

권력해리 후속은 검찰의 진액특하?

신뢰있는 검찰수사
특검제를 실시하라

권력해리 시선은 상설 특검제와 검찰개혁으로

일시: 2001년 9월 24일 11시 장소: 국회앞 주최: 참여연대

격월간 「사법감시」 제16호 2002년 4월 등록일 1996년 2월 23일 등록번호 마-2428 발행인 박은정

시론	건강한 검찰을 위해서 / 허일태	2
----	-------------------	---

우리의 주장	사법시험은 폐지되어야 한다 / 김동훈	4
	사법부 구성의 민주화와 관련된 문제 / 정지석	6

특집 I. 검찰! 검찰개혁

사안별 특검제의 의의와 한계 / 조국	10
검찰총장임명제도의 개선 / 편집부	12
검찰청법 개정안 의견서 / 편집부	16

이것만은 고치자	검찰수사, 입회계장이 다한다 / 장유식	20
----------	-----------------------	----

특집 II. 판결 되돌아 보기

기념비적인 판결 / 이준기	22
불매운동은 위법? / 박경신	24
"낮설게 하기"를 통한 신선함과 즐거움 / 심광현	28
총선연대 항소심 판결을 보고 / 윤기원	32

초점	수사기관이 벗어나야 할 '억울하지 않은 누명' / 이병래	34
	변호사 윤리강화를 다시 생각한다 / 조국	36

기획 / '반인권적 국가범죄'를 처벌하라

공소시효제도의 문제점과 개정방향 / 하태영	38
반인권적 국가범죄와 공소시효의 정지·배제 / 조국	42

문화와 법	어려운 시절 / 조광희	46
-------	--------------	----

노동과 법	노동변호사의 하루 / 권두섭	48
-------	-----------------	----

해외사법 / 반인권적 국가범죄를 처벌하라

'검찰 심사회', 검찰 민주화를 위한제도 / 데라사키 요시히로	52
------------------------------------	----

달으며	약자를 위하는 사법부	56
-----	-------------	----

활동보고	주요성명·논평·의견서	58
------	-------------	----

건강한 검찰을 위해서



허일태 (동아대학교 법과대학 교수)

검찰의 정치적 중립성 및 검찰권 행사의 과오와 관련하여 검찰개혁을 요구하는 목소리가 드높다. 이는 최근 일련의 권력형비리사건과 관련한 검찰권 행사에 대해 국민의 불만이 그만큼 크다는 점뿐만 아니라, 검찰권 행사가 얼마나 국민적 관심의 대상이 되는가를 반증하는 것으로 보인다. 더욱이 이른바 이용호게이트에 대한 특별검사팀의 업적이 뚜렷이 부각되면서 기존의 검찰의 위상은 그에 비례하여 끝없이 추락하고 있으며, 이와 아울러 언론과 시민단체 등은 '검찰죽이기'에 한몫을 하고 있다. 물론 검찰이 특정 권력형비리사건에 대해 비난받을만한 행태를 보여주었음은 특별검사팀에 의해 날날이 밝혀지고 있으며, 그 점에 대해 검찰은 비난을 감수해야 될 뿐만 아니라, 냉철히 반성해야 하고 다시는 그와 같은 과오를 저지르지 않도록 해야 할 것이다.

이러한 일련의 상황들을 되돌아 볼 때 우리는 무조건 검찰만을 비난할 수 있을까? 이에 대해 우리는 '그렇지 않다'고 대답해야 할 것이다. 왜냐하면 우리의 사법현실은 학연이나 지연 그리고 정치권의 눈치를 보지 않고, 헌법과 형사법의 원리에 입각해서만 검찰권을 행사할 수 있도록 담보되어 있다고 생각되지 않기 때문이다.

검찰을 비난하며 검찰개혁을 강력히 요구하고 있는 우리들은 그러한 비난에 걸맞은 자격과 행동으로 일관하여 왔었는지에 대해서도 이제 깊은 자성을 해야 된다고 본다. 첫째로 우리는 이웃 일본에 비해 지나칠 정도로 고소를 남발하고 있는데, 이것은 한편으로 검찰을 '해결사'로 기대하여 형사사건과 관련이 없는 일에 대해서까지 간섭하도록 유혹하면서, 다른 한편으로는 문제의 성격상 기대된 만큼 해결사 역할을 수행할 수 없는 경우가 적지 않다. 그런데도 해결되지 않은 것이 편파성 때문이라고 하여 그들에 대해 비난을 가하는 이중적 태도를 보여주고 있다. 둘째로 오늘날 우리의 검사들은 외국에 비해 열악한 근무조건과 함께 매월 지나치게 많은 사건을 처리해야 할 부담을 지고 있으며, 게다가 정치적 사건도 왜 그렇게도 많은지 - 국회도 그 자체 윤리위원회가 갖추어져 있으면서 스스로의 자정능력이 없어 국회에서 일어난 많은 문제들을 대부분 검찰로 가져오는 것이 이 나라의 현실이 아닌가 - 셋째로 형사법학계를 비롯하여 법조계가 검사의 기소편의주의의 합리성을 긍정하여 왔던 사실은 검찰의 편의적 공소권행사를 허용해 준 셈이다. 이에 의하면 최근 일련의 권력형비리사건에 대해 불

기소처분을 행사했다고 해서 범죄가 되는 것도 아닌데도, 검찰이 무슨 큰 대죄를 범한 것처럼 비난하고 있는 것은 논리모순이다.

더구나 검찰개혁을 요구하고 있는 우리들 가운데 자신이나 친·인척이 관련된 일로 형사 사건이 발생할 경우 지연이나 학연, 권력기관에 대한 청탁 등 온갖 수단과 방법으로 검사들에게 사건을 잘 좀 처리해 달라고 하지 않은 사람이 과연 얼마나 될까? 만일 우리가 그들에게 부당한 검찰권 행사에 의한 법외공을 범하도록 유혹하였다면, 우리도 검찰의 법외공 행위의 한 공범이라는 사실을 고백해야 한다. 최소한 그러한 고백도 없이 검찰개혁을 빙자하여 일방적으로 검찰죽이기에 앞장선다는 것은 옳은 방법이 아니다. 이런 점에서 검찰죽이기에 앞장선 어느 언론매체의 법조담당 사회부 기자가 자기 스스로 (사건무마?) 청탁을 했다고 고백하면서도 표리부동하게 검찰권의 부당한 행사를 비난하는 것은 무언가 잘못되어도 한참 잘못되었다는 생각이 든다. 어디 신문기자뿐이겠는가?

이런 점에서 건강한 검찰권이 존재해야 이 나라의 부패지수도 그에 비례하여 줄어들 수 있는 것이며, 검찰에 대해 국민의 신뢰와 전폭적인 협조가 없을 때에는 어떠한 검찰개혁도 물거품이 되고 말 것이다. 따라서 검사가 국민의 전폭적인 신임을 받기 위해서는 정치적 중립성을 확보하고, 법과 양심에 따라 법률을 집행하는데 있을 것이다. 검사가 자의적으로 수사를 왜곡하거나 공소권을 농단할 경우, 국민은 분노할 수밖에 없다. 왜냐하면 우리는 검찰에게 온갖 종류의 막강한 권한을 위임하고 있는데, 특정한 당사자에게 유리 또는 불리한 편파적 대접을 한다는 것은 법치국가에서 도저히

있을 수 없는 일이기 때문이다.

검사는 수사와 공소제기에 있어서 자의적인 기준에 따라 사건을 선별할 것이 아니라, 재량의 여지없이 오직 법률의 근거에 따라 그 권한을 행사해야 할 것이다. 그리고 현행 형사소송법 제195조는 수사강제주의를 채택하고 있다. 그리고 동법 제247조 제1항은 비록 그 표제에서 '기소편의주의'라고 명시하고 있지만, 그 본문의 내용은 "검사는 형법 제51조를 참작해서 공소를 제기하지 아니할 수 있다"고 천명하고 있는 바, 이는 범죄혐의가 있는 자에 대하여 원칙적으로 공소를 제기해야 하고, 다만 예외적으로 기소편의주의가 적용될 수 있음을 의미한다고 보여진다. 따라서 국민의 관심이 지대한 권력형비리사건은 그 혐의가 있는 한 반드시 수사에 착수해야 되고, 범죄혐의가 객관적으로 드러나면 여하한 경우라도 공소를 제기할 때, 비로소 국민은 검찰을 신뢰하게 될 것이다. 이런 점에서 검찰은 형사소송법 제247조 제1항을 자의적 편의주의가 아니라, 예외적 편의주의적 규정으로 인정하여 법집행을 하게 될 때 검찰에 대한 신뢰회복은 가능하게 될 것이다.

사회안전망에 대한 최후의 보루인 검찰이 건강해야 사회의 질서와 평화가 확립될 수 있다. 검찰의 중립성을 철저히 견지하기 위해서는 검찰 스스로 형사소송법에 대한 올바른 운용이 요구되며, 다른 한편으로 검찰의 중립성과 검찰개혁을 빙자하여 무조건적인 검찰 죽이기를 시도하려는 일체의 그릇된 행동들을 지양해야 할 것이다. 왜냐하면 이는 결과적으로 검찰의 위상을 떨어뜨리고, 형사사법의 수호에 대한 국민적 기대와 신뢰에 상처를 남기는 엄청난 부작용을 초래할 뿐이기 때문이다.

사법시험은 폐지되어야 한다

김동훈 (국민대 법대 교수)

사법시험! 한마디로 대한민국에서 가장 권위를 누리는 시험이다. 합격자수가 1천 명대에 이름에 따라 시험에 걸린 특권이 다소 약화되고는 있지만 여전히 그 위력은 대단하다. 3월 1일에 치러진 제44회 사법시험 1차 시험의 응시자가 처음으로 3만 명을 넘어섰다. 특히 올해는 사법시험법이 제정되고 주관기관이 법무부로 이관되고 출제과목과 형식이 조정되는 등 여러 변화를 겪은 후의 첫 번째 시험이라 수험생들의 주목의 대상이 되고 있다. 이처럼 새로운 출발선상에 선 듯한 사법시험에 대해 유감스럽게도 그 발전을 축하하기보다는 사법시험이란 제도가 무조건 없어져야 한다는 소신을 다시 피력할 수밖에 없다. 사법시험의 폐해를 여러 측면에서 이야기할 수 있지만, 법학교육을 살리기 위해서는 사법시험이 없어져야 한다는 측면만 말하고자 한다.

사법시험은 현대판 과거시험

먼저 시험과 교육의 관계에 대해서 말한다면 한마디로 시험과 교육은 상극이요, 본질적으로 양립할 수 없는 관계이다. 시험이 교육과정의 이수에 대한 평가로서 교육내용의 일부가 아니라 교육 바깥에서 권위를 누리고서 있을 때에, 특히 그 시험에 결정적 아권마저 결부되어 있다면, 교육이 대응할 길은 단 한가지다. 본래의 정상적인 교육을 포기하고 시험에 대비한 교육을 하는 것뿐이다. 만일 그렇게 하지 않으면 피교육자는 교육기관을 외면할 것이고 그 수요를 만족시켜주는 장사꾼들에게 물려갈 것이다. 따라서 사법시험이라는 제도를 존치 시키는 한 어떠한 법학교육 개선의 노력도 다 무위로 돌아갈 것이다. 시험이 교육을 압살한다는 것은 우리의 전통교육이 잘 말해준다. 과거시험에 합격하는 것이 유일한 출세길이었고 양반이라는 신분 유지의 관건이었던 왕조사회에서 모든 지적활동의 유일무이한 목적은 과거합격이었다. 유학의

나라 조선의 최고교육기관이었던 성균관이 잡초가 무성한 절간과 같았다거나 과거합격 후 선비들이 공부와 담을 쌓는 것이 문제라는 등의 옛 기록들은 시험과 교육과의 관계를 웅변으로 말해준다. 그래서 우리나라나 중국이나 수많은 개혁가들이 교육을 진흥시키기 위하여 여러 조치를 취했으나 번번이 과거라는 시험 제도에 먹혀버린 것이 역사의 기록이다.

학생들의 역할모델은 사법시험 합격자뿐

사법시험은 현대판 과거시험에 다름 아니다. 이 과거시험이 버티고 있는 한, 그리고 이 시험이 정규법학교육의 이수와 직접적인 관련을 맺지 않는 한, 정규법과대학에서의 법학교육은 존재할 기반이 없어진다. 거추장스런 학문이니 교육이니 하는 굴레를 벗어 던진 고시촌과 사설학원가의 수험대비강좌가 수험생들에게 더 어필하는 것은 매우 당연한 귀결이다. 오늘날 수험준비기관으로 전락한 법과대학 교육의 참상은 일일이

열거하기도 낯뜨겁다. 매년 사법시험 발표 날만 되면 법과대학들에는 희비쌍곡선이 겹치고 시험 합격자 수에 따라 법과대학의 서열이 매겨진다. 대학은 고시지원을 대학차원의 거대한 프로젝트로 삼아 막대한 투자를 하고 동문회에서도 상당한 지원이 이루어지는 곳이 많다. 학생들은 교수에게 신림동에 들어가겠으니 결석하더라도 학점을 달라는 요구를 거침없이 한다.

합격생이 많지 않은 대학들에서는 합격자들은 학교의 영웅이 되고 영광스런 이름이 적인 플래카드가 교정을 도배한다. 신입생 오리엔테이션에서부터 어느 교수는 너희 중에 시험에 합격하는 친구들을 보고 배아프지 않으려면 열심히 시험을 목표로 공부하라는 훈시를 해댄다. 며칠 전 신입생 수련회에 따라갔는데 신입생들과 교수와 사법시험에 합격한 선배들이 한자리에 모였지만 학생들의 관심과 질문은 오로지 시험에 관한 것뿐이었고 교수들은 머쓱하여 그 자리를 빠져 나왔다. 그들에게 대학에서 교수와 학문 등은 별로 관심의 대상도 아니었고 일찍 시험에 붙은 선배만이 역할모델이었다. 대학수학능력시험이 우리의 중등 공교육을 압살하고 학생들을 학원가로 내모는 것과 마찬가지로 사법시험이라는 존재는 법과대학의 교육을 황폐화시키고 교수들의 학자로서의 자존심마저 잃게 한다. 그저 국가시험의 출제자로 불려가서 용돈이나 얻어 쓰는 것에 만족하거나 출제위원이라는 것을 큰 명예로 여기는 사람들도 있는지 모르겠지만 말이다. 그렇다고 사법시험이 정말로 치열한 경쟁을 통해서 미래의 유능한 법조인력을 선발해내는 가도 의문이다. 시험이란 모름지기 단지 '시험적합성'만을 지닌 자를 선발할 수 있을 뿐이다. 경쟁이 치열해 질수록 오히려 정형적인 시험대비 훈련을 받은

자들이 유리하다. 대학입시에서 고품질(?)의 과외훈련을 받은 부유층 자제들이 일류대학 입학을 독점하는 것과 마찬가지로 수험준비에 있어서도 경제력의 요소가 더 커지고 있다.

시험과 교육은 상극이다

이미 이웃 일본도 시험제도로는 세계화의 시대에 뒤떨어질 수밖에 없다는 것을 알고 법조인들이 자발적으로 결의하여 2004년도부터 법학전문대학원 시스템을 도입하기로 하였다고 한다. 이것이 미국식인가 아닌가가 중요한 것이 아니라 시험제도를 이제 교육이 대신한다는 큰 방향에 있어 부인할 수 없는 진보인 것이다.

그러나 우리는 사법시험령을 사법시험법으로 승격시켜 더욱 강고한 시험체제로 몰아가고 있다. 이것의 바탕에는 역시 천 년여를 버텨온 우리의 과거제도에 기인한 시험문화가 깔려있지 않는가 생각한다. 한국인에게 시험이란 하나의 신성한 의식이다. 매년 가을로 접어들면 절마다 자녀의 수능시험성공을 기원하는 백일입재 기도가 시작되고 교회마다 백일작정 기도회가 열리는 것을 보라. 그리고 이 치열한 경쟁시험을 통과한 자들은 마치 지성소를 통과한 제사장들과 같이 기록해지는 종교적 중생을 한다. 이들은 우리 사회의 특권과 인정을 독점하는 것이 당연한 제사장 계급이 되는 것이다. 시험이란 단지 승복의 기제일 뿐이다. 일정한 게임으로 승자와 패자를 갈라 패자의 입을 다물게 하는 장치에 불과하다. 사회의 한정된 재화와 기회의 배분에 있어 시험제도에 과도히 의존하는 사회일수록 아직 미성숙한 사회라는 것을 알아야 한다. '시험과 교육은 상극이다'라는 명제가 갖는 의미를 숙고하는 지점에서 모든 법학교육개혁논의가 시작되어야 한다.

사법부 구성의 민주화와 관련된 문제

정지석 (변호사)

올 초 민주화운동관련 전력(前歴)을 이유로 예비판사 임용을 거부당한 정지석 변호사가 대법원의 처분에 항의하는 글을 보내왔다. 참여 연대 공익법센터와 사법감사센터는 이에 대해 헌법소원심판을 청구한 바 있으며, 헌법재판소는 각하 결정을 내렸다. (편집자 주)



대법원은 2000년 2월 13일 정례 법관인사 발표와 함께 올해 신규 예비판사 107명의 임용을 발표했습니다. 대법원이 내부적으로 정한 성적기준을 넘어서는 신청자 110명(전체 신청자는 111명) 중 3명이 탈락되었는데, 3명 모두 과거 민주화운동과 관련하여 실형 또는 집행유예의 전력을 가지고 있는 사람들입니다. 이에 대해 대법원은 “예비판사의 임용은 사법시험과 사법연수원 수료성적 이외에 당사자의 경력, 연령, 직무수행능력, 인품, 성격, 건강 등

여러 사정을 종합 고려하여 결정”하였을 뿐 과거의 전력만을 문제삼은 것은 아니라고 답변하였습니다. 저는 이번 임용신청 과정에서 주위의 많은 사람들로부터, 심지어는 법조인들로부터 한결같이 들은 이야기가 있습니다. “아직도 그런 이유로 임용을 하지 않는 곳이 있느냐?”는 것입니다. 그리고 또 이런 이야기도 들었습니다. “판사 안되면 변호사 하면 되지 뭐 그러느냐?”는 것입니다.

언뜻 보면 이 문제는 저를 비롯한 몇몇 사람이 판사가 되느냐 마느냐 하는 문제같이 보입니다. 그러나 이 문제는 단순히 거기에 머무르는 것이 아니라 국민의 공무담임권 보장과 관련된 문제이며, 나아가서는 사법부 구성의 민주화와 관련된 문제입니다.

임용거부처분의 절차적 위법성

행정절차법은 행정청이 처분을 할 때에는 문서로서 하여야 하며(24조), 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 하고(23조), 또한 당사자에게 그 처분에 관하여 행정심판을 제기할 수 있는지 여부, 기타 불복을 할 수 있

는지 여부, 청구절차 및 청구기간 기타 필요한 사항을 알려야 한다(26조)고 규정하고 있습니다.

그런데 대법원은 임용신청자 중 신청을 받아들이는 사람들에 대한 임용발표를 했을 뿐입니다. 저를 포함한 탈락자들에게는 단지 지난 1월 31일에 사법연수원 지도교수를 통하여 임용이 어려울 것이라는 연락을 해왔을 뿐 처분결과에 대해서는 아무런 통지도 없었습니다. 이에 대하여 저는 2월 14일 대법원에 문서에 의한 처분을 촉구하는 신청서를 제출한 바 있으나, 대법원은 행정처분에 관한 행정절차법상 필요한 요건을 갖추지 않은 채 예의 그 "종합 고려하여....."라는 답변을 되풀이하였을 뿐입니다.

임용거부처분의 실제적 위법성

물론 저는 대법원으로부터 어떠한 공식적인 처분결과도 통보 받은 적이 없기 때문에 임용거부처분의 정확한 이유는 알 수 없습니다. 단지 비공식적으로 통보 받은 내용과 위의 대법원의 답변을 종합하여 그 이유를 추정할 수 있을 뿐입니다. 대법원이 예비판사의 임용 기준이라고 밝힌 내용은 "경력, 연령, 직무수행능력, 인품, 성격, 건강 등 여러 사정"을 종합 고려하여 결정하였다는 것입니다. 인품, 성격 등 객관적 기준을 설정할 수 없는 사유들은 논외로 하고, 직무수행능력이나 건강 등 자료상 제가 다른 사람들에 비해 특별히 나쁠 것이 없는 사유들을 제외하면 결국 경력과 연령이 남게 됩니다. 즉 대법원은 경력(전력)과 나이를 이유로 저에 대한 임용을 거부하였다는 것이 됩니다.

우리나라 헌법 25조는 "모든 국민은 법률이

정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다."라고 규정하고 있으며, 101조 3항은 "법관의 자격은 법률로 정한다."라고 규정하고 있습니다. 이에 따라 공무원이 되는 자격은 각종 선거법, 국가 및 지방공무원법 등 법률로 규정되어 있고, 법관이 되는 자격 또한 법원조직법에 규정되어 있습니다.

전력(前歷)

-행정정책을 법률보다 우위에 두는 행위

민주화운동 관련자에 대한 보상 및 명예회복을 위한 법률이 제정되어 그 절차가 진행되는 시점에서 민주화운동 전력을 이유로 임용을 거부한다는 것은 사회의 민주화에 역행하는 처사라고 생각하지만, 여기에서는 법률적인 관점에서만 검토하기로 하겠습니다.

판사의 임용자격을 규정한 법원조직법 42조 2항은 '판사는 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자 또는 변호사의 자격이 있는 자 중에서 임용한다'고 규정하고 있습니다. 또한 법관의 임용 결격사유를 규정한 법원조직법 43조 1호에 의하여 적용되는 국가공무원법 33조를 보면, 금고 이상의 형을 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년을 경과하지 아니한 자, 또는 금고 이상의 형을 받고 그 집행유예의 기간이 완료된 날로부터 2년을 경과하지 아니한 자는 공무원이 될 수 없다고 규정되어 있습니다.

저를 포함한 3명 모두 법원조직법 42조의 판사의 임용자격을 갖추었을 뿐만 아니라, 국가공무원법 33조 각항 소정의 기간을 모두 경과하였거나 사면, 복권되어 결격사유에도 해당하지 않음은 물론입니다. 결격사유에 해당하지 않는 전력을 이유로 임용을 거부하면서 이를

인사정책 운운하는 것은 결국 행정정책을 법률보다 우위에 두는 태도로서, 과연 국민과 국가기관의 준법여부를 최종 판단하는 기관인 대법원으로서 취할 수 있는 태도인지 의심이 가는 부분이 아닐 수 없습니다.

나이-공무담임권의 중대한 제약

대법원이 1995년 법원조직법을 개정하여 예비판사를 도입한 것은 재판에 대한 국민의 신뢰를 제고하기 위한 것인데, 예비판사 임용에서 나이제한을 둔다는 것은 이러한 취지에도 역행하는 것이라고 생각하지만, 여기에서는 법률적인 관점에서만 검토하기로 하겠습니다.

법관의 나이제한에 관한 법률의 규정은 법원조직법 45조 4항에 있는 정년규정, 즉 대법원장의 정년은 70세, 대법관의 정년은 65세, 판사의 정년은 63세로 한다는 규정밖에 없습니다. 따라서 법관임용의 연령제한을 규정한 법률규정은 없는 것입니다. 저는 올해 임용기준일인 2001년 2월 19일 현재 만 39세였습니다만, 임용된 사람 중에는 만 38세도 2명이 있습니다. 관례적으로 법관임용은 사법연수원 수료성적 및 사법시험성적만을 기준으로 하여왔고, 2000년 2월 이전까지 나이를 이유로 임용을 거부한 전례는 없었습니다. 실제로 1996년부터 2000년 8월까지 사이에 판사 또는 예비판사로 임용된 사람들 중에는 40세 이상인 사람이 20명이나 됩니다.

물론 법관임용에 나이제한이 있는 것 자체는 사회적 상당성이 있는 한 위법하다고는 할 수 없습니다. 그러나 이는 공무담임권에 대한 중대한 제약인 만큼 국회에 의해서 제정된 형식적 의미의 법률에 의해서만 가능하다고 할 것이며, 헌법재판소도 기본권에 대한 제한은

법률에 의해서만 가능하다고 하여 이를 확인한 바 있습니다. 게다가 지금까지 없던 제한을 새롭게 부가하려면 일정한 기간 유예기간을 두어야 한다는 사실은 법을 떠나 상식의 영역에 속할 것입니다.

전력 이유 탈락은 우연의 일치?

우리나라 헌법 27조 1항은 "모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있습니다. 이는 국민의 재판 받을 권리를 규정한 것임과 동시에, 국가에 대하여 법관의 임용은 헌법과 법률이 정한 바에 따를 것을 요구하는 조항이기도 합니다. 위에서 밝힌 바와 같이, 대법원 관계자는 "단순히 전력만을 문제삼은 게 아니고, 성적과 나이, 전력을 포함한 품성을 종합적으로 고려하다 보니 우연히 세 사람이 탈락한 것"이라고 밝힌 바 있습니다. 탈락된 세 사람이 모두 민주화운동 관련 전력자들인데, 이것이 우연의 결과라고 한다면 더 이상 할 말이 없습니다만, 여하튼 개별적으로 고려하였든 종합적으로 고려하였든 나이와 전력을 고려하였다는 것이고, 이는 위에서 살펴본 바와 같이 위법한 처분인 것입니다.

결국 전력자들에 대한 위법한 임용거부처분은 탈락자들에 대해서는 공무담임권을 침해한 것임과 동시에 국민의 재판받을 권리를 침해한 것이기도 합니다.

왜 위법한 처분을 반복하는가

대법원이 민주화운동 관련 전력자의 임용을 거부한 것은 이번이 처음은 아닙니다. 대법원은 1997년 "깃발 사건"으로 실형의 전력을 가지고 있던 안병용 씨를 법관임용에서 탈락시

킨 이후 1998년 4명, 1999년 3명, 2000년 2명 그리고 이번에 3명 등 반복하여 민주화운동 관련 전력자들의 법관임용을 거부해오고 있습니다.

그런데 대법원이 민주화운동 관련 전력자를 임용한 전례가 없는 것은 아닙니다. 대법원은 1993년 이모 판사를 비롯하여 1995년 김모 판사, 2000년 최모 판사 등 집행유예의 전력을 가진 사람들을 판사로 임용한 바 있으며, 이에 대해서 대법원은 "단순히 전력만을 문제삼은 것이 아니고 성적과 나이, 전력을 포함한 품성을 종합적으로 고려"한 것이라고 하여 마치 전력자들 중에서 임용된 사람들과 임용되지 않은 사람들 사이에 품성의 차이가 있는 것인 양 말한 바 있습니다. 이상에서 보면 대법원은 실행 전력자들의 임용은 철저하게 거부하면서, 집행유예 전력자들에 대해서는 선별적으로 임용을 하고 있는 것을 볼 수 있습니다.

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 이러한 대법원의 태도는 헌법과 법률에 근거하지 않은 위법한 것이며, 설령 그러한 기준을 가지고 있다면 그것을 명확하게 밝혀 그 기준의 합리성 여부에 대해서도 검증을 받아야 할 것입니다.

그러면 왜 대법원은 이러한 위법한 처분을 반복하는 것일까요?

그것은 우리나라 법관 임용 및 재임용 과정에서 국민의 참여가 철저하게 배제되어 있고, 국민의 감시영역 밖에 있기 때문입니다.

앞서 살펴본 바와 같이, 우리나라에서 판사는 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자 또는 변호사의 자격이 있는 자 중에서 대법원장이 대법관회의의 동의를 받아 임용하게 되어 있고, 또한 판사를 신규임용하는 경우에는 2년간 예비판사로 임용하여 근무하게 한 후 그 근무성적을 참작하여 판사로 임

용한다고 되어 있습니다. 그리고 판사의 임기는 10년이므로 그때마다 재임용 절차를 거치고 있습니다. 최근 대법관 임명동의 과정에 국회청문회 제도가 도입된 바 있지만, 그것 자체가 심히 불완전한 제도일 뿐만 아니라 그 이외에는 법관의 임용이나 재임용에 국민이 참여하는 과정이 없습니다. 그래서 저는 대법원의 이번 임용거부처분의 위법성을 다투는 문제가 사법부 구성의 민주화와 관련된 문제라고 생각하는 것입니다.

사법부 구성의 민주화를 위한 제언

대법원은 국민과 국가기관의 준법여부를 판단하는 최종적인 기관입니다. 그러한 대법원이 헌법과 법률에 의해서 주어진 법관 인사권을 위법하게 남용하여 위법한 처분을 반복하고 있는 것입니다. 행정기관의 위법한 행정처분에 대해서는 법원을 통한 사법적인 구제절차가 마련되어 있지만, 대법원의 위법한 행정처분에 대해서는 당사자가 불복을 한다고 해도 최종적인 판단기관은 역시 대법원이므로 구제 가능성도 희박한 실정입니다.

사법부 구성의 민주화는 사법 민주화의 첫 걸음입니다. 법관 임용과 재임용 과정이 이와 같이 법의 지배영역 밖에 있는 한 사법의 민주화의 길은 요원할 뿐입니다. 민주화의 과정에서 우리 사법부의 정치적 독립은 어느 정도 달성되었다고 봅니다. 이제 사법의 진정한 독립, 즉 사법부 구성의 민주화 문제를 제기할 때가 되었습니다. 이는 정치적 독립으로부터 시작된 사법부의 독립이 완성되는 것이기도 할 것입니다.

법관의 임용과 재임용 과정을 국민이 감시할 수 있는 제도가 도입되어야 합니다.

‘사안별 특별검사제’의 의의와 한계

조 국 (사법감시센터 소장, 서울대학교 법과대학 교수)

특별검사법(이하 특검법)이 도입되기 전 검찰과 집권여당은 여러 가지 특검제 반대의 논리를 전개하였다. 예컨대, ‘특검제는 미국에서도 실패한 제도이다. 특검제가 도입되면 특별검사가 정치화될 것이다, 특별검사가 권한을 남용할 것이다, 정당간에 자기에 유리한 특별검사 임명을 위해 정쟁이 심화될 것이다, 소추기관이 이원화되어 검찰의 무력화가 초래될 것이다, 특검제 운영에 비용이 과도하게 많이 들게 될 것이다’ 등이 그것인데, 이러한 우려가 1999년과 2001년의 두 개의 특검법의 경험에서 현실화되었다고는 보이지 않는다.

검찰의 우려는 기우

사실 특검제를 둘러싼 한국 상황은 특검법이 실효한 현재의 미국 상황보다는 특검법이 제정된 1970년대 말의 미국 상황과 유비(類比)되는 것이었기에 현재 미국에서 특검법의 실효가 한국에서의 특검제 도입불가의 결론을 도출할 수는 없는 것이었다. 그리고 특별검사 임명을 둘러싸고 예상되는 정파간의 정쟁은 그 임명절차에서 대한변호사협회라는 중립적·전문적 단체의 추천을 삼입시킴으로써 애초에 봉쇄되었고, 특검팀 운영의 비용은

미국과 비교할 수 없을 정도로 경미하였다. 또한 특별검사의 정치화에 대한 우려는 실제 현실화되지도 않았던 바, 이 우려는 검찰 자신의 역사적 경험에 기초한 예단으로 보인다. 그리고 특검제가 특정 사건에 대하여 소수의 제한적 인원으로 이루어지는 것임을 생각할 때, 특검제가 전국적인 강고한 조직을 갖춘 검찰을 무력화할 것이라는 예상은 애초에 현실성이 없었으며, 또한 검찰에 대한 신뢰가 저하되는 것은 특검제 때문이 아니라 검찰 자신의 과거 행적 때문이었다고 보아야 할 것이다. 한편 수사의 실효성과 관련하여 1999년 특검팀의 수사의 경우, 검찰수사 보다 나은 성과를 낳았는가에 대해서는 논란이 많았으나, 2001년 특검팀의 수사는 검찰수사와는 구별되는 분명한 가시적 성과를 낳았다.

사안별 특검, 과잉이 아닌 과소가 문제

오히려 사안별로 도입된 특검제는 그 ‘과잉’이 문제가 아니라 ‘과소’가 문제였다. ‘사안별 특검제’에서 드러난 몇 가지 문제점을 보자면, 첫째 특별검사의 수사대상이 매우 협소하게 규정되어 실제적 진실규명이 힘들었다. 사실 ‘옷로비 의혹사건’은 최순영 회장의

정관계 로비라는 '몸통'에서 파생된 에피소드에 불과한 것이었으나, 이 '몸통'에 대한 수사는 애초에 봉쇄되어 있었다. 그리고 '파업유도 의혹사건'의 경우도 대검 공안부가 아닌 대전지검 공안부나, 노동부 등의 파업유도 문제는 수사대상이 되지 못한다는 논란이 생길 수밖에 없었다. 이에 반하여 2001년 특검법은 "이용호의 주가조작·횡령사건 및 이와 관련된 정·관계의혹사건"을 수사대상으로 하고 있어 특별검사의 운신의 폭이 크게 늘어났고, 이것이 수사결과의 차이를 낳았다.

둘째, 1999년 특검법의 경우 특별검사의 권한남용에 대한 우려가 작용하여, 특별검사의 권한은 축소하고 의무는 강화되어 있었다. 특별검사의 중간수사발표가 금지되어 있었고, 특별검사의 수사협조 및 파견요청에 불응하는 관계기관의 장을 제재하는 방안이 없었다. 이에 반하여 2001년의 특검법의 경우는 1회에만 한하지만 중간수사발표권을 부여하였고, 특별검사의 수사협조 및 파견요청에 불응하는 관계기관의 장에 대해서는 특별검사가 징계절차를 개시할 것을 요청할 수 있도록 하였으며, 참고인에 대한 2회 이상의 출석요구 후에야 참고인에 대한 동행명령을 행사할 수 있게 했던 1999년 법과는 달리 출석요구 없이 바로 동행명령을 발할 수 있도록 하였다. 이상의 점 외에도 2001년 특검법은 기본수사기간을 30일에서 60일로 늘렸으며, 특별검사보도 1인에서 2인으로 늘렸다. 이러한 변화가 차정일 특검팀이 많은 성과를 낳게 한 중요한 요인으로 보인다.

셋째, 특검팀의 구성의 문제이다. 이 점은 특히 '파업유도 의혹사건' 특검팀에서 발생하였는데, 검찰대상 수사를 현직 검사 및 검찰

수사관이 담당할 것인가를 둘러싸고 강원일 특별검사와 김형태 특별검사보 사이의 심각한 의견차이가 발생하여 김 특별검사보를 비롯한 여럿의 특별수사관이 특검팀에서 철수한 바 있다. 이러한 점에서 볼 때 특별검사의 임명시에 수사능력만이 아니라 기존 검찰조직과의 관계에서 독립성 유지가 고려되어야 할 것이다.

넷째, 1999년 특검팀의 경우 특검팀이 범죄 혐의를 확인하고도 공소권 행사를 스스로 포기하였다는 점이다. '웃로비 의혹사건'의 경우 특검팀은 수사결론을 명확히 하지 않은 채 검찰에 수사기록을 넘겼으며, '파업유도 의혹사건'의 경우는 검찰 특별수사본부와 다른 결론을 내놓았음에도 구속피의자를 기소하지 않고 공소유지책임을 검찰에 미루었다.

검찰신뢰 회복에도 일조

이상의 점에서 볼 때 1999년 특검팀은 여러 제도적 제약과 경험부족 등 때문에 '절반의 성공'을 이루는데 그쳤으나, 2001년 특검팀은 보완된 제도와 축적된 경험 위에서 특검제 본연의 역할을 해내고 있다고 본다. 특히 2001년 특검팀의 수사는 검찰수사가 떨어뜨린 국가공권력에 대한 국민적 신뢰를 회복하는 기능을 하였고, 이는 권력형 범죄·비리사건 수사에서 검찰의 분발과 검찰조직의 혁신을 외부적으로 강제하는 효과를 낳았다. 이제 우리는 '상설적 특검제'의 도입을 고민해야 한다. 사건이 발생할 때마다 정치권이 사안별 특별검사법을 제정하는 것 보다, 상설적 특별검사법을 제정하면서 그 존속기간을 현정권과 차기 정권에 걸쳐 존속하도록 3년 정도로 잡고, 기간 종료 후에는 국회에서 연장 여부를 결정하는 방안을 채택할 것을 제안하고 싶다.

검찰총장 임명제도의 개선

편집부

현실과 논의의 배경

“검찰총장의 직분은 그 어느 직분보다도 정치적으로 막대한 영향을 미치는 직분이므로 검찰총장은 각별히 정치적 중립을 지켜야 함에도 불구하고 지금까지의 역대 검찰총장들이 이와 같은 국민의 기대에 부응하지 못하였으며, 그 정치적 중립성 훼손행위가 진정한 자유민주주의 발전을 저해하는 암적인 존재로 국민일반에게 인식되기에 이르렀다. 우리의 역대 검찰총장들이 집권자와 집권층에 이른바 “여당편들기”에만 급급하여 정치적 중립을 지키지 못하였고, 1995.9.15.까지 역대 검찰총장 26명중 13명이 퇴직 후 2년 안에 법무부장관 등으로 임명되고.....”(97헌마 26 소수의견)

“검찰은 그 소속상 행정부의 일원으로서 대통령을 수반으로 하는 명령체계에 포섭되어 있지만 업무의 성격이 준사법적인 것이고 신체의 자유라는 중대한 기본권을 다루고 있어 검찰권이 정치적으로 이용된다면 민주주의의 바른 성장은 기대할 수 없다. 특히 검사 동일체의 원칙을 고려할 때 검찰의 수장인 검찰총장이 정치적 중립성을 지켜 국민전체에 대한 봉사자로서 그 직무를 공정하게 수

행하며 균형잡인 검찰권을 행사하게 함으로써 형사사법의 공정과 국민의 기본적 인권보장이 가능하다 할 것이다.”(1997. 7. 16 97헌마26)

“검찰총장은 법무부장관의 제청을 받아 국무회의 심의를 거쳐 대통령이 임명한다.”(헌법 제 89조 16호, 검찰청법 제 34조)

각국의 검찰총장 임명제도 고찰

미국은 연방법무부장관 겸 검찰총장과 연방검사를 대통령이 임명한다. 이때 대통령은 상원의 조언과 동의를 받아야한다. 상원은 이러한 인준절차의 하나로써 인사청문회제도를 실시하고 있다. 미국의 경우 검찰총장을 비롯한 연방검사는 전통적으로 임기와 관계없이 대통령의 요구에 의하여 사임하고 대통령이 교체될 경우 함께 바뀐다. 대부분 대통령과 정당을 같이한다는 점에서 대통령과 정치적인 운명을 같이 하는 정치적인 직책에 해당하며 전문관료성은 희박하다는 평가를 받는다.('미국의 검찰과 한국의 검찰' p.37)

반면 대부분 주와 카운티에서 주검찰총장과 카운티 검사장은 지역주민의 선거에 의해 선출되며, 주와 카운티에 따라 차이가 있으나

임기도 대체로 4년이다.('각국의 검찰제도' p.42)

독일의 경우 연방검찰총장과 연방검사는 연방법무부장관의 제청과 연방상원의 동의를 거쳐 연방대통령에 의해 임명되고, 고등검사와 검사장 및 검찰총장은 주정부의 수상에 의해 임명된다.

한편 일본의 검사총장은 내각에 의하여 임명되고 천황이 이를 인정한다.

(일본 검찰청법 제 15조 제 1항)



헌행법률상 인사청문회의 대상

헌행 인사청문회법은 그 임명에 국회의 동의를 요하는 대법원장, 헌법재판소장, 국무총리, 감사원장 및 대법관과 국회에서 선출하는 헌법재판관 및 중앙선거관리위원회 위원(인사청문회법 제2조, 국회법 제46조의3)을 인사청문회 대상으로 하고 있다. 그러나 국회에서 선출하지 않는 헌법재판관과 중앙선거관리위원회위원이 배제되므로 형평성의 문제 및 인사청문회제도 취지가 반감되는 문제가 있다. 여기에는 검찰총장, 경찰청장, 국세청장, 국가정보원장, 공기업사장 등 정부산하단체의 주요직 불포함문제도 포함된다. (제 16대 국회 운영방안에 관한 연구 p.195)

검찰총장임명에 인사청문회 도입여부 검토

대통령제 국가는 행정부와 사법부에 대한 견제 및 민주적 정당성 부여라는 측면에서 의회가 고위공직자의 임명에 동의여부를 표하거나 직접 선출하는 제도를 두고 있다. 현재 공직자에 대한 인사청문회제도를 시행하는 나라는 미국과 필리핀을 들 수 있다.

(사법개혁추진위원회 전문위원 보고서 下p115)

미국의 경우 헌법과 법률의 규정에 의해 특정 고위관료에 대하여는 상원의 인준을 받도록 하고 있으며, 상원에서는 그 인준절차의 하나로서 인사청문회 제도를 실시하고 있다. 법무부장관직을 겸임하는 연방 검찰총장이 여기에 포함된다.

상원 의사규칙에 의하면 대통령은 자신이 임명하고자 하는 인물에 대한 신원조사를 30일전에 연방범죄수사국(FBI)에 요청한다. 연방수사국은 임용대상자의 학력, 경력, 병력, 납세, 재산, 가정생활 등 개인에 관한 전반적 사항을 조사하고 신원조사보고서를 작성하여 대통령에게 제출한다. 대통령은 임용대상자를 지명한 후 그 보고서와 인준안을 상원에 제출한다. 상원에 제출한 인준안은 상원 본회의에 보고된 후 해당 상임위에 회부하여 상원에서 해당 상임위별로 인사청문회를 실시하게 된다. 인사청문회는 공개를 원칙으로 하고 질문과 답변시간을 한정하여 진행하며 위원회에서 가결된 인준안은 상원 본회의에서 공개표결로 확정된다.(민주사회를 위한 사법개혁: 대통령 자문위원회 보고서 p 353, 보다 자세한 내용은 제 16대 국회운영방안에 관한 연구 p168-186 참조)

1993년 클린턴 행정부의 검찰총장 인준청문회 사례를 살펴보면 클린턴 대통령 당선자는

1992년 12월 24일 법무부장관 겸 검찰총장으로 Z.Baird를 지명하였다. 그러나 Baird가 불법체류자를 가정부로 불법 고용했던 사실이 드러나 여론의 비판을 받게 되었고, 1월 19일에 이어 1월21일에 개최된 상원 법사위의 인준청문회에서 이 문제가 중요하게 제기되었다. 결국 클린턴 대통령은 1월22일 Baird에 대한 지명을 철회하였다. 이후 클린턴 대통령은 후속인사에 대한 상원의 원만한 인준을 위해 법사위위원장과 논의하는 등 스크린과정을 거쳐 2월 11일 Janet Reno를 지명하였다. 결국 상원 법사위의 청문회를 거쳐 3월 11일 상원본회의에서 인준안이 통과됐으며 그때까지는 부시 행정부의 Stuart M. Gersonol이 유임하였다.(인사청문회제도 도입에 관한 연구 - 최상용 학위논문)

필리핀 역시 대통령이 고위공직자를 임명할 때 의회의 동의를 받도록 하고 있으며 의회는 인사위원회에서 인사청문회를 개최한다. 그 대상은 필리핀 헌법 제 12조제16항에서 장관, 대사, 영사, 대령이상 군고위직 및 헌법상 대통령에게 임명권이 부여된 공무원이며, 인사위원회는 상원의장을 위원장으로 하여 상원의원 12명과 정당비율에 따른 하원의원 12명 등 25명으로 구성된다.

검찰총장 인사청문회에 대한 필요성

인사청문회제도 자체의 순기능은 공직자의 부패방지에 기여하고 새로운 공직자상을 정립함으로써 신중한 고위공직자 선정이 가능해져 지위에 적합한 인물을 선정하고 배치할 수 있다는 점이다. 또한 헌법기관구성에 있어 민주적 정당성을 확보하며 권력통제기능이 회복되며 국민참여를 실현할 수 있다는 장점

이 있다. (인사청문회제도 도입에 관한 연구 - 최상용, 학위논문)

무엇보다 현재 한국 검찰에 최우선적으로 요구되는 정치적 중립성 확보의 기틀을 마련할 수 있다. 국회의 청문회를 거치는 과정에서 검찰총장의 중립성이나 공정성에 대한 성향이 일차적으로 검증될 수 있는 만큼 대통령에 의하여 일방적으로 임명된 검찰총장에 비해 정치권으로부터 자유로울 수 있을 것이다. 준사법적 권한을 행사하는 검찰총장은 사법부의 수장인 대법원장과 유사한 지위에 있는 만큼 그 자질과, 성향, 전력 등이 엄밀하게 검증되어야 하며, 이러한 절차를 거쳐 임명되는 검찰총장은 그 과정에서 자신의 정당성을 스스로 획득함으로써 임명권자인 대통령으로부터 자율적인 직무집행이 가능할 것이며 검찰의 중립성 제고에 결정적인 도움이 될 것이다.(민주사회를 위한 사법개혁: 대통령 자문위원회 보고서 p 355)

검찰총장 인사청문회도입에 대한 비판적 견해

반면 비판론의 논거는 헌법상 국회동의를 요하지 않는 대통령의 인사권에 입법부가 개입하는 것은 위헌소지가 있으며 정치적 중립성 제고효과도 의문스럽다는 것이다. 국회의원들이 당리당략적으로 검찰총장 임명과정에 개입할 우려와 정치권의 타협에 따라 정치적 인물이 임명될 개연성도 있다는 것이다.

청문회의 필요성 자체에 대한 의문도 존재한다. 우리나라는 미국에 비해 국회의 견제기능이 강하고 국토가 협소하여 청문회를 실시할 실익이 적고 미국과 달리 현직 검사 중에서 임명되므로 정치적 성격이 약하고 장기간 공직생활을 통한 충분한 검증이 이뤄졌다는

점을 그 이유로 들고 있다.

인사청문회제도 일반의 문제점으로 제기되는 것은 대륙법계 법제에서는 채택되지 않는 제도이고 건전한 토론 문화가 정착되지 않은 우리 사회의 현실적 여건상 대상자의 기본권 침해의 우려가 있다는 것과 여론재판의 가능성 및 국민의 사법불신을 조장할 우려가 있다는 지적이다. 더불어 각 정당간 이해관계에 따른 정치적 갈등으로 청문회가 파행을 거듭할 경우 검찰업무 및 국정운영에 막대한 지장을 줄 우려를 제기한다. '인사청문회를 통과하기 위해서는 10가지 장점을 갖추는 것보다 1가지 결점이 없는 것이 낫다'는 청문회의 적극적 검증기능 부재에 대한 비판도 상당한 것이 현실이다. (사법개혁추진위원회 전문위원 보고서 下 p.118 ~ , 민주사회를 위한 사법개혁: 대통령 자문위원회 보고서 p356 ~)

결론

이처럼 현상적 분석에 따르면 인사청문회 도입에 대한 논란은 결국 '이어령비어령'식의 논쟁에 그치는 것으로 보인다. 결국 헌법상 권력분립원칙과의 조화문제만이 남게 된다. 검찰의 정치적 중립성 확보에 대한 국민적 공감대가 이루어져 있는 이상 장기적으로는 국민적 합의를 도출하여 검찰총장 등의 임명에도 국회가 관여할 수 있도록 헌법개정을 하는 것이 바람직하다.

하지만 현행 헌법 아래에서도 인사청문회를 가능하다. 인사청문회는 대통령의 임명권 행사를 보조하는 기능을 갖지만 그 외에도 국민의 알권리 실현기능이 점차적으로 커지고 있다.

따라서 인사청문회를 대통령에 대한 임명

권에 대한 제한 내지 침해의 문제만으로 보는 시각을 버리고 국민의 알권리 실현 차원에서 접근한다면 이는 가능하다고 보인다.

헌법상 국회동의 대상여부에 따라 인사청문회를 이원적으로 운영하되 국회동의 대상이 아닌 검찰총장 등에 대한 인사청문회는 대통령의 임명권 행사에 대한 재량을 법적으로 구속하지 않으면서, 즉 국회동의의 한 절차가 아니라 그 자체 국민 알권리의 실현을 위한 시스템으로 운영하는 것은 헌법합치적 제도가 될 것이다.

검찰청법중개정법률(안)에 대한 의견서

다음은 법무부가 입법예고한 검찰청법중개정법률(안)에 대해 사법감시센터가 제출한 의견서이다. (편집자 주)

참여연대는 특별수사검찰청이 대검 산하 조직으로 신설된다면 오히려 검찰의 조직확대만을 가져 올 우려가 있음을 지적한다. 특별검사제를 상설화 하거나 검찰 조직과 완전히 독립된 별도의 조직을 신설하는 것이 근본적인 대안이며, 이런 면에서 이번 의견서는 검찰청법개정안 중 미진한 부분을 지적하고 특별수사검찰청의 신설 취지에 반하거나 법률적 논란이 있을 수 있는 부분에 대한 의견을 제시하는 것에 그친다.

1. 상명하복규정 개정

• 개정안

“다만, 부당한 명령에 대하여 이의를 제기할 수 있다.”(안 제7조1항)

• 의견

상관이 지휘권 및 이전권을 행사하는 경우, 계층제의 관료시스템을 취하는 검찰조직 내에서 이의제기를 할 수 있을 것이라 예상하기 어려움. 실제 공무원법제에 의하면 정당한 명령에만 복종하여야 하는 공무원체제상 너

무도 당연한 것임을 감안할 때, 이를 별도의 규정으로 선언하는 것은 아무런 의미도 없음.

상관의 지휘·이전권은 검찰이 독립된 사법관청으로서의 지위를 가진다는 점을 감안할 때, 조직원리상 불합리한 것임. 비록 수사의 효율성, 전국적인 통일적 법적용의 필요성 등을 감안한다 할지라도 협의·협조의 과정을 통하여 처리할 수 있음.

따라서 상명하복 규정 자체를 삭제하고 검찰을 독립된 사법관청으로 실질화시킬 필요가 있음.

2. 특별수사검찰청

(1) 특별수사검찰청 신설

• 개정안

“사회적 의혹이 제기되어 국민의 관심이 집중된 사건을 보다 독립적으로 수사하기 위하여 특별수사검찰청을 설치한다.”(안 제3조 제2항, 제6항)

• 의견

특별수사검찰청을 대검찰청 하에 두지

말고 그 자체 독립하여 법무부 혹은 부패방지위원회의 외청으로 설치, 특별검사제와 결합하여 운용하는 것이 바람직함

(2) 직무범위

• 개정안

“①특별수사검찰청은 다음의 직무를 수행한다.(안 제26조의2) 1. 사회적 의혹이 제기되어 국민의 관심이 집중된 사건으로서 검찰총장이 사건심의위원회의 심의를 거쳐 수사개시를 명하는 사건의 수사 및 처리에 관한 사항”

• 의견

“사회적 의혹이 제기되어 국민의 관심이 집중된 사건”이라고 규정하는 것은 명확성이 떨어져 조악한 대중추수주의(Populism)에 휩쓸릴 가능성이 있음. 보다 명확한 개념규정이 있어야 함. 자칫 수사요청을 둘러싸고 국회내에서 정치적인 논쟁만 불러일으킬 가능성이 많음.

독립된 특별수사검찰청을 설치하면서 그 수사개시여부를 검찰총장의 판단권한으로 하는 것은 독립성 자체에 대한 심각한 장애요소가 될 것임. 차라리 특별수사검찰청 스스로 “사회적 의혹이 제기되어 국민의 관심이 집중된 사건”을 수사하겠다고 작정하고 수사를 개시할 수 있도록 하는 것이 그나마 특별수사검찰청의 존재의미를 살릴 수 있을 것임.

바람직하기는 국회의 고발 요청이 있거나, 부패방지위원회의 고발·통보가 있는 경우, 감사원, 중앙선관위의 고발 등에 의하여 수사를 개시하거나 자체적인 판단에 의하여 수사개시하는 것으로 함.

사건심의위원회를 특별수사검찰청내에 두는

것이 마땅함. 보다 좋기는 시민들도 참여하는 검찰심사회를 설치, 수사개시여부를 결정하게 하면 될 것임.

사건심의위원회가 아니라 사건심사위원회로 하여 그 권한을 심의가 아닌 의결로 하도록 하여야 함. 그리고 사건심사위원회의 결정결과는 공개하도록 함

(3) 직무의 독립

• 개정안

“특별수사검찰청 소속 검사는 구체적 사건 수사와 관련하여 검찰총장의 지휘·감독을 받지 아니한다. 다만, 수사한 사건에 대하여 공소제기 또는 공소부제기 결정을 하였을 경우, 공소제기한 사건의 판결이 확정되었을 경우에는 결정일 또는 확정일로부터 7일 이내에 검찰총장에게 서면으로 보고하여야 한다.(안 제26조의3)

• 의견

단서조항은 삭제하고 검찰총장에 대한 보고(보다 정확히는 “통보”)는 내부적인 업무연락과정으로 처리하는 것이 바람직함.

공소제기 결정일이 아니라 “공소를 제기한 때”로 하는 것이 바람직하다고 봄

(4) 인사 및 예산

• 개정안

“① 법무부장관은 특별수사검찰청 검사의 임명 및 보직에 관한 제청을 하거나 그 직원의 보직을 행할 때에는 특별수사검찰청 검사장과 협의하여야 한다.

② 법무부장관 및 검찰총장은 특별수사검찰청 검사장이 그 직무를 처리하기 위해 검사

또는 직원의 파견을 요청하는 경우 이에 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 법무부장관은 특별수사검찰청의 예산 편성시 특별수사검찰청 검사장의 의견을 존중하여야 한다. 법무부장관이 특별수사검찰청 소속 검사의 임명 및 보직에 관한 제청을 하거나 그 직원의 보직을 행할 때에는 특별수사검찰청 검사장과 협의하도록 하고, 예산 편성시 검사장의 의견을 존중하도록 함” (안 제26조의9)

• 의견

인사 및 예산은 특별수사검찰청이 독립하여 처리할 수 있도록 하며, 그 결정과정에 검찰인사위원회 혹은 특별수사검찰인사위원회가 참여하도록 함

인사와 예산권을 법무장관에게 부여하고 있음. 인사는 법무부내에 별도의 인사위원회를 두어 거기서 의결하여 선출된 자를 법무부장관이 제청하도록 함

예산은 바로 기획예산처에 제출할 수 있도록 하는 것이 바람직함. 그리고 기획예산처장관은 제3항과 같이 의견을 존중하도록 하여야 함.

(5) 재정신청

• 개정안

“① 제26조의2제1항제1호 및 제2호의 사건에 대하여 고소 또는 고발을 한 자는 특별수사검찰청 검사로부터 공소를 제기하지 아니한다는 통지를 받은 날로부터 10일 이내에 서면으로 특별수사검찰청 검사장을 경유하여 서울고등법원에 그 당부에 관한 재정을 신청할 수 있다. 특별수사검찰청 검사로부터 불기소통지를 받은 고소·고발인에게 재정

신청을 인정하고, 항고규정의 적용을 배제함” (안 제26조의11)

• 의견

국회가 고발한 경우 재정신청의 제기는 다시 국회 본회의의 의결을 거쳐야 되는 만큼 정쟁의 가능성이 있음. 국회고발의 경우 관련 상임위, 혹은 법사위의 의결로 재정신청 가능하도록 하는 것이 바람직함.

3. 검찰인사위원회를 심의기구로 격상

• 개정안

검찰인사위원회에서 검사의 인사에 관한 중요사항을 심의하도록 함(안 제35조제1항)

• 의견

의결기구로 하고 그 구성도 개방하도록 하는 것이 바람직 함. 최소한 검사출신 교수가 시민대표의 이름으로 검찰인사위원이 되지 않아야 함

4. 검찰총장의 취임제한 규정 폐지

• 개정안

위헌결정으로 효력이 상실된 검찰총장의 퇴직 후 2년 이내의 공직취임 및 정당가입 금지규정을 삭제함(안 제12조제4항, 제5항)

• 의견

검찰총장 퇴직 후 2년 이내 주요공직취임 및 정당가입금지규정을 두어야 함. 헌법재판소 결정은 이런 무조건적 삭제를 요구한 것은 결코 아님.

(표) 검찰청법 개정안 비교표

	법무부안(2002.1)	한나라당안 (안상수의원 발의)	참여연대안 (입법청원안)	비고
검사동일체 원칙 (제7조)	부분개정 · 상명하복 조항에 부 당한명령에 대한 이의 제기 신설 · 직무승계이전권 존속	완전폐지 · 상명하복조항 폐지 · 직무승계이전권 폐지	완전폐지 · 상명하복조항 폐지 · 직무승계이전권 폐지	민주당 천정배 의원 부분개정주장
검사회의	관련규정 없음	평검사로 구성되는 검사회의 설치(제7조의 2)-업무, 운영, 기타 개선방향에 관하여 협의 및 건의	관련규정 없음	
법무부장관의 지휘감독(제8조)	현행	현행	법무부장관의 검찰총장에 대한 구체적 사건 지휘감독권 폐지	
검찰심사회	관련규정 없음	관련규정 없음	검찰심사회 설치	재정신청제, 항고
검찰총장 퇴직 후 공직취임금지 (제12조 4항 5항)	공직취임제한규정 폐지	2년 이내 법무부장관 취임 금지 규정으로 개정	2년 이내 법무부장관 취임금 지 규정으로 개정지	현재위헌결정
검찰총장의 임명(제34조)	현행(인사청문회 반대)	검찰인사위원회 추천 ※인사청문회 찬성	국회 인사청문회 실시	인사청문회법 개정
검찰인사위원회 (제35조)	심의기구(법무부산하)	검찰총장 자문기구 (대검찰청)	의결기구(법무부 산하)	
검사의 파견금지 등 (제44조의 2)	현행	퇴직 후 2년 이내 대통령비 서실, 국정원 파견금지 조항 신설	퇴직 전후 2년 이내 대통령 비서실, 국정원 파견금지 조항 신설	특별수사검찰청
특별수사검찰청	신설	관련규정 없음-한시특검	관련규정 없음-상설특검	특검제 상설화
전문인력 파견	신설	의견 없음	의견 없음	
직제정비 등	정비	의견없음	의견없음	

검찰수사, 입회계장이 다한다?

장유식 (변호사 · 참여연대 협동사무처장)

박모씨는 검찰직원의 불법청탁수사로 무고한 옥살이를 했으며 참여연대에 민원을 제기했다. 이같은 피해는 입회계장 단독수사 관행이 빚어 낸 것이다. 이런 관행은 '담당검사 얼굴 보는 것이 소원'이라는 민원인들의 희망을 놓고 이는 검찰에 대한 불신의 단면이기도 하다. (편집자 주)

억울한 옥살이

6개월간의 옥살이 끝에 무죄확정판결을 받은 30대 사업가가 검찰직원의 불법청탁수사에 의해 무고하게 구속되었던 사실이 뒤늦게 밝혀졌다.

(인천일보 2001년 4월 19일자) 억울한 사연의 주인공은 건설회사를 운영하는 37세의 박모씨. 박씨는 지난 97년 12월 광모씨(59세)에 의해 횡령혐의로 고소되어 인천지검에 의해 구속기소되었는데, 이때 고소인 광씨는 사건을 담당한 인천지검 김00 검사실의 정봉규 계장에게 2차례에 걸쳐 8백만원을 건네며 사건수사를 부탁했다고 한다. 이로 인해 피해자 박씨는 죄가 없음에도 불구하고 구속기소되었을 뿐만 아니라 1심판결이 선고되기까지 6개월간 옥살이를 하는 동안 건설회사가 도산하는 등 수십억원대의 재산을 날렸다고 주장하고 있다. 명백한 뇌물수수이며 검찰권의 남용이다. 정 계장은 그 후에도 자신의 범죄행위를 은폐하기 위하여 박씨 구속 후 4개월이 지난 98년 4월 6일 오후 7시쯤 구치소로 찾아와 옷을 모두 벗기고 갖고

있던 서류와 가족들의 편지까지 읽어본 뒤 "선처해줄 테니 재판에서 죄를 시인하라"고 강요했다고 한다. 이와 같은 사실은 아이러니하게도 고소인 광씨에 의해 세상에 알려지게 되었다. 광씨는 "돈을 줬는데도 사건수사를 제대로 하지 않아 피고소인이 무죄를 받았다"며 정 계장에 대한 진정서를 인천지검에 제출했다고 한다. 인천지검은 이에 따라 지난해 말 진정서를 낸 광씨와 수원지검으로 발령이 나 근무중인 정 계장을 각각 소환해 조사를 벌였으며 정 계장은 2001년 1월 22일 대검찰청으로부터 파면당했다. 검찰은 정 계장이 돈을 받은 것은 '청탁수사의 대가가 아니고 빌린 것'으로 진술했다며 파면조치에 그친 것으로 알려지고 있다.

피해자의 주장이 모두 사실이라면 정 계장의 행위는 수뢰 및 직권남용 등의 범죄에, 고소인 광씨 역시 뇌물공여 및 무고혐의 등에 해당할 것이다. 따라서 정 계장 및 광씨에 대한 구속수사와 철저한 진상의 규명은 물론이고 피해자 박씨에 대한 명예회복 및 피해보상이 뒤따라야 할 것이다. 그러나 그것으로 족한가?

입회계장 단독수사 관행이 원인

이번 사건의 심각성은 그것이 검찰직원의 일탈적 행동으로부터 비롯된 우발적 피해가 아니라 유사한 사건이 계속 발생하고 있으며, 또한 발생할 우려가 높다는 점에 있다. 가장 직접적으로 문제되는 것은 계장단독수사의 관행이다. 우리 형사소송법은 수사의 주체로서 검사만을 규정하고 있다. 검찰청 직원은 독립된 관청인 검사의 국가형벌권 행사를 용이하게 하기 위한 업무보조자에 불과하다. 그러나 현실은 마치 검찰 계장이 수사의 주체인 양 행세하는 경우를 쉽게 볼 수 있다. 중요사건의 경우는 그러하지 않지만, 일반 형사사건의 경우에는 소위 '계장' 또는 '주임'이라고 불리는 7급 내지 8급의 검찰직원(정식직급은 '주사', '주사보'에 해당한다)이 고소인조사와 참고인조사를 하고, 피의자신문조서를 받으며 심지어는 공소장을 작성하기까지 한다. 검찰조서를 보면 '검사 아무개가 검찰주사(보) 아무개를 입회하게 하고 000를 조사한다'고 부동문자가 적혀있으나, 사실상 검찰주사가 묻고 피의자, 참고인이 대답하는 것을 검사가 입회해서 간여하는데 그치고 있는 것이다. 이는 법원의 재판권을 침해하는 중대한 기본권침해행위가 아닐 수 없다.

계장단독수사의 관행에 따른 피해를 뿌리뽑기 위해서 검찰청 직원에 대한 엄중한 지휘감독이 필요한 것은 물론이다. 그러나 더 중요한 것은 검찰의 수사구조의 개혁이다. 검사 1인당 1달에 300건 이상을 처리해야 하는 수사현실에서 검사가 기획하고, 참고인조사하고, 피의자신문 받고 공소장까지 쓰는 모든 일을 도맡아 한다는 것은 사실상 불가능에 가까운 일일 것이다. 부실한 수사가 될 수밖에 없는 구조인 것이다. 검찰업무가 억울한 사람의 신원(伸冤)을 해결하고 범죄 없는

사회를 구현하는 정의로운 사법서비스로 자리잡기 위해서는 검사의 증원 및 교육의 강화와 함께 자동차관리법, 도로교통법위반 등 행정형벌에 해당하는 사건을 검사의 업무에서 제외시키는 방안 등이 하루속히 현실화되어야 할 것이다.

사법처리와 검사의 지휘책임 물어야

그동안 검찰이 국민들의 비판으로부터 자유롭지 못했던 것은 '정치검찰'이라는 오명 때문이었다. 그러나 그것은 일부 정치검사들의 명예욕과 출세욕에 의해 대다수의 의욕적이고 정의감에 불타는 검사들이 부당한 평가를 받았던 것이라고 할 수도 있다. 검사 개개인을 보건대 사회정의와 범죄일소에 누구보다도 강한 사명감과 자부심을 갖고 있음을 알 수 있고 또한 격무와 (변호사들에 비해) 박봉인 월급에도 불구하고 밤을 세워 일하는 모습도 쉽게 찾아볼 수 있다. 그렇지만 검찰에 대한 일반 국민들의 시선은 아직도 차갑다. 딱히 정치적인 사안이 아니더라도 검찰의 업무처리가 공명정대하다고 느끼는 국민들이 그리 많지 않은 것도 현실이다. 이번 사건을 당한 박모씨는 검사도 청탁사실을 묵인하고 동조했으리라고 단정하고 있다. 안타까운 일이다. 아마도 검찰에 대한 기대가 크기 때문일 것이다. 검찰이 바로 서면 나라가 바로 설 수 있다는 기대 말이다. 이번 사건에서 보듯 검찰직원이 검사를 대신해 수사를 하면서 무고한 사람을 죄인으로 만들고 지휘감독을 해야 할 검사는 제 역할을 방기하며, 범죄혐의가 있는 검찰직원을 단호하게 처벌하지 않고 늘 '제식구감싸기'로 일관하여 잘못을 감추려고만 한다면폭탄주 안먹기 결의를 한다거나, 친절스마일운동을 하는 것만으로는 검찰에 대한 국민들의 시선을 따뜻하게 만들기는 어려울 것이다.

기념비적인 판결

김준기 (연세대 국제학대학원 교수 / 미국 변호사)

지난 12월 27일 삼성전자 이사들을 상대로 한 주주대표소송에서 수원지방법원이 977억 원의 손해배상판결을 낸 것에 대하여 일부에서 비판 또는 우려의 목소리가 일고 있다. 과감하고 신속해야 할 의사결정을 지체시키고 기업가 정신을 위축시킬 우려가 있으며, 결국 백면서생 같은 판사들이 경영 현실도 모르면서 자의적인 사후판단에 따라 이사들에게 책임을 부과했다는 것이다. 특히 1월 3일자 중앙 시평에서 강위석 월간 에머지세컨년 편집인은 이번 판결에 대해 '반시장적'이고 '반자유기업적'이라고 평가하면서, 시장에 대한 사법부의 판단을 "지적 교활과 오만"이라고까지 매도하였다.

그러나, 이 같은 인식은 경영판단의 원칙을 제대로 이해하지 못하고 관련 사실관계를 정확하게 알지 못한 데서 비롯된 것이다. 오히려, 이번 판결은 우리나라에 법치주의와 시장경제질서에 입각한 기업지배구조를 확립하는데 기여할 기념비적인 판례로 평가되고 있다.

경영판단의 원칙이란

경영판단의 원칙은 미국 회사법에서 비롯

된 원칙으로, 이사들이 한 '경영판단'에 대해서는 추후에 실패를 하더라도 책임을 면하도록 하는 법칙이다. 대내외적으로 수많은 변수가 작용하고 있고 고도의 위험이 도사리고 있기 때문에 기업경영만큼 사전에 그 결과를 알기 어려운 일도 없을 것이다. 이러한 불확실한 여건에서 이사로서 최선을 다했는데도 예컨대 아무도 예측하지 못한 IMF 위기나 9·11사태 때문에 실패로 돌아간 판단에 대해서까지 책임져야 한다면 누구도 경영을 하려 하지 않을 것이다. 중요한 점은 미래를 정확히 예측했는가의 여부가 아니라 이사로서 최선을 다하여 경영판단을 했는지 여부이다. 만일 이사가 오류투성이인 재무제표를 전혀 확인·검토하지 않고 승인했다면 경영판단을 '아예 하지 않은 것이기 때문에' 경영판단의 원칙에 따라 보호를 받을 수는 없다.

투자실패가 아닌 의사결정과정에 대한 책임

삼성전자 주주대표소송 판결을 살펴보자. 삼성전자 이사진은 두 번에 걸친 이사회에서 이천전기의 지분을 85%나 인수하였는데, 불과 1년 후에 그 회사는 부도가 나 1900억 원의 손실이 발생했다. 문제는 투자의 실패가

아니라, 그 의사결정과정에 있다. 삼성전자가 증인으로 내세운 삼성전자 간부의 증언에 따르면, 이사전은 인수과정에서 전문가의 자문이나 대안검토는 물론 부채가 얼마이고 자산 가치가 얼마이고 수익성이 얼마인지 등 재무 상황에 대한 기본적인 검토조차 하지 않았다. 경영학개론을 마친 대학생도 확인할 법한 기초사항에 대해 삼성전자 이사들은 전혀 검토도 하지 않은 것이다.

3년간의 재판 과정에서 재판부가 수 차례에 걸쳐 관련 검토자료를 제출하도록 재촉했으나, 실무진 차원의 검토자료조차 없다는 답변에 재판부가 오히려 당혹해했다는 후문이다.

결국 고의나 과실로 인해 경영판단을 '전혀 하지 않았기 때문에' 손해배상 책임이 있다고 재판부가 판시한 것이다.

한편, 이천전기 '퇴출 결정 이후에' 1570억원의 지급보증을 해준 부분에 대해서는 삼성전자가 적색거래처로 지정되는 것을 막기 위한 조치였다는 경영진의 사후설명을 재판부가 인정하고 면책함으로써, 경영판단의 범위를 지나칠 정도로 광범위하게 인정한 측면도 있다. 솔직히 미국 법정이었다면 이 부분에 대해서도 책임을 물었을 가능성이 높다.

중앙 시평



姜 律 錫
월간 에머지
새천년 편집인

지난해 9월 11일 미국 뉴욕의 세계 무역센터 빌딩 옥상과, 12월 27일 한국 수원 법정의 삼성전자 전·현직 임원 9명에 대한 9백77억원 배상판결은 근본적으로 동일하다고 나는 판단한다. 둘 다 시장경제와 자유주의의 우물췌에 대한 외부로부터의 침공, 파괴였다는 점에서 말이다.

9·11테러와 자유주의

그러나 크게 다른 점도 있다. 미국 쪽은 대통령과 사법기관·군인들이 총동원돼 테러범과 그 비호자들을 잡아 정 의(正義)의 심판대에 세우겠다고 버리고 있다. 한국의 법정은 이와는 반대 방향을 선택했다. 위에서 말한 판결에 이른 방향 말이다.

이 판결을 계기로 한국에서는 법원에 의한 반(反)자유기업적 재판경제' 시

대가 새로 열렸다. 은밀하게 반시장(反市場)혁명이 완성된 것이다. 이런 시후적 재판경제는 스탈린의 사전적 계획경제에 대칭될 만하다. 만일 이 방향으로 내쳐 간다면 궁극적으로 한국에서 자유 시장 제도와 시장의 자생적 질서는 필연히 이룰 것이다.

이 판결에는 9백77억원의 배상이 '회사와 주주의 이익을 지켜야 하는' 이사로서의 임무를 제대로 이행하지 않은 점이 입증돼' 내려진 것이라고 밝히고 있다. 이 재판은 주인(회사와 주주)의

이익을 지키는 경영 책임, 즉 회사와 주주의 이익 지키기라는 시장 활동의 승패를 문제삼은 민사재판이었다.

승패는 법가치상사(法律上之事實)라는 말이 있다. 한 전쟁의 승패는 여러 대소전투의 승패의 합산이다. 한 나라의 존망은 여러 전쟁의 승패의 합산이다. 경영의 승패도 마찬가지다. 그런데 삼성전자는 그 정리는 모르나 적어도 지금은 경영에서 회고의 승리를 거두고 있는 회사다.

이 재판이 판결한 이천전기 인수에 관련된 '투자실책'은 한 전투의 패배에 불과하다. 그 패배를 현재적(現在적) 및 장래적 주주들의 주식시장은 철저하

기업가 정신을 장려하는 판결

이번 삼성전자 판결은 의욕적인 기업가 정신을 위축하는 것이 아니라 오히려 장려하는 의미를 담고 있다. 지금까지 재벌그룹의 전문경영인들은 그룹 차원의 지시에 따라 울며 겨자 먹기 식으로 부실한 계열사에 지원을 해준 경우가 많았지만, 이번 판결을 계기로 이러한 부당한 지시를 거부할 강력한 명분이

제 주가에 반영하고 있다. 이혼바 효율 시장 이론에 의하면 노태우 대통령에게 준 현금도, 삼성종합화학주식과 차본에 따른 삼성전자의 가점(假定)된 손실도 주식시장은 모두 제값에 넣어 이 회사에 주가가 형성된다고 본다.

그 반향 결과인 삼성전자의 주가는 시장에서 가장 비싼 주식에 속한다. 주권 생산품인 반도체 가격이 10분의 1로 떨어졌음에도 말이다. 이것은 이 재판의 판결과 반대로 이 회사의 이사들이 주인

회사의 경영체제나 의사결정 과정은 회사마다 다르고 나라마다 다르다. 사 업 분야별로 전문 담당 이사가 있을 수도 있고 그 밑에 전문 부서도 있을 수 있다. 이사회는 이런 전문부서의 성실성과 전문성을 철저히 신뢰할 수 있다. 좋은 조직일수록 그렇다. 그리고 이사 회 상정에 앞서 안전의 토의와 처리 과정을 미리 잘 알고 있을 수 있다. 그래서 이사회와 공식적 처리 과정은 아주 간단할 수 있다.

경영 재판권 누가 가지나

삼성전자의 이사들에게 경영책임을 묻는 것은 일진에나 때 총무공을 잡으 에 잡아 넣은 것과 비슷하다. 경영상의 의사결정 과정만을 몰랐어 가져올 배상 시키는 것은 최우등생에게 공부하는 방법을 몰랐어 낙제를 주고 거가다가 처벌을 주는 것과 똑같다. 아니면 교환원 순 억지다.

경영에 관한 재판권은 그것이 범죄가 아닌 한 시장이 가진다. 법원이 꼭 개입 할 치지려면 법원도 시장의 결과를 준 용하는 수밖에 없다. '가이사의 것은 가이사에'라는 말도 있지 않은가. 시장에 관한 일을 시장보다 법원이나 판 사의 이성과 양심이 더 잘 판단한다고 믿는 지적(知性) 교환과 오만에 대해 상급 재판과 우리나라 시장경제 전체가 어떤 시간을 두고 어떻게 반응할지는 두고 볼 일이다.

은밀한 反市場 혁명

라 그 이상으로 이행했음을 증명한다. 주가 이외에 회사 경영의 승패를 보여주는 다른 눈금은 없다. 높은 주가는 주인인 주주가 경영자에게 주는 우등상장이다.

이런 반증(反證)에 대항하려고 참여 연대 측은 "이번 판결은 경영결과에 대한 책임을 묻는 것이 아니라 경영 의사 결정 과정의 부적법성과 불충분성에 대한 책임을 묻는 것"이라고 말한다. 이들은 다른 주주가 시장을 통해 이 회사 경영진에게 수여한 상장을 뺏으려고 하는 것이다. 경영 의사결정 과정의 부적법이란 것은 그것이 형사상의 범죄가 아닌 한 부실한 회사만을 대상으로 삼아 말아라든다.

생겼으므로 앞으로 보다 소신 있게 경영을 해 나갈 수 있을 것이다. 또한 선거 때마다 그리고 정권교체 때마다 정치자금 요구에 시달리던 경영인들을 해방시킬 튼튼한 방패막이도 될 것이다.

결론적으로, 아직 항소심이 남아있지만, 이번 1심 판결에 의해 대한민국 최고 기업의 경영진도 똑같이 회사법의 엄정한 적용을 받는다는 사실을 보여줌으로써 독립적 이사회, 투자자 보호, 더 나아가 시장경제질서 및 법치주의의 확립에 크게 공헌할 것으로 본다.

불매운동은 위법?

박경신(한동대 법학 · 미국 변호사)

대법원 제2부(주심 이용우 대법관)는 작년 7월 13일 '마이클잭슨 방한공연 반대운동'을 벌인 시민단체를 상대로 공연기획사가 제기한 손해배상 청구소송에서 입장권판매대행계약을 파기한 '은행의 결정이 불매운동과 관계없이 스스로의 반성적 고려에 의한 독자적인 결정임을 알아 볼 수 있는 사정이 심리되지 않았다'며 원심의 심리미진을 이유로 파기환송 판결을 내렸다. 대법원은 판결문에서 '불매운동을 벌이겠다는 경제적 압박수단을 고지하여 이 때문에 경제적 손실을 우려, 본의 아니게 입장권판매대행계약을 파기케 하는 결과를 가져왔다면 위법하다고 보아야 하며, 그 목적에 공익성이 있다하여 이러한 행위가 정당화 될 수 없는 것'이라고 밝히면서 시민단체 활동의 위법성 기준을 제시했다. 소비자 운동에 대한 미국판례를 중심으로 이 판결을 분석해 본다. <편집자 주>

“펜은 칼보다 강하다”고 했다. 표현의 자유에 대한 맹목적인 신봉은 언사가 가질 수 있는 폭발성을 간과케 하고 사회현상의 인과관계의 중요한 고리를 놓치게 할 수 있다. 예를 들어, ‘말로만 하면 어떻게 성희롱이냐’라는 말속에 존재하는 시각 속에서 진행되는 사회개혁은 절름발이일 뿐이다. 그럼에도 불구하고 표현의 자유는 인간의 자유에서 매우 중요한 부분을 차지하고 있다. 실증적으로 검증되지 않는 흠스판사의 사상의 자유시장(free market of ideas) 이론을 들먹이지 않더라도, 말할 수 있는 자유가 행동할 수 있는 자유 못지 않게 인간 행복의 큰 부분을 차지한다는 것은 우리가 직접 심리적으로 체험하고 있다. 무엇보다 표현의 자유가 보장되어야 하는 것은 언사가 진리나 선과 같은 어떤 객관적 가치에 이바지하기도 하지만, 그 이전에 궁극적으로 언사는 그 인과관계가 의사전달이라는 과정을 통해 나타나기 때문인 것으로 보인다. 행동은 물리적인 인과관계를 통해 진행되고 그 결과도 다

른 사람의 참여에 구애받지 않고 나타나게 된다. 하지만 언사는 언사를 듣는 사람의 행동 또는 언사를 듣는 사람의 정신상태를 통해 그 결과가 나타나게 된다.

표현의 자유는 내심의 자유에 가까워

자유민주주의사회는 개인이 자신의 행동에 대해 책임을 지는 것을 기본으로 하는 사회이다. 즉 어떤 언사를 전달받고 이에 대하여 반응하는 것은 일차적으로 반응하는 사람의 선택이며 반응하는 사람이 자신의 선택에 대해 책임을 져야 한다는 경향이 지배하고 있다. 공부 잘하고 못하고, 부자가 되고 못되고는, 자신이 얼마나 교육이나 기타 사회적 동기부여에 열심히 반응하고 노력했느냐에 의해 결정되는 것이지 그 자신의 가정환경이나 사회조건에 규정 받는 것이 아니라는 믿음이 기저에 깔려있는 사회이다. 자유로운 사회이니까.

자유민주주의 사회에서 표현의 자유가 보장되어야 하는 것은 이렇게 언사의 결과는 듣는

사람의 자유의지를 통해 표현되기 때문에 '말한 사람'은 객관적으로 볼 때 '아무 것도 하지 않았다'고 할 수 있다.

왜냐하면 어떤 결과이든 간에 - 듣는 사람이 충격을 받았건, 듣는 사람이 제3자를 더욱 가벼이 여기건 - 그것은 듣는 사람의 선택으로 인한 것인지 말한 사람이 인과한(cause) 것이 아니다. 듣는 사람이 하나의 주체(agent)로서 인과관계를 끊어버리는 것이다.

이런 의미에서 언사 스스로는 남에게 아무런 영향을 줄 수 없는 매우 개인적인 것이다. 표현의 자유는 내심의 자유에 매우 가까운 것이라고 할 수 있다. 언사가 독자적으로 초래하는 결과는 없다. 물론, 위와 같은 대화성(communicativity)을 넘어서는 물리성을 가진 언사도 있다. 인과관계가 듣는 사람의 자유의지를 통해 전개되는 것이 아니고 듣는 사람의 말초신경을 통해 전개되는 언사, 즉 음란물은 물리성을 가진 언사들로서 실제로 많은 자유민주주의 헌법은 음란물을 비보호언사(unprotected speech)로 규정하고 표현의 자유의 보호밖에 두고 있다. 그리고 언사를 듣는 사람이 말한 사람에게 직업적으로 또는 기타 관계를 통해 종속되어 있기 때문에 물리적 강제를 유발하는 언사들 또는 경제적 강제를 유발하는 언사들, 그 외의 언사 외적인 요소들과 함께 작용하면서 강제력을 행사하는 언사들은 모두 언사 자체의 내용이 다른 언사들보다 질이 떨어져서가 아니고, 듣는 사람이 잘 듣고 반응할 수 있는 시간을 주지 않고 듣는 사람을 즉각적으로 제약하기 때문이다. 하지만 위와 같은 물리성이 없는 언사는 '인과관계가 없다'고 보아야 한다.

대법원(재판장 이용우대법관)은 지난 2001

년 7월 13일, 1996년 마이클 잭슨 내한공연에 반대해 그 공연 흥행사의 주거래은행에 해당 흥행사와의 거래를 중단해 줄 것을 요청하고 만약 요청이 받아들여지지 않을 경우 해당 은행에 대해 불매운동을 벌이겠다는 내용의 편지를 보낸 시민단체들을 상대로 흥행사가 손해배상을 청구한 것에 대하여 '경제적 압박수단을 고지하여 불매운동 대상자가 불매운동으로 인한 경제적 손실을 우려하여 부득이 본의 아니게 원고와 체결한 계약을 파기하였다'며 손해배상이 가능하다고 판시하였다.

이 판결은 '자신의 행동은 자신이 책임진다'는 자유민주주의 헌법 법질서의 가장 근본적인 원칙을 위반하고 있다. 멀리가지 않더라도 해당 사건에 대해 기각결정을 내렸던 원심판결이 명쾌하다. "인과관계가 없으며...(중략)...그들(은행들) 스스로 위 계약을 이행함으로써 얻을 수 있는 이익과 (시민단체)가 공연한 불매운동 등에 의해 발생하게 될지도 모르는 영업손실을 비교 교량하여 독자적인 영업판단에 따라 선택한 결과'에 따라 발생한 것"으로 규정하였다.(1998.9.1. 선고 98 나18225) 위에서 필자가 설파한 대로, 시민단체의 언사를 수인한 은행직원들이 그 언사에 대해 생각하고(deliberate) 반응할 기회를 가진 순간부터 주체(agency)의 개입이 있었다고 보아야 하며, 이 시점에서 시민단체들의 언사가 초래한 인과관계는 끊어졌다고 보아야 한다.

‘시민단체의 표현’과 ‘은행의 행동’은 인과관계 없어

대법원의 판결은 시민단체들이 주거래은행에게 '우리는 당신 은행과 거래를 하지 않고, 내 친구나 내 가족들도 거래를 하지 않을 것이오'

라고 말한 것을 '경제적 압박'으로 규정하고 있는 것이다. 소비자들이 어느 은행에 가서 당신 은행과는 거래하지 않겠다고 말하는 것이 '압박'이라면 그 은행은 소비자들의 거래를 받을 '특권'이라도 있다는 말이지 궁금하다. 기업들의 경제적 결정은 환경 및 노동에 끼치는 영향에 관계없이 자유롭게 보장해주어야 하는 소위 시장경제 아래서 소비자들이 특정 업체를 애용하지 않겠다고 해서 이를 '강압'으로 모는 것은 자유민주주의 시장경제의 기반을 뒤흔드는 결정이다.

부자가 되도 자기책임이고 빈자가 되어도 자기책임인 자유민주주의 사회에서 '경제적 압박'은 한 가지밖에 없다. 반독점법(antitrust law)위반 즉 불공정거래이다. 미국에서는 한 업체가 독점적인 지위를 이용하여 또는 여러 업체가 담합하여, 소비자들에게 특정 가격이나 특정 제품을 파는 행위는 1913년부터 일찍이 강제로 규정되어 왔고 꾸준히 처벌되어왔다. 그러나 소비자들이 정치적인 목적으로 '담합'하는 것은 반독점법위반이 아니라는 것이 미국에서는 일찍이 판례로써 정리된 바 있다. 물론 자유민주주의사회라고 해서 말로만 하면 모든 것이 괜찮다는 것은 아니다. 우선 미국법상으로도 위 사건에서 적용가능한 불법행위 유형들로는 계약관계 방해 (tort of interference with contractual relations), 계약이행 방해 (tort of interference with performance of contract), 장애경제적이익 훼손 (tort of interference with prospective economic advantages), 치상허위 (injurious falsehood) 등을 들 수 있다. 하지만 위의 위법행위들 모두 (1)정당한 방법의 사용과 (2)정당한 목적으로 완전항변 될 수 있으며, 마이클잭슨 방한 사건에는 미연방헌법 수정 조항 1조에 의해 보호받는 정당한 방법인 '언

사'만이 사용된 것이다.

생각의 교환은 행동하게 할 기회를 의미

1982년에 지방도시의 흑인들이 시정부가 인종 평등정책을 실현하도록 압력을 넣기 위해 격렬한 시위를 통해 백인상점에 대해 보이콧하자, 백인상인들이 계약관계방해 등을 이유로 소송을 제기하였는데 미연방대법원은 NAACP v. Claiborne 다음과 같이 판시하였다.

여기서는 보이콧의 목표를 달성하기 위해 언사(speech)가 사용되었다. 그리고 보이콧에 참여하지 않는 사람들의 이름을 공개하였고 이런 행위는 사회적 강압(social pressure)과 사회적 따돌림(social ostracism)을 이용하려는 것이었다...(중략)... (그러나) 언사는 그것이 남들에게 창피를 주거나 그들을 강압하여 특정 행동을 하게 한다고 해서 그 보호성을 잃는 것이 아니다. Justice Rutledge가 말했듯 "표현의 자유는 행위와는 관련 없는 추상적인 토론에만 적용되는 것이 아니다...(중략)... '생각의 자유로운 교환'은 단순히 사실을 표현할 기회를 뜻하는 것이 아니라 남들을 특정행동으로 설득할 기회를 뜻한다." Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 537.

마이클 잭슨 방한공연 반대사건에서는 실재원인행위가 격렬한 시위나 과격한 비난 또는 따돌림이 아니라 시민단체가 해당은행에 보낸 편지 두어 통 뿐이다. 게다가 이 사건과 마찬가지로 그 언사를 사용한 목적이 정치적인 또는 자신의 이익을 위한 것이 아닐 경우에는 더더욱 항변이 강해진다. Environmental Planning and Information

Council of Western El Dorado County, Inc., v. The Superior Court of El Dorado County, 36 Cal. 3d 188 (June 7, 1984)에서 한 비영리단체는 한 언론사의 환경문제에 관한 논조를 비난하며 원고의 신문에 광고를 내지 말 것을 광고주들에게 요구하였다. 이에 대해 캘리포니아 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

계약해방에 대해 우리는 "제3자에 의한 의도적인 해방이 정당화된 것인가는 해방행위에 의해 실현되는 사회적 또는 사적 목표의 중요성과 해방 받는 이익의 중요성을 교량하여 정해지며 해방자의 행동과 당사자들의 관계 등의 제반사정들이 고려되어야 한다.....예를 들어, 경쟁업자가 자신의 경제적 이익을 추구하기 위하여 다른 사람의 계약이행을 의도적으로 방해하는 것은 정당화되지 않는다.....피고의 목표는 환경과 연관된 공론에 대한 쫓힐타임스의 논조를 바꾸어보려는 것이었고, 이 목표 자체는 명백히 합법적이었고, 사용된 방법도 평화로운 2차 불매운동으로서 (역자 - 불매대상업체의 거래처에 대해 불매운동을 하는 것) 이 주의 보통법상 합법적인 것이었다.

캘리포니아대법원은 피고의 주장에 부합하는 케이스를 딱 하나 찾았었다. 유타에서 한 동물애호가 협회가 특정 지역의 개 수용소의 주거환경을 개선하기 위하여 그 지역의 관광 자체를 거부하고 주변사람들에게도 그 지역을 관광하지 말 것을 요청하였고, 하급심은 그 지역관광업체들의 손해소송을 인정하였었다. (Searle v. Johnson (Utah 1982) 646 P.2d 682.) 하지만 결국 이 판결은 유타대법원에 의해 파기되었다.

〈참여연대 논평〉

시민운동에 재갈 물리는 대법원판결

1. 시민단체가 벌이는 불매운동 등의 경제적 압박수단 때문에 기업이 본의 아니게 계약을 파기함으로써 영업이익을 침해당했다면 시민단체는 손해배상을 해야 한다고 대법원이 판시했다. 이같은 대법원 판결은 부도덕한 기업활동에 대해 불매운동과 같은 압력수단을 동원할 수밖에 없는 시민단체의 활동의 불가피성과 현실에 대한 물이해에서 비롯된 것으로 법원이 법률해석의 재량권을 이용해 시민운동의 손과 발을 묶는 것으로 볼 수밖에 없다.

2. 대법원 제2부(주심 이용우 대법관)는 지난 7월 13일(금) '불매운동을 벌이겠다는 경제적 압박수단을 고지하여 이 때문에 경제적 손실을 우려, 본의 아니게 입장권판매대행계약을 파기케하는 결과를 가져왔다면 위법하다고 보아야 하며, 그 목적에 공익성이 있다하여 이러한 행위가 정당화 될 수 없는 것'이라고 밝히며 시민단체 활동의 위법성 기준을 제시했다.

3. 그러나 이번 판결은 시민운동, 소비자운동이 벌이고 있는 불매운동 등의 압력행사 방법의 실상과 불가피성을 이해하지 못하고 있다. 불매운동은 설득과 호소의 과정을 배제한 폭력적 운동이 아니며, 오히려 기업을 대상으로 한 설득과 호소가 실효성을 거두지 못한 경우, 사회적으로 문제 있는 기업의 상품을 구매하지 않도록 설득과 호소를 통해 소비자와 시민들에게 알리는 운동인 것이다. 불매운동 등은 기업에 직접 경제적 손실을 안겨주는 압력수단이기 때문에 실질적인 효과를 얻을 수 있는 것이다. 따라서 영업에 손해를 주는 경제적 압박수단을 행사한 것이 위법성의 전제가 된다는 법원의 논리는 도저히 납득할 수 없는 것이다.

4. 한편 원심은 시민단체의 행위가 '통상 시민단체가 취할 수 있는 전형적인 운동방법의 하나로서 특별한 사정이 없는 한 불법성이 있다고 보기 어렵고, 그러한 행위로 인해 각 은행의 의사결정의 자유가 본질적으로 침해당한 정도에 이르렀다고 보기 어렵다'며 청구를 배척한 바 있다. 우리는 이같은 원심의 법률해석이 시민단체 활동에 대한 정당성과 국민들의 인식을 반영해 주고 있다고 판단한다. 이러한 판단에 확신을 갖는 것은 불매운동 등의 소비자 운동에 책임을 물어 손해배상을 인정한 외국의 사법적 판단의 선례가 없다는 것이다.

"낮설게 하기"를 통한 신선함과 즐거움 -미라복장 1인 시위, 불쾌감 조성?

심광현 (한국예술종합학교 영상원장)

00씨는 건설운송노동조합(레미콘노동조합) 조합원으로 2001년 4월 13일 광화문 앞에서 '비정규직 노동자의 인권이 국민의 정부 아래서 사망했다'는 상징으로 온몸에 붕대를 감은 미라복장을 한 채 1인 시위를 벌였다. 경찰은 감씨가 혐오감을 준다며 현장에서 연행해 경범죄 위반혐의로 즉결심판에 회부했고, 결국 정식재판에서 서울지방법원(신광철 판사)은 경범죄처벌법(불안감 조성)을 적용, 벌금 3만원의 유죄를 선고했다. 사법감시센터는 논평을 내고 '이 판결이 시위의 방식과 표현방법에 제약을 가함으로써 결과적으로 1인 시위를 비롯한 집회 및 시위의 자유를 제한할 우려가 있을 뿐만 아니라 법원이 정치적 의사표현 양태의 시대적 조류를 받아들이지 못한 것'이라고 지적한 바 있다. 과연 김00씨의 '미라복장 침묵시위'가 불쾌감과 혐오감을 조성했는지에 대한 전문가의 의견을 들어본다. (편집자 주)

사회·문화적 관점에서 불안감이나 불쾌감의 정의

흔히 미학적이고 예술적인 만족은 재현된 대상 자체가 주는 쾌, 불쾌가 아니라 대상의 재현 또는 표현의 '형식'이 주는 쾌, 불쾌에서 만족을 준다고 알려져 있다. 가령 귀가 잘린 반 고흐의 (자화상)과 같은 그림에서 오는 쾌감은 귀가 잘린 반 고흐의 얼굴이 주는 불쾌감에도 "불구하고" 붓의 터치와 색감, 공간 구성의 구도 등을 포함하는 그 그림의 전체적인 표현형식에서 나온다. 그에 반해 대중은 일상생활에 뿌리박은 쾌·불쾌의 생활감정을 예술작품에 적용하며, 이를 통해서 예술에 관한 사항조차 생활세계로 환원시키는 경향이 큰 것으로 알려져 있다.

그러나 현대 프랑스의 철학자 삐에르 부르디외는 『구별짓기』라는 유명한 책에서 예술적·미학적 판단과 일상적인 판단을 이분법적으로 구분하는 것은 사실과 다르며 실제로

그 차이는 정도와 관점의 차이에 불과하다는 점을 강조하면서 다음과 같이 주장하고 있다. "예술이 미학적 성향에 가장 커다란 무대를 마련해주는 것은 분명하나, 실제로 기본 욕구나 충동을 순화하고, 새련화시키며, 승화시키려는 의도가 드러나지 않는 실천의 영역은 존재하지 않는다.

다시 말해서 삶의 양식화, 즉 기능보다는 형식, 소재보다는 매너를 우선시 하지 않는 영역은 존재하지 않는다."(『구별짓기 : 문화와 취향의 사회학』, 삐에르 부르디외 지음 / 최종철 옮김, 나남출판사, 1995년, 27쪽).

말하자면 전문적인 예술영역에서의 미학적 판단만이 아니라 일상생활에서도 재료나 소재 그 자체보다는 재료나 소재를 다루는 "형식"을 중시하며, 그 형식의 상투성보다는 신선한 형식을, 낯익은 형식보다는 낯선 형식을 선호하며 그로부터 활기와 쾌감을 얻어내려는 경향이 일반화되어 있다는 것이다. 모든 것이 급

속하게 변화하는 현대사회에서는 그런 경향이 더욱 확대되고 있는데, 일상생활에서 의상이나 실내장식, 광고의 유행이 급속히 바뀌는 경향이라든가, 다양한 형태의 “낯설게 하기” 또는 “충격효과”를 주는 의상이나 광고가 주목을 받고 선호되는 사례(기아 상태에 처한 아프리카의 아동을 광고의 소재로 등장시키는 베네통 광고 등)에서 이를 쉽게 확인할 수 있다.

불안감 조성은 필연적 근거 없는 것

경찰조서나 서울지방법원에서 내린 즉결심판조서에 따르면, 피고인 김순환은 “2001년 4월 13일 12:05경부터 30분 가량 서울 종로구 세종로동 1번지 광화문 누각 앞에서 레미콘 사용주들이 합법적인 노동조합을 인정하지 않는다는 이유로 머리에서 발끝까지 봉대를 감고, 해골을 그린 마스크와 검정색 선글라스를 착용하고 시위를 함으로써 지나가는 행인들에게 불안감과 혐오감을 조성한 사실”이 있다는 이유로 경범죄처벌법 위반 규정에 따라 벌금형을 선고받았다고 한다. 당시의 정황을 보여주는 사진 자료를 보면 경찰이나 법원 측의 판단은 다음과 같은 지점에서 착오를 범하고 있다고 본다.

“봉대를 감고 해골을 그린 마스크와 검정색 선글라스를 착용하고 시위를 했다”는 사실과 “지나가는 행인들에게 불안감과 혐오감을 조성한 사실”을 아무런 근거 없이 등치 시키고 있다는 점이다. 그러나 봉대를 감고 해골을 그린 마스크와 선글라스를 착용했다는 것이 그 자체로 불안감과 혐오감을 조성한다고 단정짓는 것은 앞서 살펴본 바와 같이 미학적으로나 사회·문화적 필연적인 근거가 없는 것이다.



「한겨레」 제공

실령 피고인의 복장 자체가 난데없이 광화문 한복판에 미라가 서 있는 것처럼 보이도록 착각하게 하여 행인들에게 일시적 당혹감을 줄 수도 있다고 생각할 수 있으나, 미학적으로나 사회·문화적 어떤 형상이 미라처럼 또는 미라와 똑같이 보인다고 해서 그와 같은 소재나 내용이 그 자체로 반드시 불쾌감이나 불안감을 주는 것은 아니라는 사실을 주목해야 한다. 오히려 피고인은 서울 한복판의 광화문이라는 공간에서는 낯선 것이 분명한 인공적인 ‘미라’라는 “허구적 형식”을 이용해 지나가는 행인들의 시선을 “낯설게 하고” “진

선한 충격"을 부여함으로써 미학적인 쾌감을 자아냈다고 보아야 할 것이다. 만일 허구적이고 인공적인 미라가 아니라 해골을 드러낸 실제 미라가 광화문 한복판에 느닷없이 출현했다면 지나가는 행인들에게 분명히 상당한 혐오감과 불안감을 조성했을 수 있다. 그러나 피고인은 "합법노조 인정하라"는 내용의 글을 쓴 피켓과 천을 부착하고 있었으므로 눈 뜬 장님이 아닌 한 그가 실제 미라가 아니며, 다만 인공적으로 만든 미라 복장을 하고 "침묵 시위"를 하고 있다는 사실을 누구나 쉽게 확인할 수 있다고 본다. 따라서 검찰이나 법원의 주장이 옳기 위해서는 경찰과 판사의 눈에는 피고인이 실제 걸어 다니는 미라로 보였다는 것이 전제되어야 할 것이다. 하지만 만일 그 전제가 사실이라면 이야말로 시대착오적이며 우스꽝스러운 일이 아닐 수 없다. 물론 순간적으로 허구적 미라를 실제의 미라로 착각할 수도 있으나 전신에 부착한 '텍스트'로 인해 이런 착각은 즉시 해소될 수밖에 없으므로 '착각'을 유발한다는 이유로 불안감이나 혐오감을 운운하는 것은 논리적으로나 현실적으로나 억지주장이라고 간주할 수밖에 없다.

불안감이나 불쾌감을 조성할 우려?

앞서 언급했듯이 현대사회에서 광고의 기본 전략은 "낮설게 하기"이다. 따라서 시각적 표현을 사용하는 모든 광고의 전략은 시청자나 관객, 행인들에게 뭔가 특별하고 친숙하지 않은 시각적 형식을 도입하는 데 초점을 맞추고 있다. 고정 광고물이나 도로 표지판 등이 무성하게 설치된 가운데 행인들의 통행으로 복잡하기 짝이 없는 도시의 가로에서 행

인들의 시선을 끌기 위해 고안된 광고 전략의 하나가 소위 "샌드위치 맨"을 이용한 퍼포먼스이다. "샌드위치 맨"은 일상생활에서는 보기 힘든 화려하거나 그로테스크한 복장을 하고 기이한 장식물을 몸에 부착한 채 가로를 왔다갔다하며 광고를 한다. 이때 샌드위치 맨의 복장은 의상의 형식적 아름다움 자체에 시선을 주목하게 하는 패션쇼와는 달리 단지 행인의 주목을 끌기 위한 장치로서, 일단 기이한 복장으로 행인의 주목을 끌고 나서 실제로 행인의 시선을 유도하는 곳은 샌드위치 맨의 몸에 부착된 홍보 텍스트의 내용이라고 할 수 있다. 이런 광경은 현대의 도시인들에게는 사회적으로나 일상 문화적으로나 매우 친숙한 광경이다.

피고인이 1인 시위의 형식으로 채택한 홍보 전략이 바로 이런 "샌드위치 맨"의 전략이라고 할 수 있다. 피고인은 샌드위치 맨의 홍보전략과 동일한 방식으로 일단 인공적인 미라 복장이라는 낯선 장치를 이용하여 행인의 시선을 끈 다음 행인의 시선을 몸에 부착된 텍스트의 내용("합법노조 인정하라")으로 유도하는 전략을 택했다. 따라서 이와 같이 사회적으로나 일상 문화적으로나 널리 용인되고 익숙해 있는 방식을 채택한 것이 행인들에게 불안감과 혐오감을 조성했다고 하는 것은 사회적으로나 문화적으로나 전혀 근거가 없는 억지 주장이라고 할 수 있다. 가령 경찰이 용가리 복장을 한 샌드위치 맨을 실제 용가리로 착각하여 행인들을 상해할 위험이 있다고 판단하여 총을 발포하거나 무력으로 체포했다면, 이 얼마나 천치와 같은 우스꽝스러운 행위일까? 물론 그런 행위를 정당화할 수 있는 유일한 경우가 있다고 한다면,

그것은 그 경찰이 샌드위치 맨을 단 한번도 본 적이 없으며, 또는 거리의 퍼포먼스나 가장행렬이나 심지어는 허구적인 행위인 연극이나 드라마조차 허용되지 않는 매우 특이하게 현대적인 문화를 결여하고 있는 폐쇄되고 고립된 사회에서 파견된 경찰이라고 가정할 때일 것이다. 그러나 이런 가정 자체가 오늘날과 같이 정보와 문화의 교류가 완전히 지구화 되어 있는 개방사회에 어울리지 않는 얼마나 우스꽝스러운 가정인가?

현대사회 문화의 다양성과 일반인들의 다양한 의사표현 방식

위에서 살펴본 바와 같이 피고인은 몸에 부착한 홍보 텍스트를 통해서 자신의 행위가 합법노조를 인정하지 않는 사주에 대한 항의 시위임을 분명히 밝힌 가운데 '침묵시위'를 하면서, 자신의 주장이 행인들에게 효과적으로 전달되도록 하기 위해서 "샌드위치 맨"의 홍보전략과 동일한 방식으로 1인 퍼포먼스를 수행하였다. 만일 그가 명시된 어떤 주장을 전달하기 위해서가 아니라 정말 행인들에게 불쾌감과 혐오감을 조성하기 위해서 미라 복장을 하고 퍼포먼스를 하고자 했다면, "합법노조 인정하라"는 내용의 텍스트를 몸에 부착하지 않고, 행인들로 하여금 그의 의도가 무엇인지 알 수 없게 한 채 통행을 방해했어야 했을 것이다. 실제로 누군가가 어두운(또는 대낮의 좁은) 골목에서 갑자기 아무런 설명도 없는 미라의 복장을 하고 튀어나와 "정당한 이유 없이" 통행을 방해한다면 극도의 불안감과 혐오감을 느끼지 않을 수 없을 것이다. 그러나 피고인은 이와 정반대로 광화문 앞 대로에서 대낮에 자신의 행위의 의도를

명백하게 밝히고 ("정당한 이유를 갖고"), 통행을 방해하지 않은 채 샌드위치 맨의 홍보 방식을 이용하여 침묵시위를 함으로써 사회문화적인 관행 속에서 납득할 수 있는 의사표현 행위를 수행하였다.

이런 방식 속에서 허구적인 형태의 미라 복장은 불쾌감이나 혐오감을 조성하는 것이 아니라 "낮설게 하기"의 표현형식을 통해서 오히려 행인들에게 일상을 넘어서는 신선함과 즐거움을 제공했다고 보는 것이 정상적인 판단이다. 특히 "1인 시위"는 2-3인 이상의 다수인을 요건으로 하는 "집회와 시위의 자유"의 영역이 아니라 개인적인 의사표현의 자유에 해당하는 영역이라고 할 때, 이와 같은 개성적인 표현형식은 헌법이 보장하는 "표현의 자유"를 합법적인 방식으로 충분히 구가한 문화적인 권리라고 할 수 있다. 그러므로 이와 같이 타인에게 피해를 주지도 불안감이나 혐오감을 조성하는 것도 아닌, 오히려 합법적으로 설립된 노동조합을 인정하지 않는 사주의 불법적인 행위에 을 상징적으로 표현하기 위해 "허구적인 형식"을 이용하여 자신의 의사를 정확히 전달하려는 개인의 정당한 "표현의 자유"를 경범죄나 여타의 죄로 처벌하는 것은 명백히 "위헌의 소지"가 있는 것이다.

총선연대 항소심 판결을 보고

윤기원 (민주사회를위한변호사모임 사무총장)

서울고법 형사 제10부는 작년 12월 26일, 16대 국회의원선거에서 낙선운동을 주도한 총선연대의 간부들에 대하여 각 50만원의 벌금형을 선고하였다. 이는 1심에서 벌금 500만원을 선고한 것에 비하면 양형이 대폭 감경된 것이기는 하나, 여전히 총선연대의 낙선운동이 위법한 것이라는 판단에는 변함이 없다. 재판부는 선고를 함에 있어 “유무죄 여부를 놓고 논란이 있었으나 원심을 뒤집기 위해서는 만장일치의 합의가 있어야 하는데 그렇지 못했다.”, “하지만 피고인들이 정치인들은 아니지만 정치인으로 보면 의원직을 유지하거나 피선거권을 유지하는데 아무런 제한이 없는 벌금 50만원으로 형량을 최소화시키는 방향으로 하였다.”, “원심의 벌금 500만원의 형은 너무나 과도한 것으로서 대법원판결도 고려하여야 하고 각 지역 총선연대에 대한 유죄판결과의 형평성도 고려해야 했다.”라고 판결이유를 설명하였다.

시민단체의 공익적 활동으로 평가

4.13총선에서 총선연대의 낙선운동에 대한 평가는 위법성 여부를 떠나 각자 처해 있는 입장에 따라 서로 다른 평가를 하였다. 낙선

운동의 대상자들은 총선연대의 활동을 극단적으로 중국의 문화혁명기의 ‘홍위병 활동’에 비유하기도 하였고, 낙선운동이 현행 선거법에 위반된다며 손해배상소송을 제기하기도 하였다. 그러나 대다수 국민들은 총선연대의 낙선운동을 우리사회의 후진적이고 부패한 정치를 개혁하기 위한 시민사회단체의 공익적 활동으로, 국민들의 참정권을 실질적으로 보장하기 위한 운동이라며 긍정적인 평가를 내렸고, 그 결과 낙선운동의 대상자들 중 대다수가 지난 선거에서 낙선을 하였다.

소극적 판결이라는 비판 면키 어려워

이번 항소심 판결은 총선연대의 활동에 대한 사법적인 평가가 이미 대법원에서 유죄판결로 확정된 상태에서 선고된 것으로서 항소심 재판부가 기존의 대법원의 판결과는 달리 무죄판결을 내리리라고 기대한다는 것은 법원의 현재의 관행에 비추어 보아 기대하기 어려웠던 것도 사실이다. 그럼에도 불구하고 이번 항소심 판결을 보면서 아쉬움을 느끼는 점은 법원이 아직도 사회의 일반적인 법의식과 헌법의식을 따라가지 못하고 있다는 점이다. 국민들 대다수는 총선연대의 낙선운동에 대하여

지지를 표명하였고, 그러한 지지와 성원은 총선연대의 활동이 비록 현행 선거법상 위법행위라는 대법원의 판결에도 불구하고 국민들의 참정권을 실질적으로 보장하는 것이었기 때문에 가능하였다.

비록 대법원이 이번 총선연대의 간부가 아닌 다른 지역의 총선연대 간부의 활동에 대해 유죄판결을 선고하였다고 해도 당해사건의 재판부는 당해사건에 대하여 다른 견해를 표명할 수 있고 이에 대하여는 다시 한번 대법원의 판단을 받을 수 있는 여지가 있다. 물론 항소심 재판부의 입장에서는 법적용의 통일성, 안정성과 형평성을 고려하여 대법원의 판결을 존중해야할 입장에 있을 것이다. 하지만 이번 재판부가 재판부내에 이견이 있었음은 토로하면서도 대법원 판결에 전적으로 기속되는 모습을 보이면서 보다 적극적으로 판례를 형성하지 못한 것은 지나치게 소극적이라는 비판을 면할 수 없다.

낙선운동과 당선운동은 차원이 달라

실질적 민주주의는 국민의 헌법상의 권리가 제대로 보장될 때 가능하며, 그 중 정치적 민주주의는 국민 참정권의 철저한 보장이 전제되어야 한다. 비록 각 나라의 정치현실과 국민들의 정치의식에 따라 국민들의 참정권을 보장하는 방법이 다를 수는 있어도 근본적으로 유권자인 국민들이 선거권을 적절하게 행사하기 위해서는 입후보자들에 대한 정확한 정보와 자료를 제한 없이 제공받을 수 있어야 하며, 그러한 정보와 자료를 기초로 하여 특정 후보자에 대한 자신의 의견을 표명할 수 있어야 한다. 또한 그러한 의견표명의 방법에는 집회, 가두행진, 유인물배포 등이 포함되어

야 한다. 그러나 아쉽게도 법원은 선거법상의 '선거운동'의 개념에 낙선운동을 포함시키고 있고, 총선연대가 벌인 낙선운동의 방법인 집회, 가두행진, 유인물배포 등을 선거법상 위법한 행위로 판시하고 있다. 시민사회단체의 연대조직인 총선연대는 특정후보를 당선시키기 위하여, 또는 특정 이익집단이나 특정 지역의 이해를 관철시키기 위하여 낙선운동을 한 것이 아니며, 따라서 비록 낙선운동이 특정 후보의 당선에 반사적인 효과가 있었을 지라도 당선운동과는 차원을 달리하여 평가되어야 한다.

국민의 참정권을 보장하지 못한 판결

그러나 대법원은 총선연대의 낙선운동에 대하여 후보자의 선거운동과 같은 차원에서 평가를 하고 항소심 재판부는 이를 그대로 따라 총선연대 간부들에 대하여 유죄판결을 내렸다. 다만 위와 같은 고민의 일단으로 양형을 조정한 것으로 보인다. 이에 대하여 일부에서는 항소심 재판부가 1심 재판부보다 진일보한 판결을 내린 것으로 평가하기도 한다. 그러나 항소심 재판부의 판단은 총선연대의 활동을 위법한 행위라고 본다는 점에서는 1심 재판부의 판단과 차이가 없는 것이다. 총선연대의 활동은 국민의 참정권을 제한하고 있는 선거법의 위헌성을 드러내고 이의 개정을 위해 벌인 시민불복종운동으로 평가될 수 있다. 물론 이에 대한 판단은 참정권의 주체인 국민의 관점에서 판단하여야 한다. 그러한 점에서 항소심 재판부의 판결은 국민의 참정권을 실질적으로 보장하여야 하는 법원의 책무를 다하지 못한 것이다. 이제 대법원의 판단에 기대를 걸어 본다.

수사기관이 벗어나 할 '억울하지 않은 누명'

이병래 (변호사)

필자는 변호사라는 직업 때문에 종종 친지들로부터 형사사건에 관하여 도움을 요청받거나 그들의 하소연을 듣곤 한다. 도움을 요청하는 사람들의 첫 마디는 대부분 '이런 경우가 처음이라 어떻게 대처해야 할 지 몰라서...'라는 말이다. 보통 사람이라면 평생 한번 가볼까 말까한 경찰서에 갈 일이 생기면 당연히 당황하고 허둥지둥하게 마련이다. 그 사람들로부터 사건의 경위를 전해 듣고 수사기관으로부터 받은 통지 등의 의미와 이후 예상되는 절차에 대해 설명을 하고 나면, 또 자주 듣는 말이 있다. '그런데, 아무래도 수사기관이 사건을 자꾸 상대방에게 유리하게 몰고 가려는 것 같다'는 것이다. 그리고 그런 말을 하는 사람의 눈에는 혹시 자기가 수사기관에 아는 사람이 없거나 배경이 없어서 불이익을 당하지 않을까 걱정이 가득하다.

수사기관이 모든 사건에서, 모든 당사자들에게 불공한 대우를 하지는 않을텐데, 형사사건을 접한 사람들의 위와 같은 반응은 수사기관의 입장에서는 어찌면 누명일지도 모를 일이다. 위와 같은 의식은 과거 수사기관에 의한 인권침해가 비일비재하고 일부 특수계층의 배경과 금권 등이 수사기관의 수사에 상당한 영

향을 끼쳤던 시대의 잔영이 반영된 것일 뿐이고, 이제는 수사기관이 많이 공정해지고 투명해졌다는 반론도 나올 법하다. 시대가 바뀐다고 마음이 쉬이 바뀌겠는가. 하지만 그게 우리가 어차피 짊어진 짐이라면 그것을 빨리 덜어 버리도록 더 애를 써야 할텐데, 불행히도 근래 있었던 헌법재판소의 한 불기소처분 취소 결정은 가장 애를 써야 할 수사기관의 노력이 아직 부족한 게 아닌가 하는 생각이 들게 한다.

사건의 내용은 이렇다. 헌법소원을 한 청구인의 고소내용의 요지는, 생활정보지에서 차량을 담보로 돈을 빌려준다는 광고를 보고 피청구인으로부터 돈을 빌리게 되었는데, 피청구인이 돈을 빌려주면서 받은 서류 등을 이용하여 청구인 명의의 자동차매매계약서 및 할부금융신청서를 위조하여 할부금융대출을 받아 이를 사취하였다는 것이다. 이에 대하여 피청구인은 청구인이 돈을 빌려가면서 할부금융대출을 받아 승용차를 구입한 후, 이를 되팔아 자기에 대한 채무를 변제하기로 약정하였고(이론바차깡), 그 약정에 따라 할부금융을 받고 대출금도 회수하였다고 주장하였다. 청구인은 수사기관에 피청구인을 고소하였는바, 이에 대하여 검찰은 피청구인을 무혐의처리하면서 나아가

청구인을 무고로 기소하였고, 청구인은 무고로 징역 8월의 실형을 선고받았다고 한다.

위 사건에 대해 헌법재판소는, 피청구인의 주장을 뒷받침하는 증거들의 작성경위 및 기재내용이 통상의 거래관념에 반하거나 우리의 경험칙상 선뜻 수긍하기 어려운 부분이 많고, 피청구인의 진술이 모순되거나 일관성이 없다는 이유로 피청구인이 청구인의 무지 또는 경솔을 악용하여 사전 치밀한 계획하에 사건을 조작한 것이 아닌가 하는 의심을 떨쳐버릴 수가 없다고 판시하였다. 그리고 헌법재판소는 수사기관의 수사가 불충분하였다는 여러 근거를 제시하였다.

검찰의 불기소처분에 대한 헌법소원을 허용하는 것이 바람직한 것이냐는 논란도 있지만, 여기서는 일단 접어두자. 헌법재판소는 직접 수사를 담당한 기관이 아니고 기록에 의하여 사건을 파악한다는 점에서 그 판단에 어느 정도 한계가 있을 수 있다. 더구나 수사기관이 내린 결정을 뒤집는 결정을 하는 것이 쉽지는 않을 것 같다는 막연한 추측도 해본다. 그럼에도 불구하고, 또 그렇기 때문에 헌법재판소는 검찰의 수사가 불충분하였음을 조목조목 상세히 설명하였다. 검찰이 다시 정밀한 수사를 하여 그 실체적 진실을 찾아야 할 일이지만, 만일 헌법재판소의 '떨쳐버릴 수 없는 의심'대로 불충분한 수사로 인하여 가해자와 피해자가 바뀌었다면 이 얼마나 비극적인 일인가. 더구나 이 사건의 경우 법원이 청구인에 대하여 무고에 대한 유죄를 선고하였다. 만일 헌법재판소의 의심이 사실이라면 이 비극적인 사건에 법원도 한 몫을 한 것이다.

물론 인간이 모든 인간사를 정확히 파악할 수는 없다. 이런 한계를 극복하거나, 또는 최소

화하고자 하는 것이 경찰, 검찰, 검찰 내에서의 항고와 재항고, 법원의 삼심제 그리고 헌법소원 등의 많은 절차와 제도가 만들어진 이유 중의 하나이기도 하다. 하지만 이런 다단계의 절차가 각 단계에서의 최선의 노력을 방기하는 것에 대한 면죄부가 될 수는 없다. 오히려 위 여러 절차는 각각의 절차 자체로 그 공정성과 투명성, 그리고 성실성을 강하게 요구하고 있다. 더구나, 헌법소원은 여러 절차 중 최후의 비상적인 권리구제수단이다. 수사기관은, 실체적 진실이 무엇인지 여부를 떠나 위 사건을 헌법재판소가 상세히 지적한 수사의 불충분함에 대한 자기 성찰의 기회로 삼아야 할 것으로 생각된다. 나아가 법원 역시 인권수호의 보루로서 자신의 임무를 충실히 수행하였는지 다시 돌아보아야 할 것이라 생각된다.

수사기관의 많은 사람들은 인력의 부족으로 고통받으면서도 묵묵히 그 역할을 수행하고 있다. 또 근래에는 사건을 처리함에 있어 청탁이나 기타 다른 이유로 불공정한 수사를 하는 경우는 거의 없을 것이라 믿는다. 그리고, 수사기관의 많은 사람들은 위 사건과 같이 수사의 불충분함이 제기될 때 그 어려움을 호소하며 억울하다는 생각을 가질지도 모른다. 하지만 수사기관이 짊어진 역할의 중요성과 인권에 미치는 영향의 중대함을 생각해 보라. 위 사건으로 또 많은 사람들이 이렇게 생각할지도 모른다. '아, 수사기관이 나에게 불리하게 사건을 진행시키고 있어. 상대방이 무슨 연줄을 동원했는지도 몰라.' 수사기관의 과중한 업무와 과거에 비교하여 훨씬 향상된 수사의 공정성에도 불구하고, 위 사건은 수사기관에 대한 이런 의심이 아직은 억울하지 않은 누명이라는 생각이 들게 한다.

변호사 윤리강화를 다시 생각한다.

조 국 (서울대학교 법과대학 교수)

사법시험 정원의 증가에 따라 변호사 수가 증가하면서 법률시장에서의 경쟁이 치열해지고 변호사들의 수입이 예전 같지 않다는 불만 섞인 목소리가 법조계에서 종종 들려온다. 그러나 동시에 바로 그러한 경쟁체제를 통하여 수요자 중심의 법률서비스체제가 구축되고 있고 변호사의 업무영역이 다변화·세분화·전문화되고 있으며, 서울과 지방간의 법률서비스의 격차가 좁혀지고 있다는 소식 역시 들려온다.

극소수 사법시험 합격자가 법률시장을 독점하던 시대는 완전히 종언을 고하였다. 다양한 출신대학, 전공, 경향을 가진 변호사가 대량 배출되어 서로 경쟁할 경우 중장기적 차원에서 수요자인 국민이 받게 되는 법률서비스의 양과 질은 개선될 것이라는 과거 '사법개혁론자'들의 주장의 정당성이 확인되고 있다. 물론 아직 다수의 법률서비스가 '송무' 중심으로 진행되고, 분쟁을 미연해 방지하는 '예방'적 법률서비스가 미흡한 것은 사실이지만, 이는 어느 누구의 강요 없이도 경쟁 속에 단련된 변호사들에 의하여 추구되리라 믿는다.

그런데 이 시점에서 짚어두고 싶은 것은 법률시장 내에서의 경쟁이 심화되면서, 혹여 '법조비리'라고 일컬어진 과거의 비윤리적 관행이 되살아나지 않을까 하는 점이다. 이러한 우려감 때문에 최근 한번 더 '변호사법'을 읽어보았다.

이 중 몇 가지 규정의 내용을 살펴보자. 제

30조는 연고관계 등의 선진금지를 규정하고 있는데, 변호사 또는 그 사무직원은 법률사건 또는 법률사무의 수임을 위하여 재판 또는 수사업무에 종사하는 공무원과의 연고 등 사적인 관계를 적시하여 영향력을 미칠 수 있는 것으로 선전하여서는 아니 된다.

그리고 변호사 아닌 자와의 동업금지 등을 규정하는 제34조는 다음과 같다. '①누구든지 법률사건 또는 법률사무의 수임에 관하여 사전에 금품·향응, 기타 이익을 받거나 받을 것을 약속하고 당사자, 기타 관계인을 특정 변호사 또는 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인하거나, 법률사건 또는 법률사무의 수임에 관하여 당사자 기타 관계인을 특정 변호사 또는 그 사무직원에게 소개·알선 또는 유인한 후 그 대가로 금품·향응, 기타 이익을 받거나 이를 요구하여서는 아니 된다. ②변호사 또는 그 사무직원은 법률사건 또는 법률사무의 수임에 관하여 소개·알선 또는 유인의 대가로 금품·향응 기타 이익을 제공하거나 이를 약속하여서는 아니 된다. 그리고 제35조 변호사 또는 그 사무직원은 법률사건 또는 법률사무를 유상으로 유치할 목적으로 법원·수사기관·교정기관 및 병원에 출입하거나 다른 사람을 파견하거나 출입 또는 주재하게 하여서는 아니 된다'라고 규정하고 있다.

필자는 변호사 다수의 윤리의식과 수준을 믿고 싶지만, 근래 언론에 보도되는 변호사관련

비리를 생각하거나 국민들이 직접 접하는 변호사업계의 관행을 고려하면 이상의 법규는 아직 강력한 규범력을 가지고 집행되지 못하고 있는 듯 하다.

법무부가 작년 9월 펴낸 '법조주변 부조리사범 단속현황' 자료에 따르면 97~99년까지 모두 5천35명의 법조비리 사범이 검찰에 적발돼 이 가운데 2천787명이 재판에 회부된 것으로 밝혀졌다. 단속대상을 유형별로 보면 민·형사 사건브로커가 3천933명으로 가장 많았고, 공무원 금품수수 308명, 경매브로커 172명, 변호사·법무사 명의대여 등 50명, 기타 572명이었다. 연도별로는 97년 1천290명에서 98년 1천868명으로 44.8%나 급증했고, 99년에는 전년과 비슷한 수준인 1천877명이 적발됐다. 가장 규모가 큰 서울지검 관내에는 3년 연속 '법조비리 1위'의 불명예를 얻었다. 물론 이러한 비리들이 변호사들과 직접 관련되어 있는지 여부는 확인되지 않지만, 우리 변호사업계가 이러한 비리로부터 완전히 자유롭다고 장담할 수는 없을 것이다.

그런데 수임비리 변호사에 대한 처벌은 미온적이다. 작년 발표된 법조비리수사결과를 보면, 검찰은 적발된 115명 가운데 10명만을 불구속기소하였으며, 사무장은 구속기소하면서도 변호사는 입건조차 하지 않기도 하였다. 검찰은 변호사 115명 가운데 52명을 기소하였으나, 이중 42명을 벌금형으로 약식기소하였기에 변호사 활동을 할 수 있는 길을 열어주었다(현행 변호사법은 금고 이상의 형을 선고받아야 변호사 등록을 취소할 수 있다). 그리고 검찰은 98년 수사 당시에는 구속대상자로 분류됐던 변호사 3명에 대해 징직 등의 징계를 받았다는 이유로 불구속기소했다. 또 나머지 60명

에 대해서는 돈을 주고 사건을 수임한 사실이 밝혀졌음에도 알선받은 건수와 액수가 적다는 이유로 아예 입건조차 하지 않았다.

그리고 대한변호사협회의 징계위원회의 활동 역시 변호사윤리를 확고히 세우겠다는 의지를 보여주지 않고 있다. 동위원회는 2001년 동안 정직 3명, 과태료 6명 견책 4명 등 모두 13명의 변호사를 징계처분 했다고 밝혔다. 하지만 변호사에 대한 징계개시청구 건수와 비교해 실제로 징계를 받은 변호사가 소수에 불과하고, 징계내용 역시 주로 가벼운 견책, 과태료 등에 머물고 있다. 특히 참여연대가 주목했던 2000년 '현대전자' 주가조작사건 관련 변호사들의 경우 징계가 요청된 3명 중 1명에 대해서는 가장 가벼운 징계인 견책을, 그리고 나머지 2명은 무혐의 처리하였다. 참여연대는 이들 변호사들의 행위가 변호사의 윤리와 품위를 저버린 행위일 뿐만 아니라 형사적 책임까지 물을 수 있는 행위라고 판단한 바 있다.

변호사비리에 대한 검찰과 대한변호사협회의 이상과 같은 태도는 '동업자 봐주기'라는 비판을 받기에 족하다. 변호사의 윤리를 세우는 것은 법률시장의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 필수적 조건이다. 검찰은 사건브로커에 대해서는 철방망이를, 변호사에게는 솜방망이를 가하는 태도를 바꾸어야 한다. 그리고 대한변호사협회는 현재 법조인 중심의 징계위원회의 구성을 변화시켜 징계의 투명성과 공정성을 높이고, 적극적이고 단호한 징계를 두려워해서는 안될 것이다. 그리고 변호사 개개인은 바쁜 업무로 인해 자주 읽어보지 못하였을 변호사법, 대한변호사협회회칙, 변호사윤리장전을 재독하고, 변호사가 될 때의 초심(初心)을 돌이켜보아야 할 것이다.

공소시효제도의 문제점과 개정방향



하태영 (경남대 법대교수)

공소시효가 완성된 주요 사건의 책임자 처벌을 가능하게 하려는 각계의 움직임이 관심사로 떠오르고 있다. 1973년 10월 서울대 법대 최종길 교수 타살의혹과 1987년 1월 수지 김씨 피살사건 및 그 후 이 사건을 둘러싼 국가권력기관의 조직적 은폐조작의 진상이 점차 모습을 드러내면서 언론, 학계, 시민단체는 관여한 국가공무원들에게 공소시효의 혜택을 부여해서는 안 된다는 주장을 강하게 제기하고 있고, 법조인들도 진실규명과 피해자의 인권을 위해서도 이 같은 법적 한계에 손댈 필요가 있다고 지적하고 있다.

반인도적 국가범죄 처벌요구 증가

그러나 정치권과 학계는 입법의 추진방향에서 이견을 보이고 있다. 민주당 함승희 의원은 「살인죄등반인륜범죄의공소시효등에관한특별법」을, 한나라당 이주영 의원은 형사소송법 개정을 추진하고 있다. 공소시효배제조항의 도입과 공소시효정지조항의 신설이 입법의 주요골자이다. 특별법의 제정을 찬성하는 학자들은 “국가형벌권을 벗어난 중대한 가

범죄가 의도적으로 증거조작·은폐되는 사건에 대해 공소시효 적용을 배제시키는 특별법 제정이 국민의 법감정과 사회정의에 부합한다”고 주장한다. 여기에 인권단체 및 일부 시민단체들은 여론의 확산과 운동의 효율성 때문에 특별법의 제정을 선호하고 있다. 이에 대해 반대하는 학자들은 “특별법 제정은 국가형벌권의 남용, 법적 안정성 침해 등과 같은 헌법에 위배되는 문제점을 갖게 된다”며 맞서고 있다.

공소시효기간의 연장

현행법상 공소시효의 최장기간은 15년이며, 최단기간은 1년이다(형소법 제249조). 그러나 이러한 공소시효의 기간은 사실 너무 짧다. 20대 초반에 살인을 하고 15년 도피 후 30대 중반부터 정상인으로 생활하거나, 심지어 자기의 부친이나 모친을 살해한 후 도피하여 검거되지 아니한 채 15년이 경과한 범인에 대해서도 공소시효의 혜택이 주어진다면, 정의와 법질서 그리고 법평화의 관점에서 볼 때 매우 부당하다. 또한 국보급 문화재를 도굴하고 3

년-7년을 도피하면 형사소추가 불가능하다는 것도 법감정에 부합하지 않는다. 이처럼 현행 공소시효제도는 실체적 진실발견, 피해자 보호, 범죄예방 그리고 범질서방위에 효과적으로 대처하지 못하는 문제점을 안고 있다. 독일 형법 제78조 제3항의 공소시효기간은 한국의 공소시효기간보다 두 배나 길다. ①법정형이 무기 자유형인 범죄는 30년이고 ②법정형이 10년 이상의 자유형인 범죄는 20년이며 ③법정형이 5년 이상 10년 미만의 자유형인 범죄는 10년이며 ④법정형이 1년 이상 5년 미만의 자유형인 범죄는 5년 ⑤기타의 범죄는 3년이다. 현행 공소시효기간은 1973년 1월 25일 제3차 개정 이후 현재까지 유지되고 있다. 공소시효기간은 전면적으로 재조정이 필요하다고 보인다.

공소시효배제조항과

공소시효정지조항의 신설

반인륜적·반사회적 범죄행위는 공소시효의 배제조항과 정지조항으로 양분할 수 있을 것이다. ①헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법 제3조 공소시효 배제 조항 ②국가권력기관의 구성원에 의한 고문·상해·살인범죄 ③전쟁과 테러에 의한 민간인 학살범죄 ④직계존속살해와 미성년자 유괴살인범죄 ⑤약취·유인 및 감금에 의한 노예범죄에 대해 공소시효배제조항을 신설할 필요가 있다. 독일 형법은 제78조 제2항에 형법 제220조의 a(인종학살)의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다는 규정을 두고 있다.

또한 현행 형소법에 규정된 공소시효의 정지사유는 ①공소의 제기 ②재정신청 ③소년보호사건의 심리개시 ④범인이 형사처분을

면할 목적으로 해외에 있는 경우 ⑤1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서파괴범죄에관한특칙(5·18민주화운동등에관한특별법 제2조)이 있다. 그러나 그 범위가 너무 제한되어 있어서 문제가 있다. 예를 들면 미성년자 관련 성범죄행위에 대한 공소시효의 정지규정이나 국가권력기관의 구성원에 의한 증거인멸·조작 및 사실발견의 은폐행위에 대해서는 공소시효의 정지규정이 없다.

입법의 선례로 독일의 경우 독일 형법 제78조의 b의 공소시효의 정지규정은 한국의 공소시효의 정지규정보다 그 범위가 넓다. 독일은 미성년자 관련 성범죄 ①형법 제176조 아동 간음·추행, 형법 제177조 강간, 형법 제178조 강제추행, 형법 제179조 항거불능자 간음행위의 경우, 피해자가 만 18세에 달할 때까지의 기간은 공소시효의 진행이 정지된다고 규정하고 있으며, ②행위자가 연방의회 또는 주입법기관의 구성원이라는 이유로 형사소추가 불가능한 경우에는 검찰, 경찰관서 또는 사법경찰관이 범죄사실 또는 행위자를 확인한 날, 행위자에 대하여 고발 또는 고소가 제기된 날로부터 공소시효의 진행은 정지된다고 명문화하고 있다.

우리나라도 미성년자 관련 성범죄행위의 경우, 피해자가 성년이 될 때까지 공소시효는 정지된다는 규정을 신설해야 할 것이다. 법정대리인의 고소기간과 관련하여 실효성 여부가 논란이 될 수 있지만, 소추권에 대한 상징적 의미도 있다고 보인다. 이제 미성년자의 인권을 고려할 시점이 되었다고 생각한다. 그리고 국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위로 공소제기가 불

가능하였던 범죄에 대해서는 그 증거조작 및 사실발견의 은폐행위가 발생한 때부터 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다는 규정도 신설해야 할 것으로 보인다.

공소시효, 절대적 가치를 갖는건 아니다.

사회정의에 부합하도록 공소시효제도 개정해야 공소시효제도는 범인필벌의 요구와 법적안정성의 타협의 산물이다. 현행 형사소송법은 독일 형법에 비해 법적 안정성의 측면에 비중을 두고 있다. 법치국가의 원리는 법적 안정성과 실질적 정의를 포함한다. 그러나 법적 안정성과 실질적 정의는 항상 동등하게 다를 수 없다. 반인륜적·반사회적 범죄행위의 경우 공소시효제도에 내재되어 있는 신뢰보호는 실질적 정의를 통해 제한을 받아야 한다. 법적 안정성과 신뢰보호는 예외 없이 유효한 것이 아니다. 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니다.

최종길 교수 사건과 수지 김씨 사건처럼 국가권력기관을 이용한 고문행위, 상해, 살인 행위와 국가권력기관의 구성원(공무원이나 공적인 업무를 수행하는 자)에 의한 의도적인 증거조작과 사실은폐행위에 대해서는 공소시효의 특혜를 부여할 정당성이 없다. 따라서 우리나라도 독일 형법 제78조-제78조 c처럼 공소시효의 배제조항과 정지조항을 도입할 필요가 있다. 국가권력기관의 구성원에 의한 의도적인 고문살인행위에 대해서는 공소시효의 적용을 배제시키고, 국가권력기관의 구성원에 의한 증거인멸·조작과 사실발견의 은

폐행위에 대해서는 공소시효의 진행을 정지시켜 사건의 조작은폐 사실을 알게 된 날로부터 공소시효를 재진행시켜야 한다. 이것이 사회정의에 부합한다.

특별법 제정보다는 형소법 개정이 바람직

그러나 살인죄등반인륜범죄의 공소시효등에 관한 특별법의 제정은 신중하게 검토되어야 한다. 다시 한번 헌법논쟁을 불러일으킬 소지가 있다. 현행 공소시효제도가 안고 있는 근본적인 문제점을 재검토하고, 특별법의 취지를 현행 형소법에 반영되는 것이 오히려 합리적인 해결방안이라고 보인다. 이를 통해 의문사진상조사위원회의 활동을 뒷받침하고, 언젠가 다가올 통일 이후의 과거사 청산 등을 준비하는 것이 타당하다.

최종길 교수 사건과 수지 김씨 사건처럼 공소시효가 이미 완성된 경우 공소시효를 사후에 연장하는 형사소송법 개정은 소급효금지의 원칙에 반한다(병합설: 진정소급입법). 형소법 개정을 통해 최종길 교수 사건과 수지 김씨 사건의 관련자를 처벌하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙과 죄형법정주의 원칙에 반하며 이는 법치국가의 이념에 중대한 훼손이 된다. 그러나 현재 진행중인 공소시효에 대해 그 기간을 연장, 배제 그리고 정지하는 것은 소급효금지의 원칙에 위반되지 않는다(병합설: 부진정소급입법). 공소시효제도는 실체적-소송법적 성격을 포함하고 있기 때문이다. 이 경우의 공소시효는 단지 순수한 소송장애(Verfahrenshindnis)가 될 뿐이다. 아직 공소시효가 완성되지 않은 경우는 실질적 정의의 요청에 따라 판단해야 한다. 공익과 실질적 정의가 개인의 이익과 신뢰보호보다

더 중요하기 때문이다. 이러한 입법조치는 법치국가의 이념에 부합하고 국가형벌권의 남용에 해당하지 않는다.

불법과거사의 청산을 위한 기회

공소시효의 문제는 남북통일 이후의 불법과거사의 청산문제와도 직접적인 관련성이 있다. 최근 조성되고 있는 소중한 입법기회를 이용하지 않고, 그냥 놓쳐서는 안 된다. 격변기 또는 통일이후 공소시효제도를 새로이 토론하고, 급하게 준비하는 것은 혼란만 가중시킬 뿐이다.

따라서 현행 형사소송법의 개정을 서둘러야 한다. 아직도 공소시효가 진행 중인 국가권력기관의 불법행위는 반드시 밝혀야 하고, 실체적 진실을 발견하여, 그에 상응하는 형벌을 가함으로써 유린된 인권을 회복시켜야 한다. 그렇지 않으면 법치국가는 그 존재가치가 없다.

권위주의 시대의 어두운 과거사를 청산하고, 파괴된 법질서를 바로 세우며, 21세기 통일시대를 준비해야 하는 중요한 시점에 우리들은 서 있다.

〈형사소송법 조문대비표〉

현행	개정안
제253조 (시효의 정지와 효력) ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다. ② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다. ③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다.	제253조 (시효의 정지와 효력) ① 시효는 공소의 제기로 진행이 정지되고 공소기각 또는 관할위반의 재판이 확정된 때로부터 진행한다. ② 공범의 1인에 대한 전항의 시효정지는 다른 공범자에게 대하여 효력이 미치고 당해사건의 재판이 확정된 때로부터 진행한다. ③ 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간동안 공소시효는 정지된다. ④ 미성년자에 대한 범죄행위의 경우, 피해자가 성년에 달할 때까지 공소시효는 정지된다. ⑤ 국가권력기관의 구성원에 의한 증거조작 및 사실발견의 은폐행위로 공소제기가 불가능하였던 범죄에 대해서는 그 증거조작 및 사실발견의 은폐행위가 발생한 때부터 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 그 범죄에 대한 공소시효는 정지된다. 다만, 범죄행위가 고소, 권한위임 또는 처벌요구의 흠결을 이유로 처벌할 수 없는 때에는 그러하지 아니하다.

'반인권적 국가범죄'와 공소시효의 정지·배제

조 국 (서울대 법대)

사법감시센터는 지난 2월 5일 대한변호사 협회 회관에서 '반인도적 국가범죄의 처벌과 재발방지대책'을 위한 토론회를 개최한 바 있다. 이 글은 토론회에서 발표한 주제글을 요약한 것이다. (편집자 주)

근래 들어 이근안씨의 민주화운동가들에 대한 고문사건, 국가안전기획부에 의한 김옥분씨(수지 김) 피살의 은폐조작사건의 진상 등이 밝혀지고, 대통령 소속 '의문사진상규명위원회'의 활동으로 중앙정보부에 의한 최종길 교수 고문살해 및 은폐사건 등 각종 의문사사건에 국가권력이 개입하였음이 밝혀지게 되었다. 그러나 공소시효 때문에 이러한 국가의 범죄행위를 처벌할 수 없는 '법률적 부조리'가 문제가 되면서 국가권력에 의한 인권유린범죄에 대한 공소시효의 배제·정지의 문제가 다시 수면으로 떠오르게 되었다. 이에 우리는 먼저 국가권력의 인권유린범죄에 대한 개념정리를 하고, 이러한 범죄의 처벌을 위하여 공소시효를 배제·정지하는 것이 소급효금지의 원칙과 관련하여 어떻게 이해되어야 하는가를 정리하도록 한다.

'반인권적 국가범죄' 용어가 바람직

현재 국가권력에 의한 인권유린범죄를 가리

키는 개념으로 '반인도적범죄', '반인륜적 범죄', 또는 '반인권범죄' 등이 혼용하여 사용되고 있으나 아직 정확한 개념정리는 이루어지지 못한 상태이다. 국제법적으로는 1946년 '뉘른버그 헌장' 제6조 제3항, 1993년의 '유고슬라비아 전범재판소 규정' 제5조, 1994년의 '르완다 전범재판소 규정' 제3조, 1998년 '국제상설형사재판소를 위한 규정' 제7조 등에서 '반인도적 범죄'(crimes against humanity)라는 개념을 사용하고 있다.

그렇지만 현재 우리 사회에서 문제가 되고 있는 국가권력에 의한 인권유린범죄를 지칭하는 용어로 국제법상의 '반인도적 범죄' 개념을 그대로 차용하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 이 개념은 민족 또는 인종분류 속에서 자행되는 대규모적 인권침해를 상정하고 있는 것이므로 우리나라에서의 국가권력에 의한 인권유린상황과는 그 배경에 있어 상당한 차이가 있다. 그리하여 우리는 '반인권적 국가범죄'(state crimes against human rights)라는

개념을 새로이 만들어 사용하고자 한다. 즉, 우리는 '반인권적 국가범죄'를 국가기관이 그 직무를 행함에 있어 시민을 살해 또는 고문하는 등 헌법과 법률을 위반하여 시민의 인권을 중대하고 명백하게 침해하거나 이 침해행위를 조직적으로 은폐·조작한 행위로 정의하면서, 이를 '반인도적 범죄' 개념 대신 사용하고자 한다.

‘반인권적 국가범죄’의

공소시효정지·배제와 소급효금지의 원칙

공소시효는 '정의'의 이념이 '법적 안정성'의 이념에 양보를 한 결과 생겨난 제도로서, 특별한 예외가 없다면 모든 범죄인에게 차별 없이 적용된다. 그런데 현재 인권·사회단체는 물론 여야 정당의 일각에서 국가권력의 인권유린범죄에 대해서는 공소시효를 배제하는 특별법 제정을 추진하고 있다. 이러한 특별법 제정은 과거 '5.18특별법' 제정을 둘러싸고 있었던 위험논의, 즉 공소시효배제의 특별법 제정은 형법불소급의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 논란을 다시 야기할 것으로 예상된다.

현재 학계의 다수설과 판례는 시효가 만료되지 않은 상태에서 공소시효를 연장시키거나 공소시효의 진행을 정지시키는 것-‘부진정소급효’-은 허용되지만, 이미 시효가 완성된 다음 소급적으로 공소시효를 연장하거나 정지시키는 것-‘진정소급효’-은 소급효금지의 원칙에 반한다고 보고 있다. 그런데 ‘반인권범죄’의 공소시효를 배제하는 특별법은 ‘반인권범죄’에 대하여 ‘진정소급효’와 ‘부진정소급효’ 양자를 모두 인정하는 경우이므로, 법이론적 논란은 필연적이다.



먼저 ‘반인권적 국가범죄’의 경우 ‘부진정소급효’를 인정하는 것은 우리의 통설과 판례를 따를 경우 어렵지 않다고 보인다(이 문제는 공소시효의 본질이 무엇인가에 대한 이론적 대립과 같이 논해져야 하나 여기서는 생략하기로 한다). 즉, 공소시효는 ‘소송조건’의 하나이므로 실체형법의 경우와는 달리 소급효금지의 원칙이 적용되지 않는다. 소급효금지의 원칙은 행위 당시 행위자의 모든 판단과 신뢰를 보호하는 것은 아니라 시민의 자유와 안전 및 법적 생활의 안정성을 보장하기 위하여 보호할 필요성이 인정되는 행위자의 판단과 신뢰만을 보호하는 것이다. 일정 기간의 경과로 당연히 형벌을 면제받을 것이라는 신뢰는 어떠한 경우에도 반드시 보호받아야 하는 절대적 가치를 갖고 있는 것은 아니라 상대적 의미를 가질 뿐이다. 요컨대 공소시효가 완성되지 않고 진행 중인 동안 그 기간을 연장하는 특별법 제정은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다. 사실상 공소시효기간을 사후적으로 연장한 1995년의 ‘5.18특별법’이 가까운 예이며, 비교법적으로는 1946년 5월 29일 독일 헤센 주가 제정한 ‘나치범죄처벌에 관한 특별법’, 1969년 공소시효가 완성되는 전범과

반인도범죄에 대한 공소시효를 연장하는 1965년 4월 13일의 '공소시효에 관한 특별법', 모살죄와 '반인도적 범죄'에 대한 공소시효를 다시 30년 연장하는 1969년 8월 4일의 제9차 형법개정, 모살죄의 공소시효를 완전히 없애는 1979년 7월 16일 제16차 형법개정 등이 우리의 주장을 뒷받침하는 예가 될 것이다.

다음으로 공소시효의 '진정소급효'의 경우는 학설과 판례가 통상 소급효금지의 원칙에 반하는 것으로 이해되고 있으므로 보다 많은 고민이 필요하다. '진정소급효'는 '부진정소급효'와는 비할 바도 없이 자신의 안전에 대한 시민의 기대가능성을 뒤흔드는 것이기에 '진정소급효'를 가지는 공소시효특별법규는 원칙적으로 허용되지 않는다는 것이 타당하다. 그렇지만 이러한 원칙도 특단의 사정이 있는 경우에는 예외를 상정한다고 보아야 한다.

헌법상 기본권 중의 기본권은 인간의 존엄과 가치이며, 국가와 헌법은 이를 신장시키기 위해 존재한다. 그런데 국가기관이 살해와 고문 등 인간의 존엄과 가치를 원천적으로 부정하는 행위를 자행하고 이를 은폐하였다면 이는 헌법정신에 대한 정면부정으로 이는 우리 헌법이 결코 용납할 수 없는 행위이다. 이러한 행위의 처벌의 경우도 '정의'가 '법적 안정성'에 대하여 양보할 것을 헌법은 상정하고 있지 않다. 1995년 '헌정질서파괴범죄의공소시효등에관한특별법'이 '헌정질서파괴범죄' 및 '집단살해죄'의 공소시효를 원천적으로 배제한 것은 이러한 취지에서 이루어졌던 바, 이러한 범죄 이외에도 인간의 존엄과 가치를 전면 부정하는 중대한 '반인권적 국가범죄'의 경우도 형사소송법 개정 또는 특별법 제정을 통하여 공소시효를 배제·정지할 수 있다고 본다.

한편 공소시효의 존재이유와 관련하여 보더라도, 현재 문제가 되고 있는 '반인권적 국가범죄'의 경우 범행 후 장기간이 경과하였으나 증거가 엄존하고 있고 범죄에 대한 사회적 처벌욕구 역시 강하게 존재하고 있으나, 범죄인의 경우는 형벌에 상응하는 고통을 받기는 커녕 권력을 향유하고 있었던 상태이다. 사실 국가는 '반인권적 국가범죄'의 피해자를 보호해주시는커녕 '빨갱이', '간첩', '공안사범' 등의 낙인을 찍으며 이들의 범죄피해주장을 완전히 묵살하였던 반면, 고문기술자 이근안씨에게는 16차례의 표창 외에도 79년 청룡봉사상, 81년 내무부 장관 표창, 82년 9사단장 표창, 86년 육조근조훈장 등을 수여했다. 그리고 '반인권적 국가범죄'의 경우 해당 범죄를 처벌하기 위한 형사사법기관의 진지한 노력이 조직적으로 방기되었다는 점도 중요하다. 형사사법기관 자체가 범죄를 저지르고 그 사실을 조직적으로 은폐·조작함은 물론, 이후 계속적으로 범죄피해자는 억압하고 범죄인을 고무하는 상황 아래에서 형사사법기관에 의한 반인권 범죄인의 수사과 공소는 원천적으로 불가능하였음을 명심할 필요가 있다.

이상과 같은 맥락에서 우리는 '진정소급효'의 경우 원칙적으로 '부진정소급효'에 비하여 훨씬 엄격하게 금지되지만, 진정소급입법을 통하여 얻는 공익이 범죄인 개인의 신뢰이익 보다 현저히 우월한 경우에는 한하여 예외적으로 소급효가 인정될 수 있다고 본다.

우리의 입장은 1993년 비엔나에서 열린 세계인권대회에서 채택된 선언문 제60조의 연장선에서 있다: "국가는 고문과 같은 중대한 인권침해의 책임자를 불처벌로 이끄는 법률을 폐기하고 그러한 침해를 기소해야 하며, 이를

통하여 법치주의는 확고한 기초를 갖게 된다”
비교법적인 예로는 1993년 3월 26일 제정된
‘독일통일사회당의 불법행위에 대한 시효정지
법’이 있다. 그리고 국제법적으로 1968년 유엔
총회는 ‘전쟁범죄와 반인도적 범죄에 대한
시효부적용에 관한 협약’을 채택하였고,
‘유럽의회’도 1974년 동일한 내용을 갖는
협약을 채택한 바 있다. 또한 상술한 1998년
‘국제상설형사재판소를 위한 규정’ 제29조도
공소시효배제를 명문화하고 있다.

공소시효 예외인정은

헌법이념에 반하지 않는 것

‘민주화’ 이후 ‘반인권적 국가범죄’의 실상이 밝혀졌음에도 공소시효가 만료되어 이 범죄인들이 처벌되지 않는 현상 앞에서 법에 대한 국민의 불신은 깊어갈 수밖에 없다. 형법상 소급효금지의 원칙은 국가의 부당한 형벌권 행사로부터 시민을 보호하기 위한 근대 민주주의 형법의 대원칙이지만, 이 원칙은 헌법의 기본이념과 시민의 기본권이 다름 아닌 국가 권력에 의해 침해되고 조직적으로 은폐·조작되는 특단의 사정이 있는 경우는 자신의 예외를 승인할 수밖에 없다. 따라서 중대하고 명백한 ‘반인권적 국가범죄’의 경우 그 공소시효가 진행 중이거나 만료한 이후에도 사후적 입법을 통하여 공소시효를 배제하거나 또는 범죄종료일 이후 국가권력의 사건은폐·조작으로 공소제기가 현실적으로 불가능하였던 기간 동안에는 공소시효를 정지시키는 입법은 소급효금지의 원칙에 반하지 않는다고 본다.

*다음은 시민사회단체가 입법청원할 법안이다

반인도범죄등의시효등에관한특별법(안)

제1조(목적) 이 법은 국제법상의 반인도범죄, 국가기관에 의하여 범해진 살인죄 등 반인권범죄 및 그 조작·은폐행위 관련 범죄에 대하여 공소시효의 정지 또는 배제함으로써 사회정의와 법적 평화를 회복하는 것을 목적으로 한다.

제2조(공소시효의 배제)

① 1968년 유엔총회에서 채택된 ‘전쟁범죄와 반인도범죄에 대한 시효부적용에 관한 협약’ (Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)에서 정의된 반인도범죄는 공소시효의 적용을 배제한다.

② 국가기관이 직무수행중 정당화사유 없이 제24장의 살인의 죄를 범한 경우, 형법 제125조(폭행·가혹행위)의 죄, 군형법 제62조(가혹행위)의 죄를 범하거나 이를 통해 사람을 살상한 경우는 공소시효의 적용을 배제한다.

③ 제1항 및 제2항에 해당하는 범죄의 경우 민사시효의 적용도 배제한다.

제3조(공소시효의 정지)

국가기관이 제2조에 규정된 범죄의 실체를 조작·은폐하기 위하여 형법 제122조(직무유기), 제123조(직권남용), 제124조(불법체포·감금), 형법 제151조(범인은닉), 제152조(위증과 모해위증), 제155조(증거인멸), ‘특정범죄가중처벌등에관한법률’ 제15조(특수직무유기)의 죄 등을 범한 경우 그 증거조작·사실발견 은폐행위가 있을 때부터 그 조작·은폐한 사실이 드러난 때까지 각 범죄에 대한 공소시효는 정지된다.

부 칙

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

“어려운 시절”

조광희 (변호사)

인생에 대하여 아무 것도 확신할 수 없었던 시절, 젊다는 것 외에는 이 거친 세상에서 자기를 주장할 수 있는 변변치 않은 자산도 없었던 시절에 한 가지 즐거움이 있었다. 주말 저녁에 젊은이들이 많이 모여드는 신촌에 위치한 대형서점에서 이 책, 저 책을 뒤적이다가 책 한 권을 사고 그 곳에서 몇 걸음 떨어진 오래된 음반가게의 친절한 아가씨가 골라주는 음반도 하나 사서 근처의 단골술집에서 생맥주 몇 잔을 들이키는 일이었다. 그 술집에서 자주 마주치다가 친해져버린 단골 손님들과 먹고사는 일하고는 관계없지만 더러는 작은 깨달음을 주는 이야기를 주고받으며 작은 키에 검은 안경을 쓴 주인이 틀어주는 음악을 듣다보면 어느새 자정이 다 되곤 하였다. 그러던 아쉽게 자리를 일어나 집에 돌아왔다. 그리고 새로 산 음반의 비닐 포장을 뜯어 전촉바늘을 올려놓고, 아직 인쇄냄새가 가시지 않은 책을 읽었다. 인생이 내가 아직 반쯤밖에 이해하지 못한 두렵고 신비로운 무엇이었을 때 음악은 인생에 어떠한 액센트를 부여해주는 마법이었고, 책은 불안한 인생을 조금씩 밝혀주는 안내자였다. 그리고 생맥주는 분별 없는 삶을 향한 스스로 감당하기 어려운 광기를 순화하고, 쓸쓸한 삶의 엉킨 매듭을 풀어주었다.

세월이 흘렀다. 주어진 일에 파묻히기도 하고 동료들과 독한 술도 즐기곤 하는 사이 세상은 점점 풍족하고 화려하면서도 천박하고 초조한 곳이 되어갔다. 그 술집 주인은 가게를 누군가에게 넘겨주고 다른 장사를 시작하였고, 레코드가게의 아가씨는 남반구의 어느 나라로 떠났다고 한다. 그 서점만이 겉으로는 큰 변화 없이 자리를 지키고 있다. 어쩌다 예전의 그 거리에서 지인(知人)들을 만나기로 하였을 때, 그리고 그 부근에 새로 생긴 백화점에 다닐 때 간혹 그 서점에 들러 본다. 이제는 컴퓨터에 관한 책, 21세기에 관한 책, 그리고 돈을 버는 방법이나 시간을 관리하고 사람을 다루는 방법에 관한 책으로 가득하다. 전에는 새로 나오는 책을 기다렸지만 이제는 신간들이 너무 많아 신문에서 요약해주고 권유하지 않으면 책을 고를 엄두가 안 난다. 그 시절에는 꽤 널찍한 서점 안에서 눈을 감고도 어느 책이든 찾아낼 수 있었지만 이제는 인쇄해 보이고 접나게 바쁜 아가씨들에게 묻거나 구석에 설치된 컴퓨터를 두드리지 않고는 책을 찾을 수 없다.

사람들은 세상이 살기 좋아졌다고 말하였다. 누가 뭐라 해도 어쨌든 먹고 살만하지 않느냐고 하였다. 밀란 쿤데라는 그의 책<느림>에서 이렇게 말한다. “어찌하여 느림의 즐거움은 사라져

버렸는가? 아, 어디에 있는가. 옛날의 그 한량들은? 민요들 속의 그 게으른 주인공들, 이 방앗간 저 방앗간을 어슬렁거리며 총총한 별 아래 잠자던 그 방랑객들은? 시골길, 초원, 숲 속의 빈터, 자연과 더불어 사라져 버렸는가.” 속도와 효율의 세상이 목가적이고, 느린 세상을 대체하고, 영악하고 날랜 인간들이 따뜻하고 느긋한 사람들을 몰아내는 세상, 소비하는 인간이 생각하는 인간을 내려다보는 이 나라는 과연 제대로 가고 있는 것일까. 세계화 또는 경쟁력이라는 이름으로 포장된 논리는 어쩔 수 없이 나라에 비하여도 내실은 없이 구호만 높은 이 나라의 분위기와 일방통행식 흐름에 의문을 가지면서도 타류에 실려 흘러가고 종내 마멸되어 버리는 세월을 어찌할 수는 없었다.

그러더니 느닷없이 이 나라의 경제가 부도가 난다, 국가가 경제주권을 내주게 생겼다고 아우성치다가 가까스로 헤어나는 것을 보게 되면서 서글픈 일이지만 어찌면 예정된 일이지 않았나 생각했다. 세상이란 그렇게 간단하지 않은 것이다. 이 나라를 사람에 비유하자면, 여가를 모두 줄이고 가족을 소홀히 해가면서 정신 없이 일만 하여 그럭저럭 재산을 모은 사람. 그 과정에서 수단과 방법을 가리지 않고 목적을 달성하고자 한 사람, 그 재산으로 흥청망청 생활할 줄은 알지만 그 재산을 나누거나 여가를 즐길 마음의 여유를 모르는 사람. 즉 일은 열심히 하지만 천박하고 탐욕스럽고 이기적인 줄부의 모습이다. 그런 식의 발전은 한계가 있는 법이다. 일시적으로는 돈도 많이 벌고, 자신이 뭐라도 된 것인 양 고개를 쳐들고 다닐 수도 있겠지만 내면의 깊이와 나눔의 지혜, 그리고 삶의 정취가 함께 성숙하지 아니하면, 그 무자비한 발전은 언젠가는 중단되기 마련이다. 설혹 그것이

중단되지 아니한다 해도 그 삶은 결코 바람직한 삶이 아니고, 자손 어느 대에서인가는 초라한 결말을 보여주기 마련이다.

천문학적인 세금이 예뻐 것 하나도 없는 부실기업과 부실은행을 도와주는 데에 버려지고, 많은 사람들이 일자리를 잃고 거리를 방황하고 있다. 하지만 아직 나라가 젊어서 다시 일어날 힘이 있을 때 이런 일을 당하고 있는 것은 또한 얼마나 다행한 일인가. 한 세상을 그런 식으로 살다가 노쇠하여 아무런 기력이 없을 때 모든 것을 빼앗기고 자신의 인생을 송두리째 부정당할 처지에 놓인 노인의 꼴에 이르지 않은 것은 이 나라가 그래도 복 받은 나라인 것을 보여준다.

삶도 사회도 어느 하나의 가치와 속도만을 일방적으로 추구해서는 바른 삶과 좋은 세상에 도달할 수 없는 것이다. 그것은 거짓 삶이고, 허튼 천국이다. '느림의 즐거움'만으로 세상을 헤쳐나가는 것은 물론 어렵지만, 중요한 것은 다양한 인간이 다양한 방식으로 자신의 삶을 자신의 속도와 리듬에 따라 살아가고 그것이 서로간에 조화를 이루는 것이다. 사람이나 사회의 다소 발전이 느려지고, 번거롭더라도 물질적인 발전에 걸맞은 깊은 철학과 고고한 문화를 배양하고, 서로 나누어야만 어느 날 갑자기 거덜나는 비극을 피할 수 있는 것이다. 우리가 이렇게 위태로운 지경에 이른 것이 더 빨리, 더 악착같이 뛰지 않았기 때문이라고 생각한다면 설혹 이번에 우리가 일어나더라도 훨씬 더 잔인한 파국을 예비하고 있는 것이다. 느릿느릿 고전을 읽는 사람들, 차 한 잔을 마시며 지인들과 나누는 이야기 속에서 가치를 발견할 줄 아는 사람들, 게으르지만 선량한 사람들도 살아남을 수 있고, 때로는 존중받을 수 있는 세상을 진심으로 염원해야 마땅하지 않은가.

노동 변호사의 하루

권두섭 (변호사 · 민주노총 법규차장)

오늘도 아침부터 머리가 무거워 온다. 전에 L호텔 노동자들의 파업과 관련하여 맡게 되었던 소송 기일이 내일로 다가왔기 때문이다. 명확한 사실임에도 불구하고 그것을 법정에서 증거를 통하여 입증해야 하는 어려움도 문제거니와 소속된 사무실의 재정운영에 별 도움이 되지 않는 사건만 자꾸 맡아서 다른 변호사들 보기가 미안하기 때문이다. 증인을 서 주기로 한 사람도 만나기가 어려워 곤란을 겪고 있다. 같은 사무실에 있는 선배 변호사에게 입증문제에 대해 몇 가지 질문을 구했지만, 별 뾰족한 수를 찾지 못했다. 원고인 조합원들이 소송에서 반드시 이기리라 확신하는 점도 부담스럽다. 당사자들에게 우리가 주장하는 의심할 수 없는 정당성과 그것을 법정에서 입증하여 승소하는 것과는 다른 문제라는 점을 이해시키기는 어려운 것이니까 여하튼 최선을 다하자고 마음을 다잡아 본다.

11시에는 서초동 서울지방법원에 A기업 노조 형사재판이 있어 갔다. 10시 30분에 도착해 기다렸으나 늘 그렇듯 11시 30분이 되어서야 순서가 돌아왔다. 기다리느라 허비하는 시간으로 치자면 변호사를 따라갈 직업이 없을 것이다. 매번 개선 요구가 있지만 제대로 되지 않는 건 현실적인 불가피함도 있는 듯하다. 하기야 안 나오는 사람도 있고 하다보면 길어지기도 하니 정확하게 시간을 정하여 통지할 수는 없을 것이다.

이 사건은 노조위원장이 구속중이라 빨리 선고기일을 잡아야 할 것 같다. 가족들이나 조합원들은 유무죄의 중요성보다는 빨리 구속상태를 면하는 것을 원한다. 이 사건도 선고는 집행유예로 나올 것이 확실시되기 때문



이다. 몇 가지 다투어 보고 싶은 사항이 있지만 그렇다고 형량에 영향을 줄 것 같지도 않아 검찰이 제출한 증거들에 동의하고 변론을 종결하였다.

가끔 무죄를 주장하면서 열심히 다투어 보고 싶은 사건이 있다. 그러나 그러려면 검찰이 제출한 증거 가운데 상당수를 동의하지 않고 증거상의 진술자나 작성자를 직접 법정에서 불러내어 반박해야 한다. 또 우리도 증인을 신청해야 한다. 기일이 2주에 한 번 잡히니 그만큼 구속기간이 늘어난다. 다 동의해주고 빨리 집행유예로 나올 것인가, 아니면 구속기간이 1~2개월 더 길어지더라도 무죄를 다투는 것인가 갈등이 생긴다. 무죄가 받아들여질 가능성이 높지도 않지만 그래도 하지 않은 것을 했다고 증거동의를 해줄 수는 없는 노릇 아닌가? 보석으로 나온다면 고민할 필요도 없지만... 가족들은 무능한 변호사라고 탓하기도 한다. 빨리 나오게 해야지 뭐하냐고... 그럼 빨리 선고기일을 잡는 쪽으로 가는 수밖에 없다.

법정에 나온 검사가 구형을 하면서 장황하게 엄한 처벌을 주장하는 의견을 제출하여 기분이 상한다. 저 검사는 왜 저럴까. 하기야 법정의 모든 검사가 그런 건 아니다. 가끔 자신이 국가를 수호하는 중차대한 임무를 수행하고 있다는 착각에 빠진 검사들이 있다. 아마 5공과 6공 시절에도 저 사람들은 그랬을 것이다. 서면으로 이루어지는 재판이어서 굳이 변호인이 법정에서 자세한 변론을 할 필요는 없지만 방청은 조합원들과 피고인 자리에 앉아 있는 위원장을 대신하여 파업의 정당성과 회사측의 부당노동행위, 사법당국의 불공정한 법집행에 대하여 변론을 하고 자리

를 내려왔다.

미국 영화를 보면 변호사가 배심원을 향하여 감동적인 변론을 하는 장면이 자주 나온다. 그러나 서면주의 중심이고 배심원제를 채택하고 있지 않은 우리나라에서는 사실 법정에서 길게 이야기 할 필요가 없다. 서면으로 주장하고 싶은 사항을 모두 제출하기 때문이다. 시간만 길어져 판사에게 인상만 좋지 않게 할 수도 있어 변호사들은 꺼리는 편이다. 그러나 영화를 보고 법정을 이해하는 당사자들은 변호사가 법정에서 별로 말이 없으면 아무 일도 하지 않는 것으로 오해를 하여 일부러 장황하게 변론을 하는 경우도 있다고 한다. 난 오해를 두려워하지는 않지만 노동자들이 법정에서 못한 말을 대신해서 말해주고 싶을 때가 있다.

전에 지방에 있는 법원에서 있었던 일이다. 재판장이 피고인인 노조위원장이 말하는 것을 제지하고 방청을 온 조합원들의 행동과 복장을 제지하여 그 위원장이 최후진술에서 그동안 참고 참았던 많은 이야기를 한참동안 하였다. 감동적인 연설이 된 최후진술이 끝나자 듣고 있던 방청 온 조합원들도 박수를 치고, 나 또한 변호인석에서 나도 모르게 박수를 친 적이 있다. 어떻게 절간같이 조용해야 할 법정에서 박수를... 재판부의 한 판사가 날 이상한 변호사로 이야기하였다는 걸 다른 변호사를 통해 들었으나 뭐 어떠랴.

오늘은 수요일이어서 점심시간에는 민변 노동위원회 회의가 있었다. 민변 노동위원회는 전국의 노동변호사들로 구성된 민주사회를 위한 변호사모임(민변)의 한 분과위원회이다. 식사를 하면서 어느 법원의 모 재판부가 화제로 올랐다. 우리 법원이 노동사건에

대하여 사용자 편향적인 경향을 띠는 것은 늘 있어 왔으나 특히 최근 새로 부임해온 모 재판부가 노동법의 기본지식이 있는지 의심스러운 판결들을 쏟아내고 있기 때문이다. 근로기준법 책이라도 사주어야 되는 것 아니냐는 이야기까지 오고 갔지만 별 뽕족한 수가 없는 듯하다. 또 한 사무실에서는 사용자 쪽의 대리를 맡게 되었다는 이야기를 털어놓았다. 그러나 전에 해고사건을 가지고 와 사용자가 거액을 제시하였으나 거절하였다고 했다. 사무실운영이 어려워 유혹이 있지만 아직 그 정도는 지켜야 되지 않겠냐고 서로들의 견을 모았다.

사용자 쪽 대리를 맡지 않는다는 이 원칙들은 언제까지 지켜질 수 있을까. 변호사 사무실의 규모가 변호사 5인 이상이 넘어가면 기업에서 의뢰하는 사건을 맡지 않을 수 없다고 한다. 일반 민사사건이야 별 문제가 없지만 가끔 노동사건도 오기 마련이다. 기업에서 의뢰하는 노동사건은 맡지 않는다고 하면 그 기업에서 다른 사건을 맡기려고 하겠는가 여기에 노동변호사들이 모인 사무실의 고민이 있는 것 같다.

식사와 함께 한 회의를 마치고 기록을 챙겨 서둘러 행정법원으로 향했다. 부당해고로 중앙노동위원회에서 이겼으나 회사측이 행정소송을 제기한 사건이다. 오늘은 우리측에서 신청한 증인신문이 있는 날이다. 노동사건에서 노동자의 입장에서 진실을 말해 줄 증인을 찾기는 너무 힘이 든다. 대부분 그 회사에 근무하고 있으므로 증인으로 나서기가 사실상 불가능하고 심지어 어제의 동료도 회사측 증인으로 나와 거짓진술을 하기도 한다. 그래서 난 해고사건을 의뢰해 오는 노동자에게

꼭 이러한 일로 인해 마음에 상처를 받을 수 있음을 주지시킨다. 아마 노동조합이 있다면 그렇지 않은 지도 모르겠다. 근로기준법이 있지만 노동조합도 없는 회사에서 노동자 개인이 회사에 다니면서 그 회사를 상대로 노동사무소에 진정을 할 수 있겠는가.

증인신문을 하는데 처음 이야기와는 달리 증인이 상대방의 반대신문에 엉뚱한 이야기를 하여 낭패다. 변호사와 만났을 때 누구도 이야기해주지 않은 불리한 내용이 갑자기 튀어나오면 대책이 안 선다. 증인신문을 마쳤지만 이런 해고사건에서는 관련서류들을 모두 회사측이 가지고 있어 재판장에게 상대방이 제출하도록 해 줄 것을 요청하였으나 상대방 변호사는 그런 서류가 없다고 했다. 문서제출 명령신청을 할 수 있으나 상대방이 없다고 할 때는 참 막막하게 된다.

당사자와 자세한 이야기를 나눌 시간도 없이 서울지방법원에서 일반민사사건 재판이 있어 서둘러 갔다. 미리 와서 순서를 기다려 주겠다고 약속한 상대방 변호사는 아직 보이지 않는다. 순서를 보니 족히 1시간은 기다려야 될 것 같다. 사무실에 전화해서 상담약속 시간을 조금 늦추어 줄 것을 알렸다. 오늘 안에 준비서면 하나와 증인신문사항 두 개를 써야 되는데 아무래도 밤 12시까지의 사무실에 남아 있어야 할 것 같다.

별 하는 일도 없는 것 같은(준비서면 진술하시고..... 강제3,4증 제출하시고.....등등) 재판을 마치고 상담시간을 맞추기 위하여 종종걸음을 쳤다. 상담을 할 때 당사자들은 충분한 시간을 가지고 자세한 상담을 원하지만 시간에 쫓길 때가 많다. 그래서 소송에 필요한 사실에 대해서만 물어보는 방식으로 상담을 하

는데 이에 대하여 불만을 느끼는 것 같다. 하
기야 자신의 정당성에 대하여 변호사에게 얼
마나 말하고 싶은 게 많겠는가. 가끔은 한이
뻗힌 분들도 있고...

한참 소송을 하고 있는데 변호사와 상의도
없이 소송을 취하하는 당사자도 있다. 알려주
지도 않아 재판에 나가 판사에게 듣고 알게
되어 망신을 당하기도 하는 경우가 있다. 특
히 노동사건은 회사와 합의를 하고 취하하는
경우가 종종 있는 편이다. 가끔 잘 싸워서 좋
은 판례를 만들고 싶은 사건인 경우에 난 당
사자에게 별도각서(손해배상을 협박하는 내
용)를 받아 몰래 취하하지 못하게 하는 방법
을 쓴다. 다음에 동일한 내용으로 어려움을
겪는 노동조합이나 노동자들에게 도움이 될
수 있는 판례를 만들 수 있다면 얼마나 좋겠
는가. 물론 충분한 검토 없는 소송납발은 나
쁜 판례를 만들어 나중에 다른 노동자들에게
고통을 주는 경우도 있다.

변호사로 일을 시작하면서 겪은 끔찍한
기억이 있다. 최선을 다했으나 재판에 지는
경우는 종종 있는 일인데 당사자가 아쉽지만
최선을 다했음을 인정해 줄 때는 괜히 미안
한 마음이다. 그러나 마치 내가 잘못해서 결
과가 그렇게 되었다고 말할 때는 슬퍼지기도
한다. 노동사건은 아니었지만 어떤 변호사는
먹살을 잡힌 적도 있다는 이야기를 들었다.
변호사가 실수를 하는 경우도 있겠지만 난
최소한 노동변호사들은 하나 하나의 사건에
서 최선을 다한다고 생각한다. 그 사람들에게
나 자신도 그런 부류의 변호사로 비치는 것
일까?

질 것이 뻗한 사건을 이긴다고 장담을 하
면서 말하는 부도덕한 변호사도 많지만, 난 처

음 사건을 말할 때 소송결과에 대하여 이길
수 있다는 말을 절대 하지 않는다. 그래서 그
런가. 나중에 날 찾아왔던 사람이 다른 변호
사에게 가는 경우가 많은데 그렇다고 후회하
지는 않는다. 변호사는 당사자에게 나쁜 결과
도 있을 수 있음을 솔직히 말해주어야 할 의
무가 있으니까. 그러나 아직까지는 근거도 없
이 결과를 자신하는 변호사를 선호하는 것이
사람들의 심리인가 보다.

얼마 전 수십명의 노동자들이 연행되었다
는 소식을 들었으나 그 날 오후는 재판이 있
었고 저녁에는 호주제 폐지관련 헌법소송 준
비발제를 맡아 회의에 갔다가 밤 늦게야 잠
시 접견을 다녀왔다. 곧 있을 영장실질심사를
부탁하였으나 이미 재판이 있어 다른 변호사
에게 의뢰하라고 했다. 당시 거절은 하였으나
내심 마음이 편치 않았다. 처음 변호사를 시
작할 때 칠팔 십년대의 인권변호사 선배들의
모습을 꿈꾸며 노동자들의 투쟁현장에 그들
의 인권을 지켜주는 변호사가 되리라고 마음
먹었었다. 그러나 돌이켜 보면 지금 그런가.
그렇게 평가받을 수 있을까. 스스로도 자신이
서지 않는다. 앞으로는 어떻게 변해갈까. 아
직 열심히 활동하시는 선배들을 보면서 나도
저 나이까지 저렇게 정열적으로 할 수 있을
까. 아니 그렇게 해야지 마음먹어 본다.

‘검찰심사회(檢察審査會)’, 검찰민주화를 위한 제도

데라사키 요시히로 · 寺崎嘉博 (교수, 일본 쓰쿠바 · 筑波대학)/번역

이 글은 한국형사정책학회에서 개최한 '전환기의 한국형사사법: 형사사법의 민주적 개혁' 국제학술회의의 발제문 중 일부를 발췌한 것입니다. (편집자 주)

1947년에 일본국 헌법이 시행되면서 일본의 형사절차는 발본적인 변혁이 불가피하게 되었다. 그 일환으로 연합국 총사령부(GHQ)는 검찰민주화를 위한 제도를 입안하도록 정부에 요구했다. 이에 起訴陪審制度를 대체하는 검찰심사회가 고안되었다. 1947년 제2회 국회에 "檢察審査會法"案이 상정되고 1948년 7월에 가결되어 공포 · 시행되었다.

공소권 행사에 민의를 반영

검찰심사회의 역할은 "공소권실행에 관한 민의를 반영시켜 그 적정성을 피하기 위해" 검찰관이 내린 不起訴處分の 當否를 심사하고 검찰사무개선에 관한 건의 · 권고를 행하는 점에 있다고 검찰심사회법 제1조와 제2조는 규정하고 있다. 1998년 현재 201개소의 검찰심사회가 지방법원 및 지방법원지원의 소재지에 설치되어 있다. 검찰심사회가 어떻게 구성되는가를 말하자면, 먼저 검찰심사회원 후보자는 衆議院 議員選舉人名簿에서 추첨을 통하여 선출된다. 선출된 검찰심사원 후보자중에서

11명의 검찰심사원과 같은 수의 보충원을 선출한다. 그리고 이 11명의 검찰심사원이 검찰심사회를 구성하게 된다. 회의의 의결에는 전원출석이 필요하기 때문에 검찰심사원이 결원인 때에는 보충원이 임시로 검찰심사원의 직무를 수행한다고 규정하고 있다. 검찰심사원과 보충원의 임기는 각각 6개월이다. 3개월마다 만수, 즉 5명 내지 6명을 새로이 교체한다. 검찰심사회는 경험 없는 검찰심사원들로만 구성되는 것이 아니라 언제나 11명씩의 회원이 존재하는 구조로 되어있는 셈이다.

불기소처분의 당부(當否) 심사

검찰심사회가 검찰관이 내린 불기소처분의 當否에 대하여 심사한 경우에는 ①起訴相當 ②不起訴不當 ③不起訴相當이라는 3종류의 판단을 내리게 된다. ①기소상당은 검찰관의 불기소처분이 부당하다는 것뿐만 아니라 자진하여 기소하여야 한다는 판단이다. 이처럼 검찰관에 대한 엄격한 판단이기 때문에 기소상당의 의결에는 8명 이상의 찬성이 필요하다고 규정하고 있다. ②불기소부당은 기소하여야 한다는 결론을 내리는 것은 아니지만 검찰관의 불기소처분은 납득할 수 없는 것이므로

재수사를 요청하여야 한다는 판단이다. ③불기소상당은 검찰관의 불기소처분이 상당하다는 판단이다. 이들 3종류의 議決외에도 異議却下, 移送, 審査中止의 판단이 내려진다.

검찰심사회가 사건에 대하여 의결한 때에는 의결서를 작성한다. 의결서에는 예컨대 '기소상당' 등과 같은 의결의 취지와 이유를 기재한다. 그리고 불기소처분을 행한 검찰관을 지휘·감독하는 검사장과 檢察官適格審査會에 의결서 등본을 송부한다. 검사장은 검찰심사회의 의결을 참고하여야 하지만 그렇다고 기소가 강제되는 것은 아니다.

불기소처분 이의제기 5.6%에 머물러

다음은 검찰심사회의 의결상황에 대하여 말하고자 한다. 현재 입수된 최신수치는 1998년도 수치이지만, 1998년도에 검찰심사회가 의결한 既濟總數는 1,149명이다. 이 수치는 피의자수로 표시되는 延人員이므로 주의해야 한다. 이들 1,149명 중 73.4%에 해당하는 843명에 대하여 '불기소상당'을 의결하고 있다. 이에 비하여 '기소상당'은 0.1%에 해당하는 단 1명뿐이며 '불기소부당'이 5.6%에 해당하는 64명이다. '기소상당'과 '불기소부당'을 합해도 5.7%에 지나지 않는다. 그밖에 '이의기각', '이송', '심사중지'가 남은 21%를 차지하고 있다.

이렇듯 '기소상당'과 '불기소부당'이 의결에서 차지하는 비율은 대단히 적다. 이 수치는 1998년도에 특유하는 것이 아니라 검찰심사회가 발족한 1949년부터 1998년까지의 50년간을 통하여 살펴보아도 역시 적은 것이다. 검찰심사회가 발족하여 얼마되지 않은 1952년 전후에 어느정도 '기소상당'의 의결이 있었지만

차츰 감소하여 최근에는 거의 제로인 상태이다. 그렇지만 '기소상당'과 '불기소부당'을 합한 숫자, 즉 검찰관이 내란 불기소처분에 대하여 납득할 수 없다고 판단한 숫자는 적기는 하지만 例年 既濟總數의 5.6% 정도를 차지하고 있다. 1993년에는 정치자금규제법(양적제한)위반에 관한 이의가 도쿄제일검찰심사회에 다수 제기되었기 때문에 기제총수가 예년에 비하여 많아 졌다. 1993년에 이의신청이 받아들여진 인원은 41,515명이었으며, 그 중에는 정치자금규제법 위반사건관련 이의신청이 40,305명 포함되어 있다. 이들을 제외한 이의신청건수는 1,210명으로 예년과 거의 동일한 수치이다. 1993년의 기제총수에 대하여 살펴보면 불기소부당 중에는 10,106명, 그 외의 판단중에는 31,248명이 정치자금규제법위반에 관한 것이었다. 1949년부터 1998년까지 50년의 누계는 '기소상당'이 2.5%인 2,287명, '불기소부당'이 4.1%인 3,632명, '불기소상당'이 76%인 67,734명, 기타 17.4%인 15,514명이다.

적지만 충실한 사후점검 기능

이러한 상황을 어떻게 평가할 것인가에 대하여는 議論이 있다. 의결의 대부분을 '불기소상당'과 기타의 판단이 차지하고 있고, '기소상당'과 '불기소부당'은 모두 합해도 例年 5.6%정도에 지나지 않는다. 이러한 상황을 분석한 비판적인 의견이 다음과 같이 주장되고 있다. 본래 起訴陪審制度라는 것은 私人訴追制度와 어울릴 때 비로소 그 기능을 충분히 발휘할 수 있는데도 일본에서는 國家訴追主義를 유지한 채 검찰심사회가 창설되었기 때문에 충분한 기능을 다하지 못하고 있다. 즉 ①검찰심사회는 부당한 불기소만을 사후적으

로 심사함에 지나지 않는다. 더욱이 ②그 의결에는 구속력이 없다. 또한 ③권한도 조직도 빈약하다는 것이다.

물론 지적된 것과 같은 결점이 존재하는 것은 사실이다. 그러나 국가소추주의는 현행 형소법제도에 상응하여 내려진 근간적인 가치판단이라고 말할 수 있다. 따라서 국가소추주의 아래에서 검찰심사회제도가 어떤 역할을 완수하고 있는가를 지켜 볼 필요가 있을 것이다. 현행 형소법 하에서는 먼저 검찰관이 책임지고 기소·불기소의 판단을 행하고 그 위에 검찰민주화를 위해 검찰심사회가 사후적으로 체크(check)한다는 발상을 기초로 하고 있다. 기소하여야 할 사건에 대하여는 이미 검찰관이 기소했을 터이다. 그럼에도 불기소처분을 내린 사건에 대하여 그 당부를 판단하는 것이기 때문에 '기소상당'이나 '불기소부당'의 판단이 적은 것은 부득이한 일일 것이다.

의결에 법적 구속력을 인정하는 방향으로 개선되어야

그런데 검찰심사회가 의결한 기소상당, 불기소부당의 판단을 받아들여 검찰관이 기소한 피의자는 과거 50년간 1,048명에 달한다. 1998년도에만 17명이 기소되었다. 1998년의 17명이 불기소된 본래의 재정이유는 기소유예가 9명, 혐의불충분이 8명이다. 즉 검찰관이 내린 소추재량의 당부 또는 혐의판단의 당부에 대하여 소수이긴 하지만 검찰심사회가 체크기능을 다하고 있다고 말할 수 있는 것이다. 그리고 검찰심사회의 의결 후에 기소된 자의 유죄율은 90% 이상이며 과거 50년간의 누계로는 92.4%이다. 이렇게 보면 물론 소수이긴 하지만

검찰심사회는 착실히 그 역할을 다하고 있다고 평가할 수 있으며 그 권한도 결코 적지 않다고 생각한다. 금후에는 검찰심사회의 의결에 법적 구속력을 인정하는 방향으로 법개정 또는 인원이나 예산확충을 위한 노력이 기대한다.

일본 '검찰심사회법' 주요골자

제1조 공소권의 실행에 관해 민의를 반영하고 그 적정함을 도모하기 위해, 정령으로 정한 지방재판소 혹은 지방재판소 지부의 소재지에 검찰심사회를 둔다. 단, 검찰심사회의 수는 2백을 밑돌아서는 안되고, 또한 각 지방재판소의 관할구역내에 적어도 하나를 두어야만 한다.

제2조 검찰심사회는, 아래의 사항을 다룬다

검찰관이 공소를 제기하지 않은 처분의 당부를 심사하는 것에 관한 사항

검찰사무의 개선에 관한 건의 또는 권고에 관한 사항

제3조 검찰심사회는 독립하여 그 직권을 행한다.

제4조 검찰심사회는 당해 검찰심사회의 관할구역 내의 중의원 의원의 선거권을 가진 자 가운데서 선정한 10인의 검찰심사원으로써 조직한다.

제9조 검찰심사회 사무국장은 매년 12월20일까지 검찰심사원 후보자의 숫자를 당해 검찰심사회의 관할구역 내의 시정촌에 할당하여, 이를 시정촌의 선거관리위원회에 통지하지 않으면 안된다.

제10조 시정촌의 선거관리위원회는, 전조의 통지를 받았을 때는, 중의원 의원의 선거에 사용하는 당해 시정촌의 선거인 명부에 등록된 자 가운데, 동조의 규정에 의해 할당된 사람 숫자의 배수를 각각 제1군 내지 4군에 속하게 하여 검찰심사원 후보자 예정자를 뽑기로 선정하고, 각 예정자에 대해 검찰심사원으로서의 자격을 조사한 후, 그 자격이 있는 예정자 가운데 동조

규정에 의해 할당된 숫자를 각각 제1군 내지 제4군에 속하게 하여 검찰심사원 후보자를 뽑기로 선정하지 않으면 안된다.

제13조 검찰심사회 사무국장은, 매년 1월 31일에 제1군 검찰심사원 후보자 가운데서 각5인, 4월 30일 제2군 검찰심사원 후보자 가운데서 각6인, 7월 31일 제3군 검찰심사원 후보자 가운데서 각5인, 10월 31일 제4군 검찰심사원 후보자 가운데서 각6인의 검찰심사원 혹은 보충원을 뽑기로 선정하지 않으면 안된다.

제14조 검찰심사원 혹은 보충원의 임기는 각각 6개월로 한다.

제25조 검찰심사회는 검찰심사원 전원이 출석하지 않으면 회의를 열어 의결할 수 없다.

제26조 검찰심사회의는 이를 공개하지 아니한다.

제27조 검찰심사회의의 의사는 과반수로 이를 결정한다. 단, 기소에 상당하는 의결을 할 때에는 8인 이상의 다수에 의하지 않으면 안된다.

제28조 검찰심사회의의 의사에 대해서는 회의록을 작성하지 않으면 안된다.

제30조 고소 및 고발을 한 자, 청구를 기다려 수리해야만 하는 사건에 대해 청구를 행한 자, 또는 범죄에 의해 피해를 입은 자가, 검찰관이 공소를 제기하지 않은 처분에 불복할 경우에는, 그 검찰관이 속한 검찰청의 소재지를 관할하는 검찰심사회에 그 처분의 당부의 심사를 신청할 수 있다. 단, 재판소법 제16조 제4호에 규정하는 사건이나 사적 독점의 금지 혹은 공정거래 확보에 관한 법률의 규정에 위반하는 죄와 관련된 사건에 대해서는 이 제한이 없다.

제32조 검찰관이 공소를 제기하지 않은 처분의 당부에 관해 검찰심사회의의 의결이 있는 경우에는, 동일 사건에 대해 다시 심사의 신청을 할 수 없다.

제35조 검찰관은 검찰심사회의의 요구가 있을 경우, 심사에 필요한 자료를 제출하고, 또는 회의에 출석하여 의견을 말하지 않으면 안된다.

제36조 검찰심사회는 심사신청인 혹은 공사 단체에 조회하여 필요한 사항의 보고를 얻을 수 있다.

제37조 검찰심사회는 심사신청인 혹은 증언을 불러 이를 심문하는 것이 가능하다.

제38조 검찰심사회는 상당하다고 인정되는 자의 출두를 요구하고, 법률 기타 사항에 관한 전문적 조언을 듣는 것이 가능하다.

제40조 검찰심사회는 심사의 결과의결을 한 경우에는, 이유를 첨부한 의결서를 작성하고, 그 등본을 당해 검찰관을 지휘감독한 검사정(檢事正) 혹은 검찰관적격심사회에 송부하고, 그 의결후에 7일간 당해 검찰심사회 사무국의 게시장에 의결 요지를 게시하고, 또한, 제30조의 규정에 의해 심사를 행한 자가 있을 경우에는, 그 신청이 걸린 사건에 대한 의결요지를 이에 통지하지 않으면 안된다.

제41조 검사장은 전조의 규정에 의해 의결서등본의 송부가 있는 경우, 그 의결을 참고하여, 공소를 제기해야만 한다고 사료될 경우에는, 기소의 수속을 밟지 않으면 안된다.

제42조 검찰심사회는 언제라도 검찰사무의 개선에 관해 검사장에게 건의 또는 권고를 할 수 있다.

약자를 위한 사법부



임지봉 (전국대 법과대학 교수)

대학 신입생 때의 일이다. 1학년 때는 교양과목 중심으로 수강을 해야했던 터라 서양사개론을 신청하여 듣고 있었다. 그 과목은 어느 젊은 강사분이 맡고 있었는데, 특히 법대 신입생들이 수강 학생의 상당수를 차지하고 있었다. 그런데, 그 강사분의 '법관(法觀)'은 우리 법대 수강생들을 자못 당혹스럽게 만드는 것이었다. 강의가 소크라테스와 약법 등에 관한 설명으로 이어졌을 때라고 기억하는데, 그분은 법은 '강자의 이익'이라고 딱 잘라 말했다. 법은 사회적·경제적 강자가 그들의 이익을 구체화하여 사회적·경제적 약자들에게 그 준수를 강요하는 '강자들만의 이익'에 다름 아니라는 것이다. 강의실 곳곳에서 웅성거리는 소리가 들려 왔다. 법대 수강생들의 웅얼거림이었다. '사회정의의 실현', '약자의 보호'와 같은 거창한 명제를 법대 입학의 이유로 대며 의기양양하게 갓 입학한 우리들에게, '법'이 '강자의 이익'이라니? 그러면 우리가 앞으로 배우게 될 '법'은 약자들의 가슴에 겨누어지는 강자들의 칼이며, 우리가 되고자 꿈꾸는 법률가는 강자들에게 고용되어, 약자에 대한 착취를 법의 이름으로 정당화하고, 강자들의 넓은 공간에 곡식이 쌓이게 하는 그런 존재에 불과하다는 것인가? 그 후에도 그 강사분의 법관(法觀)은 강의시간 중에 몇 번

더 강조되었고, 그 때마다 그 말쑥에 대한 내적 거부반응과 부정은 필자의 마음 속에서 계속되었다. 하지만 다른 한편으로는 법이 '강자의 이익'일 수도 있다는 찝찝한 우려가 그 후로도 오랫동안 마음 한 구석에 남아있게 되었다.

주지하는 바와 같이 로크나 몽테스키외 등에 의해 권력분립이 강조된 근세이후, 몇몇 사회주의·공산주의국가를 제외한 대부분의 국가들은 권력분립의 원리에 기초한 삼권분립을 그들의 헌법에 받아들이고 있다. 이때 이 '삼권(三權)'은 '삼부(三府)'에 분장되는 권력을 의미하며 이 '삼부'에는 국민의 선거로 뽑힌 국민의 대표들이 법을 만드는 입법부, 국민의 선거로 뽑힌 국민의 대표가 그 최상층부를 구성하면서 입법부가 만든 법을 집행하는 행정부, 국민의 선거로 뽑히지 않고 보통 일정자격을 갖춘 이들이 임명되어 입법부가 만든 법의 의미를 해석하고 구체적 사실관계에 적용하는 사법부가 속한다. 이 삼부는 그 조직과 구성, 권한 등에 걸쳐 여러 차이점들을 가지지만, 입법부, 행정부 - 비록 행정부는 그 최상층부만 선거로 뽑히지만 - 와 달리 사법부는 일반적으로 말해 선거와 무관하게 임명된 판사들로 구성된다는 점에서 구별된다. 이러한 차이점에 크게 주목하면서, 미국 등의 정치학적

나 헌법학계에서는 국민의 선거 등을 통한 국민의 의사에 그 구성과 존립이 달려있는 입법부와 행정부를 '다수파기관(majoritarian institution)', 국민의 의사와는 직접적인 상관 없이 구성되고 존속하는 사법부를 '비다수파기관(non-majoritarian institution)'이라 구별하고 있다. 사법부는 바로 이 비다수파기관이기 때문에 '사회적·경제적 약자의 보호'에 진력할 수 있다. 삼부 중 유일하게 비다수파기관인 사법부는 국민 다수의 목소리에 귀 기울이기 보다는, 다수의 목소리에 묻혀 - 혹은 다수를 가장한 사회적·경제적 강자의 큰 목소리에 눌려 - 듣기 어려운 사회적·경제적 소수와 약자의 목소리에 귀 기울이고 이들의 이익을 법의 적극적·창조적 해석과 적용을 통해 실현하고 보장할 수 있는 태생적 장점을 가지는 것이다. 입법부와 행정부가 다수 국민의 의사를 국정운영에 반영하기 위해 존재하는 '다수'를 위한 기구라면 삼부 중 다른 하나 정도는 '소수와 약자'를 위한 기구가 되어야, '다수의 지배'와 함께 '소수의 보호'를 그 구성요소로 하고 있는 민주주의의 이념에도 더 합치하는 것이 아니겠는가? 또한 이런 의미에서 사법부를 - 무시되기 쉬운 사회적·경제적 약자의 자유와 권리를 포함한 의미에서 - '국민의 자유와 권리의 보장을 위한 최후의 보루'라고 부르는 것이 아니겠는가? 사회적·경제적 약자는 통상적인 '정치 과정(political process)'을 통해서도 그들의 이익을 잘 결집하고 대표하여 이 과정에 반영하지 못한다. 즉 다수파가 주도권을 쥔 다수파기관에서의 의사결정과정에서는 약자들의 이익이 잘 대변되지 못하는 것이다. 따라서, 약자의 이익은 바로 비다수파기관인 사법부에 의해서 가장 잘 대변되고 보장받을 수 있으며 또한 보장받아야 한다.

이런 의미에서 지난 한해 우리의 사법부를

뒤돌아보자. 우리 사법부는 대법원을 정점으로 한 일반법원과 헌법재판소의 두 축으로 이루어진 이원적 사법부 구조를 가지고 있다. 이 중 헌법재판소는 옥상옥에 불과한 불필요한 기구라는 탄생시의 우려를 불식시키며, 꽤 많은 약자를 위한 판결들을 내려왔다고 평가하고 싶다. 작년 11월 29일에 내려진 [재외동포의출입국과법적지위에 관한법률] 제2조 2호에 대한 결정은, 정부수립 이전에 국외로 이주한 동포를 '재외동포'의 범주에서 제외한 법규정에 대해 헌법불합치결정을 내림으로써, 동포로 대우받지 못하고 외국인으로 인식되던 '정부수립 이전의 국외이주 동포'의 이익을 잘 대변한 약자를 위한 판결이었다고 생각한다. 일반법원의 경우에도 과거와는 달리 약자를 위한 판결들을 속속 내리고 있다. 특히 이러한 경향은 몇 년 전의 법개정을 통해 들어온 판사에 의한 영장실질심사에서 뚜렷하다고 본다. 그러나 헌법재판소나 일반법원이 약자보다는 사회적·경제적 강자의 편에 선 판결을 내리는 경우도 드물지 않다. 특히 우리 헌법이 재산권 행사의 공공복리적합의무를 규정한다든지 혹은 사회적 시장경제질서를 규정함으로써 개인 재산권의 사회전체를 위한 한계와 제한을 이야기하고 있음에도 불구하고 이를 도외시하고 민사법적인 논리에만 얽매어 재산권의 보장만을 강조하는 보수적 판결들은, 분명 필자의 눈에는 강자의 기득권을 옹호하기 위한 판결들로 비춰진다. 결론적으로, 사회적·경제적 약자를 위한 판결들을 좀더 많이 내달라고 우리 법원이나 헌법재판소에 부탁하고 싶다. 그것이 다수파기관인 입법부나 행정부와 달리 비다수파기관인 사법부만이 할 수 있고 또 해야 할 바이며, 개인적으로는 '법은 강자의 이익일 수 있다'는 필자의 오랜 기간의 찌찌한 우려를 과감히 떨쳐 버릴 수 있는 길이기 때문이다.

성명 논평 · 보도자료

검찰고위간부의 정치적 행태에 경종을 울려야

김대웅씨 수사 및 사법처리 결과 주목

이수동 전 아태재단 상임이사가 이 용호 사건 수사기밀을 알려준 검찰 고위간부가 당시 서울지검장이었던 김대웅 현광주고검장이라고 진술한 것으로 알려졌다. 검찰고위간부의 수사기밀누출 사실은 이미 특검팀의 수사과정에서 드러난 바 있다. 수사주체인 검찰이 수사사실을 사전에 알려 혐의자의 도피를 도왔다는 것은 도저히 있을 수 없는 일이다. 공무상 기밀 누설이라는 개인적 범법행위를 넘어

서는 중차대한 사안으로 검찰 전체의 도덕성과 직업윤리를 의심하지 않을 수 없게 하는 것이기 때문이다.....

일부 검찰간부의 정치적 태도는 항상 비난의 대상이 되어왔으며 이는 검찰전체에 대한 불신으로 증폭되어 왔다. 이번 사건은 이같은 정치검찰의 극단적인 행태가 수사기밀누출이라는 불법행위로까지 이어져 왔음을 확인시켜주는 것으로, 당연히도 분명한

사실관계를 밝혀 엄정하게 사법처리하는 것만이 검찰의 올바른 태도일 것이다. 이용호 게이트 초기 수사진에 무언의 압력을 행사함으로써 이용호씨를 무혐의 처리토록 한 검찰간부들이 자진사퇴 및 징계 정도의 미온적인 처벌로 유야무야 처리되어왔음을 국민들은 기억하고 있다. 이번 사법처리의지를 주목하는 이유가 여기에 있다.

법관인사 독립이 진정한 사법부 독립

문흥수 판사의 헌법소원을 계기로 법관인사 독립성 확보 위한 제도개선 노력해야

문흥수 서울지법 부장판사가 판사들의 고등부장 승진과 근무평가, 판사 재임명제도 및 현행 법관보수법이 헌법에 위배된다고 헌법소원심판청구서를 제출했다. 임기제와 계급제로 대표되는 현행 법관인사제도가 사법부 독립을 가로막는 요인이었음은 주지의 사실이다.

참여연대는 발탁 승진을 골자로 한 현행 법관 인사제도가 사법부 독립과 민주화를 가로막는 위헌적 제도라는 문흥수 판사의 지적에 공감하며, 차제에 법원이 인사의 공정성과 투명성을 확보하고 더 나아가 민주적 정당성을

확보할 법관인사제도의 개혁에 나서야 함을 지적하고자 한다.

헌법상 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판하게 되어 있음에도 임용, 재임용, 승진 등에서 대법원장 및 각급 법원장의 눈치를 보아야 하는 현재의 법원인사제도에서는 사법부의 독립이 보장될 수 없다. 즉 이제 사법부의 독립은 과거 독재시절의 정치권 내지 독재정권으로부터의 정치적 독립이라는 과제를 벗어나서 대법원장으로부터의 독립, 즉 법관인사로부터의 독립을 추구함으로써 진정한

사법부의 독립을 달성할 수 있다.

따라서 현재 대법원장의 자문기구인 법관인사위원회를 의결기구화해 이러한 법관의 임용, 재임용, 승진, 보직, 나아가서는 대법관 추천 등의 기능을 담당하도록 하는 것은 물론이며 더 나아가 법관인사위원회는 대법원장으로부터도 독립된 기구로 설치하는 것이 옳다. 검찰인사위원회보다 고도의 독립성이 필요하다는 것이다. 검사의 잘못된 처분은 재판을 통해서 바로잡을 수 있지만, 법관의 잘못된 재판을 바로잡을 수 있는 길은 없기 때문이다.

김홍업 및 아태재단 관련 의혹, 특검으로 마무리해야 차 특검 통해 특검제 필요성에 대한 국민적 공감대 형성

이용호 게이트를 수사한 차정일 특검팀의 수사가 마무리됐다. 차 특검팀의 수사성과는 의혹만을 확대재생산했던 검찰수사에 비해 괄목할만한 것으로 높이 평가할만하다. 그러나 이용호 게이트의 핵심이라 할 수 있는 정·관계 로비 의혹은 충분히 밝혀내지 못했고 아울러 검찰의 비호의혹과 수사정보 유출과 관련한 부분에 대한 수사 역시 미흡하다는 느낌을 지울 수 없다.

또한 특검법의 수사기간과 수사대상 밖의 벽에 부딪쳐 김성환씨의 차명계좌를 통한 비자금 관리 및 아태재단 관련 의혹, 이수동씨의 국정·이권개입 의혹도 수사의 단서만을 남겨놓고 말았다. 그럼에도 불구하고 특검팀의

가장 주목할만한 성과는 축소은폐수사로 얼룩진 검찰수사의 문제점을 확인시켜주고 동시에 특검제의 효용성과 필요성에 대한 국민적 공감대를 형성할 계기를 마련했다는 점이다.

이용호 사건 특검수사의 남은 과제는 김성환의 차명계좌를 통한 비자금 관리와 아태재단, 김홍업씨와의 관계 등 권력 중심부를 건드리는 것이 될 수밖에 없다. 차정일 특검팀이 대검으로부터 넘겨받을 때의 '이용호 사건'보다 더욱 특검의 수사가 필요한 상황이 되었다. 그래서 대다수의 국민 여론은 차정일 특검팀의 수사기간을 연장하거나 새로운 특검팀을 구성해 이 사건을 마무리하자는 것이었다. 하지만 정치

권은 이같은 국민의 여망을 반영하지 못했다.

이제라도 아직 규명되지 않은 의혹과 추가로 드러난 비리 의혹은 특검제를 도입해 대미를 장식해야 한다. 앞서 지적했듯이 이번 특검팀을 통해 특검제의 효과가 분명하게 드러났다. 이런 특검효과가 일회적으로 끝나지 않고 지속되어야 한다. 따라서 차제에 정치권은 특검의 수사대상과 기간에 제한을 두지 않도록 특검제를 일반법으로 도입해 이 사건을 수사토록 하는 것이 최선의 방안이다. 하지만 신속한 진실 규명을 위해서 우선적으로 이 사건에 대한 새로운 특검팀 구성도 검토할 수 있을 것이다.

적극적인 권한 행사를 포기한 헌법재판소 결정 사법시험 정원제 위헌소송 각하 결정은 법조계의 기득권을 고착화시킬 우려

헌법재판소는 참여연대가 제기한 사법시험 정원제에 대한 위헌심판청구를 헌법재판관 전원일치의 의견으로 각하했다. 결정이유는 선발예정인원, 합격자 결정방식을 등을 규정하고 있는 사법시험령이 국민의 기본권을 직접적으로 침해하지 않기 때문에 헌법소원의 요건을 갖추지 못했다는 것이다.

이 같은 결정은 그동안 헌법재판소가 '기본권 침해의 직접성'을 지나

치게 엄격하게 해석해 본안판단을 회피해 온 경향의 연장선상에 있는 것으로 현재가 적극적으로 자신의 관할권을 행사하지 않았다는 점에서 아쉬움을 남기며, 이제 정원제로 인한 권리침해를 어디에도 호소할 수 없게 됐다.

사법시험 정원제 위헌소송은 참여연대가 지난 99년 12월 제기한 것이다. 참여연대는 현행 법조인 선발제도인 사법시험은 그 성격상 자격시

험임에도 불구하고 정원제로 운용되고 있어 헌법상 보장된 직업선택의 자유, 재판청구권 및 공무담임권을 침해한다고 보아 헌법소원심판을 청구했었다.

현재는 이번 각하 결정을 내리기까지 무려 2년 3개월의 기간을 소요했으며 그 과정에서 대통령령이던 사법시험령은 정원제의 골격을 그대로 간직한 채 사법시험법으로 바뀌었다. 현재가 '기본권 침해의 직접성'

여부를 판단하는데 이처럼 오랜 시간을 끌어 온 것은 쉽게 이해할 수

없는 것으로 이번 결정이 법조계의 기득권을 유지하기 위한 현재의 교육지

책이 아닌가라는 의혹을 지울 수 없다.

헌법합치적인 인사청문회 얼마든지 가능

인사권 침해 주장은 기득권 수호논리에 불과, 국민의 알권리 차원에서 반드시 도입해야

"검찰총장에 대한 인사청문회 도입을 전향적으로 검토하겠다"는 한광옥 대표의 기자회견 내용에 청와대가 "대통령의 인사권을 침해할 소지가 있다"며 제동을 걸고 있다. 청와대의 주장은 검찰총장은 국회의 임명동의를 필요로 하는 공직자가 아니며 따라서 인사청문회는 대통령의 인사권을 침해함으로써 삼권분립의 원칙에 위배된다는 것이다. 뒤늦게나마 여당이 인사청문회 도입에 전향적인 자세를 보인 것은 환영할 만 것이

다. 하지만 청와대의 위헌주장은 법무부와 검찰의 기존 주장을 되풀이하고 있는 것으로 여전히 국민의 요구를 무시한 채 기득권 수호논리에 빠져 있음을 지적하지 않을 수 없다.

참여연대는 검찰총장 인사청문회 위헌 주장이 전혀 근거가 없는 것이라고 생각하지는 않는다. 현행 인사청문회제도는 대통령의 임명권에 대한 직접적인 통제방식인 국회 인준절차의 하나로 운영되고 있으며 그 근거를 헌법에 두고 있

다. 하지만 현행 헌법 아래에서도 인사청문회를 대통령에 대한 임명권에 대한 제한 내지 침해의 문제만으로 보는 시각을 버리고 국민의 알권리 실현 차원에서의 접근한다면 검찰총장에 대한 인사청문회가 가능하다고 판단한다.

즉 검찰총장에 대한 인사청문회를 '인준을 위한 청문회'가 아닌 '자질과 능력을 검증하기 위한 검증 청문회'로 기능하도록 하면 된다.

이명재 새검찰총장은 뼈를 깎는 검찰개혁으로 국민불신을 해소해야

검찰총장 인사청문회 등 사전검증 요구 무시는 비난받아야

신임 검찰총장에 이명재 전(前) 서울고등검사장이 임명되었다. 이명재 신임 검찰총장은 작년 5월 '아름다운 퇴장'이라는 언론의 찬사를 받으며 검사직을 사퇴했었다. 또한 그는 검찰 재직 시 장영자 이철희 어음사기사건, 영동개발사건 등 특수수사분야에서 그 수사력을 인정받았다. 이런 면에서 전문성과 리더십에서 기본적인 자격을 갖춘 인물로 평가받고 있는 것도 사실이다.

이번 인사를 외부인사 영입이라고 보는 시각이 있으나 진정한 의미의 외

부인사영입이라 보기는 힘들다. 이명재 총장은 검찰을 떠난 지 불과 수개월에 불과하며 여전히 검찰의 시각, 검찰의 조직논리를 가지고 있다고 볼 수밖에 없기 때문이다. 외부인사 영입은 법조경력을 가진 사람 중에서 덕망을 갖추고 민주적이고 개혁적 소신을 지닌 사람을 검찰총장에 임명함으로써 검찰 밖에서 바라본 검찰의 문제점을 인식하고 이를 토대로 정치권의 외풍을 막고 검찰을 개혁하자는 취지에 따라 제기되는 것이며 아울러 이명재 총장이 그 당사자이기도

한 바, 후배기수를 임명으로써 덕망있는 선배검사의 퇴출을 강요하는 검찰의 기수별 위계질서 중시 관행을 극복하자는 문제의식 역시 함축하고 있다. 따라서 이번 인사를 '외부인사 영입을 통한 검찰개혁 추진'이라고 자화자찬할 것은 못된다.

무엇보다 출발부터 신임 총장에 대한 일부 우려와 의구심이 남아 있는 것은 인선과 임명과정에서 자질과 능력을 충분히 검증하지 못한 데 있다. 최근 검찰의 신뢰붕괴는 검찰총장을 바꾸는 것만으로 회복될 수 없

다. 오히려 검찰개혁은 검찰총장의 임명과정에서부터 시작되어야 했으며 당연히 인사청문회를 통한 공개적인 검증 절차를 통해 임명이 이뤄져야 했다. 하지만 이번에도 검찰총장 임명절차와 과정은 인선과정의 비공개와 공개적 검증 없이 진행되었다. 국민적 동의 없는 밀실인사에 따른 폐해로 지긋지긋한 검란을 경험하고서도 여전히 개선의지를 보이

지 않은 것은 이번 인선의 적정성 여부를 떠나 국민적 비난을 받아 마땅하다. 따라서 이런 절차상의 미흡함이나 이 공개적 검증을 거치지 않은데서 오는 이러저러한 의구심을 불식시키기 위해서라도 신임 검찰총장은 검찰혁신의 의지와 함께 구체적인 검찰개혁 일정과 내용을 분명히 밝혀야 한다. 지금까지 검찰이나 정부에서 제시해온 미온적인 수준을 넘어서는 근본적인 검찰개

혁 의지와 결단이 필요하다. 최근 터져 나오는 각종 비리사건과 이에 대한 국민의혹에 대해 중립적이고 철저한 수사로 사정중추로서의 기능을 회복하는 한편, 검찰 내부적으로도 인사를 통한 조직의 안정화만을 추구하기보다 검찰 구성원들의 도덕적 해이를 방지하고 복무기강, 공직윤리 등을 엄격히 할 대책을 마련해야 한다.

차특검 수사기간 연장해야한다 '73.6%'

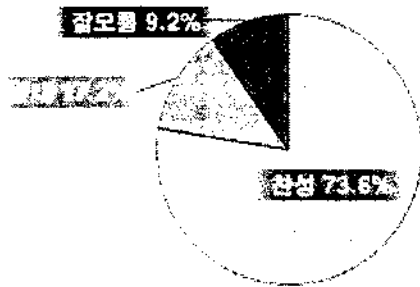
전국 성인 1천명 여론조사, 친인척비리도 특검에게 75.8%

'차정일 특검은 계속되어야 한다'는 여론조사 결과가 나왔다. 차정일 특검팀의 수사기한을 불과 일주일 남겨두고 참여연대가 실시한 여론조사에서 국민들

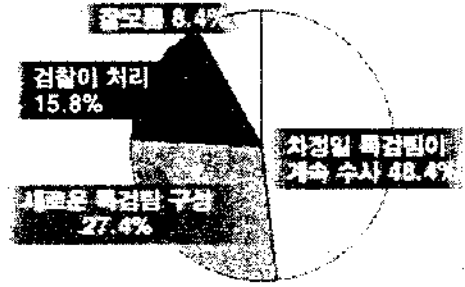
의 73.6%가 수사기간 연장에 찬성한 것으로 나타났다. 또한 차 특검팀 활동에 대해서도 과반수 이상이 긍정적인 평가를 내리

고 있으며 대통령 친인척 비리 등에 대한 수사도 현재의 차 특검팀에게 맡기는 것이 바람직하다고 생각하는 것으로 나타났다.

Q. 수사기간 연장에 대한 찬반여부



Q. 친인척 비리 수사에 대한 견해



변호사 법학자 90% "검찰총장 인사청문회 필요"

검찰개혁방안에 대한 변호사, 법학자 200명 여론조사 결과

변호사, 법학자의 90% 이상이 검찰의 중립성 확보를 위해 검찰총장 인사청문회 도입이 필요하다고 생각하고 있는 것으로 나타났다. 또한 과반수

이상이 검찰개혁 방안으로 시민단체가 주장하고 있는 특별검사제 상설화와 검사동일체 원칙 폐지에 동의하고 있는 것으로 나타났다.

참여연대가 특감본부 수사결과와 법무부 검찰개혁방안 등에 대해 여론조사 전문기관인 한길리서치에 의뢰해 변호사와 법학교수 각각 100명씩 조

사한 결과 이같이 드러났다.

▲ 변호사, 법학자 200명에게 여론 조사한 결과 이용호 사건에 대한 특검 본부 수사결과 58%가 신뢰할 수 없다고 대답했다. 또한, 특별수사검찰청 신설에 대해서는 71.5%가 형식적 독립성에 불과하다고 평가했다.

여론조사 결과 변호사 및 법학교수들은 특별수사검찰청은 형식적 독립성만을 갖춘 것으로 실효성을 거둘 수 없다고 평가(71.5%)하는 것으로 나타났다. 또한 검찰총장에 대한 인사청문회를 실시해야 한다는 의견(90.5%)이 압도적이며, 특검제는 상설적으로 도입해야 하고(53.5%)하고,

검사동일체 원칙은 폐지(51.5%)해야 한다는 의견을 보였다. 아울러 이용호 사건에 대한 특별검찰본부의 수사결과를 신뢰할 수 없으며(58.0%), 법무부가 발표한 검찰개혁방안에 대해서도 미흡한 수준으로 평가(66.0%)하고 있는 것으로 드러났다.

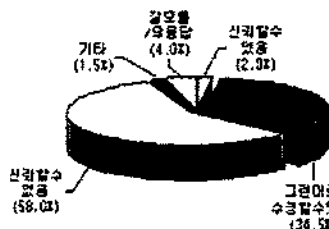
▲ 참여연대 등이 주장하고 있는 특검제 상설화에 대해서는 53.5%가 찬성했다. 검사동일체 원칙에 대해서도 51.5%가 폐지해야한다고 답변했다.

한편 검찰인사위원회를 강화하고 외부인사를 참여시킴으로써 검찰인사의 공정성 확보에 크게 기여할 수 있을 것으로 평가(68.0%)하고 있으며,

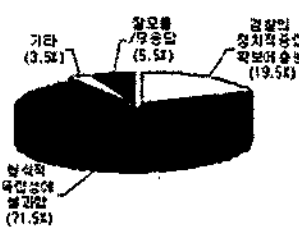
검찰의 기소독점권을 견제할 제도적 장치로는 재정신청을 모든 범죄로 확대(40.0%)하고 검찰심사회 제도, 일부 기소법정주의 등의 외부적 견제 장치의 도입(32.5%)이 필요하다고 생각하는 것으로 나타났다. 또한 검찰의 내부결재 제도의 개선의 필요하며(86.0%) 검찰개혁을 위해 가장 중요한 것은 검찰 스스로의 개혁의지(51.0%)라고 평가하는 것으로 드러났다.

▲ 법무부 개혁안에서 제외된 검찰총장인사청문회에 대해 90.5%가 필요하다고 응답했다. 한편 법무부 개혁안에 대해서는 66%가 미흡한 수준이라고 평가했다.

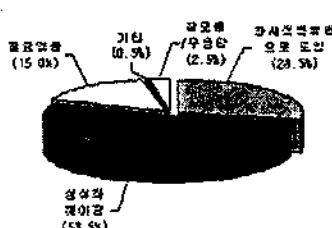
< 이용호사건 특검 결과에 대한 평가 >



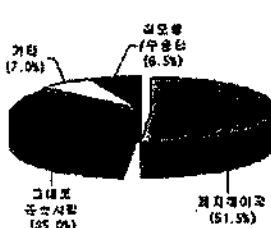
< 특별수사검찰청 신설에 대한 견해 >



< 특별검사제 도입에 대한 견해 >



< 검사동일체 원칙 존폐에 대한 견해 >



참여연대, 검찰개혁 10대 요구사항 발표

특별수사검찰청은 특검제 상설화 반대 위한 허구적 구호

참여연대는 '검찰개혁 10대 요구사항'을 발표하는 기자회견을 열고 검찰과 여야, 대통령에게 강력한 검찰개혁을 촉구했다. 참여연대는 검찰

붕괴의 원인은 "그동안 검찰개혁 요구를 무시하고 미봉책으로 일관했던 것"이라고 지적하고 "검찰을 정권의 전리품으로 이용"하려 김대중 정부가 검

찰과 함께 위기를 맞고 있다고 비판했다.

검찰개혁 10대 요구사항

● 3대 긴급과제

1. 특검제 상설화



- 허구적 특별수사검찰청으로는 안된다.

2. 검찰총장 인사청문회 실시

- 국민을 위해 봉사하는 검찰총장을 뽑자

3. 검사동일체 원칙 폐지

- 현행 검찰조직은 민주주의와 양립할 수 없다.

● 7대 개혁과제

4. 재정신청 대상 전면확대

- 유신하의 인권제

한 이제는 바뀌어야 한다.

5. 검찰인사위원회의 의결기구화 및 외부인사 참여

- 인사 중립, 인사 개방

6. 구체적 사건에 대한 법무부장관의

검찰총장 지휘권 폐지

7. 검찰심사회 제도 도입

- 한국판 시민배심원 도입하자

8. 검사윤리강령 구체화

- 형식적 윤리강령은 없는 거나 마찬가지이다.

9. 수사과정에서 변호사의 조력을 받을 권리 확대 - 인권보장의 첫걸음

10. '검찰개혁위원회' 구성 - 국민의 합의로 검찰개혁 이뤄야 합니다.

검찰, 시민단체의 고소·고발 대부분 무혐의 처리

민사소송이나 행정소송은 상대적으로 승소율 높아

시민단체가 공익적 차원에서 제기한 각종 형사소송이 검찰에 의해 대부분 기각되는 것으로 나타났다. 반면 민사소송과 행정소송의 경우에는 승소율이 상대적으로 높은 것으로 나타났다. 참여연대가 창립이후 7년간 108건에 이르는 공익소송을 분석한 결과 이같이 드러났다.

이 분석결과에 따르면 검찰에 고소·고발한 사건은 모두 34건으로 이중 무혐의 처리된 사건은 절반에 가까운 15건에 이르렀다. 이 중 '부실기업주 강제집행면탈죄 고발', '삼성전자 이사회 의사록 위조 고발 건', '제일은행 주주 총회권 업무방해 고발 건', '인천세무서 공무원 뇌물공여 건', '오비맥주 영등포공장 부지매매 관련, 공문서위조 및 조세포탈 고발 건' 등이 포함되어 있다. 참여연대는

"검찰에 고소·고발한 사건 중 상당부분 근거가 있는 사건조차도 무혐의 처리되었다"며 "이대로라면 검찰 무용론이 나올 판"이라고 검찰의 소극적인 수사태도에 불만을 표시했다.

한편, 참여연대가 제기한 민사소송은 신청사건을 포함하여 총 45건(본안 소송 36건, 가처분 신청 9건) 중 승소 11건, 가처분 인용(가처분이 받아들여짐) 4건, 승소 후 항소심 계류중인 사건은 3건으로 상대적으로 형사소송에 비해 승소율이 높은 것으로 나타났다. 민사소송 승소사건 중 대표적인 것은 '제일은행주주 대표소송', '현대중공업위자료청구소송', '지하철 2호선 운행지연사고 손해배상청구소송', '검찰의 민간인 불법사찰에 대한 손해배상청구소송'

등이며, 신청사건 중에는 삼성전자를 상대로 한 '전환사채권전환금지가처분', '주식상장금지가처분', '주식처분금지가처분' 등이 인용되었다.

참여연대는 "민사소송은 대개 승소가능성까지를 검토하여 소를 제기하며, 일회성 소송으로 그치기보다는 각종 기획사업의 연장선에 있기 때문일 것"으로 그 이유를 진단하였다.

참여연대가 제기한 총 20건의 행정소송은 모두 20건으로 이중 8건이 승소(승소확정2, 승소 후 항소 6)한 것으로 나타났다. 승소가 확정된 사건은 '노령수당지급대상자선정제외 처분취소청구소송', '비닐하우스촌 전입신고거부처분취소소송' 등 사회복지관련 사건이며, 하급심에서 승소한 후 항소심에 계류중인 6건은 지난 99년부터 참여연대가 활발

하게 전개하고 있는 정보공개분
야의 소송이다.

· 행정소송의 승소율이 높은 반면
모두 9건에 이르는 헌법소원은 각
하 2건, 기각 4건, 계류 3건으로
지금까지 결정된 사건은 모두 받

아들여지지 않았다. 헌법소원이
기각된 사건 중에는 오래 전부터
위헌여부가 쟁점이 되어왔던 '투표
연령 만 20세 이상에 대한 헌법소
원심판청구 건'과 위헌의견이 더
많은에도 불구하고 합헌 결정이 난

'의료보험수가인상에 대한 헌법소
원심판청구 건'과 위헌의견이 더 많
음에도 불구하고 합헌 결정이 난 '
의료보험수가인상에 대한 헌법소
원심판청구 건(위헌 5, 합헌 4 건)'
등이 포함되어 있다.

의견서

"사형이 폐지되어야 하는 10가지 이유"

"사형폐지에관한특별법안"에 '적극찬성'의사 밝혀

사법감시센터는 "사형폐지에관한
특별법안 추진에 적극 찬성하며, 사
형제도의 폐지를 위해 노력할 것이
라고 밝혔다.

이번 의견서는 최근 국회의원 93
명의 발의(대표발의 정대철 의원)
로 추진되고 있는 '사형폐지에관한
특별법안'과 관련해 국회 법제사법
위원회가 참여연대에 의견제시를
요청해 옴에 따라 이뤄진 것이다.

1. 사형은 야만적이고 비정상적인
형벌이다.
2. 사형폐지는 세계적 추세이다. 사
형을 폐지하거나 10년이상 처형하
지 않는 나라가 점점 늘어나고 있
다. 1999년 현재 105개국 이 법률
상·사실상 사형을 폐지했다.
3. 사형이 중대범죄를 억제하는 효

과가 있다는 주장은 입증되지 못하
고 있다. 사형은 살인율에 실질적
영향을 끼치지 못한다.

4. 생명의 존엄성을 보호해야 할 국
가가 사형이라는 제도적 살인의 주
체가 되어선 안된다.
5. 피해자의 법감정에 비추어 사형
이 필요하다는 주장을 한다. 그러나
피해자보호를 위해서는 피해자와
그 가족을 위한 정신적, 물질적 지
원의 노력이 가장 중요하다. 가해자
를 사형시킨다고 피해자에게 돌아
오는 실제 이익은 아무 것도 없다.
6. 모든 판결에는 오판가능성이 없
지 않다. 불완전한 인간에 의한 재
판으로 돌이킬 수 없는 사형을 과하
는 것은 지나친 오만이다.
7. 아무리 흉악범이라고 해도 개선

가능성이 있다. 사형은 인간의 개선
가능성을 원천적으로 부인하는 것
이다.

8. 오늘날 국가는 사형에 의하지 않
고서도, 교도소에 장기구금함으로
써 흉악범의 재범을 억제할 수 있는
능력을 갖추고 있다.
9. 사형폐지를 시기상조로 보는 여
론이 더 우세하다고 한다. 그러나
이는 범죄의 실태, 사형수의 삶과
개선가능성에 대한 충분한 정보를
갖지 못한 상태에서 주장되는 것이
다. 충분한 정보와 풍부한 토론은
사형수에 대한 부당한 선입관을 시
정할 수 있을 것이다.
10. 사형은 직무상 사형집행에 관여
해야 하는 자의 인권을 침해한다.