

제1차 민주적 사법개혁 방향 토론

법원개혁 어떻게 할 것인가

9월 23일 (금) 오전 10시 - 12시 30분

국회 의원회관 제9간담회실(212호)

주 최 | 민주사법연석회의, 이춘석 국회의원

주 관 | 법인권사회연구소, 새사회연대, 전국공무원노동조합



민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술제위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사·희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인이주노동운동협의회, 울산청사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정보동철페연대 법률위원회, 전국장애인차별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을여는사람들, 행동하는성소수자인권연대

제1차 민주적 사법개혁 방향 토론

법원 개혁 어떻게 할 것인가

9월 23일 (금) 오전 10시 - 12시 30분

국회 의원회관 제9간담회실(212호)

주 최 | 민주사법연석회의, 이춘석 국회의원

주 관 | 법인권사회연구소, 새사회연대, 전국공무원노동조합



민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술제위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사·희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인아주노동운동협의회, 용산참사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대 법률위원회, 전국장애인지별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을어는사람들, 행동하는성소수자인권연대

제1차 민주적 사법개혁 방향 토론회

법원개혁, 어떻게 할 것인가

식 순 | 목 차

| | |
|-------------------------------------|------------------------------------|
| 1. 개회 및 내외빈 소개 | |
| 2. 인사말 | |
| • 김주업 공동대표(민주사법연석회의, 전국공무원노동조합 위원장) | 5 |
| • 이춘석 국회의원(더불어민주당) | |
| 3. 축 사 | |
| • 천정배 국회의원(국민의당) | 7 |
| • 박주민 국회의원(더불어민주당) | 8 |
| 4. 발표와 토론 | |
| 사회 | • 윤영철 공동대표(새사회연대, 한남대학교 법학부 교수) |
| 1주제 대법원의 민주적 개혁 - 대법관의 다양성 확보를 중심으로 | |
| 발제 | • 이창수 대표(법인권사회연구소) 9 |
| 토론 | • 이재화 변호사(민주사회를위한변호사모임 전 사법위원장) 21 |
| | • 한상희 교수(건국대학교 법학전문대학원) 25 |
| 2주제 주민자치와 법원행정개혁 - 지방법원장 직선제를 중심으로 | |
| 발제 | • 김도영 위원장(전국공무원노동조합 사법민주화위원회) 43 |
| 토론 | • 김명용 교수(창원대학교 법학과) 62 |
| | • 이호영 변호사(한국법조인협회 대변인) 78 |
| 5. 종합토론 | |
| 6. 기념사진 촬영 및 폐회 | |

민주적 법원개혁, 더 이상 미룰 수 없습니다

김 주 업 공동대표

(민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의,
전국공무원노동조합 위원장)



영화 속이나 나올 법한 범조비리와 의혹이 연일 터지면서 정치권과 재벌, 법조와 언론의 유착이 현실로 드러나고 있습니다. 현직 검사장과 부장판사가 구속되고, 또다시 스폰서 검사 사건으로 대한민국의 사법이 막장 속으로 빠지고 온 나라가 떠들썩합니다. 잇을 만하면 끊임없이 터져 나오는 범조비리에 국민들의 분노와 사법에 대한 불신은 하늘을 찌릅니다.

또한 ‘유전무죄 무전유죄’, ‘유권무죄 무권유죄’, ‘전관예우’ 문제, 수사와 재판 그리고 변호사 조력이라는 사법 권력과 작용의 사법현실에 대해 많은 국민들의 불만족과 불신은 팽배해 있습니다. 특히 현직 부장판사가 구속되는 사태에 직면하면서 급기야는 대법원장이 나서서 대국민 사과를 한다고 했지만, 법원을 향한 국민의 시선은 차갑습니다.

전국법원장회의를 통해 내놓은 ‘비위 법관에 대한 징계부가금 부과’, ‘연금 감액제도’ 등 10대 개선안과 같은 범조비리 개선책 또한, 범조비리 근절을 위한 사법부의 근본적인 해결책이 아니어서 매우 실망스럽습니다. 사법개혁의 문제, 특히 법원개혁의 문제는 어제 오늘의 일이 아닙니다. 대법원의 셀프개혁을 믿을 국민도 없고, 잘 될 수가 없다는 것도 우리는 잘 알고 있습니다.

우리 사법부의 대법관 구성을 들여다보면 그야말로 혀를 내두를 지경입니다. 14명 중 검사 출신과 여성 대법관 두 분을 빼면 남성·서울대·법관출신·보수 일색의 법관순혈주의의 획일적인 인사들입니다. 어디에도 국민의 요구에 부합하는 대법관 구성의 다양성

에 부합하거나 소수자 약자를 대변한다는 인사를 찾을 수 없습니다. 이런 대법원을 개혁해야 합니다. 국민의 사법요구에 부응하고 대법관 구성의 다양성을 위해서는 반드시 대법관의 대폭적인 증원이 필요합니다. 소수 특권 대법원과 법조의 틀을 깨야 합니다.

더 나아가 법원에 대한 민주적 개혁이 따라야 합니다. 대법원장의 1인을 정점으로 하는 제왕적 권위주의적 법원행정체제를 개혁해야 합니다. 일선 지방법원의 행정의 장을 법관이 해야 하는 법도 대법원장이 임명할 필요도 없습니다. 지역 주민의 사법적 요구와 수요에 부응하기도 어렵고, 법관 관료 중심이어서 주권자인 국민이 사법행정에 참여할 수도 없는 구조를 타파해야 합니다. 지방법원장을 주민이 직접 선출함으로써 사법행정의 민주적 정당성을 확보하고, 주민의 법원행정 참여 기회를 현실화하여 국가 중심의 법원행정을 ‘지방자치’로 확대함으로써 사법부의 신뢰를 확보해야 할 것입니다. 민주적 법원개혁, 더 이상 미루어서는 안 됩니다.

오늘 이 자리를 함께 마련하고 애써주신 이춘석 국회의원님과 천정배 국회의원님 그리고 사법개혁을 함께 고민하고 노력해 오신 발제자와 토론자 여러분께 깊은 감사를 드립니다. 그리고 바쁘신 와중에도 국민을 위한 법원개혁에 관심을 가지고 참석해 자리를 빛내주신 모든 분들께도 거듭 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 저희 전국공무원노동조합과 함께하는 민주사법연석회의는 국민과 함께 법원개혁과 민주적 사법개혁이 이루어지는 그 날까지 앞장서 최선을 다하고자 합니다. 감사합니다.

축사

사법부, 근본적 개혁이 필요합니다

천 정 배 국회의원 (국민의당, 前 공동대표)



최근 정운호 케이트 수사 이후 드러나고 있는 법조 비리는 사법 시스템의 부끄러운 민낯을 드러내었습니다. 판사·검사·변호사를 막론하고 비리에 연루된 공모자가 된 형국입니다. 통탄하고 부끄럽습니다.

법으로 먹고 사는 사람들이 많습니다. 대통령, 국회의원, 판사, 검사, 변호사, 교수, 공무원 등은 법이 없으면 당장 굶어죽을 사람들입니다. 법은 누구나 지켜야 하는 것이지만, 법으로 먹고 사는 사람들은 더 철저하게 법을 지켜야 합니다.

법을 준수할 의무만 있는 것이 아니라 법을 수호할 의무도 가져야 합니다. 이름 없는 시민들의 피와 땀으로 쟁취한 민주주의 체제, 헌법체제에 가장 큰 수혜자요, 빛 진자이기 때문입니다.

법조계 전반의 개혁이 필요합니다. 실질적 법치주의 구현을 위해 그들만의 불공정한 담합구조를 깨라는 것이 국민의 명령입니다. 우리 사회가 민주화를 거치며 혁명적인 변화를 거듭했지만 사법부의 근본적 개혁은 기득권을 지키려는 다수의 저항에 가로막혔습니다.

이제까지 스스로를 개혁하지 못한 이들이 다시 ‘셀프개혁’을 하겠다는 말은 개혁을 하지 않겠다는 말입니다. 근본적 개혁이 필요합니다. 인재 충원 방식을 바꾸고, 사법부가 국민의 민주적 정당성과 권위를 확보해야 합니다.

오늘 첫 번째로 법원개혁 주제부터 시작하는 이번 정권교체와 민주적 사법개혁 연속 토론회가 진정한 헌법정신을 실현하는 단초가 되기를 바라마지 않습니다. 참석해 주신 여러분들 가정에 항상 건강과 행복이 가득하길 빕니다. 감사합니다.

축사

민주적 정당성을 갖는 법원으로 거듭나야

박 주 민 국회의원 (더불어민주당, 서울 은평갑)



반갑습니다.

더불어민주당 서울 은평갑 지역 국회의원 박주민입니다.

오늘 토론회는 법원의 민주적 개혁을 통한 민주사법을 실현하고자 하는 바람으로 개최되는 것으로 알고 있습니다.

우리 사회는 87년 민주화 운동 이후 행정부와 입법부를 민주적으로 선출하는 제도를 갖추어나가고 있습니다. 그러나 사법부는 아직 국민들의 감시와 견제에서 벗어나 있습니다. 대법원장의 권한이 막강하여 국민의 뜻이 대법원 구성에 제대로 반영되지 못하고 있는 실정입니다. 즉, 민주성 확보에 취약한 구조입니다.

지난 9월 1일 퇴임한 이인복 대법관 후임으로 추천된 후보자 37명 가운데 단 1명만이 여성이었습니다. 그리고 판사출신인 50대 서울대 출신 남성인 김재형 대법관이 후임 대법관으로 임명되었습니다. 동일한 프로필을 가진 대법관들의 판결은 다양성을 충분히 담보하지 못할 것이라고 생각합니다. 아직 우리 사회에서는 소수자를 포함한 다양한 계층의 권익이 충분히 보호되고 있지 못하는 실정입니다.

법원은 효율성 뿐 아니라, 다양성과 민주성을 더욱 강화하여 국민의 권익을 소홀함 없이 보호하고, 국민에게 신뢰 받는 법원으로 거듭나야 할 것입니다.

오늘 이 자리에서 법원 개혁을 위한 많은 논의가 오고가서, 민주적 정당성을 확보하여 민의를 대표하는 법원으로 거듭날 수 있게 하는 방안을 함께 마련하는 기회가 되었으면 합니다. 오늘 토론회 자리에 함께 해주신 분들께 다시 한 번 감사드립니다.

대법원의 민주적 개혁

- 대법관의 다양성 확보를 중심으로¹⁾

이 창 수 (법인권사회연구소 연구위원)²⁾

1. 개혁의 의미와 법원 개혁

모든 개혁은 사회역사성을 갖고 있어 역사적인 시기에 요구되는 사회적 공동체 구성원의 즉각적인·체계적인 요구를 실현해야 한다(시대성). 또 개혁은 공간성을 갖고 있어, 정치 공동체와 사법 공동체를 특징으로 하는 국가 사회를 무대로 전개되는 내재적인 발전의 맥락에 있어야 한다(내재적 발전성). 사법 개혁을 포함한 개혁은 보편성을 띠고 있기 때문에, 특정한 시대와 특정한 공간의 반동성을 극복하고, 선진국의 제도와 비교뿐만 아니라 국제적인 기준에 부합하도록 하며 인간의 존엄과 자유를 보장하는 통일성을 확보해야 한다(보편적 통일성). 즉 시간과 공간의 뿌리에서 이루어지지만 이 시공간이 갖고 있는 한계를 극복하고 보편성을 획득할 때만이 개혁이라고 칭할 수 있고 또 그 개혁이 실현 가능하다.

만약 공적 제도와 이를 작동시키는 물적·인적 자원의 공식적이고 합법적인 강제력의 총체인 국가 사회가 시대성을 간과하는 반동성을 유지한다면 혁명적 상황에 봉착하게 되고, 내재적 발전성을 무시한다면 군사외교적·국제정치경제적인 종속 상태에 빠지거나 전통과의 폭력적 단절을 강요받는 식민화를 겪게 되며, 보편적 통일성으로 나가지 않는다면 국수적·고립적인 늪에 빠져 결국 그 공동체의 공적 질서는 위기와 소멸의 길로 걷게 된다. 즉 개혁은 국가 공동체가 반민중적 반동성, 반민족국가적 식민화 그리고 국민을 전일적인 국가 동원 체제에 편입 - 즉 파시즘적인 체제에 예속 - 되지 않도록 하는 민주화·민주성을 실현하는 정치적인 제도적 변경이자 사회적인 의식적·실천적 작업이다.

우리 사회는 민주화운동기를 겪으면서 다양한 분야의 민주적인 개혁을 실현하고 있지만, 그 성과가 더딜 뿐만 아니라 민주화의 결과에 대한 분배는 여전히 부침을 거듭하고 있다. 그 가운데에서도 사법 분야의 민주개혁은 더딜 뿐만 아니라 주로 사법 내부의 권력을 분권화·견제와 균형의 원리를 실현하려는 제도 개선이나, 과거의 독재 권력에 예속된 사법을 극복하기 위한 이른바 ‘사법부 독립’ 담론을 제기하는 등 제한적인 범위에서 이루어졌다.

1) 이 발표문은 발표자 개인의 견해이며 법인권사회연구소 또는 민주사법연석회의 등의 공식 입장은 아님을 밝힙니다. 이 발표문은 수정 보완해 인쇄물의 형태로 2016년 11월내에 제출간될 예정입니다. 이 발표문의 학술적인 인용은 자제해 주시기 바랍니다.

2) 법인권사회연구소 대표, 민주사법 연석회의 공동대표 및 집행위원.

즉 사법권력 내부의 분권화 또는 견제와 균형의 원리에서는 대통령이 대법원장을 임명하고 대법원장이 몇 가지 형식적인 절차를 두고 대법관을 제청하거나 법원행정처를 관할하는 ‘제왕적 대법원장’ 체제를 극복하기 위해 대법관 추천위원회 등을 두었거나, 검찰 권력에 비해 약화된 법원의 심판 기능을 강화하기 위한 몇 가지 제도 개선을 이루었다. 또 법원의 독재 체제 유지를 위한 이른바 체제사법·계급사법을 극복하기 위해 ‘사법부 독립’이라는 헌법적인 담론을 통해 ‘정치의 사법화’로 역전되는 현상을 막도하기 까지 한다. 하지만 법원은 여전히 제왕적 대법원장이 지배하고 있으며 법복 관료들은 개혁되고 있지 않고 사법부의 독립은 국민에 의한, 국민의 사법으로 나가고 있지 않으며 오로지 ‘국민을 위한 사법’이라는 국가 후견적인 관행에서 벗어나고 있지 못하다.

이런 맥락에서 현 단계 법원 개혁의 과제는 법관(특히 대법관) 충원 구조의 다양성, 법원 행정의 민주성, 경제적으로 감당할 수 있는 범위 내의 사법 접근성, 심판 구조의 공정성의 확보와 공고화를 의미한다. 이는 법원의 민주개혁을 의미하며 법원 내부와 법원에 대한 민주적 통제와 민주적 질서를 구축·강화하고 이에 따르는 제반 제도적·인적·물적인 하위의 개혁으로 구체화된다. 현 단계라는 시대성과 국민의 법적 정서에 부합되는 내재적인 발전성 그리고 보편적으로 인간의 존엄과 자유의 양적 신장과 질적 확장이라는 보편적인 통일성을 확보하려는 일련의 개혁이다. 이런 법원 개혁의 과제들은 상호의존하고 유기성을 갖고 있기 때문에 하나의 제도적 개혁이 되었다고 해서 잘 작동되는 것이 아니라 개혁과제 모두가 동시 다발적으로 실현되어야 잘 작동한다. 역으로 생각해 보면 위의 개혁과제 가운데 어느 하나가 제대로 실현되면 다른 과제들도 실현되는 조건이 충족되었거나 실현되었다는 것을 의미한다.

이 발표문은 법원 개혁 가운데에서 대법원의 민주적인 개혁을 다룬다. 특히 대법관 구성의 사회적 다양성 확보와 그 충원 방안을 토론하고 적절한 방안을 제시하려 한다.

2. 대법원 개혁의 기본방향

2003년 10월 28일 대법원 산하에 심의기구인 ‘사법개혁위원회’가 출범함으로써 총체적이고 공식적인 사법 개혁 논의가 있었다. 당시의 ‘사법제도’ 개혁의 기본이념의 표지는 ‘법치주의’, ‘민주적 정당성’, ‘신속성과 공정성’, ‘인권보장성’, ‘우수한 법조인력 양성’이다.³⁾ 이때 사법개혁의 의제를 법조계와 학계, 일부 시민단체의 합의를 통한 ‘사법 개혁’은 ‘제도’적 개선을 의미기 때문에, 인적 개혁의 과제인 과거 독재 권력을 유지·강화시키는데 적극적인 역할을 한 ‘법관’ 등을 사법부에서 퇴출시키는 등의 인적 청산은 처음부터 제기되지 않았으며 잘못된 판결은 시정되지 않았고, 그 잘못된 판결로 인권침해를

3) 당시 사법개혁위원회의 설치 근거인 사법개혁위원회규칙(2003년 10월 24일 공포, 대법원 규칙 제1851호) 제2조는 ‘사법제도’ 개혁의 기본이념을 △법치주의를 확립하고 정착시킬 수 있는 사법제도 △사법의 민주적 정당성과 국민의 신뢰를 증진시킬 수 있는 사법제도 △국민이 쉽게 이용할 수 있는 신속하고 공정한 사법제도 △국민의 인권보장을 강화하는 사법제도 △전문적 법률지식, 국제적 경쟁력 및 직업윤리를 갖춘 우수한 법조 인력을 양성할 수 있는 사법제도의 요건을 충족시킬 수 있는 있는 사법제도를 구현하기 위한 것으로 규정했다.

당한 국민들의 피해를 포괄적인 방식으로 해결하거나 공식적으로 사과하지 않았다. 또 제도 개혁의 주도권을 주로 법원과 검찰 및 변호사의 법조가 주도하고 시민단체와 학계가 보충적으로 참여하는 사법 공급자 중심으로 논의가 진행되어서, 사법 주권자이자 사법 이용자인 국민 ‘의’, 국민 ‘에 의한’ 사법 개혁으로 까지 나가지 못한 한계가 있다.

이 발표문에서 대법원의 개혁은 제도적으로 확립되지만, 제도적 개혁의 이면에는 이 제도를 운영하는 ‘사람’의 문제가 작동한다는 점과 국가 사회를 구성하는 법/사법 공동체가 법적인 전문성뿐만 아니라 사회적인 분야(the societal)에 속한다는 점에 주목하여, 권력과 권한을 행사하는 것에 관한 문제로 대법원 개혁 방향을 살펴본다.

2.1 대법원 개혁 방향의 핵심은 ‘사람’ 문제

국민사법 또는 민주사법의 핵심은 법원의 민주적 개혁을 통해서 이루어지고, 법원의 민주적 개혁의 요체는 수직적인 법원 질서를 구축하고 있는 (권위적인) 대법원 즉 대법원장(과 대법관)의 충원(방식과 규모)와 그 권한 행사(의 범위와 방식), 그리고 법원행정처에 대한 민주적 재편 또는 개혁이다. 법원행정처의 권위주의적이고 폐쇄적이며 대법원장 1인을 위한 기구처럼 운영되고 있는 현실은 결국 이에 대한 권한을 행사하고 있는 대법원장과 대법관들의 권한을 법원 내부와 외부로 분권화로 실현될 수 있다. 다만 이런 분권화는 제도적인 분권화 뿐만 아니라 이를 운영하는 법률적 소양을 갖춘 인격체인 (대)법관들의 충원의 기준을 바꾸지 않고는 개혁되기 어렵다. 대법원장과 대법관의 구성과 법원행정처의 인사 개혁이라는 관점으로 논의의 방향을 전환시키면 그동안의 법원의 제도적 보완이라는 측면 보다 운영 주체인 ‘사람’ 즉 구성원을 어떻게 할 것인가가 중요한 개혁의 접근 방법일 수 있다는 점을 알 수 있다. 즉 대법원 개혁의 기본 방향은 대법원을 구성하는 대법원장과 대법관을 임명·선출·추천하는 과정에 관여하는 대통령, 대법원장, 국회의원, 대법관의 권한 재구성 문제와 대법원장과 대법관의 자격과 자질의 문제로 요약할 수 있다.

2.2 어떻게? 구조적 개혁 방향: 권력 행사의 민주성

사법 심판권과 사법 행정권으로 구성된 사법 권력도 현대 민주 국가에서 그 민주적 정당성을 가져하는 것은 물론이다. 민주적 정당성은 그 국가기관의 형성(창설)과 그 권력과 권한의 행사가 정당해야 한다는 것이다. 그렇지만 그 동안의 사법 권력의 정당성의 논의는 주로 그 권력과 권한의 행사의 (본질적이기는 하지만) 일부인 재판의 정당화에 집중되었으며 이 심판의 정당화도 법적인 논증(professionalism)에 집중되어 법전문가들의 법리 논쟁이 중심이었다. 즉 재판의 법전문적 논증의 정당화는 민주국가의 기본적인 원리인 민주성을 배제시켜 국가의 주권자인 국민은 배제되고 극단적인 법률가주의로 인해 국민의 법감정과 법의식이 반영되기 어려웠다. 물론 국민참여재판 제도의 도입으로 일부 형사 사건에 국민이 직접 관여하지만 결국은 국민의 판단은 법률전문가의 후견에 의해서 이루어지고, 법률전문가인 법관을 구속하지 못하는 것이기 때문에 재판 기능을 민주적으로 개편했다고 평가하기는 어렵다.

또한 심판 기능과 상관이 없는 법원 행정과 법원을 구성하는 대법원장과 대법관의 임명 등의 절차에서 국민이 자신의 주권을 행사할 수 있는 방법은 사실상 없으며, 결국은 (대)법관 관료들의 시혜적·형식적 방식으로 이루어지고 있다. 법원 행정은 일반적인 의미에서 시민사회와의 협치도 이루어지지 않고 있다. 이런 폐쇄적인 권력 행사 구조에서 이루어지는 ‘사법 개혁’은 결국 국민을 위한 실질적인 사법서비스 증진도 이루어지지 못한다(예를 들어 영국에서 도입된 직장인을 위한 야간 법정과 주말 법정의 개정과 같은 제도는 꿈도 꾸지 못한다). 법원 행정의 민주성은 사법 행정권을 행사하는 대법원장의 권한을 대폭 위임 또는 개방함으로써 어느 정도 실현할 수 있지만 실제로 이런 경우는 거의 없다. 대법원장(과 대법관)이 장악한 사법 권한의 문제가 민주적으로 개편되지 못하는 것은 대법원장(과 대법관)의 최고위 사법 관료의 임명 등의 절차에서 국민이 참여할 수 있는 여지는 거의 없기 때문이다.

사법부를 형성하는 최고위 인사들에 대한 임명절차에서 민주성이 확보되지 않는다. 오직 대통령과 국회의원들 그리고 대법원장의 ‘고유권한’으로 간주된다. 하지만 세상에 국가 권력을 구성하는데 ‘고유권한’이란 없다. 시대적 요구에 따라 변경되는 것이 그럴 때만이 정당화된다. 현행 헌법 하에서 ‘선출직’이 아닌 ‘임명직’인 구조에서 대법원 구성의 전 과정을 민주적으로 재편해야 한다. 따라서 대법원 개혁의 한 축은 대법원장과 대법관의 임명 등 충원과정의 민주성을 확보하는 제도적·법적 구조를 만드는 일이다.

2.3 어떤? 인적 개혁방향: 민주적 가치관

대법원의 인적 구성원인 대법원장과 대법관(대법관인 법원행정처장)은 최고위(급) 법원 공직자로, 단순히 법률 직역에서 일한 실무가로서의 법조를 의미하지 않는다. 즉 법에 대한 소양이 있어야 하며 공직자로서의 자질을 갖추어야 한다. 특히 법에 대한 소양은 법률에 대한 해석뿐만 아니라 국가 사회를 구성하는 사법 공동체의 일원으로서 실정법에 대해 정통한 스페셜리스트적인 자격을 갖추어야 할 뿐만 아니라 민주국가에서 요구되는 민주주의에 대한 신념과 이해, 사회적인 약자와 인간에 대한 이해와 실천 등 공적 영역에 대한 일반적인 소양을 갖추어야 한다. 사법을 통한 민주주의와 인권 확장과 신장에 기여할 수 있는 공적 인물로서의 자질을 갖추어야 한다. 또한 공직자이기 때문에 사익만을 추구해 온 법률실무가와 구별되는 자질을 갖추어야 하며 이는 평소에 공익에 기여하는 태도와 삶으로 평가될 수 있다. 공익 활동의 적합성이 있는지를 평가해야 한다. 이는 법관 퇴직 이후에서 사익을 추구하지 않는 신념까지 요구하는 것이다. 왜냐하면 사법은 공정성을 의심받지 않아야 하고 그 책임은 사법 공동체 구성원이면 누구나 합의해야 하는 사항이기 때문이다. 최고위급 사법 공직자의 기본 자질은 법 지식 이외에 법률 이외의 영역에 대한 기본적인 소양, 국민에 대한 헌신, 민주주의에 대한 신념, 공직 임용 이전의 공익 추구, 공직 수행 중의 청렴성과 (퇴임 후의) 사익 추구에 대한 자기통제가 주요한 자질이다. 이런 인적 자질을 갖춘 인사들의 충원은 사법 불신을 해소할 수 있는 중요한 요인이다.

2.4 누구를 얼마나? 구성의 개혁방향: 사회 다양성 확보와 규모의 확대

법원 개혁의 핵심은 대법원 개혁이다. 대법원 개혁 없이 법원의 민주적인 개혁은 존재할 수 없다. 대법원 개혁의 전제적·필요적 조건은 대법원장과 대법관이라는 인적 개혁을 확보하는 일이다. 현행 제도 하에서 대법원장과 대법관의 임명 등의 절차는 어떻게 임명(선출/추천)할 것인가 하는 권력 문제는 근본적으로 개혁되지 않았으며, 또한 어떤 자격과 자질을 갖춰야 하는가의 문제에 대해서는 이른바 인사 검증이라는 형식으로 국회 청문회에서 다분히 형식적으로 검토되었다. 법원 개혁이라는 맥락에서 보면 대법원 개혁은 실현한 것이 없다. 위에서 언급한 임명 권한과 절차라는 권력적인 측면과 후보자의 소양과 자질을 검증하는 국회 인사청문 절차 개선 등의 제도 중심 개선의 한계이기도 하다. 제도는 현실의 반영이어야 하는 사법은 민주적인 개혁요구를 거부해 왔다.⁴⁾ 지금까지의 대법원 개혁 요구가 제대로 실현되지 못한 것은 사회역사적인 개혁 요구(시대성)를 법원은 개선(reformative)을 지고의 가치로 설정하고 과거에 있었던 관행을 그대로 유지하고 더 나아가 은폐하여 사실상 변용한 것(transformative)에 그쳤다.⁵⁾

이런 경험에 유의한다면, 결국 대법원 개혁의 핵심은 누구를 얼마나 선출할 것인가의 문제로 귀결된다. 즉 사회구성의 다양성을 반영하고 국민에게 사법 서비스를 제대로 할 수 있을 정도의 대법관 수를 정하는 일이다.

현재 대법원의 구성원인 대법관은 대법원장과 법원행정처장을 포함하여 14인으로 구성되어 있다. 대법원장과 법원행정처장 등 대법관은 판사, 검사, 변호사 중의 하나의 경력을 요구하고 있다. 이런 극단적인 법전문가주의는 소수의 법조들의 특권과 선민의식을 유지하는 법조 엘리트주의라는 폐쇄적인 구조를 고착화해 법원을 국민과 고립된 범복관료 집단의 기구라는 인식을 확산시켜 왔다.

3. 대법관 구성의 민주적 정당화

현재의 대법관의 충원은 기본적으로 대법원장이 제청한 후보자를 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. 삼권분립주의를 채택하고 있는 우리 헌법체계에서 대통령은 행정부 수반의 지위에서 사법 관료에 대한 임명권한을 행사하는 것이 아니라, 국가원수의 지위에서 법

4) 대표적인 사례가 대법원이 합리적인 근거를 제시하지 않은 채, 법원행정처장을 대법관의 지위를 겸하도록(또는 대법관 중에 임명하도록) 환원을 요구한 것이고, 국회는 대법원장이 요구하는 별로 중요하지 않은 문제로 보아 심도 있는 토론도 거치지 않고 이를 법 개정에서 반영하는 행태다. 사법 엘리트와 정치 엘리트 간의 무조건적인 '협조주의'가 형성되어 있다. 오히려 법원행정처장의 독자적인 활동을 확대하고 외부 충원을 통해서 쇄신을 해야 하는데, 대법원은 여전히 법관순혈주의를 고집하고 있다. 법원조직법 제68조 제1항은 "법원행정처장은 대법관 중에서 대법원장이 보한다."(법률 제8794호, 2007.12.27., 일부개정)고 규정하고 있는데, 이는 2005년 12월 14일 개정된 법원조직법 같은 조, 같은 항의 "법원행정처장은 정무직으로 하고, 보수는 국무위원의 보수와 동액으로 한다"를 개정한 것이다.

5) 대법관추천위원회는 대법원장의 대법관 제청권을 가능한 분권적으로 행사하는 방안으로 제시되어 운영되고 있지만 본질적으로 '대법원장의 요청에 응'하는 자문 기구에 불과하고 그나마도 사실상 대법원장이 추천위원회에 제시한 후보자가 낙점이 된다는 의심을 받고 있으며 추천위원회의 구성도 대법원장의 영향력에서 벗어나지 못할 뿐만 아니라 추천 심의과정도 불투명하여, 반민주적인 대법관 제청절차를 개혁하진 못했다.

률이 정한 절차에 따라 임명하게 된다. 따라서 대통령의 사법 관료의 임명은 ‘권한’ 이라기보다는 국가 체제를 작동시키기 위한 일종의 ‘책무성’ 이라고 볼 수 있다. 따라서 대법관의 임명은 사실상 대법원장의 후보자 제청이 핵심이다. 그렇다면 민주적인 정당성이 없는 임명직 사법 관료인 대법원장의 대법관 제청권도, 비록 헌법에 그 권한을 부여했다고 하더라도, 권한이라기보다는 일종의 대법관 충원을 통해서 대법원을 구성할 책임으로 이해될 수 있다. 즉 대법원장은 대법관 후보자 제청 과정에서 최대한 민주적 정당성을 확보하는 방식을 채택하고 이를 실현시키기 위해서 노력할 책무를 지는 것이다. 공식 중인 대법관을 충원은 사법 체계 특히 대법원을 작동시키기 위한 대법원장에게 주어진 책무이다.

대법관의 임명권을 가진 대통령도, 대법관 후보자를 제청권을 가진 대법원장도 ‘인사의 권한’ 을 행사하는 것이 아니라, 공정하고 적절한 인사 절차를 진행시키고 관리하여 대법원의 기능을 수행하도록 하는 헌법적인 책무를 가졌다. 즉 적정한 대법관을 충원시킬 (헌)법적 의무가 있는 것이다.

따라서 대법원을 작동시키는 민주적 원리는 결국 대법관 충원 과정에서 민주적 정당성을 확보하고, 국민의 사법 수요와 적정한 사법 서비스를 제공하는데 필요한 인적·물적 체계를 갖추었는지의 여부에 달려 있다. 대법관을 국민이 선출할 수 없는 현행 헌법 체계에서 대법관 충원과 관련하여 민주적 정당성을 확보하는 주요한 표지는 심판관의 국민 대표성(representation), 사법 서비스를 제공할 법적 역량인 전문성(professionalism), 사법 서비스를 제공할 인적 물적 자원의 적정충분성(adequacy)이다.

3.1 대법관과 국민 대표성

대법관을 법률이 정한 일정한 법조 경력을 전제하는 현행 체계에서는 대법관에 대한 국민 대표성은 임명권자인 대통령이나 제청권자인 대법원장의 정치적 판단에 따라 이루어진다. 그런데 이런 관행은 권위주의 통치 시대에 대통령이 ‘영도적’, ‘교도적’ 지위를 인정하는 것으로 사법권의 독립과 배치될 뿐만 아니라 위에서 언급한 대로 ‘임명’ 과 ‘제청’ 의 권한을 독점하려는 ‘제왕적 체제’ 를 강화시켜 민주주의와 배치된다. 이런 유습은 대법관추천위원회 과정에서 여전히 남아 있어 사법 권력이 민주적 정당성을 결여한 폐쇄적인 소수 관료와 정치 복합체라는 비판을 면하기 어렵다.

대법원을 구성한 대법관을 국민 대표성의 원리를 적용한 확실한 방법은 선거제도이다. 하지만 현행 헌법 체계 하에서 실현할 수 없을 뿐만 아니라 대법관 선출 이전에 대법원장을 선출하는 문제가 더 본질적인 문제이다. 법원 조직 권한을 국민으로부터 위임받도록 해야 하는 문제가 급선무이지만 이 발표문에서는 논의의 주제이다.

그러면 대법원을 구성할 때 국민 대표성은 기본적으로 지역 대표성, 직역 대표성⁶⁾을 의미하며, 여기에 인구 비례와 사회적 소수자와 차별금지의 원칙을 고려하는 방식으로 구체화될 수 있다.

6) 여기서 직역 대표성은 법률전문가우선주의(professionalism)를 채택하고 있는 상황에서 논란의 여지가 있는데 이는 아래의 ‘3.1.2 직역 대표성’에서 논의한다.

3.1.1 지역 대표성

연방제를 취하고 있지 않은 우리나라에서 대법원 구성의 지역 대표성은 매우 중요하다. 특히 정치권력이 지역 통합을 완성하지 못하고 지역에 기반을 둔 정당정치가 이루어지고 있는 현실을 고려하면 대법관의 구성에서 지역 대표성을 제대로 반영하지 못한다면 국민은 정치 관련 사건에 대한 사법 판단 자체를 불신할 가능성이 높다. 따라서 대법관은 광역 자치단체 출신지별로 고르게 충원되어야 한다. 이 때 출신지라는 것은 탄생지, 또는 단순한 연고지로 해석되면 안 된다. 적어도 유년기와 청소년기를 지낸 향수의 근거지이거나, 후보자의 생활과 활동 터전으로 대부분 거쳐하는 곳이라는 의미를 말한다. 지역 대표성은 기계적이라고 평가할 정도로 균등배분하려는 노력이 선행되어야 한다. 적어도 대법관 정원의 3 분지 2 이상은 지역 대표성을 고려한 충원을 해야 한다. 이는 현재의 충원이 주로 태생지와 상관없이 서울 중심에서 활동한 사람들이 다수를 점하고 있는 편중현상을 해소하여 민주주의와 가깝게 국가 사무를 처리할 수 있는 방법이다. 지역 자치의 원리와 국가 사무의 조화에 초점을 맞춘 것이다.

3.1.2 직역 대표성

우리 헌법은 삼권분립의 원리에 따라 국회와 법원의 규칙제정권을 부여하는 방식으로, 국가기관의 상대적 자치를 규정하고 있지만 이것은 견제와 균형이라는 정치적 효율성의 원리에서 나오는 것이지 진정한 의미의 ‘자치’와는 거리가 있다. 자치는 ‘국가’ 또는 ‘국가권력’ 으로부터의 그 소속된 사람들이 자체적으로 운영하는 원리이다. 헌법에는 지방(지역) 자치의 원리를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 의사와 변호사와 같은 일부 전문직종의 법정 단체에 대해서 그 소속 회원들의 징계권과 (자격)등록제와 같은 자치를 인정하고 있어, 사실상 헌법적인 수준의 자치를 인정하고 있다.⁷⁾ 이런 경우의 직역 대표성은 법률전문가주의(professionalism)에 입각해서 법관, 검사, 변호사 등 법조의 대표성을 의미한다. 이를 협의의 직역 대표성이라고 간주하고 현재 운영되는 방식이다. 그렇지만 현재의 방식은 법조 직역 단체 또는 그 대표체가 내부의 민주적인 의사절차에 따라 추천하여 특별한 결격사유가 없는 한 대법원장이 제청하는 것이 아니라, 대법원장 산하의 이른바 대법관추천위원회에 법정 추천 위원으로 임명되거나 위촉되는 방식이어서 진정한 세분화된 직역 대표성을 실현하고 있는 것은 아니다.

광의의 직역 대표성은 법률 뿐만 아니라 노동, 산업, 경제, 사회, 문화 예술, 과학기술의 제 분야의 대표성이든, 농업, 어업, 광업, 제조업, 건설, 상업, 금융업, IT, 통신, 서비스 일반 등 업종의 대표성을 의미한다. 사회가 전문화되고 법 현상이 복잡해지는 현상과 사회 구성이 다양성을 사법에 반영한다는 측면에서 직역 대표성을 볼 수 있다.

법조 직역대표성의 실질화를 통한 대법관의 다양성을 확보한다는 것은 심판관으로서 법

7) 일부 국가는 변호사 단체의 자치를 헌법으로 규정하고 있다. 우리나라와 같이 국가 자격 변호사 제도를 운영하고 있는 나라에서 변호사에 대한 징계권은 당연히 소관 국가기관인 법무부의 임무임에도 불구하고 이를 법률을 통해서 변호사단체에 위임하고 있다. 향후 개헌 때에는 지방 자치 뿐만 아니라 전문가주의(professionalism)의 헌법적 근거라고 할 수 있는 직역 자치를 규정하는 방식으로 가야 한다.

관의 전문성을 고려한 것이지만 민주성을 확보하기 어렵고, 법조 내의 직역 간의 합리적인 견제와 균형을 갖출 수 있다는 점에서 합리성에 기반 한다. 이런 경우 대법관 총원의 직역 대표성은 ‘법을 아는 전문가(법학교수나 법연기자, 법관련 종사자 포함)’ 중에서 복잡한 법현상과 전문화 현상에 상응하는 지식을 갖고 있는 자를 총원하는 방식이다.

광의의 직역 대표성을 의미한 사회·경제적 분야와 업종에서 대법관을 총원한다면, ‘사회적 다양성과 각 분야의 전문성을 갖춘 자’ 중에 ‘법을 아는 자’를 총원하는 방식이 될 것이다.

여러 여건과 현실을 고려하면 양자는 서로 조화를 이루어야 하며, 법전문성과 경제적 다양성을 반영하는 방식으로 해야 한다.

3.1.3 인구비례

인구비례는 지역 대표성에서 논의 함께 논의 되어야하지만 그 자체가 대표성을 의미하는 것이 아니라 그 대표성을 표현하는 방식 가운데 하나이다. 국회의원 경우 등 일반적인 선출직 공무원의 경우 인구비례성의 원칙이 관철되어 인구수에 따라 지역 국회의원의 수는 변동이 있다. 국회의원과 대통령은 다수결에 의해서 선출되기 때문에 보통과 다수 즉 주류의 생각과 처지에 맞는 법률이 제정되고 집행되는 구조와 연결되어 있다. 사법의 경우는 이런 다수의 생각이 반영된 입법과 집행에 비해 소수자와 인권을 보호하는, 결국 국민통합적인 기능을 수행할 최후의 기관이기 때문에 이런 인구비례를 고려할 필요성은 적다.

3.1.4 사회적 소수자 배려와 차별금지 등 국민통합적 고려

대법관 구성은 다수 즉 주류에 속하는 인사로만 구성될 가능성이 높다. 그렇기 때문에 대법관 총원시 성, 장애, 다문화 등의 집단에 속하는 사회적 소수자를 대변할 수 있는 인사를 우선적으로 총원해야 한다. 여기서 이 경우 사회적 소수자 집단에 속한 법률전문가를 의미하기도 하지만 본질적으로 사회적 소수자들의 입장과 처지를 대변할 수 있는 활동 등으로 입증된 법률전문가를 말한다. 또한 특정학교 출신과 학력 등 합리적 이유가 없는 차별을 극복할 수 있어야 한다. 또 시민활동 영역에서 공익 활동을 주된 사무로 활동해온 인사들이 포함되어야 한다.

3.1.5 소결

국민 대표성의 원리에 의해서 현재의 임명직 구조의 대법관 총원 방식으로 파생되는 문제점을 극복할 수 있으며 결국은 대법원은 법관의 심판에 의해서만이 아니라 그 구성 자체에서 국민의 다양한 상태를 반영해 취약한 정통성을 극복하고, 국민과 유리된 법복 관료들에 대한 불신을 해소해 신뢰받는 법원의 기능을 복원시킬 수 있다. 또한 대법원을 중심으로 하는 법원이 민주 이념의 구현체로서의 국가 사회의 한 기관으로 작동할 수 있다.

3.2 대법관과 법전문성

대법관(후보자)은 법에 관한 전문성을 가져야 하는 것은 명백하다. 법에 관한 전문성(이하 ‘법전문성’)은 실정법에 대한 이해뿐만 아니라 그 해석과 적용, 헌법과 정치(민주주의)라는 헌정과 사회와 경제 등 제 분야에서 일어나는 법 현상을 이해하고 활용할 수 있는 지식을 의미한다. 이런 법전문성을 갖추었을 때, 사법은 국민의 자유와 권리, 인권을 보장하는 능동적인 역할을 한다. 법해석학적인 지식과 법률의 존재에 적용 기술의 습득했다고 법전문가라고 볼 수 없다. 법전문성은 법학교육과 법률실무가 경험으로 형성되기도 하지만 법학 연구와 법에 기반을 둔 현장에서 다양한 방식으로 획득된다. 따라서 대법관 구성의 다양성의 관점에서 보면, 대법관은 판사, 검사, 변호사 경력뿐만 아니라 법학 교수, 법을 주로 다루는 입법과 행정 경험, 법과 관련한 인접 영역인 인권과 복지 분야의 기관이나 시민단체 경력자도 법전문성을 갖추었다고 볼 수 있다.

또한 대법관의 법전문성은 최고 수준을 의미하는 것이 아니라 심판하기에 충분한 정도의 법판단과 법적용 능력을 갖추었으면 족하고, 재판연구관 등의 보좌를 받으면서 충분히 수행할 수 있다. 형식적으로 최고 수준의 법전문가라는 전제로 대법관을 바라본다는 것은 대법원의 기능을 정책법원으로 위상을 잡는 것이고 이는 현재의 인원과 충원 방식을 고수한다는 의미 밖에 되지 않는다. 그것은 민주성과는 거리가 멀다.

여기서 문제가 되는 것은 법전문성이 객관적인 지식이나 객관화할 수 있는 경험으로 측정할 수 있는 것이 아니라 오히려 정치적인 신념이나 인생관, 국가관에 따라 다양하게 평가될 수 있다는 점이다. 특히 대법관 개인의 정치적 견해를 허용할 필요가 있다. 즉 대법관 직위의 정무성을 인정해야 하며, 기타 법관들이 시민으로서의 정치적 견해를 표명하는 것이 인정될 때 법전문성 자체가 풍성해 질 것이다.

3.3 대법관과 적정 사법 서비스 제공

현재 대법원은 두 가지 측면에서 국민적인 비판과 불신을 받고 있다. 첫째 상고사건에 대한 처리 지연과 불공정성 의심과 그에 따른 처리 방식과 둘째 법원 행정의 독점과 그에 수반하는 문제점으로 인한 국민적 불신이다. 상고사건 처리 문제, 법원 행정의 독점은 사법부 구성의 민주적인 정당성이 취약한 것과는 별개로 그렇게 구성된 사법부의 심판 기능에 대한 불신이며, 폐쇄적이고 불투명하고 고압적인 법원 행정 시스템의 대한 비판이다.

소수의 대법관으로 적체된 상고 사건을 신속하게 처리하지 못해 사실상 ‘지연된 정의’로 인한 국민적인 피해와 불신은 높다. 이런 상황을 타파하기 위해서 법원은 하급심 강화하는 방향의 몇 가지 조치와 민사의 심리불속행 제도를 운영하고 있다. 양질의 사법 심판을 통해서 국민의 피해 구제 서비스를 제공하는 것이 아니라 사건을 처리하는 관료적인 방식으로 대처하고 있는 것이다. 심리불속행 결정으로 (대)법관에게 심판 받을 권리를 박탈하고 재판연구관(리)의 행정처리 방식에 의존하고 있으며 소송 구조 제도를 실질화하지 못해 국민의 사법 접근권은 크게 제약되어 있는 상황이다. 또한 소수의 대법관들은 법원 행정을 국민 친화적이고 국민이 참여하거나 국민에게 투명하게 공개하는 방향으로 하기 보다는 (하급

심) 판사들의 이해를 어떻게 조정할 것인가에 관심만을 갖고 있다.⁸⁾

상고심을 받을 권리를 침해하지 않고 적절한 사법 서비스를 제공하기 위해서, 소수의 대법관 구조를 개혁하여 대법관을 대폭 늘려야 한다. 법원 개혁의 핵심은 민주적인 개편이며, 민주적인 개편의 대상은 소수의 대법관들이 독점으로 생기는 부실 심리, 심리불속행, 지연 심리 구조를 해소하고 소수이기 때문에 가능할 수 있는 ‘전관예우’ 이나 심결의 불공정성의혹을 해소하는 것이다. 즉 대법원의 민주적 개혁 과제는 결국 소수 엘리트 독점의 대법관 체제를 개혁하여 국민에게 충분하고 적절한 사법 서비스를 제공하고 법원 행정을 민주화시키는 일이다.

4. 대법관 총원의 다양화 방안과 대법관의 규모

발표자는 대법원 개혁의 핵심을 엘리트 판사 중심의 소수 대법관 체제를 유지시키는 현행 제도를 민주적으로 변경시키는 것으로 보았다. 이 개혁은 결국 대법관의 규모를 수용에 맞게 대폭 증대시키고 대법관의 자격을 다양화하는 방향으로 가야 한다고 주장했다. 그것을 한마디로 대법관의 민주적 대표성 강화라고 언급했다. 그러면 그 구체적으로 실현할 수 있는 방식은 무엇인가? 단순히 제도만이 아니라 정치 과정이나 정치적 실현 경로를 함께 토론하고자 한다.

4.1 법원조직법에 대한 특별법의 제정

헌법이 예정하고 있는 법원의 조직은 법률로 위임했다. 이것은 국회의 법률 제정과 심의에 관한 권한에 의해서 헌정적 질서를 구축하는 것이다. 헌법은 사법권 독립을 입법을 통해서 실현하는 법원조직 법률주의를 예정하고 있다. 그런데 현행 법원조직법은 법원조직의 대체만을 규정하여 사실상 법률 사항인 ‘조직’에 관한 문제를 법원 ‘운영’의 문제로 간주해 ‘대법원 규칙’으로 운영하고 있다. 또한 현행 법원조직법도 대법원장의 대법관 제청 권한의 연장선상에서 후보자 추천위원회를 규정하고 있어, 민주적인 정당성이 아주 취약할 뿐만 아니라 법복 관료들의 폐해로 인한 국민적인 불신에 직면해 있다.

따라서 법원조직의 민주적 정당성을 최대한 반영하기 위해서는 대법원장과 함께 최고 법원을 구성하고 있어 최고의 심판관으로 또한 대법관회의를 통해서 사법행정에 관여하는 최고 사법 정책 결정자 가운데 하나인 대법관을 지역 및 직역 다양성과 사회적 소수자를 대변하는 인사로 충원해야 한다. 이를 위해서 법원조직법의 특별법인 가칭 “대법원 구성과 운영에 관한 법률(대법원 구성법)” 또는 “대법원장과 대법관 임명 절차에 관한 법률(대법관 임명절차법)”을 별도로 제정해야 한다. 또한 법원행정처장을 대법관으로부터 분리해, 개방적인 직제로 변용하고 대법원장의 포괄적인 지휘를 받되, 법관과 직원의 인사 평정/평가

8) 예를 들어 법관들의 법원 정책에 관한 협의를 위한 규칙(물론 이것도 굉장히 문제 많다)을 만들지만 국민들이 사법 및 법원 정책에 관한 처리와 협치할 수 있는 제도적인 노력은 거의 없고 그냥 민원으로 간주한다.

와 사법 서비스를 향상시킬 수 있는 법원 행정 서비스의 질을 향상시키기 위해서 대법원장과 분리되어 일정한 독자성을 가진 대법원 소속⁹⁾의 기관을 설치하는 가칭 “사법지원청의 설치와 운영에 관한 법률”을 제정할 것을 제안한다.

4.2 대법관 총원의 다양화 방안

발표자는 대법관을 추천, 제청, 동의, 임명과 같은 실정법적인 용어가 아니라 대법관의 총원이라는 행정학적인 개념을 사용했다. 전자는 주로 대법관 임명의 절차적 정당성과 권력 기관 간의 권한의 분산 또는 협력이라는 방식을 표현할 수 있는 장점이 있지만 대통령과 대법원장의 정치적인 고려에 의해서 절차가 진행된다는 현실에 비추어 보면 현실을 왜곡하는 분석적 용어일 수 있다. 총원이라는 개념은 대법원장이든 대법관이든 그 기관이 법적으로 설치된 것이고, 그 기관이 창설되든 공석을 채우는 과정이든 간에 그 기관의 역할을 수행할 ‘사람’을 구분한다는 전제가 있다. 공적인 기관에 그 공적인 임무를 수행할 누군가를 채운다는 것이다. 이렇게 볼 때 공적인 기관인 대법원을 구성하는 일은 또 다른 공적 기관인 대법관 직을 수행할 ‘사람’을 총원하는 일이 ‘대통령이나 대법원장’의 권한이 아니라 헌법적으로 대법원을 작동시킬 기관으로서의 대법관을 작동하도록 할 책무가 된다는 점을 위에서 강조한 바 있다.

대법관 총원의 다양화 방안은 첫째, 대법관의 법전문성은 단순히 일정한 법조경력에 연한으로 규정할 것이 아니라 다양한 영역에서 법 관련 업무를 수행한 경력을 포함시켜야 한다. 둘째, 지역 대표성과 (협의회와 광의의)지역 대표성을 통해서 주민과 국민의 의사를 반영하는 방안을 모색해야 하는데, 예를 들어 지역 대표성에 기반을 두어서 총원할 경우에는 지역 주민의 추천 또는 지역 법조인의 추천 등의 절차를 거칠 수 있다. 이 경우 지역에 따라서는 선출해도 무방하다. 협회의 지역 대표성을 확보할 때는 기본적으로 판사, 변호사, 검사 내부의 선거 절차를 거치고, 여기서도 사회적 소수자를 대변할 후보자를 일정한 정도의 할당을 줄 수 있다. 광의의 지역 대표성을 확보하는 측면에서 보면 각 분야 또는 각 업종의 대표조직으로부터 후보자를 추천 받아, 전체 대법관의 4분의 1 이상을 지역 대표에서 선출하는 방안을 생각할 수 있다.

사회적 소수자의 경우도 마찬가지로 관련 단체와 사람들로부터 추천을 받아 일정하게 할당된 후보자를 총원하는 방식으로 가면 된다.

4.3 대법관의 규모

대법관을 다양하게 총원한다는 것은 대법관의 규모와 연동되는 개념이다. 다양성이라는 말은 다양성을 실현할 일정한 규모를 요구하기 때문이다. 상당한 상고심 사건을 충실하게 심리하여 국민의 재판권을 실질적으로 보장하는 등의 적절한 사법 서비스를 위해서는 대법관의 수는 대폭 증대되어야 하며, 대법관의 직급은 낮출 수 있다. 그 적정 규모에 대해서는 소송 사건의 난이도와 현재 계류되고 있는 사건의 수, 상고 사건의 평균 처리 기간 등을 중

9) 대법원장 산하의 보좌기관이 아니라, 독립적인 기구이어서 업무 수행의 독립성을 갖고 있지만, 각급 법원과 각급 법원 법관들의 업무를 지원하고, 국민의 사법 참여와 서비스를 촉진시키는 제반 연구와 체도를 운영한다.

합 고려해, 3명으로 이루어진 대법원의 부가 처리할 수 있는 적정 사건 수와 형량하여 정해야 한다. 대략 추정하면 50명 내외의 수가 적정할 것으로 보인다. 물론 하급심의 심판 기능이 강화되고 고등법원과 대법원과 마찬가지로 동일한 경력과 전문성을 가진 판사로 구성된다면 상고심의 소송이 적어질지는 모르지만, 어쨌든 지금과 같이 폭력적으로 항소와 상고를 제한하는 방식은 적절히 시정되어야 한다고 볼 때, 당분간 하급심 강화를 통한 상고 사건의 감소는 기대하기 어렵다.

5. 결론

우리 사회는 전 분야에 걸쳐 민주화를 실현하거나 다소 지연되고 있지만, 사법 분야의 민주화 실현은 아주 제한적으로만 논의되었다. 그나마도 과거 형식적으로 이루어진 측면이 많은데 주로 법조와 법학자, 일부 시민단체 인사 등의 사법 서비스 공급자 중심의 제도에 머물렀다. 그 결과 사법 민주화의 의제는 거의 실현되지 못했고 국민의 사법 불신은 해소되지 않고 있다. 즉 국민을 위한 사법으로 개혁 수준에도 도달하지 못했으며 국민에 의한 ‘민주적 정당성’도 획득하지 못하고 있다.

현행 헌법 체계 하에서 사법개혁의 핵심은 제도적인 개선이라는 측면 보다는 대법관이라는 ‘인적’ 차원의 충원 개혁 방안이라고 판단하고, 이는 민주적 정당성을 확보하고 국민에게 양질의 사법 서비스를 제공할 수 있는 실현가능한 개혁이라고 보았다.

민주적 정당성은 대법관의 자격을 지금의 법조인 자격을 전제로 한 좁은 진입통로를 법 관련 경력으로 보아 법전문성의 범위를 확대하여 법과 관련된 연구자, 행정가, 시민단체 전문가 등을 포함시켜야 한다. 또한 대법관의 수를 대폭 늘려야 한다는 전제에서 대법관을 지역과 직역의 대표성을 고려해서 충원하고, 이 과정에서 사회적 소수자를 대변할 수 있는 자에게 일정한 할당을 주어야 한다. 지역 및 직역 등의 대표성에 기반을 둔 대법관 충원은 해당 지역 주민의 추천이나 선거로, 법조직역의 경우 각 법조 별로 자체 선거를 통해서, 여타의 직역은 관련 분야 또는 업종을 대표하는 단체의 추천을 통해 미리 정한 쿼터로 대법관을 충원하는 방안을 제시했다.

대법관은 심판 기능의 최고 권한을 행사할 뿐만 아니라 대법관회의를 통해 법원 행정과 사법 정책 과정에 실질적인 영향력을 갖고 있기 때문에 사법의 민주적 정당성은 사회경제적 다양성과 상고재판에 대한 현실적인 요구를 반영할 수 있는 일정한 규모로 확대하고 국민에서 양질의 충분한[적정한] 사법 서비스를 제공하기 위해서 가칭 “대법원 구성과 운영에 관한 법률(대법원 구성법)” 또는 “대법원장과 대법관 임명 절차에 관한 법률(대법관 임명절차법)”을 별도로 제정하고, 대법원장의 보좌 기관으로 되어 있는 법원행정처를 폐지하고, 직무에 있어서 독립성이 보장되는 사법지원청을 설치 운영하는 법률을 제정할 것을 제안했다.

대법원 구성 다양화, 입법으로 해결해야 한다

이 재 화 변호사 (민주사회를위한변호사모임 전 사법위원장)

1. 대법원 인적 구성 다양성 확보의 필요성

대법원은 최종법원이자 정책법원이다. 최종적으로 분쟁을 종식시키고, 법령의 해석과 사회가치의 기준을 정립하는 기관이다. 대법원은 판결을 통해 우리사회의 다양한 가치와 이념을 고르게 반영하여 보편타당한 가치질서를 확립해야 한다. 대법원 판결에는 대법관의 가치관과 시각이 투영될 수밖에 없다. 비슷한 가치관을 지닌 대법관들만으로 구성된 대법원은 다양하고 급변하는 사회의 나침반 역할'을 하기 어렵다. 법률해석 차이는 단순히 법지식의 다과가 아니라 가치관과 시각의 차이에서 나온다. 그렇기 때문에 대법원 구성의 다양성은 더욱 요구된다.

참여정부 당시 대법원 산하에 구성된 사법개혁위원회는 2004. 6. “대법원은 최고사법기관으로서 법률심의 성격을 더욱 강화하고 사회의 다양한 가치관을 충분히 반영할 수 있어야 하고, 이를 위하여 대법관 구성은 경력, 성별, 가치관 등 여러 측면에서 더욱 다양화되는 것이 바람직하다”는 의견을 제시한 바 있으나 제도적으로 반영된 것은 대법관후보추천위원회를 설치한 것이 고작이다. 2011. 7. 18. 각계각층의 인사로부터 전문적이고 다양한 의견을 수렴하여 대법관을 제청하도록 제도화하기 위하여 마련된 대법관후보추천위원회는 원래의 제도도입 취지와는 달리 대법원장이 하는 제청권 행사에 정당성만 확보해주는 형식적인 기구로 전락해버렸다.

현재까지 대법원은 여전히 대법관 구성에 있어서 엘리트 법관 일색의 ‘순혈주의’를 고집하고 있다, 즉 기수·서열을 기준으로 한 남성- 50대- 엘리트 법관 출신 - 보수 성향의 인사로 구성되어 있다. 대법관을 엘리트 법관의 승진코스로 여기고 있고, 대법원장을 정점으로 하여 서열주의에 빠져 있다. 이러한 획일적인 대법관 구성으로는 편협한 법조계의 입장과 기득권의 이익만이 반영된 판결을 할 수밖에 없고, 사회의 변화에 부응하는 판결의 변화를 기대하기 어렵다. 진정한 합의는 다양한 가치관과 시각의 경쟁이 필수적이다. 동질적인 대법관들이 모여 토론을 하면 사회의 다양한 이해와 가치관이 반영되지 않고 일부 집단

의 이해와 특정 가치관만이 반영되는 ‘집단적 편견’에 빠질 위험성이 매우 높다.

국민들의 사법부에 대한 불신은 점차 확대되고 있다. 획일적인 대법관으로 대법원이 구성되는 것이 한 원인이다. 획일적인 구성원이 내린 대법원 판결은 사회구성원들의 다양한 이해와 가치관을 반영하지 못하기 때문이다. 국회와 대통령과는 달리 선거에 의해 구성되지 않는 대법원의 신뢰는 판결에 대한 국민의 자발적 복종에 의존할 수밖에 없다. 자발적 복종과 신뢰는 연령, 배경, 경험이 각기 다른 다양한 인적 구성으로 대법원을 구성하여, 대법관들이 진지한 논의를 통해 사회구성원들이 따를 수 있는 기준을 마련할 때 비로소 이루어지는 것이다.

대법관 임명 때마다 국민들과 시민단체들은 다양한 사회적 경력과 경험을 갖춘 인물이 대법관이 되어야 한다고 목소리는 높였지만 대법원은 그 때마다 엘리트 법관 중심의 ‘순혈주의’를 고집하면서 이러한 요청을 외면해왔다. 대법원의 ‘법관순혈주의’는 비교법적으로도 찾아보기 힘들 정도로 정당성이 없고¹⁾, 우리 사회에서도 보수와 진보를 떠나 학계와 시민사회의 대다수가 이러한 문제점을 지적함에도 아직 해결되지 않고 있다. 이제 대법원장의 자율적 의지에 맡겨서는 이 시대적 과제를 실현할 수 없음이 드러났다. 국회가 입법으로 대법원 구성의 다양성을 확보하는 것이 유일한 방법이다.

2. 다양성 확보방안

가. 헌법개정에 의한 방법

우선, 대법원장의 대법관 제청권을 없애야 한다. 대법원장의 제청권을 그대로 두게 되면 합의체구성원인 대법원장이 다른 대법관에 비해 상대적 우위를 갖게 되어 실질적인 합의체 기능을 발휘하기 어렵고, 대법원장이 제청권을 통해 자신과 비슷한 부류의 고위법관을 대법관으로 제청할 위험성이 있기 때문이다.

다음으로, 국회 동의요건을 독일처럼 2/3 이상 다수의 찬성으로 바뀌어야 한다. 가중다수결로 하면 정치적으로 편향된 후보자의 임명을 막을 수 있을 뿐만 아니라 정치적 다수파로 하여금 대법관 임명과 관련하여 소수파와 협의하여 궁극적으로는 다양한 정치적 스펙트럼을 갖는 대법관들로 대법원이 구성하도록 유도할 수 있다.

나. 현행 헌법 하에서의 방안

1) 미국의 연방대법원의 대법관이나 대법원장으로 임명된 자들 중 법관경력자는 약 2/3에 그치고, 나머지 1/3은 법학교수, 인권변호사, 검사, 정치인 등 다양한 직업적 배경을 가지고 있다. 일본의 최고재판소 재판관은 법관출신 5-6명, 변호사 출신 4-5명, 법률가 자격이 없는 학식경력자 출신 4-5명으로 구성되어 있다.

(1) 먼저 생각할 수 있는 방안은 직역 다양화 강제하는 것이다. ‘대법관의 1/2은 법관출신이 아닌 변호사 자격을 가진 검사, 변호사, 공인된 대학의 법률학 조교수 이상으로 재직 한 사람들 중에 임명하도록 하되, 법관이나 검사 출신의 변호사나 교수는 최근 5년 이상 계속하여 해당직역에 종사하여야 한다’ 는 내용으로 법원조직법을 개정하거나, 일본처럼 대법관 14명 중 4명 정도는 법률가가 아닌 학식경험자로 구성하도록 하여 우리 사회의 소수자나 사회적 약자의 의견을 반영할 수 있도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 대법원은 하급법원과는 달리 법기술보다는 가치관과 세계관이 중요시되기 때문에 반드시 모든 대법관의 자격을 법률가로 국한시킬 필요는 없다. 여성 대법관수를 1/3 이상 할당하는 것을 입법화하는 것도 생각해볼 만하다.

(2) 대법원장의 대법관 제청권을 통제하고 대법원 구성을 다양화하기 위해서는 대법관추천위원회 제도를 다음과 같이 개선해야 한다.

첫째, 추천위원회의 성격을 자문기관에서 심의기관으로 바뀌어야 한다. 추천위원회가 제청대상자를 3배수로 추천하면 대법원장은 이 중에서만 제청하도록 해야 한다. 대법원장이 3배수 중 한 명을 제청할 수 있기 때문에 대법원장의 대법관 제청권을 본질적으로 침해하는 것이 아니다.

둘째, 추천위원회 구성을 다양화해야 한다. 우선 대법원장의 관여를 최소화 하고 국회의 관여를 강화하고, 추천위원회에 비법조인을 확대해야 한다. 추천위원회 위원을 15명으로 확대하고, 국회가 6명을 지명하고, 각 심급별 법관회의의 대표자로 법관 대표 4명을 위원으로 하고, 국회가 지명하는 위원 중 상당수는 변호사 자격을 갖지 아니하는 사람과 여성 위원으로 하도록 해야 한다.

셋째, 선거 및 회의 절차를 공개해야 한다. 현행 선거 및 회의 절차의 비밀주의는 국민주권주의에 반할 뿐만 아니라 제청과정의 투명성을 확보하는데 저해요소가 되기 때문에 이를 공개주의로 전환할 필요가 있다.

넷째, 대법원장이 추천위원회에 관여할 수 있는 권한을 없애야 한다. 대법원장이 대법관 제청대상자로 적합하다고 생각하는 사람을 추천위원회에 심사대상자로 제시할 수 있도록 하는 제7조 제1항과 피천거인 가운데 결격사유가 있는지를 사전에 심사할 수 있도록 하는 제7조 제2항을 삭제하고, 이를 금지하는 규정을 신설해야 한다.

다섯째, 이러한 개선책을 실현하기 위해 대법관추천회의에 관한 사항을 대법원규칙이 아닌 법원조직법으로 규율해야 한다.

3. 결론

더 이상 대법관 구성의 다양화는 대법원장의 의지에 맡겨놓을 수 없다. 법원조직법을 개정하여 입법적으로 해결해야 할 때다. 지구상에 대법관을 법관의 승진코스로 인식하는 나라는 대한민국 뿐이다. 엘리트 법관만으로 최고법원을 구성하는 나라 역시 대한민국 뿐이다. 대법원 구성의 다양화는 국민의 요청이자 전 세계적 추세다. 장래의 개선 목표가 아니라 시급히 해결해야 할 현안이다. 제20대 국회는 하루 빨리 사법개혁위원회를 설치하여 이러한 국민의 요청에 부응하는 입법개정을 해야 한다.

대법관 임명절차의 문제점과 개선방안

한 상 희 교수 (건국대학교 법학전문대학원)

1. 문제의 제기: 사법의 민주화와 독립¹⁾

대체로 (대)법원은 전문성과 독립성, 민주성을 그 구성원리로 하고 있다고 본다.²⁾ 하지만 이러한 3대 구성원리 중 전문성은 독립성과 굳이 구별할 이유가 없다. 전문성의 요청이, 분쟁해결의 기준인 헌법과 법률의 “의미와 내용의 해석에 대한 전문적 지식”의 구비여부에 관련된 것이라고 한다면 이는 위에서 말한 선제적 규칙을 발견할 수 있는 능력을 의미하는 것이며 그것은 다시 법관은 법과 사법적 양심에 따라 재판하여야 한다는 사법의 독립이 추구하는 가장 기본적 사항을 구성하게 되는 것이다.

이런 관점에서 본다면 우리 대법원의 구성원리는 독립성과 민주성(책무성) -혹은 이 양자에 공통되는 하위원리로서 전문성-을 바탕으로 이루어지며 따라서 그 구성 또한 이런 두 원리에 가장 잘 부합하는 방식으로 이루어져야 한다. 이 중 독립성의 요청과 책무성의 요청은 이미 살펴보았거니와 민주성의 요청은 약간의 부연설명이 요할 것으로 보인다.

대법원의 구성원리로서의 민주성의 요청은 사전적인 민주적 정당성의 요청과 사후적인 책무성(accountability)의 요청 등 두 가지로 구분된다. 이 중 민주적 정당성의 요청은 선거제도의 방식에 의해 대법원의 구성 자체가 시민사회 혹은 법률가공동체의 대표기관으로서의 실체를 갖추거나 혹은 시민사회 또는 법률가공동체의 동의/승인으로부터 그 정당성을 확보할 것을 요구한다. 이 중 후자의 경우에는 대법관이 국민적 선거나 대의기구에 의해 선출되지 않고 대통령 등의 국가기관에 의하여 임명되는 과정에서 시민들의 참여기회를 보장하거나 혹은 시민들로 하여금 그 후보자를 심사하고 판단할 수 있는 기회를 줌으로써 국민적 합의 내지는 동의/승인이 이루어지게끔 하고 이를 바탕으로 임명하는 방식이다. 실제 현행 헌법의 경우 대법원장이나 대법관의 경우 임명제를 취하고 있는 만큼 여기서 말하는 민주성은 후자의 관점에서 포섭할 수밖에 없다.

대체로 사법의 민주화라 할 때 사법의 구성-특히 법관의 임명-과정에 대한 국민적 참여

1) 이 토론문은 대한변협에서 대법관후보제청위원회제도에 대한 개선방안으로 논의된 결과를 정리한 글을 토론자의 의도에 맞추어 수정, 편집한 것이다. 따라서 이 글의 내용은 토론자의 의견이며 대한변협과는 무관하다.

2) 정종섭, 한국의 사법제도와 발전모델, 집문당, 1998; 송기춘, 사법개혁과 대법원의 구성, 헌법학연구 제6권 제4호, 2000

가 이루어지는 경우와, 일단 법원이 구성되고 난 다음에 그 사법결정의 과정에서 국민적 참여와 통제가 이루어지는 경우 두 가지로 나누어볼 수 있다. 문제는 사법의 독립성과 사법의 민주성의 요청은 그 상보성의 관계에도 불구하고 현실에 있어서는 자칫하면 상호 충돌하는 방향으로 작용할 수도 있다는 점이다.³⁾

사법의 책무성의 요청은 이 점에서 의미를 가진다. 책무성의 개념은 아직 명확하지 않은 듯하나 기본적으로 책임성(responsibility)과 응답성(responsiveness)을 결합한 개념으로 보아 크게 어긋나지 않는다. 어떠한 결정을 내리는 자는 그 결정을 다른 사람-상급자, 소비자, 또는 인민 등-들에게 설명하고 이해를 구하며 그들의 판단에 자신의 권한과 지위를 맡기는 것이 얼추 이 개념에 해당한다. 실제 이러한 책무성은 독립성이 강조되는 사법체계와는 그리 익숙한 것이 되지는 못 한다. 법관은 그 자체 독립된 기관인 만큼 감시와 감독의 기관인 상급자가 존재하지 않으며 또 법과 사법적 양심에 따라 재판을 하여야 하는 법률전문가인 만큼 시민적 통제에도 친숙하지 않다.

특히 M. Cappelletti⁴⁾가 제시한 세 가지의 책무성모델-억압형, 분리형, 응답형/소비자지향형-중 억압형은 외부적 감시와 통제를 요청하는 것인 만큼 사법의 독립에 반하며, 내부적·자율적 감시와 통제를 의미하는 분리형의 경우 또한 법관의 독립이라는 관점에서 한계를 가진다. Cappelletti는 물론 정치적·사회적 책무성과 법적 책무성의 결합형태인 응답형/소비자지향형을 제시한다. 이는 법원과 법관의 결정에 대하여 동료들이나 다른 법률가 혹은 법(률가)공동체에 의한 감시와 통제를 의미하는 사회적 책무성과 의회, 행정부, 언론 등에 의한 감시와 통제를 의미하는 정치적 책무성, 그리고 법률소비자로서의 당사자들과 일반적인 시민들의 입장에서 그들의 이익에 봉사하기 위하여 개방성과 응답성을 확보할 것이 요구되는 법적 책무성-또는 법적·민주적 책무성이라 명명하는 것이 더 타당할 것이다-으로 구성된다.

문제는 사법의 독립과 사법의 책무성이라는 두 요청을 동시에 충족시키는 것이 그리 만만한 작업이 아니라는 점이다. 대체로 양자는 서로 대립하고 모순되는 요청은 아니며 그 본질상 동일한 것의 양 측면으로 보면서 양자 간의 균형점을 어디서 찾을 것이며 그 제도화는 어떻게 할 것인가가 주요한 관심사로 되어 있다.⁵⁾ 민주주의는 한 편에서는 사법의 독립을 요구하면서 다른 한편에서는 “어떠한 권력도 통제되지 않은 채 방치되어서는 아니 되며 그를 통제하는 권력 또한 무책임의 상태 즉 통제되지 않은 상태에 놓여 있어서는 아니 된다” 는 요청을 하고 있기 때문이다. 그리고 바로 이 지점이 우리의 숙원인 민주적 사법을 구성하는 기본지향이 되는 것이다.

대법원 구성의 민주성과 관련하여 또 하나 주의하여야 할 점은 대법관들이 부분사회의 대표여야 하는가(혹은 그래도 괜찮은가)의 문제이다.⁶⁾ 대법관의 인선절차가 시작될 때마다

3) 실제 이렇게 나누어 보더라도 양자는 동일하다. 즉, 임명과정에서의 민주성은 엄밀히 보자면 임명에 대한 책무성의 요청을 포함한다. 누가 왜 어떤 기준에 의해 누가 심사하여 임명되는지에 대한 설명과 그 책임, 그리고 이 과정에서의 시민사회와의 쌍방향적 소통 등은 책무성의 차원에서 논의할 수 있기 때문이다.

4) M. Cappelletti, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility," 31 American Journal of Comparative Law 1, 1983, p.61f.

5) 예컨대, S. B. Burbank & B. Friedman, eds., Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach, 2002, pp.14-16

시민사회 등에서는 여성, 장애, 노동, 환경, 복지 등 아직까지 소수자의 위상을 벗어나지 못하고 있는 시민사회부분이 대법관의 임명과정에서 제대로 반영되어야 할 것을 요청해 왔다. 대법원의 구성이 이런 영역별로 다양하고도 다원적으로 이루어지기를 원하는 것이다. 하지만 동시에 대법관이 이런 부분사회의 대표로 등장하는 경우 그의 민주적 정당성의 문제는 나름 논란의 대상이 될 수도 있다. 헌법은 공무원은 전체 국민의 봉사자라는 틀을 견지하고 있고 이 점에서 대법관은 국민 전체의 이익을 대표하고 또 추구하여야 한다는 의무를 지고 있기 때문이다.

하지만 여기서 말하는 민주적 정당성과 부분사회의 대표성이라는 요청은 충돌하지 않는다. 후자는 부분사회의 관심이나 이익을 적극적으로 대표하라는 의미가 아니라, 소극적인 관점에서 이들이 다수자의 관심이나 이익에 의하여 무시되거나 배제되지 않도록 사법결정 과정에 투입하고, 이를 통해 조직으로서의 대법원이 전체적으로 균형 잡힌 판단을 내릴 수 있도록 하여야 한다는 요청이다. 평의에서 토론이 이루어지고 합의가 이루어질 것을 전제로 한 합의제적 의사결정방식이 가지는 장점이 여기서 나온다. 개인적인 수준에서는 부분사회의 이익을 대변하거나 혹은 대표하는 것일 수는 있어도 조직적인 수준에서는 이러한 부분적 이익들이 상호 조정되고 통제되고 수렴됨으로써 전체로서 일반적 이익에 봉사하는 결정을 만들어내도록 하는 것이다. 그리고 바로 이러한 점이 상대주의 및 다원주의에 바탕으로 두는 민주적 의사결정의 매커니즘이기도 하다.⁷⁾

실제 그동안 대법원의 구성과정에서 시민단체들을 중심으로 대법원구성 다양화를 주장 하였던 것도 이러한 맥락에서 이해되어야 한다.⁸⁾ 시민단체들은 관료법관출신만이 아니라 다양한 사회적 경력과 경험, 그리고 부분사회에 관한 전문적인 지식과 식견을 갖춘 대법관들도 골고루 임명되어야 한다고 주장해 왔다. 그것은 대법원의 의사결정과정에서 그 부분사회 영역에 나름의 전문적인 지식이나 식견을 투입하여 타당한 결정을 이끌어낸다는 측면도 있지만 동시에 관료법관들로 대변되는 다수자사회의 이익이나 관심들을 민주적으로 견제하고 통제하는 한편 그 다수자의 이익과 소수자 또는 부분사회의 이익을 조정하고 중재함으로써 균형잡힌 사법결정이 이루어져야 함을 주장했던 것이다. 예컨대 여성대법관의 존재가 필요한 것은 여성의 이익을 위해 법판단을 한다는 대표성보다는 오히려 여성적 법해석이라는 전문성을 바탕으로 대법원의 의사결정과정에서 여성적 관점을 투입하고 이를 통해 가부장적 고정관념을 중화시키며 다수자 남성에 의한 ‘일방적’ 법해석의 가능성을 차단하는 한편 성별의 측면에도 보다 균형잡힌 판단을 이끌어내는 역할이 필요하기 때문이다.⁹⁾

6) 미국의 경우 *Chisom v. Roemer*(501 U.S. 380 (1991)) 사건에서 연방대법원은 법관이 선거로 선출되는 제도하에서도 법관은 대표자(representatives)가 아니라고 판단한 바 있다.

7) F. Ely의 대표강화이론(Representation Reinforcement)은 이 점에서 타당하다. John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980 참조. 이에 대한 간략한 소개로는 F. A. Coleman, "Minority Rights—Using Representation Reinforcement to Protect the Civil Liberties of Conscientious Objectors in Korea—," 법학논총(한양대) 제29집 제4호, 2012, 625-648면.

8) 예컨대 참여연대의 경우 “균형잡힌 대법원·헌법재판소 구성을 위한 시민추천운동을 시작하며”라는 제호하의 2003. 6. 18.자 기자회견에서도 사회적 다양성을 최우선적 지향으로 내세우며 이념적 다양성, 사회적 다양성, 층원구조의 다원화 등을 대법관 및 헌법재판관의 인선기준으로 삼았다.

9) 바로 이 점 때문에 법원 구성의 다양성과 법관의 능력(merit)은 실질적으로 같은 요소에 해당한다는 주장도 있다. 즉, 다양성(diversity)은 중국에는 보다 많은 사실관계-특히 사회적 관계들-들을 법에 포섭할 수 있는 능력

2. 현행 대법원장·대법관 임명과정의 문제점

(1) 대법관 임명과정의 정치화

하지만 이런 논의는 우리나라의 현행 대법관 임명과정을 들여다보는 순간 허상이 되어 버리고 만다. 그 임명의 방식은 시종일관 일방적이고 획일적이며 비민주적인 방식으로 진행되기 때문이다. 그리고 그 결과 대법원은 관료법관을 중심으로 한 단선적 구성으로 귀결되고 이 과정에서 대법원장이나 대법관들은 그 설명(account)의 대상을 국민이 아니라 자신을 지명하고 임명한 상급의 권력에서 찾게 된다. 대법원 자체가 민주성을 상실하는 사태가 발생할 뿐 아니라 그 사실상의 독립성까지도 의심받게 되는 양상이 벌어지는 것이다.

헌법사적 측면에서 우리나라의 대법원구성방식을 정리해 보면 다음 표와 같다.¹⁰⁾

| 구분 | 대법원장 임명 | 대법관(또는 대법원판사)임명 | 대법관임명에 관한 법원의 관여 |
|---------|--|--|--|
| 제헌헌법 | 대통령이 임명 국회의 승인 | 대법원장, 대법관, 각 고등법 원장으로 구성되는 법관회의 제청으로 대통령이 임명 | 법관회의의 제청 |
| 1960년헌법 | 법관의 자격 있는 자로 구성되는 선거인단에서 선거하고 대 통령이 확인함 | | 현직법관이 반수인 선거인단 구성, 대법관은 현직법관 가 운데서 5인, 기타 3인을 선출 |
| 1962년헌법 | 법관추천회의의 제청, 대통령 이 국회의 동의를 얻어 임명 | 대법원장이 법관추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통 령이 임명 | 대법원장이 법관추천회의(구 성원 9명중 법관 4인)의 동 의를 얻어 제청 |
| 1972년헌법 | 대통령이 국회의 동의를 얻 어 임명 | 대법원장의 제청으로 대통 령이 임명 | 대법원장의 제청 |
| 1980년헌법 | 국회의 동의를 얻어 대통 령이 임명 | 대법원장의 제청에 의하 여 대통령이 임명 | 대법원장의 제청 |
| 1987년헌법 | 국회의 동의를 얻어 대통 령이 임명 | 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명 | 대법원장의 제청 |

위의 표를 보면 대법원의 구성에 있어 민주적 정당성을 확보하기 위한 장치로 국민의 직접 참여를 제도화한 경우는 없다. 다만, 법관회의 또는 법률가로 구성되는 선거인단에 의한 선출/제청의 방식을 중심으로 동료선출방식을 취한 제헌헌법과 1960년헌법이 가장 뛰어나다 할 수 있다. 하지만, 법관추천회의를 구성하여 그나마 법원 내부의 민주적 인사절차를 보장했던 1962년 헌법체제가 권력의 총체적 집중을 도모했던 1972년 유신체제에 의하여 와해되면서 대법관이 임명과정은 철저하게 대법원장 개인의 권력-혹은 그를 배후하는 대통령의

의 문제이며 이는 곧 그 법관의 자질과 관련하여 판단되어야 하는 것이라고 한다. 하지만 이런 능력은 그의 경력이나 그가 속한 귀속집단의 여하, 혹은 그의 생활과정과 밀접한 관련 속에서 형성되는 것인 만큼, 다양성과 능력성을 별도의 평가요소로 분리하더라도 크게 문제되지 않는다.

10) 송기춘, 대법원장의 대법관 임명제청권에 관한 헌법학적 논의, 민주법학, 제23호, 2003

권력-에 전속되는 왜곡된 양상을 보이게 된다. 물론 이 때에도 국회는 동의절차를 통한 간접적인 관여만이 허용되었을 뿐이었고, 거의 대부분의 대법관임명절차는 비민주적이고 비응답적인 방법으로 이루어지게 되었다. 절차적 민주화를 지향하였던 1987년 헌법에서도 이런 폐쇄적 구조는 거의 변함없이 유지되었다. 다만, 2000년 6월 23일 인사청문회법이 제정되면서 국민들은 국회의 인사청문회를 통해 우회적이고 소극적으로 이 과정을 관찰할 수 있게 되었다는 것이 나름의 진전이기는 하였다.

이러한 권한의 배분과 그 집행의 절차들은 대법원장/대법관의 임명을 철저하게 정치화하여 사법부의 조직 자체를 정치권력이 통제할 수 있게 만든다는 점에서 문제적이다. 사법의 독립이라는 헌법의 대원칙을 정면에서 부정하고 있는 것이다.¹¹⁾ 통상 법관의 임명과정은 사법부 내부에서 그 중요한 부분의 결정을 할 수 있도록 하는 것이 원칙이다. 그래서 적어도 1962년 헌법에서까지는 법관추천회의라는 것이 존재하였고 그 회의의 과정에는 4명의 법관이 참여하는, 그래서 법원 내부의 의사가 통용될 수 있는 길을 열어 두었다. 하지만, 유신체제 이후로는 대법원장을 하나의 기축으로 삼아 국회와 대통령이 주도하여 대법관의 임명을 처리하도록 한다. 사법부 외부의 정치가 대법원장이라는 또 다른 기관-사실 대법원장은 사법부의 정점에 자리한다는 점에서는 사법기관이지만 3권분립의 한 정점을 차지하면서 국가 정치의 중요한 부분을 구성하고 있다는 점에서는 그 자체 또 다른 정치기관이 될 수 있다. 특히 우리나라처럼 대통령의 의지가 그 임명에 중요한 역할을 하는 경우는 더욱 그러하다.-과 함께, 혹은 그를 경유하여 사법부의 내부에 침투할 수 있는 여지를 마련하고 있는 것이다. 결국 유신헌법은 대법원장/대법관의 임명과정을 종래의 사법주도형에서부터 세계적으로 유례가 없는 정치주도형으로 변질시켰고¹²⁾ 이런 왜곡은 지금에 이르기까지 거의 변함이 없이 이어지고 있다.¹³⁾

그러나 더 중요한 점은 모든 경우에 청와대 민정수석실을 경유하는 대통령의 의지가 직접 작용한다는 것이다. 물론 미국에서도 대통령이 대법관을 임명한다. 하지만 그 경우는 대통령이 자신의 권한과 책임으로 대법원장/대법관 후보자를 선택한다. 우리나라처럼 대법원장이나 법관추천회의의 제청과 같은 방식을 만들어놓고 대통령은 막후에서 비밀리에 그 권력을 행사하는 방식이 아니다. 환언하자면, 위의 사실과 같은 상황이 벌어졌을 때, 우리나라

11) 바로 이런 문제점으로 인하여 1988년의 제2차 사법과동과 2003년의 제4차 사법과동이 야기된다. 대법원장이 독단적으로 대법관을 지명, 제청할 수 있게 하고 법원의 인사 자체를 완전히 장악함으로써 대법원장이 언제든 사법에 대한 정치적 통제력이 관통하는 경로가 되어 버렸음을 비판하였던 것이다.

12) 미국의 경우 대통령이 연방대법원의 대법관과 대법원장(엄밀히 말하자면 수석대법관Chief Justice)을 임명하는 제도를 두고 있지만, 그 절차는 후술하듯(부록 참조) 수많은 법공동체와의 협조체제 하에서 이루어지는 만큼 대법원장의 독점적 권한에 일임하고 있는 우리의 경우와 직접 비교하기는 곤란하다.

13) 그래서 이 대법원장, 대법관의 임명절차는 가장 우선적인 헌법개정 대상이 되기도 한다. 실제 사법부가 법관의 임명절차를 독점하는 경우에는 사법의 독립에는 기여할지 모르나 지나치게 독립되어 사법의 지배를 야기할 수 있으며, 정치가 그 절차를 독점하는 경우에는 사법이 정치권력에 종속된다. N. Garoupa and T. Ginsburg, "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils," Law and Economics Working Papers, University of Illinois College of Law, 2008, p. 5. 우리나라의 경우에는 이 양자의 한계를 동시에 가진다. 대법원장이 대법관과 일반법관의 인사권을 독점하고 있다는 점에서 전자의 문제가 발생하며 그 대법원장이 정치적으로 임명되는 체제를 마련하고 있다는 점에서 후자의 문제가 발생한다. 즉, 사법체계를 상명하복식의 위계구조로 구성하고 그 닫힌 피라미드(김도현, "사법개혁과 법관인사제도," 민주법학, 제29호, 2005, 74면 이하)의 최정점에 대법원장을 위치시우면서 이를 정치권력이 통제하는 일종의 중세적 통치방식을 구조화하고 있기에 사법부의 가장 깊숙한 곳까지 정치권력의 영향이 미칠 수 있게끔 되어 있는 것이다.

에서는 대법원장이 제청하였기에 그 책임은 대법원장에게 집중되지만(그러나 실질에 있어서는 대통령의 책임이 더 클 수도 있다), 미국의 경우에는 제청행위라는 별도의 방패막이 존재하지 않는 만큼 대통령이 그 모든 책임을 다 감수하여야 한다. 한마디로 대법관의 임명과정에서 대하여 국민들이 누가 실질적인 임명권자인지를 분명하게 인식하고 그를 감시, 추적할 수 있는 구조가 미국의 경우이며, 우리나라의 경우에는 이 국민적 감시 자체를 불가능하게 은폐·엄폐시켜 놓고 있는 것이다.

사법에 관한 최고의 권한과 권력을 독점하고 있는 대법원장의 경우는 이런 밀실성을 더욱 강화한다. 대법관의 제청권을 통해 대법관 인사의 실체를 장악하면서도 그것을 자신의 배타적 권력 속으로 편입시키고 있기 때문이다. 실제 우리나라의 대법원장은 대법관회의의 대표자 내지는 대법관에 대한 동료 중의 우월자로서의 성격을 갖지 못 한다. 그는 대법관과는 별도의 지위에서 대법원 및 법원행정체계 전반을 관리·감독하는 최고행정기관이자 동시에 대법원의 재판에 참여하는 재판관으로서의 지위를 가진다. 한마디로 그는 우리나라의 모든 법원과 모든 법관을 관리하고 통제할 수 있는 법적·사실상의 권력을 가진 자이다. 이런 대법원장이 대법관을 제청하는 독점적이고 배타적인 권력까지 가지고 있다는 것은 그 권한이 사법행정의 관리라는 측면을 넘어 사법의 실체에까지 영향을 미칠 수 있는 실질적 권력으로 확장되고 있음을 의미한다. 즉, 외부의 간섭으로부터 법원과 법관을 보호하는 사법권력적 측면에서의 권한¹⁴⁾을 넘어 스스로 법원과 법관에 대한 간섭자 내지는 영향력행사자로 존재할 수 있다는 것이다.

더구나 법원조직법을 비롯한 우리 법령 어디에도 대법관의 실질적 자격요건에 관한 통제를 하고 있는 것은 전혀 없다. 대법관의 제청에 관한 일반적 규율을 정하고 있는 법원조직법은 그에 관하여 대법관의 자격(15년 이상 경력을 가진 법률가)과 대법관후보추천위원회(이하 “추천위원회라 함)의 설치와 구성에 관한 사항 외에는 아무 것도 규율하지 않고 있다. 대법원장은 대법관을 제청하면서 대법관의 자격요건(제45조제1항)과 대법관후보추천위원회(제41조의2)에 관한 사항만 준수하면 나머지는 모두 무제한의 재량에 의해 자신의 권한을 행사할 수 있게 되어 있다.

뿐만 아니라 법률가의 능력이나 가치지향 등을 판단할 수 있는 객관적이고 상시적인 평가시스템 또한 전혀 구비되어 있지 않다. 누가 대법관후보로 적임자인가를 판단할 수 있는 사회적 합의가 존재하지 않는 것이다. 요컨대 대법원장은 대법관의 제청에 있어 절차적으로도 강력한 권한을 가지고 있을 뿐 아니라 실제적인 측면에서도 거의 무한대의 재량권을 가지고 있다. 그리고 이 모든 권력은 대법관후보추천위원회라는 허세의 기관에 의하여 은폐·엄폐되고 있다. 대법원장의 권력이 행사되는 과정 자체가 밀실성을 띠게 되는 것이다.

이러다보니 대법원은 대법원장과 대법원장의 영향권역 안에서 제청되고 또 임명된 대법관으로 구성될 수밖에 없다. 나아가 대법관은 자신의 임명에 영향을 행사하였을 수도 있는 대법원장에 그리고 대법원장은 또 자신을 임명해준 대통령과의 관계 속에서 대법원의 역할과 기능을 결정하는 상황이 발생할 수도 있게 되었다. 사법의 독립이 내면적으로 붕괴되고 있는 것이다.

14) 이현환, 한국 사법사에 비추어본 1971년의 사법과동, 법과사회 제15호, 1997, 90면

(2) 대법관후보추천위원회의 형식성

이런 점은 그의 대법관제청과정에서 가장 잘 드러난다. 대법원장의 제청과정을 통제하는 유일한 장치인 대법관후보추천위원회는 외형적 정당성을 획득하기 위한 단순한 눈속임 내지는 통과외레에 불과하다.

우선 이 위원회의 10명의 위원 중 6명이 당연직으로 되어 있고 법률가가 아닌 위원이 위촉될 가능성은 그나마 1명(대법관 아닌 법관)이 줄어들어 단지 3명에 지나지 않는다. 법률가가 과대대표되고 있는 것이다. 대법원장의 사법행정권을 감안할 때 실질적으로 자신의 영향권 안에 있는 법관(선임대법관, 법원행정처장) 2인과 자신이 선발한 법관 및 학식덕망자 4인 등 총 6인에 대해 실효적인 영향력을 행사할 수 있는 방식으로 이루어진다. 뿐만 아니라 이 법률가 위원들도 문제를 안고 있다. 사법부의 인사과정에 법무부장관(“준사법기관”으로서의 검찰이 아니라 정치적 기관으로 행정권을 가지는, 그래서 대통령의 통할권에 복종하여야 하는 법무부장관임을 주의할 필요가 있다)이 위원으로 참여하는 것 자체가 권력분립의 정신에 위배될 뿐 아니라 법원의 독립을 침해하는 요인이 된다.¹⁵⁾ 더불어 법학교수회장과 법학전문대학원협의회장이 당연직 위원이 되는 것은 엄밀한 의미에서 법학교수들이 이중대표되고 있다는 비판이 가능하다. 후자에 의해 대표되는 자는 전자에 의해서 또 대표되고 있기 때문이다. 아울러 법원행정처장은 사법행정사무에 관하여 대법원장의 지위·감독에 복종하는 사람이다.¹⁶⁾

이러한 구성의 대법관후보추천위원회의 회의 또한 문제적이다. 대법관후보추천위원회의 심사에 관한 사항은 외부에 공개될 수 없으며(대법관후보추천위원회규칙 제9조), 회의의 절차와 내용 또한 공개되지 않는다.(동 제5조제4항) 대법관후보추천위원회에 대법관 제청대상자로 천거하는 경우에도 이를 비공개로 하여야 한다(제6조제2항), 더구나 천거인이 피천거인을 공개천거하는 경우에는 대법관후보추천위원회의 의결로써 심사대상에서 제외하도록 하고 있다.(제8조제2항 단서) 이 규칙은 총 11개의 조문으로 되어 있는데 그 중 4개의 조문이 비공개 내지는 비밀성을 규정하고 있을 정도로 철저하게 비밀주의로 일관하고 있는 것이다.

문제는 이런 비밀주의가 제청권자인 대법원장의 권한을 무소불위의 권력으로 변환시켜 놓고 국민들의 제청과정에의 참여를 차단함으로써 민주성의 원칙의 본질을 훼손시킨다는 점 외에도 그러한 비밀주의로 인하여 대법관의 책무성까지도 훼손시킨다. 이 비밀주의는 당해 대법관이 누구에 의해 어떤 이유로 천거되었으며, 어떤 기준에 의하여 대법관후보추천위원회의 추천을 받았으며 어떤 이유에 의해 대법원장에 의해 제청되었는지 도대체 알 수 없는 구조를 만든다.¹⁷⁾

15) 유럽사법위원회연합회(ENCJ: European Network of Councils for the Judiciary)는 유럽에서 법관의 인사 특히 임명에 관한 사항을 결정하는 가장 보편적인 기구인 사법위원회(Councils for Judiciary)의 구성에 내각의 각료들이나 의원(전직 의원 포함)의 참여는 권력분립의 원칙에 반한다는 이유로 특별히 반대한다. ENCJ, Standards VI: Non-Judicial Members in Judicial Governance, ENCJ Report 2016-2016, (adopted by the General Assembly 3rd June 2016), p.8 참조.

16) 또한 지난 5월 구성된 대법관후보추천위원회의 경우 민간인 위촉위원을 배출한 한국가정법률상담소는 법무부에 법률구조법인으로 등록되어 법무부의 감독을 받는 기관이다.

17) 이 점을 보완하기 위한 것이 국회인사청문회이지만, 정치적 토론이 이루어지는 국회에서의 검증과정과 제청을 위한 심사의 과정에서 이루어지는 검증·확인의 과정은 전혀 다른 것이며 특히 대상자에 대한 실질적 심사의 능력을 갖추고 있는 법공동체의 참여가능성이라는 점에서는 양자는 극명한 차이를 보인다.

요컨대, 현재의 대법관제청절차는 철저한 비밀주의에 간혀 있을 뿐 아니라 그 비밀의 장막 속에서 대법원장(또는 그 배후의 정치권력)이 전횡할 수 있는 무한한 여지를 마련하고 있다는 점에서 모든 의미에서의 민주성을 상실하고 있다. 뿐만 아니라 이런 왜곡을 통해 대법관에 사실상의 영향력을 행사할 수 있게 됨으로써 대법관의 독립과 그를 바탕으로 구성되는 대법원의 독립까지도 위태롭게 만들고 있다.

3. 민주적 사법을 위한 대안

그러면 이런 문제 상황에서 어떠한 대안이 가능할까? 대법원의 구성방식과 절차에 관하여 생각가능한 대안은 선거제, 임명제, 그리고 절충제(소위 미주리방식) 등이 있다. 이 중에서 선거제나 절충제는 대법원의 구성방식에 관한 헌법사항을 개정하는 것인 만큼 헌법개정이 필요하다. 반면 임명제의 경우에는 개헌이 있다면 더 편하겠지만 그렇지 않더라도 약간의 규범형성을 통해 마찬가지로의 효과를 거둘 수도 있다.

(1) 선거제의 가능성

먼저 선거제의 경우를 생각해 보자. 여기서 선거제는 다시 국민의 보통선거에 의한 방식과 1960년 헌법의 경우처럼 법률가공동체에 의한 선거의 방식으로 구분할 수 있다. 이 중 보통선거방식의 경우에는 가장 민주적 정당성을 확보한 대법원을 구성하기에 최선의 방식이 된다. 그러나 한편으로는 법의 지배라는 헌법원칙이 민주주의의 폐해-다수자의 지배-를 치유하기 위한 공화제적 방안으로 등장한 것이라는 점을 감안한다면 하급심법원도 아닌 대법원의 경우에까지 선거제를 도입하는 것은 나름 적절해 보이지는 않는다. 특히 입헌주의의 요청이 모든 권력을 상회하는 최고가치로서의 헌법을 예정하고 이로써 다수자의 권력조차 통제하고자 함에 있다고 한다면 이 헌법과 그 하위법인 법률들을 객관적이고 중립적으로 해석하고 적용하는 최고법원의 존재는 필수적이라 할 수 있다.

또, 법률가공동체에 의한 선거제의 경우는 우리나라와 같이 법률가공동체가 적은 경우에는 소수의 직업집단에 의한 지배라는 현상을 야기할 가능성이 많아진다.¹⁸⁾ 인구의 0.4%에 불과한 법률가집단이 전체 국민의 생활에 결정적 영향을 미치는 대법원을 구성한다는 것은 아무리 사법결정의 전문성을 고려한다 하더라도 바람직하지 않다. 대통령이나 국회에 의한 임명의 경우에는 그 임명에 대하여 책임을 지는 자가 존재하기에 그 민주성의 부족이라는 단점이 극복되는 반면, 이런 선거의 경우에는 선거결과에 대한 책임을 질 수 있는 자가 전혀 존재하지 않는다는 점에서 별로 좋아보이지는 않는다.

하지만, 이런 논의는 중장기계획하에서는 바뀔 수도 있다. 우리나라의 법률가집단이 충분히 확대되는 경우에는 선거제도 나름의 대안 중의 하나가 될 수도 있다는 것이다. 향후 법률가 집단이 충분히 확대된다면 이러한 장애요인은 사라질 뿐 아니라 법률가집단이 일종의

18) 더구나 지금처럼 일부의 대형로펌이 강력한 영향력과 로비력을 행사하고 있는 현실에서는 더욱 과두지배의 위험이 우려된다.

정당이나 정치단체처럼 일종의 매개기능을 수행할 수도 있는 만큼 공화주의의 이념이 훼손되지도 않을 수 있다.¹⁹⁾

(2) 임명제

임명제의 경우에는 그 임명의 주체와 절차가 문제된다. 하지만 그 중에서도 민주성과 독립성의 요청을 감안한다면 더 중요한 것은 주체가 아니라 절차이다. 임명에 대한 국민적 합의-혹은 민주적 정당성-를 도출할 수 있는 상태를 형성하는 것이 관건이기 때문이다.

우선 주체의 문제로 한정하면 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하는 방법이 국회의 추천에 의해 대통령이 형식적으로 임명하는 방식보다는 더 명료하고 또 합리적이다. 나름의 민주적 정당성을 가지는 대통령이 자신의 권한과 책임으로 대법원장 또는 대법관후보를 지명하고 그에 대한 국회의 검증과정을 경유하도록 하는 것이다. 하지만 이 경우에도 몇 가지 제안사항이 있다.²⁰⁾

먼저, 대통령의 지명과정은 시민참여의 방식에 의해 이루어져야 한다. 즉 대법원장/대법관 후보추천위원회를 구성하고 개인·단체·법인의 선거를 받는 현재의 시스템을 가동하되 이를 대통령소속으로 하고 위원의 구성에 법률가의 참여는 최소화하는 대신 일반인의 참여를 최대화할 필요가 있다. 실제 이렇게 비전문가로 구성되는 위원회라 하더라도 미국의 시민배심의 경우처럼 그 의사결정의 합리성과 효율성은 그리 떨어지지 않는다는 것이 일반적인 관측결과이다.

둘째, 국회의 동의절차는 반드시 인사청문회를 거쳐야 함은 당연한 일이다. 문제는 그 의결의 과정인데, 대법원은 소수자보호를 위한 최후의 심급을 이룬다는 점에서 국회의 동의안 처리과정을 일반안건의 경우와 같이 하는 것은 옳지 않다. 원내 소수정파의 의견을 적극 반영한다는 의미에서 그 의결정족수를 재적과반수로 하거나 혹은 일반의결정족수로 의결하되 원내최대정당소속의원을 제외한 의원들의 재적수의 2/3 이상(혹은 과반수)의 반대가 있을 때에는 그 동의안이 부결된 것으로 하는 등의 장치를 마련할 필요가 있다. 다수자의 폭력에 저항하기 위하여 구성되는 대법원이 그 구성에 있어 다수자의 폭력에 종속된다는 것은 있을 수 없는 일이기 때문이다.

여기서 이러한 개헌이 이루어지지 않았다 하더라도 큰 문제는 발생하지 않는다. 대법원장의 경우는 위의 사항이 그대로 적용되어도 크게 무리가 없다. 현행 헌법에서도 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명하는 것이기 때문이다. 하지만 대법관의 경우에는 여전히 대법원장의 제청권이라는 것이 존재한다. 따라서 대법관의 임명과정은 위의 경우와 같이 하되 대법관후보추천위원회의 설치를 대법원장 산하에 하는 것으로 하면 된다.

19) 그리고 이 점은 절충형 즉 임명제와 책임용을 위한 신임투표제의 융합형태에 대해서도 마찬가지다. 여기서는 더 이상의 설명은 생략한다.

20) 그 이유는 종신제로 임명되는 연방(대)법관과는 달리 대통령의 임기는 4년 혹은 8년에 그침으로써 한 대통령이 연방대법원 전체를 인사권으로써 장악하기 어려운 미국의 경우와는 달리, 우리나라는 임기 7년의 대법관을 임기 5년의 대통령이 임명함으로써 2012년의 경우와 같이 한 대통령이 헌법재판소 재판관 과반수를 임명하거나 혹은 4명의 대법관을 한꺼번에 임명함으로써 대법원의 실제 자체를 변형시켜 놓는 경우가 발생하기 쉽기 때문이다. 즉, 대통령의 대법원장/대법관임명권과 관련하여서는 미국보다 더 강한 대통령 통제장치를 마련해야 한다. 만약 이러한 통제장치가 어렵다면 아예 대법원장/대법관의 지명권을 국회에 부여하는 것이 타당하다.

(3) 현행제도의 개선방안

현재의 실정에 비추어 볼 때 이상의 제도개선은 대법관의 임명에 대한 어느 정도의 프레임 전환을 통해서 가능한 일이라고 보는 것이 현실적인 인식일 것이다. 그러나 그렇다고 해서 현재와 같은 대법관후보추천의 방식과 절차를 그대로 유지하는 것은 우리 사법의 비민주성과 관료주의적 성격 그리고 그 비책무성을 고착시키는 결과만 야기할 뿐이라는 점에서 나름의 미봉적 대안-차악의 방안-을 고려할 필요가 생겨난다.

이를 위해 우선적으로 개혁이 필요한 부분은 대법관후보추천위원회에 관한 것이다. 이 추천위원회의 출범은 2003년 서승 대법관의 후임을 지명하는 과정에서 이루어졌다. 유신헌법 이래 대법관의 임명을 대법원장이 독단적으로 처리하던 관행과 함께 민주화의 진행에도 불구하고 여전히 “보수의 아성”이라는 비판을 듣고 있던 대법원에 대한 반발이 그 동인이 되었던 것이다. 실제 시민사회에서는 대법원이 정의와 인권의 최후 보루가 아니라 기득권층의 이익만 대변하고 있으며 그는 하급법원의 판결까지도 보수화시키고 있다고 비판하면서 이런 퇴행이 “소수와 약자들의 이익을 대변할 진보적 인사들이 애초부터 대법관으로 진입할 기외조차 갖지 못하는 ‘닫힌 임용구조’ 때문”이라고 보았다.²¹⁾ 이에 당시의 최종영대법원장은 2003. 6. 27. 대법원의 예규로써 대법관제청자문위원회를 구성하였고 같은 해 8.11. 처음 열린 이 자문위원회에 대법관후보로 김동건 서울지법원장, 김용담 광주고법원장, 그리고 이근웅 대전고법원장을 심사대상으로 지명하였다.

문제는 이 자문위원회의 운영이 하등의 대표성을 갖지 못한 채 과거의 관행에 따라 서열순에 따른 법관승진임용이라는 구태의연한 인선방식을 탈피하지 못하였음에서 발생하였다.²²⁾ 이런 절차와 운영에 반발하여 당시 자문위원이었던 박재승 대한변협회장과 강금실 법무부장관이 위원직을 사퇴하였다. 이어 개혁적 성향의 판사들이 인터넷 연판장을 돌리며 박시환 서울지법 부장판사가 법관직을 사직하였다. 소위 제4차 사법파동이 야기된 것이다.

물론 이 과정에서 여전히 대법원장이 의도하였던 대로 김용담 대법관이 임명되기는 하였다. 그럼에도 이 파동은 그 이후에 있었던 대법관의 인선과정을 개선하도록 하여 비교적 합리적으로 민주적인 방식으로 운영되어 김영란 대법관이 임명되는 등 대법원의 구성뿐 아니라 다양한 소수의견들이 판결문에 기재되는 등 상당한 개선양상을 보이기도 하였다. 하지만, 보수적인 정권이 등장하고 2011. 예규 수준의 대법관제청자문위원회가 대법원규칙에 의한 대법관후보추천위원회로 변형되면서 전술한 바와 같이 종래와 같은 밀실성, 독단성, 비민주성은 여전히 폐습으로 남아 있게 된다.

이에 이하에서는 유럽의 사법위원회(Councils for the Judiciary)의 모델에 따라 대법관후보추천위원회를 그에 맞추어 개선하는 방안을 제안해 보기로 한다.

① 대법관후보추천위원회의 구성

이 추천위원회의 가장 큰 문제는 그것의 비민주성 혹은 대표성의 결여라는 점에 있다. 현재 이 추천위원은 1. 선임대법관, 2. 법원행정처장, 3. 법무부장관, 4. 대한변호사협회장, 5.

21) 경향신문, “[사설] 개혁적 대법과 기대한다” 2003. 7. 31.

22) 연합뉴스, “<연합시론> 사법부의 서열주의 철용성,” 2003. 8. 13.

사단법인 한국법학교수회 회장, 6. 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장, 7. 대법관이 아닌 법관 1명, 8. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 3명(1명 이상은 여성)으로 대법원장이 위촉/임명한다.(법원조직법 제41조의2 제2항) 문제는 전술한 바와 같이 대법원장의 의사가 너무도 강력한 영향을 미칠 수 있는 구조에 있다.²³⁾

이를 시정하기 위해서는 우선 대법원장의 관여를 최소한의 수준으로 축소하고 오히려 민간위원²⁴⁾과 각 법률가직역으로부터 대표성을 확보한 위원들의 참여를 보장하도록 할 필요가 있다. 특히 지금은 전무한 국회의 관여를 보다 강화하고 또 실질화하는 것이 바람직하다. 이를 위해 현재 10명의 위원으로 구성하게 된 위원회를 12-5명의 수준으로 확대하고 국회와 법원(법관)이 같이 구성하는 방식을 채택하는 것이 바람직하다. 즉, 지금까지 변호사협회나 법무부, 법학교수회나 법전문협의회 등이 참여하는 방식은 배제하고 이들 기관이나 단체는 이 사법위원회에 대법관인선에 관한 의견을 제시하는 수준에 그 역할을 한정하는 것이 타당하다. 그리고 국회와 법원에서 선임되는 위원의 수는 일단 동수로 하여 상호간의 균형이 이루어지도록 할 필요가 있다.

국회에서 위원을 선임할 때에는 가중정족수에 의한 의결방식을 취함으로써 이념적 극단에 치우친 인사가 위원으로 되는 것을 막을 필요가 있다. 또한 법원의 경우에는 심급별-예컨대 대법원이 대법관회의 추천 1인, 고법의 법관회의 추천 2인, 지법의 법관회의 추천 4인 등 추천이나 혹은 법관의 직위별- 평판사, 부장판사, 고법부장판사, 대법관-로 법관회의를 소집하여 그 대표자를 적정하게 분배하여 선출하는 방식을 취하도록 한다.

그리고 이 경우 위원의 일정비율(예컨대 30% 이상)은 여성으로 하여 성별간의 균형을 도모할 필요도 있다.

실제 전술한 바와 같이 유럽의 주된 법관인사기구인 사법위원회(Judicial commission)에는

23) ENCJ는 사법위원회에는 민간위원들이 실질적으로 참여하여야 한다고 하면서, 민간위원들은 “시민들의 기본권을 보호하고 방어하는 사법부의 역할을 강화하며 사법부에 보다 많은 정당성을 부여한다는 측면 뿐 아니라, 사법부 내에 실질적으로 존재하거나 혹은 존재한다고 인식되고 있는 이기심이나 자기보호심리, 또는 자기지시성(self-referencing) 등을 피할 수 있게 한다는 점에서 그 존재의 의미가 있다고 한다. 뿐만 아니라 민간위원들이 가지고 있는 법외의 분야에 관한 전문지식이나 경력은 사법부에 대한 좋은 투입이 될 수 있다고 한다. ENCJ, op.cit., p.8 참조. 이러한 입장은 유럽평의회에서도 그대로 수용되어 왔다. Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committees of Ministers to member states on judges: Independence, efficiency and responsibilities (Adopted by the Committee of Ministers on 17th Nov. 2010 at the 1098th meeting of the Minister’s Deputies), Chapter IV. Councils for the Judiciary, para. 27. 참조.

24) 참고로 참여연대가 제20대 국회의 정책과제로 제시한 방안에 의하면 ① 법원조직법 제41조의2에 따른 대법관 후보추천위의 과도한 법조대표성을 사회적 다양성을 반영할 수 있는 구성으로 「법원조직법」 개정을 개정할 필요가 있다고 한다. 즉, 대법관추천위원을 ①현행 10명에서 15명으로 늘리고, ②법조직역 출신이 전체 위원 구성의 반수를 넘지 않으며, 여성 위원이 최소 4인 이상을 임명하도록 하되, 그 구성방식은 다음과 같이 하도록 한다.

- 국회에서 변호사 자격을 갖지 않은 4인 선출(2명 이상 여성),
- 대법관 회의에서 법관 1인 추천,
- 판사회의 의견 수렴해 대법관이 아닌 법관 2인 추천(1명 이상 여성),
- 법무부장관 1인 추천,
- 대한변호사협회 회장,
- 지방변호사회 회장 중 1인,
- 법학교수회 회장, 법학전문대학원협의회 이사장,
- 각계 전문 분야에서 변호사 자격을 갖지 않은 3인(1명 이상 여성)으로 구성

법관의 참여가 과반수 이상 되도록 할 것이 권고되고 있으나, 우리나라의 경우에는 이런 기준을 적용하는 것은 그리 바람직하지 못하다. 프랑스의 사법위원회가 15명의 위원 중 비법관 위원이 8명을 차지하고 있는 것처럼 우리의 경우에도 법관 혹은 법률전문직의 참여는 당분간 통제될 필요가 있다. 법관의 인사가 법률전문직에 의해 독점됨으로써 법관인사의 관료주의적 성격을 탈피하지 못하고 있다는 점에서는 적어도 단기적으로는 이런 비법률가의 참여폭을 확대할 필요가 있어 보이기 때문이다.

여기서 국회는 유럽사법위원회연합회의 권고처럼 위원을 추천할 때 가급적 시민사회의 제단체들의 추천을 받거나 그들과 협의하여 그 의견을 수렴하는 절차를 거칠 것이 기대된다. 실제 대부분의 위원회 구성은 학식과 덕망을 갖춘 사람 중에서 기관의 장이 지명하여 위촉하는 방식을 취하고 있으나 이런 형식적인 방식으로는 시민사회의 의사들을 제대로 반영할 수 있는 위원 구성이 곤란하다는 것이 그간의 우리 사회의 경험이었다. 추천위원회의 경우 시민사회의 직접적인 참여는 오히려 대법원장의 영향력을 강화하는 통로로 전용될 가능성도 없지 않다. 이에 보다 민주적이고 대표성을 갖춘 체제하에서 운영되는 국회가 나름 시민사회와 소통하면서 위원을 추천하도록 함으로써 기존 방식의 한계를 극복하는 것도 한 방법일 것으로 생각된다.²⁵⁾

② 대법관후보추천위원회의 기능

현재 대법관후보추천위원회 규칙 제2조에 의하면 이 추천위원회는 “대법원장의 자문에 응하여” 후보자를 추천하는 역할이 주어져 있다. 일종의 자문기관으로서의 기능에 한정되어 있는 것이다. 그러다보니 피천거인에 대한 조사나 분석은 물론, 제출된 자료에 대한 진위의 판단이나 그 평가에 필요한 물적·인적 자원을 확보하지 못하는 구조로 되어 있다.

이에 이 규칙 제2조에서 자문의 역할은 삭제하고 독자적으로 후보자를 추천할 수 있도록 하는 한편, 그 추천과정에 필요한 조사와 평가 등을 할 수 있도록 제반의 자원-법원행정처의 사무지원은 그 대표적인 예가 될 것이다-을 확보하도록 할 필요가 있다.

나아가 제11조는 추천위원회의 운영에 관한 사항을 대법원예규로 정하도록 하고 있는 바, 운영 및 절차에 관한 세부규정들은 추천위원회가 스스로 정하도록 하는 것이 그 추천위원회의 공정성과 객관성을 담보하는 좋은 토대가 될 것이다.

③ 천거의 절차 및 회의

후보추천위원회는 지명·제청권자인 대법원장과 독립하여 운영되는 것이 바람직하다. 후보추천을 3배수로 하는 제도를 유지한다고 할 때 대법원장에게 나름의 지명권이 주어지게 되며, 또 대법원장은 대법관회의에서 선출된 대법관 위원을 통해 자신의 의견을 전달할 수 있는 기회 또한 가진다. 그런 만큼 굳이 대법원장의 출석권 및 의견제출권(규칙 제5조 제3

25) 이 때, 국회의 민간위원 추천이 대법관의 인사에 관여함으로써 권력분립의 원칙에 위반될 수도 있다는 주장이 있을 수는 있으나, 실제 국회의 추천을 개방적으로 투명하게 진행하면서 Nolan원칙(Committee on Standards in Public Life, The Seven Principles of Public Life, in: <https://www.gov.uk/government/publications/the-7-principles-of-public-life>)에 부합하는 인물을 추천하는 경우 권력분립의 원칙은 별 문제되지 않는다고 할 것이다. ENCJ, op.cit., p.17.

항)을 규정하지 않더라도 대법원장이 이 추천과정에서 완전히 소외되는 경우는 발생하지 않는다. 오히려 그러한 규정 자체가 추천위원회의 공정성이나 객관성을 훼손하여 그 존재의 자체에 부담이 될 가능성이 많다.

추천위원회의 회의 및 천거절차와 관련하여 가장 큰 문제점은 그 모든 것이 비공개로 이루어진다는 점에 있다. 규칙 제5조 제4항은 회의의 절차와 내용을 비공개로 하며 제6조 제2항은 시민사회의 후보자천거 자체도 비공개로 하도록 강제한다.

이런 비공개제도는 추천위원회의 존재의미 자체를 몰각시키는 것으로 대법원의 민주성뿐 아니라 그 책무성 또한 위태롭게 만드는 악법 중의 악법이다. 오히려 회의와 천거절차는 모두 공개를 원칙으로 하되, 비공개의 가능성 자체를 거의 없애 버리는 것이 보다 민주사회에 어울리는 대법관후보추천절차라 할 수 있다. 특히 추천위원회의 구성이 각계의 대표격을 가지는 사람들을 이루어지는 만큼 이들이 회의에 임하기에 앞서 혹은 표결이 임하기 전에 자신의 소속집단에 되돌아가 그들의 의사를 확인할 수 있는 시간적·제도적 가능성을 열어두어야 할 필요성은 매우 강하게 대두된다.

그리고 이를 위해서라도 추천위원회는 지금처럼 1번의 회의로 끝낼 것이 아니라 수차의 회의 과정을 통해 각계의 의견이 여과·수렴되고 통합될 수 있는 틀을 마련하여야 한다. 미국의 대법관임명제도가 적게는 수개월 길게는 연차를 넘어서는 기간동안 이루어지는 것도 대법관이라는 최고국가사법기관의 구성원에 대한 사회적·정치적 합의를 도출함으로써 그 법판단의 권위를 확보하는 한편 사법기관의 운영이 보다 민주적으로 이루어질 수 있도록 도모하고자 하는 데에 그 연유가 있다. 대법관의 임명과정을 통해 그 당시의 주요한 법(정책)적 쟁점들을 정리하고 사법부의 위상을 재정립함으로써 국민들의 법적 통합을 기하고자 하는 것이다.

우리의 경우에도 대법관의 임명과정은 이렇게 법적 통합의 주요한 계기를 마련하는 기제로 설계되어야 한다. 그리고 그러기 위해서는 추천위원회의 구성이 사회 각계를 대변하는 민주적 정당성을 가져야 할 뿐 아니라 그 추천위원회의 회의 과정에서 사회 각계의 의견과 의사가 적절히 투입될 수 있는 통로를 확보해 두어야 한다. 회의의 공개와 수차에 걸친 회의는 이 점에서 반드시 필요한 장치가 된다.

천거²⁶⁾ 역시 마찬가지다. 어느 기관, 단체가 누구를 천거하였는가라는 정보는 그 피천거인의 대법관으로서의 자격·자질을 판단하는 매우 중요한 요소가 된다. 나아가 그가 대법관이 된 이후에도 그의 공정성이나 객관성, 성실성 등을 판단하는 요소가 되기도 한다. 이에 이를 비밀로 하는 현행제도는 그 존재근거도 알기 어렵거니와 이러한 천거과정의 순기능을 지워버린다는 점에서 즉시 폐지되어야 할 것이다.

아울러 대법원장의 심사대상자 지정권은 삭제하는 것이 바람직하다. 앞서 제안한 바와 같이 추천위원회가 구성된다면 대법원장의 지정권은 대법관회의를 거쳐 지명되는 위원을 통하여 우회적으로 행사될 수 있기 때문이다. 그리고 이렇게 하는 때에 대법관임명과정에서 행사되는 대법원장의 지나친 지배력이 해소될 수 있을 것이다. 물론 이런 제안을 하게 되면

26) 군주에게 어떠한 인사에 관한 제안을 한다는 의미를 가지는 “천거”나 헌법에서까지 사용하고 있는 “제청”이라는 단어는 오늘날 그리 적합한 것이 아니나, 달리 적당한 말이 없어 일단 여기서는 그대로 사용하기로 한다.

헌법에서 보장하고 있는 대법원장의 제청권이 형해화되는 것은 아닌가라는 비판이 있을 수 있지만, 이런 개선방안을 도입하더라도 대법원장은 여전히 추천위원회가 선정한 후보자를 제청하는 것을 거부하는 소극적 제청권은 유지하게 되는 동시에 추천위원회가 복수 내지는 3배수의 추천을 한 사람 중에서 스스로의 판단에 의해 지명할 수 있는 권한 또한 가지고 있는 만큼 굳이 위헌의 의심까지 할 필요는 없다. 오히려 대법원장에게 지나친 인사권을 부여함으로써 법원의 내부적 독립을 위태롭게 하고 있는 현재의 헌법규정이 ‘위헌적 헌법’의 소지가 다분하다는 점을 감안한다면 이러한 절차적 통제를 통해 그 ‘위헌성’을 완화하는 것이 헌법적으로 바람직하다고 할 수 있다.

④ 심사대상자들의 제시

규칙 제7조는 피천거인 중에서 추천위원회가 심사할 대상자를 일차적으로 여과하는 권한을 대법원장에게 부여하고 있다. 하지만, 이것은 추천을 받아야 할 대법원장이 부당, 부적절하게 추천위원회의 업무에 개입하는 셈이 되어 즉시 폐지하여야 한다. 그런 여과의 기능 또한 추천위원회의 역할이 되어야 하기 때문이다.

거기에 이 제7조가 가지는 더 큰 문제는 피천거인을 두 종류로 구획하여 별도의 취급을 하고 있다는 점에 있다. 즉, 제7조 제1항은 대법원장으로 하여금 “대법관 제청대상자로 적합하다고 생각하는 사람”을 심사대상자로 제시할 수 있도록 하고, 제2항은 그 외의 피천거인 중에서 부적격자를 걸러낼 수 있는 권한을 대법원장에게 부여하고 있다. 대법원장이 적격자로 판단한 심사대상자와 일반 시민사회가 적격자일수도 있다고 천거하여 “부적격”에 해당되지 않는 심사대상자인 두 개의 집단이 존재하게 되어 있는 것이다. 이는 다음 항에서 언급할 제8조의 규정과 결합하면서 대법원장이 제시한 심사대상자가 추천위원회의 피추천인으로 의결되는 사실상의 강제장치로 작동하게 된다. 제청권을 가지는 대법원장의 의사가 적합한 심사대상자 규정을 통해 그대로 추천위원회의 의사를 결정하게 되는 가장 비민주적이고 불공정한 게임이 벌어지게 만들어두고 있는 것이다.

이에 제7조 제1항은 폐지하고 제2항의 경우에는 명백한 결격사유의 존재여부의 판단과 그를 심사대상에서 제외할 것인지의 여부에 관한 판단은 대법원장이 아니라 추천위원회가 그 의결로써 하도록 개정하여야 한다. 그리고 이 의결의 이유 또한 명시적으로 밝혀서 의결서의 형식으로 공개하여야 한다(물론 개인정보나 민감한 사생활에 관한 정보는 공개에서 제외된다).

여기서 한 가지 부가되어야 할 것은 평가와 심사의 기준이다. 실제 지금까지의 추천위원회의 회의과정을 미루어 짐작해 보면 심사대상자에 대한 심사기준이 명확히 설정된 바 없는 것으로 보아도 사실과 크게 벗어나는 인식은 아닐 것이다. 나아가 각각의 심사대상자가 어떤 평가를 받았으며 그 결과에 대해 어떠한 판단에 의하여 3배수의 피추천인이 결정되는지도 전혀 알려진 바가 없다. 한 마디로 아무런 기준도 없이 그때그때의 ‘자의적인’ 판단에 따라 대법관후보자 추천이 이루어진 셈이다. 이에 추천위원회는 소집되는 즉시, 즉 천거를 받기 이전에 충분한 시간을 가지고 대한변협 등의 변호사단체 및 유사법률직단체들과의 긴밀한 협의 하에 이 대법관후보자 선정을 위한 심사 및 평가의 기준을 마련하고 이에 대

한 시민사회의 승인-이때의 승인은 심사·평가기준의 공개와 그에 대한 의견수렴의 방식으로 이루어진다-을 받는 절차를 마련할 필요가 있다.

더불어 이 심사기준은 후보자의 천거를 받기 전에 미리 공개되어야 한다. 후보자를 천거하고자 하는 사람이나 단체들에게 대법관후보가 되기 위해서는 어떤 자질과 경력, 인품, 사회봉사활동경력 등을 갖추고 있어야 하는지를 판단할 수 있는 기회를 부여함과 동시에 후보자추천절차에 대한 사회적 신뢰성과 그 공정성을 담보할 수 있는 가장 중요한 틀을 마련하게 되기 때문이다. 물론 이런 심사기준의 사전적 공개는 사회 일반에 대하여 바람직한 법률가의 상을 나뉠 수 있다는 부수적인 효과도 거둘 수 있게 된다. 그 자체로서 법률가의 덕목을 제시할 뿐 아니라, 그렇게 제시되는 기준들에 대한 사회적 숙고의 과정을 통해 사회 스스로 올바른 법률가의 상을 만들어 나갈 수 있게 하기 때문이다.

⑤ 후보자 심사추천

제8조도 전항과 마찬가지로의 문제점을 가진다. 제8조의 구조 자체가 대법원장의 의지에 과도한 프리미엄을 얹어주고 있기 때문이다. 제1항은 대법원장이 심사대상자로 제시한 사람 중에서 “부적격이 아닌 사람”은 무조건 후보자로 추천하도록 강제하고 있는 반면, 제2항은 시민사회가 천거한 사람에 대해서는 “적격으로 판정된 사람”만 후보자로 추천할 수 있도록 하고 있다. 대법원장이 제시한 사람에 대해서는 네거티브 방식의 소극적인 심사만 할 수 있도록 한 반면, 시민사회 천거인의 경우에는 특별히 그의 장점이나 우수한 점을 찾아내어서 나뉠 증빙을 갖추는 등 피추천인으로서의 적격성을 적극적으로 제시하여야 한다는 부담을 추천위원회에 안겨두고 있는 것이다.

이는 대법관후보추천제도의 본질을 훼손하여 대법원장의 의지대로 후보추천이 이루어지도록 강제하는 것이 된다. 대법원장이 제시한 사람과 시민사회가 천거한 사람을 전혀 다른 심급에 두고 양자를 차별대우하는, 보다 정확히 표현하자면 전자를 후자에 비하여 부당하게 우대하고 있다는 점에서 형평성 그 자체를 완전히 결여하고 있는 셈이다. 이 두 조항들은 그래서 즉시 폐지되어야 한다. 이 제8조는 추천위원회의 의결절차에 관한 사항과 그 과정에서 주의하여야 할 사항(그것이 존재하는 경우에), 그리고 추천되는 후보자의 수 정도만 규정하는 것 등으로 충분할 것이다.

⑥ 기타

규칙 제9조의 비밀누설금지조항 역시 폐지되거나 현저하게 축소될 필요가 있다. 사후적인 공개 역시 국민의 알권리 충족과 그에 부가된 국민의 감시·통제권에 봉사하는 것이 된다. 오히려 추천위원회의 회의와 그 회의록의 공개를 규정함으로써 국민들의 실질적인 참여에 대법관후보추천이 이루어지도록 하는 것이 바람직하다. 이 때 우려되는 개인정보의 문제는 그때그때 위원회의 의결로써 익명화하거나 혹은 구체적인 사항들을 적시하여 비밀로 하도록 처리하면 족할 것이다.

이와 관련하여 유사법률직 단체들을 포함한 제반의 법률가공동체들, 시민단체, 인권단체, 지역사회, 기업인단체, 노동자단체 등 시민사회를 구성하는 다양한 단체, 조직들에게 대법관

의 지명과정이나 구체적인 대법관에 대한 평가 등 자신들의 의견-부분적인 이해관계에 입각한 의견도 포함한다-을 자유롭게 제출할 수 있도록 할 필요가 있다. 물론 중상·무고·비방에 치우치는 것은 통제하여야 하겠지만, 대법관이 수행하는 법적, 사회적(그리고 정치적) 기능을 감안할 때 이렇게 다양한 사회부분들의 의견이 제대로 수렴되고 그것이 추천위원회를 통해 여과될 수 있어야 비로소 신뢰가능한 대법관이 제청될 수 있게 된다. 나아가 국회의 인사청문회에서도 이런 의견들과 그것이 여과·정제되는 과정, 그리고 그에 대한 추천위원회의 숙의내용 등이 적절히 현출되어 후보의 검증과정에 활용될 수 있게 된다. 또한 이러한 포괄적이고 집중적인 여론과 의견의 수렴과정을 거쳐 제청된 대법관후보에 대해서는 대통령-혹은 그 보좌기관으로서의 민정수석실-의 영향력행사도 상대적으로 줄어들게 된다.

마지막으로 이 규칙은 그 내용과 규율의 중대성을 감안할 때 대법원규칙의 형식보다는 법률의 형식으로 존재하는 것이 바람직해 보인다. 즉 법원조직법 제41조의2를 보다 구체화하거나 혹은 별도의 조문을 부가하는 방식으로 대법관후보추천에 관한 사항을 입법자가 결정하여 법률로써 규정할 필요가 있다.

⑦ 변호사단체의 역할

대법관의 인선과정에서 변호사단체가 수행하는(혹은 수행하여야 하는) 역할은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 대법관을 비롯한 법관들의 직업적 정체성 인식의 기초가 변호사 사회라고 한다면, 그리고 그들의 업무 자체가 변호사의 업무와 직접적인 연관을 가지고 있다고 한다면 의당 변호사단체는 그 대법관의 인선에 나름의 이해관계와 함께 나름의 지분을 가진다고 보아야 하기 때문이다.

하지만 그럼에도 불구하고 지금까지 우리나라의 변호사단체는 대법관을 비롯한 법관의 인사에 개입할 수 있는 통로 자체가 박탈당해 왔을 뿐 아니라, 변호사단체 스스로도 이러한 인선의 과정에 소극적인 태도로 일관해 왔던 것도 사실이다. 사법부 구성의 민주화를 통한 민주적 사법 혹은 민주적 법치의 실현이 우리의 중요한 헌법가치라고 한다면 변호사단체 특히 대한변협의 경우에는 이러한 소극성을 과감하게 탈피하고 미국의 경우에서처럼 보다 적극적이고 능동적으로 대법관의 인선과정에 개입하도록 하여야 할 것이다.

이를 위해 먼저 미국 전미변호사협회의 연방사법위원회와 같은 상설적인 기구를 구성하여²⁷⁾ 대법관 후보자에 대한 심사와 함께 대법관들의 업무수행에 대한 평가의 작업도 같이 하도록 할 필요가 있다.²⁸⁾ 즉, 지방변호사회가 지명한 위원들과 대한변협 회장이 지명하는 위원 등으로 위원회를 구성하고(이 때 임기는 2년으로 하는 것이 타당해 보인다), 이들이 상시적으로 대법관후보가 될 만한 법률가들에 대한 평시자료를 수집하는 한편, 추천위원회의 심사·평가기준에 대한 의견의 제시, 그리고 대법관인선과정에서의 평가와 의견제시의 역할을 담당할 수 있도록 하여야 한다.

27) 혹은 현재 대한변협에 구성되어 있는 법조일원회위원회의 조직과 권한을 보다 강화하여 대법관후보자에 대한 심사와 대법관들의 업무수행에 관한 평가를 하도록 하는 것도 생각해 볼 수 있는 방안이다.

28) 법관 평가에 관해서는 아래의 보론 참조. 물론 미국의 법관평가체제는 법원이 중심이 되어 있지만, 변호사협회는 이 법원의 평가체제와 연계하여 그 정보를 공유하거나 혹은 일정한 수준의 자료를 제출받아 독자적인 평가를 하는 등의 방안은 얼마든지 고려할 수 있다.

둘째, 대한변협으로 통합되는 변호사단체의 의견이 수시로 대법관인선과정에 투입될 수 있도록 하여야 한다. 즉, 추천위원회에서의 심사대상자의 추천에서부터 그 심사 및 추천인 결정의 과정, 그리고 후보자가 추천되었을 때 대법원장이 지명하는 과정, 그리고 국회에서의 인사청문회과정 등에 이르기까지 수시로 대한변협의 의견이 집결되어 제출될 수 있도록 하여야 한다. 위에서 말한 상설의 사법위원회 조직은 이러한 의견이 제시될 수 있도록 하는 가장 유효한 장치가 될 것이다.

4. 법관평가제 및 대법관의 자격

하지만, 그 어떤 방식을 생각하더라도 반드시 공유되어야 하는 지점이 몇 가지 있다. 첫째는 법관평가제도이다. 지금과 같이 지방법원장을 비롯한 ‘상급’ 법관에 의한 주관적·일방적 평가가 아니라 법률가공동체 혹은 법공동체에 의하여 상시적이고 객관적으로 이루어지는 법관평가가 제도화될 필요가 있다. 아래의 인용과 같은 미국의 시스템은 그 한 예가 될 것이다. 중요한 것은 이러한 평가가 지속적이고 중립적·객관적으로 이루어져야 어떤 사람이 대법관/대법원장으로서의 자격이 있는지, 그가 대법원에 진출할 경우 대법원의 결정성향은 어떻게 이루어질 것인지 등을 판단할 수 있게 되며 이 점에서 시민들이 대법원의 구성에 참여할 수 있는 능력을 확보하게 된다.²⁹⁾

미국의 법관평가시스템은 주마다 약간씩의 차이는 있지만, 주 최고법원 산하의 위원회 혹은 사법위원회(Judicial Council)가 검사, 변호사, 배심원, 소송당사자, 증인, 사법부 직원 등의 전부 또는 일부에게 설문조사를 하거나, 법관 자신이 변호사 등에게 자신에 대한 평가를 요청하는 방식(self-evaluation program)을 택하고 있고, 둘 다 채택하는 곳도 있다. 법관의 자기평가의 항목은, Michigan 주의 경우, 업무습관과 기질, 직업적 능력, 공정성과 성실성, 총합적 질문 등의 항목으로 구성되며, 0 - 5점의 평가점수를 매기고 있다.³⁰⁾

둘째, 대법원의 재판을 포함한 제반의 업무수행과정에 대해 시민들이 접근할 수 있도록 하여야 한다. 공개변론을 보다 자주 실시하는 하는 것은 그 예이며 대법원장/대법관 혹은 대법원에 대한 민원의 제출을 보다 쉽게 만드는 것은 또 다른 예이다.

셋째, 대법관이 될 수 있는 자격을 변호사자격자로 한정하고 있는 현행제도는 과감하게 포기할 필요가 있다. 법학교수는 물론 다른 영역의 교수·학자, 판료, 경제인, 노동자, 시민 활동가 등 비법률전문가라고 해서 대법관의 업무를 수행하지 못할 이유는 없다. 그렇지 않아도 법률전문가가 독점하고 있는 현 상황에서 법률가로 자격제한을 하게 되면 다른 영역

29) 이런 보통선거제의 방식에 의한 때 유권자들의 판단기준을 마련하여 제공할 수 있는 법관근무평가제도(judicial performance evaluation program)가 필요하게 된다. 미주리플랜을 취하고 있는 미국의 알래스카주의 경우가 그 대표적인 경우로 변호사, 치안요원, 배심원, 법원직원, 사법감시단체들 등이 참여하여 법관의 전문적 능력, 공정성, 성실성, 기질, 근무실적 등을 평가하여 순위를 책정한 결과를 공개한다. <http://www.ajc.state.ak.us/retention/retproced> 참조.

30) 이현환, 대법원장의 지위와 사법행정권, 서강법학 제11권 제1호, 2009, 110면.

의 전문가 영입은 원천적으로 봉쇄하는 결과를 빚게 된다. 물론 이 부분에서는 관료법관이 대법관이 되어야 하는 이유로서 제시되었던 효율적 재판업무처리라는 요청이 작용하기는 하지만, 이는 본말이 전도된 주장이기도 하다. 어떤 사람이 대법관이 되어야 하는가는 대법원의 기능-정책법원 또는 권리구제법원-을 어떻게 정립하는가의 문제와 직통되며 그 여하에 따라 대법원에 접수되는 사건의 처리를 어떤 방식으로 할 것인지-즉, 상고허가제식의 통제를 할 것인지 아니면 대법관의 수를 수십 명에서 수백 명으로 확대하여 처리할 것인지-가 결정되어야 한다.

5. 결론-법공동체의 형성

87년 체제가 들어서면서 권위주의적인 권력행태는 사라졌거나 혹은 사라져가고 있다. 하지만 그 정치권력의 공백을 메꾸고 들어오는 것은 경제권력과 관료권력이다. 민주화의 성과를 시민이 누리는 것이 아니라 또 다른 국가로서의 관료가 누리는 것이 실상이다. 법원은 이런 경향의 한 권을 차지한다. 종래 권위주의적 군사정권의 위력에 종속되어 있다가 민주화의 틈을 타고 또 다른 국가권력의 지위를 구가하고자 한다.

사법개혁의 논의 또는 그 한 분야로서의 대법원의 구성방식에 관한 논의는 이 지점에서 이루어진다. 그것은 과거와는 달리 시민사회의 법적 수요를 어떻게 효율적으로 그리고 민주적으로 수용하고 이를 통하여 시민사회의 법감정을 제대로 반영하는 사법구조 및 법체계를 어떻게 생산해 낼 수 있는가에 집중되어 있다. 전통적인 사법개혁의 요청은 국민으로부터 유리되거나 혹은 국민위에 군림하여 왔던 사법·법조제도를 이제 국민의 곁으로 끌어와 국민의 사법으로 만들어야 한다는 점에 집중되었다. 하지만, 최근의 사법개혁의 요청은 이에 머물지 않고 사법·법조제도를 국민친화적 내지는 진정한 법률서비스의 관점에서 재구성하는 작업을 요청한다. 그것은 사법의 민주성을 요구할 뿐 아니라 사법의 분권성(특히 지방분권), 사법의 민감성(responsiveness), 사법의 개방성-참심·배심 등은 그 예이다- 등 다양한 변화를 요청하는 것이다.

법관과 법원이 이렇게 사회와 소통하고 시민의 눈높이에서 현상을 바라본다는 것은 법의 무지로 인해 사법의 영역에서 결여된 공간을 회복하는 행위이다. 법원 내부에서 형성되는 획일적이고 폐쇄적인 법과 도그마가 아니라, 시민사회의 욕망과 지향에 따라 법을 해석하고 사건을 포섭함으로써 새로운 법적 상태를 만들어내는 것은 사법이 87년체제의 형식주의를 벗어나 한 단계 고양된 수준으로 발전함을 의미한다. 그것은 특정한 정권의 이해가 아니라 시민들의 목소리와 그들의 법감정·정의감정에 귀기울임으로써 국민의 사법, 민주적 사법을 구성하고는 귀한 발디딤을 해 나가는 것이다. 과거 법조엘리트가 독점하고 전유하던 법의 세계를 이제는 시민사회의 공유물로 분점하고 이를 통해 민주적인 법공동체를 구성해 나가야 하는 야심찬 도전인 것이다.

주민자치와 법원행정 개혁 - 지방법원장 직선제를 중심으로¹⁾

김도영 (전국공무원노동조합 사법민주화위원장)

I. 들어가며

1. 지방법원장 직선제 도입의 의의

현행 법원행정의 체계는 첫째, 대법원장 1인을 정점으로 구축된 제왕적이고 권위주의적인 체계여서 민주 행정의 요청과는 거리가 멀다. 둘째, 국가 중심의 수직적 사법행정 체계는 지역의 사법적 요구와 수요에 부응하기 어렵다. 셋째, 법관 중심의 관료 사법행정은 국민의 사법행정 참여권리가 행사될 구조가 아니다.

국민이 직접 법원행정에 참여할 수 있는 방안으로 사법기관 중의 하나인 지방법원의 장을 주민이 직접 선출함으로써 재판의 공정성 이외에 사법행정의 민주적 정당성을 확보하면서 주민이 법원행정에 참여할 수 있는 기회를 확대하여 법원의 주민자치를 보장(궁극적으로 지방자치법원)하고, 관료 사법의 폐해를 극복하여 사법부 신뢰를 회복하는데 기여할 것이다.

대법원장을 선출하자는 게 아니기 때문에 보다 정치적 부담이 적고 헌법개정 없이도 현실적으로 실현 가능한 ‘지방자치법원의 장’을 선출하는 방안에 관한 연구이다. 현재 대법원장이 판사 중에서 지방법원장을 임명하던 것을 주민이 직접 선출하는 제도 개선을 제시하였다는데 의의를 찾을 수 있을 것이다.

2. 연구의 범위

지방법원의 장을 선출하는 방안에 관한 연구이다. 따라서 헌법 개정 사항인 대법원장 선출은 제외된다. 또한 2심 역할에 한정되어 있고, 법원행정에서 주민의 자치실현의 실익이 적은 고등법원장 선출도 제외된다. 지방법원의 장 즉 법원의 ‘기관장’ 선거에 관한 것이므로 대법관이나 법관 선거에 관한 논의는 제외된다. 한편으로 ‘판결과 결정’이라는 법관의 심판기능에서 비롯되는 민주적 정당성과 관련된 ‘배심제’나 ‘사인소추’, ‘인민재판’ 등 소송법상의 제도에 대한 논의도 제외된다.

1) 발제문은 출고인 『법원행정의 민주적 개선 방안 연구 - (지방) 자치법원장 선거제 도입을 중심으로』, 2016, 동국대학교 법무대학원 석사학위 논문을 재구성 요약한 것이다

II. 법원행정의 의미와 지방법원장 제도

1. 법원행정의 개념과 기능

1) 개념

법원이 수행하는 사법작용은 크게 본래적 의미의 사법작용으로서의 재판작용과 재판작용을 지원하는 기능인 행정작용으로 나눌 수 있다.²⁾

첫째, 재판작용으로서의 법원은 법관으로 구성되어 사법권을 전속적으로 행사하는 기관(헌법 제101조 제1항)으로 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직되어(헌법 제101조 제2항) 법률로 정한 법관으로 구성되고 운영된다. 이런 의미에서 법원은 삼권분립과 사법권의 독립의 원칙에 따라 입법부와 행정부에 대비하여 재판 작용을 주된 업무로 하는 ‘사법 관청’을 의미한다. 둘째, 행정작용으로서의 법원은 다른 행정기관과 마찬가지로 사법권행사에 부수되는 행정작용을 수행하는 국가기관³⁾ 즉 사법 관청과 구분되는 국가의 ‘행정 관청’ 중의 하나이기도 하다. 여기서는 이 경우를 말한다.

법원실무에서 쓰이는 법원행정(court administration)이란 사법행정(judicial administration)과 표현상 차이가 있을 뿐 사법행정사무를 지칭한다는 점에서 사법행정을 의미한다. 현행법상 법원행정은 사법부의 수장인 대법원장이 총괄하고 지휘·감독하는 ‘사법행정사무’ (법원조직법 제9조 제1항)이다.⁴⁾

이 연구에서는 법원행정을 ‘사법부’라는 포괄적인 행정 즉 법원행정처의행정이라기보다는, 각급 법원의 법적 목적과 행정적 목표를 달성하기 위해 정책을 수립하고 집행하는데 따른 사람과 물자의 효율적인 관리와 주민의 참여와 행정통제 대상 영역인 법원의 행정 서비스를 일컫는다. 즉 심판기능을 제외한 분권성, 효율성, 민주성을 행정 이념으로 하는 법원의 행정을 의미한다.

2) 기능

현행제도 하에서 법원행정의 기능을 보면 법원의 인사·예산·회계·시설·통계·송무(訟務)·등기·가족관계등록·공탁·집행관·법무사·법령조사 및 사법제도 연구에 관한 사무 등이 있다(법원조직법 제19조 제2항).

로젠블룸(David H. Rosenbloom)은 행정이 추구하는 가치에 따라 다음과 같은 세 가지 접근법을 제시했는데 [첫째] 경제성, 능률성, 효과성 가치를 중시하는 관리적 접근법, [둘째] 대표성, 대응성, 책임성 가치를 중시하는 정치적 접근법, [셋째] 헌법정신, 적법절차, 실재적 권리, 평등, 형평 등의 가치를 중시하는 법적 접근법이다.⁵⁾

2) 이재석, 『국민의 사법행정 참여 방안에 관한 연구』, 사법정책연구원, 2014년, 25면

3) 박미숙 외 6인, 『각국의 사법행정제도 비교연구』 (2009년도 법무부, 연구용역보고), 한국형사정책연구원, 2009, 1면 참조

4) 김상겸은 현행법상 대법원장을 ‘사법행정사무의 총괄기관’으로, 법원행정처를 ‘사법행정사무의 중심기관’으로, 판사회의를 ‘사법행정사무의 자문기관’으로 설명하고 있다.(김상겸, 『헌법이념에 부합하는 사법행정권한 행사 방안』, 28-31면)

로젠블룸의 접근법에 따라 현행법상의 법원행정의 기능을 첫째, 관리적 차원에서 인사·예산·회계·시설·통계에 관한 사무, 둘째, 정치적 차원에서 법령조사 및 사법제도 연구에 관한 사무, 셋째, 법적 차원에서 송무(訟務)·등기·가족관계·공탁·집행관·법무사에 관한 사무로 유형화할 수 있을 것이다.

이러한 유형으로 살펴보면, 법원행정이 사법 작용에 부수되는 행정이라 행정 그 자체의 내용을 가지고 있다는 관리적 측면과 국민적인 합의나 참여 등과 같은 정치적 측면⁶⁾이 거의 반영되지 않는 폐쇄적 성격임을 쉽게 알 수 있다. 또한 법적 측면에서 분류한 업무도 송무를 제외하면 거의 전통적인 행정 서비스와 아주 밀접한 관계가 있다.

2. 법원장의 개념과 역할

1) 개념과 의의

법원장은 각급 법원의 행정 사무를 총괄하고 부하 직원을 지휘·감독하는 직위 또는 그 사람으로 대법원장, 고등법원장, 지방법원장이 있다. 각급법원장은 대법원장과 대법관 이외의 판사가 맡는다. 법원조직의 법률주의를 채택하고 있어서(헌법 제102조 제3항) 국가 권력의 하나인 사법권을 제도화할 경우에는 행정부의 명령이나 법원 스스로의 규범(대법원 규칙 등)에 따라 임의로 제도화 해서는 안 되고, 반드시 국회의 의결을 거친 법률의 형식을 거쳐야 한다.⁷⁾

법원조직의 법률주의는 법원의 구성과 권한에 관한 기본적인 사항을 법률에 맡기고 있는 것이다. 따라서 국민적·정치적 합의가 이루어지면 헌법사항인 대법원장 임명과 대법관 및 대법관 이외의 법관의 임명을 제외한 고등법원장, 지방법원장, 행정법원장, 가정법원장 등의 기관장의 선출 가능성을 합의하고 있다.

2) 법원장의 지위와 역할

대법원장은 대법관 아닌 법관을 ‘대법관회의’의 동의를 얻어 임명한다(헌법 제104조 제3항). 이때 대법원장의 법관 임명권은 사법관·심판관인 ‘법관’을 임명하는 것이다. 현행법상 지방법원에 판사로 ‘보’하는 법원장을 두고 있다(법원조직법 제29조 제1항). 즉 법원장은 ‘법관’ 가운데 ‘보직’을 부여하는 행위로 법원장에게 그 법원행정의 기능을 부여하는 행위이다.

따라서 법원장의 지위는 법원행정 책임자(court administration)로서의 지위와 사건 심리에

5) 김근세 외 4인, 『헌법적 가치와 행정 : 헌법재판소의 판례 분석을 중심으로』, 한국행정학보, 제47권 제4호, 한국행정학회, 2013, 3면에서 재인용 함 ; David H. Rosenbloom & D. Goldman, *Public Administration: Understanding Management, Politics, and Law in The Public Sector*. New York; Random House, 1986, pp. 3-43.

6) 로젠블룸의 행정의 정치적 접근의 측면은 국민적인 합의가 필요한 입법적 기능과 유사한데, 법률로 법원에 위임한 ‘규칙’ 제정이나 지역주민의 자치에 관한 법률 분쟁이 주민의 참여가 거의 이루어지지 않고 있는 점에서 행정의 민주성에 역행한다.

7) 박병섭 외, 『헌법주석서 IV』, 법제처, 2010, 46면.

참여하는 법관 즉 사법관(court officer)의 지위를 함께 가지고 있다. 전자는 기관장으로서의 지위를 말하고, 후자는 독립된 법관의 지위를 말한다. 현행법상 법원행정의 책임자로서 법원장은 법원조직법과 각종 규칙 등에 의하여 그 법원과 소속의 지원 시·군법원 및 등기소의 사법행정사무를 관장하며, 소속 공무원을 지휘·감독한다. 또한 법원장은 판사에 대한 인사 문제(근무성적평정 포함)에 관여하며 관내 판사회회의의 소집권 등의 권한을 갖는다.

또한 심판관이자 사법관으로서 법원장은 자신이 속한 ‘합의부’의 재판장 또는 자신의

| 구분 | 지방법원장 | |
|---------------------|--|--|
| | 비사법관 또는 비심판관 | 사법관 또는 심판관 역할 |
| 2012년 ⁸⁾ | 서울중앙·인천·수원·대전·청주·대구·창원·광주·전주·제주 지방법원장, 서울가정법원장, 서울행정법원장 | 가족관계등록비송: 서울남부·서울북부·서울서부·의정부·울산 지방법원장 재정결정부: 서울동부·춘천 지방법원장 가사합의부: 대전·대구·부산·광주 가정법원장 형사합의(특별배당형사합의·항소): 부산 지방법원장 |
| 2014년 ⁹⁾ | 서울중앙·인천·수원·대전·청주·대구·부산·창원·울산·광주·제주 지방법원장, 서울가정법원장, 서울행정법원장, 대구·부산 가정법원장, 부산지방법원 동부지원장 ¹⁰⁾ | 가족관계등록비송: 서울남부·서울북부·서울서부·의정부·울산 지방법원장 재정결정부: 서울동부·춘천 지방법원장 가사단독: 전주지방법원장 가사합의부: 대전·대구·광주 가정법원장 |

<표 11> 2012년과 2014년 중 지방법원장(급)의 심판 역할 여부 비교

기타 심판 사건을 처리하는 직업 법관으로서의 역할을 한다.

지방법원장이 사법 심판관으로 하는 역할은 일정하지 않고 시기에 따라 변동이 있다. <표 1>을 보면, 다수의 법원장이 사법관 또는 심판관으로 역할을 하지 않고 있음을 알 수 있다. 법원장은 사실상 해당 법원의 법원행정관(court administration)의 역할을 수행한다. 일부 예외적인 경우에 해당 법원의 선임으로 심판에 참여하는 ‘재판장(chief judge)’으로 기능하기 보다는 행정책임자로서 법원이라는 ‘기관의 장(the president of a district court)의 역할을 수행하는 것을 알 수 있다.

3) 법원행정의 민주성의 개념과 근거

(1) 개념

행정은 일반적으로 공익, 정의, 형평성, 자유와 평등과 같은 본질적 가치와 합리성, 능률성과 효율성, 민주성, 책임성, 합법성, 투명성이라는 수단적 가치를 추구 한다. 법원행정 과

8) 『2013 사법연감』, 법원행정처, 2013, 44-84면을 재구성함.

9) 『2015 사법연감』, 법원행정처, 2015, 45-85면을 재구성함.

10) 부산지방법원 동부지원장은 부산가정법원장을 겸임하고 있다. 위 연감 78-79 참조.

정에서 민주성은 첫째, 국민의 법원 행정 참여 확대, 둘째, 법원 구성원인 법관 간 또는 법관과 직원 간 행정 권한의 수평적 배분, 셋째, 대법원장에서 지방법원으로의 행정 권한 위임분권화 촉진, 넷째, 주민의 주권자의 지위 회복으로 법원장 선거 또는 선출 과정에 참여라는 맥락에서 이해된다.

(2) 근거와 내용

민주성을 법원행정 이념으로 보는 근거는 크게 법적(특히 헌법적) 측면과정정적 측면에서 볼 수 있다.

① 헌법적 측면

가. 국민 주권의 원리

법원은 헌법과 법률을 해석하고 적용하여 구체적 분쟁을 종국적으로 해결하는 기능을 가지는 국가기관이라는 점에서 헌법상 법원의 구성 원리는 전문성, 독립성, 민주성이라 할 수 있다.¹¹⁾ 특히 민주성은 법원이 분쟁해결 기관 가운데 국가기관이라는 점에서 국민주권원리에 따라 법원의사법권 행사, 구성과 존속 등을 국민이 직접 하거나 국민의 대표에 의해 이뤄지지 않으면 안 된다.¹²⁾

나. 법원구성 법률주의

헌법은 법원의 구성은 법률에 따라 하도록 규정하고 있다. 이것은 법원의 독립이 곧 법원의 자기목적적인 독립이 아니라 국민을 위한 목적을 달성하기 위한 의도이다. 이 원리에 따라 법원행정에는 국민의 대표기관인 국회의 토론 과정과 민주적인 의사결정 과정을 통해서 국민의 참여를 촉진시킨다. 법원구성의 법률주의는 법률우위의 원리와 법률유보의 원리로 법원행정의 규칙제정에 관한 통제를 가할 수 있다.

다. 지방자치의 원리

헌법은 지방자치단체 설치와 지방의회 등에 관한 규정을 제외하고 ‘사법자치’에 관한 사항을 적시하지 않고 있다. 또 지방자치법 제11조는 외교, 국방, 국세와 함께 ‘사법’을 국가의 존립에 필요한 사무로 규정하여, 분권사법·자치사법의 도입 자체를 막고 있다. 지방분권 관점에서 사법제도를 논한 연구가 거의 없으며 이국운의 연구가 유일하다.¹³⁾ 하지만 분권과 자치의 관점에서 각급 법원들은 작은 법정들로 작은 의회들과 연결시킬 여지를 현행 헌법에 남겨 놓고 있다.¹⁴⁾ 이를 통해서 지역적 단위에서가지는 공통적 생활 관련성 또는 주제별 관심인 주민의 복리(헌법 제117조 제1항)라는 지방자치의 기반이 형성된다.¹⁵⁾

11) 송기춘, 「사법개혁과 대법원의 구성」, 『헌법학연구』 제6권 4호, 한국헌법학회, 2002.12, 277면.

12) 위 논문, 278면.

13) 오동석, 「지방분권과 사법제도」, 『법학의 새로운 지평과 미래사법정책』(사법정책연구원 개원 1주년 기념 심포지엄 자료집), 대법원 사법정책연구원, 2015, 16면.

14) 이국운, 「분권사법과 자치사법 - 실천적 모색」, 『법학연구』 제49권 제1호(통권59호), 부산대학교 법학연구소, 2008.8., 377-378면.

15) 오동석, 앞의 논문, 18면.

② 정치적 측면

가. 규칙제정 과정의 민주성

대법원장은 법률에 저촉이 되지 않는 범위에서 대법원 규칙을 제정할 수 있다. 이 규칙제정권은 ‘준’ 입법에 속하는 것으로 기본적으로 국민의 요구와 의견 수렴과 참여를 통한 합의를 도출하는 국회의 입법과정과 유사한 구조를 갖고 있다. 법원행정도 법규규범을 창설할 때 주민의 참여를 보장해야 한다.

나. 참여 행정을 통한 민주성

거버넌스(governance)는 “국가 사무를 관리하는 정치적, 경제적, 행정적 권한의 행사”로 정의된다.¹⁶⁾ 정부[행정]의 역할은 공공 목적과 목표를 달성하는데 단순히 정치적 거버넌스의 행사뿐만 아니라 사영역과 시민사회와의 효과적인 상호작용을 포함한다.¹⁷⁾ 또한 굿 거버넌스(good governance)는 참여(participation) 등의 특징을 갖고 있다.¹⁸⁾ 이 때 참여는 모든 남녀가 직접 또는 자신의 이익을 대표하는 정당한 매개 기관을 통해서 의사결정 과정에 목소리를 내는 것이며, 이런 광범한 참여는 건설적인 참여 역량뿐만 아니라 결사와 언론의 자유에 토대를 두고 형성된다.¹⁹⁾ 마찬가지로 법원행정도 굿 거버넌스의 강화를 통해 시민의 신뢰를 확보하고 시민들의 법원행정 참여를 촉진시킬 수 있다.

지방법원장이 직접 판사의 근무성적을 평정하거나 지방법원장이 지명하는 위원으로 구성된 법원공무원 근무성적 평정위원회 제도를 개선해 외부의 시민사회와 관련 전문가로 구성된 판사 또는 법원공무원 인사위원회를 구성해서 운영하는 방안이 포함된다.

다. 법원 조직의 공무담임권의 확대

민주적인 법원행정은 곧 대법원장이 명령으로 법관만을 지방법원장으로 임명하는 법관 순혈주의적 층위 구조를 타파하여 법조 직역을 벗어나 법과 사법 유관 경력자에게 개방하는 것을 뜻한다.

라. 주민자치를 통한 분권화

법원의 행정에 대한 통제권을 해당 주민에게 주어 법원행정 권력을 분권화함으로써 주민의 이해와 지역 자치법령에 관한 자치사법을 실현시킬 수 있다. 지방분권적 법원행정은 고도로 집중화·획일화되어 있는 경직된 법원행정을 유연화시키고 사법행정의 분권을 촉진시킨다. 법원행정의 주민자치가 확대되면 사회적 사실과 실제 그리고 국민의 법 감정이 반영된 주민 중심의 법원행정이 가능하게 된다.²⁰⁾

마. 법관과 법원직원 간 역할의 민주성

16) Dennis A. Rondinelli, “Governments Serving People: The Changing Roles of Public Administration in Democratic Governance”, in *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*, Edited by Dennis A. Rondinelli, United Nations Publication, 2007, pp. 6-7.

17) 위의 논문, 같은 곳.

18) 유엔 개발 프로그램(UNDP)이 제시하고 있는 굿 거버넌스의 특징은 ‘참여’ 이외에도 법의 지배(rule of law), 투명성(transparency), 반응성(responsiveness), 합의 지향(consensus orientation), 형평성(equity), 효과성과 효율성(effectiveness and efficiency), 책임성(accountability), 전략적 비전(strategic vision)이 있다. 위의 논문 같은 곳.

19) 위의 논문, 같은 곳.

20) 김명용·고현환·김기영, 『지방사법기관에 대한 지방참여방안』, 전국시도지사협의회, 2015. 11., 12면.

민주적인 법원행정체는 법원행정 사무에 대해서 법관과 법원직원 간의 직역상의 차별 구조를 시정하여, 국민 전체의 봉사자인 법원직원의 지위를 향상시켜 법원 내부의 민주성을 강화한다.

III. 법원장 선거제의 도입 방안

1. 법원장 선거제의 도입과 선출직 법원장의 지위와 임무

1) 법원장 선거제의 도입

(1) 필요성

사법권 독립은 자체로서 궁극적 이념이기 때문이 아니라 시민들로부터 정당성(legitimacy)을 획득하기 위한 하나의 제도적 장치이기 때문에 필요하며 모든 국가권력은 국민들로부터 정당성을 부여받아야 한다.²¹⁾

더욱이 <표1>에서 보여준 것처럼, 현재 법원장은 사법관으로 심리에 참여하는 ‘법전문가’라기보다는, 법원의 행정을 책임지는 ‘행정가’로서의 기능을 하고 있다. ‘사법부’에 속한다는 이유로 직업 ‘법관’만이 보임하여야할 필요성은 거의 없다. 또한 법원장은 관할 법원의 6급 이하의 공무원을 임용하거나 법관과 직원에 대한 인사 문제에 실질적인 권한을 갖고 있음에도 이에 대한 외부의 행정 통제 수단은 거의 존재하지 않는다. ‘선출되지 않은 권력’으로 운영되는 법원은 결국 사회적 약자 보호에 미흡하고 국민의 사법에 대한 불신은 아주 높다.²²⁾ 즉 현재 법원은 국민으로부터의 정당성을 법적으로나 현실적으로 승인받지 못하고 있다.

일부 연구자들은 고등법원을 중심으로 분권사법²³⁾ 또는 사법자치²⁴⁾를 실시하자는 주장이 있다. 이들 의견은 모두 재판과 관련해 대법원을 ‘법률심’과 고등법원을 ‘사실심’으로 하여 사법의 분권을 하자는 것이다. 김명용 외 2인은 대법원장이 고등법원장 후보자군을 국회의 인사청문회에 부의하고 국회 인사청문회 의견서를 대법관회의에서 그 의견을 존중해 동의 절차를 거쳐 대법원장이 임명하자는 제안을 하고 있어 사실상 법원장임명방식의 변경을 제시하고 있으나,²⁵⁾ 현행 제도에서 단순히 국회의 인사청문 절차만 포함한 것이기 때문에 사법자치와는 관련성이 떨어진다. 따라서 개헌을 전제하지 않는 현행 헌법 체제 하에서 법원장 선거 제도도입은 분권사법과 사법자치를 실현하기에 적합한 인구수와 지역적 범위를 고려할 때 지방법원장의 선거가 적합하다 하겠다.

(2) 근거

법원장을 주민이 선거로 뽑자는 주장의 근거는 첫째, 사법구성권은 당연히 국민으로부터

21) 김도현, 「사법개혁과 민주주의: 사법개혁과 법관인사제도 -정당한 사법권력의 창출을 위하여-」, 『민주법학』 29권, 민주주의법학연구회, 2005, 70면.

22) 김명용·고현환·김기영, 앞의 보고서, 30-31면.

23) 이국운, 앞의 논문, 379-387면.

24) 김명용·고현환·김기영, 앞의 보고서, 165-168면.

25) 위의 보고서, 168면.

위임받아야 한다는 점을 들 수 있다. 법원행정도 행정서비스로 국민의 수요에 대응하고 이에 대한 책임을 져야 한다. 법원장선거제도는 이러한 주권재민의 원리를 지역 법원 수준에서 실현할 수 있는 장치이다. 둘째, 민주적인 입헌국가의 사법권은 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 하나의 수단적인 권력이고, 사법권의 창설과 그 행사는 국민에 의한 민주적 정당성을 갖추어야 한다.²⁶⁾

2) 선출직 법원장의 지위와 임무

선출직 법원장²⁷⁾의 지위와 임무는 현행 법원장과 다를 수밖에 없다. 이 경우 지방법원장은 선택된 권력이면서, 선택되지 않은 ‘대법원장’이나 ‘고등법원장’ 보다 하급 법원을 관할하는 환경에 놓이게 된다. 여기서 법원장은 원칙적으로 3심의 심급구조를 갖고 있는 현행법상 1심 또는 2심의 관할을 갖는다는 점에서 국가법원의 하급심으로서 ‘지방법원’의 장이라는 측면과 지방법원의 행정업무를 자치사무로 이해하여 주민이 법원행정의장을 선출하는 의미에서 ‘자치법원’의 장이라는 이중적인 지위를 갖고 있다.

(1) 지위

선거로 선출된 법원장의 지위는 네 가지 측면에서 볼 수 있다.

첫째, 법원장은 선거로 취임하는 정무직이자 특수경력직 지방 공무원으로,²⁸⁾ 법원을 대표하는 기관장(president of a district court)의 지위이다. 이 지위에서 법률이 정하는 바에 따라, 독자적인 예산편성권, 법관 특히 치안판사²⁹⁾와 직원의 임용권, 규칙의 제정권, 표창권을 행사한다.

둘째, 법원장은 법관처럼 특정직 국가경력공무원(국가공무원법 제2조 제2항)은 아니지만 준사법관(quasi-court officer)이자 관할법무관으로의 지위를 갖는다. 판사대리 지명³⁰⁾, 집행

26) 이종수, 「시민의 사법참여에 관한 헌법적 검토」, 『법과사회』 제25권, 법과사회이론학회, 2003, 10-11면. 이종수는 이 논문에서 심판의 민주적 정당성을 재판에 국민이 직접 참여하는 배심제와 참심제에 대한 논의를 하였지만, 기본적으로 법원의 행정에 대한 근거로 타당하다.

27) 이 논문에서 지방법원 또는 지방법원장 용어는 국가법원과의 하위 기관이라는 측면에서 주로 법률과 대법원규칙에 따라 대법원장이 지방법원장에게 위임한 사무를 주로 처리하는 경우에 사용한다. 또 국가법원과 대비하여 법원행정을 주로 의미할 경우에는 자치법원 또는 자치법원장이라는 용어를 사용한다. 법원장이라고 말할 때는 지방법원장과 자치법원장의 역할과 기능을 모두 포괄한다.

28) 이 논문에서 법원장은 지방공무원법 제2조 제3항 1호의 ‘정무직’ 공무원을 상정하고 있다.

29) 현행법상 시·군법원 판사와 이 논문에서 치안판사는 현행 헌법상 ‘대법관이 아닌 법관’에 속하므로 대법원장이 대법관회의의 동의를 얻어 임명하는 것은 분명하다. 따라서 현실적인 대안으로 법원장은 시·군법원 판사와 치안판사에 대해서 대법원장에게 그 임명을 ‘제청’하는 방식이 될 것이다. 이 경우에도 시·군법원 판사나 치안판사를 법원장이 임의로 임명한다는 의미는 아니며 법률 또는 대법원규칙으로 치안판사의 자격과 임용 절차 등을 따로 정해야 한다. 그렇지만 이 논문에서 법원장에게 ‘치안판사의 임명권으로 표현한 것은 치안판사의 일이 형식은 재판이지만 실제로는 행정적 성격을 강하게 띠고 있고, 치안판사의 관할의 다수 사건은 사실 법리 다툼에 의한 법적 심판의 성격보다도 행정적 판단의 성격을 많이 갖고 있다는 점과 앞으로 헌법이 개정된다면 자치법원장이 임명권을 행사하는 방향으로 해야 한다는 점을 고려해 ‘임명제청권’이라고 하지 않았다. 또 치안판사를 법원장이 임명 또는 제청할 경우 그 임기가 문제가 된다. 헌법 제105조 제3항은 ‘대법원장과 대법관이 아닌 법관의 임기는 10년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다’고 규정하고 있어, 치안판사의 경우도 헌법상 임용된 치안판사는 당연히 10년의 임기가 보장되어야 한다. 그런데 치안판사의 자격을 어떻게 할 것이며, 생애직 직업 법관의 범주에 포함시킬 것인지의 여부를 더 검토하여 개헌 때 관련 조항을 반영해야 한다. 법관을 둘러싼 전문성과 민주적 정당성이나의 여부를 둘러싸고 상당한 검토가 있어야 한다. 이 논문에서 자치법원이 완전히 실현된 상태를 상정하지 않았기 때문에 이 문제를 본격적으로 다루지 않았다.

관 임명권, (인사평가위원회를 통한)판사에 대한 인사평가와 소속 판사 중에서 시·군법원의 판사를 보하거나 지방직 판사³¹⁾를 임용할 수 있다³²⁾. 또 판사의 배치와 지원장의 보임(여기서는 지원장을 판사가 아닌 경력직 법원공무원 중에서 보임. 법안 제22조 제3항), 판사회의를 대체한 가칭 사법서비스위원회의 소집과 주제, 동회의의 간사 지명, 판사의 재판에 관한 평가, 판사의 복지에 관한 사항, 법정운영의 방법과 시간의 다양화, 지방정부의 자치법규에 대한 의견 제출권 등을 예상할 수 있다.

셋째, 지방법원 최고 행정관(chief administrator of a district court)으로서의 지위이다. 대법원장이 법률과 대법원 규칙으로 위임한 법원 사무, 관할 법원 내부의 행정과 대 주민 서비스를 계획, 관리, 집행, 평가하고 소속 판사를 제외한 소속 공무원을 지휘·감독하며, 관할 내의 변호사, 공증인, 법무사와 관련된 사무와登記, 경매, 공탁 등의 사무를 관장한다.

넷째, 관할 내 지역 주민의 법률 지원 서비스 제공자의 지위이다. 지방정부의 장과 함께 공적 법률 구조와 주민의 법률 교육을 위한 계획과 예산의 확보 등을 한다.

위 네 가지 지위는 양립 가능한 것으로 서로 배타적이지 않다. 예를 들어 법관(지방직 판사나 치안판사)의 충원 등 인사의 문제는 기관장으로서의 지위와 준사법관으로서의 지위, 최고 법원행정가로서의 지위 모두에서 나오는 권한이다.

(2) 임무

법원장의 기능 즉 권한과 의무는 법률이 정하는 바에 따라 다음을 생각할 수 있다.

첫째, 규칙제정: 법원행정에 관해서 규칙을 제정할 수 있다.

둘째, 의견 제출과 자치법규의 해석 및 자문 제공: 지방의회의 자치 법규 제·개정 때 법원행정과 관련된 사항에 대한 의견을 제출하고, 지방의회나 지방정부가 의뢰한 자치 사무와 자치법규에 대한 유권적 해석을 하며 법률적 자문의견을 제공한다.

30) 국가직 판사가 상존한다는 전제에 법관 대리를 지명하는 일은 심판에 관한 관여가 아니라 심판의 효율적인 지원 업무에 속한다고 볼 수 있다. 이 경우 대법원장에게 사전에 요청할 권한으로 또는 사후에 보고할 의무로 할 수 있으며 대법원장이 법원장에게 위임한 사무로 간주된다.

31) 지방직 판사는 두 가지로 나눌 수 있는데, 첫째 현행제도 하에서 국가직인 지방법원 소속 판사를 지방직 판사로 대체하여 지방법원(장)이 독자적으로 임용하는 경우 지방법원 판사는 모두 지방직 특수공무원이 된다. 둘째 자치경찰제의 제도가 확립된다는 점을 전제로, 자치경찰의 관할 사건을 심판하는 '치안법원'을 운영할 때 치안판사의 경우다. 이 논문에서는 두 가지 경우를 모두 상정한다. 다만 현행 헌법 하에서 현실적인 방안인 지방직 판사와 치안판사(시·군법원 판사 포함)를 비록 형식적으로 대법원장이 임명한다 하더라도 자치법원장이 제청하여 대법원장이 (대법관회의의 동의를 얻어) 임명할 때, 이들 판사들이 '지방직 판사'가 될 수 있는지의 여부가 논란이 될 수 있다. 이 문제는 본질적으로 심판 기능을 업무로 하는 '판사'에 관한 문제로 어려운 헌법적인 문제가 존재한다. 개헌해야 할 사항이다. 이 논문에서 치안판사 등의 고유한 관할 업무가 주로 주민의 문제나 행정의 처리 등에 국한된 것으로 전제한다. 또 국가공무원인 일부 별정직 등을 제외한 법원 직원을 법적 신분을 국가직으로 두되 지방직 공무원으로 간주하듯이, 치안판사 등도 그렇게 의제해 운영할 수 있다고 본다. 이 경우 사실상 치안판사 등은 다른 지방법원으로 전속되지 않고 소속 지방법원의 관할에서만 배치되는 정도의 실익이 있다.

32) 법원조직법 제34조는 제1항은 시·군법원의 관할을 1. 「소액사건심판법」을 적용받는 민사사건, 2. 화해·독촉 및 조정(調停)에 관한 사건, 3. 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건, 4. 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제75조에 따른 협의상 이혼의 확인 등으로 하고, 같은 조 제3항은 20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건은 즉결심판한다고 규정하고 있다. 법원조직법은 위의 비교적 경미한 사건을 처리하기 위해서 시·군법원을 조직하는 것으로 규정되어 있지만, 영국과 미국의 치안판사(peace judge)의 기능이다. 즉 지방법원장이 선거제가 도입된다면, 시·군법원을 폐지하고 법조경력 있는 자로 현행 법원조직법상의 판사가 아닌 별도의 치안판사제를 도입하는 것을 검토해야 한다.

셋째, 판사와 직원의 임용과 평가 등 인사: 지방직 판사(치안판사)와 직원의 임용과 인사평정을 한다.

넷째, 예산 및 결산 : 자치법원은 예산 편성과 집행, 결산과 관련해 지방자치법 제122조 내지 제134조를 준용한다. 이 경우 자치단체가 부담하는 예산에 대해서는 ‘지방자치단체’는 ‘지방자치법원’으로, ‘지방자치단체의장’은 ‘지방자치법원장’으로 본다. 법원장은 지방재정법상의 지방자치단체의 장으로 필요한 예산을 편성하며, 국가재정법상 대법원의 중앙관서의장인 법원행정처장과 협의할 수 있다.

다섯째, 법원 시설 관리에 관한 사항

여섯째, 법정 관리와 법원 운영에 관한 인적·물적 지원

이들 권한과 의무를 구체적인 분야로 나누어 보면, 심판에 부수되는 행정의 공정성 문제,³³⁾ 사법서비스 증진,³⁴⁾ 주민의 법원행정 과정의 참여 확대,³⁵⁾ 주민을 상대로 한 법률교육의 실시와 시민 주도의 사법개혁 정책추진,³⁶⁾ 주민의 알권리 확대,³⁷⁾ 법관과 직원 간의 적절한 사무 배분과 법관 및 법원 직원의 채용³⁸⁾ 등을 포함한다.

2. 법원장의 임명·선출 방식

법원장을 선거로 채택하고 있는 나라는 없다. 지방법원을 하나의 기관으로 보는 것이 아니라 법원의 심판 기능에 부수하는 행정 기능을 지원하는 기구로 보거나 직업 법관에 의한 사법권 행사의 독립성에 우선성을 두기 때문이다.

법원행정과 관련하여 우리의 경우 법원의 행정을 보좌하기 위해서 법원행정을 총괄하는 법원행정처장이나 각급 법원의 사무국장이 대법원장과 각급 법원장을 보좌하고 있다.

그렇지만 행정이 다양해지고 사법행정도 국민에게 서비스를 제공하는 공적 활동이기 때문에 법원행정의 전문성과 민주성을 확보하는 것은 당연하다. 이런 맥락에서 관할 최고 법원행정관의 역할을 수행하는 법원장의 임명·선출 방식은 미국 각 주의 법관 충원 방식을 참고하여 구성할 수 있다.

1) 현행 보직제 및 절차 개선 방식

현행처럼 대법원장이 일정한 경력 법관 중에서 법원장을 ‘보’하는 방식을 변경하여 대법원장의 법원장 인사권을 그대로 두되, 그 절차를 개선하자는 안을 생각할 수 있다.

33) 예를 들면, 사건의 배당의 공정성과 합리적인 방안 모색을 들 수 있다.

34) 법원장은 규칙을 정해 주말과 야간 개정 또는 시·군법원의 개정 시간을 조정하거나, 법원 또는 그 지원이 소재하지 않은 지역에 대한 순회 재판을 여는 등의 제시를 할 수 있다.

35) 예를 들면, 법원장은 판사와 직원의 근무평정 위원회를 완전 독립적인 기구로 설치하고 법원 밖의 전문가, 시민단체, 일반시민들의 참여를 확대시킬 수 있다. 또한 헌법적인 기본권인 ‘청원권’을 실질적으로 보장하기 위해서 청원심사위원회 등을 설치할 수 있다.

36) 가칭 시민사법정책위원회의 설치 등.

37) 소송의 현황과 그 함의 등을 포함한 정기적인 공보활동을 통해서 지역의 사법적인 환경에 대한 이해를 높일 수 있다.

38) 치안판사 등의 법관이 국가직이라는 점에서 논란의 여지가 있다. 이에 대해서는 위의 각주 31에 논의했다. 또 법원 직원은 법원직 지방공무원(일반직과 별정직)을 신설하거나 이에 준하는 임시직일 수 있다.

(1) 내부 협력형

경력 법관에게 법원장의 지위를 ‘보’ 할 때, 그 대상자를 공개적으로 천거 또는 추천 과정을 거치는 대법관추천위원회에 준하는 대법원장 ‘자문’ 기구인 ‘법원장추천위원회’를 구성하여 복수의 후보자를 대법원장에게 제안하는 안이다.

법원장의 임용을 법원 내부 협력 방식으로 한다고 할 때 세 가지 전제가 충족되어야 한다. 첫째, 추천위원회의 독립성과 실효성이 보장되도록 구성의 다양성이 보장되어야 하며, 둘째, 국회의 동의 절차를 거쳐, 업무 수행 능력을 공개적으로 검증해야 한다. 이 방안은 고등법원장의 임명개선안과 유사한데,³⁹⁾ 대법원장과 대법관, 그리고 판사와 국회의 서로 협력하여 기존의 ‘보직’을 부여하는 방식에서 ‘임명’하는 방식으로 변경된 형태이다.

그런데 이 경우는 합리적이고 효율적이어서 기존의 폐쇄적이고 중앙집권적인 인사구조를 개선할 수는 있지만, 국민의 주권이 직접 행사되지 못할 뿐만 아니라 현행 대법관추천위원회의 운영에서처럼 사실상 대법원장의 의중에 있는 인사가 추천될 가능성이 높아 실질적인 개선책이 되기 어렵다. 또한 국회의 동의 과정도 사실상 집권당 또는 다수당에 의해서 좌우될 가능성이 높아 당해 법원의 민주적인 정당성과 공정성을 훼손하기 쉽다.

(2) 외부 개방형

위의 내부 협력 방식과 모든 조건이 같지만, 법원장 후보자를 법관에 한정하지 않고 ‘개방직’ 제로 공모하는 방식이다. 이 방식은 추천 대상자를 판사, 검사, 변호사 등의 법조 경력자만으로 한정하는 방식과 법 실무에 종사한 공무원과 법률 지식이 있는 교수나 시민사회 활동가에게 개방하는 방식이 있을 수 있다. 하지만 근본적으로 대법원장의 인사권과 영향력 하에 있다는 비판을 피할 수 없다.

(3) 독립적 추천위원회형

위의 내부 협력형의 변형된 형태로 대법원장의 임명권을 그대로 둔 채 가칭 ‘법원장추천위원회’의 실질적인 심의를 통해서 단수의 법원장 후보를 제안하는 형태로 운영할 수 있다. 하지만 위원 구성에서 대법원장이 개입할 여지가 많을 뿐만 아니라 위원 구성을 공정하게 할 수 있는 가능성이 희박하다.

2) 임명 방식

(1) 국회의 추천 또는 선출/임명

국회가 추천 또는 선출하는 방식은 기본적으로 국가 법원 제도와 국가 법관 제도를 전제하는 것이다. 하지만 이는 자치사법과 지방분권화의 취지에 벗어난다.

(2) 광역 지방자치 단체의 선출/임명

지방법원을 지방정부를 구성하는 지방사법기관으로 보고, 법원장과 법관(특히 치안판사)도 지방직 특수공무원으로 보는 것을 전제한다. 특히 연방제 국가의 주에서 법관 충원 방식과

39) 김명용 외 2인의 ‘고등법원장’을 국회의 동의절차를 거치자고 제안했다. 김명용·고현환·김기영, 앞의 보고서, 168면.

관련해 활용되고 있는 방식이다.

3) 선거 방식

(1) 직역 선거형

법원장을 소속 법원의 법관 전체가 단독으로 또는 관할 변호사 및 검사와 공동으로 직접 선출하거나, 그 대표자를 통해 법원장 선거인단을 구성해 간접 선거하는 방식이다.

(2) 주민/국민 선거형

법원의 관할에 거주하는 주민들에 의해 법원장을 선출하는 방식으로 기본적으로 현행 지방자치단체장의 선출과 동일한 방식으로 진행되는 것이 바람직하고, 이 논문에서는 주민이 법원장에게 법원행정권을 수여하는 주민 선거형 법원장 제도 도입 방안을 지지한다.

(3) 신임 선거형(retention election)

절충형으로 광역 지방자치단체장이나 대법원장이 임명하되, 보궐 선거 또는 정기 지방선거에 준하는 방식으로 유임 여부를 묻는 신임 투표 (retention election)를 하는 방식이 있을 수 있다.

3. 주민 선거형 법원장 제도(법원장 직선제)의 도입 방안

1) 법원장 직선제 도입을 위한 전략

(1) 전략적 원리

① 실현 가능성(possibility)의 원리

법원장 선거제는 현실적인 헌법적·정치적 제약 하에서 실현 가능한 민주적인 법원 권력 구조 개혁 방안이다. 대법원장을 국민이 직접 선출하는 것은 임기제 대법원장 제도 하에서 법원이 민주적인 정당성을 갖는 가장최선의 방법이다. 그런데 대법원장 직선제를 도입하는 개헌이 이루어질 가능성은 그다지 높지 않다.

법원장 선거는 대법원장을 대통령이 임명하는 현행 헌법상의 제약과 민주사법을 위한 구조적인 개혁을 위해 개헌을 하거나 법조인들이 이에 동조하기 쉽지 않는 정치적인 제약 하에서 비록 완전하지는 않지만 법원에서 국민 주권을 실현하고 국민에 대한 법원 서비스를 혁신시킬 수 있는 실현 가능한 방안이다.

② 과도적 접근방법(transitional context)

민주화 이행을 위한 과정의 일환으로 기획된 것으로 법원 개혁은 민주주의 실현이라는 맥락에서 과도적(transitional) 성격을 지니고 있다. 즉 법원 개혁은 행정부와 입법부의 민주적인 개혁과 동시에 이행되는 것으로, 그동안 지체된 사법부를 개혁하는 맥락에서 상호 연관성을 갖고 있다. 법원장 선거 제도는 뒤에서 언급하는 법원장 선거의 자격이 단순히 법관의 경력이나 법조 이력과 자격에 국한되지 않는다는 점을 의미한다.

지방자치법원의 예산을 지방자치단체가 부담하기 보다는 법원 설치와 운영에 필수적인 비용을 대법원의 예산으로 하는 것도 과도적 접근의 한 방식이다. 지방자치법 제11조에서

국가의 존립에 필요한 사무로 ‘사법’을 적시하여 지방자치 사무에서 배제하고 있는데, 이 논문에서는 지방자치법 제11조의 ‘사법’을 ‘재판’으로 개정하는 것을 상정하고 있다.

③ 점진적 접근 방법(Incrementalism)

또한 법원장 선거는 입법을 통한 점진적인 변화 즉 법원 제도의 개선을 취하고 있기 때문에 법원의 심판 기능의 개혁과 같은 근본적이고 급속한 법원 개혁을 의미하지 않는다. 이런 점진적인 접근 방법이 현실의 많은 이해당사자들 사이의 대립을 최소화하고 합의를 이룰 수 있게 하는 장점이 있다.⁴⁰⁾

현행의 지방 선거와 지방교육감 선거의 방식을 차용함으로써 수정이 불가피한 몇 가지 사항을 제외하면 선거 방식을 둘러싼 여러 논쟁을 최소화할 수 있다.

④ 지속적 접근방법(Continuity)

법원장 선거 도입은 국민 사법 실현을 위한 제도적·실천적 노력이 요청되는 지속성의 원리를 전제하고 있다. 즉 선거 그 자체로 선출된 법원장을 통해서 법원을 더 민주적이고 참여적인 행정으로 유도하고 국민에 대한 책임성을 더 높이기 위한 후속적인 구상이나 제도가 보완되어야 한다.⁴¹⁾ 이 제도의 정착과 발전을 통해서 주민은 법원행정에 참여할 기회가 넓어지고 민주주의를 법원이라는 장에서 경험함으로써 법원의 민주화를 확대해 나가는 의의가 있다.

(2) 입법 형식

법원장 선거 제도는 첫째, 법원을 구성하는 지방법원이라는 맥락에서 법원조직법과 관련이 있으며, 둘째, 법원장을 선거한다는 의미에서 공직선거법과 관련이 있다.

① 법원조직법 개정 대(對) 별도 입법 제정

○ 법원장 선거를 실시할 경우 법원조직법을 개정하는 방안이 있을 수 있으나, 대법원장과 고등법원장을 규정한 다른 규정과의 체계가 맞지 않다. 오히려 별도의 제정 법률을 통해서 법원장의 선거를 규정하는 것이 바람직하다.

② 공직선거법 개정 대(對) 특별법 제정

현행 공직선거법은 대통령, 국회의원, 각급 지방자치 단체의 장과 의원의선거의 선거권과 피선거권 그리고 선거 방식과 벌칙 규정을 정하고 있다. 이런 맥락에서 지방법원장의 선거를 동법의 개정을 통해서 규정할 수 있지만 지방법원장의 사법행정의 특수한 역할과 법원행정 개혁이라는 취지를 살릴 수 없다는 단점이 있다. 따라서 교육감의 기능과 선거 방식을 정한 「지방교육자치에 관한 법률」과 유사한 특별법 형식으로 제정하는 것이 타당하다.

③ 별도 특별법의 제정

법원장 선거제 도입 취지는 법원행정에 대한 사법 서비스의 증진과 법원의 국민에 대한

40) 물론 이런 점증주의의 한계도 분명하다. 즉 국민의 사법 주권을 실현하기 위한 다양한 의견과 시도를 제도 개선이라는 틀 속에서만 사고하는 경향이 있다.

41) 예를 들면 법관과 법원 직원의 인사평정에 국민 또는 외부 전문가의 참여를 획기적으로 높이든지, 관할 주민을 상대로 한 법률 상담 및 법률구조 기금의 마련 등과 같은 구상들을 지방정부와 협력 하는 등의 방식으로 마련할 수 있다.

책임을 확보하면서 동시에 법원장 선거를 통해 수직적이고 폐쇄적인 법원 내부의 권력 관계를 민주화하는 국민 사법의 맥락을 촉진시키자는 것이다.

가. ‘법원행정 서비스 증진에 관한 법률’ 제정

지금까지 법률은 법원을 오직 사법 심판권을 행사하는 기관이고 그에 따르는 행정을 부수적인 기능으로 보아, 국가기관으로서의 법원의 지위를 크게 다루지 않았다. 이런 입법적인 인식으로 인해 국민의 주권이 법원에 행사될 여지는 협소했으며, 심지어는 국민이 법원의 여러 기능에 참여하는 것이 법관의 독립적인 심판의 방해 요소로까지 생각하는 경향이 지배하고 있었다.

그렇기 때문에 법원의 행정권 행사에서조차 민주적인 정당성이 결여되어있었을 뿐만 아니라 국민에 대한 행정 책임성도 법원 외부에서 물을 수가 없었다. 법원도 국가기관으로 행정적인 서비스를 제공하는 기관이기 때문에 가칭 ‘법원행정 서비스 증진에 관한 법률’이라는 형식이 적합하다.

나. ‘법원의 자치와 지방법원장 선거에 관한 법률’ 제정

법원장 선거는 법원 자치를 염두에 둔 것으로 현재의 국가 중심의 법원행정을 분권화함으로써 법원행정의 민주성 및 전문성을 강화하고 지방법원행정의 특수성을 고려하여 주민의 참여를 통한 주권을 행사할 수 있도록 하고자 도입되는 제도이다. 따라서 법원장의 권한과 선거를 다루는 가칭 ‘법원의 자치와 지방법원장 선거에 관한 법률’이라는 형식이 타당하다.

④ 소결: ‘법원의 자치와 행정 서비스 증진에 관한 법률’ 제정

위에서 논의한 법원행정 서비스 증진에 관한 사항과 지방법원장 선거는 긴밀한 관계가 있고, 또 여타의 법원과는 구별되는 지방 수준의 법원을 다루고 있기 때문에 양 법률안을 각각 입안하기보다는 가칭 ‘법원의 자치와 행정 서비스 증진에 관한 법률’로 통합 제정하는 것이 타당하다.

(3) 부수되는 관련 입법 사항

① 다른 법률의 개정 등

법원조직법, 국가공무원법, 지방공무원법, 공직선거법, 「주민 소환에 관한 법」, 지방자치법, 국가예산법, 지방예산법 등의 관련 조문들을 정리하여 개정해야 한다. 이들 법률은 입법론적으로 볼 때 특별법의 본문과 부칙을 통해서 개정하는 것이 바람직하다. 또한 이 법률 이외에도 가칭 「지방자치법원 특별회계법」 등이 제정되어야 한다.

② 치안판사제 등의 도입 여부

선출직 특수공무원인 법원장 제도를 도입할 때 그 자치 법원의 고유한 심판 관할을 이룬 바 치안판사(judge of peace)에게 맡기는 제도의 도입이 함께 논의되어야 한다. 이 치안판사의 관할은 현행 법원조직법 제34조에 시·군법원의 관할로 규정되어 있는 경미한 사건인 △「소액사건심판법」상의 민사사건, △화해·독촉 및 조정(調停)에 관한 사건 △20만원 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처할 범죄사건 △「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제75조에 따른 협의상 이혼의 확인의 사건과 자치경찰제도의 도입을 전제로 하는 자치경찰의 관

할 사건⁴²⁾이 포함된다.

치안판사는 현행 시·군법원의 판사를 대법원장이 지명하고 지방법원장(/지역가정법원장) 또는 지원장(/가정법원 지원장) 등이 지휘하고 감독하는 것이 아니라 지방법원장이 지명·제청하고 대법원장이 임명하는 방식으로 도입될 필요가 있다. 나아가 지방법원장이 법에 따라 자치 입법에 대한 사법적 해석 권한을 가지도록 논의 되어야 한다.

2) 법원장 선거 방안

가칭 ‘법원의 자치와 행정 서비스 증진에 관한 법률’ (안)의 주요 내용과 선거를 중심으로 논의한다.

(1) 법원장의 직급과 임기

법원장의 직급은 관할 사건과 인구가 많은 서울지방법원장과 경기지방법원장⁴³⁾은 ‘장관급’으로, 나머지 지방법원장은 ‘차관급’으로 보임하는 것에 별다른 이견이 없을 것이다.

법원장의 임기는 일정한 정형이 없고 나라마다 다양하다. 우리나라의 경우 대통령을 제외한 선출직 공무원은 모두 4년의 임기를 취하고 있고, 보궐 선거로 당선된 자는 잔여 임기 동안 공무를 담당하도록 되어 있다. 법관의 임기를 다른 선출직과 달리 정하게 된다면 별도의 선거 비용이 추가되고, 잦은 선거로 인해 입법 저항이 있을 수 있기도 하다. 또한 법원장은 사법 심판관인 판사와는 달리 법원행정 책임자로 주로 기능하기 때문에 4년 임기가 적당하고 우리의 정치 문화도 부합된다. 또 지방자치단체장과 마찬가지로 3회까지 연임할 수 있도록 제한하는 것이 타당하다.

(2) 피선거권과 선거권

① 피선거권(후보자 자격)

42) 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(이하 ‘제주특별법’이라 한다.) 제90조는 자치경찰사무를 △주민의 생활안전 활동 △지역교통 활동 △공공시설과 지역행사장 등의 지역경비 △「사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률」(이하 ‘사법경찰직무법’이라 한다.)에서 자치경찰공무원의 직무로 규정하고 있는 사법경찰관리의 직무 △「증결심판에 관한 절차법」 등에 따라 「도로교통법」 또는 「경범죄 처벌법」 위반에 따른 통고처분 불이행자 등에 대한 증결심판 청구 등을 규정하고 있다. 자치법원에 치안판사가 소속되어 있다고 볼 때 위의 「제주특별법」 자치경찰사무를 관할 대상사건으로 생각할 수 있다. 특히 「사법경찰직무법」 제10조에서 규정하고 있는 제주자치도 자치경찰에게 사법경찰권을 부여한 해당 범죄 가운데 제주도라는 특수성으로 부여한 사법경찰권을 제외한 범죄를 관할로 할 수 있다. 즉 ‘사법경찰직무법’ 제6조제5호(제5조제6호 및 제7호에 해당하는 자의 소관만 해당)의 산림, 그 임산물과 수렵에 관한 범죄와 목재제품 규격·품질과 관련된 범죄, 동 제6호 식품위생에 관한 범죄, 동 제7호의 약사(藥事)에 관한 범죄, 동 제11호의 문화재 범죄와 문화재 구역 안에서 발생하는 규정 경범죄 범죄, 동 제13호 자연공원법에 규정된 범죄, 동 제15호 수산업 및 어업자원 및 수산자원 관련 범죄, 제18호 공중위생관리 관련 범죄, 동 제19호에 규정된 환경사범, 동 제21호의 도로 관련 범죄, 동 제22호의 관광 사범, 동 제24호의 청소년 보호 위반 범죄, 동 제25호의 농축산물 관련 범죄, 동 제26호의 원산지 표시에 관한 범죄, 동 제28호의 농약과 비료 관련 범죄, 동 제29호의 하천에 관한 범죄, 동 제31호 가축전염병예방과 관련된 범죄, 동 제32호의 자동차 관련 범죄, 동 제41호의 석유 및 대체연료 사업 관련 범죄, 동 제42호 대부업과 관련된 범죄, 동 제43호 방문판매와 관련된 범죄, 동 제44호의 할부거래와 관련된 범죄, 동 제45호의 수산생물질병 관리와 관련된 범죄를 관할로 할 수 있다.

43) 현재 서울지역은 중앙, 북부, 서부, 남부, 동부의 5개 지방법원으로 구성되어 있다. 법원장 선출직으로 한다면, 이들을 서울지방법원으로 통합하고, 서울지방법원 산하에 각각 중앙·북부·서부·남부·동부 사무소를 두는 것으로 하고, 사무소장은 차관보급으로 보임한다. 마찬가지로 수원지방법원과 의정부지방법원 등으로 구분되어 있는 현재의 지방법원을 행정구역과 일치시켜 경기지방법원으로 통합해 설치하고 수원과 의정부에는 그 사무소를 두는 것으로 할 수 있다. 부록의 법률(안) 제2조를 참조하라.

가. 국적

대한민국의 국적을 가져야 한다. 외국인은 제외되고, 복수국적자의 경우선거일 기준 1년 전에 외국 국적을 포기해야 한다.

나. 거주기간

공직선거법 제16조 제3항에 지방의원과 지방자치단체장도 60일 이상, 「지방교육자치에 관한 법률」에 교육감도의 60일 이상의 주민등록을 규정하고 있다. 법원의 주민 자치를 실현한다는 면에서 볼 때 법원장 후보자는 지역 ‘주민’으로서 출마한다면 1년 이상의 주민등록과 거주를 요건으로 하는 것이 바람직하다.

다. 연령

현행법 상 대통령을 제외하면, 국회의원과 지방자치단체 의원뿐만 아니라 지방자치단체장, 교육감과 같은 기관장의 경우도 25세를 요건으로 하고 있고, 업무를 수행할 수 있는 학력과 병력의무 기간을 고려하면 선거일현대 25세에 달하면 족하다.

라. 법조경력

지방법원장은 기본적으로 전문적 심판에 따른 법 지식을 요구하는 판사와는 달리 법원행정을 수행하기 때문에, 원칙적으로 법조 전문 경력을 요건으로 할 필요는 없다. 법조 전문 경력을 요구할 경우 오히려 다양한 경험과 학식을 법원행정에 반영할 수 없는 역기능이 발생한다.

다만 법원장이 사법관의 지위에서 판사회의 등에 참석하거나 지원장과 치안판사(/시·군 판사)를 지명한다고 할 때 차선책으로 법조 경력이 요구될 수 있다. 그런 경우 변호사, 검사, 판사의 법조 경력, 법원, 검찰 등 법률 관련 국가기관과 지방자치단체의 관련 업무의 경력, 법률 관련 공공 단체, 법률관련 시민 단체 경력 및 법학 분야 박사학위 취득과 관련교수 및 연구 경력을 합산하여 3년 이상으로 제한하는 방안을 고려할 수 있다.

② 선거권

법원장 선거권은 피선거권과 달리 자신의 대표자를 공식적으로 선택하는 과정이다. 법원장 선거제가 자치 법원 도입의 맥락도 포함하고 있다는 점을 고려하면 외국인도 포함된다. 여기에는 형기 중에 있는 자도 포함되어야 한다. 즉 선거일 전 90일 현재 해당 법원이 관할하는 지역에 거주하는 18세 이상의 내외국인은 원칙적으로 선거권을 가진다.

(3) 선거 시기

① 최초 선거

법원장 선거 도입은 지방자치를 지향하는 측면과 현재의 국가 법원 체계의 제약을 받고 있다는 측면에서 지방선거와 국회의원 선거 등과 연동해서 모두 생각할 수 있다.

지방선거와 동시에 치를 경우 자치 법원이라는 민주성을 실현하고 주민들의 축제로 승화시킬 수 있는 장점이 있지만, 지방선거에 교육위원과 교육감 선거를 동시에 하고 지방의회 의원도 비례대표를 동시에 선출해야 하는 등 복잡한 선택지에 또 다시 법원장 선거를 추가하면 자칫 주민들의 선거 후보자에 대한 정보를 충분히 알 기회가 적고 어려워 선거 자체

에 대한 피로감을 호소할 수 있는 단점이 있다.

또 지방의회 선거를 치룬 뒤 2년 뒤에 있는 국회의원 선거와 동시에 치루는 경우에는 상대적으로 유권자의 혼란은 적을 뿐만 아니라 후보자의 정보에 비교적 쉽게 수용할 수 있는 환경이 조성되는 장점이 있다. 반면총선과 함께 치러지기 때문에 지나치게 총선의 경향에 영향을 받을 수 있고, 함께 국가 단위의 선거로 인식될 가능성이 높아져 자치 법원이라는 맥락이 축소될 우려를 배제할 수 없다.

지방선거와 동시에 법원장 선거를 치루면, 제7대 전국동시지방선거인 2018년 6월 13일 또는 제8대 지방선거인 2022년에 치러야 한다. 사실 법원장 선거제도는 기존의 법원장 제도를 완전히 개편하는 정치적인 성격을 갖고 있기 때문에 국민적인 공감대를 정치적으로 확인해야 하는데 이는 각 정당이 국회의원 총선거와 대통령 선거에 즈음하여 공약으로 제시하여 국민적인 지지를 통해서 할 수 있다.

이런 맥락에서 보면 2018년 제7대 지방선거와 동시에 치룰 경우 2017년12월 대통령 선거에 즈음하여 각 후보자들은 공약으로 제시하고 2018년2월 임기를 시작한 지 4개월 뒤에 새로운 제도를 도입한다는 것은 사실상 어렵다. 또 2022년 제8대 지방선거와 동시에 하는 것은 너무 늦다.

이런 사정을 종합해 보면, 2017년 12월 대통령 선거 과정에서 각 정당과 후보자들이 법원장 선거를 공론화하거나, 2018년 제7대 지방선거에서 각 정당이 법원장 선거제도를 공약하고 준비와 토론을 거쳐서 차기 정권에서 입법을 완료하여 2020년 국회의원 선거와 동시에 치르는 것이 현실적인 선택이라고 판단된다.

② 보궐 선거

보궐 선거는 교육감의 경우에 준해서 실시하면 된다.

(4) 선거 운동

정당 공천제(partisan election)와 정당 공천 배제(non-partisanelection)는 각각 장단점이 있다.

법원장 후보자는 처음에는 주민의 한 사람으로 출마한다. 따라서 선거 운동에 정당의 조직을 이용할 수 없으며, 특정 직역의 단체의 조직을 이용할 수도 없다. 오직 단체와 시민사회의 공개적인 지지 표명 등의 방식으로 후보 외의 조직력을 활용할 수 있다. 따라서 후보자의 정책과 견해를 유권자에게 제대로 전달하기 위한 선거 운동 조직이 필요하다.

교육감 선거에 준해서 활용할 수도 있지만, 법원장 선거에 입후보하기 위해서는 주민 서명자들의 수를 대폭 줄여 2개 시·군·구 이상에서 1,000명 이상의 서명을 받으면 족하도록 해야 한다. 또 대규모 옥외 캠페인보다는 후보자간의 집단 정책 토론회를 활성화해 대도시의 경우 자치구별로, 기타 지역의 경우에는 지방법원 소속 지원별로 합동 공개 토론회를 법정화하고, 지역 방송 등을 통해서 이를 방송하여 효율적인 선거를 하도록 해야 한다. 공탁금과 선거비용 상한선도 현행 교육감보다 훨씬 낮춰서 정책 선거가 되도록 해야 한다.

(5) 탄핵과 소환

법원장은 심판 기능을 하는 판사가 아니므로, “그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위

배한 때” 라도 국회의 탄핵 소추 대상이 아니다.⁴⁴⁾

선출직 법원장이 그 직무상 헌법과 법률을 위배한 때뿐만 아니라 지방자치법 제20조의 규정에 따라 주민의 소환 대상이 되며, 「주민소환에 관한 법률」에 따라 소환의 청구와 투표 등이 이루어지는 것은 당연하다.

IV. 결론

사법개혁이라는 이름으로 추진되어온 몇 차례의 법원개혁은 주로 심판의 공정성을 확보하고 심판 과정에 국민을 참여시키는 방향으로 추진되었고, 연구들은 대법원장이 거의 독점하고 있는 법원의 행정 권력을 일반 법관들에게 분배하거나 법원 밖의 법조나 법전문가들의 참여를 촉진하는 방향으로 논의가 이루어져 왔다. 이런 현실과 연구는 법원에 국민 주권의 원리를 직접 적용한다면 법원의 외부로부터의 독립성을 어렵게 할 수 있다는 가설에서 출발한다. 이런 전제는 결국 법원과 법조를 국민과 격리시키는 결과를 초래했고, 사법 불신을 해소하기 위한 근본적인 접근을 어렵게 만들었다.

이 연구에서는 법원은 사법서비스를 제공하는 행정 기관이라는 측면을 강조하고, 헌법적·정치적 제약 환경 하에서 법원을 민주적으로 개혁하고 국민 주권을 실현할 수 있는 현실적인 방안으로 지방자치법원장의 선거제의 도입을 제시했다. 이 과정에서 법원의 국민에 대한 대응성이 현저히 낮아 국민에 대한 책임성과 외부 특히 국민의 행정 통제를 거의 받지 않는다는 점에도 유의했다. 또 현재 운영되고 있는 지방법원장은 심판관이 아니라 법원 행정관으로 주된 역할을 수행한다는 점을 밝혔다.

이 연구는 자치사법이라는 장기적인 전망 하에 ‘과도적인’ 자치법원장을 상정했다. 예를 들어 법원장 피선거권자의 자격 요건에 법 분야 경력이 필요 없지만 선택적으로 법전문가주의(legal professionalism)의 요소를 가미해 일정한 법률 분야 경력을 부과하는 선택도 가능하다고 한 점, 지방자치법원의 시설과 법정을 운영하는 데 필요한 예산 등은 기본적으로 대법원 즉 국가가 부담하는 것을 원칙으로 한 점이나 특수경력별정직의 경우를 제외한 법원 직원을 모두 국가 공무원으로 구성하되 지방 공무원으로 간주했다는 점, 판사를 모두 국가 판사(치안판사 제외)로 그대로 둔 점 등이 그 예다.

주민들이 법원장을 선출하는 방안은 원칙적으로 광역자치 단체별로 설치된 교육감을 선거하는 방식을 따랐다. 하지만 법원장 후보자의 자격(거주연한 등)과 관련해서는 현실에 맞게 재구성했다. 나아가 가치 ‘법원의 자치와 행정 서비스 증진에 관한 법률’을 제안하여 법원장 선거의 구체적인 방안을 논의했다. 이 과정에서 법원에 대한 주민의 행정 통제를 강화하고, 법원행정에 주민 참여를 확대하는 한편 지역 주민의 사법 수요와 법률 서비스를 다양한 방안으로 제공할 수 있는 제안을 했다.

44) 헌법 제65조 제1항 참조.

○ 또한 이번 연구는 후속 과제도 남겼다. 첫째, 자치법원장 선거를 뿐만 아니라 자치법원에 걸맞도록 지방직 법관에 관한 연구가 되어야 한다. 치안판사는 물론이고 지방자치법원의 구성원 모두를 자치법관으로 임용 또는 선출하는 방안이 포함된다. 둘째, 자치경찰 제도 도입과 연동한 자치법관 즉 치안판사의 자격 등과 운영에 관한 구체적인 연구가 더 있어야 한다. 셋째, 자치입법에 대한 해석과 심판의 권한을 자치법원에 부여하고, 이럴 경우 국가법원과의 관계를 어떻게 할지를 더 연구해야 한다. 넷째, 정당의 법원장 후보자 공천 가능성의 문제다. 이러한 후속 과제에 대한 연구와 논의 또한 법원행정의 민주화와 국민을 위한 사법개혁의 큰 틀에서 유의하게 추진되어야 한다.

주민자치와 법원행정개혁 - 지방법원장 직선제를 중심으로 토론문

김 명 용 교수 (창원대학교 법학과)

I. 문제제기

최근 우리나라에서는 국가권력의 모든 영역에서 탈권위주의, 분권화, 중앙정부와 지방자치단체의 역할배분 등에 관하여 뜨겁게 논의되고 있다. 국가행정의 분권화와 국가기관의 분산적 재배치가 일부 이루어지고 있으며, 더 나아가 중앙집권적 헌법을 지방분권화하여 글로벌한 국제환경에서 경쟁력을 가지려는 논의를 하고 있다. 특히 그 동안 중앙집중적으로 행사되어온 검찰권을 포함한 사법권의 분권화와 분산화를 주장하고 있다. 심지어 지방검사장과 지방법원장의 주민직선제를 구체적으로 논의하는 단계에 까지 와 있다. 이는 그 동안 지나치게 국가권력이 중앙정부에 집중되어 있음으로 인하여 나타난 폐해에 대한 반작용이 아닐까 생각한다.

지금까지 우리나라의 권력구조는 헌법상 권력분립의 원칙에 입각하여 3권을 수평적으로 분리하여 3권의 견제와 균형을 유지하는데 중점을 두어 왔다면, 앞으로는 이러한 수평적 권력분립만으로는 다원화된 국내외 환경과 다원화된 국민의 욕구를 충족할 수 없는 불가피한 상황을 고려할 때 수직적 권력분립이 불가피한 것이 아닌가 생각한다.

최근 정치권과 학계에서 헌법개정에 대한 논의가 시작되고 있는데, 이러한 헌법개정에 대한 논의가 국가권력구조에 되어서는 안 되고, 지방분권, 즉 행정권뿐만 아니라 사법권도 분권화가 이루어져 민주적인 사법권의 행사를 담보하고 나아가 법조비리와 지역주민에 필요로 하는 실질적인 사법권의 행사가 이루어질 수 있어야 할 것이다. 이러한 의미에서 오늘의 토론은 시의적절하고 상당한 의미를 가진다고 할 수 있다.

따라서 저는 현재 우리나라 사법권의 현실과 사법권이 처한 현실적 문제에 대하여 언급하고, 이를 해결하기 위한 하나의 방안으로서 사법권의 분권화, 특히 지방법원장의 주민직선제의 도입타당성 및 실현가능성에 대하여 견해를 밝히고자 한다.

II. 지방분권 차원에서 사법권의 현실과 문제점

1. 한국의 사법권의 구조개관

한국에서는 다른 민주국가들과 마찬가지로 국가권력을 입법·행정·사법으로 나누고 그 각각을 별도의 독립적 국가기관에서 담당하도록 하고 있다. 이는 국가권력이 집중되는 경우에 필연적으로 따르게 되는 권력의 자의적 행사를 방지하기 위하여 요청된 것이다. 이처럼 권력분립을 통하여 국가기관 상호간의 견제와 균형을 이룸으로써 개인의 자유와 권리를 최대한 확보하고자 하는 것이다.

공권력이나 사적 관계로부터 피해를 입은 국민들에게 권익구제의 사각지대가 놓여 저서는 안 된다. 이러한 문제의 해소는 법치국가에서는 불가피한 과제이다. 특히 오늘날 비대해진 행정권이나 권리의식의 형상에 따른 보다 접근가능성이 높은 재판절차를 통하여 다룰 수 있어야 함은 법치주의의 원리에서도 핵심내용이다. 법치주의의 이상적 실현을 위해서는 법치주의의 근거이자 출발점으로서 입법권, 법치주의의 집행자로서 행정권의 역할 역시 중요하다. 보다 직접적이고 본질적인 역할은 법치주의의 보호자 내지 감독자로서 사법권에게 주어져 있다고 할 것이다. 이러한 법치주의 요청과 구조는 지방자치의 영역에서도 마찬가지로 할 것으로, 지방자치는 단순히 행정의 한 형태에 그치는 것이 아니라, 헌법상 제도화된 규범적 제도이기 때문이다.

우리나라의 사법권은 원칙적으로 법관으로 구성된 법원에 속한다(헌법 제101조 1항). 그러나 헌법소송, 즉 법률이 헌법에 위반되는지의 여부를 판단하는 위헌법률심사나 탄핵심판정당해산 등은 법원이 아니라, 헌법재판소에서 관장한다(동법 제111조 제1항). 그러므로 넓은 의미에서 사법부는 법원과 헌법재판소로 구성되어 있다고 할 수 있다. 그러나 통상 사법부라 하면 그 중에서 법원만을 가리킨다. 법원은 최고법원인 대법원과 그 하위의 각급법원(하급법원)으로 구성되어 있다. 그중에서 하급법원은 단지 군사재판을 관할하기 위한 특별법원으로서의 군사법원(동법 제110조)을 제외하고는 민사·형사·행정사건 등을 일반적으로 다루는 일반법원만으로 조직되어 있다. 현재 서울·대구·광주·부산·대전 등 5곳의 고등법원과 14개의 지방법원이 있다. 그리고 지방법원 및 가정법원은 그 사무의 일부를 처리하기 위하여 지원을 둘 수 있는데, 41개의 지방법원 지원이 있다.

2. 사법부가 처한 현실적 문제

가. 국민의 사법부에 대한 불신

현대 민주주의에서 국가권력의 정당성은 국민 다수의 선택에 상당 부분 그 정당성을 획득한다. 따라서 행정부 수반인 대통령과 입법부를 구성하는 국회의원은 국민의 직접선거에 의하여 선출된다. 그러나 삼권분립의 한 축인 사법부는 국민이 직접 선출하지 않는다. 그 이유는 “사법부에 소수자와 사회적 약자의 권리보호라는 특별한 사명을 맡기고자 하는 헌법적 결단”(양승태 대법원장 2011년 9월 27일 취임사)이라고 볼 수 있다. 선거는 훌륭한 제도이지만, 단점도 가지고 있는 것이다. 선거에 적용되는 다수결 원칙은 소수의 희생과 복종

을 전제로 한다. 51%가 나머지 49%의 몫까지 차지하기 때문이다.

따라서 사법부까지 선출직으로 선출되면, 국민의 기본권을 보호할 곳이 없다는 지적과 함께 이러한 사실은 헌법이 대법원장과 법관을 비선출직으로 정한 배경이라고 할 수 있다. 하지만 ‘선출되지 않은 권력’인 사법부가 국민의 기본권 보호와 사회적 약자보호라는 ‘헌법적 결단’에 부응하고 있는지 의문이다.

최근 대법원은 병역법 위반으로 기소된 22세 김모씨 등의 상고심에서 징역 1년 6월을 선고한 원심을 확정했다. 우리 사회의 대표적인 약자인 양심적 병역거부자들은 하급심에서 양심적 병역거부자들에게 무죄선고가 잇따르고, 헌법재판소가 병역법 해당 조항의 위헌 여부를 가리기 위해 공개변론까지 열었는데 이러한 대법원 판결에 절망했다. 뿐만 아니라 과거 사 피해자들도 대법원 판결로 고통을 겪고 있다. 대법원은 2013년 12월 전원합의체 판결을 통해 국가 상대 손해배상소송 시효를 형사보상 결정 확정일로부터 3년에서 6개월로 단축, 결과적으로 박정희·전두환 정부 하에서 간첩 등으로 억울하게 몰린 피해자들의 국가배상금을 대폭 삭감했다.

반면 재벌에게는 관용을 베풀었다. 대법원은 이재현 CJ그룹 회장에게 징역 3년을 선고한 원심을 파기환송했다. 범죄액수를 줄이고, 적용 법조항을 형량이 낮은 것으로 바꾸라는 취지였고, 최근 대통령의 사면의 대상이 되었다.

정치적 사건에서는 청와대와 여당 편을 들었다. 원세훈 전 국가정보원장의 선거법 위반 사건에서 대법원은 국정원 직원들의 e메일 첨부파일을 증거로 인정하지 않는 방법으로 유죄를 선고한 원심을 꺾다. 1·2심이 무죄와 유죄로 엇갈렸지만 13 대 0 만장일치 판결로 그 흔한 소수의견 하나 내지 않았다.

전임 이용훈 대법원에서는 진보적 성향의 대법관이 일부 포진해 그나마 다양한 목소리가 나왔다. 그러나 양승태 대법원은 보수 일색이다. 구성원들 경력도 판박이처럼 똑같다. 대법원장과 대법관 14명 중 13명이 판사 출신이고, 12명이 특정한 범대를 나왔다. 세상의 절반이 여성인데 여성 대법관은 2명에 불과하다. 사법부에 대한 신뢰 하락은 심각한 수준에 이르렀다. 그리고 최근 정운호 전 네이처리퍼블릭 대표의 ‘법조 비리사건’에서 부장판사가 연루되어 사법부에 대한 국민의 불신이 극에 달하고 있다.

나. 사회적 약자보호 소홀과 권력에 의존하는 실상

대법원은 소수자와 사회적 약자를 구제하지 못하고, 재벌과 정권을 견제하지 못한다는 비판을 받고 있다. 사법부에 대한 국민의 신뢰는 하락하고 있다. 사법부는 국민과 진정으로 교류하고 소통하여야 할 것이다. 그동안 우리 사법체제는 정치권력에 순치된 정치재판, 노동억압과 ‘유전무죄·무전유죄’의 계급재판, 그리고 전관예우·관선변호의 정실재판이라는 비난을 들어왔다.¹⁾

하지만, 이른바 법조 3륜으로 뭉친 사법관료 또는 관료법조들은 그 책임을 정치체제나 사

1) 오창민, <이래서 빼주고...저래서 봐주고...비리 정치인 ‘선처’ 낱말>, 『경향신문』, 2004년 11월 2일, 1면; 한상희, <법치국가라는 새 유령>, 『한겨레』, 2006년 10월 27일, 30면; 박진석, <국민 법조신뢰도 더 낮아졌다>, 『한국일보』, 2007년 4월 23일, 2면; 박진석, <여론조사 결과 “법위에 재산·권력” 91%나...>, 『한국일보』, 2008년 4월 22일자.

회구조와 같은 외부 요인에 전가하면서 거꾸로 사법독립과 법치주의라는 명분을 내세워 스스로의 권력을 강화하기에 여념이 없다. 정부는 관료체제에 길들여진 법조인들이 주도하는 형식적 법논리에 함몰되면서 문자 그대로 법치국가라는 유행에 사로잡혀 있다. 국회 또한 초보적인 수준에서 만들어진 사법개혁 법률안조차 정치싸움의 볼모로 만들어 버렸다. 매년 설문조사에 따르면 “법원, 검찰, 변호사업계를 모두 신뢰하지 않는다.”는 응답이 56%를 차지했다. 사법부 불신의 원인으로는 법조비리(62.6%)가 첫 손에 꼽혔고, 판사들의 권위적 재판태도(19%), 판결에 대한 불만(13.7%), 언론보도(4.6%)가 뒤를 이었다. “과거 본인이나 지인이 경험했던 재판 중 오심이라고 생각하는 판결이 있느냐”는 질문에는 74.1%가 “있다.”는 답변을 내놓았다. 특히 응답자의 절대다수가 “권력(95.9%)과 전관예우(93%)가 판결에 영향을 미친다.”고 답할 정도로 ‘유전무죄 무전유죄’ 의식의 뿌리도 깊다.

다. 사법부와 검찰의 정치적 중립

한국판 ‘드레퓔스’로 불리는 강기훈씨가 대법원에서 무죄선고를 얻어내기까지는 24년이 걸렸다. 송사에 한번 휘말리기만 해도 심신이 피폐해지는데 그는 강산이 두 번 바뀌고 대통령이 다섯 번 바뀌도록 수사와 조사, 재판을 거듭해서 받았다. 그의 인생은 1991년 4월26일 명지대생 강경대씨가 시위 중 경찰이 휘두른 쇠파이프에 맞아 사망하는 순간 결단났다. ‘살인 정권’을 규탄하는 시위가 그해 봄 전국으로 퍼졌고 전남대생 박승희씨 등이 자신의 몸에 불을 붙였다. 이른바 ‘분신 정국’으로 정권과 민주화 세력 간 대충돌이 벌어졌다. 당시 5월 8일 전국민족민주운동연합(전민련) 간부인 김기설씨가 ‘정권퇴진’을 요구하며 서강대에서 투신했다. 서강대 박홍 총장은 “죽음을 선동하는 어둠의 세력이 있다”고 말했다. 기다렸다는 듯 검찰은 분신 배후 세력에 대한 수사에 착수했다. 전민련 동료인 강기훈씨가 김기설씨의 유서를 대신 써줬다는 이유(자살방조)로 구속영장이 청구됐다. ‘노태우 정권은 퇴진해야 합니다.’로 시작하는 김씨 유서와 강씨가 써보인 글씨는 일견 비슷했지만 분명히 달랐다. 하지만 김씨 유서 글씨와 강씨 필체는 동일하다는 국과수의 감정 결과가 발표되고, 그것이 증거로 인정되면서 강씨는 1991년 7월 구속기소됐다. 재판은 일사천리로 진행됐다. 1심 유죄, 2심 유죄, 3심 대법원서도 유죄판결이 내려졌다. 민주화 세력은 도덕성에 큰 타격을 입었다. 2005년 강씨 사건을 위한 진상규명대책위가 구성되면서 반전이 시작됐다. 재심 청구, 서울고법 재심 개시 결정, 검찰 항고, 대법원 재심 개시 결정, 서울고법 재심 무죄, 검찰 상고, 대법원 재심 무죄라는 한국 사법사상 전무후무한 일들이 벌어졌다. 자살방조 혐의로 감옥에 갇힌 스물일곱 젊은이는 파렴치범이라는 비난까지 받다가 나이 50이 넘어 누명을 벗었다.

강기훈 사건을 바로잡은 것은 2007년 진실·화해를 위한 과거사정리위원회의 결정이었다. 진실화해위는 1991년 당시 검찰이 제시한 필적 감정이 잘못됐고, 국과수가 필적 감정을 문서감정인 한 명에게만 맡기고도 여러 명이 공동으로 감정한 것처럼 법정에서 허위로 증언했다는 사실을 밝혀냈다. 그럼에도 사법부가 재심을 통해 사건을 결론 낸 것은 큰 의미가 있다. 죄인은 강기훈이 아니라 사건을 날조한 노태우 정부과 검찰이라고 공식화한 것이나 다름없기 때문이다. ‘강기훈 유서대필’ 사건은 이제 ‘강기훈 유서대필 조작’ 사건이 됐다. 그러나 대법원 재심은 아쉬운 점이 많았다. 재판관이 “사건번호 2014도2946 피고인 강

기훈, 검사 상고를 기각한다.” 고 낭독한 것이 전부였다. A4용지 4장 분량의 판결문은 사건 번호와 피고인 성명과 주소, 변호인 이름, 대법관들의 서명 등을 빼면 1600자 정도였다. 핵심인 무죄 선고 이유는 형사소송법의 재심 규정과 서울고법이 강씨를 무죄로 본 5가지 근거를 요약·정리한 수준이었다. 검찰에 질타도 없었고, 1·2·3심 오판에 대한 반성도 없었다. 억울하게 누명을 쓰고 병마와 사투하고 있는 강기훈씨에게 사과와 위로의 말 한마디도 없었다. 대법원 스스로 재판의 의미를 애써 축소하는 모습이었다.

라. 지방사법기관에 대한 통제장치의 부재

현재 우리나라의 사법기관은 중앙집권적으로 운영되고 있다. 즉 지방사법기관에 대해서도 국가에서 임명권 행사 및 국가의 통제만 작용하고, 지방 사법기관에 의해 영향을 받는 지방 자치단체 및 지역주민의 사전·사후통제는 전혀 없는 상황이다. 특히 종래 국가와 지방자치단체 간의 분쟁은 대부분 정치적 차원에서 해결되어 왔던 점에서 지방자치제도에 있어 사법권의 의의와 역할이 증가 되고 있다. 지방자치와 사법권의 규범적 접근 및 중요성은 지방자치제도 자체의 규범적 구조로부터 비롯된다.

물론 사법권은 모든 법적 문제에 당연히 관련되지만 지방자치법제에 있어서는 그 규범적 특성으로부터 사법권은 보다 중요한 관련성을 가진다. 사법적극주의와 사법소극주의의 대립은 사법권의 기능에 관한 법일반론의 문제이지만 지방자치의 영역에서는 보다 특별한 의미를 가진다고 할 것이다. 지방자치는 규범적 제도임에도 불구하고, 제도적 보장의 특성상 지방자치제도의 구체적 형성 및 제도화에 있어서는 그 사회의 정치적·문화적 상황에 따른 정책적 판단의 필요성이 불가피하다. 이는 지방자치와 관련한 법적 분쟁의 해결에 있어서도 사법권의 개입 및 판단의 범위를 모호하게 하는 문제를 발생시키는바, 그러한 점에서 지방자치에 있어 사법적극주의가 바람직한 것인지, 아니면 사법소극주의가 바람직한지의 문제가 제기된다. 그러나 현대 헌법원리 하에서 사법소극주의·사법적극주의의 문제는 더 이상 양자 간의 선택에 있는 것이 아니라, 구체적 상황 하에서 양자의 적절한 조화를 지향하여야 한다.

III. 사법권의 분권화와 지방법원장의 직선제 논의

1. 사법부와 지방자치

헌법은 사법권을 법원에 위임하면서 법원조직의 기본구조를 규정하고 있다. 이런 구조는 1948년 헌법을 제정한 이후 1987년에 개정된 현행 헌법까지 그대로 유지되고 있다. 그러나 헌법이 9차례에 걸쳐 개정되면서 대법원의 구성방법이나 관장사항 등은 헌법개정 때마다 조금씩 변화하였다. 이는 사법권 역시 시대적 정치상황과 사회변화에 따라 변화할 수밖에 없다는 것을 보여주는 것이다. 물론 사법구조의 변화에는 헌법적 한계가 있을 수밖에 없지만, 실정헌법이 갖고 있던 문제와 병합되면서 공화국의 변천에 따라 법원구조나 법관임명에 관한 내용이 달라졌다.

먼저 우리나라의 법원은 건국헌법인 1948년 헌법 제76조 제1항에서 대법원과 하급법원으로 구성된다는 것을 규정함으로써 대법원을 최고법원으로 하는 기본조직을 구축하였다. 그

런데 당시 헌법은 대법원의 구성을 직접 규정하지 않았지만, 제78조에 대법원장의 임명, 제72조 제11호에는 대법관 임명에 관한 국무회의의 의결, 그리고 헌법위원회의 구성원에 5인의 대법관을 두어야 한다고 규정하여 대법원을 대법원장과 대법관으로 구성한다는 것을 간접적으로 명시하였다. 또한 헌법 제78조에 따라 대법원장은 대통령이 임명하고 국회의 승인을 얻도록 하였다. 이를 보면 헌법 초기에는 대법원장의 임명에 대한 국회의 승인은 사후승인을 의미하는 것이었다.

1948년 헌법이 규정한 법원제도가 우리나라 법원제도의 골격이 되어 9차례에 걸친 헌법 개정 속에서도 큰 변화 없이 오늘날까지 그대로 유지되고 있다. 다만, 의원내각제를 채택하였던 1960년 헌법은 제78조에 “대법원장과 대법관은 법관의 자격이 있는 자로써 조직되는 선거인단이 이를 선거하고 대통령이 확인한다.” 라고 규정하여 대법원장과 대법관을 임명이 아닌 선거에 의하여 선출하는 것으로 바뀌어 ‘대법원장 및 대법관선거법’에 따라 후보자들의 선출절차가 진행되었지만, 5·16 군사쿠데타로 인하여 헌정질서가 중단되면서 대법관 선거제도는 도입단계에서 좌초되고 말았다. 이 이후에는 대법원의 구성방법에 큰 변화 없이 대법원장에 대한 국회의 동의와 대통령의 임명, 대법관은 대법원장의 제청으로 대통령이 임명하는 방식이었다.

이상과 같이 대법원조직과 그 구성은 헌법의 개정에 따라 조금씩 변화하였지만, 큰 틀에서 변한 것은 없었다. 또한 각급법원의 구조와 조직 역시 특별하게 큰 변화 없었고, 1963년에 가정법원이 설치된 후 1998년에는 행정법원과 특허법원이 설치되는 등 전문법원이 등장한 정도이다.

오늘날 국가형태에 대한 시대적 요청은 분권국가이다. 분권국가란 세계화, 지식 정보화, 민주화 시대에 효과적으로 대응하기 위해 중앙정부와 지방정부가 그 역할을 재조정하되 가능한 범위 내에서 지방이 최대한의 기능과 권한을 행사하는 국가형태이다. 한 국가에 있어 입법, 사법, 행정의 분야가 각각 독립된 입장에서 얼마만큼이나 제 역할과 기능을 잘하고 있는가 하는 문제는 그 나라 민주주의 발전의 척도가 된다고 해도 과언이 아니다.

지방분권은 민주주의의 활성화, 시스템 거버넌스의 질적 개선, 효율성의 개선, 부정부패의 척결 그리고 지역감정의 완화를 목적으로 하는 시대적 요구로서 국가행정업무의 분배에 한하지 않고 사회 모든 분야에서 점진적으로 추구되어야 할 과제로서 제시된다. 이에 발맞추어 현재 서울에 집중되어 있는 사법구조 역시 분권화를 통하여 사법서비스의 효율적 재분배를 고려하여야 한다.

학자에 따라서는 사법부와 지방자치에 대한 헌법의 태도를 연결 지어 해석하면서 헌법이 최고법원인 대법원 이외에 각급 법원으로 사법부를 조직하도록 입법부에 명령하고 있음(헌법 제101조 제2항, 제102조 제3항)에 주목한다. 그리하여 지방의회와 각급 법원을 연결함으로써 대한민국 내부에 다수의 독자적인 법공동체를 건설하라는 것이 헌법이 입법부에게 위임한 핵심내용이라고 주장하는 이도 있다.²⁾

중앙과 지방이 서로의 역할을 효율적으로 배분하고 상호 발전하기 위해서는 국가의 각

2) 이국운, “사법서비스 공급구조의 지방분권화”, 『법과 사회』 (제23호), 2002, 37면(45면).

부분의 역할 분배가 필요하고 이런 측면에서 사법서비스 또한 서울과 지방의 편차를 완화하는 방식으로 분배할 필요가 있다. 실천적으로 법원 관할지역의 면적·인구수 및 사건 수 등의 현실을 고려한 법원의 설치·이전 등을 고려하여야 한다.

2. 지방사법권의 분권화

가. 수직적인 국가권력구조의 개편

우리가 흔히 모델로 삼고 있는 미국의 경우도 지방자치의 완성을 위해 연방제를 택한 것이 아니라, 시대적 역사적인 배경에 의해 국가 간의 연합의 형태로 연방제가 이루어진 것이지, 연방제이기 때문에, 또는 연방제로 인하여 현재와 같은 지방자치의 발달이 이루어진 것은 아니라는 것이다. 그러나 이처럼, 이론적으로는 관계가 없다 하더라도, 연방제 또는 연방제로 가는 국가와 지방자치의 충실화 간에는 상호연관성이 있는 나라가 많은 것도 사실이다. 또한 연방제는 아니지만, 이탈리아, 프랑스, 스페인 등에 서는 중간적 광역자치조직이 충실화해가고 있고, 벨기에처럼 연방제로 발전한 나라도 있다. 이러한 연유로 양자의 차이가 적어지고, 연방제나 아니냐의 문제는 분권화의 정도의 차이정도라고 하는 분석도 있다.³⁾ 또한 이러한 수직적인 국가권력구조의 개편은 세계화 현상 속에서 국가의 경쟁력을 향상시키려는 목적으로 진행되고 있다는 분석도 있다. 최근 우리나라에서도 이러한 세계사적인 흐름이 반영되어, 연방제의 도입논의가 본격화되고 있다.

나. 대법원의 정책판단기능강화와 지방법원의 권리구제강화

종래 대법원의 기능에 대한 일반적인 요구는, 국민들이 원칙적으로 모든 사건에 대하여 대법원에 상고할 수 있고 대법원은 이에 대하여 빈틈없는 권리구제의 역할을 담당함으로써 억울한 당사자가 없도록 하여 달라는 것이었다. 이에 따라 대법원은 '권리구제형 대법원'에 가깝다고 볼 수 있다.

또 하나는 하급심에서 당사자가 스스로 결과에 승복할 수 있는 재판을 함으로써 상고를 줄여 대법원의 업무를 경감하도록 하는 방안인데, 이와 관련하여 상고사건이 폭주한다는 이유로 대법관을 증원하는 것은 바람직하지 아니하다. **고등법원이 상고심의 역할을 상당 부분 담당하도록 하는 방안 혹은 상고법원의 설치를 통해 상대적으로 경미한 일정 사건의 상고사건을 처리하도록 하고, 대법원은 고등법원 상고사건에 대한 예외적인 재상고사건이나 비중있는 사건에 대한 상고사건만을 처리하도록 하는 방안을 들 수 있다.**

최근 우리나라에서는 고등법원 또는 고등법원 원외재판부, 항소법원의 설치에 관하여 논의되고 있다. 이러한 논의는 헌법상 보장되어 있는 국민의 재판청구권행사를 확보하는 국민의 사법접근권의 차원에서뿐만 아니라 크게는 국민주권의 차원에서도 고려되어야 한다.

그러한 의미에서 국민의 재판청구권 및 국민의 권리보호에 대한 보장을 규정한 우리 헌법 제27조 제1항의 의미를 되새겨 보아야 할 것이다. 법원에 대한 국민의 접근권 및 사법의 민주화를 생각하고, 사법권의 근원으로서 국민주권을 생각할 때 중앙집권적 사법제도를 지

3) 이기우, 선진한국을 위한 국가구조개편의 구상, 한국공법학회 2008년 6월 학술대회 논문집(민주, 법치국가의발전과 사회통합), 123면. 광역행정중심의 세계적 추세를 반영하여, 한국에서도 본격적인 국가구조개편의 논의가 필요하다고 역설하고 있다.

양하는 것이 바람직하며, 국민의 사법접근성의 미비로 인하여 재판청구권을 포기하는 일이 생기지 않도록 하여야 한다. 이러한 의미에서 중앙집권적 사법권은 수직적·지역적으로 분산되고 분권화되어야 한다.

다. 지방사법권의 분권화

우리나라가 단방국가체제와 단일 법률체계를 구축하고 있다고 하더라도 중앙정부가 사법권을 독점하고, 중앙집권적으로 사법기관을 운영하는 것은 지방분권의 취지에 맞지 않을 것이다. 지방에 있는 지방사법기관에 대한 지역주민의 참여를 제도화하는 것이 필요하다.

연방 국가체제를 취하고 몇몇 국가의 경우 지방(주(州)단위 또는 하위 지방자치단체 단위)의 사법기관에 대한 지방의 참여를 제도화하고 있는 국가는 다수 존재한다.

○ 미국의 연방대법원의 대법관은 상원의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 주대법원은 대부분의 주가 연방법원과 유사한 법원조직을 갖추고 있는데, Oklahoma와 Texas 주는 민사사건과 형사사건을 각각 다른 상고법원에서 처리하여 2개의 대법원을 두고 있다. 대법관 임명방식은 ① 주의회의 동의를 얻어 주지사가 임명하는 주, ② 주지사가 제청하여 주의회가 임명하는 주, ③ 주민들의 선거에 의하여 선출하는 주 등 주마다 다양한 방식으로 운용되고 있다.

○ 독일은 각 법원의 사법행정 및 법관의 임명 등은 주무관청이 담당한다. 이는 전통적으로 사법행정은 법관의 독립과는 관계없고 단순한 행정의 일부분으로 인식하는 데에 기인한다. 실제로는 법원장이 주관하지만, 법률상 주무관청의 행정에 귀속된다(예컨대 보통법원은 법무부의 행정에 귀속). 연방법원의 법관은 관련 부처의 장관(보통법원의 경우에는 법무장관)이, 각 지방의 관련 부처장관 및 이들과 동수로 연방하원에서 선출된 의원들로 구성된 법관선출위원회와 공동으로 결정한다(독일 기본법 제95조 제2항).

주(Land)의 경우 법관선발위원회에서 법관을 선발하는 경우도 있고, 주정부 또는 주 법무장관이 임명하는 곳도 있다.

○ 스위스는 26개의 주(칸톤)으로 구성된 연방국가이다. 그 중 6개 칸톤은 반쪽 칸톤인데, 반쪽 칸톤이란 원래는 하나의 칸톤이었다가 종교상의 이유나 정치적인 이유 등으로 분리된 칸톤을 말한다. 각 칸톤이 연방 상원의원을 2명씩 선출하는데 비해, 반쪽 칸톤은 1명씩만을 선출한다. 각 칸톤 하위에는 독자적인 자치단체로, 우리나라의 기초자치단체라고 할 수 있는 게마인데(Gemeinde)가 있다. 칸톤이 연방에 대해 권한을 갖듯이 게마인데도 칸톤에 대해 권한을 갖는다. 스위스 내 게마인데는 약 3,000개 정도에 이른다고 한다. 실제로 스위스에서는 칸톤마다 서로 다른 내용의 사법제도를 두고 있다. 즉, 법원의 종류나 그 구성원, 명칭, 법관의 선출절차, 심급제도, 소송절차 등이 칸톤마다 다른 것이다. 따라서 여기에 연방에 있는 사법제도까지 고려하게 되면, 결국 스위스에는 27개의 사법제도(1개의 연방과 26개의 칸톤)가 존재한다고 해도 과언이 아니다.

3. 지방사법기관의 주민참여방안

지방법기관의 발전방향은 시스템의 효율성, 국민친화성과 투명성이라는 기준을 가지고 크게 3가지로 나누어 살펴볼 수 있다. 법원은 국가 3부 중에서 유일하게 선출되지 않은 권력이다. 국민이 재판에 직접 참여하는 배심재판 외에도 사법부가 국민의 소리에 귀를 기울여 민주적 정당성을 보완해야 한다. 사법부는 재판의 과정 및 결과를 비롯해 사법제도, 법원의 운영, 사법정책, 법관의 언행 등에 대한 국민의 의견에 귀를 기울여야 한다.

(1) 지방사법기관의 구성원의 선임방법과 주민 참여체계

지방사법기관의 구성원 선임 방법에 대한 주민참여 체계는 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 한편으로는, 사법시스템 운영주체들을 구성하는데 참여하는 형태를 들 수 있다. 판사에 대한 선거제 또는 선출위원회 참여가 그 대표적인 형태이다. 다른 한편으로는, 사법시스템 운영에 직접 주체로 참여하는 형태를 들 수 있다. 사법시스템을 운영하는 이러한 국가권력기관, 특히 사법부 법관들은 선출 내지 임명하는데 일반시민들이 직접 참여하는 형태이다.

지방사법기관에 대한 지방자치단체의 참여 시스템 구축 필요성은 사법시스템의 서비스법적 통일성을 위해 정당하다고 하는 중앙집중적이고 독립적이지 않다는 점이다. 이러한 시스템의 개혁은 다른 국가들에서 보듯이 선거나 직접적인 사법부에 대한 간섭이 가능한 주민 참여형과 사법부의 본연의 업무와 독립성을 위해 인사나 직접적인 업무에 대한 간섭이 불가능하지만 사법부의 서비스의 분산과 지방자치와 사법작용의 조화를 꾀하는 주민 친화형의 모델로 나눌 수 있다.

(2) 지역주민에 친숙한 사법제도의 이미지구축

대법원에 오는 수많은 사건들은 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 사회적으로 의미 있는 사건이다. 여성도 종중원이 될 수 있는지, 정기상여금도 통상임금에 포함되는지, 이혼할 때 연금도 재산분할의 대상이 되는지와 같이 중요한 법리를 선언하는 사건이 대표적이다. 선거소송처럼 사회적 관심과 파장이 큰 사건도 이에 포함된다. 1년에 주요언론에 보도되는 대법원 판결 숫자는 170건 정도인데, 이 사건들도 여기에 포함된다. 둘째는 당사자 사이에서는 중요하지만 사회적으로는 특별한 의미가 없는 사건으로, 둘 사이에서만 합리적으로 해결되면 충분하다. 단순 폭행·상해사건이나 돈을 빌렸다가 갚지 못한 대여금 사건이 대표적이다. 이런 사건이 상고사건의 상당 부분을 차지하고 있다. 분쟁을 적정하고 신속하게 해결함으로써 국민들이 평화로운 일상으로 복귀할 수 있게 하는 것 역시 사법부의 중요한 사명이다.

하지만 상고심에 대해 너무 시간이 오래 걸리고, 심리불속행제도로 이유도 모른 채 상고가 기각되는 것에 대한 불만, 우리 사회의 다양한 가치관을 반영하는 전원합의체 판결이 너무 적다는 불만이 있는 것도 사실이다. 지난해 6월 대법원장 자문기구인 사법정책자문위원회가 상고심 개선 방안의 하나로 상고법원 설치를 건의하자 대법원은 본격적인 움직임에 착수했다. 대법원은 법령 해석 통일이 필요하거나 국민 생활에 미치는 영향이 크고 사회적으로 중요한 사건에 집중하기 위해 일반 사건을 담당하는 상고법원을 따로 설치해야 한다는 주장이었다.

연간 4만 건에 가까운 상고사건 처리가 지연되면서 국민들이 받는 피해와 국민의 사법부에 대한 신뢰하락은 간과할 수 없는 수준이 이르고 있다. 또한 지금도 상고사건의 50~60%

가 심리불속행(상고 요건을 따져 심리를 중단하는 것)으로 기각돼 제대로 된 3심 재판을 받지 못하고 있고 볼 수 있다. 상고법원의 설치가 추진되면 오히려 많은 사람에게 실질적 3심 재판의 확립과 국민 권익보호에 기여할 수 있을 것으로 기대된다. 중앙집권적인 대법원의 기능은 헌법과 법률 등 법령해석을 통일하고 사회가 나아갈 방향을 제시하는 정책법원으로서 역할을 담당하고 상고법원은 개인 간 권리 분쟁을 해결하는 역할에 치중하는 법원을 권리구제법원으로 역할을 담당할 수 있다. 상고법원 법관의 임명방식은 지방의 상고법관의 임기가 종료되면 그들을 지방법원에 배치해 평생법관제가 점진적으로 정착되도록 하겠다는 구상으로 알려졌다.

대법원에 상고하는 이유는 1심, 2심 판결문이 부실하여 패소 당사자가 납득하지 못하거나 대법원에 가면 결론이 바뀔 수 있겠다는 희망이다. 사실심 판결문이 부실하다보니 대법원에서 원심의 사실인정이 위법하다고 파기하는 사례도 부지기수다. 결국 근본적인 해결책은 사실심 단계에서부터 법관의 수를 대폭 늘려 충실한 재판을 하도록 하는 것이다. 일선 법관의 연간 처리 사건이 700여 건, 즉 하루에 2건 이상씩 재판의 결론을 내려야 하는 작금의 현실은 부실재판으로 귀결될 뿐이다. 지역주민에게 친화적인 법률심을 가까운 지역에서 거리상 으로나 소송비용의 부담완화 등으로 사법시스템에 대한 접근가능성을 용이하게 할 수 있다. 이와 같이 되면 상고심을 중앙에서 한 상고법원에서 판결을 구하는 것이 아니라 각 지방에 상고법원의 설치가 바람직하다.

(3) 사법서비스의 지역적 확장과 법원의 분산 배치

사법제도 발전방향을 제시하면서 그 중 하나로 ‘사법서비스 시스템에 대한 용이한 접근’을 꼽고 있다. 간단한 사건이면 적은 비용으로 일상생활에 편리하게 주거지에서 쉽게 법원에 갈 수 있어야 한다.⁴⁾라는 것이다. 예컨대 시·군 법원과 같은 간이법원을 더 낮은 행정단위로 확대해야 한다는 것이다.

IMF 이후 기업은 물론 정부에서도 구조조정 문제가 제기되었으며 그에 따라 ‘작은 정부’를 지향하는 경향이 있다. 그렇지만 작은 정부가 절대적인 선은 아니다. 비효율적인 부문에 대하여는 과감한 축감이 필요하지만, 대국민 서비스 부문에서는 설령 비용이 들더라도 그것을 확대할 필요가 있다. 즉 사법서비스 부문에서 저렴한 비용의 양질의 서비스를 제공하기 위한 노력은 계속되어야 한다. 그에 따라 국민들이 자신이 살고 있는 지역의 근거리에서 법원을 수월하게 이용할 수 있어야 한다.

전국적으로 지방법원 단위에 항소법원을 설치하여 달라는 요구가 빗발치고 있다. 이것은 무엇보다 지방자치제도가 정착을 하면서 해당 지역민을 중심으로 사법접근권의 충실한 보장을 촉구하는 의사표시일 것이다. 그럼에도 불구하고 현재의 항소심제도는 고등법원, 고등법원 원외재판부, 지방법원 항소부 등으로 어지럽게 나뉘어 사법제도의 통일성을 깨뜨리고 국민의 재판받을 권리도 제한하는 측면을 가지고 있다.⁵⁾ 이러한 항소심 구성 방식은 재판을 중앙집권적으로 처리해야 효율성이 강화된다는 잘못된 인식에서 비롯된 것이다. 이 글에서

4) 정중섭, “재판의 정당성과 효율성 향상을 위한 사법시스템의 구축”, 『법과 사회』 (제18호), 2000, 39면 이하.

5) 사법발전재단, “법원조직의 발전적 재편”, 『사법부의 어제와 오늘 그리고 내일(상)』, 2008, 사법정책자문위원회, 2009, 272면 이하.

는 항소법원의 설치와 관련된 쟁점 중 특히 항소심 재판부의 구성과 법관의 전문화 문제를 검토하고자 한다. 일부 논의 중에는 항소법원을 법률심화해야 한다거나 동등경력 법관으로 구성해야 한다는 주장이 있고 항소법원의 설치가 법관의 전문화를 저해한다는 주장도 있다. 그러나 이런 주장은 그다지 현실성이 없는 추측에 불과하고 항소법원의 설치는 법관의 전문화와는 무관한 문제일뿐더러 특별히 항소법원을 법률심화할 실천적인 장점도 찾기 어렵다는 견해도 있다.⁶⁾

IV. 지방법원장 주민직선제 도입상 고려하여야 할 문제

1. 사법부 독립의 문제

오늘날 의원내각제이든 대통령제이든 정부형태와 상관없이 재판의 공정성과 객관성을 위하여 사법부의 독립성은 헌법에 의하여 보장되고 있다. 우리나라도 다른 국가와 마찬가지로 1948년 헌법을 제정한 이래, 헌법에 의하여 독립된 장에 편성된 사법부는 그 독립성을 보장받고 있다. 그렇지만 사법부는 주권을 가진 국민으로부터 선출된 국가권력이 아니고 헌법과 법률에 의해서만 독립성을 부여받고 있기 때문에, 헌법질서가 제대로 유지되지 않는다면 독립성을 보장받는데 한계를 가질 수밖에 없다.

지방법원장의 주민직선제와 관련하여 정당공천제를 채택하느냐 여부에 따라 법관의 독립성이 훼손되고 정치적 판결을 초래할 수 있는 위험이 크다고 할 것이다.

2. 법관의 신분보장

법관의 인사제도의 핵심은 그 신분보장에 있다고 하여도 과언이 아니다. 사법부의 구성원인 법관 역시 국가공무원으로서 헌법 제7조 제2항에 따라 법률에 의하여 신분보장을 받는다. 또한 헌법 제105조는 제1항 내지 제3항에서 대법원장과 대법관, 일반법관에 대하여 임기제를 규정하고 있으며, 제4항에서는 법관의 정년에 대하여 법률에 위임하고 있다. 이렇게 헌법이 법관에 대하여 임기제와 정년제를 규정하고 있는 것은 법관의 신분보장을 통한 사법권의 독립을 보장하겠다는 것이지만, 다른 한편에서는 재판작용을 담당하고 있는 법원구성원의 보수화를 방지함으로써 효율적인 국민의 사법보장을 꾀하려는 것도 있다. 그렇지만 일반법관의 임기제는 특별한 과실이 없는 한 정년까지 신분이 보장되는 것으로 본다고 하여도 법원 내부로부터 신분보장에 대한 위협을 받을 우려가 있다는 점에서 법관의 독립을 약화시킬 수 있는 문제가 있다. 즉 법원조직법 제45조의2 제1항에 따라 임기가 만료된 법관은 대법원에 설치된 법관인사위원회를 거쳐 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 연임발령을 하기 때문에, 이 절차에서 연임탈락의 위험은 상존한다.

법관의 임기제와 정년제와 함께 법관의 신분보장을 강화하기 위하여 헌법 제106조 제1항은 “법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.” 라고 규정하고 있다.

6) 진형배, 항소법원 설치와 법관의 구성 및 전문화, 강원법학 제29권 (2009. 12.), 297면(298면).

지방법원장이 주민직선으로 선출되어 임기가 종료된 후와 주민소환이 이루어진 경우 신분보장 등에 대한 방안이 마련되어야 할 것이다.

3. 국민의 사법참여와 판사선임의 정당성

판사는 사법부를 구성하는 기본 단위라고 할 수 있다. 그런데, 우리나라처럼 직업판사임명제를 채택하는 경우에 사법부가 국민의 직접 선거에 따른 국민대표의 성격을 의미하는 '민주적 정당성'을 결여 민주적 정당성이 약한 기관이라고 이해하는 입장에서는 이러한 사법부의 민주적 정당성을 보충하는 방안으로 '판사선거제'를 주장해 왔다. 우리나라에서도 대법원장이나 대법관을 국민의 직접 선거로 선출해야 한다거나⁷⁾, 적어도 판사나 변호사 등 일정 자격을 가진 '법조'구성원들에 의한 선거가 필요하다는 견해⁸⁾ 등이 그런 예라고 할 수 있다.

그런데, '민주적 정당성'을 국민이 선거로 선출하는 대표성만을 의미하는 것이라고 이해하는 것은 오늘날의 민주국가 통치운영상황에 비추어 지나치게 좁고 경직된 해석을 한다는 비판을 받고 있다. 이론적으로도 이미 왕이나 독재자가 아닌 잠재적·전체적인 일반국민이 헌법제정권력으로 나서서 만든 각국의 헌법에 "사법권은 판사로 구성된 법원에 속한다."고 규정하는 것이 일반적인데, 이러한 헌법제정권력의 결단의 의미를 가지는 헌법 조항을 통해 사법부의 민주적 정당성이 굳이 구성된 판사들에 대한 직접 선거가 없더라도 헌법적 수준에서 국민들이 민주적 정당성을 사법부에 부여하는 것으로 결단하였다고 이해하면 사법부에 민주적 정당성을 인정하는데 별다른 무리가 없다고 보는 것이 일반적이다.

특히 '판사선거제'가 사법부는 입법·사법·행정의 3부 중에서 유일하게 다수결 원리에 따라 궁극적 결정이 이루어지는 기관이 아니라는 점, 즉 비다수파기관(non-majoritarian institution)이라는 성격과 어울리지 않는다는 점을 강조하면서, 국민선거를 통한 다수 국민 의사에 그 구성과 존립이 달려있어 다수 국민의 목소리를 항상 경청해야하는 의회나 행정부와 달리 선거를 의식할 필요가 없는 사법부는 국민다수보다 잘 조직화되지도 못하고 다수파에 묻혀 제 목소리를 내지 못하는 사회적·경제적 소수파나 약자의 이익을 법의 적극적·창조적 해설을 통해 실현할 수 있다는 태생적 장점을 갖고 있으므로 이를 해칠 수도 있는 판사선거제는 오히려 민주주의 또 다른 근본이념인 '소수파와 약자보호'를 저해할 위험을 갖고 있다고 주장하는 견해도 유력⁹⁾하다. 그러나 금권·타락선거의 위험은 검찰의 역사적인 대선자금 수사와 엄정한 선거사법 수사, 선거인인 국민들의 점진적인 의식 수준 향상이 더해져 예전에 비해 많이 줄었다고 생각하는 견해도 있다.

7) 우리나라에서도 대법원장과 대법관들에 대해 민주적 정당성을 부여하기 위해 직접선거제를 도입해야 한다는 주장이 있다. 이에 대해서는 박홍규, "사법의 민주화 : 재판관을 재판한다"(서울 : 역사비평사, 1994), 32-33면 등을 참조.

8) 정진경, "사법권의 독립과 관련한 사법개혁방안", 인권과 정의 통권 제293호(서울 : 대한변호사협회, 2001. 1.), 123-124면.

9) 임지봉, "사법권독립의 제 문제", 9-10쪽 참조. 임지봉 교수는 이에 대하여 금권선거가 만연한 한국의 특수한 선거현실을 고려해 볼 때 판사선거제는 금권·타락 선거로 이어질 위험이 크다는 이유로 우리나라에 판사선거제를 도입하는 것을 반대하고 있다; Paul J. De Muniz, Politicizing State Judicial Elections: A Threat to Judicial Independence, Willamette L. Rev. 367 (2002), p.367, p.368.

4. 사법부의 구성에 대한 지방참여를 위한 참여방식

가. 직접적인 참여방식

직접적인 개입방식으로 미국의 판사 선거방식을 들 수 있다. 미국의 판사는 연방대법원과 그 하급연방법원들이 다르고, 또한 연방과 각 주의 지방법원, 각 주내 상급법원과 하급법원들이 서로 다르다. 연방판사들은 대체로 대통령이 연방법무부장관겸검찰총장(Attorney General)과 다른 자문관들의 건의를 통해 후보자를 지명하고, 비공식적이지만 강한 영향력을 가진 미국변호사협회(ABA)의 평가를 거쳐 상원이 청문회를 거친 대통령의 판사지명후보자를 검토 후 대통령의 지명에 대해 승인하는 절차를 통해 판사로 임명된다. 특히 연방대법관은 상원사법위원회(the Senate Judiciary Committee)가 주관하는 대단히 엄격한 청문(hearing)을 거쳐야 하므로 비록 미국대통령이 임명권을 갖고 있다고 하더라도 자신을 지지하는 변호사 아무나 지명할 수 있는 것이 아니라 상원 청문회를 통과할 만한 훌륭한 자격을 갖춘 후보자를 지명해야 한다는 정치적 부담감이 있다고 한다. 지방판사들은 임명제, 판사선거제에 의해 그 직을 얻게 되고, 근래에는 위 두 제도 외에 변형된 미주리방식 또는 ‘능력검증제’ 라고 불리는 방식을 미국 각주들 중 절반 정도가 시행하고 있다고 한다.

나. 간접적인 참여방식

이에 반해 대륙법계국가들이 시행하는 것은 관료주의적인 사법부의 모델로 임명제이다. 프랑스 이탈리아, 포르투갈 및 스페인을 들 수 있다. 이러한 모델은 어느 정도 변형된 요소가 가미된 제도를 도입하여 오스트리아, 핀란드, 독일, 그리스, 네덜란드와 스웨덴 등을 들 수 있다.

한편, 미국의 이웃인 캐나다는 미국과 비슷한 자연환경과 입지조건을 갖고 있고, 미국과 유사한 연방주의를 채택하고 있음에도 불구하고 영국적 전통을 미국보다는 좀 더 중시하고, 전형적인 의원내각제 정부인 점 등의 요인으로 인해 판사 선임을 임명제로 하고 있다. 캐나다에서는 임명제가 미국식 판사선거제와 달리 사법권의 독립을 보장하는데 일반적으로 더 나은 제도라고 평가받는 것이 주류이다. 구체적으로는 임명권자가 사법위원회의 자문 내지 검증에 반영하여 결정한다고 한다. 또한 법조일원화가 되어 있어 판사임명후보자는 다년간 변호사, 검사, 기타 법률전문직에 종사하던 자가 되는데, 현실적으로는 공익에 근무하면서 정의를 구현하는 업무를 수행한 경험이 있는 prosecutor 경력자를 선호하는 경향이 있다.

그런데, 고위직 판사 임명 후보자들은 대개 전직 각료나 고위관료, 국회의원, 지방의회의원인 경우가 많고, 고위연방판사는 유력한 두 당, 자유당이나 보수당 어느 한 쪽에 소속된 정치적 엘리트인 경우가 많다고 한다. 그로 인해 비록 임명직임에도 불구하고, 실제로는 연방판사 선임에 있어서는 다분히 정치적인 요소가 두루 작용하고, 소수파 출신이 배척되는 경향이 있다고 한다. 특히 캐나다에서 사회경제적으로 열악하고 소외된 지위에 있는 선주민(aboriginal people)들의 권익 보호에 대해 임명된 판사들로 구성된 사법권이 소홀한 모습을 보이기도 한다는 비판이 있다. 이는 결과적으로 사법권의 독립만을 중시하다가 더욱 중요한 공정한 사법권의 행사를 혼동하여 놓치고 있다는 지적도 유력 하다.

임명제 방식에 의한 판사 선임은 임명권자가 정치적 보상의 형태로 판사를 임명한다거나 적어도 자신과 가까운 정책지지자를 임명할 가능성이 높다는 등의 정실이 개입할 여지가

있고, 임명제와 판사의 종신보장이 결부되면 주권자인 국민들을 의식하지 않는 판사들의 독단이 폭증할 것이라는 강한 비판이 있다.

선거제는 임명제가 가지는 이러한 문제점들을 의식하여 주로 19세기 중반 “위대한 보통 사람(the great common man)”으로 불린 잭슨 대통령 시대 널리 전파되기 시작한 이른 바 잭슨식 대중민주주의 시대에 각 주에 널리 퍼진 방식이다. 그러나 선거제 방식에 의한 판사 선임은 판사들이 지나치게 선거구민들을 의식하지 않을 수 없어 사법권의 독립을 해치고, 공정하고 정당한 결정을 하기 보다는 인기있고 겉보기에 매력적인 결정을 하는 경향을 조장하며, 유능하지만 인종적, 사회경제적으로 소수세력을 대변할 만한 후보자가 당선되지 못하는 경우가 많다는 비판이 가해지고 있다. 그리고 선거구민들이 판사직 후보자들을 잘 알지 못하거나 전문적인 부분에 대한 평가능력이 떨어지고, 후보자들은 이러한 선거주민들을 상대로 자신을 홍보하기 위한 선거운동을 더욱 강화하면서 점점 고비용을 요하는 선거운동이 되어가고 있다고 비판받기도 한다.¹⁰⁾ 실제로 여러 주에서 단독 입후보자에 대한 찬반 내지 신임투표의 형태로 성격이 변질되거나, 많은 주들이 임명제적 요소를 도입함으로써 잭슨 대통령 시대에 비해 그 의의가 퇴색된 감이 있기도 하다.

다. 위원회의 구성에 의한 참여방식

선거제 방식에 대한 이런 비판을 수용하더라도 선거제가 가지는 국민의 직접 참여의 장점을 살리기 위한 방안으로 미주리주에서 고안, 발전되어 여러 주에 변형된 형태로 파급된 판사능력검증제(merit system)가 있다. 이 제도는 '판사지명위원회(nominating committee)'의 구성과 '신임투표(retention election)' 라는 두 요소를 특징으로 삼고 있다.

판사지명위원회는 변호사와 판사, 그리고 이들과 구별되는 일반인으로 구성된다는 특성이 있다. 판사지명위원회는 직접 또는 주지사 등이 선정한 후보자들을 검증한 뒤 최종 적격자를 골라 주지사 등 임명권자에 통보하여 그로 하여금 해당 후보자를 판사로 일단 지명하도록 한다. 그런데, 지명된 판사는 적어도 1년 내지 적정한 기간 동안 수습판사 내지 잠정적 지위를 가진 판사로 근무한 다음 일반 선거구민들에 의해 신임투표를 거쳐야 한다. 이 신임투표는 경쟁자가 없이(non-partisan) 해당 판사의 신임에 대한 찬반 형태가 되고, 여기서 찬성 득표를 얻은 판사는 8년 내지 12년간의 비교적 긴 임기동안 판사직을 수행한 뒤 본인이 희망하면 그 지방의 법률에 따라 다시 신임투표를 거쳐 더 오래 판사로 근무할 수 있게 된다고 한다. 만약 어떤 이유에서든 재임지지 획득에 실패하면 판사지명위원회에 의한 지명 및 검증절차가 개시된다.

비록 미국에서 판사선거제가 많은 비판을 받고 있기는 하지만, 연방판사와 달리 지방판사의 선임에 있어서는 판사선거제가 유능한 판사들을 선임하는데 성공해 왔다는 평가도 유력하고, 선거제를 부담스럽게 여기는 많은 지방 주 정부들도 변형된 미주리주 모델 내지 판사능력검증제를 수용하면서 특히 일반인이 참여하는 판사지명위원회 모델을 일부 변형시켜

10) 이러한 논의에 관하여는 법무부, 위 “미국의 사법제도” 외에 선거제 비판 및 개선된 임명제 도입에 관하여는 Charles Geyh, “RETHINKING JUDICIAL ELECTION”, Indiana University School of Law Internet site 등의 논문을, 선거제의 현황과 미래에 관한 각종 의견에 대하여는 Center for Legal Policy at the Manhattan Institute, “Judicial Elections : Past, Present, Future - Conference series no. 6” 등 문헌을 각 참조.

받아들임으로써 미국의 지방 각 주 법원은 여전히 그 구성원 판사들의 선입에 있어 국민의 직접 참여가 비교적 광범위하게 이루어지고 있다고 볼 수 있다. 이러한 국민 참여 형태는 실제로 일반 국민이 배심원 또는 시민법관으로 참여할 때 따르는 희생과 부담 없이 국민들의 시각, 선호나 불신 등을 사법시스템에 반영할 수 있다는 장점이 있다.

한편, 선거제든 능력검증제든 간에 정치적인 영향력을 받을 수밖에 없다는 점과 판사직 후보자들은 다양한 법조경력, 특히 공익을 위해 근무하고 직접 주민들을 대하는 업무 속성을 지닌 검사 경력을 가진 사람들이 대다수를 이루고 있다는 점은 판사들이 보편적인 국민들의 시각을 그대로 수용하거나 적어도 잘 이해할 개연성이 크다는 것을 의미하기도 한다.

V. 결론(지방법원장의 주민직선제에 대한 사건)

그동안 정치권력의 민주화에 관심이 집중되다보니 사법권의 민주화는 상대적으로 소홀히 취급되어 왔다. 사법권도 국민으로부터 위임받은 국가권력이고 주권자인 국민이 부여한 권위 하에 행사되어야 함에도 불구하고 그동안 정치적 중립성과 독립성의 원칙이 오용되면서 오히려 관료사법의 폐해를 낳고 국민의 사법참여를 극도로 제한하는 중앙집권적이고 폐쇄적인 권력기관의 모습을 보여 온 측면이 있다.

이러한 사법부의 폐쇄적 운용과 사법부에 대한 국민의 불신을 해소하고 국민과 소통하는 사법부로 다시 태어나려면 사법제도를 정비하고 시대적 흐름과 국가권력의 탈권위주의라는 패러다임의 변화에 따르는 것이 불가피하다.

최근 헌법의 세계적 경향을 보면, 첫째, 중앙정부에의 권한, 자원, 기능의 집중을 완화하였고, 둘째, 지방자치단체연합체와 지방정부간 관계에 대한 자율성을 증진시켰으며, 셋째, 지방자치에 있어 입법권, 행정권 또는 재정권 등의 대폭적 이양이 이루어졌고, 넷째, 사후적 감독과 시민참여 및 견제를 보장했으며, 다섯째, 이러한 변화를 촉진하고 제도화하기 위해 헌법을 개정하거나 법률을 제·개정하였다는 것이다.

우리나라의 헌법연구자문위원회가 제시한 「국회의장자문기구 헌법연구자문위원회 결과보고서」는 개헌논의의 필요성이 현행 헌법체제로는 지난 20여 년간의 국내외적 변화를 수용하는 국가시스템의 운영이 불가능하다는 전제에서 있음을 분명히 하고 있다. 첫째로 생명과학과 통신의 발달로 새로운 기본권이 생성되는 한편 기존의 기본권 보장체계에도 변화가 초래되어 새로운 헌법이 필요하다고 한다. 둘째로 권력구조 차원에서 권력집중적 헌정운영의 폐해와 5년 단임제로 인한 정치적 책임성의 약화나 과도한 권력투쟁으로 인한 통합력의 상실의 문제점을 개선하기 위해 합리적인 권력분산을 추구하는 새로운 권력구조가 필요하다고 한다. 셋째로 대통령제와 의원내각제적 요소의 혼재, 사법이나 헌법재판의 독립성과 체계성의 결여로 인해 생기는 헌법규범의 체계부조화나 흠결을 보정하기 위한 새로운 헌법이 필요하다고 한다. 넷째로 평화통일, 선진화, 세계화의 시대적 흐름을 반영하기 위한 새로운 헌정질서를 모색할 필요성이 있다고 한다. 자문위 보고서는 이러한 필요성에 기반하여 국민의 자유와 권리를 향상시키면서도 국가운영의 민주성과 효율성을 함께 향상시키는 민

주적 권력구조를 설계하는 한편 정보화와 세계화의 변화에 대응하는 미래지향적이고 지속 가능한 발전을 위한 비전을 집약하는 것을 헌법개정의 방향으로 설정하고 있다.

지방법원장의 주민직선제는 앞으로 국가권력구조의 개편과 관련하여 지속적으로 논의되어야 할 문제이며, 아울러 헌법개정없이 현실적으로 많은 어려움을 안고 있다고 할 것이다. 특히 앞에서도 언급한 바와 같이 법관의 독립성과 법관의 신분보장이라는 문제, 그리고 사법제도의 정비 및 인적·물적 여건의 확충, 국민적 여건의 조성이 필요하다.

지방자치는 지역에서의 주민의 자기결정을 실현하는 제도인바, 주민자치의 보장은 지방자치의 실제적 내용이라 할 수 있다. 현행 헌법체제 하에서 도입 가능한 구체적인 방안 제시 는 명시적 규정 여하를 떠나 지방자치의 본질적 원리가 민주주의에 있음에서 당연하다. 물론 헌법 제118조는 지방의회에 의한 대의제도를 규정하고 있지만, 이는 주민의 의한 참정과 통제를 배제하는 것은 아니며, 더욱이 주민에 의한 직접민주제의 도입은 대의제 민주주의가 안고 있는 결함을 시정하기 위한 것으로, 헌법이 보장하는 국민주권의 원리와 민주주의 이념을 실질적으로 구현하기 위한 제도하는 점에서, 주민참여와 이를 통한 지방자치단체의 국정참여의 확대는 지방분권의 당연한 이념이고 방향이어야 한다. 지방자치에서 참여민주주의를 확보하기 위해서는 지방자치단체에 대한 주민참여의 강화가 모색되어야 한다. 그러한 관점에서 사법부의 독립성과 자율성 확보를 위한 근본적인 토대로서 주민참여의 강화와 지방자치단체의 참여를 유도할 수 있도록 하는 법제도적 장치가 필요하다.

지방자치는 국가구성의 기본적 요소이며, 자치와 분권화는 현대적 국가발전전략의 필수불가결한 핵심으로서 이미 시대적, 사회적으로 공인을 받고 있다고 할 것이다. 그러한 점에서 국정운영에 있어 국가와 지방자치단체의 협력에 대한 요청은 당연한 귀결이며, 이는 제도적으로 국정에 대한 지방자치단체의 참여를 통해 구체화된다. 사법기관에 대한 지방자치단체의 참여의 필요성도 그러한 현실적 요청에서뿐 아니라, 법이론적으로도 당연한 것이라 할 것인바, 국가와 지방자치단체는 기본적으로 대등한 협력관계이며, 협력관계에서의 참여는 당연한 법적 요청이기 때문이다.

법원장 직선제 도입에 관한 비판적 고찰

이 호 영 변호사 (한국법조인협회 대변인)

1. 지방법원장 직선제 도입 논의의 배경 및 현황

- 검찰개혁의 방안으로 전국의 각 지방검찰청 관할 주민들이 선거를 통해 직접 뽑는 ‘검사장 주민직선제’가 떠오르며 공론화 되고 있는 것과 맞물려서 논의
- 2012년 한명숙 당시 민주통합당 대표가 ‘검사장 직선제’를 경선 공약 사항으로 걸면서 함께 ‘법원장 직선제’도 거론됨
- 2016년 당시 총선에 출마하였던 안대희 전대법관은 ‘지방법원장 지방검찰청장 직선제 적절치 않다’는 의견 피력
- 지방분권개헌국민행동에서 2016년 초 발표한 개헌안에 지역대표 상원제와 지방법원장 주민직선제 도입도 개헌안에 포함

2. 발제자가 제시한 지방법원장 선거제 도입 방안에 관한 쟁점에 대한 몇 가지 논의

1) 선출직 법원장의 권한의 범위는 현행과 달라질 것이 예상

○ 발제자는 법원행정에 관한 규칙 제정권을 부여하여야 한다고 함. 현재 대법원 규칙은, 대법원이 법률에 저촉되지 않는 범위 안에서 소송(訴訟)에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정하고 있음(헌법 제108조). 선출직 법원장이 규칙, 예규 등을 정하는 것은 재판과정, 사법행정 과정에 혼란을 초래할 수 있다는 점을 고려하면 선출직 지방법원장에게 별도의 규칙 제정권한을 부여하는 것은 신중한 검토를 요함. 특히 지역에 따라 소송에 관한 절차, 법원 사무처리 절차가 달라지는 것은 득보다 실이 커 보인다는 점에서 선출직 법원장의 규칙, 예규 제정 권한은 최소한의 범위로 제한되어야 할 것으로 사료됨.

○ 선출직 법원장이 지방의회의 자치 법규 제, 개정과 관련한 의견을 제출하는 방안은 긍정적으로 보임

2) 선출직 법원장의 범위, 대상 관련

○ 발제자는, ‘법원장의 직급은 관할 사건과 인구가 많은 서울지방법원장과 경기지방법원장은 ‘장관급’으로, 나머지 지방법원장은 ‘차관급’으로 보임하는 것에 별다른 이견이

없을 것' 이라고 함

○ 그 전제 조건으로 서울 중앙, 동,남,북,서 지방법원을 서울지방법원으로, 수원지법, 의정부지법 등을 경기지방법원으로 각 통합하여 행정구역과 일치시켜야 한다고 함

○ 발제자의 위와 같은 주장대로라면 선출직 지방법원장의 관할과 고등법원장의 관할이 중복되는 문제를 초래. 그렇다면 선출직 법원장은 차라리 지방법원장이 아니라 고등법원장을 대상으로 하여야 하는 것 아닌가 생각할 수 있음

3) 법원장 선거 방식에 관하여

○ 발제자는 1) 지방법원 소속 판사들이 선출하거나, 관할 변호사, 검사와 공동으로 선출하도록 하는 직역선거형(간선제), 2) 법원 관할 주민이 직접 법원장을 선출하는 방식(직선제), 3) 대법원장의 임명권을 존치하되, 보궐선거, 지방선거에 준하는 방식으로 유임 여부를 묻는 신임 투표하는 방식을 상정한 후 이 중 주민이 직접 법원장을 선출하는 방식을 지지하였음.

○ 법원장 직선제의 실현 가능성의 측면에서 볼 때, 점진적으로 우선 '간선제'를 도입하고, 보다 폭넓은 논의를 거쳐 '직선제'를 도입하는 안도 가능함.

3. 결어

- 지방법원장의 선거제는 대법원장을 정점으로 하는 법원의 권위주의를 극복하고, 법원의 민주성, 책임성을 높인다는 차원에서 긍정적으로 검토될 수 있지만, 현 시점에서 볼 때 충분히 논의가 이루어졌나 하는 부분은 의문임.

- 검사장 직선제와 결부되어 논의되고 있는 실정이지만, 검사장, 법원장 직선제를 단순히 동일 선상에 놓고 볼 수는 없을 것임.

- 발제자의 연구는 법원은 사법서비스를 제공하는 행정 기관이라는 측면을 강조하고 있음. 하지만 법원의 행정 기관적 측면보다는 법원의 본질적 기능으로서 사법부를 어떻게 민주적으로 통제할 수 있을 것인가, 어떻게 국민에 대한 책임성을 제고할 수 있을 것인가에 집중해야 하는 것은 아닌가 싶음.

- 현 시점에서는 무엇보다 법원장 직선제 도입의 필요성에 대한 사회적 공감대가 형성되어야 할 것임. 특히 지난 10년간 지속적으로 이루어지고 있는 법조일원화 등 법조개혁논의의 흐름과 배치되지 않도록 논의가 진행되어야 함.

- 아울러 지방법원장 직선제에 관한 우려의 시각 또한 만만치 않다는 시각을 무시할 수 없다는 점에서, 부작용을 최소화시킬 수 있는 방안과 아울러 점진적 도입 방안을 모색해야 할 것임.

민주적 사법개혁 실현을 위한 연석회의

거창평화인권예술제위원회, 구속노동자후원회, 민족민주열사희생자추모(기념)연대회의, 민주언론시민연합, 빈곤과차별에저항하는인권운동연대, 법인권사회연구소, 사법피해자모임, 새사회연대, 언론소비자주권캠페인, 외국인이주노동운동협의회, 용산참사진상규명및재개발제도개선위원회, 인권과평화를위한국제민주연대, 전국공무원노동조합, 전국교직원노동조합, 전국교수노동조합, 전국민주노동조합총연맹, 전국불안정노동철폐연대 법률위원회, 전국장애인차별철폐연대, 전국철거민협의회중앙회, 전북평화와인권연대, 정신개혁시민협의회, 참교육학부모회, 청주노동인권센터, 평화와통일을여는사람들, 행동하는성소수자인권연대(이상 25개 단체)

문의 - 간사단체 새사회연대

전화 02-2235-0062 팩스 02-2236-0062 홈페이지 nsociety.org

이메일 nsociety@naver.com (새사회연대) minjusabeob@gmail.com (민주사법)

후원 - 민주사법연석회의 우리은행 1002-852-588393