

대법원장의 지위와 사법행정권

이 헌 환*

목차

- I. 서언
- II. 대법원장의 지위와 사법행정권
 - 1. 우리 헌정의 경험
 - 2. 경험적 반성
- III. 현행헌법상 대법원장의 지위와 사법행정권
 - 1. 현행헌법상 대법원장의 지위
 - 2. 사법행정권의 문제점
- IV. 결론에 대신하여

I. 서언

2007년 대통령선거 이후 이른바 ‘보수우파’정권의 출현과 함께¹⁾ 우리 사회의 전반적인 보수반동화가 진행되는 와중에, 사법의 영역에서도 과거의 방식으로 회귀하는 경향이 현저히 나타나고 있다. 이러한 경향의 가장 뚜렷한 사례가 바로 신영철 대법관 사태이다. 신영철 대법관 사태는 5차 사법파동이라 일컬어질 정도로²⁾ 우리 사회에 큰 파장을 불러 일으켰다. 사실관계를 요약하면 다음과 같다.

2008. 5. 이후 미국산쇠고기수입에 반대하는 촛불집회가 계속되는 가운데, 2008. 6. 19. 이래 서울중앙지법에서 11건의 촛불집회 관련사건이 접수되었고,

* 아주대학교 법학전문대학원 교수.

1) 권영성 교수는 헌법학원론 2008년판의 머리말에서 「... 10년에 걸친 친북좌파정권에 의해 유린되고 훼손된 대한민국의 정체성(正體性)이 제모습을 회복하게 될 것 같다.」고 쓰고 있다.

2) 2009년5월19일 박시환대법관의 발언. 동 일자 각 신문 참조.

7. 11.까지 11건 중 8건이 형사13단독재판부에 집중 배당되었다. 이에 형사단독 판사들이 특정 재판부 ‘몰아주기’ 배당의 문제점을 제기하자(7. 14), 신영철 당시 중앙지방법원장은 형사단독판사들을 소집하여 사건배당의 문제점을 인정하고 전산배당 방침을 표명하였다(7. 15). 그러나 신 법원장은 ‘정치적인 냄새가 나는 사건은 보편적 결론을 도출해 달라’는 내용의 e메일을 발송하고(8. 14), 집시법에 대한 위헌심판제청과(10. 9. 형사7단독, 박재영 판사) 단독재판부의 보석결정이 잇따르자(10. 10. 형사3단독 엄상필 판사), 단독판사에게 보석을 신중하게 결정하라고 전화하기도 하였으며(10. 13), 사건처리를 독촉하는 e메일을 발송하였다(10. 14, 11. 6, 11. 24).

한편, 임기가 만료되는 고현철 대법관의 후임으로 대법관 후보자가 된 신 법원장은 국회 인사청문을 거쳐 2009. 2. 18. 대법관으로 취임하였으나, 언론은 촛불재판의 배당에 논란이 있음을 보도하였고(2. 23), 이어서 대법원이 진상조사단을 구성하여 10일간의 조사 끝에 ‘재판개입의 소지가 있다’는 결과를 발표하였다(3. 16). 이에 이용훈 대법원장은 신 대법관을 대법원공직자윤리위원회에 회부하였으나(3. 19), 동 윤리위원회는 3차의 회의를 거친 후 경고 혹은 주의촉구의 권고를 내렸다(5. 8). 윤리위의 결정에 대하여 비판이 이어지는 가운데 이용훈 대법원장은 신 대법관에 대하여 법관징계위원회에 회부하지 않고, 유감표시 및 엄중한 경고조치를 취하였으며, 신 대법관은 이를 수용한다고 표명하였다(5. 13). 그러나 이튿날 서울남부지법의 단독판사회의를 필두로 하여, 법원행정처의 자체촉구의 전화에도 불구하고(5. 17),³⁾ 전국의 지방법원에서 단독판사회의회가 이어졌고(5. 14-5. 19), 서울고법에서는 배석판사회의회가 열렸으며(5. 21), 노무현 전대통령의 서거와 국민장이 끝난 후에(5. 23-5. 29)⁴⁾ 전국법원장회의까지 개최되었다(6. 5).⁵⁾

3) 법원행정처의 전화 자체도 문제의 소지가 있다. 이는 법률상 허용된 판사회회의의 자율성을 침해할 가능성이 있는 것으로 볼 수 있고, 넓게는 법관들의 집단적인 의사표현의 자유를 침해할 가능성이 있는 것이었다.

4) 대법원은 5월 29일, 9년 넘게 끌어오던 삼성에버랜드전환사채사건에 대하여 6:5로 무죄의 판결을 최종선고하였는데, 신 대법관은 무죄판결에 동조하였다. 판결선고 전에 사퇴하였다면 5:5의 의견 대립으로 선고자체가 연기될 수도 있었을 것이다.

5) 이러한 일련의 사태는 약 40년 전, 이웃나라 일본의 삿바로 지방재판소에서 발생한 平賀書翰事件과 극히 유사한 모습을 보여준다. 이 사건은 1969년 9월, 삿바로 지방재판소에서 재판 중이던 長

이러한 일련의 사태가 전개되는 가운데, 신대법관의 행위가 중대한 헌법적 가치인 법관의 독립을 침해한 것이 아니가에 관하여 술한 논쟁이 전개되었고,⁶⁾ 야당들과 시민단체 그리고 소장판사들과 법원노조까지 신 대법관의 사퇴를 촉구하는 성명과 시위가 이어졌다.

한편, 신 대법관의 행위에 대한 법적 제재가 논의되는 가운데 사법행정권의 최고책임자인 대법원장이 법원 내부에서 법관의 독립을 침해하는 행위가 있었던 것에 대하여 적절한 대응을 하지 못하였다는 비판이 함께 제기되었고, 사건을 정치적으로 해결하려 하고 있다는 비판이 제기되기도 하였다.⁷⁾

사법행정(judicial administration, Justizverwaltung)은 사법재판권의 행사나 재판제도를 운영·관리하기 위하여 필요한 일체의 행정작용이다.⁸⁾ 구체적으로 보면, 사법기관인 법원의 인적·물적 시설을 운영하는 작용으로, 내용적으로 보아, 법관 등의 인사행정, 법원의 조직·구성 등의 운영·관리, 물적 시설관리, 회계·예산·보수 등의 재무관리 등을 포함한다.⁹⁾ 이들 사법행정권의 내용은

沼(ながぬま)ナイキ소송에서 동 재판소 소장 平賀健太가 동 사건의 총괄재판관에게 보낸 서한으로부터 촉발되었다. 당시 일본정부의 제3차 방위력정비계획에 따라, 비핵탄두전용으로 개조된 지 대공 미사일 나이키 허큘리스 기지를 북해도 나가누마 시에 건설할 목적으로 보안림을 해제하려는 농림부고시가 있게 되자, 주민 173명이 삿뽀로 지방재판소에 보안림해제처분취소청구소송의 행정소송을 제기하고 소송확정까지 해제의 집행정지를 신청하였다. 이에 平賀健太 삿뽀로 지방재판소장은 이 사건이 어떠한 문제인지, 관할이 있는지, 그로부터 변론을 개시하는 것이 좋은지 등과 같은 것을 미리 상의하라는 메모를 재판부 총괄재판관에게 건네주었다. 이는 사건의 법률상 및 사실상의 문제점에 관하여 자신의 견해를 표명한 것이지만, 명백히 재판에 간섭한 것이었다. 또한 재판결정고지일을 연기하라고 압력을 가하여 결정을 미루게 하였지만, 재판부는 보안림해제의 집행정지신청을 인용하였다. 삿뽀로 지방재판소 재판관들은 서한문제와 관련하여 회동하여 서한을 공표하기로 하였다. 최고재는 平賀 소장을 주의처분하고, 동경고재판사로 전출하였다. 한편, 정치세력과 우익언론 등은 平賀 소장의 재판간섭문제를 사신공개문제 및 靑法協문제로 전환시켜 진보적인 법관들에 대한 비판으로 논쟁의 초점을 바꾸어버렸고, 이를 통해 사법부를 정치권력의 의도에 따라 무력화하려고 시도하였다. 60-70년대의 일본의 정치와 사법부의 보수반동화의 경향을 잘 보여주는 사건이었다. 小田中聰樹, 現代司法の構造と思想, 日本評論社, 1973, 126面 以下 및 줄저, 법과 정치, 박영사, 2007, 129면 이하 참조.

6) 상당수의 언론 및 시민사회와 학계의 의견은 명백한 재판간섭이라는 데에 동의하였으나, 보수언론들은 이메일을 보내고 전화를 건 행위가 정당한 사법행정권의 행사에 속한다고 하면서, 오히려 이를 공개한 법관들에 대하여 더 강한 비난을 가하려는 모습을 보이면서 의제전환을 시도하였다.

7) 이국운, 이용훈 대법원장의 정교한 '사법정치학'이 성공한들..., 인터넷언론 프레시안, 5월14일자 기사, http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=20090514094018&Section=01 참조.

8) 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2009, 1916면 ; 성낙인, 헌법학, 2009, 법문사, 1114면.

9) 김철수, 위의 책, 같은 면.

어느 것 하나 중요하지 않은 것이 없지만, 그 중 특히 인사에 관한 사항과 재판권 행사에 관한 사항은 법관의 독립, 나아가 사법권의 독립에 핵심적인 것이다.

사법행정권은 헌법상 사법제도를 구체화하고 이를 실현하는 수단이다. 아울러 사법제도가 갖는 궁극목표인 인권보장을 위하여 사법권의 독립은 필수적이며, 사법행정은 사법권의 독립에 기여하는 방식으로 행해져야 한다. 사법권의 독립은 인적 독립(personal independence)과 제도적 독립(institutional independence)이 필요한데, 특히 후자는 입법권력과 행정권력으로부터 법관을 보호하여 헌법과 그 가치들을 수호하기 위하여 사법부 주위에 둘러쳐진 보호장벽(a protective wall)이 되도록 고안되어야 한다.¹⁰⁾ 따라서 헌법의 사법제도 관련규정은 사법권의 독립을 구현할 수 있도록 정해지고 또 해석되어야 하며, 하위법률 또한 사법권독립이라는 헌법의 기본정신을 구현할 수 있도록 정해지고 또 해석되어야 한다. 물론 헌법 및 법률에서 아무리 완벽한 규정을 갖추었다 하더라도, 이를 직접 실현하는 사법권의 담당자가 헌법상의 기본정신과 이념에 어긋나는 방법으로 사법행정권을 행사한다면, 헌법상의 사법권의 독립의 원칙은 깨뜨려지고 만다.

사법행정권은 두 가지 측면을 가지고 있다. 그 하나는, 현대사회 사법권의 특징으로서, 입법권력 및 행정권력과 대등한 권력으로서의 사법권력을 현실적으로 실현하여 다른 두 권력에 맞서 그 독립성을 확보함으로써 헌법정신과 국민의 기본권을 최대한 보장하여야 한다는 측면 즉 사법권력적 측면이며, 다른 하나는, 국민들 사이의 분쟁을 최대한 신속하고 공정하게 해결하여야 한다는 측면 즉 사법기능적 측면이다.¹¹⁾ 전자는 사법권력이 정치과정에서 독자적인 참여자로 기능하여 사법부 내외부로부터 그 독립성을 침해하려는 시도에 대하여 적절한 사법행정권의 행사를 통하여 이를 배제하는 것이며, 후자는 국민들 사이 혹은 국가와 국민 사이의 분쟁을 헌법과 법률에 따라 공정하고 신속하게 해결하기 위하여 사법행정권을 행사하는 것이다. 물론 이 양자는 전자를 위해서 후

10) Barak, Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton Univ, Press, 2006, p. 80.

11) 사법권의 기능적 측면에서 사법행정권을 논하고 있는 대표적 저술로, 가재환, *사법운영의 이론과 실제*, 박영사, 1995를 들 수 있다. 이 책은 정치과정에서 사법권력이 어떻게 정립되어야 하는지에 관한 측면보다는 기성의 사법제도를 효율적으로 운영·관리하기 위한 제반 논의를 담고 있는 점에서 미시적 접근을 하고 있다고 판단된다.

자가 뒷받침되어야 하고, 또한 후자를 위해서는 전자가 확보되어야 한다는 점에서, 동전의 양면과 같이 서로 밀접하게 관련이 되어 있다. 그런 점에서 사법기능적 측면에서 사법행정권을 집행하는 경우에 그 집행이 사법권력적 측면에서 사법권의 독립성을 침해할 가능성이 있다면 그러한 사법행정권의 집행은 마땅히 배제되어야 한다.

이 글은 위에서 언급한 사실관계를 기초로 하여, 헌법상 3권의 한 축인 사법부의 수장이 사법부 내외부의 독립침해에 대응하여 어떻게 행동하여야 하는지에 관하여, 사법기능적인 측면에서보다는 사법권력적 측면에서의 사법행정이라는 관점에서, 우리나라 헌정사에서의 경험을 통하여 대법원장의 사법행정권행사의 모델을 추적하여 현재의 제도 및 상황과 비교·검토하고 아울러 현행 헌법 및 법률에서 정하고 있는 포괄적 권한으로서의 사법행정권의 행사방법과 기준에 관하여 언급하고자 한다. 또한 현행 헌법 및 법률의 문제점을 살펴보고 입법론을 개진하고자 한다.

II. 대법원장의 지위와 사법행정권

1. 우리 헌정의 경험

(1) 미군정기 및 1948년 헌법과 법률

우리나라 사법제도는, 해방 이후 일제강점기의 사법제도를 폐지하고 전면적으로 재구성할 필요가 있었음에도 불구하고 미군정의 점령목적에 위하여¹²⁾ 최소한의 변경에 그침으로써, 태생적으로 일제강점기의 사법제도를 모태로 하여 출범하였다. 군정 초기에는 조선총독부 산하의 사법행정조직을 한동안 그대로 답습하여, 총독부 산하의 중앙행정부서인 법무국에서 사법행정을 관장하게 하였다. 1946년 4월에, 군정법령 제67호를 공포하여 군정 산하 법무국을 司法部로 개칭하고 그 장인 사법부장으로 하여금 사법행정을 담당하도록 하였다.¹³⁾ 그러

12) 미군정기의 점령정책은 신식민주의 혹은 반식민주의로 평가되고 있다. 송광성, 미군점령4년사, 한울, 1993, 296면 이하 참조.

나 판사 및 검사의 임명에 군정장관의 동의를 얻게 하여 사법행정의 독립성이 확보되지 못하였다. 군정청 하의 사법부는 재판소의 명령 및 결정을 제외하고는 모든 사법사무를 관장하는 기관일 뿐만 아니라 법무행정 및 법제업무 등을 관장하는 광범위한 행정기관으로서의 역할을 하였다. 비록 이전의 총독부하의 법무국에서 사법권을 관장하던 것보다는 진일보하기는 했으나, 지엽적인 개혁에 불과하였다.

제도적 측면에서 총독부 시절보다 진일보하기는 하였으나, 여전히 미군정 산하에 속해 있었기 때문에, 사법행정의 요체라 할 수 있는 인사와 재판권의 행사에 있어서도 점령정책을 기조로 하고 있는 미군정의 간섭이 적지 않았다. 특히 군정청 산하의 또다른 재판소인 군정재판소와의 관할권문제로 갈등이 심하였다.¹⁴⁾ 미군정의 군사재판소와 한국인재판소 사이의 관할의 갈등은 사법권의 독립의 문제이기 이전에 외세에 의한 재판간섭이라는 성격을 띠고 있었고, 이것은 주권침해의 문제가 되기 때문에, 이에 대하여 저항하는 것은 당연한 것이었다. 이 시기에는 사법부의 사법권행사에 대하여 미군정과 좌익이라는 정치세력으로부터 위협이 있었지만, 당시의 사법부장 김병로의 노력으로 이를 배제할 수 있었다.¹⁵⁾

사법권의 완전독립을 제도화하는 입법조치는 군정말기에 이르러서 신정부수립을 준비하는 과정에서 비로소 단행되었는데, 1948년 5월 4일 군정법령 제192호로 법원조직법이 공포된 것이 그것이다. 이 법령의 시행으로 말미암아 비로소 사법권이 행정부로부터 완전히 독립되는 기반이 마련된 것이다. 이 법원조직법에 따라 법원의 조직과 인사에 대한 독립성이 확립되고, 사법행정처가 설치되었다.

13) 司法部가 설치된 후 최초의 사법부장은 총독부직제 법무국의 법무국장이었던 Woodall 소령이었는데, 1946년 6월 20일에 기구를 개편하여 미국인 사법부장과 한국인 사법부장을 별도로 두고 전자가 후자의 결정에 대하여 승인권을 가지며 최종적인 책임을 지도록 하고 있었다. 최초의 한국인 사법부장은 김병로이었다. 1946년 9월 11일 이후에는 조선과도입법위원의 개원과 함께, 미국인 사법부장을 고문으로만 칭하게 되어 사법부의 실질적인 이양이 이루어졌고, 1947년 2월 15일에는 미국인 사법부장(Cornelly Jr.)이 사직하여 사법부의 한국인화정책이 완료되었다. 상세한 내용은, 법원행정처 편, 법원사, 1995(이하 '법원사'로 칭함), 182면 참조.

14) 자세한 사항은 줄고, 정치과정에 있어서의 사법권에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 1996, 80면 이하 ; 법원사, 184-188면 참조.

15) 상세한 내용은, 김학준, 가인김병로평전, 민음사, 1988, 303면 이하 참조

1948년 헌법은 제78조에서 「대법원장인 법관은 대통령이 임명하고 국회의 승인을 얻어야 한다.」고 하고, 제79조에서도 「법관의 임기는 10년으로 하되 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.」고 하여, 대법원장과 대법관의 임기는 헌법에 별도로 규정하지 않았다. 정부수립 후 최초의 법원조직법(1949. 9. 26. 국회 재의결 법률 제51호)은 「대법관의 임명 및 대법원장의 보직은 대법원장과 대법관 및 각 고등법원장으로 구성된 법관회의의 제청으로 이를 행한다.」고 하여(제37조 제1항) 대법원장의 보직에 관하여 법관회의의 제청을 거치게 하고 있었는데, 이는 헌법에 규정을 두지 아니한 임명절차를 법률로 정한 것으로 사법권의 독립을 위하여 매우 중요한 의미를 가지는 규정이었다.¹⁶⁾ 대법원에 법원행정처를 두었으며(법원조직법 제8조 및 동 제12장),¹⁷⁾ 사법행정권은 대법원장에게 전속되어 있었다(법원조직법 제15조). 그러나 대법원의 최고 의사결정기관으로 대법관회의를 두어(법원조직법 제11장), 법률에 정한 중요사항에 대하여 의결을 거치도록 하여¹⁸⁾ 그 한도에서 대법원장의 사법행정권에 제한을 두고 있었다.

초대 김병로 대법원장은 건국 초기에 사법권의 독립의 초석을 다진 것으로 평가된다.¹⁹⁾ 당시의 이승만 대통령의 권력강화과정에 대응하여 김병로 대법원

16) 이 규정에 대하여 법제정 시에 정부가 위헌의견 제시하였으나, 김병로 대법원장의 합헌의견이 국회에서 수용되었다. 이 규정은 나중에 김병로 대법원장이 퇴임한 후에 제2대 대법원장의 임명과 관련하여 논란이 되었다.

17) 법원행정처의 경우, 그 처장과 차장은 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명하도록 하고 있었는데(1949.9.26. 법률제51호 법원조직법 제65조), 과도법원조직법(1948.5.4. 군정청법령 제192호)에서 사법행정처의 처장과 차장의 임면에 관하여 대법관회의의 권한으로 하고 있었던 것과 비교할 때(동법 제87조 마호), 행정권력인 대통령에 의한 사법권의 침해가능성을 열어둔 것으로 이전보다 상당히 후퇴한 것이었다.

18) 대법관회의의 권한은 다음과 같다(법원조직법 제62조). 「1. 법관의 임면, 전임 및 보직에 관한 사항 2. 법관의 직무대리에 관한 사항 3. 법원의 내부규율 및 사무규칙에 관한 사항 4. 법원행정처장 동 차장 및 대법원서기국장의 임면에 관한 사항 5. 판례의 조사, 수집 및 간행에 관한 사항 6. 예산 및 결산에 관한 사항 7. 법령에 의하여 대법관회의의 권한에 관한 사항 8. 법원행정에 관한 기타의 중요사항」 등이다. 이러한 입법은 일본의 최고재판소의 사법행정권과 비교된다. 즉, 일본의 경우 최고재판소 및 하급재판소에 재판관회의를 두어(일본 재판소법 제12조, 제20조, 제29조) 그 의결에 따라 최고재판소의 장 및 각 하급재판소의 장이 총괄하도록 하고, 각 재판소별로 사무국(최고재판소는 사무총국)을 두도록 하고 있다. 비록 하급재판소의 장 및 재판관의 임명이 최고재판소가 제시한 명부에 따라 내각에 의해 행해지고, 최고재판소의 감독권이 있기는 하지만, 각 하급재판소별로 사법행정의 자율성이 어느 정도 확보된다고 보아도 좋을 것이다.

19) 구체적 내용은, 김학준, 주 15)의 책, 331면 이하 참조.

장은 가능한 한 정치권력으로부터 독립하려는 노력을 기울였으며, 이러한 노력은 이승만 정권에 대한 정치적 저항으로서의 성격을 가지고 있었다.²⁰⁾ 권력분립에 따른 견제와 균형은 당연히 집권세력에 대한 정치적 저항으로 나타나는 것임에도 불구하고, 이후 우리나라 헌정사에서 집권정치세력들은 정치적으로 그리고 제도적으로 사법부를 철저히 집권정치세력에 종속시키는 구조로 개악하였다. 이것은 구체적으로는 대법원장의 사법행정권 행사, 그 중에서도 특히 인사 및 재판절차의 진행에 대한 간섭이라는 형태로 나타났다.²¹⁾

(2) 1960년 헌법과 법률

4·19 혁명을 거쳐 탄생한 1960년 헌법은 「대법원장과 대법관은 법관의 자격이 있는 자로써 조직되는 선거인단이 이를 선거하고 대통령이 확인한다.」고 하고(제78조 제1항), 「제1항 이외의 법관은 대법관회의의 결의에 따라 대법원장이 임명한다.」고 하였다(동 제3항). 헌법규정에 따라 「대법원장 및 대법관 선거법(1961.4.26 법률 제604호)」이 제정되어 선거일공고(예비선거 : 5월17일, 대법원장·대법관 선거 : 5월25일)와 입후보까지 행해졌으나, 선거는 선거일 하루 전날 5·16쿠데타가 발발하여 시행되지 못하였다. 이 시기에는 법원조직법도 전혀 개정되지 못하였다. 4·19 혁명 후 대법원장 조용순이 사임하였으나 새 대법원장을 선출하지 못한 채 5·16 쿠데타까지 김갑수 직무대리 체제로 유지하였다.

4·19 혁명 이후 5·16쿠데타까지 약 1년여 기간동안 대법원은 급변하는 정치상황의 전개에 따라 정상적인 사법행정권을 행사할 수 없었던 시기이었다.

20) 김병로 대법원장과 이승만 대통령 사이에는, 반민특위 문제, 국가보안법 문제 등을 놓고 첨예하게 대립되었는데, 대통령 이승만의 사임 종용이나 재판에 대한 비판 혹은 간섭에 대하여 강력하게 이를 거부했던 김병로 대법원장은 국회에서의 퇴임사에서도 사법의 운영을 향상, 발전시키기 위한 국회의 협조를 당부하기도 하였다. 상세한 내용은 줄고, 주14)의 논문, 100면 이하 참조.

21) 2대 대법원장의 임명과정에서 이승만은 법관회의의 조용순 임명제청을 거부하고 이우익을 제청해달라는 친서를 전달하였다. 이는 명백히 사법부의 의사결정에 간섭하는 행위이었는데, 법관회의는 이를 전원일치로 부결시키고 다시 조용순을 임명제청하였다. 그러나 이승만은 임명을 거부한 채 6개월여 동안 대법원장을 공석으로 두었다가 1958년 6월에야 임명승인을 국회에 요청하였다. 2대 조용순 대법원장 취임 이후 사법부의 판결은 친정부적 성향을 가감없이 드러내고 있다. 대표적인 사건들로, 진보당 사건판결, 경향신문필화 사건 판결을 들 수 있다.

(3) 5·16 쿠데타 이후

5·16 쿠데타 이후에는 국가재건비상조치법(61.6.6.)에 따라 사법권이 완전히 국가재건최고회의에 종속되었다. 국가재건비상조치법은 「사법에 관한 행정권의 대강은 국가재건최고회의가 이를 지시·통제한다.」고 하고(제17조), 「대법원장과 대법원판사는 국가재건최고회의의 제청으로써 대통령이 이를 임명한다.」고 하며(제18조 제2항), 「전조 이외의 법관과 법원행정처장은 국가재건최고회의의 승인을 얻어 대법원장이 이를 임명한다.」고 하여(제19조 제1항), 사법권을 국가재건최고회의에 완전히 종속시켰다. 아울러 대법관을 대법원판사로 개칭하여 그 격을 낮추고,²²⁾ 그 임명방식에 관하여 법원조직법에서 삭제하였다. 또한 대법관회의도 대법원판사회의로 바뀌었다. 이 시기에는 사법부의 사법행정권이 국가재건최고회의에 완전히 종속된 결과 사법부가 완전히 파괴되었고, 행정권 및 입법권을 견제하여 그를 통해 균형을 도모하는 권력으로서가 아니라 단순히 분쟁해결이라는 기능적 측면에서만 존재하였을 뿐이었다.

(4) 1962년 헌법과 법률

5·16쿠데타 후 민정이양을 위한 헌법이었던 1962년 헌법은 「대법원장인 법관은 법관추천회의의 제청에 의하여 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. 대통령은 법관추천회의의 제청이 있으면 국회의 동의를 요청하고, 국회의 동의를 얻으면 임명하여야 한다.」고 하고(제99조 제1항), 「대법원판사인 법관은 대법원장이 법관추천회의의 동의를 얻어 제청하고 대통령이 임명한다. 이 경우에 제청이 있으면 대통령은 이를 임명하여야 한다.」고 하며(동 제2항), 「대법원장과 대법원판사가 아닌 법관은 대법원판사회회의의 의결을 거쳐 대법원장이 임명한다.」고 하였다(동 제3항). 행정부의 수반인 대통령의 의사와는 상관없이 법관추천회의의 제청에 의하여 대법원장을 임명하게 하고 국회 동의 후에는 임

22) 원래 대법원판사는 1959년 법원조직법개정에서 대법관 외에 대법원에 두는 판사를 일컫는 명칭이었다. 이 후 이 명칭은 1980년 헌법까지 그대로 이어졌다. 1972년 헌법(유신헌법)은 대법원판사라는 명칭조차도 헌법규정에서 삭제하여 대법원장이 아닌 법관 속에 포함시켰고, 법원조직법에서 규정하였다.

명을 거부할 수 없게 한 점에서, 대법원장의 임명에 있어서 대통령의 권한을 형식화하고 있는 것이 큰 특징이었다. 이 점은 대법원판사의 경우에도 마찬가지이었다. 따라서 대법원장과 대법원판사를 임명함에 있어서 법관추천회의의 역할이 가장 중요하게 되었지만, 실질적으로는 법관추천회의에 대한 대통령의 지배가능성이 크다면, 법관추천회의 자체가 무력화될 수도 있었다. 헌법규정도 「법관추천회의는 법관 4인, 변호사 2인, 대통령이 지명하는 법률학 교수 1인, 법무부장관과 검찰총장으로 구성한다.」고 하여(제99조 제4항), 대통령의 영향하에 있는 법무부장관과 검찰총장을 구성원으로 하고 있어서 대통령의 지배가능성을 크게 하고 있었다.

사법행정과 관련하여 법원조직법상 법원행정처장의 보직은 상당히 중요한 것이었는데, 5·16쿠데타 이후 3공화국의 상당기간 동안 비법조인이 법원행정처장을 맡는 어이없는 일도 있었다. 즉, 4대 법원행정처장인 전우영은 1962. 4. 30.에 현역군인(대령)의 신분으로 법원행정처장에 임명되어, 이후 1969. 7. 24.까지 재직하였다.²³⁾

한편, 사법권행사의 과정에서는 군부권위주의정권의 영향 아래 사법권독립에 대한 침해의 사례가 적지 않게 나타나기 시작하였다. 대표적으로 무장군인의 법원난입사건, 인혁당사건에서의 검찰항명파동과²⁴⁾ 법원유죄판결, 민비연 내란 음모사건, 동백림 사건 등 정치적 반대자들을 억압하기 위한 사건들이 적지 않았으나, 법원도 또한 적지 않은 판결들에서 정치권력의 자의적인 법적용과 권한남용을 견제하기도 하였다.²⁵⁾

이 시기 우리나라 사법사에 특기할 만한 사건으로 사법부정풍운동(1971. 1.)과 국가배상법 위헌판결((1971. 6.)²⁶⁾ 그리고 법관구속영장파동(1971. 7.)이 있

23) 법원사, 453면 참조.

24) 소위 검찰항명파동은, 1964년의 인혁당사건에서(1974년의 인혁당(민청학련)사건으로 연계됨) 수사검사가 기소할 가치가 없다는 판단에 따라 불기소의견을 내고 기소장에 서명을 거부한 데 대하여 검찰고위층에서 기소를 강력히 지시하자 담당검사들이 서명을 거부하면서 전원사표를 제출한 사건이다. 당시 법무부장관이었던 민복기는 상명하복의 검찰기강을 내세우며 서명거부 검사들에 대한 조치를 취하겠다는 강경한 태도를 보였고, 결국 공소장은 구속만기일에 속직검사에 의하여 서명되어 기소되었다. 이 사건은 최근 MBC PD수첩에 대한 검찰의 수사과정과 유사한 측면을 보여준다.

25) 줄고, 주 14)의 논문, 150면 이하 참조.

26) 국가배상법 제2조 제1항 단서의 위헌여부에 관하여 위헌의견을 낸 대법원판사들은 1972년 헌법

었다.²⁷⁾ 특히 법관구속영장과동은 권력의 사법부 길들이기의 전형을 보여주는 사례로서, 행정권력이 자신에게 속해 있었던 검찰권력을 이용하여 사법부를 억압한 대표적 사례이다.²⁸⁾ 당시 대법원장이었던 민복기는 이 사건이 발생하였음에도 불구하고 아무런 적극적인 조치를 취하지 않았다가, 대통령의 사건백지화 지시 이후에야 사태수습에 나서서 파동 후 1개월이 지나서 자체수습형식으로 매듭지었다. 사법부 외부의 독립침해에 대응하여 대법원장이 취해야 할 적극적인 대응태세를 갖추지 못하고 집권정치세력의 눈치를 살피 그 의도에 따라 사태를 해결하는 무기력한 모습을 보여준 것이었다.

(5) 1972년 및 1980년 헌법과 법률

이른바 ‘유신헌법’으로 불리는 1972년 헌법은 우리 헌정사에서 권력을 인격화한 대표적 헌법으로, 권위주의적인 신대통령제 헌법이었다.²⁹⁾ 권위주의적(authoritarian)이란 용어는 유일한 권력보유자가 정치권력을 독점하여 권력복종자로 하여금 국가의 의사결정에 참여하지 못하게 하는 정치체제를 일컫는 것으로,³⁰⁾ 1972년 헌법의 권력구조에서도 모든 권력을 행정부 수반인 대통령에게로 집중하여 입법권력과 사법권력을 완전히 무력화시켜 권력분립의 본질적 특징인 견제와 균형의 기능을 전혀 발휘하지 못하게 하였다.

1972년 헌법의 규정에서 사법제도 관련 규정들을 보면, 먼저, 「대법원장인 법관은 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다.」고 하고(제103조 제1항), 「대법원장이 아닌 법관은 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명한다.」고 하고

하의 대법원판사 임명에서 전원 탈락되었다. 집권자의 의도에 벗어나는 대법원판사는 더이상 제도권 내의 공직에 머물러 있게 하지 않겠다는 집권자의 의도가 분명히 드러나는 사례라고 할 것이다.

27) 법원사, 475면 이하 ; 줄고, 주 14)의 논문, 156면 이하 참조.

28) 이 사건은 1971년 7월 28일 서울지검의 검사가 서울형사지법 항소3부의 이범렬 부장판사, 최공웅 판사, 이남영 서기관 등 3인에 대하여, 구속영장을 신청한 사건이다. 그 이유는 반공법 위반 항소사건을 심리하면서, 증인신문을 위하여 위 3인이 제주도로 출장을 갔을 때 사건담당 변호사로부터 왕복여비, 숙식비 등 10만원 상당의 향응을 제공받았다는 혐의이었다. 1차 사법파동의 원인이 된 사건이다.

29) 김철수, 주 8)의 책, 122면.

30) Loewenstein, K., Political Power and the Governmental Process, U. of Chicago Press, 1965, p. 55.

있다(동 제2항). 이전의 헌법규정에 비하여, 연임금지규정을 삭제하고, 법관추천회의나 대법관회의 등의 의사결정기구를 삭제하였으며, 대법원의 구성원인 대법원판사에 대해서는 헌법에서 전혀 규정하지 않고 법률로 규정하게 하였다. 이러한 각 규정들은 사법권력의 행사에 관하여 전적으로 대법원장 1인에게 독점시킴으로써, 대법원장이 사법부 내부에서 아무런 제약없이 독재적으로 권한을 행사할 수 있도록 한 것이었으며, 집권자에게는 대법원장을 통하여 사법부를 지배할 수 있도록 제도화한 것이었다.

법원조직법에서는 특히 사법행정과 관련하여 법원행정처장이 전국 각 법원의 법원행정 및 직원을 감독한다고 규정하여(동 제64조 2항), 일반법원행정의 우월 내지 관료화의 방향으로 가게 하였다.³¹⁾ 특히 법원행정처장의 권한비대로 사법의 순수성을 망각하게 할 염려가 다분히 있고 또 후일 행정처장의 대법원판사 겸직이라는 중대한 국면에 도달케 하였으며, 법원이 재판보다 행정에 우선하게 되는 경향과 법관의 관리직선호의 방향으로 가는 계기를 만들었다는 평가를 낳았다.³²⁾

1972년 헌법 시행 동안, 민복기·이영섭 두 대법원장이 재임하였는데, 민복기 대법원장은 1962년 헌법에 따라 대법원장에 임명되었다가 1972년 헌법에 의해서도 연임된 경우이며, 이영섭 대법원장은 1972년 헌법에 따라 임명되었다가 임기를 채우지 못하고 신군부쿠데타 이후 성립된 이른바 제5공화국 출범과 함께 사직하였다(1981. 4. 15).³³⁾

이른바 유신시대의 사법은 긴급조치사법과 안보사법으로 특징지워질 수 있다. 헌법에 근거한 긴급조치는 9호까지 발령되었는데, 많은 중대한 사건들이 긴급조치에 의율되었고, 1심 내지 2심판결이 있는 후에도 상고를 포기하게 할 정도로 사법부를 불신하게 만드는 것이었다.³⁴⁾ 특히 긴급조치관련 사건은 속전속결주의로 재판이 진행되어, 제1호의 첫 희생자인 장준하, 백기완 두 사람에 대

31) 방예원, 법원(법원조직법)변천 관견(IX), 인권과 정의 155호(1989.7.), 71면.

32) 방예원, 위의 글, 같은 면.

33) 이영섭 대법원장은 해방 이전 즉 일제강점기에 법조인의 자격을 획득한 사람이 대한민국 정부 수립 후 마지막으로 在朝에서 퇴장한 인물이다. 단순히 보자면, 일제강점기에 억압적인 식민지 통치의 법률문화가 해방 이후 36년간(1945.8.15.-1981.4.15.) 우리나라의 在朝法曹에 영향을 미치고 있었음을 의미한다.

34) 졸고, 주14)의 논문, 205면 이하 참조.

한 재판은 검찰 기소로부터 선고에 이르기까지 불과 일주일밖에 걸리지 않았다. 1974년 1월 25일에 비상보통군법회의에 기소되어 같은 달 31일에 첫공판이 열렸고, 그 다음날에 각각 15년씩의 징역형이 선고되었다. 이것은 검찰관의 구형량과 일치되는 것으로서 법조계는 이를 「정찰제판결」이라 부르기도 하였다.³⁵⁾ 긴급조치에 못지 않은 억압적 법률이 국가보안법과 반공법이었는데, 정권유지를 위한 모든 폭압적 기구가 모두 동원되어 적용기관으로 작용하였고, 사법부는 이들이 수사한 사건들을 최종적으로 판결이라는 이름으로 완결하는 절차를 담당해 왔다.³⁶⁾

이들 사건 외에도 유신시대 말기에서 5공화국 초기까지 신민당총재단직무집행정지가처분신청사건, 10·26사건, 김대중내란음모사건 등 사법부는 폭력적인 정치권력 앞에서 무기력한 모습을 보여줄 수밖에 없었다.

10·26 사건 이후 12·12쿠데타와 5·17사태(광주민주화항쟁)를 거쳐 집권한 신군부세력은 군부권위주의정권인 박정희 정권의 권위주의적 속성을 그대로 물려받은 아류정권이었다. 사법제도의 설정에 있어서도 1972년 헌법을 자구만 변경하고 법률규정을 헌법규정으로 만들었을 뿐, 큰 차이는 없었다. 즉, 1980년 헌법에서는, 「대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다。」고 하고(제105조 제1항), 「대법원판사는 대법원장의 제청에 의하여 대통령이 임명한다。」고 하며(동 제2항), 「대법원장과 대법원판사가 아닌 법관은 대법원장이 임명한다。」고 하고 있었다(동 제3항). 대법원장의 임명에 국회의 동의를 얻게 하고, 일반법관에 대한 임명권을 대법원장에게 이양하였을 뿐, 기본적으로는 정권 자체의 속성상 사법권의 실질적 독립을 보장할 수 있는 장치는 허용하지 않았다.³⁷⁾

한편, 개정법원조직법 규정 중에는, 법관의 파견근무조항이 있었는데(1981. 1. 29. 법률 제3362호, 제43조의2), 이 규정은 제5공화국의 사법권지배에 적절한 도구로 이용되었다.

1980년 헌법이 시행되는 동안 수많은 정치적 사건들이 발생하였고 이에 대하

35) 이상우, 박정권하의 사법부수난, 신동아 311호(1985.8.), 324면.

36) 박원순, 국가보안법 연구 2, 국가보안법적용사, 역사비평사, 1992, 509면 이하 참조.

37) 제5공화국 당시의 대법원장 및 대법원판사의 임명과정이 얼마나 정치권력의 자의적 판단에 의해 이루어졌는가는 당시의 권력핵심이었던 박철언의 증언에서도 잘 나타난다. 박철언, 바른 역사를 위한 증언 1, 랜덤하우스중앙, 2005, 55-58면 참조.

여 사법부가 재판하는 과정에서 사법부에 대한 불신에 기하여 법정혼란과 재판 거부가 빈번히 발생하였다.³⁸⁾ 이러한 와중에 대법원장의 사법행정권의 왜곡을 보여주는 대표적인 사건이 발생하였는데, 바로 서태영판사필화파동이다. 이 사건은 미문화원농성사건에 대한 재판이 한창 진행 중이던 1985년 9월 4일, 9월 1일자로 단행한 대법원의 법관인사를 비판한 글을 법률신문에 기고한 판사가 인사발령 하루만에 다시 전격 전보된 사건이다. 유신체제하에서 법관에 대한 보직권을 대통령이 가지고 있어서, 사법권의 독립에 큰 장애가 되었다는 평가가 있었던 때문에, 제5공화국 헌법에서는 법관의 보직권을 대법원장에게 부여하였던 것인데, 이제는 대법원장이 스스로 소신있는 법관들을 한지로 내모는 보직권의 남용을 자행한 것이었다. 이러한 보직권의 남용은 정치권력에 종속적인 대법원장의 입장에서는 당연한 것으로 인식되어 있었다.³⁹⁾

2. 경험적 반성

해방 이후 우리나라의 사법행정은 태생적으로 일제강점기의 사법정책의 영향을 받은 것이었다. 미군의 점령정책의 결과 그대로 온존하게 된 사법부는 정부수립 후 권위주의적 독재권력의 전개에 따라 식민지시기의 억압적·권력굴종적 성향을 완전히 벗어나지 못하였음을 볼 수 있다. 사법부의 입장에서 본다면, 식민지권력이나 독재권력이나 자신의 존재기반으로서 통치권력이라는 점에서 마찬가지로이었던 셈이다.⁴⁰⁾ 행정권력과 입법권력에 대립되는 사법권력이라는 권력적 측면에서 본다면, 정부수립 초기 초대 대법원장이었던 김병로의 역할에서 사법권력의 독립성을 확보하려는 강력한 노력을 엿볼 수 있지만, 2대 대법원장 이후 제5공화국까지의 시기에는 제도적인 측면과 대법원장의 개인적 성

38) 줄고, 주 14)의 논문, 219 면 이하 참조.

39) 이 인사파동에 대하여 유태홍 대법원장은 임기만료를 4개월 앞둔 시점에 언론과의 인터뷰에서, 서 판사에 대한 인사조치가 「인사권자로서 당연한 의무이행이었고, 잘못된 인사조치이었음을 지금도 믿고 있다」고 말하였다. 동아일보 1985. 12. 10. 자.

40) 이 점은 식민지시기에 세계적으로 그리고 독일과 일본의 학계에서 주류를 이루었던 법실증주의적 법학방법론에 영향을 받은 것으로 보인다. 즉, 법적 판단에서 국가나 이념 혹은 정치현실 등의 요소들은 배제되어야 한다는 법실증주의적 경향은 법관이 위의 요소들과는 무관하게 법적 판단을 내려야 한다는 편협한 자기정당화의 논리로 이어진다. 그러나 식민지시기의 법질서는 명백히 일본제국의 법질서이었을 뿐이며, 대한민국의 법질서와는 전혀 별개이다.

향의 측면 모두에서 행정권력의 수반인 대통령에게 철저히 종속적이고 굴종적인 형태로 일관되고 있음을 알 수 있다.

앞서 지적한 바와 같이, 사법행정권이 사법권력적 측면과 사법기능적 측면을 모두 가지는 것이라면, 양 측면의 사법행정권은 사법부 내부의 의사결정과정을 거쳐 대내외적으로 표명되고 실현됨으로써 각 측면의 목적을 달성할 수 있다. 이 의사결정과정에 참여하는 주체들은 헌법이 정한 사법제도에 의하여 결정된다. 사법행정권의 최종적 권한과 책임을 집단적 의사합의체가 아니라 사법부의 장 1인에게 전속시킨다면, 사법부의 의사결정과정이 전적으로 1인에 의해 지배되는 결과를 낳게 되고, 이는 그 1인을 지배함으로써 사법부 전체를 지배할 수 있게 됨을 의미한다.⁴¹⁾ 이렇게 된다면, 상호견제되고 대립되는 각 권력들간에 사법부에 대한 지배의 유혹을 떨치지 못하게 될 것이다.

우리 헌정사에서 권위주의 독재정권은 정치적 압력과 헌법 및 법률의 잦은 개정을 통하여 사법제도를 개악함으로써 사법권력을 무력화시켰음을 알 수 있다. 즉, 행정권력의 수반인 대통령에게 과감히 맞섰던 대법원장 김병로가 퇴임한 후 대통령 이승만은 신임 대법원장의 임명을 지연시킴으로써 신임 대법원장과 대법관들이 자신의 권력적 의지에 추종하도록 압박하였고, 5·16쿠데타 이후에는 사법부를 전면적으로 쿠데타 후의 회의체기구인 국가재건최고회의에 종속시켰으며, 이후 1962년 헌법체제와 1972년 헌법체제 하에서도 철저히 집권정치세력에 종속시켰다. 1980년 헌법체제에서도 이 점에 관한 한 전혀 다르지 않았다.

정치권력이 사법부를 지배하는 데에 가장 유용하게 사용된 제도적 방식은 사법부의 최고 의사결정기구를 무력화하고 인사, 행정 등의 사법행정권의 행사를 대법원장 1인에게 집중시킨 것이었다. 이 점은 1962년 헌법에서 규정되었던 대법원판사회의를 1972년 헌법에서 완전히 삭제하여 대법원장에게 집중시킨 것이나, 1980년 헌법에서 이를 그대로 승계하고 있는 점에서 볼 수 있다. 또한 1인에게 집중된 권력조차도 법원행정처와 같은 실무기구를 통하여 간접적으로 통제함으로써 사법권을 무력화시켰다. 특히 법관인사에 관하여 대법원장의 전횡을 가능하도록 한 것은 사법권 자체를 내부적으로 독재화한 것으로 법관에

41) 물론 이러한 주장은 사법제도 내에서 법관 개인의 성향과 역할이 무의미하다는 것은 아니다. 그러나 사법제도를 설정하고 그 구성원을 자의적으로 임명할 수 있는 체제 내에서는 그 출발부터 사법권은 정치권력에 종속되고 개인의 역할이 무의미하게 된다.

대한 사실상의 지배를 초래하는 것이었다.

결론적으로 보아, 사법권력이 그 독립성을 유지하느냐의 여부는 1차적으로는, 사법권력의 외연인 행정권력과 입법권력을 장악하는 정치권력의 속성에 따라 결정된다. 반민주적인 정치권력은 헌법과 법률을 통하여 사법제도를 설정하면서, 사법권 자체를 권력적 성격을 가지게 하여 자신에 대한 견제와 균형을 이루도록 하기보다는 단순히 기능적 측면에서 정치권력의 의도를 충실히 집행하는 기관으로만 존재하도록 강요한다. 따라서 정치권력 자체의 민주화는 사법부 독립의 필연적 전제이다. 2차적으로는, 제도적인 측면에서 무력화된 사법부라 하더라도 사법부의 수장과 그 구성원들인 법관들이 외부의 독립침해요인들에 대응하여 과감하게 저항하는 방법이 있다. 이 점은 사법부의 수장 개인의 성격에 따라 결정될 것이지만, 저항 자체가 일종의 정치적 투쟁으로서의 성격을 갖게 되기 때문에 현실적으로 기대하기 쉽지 아니하다. 그럼에도 불구하고, 정치권력의 속성이 독재권력을 지향하고자 할 때, 이에 과감히 저항하여 민주주의와 법치주의 그리고 사법권의 독립을 지켜내는 것이야말로 사법부의 수장과 법관들에게 부여되어 있는 막중한 책임이다.

III. 현행헌법상 대법원장의 지위와 사법행정권

1. 현행헌법상 대법원장의 지위

현행헌법은 「대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.」고 하고 있다(제104조 제1항). 1948년 헌법이나 1960년 헌법 혹은 형식적이기는 했지만, 1962년 헌법의 규정에 비하여 아무런 선행절차를 거치지 않고 대통령의 의사에 따라 대법원장이 임명될 수 있도록 하고 있다. 장래에 개헌이 된다면, 대법원장의 임명절차를 개선하여, 1960년 헌법과 같이 선거제를 도입하거나, 1962년 헌법에서의 법관추천회의와 같은 최소한 독립적인 합의체기관을 두어 임명을 제청하고 국회의 동의를 받는 절차를 두어야 한다.⁴²⁾ 물론 합의체기관 자체의 독

42) 정진경, 사법권의 독립과 관련한 사법개혁방안, 대한변협 편, 인권과 정의, 통권 제293호, 2001. 1., 123면 이하도 같은 취지이다.

자성을 담보하기 위하여 그 구성원을 공정하고 민주적인 방법으로 선임하는 방법이 강구되어야 한다.

대법원장은 최고법원인 대법원의 수장으로서 대법원과 각급법원에 대한 구성권을 가지며 사법행정권을 가지는데, 대법원의 일반사무를 관장하며, 대법원의 직원과 각급법원의 법원행정사무 및 그 직원을 지휘·감독한다(법원조직법 제13조). 이 규정의 의미로 보아, 사법행정권에 관한 한 대법원장에게 집중되는 구조를 예상하고 있다. 이러한 사법행정사무는 법률·대법원규칙 또는 대법원장의 명으로 법원행정처장, 각급법원의 장이나 연수원장, 법원공무원교육원장 또는 법원도서관장에게 위임할 수 있도록 하고는 있지만(법원조직법 제9조 제2항), 대법원장은 사법행정권의 행사에 대하여 최종적인 책임을 지는 것으로 이해하여야 한다.

대법원장은 또한 대법관회의의 의장의 지위를 갖는다(법원조직법 제16조 제1항). 의장은 의결에 있어서 표결권을 가지며, 가부동수인 때에는 결정권을 가진다(동 3항). 대법관회의는 헌법규정에서는 대법원장과 대법관이 아닌 법관의 임명에 동의하는 기관으로 단 한차례 규정되어 있지만, 법원조직법에서는 의결 기관으로 여러 권한을 정하고 있다(법원조직법 제17조). 대법원장의 사법행정권은 이 규정이 정한 권한사항의 범위에서는 제약된다고 볼 것이다.

대법원장은 대법원전원합의체의 재판장으로서의 지위를 가진다(법원조직법 제7조 제1항). 이 지위에서 대법원장은 다른 대법관과 동료 중의 제1인자(primus inter pares)의 지위를 갖는다.⁴³⁾

2. 사법행정권의 문제점

(1) 우리나라 법원행정의 문제점

우리나라 사법행정 특히 법원행정은 사법제도의 기원과 역사적 경험에 따라 다양한 문제점이 지적되고 있다. 그동안 학계 혹은 실무계에서 지적되고 있는 것들을 간략히 요약하면, 첫째, 법관인사제도의 불합리성, 둘째, 피라미드식의 관료화된 사법제도의 문제, 셋째, 예산상의 독립성의 부재, 넷째, 빈번한 인사발

43) 김철수, 주 8)의 책, 1910면.

령으로 인한 법관의 전문성의 미흡, 다섯째, 시민사회에 기반을 둔 법관평가제도의 부재와 법관근무평정제도의 개악으로 인한 법관의 독립성 부재, 여섯째, 법원조직규모의 후진성, 일곱째, 중간단계의 각급법원의 자율성 부재 등이다. 이러한 문제점들은 사법권의 독립과 관련한 인적·물적 요소들을 망라하여 지적되고 있는 사항들인 바, 이하에서 각 문제점들을 검토한다.

(2) 법관인사제도의 불합리성

현행 법원의 법관인사제도는 대법원을 제외한 각급법원의 경우에는 자격을 갖춘 자에 대하여 대법원장이 법관을 임명, 전보하여 충원하는 ‘전문경력제(career system) 법관충원방식’을 취하고 있다. 법관의 임명은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 행하도록 하고 있지만(헌법 제104조 제3항), 판사의 보직은 대법원장의 전속적인 권한으로 하고 있다(법원조직법 제44조 제1항). 과거 제5공화국 당시의 서태영판사필화과동에서 보듯이 대법원장이 판사의 보직권을 남용하게 되면 판사들은 조직상충부의 눈치를 보지 않을 수 없고, 남용에까지 이르지 않는더라도, 정기적인 인사이동이 있을 때에도 보직에 민감하게 신경쓰지 않을 수 없게 된다. 대법원장의 전속적인 보직권만으로도 판사에 대한 사실상의 지배력을 갖게 되는 것이다. 대법원장의 권한남용을 막기 위해서라도 보직권을 대법관회의의 의결사항으로 할 필요가 있다. 나아가, 보직 및 전보에 관하여 당사자의 동의를 얻게 하는 것도 고려해 볼 만한 사항이다.⁴⁴⁾

(3) 관료화된 사법제도

우리 법원은 수직적 직급제도에 의하여 철저히 관료화된 사법구조를 갖고 있다. 현재의 법원의 구조를 살펴보면 대법원장을 1번으로 하여 신임의 말단판사에까지 서열화 되어 있다. 이 서열은 일상생활에까지 영향을 미쳐 등산을 가더

44) 1983년 선언된 사법권독립에 관한 세계선언(Universal Declaration on the Independence of Justice)에서는 「정기적인 순환근무제에 따르는 경우를 제외하고는, 법관은 ... 동의없이 전보되어서는 안된다」고 하고 있다. Cf. Universal Declaration on the Independence of Justice 2.18 ; in S. Shetreet(ed.), Judicial Independence : The Contemporary Debate, Kluwer Academic Publishers, 1985, p. 452.

라도 서열에 맞춰 발걸음을 옮기며, 식당에 들어갈 때도 서열에 맞춰서 들어가고 자리에 앉을 때도 서열을 지켜 순서에 따라 앉는다.⁴⁵⁾ 현재의 서열구조를 보면, 지방법원합의부 좌배석→지방법원합의부 우배석→지방법원항소부 우배석→지방법원항소부 좌배석→지방법원 단독판사→고등법원 좌배석→고등법원 우배석→재판연구관→지방법원 부장판사→지방소재고등법원 부장판사→서울고등법원부장판사→지방소재 지방법원장→수도권소재 지방법원장→가정법원장→지방소재 고등법원장→서울고등법원장, 사법연수원장→대법관→법원행정처장→대법원장 등의 구조를 갖고 있다. 이러한 관료조직은 사법시험 기수나 사법연수원기수에 따라 정해지고 있다. 관료조직이 갖는 폐해는 법관으로 하여금 재판업무 자체보다는 승진에 더 관심을 가지게 만들 뿐만 아니라, 담당하는 재판업무를 단순히 기계적인 직무수행으로 받아들이 우려가 있다는 점이다. 대과없이 업무를 수행하고 시간이 지나면 자연스럽게 승진·전보되는 구조에서 사건 자체의 실체적 진실이나 사건당사자의 절실한 요구에 귀기울이기보다는 승진·전보에 영향력있는 일을 더 추구할 것은 인지상정이다.

이와 같은 관료화된 서열구조를 깨뜨리기 위해서는 1심법원의 법관들의 연령을 높여⁴⁶⁾ 장기적으로 한 법원에서 근무하게 할 필요가 있다. 현재의 1심법원은 단독부와 합의부를 두고 있지만, 합의부는 신입법관들을 교육하고 훈련시키는 측면이 매우 강하다. 신입법관들을 교육하고 훈련시키는 것도 중요한 일이겠지만, 일정기간을 경과하여 경력이 쌓이면 단독부의 판사로 장기간 근무하게 하는 것이 필요하다. 이렇게 한다면, 평판사로 정년을 맞이하는 풍토가 조성될 수 있을 것이다.

(4) 예산상의 독립성의 부재⁴⁷⁾

현행헌법상 예산안편성권을 정부에 전속시키고 있기 때문에(헌법 제54조 제2항) 사법부의 예산안을 편성함에 있어서도 정부의 예산안편성권에 종속할 수밖에

45) 신평, 한국 헌법상 법관의 직무상 독립에 관하여, 고시계, 2003. vol.48 No.4, 참조.

46) 정진경 판사는 40세 이상인 자로서 법조경력 10년 이상인 자 중에서 판사를 선발할 것을 제안하고 있다. 정진경, 주 42)의 글, 125면 참조.

47) 사법부의 예산안편성권에 관해서는, 졸고, 사법부의 물적 독립 - 예산안편성권과 관련하여, 사법발전재단 편, 사법 7호(2009.3.), 71면 이하 참조.

에 없다. 따라서 국가재정법상의 예산안편성규정이 사법부의 예산안편성에도 그대로 적용된다. 다만, 헌법재판소와 법원의 경비는 독립하여 국가예산에 계상하도록 하고 있으며(헌법재판소법 제11조 제1항, 법원조직법 제82조 제1항), 세출예산요구액을 감액하고자 할 때에는 국무회의에서 각 기관의 장의 의견을 구하여야 하고, 정부가 각 기관의 세출예산요구액을 감액한 때에는 그 규모 및 이유, 감액에 대한 각 기관의 장의 의견을 국회에 제출하도록 하고 있다(국가재정법 제40조 제2항). 그러나 사법부의 장의 의견은 정부의 예산감액에 대하여 구속적인 효과를 갖지 못하므로 정부가 예산액을 감액하는 것에 대하여 아무런 견제장치로 기능할 수 없다. 사법부의 예산이 이처럼 정부의 예산안편성에 전적으로 종속되어 있기 때문에, 사법부의 행정부에 대한 종속화경향을 초래할 위험성이 매우 크고, 실제로 우리나라의 과거의 경험에서도 이러한 경향을 보여왔다.⁴⁸⁾

사법부예산안의 편성에 관하여 일차적으로는 행정부에 그 권한을 전속시키고 있다는 점은 예외가 거의 없지만, 행정부가 예산안을 편성하고 이를 의회에 제출하는 단계에서 사법부의 예산을 어떻게 고려하는가 하는 점에서는 나라마다 적지 않은 차이를 보여주고 있다. 그 차이의 핵심은 사법부가 입법부를 직접 상대하는가(미국형) 아니면, 사법부가 행정부를 통하여 입법부를 상대하는가(영국형) 하는 점이다.⁴⁹⁾

현행헌법을 개정하지 아니하고 사법부의 예산안편성권을 확보하는 방법은 사법부의 예산요구안을 수정없이 그대로 정부의 예산안에 포함시키도록 하는 방법이다. 이를 위해서는 두 가지 방법이 있을 수 있다. 그 하나는, 정부가 예산안을 편성할 때, 관행적으로 이 기관들의 예산요구안을 그대로 정부의 예산안에 편입시켜 국회에 제출하는 것이다. 이른바 헌법적 관습의 형태로 예산안을 국회에 제출하는 것이다. 다른 하나는, 법률로 이 기관들의 예산안편성권을 실질적으로 인정하는 방법이다.⁵⁰⁾ 물론 사법권의 예산안편성권을 인정하기 위하여 가장 확실한 방법은 헌법을 개정하는 것이다.

48) 참고, 위의 글, 79면 이하 참조.

49) 참고, 위의 글, 91-92면 참조.

50) 참고, 위의 글, 94면 참조.

(5) 법관의 전문성 미흡⁵¹⁾

우리나라는 전문경력법관제를 채택하고 있으면서도, 법관이 모든 법영역에서 재판하도록 하고 있다. 일반 민·형사재판은 물론이고 행정·가사·상사·조세·노동·교통·의료·특허·환경 등 사회의 전 영역에서 발생하는 사건들을 심판하도록 하고 있다. 이러한 상황은 앞서 언급한 관료사법에 기한 전보 및 보직제도 때문이기도 하지만, 일종의 법원만능주의적 인식 때문이기도 하다. 잦은 전보와 보직변경은 특정 영역의 사건에 대한 전문성을 높이기보다는 법관으로서 제너럴리스트(generalist)를 양산할 뿐이다.

법관의 전문화는 협의로는 국제거래, 지적재산권, 의료, 환경 등 통상적인 법률지식만으로는 문제를 해결하기 어려운 전문분야의 사건을 적정하고 효율적으로 처리하기 위하여 법관으로 하여금 관련 전문분야의 지식을 습득하게 하고 그 전문분야의 사건을 전담하게 하는 것을 말하고, 광의로는 이러한 전문지식이 필요하지는 않지만, 업무처리의 효율성을 높이고 처리기준을 통일시킬 목적으로 일반민사, 형사, 가사 등 전통적인 법률분야도 보다 세분화하여 법관으로 하여금 특정분야의 사건을 전담하게 하는 것을 말한다.⁵²⁾ 여기서 법관의 전문성은 협의의 그것으로 이해하여, 전문적으로 사건을 처리하는 전문재판부를 두는 것을 의미한다. 현재 우리나라에서는 가정법원, 행정법원, 특허법원 등의 전문법원과 일부 고등법원에 전문재판부가 있지만, 담당법관의 전문성을 확보하기 위해서는 장기간의 근무로 전문성을 확보하여야 하는바, 현재의 전문법원은 여전히 순환근무의 형태로 법관의 보직이 이루어지고 있기 때문에 어느 정도 확보되어 있는지는 의문이다. 2008년에 출범한 법학전문대학원제도는 각 영역에서의 법관의 전문성을 확보하는 데에 크게 기여할 수 있을 것으로 판단된다.

(6) 법관평가제도문제 - 근무평정제도의 문제점

법관근무평정제는 법관평가시스템의 하나이다. 법관의 직무수행을 평가하는

51) 법관의 전문성 문제에 관해서는, 사법발전재단 편, 사법부의 어제와 오늘, 그리고 내일(상) (2008. 12.), 316면 이하에서 상세히 논하고 있다.

52) 법원행정처 편, 법원인사제도개편백서(하), 1998, 1065면.

것은 평가주체에 따라, 평가척도에 따라, 평가방법에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 우리나라에서는 지난 1995년3월1일부터 법관에 대한 근무평정제도가 실시되고 있다. 과거 사법시험성과와 연수원성적에 따라 법관의 보직이 이루어지고 또 두 성적이 평생 동안의 법관의 보직인사에 따라 다닌다는 불만이 팽배하였던 것에 대응하여 윤관 대법원장 시절에 근무평정제를 도입하였던 것이다(1994.7.27. 법원조직법 개정; 제44조의2 신설).

법원조직법 제44조의2에서는 대법원장은 판사에 대한 근무성적을 평정하여 그 결과를 인사관리에 반영시킬 수 있으며, 근무성적평정에 관한 사항은 대법원규칙으로 정한다고 규정하고 있다. 대법원규칙인 ‘판사 근무성적평정규칙’ 제4조 제1항에서는 판사의 건강, 직무적성, 직무수행능력 및 기타 인사관리에 필요한 사항으로서 ‘대법원장’이 정하는 사항에 대하여 행한다고 하면서 제8조에는 근무성적평정자료는 공개하지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 각급 판사들을 대법원장이 임명한 법원장들에 의해 근무평정을 하도록 위임하고 있다. 사실 이러한 법관근무평정제도는 위헌의 소지가 대단히 크다. 특히 법원장에 의한 근무평정은 법관 개개인에게 상당한 부담으로 작용할 수 있기 때문에 법관의 독립에 커다란 장애로 작용할 수 있다. 앞서 언급한 신영철대법관사태도 법원장이 사건담당법관에게 메일을 보내는 등 재판절차에 간섭하는 행위를 한 것이고, 이러한 법원장의 행위에 대해 직접 근무평정을 받아야 하는 법관개인은 그러한 간섭을 배척하기에는 심리적으로 적지 않은 부담으로 작용할 것임은 명약관화하다. 과거의 서열위주의 법관인사제도에서 탈피하여 근무성적평정제를 도입하였다고 하나, 오히려 일반법관이 소속법원의 장의 눈치를 보지 않을 수 없게 함으로써, 실질적으로 법관의 독립을 해칠 우려가 크다. 실제로, 법원 내부에서도 이 근무성적평정제에 대하여 헌법소원을 제기하기도 하였다.⁵³⁾ 또한

53) 서울지법 문홍수 부장판사는 2002년 3월, 헌 법관인사제도가 위헌임을 주장하는 헌법소원심판 청구서를 헌법재판소에 제출했다. 동 청구서에서 문홍수 부장판사는 첫째, 판사및예비판사근무성적평정규칙 제4조 1항, 제8조 및 이 규칙에 따른 별지 평정표 작성 요령과 평정표에 기한 법관평정이 위헌이라고 주장했다. 또한 나아가 이 법관평정에 기한 고등법원 부장판사 선발제도도 위헌이라고 주장했다. 동 규정들에 의해 근무평정이 자의적, 주관적, 밀행적으로 이루어져 평정자의 성향에 따라 소속 법관들의 재판이 영향을 받을 위험성이 다분하다는 점, 평정이 주관의 개입여지가 많아 객관적으로 되지 않을 가능성이 많고 또한 평정에 대한 당해 법관의 반박의 기회가 봉쇄되어 있다는 점 등이 그 근거로 제시되었다. 판사및예비판사근무성적평정

법원장이 법관 근무성적 평가에서 상대평가 비율을 어기고 소속 판사 대부분에게 후한 점수를 줬다는 이유로 경고를 받기도 하였다.⁵⁴⁾ 평정자의 주관적 평가의 사례를 극명하게 보여준 예이다.

법관평가의 문제에 관해서는 2008년 11월에 서울지방법변호사회가 법관들을 평가하겠다고 밝혔는데, 여기서는 자질과 품위, 공정성, 사건처리태도 등을 평가항목으로 하여 A-E의 5단계로 평가하겠다고 하였다. 그러나 변호사에 의한 법관평가제도는 자칫 변호사들의 일방적 평가만이 반영될 여지가 있고, 변호사 집단의 이해관계에 따라 법관평가가 왜곡될 여지가 있어서 찬성하기 어렵다.

미국의 경우, 법관평가제도는 최근에 들어와 활발하게 논의되고 있는데,⁵⁵⁾ ABA 차원에서 법관평가의 모델을 제시하고 있다.⁵⁶⁾ 1983년에 법관직무수행을 평가하기 위한 지침을 개발하기 위하여 미국변호사협회(ABA)에 특별위원회를 설치하고, 1985년에 지침을 개발하였다.⁵⁷⁾ 이 지침은 개개의 법관과 사법부 전체의 자기계발을 최우선적 목표로 하는 것이었다.⁵⁸⁾ ABA는 1990년에 'Standards Relating to Court Organization'에서 법관직무수행평가프로그램을 추천하였다. 1995년 현재, 10개의 주와 Navajo 부족이 프로그램을 도입하였고, 12개의 주가 프로그램을 개발 중이었다.⁵⁹⁾

ABA의 편람(handbook)은 법관직무수행평가를 행하는 이유로서, 첫째, 법관의 직무수행을 개선하기 위한 목적으로 평가되는 법관에게 정보를 제공하고, 둘째, 사법행정을 담당하는 사람들을 지원하며, 셋째, 법관의 교육개발을 지원하는 정보를 제공하며, 넷째, 유임여부의 선거에서 유권자들에게 정보를 제공하며, 다섯째, 유임여부의 선거의 추천업무를 행하는 변호사회의 위원회에 정보를

규칙 제4조 1항의 법관평정에 기한 법관재임명제도도 법관들이 평정자의 눈치를 보게 함으로써 사법권 독립을 규정한 헌법조항에 위배되어 위헌임을 지적하였다. 이 헌법소원은 소원의 취하로 인하여 2005년2월1일 매듭지어졌다.

54) 한겨레신문, 2005.3.22.자 참조.

55) 예컨대, 2008년에 Denver Univ. College of Law에서는 법관평가제도에 관한 심포지움을 개최하고 발표된 논문들을 Law Review에 실고 있다. 86 Denver Univ. L.R. 1(2008) 이하 참조.

56) ABA/National Conference of State Trial Judge, Judicial Performance Evaluation Handbook, 1996 참조.

57) Ibid., p. 1.

58) Ibid.

59) Ibid. p. 3.

제공하며, 여섯째, 사법제도 내에 있는 모든 사람들에게 국민이 사법제도를 얼마만큼 인지하고 있는지를 알게 해주며, 일곱째, 법관과 변호사 사이의 의사소통을 개선하는 것 등을 들고 있다.⁶⁰⁾

선거직이 많은 미국의 주 사법제도임을 참작하더라도, 의미있는 것은 법관평가의 결과가 국민들 사이에 공유된다는 점이다.

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.⁶¹⁾

우리나라의 경우에도 위헌의 의심이 있는 법관근무평정제도를 과감히 폐기하고, 또 변호사단체에 한정하여 법관평가를 하는 방법보다는 소송당사자, 검사, 증인, 변호사, 법원직원, 법관동료 등 다면적인 평가주체가 참여하는 법관평가제도를 개발하는 것이 바람직하다고 판단된다.

(7) 법원조직규모의 후진성

현재 우리나라의 사법부는 조직규모의 측면에서 매우 부족한 것으로 생각된다. 윤관 대법원장시절에 어느 정도 조직의 확대를 실현하였지만, 그럼에도 불구하고 사법부의 조직이 여전히 사회적인 법률수요를 감당하기에는 부족한 것으로 여겨진다. 사법조직의 문제는 법관의 수, 그가 담당하는 사건의 수 등과 밀접하게 관련이 있고, 그런 점에서 기존의 사법조직을 전제로 하여 개선책을 강구하기보다는 사법의 새 패러다임을 가지고 사법조직에 대한 전체적인 마스터플랜을 구상할 필요가 있다고 생각된다.

60) Ibid. p. 8.

61) ABA의 편람에는 1992년, Michigan 주의 지역법원(District Court) 법관인 Brian W. MacKenzie가 600명의 변호사에게 자기평가설문지를 보냈는데, 33%인 200명이 응답하여 그 통계를 내어 자기평가를 한 사례가 실려 있다. Ibid., pp. 16-18.

법원조직규모의 문제는, 법관 1인당 사건수의 경감, 국민의 대법법접근성의 확대, 상급심 사건수의 경감 등의 측면에서 현재의 규모를 과감하게 확대할 필요가 있다고 판단된다. 물론 이와 같은 조직규모의 확대를 위해서는 앞서 언급한 법원예산의 독립성이 확보될 필요가 있다.

법원조직과 관련하여 현재의 법원의 심급구조를 개혁할 필요가 있다. 특히 소규모 전문법원을 설치할 필요성이 현실적으로 매우 커지고 있다. 오늘날에는 법치주의가 국민생활의 구석구석까지 미쳐서 일상생활의 세세한 부분까지도 법에 의해 규율되는 상황에 이르렀고, 그에 따라 일상생활에서 빈번히 나타나는 법적 분쟁에 대해서는 소규모의 전문적인 법원에 의해 해결되도록 할 필요성이 점점 커지고 있다. 예컨대, 교통, 조세, 청소년 및 교육, 노동 등의 다양한 생활영역에서 법적 분쟁이 발생하고 있고, 이러한 경미한 사건들까지 정규의 일반법원에 의해 재판을 받도록 하고 있는 것이 현실이다. 이 점은 헌법상 법관의 임기가 10년으로 되어 있고 강한 신분보장을 받도록 하고 있기 때문에 다양한 형태의 소규모법원을 설치하기 어렵게 되어 있는 점에 기인한다. 장기적으로는 헌법을 개정하여 소규모 전문법원을 설치할 수 있도록 하여야 할 것이지만, 현행헌법 하에서도 합리적인 헌법해석을 통하여 소규모전문법원을 설치하는 것이 바람직하다.

(8) 각급법원의 자율성의 부재

현재의 사법행정의 최종적 권한은 대법원장에게 귀속되어 있음은 앞서 본 바와 같다. 대법원장에게 집중된 사법행정권은 법률·대법원규칙 또는 대법원장의 명으로 법원행정처장, 각급법원의 장이나 연수원장, 법원공무원교육원장 또는 법원도서관장에게 위임할 수 있도록 하고는 있지만, 피라미드식 관료사법으로서의 성격을 가진 현재의 법원체계에서는 법원행정 전반이 대법원에 집중될 수밖에 없다. 특히 5·16쿠데타 이후 법원의 권한에 대한 침해가 일상화되고 유신시대에 법원행정처의 권한이 강화된 후, 법관의 재판업무보다도 법원의 일반행정업무가 우월적인 것으로 인식되고 그에 따라 관료화가 더욱 강화된 후에는 법원행정처의 권한비대로 말미암아 각급법원의 사법행정상의 자율성이 크

게 위축되고 있다. 사법기관의 특색은 동위질서와 병렬동격(Gleichordnung und Koordination)의 원칙이고, 일반행정조직의 위계질서(Hierachy)에 의한 상하질서와 복종의 원리(Über-und Unterordnung und Subordination)와는 대조적이라는 점에서⁶²⁾ 각급법원 단위의 자율성이 강하게 요청된다. 물론 사법권의 본령인 법관의 재판업무에서의 자율성은 더 말할 필요가 없는 것이며, 이를 보조하기 위한 사법행정의 영역에서도 마찬가지이다.

현재의 헌법 및 법원조직법 규정을 그대로 둔 채 각급법원의 자율성을 확대한다면, 고등법원 단위에서 자율성을 확대하는 것이 적절할 것으로 판단된다. 즉, 법관인사의 측면에서 고등법원 단위로 당사자의 신청을 통해 법관의 풀(pool)을 구성하고 관할구역 내의 보직에 관해서는 고등법원장의 자율적 판단에 따라 배치한 후 이를 대법원장이 승인한다면 헌법 및 법률적으로 아무런 문제가 없을 것이다. 또한 법원직원의 경우에도 유사한 방법으로 고등법원의 자율성을 확보할 수 있을 것이다. 법원예산의 문제에 있어서도 하향식이 아닌 상향식의 방법으로 각급법원으로부터 예산안을 편성하고 이를 법원 전체의 예산으로 취합·조정할 수 있을 것으로 생각된다.

(9) 기타

위에서 언급한 각 사항들 이외에도 법관징계제도, 재판연구관제도, 사법보조인제도, 합의부의 존폐문제, 사건배당과 재판절차와 같은 법원운영상의 측면에서의 개선점 등도 논의되어야 할 것으로 생각된다.

IV. 결론에 대신하여

서언에서 언급한 신영철 대법관사태는 지방법원장이 법원장으로서의 지위를 이용하여 그 소속의 법관들에게 재판절차의 진행 및 재판내용에 대하여 적극적으로 간섭한 대표적 사례이다. 드러난 사실관계만을 놓고 볼 때, 법원장 자신이 대법관후보로 지명될 가능성이 있고 임명동의권을 가진 국회의 다수당의 정치

62) 가재환, 주 11)의 책, 584면 참조.

적 입장이 1심판결에 반영되도록 하는 것이 자신의 임명동의에 도움이 될 것으로 판단했을 것임은 쉽게 추측할 수 있다. 아울러 소속법관에 대한 근무평정권을 가진 법원장의 지위로 볼 때 여러 경로로 법원장의 의사를 전달받은 담당 법관들이 심리적으로 위축될 것임은 불문가지이다. 이것은 법관의 내부적 독립 내지 재판상 독립을 정면으로 침해한 것이며, 따라서 신영철 대법관은 헌법상의 사법권의 독립의 제원칙들을 위반한 위헌적 행위자이다.

문제는 이와 같은 위헌적 행위자에 대한 사법부 내부의 대응방식이었다. 신영철 대법관의 행위는 법관징계법 제2조에 규정된 징계사유인 「1. 법관이 직무상 의무를 위반하거나 직무를 게을리 한 경우와 2. 법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우」에 모두 해당한다. 법관의 직무상 의무에는 헌법준수의무도 당연히 포함될 것이며, 이를 위반함으로써 야기된 국민의 사법부 불신은 법원의 위신을 크게 실추시킨 것이기 때문이다. 따라서 사법부의 수장인 대법원장은 자신에게 부여된 사법행정권을 최대한 활용하여 사법부 내부의 위헌적 행위자를 징계하는 절차를 명하였어야 했다. 물론 대법원장의 이러한 행위는 그 자체 정치적 맥락 속에서 이해되어야 하는 행위다. 그러나 정치적 이해관계가 어떠한 간에 사법권 독립이라는 헌법적 가치보다 우선할 수는 없다. 설혹 대법원장의 행위로 인하여 정치권력이 사법권을 탄압하는 사태가 오더라도 이는 장래에 사법권력을 더욱 공고히 하기 위한 시련일 뿐이지 그 때문에 사법권 독립이라는 헌법적 가치가 포기되어서는 안 되는 것이다.

대법원장이 갖는 사법행정권은 오늘날, 사법권력적인 측면과 사법기능적 측면을 아울러 가진다. 양 측면은 동전의 양면과 같기 때문에 둘 중에서 어느 것이 더 중시되어야 하느냐하는 물음은 무의미하다. 그러나 분명한 것은 사법권력적 측면이 확립되지 않고는 사법기능적인 측면이 정상적으로 기능할 수 없다는 점이다. 사법권력은 입법권력과 행정권력에 대응하는 대등한 국가권력이다. 따라서 사법권력적 측면에서의 사법행정권은 입법권력과 행정권력의 사법권 침해의 가능성에 대하여 과감히 견제하고 저항하여야 한다. 대법원장은 외부로부터 사법권력을 지키기 위하여 사법부를 둘러싸고 있는 보호장벽(a protective wall)이 되어야 하는 것이다. 사법부 내부의 독립성 침해에 대해서는 더 말할 필요가 없다.

사법권력은 규범적 권력으로서, 국민과 정치권력의 행위반경을 명백히 제시하여 국가현실에 대한 대립하는 견해차이를 해소하고 국가를 통합하는 데에 기여하여야 한다. 이 사법권력의 담당자인 법관은 헌법상 독립기관이다. 이 말은 법관이 그 자체로 완결적인 규범주체이어야 함을 의미한다. 심급구조 내에서 하급심 법관이든 최상급심 법관이든, 법관은 스스로 규범적 완결성을 가지고 헌법과 법률의 해석·적용을 담당하는 국가기관인 것이다. 구체적인 사건을 판단함에 있어서 법관이 가진 국가관·사회관·인간관 등의 가치관은 법관 개인에게 고유할 뿐만 아니라 어느 누구로부터도 침해되어서는 안된다.⁶³⁾ 따라서 사법행정권은 법관의 독립기관성을 침해하지 않는 방향으로 행사되어야 한다.

현행 헌법 및 법률은 사법권력을 바람직한 국가권력의 하나로 자리매기도록 하기에는 많은 문제점을 안고 있다. 장래에 헌법이 개정된다면, 정치권력의 최대관심사인 권력구조 문제만이 아니라 사법권에 대해서도 깊이 논의하고 정밀하게 제도화하여야 하고 그러한 헌법을 구체화하도록 법률을 개정하여야 할 것이다.

[논문투고일 : 2009. 6. 8, 논문심사일 : 2009. 6. 18, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]

▶ **주제어** 대법원장의 지위, 사법행정권, 사법기능, 사법권력, 관료사법, 법원예산의 독립, 법관평가제도, 법원행정의 자율성

63) 물론 이러한 가치관은 법관 개인의 주관적 가치관이기는 하지만 헌법상 허용되는 범위 내에서 객관성을 가져야 한다.

■ 참고문헌 ■

- 가재환, 사법운영의 이론과 실제, 박영사, 1995.
- 김철수, 헌법학(하), 박영사, 2009.
- 김학준, 가인김병로평전, 민음사, 1988.
- 박원순, 국가보안법 연구 2, 국가보안법적용사, 역사비평사, 1992.
- 박철언, 바른 역사를 위한 증언 1, 랜덤하우스중앙, 2005.
- 방예원, 법원(법원조직법)변천 관건(IX), 인권과 정의 155호(1989.7.).
- 법원행정처 편, 법원사, 1995.
- _____, 법원인사제도개편백서(하), 1998.
- 사법발전재단 편, 사법부의 어제와 오늘, 그리고 내일(상)(2008.12.).
- 성낙인, 헌법학, 2009, 법문사.
- 송광성, 미군점령4년사, 한울, 1993.
- 신 평, 한국 헌법상 법관의 직무상 독립에 관하여, 고시계, 2003. vol.48 No.4.
- 이국운, 이용훈 대법원장의 정교한 '사법정치학'이 성공한들..., 인터넷언론 프
레시안, 2009.5.14.기사([http://www.pressian.com/article/article.asp?ar-
ticle_num=20090514094018&Section=01](http://www.pressian.com/article/article.asp?article_num=20090514094018&Section=01))
- 이상우, 박정권하의 사법부수난, 신동아 311호(1985.8.).
- 이현환, 사법부의 물적 독립 - 예산안편성권과 관련하여, 사법발전재단 편, 사
법 7호 (2009.3.)
- _____, 법과 정치, 박영사, 2007.
- _____, 정치과정에 있어서의 사법권에 관한 연구, 서울대 박사학위 논문, 1996.
- 정진경, 사법권의 독립과 관련한 사법개혁방안, 대한변협 편, 인권과 정의, 통권
제293호, 2001.1.
- ABA/National Conference of State Trial Judge, Judicial Performance
Evaluation Handbook, 1996.
- Barak, Aharon, The Judge in a Democracy, Princeton Univ, Press, 2006.
- Loewenstein, K., Political Power and the Governmental Process, U. of
Chicago Press, 1965.

Shetreet(ed.), S., Judicial Independence : The Contemporary Debate, Kluwer Academic Publishers, 1985

86 Denver Univ. L.R. 1(2008) ff.

小田中聰樹, 現代司法の構造と思想, 日本評論社, 1973.



The Chief Justice and the Judicial Administration Power

Heon Hwan Lee

(Professor, Ajou University Law school)

Since the conservative and right-wing administration has born in 2007, a reactionism has extensively been widespread in korean society. In the korean judiciary, there are some signs to turn back to the past. The recent case of Justice Shin Yeong-Chul is a typical one.

In the light of korean constitutional history, the judicial independence was influenced, at first, by the character of political power, which held an administrative and legislative power. The authoritarian political power that dominated R.O.Korea for a long time had made the judicial system of the constitutional law as an only functional regime rather than as a powerholder standing in rivalry with an administrative and legislative power. The democratization of political power, therefore, is a necessary precondition of a judicial independence. The Chief Justice and judges, however, can resist and protest to the political power to protect a judicial independence from a judicial infringement. This protest means political power struggle for the democracy and the rule of law and the judicial independence.

The judicial administration of the korean judiciary has two faces ; one is that of judicial power. The other is that of judicial function. The former means that the judiciary is a co-holder of political power and the latter means that the judiciary is one of state functions. In the korean constitutional history, the judicial administration has many problems. To sum up,

there are problems as follows ; judge management system, the judicial budget system, the specialty of judges, the absence of a reasonable judicial performance evaluation system, a small scale of court system, th absence of autonomy of judicial administration in the inferior courts. For the judicial independence, it is necessary to amend the constitution including judicial system more precisely.

**Key words**

chief justice, judicial administration, judicial function,
judicial power, judicial performance evaluation system,
bureaucratization of judiciary, independence of judicial budget,
autonomy of judicial administration