

토론회

바람직한 대법관 · 헌법재판관 구성기준과 인선절차

일시 | 2011년 6월 28일(화) 오후 2시

장소 | 참여연대 느티나무홀

주최 | 대법관 · 헌법재판관 교체 대응 인권시민사회단체 연석회의(준)
(민주사회를 위한 변호사모임 · 민주주의법학연구회, 새사회연대,
인권단체연석회의, 전국민주노동조합총연맹, 참여연대,
한국여성단체연합, 환경운동연합)

프로그램

- 14:00 사회 김남준 민주사회를 위한 변호사모임 사법위원장
- 14:10 발제 **바람직한 대법관 및 헌법재판관의 인선기준**
임지봉 서강대 법학전문대학원 교수 ·
참여연대 사법감시센터 실행위원
- 14:30 토론 1 **대법관 · 헌법재판관 구성기준과 인선절차**
강경선 한국방송통신대 법학과 교수
- 14:45 토론 2 **왜 공정한 여성 대법관 · 헌법재판관의 임용이 요청되는가**
양현아 서울대 법학전문대학원 교수 · 국가인권위원회 위원
- 15:00 토론 3 **사법권력, 인권 그리고 대법관과 헌법재판관의 구성**
이창수 새사회연대 대표
- 15:15 종합토론
- 15:50 폐회

목차

발 제	바람직한 대법관 및 헌법재판관의 인선기준 / 임지봉	5
토론1	대법관·헌법재판관 구성기준과 인선절차 / 강경선	19
토론2	왜 공정한 여성 대법관·헌법재판관의 임용이 요청되는가 / 양현아	25
토론3	사법권력, 인권 그리고 대법관과 헌법재판관의 구성 / 이창수	33

바람직한 대법관 및 헌법재판관의 인선기준

임지봉 / 서강대학교 법학전문대학원 교수 · 참여연대 사법감시센터 실행위원

I. 서론

우리나라에는 헌법에 의해 두 개의 최고사법기관이 존재한다. 대법원과 헌법재판소가 그것이다. 이 대법원과 헌법재판소의 재판관은 선출되지 않고 대통령에 의해 임명된다. 대법관의 경우에는 대법원장의 제청이 있는 후에 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 헌법재판관의 경우는 입법, 사법, 행정부에서 각각 3인씩 지명하고 선출한 이에 대해 대통령이 형식적인 임명권을 행사한다. 이 최고사법기관의 법관들은 국민에 의해 선출되지 않고 대통령에 의해 임명되기 때문에 민주적 정당성이 약하다. 특히 과거에는 대법관이나 헌법재판관을 사법시험 기수와 법원 내 서열에 따라 주로 현직 엘리트 남성 법관들 중에서 충원하였다. 다원화되어 가는 한국사회에서 국민 각계각층의 이익과 의사가 다양화되고 최고사법기관들이 이 다양한 국민의 의사를 판결 속에 담아낼 수 있어야 한다는 명제에 정면으로 어긋나는 최고법관 인선기준이 적용되어 왔던 것이다. 그렇지 않아도 선출직이 아닌 임명직이어서 ‘민주적 정당성’이 약할 수밖에 없는 대법관과 헌법재판관의 인선에는 국민의 목소리를 더욱 충실하게 반영하여 약한 민주적 정당성을 보충해야 하고, 국민의 다양한 이익과 의사를 대변하는 최고법관들을 인선하기 위해서는 더욱 다양한 배경을 가진 이들을 대법관이나 헌법재판관으로 뽑아야 한다. 이런 이유로 점점 더 많은 국민들과 시민사회가 대법관과 헌법재판관의 인선에 목소리를 내기 시작했던 것이다.

특히 김영란 대법관이 대법관에 선임되던 지난 2004년에, 성향이나 성별 등 여러 면에서 다양한 대법원의 인적 구성을 갈구했던 시민사회의 요구가 받아들여져, 기수와 서열 위주의 중

래 대법관 선임관행에서 벗어나 일종의 파격인사가 이루어졌었다. 그 이후로도 시민사회와 국민들은 바람직한 대법관과 헌법재판관의 인선기준에 대해 의견을 개진해왔고, 또 실제로 인선 결과에 이러한 의견이 반영되기도 했다. 그러나, 현 정부에 들어와서 이러한 인선기준들이 다시 과거의 경직된 기준으로 회귀하는 듯한 양상을 보이고 있어 문제다. 특히 올해 9월에 퇴임하는 이용훈 대법원장의 후임 인선을 비롯해 내년까지 13명 전원의 대법관들이 현 정부에 의해 임명되게 되어 있다. 또한 헌법재판관의 3분의 2에 이르는 재판관들이 현 정부에 의해 임명되는 헌법재판소의 대대적인 물갈이도 예정되어 있다. 따라서 이러한 대폭적인 최고법관들의 인선이 어떻게 이루어지는가는 너무나도 중차대한 문제로 떠오르고 있는 것이다.

이하에서는 우선 대법관과 헌법재판관의 인선이 왜 중요한가를 간단히 살펴보고, 시민사회에서 주장했던 과거의 바람직한 대법관이나 헌법재판관의 인선기준을 알아본다. 그리고 그 후 이 인선기준이 어떻게 변화되어 왔는지를 평가해보고, 앞으로의 대폭적인 최고법관 인선에 어떤 기준이 적용되는 것이 바람직한지에 대해 살펴본다.

II. 대법관과 헌법재판관의 인선이 국민들에게 중요한 이유

대법원은 최종적인 법해석과 법적용의 막강한 권한을 가진 국가기관이다. 입법부에서 법을 만들지만, 그 법의 의미를 구체적 사건에서 밝혀 법에 생명력을 불어넣음으로써 비로소 법이 국민생활에 살아 적용되기 시작하는 것은 바로 사법부를 통해서이다. 그 사법의 최종적 판단권이 대법원에 있는 것이다. 따라서, 대법원은 어떤 국가기관 보다도 국민 일상생활의 구석 구석에 큰 영향을 끼치는 중요한 기관이다. 우리 대법원은 최종심으로서 국민의 인권을 보장하는 최후의 보루이자, 구체적인 사건을 통해 정책적 판단을 내림으로써 우리 사회가 나아갈 방향을 제시하는 막중한 역할을 수행한다. 예를 들어, 법의 해석을 통해 종래 여성에게는 인정되지 않던 중증원의 지위를 인정함으로써 여성도 중증의 재산에 대해 권리를 가지게 된 획기적인 판결을 내린 기관도 다름 아닌 대법원이다.

헌법재판소도 마찬가지다. 추상적인 헌법의 해석을 통해 국회가 만든 법률 등 일체의 공권력 행사나 불행사에 대해 위헌무효를 선언할 수 있다. 그리고 이를 통해 국가의 헌법질서를 수호·유지하고 그 사회의 가치기준을 제시한다. 예를 들어, 동성동본간 혼인을 금지해온 민법 조항을 사실상 무효화시키는 일을 헌법재판소가 했다. 따라서 대법원과 헌법재판소를 구성하

는 최고법관들의 임명이 얼마나 중요한 지는 새삼 강조할 필요가 없을 정도다. 바로 여기에 대법원과 헌법재판소의 인적 구성이 다양화될 필요성이 존재한다. 12명의 대법관 임명 제청권을 가진 대법원장은 다종다양한 배경을 지닌 인사들을 대통령에게 대법관 후보로 제청함으로써, 국민 각계각층의 다양한 이익과 의사를 대법원 판결에 두루 담아낼 수 있어야 한다. 그리고 9인 헌법재판관의 지명권과 선출권을 가진 국회, 대통령, 대법원장도 이러한 기준에 의해 국민들의 뜻을 최대한 담아내며 헌법재판관들을 인선해야 하는 것이다.

Ⅲ. 시민사회에 의해 주장되었던 바람직한 대법관 인선기준

시민사회는 김영란 대법관이 대법관에 임명되던 2004년을 포함해 오래 전부터 바람직한 대법원장 및 대법관의 인선기준을 많은 시민사회단체들간의 치열한 논의를 거쳐 제시해왔다. 그 대표적인 예가 바로 지난 2006년 7월까지 임명된 5인의 대법관들에 대해 시민사회가 제시한 바람직한 대법관 인선기준이라 할 수 있다. 당시에 시민사회가 제시했던 바람직한 대법관 인선기준을 정리해보면 다음과 같다.

1. 성향의 ‘다양화’와 성향상의 ‘균형’을 갖춘 대법원

우선, 최고법원이 다양한 사회적 가치를 포용하는 열린 정책법원이 될 수 있도록 ‘최고법관 성향의 다양화와 전체적인 균형’을 이룰 수 있도록 해야 한다. 그러나 대법원과 관련한 이런 주장에 대해 “현 대법원장이 취임한 후 대법관 3명이 새로 임명되었고… 대법원 구성이 다양화되어야 한다는 명분으로 서열을 무너뜨린 파격적인 사람들이 대법관에 임명되었다. 그러나 새로 임명된 대법관들에게 가치관과 출신의 다양성을 찾아보기 어렵고…”¹⁾라는 지적이 있었다. 이러한 지적이야말로 대법원의 인적 구성의 다양화가 ‘출신 직역의 다양화’가 아니라 ‘성향의 다양화’를 의미하고 있음을 간과한 것이고 아직까지 우리 대법원에서 이런 ‘성향의 다양화’가 제대로 이루어지고 있지 못함을 방증하는 것이다.

대법원 구성에 있어 ‘성향의 다양화 추구’에 주목하지 못하는 것은 행정부도 마찬가지다. 대법관 임명권자인 대통령이 대법원장이 제청한 대법관 후보에 대한 국회 동의를 얻기 위해

1) 대한변협신문 제159호 3면, 사설 “대법관이 갖추어야 할 덕목”

국회에 보낸 임명동의서를 분석해보면 이러한 점을 쉽게 확인할 수 있다. 지난 2005년 가을 이전까지의 임명동의 요청서의 인물총평을 보면 누가 누군지 알 수 없을 정도다. 모두 똑같이 “해박한 법률지식, 탁월한 재판능력, 투철한 국가관과 엄격한 자기관리, 원만한 인품과 법조계의 높은 신망 등을 감안하여 대법관에 적임자” 라고 임명동의 요청서에 묘사되고 있기 때문이다. 이는 대법원뿐만 아니라 대통령으로 대표되는 행정부도 대법원 구성의 다양성에 대한 고민이 전혀 없었음을 방증한다.

그나마 2005년 10월에 임명된 박시환, 김지형, 김황식 대법관의 경우부터 그들 세 후보가 각자 다른 사람임을 알 수 있을 만큼 총평에서 인물들이 구체적으로 설명되고 있을 뿐이다. 즉, 김지형 후보는 “사회의 다양한 가치를 대변하고 소수자 보호 역할을 충실히 이행할 것으로 평가” 되고, 박시환 후보는 “개혁적 성향, 재판업무의 이론과 실무에 정통, 사법권 독립과 인권 보장에 투철한 사명감 갖고 있” 으며, 김황식 후보는 “원칙론자이면서도 합리적인 법조인” 이라고 총평에서 동의요청 이유를 적고 있었다.

2. 국민의 기본권 보호 및 사회적 소수자·약자 보호에 충실한 대법관

국민의 기본권 보호 및 사회적 약자 보호에 충실한 이들을 대법관으로 뽑아야 한다. 우리 법원은 그간 소수자와 약자보호의 입장에서라도 응당 사법부가 소수자와 약자에게 보내야 할 최소한의 관심과 보호의 손길조차 보내지 않았다. 이미 다수자와 강자의 이익은 국회를 통해, 행정부의 정책 집행을 통해 충분히 반영되고 보호되었기에, 법정에서만이라도 다수자와 강자보다는 소수자와 약자의 이익이 더 주목받고 더 많이 보호받아야 한다는 것이 삼권분립의 한 취지이다.

국민들도 그간 그러한 소수자 및 약자 인권보장의 최후 보루로, 힘없는 서민이 지친 심신을 기댈 따뜻한 언덕으로, 사법부가 우뚝 서 주기를 간절히 바랬다. 그러나 우리 사법부는 노동자, 장애인, 여성과 같은 소수자·약자의 손보다는 재벌기업, 힘 있는 자, 부자와 같은 강자의 손을 주로 들어주었다. 또한, ‘전관예우’ 라는 다른 나라 사법부에서는 찾아보기 힘든 회귀병에 걸려, 우리 사법부는 ‘전관’ 들에 대한 깍듯한 예우차원에서 돈이 없어 직접 본인소송을 감행하는 가난한 서민들보다는 ‘전관’ 을 거액에 산 부자들의 기득권을 확인해 주는데 후한 인심을 보여주었다. 다수와 강자로부터 희생당한 사회적 약자와 소수자를 보호하는 것은 최고사법기관의 본래적 사명이라고 할 것이고 약자와 소수자가 우리 사회에 대한 희망을 잃지 않게 하는 마지막 희망과도 같은 것이라 할 수 있을 것이다.

이런 면에서 대법관과 헌법재판관들은 특히 우리 사회에서 끝없이 강화되어 가고 있는 경제 권력에 맞서 노동, 여성, 환경 등의 분야에 남다른 애정을 가지고 사회적 정의를 실현코자 하는 입장을 줄기차게 견지할 수 있는 인사여야 한다. 기존의 대법원은 그 인적 구성의 획일화와 보수화로 인해 노동, 여성, 환경 등의 분야에 대한 판결에서 매우 사용자 편향적이거나 가부장적이거나 개발의 효율성에만 집착하는 입장을 띠어왔다. 대법원의 균형잡힌 변화를 조금이라도 더 앞당기기 위해 노동, 여성, 환경 분야에서 진보적 입장을 견지할 수 있는 인사가 더 바람직할 것이다. 이들 분야는 너무 오랫동안 보수의 질곡이 변화를 억눌러 그 법리 발전이 특히 더딘 분야이기에, 대법원이 이들 분야에서 획기적이고 전향적으로 달라진 모습을 보일 수 있게 하기 위해서는 새 대법관들과 헌법재판관들 자신이 이들 분야에서 진보적 입장을 견지할 수 있는 인사여야 한다는 것이다.

민주사회를 지탱하는 기둥과도 같은 ‘표현의 자유’ 신장에도 각별한 관심과 애정을 가진 인사가 대법원에 꼭 필요하다. 특히 대법원은 국가보안법의 찬양고무죄 규정 등이 자의적으로 남용되어 국민의 표현의 자유를 압살하는 현실 하에서, 첨예한 법 논리로 기본권의 꽃이라 할 수 있는 표현의 자유를 강조하고 보호하는 판결을 내렸어야 함에도 불구하고 이 점에 미흡했다. 오히려 표현의 자유 옹호 취지의 하급심 판결을 파기하는 등 상당히 보수적이고 경직된 입장을 고수하고 있다. 따라서 헌법정신을 살리고 국제인권규약 등 국제적 규범의 보편적 인권보호정신을 살려낼 수 있는 대법관이 대법원에 시급히 필요하다.

3. 사법부 변화를 이끌 수 있는 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 대법관

판결이나 사법제도 등의 여러 측면에서 사법부의 변화를 이끌어갈 수 있도록 기존 대법원 관례나 관행에 얽매이지 않는 개방적인 태도와 합리적인 식견을 가진 이들을 대법관으로 뽑아야 한다. 이제 사법부는 국민위에 군림하는 엘리트 법관들만의 법원이 아니라 국민을 위한 법원, 국민들 속의 법원으로 되돌아 와야 한다. 그렇다면 최고사법기관인 대법원부터 진정 국민을 위하면서, 국민을 위한 바람직한 사법부 변화를 이끌 수 있는 열린 태도를 가진 인사들로 채워져야 한다. 그리고 아울러 열린 태도와 함께 합리적 식견도 지녀서 대법원이 변화하되 합리적인 방향으로 변화할 수 있게 이를 리드할 수 있는 인사가 대법관이 되어야 한다. 그리고 이런 기반 위에 대법원도 대법원의 문턱을 낮추어야 하고 대법관들은 보다 더 겸손해져야 한다. 그리고 대법원은 시민들과 국민들에게 그 문호를 개방하고 시민과 국민들을 상대로 활발한 소통을 시작하여야 한다.

4. 법관 내부의 서열에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선

대법관이라는 자리는 법관 승진경쟁의 최종 종착점이 아니다. 우리 헌법도 ‘대법원장’과 ‘대법관’을 일반 법관과 구분해 따로 규정하고 있다. 대법관 자리가 기수와 서열에 의한 법관 승진경쟁의 최종 종착점이 아닌 만큼 법관 내부의 기수와 서열에 따른 임명제청 관행에서 완전히 벗어나, 젊고 새로운 인물도 과감히 대법관으로 뽑을 수 있어야 한다.

미국 연방법원 레벨에서 연방지방법원 판사가 연방항소법원 판사로 임명되는 것은 극히 예외적인 경우이다. 연방대법원이야 연방법원의 정점에 위치하지만, 여타의 연방법원은 심급의 차이를 제외하고는 수평적 관계 속에 위치한다. 이러한 구조 하에서는 연방지방법원 판사로 시작해 연방지방법원 판사로 퇴임하는 것을 다른 사람들도 당연히 여기게 되고 본인도 자랑스러워하게 되는 것이다. 연방대법관의 경우도 크게 다르지 않다. 즉, 연방항소법원 재판관 중에 연방대법관을 뽑는 경우가 있기는 하지만 그리 많지는 않으며, 이들 연방항소법원 재판관 출신 대법관들도 연방항소법원 재판관이 되기 이전에 변호사나 법학교수 등 다양한 법조 경험을 통해 다양한 배경을 갖게 된 인사들이지 평생을 법원에 몸담은 경력판사인 경우는 아주 드물다.

우리나라의 대법관 자리는 그동안 엘리트 판사들의 최종 승진코스로 이해되어 왔고, 그 선발 기준은 연수원 성적과 고시기수라는 서열에 의존하여 법원내부에서 채워져 왔다. 그러나 대법원장과 대법관이라는 자리는 기존 사법부의 관행과 판례에 순응하면서 승진한 법관들이 그 승진경쟁에서 살아남아 마지막에 오르는 자리가 아니어야 한다. 소년등과(少年登科) 후서로 대동소이한 엘리트 법관의 길을 걸어오다가 고등법원 부장판사를 거쳐 지법원장이나 고법원장 혹은 법원행정처 차장이 된 인사들 중에서 성적과 서열에 따라 대법관을 뽑다보니 우리 대법원에 다양성이 사라지고 보수 성향으로 천편일률화되어 버린 대법관들로만 대법원이 채워지게 된 것이다.

따라서 대법관은 가급적 경직된 관료사법의 타성에 물들지 않은 외부인사로 충원하되, 불가피하게 법원 내부인사로 뽑을 때에도 법관 내부의 서열과 성적에 따른 임명제청 관행을 뛰어넘는 신선한 대법관 인선이 이루어져야 한다. 대법원이 전부 50대, 60대의 대법관들로만 구성돼도 다양성에 문제가 있을 수 있다. 40대의 과감성과 참신성을 가지고 한국사회의 젊은 층의 이익과 의사를 대법원 판결에 담아낼 수 있는 대법관도 꼭 필요하기 때문이다. 이에 대해 “미국과 같이 종신직이 아닌 우리나라에서 너무 젊은 나이의 대법관을 임명하는 것은 퇴임 후에 생계를 이유로 변호사 개업을 하는 것을 막을 수 없으므로 문제가 있다”²⁾ 주

장이 있다. 이것은 대법관 퇴임 후 영리를 목적으로 한 변호사 개업은 젊은 퇴임 대법관뿐만 아니라 모든 퇴임 대법관들이 스스로 자제해야 할 바임을 간과한 주장이다. 대법관이라는 자리는 그야말로 법조인으로서의 최고의 영예이자 국가의 최고사법직이다. 일국의 대법관까지 지낸 인사가 퇴임 후 변호사 영업을 한답시고 서류가방을 들고 돌아다니는 것은 젊은 나이건 연로한 나이건 퇴임 대법관으로 취할 바가 아니다. 따라서, 퇴임 대법관의 변호사 개업을 당연한 전제로 삼고 있는 이러한 주장은 그 전제부터가 틀렸으며, 결코 이것이 젊고 참신한 인사의 대법관 진출을 막을 정당한 이유가 될 수는 없다.

IV. 전진, 그리고 다시 후퇴

1. 전진

2004년에서 2006년에 걸쳐 우리 대법원과 헌법재판소 재판관 인선에는 시민사회와 국민들의 요구가 반영되어 발전된 방향의 전진이 있었다. 헌법재판관으로 여성 최초로 전효숙 재판관이 임명되었고, 대법원에도 김영란, 박시환, 이홍훈, 전수안, 김지형 등 기존의 기수와 서열 중심의 인선방식을 뛰어넘는 인선이 이루어졌다. 즉, 대법원만 보더라도, 2005년 8월에 사법연수원 11기로서 40대 초반의 여성 법관인 김영란 고법부장판사가 사상 첫 여성대법관으로 임명된 후, 2005년 11월에 사법연수원 12기인 박시환 변호사, 사법연수원 11기인 김지형 고법부장판사가 대법관으로 임명되었다. 이것은 그동안 서열·기수 중심의 대법관 임명방식에서 어느 정도 탈피한 것이었다. 2006년 7월에는 사법연수원 4기인 이홍훈 서울중앙지방법원장과 사법연수원 8기이면서 여성법관인 전수안 고법부장판사가 대법관으로 임명되면서 대체적으로 진보적인 성향을 가진 이들 대법관 구성이 5인이 되어 어느 정도 대법관 성향상의 균형을 이루기도 했다. 특히 이들 5명 대법관의 경우는 사법개혁과 인권옹호에 남달리 뛰어났던 법조인이나 노동, 여성 등 사회의 다양성을 반영할 수 있는 분야에 관계된 법조인들이 추천된 경우였다. 그러나 전원합의체를 구성하는 13인 중 과반수에는 이르지 못하는 5인에 그쳐 견해가 갈린 전원합의체판결에서는 이들의 입장이 소수의견에 머문 경우가 많았다.

이들 대법관이나 헌법재판관들은 시민사회가 과거 지속적으로 추천했던 후보들이거나 시민사회가 제기한 인선기준에 부합했던 재판관들로서, 대법관이나 헌법재판관이 된 후의 판결성향도 긍정적이라는 평가가 높았다. 이런 점에서 시민사회의 후보추천이 일정 정도 성과를 냈

2) 대한변협신문 제159호 3면, 사설 “대법관이 갖추어야 할 덕목”

다고 볼 수도 있다.

최고법원인 대법원의 전원합의체 재판이나 헌법재판소의 재판에서는 사회적으로 찬반의 논란이 많은 사항이나 소수자 및 약자의 권리에 대한 사항들에 관해 재판을 통한 활발한 토론이 이루어져야 하고 이것이 판결에 반영되어야 한다. 그것이 최고법원이 감당해야 하는 역할이다. 그런데 이러한 역할 수행은 대법관이나 헌법재판소 재판관들 중에 진보성향의 인사와 보수성향의 인사가 골고루 포진해서 이들 최고법원들이 성향상의 균형을 이룰 때 가장 잘 이루어질 수 있다.

2. 다시 후퇴

현 정부 들어 단행된 대법관과 헌법재판관 인사는 지난 정부에서 사회적 합의에 이르고 대법관 및 헌법재판관 인선에 반영된 ‘대법원 및 헌법재판소 구성의 다양화’의 시계를 거꾸로 돌리며 다시 종래의 기수 및 서열 중심의 경직된 인선기준으로 후퇴하고 있다. 현 정부 들어 임명된 대법관들을 보면 양창수 대법관을 제외하고는 신영철, 민일영, 이인복, 이상훈, 박병대 대법관에 이르기까지 하나같이 ‘남성, 서울대, 현직 법관’의 틀을 조금도 벗어나지 않고 있다. 참여정부 하에서 김영란, 전수안 등 여성 대법관이 둘, 헌법재판소에 전효숙 재판관이 임명되어 한 명의 여성 헌법재판관이 있었으며 원광대 출신인 김지형 대법관이 임명되는 등 구성에 있어 다양성 확보를 위한 노력을 기울였던 것과 극명하게 대비된다. 여성 헌법재판관 임명과 관련해서는 전효숙 재판관 퇴임 이후 여성 헌법재판관이 단 한명도 없다가 지난 3월에 이정미 헌법재판관이 임명된 정도이다. 또한 일부이긴 하지만 대법관이나 헌법재판관으로서의 소신과 자질을 갖추었다기보다 오히려 ‘대법관이나 헌법재판소의 독립성’이나 ‘헌법적 이념과 가치’를 후퇴시키지 않을지 우려스러운 인사도 대법원이나 헌법재판소의 최고법관으로 들어가는 일이 발생했다.

인사청문회 과정 등에서 최고법관 후보자로서의 적격성 시비가 일었거나 최고법관이 된 후에 문제가 되었던 경우를 정리해보면 다음과 같다.

우선 신영철 대법관은 서울중앙지법원장으로 재직하던 2009년 초에 형사단독 판사들에게 이메일 등을 통해 당시 헌법재판소에 위헌법률심판 제청이 되어있던 야간옥외집회 금지 규정에 대해 위헌성을 고려하지 말고 신속히 이 규정을 적용해 판결을 내리라고 간섭해 ‘법관의 독립’을 침해해 많은 국민적 비판을 받은 바 있다.

2009년 9월에 국회 인사청문회를 거친 민일영 대법관 후보자는 사적인 이득을 얻기 위해 위장접을 두 차례나 한 것이 드러났었다. 작년 8월에 인사청문회를 거친 이인복 대법관 후보자의 경우에도 위장전입 사실이 드러나 국민들에게 실망감을 주었다.

올해 1월 27일에 국회 인사청문회를 거친 박한철 헌법재판관 후보자의 경우에는 2008년 촛불집회 때 대검 공안부장으로서 촛불집회 강경대응을 주도한 공안당국의 책임자였으며, 폐지되었던 ‘공안3과’를 부활하는 등 촛불정국 이후의 공안통치 흐름을 주도했다는 의혹을 받았다. 또한 전기통신기본법상의 허위통신죄를 근거로 정부의 경제정책에 대해 비판적 의견을 개진한 한 인터넷 논객을 처벌한 소위 ‘미네르바사건’의 수사와 기소에 직간접적으로 관여했다는 의혹을 받고 있으며, 서울동부지검장 퇴직 후 대형로펌 변호사로 취업해 수 개월 동안 수 억원의 급여를 받은 것으로 드러나 ‘전관의 로펌행’이라는 신종 ‘전관예우’의 대표적인 사례로 비판을 받은 바 있다.

올해 2월 23일에 열린 이상훈 대법관 후보자 인사청문회에서 후보자와 후보자의 배우자가 부동산 거래 때 다운계약서를 작성해 세금을 탈루했으며, 론스타 경영진에 대한 영장 기각시에 검찰측 인사들과 부적절한 ‘4인 회동’을 가진 점도 지적되었다. 또한 올해 3월 3일에 열린 이정미 헌법재판관 후보자의 인사청문회에서 이정미 후보자는 비서울대 출신의 40대 여성 법관으로 ‘남성, 서울대, 현직법관’의 틀을 깨는 인사라는 긍정적 평가도 받았으나, 시종 주요 현안들에 대해 우유부단한 답변 태도로 일관해 헌법재판관으로 적임자인지가 확인되지 않을 정도였다.

두 달여 후인 5월 25일에 열린 대법관 후보자 인사청문회에서 박병대 대법관 후보자는 국회 사법제도개혁특별위원회가 논의한 바 있는 대법관·헌법재판관 등 장관급 법조인에 대한 변호사 개업 제한 권고규정 신설과 관련해, “고위직 법조인의 변호사 활동이 단지 경제적 이득만을 목적으로 활동하는 것만 있는 것은 아니고, 공익적 활동이나 시민에 대한 법률서비스 제공에 기여하는 방법으로 활용될 공간은 얼마든지 있다.”고 답함으로써 대법관·헌법재판관 퇴임 후 변호사 개업 금지에 반대하는 입장을 드러냈다. 또한 이 규정을 권고규정이 아닌 강제규정으로 입법화해야 한다는 시민사회단체의 지적에 대해서도 “과잉금지원칙 위반 등으로 논란이 발생할 우려도 있으므로 법률로 규정하는 것은 신중히 검토해야 한다”면서 반대 입장을 밝혔다. 시민사회단체들이 검사의 수사권 및 기소권 분산과 관련해 지지하고 있는 공수처 설치에 대해서도 반대입장을 보였다.

V. 이 시대 시민사회가 바라는 대법관 및 헌법재판관 인선기준

앞으로 대거 임명될 새 대법관이나 새 헌법재판관들에 대해 시민사회나 국민들은 기대하는 바가 크다. 후임 대법관이나 헌법재판관의 인선기준은 과거 시민사회가 바람직한 대법관 인선기준들로서 제시했던 위의 기준들에서 크게 달라지지 않았다고 생각한다. 따라서 위의 인선기준들을 다시 반복·부연하면서 새로이 강조되어야 할 대법관 및 헌법재판관 인선기준들을 제시함으로써, 이 시대 시민사회가 바라는 대법관 및 헌법재판관 인선기준에 대해 생각해 본다.

1. 대법관 및 헌법재판관 성향의 ‘다양화’와 성향상의 ‘균형’

위에서 자세히 살펴보았듯이, 대법원이나 헌법재판소가 ‘남성, 서울대, 50대 현직 판사’ 중심으로 대법관이나 헌법재판관을 뽑아서는 안 된다. 이러한 경직된 인선기준에 의해 뽑힌 대법관들은 50대 엘리트 남성 판사들이 대체적으로 가지는 보수적 성향에서 크게 벗어날 수 없다. 즉 최고법관들끼리의 성향상의 다양화나 균형을 이룰 수 없는 것이다. 보수일색의 대법원이나 헌법재판소 판결은 너무 빠른 판결이 되기 쉽다. 보수적인 판결 결과를 쉽게 예측할 수 있는 것이다. 미국 연방대법원처럼 성향상의 균형을 이룬 최고법원이라야, 사회적으로 논란이 많은 이슈들에 대해 재판을 통해 열띤 토론이 이루어질 수 있으며 판결 결과도 유동적이어서 국민들 입장에서는 이들 최고법원의 재판을 받아볼 의욕을 가지게 되는 것이다.

2. 국민의 기본권 보호 및 사회적 소수자·약자 보호에 충실한 대법관과 헌법재판관

헌법재판관뿐 아니라 대법관도 표현의 자유 등 국민의 기본권 보호에 투철한 사명감을 가진 인사들을 뽑아야 한다. 또한 여성, 노동, 환경 등의 분야에서 소수자 및 약자 보호의 배경과 의지를 가진 인사들을 최고법관으로 뽑아야 한다. 이를 위해서는 더 많은 여성 대법관과 여성 헌법재판관이 필요하다. 그리고 노동분야에서 오랜 경험과 전문성을 지닌 이들도 이제 최고법관으로 대거 받아들여야 할 것이다. 그래야 노사관계에서 의미있는 법률적 쟁점에 대한 대법원과 헌법재판소의 사건들에서 노동문제의 근저에 놓인 의미와 현실을 이해하고 노동법의 본래 취지에 충실한 법해석을 하면서 전향적인 판단을 내리는 판결들이 나올 수 있을 것이다. 갈수록 중요성이 더해가는 환경분야에서도 오랜 경험과 지식을 가진 이들이 최고법관으로 들어갈 수 있어야 함을 물론이다.

3. 사법부 변화를 이끌 수 있는 개방적인 태도와 합리적 식견을 갖춘 대법관과 헌법재판관

사법부를 더욱 더 많은 국민적 존경과 신뢰를 받는 기관으로 만들기 위해 시민사회의 민주적인 사법부 비판과 건전한 문제 제기를 수용할 수 있는 개방적인 인사가 대법관이 되어야 한다. 대법원과 헌법재판소 재판관 인적 구성의 다양화와 사법부의 민주화를 바라는 시민사회의 요청 등에 대해 ‘사법부 독립’이나 ‘법관의 독립’을 내세우며 저항하기 보다는 국민의 목소리에 좀 더 겸허히 귀 기울일 줄 아는 인사가 최고법원의 재판관이 되어야 하는 것이다.

이런 개방적 태도와 관련해, 사법부의 과거사 청산 문제에서도 지속적이고 적극적인 의지를 가진 인사가 필요하다. 요즘, 1958년 사형판결이 내려진 진보당 조봉암 사건을 위시해서 유신시절의 인혁당 사건 등 독재시대에 권력의 시녀로 전락한 사법부가 내린 여러 잘못된 판결들에 대해 재심을 통해 무죄판결이 잇따르고 있다. 수십 년 동안 고통 속에서 살아온 피해자들을 원상회복시키고 사법부의 잘못된 판결들에 대해 과거사 청산의 입장에서 국민들에게 사과하고 이를 바로잡을 필요가 있다. 대법원이 스스로의 잘못에 대해 눈을 감고 사법부 독립이나 인권을 말할 수는 없기 때문이다.

또한 합리적이고 소박한 성향을 가진 사람이 최고법관이 되어야 한다. 즉, 배려와 존중의 정서로 충만한 사람이 대법원이나 헌법재판소에 필요한 것이다. 이런 재판관들에게서는 재산형성에 있어서도 어떤 가시적 흠도 찾을 수 없을 것이다. 끝으로 합리적 식견과 관련해서는, 특히 헌법재판관의 경우 다소간의 헌법 전문성도 요구된다고 할 것이다.

4. 법관 내부의 서열에 따른 인선 관행을 뛰어넘는 신선한 인선

기수와 서열 중심의 ‘서울대, 50대 남성, 판사 출신’의 획일화되고 경직된 인선기준은 반드시 깨져야 한다. 성별로만 봐도, 지금도 대법관과 헌법재판관을 합쳐 22명의 최고법관들 중에서 여성 대법관 1명, 여성 헌법재판관 1명으로 여성 최고법관이 2명에 불과하다. 즉 여성 최고법관이 전체에서 약 9% 밖에 차지하고 못하고 있다. 지금보다도 훨씬 더 많은 여성 대법관들이 대법관으로 들어가야 그야말로 국민 각계각층의 의사와 이익을 대변하는 대법원이 될 수 있는 것이다.

이하에서는 시대의 변화에 맞게 새로이 추가될 수 있는 대법관 및 헌법재판관의 인선기준을 제시해 본다.

5. 행정·입법부 견제 역할을 충실히 수행할 수 있는 권력 통제 의지를 가진 인사

지금은 그 어느 때보다도 검찰권이나 경찰권 등 국가공권력에 의한 국민 기본권 침해로부터 국민을 보호하는데 적극적인 의지와 소신을 가진 인물이 대법관이 되어야 할 필요성이 커졌다. 촛불시위 사건, PD수첩 사건, 미네르바 사건 등에 대한 공권력의 오남용에서 나타나듯이 근자에 이르러 검찰, 경찰 등 국가 공권력에 의한 국민의 기본권 침해가 빈발하는 양상을 보이고 있기 때문이다. 이런 측면에서 봤을 때, 특히 정치권력과 특수한 관계를 맺는 등 정치적 독립성과 공정성에 심각한 의심을 불러일으킬 수 있는 인사는 권력을 견제하고 통제해야 하는 대법관이나 헌법재판관으로는 부적합하다.

오히려 권력에게는 소신과 용기를 가지고 추상같이 대하고, 국민에게는 온화하고 겸손한 인품을 보여주는 대법관과 헌법재판관이 많이 나와야 한다. 이를 위해서는 정치적 지위를 탐하거나 정치적 영향에 흔들리지 않고 바람직한 법조인으로 한 길을 걸어온 인사들이 대거 대법원이나 헌법재판소에 들어가야 한다.

6. 전관예우 수혜 등 법조계의 고질적 병폐로부터 자유로운 인물

종래 국민들에 의한 사법 불신의 근원이 되어왔던 전관예우의 병폐를 최고법원 단계에서부터 근절하기 위해 ‘퇴임 후 변호사 개업을 하지 않겠다’는 대국민 약속을 서약으로 밝힐 수 있는 사람만이 대법관이나 헌법재판관이 될 수 있어야 한다.

국민들이나 시민사회는 오래 전부터 퇴임 대법관이나 헌법재판관이 변호사 개업을 자제하고 최고법관 경험을 통해 쌓은 지식과 경륜을 후학 양성이나 집필 등 보다 공적인 일에 기여하면서 국민들에게 되돌려 주기를 원해 왔다. 퇴임 대법관이 퇴임을 하자마자 변호사 개업을 하고, 대법원 사건을 비롯해 심지어 하급심사건에 까지 소송대리인 명단에 이름을 올리는 것이야말로 국민들에게는 큰 실망감을 안겨주는 모습이다. 또한 이는 무엇보다 국민적 사법불

신의 주범인 ‘전관예우’를 낳는 일임을 명심해야 한다. 조무제, 김영관 등 전 대법관들이 그랬듯, 퇴임 후 ‘아름다운 퇴임대법관’의 모습으로 남기를 국민들은 기대한다.

7. 사법행정 경력보다 재판경력이나 변론경력을 중시하는 인선

판사들 중에서 대법관이나 헌법재판관을 뽑을 때에도, 법원장 등 법원행정 경험이 많은 것이 바람직한 대법관의 덕목이 될 수 없음을 밝혀둔다. 우리나라에서 각급 법원장들은 재판업무를 보지 않고 오로지 법원 행정업무만 본다. 그 기간만큼 재판에서 손을 뗐다는 이야기다. 따라서 이런 법원행정가들보다는 법원 재판실무에 판사로서나 변호사 등으로 계속 종사하던 분들이, 많은 사건들을 재판해야 하는 대법관직이나 헌법재판관직의 수행에는 더 낫다고 믿는다. 특히, 신영철 대법관처럼 법원장으로 재직하면서 행정권 행사의 미명하에 소속 판사들의 사건 재판에 개입해 ‘법관의 독립’을 침해했다는 비난을 받을 수 있는 인사는 절대 대법관 후보로 제청되어서는 안 될 것이다. 이런 인사를 대법관 후보로 제청한다면 ‘민주주의의 퇴행’을 걱정하는 국민들이나 시민사회의 시름은 더더욱 깊어질 수밖에 없다. 만약 법원장급들을 굳이 대법관 후보로 제청하거나 헌법재판관 후보로 지명하려 한다면, 이들이 법원장 재직시 소속 판사들의 재판에 개입하려 한 적이 없는지는 물론이고, 소속 판사들의 ‘법관 독립성’ 확보를 위해 어떠한 노력을 기울였는지 까지도 철저히 검증해야 할 것이다.

VI. 결론

미국에서는 최고법원인 연방대법원의 대법관직을 부를 때 ‘Justice’라는 용어를 사용한다. 즉 대법관 한 명 한 명이 ‘최고법관으로서 정의를 말하는 자’라는 것이다. 우리도 국민 각 계각층의 의사와 이익을 대표하면서 ‘정의’를 말할 수 있는 이들을 대법관과 헌법재판관으로 뽑을 수 있어야 하고 뽑아야 한다. 누가 대법관이나 헌법재판관으로 흠이 없는가가 아니라, 이 시대에 필요한 대법관이나 헌법재판관은 누구여야 하는가를 국민과 시민사회의 관점에서 판단하고, 이를 대법관과 헌법재판관의 임명에 적극 반영해야 할 것이다. ■

대법관 · 헌법재판관 구성기준과 인선절차

강경선 / 한국방송통신대학교 법학과 교수

I. 주권자와 대표자

주권은 통치권을 내포한다. 주권자인 국민은 입법권, 집행권, 사법권을 보유한다. 다만 현행 헌법은 입법권은 국회에, 집행권은 대통령을 수반으로 하는 정부에, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 위임하는 대의제 민주주의를 채택하고 있다. 위임을 받은 국가기관들은 주권자인 국민의 뜻에 부합되도록 최선을 다해야 한다.

헌법의 관점에서 볼 때, 법과 관련한 가장 중요한 국가기관은 입법부인 국회이고, 다음이 정부이고, 법원이 맨 뒤다. 헌법을 제1차적으로 구체화하는 법률의 제정권을 국회가 갖고, 정부는 다시 법률에서 위임된 여러 법령들의 제정권을 보유하는 반면에 법원은 이들 법률과 법령의 ‘입’이 되어 재판이란 형식을 통해 법을 수송하는(transport) 기관에 불과하기 때문이다. 법수송기능은 법원이 가진 최소한도의 기능이다.

그러나 헌법현실은 이와 다르다. 대통령이 국회의 다수당을 지배하는 경우가 많고, 동시에 헌법이 정한 정부의 법률제안권을 행사함으로써 실제로 입법권을 국회보다도 더 많이 행사하는 까닭에 법과 관련한 권한의 크기는 대통령(정부), 국회, 법원의 순서로 된다. 헌법규범과 헌법현실 그 어느 쪽으로 보아도 법원은 법과 관련한 중요도 혹은 그 권한에서 맨 후순위에 있다.

국민의 대표성의 관점에서 보더라도, 선거에 의해 직접 선출되는 국회나 대통령의 구성절차

가 법원에는 부재한다는 점에서 그 취약성이 지적되고 있다.

이렇게 삼권분립국가라 하지만 법원은 타기관에 비해 작은 비중을 차지하고 있다(서구의 역사에서 볼 때도, 법원은 귀족계급편에 서있는 반평민적인 경향이 농후하다는 점이 초기 권력 분립론에서 지적되었다.).

사법부의 이런 왜소한 현실에서 사법부의 원로라 할 수 있는 대법관들이 최근 보여준 행정부 관료로의 외출은 더욱 더 사법부의 지위를 약화시키고 있다. 좋게 보면 행정법치주의의 강화를 위해서 대법관의 일부가 행정부의 부서 수장으로 가는 것이라 의미부여를 할 수 있지만, 법원 스스로도 아직 본연의 자리를 잡지 못하고 있는 형편에서 행정부라는 상하위계질서가 강한 관료사회로 진출하는 것은 이해가 되지 않는 현상이다(법원조직법 제49조는 법관이 재직중 행정부서의 공무원이 되는 일을 금지하고 있다. 이 조문의 취지는 관료제를 특징으로 하는 행정부와 타권력으로부터의 독립성이 필수적인 사법부의 특징을 고려한 결과라 할 수 있다.).

II. 사법부에 대한 헌법적 요청

사법치주의 국가에서 맨 후순위 자리 국가기관인 법원이 빛을 발할 수 있는 길이 하나 있다. 그 길은 대의제민주주의의 한계상황에서 헌법이 법원에 기대하고 있는 길이기도 하다. 그것은 국회나 정부가 정치권력의 오용과 남용으로 인해 잘못된 입법과 집행을 하는 경우가 많기 때문에 그것을 견제하고, 교정하는 길이 법원에 주어져 있다는 것이다. 행정소송을 통한 행정부에 대한 재판권, 위헌위법심사기능을 포함한 사법심사(judicial review)와 선거소송 등의 헌법재판기능이다. 종합적으로 국민주권의 실질화를 위한 실질적 법치주의와 기본권보장 기능이 사법권에 주어진 것이다. 이렇게 법원에게 열려진 대등한 권한과 명예회복의 기회를 살려냄으로써 법원은 타 국가권력과 대등한 지위를 확보하면서 헌법상 권력분립의 원리를 내용적으로 충족시킬 수가 있는 것이다.

입법부와 행정부의 권한에 대한 견제와 교정작업은 철저한 헌법수호정신에서 가능하다(헌법 제103조 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 재판한다.”). 그러면 다시 헌법에 대한 이해가 필요하다. 헌법은 헌법조문에 대한 문법적 논리적 해석부터 출발하지만, 바른 헌법이해는 헌법원리와 헌법가치를 담고 있는 헌법정신을 빼놓고 이루어질 수 없다. 헌법원리와 헌법가치는 대단히 많은 종류(국민주권원리, 자유민주주의원리, 사회국가원리, 법치국가원리, 문화국가원리, 권력분립원리, 과잉금지 원칙, 죄형법정주의, 무죄추정의 원칙, 이중기

준의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 명백하고 현존하는 위협의 원칙 등등)의 원칙과 기준들로 표현되어 있다. 이들은 사안에 따라 헌법해석과 적용의 지침이 되고 있다. 이들을 어떻게 배합하고 이해하느냐에 따라 사건에 대한 다양한 해석의 출현이 불가피하다. 어쨌든 다양한 해석의 가능성은 다양한 의견을 가진 국민들의 수만큼 있을 수 있다. 이런 다양한 해석의 가능성 위에서 법률적 판단이 이루어지고, 이를 통해 국회와 정부에 대한 확고한 법률적 우위를 확보할 수 있게 되는 것이다. 그리고 비로소 법원은 국민의 대표성이 확보되고, 국회나 정부에 견주어 손색없는 당당한 권력기관이 될 수 있는 것이다.

요점은 법원 특히 최종심인 대법원의 다양한 법해석에 있다고 본다. 다양한 법해석은 법률의 체계내적 해석에 머무는 것이 아니고, 법률체계를 넘어 조리, 원리, 자연적 정의와 같은 해당법 분야의 자연법들을 포함하는 헌법체계 내에서의 해석으로 나아갈 수 있어야 한다. 그렇게 해서 이루어지는 14명의 대법원전원합의체는 국민의 다양한 법해석이 압축된 민주적 광장으로서의 법정이 되어야 한다. 다시 말해 14명은 다양한 국민의 여론(헌법적 견해로서의 public opinion을 말함)을 반영하는 국민대표적 법률전문가가 되어야 한다는 것이다. 그래서 다수의견과 소수의견이 제각기 의미가 있게 되는 것이다.

Ⅲ. 대법관의 구성방안

문제는 이런 국민의 대표성을 확보하는 대법관의 구성방안을 어떻게 찾느냐에 있다.

첫째로, 사법부의 관료성을 최대한 억제하는 쪽에서 이루어져야 한다. 현재 대법관은 법원 내에서 법관들의 최종승진단계로 받아들여지고 있다. 법관의 재판에서의 인적, 물적 독립을 위해서 최대한 많은 법적 보장이 되어 있다. 하지만, 이미 많은 사람들이 지적한 바와 같이 법관은 특히 고등법원부장판사로의 승진과 더불어 대법관 선발 시 법원장과 법원행정처 출신자 우대 등의 현실이 보여주는 바와 같이 승진제도가 엄연히 존재하고 있다. 그 결과 법관들 사이에 상하관계, 서열주의라는 관료주의가 팽배하게 되었고, 이것은 법관의 헌법이 보장한 소신 있는 재판을 현저히 왜곡시키고 있다. 동시에 승진대열에서 탈락한 법관의 경우 법관직을 포기하는 경향마저 존재한다는 것이다. 따라서 향후 사법개혁의 방향은 일차적으로 잘못된 제도를 혁파해야 할 것이다. 다만, 사법개혁이 이루어지지 않은 현 상황에서라도 대법관의 선발기준에서 사법부의 행정엘리트를 최소한 인원으로 제한함으로써 후배 법관들의 사기를 북돋아주는 귀감을 보여주어야 할 것으로 보인다.

둘째, 사법행정엘리트 우선이라는 기준 대신에 들어서야 할 기준은 ‘다양성’이다. 하지만 다양성이란 것도 ‘헌법해석의 다양성’이란 기준이 되어야 한다. 이것은 위에서 말한 바와 같이 국민들 사이에 다수자와 소수자의 스펙트럼으로 존재하는 헌법의 다양한 세계관을 최대한 반영할 수 있는 다양성을 뜻하는 것이지, 단순히 법직역(법관, 검찰, 변호사, 행정, 기업, 시민단체, 조세, 노동, 군사, 특허분야 등)이나 출신지역, 출신학교의 다양성만을 의미해서는 안 될 것이다. 물론 전문직역에 대한 고려는 사회정의의 관점에서 어느 정도 필요하다고 본다. 특히 여성에 대한 일정 수의 배려는 필수적이다. 페미니스트적 법관점이 남성에게는 지나치게 결여되고 있기 때문이다. 하지만, 전문직역과 출신영역에 대한 배려에 급급하다 보면 각 분야에서의 엘리트주의가 반영되어 또다시 헌법해석의 다양성이란 기준이 훼손될 수 있음을 유의해야 할 것이라고 본다. 헌법해석의 다양성을 확보하기 위해서는 때로는 연공서열보다도 젊은 대법관의 기용도 시도할 필요가 있을 것이다.

셋째, 헌법 해석의 다양성 기준을 위해서는 대법관의 연임도 고려해 볼 수 있을 것이다. 현재 헌법과 법원조직법에 따르면 대법관의 임기는 6년이고 연임이 가능하다. 현실에서는 연임 없이 단임으로 하는 것이 관행처럼 되어 있다. 그러나 단임주의의 원인을 보면 그것이 오로지 인사순환을 빠르게 하는 데 있고, 이 원인은 결국 대법관 자리가 승진자리로 인식되고 있다는 데에 있다는 것을 알게 된다. 그래서 때로는 정말 헌법해석의 다양성기준에서 꼭 필요한 인물의 경우에는 연임이라는 카드도 복원하는 것이 필요하지 않을까 한다.

넷째, 헌법 해석의 다양성 기준을 제약하는 한 이유는 법조의 경험을 지나치게 요구하는 점에도 있다. 현재의 대법원의 판결을 볼 때, 대단히 많은 사안을 맡아 신속히 결정을 해야 한다는 것 때문에 우리나라의 법조경험이 없는 사람 예컨대 외국에서 활동한 변호사나 법과대학의 교수의 경우에는 법원이 요구하는 판결형식에 부응하지 못한다는 불신이 있을 수 있다. 그렇기 때문에 상당한 수의 능력 있는 법률가들이 대법관에서 배제될 수 있다.

이를 해결하기 위해서는 대법원의 기능과 대법관의 역할에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 대법원은 상고심이다. 그리고 법률심이라고 한다. 그런데 말 그대로 법률심이라지만, 하급심과의 차이가 과연 무엇일까? 하급심에서의 판결과 무엇이 다를까? 법조의 경험 많은 법관들이 3인이 모여서, 때로는 14인이 모여서 무엇을 하는 것일까? 생각해보면 하급심의 법관들은 정말 역량 있는 성실성 넘치는 법관들이다. 이들이 심리한 것을 여러 사람이 다시 모여 사실관계나 법률적용에서 누락이나 오류의 것들을 검사하는 것이라면 그것은 무익한 일이다. 그저 하나의 심급을 더 올려놓은 것에 불과하다. 이런 일이라면 3인 1조의 재판부를 많이 설치해놓으면 될 뿐, 14인까지 있을 필요가 없다고 본다. 그리고 단순히 3심 법원이라고 부르면

되지 거창하게 대법원, 대법관이라는 이름도 마땅치 않다.

헌법이 정한 대법원, 대법관이 되기 위해서는 새로운 판결문을 작성해야 한다. 본래 사법부는 분쟁당사자의 분쟁을 해결해서 중국적으로 평화를 주는 것을 목표로 한다. 대법관이 하급심에서 법률해석을 통해서 내린 판결이 아직도 당사자 간의 평화를 획득하지 않았기 때문에 상고한 것이라면, 대법원에서는 어쨌든 — 무슨 수를 다해서도 — 당사자 간의 진정한 승복을 얻어내는 법 논리를 개발해서 그들에게 평화를 안겨 주도록 해야 한다. 이를 위해서는 하급심 판결과 다른 관점에서 --헌법과 자연적 정의, 조리와 같은 기준들-- 접근해서 사안을 바라볼 수 있어야 한다.

모든 사안은 ‘다르다’ (different)는 진리를 토대로 대법원은 사안을 처음부터 진지하게(seriously) 색다른 관점에서 접근함으로써 종전과 ‘다른’(distinguished) 법추론(legal reasoning)을 전개해나가야 하는 것이다. 그렇게 될 때 대법원은 다양한 논지들 위에 다만 결론만 다수와 소수로 나누어지는 그런 모습이 연출되는 이상적인 포럼으로서의 법정이 될 것이다. 이렇게 된다면 결론과 상관없이 당사자는 물론 국민적 신망을 받게 될 것임에 틀림없다.

약간 과장해서 말한다면, 앞으로 대법관은 법전을 덮고 재판에 임하는 모습이 바람직하다고 본다. 그동안의 풍부한 경륜이 있기 때문에 법전에 대한 지식은 이미 체득된 상태일 것이고, 다만, 사건에 대한 해결방향을 고민하는 그런 자세가 필요하다. 그 결과 나타나는 판결문의 형식은 훨씬 평이하고 수필에 가까운 그런 문체로 변해 나갈 것이라고 본다. 판결문에서 필요한 실정법의 조문에 대한 인용과 보완은 이에 능수능란한 재판연구관들이 처리하면 될 것이라고 본다.

이를 위해서 대법원에 올라가는 판결 수는 대폭 축소되어야 한다. 그 방법은 상고제한이라고, 별도의 고등법원을 둔다든가 하는 고려 등을 하면 되리라 본다.

IV. 헌법재판소와 헌법재판관

헌법재판소와 재판관의 구성에 대한 요청은 대체로 대법관에 대해 거는 기대와 같다. 다만, 헌법재판소의 위상이 다시 검토될 필요가 있다. 우리 헌법은 제5장이 법원이고, 제6장이 헌법재판소다. 그런데 제5장의 제101조 제1항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”고 규정하고 있는데 반해, 헌법재판소는 제6장에 별도로 편성되어 있다. 그래서 일단 헌법재

판소는 사법권을 행사하는 기관이 아니다. 그럼에도 불구하고, 제6장 제111조 제2항은 “헌법재판소는 법관의 자격을 가진 ‘법관의 자격을 가진’ 9인의 재판관으로 구성한다.” 고 되어 있다. 사법권도 아닌 기관이 왜 ‘법관의 자격을 가진’ 으로 했는가? 굳이 이를 고집하려 한다면, 헌법재판소는 제5장 법원편으로 흡수하여, 법원의 하나로 자리매김해야 할 것이다. 그렇지 않다면, 헌법재판소의 재판관의 자격은 법관의 자격을 가진 자로 제한해서는 안 된다. 물론 법관의 자격을 가진 자도 포함되어야 하지만, 그렇지 않은 헌법에 대한 소양을 가진 많은 사람들이 재판관으로 활약할 수 있는 길을 열어두는 것이 논리적으로 옳다. 현재는 헌법으로 규정되어 있기 때문에 그렇게 할 수는 없다. 향후 개정사항이 되어야 한다.

나머지 헌법재판소의 재판관 구성 기준도 헌법 해석의 다양성이라는 기준이 적용되어야 하고, 또한 헌법재판의 결정방식도 위에서 말한 대법관의 판결방식의 전환과 마찬가지로 설명이 적용될 수 있다고 본다. ■

왜 공정한 여성 대법관 · 헌법재판관의 임용이 요청되는가

양현아 / 서울대학교 법학전문대학원 교수 · 국가인권위원회 위원

I. 법조인의 역할과 성격³⁾

1. 판사의 역할

- 판사의 역할은 단지 분쟁 해결에 그치지 않는다. 그것은 인권과 소수자 지지라는 헌법적 가치와 정의를 실현하는 직역이다. 노무현, 이명박 정부 이후 ‘정치적 쟁점의 사법화’ 현상에서 정치적, 정책적 현안들이 법원에서 최종 판단되는 경우가 증가하고 있다 (대통령 탄핵사건, 행정수도이전 결정, 방송법 위헌심의 등, 새만금 판결, 삼성 에버랜드 사건 등).
- 나아가 하나의 판결이나 결정으로 사회질서나 사회가치를 확인하고 변경하고, 역사인식을 되돌아보는 역할을 하는 경우도 다수 있다. 헌재의 호주제 위헌제정, 대법원의 여중중원 확인 소송, 이외 다수의 ‘과거청산’ 관련 소송 등).

2. 판사라는 전문직역의 성격

- 법지식의 전문성, 인간적 성실성, 윤리적 통합성 등이 요청됨. 이는 사법시험체제에서 살

3) 오늘의 세미나의 주제에 초점을 맞추어 본 토론문은 법조인 중 판사 직역에만 초점을 두고 있음을 밝힌다. 검사나 변호사에 관한 논의는 별도의 기회에 심도있게 이루어 져야 할 것이다.

인적 경쟁률을 뚫고 법조인이 된 한국의 모든 법조인들이 상당 정도 충족할 수 있는 조건으로 사료됨. 특히 사법시험과 사법연수원에서 좋은 성적을 거두었을 확률이 높은 판사들에게 위의 덕목은 상당히 충족되었을 것임.

- 오늘날 한국의 사법체계의 역할에서 볼 때 그것은 ‘공복’ (public servant)로서의 의미가 크다. 앞서 본대로 법원은 정치적, 정책적, 사회적, 역사적 의의를 가진 사안들을 판단함으로써, 그 효과는 단지 분쟁 해소 당사자들에 국한하지 않고 모든 국민에게 두루 퍼지며 사회질서와 인식을 구축하는데 결정적인 역할을 함.
- 이 점이 판사 임용과 특히 고위 법관 임용에 있어서 단지 법적 지식의 전문성만이 아닌 이런 공공적 성격이 고려되어야 하는 이유이다. 즉 고위 법관 임용에서 개인의 탁월성뿐 아니라 공공성, 민주성, 국민에 대한 대표성(representativeness) 등이 고려되어야 한다.
- 물론 사법부가 국민의 대의기관이 아니기에 국민의 요구를 대변한다는 표현이 다소 어색하지만, 그렇다고 사법기관이 국민들의 사적 이익을 대변하는 법률 지식인들의 집단이라고 할 수도 없음. 이러한 공공성은 개인의 우수성(merit)과 더불어 한국의 법학교육, 법조인 양상과 법조인 임용에 걸쳐 반드시 고려되어야 할 사항이다. 그간 개인의 우수성만이 법률가와 법관 임용의 거의 유일한 잣대로 기준이 되어 왔기에 국민들이 기대하고 사회의 발전을 촉진하는 법원으로서의 역할을 하기에 일정한 괴리가 있었다고 할 수 있다. 이상의 점에서 고위법관 임용에 대해 기준에 대한 시민들의 요청은 정당하며, 그 기준은 수월성과 더불어 공공성이라고 생각한다.

II. 여성 대법관 · 헌법재판관^(이하 고위 법관) 임용은 여성에 대한 적극적 조치인가

고위 법관 지위의 공공적 성격에 비추어 볼 때, 다수의 여성 고위 법관의 임용은 ‘적극적 조치’가 아니라고 본다. 그 이유는 다음과 같다.

- 1) 먼저, 여성 고위 법관의 임용은 여성 법조인의 비율을 반영하는 것이다. 아래 <표 1>은 사법시험 합격자 성비율, <표 2>는 법학전문대학원 신입생의 여성 비율을 보여준다. 여성

에 대한 ‘공정한 경쟁’ 이 이루어진 최근의 사법시험 및 법학전문대학원의 입학에서 여성의 비율이 대체로 40%대에 동일하게 있다는 점이 주목된다.

<표 1> 사법시험 합격자 성비 연도별 추이 (1996 ~ 2010)

시행 연도	사법 시험	최종 합격자	여성 합격자	여성 합격자 비율(%)	시행 연도	사법 시험	최종 합격자	여성 합격자	여성 합격자 비율(%)
1996	38	502	36	7.17	2004	46	1,009	246	24.38
1997	39	604	49	8.11	2005	47	1,001	323	32.27
1998	40	700	93	13.29	2006	48	994	375	37.73
1999	41	709	122	17.20	2007	49	1,005	354	35.22
2000	42	801	151	18.85	2008	50	1,005	382	38.01
2001	43	991	173	17.46	2009	51	997	355	35.61
2002	44	998	239	23.95	2010	52	814	338	41.52
2003	45	906	190	20.97					

<표 2> 법학전문대학원 입학생 성비 추이 (2009 ~ 2011)

학년도	전체 합격자	여성 합격자	여성 합격자 비율(%)	비고
2009	1,878	738	39.30	1개 대학 제외
2010	2,000	893	44.65	
2011	2,092	855	40.87	

한편, 사법 연수원에서 연수생들의 취업 현황을 보면 여성 연수생들의 판사, 검사 임용비율을 평균을 훨씬 웃도는 현상을 발견할 수 있다.

<표 3> 사법연수원 제40기의 취업 현황의 성비⁴⁾

구 분		인 원	여 성	비율 (%)
전체수료인원		970	388	40.00
군입대 인원		-189		
취업대상인원		781	388	49.68
판 사		81	53	65.43
검 사		90	59	65.56
변호사	로 펴	244	110	45.08
	개안합동 고용	87	25	28.74
	단독공동 개업	42	10	23.81
	국선전담변호인	9	8	88.89
공공기관		45	18	40.00
기 업		66	36	54.55
사회단체				
기 타				
취 업	취업인원	664	319	48.04
	취업률			
미취업	미취업 인원	117	69	58.97
	미취업률			

<표 3>에서 판사 및 검사 임용에서 여성 비율이 60%를 웃도는 것은, 판사와 검사 임용을 성별과 무관하게 시험과 성적을 기준으로 한다면 여성 비율이 어떻게 될 수 있는지를 보여주는 명확한 사례이다.⁵⁾

4) 2011년 2월 사법연수원을 수료한 후 4월 30일까지의 취업 현황을 정리한 사법연수원 내부자료(김두식, “법학전문대학원 3년의 시점에서 바라본 여성 법조인의 어제, 오늘, 그리고 내일”, 한국젠더법학회 2011년 춘계학술대회 발표문, 미간행).

5) 하지만, <표 3> 통계의 경우, 남성으로 구성된 ‘군법무관’ 비율이 숨어 있어서 여성 판사의 비율이 완전히 정확하지는 않다. 군법무관을 고려할 때, 해당 연도 여성 판사의 임용 비율이 40%대로 감소한다(김태선, 한국젠더법학회 2011년 춘계학술대회 토론문 참고).

<표 4> 판사 검사에서의 성비 (1999-2000)

연도	판사	여성 판사	여성판사 비율 (%)	검사	여성 검사	여성검사 비율 (%)
1999	1,344	85	6.3	1,112	17	1.5
2000	1,409	96	6.8	1,139	21	1.8
2001	1,489	98	6.6	1,191	29	2.4
2002	1,607	114	7.1	1,269	49	3.9
2003	1,729	136	7.9	1,351	67	5.0
2004	1,856	169	9.1	1,412	87	6.2
2005	1,934	219	11.3	1,465	103	7.0
2006	2,036	272	13.4	1,495	138	9.2
2007	2,295	429	18.7	1,550	180	11.6
2008	2,364	497	21.0	1,618	220	13.6
2009	2,454	559	22.8	1,670	260	15.6
2010*	2,538	621	24.5			

<표 4>는 판사와 검사 직역에 있어 최근의 여성 비율을 보여준다. 1954년 한국 최초로 판사로 임용되어 비극적으로 생을 마감한 황윤석 판사 이후 17년 간 아예 여성 합격자가 없었던 1950년대 1960년대를 생각할 때, 현재의 상태는 가히 상전벽해(桑田碧海)라 할 수 있을 것이다.

이러한 현재의 사정에 비추어 볼 때, 대법관의 인선은 예전처럼, 특정 법대의, 남성의, 기수별 위계서열에 따르는 방식 자체가 시대착오적인 것이라 할 수 있다. 앞에서 본 것처럼 사법시험 합격자, 로스쿨 입학생의 여성 비율, 최근 여성 판사 임용율을 반영하고, 현재 전체 판사에서의 여성 비율을 고려할 때, 여성 대법관의 숫자는 25%에서 30% 사이가 되어야 할 것으로 본다. 여성 법조인 비율의 고위 법관への 공정한 반영은, 미래의 법조 여성인력들이 검사나 판사 직역으로의 임용 뿐 아니라 변호사로서의 채용에도 긍정적인 효과를 가질 것이다.

이 때 제기될 수 있는 반론은, 대법관이나 현재 재판관이 될 만한 경력 여성판사가 별로 존재하지 않는다는 지적일 것이다. 2011년 현재 전체법관은 2,617명 중 여성법관은 670명이며, 여성법관은 대법관 1명, 고등법원 부장판사 3명, 지방법원 부장판사 45명, 고법판사 2명, 판사 619명으로 구성되어 있다(이수영, 2011). 남성과 비교할 때, 여성 경력 법관이 적은 것이 객관적인 사실일지라도 여성 법관의 임용을 원칙과 당위적 차원에서 생각한다면, 연령이나 기수 등을 넘어서 여성을 고위 법관으로 임용해야 할 것이다.

- 2) 여성 고위 법관의 다수 임용은 국민의 인구 비례를 반영하는 차원에서도 정당성을 가진다. 앞서 지적했듯이 사법부가 국민의 대의 기관은 아니지만, 사법부가 가진 공공성을 감안한다면, 인구의 절반인 여성이 전체 법관과 고위법관의 50%가 되는 것이 자연스럽다. 법원은 남성과 여성 국민 모두의 것이기 때문이다. 법원의 성별 구성과 판단의 구성에 있어서도 국민의 성별 구성을 반영하는 것이 바람직하다.⁶⁾
- 3) 여성 법관 내지 여성 법률가들에게서 나타나는 평등의식, 타자의 고려, 맥락적 사고 등이 우리 법원에 더 많이 요청된다.⁷⁾ 아직도 우리 법원에서 차별 사건(주로 노동 분야)에 치열한 판단과 논리 투쟁(간접 차별, 진정직업자격, 비교 가치 등)이 이루어졌다고 보기 어렵고, 강간 등 판단에 있어서의 여성의 ‘저항’ 요건 등의 순결 이데올로기가 사라지지 않았으며, 가족 사안에 있어서도 해결해야 할 큰 과제들(부계성본 문제, 남성들의 사실상 중혼관계, 사실혼의 증가 및 새로운 ‘가족’ 등)이 산적하다. 이러한 쟁점들을 염두에 둘 때, 평등의식과 젠더감각을 갖춘 여성 법관의 존재는 우리 사회의 여성의 지위와 복지, 나아가 사회변화에 견인차가 될 것임을 두 말할 나위가 없다.
- 4) 여러 사회과학 연구들은 소수자들이 조직에서 섬처럼 고립되게 남지 않고 조직 내의 정상적 성원권을 가지려면, 그리하여 진정으로 조직 다양성을 구현하려면, 최소 30% 정도의 비율로 참여해야 한다고 한다. 이 원리를 적용한다면, 대법원에 여성 법관은 4인 정도, 헌법재판소에서 여성 재판관은 3인 정도가 적정하다. 이러할 때 이들은 더 이상 ‘여성인 대법관’ 내지 ‘여성인 헌법재판관’이 아닌 능력 있는 한 법관으로서 인식될 것이다. 관련하여 사회적으로 체계적 차별을 받아 온 여성에 대한 적극적 조치에 대한 인식을 가지는 것은 나쁘지 않겠으나, 여성 법관 임용을 지나치게 ‘여성 몫’이라는 할당제적 개념을 법관이나 전문인에 대하여 낙인 효과를 가지며, 중차대한 사안인 고위 법관 임용을 도구적으로 (여성 몫, 혹은 비특정학교 몫 등의 방식으로) 개념 지우는 부정적 효과가 있음을 지적한다. 앞서 지적한대로, 다수의 여성 고위 법관 임용은 여성 몫을 요청해서 얻어내야 할 사안이 아니라, 사법적 요구를 가진 국민들에 대한 대표성, 현재 법조 인력의 성비 반영, 그리고 조직 내 민주화와 다양성이라는 공공성의 요청인 것이다.

6) 프랑스의 빠리페는, 각 정당에서 지방의회의 여성후보자로 50% 이상을 추천하도록 하는 헌법상의 제도이다. 그런데, 프랑스에서 이 제도는 여성에 대한 적극적 조치가 아니라 인구 비례를 반영한 제도로서 입안하였다. 해외 사례를 더 취합해 보아야 하겠지만, 법률가, 특히 판사 직역이 여성이 다수인 사회들이 동구 유럽 등에서 발견된다.

7) 김영란 대법관 퇴임시 작성된 여러 보고서에 따르면, 최초 여성대법관으로서 김 전대법관은 여성, 노동, 인권 등 다양한 사건에서 이러한 역할을 충실히 해 온 것으로 평가된다 (임지봉, "김영란 대법관의 주요판결에 대한 평가와 이 시대 우리가 바라는 대법관." 2010.7.15 발표 등).

III. 사법개혁의 맥락

- 2000년대부터 현재까지 한국사회에는 사법개혁이라는 대수술이 진행 중이다. 그것은 국민 참여재판, 사법시험의 점진적 폐지와 로스쿨 제도의 도입, 법조 일원화 등으로 요약할 수 있겠다. 이러한 개혁의 내용은 한결같이 법원(검찰 등)이 법조인의 아성(牙城)을 넘어서서 사회적 요청을 경청하고, 국민과 역사와 소통하는 법원(법조인 커뮤니티)으로의 방향을 지시하고 있다고 본다.
- 이러한 맥락에서도 적정한 수의 여성 고위 법관의 임용은 사법개혁의 맥락과도 부합한다. 다만, ‘법조 일원화’에 대해서는 젠더적 측면에서 우려되는 바가 있다. 그것은 지난 수년간 법조 일원화를 통해 임용된 판사 수지에서 여성 판사들의 임용율이 남성에 비해 현저히 떨어지기 때문이다. 여기에는 여성들의 낮은 지원율과 함께 낮은 임용율이라는 이유가 있다고 한다.⁸⁾ 무엇보다 여성 법조인(변호사)로서 ‘명망 있는 법률가’가 되기 어려운 개관적 사회현실이 있다고 할 때, 앞으로 로클릭이나 법조 일원화를 통해 여성 판사 혹은 검사의 임용이 활발히 이루어질지 대단히 우려된다. 이러한 우려를 불식하기 위해서라도 고위 법관에서 여성의 공정한 임용이 기대된다.

8) 이수영 교수(사법연수원)는, 2006년부터 사법부는 5년 이상의 경력법조인 중에서도 법관을 신규임용하고 있는데, 2006년 17명(3명), 2007년 17명(1명), 2008년 21명(2명), 2009년 지원자 75명 중 27명(3명), 2010년 지원자 83명 중 18명(3명), 2011년 18명(2명)이 판사로 임용되었다(괄호 안은 여성)고 보고한다.

“(중략)...그런데 이상한 것은 법조일원화로 선발된 판사 중 여성의 숫자는 매년 평균 2.3명에 불과하다는 점이다. 2006년과 2009년, 2010년 각각 3명이 최대였고, 2008년과 2011년은 2명에 그쳤다. 2007년에는 1명에 불과했다. 법조일원화로 얼마를 충원하든 여성합격자 수는 1~3명 사이였다.

‘여성법조인 지원자수가 적기 때문’이란 것이 법원의 설명이지만, 그대로 받아들이기에는 개운치 않은 구석이 있다. 2006~2009년까지 여성법조인 지원자 수는 매년 3~5명. 이 기간 여성법조인의 지원자 대비 평균합격률이 60%에 달했던 것은 사실이다. 하지만, 같은 기간 남성법조인의 지원자 대비 합격률도 58.3%, 39%(같은해 여성법조인 합격률은 33.3%, 59.3%, 45.3% 등 높은 수준이었다. 특히 2010년을 보면 62명이 지원해 25명이 합격, 40.3%가 합격한 남성법조인과 달리 여성법조인은 14명이 지원, 단 3명만이 합격해 21.4%의 낮은 합격률을 나타냈다. 이 때문에 “법원이 최종선발예정인원을 남녀별 ‘쿼터’ 형식으로 정해놓고 각 성별끼리 제한 경쟁시키는 것 아니냐”, “여성판사 증가로 고민하던 법원이 조직내 평판도와 같은 검증되지 않는 잣대를 들이대 여성법조인들을 의도적으로 배제하는 것 아니냐”는 말도 나돌았다.(후략)”, 김재홍 기자, [취재수첩] 유리 천장, 2010.12.16.자 법률신문 (이상 이수영, 한국젠더법학회, 2011 춘계학술대회 토론문)

IV. 제안

이상에 기초하여 다음의 방안을 제안한다.

1. 대법원과 현재 재판관 추천을 위한 위원회에 여성위원을 30% 이상 두어야 한다. 그리하여 대법원에 여성 대법관을 4인 정도, 헌법재판소에 여성 재판관을 3인 정도 두어야 한다.
2. 고위법관 임용의 선발 기준은 개인의 우수성 뿐 아니라 공공성 — 인권의식, 양성평등의식, 역사 사회의식, 관련 활동 여부 등 — 이 고려되어야 한다.
3. 조직내 다양성을 위해서 인구 비율, 여성 법조인 비율, 내지 조직 내 민주화를 고려하여 여성 법관이 30% 내지 50%를 구성해야 한다. 여성과 함께 연령이나 기수, 출신 학교 등에서 다양한 구성이 요청된다.

정의를 수호해야 할 최고법원인 대법원과 헌법재판소의 법관 임용에서부터 정의로움이 구현되어야 할 것이다. ■

사법권력, 인권 그리고 대법관 · 헌법재판관의 구성

이창수 / 새사회연대 대표

I. 서론 : 쟁점과 문제제기

우리는 지금 대법관 및 헌법재판관(이하 ‘대법관 등’)이라는 고위직 사법 공무원의 인선 문제를 얘기한다. 대법관 등은 사법권력을 행사하는 핵심적인 요소이기 때문에 여기에는 몇 가지 쟁점이 있다고 생각한다. 이를 헌법 · 제도적인 측면과, 헌법외 · 제도외적인 측면 즉 헌법 · 제도의 사회적인 측면으로 나누어 볼 수 있다.

우선 헌법 · 제도적인 측면은 다음과 같은 관점으로 정리할 수 있다.

첫째, 대법관 등의 인격 즉 그 직을 수행할 자질과 국가기관을 어떻게 통제할 것인가의 문제 (인사 대상자의 자격 조건 vs 고위 사법직의 충원 구조와 그 통제)

둘째, 누가 대법관 등이 되느냐의 문제와 누가 대법관 등을 선출하느냐의 문제(객관적인 대상자 vs 구성(또는 충원) 과정과 절차)

셋째, 삼권분립 하에서 대법관 등의 역할과 사법 내에서 대법관의 역할이 무엇인가의 문제 (대법관 등의 소속 기관외적인 임무 vs 대법관 등의 소속 기관 내부적인 임무)

또한 헌법 · 제도의 사회적인 측면에서 보면 다음과 같다.

첫째, 대법관 등이 재판을 사회 현안이나 현상에 대해 어떻게 인식하는가의 문제(소극적인 배제관 vs 적극적인 포섭관)

둘째, 사회적 약자에 대한 인식과 실천을 어떻게 했고 하고 있는가의 문제(사실지향 vs 인권 지향)

이 문제들은 대법관 등을 어떤 시각에서 보느냐에 따라 평가의 기준이 달라 질 수 있다.

대법관 등의 인선문제와 관련해 그간에는 주로 헌법·제도적인 측면에 논의가 집중되어 왔다. 따라서 우리 헌법의 삼권분립 또는 견제와 균형의 원리에 따라 그 정당성과 인선절차의 정당화에 집중되어 왔다. 하지만 이런 접근은 삼권을 구성하고 있는 입법·행정·사법 간의 세력 균형이라는 정치공학적인 입장을 반영하는 대신 국민을 위한 사법권력의 행사와 국민에 의한 사법권력의 구성이라는 측면을 반영하는 데는 한계가 있었다.

우리 사회의 민주주의는 발전하고 있다. 이 발전은 첫째, 권력의 단순한 분립을 통해 국가권력의 남용을 억제하거나 통제하는 소극적·절차적 발전과 둘째, 누가 어떻게 더 국민의 인권과 삶의 질을 높이는가의 적극적·실질적 발전으로 나누어 생각할 수 있다. 전자에서 절차적 민주성의 확보는 적정절차 등의 원칙과 함께 위에서 말한 헌법·제도적인 측면과 관련이 깊으며, 후자는 헌법·제도의 사회적 측면을 반영한다.

지금까지 우리 사회의 민주주의 발전은 절차적·형식적인 민주 제도의 수립과 그 운영 분야에 집중해서 제기되어 왔다. 시민단체들은 대법관 등의 자질론을 제기해 왔다. 그런데 이 자질론은 결국 위에서 헌법·제도 밖의 사회적 맥락을 제기한 것으로 볼 수 있다. 그 주된 근거는 ‘과거를 보고 미래를 추상’ 하는 방식인데, 그 대상자의 과거 ‘판결’을 살펴본 것이다. 이는 ‘판사는 판결로 말한다’는 말의 연장선상에 있다.

이와 같은 과거 판결 평가 방식은 결국 사건에 대한 법적·제도적·학문적 평석이라기보다는 우리 시대의 민주화를 법제도상에서 어떻게 착목하여 사법의 민주화를 이룩하느냐와 더 관련이 깊다. 결국 시민단체의 대법관 등의 구성에 관련된 기준은 사회적인 맥락이 된다.

그렇다면 사회적 맥락 즉 헌법제도 밖의 맥락은 어떻게 사법 특히 고위직 사법 관료의 구성에 관련되는가? 이 문제를 다루기 위해서는 위에서 살펴본 대법관 등의 구성 기준들을 몇 가지 형식적 이념형에서 해체하여 기능을 중심으로 바꾸어 봐야 한다. 이를 정리하면 다음과

같다.

첫째, 구성 절차 측면에서 국민과 대법관 등의 관계와 민주주의의 관계이다.

둘째, 구성 권한 측면에서 국민은 과연 어떤 지위에 있으며, 현행 헌법체제와 실정법 상의 임명절차에서 국민은 어떤 지위에 있는가의 문제이다.

셋째, 사회변화 즉 사회민주화의 연장선상에서 우리 사회가 수용하고 있는 주된 정의와 인간의 가치는 무엇인가의 문제이다.

II. 사법권력과 민주주의

대법관 등의 구성절차는 국가권력인 사법권력을 어떻게 통제할 것인가에 대한 소극적인 행위로 주로 견제와 균형의 원리와 삼권분립의 원리와 연관이 있다. 삼권분립을 기계적이고 형식적으로 입법·행정·사법으로 분립하여 견제와 균형을 논의한다는 것 자체가 잘못된 것이다. 현대적 의미의 삼권분립은 국가 기능의 분리로, 입법·행정·사법이 서로 견제하여 균형을 맞추는 전통적인 방식에 더하여 국가기관의 기능인 국민의 기본적인 인권과 자유를 보장하고 확대하기 위한 민주적이고 효율적인 기능 분리로 봐야 한다. 따라서 입법부는 인권과 자유에 관련된 입법적 자기 통제 장치를 마련하고, 또 행정부도 그 집행에 있어서 입법의 취지를 살려 구체적인 인권과 자유를 보장하는 데서 존립의 의미를 지닌다. 마찬가지로 사법부도 법 집행에 대한 평가를 하는데 있어서 입법 취지와 정신에 맞는 실증적이고 분석적인 법 이론을 적용하거나 법해석을 하기 보다는, 국민의 인권과 자유를 더 확대하고 보장하기 위한 적극적인 기능으로 변화할 필요가 있다.

다시 말해 삼권분립의 현대적인 의미는 국민의 인권과 자유를 보장하기 위한 국가기관의 보장이라는 차원에서 전통적인 권력 남용에 대한 견제 방식으로써 권력기관의 정립뿐만 아니라 어떻게 국민의 인권과 자유를 더 효과적으로 보호, 보장, 증진시키는가 라는 기능적인 경쟁 관계라는 양 측면을 봐야 한다.

이런 맥락에서 본질적으로 사법권력의 핵심인 대법관 등은 입법과 행정에 대한 견제를 통해서 자신의 역할을 할 뿐만 아니라, 입법과 행정을 담당하는 국가기관과의 인권 등을 보장하기 위한 사법서비스를 실현하는 사법적 효율성(효과성과 능률성 : 국민의 인권보장이라는 기

관의 존립목표에 대한 달성도와 자원 투입에 대한 서비스 산출을 극대화시킬 운영 능력)에 착목해야 한다.

사법권력의 핵심인 대법관 등의 구성에서 효율성이라는 이념은 이에 내포된 효과성과 능률성으로 구성요소를 분해해서 볼 필요가 있다. 효과성은 대법관 등 후보자를 평가하는 공공적인 지표로써 사법 서비스를 국민 인권과 자유의 보장과 확대로 보는 지의 문제이다. 이는 현대적 의미에서 국가 기관의 기능 경쟁의 원리와 부합된다. 또 능률성은 대법관 등 후보자를 평가하는 국가자원 이용 역량의 지표로 제시될 수 있다. 이는 부정부패와 관련이 없으면서도 입법 및 행정 과정의 권력 남용을 통제할 수 있는 견제 기능으로써 전통적인 삼권분립의 요소이다. 국민의 인권과 자유를 보장·확대하는 국가 기능을 수행하는 주요 기관인 대법관 등에게 요구되는 지표는 사법서비스를 효과적으로 수행할 수 있는 인권감수성과 사회적 약자에 대한 이해가 필수적이다. 또 다른 기관의 권력 남용을 견제하는 전통적인 측면에서는 다른 기관을 견제한다는 측면과 다른 기관으로부터 견제받는다는 측면이 함께 존재한다. 후자 즉 능률적인 사법서비스를 운영할 수 있는 기준은 반부패 의식이며, 준법의식이다. 전자를 적극적인 요소로 후자를 소극적인 요소로 볼 수 있다.

결론적으로 사법권력의 고위 담당자는 적극적으로 국민의 인권을 보장할 자질을 갖추어야 하며 소극적으로 준법과 반부패 의식이 필수적인 자질 가운데 하나이다. 또 민주주의는 이런 자들로 사법 고위직을 효율적으로 구성해내는 과정이자 제도이다. 여기서는 이런 효율적인 민주주의적 고위 사법체계의 구성과정을 어떻게 만들 것인가의 문제가 남는다.

III. 대법관 등의 구성 주체

헌법·제도적 측면에서 대법관 등의 구성과정은 대법원장의 경우는 대통령이 지명, 나머지 대법관은 대법원장의 제청에 의해서 대통령이 지명 한 뒤 국회 청문회를 거쳐 대통령이 임명한다. 대법관제청자문위원회⁹⁾를 두어 대법원장의 자의적인 요소를 배제하는 절차도 두고 있다. 여기서 국민의 의견은 직접 반영되지 않고, 국민에 의해서 선출된 기관인 대통령과 국회에서 임명과 동의 절차를 진행한다. 그만큼 사법부는 국민에 의해서 선출되지 않는 권력이며, 다수당 또는 집권 여당의 입장이 더 잘 반영되는 구조를 갖고 있다. 현행 헌법 하에서 이런 임명절차는 헌정의 문제라기보다는 행정의 문제로 국민적인 여론 수렴을 제도화하고

9) 지난 6월 22일, 국회 사개특위는 대법관추천위원회 구성에 대한 법원조직법 개정을 의결했다.

있지 못하다. 따라서 사법부는 국민의 인권과 자유를 보장하거나 확대할 수 있는 기능상의 확대가 요청됨에도 불구하고 적극적인 사법 서비스를 독자적으로 수행하기 어려운 구조에 있다. 또 입법과 행정을 견제하는 소극적인 기능도 국회의 탄핵이나 입법에 의한 견제를 동시에 받고 있기 때문에 내용적으로 사법부 독립의 핵심인 재판의 독립이 고위직으로 갈수록 어려운 구조적인 문제를 안고 있다.

따라서 고위 사법 관리를 선출하는 방안이 검토된다면 이 문제는 간단해진다. 하지만 현실에서는 이런 민주적이고 효율적인 대법관 등의 구성 체제에 대한 저항이 있는 것도 사실이다. 결국 현행 대법관 등의 구성 체제는 그 과정보도 불투명할 뿐만 아니라, 다른 국가권력기관과의 교감과 의견 일치를 전제로 하는 것이어서 삼권 분립 원칙 하의 견제가 제대로 이루어질 수 없으며, 역으로 대법관 등을 견제하는 삼권 분립 원칙도 제대로 작동되지 않는다. 현행 헌법 체계의 문제는 바로 대법원을 구성하는 대법관들의 인선과정이 헌정적인 문제가 아니라 단순히 행정적인 차원의 문제로 다루어진다는 점이다.

다만 논리적으로는 이런 헌법 체계 하에서도 대법관제청자문위원회의 구성과 그 운영 방식을 효율적인 민주주의 방식으로 작동시킬 방안을 마련할 수 있다. 하지만 국민이 참여할 수 있는 다양한 방식들이 도입되지 못하고 폐쇄적으로 이루어지는 대법관 추천 제도는 사실상 국민의 인권보장을 경쟁하는 국가기관의 기능을 확대하는 현대적인 의미의 권력분립의 원칙에서도 벗어나 있다. 이것은 사법 자체가 민주화되어야 하는 또 다른 이유이다.

IV. 사회변화 · 인권 · 대법관 등

사법이 민주화된다는 것은 그 구성원 특히 대법관 등의 충원과정에서 국민이 직접 선출하거나 국민의 여론이 수렴되고 공개적으로 검증받는 절차가 대법관 추천 과정에서 있어야 한다는 점을 앞서 지적했다. 여기서 국민이 참여해야 하는 정당한 근거는 참여한다는 것 자체가 민주주의에 필요조건이고, 무엇을 위해서 참여해야 하는가의 문제가 충분조건이 된다는 점을 지적하지 않을 수 없다. 전자는 형식적이고 절차적인 민주주의를 의미한다. 후자는 실질적이고 내용적인 민주주의를 의미한다. 전자는 다른 국가기관의 권력 남용과 사법 기관 스스로의 부패와 권력 남용을 방지하기 위한 소극적인 의미의 민주주의의 연장선상에 있으며, 후자는 국민의 인권과 자유를 더 보장하고 확대하기 위한 내용과 방향 그리고 그것을 사법 서비스의 주요 축으로 가져 갈 수 있는 역량을 가진 효율적인 사법 서비스 체제에 적합한 인선을

하기 위해서이다. 이 양자 모두가 갖추어졌을 때 비로소 현대적인 의미의 민주적인 사법권력이 작동될 수 있다.

그렇다면 실질적인 사법 서비스의 질적인 확대가 왜 정당성을 갖는가? 우선 시간의 개념을 보자. 모든 임기직 공무원이 그렇지만, 대법관 등도 예외적인 경우가 아니면 임기가 보장된다. 그러므로 현행제도가 지향하는 가치를 갖고 구성된 대법관 등이 미래의 상황에서도 계속 직무를 수행해야 하므로 인선과 그 직무 시행 시점이 일치하지 않는 상황이 발생한다. 즉 고위 사법 관료가 국민의 뜻을 언제나 묻지 않는다면 사법 서비스 특히 재판은 언제나 현실 추수적이고 실정법 종속적일 수밖에 없다. 사회는 변화한다. 그 변화의 정도가 미미한 것도 있지만 큰 경우도 있다. 또 변화가 더딘 요인이 다른 국가기관에 의해서 억제되거나 통제된 경우에는 사법부가 적극적으로 변화를 이끌어내야 한다. 그것이 현대적인 의미에서 사법권력으로 기능이 분화된 이유이다.

사회변화는 단순히 과거와의 질적인 차이를 의미하는 것이 아니라 국민의 삶의 질을 높이고 인권과 자유를 확장시키는 환경인 헌법외적·제도외적 문제와 관련이 깊다. 대법관 등의 구성은 국민의 참여 과정을 거쳐서 그 대상자가 앞으로 부패할 가능성을 검증하고, 국민의 편에서 사법 결정을 내릴 자질을 심사할 수 있어야 한다.

또한 국민의 편에 선다는 의미는 무엇인가? 그것은 인권을 존중·보호·증진·실현하기 위한 법적·철학적·실천적 역량과 행동일 수밖에 없다. 이것이 바로 고위 사법 관료의 기본적인 자질인 것이다. 인권을 단순히 다른 인선 기준 가운데 하나라고 보는 것은 문제가 있다. 예를 들어 대법관 가운데 ‘검찰 출신 뿔이다, 학자 뿔이다’ 라는 것은 굉장히 잘못된 관행이다. 이것은 국민의 인권을 보장한다는 것이 아니라 권력기관 간의 합의와 권력 분점(즉 세력 균형)이라는 전통적인 분립주의의 변형된 엘리트 협조주의에 불과하다. 현대적인 의미의 권력기관의 형성과 그 구성 원리가 될 수 없음을 물론이다.

V. 결론 : 대법관 등의 자질에 대한 구체적인 기준

소극적인 의미에서 삼권분립의 원칙을 실현할 수 있는 자질(필요조건)로는 첫째 반부패성(준법의식), 둘째 외압 특히 정치적 압력을 이겨낼 용기, 셋째 공익관이다. 적극적인 의미에서 삼권분립의 원칙을 실현할 수 있는 자질(충분조건)로는 첫째 인권감수성, 둘째 사회적 기여

도, 셋째 전문적인 역량이다.

1. 필요조건적 자질

첫째, 반부패성은 정당한 이유 없이 법규범을 범한 경우이다. 그리고 그 정당한 이유는 국민의 눈높이에서 평가되어야 한다. 또 그것은 과거의 문제에 국한 되는 것이 아니라 미래에도 유사한 구조(형태)의 비위나 비리를 하지 않을 것이라는 확신에 대한 승인을 요구한다. 예를 들어 위장전입 문제는 늘 우리 사회 공직자들에 적용된다. 지금까지 국회 청문과정 등에서 이런 문제는 늘 ‘송구하다’ 라는 후보자의 변명과 ‘직무를 수행하지 못할 정도의 비리’가 아니라는 국회의 관용으로 해결되었다. 국민의 정서에는 늘 정무직 공무원들은 비리가 기본인 것처럼 보일 뿐이다. 결국 이 문제는 국민이 관용할 것인지를 선거를 통해 결정하는 방법이 가장 확실하다.

둘째, 외압을 이겨낼 정치적 용기이다. 현행법 하에서 임명권자, 제청권자, 동의권자 등 여러 가지 이해관계와 상관없이 독자적으로 판결하고 심사할 수 있는 용기이다. 신영철 대법관 사태처럼 하위직에 있을 때 법관의 독립을 스스로 포기하는 행위 뿐 아니라 이런 외압에 굴복하는 것 또한 권력 남용을 견제할 역량을 갖추지 못한 것이다.

셋째, 공익관이다. 사익을 추구하는 법률가와 공익을 추구하는 법률가는 처음부터 다르다. 특히 법조일원화가 촉진될 때 단순히 변호사 자격을 가졌거나 검사직을 수행 했던 경력자라고 하여 대법관 등의 구성원이 된다는 것은 결국 견제의 또 다른 대상인 사실상의 정부 즉 사정부(기업) 등 사회적 강제에 종속될 가능성이 높다. 따라서 공익 영역의 활동 여부가 중요하다. 이것은 퇴임 이후에도 전관예우의 법적인 제한에 의해서가 아니라 스스로 공익활동의 대변자로서 활동할 가능성을 포함하는 개념이다.

2. 충분조건적인 자질

첫째, 인권감수성이다. 인권 감수성은 한마디로 사회적 약자(단순히 특정 집단을 의미하지는 않는다.)의 입장에서 사건을 볼 수 있는 눈이다. 그리고 그것을 포함한 사회 현실에서 법을 발견하고, 창조해 낼 법인식이다. 대법관은 법의 적용자이자, 해석자이면서, 창조자가 되어야

한다. 특히 법을 창조하는 기준으로 사회변동을 긍정적으로 이끌 수 있는 인권감수성은 아주 중요하다.

둘째, 사회적 기여도이다. 대법관 등 고위 사법 관료로 진출할 가능성이 있는 사람들은 예측 가능해야 한다. 그것은 일생을 통해서 사회적 기여를 어떻게 했느냐의 문제로 평가할 수 있다. 노블레스 오블리제 뿐만 아니라 실질적으로 우리 사회의 법이론, 법제도와 법문화의 발전과 사회통합 등의 분야에 기여한 바가 있어야 한다. 이것은 우리 사회 고위직 공직자 후보군의 예측을 가능하게 하며 따라서 후보자 신분일 때라는 짧은 기간 동안 검증 받는 것이 아니라 평소에 늘 사회적 비평의 대상이 되는 것이다.

셋째, 전문적인 역량이다. 이것은 효율적인 사법을 운영할 수 있는 법 지식 뿐만 아니라 민주주의와 인권에 대한 소양이 탁월해야 한다는 것을 의미한다. 특히 대법관 등의 고위 공직자의 경우는 사법현상만을 이해한다고 전문적인 역량이 있다고 평가될 수 있는 지위가 아니다. 사회와 국가 심지어는 국제질서와 사회, 경제 분야에 대한 전문적인 소양과 역량을 갖추어야 한다. ■