

학봉상 공모 논문  
법학논문부문

대한민국 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’에 대한 해석 방안

- 일본국 헌법 제76조 제3항의 해석론에 대한 논의와의 비교를 중심으로 -  
(Construction of Korean Constitutional Law article 103’s  
“Conscience of Judge“
- Comparison with Construction of Japanese Constitutional law article 76  
paragraph 3 -)

오 세 영

# 목차

## I. 서론

## II. 한국의 현황

1. 법관의 양심에 대한 한국의 주요 판례

2. 법관의 양심에 대한 한국의 주요 학설 동향

(1) 통설적 지위로서 객관적 양심설

(2) 통설에 대한 비판

1) 주관적 양심설

2) 법 형성적 작업에 따른 '법관의 양심' 개념설

3) 제도적 도덕설

4) 현실적 필요설

5) 법문을 뛰어넘는 법률가로서의 객관적 양심설

6) 헌법 제19조 및 헌법 제103조 상의 양심 동일론

(3) 학설 동향의 특징 및 평가

## III. 일본의 현황

1. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 판례

2. 위 판례에 관한 개괄적 이해

3. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 학설 동향 - 전통적인 논의를 중심으로

(1) 전통적 논의구도에서의 주관적 양심설

1) 平野 교수의 이론

2) 민법학적 관점에서 본 법관의 양심

(2) 전통적 논의구도에서 객관적 양심설

1) 團藤 교수의 이론

2) 일본국 헌법 제76조 제3항의 '재판관의 양심' 규정의 무의미론

3) 小林直樹(코바야시 나오키) 교수의 이론 틀(枠)이론

4) 주요 재판관들로부터 제기된 '객관적 양심설'

(3) 전통적 학설에 대한 비판론

1) 객관적 양심설에 대한 비판론

2) 주관적 양심설에 대한 비판론

4. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 학설 동향 - 여러 '대안이론'을 중심으로

(1) 등장 배경

1) 주관적 양심설과 객관적 양심설 대립 구도의 한계

2) 사법의 위기에 따른 문제

(2) 대안이론의 현황

1) 전체 법질서에 부합한 판결을 위한 기제로서 법관에게 부여된 '법관의 양심'

2) 법관의 역할에 따른 권한 보장에 대한 논의 - 특권설을 중심으로

IV. 법관의 양심의 해석론에 대한 한일 동향 비교

V. '법관의 양심'의 적절한 해석론에 관한 제언

VI. 결론

VII. 참고문헌

# 대한민국 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’에 대한 해석 방안

## - 일본국 헌법 제76조 제3항의 해석론에 대한 논의와의 비교를 중심으로 -

### I. 서론

국어적으로 재판이란 ‘구체적인 소송 사건을 해결하기 위하여 법원 또는 법관이 공권적 판단을 내리는 일<sup>1)</sup>’이다. 판결은 그 의미에서도 알 수 있듯 필연적으로 판단을 내려주는 역할을 하는 법관이 있어야 하며 일련의 재판 과정에서 그의 역할은 필수적이다. 그런데 한국의 현행 헌법에는 일본을 제외하고선 그 입법례를 찾아보기 힘든 ‘법관의 양심’에 대한 규정이 있다. 대한민국헌법 제103조와 일본국 헌법은 제76조 제3항<sup>2)</sup>이 바로 그것이다. 특히 우리 헌법의 경우 제헌헌법에서는 찾아볼 수 없었던 ‘법관의 양심’ 조항이 1962년 개정 헌법을 통해 도입되었다는 점에서<sup>3)</sup> 해당 규정의 의미를 결코 법관의 독립에 관한 정치적, 선언적인 규정으로만 해석하기는 어렵다.

이러한 중요성에도 불구하고 ‘법관의 양심’을 ‘법조인으로서의 객관적 논리적 양심을 의미하는 것’이라고 해석하는-이른바 객관적 양심설-통설이 절대적 우위를 차지한 상태에서<sup>4)</sup> 우리 학계와 실무가 당해 규정의 중요성을 간과한 채 이에 관한 문제를 면밀히 다루지 못했다는 지적이 많다.<sup>5)</sup> ‘법관의 양심’은 대부분 권력으로부터 ‘사법부의 독립’을 보장하기 위한 테제로 활용되었을 뿐 독자적인 의미를 갖지 못하는 경우가 많았다.<sup>6)</sup> 물론 민주화가 구현되지 못하고 이로 인해 사법부의 완전한 독립도 실현되지 못했던 과거의 상황에서 이는 불가피한 측면이 있었을 것이다. 하지만 이를 감안 하더라도 세계적인 입법례 및 우리 헌법의 변천사에서 독창적 위상을 갖는 ‘법관의 양심’이 그 중요성에 부합하는 연구 대상이 되지 못했다는 점은 분명해 보인다.

다만 이런 양상은 최근 들어 변화를 보이고 있다. 민주화 이후 사법부가 외부 권력 기관으로부터의 독립을 일정 수준 이상 달성함에 따라 ‘법관의 양심’을 새로운 관점에서 바라보려는 움직임도 생겨나고 있다. 먼저 종래 ‘법관의 독립’을 위한 기제라는 해석의 연장선상에서 사법부 조직 내부로부터 독립 차원의 논의가 다수 진행되고 있다. 독립되어 심판하지만 대법원을 정점으로 하는 사법부의 구성원으로서 통일적이며 객관적인 법규범에 복종할 수밖에 없는 법관들에게 인정될 수 있는 개별 사건에서의 판단 재량의 한계는 어디까지 인정될 수 있는지를 두고 ‘법관의 양심’에 대한 논의가

1) “재판”, 『표준국어대사전』, 국립국어원

2) 日本国憲法 第七十六条 ○3 すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。(모든 재판관은 양심에 따라 독립하여 직권을 행사하며, 헌법과 법률에만 구속된다).

3) 제헌헌법 제77조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 독립하여 심판한다.”고 규정하나, 1962년 헌법 제98조는 “법관은 이 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.”고 규정한다.

4) 성낙인, 『헌법학』, 16판, 법문사, 2016, 729면. 이외에도 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013, 1654면; 허영, 『한국헌법론』, 전정11판, 박영사, 2015, 1062면 등이 있다.

5) 박은정, 「법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심」, 『서울대학교 법학』 제57권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2016년 6월, 64면.

6) 변재옥, 「사법부의 권위, 그리고 법관의 양심」, 『광장』 169호, 세계평화교수협의회, 1987년 08월, 237면.

활발히 벌어지고 있다.<sup>7)</sup> 특히 일부 대법관의 재판 개입 논란, 법관에 대한 근무 평정 제도가 법관의 독립을 제약한다는 주장이나 이를 활용한 법원행정처 및 대법원의 하급심 재판 개입 논란 등의 사례로 관련 논의는 더욱 활성화되고 있다.<sup>8)</sup>

또 다른 논의의 축으로는 이른바 하드케이스와 같은 사건에서 개별 법관의 판단 과정을 두고 ‘법관의 양심’이 어떻게 작동할 수 있는지에 대한 접근이다. 이는 ‘법관의 양심’에 대한 비교적 최근의 논의로 종래의 논의와는 사뭇 다른 접근이다. 앞선 논의가 법관을 둘러싼 외부세력에 대한 것이었던 반면 하드케이스에 관한 논의는 법관 개인의 내심의 판단 과정에 주목하고 있는 것이 특징이다. 이는 하드케이스를 둘러싼 법의 공백 속에 놓인 법관들이 개인의 주관성과 법의 객관성이라는 긴장관계 속에서 판단을 내림에 있어 ‘법관의 양심’이 어떻게 기능하는지에 대해 밝히고자 한다.<sup>9)</sup>

한편, ‘법관의 양심’의 해석을 검토함에 있어 일본의 논의를 살피는 것은 매우 유용하다고 할 수 있다. 그 가장 큰 요인은 전술한 바와 같이 이러한 해외의 입법례는 일본국 헌법이 사실상 유일하기 때문이다. 독일의 경우 기본법 제97조에서 “법관은 독립적이고, 법률에만 구속된다.”고 규정할 뿐 양심에 대한 언급이 없다.<sup>10)</sup> 초안에는 포함되어 있던 양심 관련 규정이 제외된 것은 이것이 별도의 법원으로 오인될 우려가 있었기 때문이라다.<sup>11)</sup> 이러한 우려에도 불구하고 한국과 일본에만 유독 ‘법관의 양심’에 대한 규정이 있다면 일본의 입법례를 참고하는 것은 당연한 수순일 것이다.

이에 더해 실제로 ‘법관의 양심’ 조항이 포함되는 과정을 보더라도 이러한 필요성은 두드러진다. 1962년 5차 개헌 헌법은 종전 헌법에서 헌법재판소에 속했던 위헌법률심사권을 대법원으로 이관했는데 관련 논의 과정에 참여했던 이영섭과 신직수 등에 따르면 위헌법률심사권을 대법원으로 이관해야 하는 이유로 ‘위헌심사 과정에서 법관의 인격과 양심의 중요성’이 제기됐다.<sup>12)</sup> 독일식의 ‘분리형 위헌심사제도’에서 일본식의 ‘부수적 위헌심사제’로 전환되는 과정<sup>13)</sup>에서 ‘양심’에 관한 조항이 포함되었다는 사실은 당해 조항이 입법 과정에서부터 일본의 입법례를 참고했음을 강하게 시사한다.

이런 점에서 볼 때 ‘법관의 양심’에 대한 일본의 논의를 분석하고 이를 한국의 법 해석에 참조하는 것은 매우 유의미하다. 따라서 본고는 현재 ‘법관의 양심’에 대한 현재 한국 사법 기관의 해석 및 학계 동향에 대해 분석하고, 일본에서는 이를 어떻게 해석하고 있는지를 분석할 것이다. 이를 바탕으로 우리 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’에 대한 적절한 해석 방안에 대해 제언하는 것으로 끝맺고자 한다.

7) 이덕연, 「헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심」, 『공법연구』 제38집 제2호, 한국공법학회, 2009년 12월, 358면.

8) 여기서 논란이 된 사례는 각각 전 대법관의 ‘촛불재판’ 관여 의혹 및 전 대법원장 시절 대법원의 하급심 재판 개입 논란에 관한 것이다.

9) 송민경, 「법관의 양심에 관한 연구」, 『사법논집』 제58집, 법원도서관, 2014, 569~570면.

10) 김철수 등, 『세계비교헌법』, 박영사, 2014, 329면.

11) 이덕연, *op.cit.*, 365면 주35. 이는 한국과 일본에서도 논란의 대상이며 상세한 내용은 후술하겠다. 한국 측에서 이러한 의문은 정종섭, 『헌법과 정치제도』, 박영사, 2010, 796면; 일본 측에서 이러한 의문은 瀧川幸辰, 「日本の民主主義のために」, 『世界』 97호, 東京: 岩波書店, 昭和28年, 134면 참조.

12) 대한민국국회, 『헌법개정심의록』 1집, 1967, 381~382, 400~401면.

13) 일본 및 독일의 위헌심사제에 대한 해당 용어는 강광문, 『일본헌법과 헌법소송』, 박영사, 2020, 49~51면에서 참조하였다.

## II. 한국의 현황

### 1. 법관의 양심에 대한 한국의 주요 판례

법관의 양심에 대하여 한국의 판례는 ‘법관의 양심’ 그 자체에 대한 정의를 담은 판시는 아직까지 발견되지 않고 있다. 다만 법관이 양심에 따라 재판할 권한이 어느 수준까지 인정될 수 있는지를 두고서는 헌법재판소와 대법원이 각각 판단한 바가 있다. 헌법재판소는 “금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대해서는 집행유예를 하지 못하도록 규정한 형법 제62조 제1항 단서는 정당한 재판을 받을 권리를 침해한다거나 법관의 양심에 따른 재판권을 침해한다고 볼 수 없다”고 판시<sup>14)</sup>함으로써 법률이 직접 법관의 판결 범위를 제한하는 것은 ‘법관의 양심’에 위배되는 것이 아니라고 판시하였다.

또한 헌법재판소는 법원조직법상 판사의 근무성적평정에 따른 연임결격 조항 등이 헌법에 위반되는지가 쟁점이 됐던 사건에서 ‘판사의 근무성적은 공정한 기준에 따른 경우 판사의 사법운영능력을 판단함에 있어 다른 요소에 비하여 보다 객관적인 기준으로 작용할 수 있고, 이를 통해 국민의 재판청구권의 실질적 보장에도 기여할 수 있다. (중략) 판사의 신분보장과 관련한 예측가능성이나 절차상의 보장이 현저히 미흡하다고 볼 수도 없으므로, 이 사건 연임결격조항은 사법의 독립을 침해한다고 볼 수 없다’고 판시했다.<sup>15)</sup> 이는 대법원에 의한 평정에 의해 법관의 연임이 이뤄지지 않더라도 그 자체만을 갖고서 사법 독립이 침해됐다고 판단할 수는 없다는 것으로 해석될 수 있다. 즉 헌법재판소는 개별 법관이 ‘법관의 양심’이라는 헌법 조항에 기대어 지나치게 자의적으로 판단하는 것은 사법의 책임성이라는 관점에서 제한될 수 있음을 간접적으로 밝힌 것으로 볼 수 있다.<sup>16)</sup>

대법원의 경우 양형위원회 제도에 관한 부분이 쟁점이 되었다. 비록 양형위원회의 양형 기준이 법적 구속력을 갖지 않지만 법원조직법 제81조의 7 제2항에 따라 판결서에 양형의 이유를 적어야 하는데 이것이 개별 법관이 양심에 따라 재량적으로 양형하여 재판할 권한을 해친다는 주장이 제기된 것이다. 이에 대해 대법원은 ‘대법원 양형위원회의 양형기준은 법적 구속력을 갖지 아니하고 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있으므로 법관의 양형에 있어서 그 존중이 요구되는 것일 뿐’<sup>17)</sup>이라고 판시하며 법관의 판단에 대해 강제성을 갖지 않는 양형위원회 제도는 법관이 ‘양심에 따라 재판할 권한’을 해한다고 보기 어렵다고 밝혔다.

이와 같이 우리 헌법재판소와 대법원은 개별 법관이 명시적인 법률의 문언을 거스르면서까지 자신의 양심에 따라 재판할 권한은 부정하지만 법률 이외의 기준이 법관을 구속하는 것은 법관이 양심에 따라 재판할 권한을 침해하는 것으로 보는 듯하다. 다

14) 헌재 2005. 6. 30. 2003헌바49, 2005헌마287.

15) 헌재 2016. 9. 29. 2015헌바331

16) 천재현, 「구 법원조직법 제45조의2 제2항 제2호 등 위헌소원」, 『결정해설집』 15집, 헌법재판소, 2017, 625면.

17) 대판 2009. 12. 10. 2009도11448.

만 법관에게 양심에 따라 재판할 권한이 보장된다 하더라도 이는 어디까지나 재판 및 법관의 본질과 기능에 합당한 자세를 유지하고 공평무사하게 합리적인 논증의 과정을 거쳐 결론을 내리는 의사 작용이어야 한다는 점 역시 드러내고 있다.<sup>18)</sup> 만약에 법관이 이러한 점에 위반하여 개인적 가치관이나 사사로운 선입견을 ‘법관의 양심’이라는 미명 하에 재판에 개입시킨다면 그것은 심급제도 내지 법관에 대한 근무평정 제도를 통해 충분히 견제되어야 하며 그것이 국민의 재판청구권 보장이라는 관점에서조차 훨씬 바람직하다는 점을 분명히 한 것이다.

## 2. 법관의 양심에 대한 한국의 주요 학설 동향

### (1) 통설적 지위로서 객관적 양심설

이러한 판례의 입장에 대해 학계에서는 다양한 학설이 제기되고 있다. 현재 학계의 통설은 대체로 객관적 양심설에 가깝다.<sup>19)</sup> 이에 따르면 ‘법관의 양심’은 사실상 ‘헌법과 법률에 의하여’와 동의어로 해석하거나, 혹은 ‘법관은 헌법과 법률에 의하고, 그 양심에 따라 독립성을 갖고 심판한다’는 식으로 해석하여 ‘양심’이 ‘독립하여’를 강조하고 수식하는 의미 혹은 독립의 한 가지 요소로 보아 ‘양심’을 ‘독립’의 동의반복에 지나지 않는 것으로 해석한다.<sup>20)</sup> 실무에서는 더 나가 이를 재판의 대상이 되는 사건이 어떤 법관을 만나던 같은 결론을 내려야 한다는 의미로 받아들이기까지 한다. 이런 견해에 따르면 “법관은 객관적 양심에 따라 판단할 뿐(이므로), 재판 대상이 되는 사건은 어떤 판사를 만나든 같은 결론이 나와야 한다”는 주장으로 이어진다.<sup>21)</sup>

이러한 주장은 법관이 이중적 양심 내지 이중인격을 가져야 한다는 주장으로 연결되기도 한다. 이는 법관이 기계가 아닌 인간이라는 점 때문에 나타날 수밖에 없는 불가피한 결론이기도 하다. 이와 관련한 대표적인 논의로는 서울가정법원장을 지낸 강안희가 1970년대 제기한 주장이 대표적이다. 그는 법관이 직업인으로서의 양심과 주관적 양심을 모두 가질 수밖에 없는 존재라고 묘사한다. 다만 이때 법관이 독립하여 재판하는 과정에서 준거로 삼아야 할 양심은 어디까지나 직업인으로서 양심일 수밖에 없다고 말한다. 따라서 헌법 제103조에 따른 ‘법관의 양심’은 다양한 지위와 역할을 갖는 인간일 수밖에 없는 법관이 여러 인격을 가지고 그 가운데 오직 직업인인 법관으로서의 양심만을 이용하여 판단에 나서야 한다는 것이다.<sup>22)</sup>

이런 주장은 헌법 제103조의 ‘양심’이 사실상 무의미 내지는 불필요한 내용이며 헌법 제19조의 ‘양심’과는 구분된다는 설명으로 이어진다. 먼저 통설은 헌법 제103조의 양심을 해석론 적으로는 무의미한 것으로서 헌법 정책적 입장에서 불필요한 구절로

18) 정종섭, 『헌법학원론』 제11판, 박영사, 2016, 1412면.

19) 박은정(각주 5), *op.cit.*, 70면.

20) 강석정, 「법관은 두 개의 양심을 가져야 하는가? - 헌법 제103조 법관의 ‘양심’에 관하여」, 『사법』 통권 제41호, 사법발전재단, 2017, 163~164면.

21) 양승태 대법원장 2013. 12.2. 신임법관 임명식사

(<http://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?gcurrentPage=2&searchWord=&searchOption=&seqnum=87&gubun=38>). (최종방문일: 2020년 08월 12일)

22) 강안희, 「법관의 양심-법관 개인의 인생관·세계관과 관련해서」, 『판례월보』 4호, 판례월보사, 1971, 5~6면.

해석한다. 통설은 오히려 ‘양심’이라는 단어의 동일성으로 인해 해석상 혼란이 초래되는 만큼 이를 피하기 위해서라도 당해 규정을 삭제하고자 한다.<sup>23)</sup>

더 나가 ‘객관적 양심’이 ‘법관의 양심’으로 확립되지 못한 채 ‘주관적 양심’이 재판 과정에서 작동하게 될 경우와 같이 당해 규정이 오용될 가능성을 우려한다. 이에 따르면 주관적 양심의 혼입에 의하여 법치주의 원칙이 왜곡된다면 궁극적으로 재판의 공정 및 인권 보장을 해치는 방향으로 나아갈 수밖에 없고 이는 헌법이 ‘법관의 양심’을 보장하는 목적에 반하는 결과라는 주장이다.<sup>24)</sup>

## (2) 통설에 대한 비판

### 1) 주관적 양심설

이런 통설에 반대하는 입장 가운데 가장 오래된 이론이 바로 ‘주관적 양심설’이다. 이는 후술할 일본의 사례에서 ‘객관적 양심설’에 대한 반대 입장으로서 가장 오랫동안 제시됐던 해석론이다. 이런 입장을 가진 학자 가운데 하나인 한태연은 헌법이 말하는 ‘법관의 양심’을 주관적·내면적인 것으로 본다. 따라서 법관이 ‘양심에 따라 독립하여 심판한다’는 것은 법규의 적용에 있어서 그 인격에 고유한 법적 확신에 따라 재판하는 경우를 의미하고, 이때의 양심은 그 행위의 가치 내용에 대한 인간의 도덕적 의무의 자각을 말한다. 이런 의미에서 법관은 양심이라는 주관적 기준에 구속되고, 여기서 양심에 구속된다는 것은 바로 그 주관에 있어서는 법률로부터의 내면적 자유를 의미한다고 본다. 이때 법관의 양심과 법규가 일치하지 않고 법관이 자신의 양심을 고집하여 법규의 적용을 거부한다면, 법관은 이에 따른 법적 책임을 질 수밖에 없으며 또는 그 양심에 위배하여 도덕적 책임을 질 수밖에 없다고 밝히며 법관이 법률에 반하여 자신의 양심에 따라 판단할 여지를 긍정하고 있다.<sup>25)</sup>

이는 후술할 일본의 ‘주관적 양심설’론자 平野龍一(히라노 류이치)교수나 中村次郎(나카무라 지로)최고재판소 재판관과 유사한 입장<sup>26)</sup>으로 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’이 ‘헌법’ 및 ‘법률’과 구별되는 별도의 법원성(法源性)을 가질 수 있음을 긍정한다는 특징을 가진다. 다만, 이 이론에서도 법관이 법률과 헌법에 어긋나는 선택을 할 경우 그는 ‘법적 책임’-한태연의 표현을 빌리자면-을 져야 하므로 ‘법관의 양심’과 성문의 객관적인 법률은 상호 경쟁 내지 대립 관계에 놓여 있다고 상정하고 있다.

### 2) 법 형성적 작업에 따른 ‘법관의 양심’ 개념설

이 이론은 법관이 법을 해석하는 과정이 법 발견이 아닌 법형성적 작업이라는 전제에서 시작한다. 법관은 ‘법을 말하는 입’에 불과한 ‘영혼이 없는 존재’가 아니며 자신의 인격을 걸고 ‘이해와 실천의 수행 작업’을 통해 법해석 작업을 벌이는 존재라는

23) 전광석, 『한국헌법론』, 11판, 집현재, 2016, 769면; 정종섭(각주 11), *op.cit.*, 796면.

24) 김철수, 『헌법학』, 3판 증보판, 지학사, 1971, 663면.

25) 한태연, 『헌법』, 3정 3판, 법문사, 1964, 516~517면.

26) 中村治郎 他, 「座談會 裁判官の良心について(一)」, 『法の支配』 20권 7호, 日本法律家協會, 昭和46年 2月, 6면.

것이다.<sup>27)</sup> 이러한 이유로 전술했던 두 이론이 근본적으로 객관화된 형태로서 존재하는 ‘법’을 전제한 상태에서 개별 법관이 가진 양심이 이러한 ‘법’에 부합하는지를 따지는 것과 달리, 법관의 법 형성적 작업 과정에서 ‘법관의 양심’이 개입한다고 보는 입장(이하 개입설)은 ‘법’을 해석하는 과정에서 이미 ‘법관의 양심’이 개입할 수밖에 없다고 본다. 법을 해석하기 위한 형성 과정에서 형성자가 자신의 가치관을 형성의 대상에 인입하는 것은 필연적으로 전제되며, 현실화된 법은 잠재적 가능태로서만 주어지는 법과 현존하는 법관 개인의 인격의 혼성물이라는 설명이다.<sup>28)</sup>

이러한 해석의 입장에 있는 이덕연은 법관의 양심을 몇 가지 형태로 구체화 시킨다.<sup>29)</sup> 먼저 ‘성찰하는 구도자’로서의 법관이다. ‘법관의 양심’의 주관적인 성격을 인정한 이상 ‘양심에 따르는’ 법관에게 끊임없는 자기 성찰은 필수적이다. 법관 역시 인간인 이상 자신의 의존성 특히 환경 및 성향의존성과 함께 무의식적인 선(先) 이해를 가질 수밖에 없는데 자신의 주관적인 양심을 재판규범으로 활용하기 위해선 이를 보다 합리적인 차원으로 격상시키기 위한 성찰이 요구된다는 것이다.<sup>30)</sup>

또한 법관은 비록 자신의 양심을 법 해석 과정에서 활용할 수 있다 하더라도 헌법 및 법률에 충실해야 할 의무를 진다고 본다. 이에 따르면 우리 헌법 제103조의 문맥상 헌법과 법률만이 배타적, 독점적 심판의 준거가 되므로 이에 따르는 양심과 연계된 경우에만 ‘법관의 양심’을 보장하겠다는 것으로 당해 조항을 이해해야 한다는 것이다. 비록 법률의 불확정성 및 구체적인 재판준거로서의 불안전성으로 인하여 ‘법관의 양심’이 개입될 수 있지만 이것이 법관의 개인적 이상 내지 가치관의 주도 하에 법해석이 이뤄지는 것을 용인한다는 의미는 아니다. 법관은 법문에 의한 강제적 제약 하에서 자신에게 주어진 자유를 발휘하여 법을 해석하고 이를 판결을 통해 공개하는 부담을 진다. 따라서 법관이 법문에서 현저히 벗어나 합리성을 잃은 법해석을 내린다는 것은 이론적으로는 가능할 지라도 현실적으로는 불가능하게 된다고 본다.

마지막으로 법관이 그의 양심을 활용하여 법 해석에 나설 수 있는 권한을 부여받았다는 것은 법관의 지적 책임, 계속적 자기갱신 노력 의무, 양심추수의 책무가 충족된 것을 전제한다는 점을 제시한다. 법관이 자신의 양심을 활용하여 법 형성에 해당하는 법 해석에 나서기 위해선 전술한 바와 같이 자신이 갖고 있는 무의식적인 선(先) 이해를 자각하여 이를 객관적 법이성의 차원으로 전환해야 한다. 이를 위해서 법관은 끊임없이 자기 혁신에 나서는 한편 양심을 활용할 수 있을 정도의 지적 수준을 유지할 책무를 진다. 이러한 지적 수준의 유지는 ‘진지하고도 계획적인 진리탐구활동’에 나서는 학자적 양심과 유사한 것으로 여겨지기도 한다.

이러한 해석은 종래의 객관적/주관적 양심설이 갖는 구도의 한계를 극복하려는 시도라는 점에서 평가할 수 있다. 종래 두 학설은 법관이 자신의 양심을 개입시키는 것이

27) 이덕연, *op.cit.*, 352면.

28) *Ibid.*, 362면.

29) *Ibid.*, 363~369면.

30) H. Sendler, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: B. Ziemeke u.a.(Hg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Fs. f. M. Kriele zum 65. GT, 1997, 481면; 이덕연, *op.cit.*, 362면에서 재인용.



객관적인 법 적용에서 어긋나는 것이라 전제하였다. 이런 입장은 실제 재판에 임하는 과정이나 법이 현실에 적용되는 과정을 정확히 구현하지 못한다는 비판을 피할 수 없다. 법은 그 특성상 언제나 추상성을 가질 수밖에 없는데 인간의 해석과 무관하게 ‘객관적으로 존재하는 법’이라는 도그마를 상정해 버림으로써 법관의 양심에 대한 논의의 폭을 과도하게 축소시키는 한편 재판의 현실에서도 유리되어버렸던 것이다.

개입설은 법관의 양심이 개입되는 것은 사법제도의 구조적인 결함에 따른 결과가 아니며 오히려 객관적인 법이성에 접근하기 위한 필수불가결한 조치<sup>31)</sup>로 규정함으로써 ‘법관의 양심’의 활동 반경을 보장한다. 생각건대 헌법이 ‘법관의 양심’을 규정하고 있는 이상 당해 규정이 무의미한 내용이라고 치부할 수는 없다. 그렇다면 ‘법관의 양심’이라는 규정은 재판 실무에 나서는 법관이 법률의 불확정성에 의해 법 해석 과정에서 겪게 될 어려움을 예상하고 이러한 현실을 고려하여, 그에 대한 해결 방안으로써 우리 헌법에 제시된 것이라 평가할 수도 있겠다.

### 3) 제도적 도덕설

법관의 양심이 ‘주어진 사안에서 무엇이 법인지를 판단하는 것과 관련되는 법관의 도덕적 의식’<sup>32)</sup>이라고 해석하기도 한다. 송민경이 이러한 입장을 잘 정리하고 있다. 이에 따르면 법관의 양심이 구체적인 법 해석 과정에서 실질적인 기능을 행사할 수 있는지의 문제는 ‘법이 객관적으로 미리 주어진 답을 갖는지’에 따라 달라진다.<sup>33)</sup> 다만 제도적 도덕설은 앞선 개입설과는 다르게 기본적으로 ‘법은 언제나 확정적이지만, 늘 명확한 것은 아니다’는 입장을 표명한다. 로널드 드워킨의 입장을 반영한 이러한 해석론은 법은 열려있는 불확정적 개념이라는 허버트 하트의 주장에 반대한다.<sup>34)</sup>

이러한 해석은 먼저 개별 법관이 맞닥뜨리게 되는 사안을 ‘하드케이스’와 그렇지 않은 것으로 구분한다. 후자의 경우 법관은 법률에 따라 미리 주어진 답을 파악하고 있으며 판사는 보다 쉽게 이런 답을 파악할 수 있다. 문제가 되는 부분은 전자인데 이것이 문제시 되는 까닭은 비록 법에 의해 미리 주어진 답이 존재한다 하더라도 그것이 명확하게 보이는 것은 아니기 때문이다. 이때 법관은 난해한 사안에 존재하는 답을 찾기 위한 법적 논증의 과정에서 정도의 문제를 다루는 ‘원칙의 논변’을 따른다.

규칙이 필연성을 갖는 것과 달리 원칙은 다양한 형태로 존재할 수 있으며 가치의 경쟁을 포함한다. 따라서 어떤 원칙이 우세할지는 그 비중(weight)에 따라 달라진다. ‘원칙의 논변’을 따르는 법관은 ‘하드케이스’에서 이러한 원칙들 간의 비중을 비교형량하여 ‘법에 의해 미리 주어진 답’에 가까워진다.<sup>35)</sup> 이때 법관은 충돌하는 여러 원칙들 사이에서 보다 ‘미리 주어진 답’에 가까운 원칙을 채택하기 위해 기준을 세워야 한다. 다만 그것은 법원의 판례나 입법부의 특정한 제정행위와 같이 실증적인 기준에

31) 이덕연, *op.cit.*, 367면.

32) 송민경, *op.cit.*, 565면.

33) *Ibid.*, 571면.

34) *Ibid.*, 591~592면.

35) *Ibid.*, 589면.

의해 인식될 수는 없고 법률가와 대중 속에서 발전된 ‘적합성에 대한 감각’에 의해 인식된다.<sup>36)</sup> 바로 이러한 감각을 따르는 과정에 ‘법관의 양심’이 동원된다고 본다.

이때 이른바 ‘적합성에 대한 감각’은 ‘제도적 도덕’이라는 용어를 통해 구체화된다. 로널드 드워킨이 제기한 이 용어는 ‘법 공동체에 내재한 도덕 원리’를 의미한다.<sup>37)</sup> 제도적 도덕은 몇 가지 특징을 가지는데 그것은 1) 개인으로서의 윤리 2) 대중도덕 3) 공리주의 도덕과 구분된다는 것이다. 먼저 1)과 관련하여 제도적 도덕은 법 공동체 일반에게 받아들여져야 한다는 점에서 개인적 윤리와 구분된다. 또한 제도적 도덕은 대중도덕과 다르게 특정 시점에서 순간적 의견의 발현이 아니며 보다 축적되고 영속적인 성격을 갖는다. 마지막으로 제도적 도덕은 ‘원칙’에 입각한 것이어서 ‘행복 총량의 증진’을 목표로 하는 공리주의 도덕의 정책적 접근과도 구분된다.<sup>38)</sup>

법관의 양심에 따른 판단은 바로 이러한 제도적 도덕에 비추어 법을 해석하는 것이다.<sup>39)</sup> 이때 제도적 도덕은 ‘개인의 양심’과는 거리가 멀다는 점, 순간적인 판단이 아니라는 점, 원칙에 입각한다는 점에서 법관이 양심에 따라 판단한다 하더라도 그것이 법의 객관성 내지 법적 안정성을 심각하게 침해한다는 우려에서 벗어나게 된다.

#### 4) 현실적 필요설

또 다른 이론으로는 헌법 제103조가 ‘법관의 양심’의 개입을 필요로 하는 법 실무의 현실을 반영한 것이라는 주장이 있다. 이는 앞서 살펴보았던 ‘개입설’과 유사한 측면이 있다. 다만 이 이론은 ‘법관의 독립’ 이념이 ‘법률 구속의 원칙’에 전제한다는 역사적 이력을 설명하며 ‘법 해석’에 대해 ‘개입설’과는 다른 입장을 제시한다.<sup>40)</sup> 이에 따르면 법관은 기본적으로 통일적, 자기충족적인 시스템을 이루는 법률의 총합으로서의 법질서에 복종해야 하며 이러한 ‘법률 구속 원칙’을 바탕으로 ‘법관의 독립’이 보장되었다. 즉, ‘객관적으로 인간의 밖에 존재하는 법’을 긍정한 것이다.

그러나, 동시에 이런 전제는 한계가 있음을 지적하기도 한다. 사법질서가 처음 설계되던 시기와는 달리 사회가 빠르게 변화하면서 ‘법률에 의한 구속 메커니즘’이 작동할 여지가 줄어들고 ‘법관법’이 강화됐다는 것이다. 그리고 이런 흐름은 인간 사회의 복잡 다기화를 고려할 때 더 심화될 수밖에 없을 것으로 전망하기도 했다.<sup>41)</sup>

이런 상황에서 법관의 법 해석이 법형성의 방향으로 나아가는 것은 막을 수 없고 이런 현실적인 필요에 따라 ‘법관의 양심’이 헌법에 명시되었다는 설명이다. 이때 우리 헌법 제103조가 ‘법관의 양심’을 규정한 것은 ‘법관법’이 존재할 수밖에 없는 현실에 대한 헌법적 근거를 제시함으로써 법관에게 자신의 권한에 따른 책임을 강조하는 의미도 있다고 해석한다. 법관이 법형성에 주도적 역할을 하는 것이 불가피한 이상 헌법이 그러한 권한을 보장하는 대신 법관 스스로가 사법부의 일원으로서 자신의 ‘양심’

36) 로널드 드워킨, 『법과 권리』, 염수균 역, 한길사, 2010, 116면.

37) *Ibid.*, 267면.

38) 송민경, *op.cit.*, 600면.

39) *Ibid.*, 601면.

40) 박은정(각주 5), *op.cit.*, 75면.

41) 박은정, 『왜 법의 지배인가』, 돌베개, 2010, 217~281면 참조.

이 ‘법의 실현’으로 나아가게 하는 덕목을 갖출 것을 요구받는다라는 것이다.<sup>42)</sup>

#### 5) 법문을 뛰어넘는 법률가로서의 객관적 양심설

‘법관의 양심’이 ‘법률가로서의 객관적, 직업적 관점에서 본 정의로운 법규범’을 의미하는 것이라 보기도 한다.<sup>43)</sup> 이 해석론은 ‘객관적 양심’이라는 용어로 인해 자칫 ‘객관적 양심설’로 오해받을 수도 있다. 하지만 이 해석론은 분명히 그와는 구분된다. 제일 먼저와 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’의 독자적 의미를 부각시키려는 해석이라는 점에서 ‘객관적 양심설’과 구분된다. 전술했듯 대부분의 ‘객관적 양심설’론자들은 ‘법관의 양심’에 대한 규정이 불필요한 규정 더 나가 해석의 오해를 초래할 수 있는 유해한 규정이라고 본다. 반면 이 해석에서는 헌법 제103조가 ‘법관의 양심’을 규정한 이상 그것의 독자적인 의미가 반영된 해석이 헌법합치적 해석이라고 본다.<sup>44)</sup>

두 번째로 이 해석은 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’이 법관으로 하여금 실정법에 반하는 법형성을 할 수 있는 권한을 부여했다고 본다. 헌법 제103조는 법관이 ‘직업적, 객관적 양심’을 발휘하게 하지만 이때 양심을 통해 법관이 형성하는 법은 단순한 실정 법률을 넘어서는 ‘정당한 법’이자 ‘정의로운 법규범’이라는 것이다.<sup>45)</sup> 그것의 대표적인 예로는 ‘자연법’이 제시된다. 즉, ‘법관의 양심’은 법관의 개인적인 양심과는 무관한 직업인으로서의 양심이며 법관이 법률에 구속된다는 ‘법률구속이념’을 준수해야 한다. 하지만 여기서 ‘법’은 ‘정당성’을 가져야 하며 법관은 이러한 기준을 바탕으로 양심에 의해 판단할 권한을 통해 실정법에 반하는 법을 형성할 수 있다고 보았다.<sup>46)</sup>

마지막으로 이러한 해석은 법관이 실제로 법률에 반하여 법형성을 할 수 있는 경우에도 실정법에 반하는 법형성을 하기 위해선 사회현실의 논리나 주장, 즉 외부적 논리가 법체계 내부의 논리로 전환되어 원용되어야 하며 사회현실의 주장이나 논리를 성급하게 법형성의 근거로 삼는 것은 법관이 피해야 할 일이라고 주장한다.<sup>47)</sup> 다시 말해, 헌법 제103조에 따른 ‘법관의 양심’의 발현은 어디까지나 법적 논리 체계 내부에서 이뤄질 수 있다는 것이다. 법관이 자신의 양심을 바탕으로 실정법에 반하는 법을 형성하려 한다면 그것이 어디까지나 법적 논리 체계 내부에 있어야 한다는 설명은 헌법 제103조에 따른 ‘법관의 양심’의 활동 반경을 ‘직업적 입장과 무관한 일반인으로서의 양심’이 아닌 법률가라는 ‘직업인으로서의 양심’으로 제한한 것이다.

#### 6) 헌법 제19조 및 헌법 제103조 상의 양심 동일론

이 해석은 종래의 해석이 법관에게 존재하는 하나의 양심을 분할함으로써 실체에 접

42) 박은정(각주 5), *op.cit.*, 98면.

43) 양천수, 「법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성: 이론적·실정법적 근거와 인정범위 그리고 한계」, 『법과사회』 52호, 2016년 08월, 107~142면 참조.

44) *Ibid.*, 130면.

45) J. Feinberg, 「비윤리적인 법을 해석해야 하는 법관의 딜레마」, 『공익과 인권』 제4권 제2호, 박성은 역, 서울대학교 공익인권법센터, 2007년 08월, 227~273면 참조.

46) 양천수, *op.cit.*, 131면.

47) *Ibid.*, 136면.

근하지 못하고 있다고 비판한다. 법관의 양심은 개별 법관에 내재하는 것이기에 ‘객관적 양심’과 ‘주관적 양심’으로 분절하여 개별적인 논의의 틀에 가둘 필요가 없으며 그러한 접근은 오히려 법관이 언제나 내적 충돌 속에서 판결에 나서고 법관이 언제든지 개인적 가치만을 좇아 판단할 수 있다는 과도한 오해로 이어진다는 것이다.<sup>48)</sup>

이 해석론은 단순히 ‘법관의 양심’ 그 자체에 집중할 것이 아니라 ‘법률’, ‘양심’, ‘독립’ 간의 관계에 주목하며 헌법 제103조를 해석해야 한다고 본다. ‘양심’ 그 자체는 헌법 제19조의 양심과 다를 수 없지만, 법관은 ‘법률’이라는 객관적 질서에 의해 끊임없이 ‘양심’의 무한한 발동을 견제 받는다. 한편, 법관은 ‘독립’한 존재이므로 ‘법률’이라는 객관적 질서가 그를 끊임없이 규제한다 하더라도 결국 법관은 자신의 ‘양심’에 따라 재판하게 된다. 이때 법관이 개인적인 ‘양심’에만 집중하여 법질서를 유린하는 우를 범하는 것을 막기 위해 덕목의 제시, 성찰 등 다양한 방안이 제시될 수 있는데 이에 대한 각론은 전술한 해석론에서 차용할 수 있다고 주장한다.<sup>49)</sup>

### (3) 학설 동향의 특징 및 평가

앞선 해석들은 결국 법해석 과정에 놓인 법관이 자신의 주관적 기준인 ‘양심’을 원용하는 것 자체의 정당성 및 그러한 양심의 적용 가능 범위에 대해 서로 다른 의견을 제시한다. 주목할 점은 ‘객관적 양심설’에서 우려하는 ‘법관의 주관적 양심’은 대개 법관 개인의 정치적 견해에 집중된다는 점이다. 법관의 양심이 재판에 혼입되어 법치주의를 해칠 수 있다는 ‘객관적 양심설’의 주장은 결국 법관이 자기 개인의 정치적 견해에 흔들려 그릇된 판단을 할 수 있다는 우려에 따른 것이다. 따라서 ‘법관의 양심’은 ‘헌법과 법률에 따르는 직업인으로서의 객관적 양심’이라는 해석이 나온 것은 결국 법관이 개인적인 정견을 판결에 반영해선 안 된다는 기존 해석이 반영된 결과였다.<sup>50)</sup>

한편, ‘법관의 양심’을 기본적으로 ‘직업인의 객관적 양심’으로 해석하는 속에서도 그 독자성을 인정하려는 견해도 있었다. 전술했던 ‘객관적 양심설’과 다르게 이 견해는 헌법 제103조가 관련 규정을 포함하고 있는 이상 개별 문언의 독자적인 의미는 살려서 해석해야 한다는 점을 밝히고 이를 바탕으로 ‘법관의 양심’을 해석한다. 이에 따르면 법관은 ‘직업인으로서 객관적 양심에 따라 판단할 때’ 지나치게 비도덕적이거나 반윤리적인 실정법에 대하여 이에 반하는 법을 형성할 수 있으며 이는 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’ 규정을 통해 정당화된다고 본다. 그러면서 법관이 실정법에 반하는 법을 형성한 대표적인 법적 근거 가운데 하나로 ‘자연법’을 제시했다.

이는 ‘법관의 양심’을 여전히 객관적, 직업적 영역에서 파악하려 했다는 점에서 인치를 배제하려는 법치주의 관점에 보다 부합하는 해석일 수 있다. 다만, 이것이 현실화될 수 있는지는 여전히 의문이다. 먼저, 이러한 해석은 법관이 법을 형성할 수 있는 대표적인 경우로 위헌적인 법률을 제시한다. 그러나 헌법재판소를 통한 위헌법률 심판제도를 취하는 우리의 현실을 고려할 때 위헌적인 법률은 법에 따른 규정을 통해

48) 강석정, *op.cit.*, 182~183면.

49) *Ibid.*, 188면.

50) 이경호, 『헌법강의』, 일한도서출판사, 1959, 407~408면.

그 효력을 실효시키는 과정을 거친 이후에야 재판 규범에서 배제할 수 있을 뿐, 법관이 일방적으로 그 효력을 배제하기는 어렵다. 게다가 ‘자연법’이라는 것은 불확정적인 것인데 이를 찾아가는 과정에서 과연 법률가로서 법관의 ‘객관적 양심’만이 작동할 것이라 장담할 수 있는지, 그러한 결정의 판단 기준은 무엇인지도 의문으로 남는다.

이와 같이 ‘법관의 양심’을 ‘객관적·직업적 양심’의 틀에 묶어 두려는 해석에 맞서 그 범위를 넓게 해석하려는 시도도 있다. 이러한 해석론은 다시 두 갈래로 나뉘는데 하나는 ‘법관의 양심’은 법관의 주관적 양심을 포함한다는 해석이다. 이러한 해석에 따르면 사실 법관의 양심을 여러 개로 분절하여 바라보는 것 자체가 무의미한 시도일 수 있다. 왜냐하면 법관의 양심은 결국 개인으로서 법관이 갖는 전인격적 양심일 수밖에 없기 때문이다. 기존의 논의는 이렇듯 전체적으로 하나일 뿐인 양심을 쪼개어 바라보고 싶은 부분에서만 바라보다 보니 양심을 충돌 관계로 바라보는 오류를 저질렀다고 본다. 이 해석론은 ‘법관의 양심’이 우리 헌법에 편입되는 과정에서의 논의를 근거로 제시하기도 한다. 당시 국회 논의 과정에서 ‘위헌법률심사권’을 행사하게 될 법관이 헌법 문제를 결정하기 위해 ‘자신의 모든 것을 종합하여 결말을 내야할 필요성’이 있다는 주장에 따라 ‘법관의 양심’ 구절이 포함되었으므로 헌법이 예정한 의미는 법관 개인이 가진 단일한 양심의 모든 발현 양태를 포함해야 한다는 설명이다.<sup>51)</sup>

또 다른 해석은 현실 세계에서 법은 그 불확정성으로 인해 일부 ‘하드케이스’ 등에서 그것의 구체적인 ‘모습’을 찾기 위한, 해석이 필요하고 이 과정에 인간인 ‘법관’이 개입할 수밖에 없음을 전제한다. 이런 조건 하에서 ‘객관적으로 외재하는 법’을 전제한 기존 논의는 비현실적이라고 본다. 다만, 법관이 객관적인 법질서를 해치면서까지 개인적 양심을 앞세우는 것은 옳지 않다고 보는데 이를 해결하기 위한 다양한 방안을 제시한다. 이는 법관이 법관으로서 덕목을 갖고 법 형성 과정에 양심을 개입시켜야 한다는 ‘개입설’, 법관이 사회적으로 형성되어 온 원칙의 비중을 고려하며 판단해야 한다는 ‘제도적 도덕론’, 법관은 끊임없는 자기 성찰과 혁신을 통해 법관으로서 적절한 양심을 가지고서 판단에 나서야 한다는 ‘성찰론’ 등으로 분화됐다.

이처럼 ‘법관의 양심’에 대한 국내 학계의 논의는 다변화하는 양상을 보이고 있다. ‘법관의 양심’이 처음 헌법에 도입된 이후 국내 학계의 논의의 압도적 다수가 이를 ‘객관적 양심’으로 해석했다는 점은 이미 살펴본 바와 같다. 이후 이에 대한 반대 논의로써 법관의 ‘주관적 양심’도 고려되어야 한다는 논의가 등장했다. 하지만 이런 입장은 통설의 지위를 변화시킬 정도로 학계의 폭넓은 지지를 얻었다고 보기는 어렵다. 법관 개인이 자신의 사적인 가치관을 판결에 반영한다면 이는 법치주의 원칙에 반할 뿐 아니라 법적 안정성에도 심대한 위해를 끼칠 것이라는 우려가 작동한 탓이었다.

그러나 ‘객관적 양심설’ 역시 문제를 갖는데 가장 큰 문제는 ‘객관적인 법’이 무엇인

51) 5차 헌법 개정 논의 과정에서 신직수는 ‘재판을 담당할 사람의 마음의 준비라는 것을 고려에 넣어야 한다’고 주장하며 일본어의 ‘心構え’라는 말이 이에 해당할 수 있다고 밝혔다. 한편 이때 마음의 준비란 ‘판사로서 인격이자 신념’을 의미한다고 말했다. 이는 ‘위헌심사 문제는 법관의 인격과 양심이 중요하다’는 이영섭 판사의 발언에 대한 답변 차원에서 제시된 것이었다.(대한민국국회, 『헌법개정심의록』 1집, 1967, 381~382, 400~401면.)

지를 명확히 할 수 없다는 점이다. 특히 사회의 복잡다기화와 함께 법관이 맞닥뜨리게 될 ‘하드케이스’가 더욱 다양해지는 상황에서 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’을 ‘객관적 양심’으로 해석하여 법관의 역할을 제한하는 것은 적절하다 보기 어렵다.

따라서 이런 문제를 해결하기 위해 법관의 법 해석 과정과 ‘법관의 양심’을 연계하려는 시도가 이뤄졌다. 이러한 해석론은 ‘선형적, 객관적 존재로서의 법’과 ‘법관의 양심’사이의 양립방안을 제시했다. 이를 통해 ‘법관의 양심’이 발휘되는 과정에서 법관 개인의 가치관이 과도하게 반영되어 사법 신뢰에 손상을 끼치고, 법치주의를 해칠 수 있다는 우려에서 일정 부분 벗어날 수 있는 길을 제시한 것이라 평가할 수 있다.

이렇듯 ‘법관의 양심’에 대한 국내 학설은 갈수록 복잡해지는 한편 그 범위를 확장해 가는 특징을 띄고 있다. 이는 개별 법관이 맞닥뜨리는 사건의 복잡도는 갈수록 높아지는 것에 비해 실정 법률의 변화 속도는 느릴 수밖에 없는 현실을 반영한 것으로 보인다. 실정 법률이 현실 변화의 속도에 비해 뒤처질 수밖에 없는 상황에서 법관은 실질적 정의를 고민할 수밖에 없고 이때 법관이 양심이 반영된다는 취지이다. 이때 헌법 제103조는 제약의 차원과 자유의 차원을 동시에 담게 되며<sup>52)</sup> 이는 ‘자유에는 책임이 따른다’는 말로 요약될 수 있다. 법관이 법형성 및 판단 과정에서 자신의 양심을 활용할 수 있는 자유의 영역이 확대될수록 그에 따른 법관의 책임이 늘어간다는 것이다. 최근 법관의 양심에 대한 논의와 함께 이른바 ‘법관상(法官像)’에 대한 논의가 강화되는 것 역시 이런 흐름의 연장선상에 있다고 평가할 수 있다.<sup>53)</sup>

### Ⅲ. 일본의 현황<sup>54)</sup>

이렇듯 한국에서 ‘법관의 양심’에 대한 논의가 다수 이뤄지고 있지만 대부분의 논의는 관련 규정이 헌법에 편입된 1960년대 이후 제기되었다. 반면 일본은 우리에게 비해 훨씬 일찍 관련 논의가 시작되었는데 이는 1947년 시행된 일본국 헌법 제76조 제3항에서부터 이런 규정이 포함되어 있었기 때문이다. 일본 역시 한국과 비슷한 논의 과정을 거쳤는데 다만 일본의 경우 이 문제를 단순히 법학의 문제로 다루는 데서 더 나가 사회과학 일반의 문제로 다루려는 경향이 나타났다. 이는 법학과 사회과학을 통합적으로 다루는 일본 주요 대학의 학제적 전통과 연관된 것으로 해석할 수도 있다.

다만 명시적 판시가 없던 한국과 달리 일본은 ‘법관의 양심’에 대한 명시적 판시가 먼저 제시되고 이에 대한 후속 작업으로서 학계의 해석이 제시되는 경향이 나타났다.

#### 1. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 판례<sup>55)</sup>

법관의 양심에 대한 최초의 판결은 유독음식물등취체령위반피고사건(有毒飲食物等取締令違反被告事件, 이하 1차 유독물사건)<sup>56)</sup>이다. 이 사안이 있고 불과 한 달 뒤 같은

52) 박은정(각주 5), *op.cit.*, 96면.

53) 이와 관련한 논의로는 박은정 외 2인, 「바람직한 법관상의 정립과 실천 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2015, 제5장 등이 있다.

54) 일본국 헌법은 ‘재판관의 양심’이라고 표현하나 통일성을 위해 이하에서는 ‘법관의 양심’으로 쓴다.

55) 南野森, 「裁判官の良心」, 『憲法判例百選 II』, 第七版, 東京: 有斐閣, 令和元年 11月, 384면 참조.

56) 最大判昭和23·11·17 (参) 刑集2卷12号1565頁.

사안에 관한 판결(이하 2차 유독물사건)<sup>57)</sup>에서도 ‘법관의 양심’이 쟁점이 되었다. 1차 유독물사건 원심은 전후 일본 사법 제도의 개편 이후 종전 최고법원의 기능을 수행했던 ‘대심원’이 폐지되면서 재판소법시행령<sup>58)</sup> 1조에 따라 동경고등재판소에서 진행됐다. 동경고등재판소 역시 피고인의 상고를 기각했고 이에 대해 피고인은 상고심이 ‘2심의 편을 지나치게 들어’ 일본국 헌법 제76조에 위반한다고 주장하여, 최고재판소(最高裁判所)에 재상고하였다. (형소응급조치법<sup>59)</sup> 상고 취지는 증거가 검사청취서 밖에 없었고 이것이 강요에 의해 진술된 것이라는 피고인의 일관된 공판진술에도 불구하고 이를 배제한 채 2심의 결정을 수용한 것은 상고심 법관이 사실상 전심에 구속된 채 법관의 양심에 따라 판결하지 않은 것이므로 헌법 위반이라는 것이었다.

이에 대해 최고재판소는 다음과 같이 판시했다. 법관의 양심에 따른다는 것은 ‘재판관이 유형무형의 외부의 압박 내지 유혹에 굴하지 않고 자기 내심의 양식(良識)과 도덕감에 따른다는 의미’이다. 따라서 사실심의 전권에 속하는 증거의 취사선택을 시인한 것은 양심의 논란 대상이 되지 않는다고 보아 피고인의 재상고를 기각했다.

2차 유독물사건은 피고인이 ‘유독음식물등취체령 제4조’<sup>60)</sup>가 제1조의 규정을 위반한 자에 대해 ‘3년 이상 15년 이하의 징역 또는 2천엔 이상 1만엔 이하의 벌금에 처한다고 규정’한 것에서 벌금형과 징역형 사이의 간극이 크기 때문에 두 형벌 사이에 있는 처벌을 받아야 하는 사안의 경우 법관의 ‘양심’에 반하여 판단할 수밖에 없는 상황을 발생시켜 법령 자체가 위헌이라는 주장을 폈다

이에 대해 최고재판소는 형량의 문제는 기본적으로 입법정책 내지는 입법기술의 문제이므로 입법기관의 재량에 속한다고 해석한다. 한편, ‘전체 재판관은 유효한 법의 범위 내에서 스스로 올바르다고 믿는 부분에 따라 재판을 한다면, 그것으로 헌법에서 말하는 양심에 따른 재판이라 말할 수 있다’고 판시하여 법관의 양심에 대한 제한적인 해석을 제시했다. 이런 이유로 실제상 거의 발생하기 어려운 상고취지의 가정을 포함하지 않은 법률에 따라 재판하는 것이 ‘법관의 양심’을 따르지 않은 것은 아니라며 피고인의 상고를 기각했다.

## 2. 위 판례에 대한 개괄적 이해

이러한 일본 최고재판소의 판시를 어떻게 이해할 수 있는지는 여전히 논란의 여지가 있다. 가령 1차 유독물 사건의 판시가 특히 논쟁적이다. ‘법관의 양심’을 따른다는 것이 ‘자기 내심의 양식과 도덕감’ 따른다는 의미라고 한 판시에 대해 ‘주관적 양심설’ 논자 들은 이것이 자설을 지지하는 표현이라고 본다.<sup>61)</sup> 그러나 헌법 제76조 제3항의 법관의 양심을 ‘법관으로서의’ 양심 혹은 ‘법관으로서 가져야 할’ 양심이라고 해석하는

57) 最大判昭和23·12·15 (參) 刑集2卷13号1783頁.

58) 裁判所法施行令、昭和22年政令24号.

59) 刑訴応急措置法、昭和22年法律76号.

해당 법률 제17조 제1항 본문은, 고등재판소가 상고심으로서 한 판결에 대해서는 헌법판결의 부담을 이유로 한 때에 한해, 최고재판소에 거듭 상고를 하는 것이 가능하다고 정하고 있다

60) 第一条の規定に違反してゐる者は三年以上十五年以下の懲役又は貳千円以上壹万円以下の罰金に処す.

61) 平野龍一, 「裁判官の客觀的良心」, 『ジュリスト』480호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 6月, 85면.

‘객관적 양심설’은 판시 중 ‘법관이 (중략) 자기 내심의’라고 실시한 부분을 ‘법관으로서의 자기 내심의’라고 해석할 경우 이는 ‘객관적 양심설’에 해당할 수 있다고 본다.<sup>62)</sup> 후술할 특권설을 주장하는 南野森(미나미노 시게루) 교수는 이러한 판시가 자설의 입장에 부합한다고 본다. 그는 양심에 따라 재판할 권한은 법관에게 주어진 특권인데 이 판결에서 ‘법관이’ ‘자기 내심의 양식과 도덕감에 따르는 의미’라고 한 실시는 특권설에 정확히 부합한다는 것이다.<sup>63)</sup> 이에 대해 長谷部恭男(하세베 야스오)교수는 ‘주관적 양심설, 객관적 양심설의 양쪽에서 자설을 뒷받침하는 판례로서 채용하고 있다’고 하여 해당 판시만으로는 명확한 의미를 알기 어렵다고 본다.<sup>64)</sup>

다만 2차 유독물사건에 대한 판례에서는 국회와의 관계 속에서 ‘법관’의 위상이 확연하게 드러나는 바, 그러한 지위의 법관에게 주어진 ‘법관의 양심’ 역시 보다 분명하게 확인할 수 있다. 판례는 상고 취지가 입법의 문제라는 점을 지적하며 이를 상고 기각의 한 이유로 들었다. 즉, 법 해석자이자 법 적용자<sup>65)</sup>인 법관은 입법자가 아니므로 그의 양심에 부합하지 않는다고 하여 법을 당연 위헌이라 볼 수 없다는 것이다. 그렇다면 이때 법관이 발휘하게 될 양심 역시 어디까지나 입법자에 의해 제정된 법률의 범위를 벗어날 수 없을 것이다. 또한 ‘스스로 올바르다고 믿는 부분’이라는 표현이 포함되어 자칫 주관적 양심설을 옹호하는 것처럼 보이지만 그 역시 ‘유효한 법의 범위 내’라는 제한을 전제한다. 이러한 실시는 최고재판소가 재판과정에서 법관이 발휘할 수 있는 양심을 법률 내의 객관적 양심으로 제한하여 해석하고 있음을 보여준다.

### 3. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 학설 동향 - 전통적인 논의를 중심으로

법관의 양심에 대한 일본의 주요 학설 동향 역시 한국과 비슷하다. 이는 아무래도 대한민국 헌법 제103조의 법관의 양심 관련 조항이 일본국 헌법의 영향을 받은 탓으로 보인다. 다만 일본에서는 객관적 양심설과 주관적 양심설의 단편적인 대립 구도 속에서도 법정책적, 민법학적인 접근과 같이 헌법학의 영역에서는 벗어난 새로운 해석을 시도하거나 법관이 맞닥뜨리는 판단 과정 및 일반인으로서의 일상을 복합적으로 이해하려는 해석론이 등장하고 있다. 더 나가 실존하는 인간으로서 법관이 사고와 고민을 거듭하여 판결에 거듭하는 과정을 입체적으로 구조화하고 그 속에서 ‘법관의 양심’의 의미를 찾아내려는 시도가 늘어나고 있다. 따라서 본 논문은 전통적인 논의 구도에 대해선 주요 학자 내지 사법부 내 중요 인사의 입장을 중심으로 간단히 살펴보고 이에 대한 비판론을 소개한 뒤 새롭게 등장한 이론에 대해 상술하고자 한다.

#### (1) 전통적 논의구도에서의 주관적 양심설

주관적 양심설은 일본국 헌법 제76조 제3항 상의 법관의 양심은 동 헌법 제19조<sup>66)</sup>

62) 佐藤幸治(사토 코지), 『憲法』 第三版, 東京: 青森書院, 平成7年, 327면.

63) 南野森(주 55), *op.cit.*, 385면

64) 長谷部恭男, 『憲法』, 第七版, 新世社, 平成30年, 425면.

65) 田中耕太郎, 『教養と文化の基礎』, 東京: 岩波書店, 昭和12年, 352면.

66) 일본 헌법 19조(思想及び良心の理由は、これを侵してはならない.)



가 보장하는 법관 개인의 주관적인 양심과 다를 바가 없다는 ‘이중 양심 불가론(良心は二つはない)’을 내세운다.<sup>67)</sup> 이 학설은 법관이 자신의 주관적 양심에 따라 재판에 임할 수 있다고 본다. 대표주자로는 형법학자 平野龍一 교수가 있다.<sup>68)</sup>

### 1) 平野 교수의 이론

平野 교수가 문헌을 통해 주관적 양심을 명시한 최초사례는 1958년 발간된 『刑事訴訟法』이었다.<sup>69)</sup> 그는 이 책에서 일본국 헌법 제76조 제3항이 규정하고 있는 ‘법관의 양심’에 대해 법관이 ‘스스로 도덕적으로 올바르다고 믿는 것’이라는 해석을 제시했다. 이에 더해 무엇이 법인지 불분명할 경우 양심에 따라 ‘존재하는 규범’을 발견하여, 조문의 규정에 따른 악법은 무시하고 정당한 법을 발견할 수 있다고 주장했다.<sup>70)</sup>

平野 교수는 좌담회 등에서도 이런 의견을 피력했다.<sup>71)</sup> 「裁判官の客觀的良心」이라는 논문에서는 자위대를 예시로 객관적 양심설을 비판한다. 그는 ‘객관적 양심설’ 논자 가운데 ‘옳은 법, 법에 객관적으로 존재하는 정신’이 곧 법관으로서의 양심에 해당한다고 보는 사람이 있지만 이에 따라 ‘자위 전력은 허용된다’는 것이 ‘올바른 법’이라면 일본국 헌법 제76조 제3항 후단에 따라 법관은 이에 구속되므로 재판의 객관성을 유지하기 위한 별도의 수단으로서 ‘법관의 양심’은 불필요하다고 강조했다.<sup>72)</sup>

또한 그는 일본국 헌법 제76조 제3항의 양심과 동 헌법 제19조 사이에 가장 큰 차이는 ‘양심’과 ‘사상’을 구분하는데 있다고 설명했다. 그는 ‘양심’이란 ‘옳다고 생각하는 것을 옳다고 하는 것’이지만 ‘사상’이란 ‘무엇이 옳바른가, 선한가에 대한 ‘생각’이라고 보았다. 이는 두 조항 상의 양심을 동일한 것으로 보는 일반적인 ‘주관적 양심설’의 입장과 구분되는 것이기도 하다. 다만 이때 일본국 헌법 제76조 제3항이 ‘법관의 독립’ 외에 양심에 대한 규정을 포함시킨 것은 주변의 압력이 없어도 스스로를 속이는 판결을 내릴 여지가 있어 이를 방지하기 위한 성격이라고 언급하기도 했다.<sup>73)</sup>

平野 교수는 사법 제도적 측면에서도 헌법 제76조 제3항은 주관적 양심으로 해석해야 한다고 보았다. 일본국 헌법 하의 사법제도에서 무엇이 법인지를 결정하는 것은 최고재판소인데 하급심의 법관이 최고재판소와는 다른 방향으로 법을 해석하여 판결을 내린다면 그는 양심을 위반하여 판결한 것이 된다. 平野 교수는 이 경우 먼저 당해 판결의 하급심 법관은 ‘양심위반’이라는 비인간적 비판에 직면한다는 문제가 발생한다고 지적했다. 더 나가 이런 문제는 비양심적인 법관에 의한 재판소는 공평하지

67) 이와 관련하여 吉川寛吾(요시카와 칸지) 재판관은, 재판은 전인격적 판단이고 양심은 그 전제가 되는 전인격적 인식이라는 점에서 동일한 인격자에 대해 양심을 두 개로 적절히 나누어 판단할 것을 요구하는 것은 사실상 불가능하다는 설명도 덧붙였다.(吉川寛吾, 「裁判官の良心」その他, 『法律時報』 26권 7호, 東京: 日本評論社, 昭和29年 7月, 720면.)

68) 南野森(주 55), *op.cit.*, 384면.

69) 南野森, 「司法の独立と裁判官の良心」, 『ジュリスト』 1400호, 東京: 有斐閣, 平成22年 5月, 11면.

70) 平野龍一, 『刑事訴訟法』, 初版, 東京: 有斐閣, 昭和33年 11月, 52~54면.

71) 平野龍一(司會)他7人, 「座談會—裁判と裁判官」, 『ジュリスト』 469호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 1月, 35면. 특히 당시 平野 교수는 객관적 양심설이 특정한 종류의 하나의 사상에 양심이라는 이름을 붙여 강요하는 것이라는 점을 중점적으로 비판했다.

72) 平野龍一(각주 61), *op.cit.*, 84면.

73) *Ibid.*, 85면.

못한 것이므로 그를 재판에서 배제하자는 결론으로 이어질 가능성이 있고 이렇게 되면 법관의 독립조차 보장하기 어려울 것이라 우려했다.<sup>74)</sup> 일본국 헌법 제76조 제3항이 법관의 독립을 보장함에 따라 개별 법관을 향한 사법행정상의 지시 역시 법관의 재판권에 영향을 줘선 안 될 것인데,<sup>75)</sup> 만약 제76조 제3항의 양심에서 주관적 양심을 배제한다면 개별 법관의 독립은 사실상 상실될 수밖에 없다는 우려였다.

결국 平野 교수의 ‘주관적 양심설’은 법관 개인이 사법부 안에서 개별 사건의 재판에 대한 독립을 보장받을 수 있도록 법관의 재량 범위를 넓게 인정한 것이라고 평가할 수 있다. 또한 이때 발생할 수 있는 법적 안정성의 혼란, 재판 공정성의 위기와 같은 문제는 양심의 개념을 조정하는 대신 아닌 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법률과 헌법에 의한 구속’이라는 법관의 직무에 대한 제한 조건의 의미와 역할을 강조하는 한편 일본국 헌법 제19조의 ‘개인으로서의 양심’에 대해서는 실질적으로 ‘양심’이 아닌 ‘사상’의 문제라는 식으로 논의 방향을 전환함으로써 법관의 주관적 양심의 남용에 따른 법치주의 및 법적 안정성 침해 우려에 대해 반박한 것으로 보인다.

## 2) 민법학적 관점에서 본 법관의 양심

민법학계에서도 상대적으로 주관적 양심설에 우호적인 입장을 취하는 경우가 다수 나타났다. 이는 ① 특정 학설에 반드시 부합하지 않는 사례가 생기더라도 ‘무죄’와 같은 최후적 도피처 없이 구체적 사안 해결을 통한 권리 구제에 나서야 하며 ② 판례 상황과는 다른 변주(variation)가 존재할 수 있어 이로 인해 도출되는 결과 역시 달라질 수 있다는 민사 사건의 특성에 따른 주장이었다. 법관과 변호인이 법정에서 서로 다른 역할을 수행한다는 점도 이런 입장에 영향을 줬다.

이와 관련하여 小粥太郎(고카유 타로) 교수는 민법 교과서가 주장하는 학설이 현실에 적용되기에는 한계가 있는 상황에서 판례와 법률 문언 사이를 회전하는 법 실무가(여기서는 주로 법관과 변호사를 의미함)의 사정을 고려할 때 이들을 교육하는 민법 교사(교수)는 판례의 구속력을 인정하면서도 그것의 근거가 되는 법적 근거의 방법에 관한 컨벤션(법률가 공동체에서 현재 타당하다고 하는 해석논의의 방법, 구체적으로는 법률이나 판례 등에 한정된 텍스트를 출발점으로 하여 법률가로서의 작업에 따라 논의의 과정을 진행하는 것)을 제공해야 한다고 주장한다.<sup>76)</sup> 이는 다양한 변수를 가진 민사사건에서 판례를 기계적으로 적용하기는 어렵기 때문이다.

따라서 법관은 자신의 재량적 해석을 통해서라도 구체적 사안이 해결되도록 해야 하고 이때 법관의 이러한 권한을 보장해주는 것이 바로 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘양심’ 규정이라는 것이다.<sup>77)</sup> 즉, 법관은 기존의 판례와 법률만으로는 완벽하게 사정(射程)되지 못하는 공백부분에 대해서 법관으로서의 양심을 발휘해 개별 사건의 구체적 타당성을 충족시켜야 한다. 단 이때 법관이 발휘한 양심은 법관 전체의 일반적 공

74) *Ibid.*, 84~85면.

75) 平野龍一(주 70), *op.cit.*, 52면.

76) 小粥太郎, 「裁判官の良心」, 『法学』 71권 5호, 東北大学法学会, 平成19年 12月, 546, 547면.

77) *Ibid.*, 566면.

통성을 바탕으로 확립되어 전체 재판소에서 적용되는 판례로부터 자유로운 것이므로 당연히 법관 개인의 주관성이 담겨있을 수밖에 없다.<sup>78)</sup>

## (2) 전통적 논의구도에서 객관적 양심설

주관적 양심설과 달리 객관적 양심설은 양심을 이분하는 것이 가능하다고 보며, 일본국 헌법 제76조 제3항의 법관의 양심이란 ‘법관으로서의’ 양심 혹은 ‘법관으로서 가져야 할’ 양심이라고 해석하여 19조의 양심과는 다른 것으로 본다. 이 학설의 대표 주자로는 團藤重光(단도 시게미쓰) 교수나 清宮四郎(키요미야 시로) 교수, 瀧川幸辰(타키가와 유키토키) 교수 등이 있으며 현재로서는 ‘객관적 양심설’이 통설적 지위에 있다.<sup>79)</sup> ‘객관적 양심설’은 학계 뿐 아니라 최고재판소의 핵심 인사들로부터도 지지를 받았다. 최고재판소 장관을 지낸 田中耕太郎(타나카 코타로)<sup>80)</sup>와 石田和外(이시다 카즈토)<sup>81)</sup> 및 전 최고재판소 재판관 齋藤朔郎(사이토 키타로)<sup>82)</sup> 등이 대표적이다.

### 1) 團藤 교수의 이론

이 분야에서 가장 먼저 ‘객관적 양심설’을 주장한 이가 바로 團藤 교수였다. 그는 平野 교수와 같은 형법학자로 전후 얼마 지나지 않은 시점에서 일본국 헌법 제76조 제3항의 양심이란 ‘개인으로서 보장되는 양심의 자유(헌법 19조)와는 다른 것으로 법관으로서 양심에 따라야 한다’고 주장했다. 그 근거로는 ‘사법권은 주관적인 것이 아닌 것이며 공평한 재판소의 관념도 당연히 그 전제가 된다’고 제시했다.<sup>83)</sup> 또한 그는 일본국 헌법 제76조 제3항의 양심이란 법관으로서-혹은 법관이 갖추면 좋을-양심의 의미로 해석할 수 있다고 보면서 ‘객관적 양심설’을 강조했다.<sup>84)</sup>

### 2) 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘재판관의 양심’ 규정의 무의미론

대표적인 헌법학자로서 전후 일본 헌법학계의 거두 가운데 하나로 여겨지는 清宮 교수는 일본국 헌법 제76조 제3항에 대해 특별한 의미가 없는 문장이라 평가했다.<sup>85)</sup> 이 이론은 앞선 이론과 달리 ‘법관의 양심’이라는 문언의 의미를 사실상 상실시켰다는 특징이 있다. 주관적 양심설을 주장한 平野 교수에게 ‘법관의 양심’은 실질적인 의미를 가지고 있었다. 이는 ‘객관적 양심설’을 주장한 團藤 교수의 이론에서도 마찬가지였다. 그는 사실상 ‘법관이 가져야 할 양심’ 즉 법관의 덕목으로서 ‘객관적 양심’을 주장

78) *Ibid.*, 565면.

79) 南野森(주 69), *op.cit.*, 11~12면.

80) 田中耕太郎, 「裁判官の良心と独立について」, 『法曹時報』 7권 1호, 法曹會, 昭和30年 01월, 6면.

81) 毎日新聞 昭和45年 五月 三日, 1면.

82) 齋藤朔郎, 「裁判と裁判官の中立性」, 『法律時報』 26권 2호, 東京: 日本評論社, 昭和29年 2月, 126~127면. (齋藤은 최고재판소 재판관이다. 그가 비록 이 글을 쓸 당시에 최고재판소 재판관이었던 것은 아니지만 이미 그는 昭和20年(1945년) 만주국 최고법원의 차장을 역임하는 등 고위직 판사로서 충분한 경험을 갖춘 상태였다. 따라서 그는 하급재판소 재판관으로 보기 어렵다.)

83) 團藤 교수가 최초의 객관적 양심설 논자라는 사실은 平野 교수의 견해를 참고했으며 이하 내용은 다음 문헌을 참고했다. (團藤重光, 『新刑事訴訟法綱要』, 5訂版, 東京: 創文社, 昭和28年, 37면.)

84) 團藤重光, 「(ジュリスト手帖)裁判官の良心」, 『ジュリスト』 8호, 東京: 有斐閣, 昭和27年, 11면.

85) 清宮四郎, 『憲法 I』, 第三版, 東京: 有斐閣, 昭和54年, 357~358면.

했던 것인 바, 이는 ‘법관으로서의 양심’과는 구별될 여지가 있어 여전히 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 양심’은 해석의 가치가 있었다. 반면, 清宮 교수는 재판 과정 자체에서 법관의 개인적 측면을 철저히 배제해 버렸다. 이렇게 되면 현행 일본국 헌법이 상정한 재판의 장에서 법관의 역할은 법률을 적용하는 존재에 불과하여 법관의 재량이 극도로 축소되는 결과로 이어지게 된다.

더 나아가 전술했던 瀧川교수는 입법론적 측면에서 일본국 헌법 제76조 제3항이 ‘법관의 양심’을 규정한 것은 법관 개인의 주관적 양심이 개입될 여지를 용인했다는 점에서 이익 없이 해가되는 문언일 뿐이라고 주장했다. ‘법관의 양심’에 대한 규정은 별 의미가 없음에도 여분(余計)의 문언이 들어가서 ‘법관 개인의 주관적 인생관, 혹은 세계관이 활동할 수 있는 여지를 인정한 것으로 해석될 수 있어’ 혼란을 부추겼다는 입장을 제기했다.<sup>86)</sup>

### 3) 小林直樹(코바야시 나오키) 교수의 이론 틀(枠)이론

小林 교수는 清宮 교수의 견해가 ‘객관적 양심설’의 특징을 정당하게 지적한 것이라고 평가하며 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 양심’을 객관적 양심으로 해석하는 것이 옳다고 본다. 이러한 평가에 대한 근거로 ① 법관 개인의 정치적, 종교적 도덕적 그 외의 사상이나 신념에 따른 과감하고 자유로운 법의 해석·적용을 허용하면 통일적 법질서의 달성이 어렵다는 점, ② 제1심에 놓인 사람 입장에서는 형평한 법 적용에 대한 불안정을 느끼게 된다는 점, ③ ‘사람이 아닌 법이 지배한다’는 원칙상 법관의 직업윤리로서 공정함을 지키기 위해 자신의 주관적 신념을 억제할 것이 요구되며 그것이야말로 ‘법관으로서의 객관적 양심’이라고 말할 수 있다는 점을 제시했다.<sup>87)</sup>

또한 Paul Gülland의 견해를 차용하여 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 독립’은 권력으로부터의 독립과 함께 자기의 주관적 신앙, 사상으로부터도 독립하는 것을 의미한다고 보았다. 즉 공정과 법의 지배를 지켜야 한다는 법관의 직업윤리가 법관의 ‘객관적 양심’이며 ‘독립’의 원칙의 또 다른 측면이라고 해석한 것이다.

다만 그는 악법에 대한 준법 의무의 쟁점 등 실정 법률에 대한 법관의 복종 의무와 실질적 정의를 위한 노력 의무 사이에서 법관이 자의적 요소를 버린 채 법을 따르고 독립한다는 것의 구체적 의미가 문제시 된다고 보았다.<sup>88)</sup> 이를 해결하는 방안으로 小林 교수는 齋藤秀夫(사이토 히데오) 교수의 해석을 원용한다. 齋藤 교수는 ‘법관의 양심’이 ‘헌법 하에서 법관으로서 가져야 할 양심’이며 이를 ‘틀이 있는 양심’이라 해석하는데<sup>89)</sup> 바로 이 ‘틀’을 통해 전술한 문제를 해결할 수 있다는 것이다. 小林교수는

86) 瀧川幸辰, *op.cit.*, 134면.

87) 小林直樹, 「裁判官の任務と良心—職業倫理の課題—」, 『ジュリスト』 469호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 1月, 124면.

88) *Ibid.*, 125면. Paul Gülland는 법관의 독립에 대해 국가와 사회 간의 모든 세력에 대한 독립을 시작으로 상급관청, 정부, 의회, 정당, 신분 등으로부터의 독립과 국민의 인기로부터의 독립, 특히 자신의 자아 편견과 걱정으로부터의 독립을 포함한다고 보았다.(Paul Gülland, *Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte*, 1932에 관련 내용이 있으나 이를 확인하지 못하여 田中耕太郎, 『法の支配と裁判』, 東京: 有斐閣, 昭和35年, 50면에서 재인용 함.)

89) 齋藤秀夫, 『国会と司法権』, 東京: 日本評論新社, 昭和20年 9月, 29-120면.

이 ‘틀’이<sup>90)</sup> 법관의 사적 요소를 억제하는 일종의 규제 장치이고 일본국 헌법 제76조 제3항은 법관에게 이 규제를 의무화 한 규정이라고 본 것이다.

요컨대 小林 교수가 ‘법관의 양심’으로서 제시한 ‘틀’은 직업인으로서 법관이 가져야 할 직업윤리였다. 개인의 직업윤리는 그러한 직책을 수행하는 개인을 고려하는 동시에 해당 직업을 수행하는 모든 이에게 적용될 수 있도록 객관성을 가져야 한다. 또한 직업윤리는 개인에 대한 규제를 가하지만 동시에 개인에게 주어지는 부당한 요구에 대한 대항기제로 작동할 수도 있다. 따라서 小林에게 일본국 헌법 제76조 제3항이 규정한 ‘법관의 양심’은 기본적으로 객관적인 것이지만 인간으로서 법관을 배제한 채 대상화 된 것은 아니다. 따라서 清宮의 해석론에 비해선 일본국 헌법 제76조 제3항 상 ‘법관의 양심’의 효력을 훨씬 강하게 인정하는 것이며 재판이라는 실무에 참가하는 법관들의 현실적 사정과 법리 사이의 균형점을 찾아가는 이론으로 평가할 수 있다.

#### 4) 주요 재판관들로부터 제기된 ‘객관적 양심설’

전술한 石田 장관, 齋藤 재판관 이외에 田中耕太郎 장관이 ‘객관적 양심설’의 입장에 서있다. 田中 장관은 최장수 최고재판소 장관이라는 점 때문에 최고재판소에서 그가 차지하는 위상은 매우 크다. 이런 그가 장관 재직 당시에 ‘객관적 양심설’에 대한 지지 입장을 밝힌 것은 사실상 최고재판소의 지지 입장으로 여겨진다. 최고재판소의 판사가 ‘객관적 양심설’을 인정한 것으로 여겨지는 주요한 이유도 이에 기인한 바가 크다. 田中 장관은 장관 재직 당시 발표한 ‘법관의 양심과 독립에 대해서’라는 논문의 ‘양심의 객관성, 법관 논리’ 장(章)에서 ‘법관의 양심은 법관의 특수한 지위가 초래하는 직업도덕’이라 정의하여 그것이 일본국 헌법 제19조의 일반적 시민으로서의 양심과는 구분되는 (직업인으로서의) 양심이라는 점을 분명히 했다.<sup>91)</sup>

이에 따르면 법관의 독립은 법관이라는 신분을 제외한 모든 외적 요소를 제거하는 것이다. 즉, ‘법관의 특수한 지위가 초래하는 직업도덕’이란 ‘사법관으로서의 지위에 의거해 행동하는 때’에 발생하는 직업도덕이므로 개인적 주관이 배제된다. 이때 그러한 직업도덕은 ‘자기의 세계관을 허용하지 않은 채 법에 대해 맹종하는 것’이다.<sup>92)</sup> 따라서 법관은 직업 활동에서 특별히 지켜야 할 직업도덕을 준수해야 할 일반적인 의무에 따라야 하고 일본국 헌법 제76조 제3항은 바로 이런 점을 확인한 것이라고 보았다.

### (3) 전통적 학설에 대한 비판론

#### 1) 객관적 양심설에 대한 비판론

이 이론의 가장 큰 문제는 ‘법관으로서의 양심’과 ‘법관으로서 가져야 할 양심’의 의미가 동일하지 않다는 것이다. 둘은 기본적으로 논의 범주가 다르기 때문에 ‘객관적 양심’이라는 표현은 ‘법관으로서 가져야 할 양심’에는 부합하나 ‘법관으로서의 양심’에는 부합하지 않다는 주장이다. 이에 따르면 전자는 법관으로서의 양심에 대한 사실의

90) 小林直樹(주 87), *op.cit.*, 125면.

91) 田中耕太郎(주 80), *op.cit.*, 6면.

92) 田中耕太郎(주 65), *op.cit.*, 352면.

기술에 불과하지만(サイン, sein) 후자는 법관에 대한 의무 규정(ゾルレン, sollen)이다. 헌법 제76조 제3항은 전자이므로 법관으로 하여금 직무에 있어 개인의 주관적 양심을 직업인으로서 객관적 양심으로 대체하길 명령하는 ‘객관적 양심설’이 적용될 수는 없다는 설명이다.<sup>93)</sup> 團藤 교수 역시 이런 비판을 수용하기도 했다.<sup>94)</sup>

또한 법관의 객관적 양심을 일반적인 법관이 언제나 가져야 하는 특정한 양심으로 해석한다면 특정의 ‘사상 신조를 가진 것을 법관의 조건으로 하는 것으로 법관의 사상, 신조 차별이 정당화 될 위협이 있다’는 비판도 있다. 원래 이런 비판은 주관적 양심설을 상대로 한 것이다.<sup>95)</sup> 하지만 ‘객관적 양심설’이 특정한 양심상을 상정한다면 이 주장 역시 다른 양심상을 배제한다는 점에서 다를 것이 없다는 주장이다.<sup>96)</sup> 이와 관련하여 ‘객관적 양심설’은 사실상 전체주의와 동일하다는 비판도 제기된다.<sup>97)</sup>

## 2) 주관적 양심설에 대한 비판론

‘주관적 양심설’에 대한 비판은 크게 두 가지로 구분된다. ① 하나는 자신의 주관적 양심에 따라 재판절차를 진행한 법관에 의해 재판의 객관성과 공정성이 훼손될 수 있다는 점이고 ② 다른 하나는 법관이 개인의 양심에 따라 재판을 하는 사례가 나타남으로써 외부로부터 주어지는 사법 신뢰가 손상될 수 있다는 점이었다.<sup>98)</sup>

①과 관련하여 법관의 주관적 성향이 재판에 개입되면 이는 결과적으로 공정한 재판의 가능성을 저해한다는 비판이 제기됐다. 이는 일반적인 시기보다 정치적 대립이 격화된 시기에 특히 문제가 되는 것으로 법관의 단체가입, 사상, 신조 등의 문제와 관련하여 사법부의 정치중립에 대한 심각한 위기로 이어질 수 있다는 것이다.<sup>99)</sup>

②와 관련한 비판으로는 특정 법관이 자신의 개인적 양심에 따라 재판을 하게 되면 최고재판소를 정점으로 하는 사법부는 궁극적으로 상급심 판결을 통해 이를 수정하게 될 것인데 그 과정에서 사법에 대한 국민적 불신이 발생할 수 있음을 우려한다.<sup>100)</sup>

재판 공정성, 사법신뢰에 대한 훼손 외에 ‘주관적 양심설’에 따른 법적안정성의 훼손 역시 중요한 비판 사항이다. ‘주관적 양심설’에 따르면 모든 법관들은 다 각자가 갖고 있는 양심에 따라 법을 해석할 수 있다. 그렇다면 개별 법관에 의해 법률을 적용받게 되는 국민들 입장에서 어떤 법관에게 재판을 받느냐에 따라 자신의 권리 구제 양상이

93) 南野森(주 69), *op.cit.*, 13면 참조.

94) 團藤重光, 「裁判官の良心」, 『刑事裁判の課題: 中野次雄判事還暦祝賀』, 團藤重光ほか, 東京: 有斐閣, 昭和47年, 12면; 南野森(주 69), *op.cit.*, 13면에서 재인용.

95) 辻村みよ子(츠지무라 미요코), 『憲法Ⅱ』, 第五版, 東京: 日本評論社, 平成30年, 439면.

96) 玉蟲由樹(타마무시 유키), 「裁判所と『司法権』」, 『憲法学の基礎理論』, 新井誠ほか, 東京: 不磨書房, 平成18年, 156면.

97) 佐々木哲蔵(사사키 테츠조), 『裁判官論』, 京都: 日本評論社, 昭和35年, 27면.

98) 平野龍一(司會)他7人(주 71), *op.cit.*, 34면.

당시 좌담회에서는 특히 雄川一朗(오가와 이치로) 교수가 (2)번에 관한 우려를 집중적으로 제기했다.

99) 三宅陽(미야케 아키라), 「裁判における政治と法の論理」, 『ジュリスト』 487호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 9月, 44면.

100) 平野龍一(司會)他7人(주 71), *op.cit.*, 34~35면.

당시 좌담회에서 이런 비판론에 대해 주도적으로 소개한 인사는 新堂幸司(신도 코지) 교수였다. 그는 재판관은 공인으로서 판결을 할 때는 ‘私’를 버린 입장에서 양심에 따른다면 조금도 잘못이 없다고 주장하며 재판관 개인의 주관성의 작동은 ‘공정의 외관’에 문제를 발생시킬 수 있다고 보았다.

판이하게 달라질 수 있다는 문제가 발생한다. 이는 결과적으로 법의 수범자인 국민들의 법에 대한 예측 가능성을 현저히 감소시킨다는 점에서 국민의 권리 보장에도 악영향을 준다. 동시에 하급재판소에 대한 불신을 현격히 증가시켜 최고재판소의 부담을 가중시키는 부작용을 일으킬 우려가 있다는 비판도 제기된다.

#### 4. 법관의 양심에 대한 일본의 주요 학설 동향 - 여러 '대안이론'을 중심으로

##### (1) 등장 배경

이처럼 1940년대부터 70년대에 이르기까지 '법관의 양심'에 대한 일본 내의 논의는 활발했다. 그러나 오히려 1980년대 들어 관련 논의는 종적을 감추었다가 2000년대 들어 다시 본격적으로 논의되기 시작했다.<sup>101)</sup> 하지만 이는 종전의 '주관적 양심설'과 '객관적 양심설'의 양자택일적 논쟁을 넘어서는 보다 복잡한 방식으로 전개됐다. 본고는 이러한 일본 내 여러 논의에 대해 기존의 논쟁을 뛰어넘는 새로운 차원의 접근이라는 점에서 '대안이론'이라 명명하고자 한다. 이렇듯 종전의 틀을 넘어서 다양한 '대안이론'이 등장하고 논의가 다변화 될 수 있었던 데는 크게 두 가지 요인이 있다. 하나는 인간 존재로서 법관의 실존적 역할 및 의미에 대한 논의가 확대된 것이고 다른 하나는 법관을 둘러싼 정치권 및 사법부 조직과 같은 권력 환경의 변화였다.

##### 1) 주관적 양심설과 객관적 양심설 대립 구도의 한계

먼저 실존하는 인간인 법관이 갖는 양심에 대해 그것을 배타적 관계에 있는 '객관적', '주관적' 양심으로 구분하려는 종래 논의 구조의 전제 자체가 부적절하다는 비판이 제기됐다.<sup>102)</sup> 이와 관련하여 '양심'을 무엇으로 정의할 수 있는가에 대한 논의가 제기됐는데 長谷部恭男(하세베 야스오) 교수는 기존의 학설이 한스 켈젠의 영향을 받은 나머지 지나치게 이분법적이었음을 지적하며<sup>103)</sup> 양심을 '도덕'으로 치환하여 기존의 논의를 전환하고자 한다. 그는 도덕에는 세 종류가 있다고 제시하는데(이하 '도덕 3분설'이라 함) 그것은 ① 사회 일반에 통념이라는 의미로서의 도덕(근로도덕, 성도덕 등) ② 일본국 헌법 제19조에 의해 개인의 자유로운 선택이 보장되는 사상, 신조로서의 도덕 ③ 어떻게 살아야 하는지에 관한 이유에 대해 음미하는 작업과 그 성과를 가리키는 것으로 실천이성의 움직임과 동일한 의미로서의 도덕이다.

長谷部는 법관의 양심에 대한 종전의 논쟁은 양심의 개념을 ②의 도덕으로 한정할 때만 가능하다고 보았다. 하지만 이는 인간 삶의 실상에 기초한 양심에 대한 논의를 불러일으키지 못한 채, 가변적 조건에서 발생하는 불안정한 해석의 문제에 천착함으로써 객관성과 절대성의 영역에 처하게 되는 재판에 활용할 규범에 대한 적절한 논의를 생산하지 못했다고 지적했다. 그러면서 인간의 삶에서 떨어질 수 없는 ③의 도덕이 일본국 헌법 제76조 제3항의 '법관의 양심'을 다룰 때 유의미하다고 주장했다.<sup>104)</sup>

101) 愛敬浩二, 「『裁判官の良心』に関する一考察—長谷部恭男教授による問題提起を契機として—」, 『憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用—: 高見勝利先生古稀記念』, 東京: 信山社, 平成27年 5月, 29면.

102) 長谷部恭男, 『憲法の円環』, 東京: 岩波書店, 平成25年, 209면.

103) *Ibid.*, 212~214면.

이에 더해, 법관의 양심에 관한 현재 판례의 문언이 해석하기에 따라 ‘객관적 양심설’과 ‘주관적 양심설’을 모두 지지하는 것으로 해석될 수 있다<sup>105)</sup>는 점에서 두 학설은 본질적으로 차이가 없으며 새로운 해석론이 필요하다는 주장이 제기됐다.

## 2) 사법의 위기에 따른 문제

1970년대 초반, ‘법관의 양심’ 관련 논쟁에 다수의 인사가 참여한 것은 1971년 지방재판소 법관의 재임 불허 사태를 정점으로 한 일련의 사법격동 사태 때문이었다. 당시 최고재판소의 대응을 두고 이것이 법관의 독립 및 양심을 침해했다는 지적이 다수 제기되며 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 양심’에 대한 논쟁이 본격화 됐다. 이후 2000년대 들어 이 문제가 다시 본격화되었다. 그 역시 ‘사법위기 현상’에 따른 결과였다.<sup>106)</sup> 다만 21세기의 현상은 1970년대와는 다소 다른 양상을 보였다. 과거에는 특정 단체에 가입한 법관의 재임을 불허하는 것과 같이 법관의 신분에 대한 직접적 위협이나 법관의 개인적 정치 활동에 대한 논란이 주를 이뤘다.<sup>107)</sup> 반면 금세기에 들어선 최고재판소를 정점으로 한 사법부 조직이 ‘내부 평가’ 등의 방식을 통해 법관을 통제함으로써 법관이 사법부 조직 내부로부터 독립해 법률과 양심에 따라 판단할 권한을 제한당하고 있다는 것이 특히 문제가 됐다. 후자의 경우 전자에 비해 훨씬 은밀하게 이뤄지고 제한을 당하는 법관 본인조차 이를 파악하지 못하고 있을 수도 있는데 이런 사법 독립 침해 문제를 해결하고자 ‘법관의 양심’에 대한 연구가 확대됐다.

### (2) 대안이론의 현황

2010년 南野森(미나미노시게루) 교수가 발표한 논문에서도 보이듯 법관의 양심에 대한 논의는 현재 일본 내에서 활발히 진행 중이다. 愛敬浩二(아이쿄 코지) 교수는 전통적인 논의에 대한 현대적인 ‘대안이론’의 관점에서 ‘법관의 양심’을 논의한 학자들로 헌법학 분야에서 長谷部恭男 교수, 南野森 교수, 蟻川恒正 교수를 제시했다.<sup>108)</sup>

기존의 논의와 같이 사법체계, 사법정책, 법관의 독립이라는 측면에서 법관의 양심을 다루는 논의는 南野 교수의 ‘특권설’에서 주로 다뤄진다. 반면 단순히 사법 정책적 측면에서 법관의 독립이라는 문제를 넘어 개별 법관이 재판에 임하는 자세 즉 재판 과정에서 법관이 마주하는 여러 상황과 ‘법관의 양심’을 결부시킨 논의도 다수 이뤄지고 있다. 학자 출신 최고법관의 논의에서는 주로 판례의 구속성과 법관의 양심 사이의 관계를 중심으로 하여 개별 사건을 대하는 법관의 자세와 바람직한 모습에 대한 논의가 여럿 등장한다.<sup>109)</sup> 또한 이른바 ‘하드 케이스’에 맞닥뜨린 법관이 대처하기 위한

104) *Ibid.*, 210~211면.

105) 平野龍一(각주 61), *op.cit.*, 85면; 佐藤幸治(각주 62), *op.cit.*, 327면.

106) 愛敬浩二, 「「裁判官の良心」と裁判官一憲法理論的考察に向けて」, 『法律時報』 87권 11호, 東京: 日本評論社, 平成27年 10月, 148면.

107) 芦部信義(아시베 노부요시)·高橋和之(카즈유키 타카하시), 『憲法』, 第七版, 東京: 岩波書店, 平成31年 3月, 360면.

108) 愛敬浩二(각주 101), *op.cit.*, 24면.

109) *Ibid.*, 28면(愛敬 교수는 교수 출신 최고재판관인 藤田宙靖(후지타 토키야스), 伊藤正己(이토 마사미) 교수의 회고록을 인용하여 관련 논의를 전개해 나갔다.)



도구로서 ‘법관의 양심’이 갖는 기능에 대한 논의도 등장한다. 특히 후자와 관련하여 구미(歐美)지역에서 활발하게 진행된 ‘법실증주의 비판론’을 차용해 이를 바탕으로 ‘실재하는 법’ 외에 ‘해석을 통해 법을 도출하는 법’의 발견자로서 법관을 상정하고 법관의 양심을 그 도구로 활용하려는 논의가 다수 등장하고 있다.

### 1) 전체 법질서에 부합한 판결을 위한 기제로서 법관에게 부여된 ‘법관의 양심’

대안이론의 여러 논의 가운데 하나는 법관이 판례에 대해 어떻게 반응해야 하느냐는 점이다. 대표적으로 長谷部 교수가 이런 주장의 선두에 서있다. 長谷部는 하드케이스에 대처하는 법관의 태도에 대해 ‘어떠한 판단이 법질서 전체에 대하여 정합적인 정치도덕과 적합한가라는 관점으로부터 그 선택을 해야 한다’고 말한다.<sup>110)</sup>

이러한 長谷部의 이론은 ‘부수적 위헌심사제’를 채택한 일본의 현실과 맞닿아있다. ‘부수적 위헌심사제’ 하에서 헌법은 법관을 단편적인 법률의 문언 및 판례의 구속으로부터 해방시키는 도구가 된다.<sup>111)</sup> 이때 법관은 전술한 정치도덕에 부합하는 형태의 실천이성을 발휘하여 헌법을 정점으로 하는 전체 법질서에 부합하는 해석을 도출해야 한다. 다만 ‘법관의 양심’ 상 법관이 따라야 하는 ‘전체 법질서’는 법관의 개인적 도덕관에서 유래하는 것이 아니라는 점에서 일본국 헌법 제19조의 ‘시민의 양심’과 같은 선택적 도덕이 아니라는 점에서 ‘주관적 양심설’과 구분된다.

하지만, 이러한 법질서는 여전히 불명확하고 이로 인해 법관 개인이 판단하고 결론을 내려야 하는 해석범위를 남길 수밖에 없다. 바로 이 지점에서 ‘법관의 양심은 법관이 외계로부터 주어진 객관적인 법을 그대로 따라가도록 강제할 뿐 법관 개인의 해석은 원천적으로 부정되어야 하며 법관은 법률에 맹종할 뿐’이라 보는 객관적 양심설과도 구별된다. 대개 하드케이스에 해당하는 헌법문제에 대해 법관은 가변적인 개인적 신념을 투영해서는 안 된다. 하지만 이것이 특정법과 판례에 구속된 채 법관의 법률 해석을 금지하는 것은 아니다. 하드케이스에서 법관이 이와는 다른 성격을 가진 종전 판례나 특정법에 구속된다면 이것이 오히려 전체 법질서에 반할 수도 있기 때문이다.<sup>112)</sup> 長谷部에게 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 양심’은 하드케이스 상황에서 법관이 ‘전체 법질서’에 부합하는 결정을 내릴 수 있도록 하는 기제인 것이다.

長谷部 교수의 영향을 받은 蟻川恒正(아리카와 츠네마사) 교수 역시 비슷한 주장을 제시한다. 그는 법관의 양심을 두고 벌어진 종전의 논의가 ‘법관의 확고한 도덕적 확신’을 양심이라고 부르는 언어적 문제에서 기인하는 가상문제에 불과하다고 주장하면서 ‘헌법 그리고 법률’과 상극의 것을 가리키는 용어로 ‘양심’을 대신하여 ‘도덕적 확신’을 사용하자고 주장한다. 즉 법관 개인의 신념과 양심은 다른 문제라는 것이다.

또한 일본국 헌법 제76조 제3항의 해석에 관하여 가장 문제가 되는 지점은 ‘법관이 자신의 도덕적 확신’을 어떻게 처리하여 판단할 때 ‘헌법 그리고 법률에 구속’되느냐이다. 이에 대해 蟻川 교수는 동향은 ‘개개의 법관이 스스로 결정하는 사안의 성질(事

110) 長谷部恭男, 『憲法』, 第六版, 新世社, 平成26年, 416면.

111) 長谷部恭男(주 102), *op.cit.*, 221면.

112) *Ibid.*, 211면. 長谷部는 법을 맹종하는 법관은 사람이 아니라고 주장하기까지 한다.

柄)에 따를 때' '법관 개인의 도덕적 확신'이 '헌법 그리고 법률에 구속'되는 것이라고 규정한 조항이라고 해석한다. 즉, 법관이 자기의 양심에 따른 결론에 따르지 않거나 이에 따라 판단해보지 않은 채 무비판적으로 법질서에 따르는 것 역시 일본국 헌법 제76조 제3항 위반이며, 양심이라는 것은 법질서와 도덕적 확신 사이의 차이가 변통할 수 없을 정도의 상극인 면에 대해서 자기의 도덕적 확신을 어떻게 처리하는 것이 상당한가를 진지하게 판단하는 것이라는 설명이다.<sup>113)</sup>

이 이론에서 핵심은 법관 개인의 '자아의 갈등'이다. 일본국 헌법 제76조 제3항에 따르는 법관은 '법관 자신의 철저한 자기질책'에 의해서만 책임을 지는데 그런 일련의 과정에 법관의 자아 갈등 과정이 포함된다. 다시 말해 일본국 헌법 제76조 제3항은 법관으로 하여금 무엇이 법인지에 대한 자기질책의 과정을 거치며 궁극적으로 헌법과 법률에 따른 법질서를 찾아가도록 명령하는 규정이라고 본다.<sup>114)</sup>

이를 법관을 둘러싼 세계를 중심으로 재구성하면 개인의 사적 영역과 직업인으로서의 공적 영역 그리고 그 사이에 존재하는 <통과>의 고유영역으로 구조화 할 수 있다. 일본국 헌법 제76조 제3항은 법관이 바로 이 <통과>의 영역에서 갈등하며 양자 사이에서 결론을 도출하게 되는 것을 보장·명령하는 규정이라고 본 것이다.<sup>115)</sup> 즉, 그의 이론은 법관이 개인이자 직업인으로서 고민할 수 있는 '판단의 제3영역'을 보장하면서도 여전히 적용되어야 하는 법질서 자체에 대한 선택 권한은 인정되지 않는 법관상(법관의 직업윤리)을 제시한 것이다.<sup>116)</sup> 이런 특징은 '법관의 독립적 판단 영역'을 긍정하면서도 법관이 따라야 하는 절대적인 '전체 법질서'는 선택적일 수 없다고 보는 長谷部 교수와 유사한 형태의 대안이론에 해당한다고 볼 수 있다.

한편, 蟻川 교수는 법관 개인의 자아 갈등에 대한 논의가 부재한 일본 헌법학계를 비판하는데 이에 대해선 관료화되어 법관의 자아 갈등을 찾아 보기 어려워진 사법부가 문제라는 지적도 있다.<sup>117)</sup> 이에 따르면 법관이 기존의 판례에 종속되어 사실관계가 구분되는 사안에도 동일한 결론을 적용하는 문제가 발생하고 있음을 지적한다.

법관 중에서는 横川敏雄(요코카와 토시오) 전 삿포로 고등재판소 장관의 논의가 맥을 같이한다. 그는 우쓰노미야(宇都宮) 지방재판소장 시절 취임 인사에서 법관이 법의 지배를 실현하기 위해선 일반의 신뢰를 지키기 위한 각별한 배려가 요구된다고 하여 법관의 판단이 결코 본인의 임의적 입장에 의거해서는 안 된다는 점을 강변했다.<sup>118)</sup>

이는 법관의 양심에 따라 재판할 권한이 결코 법관에게 자의적인 '규범선택권한'을 보장한 것이 아니라는 취지로 이해된다. 하지만 이렇듯 규범의 절대성을 강조하는 것만으로 개별 사안에서 법관들이 마주하는 문제가 해결되지는 못 한다. 사건의 복잡성

113) 蟻川恒正, 「裁判官の責任とは何か」, 『法の支配』 157호, 日本法律家協会, 平成22年, 46면.

114) *Ibid.*, 42~43면.

115) 蟻川恒正, 「<通過>の思想家サンフォード・レヴィンソンの憲法理論」, 『憲法論集 : 樋口陽一先生古稀記念』, 東京 : 創文社, 平成16年, 689면.

116) 蟻川恒正, 「自由をめぐる憲法と民法」, 『法学セミナー』646호, 東京: 日本評論社, 平成20年, 42면.

117) 愛敬浩二, 「「裁判官の良心」と裁判官—憲法理論的考察に向けて」, 『「国家と法」の主要問題-Le Salon de theorie constitutionnelle』, 東京: 日本評論社, 平成30年, 300면.

118) 横川敏雄, 「裁判官の良心と論理—裁判官としての体験と実感を基礎にした、問題へのアプローチ—」, 『ジュリスト』 487호, 昭和46年, 東京: 有斐閣, 34면.

이 강화되는 등의 사정으로 인해 무엇이 재판에 적용되어야 할 ‘전체 법질서(규범)’에 해당하는가를 확인하는 것 자체가 어려워지는 경우가 발생하기 때문이다.

橫川는 그가 번역한 구스타프 라드브루흐의 『법철학의 근본문제』의 해설에서 이 문제가 ‘법이라는 개념이 경험적 방법에 의해 안이하게 획득될 수 있는 것’이 아니기에 발생하는 것임을 지적했다. 그와 함께 이 문제는 라드브루흐의 해석 방법론에 따라 초경험적, 절대적 가치이념으로부터의 ‘연역’에 따라서만 해결가능하다고 보았다.<sup>119)</sup> 즉, 그는 ‘법’이라는 ‘질서’는 법관의 ‘연역’ 해석을 통해서 비로소 구체화 될 수 있으며 그 성질상 법관의 주관적 해석이 포함될 수밖에 없다고 본 것이다.

그렇다면 이때 과연 객관적인 ‘전체 법질서’의 내용을 어떻게 연역하여 구체적 상황에 적용할 것인지에 대한 과제가 남게 된다. 이에 대해 橫川 재판관은 재판과정에서 법관이 양심음미-이른바 원쿠션(ワンクッション)이라는 법관의 사고과정-라는 의사형성 과정을 통해 자의성을 배제한 채 판결에 나서는 과정에 주목했다.<sup>120)</sup>

이는 법관이 적어도 재판을 진행한 끝에 최종적으로 내리게 된 결론에서는 ‘자의성’이 개입되어서는 안 된다는 것으로 재판에서 ‘법관의 자의적 결정’을 배제하려는 것이다. 橫川 재판관에 따르면 결국 법관 역시 인간이라는 한계에 놓여있기 때문에 재판의 시작부터 자신의 평소 생각-일반인으로서의 주관적 양심-을 완전히 배제하기는 불가능하다.<sup>121)</sup> 특히 수많은 사건과 모호한 법률 규정 속에서 가장 기초적인 구체적인 사실관계까지도 확정해야하는 지방재판소 재판관에게 이는 달성 불가의 명제에 가깝다.<sup>122)</sup> 다만 법관은 공소과정에 임하면서 지속적으로 무엇이 객관적으로 존재하는 법인가에 대해 자신의 생각을 교정할 기회를 갖고 그 결과 최종적으로 자의성이 결여된 상태에서 ‘전체 법질서’에 접근하여 이에 부합하는 판단을 내리게 된다.

이러한 그의 이론 역시 ‘법관의 독립적 판단 영역’을 긍정하면서도 절대적인 ‘전체 법질서’ 자체는 이미 법관에게 주어져있으며 법관의 해석은 이것에 접근하는 과정이라고 보는 長谷部 교수와 유사한 형태의 대안이론에 해당한다고 평가할 수 있다.

정리하자면, 長谷部 교수를 필두로 하여, 법관의 역할에 대한 논의를 중심으로 한 대안이론은 ‘법 자체의 절대성은 인정하되 그에 대한 법관의 해석 여지를 인정’한다는 취지로 해석할 수 있다. 이때 ‘법관의 양심’은 법관이 ‘하드케이스’를 맞이했을 때 두드러지게 발휘된다. 종전 판례와 입법례에 따라서만은 해결하기 어려운 새로운 문제에 대해 법관이 해석의 여지를 보장받음으로써 실질적인 ‘전체 법질서(법의 지도이념)’에 부합할 수 있게 되는 것이다. 이는 사회의 복잡 다기화로 인해 하드케이스가 증가 및 다종화 되는 상황에서 ‘법관의 양심’에 대해 제기된 새로운 해석으로서 종전과는 다른 ‘대안이론’적 성격 내지 가치를 갖는다고 평가할 수 있다.

119) Gustav Radbruch, 『法哲学の根本問題』, 橫川敏雄 譯, 東京: 創元社, 昭和24年, 45면.

120) 橫川敏雄, 『裁判と裁判官-体験に基づく思索と探索』, 東京: 有斐閣, 昭和48年, 195면.

121) 橫川敏雄(주 118), *op.cit.*, 38면.

122) 小粥太郎, 「民法上の一般条項と要件事実論」, 『要件事実論と民法学との対話』, 大塚直ほか編, 東京: 商事法務, 平成17年 9月, 101~103면.

## 2) 법관의 역할에 따른 권한 보장에 대한 논의 - 특권설을 중심으로<sup>123)</sup>

앞에서 살펴본 여러 학설은 다가 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘裁判官は、その良心に従ひ’(재판관은 그 양심에 따라)라는 규정을 ‘법관은 그 양심에 따라야 한다(따르는 편이 좋다)’라는 해석을 전제한다. 즉, 당해 조항을 법관에게 의무를 부여하는 조항으로 해석하는 것이다. 그런데 특권설은 동항을 법관에 대한 명령으로 해석할 필요가 없다고 본다. 법관은 공무원이지만 여타 행정부 공무원과 달리 일본국 헌법 제78조나 제80조 제2항에 의해 특권을 보장받는 만큼 일본국 헌법 제76조 제3항도 같은 맥락이라는 것이다. 이런 논리 구성에서 특권설은 전후 일본 공법학계의 학문적 지주인 美濃部達吉(미노베 다쓰키치)가 사법독립에 대해 제시한 해석이었던 ‘행정부 공무원과 달리 법관은 ‘상사’의 직무명령에 복종할 의무가 없으며 독립하여 직권을 행사할 것이 허용된다.’는 해석을 원용한다.<sup>124)</sup> 즉 헌법이 여타의 공무원에게 양심에 따라 직무를 행사할 권한을 주지 않은 것에 비해 법관은 일본국 헌법 제76조 제3항에 따라 ‘양심의 자유’라는 특권을 보장받았다는 것이다.<sup>125)</sup>

특권설은 자설의 실익으로 크게 두 가지를 제시한다. 하나는 ‘법해석논쟁’이 발생한 경우에 법관에게 특권으로서 주어지는 양심이라는 개념의 실익이다. 법령 해석에 관한 논쟁이 발생할 경우 이에 대한 해석은 상당 부분 법관의 주관에 따라 수밖에 없는 만큼 헌법이 사실상 법관의 양심에 따라 재판할 특권을 법관에게 부여했다는 것이다.

이와 더불어 특권설은 사법독립에 대한 정책론적 실익을 제시한다. 전술했듯 ‘법관의 양심’에 대한 논의는 주로 사법 위기가 발생했을 때 나타난다. 특권설을 제기한 南野 교수는 현재 일본 사법 체계에서 사법부 내부가 ‘사법의 독립’에 대한 위기를 맞았다고 진단한다. 그 이유로는 근무평정 제도의 도입으로 재판소 소장의 지위가 상승했다는 점<sup>126)</sup> 이를 통해 최고재판소 특히 사무총국을 정점으로 장관, 소장, 총괄재판관, 일반재판관의 지휘명령체계가 정비되고, 처우에 반영하는 근무평정 제도를 통해 이런 체계가 강화된 점<sup>127)</sup>이 제시됐다. 즉, 특권설은 행정관청화된 재판소를 美濃部가 주장한 것과 같은 위계가 없는 재판소로 되돌리기 위해서라도 ‘법관의 양심’을 법관에게 주어진 특권으로 해석한다. 이를 통해 개별 법관이 사법부 내부의 압력에서 벗어나 독립하여 재판할 수 있도록 하려는 사법 정책론적 함의를 담고 있는 것이다.

## IV. 법관의 양심의 해석론에 대한 한일 동향 비교

지금까지 우리 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’에 대한 국내의 해석론 및 유사한 입법을 채택한 일본국 헌법 제76조 제3항의 ‘법관의 양심’에 대한 일본의 해석론에 대해 검토했다. 우리 헌법에 비해 ‘법관의 양심’을 먼저 헌법에 도입한 일본은 이 문제

123) 별도의 설명이 없는 경우 특권설 부분은 南野森(주 55), 385면을 참고함.

124) 美濃部達吉, 『日本国憲法原論』, 東京: 有斐閣, 昭和27年, 407면.

125) 南野森(주 69), *op.cit.*, 14면.

126) 梶田英雄(카지타 히데오), 「裁判官論—司法の危機と裁判官」, 『ジュリスト』 469호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 1月, 190면.

127) 利谷信義(토시타니 노부요시), 「現代司法政策の動向と性格」, 『法律時報』 42권 7호, 東京: 日本評論社, 昭和45年 6月, 13면.

에 대해 다양한 해석을 시도해 왔다. 우리 역시 시차를 두고 관련 논의를 진행해오고 있다. ‘법관의 양심’의 해석론에 대한 양국 간 동향의 특징은 통설로 불리는 ‘객관적 양심설’과 ‘주관적 양심설’의 논쟁 구도가 상당 기간 지속되었다는 점이다.

여기서 주목할 점은 양설의 대립 속 대상인 ‘양심’이 사실상 ‘정치적 성향’으로 해석되었다는 점이다. 1970년대 ‘법관의 양심’에 관한 일본 내 논의를 촉발시키는 기폭제 역할을 했던 사법격동 사태는 사실상 좌익 정치단체로 평가받던 ‘青年法律家協會’에 법관의 가입 승인 및 관련 법관의 재임용 거부 문제에서 비롯되었다. 이 사태를 두고 ‘객관적 양심설’을 강조해 온 고위 법관과 관련 학자들은 법관의 양심을 근거로 판결에 법관의 개인적인 정치 성향이 반영되어 편향된 판결이 나올 것을 우려했다. 이는 한국의 ‘객관적 양심설’ 논자들로부터 공통적으로 제기된 우려이기도 했다.

또 다른 특징은 법관의 양심이 주로 헌법 문제에 대한 법관의 판단 권한과 결부되어 있다는 점이었다. 이는 吉川 재판관의 글이나 이영섭 판사의 5차 개헌 논의 과정에서 보다 분명하게 확인된다. 헌법 문제는 지극히 추상적인 헌법의 조문을 구체적인 개인의 삶을 다루는 재판 과정에 적용하는 것이므로 법관의 개인적인 판단 과정이 포함될 수밖에 없다는 점이 반영된 것이다. 법관이 자유재량으로 판단할 수 있는 범위를 보장하고 그 권한을 강화하려는 근년의 논의가 이른바 ‘부수적 위헌심사제’를 채택한 미국, 일본에서 특히 다양하게 발견되고 있다는 점도 이런 특징의 원인을 예상할 수 있게 한다. 한국에서 대법원으로 위헌심사권이 이관됐던 5차 개헌 헌법에 ‘법관의 양심’에 관한 규정이 처음 반영된 것도 우연의 산물이 아닌 것이다.

이런 배경을 고려하면 법관의 양심은 단순히 ‘객관적 양심’으로만 보기 어렵다. 객관적인 법을 명확히 파악하기 어려운 헌법 문제에 대해 법관이 대처할 수 있도록 ‘법관의 양심’을 재판 규범으로 활용할 수 있게 한 상황에서 법관의 외계에 존재하는 법만을 따라야 한다는 ‘객관적 양심설’은 헌법의 예정에 어긋난다. 전술했던 한일 양국의 최근 논의가 ‘법관의 양심’은 법관에게 일정한 ‘해석의 공간’을 주어야 한다는 논의를 중심으로 하고 있는 것 역시 이런 취지와 현실을 반영한 것으로 보인다.

다만, 법치주의의 목표가 ‘인치의 배경’에 있으며 이것이 포기할 수 없는 가치라는 점도 분명하다. 근대사회가 인치를 배경하기 위해 사법시스템을 도입한 이상 사법부의 구성원인 법관은 이를 달성하기 위해 노력해야 한다. 법관이 발휘하게 될 양심에 객관성을 부여하려는 흐름도 이런 요청에 따른 것이다. 법관의 양심에 대한 한국의 ‘제도적 도덕론’, 일본의 ‘법질서 전체에 대하여 정합적인 정치 도덕’이라는 해석은 법관의 사적인 가치관이 재판에 개입하여 실질적인 공평을 해하는 것을 막기 위한 제도적 장치로서 기능한다. 법관에게 보다 더 많은 덕목과 책임을 요구하는 일련의 해석 역시 개인적 차원에서 법관의 임의적 판단을 저지하기 위한 방안에 해당한다.

## V. ‘법관의 양심’의 적절한 해석론에 관한 제언

과거 법관의 양심에 대한 논의는 법관을 둘러싼 여러 세력으로부터 법관의 독립을 지켜내는 방안에서 출발했다. 하지만 동전이 양면이듯 외부의 압력으로부터 재판의

공정성을 지켜내야 한다는 요구는 동시에 법관 내부의 압력 즉 법관이 자신의 개인적 성향에 따라 재판하여 재판의 공정성을 훼손할 가능성에 대한 의심도 불러일으켰다. 그러한 생각의 결과 법관의 양심에 대한 초기의 논의는 주관적 양심설과 객관적 양심설로 양분되었다. 이 둘은 상호 불신을 바탕으로 그 논리 체계를 쌓아온 탓에 기성의 논쟁만을 답습했으며 서로에 대한 비판을 통해 자설을 강화할 뿐이었다. 이런 무의미한 논쟁은 법관의 양심이 현실적으로 작동하는 방향과 그것이 작동되어야 할 바람직한 방향에 대한 시사점을 사실상 제공하지 못한다는 문제로 이어졌다.

하지만, 사회의 복잡다기화와 함께 개별 사건의 복잡성은 높아졌다. 이른바 ‘하드케이스’가 다수 등장한 것이다. 이에 따라 법관이 확고히 객관적이며 명시적인 법률을 개별 사건에 적용하는 것은 더욱 어려워졌다. 이로 인해 법관이 구체적인 사건 해결에 활용해야 할 법원(法源)의 영역이 넓어져야 할 필요성이 발생했다. 이런 현실을 반영하여 헌법이 ‘법관이 양심에 따라 재판할 권한’을 부여한 규정이 법관의 특권이라 주장하거나(특권설), ‘법을 발견하는 존재로서의 법관’을 정당화 할 수 있는 근거로 ‘법관의 양심’을 활용하려는 해석이 등장했다. 이들은 법관을 자신의 외계에 존재하는 객체로서의 법을 단순히 적용하는 존재로 보는 시각을 거부했다. 그 대신 구체적 사안에서 적극적인 법해석을 바탕으로 법형성에 나서는 능동적인 법관상을 제시했다. 이렇게 능동적인 법관은 자신의 전인격적인 경험을 활용해 당면한 재판 상황에서 정의의 요구에 부합하는 법을 찾는 동시에 판단의 결과에 법관 자신의 개인적 가치관이 지나치게 반영되어 실질적인 정의를 해치지 않는지 반성의 모습도 보인다.

생각건대, 주관적 양심설과 객관적 양심설의 이분적 체계가 ‘법관의 양심’에 대한 체계적 설명을 제시하기에 한계가 있다는 여러 대안이론들의 비판은 타당하다. 蟻川 교수의 지적처럼 종전의 논의 구도는 사실 ‘법관의 양심’과 ‘법관의 개인적 신념’을 구분하지 못한 언어적 문제에서 기인한 바가 크다. 애당초 법관이 개인적 신념을 판결에 투영했다면 그것은 ‘법치’가 아니며 법관 개인에 의한 ‘인치’에 지나지 않는 바, 헌법과 법률에 구속되어야 하는 ‘법관의 양심’에 부합할 수 없는 것이다.

이때 ‘법관의 양심’을 이해하려면 ‘법’이 무엇인지에 대한 이해가 선행되어야 한다. 橫川 법관이 지적하듯 ‘법’은 단순히 특정 사안에 대처하고자 만들어진 것이 아니다. 오히려 그것은 한 사회가 가진 하나의 문화적 실재로서 개별적인 제(諸) 사실에 산재되어 있는 일반성과는 구분되는 ‘급부능력을 가진 결실이 풍부한(実り豊か) 일반개념’이다. 동시에 이는 ‘필연성’을 가진 일반개념이다. 따라서 그 전체 의미를 규명하려면 경험의 집적인 ‘귀납’의 방법만으로는 해결할 수 없으며 법이 기반하는 ‘문화’가 가진 초경험적이며 절대적인 가치이념으로부터 ‘연역’의 방법을 통할 수밖에 없다.<sup>128)</sup>

결국 ‘법관의 양심’이란 법관이 ‘연역’을 통한 법 해석 과정에서 가져야 할 자세로서 ‘사람으로서 어떻게 살아야 하는지’에 해당하는 ‘실천이성으로서의 도덕’이라 해석해야 한다. 이때 실천이성으로서의 도덕은 ‘제도적 도덕’이며 ‘법질서 전체에 정합적인 정치도덕’과 차이가 없다. 법관은 그에게 주어진 문화적 실재로서의 ‘법’을 객관적으

128) Gustav Radbruch, *op.cit.*, 43~44면.

로 해석해야 할 책임이 있다. 그렇기에 그는 ‘실천이성으로서의 도덕’을 끊임없이 의식하고 자신의 개인적 신념, 가치관, 신조를 배제한 채 재판에 임해야 한다.

다만 법관은 인간으로서 인류 보편의 견지에서 적용되는 실천이성의 도덕에 부합하는 범위에 맞게 자신의 재량권을 사용할 수 있다. 연역은 단순한 사안의 집적인 귀납과는 구분되는 바, 법관 개인이 상위 명제인 ‘법’의 개념이나 가치를 개별 사안에 구체화하는 과정에서 당연히 재량이 발휘될 수밖에 없는 것이다. 이는 ‘법’과 ‘양심’이 가진 추상성으로 인해 필연적으로 발생할 수밖에 없다. 하지만 그 재량권의 사용은 어디까지나 공정과 법의 지배를 지켜야 한다는 법관으로서의 직업윤리를 벗어나지 않는 수준에서 올바르게 사용되어야 한다. 이를 통해 재판의 공정성, 중립성과 사법부에 대한 법 수범자들의 신뢰 더 나가 실질적인 정의까지도 지켜낼 수 있을 것이다.

이른바 하드케이스라고 불리는 사안에서 ‘법관의 양심’은 더욱 분명하게 그 역할을 드러낸다. 종래의 판례·법규로 해결할 수 없는 하드케이스에 대해 법관이 이를 무비판적으로 적용하려 든다면 이 역시 ‘실천이성으로서의 도덕’에 반한다. 법관은 ‘법’이 가진 추상성을 고려하여 단순한 사안의 집적을 넘어 ‘어떻게 사는 것이 바람직한 삶인가’에 대해 법관 자신의 실천이성으로서 도덕을 동원하여 법을 해석해야 하기 때문이다. 즉, 종래의 판례나 법규를 단순 집적하는 것은 ‘법관의 양심’에 따라 ‘공정과 법의 지배를 구현’하라는 법관에 대한 헌법의 요청에 반한 것이다. 이런 측면에서 보면 우리 헌법 제103조의 법관의 양심에 대한 규정은 법관에 대한 수권규정이라기 보단 법관에게 주어지는 의무와 책임을 명시한 규정이라 볼 수도 있다.

이렇듯 법관은 하나의 가치체계로서 법이 갖는 객관적 의미를 쉽 없이 탐구하며 궁극에는 자신의 양심과 법이 ‘실천이성으로서의 도덕’이라는 기준에서 합치될 수 있도록 해야 한다. 이른바 ‘헤라클레스’와 같은 법관이 되는 것이다.<sup>129)</sup> 하지만 이런 법관이 되려면 오랜 경험과 훈련이 필요하며 이를 위한 사법 정책적인 배려 내지 노력도 필수적이다. 최근 한국에 도입된 법조일원화 정책이나 일본의 판사보 제도 폐지 및 법조일원화 정책 추진<sup>130)</sup> 등은 ‘법관의 양심’이라는 헌법적 규정을 보다 실질적으로 구현하기 위한 사법 정책적 노력의 일환으로 평가할 수 있다.

長谷部 교수를 필두로 하는 일련의 주장처럼 법관은 기계가 아니며 법 역시 단순한 사안의 총합으로 해석될 수 없는 문화적 실재이므로 법관의 개별적 판단 재량을 완전히 배제하는 것은 바람직하지 않다. 중요한 것은 법관 개인의 지속적인 고민을 통해 그의 판단이 ‘헌법과 법률에 구속’되도록 하는 것이다. 그러한 사고과정의 경험을 통해 구성된 인식을 바탕으로 개별 법관은 ‘전체 법질서’에 부합하게 법을 ‘연역’적으로 해석할 수 있는 ‘법관의 양심’을 형성하게 된다. 이것이 법치주의 이념을 근간으로 하는 대한민국 헌법 제103조와 일본국 헌법 제76조 제3항이 요구하는 법관의 양심에 가장 부합한다. 그러한 ‘법관으로서의 양심’을 바탕으로 법관은 이른바 법률 공백 사태에서 구체적 타당성과 공정성에 대한 헌법적 요구도 충족시킬 수 있다.

129) 로널드 드워킨, 『법의 제국』, 장영민 역, 아카넷, 2004, 372~373면.

130) 片桐直人(카타기리 나오토), 「憲法学からみた最高裁判所裁判官(7) 法の支配のロジスティクスー矢口 洪一」, 『法律時報』 87권 11호, 東京: 日本評論社, 平成27年 10月, 147면.

## VI. 결론

오늘날 사법부는 새로운 종류의 위기에 직면해있다. 특히 사건수의 증가, 보다 체계화된 사법부의 필요성이라는 요구로 인해 법관의 관료화 현상이 심화된다는 우려가 있으며, 사회의 복잡다기화로 인해 법관이 마주하는 사건의 구체적 복잡성이 심화되고 있다는 점도 새로운 위기 요소로 작용하고 있다. 작금에 사법부를 둘러싸고 벌어진 여러 논란은 이런 위기가 현실화 하고 있음을 보여준다. 이제 법원은 더 이상 과거와 같이 동질적인 구성원만으로 이루어 질 수 없으며 법원이 다뤄야 하는 여러 사건은 더욱 그러하다. 이러한 시대적 요구에 대하여 사법부는 응답할 수밖에 없다.

그러나 상황은 녹록치 않다. 무엇보다도 법적 안정성과 객관성의 요구를 등한시 할 수 없는 사법부의 입장에서 첨예하게 대립하는 가치관을 어떻게 형량하고 조율할 수 있을지가 심각한 문제이다. 본고는 이러한 문제에 대해 ‘법관의 양심’을 두고 벌어지는 다양한 해석론을 검토함으로써 그 해결 방안을 모색할 수 있다고 보았다. 법관들이 수정가능성 없는 완고한 ‘법’에만 의존하는 것에서 벗어나 보다 폭 넓은 판단 영역을 보장받을 때, 사법부는 비로소 다양한 가치의 대립 속에서 적절한 길을 모색해 나갈 수 있고 ‘법관의 양심’은 사법부에 재량을 부여하는 헌법적 근거인 것이다.

전 세계적으로 사법의존주의가 심화되면서 법관의 판단 영역이 확대되는 사례가 늘어나고 있다. 그럼에도 불구하고 ‘법관의 양심’을 헌법에 직접 명기하고 있는 나라는 우리나라와 일본 정도이다. 이는 우리 헌법의 ‘법관의 양심’에 대한 해석론을 탐구함에 있어 일본국 헌법의 유사 조항에 대한 해석을 공히 검토해야 하는 이유이기도 하다. 동시에 일본은 현재 우리가 겪고 있는 사법의 위기를 이미 겪었다는 점도 일본국 헌법의 관련 조항에 대한 해석론이 우리 사법부에 유의미한 이유이다.

일본이나 한국 모두 통설은 여전히 ‘객관적 양심설’이다. 그러나 이미 일본에서는 많은 변화의 움직임이 감지되고 있다. 더 이상 인간의 주관성이 완전히 배제된 순수한 의미에서의 법률적, 객관적 양심은 불가능하다는 판단 아래 법률가로서의 양심과 같이 직업인으로서의 양심을 강조하거나, 개인의 주관성을 억제하기 위해 노력해야 한다는 입장이 등장하고 있는 것이다. 다만, 여전히 사법의 객관성을 포기할 수는 없다고 판단하고 있음도 분명하다. 이러한 고민은 ‘주어진 법에 따라 판단하는 법관’보다 ‘사회적으로 형성된 도덕률 속에 내재하는 법원칙을 발견하여 이를 재판규범에 활용하는 법관’이 바람직한 법관 상에 부합한다는 결론으로 이어진다.<sup>131)</sup>

우리 역시 이런 변화를 수용해야 한다. 법관이 보다 능동적으로 자신에게 주어진 사건을 해결하기 위해 나설 수 있는 공간이 보장되어야 한다. 대한민국 헌법 제103조의 ‘법관의 양심’은 법관에게 바로 이러한 자유재량의 가능성을 제공한다. 법관은 그에게 주어진 사건을 해결하기 위해 다양한 방안을 모색할 수 있어야 한다. 물론 그것은 궁극적으로 ‘헌법과 법률’의 틀을 현저히 벗어나선 안 된다. 하지만 그 사이의 회색지대를 넘나들며 법관은 실질적 정의와 법적 정의를 모두 실현할 수 있고 이것이 오늘날 우리 사법부가 마주한 문제에 대한 해결의 단초를 제공할 것이다.

131) 愛敬浩二(각주 101), *op.cit.*, 26~27면.



## VII. 참고문헌

-판례

대판 2009. 12. 10. 2009도11448.

헌재 2005. 6. 30. 2003헌바49, 2005헌마287.

헌재 2016. 9. 29. 2015헌바331

最大判昭和23·11·17 (参) 刑集2卷12号1565頁

最大判昭和23·12·15 (参) 刑集2卷13号1783頁

- 논문 기타 서적 자료(국문자료)

강광문, 『일본헌법과 헌법소송』, 박영사, 2020

강석정, 「법관은 두 개의 양심을 가져야 하는가」, 『사법』 통권 41호, 사법발전재단, 2017

강안희, 「법관의 양심-법관 개인의 인생관·세계관과 관련해서」, 『판례월보』 4호, 판례월보사, 1971

국립국어원, 『표준국어대사전』, ‘재판’

김철수, 『헌법학』, 3판 증보판, 지학사, 1971

\_\_\_\_\_, 『헌법학신론』, 박영사, 2013

김철수·정재항·김대항·이효원, 『세계비교헌법』, 박영사, 2014

대한민국국회, 『헌법개정심의록』 1집, 1967

로널드 드워킨, 『법의 제국』, 장영민 역, 아카넷, 2004

\_\_\_\_\_, 『법과 권리』, 염수균 역, 한길사, 2010

박은정, 『왜 법의 지배인가』, 돌베개, 2010

\_\_\_\_\_, 「법해석방법에서 본 헌법 제103조 법관의 독립과 양심」, 『서울대학교 法學』 제57권 제2호, 2016년 6월

박은정·김현섭·강태경, 「바람직한 법관상의 정립과 실천 방안에 관한 연구」, 법원행정처, 2015

변재옥, 「사법부의 권위, 그리고 법관의 양심」, 『광장』 169호, 세계평화교수협의회, 1987년 08월

성낙인, 『헌법학』, 16판, 법문사, 2016

송민경, 「법관의 양심에 관한 연구」, 『사법논집』 제58집, 법원도서관, 2014

이경호, 『헌법강의』, 일한도서출판사, 1959

이덕연, 「헌법 제103조에서 법관의 독립과 양심」, 『공법연구』 제38집 제2호, 한국공법학회, 2009년 12월

양천수, 「법률에 반하는 법형성의 정당화 가능성: 이론적·실정법적 근거와 인정범위 그리고 한계」, 『법과사회』 52호, 2016년 08월

전광석, 『한국헌법론』, 11판, 집현재, 2016

정종섭, 『헌법과 정치제도』, 박영사, 2010

- \_\_\_\_\_, 『헌법학원론』, 제11판, 박영사, 2016
- 천재현, 「구 법원조직법 제45조의2 제2항 제2호 등 위헌소원」, 『결정해설집』 15집, 헌법재판소, 2017
- 한태연, 『헌법』, 3정 3판, 법문사, 1964
- 허영, 『한국헌법론』, 전정11판, 박영사, 2015
- 논문 기타 서적 자료(외국어 자료)
- 愛敬浩二(아이쿄 코지), 「「裁判官の良心」に関する一考察—長谷部恭男教授による問題提起を契機として—」, 『憲法の基底と憲法論—思想·制度·運用—: 高見勝利先生古稀記念』, 東京: 信山社, 平成27年 5月
- \_\_\_\_\_, 「「裁判官の良心」と裁判官一憲法理論的考察に向けて」, 『法律時報』 87권 11호, 東京: 日本評論社, 平成27年 10月
- \_\_\_\_\_, 「「裁判官の良心」と裁判官一憲法理論的考察に向けて」, 『「国家と法」の主要問題-Le Salon de theorie constitutionnelle』 東京: 日本評論社, 平成30年
- 芦部信義(아시베 노부요시)·高橋和之(카즈유키 타카하시), 『憲法』, 第七版, 東京: 岩波書店, 平成31年 3月
- 蟻川恒正(아리카와 츠네마사), 「<通過>の思想家サンフォード·レヴィンソンの憲法理論」, 『憲法論集: 樋口陽一先生古稀記念』, 東京: 創文社, 平成16年
- \_\_\_\_\_, 「自由をめぐる憲法と民法」, 『法学セミナー』646호, 東京: 日本評論社, 平成20年
- \_\_\_\_\_, 「裁判官の責任とは何か」, 『法の支配』 157호, 日本法律家協会, 平成22年
- 梶田英雄(카지타 히데오), 「裁判官論—司法の危機と裁判官」, 『ジュリスト』 469호, 東京: 有斐閣昭和, 昭和46年 1月
- 片桐直人(카타기리 나오토), 「憲法学からみた最高裁判所裁判官(7) 法の支配のロジクステイクス—矢口洪一—」, 『法律時報』 87권 11호, 東京: 日本評論社, 平成27年 10月
- 清宮四郎(키요미야 시로), 『憲法 I』, 第三版, 東京: 有斐閣, 昭和54年,
- 小林直樹(코바야시 나오키), 「裁判官の任務と良心—職業倫理の課題—」, 『ジュリスト』 469호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 1月
- 小粥太郎(고카유 타로), 「民法上の一般条項と要件事実論」, 『要件事実論と民法学との対話』, 大塚直ほか編, 東京: 商事法務, 平成17年 9月
- \_\_\_\_\_, 「裁判官の良心」, 『法学』 71권 5호, 東北大学法学会, 平成19年 12月
- 齋藤朔郎(사이토 키타로), 「裁判と裁判官の中立性」, 『法律時報』 26권 2호, 東京: 日本評論社, 昭和29年 2月
- 齋藤秀夫(사이토 히데오), 『国会と司法権』, 東京: 日本評論新社, 昭和20年, 9月.
- 佐々木哲蔵(사사키 테츠조), 『裁判官論』, 京都: 日本評論社, 昭和35年
- 佐藤幸治(사토 코지), 『憲法』 第三版, 東京: 青森書院, 平成7年
- 瀧川幸辰(타키가와 유키토키), 「日本の民主主義のために」, 『世界』 97호, 東京: 岩波書

店, 昭和28年

田中耕太郎(타나카 코타로), 『教養と文化の基礎』, 東京: 岩波書店, 昭和12年

\_\_\_\_\_, 「裁判官の良心と独立について」, 『法曹時報』7권 1호, 法曹会, 昭和30年  
01月

\_\_\_\_\_, 『法の支配と裁判』, 東京: 有斐閣, 昭和35年.

玉蟲由樹(타마무시 유키), 「裁判所と『司法権』」, 『憲法学の基礎理論』, 新井誠ほか, 東京:  
不磨書房, 平成18年

辻村みよ子(츠지무라 미요코), 『憲法Ⅱ』, 第五版, 東京: 日本評論社, 平成30年

利谷信義(토시타니 노부요시), 「現代司法政策の動向と性格」, 『法律時報』42권 7호,  
東京: 日本評論社, 昭和45年 6月

団藤重光(단도 시게미쓰), 「(ジュリスト手帖)裁判官の良心」, 『ジュリスト』8호, 東京:  
有斐閣, 昭和27年

\_\_\_\_\_, 『新刑事訴訟法綱要』, 5訂版, 東京: 創文社, 昭和28年

\_\_\_\_\_, 「裁判官の良心」, 『刑事裁判の課題: 中野次雄判事還暦祝賀』, 団藤重光ほか,  
東京: 有斐閣, 昭和47年

中村治郎(나카무라 지로) 他, 「座談会 裁判官の良心について(一)」, 『法の支配』20  
권 7호, 日本法律家協会, 昭和46年 2月

長谷部恭男(하세베 야스오), 『憲法の円環』, 東京: 岩波書店, 平成25年

\_\_\_\_\_, 『憲法』, 第六版, 新世社, 平成26年

樋口陽一(히구치 요이치), 「裁判と裁判官」, 樋口陽一, 栗城壽夫, 『憲法と裁判』, 京都:  
法律文化社, 昭和63年

平野龍一(히라노 류이치), 『刑事訴訟法』, 初版, 東京: 有斐閣, 昭和33年 11月

\_\_\_\_\_(司会)他7人, 「座談会—裁判と裁判官」, 『ジュリスト』469호, 東京: 有斐閣,  
昭和46年 1月

\_\_\_\_\_, 「裁判官の客観的良心」, 『ジュリスト』480호, 東京: 有斐閣, 昭和46年 6月

南野森(미나미노 시게루), 「司法の独立と裁判官の良心」, 『ジュリスト』1400호, 東京:  
有斐閣, 平成22年 5月

\_\_\_\_\_, 「裁判官の良心」, 『憲法判例百選Ⅱ』, 第七版, 東京: 有斐閣, 令和元年 11月

美濃部達吉(미노베 다쓰키치), 『日本国憲法原論』, 東京: 有斐閣, 昭和27年

横川敏雄(요코가와 토시오), 「裁判官の良心と論理—裁判官としての体験と実感を基礎  
にした、問題へのアプローチ—」, 『ジュリスト』487호, 東京: 有斐閣, 昭和46年

\_\_\_\_\_, 『裁判と裁判官-体験に基づく思索と探索』, 東京: 有斐閣, 昭和48年

吉川寛吾(よしかわ かんじ), 「裁判官の良心」その他, 『法律時報』26권 7호, 東京: 日  
本評論社, 昭和29年 7月

三宅陽(미야케 아키라), 「裁判における政治と法の論理」, 『ジュリスト』487호, 東京:  
有斐閣, 昭和46年 9月

Radbruch, Gustav, 『法哲学の根本問題』, 横川敏雄 譯, 東京: 創元社, 昭和24年

Gülland, Paul, *Dienstaufsicht über Richter und die Unabhängigkeit der Gerichte*, 1932

Sendler, H., *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, in: B. Ziemecke u.a.(Hg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik, Fs. f. M. Kriele zum 65. GT*, 1997

Feinberg, J., 「비윤리적인 법을 해석해야 하는 법관의 딜레마」, 『공익과 인권』 제4권 제2호, 박성은 역, 서울대학교 공익인권법센터, 2007년 08월

- 신문자료

양승태 대법원장 2013. 12.2. 신임법관 임명식사

(<http://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?currentPage=2&searchWord=&searchOption=&seqnum=87&gubun=38>) (최종접속일: 2020년 08월 12일)

毎日新聞, 昭和45年 五月 三日

## 초록(abstract)

최근 법관의 독립을 둘러싸고 법원 및 사회각계에서 논란이 분출하면서 법관에게 ‘헌법과 법률에 따라 그 양심에 의하여 재판할 권한을 부여한’ 대한민국 헌법 제103조의 해석에 대한 논란이 다시금 부상하고 있다. 이는 특히 우리 사회에서 ‘사법만능주의’ 현상이 강화하고 있는 현실과도 맥을 같이한다. ‘사법’의 맥락으로 풀기 어려운 각종 사회, 정치적 문제마저도 사법의 장에서 해결하려는 국민적, 사회적 요구가 빗발치면서 단순 법리로 해결하기 어려운 이른바 ‘하드케이스’가 증가했고 이는 자연스레 법관의 재량적 판단 영역을 어디까지 인정해야 할지에 대한 논쟁으로 이어졌다.

특히 법관은 어떤 경우에도 ‘판단을 내리지 않을 수 없는 위치’에 있는 까닭에 ‘하드케이스’에 대한 법관의 판단 재량 영역을 두고 논란은 확대될 수밖에 없다. 이와 관련하여 우리 헌법은 ‘법관의 양심’이라는 용어를 헌법 조문에 직접 차용하고 있다는 점에서 관련 논쟁은 단순히 학술적, 정책적 차원의 논의를 넘어 ‘헌법 해석’의 문제로까지 전화되기에 이르렀다. 비교법적 관점에서 이 문제를 고려해보면, 헌법이 법관에게 ‘양심’에 따라 재판할 권한을 부여한 사례는 많지 않다.

거의 유일하게 관련 내용을 헌법에 채택한 나라가 일본이다. 일본국 헌법 제76조 제3항은 우리 헌법 제103조와 사실한 동일한데 이는 일본의 사례가 ‘법관의 양심’에 대한 우리 헌법의 해석에 참고 사례가 될 수 있음을 시사한다. 특히 제헌 헌법에는 없었던 해당 조항이 도입된 경위가 일본과 유사한 ‘부수적 위헌심사제’로의 변경과 관련되어 있다는 점에서 일본의 논의는 우리 헌법의 해석론에 시사하는 바가 크다.

이런 특징을 반영하듯 실제로 ‘법관의 양심’에 대한 양국의 논의나 판례의 입장은 유사했다. 먼저 양국 논의에서 통설과 판례는 모두 ‘객관적 양심설’을 취한다. 이는 양국 최고 법원 주요 구성원들에게서 공히 나타나는 입장이기도 했다. 이에 대항하는 소수설로서 ‘주관적 양심설’이 있었다. 이 학설은 주로 개별 법관의 독립을 강조하는 ‘소장 법관’이나 일부 학자들의 지지를 받았으나 폭 넓은 지지를 받지는 못했다.

‘양심’은 그 특성상 다면적인 성격을 갖지만 양설 간의 논쟁은 주로 ‘정치·종교적 입장’에 대한 문제를 두고 전개되었다. 요컨대 법관이 ‘주관적 양심’을 통해 재판을 한다는 것이 사실상 자기 자신의 ‘정치적 신조’를 재판에 반영한다는 것과 동일한 의미로 받아들여지면서 그 적절성을 둘러싼 논쟁의 대부분을 차지했던 것이다. 특히 ‘객관적 양심설’을 주장하는 이들은 ‘법관의 양심’이 ‘시민으로서의 양심’과 동일한 것으로 평가된다면 이는 사실상 법치주의의 파괴이며 재판의 공정성을 확보할 수 없게될 것이라 우려했다. 반면, ‘주관적 양심설’을 주장하는 이들은 헌법의 문헌상 법관이 발휘하게 될 양심은 ‘법률’을 벗어날 수 없으므로 이러한 주장은 기우에 지나지 않음을 강조한다. 오히려 이들은 ‘객관적 양심설’에서 주장하는 ‘법관으로서 가져야 할 객관적 양심’ 역시 ‘특정한 양심’을 전제할 수밖에 없는데 이것이야말로 특정인의 사상 내지 신조를 강요하는 것으로써 법치주의 이념에 어긋난다고 비판했다.

다만 최근 일본에서는 이런 논의 구도 자체가 비판의 대상이 되고 있다. 본고는 이들이 기존의 논의구도와는 다른 새로운 내용을 제시했다는 점에서 ‘대안이론’이라고

명명하고자 한다. 대안이론이 제기한 비판의 근거에는 ‘양심’과 ‘사상’을 구별하지 않는 언어적 문제가 ‘법관의 양심’에 대한 적절한 해석 방안을 찾는 것을 방해한다고 지적한다. 이들에 따르면 ‘객관적 양심설’에서 우려하는 법관의 ‘주관적 양심’은 사실 ‘양심’이 아닌 ‘사상’ 혹은 ‘정치적 신조’로서 양심과는 엄격히 구분되어야 하는 것이라 본다. 사상은 양심과 달리 언제든지 상황이 변화함에 따라 달라질 수 있어서 규범성을 갖는다고 평가하기 어려운 반면, 양심은 비록 추상적이라 하더라도 절대적 규범성을 가진다고 본 것이다. 이들은 특히 ‘법관의 양심’에 관한 논쟁에서 ‘법관의 정치적 신조’에 대한 문제를 분리시켰다는 점에서 종전의 논의와는 크게 구분되었다.

이와 같이 ‘정치적 신조’에 관한 논쟁을 제거한 ‘법관의 양심’에 대한 새로운 논의의 국면에서 가장 문제가 되는 경우는 이른바 ‘하드케이스’이다. 이는 종래의 법률이나 판례로는 그 결론을 명확하게 내리기 어려운 경우를 말하는데 이때 법관이 어떤 결론을 내릴지는 오롯이 법관에게 맡겨지게 되는 경우가 많다.

이런 현상이 발생하는 까닭은 ‘법’이 가진 특성과도 관련 있다. 라드브루흐에 따르면 법은 하나의 ‘문화적 실재’로서 개별 사안의 특성의 총합과는 다른 초경험적 성격을 가지기에 귀납적 방법만으로는 그 의미를 파악하기 어렵다. 대안이론은 이런 이유로 법관이 종래의 법률과 판례에만 의존한다면 이것은 ‘법관의 양심’에도 어긋나게 되는 것이라고 주장한다. 이들에게 ‘법관의 양심’은 법관이 ‘연역’을 통한 ‘법 해석 과정에서 가져야 할 자세’로서 ‘사람으로서 어떻게 살아야 하는지’에 해당하는 ‘실천이성으로서의 도덕’이며 이에 대한 헌법규정은 법관의 끊임없는 고민을 명령하는 의무규정이다. 즉, 법관은 ‘전체 법질서’에 비추어 무엇이 적절한 결론인지를 도출해야 하고 이를 가능하게 하는 것이 법관에게 주어진 ‘양심’에 따라 판단할 권한이라는 것이다.

이런 일본의 논의는 최근 한국의 논의에서도 일부 엿보인다. 특히 ‘제도적 도덕론’, 법관에 의한 ‘법형성론’, ‘현실적 필요설’, ‘법문을 뛰어넘는 법률가로서의 객관적 양심설’이 대표적이다. 그러나 해당 논의들은 법관의 양심에 대한 단편적인 논의 내지는 법관 개인의 성품에 대해서만 주로 다를 뿐, 법관을 둘러싼 전체 세계에 대한 논의는 부족하다. 다시 말해, 법관의 제1해석 대상인 ‘법’의 성격, 법정에서 법관의 위치, 사회의 일원이면서도 법정에서의 판단자로서 법관이 갖는 이중적 지위 등 법관을 둘러싼 여러 관계에 대한 논의가 부족한 것이다. 일본의 논의는 바로 이런 문제에 대한 시사점을 제공한다. 그 가운데 본고는, ‘법관의 양심’은 법관이 한 사회의 문화적 실재로 형성된 ‘전체 법질서’를 기준으로 판단하게 함으로써 법관에게 ‘절대적인 판단 기준’이 되는 동시에 ‘해석의 자유재량’을 제공하는 이중적 역할을 수행한다고 해석하는 입장이 적절하다고 판단하며 이를 중심으로 내용을 구성하였다.

사법부를 구성하는 ‘법관’과 그가 가져야 할 판단기준에 대한 여러 논의들은 현재 우리 사법부에 주어진 ‘사법의 위기’를 극복하고 우리 사법 시스템이 한층 성장하는 계기를 마련해줄 것이다. 특히 법관의 ‘정치 지향’에 대한 논쟁을 중심으로 전개됐던 한국의 종전 논의구도를 대신하여 이 문제에 대한 새로운 접근이 이뤄질 때 우리의 사법시스템이 한층 발전하고 법관의 독립과 공정한 재판도 지켜나갈 수 있을 것이다.