

〈논문〉

헌법재판절차의 합리화를 위한 제언* - 독일과의 비교를 중심으로 -

李孝元**

요약

헌법주의란 헌법이 정치권력에 대해 우월한 효력을 가지는 것을 의미한다. 헌법이 정상적으로 기능하기 위해서는 헌법이 침해되는 것을 사전에 예방하고, 헌법이 침해된 경우에는 이를 바로잡을 수 있어야 한다. 헌법재판절차가 합리화되기 위해서는 재판의 공정성과 적정성을 확보하는 동시에 신속한 재판이 이루어질 수 있도록 해야 한다. 헌법재판의 독립을 보장하고 재판절차를 보다 합리화하기 위해서는 헌법정책적 또는 입법정책적으로 다음과 같은 사항을 개선할 필요가 있다.

첫째, 재판관의 자격과 선출절차에 있어서 다양성을 확보하고 민주적 정당성을 강화해야 한다. 재판관의 임기는 현재의 6년을 유지하되, 연임제도는 폐지하는 것이 타당하다.

둘째, 지정재판부의 권한을 강화하고 직권심리주의를 완화할 필요가 있다. 재판관에 대한 제척·기피·회피의 사유를 보다 엄격하게 제한하고, 재판관의 결원에 대비하는 제도적 장치도 마련해야 한다.

셋째, 국민의 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하기 위해서 변호사강제주의를 폐지하고, 정당한 권리를 행사하는 경우에는 소송비용을 보상하고, 권리남용에 해당하는 경우에는 보다 적극적으로 납소제재금을 부과하는 것도 필요하다.

넷째, 헌법재판의 심판기간은 현실에 부합하는 기간으로 제조정하되 이를 강행규정으로 인정하여 그에 대한 제재나 법적 효과를 명확하게 해야 한다. 또한 사건평의에 있어서는 평결방식을 법률로 규정하되, 쟁점별 평결방식을 채택하는 것이 바람직하다.

주제어: 헌법주의, 헌법재판절차, 민주적 정당성, 지정재판부, 소송비용, 평결방식

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2013년도 학술연구비 지원을 받아 작성된 것이다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 서 론

헌법이 실천과학으로 기능하기 위해서는 정치권력과 자유의 상호 융합과 조화 속에서 국가법질서의 근간이자 공동체의 법형태를 구성하기 위한 특정한 의미원리를 지향하는 기본적 구조의 설계가 되어야 한다.¹⁾ 헌법이 도덕과 구별되는 규범이 되기 위해서는 헌법이 침해된 경우에 강제로 헌법질서를 회복하는 제도적 장치를 마련해야 한다. 헌법재판이란 헌법에 대한 분쟁을 소송절차에 의해 해결함으로써 헌법질서를 유지하는 사법적 작용이다. 헌법은 헌법재판을 통해 그 규범력을 유지할 수 있고, 개인의 자유와 권리를 보장하고 국가공동체를 유지한다는 그 목적을 실현할 수 있다.

헌법재판의 법적 성격은 다양한 관점에 따라서 파악될 수 있는데, 구체적 분쟁 사건에 대해 헌법을 해석하고 적용한다는 점에서는 사법작용으로 기능한다고 할 수 있다.²⁾ 헌법재판은 심판대상이 되는 사실관계를 확정된 다음, 분쟁해결에 적용하는 헌법해석을 통해 헌법규범의 의미와 내용을 확정하여 적용하는 재판작용이다. 다만, 헌법재판은 일반재판과는 달리 심판기준이 법률이 아니라 헌법이라는 점과 심판대상이 일반적인 권리와 이익에 대한 다툼이 아니라 헌법에서 규정하는 헌법적 다툼으로 제한된다는 점이 특징이다. 헌법재판에서 변호사강제주의, 서면심리주의와 직권심리주의, 소송비용 국고부담을 원칙으로 채택하고 있는 것도 이러한 특징을 반영한 것이다. 따라서 헌법재판이 합리적으로 운영되기 위해서는 적법절차의 원리가 적용되어야 하고, 국민의 헌법재판청구권을 보장해야 한다.

적법절차의 원리란 모든 국가작용은 헌법과 정당한 법률을 근거로 하고 법규범에 따른 정당한 절차를 밟아 행사되어야 한다는 헌법상의 원리이다. 우리 헌법은 제12조 제1항과 제3항에서 적법절차의 원칙을 규정하고 있다. 헌법재판소는 “헌법 제12조 제1항 및 제3항에 규정된 적법절차의 원칙은 일반적 헌법원리로서 모든 공권력의 행사에 적용되는바, 이는 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장되어야 한다는 뜻으로 이해된다. … 적법절차의 원칙의 적용범위를 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용에 대해 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용된다”고 결정하였다.³⁾ 헌

1) 성낙인, **헌법학**, 법문사, 2014, 6면; 정중섭, **헌법학원론**, 박영사, 2014, 19-20면.

2) 헌법재판의 성격에 대해서는 성낙인 외, **헌법소송론**, 법문사, 2012, 710면; 정중섭, **헌법소송법**, 박영사, 2012, 9-20면; 허영, **헌법소송법론**, 박영사, 2012, 17-21면 등.

법재판에 있어서 적법절차의 원리를 실현하는 것은 재판의 공정성을 확보하는 중요한 수단이다. 특히 헌법재판은 국민의 대표기관인 국회와 대통령의 권한행사를 심판대상으로 하고, 헌법이념을 바탕으로 헌법의 개별규정을 적용하여 정치적 갈등을 해소하는 기능을 한다. 우리 헌법재판소가 국회나 대통령에 비하여 민주적 정당성이 약하지만, 헌법기관을 포함한 국가권력을 조정하고 통제함으로써 헌법질서를 안정적으로 유지하는 정치적 역할을 한다는 점을 고려할 때 헌법재판에 있어서 적법절차의 원리는 보다 철저히 적용될 것이 요구된다.

우리 헌법은 제27조 제1항에서 재판청구권을 보장하고 있는데, 제111조 제1항, 제2항과 규범조화적으로 해석하면 여기에는 헌법재판청구권도 포함된다고 하겠다.⁴⁾ 이때 재판청구권은 재판의 독립이 보장되고 헌법과 법률에 의한 자격이 부여되는 법원에 의하여 적정하고 신속한 재판을 받을 권리를 의미한다. 헌법재판을 합리화하는 것은 공정하고 적정한 재판을 받을 권리와 신속한 재판을 받을 권리를 조화롭게 보장하는 것이다. 이러한 의미에서 재판청구권을 보장하는 것은 헌법재판을 합리화하는 규범적 근거이자 헌법재판의 구체적인 내용과 절차를 결정하는 한계로 작용할 수 있다. 다만, 헌법재판소와 대법원은 “공정하고 적정한 재판과 신속한 재판을 보장하는 구체적인 내용과 방법은 헌법규정으로부터 직접 도출하는 것이 아니라 구체적인 입법형성을 필요로 하며, 원칙적으로 입법형성의 자유에 속하는 사항이다”고 판시하고 있다.⁵⁾

헌법은 제6장에서 헌법재판소의 구성과 권한, 헌법재판관의 자격과 신분보장 등에 대해 규정하고 있으며, 제113조 제3항은 “헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 하지만 헌법재판소법은 심판절차에 대해서 기본적인 사항만 규정하고, 자세한 내용은 헌법재판소 사무규칙에서 자율적으로 규정하도록 하고 있다. 그러나 헌법재판소 사무규칙도 헌법재판절차에 대해 상세한 규정을 두고 있지는 않다. 헌법 제113조 제2항은 “헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하여 헌법적 근거를 마련하고 있다. 특히 헌법재판소법은 제40조 제1항에서 헌법재판의 심리절차에 대해 헌법재판소법에 특별한 규

3) 헌재 2007. 4. 26. 2006헌바10 등.

4) 성낙인, **헌법학**, 1394면; 정종섭, **헌법학원론**, 823면; 헌법재판소는 헌법 제27조 제1항으로부터 당연히 헌법재판청구권이 도출되는 것은 아니라고 결정하였다(헌재 1997. 12. 24. 96헌마172).

5) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732; 대법원 2001. 10. 31. 2001초532 등.

정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서 민사소송에 관한 법령을 준용하도록 하여 입법공백의 상태를 대비하고 있다.

현행 헌법에 따라 헌법재판소가 설치된 이후 2014년 12월 현재 총 847건의 위헌법률심판사건이 접수되어 그중에서 240건이 위헌으로 결정되었고, 헌법소원심판사건도 총 25,686건이 접수되어 그중에서 628건이 위헌 또는 인용되었다.⁶⁾ 우리 헌법재판제도는 세계적으로도 헌법을 보장하고 실현하는 제도적 장치로서 성공적으로 작동하고 있는 것으로 인식되고 있다. 이제 헌법재판이 그 실체적 판단과 성과를 넘어서 절차적 측면에서 헌법재판이 적법절차의 원리에 따라 국민의 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하고 있는지를 점검할 필요가 있다.

이 글은 우리 헌법재판의 일반심판절차에 대한 주요 쟁점을 독일 헌법재판의 일반심판절차와 비교하여 헌법재판의 합리화를 강화하는 방안을 모색하는 것을 목적으로 한다. 헌법재판도 각 나라의 역사적 현실에 따라 다르게 발전하므로 이상적인 모델을 설정하기는 어렵다. 하지만 1951년에 헌법재판제도를 도입하여 성공적으로 운영하고 있다고 평가되는 독일의 사례는 우리에게 중요한 시사점을 제공할 수 있을 것이다. 헌법재판에서는 일반심판절차 이외에 특별심판절차도 중요하지만, 이 글에서는 원칙적으로 적용되는 일반심판절차 중에서 독일과 차이가 있는 주요 쟁점만을 연구대상으로 제한한다.

II. 헌법재판소의 지위와 권한

1. 우리나라의 경우

헌법은 제5장에서 법원에 대해 규정하는 것과 구별하여 제6장에서 헌법재판소에 대해 규정하고 있다. 제111조에서는 헌법재판소의 관할사항을, 제112조에서는 헌법재판관의 임기, 자격, 신분보장을, 제113조에서는 헌법재판에 대한 특별의결정족수와 법률위임사항을 각각 규정하고 있다. 헌법재판소는 헌법보장기관으로 기능한다. 헌법이 최고규범으로서 제대로 기능하기 위해서는 헌법이 침해되지 않도록 예방되어야 하고, 만약 헌법이 침해된 경우에는 그것을 바로잡을 수 있어야 한다. 헌법은 스스로를 보호하기 위해 사법적 수단을 마련하고 있는데, 이것이 헌법재판이다. 헌법재판소는 헌법재판을 통해 입법, 행정, 사법 등 국가권력은 물론 국민의 정치

6) 헌법재판소 홈페이지(www.ccourt.go.kr).

적 결사체인 정당에 의한 헌법침해로부터 헌법적 가치와 이념을 보장하고 있다.

헌법재판소는 헌법해석에 관한 최종적인 유권해석기관이다. 헌법은 국가권력에 대하여 우월한 효력을 가지므로 모든 국가권력은 헌법에 따라서 권한을 행사해야 하고, 그 과정에서 헌법해석을 할 권한과 의무를 가진다. 하지만 국가기관의 헌법 해석이 서로 모순되거나 충돌할 경우에는 헌법재판소가 유권적 해석을 통해 최종적으로 판단한다. 헌법에서 법률의 위헌결정이나 헌법소원의 인용결정이 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하는 것으로 규정하고 있는 것도 헌법재판소가 헌법에 관한 최종적 유권해석기관이라는 것을 전제로 한 것이다. 다만, 헌법재판소가 최고의 사법기관인지에 대해서는 대법원과 관계를 중심으로 다양한 의견이 있으나, 우리 헌법은 양 기관을 최고의 헌법기관으로 병렬적으로 규정하고 있고, 양 기관을 단일한 조직으로 볼 수도 없어 헌법재판소와 대법원은 기능적 관점에서 서로 협력하고 통제하는 관계라고 해석하는 것으로 충분하다고 판단된다.⁷⁾

헌법재판소는 권력을 통제하고 기본권을 보장하는 기능을 한다. 민주적 정당성을 보유한 대표적인 국가기관인 국회가 위헌적으로 입법권을 행사한 경우에 이를 무효화하고, 대통령을 비롯한 고위공직자가 헌법과 법률에 위반하여 직무를 수행한 경우에는 탄핵을 통해 파면한다. 그밖에도 공권력의 행사 또는 불행사로 국민의 기본권을 침해한 경우에는 헌법소원을 통해 구제한다. 다만, 법원의 재판에 대해서는 헌법소원의 대상에서 제외하고 있는데, 이것은 사법권의 독립과 분쟁해결 기능을 고려한 것으로 판단된다. 또한 국민의 정치적 의사형성을 위해 정당을 특별히 보호하면서도 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위반한 경우에는 정당을 해산할 수 있다. 헌법재판소의 헌법재판에 대한 권한은 헌법 제111조 제1항에서 열거되어 있는 관할사항에 국한된다. 구체적으로는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판, 탄핵의 심판, 정당의 해산 심판, 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판, 그리고 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장한다.

2. 독일의 경우

독일의 연방헌법재판소도 헌법해석을 통해 헌법적 분쟁을 해결함으로써 헌법을

7) 헌법재판소와 대법원과의 관계에 대해서는 김철수, **확실판례 헌법학**, 박영사, 2009, 1087-1091면; 성낙인 외, **헌법소송론**, 54-59면; 정종섭, **헌법소송법**, 86면; 허영, **헌법소송법론**, 박영사, 2012, 98-99면 등.

보장하고, 국가권력을 통제하여 국민의 기본권을 보호하는 기능을 수행한다. 또한 독일기본법에 의하여 그 조직과 구성, 권한이 규정되어 있는 헌법기관이지만, 법원과 의회와의 관계를 둘러싸고 그 헌법적 지위에 대하여는 우리나라와 달리 해석되는 부분이 있다. 즉, 독일기본법은 우리 헌법과 달리 ‘제9장 사법’에서 연방헌법재판소를 사법부로 인정하여, 제92조는 “사법권은 법관에게 맡겨져 있다. 사법권은 연방헌법재판소, 이 기본법에 규정된 연방법원 그리고 주법원에 의해 행사된다”고 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제1조 제1항도 “연방헌법재판소는 다른 모든 헌법기관에 대하여 자주적이고 독립적인 연방의 재판소이다”고 규정하고 있다. 연방헌법재판소 스스로도 사법부로 인식하고 있으며, 연방헌법재판소를 설치하고 24년이 지난 후인 1975년에 비로소 법원과 별도의 독자적인 사무규칙을 마련하였다.⁸⁾ 연방헌법재판소는 독립된 법관으로 구성하고, 헌법과 법률로써 그 권한과 절차를 규율하며, 오직 헌법과 법률을 기준으로 헌법재판을 한다는 것을 고려할 때 법원으로서의 지위를 갖는다고 해석하는 것이 다수의 의견이다.⁹⁾

연방헌법재판소는 연방의회, 연방정부, 연방참사원 등과 마찬가지로 헌법기관으로서의 지위를 가진다. 연방헌법재판소는 일반적인 법원과 달리 법률의 합헌성 통제, 헌법기관들 간의 분쟁에 관한 판결 등을 포함하여 헌법기관의 차원에서 재판을 하므로 최상위의 헌법기관으로서의 지위를 갖는다. 연방헌법재판소의 이러한 지위는 다른 헌법기관에 대한 우월한 지위를 인정하는 것은 아니며, 연방헌법재판소가 사법기관의 성격을 넘어서 정치적 헌법기관과 경쟁을 벌일 수 있는 지위에 있다는 것을 의미하지도 않는다. 즉, 연방헌법재판소는 다른 헌법기관과 동등한 지위에서 헌법에 의해 부여된 권한을 독립적으로 행사할 수 있는 최상위의 헌법기관이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 연방헌법재판소는 독일기본법에서 규정하는 헌법재판권을 가지는데, 기본권의 실효, 정당의 위헌여부, 기관쟁송, 연방국가적 쟁송, 구체적 규범통제와 추상적 규범통제에 따른 위헌법률의 심판, 탄핵심판, 헌법소원 심판 등에 대한 사항을 관장한다.

8) 이종수, “독일 헌법재판제도의 비교분석과 그 시사점”, 박인수·조홍석·남복현, **주요 국가별 헌법재판제도의 비교분석과 시사점 - 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로** - (헌법재판연구, 제21권), 헌법재판소, 2010, 32면.

9) 콘라드 헛세, 계희열 역, **통일독일헌법원론**, 박영사, 2001, 345면; 허완중, **독일통일과 연방헌법재판소의 역할**(비교헌법재판연구, 2011-B-2), 헌법재판연구원, 2011, 3면.

10) 클라우스 슈라이히, 정태호 역, **독일헌법재판론: 독일연방헌법재판소의 지위·절차·재판**, 미리교역, 2001, 51면; 이종수, 앞의 논문, 33면; 허완중, 앞의 문헌, 4-5면.

Ⅲ. 일반심판절차의 주요 쟁점

1. 재판부 구성

가. 우리나라의 경우

헌법은 제6장에서 헌법재판소의 조직에 대해 중요한 사항을 규정하고 있다. 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성되며, 모두 대통령이 임명한다. 다만, 그중 3인은 국회에서 선출한 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명하며, 헌법재판소장은 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 임명한다(제111조). 재판관은 임명되기 전에 국회의 인사청문회를 거쳐야 하는데, 국회에서 선출하는 재판관 3인은 인사청문특별위원회의 인사청문을 거치지만(국회법 제46조의3), 나머지 재판관 6인은 소관상임위원회인 법제사법위원회의 인사청문을 거치도록 하고 있다(국회법 제65조의2). 재판관으로 임용되기 위해서는 연령과 경력이 일정한 요건을 요구하고 있는데, 40세 이상으로서 변호사의 자격을 가지고 15년 이상 판사 등의 직에 종사한 경력이 있어야 한다(헌법재판소법 제5조).

재판관의 임기는 6년으로 연임할 수 있고, 헌법재판소장과 재판관의 정년은 70세이다(제112조 제1항, 헌법재판소법 제7조). 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없도록 하여 정치적 중립성을 보장하고 있다(제112조 제2항). 또한 재판관은 국회 또는 지방의회의 의원, 국회·정부 또는 법원의 공무원, 법인·단체 등의 고문·임원 또는 직원의 직을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 사업을 영위할 수 없다(헌법재판소법 제14조). 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 않는다고 규정하여 법관과 동일하게 신분을 보장하고 있다(제112조 제3항).

우리 헌법재판은 재판관 9인 전원으로 구성되는 전원재판부와 재판관 3인으로 구성되는 3개의 지정재판부를 두고 있다. 헌법재판소법 제22조 제1항은 “이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판소의 심판은 재판관 전원으로 구성되는 재판부에서 관장한다”고 규정하고 있다. 전원재판부의 재판장은 헌법재판소장이 되며(헌법재판소법 제22조), 재판관 7인 이상의 출석으로 헌법재판을 심리하고 헌법에서 6인 이상의 찬성을 요구하는 경우를 제외하고는 원칙적으로 과반수의 찬성으로 결정한다. 헌법재판소는 행정업무에 관한 사항을 의결하는 기구로서 재판관회의를 두고 있는데, 재판관회의는 재판관 전원으로 구성되고 헌법재판소장

이 의장이 되는 등 전원재판부와 동일한 인원으로 구성되어 있으나 그 법적 성격과 권한은 전혀 다르다. 재판관회의는 헌법재판이 아니라 헌법재판소규칙의 제정과 개정 등에 대하여 재판관 7인 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성으로 의결한다(헌법재판소법 제16조).

헌법재판은 원칙적으로 전원재판부가 담당하며 지정재판부는 헌법소원심판의 전심절차에서만 구성되고, 지정재판부 전원의 일치된 의견에 의한 결정으로만 헌법소원의 심판청구를 각하하도록 허용하고 있다(법 제72조 제1항, 제2항).

나. 독일의 경우

독일기본법 제94조 제1항은 “연방헌법재판소는 연방법관과 그 밖의 구성원으로 구성된다. 연방헌법재판소의 구성원은 연방의회와 연방참사원에 의해 각각 반씩 선출된다”고 규정하고 있다. 연방헌법재판소의 조직에 대한 구체적인 내용은 독일 연방헌법재판소법과 사무규칙에서 규정하고 있다. 연방의회와 연방참사원은 재판관을 선출할 때 3분의 2 이상의 찬성이 필요하며(헌법재판소법 제6조, 제7조), 연방재판소장과 부소장은 연방의회와 연방참사원에 의하여 교대로 선출된다(헌법재판소법 제9조). 각 재판부의 재판관 가운데 3인은 연방최고법원에서 3년 이상 근무한 경력이 있는 법관 중에서 선출된다(헌법재판소법 제2조 제3항). 재판관은 40세 이상으로 법관의 자격을 갖추고 연방의회의 피선거권을 가져야 하며(헌법재판소법 제3조 제1항), 재판관의 임기는 12년이며 연임과 중임은 허용되지 않는다(헌법재판소법 제4조 제1항). 재판관의 정년은 68세이며(헌법재판소법 제4조 제3항), 재판관은 연방의회, 연방참사원, 연방정부 또는 이에 상응하는 지방의 기관에 소속될 수 없다(독일기본법 제94조 제1항, 헌법재판소법 제3조 제3항). 재판관은 법관으로서의 활동과 독일대학에서의 법학교수 이외의 직업활동에 종사할 수 없으며, 재판관으로서의 직무가 대학교수로서의 직무에 우선한다(헌법재판소법 제3조 제4항).¹¹⁾

연방헌법재판소는 각 8명의 재판관으로 구성되는 2개의 재판부(Senat)로 구성되는데, 각 재판부의 관할사항은 연방헌법재판소법 제14조에 의해 확정되어 있다. 제1부는 기본권재판부(Grundrechtssenat)로서 독일기본법 제1조 내지 제17조에 해당되는 규범통제와 헌법소원을 관할하고, 제2부는 국가법재판부(Staatsrechtssenat)로서 공무원관계, 병역 및 민간대체복무, 형사소송 및 행정벌, 형사집행에 관한 규범

11) 독일연방헌법재판관의 자격, 선출절차, 임기에 대한 자세한 내용은 이종수, 앞의 논문, 36-48면.

통제와 헌법소원, 권한쟁의, 정당금지, 선거소송을 관할한다(헌법재판소법 제14조 제1항, 제2항). 관할 재판부가 명확하지 않은 경우에는 연방헌법재판소장, 부소장 및 각 재판부가 업무연도 동안 2인씩 임명하는 4인의 재판관으로 구성되는 위원회가 이를 결정하며, 가부동수인 때에는 위원장이 결정권을 가진다(헌법재판소법 제14조 제5항).

독일의 헌법재판소는 각 재판부가 배타적 관할권을 행사하고 각 재판부 소속의 재판관이 교체되지 않도록 하여 원칙적으로 재판부중심제를 채택하고 있다. 다만, 특정 재판부의 업무가 과중할 경우에는 재판부의 관할사항을 변경할 수 있도록 탄력성을 부여하고 있다. 즉, 연방헌법재판소법 제14조 제4항은 “한 재판부의 일시적이 아닌 과중한 부담으로 인하여 불가피한 경우에는 연방헌법재판소의 전원합의체에서 다음 업무연도가 개시되는 때로부터 효력을 가지는, 재판부의 재판권한을 제1항 내지 제3항과는 달리 정할 수 있다”라고 규정하고 있다.

연방재판소는 양 재판부의 재판관 전원의 합의체로서 전원재판부(Plenum)를 구성하여 운영하기도 한다. 원래 각 재판부는 다른 재판부의 재판을 심사할 수 없지만, 재판부가 법적 문제에 관하여 다른 재판부의 재판에 포함된 법해석과 견해를 달리하는 경우와 재판관의 면직 및 파면절차를 개시하는 경우에는 예외적으로 전원재판부가 관할하도록 하고 있다.¹²⁾

연방헌법재판소의 각 재판부는 3명의 재판관으로 구성되는 지정재판부(Kammer)를 설치하여 헌법소원과 위헌법률심판에 있어서 일정한 관할권을 허용하고 있다. 연방헌법재판소법 제15a조는 “재판부는 업무개시연도 동안 수개의 지정재판부를 둔다. 지정재판부는 3인의 재판관으로 구성한다. 지정재판부의 구성은 3년 이내에 변경되어야 한다”고 규정하여 각 재판부가 1년 단위로 복수의 지정재판부를 두도록 하고 있다. 헌법소원은 심판회부절차를 거쳐야 하는데, 지정재판부가 전원일치로 헌법소원의 심판회부 여부를 결정하며, 변론 없이 심판하여 심판회부거부를 판결하는 경우에는 그 이유를 적시할 필요가 없다(헌법재판소법 제93a조, 제93d조). 다만, 지정재판부는 예외적으로 재판부를 대신하여 헌법소원을 인용하는 것도 허용된다. 연방헌법재판소법 제93c조는 “지정재판부는 제93a조 제2항 b목의 요건들

12) 재판부가 법적 문제에 관하여 다른 재판부의 재판에 포함된 법해석과 견해를 달리하는 경우에 대해서는 연방헌법재판소법 제16조, 사무규칙 제48조 제2항, 제49조가 구체적인 절차를 규정하고, 재판관의 면직 및 파면절차를 개시하는 경우에 대해서는 연방헌법재판소법 제105조, 사무규칙 제50조 제1항, 제51조, 제52조, 제54조가 구체적인 절차를 규정하고 있다.

이 충족되고 연방헌법재판소가 헌법소원에 대하여 기준이 되는 헌법문제를 이미 재판한 경우에는, 헌법소원이 명백히 이유 있다면 지정재판부는 헌법소원을 인용할 수 있다. 그 결정은 재판부의 재판과 동일한 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 지정재판부는 위헌법률심판에 있어서도 구체적 규범통제 사건에서 연방헌법재판소법 제80조에 의한 법원의 제청을 전원일치의 의견으로 부적법하다는 것을 확인할 수도 있다(헌법재판소법 제81a조).

2. 재판관의 제척·기피·회피

가. 우리나라의 경우

우리나라는 헌법재판에서의 공정성을 확보하기 위해 재판관의 제척·기피·회피제도를 인정하고 있다. 제척은 재판관이 구체적인 사건에 관하여 법률로 정한 특수한 관련성이 있을 경우 법률에 의하여 당연히 그 사건에 관한 직무집행으로부터 배제되는 것이다. 헌법재판소법 제24조 제1항은 “재판관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 직무집행에서 제척된다. 1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자였던 경우 2. 재판관과 당사자가 친족관계이거나 친족관계였던 경우 3. 재판관이 사건에 관하여 증언이나 감정을 하는 경우 4. 재판관이 사건에 관하여 당사자의 대리인이 되거나 되었던 경우 5. 그 밖에 재판관이 헌법재판소 외에서 직무상 또는 직업상의 이유로 사건에 관여한 경우”라고, 제2항은 “재판부는 직권 또는 당사자의 신청에 의하여 제척의 결정을 한다”고 각각 제척에 대해 규정하고 있다.

기피는 재판관에게 법률로 정한 제척사유 이외의 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에 당사자의 신청에 의하여 그 재판관을 직무집행으로부터 배제시키는 것이다. 헌법재판소법은 재판관의 기피에 대해서도 제24조 제3항에서 “재판관에게 공정한 심판을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우 당사자는 기피신청을 할 수 있다. 다만, 변론기일에 출석하여 본안에 관한 진술을 한 때에는 그러하지 아니하다”고, 제4항은 “당사자는 동일한 사건에 대하여 2명 이상의 재판관을 기피할 수 없다”고 각각 규정하고 있다.

한편, 회피는 재판관 스스로 제척 또는 기피의 사유가 있다고 인정하는 경우 자발적으로 특정 사건의 직무집행에서 벗어나는 것인데, 헌법재판소법 제24조 제5항은 “재판관은 제1항 또는 제3항의 사유가 있는 경우에는 재판장의 허가를 받아 회

피할 수 있다”고 회피에 대해서 규정하고 있다. 우리 헌법재판소는 지정재판부의 재판관에 대한 제척과 기피신청에 대해서는 해당 재판부에서 결정하도록 규정하고 있으나(헌법재판소법 제24조 제6항, 민사소송법 제46조 제1항), 실무적으로는 전원 재판부에서 결정하고 있다.

나. 독일의 경우

독일연방헌법재판소는 재판의 공정성을 담보하기 위해 재판관이 담당하는 사건과 밀접한 관련이 있을 경우에는 그 직무집행에서 배제할 수 있도록 제척·기피·회피제도를 인정하고 있다.

연방헌법재판소법 제18조 제1항은 “연방헌법재판소의 재판관이 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그 직무집행에서 제척된다. 1. 재판관이 당사자이거나 당사자의 배우자 또는 배우자였던 경우 또는 재판관과 당사자 간에 직계로는 혈족 또는 인척관계에 있거나, 방계로는 3촌 이내의 혈족 또는 2촌 이내의 인척관계에 있는 경우 2. 재판관이 직무상 또는 직업상의 이유로 당해사건에 관여하였던 경우”라고 규정하고 있다. 다만, 제2항은 “재판관의 가족관계, 직업, 가계, 정당소속 또는 이와 유사한 일반적 관점에서 절차의 결과에 이해관계가 있는 자는 그 사건에서 당사자가 아니다”라고, 제3항은 “다음 각 호의 경우는 제1항 제2호에서 의미하는 관여에 해당되지 아니한다. 1. 입법절차에 참여하는 경우 2. 당해절차에서 중요한 법적 문제에 대하여 학문적 견해를 표명하는 경우”라고 각각 규정하여 제척의 사유를 제한하고 있다.

연방헌법재판소법 제19조 제1항은 “연방헌법재판소의 재판관이 불공정한 재판을 할 우려가 있다는 이유로 기피된 경우에는 재판소는 기피당한 재판관을 제외하고 이를 결정한다. 가부동수인 경우에는 재판장이 결정한다”고 규정하여 재판소가 기피결정을 하도록 하고 있다. 제2항은 “기피는 이유가 소명되어야 하며, 기피당한 재판관은 이에 대한 의견을 진술하여야 한다. 기피는 변론개시 전까지 신청하여야 한다”고 규정하여 기피신청이 남용되지 않도록 사유와 기한 등을 제한하고 있다. 연방헌법재판소법 제19조 제3항은 회피의 경우 “기피당하지 아니한 재판관이 스스로 불공정한 재판을 할 우려가 있다는 이유로 회피한 경우에도 제1항이 준용된다”고 규정하여 기피절차를 준용하도록 하고 있다. 다만, 연방헌법재판소는 독일기본법 제100조 제1항의 위헌제청절차에는 재판관의 개인적 관련성이 존재하지 않아 재판관을 기피할 수 있도록 할 필요가 없고, 그 절차에 있어서도 청구권자가

존재하지 않으며, 재판부가 직권으로 불공정한 재판을 할 우려가 있는지 여부를 심사할 수 없다는 것을 이유로 위와 같은 기피와 회피절차를 인정하지 않고 있다.

독일은 재판부의 심판정족수가 미달되는 경우를 대비하여 추첨을 통한 대행자지명제도를 두고 있다. 연방헌법재판소법 제15조 제2항은 “각 재판부는 6인 이상의 재판관이 출석한 때에 결정할 수 있다. 긴급을 요하는 절차에 있어서 재판부가 결정불능상태에 빠진 경우에는, 재판장은 추첨절차를 명하여, 6인의 최저수에 달할 때까지 다른 재판부의 재판관을 대행자로 지명한다. 재판부의 재판장은 대행자로 지명될 수 없다. 상세한 것은 사무규칙으로 정한다”고 규정하여 심판정족수를 정하고 있다. 또한 연방헌법재판소법 제19조 제4항은 “연방헌법재판소가 재판관의 기피 또는 회피가 이유 있다고 결정하는 경우에는, 다른 재판부의 재판관이 추첨에 의하여 대행자로 지명된다. 재판부의 재판장은 대행자로 지명될 수 없다. 상세한 것은 사무규칙으로 정한다”고 규정하고 있다. 이 경우에 직무대행이 필요한 사유가 발생한 재판부의 재판장은 추첨절차개시를 명령하고, 다른 재판부이 재판장이 추첨절차를 진행하고 추첨의 결과는 모든 재판관에게 통지하도록 하고 있다(사무규칙 제38조 제1항, 제2항).

3. 대리인과 소송비용

가. 우리나라의 경우

헌법재판은 주관적인 권리구제 이외에도 객관적인 헌법질서의 보장을 목적으로 하므로 일반재판에 비하여 직권심리주의가 강하게 요청된다. 헌법재판에서 당사자가 갖는 특수한 지위는 소송대리인의 자격과 범위에도 영향을 미치고 있다. 즉, 우리 헌법재판소법 제25조 제2항은 “각종 심판절차에서 당사자인 국가기관 또는 지방자치단체는 변호사 또는 변호사의 자격이 있는 소속 직원을 대리인으로 선임하여 심판을 수행하게 할 수 있다”고, 제3항은 “각종 심판절차에서 당사자인 사인은 변호사를 대리인으로 선임하지 아니하면 심판청구를 하거나 심판수행을 하지 못한다. 다만, 그가 변호사의 자격이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 헌법재판에서 대리인의 자격을 법률로써 변호사로 제한하고 있다. 이에 대해서 헌법재판소는 재판업무에 분업화 원리의 도입, 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영, 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 기여도가 크며, 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치의

마련 등의 이유로 헌법에 위배되지 않는다고 결정하였다.¹³⁾

헌법소원심판에서는 국선변호인제도를 두고 있는데, 헌법재판소는 청구인의 신청 또는 직권으로 국선대리인을 선임한다. 청구인이 스스로 변호사를 대리인으로 선임할 자력이 없는 경우에는 헌법재판소에 국선대리인을 선임해 줄 것을 신청할 수 있고, 헌법재판소가 직권으로 신청인의 자력과 무관하게 공익상 필요하다고 인정할 때에는 국선변호인을 선임할 수 있다(헌법재판소법 제70조 제1항, 제2항). 다만, 청구인이 신청한 경우에는 그 심판청구가 명백히 부적법하거나 이유 없는 경우 또는 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 국선대리인을 선임하지 않을 수 있다(헌법재판소법 제70조 제3항). 국선대리인은 선정된 날부터 60일 이내에 심판청구서를 제출하여야 하고, 헌법재판소규칙이 정하는 바에 따라 국고에서 그 보수를 지급받는다(헌법재판소법 제70조 제5항, 제6항).¹⁴⁾

헌법재판은 다른 소송과 달리 헌법을 보장하는 수단으로서 특별한 공적 기능을 담당한다는 것을 고려하여 그 소요되는 비용을 원칙적으로 국가가 부담하고 소송 당사자에게 부담시키지 않는다. 다만, 헌법재판청구권이 남용을 방지하기 위해 당사자가 신청한 증거조사의 비용과 헌법소원심판에서의 공탁금제도에 의하여 청구인에게 소송비용을 부담시킬 수 있다. 첫째, 재판부가 증거조사의 실시와 함께 증거조사를 신청한 당사자에게 비용을 부담시킬 것을 결정한 때에는 재판관, 증인, 감정인 등에 대한 여비, 숙박료 및 식비 등 증거조사비용을 당사자에게 미리 내게 하여야 한다(헌법재판소 증거조사비용 규칙 제4조). 둘째, 청구인이 헌법소원심판을 남용하여 헌법재판을 비효율적으로 운영되게 하고 국고부담을 늘이는 것을 방지하기 위해 헌법재판소는 사전에 공탁금을 납부하게 할 수 있다. 헌법재판소는 헌법소원의 심판청구를 각하할 경우, 그리고 헌법소원의 심판청구를 기각할 경우에 그 심판청구가 권리의 남용이라고 인정되는 경우에는 공탁금의 전부 또는 일부의 국고귀속을 명할 수 있다(헌법재판소법 제37조 제3항). 그 이외의 경우에 공탁금은 헌법재판이 종료된 이후에 납부자에게 반환된다. 이러한 공탁금제도는 남용을 방지하기 위한 것이므로 공탁금을 부과할 때는 그 이유를 명확하게 실시해야

13) 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120; 헌재 1992. 4. 14. 91헌마156; 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마 783; 헌재 2010. 3. 25. 2008헌마439 등.

14) 국선대리인의 자격은 대한민국에 사무소를 둔 변호사로 제한하고, 국선대리인은 청구인마다 1인을 선정하며, 국선대리인의 보수는 매년 예산의 범위 내에서 재판관회의에서 정한다(헌법재판소 국선대리인이 선임 및 보수에 관한 규칙 제2조, 제3조, 제9조 제1항).

하고, 공탁금제도의 남용으로 인하여 국민의 헌법재판권이 침해되지 않도록 객관적인 기준을 마련할 필요가 있다.¹⁵⁾

나. 독일의 경우

독일은 헌법재판에 있어서 일률적으로 변호사강제주의를 채택하지 않고, 구두변론을 하는 헌법재판에 있어서만 변호사나 법학교수를 대리인으로 선임하도록 제한하고 있다. 연방헌법재판소법 제22조 제1항은 “당사자는 소송절차의 어떠한 단계에서라도 독일법원에서 허가된 변호사 또는 독일 대학의 법률학교수로 하여금 대리하게 할 수 있다. 연방헌법재판소에서의 변론에 있어서는 당사자는 위와 같은 방법으로 대리되어야 한다. 입법기관 및 그 일부로서 헌법상 또는 사무규칙상 고유의 권리를 부여받은 것은 의원으로 하여금 대리하게 할 수도 있다. 연방, 지방 및 그들의 헌법기관은 그 밖에 법관의 자격을 가진 공무원 또는 소정의 국가시험에 의하여 상급행정청의 자격을 취득한 공무원으로 하여금 대리하게 할 수 있다. 연방헌법재판소는 그 외의 자를 당사자의 보조인으로 허가할 수 있다”고 규정하고 있다. 그 밖에는 원칙적으로 당사자들이 자발적으로 대리인이나 보조인을 선임할 수 있도록 허용하고 있다. 독일에서는 변호사강제주의를 채택하지 않고 있어서 국선대리인제도 역시 운용하지 않고 있다.

연방헌법재판소도 헌법재판의 공익적 기능을 고려하여 소송비용에 대하여 국고 부담의 원칙에 따라 연방헌법재판소의 소송절차는 무료로 한다. 다만, 헌법재판권의 남용으로 소송지연과 비효율, 국고부담의 증가를 대비하여 남소제제금의 부과와 소송비용의 보상을 인정하고 있다. 연방헌법재판소법 제34조 제2항은 “헌법소원의 청구 또는 기본법 제41조 제2항(선거심사)에 의한 소원의 청구가 남용되거나 가처분신청(제32조)이 남용된 경우에는, 연방헌법재판소는 2,600유로 이하의 남소제제금을 부과할 수 있다”고 규정하고 있다. 재판부가 남소제제금을 부과하는 결정을 한 경우에는 주문에서 그 내용과 이유를 실시해야 한다.

연방헌법재판소는 소송당사자가 정당하게 소송절차에 참여한 경우에는 소송비용을 보상하는 제도를 두고 있다. 연방헌법재판소법 제34a조 제1항은 “기본권의 실효신청(제13조 제1호), 연방대통령(제13조 제4호) 또는 법관(제13조 제9호)에 대한 탄핵소추가 이유 없는 것으로 밝혀진 경우에는, 피신청인 또는 피청구인에게 변호비용을 포함한 필요한 비용을 보상하여야 한다”고, 제2항은 “헌법소원이 이유

15) 정종섭, 헌법소송법, 205면.

있는 것으로 밝혀진 경우에는, 소원청구인에게 필요한 비용의 전부 또는 일부를 보상하여야 한다”고, 제3항은 “그 밖의 경우에는 연방헌법재판소가 비용의 전부 또는 일부의 보상을 명할 수 있다”고 각각 규정하고 있다. 소송비용에 대한 보상 명령은 주문에 표시하고, 헌법재판의 원인을 제공한 공권력 행사의 주체를 보상의 무자로 특정하여 표시해야 한다.

4. 심판의 청구와 송달

가. 우리나라의 경우

헌법재판의 심판청구는 헌법재판절차를 개시하는 소송행위로서 이때부터 헌법재판이 계속되어 헌법재판소는 심판의무를 부담하게 된다. 헌법재판소법 제26조 제1항은 “헌법재판소에의 심판청구는 심판절차별로 정하여진 청구서를 헌법재판소에 제출함으로써 한다”고 규정하여 서면주의를 채택하고 있다. 헌법재판의 심판청구는 도달주의에 따라 심판청구서가 헌법재판소에 도달함으로써 효력이 발생하여 그때부터 헌법재판이 계속된다. 심판청구서의 기재내용은 헌법재판의 유형에 따라 다르지만 심판대상과 청구 내용을 포함하고 있어야 하고, 청구서에는 필요한 증거서류 또는 참고자료를 첨부할 수도 있다(헌법재판소법 제26조 제2항). 심판청구서가 접수되면 헌법재판사건의 접수에 관한 규칙에 따라서 사건번호(사건접수연도, 사건부호, 진행번호)와 사건명을 부여하고, 주심재판관을 정해 사건을 배당한다. 헌법재판소가 청구서를 접수한 때에는 지체 없이 그 등본을 피청구기관 또는 피청구인에게 송달하여야 하며(헌법재판소법 제27조 제1항), 송달받은 피청구인은 심판청구의 취지와 이유에 대응하는 답변을 기재한 답변서를 헌법재판소에 제출할 수 있다(헌법재판소법 제72조 제5항).

주심재판관은 심판청구서의 필요적 기재사항을 비롯한 형식적 요건을 심사하여 적법성 여부를 심사한다. 심판청구서가 부적법하지만 보정할 수 있다고 인정하는 경우에는 재판장에게 보정을 요구하도록 요청하고, 재판장은 상당한 기간을 정하여 보정을 요구하거나 재판관 중 1명에게 보정요구를 할 수 있는 권한을 부여할 수도 있다(헌법재판소법 제28조 제5항). 심판청구인이 보정서면을 제출하면 이를 피청구기관 등에게 송달하고, 이때에는 처음부터 적법한 심판청구가 있는 것으로 보며, 보정기간은 심판기간에 산입하지 아니하여 심판기간이 그 만큼 연장된다(헌법재판소법 제28조 제2조 내지 제4항).

나. 독일의 경우

독일의 경우에도 서면주의를 채택하고, 심판청구서를 피청구인 등에게 송달하도록 하며, 연방헌법재판소법 제23조 제1항에서 “소송절차를 개시하는 신청은 서면으로 연방헌법재판소에 제출하여야 한다. 신청은 그 이유가 소명되어야 하고, 필요한 증거방법이 제시되어야 한다”고 규정하여 증거방법을 제시하도록 하고 있다. 제3항은 “재판장은 당사자에게 일정한 기간 내에 재판소와 기타 당사자를 위하여 필요한 수의 문서 사본을 제출할 것을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 제2항은 “재판장은 피청구인 및 기타 당사자에게 일정한 기간 내의 의견진술의 최고와 함께 지체 없이 신청서를 송달한다”고 규정하여 피청구인과 기타 당사자의 의견진술권을 보장하기 위해 신청서를 송달하면서 의견진술의 최고를 하도록 하고 있다. 연방헌법재판소 사무규칙 제22조 제2항은 “재판장의 송달은 주심재판관의 제안을 통해서 이루어진다”라고 구체적으로 규정하고 있다. 다만, 연방헌법재판소 사무규칙은 신청서를 송달하지 않을 수 있는 경우도 인정하고 있다. 즉, 부적법하거나 명백히 이유 없는 신청에 대해 재판소 전원 일치로 결정으로 배척하는 경우와 구체적 규범통제 사건에서 법원의 제청을 지정재판부가 만장일치의 의견으로 배척하는 경우에는 신청서를 송달할 필요가 없다(사무규칙 제22조 제1항).

연방헌법재판소 사무규칙 제20조는 “① 재판부는 재판장을 포함한 주심재판관에게 소송절차를 개시하는 신청사건을 어떠한 원칙에 따라 배당할 것인지를 업무연도 개시로 발효되는 결정을 통해서 업무연도 개시 전에 확정하여야 한다. 업무연도 중에 일부 재판관의 업무과중이나 장기간 유고로 말미암아 필요한 때에는 확정된 원칙과 다르게 신청사건을 배정할 수 있다. ② 재판장은 제1항에 따라 주심재판관을 결정한다. 재판장은 재판부와 협의하여 특히 중요한 사항에 대해서 1인의 공동주심재판관을 정할 수 있다”라고 규정하고 있다. 즉, 헌법재판에서의 공정성을 확보하기 위하여 사건배당의 원칙을 업무연도 개시 전에 확정하도록 하되, 탄력적으로 운용할 수 있는 여지를 두고 있으며, 중요한 사항에 대해서는 1인의 공동주심재판관을 정할 수 있도록 하고 있다.

5. 사건의 심리와 평의

가. 우리나라의 경우

헌법재판의 심리에 대하여는 대립적 소송구조를 취하고 있는 탄핵심판, 정당해

산심판, 권한쟁의심판은 구두변론을 채택하고, 대립적 소송구조를 취하지 않고 있는 위헌법률심판과 헌법소원심판은 업무부담 등을 고려하여 서면심리의 방식을 원칙으로 채택하고 있다(헌법재판소법 제30조 제1항, 제2항). 구두변론은 공개를 원칙으로 하고 국가안전보장·안녕질서·선량한 풍속을 해할 우려가 있는 경우에만 비공개로 심리하고, 서면심리는 비공개로 진행한다(헌법재판소법 제34조 제1항). 헌법재판의 심리에서 증거조사, 사실조회, 자료제출의 요구 등에 대하여는 헌법재판에서는 처분권주의와 변론주의가 아닌 직권심리주의와 직권탐지주의를 원칙으로 하고 있어 직권에 의한 증거조사 등에 있어서 특례를 인정하고 있다. 당사자의 신청에 의한 증거조사에 대하여는 민사소송법의 규정이 준용된다.

재판의 심리를 마치면 재판관회의에서 비공개로 평의를 한다(헌법재판소법 제34조 제1항). 우리 헌법재판소법은 평의의 방법과 절차에 대해서는 헌법재판소법 제35조 제1항에서 “재판장은 … 평의의 정리를 담당한다”고 규정할 뿐, 구체적인 내용에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 관행적으로 이루어지고 있는 평의 절차는 주심재판관이 담당사건의 검토보고서를 첨부한 평의요청서를 각 재판관에 송부하고, 재판장은 평의일정을 확정하여 평의일자와 안건목록을 각 재판관에 통지한다. 재판관회의에서는 먼저 주심재판관이 사건에 대한 검토내용을 발표하고, 이를 토대로 의견을 교환하고 최종적으로 평결을 한다. 평결에 있어서는 주심재판관이 먼저 의견을 내고, 그 다음부터는 가장 최근에 임명된 재판관부터 의견을 제시하고 재판장은 마지막으로 의견을 낸다.¹⁶⁾ 헌법재판은 원칙적으로 재판관 7명 이상의 출석으로 사건을 심리하며, 종국심리에 참여한 재판관의 과반수의 찬성으로 사건에 대한 결정을 한다. 다만, 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우와 헌법 또는 법률이 해석적용에 대해 중전의 의견을 변경하는 경우에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다(헌법재판소법 제23조 제1항, 제2항).

평결방식은 적법요건에 대한 판단과 본안판단을 구별하여 평결하는 쟁점별 평결 방식(순차표결의 방식)과 두 가지 쟁점을 구별하지 않고 주문에 대해 평결하는 주문별 평결방식(동시표결의 방식)이 있다. 각하의견을 내는 재판관은 쟁점별 평결방식에서는 본안판단에 대한 의견을 내어야 하지만, 주문별 평결방식에서는 본안판단에 대한 의견을 내지 않는다. 이러한 차이점은 헌법재판의 최종적 주문을 결정하는데 큰 영향을 미치므로 매우 중요한 의미를 가진다. 우리 헌법재판소는 1994

16) 정종섭, 헌법소송법론, 156면.

년 헌법소원심판에서 쟁점별 평결방식을 주장한 의견이 다수였음에도 불구하고 각 하의견을 낸 4인의 재판관이 본안판단에서 의견을 내지 않아 위헌불선언결정을 한 이후, 주문별 평결방식에 따라서 심리하고 있다.¹⁷⁾ 다만, 각하의견을 낸 재판관이 본안에 대해서도 의견을 낸 적이 있으나, 평결방식에 따라 다른 결론이 도출되는 것이 아니어서 표결방식의 변경이라고 판단하기는 어렵다.¹⁸⁾

나. 독일의 경우

독일 연방헌법재판소는 구두변론을 원칙으로 채택하고 있으나, 실무적으로는 대부분 서면심리로 운영되어 예외적으로만 구두변론이 이루어진다. 특히 헌법소원에서는 관련 헌법기관들이 구두변론절차를 고집하지 않는 한 재판소가 이를 생략할 수 있으며 헌법소원청구인이 구두변론을 강제로 요구할 수는 없다.¹⁹⁾ 연방헌법재판소법 제25조 제1항은 “연방헌법재판소는 특별한 규정이 없는 한 변론에 기하여 재판한다. 다만, 모든 당사자가 변론을 명시적으로 포기한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다. 연방헌법재판소 사무규칙 제24조는 “① 재판부는 구두변론 개최 여부를 결정한다. 재판부는 연방헌법재판소법 제17a조를 보충하는 구두변론과 판결선고에 관한 규율을 제정할 수 있다. ② 구두변론은 일반적으로 재판부가 승인하고 소송관계인에게 변론 전에 적시에 송달되어야 하는 변론진행순서에 따른다”라고 구체적인 절차를 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제25a조는 “변론에 대해서는 조서를 작성하여야 한다. 또한 변론을 녹음테이프에 녹취하여야 한다. 상세한 것은 사무규칙으로 정한다”라고 규정하고 있다. 연방헌법재판소법 제25조 제2항은 “변론에 기한 재판은 판결로, 변론에 기하지 아니한 재판은 결정으로 내린다”라고 규정하여 구두변론이 열린 경우에는 공개적으로 공포되는 ‘판결(Urteil)’을 하고, 그렇지 아니한 경우에는 ‘결정(Beschluss)’을 한다. 심판의 공개에 대해서는 법원조직법의 규정을 준용하도록 하여 구두변론은 공개를 원칙으로 하지만, 서면심리에 대해서는 비공개를 원칙으로 하고(헌법재판소법 제17조), 재판선고는 공개적으로 하도록 하고 있다(헌법재판소법 제30조 제1항).

헌법재판소법 등은 평결방식에 대해 아무런 규정을 두지 않고, 법원조직법 제14

17) 현재 1994. 6. 30. 92헌바23.

18) 현재 2006. 5. 25. 2003헌바115. 이 사건에서 다수의견은 헌법위반이 아니라고 판단하였고, 소수의견 2명은 각하의견을 제시하면서도 본안에 대해서는 위헌이라고 판단하였다.

19) 클라우스 슈라이히 저, 정태호 역, 앞의 책, 83-84면.

장 내지 제16장에서 규정하는 민사소송절차 및 형사소송절차에서 채택된 평결방식을 준용하도록 하고 있다(헌법재판소법 제17조). 법원조직법 제195조는 “법관이나 참심원은 선행문제에 관한 표결에서 소수에 속했다는 이유로 후속문제에 관한 표결을 거부할 수 없다”고 규정하여 소수의견을 낸 법관도 계속적으로 평결에 참여할 의무가 있다는 것을 선언하고 있다. 독일에는 쟁점별 평결과 주문별 평결이 함께 이루어지는데, 위헌법률심판, 헌법소원심판, 권한쟁의심판을 비롯하여 헌법소송에서 위헌이 되는 피청구인 등의 작위 또는 부작위와 그 작위 등에 의해 침해되는 독일기본법의 규정을 특정하도록 함으로써 원칙적으로 쟁점별 평결방식을 채택하고 있다. 다만, 기본권의 실효, 위헌정당해산, 연방대통령이나 법관의 탄핵심판에 대하여는 그 절차가 형사소송절차와 유사하다는 점을 고려하여 주문별 평결방식을 채택하고 있다. 연방헌법재판소법 제67조는 “연방헌법재판소는 피청구인의 처분 또는 부작위가 기본법의 어느 규정을 침해하는지 자신의 결정에서 확인한다”고, 연방헌법재판소 사무규칙 제27조 제2문은 “관련사건에서 여러 가지 법적 문제들이 제기되면, 재판주문에 관해서 결정하기 전에 이러한 문제들을 순서대로 각각 표결한다”고 각각 규정하고 있다.²⁰⁾

IV. 주요 쟁점에 대한 분석과 평가

1. 재판관의 자격과 선출

헌법재판의 독립은 헌법재판의 공정성을 보장하기 위한 전제이자 수단으로서 가능하며, 우리나라와 독일은 모두 헌법재판이라는 특수성을 고려하면서도 사법작용으로서 헌법재판의 독립을 보장하고 있다. 우리나라와 독일의 헌법재판제도에 있어서는 재판관의 자격과 선출제도, 임기와 정년, 신분보장, 겸직금지의무 등에서 차이가 있으며, 이는 헌법재판의 독립에 있어서 중요한 의미를 갖는다. 우리나라의 헌법재판관의 자격과 선출제도는 독일의 경우를 참고하여 다음과 같이 개선된 필요가 있다.

첫째, 헌법재판관의 자격과 선출절차에 있어서 다양성을 확보하고 민주적 정당성을 강화해야 한다. 헌법재판관은 일반적인 법률은 물론 헌법적 가치와 정치현실

20) 정종섭, 헌법소송법, 157면.

에 대한 고도의 전문적인 식견과 경륜을 갖추어야 한다. 특히 헌법재판은 법치주의를 통해 다수결 원리에 기초하는 민주주의의 남용을 통제하는 기능을 수행한다는 측면에서 헌법재판관에게는 민주적 정당성의 요청보다 직업적 법률전문가로서의 소양이 더 강하게 요청된다. 하지만 헌법재판은 정치적 사건을 관할하는 특성을 고려할 때 법원보다 다양한 정치적 의사를 고려할 수 있도록 민주적 정당성을 강화하는 것이 국가기관과 국민들을 보다 잘 설득할 수 있을 것이다. 우리 헌법재판관은 반드시 변호사의 자격을 가져야 하며, 15년 이상의 법률가 경력을 갖추어야 있다. 9인의 재판관은 대통령, 국회, 대법원장이 3분하여 선출하고 있다. 한편, 독일 헌법재판관은 법관의 자격을 가져야 하지만, 각 재판부의 재판관 3인은 연방 최고법원에서 3년 이상 근무한 법관 중에서 선출하여야 한다는 제한이 있을 뿐이다. 각 재판부의 8인의 재판관은 모두 연방의회와 연방참사원에서 3분의 2 이상의 찬성으로 선출된다.²¹⁾

헌법재판관의 구성을 다양화하고 민주적 정당성을 강화하기 위해서는 모든 재판관에게 변호사 자격을 요구할 것이 아니라 6인의 재판관에 대해서만 변호사 자격을 요구하여 정치인, 외교관, 교수 등 법률학을 전공하지 않은 전문가가 재판관으로 선출될 수 있도록 할 필요가 있다.²²⁾ 또한 제도적으로는 모든 재판관을 최종적으로 국회에서 선출하도록 하는 것이 바람직하다고 판단된다. 다만, 현재의 국회구성과 운영을 고려할 때 국회에서 모든 재판관을 선출할 경우에는 헌법재판의 독립성을 저해하는 결과를 초래할 가능성이 크다. 따라서 국회에서 모든 재판관을 선출하기 위해서는 국회가 대의기관으로서 국민의 정치적 의사를 반영할 수 있고, 당리당략에 따르지 않고 공정하게 재판관을 선출하는 정치문화가 실현되어야 할 것이다. 재판관을 선출하는 과정에서 헌법재판의 전문성을 강화하기 위해 정부나 법원에서 일부 재판관을 추천하는 사전절차를 마련하는 것이 필요할 수 있을 것이다. 이와 함께 2원화되고 있는 재판관에 대한 인사청문회도 일원화해야 한다.

둘째, 재판관의 연임제도를 폐지하는 것이 헌법재판의 독립을 강화할 수 있다. 우리는 재판관의 임기를 6년으로 정하고 연임을 허용하고 있으나, 독일은 재판관의 임기를 12년으로 하고 연임과 중임을 금지하고 있다. 헌법재판의 정치작용을

21) 독일 연방헌법재판관의 다양성과 민주적 정당성을 확보하기 위한 노력에 대해서는 이종수, 앞의 논문, 51-55면.

22) 김종철, “헌법재판소 구성방법 개혁론”, **헌법학연구**, 제11권 제2호(2005, 6), 37면; 최희수, “헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향”, <헌법재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011, 12-13면.

고려하면 임기를 두는 것이 헌법재판의 독립에 도움이 될 것이며, 6년의 임기는 재판관의 전문성과 경륜에 기초하여 헌법재판을 안정화시키면서 새로운 시대정신을 반영할 수 있는 장치로서 적절하다고 판단된다. 연임제도는 민주적 정당성을 강화한다는 측면은 있으나, 실질적인 임명권자인 다른 헌법기관의 신임에 의존할 가능성이 있으므로 제도적으로 이를 폐지하는 것이 타당하다고 판단된다.

2. 재판부의 구성과 운영

우리 헌법재판소는, 독일이 2개의 재판부를 구성하고 재판부중심제를 채택하고 있는 것과 달리 단일한 재판부를 구성하고 있어서 전원재판부의 관할사항을 정할 필요가 없다. 지정재판부도 독일과 달리 재판부를 대신하여 헌법소원을 인용하는 권한을 인정하지 않고 있으며, 구체적 규범통제에 관한 위헌법률심판에 있어서도 법원의 제청을 지정재판부가 배척할 수 있는 권한도 인정하지 않고 있다. 우리 헌법재판소는 9인의 재판관으로 구성되는 단일한 재판부를 구성하고 있어 독일과 같이 재판부의 관할사항을 변경할 가능성이 없고, 예비재판관도 두지 않고 있다. 따라서 헌법재판관이 제척 등으로 직무집행에서 배제될 경우에는 정족수의 부족으로 심판을 할 수가 없게 되거나 6인 이상의 찬성이 필요한 위헌판단을 하기 어려운 상황이 발생하게 된다. 헌법재판은 9인의 재판관 가운데 7인 이상이 출석해야 재판을 진행할 수 있는데, 재판관의 사망 등 사고나 제척, 탄핵소추 등 결원으로 인하여 심리가 불가능할 상황이 발생할 수도 있다. 이와 같은 현실에서 헌법재판을 안정적으로 진행하고, 국민의 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하기 위해서는 재판부의 구성과 운영을 다음과 같이 개선할 필요가 있다.

첫째, 심리방식에 있어서 직권심리주의를 완화하고, 지정재판부의 권한을 강화할 필요가 있다. 헌법재판에 있어서는 그 객관적 공익소송으로서의 성격으로 인하여 원칙적으로 직권심리주의를 채택하여 심판대상의 확정과 변경 등에 있어서 당사자의 주장에 기속되지 않고 헌법재판소가 직권으로 결정하고 있다. 이것은 헌법재판의 업무부담을 가중시키고, 헌법연구관 등의 연구역량을 비효율적으로 소모하며, 신속한 재판에도 장애가 된다. 헌법재판에서 변호사강제주의를 채택하고 있는 것을 고려할 때 헌법재판소가 석명권을 통해 당사자의 주장과 심판대상을 적절히 통제할 필요가 있다. 헌법재판을 합리화하기 위해서는 헌법적으로나 정치적으로 중요한 쟁점이 있는 사건에 대해서는 집중적으로 심리하고, 나머지 경미한 사건에 대해서는 간이절차에 따라 처리하는 것도 검토할 만하다. 이를 위해서는 지정재판

부의 권한을 강화하여 독일과 같이 제한된 범위에서 적법요건뿐만 아니라 본안판단을 할 수 있는 권한을 부여하여 경미한 사건을 처리하게 하고, 중요한 사건만 전원재판부에서 처리하는 방안도 고려할 수 있다. 그러나 우리 헌법은 헌법재판소는 재판관 9명으로 구성되는 합의체기관임을 명시하고 있어 지정재판부의 권한을 강화하는 데에는 한계가 있다. 또한 위헌결정이나 헌법소원을 인용하는 결정에는 재판관 6인 이상의 찬성을 요하므로 지정재판부가 결정할 수가 없고, 기각결정의 경우에도 6인의 재판관이 인용할 수 있는 기회를 3인의 재판관으로 구성된 지정재판부가 사전에 봉쇄하는 결과를 초래하게 되므로 지정재판부의 구성을 달리 해야 할 것이다.²³⁾

둘째, 재판관에 대한 제척·기피·회피의 사유를 법원에 대한 경우보다 더욱 엄격하게 심사할 필요가 있다.²⁴⁾ 헌법재판소는 재판에 대한 헌법소원을 거쳐 입법부작위 위헌확인심판을 청구한 사안에서 “어느 재판관이 앞 사건의 주심으로 관여하였다는 사유만으로는 그에게 본안사건의 심판에 있어서 헌법재판소법 제24조 제3항 소정의 재판관에게 심판의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있다고 볼 수 없다”고 결정하였다.²⁵⁾ 독일의 경우에는 제척사유로서 친족의 범위를 우리보다 제한하고 있고, 일정한 이해관계에 대해서는 당사자의 범위에서 제외하고 있으며, 관련사항에 관하여 입법절차에 참여하였거나 학문적 견해를 표명한 경우도 제척사유에서 제외하고 있다. 한편, 기피에 대해서는 동일한 사건에 대해 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없도록 하는 제한이 없으며, 재판장의 허가가 아닌 재판부가 결정하도록 하고 있다. 우리나라에서 동일한 사건에 대해 2인 이상의 재판관을 기피할 수 없다고 하는 것은 기피사유가 되는 재판관을 재판에 참여시키는 것으로 재판의 공정성을 저해할 수 있다. 이때에는 기피대상의 숫자를 제한할 것이 아니라 예비재판관을 두는 등 근본적인 대책을 마련해야 할 것이다.²⁶⁾ 또한 우리 헌법은 제106조 제2항에서 중대한 심신상의 장애로 법원에 대해 강제퇴직하도록 하는 것과 달리 재판관에 대해서는 강제퇴직에 대한 아무런 규정을 두지 않고 있다. 독일 연방헌법재판소법 제98조는 재판관이 장기간에 걸쳐 직무수행능력이 없는 경우 등에

23) 지정재판부를 4인의 재판관으로 구성하는 것을 전제로 지정재판부의 권한을 강화자는 주장은 양건·김문현·남복한, 앞의 논문, 390-392면.

24) 성낙인 외, **헌법소송론**, 85면.

25) 헌재 1994. 2. 24. 94헌사10.

26) 정중섭, **헌법소송법**, 112면; 허완중, “헌법재판소법 일반심판절차의 개정방향”, <헌법재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011, 34면.

는 퇴직시킬 수 있도록 규정하고 있다. 우리 재판관에 대해서도 중대한 심신상의 장애로 인하여 정상적인 재판업무를 수행하기 어려운 경우를 대비하여 강제퇴직시키거나 재판관의 업무에서 배제할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

셋째, 헌법재판의 안정적인 진행을 위해서는 재판관의 임기만료 등으로 인하여 결원이 생기지 않도록 사전에 예방할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 재판관의 사망 등 사고나 제척, 탄핵소추 등 궐위로 인하여 심리가 불가능할 상황을 대비하여 예비재판관을 두는 것도 적극적으로 검토할 필요가 있다. 우리나라는 1950년 제정된 헌법위원회법과 탄핵심판법, 1964년 제정된 탄핵심판법에서는 예비심판위원을 두고 심판위원 중 궐위가 생기거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 그 직무를 행하도록 한 적이 있다. 독일은 재판부의 심판정족수가 부족하게 될 경우에 다른 재판부의 재판장이 해당 재판관 중에서 추첨을 통해 재판관 대행자를 지명하도록 하고 있다. 우리나라는 단일 재판부를 구성하고 있으므로 비상임으로 예비재판관을 두는 것이 필요하다.²⁷⁾ 다만, 예비재판관을 두기 위해서는 헌법개정을 필요로 하므로 현실적으로는 쉬운 일이 아니다. 이외에도 독일과 같이 후임 재판관이 임명될 때까지 재판업무를 계속할 수 있도록 규정하는 것이 필요하다.

넷째, 헌법재판에 참여하는 전문적 인력을 보강해야 한다. 공정하고 신속한 헌법재판을 달성하기 위해 헌법재판관의 숫자를 늘리는 방안도 제시되고 있으나,²⁸⁾ 이것은 헌법개정사항으로서 절차적으로 쉽지 않을 뿐만 아니라 헌법재판의 구성과 운영이 변화되지 않고서는 그 효과도 크지 않을 것이다. 즉, 재판부가 2개의 부로 나뉘거나 지정재판부의 권한이 확대되지 않고 전원재판부가 원칙적으로 심리하는 상황에서는 업무부담이나 신속한 재판의 효과는 크지 않을 것으로 예상된다. 현재로서는 헌법재판의 수와 업무부담을 고려하여 필요하다고 인정되는 경우에는 헌법재판관 이외에 헌법연구관, 헌법연구위원, 헌법재판연구원 등 전문적 연구인력과 역량을 보강하는 것이 현실적이다.²⁹⁾ 다만, 우리 헌법은 대법원에 재판관연구관 이외에 대법관 아닌 법관을 둘 수 있도록 규정하고 있으나, 헌법재판소에는 재판관 이외에 재판업무에 직접 참여할 수 있는 자를 별도로 인정하지 않고 있다. 따

27) 성낙인, **헌법소송법**, 105-106면; 정종섭, **헌법소송법**, 119-120면; 김문현 외, “현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안”, **헌법재판연구**, 제16권, 헌법재판소, 2005, 308면.

28) 헌법재판관의 숫자를 12인으로 늘리자는 주장으로는 윤명선, “헌법재판제도의 개선방향 - 입법론적 접근 -”, **경희법학**, 제29권 제1호, 1994, 85면.

29) 권영철, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, **헌법학연구**, 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006, 73면.

라서 헌법연구관 등 인력과 역량을 보강하더라도 사건심리의 보조기능만 담당하게 되는 한계가 있다.

3. 변호사강제주의와 소송비용

우리나라는 헌법재판에 있어서 변호사강제주의를 채택하고 있는데, 독일은 구두 변론의 경우에 국한하여 변호사 또는 변호사 자격을 갖는 법학교수를 대리인으로 선임하도록 하고 있다. 우리 헌법재판소는, 변호사강제주의는 국민의 재판청구권을 제한하기 위한 것이 아니라 당사자를 보호하고 사법적 정의를 실현하기 위한 것이라고 판단하면서 헌법소원심판의 심리과정에서 대리인이 사임하고 다른 대리인을 선임하지 않았더라도 기왕의 소송행위가 무효로 되는 것은 아니라고 결정하였다.³⁰⁾

변호사강제주의를 채택할지 여부는 기본적으로 국민의 헌법재판청구권을 침해하지 않는 한, 국회가 구체적인 헌법현실을 고려하여 결정할 수 있는 입법정책적 사항이라고 판단된다. 국회는 헌법재판소가 열거하고 있는 헌법재판의 현실적 문제점과 변호사강제주의의 장단점을 함께 고려하여 변호사강제주의를 채택한 것이므로 그 입법취지를 존중할 필요가 있다.³¹⁾ 헌법재판에 있어서 일률적으로 변호사강제주의를 채택하는 것은 국민의 헌법재판청구권을 부당하게 제약하는 측면이 있다. 우리 일반재판에서는 소송대리인에게 변호사자격을 요구하지만, 소송대리인을 반드시 두어야 하는 것으로 강제하지 않고 있다. 헌법재판에서 인정되는 국선대리인제도는 헌법소원심판에만 인정되어 있어 다른 유형의 헌법재판에서는 대상조치가 마련되지 않고 있으며, 비교법적으로도 그 사례를 찾기 어렵다.³²⁾ 특히 헌법재판에서는 직권심리주의를 채택하고 있어 당사자가 법률지식의 부족으로 기본권을 부당하게 침해받을 가능성도 크지 않다. 제도적 측면에서는 국민의 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하기 위해서는 변호사강제주의를 폐지하는 것이 타당하다고 판단된다. 그 대신 헌법재판의 신속한 처리, 헌법재판청구권의 남용 방지, 그리고 과도한 업무부담을 감경하기 위하여 헌법연구관과 헌법연구원 등 재판지원인력을 늘이고, 헌법소원에 있어서 지정재판부의 사전심사기능을 강화하는 등 조치가 수반되어야 할 것이다. 또한 변호사강제주의를 폐지할 경우에는 현재 헌법소원심판

30) 헌재 1992. 4. 14. 91헌마156.

31) 정중섭, **헌법소송법**, 132면.

32) 허영, **헌법소송법론**, 137-138면.

에서 인정되는 국선변호인제도 역시 폐지되거나 보다 제한적으로 운영될 필요가 있을 것이다.

우리나라는 헌법재판에 필요한 소송비용을 국고부담을 원칙으로 하면서 재판부가 증거조사를 신청한 당사자에게 비용을 부담하게 할 수 있고, 헌법소원에 있어서는 재판청구권의 남용을 대비하여 공탁금제도를 두고 있다. 한편, 독일은 우리나라보다 국고부담을 엄격하게 준수하면서도 재판청구권의 남용에 대해서는 보다 적극적으로 대처하고 있다. 즉, 기본권실효심판과 탄핵심판이 기각될 경우에는 피신청인 등에게 필수적으로 변호사비용을 포함한 소송비용을 보상해야 한다. 또한 헌법소원이 인용될 경우에도 청구인에게 소송비용의 전부 또는 일부를 필수적으로 보상하도록 규정하고 있다. 이때 변호사비용이란 헌법재판의 목적에 상응하게 권리추구를 위해서 지출한 비용을 말하며, 변호사비용은 법률에서 정한 변호사의 수입료를 기준으로 하여 보상금액을 정하도록 하고 있다.³³⁾ 독일의 이러한 제도는 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하는 한편, 남소에 대하여는 엄격하게 제재하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 즉, 당사자가 증거조사를 신청한 경우에도 그 증거조사의 비용을 국고부담으로 하는 점, 남소제재금을 보다 넓은 범위에서 적극적으로 부과할 수 있는 점, 피청구인에게도 변호사비용을 포함한 소송비용을 보상하는 점, 헌법소원이 인용되는 경우에는 필수적으로 소송비용을 보상하고, 그 밖의 헌법재판에서도 임의적 소송비용을 보상하도록 하는 점 등이 그러하다.

우리나라도 독일에서 운영하는 소송비용의 보상제도를 도입하고 남소제재금의 부과제도를 적극적으로 확대할 필요가 있다. 헌법재판에 있어서 국가가 소송비용을 부담한다는 것은 정당한 권리를 행사하는 경우에는 당사자가 소송비용을 부담하지 않도록 적극적으로 보호하고, 권리를 남용한 경우에는 국가가 소송비용을 부담하지 않는 것을 전제로 한다. 우리나라는 변호사강제주의를 채택하고 있어서 헌법소원 등 헌법재판을 청구하는 데 많은 비용이 들며, 헌법소원의 경우에는 승소하든지 패소하든지 국선변호인이 선임된 경우를 제외하고는 변호사비용을 지불해야 한다. 특히 법령에 대한 헌법소원이나 헌법재판소법 제68조 제2항에 따른 헌법소원이 인용된 경우에는 청구인만 변호사비용 등을 부담하고 나머지 국민은 무임승차하게 되는 결과를 초래한다.³⁴⁾ 따라서 정당한 권리를 행사하는 경우에는 소송비용을 보상하고, 권리남용에 해당하는 경우에는 보다 적극적으로 남소제재금을

33) 허영, **헌법소송법론**, 162-164면; 허완중, “헌법재판소법 일반심판절차의 개정방향”, 41면.

34) 정종섭, **헌법소송법**, 204면.

부과하는 것이 필요하다고 판단된다.

4. 헌법재판의 심판기간

우리 헌법재판소법은 제38조에서 “헌법재판소는 심판사건을 접수한 날로부터 180일 이내에 종국결정의 선고를 하여야 한다. 다만, 재판관의 궐위로 7명의 출석이 불가능한 경우에는 그 궐위된 기간은 심판기간에 산입하지 아니한다”고 규정하고 있다.³⁵⁾ 한편, 독일에서는 헌법재판의 심판기간에 대해서는 아무런 규정을 두지 않고, 연방헌법재판소법 제30조 제1항에서 “구두변론에 있어서 판결선고는 변론이 종결된 날부터 3개월 이내에 하여야 한다. 기일은 연방헌법재판소의 결정으로 변경될 수 있다”고만 규정하고 있다. 독일은 2011년 12월 연방헌법재판소법의 개정을 통해 지연소원(Verzögerungsbeschwerde)을 도입하여 헌법재판의 지연에 대하여 1년당 1,200유로의 손실보상을 하도록 규정하고 있다. 당사자는 헌법재판소에 사건이 접수된 이후 최소 12개월이 경과한 후에 지연책문(Verzögerungsrüge)을 할 수 있고, 지연소원은 지연책문을 제기하고 최소 6개월 후에 제기할 수 있도록 규정하고 있다.³⁶⁾

헌법재판소는 심판기간을 180일로 규정하고 있는 것에 대해 “종국결정을 선고하는 데 필요한 기간은 구체적 사건에서 사실관계의 복잡성, 법률적 및 헌법적 쟁점의 난이도와 중요성, 당사자 및 이해관계인 사이의 공방을 통한 소송진행의 경과 등 특수한 사정에 따라 개별적으로 달라질 수밖에 없을 뿐만 아니라, 현실적인 제반여건의 영향도 받지 않을 수 없으므로 ... 비록 헌법재판소가 심판기간을 준수하지 못하였다고 하더라도 국민의 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 것이 아니다”라고 판단하였다.³⁷⁾ 이것은 심판사건의 난이도, 다양성과 복잡성을 고려할 때 모든 사건을 일률적으로 동일한 심판기간 내에 처리한다는 것이 곤란하고, 위 규정을 위반한 경우에 제재나 효력에 대하여 아무런 규정을 두지 않아 강행규정으로 해석하기 어려우며, 민사소송이나 형사소송에서도 종국판결의 선고기간을 훈시규정으로 이해하고 있는 것을 고려하여 헌법재판의 위 규정을 훈시규정으로 판단한

35) 헌법재판소법이 위 규정을 제정하게 된 과정에 대해서는 헌법재판소, **헌법재판소법 제정 약사**, 헌법재판소, 2006, 25-26면.

36) 독일연방헌법재판소법은 2011년 12월 3일 개정되었는데, 제97a조에서부터 제97e조까지에서 지연소원에 대한 구체적인 절차와 방법에 대해 규정하고 있다.

37) 헌재 2009. 7. 30. 2007헌마732. 대법원도 재판기간에 대해서는 이를 훈시규정으로 판단하고 있다.

것이다.³⁸⁾ 그러나 이러한 태도는 헌법을 해석하고 적용하는 헌법재판소가 법률규정을 노골적으로 위반하여 그 규범력을 부인하는 것으로 바람직하지 않다. 국회의 심판기간을 180일로 규정한 것은 신속한 재판만을 위한 것이 아니라 공정하고 적정한 재판을 함께 고려한 입법적 결단이다. 물론 헌법재판에 있어서 사건의 난이도와 수, 재판인력의 부족 등으로 모든 사건을 심판기간 이내에 재판하도록 강요하는 것은 공정하고 적정한 재판에 장애가 될 수도 있다. 심판기간이 헌법현실을 적절하게 반영하지 못하고 있다면 그 기간을 현실에 맞도록 개정해야 할 것이지만,³⁹⁾ 심판기간이 합리적인데도 이를 훈시규정으로 해석하는 것은 잘못된 것이다.⁴⁰⁾ 헌법재판의 현실적 한계를 이유로 법률을 형해화시키는 것은 본말이 전도된 것이다.

헌법재판의 현실을 반영하여 심판기간을 개정하든지, 정당한 사유가 있는 경우에는 재판기간을 연장할 수 있는 예외를 인정하든지, 아니면 심판기간을 준수할 수 있도록 인적 또는 물적 지원을 강화하는 방법을 통해 법률의 규범력을 강화하는 것이 법치주의에 부합하는 것이다. 특히 헌법재판소가 국민에 대해서는 그 청구기간이 단 하루라도 지나면 적법요건을 갖추지 못했다는 이유로 각하하면서도 자신은 법률규정을 위반하여 심판기간을 초과하여도 된다는 것은 설득력이 떨어진 다. 헌법재판소가 반대의견을 통해 “180일 심판기간 조항을 지키기 어렵고 제재규정이 없다는 이유로 이를 훈시규정이라고 해석하는 것은 헌법재판의 신속성을 도모하고자 하는 국회의 입법결정을 무시할 뿐만 아니라 신속한 재판을 받을 권리를 보장하여야 하는 의무를 저버리게 될 우려가 있다”고 지적한 부분이 타당하다고 판단된다.⁴¹⁾

현재 다양한 헌법적 사안에 있어서 상이한 정치적 영향력을 행사하게 되는 헌법재판은 대부분 심판기간을 준수하지 못하고 1년 이상 진행되고 있는 것이 현실이다. 이러한 점을 고려하여 독일과 같이 심판기간을 정하지 않는 것도 고려할 수 있지만, 국민의 헌법재판청구권을 보장하기 위해서는 심판기간을 규정하는 것이 필요하다. 이때에는 공정하고 신속한 헌법재판이 이루어질 수 있는 현실적인 기간을 설정하고 이를 강행규정으로 명확히 하는 것이 타당하다. 다만, 헌법재판의 특

38) 헌법재판소, **헌법재판실무제요**, 2008, 92면.

39) 허영, **헌법소송법론**, 165면.

40) 정중섭, **헌법소송법**, 162-163면.

41) 현재 2007헌마732사건의 조대현, 김종대 재판관의 반대의견.

수성을 고려하여 예외적으로 정당한 사유가 있는 경우에는 일정한 기간과 방법으로 심판기간을 연장하는 것도 허용해야 할 것이다. 이를 위해서는 헌법재판소법에 심판기간을 도과한 경우에는 그에 대한 제재나 법적 효과에 대해서도 명확하게 규정해야 할 것이다.⁴²⁾

5. 사건의 심리와 평의

헌법재판의 심판청구와 송달절차에 있어서는 우리나라와 독일은 크게 차이나지 않는다. 다만, 독일의 경우에는 헌법재판의 신청이 부적법하거나 명백히 이유 없거나 구체적 규범통제에서 법원의 제정을 재판부 전원일치의 결정으로 배척하는 경우에는 심판신청서를 송달하지 않을 수 있도록 하고 있다. 우리의 경우에도 소송 절차의 효율성을 위해서 이러한 제도를 도입할 필요가 있다.

사건의 평의에 있어서는 평결방식에 따라서 주문이 다르게 결정되는데, 우리나라는 관행에 따라 사건의 적법요건과 본안을 한꺼번에 판단하여 최종적인 주문으로 평결하는 주문별 평결방식을 채택하고 있다. 헌법재판에 있어서 재판관의 의견이 나뉠 경우에는 법원조직법 제66조에서 규정하는 합의에 관한 규정을 준용하여 어느 견해도 그 자체로서 과반수에 이르지 못할 경우에는 신청인에게 가장 유리한 견해를 가진 수에 순차로, 그 다음으로 유리한 견해를 가진 수를 더하여 과반수에 이르게 된 때의 견해를 그 합의체의 견해로 채택하고 있다. 한편, 독일은 원칙적으로 적법요건과 본안을 구별하여 각각의 쟁점에 대해 별도로 평결하는 쟁점별 평결방식을 채택하고 있다.

주문별 평결방식은 사건에 대해 재판관의 최종적인 의견을 존중할 수 있다는 장점이 있으나, 다수의견임에도 불구하고 소수의견의 양태에 따라서 상이한 주문으로 결정되어 주문과 이유가 서로 정합하지 못하게 되는 단점이 있다. 한편, 쟁점별 평결방식은 모든 쟁점에서 재판의 이유가 다수의사에 따라 결정되고, 위헌법률에 대해 국회가 입법개선을 할 경우에 명확한 지침을 제공할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 적법요건에 대해 각하의견을 제시한 재판관으로 하여금 자신의 소신에 반하여 본안판단을 강요하는 결과를 초래하게 된다는 모순이 발생하는 단점이 있다.

42) 헌법재판의 심판기간에 대한 개선방안으로는 김철용·김문현·정재황, “헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구”, **헌법재판연구**, 제4권, 헌법재판소, 1993, 31-35면; 양건·김문현·남복현, **헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구보고서**(헌법재판연구, 제10권), 헌법재판소, 1999, 69-71면.

또한 모든 재판관이 각하의견을 낸 경우에도 적법요건을 충족한 것으로 해석하여 본안판단을 해야 하는 경우가 발생한다는 문제점도 있다. 즉, 헌법소원청구에 있어서 개별 재판관이 청구인적격의 결여, 형식요건의 결여, 보충성 원칙의 위반 등 각각 다른 이유를 들어 부적법하다는 의견을 내었지만, 적법요건의 평결에서 어느 하나의 이유가 다수의 지지를 받지 못하는 경우에는 적법요건을 충족시키는 결과가 된다.⁴³⁾

평결방식은 헌법재판의 주문에 있어서 결정적인 영향을 미치는 것임에도 우리 헌법재판소는 아무런 법적 근거도 없이 관행적으로 주문별 평결방식을 채택하고 있다. 헌법재판의 독립과 자율성을 인정하더라도 평결방식 자체를 기존의 평결방식으로 결정하는 것은 체계적으로 정합하지도 않다. 따라서 평결방식에 대해서는 법률에 명확한 규정을 두는 것이 타당하며, 입법화할 경우에는 평결방식에 대한 위와 같은 장단점을 고려하여 정책적으로 결정할 수 있다고 하겠다. 헌법재판의 평결방식은 소송법적 관점과 논리적 관점을 기초로 하여 결정되는데, 제도적으로는 형식적 적법요건에 대해 먼저 평결하고, 본안판단에 대해서는 나중에 평결하는 것이 타당하다고 생각한다. 헌법재판에 있어서 적법요건은 본안판단을 위한 전제요건이 되므로 재판관의 다수가 적법요건을 갖추지 못한 것으로 판단한 경우에도 본안판단을 하는 것은 소송절차의 본질에 위반된다. 또한 평결의 정확성이라는 관점에서도 쟁점별 평결방식이 보다 합리적이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾ 따라서 적법요건의 여부는 물론 적법요건에 대한 구체적인 사유에 대해서도 쟁점별로 평결하고, 본안판단에 있어서도 개별적 사유마다 쟁점별로 평결하는 것이 타당하다.

V. 결 론

헌법주의(constitutionalism)란 헌법이 정치권력에 대해 우월한 효력을 가지는 것을 의미한다. 현실적으로 정치권력이 헌법을 제정하지만, 일단 헌법이 만들어지면 국가권력은 헌법에 따라서 그 권한을 행사해야 한다. 즉, 정치권력은 헌법을 통해서 비로소 국가권력으로 제도화된다. 헌법이 정상적으로 기능하기 위해서는 헌법

43) 평결방식에 대한 비교와 개선방안은 공진성, “헌법재판 합의방식의 개선방안”, <헌법 재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011, 102-125면.

44) 정종섭, 헌법소송법, 159-160면; 허영, 헌법소송법론, 154-155면.

이 침해되는 것을 사전에 예방하고, 헌법이 침해된 경우에는 이를 바로잡을 수 있어야 한다. 헌법재판소는 국회를 비롯한 국가기관을 포함하여 국민의 기본권을 보장하기 위해 헌법적 분쟁을 심판하는 기관이므로 다른 헌법기관으로부터의 독립성과 중립성이 보장되어야 한다. 이것은 헌법재판의 공정성을 확보하기 위한 것으로서 국가기관의 권한을 분배하는 기본원리에 따라 헌법재판소의 독립적 구성과 운영, 헌법재판관의 신분보장, 헌법재판작용의 독립을 포함한다.

헌법재판절차가 합리화되기 위해서는 재판의 공정성과 적정성을 확보하는 동시에 신속한 재판이 이루어질 수 있도록 해야 한다. 우리 헌법재판소는 1987년 개정된 현행헌법을 통해서 설치되었으며, 헌법재판을 통해 헌법국가를 실현하는 데 크게 기여하였다. 하지만 헌법재판소가 처리한 사건들 중에서는 국회가 현실정치에서 민주주의에 따라서 해결해야 할 사안임에도 불구하고 헌법재판을 통해 해결한 사례가 적지 않다. 헌법이 정치를 규율한다고 해서 모든 정치적 사안들이 헌법재판을 통해서 해결되는 것이 바람직한 것이 아니다. 이러한 현실에서 헌법재판의 독립을 보장하고 재판절차를 보다 합리화하기 위해서는 헌법정책적 또는 입법정책적으로 다음과 같은 사항을 개선할 필요가 있다. 첫째, 재판관의 자격과 선출절차에 있어서 다양성을 확보하고 민주적 정당성을 강화해야 한다. 재판관의 임기는 현재의 6년을 유지하되, 연임제도는 폐지하는 것이 타당하다. 둘째, 지정재판부의 권한을 강화하고 직권심리주의를 완화할 필요가 있다. 재판관에 대한 제척·기피·회피의 사유를 보다 엄격하게 제한하고, 재판관의 결원에 대비하는 제도적 장치도 마련해야 한다. 셋째, 국민의 헌법재판청구권을 실질적으로 보장하기 위해서 변호사강제주의를 폐지하고, 정당한 권리를 행사하는 경우에는 소송비용을 보상하고, 권리남용에 해당하는 경우에는 보다 적극적으로 납소제재금을 부과하는 것도 필요하다. 넷째, 헌법재판의 심판기간은 현실에 부합하는 기간으로 재조정하되 이를 강행규정으로 인정하여 그에 대한 제재나 법적 효과를 명확하게 해야 한다. 다섯째, 사건평의에 있어서는 평결방식을 법률로 규정하되, 쟁점별 평결방식을 채택하는 것이 바람직하다.

참고문헌

- 공진성, “헌법재판 합의방식의 개선방안”, <헌법재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011.
- 권영설, “헌법재판운영상의 쟁점과 비판적 분석”, **헌법학연구**, 제12집 제1호, 한국헌법학회, 2006.
- 김문현, “현행 헌법상 헌법재판제도의 구조상의 문제점과 그 개선에 관한 일 고찰”, **법학논집**, 제10권 제1호, 이화여자대학교, 2005.
- _____, “현행 헌법상 헌법재판제도의 문제점과 개선방안”, **헌법재판연구**, 제16권, 헌법재판소, 2005.
- 김상겸, “헌법재판소법의 문제점과 개선방안”, **공법학연구**, 제6권 제1호, 한국비교공법학회, 2005.
- 김종철, “헌법재판소 구성방법 개혁론”, **헌법학연구**, 제11권 제2호, 2005, 6.
- 김철수, **학설판례헌법학**(박영사, 2009).
- 김철용·김문현·정재황, “헌법재판절차의 개선을 위한 입법론적 연구”, **헌법재판연구**, 제4권, 헌법재판소, 1993.
- 남복현, “헌법재판 관할권의 재설계 - 현행헌법 20년 운영경험을 바탕으로 -”, **공법연구**, 제35집 제4호, 한국공법학회, 2007.
- 성낙인, **헌법학**(법문사, 2014).
- 성낙인 외, **헌법소송론**(법문사, 2012).
- 양 건·김문현·남복현, **헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구보고서**(헌법재판연구, 제10권), 헌법재판소, 1999.
- 윤명선, “헌법재판제도의 개선방안 - 입법론적 접근 -”, **경희법학**, 제29권 제1호, 1994.
- 이종수, “독일 헌법재판제도의 비교분석과 그 시사점”, 박인수·조홍석·남복현, **주요 국가별 헌법재판제도의 비교 분석과 시사점 - 미국형 사법심사와 유럽형 헌법재판을 중심으로 -** (헌법재판연구, 제21권), 헌법재판소, 2010.
- 정중섭, **헌법학원론**(박영사, 2014).
- _____, **헌법소송법**(박영사, 2012).
- 최희수, “헌법재판소 구성·임명 등과 관련한 개정방향”, <헌법재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011.

콘라드 헛세, 계획열 역, **통일 독일헌법원론**(박영사, 2001).

클라우스 슐라이히, 정태호 역, **독일 헌법재판론: 독일 연방헌법재판소의 지위·절차·재판**(미래교역, 2001).

허 영, **헌법소송법론**(박영사, 2012).

허완중, **독일통일과 연방헌재판소의 역할**(비교헌법연구, 2011-B-2), 헌법재판연구원, 2011.

_____, “헌법재판소법 일반심판절차의 개정방향”, <헌법재판소법의 개정방향>, 한국헌법학회 제66회 학술대회 자료집, 2011.

헌법재판소, **헌법재판실무제요**(헌법재판소, 2008).

_____, **헌법재판소법 제정 약사**(헌법재판소, 2008).

<Abstract>

Proposals for Rationalization of Constitutional Court Procedure — In Comparison with Germany —

Lee, Hyowon*

Constitutionalism states that constitutional law should be superior to political powers. Thus, the constitutional court is needed to protect constitutional law from violation of political powers. Judicial fairness, propriety and speedy trial are important for rationalization of constitutional court procedure. The followings are required to guarantee independence of constitutional trial and to rationalize constitutional court procedure.

First, judges should be elected from various professional backgrounds and be assured of more strengthened democratical legitimacy. The 6-year-term of office seems proper, but reappointment is recommended to be restricted.

Second, small benches should have more substantial powers and *ex officio* trial examination needs to be mitigated. Exclusion, refusal and avoidance of judges should be strictly refined and judicial system against judges' absence should be prepared.

Third, the principle that a lawyer must performance on one's behalf in constitutional trial should be abolished. Additionally, cost of litigation should be compensated in case of proper suit and fines should be imposed in case of a vexatious suit.

Forth, period of constitutional judgement needs to readjusted to comply with reality and should be prescribed as mandatory provision. The procedure of deliberation should be prescribed by law and the individual issues system is proper.

Keywords: constitutionalism, constitutional court procedure, democratical legitimacy, small benches, cost of litigation, procedure of deliberation

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

