

<서평>

## 『법원과 검찰의 탄생』의 서평에 대한 답변

文竣暎\*

1. 본서를 집필하는 내내 책제목을 정하지 못하고 고민했었다. 지금의 제목은 막바지에 출판사측에서 제안한 것이다. 그전에도 비슷한 제목이 이야기되었으나 선뜻 받아들이지 못하였다. 필자에게 제목을 붙이도록 놔두었다면, 아마도 ‘한국’이란 말을 어딘가에 넣고 근현대 사법제도의 어찌고저찌고, 하거나, 아니면, 국가, 권력, 정치, 식민지, 법복, 관료사법, 검찰사법 등등의 단어들이 조합된 무미건조한 제목이 달렸을 것이다. ‘법원과 검찰의 탄생: 사법의 역사로

---

\* 부산대학교 법학전문대학원, 부교수.

읽는 대한민국’은 간명하고 광고 효과가 큰 것 같았지만, 필자에게는 상당히 부담스러운 제목이었다. 본서에서 근대 법원과 검찰의 성립사와 일본 및 한국에서의 전개를 다루기는 하였지만, 어디까지나 판료사법 및 검찰사법의 전개라는 측면에 초점을 맞추고 있다. 근 10년간 필자가 그때그때 관심을 달리하면서 연구하여 발표한 논문들을 모아 전면 개고하는 과정에서, 내용을 가감하고 관점과 서술의 일관성을 확보하려고 노력하기는 했지만, 미진함을 많이 느꼈다. 그리고 서론에서 말했듯이 본서의 내용은 대한민국 사법의 성립사에 대해 새로운 역사상을 제시한 것도 아니었다. ‘사법 속의 식민지유산’으로 뭉뚱그려 불러왔던 것을 좀 더 상세하게 설명해 본 정도랄까. 솔직히 고백한다면, 본서에서 제시한 한국사법사의 역사상은 조금은 단선적이고, ‘사법의 민주화’라는 사법개혁론의 시각이 투사되어 있으며, 사법제도사와 헌정사를 접목시키려 했지만 그 이론적 기초와 연구방법론이 충분히 정돈되지 못하였다. 거기에 지금과 같은 제목과 부제를 붙이는 것은 너무 거창하고 뻔뻔스러운 느낌이 들었다. 그리고 법원과 검찰의 역사를 다루는 본서에서 독자들이 기대하는 것은 아마도 대한민국 법원·검찰의 ‘현재’, 그 특징과 아이덴티티가 어떻게 만들어졌고 법원·검찰이 무슨 일을 해 왔는지를 ‘최근’의 역사를 통해 설명해주는 것일 것이다. 이러한 기대에서 보자면, 본서는 본격적인 이야기에 앞선 도입부에 불과하였다. ‘그래서, 그 뒤에 무엇이 어떻게 되었는데, 지금은 어떤데?’ 이 물음에 대해 필자의 공부와 능력 부족으로 인해 백지 답안을 내놓았다. 대신 필자 역시 그러한 물음을 의식하고 있고 이 연구 역시 현재적인 문제와 관련이 있었기에, 책의 결론부에서 현재의 상황에 대해 설익은 것이나마 필자의 생각을 풀어보려고 하였지만, 그것으로 본서의 미진함이 보완될 리는 없다.

2. 어쩌다보니 변명으로 이야기를 시작하게 되었지만, 두 분의 서평은 필자로 하여금 지금의 제목을 붙이면서 느꼈던 부담감을 다시금 떠올리게 만들었다. 사실 김상준 판사와 이국운 교수가 서평을 한다는 것을 알고 내심 긴장하였다. 두 분은 각각 법원과 학계에서 한국 사법의 현재와 미래에 관해 참신하

고 과감한 주장을 펼치고 있는, 자타 공인하는 사법제도론, 사법개혁론의 대표 주자들이고 필자 자신이 그들의 글을 보면서 많이 배웠기 때문이다. 실제로 두 분의 서평을 받아들이고 보니 본서에 대해 필자 스스로 느끼는 불만과 미진함, 그럼에도 불구하고 은근슬쩍 넘어가려고 했거나 충분히 생각하지 못했던 문제들을 정확히 집어내고 있어서 가슴 한 구석이 서늘하였다. 개인적으로는 본서를 이루는 작은 가지와 이파리들, 특히 제1부와 제2부에서 필자 나름대로 새롭게 발굴하고 의미를 부여하려고 시도한 사건과 입법들도 평자들의 섬세하고 예리한 지적과 논평의 대상이 될 수 있었다더라면 하는 아쉬움이 들기도 한다. 그러나 그것보다도 소재들을 고르고 엮는 필자의 관점과 논리에 대한 두 분의 지적은, 필자에게 또 다시 큰 가르침이 되었다. 두꺼운 책을 읽어주고 서평을 해주신 두 분께 감사의 말씀을 드리며, 서평에서 지적된 것들을 중심으로 필자의 소견을 말함으로써 답변에 갈음하고자 한다.

3. 김상준 판사는 ‘사법부의 독립’에 대해 현장의 실무가로서 평자가 품은 “현실감”과 본서에서 나타나는 필자의 인식 사이에는 다소 온도차가 있다고 지적하였다. 평자가 보기에 필자는 권력에 의한 재판간섭이라는 측면에서 아마도 현 사법독립의 수준은 그다지 문제가 되지 않고, 오히려 독립에 따른 오용의 위험성(독립된 사법부 수장, 사법 관료들의 조직 내적 전횡)이 더 문제라고 보는 것 같다는 것이다. 평자는 한국의 사법부가 지나온 과거와 현재의 상황을 볼 때, 언제라도 불행한 과거가 반복될 수 있다는 위기감을 갖고 있으며, 따라서 지배 권력의 전횡으로부터의 독립이 가장 우선적으로 강조될 가치가 있다고 말한다. 그리고 미래의 사법발전을 위해 풀어야한 산적한 과제들을 언급하면서, ‘관료 사법’, ‘법관 동일체의 현실’과 같은 표현은, “현장성 있는 실증 연구가 쌓인다면 적어도 학문적 관심사로 삼기에도 너무나 진부해(법원을 마구 공격하는 정치적 레토릭일 수는 있겠다) 이제는 더 이상 쓸모없는 표현”이라고 하였다.

필자는 평자의 의견에 공감한다. 필자 역시 사법부의 원천적 독립의 문제가

경시되어서는 안 되고, 관료사법이 어느 정도는 진부하며 또 ‘관료사법’의 극복만이 현하의 과제는 아니라고 생각한다. 다만 ‘관료사법’이 학문적 관심사로 삼기에는 ‘너무나’ 진부하며 법원을 공격하는 정치적 레토릭이라는 지적에는 완전히 동감하기 힘들다. 필자의 표현력 부족 탓에 평자의 눈에는 필자가 사법권 독립의 문제를 가볍게 다루고 있는 것처럼 비쳤을 수도 있다. 그러나 필자는, 필자 나름의 ‘현재성’의 문제들에 대한 판단에서 바라볼 때, 정치권력·행정권력에 대한 관계에서뿐만 아니라, 사법부 구성원 내부에서, 그리고 주권자인 국민과의 관계에서 독립된 사법부는 어떤 모습을 이어야 하는가 하는 문제를 논의하고 싶었다. 그것이 사법권 독립의 이념과 가치에 헌신하는 사법부를 생각할 때 놓쳐서는 안 될 대목이라고 생각하기 때문이다.

4. 사법권 독립은 근대적 법치를 구성하는 핵심 원칙이자 제도이면서, 이국운 교수의 표현을 빌리면, ‘주권론적 사법제도’와 ‘헌정주의적 사법제도’의 전개와 상호 긴장 속에서 다양한 제도화 방식과 현실태를 갖는다. 이상준 판사나 이국운 교수가 공히 지적하는 바와 같이 필자의 서술에서는 ‘헌정주의적 사법제도’에 대한 조명이 불충분하고 단속적이다. 그리고 근대사법제도에 내재된 ‘관료사법’, ‘검찰사법’의 계기와 그 전개에 초점을 맞추고 ‘주권론적 사법제도’에서 사법권 독립의 현실과 의미를 중심으로 이야기를 이끌어나갔기 때문에, 사법권 독립 원칙의 의미와 기능을 ‘법에 의한 통치’의 정당화 기제나 지배엘리트 사이의 권력 분배의 규칙이라는 면에 치우쳐 논하고 있기는 하다. 다만, 필자가 보여주고자 한 것은, 사법권 독립 내지 자율성이 원칙적으로 부인되지 않고, 제도적인 측면에서는 어떤 점에서 오늘날에 견주어 크게 뒤떨어지지 않았다고 할 일본의 구 사법제도하에서, 특수일본적 환경 혹은 식민지의 정치적 조건과 ‘관료사법’의 구조·속성이 맞물려 어떻게 법원에 대한 행정권·검찰의 우위, 법원 내부의 관료적 통제가 이루어졌는지, 그 안에서 사법권의 독립, 검찰권의 독립 등이 어떻게 이해관계자들에게 인식되고 문제화되고 있었는가 하는 것이었다.

한 가지 덧붙이면, 이와 관련하여 필자는 당시의 일본인 및 조선인 관찰자의 말을 빌려 구일본과 식민지 사법기관 내부의 인식과 분위기를 묘사해보려고 하였는데, 몇몇 대목은 김상준 판사에게 상당한 불편함을 준 것 같다. 즉 읽기에 따라서는 필자가 “독립의 문제에 관한 한 일제 식민지 시대 또는 메이지 유신 이후 일본의 자율적 사법 관료의 공명정대한 중립적 재판이라고 하는 좋은 전통 또는 모델을 계승하지 못한 현 사법부를 질타하는 관점”, 과거 일본의 재판에 “더 호의적인 역사인식”을 갖고 있는 것처럼 보이며, 이는 일본인의 시각을 담은 사료를 무비판적으로 받아들인 결과가 아니냐는 것이다. 하지만 필자에게는 당시의 상황에 대해 결코 호의적인 인식을 갖고 있지 않으며, 그 점은 다른 곳의 서술에서 충분히 드러날 것이라 생각한다. 필자의 의도는, 식민지 사법제도에서는 사법권 독립 같은 기본적인 것들조차 부인되었다-혹은 부인되어야 한다-고 보는 기존의 통념에 문제를 제기하는 한편, 사법권 독립의 규범적 기준 및 현실에 대한 인식이 당시에 어떻게 존재하고 있었고 그것이 사법기관을 조직·운영하고 또는 그것을 비판하며 대안을 모색하게 하는 데 있어 어떤 의미를 갖고 있는지를 검토하기 위해 하나의 참고자료로서 당대인의 발언을 청취해보고자 했던 것이다.

일본의 천황제사법과 식민지 사법하에서 헌정주의적 사법권 독립의 이념은 삼엄한 권력의 요구와 상명하종의 관계 속에 간혀 있었다. 거기에서 허용된 사법권 독립이란, 주어진 법준칙을 그 가치와 원리에 대해 의심을 품지 않고 문언대로 적용한다는 리갈리즘(legalism)의 논리로 권력이 정한 법과 정책에 법원이 순종하는 것을 정당화하고 그럼으로써 통치권자의 보호 내지는 방임 속에서 누리는 지위와 직무의 자율성과 안전성을 의미하였다. 사법권 독립이 부인된 것은 아니었지만, 그것은 법의 이름으로 가해지는 부정의 앞에서 고뇌하고 양심을 긴장시키고 용기를 발휘하는 자를 지키지 못하는 사법권 독립이었다. 따라서 해방된 한국과 전후 일본에서 사법권 독립의 강화·실질화는 가장 중요한 개혁과제가 된 것은 필연적이었다.

‘사법권 독립’을 ‘사법권 독점’의 맥락에서 서술하기는 지적했지만, 해방 이

후 한국의 사법부 관계자들은 사법권 독립을 위한 제도적 방안을 치열하게 모색하고 지배권력의 전횡으로부터 법원을 독립시키기 위해 노력한 것은 분명하다. 그 업적은 충분히 평가받아야 할 것이다. 하지만 필자는 당시의 고민과 논쟁 속에는 무엇인가가 빠져있었다고 생각했다. 법원조직법 입법과정에서 사법권 독립 및 법원조직 방식에 관해 한국인 관계자들 간에 의견 대립이 있었으나, 더 심원한 차이는 미국인 고문들과 한국인 관계자들 사이에 있었을 것이다. 미국인 고문들은 한국인 관계자들이 입안한 법원조직법에서 충분히 의식하지 못한, 탈중앙집중화, 탈관료화, 민주주의와 지방분권, 법관의 시민적 감각을 지적하였다. 미국인 고문들과 한국인 사법부 관계자들이 바라보는 법관상(像), 법원상이 서로 달랐고, 똑같은 인식의 격차가 일본의 전후사법개혁 과정에서도 존재하였다. 한국인 사법고위직들에게 익숙한 법관상은, “상명하종의 계통을 확립하여 각기 직무에 충실 근면”하는 조직 속의 법관(김용무 대법원장 훈시), 구 일본의 관료사법체제하의 행정관적 법관상이었다. 그것과 식민지 시기의 왜소한 조직 규모, 협애한 사법의 영역, 국민에게 멀고 높은 법원의 문턱은 고스란히 출발기의 한국사법에 각인되어 있었다. 그러한 인식 때문에 한국 사법의 재건 과정에 참여한 복합적 성격의 인물들과 역할을 골고루 균형 있게 다루지 못하고, 중요한 몇몇 인물들에게 대해서 박한 평가를 내리게 되었을 것이다.

5. 책에서는 필자가 서술이 멈춘 시대 이후에 그러한 각인이 구체적으로 어떻게 전개되었는지를 다루지는 못하였다. 물론 이후의 시대가 독재권력에 의한 사법부 수난사 또는 관료사법의 강화라는 프레임으로써만 그려질 수는 없을 것이다. 그 시대에 법원은 정치권력에 대한 협력, 감내, 침묵, 저항 등 다양한 모습이 보여줄 뿐만 아니라, 앞 시기에 비해 정치·사회·경제적 환경 및 사건의 총량·종류·성격이 달라짐에 따라서 법원의 인력·기능·조직 면에서도 많은 변화가 있었다. 그 시대의 사법에 접근하기 위해서는 법사회학, 법조사회학, 법정치학 등 다양한 시각이 동원되어야 하고, 또한 한국사법에서 면면이 유지된 관료사법의 구조와 속성이 어떤 긍정적·부정적 기능을 하였으며 내적으

로 어떠한 변화가 있었는지를 해명할 필요가 있다. 이것은 현재의 사법을 이해하고 또한 미래의 사법을 위한 교훈을 얻기 위해서 여전히 의미가 있는 작업이라고 생각한다.

다만 민주화 이후, 특히 21세기 들어 한국의 사법부는 많이 발전하였으며, 따라서 현 시점에서 현상을 진단하고 대안을 모색하는 데 있어 관료사법론이 여전히 유효·유용한지에 대해서는 이의가 있을 수 있다. 물론 관료사법론이 평가가 지적하듯이 ‘현장성’과 ‘경험성’이 없이 단순히 ‘감각’ 또는 선입견만에 의존하여 ‘행정관적 법관상’과 관료제적 법관 통제와 재사회화가 여전히 유지·작동되고 있다는 논의를 반복·양산하는 식이라면 곤란할 것이다. 앞으로 필요한 것은 관료사법론의 비판적 문제의식을 유지하면서, 변화하고 있는 법원 조직 및 법원행정시스템에 대한 실증적·이론적 분석의 수준의 높이고 사법의 민주화·분권화 및 새로운 시대적 과제에 부응할 수 있는 대안을 제시할 수 있도록 노력하는 것이라 할 것이다. 이와 관련하여 법원·검찰 관계자에게 한 가지 부탁하고 싶은 것이 있다. 하나는, 현장에 참여하고 현장을 가까이에서 관찰한 자로서 조직의 논리에 거리를 두고 더 자주, 더 많이, 더 깊고 진솔하게 현장을 보고하고 비평하며 역사를 기록하는 작업에 적극적으로 나서달라는 것이다. 또 하나는, 조직경영의 마인드에서 새로운 기법과 수사를 도입하는 것도 좋지만, 법원과 검찰의 닫힌 문을 열고 시민적 감각과 헌법적 관점에서 법원행정과 법무·검찰행정의 방향을 토론·연구할 수 있는 장을 마련해달라는 것이다.

6. 이렇게 논의를 전개하다보니 필자 자신이 이국운 교수의 지적한 것에서 맴돌고 있음을 새삼 자각하게 된다. 필자의 역사 서술에는 필자 자신의 한국 사법에 대한 인식과 실천의 분열이 내재되어 있다는 것. 필자는 한국 근현대사에서 사법이 보여준 ‘얼굴’을 묘사해보고자 하였다지만, 오히려 그것은 ‘얼굴 없음’, “죽어 움직이지 못하는 근대적 통치의 무표정 외에 또는 그 위에 덧씌워진 영혼 없는 마스크들 외에” 다름 아니라는 것. 관료사법의 얼굴 없음 그리고 얼굴의 정치학에 대한 인식의 결여로 인해 필자가 희미한 줄기 속에 무매개적

으로 배치한 헌정주의적 사법의 요소들이나 결론부에서의 개혁방안의 제시방식은, 실은 미군정기에 있었던 헌정주의와 타을을 연결시키려는 시도의 전철을 밟고 있다는 것.

솔직히 필자는 이국운 교수가 말한 타자의 현상학과 얼굴의 정치학을 충분히 이해할 수는 없다. 그러나 결국 필자가 그려낸 것은 이국운 교수의 맥락에서 보면 사실은 얼굴 없는 것, 얼굴 아닌 것이라는 지적을 받고 깨달은 바가 컸다. 필자는 헌정사적 시각과 사법제도사 연구를 접목시킨다고 했지만, 이국운 교수의 관점에서 보면 필자의 시도는 성공적이지 못하였고, 심하게 말하면 단추가 잘못 끼워졌다고 할 것이다. 필자가 그려낸 것은 ‘죽어 움직이지 못하는 근대적 통치의 무표정’이었다. 그것은, 필자가 얼굴과 얼굴이 만나는 정치적 공간, 권력이 가질 얼굴 및 그것이 드러나는 장소에 대한 헌정주의적 기획과 근대 사법제도가 어떻게 만나고 만나야 하는가 하는 차원에 대한 논의가 결여된 채, 단지 막스 베버적 의미에서의 근대적 법치, 비인격적·형식합리적인 -따라서 권력의 얼굴을 감추고자 하는- ‘법에 의한 통치’라는 수준에서만 사법제도사를 서술하였다는 말이 된다. 그리고 그 점에 대한 필자의 인식 내지 문제의식이 결여되어 있다는 것은, 필자 자신이 헌정주의의 이해에 있어서 이국운 교수가 다른 곳에서 말한 ‘준수패러다임’(이국운, 『헌법』, 책세상, 2010, 166면)에 갇혀있다는 것을 의미할 것이다. 따라서 필자의 서술에서 도달한 한국 사법의 ‘얼굴 없음’에도 불구하고, 필자는 한국 사법에서 요구되는 것이 이 얼굴(관료의 얼굴?)에서 저 얼굴(보다 민주화된 사법의 얼굴?)로 바꾸는 것이라 이해하고 그 방안을 제안함으로써, 실은 헌정주의적 사법의 기준들을 무매개적으로 채택하여 실현하려고 하는 탑-다운의 계몽의 방식 혹은 법률가들의 준수패러다임적인 헌법실천의 우를 범하고 있다는 것이다. 이국운 교수의 지적 앞에 필자는 겸허해지지 않을 수 없다. 법사학 연구자의 입장에서 헌정사, 헌정주의, 사법이란 공간의 의미를 반드시 이국운 교수처럼 이해해야 한다고 생각하지는 않는다. 그러나 이국운 교수의 논평은 본서의 제목과 부제, 게다가 사법개혁에서 이야기를 꺼내 사법개혁으로 끝을 맺었다면 그것에 합당한 서술의 관점과 방법론, 역사인식과



실천이 어떤 것이어야 하는가에 대해 많은 것을 성찰하게 만든다.

7. 변명처럼 들리겠지만 본서는 필자에게는 미완성이다. 필자는 본서에서 제도와 제도의 운영을 담당하는 자에게만 눈길을 주었다. 법이 작동하고 법이 만 들고 또한 법을 만드는 사회와 사람의 세계는 공백으로 남아있다. 그에 대한 연구가 어느 정도 진척될 즈음, 본서를 새로 쓰게 되지 않을까 한다. 그에 앞서 두 분의 서평은, 필자의 머릿속에 얽혀있는 채로 있던 생각의 실타래를 풀고 앞으로의 연구 과제를 설정하는 데 매우 유익하였다. 다시 한 번 귀중한 서평에 감사의 말씀을 드리며 두서없는 답변을 마무리하고자 한다.