

현행 헌법상 권력분립과 사법부의 독립*

- 사법행정권 남용과 관련하여 -

Separation of powers and independence of the judiciary

- In relation to the abuse of judicial administrative power -

조 영 승(Cho, Young Seung)**

ABSTRACT

The principle of separation of powers is said to be the principle underlying the constitutionalism to prevent the concentration of the state power and to guarantee the rights of the people by means of the checks and balances between them. Although the general explanation of the state power is divided into three kinds of legislative power, executive power and jurisdiction, it is impossible to ignore the state power integration according to today 's phenomenon of parteienstaat, administrative nation, judicial nation and so on. Therefore, the state power should be examined from the viewpoint of the division of modern power that considers various detailed functions according to its characteristics.

In this article, it is first traced how the situation of judicial monopolization is developed. And after reviewing the related issues, they are reviewing and concluding them. As a result of the review, first, in relation to the independence of the judiciary, it is necessary to prevent abuse of power through internal checks and balances. This can be derived from the constitutional basis as a modern way of realizing the division of powers in the constitution. Regarding the repercussions of the institutions for the abuse of the judicial authority and the principle of separation of powers, there is no possibility that the impeachment urging of the national judicial representative council and the legislation of the special court of the National Assembly are unconstitutional. Rather, it can be considered as a way to realize the modern power separation principle.

It is important of the independence of the judges and the fairness of the judiciary, rather than the independence of the court, and it is urgent to restructure the judicial system and regain the trust of the judiciary.

Key words: separation of power, trial transaction, abuse of judicial authority, judicial monopolization, independence of judicial power, fairness of trial

* 이 글은 한국부패학회 2018년 동계학술대회에서 발제한 원고를 수정·보완하고 논문 형식에 맞추어 작성한 글입니다. 작성에 도움을 주신 토론자 및 익명의 심사자 분들께 진심으로 감사드립니다.

** 부산대학교 법학연구소 연구원, 법학박사

I. 서론

2017년 7월 문재인 정부가 수립한 100대 국정과제 중 첫 번째는 국정농단 및 문화계 블랙리스트 등에 대한 재발방지 대책이었다. 그런데 이제는 ‘판사 블랙리스트’와 재판거래 등 사법행정권 남용 의혹 사건으로 이와 관련한 재발방지 대책도 추가되어야 할 것으로 보인다.¹⁾ 또한 위 국정과제 중 두 번째, ‘반부패 개혁으로 청렴한국 실현’ 과제는 구체적으로 국제투명성기구가 평가하는 ‘부패인식지수’를 2016년 기준 52위에서 20위권으로 도약하는 것을 목표로 삼고 있었지만, 현시점에서는 달성하기 쉽지 않은 목표라고 보인다.²⁾

지금까지 권력이나 권한을 부당하게 사용하여 발생하는 부정부패는 행정부의 ‘관료’에 의한 것이고 주로 ‘중간 관리자’에 의한 것으로 인식되어왔다고 할 수 있지만, 현재 문제되고 있는 사법농단 사건은 관료가 아닌 ‘법원의 판사’에 의한 것이며 특히 ‘대법원장’이라는 최고위직에서부터 발생한 것에 특징이 있다. 특히 사법부의 행정부(혹은 국회)와의 거래는 우리 통치구조의 근저를 이루고 있는 권력분립을 위태롭게 하고 있다는 점에서 더욱 심각한 문제라고 할 수 있다. 또한 이번 사건은 권력구조에 관한 규범 해석론을 통하여 이미 오래 전부터 지적되어 왔다는 점에서,³⁾ 시스템적 문제가 거론되지 아니할 수 없다. 이에 사법농단 사건을 중심으로 헌법상 권력분립 원리와 사법부의 독립에 관한 규범 분석의 필요성이 제기된다고 할 것이다.

권력분립원리는 국가권력의 집중을 방지하고 이들 간의 견제와 균형을 도모하는 방법으

1) 재판거래 등 사법행정권 남용 의혹사건과 관련하여 검찰은 공식 수사명칭으로 ‘사법농단’ 사건으로 사용하고 있기 때문에, 이하에서는 ‘사법행정권 남용 의혹 사건’이라는 표현 이외에 편의상 ‘사법농단 사건’이라는 말도 함께 사용하기로 한다.

2) 2018년 2월 발표한 국제투명성기구(Transparency International)의 2017년의 세계 각국의 부패인식지수(Corruption Perceptions Index, CPI) 조사표에 따르면 우리나라는 100점 중 54점을 획득하여 51위로 전체 180개국 중에서는 28%로 형식적으로는 비교적 상위권에 위치하고 있다고 할 수 있다. 그러나 아시아를 중심으로 살펴볼 때, 싱가포르(84점, 6위), 홍콩(77점, 13위), 일본(73점, 20위), 부탄(67점, 26위), 대만(63점, 29위), 부루나이(62점, 32위) 등이 대한민국(54점, 51위) 보다 높은 점수로 앞서고 있으며, 우리보다 낮은 평가를 받는 아시아국으로는 말레이시아(47점, 62위), 중국(41점, 77위), 인도(40점, 81위), 인도네시아(37점, 96위), 필리핀(34점, 111위), 북한(17점, 171위) 등이 있다. 우리보다 하위 그룹 중 상대적으로 부정부패와의 가능성이 높다고 볼 수 있는 개발도상국이나 사회주의 국가 등으로 평가되는 경우를 제외한다면 대한민국에 대한 청렴도 인식지수는 상당히 낮은 편이라고 할 수 있다. https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017

3) 법원에 독자적으로 부여한 사법권은 재판의 공정성 확보를 위하여 존재하며, 국민은 자신의 권리를 수호하는 판사가 ‘재판’을 도구로 사용할 가능성은 추호도 의심하지 않았을 것이다. 그러나 사실... 그 가능성은 이미 여러 번 경고되어 오고 있었다. 이러한 경고로는 정종섭, 재판의 정당성과 효율성 향상을 위한 사법시스템의 구축, 법과사회, 2000; 한상희, 사법개혁과 민주주의; 법원행정처의 개혁방향, 민주법학 제29권, 민주주의법학연구회, 2005. 그 이외에 최근인 2017년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 및 문재인 정부가 발의한 개헌안(김종철, 권력구조 및 사법개혁과 관련된 헌법개정안 검토 — ‘대통령 4년 1차연임제 개헌안’의 내용과 특징을 중심으로 —, 공법연구 제46권 제4호, 한국공법학회, 2018, 39면 참조)에도 그러한 우려가 반영되어 있었다.

로 국민의 권리를 보장하기 위한 근대입헌주의 헌법에 내재하는 원리라고 할 수 있다. 그러나 오늘날 정당국가화, 행정국가화, 사법국가화에 따라 국가권력의 융화 현상을 무시할 수 없을 것이며, 권력분립원리를 고려함에는 그 현대적 의미를 재고할 필요가 있다고 할 수 있다.⁴⁾ 즉, 국가권력도 구체적으로 그 특성에 따른 다양한 세부적 기능을 고려하는 현대적(기능적) 권력분립의 관점에서 살펴보아야 할 것이다.

이 글에서는 먼저 사법농단 현황을 살펴보고(Ⅱ), 다음으로 이를 현행 헌법상 권력분립 원리와 관련하여 크게 ①권력분립원리와 사법권의 독립 ②사법행정권 남용에 대한 각 기관의 반향과 권력분립원리의 2개의 쟁점으로 나누고, 후자는 다시 ㉠전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의와 권력분립원리 ㉡검찰의 영장청구에 대한 법원의 기각과 권력분립원리 ㉢특별재판부 설치와 권력분립 원리의 3가지 쟁점으로 나누어 검토사항을 제시하고(Ⅲ), 검토한 후(Ⅳ), 결론을 내리고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 사법행정권 남용 의혹 현황⁵⁾

사법행정권 2017년 2월 법원행정처가 법원 학술단체인 국제인권법연구회 활동에 부당하게 개입했다는 의혹에 관해,⁶⁾ 3월 법원의 진상조사위원회가 구성되었고 자체적으로 진상조사를 하는 과정에서 판사 블랙리스트가 있다는 이탄희 판사의 진술을 2017년 4월 7일 경향신문이 최초로 보도한 것에서 사법농단 의혹은 시작되었다.⁷⁾ 이하에서는 먼저 지금까지의

4) 민주주의의 보편화, 정당제도의 발전, 다원적 산업사회의 성립, 행정국가화 경향, 사회국가화 경향, 사법국가화 경향, 연방국가 및 지방자치제의 확립을 제시하는 견해로 계희열, 헌법원리로서의 권력분립의 원리, 고려법학 제38권, 고려대학교 법학연구원, 2002, 10면 이하; 그 외 각종 사회적 이익단체의 출현과 그 정치적·사회적 영향 증가, 헌법관의 변화를 들고 있다. 허영, 한국헌법론, 박영사, 2018, 747면. 유사한 관점에서 장영수, 헌법학, 홍문사, 2017, 972면 이하; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018, 243면 이하

5) 이미 기사 등을 통해 널리 알려진 사실관계의 경우 편의상 비실명처리를 하지 않기로 한다.

6) 당시 법원 내부학회인 국제인권법연구회는 2017. 3. 25. ‘국제적 비교를 통한 법관인사제도의 모색 - 법관 독립강화의 입장에서-’라는 학회행사를 준비중이었고, 회원인 이탄희 판사는 ‘양승태 판료주의 비판’ 공개토론회를 준비중이었다(증언에 따르면 이탄희 판사를 임효량 판사가 포섭한 것으로 나와 있다). 이 날의 학술행사 등 관련 내용으로는 시사IN, “제왕적 대법원장 권한 분산해야...”, 2017. 4. 24. 차성안(전주지방법원 군산지원 판사) 작성 기사를 참조.

<https://www.sisain.co.kr/?mod=news&act=articleView&idxno=28999>

7) 이러한 의혹을 처음으로 발표한 경향신문의 내용은 다음과 같다. 이탄희 판사는 지난 2017년 2월 법원행정처 심의관에 발령난 직후 이규진 양형위원회 상임위원(고등법원 부장판사)에게 “행정처가 관리하는 판사 동향 리스트를 관리해야 한다”는 지시를 받았다. 비슷한 지시가 계속되자 이탄희 판사는 사표를 내겠다고 했고, 임종현 법원행정처 차장이 전화를 걸어왔다. 이에 이 판사가 임 차장에게 “내가 이 일을 해야 하는 것이 맞느냐. 이러한 일이 대법원 정책 결정에 따른 것이냐”고 묻자 그는 이 판사의 업무라고 하며 자기 혼자만의 결정이 아니라는 취지로 설명했다. 하지만 임 차장은 이후 전화를

사법농단 조사 현황과 주요 단체 및 기관의 사법개혁 논의 현황으로 이분하고 각 기관별로 나누어 살펴보기로 한다.

1. 사법행정권 남용 의혹 조사 현황

(1) 대법원의 내부조사 및 자체적인 개혁논의 현황

1) 1차 조사

2017년 4월 18일 법원 자체 ‘진상조사위원회’는 사법행정권 남용 인정 및 사법부 블랙리스트는 근거 없는 것이라고 조사결과를 발표하였다.

2) 2차 조사

2017년 9월 25일 임명된 김명수 대법원장은 “지금 당장 급하게 결정해야 할 문제다. 오늘부터 시작되는 임기 때 먼저 이야기해야 할 부분”이라고 말하였고, 11월 3일 사법부 블랙리스트 추가조사를 결정하고 ‘추가조사위원회’를 구성하였다. 2018년 1월 추가조사위는 “동향 파악 문건 다수 발견”하였다는 조사결과를 발표하였다.⁸⁾

3) 3차 조사

2월 12일 추가조사위 조사결과 보완과 후속조치 마련 위해 다시 ‘특별조사단’을 구성하였다. 임종헌 전 차장 컴퓨터 포함 당사자의 동의를 얻어 법원행정처 PC 4대 그리고 760개의 암호파일도 개봉하여 3차 조사결과가 기대되는 분위기였다. 2018년 5월 25일 특별조사단은 양승태 전 대법원장 ‘재판거래’ 의혹 발견, 법관 뒷조사 파일도 추가 발견하였다는 조사결과를 발표하였으나 ‘특정 법관에 인사 불이익을 준 정황이 담긴 블랙리스트 문건은 없었다’고 하면서 다만 사법행정에 비판적인 법관에 대한 개인적인 성향, 동향, 그리고 재산관계 등을

다시 걸어 이 판사가 오해한 것이라고 말을 바꿨다. ... 대법원은 이 판사의 사표 항의 이후 김민수 심의관의 컴퓨터에 있던 블랙리스트 파일을 삭제했다. 이에 따라 김 심의관 후임으로 발령난 임모 판사는 사실상 ‘깡통’ 컴퓨터를 받았다. 법조계 관계자는 “법원 컴퓨터는 공무원이므로 업무파일은 모두 남겨서 후임자에게 준다”며 “임 판사가 여기저기에 부탁해 업무파일을 받느라 한동안 고생했다”고 전했다는 것이다. 경향신문 기사, 「[단독]대법원 ‘판사 블랙리스트’ 운용 의혹」, 2017. 4. 7.

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201704070600105&code=940301

8) 추가조사위가 발표한 문건으로 다음과 같은 내용 등이 있다. 이에 2018년 1월 29일 수원지법 소속 판사 149명 중 97명이 참석한 가운데 판사회의를 열어 사법부 블랙리스트 관련 ‘성역 없는 조사’ 내용을 담은 결의안을 작성하고 코트넷(법원내부게시판)에 게시했다.

파악한 파일은 존재했다고 덧붙였으며, 이런 행위만으로도 재판의 독립, 법관의 독립이라는 가치를 훼손하려는 것으로서 크게 비난받을 행위라고 하였다.⁹⁾

4) 언론 등의 비판에 따른 법원 관계자 등의 대처 현황

2018년 5월 31일 김명수 대법원장은 “각계 의견 종합해 관련자들 형사 조치 최종 결정”으로 대국민담화문을 발표하였으며, 이에 따라 6월부터 검찰이 공식적으로 수사를 진행하고 있다. 한편 검찰 수사에 앞서 2018년 6월 1일 양승태 전 대법원장은 재판거래도 없었고 인사불이익도 존재하지 않는다는 기자회견을 개최한 바 있다.

2018년 6월 5일 법원행정처는 ‘VIP보고서’ 등 문건 98건을 공개하였고 같은 달 6월 15일 김명수 대법원장의 대국민담화에서 (고발은 하지 않겠으나) “수사 협조”를 약속하고, 이후 7월 31일 문건 196개의 원문(비실명화 조치)을 추가로 공개하였다.¹⁰⁾ 한편, 2018 6월 15일 김명수 대법원장의 대국민담화가 있었던 날 현직 대법관 13명은 공동 입장문을 통해 해당 의혹은 사실무근이라는 입장을 밝혔으며,¹¹⁾ 검찰 수사가 개시된 이후 6월 20일 ‘재판 거래’

제목(등)	작성일	작성자
2015년, 2016년 인사모 활동내용 파악 및 보고		
공동학술대회 및 인사모에 대한 대응방안 마련 및 실행		기획조정실 심의관 등
사법행정위원회 개선 요구에 대한 대응 방안	2016년 2월 24일	기획조정실 심의관
서울중앙지법 단독판사회의 의장 경선 대응 방안	2016년 3월 7일	기획조정실 심의관
사법행정위원회 위원 후보자 검토	2016년 3월 28일	기획조정실 심의관
각급 법원 주기적 점검 방안	2016년 8월 24일	기획조정실
‘이판사판야단법석’ 다음(Daum) 카페 현황보고	2015년 2월 14일	기획조정실
상고법원 관련 내부 반대 동향 대응 방안	2015년 7월 6일	기획조정실
차○○ 판사 게시글 관련 동향과 대응 방안	2015년 8월 18일	기획조정실
차○○ 판사 시사인 칼럼 투고 관련 동향과 대응 방안	2015년 9월 22일	기획조정실
송○○ 판사 자유게시판 글[15] 관련	2015년 1~2월	기획조정실
박○○ 판사에 대한 동향 파악	2016년 7월	기획조정실
원○○ 전 국정원장 판결 선고 관련 각계 동향	기획제1심의관이 사용한 컴퓨터 저장매체에서 발견된 문건	

- 9) YTN 기사, 『사법부 블랙리스트 의혹 “인사상 불이익 없었다” 결론』, 2018. 5. 26.
https://www.ytn.co.kr/_ln/0103_201805260014329131_001
- 10) 정당별 국회의원에 관해 분석한 ‘(160727)제20대 국회의원 분석’, 차성안 판사의 언론 기고 관련 법원 행정처 판사들이 토론했던 내용의 ‘(150921)차성안’, 이탄희 판사 사직서 제출을 전후한 판사들 대화 내용이 담긴 ‘170308 이탄희 판사 관련 정리’ 문건 3개는 개인정보나 사생활 비밀 등을 위해 비공개 조치되었다.
- 11) “재판의 본질을 훼손하는 재판거래 의혹에 대해 근거 없는 것임을 분명히 밝히고, 이와 관련해 국민에게 혼란을 주는 일이 더는 계속돼서는 안 된다는, 깊은 우려를 표시한다 …… 사법행정 담당자들은 재판사무에 원천적으로 관여할 수 없다 …… 대법원 재판에서는 그 누구도 특정 사건에 관하여 자신이 의도한 방향으로 판결이 선고되도록 영향을 미치려 한다는 것은 있을 수 없는 일 …… 대법원 판결에 마치 어떠한 의혹이라도 있는 양 문제를 제기한 데 대해서는 해당 사건에 관여했던 대법관들을 포함해 대법관 모두가 대법원 재판의 독립에 관해 어떠한 의혹도 있을 수 없다는 데 견해가

의혹 대상판결 중 하나인 ‘KTX 해고 승무원’ 판결에 문제가 없다는 자료를 기자들에게 배포한 바 있다.¹²⁾

5) 법원의 내부적 개혁의견 수렴 현황

2018년 11월 7일 대법원장 직속 사법발전위원회 추진단은 사법행정 총괄기구로 사법행정회의를 신설하는 내용을 골자로 하는 ‘법원조직법 개정안’을 확정해 이를 김 대법원장에게 전달했다. 법원행정처를 폐지하고 대법원장이 보유한 사법행정 권한을 법원 외부인사가 참여하는 사법행정회의로 대폭 이양하는 내용을 담고 있다. 한편 김명수 대법원장은 11월 12일 (개혁안에 관한) 법원 내부의견을 더 듣겠다는 입장을 밝힌 바 있다.¹³⁾

2018년 12월 3일 사법행정제도 개편안(대법원 안)에 관하여 내부적으로 (신설 사법행정회의에 관하여) ‘사법행정제도 개선에 관한 법원 토론회’를 개최하였다. 한편 12월 3일 안철상 법원행정처장은 ‘코트넷’을 통해 “법원장 후보 추천제를 의정부지법과 대구지법에서 시범 실시하기로 결정했다”고 발표하였고, 김명수 대법원장의 ‘사법부 개혁안’은 오는 12월 12일 비법관 인사가 포함된 ‘사법행정회의’ 신설, 법원법원행정처 폐지 및 법원사무처로의 개편 등의 내용을 담은 개혁안을 국회 사법개혁특별위원회에 제출하였다.¹⁴⁾

(2) 검찰 수사 현황

2018년 5월 28일 김명수 대법원장의 검찰 수사 협조 지시에 따라서, 검찰(서울중앙지검 특수1부)로 기존의 사법행정권 남용 의혹 자료가 인계되었고 수사가 진행되고 있다. 검찰에서의 공식적인 수사 명칭은 사법 농단 수사로 명시되었다. 이후 2018년 6월 23일 법원에 자체조사 기록 문건 일체의 제출을 요청하였으나, 법원행정처는 양승태 전 대법원장과 박병대 전 법원행정처장의 하드디스크를 이미 법원 2차 조사가 진행되던 중에 삭제(디가우징)되었다고 밝혔으며,¹⁵⁾ 대부분의 자료를 ‘공무상 비밀’과 ‘비공개 내부 지침’을 내세워 제출 거부하였다.¹⁶⁾

일치했다” 연합뉴스, 『대법관들 “재판거래 의혹 사실무근”...수사 앞두고 입장발표 논란』, 2018. 6. 15.
 12) JTBC, 『‘KTX 판결에 문제없다’ 대법관들, 수사 중에 또 해명자료』, 2018. 6. 20.
<https://news.naver.com/main/hotissue/read.nhn?mid=hot&sid1=102&cid=1080997&iid=2790944&oid=437&aid=0000184773&ptype=052>
 13) 중앙일보, 『사법발전단장 “김명수, 법원개혁 왜 원점 돌리나”』, 2018. 11. 23.
<https://news.joins.com/article/23149448>
 14) 뉴스핌, 『[전문] 김명수 대법원장, 사법행정 제도개선 개혁안 국회 전달』, 2018. 12. 12.
<http://www.newspim.com/news/view/20181212000734>
 15) 연합뉴스, 『양승태 PC 하드디스크 복구불능 훼손...검찰, 실물 제출 요구』, 2018. 6. 26.
 16) 한겨레, 『[단독] ‘비공개’ 내부지침 내세워... 자료 안준 대법 ‘안방 지키기’』, 2018. 6. 28.

검찰은 2018년 6월 29일 상고법원을 반대했던 하창우 전 대한변호사협회 회장을 참고인 조사 및 7월 2일 관련 자료를 요청하였고, 또한 2018년 6월 29일 대법원 하드디스크의 실물 제출이 어렵다면 직접 복사요청을 하였으나, 7월 2일 대법원과 법원행정처가 양승태 전 대법원장의 삭제된 하드디스크 실물 및 핵심 당사자들의 저장장치를 추가 제출하기로 확정하면서 일단락 된 것으로 보였다. 그러나 법원행정처가 사법농단 의혹 문건을 작성했던 판사의 PC 하드디스크를 제출해 달라는 검찰 요구를 대부분 거절하고 있는 것으로 알려지고 있다.¹⁷⁾

이에 검찰은 2018년 7월 9일 우리법연구회 출신 송승용 부장판사를 참고인 조사를 시작으로 현직판사를 상대로 조사를 시작하였고, 7월 10일 법원행정처의 모든 자료를 처음부터 전수 조사하기로 결정하였다.

2018년 7월 20일 안철상 법원행정처장이 임 전 차장의 하드에서 발견된 새로운 재판거례 정황 문건의 검찰 제출을 거부하였고, 21일 결국 임 전 차장 주거지를 압수수색하면서 강제 수사하였고, 7월 22일 법원이 제출 거부한 문건의 상당수가 들어있는 USB를 확보했다. 그러나 양승태, 박병대 전 대법원장 및 사법행정권 남용 의혹의 핵심 인물들에 대한 압수수색 영장 청구는 대부분 기각되었다. 7월 25일 검찰이 임 전 차장 사무실을 압수수색했으나, 법원은 그 이외 핵심 인물들에 대한 압수수색 영장을 다시 기각하였고 법원행정처는 사법정책실과 사법지원실, 인사자료, 재판자료, 정모 판사 등 일선판사 자료, 이메일, 메신저 등을 제출할 수 없다고 ‘최종 통보’하였다. 이후 8월 10일, 8월 20일 등 몇 차례에 걸쳐 검찰이 청구한 법원행정처와 전·현직 대법관, 법원행정처 전·현직 근무자 등 다수의 관여 의혹 판사들에 대한 압수수색 영장은 다시 기각되기를 반복하며 지금에 이르고 있다.¹⁸⁾

<https://news.naver.com/main/hotissue/read.nhn?mid=hot&sid1=102&cid=1080997&iid=2790920&oid=028&aid=0002415393&ptype=052>

- 17) 연합뉴스, 「법원 “기조실 이외 파일 못 준다”...‘상고법원’ 주무부서도 거부」, 2018. 7. 9.

<https://news.naver.com/main/hotissue/read.nhn?mid=hot&sid1=102&cid=1080997&iid=5113019&oid=001&aid=0010198375&ptype=052>

- 18) 뉴시스, 「‘日정용 재판’ 대법관 압수수색 또 불발...영장 계속 기각」, 2018. 8. 10.

<https://news.naver.com/main/hotissue/read.nhn?mid=hot&sid1=102&cid=1080997&iid=2836256&oid=003&aid=0008750133&ptype=052>

법률신문, 「檢, ‘현재 내부정보 빼돌린 정황’ 현직 판사 2명 압수수색」, 2018. 8. 20.

<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=145793>

“2018년 8월 20일 법원행정처가 헌법재판소에 파견 보낸 판사를 통해 헌법재판관의 평의 내용 등 헌법재판소 내부정보를 빼돌린 정황, 법원행정처장 등의 지시를 받아 양승태 법원에 비판적인 일선 판사들을 불법 사찰하고 법원 내 법관 모임 자체 학술대회에 개입한 의혹 등을 포착하여 현직 판사 2명을 압수수색하였다. 그러나 이 외 다수의 관여 판사들의 사무실과 주거지, 법원행정처와 양형위 보관 자료 및 하드디스크 등에 대한 압수수색 영장은 모두 기각되었다.”

한편 비슷한 시기 검찰은 법원 자체조사로 발견된 문건 삭제 건에 이어 추가로 양승태 사법부 당시 기획조정실에 근무했던 심의관들 컴퓨터에서도 법관사찰 의혹과 관련된 문건들이 삭제된 정황을 확인하였다.¹⁹⁾

현재 검찰은 법원행정처가 공개한 수많은 문건을 중심으로 재판거래 의혹에 관해 계속적으로 수사를 해오고 있으며, 이미 상당히 많은 재판거래 정황을 포착한 것으로 파악된다. 2018년 10월 27일 청와대, 국회의원과의 ‘재판거래’, 법관사찰, 공보관실 운영비 유용, 특히 일제 강제징용 피해자 소송, 전국교직원노동조합 법외노조 취소 소송 등에 개입 등의 혐의로 직권남용을 포함하여 30개 항목에 달하는 범죄를 이유로 임종헌 전 법원행정처장에 영장이 발부되었으며, 2018년 12월 4일 박병대, 고영한 전 대법관에 대하여 구속영장이 청구되었고 12월 7일 아침 법원은 영장을 기각하였다.

2. 주요 단체 및 기관의 사법개혁 논의 현황

(1) 정치권

먼저 여당인 더불어민주당은 ‘재판거래 의혹’ 등 양승태 전 대법원장 시절 사법행정권 남용의혹과 관련한 국정조사를 요구하고 있다. 특히 민주당 소속 국회 법제사법위원회 위원 8명은 2018. 9. 11. 국회 정론관에서 “더 이상 사법농단 사태를 묵과해서는 안 된다는 의견을 모았고, …… 국정조사를 촉구한다”는 내용의 기자회견을 열어 위법행위가 드러날 경우 탄핵을 추진할 것이며 공정한 재판을 위해 필요하다면 특별재판부의 설치도 고려하고 있다고 발표하였다.²⁰⁾

이후 10월 25일 자유한국당을 제외한 여야 4당(더불어민주당 홍영표, 바른미래당 김관영, 민주평화당 장병완, 정의당 윤소하 원내대표)이 특별재판부 설치를 촉구하였다. 자유한국당은 “좀 더 심사숙고할 것”이라는 입장을 견지하고 있으며, 김성태 원내대표는 “김명수 대법원장이 자진사퇴하거나 문재인 대통령과 민주당이 사법부 수장 문제를 정리한 후 특별재판부 논의가 있어야 한다”는 입장을 언급하였다.²¹⁾

19) 뉴시스, 「檢 사법농단 문건 삭제 추가 확인…이규진 지시 정황 포착」, 2018. 8. 16.
<https://news.naver.com/main/hotissue/read.nhn?mid=hot&sid1=102&cid=1080997&iid=49620643&oid=421&aid=0003538237&ptype=021>

20) 법률신문, 「민주당, “사법권력 남용·사법농단 사태 국정조사해야”」, 2018. 9. 11.
<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=146490>
 다음은 기자회견의 일부이다.

(2) 국회

사법농단에 관한 국회의 활동은 특별위원회 활동과 입법행위로 나누어 살펴볼 수 있다.

1) 사법개혁특별위원회

사법개혁특별위원회는 2018년 1월 12일 제1차 위원회 회의를 개최하였고 제5차 위원회 회의에서 안철상 법원행정처장으로부터 사법발전위원회의 논의 내용을 중심으로, 제6차 위원회 회의에서 김현 대한변호사협회장으로부터 법원행정처 등 사법개혁 방안을 청취 및 질의하였다.

위원회 구성이 변경된 후 새로 2018년 11월 1일 사법개혁특별위원회 제1차 위원회 회의가 개최되었고, 11월 8일 제2차, 11월 9일 제3차 위원회 회의에서 법원행정처 및 법무부의 업무보고 청취 및 질의가 있었으며, 제11월15일 제5차 위원회 회의에서 사법행정 조직개편에 관한 공청회를 개최한 바 있다. 이어 11월 23일 제7차 사법개혁특별위원회에서 아래 법원조직법 개정안 중 일부를 논의한 바 있다.

2) 법원조직법 개정안

사법농단이 밝혀진 이후 국회의원이 제출한 개정안은 법관 퇴직 후 전관예우를 중심으로 한 비리 가능성에 문제의식을 두고 있거나 법관 개인의 청렴성·윤리성을 개선하고자 하는 입법안도 있었지만(아래 첫째, 둘째 케이스), 많은 경우 대법원장에게 집중된 권력구조상 문

“그동안 사법부의 온전한 독립과 삼권분립이라는 민주주의의 근간을 지키기 위해 사법부의 결자해지를 기다려왔다”며 “사법부도 ‘사법농단의 실체 규명에 노력하고 검찰의 수사에 적극협조 하겠다’고 약속했지만, 최근 드러나고 있는 사법농단의 실체와 증거인멸 시도 등을 접하고 더 이상 사법농단 사태를 묵과할 수 없다는 결론을 내렸다”고 지적했다.

이어 “사법농단 관련 압수수색영장 기각률은 90%에 달하고 있다”며 “더욱이 영장이 기각된 직후 유해용(52·사법연수원 19기) 전 대법원 수석재판연구관은 대법원에서 반출한 비밀문건을 파쇄하는 등 증거인멸을 시도했다”고 비판했다. 대법원 재판 관련 자료를 무더기로 불법 반출한 의혹을 받고 있는 유 전 연구관의 사무실을 압수수색하기 위해 검찰이 3차례나 압수수색영장을 청구했는데도 법원이 사실상 모두 기각한 사실 등을 지적한 것이다. 특히 이들은 “유 전 연구관은 드러난 증거를 인멸함으로써 치러야 할 대가를 잘 아는 판사 출신”이라며 “그가 죄를 각오하고 증거를 파기했다는 것은 파기된 문건이 공개돼서는 안 될 만큼 엄중한 내용이 담겨있음을 보여주는 것이라고 해석할 수 있다”고 주장했다. 그러면서 “헌법에 규정된 권력을 사유화하고 특정 권력을 위해 남용할 경우 법관에 탄핵될 수 있다”며 “국정조사를 통해 사법권력 남용 및 재판거래 등 위법행위가 드러날 경우 해당 법관에 대한 탄핵도 추진할 것”이라고 경고했다. 아울러 “현재 사법부는 수사에 비협조적이고, 기소 이후 재판에 있어도 공정성을 신뢰할 수 없다”며 “공정한 재판을 위해 필요하다면 특별재판부 설치도 추진해야 한다”

21) 한겨레, 『[사설] ‘사법농단 특별재판부’, 자유한국당도 동참해야』, 2018. 10. 25.

<http://www.hani.co.kr/arti/opinion/editorial/867398.html>

제를 지적하며 시스템과 관련한 문제를 해결하고자 하고 있었다(아래 셋째 케이스).

첫째, 전관예우의 근절 등과 관련한 법률 개정안으로 일부개정법률안(의안번호 2007419, 제안일자 2017. 6. 16),²²⁾ 또한 판사의 퇴임후 임용 제한규정을 마련하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2009238, 제안일자 2017. 9. 11),²³⁾ 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2010268, 제안일자 2017. 11. 21.),²⁴⁾ 법원에서 퇴직한 후 사건을 담당할 변호사 등에 대한 감사를 실시하는 내용의 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2016558, 제안일자 2018. 11. 14.)²⁵⁾을 발의하였다,

둘째, 법관의 청렴성 윤리성에 문제의식을 두고 이를 강화하는 방안으로 판사의 근무성적평정 중 자질평정에 징계여부를 포함시키는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2015084, 제안일자 2018. 8. 28.)²⁶⁾을 발의하였다.

셋째, 대법원장에 집중되어 있는 권한을 분배 및 견제하는 방안으로, 대법관후보추천위원회가 대법원장의 대법관후보 추천에 있어서 투명성과 공정성을 확보하여 실질적으로 운영될 수 있도록 하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2010995, 제안일자 2017. 12. 22.)²⁷⁾과 같은 목적으로 대법관후보자추천위원회에 외부 전문가를 포함시키는 방법을 제안하는

- 22) 각급법원의 장은 각급법원의 판사회에서 호선한 판사를 대법원장이 임명하게 하고(안 제44조제2항), 판사회의의 직능에 관한 사항을 법률사항으로 상향하며(안 제9조의2제2항), 고등법원 판사는 원칙적으로 법원, 가정법원, 행정법원 또는 회생법원으로 전보되지 않도록 하고 고등법원 부장판사도 판사회의의 동의를 얻어 고등법원 판사 중에서 임명하도록 하여(안 제44조제3항) 법관의 관료화를 방지하고 법관의 장기근속이 가능한 법조환경을 조성하려는 것임.
- 23) 대법원장, 대법관 또는 법관으로 퇴직한 사람은 5년 이내 국무총리, 감사원장, 중앙선거관리위원회 위원장, 국민권익위원회 위원장, 국가인권위원회 위원장 및 정무직공무원에 임용되는 것을 제한함으로써 사법부의 독립성을 강화하고 대국민 신뢰를 향상시키려는 것임(안 제52조의2 신설).
- 24) 현직 판사 및 법원직원이 직무상 취급하고 있는 사건에 관하여 전직으로부터 면담이나 연락이 있을 경우 이를 소속 기관의 장에게 신고하도록 하고, 필요한 경우 스스로 해당 사건을 회피하도록 함으로써 사법 공정성을 제고하고 사법부에 대한 국민의 신뢰를 회복하려는 것임(안 제49조의2 및 제55조의3 신설).
- 25) 이에 법원은 법관의 직에 있다가 퇴직하여 변호사 개업을 한 사람이 사건을 담당할 경우 법관 또는 법원공무원의 직무관련 부정청탁, 금품·향응 수수 등에 대한 감사를 실시하고, 법원행정처장은 매년 이에 대한 결과를 국회에 보고하도록 함으로써 사법부에 대한 국민의 신뢰를 회복하려는 것임(안 제49조의2 신설).
- 26) 법관의 높은 청렴성·윤리성을 담보하기 위하여 판사의 근무성적평정 중 자질평정에 징계여부도 포함되도록 하고, 그 결과가 연임, 보직 및 전보 등의 인사관리에 반영되도록 하여 판사가 감봉 이상의 징계처분을 받은 경우 연임발령을 하지 못하도록 하려는 것임(안 제44조의2제2항 및 제45조의2제2항).
- 27) 대법원장이 제정하는 대법관 후보자의 추천을 위한 대법관후보추천위원회의 심사과정 및 내용 등의 공개에 관하여 현행법은 어떠한 명시적 규정이 없고 다만 대법원규칙으로 회의의 절차와 내용 등을 비공개하도록 규정하고 있기 때문에, 대법원장의 자의적인 대법관후보 추천에 대해 실질적 견제가

법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2011865, 제안일자 2018. 2. 9.),²⁸⁾ 대법관후보추천위원회에 국회가 추천하는 3인을 포함시키는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2015699, 제안일자 2018. 9. 20.),²⁹⁾ ‘사법평의회를 설치’하자는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2011859, 제안일자 2018. 2. 8.),³⁰⁾ 법관의 인사에 대한변협이나 지방변호사회 등 국민의 의사를 반영하자는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2014971, 제안일자 2018. 8. 21.),³¹⁾ 사법행정권을 분산시키고 사법행정위원회를 신설하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2015683, 제안일자 2018. 9. 20.),³²⁾ 법관인사제도의 인사구조를 개혁하는 법원조직법 일부개정법률안(의안번호 2015809, 제안일자 2018. 10. 1.)³³⁾을 발의하였다.

(3) 법원

법원은 초기 사법농단과 관련한 자체조사팀을 만들기도 하였으나 다른 한편으로는 사법발전위원회를 개최하여 자체적인 노력을 해오고 있으며, 사법기관은 아니지만 각 지원을 대표하는 판사를 중심으로 2018년 상설화된 전국법관대표회의로 나누어 살펴볼 수 있다.

1) 사법발전위원회

2018년 3월 16일 제1차 회의에서 대법원장은 ‘제1차 안건’(국민의 사법참여 확대 및 강화,

-
- 될 수 있도록 대법관후보추천위원회의 심사과정 및 심사내용의 공개범위와 공개시기를 법률에 명확히 규정하는 것(안 제41조의2제6항 신설).
- 28) 대법관후보자추천위원회의 위원에 국회에서 추천하는 변호사 자격이 없는 사람 3명, 대법관회의 및 판사회의에서 추천하는 법관 각각 1명, 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로 변호사 자격이 없는 사람 2명이 포함하도록 하고, 대법원장으로 하여금 추천위원회에서 추천한 후보자 중에서 대법관후보자를 제청하도록 하여 사법부의 민주적 정당성을 제고하려는 것임(안 제41조의2).
- 29) 대법관후보추천위원회 위원 중 선임대법관, 법원행정처장, 일반법관 1명 대신에 국회가 추천하는 사람 3명을 포함함으로써 국민을 대표할 수 있는 사람이 대법관후보추천위원회 위원으로 위촉될 수 있도록 하려는 것임(안 제41조의2제3항).
- 30) 사법평의회를 설치하여 판사에 대한 인사권, 대법원규칙의 제정과 개정, 예산 관련 업무 등에 관한 사항을 공정하고 투명하게 담당하도록 하여 법관의 관료화를 방지하고 장기적으로 법조계의 문화의 공정성이 더욱 확립되도록 하려는 것임(안 제9조의3 신설).
- 31) 대법원장이 판사의 자질평정을 함에 있어 대한변호사협회·지방변호사회 또는 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 기관이나 단체의 의견을 들어 이를 반영하도록 함으로써 법관 인사에 국민의 의사를 반영하고, 법관의 독립성을 보장하고자 함(안 제44조의2제3항 후단 신설).
- 32) 대법원장과 법원행정처에 집중되어 있던 사법행정권을 분산시키고 사법행정위원회를 신설하는 등 사법행정제도를 개선함으로써 사법행정의 민주화를 통하여 재판에 다양한 가치를 반영하고 사법부의 독립성을 보장하려는 것임.
- 33) 고등법원 부장판사 직을 폐지하고 고등법원의 부를 대등한 자격을 가진 법관으로 구성하고(안 제27조제2항 및 제3항), 윤리감사관에 대한 개방형 직위화를 통해 윤리감사업무의 독립성과 전문성을 강화하고자 함(안 제71조의2 신설).

전관예우 근절방안, 재판지원 중심의 법원행정처 구현, 법관인사 이원화 정착을 위한 제도 개선방안의 4가지 안건)을 부의하였고 제2차, 3차, 4차 회의에서 논의되었다.

2018년 6월 26일 제5차 회의에서 대법원장은 ‘제2차 안건’(판결서 공개 확대, 수요자 중심의 사법접근성 강화, 법관 독립 확보 및 책임성 강화를 위한 제도 개선방안, 각급 법원 사법행정 방식 및 재판부구성 방식 개편의 4가지 안건)을 부의하였고 제2차, 3차, 4차 회의에서 논의되었고 11월 6일 제11차 회의까지 관련 내용이 논의되어 보고된 바 있다.³⁴⁾

2) 전국법관대표회의

전국법관대표회의는 상시적으로 개최되지 않았으나 2017년 6월 19일 법원행정처의 국제인권법연구회 외압 의혹 및 양승태 대법원장의 ‘판사 블랙리스트’ 등 사법행정권 남용 의혹을 주제로 8년 만에 전국법관대표회의가 개최되었고 사법 블랙리스트 추가조사 및 권한 위임, 사법행정권 남용 책임자 문책, 법관회의 상설화를 요구하고 이를 관철하여 활동중이다.

2018년 4월부터 전국법관대표회의는 대법원규칙으로 상설화되어 사법농단에 관한 처리방안 등을 논의해왔으며, 최근 2018년 11월 19일에는 제적 대표(119명) 가운데 114명이 참석했고 105명이 표결에 참여하여 찬성 53명, 반대 43명, 기권 9명으로 1표 차이로 가까스로 사법농단 관련 판사의 탄핵 요청을 결의하기에 이르렀다.³⁵⁾

Ⅲ. 쟁점의 정리

여기에서는 이해의 편의를 위해 앞에서 살펴본 국정농단 사건과 관련하여 쟁점만을 정리

34) 사법발전위원회 회의자료에 따르면 이 중 사법농단과 관계된 주제가 3가지 포함되어 있다고 할 수 있다. 즉 ① 전관예우 근절과 관련하여서는 고위 공직자 개업제한과 수입제한 강화, 전관 변호사 감시 강화(수임내역 공개), 연고관계 재배당 제도, 제척·기피·회피 제도의 정비, 기일 외 변론 금지 강화, 평생법관제 장착 등이 논의되었고, ② 법원행정처와 관련하여서는 법원행정처 기능을 내부적 재배치·외부적 분산의 방법으로 재편, 법원행정처 인원을 상근판사 감원·일반직 및 외부개방직으로 전환, 사법행정 전문인력 확보 및 양성 등으로 재편하는 방안 등을, ③ 고등법원 판사와 지방법원 판사의 법관인사를 이원화 하는 법관인사 이원화 정착에 관한 내용이 그것이다.

http://withpeople.scourt.go.kr/bbs/board.php?bo_table=materials&me_code=30

35) 전국법관대표회의는 2018년 4월 9일 상설화 이후 첫 회의가 개최되었으며 116표 중 93표를 얻은 최기상 서울북부지방법원 부장판사가 의장으로(우리법연구회), 최한돈 서울중앙지방법원 부장판사가 부의장으로 선출(국제인권법연구회)되었다. 2018년 6월 11일 임시회의를 열어 사법행정권 남용 의혹의 처리 방향 논의하였고, 수사 등 진상규명은 필요하지만 사법부 차원의 고발은 적절치 않다고 결론을 내렸다. 이어 2018년 7월 23일 2차 임시회의에서 사법농단 의혹 관련 미공개 파일 원문 공개를 논의하고 이를 결의하였으며, 2018년 9월 10일 3차 임시회의에서 사법농단 의혹 관련 법원행정처 개편 방안을 논의하였다.

하여 제시하기로 하고 항을 바꾸어 검토를 진행하기로 한다.

1. 권력분립원리와 사법권의 독립

권력분립을 아주 엄격하게 적용한다면 입법권, 행정권, 사법권은 각각의 영역에서 독자성을 가지는 것이 지극히 당연할 것이고, 헌법에서 특별히 권력주체 간 개입가능성을 명시하고 있는 경우 이외에는 권한을 침해해서는 안 된다는 결론은 지극히 정상적일 것이다. 그러나 이러한 엄격한 해석은 현대적 권력분립이론의 정신과 오히려 부합한다고 보기는 어려울 것이다.³⁶⁾ 그렇다면 현행 헌법상 권력분립 원리와 관련하여, ‘사법권의 독립이라는 이름으로 행해지는 사법권의 남용을 권력분립원리를 근거로 제한할 수 있는 헌법적 근거가 도출될 수 있을 것인가?’에 대한 검토가 필요하다고 할 수 있다.

구체적으로 사법권은 법관으로 구성된 법원이 가지고 있고 또한 재판의 독립성 내지 공정성이 무엇보다도 중요한 이유로 지금까지는 다른 국가기관의 권한에 비하여 성역으로 여겨져 왔다고 보인다. 그렇다면 법원이 사법권을 행사하기만 하면 언제나 정당화 될 수 있는 것인가? 예컨대, 양승태 전 대법원장은 대법관의 업무과중 등을 이유로 상고법원 도입의 필요성을 절실하게 보고 이를 위해 대법원장의 권한을 남용한 것이 사법농단의 가장 중요한 원인이라고 볼 수 있다. 이에 따라 대법원은 내부조사를 진행하게 되는데, 3차례에 걸쳐 진행되었음에도 불구하고 조사결과가 미진하다는 언론이나 외부의 의혹을 의식해 10개월이 지나서야 비로소 사건은 검찰의 손으로 넘어가게 되었다. 또한 (아직 확정판결이 나지 않았으므로 그것이 ‘재판거래’인지는 불확실하지만) 현재까지의 검찰수사를 미루어 살펴볼 때 청와대와 국회의원 등과 진행 중인 재판에 관한 이야기를 나누었음은 분명해 보인다.

이렇게 중요한 사건을 맞이하여 법원은 관련사항을 적시에 조사하고 관련자를 처벌하지도 않았고 검찰이 요구한 각종 자료 제출을 제대로 하지 않았을 뿐만 아니라 압수·수색영장 청구를 대부분 기각하여 제 식구 감싸기라는 의혹을 받고 있기도 하다. 검찰수사의 대상이 실제적 진실에 관한 최종판단을 하는 법원인 경우에 법원이 자료를 임의로 제출하지 않는 경우에는 현실적으로 압수·수색영장의 청구가 발부되는 것이 어렵다는 것을 묵도할 수 있었다. 이러한 경우라면 현실적으로 검찰이 유죄의 충분한 증거를 제시하더라도 올바른 판결이 날 수 있을지도 우려될 수 있는 실정이다. 이에 권력분립 원리와 이에 따른 사법권의 독립과 관련하여 어떤 헌법적 해석을 도출할 수 있는지 살펴볼 필요가 있다.

36) 이와 같은 취지로 허영, 전게서, 739쪽.

2. 사법행정권 남용에 대한 각 기관의 반향과 권력분립원리

(1) 전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의와 권력분립원리

전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의가 권력분립에 위반되는 것인지 여부를 살펴보기로 한다.

사법농단 사건과 같이 법원의 조직적 범행 정황이 드러나는 경우에는 내부적 조사나 형사법적 절차를 정상적으로 밟아서 정당하게 처리될 수 있을지가 불투명할 것이다. 그렇다면 헌법적 해결방안으로 제일 먼저 떠올릴 수 있는 방안은 탄핵을 통해 헌법재판소의 판단을 기대할 수밖에 없는 상황이다. 이에 지난 2018년 11월 19일 사법농단 관련 판사의 탄핵 요청에 관하여 ‘전국법관대표회의’가 결의문을 통과시켰다. 그런데 일각에서는 이러한 행위가 권력분립에 위반되는 것이 아니냐는 비판이 있어왔기 때문이다.³⁷⁾

(2) 검찰의 영장청구에 대한 법원의 기각과 권력분립원리

검찰의 영장청구에 대한 법원의 무더기 기각이 권력분립에 위반되는 것인지, 구체적으로 사법권의 남용에 해당하는 것인지 여부를 검토하고자 한다.

검찰수사의 대상기관이 법원의 핵심 부서를 중심으로 주요인물인 경우, 그러함에도 불구하고 현행법상으로는 검찰이 부득이하게 여전히 ‘법원에 대하여’ 영장청구를 할 수 밖에 없을 것이다. 이 경우 법원 스스로를 대상으로 한 영장청구에 대하여 법원이 영장을 기각하기 위해서는 충분히 납득할 만한 이유를 주장할 수 있어야 할 것이다.

그런데 사안을 살펴보면, 대법원장이 사법농단 관련 사건을 검찰수사에 전적으로 맡기고 “적극 협조”하겠다고 하면서도, 수사 관련 자료를 충실하게 제출하지 않고, 또한 대부분의 압수·수색 영장을 (법원내부의) ‘주거의 평온’과 같은 이유로 기각하고 있는데, 이러한 권력행사는 권력남용으로 여겨질 수 있고 정부(검찰)와 법원 간 권력분립원리에 위반할 가능성이 있다고 할 수 있기 때문이다.

37) 매일경제, 『“법관회의를 탄핵하라” 부장판사의 돌직구』, 2018. 11. 23.

<http://www.raythel.co.kr/newsView.php?sc=50800011&year=2018&no=735212>

연합뉴스, 『김상환 “법관 탄핵소추 요구, 권력분립상 균형 벗어날 수 있어”』, 2018. 12. 4.

<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181204154400001?input=1195m>

미래한국, 『정치판사들의 정치 놀음에 죽은 사법정의.....법관의 독립과 신분보장은 민주공화국의 버팀목』, 2018. 12. 18. <http://www.futurekorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=113705>

(3) 특별재판부 설치법(안)과 권력분립원리

특별재판부 설치 등이 권력분립 위반인지 여부를 살펴보기로 한다.

특별재판부 설치법(안)은 사법부의 고위 수뇌부가 연관된 조직적 범죄에 대한 재판의 공정성을 담보할 수 없는 상황에서 기존의 법원조직과 다른 특별한 절차를 통해 영장전담법관 및 재판부를 구성하여 재판을 진행하지는 취지로 파악된다. 한편 헌법 제101조는 ‘사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다’고 하여 사법부의 독립을 규정하고 있다. 그런데 여기에서 사법권을 1차적으로 재판권 이외에 2차적으로 재판부의 구성 방법이나 절차와 같이 재판에 영향을 미칠 수 있는 요소들도 의미한다고 본다면 재판부의 구성이 특별재판부 설치법 즉 국회에 의해 좌우된다는 점에서 권력분립이 문제될 수 있을 것이기 때문이다.

IV. 쟁점의 검토

1. 권력분립원리와 사법권의 독립

(1) 사법권의 남용과 헌법상 권력분립원리에 따른 내재적 제한의 근거

권력분립원리는 국가권력을 그 성질에 따라 여러 국가기관에 분산시킴으로서 권력 상호간의 견제와 균형을 통해서 국민의 자유와 권리를 보호하기 위해 통치기관을 구성하는 원리이다.³⁸⁾ 고전적 권력분립에 따르면 일반적으로 국가권력의 제한, 권력남용의 금지, 자유의 실현을 목적으로 하고 국가권력을 입법권, 행정권, 사법권으로 나누고 각각의 권한을 서로 다른 기관에 부여하게 된다. 현행 헌법은 ‘권력분립’이라는 명문을 가지고 있지는 않지만, 헌법 제40조 “입법권은 국회에 속한다.”, 제66조 제4항 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.”, 제101조 제1항 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.”고 하여 고전적 권력분립 이론이 적용되고 있는 것으로 여겨진다.

한편 20세기에 들어와서 고전적 권력분립주의는 정당정치의 발달로 인한 권력의 통합, 행정입법을 통한 행정국가화 및 사법국가화 등으로 국가마다 상이한 양상을 나타내고 있으며, 고전적 이론과 같이 삼권이 반드시 평등한 위치에 있다고 보기도 힘들다고 할 수 있다. 그렇다고 해서 명시적으로 고전적 권력분립을 폐기한 것은 물론 아니지만, 권력분립도 현대적인 모습으로 변용해가고 있는 것은 분명하다. 이를 소위 기능적 권력분립이라고 할 수 있다.

38) 허영, 전거서, 738면; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015, 948면. 권력분립원리의 자세한 내용은 계획 열, 전거 논문 참조.

이는 ‘형식적인 권력의 분리’가 아니라 ‘실질적인 기능의 분리’를 통해 권력기구 간 효율성을 추구하기 위해 공화와 협조를 할 수 있는 이론이라고 할 수 있을 것이다. 현행 헌법의 편제도 단순히 입법권, 행정권, 사법권이라는 테두리를 벗어나서 살펴본다면, 제3장 국회, 제4장 정부, 제5장 법원을 두고 있으면서 또 다시 독립된 장에서 나란히 제6장 헌법재판소, 제7장 선거관리, 제8장 지방자치에 관한 장을 두고 있기 때문에 ‘권력’이 아니라 ‘권력주체별’로 살펴본다면 엄밀하게 과연 ‘삼권분립’이라고 할 수 있는 것인지 의문시 될 수 있다. 이를 실질적인 기능의 분리 관점에서 현대적 권력분립을 나타내고 있다는 측면에서도 고찰될 수 있을 것이다.

이와 같은 논지에서 오늘날의 권력분립은 단순히 입법권, 사법권, 행정권에 따른 수평적 배분만을 의미하는 것도 아니고, 다양한 국가기관이 국가권력을 분배하여 가지는 모습으로 이해될 수 있다고 할 수 있다. 또한 수평적인 권력의 분배만이 아니라 정부와 지방자치단체, 국회와 지방의회와 같이 수직적 관계에서도 고려할 수 있고 나아가 ‘기관 내부’에서도 권력의 제한과 권력남용의 금지와 같은 권력분립 이론이 고려될 수 있을 것이다. 이러한 시각을 견지한다면 (편의상 삼권분립을 전제한다고 하더라도) 헌법상 국회, 정부, 법원 각각의 ‘기관 내부’에서 가질 수 있는 절대 권력 및 관료화 현상을 견제할 필요성이 있다고 할 것이고,³⁹⁾ 요컨대 특히 사법권을 가지는 법원 내부의 절대 권력도 재판의 공정과 사법권의 남용을 방지하기 위해 헌법상 권력분립원리에 따라 내부적인 견제와 균형의 대상으로 하는 내재적 제한 근거로 해석할 여지가 있다고 할 수 있다.

(2) 사법부 내부의 권력분립원리 실현

오늘날 현대적 권력분립은 단순히 선제하는 국가기관의 권력에 대한 견제와 균형이 아니라, 국가기능의 현대적 변용에 따른 국가권력을 구성하되 국가기능의 효율성과 견제·균형을 동시에 추구하도록 하는 기능중심의 권력분배라고 이해될 수 있다.⁴⁰⁾ 이러한 현대적 권

39) 사법부 내부적 요인에 의한 모순에 대한 지적으로 정종섭, 전계 논문, 19면. 기관 내의 권력통제에 관한 내용으로는 허영, 전계서, 761면. 다만, 허영 교수는 법원의 조직을 합의제와 부제로 구분하는 것이 기관 내의 권력통제적 요소를 가진다고 하고 있다. 형식 이론적으로 부서의 구분은 기관간의 권력분배로 이해될 수 있으나, 현실적으로 합의부와 단독부의 구분은 오히려 권력집중과 재판의 독립성에 영향을 주는 제도로 운용되는 경향이 있다고 할 것이다.

40) 현대적 권력분립의 내용으로는 권력의 구성, 권력의 정서(整序), 권력의 균형의 3가지로 기술되고 있다. 이에 따르면 첫째, “국가기관들의 권한을 확정·한정하면서 한편으로는 상호 협동작용을 규율하고, 다른 한편으로는 권력의 남용을 상호 통제하는 것”(권력의 구성)이다. 둘째, 권력의 분립과 동시에 “분립에 의한 능률성 확보”를 함께 고려하여야 하는 것(권력의 정서)이며, 이는 다른 국가기관의 활동에 참여하여 의견을 표명하거나 이의를 제기, 또는 통제하는 방식으로 행해질 수 있다는 것이다. 셋째 권력의 균형은 이미 권력의 구성, 권력의 정서에서 이미 내포하는 성질을 가진다고 한다. 계획 열, 전계 논문, 24-28면; 장영수, 전계서, 979-982면.

력분립에 따르면, 국가영역에는 속하지 않지만 국가영역에 영향을 미치는 요소까지 포함하여 권력을 통제할 수도 있고,⁴¹⁾ 기관의 의사를 합의제원칙에 따라 결정하도록 국가기관을 합의제기관으로 구성하는 것도 권력통제를 위한 하나의 수단이 될 수 있다.⁴²⁾

현대적 권력분립에 있어서 기관 내부의 권력분립은 주로 “‘입법부나 행정부’ 내에서 하나의 부분기관이 독자적으로 헌법적 권한을 행사하지 못하고 다른 부분기관과의 협력 하에서만 권한을 행사할 수 있도록 규정하는 것”⁴³⁾으로 설명되고 있고, 또한 현대적 권력분립은 행정국가·정당국가화 현상 혹은 각종 이익단체의 증가와 국가역할의 변화와 같은 사회학적 관점을 반영하여 고전적 권력분립의 한계와 관련하여 논의되고 있기 때문에 ‘사법부’ 내부의 권력분립에 관하여서는 특별한 언급이 없는 것으로 파악된다.⁴⁴⁾ 그렇다면 사법부 내부에 관하여서는 현대적 권력분립원리에 관해 상술한 기본적인 내용으로 다시 돌아가서 생각해볼아야 할 문제라고 할 수 있다. 즉, 사법부가 가지고 있는 권한과 기능을 중심으로 하여 그 운용을 종합적으로 살펴볼아야 할 것이다.

사법부의 독립은 크게 법원의 독립과 법관의 독립으로 구분되어 실시된다. 헌법 제101조는 사법부를 입법부나 행정부로부터 분리하여 조직·운영·기능면에서 법원의 독립을 보장하고 있으며, 적어도 규정상 법원의 독립성은 충분히 확보되고 있다고 할 수 있다.⁴⁵⁾ 다음으로 헌법 제101조 제3항에서 법관의 자격을 법률로 정하게 하고, 제105조에서 법관의 임기와 정년을, 제106조에서 법관의 신분보장을 보장하고 있으며(신분상 독립), 제103조에서 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하는 것으로(직무상 독립) ‘법관의 독립’을 보장하고 있다.

그런데 이번 사법농단 사건과 같이 대법원장에게 인사권이 집중되어 있고 이를 남용하게 된다면 ‘법원 내·외부로부터 간섭을 받지 않을’ 직무상 독립에 문제가 있을 수 있음을 직시하고 있다. 즉, 사법권의 독립의 본래적 의미라고 할 수 있는 법관의 독립에 대한 심각한 침해 의혹이 발생하였다. 이에 현대적 권력분립에 상응하기 위해서는 어떠한 대내적인 견제와 균형이 필요하다고 할 수 있다. 그렇다면 이와 관련하여 어떠한 대내적인 견제와 균형이 필요한 것인지 그 모습은 구체적으로 어떻게 될 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여서

41) 정중섭, 전제서, 954면.

42) 한수웅, 전제서, 246면.

43) 한수웅, 상제서, 245면.

44) 앞의 <각주 4> 참조; 한편 우리 헌법은 사법부를 형식적으로 대법원을 중심으로 구성하고 있다는 것이 분명하기 때문에 헌법재판소와 법원의 권력분립에 관한 문제는 현행헌법상 ‘사법부 내부’의 문제로 다루기는 힘들다고 할 것이다.

45) 법원의 독립과 관련하여 대법원장과 대통령 사이 재판거래 의혹 문제가 남아 있다. 그러나 여기에서는 다루지 않기로 한다. 사법농단 사건이 과연 시스템의 문제인가 개인의 청렴성·윤리성 문제인가에 있어서 필자는 기본적으로 시스템의 문제로 여기고 있다. 그러나 대법원장과 대통령의 만남 혹은 그를 통한 재판거래는 (밝혀지지는 않았지만) 권력분립 원리나 사법부의 독립성과 같은 시스템의 문제라기보다는 개인적 문제로 여겨지고, 이를 규범적 해석의 대상으로 하기에는 적합하지 않다고 보이기 때문이다.

는 더욱 연구가 필요할 것으로 보이지만, 사법부와 평행선상에 있다고 볼 수 있는 국회, 정부와의 비교를 통해서 사법부의 ‘기관 내부’에서의 권력분립원리를 실현하는 단초를 살펴볼 수 있을 것이다.

입법부는 회의체 기관으로 국회의장의 권한은 기본적으로 회의 진행자의 역할에 그친다고 볼 수 있으며, 비록 국회사무처를 지휘·감독하지만 어떤 인사권을 가진 기관도 아니고 단지 입법활동 지원 및 행정업무를 담당하고 있으며,⁴⁶⁾ 그 구성원인 국회의원의 ‘심의와 표결’을 통한 의결기관이기 때문에 기본적으로 ‘수평적인 조직구조’가 그 특징이라고 할 수 있다. 반면 행정부는 대통령, 국무총리, 각부장관 등으로 이어지는 수직적 조직구조를 가지고 상대적으로 효율성을 추가하는 기관이라고 할 수 있다. 그러나 사법부의 경우 재판의 공정성을 위해 법관의 신분상·직무상 독립을 보장하고 있는 것은 수평적 조직구조라고 볼 수 있는 반면, 대법원장의 지휘를 받는 법원행정처는 특히 법원의 인사권을 관장하고 있기 때문에 수직적 조직구조의 특성도 동시에 가지고 있다. 따라서 효율성을 추구하는 수직적 조직인 법원행정처가 인사권 등을 통해 수평적 조직(사법부 독립의 핵심이라고 할 수 있는 법관의 독립성)에 영향을 미치지 않도록 ‘견제와 균형’을 실현(특히 ‘견제’에 방점을 둘 수 있을 것이다)할 수 있도록 하는 것이 ‘기관 내부’에서 권력분립원리를 실현하는 원칙적인 방법이라고 할 수 있을 것이다.

2. 사법행정권 남용에 대한 각 기관의 반향과 권력분립원리

(1) 전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의와 권력분립 원리

전국법관대표회의의 탄핵촉구 결의에 대하여 판사는 정치인이 아닐뿐더러 탄핵소추는 국회의 권한이므로 법원의 탄핵 촉구가 부적절하다는 반대의견이 있었다. 따라서 이에 관해 살펴본다.

전국법관대표회의는 대법원 규칙에 따라 2018년 3월부터 상설화 기구로 인정되었다. 전국법관대표회의의 임무를 정하고 있는 규칙 제6조에 따르면,⁴⁷⁾ “전국법관대표회의는 사법

46) 국회의장은 위원회에 출석하여 발언할 수 있지만 표결에는 참가할 수 없으며(국회법 제11조), 본회의의 의결에는 참가할 수 있지만 의장이 본회의의 토론에 참가하기 위해서는 의장직에서 물러나야 하고 그 안건에 대한 표결이 끝날 때까지 의장직에 돌아갈 수 없다(국회법 제107조). 기타 국회대표권, 의사정리권, 질서유지권, 사무감독권과 기타의 권한을 들 수 있는데, 기타의 권한에는 임시회집회공고권, 의사일정작성변경권, 방청허가권, 대통령이 확정법률을 공포하지 않을 때의 법률공포권과 같은 권한이 있다.

47) 전국법관대표회의의 규칙 [시행 2018.3.7.] [대법원규칙 제2777호, 2018.3.7., 제정]
제6조(임무) ① 전국법관대표회의는 사법행정 및 법관독립에 관한 사항에 대하여 의견을 표명하거나 건의할 수 있다. ② 전국법관대표회의는 필요한 경우 사법행정 담당자에게 설명, 자료제출 또는 그 밖의 필요한 협조를 요청할 수 있다. ③ 사법행정 담당자는 필요한 경우 전국법관대표회의에 출석하

행정 및 법관독립에 관한 사항에 대하여 의견을 표명하거나 건의할 수 있다.”고 하고 있고 결의는 법원 스스로 현재의 상황을 해결하기 힘들다는 판단을 전제로 사법부의 신뢰회복을 위한 것이라는 판단에서 내부적 의견을 개진한 것에 불과하고 생각된다. 탄핵소추권은 어디까지나 국회의 권한이고 탄핵소추를 촉구 받는다고 해서 전국법관대표회의의 내부적 의견에 구속되거나 영향을 받을 우려는 없다고 할 것이다. 오히려 이것은 대법원규칙에 따른 정당한 의견개진으로, 어떠한 법원 내부의 견제와 균형 수단이 없는 현시점에서 권력분립의 원리에 상응한다고 볼 여지가 있다. 요컨대, 이러한 탄핵촉구 결의가 법원 내부에서 나올만한 성질의 것인지 여부에 관한 윤리적·정치적 판단은 뒤로하고 권력분립원리에 위반될 우려는 없다고 할 수 있다.

전국법관대표회의의 법관탄핵 촉구에 대한 일각의 비판으로 ‘대상을 특정하지 않은 채 탄핵을 촉구한다는 점’, ‘수사결과도 나오지 않은 상태에서 탄핵을 촉구한다는 점’을 들고 있다. 그러나 탄핵소추의 주체도 아닌 법관대표회의가 대상을 특정하는 것이 오히려 문제의 소지는 높을 수 있고, 전체적인 상황을 볼 때 대법원의 재판거래와 법원행정처의 블랙리스트 작성을 둘러싼 사법농단 일체를 의미하는 것임이 분명하다는 점, 궁극적으로 여기에 대한 구체적 특정은 국회의 몫이라고 할 것이다. 나아가 검찰 수사는 검찰의 권한이고 탄핵은 국회의 권한이라는 점에서 반드시 이에 대한 결과가 나왔을 때 연계하여 순차적으로 진행될 필요는 더더욱 없을 것이라고 할 수 있다.

(2) 검찰의 영장청구에 대한 법원의 기각과 권력분립원리

검찰수사의 대상기관이 법원의 핵심 부서를 중심으로 주요인물인 경우, 그러함에도 불구하고 현행법상으로는 검찰은 부득이하게 여전히 법원에 영장청구를 할 수 밖에 없을 것이다. 이 경우 법원 스스로를 대상으로 한 영장청구에 대하여 법원이 영장을 기각하기 위해서는 충분히 납득할 만한 이유를 주장할 수 있어야 할 것이다. 그러나 권력분립원리에 위반되는지 여부의 판단은 추상적 이론에 근거하여 판단하기 보다는 구체적인 헌법규범에 의하여 판단하여야 함이 원칙이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾ 사안을 살펴보면, 대법원장이 사법농단 관련 사건을 검찰수사에 전적으로 맡기고 “적극 협조”하겠다고 하면서도, 수사 관련 자료를 충실하게 제출하지 않고, 또한 대부분의 압수·수색 영장을 (법원내부의) 주거의 평온과 같은 이유로 기각하고 있다. 그런데 영장발부 여부에 대한 판단은 전적으로 법원의 권한이라고 할 수 있고, 그 이유가 납득할만한 것인지 여부도 법원의 판단에 달려있다고 할 수 있고, 명시적으로 헌법규범에 위반되었다고 볼 소지는 없다고 판단된다.

그렇다면 이와 같이 현행법상 법원 스스로를 대상으로 하는 판단을 법원이 스스로 하는

여 주요 헌안에 관하여 설명할 수 있다.

48) 한수웅, 전제서, 246면.

경우에 과연 아무런 문제는 없는 것인가? 이는 특히 권력분립원리가 특정 권력의 절대적 우위를 배제하고 각 기능 영역의 본질적 부분을 유지하고자 하는 것이라는 관점에서⁴⁹⁾ 살펴볼 필요가 있다. 헌법 제12조 제3항은 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하고 있고 이는 헌법 제16조 주거의 압수·수색에 관하여도 동일한 형식으로 규정되어 있다. 그런데 이러한 영장주의의 본질적 부분은 “인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관”⁵⁰⁾으로 하여금 국민의 권리를 보장하고자 하는데 있는 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 영장발부 판사가 제3자적 입장에서 인적·물적으로 독립성을 보장받고 있는 것인지가 남는데, 이는 개별적으로 판단할 수도 없을뿐더러 그러한 판단과정은 타당하지도 않다고 할 것이다. 다만, 이번 사건과 같이 법원 스스로를 대상으로 한 조사에 대하여 법원 스스로 영장기각을 하는 이러한 상황이, 비록 명시적으로 헌법규범에 위반되는 것은 아니라고 할지라도, 이러한 권력행사가 권력남용으로 여겨질 수 있고 반사적으로 검찰의 영장청구권에 대하여 영향을 미치고 결과적으로 정부와 법원 간 권력분립원리에 위반할 가능성이 전혀 없다고 볼 수는 없다고 생각된다. 즉 현행법상 여전히 법원이 영장심사를 진행하게 되고 그 외 다른 수단은 생각하기 힘들다는 점을 충분히 수궁할 수 있지만, 비상적인 상황에서 헌법이 부여한 권한을 정상적으로 수행하기를 기대하기 힘든 경우에 그러함에도 불구하고 헌법이 부여한 권한을 행사하는 것이 헌법상 권력분립의 이념에 부합하는 것인지는 의문의 여지가 있다고 할 것이다.

(3) 특별재판부 설치와 권력분립 원리

특별재판부 설치에 특별재판부 후보추천위원회의 추천에 따라 임명된 법관으로 구성되는 특별재판부가 재판을 전담하게 된다는 것을 의미하므로, 재판부 구성에 영향을 미쳐 결국 재판에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 적어도 권력분립 원리를 위반에 관한 징표는 있다고 할 것이다.⁵¹⁾ 그렇다면 재판부 구성에 법원 이외의 외부기관이 개입하는 것이 권력분립원

49) 한수웅, 상거서, 247면; 이부하, 권력분립원리의 재고찰, 법학논고 제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016, 9면 이하.

50) “영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 인적·물적 독립을 보장받는 제3자인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다. 특히 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 적나라하게 공권력이 행사됨으로써 국민의 기본권을 침해할 가능성이 큰 만큼, 수사기관의 인권 침해에 대한 법관의 사전적·사법적 억제를 통하여 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 인권보장을 도모한다는 면에서 영장주의의 의미가 크다고 할 것이다.” 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28등, 판례집 9-1, 313, 320; 헌재 2012. 6. 27. 2011헌가36, 판례집 24-1하, 703, 709 등.

51) 특별재판부 설치에 대하여 많은 헌법학자들이 위헌 소지를 피력한다는 기사가 있다. 뉴스기사에 따르면, 이인호 중앙대 로스쿨 교수는 “특별재판부는 헌법이 허용하지 않는 부분”이라며 “사법부를 형

리에 위반되는 것인가? 이는 보다 구체적으로 우선 ‘사법권의 개념’을 그리고 ‘특별법원’에 해당하는 것인지 ‘특별검사제’와는 어떻게 구별되는 것인지를 특별재판부 설치법(안)의 내용과 관련하여 검토해 볼 수 있을 것이다. 이하에서는 특별재판부 설치법(안)을 먼저 기술하고, ‘사법권’, ‘특별법원’, ‘특별검사제도’와의 비교를 통해 살펴보기로 한다.

1) 특별재판부 설치법(안)

특별재판부 설치법(안)은 사법농단 사건과 관련하여 재판의 공정성을 확보함은 물론 재판의 민주적 정당성과 신뢰를 높이기 위하여 제정되었다.⁵²⁾

이 법안은 특별재판부후보추천위원회(이하 ‘추천위원회’)의 추천에 따라 임명된 영장전담법관 및 특별재판부가 사법농단 사건 관련 영장심사와 실제 재판을 전담하는 것을 골자로 하고 있다.⁵³⁾ 또한 ‘추천위원회’는 대한변호사협회가 추천한 3명, 법원 판사회의가 추천한 3명, 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 3명(추천 없고 대법원장이 위촉)의 총 9명으로 구성되며, (특별)영장전담법관 후보자 및 특별재판부를 구성할 판사의 2배수를 추천하도록 규정되어 있다.⁵⁴⁾

해화하는 나쁜 선례가 될 것”이라고 했다. 허영 경희대 석좌교수는 “지금이 혁명 시기도 아닌데 특별재판부를 만들어 재판부 구성에 입법부가 관여한다는 것은 명백한 사법권 침해”라고 했다. 장영수 고려대 로스쿨 교수는 “특정 성향을 가진 인사들이 이번 사건을 전담할 경우 오히려 선입견에 따른 결론이 나와 재판 공정성이 훼손될 우려가 있다”고 했다. 김상겸 동국대 법학과 교수도 “정치적 편향성 논란이 일고 사법 독립권도 침해될 가능성이 있다”고 했다.” 조선일보, 『헌법학계 “사법농단 특별재판부, 위헌 소지”』, 2018. 10. 26. 그러나 이러한 비판들이 소위 ‘특별재판부 설치법(안)’에 대하여 어떠한 규범분석의 결과물로 언급된 것인지 혹은 규범분석 이전에 일종의 ‘우려’를 표현한 것을 기자가 부풀려 표현한 것에 불과한 것인지는 정확하게 알 수 없다.

http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/10/26/2018102600315.html

52) 공식명칭- 양승태 전 대법원장 재임기간 중의 사법농단 의혹사건 재판을 위한 특별형사절차에 관한 법률안(의안번호 14890, 제안일자 2018. 8. 14.) 제1조(목적) 참조.

53) ‘특별재판부 설치법안’ 제7조, 제8조, 제15조에 따르면, 우선 (특별)영장전담법관(1인), 1심 및 항소심 모두 심리전담법관(3인)을 두고 법관은 특별재판부후보추천위원회의 추천에 따라 임명하도록 규정하고 있다.

제7조(특별영장전담법관의 임명) 대법원장은 수사단계에서 대상사건에 관한 압수·수색·검증·체포 또는 구속영장의 청구에 대한 심사를 전담할 법관(이하 “특별영장전담법관”이라 한다) 1명 이상을 제19조에 따른 특별재판부후보추천위원회의 추천에 따라 임명한다.

제8조(특별재판부의 설치 및 구성) ① 대상사건의 제1심 재판을 위하여 서울중앙지방법원에 1개 이상의 특별재판부를 둔다. 특별재판부는 대상사건의 제1심 심리기간 동안 대상사건 심리만을 전담한다. ② 특별재판부는 판사 3명으로 구성하고 그 중 1명이 재판장이 되며, 재판장과 특별재판부 판사는 대법원장이 제19조에 따른 특별재판부후보추천위원회의 추천에 따라 임명한다.

제15조(특별재판부의 설치 및 구성) ① 대상사건의 항소심 재판을 위하여 서울고등법원에 특별재판부를 둔다. 특별재판부는 대상사건의 항소심 심리기간 동안 대상사건 심리만을 전담한다. ② 특별재판부는 판사 3명으로 구성하고 그 중 1명이 재판장이 되며, 재판장과 특별재판부 판사는 대법원장이 제19조에 따른 특별재판부후보추천위원회의 추천에 따라 임명한다.

54) 제19조(특별재판부후보추천위원회) ① 특별영장전담법관 후보자 및 특별재판부를 구성할 판사의 후

2) '사법권'의 개념

헌법 제101조에서 '사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다'고 할 때 '사법권'의 개념이 무엇인지에 따라 일차적으로 판단이 가능하다고 할 것이다. 즉 사법권에 사법행정권이 포함되는 것인지 여부의 문제로, 만약 사법행정권이 사법권에 포함된다면 법원 외부의 기관이 법원의 재판부 구성권에 개입하게 되는 것이기 때문이다.

사법권의 개념에 관한 형식설에 따르면 '사법권'은 "국가기관 중에서 입법기관 또는 행정기관의 권한을 제외한 사법기관인 법원에 속하는 권한"으로 보기 때문에 권력분립과 관련한 문제의 소지가 있고, 실질설에 따르면 "구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우에, 당사자로부터 쟁송의 제기를 기다려, 독립된 지위를 가진 기관이 제3자적 입장에서 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하기 위한 작용"으로 보기 때문에 재판부 구성 등을 포함하는 사법행정권한을 제외하고 있기 때문에 권력분립 원리의 위반과는 아무런 상관이 없게 된다.

그런데 만약 사법행정권이 사법권 개념에 포함되지 않는다고 해석하더라도 사법행정권을 사법부가 아닌 정부나 다른 국가기관이 가지는 것은 더욱 문제가 될 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서 특히 재판의 공정성을 확보하기 위한 전제로서의 사법부의 독립이 사법의 개념요소에 포함되어 있다는 것을 부인할 수 없는 이상,⁵⁶⁾ 단순히 개념 그 자체만을 가지고 사법권의 범위에 사법행정권한이 포함되지 않는다고 해석하기는 힘들 것이라고 판단되고, 국회가 사법부의 구성에 관여하는 행위는 사법권에 관한 개입이라고 파악할 수 있을 것이다.

그렇다면 재판부 구성을 포함하는 사법행정권한이 사법권의 범위에 포함된다고 할 때, 재판부 구성에 외부기관의 개입이 있는 경우 이를 언제나 권력분립원리에 위반된다고 할 수 있을 것인가? 우선 '재판부 구성이 사법부의 독자적 권한으로 고유한 영역인 것인가?'를 해결하여야 할 것이다. 헌법 제27조 제1항은 모든 국민은 "헌법과 '법률'이 정한 법관에 의하여" 재판을 받을 권리를 가지고 있으며, 특히 법원의 인사에 관한 사무를 관장하는 '법원행정처'도 '국회'에 의해 만들어진 법원조직법에 의해 구성된다는 점을 본다면, 재판 그 자체가 아니라 '재판부의 구성'에 국회가 관여하는 것만으로는 특별재판부 설치법(안)의 내용이

보자(이하 "특별재판부후보자"라 한다)를 추천하기 위하여 대법원에 특별재판부후보추천위원회(이하 "추천위원회"라 한다)를 둔다. ② 추천위원회는 위원장 1명을 포함한 9명의 위원으로 구성한다. ③ 위원은 다음 각 호에 해당하는 사람을 대법원장이 위촉한다.

1. 대한변호사협회가 추천한 3명
2. 「법원조직법」 제9조의2에 따른 해당 법원 판사회의에서 추천한 3명
3. 학식과 덕망이 있고 각계 전문 분야에서 경험이 풍부한 사람으로서 변호사 자격을 가지지 아니한 사람 3명. 이 경우 1명 이상은 여성이어야 한다. ④~⑨ 생략

55) 예컨대 국회사무처, 법원행정처의 권한을 (행)정부가 가진다고 생각하는 경우 권력분립원리에 엄청난 침해가 우려될 수 있다.

56) 장영수, 사법개혁, 사법민주화와 사법부독립의 사이에서, 유럽헌법연구 제24호, 269면.

특별한 위헌적 요소를 가지고 있지 않는 이상 명시적으로 위헌이라고 단정할 수는 없다고 할 것이다.⁵⁷⁾

3) 특별법원과 특별재판부

특별재판부 설치법(안)에 의한 특별재판부가 헌법상 예외적으로 인정되고 있는 ‘특별법원’에 해당하는 것인가? 이를 해결하기 위해서는 특별법원인 군사법원과 특별재판부를 비교할 필요가 있다. 특히 ‘특별’재판부라는 ‘특별’이라는 용어의 사용 때문에 흡사 ‘특별법원’과의 동질성이 강해보이는 것은 사실일 수밖에 없다. 이에 먼저 헌법상의 특별법원인 군사법원에 대하여 살펴보고, 다음으로 특별재판부가 이에 해당하는지 살펴보아야 할 것이다.

헌법 제27조 제1항에 따라 모든 국민은 “헌법과 법률이 정한 ‘법관’에 의하여” 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가지기 때문에, 현역군인이 재판부에 구성되는 군사법원이 위헌인지 여부가 논의된 바 있다(특히 일반 국민이 군사재판에 회부되는 경우가 문제가 될 것이다). 그러나 헌법 제110조는 군사법원의 설치에 관하여 규정하고 있는데, 헌법 제101조 제1항 “법관으로 구성된 법원”의 예외로서 군사법원의 ‘재판관의 자격’은 법률로 정할 수 있도록 하고 있기 때문에 위헌은 아니라는 것이 일반적인 해석이다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 헌법재판소도 군사법원을 ‘특별법원’으로 파악하면서 이와 같은 취지에서 실시하고 있다.⁶⁰⁾ 이와 같이 군사법원은 특

57) “헌법이 권력상호간의 영향력행사를 명시적으로 허용하고 있거나 또는 헌법이 허용하는 범위 내에서 법률이 상호작용을 규정하는 경우에는 권력분립이 문제되지 않는다.”는 말도 이와 동일한 취지에서 이해될 수 있다. 한수웅, 전제서, 246면.

58) 제110조 ①군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다. ②군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다. ③군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다. ④비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

59) 한편, 군사법원이라고 할지라도 전시에만 특별법원으로 기능하고, 평상시에는 특수법원으로 기능하는 것으로 해석하여야 한다는 견해로 오동석, 특별법원에 대한 헌법해석, 세계헌법연구 제14권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008.

60) “헌법 제110조는 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있고(제1항) 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할하며(제2항) 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다(제3항)고 규정하여 헌법에 직접 특별법원으로서 군사법원을 설치할 수 있는 근거를 두고 있다” 현재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 451. “특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다는 의미는 군사법원을 일반법원과 조직·권한 및 재판관의 자격을 달리하여 특별법원으로 설치할 수 있다는 뜻으로 해석되므로, 법률로 군사법원을 설치함에 있어서 군사재판의 특수성을 고려하여 그 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정하는 것이 헌법상 허용된다. 그러나 아무리 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격을 일반법원과 달리 정할 수 있다고 하여도 그것이 아무런 한계 없이 입법자의 자의에 맡겨 질 수는 없는 것이고 사법권의 독립 등 헌법의 근본원리에 위반되거나 헌법 제27조 제1항의 재판청구권, 헌법 제11조 제1항의 평등권, 헌법 제12조의 신체의 자유 등 기본권의 본질적 내용을 침해하여서는 안 될 헌법적 한계가 있다고 할 것이다” 현재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443, 452.

별법원임에도 불구하고 위헌이 아니지만, 그 이외에 군사법원과 같이 특별법원의 본질을 가지고 있는 다른 어떤 법원이 입법에 의해 창설된다면 그 법원은 헌법상의 근거가 없는 것으로 위헌의 소지가 높을 것이다. 따라서 특별법원의 의미를 살펴볼 필요가 있다.

특별법원에 관한 일반적인 설명에 따르면 특별법원은 예외법원(vs 특수법원)의 일종으로 그 특징은 “그 권한의 한정, 관할대상의 특수성, 법원존립의 임시성 등에 있는 것이 아니로, … 재판에 대하여 대법원 상고가 인정되지 않거나, … 헌법이 규정하는 법관의 자격 내지 일반법원의 독립성에 관련되는 제 규정이 인정되지 않는 점 등에 있다”⁶¹⁾. 그런데 앞서 기술한 특별재판부 제정법(안)을 살펴보면 적어도 재판의 독립에 필요한 신분보장, 최고법원에의 상소가 인정되는 법원으로 파악되며, 특별법원에 해당한다고 보기는 힘들다고 할 수 있다.

4) 특별검사제도와 특별재판부

특별검사제도는 정작 그 원류인 미국에서는 폐지되었지만, 우리나라에서는 여러 차례 운용해오고 있다. 특별검사제도는 “특정한 사건을 수사하기 위하여 국회가 법률로 통상의 검사가 아닌 특별검사를 임명하게 하고, 그로 하여금 수사를 하고 기소여부를 결정하게 하는 것”⁶²⁾이라고 할 수 있다. 특별검사제도는 검찰(정부)의 권한이라고 할 수 있는 범죄수사부의 구성을 국회의 법률로 관여한다는 점에서 특별재판부 설치와 상당히 유사한 모습을 가지고 있기 때문에 양자를 비교해 볼 수 있을 것이다.

그런데 이와 관련하여 특히 강력한 독립성이 요구되는 사법부에 다른 국가권력이 개입한다는 점에서 특별검사제와 특별재판부를 비교하는 것이 과연 적절한 것인가의 지적이 있을 수 있다. 따라서 이에 관해 형식적인 측면과 실질적인 측면으로 나누어 먼저 살펴보기로 한다. 먼저 형식적인 측면으로 현행법상의 권력구조를 살펴보고자 한다, 특별검사제와 관련하여 검찰은 어디까지나 행정부의 영역에 속하는 것이고 입법부와 사법부와는 대척점에 있는 것이기 때문에, 국회가 특별검사의 구성에 관여하는 행위는 입법부와 행정부 간의 권력분립에 관하여 이의를 제기하는 구도이다. 이와 동일하게 국회가 특별재판부 구성에 관여하는 행위는 입법부와 사법부 간의 권력분립에 관한 구도로 이해될 수 있을 것이다. 다음으로, 실질적인 측면과 관련하여서는 사법부 독립의 본질적인 내용이 무엇인가를 살펴볼 수 있다. 사법부의 독립성은 원칙적으로 공정한 재판을 위한 수단이고, 재판의 공정성을 담보하기 어려운 시점에서 사법부의 독립성만을 강조하는 것이 과연 타당한 것인지의 관점에서 접근할 필요가 있다. 즉 사법부의 독립이 다른 권력기구에 비해서 강력한 독립성이 요구되는 것은 공정한 재판을 위해서 존재하는 것이기 때문에, 재판의 공정을 신뢰할 수 없는 경우에도 언

61) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 704쪽; 헌법재판소도 동일한 입장이다(위 판례).

62) 정종섭, 전거서, 959-960면.

제나 강력한 독립성을 부여하여야 한다고 해석하기는 힘들다고 할 수 있다. 나아가 검찰수사의 공정성도 당연히 중요한 것이지만 재판의 공정성은 상대적으로 국민의 권리 보호와 더욱 직결되어 있다는 측면도 고려할 부분이라고 할 수 있다.

과거 이명박 대통령후보의 범죄혐의 진상규명을 위한 특별검사 임명에 관한 법률은 ‘대법원장이 특별검사 후보자 2인을 추천하고 대통령이 그 중에서 1인을 특별검사로 임명’하도록 규정하고 있었다. 이에 대하여 헌법재판소는 특별검사 임명에 대법원장을 개입시켜 소추기관과 심판기관이 분리되는 경우라고 하더라도 대법원장이 구체적 재판에 대하여 어떠한 영향도 미칠 수 없다는 점을 고려하면 국회의 판단이 헌법상 권력분립에 반한다고 할 수 없다고 판시한 바 있다.⁶³⁾ 이에 따르면 역시 국회의 법률을 통한 재판부구성예의 관여가 권력분립원리에 위반된다고 할 수 없을 것이다.

또한 위 사건에서 2인의 소수의견은 당시 검찰의 권한이라고 할 수 있는 검사구성에 관해 검찰은 배제하고 대법원장이 관여한다는 점을 언급하면서 권력분립에 위반될 소지가 있음을 지적하고 있는데 반해,⁶⁴⁾ 특별재판부 설치법(안)은 오히려 대법원장을 ‘추천위원회’ 구성에 관여하게 하여 사법부의 독립을 최대한 존중하고 배려하는 것으로 이해될 수 있으므로 사법농단 사건에 관한 특별법 제정에 있어서는 특별검사 사건에서의 소수의견 또한 다수의견의 결론과 함께할 가능성이 높아졌다고 할 것이다.

5) 소결

재판부구성에 외부의 권력이 개입한다면 일응 헌법상의 권력분립원리에 위배될 소지가 있을 것이다. 그러나 첫째, 재판 그 자체가 아니라 ‘재판부의 구성’에 국회가 관여한다는 사

63) “대법원장은 법관의 임명권자이지만 …… 구체적 사건의 재판에 대하여는 어떠한 영향도 미칠 수 없고 …… 본질적으로 권력통제의 기능을 가진 특별검사제도의 취지와 기능에 비추어 볼 때, 특별검사제도의 도입 여부를 입법부가 독자적으로 결정하고 특별검사 임명에 관한 권한을 헌법기관 간에 분산시키는 것이 권력분립원칙에 반한다고 볼 수 없다. 한편 정치적 중립성을 엄격하게 지켜야 할 대법원장의 지위에 비추어 볼 때 정치적 사건을 담당하게 될 특별검사의 임명에 대법원장을 관여시키는 것이 과연 바람직한 것인지에 대하여 논란이 있을 수 있으나, 그렇다고 국회의 이러한 정치적·정책적 판단이 헌법상 권력분립원칙에 어긋난다거나 입법재량의 범위에 속하지 않는다고는 할 수 없다.” 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1.

64) 재판관 김희옥, 이동흡 2인의 반대의견. “대법원장이 사실상 임명한 것이나 다름없는 특별검사가 수사하고 기소한 사건을 대법원장의 인사권 아래 있는 법관으로 하여금 재판하도록 할 뿐만 아니라, 심지어 그 사건이 대법원 전원합의체의 재판을 받게 되는 경우 대법원장이 재판장을 맡게 되는 불합리한 결과를 초래하는 것으로서, 실질적으로 소추기관과 심판기관의 분리 원칙에 어긋난다. 또한 이 사건 법률 제3조가 법관에 대한 인사권자로서 사법권 독립을 위하여 그 누구보다도 정치적 중립성이 요구되는 대법원장에게 특별검사후보자를 추천할 의무를 부과하여, 정치집단 사이의 정치적 갈등에 휘말릴 소지를 만드는 것은 분쟁 해결을 통한 법질서의 유지와 법적 평화에 기여함을 본연의 업무로 하는 사법부의 기능을 저해하고 권력분립의 원칙에 부합되지 않는 일이라 할 수 있다.” 위 헌법재판소 결정.

실만으로는 특별재판부 설치법(안) 헌법 위반의 '징표'가 확정적인 것으로 되지는 않는다고 할 것이다. 둘째, 이 법(안)은 재판의 독립에 필요한 신분보장, 최고법원에의 상소가 인정되는 재판부를 구성하는 것으로 헌법에서 금지하고 있는 '특별법원'에 해당하지 않는다. 셋째, 이 법안의 내용에 따르면 특별재판부는 특별검사와는 달리 오히려 사법부의 독립을 최대한 존중하고 배려하는 것으로 평가할 수 있다.

현실적으로도 검찰의 영장이 90% 가까이 기각되고 있는 지금 법원조직을 대상으로 한 검찰의 수사결과에 대해 법원 스스로 공정한 재판을 할 것이라고 기대하기는 힘들다는 점에서,⁶⁵⁾ 이를 해결하기 위한 국회의 입법권은 존중할 필요가 있을 것이다. 이는 첫째, 사법부의 독립이 재판의 공정성 확보를 위해 존재하기 때문에 사법부의 독립은 재판의 공정성의 필요조건에 불과하다는 점, 즉 재판의 공정성을 담보하기 위한 특별재판부 설치가 사법부의 독립의 실질적인 목표이고 오히려 특별검사제에서 있어서 보다 국민의 권리보호와 더욱 직결되어 있다는 점도 고려할 수 있을 것이다. 둘째 상술하였듯이 사법부 내부의 권한도 재판의 공정과 사법권의 남용을 방지하기 위해 권력분립 원칙에 의해 내부적인 견제와 균형의 대상으로 권력분립 원칙에 의해 제한될 수 있는 헌법상의 내재적 근거로 원용할 여지가 있다는 점을 고려할 수 있을 것이다. 이러한 방법은 형식적인 권력분립에는 반한다고 이해할 소지가 있지만 오히려 사법부 내부적인 견제와 균형의 정상화를 위해 실질적으로 권력분립을 실현하는 하나의 방법일 수 있을 것이다.⁶⁶⁾

65) 또한 현재 대체로 재판거래 의혹에 관해 기소된 주요한 범죄는 '직권남용'이지만 현재 '직권'의 범위를 좁게 해석하고 있기 때문에 유죄의 결과를 기대하기는 더욱 힘들 것이라고 할 수 있다. 한편 독일의 형법 제339조는 소위 '법외범죄'를 두고 "법관, 기타 공직자 또는 중재인이 법률 사건을 지휘하거나 재판을 함에 있어 당사자 일반에게 유리하거나 불리하게 법을 왜곡한 때에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다."고 규정하고 있다.

66) "헌법상 권력분립의 원칙이란 국가권력의 기계적 분립과 엄격한 절연을 의미하는 것이 아니라, 권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미하는 것이다. 따라서 특정한 국가기관을 구성함에 있어 입법부, 행정부, 사법부가 그 권한을 나누어 가지거나 기능적인 분담을 하는 것은 권력분립의 원칙에 반하는 것이 아니라 권력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 원리에 따라 우리 헌법은 대통령이 국무총리, 대법원장, 헌법재판소장을 임명할 때에 국회의 동의를 얻도록 하고 있고(헌법 제86조 제1항, 제104조 제1항, 제111조 제4항), 헌법재판소와 중앙선거관리위원회의 구성에 대통령, 국회 및 대법원장이 공동으로 관여하도록 하고 있는 것이다(헌법 제111조 제3항, 제114조 제2항)." 헌재 2008. 1. 10. 2007헌마1468, 판례집 20-1상, 1; 같은 취지로 "헌법이 정하는 사법권 독립의 요건을 갖추고 사법기능을 수행하면서 그 재판에 대해서 대법원이 최종적으로 심판할 수 있는 기회를 갖도록 하는 법원은 그것이 비록 전문적인 특수사건만을 심판하도록 하는 경우에도 그 설치가 금지되는 것은 아니라고 할 것이다. 우리 헌법은 그러한 특수법원의 설치를 금지하는 명문규정을 두지 않았을 뿐만 아니라, 그러한 특수법원은 국민의 기본권실현에도 오히려 도움이 되기 때문이다." 허영, 전계서, 1108면.

V. 결론

우리 헌법은 1987년 이래로 사법부의 독립을 절대적으로 보호되어야 하는 성역으로 다루어 왔다고 할 수 있다. 그렇다면, 사법농단과 관련한 다양한 반향들이 헌법상 권력분립 원리(사법부의 독립)에 위반되는 것인가? 여기에 답하기에 앞서 우선 권력분립의 원리가 고정된 불변의 규범으로 존재하는 것인가? 에 대한 질문을 던져본다. 만약 불변의 규범이라면 고전적 권력분립 원리에 따라 부여된 입법권, 행정권, 사법권은 절대로 침범될 수 없어야 할 것이다. 여기에 대하여 이제는 고전적 권력분립이 변용되어 현대적 권력분립 이론에 따라 적용되어야 한다면, 적어도 과거에서 현대적 헌법 원리로의 변용과정에서 존재했던 각 국가권력에 대한 침해는(예컨대, 대통령의 법률안 거부권이나 국회의 탄핵소추권 등) 모두 헌법 위반이 아니라고 할 수 없을 것이다. 과거 사법부는 고전적 권력분립원리에 따라 대외적인 독립성이 철저히 보장되고 있다고 할 수 있다. 그러나 단순히 입법, 사법, 행정의 형식적 분배와 견제·균형 위주의 고전적 권력분립은 이제 국가기능의 현대적 모습을 반영하여 기능적 분배와 기관간의 상호 통제 및 효율성 추구를 다각도로 검토할 수 있어야 할 것이다.

이 글은 위와 같은 논지에서 현재 진행 중인 사법행정권 남용을 비롯한 일련의 반향에 대하여 일각에서 제기한 위헌 쟁점들을 현대적 권력분립의 관점에서 살펴보았다. 어떤 사안이 권력분립원리에 위반되는지 여부는 추상적인 이론이나 원리보다는 헌법상 구체적인 규범에 위반되는지 여부와 그 해석을 지침으로 하여야 할 것이다. 이를 전제로 검토한 결과 헌법상 권력분립의 관점에서 ‘전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의’, ‘법원 내부자에 대한 법원 스스로의 영장기각’, ‘특별재판부 설치법(안)’ 등이 구체적인 위헌 요소를 가지고 있다고 해석하기는 힘들다고 할 수 있다. 그러나 권력분립원리를 상호 권한 배분과 견제만이 아니라 각각의 국가기관이 가진 권력의 본질적 부분을 정상적으로 행사할 수 있도록 하여야 한다는 관점에서 살펴보면, 현시점에서 ‘검찰의 영장청구에 대한 법원의 판단’은 사법부가 공정한 재판을 위해 권한을 정상적으로 행사한 것인가라는 물음에 권력분립의 현대적 실현과는 그 방향을 달리한다고 이야기 할 수 있을 것이다.

사법농단에 관한 자료를 수집하면서 한편으로는 광범위하고 굵직굵직한 비리 의혹에 놀라면서도, 다른 한편으로는 국회는 사법개혁특별위원회 및 법원조직법 개정안 등을 통하여 대법원(정부)도 사법발전위원회를 통하여 내부적인 논의를 통하여 법원개혁을 위하여 다 각도로 힘쓰고 있음을 확인하였다. ‘사법의 검찰협조를 지지했던 현 대법원장에 대하여 검찰의 구속영장 청구에 대하여 법원이 90%이상의 기각한 사실로 실망감을 표하기도 하지만, 다른 한편으로는 아마 어쩌면 이러한 것이 사법의 정상화에 가까울지도 모른다는 생각도 하게 된다. 즉, 현 대법원장의 의견표명과는 별개로 영장전담 판사는 소신대로 판결을 한 것이라

고 해석할 수도 있기 때문이다. 이러한 판결에 대한 소회는 뒤로하고 아이러니하게도 오히려 이러한 판결이 법관의 독립성에 가까운 것이 아닌지 생각해 볼 여지가 있다.

끝으로 공정한 재판을 담보하기 위한 시스템의 재구축과 국민의 신뢰회복이 앞 당겨지기를 기대한다.

참고문헌

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2015
장영수, 헌법학, 홍문사, 2017
허영, 한국헌법론, 박영사, 2018
한수웅, 헌법학, 법문사, 2018
- 김종철, 권력구조 및 사법개혁과 관련된 헌법개정안 검토 — ‘대통령 4년 1차연임제 개헌안’의 내용과 특징을 중심으로 —, 공법연구 제46권 제4호, 한국공법학회, 2018
계희열, 헌법원리로서의 권력분립의 원리, 고려법학 제38권, 고려대학교 법학연구원, 2002
오동석, 특별법원에 대한 헌법해석, 세계헌법연구 제14권 제2호, 국제헌법학회 한국학회, 2008
이부하, 권력분립원리의 재고찰, 법학논고 제55집, 경북대학교 법학연구원, 2016
장영수, 사법개혁, 사법민주화와 사법부독립의 사이에서, 유럽헌법연구 제24호, 2017
정종섭, 재판의 정당성과 효율성 향상을 위한 사법시스템의 구축, 법과사회, 2000
한상희, 사법개혁과 민주주의 ; 법원행정처의 개혁방향, 민주법학 제29권, 민주주의법학연구회, 2005
- 국회 사법개특별위원회, 사법행조직 개편에 한 공청회 자료집, 2018. 11. 15.
국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, ‘국민이 신뢰하는 사법부’를 위한 헌법개정 토론회 자료집, 2017. 6. 26.
대법원 헌법연구회·한국공법학회, 사법부의 독립성 및 민주성 확보의 공법적 과제, 헌법연구 포럼 공동학술대회 자료집, 2018. 6. 8.
법원행정처, 사법행정제도 개선안 마련을 위한 쟁점 정리, 2018. 11.

투고일자 : 2018. 12. 10

수정일자 : 2018. 12. 26

게재일자 : 2018. 12. 31

<국문초록>

현행 헌법상 권력분립과 사법부의 독립

- 사법행정권 남용과 관련하여 -

조영승

권력분립원리는 국가권력의 집중을 방지하고 이들 간의 견제와 균형을 도모하는 방법으로 국민의 권리를 보장하기 위한 근대입헌주의 헌법에 내재하는 원리라고 할 수 있다. 국가권력에 관한 일반적인 설명이 입법권, 행정권, 사법권의 3가지로 구분되고 있음은 물론이지만, 오늘날 정당국가화, 행정국가화, 사법국가화에 따라 국가권력의 융화 현상을 무시할 수는 없다고 할 수 있다. 따라서 국가권력도 구체적으로 그 특성에 따른 다양한 세부적 기능을 고려하는 현대적 권력분립의 관점에서 살펴보아야 할 것이다.

이 글에서는 사법농단 현황을 살펴보고 관련 쟁점을 정리한 후 검토하고 결론을 내리고 있다. 검토 결과 첫째, 사법부의 독립성과 관련하여서도 대내적인 견제와 균형을 통해 권력남용을 방지하는 방안이 필요하다고 할 수 있고, 이는 현대적 권력분립원리를 헌법적 근거로 할 수 있을 것이다. 둘째, 사법행정권 남용에 대한 각 기관의 반향과 권력분립원리에 관해서 전국법관대표회의의 탄핵 촉구 결의나 국회의 특별재판부 제정법(안) 등이 특별히 권력분립원리에 위반될 소지가 없으며 오히려 현대적 권력분립원리를 실현하는 방안으로 고려될 수 있다고 본다. 다만 검찰의 영장청구에 대한 법원의 판단에 대해서는 권력분립의 현대적 모습과는 그 방향을 달리한다고 여겨진다.

끝으로 현재 사법부의 독립은 법원의 독립보다는 법관의 독립-재판의 공정에 방점을 두어야 하며, 또한 사법 시스템을 재구축하고 사법신뢰를 회복하는 일이 시급하다고 할 것이다.

주제어: 권력분립, 재판거래, 사법행정권 남용, 사법농단, 사법권의 독립, 재판의 공정