

反 부패와 사법부 독립

The Role of the Judicial Independence in Anti-Corruption : the Case of Korea

강 경 근 (Kang, Kyung Keun)*

ABSTRACT

The Role of the Judicial Independence in Anti-Corruption : the Case of Korea

Korea has been notorious for its corruption, especially in its public sector. Although some movements of eliminating corruption by governments have been attempted, the results were far from achieving success. Notwithstanding, up to this point, the Korea courts have not fully managed the anti-corruption mechanism satisfactorily. Therefore there is no doubt that the new environment in the anti-corruption would require new patterns of system and model in the courts, especially in the judicial decisions in Korea.

This paper discussed the reality of fighting corruption and the role of the Supreme Court in controlling corruption. The regimes have attempted to clean up the corruption phenomena but failed because of its lack of management and legal systems. Therefore, the best control mechanism against corruption is the court system to administer an integrated anti-corruption act.

The judicial decisions in the corruption-related cases and the court systems to controlling the widespread corruption phenomena have been inclined to dysfunction in anti-corruption. The decision taken by the justices of the Supreme Court and judges of the inferior courts to eliminate corruption exemplifies such dysfunction. This paper discusses the role of the Court in Korea, with a special focus on the effective mechanism to eliminate corruption. In this paper, the author considers the decisions and behaviors of the judges have depreciated the anti-corruption efficiency and the integrated anti-corruption law, though it will be acted. This paper suggests the proper role of Courts of Korea in eliminating corruption and the vital factors for managing the anti-corruption law from the political influence of external forces are the judicial independence.

In conclusion, Korea should erect a united legal institutionalization to eliminate corruption, and the Supreme Court must be strengthened to maximize the control mechanism of corruption phenomena in the system.

*숭실대 법대 교수 · 헌법학(法·博)

I. 사법의 반부패기능

공동체가 민주적 조직체로서 시민의 자유를 보장하기 위해서는 공직자부정을 법치국가적 엄격함으로 처벌할 수 있는 사법부의 독립을 전제로 한다. 사법이 독립하여 기능을 수행할 수 있을 때 '반부패기본법'과 독립적 반부패기관의 존재는 의미 있게 된다. 반부패 총괄기관을 독립기관으로 설정한다든지 반부패를 위한 일반법을 제정하는 것이 헌법과 법 체계 이론상 가능하다고 하더라도, 반부패를 실현하는 헌법기관으로서의 권능을 행사하는 사법부와 검찰의 부패공직자 처벌 능력이 법치주의를 구현하는 목적을 이행할 수 있을 때 현실적으로 의미있는 것이다.

'반부패와 사법부의 독립'을 논의하기 위한 전제되는 조건은 다음의 세가지다. 첫째, 공직자부정을 사정하여 적발하는 총괄기관이 있어야 하는가, 있다면 이를 맡아야 할 기관 그리고 그 기관에 대하여 부패의 적발을 위한 자료요구권 외에 수사권, 기소권까지 인정할 수 있는가 등의 정리다. 둘째, 반부패를 위한 기존 법제에 추가할 내용(예컨대 내부비리고발자보호제도 등) 또는 수정할 부분(예컨대 공직자윤리법 등)을 논의하는 것이며 셋째, 부정공직자에 대한 필벌(必罰)의 체계를 갖추고 있는가 그러한 제도가 미비하다면 검찰의 수사권이나 기소권의 자의를 보완할 수 있는 제도라든지(예컨대 특별검사, 기소법정주의 등) 고위공직자에 대한 법원의 선고유예가 정당한 법리에 근거한 것인가 등을 살펴보고 보완을 위하여 요구되는 제도를 찾는 것이다. 문제는 위의 세 조건들을 정리하여 일반화한 '반부패기본법'을 제정한다고 하더라도 그 실효성을 위한 실질적인 조건은 무엇인가에 관한 것이다. 제15대 국회는 공직자의 부정방지과 처벌에 관한 기본법인 반부패기본법을 제정할 것이라는 기대가 컸었다. 그럼에도 불구하고 2000년 2월 9일 종료한 제15대 제210회 임시국회는 민생과 개혁 관련 법안 중에서도 중요한 반부패방지기본법(또는 부정부패방지법) 제정안을 소관 상임위원회에서도 통과되지 못한 채 다가올 입법기의 만료로 자동 폐기될 처지에 놓이게 되었다. 반부패기본법안이 처리되지 않은 표면적인 이유는 한나라당의 특별검사제 도입 주장과 이에 반대하는 여당간의 갈등에 있다. 하지만 특별검사제가 반드시 부패방지를 정하는 일반법에 들어가야 한다는 당위성은 없다. 오히려 법체계의 정합성(整合性) 측면에서 보면 미국처럼 한시법의 형태로나마 특별검사법을 제정하여 특별검사제를 정하는 방식이 실효성의 측면에서는 우위에 있다. 상시적 특별검사제를 부패방지법에 넣는 입법예가 홍콩, 싱가포르 등의 국가에 불과하다는 점은 이를 말한다. 부패방지법이 제정되지 아니한 속사정은 혹시, 이 속에 담고 있는 내부고발자보호제도, 돈세탁금지 규정, 비위공직자 취업 제한 등을 외면하고자 하는 의원들의 미필적 고의에 있는 것은 아니었나 하는 의구심이 든다.

본고는 반부패기본법이 제정된다고 하더라도 부패행위자를 적발하여 처벌하는 주체인 검찰 그리고 최종적으로 이들을 심판하는 법원의 사법제도가 독립성과 정당성을 지니지 아니하면 법으로서의 실효성이 특히 저하된다는 점을 밝히면서, 사법제도의 정당성을 위하여서는 사법의 정치적 독립이 필수요소임을 지적하고자 한다. 반부패기본법이 제정된다 하더라도 이러한 법제가 지니어야 하는 처벌법으로서의 체계적 정당화는 공직자의 부정행위가 담고 있는 투기적(발각되면 징역을 감수하겠다는) 또는 발각되지 않으리란 확신에서, 구조적(같은 직장에 있는 공직자의 공모나 방기(放棄) 등) 부정행위를 처벌할 수 있는 실효성을 담보하지 않는 한 무의미하게 되기 때문이다. 즉 법집서의 수호 의무를 지는 사법부가 독립적으로 활동할 수 있는 민주적 구조를 가지지 아니하는 한, 부패방지를 위한 일반법은 그 기능을 온전하게 발휘할 수 없음

특히 우리의 경험을 참고로 하여 밝히고자 하는 것이다.¹⁾

II. 반부패 제도로서의 사법기관

사법에는 법원은 물론 헌법재판소도 포함한다. 헌법재판소도 사법을 권한으로 한다는 점에서 동질적이기 때문이다. 헌법은 제5장 '법원'에서 사법에 관한 최고의 규범적 질서를 정하고,²⁾ 헌법재판소에 대해서는 제112조 제2항에서 '헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다' 라고 하여 정치로부터의 독립을 명확하게 선언하고 있다. 또한 정치과정의 제1차적 심판자라 할 수 있는 중앙선거관리위원회도 제114조 제4항에서 '위원은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다'고 하여 이를 명시한다. 이에 비하여 법관의 경우는 정치적 중립성을 명문으로 정하는 규정이 없다. 이는 헌법재판소의 재판권은 '정치적' 사법으로서의 성격도 병존하며 중앙선거관리위원회는 정치과정에서의 중립성 확인의 필요성에서 특히 이를 정한 것이지만, 사법의 속성은 정치와 기본적으로 다르다는 당연한 점에 기인한다.

사법에는 헌법 제6장이 정한 '헌법재판소'도 포함하지만 특히 법원에 한정하여 검토한다면, 사법이 정치적으로 독립하여야 한다는 점은 법원의 권한인 사법권이 지니는 '사법'의 속성에 기인한다. 사법의 속성은 정치를 배제하는 것이다. 사법은 합리성과 논리적 설득력을 힘의 원천으로 한다는 점에서 (C. Schmitt의 개념 정의에 따를 때의) '정치적인 것'의 특성인 '편가르기'라는 비합리성 즉 '네파이나 내편이나'라는 동지와 적(友敵)의 관계를 속성으로 하는 정치를 본질적으로 피한다.³⁾ 그렇지 않을 경우 사법의 목적인 '분쟁판단'은 설득력이 없어져 표류하게 된다.⁴⁾

사법의 본질인 합리성과 논리적 설득력을 가장 잘 구현하는 것이 헌법 제103조가 정한 '양심에 따른 독립한 심판'이다.⁵⁾ 양심에 따른 판단은 '객관적이고 공정하게 선임된' 법관이 가장 잘 할 수 있으며 바로 그것이 사법권 독립과 민주화의 핵심이다. 공정하게 선임된 대법원장 등의 법관이 국가의 권력의 한 축인 사법권을 '법치주의'와 '민주주의' 실현자로서의⁶⁾ 적격성을 지니면서 행사할 때 비로소 헌법기관인 법원의 독립은 실현된다. 사법권은 국민의 '재판을 받을 권리'를 실현하는 국가권력이므로 이를 담당하는 대법원장, 대법관 그리고 법관의 선임 및 인사는 당연히 '국민'에게 공개되고 국민을 설득하여 국민적 힘을 얻어야 하며, 이러한 국민적 공론화야말로 초대 대법원장인 街人 金炳魯가 이래 反 법치에 맞선 대법원장이 드물었던 우리 사법부의⁸⁾ 정치적 독립과 권위 확립의 첫 걸음이 된다. 법원인사가 고시 기수, 출신지역, 대통령 등

1) '부패'라는 말이 헌법이나 법률상 용어로 정착되지 않고 있다 하더라도 부패의 정의와 범주에 대하여 예전 대 일련의 법 집행에 있어서 공무원이 공익(public interest) 추구라는 본분을 망각하고 사회문화적 규범과 법제도를 위반하거나 일탈하는 행정현상이라고 하든지, 공무원의 조법적 서비스에 대한 반대급부로서의 재화가치와의 교환이라는 소위 지대추구(rent seeking) 행위의 조장을 포함하는 것으로 이해하는 견해는(유종해, 1992, 행정윤리와 부패, 사회과학논집, 연세대사회과학연구소, 23) 우리 사회의 부패현상에 대한 총체적 파악과 대응책 마련에 적절하다. 그런데 부패에 관련한 위의 정의에 비추어 볼 때 직무 관련 공무원범죄의 경우 검찰이나 법원의 사법적 처리가 관대하다는 지적이 있을 정도로(안상수, 1994, 검찰개혁입법) 시급하다. 경제정의, 가을호, 126면 이하) 공직자부패 처벌의 사법적 담보의 기능이 약함을 볼 때, 공무원부패의 방지와 처벌을 위한 검찰과 법원의 자세가 중요함을 알 수 있다.

2) 현행 헌법의 사법부에 관한 규정은 다음과 같다. 헌법조문을 굳이 여기에서 언급하는 것은 본고가 게재되는 본 학술지가 법학전문지가 아니어서 독자의 편의를 위한 것이다.

제5장 법원

- 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다./ ② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직한다./ ③ 법관의 자격은 법률로 정한다.
- 제102조 ① 대법원에 부를 둘 수 있다./ ② 대법원에 대법관을 둔다. 다만, 법률이 정하는 바에 의하여 대법관이 아닌 법관을 둘 수 있다./ ③ 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다.
- 제103조 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.
- 제104조 ① 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다./ ② 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다./ ③ 대법원장과 대법관이 아닌 법관은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명한다.
- 제105조 ① 대법원장의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다./ ② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다./ ③ 대법원장과 대법관이 아닌 법관의 임기는 1년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다./ ④ 법관의 정년은 법률로 정한다.
- 제106조 ① 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다./ ② 법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 퇴직하게 할 수 있다.
- 제107조 ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다./ ② 명령·규칙·처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다./ ③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법 절차가 준용되어야 한다.
- 제108조 대법원은 법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
- 제109조 재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.
- 제110조 ① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다./ ② 군사법원의 상급심은 대법원에서 관할한다./ ③ 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다./ ④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

- 3) 그렇지만 우리는 사법에 정치가 개입하여 사법을 왜곡시킨 3차례의 '사법파동'을 경험하였다. 제1차 사법파동은 제3공화국 말기 유신 직전인 1971년이었으며 제2차 사법파동은 제5공화국 당시인 1988년 그리고 문민정부때인 1993년에 제3차 사법파동이 있었다. 이 3차례의 사법파동의 공통점은 '정치판사'의 퇴진이었다.
- 4) 사법부가 정치적 영향이나 압력을 받았던 과거의 사건은 이승만 정권의 진보당 사건, 경향신문 정간 사건이라든지 박정희 정권의 1971년의 제1차 사법파동, 유신과 판사의 재임명 탈락, 고문사건에 대한 소신 없는 판결, 김영삼 당시 신민당 총재의 직무집행정지 가처분 결정 사건, 민청학련 사건 등이다.
- 5) 헌법 제103조 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 獨立하여 審判한다."는 규정의 의미는 법관이 정치적 깨끗한 마음을 가지고 법률과 양심에 따라 공정한 재판을 하였느냐 즉 정치권력은 물론 이익집단이나 오도된 여론 나아가 법관의 사소한 잘못된 관행도 국민 비판에서 자유로울 수 없음을 뼈저리게 인식하여 법관이 자기 자신으로부터도 독립해서 주관을 배제하고 자신의 사고를 객관적인 잣대로 저울질해 정의와 국민의 편에 섰느냐 하는 것이다. 姜京根, 1998, 憲法學, 법문사, 679면 이하.
- 6) 사법부는 법치주의를 책임지는 국가기관이고 그 최고법원이 대법원이므로 이를 구성하는 대법원장과 대법관은 구체적 쟁송 사건의 '심판자'로서 법치주의 실현의 최고책임을 지는 주체이며 각급법원의 법관 역시 같다. 특히 3심제 하의 상고심으로서의 대법원은 동시에 민주주의 형성의 주요 인자로서 국민적 정당성 및 공동

유력 정치인과의 친분 등을 주된 고려의 대상으로 하는 법원 내부의 관점이 아니라 법조인으로서의 법률적 식견, 인간으로서의 세계관적 품격 등이 총체화 되어 이루어질 때의 판결은 법 원칙과 상식에 입각한 해석에 기초하고 법 논리가 허용하는 한도에서의 사회 정향적 자세를 유지할 수 있게 된다. 그럴 때 대법원의 쟁송 판단은 공동체생활에 직접적인 영향을 주고 이를 국민은 확실히 인식하며 대법원은 정치의 범주 참모에서 벗어나 국민의 사법으로 자리 잡을 수 있다.

대법원장의 경우는 대통령이 국회의 동의를 얻어 임명한다. 이때 대법원장으로 지명된 사람은 국회의동의에 '앞서' 그 법률적 식견, 인간으로서의 세계관적 품격 등을 '국민에 의하여' 검증받는 '단계'가 마련되어야 한다. 그 방식으로 가장 적합한 것이 국회에서의 인사청문회다. 국회의 인사동의권은 그 인물에 관하여 '알 권'인 '청문회개최권'을 외연으로 하므로 법리상으로도 무리가 없다. 이 점에서 국회법 개정이 속히 이루어져야 한다. 변호사단체가 이번 제13대 대법원장 임명 과정에서 대통령에게 후보자를 추천하였지만¹⁰⁾ 청문회에 버금가기에는 부족한 상징

체 가치의 실현자로서 책무도 짊어진다. 姜京根, 1998, 憲法學, 법문사, 670면.

- 7) 김병로(1887~1964) 초대 대법원장은 을사조약이 맺어지자 최익현이 이끄는 의병에 가담하였다. 이후 일본 명치대, 중앙대 등에서 법학을 공부하고 변호사자격 취득하여 3.1운동 이후 광복 때까지 독립운동 사건의 무료변론을 맡았다. 안창호 여운형 등 민족지도자에 대한 치안유지법 위반 사건, 광복단 김상옥 의사 사건, 광주 학생운동, 6.10만세, 105인 사건, 홍사단 사건, 대구학생 비밀 결사, 조선공산당간도공산당 사건, 원산 파업 등 무려 1백여 건에 달했다. 정부수립 후에는 초대 대법원장에 취임하고 친일파 처벌을 위한 반민특위 재판장으로 활동하였으며 이승만 대통령의 사사오입 개헌의 부당성을 통렬하게 비판하였다. 바인은 공사를 철저히 가려 공직윤리에 충실했고 법의 기초가 되는 윤리를 생활 속에서도 실천, 대법원장 재직시절 9.28수복 무렵 그의 부인이 고향 순창에서 공산도배에 학살당했으나 이에 대한 일체의 예우도 "사사로운 장례를 위해 순경들에게까지 패를 끼칠 수 없다"고 사절하였다고 한다.(조선일보 사설, 1995년 6월 21일, 김병로와 법관윤리.)
- 8) 윤관 제12대 대법원장은 1999년 9월24일로 임기를 마쳤다. 판사 봉직 37년이라는 역대 최장 근무기록, '수도승'으로 비유될 정도의 법관으로서의 자세, 제 임기마저 채우지 못한 역대 대법원장의 처신을 반면교사로 삼은 덕목은 제8대 유태홍 전 대법원장 이후 13년만에 처음으로 임기를 채우게 하였다. (조선일보 사설, 1993년 9월 24일 합리적인 대쪽 판사/대법원장 내정 윤관 대법관 참조.) 2대 조용승 대법원장은 4·19 혁명 직후 중도 하차했지만 3~4대 조진만 대법원장은 변호사의 청탁을 거부하고 사법제도를 현대화하며 박정희 전 대통령으로부터 '어른' 대접을 받는 등 사법권이 어느 정도 확립됐던 시기였다. 10년2개월간 재임한 최장수 대법원장인 5~6대 민복기 대법원장 시절인 71년 6월엔 국가배상법 위헌판결을 내린 대법관 9명이 무더기로 재임용에서 탈락했고 다음달엔 판사 구속에 항의한 법관 151명이 집단 사표를 내는 '제1차 사법파동'이 일어났다. 79년부터 81년까지의 군사정권 25개월의 임기를 거친 7대 이영섭 대법원장은 물러나는 퇴임사에서 "되돌아보면 회한과 오욕으로 얼룩졌다"고 말했다. 퇴임사 보도자료에는 司法府의 한자를 司法 '部'로 표기하였다. 8대 유태홍 대법원장은 판사들에게 자주 철지한 국가관을 강조하여 법관들은 이때를 사법부의 암흑기라고 부른다. 그는 5년의 임기를 채우기는 했으나 85년 9월 시국사범을 무죄 석방한 판사의 좌천을 계기로 촉발된 '사법파동' 여파로 야당의원 102명이 탄핵소추안을 발의하는 사법사상 최악의 불명예를 겪었다. 9대 김용철 대법원장은 88년 6월 민주화 속의 사법부쇄신을 위한 '제2차 사법파동'으로 물러났다. 88년 10대 대법원장으로 지명됐던 정기승 대법관의 임명 동의안은 여소야대 정국상황에서 부결되었다. 이일규 변호사가 10대 대법원장이 돼 정년까지 2년5개월 동안 비교적 평탄한 재임 기간 사법부 독립의 기초를 닦은 것으로 평가되었다. 하지만 90년 12월 제11대 장으로 취임한 김덕주 대법원장은 문민정부 초기인 93년 9월 11일 2년9개월 재임하고 재산공개 파동으로 물러났다. 그는 법관재임명제를 과감히 활용, 법관자질 향상에 적지 않은 기여를 했다는 평이 있었다. (한상범, 1994, 한국의 법문화와 일본제국주의의 간재, 교육과학사.)
- 9) 대법원장이나 대법관의 선임을 오로지 변호사 자격자에게만 부여하는 우리 제도의 재고를 요할 때가 됐다. 일본의 경우 이미 15인의 대심원판사 중 학계, 외교관, 행정관리 각 1인을 구성원으로 하고 있다.
- 10) 최중영 대법원장 임명 과정에서 대한변협은 대법원장 후보를 대통령에게 공개적으로 추천하였다. 이는 밀실

적 의미가 크다.¹¹⁾ 이러한 판단은 대법관의 경우에도 같다. 대법원의 새로운 밀레니엄의 판을 구성하는 대법관이 내년까지 9명이 바뀐다는 점을 생각한다면¹²⁾ 21세기 사법의 형성을 대법원장과 대통령 등에게 과부하시키지 말고 국민이 함께 고민할 수 있는 기회가 마련되어야 한다. 대법관의 임명 제정의 경우도 대법원장의 임명의 과정이나 절차 그 내용 등에 있어서와 같은 절차를 거쳐야 한다. 2000년 7월에는 대법관 6명의 임기가 끝나 내년까지 대법관 13명의 3분의 2 이상이 바뀐다는 점을 염두에 둘 때 대법관 임명에 있어서의 인사청문회는 늦추어서는 아니 된다.

III. 반부패와 관료법조제

법관들이 정치권의 영향력에 휩쓸리는 주된 원인은 사법부의 수직적 구조를 가져오는 '관료법조제도'에 있다. 이로 인한 법관의 관료화는 사법의 정치적 독립에 장애를 주고 있다. 관료법조의 양대 기둥인 '법관 직급제'와 '승진제'를 점진적으로 폐지하여야 한다. 주기적인 인사를 통해 승진을 해야만 조직 속에서 커갈 수 있는 현행 시스템 때문에 출세지향적 정치판사들은 인사권자와 상급 법관을 의식하고 재판하며¹³⁾ 승진과 좋은 보직을 열망하는 그런 분위기가 법원의

임명이라는 '지금까지의 관행'에 대한 비판으로 볼 수 있다. 물론 법조관료제의 틀 위에 있는 우리의 법조제도 하에서의 대한변호사협회의 '추천'은 연방판사를 변호사 중에서 선임하는 법조일원제 하의 미국적 틀 속의 전미변호사협회(ABA)의 역할과 같게 볼 수는 없다. 그렇다고 변형이 턱없는 월권행위를 한 것이라는지 이로 인해 사법부 독립이 침해당한다고 보는 것은 어렵다. 변호사단체의 대법원장 내지 대법관 추천은 일종의 인사청문회의 기능을 주어 사법부독립에 결과적으로 득이 되는 점이 있다. 다만 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하므로 '정식'의 추천권은 국회에게 있으며 따라서 대한변협은 대법원장 인선에 관련한 정식의 구속력 있는 추천권은 행사할 수 없겠고 사회단체의 청원 정도의 의미겠다. (姜京根, 국가의 활동과 헌법의 원칙, 대한매일시론, 1999년 8월16일.)

- 11) 최종영 대법원장은 대법관 재직 시 19개의 전원 합의체 판결에서 두 번을 빼고는 다수 의견을 따랐다. 주요 결정으로는 '행정기관의 적법한 허가를 받은 개발이라도 주민들이 식수난에 처했다면 부당하다'고 한 판결, 서울대 화학과 우조교 성희롱사건 재판의 주심을 맡아 원심을 깨고 우씨의 손을 들어준 판결이다. 윤관 대법원장 아래에서 93년부터 3년6개월간 법원행정처장으로 재직하였다. 참여연대나 경실련 등 시민단체는 "개혁성에서는 기대에 못 미친다"고 평가했다. 80년대 중반 김 대통령 선거법 위반사건에서의 재판부 기피신청을 받아 들여 그의 임명 배경에는 이런 배경이 작용했다고도 한다. 이러한 내용들이 사실 청문회 과정에서 검증이 되었더라면 최 대법원장의 국민적 인지도와 공감대는 측량키 어려울 만큼 컸을 것이다. (조선일보, 1999년 9월 16. [최종영 대법원장 지명자] 원칙에 충실한 큰 그릇.)
- 12) 최종영(60) 대법원장은 99년 9월 27일, 이번 10월 10일로 임기가 끝나는 대법관 3명의 후임에 윤재식(사시 4회) 서울고법원장, 이용우(사시 2회) 서울지법원장, 유지담(사시 5회) 울산지법원장을 임명 제청했다. 최 대법원장을 포함한 전체 대법관 14명중 사시출신이 8명을 차지하게 되었다. 임기만으로 물러나게 되는 대법관은 안용득(고시 13회) 법원행정처장과 정귀호(고시 15회), 박준서(*) 대법관이다.
- 13) 사법부의 존재의의는 법관의 독립적이고 소신 있는 판결에 있으며 그러한 사법부의 본질적 문제는 외부기관에 영향하는 등의 정치관사에 있다. 가인 김병로 초대 대법원장은 대한민국 초대 이승만 대통령이 1956년 2월 21일자 국회연설에서 "판관되는 사람들은 세계에 없는 권리를 가지고 행세하고 있으니 첫째는 경찰이나 검찰에서 소상히 조사해서 상당한 것을 가지고 재판소에 넘기면 재판소에서는 이것을 막론하고 그냥 백방해서,"라고 사법부를 비판하자 "이의가 있으면 항소하라"며 맞대응 하였다. 그에 비하면 유신과 5공 시절 공소장을 고스란히 베껴다 시피 한 판결문 "상 피고인 누구와 누구는 모월 모일 모처에서 전후 5차례에 걸쳐 밀회하고 그것이 적에 이익이 된다는 점을 충분히 지시하였음에도 불구하고 반국가단체의 목적사항을 고

중립성과 민주화를 가로막고 있다. 승진에서 탈락한 판사는 미련 없이 옷을 벗고 변호사 개업을 하여 법원은 거물 변호사 양성소라는 말을 듣는다. 서울 등 대도시에 발령을 받으면 승진으로 생각하고 한적한 지원으로 발령 나면 옷 벗고 나가라는 암시로 여기는 판사들은 스스로 독립된 법관으로 처신하기보다는 법원이라는 조직의 일원으로 행동하기 일쑤다. 전관예우를 위시한 많은 사법비리가 이같은 풍토와 직접 관련돼 있다.

대륙식의 법조직업주의를 하루아침에 영미식 법조일원주의로 바꾸기 어렵고 비현실적이겠지만 판료법조제로 호르는 것은 막아야 한다. 변호사 등 법조인으로서 10년 이상 일 한 사람 중에서 판사를 임용하는 등 재야와 재조 간 인사교류의 활성화, 평판사-지법부장-고법부장-대법관 등 법관직급제의 점진적 폐지,¹⁴⁾ 일정 자격에 도달한 법관의 정년을 보장하는 평생법관제 등을 이제는 실천하여야 21세기 사법이 요구하는 전문화된 법관도 양성할 수 있으며, '판결하는 자가 법관'이라는 상식이 살아 날 수 있다. 현재 태부족인 법관 정원 등을 늘리고 이를 충원하기 위한 법조직역 종사자의 계속적인 확대, 법원의 재판에 대한 헌법소원의 전면적 인정에 의한 상호 견제 시스템의 기능화 등등이 고려되어야 한다.

1970년 대 이후 몇 차례 사법부 독립의지를 표출한 '사법파동'이 있었지만 제 자리 걸음을 하는 가장 큰 원인은 대법원장이 '제몫'을 다 해주지 못했기 때문이다. 대법원장이 사법부 독립의 상징으로 중요 사건의 '외풍'을 막는 역할을 하려면 국민의 감시와 견제가 항상 요구된다. 이와 관련하여 일본국 헌법이 대심원판사에 대한 '국민심사제'를 보장하는 점은 참조될 만하다. 구체적으로 대법원장의 인사권에 대한 합리적 견제를 위한 법관인사위원회의 의결기관화, 인사위원 선발 시 평판사의견의 반영, 각급 법원장의 인사편성권 분산, 사법부 운영에 법관들의 의사가 자유롭게 반영될 수 있도록 하는 법관회의 소집요구권, 의견제출권, 의결권 등의 권한 등이 실천되어야 하겠다.

IV. 사법의 독립과 반부패의 제도화

법원의 정치적 독립을 저해하는 가장 큰 최근의 쟁점은 대통령의 사면권에 대한 사법적 통제가 제대로 이루어지지 않는 점이다. 사면은 기소와 심판의 지속을 무위로 돌리는 그 속성 상 사법권을 근거에서부터 부인하는 것이다. 따라서 사면은 사법부 자신 특히 대법원장의 합리적인 동의가 있을 때에만 국민적 설득력이 있다. 대법원장은 그 몫을 충실히 이행하여야 한다. 그러

무 찬양 동조하고" 등은 정말로 부끄럽다. 제3차 사법파동 당시 서울 민사지법 단독판사 40명 중 28명이 "지난날 정치권력이 법의 이름을 빌려 민주적 기본질서와 국민의 기본권을 유린할 때 사법부는 마땅히 그것은 법이 아니다 고 선언해야 했음에도 침묵으로 대신했다"고 지적하고 "특히 판사들은 판결로 말을 해야 했을 때 침묵했고, 판결로 말해서는 안될 것을 말하기도 했으며, 판결이란 방패 뒤에 숨어 진실에 등을 돌리기도 했다"는 지적은 이를 증언한다. 1998년 당시 법원행정처장이던 최종영 현 대법원장은 국정감사 시의 답변에서 정치판사 퇴진 등 인적 개혁과 관련, "개인의 영달을 위해 법관의 양심에 어긋나는 판결을 내리거나 특정조직에서 지나친 권한을 행사했다면 그 판사는 법관 자격이 없다"며 "다만 이 같은 판단 역시 주관에 치우치거나 여론에 따라 내려진다면 사법부 독립에 어긋나는 것이므로 법관 스스로의 자율과 양심에 따라 해결할 문제"라고 하였다.(한상범, 1994, 위의 책.)

14) 1994년 사법개혁 시 판사는 다년 간의 법조경력을 가진 사람 중에서 임명하려고 했는데 결과는 2년제 예비 판사 제도가 시행되었을 뿐이다.

려면 대법원장 등은 임명권자인 대통령에 대한 고려를 취임한 그날부터 버려야 한다. 이제부터는 대통령이 주관하는 정치와 분명히 구별되는 사법을 책임지는 수장이기 때문이다. 미국의 경우, 1974년 워터게이트 사건의 닉슨 대통령이 도청 테이프를 제출하라는 하급 법원의 요청을 거부하자 연방대법원은 만장일치로 '공개 명령'을 결정했고 닉슨은 하야했다. 아이젠하워 대통령은 자신이 임명한 얼 워렌 연방 대법원장과 브렌넨 대법관이 흑백 분리 정책을 위한 선언하는 등 행정부 정책과 반하는 진보적인 판결로 일관하자, 퇴임시 "재임 중 두 가지 실수가 대법원에 앉아 있다"고 말하기도 했다. 미국 연방 대법원장들은 '견제와 균형'이라는 민주주의 원칙에 충실했을 뿐 아니라, 시대를 앞서가는 판결로 나라의 좌표를 바꾸는 역할도 해 온 것이다. 이를 본 받을 때 우리 법원의 자율권은 유지된다.

판사실 실패를 받는 관행, 급행료를 받는 관행들이 사법의 자율성을 가장 크게 훼손하였다. 1971년 법관의 출장비를 변호사가 낸 사건 때문에 법조파동이 일어났었다. 그때 이후에도 이러한 문제가 없어지지 않았다면 법조계의 자정노력이 미미한 것이 아닌가 한다. 1993년부터 전관예우 관행을 없애기 위해 사법개혁을 단행했으나 아직도 계속되고 있는 것도 그 한 예이다. 문제는 법원의 예산이 전체 국가 예산의 1%도 안되는 현실이다. 이는 법조의 비리라고 하는 현상들의 타파를 법조 자신의 자정에만 맡기기도 어렵게 하는 주된 원인이다.

법조에서 윤리강령을 만들었으나 잘 지켜지지 않고 이에 위반하여 징계된 일도 드물다. 변호사징계도 법무부에서 행한 때에는 많았으나 정치적 남용의 우려가 있어 변호사회에 넘겼더니 미미해졌다. 비위 법관이나 검사에 대한 징계는 거의 없었고 사표수리로 끝났다. 법조 내부에서 개혁을 외쳤지만 범복을 벗는 일이 많았다. 법조라는 동료의식이 서로를 감싸는 법조 3류의 잘못된 고리를 풀 수 있는 제도적 개혁안을 제시하고 실천해야 한다. 헌법이 보장하는 소비자의 권리는 사법의 영역에서도 타당하다. '법률소비자'의 입장에서 이러한 법조 양태는 '독과점'에 다름 아니다. 또한 근원적으로 사법시험이라는 족쇄에 묶여 이들에게 제대로 법학 트레이닝과 인성 교육을 시키지 못하는 오늘의 법학교육과 법대 교수 역시 책임이 크다. 법학 교육과 학제의 개혁은 사법의 정치적 독립과 민주화의 측면에서도 논의되어야 한다.

V. 맺는 말

국무총리 국무조정실의 '부패방지 종합대책'은 부패의 방지를 예방과 적발·처벌로 나눈다. 이중 적발의 면에서는 부패자적발의 강화 측면에서의 여러 방책들이 제시되었으며 특히 본고와 관련하여서는 '처벌의 확실성 제고'라는 입장에서 형사처벌을 강화하고 사면복권의 제한 등을 들고 있는 바,¹⁵⁾ 바로 그 지점이 사법부독립성과 반부패의 연결점인 것이다. 특히 1999년 12월 1일 반부패특별위원회가 건의하고 국민회의가 제출한 반부패기본법안은 시스템적인 부패방지 시책을 설정하였지만 그러한 시스템의 기능성 내지 실효성은 결국 사법적 처벌의 공정성과 강도에 달려 있음을 생각할 때, '반부패와 사법부독립'은 더불어 논의되어야 할 부분인 것이다.

사법부독립에 있어서 가장 중요한 것은 법관에 대한 국민의 신뢰다. 그런데 국민들이 법조인을 신뢰할 수 있다면, 그것은 그들이 남보다 능력이 뛰어나기 때문이어서가 아니며 이들이 누리

15) 국무조정실(1999), 「부패방지 종합대책」.

는 사회적 지위 때문은 더더욱 아니다. 다른 아닌 우리 나라의 어떤 직업 群들보다 도덕적으로 우월하려는 노력을 그들이 하고 있다고 믿기 때문이다. '법과 정의의 마지막 보루'라는 법조, 법조인들이 기대수준만큼 미치지 아니 한다면 반부패기본법이 제정되더라도 실질적 실현은 이루어지기 어렵다. 그럼에도 불구하고 법원-검찰-변호사 등 이른바 법조 3輪은 국민이 위임한 사법 정의를 독과점 체제를 형성해 가면서 소홀히 다룬다는 의심마저 들게 할 정도로 폐쇄적이고 독선적 길드 즉 동업자조합의 형식으로 운영하여 왔음을 우리는 살펴 보았다. 다시 한번 강조하는 것은 독립한 법관만이 사법을 독립적으로 이끌 수 있으며 그 때 반부패기본법은 기능적 실효성을 지니게 될 것이므로, 사법은 사회의 질서를 개인적 감정에서가 아니라 사회적 정의에 입각하여 형성하여 판결을 내려야 한다.

'검사윤리강령' 제3조가 검사의 정치적 중립과 공정을 명시하여 "오로지 법과 양심에 따라 엄정하고 공정하게 그 직무를 수행한다"라는 선언 역시 요체는 정치적 독립인만큼, 검찰도 사법과 같은 정도의 독립성을 지녀야 한다. 정치권으로부터의 총애(寵愛)에 검찰권의 행사를 맡기지 말고¹⁶⁾ 검찰총장 등 수뇌부가 직무를 행함에 있어서 '자리를 걸고' 검찰개혁을 위한 자세 즉 대통령으로부터도 독립할 수 있을 정도의 중립적인 검찰권을 행사할 수 있는 제도를 진퇴를 걸고 자리잡을 수 있도록 하여야 한다. 엄정하고 공정하게 수행하여야 할 직무가 '정치적 권력형 사건' 즉 권력의 최고위층 및 그에 버금가는 위치에 있는 인사들이 연루된 사건들에 있어서는 그러하지 못하였음이 일반적인 평가였기 때문이다. 검사동일체 원칙을 합리적으로 재해석할 수 있는 제도적 검토, 검찰총장 인사청문회, 검찰 인사위원회에 소장 검사의 실질적 참여 보장, 검찰심의회의 조직화 및 기소권의 통제 등의 실천이 그것이다. 검찰의 정치적 중립과 공정은 국민이 믿고 이를 신뢰할 때 의미가 있는 것이며 그렇지 못할 경우 국법질서의 확립, 국민의 인권 보호 그리고 정의의 실현은 '혼자만의 외침'에 그친다. 반부패의 사법적 해결 역시 멀다.

참고문헌

◆ 국내문헌

강경근 외. (1997). 「부정부패의 사회학」. 나남.

강경근. (1998). 「헌법학」. 법문사.

강성남. (1993). 관료부패에 대한 연구: 뇌물행위에 대한 개념적 이해의 틀. 「중앙행정논집」. 7. 중앙대학교 국가정책연구소.

16) 1999년 1월의 대전법조비리에 관하여 경력 10년 내외의 형사부 검사들은 이 사건이 표면적으로는 법조 브로커의 문제이지만 근본 요인은 "검찰이 정치권력의 시너 역할을 해 온" 것을 지적하면서 검찰총장 등 검찰 수뇌부의 퇴진과 검찰의 정치적 중립을 보장하기 위한 제도적 장치의 마련을 요구하였다. 雷管은 검찰권을 출세의 수단으로 행사하여 국민의 재판권을 경시한 '정치검사'에 있다는 것이다.

- 강성남. (1994). 공무원부패방지방안과 관련된 예상쟁점과 입법상의 보완책. 「현안분석」, 88. 국회도서관 입법조사분석실.
- _____. (1997). 부패통제기구: 문제점과 개혁방안. 이은영 외. 『부정부패의 사회학』. 나남.
- 강원택. (1999). 정치부패방지를 위한 제도적 개선방안의 논의. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 김병섭·백승빈. (1999). 정부의 반부패 노력: 그 성과와 반성. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 김철용. (1993). 공직부패방지를 위한 법제도와 그 개선책. 「건국대 사회과학」, 17.
- 박재완. (1998). 현업공무원의 부패의사결정모형. 「한국행정학보」, 32(2).
- 박재완. (1999). 반부패 전략과 전술: 예방과 처벌. 한국행정학회 1999년 특별 세미나 발제논문.
- 박재완. (2000). 공직부패 통제제도. 문형표·이혜원 編. 『한국의 부정부패: 원인과 대책』. 한국개발연구원.
- 안상수. (1994). 검찰개혁입법이 시급하다. 「경제정의」, 가을호.
- 오영근·이상용. (1996). 『뇌물죄에 관한 연구-수뢰죄의 양형실태와 통제방안』. 한국형사정책연구원.
- 윤태범. (1997). 공무원부패에 대한 법적 통제의 가능성과 한계. 「한국부패학 회보」, 1.
- _____. (1999). 부패방지를 위한 정부의 역할 및 활동방향. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 이민호. (1999). 부패척결을 위한 기업부문의 역할: 부패척결을 위한 법 제도적 접근방안. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 장상환. (1999). 한국정치문화의 부패유발요인. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 전수일. (1996). 「관료부패론」. 선학사.
- 참여연대 사법감시센터 편. (1996). 『국민을 위한 사법개혁』. 박영물출판사.
- 유종해. (1992). 행정윤리와 부패. 「사회과학논집」, 23. 연대사회과학연구소.
- 한상범. (1994). 「한국의 법문화와 일본제국주의의 잔재」. 교육과학사.
- 한인섭. (1998). 「공직자비리의 처벌실태 및 방지대책」. 부정방지대책위원회 보고서. 28.
- _____. (1999). 권력형 부패에 대한 법적 통제: 검찰의 역할과 한계를 중심으로. 한국행정학회 1999년 특별세미나 발제논문.
- 국무조정실. (1999). 『부패방지 종합대책』.

◆ 외국문헌

- Kim Young-Jong. (2000). "The Role of the National Assembly in Controlling Corruption: the Case of Korea." *the 1st International Conference*, Seoul, Korea The Korean Association for Corruption Studies. pp. 11 ~ 20.