

헌법재판소의 코트패킹(Court-Packing)에 관한 연구

이 진*

<국문초록>

헌법재판소는 입법·행정 등 정치적 영역과 밀접하게 연관된 헌법재판을 통해 ‘헌정질서의 최종적 조정자’로 기능한다. 그런데 2024-2025년에 다수의 탄핵심판 제기와 재판관 임기 만료가 중첩되는 상황에서, 헌법재판소 재판부 구성에 대한 정치적 개입 가능성이 현실적인 문제로 부상하였다. 국회 및 대통령에 의한 재판관 미임명과 사전 임명 등 재판부 구성을 인위적으로 변경하려는 시도는 헌법재판소의 독립성과 중립성을 훼손하고, 헌법재판의 정당성 자체를 약화시킬 위험을 내포한다.

이 논문은 이러한 문제의식을 바탕으로, 헌법재판소 재판부 구성에 대한 부당한 개입을 포괄적으로 설명하는 개념으로서 ‘코트패킹(court-packing)’을 헌법재판소의 맥락에서 분석한다. 이를 위해 코트패킹을 단순한 재판관 증원에 한정하지 않고, 현행법이 예정하지 않은 방식으로 재판부 구성을 변경하여 법정 다수를 창설하거나 제한하는 행위 전반으로 확장하는 정의를 채택하고, 그 구성요소와 내재적 위험성을 체계적으로 검토한다. 나아가 미국, 남미, 튀르키예, 동유럽 국가들의 비교헌법적 사례를 통해 코트패킹이 헌법재판의 견제 기능을 무력화하고 재판 기능을 저하시킬 뿐 아니라 반복적인 악순환을 초래할 수 있음을 확인한다.

이러한 분석을 토대로 본 논문은 우리나라 헌법재판소 재판부 구성과 관련된 문제 사례를 코트패킹의 관점에서 재검토하고, 헌법재판소의 기능과 신뢰를 보호하기 위한 통제 기준과 방지책을 제시한다. 이를 통해 헌법재판소 구성에 대한 정치적 개입의 한계를 명확히 하고, 헌법재판의 독립성과 민주적 정당성을 실질적으로 확보하는 데 기여하고자 한다.

주제어: 헌법재판소, 헌법재판관, 코트패킹, 사법개혁, 사법독립

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

目 次

- I. 서론
- II. 헌법재판소의 구성원칙과 코트패킹
- III. 코트패킹의 해외 사례
- IV. 우리나라 헌법재판소의 코트패킹 사례와 방지책
- V. 결론

I. 서론

헌법재판소는 헌법에서 규정한 관할에 따라 입법 및 행정 등 정치적 영역과 늘 근접한 정치적 사법작용¹⁾을 행하면서 ‘헌정질서의 조정자’ 역할을 수행한다.²⁾ 그러나 최근에는 정치의 사법화³⁾에 관한 논의가 재점화될 정도로 정치적 쟁점들이 권한쟁의심판의 형태로 헌법재판소에 제기되는 사례가 증가하였고, 고위직 공무원의 파면 여부를 판단하는 고도의 정치적 심판인 탄핵심판이 급격히 늘면서 헌법재판소의 결정뿐 아니라, 그 결정을 내리는 재판부의 구성에 대한 관심 및 개입이 증가하고 있다. 특히 2024년과 2025년에는 다수의 탄핵심판이 진행되는 동시에 헌법재판관 임기 만료로 인한 인사도 겹치면서 서로 다른 권력기관들이 다양한 방법으로 헌법재판소의 구성에 개입하여 이를 무력화할 수 있는 가능성이 드러났다.⁴⁾ 헌법재판소가 스스로 심리의 마비를 방지하는 가처분 결정⁵⁾ 및 후임 재판관의 임명을 재촉

1) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2023, 751쪽; 한동훈 외 3인, 헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기, 헌법재판연구원, 2011, 3쪽

2) 김종철, “‘정치의 사법화’ 다시보기 - 한국형 민주공화제 진화의 관점에서-”, 공법연구 제54집 제1호(2025), 284쪽

3) 김종철, 앞의 글, 265쪽; 박종현, “정치의 사법화 시대의 헌법재판 -‘헌법적 대화’ 이론을 중심으로-”, 법철학연구 제25권 제2호(2022), 119-120쪽 참조

4) 2024년에 탄핵심판 9건, 2025년에 탄핵심판 10건이 접수되었고, 2024년 10월에 3명의 재판관, 2025년 4월에 2명의 재판관의 임기가 만료되었다.

5) 헌재 2024. 10. 14. 2024헌사1250 결정

하는 권한쟁의심판 결정을 내리고,⁶⁾ 불완전한 8인 체제로라도 탄핵사건 등에 대한 결정을 선고하였으나,⁷⁾ 그 과정에서 타 권력기관이 임의로 헌법재판소 재판부 구성에 개입할 유인과 가능성, 그리고 이러한 개입행위가 헌법재판소의 기능을 심대하게 훼손할 수 있는 사실이 노정되었다. 헌법과 법률이 규정한 절차에 따른 온전한 재판부의 구성을 방해하거나 그 구성을 임의로 변경하는 것은 결국 헌법재판소의 헌법적 기능을 손상시킬 수 있기 때문에 타 권력기관에 의한 헌법재판소 구성에의 간여의 한계를 명확하게 밝히고 부당한 개입을 억제할 필요가 있다.

전 세계적으로 정치행위자들은 다양한 이유로 입법부나 행정부를 견제할 권한을 가진 최고법원(apex court)의 결정에 영향력을 미칠 유인이 있는데, 가장 대표적인 수단으로 재판부의 구성에 임의로 개입하는 코트패킹(court-packing)이 사용된다.⁸⁾ 코트패킹의 관점에서 바라봤을 때, 다양한 형태로 흩어져 있는 헌법재판소 재판부 구성에 대한 개입 사례들의 공통된 위험성을 확인할 수 있는바, 본 논문은 코트패킹의 개념과 객관적인 지표를 통하여 문제 사례를 조기에 발견할 수 있도록 하고 필요시 그 위험성을 완화시킬 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

이하 이 논문은 다음과 같은 순서로 논의한다. 먼저, 코트패킹의 개념과 그 구성요소, 위험성을 분석하여 헌법재판소 재판부 구성에의 임의적 개입을 평가할 수 있는 객관적 기준을 제시한다(II). 다음으로 미국, 남미(아르헨티나, 베네수엘라), 튀르키예, 동유럽(헝가리, 폴란드)에서 나타난 다양한 유형의 코트패킹 사례를 살펴보고 그 시사점을 검토한다(III). 위와 같은 코트패킹의 개념 및 해외 사례의 시사점을 토대로, 우리나라 헌법재판소에서 나타난 코트패킹 사례들을 확인하고 분석한 후, 코트패킹의 통제방안을 제시

6) 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1 결정

7) 헌재 2025. 3. 24. 2024헌나9 결정; 헌재 2025. 4. 4. 2024헌나8 결정 등

8) Court-packing에 상응하는 국문 용어를 정확하게 상정하기 어렵다. ‘사법부에 대한 인사조정’(김신규, “폴란드와 헝가리의 입헌 포퓰리즘과 사법부 제약”, 통합유럽연구 제15권 제3호(2024) 305면) 혹은 ‘법원 몰타기’(김은경, ‘대법관 증원’ 공청회 “4명 증원이 걱정...대법원보다 하급심 충실화가 중요”, 조선일보 2025. 12. 11)로 번역된 사례가 있다. 직역한다면 ‘법원 채우기’에 가까우나, 본 논문에서는 확장적으로 정의하여 사용하고 있어 원어를 그대로 사용한다.

한다(IV). 마지막으로 위 논의를 정리하는 결론으로 마무리한다(V).

II. 헌법재판소의 구성원칙과 코트패킹

1. 헌법재판소의 구성원칙

(1) 일반

헌법 제111조 제2항에 따라 헌법재판소는 대통령이 임명하는 9인의 재판관으로 구성되고, 재판관은 법관의 자격을 가질 것을 규정하며, 같은 조 제3항에 따라 대통령은 재판관 중 3인은 국회에서 선출한 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다. 헌법재판소의 구성원칙으로 재판부의 민주적 정당성, 독립성, 그리고 전문성이 요청되는바,⁹⁾ 현행 재판부 구성체계는 원칙적으로 이러한 구성원칙을 실현하기 위한 것이다.¹⁰⁾ 헌법재판소도 국가권력을 행사하는 헌법기관이라는 점에서 민주적 정당성이 요청되고, 선거에 의해 선출된 대통령, 국회, 그리고 대통령의 임명을 받은 대법원장에 의한 임명 및 지명의 형태로 민주적 정당성을 중개 받는다.¹¹⁾ 헌법재판관 임명에 있어서 입법부, 행정부, 사법부가 대등하게 관여하는 것은 헌법재판소 구성에 있어서 권력 상호간의 견제와 균형을 도모하고 헌법재판소의 중립성과

9) 한동훈 외 3인, 앞의 책, 4-8쪽; 김종철, “헌법재판소 구성방법의 개혁론”, 헌법학연구 제11권 제2호(2005), 18-24쪽

10) 물론 종래부터 현행 재판부 구성 방식이 헌법재판소 구성원리를 불완전하게 실현하고 있다는 비판이 많으며, 다양한 개정 방안이 제시되고 있다. 예를 들어 김종철, 앞의 글(주 9), 33-38쪽; 정재황, “헌법재판소 재판관의 자격 문제에 대한 검토”, 성균관법학 제17권 제2호(2005), 104-106쪽; 한동훈, 앞의 책, 33쪽 이하; 허완중, 헌법재판소의 민주적 정당성, 헌법학연구 제18권 제3호(2012), 591-592쪽; 김소연, “헌법개정논의에 있어서 “헌법재판소 구성”과 “헌법재판관 선임”의 문제”, 고려법학 제56호(2010), 381쪽 이하

11) 한수웅, “현행 헌법재판소 재판관 선임제도의 문제점과 개선방향”, 법학논문집 제39권 제1호(2015), 13-14쪽, 21쪽; 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마2; 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1; 민주적 정당성에 관한 상제는 허완중, 앞의 글, 573-575쪽

독립성을 보장하기 위한 것으로 해석된다.¹²⁾ 또한 재판관의 법관자격을 요청함으로써 정치한 헌법의 해석과 적용을 제고한다.¹³⁾

헌법재판은 통치기관의 헌법적 구속을 보장함으로써 입헌민주주의를 더욱 강화하는데, 동시에 심판대상의 특성으로 인해 ‘정치적 사법작용’을 담담함으로써 중요한 정치행위자가 된다.¹⁴⁾ 그런데 헌법재판의 의의는 헌법재판소가 독립적이고 중립적인 헌법 해석과 적용을 하는 데에 있기 때문에 그밖에 정치적 고려에 의한 판단이 이루어지거나 ‘사법의 정치화’의 외견이 형성되는 경우, 재판의 정당성과 그 기초가 되는 국민의 신뢰를 유지하기 어렵다.¹⁵⁾ 헌법재판소 재판부의 인적 구성은 헌법재판소의 독립성 및 중립성과 직결되는 지표가 된다는 점에서 앞서 살핀 구성원칙을 구체화하는 헌법 및 법률조항에 부합하는 기준과 절차에 따라 재판부가 구성되어야 하며, 특정한 정치세력이 헌법재판소의 구성을 부당하게 좌우하거나 방해한다면 이는 헌법재판 자체의 정당성에 치명적일 수 있다.¹⁶⁾

(2) 구성원칙에 의한 통제의 한계

헌법재판소의 구성 체계는 민주적 정당성을 확보하는 과정에서 필연적으로 정치기관, 특히 정당의 영향력 행사를 허용하며,¹⁷⁾ 독립성의 보장을 위하여 여러 국가기관의 관여를 예정하고 있다.¹⁸⁾ 그런데 아래 III.에서 보는 바와 같이 전 세계적으로 다양한 이유로 각국의 헌법 및 법률에서 예정하고

12) 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1 결정

13) 비판적 입장으로 성낙인, 앞의 책, 765쪽; 김종철, 앞의 글(주 9), 37쪽

14) 성낙인, 앞의 책, 751쪽; 전정현, “노무현 정부 시기 헌법재판소와 반다수제(countermajoritarian difficulty) 문제: 주요정책이슈에 대한 위헌결정사례분석”, 한국정치연구 제21권 제3호(2012), 158쪽; 허완중, 앞의 글, 567-568쪽

15) 한수웅, 앞의 글, 28쪽; 허완중, 앞의 글, 568쪽

16) 이승우, “헌법재판소 구성방법과 제2기 재판관 임명의 문제점”, 법과사회 제10권(1994), 270쪽; 허완중, 앞의 글, 580-581면

17) 한수웅, 앞의 글, 27-28쪽; 이항희, “폴란드 헌법재판소의 위기와 그 헌법적 함의 — 헌법재판소와 정치권력 간의 긴장관계를 중심으로 —”, 세계헌법연구 제29권 제1호(2023), 3쪽

18) 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1 결정

있는 절차를 배제하고 헌법재판소 또는 헌법재판 관할¹⁹⁾을 가진 법원 재판부의 구성에 인위적인 변화를 가하는 경우가 증가하고 있다. 이는 헌법이나 법률의 개정과 같이 절차적으로 적법한 방법에 의하거나, 재판관의 임기 전 사퇴 압박과 같은 사실행위로 나타나는데, 명목상 혹은 실재하는 의도의 선의·악의를 불문하고, 불규칙적·비정형적 재판부 구성 변경이라는 점에서 아래에서 구체적으로 살펴보는 바와 같이 헌법재판소의 기능을 훼손할 수 있는 일정한 위험성을 내포한다.

헌법재판소의 기능을 해치는 재판부 재구성 행위를 사전에 포착하고 예방할 수 있어야 하겠으나, 추상적이고 가치 평가적인 구성원칙은 객관적인 기준을 제시하지 못하는 한계가 있다. 앞서 살핀 대로 헌법재판소의 구성은 민주주의, 권력분립, 전문성 등의 원칙에 부합하여야 하는데, 이러한 원칙들은 헌법재판소의 재구성을 정당화하는 논리가 되기도 한다.²⁰⁾ 민주주의 원칙의 경우 형식적인 민주적 정당성을 넘어 다양한 가치가 ‘균형 있게’ 반영될 수 있도록 구성되어야 한다는 입장에 따르면 오히려 의도적인 재판부 구성 변경이 정당화될 수 있다.²¹⁾ 권력분립원칙 또한 헌법재판소 구성에의 부당한 개입을 방지하는 이론이면서도, 다른 한편으로 입법부나 행정부의 권한을 지나치게 제한하는 사법부의 월권을 적극적으로 통제하기 위한 논거가 되기도 한다.²²⁾ 전문성과 관련해서도, 심판의 지연은 대부분 국가에서 공통적인 과제가 되고 있기 때문에 보다 효율적이고 신속한 재판을 위한 재판부 증원 요청은 모든 나라에서 통용될 수 있는 정당화 사유가 된다. 따라서 구성원칙에 기반한 판단만으로는 재판부 재구성 행위의 당부를 평가하기 어렵다.

19) 공권력 행사의 헌법 준수(헌법보호)와 기본권 보호 등 관할을 말한다. 허완중, 앞의 글, 564쪽

20) 법치주의(사법부 독립), 권력분립, 민주주의, 사회적 책임, 법원에 대한 국민의 신뢰, 효율적인 사법 등은 코트패킹 지지자 혹은 비판자 모두에 의해 차용 가능한 이론이라는 점에서 코트패킹을 정당화하기에 부족하다는 의견으로 David Kosař, Katarína Šipulová, “Comparative Court-Packing”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 21 Issue 1 (2023), pp. 107-108

21) 아래 III. 1. 미국 사례 참조

22) 아래 III. 3. 튀르키예 사례 참조

이에 헌법재판소의 기능 및 정당성을 약화시킬 수 있는 재판부 변경 행위의 공통된 특성을 도출하고 하나의 개념으로 포괄하여 분석의 틀을 마련하는 것이 현상의 객관적 평가에 도움을 주는데, 해외 논의를 참고하여 광의의 “코트패킹(court-packing)” 개념을 활용할 수 있다. 이하 구체적으로 살펴본다.

2. 코트패킹의 개념

(1) 코트패킹의 개념 확장

코트패킹은 가장 일반적으로 “집권세력이 법원이나 재판소를 우호적 구성원으로 채우는 것”²³⁾이나 “법원의 이데올로기적 구성 변경을 주된 목적으로 하여 법원의 규모를 변경하는 것”²⁴⁾이라고 이해되어 왔다. 최고법원 법관의 증원을 통하여 정권 친화적인 법관을 추가로 임명하고 정부에 대한 사법부의 견제를 약화시키거나 정부 친화적인 결정을 확보하는 방법으로 결정에 대한 일정한 영향력을 행사하는 것이다.

그런데 전 세계적으로 헌법재판소의 무력화나 장악을 시도하는 사례가 나타나면서 재판부의 증원 외에도 재판부의 구성을 변경할 수 있는 다양한 사례가 누적되었고, 동일한 결과와 위험을 내포한 각종 수단을 평가하고 분석하기 위해 코트패킹의 개념 확장에 관한 논의가 진행되고 있다. 30개국 이상의 사례에 관한 비교헌법적 연구를 수행한 David Kosař와 Katarína Šipulová는 다양한 사법부 장악 행위를 포괄하는 확장된 코트패킹 개념으로, “현존하는 법원의 구성에 대한 불규칙적이고 의도적인 변경으로, 새로운 다수를 창설하거나 기존의 다수를 제한하는 것”이라고 정의하였다.²⁵⁾ 이러한

23) 이황희, 앞의 글(주 17), 7쪽

24) “The manipulation of the Supreme Court’s size primarily to change its ideological composition”, Joshua Braver, “Court-Packing: An American Tradition?”, Boston College Law Review Vol. 61 No. 8 (2020), p. 2749

25) “Any change of the composition of the existing court which is irregular, actively- driven (non-random) and creates a new majority at the court or restricts the old one.” David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글, 84쪽

보다 포괄적이고 중립적인 정의를 통하여 단순 증원에서 나아가 다양한 방법으로 진화하고 있는 사법부 장악 사례를 포괄할 수 있는 동시에, 불규칙적이거나 비정형적인 재판부 구성 변경에 초점을 맞추으로써 잠재적인 위험성을 내포하고 있는 변화로 한정할 수 있다. 특히, 재판부 재구성의 목적이거나 이유를 배제함으로써 명목상 내세워지는 정당화 사유에 대한 가치평가나 혼란을 줄이고, 결과적인 위험성을 객관적으로 포착할 수 있다.

이러한 포괄적인 개념정의를 따를 때, 헌법재판소의 기능을 저해할 위험이 있는 코트패킹의 가장 중요한 세 가지 구성요소로 ① 현행 법률이 예정하지 않는 방법의 사용, ② 재판부 구성의 변경, 그리고 ③ 새로운 다수(majority)의 창설이나 기존 다수의 제한을 꼽을 수 있다.²⁶⁾ 아래 각 요소를 차례로 보다 구체적으로 살핀다.

(2) 코트패킹의 개념요소

1) 현행법이 예정하지 않는 방법

현행 헌법과 법률은 재판관의 임기 등을 규정하여 시간의 흐름에 따른 재판부의 구성 변화를 전제로 한다. 재판관의 임기만료 및 새로운 재판관의 임명은 헌법재판소의 결정 내용에 변화를 줄 수 있으며, 선례 변경 사례도 다수 발견할 수 있다. 시대 상황의 변화나 임명기관의 성향에 따라 특정한 가치관을 대변하는 자나 특정 사회적 집단에 속한 자가 재판관으로 임명될 수 있는 것인데 이는 임명기관의 권한에 속하는 것으로서 그 자체로 부당하다고 볼 수 없다.

문제가 되는 것은 현행법이 예정하지 않는 방법으로 재판관 구성의 변경을 초래하는 경우이다. 그 불규칙성으로 인하여 이를 추진하는 정치세력 등이 재판부의 구성과 그에 따른 헌법재판소 결정에 영향력을 행사할 수 있는 새로운 기회를 스스로 창출하기 때문이다. 헌법개정이나 법률의 제·개정을

²⁶⁾ David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 20), 84-87쪽. 이 글에서 ① 의도적인, ② 불규칙적인, ③ 현존하는 법원의, ④ 재판부 구성의 변경으로 ⑤ 다수(majority)의 변경 또는 제한 등 5가지 요소를 언급하고 있으나, ①, ② 요건은 결국 현행법이 예정하지 않는 수단의 사용으로 포괄할 수 있고, 이 글의 목적상 ③을 전제하고 있어 세 가지 요건으로 정리하였다.

통한 헌법재판소 구성 변경과 같이 형식적으로 정당한 절차를 통하는 경우에도 재판부 변경의 남용 위험은 그대로 존재한다. 또한 이러한 공식적이고 규범적인 수단 외에, 후임 재판관의 미임명, 재판관의 임기 전 사퇴 압박이나 강제휴가, 부당한 탄핵, 임기 중 다른 고위공직으로의 이동 등의 방법으로 재판부의 구성에 개입하는 행위도 현행법이 예정하지 않는 수단에 해당한다.²⁷⁾

2) 재판부 구성의 변경

코트패킹의 두 번째 요소로서 재판부 구성의 변경은 양적 변화와 질적 변화를 모두 포함한다.²⁸⁾ 양적 변경은 재판부 정원의 증원이나 감원을 통해 이루어질 수 있고, 질적 변경은 전체 재판부의 크기는 그대로 유지하면서 현행 법률이 예정하지 않는 임의적인 교체나 미교체를 말한다. 특히 재판관의 강제 휴직이나 부당한 탄핵으로 직무가 정지되는 경우에도 특정 사건의 심리에 관여하는 재판관의 구성을 변경한다는 점에서 코트패킹에 해당한다. 재임 중인 재판관의 임기를 현행법이 예정하지 않는 방법으로 연장하는 것도 임의적인 재판부 구성의 변화(불변)를 초래한다.

재판부 구성의 변경을 요하는 코트패킹은 재판부 구성에 대한 변화 없이 헌법재판소의 기능을 저하시키는 다른 행위와 구분된다. 헌법재판소의 관할 축소, 재판관의 연봉 등 예산 축소, 사건 심리정족수·결정정족수, 심리 절차의 변경이나 강화 등의 방법으로 헌법재판에 지장을 초래할 수 있고,²⁹⁾ 이 또한 헌법재판소의 기능을 약화시킬 수 있지만, 이러한 수단은 헌법재판소 기관 자체의 정당성을 해치거나 헌법재판소를 무기화(武器化)하지는 않는다

²⁷⁾ David Kosař, Katarína Šípulová, 앞의 글(주 20), 89-90쪽 참조

²⁸⁾ David Kosař, Katarína Šípulová, 앞의 글(주 20), 84-85쪽, 139쪽 이하. 이 글에서는 재판부의 변경 유형을 증원(packing), 감원 혹은 공석(emptying), 교체(swapping)로 분류한다.

²⁹⁾ 재판부의 구성 변경 외에 헌법재판소의 기능을 훼손시키는 이러한 다양한 행위까지 포괄적으로 코트커빙(court-curbing)이라고 일컬을 수 있다. David Kosař, Katarína Šípulová, “How to Fight Court-Packing?”, Constitutional Studies Vol. 6(2020), 136쪽; David Landau, Rosalind Dixon, “Abusive Judicial Review: Courts against Democracy”, UC Davis Law Review, Vol. 53, Issue 3(2020), pp. 1343

는 점에서 코트패킹과 구분된다.³⁰⁾ 헌법재판소 구성의 변화가 없는 경우, 관할이나 절차의 복원으로 기능 회복이 가능하다는 점에서 그 위험이 후술하는 코트패킹의 경우에 미치지 않는다.³¹⁾

3) 법정 다수(majority)의 새로운 창설이나 제한

마지막으로 코트패킹은 재판부 구성의 변경을 통해 새로운 다수를 창설하거나 이미 형성된 다수를 제한하는 것이다. 여기서 ‘다수’라 함은 경우에 따라 다양하게 평가될 수 있는데, 객관적인 지표로서 동일 정당에 의해 추천·임명된 자, 전·현 정권에서 임명된 자, 특정 사회적 집단이나 연령대 등에 속한 자 등으로 판단할 수 있다.³²⁾ 코트패킹을 실행하는 단계에서는 아직 새롭게 구성된 재판부가 어떠한 결정을 내릴지 단정할 수 없으나, 특정 집단에 속하는 재판관의 수가 결정정족수를 상회할 경우, 결정의 방향에 영향을 미칠 가능성이 있다. 물론 코트패킹의 의도와 다르게 재판부가 정권에 불리한 결정을 선고할 수도 있으나, 코트패킹의 위험성을 사전에 포착하고 최소화할 수 있도록 객관적 지표를 설정하는 목적상, 실제로 재판부 구성의 변경으로 인하여 결정의 향방이 달라졌는지 여부는 불문한다.³³⁾

현존하는 법정 다수의 변경이나 제한 가능성의 관점에서, 코트패킹은 반드시 많은 수의 재판관 충원을 요청하는 것은 아니다. 재판부 구성이 대등하게 양분되어 있는 상황에서 한두 명 재판관의 교체만으로도 법정 다수가 변경될 수 있다. 또한 재판관을 선출절차를 방해하여 공석을 충원하지 못하도록 하는 것도 정상적인 선출절차를 통해 형성될 다수를 제한하는 방법이다.

³⁰⁾ David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 29), 136쪽; Joshua Braver, 앞의 글, 2752쪽, 2793쪽; Tom Gerald Daly, ““Good” Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay”, German Law Journal Vol. 23 No. 8 (2022). p. 1082

³¹⁾ 상세한 내용은 아래 II. 3. 참조

³²⁾ David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 20), 87쪽

³³⁾ David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 20), 86-87쪽

3. 코트패킹의 문제와 위험성

현행법에서 예정하지 않은 방법으로 헌법재판소의 구성을 변경하여 법정 다수를 새롭게 창설하거나 제한하는 코트패킹은, 결과적으로 헌법재판에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 열어 그 독립성을 훼손하고 그 기능을 저하할 수 있으며, 향후 반복적인 코트패킹을 유발할 수 있다. 이는 코트패킹에 이르게 된 명목상 혹은 실질적 이유를 불문한 불규칙적 재판부 변경 자체로 인한 내재적 위험성인데, 이하 구체적으로 살핀다.

(1) 헌법재판의 견제기능 무력화(無力化)와 무기화(武器化)

코트패킹이 실행되는 경우 헌법재판소는 재판부 재구성에 관여한 임명권자와의 관계에서 그 독립성을 담보하기 어렵다. 인위적인 재판부 재구성은 임명권자에게 편향적인 결정을 유도할 수 있다는 점에서 헌법재판소의 공권력 견제 기능을 훼손하고 수평적 권력견제를 무력화할 수 있다. 후술하는 헝가리, 폴란드, 튀르키예 등 나라에서의 코트패킹은 행정부 권한에 대한 사법적 통제를 무너뜨려 행정권력의 초집중화를 초래했다는 지적이 있다.³⁴⁾

나아가 헌법재판은 위헌법률심판을 통한 입법의 무효화, 고위공직자에 대한 탄핵, 정당의 해산 등을 포괄한다는 점에서 그 결정을 좌우하는 자의 강력한 무기가 될 수 있다.³⁵⁾ 선거법 등 규범의 위헌선언을 통해 선거의 공정성을 해칠 수 있을 뿐 아니라, 야당을 해산시키거나 법관, 검사 등의 탄핵을 통해 타 기관의 기능적 견제를 무력화하여 특정 집단의 권력 집중을 도울 수 있다.³⁶⁾ 따라서 코트패킹은 집권세력의 뜻에 따른 무리한 결정의 가능성도 열어준다는 점에서 헌법재판을 통한 집권세력 견제기능의 약화에 머물지 않고 나아가 헌법질서를 적극적으로 파괴할 수 있는 위험까지 내포한다.³⁷⁾

34) 장훈, “행정부 권력의 초집중화와 민주주의의 쇠퇴: 헝가리, 폴란드 사례를 중심으로”, 미래정치연구 제11권 제2호(2021), 14쪽

35) David Landau, Rosalind Dixon, 앞의 글, pp. 1334-1338

36) 견제력의 약화에 해당하는 ‘weak abusive judicial review’에 대비하여 적극적으로 민주주의 훼손을 초래하는 ‘strong abusive judicial review’로 구분하기도 한다. David Landau, Rosalind Dixon, 앞의 글, pp. 1349-1353

(2) 헌법재판 기능의 저하

코트패킹이 곧바로 정권 친화적인 결정으로 연결되지 않는 경우에도, 불규칙적인 방법에 의한 재판부의 재구성은 회의체로 사건을 심리하고 평의하는 재판부에 상당한 부담으로 작용할 수 있다. 후술하는 폴란드의 사례와 같이 새로 임명된 재판관의 정당성 여부에 대한 의문이 있는 경우 현실적으로 기존 재판관들과의 정상적인 업무협조가 어려워 사건의 심리 및 평의 진행이 방해될 수 있다.³⁸⁾

더 큰 문제는 코트패킹으로 독립성이 훼손된 재판부가 향후 내리는 모든 결정의 정당성이 ‘오염’된다는 것이다.³⁹⁾ 이는 적극적으로 헌법해석의 연속성과 일관성을 해친다는 점에서 단순히 헌법재판소의 관할을 축소하거나 효율적인 심판을 어렵게 하는 방법으로 재판소의 기능을 방해하는 경우와 구별되는 위험이다.⁴⁰⁾

나아가 코트패킹에 의해 재판부의 구성이 편향되었다는 인식이 생길 경우 헌법재판소의 중립성 및 독립성에 대한 국민의 신뢰를 해쳐 헌법재판소 결정의 집행력을 감퇴시킬 위험이 있다. ‘칼도 지갑도 없는’⁴¹⁾ 헌법재판소는 오로지 타 국기기관의 협조에 기대어 그 결정을 집행하는데, 입법부나 행정부가 헌법재판소 결정의 기속력을 준수하는 데에는 헌법적 요청 외에도 국민의 감시 및 여론의 영향이 크다.⁴²⁾ 그런데 헌법재판소가 국민의 신뢰를 잃어 타 국기기관이 해당 결정의 기속력을 부인하더라도 부정적 여론의 우려가 없는 경우, 오히려 정당성을 잃은 헌법재판소에 대한 저항이 대중의 지지를 얻을 수 있고 더 이상 결정의 집행력을 보장하기 어렵게 된다.⁴³⁾

³⁷⁾ David Kosař, Katarína Šípulová, 앞의 글(주 29), 136쪽

³⁸⁾ 이황희, 앞의 글(주 17), 11쪽

³⁹⁾ Joshua Braver, 앞의 글, 2793-2794쪽; 현재 2025. 4. 16. 2025헌사399

⁴⁰⁾ Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1096쪽

⁴¹⁾ Jacob E. Cooke, *The Federalist*, Wesleyan University Press (1961), pp. 381-382 (Alexander Hamilton, *The Federalist* No.78)

⁴²⁾ Joshua Braver, 앞의 글, 2793쪽

⁴³⁾ Joshua Braver, 앞의 글, 2793쪽, 2806쪽

(3) 반복 위험

헌법이나 법률 개정 등 적법한 절차에 의하는 경우라도, 헌법재판소의 구성 변화를 통해 그 견제 기능을 약화하는 것은 현재까지 수용되어 온 권력 분립 구조를 이탈하는 헌법상 강경책(constitutional hardball)에 해당한다.⁴⁴⁾ 그런데 특히 정당 중심으로 정치권력이 형성되는 경우 집권세력에 의한 일방적 헌법상 강경책의 사용은 정권이 바뀔 때마다 재차 상대 당 측에서 보복적으로 동일한 수단을 반복할 유인을 준다.⁴⁵⁾ 즉 정권이 바뀔 때마다 재판부의 ‘편향된’ 구성을 돌이키기 위해서나, 또는 다시 새로운 집권세력에 유리한 구성을 갖추기 위해 코트패킹이 반복될 위험성이 커진다. 실제 아르헨티나의 경우 이러한 반복적인 코트패킹이 극단에 이르러 1950년 이후로 모든 대통령은 헌법재판소의 증원 또는 감원을 시행했다.⁴⁶⁾ 그러나 코트패킹의 주기적 반복은 결국 앞서 살펴본 바와 같이 헌법재판소의 독립성과 신뢰성을 지속적으로 감퇴하여 회복하기 어렵게 만든다.

III. 코트패킹의 해외 사례

광의의 코트패킹, 즉 ‘현행법에서 예정하지 않은 방법으로 헌법재판소 재판부의 구성을 변경하여 법정 다수를 새로 창설하거나 제한하는 행위’는 전 세계적으로 증가하고 있으며, 그 방법 또한 다양해지고 있다. 1937년 미국에서 루즈벨트 대통령의 코트패킹 시도를 시작으로, 1950년대 이후 아르헨티나, 1990년대 후반 이후 베네수엘라에서도 장기간 사법부 구성에 대한 개입이 지속되었고, 2010년대 들어 튀르키예와 헝가리, 폴란드에서도 재판부

⁴⁴⁾ Mark Tushnet, “Constitutional Hardball”, *John Marshall Law Review*, vol. 37, no. 2 (2004), p.544-545; 김정현, “법률안거부권과 탄핵소추권을 중심으로 본 권력충돌과 헌법상 강경책”, 헌법학연구 제30권 제4호(2024), 650쪽; Joshua Braver, 앞의 글, 2790쪽

⁴⁵⁾ ‘눈에는 눈, 이에는 이(tit-for tat retaliation)’ 보복을 불러일으킨다는 견해로 Joshua Braver, 앞의 글, 2773쪽, 2786쪽

⁴⁶⁾ David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 29), 140쪽

재구성이 강행되었다. 2020년대에는 다시 미국 연방대법원의 보수화에 대응한 코트패킹의 필요성 여부에 대한 논의가 재점화되었다. 각국의 사례를 통하여 코트패킹의 구체적인 모습을 다양하게 살펴볼 수 있는바, 이하 나라별 사례를 간단히 살펴보고 각각의 시사점을 검토한다.

1. 미국

(1) 루즈벨트 대통령 시기

미국 연방대법원은 판례로 위헌법률심사 권한을 스스로 확립하였는바,⁴⁷⁾ 1930년대 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령 첫 임기 동안 정부가 추진한 대표적인 뉴딜정책 법률과 주에서 제정한 최저임금법률들을 위헌 선언하여 정부의 정책 추진에 제동을 걸었다.⁴⁸⁾ 그 후 재선에서 압도적인 승리를 거둔 루즈벨트 대통령은 1937년에 미국 연방대법원 9명의 대법관 중 70세 이상 대법관당 각 1명씩 추가로 대법관을 임명하는 법률안을 발표하였다.⁴⁹⁾ 이러한 대법관 증원의 명목은 사건처리의 효율성과 사건 적체의 해소를 위한 것이었으나, 해당 계획에 따르면 6명의 대법관을 새로 임명할 수 있게 되어 뉴딜정책에 친화적인 재판부를 구성할 수 있을 것으로 예상되었다.⁵⁰⁾ 결국 미국 연방의회의 저항으로 코트패킹 법안은 부결되었으나, 대법관 증원에 관한 논의가 진행되던 중에 미국 연방대법원은 헌법상 상사조항의 해석에 관한 선례를 변경하여 정부의 재량을 존중하여 최저임금 등 법령의 합헌성을 인정하는 결정을 선고하였고,⁵¹⁾ 루즈벨트 대통령의 임기 중에 대법관 수명의 자연스러운 퇴임으로 대법관이 다수 교체되어 정부의 뉴딜정책 관련 법률들은 미국 연방대법원의 추가 견제 없이 관철되었다.⁵²⁾

47) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803)

48) Tara Leigh Grove, “The Origins (and Fragility) of Judicial Independence”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 71 Issue 2 (2018), p. 508

49) *Judicial Procedures Reform Bill of 1937*

50) Joshua Braver, 앞의 글, 2081-2082쪽

51) *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

52) Joshua Braver, 앞의 글, 2805쪽

(2) 바이든 대통령 시기

트럼프(Donald Trump) 대통령이 첫 임기 동안 3명의 대법관을 임명하여 미국 연방대법원 9명의 대법관 중 6명이 공화당 추천 인사로 채워졌고, 이후 낙태할 권리를 기본권으로 인정하던 판례를 변경하여 주의 규제를 허용하는 등 결정에 변화가 나타났다.⁵³⁾ 이에 바이든(Joe Biden) 대통령은 취임 직후 미국 연방대법원의 ‘균형’을 되찾을 목적으로 2021년에 대법원 개혁위원회(Commission on Supreme Court Reform)를 구성하여 대법관의 증원을 포함한 개혁방안에 관한 논의를 진행시켰다.⁵⁴⁾ 위 위원회는 36명의 헌법학·역사학·정치학 분야 전문가와 시민단체 인사들로 구성된 초당적 위원회로, ‘대법관의 재직 기간과 교체 문제, 법원의 구성과 규모, 사건 선택, 규칙 및 관행 등’을 포함한 개혁안의 타당성을 분석·평가하는 임무를 맡았다.⁵⁵⁾ 위 위원회는 구체적인 개혁방안을 제시하지는 않았으나, 종신직인 미국 연방 대법관을 18년 단임 임기제로 변경하는 것에 대한 공감대가 형성된 점과, 연방의회가 대법관을 증원할 권한이 있음을 인정하면서도 동시에 그에 대한 상당한 반대가 있는 점을 지적하였다.⁵⁶⁾ 위 위원회의 보고 전후로 학계에서 코트패킹 등에 관한 관심과 논의가 쏟아졌으나, 이후에 특별한 제도 개혁으로 진행되지 않았다.

(3) 검토 및 시사점

미국에서 루즈벨트 대통령의 미국 연방대법원 증원 시도는 가장 잘 알려진 사법부 구성 변경 시도로서 ‘코트패킹’이 처음 명명하게 된 사례이기도 하다. 특히 미국은 헌법에서 대법관의 수를 규정하지 않은 반면 그 임기를 종신직으로 규정하고 있는 점에서 대법관 증원의 방법으로 결정에 영향을 주는 방법이 검토되었다.⁵⁷⁾ 코트패킹이 현실화되지는 않았지만, 그 시행 여

53) *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022)

54) Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1071-1072쪽

55) Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1076쪽

56) Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1076쪽

57) Constitution of the United States Article III. Section 1 “The Judges, both of the

부에 관한 논의가 미국 연방대법원의 판례 변경에 일정한 영향이 있었다는 분석이 있는 만큼,⁵⁸⁾ 코트패킹의 위협만으로도 법원에 대한 위축효과가 있을 수 있고 사법부의 독립성에 상당한 영향을 미칠 수 있는 점을 시사한다.

바이든 대통령 하에서는 공화당 추천 대법관이 절대 다수를 차지하는 일방적 구성이 정당한 균형을 잃은 것으로서 ‘민주주의 퇴행’에 대응하는 ‘민주주의 회복’이 코트패킹의 정당화 사유로 제시되었다.⁵⁹⁾ 그러나 실질적으로 민주당이 추진하던 주된 정책적 법안(Green New Deal, 건강보험개혁, 선거법령개정)에 대한 연방대법원의 통제 가능성도 고려되었다는 점에서 정치적인 의도가 전혀 없었다고 할 수 없다.⁶⁰⁾

2. 남아메리카

(1) 아르헨티나

아르헨티나의 최고법원인 대법원(Corte Suprema de Justicia de la Nación)은 미국 연방대법원과 마찬가지로 판례를 통해 확립한 위헌법률심사 권한을 행사한다.⁶¹⁾ 이러한 대법원은 1946년 이후 후안 페론(Juan Perón)의 권위주

supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour...”

58) 대법관 증원계획이 발표되기 전에 이미 미국 연방 대법원은 이러한 선례변경을 내부적으로 결정하였다고 알려지기도 하였으나, 대법관 증원계획의 구체화 전부터 사법개혁에 관한 논의가 있었고 미국 연방대법원이 여론 및 정치적 영향을 받았다고 평가된다. Mark Tushnet, “Court-Packing On the Table in the United States?”, VerfBlog, 2019/4/03, <https://verfassungsblog.de/court-packing-on-the-table-in-the-united-states/>,

DOI: 10.17176/20190517-144311-0.; Joshua Braver, 앞의 글, 2802-2803쪽; Daniel E. Ho, Kevin M. Quinn, “Did a Switch in Time Save Nine?”, Journal of Legal Analysis, Vol. 2, Issue 1 (2010), pp. 70-71

59) Mark Tushnet, 앞의 글; Tom Gerald Daly, 앞의 글. 1072쪽

60) Mark Tushnet, 앞의 글

61) Gretchen Helmke, “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”, The American Political Science Review, Vol. 96, No. 2 (2002), pp. 291-303, 294; 헌법재판소 헌법재판연구원, 세계헌법동향, 2019년 제5호, 60쪽

의적 정권과 군사독재, 1983년 라울 알폰신(Raúl Alfonsín) 지도하 민주화 체제, 그리고 1989년부터 1999년까지 카를로스 메넴(Carlos Menem)의 권위주의적 통치하에서 지속적으로 코트패킹의 압박을 받았다.⁶²⁾

1950년까지 대법원 대법관의 수는 8명으로 유지되었으나, 1950년에 페론 대통령이 대법관을 5명으로 감원한 이후부터 정부 친화적인 대법원 구성을 위한 대법관의 감원 및 증원이 반복되었다. 1958년 아르투로 프론디시(Arturo Frondizi) 대통령은 대법관을 5명에서 7명으로 증원하였고, 1966년 쿠데타로 정권을 잡은 후안 카를로스 옹가니아(Juan Carlos Onganía)는 이를 다시 5명으로 감원하였으며, 1987년 알폰신은 재차 7명으로 증원을 시도하였으나 의회의 반대로 실패하였다. 1990년에 메넴 대통령은 대법관 정원을 5명에서 두 배 가까운 9명으로 증원하였는데 그 과정에서 관련 법령의 개정을 위한 의회 하원 의결 절차도 불법적으로 강행하였다. 메넴 대통령은 의회 상원의 다수를 차지한 여당을 통해 정권에 충성적인 4명의 대법관을 추가로 임명하였을 뿐만 아니라, 이러한 증원에 항의하며 사퇴한 두 명 대법관의 후임자도 임명하여 정권 초기부터 6명의 대법관을 임명하여, ‘메넴의 자동 다수(Mayoría automática menemista)’로 불린 친정권 재판부를 구성하여 정권의 모든 법안과 정책을 지지할 다수를 확보하였다.⁶³⁾

아르헨티나 대법관은 사망, 정년, 또는 사직의 경우에만 퇴임하도록 규정되어 있어 원칙적으로 전 정권이 임명한 대법관의 임기는 정권 교체 후에도 계속된다. 그러나 1946년부터 1983년까지 대법관의 33%가 정치적 이유로 비정형적으로 퇴직하였고, 6%는 탄핵 되어 결과적으로 대법관의 임기가 대통령의 임기와 상당 부분 일치하도록 운영되었다.⁶⁴⁾ 1947년 페론 대통령이 장악한 상원은 5명의 대법관 중 4명을 탄핵하였고, 1973년과 1976년에 각 대통령 및 군부는 대법관 전원을 사퇴시켰다. 1983년 민주화 후에는 시

62) Rebecca Bill Chavez, “The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System”, *Journal of Latin American Studies* Vol. 36, No. 3 (2004), 454-455쪽; 임배진, “아르헨티나의 법률 체계와 정치·경제 현황”, 한국법제연구원 비교법현안분석, 제4권(2010), 173쪽

63) 이상 Rebecca Bill Chavez, 앞의 글, 455-458쪽

64) Rebecca Bill Chavez, 앞의 글, 459쪽

행령으로 대법관들을 사퇴시킬 계획이 발표되자 대법관 전원이 사임했다. 메넴 대통령은 대법관들에게 법무부장관, 로마대사 등 자리를 제안하여 사임을 유도하기도 했다.⁶⁵⁾

1947년 전까지 아르헨티나 대법원은 행정행위 및 법률에 대한 위헌심사 권한을 통하여 정부에 의한 기본권 침해를 적극적으로 통제하였으나, 1947년 이후 정권에 반하는 결정은 급격히 줄어든 것으로 조사된다.⁶⁶⁾

(2) 베네수엘라

베네수엘라에서 휴고 차베스(Hugo Chávez)의 1998년 대선 승리 이후 2013년까지 집권 기간 동안 수 차례 선거와 헌법개정 등을 위한 국민투표가 시행되었다.⁶⁷⁾ 이에 선거법과 선거관련 분쟁은 정권 유지에 큰 영향을 미치는 요소가 되었고 그에 관한 사법부의 견제를 통제할 유인도 커졌다.⁶⁸⁾ 1999년 헌법개정(제정) 과정에서 차베스 지지 세력은 제헌의회 의석 131석 중 123석을 확보한 후, 제헌의회의 권한을 제한적으로 해석한 기존 대법원을 대체하는 새로운 대법원(Tribunal Supremo de Justicia)을 설치하였다.⁶⁹⁾

2002년에 차베스를 이틀간 축출한 쿠데타가 실패한 후, 대법원이 쿠데타에 관여한 혐의를 받은 장군 등의 기소를 반복적으로 각하하자, 대법원과 차베스 정권의 대립이 고조되었다. 차베스는 대통령 신임투표를 앞두고 투표의 정당성에 관한 제소가 예상되는 상황에서 2004년에 대법원 조직법⁷⁰⁾

⁶⁵⁾ 이상 Rebecca Bill Chavez, 앞의 글, 460쪽

⁶⁶⁾ Rebecca Bill Chavez, 앞의 글, 461-464쪽

⁶⁷⁾ 1998년, 2000년, 2006년 대통령 선거, 1999년 제헌의회(National Constituent Assembly, ANC) 국민투표, 제헌의회 의원선거, 헌법제정 국민투표, 2004년 국민소환투표, 2005년, 2010년 총선거, 2007년 헌법개정 국민투표, 2009년 대통령의 연임제한을 폐지하는 헌법개정 국민투표. Matthew M. Taylor, "The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez", *Journal of Latin American Studies* Vol. 46 No. 2 (2014), p. 248

⁶⁸⁾ Matthew M. Taylor, 앞의 글, 249면. 베네수엘라는 독립적 헌법재판소 없이 대법원 내 헌법재판부가 운영된다.

⁶⁹⁾ Matthew M. Taylor, 앞의 글, 249-250쪽; Amid Bennaim, "The Death of the Autonomous Venezuelan Judiciary", *Miami Inter-American Law Review* Vol. 51 No. 2 (2020), pp. 147, 149

을 개정하여 대법관의 정원을 20에서 32명으로 증원하고 대법관 임명에 필요한 국회 의결정족수를 2/3에서 단순 과반수로 하향조정하였다.⁷¹⁾ 동시에 국회는 단순 다수결로 기존의 대법관 임명을 무효화할 수 있도록 하였고, 법관의 탄핵 결의를 앞두고 해당 법관의 직무를 임시로 정지할 수 있도록 하였다.⁷²⁾ 대법원 조직법 개정 직후 대법원의 부소장은 국회에 의해 해임되었고, 정권에 불리한 의견을 낸 대법관 2인도 해당 의견이 ‘위헌적인 행위’에 해당한다는 이유로 기소가 임박하자 사임하였다.⁷³⁾ 차베즈 정권은 2004년 12월에 5명의 공석, 12명의 추가 법관을 임명하였고, 새로 구성된 대법원은 2002년 판례를 변경하여 쿠데타 관여 혐의자들의 기소를 허용하였으며, 차베즈의 권력은 더욱 공고해졌다.⁷⁴⁾

(3) 검토 및 시사점

남미 사례들은 권력의 집중과 유지를 위해 코트패킹의 적극적으로 남용된 사례로 평가할 수 있다. 아르헨티나의 경우 특히 코트패킹이 한번 강행된 이후 정권 교체 시마다 재발하는 순환과정을 보여주는 점에서 코트패킹의 반복 위험성을 보여준다. 또한 대법관 정원의 증원 및 감원 뿐 아니라, 전 정권에서 임명된 대법관 대다수가 임기 전에 교체되도록 사퇴 압박이나 부당한 탄핵 등 비공식적 수단을 남용하여 당초 법원 구성 체계가 예정한 독립적인 견제기능이 무력화되는 사례를 확인할 수 있다.

베네수엘라 또한 공식적, 비공식적 수단에 의한 코트패킹에 의하여 대법원의 결정을 변경한 사례를 보여준다. 특히 대법관 증원 외에도, 대법관의 임명 및 해임, 탄핵 절차에 관한 법률 개정을 통하여 입법부 및 행정부가 지속적으로 손쉽게 재판부를 재구성할 수 있는 다양한 수단을 마련한 극단

⁷⁰⁾ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela

⁷¹⁾ Amid Bennaïm, 앞의 글, 153쪽

⁷²⁾ 원칙적으로 12년 임기이고, 탄핵을 위해 국회의 2/3 찬성이 필요하다. Matthew M. Taylor, 앞의 글, 254쪽

⁷³⁾ Matthew M. Taylor, 앞의 글, 254쪽

⁷⁴⁾ Matthew M. Taylor, 앞의 글, 254쪽

적 예를 보여준다.

3. 튀르키예

(1) 코트패킹 사례

2002년과 2007년 총선에서 정의개발당(Justice and Development Party, AKP)이 의회에서 압도적 다수 의석을 차지하자, 야당은 헌법재판소⁷⁵⁾에의 제소를 통하여 여당을 견제하는 방안을 강구하였다.⁷⁶⁾ 2007년에 헌법재판소는 당시 의회에서 선출한 압둘라 귄(Abdullah Gul) 대통령에 대하여, 헌법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석상 국회의원 2분의 3의 특별정족수가 적용된다는 이유로 선출결의를 무효화했다.⁷⁷⁾ 2008년에는 비세속적 활동을 이유로 한 정의개발당의 정당해산 신청에 대하여 6:5로 가까스로 기각하면서(7인 이상의 동의가 있는 경우 해산이 가능하다), 정의개발당의 공적지원금을 절반으로 축소시키고 세속주의 원칙을 준수할 것을 명령하였다.⁷⁸⁾ 나아가 헌법재판소가 2008년에 정의개발당이 추진한 ‘머리쓰개 개헌조항(headscarf amendment)’⁷⁹⁾을 위헌 무효 선언하면서 정부와의 충돌은 더욱 극에 달하였고, 여론 및 시민사회의 비판을 받았다.⁸⁰⁾

75) 튀르키예의 헌법재판소는 위헌법률심사권, 정당해산심판권, 고위공직자의 직무상 위법행위 심판권한을 가지고 있으며, 2010년에 헌법소원심판도 도입하였다. AACC SRD, 헌법재판소, AACC 회원기관의 관할과 조직, AACC 연구사무국, 2019, 331 쪽; Tom Gerald Daly, 앞의 글, pp. 1083. 1087

76) Ozan O. Varol et al, “An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey”, American Journal of Comparative Law Vol. 65 Issue 1 (2017), p. 195

77) The Guardian, “Turkish court halts Gul presidency”, May 1, 2007; Ozan O. Varol et al, 앞의 글, p. 195

78) Ozan O. Varol et al, 앞의 글, p.195

79) 대학에서 headscarf 착용을 허용하는 개정 헌법조항에 관하여, 국가의 세속주의 원칙에 반한다는 이유로 헌법조항임에도 이를 위헌 선언하였다.

80) 이를 두고 ‘사범 쿠데타’라는 비판까지 있었다. Aslı Bâli, “The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example”, Virginia Journal of International Law, Vol. 52 Issue 2 (2012), p. 251; Ozan O. Varol et al, 앞의 글, pp. 196-197

이러한 배경 하에 2010년에 정의개발당은 헌법의 민주화와 EU 가입을 촉진한다는 명목으로 헌법개정을 추진하면서 개인의 헌법소원 청구 제도를 도입하는 동시에 헌법재판소의 구성을 11인의 재판관과 4명의 예비재판관에서 17명의 재판관(예비재판관 없음)으로 변경하였다.⁸¹⁾ 기존에는 주로 사법부 각 최고법원 법원장이 추천한 자를 대통령이 재판관으로 임명하였던 것에 비해, 새로 추가된 6명 재판관은 정치권에서 추천하는 것으로 규정하였고, 종전의 65세 정년에 더하여 12년 단임제로 임기를 한정시켰다.⁸²⁾

그러나 이를 시작으로 2014년부터 에르도안(Recep Tayyip Erdoğan) 대통령에 의한 권위주의적인 통치가 강화되면서 헌법재판소에 대한 압박도 커졌고, 2015년 6월 쿠데타 시도와 실패 후 일반법원 법관 약 4000명이 파면, 체포, 기소된 한편, 2016년 8월에 헌법재판소는 재판관 17명 중 2명을 파면하였다.⁸³⁾ 2017년 개헌으로 강력한 대통령제를 도입하면서 튀르키예의 수평적 권력통제는 더욱 약화되었다.

(2) 검토 및 시사점

튀르키예의 코트패킹 사례에 관한 평가는 양분된다. 당초 헌법재판소가 권한을 일탈하는 무리한 결정으로 민주적으로 선출된 대의기관의 권한을 과도하게 제한하였다는 비판에 따라, 권력균형의 측면에서 재판부 재구성이 필요한 것이었으며, 재판관 선출절차의 변경 또한 민주적 정당성 제고에 기

⁸¹⁾ Tom Gerald Daly, 앞의 글, pp. 1083-1084, p.1807. 2017년에 군사법원이 폐지되면서 해당 당연직 재판관 2명이 없어져 17명에서 15명으로 감원되었다(헌법 제 146조).

⁸²⁾ Ozan O. Varol et al, 앞의 글, 195-198면. 그 이후 2013-2014년에는 Erdoğan 정부는 일반법원과 검찰을 장악하기 위한 (High Council Judges and Public Prosecutors (Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, HSYK) 개혁법안을 통과시켜 사법부 및 검찰청까지 장악하게 되었다. Ergun Özbudun, “Turkey’s Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism”, International Spectator Vol. 50 Issue 2 (2015), pp. 46-53

⁸³⁾ Tom Gerald Daly, 앞의 글, p. 1087; Tarik Olcay, “Firing Bench-Mates: The Human Rights and Rule of Law Implications of the Turkish Constitutional Court’s Dismissal of Its Two Members”, European Constitutional Law Review Vol. 13 Issue 3 (2017) 568-573쪽

여한다는 평가가 있었다.⁸⁴⁾ 그러나 장기적인 관점에서 튀르키예의 코트패킹은 결과적으로 헌법재판소의 견제 기능을 약화시켜 반민주적인 권위주의 정권의 확립에 유리하게 작용한 것으로 분석할 수 있다.⁸⁵⁾ 이에 코트패킹의 명분을 불문한 내재적 위험성으로 인해 신중한 접근이 필요하다는 점을 재차 확인할 수 있다.

4. 동유럽

(1) 헝가리

헝가리 오르반 빅토르(Orbán Viktor)의 청년민주연합(Fidesz)이 2010년 집권한 이후 2011년 헌법을 새롭게 제정하고 수 차례 헌법개정 및 법률개정을 통하여 권력을 집중시켰으며 2014년에는 ‘비자유주의적 민주주의(illiberal democracy)’를 선언하기에 이르렀다.⁸⁶⁾ 그 과정에서 사법부의 구성과 권한에 관한 다양한 입법 독주를 통해 행정부를 견제하여야 하는 사법부를 행정부에 종속시켜 오히려 정권의 정책을 정당화하는 도구로 전락시켰다.⁸⁷⁾

청년민주연합이 주도한 2011년 헌법 개정은 헌법재판소의 재판관을 11명에서 15명으로 증원하였고, 국회의 과반을 차지한 정당이 재판관을 선임할 수 있도록 선임 요건도 완화하여 청년민주연합이 4명의 신임 재판관을 선출

⁸⁴⁾ Aslı Bâli, “Courts and constitutional transition: Lessons from the Turkish case”, *International Journal of Constitutional Law* Volume 11 Issue 3 (2013), p. 694

⁸⁵⁾ Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1087쪽 참조; Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85 No. 2 (2018), pp. 551-552 참조

⁸⁶⁾ Renata Uitz, “Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1 (January 2015), p. 280; 최가은, 최진우, “헝가리의 비자유민주주의와 경제위기 프레임”, *세계지역연구논총* 제41집 제1호(2023), 193쪽; 김희정, *유럽헌법다원주의 이론과 한계 - 유럽 권위주의 사례를 통해서 본 헌법다원주의 이론의 실천적 위기와 시사점*, *유럽헌법연구* 제48호 (2025), 77-79면

⁸⁷⁾ 장훈, 앞의 글, 19쪽; 김신규, “폴란드와 헝가리의 입헌 포퓰리즘과 사법부 제약”, *통합유럽연구* 제15권 제3호(2024), 304-305쪽

할 수 있었다.⁸⁸⁾ 아울러 재판관의 임기를 9년에서 12년으로 연장하여 새로 선출된 재판관의 임기를 연장하였고, 종전 재판소 내 호선되어 3년의 임기를 지냈던 헌법재판소장도 국회에서 선출하여 재판관 임기 동안 소장직을 유지하도록 하였다.⁸⁹⁾ 또한, 재판관의 법률상 정년 규정을 삭제하여 새로 임명된 재판관들이 나이에 무관하게 임기를 모두 채울 수 있도록 하였다.⁹⁰⁾ 한편, 2013년 헌법개정을 통해 동성 가족, 사실혼, 정치적 표현의 자유, 인간의 존엄성 등 기본권을 보호하는 헌법재판소 결정에 반하는 헌법 규정을 도입하고,⁹¹⁾ 신헌법 이전의 모든 헌법재판소 결정을 무효화시켰다.⁹²⁾ 헌법재판소는 더 이상 소수자의 인권을 보호하는 기능을 상실하고 정부 정책을 합리화하고 정당화하는 기관으로 추락했다.⁹³⁾

(2) 폴란드

폴란드의 경우, 2015년에 법과정의당(PiS)이 재집권하면서 2007년 첫 집권 당시 법과정의당이 추진한 보수·카톨릭적 법제를 위헌선언한 헌법재판소

88) 종전에는 국회 내 각 정당의 대표자로 구성된 비상임 위원회에서 2/3 찬성으로 재판관이 선임되었으나, 이러한 규정을 개정하여 재판관 선출 위원회는 국회 의석에 비례하여 구성하도록 하였고, 이에 국회의 2/3을 차지한 Fidez-KDNP 정부는 해당 위원회에서 다른 정당의 동의 없이 단독으로 재판관을 선출할 수 있게 되었다. Aylin Aydin-Cakir, “The varying effect of court-curbing: evidence from Hungary and Poland”, *Journal of European Public Policy* Vol. 31 No. 5 (2024), p. 1187; Renata Uitz, 앞의 글, 292-293쪽

89) Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1188쪽

90) Renata Uitz, 앞의 글, 292-293쪽

91) Tímea Drinóczi, “Constitutional Politics in Contemporary Hungary”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 10, Issue 1 (2016), pp.84-86

92) 헝가리 기본법 부칙(Final and Miscellaneous Provisions) 제5조; Venice Commission Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, Opinion 720/2013, paras 88-99; Tímea Drinóczi, 앞의 글, 88쪽

93) 대표적으로 EU의 난민분산수용을 거부한 정부의 정책을 합헌이라고 판결한 사례 참조. 김희정, 앞의 글, 78쪽. 집권세력의 사법부 장악은 헌법재판소에 그치지 않고 일반법원에도 미쳤는데, 판사의 정년을 70세에서 62세로 낮추어 대법관 80명 중 20명과, 주요 법관 274명을 퇴임시켰으며, 청년민주연합의 영향 하에 있는 국가사법사무소(National Judicial Office)를 신설하여 판사의 신규 임명 및 인사까지 장악하였다. 장훈, 앞의 글, 19쪽

(Constitutional Tribunal)를 ‘일반의지에 반하는 비민주적인 기관’으로 지목하였다.⁹⁴⁾ 2015년 총선을 전후하여 헌법재판소 구성의 위기가 촉발되었는데, 2015년 5월 대선에 이어 10월 25일 총선에서도 여당인 신민연단(PO)의 패배가 예상되자, 7대 하원은 임기 만료 직전인 2015년 10월 8일에 두 달 후 12월에 임기를 마치는 재판관 2명을 포함하여 임기가 만료되는 5인의 재판관을 선출하였다.⁹⁵⁾ 그러나 법과정의당 소속 두다(Duda) 대통령은 재판관 임명 절차를 거부하였고 임기가 새로 시작된 8대 하원이 새롭게 선출한 5명의 재판관을 임명하였다.⁹⁶⁾ 헌법재판소는 재판관 공석이 발생한 시점의 하원이 새로운 재판관을 선출할 권한이 있다고 보고, 구 의회가 선출한 재판관 중 3인은 적법하게 선출된 것이라고 확인하였으나, 2016년 12월에 헌법재판소장이 법과정의당 선출 재판관으로 변경되면서 법과정의당 선출 재판관들은 결국 재판에 참여하였고, 기존의 부소장에 대하여는 임기 만료 3개월 전부터 강제 휴가를 쓰도록 하여 재판에서 배제하였다.⁹⁷⁾

2016년 이후부터 법과정의당은 그 밖의 규범적인 수단으로 헌법재판소에 대한 통제를 강화했는데, 심판정족수를 재판관 15인 중 9인 이상에서 13인 이상으로 변경하고 위헌결정 정족수를 단순 과반수에서 2분의 3 이상으로 변경하며 사건의 변론을 접수일 순으로 정하도록 강제하거나 접수 후 6개월 후에 선고하도록 하는 등의 방법으로 법률의 위헌 선고 가능성을 낮추었다.⁹⁸⁾ 폴란드 헌법재판소는 위 조항을 포함하여, 헌법재판소의 업무 효율성을 해치는 절차법에 대하여 위헌선언을 하였으나, 2016년 말경 종전 재판관들의 임기 만료로 법과정의당에서 선임한 재판관들이 다수를 차지하면서 헌법재판소는 실질적으로 무력화되었고, 법과정의당의 개정입법에 대하여 형식적 정당성을 부여하는 기관이 되었다.⁹⁹⁾

94) 김신규, 앞의 글, 307쪽

95) 이황희, 앞의 글(주 17), 7-8쪽; 김신규, 앞의 글, 313쪽

96) 이황희, 앞의 글(주 17), 7-8쪽; 김신규, 앞의 글, 313쪽; Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1189쪽

97) 이황희, 앞의 글(주 17), 10-12쪽; 김신규, 앞의 글, 313-314쪽;

98) 이황희, 앞의 글(주 17), 13-14쪽; 김신규, 앞의 글, 314-215쪽; Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1190쪽

99) 이황희, 앞의 글(주 17), 14-16쪽; Stephen Gardbaum, “Comparative political

(3) 검토 및 시사점

헝가리와 폴란드는 2010년 이후 민주주의의 쇠퇴로 국제적 이목을 끌었다. 헝가리의 경우 청년민주연합은 헌법개정이 가능한 정도의 의석을 확보하여 주로 헌법 및 법률 개정 등의 공식적인 수단을 통하여 코트패킹을 실행하였고, 재판관의 선출 및 임기 등 변경을 통해 집권세력에 유리한 재판부를 구성할 수 있었다.¹⁰⁰⁾ 폴란드는 헌법개정이 가능한 의석 확보가 되지 않았기 때문에 사전적 재판관 선출, 선출된 재판관의 미임명 등 비공식적 수단으로 코트패킹이 시도되고 실행되었으며,¹⁰¹⁾ 여타 재판 자체를 어렵게 하는 절차규정의 개정을 통해 그 기능을 훼손시켰다.

양 나라 모두 포퓰리즘 정권이 민주주의를 퇴행시켰다는 평가를 받는데, 폴란드의 경우 2022년 총선에서 법과정의당이 패배하면서 집권의 막을 내렸으나, 재차 코트패킹에 의존하지 않으면서도 이미 변형되고 왜곡된 헌법 재판소의 구성을 회복시키는 방안이 쉽지 않아 빠른 시일 내 법치주의 복구에 어려움을 겪고 있는 것은 코트패킹의 장기적 악영향을 시사한다.¹⁰²⁾

process theory”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18 No. 4 (2020), pp. 1441-1442. 2017년에는 일반법원에 대한 통제도 확대하여 법관의 추천권한이 있는 사법부 국가위원회(National Council of the Judiciary)의 구성에 대한 국회의 영향력을 확대하고, 대법원 대법관의 정년을 70세에서 64세로 낮추어 40%를 퇴임시키는 등 사법부의 독립성도 저해하였다. 그 밖에 NCJ의 통제하에 대법원 내 징계위원회를 설립하여 판결을 이유로 한 판사의 징계를 가능하게 하였고, 나아가 사법개혁에 대한 비판 등 ‘정치적 행위’를 이유로 한 징계를 가능케 하였다. 또한 법무부와 검찰을 결합하여 검사의 독립성을 실질적으로 박탈하였다. Stephen Gardbaum, 앞의 글, 1442쪽; 김희정, 앞의 글, 79쪽; Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1189-1191쪽

¹⁰⁰⁾ Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1181쪽

¹⁰¹⁾ Aylin Aydin-Cakir, 앞의 글, 1191쪽. 그밖에 2016년 이후 폴란드에서 보인 헌법 재판 절차 관련 법률 개정은 헌법재판의 실효성을 방해하였으나, 재판부의 구성 자체의 임의적 변경은 아닌 점에서 코트패킹에 해당하지는 않는다.

¹⁰²⁾ 김신규, 앞의 글, 323쪽

IV. 우리나라 헌법재판소의 코트패킹 사례와 방지책

우리나라 헌법재판소는 1987년 헌법으로 설립된 이래로, 재판부 구성이 규범적으로 변경된 것은 1991년 비상임 재판관을 전원 상임재판관으로 변경한 것이 유일하다.¹⁰³⁾ 그 밖에 재판관 임명 절차의 변화로는 2005년 재판관 전원예 대한 인사청문회 절차를 도입한 정도이다.¹⁰⁴⁾ 따라서 헌법이나 법률 개정에 의한 코트패킹 사례는 아직 나타나지 않았다.

그러나 코트패킹이 반드시 법 개정과 같이 공식적 절차에 의한 것에 한정되지 않고, 비공식적 사실행위로도 실현될 수 있는 점은 앞서 살펴본 외국의 여러 사례에서 확인한 바와 같다. 이러한 사례들을 참고하였을 때 우리나라 헌법재판소의 경우에도 유사하게 문제 될 소지가 있는 경우들을 발견할 수 있다. 즉, 국회 및 대통령(권한대행)에 의한 재판관 미임명으로 인한 공석, 재판관 사전임명, 사퇴강요, 황금낙하산 등 방법으로 헌법재판소의 구성에 대한 불규칙적 개입이 있었던 사례들이 있는바, 이하 유형별로 살펴본다.

1. 헌법재판소 코트패킹 사례

(1) 헌법재판관 미임명

1) 국회의 헌법재판관 미임명

헌법재판소법 제6조 제3항에 따라 헌법재판소 재판관의 임기가 만료되는 경우 임기만료일까지 후임자를 임명하여야 한다. 그런데 2024년 10월 17일에 헌법재판소 재판관 중 국회 선출 몫 3명¹⁰⁵⁾의 임기 만료 시점까지도 후임 재판관의 임명절차가 진행되지 않았다. 재판관 임명절차가 지연된 주된 이유로 2000년경 이후 국회 선출 몫의 재판관으로 여당 추천 1인, 야당 추천 1인, 그리고 여야 합의 또는 제2야당 추천 1인으로 임명하던 관행의 파기가 거론되었다.¹⁰⁶⁾ 즉, 국회의원 175석을 보유한 거대 야당인 더불어민주당

¹⁰³⁾ 헌법재판소법 1991. 11. 30. 법률 제4408호로 개정된 것

¹⁰⁴⁾ 인사청문회법 2005. 7. 29. 법률 제7622호로 개정된 것

¹⁰⁵⁾ 이종석 헌법재판소장, 이영진 재판관, 김기영 재판관

당이 의석수에 따라 2인의 재판관을 추천할 것을 주장하면서 여당인 국민의 힘과의 합의가 교착되어 2024년 12월 9일에서야 후임재판관 추천이 이루어져 2024년 12월 26일 선출안이 가결되었다.¹⁰⁷⁾ 2025년 1월 1일에 여당 추천 조한창 재판관과 야당 추천 정계선 재판관이 임명되고, 2025년 4월 9일에 마은혁 재판관이 임명되어 공석을 충원하였다.¹⁰⁸⁾ 이에 2024년 10월 1일부터 2025년 1월 1일까지 3명의 재판관 공석으로 심리정족수 미달의 문제가 불거지자, 헌법재판소는 가처분 결정을 통해 재판관 7인 이상의 출석으로 사건을 심리한다고 정하는 헌법재판소법 제23조 제1항의 효력을 정지하여 사건의 심리 및 변론을 계속 진행하였다.¹⁰⁹⁾ 그러나 당시 대통령을 포함한 다수의 탄핵심판사건¹¹⁰⁾이 계속 중이었던 점을 고려할 때 3인 재판관의 공석은 정상적인 재판소 운영에 큰 차질을 빚었다.

여야 마찰로 인한 국회 선출 몫 재판관의 공석 문제는 반복적으로 나타나고 있는 현상이다. 2018년 9월 19일에 국회 선출 몫 재판관 3인¹¹¹⁾이 퇴임

106) 새정치국민회의(당시 여당)의 추천으로 하경철 재판관(1999.9.-2004.1.) 선출 이후 그 후임으로 이상경 재판관(2004. 5.-2005. 6. 여당, 새천년민주당), 조대현 재판관(2005. 7.-2011.7. 여당, 열린우리당), 김이수 재판관(2012.9.-2018. 9.야당, 민주통합당), 김기영 재판관(2018. 10. - 2024. 10, 여당 더불어민주당)이 임명되었다. 한나라당(당시 야당)의 추천으로 권성 재판관(2000.9.-2006.8.)의 후임으로 이동흡 재판관(2006. 9.-2012. 9. 야당, 한나라당), 안창호 재판관(2012. 9.-2018.9), 이종석 재판관(2018. 10.-2024. 10.)이 임명되었다.

여야합의로 김효중 재판관(2000. 9. -2006.9.), 목영준 재판관(2006.9.-2012.9.), 강일원 재판관(2012. 9.-2018.9)이 임명되었고, 강일원 재판관의 후임으로 제2야당(당시 원내 3당) 바른미래당 추천으로 이영진 재판관(2018. 10.-2024.10)이 임명되었다.

107) 이보라, 손우성, 김나연, ‘헌법재판관 선출’ 살바싸움...국힘 “관례대로” 민주 “두 명은 우리 몫”, 경향신문 2024. 9. 10.; KBS 뉴스, 현실로 다가온 ‘헌재 마비’ 사태...이진숙 “탄핵심판 진행해야” 위헌소송, 2024. 10. 14.; 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1, 판례집 37-1, 128

108) 후술하는 바와 같이 대통령 권한대행의 헌법재판관 임명 부작위로 인해 임명 날짜가 더 지연되었다.

109) 헌재 2024. 10. 14. 2024헌사1250

110) 방송통신위원회위원장(2024헌나1), 감사원장(2024헌나2), 검사 3인(2024헌나3, 2024헌나4, 2024헌나5), 법무부장관(2024헌나6), 경찰청장(2024헌나7), 대통령(2024헌나8), 국무총리(2024헌나9)

한 후에 여야 간 대립으로 인해 선출결의가 늦어져 한 달여간 후임자가 임명되지 못하다 2018년 10월 19일에야 후임 재판관¹¹²⁾이 임명되었다.¹¹³⁾ 6인 체제로 운영되던 중에는 심리정족수의 미달로 모든 심판 사건의 평의, 변론, 선고가 전면 마비되었고, 주요 행정사항을 의결하는 재판관회의 또한 정족수 미달로 배당조정 등 행정사항의 결정에도 적지 않은 문제가 발생했다.¹¹⁴⁾

가장 오랜 공석은 열린우리당 추천 조대현 재판관이 2011년 7월 8일 퇴임한 이후 민주통합당 추천 김이수 재판관이 2012년 9월 20일 임명될 때까지 14개월 넘게 공석이 유지된 경우이다. 이는 조대현 재판관의 후임으로 추천된 조용환 후보자에 대한 선출안이 장기간 본회의에 부의되지 않다가 2012년 2월 9일에 부결되는 등의 과정으로 인한 것이었다.¹¹⁵⁾ 이와 관련하여 제기된 ‘퇴임재판관 후임자선출 부작위 위헌확인’ 헌법소원심판에서 헌법재판소는 개인의 공정한 헌법재판을 받을 권리의 보장을 위해 국회가 공석인 재판관의 후임자를 선출할 의무가 있음을 확인하고, ‘상당한 기간’ 내에 공석이 된 재판관의 후임자를 선출할 헌법상 작위의무를 인정한 후, 국회가 이러한 작위의무를 지체했다고 판단하면서도, 이미 후임 재판관이 임명된 이후에 결정이 선고되어 심판청구의 권리보호이익이 소멸되었다는 이유로 각하 결정을 내린 바 있다.¹¹⁶⁾

111) 김이수 재판관, 안창호 재판관, 강일원 재판관

112) 이종석 재판관, 이영진 재판관, 김기영 재판관

113) 뉴시스, 현재 ‘기능 마비’ 한달 만에 해소…낙태죄 등 심리 본궤도, 2018. 10. 17.

114) 뉴시스, [국감현장] 현재 “국회추천 재판관 임명 안돼 기능마비…조속해결 당부”, 2018. 10. 11. 그 이후 헌법재판소법을 개정하여 재판관회의의 의결 정족수를 ‘재판관 7명 이상의 출석과 출석인원 과반수의 찬성’에서 ‘재판관 전원의 3분의 2를 초과하는 인원의 출석과 출석인원 과반수의 찬성’으로 개정하였다.[법률 제18836호, 2022. 2. 3, 일부개정]

115) 뉴스1, 조용환 현재 재판관 선출안 부결… 헌법 위반사태 계속, 2012. 2. 10.; 성시영, 홍준형, “헌법재판소 재판관 인사청문회에 나타난 정치와 사법의 관계: 조용환 후보자에 관한 청문회 회의록 분석”, 한국사회와 행정연구 제23권 제3호(2012), 350쪽

116) 현재 2014. 4. 24. 2012헌마2

2) 대통령의 임명부작위

2024년 10월 17일로 퇴임한 3명의 국회 선출 몫 재판관의 후임 재판관 3명¹¹⁷⁾의 선출안은 모두 2024년 12월 26일에 가결되었으나, 당시 대통령의 탄핵소추로 인해 대통령의 권한을 대행하던 국무총리가 재판관을 즉시 임명을 하지 않아 탄핵소추 되어 직무가 정지된 데 이어, 대통령의 권한을 대행하게 된 기획재정부장관은 2025년 1월 1일에 정계선, 조한창 후보자를 재판관으로 임명하였으나¹¹⁸⁾ 마은혁 후보자는 임명하지 않았다. 이에 국회는 대통령(권한대행)을 상대로 임명부작위를 다투는 권한쟁의심판을 제기하였고, 헌법재판소는 후보자의 자격요건이 문제되거나 국회의 선출과정이 헌법 및 법률을 위반하지 않는 한 대통령은 국회가 재판관으로 선출한 사람을 임명할 헌법상 의무가 있다고 판단하였다.¹¹⁹⁾ 이에 대통령(권한대행)은 2025년 4월 9일에 마은혁 재판관을 임명하였으나, 이러한 임명 지체로 인해 당시 정치적으로 중대한 사건인 탄핵심판사건 8건과¹²⁰⁾ 권한쟁의심판사건 1건은¹²¹⁾ 불완전한 8인 재판부로 결정이 선고되었다.

3) 검토

헌법재판관 임명 절차에서 다수의 국가기관이 관여하도록 하는 것은 앞서 살펴본 바와 같이 권력의 견제와 균형을 도모하기 위한 것이다. 그러나 위와 같은 미임명 사례에서 볼 수 있는 바와 같이 이러한 구조로 인하여 복수 지점에서 재판관의 임명을 저지할 수 있는 여지도 생긴다.¹²²⁾ 헌법재판관 임명절차의 부당한 지연으로 재판부의 온전한 구성을 방지하는 것은 현행법이 예정하지 않는 방법으로 재판부의 구성에 개입하여 법정의견의 공정한 형성을 제한하는 것이고, 특히 심판정족수 또는 결정정족수에 미달하도록

117) 마은혁 재판관, 정계선 재판관, 조한창 재판관

118) 각 여당추천(조한창), 야당추천(정계선) 재판관 1명씩만 임명한 것이다.

119) 헌재 2025. 2. 27. 2025헌라1

120) 헌재 2025. 1. 23. 2024헌나1, 헌재 2025. 3. 13. 2024헌나3, 헌재 2025. 3. 13. 2024헌나4, 헌재 2025. 3. 13. 2024헌나5, 헌재 2025. 3. 13. 2024헌나2, 헌재 2025. 3. 24. 2024헌나9, 2025. 4. 4. 2024헌나8, 2025. 4. 10. 2024헌나6

121) 2025. 4. 10. 2024헌라8

122) David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 20), 94쪽

공석을 유지하는 경우 이는 헌법재판소의 법정의견 형성을 불가능하게 하여 헌법재판소의 권력통제 기능을 전면적으로 마비시키는 것으로서 코트패킹에 해당한다고 평가할 수 있다. 권한쟁의심판사건이나 탄핵심판사건과 같이 정치적 영향력이 큰 사건을 앞두고 이러한 취약점이 악용될 위험이 큰 점을 확인할 수 있다.

(2) 헌법재판관의 사전임명

헌법재판관의 사전 임명 혹은 권한 없는 임명이 문제된 사례도 있다. 2025년 4월 4일 탄핵결정으로 윤석열 대통령이 파면된 이후, 2025년 4월 18일에 대통령 지명 몫 재판관 2명이¹²³⁾ 임기만료로 퇴임할 예정인 상태에서, 파면된 대통령의 권한을 대행하고 있던 국무총리는 2025년 4월 8일에 재판관 후임자 2인을 지명하였다.¹²⁴⁾ 이러한 재판관 지명행위에 의한 임명절차의 속행 정지를 구하는 효력정지가처분신청에 대하여 헌법재판소는 대통령 권한대행이 대통령 지명 몫 재판관을 지명할 권한이 있는지 여부가 불분명하다는 이유로 일체의 임명절차 속행을 정지하는 결정을 선고했다.¹²⁵⁾ 그 후 새로 선출된 이재명 대통령은 2025년 6월 5일에 위 후보자의 지명을 철회하고¹²⁶⁾ 다른 재판관¹²⁷⁾을 임명하였다.

대통령 권한대행이 대통령 선출 몫 헌법재판관을 임명할 권한이 있는지 여부에 관하여 논란이 있고 아직 이에 대한 명확한 헌법적 해석이 없다. 그러나 대통령의 파면 후 권한대행의 민주적 정당성 결여로 인하여 헌법재판관 지명이 허용되지 않는다는 입장을 따른다면 이 경우 재판관 임명을 강행하는 것 또한 현행법이 예정하지 않는 방법에 의한 재판부의 질적 변경을 시도한 것이라고 평가할 여지가 있다.¹²⁸⁾ 이는 정권 변경이 예정된 상태에

123) 문형배 재판관, 이미선 재판관

124) 심언기, 한병찬, “‘尹 최측근’ 헌법재판관 지명한 한덕수 ... 민주 ‘재탄핵’ 꿈틀”, 뉴스1, 2025. 4. 8.

125) 현재 2025. 4. 16. 2025헌사39

126) 고동욱, 임형섭, 황윤기, “李대통령, 이완규·함상훈 헌법재판관 후보자 지명 철회 (종합)”, 연합뉴스, 2025. 6. 5.

127) 김상환 헌법재판소장, 오영준 재판관

서 우호적인 재판관의 사전임명을 시도하였다는 점에서 앞서 살핀 폴란드의 사례와도 유사한 측면이 있다.¹²⁹⁾

(3) 임기 전 사퇴유인

1) 사퇴 강요

헌법재판관이 자의에 반하여 임기를 채우지 못한 사례는 한 차례 있었다. 이상경 재판관(2004. 2.-2005. 6.)은 새천년민주당의 추천으로 재판관에 임명되었으나, 2004년 노무현 대통령 탄핵심판 사건에서 인용의견을 내린 것으로 알려졌다.¹³⁰⁾ 그 후 부동산 임대소득 관련 탈세 사실이 논란이 되었고, 시민단체 등으로부터 사퇴 압력을 받던 중 2005. 6. 2. 사의를 표명했다.¹³¹⁾ 여론의 비난으로 자진사퇴하였다는 점에서 집권세력의 직접적인 코트패킹 사례라고 단정하기는 어려우나, 집권세력에 불리한 결정을 내린 헌법재판관이 인사청문회를 거쳐 임명된 지 1년 만에 사퇴하여 재차 헌법재판관 임명 기회가 생긴 사실은 부정하기 어렵다.

2) 황금낙하산

헌법재판관이 자의로 임기 전 사임한 경우는 두 번 있었는데, 모두 다른 고위직 자리의 제의를 받는 경우이다. 대법원장 지명 몫 이시윤 재판관(1988.9-1993.12.)은 5년여 재직 후 임기 도중에 감사원장으로 자리를 옮겼다.¹³²⁾ 대통령 지명 몫 김희옥 재판관(2006.9-2010.12.)은 4년여 재직 후 임기 도중에 동국대학교 총장으로 자리를 옮겼다.¹³³⁾ 앞서 살핀 아르헨티나

¹²⁸⁾ 대통령 권한대행이 대통령 선출 몫 헌법재판관을 임명할 권한이 있는지 여부에 관한 구체적인 검토나 의견은 본 논문의 연구범위를 벗어나므로 보류한다.

¹²⁹⁾ 위 III. 4. (2)참조

¹³⁰⁾ 경향신문, 헌재 평결 1-5-3으로 갈렸다. 2004. 5. 14. 당시 탄핵심판사건의 반대 의견 등은 결정문에 표시되지 않았다(헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1).

¹³¹⁾ 한국일보, “이상경 헌법재판관 사임”, 2005. 6. 2.; 홍성규, “이상경 재판관 사퇴”, 법률신문, 2005. 6. 2.

¹³²⁾ KBS 뉴스, “국회-이회창 국무총리, 이시윤 감사원장 임명동의”, 1993. 12. 16.; 김태훈, “대법관·재판관 내던진 역대 감사원장들”, 세계일보, 2008. 6. 20.

¹³³⁾ 연합뉴스, “<인터뷰> 동국대 총장된 김희옥 헌법재판관”, 2010. 12. 20.

사례와 유사하게 타 고위직의 제안(“황금낙하산”)으로 재판관들이 자진 사임하여 새로운 재판관을 선출할 기회가 열린 것이다.¹³⁴⁾

그 밖에도 실제 자리를 옮기지는 않았지만, 새누리당 추천 안창호 재판관(2012.9.-2018.9.)은 재직 1년이 안된 상태에서 검찰총장 후보자 인사 검증에 동의하였으나, 임명되지는 않았다.¹³⁵⁾ 자유한국당 추천 이종석 재판관(2018.10.-2024. 10.)도 5년여 재직 후 임기 도중에 대법원장 후보에 올랐고,¹³⁶⁾ 대법원장 지명 김형두 재판관(2023. 3.-)도 헌법재판관 재직 1년이 채 안 되어 대법원장 후보자로 검토되었으나, 임명되지는 않았다.¹³⁷⁾ 헌법재판관들이 재직 중에도 다른 고위직 인사 검증에 동의하고 임기 중 사임을 적극적으로 고려하는 점에서, 황금낙하산도 재임 중인 헌법재판관의 교체에 효과적인 수단이 될 수 있음을 예측할 수 있다.

(4) 소결

포괄적인 코트패킹 개념과 외국 사례를 참고하였을 때 우리나라 사례들의 문제점과 위험성을 더 명확하게 포착할 수 있다. 우리나라의 경우 아직까지 헌법이나 법률 개정 등 공식적 수단에 의한 코트패킹 사례는 없으나, 재판관 미임명으로 불완전한 재판부에 의한 심리가 이루어지도록 하여 법정의견 형성에 영향을 주거나, 사전 임명, 사퇴 유도 등에 의한 재판부의 질적 변경 등 비공식적인 방법에 의한 코트패킹 가능성이 반복적으로 확인된다. 이러한 시도는 구체적인 형태는 다르나, 결과적으로 현행법이 예정하지 않은 방법으로 재판부의 독립성을 훼손할 수 있다는 점에서 엄격한 통제가 필요하다.

¹³⁴⁾ 위 III. 2. (1) 참조

¹³⁵⁾ 법률신문, “안창호 헌법재판관, 검찰총장 후보 인사검증 동의”, 법률신문, 2013. 1. 28.

¹³⁶⁾ 박수연, “차기 대법원장 후보 ‘오석준·이종석·홍승מן’ 유력 검토”, 법률신문, 2023. 8. 7.

¹³⁷⁾ 동아일보, “[단독]대법원장 후보자 내주 지명… 김형두 조희대 정영환 압축”, 2023. 11. 4.

2. 코트패킹의 통제 방안

(1) 재판부 재구성의 필요성

헌법이나 법률 개정에 의하는 경우에도 헌법재판소의 구성을 변경하는 코트패킹의 위험은 앞서 살핀 바와 같다. 그러나 우리나라 현행법상 헌법재판소 구성 체계가 완벽한 것은 아니고, 개선의 필요성에 대한 목소리가 커지고 있다. 반복되는 재판관 공석 사례의 예방을 위한 예비재판관제도¹³⁸⁾나 후임재판관 선출시까지의 자동 임기연장,¹³⁹⁾ 재판관 선출에 필요한 의결 요건의 강화¹⁴⁰⁾ 등 다양한 의견들이 제기되고 있으며, 실제 변화된 헌법재판 환경 및 시대적 요구에 부응하도록 필요한 제도개선을 적극적으로 검토할 시점이 다가오고 있다.

민주주의와 법치주의의 제고를 위한 제도개혁을 추진하는 경우에도 그 과정에서 불가피하게 발생하는 코트패킹과 그 위험성은 튀르키예의 사례에서 살핀 바와 같다.¹⁴¹⁾ 따라서 정당한 제도개혁의 경우에도 코트패킹의 위험을 인지하고 이를 최대한 통제하는 방법으로 실현할 필요가 있는바, 다음과 같이 코트패킹의 절차적 통제수단과 내용적 통제수단을 고려할 수 있다.¹⁴²⁾

(2) 코트패킹의 절차적 통제

코트패킹의 위험성은 집권세력에 의한 일방적인 재판부 재구성과 그로 인

138) 권건보, “헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점”, 헌법학연구 제15권 제3호(2009), 168-169쪽; 김종철, 앞의 글(주 9), 36-37쪽

139) 후임자가 임명되지 않은 경우 기존 재판관이 6개월에 한하여 직무를 수행할 수 있도록 제안한, 복기왕의원 대표발의, 헌법재판소법 일부개정법률안 의안번호 8163, 2025. 2. 14.; 윤성민, “野 ‘헌법재판관 임기 연장’ 발의…與 “문형배·이미선 연장법””, 중앙일보, 2025. 2. 19.

140) 김하열, 헌법소송법(제4판), 박영사, 2021, 78쪽; 이황희, “탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법”, 성균관법학 제32권 제3호(2020), 162쪽

141) 위 III. 3. 참조

142) 이하 논의는 공식적 수단에 의한 코트패킹에 한한다. 기타 비공식적 수단에 의한 코트패킹은 사실행위로 이루어지는 것으로서 여론의 감시와 정치적 책임을 통해 제어하여야 한다.

한 사법의 정치화라고 할 수 있는바, 이를 방지하기 위한 절차적 방안으로 재판부의 구성을 변경하는 제도개혁의 경우 특정 정치세력이 단독으로 이를 결정하지 않고 여야 합의에 의하도록 하는 방법을 고려할 수 있다. 우리나라의 경우 헌법에서 헌법재판관의 수와 기본적인 선출 및 임명 방법을 규정하고, 헌법개정을 위해 국회 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 요청한다는 점에서 실질적으로 헌법재판관의 수를 변경하기 위하여 여야 합의를 요하는 구조라고 볼 수 있다.¹⁴³⁾ 헌법재판소의 구성에 관한 기본 체계를 헌법에서 직접 규정한 것은 일부 정치세력에 의한 입법 독주에 의한 코트패킹을 예방하는 효과가 있다.¹⁴⁴⁾

그러나 그 밖에 후임 재판관 선출시까지의 임기연장, 정년의 연장이나 감축, 구체적인 법관 자격 제한, 최소연령, 결격요건 등은 법률의 개정에도 변형이 가능한 바, 앞서 살핀 헝가리 등 사례와 같이 이러한 법률 내용의 변경만으로도 집권세력의 재판부 재구성이 가능할 수 있다.¹⁴⁵⁾ 이 경우에 양당의 합의에 의한 개혁 추진은 제도개혁의 객관적인 필요성을 확인할 수 있는 절차가 되며, 일방적인 추진이 아니라는 점에서 보복적으로 반보복적인 코트패킹의 재발 위험성을 감소시킬 수 있다.¹⁴⁶⁾ 그렇지 않은 집권세력에 의한 일방적인 추진은 그 명목상의 이유를 불문하고 정치적 남용의 가능성을 온전히 피하기 어렵다.

(3) 코트패킹의 내용적 통제

다른 통제 방안으로, 내용적인 측면에서 제도개혁이 코트패킹의 개념에 해당하지 않도록 구성하는 방안이 있다. 앞서 살핀대로 코트패킹의 기본적인 요소로 ① 현행 법률이 예정하지 않는 방법의 사용, ② 재판관 구성의 변경, 그리고 ③ 법정 다수의 새로운 창설이나 제한을 살펴보았다. 반드시 필

¹⁴³⁾ 대한민국헌법 제111조 제2항, 제130조 제2항

¹⁴⁴⁾ 최근 독일에서 연방헌법재판소의 구성에 관한 사항을 법률에서 헌법으로 이전한 것도 헌법재판소의 보호를 강화한 취지이다. 박진애, “독일의 최신헌법개정 동향”, 최신 외국입법정보 2025-13호(2025), 6-7쪽

¹⁴⁵⁾ 위 III. 4. (1) 참조

¹⁴⁶⁾ Tom Gerald Daly, 앞의 글, 1099쪽

요한 제도변경을 추진하는 경우 위 요소 중 ①, ②의 해당성을 피할 수 없겠으나, 헌법재판소 재판부 재구성을 추진하는 세력에 의해 새로운 재판관이 임명되는 경로를 차단함으로써 마지막 ③ 요소인 ‘법정 다수의 새로운 창설이나 제한’ 가능성을 단절시켜 코트패킹의 범위에서 벗어날 수 있다. 코트패킹은 이를 추진한 정치세력이 재판관을 사퇴시키거나 새로운 재판관을 임명하는 등의 방법으로 헌법재판소의 견제기능을 약화한 데에서 문제가 되는바, 예를 들어 제도 변경의 설계와 그 시행에 시차를 두어 임명기관의 교체가 가능한 선거 이후에 재판관 임명이 이루어지도록 한다면, 선거 결과의 불확실성으로 인해 재판부 구성의 중립성을 보장할 수 있을 것이다.¹⁴⁷⁾ 이는 제도개혁의 내용적 보안을 통해 코트패킹의 개념에서 벗어나 그 위험성을 방지할 수 있는 대안이 된다.

V. 결론

현행법에서 예정하지 않는 방법으로 헌법재판소 재판부의 구성을 변경하여 새로운 법정 다수를 창설하거나 기존의 다수를 제한하는 행위라는 광의의 코트패킹 개념은 헌법재판소의 독립성과 중립성, 그리고 헌법재판 기능을 저하시킬 수 있는 재판부 구성에의 개입 행위를 지목할 수 있는 유용한 렌즈가 된다. 이를 통해 해외 각국에서 헌법재판을 무력화하거나 헌법재판소를 무기화하는 다양한 유형의 개입행위를 확인할 수 있고, 그동안 우리나라 헌법재판소 구성 과정에서 발생한 다수의 불규칙적 구성 변경 사례들의 내재적 위험성도 포착할 수 있다.

2024년과 2025년에 다수의 탄핵심판사건, 권한쟁의심판사건이 계속 중이던 때에 헌법재판소 재판부의 구성과 관련하여 다수의 정치적 행위자들이 각자의 이해관계에 따라 재판부의 정당한 구성을 방해한 것은 정치적 사법

¹⁴⁷⁾ 유사하게 진행한 사례로 EU 일반법원(General Court)이 2015년에서 2019년까지 법관 28명에서 54명으로 증원하였는데, 증원결정에 관여한 행정부의 퇴각 이후에 임명절차가 완성되었다. David Kosař, Katarína Šipulová, 앞의 글(주 20), 88쪽

작용을 행하는 헌법재판소의 기능적 특성과, 타 기관에 의해 민주적 정당성을 중개 받는 헌법재판소의 구조적 특성으로 인한 것이다. 헌법재판의 정치적 영향력에 대한 인식이 제고되면서 헌법재판소 재판부의 구성에의 개입을 통하여 그 결정에 영향을 끼치려는 헌법상 강경책은 앞으로도 증가할 것으로 예상된다. 이에 코트패킹을 포착할 수 있는 객관적인 지표와 그 위험성에 대한 충분한 이해를 바탕으로, 헌법재판소의 독립성을 훼손하는 행위에 대한 경계를 늦추지 말아야 할 것이다.

(논문접수일: 2026. 02. 02. 심사개시일: 2026. 03. 10. 게재확정일: 2026. 03. 28.)

참고문헌

1. 국내문헌

김하열, 헌법소송법(제4판), 박영사, 2021

성낙인, 헌법학, 법문사, 2023

한동훈 외 3인, 헌법재판소 재판관의 자격, 구성방식 및 임기, 헌법재판연구원, 2011
AACC SRD, 헌법재판소, AACC 회원기관의 관찰과 조직, AACC 연구사무국, 2019

권건보, “헌법재판소 재판관 탄핵제도의 문제점”, 헌법학연구 제15권 제3호(2009)

김소연, “헌법개정논의에 있어서 “헌법재판소 구성”과 “헌법재판관 선임”의 문제”,
고려법학 제56호(2010)

김신규, “폴란드와 헝가리의 입헌 포퓰리즘과 사법부 제약”, 통합유럽연구 제15권
제3호(2024)

김정현, “법률안거부권과 탄핵소추권을 중심으로 본 권력충돌과 헌법상 강정책”, 헌
법학연구 제30권 제4호(2024)

김종철, “‘정치의 사법화’ 다시보기 - 한국형 민주공화제 진화의 관점에서-”, 공법
연구 제54집 제1호(2025)

김종철, “헌법재판소 구성방법의 개혁론”, 헌법학연구 제11권 제2호(2005)

김희정, “유럽헌법다원주의 이론과 한계 - 유럽 권위주의 사례를 통해서 본 헌법다
원주의 이론의 실천적 위기와 시사점”, 유럽헌법연구 제48호(2025)

박종현, “정치의 사법화 시대의 헌법재판 -‘헌법적 대화’이론을 중심으로-”, 법철학연
구 제25권 제2호(2022)

성시영, 홍준형, “헌법재판소 재판관 인사청문회에 나타난 정치와 사법의 관계: 조용
환 후보자에 관한 청문회 회의록 분석”, 한국사회와 행정연구 제23권 제3호
(2012)

이승우, “헌법재판소 구성방법과 제2기 재판관 임명의 문제점”, 법과사회 제10권
(1994)

이황희, “폴란드 헌법재판소의 위기와 그 헌법적 함의 — 헌법재판소와 정치권력 간
의 긴장관계를 중심으로 —”, 세계헌법연구 제29권 제1호(2023)

이황희, “탄핵심판의 측면에서 본 현행 재판관 제도의 문제점과 해법”, 성균관법학
제32권 제3호(2020)

임배진, “아르헨티나의 법률체계와 정치·경제 현황”, 한국법제연구원 비교법현안분

석, 제4권(2010)

장 훈, “행정부 권력의 초집중화와 민주주의의 쇠퇴: 헝가리, 폴란드 사례를 중심으로”, 미래정치연구 제11권 제2호(2021)

전정현, “노무현 정부 시기 헌법재판소와 반다수제 (countermajoritarian difficulty) 문제: 주요정책이슈에 대한 위헌결정사례분석”, 한국정치연구 제21권 제3호(2012)

정재황, “헌법재판소 재판관의 자격 문제에 대한 검토”, 성균관법학 제17권 제2호(2005)

최가은, 최진우, “헝가리의 비자유민주주의와 경제위기 프레이밍”, 세계지역연구논총 제41집 제1호(2023)

한수웅, “현행 헌법재판소 재판관 선임제도의 문제점과 개선방향”, 법학논문집 제39권 제1호(2015)

허완중, 헌법재판소의 민주적 정당성, 헌법학연구 제18권 제3호(2012)

2. 외국문헌

Jacob E. Cooke, *The Federalist*, Wesleyan University Press (1961)

Amid Bennaim, “The Death of the Autonomous Venezuelan Judiciary”, *Miami Inter-American Law Review* Vol. 51 No. 2 (2020)

Aslı Bâli, “The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52 Issue 2 (2012)

Aslı Bâli, “Courts and constitutional transition: Lessons from the Turkish case”, *International Journal of Constitutional Law* Volume 11 Issue 3 (2013)

Aylin Aydın-Cakir, “The varying effect of court-curbing: evidence from Hungary and Poland”, *Journal of European Public Policy* Vol. 31 No. 5 (2024)

Daniel E. Ho, Kevin M. Quinn, “Did a Switch in Time Save Nine?”, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 2, Issue 1 (2010)

David Kosař, Katarína Šipulová, “Comparative Court-Packing”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 21 Issue 1 (2023)

David Kosař, Katarína Šipulová, “How to Fight Court-Packing?”, *Constitutional Studies* Vol. 6 (2020)

- David Landau, Rosalind Dixon, “Abusive Judicial Review: Courts against Democracy”, *UC Davis Law Review*, Vol. 53, Issue 3 (2020)
- Ergun Özbudun, “Turkey’s Judiciary and the Drift Toward Competitive Authoritarianism”, *International Spectator* Vol. 50 Issue 2 (2015)
- Gretchen Helmke, “The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy”, *The American Political Science Review*, Vol. 96, No. 2 (2002)
- Joshua Braver, “Court-Packing: An American Tradition?”, *Boston College Law Review* Vol. 61 No. 8 (2020)
- Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85 No. 2 (2018)
- Mark Tushnet, “Constitutional Hardball”, *John Marshall Law Review*, vol. 37, no. 2 (2004)
- Mark Tushnet, “Court-Packing On the Table in the United States?”, *VerfBlog*, 2019/4/03
- Matthew M. Taylor, “The Limits of Judicial Independence: A Model with Illustration from Venezuela under Chávez”, *Journal of Latin American Studies* Vol. 46 No. 2 (2014)
- Ozan O. Varol et al, “An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey”, *American Journal of Comparative Law* Vol. 65 Issue 1 (2017)
- Rebecca Bill Chavez, “The Evolution of Judicial Autonomy in Argentina: Establishing the Rule of Law in an Ultrapresidential System”, *Journal of Latin American Studies* Vol. 36, No. 3 (2004)
- Renata Uitz, “Can You Tell When an Illiberal Democracy Is in the Making? An Appeal to Comparative Constitutional Scholarship from Hungary”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1 (January 2015)
- Stephen Gardbaum, “Comparative political process theory”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18 No. 4 (2020)
- Tara Leigh Grove, “The Origins (and Fragility) of Judicial Independence”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 71 Issue 2 (2018)
- Tarik Olcay, “Firing Bench-Mates: The Human Rights and Rule of Law Implications of the Turkish Constitutional Court’s Dismissal of Its Two Members”,

European Constitutional Law Review Vol. 13 Issue 3 (2017)

Tímea Drinóczi, “Constitutional Politics in Contemporary Hungary”, Vienna Journal on International Constitutional Law, Vol. 10, Issue 1 (2016)

Tom Gerald Daly, ““Good” Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay”, German Law Journal Vol. 23 No. 8 (2022)

Venice Commission Opinion on the Fourth Amendment to the Fundamental Law of Hungary, Opinion 720/2013

<Abstract>

A Study on Court-Packing of the Constitutional Court of Korea

Jean Lee^{*}

The Constitutional Court functions as the final arbiter of the constitutional order through constitutional adjudication that is closely intertwined with the political domain. In recent years, the coincidence of multiple impeachment proceedings with the expiration of several justices' terms has opened the door to various forms of political interference in the composition of the Constitutional Court. Attempts by the National Assembly and the President to alter the Court's composition—through the failure to appoint justices or the practice of advance appointments—risk undermining the independence and neutrality of the Constitutional Court and, in turn, weakening the legitimacy of constitutional adjudication itself.

Against this backdrop, this article analyzes “court-packing” as a conceptual framework for comprehensively explaining undue interference in the composition of the Constitutional Court of Korea. Rather than confining court-packing to the mere expansion of the number of justices, the article adopts the expanded definition proposed by David Kosař and Katarína Šipulová, which encompasses all actions that alter the composition of the Court in ways not contemplated by existing law in order to create or constrain a judicial majority. On this basis, this article systematically examines the constituent elements of court-packing and its inherent risks. Comparative cases from the United States, Latin America, Türkiye, and Eastern European countries are reviewed to underscore the increasingly diverse methods of court-packing and their detrimental effects.

^{*} Professor, Kyung Hee University School of Law

Building on this analysis, the article reexamines problematic cases related to the composition of the Constitutional Court of Korea from the perspective of court-packing and proposes procedural and substantive measures to safeguard the Court's functions and institutional trust. In doing so, it seeks to clarify the limits of political intervention in the composition of the Constitutional Court and to contribute to the protection of the independence and democratic legitimacy of constitutional adjudication.

Key Words: Constitutional Court, Constitutional Court Justice, Court-Packing, Judicial Reform, Judicial Independence