

〈논 문〉

## 憲法裁判所 決定의 政治的 意味\*

崔大權\*\*

### I. 머리말

작년(2000)에 서울지방법원 남부지원에 의한 정당공천의 효력정지가처분 결정(2000.3.24. 2000카합489)이 나오더니, 금년(2001)에는 공선거과정상 대단히 흥미로운 선거법관련 헌법재판소 결정 몇 개가 나왔다. 금년에 나온 선거법관련 헌법재판소 결정의 하나는 기탁금 조항과 비례대표국회의원(전국구의원)의 의석배분방식 및 1인 1표제를 각기 위헌이라고 한 결정(2001.7.19. 2000헌마 91, 2000헌마112, 2000헌마134)이고, 다른 하나는 공직선거및선거부정방지법(이하 공선법) 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) 제1항, 의원이 아닌 경우에는 사전선거운동이 되는 기간 중에 행하는 의정활동보고를 허용한 제111조 제1항 및 당원이나 국회의원이 아닌 사람으로서 아직 국회의원입후보의 등록도 행하지 아니하였다면 후원회를 개최할 수 없게 한 정치자금에관한법률(이하 정치자금법) 제3조 제8호를 각기 합헌이라고 선언한 결정(2001.8.30. 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167·168·199·205·280(병합))이며, 또 다른 하나는 낙선운동조차 허용치 아니한 공선법 제58조·제59조 및 의정보고 형태의 사실상의 사전선거운동을 허용한 공선법 제111조 제1호를 각기 합헌이라고 한 결정(2001.8.30. 2000헌바121, 202(병합))이다.

선거과정상 정당의 후보자공천은 당내 선거에 의하든 당총재에 의하여 결정되든 법적으로는 私團體에 의한 決定인 만큼 국가(나 지방자치단체)가 시행하는 (公)選舉와 일응 구별할 수 있으나, 오늘날 政黨의 公薦은 (公)選舉過程의 不可分의 한 部分으로 자리 매김하고 있는 만큼,<sup>1)</sup> 선거법과 관련된 헌법재판

\* 이 논문은 필자가 한국정치학회의 제5차 한국정치포럼(2001년 9월 27일)에서 발표하였던 것을 대폭 수정·보완하여 마련한 것임.

\*\* 서울大學校 法科大學 教授

소의 결정의 정치적 의미를 따지는 우리의 입장에서는 일반 법원의 판결이나 결정도 헌법재판소의 결정과 함께 우리가 보려는 그림의 한 부분으로 분석하여야 할 실익이 있다고 생각한다. 선거과정에 관한 사법기관의 관여 현상이라고 하는 그림이 그것이다. 헌법재판소도 일반 법원과 함께 넓은 의미의 사법기관임은 물론이다. 다만 논의의 편의를 위하여 이 곳에서는 헌법재판소의 결정을 중심으로 하여 우리의 논의를 전개하고자 한다. 그렇다고 하여 우리의 논의가 일반 법원의 경우에 타당치 아니하다는 것을 의미하는 것은 결코 아니다. 오히려 우리가 전개하려고 하는 바는 정치과정에 관여하는 일반 법원의 기능을 포섭하여 전개하여야 그림이 완성된다는 점을 주의할 필요가 있다.

주지하다시피 헌법재판소를 위시한 사법기관<sup>2)</sup>은 스스로 이니시아티브를 취할 수 있는 기관이 아니고 당사자로부터의 제소에 의하여서만 작동하는 기관이다. 그리고 당사자가 제기한 법률적 쟁점에 대하여서만 사법적 결정을 내릴 수 있다. 그러한 의미에서 사법기관은 그 태생부터가 消極的인 기관이라고 할 만하다. 그리고 단순한 권력분립의 원리를 넘어 그 활동이나 결정, 기관의 조직·구성에 있어서 유독히 사법권의 독립<sup>3)</sup>이 강력하게 요구되는 기관이기도 하다. 그리하여 신분이 보장된 독립한 법원이 사법적 결정권한을 행사함을 특징으로 하고 있다. 나아가 사법기관은 소송의 구조와 절차를 거쳐 그 결정을 행하도록 되어 있다. 이같은 사법기관으로서의 틀과 레토릭에도 불구하고 위에서 거명한 사건의 결정들은 사법기관이 선거과정과 같은 중요한 정치과정에 관여하고 있음을 보여주고 있다. 그렇다면 사법기관은 정치과정에서 어떠한 역할을 수행하는 것이며 그것이 가지는 정치적 의미는 무엇이나?

가장 먼저 제기되는 질문은 정치과정상 다수결의 결과로 탄생된 국회입법(즉 선거법)을 소수(9인)의 임명직 법관으로 구성된 헌법재판소가 좌절시킬 수 있는 권한을 가진다는 것(위헌법률심사제도)이 民主的으로 어떻게 正當化될 수 있는가 하는 점이다. 예컨대 영국과 같은 나라는 위헌법률심사제도 자체가 없다. 그러한 만큼 우리나라와 달리 헌법에 위헌법률심사에 관하여 명문의 규정

1) 崔大權, “憲法과 黨內民主主義”, 서울대학교 法學 제42권 제1호, 12-13면(2001).

2) 崔大權, 憲法學講義, 증보판, 서울: 박영사, 2001, 358-372면의 “司法權의 本質”, 司法權의 限界 등, 그리고 399-407면의 “憲法裁判의 意義”, “憲法裁判의 性格”, “憲法裁判上의 司法積極主義 및 司法少極主義” 등 참조.

3) 崔大權, 法과 社會, 서울대학교 출판부, 1992, 123-157면의 제4장 “司法權의 독립” 참조.

을 두고 있지 아니하였지만 실은 위헌법률심사제도를 어느 나라보다 앞서 발명한 후 이를 활용하여온 나라라 할 수 있는 미국과 같은 나라에서는 이론적으로는 심각하게 논의되고 있는 질문이기도 하다. 비록 우리나라에서는 헌법에 명문규정을 두고 있기는 하지만 그럼에도 불구하고 위헌법률심사제도가 민주주의의 시각에서 어떻게 정당화될 수 있느냐 하는 질문이 이론적으로 제기될 수밖에 없다고 생각된다. 그것은 나아가 우리가 어떠한 민주주의를 이야기하는 것이냐 하는 질문으로도 이어진다고 생각한다. 그리고 그것은 그러한 민주주의 정치과정에서 수행하는 헌법재판소의 역할이나 기능이 과연 무엇이나의 질문을 동반한다고 생각한다.

위의 질문들, 특히 헌법재판소의 역할 내지 기능이 무엇이나의 질문과 관련하여 다음으로 제기되는 질문은 司法消極主義(judicial restraint or passivism)와 司法積極主義(judicial activism)의 문제라고 생각한다. 위에서 거론한 헌법재판소 결정 가운데 기탁금 및 전국구국회의원선출 문제에 관하여서는 헌법재판소가 사법적극주의의 태도를 보였는데 의정보고 형태의 사전선거운동의 경우라든지 소위 낙선운동 등의 경우에는 사법소극주의의 태도를 보여주었다. 그러한 만큼 사법적극주의나 사법소극주의로 나타난 이러한 결과를 어떻게 이해하여야 하는가 하는 질문이 제기되는 것이다. 이를테면 이것은 헌법재판소의 결정을 읽는 한 가지 방법의 문제라 할 수 있다. 그러므로 이것은 나아가 제도의 문제이나, 법 이론의 문제이나, 가치관 및 이념의 문제이나, 사람의 문제이나, 헌법재판소 재판관 임명의 문제이나 등의 질문으로 구성되어 있다고 생각한다.

이하에서는 우리나라에서 헌법재판소에 의한 위헌법률심사가 전개되어 일어나고 있는 무대 내지 틀을 소개한 후 위의 여러 가지 질문에 대한 답변을 시도하여 보려고 한다.

## II. 우리나라의 헌법재판제도

수많은 극적인 정치적 사건들로 점철된 우리나라의 헌정사에 비추어 특이한 점의 하나는 헌법재판제도가 최초의 헌법인 제헌헌법(1948)에서부터 오늘날에 이르기까지 우리나라 헌법제도의 뼈 놓을 수 없는 하나였다는 점이라고 생각한다.<sup>4)</sup> 유일의 예외가 있었다면 5.16쿠데타 이후부터 1962년의 헌법이 시행되던 시기까지였었다고 생각한다. 심지어 소위 유신헌법(1972-1980) 하에서도 헌

법재판기관인 헌법위원회제도를 규정하고 있었다. 다만 그것은 명목상의 제도로만 일관하고 말았지만. 그리고 소위 제5공화국시대(1980-1987)에도 헌법은 헌법위원회제도를 규정하고 있었다. 오늘날의 헌법재판소와 비교한다면 정치적인 색채가 짙었던 제헌헌법 하의 헌법위원회(구성원의 반은 국회의원이었다)도 전시(1950-53) 및 전후인 50년대의 어려웠던 시기였음에 비추어 놀랍도록 활발하게 활동하였었다. 4.19후의 민주당 정부 하의 헌법에서는 헌법재판소제도를 도입하였었다. 다만 헌법재판소를 구성하기 위하여 필요한 헌법재판소법을 제정하기 전에 5.16쿠데타로 인하여 당시의 헌법재판소는 활동도 해보지 못한 채 역사 속으로 사라지고 말았다. 소위 제3공화국이라 불리었던 공화당 정부 하에서는 대법원을 최종심으로 하여 일반 법원이 위헌법률심사권을 행사하도록 마련되어 있던 제도 하에서 하급법원의 사법적극주의에도 불구하고 사법소극주의로 일관하던 대법원이 1971년에 이르러 사법적극주의의 판결을 내리고 있다. 이 때의 사법적극주의 판결도 유신체제 도입의 계기 가운데 하나로 작용하였었다는 것이 우리의 해석이다. 그러한 만큼 권위주의의 정도나 민주화의 정도에 따르는 사법적극주의·사법소극주의의 차이에도 불구하고, 그리고 헌법위원회제도나, 일반 법원형이나, 헌법재판소형이나 등의 헌법재판제도상의 차이에도 불구하고, 위헌법률심사제도를 갖추어야 한다는 생각 자체는 우리의 憲法思想 가운데에 건국 초부터 언제나 항상 있어왔다고 말할 수 있다고 생각한다.

오늘날 우리가 보고 있는 헌법재판소제도는 우리나라의 민주화(1987)와 함께 1987년의 개정헌법에 의하여 도입되기에 이르렀다. 그리고 우리나라 헌법이 제정하고 있는 여러 제도나 장치 가운데 가장 성공적인 제도의 하나라고 판단된다.<sup>5)</sup> 성공적이라고 하는 것은 제도가 예정하고 있는 본래의 기능을 기대를 저버리지 아니하고 활발히 제대로 수행하는 제도라고 하는 의미에서이다. 이 점은 헌법이 민주정치를 위한 장치라고 한다면 헌법재판제도가 우리나라의

4) 崔大權, 憲法學講義, 409-413면 참조.

5) 헌법재판소는 1988.9.1. 설립된 이래 2001.8.31. 현재까지 13년의 기간 동안 총 7049건의 사건을 접수하여 6553건의 사건을 처리하였는데, 전체 사건 7049건 가운데 6622건이, 그리고 처리사건 6553건 가운데 6155건의 사건이 헌법소원 심판 사건이어서 전체 사건 가운데 헌법소원 심판 사건이 차지하는 비중이 크다는 사실을 알 수 있다. 그리고 처리사건 가운데 471건의 사건에서 위헌 내지 인용결정을 선고하고 있어서 헌법재판소의 사법적극주의를 가능할 수 있게 한다. 그리고 憲法裁判所 10年史, 서울: 헌법재판소, 1998 참조.

민주정치에 성공적·긍정적으로 기여하고 있다는 의미도 된다고 생각한다. 민주화에 따르는 1987년의 헌법개정 당시 헌법재판제도를 가져야 한다는 점에는 의문의 여지가 전혀 없었다. 다만 어떠한 헌법재판제도를 가져야 하느냐, 일반 법원형이나 헌법재판소형이나에 대하여는 의견의 대립이 있었으나, 국민은 결국 헌법재판소제도를 선택(헌법학에서는 決斷이라고 부르기도 한다)하기에 이르렀다. 이같은 헌법재판소의 선택이 대단히 잘한 선택이라는 것이 우리의 생각이다. 위에서 지적한 점(즉 제도 본래의 기능을 제대로 수행한다는 뜻)에서 뿐만 아니라 예컨대 이웃 일본의 일반 법원형 헌법재판제도의 그것과 비교할 때에도 우리나라의 헌법재판제도는 대단히 성공한 제도라고 생각한다. 일반 법원형을 선택한 일본의 위헌법률심사제도는 죽은 제도나 다름없다. 그리하여 일본 학자들이 부러워하거나 관심을 가지는 법제도 가운데 가장 으뜸을 차지하는 것이 우리나라의 헌법재판제도이다.

일본의 경우의 위헌법률심사제도가 거의 움직이지 아니하는 제도인데 비하여 활발히 움직이는 우리의 경우의 이러한 의미의 헌법재판소의 성공은 어떻게 설명해 낼 수 있을 것인가? 이를 설명해 낼 수 있는 변수의 하나는 민주화 이전에 체험하였던 權威主義體制 하에서 억압되었던 社會的 勢力들이 민주화와 함께 혁명적으로 분출하여 헌법상의 권리와 자유의 회복이나 실현을 헌법재판제도를 적극적으로 활용하여 실현하려고 하고 있다는 점(민주화)이라고 생각한다. 그러나 또 하나의 변수는 憲法裁判所 制度 자체라고 생각한다는 것이 우리의 주장이다.<sup>6)</sup> 위헌법률심사권을 가지고 있다하더라도 일반 법원형의 경우에는 법원이 굳이 정치적으로 민감할 수밖에 없는 헌법적 쟁점을 다루지 아니하고도 민·형사법·행정법 등 실체법이나 소송법 등 절차법을 동원하여 원고(또는 피고) 승소나 패소의 판결을 내림으로써 사건을 종결시킬 수 있다. 그러나 헌법재판소는 헌법재판이 유일한 임무이며 바로 헌법재판 때문에 조직된 사법기관이라고 할 수 있다. 그러한 만큼 헌법재판소는 그 결론이야 어떠한 헌법적 판단에 적극적일 수밖에 없다는 것이다. 이러한 생각은 만약 우리나라가 일반 법원형 위헌법률제도를 선택하였다고 하는 경우에는 우리나라도 일본의 경우와 비슷하거나 우리의 제3공화국시대의 그것과 비슷한 결과를 가져왔으리라는 판단을 포함하고 있다. 아무튼 우리나라 헌법재판소의 초기의 예상

6) 崔大權, “憲法裁判所의 政治學-그 構造와 機能을 중심으로”, 서울대학교 法學 제34권 제1호, 1993, 106-127면, 특히 115-117면, 120-121면 등.

을 벗어난 성공적 운영이 그 후의 政治的 社會化를 통하여 오늘날의 그것을 만들어 내었다고 생각한다. 그리하여 오늘날 헌법재판은 우리나라 政治文化의 불가분의 일부가 되었다고 단언할 수 있다.

우리나라 헌법재판소는 다음과 같은 다섯 가지 機(權)能을 가지고 있다(헌법 제111조). ① 법률의 위헌여부 심판, ② 탄핵의 심판, ③ 정당의 해산 심판, ④ 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 그리고 ⑤ 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판의 권한이 그것이다.<sup>7)</sup> 다만 ②, ③ 및 ④의 권한, 특히 ②와 ③의 심판 사건은 정치과정상 거의 발생하지 아니하는 헌법재판 사건인 까닭에 사실은 ① 법률의 위헌여부 심판과 ⑤ 헌법소원 심판<sup>8)</sup>을 중심으로 하여 정치과정상의 헌법재판소의 역할이나 기능 및 그 정치적 의미를 이해하더라도 큰 무리가 없다고 말할 수 있다. 그리하여 헌법재판소의 위헌법률심판은 통상적으로 ① 법률의 위헌여부 심판 및 ⑤의 헌법소원 심판의 채널을 통하여 이루어지는 것임을 주의할 필요가 있다. 위에서 거론한 선거법관련 헌법재판소 결정은 ①과 ⑤의 채널 가운데에서도 특히 ⑤의 채널을 통하여 이루어졌다.

민·형사 사건에서든 행정사건 기타 사건에서든 법률이 헌법에 위반되는 여부가 裁判의 前提가 된 경우에는 당사자의 신청에 의하거나 법원의 이니시아티브에 의하여 法院의 提請에 따라 헌법재판소는 그 법률의 위헌여부를 심판하게 된다(헌법 제107조 제1항, 헌법재판소법 제41조). 이것이 ①의 채널이 된다. 한편 계류된 소송사건과 관련이 없어도 누구든지 公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 基本權을 侵害받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌법 제111조 제5호, 헌법재판소법 제68조 제1항). 이것이 ⑤의 채널이 된다. 만약 ①의 채널을 택하였는데 당사자의 신청을 법원이 받아들이지 아니하였다고 하는 경우에는 그 당사자는 직접 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 법률의 위헌여부의 심판을 받을 수 있다(헌법재판소법 제68조 제2항). 이 경우는 헌법소원의 채널을 이용하였지만 실은 ① 채널의 변형인 채널이라 할 수 있다.<sup>9)</sup>

7) 憲法裁判所 편, 憲法裁判實務提要, 서울: 헌법재판소, 1998.

8) 憲法裁判所 편, 憲法訴願審判概要, 서울: 헌법재판소, 1993 참조.

9) 헌법재판사건의 사건번호를 부여함에 있어서 헌가는 ①의 위헌법률심판사건이고, 헌마는 ⑤의 헌법소원 가운데 좁은 의미의 헌법소원사건(헌법재판소법 제68조 제1항)이고, 헌바는 ⑤의 헌법소원 가운데 ①의 변형인 헌법소원사건(헌법재판소법 제68조

위의 ⑤의 헌법소원 채널을 헌법재판소법이 규정함에 있어서 憲法訴願의 對象(즉 공권력의 행사 또는 불행사)으로부터 “裁判”을 除外하고 있음을 주목할 필요가 있다. 헌법소원의 대상인 “공권력”에 입법권·행정권·사법권이 포함되는 것임은 물론이다. 사실 헌법소원 제도는 우리나라의 헌법재판제도사의 시각에서 획기적인 제도라 할 수 있다. 그러나 헌법소원의 대상으로부터 “재판”을 제외함으로써 헌법소원제도를 사실상 空洞化시켰다고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 왜냐하면 사법권력이나 행정권력이 헌법에 위배하여 국민의 기본권을 침해하였다고 하는 경우에는 이를 헌법재판소에서 다루어 볼 수 있는 방법을 차단하고 있기 때문이다. 행정권력이 헌법에 위배하여 기본권을 침해하였다고 하는 경우에는 행정소송을 통하여 먼저 구제받을 것을 요구하고 있기 때문에(헌법재판소법 제68조 제1항단서. 이를 補充性的의 원리라고 한다) 극히 예외적인 경우가 아닌 한 결과적으로 행정권력을 상대로 하여 헌법소원을 제기할 수 없게 됨을 의미한다. 그러므로 헌법소원은 주로 입법권력(입법)을 상대로 한다고 말할 수 있다. 그러나 법률의 경우에도 그것이 “現在” “直接的”으로 “自己”의 기본권을 침해하는 경우여야 한다는 엄격한 요건을 동반하고 있다.

헌법소원의 대상으로부터 재판을 제외한 것은 대법원 측의 강력한 요구 때문이었는데, 그 이유로서 그렇지 아니하면 사실상 4심제도를 도입하는 결과를 가져온다는 논거를 대법원 측은 제시하였었다. 그러나 실은 최고법원인 대법원에 上位하는 헌법재판소의 존재를 허용하지 아니하겠다는 대법원 측의 견제작용의 결과였다고 말할 수 있다. 헌법소원의 대상으로부터의 재판의 제외는 그 후 헌법재판소와 대법원간의 보이지 아니하는 여러 가지 신경전(rivalry)<sup>11)</sup>의 근원 하나를 제공하고 있다. 아무튼 헌법에 위배하여 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 경우라고 한다면 그것이 입법권이나 행정권에 의한 것이든 사법권에 의한 것이든 그것을 다룰 수 있는 길이 국민에게 열려 있어야 한다는 헌법이론적인 차원에서나 원래 헌법상의 기본권 침해에 대한 법원의 재판으로도 구제받지 못한 기본권 침해를 구제받을 수 있도록 법원의 재판에 대한 헌법적 구제수단으로 헌법소원제도가 유래하였다는 제도의 기원에 비추어 보거나 헌법소원의 대상으로부터의 재판의 제외는 잘못된 것이라 할 수 있다. 헌법소원제도는 헌법위

제2항)이다.

10) 崔大權, 전계 憲法學講義, 418-419, 447-448, 450-452면 참조.

11) 崔大權, 전계 “憲法裁判所의 政治學”, 특히 112면 이하 등 참조.

반을 문제삼는 제도이지 결코 심급제도는 아닌 것이다.<sup>12)</sup>

이 문제와 함께 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우” 법원의 제청에 따라 헌법재판소가 위헌법률심사를 행하는 경우와는 달리 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우”에는 대법원을 최종심으로 하여 일반 법원이 문제가 되는 명령·규칙 또는 처분의 위헌 또는 위법 여부를 심판하게 되어있다(헌법 제107조 제2항). 그러므로 동일한 헌법이나 법률을 해석함에 있어서 헌법재판소의 판단과 대법원의 판단이 다를 수 있다. 이 점도 두 기관이 별이는 신경전의 근원이 되고 있다. 그리고 헌법재판소의 헌법 판단과 대법원의 그것이 다를 수 있다는 것은 (헌)법의 통일성에 반한다. 또 헌법재판소 9인의 재판관 중 3인은 국회가 선출하고 3인은 대법원이 지명하며 3인은 대통령이 지명하여 대통령이 임명하도록 되어 있다. 이러한 선출방식은 입법·행정·사법 어느 한 府에 종속될 수 있는 가능성을 차단하는 장치일 수 있다. 그러나 동시에 입법·행정부에 의한 지명의 경우에는 정치적 차원의 고려가 작용하게 될 가능성이 크며, 대법원에 의한 지명은 사법부내의 승진차원에서, 예컨대 대법관에 오르지 못한 법관을 보내는 자리로 운영되고 있다.

헌법소원의 대상으로부터 재판을 제외하고 있는 헌법재판소법 규정과 함께 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 법률의 위헌여부심판이나 헌법소원심판을 청구할 수 없다고 한 辯護士強制主義(헌법재판소법 제25조 제3항)도 헌법재판소의 헌법수호기능을 제약하는 제도적 요인의 하나로 작용한다고 생각한다.<sup>13)</sup> 그것은 법조인의 직업적 이익에는 봉사할 것이나, 후술하는 바와 같이, 국민이 궁극적·최종적인 헌법수호자임을 감안할 때 이념적으로나 이론적으로나 국민에 의한 위헌법률심판 청구나 헌법소원심판의 청구를 어렵게 하는 까닭이다. 아예 무자력자인 경우에는 소송구조·법률구조 등의 혜택을 입을 것이지만 무자력은 아니나 그렇다고 경제적 여력이 크지 아니한 대다수 국민의 경우에는 그것은 하나의 제약으로 작용하는 제도라고 확신하고 있다. 이것은 민·형사 등 소송의 경우의 本人訴訟主義 원칙과의 균형에도 어긋날 뿐만 아니라 比較法的인 논거로 변론의 경우가 아닌 한 변호사를 대리인으로 하지

12) 崔大權, 전계 憲法學講義, 418-419면; 클라우스 슈라이히 저, 丁泰鎬 譯, 獨逸憲法裁判論-獨逸聯邦憲法裁判所의 地位·節次·裁判, 서울: 미리, 2001, 254-258면 등 참조.

13) 崔大權, 전계 憲法學講義, 423면 참조.



아니하더라도 헌법소송을 제기할 수 있게 한 獨逸의 例<sup>14)</sup>와도 어긋난다. 이같은 독일의 예에 비추어 볼 때 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 경우에 서면 심리를 원칙으로 하고 있는 우리나라(헌법재판소법 제30조)에서는 그 만큼은 설득력이 없다고 할 수 있는 것이다.

다만 이같은 구조적·제도적인 틀과 여러 갈등 요인들의 제약 내지 한계 속에서 헌법재판소는 위에서 언급한 것과 같은 “성공적”인 기능 수행을 하여 왔다고 말할 수 있다.

### Ⅲ. 違憲法律의 審判과 民主主義

위에서 열거한 선거법관련 헌법재판소의 합헌 및 위헌 결정들은 헌법상의 원리·원칙에 비추어 정치과정상의 게임 룰을 설정하여주는 기능 내지 역할을 헌법재판소가 담당하고 있다는 사실을 극명하게 보여준다고 생각한다. 헌법재판소는 국회가 제정한 게임 룰(선거관련법 등)이 헌법에 합치하느냐 혹은 어긋나느냐를 평가함으로써 이를테면 교통정리의 판정관이 되는 것이다. 그렇다면 국민의 대표기관으로 국민에 의하여 선출된 국회가 국민의 의사를 대변하여 제정한 법률(선거법 등)을 소수(9인)의 임명직 재판관으로 구성된 헌법재판소가 합헌 여부를 판정하여 이를 좌절시킬 수 있다는 점은 혹시 민주주의에 반하는 것이 아니냐 하는 문제를 제기한다고 생각한다. 위헌법률심사의 오랜 역사에도 불구하고 이에 관하여 명문의 헌법규정을 두고 있지 아니한 미국의 경우에는 이론적으로 이 문제를 상당히 심각하게 논의하고 있다.<sup>15)</sup> 우리나라의 경우에는 헌법에 명문의 규정을 가지고 있기 때문에 상대적으로 이 문제의 심각성은 덜하다고 말할 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 위헌법률심사제도가 민주주의의 시각에서 어떻게 정당화될 수 있느냐 하는 문제는 여전히 짙고 넘어가야 할 문제로 남는다고 생각한다. 영국과 같은 경우에는 사법부에 의한 위헌법률심사 제도 없이도 민주주의를 잘하고 있기 때문이다.

14) 전계 슬라이히 著, 丁泰鎬 譯, 獨逸憲法裁判論, 제79면 및 독일연방헌법재판소법 제22조 참조.

15) Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (Indianapolis: Bobbs-Marrill, 1962); *Encyclopedia of the American Constitution*의 Gerald Gunther, “Judicial Review” 및 Robert H. Bork, “Judicial Review and Democracy”란 등 참조.

한편 사회변화를 읽지 못하여 구시대의 사회를 전제로 한 헌법관에 따라 위헌·합헌의 판정을 내린다고 하는 경우에 그것은 (다수로 표현되는) 시대를 거슬리는 결정이 될 것이며 (그 결정은 조만 간에 새로운 틀에 의하여 번복될 수밖에 없을 것이다) 역으로 시대보다 앞서 나간다고 하는 경우에 그것은 사법에 의한 혁명을 의미하는 것이어서 역시 그것이 정당화될 수 있느냐, 어떻게 정당화 될 수 있을 것이냐의 문제를 일으킨다고 생각한다. 시대와 함께 가는 것이라면 그것이 왜 필요한 것이냐의 질문이 제기될 수도 있을 것이고 만약 시대를 거슬리는 것이라면 바로 그 때문에 그것이 어떻게 정당화될 수 있느냐의 질문이 제기될 수 있는 까닭이다. 가령 국론이 분열되어 있는 쟁점과 관련하여서는 한 쪽의 견해에 무게를 실어주는 것이 되리라.<sup>16)</sup> (아래의 <도표 2> 참조)

사실 위헌법률심사제도와 민주주의의 충돌의 문제는 우리가 어떠한 민주주의를 이야기하고 있느냐의 문제와도 관련되어 있다고 생각한다. 가령 루소의 一般意思나 급진적 또는 혁명적 민주주의의 경우에는 위헌법률심사제도는 확실히 민주주의와 양립될 수 없다고 생각된다. 그러나 다수결의 원리와 함께 소수의 보호를 운명으로 하는 민주주의, 그리하여 권력분립의 원리, 견제와 균형의 원리, 기본권의 보장, 다원적 정당제도, 사법권의 독립 등을 중요한 구조적·절차적 원리로 하는 민주주의(자유민주적 기본질서)를 이야기하는 경우에는 위헌법률심사제도는 민주주의의 중요한 내용이 될 수 있다. 위헌법률심사제도는 다수의 횡포와 경솔 및 편의주의적인 정치적 야합으로부터 민주주의 정치과정상의 견제와 균형, 온건(moderation)과 관용 및 절제를 담보하는 하나의 중요한 제도적 장치로 작용할 수 있는 것이다. 위헌법률심사제도는 정치적 熱氣로부터 거리를 두어 냉정하고 차분한 사유와 합리적 사리 판단을 가능케 한다. 헌법재판에서는 다수가 아니라 설득력 있는 논거(reasoned opinion)가 강조되고 있다.

이러한 생각은 우리나라의 민주주의를 위하여는 특별한 의미를 가진다고 생각한다. 사실 우리나라 헌법이 서 있는 자유민주주의를 가지고 이야기한다고 하더라도 여러 가지 차원의 민주주의를 거론할 수 있다고 생각한다. 영국에서 처럼 민주주의의 역사가 오래되어 憲法的·制度的 次元에서뿐만 아니라 價値

16) Robert A. Dahl, *Pluralist Democracy in the United States: Conflict and Consent*, (Chicago: Rand McNally, 1967), 144-170면 참조.

觀과 意識構造 및 行態 자체까지 민주적이라고 할 수 있는 경우와는 달리 우리나라의 경우에는 주로 헌법적·제도적 차원에서의 민주주의이지 가치관과 의식구조 및 행태에 이르게 되면 우리나라가 아직은 민주주의인지에 관하여 의문이 많다. 우리나라의 민주주의는 巨視的인 헌법적·제도적 차원에서의 민주주의이지 微視的 차원에서 그러한 것은 아니다. 그 대표적인 예가 政黨內民主主義의 문제이다. 위의 서울지방법원 남부지원의 공천효력정지처분결정은 당내민주주의를 근거로 하고 있으며 당내민주주의가 헌법의 문제임을 천명하고 있는 것이다.<sup>17)</sup> 그리고 헌법재판소도 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제가 헌법적으로 정당화될 수 없다는 논거의 하나로 그것이 당내민주주의의 헌법적 요청을 충족시키고 있지 못하다는 점을 들고 있음<sup>18)</sup>은 주목을 요한다. 그러한 만큼 위헌법률심사제도 등 사법기관의 민주주의 정치과정 관여는 이같은 우리나라의 거시적인 제도적 차원의 민주주의를 위하여서는 물론, 가치관·의식구조·행태 차원의 미시적 민주주의를 위하여도, 특별한 의미를 가진다. 그러한 의미에서 헌법재판제도는 그것이 없는 경우보다 제도적으로나마 우리나라의 민주주의를 위하여 단연 유리하게 여러 방면에서 이를 완성케 하며 혹은 리드해 나간다고 말할 수 있다.

선거법관련 헌법재판소의 합헌 또는 위헌 결정은 헌법상의 원리·원칙에 비추어 民主的 게임 룰을 設定하고 혹은 闡明하여 주는 것을 의미한다고 한 것은 헌법의 시각에서는 헌법재판소가 구체적인 헌법재판과 관련하여 헌법상의 원리·원칙을 守護하는 것임을 의미한다. 헌법재판소의 기능 내지 역할은 무

17) 崔大權, 전계 **憲法學講義**, 173-174면; 崔大權, 전계 “憲法과 黨內民主主義”, 서울대학교 **法學** 제42권 제1호, 1-22면(2001) 참조.

18) 위의 비례대표국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제 위헌 결정의 논거의 하나로 黨內民主主義가 憲法의 問題임에도 불구하고 선거법·정당법 관계규정이 이러한 당내 민주주의의 헌법적 요청을 충족시키지 못하고 있음을 헌법재판소가 지적하고 있다. 이 점을 주목하여야 한다고 생각한다. 헌법재판소는 “헌법 제8조 제2항은, 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 한다고 규정함으로써 민주주의원리를 정당제도에서도 관철하려 하고 있다 … 헌법이 요구하는 정당민주주의의 요청을 충족시키려면, 비례대표후보자의 선정과 순위확정이 당원총회나 대의원대회 등을 통하여 민주적 절차를 거쳐 이루어져야 한다. 그런데 현행 공선법은 그러한 제도적·절차적 규율을 충분히 하고 있지 않다 … 비례대표후보자가 민주적 절차에 따라 결정되지 않고 당지도부의 영향력에 따라 일방적으로 결정된다면 그러한 비례대표국회의원의 민주적 정당성은 대단히 취약할 수밖에 없다.”고 하면서 필자가 전개한 당내민주주의의 논의를 따르고 있음을 보여주고 있다. 崔大權, 전계 **憲法學講義**, 173-174면; 崔大權, 전계 “憲法과 黨內民主主義”, 서울대학교 **法學** 제42권 제1호, 1-22면(2001).

엇보다도 헌법의 수호가 그 본질이라고 할 수 있다. 위헌법률제도가 없는 영국의 경우에는 입법에 대하여 궁극적으로는 유권자인 국민이 최종심판자가 된다고 할 수 있다. 1920년대의 독일에서는 저명한 두 학자 사이에 헌법수호자 논쟁이 벌어졌던 일이 있다. 당시 독일 헌법상의 대통령이 헌법의 수호자라고 한 C. Schmitt와 헌법재판소가 헌법의 수호자라고 한 H. Kelsen의 논쟁이 그것이다.<sup>19)</sup> 그리고 이 헌법수호자논쟁은 소위 유신체제를 비롯한 권위주의체제 하에서 우리나라 헌법학자들의 관심을 끌기에 충분하였다. Schmitt의 그것은 기본적으로 의원내각제 정부형태를 지니면서 직선제 대통령에게 의원내각제 정부 하에서는 이례적이라 할 수 있는 수상지명의 실질적 권한과 비상조치 발동권을 부여한 당시 독일정부(이것은 오늘날의 이름으로는 2원집정부제 정부형태이다) 하의 대통령의 특별한 지위를 설명한 것이고, 헌법규범의 수호라고 한다면 그것은 정치적 기관의 그것이 아니라 헌법재판소와 같은 사법기관일 수밖에 없다는 것이 규범주의자인 Kelsen의 생각이라고 판단된다. 그러한 만큼 어느 한 사람의 주장도 이를 틀렸다고 말 할 수는 없다고 생각한다. 전자는 나라를 지키고 헌법질서를 지키는 대통령의 임무에 초점을 맞춘 것이고 후자의 경우에는 말할 것도 없이 헌법재판소의 기능에 초점을 맞춘 것이기 때문이다.

헌법수호자 논쟁은 우리나라 헌법을 두고도 의미있게 이를 전개할 수 있다고 생각한다. 사실 대통령의 취임선서에서 헌법의 수호를 서약하고 있는 바(헌법 제69조)에 의하여도 알 수 있듯이 우리나라 대통령도 나라를 지키고 나라의 헌정질서를 지키는 권한과 책무를 가지고 있다(제66조 제2항). 그러나 헌법재판소가 가지는 헌법수호의 의무는 법률 등 하위법규범이 최고의 법규범인 헌법에 합치하는지의 여부를 따져서 헌법에 합치하는 경우에는 그것에 정당성(합헌 결정)을 부여하고 헌법을 침해하거나 헌법에 합치하지 아니하는 경우에는 하위법규범의 효력을 부인(위헌 결정)하는 권능을 가지고 하는, 즉 나라의 법질서를 헌법 밑에 질서(整序)지우는 헌법수호 의무이다. 바로 이러한 권능을 수행하도록 조직된 것이 헌법재판소이다. 그러한 만큼 대통령이 가지는 헌법수호의 기능은 헌법재판소의 헌법수호기능과 다른 성격의 헌법수호기능인 것이다. 대통령이 가지는 성격의 헌법수호기능이 국민의 대표이자 고위직 공무원으로서 그리고 정치지도자로서 나라를 지키는 기능이라면 이러한 성격의 헌

19) 칼 슈미트·한스 쾰젠 저 金孝全 역, **憲法の守護者論爭**, 서울: 教育科學社, 1991, 칼 슈미트 지음, 김효전 옮김, **헌법의 수호자**, 서울: 法文社, 2000.

법수호의 기능은 국회의원도 가지는 헌법수호기능이라 할 수 있을 것이다. 헌법재판소가 가지는 헌법수호의 기능은 바로 이러한 정치적 수호기능으로부터 차별화되는 헌법수호기능임을 주의할 필요가 있다.

그러나 동시에, 영국의 예가 적절히 보여주고 있는 바와 같이, 窮極的으로는 國民이 헌법수호자임을 기억할 필요가 있다.<sup>20)</sup> 그러므로 대통령의 헌법수호기능이든 헌법재판소의 헌법수호기능이든 그것은 궁극적으로는 국민이 가지는 헌법수호기능과의 관계에서 이해되어야 하는 헌법수호기능임을 주의할 필요가 있다. 국민의 헌법수호기능을 전제로 하지 아니하는 대통령이나 헌법재판소만의 헌법수호기능을 상정하기는 힘들다. 국민으로부터의 제소 없이는 작동하지 아니하는 헌법재판소의 경우에는 더욱이 그러하다. 헌법소원제도를 포함하여 헌법재판제도는 국민이 헌법수호를 위하여 활용하는 장치의 하나에 불과하다.

이러한 헌법 構圖 속에 위치하는 헌법재판소는 (자유민주적 기본질서에 바탕을 둔) 헌법의 수호를 주 임무로 하여 조직·구성된 하나의 사법기관이다. 동시에 헌법재판소는 법률의 위헌여부 심판, 헌법소원의 심판 작용 등을 통하여 입법부 등 타 국가기관의 권력행사(법률제정 등)를 統制하는 기능을 수행한다는 것을 알 수 있다. 즉 자유민주주의를 표방하는 우리 헌법은 權力分立의 原理와 基本權 保障의 두 축을 바탕으로 하여 형성되어 있다. 권력분립의 정부조직의 원리와 기본권 보장 원리를 포섭하는 상위의 개념은 權力統制라고 할 수 있다. 그러한 만큼 헌법이 규정하고 있는 권력분립의 원리에 반하거나 헌법이 보장하는 국민의 기본권을 침해하는 권력 행사의 위헌·무효를 선언(결정)할 수 있는 권한을 통하여 권력통제의 기능을 수행하는 기관임을 알 수 있다. 헌법재판소의 基本權 保障의 機能은 헌법재판소의 대단히 중요한 기능이지만 이론적으로는 권력통제의 기능의 하위 개념이라 할 수 있다.

사실 “권력통제의 개념에 권력을 억제, 견제, 저지 혹은 무효화하는 기능이 포함되는 것임은 물론이지만 동시에 권력의 행사가 헌법에 일(합)치하는 경우에 이를 합헌·유효를 선언함으로써 그 권력의 행사를 正當化하는 기능이 포함된다. 그러한 만큼 권력의 행사를 이처럼 정당화하고 혹은 정당성을 부인하

20) 崔大權, 憲法學-法社會學的 接近, 서울: 博英社, 1989, 15-46면의 제1부 제1장 “憲法의 法的 性格”. 그리고 Peter Haberle 지, 桂禧悅 역, “獨逸의 憲法訴願制度”, 憲法論叢 第11輯, 487, 492-493면(2000) 등 참조. 접근방법은 대단히 다르나 결국 동일한 것을 말하고 있는 점은 흥미롭다.

는 기능을 통하여 헌법재판소는 권력을 馴化하고 혹은 合理化하는 기능을 수행한다고 말할 수 있게 된다. 이러한 기능을 통하여 헌법재판소는 우리나라가 나아가야 할 憲法的 原理·原則, 즉 헌법이 처방하고 있는 목표나 방향 혹은 따라야 할 기준을 권위적으로 천명하며 제시하는 위치에 서게 된다.”<sup>21)</sup> 헌법재판소는 단순히 헌법 사건의 해결의 차원, 즉 사건에 이겼다 졌다의 차원에서 서가 아니고, 이러한 위치나 차원에서 헌법재판소의 기능을 수행하여야 한다.

헌법재판소가 타 국가기관의 권력 행사가 헌법에 합치하는 경우에 이에 正當性(합헌)을 부여하고 헌법에 위배되는 경우에 그 효력을 부인(위헌 결정)함으로써 우리나라가 나아가야 할 헌법적 원리·원칙 즉 헌법이 처방하고 있는 나라의 목표나 방향이나 따라야 할 기준을 권위적으로 천명하는 기능을 통하여 사실은 법 창조의 기능을 수행하고 있음을 주목하여야 한다고 생각한다. 즉 헌법재판소는 헌법재판작용 상 요구되는 헌법해석작용을 통하여 헌법을 창조하는 기능을 수행하는 것이다. 헌법판례법의 형성이 그것이다. 헌법재판의 경우에 심판의 대상이 되는 타 국가기관의 권력행사(법률 등)의 효력을 승인하고 혹은 부인하는 결정은 모든 국민과 국가기관을 구속하는 효력을 가진다. 이를 헌법재판소 결정의 法規創造의 效力이라고 부르고 있다.<sup>22)</sup>

이상과 같은 헌법재판소의 중요한 기능에 비추어 그 기능을 담당할 재판관을 영입(recruitment)하는 제도나 장치 및 실제로 일어나고 있는 현실(practice)이 이 기능을 감당하기에 적합한 인물들을 영입하는데 과연 적합한지의 문제가 오래 전부터 제기되어 왔음은 후술하는 바와 같다.

#### IV. 司法積極主義 및 司法消極主義

헌법재판소의 결정을 읽는 대단히 유행하는 방법의 하나가 사법적극주의와 사법소극주의의 읽기 방법이다. 미국이나 한국에서 넓게 이용되고 있음에 비하면 대단히 오용 내지 남용되고 있는 읽기 방법이기도 하다. 사법적극주의 내지 사법소극주의의 기준이 명확치 아니하거나 사람에 따라 다르기 때문이다. 명확한 법 원칙이나 규칙에 구애되지 아니하고 무조건 적극적인 것이 바람직

21) 崔大權, 전계 憲法學講義, 416면.

22) 崔大權, 전계 憲法學講義, 416-417면 및 431면. 그리고 헌법재판소법 제45조 제2항 참조.

한 것 같이 이야기하는 읽기 방법도 우리나라에 없지 아니하다. 그러면 어떠한 경우를 사법적극주의라고 하고 어떠한 경우에 사법소극주의라고 하는가?

이러한 읽기 방법은 전통적인 典型的 法學的인 方法은 아니지만 오늘날 비법률가 뿐만 아니라 법률가들도 즐겨 쓰고 있다. 전형적인 법학적 방법은 헌법재판에서의 위헌결정 또는 합헌결정에 이르는 법적 논거의 합리성, 특히 형식 논리적인 합리성을 따지는 읽기 방법이다. 일반적으로 이야기하면 위헌결정 또는 합헌결정의 논거는 국가기관의 권력행사(예컨대 법률)가 헌법에 위배하여 기본권을 침해하였다는지 입법재량권을 일탈하였다는 것이 보통이며 그 가운데 특히 기본권을 침해하였다는 것이 대부분이다. 위에서 거론한 선거법 관련 결정에서 기탁금조항이 피선거권(공무담임권)을 침해하였다는지 비례대표제국회의원 의석배분방식 및 1인 1표제가 민주주의원리·직접선거의 원칙과 함께 평등권을 침해하였다고 하는 것이 그것이다. 국가기관의 권력행사가 기본권을 침해하였다는 것만으로는 부족하고 그것이 헌법에 반하여 기본권을 침해하여야 위헌이라고 할 수 있는데, 위헌이라는 결론을 도출하기 위하여는 예컨대 기탁금조항을 둠으로써 얻으려는 공공의 이익과 기본권의 보장의 이익과의 비교형량에 따르는 판단을 필요로 한다(헌법 제37조 제2항). 사법적극주의·사법소극주의의 읽기 방법은 이러한 헌법학적 읽기 방법과 차원을 달리하는 것임은 물론이다. 사법적극주의·사법소극주의의 읽기 방법은 평자의 기대치 내지 기준에 비추어 논하는 것임을 주의하여야 한다.<sup>23)</sup>

사법적극주의와 사법소극주의에는 적어도 다음과 같은 두 가지 基準 내지 用法이 있다.<sup>24)</sup> 첫째(1)로는 違憲決定의 경우에는 그 결정 내용의 실질을 보지 아니하고 무조건 司法積極主義라고 부르는 용법이 그 하나이다. 위헌결정의 경우에 적극적으로 행동을 취한다는 의미에서 사법적극주의라고 하고 合憲決定의 경우에는 단순히 동조할 뿐이라는 의미에서 司法消極主義라고 부르는 용법이 그것이다. 이러한 용법은 용어사용의 客觀性을 담보할 수 있는 장점이 있으나, 그러나 위헌결정이나 합헌결정의 내용이나 실질을 보지 아니하는 단점이 있다.

23) William W. van Alstyne, *Encyclopedia of the American Constitution*의 “Judicial Activism and Judicial Restraint”란 참조.

24) 崔大權, 전거 憲法學講義, 404-407면; 林智奉, “司法積極主義와 司法消極主義”, 考試界, 2001년 7월호 4-18면; Jibong Lim, *A Comparative Study on the Judicial Activism under the Separation of Power Doctrine*, J.S.D. dissertation (UC, Berkeley, 1999) 등 참조.

그러한 만큼 둘째(2)로는 헌법재판소 결정의 실질적 내용이 進步的 또는 自由主義的이나 아니면 保守的이나의 축에 따라 진보적인 경우에 司法積極主義라 부르고 보수적인 경우에 司法消極主義라고 부른다. 이러한 용법은 헌법재판소 또는 재판관의 政治的 性向을 말해줄 수 있는 유용한 용법이지만, 동시에 진보주의나 보수주의의 용법이 그러하듯이 이를 사용하는 사람에 따라 그 잣대가 다를 수 있는, 따라서 경우에 따라 객관성을 缺할 수 있는 용법이다. 다만 시대나 상황에 따라 일반적으로 또는 공통적으로 쓰이는 기준이 있어서 대체로 여러 사람이 동의할 수 있는 객관성을 지니는 서술을 해낼 수 있기 때문에 그렇게 하고들 있다. 예컨대 낙선운동은 이를테면 진보적이라 할 수 있음이 그것이다. 그러나 그 용법이 언제나 정확한 것이 아닐 수 있음도 물론이다. 이러한 둘째 용법에 따라 예컨대 동성동본금혼규정의 위헌결정<sup>25)</sup>은 사법적극주의라고 부를 수 있을 것이다. 그러나 과외금지법의 위헌결정<sup>26)</sup>이 반드시 사법적극주의인지 사법소극주의인지는 분명치 아니하다는 것이 그것이다.

나아가 이같은 첫째와 둘째의 사법적극주의·사법소극주의 용법이 반드시 일치하지 아니한다는 점이 사법적극주의와 사법소극주의 용법의 사용을 혼란스럽게 만드는 가장 큰 이유이다. 위의 기탁금과 비례대표국회의원 의석배분 방식 및 1인 1표제의 위헌결정은 첫째와 둘째의 의미 모두 사법적극주의라고 부를 수 있다. 그리고 낙선운동금지를 합헌이라 한 것과 의정보고형태의 사전 선거운동을 합헌이라 한 것은 첫째 및 둘째의 의미 모두 사법소극주의였다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 토지공개념에 바탕을 둔 입법(택지소유상한제, 개발이익환수제법, 토지초과이득세 등)<sup>27)</sup>이나 그린벨트를 위헌이라고 한 헌법재판소결정들<sup>28)</sup>은 위의 첫째 의미에서는 사법적극주의이나 둘째 의미에서는

25) 1997.7.16. 헌법불합치결정 95헌가6 내지13. 그리고 崔大權, “法的決定과 社會科學”, 서울대학교 法學 제41권 제3호, 41-73면(2000) 참조.

26) 2000.4.27. 98헌가16, 98헌마429. 그리고 崔大權, 전제 “法的決定과 社會科學” 참조.

27) 이상영, “토지공개념의 의미와 택지소유상한제법의 위헌 결정에 대한 비판”, **민주법학** 통권 제16호, 333-359면(1999); 이상영, “우리나라에서 재산권과 공공복리의 충돌에서 우월적 가치에 관한 연구”, 충북대학교 法學研究 제8권, 91-129면(1997) 등 참조.

28) 토지초과이득세법 헌법불합치결정 1994.7.29. 92헌가49·52(병합); 개발이익환수제법 위헌결정 1998.6.25. 95헌바35, 97헌바81, 98헌바5·10(병합); 그린벨트(개발제한구역) 헌법불합치결정 1998.12.24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합); 택지소유상한제법 위헌결정 1999.4.29. 94헌바37 외 66건(병합) 등.



사법소극주의라 할 수 있다. 미국의 예를 들자면 1930년의 대공황 극복을 위한 루스벨트 대통령의 뉴딜정책에서 나온 진보적 입법이 적어도 1936년까지는 한결같이 위헌결정을 받았는데 이 경우에도 첫째 의미에서는 사법적극주의이나 둘째 의미에서는 사법소극주의라 할 수 있는 것이다. 그리하여 정확하게 표현하자면 우리나라의 토지공개념입법이나 그린벨트입법의 경우나 미국 뉴딜 입법의 경우에 헌법재판소재판관이나 대법관들이 보수주의를 위하여 사법적극주의를 택하였다고 말할 수 있게 된다. 기탁금과 전국구의석배분방식의 경우 및 미국의 공립학교 흑백통합 판결(Brown, 1954)에서는 첫째 및 둘째의 의미 모두에서 사법적극주의라 할 수 있다. 그러나 우리나라 농축협통합입법 합헌 결정<sup>29)</sup>의 경우에는 첫째 의미에서는 사법소극주의이나 둘째 의미에서는 사법적극주의라 할 수 있다. 이러한 관계를 도표로 만들어 보면 다음 그림과 같다.

&lt;도표 1&gt;

위헌·합헌축 진보·보수(이념)축	위헌결정=사법적극주의	합헌결정=사법소극주의
진보주의=사법적극주의	기탁금·전국구·동성동 본·학교흑백통합(Brown)	농축협통합
보수주의=사법소극주의	토지공개념·그린벨트· 1936까지 뉴딜정책	낙선운동·의정보고사 전선거

이같은 도표를 활용하면 선거법관련 헌법재판소 결정도 위의 네 가지 유형(진보·위헌, 진보·합헌, 보수·위헌, 보수·합헌)으로 나누어 분석하여 볼 수 있게 한다. 그리고 이것은 나아가 입법부가 진보적이냐 혹은 보수적이냐, 이에 대한 관계에서 헌법재판소가 진보적이냐 혹은 보수적이냐의 상호관계의 네 가지 유형도 만들어 볼 수 있게 한다. 이같은 진보·보수 축에 따른 국회와 헌법재판소의 관계를 그림표로 만들어 보면 다음과 같다.

29) 2000.6.1. 99헌마553. 崔大權, 事例中心 憲法學, 증보판, 서울: 박영사, 2001, 507-536면의 제14장(經濟憲法과 基本權 保障: 농축협중앙회통합의 위헌성 여부를 중심으로) 참조.

## &lt;도표 2&gt;

		헌법재판소	
		진보	보수
국회	진보	합헌 농축협통합	위헌 토지공개념·그린벨트·1936까지 뉴딜정책
	보수	위헌 기탁금·전국구·동성동본·Brown	합헌 낙선운동·의정보고사전선거운동

이 그림표는 어느 특정한 국가정책을 놓고 국회(입법)와 헌법재판소가 각기 이념 축의 어느 편에 서있는지를 한 눈에 볼 수 있게 만들어 준다. 예컨대 토지공개념입법은 1970년대 후반으로부터 1980년대 중반에 이르기까지 온 나라를 휩쓴 엄청난 부동산투기, 이로 인한 부동산가의 폭등, 전세가의 폭등, 내집 마련의 어려움, 사회에 편만한 좌절감, 부동산줄부의 양산, 사치성소비와 향락산업의 증대, 이와 함께하는 빈부의 격차, 상대적 박탈감의 확산, 생산의욕의 감소, 생산력 저조, 부동산투기에서 나온 불노소득의 지하경제·음성정치자금으로의 전환, 국제경쟁력의 약화 등의 일련의 현상을 배경으로 하여 이를 극복하고 개혁하기 위하여 진지한 수많은 논의를 거쳐 행한 국회입법이었다. 이러한 토지공개념입법을 헌법재판소는 위헌으로 선언하고 나선 것이다. 기탁금·전국구의원의 경우에 기득권 정당·정치인을 위한 이러한 선거제도를 헌법재판소는 위헌으로 선언하고 있으나 낙선운동이나 의정보고 형식의 사정선거운동의 경우에는 합헌으로 선언하고 있는 것이다.

다만 문제는, 이 그림표에서도 보여주고 있는 바와 같이, 우리나라 국회 및 헌법재판소의 경우에 진보·보수의 이념 축에 따라 과연 일관성 있는 경향을 보여주고 있느냐, 특히 국회의 경우에 만약 진보·보수의 축에 따른 일관성 있는 경향보다 그때 그때의 당리·당략에 따른 결정(입법)의 경향을 보여 왔다고 한다면 위의 사법적극주의·사법소극주의에 의한 분석은 그만큼 의미가 없거나 의미가 반감하는 것이 아니냐의 의문을 제기케 한다. 그리고 헌법재판소의 결정을 두고 보아도 법 논리에 있어서의 일관성이나 이념에 있어서의 일관성의 결여가 눈에 띄는데 그 예가 선거법관련 결정에서도 나타나고 있는 것이다.

그리하여 헌법재판소의 期(지금은 3期이다) 마다의 차이는 차치하고라도 기가 같은 동일한 헌법재판소의 기탁금 및 전국구 의석배분방식에 있어서의 진

보주의와 낙선운동에 있어서의 보수주의는 어떻게 조화될 수 있을 것인가의 의문을 제기케 한다. 그리고 법 논리에 있어서 의정보고 형식의 사전선거운동을 허용한 선거법조항을 사실상의 불평등일 뿐 헌법상의 불평등이 아니라고 하면서 합헌이라고 하고 있다. 어떠한 때의 사실상의 불평등이 헌법상의 불평등에 이르고 어떠한 때에 그러하지 아니 한지의 합리적 설명이 없다. 또 같은 결정문에서 “당선의 목적유무라는 것은 개관적으로 명백하게 판정하기 어려운 기준”이라고 하면서 다른 한편에서는 “당선 또는 낙선을 위한 것이라는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적, 계획적 행위를 말하는 것”이라고 하고 있는 것이다. 이같이 법 이론의 차원에서든 이념의 차원에서든 일관성 있는 경향의 관찰을 어렵게 하는, 그때 그때의 판단에 따르는 결정이라면 위의 사법적극주의·사법소극주의에 따른 分析의 意味를 減少케 할 뿐만 아니라 未來를 향한 豫測을 어렵게 만든다고 생각한다.

원래 사법적극주의·사법소극주의를 이야기하기 시작한 것은 멀리는 법이관 판사가 말하는 바라고 보는 시각(이를 法 現實主義<sup>30)</sup>라고 부른다)에서 연유하는 것이지만 가까이는 行態主義(behaviorism)에서 연유한 것이다.<sup>31)</sup> 순수한 법 논리 이외의 변수의 작용을 간과한 때문이다. 예컨대 동성동본금혼의 경우에 이것이 100년 전쯤에 제기되었다고 가정한다면 당연히 압도적으로 합헌이라고 하였을 것이다. 그러나 세상이 변하였고 사람들의 생각도 바뀐 것이다. 그리하여 이를 법으로까지 강제하는 것은 잘못이라는 생각이 든 것이다. 위의 공립 학교 흑백통합(Brown사건)의 경우에 “Separate But Equal”이라는 물을 바꾸었는데 순전한 법 논리로 본다면 equal인데 이것이 법 앞의 평등(equality before the law)에 반한다고 말할 이유가 없는 것이다. Separate But Equal이라는 외형 뒤의 사실상의 불평등과 이를 포함하여 세상을 바라보고 읽는 눈의 차이가 이곳에 작용하지 않았다면 달리 설명할 길이 없는 것이다. 자유나 평등과 같은 추상적 개방적인 헌법조항의 경우에 판사가 가지는 가치관이나 이념이 법 논리 못지 아니하게 사실상 작용한다는 현실의 인식에서 사법적극주의·사법소극주의의 읽기 방법이 등장하게 된 것이다. 그리고 사람의 가치관이나 이념이

30) Wilfrid E. Rumble, *Encyclopedia of the American Constitution*의 “Legal Realism”란; 최봉철, 미국학연구소 편, **미국사회의 지적 흐름: 법**, 미국학총서Ⅱ, 서울: 서울대학교 출판부, 1999, 3-64면의 최봉철, “법현실주의” 참조.

31) Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*, rev. ed. (Glenview, Ill.: Scott, Foresman, 1974) 및 그의 그 밖의 저서 등 참조.

란 일정한 지속성을 지니는 것인 만큼 사람으로 구성된 헌법재판소의 결정이나 대법원의 판결도 일정한 일관성을 가지고 나타나리라는 가정을 가능케 하는 것이다.

위의 사법적극주의·사법소극주의와 관련이 있는 가치관이나 이념은 대체로 다음의 두 가지 요소로 구성되어 있다고 판단된다. 첫째로는 민주주의 정치과정에서 헌법재판소가 담당하여야 마땅하다고 생각하는 역할이나 기능에 대한 태도이다. 임명직이라는 의미에서 비민주적으로 구성된 법원이나 헌법재판소의 역할은 다수결의 정치과정에서 소외된 少數의 기본권이 관련되어 있다고 함과 같이 부득이 하거나 위헌이 명백한 경우가 아닌 한 다수의 결정(국회 등 정치부서의 결정)을 존중하여 주어야 한다는 철학이 대체로 사법소극주의로 나타나리라는 것은 분명하다. 이에 비하면 재판관이란 헌법의 가치를 실현하는 것이라는 생각이 사법적극주의로 나아가기 쉽게 만들 것이라는 예측도 가능케 한다. 둘째로 거론하여야 하는 요소가 사회변화나 진보를 바라보는 태도이다. 진보주의와 보수주의의 태도가 그것이다. 이 두 번째 태도가 첫 번째 태도와 결합하여 자기가 지니는 가치관·이념을 실현하기 위하여 또는 자기의 가치관·이념의 실현에 유리한 쪽으로 위헌이나 합헌의 결정을 선택하리라는 점은 쉽게 상정할 수 있을 것이다. 그런데 우리나라의 경우에 이러한 태도 변수나 사법적극주의·사법소극주의에 따르는 일관성 있는 경향의 관찰과 분석을 어렵게 만들고 따라서 그 예측을 어렵게 만들고 있다. 이러한 현상은 무엇을 말하여 주는 것인가?

## V. 憲法裁判所 決定의 問題點 —結論을 대신하여

일제의 강폭통치 및 수탈과 6·25전쟁의 후유증 등을 비롯한 수많은 정치·경제·사회·문화적인 문제점에도 불구하고 우리나라가 제2차 세계대전 이후 3,40년의 짧은 기간 안에 정치적 민주화와 시장경제의 성공을 거둔 몇 안 되는 나라라고 하는 자타의 평가 속에 이제 13년의 나이를 먹은 헌법재판소의 成功的 運營이 우리나라의 政治的 民主化와 市場經濟秩序의 形成에 寄與하여 온 사실을 지적하여야 한다고 생각한다. 그것은 東아시아 사회에 편재해 있는 강한 人治의 傳統 속에서의 法治主義의 成長에 대한 기여 때문이다. 서구의 헌법과 마찬가지로 우리나라의 헌법도 법치주의에 바탕을 두고 있다. 헌법규

범과 헌법현실의 괴리 현상이 우리나라의 인치의 전통에 의하여 크게 형성·조장되어 왔다는 사실은 우리가 다 잘 알고 있다. 이러한 인치 전통의 작용 현상 속에서도 법치주의의 성장에 기여하고 있는 몇 안 되는 요인 가운데 큰 비중을 차지하는 것이 우리나라의 헌법재판소의 성공적인 운영이라고 생각한다. 그리고 법치주의가 민주주의와 시장경제의 基盤이라는 사실은 보편적 진리에 속한다. 법치주의가 성장하는 만큼 민주주의와 시장경제가 한 단계 더 성숙하리라는 점은 이제 상식에 속하는 사실이다. 우리가 IMF의 구제금융을 받지 아니하면 안되게 만든 경제 위기도 따지고 보면 법치주의의 부족 때문이었다고 뒤돌아보며 우리가 말할 수 있다는 것이 우리의 생각이다. 기업체 등의 투명성의 문제라든지 책임의 문제가 모두 법의 문제이기 때문이다.

위와 같은 긍정적 평가에도 불구하고 헌법재판소에 의하여 달성하려고 하는 입헌주의적 理想의 實現을 가로막는 몇 가지 요인을 지적할 수 있다고 생각한다. 그 하나가 憲法訴願의 對象으로부터 裁判을 除外하고 있는 헌법재판소법 규정(제68조 제1항)에 의한 구조적 결함이다. 이것은 대법원에 의한 헌법재판소의 그것과 다른 헌법해석을 가능케 하여 결과적으로 헌법재판소를 중심으로 하는 헌법해석의 통일을 어렵게 하는 요인으로 작용케 한다. 이것은 헌법해석의 통일을 방해함으로써 불필요한 소송(헌법소송 포함)을 증가케 까지 한다. 그러한 만큼 헌법소원의 대상으로부터 재판권을 제외하는 헌법재판소법 조항은 바로 잡아져야 한다는 점은 이미 지적한 바 있다.

입헌주의 이상의 실현을 저해하는 또 하나의 요인은 헌법재판소 裁判官의 任命 制度와 이와 결합된 政治 및 司法 慣行(practice)이다. 우리나라 헌법재판소 재판관 임명시 작용하는 중요한 변수는 憲法觀(헌법·헌법재판소의 역할에 대하여 가지는 價値觀·理念 등) 및 헌법에 대한 專門的 知識과 經驗 등이 아니고(이를 체크하는 장치도 없다) 대통령과 국회에 의한 黨利·黨略的 고려 및 대법원에 의한 (대법관 승진에 탈락한 사람의 구제 등) 昇進 개념이라는 사실이다. 그 결과 위에서 지적한 바 있는 사법적극주의·사법소극주의에 있어서나 법 논리 전개 있어서의 일관성의 결여 현상은 이러한 사실의 반영에 불과하다는 것이 우리의 생각이다. 헌법재판소 재판관들은 한결 같이 판사나 검사나 변호사의 경력을 가진, 따라서 민·형사법 등의 경험을 오래 쌓은 그 방면의 법 전문가 가운데서 임명되고 있기 때문에 헌법에 대하여는 거의 아무런 지식이나 경험을 지니지 못한 법률가들로서 어느 날 아침 갑자기 헌법재판

소 재판관으로 일하기 시작하게 된다는 점이 지적되어야 한다. 헌법재판소 재판관으로 임명되는 이들 법률가들이 헌법을 모르는 주된 이유는 이들이 살았던 젊었던 시절은 우리나라가 겪은 권위주의의 시대여서 헌법규범은 현실 생활을 규율하는데 거의 아무런 관련성이 없었다. 그러한 만큼 그들에게는 헌법은 학교 시절과 사법시험 응시 때 이외에는 이를 알고 배워야 할 이유가 없었으며 헌법을 모른다고 하여 판·검사나 변호사로 일하는데 아무런 지장이 없었던 것이다. 따라서 그들이 헌법을 모른다는 것은 어느 의미에서 당연하다고 말할 수 있었던 것이다. 그런데 이들 법관들이 민주화 이후 헌법재판소 재판관으로 임명되고 있는 것이다.

그러한 만큼 그들은 재판관으로 임명된 후 헌법을 현장에서 익힌다(on the job training을 받는다)고 하여도 과언이 아니라는 점이 현재의 실정이다. 그들의 임기가 짧다(6년)고 하는 사실도 이들의 전문성 제고에 저해요인으로 작용하고 있다. 그들이 그들의 임무에 숙달하리만큼 헌법에 익숙해 질 무렵이면 어느덧 임기가 끝나가고 있는 것이다. 임기 후 헌법을 모르는 새로운 사람으로 다시 충원되는 악순환을 반복하고 있는 것이 또한 우리나라의 실정이다. 그러한 만큼 이들의 헌법지식을 보완하고 연속성을 담보하는 보좌장치의 중요성이 부각될 수밖에 없다. 이들의 보좌장치가 헌법재판연구원 제도이다. 그러나 현재의 헌법재판연구원 제도에도 문제점이 많다. 법원이나 검찰에서 파견되어 오는 재판연구관이 있고 헌법학으로 박사학위를 취득한 사람으로 헌법재판연구관이 된 사람들이 있다. 그러나 법원이나 검찰에서 파견되어오는 재판연구관의 경우 본인 및 법원이나 검찰의 헌법지식 제고에는 기여할 것이며 특히 본인이 옷 벗고 나가 개업하는 경우를 상정하면 본인에게는 대단히 소중한 헌법학습의 기회일 수는 있을 것이다. 그러나 그들이 헌법재판관의 전문성 제고에 얼마만한 기여를 하는지는 의문이 있을 수 있다. 그리고 헌법전공의 학위소지자의 경우에 실제의 경험 부족이라는 요인말고도 이들을 오래 붙들어 놓는 인센티브시스템이 없다는 것이 커다란 문제점으로 등장하고 있다. 그리하여 대학의 자리가 나기가 무섭게 이직을 하는 까닭에 이들의 근무연한이 아주 짧고 따라서 지속성이 역시 결여되고 있다는 점이 문제인 것이다.

사정이 이러함에도 불구하고 수십 년간의 경험과 전문지식을 갖춘 우리나라 유일의 헌법전문가인 헌법학교수들을 제도적으로 헌법재판관 임용대상으로부터 제외하고 있는 점이 사태를 더욱 악화시키고 있다는 점을 지적하여야 한

다. 그들의 저서나 전문의견이 재판연구원들의 손을 거쳐 혹은 참고인등의 자격에서 실제로는 헌법재판에 크게 기여하고 있음에도 불구하고 헌법재판관의 임용대상으로부터는 제외되어 있는 것이다. 헌법학교수들이 헌법재판관의 임용대상으로부터 제외되어 있는 나라는 우리나라 밖에 없다는 사실도 주의하여야 한다. 위헌법률심사 등 헌법재판의 경우에는 (헌법)사건의 처리나 승소·패소가 문제가 아니라 나라를 지도하며 혹은 리드하는 원리·원칙을 천명하는 일이 중요한 만큼 좁은 의미의 법률가이나 아니냐의 문제는 상대적으로 중요치 아니하다. 일본과 같은 경우에는 외교관도 그들의 대법원에 대법관으로 임명하고 있다. 그러한 만큼 재판관 임명과정에서 단순한 법관 자격에만 구애되지 아니하고 장차 재판관 될 사람의 자질을 따지는 장치, 예컨대 변호사·헌법학교수 등으로 구성된 천거위원회의 자질점검과정을 거치게 한다든지 헌법재판소 재판관으로서의 자질을 점검하는 초당파적 인사청문회제도를 운용하여 그러한 점검을 거친 사람 가운데서 헌법재판소 재판관을 임명케 하는 제도나 관행이 시행되어야 한다고 생각한다. 그리고 재판연구원 임용의 경우에 어떠한 인센티브시스템을 가동하여야 그들의 전문성제고·장기근무를 확보할 수 있을지 일의적으로 말하기는 쉽지 아니하지만 그들의 재판연구원으로서의 경력도 헌법재판관이나 대법관으로 임명되기에 부족함이 없는 경력으로 인정되어 장차 그들 가운데서도 실제로 헌법재판관이나 대법관이 나오는 선례가 형성된다면 상황은 달라지리라 믿는다. 이처럼 헌법재판관 임용제도나 보좌장치 및 이들 제도와 관련된 실제 관행에서 나타나는 위의 구조상의 흠이 치유되지 아니하면 그만큼은 우리나라의 헌법재판소는 언제나 아마추어기관으로 남아 있게 될 가능성이 크다.

이상에서 지적한 헌법재판관 임명제도 및 헌법연구원 제도의 제도적·구조적 흠과 함께 혹은 바로 이러한 요인의 작용 때문에, 정치적 고려나 당장의 위헌이나 합헌의 결론 이외에 혹은 이를 뛰어 넘어, 헌법재판소 결정이 나라 전체나 장차 가지게 될 우리나라의 정치·경제·사회·문화적인 혹은 역사적인 의미(implications)에 대한 심각한 고민과 성찰이 충분히 이루어지지 아니한 채 (혹은 그러한 고민과 성찰에 따르는 도덕적 확신에 기초해서가 아니고), 그때 그때의 狀況論理에 따라(*ad hoc*) 혹은 자기를 밀어준 任命權者나 指名者가 選好하는 바에 따라 그 결정이 내려진다는 점이 지적되어야 한다고 생각한다. 나아가 상당히 많은 경우에 그 결정은 헌법재판이 아니라 헌법으로 포장한 민사재판이

나 형사재판이라는 인상을 지을 수 없다.<sup>32)</sup> 헌법재판소 결정은 사건의 단순한 해결이 문제가 아니고 그것이 나라 전체의 앞날을 지도할 헌법적 원리·원칙을 천명하는 예언자·성직자적인 작업이어야 하기 때문에 더욱 그렇다.

마지막으로 국민이 궁극적으로는 헌법수호자임을 감안할 때 헌법소송에서의 辯護士強制主義는 법조인의 직업이익에 봉사할 뿐 국민에 의한 헌법소송의 제기를 부당하게 어렵게 만드는 요인으로서 다른 소송에서의 본인소송의 원칙과 우리에게 영향력이 큰 독일의 입법례에 비추어 보아도 설득력이 없는 제도임을 지적하지 않을 수 없다.

---

32) 예컨대 국유재산법상의 취득시효제외조항(제5조 제2항)을 위헌이라고 한 헌법재판소의 결정(1991.5.13. 89헌가97)은 보수주의에 근거한 사법적극주의 결정으로서 헌법재판의 외형을 입힌 그 자체 민사판결이라 할 수 있다. 나아가 이 결정은 法理上 오판이라고 생각한다. 崔大權, **事例中心 憲法學**, 474-492면의 제13장 “國有財産法 제5조 제2항의 위헌여부” 참조. 이 결정의 자매 결정인 지방재정법 제74조 제2항을 위헌이라 한 헌법재판소의 1992.10.1. 결정(92헌가6,7(병합)) 및 소송촉진등에관한특례법 제6조 제1항단서조항을 위헌이라 한 헌법재판소의 1989.1.25. 결정(88헌가7)도 마찬가지라 할 수 있다. 그리고 위 **事例中心 憲法學**, 282-296면의 제6장 “憲法裁判所의 違憲決定과 그 根據의 提示” 참조.



<Abstract>

## The Implications of the Constitutional Court Decisions in the Political Process

—Particularly with a Focus on the Recent  
Election—Law—Related Decisions—

Dai-Kwon, Choi\*

The recent election-law-related decisions of the Constitutional Court in 2001, along a Branch Court of Seoul District Court's decision temporarily suspending the validity of a political party's nomination of a candidate for the National Assembly last year, make us reappraise the functions of the Constitutional Court and the meanings of its decisions in the democratic political process. The Constitution provides specifically for the Constitutional Court separate from the Supreme Court and for its functions including that of judicial review of legislative actions, unlike the American Constitution.

The Constitutional Court is so organized to conduct the following constitutionally provided functions of ① judicial review of legislation when the outcome of an ordinary court's decision-making depends on the constitutionality of the legislation; ② impeachment trial; ③ dissolution trial of a political party when the party's goals and activities violate “the basic democratic order”; ④ resolution of jurisdictional disputes between governmental organs; and ⑤ resolution of constitutional complaints(*Verfassungsbeschwerde*) filed by a citizen. The absolute majority of the Constitutional Court's work loads are, however, composed of ① and ⑤ kinds of cases whereas any ② or ③ case is non-existent in practice and only a small number of ④ cases ever filed.

Theoretically the compatibility of judicial review of legislation with the principle of democratic majority rule is debated in Korea as well, albeit with

---

\* Professor of Law, Seoul National University

much less intensity. The justification arguments for judicial review has been voiced far stronger, however, in terms of its functions of “protection of the constitution” including those of its contribution to democracy, particularly to democracy of the majority rule and the protection of minority with the principles of separation of power and check and balance. The justification arguments are much augmented by the very active, successful performances from its inception of the Constitutional Court in fulfilling its judicial review of legislation function, particularly compared with those of the Japanese institution of judicial review. Korea is one of the few success stories in which both political democratization and market economy have been achieved since the Second World War.

Political democracy in Korea has been successful more at the macro, institutional level, however. Democratic practices are lagging behind at the micro, behavioral level. Thus, judicial intervention in political process including judicial review is significant in terms of its contribution to behavioral level democracy as well. The constitutionally envisioned in-party democracy was a powerful one of the judicially announced rationales for the branch district court's temporary injunction in party nomination case and the Constitutional Court's ruling of unconstitutionality on the National Assembly's national district case where the constitutional validity of party boss-made lists for the national district who are made national assembly members on the basis of the result of election in electoral districts alone without a second vote for party was questioned.

An analysis of the Constitutional Court decisions along the judicial activism and judicial restraint alignment has been popular. It is pointed out that the value of the kind of analysis would be lessened, however, by the findings of inconsistency in terms of judicial activism and restraint. Its decisions were made more *ad hoc* rather than with a tendency or consistency, even among the election law related cases. Its inconsistency can be accounted for by the nomination practices of the nine member Constitutional Court Justices, whose selection is made each three by President, by the National Assembly and by

the Supreme Court respectively. Their selection is made more in political considerations along party lines by President and the National Assembly and on a promotional basis by the Supreme Court for those who failed in becoming the Supreme Court Justices than on the basis of candidates' ideology and experience in constitutional law along with their ability as a lawyer. Their short term of office, 6 years, is also a contributing factor to the inconsistency.

The frequent turnover of “judicial researchers,” the Korean version of law clerks for Justices, and the consequential instability of the institution could still be another contributing factor to the inconsistency, when combined with Justices' inexperience in constitutional law matters and their short term of office. Some of judicial researchers are young judges sent there by the judiciary for two to three year term, some others young public prosecutors sent by the public prosecutors office also for two to three years, and the rest are recent doctoral degree holders in constitutional law who too frequently quit their job as soon as they find a teaching job.