

---

# 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

일시 | 2019. 9. 23. (월) 14시 30분

장소 | 국회의원회관 제1간담회의실

주최 | 국회의원 박지원

국회의원 박주민

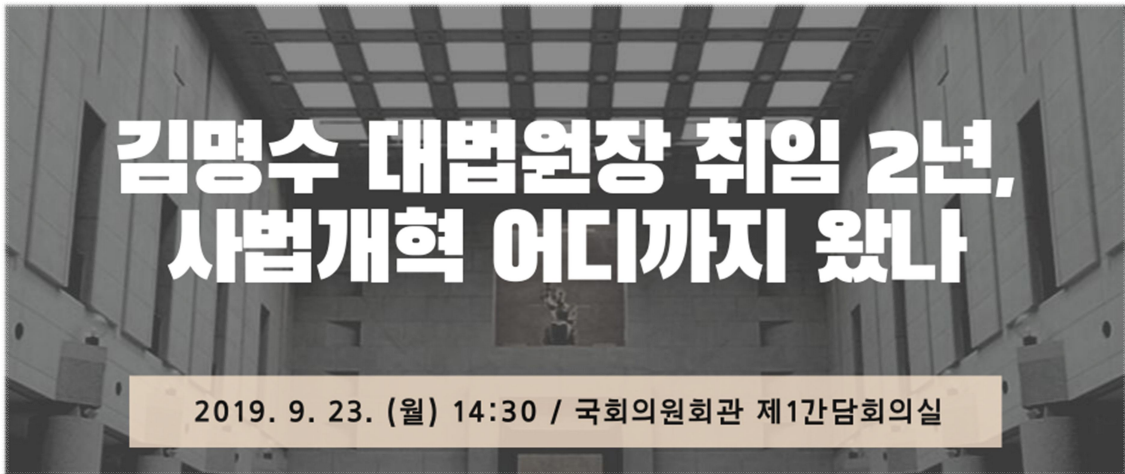
국회의원 채이배

국회의원 여영국

민주사회를 위한 변호사모임

참여연대





## 목 차

### I. 인사말

박지원 국회의원 .....	3
박주민 국회의원 .....	5
채이배 국회의원 .....	7
여영국 국회의원 .....	9

### II. 행사개요 ..... 13

### III. 발제문

1. 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ① : 판결의 측면에서 .....	19
2. 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ② : 사법행정개혁의 관점에서 .....	53
3. 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ③ : 실종된 사법개혁의 과제들 .....	87

### IV. 토론문

1. 서선영 변호사 (희망을 만드는 법) .....	101
2. 유지원 변호사 (법무법인 엘케이비엔파트너스, 전 판사) .....	105



김명수 대법원장 취임 2년,  
사법개혁 어디까지 왔나

I

# 인사말



## 인사말



**국회의원 박지원 (대안정치연대, 전남 목포)**

최근 몇 달간 대한민국은 온통 ‘조국’으로 시끄럽습니다.

법무부장관과 그 가족의 도덕성 관련 의혹을 둘러싸고 온 나라가 찬·반 양론으로 들끓고 있습니다.

‘조국 사태’를 계기로 공수처 설치와 검경수사권 조정 등 검찰개혁은 국민적 관심을 끌고 있지만, 헌법질서를 유린하고 사법부 독립을 파괴한 ‘사법농단사태’와 사법부 개혁은 어느새 여론의 관심에서 멀어졌습니다.

곧 취임 2주년을 맞는 김명수 대법원의 개혁의지와 역량도 의심을 받고 있습니다. 더욱이 사법부를 감시·견제하고 사법개혁을 견인해야 할 국회 사법개혁특위마저 개점휴업상태로 제 기능을 하지 못하고 있습니다.

이러한 때에, 그동안 사법개혁의 파수꾼이자 디딤돌 역할을 해 온 참여연대·민변과 함께 국회에서 사법개혁 토론회를 주최하는 것은 매우 의미 있는 일이라고 생각합니다. 작년의 ‘사법농단 실태 톺아보기’와 ‘법관에게 책임을 묻는다’ 토론회에 이은 오늘 토론회가 지난 2년 김명수 대법원의 판결과 사법행정, 사법개혁 추진성과를 비판적으로 분석하고 올바른 방향을 제시하는 좋은 기회가 될 것으로 기대합니다.

오늘 토론회 사회를 맡아주신 인하대 법전문 김인회 교수님과, 발제를 해주실 서강대 법전문 임지봉 교수님, 건국대 법전문 한상희 교수님, 민변 사법위원장 김지미 변호사님, 토론자로 참여하시는 서선영·유지원 변호사님 등 여러분께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

제대로 된 사법개혁을 통해 사법부가 바로설 수 있도록 저도 국회 법사위와 사개특위 위원으로서 소임을 다하기 위해 끝까지 최선을 다할 것을 약속드립니다. 감사합니다.

2019. 9. 23.  
국회의원 박 지원



# 인사말



**국회의원 박주민(더불어민주당, 서울 은평 갑)**

안녕하십니까. 더불어민주당 은평갑 국회의원 박주민입니다. 바쁘신 와중에 우리 사법부의 개혁과제 진행상황을 점검하는 “김명수 대법원장 취임 2년 - 사법개혁 어디까지 왔나” 토론회에 참석해주신 내빈 여러분께 감사 인사를 전합니다.

지난 2017년, 법원이 일선 판사들을 사찰하였다는 의혹은 법원행정처의 판사 블랙리스트 파문으로 불어졌습니다. 이후 우리는 작년 한해를 통해 양승태 대법원장 시절의 사법 수뇌부가 상고법원 설치라는 숙원사업을 관철시키기 위해 집어든 패가 재판거래였다는 점에서 양승태 코트는 직업윤리와 신념윤리를 모두 저버렸음을 알게 되었습니다. 대중 입장에서는 한 번의 재판이 자신의 인생을 좌우하는 일생일대의 사건인 경우가 많습니다. 누군가의 인생이 걸린 일을 거래의 수단으로 사용한 사법부에 대해 시민들이 분노하는 것은 당연한 결과로 보입니다.

이후 사법부의 자정작용을 통한 신뢰회복을 촉구하는 사법부 내부·외부의 목소리는 높아져만 갔고, 김명수 대법원장은 이러한 시대적 요청 속에 우리 최고법원의 장이 되었습니다. 과거 우리나라 국민이 신뢰하는 기관 중 하나였던 사법부에 대한 불신은 과거 어느 때보다 높습니다. 그러나 사법농단 수사에 적극 협조하겠다는 대법원장의 발언과는 달리 사법농단 연루 판사들에 대한 재판 진행은 지연을 되풀이 하고, 사법농단 사태의 주범들에 대한 재판에서는 피고인들에 대한 법원 공무원들의 “황제 대접”이 이어진다는 비평까지 이어지고 있습니다.

사상 초유의 재판거래라는 부끄러운 과거를 법원 스스로가 명확히 규범하고 사법부

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

가 새롭게 출발하기 위해서는 지속적인 법원의 내부적 자성과 국회를 포함한 국민적 감시와 격려가 이어져야 합니다. 법원은 더 이상 “제 식구 감싸기”를 하는 기관이 아닌, 정의의 여신과 같이 자신의 두 눈을 가리고 엄중한 법과 원칙에 기한 재판을 하는 공정함을 회복하여야 할 것입니다. 오늘의 토론회가 더욱 의미 있는 이유이기도 합니다.

많은 분께서 오늘 토론회를 개최하기 위해 애쓰셨습니다. 공동으로 토론회를 주최하신 박지원 의원님, 채이배 의원님, 여영국 의원님을 비롯하여 민주주의법학연구회, 민주사회를 위한 변호사 모임, 참여연대 관계자 여러분께도 감사드립니다. 또한 토론회 자리를 통해 의미 있는 논의를 진행하여 주실 임지봉 교수님, 한상희 교수님과 김지미 변호사님, 그리고 토론자로 참석해 주신 법무부 법무심의관실의 권혜옥 심의관님, 법무법인 엘케이비엔 파트너스의 유지원 변호사님, 그리고 민주사회를위한 변호사모임의 서희원 변호사님께 진심어린 감사의 말씀을 꼭 전해드리고 싶습니다.

오늘 토론회를 통해 사법부가 과오를 인정하고 국민 앞에 용서를 구하며 잃어버린 신뢰를 회복할 수 있는 길을 찾을 수 있기를 기원합니다.

다시 한 번 토론회에 참석해주신 모든 분께 감사드립니다.

2019. 9. 23.  
국회의원 박 주 민

# 인사말



## 국회의원 채이배(바른미래당, 비례대표)

안녕하십니까? 법제사법위원회 위원 국회의원 채이배입니다.

먼저 박지원의원님, 박주민의원님, 여영국의원님과 참여연대 및 민주사회를 위한 변호사모임에서 공동주최하는 ‘김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나’토론회에 참석하여 주신 내빈 여러분께 감사의 말씀드립니다.

김명수 대법원장 체제가 출범한 지 2년이 넘었습니다. 대법원은 양승태대법원장 시절에 자행된 사법행정권 농단사태에 대해 대국민사과를 하고 재발방지를 위한 제도 개선을 약속했습니다. 이에 그동안의 법원 자체개혁은 어디까지 왔는지 그리고 제도개선 수준에 대해 점검할 필요가 있습니다.

그동안 KTX승무원과 툅게이트 직원에 대한 회사의 직접고용의무 판결, 양심적 병역거부에 대한 전향적 판결 등 약자와 소수자 인권보호에 진일보한 판결이 늘어났다는 점에서는 긍정적으로 평가할 만합니다.

그러나 사법행정권 농단사태에 대한 법원의 자체의 진상규명과 책임자 처벌 수준은 국민의 기대에 미치지 못합니다. 또한 사법행정권 농단사태의 근본적인 원인이 되었던 ‘제왕적 대법원장’체제에 대한 개혁 수준은 미미합니다.

먼저 사법농단에 연루된 판사 66명 중 10명만 법원 자체 징계절차에 넘겨졌으며, 32명은 징계시효가 지났다는 이유로 징계대상에서 빠졌습니다. 또한 법적 책임과 징계 책임과는 별개로 사법농단 사태에 대한 철저한 진상규명에 관한 제대로 된 보

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

고서를 국민들에게 내놓고 있지 않고 있습니다. 심지어는 사법농단 연루판사 명단을 공개하지 않아 사법농단 연루판사가 사법농단과 관련하여 법원에 대한 정보공개 청구재판에서 2심 재판장까지 맡아 1심의 결과를 뒤집고 정보공개를 불허하기도 했습니다.

또한 현재 대법원장과 법원행정처에 집중되어 있는 법관 평가와 인사권에 대해 제도적 개혁 방안과 진행상태는 기대 이하입니다. 사법행정 개혁의 일환으로 이번 달 초에 출범한 ‘사법행정자문회의’의 경우 과반수 이상이 대법관을 포함한 현직 법관으로 구성되어 제대로 된 사법행정개혁의 방향을 제시할 수 있을지 의문입니다. 더구나 이 기구는 강제력 없는 자문기구에 불과하여 헌정질서를 농락한 사법농단사태 이후 개혁방안으로 매우 미흡합니다.

‘선출되지 않은 막강한 권력’에 대한 민주적 통제의 시작은 투명한 정보공개에서부터 시작됩니다. 재판과 관련되지 않는 법관의 인사문제, 사법 행정의 처리 과정과 결과에 대해 보다 투명성을 제고할 필요성이 있습니다.

오늘 토론회는 사법개혁의 방향에 대해 ‘판결의 측면’, ‘사법행정개혁의 측면’과 상고심개혁 등 사법개혁의 주요 의제에 대해 심도있게 논의하고자 마련하였습니다. 토론회에서 논의된 내용이 법원에도 잘 전달되어 사법개혁의 방향 설정에 도움이 되었으면 합니다.

마지막으로 오늘 토론회 사회를 맡아주신 인하대 김인회 교수님과 발제자로 나서 주신 서강대 임지봉 교수님, 건국대 한상희 교수님과 민변 김지미 변호사님께 감사드립니다. 아울러 토론자로 참여해 주신 공익인권변호사 모임인 ‘희망을 만드는 법’ 서선영 변호사님과 법무법인 엘케이비앤파트너스 유지원 변호사님께도 감사의 말씀드립니다.

오늘 토론회에서 논의된 내용을 잘 참조하여 향후 사법개혁과 관련된 법안논의과정에서 반영하도록 최선을 다하겠습니다.

감사합니다.

2019. 9. 23.  
국회의원 채 이 배

# 인사말



## 국회의원 여영국(정의당, 경남 창원시성산구)

안녕하십니까. 정의당 창원시 성산구 국회의원 여영국입니다.

“법 앞에 만인이 평등하다고 하는데 만 명만 평등한 것 같다”

아직까지 많은 사람들이 공감하며, 사법개혁의 필요성을 잘 드러내는 이 말은故 노회찬 의원님이 2004년 서울고법 국정감사에서 이른바 ‘차떼기’ 불법대선 자금전달 사건에 대해 솜방망이 처분을 내렸던 법원을 질타하며 했던 말입니다.

당시 법원은 차떼기 수범으로 수백억 원의 불법자금을 받았던 국회의원들에게 ‘3선 국회의원에게 고령에 죄를 누우치고 있다’거나 ‘오랫동안 법조인으로 활동해왔다’는 터무니없는 이유로 감형을 해주었고, 또 불법자금을 건넨 기업인 17명 중 16명에 대해 ‘사회공헌’을 이유로 집행유예나 벌금형에 그쳐 많은 국민들의 공분을 샀습니다.

하지만 그 뒤로도 ‘만 명에게만 평등한’ 법원은 변하지 않았습니다. 노동현장에 수 많은 노동자들이 크게 다치거나 목숨을 잃어도 누구하나 제대로 처벌받는 경우가 없었으며, 갑질을 일삼고 불법행위를 저지른 기업 총수들에게 여전히 솜방망이 처벌이 이뤄지고 있습니다.

그리고 여전히 법원은 변화를 거부하고 있습니다. 촛불민심에 힘입어 정권이 바뀌고, 판사블랙리스트 의혹과 재판거래 의혹을 비롯한 각종 사법농단 사건들이 단순한 의혹이 아닌 사실로서 그 부패한 민낯이 드러나고 있어도, 법원은 굶디 굶은 자

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

신의 폐부에 메스를 들이대는 것을 거부하고 있습니다. 15년이 흘렀지만, 법원이 “법 앞에 만인이 평등하다고 하는데 만 명만 평등한 것 같다”는 노회찬 의원의 질타로부터 벗어나기 위해서는 아직 더 많은 시간이 필요해보입니다.

공정한 사회, 정의로운 사법개혁을 꿈꾸었던 촛불시민이 만들어낸 김명수 대법원장 체제가 2주년을 맞이하고 있습니다. 오늘의 토론회가 그 동안 사법개혁과제 어떻게 진척되어 왔으며, 어떤 부분에서 아쉬움이 있었는지 점검하여 사법개혁의 동력을 되살리는 의미있는 자리가 되기를 바랍니다.

오늘의 뜻 깊은 토론회를 함께 주최해주신 선배 의원님들과 ‘참여연대’, ‘민주사회를 위한 변호사모임’ 여러분들에게 감사드리며, 토론을 위해 고생하셨을 발제자 토론자 분들, 그리고 귀중한 시간을 내어 참석해주신 모든 분들에게도 감사의 마음을 전합니다.

2019. 9. 23.

국회의원 여영국

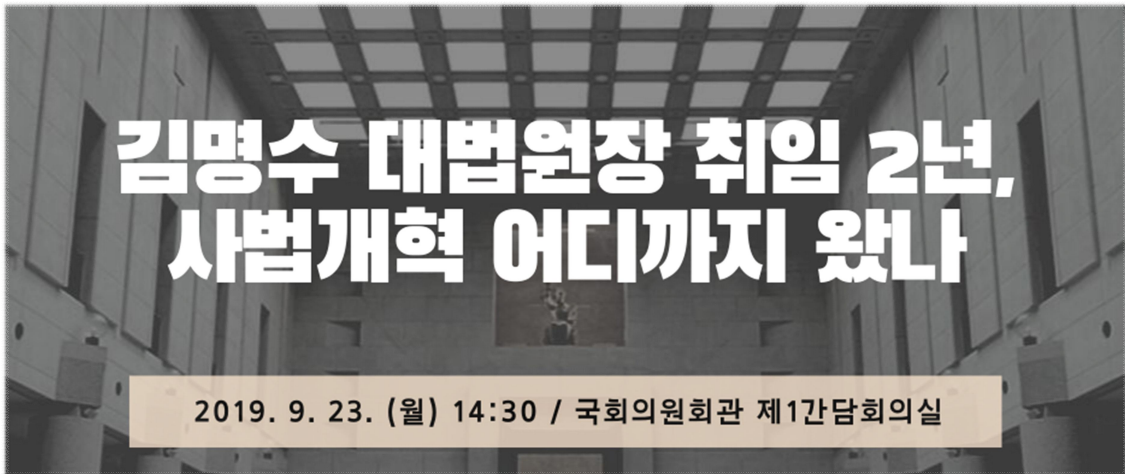
김명수 대법원장 취임 2년,  
사법개혁 어디까지 왔나

## II

# 행사개요







## 식 순

### ■ 좌장 : 김인회 교수 (인하대학교 법학전문대학원)

14:30	개회
14:30 - 14:40	인사말
14:40 - 15:05	발제 1 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ① : 판결의 측면에서 (임지봉 교수, 서강대 법학전문대학원 / 참여연대 사법감시센터 소장)
15:05 - 15:30	발제 2 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ② : 사법행정개혁의 관점에서 (한상희 교수, 건국대 법학전문대학원)
15:30 - 15:55	발제 3 지난 2년간의 대법원 돌아보기 ③ : 실종된 사법개혁의 과제들 (김지미 변호사, 민변 사법위원장)
15:55 - 16:05	휴식
16:05 - 16:20	토론 ① : 서선영 변호사 (희망을 만드는 법)
16:20 - 16:35	토론 ② : 유지원 변호사 (법무법인 엘케이비앤파트너스, 전 판사)
16:35 - 16:50	토론 ③ : 법원행정처
16:50 - 17:05	토론 ④ : 법무부
17:05 - 17:30	질의응답
17:30	폐회



김명수 대법원장 취임 2년,  
사법개혁 어디까지 왔나

# III

# 발제문



■ 발제 1

**지난 2년간의 대법원 돌아보기 ①**  
**: 판결의 측면에서**



## 지난 2년간의 대법원 돌아보기: 판결의 측면에서

임지봉 교수 (참여연대 사법감시센터 소장, 서강대 법학전문대학원)

### I. 서론

법이 재판을 통해 구체적인 개별사건에 적용될 때에는 사건의 특수성에 의해 그 해결 방향이 달라질 수 있는 것이고 이처럼 구체적인 개별사건에 적용되는 법해석의 방법이나 결과가 개별화되면 법 그 자체보다 그 법을 해석하고 적용해온 판례의 중요성이 실제 재판에서는 커지게 되는데, 판례에 참여하는 법관들이 누구인가가 굉장히 중요해진다. 특히 최고법원이자 최종심 법원인 대법원의 인적 구성이 어떠하냐에 따라 판례가 바뀌고 적용되는 법의 의미가 달라질 수 있기 때문에 대법관을 제대로 인선하는 것은 아무리 그 중요성을 강조해도 지나치지 않다.<sup>1)</sup>

김명수 대법원장이 새 대법원장에 임명되어 소위 ‘김명수 코트’를 이끈 지도 이번 9월 25일로 벌써 2주년이 된다. 그동안 김명수 대법원장의 제청을 받아 6명의 새 대법관들이 문재인 대통령에 의해 대법관으로 임명되었다. 양승태 대법원장 임기 말에 양승태 대법원장의 제청으로 문재인 대통령이 임명한 두 명의 대법관을 합치면, 이제 ‘김명수 코트’에는 13명의 대법관들 중에 문재인 대통령이 임명한 8명의 새 대법관들이 재판업무에 종사하고 있는 것이다.

본 연구는 판결의 측면에서 지난 2년간의 ‘김명수 코트’를 돌아보고 성과와 한계 및 그 원인을 진단하는 것을 연구의 목적으로 삼는다. 이를 위해 우선 대법원 인적 구성의 다양화가 필요한 이유와 근거에 대해 이론적으로 살펴본 후, 지난 2년간의 대법원 판결 중 각 영역별로 중요한 6개의 판결을 분석하고 이에 대한 평가를 시도해 본 후, ‘김명수 코트’의 판결에서 변화가 감지되는 원인에 대해 살펴보고자 한다.

### II. 왜 대법원 인적 구성의 다양화가 중요한가?

그러면 왜 대법원 인적 구성의 다양화가 중요한 것일까? 이를 다음에서 자세히

1) 김종철, “헌법재판관과 대법관 인선 제도의 문제점과 개혁 과제” 「계간 민주」 제5호, 민주화운동기념사업회, 2012, 86면

살펴본다.

### 1. 대법관 구성 다양화의 헌법적 근거와 필요성

#### (1) 헌법상의 민주주의원리와 대법관 구성의 다양성

최고법원 인적 구성의 다양성은 헌법상의 민주주의원리가 요구하는 바이다. 특히 현대의 민주주의는 다원주의를 바탕으로 한다. 따라서 민주주의원리는 대법원의 인적 구성이 가급적 우리 사회의 다양성과 다원성을 반영함으로써, 대법원의 재판이 국민 각계각층의 다양한 이해관계를 고려할 것을 요구한다. 특히 대법원 인적 구성의 다양성 확보는 정치과정에서 충분히 대표되지 못한 소수자와 약자의 이익이 대법원 재판을 통해 보호받을 수 있는 기회를 제공하여 ‘다수의 지배’와 함께 ‘소수의 보호’를 이념으로 하는 민주주의 원리를 한껏 실현시킨다.

실제로 대법관이 노동자나 농민 등 계급의 이익을 대변하거나 여성이나 장애인 등 사회적 소수자의 이익이나 환경 및 평화 등 인권의 이익을 지향하는 등 ‘부분사회의 대변자’로 역할을 하는 경우에 그의 이러한 역할이 자칫 위헌적이라고 볼 수도 있다. 헌법에 의하면 공무원은 국민 전체의 봉사자이며 따라서 공무원인 대법관은 국민 전체의 이익을 대표하고 추구해야 할 헌법적 의무를 부담한다는 점을 그 근거로 들 수 있다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 우려와는 달리 대법관이 ‘부분사회의 대변자’로 역할하는 것이 헌법상의 민주주의 원리와 충돌하는 것은 아니라고 봐야 한다. 대법관이 ‘부분사회의 대변자’로서의 역할을 한다고 했을 때 이것은 ‘적극적으로’ 부분사회의 관심이나 이익을 대표한다는 의미가 아니라, 소극적인 관점에서 소수자들이 다수자의 관심이나 이익에 의해 무시되거나 배제되지 않도록 사법결정과정에서 부분사회인 소수자들의 관심이나 이익을 투입하고 이를 통해 조직으로서의 대법원이 전체적으로 균형잡힌 판단을 내릴 수 있도록 해야 한다는 것이다. 대법원의 재판은 소부재판이든 전원합의체의 재판이든 대법관이 개인적 수준에서는 부분사회의 이익을 대변할 수 있어도 조직의 수준에서는 이러한 부분적 이익들이 상호조정 되고 수렴됨으로써 전체로서의 일반적 이익에 봉사하는 결정을 만들어 내는 합의체적 의사결정방식을 따르기 때문이다.<sup>3)</sup>

---

2) 한상희, “대법관 임명절차의 문제점과 개선방안” 『헌법재판관·대법관 어떻게 뽑을 것인가』 토론회 자료집, 참여연대·국회의원 이춘석 공동주최, 2012년 8월 27일, 28면

3) 한상희, 위의 글, 28면



관료법관 출신만이 아니라 다양한 이력과 경험, 그리고 부분사회에 대한 전문적 식견을 갖춘 이들을 대법관으로 골고루 임명해야 대법원의 의사결정과정에서 그 부분사회 영역에 나름의 전문적 지식이나 식견을 투입할 수 있는 것뿐만이 아니라, 관료법관으로 대변되는 다수자 사회의 이익이나 관심들을 민주적으로 통제하고 그 다수자의 이익과 소수자 또는 부분사회의 이익을 조정함으로써 균형있는 판결을 내릴 수 있어야 한다. 예를 들어 여성 대법관이 상당수 필요한 이유는 여성의 이익을 위해 법판단을 한다는 대표성보다는 오히려 여성적 법해석이라는 전문성을 바탕으로 대법원의 평의과정에 여성적 관점을 투입하고 이를 통해 가부장적 고정관념을 중화시키면서 다수자인 남성에 이한 일방적 법해석 가능성을 차단해 성별의 측면에서 보다 균형있는 판결을 이끌어내는 역할을 여성대법관들이 할 수 있는 것이다.<sup>4)</sup>

또한 다양한 배경의 대법관들에게 동질감을 느끼는 국민들이 많아지게 되어 국민들에게 친근감을 주는 ‘국민의 대법원’이 되게 하고, 사법에 대한 불신을 해소하는 계기를 제공한다. 그렇게 되면 인적 구성이 다양화된 대법원은 국민의 자발적 복종도 확보할 수 있게 된다. 이것은 대법원 재판에 대한 국민의 일반적 신뢰에서 나오는 국민의 호의에 크게 의존한다.<sup>5)</sup>

민주주의 관점에서 봤을 때 법관은 “판단자이기 이전에 분쟁당사자 사이의 의사소통을 매개하면 다양한 이해관계의 주장을 심판하는 자”이며 나아가 “법원의 제반 과정들에 대한 시민들의 접근을 촉진하며 그들의 의사와 비판을 자신의 법 판단으로 포섭해야 할 열린 법정 운영자”이어야 한다. 또한 법원은 무엇이 법인가를 판단하는 공간에서부터 점점 무엇을 법으로 구성할 것인가를 심의하는 공간으로 바뀌어야 하고 이를 위해 종래와는 다른 사법체계의 구성이 심각하게 검토될 필요도 있다.<sup>6)</sup>

물론 이에 대한 반론들도 있다. 인위적인 대법관 인적 구성의 다양화 추진은 재판능력이 보다 우수한데도 이로 인해 대법관이 될 기회를 박탈당하게 되는 이를 역차별 하는 것이라는 주장이 그 중 하나다. 기득권 논리에 젖어있는 일등지상주의자들의 주장일 뿐이다. 대법관 후보로 주목받을 정도면 이들의 자질은 다들 뛰어나서, 재판능력을 객관적으로 측정해 그 중에서 다시 우열을 가리는 것은 가능하지도 또 필요하지도 않은 일이기 때문이다.<sup>7)</sup>

4) 한상희, 위의 글, 29면

5) 민주주의원리와 대법관 구성의 다양성의 관계에 대해 자세히는 정태호, 앞의 글, 29-30면

6) 한상희, 앞의 글, 21면

7) 정태호, 앞의 글, 31면

또 다른 반론도 있다. 일 년에 3만 8천 건의 사건들이 올라오는 대법원에서, 폭주하는 사건들을 해결하기 위해서는 재판경험이 많은 판사 출신들이 대법관이 되어야만 한다는 현실론이 그것이다. 그러나, 거의 대부분의 대법원 사건들은 4인의 대법관들로 구성된 소부에서 결론이 난다. 대법원장을 포함해 14인의 대법관들이 사건을 심리하는 전원합의체 재판은 일년에 평균 십여건에 불과하다. 그리고 소부재판에서 사건기록을 꼼꼼히 읽고 판결문을 쓰는 것은 거의 그 사건 주심 대법관 혼자 의 몫이며, 그 주심 대법관에 의한 판결문 초안도 주심 대법관의 재판업무를 보좌하는 대법원 재판연구관들이 작성한다는 것이 공공연한 비밀이다. 따라서 재판연구관들의 수를 늘리고 재판연구관들의 대법관 재판 업무 지원을 강화하면 판사 경험 없이 젊은 대법관도 충분히 대법관 업무를 수행할 수 있다.

### (2) 헌법상의 공정한 재판을 받을 권리와 대법관 구성의 다양성

일반조항, 불확정적 법개념, 규범적 법개념을 해석하는 경우나, 경찰 등 법집행자에게 부여되는 재량의 오남용 여부를 판단할 때 법관의 가치관이 크게 작용할 수밖에 없다. 또한 재판과정에는 사건에 대한 이해에 선행하는 판사들의 선이해가 존재할 수밖에 없다. 그래서 선이해의 근거에 깔려있는 법관의 정치적, 정책적 또는 윤리적 판단이 개입할 수밖에 없다. 법관 자신이 이를 의식하든 의식하지 못하든. 따라서 법관의 재판은 여러 법해석가능성 가운데 하나를 선택하는 ‘정치적 행위’가 된다.<sup>8)</sup>

사법권의 독립도 그 자체가 목적이 아니라 다른 어떤 ‘목적’을 위한 수단으로서의 성격을 가지며, 이 때의 ‘목적’은 사법의 불편부당성이다. 즉, 헌법, 법률과 법관의 양심이 아닌 다른 요소들이 사법과정을 오염시키는 것을 방지하는 덕이 사법권 독립의 궁극적 목적이다. 따라서 사법권 독립을 통해 보장되는 권리는 법관이나 법원의 권리가 아니라 불편부당한 재판을 받기를 원하는 국민의 권리이며 사법권 독립은 국민을 보호하기 위한 헌법적 장치이다.<sup>9)</sup> ‘사법의 독립’뿐만 아니라 ‘대법관의 다양성’도 마찬가지다. 대법관 구성의 다양성은 소수자인 국민이라도 인적 구성이 다양한 대법원으로부터 불편부당한 재판을 받을 수 있는 권리를 보장하게 되는 것이다.

특히 대법원은 최종심이어서 대법관의 재판은 상소가 허용되지 않는다. 또한 대

---

8) 정태호, 위의 글, 27-28면

9) 한상희, 앞의 글, 23면

법원의 재판은 그 재판을 통해 개별사건의 해결을 넘어 법공동체의 법해석의 통일성을 확보하는 기능을 수행한다. 우리 사회가 나아가야 할 미래의 가치기준을 제시하기도 한다. 따라서 더더욱 사회의 다원성을 반영할 수 있도록 대법관 인적 구성의 다양화가 이루어져야 한다. 사회 내에 존재하는 다원적 견해와 가치관이 재판의 과정에서 자연스럽게 녹아들면서 경쟁하고 재판에서 사건에 대한 편견이나 독단이 극복될 가능성이 높아지고 재판의 질도 향상될 수 있다.<sup>10)</sup>

사건을 올바르게 파악하고 재판하는데 기여하는 다양한 관점을 제공할 수 있는 다양한 구성원들이 대법원 재판을 담당하도록 해야 대법원 판결에서 다양한 가치관과 경험이 서로 경쟁하고 보완하도록 할 수 있고, 획일화된 인적 구성의 대법원에서 나올 수 있는 집단적 편견에 입각한 재판의 오류를 방지하고 재판의 공정성을 높일 수 있다. 이 대목에서 대법관 인적 구성의 다양성은 바로 헌법이 보장하는 국민의 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 실현하는 현실적 대안이 된다.<sup>11)</sup>

### (3) 전문성과 대법원 구성의 다양성

사법에는 전문성의 요청이 존재한다. 만약 전문성의 요청이 분쟁해결의 기준이라고 할 수 있는 헌법과 법률의 의미와 내용 해석에 대한 전문적 지식의 구비 여부에 관한 것이라면 이것은 재판에 필요한 선제적 규칙을 발견할 수 있는 능력을 의미하는 것이고 다시 법관은 법과 사법적 양심에 따라 재판해야 한다는 사법의 독립이 추구하는 가장 기본적 사항과 연결된다.<sup>12)</sup>

법률적 전문성을 강조할 경우에 관료사법 및 관료법학 체계에서 만영해 있는 법형식주의가 재판에서의 다른 모든 판단기법들을 압도하면서 ‘법의 지배’(rule of law)가 아닌 ‘법률에 의한 지배’(rule by law)라는 전도된 현상을 야기하기도 한다.<sup>13)</sup>

### (4) 관료화된 현 사법부와 대법관 구성의 다양성

대법관직을 우리나라처럼 고등부장 이상의 엘리트 판사 들을 위한 승진자리로 활용하면서 대법원을 원칙적으로 고위법관들만으로 폐쇄적으로 구성하는 나라는 우리

10) 정태호, 앞의 글, 28면

11) 정태호, 위의 글, 32면

12) 한상희, 앞의 글, 26면

13) 한상희, 위의 글, 27면 각주 5)

나라 이외에는 없다.

인사권을 틀어쥔 대법원장에 의한 발탁승진인사가 존재하는 상황에서 법관들은 대법원 판례나 법원행정처의 지침에서 벗어나기 힘들다. 변화하는 현실이나 국민의 법감정을 반영한 재판도 나오기 어렵다. 특히 인사에 영향을 미치는 이들이 관심을 기울이는 사건에서 법관 자신의 소신을 유지하기 힘들게 한다.<sup>14)</sup> 대법관도 마찬가지다. 대법원장의 대법관 임명 제청권에 의해 대법원장과 대법관 사이에 상하관계가 형성되면 이것이 사법부 관련화의 출발점이 된다. 또한 대법원장의 제청에 의해 대통령이 대법관을 임명하는 현행의 대법관 임명과정에서 대법관들은 자신들이 책임을 지는 대상, 설명을 해야 할 대상을 사법권의 위임자인 국민이 아니라 자신을 제청하고 임명한 대법원장이나 대통령 등의 상급의 권력에서 찾게 된다. 그렇게 되면 대법원 자체가 민주성을 상실하는 사태가 발생할 뿐만 아니라 대법원의 사실상의 독립성까지도 의심받게 되는 상황이 벌어질 수 있다.<sup>15)</sup>

사법부의 관료화가 과생시키는 문제점들이 적지 않다. 헌법규정에 의해 강제되는 법관제임용제도, 고등부장 승진 이전에는 연공서열로 승진이 이루어지다가 고등부장인사에서는 발탁인사가 이루어지는 법관승진제도, 국민들의 사법불신의 주요 원인으로 작용하는 전관예우의 관행들, 최근 조금씩 조짐이 나타나고 있는 계급사법의 문제 등이<sup>16)</sup> 그것이다.

헌법학자들에 의해 ‘사법권의 독립’은 ‘사법부의 독립’과 ‘법관의 독립’으로 나누어진다. 사법부의 독립에는 ‘사법부의 집행부로부터의 독립’과 ‘사법부의 입법부로부터의 독립’이 있는데, 과거 우리나라에서는 대통령 권력으로부터의 법원의 독립을 의미하는 ‘사법부의 집행부로부터의 독립’이 가장 문제였으며, 이것이 ‘사법권 독립’의 가장 본질적인 요소로 취급되었다. 그러나 지금은 예산의 독립, 조직의 독립이라든가 또는 대법원장의 지명과정에서 정치권력에 대한 지나친 의존성과 같은 제도적인 교정이 필요한 부분이 없지는 않지만, 그래도 전반적으로 기관 자체의 독립성 강화를 위한 요청은 요즈음 그리 강하지 않다.<sup>17)</sup>

오히려 사법권 독립의 중점이 ‘법관의 독립,’ 그 중에서도 법관의 인사권을 쥔 대

---

14) 정태호, 앞의 글, 10면

15) 한상희, 앞의 글, 29면

16) 한상희, 위의 글, 22면

17) 한상희, 위의 글, 22면

법원장 등 법원 수뇌부로부터 개별 법관의 독립으로 옮겨가고 있다. 최근 법원 내 판사들이 회원인 국제인권법연구회가 학술대회를 통해 밝힌 법관들 대상의 설문조사 결과가 이를 여실히 증명하고 있다. 판사들은 ‘대법원장과 각급 법원장 등의 정책에 반하는 의사 표현을 한 법관이 보직·평정 등에 불이익을 받을 우려가 없다고 생각하느냐’는 질문에 ‘전혀 공감하지 않는다’(27.5%), ‘공감하지 않는 편이다’(60.8%)는 답변을 했다. 즉 대법원장과 각급 법원장 등의 정책에 반하는 의사 표현을 한 법관은 인사상 불이익을 입는다고 보는 판사들이 88.3%로 90%에 근접했던 것이다.<sup>18)</sup>

우리 법원의 관료적 폐쇄구조는 사법에 대한 국민의 접근성(accessibility) 확보, 국민에 대한 사법의 책임성(responsibility)과 응답성(responsiveness)의 문제, 책임성과 응답성을 포괄하면서 쌍방향적 소통을 전제로 국민적 감시에 복종하도록 하는 책무성(accountability)의 구축 등과 같은 민주적 사법의 통제에 방해가 되고 있다. 즉, 법관이 어떤 영향과 압력으로부터 자유로워야 한다고 해서 주권자 국민에 의한 민주적 통제로부터의 자유까지도 포함하는 것은 아니다. 오늘날 사법기능이 법해석과 법발견으로부터 일종의 법창조로까지 다변화하고 있는 점을 감안하면 재판과정에서 법관의 주관적인 정치적 견해나 태도가 재판에 유입될 수밖에 없으며 이에 대한 국민들의 민주적 통제는 따라서 더더욱 필요해진다. 이제 더 이상 과거의 엄격한 법도그마를 바탕으로 한 형식주의적 법적용이 미덕이던 시절에나 설득력이 있던 법관의 독립론을 가지고 오늘날의 민주적 사법의 요청을 배척하는 논거로 삼을 수는 없는 것이다.<sup>19)</sup> 사법부의 관료화 문제를 해결하기 위해서는 더더욱 사법부에 대한 민주적 통제가 필요하다.

### (5) 전관예우와 대법원 구성의 다양성

승진이 강조되는 현재의 관료화된 수직적 법관조직 하에서 대법원의 법관순혈주의는 판사시절의 선후배를 더욱 공고히 만들면서 전관예우의 폐해를 심화시킬 여지를 제공한다. 종래의 법관순혈주의는 하급심 판사들에게 승진 위해 대법원 판례를 무비판적으로 적용하기에 급급하게 만들었다.

## 2. 대법관 구성 다양화의 추진 기준

18) 인권법연구회 세미나 “대법원장 권한 나눠야,” 중앙일보 2017. 3. 27일자 14면

19) 한상희, 앞의 글, 24면

대법원 인적 구성 다양화를 추진한다면 그 기준은 무엇이 되어야 하는가? 우선은 판사 이외에 재야출신 변호사, 법학교수, 행정관료 등을 대법관으로 뽑아 ‘직역의 다양성’과 같은 ‘외적 다양성’ 확보 노력을 기울이고 이것이 자연스럽게 가치관이나 이념적 지향의 다양성 등 외적 다양성으로 이어질 수 있게 해야 할 것이다.<sup>20)</sup> 여러 연령층의 의사와 이익을 대법원 판결에 대변한다는 의미에서 연령의 다양성도 고려될 필요가 있다. 세계 각국은 또한 여성 대법관의 수를 점차 늘려가면서 최고법원의 재판관의 성비균형을 지향함으로써 다양성의 충위를 더하고 있다는 점도 고려되어야 한다.

### III. 김명수 코트 이전과 이후의 대법원 인적 구성의 다양성

#### 1. 과거의 대법원 인적 구성의 획일성

다양성을 결여한 대법관 후보 제청의 관행은 대법관을 판사의 최종 승진코스로 여기는 법관순혈주의에 뿌리를 두고 있다. 법무부가 2015년에 발표한 ‘역대 대법관 구성 분석’ 보고서에 따르면, 1948년 정부 수립 때부터 2015년까지 재임한 총 142명의 대법관들 중 판사 출신이 124명으로 87.3%, 서울대 출신이 102명으로 71.8%에 이르고, 여성은 4명으로 2.9%에 불과하다고 한다.<sup>21)</sup> 우리 대법원은 같은 대학을 나온 50대의 선후배 남성 판사들에 의해 장악되어 온 것이다. 이러한 경향은 이용훈 대법원장 때 진보적인 5명의 대법관으로 이루어진 ‘독수리 5형제’를 낳는 등, 다소 완화되었다가 양승태 대법원장 때 다시 강화되었다.

그러다가 문재인 정부가 들어서고, 양승태 대법원장의 6년 임기가 거의 끝나가는 시점인 지난 2017년 6월 16일에 양승태 당시 대법원장은 대법관추천위원회가 추천한 8명 중 조재연 변호사와 박정화 고등법원 부장판사를 대통령에게 대법관 후보로 제청했다. 그 동안 대법관 후보로 ‘서울대 출신, 50대인 고등법원 부장판사나 법원장급의 현직 엘리트 남성 판사’들이 거의 획일적으로 제청되던 데 비하면, ‘다양성’이라는 측면에서 진일보한 면이 없지 않았다. 그러나, 여전히 판사를 거치지 않은 순수 재야 변호사 출신이나 법학교수 중에서 대법관 후보를 제청하지는 못하는 한계를 분명히 보여주고 있었다.

---

20) 정태호, 앞의 글, 37면

21) 정태호, “대법원 구성의 다양성 확보 방안” 「대법관 구성의 다양성 확보 토론회 자료집」 국회의원 정성호와 대한변호사협회, 2016. 10. 17. 10면

## 2. 김명수 코트에서의 대법관 인선의 새 경향

그로부터 3개월여가 지난 2017년 9월 25일에 국회의 동의를 거쳐 김명수 대법원장이 대법원장으로 임명되어 임기를 시작했다. 바야흐로 ‘김명수 코트’가 시작된 것이다. 2018년 1월 2일에는 김용덕 대법관 후임으로 안철상 당시 대전지법원장이, 박보영 대법관 후임으로 민유숙 당시 서울고법부장판사가 대법관에 임명되었다. 두 새 대법관 모두 현직 고위법관들이기는 했으나, 안철상 대법관은 건국대학교 출신으로 서울대 출신이 아니었고, 민유숙 대법관은 여성으로서 대법관에 임명되었다. 우리 대법관의 전형적인 패턴으로 형성된 ‘서울대 출신의 50대 초·중반의 현직 엘리트 남성 고위법관’을 의미하는 ‘서오남’의 공식이 깨지기 시작한 것이다. 같은 해 8월 2일에는 3명의 대법관이 동시에 임명되었는데, 고영한 대법관의 후임으로 김선수 변호사가, 감창석 대법관의 후임으로 노정희 당시 법원도서관장이, 김신 대법관의 후임으로 이동원 당시 제주지법원장이 새 대법관에 임명되었다. 김선수 대법관은 판검사 경력이 전혀 없는 순수 재야 출신 변호사로서 민변 회장을 역임했고 사법고시 수석 합격 이후 30여 년간 노동 전문 변호사로 활동하였으며, 그 전 해에도 두 차례나 대법관 최종 후보자 명단에 이름이 올랐었다. 노정희 대법관은 개혁적인 진보성향의 여성판사로서 이화여자대학을 졸업하였고, 법원행정처 근무 경험은 전혀 없고, 줄곧 재판업무에 종사해온 법관이다. 이동원 대법관도 고려대학교를 졸업하고 사법시험 합격 후 서울형사지방법원 판사를 시작으로 줄곧 판사로서의 길을 걸어 왔으며 법원행정처 근무 경험이 없다.<sup>22)</sup> 김선수 대법관은 고위법관 출신이 아니었고, 노정희, 이동원 대법관은 서울대 출신이 아니어서 이 때에도 ‘서오남’의 공식이 깨졌다. 그리고 2018년 12월 28일에는 김소영 대법관의 후임으로 김상환 당시 서울중앙지법 수석부장판사가 새 대법관에 임명되었다. 서울대 출신의 50대 초반 남성 고위법관 출신이었다.

이로써 김명수 대법원장이 임명 제청하고 문재인 대통령이 대법관으로 임명한 안철상, 민유숙, 김선수, 김창석, 노정희, 이동원, 김상환 대법관에다가 비록 임기말의 양승태 대법원장이 임명 제청했지만 문재인 대통령이 임명한 안철상, 민유숙 대법관을 더하면 12명의 대법관 중 총 13명의 대법관 중 8명이 문재인 대통령에 의해 임명된 대법관이 된다.<sup>23)</sup>

22) “대법관 후보에 ‘재야 노동 변호사 포함’…대법원의 변화” SBS 8시 뉴스, [https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news\\_id=N1004829303&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSSEND](https://news.sbs.co.kr/news/endPage.do?news_id=N1004829303&plink=ORI&cooper=NAVER&plink=COPYPASTE&cooper=SBSNEWSSEND).

#### IV. 김명수 코트 2년간의 주요 대법원 판결들

다음에서는 김명수 대법원장 취임 이후 주목할 만한 영역별로 6개의 대법원 판결들을 시기 순으로 정리하여 분석해본다.

##### 1. 과거사 영역: 신일철주금 상대 강제징용피해자 손해배상소송판결<sup>24)</sup>

###### (1) 사실관계의 개요

원고들은 1941년부터 1943년 사이에 일본의 제철소에 강제동원된 피해자들이며, 2005년 1월에 한일청구권협정 관련 문서가 공개되자 같은 해 2월경 일본 기업(신일철주금 주식회사)을 상대로 손해배상 청구소송을 제기하였다. 제1심과 제2심에서는 원고 패소였으나 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결에서 대법원은 청구권 협정에도 불구하고 원고들이 피고를 상대로 손해배상청구권을 행사할 수 있다는 취지로 환송하였다. 환송 후의 2013년에 제2심은 환송판결의 취지에 따라 피고가 원고들에게 강제동원 피해에 따른 1억 원씩의 위자료 지급 의무가 있다고 판시하였고, 이에 불복한 피고가 재상고 하였다.

###### (2) 사건의 주요쟁점 중 합의가 된 쟁점들의 내용

첫째, 일본 판결의 효력과 관련해 일본 법원의 판결은 그 내용이 우리나라의 선량한 풍속이나 그 밖의 사회질서에 반하는 것이므로 효력을 인정할 수 할 수 없고, 둘째, 피고인 신일철주금에게 구 일본제철의 손해배상채무가 승계되었는지와 관련해서는 승계되었다고 보았으며, 셋째, 피고의 소멸시효 완성 주장과 관련해서는 소 제기 당시까지도 원고들이 피고를 상대로 대한민국에서 객관적이고 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었으므로 소멸시효 완성 주장은 권리남용으로 허용될 수 없다고 판단한 점에서는 전원합의체 대법관들의 의견이 일치하였다.

###### (3) 한일 청구권협정으로 인한 원고들의 손해배상청구권 소멸 여부에 관한 입장들

---

23) “文대통령 임명 대법관 8명 시대…대법 판결 변화 오나” 중앙일보 2018년 8월 3일자, 사회면

24) 대법원 2018. 10. 30. 2013다61381, 전원합의체 판결(재판장 김명수 대법원장, 주심 김소영 대법관)



1) 다수의견(7명)

첫째, 이 사건 원고들의 손해배상청구권은 미지급 임금이나 보상금을 구하는 것이 아니라, 일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료 청구권을 의미한다. 일본의 한반도에 대한 불법적이고 폭압적인 지배 상황에서 일본 정부와 일본 제철의 조직적인 기만에 의해 원고들이 동원되었고, 미성년의 나이에 생명이나 신체에 위해를 당할 가능성이 높은 열악한 환경에서 조동에 종사했으며 전시 총동원체제에서 외출이 제한되고 상시 감시를 받아 탈출이 불가능한 상태에서 강제노동을 당했기 때문이다.

둘째, 본 사건의 강제동원 위자료청구권은 한일 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다. 샌프란시스코 조약에 따라 열린 제1차 한일회담에서 제시된 ‘8개 항목’ 중 제5항에 규정된 ‘피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권의 변제청구’는 일본 식민지배의 불법성을 전제로 하는 것이 아니었다는 점, 청구권협정의 협상과정에서 일본 정부는 식비지배의 불법성을 인정하지 않은 채 강제동원 피해의 법적 배상을 원천적으로 부인했으므로 이런 상황에서 강제동원 위자료청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되었다고 보기 어렵다는 점, 협상과정에서 요구된 총 12억 2천만 달러에 훨씬 못 미치는 3억 달러만 받은 상황에서 이 액수에 강제동원 위자료 청구권도 포함된다고 보기는 어렵다는 점 등이 그 근거이다.

2) 별개의견1

이기택 대법관은 다수의견과 상고기각의 결론은 같으나 이유를 달리하는 별개의견을 개진하였다. 다음은 그 추론의 요지이다. 환송 후 제2심 심리과정에서 새로운 증거 등에 의해 사실관계에 변동이 생기는 등의 예외적인 사유가 없는 한 환송판결의 기속력은 재상고심에도 미치는 것이 원칙이다. 재상고심이 전원합의체에서 판단되는 경우라고 할지라도 ‘환송판결에 명백한 법리오해가 있어 반드시 이를 시정해야 하는 상황이거나 환송판결이 전원합의체를 거치지 아니한 채 종전 대법원판결이 취한 견해와 상반된 입장을 취한 때’와 같은 예외적인 경우를 제외하고는 전원합의체 재상고심에도 환송판결의 기속력이 미친다. 그러므로 이미 환송판결에서 원고들의 손해배상청구권이 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다고 판단하였으므로, 환송판결의 기속력에 의해 이 사건에서도 같은 판단을 할 수밖에 없다.

### 3) 별개의견2

김소영, 이동원, 노정희 대법관도 별개의견을 개진하였으며, 그 추론의 요지는 다음과 같다. 샌프란시스코 조약에 따라 열린 제1차 한일회담에서 제시된 ‘8개 항목’ 중 제5항에 규정된 ‘피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권’ 가운데 ‘기타 청구권’에 원고들이 주장하는 손해배상청구권이 포함되므로, 원고들의 손해배상청구권은 한일 청구권협정의 적용대상에는 포함된다. 다만, 원고들의 개인청구권 자체는 청구권협정만으로 당연히 소멸되지는 않으며 청구권협정으로 그 청구권에 대한 대한민국 정부의 외교적 보호권이 포기되어 일본의 국내 조치로 해당 청구권이 일본 내에서 소멸하여도 대한민국 정부가 이를 외교적으로 보호할 수단을 상실하게 될 뿐이다. 일본은 청구권협정 직후에 일본국 내에서 대한민국 국민의 일본국 및 그 국민에 대한 권리를 소멸시키는 것을 내용으로 하는 재산권조치법을 제정·시행하였는데 이런 조치는 청구권협정만으로 대한민국 국민 개인의 청구권이 소멸하지 않음을 전제로 한 것이기 때문이다.

### 4) 반대의견

권순일, 조재연 대법관은 파기환송 의견인 반대의견을 개진하였으며, 그 추론의 요지는 다음과 같다. 샌프란시스코 조약에 따라 열린 제1차 한일회담에서 제시된 ‘8개 항목’ 중 제5항에 규정된 ‘피징용한국인의 미수금, 보상금 및 기타 청구권’ 가운데 ‘기타 청구권’에 원고들이 주장하는 손해배상청구권이 포함된다. 그러나 외교적 보호권 행사의 주체는 피해자 개인이 아니라 그의 국적국이므로 개인의 청구권 유무에 직접 영향을 미치지 않으므로 별개의견2처럼 외교적 보호권만 포기된 것으로 볼 수도 없다. 청구권협정에 명시적인 ‘포기(waive)’의 표현이 없으므로 개인청구권이 실체법적으로 완전히 소멸되었다고 보기는 어려우나, 청구권협정에서 ‘어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.’라고 하고 있으므로 이는 소로써 권리를 행사하는 것이 제한된다는 의미가 되어, 원고들이 일본 국민인 피고를 상대로 국내에서 강제동원으로 인한 손해배상청구권을 소로써 행사하는 것도 제한된다. 국가는 청구권협정으로 인해 개인청구권을 더 이상 행사할 수 없게 됨으로써 피해를 입은 국민에게 지금이라도 정당한 보상을 하여야 한다.

### 5) 보충의견

다수의견에 가담한 대법관들 중 김재형, 김선수 대법관은 보충의견을 개진하였으며, 그 요지는 다음과 같다. 청구권협정에서 강제동원 피해자의 위자료청구권과 그 포기에 관해 명확하게 정하고 있지 않음에도 불구하고 명시적 근거 없이 이를 박탈하는 식의 판단을 하는 것은 옳지 않으며, 청구권협정의 문맥이나 목적 등에 비추어 청구권협정의 문언에 나타난 통상적 의미에 따라 해석할 경우에 청구권협정에서 말하는 ‘청구권’에 강제동원 위자료청구권까지 포함된다고 보기는 어렵다. 그러므로 다수의견의 입장이 조약 해석의 일반원칙에 비추어 타당하다.

(4) 이 대법원 판결이 가지는 의미

이 판결은 ‘일본 정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 일본 기업의 반인도적인 불법행위를 전제로 하는 강제동원 피해자의 일본 기업에 대한 위자료청구권’이 한일 청구권협정의 적용대상에 포함되지 않는다고 보면서 피고가 원고들에게 1억 원씩의 위자료를 지급해야 한다고 판시한 원심판결을 최종적으로 확정 시켰다. 이 일제 강제징용 사건은 고등법원에서 손해배상책임을 인정받은 일본 전범기업이 대법원에 재상고한 후 곧 기각판결이 예상되었던 사건이었음에도 불구하고 6년 가까이 판결이 내려지지 않았다. 그러나 이 사건에 대해 양승태 코트 하에서의 재판거래 의혹이 불거지자 김명수 코트는 2018년 7월 27일에 이 사건을 전원합의체에 회부하였고, 약 석달 후인 2018년 10월 30일에 일본 전범 기업을 상대로 한 강제징용 피해자들의 손해배상청구소송으로는 처음으로 피해자 승소를 확정된 이 판결을 선고하였다. 이후 김명수 코트는 비슷한 소송에서 잇따라 같은 취지의 판결을 선고하였다. 약 한달 후인 11월 29일에 대법원 민사2부(주심 박상옥 대법관)는 정창희(95)씨 등 일제 강제동원 피해자 6명이 미쓰비시 중공업을 상대로 낸 손해배상청구소송(2013다67587)에서도 피해자들에게 1인당 8000만원씩의 위자료를 지급하라며 원고일부승소 판결을 한 원심을 확정하였다. 또한 대법원 민사2부(주심 조재연 대법관)도 11월 29일에 근로정신대 할머니들이 미쓰비시중공업을 상대로 낸 손해배상청구소송(2015다45420)에서 마찬가지로 피해자들에게 1인당 1억원 내지 1억 5000만원의 위자료를 지급하라며 원고일부승소 판결한 원심을 확정하였다.<sup>25)</sup> 그러나 문제는 이들 판결들에서 피해자 대부분이 노령으로 이미 세상을 떠나 직접 판결을 듣지 못했다는 점이다. 안타까움과 함께 ‘지체된 정의는 정의가 아니다’라는 법언을 떠올리게 한다.

25) “대법원 ‘미쓰비시도 배상’... 강제징용 피해자 잇따라 승소 판결” 법률신문뉴스, 2018. 11. 29일자.

## 2. 소수자 인권 영역: 양심적 병역거부 무죄 판결<sup>26)</sup>

### (1) 사실관계의 개요

여호와의 증인 신도인 甲은 지방병무청장 명의의 현역병입영통지서를 받고도 입영일로부터 3일이 지나도록 종교적 양심을 이유로 입영하지 않고 병역을 거부해 병역법 제88조 제1항<sup>27)</sup> 위반으로 기소되었다. 甲은 여호와의 증인 신도인 아버지의 영향으로 만 13세 때 침례를 받은 이후 그 신앙에 따라 생활하면서 약 10년 전에 최초 입영통지를 받았고, 그 후 현재까지 신앙을 이유로 입영을 거부해왔다. 과거 甲의 아버지는 물론 최근 甲의 동생도 같은 이유로 병역을 거부해 병역법 위반으로 수감되었다. 甲은 그가 부양해야 할 배우자, 어린 딸과 갓 태어난 아들이 있는 상태에서 형사처벌의 위협을 감수하면서까지 종교적 신념을 이유로 병역거부 의사를 유지해왔다. 창원지방법원 형사합의부 판결에 불복한 갑이 대법원에 상고하였고, 대법원은 이 사건을 전원합의체에 회부해 판단하게 되었다.

### (2) 다수의견(8명)

8명 대법관의 다수의견은 “원심판결을 파기하고, 사건을 창원지방법원 합의부에 환송한다.”는 주문을 통해 파기환송판결을 내렸다. 다음은 그 추론의 요지이다.

첫째, 병역법 제88조 제1항은 입영기피를 억제하고 병력구성을 확보하기 위한 규정으로서, 이 조항에 따르면 ‘정당한 사유’가 있는 경우에는 피고인을 벌할 수 없다. 따라서 여기에서 ‘정당한 사유’는 구성요건해당성을 조각하는 사유가 된다. 불확정 개념인 이 ‘정당한 사유’가 있는지를 판단할 때에는 병역법의 목적과 기능, 병역의 무의 이행이 헌법을 비롯한 전체 법질서에서 가지는 위치, 사회적 현실과 시대적 상황의 변화 등은 물론, 피고인이 처한 구체적이고 개별적인 사정도 고려되어야 한다.

---

26) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결(재판장 김명수 대법원장, 주심 김재형 대법관)

27) 병역법 제88조는 ‘입영의 기피 등’이라는 제하에 제1항에서 “현역입영 또는 소집 통지서(모집에 의한 입영 통지서를 포함한다)를 받은 사람이 정당한 사유 없이 입영일이나 소집일부터 다음 각 호의 기간이 지나도 입영하지 아니하거나 소집에 응하지 아니한 경우에는 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 제53조제2항에 따라 전시근로소집에 대비한 점검통지서를 받은 사람이 정당한 사유 없이 지정된 일시의 점검에 참석하지 아니한 경우에는 6개월 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금 또는 구류에 처한다. 1. 현역입영은 3일 2. 사회복지무요원 소집은 3일 3. 군사교육소집은 3일 4. 병력동원 소집 및 전시근로소집은 2일”이라고 규정하고 있다.

둘째, 양심적 병역거부란 ‘종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 징역이나 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 거부하는 행위’를 의미한다. 실제 재판에서는 매년 평균 약 600명 내외로 발생하는 양심적 병역거부자의 개별적 사정이 고려되지 않은 채 ‘3년 이상의 징역’이라는 법정형이 정한 범위 안에서 1년 6개월 이상 징역형의 실형이 선고되고 있다. 양심적 병역거부의 허용 여부는 헌법상의 양심의 자유 등 기본권 규범과 헌법상 국방의무 규범 사이의 충돌·조정의 문제이며, 이 충돌·조정의 문제는 병역법 제88조 제1항에서 규정한 ‘정당한 사유’라는 문언의 해석을 통해 해결하여야 한다. 양심적 병역거부는 소극적 부작위에 의한 양심실현에 해당하며, 양심적 병역거부자들은 헌법상의 국방의 의무 자체를 부정하지는 않으며, 국방의 의무를 구체화하는 법률에서 병역의무를 정하고 그 병역의무를 이행하는 방법으로서의 징역이나 군사훈련을 수반하는 행위를 할 수 없다는 이유로 그 이행을 거부할 뿐이다. 양심적 병역거부의 현황과 우리나라의 경제력과 국방력, 국민의 높은 안보의식 등에 비추어 양심적 병역거부를 허용해도 국가안전보장과 국토방위를 달성하는 데 큰 어려움은 없을 것으로 보이므로, 진정한 양심적 병역거부자에게 징역과 군사훈련을 수반하는 병역의무의 이행을 강제하고 그 불이행을 처벌하는 것은 양심의 자유에 대한 과도한 제한이나 본질적 내용에 대한 위협이 된다. 또한 자유민주주의는 다수결의 원칙에 따라 운영되지만, 소수자에 대한 관용과 포용을 전제로 할 때에만 정당성을 확보할 수 있다. 양심적 병역거부자에게 병역의무의 이행을 일률적으로 강제하고 그 불이행에 대하여 형사처벌의 제재를 하는 것은 양심의 자유를 비롯한 헌법상 기본권 보장체계와 전체 법질서에 비추어 타당하지 않을 뿐만 아니라, 소수자에 대한 관용과 포용이라는 이 자유민주주의 정신에도 위배된다. 그러므로 진정한 양심에 따른 병역거부라면, 이것은 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당한다.

셋째, 양심적 병역거부를 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’로 인정할 것인지는 대체복무제의 존부와 논리필연적인 관계에 있지 않다. 대체복무제는 양심적 병역거부를 인정하는 것을 전제로 하기 때문에, 현재 대체복무제가 마련되어 있지 않거나 향후 대체복무제가 도입될 가능성이 있더라도, 병역법 제88조 제1항 위반을 이유로 기소되어 재판을 받고 있는 피고인 甲에게 병역법 제88조 제1항이 정하는 ‘정당한 사유’가 인정된다면 처벌할 수 없다.

넷째, 구체적인 병역법위반 사건에서 피고인이 양심적 병역거부를 주장할 경우에

그 양심이 과연 깊고 확고하며 진실한 것인지 가려내는 일이 중요하다. 인간의 내면에 있는 양심을 직접적·객관적으로 증명할 수는 없으므로 사물의 성질상 양심과 관련성이 있는 간접사실이나 정황사실을 증명하는 방법으로 판단해야 한다. 또한 깊고 확고하며 진실한 양심은 그 사람의 삶 전체를 통하여 형성되고 어떤 형태로든 그 사람의 실제 삶으로 표출되었을 것이기 때문에, 이 판단 과정에서 피고인의 가정환경, 성장과정, 학교생활, 사회경험 등 전반적인 삶의 모습도 아울러 살펴봐야 한다. 그리고 ‘정당한 사유’가 없다는 사실은 범죄구성요건이기 때문에 검사가 증명해야 한다. 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명하는 방식을 택할 수 밖에 없다.

### (3) 별개의견

이동원 대법관은 다수의견과 파기·환송의 결론은 같으나 이유를 달리하는 별개의견을 개진하였다. 다음은 그 추론의 요지이다.

헌법재판소는 최근 병역의 종류로 대체복무제를 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대해 헌법불합치결정을 내리고, 국회에 2019년 12월 31일까지 대체복무제를 도입할 것을 촉구했기 때문에, 조만간 대체복무제 도입이 입법화될 것으로 보인다. 이런 상황에서 종교적 신념을 이유로 하는 병역거부자들에게도 현역 입영을 강제함으로써 그들에게 종교적 신념상 감당하기 어려운 과도한 부담을 부과하는 것은 헌법상 기본권 제한에 있어 최소침해의 원칙에 어긋난다. 그러므로 진정한 종교적 신념에 따라 병역을 거부하는 경우에는 병역법 제88조 제1항이 규정하는 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아야 한다.

### (4) 반대의견

김소영, 조희대, 박상욱, 이기택 대법관은 상고기각 의견인 반대의견을 개진하였으며, 그 추론의 요지는 다음과 같다.

첫째, 병역법 제88조 제1항상의 ‘정당한 사유’

종전 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결은 병역법 제88조 제1

항상의 ‘정당한 사유’란 병무청장 등의 결정으로 구체화된 병역의무의 불이행을 정당화할 만한 사유, 즉 질병 등 병역의무 불이행자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유에 한하는 것으로 보아야 한다고 판단하였다. 그러면서 양심적 병역거부는 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유에 근거한 것이고, 이 소극적 부작위에 의한 양심실현의 자유는 상대적 자유로서, 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 헌법적 법익인 병역의무보다 우월한 가치라고 할 수는 없다고 보면서, 양심적 병역거부자에 대해 처벌규정을 적용하더라도 양심의 자유가 부당하게 침해되었다고 할 수 없으며, 양심의 자유에 반한다는 사유로 현역병입영을 거부하는 것은 정당한 사유가 있는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 종전의 법리야말로 우리의 총체적 규범체계와 시대적·사회적 맥락에서 여전히 타당성이 인정되므로 그대로 적용·유지되어야 한다.

둘째, 원칙적으로 대한민국 국민으로서 남성인 병역의무자가 병역을 연기하거나 감면받기 위한 일체의 특례 사유는 병역법에 그 내용이 명확하게 규정되어 있지 않는 한 허용될 수 없으며, 이러한 입장은 병역법 제88조 제1항상의 ‘정당한 사유’를 해석할 때에도 관철되어야 한다. 설령 병역의무의 이행을 감당할 능력과 관련된 사유가 이 ‘정당한 사유’에 포함된다고 하더라도, 이것은 병역법이 규정하고 있는 병역면제 등 사유인 심신장애, 형사처벌, 북한이주민 등의 사유에 준하는 정도의 것으로서, 병역의무의 이행능력과 관련된 객관적·가치중립적인 사정으로 제한된다. 또한 병역법과 그 시행령상의 입영·징집의 의미, 입영연기 및 지연입영 제도의 취지 등을 종합해 보면, 병역법 제88조 제1항상의 ‘정당한 사유’란 입영통지에 기해 지정된 기일과 장소에 집결할 의무를 부과 받았는데도 즉시 이에 응하지 못한 것을 정당화할 만한 사유를 의미하며, 따라서 병역법에서 입영을 일시적으로 연기하거나 지연시키기 위한 요건으로 인정된 사유인 질병, 재난 등과 같은 개인의 책임으로 돌리기 어려운 사유로 한정된다. 양심적 병역거부자에 대해 처벌규정에 기한 형사처벌이 이루어지더라도 이것은 병역법상 병역의무 부담의 공평성과 이행의 실효성을 확보하기 위한 불가피한 수단이기 때문에 기본권에 대한 과도한 제한이 되거나 기본권의 본질적 내용에 대한 침해나 위협이 된다고 볼 수도 없다.

셋째, 양심적 병역거부의 보호대상이 되어야 할 ‘진정한 양심’은 병역의무의 이행이 강제되는 상황에 직면함으로써 외부로 표출되기 이전에 이미 내심의 영역에서 형성·결정되어 있던 절대적 자유의 대상으로서의 양심이 되어야만 하며, 따라서 이 ‘진정한 양심’은 내심의 영역에만 머물던 것으로서 그 존부에 대해 객관적인 재현이

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

나 증명은 물론이고, 그 주장에 대해 과학적·합리적인 반증이나 탄핵을 하는 것이 극히 어렵거나 거의 불가능하다. 따라서 ‘진정한 양심’은 형사사법절차가 예정하는 논리칙·경험칙에 입각하고 합리성에 기초한 객관적인 증명의 대상으로는 적절치 않다. 특수한 심사기준이나 방법이 없는 상태에서 병역거부와 관련된 ‘진정한 양심’을 법관이 심사하는 것은 실체적 진실 발견을 사명으로 하는 법관으로서 감당하기 어려운 임무가 된다.

넷째, 대략적인 윤곽만 확인되고 여러 논란의 소지가 있는 대체복무제 입법안의 논의 내용과 상황을 감안하지 않은 채, 다수의견의 논리대로 대체복무제의 도입 여부와 양심적 병역거부에 대한 처벌 여부는 별개라는 인식 아래에서 대체복무제 도입에 선행하여 처벌규정의 ‘정당한 사유’에 양심적 병역거부의 사유가 포섭될 수 있는지 여부를 판단하는 것은 타당하지 않다.

다섯째, 처벌규정의 ‘정당한 사유’의 의미에 관한 대법원의 종전 전원합의체 판결에서 확인된 법리가 그대로 유지되어야 한다. 종전의 전원합의체 판결 이후로 현재까지 기존 법리에 따른 ‘정당한 사유’의 포섭 범위를 확대하는 방향으로 변경을 해야 할 만한 명백한 규범적·현실적 변화가 없기 때문이다.

### (5) 이 대법원 판결이 가지는 의미

대법원 전원합의체는 이 판결을 통해, 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항이 규정한 병역 기피의 ‘정당한 사유’에 포함되지 않는다고 판단한 14년 전의 대법원 전원합의체의 입장을 뒤집고 양심적 병역거부자에게 무죄 판단을 내렸다.

이 판결에서 다수의견이 정의내린 대로 ‘종교적·윤리적·도덕적·철학적 또는 이와 유사한 동기에서 형성된 양심상 결정을 이유로 징총이나 군사훈련을 수반하는 병역 의무의 이행을 거부하는 행위’를 의미하는 양심적 병역거부로, 우리나라에서는 매년 평균 600명 내외의 양심적 병역거부자가 1년 6개월 이상의 징역형 선고를 받고 전과자가 되고 있었다. 따라서 이들은 우리 한국사회에서 종교적·사상적 측면에서 소수자라 할 수 있다.

첫째, 이 판결은 대대로 핍박받던 양심적 병역거부자라는 우리 사회의 소수자들의 인권에 대법원이 주목하고 이를 신장한 판결이라는 측면에서 큰 의미를 가진다.



둘째, ‘양심의 자유’라는 특정 기본권과 관련해서도 이 기본권을 헌법전 속에만 존재하는 추상적인 기본권이 아니라 우리 생활 속에서 실제로 규범력을 가지는, 살아있는 기본권이 될 수 있게 그 실천적 의미를 해석해냈다는 측면에서, 대법원 판결로서는 꽤 전향적인 ‘헌법 친화적이고 기본권 친화적인 판결’이라고 평가할 수 있다.

### 3. 과거사 영역: 부마항쟁 당시 계엄령 위반 재심사건<sup>28)</sup>

#### (1) 사실관계의 개요

1979년 10월 18일에 부산지역에 비상계엄이 선포되었고, 계엄사령관은 같은 날 구 계엄법(1981. 4. 17. 법률 제3442호로 전부 개정되기 전의 것) 제13조에서 정한 계엄사령관의 조치로서 유언비어 날조·유포와 국론분열 언동은 엄금한다는 내용이 포함된 계엄포고 제1호를 발령하였다. 피고인 甲도 1979년 10월 부마항쟁의 현장에 있었다. 부산·경남지역에서 엠네스티 활동을 하고 있었던 그는 비상계엄 하에서의 인권 실태를 조사하기 위해 부산지역을 방문한 한국기독교연합회 간사와 인권 침해 사건을 논의한 것이 문제가 되어 유언비어를 유포 혐의로 계엄사령관의 조치에 배반하는 표현을 해 구 계엄법 제15조, 제13조, 이 사건 계엄포고 제4항을 위반하였다는 공소사실로 기소되어 1980년 9월 27일에 육군계엄고등군법회의에서 징역 2년을 선고받았고 대법원은 다음 해 2월 10일에 피고인의 상고를 기각하였다.

그후 박근혜는 부마항쟁의 진실규명을 대선공약으로 주장하였고 2013년 6월 4일에 「부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」이 제정되었다. 부산고등법원은 2016년 7월 7일에 재심 대상판결인 육군계엄고등군법회의 판결에 대해 이 법 제11조 제1항의 특별재심사유가 있다고 보아 재심개시결정을 하였고, 그 무렵 위 결정이 확정되었다. 원심은, 이 사건 공소사실에 대한 증거가 없는 점, 이 사건 계엄포고는 구 계엄법 제13조의 요건을 갖추지 못한 채 발령되었고 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위배되어 위헌·위법하여 무효라는 점을 들어 피고인에 대해 무죄를 선고하였다. 검사의 상고가 뒤따랐다.

#### (2) 쟁점별 판결요지

<sup>28)</sup> 대법원 2018. 11. 29. 선고 2016도14781(대법원 제3부 재판장 이동원·조희대 대법관, 주심 김재형·민유숙 대법관)

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

대법원 제3부는 이 사건에 검사의 상고를 기각하는 결정을 내려 피고인에 대한 무죄판결을 확정하였다. 다음은 그 추론의 요지이다.

첫째, 부마항쟁 비상계엄 선포에 따른 계엄포고 제1호는 형벌에 관한 법령의 일부이다. 계엄포고 제1호는 유신헌법 제54조 제3항, 구 계엄법 제13조에서 정한 ‘특별한 조치’로 이루어졌고 이것은 벌칙조항인 구 계엄법 제15조에서 정한 ‘제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치’에 해당해 형벌에 관한 법령의 일부가 된다. 재심이 개시된 사건에서 형벌에 관한 법령이 재심판결시 폐지되었다고 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조<sup>29)</sup> 전단에서 규정하는 ‘범죄로 되지 아니한 때’에 해당하여 무죄를 선고하여야 한다.

둘째, 부마항쟁 비상계엄 선포에 따른 계엄포고 제1호의 위헌·위법 여부에 대한 최종적 심사기관은 대법원이다. 현행헌법 제107조 제2항은<sup>30)</sup> 대법원이 구체적 사건에 적용할 명령·규칙·처분의 위헌·위법 여부를 심사할 최종적 권한을 가진다고 규정하고 있다. 유신헌법 제54조 제3항에 근거한 구 계엄법 제13조는 계엄사령관에게 국민의 기본권 제한과 관련한 특별한 조치를 할 수 있는 권한을 부여하고 있고 이에 근거해 구 계엄법 제15조는 “제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치에 응하지 아니하거나 이에 배반하는 언론 또는 행동을 한 자는 3년 이하의 징역에 처한다.”고 규정하였다. 따라서 이 조항의 ‘제13조의 규정에 의하여 취한 계엄사령관의 조치’는 구 계엄법 제13조와 제15조의 내용을 보충하는 기능을 하고 그와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서 효력을 가지므로 법원은 ‘특별한 조치’로서 이루어진 계엄포고 제1호에 대한 위헌·위법 여부를 심사할 권한을 가진다.

셋째, 구 계엄법 제13조에서 정한 계엄사령관의 조치로서 유언비어 날조·유포와 국론분열 언동을 엄금한다는 내용이 포함된 계엄포고 제1호는 유신헌법 제54조 제1항, 구 계엄법 제13조에서 정한 “군사상 필요할 때”라는 요건을 갖추지 못한 채 발령되었고, 유언비어 날조·유포와 국론분열 언동은 엄금한다는 내용에 있어서도 죄형법정주의의 명확성 원칙과 영장주의에 위배되며, 표현의 자유, 학문의 자유, 대학의

---

29) 형사소송법 제325조는 ‘무죄의 판결’이라는 제하에 “피고사건이 범죄로 되지 아니하거나 범죄사실의 증거가 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다.”고 규정하고 있다.

30) 현행헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”고 규정하고 있다.

자율성 등 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한다. 그러므로 계엄포고 제1호는 해제 또는 실효되기 전부터 이미 유신헌법과 구 계엄법에 위배되어 위헌·위법으로 무효이다.

### (3) 이 대법원 판결이 가지는 의미

이 사건 판결에서 주목할 점은 부마항쟁의 현장에 있었던 피고인 甲이 부산고등법원의 재심개시결정을 받은 뒤, 비상계엄 자체의 위헌·위법성을 판단받기 위해 유언비어의 처벌 근거규정인 계엄포고령 제1호의 위헌무효를 주장했다는 점이다. 갑이 수사기관의 고문을 견디지 못해 허위자백을 해 유언비어 유포 혐의로 유죄판결을 받기는 했으나, 사실관계의 문제보다는 비상계엄과 갑에게 적용된 계엄포고령의 위헌·위법성을 정면으로 다루었던 것이다. 갑과 같이 형사재심사건에서 계엄포고령의 위헌·위법성으로 인한 무효를 전제로 무죄를 주장한 피해자들이 적지 않았으나, 이 판결 이전까지 법원은 계엄포고령의 위헌·위법 여부를 정면으로 다루지 않고 고문에 의한 허위 자백 등을 이유로 무죄를 선고하였다. 이 사건에서 형사재심사건의 특성상 부마항쟁시 ‘비상계엄’ 자체의 위헌무효를 명시적으로 판단하지는 않았지만, 비상계엄에 따라 선포된 ‘계엄포고령’에 대해 그 발동의 헌법상의 상황적 요건인 ‘군사상 필요’가 없다고 판함으로써 비상계엄의 위헌성을 제대로 다루었다는 점에 이 판결의 의의가 있다. 이렇듯 비상계엄과 계엄포고의 위헌 무효를 선언하는 것은 과거 공권력의 중대한 인권 침해에 대해 일부나마 진상규명을 하고 형사재심에서 피해자를 구제하여 원상회복할 수 있는 길을 열어준다는 면에서 중요한 의미를 갖는다.<sup>31)</sup>

이 판결 전까지 비상계엄에 대해 일부나마 진실규명과 법적 평가가 이루어진 것은 전두환·노태우 등 신군부 내란죄 사건 판결에서 대법원이 5.17 비상계엄 확대를 폭동이라고 규정한 정도이다. 이 판결을 통해 대법원은 부마항쟁 시 부산지구 계엄사령관이었던 박찬궁의 계엄포고에 대해 위헌무효를 선언함으로써 사실상 부마항쟁 당시 부산지역에서 선포된 비상계엄의 위헌성도 인정하였다.

## 4. 기업법무 영역: 강원랜드 사외이사 손해배상 판결<sup>32)</sup>

### (1) 사실관계의 개요

31) 이상희 “30년 만에 ‘무효’된 부마항쟁 계엄, 결국 국가 폭력이었다: 부마항쟁 당시 징역형 받은 엠네스티 간사 재심 무죄” 「현재의 판결, 판결의 현재」, 북콤마, 2019, 53-54면.

32) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2016다260455(대법원 제1부 재판장 권순일 대법관, 주심 박정화 대법관)

이 사건에서는 2012년에 강원랜드가 태백시 등이 출연한 부실한 오투리조트(O2 Resort)에 150억 원을 부당지원한 것이 문제가 되었다. 당시 오투리조트는 부채비율이 2,000%가 넘어 사실상 파산에 가까운 상황이었고 역시나 이 지원금 150억 원도 곧바로 오투리조트의 인건비 등으로 소진되었다.<sup>33)</sup> 그 전에도 강원랜드는 오투리조트 전환사채 150억 원 어치를 인수했다가 약 2년 만에 모두 손실 처리한 경험도 있었으며 외부의 2개 로펌도 지원행위가 배임에 해당할 수도 있다는 의견까지 제시하였다. 그럼에도 불구하고 사외이사들의 주도로 이사회에서 오투리조트에 150억 원을 지원하기로 결의하였다. 대주주인 한국광해관리공단측 이사는 반대하였고, 경영진인 대표이사과 상임이사는 기권하였다.

### (2) 쟁점별 판결요지

첫째, 상법 제399조 제1항은<sup>34)</sup> 이사의 손해배상책임, 제2항은<sup>35)</sup> 이사회 결의에 찬성한 이사의 연대책임을 인정하면서 제3항은 “전항의 결의에 참가한 이사로서 이의를 한 기재가 의사록에 없는 자는 그 결의에 찬성한 것으로 추정한다.”고 규정하고 있다. 그렇다면 이사가 이사회에 출석하여 결의에 기권하였다고 의사록에 기재된 경우에 그 이사는 “이의를 한 기재가 의사록에 없는 자”라고 볼 수 없기 때문에, 상법 제399조 제3항에 따라 이사회 결의에 찬성한 것으로 추정할 수 없다. 그러므로 상법 제399조 제2항의 책임을 부담하지 않는다.

둘째, 주식회사 이사들이 회사의 주주 중 1인에 대한 기부행위를 이사회에서 결의하면서 회사와 기부상대방의 관계, 회사 재정상황에 비추어 본 기부금 액수의 상당성 등에 대해 충분한 검토를 거치지 않았다면, 이사들이 결의에 찬성한 행위는 이사의 선량한 관리자로서의 주의의무에 위배되는 행위에 해당한다.

셋째, 카지노사업자인 甲 주식회사의 이사회에서 주주 중 1인인 乙 지방자치단체에 대한 기부행위를 결의한 것에 대해, 기부행위가 폐광지역 전체의 공익 증진에 기여하는 정도와 甲 회사에 주는 이익이 크지 않고, 기부가 공익 달성에 상당한 방

---

33) 결국 오투리조트는 계속된 경영 악화 끝에 2014년에 회생절차로 넘어가 부영그룹에 매각되었다.

34) 상법 제399조 제1항은 “이사가 고의 또는 과실로 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 게을리한 경우에는 그 이사는 회사에 대하여 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정하고 있다.

35) 상법 제399조 제2항은 “전항의 행위가 이사회 결의에 의한 것인 때에는 그 결의에 찬성한 이사회도 전항의 책임이 있다.”

법으로 이루어졌다고 보기 어려우며, 이사 丙 등이 이사회 결의를 할 당시에 이런 점들에 대한 충분한 검토가 이루어졌다고 보기도 어렵다. 그러므로 丙 등이 위 결의에 찬성한 것은 이사의 ‘선량한 관리자로서의 주의의무’에 위배되는 행위에 해당한다.

넷째, 이사의 임무 위반행위로 인한 손해배상의 범위를 정할 때, 평소 그 이사의 회사에 대한 공헌도, 임무 위반행위로 인한 당해 이사의 이득 유무 등 제반 사정을 참작하여 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 따라 손해배상액을 제한할 수 있으며, 이때 손해배상액 제한의 참작 사유에 관한 사실인정이나 제한 비율을 정하는 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리한 것이 아닌 한 사실심의 전권사항이다.

### (3) 이 대법원 판결이 가지는 의미

이 사건에서 오투리조트에 150억 원을 지원 결의를 주도한 이사가 사외이사들이었다는 점에 주목할 필요가 있다. 일반적으로는 대주주와 경영진이 무리한 지원 결의를 하면 사외이사가 견제를 해야 하는데 이 사건에서는 거꾸로 사외이사가 무리한 지원 결의를 주도한 것이다. 이러한 일반적이지 않은 일이 벌어진 데에는 강원랜드와 태백, 영월, 삼척 등 인근 폐광지역과의 독특한 관계에 원인이 있다. 강원랜드는 원래 이들 낙후된 폐광지역 경제를 진흥시켜 지역 발전과 주민생활의 향상에 기여하기 위해 설립되었고, 태백, 삼척, 영월 등도 출자했으며 주주간 합작투자 계약서에 따라 이들 지자체들은 강원랜드에 각각 1명씩의 사외이사를 추천하였다. 그러던 중 태백시가 출연한 오투리조트의 부실이 갈수록 불어나자 태백시는 태백시 추천 몫인 김호규 이사를 통해 강원랜드의 지원을 요청했고 김 이사는 다른 이사들로부터도 강원랜드 지원을 적극 이끌어 내려했다. 그 결과 삼척, 영월 등의 추천 사외이사들도 태백시에 동조하면서 지원을 결정했고, 반면에 대주주와 경영진은 반대 또는 기권을 한 것이었다.<sup>36)</sup>

일부 언론에서는 이 판결의 의미는 거수기 역할에 그친 사외이사의 책임을 인정한 판결로 잘못 보고 있으나, 이 판결의 진정한 의미는 ‘사외이사’가 아니라 ‘공기업 이사’에 방점을 두고 보아야 한다. 즉, 이 판결은 공기업 이사의 손해배상책임을 엄

36) 이상훈, “강원랜드 사외이사 손해배상 판결의 ‘정확한’ 의미, 그리고 자원외교” 『현재의 판결, 판결의 현재』, 북콤마, 2019, 31면

중하게 물었다는데 의미가 있다. 공기업 이사는 일반 사기업의 이사들과는 달리 그 의사결정에서 정책적·정치적 판단이 요구되는 경우가 있기는 하지만, 이 판결에서 대법원은 설사 그렇다고 하더라도 일단 피고들이 공기업 이사로 선임된 이상 ‘공기업의 이익’을 최우선해야 한다는 기준을 명확하게 확인시켜 준 것이다.<sup>37)</sup>

## **5. 경제민주화 영역: 상가임대차법상 임차인 권리금 회수기회 보호기간 판결<sup>38)</sup>**

### **(1) 사실관계의 개요**

원고는 2015년 7월에 피고를 상대로 소송을 통해 임대차보증금의 반환을 구하는 이외에 ‘구 상가건물 임대차보호법’(2018. 10. 16. 법률 제15791호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 상가임대차법’) 제10조의4 제1항, 제3항에 따라 권리금 회수 방해로 인한 손해배상을 구하였다. 이에 대하여 피고는 반소로 차임 상당 부당이득금 등을 구하였다. 원심은 본소 중 임대차보증금 반환 청구를 일부 받아들이는 것 외에는 나머지 본소 청구를 모두 배척했다. 원고는 상고 이유로 권리금 회수 방해로 인한 손해배상청구 부분을 다투었다. 따라서 이 사건 쟁점은 ‘구 상가임대차법’ 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 때에도 임대인이 같은 법 제10조의4에서 정한 권리금 회수기회 보호의무를 부담하는지 여부가 되었다.

### **(2) 쟁점별 판결요지**

대법원 제1부는 원심판결을 파기·환송하였다. 다음은 그 추론의 요지이다.

첫째, 구 상가임대차법 제10조의4는 임차인의 계약갱신요구권 행사기간 만료를 권리금 회수기회 보호의무의 예외사유로 정하고 있지 않다. 구 상가임대차법 제10조 제2항은 “임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 아니하는 범위에서만 행사할 수 있다.”라고 하여 계약갱신요구권 행사기간을 제한하고 있지만 제10조의4는 이 제10조 제2항을 권리금 회수기회 보호의무의 예외사유로 정하지 않고, 계약갱신거절에 관한 제10조 제1항 각호 또는 제10조의4 제2항 각호에서 정한 ‘정당한 사유’가 있는 경우를 그 예외사유로 정하고 있을 뿐이다. 따라서 전체 임대차기간이 5년을 초과하는지 여부와 무관하게

---

37) 이상훈, 위의 글, 32면

38) 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017다22531(대법원 제1부 재판장 작성화 대법관, 주심 권순일 대법관)

제10조의4에서 정한 요건을 충족하면 임대인이 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다고 보는 것이 법 문언에 충실한 해석인 것이다. 오히려 전체 임대차기간이 5년을 경과해 계약갱신요구권을 행사할 수 없을 경우가 권리금 보호조항을 입법화해서 방지하려는 임차인의 이익이 침해되는 전형적인 경우이다. 또한 전체 임대차기간이 5년을 초과한 임대차계약에 권리금 회수기회를 보호하더라도 임대인의 상가건물에 대한 사용수익권을 과도하게 제한한다고 볼 수도 없다. 그러므로 구 상가임대차법 제10조 제2항에 따라 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하여 임차인이 계약갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인은 같은 법 제10조의4 제1항에 따른 권리금 회수기회 보호의무를 부담한다.

둘째, 甲이 乙과 상가 임대차계약을 체결한 다음 상가를 인도받아 음식점을 운영하면서 2회에 걸쳐 계약 갱신을 했고, 최종 임대차기간이 만료되기 전에 丙과 권리금 계약을 체결한 후 乙에게 丙과 새로운 임대차계약을 체결하여 줄 것을 요청하였다. 그러나 乙이 노후화된 건물을 재건축하거나 대수선할 계획을 가지고 있다는 이유로 丙과의 임대차계약 체결에 응하지 않았다. 이 상황에서 甲이 ‘구 상가임대차법 제10조의4 제1항에 따라 임대차기간이 끝나기 석달 전부터 임대차 종료 시까지 신규임차인을 주선하였으므로, 乙은 정당한 사유 없이 신규임차인과 임대차계약 체결을 거절해서는 안 되며, 이는 甲과 乙 사이의 전체 임대차기간이 5년을 지난 경우에도 마찬가지이다. 그런데도, 甲이 丙과 권리금 계약을 체결할 당시 더 이상 임대차계약의 갱신을 요구할 수 없었던 상황이었으므로 乙이 권리금 회수기회 보호의무를 부담하지 않는다고 본 원심 판단에 법리오해의 잘못이 있다.

**(3) 이 대법원 판결이 가지는 의미**

첫째, 이 대법원 판결 이전에 권리금 회수기회를 언제까지 보호해야 하느냐와 관련해 하급심 판결은 이 사건의 하급심에서처럼 5년으로 제한되어야 한다는 판결과 그렇지 않다는 판결로 나뉘었다. 따라서 이 대법원 판결이 선고되기 전까지 상가임대차 현장에서는 많은 혼란이 있었다. 이 판결에서 대법원은 법 문언에 충실한 해석을 하면서 전체 임대차기간이 5년을 초과했는지 여부와 관계없이 임대인이 권리금 회수기회 보호의무를 부담하며, 또한 이렇게 하더라도 임대인의 상가건물에 대한 사용수익권을 과도하게 제한한다고 볼 수 없다고 판시함으로써 이러한 하급심의 혼란에 종지부를 찍었다는 점에서 이 판결이 의미를 가진다. 즉 사법권과 입법권과의 경계의 문제와 관련해, 상가임대차법에 권리금 회수기회 보호를 5년으로 제한하

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

는 규정이 없음에도 불구하고 법 문언의 해석 범위를 넘어서는 무리한 해석으로 법 규정의 내용을 제한하는 하급심 판결에 대해 사법권의 범위를 넘어섰다고 판단한 것이다.

둘째, 우리 헌법 제119조 제2항은 재벌 등 경제적 강자에 대한 경제력의 집중과 남용을 방지하기 위한 자산과 소득의 적정한 분배 및 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화를 위해 국가가 경제에 관한 부분적인 규제와 조정을 할 수 있게 하고 있다.<sup>39)</sup> 일반적으로 봤을 때, 상가 임대인보다 상가 임차인이 경제적 약자인 경우가 많다. 이 판결은 경제적 약자인 상가 임차인의 재산권 보장과 경제민주화의 헌법정신을 잘 살리고 있다는 측면에서도 긍정적 평가를 받을 만하다.

### 6. 국정농단 영역: 이재용 제3자 뇌물수수 등 사건

#### (1) 하급심 법원의 판결들

이 사건 제1심을 맡은 서울중앙지법 형사합의 27부(김진동 부장판사)는 기본적으로 이 사건의 성격을 ‘전형적인 정격유착 범죄’로 보고 2017년 8월 1심 판결에서 이재용 피고에게 징역 5년의 실형을 선고하였다. 그러면서 제1심 재판부는 삼성물산 합병이 이재용 부회장의 지배력 강화와 관련이 있으며 삼성측이 박 전 대통령 및 최순실과 공모해 최순실의 딸 정유라의 승마 지원이 뇌물이라는 점을 인식했다고 보았다. 또한 이재용 부회장이 승마지원에 관여한 점이 인정되고 박 전 대통령도 승마지원 과정을 알고 있었다고 판시하였다. 더 나아가 제1심 재판부는 최순실에게 건너간 총 77억 원 중 코어스포츠에 지원한 36억 원과 정유라에게 지원한 36억 원 등 72억 원은 뇌물 제공에 해당한다고 보면서, 77억 원 중 64억 원에 대해서는 횡령 혐의를 인정했다. 국외 말 구입 등과 관련해 재산도피혐의에 대해서도 유죄로 판결했다.

그러나 서울고등법원 형사13부(재판장 정형식)는 기본적으로 이 사건의 성격을 ‘정권의 강압에 대한 수동적 뇌물 제공’으로 보면서 그룹 승계작업의 존재 자체를 부정하는 취지로 2018년 2월 5일 이재용 부회장에게 징역 2년 6개월, 집행유예 4년을 선고하였다. 2심 재판부는 포괄적 청탁을 인정하지 않았으며 재단 출연금도 뇌

39) 헌법 제119조 제2항은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 규정하고 있다.



물이 아니라고 보았다. 특검이 재단 출연금을 뇌물로 규정하며 일반 뇌물죄와 제3자 뇌물죄 모두 포함해 기소했으나 무위로 돌아간 것이다. 삼성이 뇌물로 제공한 말 3마리의 소유권도 2심에서는 삼성에 있다고 보았다. 최순실 씨가 딸인 장유라에게 말을 주며 “너의 것인 것처럼 타라”고 한 대목을 너의 것이 아니라는 의미로 보았기 때문이다. 이렇게 되어 1심에서 뇌물로 산정한 말 구입비 34억 원은 2심에서 뇌물이 아니게 되었다. 특정경제범죄가중처벌법상 횡령죄는 횡령금액이 50억 원 이상이면 하한형이 징역 5년이면서 집행유예가 불가능하다. 그러나 이 2심에서 말 구입비가 뇌물에서 제외되며 이 부회장 집행유예에 결정적인 역할을 했다.<sup>40)</sup>

이 제2심 판결에는 많은 문제점들이 있다. 헌법적으로 봤을 때, 이재용 부회장 삼성 재벌총수 승계자, 즉 ‘부자’라는 지위는 특히 헌법 제11조가 금지하고 있는 “사회적 신분”에 해당되며, 이 판결이 이러한 이재용 부회장의 사회적 신분을 필요 이상으로 고려하여 거의 모든 법리적인 판단에 있어서 피고인측에 특히 유리한 증거와 주장만을 받아들였다고 본다면, 이 판결은 돈 없는 서민이나, 소규모 기업의 임직원들 등에 대해서는 가혹하게 중형을 선고한 사건들과 비교했을 때, 합리적 기준 없는 차별에 해당하며 특히 헌법이 차별금지사유로 예시하고 있는 피고인의 “사회적 신분”에 따라 법 적용에 불합리한 차별을 가한 것이다 따라서 피고인의 “사회적 신분”에 따른 법 적용상의 불합리한 차별이 있다. 이런 판결 때문에 국민들의 입에서는 “유전무죄, 무전유죄”의 탄식이 나오는 것이다.

손꼽히는 재벌총수들의 횡령·배임사건 등의 경우에 과거 재판의 결과가 3·5법칙의 적용을 받는다는 국민적 비판이 거셌다. 일심에서는 실형이 나오다가도 재벌총수가 횡령 혹은 배임액을 사비로 갚는다든지 하면 개전의 정을 보이고, 기업경영을 통해 국가경제 발전에 기여한 공로 등을 참작한다면 항소심에서 징역 3년에 집행유예 5년이 선고되는 것이 거의 공식화 되었었다. 그 후 재벌총수 등의 범죄에 대해서도 엄벌을 요구하는 국민적 여론과 사회 분위기에 따라 이런 3·5법칙이 사라진 듯하더니 이 제2심 판결에서 이재용 부회장에 대해 징역 2년 6개월에 집행유예 4년이라는 3·5법칙에 근접하는 형량이 선고되었다. 백번 양보하여 이번 재판부가 유죄를 선고한 부분들(승마와 관련한 용역대금 36억여 원·말 사용이익·차량 사용이익에 관한 뇌물공여, 여기에 회사 돈을 사용한 횡령, 승마 관련 용역대금 36억여 원에 대한 범죄수익은닉, 재단 기부 언급부분을 제외한 국회에서의 위증)만 놓고 보더라도

40) “[이재용 상고심] 뇌물 횡령액 늘어...위기의 삼성” 이코노믹 리뷰, 2019년 8월 29일자, <http://www.econovill.com/news/articleView.html?idxno=370859>

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

뇌물공여와 범죄수익은닉의 액수가 36억 원을 넘고 국회에서의 위증과 횡령 등이 있는데도 어떻게 실형을 면하면서 종래의 3·5법칙에 유사한 형이 선고될 수 있는지를 납득하기 어려웠다.

또한 이 2심 판결은 경영권 승계와 관련해 문형표 전 장관 등의 판결 등 다른 국정농단 판결들과 모순되었다. 서울고법 형사 10부(재판장 이재영)는 2017년 11월에 문형표 전 장관 등이 박 전 대통령의 지시로 부당하게 압력을 가해 삼성물산과 제일모직의 합병을 찬성하도록 함으로써 “이 부회장에게 이익을 취하게 했다”고 지적하면서 징역 2년6개월의 실형을 선고하였다. 그리고 문 전 장관 사건 1·2심 재판부 모두 “삼성 합병은 경영권 승계작업의 일환”이라고 일관되게 판시했다. 그럼에도 불구하고 이재용 부회장 사건 제2심 판결은 제3자 뇌물수수죄의 구성요건 중 하나인 ‘부정한 청탁’이 없었다고 하면서 ‘부정한 청탁’의 전제가 되는 그룹 경영권의 ‘승계작업’ 자체의 존재마저 부정하였다. 이러한 논리가 과연 국민적 상식에 맞는가? 이 사건의 성격이 ‘정경유착의 전형’(1심 판결)이 아니라 ‘대통령이 삼성 경영진을 겁박한’ 것이라고? 경영권 승계 협조라는 댓가를 바라고 돈을 건넨 것이 아니라고?

이 사건을 주시해 온 다수 국민들의 국민적 상식에 어긋나는 판결은 어떠한 법리를 동원하더라도 잘못된 판결일 가능성이 높다. 이재용 부회장 사건 제2심 판결은 헌법적으로는 국민들이 사법부에 위임한 재판권을 적정하게 행사하지 못하고 형사 재판에 있어서의 유무죄 인정이나 양형에서 법관에게 부여된 재량권을 평등원칙에 위배하여 남용한 판결이라고 결론지을 수 있다.

### (2) 대법원에서 파기된 부분들

대법원 전원합의체는 2019년 8월 29일 선고를 통해 원심판결의 피고인들에 대한 정유라 승마 지원 말들 관련 뇌물공여, 말들 또는 그 구입대금 관련 특경법상의 횡령, 범죄수익은닉규제법 위반 부분, 영재센터 관련 뇌물공여와 특경법상의 횡령 부분을 파기되어야 한다고 판시하였다.

첫째, 말들 또는 그 구입대금이 뇌물인지 여부와 관련해, 이재용 등이 최순실로부터 말 소유권을 갖기를 원한다는 의사를 전달받고 원하는 대로 해주겠다는 의사를 2015년 11월 15일에 밝혔으므로 양측 사이에 말을 반환할 필요가 없고 실질적인 사용·처분권한을 이전한다는 의사의 합치가 있었다고 보았다. 따라서 피고인은 최순실

에게 2015년 11월 15일부터 구입대금 상당의 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고, 최순실은 피고인으로부터 이 말들을 뇌물로 받았다고 보았다.

둘째, 피고인은 최순실에게 2015년 11월 15일부터 살시도, 비타나, 라우싱을 뇌물로 제공하였고 이를 위해 삼성전자의 자금으로 비타나, 라우싱의 구입대금을 지급하였으므로 피고인이 2015년 11월 15일경 살시도 자체를 횡령하고 그 후 비타나, 라우싱의 구입대금을 횡령하였다고 보았다.

셋째, 정유라 승마 지원 말들 관련 뇌물공여, 말들 또는 그 구입대금 관련 특경법상의 횡령이 있었으므로, 이 말들은 범죄수익은닉규제법 제2조에서 정한 범죄수익 또는 범죄수익에서 유래한 재산에 해당하기 때문에, 원심은 이러한 전제에서 피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 말들의 처분에 관한 사실을 가장하였는지에 관해 심리하고 판단했어야 했다고 판시하였다.

넷째, 한국동계스포츠영재센터 지원과 관련해, 부정한 청탁의 대상이나 내용은 구체적일 필요가 없고 공무원의 직무와 제3자에게 제공되는 이익 사이의 대가관계를 인정할 수 있을 정도로 특정되면 충분하다. 그리고 부정한 청탁에 대한 인식도 미필적인 것으로 충분하고 확정적일 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 원심은 부정한 청탁의 대상이 명확하게 정의되어야 하고, 부정한 청탁의 대상에 대한 인식은 뚜렷하고 명확해야 한다는 이유를 들어 부정한 청탁의 대상이 되는 승계작업을 인정할 수 없고, 전 대통령이 승계작업을 인식하고 있었다고 볼 수도 없다면서 부정한 청탁을 인정하지 않은 것은 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 또한 이 때 부정한 청탁은 묵시적 의사표시로도 가능하고 청탁의 대상인 직무행위의 내용이 구체적일 필요도 없다. 부정한 청탁의 내용도 박근혜 전 대통령의 직무와 피고의 영재센터에 대한 자금 지원 사이에 대가관계를 인정할 수 있을 정도면 충분한데, 대통령의 포괄적인 권한에 비추어 보면 영재센터 지원금은 대통령 직무와 대가관계가 있다고 볼 여지가 충분하다고 판시하였다. 또한 피고인에 대한 영재센터 관련 뇌물공여를 무죄로 판단한 원심판결을 파기하며 아울러 뇌물공여가 성립하지 않음을 전제로 하는 특경법상 횡령 부분에 대한 판단도 파기한다고 판시하였다.

### (3) 이 대법원 판결이 가지는 의미

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

대법원은 같은 날인 지난 8월 29일에 국정농단과 관련된 이재용 삼성전자 부회장 사건뿐만이 아니라 박근혜 전 대통령 사건,<sup>41)</sup> 최순실 씨 사건에<sup>42)</sup> 대한 원심을 파기하고 모두 고등법원으로 돌려보냈다.

특히 이재용 부회장의 경우 대법원의 판결로 보다 어려운 처지에 놓이게 되었다. 2심에서 이 부회장이 받은 뇌물 제공 혐의는 승마지원 용역 대금 36억 원이 전부였으나 이제는 말 3필 구입액 34억 원, 영재센터 지원금 16억 원으로 50억 원이 추가로 뇌물로 인정되어 총 뇌물액수가 86억 원이 될 수 있게 되었기 때문이다. 참고로 위에서 이미 살펴본 바와 같이 특정경제범죄가중처벌법상 횡령죄는 횡령금액이 50억 원 이상이면 하한형이 징역 5년이면서 집행유예가 불가능하기 때문에 앞으로 실형 선고와 함께 법정구속도 가능하게 되었다.

이 판결은 박근혜, 최순실 등 국정농단 사건의 피고인들에게 하급심과 같이 대체로 중형을 선고하여 국정농단의 위험성과 심각성을 지적하면서도, 재벌인 이재용 피고인에게는 제2심에서와 달리 말 구입대금 등에 대한 뇌물 공여와 횡령, 범죄수익은닉 등의 책임을 인정하여 정경유착을 통한 고질적인 재벌의 비리에 대해 일벌백계의 의지를 천명한 점에서 긍정적 가치를 가진다고 할 수 있다.

## V. 결론

김명수 대법원장 체제에서 노정희 대법관의 대법관 임명으로 여성 대법관의 수가 4명으로 늘어 역대 가장 많아지게 되었다. 그 후 김소영 대법관의 퇴임으로 여성 대법관의 수는 다시 3명이 되었지만, 과거 어느 때 보다 여성 대법관의 수는 많은 편이다. 그 이외에도 순수 재야 노동 전문 변호사 출신의 김선수 변호사가 대법관이 되었고, 서울대 출신의 대법관의 수가 눈에 띄게 줄어들어 등 ‘서오정’의 공식이 깨지고 있다는 점은 대법원 인적 구성의 다양화라는 측면에서 가치 혁명적인 변화이다. 그리고 무엇보다도 김명수 대법원의 이러한 인적 구성의 변화가 긍정적인 것은 이러한 대법관의 출신 배경의 다양화가 판결 성향에 있어서의 ‘보수와 진보간의 수적 균형’으로 이어지고 실제 판결들로 나타나고 있다는 점이다.

그리고 김명수 대법원의 이러한 ‘보수와 진보간의 수적 균형’은 대법원 전원합의

41) 대법원 2019. 8. 29. 2018도14303 전원합의체 판결(재판장 김명수 대법원장, 주심 노정희 대법관)

42) 대법원 2019. 8. 29. 2018도13792 전원합의체 판결(재판장 김명수 대법원장, 주심 김재형 대법관)

체에서 대법관들 사이에 사건에 대한 치열한 논의를 가능하게 하고, 내일의 다수의견이 될 수 있는 반대의견의 활발한 개진으로 나타나고 있다는 점이다. 그 근거로 대법원 전원합의체 판결에서 만장일치 판결의 비율이 줄어들고 있다는 점을 들 수 있다. 한 언론의 보도에 의하면 양승태 전 대법원장이 대법원장으로 재직하던 2011년 9월 27일부터 2017년 9월 22일까지 전원합의체에 회부된 사건 116건 가운데 33.62%인 39이 전원일치 의견으로 선고된 반면에 김명수 대법원에서는 2017년 9월 26일부터 올해 7월 8일까지 전원합의체에 회부된 사건 37건 중 8.1%에 불과한 3건만이 전원일치 의견으로 선고되었다고 한다.<sup>43)</sup> 전원합의체 사건에서 전원일치 의견이 줄어들었다는 것은 그만큼 전원합의체 평의 과정에서 자유로운 의견을 개진할 수 있는 환경이 조성되고 대법관들 사이에서의 토론이 치열하다는 방증이다. 대법원 전원합의체에서 나온 소수의견으로서의 반대의견이 쌓이면 훗날 비슷한 사건의 판례를 뒤집을 자료로 이것이 쓰일 수도 있는 만큼 전원합의체에서 전원일치 판결이 줄어들고 있는 추세도 ‘김명수 코트’의 새로운 긍정적인 모습으로 볼 수 있을 것이다. 이러한 김명수 코트의 지난 2년간의 성과와 함께 한 가지 한계를 지적하자면 판사를 거치지 않은 순수 재야 변호사 출신이나 법학교수 출신의 대법관이 현재 각각 1명씩 밖에 없어 인적 구성의 다양성에 한계로 작용하고 있다는 점이다. ‘김명수 코트’의 이 점에 대한 다양성 확보의 확대를 기대한다. **사법개혁**

43) “10건중 1건 안되는 전합 전원일치...균형찾기 성공한 김명수 대법원” 이데일리 2019. 8. 5. <https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=01302166622584368&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y>



■ 발제 2

**지난 2년간의 대법원 돌아보기 ②**  
**: 사법행정개혁의 측면에서**





## 사법행정체계의 개혁 성과 - 緣木求魚격의 사법행정자문회의를 보며 -

한상희 교수 (건국대 법학전문대학원)

### 1. 서론

이 글은 최근에 터져 나온 양승태 전 대법원장 체제에서 자행되었던 사법농단의 사태에 대한 나름의 비판적 인식을 바탕으로 현재의 김명수 대법원장체제 출범 2년을 맞이하는 현재의 시점에서 촛불 이후 사법개혁의 두 과제-제왕적 대법원장체제의 해소와 사법의 독립성과 민주성의 실현<sup>1)</sup>-가 어떻게 구현되고 있는 지를 사법행정의 영역을 중심으로 평가해 보고자 하는 실천적 목적에서 작성되었다.

우리의 현대사처럼 권위주의 군사통치를 경험한 체제에서는 “민주사회에 있어 입헌주의의 생명선(the life blood of constitutionalism)”<sup>2)</sup>이라 불리는 사법의 독립은 가장 중차대한 개혁지점으로 거론되기도 한다. 하지만, 이 글의 관심은 이 수준을 넘어서기를 원한다. 그 이유는 간단하다. 87년체제 자체가 절차적 민주주의라는 담론틀 속에 6월항쟁과 그 직후의 노동항쟁과정에서 표출된 노동해방이나 냉전분단체제의 극복이라는 요청을 철저하게 배제해 왔다. 그 이후의 과정 또한 체제를 주도해 왔던 자유주의적 정치세력이 반공이데올로기를 기반으로 하는 48년체제에 너무도 손쉽게 편입되는 방식으로 진행되었다. 여기에 1997년을 정점으로 급속하게 구조화되는 신자유주의적인 통치체제로 급격하게 이행하였다. 우리의 사법부는 이런 일련의 질곡 속에서 세계은행의 말처럼 “인적, 기술적, 자본적 자원들을 누적적으로 투여함으로써 부를 창출하는 것은, 재산권을 보장하며 시민적(civil)·상업적 활동을 규율하며 국가권력을 제한하는 일련의 규범”<sup>3)</sup>을 집행하는 교두보의 역할을 담당해 왔다. 87년헌법체계하에서의 사법부가 재산권보장체제를 완비하는 첨병으로, 그리고

1) 대체로 사법체계를 지배하는 이념은 전문성, 독립성, 민주성으로 대별된다. 이에 관하여는 한상희, “사법부의 독립성 제고와 합리적 사법작용,” 헌법학연구 제16권 제3호, 2010, 409-457, 특히 413-415면 참조. 이 글은 후 2자를 중심으로 구성하였다. 이 글이 지향하는 기본적인 방향성에 관하여는 한상희, “촛불집회와 사법부 - 오욕과 회한의 세월에서부터 민주적 사법으로,” 민주주의 법학연구회의 2017년 정기 봄 학술대회, 『87년 민중/노동자 항쟁과 2017년 촛불』(2017. 5. 26) 참조.

2) Beanregand v. Canada [1986] 2 S.C.R. 5670

3) B. S. Tabalujan, “Legal Development in Developing Countries - The Role of Legal Culture,” NBS Business Law Working Paper: Draft(March 2001), 8쪽에서 재인용

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

법적 안정성과 예측가능성이라는 명분을 앞세운 보수적 이해의 방과제로, 그리고 탈규제화를 정상화하는 담론기구로 기능하면서 법의 형식성에만 초점을 맞춘 판결로 일관함은 이런 지점에서 설명가능하다. 그들에 의하면 법은 시장에서 안정적으로 이윤을 확보할 수 있는 보조적 수단으로 전락하였고, 과거의 개발독재 방식의 국가통치술이 사회 전반에 확산된 개인적 자유주의의 틀로 이행하는 또 하나의 지배기구로 기능해야 했었다. 현재의 우리의 관심이 사법부의 제도적 개량 그 자체에 머물러서는 안 되는 이유는 여기서 나온다.

여기에 더하여 최근 터져 나온 양승태 전 대법원장 체제의 법관사찰 및 재판거래의 폐악들은 이런 사법의 역사와 그것을 담보했던 우리의 정치·사회현실을 그대로 모사한다. 지난 정권하에서 박근혜 전 대통령과 그 하수인들이 자행한 적폐와 국정농단은 소위 “점진적 쿠데타” 혹은 “신종쿠데타”라는 비관을 받을 정도로 심각한 헌법과괴적 행태들이었다. 마찬가지로 양승태 체제에서 이루어졌던 사법농단들 역시 우리 헌법의 근간이 되는 법치주의의 핵심을 건드리며 그 올바른 실천을 가로막았다. 그리고 바로 이 점에서 국민이 위임한 권한을 사적인 탐욕을 위한 수단으로 전락시키고 공권력을 자의적으로 행사하며 법과 정의를 유린하던 모습은 양자가 크게 다르지 않다. 물론 전자는 후자의 연장선상에서 가능한 일이었다. 하지만, 그럼에도 이 사법농단의 작태는 우리의 헌정질서 그 자체를 부정한다는 점에서 더욱 불길하다.

실제 지금까지의 사법개혁 특히 법원개혁의 논의들은 대부분 법관인사제도(계층제 완화, 향판제도 활성화, 법조일원화 도입 등) 및 심급제도의 개선(대등재판부의 구성), 대법원장·대법관 인선의 문제 등의 의제에 국한되었고 나름 어느 정도의 개선을 이루어내기도 하였다.<sup>4)</sup> 하지만 헌정사에 큰 획을 그었다고 평가할 수 있는 지난 촛불집회 이래 우리 사회의 흐름은 이러한 법원의 개혁에 더하여 법원의 민주화 내지는 사법의 민주화를 도모할 수 있는 새로운 개혁의 방안들을 모색할 것을 요구하기에 이른다. 실제 사법의 문제를 체제의 수준에서 다루게 되면 언제나처럼 대두되는 것이 사법의 독립성과 민주성의 요청이며 특히 촛불 이후의 사법개혁논의의 요체는 대부분 이 사법의 민주화라는 관념이 집중되어 왔다. 그리고 최근의 사법농단사태는 이러한 사법민주화를 향한 요청의 중심에 제왕적 대법원장체제의 해소라는 과제가 있어야 했음을 잘 보여준다.

4) 지금까지의 사법개혁의 성과 및 그 평가에 관하여는 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사 - 사법개혁에 대한 평가와 과제,” 민주법학, 제50호, 2012, 271-301면 참조. 물론 향판제도의 활성화는 양승태 대법원장 체제에서 무력화되면서 다시 원상회복하기도 하였다.

하지만 그에 대한 제반의 반성과 교정과 개혁의 축이 되어야 할 김명수 현 대법원장의 체제는 그 출범 2년에 걸쳐 이런 시대의 요구에 짐짓 멈칫거리는 모습으로 일관하였다. 과거사 청산의 차원에서 이루어져야 했던 사법농단사태에 대한 단죄 및 반성의 작업이 그러했고, 그의 재발을 막고 제왕적 대법장의 체제를 털어버리기 위한 제도개선의 차원 또한 그리 전향적인 모습을 보이지 못했다. 그리고 그 비판의 중심에 법원행정처라는 매머드 조직을 민주적으로 해체, 발전시킨 사법행정으로 변개시키는 작업의 지체가 자리한다. 사법농단사태가 법원행정처를 중심으로 발생하였고, 제왕적 대법원장의 체제가 법원행정처라는 거대조직에 기대어 이루어진 것임에도 불구하고 새 대법원장의 체제가 들어선지 2년이 지나도록 이 사법행정체제에 대한 개혁은 물론, 개선의 노력조차 눈에 띄게 이루어진 것이 없어 보이는 것이다.

## 2. 사법개혁의 요청

### 2.1. 사법농단: 또 다른 과거사

최근 불거져 나온 사법농단의 사태는 우리 사회에 엄청난 충격을 주었다. 하지만 그 충격은 법관과 재판의 독립을 바탕으로 재판의 공정성이 내부로부터 침탈당했다는 새로운 인식 때문이 아니다. 그것은 위에서 설명한 우리 사법의 정치성, 계급성, 그리고 내부적 파행성이 몇몇 비판적 시선에서의 독설 수준이 아니라 우리의 현실이었음을 재확인함으로써 나타나는 충격이다. “혹시나” 하였던, 그러나 거의 국민적 상식이 되었던 의혹이 그래도 진실이었음을 알아차렸을 때, 그래서 민주화 이후 그나마 남아 있던 입헌적 자긍심마저 손상되었을 때 나타나는 반응이었던 것이다. 혹은 촛불집회를 통해 그나마 거두어낼 수 있었던 광장에서의 조증조차도 부정됨을 느꼈을 때 드러나는 좌절감의 표현이었던 것이다.

이 사태는 독단에 빠진 법원에 의해서만 저질러진 단순한 구조의 비리는 결코 아니다. 그 배후에는 지난 정권들의 수구적·반동적인 행태들도 자리한다. 그들은 잃어버린 10년을 외치며 그동안의 민주화의 성과들을 일거에 되돌리기 위해 법원을 또 다른 행정부서인 양 오·남용하며 정치사법, 계급사법을 양산하게 만들었다. 아울러 권력에 기생하여서만 그 존재감을 확보할 수 있도록 길들여진, 저 권위주의 이래의 영혼 없는 법조관료체제가 버티고 있다. 요컨대, 우리 사법의 구조적인 문제와 그것을 악용하는 정치환경 그리고 여기에 편승하여 자신의 욕망을 극대화시킨 전직 대

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

법원장의 탐욕이 결합된 것이 지금의 사법농단 사태인 것이다.

그동안 양승태 대법원은 과거 적나라한 폭력에 의존하던 권위주의적 통치체제를 사법이라는 가면 뒤에서 온전하게 복원해 내었다. 현 체제가 추구하였던 민주화가 법치라는 형식적이고 합리적인 통치술로 변형될 수 있음을 이용하여 정치권력의 퇴행적 욕망들을 그대로 복원해 내었다. 유신체제의 긴급조치는 이미 위헌임이 선언되었지만 그것을 선포한 박정희의 행위는 양승태의 대법원에서 통치행위라는 이름으로 면죄부를 받았다. 성차별과 고용차별을 바로잡기 위한 KTX의 여자승무원들의 노력은 하급심의 승소판결을 뒤엎는 대법원의 법왜곡으로 인하여 무위로 돌아갔다. 그리고 그들은 이미 받은 급여를 되갚아야 하는, 죽음에 이르는 고통까지도 겪어야 했다. 전교조를 법외노조로 선언하고, 이석기 전의원에 대하여 내란선동죄를 적용하는 한편 통상임금에 신의칙을 적용하는 등의 파행은 원세훈 전 국정원장에 대한 재판이나 통합진보당 소속 지방의원들을 내치기 위한 공작과 함께 민주화의 성과를 일거에 되돌려버리는 폭력 그 자체였다. 사법을 수구반동의 기득권집단들이 가장 손쉽게 이용할 수 있는 변종폭력으로 타락시켜 버렸던 것이다. 이 과정에서 과거 무소불위의 중앙정보부나 공안경찰이 저지르던 행태들이 그 형식만 재판으로 바뀐 채 온전히 반복되었던 것이다. 그래서 이 문제는 진실규명에서부터 책임자처벌과 재발방지를 위한 장치의 마련이라는 과거사청산의 문법을 그대로 따라가야 하는 것이 되어 버렸다.

### 2.2. 제왕적 대법원장제?: 법원동일체라는 구조의 문제

전술한 바와 같이 우리 법원의 구조적 문제는 한두 가지가 아니다. 수직적 위계에 기초한 인사제도에서부터 가부장적 기수·서열문화, 선민적 엘리트주의 및 그로부터 파생되는 무결주의, 판결문 하나 제대로 공개하지 못 하는 자폐적인 구조 등은 우리 법원에 대한 국민적 신뢰가 OECD국가 중 최하위급 수준인 이유를 적실히 설명한다. 그리고 이번의 사법농단사태는 이러한 비판지점들이 모두 사실이거나 거의 전적으로 타당한 것임을 적나라하게 증명한다.

법원행정처는 이 모든 비리한 구조의 중심에 자리 잡고 있는 핵을 이룬다. 실제 사법조직이 철저히 관료화되어 가고 있는 상황에서 법관의 인사에서부터 사법정책에 이르기까지 거의 대부분의 사법적 병폐가 발생하는 중심지역이 바로 이 법원행정처이다. 특히 이번의 사법농단과동은 이 법원행정처가 법관의 재판을 보조하는

업무의 수준을 넘어 스스로가 법관에 대한 감시·감독의 기관으로 기능함을 단적으로 보여준다. 그것은 전국의 법관을 중앙집권적으로 통제하면서 전국의 재판을 하나의 기준에 의하여 평균화·획일화하거나 혹은 그에 실효적인 영향을 미치는 사법의 레비아단이 되어 버렸다.<sup>5)</sup> 그러기에 최근의 법원개혁의 요청은 적폐의 청산이라는 시대적 요청과 함께 한다. 그동안 제왕적 대법원장제라는 비아냥의 대상이 되었던 대법원장의 권한을 약화하고 또 순치하는 한편 그 권력의 원천이 되었던 법원행정처의 존재 또한 더불어 검토되어야 한다는 것이다.

실제 그 어떠한 의미에서든 이러한 거대조직으로서의 법원행정처는 존재할 이유가 없다. 현재 법원사무기구에 관한 규칙에 의하면 법원행정처에는 기획조정실, 사법지원실, 사법정책실, 행정관리실, 사법등기국, 전산정보관리국, 재판사무국을 두는(제2조 제1항) 외에, 법원행정처 차장 밑에 윤리감사관, 인사총괄심의관, 인사운영심의관, 공보관, 안전관리관을 두며(제4항) 그 외 기록보존소(제9항)와 재외국민 가족관계등록사무소(제10항) 등을 둘 수 있게 되어 있다. 여기서 특히 인사총괄심의관이나 인사운영심의관이나 기획조정실과 같은 시스템은 전국의 법관들에 대한 인사나 그 재판관련정책-이를 사법정책이라고 하기는 어렵다-들을 통할하는 중추기관으로서의 성격을 가진다. 뿐만 아니라, 사법정책실은 단순한 연구의 기능을 수행하는 것이 아니라 그로써 전국의 법관들이 준수하여야 할 각종의 행위준칙이나 정책규범들을 형성하는, 집행기능의 전단계로서 작용하기도 한다. 뿐만 아니라 일반사무에 상당한 업무조차도 일반법원공무원이 아니라 법관으로 담당하게 함으로써 법관인력의 낭비와 함께 비전문적인 법관에 의한 행정낭비까지 초래하기도 한다.

하지만 이러한 비경제성은 법원의 관료화라는 점에서는 최적의 효율성을 보여준다. 그것은 일부의 (엘리트) 법관을 선발하여 법원행정이라는 업무를 경유시키면서 그들이 전체 사법체계를 통할할 수 있는 능력을 쌓게 하고 이를 통해 중앙의 지배를 용이하게 하는 구조화의 수단이 된다. 법원공무원이 수행할 수도 있는 인사나 기획, 정책연구 등의 업무를 중견법관에게 전담시키고 이를 통해 그 행정과정의 결과들이 하급법관에게 정당한 것으로 수용될 수 있도록 함으로써 다른 법관-하위법관-을 통제할 수 있게 하는 기제인 것이다.

실제 이와 같은 법원행정처 조직은 일본<sup>6)</sup>을 제외하고는 세계적으로도 유례가 거

5) 이에 관하여는 한상희, “사법개혁과 민주주의; 법원행정처의 개혁방안,” 민주법학 제29호(2005), 51-67쪽 참조.

6) 일본의 사무총국에 관하여는 세기 히로시, 박현석 역, 절망의 재판소(사과나무, 2014), 25-30, 62-3,

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

의 없다고 해도 과언이 아니다. 특히 법원행정이라는 비사법적 업무까지도 중견법관이 장악하여 통할하는 시스템은 거의 찾아보기 어렵다. 문제는 이러한 구조가 사법부 내부에 한정되는 것이 아니라 사법관의 지배(juristo-cracy)라는 틀을 따라 전사회적인 영향력의 수준으로까지 확장될 가능성이 있다는 점이다.<sup>7)</sup>

오늘날과 같은 사법개혁이 논의가 검찰·경찰 등과 같이 법원 외부의 기관을 향하면서 법권력의 대부분을 법원에 집중하고 있는 상황에서는 이렇게 중앙으로 집중된 사법권력은 이상비대화되어 사회 전반에 대한 통제력으로까지 확산될 수 있다. 즉, 사법개혁의 주된 목표는 검찰이나 변호사 등에 주어졌던 예외적인 권력들이 제도적으로 통제되고 또 그 프리미엄들이 점차 해소되는 상태를 추구한다. 그리고 권력분립 및 법치의 원칙에 따라 이렇게 해소된 법권력을 문자 그대로 사법의 주체자로서의 법관에게 이양하고 현실 사법의 모든 권력을 사법관의 통제하에 두게끔 하고자 한다. 그러나 문제는 그 권력을 장악하는 법관 자체가 독립된 단독자이지 못하고 대법원과 법원행정처를 중앙으로 하여 철저하게 통제되는 하나의 체제를 이루고 있다면 그 권력은 거대조직으로서의 사법부 즉 대법원에 귀속될 수밖에 없다. 그리고 이 가능성을 견지하게 하는 것이 바로 이 관료조직으로서의 법원행정처이다. 법원행정처와 같은 조직이 지금까지 그러해 왔듯이 사법부 내부의 통제장치로 기능하면서 중앙집권적 사법조직을 만들어내는 수준을 넘어서서 대법원장-법원행정처의 권력이 사법부의 경계를 넘어 한국 사회 전반을 향하고 그 지배력을 확장해 나가는, 그럼으로써 우리 사법권력의 이상비대화를 초래하는 주범으로 작용할 우려가 있는 것이다.<sup>8)</sup>

사실 대법원장의 제왕적 권력은 바로 이러한 매머드급의 거대행정조직의 존재로 인하여 가능해진다. 현직법관 혹은 그 모임에 대한 사찰파동과 같은 사법농단의 사건들은 모두가 이 거대조직 법원행정처의 존재로부터 가능하였던 것이다. 문제는

95-99쪽 참조. 이 책에서도 블랙리스트 관련 에피소드가 소개된다. 29쪽.

7) 이와 관련하여 J. Ramseyer, and E. Rasmusen은 Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan(Chicago: University of Chicago Press, 2003)에서 일본의 중앙집권적 사무총국체제로 인하여 좌파적 성향을 가진 법관의 승진이 우파적 성향의 법관에 비하여 늦어진다고 보고한다. 이에 대하여 Kentaro Mukumoto and Mikitaka Masuyama, "Measuring Judicial Independence Reconsidered: Survival Analysis, Matching, and Average Treatment Effects," Japanese Journal of Political Science, vol. 16, No. 1, pp.33 - 51는 사망하거나 조기퇴직한 법관, 임용되지 얼마 되지 않는 법관 등을 표본에서 제외함으로써 발생하는 오류라고 반박한다.

8) 이 대법관들중 법원에서 실제 사건을 담당하다가 대법관으로 승진임용된 경우가 겨우 3명(김영란 대전고법부장(대법관임명: 2004.8), 윤일영 서울고법 부장(1981.4), 안병수 서울고법부장(1973.4))에 불과하며 나머지는 모두 법원장 등 법관의 업무가 아니라 실질적인 행정의 업무에 종사하다가 대법관으로 승진되는 등 대법관의 임명과정의 극심한 관료화의 경향을 보인다는 점에서 대법원이 엄밀한 의미에서 최종적 사법판단기관으로서의 실질을 갖추었는지 의심하게 만든다.

이 법원행정처가 양승태 대법원장체제에서만 폐약의 원천으로 기능하지 않을 것이라는 점에 있다. 그 기구가 현재의 모습 그대로 남아 있는 한, 그리고 그 주변의 재판연구관제도가 또 다른 통제장치로서의 가능성을 내포하고 있는 한, 비“승포자”들의 사법농단행태들은 여전히 이어질 수 있다는 것이다. 대법원장과 그 대법원장이 지명한 대법관들이 대법원을 지배하고, 대법원장과 대법원장이 임명한 법원행정처장, 그리고 차기 대법관이 되기 위한 영순위의 자리를 확보한 법원행정처장이 저항대한 권한의 법원행정처 조직을 장악하고 있는 한 오늘의 사법농단은 그 외관만 바꾸며 언제라도 재출현할 수 있다.

### 2.3. “사법부”의 독립

이 사법농단의 사태는 문자 그대로 “사법부”의 독립을 재확인했다는 점에서 종래의 사법비리와는 다른, 가장 두드러진 특징을 보인다. 과거의 사법비리는 사법의 구성원들이 정치권력에 종속된 채 그들에 기생함으로써 그 존재를 이어나갈 수 있었다. 그래서 지난날의 시민사회는 사법개혁의 핵심과제로 사법의 정치로부터의 독립을 외쳤던 것이다. 하지만 이 사법농단의 사태는 양승태 대법원장과 그 휘하의 법원행정처가 사법적 판단을 흥정의 대상으로 삼아 정치권력과 협상에 나섰다는 점에서 큰 차이를 보인다. 비록 그 시도는 실패로 끝난 듯이 보이기는 하지만, 대법원장이 법원의 재판과 판결으로써 정치권력의 대각선에 진지를 구축할 수 있었다는 점은 우리의 사법사에서 한 번도 경험하지 못한 일이었다. 그만큼 현재의 사법은 적어도 전체로서 나름의 독립성을 확보하였다는 증명이기도 하다.

그러나 문제는 그러한 독립성이 우리 헌법의 명령 혹은 사법개혁을 외치던 시민사회의 요청과는 전혀 무관한 영역에서 이루어졌을 뿐이라는 점에 있다. 우리가 필요로 하는 독립은 전체로서의 사법 혹은 단일체로서의 사법‘부’의 독립이 아니다. 그것은 법원의 독립이자 법관의 독립이다. 그리고 헌법재판소가 “자유민주적 기본질서”의 핵심적인 구성요소로서 “사법권의 독립”을 말했을 때의 사법권 또한 이를 향한다. 그럼에도 양승태 대법원장체제는 자신이 수장으로 있으면서 자신이 통할하는 단일체제로서의 “사법부”로써 법관의 독립과 재판의 독립을 근거에서부터 부정해 버렸다. 재판과 판결을 정치적 거래의 수단으로 삼는 과정에서 독립되어야 할 법관과 재판을 종속변수로 변질시켰고 그 법적 순수성을 오염시켜 버렸다.

물론 양승태 측에서는, 재판‘거래’는 있었을는지 모르지만, 그것은 이미 내려진 판결을 대상으로 한 것인 만큼 그 과정에서 재판관여는 없었고 따라서 법관과 재판의

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

독립에는 아무런 해악을 미치지 않았다고 항변할 수도 있다. 이는 현재 진행되고 있는 사법절차들을 거쳐 그 진위가 판명되어야 할 사항임은 당연한 일이다. 하지만 현재 드러나 있는 문건들만 보아도 이 부분의 문제는 명확히 드러난다. 그 문건에서 열거된 사건들은 하나같이 당시의 정치권력의 의향에 부합하는 것들이다. 여러 사건들 중에서 유독 그렇게 정치적으로 편향적인 사건이 있어 그것을 고른 것이 아니라 양승태 대법원체제에서 일관되게 나타났던 친정권·친자본·보수반동의 판결성향의 대표격들을 고른 것에 불과하다는 것이다. 여기에 그러한 “덕담”<sup>9)</sup>문건들을 만들기 위해 양승태와 법원행정처의 수뇌부, 그리고 그 보고서를 작성한 심의관 혹은 인너씨클을 구성하던 법관들은 하나같이 상고법원에 대한 결정권을 가지는 최고권력자의 심증을 살피기 위해 고심초사하였다. 이 “덕담”은 법관들을 동원하여 권력자의 의중을 적극적으로 읽어내고 그것을 사법과 재판이라는 관점에서 재해석하고 가공하였고, 이렇게 가공된 결과를 가지고 기존의 판결들에서 이 권력자의 심증에 가장 잘 부합하는 대표판결들을 골라낸 것이다. 그리고 이런 법원의 인너씨클이 그 이후 양승태 체제가 유지되었던 나머지 2년의 세월동안 우리 사법체계의 핵심요인으로 잔존하면서 그들이 강조하였던 사법“정책”에 영향을 미쳐 왔었다.

그래서 그 문건들은 재판결과에 대한 사후승인의 성격을 가지고 미래의 재판에 대한 또 다른 지침으로서의 성격을 가지게 된다. 제왕적 대법원장의 체제가 그 틀을 그대로 유지하고 있는 한, 그리고 사법권력을 향한 욕망을 충족시킬 수 있는 수단을 기존의 정치권력이 확보하고 있는 한, 이들 문건에서 열거된 사건과 같은 편향된 판결은 언제든지 재생산될 수 있을 것이라는 확약을 그 문건과 그 덕담이 담고 있는 것이다. 나아가 이러한 덕담 수준의 편향성은 법원행정처의 심의관들과 재판연구관 그리고 그들의 비“승포자” 네트워크를 통해 전국의 하급법원으로까지 전파될 수 있는 공식·비공식의 구조가 존재하고 있기 때문이기도 하다.

### 3. 촛불과 사법개혁: 민주적 사법을 향한 제언

#### 3.1. 촛불집회와 사법개혁의 요청

지난 날 우리가 만들어내었던 촛불집회는 이런 사법부의 현재모습에 큰 충격을 던진다. 지금까지 사법개혁 특히 법원개혁은 대부분 법관인사제도(계층제 완화, 향관제도 활성화, 법조일원화 도입 등) 및 심급제도의 개선(대등재판부의 구성), 법원

9) 그들은 이 문건들을 두고 “덕담” 수준의 글이라는 변명을 하기도 하였다.



행정처의 혁파(법원단위의 사무처 설치), 대법원장·대법관 인선의 문제 등의 의제에 국한되었고 그나마도 나름 어느정도의 개선을 이루어내기도 하였다.<sup>10)</sup> 하지만 지난 촛불집회 이래의 우리 사회의 흐름은 이러한 법원의 개혁에 더하여 법원의 민주화 내지는 사법의 민주화를 도모할 수 있는 새로운 개혁의 방안들을 모색할 것을 요구하기에 이른다.

그러나 촛불집회의 가장 큰 문제는 엄기호의 말처럼 어떻게 하여 “광장의 조증”이 “삶의 울증”<sup>11)</sup>으로 전이되지 않도록 세상을 리셋할 수 있을 것인가라는 실천론이었고 지금도 그러하다. 촛불이 제시한 무수한 의제들-특히 적폐의 청산과 민주적 시스템의 구축-을 어떻게 구체적인 제도로 이끌어내고 나아가 광장의 정치를 지속 가능한 실천의 정치로, 혹은 제도의 정치로 승화시킬 것인가의 문제가 현재의 우리들에게 닥친 주된 과제인 것이다. 문제는 이러한 촛불집회의 지향을 어떻게 사법개혁의 의제로 포섭할 것인가이다. 촛불집회에서 나타난 일관된 지향은 “나는 내가 대표한다” 즉, 시민의 직접적 정치참여의 의지였다. 하지만, 현실의 정치 특히 현실의 사법은 그러한 의지를 수용하기 어려운 것도 사실이다. 사법의 독립성의 요청은 이런 촛불의 한계를 더욱더 극명하게 드러낸다.

사법의 민주화 내지는 민주적 사법의 구축은 분명 이 촛불 이후의 개혁과제로서 의미심장한 것이 된다. 다만, 실제 여기서 사법의 민주화라는 말의 의미는 일반적인 정치영역에서의 민주화가 가지는 의미와는 상당한 차이를 가진다는 점에 주목할 필요가 있다. 사법의 민주화는 언제나 사법의 독립-특히 사법의 정치적 독립-이라는 또다른 헌법적 요청과의 긴밀한 연관 속에서 고려되어야 하는 것이기 때문이다. 전술하였듯이 사법의 독립성과 사법의 민주성은 대체적인 경우에 서로 충돌한다. 법과 양심에 따라 독립하여 재판하여야 할 법관이 자신을 둘러싼 시민들의 의사-이는 시민정치의 과정을 통해 형성된다는 의미에서 정치적인 것이다-를 존중한다는 것은 상호 모순적이기 때문이다. 즉, 전자를 강조할 경우 후자의 요청은 희생될 수밖에 없고 이 과정에서 사법관의 지배라는 반민주적, 반정치적 폐해가 발생할 우려가 나타난다. 반면 후자를 강조할 경우 시민들의 의사가 직간접적으로 재판과 판결에 개입하지 않을 수 없고 이 과정에서 재판의 독립 내지는 법관의 독립이라는 것이 훼손될 가능성이 야기된다.

10) 물론 향관제도의 활성화는 양승태 대법원장 체제에서 무력화되면서 다시 원상회복하기도 하였다.

11) 엄기호, 나는 세상을 리셋하고 싶습니다(창작과비평사, 2016)

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

그래서 대부분의 경우 사법에 관한 한 민주성의 요청이라는 언술보다는 책무성(accountability)라는 말을 선호하게 된다. 이 개념은 대체로, 어떠한 결정을 내리는 자는 그 결정을 다른 사람-상급자, 소비자, 또는 인민 등-들에게 설명하고 이해를 구하며 그들의 판단에 자신의 권한과 지위를 맡기는 것이 바람직하다는 의미에서 사용된다.<sup>12)</sup> 시민들과의 원활한 소통과 효과적인 정보교환을 바탕으로 정책결정에 임하되 그 결정의 과정과 또 결정 이후-집행의 과정도 포함한다-에 그 결정에 이르게 된 이유를 설명하고 시민들의 동의를 구하는 과정, 혹은 그러한 과정의 결과로써 그 결정의 책임을 스스로 부담하는 체계 등이 복합된 개념으로 보면 될 것이다. 이에 대하여 M. Cappelletti<sup>13)</sup>는 책무성모델을 억압형, 분리형, 응답형/소비자지향형 등으로 세분하여 설명한다. 이중 억압형은 외부기관에 의한 감시와 통제에 기반하는 것으로 법원에 관한 한 사법의 독립성이라는 원칙에 반하는 것이라 여기서 채택할 바 아니다. 분리형은 내부적으로 분리된 기관에 의하여 자율적으로 감시·통제하는 체제를 의미하며 내부의 감찰부와 같은 조직은 이에 해당한다. 이러한 체제는 법원의 독립과 충돌하지는 않지만 관료제의 틀에 고착되어 있는 우리 법원이나 검찰의 감찰조직이 거의 형해화되어 있음을 감안한다면<sup>14)</sup> 그 자체만으로는 유효한 통제수단이 되지 못한다. 그래서 법원의 경우에는 그 책무성의 보장 체제로서 Cappelletti가 제시하듯 정치적·사회적 책무성과 법적 책무성의 결합형태인 응답형/소비자지향형이 요구된다. 이는 다면적 책무성 보장체제로서 조직내부적 통제와 집단내부적 통제, 그리고 다양한 형태의 정치적 통제가 복합된다. 즉, 법원과 법관의 재판이나 결정에 대하여 동료법관들은 물론 다른 법률가 혹은 법(률)가공동체에 의한 감시와 통제가 이루어지도록 하는 사회적 책무성과, 의회, 행정부, 언론 등에 의한 감시와 통제를 의미하는 정치적 책무성, 그리고 법률소비자로서의 당사자나 증인 등 관계인들과 일반적인 시민들의 입장에서 그들의 이익에 봉사하기 위하여 개방성과 응답성을 확보할 것을 요구하는 법적 책무성-또는 법적·민주적 책무성이라 명명하는 것이 더 타당할 것이다-으로 구성된다.

<그림1>은 사법과 정치의 상호연관을 도식화한 것이다.<sup>15)</sup> 이와 같은 Cappelletti의

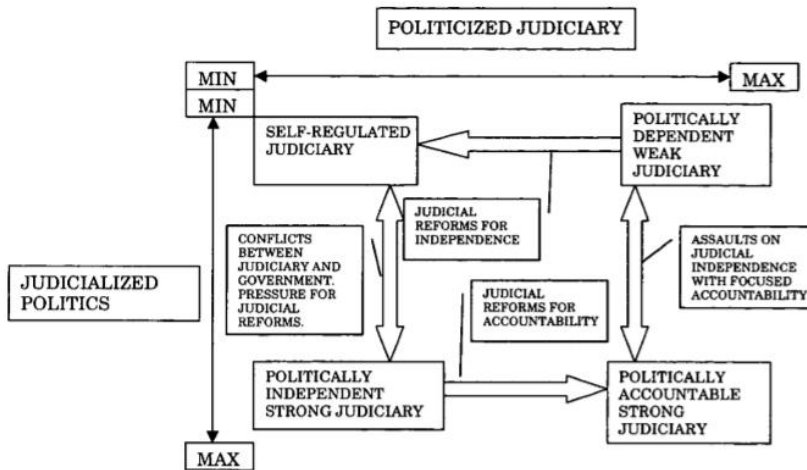
12) 이는 프랑스인권선언(1789) 제15조에서 규정한 공행정작용에 대한 보고요구권과 직결된다.

13) M. Cappelletti, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility," American Journal of Comparative Law vol.31 No.1(1983), 61쪽 이하

14) 뉴스1, "대검 감찰본부장제 제대로 작동하나... '한계 뚜렷' 손질 필요?", 2017. 6. 1.

<<http://news1.kr/articles/?3006828>> 검색일: 2017. 6. 8.

FIGURE 1: CONTROLLING THE JUDICIARY



<그림1> 사법의 독립성과 민주성: 정치와 사법의 상호연관

제안은 이런 길항관계에서 사법의 개혁을 향한 좋은 지침을 부여한다. 실제 사법적 판단에 대한 총체적인 책무성의 요청은 다양한 방법으로 구현되어야 할 뿐 아니라 동시에 사법의 독립성을 훼손하지 않는 상호공존의 범위 내에서 이루어져야 한다. 그리고 유럽에서 널리 시행중인 법원행정체제인 사법위원회(council for judiciary)의 방식은 그 좋은 모델이 된다. 사법부-법원-와 정치기구(의회 또는 유럽의 경우 대부분 의회의 산물로서의 정부)의 중간에 위치하여 양자의 독립성과 책무성의 요청을 중재하고 양쪽의 압박을 여과하는 기능을 수행하고 있기 때문이다.<sup>16)</sup> 물론 프랑스의 사례를 모델로 하는 이 사법위원회 또한 수많은 제도설계방식을 가진다. 초기 단계의 모형에 입각한 프랑스-이탈리아 모델의 경우에는 사법권의 독립을 위한 방편으로 정치권력의 영향력으로부터 사법을 보호하기 위한 방과제로서의 기능이 부여되어 있는 반면, 업적주의에 입각한 사법관료체제를 취하고 있는 독일-오스트리아의 경우에는 독립적인 사법부에 대하여 정치적 통제-책무성의 강화-를 통한 민주성을 확보하기 위한 수단으로 이용된다. 반면 법관승진시스템이 없이 명망가사법체제를 취하고 있는 미국이나 영국의 경우에는 정치와 사법을 중재하는 매개기관으로서의 의미가 강조된다.<sup>17)</sup>

15) Garupa and Ginsberg(2009), p.119.

16) 이에 관하여는 Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence," 57Am. J. Comp. L.103 (2009). Available at:<http://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/426> 참조. 그런데 이들은 최근 세계적으로 급속도로 확산되고 있는 사법위원회의 모델에 대해 사법의 독립성보다는 사법의 책무성을 확보하는데 보다 유리한 것으로 파악하기도 한다. Garoupa and Ginsburg(2008), p.83 참조.

17) N. Garoupa, and T. Ginsburg, "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils," Law and Economics Working papers, paper 96, 2008, <<http://law.bepress.com/uiuclwps/art96/>> 검색일: 2017. 6. 8.

### 3.2. 제왕적 대법원장체제와 법원행정처: 사법의 레비아단

이러한 법원개혁의 요청은 적폐의 청산이라는 시대적 요청과 함께 한다. 그동안 제왕적 대법원장체라는 비아냥의 수준을 넘어 대법원장과 그 권력의 수단으로서의 법원행정처가 자행하였던 사법농단의 사태들은 대법원장의 권한을 대폭 축소하고 그 전횡의 기반을 이루었던 법원행정처의 존폐 또한 더불어 검토되어야 한다는 것이다. 실제 사법조직이 철저히 관료화되어 가고 있는 상황에서 그동안 법관의 인사에서부터 사법정책에 이르기까지 거의 대부분의 사법적 병폐가 발생하였던 중심 지역이 바로 이 법원행정처였다. 최근 법관들의 학회활동을 통제하는 과정에서 발생한 인사조치나 법관에 대한 블랙리스트 파동<sup>18)</sup>, 나아가 상고법원제의 도입을 목표로 자행되었던 재판거래행위들은 이 법원행정처가 법관의 재판을 보조하는 업무의 수준을 넘어 스스로가 법관에 대한 감시·감독의 기관으로 기능함을 단적으로 보여준다. 그것은 전국의 법관을 중앙집권적으로 통제하면서 전국의 재판을 하나의 기준에 의하여 평균화·획일화하거나 혹은 그에 실효적인 영향을 미치는 사법의 레비아단이 되어 버렸다.<sup>19)</sup>

현재 우리 사법행정체제는 법원행정처만이 아니라 사법연수원, 사법정책연구원, 법원도서관 등의 보좌기관들과 더불어 구성된다. 그리고 이들이 복합하여 전체로서의 제왕적 대법원장체제를 만들어낸다. 우선 법원행정처부터 살펴보자. 그의 업무는 정책, 인사, 행정(관리 및 재판지원을 말함), 재정 등 사법과 관련한 모든 영역에서 편재되어 있다. 유럽의 경우 사법위원회라는 법원행정조직은 오직 한정적인 기능만 행사하면서 사법부 바깥에 존재하는 법무장관과 분업과 협업의 체계를 이룬다. 혹은 분권적으로 개별 법원 단위로 그 권한이 분산되어 있다. 권력분립의 틀에 따라 그 권한의 집중이 이루어지는 것을 사전차단하고 있는 것이다. 하지만 법원행정처는 그 모든 권력을 자신에게로 집중시키고 이를 다시 대법원장의 권한 아래 귀속시킨다. 그리고 바로 이런 집권적 구조 자체가 “제왕적 대법원장” 시스템을 구성하게 되는 것이다.

---

18) 오마이뉴스, “‘사법독립’ 스스로 흔든 대법원... 내부 반발 이어져,”

<[http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002305249](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002305249)> , 검색일: 2019. 5. 17.

19) 이에 관하여는 한상희, “사법개혁과 민주주의; 법원행정처의 개혁방안,” 민주법학 제29호(2005), 51-67쪽 참조.

우리 법원행정사무와 관련하여 구조적으로 가장 문제적이었던 것은, 정책기능이 기획조정실과 사법정책실(혹은 사법정책총괄심의관) 등의 법원행정처 내부의 기관과 사법연수원, 사법정책연구원 등으로 분산되는 동시에 중첩적으로 이루어짐으로써 그 효율성이 극히 떨어져 있었다는 점이다. 여기서는 사법정책과 기획정책이 구분되지 않을 뿐 아니라 인사, 사법지원 행정관리, 전산정보, 심지어 홍보의 영역에 까지 심의관이 배치되면서 집행의 기능 외의 방계기능을 수행하도록 구성되어 있었다. 정책결정단위와 정책집행단위가 조직상으로 구분되지 않아 권력의 집중이 필연적으로 발생할 수 있는 구조를 안고 있는 것이다. 즉, 무엇이 사법정책에 해당하는지에 대한 아무런 검증도 되어 있지 않는 상황에서 모든 것이 사법정책이라는 이름으로 포괄되고 이 업무들이 법원행정 내지는 그 하부조직의 도처에 편재하여 수행되도록 함으로써 계층라인을 따라 권력이 초밀도로 집적될 수 있는 구조를 가지고 있다. 이는 법원행정처의 조직이 단순한 사법사무의 처리기관이라기보다는 또 다른 정책결정기관으로 변질되어 사법외적 권력을 행사하는 체제를 구성하고 있음을 암시한다.

뿐만 아니라 인사관련정책과 집행의 기능이 동시에 한 지점-법원행정처와 대법원장-에 집중되어 있다는 점이 또 다른 문제를 구성한다. 법관의 임명에서부터 승진, 전보는 물론, 윤리통제 및 징계까지도 법원행정처에 장악되어 있으면서 심의관 - 총괄심의관 - 차장 - 처장 - 대법원장으로 수렴되는 피라미드 구조로 계층화되어 있다. 대법원장을 비롯한 권력의 중심부를 구성하는 축이 전국의 법관들을 하나의 계층조직속에 편입시켜 통제할 수 있는 조직구조를 가지고 있는 것이다.

이런 기능·구조상의 특징은 조직적으로 그 대부분의 사법정책과정들이 법관에 의하여 주도되게끔 구성되어 있다는 점으로 확장된다. 이들 사법행정은 순수하게 행정의 영역에 속하는 것으로 법관이 수행하는 “사법”의 기능에 부수적인 것에 불과함에도 불구하고 어느 정도의 재량권 내지는 형성적 판단권을 가지는 직책에는 모두 판사들이 그 직위를 차지한다. 심지어 법관의 전문성과 전혀 관계 없는 직위조차도 마찬가지다. 한마디로 법원행정처는 마치 법무부가 검찰에 의하여 장악되었듯이, 판사들에 의하여 장악됨으로써 사법행정이 법관의 식민지화 되어 버리는, 그리고 이 과정에서 무엇보다 강력한 대법원장 일인 지배체제가 구성되는 구조를 가지고 있는 것이다.

실제 우리의 법원행정처와 같은 거대조직은 일본<sup>20)</sup>을 제외하고는 세계적으로도

20) 일본의 사무총국에 관하여는 세기 히로시, 박현석 역, 절망의 재판소(사과나무, 2014), 25-30, 62-3,

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

유례가 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 특히 법원행정이라는 비사법적 업무까지도 중견법관이 장악하여 통할하는 시스템은 거의 찾아보기 어렵다. 문제는 이러한 구조가 사법부 내부에 한정되는 것이 아니라 사법관의 지배(juristo-cracy)라는 틀을 따라 전사회적인 영향력의 수준으로까지 확장될 가능성이 있다는 점이다.<sup>21)</sup> 법원행정처와 같은 조직이 지금까지 그래왔듯이 사법부 내부의 통제장치로 기능하면서 중앙집권적 사법조직을 만들어내는 수준을 넘어서서 대법원장-법원행정처의 권력이 사법부의 경계를 넘어 한국 사회 전반을 향하고 그 지배력을 확장해 나가는, 그럼으로써 우리 사법권력의 이상비대화를 초래하는 주범으로 작용할 우려가 있는 것이다.<sup>22)</sup>

대법원장의 제왕적 권력은 바로 이러한 매머드급의 거대행정조직의 존재로 인하여 가능해진다. 최근 사회문제로 비화되었던 현직법관에 대한 인사발령의 파동이나 법관 블랙리스트의 존재와 같은 사건들은 모두가 이 거대조직 법원행정처의 존재로부터 가능하였던 것이다. 그러기에 사법행정체계를 개선함에 있어 무엇보다 필요한 작업은 이 법원행정처의 권한과 조직을 과감하게 떨쳐버리는 일이다. 업무가 중복·중첩되어 있을 뿐 아니라 내부적인 견제·통제의 장치가 결여되어 있는 현재의 구조를 최소의 권한과 조직으로 간소화하는 동시에 각 법원단위의 사무와 전체 법원에 공통된 사무, 그리고 사법정책의 세 부분으로 그를 분권화할 필요가 있다는 것이다.

### 3.3. 사법위원회 제도의 도입

사법위원회의 구성과 권한은 아래 Garoupa and Ginsberg(2009, 111)의 정리(<표 2>)처럼 다양한 모습으로 나타난다. 여기에 스웨덴이나 덴마크 등 북구형의 행정모델이나 네덜란드와 같은 관리모델을 산입한다면 더더욱 그 다양성은 확장된다. 이러한 사법위원회 제도를 우리의 경우에 도입하기 위해서는 몇 가지 점에 대한 고려

95-99쪽 참조. 이 책에서도 블랙리스트 관련 에피소드가 소개된다. 29쪽.

21) 이와 관련하여 J. Ramseyer, and E. Rasmusen은 Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan(Chicago: University of Chicago Press, 2003)에서 일본의 중앙집권적 사무총국체제로 인하여 좌파적 성향을 가진 법관의 승진이 우파적 성향의 법관에 비하여 늦어진다고 보고한다. 이에 대하여 Kentaro Mukumoto and Mikitaka Masuyama, "Measuring Judicial Independence Reconsidered: Survival Analysis, Matching, and Average Treatment Effects," Japanese Journal of Political Science, vol. 16, No. 1, pp.33 - 51는 사망하거나 조기퇴직한 법관, 임용되지 얼마 되지 않는 법관 등을 표본에서 제외함으로써 발생하는 오류라고 반박한다.

22) 이 대법관들중 법원에서 실제 사건을 담당하다가 대법관으로 승진임용된 경우가 겨우 3명(김영란 대전고법부장(대법관임명: 2004.8), 윤일영 서울고법 부장(1981.4), 안병수 서울고법부장(1973.4))에 불과하며 나머지는 모두 법원장 등 법관의 업무가 아니라 실질적인 행정의 업무에 종사하다가 대법관으로 승진되는 등 대법관의 임명과정이 극심한 관료화의 경향을 보인다는 점에서 대법원이 엄밀한 의미에서 최종적 사법판단기관으로서의 실질을 갖추었는지 의심하게 만든다.

가 선행되어야 한다. 첫째, 그 필요성과 도입목표의 문제이며 두 번째는 기능과 권한, 그리고 마지막으로 구성의 여하가 그것이다.

	모델	남구모델		북구모델			절충형		비고(법원행정처와의 대비)
	국가 업무	이탈리아	프랑스	덴마크	아일랜드	스웨덴	네덜란드	체코	
정책결정	대외관계			○	○	○	○		○
	공적 서비스			○	○	○*	○		○
	사법협력						○		○
	인사정책			○	○	○	○		○
	선발정책	○	○				○		○
	연구정책	○		○	○	○	○		○
	법무장관 자문 (질적)사법정책	○	○	○	○	○	○		○(대법원장)
법원행정	시설·경비			○	○	○	○	○	○
	자동화			○	○	○	○	○	○
	행정조직			○	○	○	○	○	○
	행정정보제공			○	○	○	○	○	○
재정문제	재정정책			○	○	○	○	○	○
	기금분배			○	○	○	○	○	○
	회계			○	○	○	○	○	○
기타	기율·교정	○	○					○	○
	법관임명	○	○					○	○
	법관승진·전보	○	○					○	○
	훈련·교육	○	○		○		○	○	○

<표 1> 다양한 사법위원회의 기능들

먼저 사법위원회는 전술하였듯이 두 가지의 제도적 역할을 추구한다. 첫째 그것은 사법의 독립성을 강화하는 수단이 된다. 사법행정을 독립된 기구를 통해 수행하게 함으로써 외부의 압력으로부터 자유로운, 혹은 그러한 압력을 회피할 수 있는 기제를 형성하고자 하는 것이다. 특히 우리의 과거처럼 정치권력이나 경제권력이 행정에 관한 전권을 가지는 독립제기관으로서의 대법원장 혹은 그 보좌역인 법원행정처장을 경유하여 이루어지던 사법과정의 개입현상을 차단하거나 그 가능성을 최소화하는 방비책이 될 수 있는 것이다. 이 사법위원회는 합의제의 방식으로 사법

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

행정권력을 분산시키는 한편, 그 의사결정과정은 곧장 국민적인 감시의 대상이 되어 된다. 그리고 이런 국민적 감시와 견제는 사법의 민주화를 도모하는 주요 기제가 될 뿐 아니라 동시에 그를 통하여 사법에 대한 부당한 간섭이나 개입을 차단하는 효과를 야기하게 됨으로써 사법의 독립성과 중립성을 확보하는 최선의 수단으로 작동하게 된다.

둘째 이 제도는 사법행정의 시스템에 행정부의 구성원이나 의회의 추천인사, 법률가집단의 대표자, 시민 등 법원 외부의 인사가 개입할 수 있도록 함으로써 사법행정의 민주성 내지는 책무성을 강화하는 수단을 구성한다. 사법(행정)의 독립성을 보장하는 것이 자칫 사법관의 지배현상을 야기하게 되거나 혹은 사법행정의 틀 자체가 국민적 감시와 견제의 틀 바깥에서 작동하게 될 가능성으로 이어지는 사태에 대응하여, 민간인인 위원들로 하여금 사법과정을 감시하고 견제할 수 있도록 하는 것이다. 물론 이 기능은 전자의 기능과 전혀 별개의 영역에서 이루어지는 것은 결코 아니다. 사법의 독립은 그 과정에 대한 민주적 통제와 그에 수반되는 책무성의 실천에 의하여 다시금 강화될 수 있기 때문이다. 많은 국가들에서 사법행정을 담당하는 기구로 합의제 방식의 위원회체제를 구성하고 있음은 이런 연유에서이다. 사법의 독립이 사법위원회의 주된 목표인 경우에도 그 기관의 구성을 합의제로 함으로써 사법의 독립성 보장을 위한 정책결정 및 집행의 과정이 민주적으로 통제될 수 있는 가능성을 열어두고자 한 것이다.<sup>23)</sup>

우리의 사법체계에서 사법위원회가 논의되는 수준도 이와 직결된다.<sup>24)</sup> 현재의 우

23) 물론 이 모든 제도적 지향점들은 하나로 수렴되어 헌법이 보장하고자 하는 법치의 실현, 시민적 자유의 증진, 개인적 자유의 보장, 기본적인 인권의 실현, 그리고 정의의 실현(administration of justice)을 궁극적 목표로 삼는다. ENCJ Project Team, Councils for the Judiciary Report 2010-2011, ENCJ, in:

[https://www.ency.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report\\_project\\_team\\_councils\\_for\\_the\\_judiciary\\_2010\\_2011.pdf](https://www.ency.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf), para. 1.2.

24) 이에 국민과 함께 하는 사법발전위원회에서도 향후의 법원행정조직의 변화방향을 아래와 같이 사법위원회의 방식에 맞출 것으로 건의한 바 있다.

([http://withpeople.scourt.go.kr/bbs/board.php?bo\\_table=materials&wr\\_id=7&me\\_code=30](http://withpeople.scourt.go.kr/bbs/board.php?bo_table=materials&wr_id=7&me_code=30))

1. (가칭)사법행정회의의 위상과 역할

(1안) 법원조직법을 개정하여, 사법행정에 관한 총괄기구로 (가칭)사법행정회의를 설치하여야 합니다.

(2안) 법원조직법을 개정하여, 사법행정에 관한 심의·의결기구로 (가칭)사법행정회의를 설치하여야 합니다.

2. 사법행정회의는 아래와 같은 사항을 심의·의결하여야 합니다.

가. 대법원규칙 제·개정 건의

나. 대법원 예규·내규의 제·개정

다. 예산요구서, 예비금 지출안과 결산보고서의 검토

라. (1안) 판사의 보직에 관한 기본원칙 승인 및 인사안 확정



리 사법부가 개혁의 요구에 직면하고 있음은 두 가지의 측면에서이다. 첫째는 사법의 독립에 대한 요청으로, 그것은 지금까지의 외부로부터의 독립 즉 정치적 압력으로부터의 독립과 내부로부터의 독립 즉, “제왕적” 대법원장 혹은 강력한 법원행정처의 압박으로부터 개별법관 혹은 재판의 독립을 담보해 낼 수 있는 장치에 대한 요구이다. 사법위원회 제도는 대법원장과 법원행정처라는 관료조직의 최상부에 위치한 사법수뇌부로부터 인사권과 행정권을 소거하여 별도의 독립된 기관이 사법행정의 주요한 업무들을 처리할 수 있도록 하여야 한다는 것이다. 둘째는, 사법이 관료화 일변도로 고착화되면서 국민들과 유리된, 그들만의 폐쇄회로를 구축하는 것을 제어하고 국민들이 사법관에 대한 나름의 견제와 통제를 할 수 있는 시스템을 마련하는 것이다. 사법행정이 이루어지는 과정을 법원 외부에 개방함으로써 국민들이 그 행정과정을 지켜보고 또 감시할 수 있는 구조, 그리고 이에 바탕한 책무성이 보장되는 사법행정의 틀을 마련하여야 하는 것이다.<sup>25)</sup>

유럽평의회가 법관: 독립·효율성 및 책임성에 관한 권고(EU Council Recommendation CM/Rec (2010) 12 on judges: independence, efficiency and Responsibility)<sup>26)</sup>에서 사법위원회의 설치·운영에 관하여 나름의 기준을 제시하면서 ①사법위원회는 독립적인 기구로 법률 또는 헌법에 의하여 설치하며, ②사법과 개별적인 법관의 독립을 보장하고 그와 함께 사법시스템의 효율적인 작동을 촉진하는 것을 목적으로 하여야 하며,(제26조) ③그 구성은 위원 중 절반 이상이 사법의 모든 심급에서 동료(peers)들에 의하여 선택된(chosen), 법관으로 충원되어야 하며 이 과정에서 사법 내부의 다원성을 최대한 존중하여야 하며,(제27조) ④사법위원회는 미리 정립된 절차와 합리적인 결정으로 법관들과 사회에 대해 최대한의 투명성을 보여야 하며,(제28조) ⑤사법위원회는 그 기능을 수행하면서 개별적인 법관의 독립성을 침해하지 않아야 한다(제29조)는 원칙을 강조하고 있음은 이런 관점에서 이해가능하다.

(2안) 판사의 보직에 관한 기본원칙 승인

마. (1안) 사법행정에 관한 중요한 사항으로서 대법원장 또는 위원 3분의 1 이상이 부의하는 사항

(2안) 사법행정에 관한 중요한 사항으로서 대법원장 또는 위원 3분의 1 이상이 부의하는

사항. 단, 판사의 보직에 관한 사항은 제외한다.

3. 대법원의 기관 및 각급 법원은 사법행정회의에 업무계획과 집행결과를 정기적으로 보고하고 사법행정회의가 요구하는 자료를 제공하는 등 사법행정회의의 활동을 지원하여야 합니다.

4. 다만, 법원조직법 개정 전이라도 대법원규칙을 제정하여 동일한 사항에 관한

심의·자문기구로서 사법행정회의를 조속히 설치할 필요가 있습니다.

25) 물론 사법행정의 효율성이라는 요청 또한 존재한다. 하지만, 사법위원회제도의 도입여부 판단에 있어서는 이 효율성은 2차적인 판단대상으로 하여도 좋을 것이다. 그것은 사법위원회제도의 구체적인 설계 과정에서 나름 확보할 수 있기 때문이다.

26) [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805afb78](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805afb78), 검색일: 2019. 5.

17.

아울러 사법위원회가 수행하는 직무영역은 유럽사법위원회네트워크(ENCJ: European Network of Council for Judiciary)는 2009년의 총회 결의(소위 부다페스트결의Budepestresolution)에서 나뉘어 정리된 바 있다: ①법관의 임명과 승진, ②훈련, ③규율 및 사법윤리, ④법원행정, ⑤사법재정, ⑥사법업무성과관리, ⑦소송당사자들의 민원처리, ⑧사법 이미지(image of justice)의 보호, ⑨국가의 사법정책에 대한 의견 형성, ⑩사법시스템에 대한 평가체계의 마련, ⑪사법 및 법원에 관한 입법안 입안 또는 제안.<sup>27)</sup>

우리의 경우에도 사법위원회 제도를 도입함에 있어 이런 원칙은 대부분 타당하며, 그것이 수행할 기능 내지는 그 직무범위는 이에 준하여 고민할 수 있다.(다만, 우리의 현재를 감안할 때 법관의 비율부분에 대하여는 별도의 논의가 필요하다) 즉, 이 원칙은 사법의 민주성과 독립성의 두 요청을 가장 적절한 수준에서 조화시키며 균형점을 확보하기 위한 기준점을 제시한 것이며 이러한 원칙이 사법위원회라는 제도를 통하여 최대의 수준으로 실천될 수 있도록 하는 것은 그 제도설계의 하는 과정에서 가장 중요하게 고민하여야 할 지점이 된다.<sup>28)</sup> 즉, 사법위원회는 이런 원칙에 충실하게 도입되고 또 그렇게 설계되어야 한다.

### 3.4. 사법위원회의 구성과 조직

27) General Assembly of the European Network of Councils for the Judiciary, "Self Governance for the Judiciary: Balancing Independence and Accountability," Annex GA/09/EN/FR 02, in: <https://www.encj.eu/images/stories/pdf/resolutionbudapestfinal.pdf>, 검색일: 2019. 5. 17.

28) 1987년 설립된 『민주주의와 자유를 위한 유럽사법관연합』(MEDEL: Magistrats européens pour la démocratie et les libertés)은 1993년 "유럽사법규정의 요소들"(Elements of a European Statute of the Judiciary)이라는 제호의 소위 Palermo선언을 발표하였다. 이 선언은 제3조에서 사법관최고위원회(the Supreme Council of Magistrates)에 관한 규정을 다음과 같이 제시하였다. (원문은 file:///C:/Users/user/Desktop/Judiciary/Palermo.pdf 참조.)

3.1. 사법관최고위원회는 사법부의 행정 및 규율을 담당한다. 이 위원회는 사법관의 독립을 보장한다. 이 위원회는 사법관의 충원에 대비하며 사법관의 배치를 결정하며 전문직업적 훈련을 조직한다.

사법관최고위원회는 스스로의 발의에 의하거나 다른 기관의 요청에 의해 사법정책에 관한 의견이나 권고안을 의회 또는 정부에 제출한다.

3.2. 사법관최고위원회의 적어도 절반 정도는 비례대표의 원칙에 따라 동료들에 의해 선출된 사법관으로 구성되어야 한다. 나아가 위원회는 의회에 의해 임명된 인물들로 구성된다. 그 구성원은 정해진 임기동안 임명된다.

3.3. 의회는 사법관최고위원회와 정부의 제안에 따라 사법예산을 의결한다.

사법관최고위원회는 그의 직무를 수행하기 위한 예산을 가진다.

3.4. 사법관최고위원회의 전체회의는 제8조 제2문에 정한 바에 의하여 비공개로 하는 경우를 제외하고는 공개한다.

예산과 회계 뿐 아니라 회의록, 결정, 보고서, 의견 및 권고 등은 적절한 공개의 대상이 된다. 사법관의 충원, 배치 및 규율에 관한 결정은 대법원에 의한 합법성 심사의 대상이 되며(motivated to) 또 그에 종속된다.

매년 사법관최고위원회는 의회에 그 활동과 사법의 현황에 관한 보고를 하여야 한다.

하지만 그간의 사법개혁논의과정에서 거론되었던 사법행정 개선방안들은 이런 원칙론에 그리 충실하지 못하였다. 그동안 사법위원회 제도의 도입과 관련하여 세 가지 안이 제시되었다. 국회에 설치된 헌법개정특별위원회자문위원회에서 2018.1. 작성·제출한 헌법개정자문안에서 마련한 사법평의회안(이하「개헌자문위안」)과 주광덕의원이 2018.2.8. 대표발의한 법원조직법개정안(의안번호 11859. 이하 「주광덕안」), 안호영 의원이 2018.9.20. 대표발의한 법원조직법개정안(의안번호 15683: 이하 「안호영안」), 그리고 대법원이 2018.12. 국회에 제출한 법원조직법개정의견(이하 「대법원안」)<sup>29)</sup>이 각각 그것이다. 개헌자문위안은 그 명칭을 사법평의회로 하여 독립기구로 설치하고 주광덕안은 사법평의회, 안호영안은 사법행정위원회, 그리고 대법원안은 사법행정회의로 하여 대법원장 산하에 설치하는 것으로 한다. 아래의 표는 이를 정리한 것이다.

	개헌자문위안	주광덕안	안호영안	대법원안(안은 추진단안)
명칭	사법평의회	사법평의회	사법행정위원회	사법행정회의
근거	헌법	법원조직법	법원조직법	법원조직법
소속	독립된 헌법기관		대법원	대법원
사무	법관의 임용, 전보, 승진, 징계, 내지 법원의 예산 및 사법정책 수립 등 법률이 정하는 사법행정 사무를 처리	· 판사 연임·전보·보직 · 대법원규칙 제·개정 · 예산요구, 예비금 지출·결산 · 기타 다른 법령이 정한 사항 등 의결 (대법관회의 의결사항에서 대법원규칙 제·개정, 예산·예비금·결산 사항 삭제)	사법행정사무를 총괄하며, 사법행정사무에 관하여 관계 공무원을 지휘·감독 법원의 인사·예산(예산 요구 및 예비금 지출과 결산에 관한 사항 포함)·회계·시설·통계·등기·가족관계등록·공탁·집행관·법무사에 관한 사무 판례의 수집·간행, 사법제도연구, 판사 및 법원공무원의 교	(헌법과 법률이 달리 정한 경우를 제외하고 사법행정사무를 총괄하며, 사법행정사무에 관하여 관계공무원을 지휘·감독) · 대법원규칙 제·개정안 <u>성안, 제출(건의),</u> · 대법원 예규 제·개정, · 예산요구서·예비금 지출안·결산보고서의 검토, · <u>대법원장의 국회제출의견 승인</u> · 판사보직에 관한 기본원칙 승인 및 인사안

29) 이 안은 「국민과 함께 하는 사법발전위원회」에 설치된 「사법발전위원회 건의 실현을 위한 후속추진단」이 2018. 11. 제출한 법원조직법개정안(이하 「추진단안」)을 수정한 것이다.

30) 사법행정회의위원추천위원회는 다음의 사람들을 대법원장이 임명·위촉한다: 국회의장 추천 3명(1

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

	개헌자문위안	주광덕안	안호영안	대법원안(안은 추진단안)
			육·연수에 관한 사무	확정
구성 · 임기	16명, 6년, 연임불가	16명, 6년	12명(대법원장 포함), 6년, 중임불가	대법원장 포함 11명, 2년, 법관위원 연임불가(법관위원 2년, 비법관위원 3년, 중임불가)
구성 방법	· 국회 선출(재적 5분의3 이상 찬성) 8인, · 대통령 지명 2인, · 법관회의 선출 6인	· 국회선출 8명 · 대통령지명 2명 · 대법관회의 추천 6명을 대법원장이 임명	· 전국법관대표회의 선출 6명 · 대법원장 지명 5명	(· 대법원장 지명 법관 1명) · 전국법원장회의 추천 법관 2명(1명) · 전국법관대표회의 추천 법관 3명 · 법원사무처장 · 위원추천위원회 <sup>30)</sup> 가 공모·추천한 비법관 <sup>31)</sup> 5명(4명): 여성위원 2명 이상
위원장	위원 중에서 호선		대법원장	대법원장
기타	법관겸직·퇴임후 대법관취임불가			상근불가
기타 기관			판사회의 전국법관대표회의	전국법원장회의 전국법관대표회의
집행 기관		법원행정처	사법행정위원회사무처	법원사무처 각 법원에 사무국 설치
법관 인사 권			사법행정위원회 · 인사기본계획수립, 판사임명·연임·퇴직	법관인사운영위원회 · 사법행정회의 산하 설치, 법관으로 구성 · 구성·운영은 대법원 규칙으로 정함 (임기1년: 대법원장 지명 법관 2명, 법관대표회의 추천 법관 6명 중에서 사법행정회의 지명 3명) · 판사보직기본계획, 전보 인사, 해외연수 등 심의

명 이상은 여성), 법무부장관, 대한변호사협회장, 한국법학교수회 회장, 법전문협의회 이사장, 법원

이들 안은 대법원장과 법원행정처의 수직적 관계에서 발생하는 권력집중의 현상을 방지하기 위한 장치로 별개의 사법위원회체제를 구성하고 거기에 사법행정사무를 일임한다는 점에서는 상당히 바람직한 제도설계라고 할 수 있다. 종래 법원이 전유하던 사법행정사무를 비법관들에게도 개방하고 이를 통해 사법행정의 민주성과 책무성을 강화할 수 있는 틀을 마련하고 있는 것이다. 하지만, 그럼에도 불구하고 특히 그 구성과 관련하여서는 매우 치명적인 단점을 가지고 있다.

우선 개헌자문위원의 경우 구성에 대통령이 관여할 수 있게 함으로써 자칫 행정부로부터의 사법권의 독립이라는 헌법의 절대적인 명제 자체를 위태롭게 한다. 국회가 8인, 대통령이 2인을 지명할 수 있게 했는데, 실제 국회지명의 경우 대부분 여·야가 그를 분점하는 실태를 감안한다면 국회 몫중에서 대통령이 속한 여당의 지명분이 최소 3인에 달하는 것이 일반적이라 할 수 있고 이렇게 될 경우 대통령 또는 대통령에 친화적인 위원이 최소 5명 이상이 될 것으로 보인다. 이는 행정부의 영향력을 지나치게 강화하게 될 우려를 자아낸다.<sup>32)</sup> 이 점은 개헌자문위원과 유사한 구성방안을 마련하여 대통령에게 2명의 위원 지명권을 부여한 주광덕안도 마찬가지다.<sup>33)</sup>

반면, 안호영안이나 추진단안은 필연적인 이유도 없이 대법원장에게 그 위원의 구성에 깊숙이 관여할 수 있는 권한을 부여한다는 점에서 매우 문제적이다. 안호영안은 대법원장이 위원장이면서 동시에 위원을 5인을 지명할 수 있어 사법행정위원회의 절반을 자신의 영향권안에 둘 수 있게 설계되어 있다. 이는 제왕적 대법원장 체제에 대한 반성적 개혁방안으로서 매우 부적절하다. 대법관추천권을 가지면서 대법관회의도 장악할 수 있는 대법원장에게 사법행정권력마저도 사법행정위원회를

노조 대표자, 사회적 신망자 3명(1명 여성). 위원장은 위원중에서 대법원장이 임명·위촉한다.

31) 비법관위원은 재판제도 및 행정에 관하여 전문적인 지식과 경험이 있고 주요 사법정책의 수립 등 사법행정업무를 공정하고 중립적으로 수행할 수 있다고 인정되는 사람으로 법조·법률학교수·연구경력, 행정관련경력 10년 이상 또는 사회적 신망과 행정관련경험이 풍부한 자로 한다.

32) 실제 유럽의 경우 법무장관이 사법위원회의 구성이나 조직에 깊숙이 개입하는 경우가 적지 않지만, 이는 사법행정에 대한 일반적인 권한이 법무장관에 부여되어 있다는 정부구조의 측면에서 허용되는 것에 불과하다. 우리의 경우 권력분립이 비교적 명확히 되어 있는 만큼 굳이 대통령 또는 그가 지명한 사람이 사법행정의 과정에 투입될 필요는 없어 보인다. 필요하다면 의견의 형태로 법무부 장관을 통해 제출하면 된다. 오히려 이 부분을 가장 긴밀한 이해관계를 가지는 법률가단체-변호사단체와 법무사단체-와 법원직원단체-법원공무원노조-가 그 역할을 담당할 수 있을 것이다-에 이양해서 각 1명씩 지명하도록 하는 것이 타당해 보인다.

33) 주광덕안의 경우 대법관회의에 6명의 위원이 지명권을 부여하고 있는데 이는 실질적으로 대법원장 혹은 대법원 그 자체에 지나치게 큰 영향력을 부여하는 것이라는 점에서 제왕적 대법원장체제를 벗어나고자 하는 최근의 법원개혁 요구에 어긋난다. 실제 현행 헌법체제에서는 대법원장이 그 임기 중의 모든 대법관을 지명할 수 있는 권한을 가지고 있는데, 그럼에도 그렇게 구성되는 대법관회의에 위원 6명의 지명권을 부여하는 것은 실질적으로 대법원장의 권력을 강화하는 역기능이 발생할 수 있게 한다.

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

통해 직접 행사할 수 있도록 하여 적어도 외관상 대법원장/법원행정처장을 구분하여 수직적인 권력분립체제를 확보하고 있는 현재의 제도보다 더 후퇴한 결과를 야기할 가능성을 충분히 안고 있다.

이런 모습은 추진단안에서도 크게 달라지지 않는다. 추진단안은 대법원장이 위원 1명을 지명할 수 있는 데서 더 나아가 사법행정회의위원추천위원회를 구성하는데에 관여할 수 있게 함으로써 사법행정회의의 구성에 우회적으로 영향을 미칠 수 있게 하였다. 실제 대법원장이 위원장이 되는 체제에서 별도로 위원 1명을 지명하게 할 이유도 없는 터에, 5명의 비법관 위원의 지명과정까지 영향력을 미칠 수 있는 틀을 마련한다면, 이 또한 사법권 내부의 권력분립체제를 구성하겠다는 제도개혁의 본래적 취지를 제대로 구현할 수 없게 한 것이라 하지 않을 수 없다.<sup>34)</sup> 더구나 추진단안은 사법행정회의를 설치하고도 그 권한을 지나치게 협소하게 규정하는 동시에 이와는 별도로 법관인사운영위원회를 설치하여 그나마의 권한조차도 분권화시키고 있다. 이 점은 다시 사법행정사무를 처리하는 과정에 그 지휘·감독의 권한을 “대법원장 또는 사법행정회의”에 부여함으로써 책임소재를 분산시킬 뿐 아니라, 운영 과정에 따라 대법원장의 권한이 지나치게 확대되어 사법행정회의를 자문기구 정도로 형해화시킬 위험까지도 내포한다.

### 3.5. 비틀거리는 사법개혁: 사법행정자문회의

하지만 이런 개혁안조차도 국회에서 제대로 심의되지 못 하였다. 제20대 국회는 2018. 7. 26. 사법개혁특별위원회를 설치하여 그 산하에 법원법조개혁소위원회(8인, 위원장 윤한홍)를 설치, 사법행정체제 전반에 대한 개혁과제를 논의하였다. 하지만 계속되는 정쟁으로 국회가 마비되고 이 사법개혁특별위원회가 아무런 성과도 없이 2019. 6. 30. 활동기간 만료로 해체되자 그나마 제출되었던 법원조직법개정안은 물론, 사법행정체제의 개선을 위한 기본적인 방향조차도 제대로 제시하지 못한 채 유야무야 되고 있다. 이 과정에서 김명수 대법원장은 2019. 7. 5. 느닷없이 사법행정에 관한 상설의 자문기구를 대법원규칙으로써 설치한다는 성명을 발표하고 그 사법행정자문회의규칙안을 입법예고하였다. 그리고 이 안은 그대로 대법관회의를 거쳐 시행되었고, 8명의 위원이 선임된 가운데 오는 9. 26. 그 출범을 맞이하기로 되어 있다. 김명수 대법원장체제에서 최초의, 그리고 유일한 개혁안으로 제시되고 또 운영

34) 이 점은 비슷한 구성을 가지고 있었던 대법관후보추천위원회의 경우에 비추어보더라도 어느 정도 짐작할 수 있다.

될 즈음에 처해 있는 것이다.

그러나 이 사법행정자문회의체제는 촛불집회와 사법농단사태를 거치면서 결집된 사법개혁의 기본방향성에 전혀 어울리지 않는 것으로 그 제도의 존재 이유조차 모호한 성격의 것이 되고 말았다. 실제 사법발전위원회에서는 사법행정회의에 관한 법률이 제대로 제정·시행되지 못할 경우 보충적으로라도 대법원규칙상의 기관으로 설치, 운영할 것을 권고한 바 있는데, 이 사법행정자문회의의 체제는 그런 권고에 따른 것이라는 외관을 갖추고 있기는 하다. 하지만, 문제는 그러한 회의체를 설치하는 것이 중요한 것이 아니라, 어떤 회의체로 자리매김하는가가 중요하다는 점이다. 시민사회가 실질적인 주도권을 가지는 사법행정회의(또는 위원회)를 구성·설치하여 이로써 제왕적 대법원장체제의 폐해를 예방, 방지하고 국민이 참여하고 국민에 책임을 지는 사법행정체제를 제대로 구성하고자 하는 것이 그동안의 사법개혁논의였다고 한다면, 이 사법행정자문회의체제는 형식만 회의체이지 실질적인 기능이 전혀 보장받지 못하는 수준에서 구성되어 있다는 점에서 문자 그대로 “자문회의”의 성격에 고착될 가능성이 너무도 농후하다.

실제 대법원장은 실질적인 타협안인 추진단안의 수준에서 훨씬 미치지 못하는 사법행정회의법률안을 만들어 2018년 국회에 제출하였는데 그에 대해 대법원의 셀프개혁안으로 시민사회의 사법개혁요구에 너무도 못 미치는 것이라는 비판을 받은 적이 있다. 그럼에도 대법원장은 이를 다시 대법원규칙이라는 낮은 수준의 규범체제로 재구성하여 셀프개혁을 강행하고자 한 것이다. 이는 보기 나름으로는 향후 국회에서 진행되어야 할 사법행정위원회법률안에 대한 심의·의결의 과정을 희석시키거나 사전에 차단시킬 우려가 없지 않아 일종의 입법방해에 해당한다고도 할 수 있다. 법률에 근거를 둬으로써 사법행정권을 장악하고 있는 대법원장을 견제하고 통제할 수 있는 실질적인 권한을 가진 사법행정기관을, 단순한 자문기능에 국한된, 그리고 언제든지 가역적으로 종래의 법원행정체제로 되돌아갈 수 있는 대법원규칙상의 기관으로서 대체함으로써 제왕적 대법원장의 체제가 여전히 유효할 수 있도록 하고 있기 때문이다. 이런 맥락에서 이하에서는 그 사법행정자문회의체제의 문제점을 정리해 본다.

#### ① 형해화된 기구:

사법행정에 관한 거버넌스구조는 기본적으로 제왕적 대법원장체제에 대한 대항적 구성을 바탕으로 이루어져야 한다. 즉, 그것은 대법원장이 가진 사법행정권한을 분

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

산시켜 그 대부분을 시민이 참여하는 합의제기구로 귀속시키고 이를 통해 대법원장을 견제하는 동시에 사법권 내부적인 압력관계로부터 법원을 독립시키는 기능을 수행하여야 한다. 하지만 이 사법행정자문회의는 문자 그대로 자문기구에 불과하여 원칙적으로 대법원장이 회부하는 안건에 대한 자문의견만 제시할 수 있을 뿐이다. 시민사회와 사법발전위원회, 추진단 등이 요구해 왔던 사법행정의 총괄기구로서의 성격을 상실하고 있는 동시에 그나마의 권한조차도 자문의견의 제시에 불과하여 아무런 구속력을 갖지 못하는 형해화된 기구에 그치고 있는 것이다. 이는 당초 대법원의 법률안에서 “심의·의사결정기구”라는 무척 애매모호한 권능을 부여한 수준에서도 대폭 후퇴한 것이기도 하다. 물론 이 자문의견을 대법원장이 ‘최대한 존중’한다는 의지를 피력하기는 했으나, 법치국가에서 어떠한 권한의 행사를 법과 제도에 의해 통제하지 않고 오로지 대법원장이라는 타이틀을 가진 한 개인의 선의에 호소하는 체제가 가지는 위험성은 이미 주지의 사실이다.

특히 이 자문기구는 스스로 의제를 설정할 권한도 없이 오로지 대법원장이 부의하는 의제만 다루어야 한다.(제2조제1항), 그나마 위원 1/3 이상의 제안한 안건을 의장이 부의할 수 있는 외관은 갖추고 있으나 그 역시 제2조제1항에 따라 대법원장이 부의한 의제의 구속을 받을 수 있는 체제로 되어 있는 것이다. 아울러 이 자문기구는 스스로 안건을 의결할 수 있는 권한도 없다. 오로지 의장인 대법원장이 필요하다고 인정하는 때에 한하여 안건을 의결에 부칠 수 있을 뿐이다(제6조제3항). 이는 자문기구가 대법원장이 추진하고자 하는 안건에 대해서는 의결의 형식으로 추진하는 권한만 가지며, 대법원장의 의사에 반하는 사항은 단순한 의견제시만 할 수 있을 뿐인, 순수한 들러리 기구의 성격을 벗어나지 못하도록 하였음을 의미한다. 요컨대, 이 자문기구는 그동안 시민사회가 요구해 왔던 사법행정의 개혁-총괄기구의 위상과 권한을 가진 사법행정회의의 설치-과는 전혀 무관한 것으로 김명수 대법원장이 자의적으로 제시한 편법(혹은 미봉책)에 불과한 것이라 할 수 있다.

### ② 편향된 위원의 구성(제3조):

가장 문제가 많으며 위험한 구조로 되어 있는 부분이다. 시민사회가 사법행정회의의 설치를 요구한 것은 대법원장의 전방위적 권력을 견제·감시하고 사법행정의 민주성과 책무성을 확보하기 위함이었다. 따라서 이런 기구를 구성하는 위원들은 대법원장의 권력으로부터 독립할 뿐 아니라 시민사회에 대한 대표성 또한 가지고 있어야 한다. 그런데, 사법행정자문회의는 위원장인 대법원장과 전국법원장회의가 추천한 법관 2명, 전국법관대표회의가 추천한 법관 3명, 그리고 학식덕망자인 비법



관 4명 등 총 10명으로 구성된다. 그리고 이 위원들은 상근할 수 없으며 임기는 2년으로 하되 비법관인 위원은 연임가능하다. 그리고 김명수 대법관은 이 초대 위원들중 비법관위원으로 대한변협회장, 한국법학교수회장, 법학전문대학원협의회 이사장, 그리고 한국성폭력상담소장 등 4명을 위촉함으로써 그 위험성을 가시화시켰다.

첫째, 법관위원의 추천권 중 2명을 대법원장에 발탁하여 임명하는 법원장의 회의체에 부여하고 있다. 또 비법관위원에 대하여는 어떠한 자격이나 절차조건도 부가되지 않아 대법원장이 자기의 사람을 위촉할 수 있는 여지를 마련한다. 총 10명의 위원중 대법원장 자신을 포함한 6명의 위원이 대법원장의 통제권 안에서 선출될 수 있는 것이다. 그뿐 아니라 위원의 임기가 2년에 불과하여 법관위원의 경우에는 임기가 종료되는 즉시-혹은 임기 중에도- 대법원장의 인사권에 굴복하여야 하는 처지에 놓이게 된다. 이에 더하여 경우에 따라 대법원장이 위원들을 임기중에도 해촉할 수 있는 규정을 두고, 그 요건을 "위원으로서의 자격유지가 부적합하다고 인정될 때에는" 이라는 모호한 규정으로 설정함으로써 극단적인 경우 대법원장의 권력에 비판적인 위원의 임기도 보장되지 못하는 사태가 발생할 수도 있다.

한편 법관위원이 총 6명으로 실질적인 다수를 차지하게 됨으로써 법관의 이익이 시민사회의 요구를 초과할 수 있는 가능성도 열어두고 있다. 여기에 제1기 위원의 구성을 보면 이런 문제점은 더욱 심화된다. 10명의 위원중 9명이 법관, 법조인 혹은 법학교수대표 등으로 시민사회와의 연계지점을 전혀 갖지 못하는 구성으로 되어 있고 그나마 나머지 1명조차도 특정한 단체의 대표로 위촉하고 있다. 민주적 대표성은 전혀 찾아볼 수 없는 체제로 되어 있는 것이다. 이 점은 단순히 민주성의 결여라는 지적으로 그치지 않는다. 자문회의든 무엇이든 이런 기구의 존재이유는 대법원장의 권한을 분산시키고 또 그것을 견제하는 데 있음에도 이렇게 민주적 기반(constituent)이 존재하지 않는 경우에는 그 위원들이 스스로 견제의 역을 감당하기 어려운 지경에 빠질 우려가 너무도 많아진다. 최소한의 기능성조차도 보장되지 않는다는 것이다.

둘째, 위원들이 모두 비상근으로 구성된다. 그러다보니 문자 그대로 쓰레기통 모형(garbage can model)의 합의체로 전락할 가능성이 거의 100%이다. 그 위원들의 개인적인 능력 여하를 떠나 이런 비정규성의 회의체의 성격상 전문성을 확보할 수 없으며, 사법행정의 세부적인 영역에 대한 결정권능 자체가 박탈되기 때문이다. 결국 이런 회의체의 경우 대부분 사무처나 법원행정처와 같은 실무기관의 보고에 의

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

존하는 의사결정의 행태로 나아갈 수밖에 없고 결국에는 그들의 의견을 추인하는 틀러리기관으로 전락하지 않을 수 없게 된다. 이에 더하여 법관이 주축을 이루게 될 분과위원회 제도를 별도로 마련하여 이로 하여금 회의 안건 및 자료를 준비하게 되어 있는 바, 이런 체제에서는 비상근의 위원들이 그 회의를 주체적으로 이끌어가는 것이 거의 불가능하도록 한다.

### ③ 법관의 지배만 가능한 분과위원회(제8조):

이 규칙은 사법행정자문회의 산하에 안건의 연구, 검토를 위한 분과위원회를 설치할 수 있도록 하고, ‘법관이 아닌 사람을 포함하여 구성할 수 있다’고 한다. 원칙적으로 분과위원회의 위원을 법관으로 규정하고 외부위원의 참여는 예외적인 것으로 구성하고 있는 것이다. 그리고 그나마도 법관인사분과위원회는 법관으로만 구성하도록 되어 있고 법관인사분과위원회의 간사는 법원행정처 인사총괄심의관이 된다고 명시하고 있다. 오로지 법관을 위한, 법관만의 분과위원회 체제를 구상하고 있는 것이다.

이런 사법행정자문회의 체제는 미국의 Judicial Conference제도를 모방한 것으로 보이며, 법관을 중심으로 구성되는 분과위원회체제는 여기서 아이디어를 취한 것으로 여겨진다. 하지만, 이런 발상은 처음부터 잘 못 되어 있다. 미국의 사법회의 체제는 연방법관의 종신제와 각 연방법원간의 상호독립성, 법원 행정 자체의 독립채산성 등을 바탕으로 이루어진 것으로 우리 사법체제와는 전혀 무관한 기반위에 만들어진 것이다. 거기다 이 회의체는 연방법원장들이 1년에 한 두번 모여서 이런 저런 의견을 나누고 사법행정에 대해 그때 그때의 건의를 하는 기구에 불과하다. 아울러 이 회의체 아래 편제되어 있는 법원사무처는 순수하게 법원사무만 담당하며 그들이 법관 인사(대통령의 권한)나 재판의 과정 등에 개입할 수 있는 여지는 전혀 없다. 따라서 우리가 미국의 제도를 참조하고자 한다면 연방법원체제에서의 사법회의가 아니라 주 단위에 구성되어 있는 사법행정체제를 염두에 두어야 한다. 예컨대 캘리포니아의 경우에는 사법행정위원회 조직을 그대로 갖추고 그에 따라 운영되고 있다.

문제는 이렇게 잘못된 참조로 구성된 사법행정자문회의체제가 결국에는 대법원장의 친위조직이자 일부 권력지향형 법관들의 승진코스로 이용될 여지를 대폭 남겨두고 있다는 점이다. 마치 지금의 법원행정처가 그러하듯 일부의 선발된 법관들이 분과위원회를 장악하고, 이러한 분과위원회가 제출한 안이 사실상 친대법원장 위원들

이 장악한, 전문성을 갖추지 못한 사법행정자문회의에서 의결되도록 하는 구조라는 중대한 문제를 안고 있는 것이다. 법관들이 법원행정처에 근무하며 재판이 아닌 사법행정업무를 하면서 드러난 폐해를 없애기 위해 법원행정처의 탈판사회가 중요한 개혁과제로 제시된 와중에 사법행정자문회의 산하 분과위원회가 또다시 법관들 중심으로 운영되면, 그것은 곧장 기존의 법원행정처의 문제점을 그대로 승계하는 구조에 불과하게 되어 결국 제2의 법원행정처가 될 것이라는 우려를 불식하기 어렵다.

또한 이 "분과위원회"는 사법행정자문회의의 위원들이 참여하지 않으며, 그 자문회의가 이 분과위원회의 운영에 대하여 어떠한 통제권도 가지고 있지 않다. 또 분과위원회의 연구·검토의 기능조차도 형식적으로는 자문회의가 안건을 회부한다고 되어 있으나, 실질적으로는 의장이 그 안건을 결정하는 구조로 되어 있다.(제8조제2항 단서) 여기에 자문회의가 비상근의 위원들로 구성됨을 감안한다면, 이 분과위원회는 자문회의를 보좌하는 기관이 아니라 의장인 대법원장을 보좌하면서 자문회의의 회의에 영향을 미치거나 그 회의의 방향을 주도하는 방향으로 운영될 가능성이 농후하다. 한마디로 대법원장의 친위부대로서의 성격을 탈피하기 어려운 구조로 되어 있는 것이다.

동시에 이 법관인사분과위원회는 자문회의와 아무런 조직적·기능적 연관성조차도 없이 독립하여 "의장"인 대법원장의 자문에 응하는, 별개의 대법원장 자문기구에 불과하다. 이를 이 대법원규칙으로 규정하는 것 자체가 보직을 중심으로 하는 법관 인사권을 대법원장이 장악하면서 모든 법관들을 통제하던 지난 날 사법농단이 가능했던 사법행정구조를 반복 재생산하는 위험으로 이어질 수 있다.

④ 알 수 없는 회의 비공개 원칙:

사법행정의 민주성과 책무성을 강화하기 위하여 가장 긴요한 사항 중의 하나는 그 회의에 대한 시민사회의 접근성과 감시능력을 확보하는 일이다. 그러나 이 사법행정자문회의는 매우 간헐적으로 개최되는 그 회의조차도 원칙적으로 비공개로 하고 있다.(제5조 제4항) 아울러 그런 몇 번 되지 않는 회의조차도 온라인을 통한 단독방 형식의 의견수렴 내지 의결절차를 통해서 하도록 한다. 이는 회의내용 및 그에 기반하여 이루어지는 사법행정에 대한 국민들의 접근권을 박탈한다. 사법행정에 관한 업무가 그 성격상 대외적인 비밀로 하여야 할 이유는 거의 없음에도 불구하고, 그리고 사법행정에 대한 견제와 통제의 장치로서 민주성을 요체로 하여야 할

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

사법행정 거버넌스체제에 대한 요청에도 불구하고 회의를 비공개로 함으로써 사법행정이 시민사회로부터 철저하게 차단된, 폐쇄회로 속에서 이루어지게 만들고 있는 것이다. 그 뿐 아니다. 사법행정자문회의는 전자회의의 방식을 허용함으로써 합의체 기구에서 필수적으로 활성화되어야 할 토론과 합의의 틀조차도 부실하게 만들고 있다.

### ⑤ 사전준비의 결여: 사법행정체제의 재정비 누락

이러한 사법행정자문회의를 설치하려면 무엇보다 먼저 처리해야 할 일이 사법행정체제 그 자체에 대한 대폭적인 구조조정이다. 현재의 법원행정처가 사법행정이라는 명분으로 수행하던 사무 전반에 대한 재구성 작업이 선행되어야 한다는 것이다. 그동안 법원행정처는 불필요하게 많은 업무들을 그 권한영역으로 포섭하여 실질적으로 공룡 조직을 이루어 왔다. 이런 법원행정처의 사무를 그대로 둔 채 그것에 사법행정자문회의를 덧붙이는 식으로 접근하는 것은 옥상옥의 비효율성을 넘어 과도한 기구설치로 인한 행정난맥 혹은 그로 인한 대법원장의 권력 강화라는 또 다른 폐해만 야기할 뿐이다. 엄밀히 보자면 정말 필요한 것은 사법행정자문회의체제 이전에 법원행정처의 슬림화 작업이라는 주장은 여기서 타당성을 가지게 된다. 객관적이고 엄정한 경영평가를 거쳐 법원행정처의 사무 그 자체에 대한 최소화작업부터 먼저 선행되어야만, 현재 추진되고 있는 사법행정의 민주화가 그 본래적인 역할을 제대로 수행할 수 있게 될 것이다.

## 3.6. 법원행정처의 탈관사화 등

김명수 대법원장체제에 주어진 사법행정개혁 과제의 또 다른 중요항목은 법원행정처의 탈관사화 작업이었다. 법관이 사법행정을 장악함으로써 사법정책이나 기획, 또는 법관인사라는 “사법행정”의 라인을 타고 법관의 독립을 침해하는 사례라든가 혹은 승진이나 전보를 빌미로 한 오도된 사법문화가 구성되어 왔기 때문이다. 이에 김명수 대법원장은 2020년의 법관 정기인사에 이르기까지 법원행정처에 상근하는 법관의 수를 2018년 대비 절반 수준으로까지 감축할 것이라고 공언한 바 있다. 그래서 2018년 현재 35명이었던 상근법관의 수를 2020년까지 17-18명 수준으로 축소할 것이 예상되었다.

이 작업은 어느 정도 진행중인 상황이니 더 이상의 평가는 유보하고자 한다. 다만, 모든 개혁과제는 제도화의 형식으로 이루어지는 것이 정도이다. 불가역성을 담

보할 수 있게 때문이다. 하지만, 김명수 대법원장은 이런 원칙에도 불구하고 법원행정처의 탈판사화를 제도화하는 단계로까지 나아가지 않고자 한다. 새로이 개정된 법원조직법의 경우 법원행정처의 주요보직에 대하여 판사를 임명할 수 있는 규정을 삭제하지 않고 그대로 남겨두어 언제든지 법원공무원이나 개방직 인사와 함께 판사를 그 보직에 발탁·선발할 수 있도록 한 것이다. 그리고 바로 이 때문에 세간에서는 김명수 대법원장이 법원행정처의 탈판사화에 어느 정도의 의지가 있는지 의심하는 지경에까지 이르고 있다.

그 외에도 고등법원부장판사의 직제를 해소하는 방안을 공언하는 등 법관인사에 관한 김명수 대법관의 의지는 어느 정도 드러나고 있다. 하지만, 법관 계층구조에 대한 근본적 개혁 내지는 구조 차원의 변환을 도모하고자 하는 의지는 여전히 불투명하다. 특히 소위 “향판”이라 불리던 지역법관제도가 다시 활성화되도록 조치할 필요라든가, 각급 법원 단위에서의 동일직위제가 마련되어 대등재판부의 형태로 법원이 구성되어야 하며, 법원장은 소속 법관 중에서 법원행정을 담당할 수석법관의 개념으로 임명되어야 한다는 시민사회의 지적에 대한 응답은 아직도 명확하게 제시된 바 없다.

#### 4. 결론

이 글은 촛불집회라고 하는, 우리 헌정사의 커다란 전기를 맞이하면서 그리고 사법농단사태의 아픔을 겪으면서 그 촛불의 민심을 사법의 개혁으로 이어낼 수 있는 방안을 마련하기 위한 고민을 김명수 대법원장 체제 출범 2주년을 맞이하여 정리해본 것이다. 사실 그동안 많은 사람들이 87년민주항쟁을 고비로 우리 사회에서 권위주의적인 권력행태는 사라졌거나 혹은 사라져가고 있다는 환상을 가졌었다. 촛불집회는 어쩌면 이러한 환상에 대한 또 다른 각성의 촉발제 역할을 한 것으로 보인다. 우리가 권위주의적 권력의 후퇴라는 조그마한 승리에 안주하는 동안 그 정치권력의 공백을 메꾸고 들어오는 것은 경제권력과 관료권력이었으며, 이들이 역으로 정치권력을 부추기며 새로운 권력을 구성해 내는 반동의 현실을 과감히 깨쳐 버린 것이 촛불집회의 한 측면이기 때문이다.

사법체계도 마찬가지였다. 그동안 누차에 걸친 사법개혁의 과정을 거치면서 나름으로 조금씩 그 구태를 벗어났을 것이라고 모두가 방심하는 순간, 이 사법부는 제왕적 대법원장을 만들어내고 블랙리스트와 같은 것으로 그리고 인사권을 오남용하

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

는 것으로 전체 법관과 전체 사법체계를 소수의 지배하에 몰아매고 있었다. 그리고 그렇게 형성된 사법권력을 대법원장과 그 예하의 사람들이 사유화하면서 재판으로써 정치권력과 흥정한 것으로 보이는 전대미문의 사태까지 발생하게 되었다. 그동안 민주화의 과정에서 수많은 사람들의 피와 땀으로써 이루어낸 사법권의 독립이라는 현실이 곧장 사법권의 사유화와 그에 이은 내부적 지배-종속의 체계로 전용되고 있었던 것이다. 마치 정치권력이 점진적 쿠데타를 진행하였듯이 사법부 역시 점진적인 과두지배의 체제로 이행하고 있었던 셈이다.

사실 사법의 영역은 가장 ‘탈정치화’되고 또 그리되어야 하는 영역인 만큼 촛불정국이 되었다고 해서 새삼 별다른 개혁의 소재가 나타나지는 않는다. 다만, 그 사법체제 전반 또는 사법이 이루어지는 과정-이를 넓은 의미의 사법행정이라 이름붙일 수 있을 것이다-을 보다 민주적으로 통제함으로써 간접적으로 권력이 아니라 대중의 요구에 부응하는 사법, 자본이 아니라 노동자의 이익에 봉사하는 사법, 폐쇄회로가 아니라 대중들과 대화할 줄 아는 사법을 만들어내는 가능성을 확보하는 것은 무엇보다 중요한 촛불민심의 집행방식일 것이다.

하지만 출범 2년을 맞는 김명수 대법원장의 체제는 이런 전망과 요청과 당위에 대해 별다른 응답을 내어 놓지 않는다. 사법농단사태의 처리에서부터 법관인사체제의 개혁에 이르기까지 수많은 과제들이 별다른 성과도 없이 시간만 흘려보내고 있는 것이다. 그나마 겨우 내어 놓은 사법행정자문회의는 상술한 것처럼 수많은 문제들만 응결지우고 있을 뿐, 촛불의 민심에는 도저히 가닿지 못하고 있다. 법원행정처는 여전히 강대하며, 그에 소속된 법관들은 사법농단사태가 벌어지고 있던 그 당시와 크게 다르지 않는 업무를 크게 다르지 않는 행태로 감당하고 있다. 사법의 민주화를 위한 민주적 사법개혁의 절차는 아예 건드리지도 못하고 있는 것 또한 현재의 모습이다. 이 글의 표제에 연목구어(緣木求魚)라는 고사를 들먹인 것은 이 때문이다.

거듭 말하지만 촛불의 의지를 담아내는 사법개혁이라면 그 논의는 무엇보다도 시민사회의 법적 수요를 어떻게 민주적이고 효과적으로 사법과정으로 수용하고 이를 통하여 시민사회의 법감정과 정의의식을 판결로써 제대로 반영하는 사법구조 및 법체계를 어떻게 생산해 낼 수 있는가에 집중되어야 한다. 그리고 이 과정에 시민들이 유효하게 참여하고 이를 통해 민주적 사법을 구성해 낼 수 있는 주체적 동력을 시민에게 부여하도록 고민하여야 한다. 그리고 바로 그러할 때 사법부는 시민들에

게 사법주권을 되돌려줄 수 있게 될 것이다. 87년체제가 내세웠던 절차적 민주주의라는 형식주의를 극복하고 국민의 사법, 시민의 사법을 만들어나가는, 그래서 시민이 주도하는 민주적인 구성하는 야심찬 도전은 이럴 때 시작될 수 있는 것이다. 김명수 대법원장 체제의 분발을 촉구한다. **사법개혁**





■ 발제 3

**지난 2년간의 대법원 돌아보기 ③**  
**: 실종된 사법개혁의 과제들**



## 김명수 코트 2년의 평가-실종된 사법개혁의 과제들

김지미 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임 사법위원장)

### 1. 들어가며

2년 전 김명수 춘천지방법원장의 대법원장 임명은 김명수 대법원장의 이력이나 우리법연구회, 국제인권법연구회 활동 경력 등을 이유로 그 자체로 개혁으로 평가 받았다. 기존에 확고히 굳어져 있던 기수에 의한 서열을 파괴하고 대법관 경력이 없는 법관을 대법원장에 임명하는 것은 법조계 내에서는 파격이라 부를만한 것이었다. 그러나 파격적인 임명을 개혁과 동일시했던 과오로 인해 현 정부에서 사법개혁에 대한 논의는 사라져버렸다. 사법부가 개혁의 주체가 되어야 함에는 이론의 여지가 없지만 동시에 개혁의 대상임을 간과한 것이다.

촛불혁명으로 문재인 정부가 탄생하면서 적폐의 청산과 더불어 중단되었던 사회 각 분야의 개혁 작업도 다시 속도를 낼 수 있으리라 기대하였고 이것이 국민의 요구이기도 했다. 거기에다 역대 대법원장 중 가장 개혁적인 인물로 평가받는 김명수 대법원장의 임명이 있었고 판사 블랙리스트로 시작된 사법농단 사태의 진상이 차츰 드러나면서 법원행정개혁을 포함한 사법개혁에 대한 국민적인 관심과 요구가 그 어느 때보다 높았다. 이른바 개혁의 적기였던 것이다. 참여정부 이후 중단되었던 사법개혁 과제들을 점검하여 심화, 발전시켜야 할 과제, 새로이 추진하거나 개선해야 할 과제에 대한 사회적 합의를 이끌어내는 작업을 진행해야 했고 그럴 수 있으리라 보았다. 그러나 김명수 대법원장 취임 후 2년이 지난 현재 사법개혁 논의는 시작조차 하지 못하고 있고 이후 전망도 불투명하다. 이하에서는 우리 사법개혁의 역사를 통해 사법개혁을 가능케 하는 원동력이 무엇인지 살펴보고 앞으로 추진해야 할 사법개혁의 과제가 어떤 것인지 논하고자 한다.

### 2. 사법개혁의 역사

사법개혁이 국가적인 과제가 되 것은 군부독재가 끝나고 김영삼 정부가 들어선 이후이다.<sup>1)</sup> 군부독재의 청산과 함께 사법개혁이 시작된 것인데 1993년 법원 차원의

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

사법제도발전위원회가 구성되고, 1995년 정부 차원의 세계화추진위원회를 구성하여 이원적으로 진행되었다. 사법제도발전위원회는 최초의 국가차원의 사법개혁 작업으로 법조계 외에 사회 각계 인사가 참여함으로써 법원 내외의 협력으로 개혁작업을 진행했다는 점에 의의가 있었다. 세계화추진위원회는 한 분과에서 사법개혁을 논의하였는데 사법제도발전위원회와 달리 법원 내부의 문제에 한정하지 않고 법조인 수의 확대, 법학전문대학원 도입 등 사법시스템 전반을 개혁의 대상으로 삼았다는 점에 의의를 둘 수 있다. 그러나 세계화추진위원회는 정권 말기에 들어서 법원을 배제한 채 추진함으로써 별다른 성과를 내지 못한 채 종료되었다.

1999년 발생한 대전 범조비리 사건으로 사법개혁에 대한 국민적 요구가 폭발하자 김대중 정부는 대통령 자문기구로 사법개혁추진위원회를 구성한다. 사법개혁추진위원회는 7개월의 활동 기간 동안 공정하고 신속한 권리구제제도, 법률서비스의 질적 향상, 법조의 합리화 전문화 현대화, 법조인 양성제도의 개선, 범조비리 근절, 세계화 조류의 대응 등 6개 부분, 34개 안건에 대하여 검토한 끝에 2000년 5월 최종건의안을 마련했다. 그러나 입법을 통한 제도화에는 결국 실패하였다.

참여정부가 들어선 이후 대법관 제청을 둘러싸고 박시환 당시 서울중앙지법 부장판사가 사표를 제출하고 판사 144명이 ‘대법관 제청에 관한 소장 법관들의 의견’이라는 연판장에 서명을 하면서 대법관 구성의 다양화라는 요구와 함께 법원 안팎으로 사법개혁의 목소리가 높아졌다.<sup>2)</sup> 이에 노무현 대통령과 최종영 대법원장은 사법개혁의 공동추진에 합의하게 되는데 과거와 같이 법원 또는 정부의 독자적인 추진으로는 한계를 가질 수밖에 없다는 반성적 고려에서 사법부와 정부가 힘을 모아 공동으로 추진하기로 한 것이다. 이러한 방식의 개혁 작업은 참여정부 사법개혁의 성공을 견인한 중요한 방식이었다. 합의에 따라 2003년 10월 23일 대법원 산하에 사법개혁위원회가 구성되었는데 법조계 이외에 행정부, 언론계, 경제계, 노동계, 시민단체, 여성계 등 각계각층을 대표하는 위원들이 범조일원화, 법조인 양성, 국민의 사법참여, 사법서비스 및 형사사법 등 사법개혁 전반에 관한 주제들에 대하여 논의를 진행하였다. 2004년 말 ‘사법개혁을 위한 건의문’ 채택과 함께 향후 사법개혁을 추진할 추진기구의 구성을 건의하면서 사법개혁위원회의 활동은 종료되었다.

노무현 대통령이 사법개혁위원회의 추진 기구 구성 건의를 수용한 결과 2005년 1

1) 김인회 「사법개혁을 생각한다」, 53쪽 이하 참조

2) 이춘재, 김남일 「기울어진 저울, 대법원 개혁과 좌절의 역사」, 20쪽 이하 참조

월 18일 사법제도개혁추진위원회가 대통령 자문기구로 출범하였다. 사법제도개혁추진위원회는 국회를 제외한 거의 모든 국가적인 역량이 투입되었으며 이러한 인적, 물적 자원의 토대가 과거 정부에 비해 참여정부의 사법개혁을 성공적으로 이끈 원동력이 되었다. 사법개혁위원회의 건의에 따라 국민참여재판, 공판중심주의 강화, 법학전문대학원의 도입 등 굵직한 사법개혁 과제들의 입법화가 이루어졌고 입법에 까지 이르지 못하는 못하였으나 향후 추진해야할 사법개혁의 과제들에 대한 연구도 일정 부분 이루어내는 성과가 있었다.

그러나 이명박, 박근혜 정부로 이어지면서 사법개혁에 있어 특기할만한 성과가 이루어지지 못했고 참여정부 사법개혁위원회에서 향후 정책 과제로 제시한 의제들에 대한 논의도 더 이상 이어지지 않았다. 박근혜 정부의 양승태 대법원 하에서는 오히려 대법관의 다양화가 후퇴하고 법관의 관료화가 심화되는 등 기존의 성과를 퇴색시키는 현상이 일어났으며 전면적인 법조일원화를 앞두고 법관의 임용제도의 개선이나 법학전문대학원 10년의 역사를 통한 한계와 문제점, 법조인 선발 과정에서의 문제점 등에 대한 심도 깊은 논의와 사회적 합의가 요구됨에도 이를 외면하면서 사법부와 정부가 사회적 갈등을 외면하는 일들이 빈번히 일어났다.

김영삼 정부 이후 25년 사법개혁의 역사를 돌아보면 사법개혁이 성공하기 위한 조건들을 몇 가지 추출해 낼 수 있는데 그 중 가장 중요한 것은 결국 국가적 역량의 투입이라고 할 수 있다. 사법부만의 혹은 행정부나 국회만의 개혁은 심도 깊은 연구나 사회적 합의를 이끌어내기 어렵다. 정부와 사법부 및 사회 각계 각층의 협력으로 개혁안을 도출하고 국회에서 입법을 통해 제도화하는 것이 개혁을 완수할 수 있는 유일한 방법이라 할 것이다.

### 3. 추진해야할 사법개혁 과제들

#### 가. 사법개혁위원회가 건의한 과제

사법개혁의 역사를 통해 살펴보았듯이 참여정부의 사법개혁위원회에서 개혁 과제들에 대한 심도 깊은 논의가 이루어졌고 여러 건의가 있는 이후 논의가 중단되었으므로 앞으로 추진해야할 과제에 어떤 것들이 있는지도 결국 이곳에서 출발할 수밖에 없을 것이다. 우선 사법개혁위원회가 건의한 과제들이 무엇인지 그리고 사법개혁추진위원회에서 그 과제들이 어떤 유형으로 의결이 되었는지 살펴보면 다음과 같다.<sup>3)</sup>

● 사법개혁위원회 건의 안건

유형	건의 내용
시기를 정하여 시행을 건의한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ 법조일원화와 법관임용 방식의 개선</li> <li>▷ 법조인 양성 및 선발- 법학전문대학원의 설립</li> <li>▷ 국민의 사법참여</li> </ul>
시기를 정하지 않고 시행을 건의한 사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ 대법원의 기능과 구성                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 고등법원 상고부 설치(다수의견), 대법관 증원(소수의견)</li> <li>- 대법관 구성의 다양화</li> </ul> </li> <li>▷ 항소심의 기능과 구조 개선</li> <li>▷ 노동분쟁해결절차의 단기적 개선방안                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 중노위 재심절차의 임의화, 노동사건 재판에서 조정 활성화 등</li> </ul> </li> <li>▷ 형사사건 처리절차의 다양화                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 형사사건 처리절차를 통상처리절차와 신속처리절차로 2원화</li> </ul> </li> <li>▷ 인신구속 제도의 개선</li> <li>▷ 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적인 보장                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 국선변호 제도의 개선</li> </ul> </li> <li>▷ 공판중심주의적 법정심리절차의 확립</li> <li>▷ 형벌체계의 합리적 재정립</li> <li>▷ 양형 제도의 개선</li> <li>▷ 범죄 피해자의 보호</li> <li>▷ 군 사법 제도의 개혁</li> <li>▷ 법률구조 제도의 개선                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 현재 시행 중인 분야별 법률구조 프로그램의 활성화 방안</li> </ul> </li> <li>▷ 법조윤리의 확립</li> <li>▷ 법조인력의 효율적 활용                             <ul style="list-style-type: none"> <li>- 법률전문가가 행정공무원으로 진출하는 기회 확대</li> <li>- 기업 내 법률전문가 진출 방안 연구</li> <li>- 변호사에 대한 계속교육 제도의 정비</li> </ul> </li> <li>▷ 재판기록 및 재판정보의 공개</li> </ul>

3) 이하 표는 사법제도개혁추진위원회 「사법선진화를 위한 개혁」, 2006, 38~39쪽

<p>연구 · 검토를 건의한 사항</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▷ 노동분쟁 해결절차의 장기적 개선 방안                     <ul style="list-style-type: none"> <li>- 노동사건재판에 대한 사법참여, 노동전문법원의 설치 등</li> </ul> </li> <li>▷ 공익소송 및 공익법률 시스템의 구축                     <ul style="list-style-type: none"> <li>- 집단소송 제도 도입</li> <li>- 국민소송 제도 도입</li> </ul> </li> <li>▷ 효율적인 분쟁 처리 제도(ADR) 활성화</li> <li>▷ 징벌적 배상 제도 도입</li> <li>▷ 법률구조 제도의 개선                     <ul style="list-style-type: none"> <li>- 법률구조 프로그램의 통합관리, 공적 변호사 제도의 도입 등</li> </ul> </li> </ul>
--------------------------------	---

● 사법제도개혁추진위원회 의결 안건

의안번호	의결안건	의결 유형
제1호	사법제도개혁추진위원회 운영규정	내부 규정 의결
제2호	사법제도개혁추진위원회 기획추진단 운영규정	
제3호	국선변호 제도 개선 방안	법률안 의결
제4호	범죄 피해자 보호 방안(I)	
제5호	재정신청 전면 확대 방안	
제6호	국민의 형사재판 참여 제도 실시 방안	
제7호	공판중심주의적 법정심리절차의 확립 방안	
제8호	법학전문대학원 도입 방안	
제9호	군 사법 제도 개혁 방안(I)	
제10호	범죄 피해자 보호 방안(II)	
제11호	고등법원 상고부 시행 방안	
제12호	군 사법 제도 개혁 방안(II)	
제13호	법조윤리 확립 방안	

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

제14호	인신구속 및 압수수색검증 제도의 개선 방안	
제15호	경죄사건의 신속처리절차 도입 방안	
제16호	양형 제도의 개선 방안	
제17호	법무담당관 제도의 개선 방안	정책 방안 의결
제18호	재판기록 공개 개선 방안	법률안 의결
제19호	사법제도개혁추진위원회 운영규정 개정안	내부 규정 의결
제20호	사법제도개혁추진위원회 기획추진단 운영규정 개정안	
제21호	국민소송 제도 도입 방안	정책자료 채택
제22호	기업 내 법률가 제도의 개선 방안	
제23호	하급심 강화 방안	
제24호	집단소송 제도 도입 방안	
제25호	징벌적 배상 제도 도입 방안	
제26호	노동분쟁 해결 제도의 개선 방안	
제27호	법률구조 제도 개선 방안	
제28호	재판 외 분쟁 해결 제도 활성화 방안	

### 나. 심화, 발전시켜야 할 과제

사법개혁위원회가 시기를 정하여 시행을 건의한 법조일원화, 법학전문대학원 설립, 국민의 사법참여는 당시 도입이 이루어져 부분적 또는 전면적으로 현재 시행중이다.

법조일원화는 2011년 법원조직법의 개정으로 2013년부터 단계적 시행 중에 있다. 경과조치에 따라 2017년까지는 3년, 2021년까지는 5년, 2025년까지는 7년으로 차등적으로 적용하였으며, 2026년부터는 10년 이상의 법조 경력이 있어야만 법관으로 임용될 수 있다. 2005년 사법개혁위원회가 법조일원화를 건의할 당시 법관 임용 경로는 사법시험 합격-사법연수원 수료-예비판사 임용이었다. 이에 대하여 사법개혁



위원회는 법관의 평균 연령이 28.16세로 매우 연소하고 사회 경험 없는 연소한 법관들이 복잡한 사회적 분쟁의 본질을 파악하고 형식적인 법 원리를 떠나 지혜로운 결론을 도출하는 데 한계가 있다고 보았다. 또한 법관의 평균 근속연수가 14.4년으로 중도 사직이 빈번하고 이는 전관예우 시비의 원인이 되고 있으며, 법관 임용 후 배석-단독-고등 배석-재판연구관-지법 합의부 재판장-고등법원 재판장의 직책을 차례로 수행하게 되는데 이것이 법관의 관료화를 가져오고 법관의 연소, 경험 부족과 법원의 관료화 경향이 결국 하급심을 약화시키는 원인이 된다고 파악했다.<sup>4)</sup> 이를 극복할 대안으로 법조일원화를 제안하면서 사회 경험이 풍부한 법관이 재판을 진행하게 되고 법관의 관료화를 방지할 수 있으며 이를 통해 사법권의 독립과 민주화를 공고히 할 수 있다고 전망했다.

단계적 법조일원화의 시행 중에 있는 현재 사법개혁위원회가 법조일원화의 의의로 두었던 점들이 어느 정도 실현되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 법관으로 임용되는 법조경력자의 대부분이 법무관이나 재판연구원 출신이거나 대형 로펌 출신이어서 법관 임용 과정에서 충실하게 법조 경력을 쌓으면서 다양한 사회적 경험을 한 지원자를 어떻게 가려 낼 수 있을 것인가 하는 선발과정의 문제와 법원에서 상대적으로 더 선호할 수밖에 없는 재판연구원 출신이 판사로 임용되기 위해서는 임기를 마친 후 몇 년 더 변호사로서의 경력을 쌓아야 하는데 이를 위해 대형 로펌에서 재판연구원 출신들을 채용 후 관리하는 이른바 ‘후관예우’에 대한 우려도 있어 이에 대한 개선책 등 제도를 더욱 발전시킬 수 있는 논의가 필요하다.

법조인 양성, 선발 방식의 일대 전환을 가져온 법학전문대학원이 도입된 지 10년이 지났다. 그동안 법학전문대학원 입학전형의 불공정성, 불투명성과 부실한 교육과정 그리고 변호사시험 제도에 대한 여러 가지 문제점이 지적되어 왔으며 이에 대한 개선을 요구하는 사회적인 목소리도 점점 높아져갔다. 그러나 사법시험이 최종적으로 폐지된 2018년까지 법조인양성, 선발 제도에 대한 개선은 사법시험 존치여부에 대한 찬반 양쪽의 극심한 대립으로 인해 논의조차 이루어지지 못했다. 이제 폭넓은 인문교양지식과 깊이있는 법학지식을 함께 습득함으로써 사회의 다양한 법 현상에 적용할 수 있는 응용력과 창의성을 갖추고, 우리 사회가 요구하는 국제적인 감각과 전문적인 지식을 갖춘 법조인을 양성함으로써 국민에 대한 법률서비스의 질과 국가 경쟁력을 높이기 위한 목적<sup>5)</sup>으로 도입된 법학전문대학원이 본래의 의의를 찾을 수

4) 사법제도개혁추진위원회 「사법선진화를 위한 개혁」, 2006, 154~155쪽

5) 헌법재판소 2009. 2. 26. 2008헌마370, 2008헌바147(병합)

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

있도록 제도 개선에 힘써야 할 것이다.

국민의 사법 참여는 국민참여재판으로 제도화되었다. 국민이 사법에 참여하는 제도가 도입되면 사법의 민주적 정당성 강화, 사법에 대한 국민의 신뢰 제고, 재판에 있어 다양한 가치관과 상식의 반영 등이 가능할 것으로 기대되었다. 2008년 국민참여재판이 시행되었으나 도입에 따른 충격을 최소화하기 위하여 잠정적인 형태로 도입하되 5년의 실시 기간을 거쳐 완성된 형태의 제도를 도입하기로 하였다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제5조 제1항은 ‘국민참여재판의 시행경과에 대한 분석 등을 통하여 국민참여재판 제도의 최종적인 형태를 결정하기 위하여 대법원에 국민사법참여위원회를 둔다’고 규정하고 있다. 이에 따라 2012년 국민사법참여위원회가 구성되어 참여재판의 완성된 형태를 성안하였으나 당시 박근혜 정부는 위원회의 안과는 상반되는, 참여재판을 형해화하는 내용의 법무부안을 독자적으로 마련하여 2014년 정부 입법을 시도하였다. 이에 대한 비판 여론이 거세어 결국 19대 국회 임기만으로 폐기된 이후 현재까지 국민참여재판에 대한 개정안은 성안이 되지 못하고 있다. 국민사법참여위원회를 구성하고 성안할 법적 책임을 지고 있는 대법원이나 국가의 법무행정을 책임지고 있는 법무부 모두 법에서 명시적으로 규정하고 있는 책임을 방기하고 있는 것이다. 이러한 범위반 상황을 언제까지 두고 볼 것인가. 사법농단 사태로 인해 사법의 민주적 정당성, 사법에 대한 국민의 신뢰 회복이 어느 때보다 절실히 요구되는 지금 국민의 사법참여에 대한 제도의 완성은 무엇보다 시급한 과제라 할 것이다.

### 다. 도입을 추진해야 할 과제

사법개혁위원회가 시기를 정하지 않고 시행을 건의한 첫 번째는 대법원의 기능과 구성과 관련한 과제이다. 당시 사법개혁위원회의 건의는 상고심제도 개선과 관련하여 다수의견으로 고등법원 상고부 설치, 소수 의견으로 대법관 증원을 의결하였으며 대법관 구성의 다양화 역시 당장 도입을 할 수는 없지만 장기적으로 반드시 필요하다고 보았다.

양승태 대법원장 시절 상고심제도 개선과 관련하여 상고법원 설치를 강력히 추진하였고 이를 위하여 개별 재판을 대상으로 정권과 거래를 시도했다는 사실이 사법농단 사태와 관련하여 드러났다. 상고법원은 그 도입을 추진하던 당시에도 많은 비판을 받은 안이었지만 대법관 수에 비하여 너무나 많은 사건 수와 이로 인한 심리

의 부담, 대부분의 사건을 소부에서 처리함으로 인해 생기는 법령 해석의 불통일, 심리불속행 제도에 대한 불만 등으로 인해 상고심 제도를 개선할 필요성은 오래 전부터 제기되어 왔다. 또한 산술적으로 계산했을 때 대법관 1인당 약 12,000여 건 정도의 사건 수가 배당되는데 이러한 이유로 재판 업무에 능숙한 경력 법관 중심으로 대법원이 구성되는 경향이 강했다. 이는 사회의 변화를 반영하지 못하는 판단을 한다는 비판과 함께 대법관의 지위를 법관 사회 승진 구조의 최상단으로 인식함으로 인한 관료주의의 원인으로 지적되기도 했다.

상고법원 설치에 결국 실패로 끝이 났지만 상고심제도의 개선에 관한 논의는 반드시 이루어져야 한다. 사법개혁위원회의 다수 의견은 최종적인 법령해석을 통하여 법적 가치와 기준을 제시하는 대법원의 기능을 보다 강화하고, 개별사건에 대한 심리를 더욱 충실히 하기 위하여 고등법원 상고부의 설치를, 소수의견은 대법원에 의한 최종판결을 받고자 하는 국민들의 의식을 존중하고 대법원 구성의 다양성을 구현하기 위하여 대법관 증원을 제시하였다.<sup>6)</sup> 사회의 다양한 가치관을 반영하고 소수자를 보호하며 대법원의 기능 강화를 위한 최선의 방안이 무엇인지 과거의 논의를 더욱 발전시켜 국민의 권리 구제와 대법원의 정책판단 기능을 동시에 강화할 수 있는 제도의 개선에 힘써야 할 것이다. 지난 7월 24일 김명수 대법원장이 형사법학회, 형사소송법학회, 민사법학회, 민사소송법학회 등과 상고 제도 개선에 관하여 간담회를 가졌다고 한다. 대법원장이 상고심 제도 개선에 관하여 관심을 가지고 정책을 추진하려고 하는 것은 환영할 일이다. 다만 이 간담회를 통해서 어떠한 의견이 오고갔는지, 대법원장이 추진하려고 하는 제도가 어떤 것인지, 이후 정책 추진을 위한 로드맵은 무엇인지 전혀 알려진 바가 없다. 과거 사법개혁추진위원회에서도 단일안으로 건의문이 모아지지 않을 만큼 대법원의 기능과 관련한 다양한 의견이 존재하고, 우리 법제사를 보더라도 대법원의 이원적 구성-고등법원 상고부-상고허가제-심리불속행 제도의 도입 등 상고 제도의 변천을 겪은 바 있기 때문에 하나의 안으로 사회적 합의를 보기 어려운 주제라 할 수 있다. 따라서 향후 이에 관한 사회적 논의 과정이 투명하게 국민에게 공개가 되고 국민이 참여하여 의사를 반영할 수 있는 틀이 갖추어지기를 희망한다.

아울러 1994년부터 심리불속행 제도를 두고 있음에도 불구하고 상고사건이 계속 증가하여 1년에 30,000 여 건이 넘어서는 이유는 쉽게 말하면 사건의 당사자들이 만족할 수 있는 1, 2심 재판이 아니었기 때문이다. 따라서 상고심 제도의 개선은 수

6) 사법제도개혁추진위원회 「사법선진화를 위한 개혁」, 2006, 146쪽

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

많은 사건을 합리적으로 처리할 수 있는 방향으로의 개선도 중요하지만 상고심의 사건 수를 줄일 수 있는 방안도 함께 모색이 되어야하고 이는 곧 하급심 강화로 이어진다고 볼 수 있다. 여기에서 상고심 제도의 개선, 하급심 강화, 공판중심주의, 변호인의 조력을 받을 권리의 실질적 보장 등이 모두 유기적으로 연결된 사법개혁의 과제임을 알 수 있다.

다음으로 공정성 확보를 위한 징벌적 배상, 집단소송제도의 도입이다. 국정농단 사태로 인해 국민들이 광장에서 촛불을 들었을 때에 국민들이 분노한 이유 중에 하나가 불공정성이었다. 자본과 권력을 가진 자들의 탐욕과 이로 인해 필연적으로 발생하는 부패는 사회의 양극화, 계급화로 이어진다. 사법의 영역에서 공정성을 제고할 수 있는 제도가 바로 징벌적 배상과 집단소송 제도이다. 사법개혁위원회가 당시에 정책 과제로 제시한 과제이긴 하지만 마치 예상이라도 한 듯이 우리 사회의 불공정, 불평등은 심화되었고 자본 권력의 탐욕이 국민의 생명까지도 앗아갈 수 있음을 알려주는 가슴기 살균제 사건, 라돈 침대 사건 등이 발생했다. 이제 장기적 정책 과제로 남겨 둘 것이 아니라 현실의 제도로 구체화할 시기가 도래했다고 보아야할 것이다.

이외에도 예산 낭비를 감시하고 이를 통해 부패를 막기 위한 국민소송제도의 도입, 군사법제도의 개혁, 공익소송 활성화를 위한 방안, 사법의 지방 분권 등도 구체적인 방안을 논의해야 할 때이다. 이명박, 박근혜 정부에서 실질적으로 사법개혁 논의가 중단되었던 사정을 고려한다면, 그리고 현 정부가 들어선 이후에도 2년이 넘는 시간 동안 이러한 논의가 전혀 이루어지지 않았던 사실을 상기한다면 모든 과제들이 시급히 추진해야 할 과제에 해당한다 할 수 있다. 참여정부에서 논의했으나 이루지 못했던 과제들만 나열해도 할 일이 이렇게 많은데 10년이 넘는 시간동안 급변하는 사회상황에 따라 새롭게 논의하고 장기적으로 연구해야 할 과제는 얼마나 많을 것인가.

## 4. 결 어

1년 전 김명수 대법원장은 취임 1주년 기념사에서 “향후 상고심 제도 개선, 전관예우 논란이 계속되는 재판제도의 투명성 확보방안 등 지속적으로 추진되어야 할 사법부의 근본적인 개혁조치들에 관해 입법부와 행정부 및 외부 단체가 참여하는 민주적이고 추진력 있는 ‘보다 큰’ 개혁기구의 구성 방안도 조만간 마련해 밝히겠다

”고 했다. 당시 사법행정개혁에 대한 논의를 진행하고 있던 사법발전위원회보다는 큰 기구, 입법부와 행정부 및 외부단체가 참여하고 사법부의 근본적인 개혁에 관해 논의할 수 있는 기구를 구성하겠다는 대법원장의 말에 참여정부에서의 사법개혁위원회를 떠올린 사람들이 많았다. 사법개혁위원회 정도의 규모는 아니더라도 적어도 그 비슷한 규모의 사법개혁 기구가 구성 되겠구나 기대를 했었다. 대법원장이 조만간 마련하겠다고 그 기구는 1년이 지나도록 기미도 보이지 않는다. 상고심 제도 개선은 학회들과 짬짬이 간담회를 하고 나머지 개혁 과제들에 대하여는 감감무소식이다.

무엇이 대법원장을, 행정부를, 국회를 주저하게 하는지 알 수 없다. 개혁의 골든 타임이 오늘도 지나가고 있다. 김명수 대법원장은 취임 2주년 기념사에서 반드시 1년 전 밝혔던 많은 약속들이 왜 지켜지지 않았는지 설명을 해 주었으면 좋겠다. 보다 큰 사법개혁 기구의 구성이 어렵다면 자신의 임기 내에 어떠한 개혁 과제들을 어떤 방식으로 해 나갈 것인지 구체적인 다짐도 함께 제시할 수 있어야 한다. 개혁의 시대에 사법개혁이라는 역사적 책임을 지고 있음을 무겁게 받아들이길 바랄뿐이다. **사법개혁**



김명수 대법원장 취임 2년,  
사법개혁 어디까지 왔나

# IV

# 토론문





## ■ 토론 1

### 토론문

#### 서선영 (공익인권변호사모임 희망을만드는법)

#### 1. 법원 독립과 ‘법원 VS 법원 외부’ 라는 이항 대립적 사고

- 법원 독립의 왜곡, 법원 독립을 법원(법관) vs 법원(법관) 외부라는 이항 대립으로 바라보는 사고
- 법원 독립이 법원 vs 법원 외부라는 개념이 강화될수록 법원 독립은 외부의 세력으로부터 법원을 지켜내야 한다는 납작한 개념이 되어버림. 외부세력으로부터 방어를 위한 효율적인 법원 추구
- 사법부는 피해자라는 사고와 사법부 독립의 묘한 뒤섞임. 외부는 모두 적으로 바라보는 정당화 구조 형성. 그러나 ‘적’은 누구의 적? 누구로부터 무엇을 구하기 위한?
- 정권의 입맛에 맞게 판결을 찍어냈던 법원, 정권과의 협상에서 판결을 레버리지로 활용한 법원: 모두 대법원장을 정점으로 하는 동일체적 사법부 구조에서 벌어졌던 것

#### 2. 김명수 코트와 국회에 부여된 역사적 소명

- 2008년-2009년 촛불재판 개입에 대한 무력했던 결론과 이후 법원에서 벌어졌던 농단들
- 10년 후, 사법농단이라는 헌법파괴 상황이 드러난 상황, 법원 개혁에 대한 국민적 지지
- 그러나, 또다시 시간이 흐른 후“아 그때 그런 일들이 있었지” 하고 회고되는 상황만으로 진행되고 있음

#### 3. 김명수 코트에서 진행됐던 법원개혁 작업 - 이항 대립적 사고들 내에서 맴도는 설계들

### (1) 사법행정 부분

- 사법발전위원회-추진단: 최종적으로 대법원장의 의지로 추진단의 가장 핵심적 내용(사법행정회의의 구성, 대법원장 총괄권 폐지)은 대법원장의 의지로 뒤집어짐
- 법원장 추천제: 2곳에서 실시, 1곳만 수용.
- 법원행정처 폐지 법안 명문화 주저
- 고등부장 발령 없음, 대등재판부 관련 내부적 제도 정비

### (2) 특히 사법행정자문회의에 대하여

- 위원 구성의 문제: 법관 위원 5(법원장 2, 법관대표회의 3), 비법관위원 4(대한변협 회장, 사단법인 한국법학교수회 회장, 사단법인 법학전문대학원협의회 이사장 각 추천+대법원장 지명 1)
- 투명성, 공개성의 문제: 첫 회의 9. 26. (분기별 1회). 1차 회의에서 운영, 분과위원회 구성 등에 관한 주요 사항이 결정될 것으로 예상되지만 구체적으로 어떤 안건이 논의되고 부의되는지 외부에 알려져 있지 않음.

### (3) 사법농단

- 몇 명의 경징계만으로 종결 (일부 징계시효 도과)
- 사법농단 관여 판사 명단 비공개 (66명 비위통보 판사)

## 4. 국회, 정부의 법원개혁 작업

### (1) 국회

- 탄핵에서 국회가 해야 할 역할 하지 않음
- 법원 개혁 관련 법원조직법 개정 진행 없음
- 판사 전문위원만 폐지, 자문관은 없애지 않았음(참고: 법원조직법 제50조(파견근무) 대법원장은 다른 국가기관으로부터 법관의 파견근무 '요청'을 받은 경우에 업무의 성질상 법관을 파견하는 것이 타당하다고 인정되고 해당 법관이 파견근무에 동의하는 경우에는 그 기간을 정하여 이를 허가할 수 있다)

## (2) 정부

- 권력분립의 원칙인 '견제와 균형'에서 역할 하지 않음

## 5. 과제

- 사법행정에 대한 새로운 거버넌스: 사법권력이 국민으로부터 나온다는 것을 실현하는 구조, 삼권분립의 올바른 실현의 구조로 설계되어야
- 사법행정자문회의 운영과 별도로 국회에서의 개혁법안 작업은 진행되어야 함

**사법개혁**



## Ⅰ 토론 2

### 토론문

#### 유지원 변호사 (법무법인 엘케이비앤파트너스)

##### 1. 사법개혁의 대상

- 김명수 대법원장 체제에서 진행되고 있는 사법개혁의 평가를 위해서는 사법개혁의 대상이 무엇인지, 그 대상을 어떤 방향으로 개혁할 것인지, 그에 따라 현재의 진척 상황은 어디까지 왔는지 등을 필수적으로 검토해 보아야 할 것임.
- 양승태 대법원장 체제의 사법부는 87년 민주화 항쟁 이후 시민이 쟁취해 준 “독립된 사법부”를 자신들의 사익을 달성하기 위한 수단으로 이용하였음. 즉 양승태 대법원장은 자신의 치적(상고법원)을 위해 정치권력으로부터 독립된 사법부를 지렛대로 정치권력과 거래하려고 하였고, 그 협조자들은 자신들의 사익(차기 대법원장, 대법관, 고등부장 및 사법행정권자로서의 승진 등)을 위해 대법원장의 지시에 따른 것임.
- 따라서 개혁의 대상은 우선적으로 이러한 잘못을 범한 개인이어야 함. 하지만 사법부라는 조직을 양승태라는 개인이 장악하여 이를 정치권력과의 협상에 이용할 수 있었던 제도적 장치 또한 개혁의 대상이어야 하고, 향후 재발의 위험성을 막기 위해서는 이러한 제도적 장치에 대한 개혁이 더 중요할 것임.
- 그 제도적 장치는 “대법원장의 사법행정권 독점 및 장악”이라 할 것임. 사법권은 재판권과 사법행정권으로 분리할 수 있는데, 현재 재판권은 개별 사건을 담당하는 판사에게 귀속되어 있으나, 사법행정권은 대법원장이 독점하고 있고 양승태 대법원장은 법원행정처라는 직속 조직을 활용하여 그 권한을 남용하였음.
- 사법행정은 재판을 지원하고, 때로는 재판권이 위임자인 국민의 뜻에 맞게 행사될 수 있도록 통제(사후적으로)하는 역할과 기능을 가짐. 그런데 사법행정권은 재판을 “통제”할 때 뿐 아니라, 재판을 “지원”함에 있어서도 재판권에 영향을 미칠 위험성이 있음. 언제나 한정되어 있는 인사나 예산을 분배하고 지원하는 권한을 독점하게 되면, 지원받는 재판권을 자신의 입맛대로 행사하게 할 수 있을 것임.
- 양승태 대법원장 체제의 사법부는 재판권이 위임자인 국민의 뜻에 맞게 행사될 수 있도록 지원하지 않고 이를 자신의 뜻에 맞게 통제하려고 시도하였으며(사법

행정권의 과대 내지 남용), 정작 행사되어야 할 통제, 즉 사법부 내부의 불법이나 비리, 권한의 남용 등에 대한 감시와 견제를 제대로 행사하지 않은 문제(사법행정권의 과소)를 발생시켰음.

## **2. 사법행정의 개혁 방안에 대한 평가**

### **가. 사법행정권의 남용 방지**

#### ○ 사법행정권 귀속 주체의 변경

- 대법원장에게 독점된 사법행정권을 법원 외부에 두는 방안, 법원 내부에 두는 방안, 법원 내외부로 구성된 독립된 기구에 두는 방안이 있을 수 있음.
- 현 대법원은 “사법행정회의”를 제안한 바 있으므로, 마지막 방안을 취한 것으로 판단되나, 대법원장이 사법행정사무를 총괄한다는 현행 법원조직법 제9조 제1항을 존치시킨 점을 고려하면, 보다 정확하게는 “법원 내부(대법원장) + 독립된 기구”에 두는 방안을 채택한 것으로 보임.
- 그러나 사법행정권을 이원화하는 것은 혼란만 가중할 뿐이고, 대법원장의 권한 분산에 미흡하여 현재의 문제를 해결하기에는 부족하다는 사견임.

#### ○ 법원행정처의 폐지

- 대법원장이 법률적으로 사법행정권을 가지고 있다고 하더라도, 실제 그 권한을 행사하는 손발이 없다면 제왕적 권력을 휘두르기는 어려움. 지금까지 법원행정처가 그러한 역할을 하였음.
- 특히 법원행정처의 핵심 보직을 판사로 보하고, 인사권을 통하여 향후 그들의 인사에 혜택을 주는 방식으로 법원행정처 근무 판사들을 친위대로 활용함.
- 따라서 현재의 법원행정처를 폐지하고, 법관들이 법원행정처에서 근무하지 못하도록 하는 현 대법원의 개혁방안은 적절함.
- 그런데 사법행정회의는 기본적으로 사법행정에 관한 “의사결정” 기구이므로, 그 결정에 따른 “집행”까지 담당하는 것은 현실적으로 어려움. 따라서 집행기구가 필요하고 이를 위해 법원사무처를 신설한다는 현 대법원의 개혁방안에 역시 찬성함.
- 법원행정처의 전문화와 민주성을 확보하기 위한 개방직화도 필수적일 것임.
- 법원사무처장은 대법관회의의 동의 및 국회인사청문회, 법원사무처장은 사법행

정회의의 동의를 거쳐 임명하게 함으로써 민주적 정당성을 올리고, 책임 및 독립성을 강화하는 방안에 대해서도 대체로 찬성함.

- 사법행정회의에 법원사무처장 및 법원사무차장의 해임을 건의할 수 있는 권한을 부여하여, 사법행정회의가 법원사무처에 대해서 실질적 권한을 행사할 수 있도록 하는 방안도 찬성함.
- 전국법관대표회의의 법률기구화 및 판사회의의 활성화
  - 사법행정회의가 사법행정권을 행사한다고 하더라도, 판사들의 사법행정에 대한 참여와 의견제시는 반드시 필요하고, 또 보장되어야 할 것임.
  - 현재 판사회의가 법정되어 있으나, 그 권한 범위에 관한 명확한 규정이 없고, 판사회의는 각급 법원에 설치되어 지역적, 시간적(통상 2년의 근무기간) 한계를 가지므로, 전국적 단위의 판사 모임에 대한 법률기구화가 필요하고, 이를 추진하는 현 대법원의 입장에 찬성함.

#### 나. 정당한 사법행정권 행사의 보장

- 감사 관련 조직의 개편
  - 현재 사법행정권의 남용(재판권 침해)뿐 아니라, 본래 사법행정권이 행사되어야 하는 영역에 사법행정권이 행사되지 않거나 못하는 사법행정권의 과소 문제 또한 심각함(민주적 통제의 부족).
  - 법원행정처에 소속된 윤리감사관이 법원행정처를 견제할 수 없는 것은 어찌 보면 당연하고, 지방법원 부장판사로 보해지는 상황에서 고등법원 부장판사 이상의 법관을 견제, 감시할 것을 기대할 수 없을 것임.
  - 현 대법원은 윤리감사관을 대법원장 직속기구로 하며, 윤리감사관을 정무직공무원으로 보하고 개방직화함으로써 감사관련 조직의 전문성과 독립성 및 위상을 제고하는 방안을 제시하고 있는바, 이는 바람직한 개혁 방안으로 사료됨.
- 고등법원 부장판사의 직위 폐지 및 법관인사의 이원화
  - 헌법은 법관을 대법원장, 대법관, 그 외 법관으로만 구분하고 있는바(대한민국 헌법 제104조), 이는 법관의 직위를 세분하여 승진 구조로 만들면 오히려 사법의 기능을 제대로 수행하지 못하고, 국민이 아닌, 승진권자에게만 책임을 부담하려는 위험성을 방지하려 한 것임.
  - 그럼에도 기존에는 고등법원에 “부”를 두고, 부장판사를 보할 수 있다는 법원조

## 김명수 대법원장 취임 2년, 사법개혁 어디까지 왔나

---

직법 제27조를 빌미로 고등법원 부장판사를 승진구조처럼 운영해 왔음(고등법원 부장판사로 보임된 적이 있는 사람만을 각급 법원 수석부장, 법원장 및 핵심사법행정권자에 보임하는 방식을 사용).

- 따라서 향후 언제라도 승진구조로 운영될 수 있는 고등법원 부장판사의 직위를 폐지하고, 법관인사를 지방법원과 고등법원으로 이원화하여, 지방법원은 지방법원 판사들이 그 법원장 및 사법행정권자를, 고등법원은 고등법원 판사들이 그 법원장 및 사법행정권자를 각 담당하도록 하는 방안은 사법행정권이 승진권자가 아닌, 국민에 대해 책임을 부담하는 방식으로 행사될 수 있도록 하는 방안이므로 찬성함.

### 3. 사법개혁의 진행 상황에 대한 평가

#### ○ 딜레마

- 역설적이게도 제왕적 대법원장일수록 그 대법원장이 행하는 사법개혁이 높은 성과와 속도를 내게 될 것임.
- 현 대법원장은 그 전임자처럼 사법행정권을 제왕적으로 행사하지 않고, 많은 권한을 분산하고 있기 때문에 그가 추진하는 개혁은 지지부진할 수 있다는 딜레마를 가짐.

#### ○ 우리 역사적 경험에서의 시사점

- 법원의 개혁은 법원 내부의 문제제기에서 비롯된 경우가 대부분이었음.
- 그러나 개혁을 법원 내부에만 맡겨 두었을 경우 일정한 한계를 가졌음은 부인할 수 없음.
- 다만 같은 사법제도 아래에서도 정치권력에 따라 사법부를 통제하길 원하는 경우와 그렇지 않은 경우가 있을 수 있는바, 전자의 경우는 사법행정권을 그 수단으로 삼아 왔고, 사법행정권이 사법행정회의 등으로 이양되더라도 마찬가지로 사법행정권을 사법부 통제의 수단으로 삼을 것임.
- 따라서 바람직한 사법권의 행사를 담보하기 위해서는 판사 개개인이 행사하는 재판권을 강화하는 것이 필수적으로 요구될 것임.

#### ○ 국회 및 시민사회의 협조

- 사법행정회의를 사법행정권의 귀속 주체로 하기 위해서는 대법원장을 최종 사법행정권자로 하고 있는 법원조직법 제9조를 개정하여야 함.



- 법원행정처를 폐지하고 법원사무처를 신설하며, 법원사무처장과 차장의 임명 및 해임에 관해서 새로이 정하려면 역시 법원조직법의 개정이 필요함.
- 전국법관대표회의의 법률기구화와 윤리감사관의 개편 및 고등법원 부장판사 폐지 역시 모두 법률 개정사항임.
- 따라서 입법부의 협조는 필수적이고, 국회는 사법개혁의 제도적 완성자임.
- 모든 권력의 원천자이자 사법권의 위임자인 시민의 계속적 관심과 참여 역시 필수적으로 요구됨.



# 참고자료

**‘사법행정자문회의’**

**대법원 규칙안에 대한 의견서(2019.8.5. 제출)**



# ‘사법행정자문회의’ 대법원 규칙안에 대한 의견서

민주사회를 위한 변호사모임

참여연대

## 1. 의견서 제출 취지

개혁안이라 부르기 어려운 <사법행정자문회의> 설치안 철회하고  
비법관 중심 상근기구 만들어야

- 지난 7월 5일, 김명수 대법원장이 대법원규칙 제정을 통해 사법행정에 관한 상설 자문기구인 <사법행정자문회의>를 설치한다고 밝힘. 국회의 논의가 진전되지 않은 상황에서 대법원이 우선 규칙으로 사법행정자문회의를 가동하려 하는 것으로 보임.
- 국회가 움직이지 않는 상황에서 불가피하게 규칙으로 사법행정과 관련한 기구를 만든다 하더라도, 그것이 국회 논의를 막는 퇴행이 아니라 개혁으로 나아가고자 하는 방향에 놓이기 위해서는 사법행정개혁에 진정으로 부합하는 합의제 사법행정 기구로서의 청사진과 가치가 담겨 있어야 함.
- 대법원은 2018년 국회에 <사법행정제도 개선에 관한 법률 개정 의견>을 제출한 바 있는데, 이에 대하여는 개혁안이라 부르기 어렵다는 비판이 강하게 제기되었음. 그러나 이번에 대법원이 내놓은 규칙안은 이런 비판을 수용할 의사가 전혀 없다는 입장을 확인시켜 주는 것으로, 개혁의 청사진과 가치는 찾아보기 어려움.
- 사법농단 사태로 ‘제왕적’ 대법원장의 권한 남용 실태와 그 폐해가 드러났음. 현재 대법원이 내놓은 규칙안으로는 대법원장의 사법행정권에 대한 ‘분산과 견제’라는 시대적 과제를 감당할 수 없음. 대법원이 입법예고한 ‘사법행정자문회의’는

위원 구성부터 대법원장의 영향력에서 자유로울 수 없는 구조이며, 분기별 한차례 개최되는 자문회의가 실질적으로 어떤 중요한 결정이나 판단(또는 자문)을 내릴 것을 기대하기 어려움. 결국 현재 대법원 규칙안에 의한 사법행정자문회의는 대법원장의 결정에 명분만 주는 거수기로 전락할 가능성이 매우 큼. 합의제 행정기구가 진정한 개혁기구가 되기 위해서는 심의·의사결정 및 집행 등 총괄권한을 갖는 기구가 설치되어야 함. 대법원 규칙안은 이런 내용을 전혀 담고 있지 못하고 있는바, 이와 관련한 논의는 국회를 통해 계속 이루어져야 할 것임.

## 2. ‘사법행정자문회의’ 설치에 대한 입장

### □ ‘사법행정자문회의’ 위상과 권한

#### 1) 관련 조항

제1조(목적) 중요한 사법행정사무에 관하여 대법원장의 자문에 응하기 위하여 대법원에 사법행정자문회의를 둔다. 제2조(기능) ① 사법행정자문회의는 아래 각 호의 사법행정사무에 관하여 대법원장이 부의하는 사항을 자문한다.
--

#### 2) 문제점

- ‘사법행정자문회의’ 설치 취지에서도 밝힌 바와 같이 사법농단 사태가 발생하게 된 근본적인 원인은 대법원장 1인에게 사법행정권한이 지나치게 집중되었기 때문임. 따라서 이를 분산시키고 대법원장을 견제할 수 있는 기구의 설치가 필요함. 그러나 ‘자문’기구는 이러한 목적을 달성하기에 그 위상과 권한이 매우 미미함. 실질적인 권한을 갖지 못하는 자문기구는 대법원장의 권한 행사를 정당화하거나 추인하는 기구로 형해화될 가능성이 높음.
- 김명수 대법원장이 설치한 ‘국민과 함께하는 사법발전위원회’(이하 사법발전위원회)와 ‘사법발전위원회 건의 실현을 위한 후속추진단’(후속추진단)도 다수의견으로

사법행정사무의 '총괄기구'로서의 사법행정회의의 설치를 권고한 바 있음.

- 김명수 대법원장은 2019. 7. 5. 보도자료를 통해 '향후 사법행정에 관한 각종 의사 결정 과정에서 사법행정자문회의의 의견을 최대한 존중할 뜻'임을 밝혔음. 그러나 강제력 없는 자문기구의 권고안은 실효성을 담보하기 어려움.
- 사법행정권한의 분산을 목적으로 하는 기구의 결정사항은 대법원장의 '선의'에 따라 존중되는 것이 아니라 그 자체로 강제성이 담보되어야 당초 설치 목적을 달성할 수 있을 것임.

### 3) 결론

- 사법행정자문기구 설치는 철회하고, 그와 별개로 비법관 중심의 상급 총괄기구를 설치해야 함.
- 이와 같은 기구 설치를 위한 입법논의는 계속되어야 함.

## 3. 사법행정자문회의 규칙안에 대한 세부 의견

대법원이 제안한 '사법행정자문회의'는 근본적으로 위상과 권한 뿐만 아니라 그 세부내용에서도 여러가지 문제점이 있음

### □ '사법행정자문회의' 위원 구성

#### 1) 관련 조항

제3조(구성) ① 사법행정자문회의는 대법원장을 포함하여 10인의 위원으로 구성하며, 대법원장이 그 의장이 된다.

② 대법원장은 다음 각 호의 사람을 사법행정자문회의의 위원으로 임명하거나 위촉한다.

1. 전국법원장회의가 심급, 경력 등을 고려하여 추천한 법관 2인
2. 전국법관대표회의가 심급, 경력 등을 고려하여 추천한 법관 3인
3. 학식과 덕망이 있는 사람으로서 법관이 아닌 사람 4인

- ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 사법행정자문회의의 위원이 될 수 없다.
1. 대한민국 국민이 아닌 사람
  2. 「국가공무원법」 제33조 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람
  3. 정당의 당원
- ④ 대법원장을 제외한 사법행정자문회의의 위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 법관인 위원은 연임할 수 없다.
- ⑤ 임기가 끝난 위원은 후임자가 임명 또는 위촉될 때까지 그 직무를 수행한다. 다만, 결원이 된 위원의 후임으로 임명 또는 위촉된 위원의 임기는 새로 시작한다.
- ⑥ 법관인 위원이 퇴직한 경우에는 위원직에서 해임된 것으로 본다.
- ⑦ 위원이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없다고 인정되거나 위원으로서의 자격유지가 부적합하다고 인정될 때에는 대법원장은 그 위원을 해임하거나 해촉할 수 있다.
- ⑧ 위원은 상근하지 아니한다.
- 제5조(회의의 소집 및 운영) ① 사법행정자문회의는 정기회의와 임시회의로 구분하되, 정기회의는 매년 분기별로 1회 개최하고, 임시회의는 의장이 필요하다고 인정하거나 위원 3분의 1 이상이 요구한 때에 의장이 소집한다.
- ② 의장은 회의 개최 7일 전까지 회의의 일시·장소 및 안건 등을 위원에게 알려야 한다. 다만, 긴급한 사정이나 그 밖에 부득이한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 회의는 재적위원 3분의 2 이상의 출석으로 개의한다.
- ④ 회의는 공개하지 아니함을 원칙으로 한다. 다만, 사법행정자문회의의 의결이 있는 경우에는 이를 공개할 수 있다.
- ⑤ 의장은 필요하다고 인정하는 사람을 회의에 배석하도록 할 수 있다.
- 제6조(회의의 안건 및 의결) ① 의장은 제2조제1항 각 호의 사항으로서, 사법행정자문회의의 안건으로 부의할 필요가 있다고 인정하거나 사법행정자문회의의 위원 3분의 1 이상이 제안한 사항을 안건으로 부의한다.
- ② 의장은 필요하다고 인정하는 때에는 사법행정 담당자로 하여금 사법행정자문회의에 설명, 자료제출 그 밖의 필요한 협조를 하게 할 수 있다.
- ③ 의장은 필요하다고 인정하는 때에는 안건을 의결에 부칠 수 있으며, 이 경우 출석 과반수의 찬성으로 의결한다.
- ④ 사법행정자문회의는 운영세칙에서 정하는 바에 따라 온라인 방식으로 의견을 수렴하거나 의결을 할 수 있다.

## 2) 문제점



● 과반 이상의 위원 구성에 미치는 대법원장의 과도한 영향력

- 대법원 규칙안에 따르면 사법행정자문기구는 대법원장 1인, 전국법원장회의 추천 법관 2인, 전국법관대표회의 추천 법관 3인, 학식과 덕망이 있는 사람으로서 법관이 아닌 위원 4인 총 10인으로 구성됨. 2명을 추천하는 전국법원장회의는 대법원장이 임명하는 법원장들로 구성되어 있음. 자문회의 비법관 위원 4명도 대법원장이 임명 또는 위촉하도록 되어 있음.
- 따라서 대법원장은 대법원장을 제외한 총 9명의 위원 중 6명에 대한 임명에 대해 직·간접적으로 영향력을 행사할 수 있으며, 위 6명 중 4명의 비법관 위원에 대하여는 구체적 자격조건 내지 별도의 선출절차도 전혀 없으므로 이에 대하여는 대법원장이 임명권의 전권을 행사하는 구조임. 나머지 3명의 위원은 모두 법관으로 사법행정 내에서 법원중심성을 극복하기 어려운 지위에 있음.
- 이러한 점을 종합적으로 고려하면, 사법행정자문회의는 대법원장의 권한을 분산하고 통제하기는커녕 오히려 대법원장의 친정체제를 강화하는 방식으로 기능할 가능성이 매우 높음.
- 회의는 재적위원 3분의 2 이상의 출석, 즉 7명이 있어야 하며, 안건 의결의 경우 출석 과반수의 찬성으로 의결한다고 되어 있음. 그런데 현재 규정과 같이 법관이 위원의 과반 이상을 차지하고, 대법원장의 임명권이 미치는 위원들이 과반 이상을 차지하는 구조에서 과반수 찬성으로 의결할 경우, 대법원장의 의중과 다른 안건이 채택되기 불가능한 구조임.
- 외부위원이 실질적 견제 역할을 하기 위해서는 대법원장을 제외한 나머지 위원 중 적어도 과반수가 외부위원으로 구성되어야 하며, 그 임명권도 대법원장의 영향력으로부터 자유롭도록 구성하여야 함.

● 위원의 상근 여부

- 대법원 규칙안에 따르면 자문회의는 분기별 1회 개최되며 위원 모두 상근이 금지되어 있음. 위원 전원이 비상근하고, 정기 회의도 분기별 1회에 불과하다면, 안건이나 사안에 대한 이해가 부족하고 신속하게 판단하기 어려운 측면이 있음. 상근

조직이 기안한 사항을 추진하는 구조가 될 위험성이 큼. 이럴 경우 독점적, 폐쇄적으로 이루어져 온 사법행정 권한 행사의 투명성을 제고하고 민주성을 강화한다는 목적을 달성하기 어려움. 위원 중 적어도 1/3은 상근위원이어야 함.

### 3) 결론

- 사법행정의 투명성을 보장하고 재판받는 국민들의 시각을 반영하기 위해서는 민주적 통제, 견제와 균형의 원리가 작동하도록 사법행정자문회의가 구성되어야 함.
- 외부위원이 실질적 견제 역할을 하기 위해서는 대법원장을 제외한 나머지 위원 중 적어도 과반수가 외부위원으로 구성되어야 함.
- 외부 위원 추천과 위촉에 대한 절차나 기준이 마련되어야 함.
- 위원 중 적어도 1/3은 상근위원이어야 함.

## □ 분과위원회 및 법관인사분과위원회 설치

### 1) 관련 조항

제8조(분과위원회의 설치와 구성) ① 의장은 사법행정자문회의의 위원들의 의견을 들어 사법행정자문회의의 산하에 분과위원회를 설치할 수 있다.

② 분과위원회는 사법행정자문회의가 회부한 안건을 연구·검토한다. 다만, 의장은 사법행정자문회의의 개최 전이라도 사법행정자문회의의 효율적 진행을 위하여 분과위원회에 연구·검토할 안건을 회부할 수 있다.

③ 각 분과위원회의 위원은 5인 이상 15인 이하로 하고, 분과위원회의 위원장 및 위원은 대법원장이 임명 또는 위촉한다. 분과위원회의 소속을 변경하는 때에도 같다.

④ 분과위원회는 법관이 아닌 사람을 포함하여 구성할 수 있다.

⑤ 분과위원회 위원의 임기는 1년으로 하고, 연임할 수 있다. 다만, 위원이 궐위된 경우 후임 위원의 임기는 새로 시작한다.

⑥ 대법원장은 분과위원회 위원 임명 또는 위촉과 관련하여 공개적인 신청을 받거나 대법원의 기관, 각급 법원 또는 외부 단체 등에 추천을 의뢰할 수 있다.

⑦ 제3조제3항, 제6항부터 제8항까지 및 제4조제2항부터 제5항까지는 분과위원회에 준용한다. 이 경우 "사법행정자문회의"는 "분과위원회"로, "의장"은 "위원장"으로 본다.

<p>제10조(법관인사분과위원회) ① 분과위원회 중 하나로서 법관인사분과위원회를 둔다.</p> <p>② 법관인사분과위원회는 판사의 보직에 관하여 사법행정자문회의 또는 의장이 회부하는 사항을 연구·검토한다.</p> <p>③ 대법원장은 다음 각 호에 해당하는 사람을 법관인사분과위원회 위원으로 임명한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 대법원장이 지명한 법관 1인</li> <li>2. 전국법원장회의에서 심급, 경력 등을 고려하여 추천한 법관 4인 중 2인</li> <li>3. 전국법관대표회의에서 심급, 경력 등을 고려하여 추천한 법관 4인 중 2인</li> </ol> <p>④ 법관인사분과위원회 위원의 임기는 1년으로 하고, 1회에 한하여 연임할 수 있다. 다만, 위원이 꺾워된 경우 후임 위원의 임기는 새로 시작한다.</p> <p>⑤ 법관인사분과위원회 위원장은 위원 중에서 대법원장이 임명한다.</p> <p>⑥ 법관인사분과위원회의 간사는 법원행정처 인사총괄심의관이 된다.</p> <p>⑦ 회의는 비공개로 한다.</p> <p>⑧ 이 조에서 정하는 것 이외에는 분과위원회에 관한 규정을 준용한다.</p>
--

2) 문제점

- 사법행정자문회의 산하에 안건의 연구, 검토를 위한 분과위원회를 설치할 수 있도록 함. 그리고 ‘법관이 아닌 사람을 포함하여 구성할 수 있다’라고 되어 있음. 외부 위원 참여를 강제하지 않고 있어 분과위원회가 기본적으로 법관으로 구성될 것이라는 점을 드러내고 있는 것임. 그나마도 법관인사분과위원회는 법관으로만 구성하도록 되어 있고 법관인사분과위원회의 간사는 법원행정처 인사총괄심의관이 된다고 명시하고 있음.
- 이는 사실상 법관들이 분과위원회를 장악하고, 이러한 분과위원회가 제출한 안이, 사실상 대법원장의 영향력 아래 있는 다수의 위원들이 장악한 사법행정자문회의에서 의결하게 되는 구조라는 중대한 문제를 갖고 있는 것임.
- 법관들이 법원행정처에서 근무하면서, 재판이 아닌 사법행정업무를 수행하면서 다수의 폐해가 발생하였음. 이를 방지하기 위해 법원행정처의 탈판사화가 중요한 개혁과제로 제시된 것임. 이러한 상황에서 사법행정자문회의 산하 분과위원회가 또 다시 법관들 중심으로 운영된다면, 기존의 법원행정처의 문제점을 그대로 답습하게 될 우려가 있음.

### 3) 결론

- 사법행정에 관한 연구, 그것이 법관인사에 관한 것일지라도, 법관들만이 가능하다고 볼 근거는 없음. 사법농단 사태로 법관들의 폐쇄적 문화, 특권주의, 조직보신주의가 여실히 드러났음에도, 법원은 여전히 이러한 문제점을 인정하지 않고 있음. 사법행정의 투명성을 보장하고 재판받는 국민들의 시각을 반영하기 위해서는, 법관인사분과위원회를 포함해 분과위원회 위원 구성과 운영방안에 대해 외부 위원 일정 수준 이상의 비중을 명시하고 실질적 참여를 담보할 수 있는 방안이 제시되어야 함.

## 4. 토론

2019. 7. 5. 대법원은 사법행정자문회의 설치와 더불어 법원행정처 탈판사화에 관한 입장을 밝힌 바 있음. 법원행정처 탈판사화 조치는 사법행정권한을 가진 별도 기구 설치와 긴밀하게 연관되어 있음. 이에 대법원 규칙안에는 포함되어 있지 않지만, 법원행정처 탈판사화에 대한 의견도 밝히고자 함.

### □ 법원행정처 탈판사화

#### 1) 대법원 계획

- 2018년 35명이던 법원행정처 소속 법관의 수를 2019년 1/3 줄여 23명으로 축소하였으며, 2020년에는 2018년의 절반 수준인 17-8명 수준으로 축소 예정.

#### 2) 문제점

- 김명수 대법원장은 법원행정처의 탈판사화를 공언하고서도 2018. 12. 국회에 제출한 법원조직법 개정안에서 탈판사화를 명시적으로 규정하지 않고 법률상 법원행정

처에 판사가 근무할 수 있는 조항을 남겨놓아 비판을 받은 바 있음. 대법원장이 밝힌 바대로 탈판사화가 이루어지더라도 대법원장 임기 내에 탈판사화를 완료할 수 있을지 불투명함. 대법원이 국회에 제출한 법원조직법 개정안에 법률상 법원행정처에 판사가 근무할 수 있는 조항이 엄연히 존재하는 상황에서 언제든지 역진될 가능성도 배제할 수 없음.

### 3) 결론

- 탈판사화는 법률에 반드시 명시할 필요가 있음. 법원조직법 제71조 제4항 개정안에 ‘판사’ 근거조항을 삭제해야 함.

2019. 8. 5.

민주사회를 위한 변호사모임  
참여연대

김명수 대법원장 취임 2년 사법개혁 어디까지 왔나