

시 론



장 영 수

- 고려대학교 법학전문대학원 교수 (헌법학)
- 국회 행정심판위원회 위원
- 헌법재판소 제도개선위원회 위원
- 행정안전부 정보공개심사위원회 위원
- 경찰청 집회시위관리위원회 위원

사법분야 개헌논의 -사법민주화와 사법포퓰리즘의 경계에서-

제10차 개헌이 가시화되고 있다. 역대 최장수 헌법인 현행헌법에 대해 개헌논의가 시작된 것은 이미 오래 전부터이지만, 2017년 국회에 개헌특위가 구성되어 활동하면서 2018년 제10차 개헌이 이루어질 가능성은 과거 어느 때보다 높아진 상태이다.

특히 사법분야에 대해서는 개헌특위 자문위원회 사법부분과에서 사법평의회 설치라는 새로운 안을 제시함에 따라 안팎으로 논란이 뜨겁다. 한편으로는 진정한 사법개혁 내지 사법민주화를 위해서는 이런 정도의 혁신적인 방안이 필요하다는 의견이 있는가 하면, 다른 한편으로는 우리의 사법현실에 맞지 않는 불합리한 제안이라는 평가도 있다.

개헌특위 자문위원회 내에서의 사법평의회 제안에 대해서는 사법부분과 내에서도 의견이 있었다. 그러나 이러한 안이 설령 우리의 사법현실에 맞지 않는 것이라 하더라도 상당한 반응을 불러올 수 있었던 배경을 간과해서

는 안 될 것이다. 특히 국민들의 사법개혁에 대한 요구가 왜, 그리고 어느 정도로 강력하게 제기되고 있는지에 대한 정확한 이해가 전제되어야 한다.

사법의 본질은 공정한 재판이다. 재판의 공정성을 확보하지 못하는 사법은 국민의 신뢰를 받지 못할 뿐만 아니라, 법치의 중심축으로서의 역할을 제대로 수행할 수 없다. 그렇기 때문에 재판의 공정성 확보는 사법의 알파(α)이자 오메가(Ω)라 할 수 있다.

재판의 공정성 확보를 위한 첫 단추는 사법의 독립이다. 어느 누구에게도 종속되지 않는 사법의 독립을 통해서만 사법의 중립성이 확보될 수 있고, 사법의 중립성을 통해서만 사법의 객관성과 공정성이 담보될 수 있기 때문이다. 그런 의미에서 사법의 독립과 사법의 공정성을 동일시하는 경우도 적지 않다.

그러나 사법의 독립은 사법의 공정성 확보를 위한 필요조건일 뿐이지 충분조건은 아니다. 그렇기 때문에 사법의 독립성이 결여된 경우에는 사법의 공정성에 문제가 생기는 것이 명백하지만, 사법의 독립성이 확보된 경우에 항상 사법의 공정성까지 확보되는 것은 아니다. 예컨대 정치적 외압으로 인해 사법의 독립성이 침해된 경우 재판의

공정성은 함께 훼손되지만, 그러한 외압이 없는 경우라 해서 재판의 공정성이 100% 확보되는 것은 아닌 것이다.

민주화 이후에는 신영철 대법관 사건처럼 정치적 외압보다는 법원 내부에서의 압력이 문제되는가 하면, 부러진 화살 사건처럼 법원에 대한 신뢰 자체가 흔들림으로 인하여 재판의 공정성이 문제되는 경우도 있었다. 최근에는 법조계 전반에서 전관예우에 대한 의혹이 매우 심각하게 제기됨에 따라 사법의 공정성에 대한 국민의 신뢰가 크게 훼손되었던 것도 있었다.

이렇게 재판의 공정성에 대한 신뢰가 약해지면 사법개혁의 요구가 강해진다. 제10차 개헌을 목전에 두고 있는 현시점에서 사법개혁의 요구가 나오고 있는 것도 같은 맥락으로 이해될 수 있다. 특히 개헌특위 자문위원회에서 기존의 사법제도를 혁신적으로 변경하는 사법평의회 제안이 나온 것도 이러한 사법개혁의 요구를 배경으로 한 것이라 볼 수 있다.

그러나 사법평의회 제안이 당장 수용되기 어려울 것으로 보인다. 이 제안에 따르면 사법평의회는 국회에서 8인, 대통령이 2인, 법원에서 6인의 위원을 선임하여 총 16인의 위원으로 구성되며, 그 권한은 법관의 임용,

전보 내지 징계, 법원의 예산 및 사법정책수립 기타 법률이 정하는 사법행정사무이며, 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다. 이러한 사법평의회는 세 가지 문제점을 안고 있다.

첫째, 일부 유럽 국가들에서 이용되고 있는 사법평의회가 우리의 사법현실에 과연 적합한 것인지가 문제된다. 판검사의 토호세력화를 우려하여 수도권과 그밖의 지역을 나누어 주기적으로 임지를 바꾸고 있는 현행 제도 하에서 판사들의 인사를 사법평의회가 권한으로 한다는 것이 유럽 국가들과는 얼마나 다른 파급효과를 갖게 되는지가 고려되지 못하고 있는 것이다.

둘째, 사법평의회가 구성방식이 정치권의 영향력이 크게 작용할 수 있는 것이어서 사법부의 독립을 심각하게 침해할 수 있다는 우려는 매우 심각하다. 사법평의회 위원들의 선임방식으로 인하여 사법평의회가 구성과 활동에 정치권의 영향력이 매우 강력해짐을 의미할 뿐만 아니라, 결국 법원에서도 정치권의 눈치를 더 많이 보아야 하는 상황을 초래하는 것이기 때문이다.

셋째, 사법평의회가 권한이 지나치게 방대한 반면에 이에 대한 통제는 사실상 존재하지 않기 때문에 권한의 오남용에 대해 무방비라는 문제가 지적될 수 있다. 과연 사법평

의회 위원들은 - 개정시안에서 규정한 것처럼 사법평의회 위원들은 대법관이 될 수 없도록 하는 것만으로 - 모두가 사심 없이 객관적이고 공정하게 권한을 행사할 것이라고 신뢰할 수 있을지는 매우 의문스럽다.

민주주의와 법치주의는 공동의 목적(즉 국민의 인권보장)을 실현하기 위한 헌법원리이지만 각기 독자적인 기능을 하면서 상호 보완적인 역할을 한다. 민주주의가 다수의 지배로서 국민의사를 최대한 수렴함으로써 민주적 정당성의 확보를 위해 노력하는 반면에 법치주의는 다수의 횡포로부터 소수자를 보호하는 기능을 하는 것이다.

이렇게 볼 때 다수의 지배와 소수자보호가 충돌하는 듯한 외관을 띠 수도 있다. 인권이 제대로 보호되고 있는지의 여부는 권력자 및 그 추종자들의 인권이 아닌 사회적 약자, 소수자의 인권이 제대로 보호되고 있는지의 여부에서 확인된다는 점에서 법치를 통한 인권보장은 민주적 다수결과 충돌하는 것처럼 보이기도 하는 것이다. 그러나 포퓰리즘이 아닌 진정한 민주주의는 국민의 양적 다수의사만을 고려하는 것이 아니라, 인류사적 경험을 통해 확인된 근본가치(=자유민주적 기본질서)의 수호를 최우선적 과제로 하는 것이다.

이런 의미에서 민주주의와 포퓰리즘을 구분하는 가장 중요한 기준이 법치를 통해 확인되는 근본가치이며, 법치는 법치는 포퓰리즘의 위협으로부터 민주주의를 지키는 가장 중요한 방어기재이다. 그런데 법치의 보루인 사법이 포퓰리즘에 빠질 경우, 법치 자체와 무장해제될 수밖에 없다.

사법의 민주화가 중요한 헌법적 가치라는 점을 부인하는 것은 아니다. 그러나 그것이 재판의 공정성이라는 사법의 본질에 우선하는 것이라 볼 수는 없으며, 더욱이 사법의 민주화라는 이름으로 사법 포퓰리즘이 득세하

게 될 경우에는 사법의 기능 약화, 나아가 국가작용의 객관적 기준의 상실까지도 야기될 수 있다. 이러한 우려 때문에 사법평의회 도입에 반대하는 것이다.

하지만 법원의 사법개혁이 계속 제자리걸음을 벗어나지 못할 경우에는 차후에 다시금 유사한 제안이 반복될 수 있으며, 언젠가는 -마치 검찰의 반대로 20년간 실현되지 못했던 공수처(공직자비리수사처) 도입이 검찰개혁의 실패로 인해 도입을 목전에 두고 있는 것처럼- 사법평의회라도 도입해야 한다는 목소리가 힘을 얻게 될 수도 있는 것이다.