의 귀속 주체이므로, 사건의 선별업무에만 집중할 수는 없는 물리적·시간적 한계가 있고, 사건을 선별함에 필요한 전문적인 지식이나 경험에도 한계가 있다. 헌법재판소의 심판업무에 있어 재판관에게 요구되는 업무의 성격 및 내용과 헌법연구관에게 필요한 업무의 성격 및 내용에는 본질적인 차이가 있기 때문이다.

사건선별의 업무에 대한 권한과 책임 역시 중국적으로 재판관에게 귀속되는 것이지만, 그 과정에서 특별히 헌법재판소에 장기간 근무한, 특별히 수석부장연구관이나 선임부장연구관의 경력을 가진 헌법연구관의 조력을 받는 것이 무엇보다도 필요하다. 헌법재판소의 다양한 선례와 사안에 대한 정보 및 지식은 경력 깊은 헌법연구관에게 기대할 수 있는 전문성의 내용이기 때문이다.

헌법재판소에 사건이 접수되어 주심재판관이 지정되면, 주심재판관이 주관하여 연구부 내의 가칭 “사건분류부”⁵¹⁷⁾에 사건분류를 배정하

517) 이는 대법원 재판연구관 조직에서 ‘신건조’의 기능과 유사하다. 차이점은 신건조의 경우 ‘심리불속행 기각사건’만을 선별하고, 나머지 사건은 전속조로 넘겨 전속조에서 스스로 처리할 사건을 제외하고 공동조로 사건을 이관하므로, 조사·연구 업무의 배정은 실질적으로 전속조(주심대법관과 그 소속 전속조 재판연구관)에 의해 결정된다. 이는 대법원 사건의 대부분이 민사사건으로 민사사건은 원칙적으로 전속조에서 처리하고, 공동조는 행정·지재·조세·형사 사건으로 나누어 해당 영역의 사건을 처리하기 때문이다. 따라서 대법원의 사건분류는 실질적으로 전

고, 사건분류부에 소속된 헌법연구관은 신속히 사건의 유형 및 사안의 내용, 경중에 따라 분류하여 신속처리사건의 경우에는 전속부로, 신중처리사건 및 일반사건은 공동부로 배정한다.⁵¹⁸⁾ 헌법소원심판 사건의 경우에도 마찬가지로 사건분류부에서 우선 사건을 분류한 후 지정재판부로 배정하고, 지정재판부에서는 신속처리사건의 경우 통상의 방법으로 사전심사절차를 진행하고, 신중처리사건 등의 경우에는 적법요건에 명백한 흠결이 발견되지 않는 한 사전심사보고서의 작성 없이 간이하계 공동부로 배정한다.

사건분류부의 조직은 앞에서 본 바와 같이 헌법판례에 대한 정보가 풍부하고 사건처리에 풍부한 경험을 가진 헌법연구관을 책임자로 하여 5~10년 정도의 연구경력을 가진 헌법연구관 2~3명 정도로 구성할 것을 제안한다. 사건분류 업무의 경우 업무량이 많거나 시간이 많이 소요되는 것이 아니라 전문적인 경험을 토대로 신속한 판단이 필요하기 때문이고, 업무를 책임지는 헌법연구관은 비교적 장기간 해당 업무를 담당함이 적절하다고 생각된다.

이에 더하여 전속부나 공동부로 사건이 배정된 이후에도 사건 이관과 함께 수석·선임부장연구관, 전속부·공동부의 각 부장연구관은 사건분류부가 결정한 사건분류를 다시 검토하여 필요한 경우 사건분류부와 협의하여 사건분류를 수정할 수 있도록 할 필요가 있다.

다. 연구부 조직의 개편

앞에서 검토한 바와 같이 헌법재판소 연구부 조직은 크게 3차례의

속조에서 이루어진다.

이에 반해 헌법재판소의 경우 전속부에서는 신속처리사건을 주로 담당하고, 공동부에서는 신중처리사건 및 일반사건에 대한 조사·연구 업무를 담당하므로 “사건분류부”에서 권한 및 책임을 가지고 사건을 분류해서 전속부 또는 공동부로 이관하여야만 사건처리의 적시화·신속화라는 제도의 취지를 구현할 수 있을 것이다.

518) 물론 배정의 주체는 주심재판관이다.

조직개편이 있었던 것으로 보인다. 창설 초기부터 3기 재판부까지는 사실상 재판관에 전속된 전속 헌법연구관 조직으로 운영되었다.⁵¹⁹⁾ 규범적으로 헌법재판소장의 명을 받아 조사연구 업무를 수행하여야 하지만, 이때까지는 재판관의 명에 따라 업무를 수행하였다고 볼 수 있을 것이다. 그러다가 2007년부터 시작된 제4기 재판부에서 연구부 조직을 개편하여 전속연구관을 재판관별 1명으로 줄이고, 3개의 공동연구부(재산권부, 자유권부, 사회권부)를 조직하여 연구인력의 전문성을 제고함과 함께 연구보고서의 작성 단계에서 심도 있는 자료조사와 토론을 거치도록 하였다. 이와 같이 공동연구부를 중심으로 연구부 조직을 재편하고 재판관에 배치되는 전속 헌법연구관의 수를 줄인 것은 공동부 내 토론의 활성화 및 연구부 조직 내 단계별 검토과정을 통해 연구보고서의 내용을 충실히 하고, 미제사건의 누적적인 증가가 전속 헌법연구관 중심의 연구부 체제에 원인이 있다고 판단하고 이를 줄이기 위해 공동부 중심으로 연구부 조직을 개편·운영하게 된 것이다.⁵²⁰⁾

제5기 재판부에서는 심리에 소요되는 기간을 단축하고, 연구업무의 효율성과 신속성을 제고하는 데 초점을 맞추어 연구부를 개편하였다. 재판관별 전속연구관을 1명에서 3명으로 늘리고, 지정재판부별로 각 1명의 팀장연구관을 두어 사전심사 이외에 전원재판부에 회부된 사건 중 쟁점이 간단하거나 선례가 있는 사건들을 지정부 내의 토론을 거쳐 신속하게 처리할 수 있도록 하였다. 전속부 소속의 연구관을 종전의 재판관별 1명에서 3명으로 늘린 이유를 정확히 알 수는 없지만, 재판관의 평의 준비, 평의 과정에서 필요한 경우 추가 연구, 소수의견의 작성을 보좌하고 지원하기 위한 취지로 보인다.

우선 신속한 사건처리의 관점에서만 보면 공동부의 조직을 강화하고, 공동부에 독자적으로 조사·연구 업무를 수행할 수 있는 경력 있는 헌법연구관을 배치하는 것이 적절하다고 보인다. 신속한 사건처리를

519) 3기 재판부에서 일정 기간 공동조를 운용한 사례는 있었다.

520) 2007. 12. 보고된 “헌법연구관의 충원 및 관리개선 방안” (내부보고서) 참조.

위해서는 결국 일반사건과 신중처리사건의 처리기간을 줄이는 것이 반드시 필요한데, 이를 위해서는 비교적 장기간의 근무경력을 가진 헌법연구관의 배치를 통해 조사·연구 업무의 기간을 줄이는 것이 불가피하기 때문이다.

전속부에 소속된 헌법연구관의 증원을 통해 사건처리에 신속성을 기할 수 있다는 의견도 충분히 가능할 수 있을 것이다. 전속부 자체가 신속처리사건을 전담하기 때문에 전속부 헌법연구관의 증원은 그대로 신속한 사건처리로 이어지기 때문이다. 그런데 이 경우에는 전속부 연구관의 업무에 대한 분석과 평가가 수시로 이루어지는 것이 필요하다. 사전심사절차와 신속처리사건에 대한 조사·연구 업무의 양과 질, 재판관에 대한 보좌업무의 양과 질 등에 대한 수시의 업무 분석 및 평가를 통해 전속부 헌법연구관의 증원 또는 감원 조치가 탄력적으로 있을 필요가 있다.

II. 헌법연구원

1. 헌법연구원 현황

헌법연구원은 헌법재판을 위한 외국 입법례를 조사·연구하는 자로서 공법 분야의 박사학위(J.D. 학위 포함) 소지자 또는 변호사 자격을 가진 사람들 중에서 채용하며, 전문임기제공무원으로 임명한다.

헌법재판은 헌법 일반이론과 더불어 외국의 개별 입법례를 검토할 필요가 있기 때문에 공법을 전공한 사람들을 중심으로 헌법연구원을 임용하고 있다. 2022년 8월 현재 6명의 헌법연구원이 있으며 이들의 전공은 다음과 같다.

* 헌법연구원 현황

(2022. 8. 현재)

성명(어권)	전 공	주요 이력
차OO(독어)	법학	- 독일OO대 법학박사
최OO(영어)	경제학	- 법학전문대학원 졸 - 변호사
박OO(영어)	영어영문학, 여성학	- 법학전문대학원 졸
박OO(일어)	법학	- 일본OO대 법학박사
김OO(영어)	법학	- 미국OOOOOO대 법학석사 - 미국 뉴욕주 변호사
신OO(독어)	법학	- 독일OOO대 법학박사

헌법연구원은 외국의 입법례 등을 조사·연구하여야 하므로 외국어 능력을 필수로 갖추어야 하는 것이 요구되고, 외국의 입법례와 정책 등에 관하여 신속한 조사 등을 할 수 있는 능력이 요구되고 있다. 따라서 2022년 8월 현재 헌법연구원은 독일어권 2명, 영어권 3명, 일어권 1명의 헌법연구원을 두고 있다.

또한 헌법연구원은 헌법재판을 하는데 있어서 외국의 입법례 등을 조사·연구하여야 하는데, 반드시 공법만을 조사·연구하는 것은 아니다. 예를 들어 위헌법률심판이나 헌법소원에 있어서 헌법재판소는 민사법이나 상사법 또는 형사법이나 노동법, 조세법 등 다양한 개별 법률이 헌법에 위반되는지 여부 혹은 기본권을 침해하는지 여부를 판단하여야 한다. 따라서 심판대상이 공법에 한정되는 것은 아니므로 다른 법률 분야의 지식도 필요하다고 본다. 이에 따라 헌법연구원의 전공도 공법 뿐만이 아니라 경제학이나 여성학 전공자도 두고 있다.

2. 헌법연구원 개선 방안

2022년 8월 현재 헌법재판소에는 6인의 헌법연구원이 있는데, 법학박사 3인과 변호사 2인(미국변호사 1인 포함)을 두고 있다.

외국 법제를 연구하는데 있어서 외국어 능력은 필수불가결한 요소이므로 외국어에 능통한 헌법연구원을 둘 필요가 있다. 이것이 반드시 외국에서 학위를 취득한 헌법연구원을 요구하는 것은 아니고, 한국에서 학위를 취득하였더라도 외국어에 능통할 수 있으므로 학위 취득 국가는 중요하지 않다고 본다.

자격 면에서 보면 박사학위 취득자 또는 변호사 자격을 가진 자로 헌법연구원을 임용하고 있는데, 외국의 법제를 연구한다는 측면에서 보면 변호사자격을 취득한 사람보다는 박사학위를 취득한 사람을 임용하는 것이 좀 더 효율적일 수 있다고 본다. 현재 우리나라에서 변호사 자격은 변호사시험을 통하여 취득하도록 되어 있는데, 법학전문대학원을 졸업하고 변호사 자격을 취득하는 경우, 변호사 자격을 취득한 직후에는 연구 능력이 외국 법제를 조사·연구할 수 있는 정도에 이르는 어렵다. 법학전문대학원에서 외국법을 공부하기보다는 변호사 시험 위주의 공부를 하므로 외국 법제를 연구하는 데에는 한계가 있을 수 있다. 따라서 변호사 자격을 취득한 사람을 헌법연구원으로 임용하는 경우 해당 어떤 원어민 수주의 해독 및 번역능력을 요구하고 있는 것은 바람직하다고 할 수 있다.

헌법연구원도 더 많이 임용할 필요가 있다. 헌법재판은 외국의 헌법재판 판례, 외국 법제나 외국의 법정책 등을 조사·연구할 필요가 많은데, 6명의 헌법연구원으로는 부족하다고 본다. 외국의 헌법재판소 판례나 외국의 법제를 조사·연구하는데 많은 시간이 필요없는 경우도 있으나 대부분의 경우는 몇 주 혹은 몇 개월의 시간을 필요로 하는 경우가 많다. 헌법연구원 1인이 1년에 조사·연구하는 사건의 건수가 많으면 그만큼 깊이 있고 심도있는 외국 법제에 대한 연구가 이루어지기 어렵게 된다. 헌법연구원의 수를 늘려 연구관의 보고서 작성 등에 있어서 필요한 외국의 헌법재판소 판례라든가 외국의 법제·정책 등을 조사·연구하기 위해서는 그 수를 더 늘릴 필요가 있다.

헌법연구원의 수를 늘리는 경우 반드시 공법 전공자로 한정할 필요

는 없다고 본다. 현재에도 형사법 전공자가 1명 있는데, 주로 공법 전공자를 헌법연구원으로 임용하되, 공법 이외에 사건이 많이 있는 분야를 조사하여, 예를 들어 형사법이나, 노동법 등 공법 이외의 법학전공자도 헌법연구원으로 임용할 필요가 있다.

Ⅲ. 헌법연구위원

학계 또는 관련 전문가의 다양한 지식과 경험을 헌법재판 사건의 심판과 헌법재판제도의 발전을 위해 활용하기 위해 헌법재판소에 헌법연구위원을 둘 수 있다. 헌법재판소장은 현직 교수 등 각계의 전문가들을 3년의 범위 안에서 기간을 정하여 헌법연구위원으로 임명하는데 이들은 2급 또는 3급 상당의 별정직 내지 계약직 공무원이다. 헌법연구위원은 사건의 심리 및 심판에 관한 전문적인 조사·연구에 종사하게 되는데, 그 직제 및 자격 등에 관하여는 헌법재판소 규칙으로 정한다(헌법재판소법 제19조의3).

헌법연구위원의 역할을 논의함에 있어서 유념해야 할 점은 헌법연구위원의 역할과 헌법연구관의 그것이 기능적으로 중복되어서는 곤란하다는 것이다. 왜냐하면 헌법연구위원 제도는 헌법연구관의 취약한 전문성을 보완하여 헌법재판의 질적 향상을 기하기 위해 도입되었기 때문이다.⁵²¹⁾ 현재 헌법재판소법은 헌법연구관의 자격을 사실상 법률 전문가로 제한하고 있다.⁵²²⁾ 이런 점에서 헌법연구위원은 법률 전문가

521) 허영, 앞의 책, 119쪽.

522) 헌법재판소법 제19조 제4항은 헌법연구관의 자격을 ① 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 사람, ② 공인된 대학의 법률학 조교수 이상의 직에 있던 사람, ③ 국회, 정부 또는 법원 등 국가 기관에서 4급 이상의 공무원으로서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람, ④ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 국회, 정부, 법원 또는 헌법재판소 등 국가기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람, ⑤ 법률학에 관한 박사학위 소지자로서 헌법재판소규칙으로 정하는 대학 등 공인된 연구 기관에서 5년 이상 법률에 관한 사무에 종사한 사람 중 어느 하나에 해당되어야 한다고 밝히고 있어 헌법연구관은 사실상 법률 전문가 중에 임명될 수밖에 없는 구조이다.

가 아닌 다른 학문 분야의 전문가가 임명될 때 “헌법연구관의 취약한 전문성 보완”이라는 제도의 순기능이 가장 잘 발휘될 것으로 보인다.

일반적으로 헌법재판은 공권력의 행사나 불행사가 헌법에 위반되는지 여부를 판단하는 과정이라고 볼 수 있다. 이 과정에는 공권력의 행사나 불행사로부터 불가피하게 영향을 받는 사회적 현실이 면밀하게 관찰된다. 이런 점에서 헌법재판은 형식주의적 법학에서 말하는 규범적 판단 외에 그 전제로서 또는 그 판단의 기준으로서 공권력의 행사나 불행사 과정에서 이루어졌던 사실적 분석과 판단에 대한 심사를 필요로 하는 것이다.⁵²³⁾ 결국 정확한 사실적 분석과 판단이 선행되고 그에 기초하여 규범적 판단이 이루어진 경우에 헌법재판의 설득력은 극대화된다고 할 수 있다.

헌법재판에서 사실 판단의 중요성을 나타내는 한 가지 사례를 들자면, 미국 연방대법원은 국내에도 잘 알려진 1954년 브라운(Brown) 사건⁵²⁴⁾에서 백인학교와 흑인학교를 분리하는 초등교육 제도의 위헌 여부를 판단하였다. 이 과정에서 인류학, 사회학, 심리학에 기초한 사실 판단에 집중하여 법으로 강제되는 인종분리정책은 백인집단과 유색인종집단 모두에 심리적으로 해로운 영향을 미친다는 결론을 얻었다. 구체적으로 오로지 인종을 이유로 흑인 초등학생들을 백인 초등학생들과 분리하는 것은 이들이 갖는 공동체 구성원으로서의 지위에 열등감을 유발한다고 보았고, 이런 열등감은 심리적으로 각인되어 좀처럼 해소되지 않을 것이라는 우려를 나타냈다. 결국 이런 사실 판단을 주된 근거로 초등교육에서 백인학교와 흑인학교를 분리하는 것은 합리적 이유가 없는 차별 대우로 평등원칙에 위반된다는 규범적 판단을 내렸다.⁵²⁵⁾

이렇게 보면 법률 전문가로 구성되는 헌법연구관이 규범적 판단을 주도하고, 다른 학문 분야의 전문가로 구성되는 헌법연구위원이 규범적

523) 한상희, “헌법재판에서의 사회과학적 변론 -Brown사건과 생계보존기준사건의 비교를 중심으로-”, 일감법학 제4권, 건국대학교 법학연구소, 1999, 91쪽.

524) Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

525) Ibid., at 493-94.

판단의 전제가 되는 사실 판단에 일정한 역할을 수행한다면 기능 분담을 통해 헌법재판의 효율성과 설득력을 제고하는데 큰 도움이 될 것으로 보인다. 그럼에도 아래와 같은 역대 헌법연구위원 현황을 살펴보면 헌법연구위원 역시 주로 법률 전문가가 임용되는 경향을 보이고 있다.

* 역대 헌법연구위원 현황 (헌법재판연구원 근무 제외)

연도	성명	전공	근무기간(임기)	비고
2007	정 ○ ○	헌 법	'07. 9. ~ '09. 8(2년)	최초 채용
	김 ○ ○			
2008	전 ○ ○	헌 법	'08. 3. ~ '08. 6.(3월)	
			'08. 9. ~ '08.12.(3월)	
			'09. 3. ~ '09. 6.(10월)	
2009	김 ○ ○	헌 법	'09. 8. ~ '10. 2.(6월)	
	김 ○ ○	행정법	'09. 9. ~ '10. 6.(10월)	
		'10. 9. ~ '11. 6.(10월)		
	박 ○ ○	헌 법	'09. 9. ~ '11. 8.(2년)	
장 ○ ○	헌 법			
2010	정 ○ ○	헌 법	'10. 9. ~ '11. 8.(1년)	
2011	김 ○ ○	행정법	'11. 9. ~ '13. 8.(2년)	
	이 ○ ○	헌 법		
	이 ○ ○	헌 법		
	임 ○ ○	헌 법		
2013	석 ○ ○	헌 법	'13. 9. ~ '14. 8.(1년)	
	문 ○ ○	헌 법	'13. 9. ~ '15. 8.(2년)	
2014	강 ○ ○	헌 법	'14. 9. ~ '16. 8.(2년)	
	김 ○ ○	행정법		
2015	김 ○ ○	헌 법	'15. 9. ~ '17. 8.(2년)	
2016	신 ○ ○	헌 법	'16. 9. ~ '18. 8.(2년)	
	이 ○ ○	행정법		
2017	박 ○ ○	헌 법	'17. 9. ~ '19. 8.(2년)	
2018	손 ○ ○	정치학	'18. 9. ~ '20. 8.(2년)	
	정 ○ ○	행정법	'18. 9. ~ '20. 8.(2년)	

연도	성명	전공	근무기간(임기)	비고
2019	차 ○ ○	헌법	'19. 9. ~ '20. 8.(1년)	
2020	최 ○ ○	행정법	'20. 9. ~ '21. 8.(1년)	
	장 ○ ○	헌법	'20. 9. ~ '22. 8.(2년)	
2021	김 ○ ○	법철학	'21. 9. ~ '22. 8.(1년)	
	하 ○ ○	행정법	'21. 9. ~ '22. 8.(1년)	
2022	정 ○ ○	행정법	'22. 9. ~ '23. 8.(1년)	현 연구위원
	이 ○ ○	사회학	'22. 9. ~ '23. 8.(1년)	
	박 ○ ○	헌법	'22. 9. ~ '23. 8.(1년)	

위의 현황에서 알 수 있듯이 지금까지 헌법연구위원은 절대 다수가 헌법 전공 교수로 임용되었고, 일부가 행정법이나 법철학 등 다른 법학 분야 교수로 임용되었다. 다른 학문 분야의 전문가가 임용된 경우는 2018년 1건(정치학 전공)과 2022년 1건(사회학 전공) 등 2건에 불과하다. 이러한 임용 경향은 헌법연구관과의 기능적 차별화 전략에 부합하지 않는다는 점에서 향후에는 다른 학문 분야 전문가의 임용을 크게 확대할 필요가 있는 것으로 보인다.

한편 헌법재판연구원 운영 규칙 제34조는 헌법재판연구원장은 헌법재판소장의 승인을 받아 헌법연구위원을 일정 기간 헌법재판연구원에서 연구 업무에 종사하게 할 수 있도록 하고 있다. 지금까지 헌법재판연구원에서 근무한 헌법연구위원 현황은 다음과 같다.

* 헌법재판연구원 헌법연구위원 현황

연도	성명	전공	채용기간(임기)	비고
2015	김 ○ ○	헌법	'15. 3. ~ '17. 2.(2년)	
2017	권 ○ ○	헌법	'17. 3. ~ '19. 2.(2년)	
2019	황 ○ ○	헌법	'19. 3. ~ '20. 2.(1년)	
2020	강 ○ ○	헌법	'20. 3. ~ '22. 2.(2년)	
2022	정 ○ ○	헌법	'22. 3. ~ '23. 2.(1년)	현 연구위원

위의 현황을 보면 헌법재판연구원의 경우에 역대 헌법연구위원이 전원 헌법 전공 교수임을 알 수 있다. 그러나 헌법재판연구원에서 근무하는 헌법연구위원의 역할을 감안한다면 이런 임용 경향은 불가피한 것으로 보인다.

헌법재판연구원의 가장 중요한 업무는 책임연구원들이 작성하는 연구보고서를 발간하는 것이다. 연구보고서는 다양한 주제를 대상으로 여기에서 제기되는 헌법적 쟁점을 발굴하고 이를 헌법적인 관점에서 평가하는 것을 목적으로 한다. 여기서 보듯이 헌법재판연구원에서 발간되는 연구보고서는 헌법학과 관련한 학술 자료로서의 성격이 강하다. 바로 헌법재판연구원의 헌법연구위원은 이런 연구보고서를 착수 단계부터 완성 단계까지 전체적으로 감수하는 역할을 담당한다. 이런 점에서 대학의 헌법학 전공 증견 교수가 임용되는 것이 업무의 성격상 가장 바람직한 것으로 보인다.

현재까지는 한 명의 헌법연구위원이 모든 연구보고서의 진행 과정을 감수하는 역할을 담당해오고 있다. 그러나 근래에 헌법재판연구원의 연구보고서는 1년에 약 20 여건 이상 발간되고 있으며 보고서 분량도 100페이지 전후에 이르고 있다. 이런 상황에서 한 명의 헌법연구위원이 모든 연구보고서의 감수 작업을 감당하는 것은 보고서 발간의 효율성 측면에서 바람직하다고 보기 어렵다. 향후 헌법재판연구원에서 근무하는 헌법연구위원의 증원을 전향적으로 검토할 필요가 있다.

제4절 헌법재판연구원

I. 헌법재판연구원의 연구기능과 헌법재판소 심판업무의 효율성의 관계

헌법재판연구원은 헌법과 헌법재판에 관한 연구와 교육을 목적으로

설립된 헌법재판소 산하의 독립된 기관이다. 헌법재판연구원의 연구기능의 주된 목적은 중·장기적 측면에서 헌법과 헌법재판의 체계적인 연구를 통해 우리나라의 특성에 맞는 헌법 및 헌법재판제도의 발전방안을 도모하고, 주요한 헌법적 쟁점을 선행적으로 연구하여 헌법재판의 질적 향상에 기여하는데 있고 그 교육기능은 공무원·법조인을 비롯한 다양한 사회계층을 대상으로 헌법과 헌법재판 교육을 실시하여 기본권보호의식을 확산시키는데 있다.

한편, 헌법재판소의 심판업무는 헌법재판소가 개별 사건을 처리하기 위한 연구 및 행정업무를 의미한다. 심판업무는 사건을 처리하기 위한 헌법재판소의 고유한 업무이므로, 헌법재판소가 담당하여야 하고, 심판업무의 효율성을 제고하는 방안도 헌법재판소의 연구 및 행정 조직과 업무절차를 효율화시킴으로써 실현하여야 한다. 헌법재판소 산하의 독립 기관인 헌법재판연구원은 헌법재판소 심판업무의 효율성을 제고시키는데 직접 기여할 수 있는 기관은 아니고, 헌법재판연구원의 목적을 실현하는 범위 내에서 간접적으로 헌법재판소의 심판업무의 효율성을 제고시키는데 기여할 수 있을 뿐이다.

헌법재판연구원이 헌법재판소의 심판업무의 효율성에 영향을 미칠 수 있는 가장 중요한 접점은 양 기관의 연구기능에 있다. 헌법재판소의 연구업무와 헌법재판연구원의 연구기능의 관계를 살펴보기로 한다. 헌법재판소의 연구업무는 사건처리와 관련된 업무이다. 개별 사건에 관한 연구보고서를 작성·보고하는 업무가 헌법재판소 연구업무의 핵심이다. 헌법연구관이 사건의 사실관계와 (헌)법적 쟁점을 파악하고, 기존의 선례, 학설, 비교법적인 문헌을 통해 사건을 해결하기 위한 헌법적 쟁점에 대한 연구보고서를 작성하고 이를 주심 헌법재판관에게 보고하는 방식이다. 헌법연구관은 연구보고서를 작성하는 과정에서 필요한 경우 재판소 내 각 어권 별 헌법연구원에게 사건의 쟁점에 관한 비교법적인 조사·연구를 의뢰하고, 이를 연구보고서에 반영한다. 이와 달리 헌법재판연구원의 연구기능은 중·장기적 측면에서 헌법 및 헌법

재판제도의 발전방안과 개별 헌법적 주제에 관한 쟁점을 선행적으로 연구함으로써 헌법재판소의 연구업무에 간접적으로 기여한다. 구체적으로 헌법재판연구원의 연구가 헌법재판소의 연구업무에 기여하는 전형적인 방식은 헌법연구관이 개별 사건에 대한 연구보고서를 작성하면서 해당 사건의 헌법적 쟁점을 해결하는데 헌법재판연구원의 관련 선행 연구성과를 보고 참조하여 도움을 받는 것이다.

그렇다면 헌법재판연구원이 자신의 연구목적을 실현하는 과정에서 헌법재판소 연구업무의 효율성에 보다 크게 기여할 수 있는 방안은 우선적으로 헌법재판연구원이 자신의 연구기능을 수행함에 있어 위와 같은 헌법재판실무와의 연계성을 어떻게 밀도 있게 확보하는가에 달려 있다.

II. 헌법재판연구원의 연구기능과 헌법재판실무와의 연계성 확보방안

1. 헌법과 헌법재판에 관한 연구의 유형과 실무적 연계성 확보의 방향

헌법재판연구원의 연구기능이 헌법재판실무와 연계성을 확보하기 위한 방안을 모색하기 위해, 우선 헌법재판소나 헌법재판연구원에서 수행하는 헌법과 헌법재판에 관한 연구의 유형과 그 헌법재판실무와의 연관성을 확인하기로 한다.

헌법재판소나 헌법재판연구원에서 수행하는 헌법과 헌법재판에 관한 연구의 유형은 그 연구목적, 연구범위 등에 따라 크게 4가지로 나누어 볼 수 있다. ① 개별적인 헌법 및 헌법재판의 주제와 관련된 헌법이론과 헌법해석론을 체계적으로 조사·연구하여 헌법이론적·실무적 시사점을 도출하기 위한 연구이다. 헌법재판연구원이 발간하는 연구보고서가 이에 해당한다. 위 연구유형은 헌법이론과 실무, 헌법재판심사 기준, 비교헌법재판연구, 통일헌법연구로 구분되어 발간되는 중·장기

연구에 해당한다. 개별 주제에 대한 중장기적인 연구를 통해 헌법 및 헌법재판제도의 발전과 헌법재판의 질적 향상을 도모한다는 측면에서 헌법재판연구원의 연구기능에 적합한 연구유형이다.

② 외국의 헌법재판기관의 판례, 외국의 제도 및 이론을 소개하는 조사·연구이다. 헌법재판연구원이 발간하는 세계헌법재판 조사연구보고서가 위 연구유형에 해당한다. 위 연구유형은 개별 주제에 관한 연구나 중장기적인 연구가 아닌 단기적인 비교법적인 조사·연구이지만, 중요한 헌법적 의미를 갖는 시의성 있는 주요국의 판례를 선정하여 선행적·지속적으로 소개하여 축적한다는 차원에서 헌법재판연구원의 연구기능에 적합한 연구유형에 해당한다.

③ 구체적 사건과 직접 관련된 헌법 및 헌법재판의 쟁점을 파악하고, 사건의 쟁점을 해결하기 위한 헌법해석론 등을 조사·연구하여 그 해결방안을 제시하는 사건에 관한 연구이다. 헌법재판소에서 헌법연구관이 구체적인 사건을 해결하기 위해 작성하는 사건에 관한 연구보고서가 위 연구유형에 해당한다. ④ 구체적 사건과 직접 관련된 헌법 및 헌법재판의 쟁점을 쟁점에 관한 주요 국가의 판례·학설·제도를 소개함으로써 비교적 단기간에 사건을 해결하는데 필요한 비교법적인 관점을 제시하는 조사·연구이다. 헌법재판소 내 헌법연구원이 헌법연구관의 의뢰를 받아 수행하는 조사연구보고서가 이에 해당한다. 위 조사연구보고서는 대체로 개별 사건의 쟁점에 관한 내용을 중심으로 비교적 단기간에 간략히 작성되어, 헌법재판소 내 데이터베이스에 그 내용이 축적되는데 그치고 독자적인 연구서로 발간되지는 않는다. ④의 조사연구보고서는 헌법연구관의 연구보고서에 그 내용이 요약되어 반영되며 독자적인 형태의 연구가 아니라는 점에서 연구보고서에 부속되어 이를 보완하는 성격을 갖는다. ③과 ④는 구체적인 사건을 해결하기 위한 연구유형이라는 점에서 헌법재판소의 고유한 연구업무에 해당하며, 중장기적인 관점에서 헌법적 쟁점에 관한 연구를 선행적으로 수행하는데 중심이 있는 헌법재판연구원의 연구업무와는 구별된다.

헌법재판실무에서 연구업무는 구체적인 사건을 해결하기 위한 업무로서 위의 헌법재판연구관이 작성하는 연구보고서(③의 연구유형)와 이를 보완하는 헌법재판연구원이 작성하는 조사·연구보고서(④의 연구유형)를 통해 실현된다. 이에 따라 헌법재판연구원의 연구기능과 헌법재판실무의 연계성을 확보하기 위한 과제는, 일차적으로 헌법재판연구원이 위의 개별 주제에 관한 중장기적인 연구업무인 ①의 연구유형(헌법재판연구원의 연구보고서 등)과 시의성있는 중요 외국판례를 소개하는 ②의 연구유형(헌법재판연구원의 세계헌법재판 조사·연구보고서)을 수행함에 있어 헌법연구관이 사건을 해결하기 위해 사건에 관한 연구보고서를 작성하는데 도움이 되는 실무적 연계성을 확보하는데 중점이 있다.

헌법재판연구원의 연구보고서는 헌법이론과 실무, 헌법재판심사기준, 비교헌법연구, 통일헌법연구 등과 관련하여 헌법 관련 개별 주제를 중심으로 한 보고서이고, 개별 사건에 대한 쟁점보고서가 아니기 때문에, 개별 주제 자체의 헌법실무적 관련성에 따라 해당 연구보고서가 개별 사건의 해결에 도움을 줄 수 있는 실무적 연계성을 확보하는 방식도 다양하다. 기본적으로 헌법재판실무적 연계성 확보는 헌법적 연구가 헌법 이론적·제도적 차원에서 추상적인 소개에 그치는 것이 아니라, 실제 사건을 해결하는데 필요한 구체적인 지침과 논거를 제시할 것을 요구한다. 헌법재판심사기준이나 개별 기본권영역에서 문제되는 주제를 중심으로 한 연구보고서의 경우 전형적으로 위와 같은 실무적 연계성이 강조된다. 그러나 아직 국내에 연구가 미약하고 헌법적으로 의미 있는 헌법이론의 변화나 외국 제도의 소개와 정리에 중점이 있는 연구보고서의 경우, 소개하는 헌법이론이나 제도 자체가 개별 사건에서 문제 되는 제도나 쟁점을 파악하고 해결하는데 기여할 수도 있다는 차원에서 간접적으로 실무적 연계성을 확인할 수는 있지만, 위와 같은 연구보고서 주제의 특성상 헌법재판심사기준에 관한 연구 주제와 동일한 수준으로 실무적 연계성을 요청할 수는 없다. 다만, 가능한

범위에서 구체적인 적용사례나 비교법적 시사점의 제시 등을 요청하는 방식으로 실무적 연계성을 확보할 수는 있을 것이다.

2. 헌법재판실무와의 연계성 확보 방안

가. 헌법재판소 및 외부와의 의사소통, 교류와 협력의 중요성

헌법재판연구원이 실무적 연계성이 고양된 연구성과를 내기 위해서는 연구업무 진행과정에서 헌법재판실무를 담당하는 헌법재판소 연구부, 그리고 헌법재판실무에 관해 관심을 갖고 연구하는 외부 전문가들과 의사소통을 활발히 하고 다양한 방식으로 교류와 협력을 도모하는 것이 중요하다. 헌법재판연구원 연구업무를 실무적 연계성은, 한편으로 헌법재판소와 헌법재판연구원 양 기관 간에는 연구주제에 관한 의견교환, 상호 인적 교류 및 연구업무를 참여 방안, 사건에 관한 연구자료의 공유 방안을 통해서 구체화 될 수 있다. 다른 한편으로, 헌법재판연구원과 외부(전문가) 간에는 연구주제 공모, 연구위원제도 보완, 외부 연구자와의 공동연구의 활성화 방안 등을 통해 구체화 될 수 있다.

나. 헌법연구관의 연구주제 제안 활성화와 연구보고서 절차의 참여 방안

헌법재판연구원의 연구보고서 주제의 제안 단계에서 헌법재판소와의 의사소통을 활발히 할 필요가 있다. 헌법재판실무를 담당하는 헌법연구관이나 재판관이 연구보고서를 작성하거나 재판과정에서 가졌던 의문을 계기로 중장기적 연구가 필요하다고 생각되는 헌법이론적·실무적 쟁점에 관한 연구주제의 제안을 더욱 활성화하면 연구주제의 실무적 연계성을 확보하는데 도움이 될 것으로 생각된다. 이미 헌법재판소는 2014년부터 헌법재판연구원에 연구주제를 제안했는데, 2022년까지 총 39개 주제를 제안했고, 그중에서 당해연도에 채택된 것은 13개가

(33.3%)있고, 제안 당시에는 채택되지 않았지만 이후 유사한 주제로 연구보고서가 작성된 것을 포함하면 18개(46%)이다. 가장 많이 제안된 해는 8건(2014년)이 되지만 가장 적게 제안된 해는 1건(2020년)에 불과하다. 창구 역할을 하는 담당자가 특정 시기에 헌법연구관들에게 과제제안을 요청하고 이를 수렴하여 전달하는 폐쇄형방식 보다는, 과제 제안 게시판을 만들어 헌법연구관들이 지금까지 어떤 제안들이 있었고 그 중에서 어떤 제안이 반영되었는지, 올해에는 어떤 제안들이 있었는지 보면서 중복되지 않은 새로운 제안을 하거나 기존의 제안에 ‘동의’표시를 하고 그 사유를 추가할 수 있도록 개방형방식으로 진행하는 것을 활성화할 필요가 있다. 이와 같은 방식은 연구관들이 연구의 필요성에 공감을 많이 얻은 제안이 어떤 것인지 확인할 수 있고, 제안된 주제의 연구 필요성에 관한 세부적인 관점의 차이도 확인할 수 있다는 점에서, 헌법재판연구원이 제안된 연구주제의 채택 및 진행 과정에서 상당한 도움을 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

헌법재판연구원의 연구보고서 프로세스를 보면, 주제제안 및 선정절차, 연구실시계획서작성절차, 착수보고회, 중간보고회, 정리보고회, 평가보고서제출, 연구성과평가단계, 최종보고서 제출, 연구보고서 발간단계로 나누어지는데, 연구보고서의 주제 제안 단계를 넘어서 그 이후의 진행단계에서도 헌법재판소와의 의사소통이 필요하다. 헌법연구관이 제안한 주제가 채택되고 이를 집필할 책임연구관이 선정되면, 해당 책임연구관은 연구실시계획서작성 단계와 착수토론단계에서 연구의 기본방향을 정하게 되는데, 이 때 처음에 주제를 제안한 헌법연구관이 의도했던 실무적인 연계성을 놓칠 우려가 크다. 현재 서면으로 진행되는 주제 제안 단계에서 해당 주제의 취지와 실무적 연계성에 대해 상세히 전달하기는 어려울 것이다. 따라서 각 기관의 창구역할을 하는 담당자를 통해 주제를 제안한 헌법연구관과 해당 주제를 연구할 책임연구관을 서로 연락을 취할 수 있도록 연결시켜 연구실시계획서작성 단계 및 착수토론단계에서 해당 연구주제의 취지가 잘 전달될 수 있

도록 제도화시키면 좋을 것이다.

또한 전체 보고서의 체계가 상당부분 갖춰지는 단계인 중간보고단계에서 중간보고서를 주제를 제안한 헌법연구관에게 송부하는 절차를 마련하고, 해당 헌법연구관의 자발적인 의사에 따라 중간보고회에 참여하면 실무적인 의문을 해결할 수 있는 구체적인 방안을 모색하는데 도움이 되리라고 생각된다. 중간보고단계에서 대체로 학계의 전문가인 외부지정토론자가 지정토론을 담당하지만, 헌법연구관이 제안한 주제에 대하여는 추가로 (헌법재판연구원의 요청이나 해당 헌법연구관의 자발적인 의사에 따라) 해당 헌법연구관이 직접 지정토론도 할 수 있는 기회까지 마련되면 더욱 좋을 것이다.

다. 연구주제 공모 방안

헌법재판연구원은 연구보고서 주제의 제안 단계에서 헌법재판소뿐만 아니라 외부와의 의사소통을 활발히 할 필요가 있다. 현재 연구보고서의 연구주제는, 일부 헌법재판소에서 제안된 연구주제가 채택되는 하지만, 기본적으로 연구를 담당할 책임연구관이 제안한 주제들 중에서 주제 적합성 및 연구의 필요성, 제안한 책임연구관의 의견을 존중하여 연구원 내부 회의를 거쳐서 채택되는 경우가 대부분이다. 연구보고서의 연구주제가 대체로 해당 연구주제를 제안한 책임연구관의 의견을 존중하여 채택되는 경향이 있다 보니, 학계와 실무계의 다양한 연구수요 내지 기대를 반영하는데 한계가 있을 수 있다. 특히 연구보고서 주제의 제안 단계에서 헌법재판소 이외에 외부와의 소통이 필요하다. 이를 위해 연구주제를 공모하는 방안을 모색할 수 있는데, 국민을 대상으로 한 완전 개방형 공모 보다는 특히 헌법재판실무에 많은 관심을 갖고 연구하는 학계의 전문가들을 대상으로 연구주제를 공모하는 방안을 우선적으로 고려하면 좋을 것으로 생각된다. 실무적 연계성을 확보한 다양한 주제들이 다양한 관점에서 제안될 것이고, 특히

학계의 개별 연구자들이 개인적으로 수행하기 어려운 포괄적이면서도 새로운 시대에 부합한 실무적 연계성 있는 장기연구주제들도 제안될 수 있을 것이다.

한편, 세계헌법재판 조사·연구보고서 프로세스에서 주요 국가별 시의성 있는 최신판례를 선정하는 작업이 매우 중요하다. 비교헌법연구팀 내부에서 수행되는 위 작업을 보완하는 차원에서 외부 전문가로부터 헌법이론적·실무적인 관점에서 중요하지만 국내에 소개되지 않은 외국판례를 추천받는 방안을 고려할 수 있다. 추천판례와 그 헌법적 의미를 추천사유의 형식으로 받아서 이를 전산화하여 축적해 놓는다면, 개별 사건에 대한 헌법적 주제가 문제 될 때 그와 관련된 외국판례를 쉽게 확인할 수 있고, 만약 소개할 필요성이 있으면 어떤 형태로든 간에 (아주 간략한 형태라도) 그 내용을 소개할 수 있는 토대가 될 것으로 생각된다.

라. 연구업무 담당 헌법연구관 파견 프로그램 도입 방안

헌법연구관이 주제제안 단계 등 헌법재판연구원의 연구보고서 연구 프로세스의 일부에 참여하는데 그치는 것이 아니라 헌법연구관이 헌법재판연구원에 단기·중기로 파견을 와서 직접 실무적 연계성이 있는 연구보고서를 작성하는 파견 프로그램을 도입하는 방식으로 의사소통을 활발히 할 수도 있다. 현재 헌법재판연구원에 파견되는 헌법연구관은 각 팀의 팀장급으로 연구 및 행정관리 업무를 담당하고 있고, 직접 헌법재판연구원의 연구보고서 작성업무를 하지는 않는다. 직접 헌법재판실무를 담당하는 헌법연구관은 헌법재판실무와 그 문제점을 가장 잘 파악할 수 있는 연구인력에 해당한다. 따라서 학문적인 역량이 있는 헌법연구관이 헌법재판연구원에 파견와서 헌법재판소에서 개별 사건을 처리하느라 문제의식만 갖고 깊이 있게 연구·정리할 수 없었던 실무적인 쟁점들에 대하여 충분한 시간을 갖고 연구·정리할 수 있는

과건 프로그램이 도입되면, 실무적 연계성을 충실히 확보한 연구보고서 산출에 도움이 될 뿐만 아니라 연구 프로세스의 진행과정에서 책임연구관과 헌법연구관이 학문적·실무적 관점에서 상호 교류를 통한 발전을 도모할 수 있는 계기가 될 수 있을 것으로 생각된다. 헌법재판 연구원에 파견된 헌법연구관의 경우도 헌법재판소에서 빠른 호흡으로 사건 처리업무를 하다가 헌법재판연구원에 파견 와서 비교적 긴 호흡으로 개별 주제에 관한 연구업무를 수행한 후 다시 재판소에서 사건 처리업무를 하는 방식으로 선순환을 하면, 재충전의 기회로 삼으면서도 연구업무능력 향상에도 도움이 될 것으로 생각된다. 다만, 헌법연구관이 본연의 업무인 심판업무에 집중하지 않고 다수가 헌법재판연구원에 파견되는 것은 오히려 헌법재판소 심판업무의 효율성을 저해시킬 수 있으므로, 헌법연구관의 헌법재판연구원 파견은 전체적인 심판업무의 효율성을 저해하지 않는 수준에서 최소한에 그쳐야 한다.

마. 책임연구관(원)의 헌법재판소 연구업무 파악의 기회 마련 방안

헌법재판연구원과 헌법재판소의 소통은 헌법재판연구원 책임연구관이 헌법재판소 연구업무를 파악할 수 있는 기회를 마련하는 방식으로 이루어질 수 있다. 헌법재판연구원 책임연구관은 연구보고서의 실무적 연계성을 주도적으로 확보하여야 할 주체인데, 대부분 헌법재판 실무 경험하지 못한 박사나 변호사로 구성되어 있다.⁵²⁶⁾ 헌법재판 실무 경험이 전혀 없는 연구자가 실무적 연계성이 생생하게 반영된 실무주제연구를 수행하는 것은 쉬운 일이 아니다. 헌법재판연구원 책임연구관이 헌법재판소의 사건처리를 위한 연구 프로세스에 어떤 방식으로든 참여기회를 가진다면 헌법재판실무에 대한 막연한 생각에서 벗어나 본연의 연구업무에 실무적 연계성을 고양시키는데 도움이 될

526) 2022년 10월 현재 재직 중인 14명의 책임연구관(원) 중 2명만 헌법재판소에서 헌법연구원으로 근무한 경험이 있다.

것으로 생각된다. 그 참여방식과 형식은 다양하다. 장기과견의 형식이 라면 헌법재판연구원 책임연구관이 단순히 헌법재판소의 사건에 대한 연구프로세스를 파악하는 것뿐만 아니라 직접 헌법연구원이 작성하는 조사보고서를 작성하거나 사건에 관한 연구보고서 작성에 참여하는 방식으로 실무경험의 기회를 가질 수 있다. 장기과견의 형식으로 진행하기 어렵다면, 단기과견이나 과견이 아닌 방문연수의 형식은 충분히 고려할 수 있을 것으로 생각된다. 이를 통해 헌법재판연구원 책임연구관이 헌법재판소 연구부의 공동부 내각(자유권부, 재산권부, 사회권부) 영역별 토의에 참관하는 방식으로 헌법재판소 연구업무의 프로세스를 파악하고, 헌법재판소에 계속 중인 주요 사건의 쟁점에 대한 연구부의 접근 및 논의방식을 파악할 수 있는 기회를 가질 수 있다. 구체적으로 ① 신입책임연구관의 경우 헌법재판연구원 내에서 진행되는 신입책임연구관의 교육프로그램의 한 내용으로 헌법재판소 연구부 토의 참관을 포함시킬 수 있다. ② 책임연구관 연차별로 매 2~3년에 한 번씩 책임연구관이 교차로 (시기적으로는 예컨대 상반기 연구업무를 마치고 하반기 연구업무를 시작하기 전 업무가 바쁘지 않은 때에) 헌법재판소 연구부 토의 참관 프로그램을 두는 것을 고려할 수 있다. ③ 특정 사건을 염두에 두고 헌법연구관이나 재판관이 제안한 연구주제를 담당하고 있는 책임연구관이 해당 사건에 대한 헌법재판소 연구부 토의에 참관할 수 있는 기회가 제도적으로 마련된다면, 사건의 해결에 필요한 다양한 실무적 관점을 직접 듣고 그에 대응한 이론적 연구를 빠짐없이 수행하는데 도움이 될 것으로 생각된다.

바. 연구유형의 다양화 방안

헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 강화하기 위하여 연구유형을 다양화 하는 방안을 고려할 수 있다. 우선 헌법실무적 주제에 관하여 장기기획연구 유형을 활성화하는 방안과 실무적 주제에 대하여

전문성이 있는 외부 교수와의 공동연구를 활성화하는 방안을 통해 헌법재판연구원 내부 연구업무의 실무적 연계성을 도모할 필요가 있다.

헌법재판연구원의 주된 연구업무인 연구보고서는 대체로 책임연구원 1명이 1년에 2개씩 6개월 단위로 진행되는 중기연구형식으로 이루어진다. 몇 년에 걸쳐 여러 연구자가 참여하는 장기기획연구는 활성화되어 있지 않다. 책임연구관이 주도적으로 주제발굴을 하고 주제선정에 대하여도 집필을 담당할 책임연구관의 의견을 존중하다 보니 동일한 주제 영역에 대하여 비교헌법연구, 헌법이론과 실무, 헌법재판심사기준의 연구가 중복되는 등 연구의 비체계성의 문제도 지적되고 있다.⁵²⁷⁾

헌법이론연구의 경우 장기연구의 필요성이 제기되는 것과 마찬가지로 실무적인 주제의 경우도 그때그때 부딪치는 문제를 해결하기 위한 연구에 급급한 것이 아니라, 장기적인 연구기획에 따라 일관성과 체계성을 갖춰 완성도 높은 연구를 수행할 필요가 있다.

이러한 장기기획연구의 수행방식은 다양하다. 우선 책임연구원 여러 명이 하나의 큰 실무적 주제를 다수의 중간주제로 나누어 몇 년에 걸쳐서 연속적으로 수행하는 내부연구의 형식으로 수행할 수 있다. 또한 책임연구관이 해당 중간주제를 단독으로 연구를 수행하는 것이 아니라 책임연구관이 이론부분을 담당하고 실무적인 전문성 있는 외부교수가 실무부분을 담당하는 형식으로 공동연구를 할 수도 있다.⁵²⁸⁾ 마지막으로 헌법재판연구원이 전체적인 사전기획을 하고 사후검토를 하되 집필은 용역계약의 형식으로 해당 헌법실무주제에 관해 전문성 있는 외부교수 등에게 집필을 맡기는 형식도 고려할 수 있다.⁵²⁹⁾

527) 이종수·강일신·김연식·정재도, 헌법재판연구원의 연구 및 교육기능 강화방안, 헌법재판소 정책개발연구 제13권, 34면 참조.

528) 헌법재판연구원은 연구과제를 효율적으로 수행하기 위하여 외부 전문가, 연구기관 등과 공동으로 연구과제를 수행할 수 있는 근거규정이 있으나(헌법재판연구원 운영규칙 제16조), 지금까지 공동연구를 수행한 실적은 없고, 2022년도에 공동연구가 2건 진행 중에 있다.

529) 이와 같은 실무주제에 관한 연구성과에 해당하는 것으로는 3년에 걸쳐 외부교수들이 집필하고 내부 위원이 검토하여 2015년 발간된 '주석 헌법재판소법'과 2년

위와 같은 헌법실무적 주제에 관한 장기기획연구는 헌법재판연구원의 헌법실무주제 연구에 관한 체계성 확립에 기여할 수 있다. 또한 ‘장기’, ‘공동’연구를 통해 헌법실무적 주제에 관한 보다 깊이 있고 폭넓은 연구를 가능하게 함으로써 헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 강화하는 기초가 될 수 있다.

사. 헌법재판연구원 연구위원제도의 보완 방안

헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 돕기 위하여 연구위원 제도를 보완하는 방안도 고려할 수 있다. 헌법재판연구원은 연구보고서를 검토하고 토론에 참여 하는 등 헌법연구에 관하여 헌법재판연구원장 등이 지시하는 업무를 수행하고, 학계와 법조 실무계의 인적 교류를 활성화하기 위하여 국내외 대학의 중견교수를 시간선택제 전문 임기제 공무원인 헌법연구위원으로 임용하고 있다. 연구위원제도가 용역계약 방식의 초빙연구위원제도의 형식으로 운영되었던 2012년부터 2014년까지는 1년에 2명씩 연구위원이 있었으나, 임기제 공무원으로 운영되기 시작한 2015년부터는 1년에 단 1명씩 연구위원을 두고 있다.⁵³⁰⁾ 헌법재판연구원의 연구위원제도는 외부교수인 연구위원이 한 연구보고서의 각 연구 프로세스(착수보고회, 중간보고회, 정리보고회)에 지속적으로 참여하면서 학문적인 관점에서 일관성과 수준을 유지할 수 있도록 도움을 줄 수 있다는 점에서 꼭 필요한 제도이다. 다만, 헌법재판연구원에서 매년 평균 20여건의 연구보고서를 발간하는데, 1주일에 2일 근무하는 1명의 연구위원이 20여건의 연구보고서를 모두

에 걸쳐 외부교수들이 집필하여 2012년과 2013년에 발간된 3권의 ‘헌법재판소 선례연구’ 시리즈가 있다. ‘주석 헌법재판소법’의 경우 판례변경이나 개정법의 반영을 위해 일정 주기(최소한 10년)로 업데이트가 필요하다. ‘헌법재판소 선례연구’의 대상도 헌법재판소 설립이후부터 2011년까지 23년간의 판례 중에서 선정한 것인데, 10년도 훌쩍 지났으므로 새로운 주제로 판례를 선정하여 다음 시리즈로 출간할 필요성도 제기된다.

530) 헌법재판연구원 10년사, 헌법재판연구원, 2021, 62-63면.

같은 수준으로 심층 검토하는 것은 과중한 일이다.⁵³¹⁾ 연구위원이 보다 심층적으로 연구보고서를 검토할 수 있으려면, 연구위원의 수를 최소한 2015년 이전과 같이 2명으로 늘리는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 또한 연구보고서의 실무적인 연계성을 더욱 고양하기 위해서는 연구위원 2명 중 1명은 가능한 헌법재판실무 경험을 갖춘 외부 교수로 임용하는 방안을 고려하면 좋을 것이다. 개별 연구위원의 실무경험 유무와 연구분야를 고려하여 중점 검토 대상 연구보고서를 나누고 담당 연구보고서에 대하여는 특히 심층적으로 검토하도록 하는 방안을 모색하면, 연구위원제도가 실질적으로 연구보고서의 완성도 및 실무연계성을 높이는데 더욱 기여할 것으로 보인다.

아. 사건 관련 연구자료의 공유 방안

헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 돕기 위해 헌법재판소와의 자료공유도 지금보다 더 확장될 필요가 있다. 책임연구관의 연구실에 연결되어 있는 내부전산망에는 헌법재판소 도서관 자료, 사건기록(청구서나 이해관계 의견서 등)은 공유되어 있지만, 헌법연구관이 작성한 사건에 관한 연구보고서는 공유되어 있지 않기 때문에 책임연구관은 주제 제안 단계를 비롯한 모든 연구 프로세스를 진행하는 중에 사건에 관한 연구보고서를 직접 검색하여 참조할 수 없다. 다만, 사건에 관한 연구보고서는 헌법재판연구원 내부에서 헌법연구관인 팀장의 연구실에 연결된 내부전산망에서 접속이 가능하므로, 책임연구관이 연구 프로세스를 진행 중에 담당 주제와 관련하여 필요한 경우 사건 번호를 전달하여 요청하면 팀장이 해당 연구자료를 출력해서 전달해주는 방식으로 해당 연구자료를 참조할 수는 있다. 그러나 위와 같은

531) 실제 연구위원은 20건의 연구보고서마다 각 세 차례의 보고회(착수보고회, 중간보고회, 정리보고회)에 참여하여 검토·토론을 한다(모두 합하면 1년에 약 60회의 보고회에 참여하는 셈이다).

사건번호에 기대어 간접적으로 사건에 관한 연구보고서를 획득하는 방식으로는 책임연구관이 특정한 실체법적·절차법적인 쟁점과 관련된 실무적 내용을 종합적으로 파악하는데 실질적으로 도움이 되지 않는 경우가 많다.

사건에 관한 연구보고서는 실무적인 관점에서 사건을 해결하기 위해 작성된 사건에 관한 연구자료이므로, 실무경험이 없는 책임연구관이 개별 사건에 관한 연구보고서의 내용을 기반으로 한 검색기능을 활용하여 직접 해당 연구자료에 접근할 수 있다면, 책임연구관이 연구주제와 관련된 실무적 쟁점을 이해하고 분석하는데 큰 도움이 될 수 있다. 이를 통해 책임연구관이 작성하는 주제 연구보고서의 실무적 연계성도 고양될 수 있을 것으로 보인다.

한편, 연구보고서 등 헌법재판소 내부 연구자료에 대한 접근범위를 헌법재판연구원 책임연구원에게 확장할 때 발생할 수 있는 보안 문제는 한편으로는 직접 정보에 접근할 수 있도록 하되 강화된 보안절차를 요청하는 방안, 보안등급을 단계적으로 나누어 특별히 보안이 요청되는 높은 등급의 자료에 대한 접근권한만을 배제하고 그 밖의 자료에 대해서는 접근을 허용하는 방안으로 상당부분 해소될 수 있을 것으로 보인다.

참고로 헌법재판소 내 사건에 대한 연구자료 중에서는 헌법연구관이 작성한 연구보고서 이외에도 헌법재판소 내 헌법연구원이 작성한 사건에 관한 (비교법적인) 조사보고서가 있다. 조사보고서는 사건의 쟁점과 직접 관련된 비교법적인 내용을 검토하고 사건에 대한 시사점을 다룬 비교적 간략한 보고서로서 헌법연구관이 연구보고서를 작성할 때 필요한 경우 각 어권별 헌법연구원에게 의뢰하여 작성되고, 헌법재판소 전산망에 데이터베이스로 구축되어있다. 따라서 관련 주제를 연구하는 책임연구관이 참조하면 비교법적인 관점에서 주제 연구보고서의 실무적 연계성을 높이는 데 도움이 될 수 있다. 또한 사전에 어떤 외국 선례가 개별 사건과 관련하여 조사·소개되었는지 미리 파악할

수 있다면, 비교헌법연구팀에서 책임연구관이 외국 헌법재판기관의 판례를 선정하고 조사·소개하는 과정에서 실무적인 관점을 반영하는데 적지 않게 도움 될 것으로 생각된다. 그리고 이러한 조사보고서는 개인정보나 회의내용 등 재판과 관련된 보안 문제가 거의 없기 때문에 단순한 사건에 관한 비교법적인 조사보고서의 경우 곧바로 책임연구관의 접근을 허용해도 무방할 것으로 생각된다.

자. 헌법재판소의 연구업무를 위한 특별한 지원 방안

헌법재판연구원은 연구보고서 및 세계헌법재판 조사연구보고서 발간 등 일상적인 연구업무 이외에 헌법재판소의 특별한 요청으로 헌법재판실무와 밀접하게 관련된 연구업무를 수행함으로써 헌법재판소가 담당하는 사건에 관한 연구업무를 지원할 수 있다. 예컨대 국내에 연구가 거의 없는 사건에 대한 심층적이고 체계적인 비교법적인 연구가 특정한 기간 내에 조속히 진행될 필요가 있지만, 헌법재판소 소속 헌법연구원의 어권별 연구인력의 한계 등으로 인해 헌법재판소 내에서 수행하는데 큰 제약이 있는 경우 등의 상황에서 헌법재판소는 헌법재판연구원에 위의 연구에 대하여 이른바 특별한 요청을 할 수 있을 것으로 생각된다. 헌법재판연구원은 기본적으로 헌법재판소의 헌법재판실무를 뒷받침할 수 있는 연구기능을 수행하는 헌법 및 헌법재판 연구기관이므로, 헌법재판소의 위와 같은 요청에 부응하여 사건에 관한 연구업무를 지원할 수 있다.

다만, 헌법재판연구원은 헌법과 헌법재판에 관한 중·장기적인 연구를 하기 위해 설립된 기관이고, 그 연구업무를 실무적 연계성도 위와 같은 설립목적의 범위 안에서 이루어져야 하므로, 위와 같은 헌법재판소의 특별한 요청에 따른 연구업무는 일정한 절차에 의해 예외적·한시적으로 이루어지는 것이 바람직하다. 만약 위와 같은 사건과 직접 관련된 연구업무를 협조요청이 일상적·지속적으로 이루어지는 구조가 발

생한다면, 이는 연구업무의 협조요청이 아니라 헌법재판소 내 인력충원을 통해 해결하는 방향이 적절하다. 예컨대 프랑스어권과 스페인어권 전문가는 헌법재판소 내 헌법연구원 중에는 없고 헌법재판연구원 책임연구원 중에만 있는데, 헌법재판소 내에 프랑스어권과 스페인어권의 사건에 관한 비교법적인 조사·연구의 수요가 크게 늘어난다면, 이는 연구업무의 협조요청이 아니라 헌법재판소 내에 위 어권별 전문가를 충원하는 방식으로 해결하여야 한다.⁵³²⁾ 한편, 현재 헌법재판연구원 관련 규정에 위와 같은 내용에 관한 명시적인 절차를 확인할 수 없는데, 위와 같은 헌법재판연구원의 특별한 요청과 그에 따른 연구지원과 관련된 내부절차가 마련되고 그에 따라 진행되는 것이 바람직하다.⁵³³⁾

제5절 사무처

우리 헌법재판소의 경우 사무처는 사건을 접수만 할 뿐 사건의 적법성과 이유에 관한 판단은 전혀 하지 않고, 재판부에서 사건의 적법성과 이유에 대하여 판단한다. 만약 우리나라 재판소에 독일 연방헌법재판소가 채택하고 있는 일반등록부 등재절차를 도입하여, 사무처가 단순히 사건을 접수하는 일에 그치지 않고, 헌법소원청구의 적법성과 이유를 고려하여 명백히 부적법하거나 이유없는 헌법소원심판청구에 대하여는 청구인에게 다시 한번 숙고할 수 있도록 안내하고, 일정기간 이내에 청구인의 이의제기가 없으면 사건절차를 종료시킨다면, 재판부의 업무부담을 획기적으로 줄일 수 있으리라고 생각된다.

독일의 경우 지난 10년간 평균 전체 사건에서 95% 이상을 차지하는

532) 2022년 10월 현재 헌법재판소 내 어권별 전문가인 헌법연구원은 모두 6명이고, 독일어권 전문가 2명, 영어권 전문가 3명, 일본어권 전문가 1명으로 구성되어 있다.

533) 만약 헌법재판연구원의 운영위원회를 거쳐야 하는 사안으로 판단한다면, 헌법재판연구원 운영규칙 제7조 제5호(그 밖에 연구원 운영에 관한 중요사항)에 따른 심의사항이 될 것이다.

헌법소원심판사건 중에서 사무처의 일반등록부 등재절차를 통해 당해 연도에 곧바로 재판부 사건의 대상이 되지 않는 사건(즉, 사건등록부 등재 사건이 아니라 일반등록부 등재사건)의 비중이 50%가 넘는다. 이러한 사건들은 5년 이내에 이의제기가 없으면 사건이 해결된 것으로 본다. 물론, 위 기간 내에 이의제기가 있으면 사건등록부 등재 사건이 되어 재판부 사건의 대상이 될 수 있지만, 당해 연도에 한 번 청구인에게 명백히 적법성이나 이유가 없음을 안내하고 그에 대해 이의제기가 없었던 사건의 비중이 전체 헌법소원청구사건의 50%가 넘는 것이니, 5년 이내에 이의제기 절차를 다시 거쳐서 사건등록부에 등재될 사건은 많지 않을 것으로 생각된다.

독일의 경우 재판소원을 원칙적으로 인정하지 않는 우리의 경우와는 달리 헌법소원 중 재판소원이 차지하는 비중이 압도적으로 높고, 위헌심사형 헌법소원 사건을 인정하고 있지 않다는 점에서 독일의 일반등록부 등재절차의 사건부담경감효과를 우리 헌법재판소의 경우에 그대로 적용하기 곤란한 부분이 있기는 하다. 다만, 독일 일반등록부 등재절차의 사건부담 경감효과가 워낙 높기 때문에 독일의 경우와 꼭 동일한 효과는 아니라고 하더라도 상당한 사건부담 경감효과를 기대할 수 있을 것으로 생각된다. 예컨대 우리 헌법재판소에 2021년 말 기준 접수된 전체 사건 (2,827건) 중 헌법소원청구사건은 98.6%(2,786건)에 이르는데, 그 중에서 재판의 전제성이 필요한 위헌심사형 헌법소원 사건(20.7%, 585건)은 제외하고, 권리구제형 헌법소원사건(77.9%, 2,201건) 중 독일의 절반만큼만 경감부담효과가 있어도(약 25%), 전체 사건의 약 18%에 해당하는 사건이, 사건청구에 대해 명백한 각하나 기각 사유가 있음을 안내받고 특별히 이의제기가 없으면 사건이 해결된 것으로 보는 트랙으로 갈 것으로 기대할 수 있다.

일반등록부 등재절차 결정은 법관의 자격을 갖춘 사무처 소속 등록담당관이 재판소장의 위임하에 사건에 대해 예비재판을 하는 것이 아니라 청구인에게 사건을 왜 일반등록부 등재하였는지 그 사유를 알려

주고 사건의 속행여부를 재고해 보도록 유도하는 안내의 성격을 갖는데 그치므로, 우리의 경우도 헌법재판소법 개정을 통해 일반등록부 등록제도를 신설한 후 독일과 마찬가지로 사무처에 위와 같은 사법행정부서를 구성하여도 헌법적으로 문제되지 않을 것으로 생각된다. 예컨대 사무처의 심판지원실에 위와 같은 사법행정부서를 구성하여 적절한 수의 변호사 자격을 갖춘 실무관을 배치하고 헌법재판실무경력이 많은 수 명의 헌법연구관이 실무관들과 협력하여 헌법소원사건에 대한 일반등록부 등재업무를 수행하는 방안을 모색할 수 있다.

제5장 결론

1. 헌법의 규범적 특성과 헌법재판에서 판단의 준거로서 헌법의 해석 및 적용의 규범적 의미와 역할, 그리고 헌법재판소 결정의 효력과 헌법재판의 기능에 비추어 볼 때, 헌법재판소가 담당하는 헌법재판은 일반적 분쟁의 해결수단으로서 일반법원의 재판과는 달리 신중하고 공정한 심판의 관점이 특별히 강조되어야 한다. 국가 법질서의 정당성 원천으로서 헌법과 헌법을 일차적으로 구체화하고 형성하는 입법행위의 결과인 법률은 어느 정도 시간적 영속성과 규범적 안정성을 가질 것이 요청되고, 그 토대 위에서 법치국가원리의 핵심적 내용으로서 법적 안정성이 확보될 수 있기 때문이다. 따라서 헌법재판에서 공정하고 신중한 심판을 통한 법적 안정성의 보장을 위해서라면 원칙적으로 신속한 심판절차의 이익은 한걸음 물러나는 것이 필요하다.
2. 그러나 헌법재판 역시 헌법의 규범적 궤도를 벗어난 위헌적인 국가 권력으로부터 헌법의 우위를 보장하고, 이를 통해 침해된 국민의 기본권을 구제하는 데에 그 본래적인 기능이 있으므로 신속하고 효율적인 기본권 구제의 이익도 여전히 법치국가원리의 관점에서 필요불가결한 요청이라고 할 것이다. 매년 헌법재판소에 접수되는 사건의 수가 증가하는 상황에서, 그와 함께 해마다 누적되고 있는 미제사건의 수는 이제 더 이상 방치해서는 안 될 정도로 위험한 수준에 접어들었다고 평가할 수 있다. 현재 우리 헌법재판소의 사건처리 속도와 한정된 자원 및 역량, 접수사건 대비 미제사건 수의 증감 정도 등 실제 사건처리의 현황에 비추어 볼 때, 지금도 1,600여건을 상회하는 미제사건의 건수가 조금이라도 줄어들기는커녕 매년 200여 건 이상으로 누적되어 증가할 것임이 명백히 예상되기 때문이다. 이러한 헌법재판소의 사건처리 상황은 아무리 신중하고 공정

한 심판의 이익이 강조되는 헌법재판의 영역이라 할지라도 헌법재판소가 그 본래적 역할과 기능을 제대로 수행하지 못하고 있다고 일응 평가할 수 있을 것이고, 이는 헌법재판소에 대한 국민의 기대를 훼손시키고 헌법재판소 결정의 정당성과 이에 대한 신뢰성을 실추시키는 근본적인 원인이 될 것이다.

3. 사건의 접수에서 결정서의 작성 및 선고에 이르기까지 헌법재판소의 사건처리절차 진행은 각 절차를 주관할 권한과 책임을 가진 재판장, 주심재판관 등 관여 재판관, 재판장 또는 주심재판관 등 재판관의 지시에 따라 연구부 소속의 헌법연구관이나 사무처 소속의 담당공무원의 학문적·행정적 보좌를 통해 이루어진다. 그러나 어디까지나 연구부 소속 헌법연구관이나 사무처 소속 공무원의 역할은 재판부의 역할을 보완하는 것에 그치고 사건처리의 권한과 책임은 재판부에 있다.
4. 헌법재판소장의 지위와 역할, 특히 헌법재판소의 행정사무 및 심판 관련 연구업무의 총괄권자이자 재판부의 재판장으로서 지위에 비추어 볼 때, 헌법재판소장의 장기간 공석(空席)이나 헌법재판에 대한 경험 또는 전문성의 부족은 헌법재판소의 심판절차 운용에 직접적이고 결정적인 영향을 미친다고 볼 수 있다. 헌법재판소 창설 이후 지금까지 초기의 일부 사례를 제외하고는 헌법재판소장의 임명과 관련하여 그 자격이나 임기 등의 문제로 장기간의 공석상태가 일상화되는 지경에 이르고 있는 것이 현실이다. 헌법재판소장의 임명과 관련한 정치적 또는 법적 논란으로 인한 헌법재판소장의 장기간 공석상태는 권한대행제도(헌재법 제12조 제4항)에도 불구하고 사건처리 지연의 중요한 원인이 되었고, 미제사건의 증가 역시 이로 인한 부정적 영향의 결과임을 부인할 수 없다. 헌법재판소장인 재판관의 임명과 관련해서는 그리고 현직 재판관의 헌법재판소장 임명과 관

련해서는, 그 임명권자인 대통령이 헌법재판소법 제6조 제3항 내지 제5항에서 정하는 임명의 기한을 특별히 준수하여야 할 것이다.

5. 헌법재판의 본질을 사법작용으로 이해한다면 헌법재판 역시 공정한 재판과 신속한 재판을 통한 효과적인 권리구제의 수단으로 기능하여야 하며, 이를 통해 국민의 공정하고 신속한 헌법재판을 받을 권리가 제도적으로 보장된다. 신속한 헌법재판을 받을 권리의 제도적 보장은 헌법재판소 재판부를 구성하는 재판관의 업무적 연속성과 계속성, 그리고 전문성에서 출발한다. 헌법재판의 권한과 책무를 담당할 재판관으로서 헌법재판에 대한 업무적 연속성과 계속성, 전문성이 현행의 헌법 및 헌법재판소법에서 정하는 재판관의 자격으로 충분하고 적절한 것인지, 그리고 재판관 선출 등 재판관 임명의 현실이 이와 같은 요청에 부합하는지에 대해서는 의문이 있다.
6. 의회나 집행부와 같은 정치적 헌법기관의 경우에는 지나치게 짧거나 길지 않은 적정한 주기로 실시되는 선거에 의하여 해당 공직의 수행에 필요한 민주적 정당성을 부여받아야 한다는 요청이 대의민주주의의 본질로부터 도출되는 반면, 정치적 헌법기관의 행위를 사법적으로 통제하는 헌법재판의 권한을 담당하는 기관의 경우에는 오히려 헌법재판의 과제를 효율적이고 신속하게, 그리고 전문적으로 이행하여야 한다는 관점을 고려하여 그 임기를 정할 필요가 있다. 현실적으로 재판관이 그 경험과 경력에 비추어 헌법 및 헌법재판에 관한 이해가 다소 부족한 상태에서 임명되어 헌법재판의 실무에 익숙하기 위해서는 적어도 2년 내지 3년의 기간이 필요하다는 점을 감안하면, 사건처리의 신속성과 사건처리에 필요한 전문성의 확보를 위하여 재판관의 임기를 어느 정도 늘리는 임기연장이 반드시 필요하다고 생각된다.

7. 우리 헌법재판의 현실에서 재판관 임명의 지연은 재판부의 교체시기에 주기적으로 나타나는 것이 현실이고, 이를 방지하고 심판업무의 공백 방지와 사건처리의 신속성을 확보하기 위해서는 헌법재판소법 개정을 통해 임기만료나 정년퇴임한 재판관에게 후임 재판관 임명 시까지 계속 재판업무를 수행하도록 하는 것이 필요하다.

8. 재판관의 정수가 헌법재판소의 사건처리를 신속하고 효과적으로 이용하는 데에 긍정적인 방향으로 작용할 것인지, 오히려 부정적인 방향으로 작용할 것인지를 일의적으로 단정하기는 어렵다. 그러나 현행의 전원재판부 중심의 사건처리 절차를 분산하여 지정재판부의 관할을 확대하는 경우 재판관 정수의 증가는 헌법재판소의 사건처리에 신속성과 효율성을 확보하고 배가하는 수단으로서 기능할 수 있다.

9. 현행 헌법재판소법상 지정재판부의 사전심사제도는 헌법소원심판 사건에 국한하여 명백히 부적법한 심판청구에 대한 여과 기능만을 수행하고 있고, 그것도 지정재판부 소속 재판관 전원의 의견이 합치된 경우에만 가능하므로 그 역할과 기능이 매우 제한적이다. 전원재판부에서 심리할 가치가 없는 명백히 이유 없는 헌법소원심판 사건, 사안이 경미하여 헌법적 판단의 실익이 없는 헌법소원심판 사건, 헌법소원심판 사건이 청구권의 남용에 가까운 의미를 가지는 경우에는 헌법소원심판 사건을 지정재판부의 사전심사절차에서 바로 기각할 수 있도록 하여야 한다. 이와 같은 유형과 내용의 헌법소원심판 사건은 선례가 명백하거나 사안이 경미하여 심판청구에 이유 없음이 명백하므로, 헌법재판의 본질적 기능과 실질적 관련이 없을 뿐 아니라 기본권 구제의 가능성도 없다고 할 것이므로 이를 통해 당사자의 헌법재판을 받을 권리를 침해하지도 않는다고 볼 것이다. 다만, 기각결정을 하는 경우에는 위헌결정의 정족수를 고려

하여 다른 지정재판부 소속의 재판관 1명을 임시로 추가하여 재판관 4명의 일치된 의견으로 기각결정을 할 수 있을 것이다.

10. 우리 헌법재판소의 경우 주심 지정의 방식, 즉 사건배당의 방식을 독일 연방헌법재판소와 같이 재판관의 전문 분야나 헌법재판의 경험 등을 고려하는 방식으로 변경하는 것은 어렵다고 생각된다. 재판관의 자격, 임기, 선출 절차, 실제 재판관의 직업적 경력 등에서 우리와 독일은 환경이 매우 다르기 때문이다. 그러나 사건처리에서 전문성의 보강과 전문성을 통한 사건처리의 신속성을 촉진하기 위해 주심재판관의 지정과 관련하여 경험과 전문성에 대한 고려를 통해 보완하는 것은 충분히 의미가 있다고 생각된다. 예를 들어 특정 재판관의 과거 직업적 경력이나 학문적 경력, 주심재판관으로 처리한 사건이 헌법재판소의 일관된 판례의 형성이나 향후 결정의 방향성과 관련하여 지도적 역할을 한다고 평가되는 경우, 해당 쟁점을 가진 사건에서 주심재판관으로 지정함으로써 사건처리의 신속성 제고와 아울러 일관된 판례의 형성을 통한 헌법재판소 결정의 예측가능성 등을 보장하는 데에 도움이 될 수 있을 것이다.

11. 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판을 구두변론으로 진행하는 경우와 위헌법률심판과 헌법소원심판을 사건의 중요성 등을 고려하여 구두변론으로 진행하는 경우, 구두변론을 마친 그 주간(週間)에 평의일정을 잡는 것을 규칙이나 내규로 정할 필요가 있다. 구두변론을 마친 그 주간에 평의일정을 잡는다면 변론과정에서 쌍방의 주장과 진술이 비교적 생생하여 재판관들의 의견 형성에 도움이 될 뿐만 아니라, 구두변론을 준비하는 과정에서 평의를 대비하기 위해 사전에 충분히 변론을 준비하게 되므로 신속한 헌법재판이 가능해지게 될 것이다.

12. 현행 헌법재판소법 및 헌법재판소 심판규칙은 주심재판관에 관한 규정을 두고 있지 않을 뿐 아니라 평의와 평결에 관한 규정을 전혀 두고 있지 않다. 헌법재판소의 사건처리 절차에서 재판관의 의견을 형성하고, 의견의 수렴을 통하여 헌법재판소의 법정의견을 도출하는 평의와 평결의 과정이 가장 중요하고 핵심적인 절차임에도 불구하고, 헌법재판소법과 헌법재판소 심판규칙에서 이들 절차와 관련하여 그 일정이나 방식, 순서, 내용 등에 관해 아무런 정함이 없다. 평의 및 평결의 일정 및 절차, 방식, 주심재판관의 역할 등에 관한 독일 연방헌법재판소 사무규칙의 규정은 우리 헌법재판소의 심판절차 운용에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

13. 헌법재판소의 기능수행과 관련하여 재판관과 헌법연구관 간의 관계 설정은 매우 중요하다. 헌법의 규범적 특수성과 이에 따른 헌법해석의 의의, 헌법에 대한 해석과 적용을 기초로 하는 헌법재판의 역할과 기능에 비추어 헌법재판소의 조직과 구성에는 특별히 전문성의 요청이 강조되는데, 현행 헌법재판의 법제에 비추어 헌법재판소의 조직 및 구성, 재판관 선출의 현실은 전문성의 측면에서 다소 문제가 있다. 따라서 사건처리의 과정에서 재판관과 헌법연구관 간의 기능적인 협력과 보완의 관계는 특별히 강조되어야 한다. 헌법재판 사건의 공정하고 신중한 처리를 위하여, 다른 한편으로 신속하고 효율적인 심판절차의 운용을 통한 신속한 사건처리를 위하여 양자 간의 건강한 협력관계와 보완관계는 헌법재판소의 결정이 충분히 설득력을 갖추어 국민통합의 공감대적 가치로써 정당화되기 위한 필요조건으로, 이와 같은 측면에서 현행 헌법재판소법상 헌법연구관 제도는 조직적·기능적으로 긍정적인 평가를 할 수 있을 것이다.

14. 최근 4년간 전원재판부 사건처리 건수의 평균이 522건, 헌법연구관 1명당 연 10건의 연구보고서 작성을 전제로 할 때, 접수사건을 전

부 처리하기 위해서는 연구보고서 작성 등 조사·연구 업무만을 담당하는 헌법연구관이 최소 53명 필요하다. 현재 전원재판부에서 처리되는 사건에 대한 조사·연구 업무를 전담하는 공동부 헌법연구관이 36명에 불과하므로 신속한 증원이 필요하다. 여기에 해마다 200여 건 이상으로 누적적인 증가추세를 보이는 미제사건 건수를 보태어 보면 매우 시급한 조치가 필요하다. 법원이나 검찰로부터 파견된 헌법연구관은 파견기간이 단기간인데다 헌법재판에 대한 실무경험이 거의 없고, 그나마 업무수행을 위해 일정 기간 교육 및 훈련이 필요하다. 게다가 이들의 파견취지는 본질적으로 심판대상 이거나 심사기준으로서 법원의 법률 해석이나 적용에 관한 사항, 형사처벌규정에 대한 검찰의 형벌권 행사 실무 등을 조사·연구하는데 있는 것이지 하나의 사건을 온전히 처리하는 데 있는 것이 아니므로, 연구인력 증원의 방식은 자체 헌법연구관의 인원을 늘리는 것이어야 한다.

15. 사건처리를 신속히 하기 위해서는 사건처리의 시급성, 난이도, 파급력 등에 따라 사건을 분류하고, 그 결과에 따라 사건처리의 진행경로를 달리하여 사건별로 신중함과 신속함을 조절하는 것이 필요하다. 사건선별의 업무에 대한 권한과 책임은 종국적으로 재판관에게 귀속되는 것이지만, 그 과정에서 특별히 헌법재판소에 장기간 근무한, 특별히 수석부장연구관이나 선임부장연구관의 경력을 가진 헌법연구관의 조력을 받는 것이 무엇보다도 필요하다. 사건선별을 위해서는 헌법재판소의 다양한 선례와 사안에 대한 정보 및 지식이 필요한데, 이는 경력이 깊은 헌법연구관에게 기대할 수 있는 전문성의 내용이기 때문이다.

16. 헌법재판소에 사건이 접수되어 주심재판관이 지정되면, 주심재판관이 주관하여 연구부 내의 가칭 “사건분류부”에 사건분류를 배정하

고, 사건분류부에 소속된 헌법연구관은 신속히 사건의 유형 및 사안의 내용, 경중에 따라 분류하여 신속처리사건의 경우에는 전속부로, 신중처리사건 및 일반사건은 공동부로 배정한다. 헌법소원심판사건의 경우에도 마찬가지로 사건분류부에서 우선 사건을 분류한 후 지정재판부로 배정하고, 지정재판부에서는 신속처리사건의 경우 통상의 방법으로 사전심사절차를 진행하고, 신중처리사건·일반사건의 경우에는 적법요건에 명백한 흠결이 발견되지 않는 한 사전심사보고서의 작성 없이 간이하게 공동부로 배정한다. 이에 더하여 전속부나 공동부로 사건이 배정된 이후에도 사건 이관과 함께 수석·선임부장연구관, 전속부·공동부의 각 부장연구관은 사건분류부가 결정한 사건분류를 다시 검토하여 필요한 경우 사건분류부와 협의하여 사건분류를 수정할 수 있도록 할 필요가 있다.

17. 신속한 사건처리의 관점에서만 보면 공동부의 조직을 강화하고, 공동부에 독자적으로 조사·연구 업무를 수행할 수 있는 경력 있는 헌법연구관을 배치하는 것이 적절하다고 보인다. 신속한 사건처리를 위해서는 결국 일반사건과 신중처리사건의 처리기간을 줄이는 것이 반드시 필요한데, 이를 위해서는 비교적 장기간의 근무경력을 가진 헌법연구관의 배치를 통해 조사·연구 업무의 기간을 줄이는 것이 불가피하기 때문이다. 전속부에 소속된 헌법연구관의 증원을 통해 사건처리에 신속성을 기할 수 있다는 의견도 충분히 가능할 수 있을 것이지만, 이 경우에는 전속부 연구관의 업무에 대한 분석과 평가가 수시로 이루어지는 것이 필요하다. 사전심사절차와 신속처리사건에 대한 조사·연구 업무의 양과 질, 재판관에 대한 보좌업무의 양과 질 등에 대한 수시의 업무 분석 및 평가를 통해 전속부 헌법연구관의 증원 또는 감원 조치가 탄력적으로 있을 필요가 있다.

18. 헌법연구원의 경우 2022년 8월 현재 헌법재판소에는 6인의 헌법연

구원이 있는데, 법학박사 3인과 변호사 3인(미국변호사 1인 포함)을 두고 있다. 외국 법제를 연구하는데 있어서 외국어 능력은 필수 불가결한 요소이므로 외국어에 능통한 헌법연구원을 둘 필요가 있다. 이것이 반드시 외국에서 학위를 취득한 헌법연구원을 요구하는 것은 아니고, 한국에서 학위를 취득하였다더라도 외국어에 능통할 수 있으므로 학위 취득 국가는 중요하지 않다고 본다.

19. 자격 면에서 보면 박사학위 취득자 또는 변호사 자격을 가진 자로 헌법연구원을 임용하고 있는데, 외국의 법제를 연구한다는 측면에서 보면 변호사자격을 취득한 사람보다는 박사학위를 취득한 사람을 임용하는 것이 좀 더 효율적일 수 있다고 본다. 현재 우리나라에서 변호사 자격은 변호사시험을 통하여 취득하도록 되어 있는데, 법학전문대학원을 졸업하고 변호사 자격을 취득하는 경우, 변호사 자격을 취득한 직후에는 연구 능력이 외국 법제를 조사·연구할 수 있는 정도에 이르는 어렵다. 법학전문대학원에서 외국법을 공부하기보다는 변호사시험 위주의 공부를 하므로 외국 법제를 연구하는 데에는 한계가 있을 수 있다. 따라서 변호사 자격을 취득한 사람을 헌법연구원으로 임용하는 경우에는 외국어 능력과 연구 능력을 함께 고려하여 임용할 필요가 있다.

20. 헌법연구원도 더 많이 임용할 필요가 있다. 헌법재판은 외국의 헌법재판 판례, 외국 법제나 외국의 법정책 등을 조사·연구할 필요가 많은데, 6명의 헌법연구원으로는 부족하다고 본다. 외국의 헌법재판소 판례나 외국의 법제를 조사·연구하는데 많은 시간이 필요 없는 경우도 있으나 대부분의 경우는 몇 주 혹은 몇 개월의 시간을 필요로 하는 경우가 많다. 헌법연구원 1인이 1년에 조사·연구하는 사건의 건수가 많으면 그만큼 깊이 있고 심도있는 외국 법제에 대한 연구가 이루어지기 어렵게 된다. 보고서 작성 등에 있어서

필요한 외국의 헌법재판소 판례라든가 외국의 법제·정책 등을 조사·연구하기 위해서는 헌법연구원의 수를 더 늘릴 필요가 있다.

21. 헌법연구원의 수를 늘리고 다양한 전공자를 충원할 필요가 있다. 주로 공법 전공자를 헌법연구원으로 임용하되, 공법 이외에 사건이 많이 있는 분야를 조사하여, 예를 들어 형사법이나, 노동법 등 공법 이외의 법학전공자도 헌법연구원으로 임용할 필요가 있다.

22. 헌법연구위원의 역할을 논의함에 있어서 유념해야 할 점은 헌법연구위원의 역할과 헌법연구관의 그것이 기능적으로 중복되어서는 곤란하다는 것이다. 왜냐하면 헌법연구위원 제도는 헌법연구관의 취약한 전문성을 보완하여 헌법재판의 질적 향상을 기하기 위해 도입되었기 때문이다. 이렇게 보면 법률 전문가로 구성되는 헌법연구관이 규범적 판단을 주도하고, 다른 학문 분야의 전문가로 구성되는 헌법연구위원이 규범적 판단의 전제가 되는 사실 판단에 일정한 역할을 수행한다면 기능 분담을 통해 헌법재판의 효율성과 설득력을 제고하는데 큰 도움이 될 것으로 보인다. 그럼에도 지금까지 헌법연구위원은 절대 다수가 헌법 전공 교수로 임용되었고, 일부가 행정법이나 법철학 등 다른 법학 분야 교수로 임용되었다. 다른 학문 분야의 전문가가 임용된 경우는 2018년 1건(정치학 전공)과 2022년 1건(사회학 전공) 등 2건에 불과하다. 이러한 임용 경향은 헌법연구관과의 기능적 차별화 전략에 부합하지 않는다는 점에서 향후에는 다른 학문 분야 전문가의 임용을 크게 확대할 필요가 있는 것으로 보인다.

23. 헌법재판연구원의 헌법연구위원은 지금까지 전원 헌법 전공 교수로 임용되었다. 헌법재판연구원의 가장 중요한 업무는 책임연구관들이 작성하는 연구보고서를 발간하는 것이고, 연구보고서는 헌법

학과 관련한 학술 자료로서의 성격이 강하다. 헌법재판연구원의 헌법연구위원회는 이런 연구보고서를 착수 단계부터 완성 단계까지 전체적으로 감수하는 역할을 담당한다. 이런 점에서 대학의 헌법학 전공 중견 교수가 임용되는 것이 업무의 성격상 가장 바람직한 것으로 보인다. 다만 1년에 약 20 여건 이상의 보고서가 발간되고 있다는 점, 보고서 분량도 100페이지 전후에 이르고 있다는 점 등을 감안한다면 현재 1명인 헌법재판연구원 헌법연구위원의 증원을 전향적으로 검토할 필요가 있다.

24. 헌법재판연구원의 경우도 심판기간을 단축하는데 중요한 기능을 담당할 수 있다. 헌법재판소의 심판업무는 사건을 처리하기 위한 헌법재판소의 고유한 업무이므로, 헌법재판소가 담당하여야 하고, 심판업무의 효율성을 제고하는 방안도 헌법재판소의 연구 및 행정 조직과 업무절차를 효율화시킴으로써 실현하여야 한다. 헌법재판소 산하의 헌법재판연구원은 헌법재판소 심판업무의 효율성을 제고시키는데 직접 기여할 수 있는 기관은 아니고, 헌법재판연구원의 목적을 실현하는 범위 내에서 간접적으로 헌법재판소의 심판업무의 효율성을 제고시키는데 기여할 수 있을 뿐이다.
25. 헌법재판연구원의 연구가 헌법재판소의 연구업무에 기여하는 전형적인 방식은 헌법연구관이 개별 사건에 대한 연구보고서를 작성하면서 해당 사건의 헌법적 쟁점을 해결하는데 헌법재판연구원의 관련 선행 연구성과를 보고 참조하여 도움을 받는 방식이다. 그렇다면 헌법재판연구원이 자신의 연구목적 실현하는 과정에서 헌법재판소 연구업무의 효율성에 기여할 수 있는 방안은 우선적으로 헌법재판연구원이 자신의 연구기능을 수행함에 있어 헌법재판실무와의 연계성을 어떻게 밀도 있게 확보하는가에 달려 있다. 헌법재판연구원이 실무적 연계성이 고양된 연구성과를 내기 위해서는 연

구업무 진행과정에서 헌법재판실무를 담당하는 헌법재판소 연구부, 그리고 헌법재판실무에 관해 관심을 갖고 연구하는 외부 전문가들과 의사소통을 활발히 하고 다양한 방식으로 교류와 협력을 도모하는 것이 중요하다.

26. 헌법재판실무를 담당하는 헌법연구관이나 재판관이 연구보고서를 작성하거나 재판과정에서 가졌던 의문을 계기로 중장기적 연구가 필요하다고 생각되는 헌법이론적·실무적 쟁점에 관한 연구주제의 제안을 더욱 활성화하면 연구주제의 실무적 연계성을 확보하는데 도움이 될 것이다. 또한 연구보고서 프로세스 중에 주제를 제안한 헌법연구관과 해당 주제를 연구할 책임연구관이 상호 의사소통을 하고 해당 헌법연구관의 자발적인 의사에 따라 중간보고회에 참여하여 의견을 개진할 기회가 마련되면 연구과정에서 실무적인 의문을 해소하고 구체적인 해결방안을 모색하는데 도움이 될 것이다.

27. 헌법재판실무에 많은 관심을 갖고 연구하는 학계의 전문가들을 대상으로 연구주제를 공모하면, 실무적 연계성을 확보한 다양한 주제들이 다양한 관점에서 제안될 것이고, 특히 학계의 개별 연구자들이 개인적으로 수행하기 어려운 포괄적이면서도 새로운 시대에 부합한 실무적 연계성 있는 장기연구주제들도 제안될 수 있다. 헌법연구관이 주제제안 단계 등 헌법재판연구원의 연구보고서 연구 프로세스의 일부에 참여하는데 그치는 것이 아니라 헌법연구관이 헌법재판연구원에 단기·중기로 파견 와서 직접 연구보고서를 작성하는 파견 프로그램을 도입하면, 실무적 연계성을 충실히 확보한 연구보고서 산출에 도움이 될 것이다. 다만, 헌법연구관의 헌법재판연구원 파견은 전체적인 심판업무의 효율성을 저해하지 않는 수준에서 최소한에 그쳐야 한다.

28. 헌법재판연구원 책임연구관은 대부분 헌법재판실무 경험이 없다. 헌법재판실무 경험이 없는 연구자가 실무적 연계성이 생생하게 반영된 실무주제연구를 수행하는 것은 쉬운 일이 아니다. 책임연구관이 헌법재판소의 사건처리를 위한 연구 프로세스에 장기과견, 단기과견, 방문연수 등 어떤 방식으로든 참여기회를 가진다면 헌법재판실무에 대한 막연한 생각에서 벗어나 본연의 연구업무에 실무적 연계성을 고양시키는데 도움이 될 것이다.
29. 헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 강화하기 위하여 ① 헌법실무적 주제에 관하여 장기기획연구 유형을 활성화하는 방안, ② 실무적 주제에 대하여 전문성이 있는 외부 교수와의 공동연구를 활성화하는 방안 등 연구유형을 다양화 하는 방안을 고려할 수 있다. 헌법실무적 주제에 관한 장기기획연구는 헌법재판연구원의 헌법실무주제 연구에 관한 체계성 확립에 기여할 수 있다. 또한 ‘장기’, ‘공동’연구를 통해 헌법실무적 주제에 관한 보다 깊이 있고 폭넓은 연구를 가능하게 함으로써 헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 강화하는 기초가 될 수 있다.
30. 헌법재판연구원은 현재 원에서 발간되는 전체 연구보고서의 완성도를 높이기 위해 1명의 외부교수를 연구위원으로 두고 있다. 연구보고서의 실무적인 연계성을 더욱 고양시키고 과중한 업무부담을 줄이려면 연구위원의 수를 2명으로 늘리고, 2명 중 1명은 가능한 헌법재판실무 경험을 갖춘 외부 교수로 임용하는 방안을 고려할 필요가 있다. 개별 연구위원의 실무경험 유무와 연구분야를 고려하여 중점 검토 대상 연구보고서를 나누고 담당 연구보고서에 대하여는 특히 심층적으로 검토하도록 하는 방안을 모색하면, 연구위원 제도가 실질적으로 연구보고서의 완성도 및 실무연계성을 높이는 데 더욱 기여할 것이다.

31. 헌법재판연구원 연구업무의 실무적 연계성을 돕기 위해 헌법재판소와의 자료공유도 지금보다 더 확장될 필요가 있다. 헌법재판연구원의 책임연구관의 연구실에 연결되어 있는 내부전산망에 헌법연구관이 작성한 사건에 관한 연구보고서와 헌법재판소 내 헌법연구원이 각 어권별로 작성한 사건에 관한 비교법적인 조사보고서가 공유되어 있지 않다. 사건에 관한 연구보고서와 그와 관련된 비교법적인 조사보고서는 실무적인 관점에서 사건을 해결하기 위해 작성된 사건에 관한 연구자료에 해당하므로, 실무경험이 없는 책임연구관이 개별 사건에 관한 연구보고서의 내용을 기반으로 한 검색기능을 활용하여 직접 해당 연구자료에 접근할 수 있다면, 책임연구관이 연구주제와 관련된 실무적 쟁점과 비교법적인 이해를 높이고 분석하는데 큰 도움이 될 수 있다.

32. 헌법재판연구원은 연구보고서 및 세계헌법재판 조사연구보고서 발간 등 일상적인 연구업무 이외에 헌법재판소의 특별한 요청으로 헌법재판실무와 밀접하게 관련된 연구업무를 수행함으로써 헌법재판소가 담당하는 사건에 관한 연구업무를 지원할 수 있다. 다만, 헌법재판연구원은 헌법과 헌법재판에 관한 중·장기적인 연구를 하기 위해 설립된 기관이고, 그 연구업무의 실무적 연계성도 위와 같은 설립목적의 범위 안에서 이루어져야 하므로, 위와 같은 헌법재판소의 특별한 요청에 따른 연구업무는 일정한 절차에 의해 예외적·한시적으로 이루어지는 것이 바람직하다.

참고문헌

[한국]

- 김진한, 미국 연방대법원의 사건선별제도의 내용, 기준 및 심사절차 -Writ of certiorari제도를 중심으로-, 헌법논총 제22집, 헌법재판소, 2011.
- 김하열, 스페인의 헌법재판제도, 저스티스 통권 115호, 2010. 2.
- 김하열, 헌법소원 사건의 효율적 처리에 관한 고찰, 공법연구 제43권 제1호, 한국공법학회, 2014.
- 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2021.
- 김혜진, 프랑스 헌법재판소 결정의 효력 -국사원과 파기원에 대한 효력을 중심으로 -, 헌법논총 22집, 헌법재판소, 2011.
- 문재완, 미국 상고허가제(certiorari)의 이론과 실제, 외법논집 제23호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2006.
- 박찬운, 인권법, 한울아카데미, 2015.
- 배정훈, 행정청 등 행정주체가 청구하는 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판에 관한 연구 -청구인능력 및 본안판단과 관련하여-, 헌법재판연구원, 2022.
- 변해철, 프랑스 위헌법률심판제도의 개혁과 성과: 2008년 헌법개정을 중심으로, EU연구 제28호, 한국외국어대학교 EU연구소, 2011.
- 서창식, 해외 주요국의 상고(上告) 제한제도와 시사점, 이슈와 논점 제922호, 국회입법조사처, 2014.
- 성낙인 외, 헌법소송론, 법문사, 2012.
- 안대회, 헌법재판소법 제정 거론사항, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 법무부, 1988.
- 이부하, 헌법재판소의 업무부담경감, 법조 2007·2(Vol 605).
- 이세주, 독일 연방헌법재판소의 헌법재판실무상의 시사점에 대한 고찰,

- 공법연구 제45집 제1호, 2016.
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2018.
- 이우영, 미국의 연방대법원, 인권과 정의, 제411권, 대한변호사협회, 2010.
- 이제우, 미국 연방대법원의 상고허가제에 관한 연구 -연혁, 사건선별 기준과 심리절차를 중심으로-, 법과정책 제25집 제3호, 제주대학교 법과정책연구소, 2019.
- 이주윤, 유럽인권협약상 개인청원의 효율성 제고에 관한 연구, 국제법 평론 2007-11(통권 제26호).
- 이황희, 헌법연구관제도의 모델, 공법연구 제49집 제4호, 2021. 6.
- 전종익, 미국 Law Clerk제도 - 연방대법원을 중심으로 -, 헌법논총 제14집, 2003.
- 전종익, 미국 연방대법원 재판절차와 송무차관(Solicitor General)의 역할, 강원법학 제45권, 강원대학교 비교법학연구소, 2015.
- 전학선, 프랑스 위헌법률심판에서 심판범위, 외법논집 제8집, 2000. 8.
- 전학선, 프랑스의 정치자금제도에 관한 연구, 한국법제연구원, 2003.
- 전학선, 프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정, 헌법학연구 제13집 제1호, 2007. 3.
- 전학선, 프랑스 헌법재판제도의 개혁과 한국 헌법재판의 비교, 공법학 연구 제10권 제1호, 2009. 2.
- 전학선, 프랑스에서 국제법과 헌법재판, 공법학연구 제9권 제1호, 2008. 2.
- 전학선, 프랑스의 법령체계 및 법치주의에 관한 연구, 공법학연구, 제 12권 제1호, 2011. 2.
- 전학선, 프랑스 대통령의 법률안거부권, 세계헌법연구 제18권 제2호, 2012. 8.
- 전학선, 프랑스에서 사후적 규범통제 도입에 따른 헌법재판의 변화, 헌법학연구 제18권 제3호, 2012. 9.
- 전학선, 프랑스 헌법소송론, 한국문화사, 2022.
- 정종섭, 헌법소송법(제6판), 박영사, 2010.

- 정종섭, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 최갑선, 한국 헌법재판에서의 평결방식에 관한 고찰, 헌법논총 제8집, 헌법재판소, 1999.
- 최광률, 헌법재판소법의 입법방향, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 법무부, 1988.
- 최희수 · 전학선 · 차진아, 추상적 규범통제제도에 관한 고찰, 헌법재판 연구 제22권, 헌법재판소, 2011.
- 한동훈, 프랑스의 역사기억법에 대한 헌법적 분석, 헌법재판연구원, 2021.
- 한상희, 헌법재판에서의 사회과학적 변론 -Brown사건과 생계보존기준 사건의 비교를 중심으로-, 일감법학 제4권, 건국대학교 법학연구소, 1999.
- 한수웅, 헌법학, 법문사, 2017.
- 허영, 헌법소송법론(제8판), 박영사, 2013.
- 허영, 헌법소송법론, 박영사, 2018.
- 허완중, 헌법소송법, 박영사, 2019.
- 헌법재판소, 주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점-미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로-, 헌법재판연구 제21권, 2010.
- 헌법재판소, 헌법소송의 특수성과 다른 소송법령의 준용의 범위 및 한계에 대한 검토, 정책개발연구 제11권, 2019.
- 헌법재판소, 憲法裁判所 10年史, 1998.
- 헌법재판소, 헌법재판소 30년사, 2018.
- 헌법재판소, 헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서, 헌법재판 연구 제10권, 1999.
- 헌법재판소, 헌법재판실무제요, 2015.
- 헌법재판소, 헌법재판에 있어 신속한 사건처리를 위한 제도개선 방안, 헌법재판소 정책개발연구 제6권, 2013.

헌법재판실무제요(제2개정판), 헌법재판소, 2015.
헌법재판연구원, 주석 헌법재판소법, 2015.
헌법재판연구원, 헌법재판연구원 10년사, 2021.
홍기태, 대법관 공백, 법률신문, 2022년 10월 20일 자.

[독일]

Bundesverfassungsgericht, Jahresstatistik 2020.
Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage. C.F.Müller, 2022.
Hellmann, Organisation des Bundesverfassungsgerichts, Rechts und Politik, Beiheft 9 (2021), S. 104
Hellmann, von Vanessa, Organisation des Bundesverfassungsgerichts - Blick in die Box: Zur Arbeit der wissenschaftlichen Mitarbeiter*innen am Bundesverfassungsgerichts, Rechts und Politik, Beiheft 9 (2021), S. 101-117.
Hiéramente, Mayeul, Der Dritte Senat des Bundesverfassungsgerichts - Zur Rolle der wissenschaftlichen Mitarbeiter, ZRP 2020, S, 56-58.
Kroitzsch, Hermann, Wegfall der Begründungspflicht - Wandel der Staatsform der Bundesrepublik, NJW 1994, S. 1032-1035.
Lanmprecht, Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?, NJW 2001, S. 419-421.
Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 8. Auflage, C.H.Beck, 2019.
Lenz, Christofer/Hansel, Roinald, Bundesverfassungsgericht, 3. Auflage, Nomos, 2020.
Sacker, Horst, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Auflage, 2003.

- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 11. Auflage, C.H.Beck, 2018.
- Schlink, Bernhard, Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, S. 89-94.
- Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werk stand: 61. EL Juli 2021
- Scheffxzyk, Fabian, The Role of the Judicial Clerks ant the German Federal Constitutional Court, in: The Role of Assistant-Magistrates in the Jurisdiction of Constitutional Courts, Universul Juridic, 2016, p. 74-78.
- Wieland, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht am Scheideweg, KritV Vol. 81, No. 2 (1998), S. 171-192.
- Zuck, Holger/Eisele, Reiner, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 6. Auflage, C.H.Beck, 2022.
- Zuck, Rüdiger, Die Wissensahftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsg erichts, in: Möllers, Martin H. W./ van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, 1. Auflage, 2016, S. 283-292.

[미국]

- Abraham, Henry J., The Judicial Process(7th ed.), Oxford University Press, 1998.
- Abraham, Henry J., The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process(10th ed.), New York University Press, 1996.
- Alexander M. Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme

- Court at the Bar of Politics, Yale University Press, 1986.
- Beardsley, James, Constitutional Review in France, 1975 *The Supreme Court Review* 189 (1975).
- Berger, Raoul, Impeachment: The Constitutional Problems, Harvard University Press, 1973.
- Bickel, Alexander M. ed., The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis: The Supreme Court at Work, Harvard University Press, 1957.
- Black, Charles L., The People and the Court: Judicial Review in a Democracy, Greenwood Publishing Group, 1977.
- Cavanaugh, R. / A. Sarat, "Thinking About Courts: Towards and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence," *Law and Society Review* 14(no.2) (1980).
- Chemerinsky, Erwin, "Bush v. Gore Was Not Justiciable," *Notre Dame Law Review* 76 (2001).
- Current, Richard N. ed., The Political Thought of Abraham Lincoln, Bobbs-Merrill Company, Inc., 1967.
- Davis, Michael H., The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U.S. Supreme Court, 34 *American Journal of Comparative Law* 45 (1986).
- Eisgruber, Christopher L., The Most Competent Branches: A Response to Professor Paulsen, 83 *Georgetown Law Journal* 347 (1994).
- Fallon, Richard H. Jr., "The Rule of Law" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 *Columbia Law Review* 1 (1997).
- Fisher, Louis, Constitutional Rights: Civil Rights and Civil Liberties(2nd ed.), McGraw-Hill, 1995.
- Guernsey, JoAnn Bren, Affirmative Action: A Problem or a Remedy, Lerner Publications Company, 1997.

- Hamilton, Alexander et al., Roy P. Fairfield ed., *The Federalist Papers*, Johns Hopkins University Press, 1981.
- Harrison, John, *The Constitutional Origins and Implications of Judicial Review*, 84 *Virginia Law Review* 333 (1998).
- Hartnett, Edward A., *A Matter of Judgment, Not a Matter of Opinion*, 74 *New York University Law Review* 123 (1999).
- Horowitz, Donald L., *The Courts and Social Policy*, Brookings Institution Press, 1977.
- Lewis, Anthony, *Gideon's Trumpet*, Vintage Books, 1989.
- Mason, Alpheus Thomas / Donald Grier Stephenson, Jr., *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*(12th ed.), Prentice Hall, 1999.
- McCloskey, Robert G. / Sanford Levinson, *The American Supreme Court*(2nd ed.), University of Chicago Press, 1994.
- Moore, Frank D., *Right of Review by Certiorari to the Supreme Court*, 17 *Georgetown Law Journal* 307 (1929).
- Neuman, Gerald L., *Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as a First Resort in France*, 43 *New York University Journal of International Law and Politics* 15 (2010).
- Revesz, Richard L. / Pamela S. Karlan, *Nonmajority Rules and the Supreme Court*, 136 *University of Pennsylvania Law Review* 1067 (1988).
- Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, University of Chicago Press, 1991.
- Shapiro, David L., *Jurisdiction and Discretion*, 60 *New York University Law Review* 543 (1985).
- Tocqueville, Alexis de, *Democracy in America*, Signet Book, 2001.
- Wasby, Stephen L., *Arrogation of Power or Account-ability: Judicial*

- Imperialism Revisited, *Judicature* 65(no.4) (1981).
- Wink, Dulcie Green, “Judicial Confirmations: Politics And Predictions About Questions Not Answered,” *Texas Bar Journal* 69 (2006).
- Woodward, C. Vann, *The Strange Career of Jim Crow*, Oxford University Press, 2001.

[프랑스]

- Alfred Grosser, *Cours constitutionnelles et valeurs de références, Pouvoirs* n°13, 1980.
- Anni Borzeix, *La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique?*, RDP, 2010
- Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, 1992.
- Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10e éd., Montchrestien, 2013.
- François Luchaire, *Réponse à M. Duverger*, *Le Monde* du 25 février 1986.
- François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel Tome I – Organisation et Attributions*, 2e éd., Economica, 1997.
- Georges Vedel, *Préface*, in *Droit du contentieux constitutionnel* (Dominique Rousseau), 10e éd., Montchrestien, 2013.
- Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 3e éd., PUF, 2011.
- Henry Roussillon et Pierre Esplugas, *Le Conseil constitutionnel*, 7e éd., 2011.
- Jean-Éric Schoettl, *Ma cinquantaine rue de Montpensier*, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, 2008.
- Léo Hamon, *Le Conseil constitutionnel – Un échange avec Paul Thibaud*, *Le débat*, n°43, 1987.

- Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., tome III, Boccard, 1930.
- Loïc Philip, *Les Cours constitutionnelles*, in *Traité de science politique*(dir. Madeleine Grawitz et Jean Leca), Tome 2, PUF, 1985.
- Louis Favoreu, *La délégalisation des textes de formes législative par le Conseil constitutionnel*, in *Le juge et le droit public – Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974.
- Louis Favoreu, *La décision de constitutionnalité*, RIDC, 1986.
- Louis Favoreu et Loïc Philip, *GDCC*, 10e éd., Dalloz, 1999.
- Maurice Duverger, *Une fraude à la Constitution?*, *Le Monde* du 22 février 1986.
- Michel Fromont, *Le juge constitutionnel en RFA*, *Pouvoirs* n°22, 1982.
- Pascal Jan, *Le procès constitutionnel*, 2e éd., LGDJ, 2010.
- Paul Thibaud, *Le Conseil constitutionnel – Un échange avec Léo Hamon*, *Le débat*, n°43, 1987.
- Pierre Avril, *La justice Constitutionnelle est politique*, *Commentaire*, n°35, automne 1986.
- Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 1992.
- Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 6e éd., Montchrestien, 2011.
- Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, 32e éd., Sirey, 2013.
- Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PUAM, 2005.
- Xavier Magnon et s, *La Question prioritaire de constitutionnalité ; Pratique et contentieux*, Litec, 2011.

연구자 약력

전학선

한국외국어대학교 법과대학(법학사)

한국외국어대학교 대학원 법학과(법학석사)

프랑스 파리XI대학교(법학박사)

전 헌법재판소 헌법연구원, 단국대 교수, 광운대 교수

전 유럽헌법학회 회장, 한국공법학회 부회장, 한국헌법학회 부회장

현 한국외국어대학교 법학전문대학원장

손인혁

연세대학교 법과대학 법학과(법학사)

사법연수원 28기 수료

전 헌법재판소 헌법연구관

전 헌법재판연구원 제도연구팀장

현 연세대학교 법학전문대학원 교수

강승식

한양대학교 법학과(법학사)

한양대학교 대학원 법학과(법학석사)

한양대학교 대학원 법학과(법학박사)

한국헌법학회 부회장

헌법재판소 헌법연구위원

국민권익위원회 중앙행정심판위원회 위원

현 원광대학교 법학전문대학원장

공진성

한국외국어대학교 법과대학 법학과(법학사)

고려대학교 대학원 법학과(법학석사)

독일 쾰른대학교 법과대학(법학박사)

전 헌법재판소 헌법연구원

전 헌법재판소 헌법재판연구원 교육팀 교수

현 한국외대 법학전문대학원 교수

정애령

숙명여자대학교 법과대학 법학과(법학사)

숙명여대대학교 대학원 법학과(법학석사)

독일 빌레펠트대학교 법과대학(법학박사)

전 한국여성의정 교육팀장

현 숙명여대 법학부 초빙교수

판 권

소 유

정책개발연구 제14권

신속한 기본권 구제를 위한
심판업무 개선에 관한 연구

2022년 12월 22일 인쇄

2022년 12월 29일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (대) 708-3456

인 쇄 경성문화사

(비매품)

