BH 민주적 정당성 부여 방안

2015. 9. 5. 사법정책실

1. 검토 배경

▣ **대통령의 '상고심 법관'에 대한 임명권 침해 문제**

- 비우호적 또는 반대 입장의 공통된 문제의식
- BH 측이 선뜻 상고심 개선 방안을 찬성할 수 없는 핵심적인 요소임

▣ **'민주적 정당성' 쟁점은 상고심 개선 여부의 가장 큰 고비임**

2. 현재 대안

가. 개요

추천		선정		검증		임명
☑ 추천위 구성 ☞ 법조 3륜 ☞ BH 3명 ☞ 덕망 3명 (1.5~2배수)	⇨	☑ BH 의견반영 (1배수)	⇨	☑ 검증위 구성 ☞ 국회 중심	⇨	☑ 대법관회의 ☑ CJ 임명

나. '선정' 절차의 구성방안

1) '선정'의 의미

▣ **임명절차 중 핵심 단계에 해당**

- 1.5~2배수 후보자 중 1배수를 선정하는 것이 임명권 행사에 다름 아님
  - 그 이후의 '검증'은 특이사항이 없는 한 통과되는 절차임
  - '임명'은 이론상 '거부권'이 있으나, 사실상 행사가 어려움

2) 선정절차를 둘러싼 다양한 입장

▣ CJ 입장

- 헌법상 임명권의 중핵에 해당함
- '형해화' 또는 '포기'로 인식되면, 사법부 독립 침해 논란이 제기될 우려 있음

▣ BH 입장

- '추천위'에 참여·개입보다 **'선정'에 영향력을 행사하는 것이 훨씬 중요**
- '선정'에서 배제되는 것에 대해 '민주적 정당성'을 이유로 반대할 가능성 큼
- '선정'에 명시적으로 개입하여 사법부 독립 침해 논란이 발생하는 것도 불희망

▣ 야당·시민단체의 이중적 입장

- 대통령이 대법관을 임명하는 것에 준하는 정도의 **민주적 정당성 요구**
  - 단순한 추천위 구성의 개선에 머무는 것이 아님
  - 행정부·BH의 의견 청취 또는 의견 존중을 담보할 절차적 요구임
- 추천위 구성에 대한 비판은 많으나, '선정' 과정에 대한 비판은 많지 않음
  - '선정'이 임명권 행사의 본질이고, 전속적 권한이라는 점을 인식하고 있기 때문임
  - '선정' 결과에 대한 비판은 할지라도 그 과정의 투명성 등에 대한 요구는 없음
- '선정' 과정에 'BH와 협의'를 직접적으로 의미하는 법률안에 대해서는 반대할 듯
  - 야당의 입장에서는 정권교체 이후를 바라보고 묵인할 수도 있음
  - 그러나 시민단체·학계·비판 언론 등을 중심으로 '사법부 독립 침해' 프레임이 제기되면 이를 방기하거나 묵인할 수는 없을 것으로 보임

3) 법률안

▣ **문제의식**

- ‘최종심 법관’이므로, ‘BH와의 실질적 협의’를 의미할 수 있는 문구 필요
- CJ의 헌법상 임명권 또는 사법부 독립의 침해 논란도 방지해야 함

▣ **대안**

- **(1안)** CJ는 **BH와 협의하여** 상고법원 판사 최종후보자를 선정한다.
- **(2안)** CJ는 **BH의 의견을 들어** 상고법원 판사 최종후보자를 선정한다.
- **(3안)** CJ는 **정부 등 각계의 의견을 들어** 상고법원 판사 최종후보자를 선정한다.
- **(4안)** CJ는 **사회 각계의 의견을 들어** 상고법원 판사 최종후보자를 선정한다.

4) 검토

▣ **‘선정’은 CJ의 전속적 권한이나, ‘마음대로 한다’는 인상을 주어서는 안됨**

- CJ가 최종후보자 선정 시 의견 청취 과정 필요
  - 추천위에서 정한 1.5~2배수 전체를 공개한 후 의견 청취하는 것도 가능함

▣ **특정 입장만 고려하는 인상을 주면, 정치적 중립성·공정성에 대한 비판이 우려됨**

- **1안** 및 **2안**은 이 점에서 부적절함

▣ **BH 입장에서 ‘선정’에 대한 CJ의 진정성에 대해 신뢰할 수 있어야 함**

- **4안**은 BH를 ‘사회 각계’에 포함시킨다는 인상을 줄 수 있고, 지나치게 추상적이어서 BH에 신뢰를 주기에 부족함

▣ **3안이 타당**

- CJ의 선정권 행사의 신중함 + 의견수렴 외관 창출 가능
- 다양한 입장 및 의견을 수렴한다는 취지 반영
- BH 입장에서 볼 때 ‘정부’라는 중립적 표현을 통해 불필요한 논란을 방지함과 동시에 의견 청취 의무를 명시하여 절차적 권한 보장

3. 추천위 구성에 대한 재검토

가. 현재 대안

▣ **'대법관추천위'와 달리 BH 관여도가 대폭 강화된 상태임**

- **<u>대법관추천위</u>** ➡ [법조 3륜] + [법원 2명] + [학계 2명] + [덕망 3명]
- **<u>현재 대안</u>** ➡ [법조 3륜] + [BH 3명] + [덕망 3명]

나. 논의의 필요성

1) 문제의식

▣ **임명절차의 핵심인 '선정' 절차에서 BH의 의견을 충분히 반영할 수 있음**

- 사실상 '최종후보자'의 결정권 또는 거부권을 행사할 수 있음

▣ **BH가 '선정' 절차에서 실질적으로 임명권을 행사하면서 '추천위' 단계까지 주도할 경우, 비판이 제기될 우려 있음**

- 'BH의 관여도가 지나치게 높다'는 외부적 비판이 제기될 수 있음
  - 대법관, 일반 법관만이 아니라 BH가 직접적·간접적으로 임명권한을 행사하는 대상에 대해 '추천' 절차까지 직접적으로 주도하는 경우는 찾기 어려움
  - CJ의 헌법상 임명권 또는 사법권 독립 침해라는 불필요한 논란 제기 소지 있음
- 추천위 구성의 편파성, 공정성·중립성 상실이라는 비판이 제기될 수도 있음

▣ **BH가 추천위의 구성원이 되는 것은 BH의 위상·권한에도 맞지 않음**

- 결정권자가 직접 토론의 당사자가 되는 식이어서 스스로 격을 낮추는 것임

▣ **BH가 추천 및 선정 절차에 이중으로 관여할 필요성도 사실상 없음**

2) 소결

▣ **BH의 최종후보자 결정 관여도와 추천절차 관여의 필요성은 반비례 관계임**

- BH가 최종후보자 결정에 관여할 수 있는 정도가 높을수록, 추천절차에까지 이중적으로 관여할 필요성은 상대적으로 낮아짐
- 반대로, BH가 최종후보자 결정에 관여할 수 있는 정도가 낮다면, 역설적으로 추천절차를 적극적으로 주도해야 할 필요성이 높아지는 것임

▣ **'선정' 절차에서 CJ·BH가 실질적으로 협의를 하여 사실상 임명권의 공동 행사를 전제로, 추천위에 BH가 참여하는 것은 부적절함**

다. 추천위 존치 여부

1) 문제의식

▣ '선정' 절차에서 CJ·BH가 실질적으로 협의를 하여 사실상 임명권의 공동 행사한다면, 굳이 '추천위'를 둘 필요가 있는지에 대한 검토임

▣ 실질적으로 현직 법관이 대부분 보임될 것이므로, CJ가 제시하는 대상자 중에서 BH의 거부대상자를 제외하면 간단하지 않은가 하는 점임

2) 검토

▣ **추천위가 없을 경우, CJ·BH 협의과정에서 마찰이 발생할 가능성도 있음**

- CJ 입장에서는 BH와 직접적으로 협의해야 하는 것이 상당히 부담스러움
- '추천위'가 CJ 입장을 관철시킬 수 있는 절차이자 완충지대가 될 수 있음

▣ **추천위는 '민주적 정당성' 확보를 위한 효과적인 절차임**

- '민주적 정당성'이 단순히 대통령, 국회, 행정부와의 협의로 축소 해석되어서는 부적절함
- 추천위가 국민의 다양한 의견을 수렴·반영하는 통로로 기능하게 하고, 그와 같은 공식적인 절차를 마련하는 외관도 매우 중요함

▣ **BH가 선정 과정에 실질적으로 관여하더라도, 추천위는 여전히 필요함**

라. 추천위 구성 방안

1) 대법관추천위와 동일한 방안

▣ **[법조 3륜] + [법원 2명] + [학계 2명] + [덕망 3명]**

2) 일부 변형안 ⇨ 모두 가능

▣ **(1안) [법조 3륜] + [학계 2명] + [덕망 3명] ⇨ '법원 2명' 제외 방안**

- 대외적으로 'CJ 권한 내려놓기' 방안으로 인식될 필요 있음
- 대부분이 현직 법관으로 보임될 것이므로, 법원 측 인사를 과도하게 구성하는 것은 적절하지 않음
- **BH 입장**에서도 '추천위'가 객관적·중립적으로 구성되는 것을 전제로 '선정' 절차에만 개입하려고 할 것임을 고려

▣ **(2안) [법조 3륜] + [법원 1명] + [학계 2명] + [덕망 4명] ⇨ '선임 대법관' 제외 + '덕망자' 1명 추가 방안**

- 법원행정처장도 대법관이므로, '선임 대법관'과 역할이 중복되는 면 고려
- '선임 대법관'을 유지하고 '일반 법관'만 제외할 경우, 법관 사회의 반발 및 외부의 비판적 시선 예상
- '덕망자' 1명 추가는 채택하지 않을 수도 있음

▣ **(3안) [법조 3륜] + [학계 1명] + [덕망 3명] ⇨ '학계 1명' 제외 방안**

- 법조 3륜도 각 1명인데, 학계가 2명이라면, 학계가 과도하게 대표되는 것임
- '사시 존치' 등 현안이 정리되면, 학계도 1명으로 감축하는 것이 형평에 맞음

4. 최종 검토 의견

추천·선정		검증		임명
☑ 추천위 구성 ☞ 대법관추천위 변형 ☑ BH 의견 반영	⇨	☑ 검증위 구성 ☞ 국회 중심	⇨	☑ 대법관회의 ☑ CJ 임명