

특별판사도입 3대 쟁점풀이¹⁾

박 혁(민주연구원 연구위원, 정치학박사)

헌정사상 초유의 사태가 발생했다. 법원의 수장인 대법원장이 주도해 전·현직 고위법관들과 법원행정처가 조직적으로 범법행위를 저지른 정황들이 속속 국민들 앞에 드러나고 있다. 사법을 책임진 사람들에게 의해 국가의 사법체계가 농락당한 것이다. 국민의 사법불신은 극에 달해 있다.

무신불립(無信不立)이다. 국민의 눈높이에 맞는 해결책을 찾아야 한다. 전례 없는 법원의 집단적 범죄행위를 공정하게 해결하기 위해서는 국민이 납득할 수 있는 특별한 조치가 있어야 한다.

민심은 특별판사로 향하고 있다. 그 민심을 뒤로하고 특별판사 도입을 둘러싼 정치적 선동들만 난무하고 있다. 정치적 선동들이 가짜뉴스의 진앙이 되고 있다. 이럴 때일수록 차분하고 합리적인 논의가 필요하다. 이 글은 특별판사제도 입법과정에서 생산적 논의가 이루어지기를 바라며 관련 쟁점 세 가지를 정리한 것이다.

첫 번째 쟁점은 제척, 기피, 회피제도가 있으니 특별판사가 필요 없다는 주장이다. 그러나 현실에서 제척, 기피, 회피제도는 유명무실한 좀비 같은 제도로 전략해 있어 초유의 사법농단사태의 공정성을 보장할 수 없다. 사건과 직간접적으로 연루된 판사들을 제대로 걸러 공정한 재판을 보장하기 위해서는 투명하고 공개적인 절차를 통해 사법농단사건 전담재판부를 구성해야 한다.

두 번째 쟁점은 특정 사건을 무작위 자동배당이 아니라 특정한 재판부에 인위적으로 배당하는 것은 재판의 공정성을 침해한다는 주장이다. 그러나 이미 현 체계에서도 공정한 재판과 효율적 재판으로 사법신뢰를 높이기 위해 다양한 전담재판부를 꾸려 해당 사건을 인위적으로 배당하고 있다. 더구나 사건에 연루되지 않은 판사를 찾기가 그렇지 않은 판사 찾기보다 더 힘든 지금의 상황에서는 기계적 배당보다 합리적 배당이 더 적절하다.

세 번째 쟁점은 특별재판부는 현직 판사로만 구성되어야 한다는 주장이다. 법관의 자격은 법률로 정한다는 헌법조항에 따라 법률로 정해 현직판사 이외의 적절한 사람을 특별판사로 임명해 사법농단사건 전담재판부를 구성하는 것만이 사법신뢰를 회복할 수 있는 첩경이다.

1) 이 글은 많은 분들의 도움으로 작성되었음. 특히 동국대학교 SSK 패치워크문명연구팀과의 토론 결과가 많이 반영됨

□ 쟁점 1

제척, 기피, 회피제도가 있으니 특별판사가 필요 없다?

- 사건 관련 판사들이 재판을 할 수 없게 하는 제척, 기피, 회피제도를 적용하면 되는데 왜 특별판사를 도입하려고 하냐는 것이 특별판사 도입에 반대하는 핵심 논리
- “법관은 사건 당사자와 얽힌 연고(緣故) 관계 등이 재판에 영향을 끼칠 가능성이 있으면 스스로 회피하거나 재배당을 요청할 수 있다. 실제 그런 경우가 적지 않다. 그런데도 그 절차나 상식은 다 무시한 채 특별재판부를 밀어붙이고 있다.”(조선일보, 2018.10.25.)
 - “현행 제도로도 법관이 특정 사건에 직·간접으로 연루되거나 친·인척 등 피고인과 특수 관계일 경우 제척(除斥)해 법원 내부에서 걸러낼 수 있다.”(동아일보, 2018.10.26.)
 - “현행 법체계상 제척·기피·회피 등으로 충분히 재판의 공정성을 담보할 수 있는데, 굳이 위험적인 특별재판부로 심판하려 들 이유가 없다”(황병하 서울고법부장판사)
 - “별도의 특별재판부를 만들지 않더라도 재판부 제척, 기피, 회피 제도가 있어 현행 제도로 얼마든지 재판거래 의혹사건에 대한 공정성을 담보 할 수 있다.”(윤영석 자유한국당 수석대변인 논평, 2018, 10. 27)
- ※ 제척: 법률이 정한 사유가 있는 법관을 해당 사건의 직무에서 당연배제시키는 제도
- ※ 기피: 제척사유 또는 불공정한 재판을 할 염려가 있을 때, 사건 당사자의 신청에 따라 법관의 직무를 배제하는 제도
- ※ 회피: 기피의 원인이 있다고 스스로 판단한 법관이 자발적으로 직무집행에서 탈퇴하는 제도

○ 유명무실한 좀비 같은 제도로 공정한 재판 보장할 수 없어

- 법관의 위신 손상 등을 염려하여 법원은 제척, 기피, 회피 신청을 거의 받아들이지 않는 현실에서 현행의 제척, 기피, 회피 제도로 재판의 공정성을 확보한다는 것은 어불성설
- 2006년부터 2012년까지 민사재판에 접수된 제척, 기피 신청 2007건 중 받아들여진 것은 고작 5건이며 형사사건은 500건이 넘는 신청 중 단 한건도 받아들여지지 않음(2013년 사법연감)
- 2012년부터 2017년 사이 법원에 신청된 법관에 대한 제척·기피·회피 총 신청건수 4천246건 중에 인용된 것은 3건에 불과
- 그 중 형사재판에서 제척·기피·회피 신청은 총 791건이었으나 인용된 건수는 2건에 그쳐 인용률이 약 0.25%에 불과(경기일보, 2017.07.05.)
- 특히 이번 재판을 담당하게 될 서울중앙지방법원의 경우 2013년부터 2018년 6월까지 2088건의 제척, 기피, 회피 신청 중 단 한건도 받아들여지지 않음
- 제척, 기피제도가 유명무실하다는 지적과 개선요구는 국감의 단골메뉴로 등장하고 언론도 끊임없이 문제점을 지적해 왔지만 요지부동

<제척제도가 유명무실하다는 비판기사들>

- “재판부 기피신청제도는 빈껍데기인가?”(오마이뉴스, 2004.12.08.)
- “법관 제척·기피·회피 제도 유명무실”(SBS 8시뉴스, 2006.11.1.)

- “유명무실' 법관기피신청 제도”(뉴스1, 2012.10.11.)
- “유명무실 법관 기피제도…5년간 2553건중 1건 인용”(중앙일보 2013. 10.02)
- “재판부 기피신청 5년간 3천600여건…실제 교체사례는 단 3건”(연합뉴스, 2016.06.22.)
- “담당 판사·직원 바뀌달라” 신청은 쇄도… 인용은 희박”(세계일보, 2018.10.09.)
- “법관 기피·회피제도…법원 '엄격 운용'에 사실상 무용지물”(뉴스1, 2018.07.25.)

- 이처럼 유명무실한 제척, 기피, 회피제도로 다수의 전·현직 고위법관들이 연루되어 있고 사건을 담당할 법관들이 사건과 직간접으로 관계가 있는 초유의 사법농단사건 재판의 공정성을 확보할 수 있다는 주장은 언어도단(言語道斷)

○ 제대로 제척할 특별한 제도 필요

- 사건 관련자들을 제대로 제척해 공정한 재판을 보장하기 위해 투명하고 공개적인 절차를 갖춘 특별한 제도가 필요
- 특별판사제도는 제척제도를 엄격하게 시행하기 위해 제척사유가 있는지를 철저히 따질 수 있는 절차를 마련해 사법농단사건과 연루되지 않은 특별판사를 임명해 공정한 재판을 진행하자는 취지

<변호사 57%, 사법농단 ‘특별재판부 설치’ 찬성>

- 대한변호사협회가 10월 25일부터 31일까지 전국 회원 변호사를 대상으로 특별재판부 설치에 대한 긴급 설문조사를 실시한 결과, 총 응답자 1,925명 중 56.6%(1,090명)가 찬성해 반대 32.2%(619명)의 두배 가량 높게 나타남.
- 찬성의 주요 이유 중 하나는 “현재 형사소송법상 제척기피회피제도는 공정성을 담보하기 어렵다”는 것

□ 쟁점 2

특정 사건을 무작위 자동배당이 아니라 특정한 재판부에 인위적으로 배당하는 것은 재판의 공정성을 침해한다?

- 공정한 재판의 핵심은 무작위 배당에 있다며 전담재판부를 꾸려 거기에 인위적으로 사건을 배당하는 것은 재판의 공정성과 독립성을 침해한다는 비판
 - “재판의 공정성은 재판 배당의 무작위성에서 출발한다. ... 특정 재판에 특정인을 지정하는 식으로 재판부를 구성하는 것은 논란의 여지가 많을 것이라고 생각한다.”(최완주 서울고법원장, 10월 14일 국정감사발언)
 - “무엇보다 특정 사건을 특정 재판부에 맡기는 것 자체가 재판의 공정성을 침해할 수 있다. 공정한 재판을 위해 재판부를 무작위로 배당하는 게 법원의 원칙이다.”(동아일보, 2018.10.26.)
 - “어떤 사건을 어떤 재판부, 어떤 판사가 맡아서 재판할지에 관해 인위적으로 개입해선 안 된다. 그런데 특별재판부를 구성하면 사법농단이라는 특정 사건을 어떤 판사가 맡을 것인지에 대해 그 판사를 추천하는 주체가 인위적 개입해야 한다”(여상규, 자유한

국당 법사위원장, 2018.10.29. MBC 라디오 인터뷰)

※ 현재 법원은 접수된 사건을 '법관 등 사무분담 및 사건배당에 관한 예규' 등에 따라 무작위 전자배당으로 배분

○ 무작위 자동배당은 공정한 재판을 위한 하나의 수단에 지나지 않아

- 재판의 무작위 자동배당은 예규일 뿐 재판배당의 헌법적, 법률적 사항이 아님
- 현재 법원은 '전문재판부(전담재판부)의 구성 및 운영 등에 관한 예규'를 두고 공정한 재판과 효율적 재판으로 사법신뢰를 높이기 위해 전담재판부를 꾸려 해당 사건을 전담재판부에 인위적 배당하고 있음

<전문재판부(전담재판부)의 구성 및 운영 등에 관한 예규>

8. 사건배당의 특례

- 가. 특정 종류의 사건에 대한 전문재판부가 설치된 법원은 특정 종류의 사건에 대하여는 별도로 각 전문재판부에 사건을 배당한다
- 나. 전문재판부 담당 사건과 다른 사건이 병합된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 전문재판부에 배당한다.
- 라. 전문재판부를 신설한 경우 기존의 해당 사건은 특별한 사정이 없는 한 이를 전문재판부에 재배당한다.

- 가령 각종 선거가 있는 해에는 각급법원이 선거전담재판부를 지정해 선거사건을 선거전담재판부에 인위적으로 배당하고 있음

※ “법원, 선거전담재판부에 권영진 대구시장 사건 배당”(뉴시스, 2018.08.31.)

- 현재 제기되는 사법농단사건 특별재판부도 사법농단사건의 공정하고 효율적인 재판을 위한 “사법농단사건 전담재판부”를 설치해 사법농단사건을 배당하자는 것이어서 인위적 배당만으로 법관의 독립이나 재판의 독립을 해친다는 것은 넌센스
- 특히 사법농단사건의 경우, 사건을 담당할 서울중앙지방법원 형사합의부 8개 재판부 중에 6개 재판부의 재판장이나 배석판사가 해당사건과 밀접한 관계가 있는 매우 특수한 상황이었어서 합리적인 검토 없이 통상적인 기계적 자동배당을 하는 것은 부적합

구 분	법 관	특이사항
제21형사부[합의] [선거·부패]	● 조익연 이진규	신광렬 판사 수사기밀 누설 공범으로 현재 '피의자 신분'
제31형사부 [외국인·성범죄]	● 김연학 장유진	2015.02.23. ~ 2017.11.07. 법원행정처 인사총괄심의관실 총괄심의관 진상조사위의 서면/대면 조사대상 특별조사단의 조사대상 국제인권법연구회 판사들에 대한 사찰 및 인사불이익 관련 의혹의 당사자
제32형사부 [부패]	● 성장호 이승복	신광렬 판사 수사기밀 누설 공범으로 현재 '피의자 신분'
제33형사부 [부패]	● 이영훈 박정호 이창복	2015.02.23. ~ 2017.02.19 법원행정처 전산정보관리국장 진상조사위 서면/대면 조사대상 국제인권법연구회 불이익조치 당사자 '학술연구회 중복가입 해제 조치'가 당시 전정국장인 이영훈 명의로 시달
제5형사부 [부패·경제·지재· 교토]	● 한정훈 이상연 김영록	2016.2.22~2018.2.25. 법원행정처 정보화심의관 1차 진상조사 위원회 서면조사대상

- 양승태 전 대법원장 시절 법원행정처가 특별재판부인 “세월호 관련 전담재판부” 설치를 검토했다는 사실은 법원행정처의 부당한 개입이 문제지만 현행 체계 내에서도 전담재판부가 가능하다는 사실을 반증(경향신문, 2018.05.29.)
- 사법농단 전담재판부를 구성해 사건을 배당하자는 것은 사법농단이라는 특수한 상황에서 사건배당 절차를 더 공개적이고 투명하게 해 공정성을 높일 수 있는 법적 절차를 정하자는 취지

<홍영표 더불어민주당 원내대표 발언>

- “(서울중앙지법) 형사합의부 7곳 가운데 5군데 재판장이 사법농단 조사 대상자이거나 피해자다. 공정한 배당이 이뤄지지 않을 가능성이 크다. 사법농단 연루자에게 재판을 맡기는 것은 고양이에게 생선가게를 맡기는 것이다.”(10월 23일 국정감사대책회의)

□ 쟁점 3

특별판사는 현직 판사여야만 한다?

- 공정성의 문제가 있으므로 특별판사는 재야법조인으로 하자는 의견과 위헌의 소지가 있음으로 현직 판사로만 임명하자는 의견이 상충
- “특별재판부는 판사 3명으로 구성하고 그 중 1명이 재판장이 되며, 재판장과 특별재판부 판사는 대법원장이 제19조에 따른 특별재판부후보추천위원회의 추천에 따라 임명한다.”(박주민의원 대표발의법안 양승태 전 대법원장 재임기간 중의 사법농단 의혹사건 재판을 위한 특별형사절차에 관한 법률안)

- “현직 판사로만 특별재판부를 구성하는 것은 적절치 않으며 **재야 법조인들을 대상으로 추천을 받아 특별법관으로 임용**하여 특별재판부를 구성하든가, 최소 과반 이상(2인)이 되도록 구성할 필요가 있다.”(박은정, 참여연대사무처장, 2018.10.30. 특별판사도입 긴급토론회)
- “이 사건 특별재판부 구성은 법관에 의한 헌법파괴 행위를 일반 법원이 재판하는 것은 공정성을 담보할 수 없다는 것에서 비롯된 것이므로, 헌법해석상 명확하게 불가능하다고 볼 수 있는 사정만 없다면, 헌법 수호를 위해 필요한 경우, **기존 판사가 아닌 재야법조인으로 특별판사를 임명해 재판부를 구성하는 것도 가능하다고 본다.**”(박찬운교수, 2018.10.30. 특별판사도입긴급토론회)

○ 국민의 사법불신을 해소하는 것이 관건

- 공정성과 독립성을 스스로 훼손한 법원이 제 식구들에 대한 재판을 스스로 하겠다는 것이 국민들로서는 미덥지 못한 상황
- 사법농단 사건에 직접적 연루자들은 제척 등을 통해 거를 수 있다하더라도 간접적으로 관련되었거나 미처 파악되지 않은 연루자들이 있을 수 있음
- 법원이 사법농단 사건 수사에 저항하거나 대체로 반발하는 분위기에서 현직 판사만으로 특별재판부를 구성한다면 재판결과에 대한 국민불신을 해소하기 어려워 특별재판부의 의미가 퇴색될 것임

○ 법관의 자격은 법률로 정할 수 있어

- **헌법 101조 3항은 법관의 자격을 법률로 정하도록 하고 있음**으로 특별판사의 자격은 국회의 입법에 따라 정해질 수 있으며 재야법조인으로 하더라도 위헌의 문제는 발생하지 않음
- 역사적 선례를 보면 **제헌헌법 제76조에서도 법관의 자격은 법률로 정하도록 하고 있었**고 이에 따라 **반민족행위처벌법을 만들어 특별판사를 현직판사만이 아니라 국회의원 5인, 고등법원 이상의 법관 또는 변호사 중에서 6인, 일반사회 인사 중에서 5인의 특별재판관으로 특별재판부 구성**함

<헌행헌법>

제101조

- ①사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.
- ②법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.
- ③**법관의 자격은 법률로 정한다.**

<제헌헌법>

제76조

사법권은 법관으로써 조직된 법원이 행한다.
 최고법원인 대법원과 하급법원의 조직은 법률로써 정한다.
법관의 자격은 법률로써 정한다.

<반민족행위처벌법>

제19조

본법에 규정된 범죄자를 처단하기 위하여 대법원에 특별재판부를 부치한다.

반민족행위를 처단하는 특별재판부는 국회에서 선거한 특별재판부부장1인, 부장재판관3인, 재판관12인으로써 구성한다.

전항의 재판관은 **국회의원 중에서 5인, 고등법원 이상의 법관 또는 변호사 중에서 6인, 일반사회인사 중에서 5인**으로 하여야 한다.

- 참여정부시절부터 사법개혁차원에서 검토되었던 노동법원설치와 관련해서 당시 사법개혁위원회 기획단장이었던 현 김선수 대법관은 노동법원의 재판부 구성방식을 **직업법관 1인과 노사를 대표하는 각 1인의 비직업(비상임)법관 등 모두 3인의 법관으로 구성**해 비상임법관에게도 직업법관과 동일한 지위를 보장하는 것은 헌법에 위배되지 않는다고 봄

<김선수 현 대법관의 의견>

- “헌법상 보장된 국민의 재판 받을 권리가 법관에 의한 재판을 의미하는데, 이 때 직업법관이 아닌 노사가 추천한 비상임법관이 합의에 참여하여 의결권을 행사할 경우 국민의 법관에 의한 재판 받을 권리를 침해하는 것이 아닌가 하는 의문점이 있을 수 있다.”
- “그런데 **헌법은 법관의 자격은 법률로 정한다고 규정하고 있고 법원조직법 제42조 제2항은 판사의 자격으로 ‘사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자’, ‘변호사의 자격이 있는 자’를 규정하고 있는바, 여기에 노동법원 비상임법관의 자격요건과 권한 등에 대해 정한다면 헌법위반은 아니라고 할 수 있을 것이다.**”(김선수, 노동법원 도입 관련 쟁점 검토, 민변토론자료집, 2003.08.23.)

- 2017년 5월에 더불어민주당 김병욱 의원이 대표발의한 ‘법원조직법 일부개정법률안’도 유사한 형태로 고등노동법원과 지방노동법원에서 참심재판을 하는 경우에는 재판부를 판사와 근로자측 참심관 및 사용자측 참심관으로 이루어진 참심재판부를 구성토록 하는 조항 신설