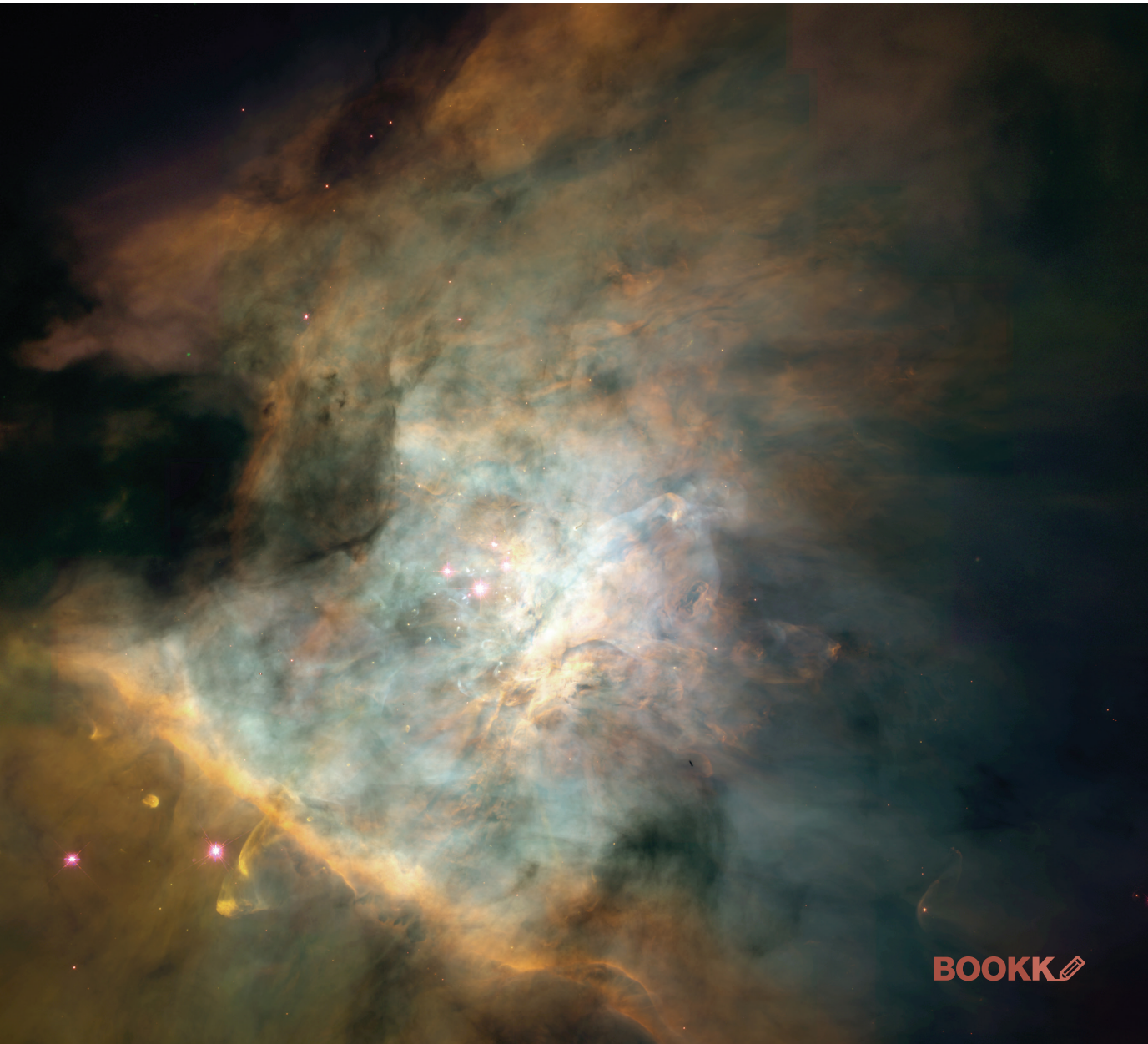


A Life and Days in Law

법과 생활

김 기영 (Kiyoung Kim) 지음



법과 생활 (法과 生活)

- A Life and Days in Law -

법과 생활

발행 | 2022년 12월 12일

저자 | 김기영 (Kiyoung Kim)

펴낸이 | 한건희

펴낸곳 | 주식회사 부크크

출판사등록 | 2014.07.15.(제2014-16호)

주소 | 서울특별시 금천구 가산디지털1로 119 SK트윈타워 A동 305호

전화 | 1670-8316

이메일 | info@bookk.co.kr

ISBN | 979-11-410-0599-3

www.bookk.co.kr

© 김기영 2022

본 책은 저작자의 지적 재산으로서 무단 전재와 복제를 금합니다.

법 과 생 활

김 기영(Kiyoung Kim) 지음

머리말

그동안 많은 전문서적을 출간한 경험을 가지고 있지만, 이번 출간하는 법과 생활은 생활 현장에서 느낀 바를 진솔하게 담고 있어 독자들이 쉽게 읽을 수 있게 하였다. 항상 법이 무엇인가를 생각하면서 단조로운 일상을 살아야 하는 변호사, 법학교수로서, 우리 주변의 이야기는 빈곤한 사고의 저변을 넓혀 준다. 조선대학교 법사회대학에서 학생들을 가르치는 백면서생이지만, 서울과 광주를 오가면서 한국 사회를 객관적으로 바라볼 수 있는 시간을 가질 수 있었던 것은 본서 출간을 가능하게 한 동인이었다. 본서는 정밀한 법이론이나 사례 분석, 또는 판례에 대한 학술적 비평을 담고 있지 않다. 다만 지난 수년간 느껴온 바를 일상의 시간에 연결한 천학비재한 한 법학도의 단상과 에세이 모음집이라 할 수 있다. 페이스북을 통하여 발표된 글들을 정리하여 학술적 외관을 씌운 부끄러운 졸작이다. 그러나 저자로서 작은 소망이 있다면, 그것은 독자들이 함께 살아 온 시간들을 반추하면서, 민주주의와 법치주의의 가치를 조금이라도 음미할 수 있었으면 하는 것이다.

2022. 11. 12.

분당 우거에서

[CONTENTS]

1. 部分社會와 國家	7
2. 명예훼손죄와 전파가능성	10
3. 寄與分 制度	13
4. 狂亂의 대통령선거	16
5. 映畫 精武門	22
6. 憲法裁判所	26
7. 백신 자본주의	30
8. 천안함과 한강 대학생	38
9. 公務員의 倫理와 責任	45
10. 유로크라트(Eurocrat)와 헌법경제학	53
11. 프레드(Fred)와 베르그송(Bergson)	64
12. 샤일록(Shylock)과 동키호테(Don Quijote)	73
13. 야누스(Janus)의 두 얼굴	84
14. 바나나 공화국과 학자 공화국	92
15. 줄리아드(Juilliard)와 줄리아니(Guiliani)	100
16. 사람과 천연가스	110
17. 압둘 자바(Abdul-Jabbar)와 맥월드(McWorld)	119
18. 청출어람(靑出於藍)과 타이거 맘(Tiger Mom)	130
19. 드레드 스코트(Dred Scott)와 그래피티(Graffiti)	138

20. 유익종과 페어차일드(Fairchild)	164
21. 아담 티끌(Adam Tickell)과 재미 펙(Jamie Peck)	172
22. 두명의 학생(Taliban)과 말 지기(Afghanistan)	179
23. 한젤(Hansel)과 그레텔(Gretel)	192
24. 비스마르크(Bismarck)와 카네기(Carnegie)	199
25. 주현과 노주현	211
26. 푸르동(Pourdhon)과 헌팅톤(Huntington)	220
27. 김병준과 진성준	232
28. 아프리카(Africa)와 비인(Wien)	240
29. 김사랑과 김은혜	262
30. 혜은이와 노동일	270
31. 인순이와 직업병	280
32. 정난이와 전인권	298
33. 김관진과 문갑식	310

《참고문헌》

[국내서]

[국내 법령 및 판례]

[해외 서적]

[해외 법령 및 판례]

1. 部分社會와 國家

국립대학교 대학원에 부정한 방법으로 입학하여 다른 학생과 마찬가지로 똑같이 공부하고 교수까지 된 모씨가 나중에 부정입학 사실이 발각된 경우 그자의 운명은 어떻게 될까요? 마찬가지로 의전원이나 로스쿨을 졸업한 의사나 변호사의 운명은 어떻게 될까요?

사안이 국립대학이므로 범상 국가와 같은 주체가 되고 부정입학에 대한 일정한 조치는 행정처분으로서의 성격을 갖습니다. 따라서 이해관계있는 자는 상급관청에 이의제기, 항고 등을 통하여 불복할 수 있습니다. 이때에 상급관청은 동일한 행정부내의 기관이므로 행정심판의 독립성이랄지 준사법적 성격에도 불구하고 비교적 제약없이 새로운 처분 같이 결정할 수 있습니다.

상급관청의 처분이 최종적인 경우 이에 대하여 법치행정의 원칙에 따라 독립된 사법심사가 보장되어 있고, 따라서 이해관계인들은 소송을 통하여 결정을 다투게 됩니다. 소위 행정소송법상 항고소송을 통하여 다투게 되는데, 법원은 첫째, 이해관계인에 의하여 제기된 적법한 소송인가, 둘째, 행정청의 재량권 일탈 남용은 없었는가를 기준으로 심사할 것입니다(김춘환, 1995). 요즘 텍사스주 부정심판 제소가 본안심리에 들어가지 못하고 연방법원에 의하여 각하된 것은 텍사스주가 이해관계인이 아니기 때문입니다(김춘환, 1998).

학교나 불리한 처분을 받은 모 교수, 모 의사, 모 변호사 등이 직접적으로 이해관계인이 되는 것은 당연합니다. 불의를 보고는 참지 못한다, 열렬 시민 그룹들이 불의한 결과라고 주장하면서 다툴 수 있는가? 이는 공법소송에 있어 공익소송의 제소적격 문제가 될 것이지만, 법원은 제소적격이 있다는 주장을 받아 들일 가능성이 많지 않습니다. 언젠가 말하였듯이 사법권 영역에서 중요한 것

법과 생활

은 최대다수의 최대행복이라는 컨셉트를 넘어, 특별한 상황에서의 구체적 정의를 학자적 방법으로 심리하고 판단하는 것입니다. 그것이 사법부의 헌법적 사명이기 때문입니다.

다음으로 행정청의 재량권 일탈 남용에 대한 심사의 경우 법원은 여러 사정을 고려할 것입니다. 일반적으로 국립대학교이든 사립대학교이든 학교라는 부분사회의 자율성을 먼저 보아야 합니다. 처분의 정당성 문제를 살피면서도 재량권 일탈 남용이 현저하지 않는 한, 학교나 학사의 문제에 관하여 법원은 학교의 처분을 존중할 가능성이 매우 큽니다. 처분의 정당성과 관련하여 법원은 신뢰 보호의 원칙, 비례의 원칙, 법치행정의 원칙 등 여러 공법상 원칙이나 독자적 사정변경이론 같은 것을 생각할 것입니다(김동희, 1989, 1996).

이 사례의 모씨들은 이미 많은 시간이 경과하여 자신의 잘못은 사소한 것이라고 생각할 것이고, 현실에 대한 신뢰가 쌓여 있는 자들일 것입니다. 이에 대하여 소송은 교수, 의사, 변호사로서의 자격이 없다, 학위수여결정은 취소되어야 한다, 원인무효를 인정하는 소유권 법리에 따라 부정입학으로 대학원 학위가 취소되면 교수 지위, 변호사나 의사의 자격까지 원인무효에 따라 취소되어야 한다 등등 여러 청구나 주장이 제기될 수 있습니다.

여러분 시간이 지나 현실에 대한 신뢰가 쌓인 자를 법원이 어느 정도 보호해야 된다고 생각하십니까? 부정입학으로 이루어진 신뢰를 법은 보호해야 할까요? 이미 대학원에서 똑 같이 수학하여 다른 졸업생들과 대등한 직업윤리나 전문지식을 가졌다면, 자격의 소급적 취소처분은 사법상 사정변경원칙 등을 준용하여 재량권 일탈 남용으로 보아야 할까요? 비례의 원칙을 생각해 볼 대목입니다. 보통 학위나 전문면허증에 취소 소송에 있어 사법심사의 기준은 소유권이나 재산권에 대한 불리한 처분에 준하여 행해집니다. 그렇다면 재산권에 관한 법리인 원인무효의 법리가 적용될 수 있을까요? 아마도 가장 중요한 기준은 국가라는 공동사회, 전체사회와 부분사회 또는 이익사회의 자율성의 문제가 될 것입니

다(Tönnies, 2012). 사회의 다원성은 민주주의의 중요한 기준입니다. 한편 법원은 법과 양심이라는 기준을 통하여 공동체 사회인 국가를 유지하고 헌법적 가치를 수호하는 최후의 보루라 할 수 있습니다.

우리가 공부하고 졸업하여 학위를 취득하거나, 시간을 들여 시험준비하고 자격시험에 합격하는 것이 단순히 사회적 인증의 문제일까요, 아니면 소유권적 성격의 것일까요? 학위와 전문가 자격은 구별되고 달리 보아야 할까요? 여러 문제들이 제기되고, 법원은 여러 사정을 고려하여 판단하겠지요. 복잡한 특수한 사정들이 구체적 정의에 관한 문제로서의 사법권의 성격을 보여줍니다. 가수 홍진영의 학위최소와 당해 학위를 이용하여 유명 역사강사가 된 설민석의 학위최소가 똑같은가요?

화해나 인락같은 특수한 경우가 아닌한 법관들은 중개인이나 중재인처럼, 모두 만족했다, 끝이다라고 할 수 없습니다. 그래서 훌륭한 법관의 자질은 여러 복잡한 사정 속에서 선례간 차이를 법리적으로 구별하면서도, 사회의 룰로서 보편화될 수 있는 판결과 이유를 생산하는데 있습니다. 법은 왜 법의 여신상으로 상징될까요? 여성은 구별 잘하고 차이를 잘 알 수 있기 때문일까요? 칼과 저울은 룰을 만들기 위한 고생, 룰의 엄정함 때문일까요? 아마 그 모두이겠지요.

2. 명예훼손죄와 전파가능성

A는 갑 학교 교수로 재직하면서 교수평의회 사무총장의 보직을 수행하고 있는 자이다. 갑 학교 교수평의회는 교수들의 자발적 결사체로서 대학 행정에 관하여 총장에게 의견을 제시하고 학교문제에 관한 의견을 수렴하며 학교정책을 비판하는 역할을 하고 있다. 같은 학교 을 대학 병 학과 교수 20인이 학과조정에 관한 학교정책에 불만을 제기하면서, 학교정책을 신랄히 비판하자, A는 병 학과 교수 20인에 대한 비리를 수집하고 자신의 대학 동기이자 이 학교 부총장인 B의 사무실에서 지득한 사실을 과장하거나 왜곡함으로써, 허위의 사실을 적시하여 병 학과 교수들의 명예를 훼손하였다. 한편 수집된 비리정보를 요약한 10페이지 서면자료를 학교의 수백명 교수에게 회람케 하고, 징계절차를 밟고자 하니 서명 동의케 하였다. 나아가 수집된 비리정보가 첨부된 교원징계청원서를 교원징계에 관한 주무부서장인 C 교무처장에게 제출하여, 징계절차를 개시하고 적절히 처리해 줄 것을 요청하였다. 병 학과 교수들의 고소로 수사가 진행되었고, 검찰은 갑 교수를 형법 제 307조에 의율하여 기소하였다. 이러한 사안에 있어 피고인은 형법상 명예훼손죄로 처벌되는가?

우리 형법은 제307조 ①에서 명예훼손죄를 규정하면서, ②항에서 허위의 사실을 적시하여 명예를 훼손한 경우 이를 가중하여 처벌하고 있다. 즉 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처하고, 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 한편 형법상 범죄는 위법하고 비난가능성 있는 행위가 있어야 성립하므로, 명예훼손죄로 처벌하기 위하여는 먼저 명예훼손죄의 구성요건에 해당하는 사실이 있어야 하는 바(박상욱 & 김대휘, 2020), 이 사안에서 피고인의 행위를 3가지로 나누어 살펴보아야 한다. 아마도 검찰의 공소사실은 첫

째, 피고인이 부총장인 B의 사무실에서 지득한 사실을 과장하거나 왜곡함으로써, 허위의 사실을 적시하여 병 학과 교수들의 명예를 훼손한 사실, 둘째, 수집된 비리정보를 요약한 서면자료를 교수들에게 회람케 하고 서명 동의케 한 사실, 셋째, 교원징계청원서를 C 교무처장에게 제출하여, 적절히 처리해 줄 것을 요청한 사실 등 3가지 정도라 할 수 있다. 우리의 명예 감정은 사실을 적시하여 명예훼손을 하였다 하더라도 공연성 요건을 갖추지 아니하는 한 처벌하지 않는다. 즉 공연성이 없는한 협박죄나 모욕죄에 해당할 수는 있지만, 명예훼손죄로 별할 수 없다. 이때 공연성이란 ‘불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태’를 말하는데, 일인 또는 소수의 사람을 대상으로 명예훼손을 한 경우라도 전파가능성이 있으면 공연성이 인정된다는 것이 판례이다. 우리 판례에 따라 A의 행위를 살펴보자.

우리 판례에 따르면, “특정 소수에 대한 사실적시의 경우 공연성이 부정되는 유력한 사정이 있다고 볼 수 있으므로, 전파가능성에 관해서는 검사의 엄격한 증거가 필요하다. 발언 상대방이 발언자나 피해자의 배우자, 친척, 친구 등 사적으로 친밀한 관계에 있는 경우 또는 직무상 비밀유지의무 또는 이를 처리해야 할 공무원이나 이와 유사한 지위에 있는 경우에는 그러한 관계나 신분으로 비밀의 보장이 상당히 높은 정도로 기대되는 경우로서 공연성이 부정된다. 위와 같이 발언자와 상대방, 그리고 피해자와 상대방이 특수한 관계에 있는 경우 또는 상대방이 직무상 특수한 지위나 신분을 가지고 있는 경우에 공연성을 인정하려면 그러한 관계나 신분에도 불구하고 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있다고 볼 만한 특별한 사정이 존재하여야 한다 (대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도 5813 전원합의체 판결; 2015도12933 명예훼손).”

첫째 행위는 무죄의 가능성이 매우 높다. 즉 사안의 경우 피고인 A가 사무실에서 이 사건 발언을 할 당시 B만 있었고, A와 B는 교수직에 종사하면서 오랜 지기로 지내왔고 갑은 비밀을 보장해 줄 것을 전제하는 등, 제반정황에 비추어 공연성이 부정될 유력한 사정이므로, 피고인의 발언이 전파될 가능성에 대해서는 검사의 엄격한 증거가 필요하다고 보아야 한다. 또한 피고인과 B의 친

법과 생활

밀 관계를 고려하면 비밀보장이 상당히 높은 정도로 기대되기 때문에 공연성을 인정하려면 그러한 관계에도 불구하고 불특정 또는 다수인에게 전파될 수 있다고 볼 만한 특별한 사정이 있어야 하는데, 피고인이 B앞에서 한 발언 경위와 내용 등을 보면 위 발언이 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 보기 어렵거나 피고인에게 전파가능성에 대한 위협을 용인하는 내심의 의사가 있었다고 보기 어렵다고 보는 것이 타당하다.

둘째, 징계 처리 요청 명예훼손의 점은 피고인 A가 피해자들의 비리가 많고 법과 학칙의 여러규정을 위반하였으니 징계처리절차를 밟아 적절한 징계를 내려야 한다는 청원서를 작성하여 C 교무처장을 통하여 학교본부에 제출하였다는 것인데, 학교의 징계절차는 직권으로 또는 제보를 통하여 개시되고, 교무처장이 주관하며, 학교 내부의 검토·보고를 거쳐 절차를 진행하고 징계를 결정하는 점, 이 부분에서 문제된 청원서는 피고인이 피해자들에 대한 징계처분을 요청하기 위하여 그 담당자에게 요청서를 제출한 것이어서 담당자를 통하여 불특정 또는 다수인에게 전파될 가능성이 있다고 보이지 않는다고 보아야 한다(위 판례 참조).

셋째, 서명자료 부분 명예훼손의 점의 요지는 피고인들이 허위사실을 적시한 서명자료를 만들어 동료 수백인에게 읽고 서명하게 하였다는 것인데, 피고인의 행위는 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에 해당한다고 보인다. 한편 명예훼손죄는 추상적 위험범으로 불특정 또는 다수인이 적시된 사실을 실제 인식하지 못하였다고 하더라도 인식할 수 있는 상태에 놓인 것으로도 명예가 훼손된 것으로 보아야 한다(위 대법원 2020도5813 전원합의체 판결 참조). 또한 발언 상대방이 이미 알고 있는 사실을 적시하였더라도 공연성 즉 전파될 가능성이 없다고 볼 수 없다(대법원 1993. 3. 23. 선고 92도455 판결 등 참조). 따라서 명예훼손에 있어 적시된 사실이 설령 동료들 사이에 만연한 소문이었다고 하더라도 공연성이 인정된다고 보아 처벌될 수 있다.

3. 寄與分 制度

우리 법에는 상속인이 피상속인의 재산을 상속함에 있어 기여분(寄與分) 제도를 두고 있다. 기여분(寄與分)제도란 공동상속인 중에 상당한 기간 동거·간호 그 밖의 방법으로 피상속인을 특별히 부양하거나 피상속인의 재산의 유지 또는 증가에 특별히 기여한 자가 있는 경우, 그가 기여한 부분을 기여분으로 인정하여 그의 상속분에 기여분을 가산해주는 제도를 말한다. 구체적으로 기여분에 대한 권리인 기여분권은 피상속인의 재산에 기여한 자 또는 부양한 자가 그의 상속분 산정 시 기여분을 상속분에 산입 받을 권리로서, 상속권의 일부분이며, 기여분권리자는 공동상속인 중의 한 사람이어야 한다. 따라서 기여분권리자는 「민법」 제1000조의 상속순위에 따라 실제로 상속인이어야 하고, 상속결격사유(민법 제1004조)가 있거나 상속권을 포기한 자(민법 제1041조)는 제외된다.

갑은 전처 을이 사망하자, 정과 재혼하고 둘 사이에 태어난 무 등을 두고 있다. 갑은 또한 전처인 을 사이에 태어난 자녀들인 병 등이 있다. 갑의 사망으로 상속이 개시되고, 병 등이 갑의 후처인 丁 및 甲과 丁 사이에 태어난 자녀들인 상속인 戊등을 상대로 상속재산분할을 청구하자, 丁이 甲이 사망할 때까지 장기간 甲과 동거하면서 그를 간호하였다며 丙등을 상대로 기여분결정을 청구하고 있다. 이에 대하여 병 등은 甲이 병환에 있을 때 丁이 甲을 간호한 사실은 인정할 수 있으나, 기여분을 인정할 정도로 통상의 부양을 넘어서는 수준의 간호를 할 수 있는 건강 상태가 아니었고, 통상 부부로서 부양의무를 이행한 정도에 불과하다고 하면서, 균등하게 상속하여야 하고 기여분을 인정할 수 없다고 하고 있다. 통상 부부로서 부양의무를 이행한 정도에 불과하다면, 기여분 인정요건은 특별한 부양에 해당할까요? 우리 법원은 피상속인의 배우자가 장기간 피상속인과 동거하면서 피상속인을 간호한 경우, 그 배우자에게 민법 제1008조의2에 따른 기여분을 인정할 것인지 여부와 그 정도를 판단하는 기준에 관한 2019.11.21.자

법과 생활

판결에서 다수의견과 조희대 대법관의 소수의견으로 견해가 갈리고 있다.

대법원 2019. 11. 21 자 2014스44, 45 전원합의체 결정 [상속재산분할 · 상속재산분할] [공2020상, 27].

[다수의견] 배우자가 장기간 피상속인과 동거하면서 피상속인을 간호한 경우, 민법 제1008조의2의 해석상 가정법원은 배우자의 동거·간호가 부부 사이의 제1차 부양의무 이행을 넘어서 '특별한 부양'에 이르는지 여부와 더불어 동거·간호의 시기와 방법 및 정도뿐 아니라 동거·간호에 따른 부양비용의 부담 주체, 상속재산의 규모와 배우자에 대한 특별수익액, 다른 공동상속인의 숫자와 배우자의 법정상속분 등 일체의 사정을 종합적으로 고려하여 공동상속인들 사이의 실질적 공평을 도모하기 위하여 배우자의 상속분을 조정할 필요성이 인정되는지 여부를 가려서 기여분 인정 여부와 그 정도를 판단하여야 한다. 배우자의 장기간 동거·간호에 따른 무형의 기여행위를 기여분을 인정하는 요소 중 하나로 적극적으로 고려할 수 있다. 다만 이러한 배우자에게 기여분을 인정하기 위해서는 앞서 본 바와 같은 일체의 사정을 종합적으로 고려하여 공동상속인들 사이의 실질적 공평을 도모하기 위하여 배우자의 상속분을 조정할 필요성이 인정되어야 한다. 이 사안을 보면 甲이 병환에 있을 때 丁이 甲을 간호한 사실은 인정할 수 있으나, 기여분을 인정할 정도로 통상의 부양을 넘어서는 수준의 간호를 할 수 있는 건강 상태가 아니었고, 통상 부부로서 부양의무를 이행한 정도에 불과하여 丁이 처로서 통상 기대되는 정도를 넘어 법정상속분을 수정함으로써 공동상속인들 사이의 실질적 공평을 도모하여야 할 정도로 甲을 특별히 부양하였다거나 甲의 재산 유지·증가에 특별히 기여하였다고 인정하기에 부족하며, 丁의 기여분결정 청구를 배척한 원심판단에는 민법 제1008조의2에서 정한 기여분 인정 요건에 관한 법리오해 등의 잘못이 없다.

[대법관 조희대의 반대의견] 피상속인의 배우자가 상당한 기간에 걸쳐 피상속인과 동거하면서 간호하는 방법으로 피상속인을 부양한 경우, 배우자의 이

기여분 제도

러한 부양행위는 민법 제1008조의2 제1항에서 정한 기여분 인정 요건 중 하나인 '특별한 부양행위'에 해당하므로, 특별한 사정이 없는 한 배우자에게 기여분을 인정하여야 한다.

4. 狂亂의 대통령선거

미국 시간 1월 6일 미 연방 의사당내에 트럼프 지지자들이 난입하는 과정에서 한 여성이 가슴부위에 총격을 당하여 중태에 빠졌다가, 사망한 불행한 사건이 발생하였습니다. 바이든 당선자는 의사당을 포위한 시위는 반역행위이며, 조속히 포위를 종료할 것을 호소하였습니다. 부정선거 주장으로 시작된 미 대선 의 혼란이 극점에 달한 것 같습니다. 우리의 경우에도 부정선거 문제가 항용 제기되지만, 미국의 경우 트럼프 지지자들의 극단적 행동은 우리의 경우와는 좀 다른 것 같은데요. 이해를 돕기 위하여 몇가지 점을 짚어 보도록 하겠습니다.

(1) 미국은 우리와 다른 나라인가요?

미국은 우리와 달리 연방국가입니다. 우리는 프랑스, 일본 등과 같이 단일국가이고, 미국은 독일, 캐나다, 호주 등과 같이 연방국가입니다. 1789년 오랜 기간 영국의 식민지배를 받다가 독립전쟁에서 승리하고 동부 13개주 대표가 모여 이전의 동맹규약(Articles of Federation)을 폐기하고 진정한 연방국가로서의 출범을 위한 연방헌법(United States Constitution)을 제정하였습니다. 이 헌법은 이후 대통령제 헌법의 세계적 모범이 되어 수 많은 국가들의 헌법제정에 영향을 끼쳤습니다(김병록, 1999). 상징적 군주를 중심으로 실권을 행사하는 내각을 두어 헌정을 펼치는 의원내각제 국가 헌법에 대비되는 헌법이라 할 수 있습니다. 미국의 대통령은 칼 뢰벤스타인이 말한 현대판 군주라 할 수 있을 정도로 막강한 권한을 갖고 있지만, 절대군주의 폐해를 경험한 미국은 권력간 분립과 견제를 헌법 구성의 최고 원리로 삼았습니다. 권력분립의 원리는 연방국가라는 특성으로 인하여 세가지 차원에서 구현되어 있습니다. 첫째, 단일국가와 마찬가지로, 입법, 행정, 사법의 3권분립체계를 보장하고 있습니다(tripartite system of government). 둘째, 연방시스템으로 인하여 주정부와 연방정부간 권력이 분립되

어 있습니다(federal system). 셋째, 의회는 양원제로 되어 있어 주정부를 대표하는 상원, 미합중국 시민을 보편적으로 대표하는 하원으로 구성되어 있습니다(bicameralism). 미국의 연방시스템으로 인하여 미 상원은 대통령탄핵심판결정이나 대통령선거의 공식적 확정 등 우리나라면 헌법재판소나 중앙선거관리위원회가 행하는 권한을 행사하게 됩니다(김철수, 2007).

(2) 미국 정치와 선거는 왜 그렇게 복잡한가요?

연방국가라는 특성으로 인한 것입니다. 미국 정치에 있어 상원은 연방대법원과 함께 매우 중요한 헌법기관이 됩니다. 상원은 각 주에서 선출된 2인의 연방상원의원으로 구성됩니다. 따라서 100인의 상원의원이 있게 됩니다. 연방하원의원에 비하여 소수이고, 임기도 6년이어서 2년 임기의 하원의원에 비하여 정치적으로 비중이 높다고 봅니다. 선택된 9인의 해병(Select marine)이라 불리는 연방대법원 대법관과 함께 연방제도 유지의 총아라 할 수 있습니다. 물론 상원과 하원은 균형형 양원제로서 헌법이 부여한 권한과 책임의 관점에서는 양 기관이 대등하다 할 수 있습니다. 특이한 대통령 선거로 인하여 선거결과에 불만이 있는 주는 연방에서 탈퇴하겠다고 헌법소송을 제기하는 등 문제가 많아 보통민주주의를 보다 잘 구현할 수 있도록 인구비례에 바탕한 단원제 개헌을 하자는 주장이 왕왕 제기됩니다. 100인의 상원의원이 있다면, 50인의 주지사가 있어, 이들은 모두 연방시스템 하 미 정치에서 중요한 역할을 하는 자들이 됩니다. 우리도 알다시피 대통령 선거가 있으면 보통 상원의원, 주지사들이 후보자로 출마하고 있습니다. 미 대통령 선거결과는 수정헌법 제 12조에 따라 최종적으로 상원에서 인증받게 됩니다. 즉 상원의 의장은 상원과 하원 의원들이 모인 상하양원합동회의에서 주정부가 보내온 선거결과 증명서를 개봉하고 득표수를 계산, 인증하여 가장 많은 득표를 한 사람을 대통령으로 선출합니다. 우리의 경우 중앙선거관리위원회가 하는 일을 상원이 하는 것입니다.

(3) 왜 오늘 하필 의사당 부근에서 이런 불행한 일이 발생하였나요?

법과 생활

상원의 대통령선거 인준과정에서 임명된 선거인단의 과반수 득표를 한 사람이 없을 경우, 하원은 3인을 초과하지 않는 대통령 선거 다수 득표자들을 대상으로 즉시 투표를 통해 대통령을 선출해야 합니다. 이때 대통령 선출방식이 독특한데요. 하원의 대통령 선출을 위한 투표는 각주의 대표가 하나의 투표권을 갖는 형태를 취합니다. 또 의사정족수는 3분의 2이며, 선출결정은 과반수가 필요합니다. 만약 하원이 대통령을 선출하지 못하는 경우, 3월 4일 이전에, 부통령은 대통령의 유고(death or constitution disability) 시와 마찬가지로 대통령 직을 대행하게 됩니다. 부통령은 상원이 선출하는데 대통령과 마찬가지로 부통령으로서 가장 많은 득표를 한 사람이 부통령이 되며, 과반수 득표자가 없는 경우 가장 많은 득표를 한 2인 중에서 상원의 투표를 통하여 부통령을 선출합니다. 이때 의사정족수는 전체상원 의원수의 3분의 2로 구성되며, 과반수 득표를 한 자가 부통령이 됩니다. 단 헌법상 대통령직을 받을 자격이 없는 사람은 부통령으로 선출되지 못합니다. 따라서 1월 6일 연방의사당은 이번 선거를 연방헌법차원에서 공식화하는 자리가 되며, 부정선거를 주장하고 있는 트럼프 지지자들은 펜스나 상원의원들을 압박하여 선거결과를 뒤집을 복안을 가지고 있었던 것이라 할 수 있습니다. 이를 위하여 텍사스주 공화당 의원인 Gohmert가 자신과 11인의 아리조나주 선거인단 명의로, 상원의장인 펜스는 선거인단의 유효한 투표수 결정에 대한 배타적이고 유일한 재량권이 있음을(..may exercise the exclusive authority and sole discretion in determining which electoral votes to count for a given State)을 확인해 달라는 소송을 제기 하였던 것입니다. 펜스가 부정선거라는 확신을 가지고 이를 인준과정에서 실행한다면, 선거결과가 뒤집어지고 트럼프가 계속 대통령직에 있을 수 있는 상황으로 발전할 수도 있는 상황이 되는 것입니다. 법원은 이러한 주장을 받아들이지 않았지만, 독립한 헌법기관인 상원의장으로서 스스로 헌법을 해석하고 행동할 수 있다고 할 때, 펜스는 트럼프나 트럼프 지지자들에게는 실낱같은 희망이라 할 수 있겠지요. 그러한 과정에서 오늘같은 불행한 사태가 벌어진 것 같습니다.

(4) 미국은 왜 우리와 같이 총기소지를 금지하지 않고 있나요?

이번 총격은 시간이 지나면서 시위군중이 아닌 연방집행관의 총격으로 밝혀져, 시위군중이나 일반 시민에 의한 다른 총기사고와는 다르다 할 수 있습니다. 과거 법정에서 판사를 향한 총격, 재임용에 탈락한 교수의 교수회의에 모여 있는 동료교수들을 향한 총격, 대학캠퍼스 내 학생의 총기난사(killing spree) 등 (마치 서부영화 황야의 결투 같은 무법천지 느낌이 들기도 하죠), 우리가 미국 관련 뉴스에서 빈번히 접하는 총기사고의 이유 중 중요한 하나는 수정헌법 제2조라 할 수 있습니다(Reynolds, 1994). 수정헌법 제2조는 자유국가의 안보에 필요한 잘 규제 된 민병대, 국민의 무기 보유 및 소지 권리는 침해되지 않는다(A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed)라고 규정하고 있습니다. 이때 자유국가는 국가적 성격이 있는 주정부를 지칭-광의로 연방정부를 포함한다고도 할 수 있음-하며, 연방정부가 자유국가로서의 각 주정부의 안전을 침해하는 경우 주는 저항할 수 있다는 것입니다. 특히 헌법은 연방정부는 주정부의 공화제를 보호할 책무가 있다고 규정하고 있습니다. 동 조문은 부분적으로 영국 보통법상 무기를 소지할 수 있는 권리에 기반을 두고 있으며, 영국의 1689년 권리장전의 영향을 받았습니다. William Blackstone경은 이 권리를 정당방위, 억압에 대한 저항, 국가수호를 위한 시민의 책무 등 자연적 권리(natural rights)를 지지하는데 필요한 보조적 권리(auxiliary right)라고 하였습니다. 동 조항의 헌법적 의미는 연방주의자의 보고서를 통하여 보다 구체화되는데, 연방헌법의 아버지라 불리우는 James Madison은 Federalist No. 46에서 어떻게 연방군이 주 민병대에 의해 통제 될 수 있는지를 밝혔습니다. 그는 "상설 군대는... 민병대에 의해 저지될 수 있다..." "주 민병대가 연방군의 위협을 물리 칠 수 있는 상황은 가능하다"라고 주장하며 "그러한 상황에 처한 민병대가 일정한 비율의 정규군에 의해 제압되는 것이 정당한지 의심스러울 수 있다"고 보았습니다. 그는 미국의 연방정부를 "무기를 가진 사람들을 신뢰하는 것을 두려워하는 당시 유럽 절대왕정국가들과 대조하고 "하위 정부가 존재함으로써 ... 연방이라는 야망의 기업에 대하여 장벽을 형성할 수 있다"라고 합니다. 수정헌법 제2조에서 총기소지에의 권리를 기본권으로 보장하고 있기 때문에, 연방정부나 주정부 모두

법과 생활

총기규제법을 쉽게 만들 수 없고, 이로 인하여 총기사고가 자주 발생한다고 할 수 있습니다.

(5) 총기사고가 잦으면 헌법개정을 해서라도 대책을 세워야 하는 것 아닐까요?

무기제조나 판매기업의 로비 등 여러 이유가 제기되는데, 지구상에 최초의 경성헌법원리를 구현한 미국헌법상 엄격한 헌법개정절차로 개정이 쉽지 않은 것 같습니다. 수정헌법 제2조 텍스트에는 대문자 또는 구두점 차이가 있는 여러 버전이 있습니다. 연방의회가 통과하여 공표된 버전과 주에서 비준한 버전간에 사소한 차이들이 있습니다. 대법원은 이를 사전조항(prefatory clause)의 중요성이라고 부르고 있습니다. 연방의회가 통과시킨 최종본은 서기관 William Lambert가 정리한 나머지 원본과 함께 국립문서보관소에 보관되고 있습니다. 앞서 본 텍스트는 Delaware주가 비준하고 District of Columbia v. Heller(2008) 판결에 인용된 버전입니다. 수정헌법 제2조는 무기를 보유하고 소지 할 권리를 보호하고 있는데, 동 조문은 1791년 12월 15일 권리장전의 다른 9개 조항과 함께 비준되었습니다. 대법원은 위 Heller 판결에서 처음으로 개인의 권리, 가정에서의 자기 방어에 대한 권리를 확인한 바 있고, 다만 이러한 권리는 무제한이 아니며 "중범죄자 및 정신병자에 의한 총기 소지"또는 "위험하고 특이한 무기 소지"에 대한 제한과 같이 특수한 상황에서 총기소지가 가능하다고 밝힌 바 있습니다. 수정헌법 제2조는 연방헌법조항의 하나이므로, 법리상 주정부를 직접 규제할 수 없는데, McDonald v. City of Chicago(2010)에서 대법원은 헌법상 적법절차 원칙에 따라 주 및 지방 정부가 이 권리를 침해한 경우 연방 정부와 동일한 헌법상 의무를 갖는다는 판결을 내렸습니다. 버전간 차이가 있음에도 헌법개정을 하지 않고 그대로 두고, 대법원의 헌법해석을 통하여 그 의미를 구체화해 가는 것은 all or nothing, one-time alteration 같은 것을 좋아하지 않는 미국인들의 점진주의적 사고방식이 암묵적으로 한 원인이 되는 것 아닌가 합니다. 명예혁명 이래 인정된 총기 소지에의 권리를 개인의 생존과 명예를 위하여 필수적인 권리

이자 자연권의 하나라고 보는 사고방식도 깔려 있는 것 같습니다. 물론 앞서 말한대로 이번 사고는 연방집행관의 충격으로 인한 것이어서 성격이 좀 다르다 할 수 있습니다.

5. 映畫 精武門

우리 어렸을 때 정무문이라는 영화가 있었다, 영어 이름은 Fist of fury 이고 한자어로는 정무문(精武門)이지만, 법과 사회를 생각하는 필자는 세상은 바름이 먼저, 다음 무인이 있고, 그리고 문화와 지식이 있다고 내심 생각하였다. 작은 이소룡이 커다란 몸집의 서구 무인과 대결하는 영화 정무문, 뭔가 무인의 혼을 느끼게 한다. 문과 무, 우리 인간사 두가지 차원의 것에 대한 의문, 즉 1996년 인류의 절멸을 가져 올 수 있는 핵무기를 국가가 합법적으로 사용할 수 있는가라는 물음에 대한 권고적 의견에서 국제사법재판소는 긍정도 부정도 아닌 결정을 하였다(정인섭, 2019; 이성덕, 2001). 7개 결정사항 중 6번째에서 국가의 생존이 걸린 극단적인 자위권 상황이라면 핵무기의 사용이나 핵무기에 의한 위협이 국제법에 위반된다고 확실히 단정할 수 없다고 한 것이다. 핵무기 사용이나 핵무기에 의한 위협을 적극적으로 부정하지 않았다는 것은 일견 국제사회는 여전히 약육강식의 자연상태라고 할 수 밖에 없다는 것을 의미한다. 법의 정신에서 사법권을 특별한 성격의 권력으로 말한 몽테스키외 이래 국내 사법기관과 마찬가지로 국제사법재판소 같이 사법권을 행사하는 기관은 자신의 결정으로 현실적으로 권리를 구제 할 수 있는가 여부를 중요하게 생각한다(De Montesquieu, 1989). 국제사법재판소는 권고적 의견을 내는 등 어느정도 입법적 성격이 있다고 할 수 있지만, 역시 특별한 상황에서 그것이 법상 허용되는가와 같은 문제를 다루므로 구체적 정의를 다루는 국내 사법기관과 유사하다.

무력과 문화는 불가분의 관계에 있을 수 밖에 없는 것은 역사를 통하여 알 수 있다. 정복왕 윌리엄이 영국을 점령하고 제일 처음 한 일이 자신의 법을 전 영국에 시행하기 위하여 보통법법원 체계를 정비한 것이었고, 독립전쟁에서 승리한 미국이 맨 처음한 것이 연방헌법을 제정한 것이며, 전쟁과 같이 잔혹했던 볼셰비키 혁명 후 스탈린은 우선적으로 대륙법계 사법을 본떠 소비에트 사법체

계를 정비하였다. 또 베스트팔렌 조약 이래 탄생한 근대 국제법은 약육강식의 불완전한 국제사회를 인정하고, 무제한의 무력을 정당하게 행사할 수 있는 국가, 그리고 그 의사를 법효력의 근거로 보는 의사주의적 국제법관에 입각해 있다 (Lorca, 2012). 이는 칸트식 이상주의적 국제법관보다 역사가 깊고, 국제법과 국제사회를 현실적으로 이해할 수 있는 법실증주의적 국제법관이라 할 수 있다.

근자 우리가 경험하는 현실은 사람마다, 이념마다 다르겠지만, 아마도 무력과 문화가 갈등하는 척박한 차원의 세상을 보는 것 같은 느낌이 아닌가 한다. 이란의 한국선박 억류로 인한 국제사회의 분쟁과 갈등, 핵전쟁 지휘 비행기를 타고 텍사스로가 대선결과에 이를 같고 있다는 트럼프, 헌법을 수호하겠다는 펜스와 배신자로 몰린 측근들, 2차 세계대전 종전위안부에 대한 우리 하급법원의 1억 배상판결 등 마치 정무문 이소룡이나 문무일 전 총장 이름이 연상되는 비장함이 느껴진다. 미국의 헌법학자 Alexander Bickel은 가장 위험하지 않은 권력 (The Least Dangerous Branch)이라는 저작에서 사법부의 특성과 역할에 대하여 말하였다(Bickel, 1986). 행정부와 입법부에 비하여 자원이나 인력이 모자란 대법원이 미국정치에서 어떻게 그렇게 중요한 역할을 할 수 있는가? 그의 해답은 소수의 대법관은 많은 여유와 시간을 즐길 수 있으며, 학자적 방법으로 문제를 탐구할 수 있어, 정치적 충동에 항복하기 쉬운 대중이나 다른 2개의 정치기관과 차이가 있기 때문이라고 하였다. 자신 선거구민의 눈치를 볼 수 밖에 없고 여론에 부합하여 전제정으로 나아가기 쉬운 입법부나 행정부에 비하여 사법부는 그래도 가장 위험하지 않은 권력이라는 것이다(기본적으로 미국의 독특한 연방시스템으로 인하여 대법원의 정치적 역할이 중요하게 된 것은 물론이다). 아마도 우리 법관들은 소쇄원 정원, 대학 캠퍼스 Arboretum을 걷는 속세인들처럼 헌법 재판소나 서초동 정원을 산책하는 느낌의 여유있으면서도 수고로운 하루 하루를 살고 있을 것이다.

어제 종전위안부에 대한 우리 하급법원의 판결이 있었다. 종전위안부에 대한 이번 배상판결에 대하여 일본 정부는 주권면책을 주장하며, 인정하지 않겠

법과 생활

다고 선언하였다. 이 문제는 2004년과 2012년 페리니(Ferrini)사건에서 이탈리아 대법원과 국제사법재판소의 의견이 갈린 이후, 이탈리아 정부는 독일에 대한 배상청구는 불가하다는 법률을 만들었고, 다시 이탈리아 헌법재판소는 동 법률을 위헌선언하는 등 우여곡절을 겪고 있는 문제이다(황영준, 2018). 반인권범죄 같이 국제법상 강행규범 위반은 주권면제의 대상이 되는 행위로 볼 수 없다는 주장은 물론, 현 시점의 강행규범을 소급하여 행위시점에 존재하는 것으로 하여 강행규범 위반을 인정할 수 있는가 하는 점도 쟁점이 된다(최태현, 2021). 이러한 문제들과 동일한 성격의 문제가 다시 한일간에 제기되고 있다.

국제법학자들은 국내법의 국제법일치의무를 주장하지만, 최근 중국의 남중국해 해상경계획정 중재판결 거부 등 국제사회의 현실에서 강제되기가 어려운 것이 현실이다(김성원, 2013). 또한 유엔이 만들어지고 국제평화주의가 20세기 현대국제법의 한 원칙으로 발전하고 있지만, 아직 칸트식 이상주의는 무력한 경우가 비일 비재하다(Bunck, & Fowler, 2018). 일본은 일국은 타국의 법정에서 피고가 될 수 없다라는 주권면제이론을 계속 고집하고 있다. 영국과 미국은 이러한 국제법원칙을 주권면제법 제정을 통하여 국내에 받아들이고 있다. 우리는 이에 관한 제정법은 없으며, 대법원 판례를 통하여 인정하고 있다. 국제평화와 무력행사금지의 원칙이 보편화되는 계기인 1945년 유엔 창설 이전, 2차세계대전시 전쟁수행은 국가의 고권적 행위로 상업적 행위의 예외에 해당하는 것도 아니고, 한국 법원은 일본국을 심판할 수 없다고 일본은 주장하고 있다. 전쟁수행은 전수론을 말할 것도 없이 법리적으로 국가의 고권적 행위라 할 수 있다. 그러나 강행규범에 어긋난 국가의 반인권행위까지 상업적 행위가 아니라는 이유로 주권면제를 주장할 수 있을까? 긍정하는 것이 국제사법재판소 입장이다. 부정하는 것이 이탈리아 사법부 입장이다. 향후 추이를 지켜 볼 일이다.

강의를 하거나 글을 쓸 때 항상 떠 오르는 두 사람이 있다. 텔런트 안내상과 정치인 우상호이다. 이름이 무엇인가요? 내문인데요. 성은 무엇이에요? 안씨입니다 하면서 웃던 때가 있었다. 교수가 되고 보니 강의나 글을 잘 써 상을

받으면 안내상 같이 되나 하고 또 한번 웃게 된다. 우리는 상호 소통해야 할 친구잖아요. 너무 부담 같지 말고 해 보세요라는 듯이 정치인 우상호와 그 이름이 떠오른다.

6. 憲法裁判所

오늘 헌법재판소가 공수처법의 위헌 여부를 결정한다고 한다. 정치와 법이 뿔레야 뿔 수 없는 주제라는 것을 보여 주는 하루가 될 것 같다. 정치와 법이 궁합이 맞으면 태평성대라 할 수 있고, 난세에는 갈등하고 서로 무시하고 침범할 것이다(Kirchheimer, 2015). 며칠 전 모 여당 인사가 사법의 정치화(judicial politicization)를 말하면서, 사법의 정치 영역에의 관여와 침범을 우려하였다. 반대로 야당은 정치세력의 도구로서의 사법, 소위 정치적 사법(political justice)을 국가적 혼란의 원인으로 꼽고 있다.

삼권분립과 권력간 견제와 균형이 무너져 전단적 권력이 시민 주권을 위협한다는 것이다. 주인이 왕이었던 나라는 이미 수 많은 희생과 바다 같은 피로 시민이 주인인 나라로 바뀌었다. 헌법과 삼권분립의 논리가 다수결 원칙이나 소수자 보호 등 시민 민주주의체제에서 어필하는 것이 이상하지 않다. 또 사법과 영으로 인한 정치의 부재로 여당의 논리도 무시할 수 없는 현실이다. 어쩔 수 없는 양비론적 시각이 우리의 현실을 가장 적절하게 대변하는 것 같다.

우리의 헌법재판소는 정치와 법을 매개하는 매우 독특한 재판기관이다. 그래서 학자들간에도 기관의 성격에 관하여 시각이 다르다. 정치적 재판기관설, 규범적 재판기관설, 헌법적 재판기관설 등 설이 분기한다(권영성, 1980). 헌법재판소가 헌법과 법을 무시하고 재판할 수 있을까? 헌법과 법률에 근거하여 권한과 책임을 위임받은 헌법재판소가 그럴 수 없을 것이다. 따라서 정치적 재판기관설을 취하는 학자는 소수이고, 박근혜 전직 대통령 탄핵결정을 헌법위반으로 보는 법률가들은 헌법재판소가 정치적 재판을 하였다고 주장하기도 한다. 어떤 이는 당시의 사회 분위기와 시위 세력에 눌려 헌법재판관들이 독립적이고 양심적인 판단을 하지 못하였다 비판하기도 하는데, 정치적 재판기관설을 취한다면 뭐

그리 잘못된 것이냐고 할 것이다.

그렇다면 헌법재판소가 우리의 대법원과 같이 순수하게 규범적 재판기관일까? 법령해석에 관한 최종적 권한 소재에 관하여 양기관이 다투기도 하지만, 헌법과 헌법재판소법에 따라 부여 받은 권한과 책임이 다르고, 헌법을 통하여 시스템과 제도에 관하여 최종적 발언을 하는 기관이라는 점에서 단순히 법을 기계적으로 적용하는 규범적 재판기관이라 하기도 부적절하다. 그래서 설이라는 차원에서 가장 무난한 것이 헌법적 재판기관설이고, 다수설이라 할 수 있다.

보통 헌법국가의 기원을 미국의 건국으로 보고 있다. 연방헌법의 제정은 근 현대 법치주의를 알리는 신호탄이 되었다. 그 이전만 해도 왕의 명령이나, 다수 의회가 제정한 신법은 무소불능이었다. 연방헌법의 제정으로 이제는 시민주권, 위헌법률심사제도가 정착되기 시작한다. 본국의 왕은 더 이상 절대자가 아니고, 식민지 착취의 도구이던 다수의회도 만능의 기관이 아니게 되었다. 그래서 근 현대 법치주의는 미국의 연방제도와 관련이 깊다.

우리나라는 정서적으로나 경상도 전라도이지, 제도상 국가권력이 먼저이고, 헌법상 지방자치제도에 따라 지방정부가 탄생하게 된다. 미국은 반대이다. 13개 주가 모여 연방헌법을 제정하고 연방정부를 탄생시킨다. 우리의 경우는 지방권력이 파생적 권력이고, 미국의 경우는 지방권력이 오리지널이 되는 것이다. 따라서 수정헌법 제 1조부터 9조까지 상위법 사상과 천부인권설의 영향을 받아 그동안 확인되었던 인권목록이 들어서게 되고, 이어 제 10조, 제 11조에서 열거된 연방권력 리스트외의 모든 권력은 주정부에 소재하며, 연방법원에서 주정부는 주권면책을 인정받는다(안경환, 1990).

남북전쟁으로 유럽국가의 분열획책으로부터 국가적 정체성이 다져지고, 루즈벨트 시대 적극국가화의 경향으로 영국이나 한국 의회 같이 연방정부가 못하는 일이 거의 없다고 하지만 법리는 여전히 살아 있다(Grodzins, 1960). 또한

법과 생활

보통 업, 즉 시민사회를 지탱하는 힘이 보다 자생적이다. 중앙정부의 자선이 있어야 지방자치가 가능한 것이 아니라, 지방정부와 시민사회의 힘은 시스템에 의하여 이중 삼중으로 보장받고 있는 것이다. 이번 미 대선 과정에서 실망하는 사람들도 많았지만, 미국 시스템은 최소한 제도라는 측면에서 보면 매우 민주적이다.

또 다른 민주주의의 모국인 영국의 예를 보면, 얼마 전까지 존재한 영국의 최고법원, House of Lords가 의회인 영국 상원 소속하에 있었다. 미국이 대중민주주의라면, 영국은 의회민주주의적 성격을 갖는다. 영국대법원의 체계와 위상은 프랑스 대혁명을 목도하고 한탄한 Burke경과 같이 두가지 점을 시사한다. 하나는 대중에 기대어야 하는 민주주의라는 것이 얼마나 허망하고 신뢰할 수 없는 것인가 하는 것이고, 다른 하나는 단일국가에서 사법부라는 것은 정치적으로 무력한 존재라는 것이다. 그래서 계약이나 불법행위 등 사법 영역에서의 기능 외에 공법 영역에서 영국의 법원은 의회제정법에 예양하고 적극적으로 나서지 않는다. 정치는 정치적 엘리트인 의원과 의회에 맡겨야 한다거나, 국가주권의 소재를 의회에 있다고 본다.

또 다른 서구 민주주의 국가인 독일의 경우에는 노동, 복지 등 5개의 최고법원이 영역별로 존재한다. 맑스나 법사회학, 근대 교육제도의 발달사에서도 알 수 있듯이, 독일은 정치경제적으로 후발 선진국이지만 매우 지성적 나라이다. 그래서 그런지 최고법원도 사회과학적 체계에 따라 5개의 최고법원을 두고 있다. 다만 독일 연방헌법법원이 다른 최고법원의 판단에 대하여 최종적으로 심판할 수 있다. 언젠가 오바마가 방한하여 한국의 교육열에 놀랐다고 감탄한 바 있다. 독일과 같이 지적인 정서가 있는 한국이다. 그래서 그런지 통치행위론이나 정치적 문제의 원칙에도 불구하고, 헌법재판소가 적극적으로 심판권을 행사하고 있다.

오늘 아침 신문에 재닛 엘런 미 재무부장관이 연방제도의 상징인 상원

의 의장이자 부통령인 카멜라 해리스 앞에서 선서하는 장면이 실렸다. 매년 미합중국 대통령 당선인은 연방 대법원장 앞에서 헌법을 준수하겠다고 선서한다. 갓 시험에 합격한 미국의 새내기 변호사들도 마찬가지이다. 아마도 우리 대통령 당선인은 헌법 준수 선서를 국민 앞에서 하지 않나 한다. 법은 이치가 본질이고, 국가는 무제한의 폭력을 합법적으로 독점할 수 있는 유일한 실체가 그 본질이라 할 때, 연방 시스템이 아닌 단일국가에서 국사 문제에 관하여 법이 얼마나 기능하고, 얼마나 합리적일지 궁금하다.

연방 법관이나 대법원을 풍자하는 여러 이미지가 있다. 긴 장대를 든 마녀, 간교한 사람들로 묘사하기도 하고, 선택된 소수의 해병이라 하기도 하며, 대법원 또는 그 건물을 자갈로 쌓은 궁전(The Marble Palace)으로 비유하기도 한다. 복잡한 상황에서 중대한 결정을 내릴 수 밖에 없기 때문에 붙여진 별칭일 것이다. 미국의 연방법 체계는 국제법에도 많은 영향을 미쳤다. 판례법을 대륙법계 법조문 체제에 따라 정리해 둔 Restatement는 구속력있는 법은 아니지만, 학자와 법률가들이 만든 법으로, 그러한 접근방식은 UN 계약법원칙(Principles) 제정에 반영되었다. UCC 제정 방식은 UN 모법법 제정에 있어 이용되었다.

풍성한 선례와 역사적 사실에 바탕한 국제법 영역이나 국제사회와 달리, 직접적으로 정치와 맞닥뜨리는 현실일 수 밖에 없는 단일국가의 헌법재판소는 아마도 헌법(Grundgesetz)이나 근본규범(eternity clause) 등을 앞에 두고 철학자 같은 고뇌에 빠질 수 밖에 없을 것이다(김철수, 1998). 대법원과 같이 많은 하급법원을 거느린 큰 기관도 아니고, 영국의 법원처럼 사법 영역의 심판권에서 제 기능을 하는 고유의 사법기관도 아니면서, 독일처럼 6개의 분과가 있는 것도 아니다. 오바마 말처럼 교육 모범국가에서 선택된 소수의 헌법재판관들로 구성된 헌법재판소. 안개가 많이 낀 하루이다.

7. 백신 자본주의

예외없는 원칙 없다. 머리 좋은 모리배들이 자주 사용하는 말이다. 자신이 편법을 통하여 이득을 얻지만 그것이 위법한 것은 아니라는 뉘앙스로 들리기 쉽다. 물론 긍정적인 의미로 사용되는 경우도 많다. 너무 원칙만 강요하여 도그마에 빠질 수 있다는 것을 경계하기 위하여 쓰이는 경우도 많은 것이다. 흔히 사용하는 말이지만 학문적으로 의미를 갖기도 한다.

법학개론 시간에 공부하는 다양한 법 분류방법 중 하나가 원칙법과 예외법이다. 일정한 법원칙을 정하면서, 단서 조항 또는 다른 조항에서 예외를 두어 원칙에 대한 예외를 규정하는 경우 우리는 이를 원칙법과 예외법이라 한다. 예컨대 민법 제 5조 미성년자의 능력에 있어 미성년자의 법률행위에 법정대리인의 동의가 필요하다는 조항은 원칙법이고, 다만 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 법정대리인의 동의가 필요하지 않다는 단서는 예외법이 된다.

또한 소유권의 장 제 259조 가공에서 타인의 동산에 가공한 때에는 그 물건의 소유권은 원재료의 소유자에게 속한다라고 한 제 1항은 원칙법이 되고, 가공으로 인한 가액의 증가가 원재료의 가액보다 현저히 다액인 때에는 가공자의 소유로 한다라는 제 2항은 예외법이 된다. 그리고 형법 제1조 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다라는 제 1항은 원칙법, 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법(舊法)보다 가벼워진 경우에는 신법(新法)에 따른다라는 제 2항은 예외법이 된다.

또한 형사벌에 있어 고의범만을 처벌한다라고 규정한 제 13조는 원칙법이고, 법에서 특별한 규정을 두는 경우 과실범도 처벌한다고 규정한 제 14조는 예외법이 된다. 피고인이나 약자를 대변하는 변호사들은 당연히 예외법에 정통하

여야 한다. 피고인을 위한 항변사유를 작성하거나 무죄를 주장하는 형사변호사, 미성년자가 법정대리인의 동의없이 법률행위를 하여 그 법률행위가 취소될 처지에 있는 피고를 대리하는 변호사들은 예외조항에 해당한다는 사유를 주장할 필요가 있고, 하여야 한다.

그런데 원칙과 예외라는 말 자체에서 풍기는 뉘앙스대로 원칙법과 예외법은 보편적 상황에서의 정의와 특수한 상황에서의 정의라는 성격을 가진다. 즉 보통의 경우, 다수의 자에게 해당하는 정의가 원칙법에 의하여 대변되고, 특수한 상황에 해당하는 자를 위하여 예외법이 존재하는 것이다. 원칙법과 예외법이 법 전체를 특징지우는 대표적인 법 영역이 필자가 가르치는 국제통상법 영역이다(김기영, 2011).

국제통상법, 대표적으로 WTO법은 세계시장에 적용될 원칙법으로서 시장의 자유와 무차별(평등)을 대변하는 통상관리체제이다(조영정, 2009). 소위 자유무역체제를 옹호하여 인류의 물질적 복지수준을 최대화하는 것을 기구의 목표로 하고 있다. 그것은 무역의 자유와 기업간 경쟁을 통하여 달성할 수 있는 것이고, 회원국은 다자간(multilateral), 복수국간(plurilateral)통상조약으로 구성된 WTO법을 준수하여야 한다(김기영, 2011).

국가는 시장에서 규제자(regulator)로서 역할한다. 그러나 통상과 무역에 직접적으로 관련되거나 간접적으로 영향을 미치는 모든 국가행위(domestic measure)는 WTO법에 위반되어서는 안된다. WTO법에 위반된 국내법령이나 조치는 철폐되어야 하고, 이는 국내헌법재판소가 헌법에 위반된 법령 등에 대하여 위헌무효를 선언하는 구조와 유사하여, 학자들은 WTO체제를 세계경제헌법체제라고 부르기도 한다.

언젠가도 말하였지만 시민민주주의는 절대왕정과 봉건주의적 생산체제를 종식시키고 시민이 주인인 나라를 만들었다. 시민민주주의 사회는 전체주의나

법과 생활

독재를 배격하고 자유자본주의적 경제체제, 법치주의와 인권보장을 그 중요한 요소로 한다. 시민민주주의를 향한 인류의 염원은 프랑스 대혁명의 박애정신을 담고 있는 1948년 세계인권선언과 두 개의 UN 인권헌장, Breton Woods 체제, WTO를 통하여 현실화되고 발전되었다(Guzman, 2004).

요컨대 자유무역주의와 시장의 자유를 대변하는 WTO는 시장에서의 기업의 자유, 기업과 국가의 평등을 지향한다. 국제통상법은 공법으로 분류되는 법으로 국가만이 권리의무의 주체가 되지만, 자유와 평등은 근대법의 중요한 이념으로 국제법 국내법 가리지 않고 보편적으로 법치주의와 시민민주주의를 지탱하는 이념이 된다. 무역관련하여 통상법치체제라 할 수 있는 WTO법은 UN인권법 체제와 함께 세계적 차원의 시민민주주의를 담보하고 있다. 물론 UN 인권법체제의 경우 중앙정부가 없는 국제사회의 현실에서 이상적인 것이거나 규범력이 약한 연성법(soft law)체제로서의 성격을 갖는 아쉬움이 있긴 하다.

말한대로 원칙법과 예외법이 가장 뚜렷하게 대비되어 나타나는 법 중의 하나가 WTO법이다(Wujira, 2010). 기업이 차별받지 않고 자유롭게 경쟁할 수 있는 체제를 담보하기 위한 WTO체제는 무차별주의를 대변하는 두가지 원칙, 즉 최혜국대우원칙과 내국민대우원칙으로 구성되어 있다. 또한 상품무역협정 제 11조에서는 관세이외에 무역거래를 제한하고 왜곡시킬 수 있는 수량제한을 금지하고 있다. WTO 통상분쟁의 90% 이상에서 제소국은 청구사유로 자신의 기업(물론 법적으로 국가를 차별한 것이지만)을 차별하였다는 최혜국대우 내국민대우 위반을 들고 있다. 우리는 국내외적으로 시민민주주의, 자유민주주의 사회에 살고 있는 것은 틀림없는 것 같다.

우리 헌법재판소 헌법재판 다툼에 있어서도 자유와 평등권 침해가 대부분이지 않는가? 그러나 상대적으로 최혜국대우나 내국민대우를 주장하는 통상분쟁사례는 국내 헌법재판 사례에 비하여 더 많은 것 같다. 현대적 기본권이나 복잡한 국내헌법체계, 다른 성격의 심판 영역의 존재로 그렇게 느껴지는 것 아닌가

한다. 그런데 WTO에서는 일반적 예외와 국가안보를 위한 예외조항을 두고 있다. 즉 제소국과 피소국은 대부분의 경우 원칙의 주장과 예외에 의한 항변으로 나뉘어 지고 다투게 된다.

언젠가 광우병 파동도 최혜국대우 위반, 수량제한 금지 위반 등을 주장한 미국과 국민의 보건 건강을 위한 예외를 주장하는 한국간 치열한 법적 다툼이 있지 않았는가? 광우병 파동은 어찌 보면 촛불문화를 점화한 기폭제가 되었고, 시장의 자유나 무역에 의한 번영을 지향하는 보수 우파 정부의 아킬레스 건이 된 바 있다. 그후 촛불문화는 국민적 저항권의 상징으로 발전하여 보수 우파 정부의 몰락으로 이어졌다고 평가된다.

원칙과 예외, 원칙법과 예외법은 기득세력 진리와 진보세력 이념의 정반합 같이 다가온다. 시장의 자유는 근대 시민 민주주의의 경제법칙이고 원칙이다 (Wujira, 2010). 그러나 헤겔의 국가관에서 보듯이 절대선으로서의 국가는 당위적으로 해야 할 사명이 있다. 그것이 WTO 상품무역협정 제 20조 일반적 예외, 제 21조 국가안전보장과 국제평화를 위한 예외에 예외법으로 규정되어 있다.

땅스에게 있어 소유권은 탐욕의 근원이 된다. 토지에서 시작한 소유권의 기원은 봉건제적 생산관계에서 중요한 자본이 된다. 산업화와 함께 공장설비나 건물 등 산업자본시대가 열리게 된다. 산업자본시대는 금융자본주의 기술자본주의로 발전한다. 오늘에 이르러 인간 그 자체가 자본이 되는 인문주의적 자본주의 강론이 등장하기도 한다.

브레튼 우즈체제가 탄생할 무렵까지만 해도 상품무역에 대한 관리체제 외에 농산물이나 지적재산권보호, 서비스산업 등은 논의되지 않았거나, 특수한 문제로 취급되어 GATT/WTO체제에 편입되지 못하였다(조영정, 2009). 농산물은 각국의 특수한 상황과 정부보조가 불가피하여 자유시장 논리를 주축으로 하는 GATT에서 소외되었고, 지적재산권 보호나 서비스 무역이라는 주제는 아직 시기

법과 생활

상조라 할 수 있었다. 그러나 그후 50년 가까이 지난 1995년 탄생한 WTO체제는 상품무역협정외에 지적재산권협정 서비스무역협정 등 3가지 협정을 관리하게 되었다(조영정, 2009; Marceau, 1995).

지적재산권 협정은 기술자본을 보호하기 위한 선진제국의 바램과 자국 경제의 미래를 걱정하지 않을 수 없는 개발도상국 간의 타협의 산물로 탄생되었다(Maskus, 2004). 물론 기술자본의 보호와 자유로운 거래, 비차별을 위한 기존 4개의 국제 지적재산권 관련 협약규정을 인용하여 만든 특별한 성격의 협약이다. 이미 19세기 말엽 파리 산업재산권보호협약이 만들어지고, 이후 많은 국제협약이 이어져 WIPO라는 기존 국제체제가 있음에도 WTO 지적재산권협정이 필요했던 이유는 무엇일까?

그것은 기술자본의 보호와 국제통상의 법에 의한 규율을 위하여 WTO법은 매우 효율적이기 때문이다. 당장 회원국 수만 하더라도 WIPO 개별 협약보다 WTO 회원국 수가 훨씬 많다. 또 WIPO와 달리 WTO는 지적재산권 침해에 대하여 피해국의 통상이익을 보호하기 위한 분쟁해결제도를 잘 갖추고 있다. 과학기술이 자본이 되는 시대, 국가경제의 발전과 안정을 지향하는 선진제국은 이를 국제법적으로 보장받고 싶어 하고, 실제로 WTO가 설립된 이래 지적재산권 침해를 주장하는 통상분쟁이 많아진 현실이다(2004). 법은 시민의 안전과 예측가능한 삶을 회구하는 모든 이들에게 없어서는 안될 것이지만, 이윤을 남기려는 기업이나 자본가들, 전제정부의 도구가 될 위험성이 상존한다. 원칙법과 예외법은 그러한 갈등 상황 하에서 균형을 잡아 준다.

오늘 아침 신문에는 백신을 개발한 독일기업과 독일정부가 그들의 창의와 결과물을 법으로 보호받아야 한다고 주장했다는 기사가 실렸다. 미국의 민주당은 중국에 대한 단호한 대응에서 보듯이 국가간 경쟁이나 안보 등에서는 보수당과 별반 다르지 않지만, 보수당에 비하여 진보적이고 이념지향적 성격을 갖는다고 평가된다. 독일의 주장에 대하여 미 민주당 정부는 백신에 대한 법적 보호

보다는 세계시민의 건강과 안녕을 위하여 백신자본주의적 사고를 버려야 한다고 하였다. 또한 프랑스나 유럽제국들이 미국의 입장에 찬동한다고 한다.

물론 지재권 포기 찬동하는 나라들마저 지재권 포기가 현실적으로 얼마나 효과가 있을지는 의문이라는 입장이다. 정부도 백신구입과 확보가 어려운 현실에서 무역거래와 지재권 문제를 얘기하는 것은 시기상조라 할 수 있다. 또 백신기술 문제보다도 원료 등의 자유로운 거래가 더 문제일 수 있다(미국의 경우 WTO법 제 21조 국가안보를 위한 예외조항에 따라 수출통제법 같은 국내법을 시행하고 있다). 그러나 백신 지재권 포기 문제는 외교나 국가간 공조의 시험대가 되고 있는 것은 틀림 없는 것 같다.

시카고 태생으로 급진적 좌파학자였던 소울 알린스키(Saul Alinsky)는 그의 저서 급진좌파를 위한 행동강령(Rules for Radicals: A Pragmatic Primer for Realistic Radicals)에서 사회주의 국가를 만들기 위하여 대처와 협상이 필요하다고 하였고, 구체적으로 8가지 방법을 주장하였다(1989). 즉 그는 의료서비스를 통제하면 국민들을 지배할 수 있으며, 가난한 사람은 통제하기 쉬우므로 빈곤 수준을 최대한 높이고, 감당하기 힘들 정도로 부채를 증가시켜 정부에 의존하게 하여 통제가 가능하다고 하였다. 우리의 좌파정부가 백신개발과 구매에 뒤처지고 있다거나, 가난한 국민에게 재난지원금을 지급하고 기본소득을 보장하겠다는 공약을 말하는 것이 알린스키식 사회주의 구축방법의 일환인 것은 아니겠지만, 우리 국민의 건강과 한국경제의 위기가 안타까운 현실이다.

시장의 자유를 원칙으로 하는 자유자본주의는 그 불변의 가정으로 인센티브(incentive)를 들고 있다. 특허에 의한 백신제조기술의 보호가 이루어지지 않는다면 누가 기술에 투자하고 노력하겠는가? 한편 세계시민의 보건과 위생이라는 고매한 이념이 시장의 자유와 자본의 보호라는 독일정부의 논리를 이길 수 있을까? 묘하게도 원칙을 주장하고 있는 독일은 과거 후발 자본국으로 시장의 자유보다는 보호무역주의를 주장하고 영국과 프랑스를 상대로 세계대전을 일으킨 나

법과 생활

라이다. 전쟁이 끝나고 얼마되지 않아 게르만의 우수성을 신봉했다는 히틀러의 믿음이 라인강의 기적으로 부활하고, 새로운 세기에 이르러 유럽 최부국으로 현실화되고 있다. 그러나 독일정부 논리의 앞길은 순탄치 않아 보인다. 많은 나라들이 예외법을 주장할 것이다. 특히 지적재산권법에서는 공익을 위한 특허의 강제실시가 인정되고 있다.

또한 WTO 상품무역협정에는 Waiver 제도가 있다. 국내 의회와 같은 입법자가 없는 국제사회의 현실에서 회원국 다수결(가중다수결)에 의하여 원칙과 의무로부터의 면제가 인정되어 있는 것이다. 즉 입법자(law giver)이자 수법자(law receiver)이기도 한 회원국들이 모여 특정 원칙과 의무로부터의 면제를 가결하면 법적 효력을 갖는다. Waiver가 가결되면 회원국들은 자국민의 건강과 안녕을 위하여 특허협약을 침해하는 조치를 입안하거나 시행하더라도, 그러한 국내 조치는 WTO법을 위반하는 것이 아니다.

자유무역지대나 관세동맹을 창설하기 위하여 WTO법이 요구하는 법적 요건을 충족하지 못하였지만, EEC는 이 Waiver 조항을 이용하여 자유무역지대, 관세동맹을 창설할 수 있었고, 지금과 같이 번영할 수 있었다. 또한 UNCTAD의 주도로 최혜국대우조항에 위반되지만, 개발도상국을 위한 일반특혜관세제도(GSP)가 가능하였던 것도 Waiver제도를 통한 회원국들의 정치적 결단이 있었기 때문이었다. 국제사회는 어떤 경우에는 법보다도 정치가 앞서고, 그래서 상호 win-win 할 수 있는 협상이 중요하다. 백신자본주의와 세계시민의 보건이라는 이념이 어떻게 협상되고 귀결될지 궁금한 아침이다.

코로나 시대, 보건과 백신전쟁, 경제전쟁을 치르고 있는 현실에서, 역사상 가장 많은 종전 처리 강화회의가 열려 세계 외교의 중심 역할을 했던 파리가 문득 떠오른다. 프랑스 파리에는 자유와 평등을 상징하는 에펠탑(Effel Tower)과 씨테(Cite Internationales)라고 불리우는 여러 나라 학생들을 위한 국제 학생기숙사 시설이 있다. 파리기후협약 체제가 개발론자와 보존론자 또는 환경론자, 자

본주의와 사회주의의 조화적 발전을 상징하였다면, 에펠탑과 씨떼는 자유와 이념을 상징하는 것 같다.

시장의 자유와 자본의 보호인가? 아니면 보편적 의료서비스와 박애라는 이념인가? 준소유권(quasi-property)이라 불리우는 특허 등 지적재산권 역시 소유권과 같이 법 테두리안에서 인정되는 권리이다. Waiver, 즉 의무면제가 의결되면 원칙과 의무를 준수하지 않아도 되고, 각국은 자유롭게 특허기술을 사용하여 백신을 제조할 수 있게 될 것이다. 보건과 백신자본주의에 관하여 만국의 학생들이 모여 토론이라도 하였으면 좋겠다.

8. 천안함과 한강 대학생

한강 대학생 사망 사건으로 세간의 관심이 들끓고 있다. 유튜브를 즐겨 보는데 자칭 타칭 방구석 코난이라는 유튜버들이 여러가지 의혹을 제기하기도 한다. 知者堯水요 仁者堯山이라는 고래의 격언이 새삼스럽다. 짐승이 아닌 인간의 특질이라고 할 수 있는 지성과 인성은 세상 현상과 관련이 있는 것 같다. 지성은 지성과 인성의 발현인 세상에 대한 탐구로, 인성은 그에 기초하여 세상을 바르게 하고 싶은 인간의 본성 아닌가 싶다.

그래서 지성은 물론, 인성은 산으로, 학자나 평범한 이웃들은 세상에 대한 호기심과 나름대로의 수용, 큰 뜻을 품은 정치가들은 도덕을 이야기 하고, 세상을 리드하듯이 험악한 등산도 마다하지 않는 듯 하다. 대신이 가까워져 연일 시끄러운 가운데도, 대학생 사망사건에 관심이 더 쏠리는 것을 보니, 필자도 영락없이 보통의 이웃인 것 같다. 하긴 등산보다도 수영이 취미이고, 해변가 여름 바캉스를 그리니 당연한 것인지도 모르겠다.

이번 사건은 경찰의 수사 진행과 태도가 시민들의 평가 대상이 되버린 것처럼 느껴지고, 단순한 사망사건을 넘어 검경수사권 조정 문제에도 알게 모르게 영향을 미치는 것 아닌가 입방아를 찧는 자들도 있다. 경찰은 시민의 안전과 복지를 책임지는 경찰행정의 주체로서 행정법상 지위를 갖는 한편, 형사소송법상 사법경찰관리의 지위를 갖고 검찰이나 법원과 함께 국가의 형사사법시스템을 지지하는 중요한 축이 된다.

경찰이 일반사법경찰관으로서의 지위를 갖는 것에 대하여 “사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률”에서는 교도소장, 산림공무원, 철도공무원 등 특별 사법경찰관리에 대하여 정하고 있다. 이들은 행정법상

지위와 함께 사법경찰관리로서, 범죄를 수사하고, 법이 부여한 처분을 시행할 권한과 책임을 갖는다.

知者로서의 사람, 사물의 현상에 대하여 호기심을 갖고, 궁금해 하는 자들은 조사를 그 시작으로 한다. 그래서 영어의 investigator라는 말은 연구자, 교수라는 의미로 사용되기도 하지만, 사건을 조사하는 사법경찰관을 의미할 때도 사용된다. 아무런 확실한 것이 없는 가운데 새로운 것을 발견하고 논증하여야 하는 일, 사법경찰관과 연구자가 공통으로 당면하는 현실이다.

자신의 주제를 세우고, 연구질문을 작성하고, 문헌조사나 인터뷰를 시행하고 하는 내심의 본질이 양 직역에 공통되는 듯 하다. 또한 선입견이 없이 공정하게 절차가 진행되어야 한다. 선례나 유사한 사건이 없으면, 송창식의 가나다라마바사가 되어 바닥에서 새롭게 수사하거나 조사하여야 한다.

이와 비슷한 경우가 연구방법론에 있어 ground theory approach라고 불리우는 현장 중심의 bottom up 조사이다(Locke, 2002). 장시간 잠복근무를 하는 형사가 있듯이, 아프리카 어느나라에서 현지인과 수십년을 같이하면서 독창적인 이론을 만드는 인류학자나 인문지리학자, 북극에 기지를 세우고 수년간 기후변화를 실험하는 기상학자들이 있는 것이다.

괴도 루팡은 프랑스 괴기 소설로 인기가 높다. 이에 대하여 영국의 소설로 우리에게 재미를 주는 것이 코난 도일의 셜록홈즈이다. 언젠가 지적 거대 담론과 관련하여 창조론(Creation myth)과 진화론(Darwinism)의 논쟁이 있다고 하였다. 일반적으로 프랑스나 독일 등 유럽대륙 국가들은 창조론적 지적 특질을 보인다고 알려져 있다. 영미계 지성은 일반적으로 진화론을 신봉한다.

창조론은 신이 만든 세상의 부조리에 대한 비판을 지적 탐구의 구심점으로 한다. Critical theory, 즉 비판철학은 노동과 자본간 모순과 착취라는 세상

법과 생활

부조리를 논한 맑스 이래, 미셸 푸코, 하이데거, 하버마스 등으로 이어지고, 현대 사회과학의 갈등이론(conflict theory), 미국 법학계 CLS(Critical legal studies)의 발전에 이른다. 신이 만든 세상은 모순과 부조리로 가득차 비판적 자세가 필요하다는 학풍은 기득권이나 기득세력을 벗기게 되어 좌파적 경향을 갖는다. 그래서 우파 야당은 현 정부는 좌파적 정파로 의사와 간호사의 갈등을 부추기고, 집없는 자와 집있는자, 부자와 빈자간 갈등을 정략적으로 이용한다고 공격하기도 한다.

한편 진화론은 자연과학에서 시작하여 사회과학 영역까지 그 원리를 접목한다. 즉 진화를 향한 실험주의(experimentalism)나 사회개혁을 위한 점진주의(incrementalism)가 그것이다. 그래서 얼핏 이상하게 보일지 몰라도 영미법계 실용주의 전통을 갖고 있는 국가에서 찰스 다아윈의 위상은 교황이나 사회주의 국가에서 맑스 비슷하게 절대적이다. 실제 다아윈의 날이 있어 이를 기리고 경배한다.

물론 푸코에 대하여 구체적 대안이 없다고 지적하는 하버마스나, 철학사적으로 찰스 다아윈 계열이지만 창조론 주장자들을 무시할 수 없다는 리차드 도킨스(Richard Dawkins)처럼 절충적일 수 밖에 없는 것이 의문의 종결점이긴 하다. 아카데미 상을 수상한 윤여정이 뭐든지 한번에 팡 터지는 것은 없다는 명언을 남겼다. 그러나 창조론은 마치 괴도 루팡이 노래 마로니에 가사처럼 루루 루루 팡 터지듯이 세상을 창조하고, 이를 기리기 위하여 붙여진 이름 같기도 하다.

언젠가 누가 말했던가? “민나 도르부멧쓰”라는 일본말처럼 아마도 우리는 모두 도둑이고, 루팡처럼 이 세상을 만든 창조자들 아닐까? 한편 코난 도일은 이 복잡하고 혼탁한 세상에 불의를 뽑겠다는 듯이 형사가 되었다. ground theory approach 조사관처럼 교과서나 참고서가 있는 것이 아니어서 얼굴의 중심에 있는 그의 코는 지난하고 어렵다. 형사는 범인이 되어 도둑을 쫓듯이 일을 한다. 그래서 이름이 코난 도일인 것은 아니겠지만.

그가 그린 형사 이름은 셜록 홈즈(Sherlock Holms)이다. 중간에 힘찬 발음을 위하여 알파벳 알(r)자를 넣었는지 모르겠지만, 단혀진 여자라는 이름이 되버린다. 범죄자는 마치 단혀진 여자 같다. 자신의 범죄를 비밀로 하여야 하고, 수사대상이 되어 수동적으로 거짓과 변명을 해야하는 사람, 단혀진 여자 같은 처지이다. 고립무원의 힘없는 자가 의심을 받는 피의자일 것이다. 그래서 법조윤리나 법철학 시간에 우리는 자신의 변호인에게 범행을 자백한 경우 그 변호인은 이를 세상에 알릴 수 있을까라는 주제로 고민한다. 또한 헌법과 형사법에는 변호인의 조력을 받을 권리, 미란다 원칙 등이 인정되어 있다.

이번 사건은 시민의 관심 속에 검경수사권 조정의 타당성에 대한 시험대가 되고 있다. 정부는 비효율이라는 Bum Rap의 대상이라는 Paul Krugman 교수의 말처럼 원칙과 법에 따른다는 것이 어렵고 비효율적인 것이 사실이다. 이러한 관점에서 수사를 책임지고 있는 경찰의 처지를 이해할 수 있다. 그러나 사태가 진전되면서 부실수사라는 낙인이 찍힐 경우 시민들은 자신들의 안전을 걱정하고, 검경수사권 조정에 대하여 회의할 수 있다.

검경수사권 조정은 형사사법체계 내에서 검찰과 경찰의 지위와 권한 분배가 모호하기 때문에 문제가 된다. 법원의 경우는 헌법과 법령에 따라 자신의 권한과 책임이 명확하지만, 수사에 관하여는, 경찰과 검찰 양 기관의 권한관계가 모호해진다. 형사사법시스템에 있어 기소나 공소유지 등 명확하게 검찰 책임이라고 볼 수 있는 부분이 있는 것은 물론이다. 일반적으로 서구 제국의 경우 수사 영역은 사법경찰관을 주된 역할자로 보고 있다.

그러나 그 정도는 프랑스와 같이 검찰을 아예 법원체계의 한 부서로 보는 경우에서부터, 경찰의 수사를 기초로 상당한 재량권을 행사하는 입법레까지 다양하다. 한편 많은 국가들이 정책목적 상 일정한 범죄에 관하여 검찰의 수사권을 규정하는 경우가 많다. 수사는 이번 손정민 사건에서 보듯이 사건의 운명을 좌우한다. 즉 형사사법시스템의 제 1차적 단계의 중요성이 여실히 느껴지는 경우

법과 생활

라 할 수 있다.

우리가 知者로서 글을 쓰거나 논문을 작성한다 했을 때, 수사는 어쩌면 본문의 중요한 부분일지 모른다. 그것을 음미하고 의미를 부여하는 것이 검찰의 기소나 법원의 판결이리라. 이러한 것들이 어우러져 논문이나 그 Abstract처럼 사건 기록이나 판결문이 역사에 남는 것이라 볼 수도 있다. 이번 사건이 조선시대 고금소총처럼 야사로 덮여진다면 시민들은 실망할 것이다. 우리의 과학적 역량과 수사관들의 분발을 시민들은 주시하고 있다.

형사 문제는 국가의 가장 기본적인 기능과 관련이 있다. 헌법에 규정된 국가의 가장 기본적 책무가 시민의 생명과 자유, 재산의 보호인 것이 이를 말한다. 또한 법문화에서 가장 먼저 발전한 영역이 형사법인 것은 함무라비 법전을 필두로, 고조선의 팔조금법, 모세의 십계명 등에서 확인할 수 있다. 필자의 관심 영역인 국제사회는 중앙정부가 없으므로 외교관의 보호, 국가영역 같은 문제를 다루면서도 형사문제와는 관련이 없었다.

다만 최근이라 할 수 있는 1990년 로마규정에 합의하면서 국제형사재판소(ICC)가 만들어지고, 국제형사법 분야가 다루어지고 있다. 로마 하면 연상되는 것 중의 하나가 법이어서 그런지 로마에 모여 ICC를 만드는 협약이 체결되었다. 한국은 높은 국제적 위상과 외교의 승리로 국제형사재판소장과 재판관을 배출한 자랑스러운 나라이기도 하다.

그러나 사실 ICC의 현재와 미래는 그다지 밝지 않다고 평가된다. 풍족하지 않은 자원과 인력으로 국제사회에서 형사적 정의를 세우는 것은 쉬운 일이 아니다. 또한 기구의 성격이 국내 형사법과는 현저히 다른 것이라 할 수 있다(Arsanjani, 1999). 언젠가 전쟁과 평화라는 이분법이 국제사회를 이해하는 기본 시각이라 말하였지만, 제노사이드(Genocide), 인도에 반하는 죄(crime against humanity), 전쟁범죄(war crime), 침략범죄(crime of aggression) 등 전쟁 같은

극한 상황과 관련한 잔혹범죄 4가지 경우만을 관할로 하고 있다.

특히 국제형사재판소의 관할권은 개별국가의 재판관할권 행사에 대한 보충적 성격만을 지닌다. 즉 이러한 범죄에 해당하는 경우에도 국가가 속주주의나 속인주의 등에 기초하여 1차적으로 형사관할권을 행사하는 것이 법원칙이다. 그리고 국가, 특히 강대국의 협조 없이는 국제형사재판소가 실효적으로 기능할 수 없고, 국제형사재판소가 관할권을 행사함에 있어 필요한 경우 유엔 안보리의 협조를 요청할 수 있으며, 안보리는 그 협조 요청에 적극적으로 응해야 한다.

이러한 법원칙이나 협정 조항들은 국제사회에서 국가는 현실적으로 가장 중요한 행위자라는 것을 의미한다. 군부통치 시절 버금가게 좌우 진영 대립이 어느 때보다 심각한 현실에서 천안함 사건과 연평도 포격 사건은 충격을 준 바 있다. 그런데 그 사건이 국제형사재판소 사건이었다는 것을 아는 사람들은 별로 많은 것 같지 않다. 즉 2010년 12월 6일 국제형사재판소 소추관은 그 해 3월 26일에 발생한 천안함 폭침사건, 11월 23일 발생한 연평도 포격사건과 관련하여 북한의 행위를 국제형사재판소에서 다룰지 여부에 관한 예비조사에 착수하였다.

북한은 물론 1990년 로마협약, 즉 국제형사재판소 조약 가입 당사국이 아니다. 그러나 사건발생지국 관할권 원칙에 따라 이러한 결정을 내릴 수 있었다. 약 3년 반에 걸친 조사 끝에 2014년 6월 23일 소추관은 천안함의 경우 군함이므로 이에 대한 공격이 로마 규정상의 전쟁범죄에 해당하지 않고, 연평도 포격의 경우 민간인 피해가 발생하기는 했으나, 이것이 민간인에 대한 고의적인 공격이라는 증거가 없다고 결론 내리고 예비조사를 종결했다.

바캉스 시절이 다가오는 초여름이다. 지자는 요수이고 인자는 요산이라. 고래의 격언이 떠오르면서 알고싶어요 프로그램의 지자같은 우리, 다시 선거철이 되어 이념과 공약을 말하면서 출마를 선언하고 있는 인자 같은 우리, 그 와중에 묘하게 두 사건이 뇌리에 남는다. 마치 카인과 아벨 같은 구도가 되어 버린 한강

법과 생활

대학생 사망사건과 북한의 천안함 폭침사건. 검찰개혁의 당위성을 놓고 대립했던 우리의 정치, 프랑스 소추관이나 미 연방검사처럼 이슬만 먹고사는 학 같이 범만 다루면서 살 수 있음에도, 굳이 수사에 관한 책임을 전적으로 경찰에 넘길 수 없다는 검찰. 뭔가 무시할 수 없는 기분이 드는 것을 부인할 수 없다(Elliot, & Pierre, 2006).

같은 동포 한 형제끼리 의심하고 반목했던 천안함 사건과 같은 학교 사회적으로 촉망받는 의과대학생들 사이에 벌어진 사망 사건의 미스터리는 묘하게 같은 정서로 다가온다. 정부의 공식발표는 북한 소행이라는 것으로 결론이 났지만, 아직도 사건의 원인을 두고 논란이 많은 가운데 종결되어 버린 천안함 폭침사건처럼 대학생 사망 사건도 여러가지 의심 속에 용두사미처럼 종결되지 않을까 걱정하는 이웃들이 많은 것 같다. 물론 실족사 등 다양한 가능성이 열려 있어 친구가 가해자라는 선입견을 선불리 가지는 것 역시 경계할 일이다.

9. 公務員의 倫理와 責任

국가와 관할권(官割權), 공무원의 책임과 윤리는 얽혀 있는 문제라 할 수 있다. 국가는 헌법에 따라 권한과 책임을 부여 받고 정부로서의 권한을 행사한다. 국제법학자들은 국제법 중심의 사고를 하는 자들이므로 국가관할권은 국제법에서 인정되는 범위 내에서 행사되어야 한다고 본다(정인섭, 2019). 국제법에서는 국가관할권을 일반적으로 입법관할권과 집행관할권으로 이분한다.

입법, 행정, 사법 등으로 세분하거나, 이원적 다원적 사법제도를 헌법에 규정하는 등 국내 헌법상 국가관할권은 보다 정밀한 것이 사실이다. 국제법에서 국가관할권을 입법과 집행관할권으로 나누는 것은 입법관할권 행사에 비하여 집행관할권은 국가간 예민한 문제이기 때문이다.

유럽국가들은 미국 법원의 증거개시명령이나 독과점 금지법상 처분에 대하여 주권자 명령의 충돌로 보아 자국내 다국적 기업을 보호하기 위하여 대항 입법(blocking statute)을 제정하는 경우가 있다(Curran, 2015). 이때 미국과 유럽 국가간 관할권 충돌문제는 입법관할권 문제라 할 수 있다. 우리 국민이 일본국 시민을 상대로 승소판결을 받아 그 시민의 일본국 내 재산에 대하여 강제집행을 하는 경우 이는 집행관할권 문제라 할 수 있다.

전자의 경우 미국법원의 명령을 수령한 기업이 어떠한 법을 따를 것인가 선택할 것이고, 결국 양국간 외교 교섭을 통하여 해결되는 경우가 많지만, 후자의 경우에는 일본국 민사집행법에 따라 강제집행의 승인을 받지 않으면 우리 법원 판결, 즉 대한민국의 집행관할권은 아무런 효력을 갖지 못한다. 선택의 문제도 외교교섭의 문제도 없게 되는 상황이 된다.

법과 생활

국제법의 시작이 전쟁과 평화의 이분법이었다면, 무력행사금지의 원칙, 국제평화주의의 원칙이 자리를 잡아가는 20세기 들어, 즉 평화시 국제법의 시작은 어찌면 Lotus호 사건이라 할 수 있다(Beaulac, 2019). 국제사회에서 국가관할권의 발생과 그 한계는 무엇인가에 대하여 밝힌 로터스호 사건은 주된 행위자인 국가와 그 행위자의 권한범위와 한계에 관한 법이므로 마치 민법을 처음 배우는 경우 행위능력, 행위무능력 문제와 유사한 것이다.

이 판례에서 상설국제사법재판소는 공해상 프랑스 선박의 실수로 터키 선박에게 발생한 사고책임자에 대해 터키와 프랑스 양국 모두가 관할권을 행사할 수 있다고 판결했다. 프랑스 선박 Lotus호와 터키 선박 Boz-Kourt호가 충돌하여 터키선박이 침몰하고 터키인 8명이 사망한 과실치사 사건의 형사관할권을 어느 국가가 행사할 수 있는가?

마침 양국은 로잔느협약 체결국으로 그 제15조에 따르면 “터키와 체결국간의 관할권 문제는 국제법에 따라 결정된다”라고 되어 있었다. 이에 관한 국제법이 무엇인가? 국가관할권은 국제법에 적극적으로 근거하여야 하는가? 아니면 국제법에 반대의 법이 없는 한 국가는 관할권을 행사할 수 있는가? 국제사회와 국제법이 먼저인가? 아니면 국내사회와 국내법이 먼저인가?

지적으로 섬나라 영국이 진화론이나 귀납법적 역사라면, 많은 나라들이 육지 경계로 인접해 있는 유럽국가들은 창조론이나 연역법적 사고방식을 가지기 쉬어 국제사회와 국제법을 선행하고 우선시하는 경향이 있다. 프랑스 정부의 주장이 그러하다. 즉 터키 정부는 자국의 국가관할권을 인정하는 국제법 근거를 적극적으로 제시하여야 한다고 주장하였다.

그러나 이는 국가가 먼저였던 역사적 사실에 반한다. 그래서 영미법계 국가들과 이 사건에 있어 터키 정부는 국가사회와 국가관할권을 우선시 하여 적극적으로 터키의 관할권 행사를 부인하는 국제법원칙이나 조항이 없는 한 터키

는 형사관할권을 행사할 수 있다고 주장하였다. 물론 사고 지점은 터키 영해내가 아니고 공해상이었다. 다수의견은 속지주의 원칙에 따라 양국 모두 형사관할권을 행사할 수 있다고 하였다.

이 사건에서 소수의견을 낸 6인의 재판관들은 모두 피해자 국적주의에 근거한 관할권행사에 반대함을 논거로 삼았다. 그러나 이후 국제법 이론의 발전으로 테러로 인한 자국민의 피해에 대하여 자국 정부가 적극적으로 관할권을 행사하는 등, 피해자 국적주의, 소위 수동적(受動的)속인주의는 국가관할권 행사의 한 근거가 된다.

돌이켜 독일의 켈젠(Hans Kelsen)이나 프랑스의 뒤기(Leon Duguit)등 국제사회에서 이상과 보편주의를 주장했던 학자들이 있었다. 이들은 사회적 관습, 근본규범론, 사회학적 국제법 등 UN이나 연성법, 국제법 체계의 해체 등 현대 국제법의 발전에 많은 영향을 미쳤다. 그러나 의사주의적·주권중심적 국제법관은 근대 국제법의 뿌리를 이루고 있고, 영미법계 국제법학자들은 이러한 이상주의적 국제법관이 어떻게 발전될지 조심스럽게 주목하고 있다.

법은 현실사회에서 규범력을 갖는다는 취지의 같은 법실증주의라 하더라도 국제사회와 국내사회를 일원적으로 바라보는 대륙법계 국가들의 경우 국제정치를 도외시 하는 순수법학이나 연성법적 국제법을 옹호하는 사회학적 법학이 되기 쉽다.

UN과 연성법이 발전하기 시작한 20세기 중·후반 현대 국제법 시대에 어울리는 법학방법론으로 유력하다 할 수 있다. 국내사회와 국제사회를 이원적으로 바라보고, 국가의사를 법 효력의 근거로 보는 전통국제법 체계를 지지하는 학자들은 이상주의에 경도된 국제법이론을 경계하기도 한다.

한 예로 피노체트 체포를 인정한 영국법원의 판결이 전통국제법 이론에 반하는 결정이라고 비판하는 학자들이 있다. 피노체트는 국가원수 재직시 스페인

법과 생활

인을 포함한 수많은 사람들을 납치, 고문, 살해하였다는 혐의를 받고 있었는데, 1998년 영국에 일시체류 중 영국 법원이 한 스페인법원의 범죄인 인도요청에 대하여 체포영장을 발부하였다.

결국 영국의 대법원까지 가 다투게 되었는데, 피노체트는 국가원수로서 주권면책을 주장하였으나, 3-2 근소한 차이로 주장이 받아들여지지 않았다. 즉 고문금지법도 국제법상의 강행규범이며, 보편관할권의 대상범죄라고 본 것이었다. 그 후 대법관 1인의 국제사면협회 연루사실이 들어나, 우리법상 제척사유 비슷하게 재심리된 세 번째 판결에서는 영국이 고문금지법을 제정하고 유엔 고문금지 협약에 가입한 1988년 이후 고문행위에 대하여는 두 번째 판결이 유효하다고 보았다.

이 사건은 국제사회에서 진보와 이상, 보수주의적 전통국제법관이 시험대에 오른 한 예라 할 수 있다. 당시 보수당 정권의 수장이었던 영국의 대처 전 수상이나 미국의 아버지 조지 부시 전 대통령은 국제사회에 피노체트의 석방을 주장하기도 하였다. 반면 대법관이 연루되었다는 Amnesty International은 사형 폐지를 주장하는 대표적 진보단체이고, 유엔과 함께 국제사회에서 진보와 이상을 대변한다.

영국 법원의 판결은 주권면책 문제 등 강행규범의 존재나 보편주의적 관할권행사에 부정적인 보수적 국제법학자들로부터 비판을 받은 바 있다. 그러나 전통적으로 보수적이라고 알려진 영국법원의 진보적 법관념은 현대 국제법의 흐름을 보여주고 있다. 특히 우리의 위안부, 강제징용 관련하여서도 참조해 볼만한 선례라 할 수 있다.

해양에서의 국가관할권과 관련하여 추적권(追跡權)이라는 개념이 있다. 연안국의 관할수역에서 위법행위를 한 외국 선박을 공해로까지 추적해서 나포할 수 있는 권리이다. 공해자유의 원칙에 따라 공해에서 국가는 관할권을 행사할 수

없지만, 일정한 요건하에 예외가 인정되는 것이다(Kim, 2008).

추적권에 관한 한 예가 2005년 신평호 사건이다. 2005년 5월 31일 한국 어선 신평호가 일본의 배타적 경제수역을 약 3마일 정도 침범한 것이 발견되었고, 일본 해상보안청 소속 순시선이 정선을 명하였지만, 신평호 선장은 이에 불응하고 도주하였다. 일본 순시선은 한국측 배타적 경제수역 안쪽 약 18해리 해상까지 들어와 신평호를 다시 따라 잡을 수 있었고, 이때 신고를 받고 출동한 한국 해경의 경비정이 거의 동시에 신평호에 도달했다.

이 사안은 일본 영해나 접속수역 아닌 배타적 경제수역에서 추적이 개시되고, 공해 아닌 한국의 배타적 경제수역 내에서 일본국이 자신의 추적권과 관할권을 주장한 사례여서 법적으로 모호한 점이 있었다. 한일 양국은 결국 협상으로 사건을 종결하였다. 이와 유사한 사례로 2001년 장어 3705호 사건이 있다. 이 사안도 배타적 경제수역이 문제된 사안이다.

2001년 12월 22일 일본 해상보안청 순시선은 일본의 배타적 경제수역 내에서 국기도 계양하지 않고 항해중이던 선박(장어 3705호)을 발견하고, 정선을 명하였지만, 선박이 그대로 도주하자, 일본 순시선은 중국측 배타적 경제수역까지 이를 추적하며 접근을 시도하였고, 양측간교전이 발생하였다. 그 과정에서 국적 불명선은 폭발하여 침몰했고, 승무원은 모두 사망한 것으로 추정되었다. 후일이 선박에서는 북한 공작선 또는 밀수선으로 추정할만한 물건들이 발견되었고, 일본은 중국과의 협의를 거쳐 2002년 9월 이 선박을 인양했다.

공무원은 국민의 공복이다. 즉 헌법 제 7조에서는 공무원은 국민의 봉사자라고 선언하고 있다. 우리는 주권자로서 국가에 통치권을 위탁하면서, 우리의 생명과 재산, 자유와 복지를 보장받았다. 국가는 국제법에 반하지 않는 한 국가 관할권을 합법적으로 행사할 수 있으며, 국가는 일상적으로 형사관할권과 민사관할권을 행사하고 있다. 불법행위와 손해배상, 범죄와 형사상 분쟁은 아마도 변

법과 생활

호사 일의 가장 많은 부분일 것이다.

사회가 발전하고 국제사회가 긴밀화 광역화 됨에 따라 민사관할권 형사관할권이 국제화되고 확대되고 있다. 2000년 섭외사범이 국제사범으로 범명이 바뀌고, 대폭 개정이 이루어져 준거법 선택법에서 분쟁해결규범으로 성격이 강화되었다. 즉 법 제 2조에서 국제관할에 대한 법원칙을 선언하고, 판례로만 인정되던 역추지설에 따라 국내관할규정의 유추 적용을 명확하게 하였다.

또한 앞서 본 바와 같이 국제공법적 차원에서도 진보적 국제법관이 상당한 호응을 받고 있고, 피해자 국적주의나 보편주의에 근거한 관할권행사를 적극적으로 인정하고 있다. 국가의사만이 국제법의 규범적 효력의 근거가 된다는 전통 국제법관은 국가의사와 상관없이 강제될 수 있는 강행규범이 있다는 견해와 보편주의적 형사관할권으로 어느정도 수정받고 있다고 보아야 한다.

관할권 문제는 어떻게 보면 분업과 효율의 문제이기도 하다. 공적 영역인 국가의 조직과 권한배분은 관료제(Bureaucracy)이론에 따를 것이다. Bureaucratie라는 프랑스어의 기원에서도 알 수 있듯이, 관료제는 명령과 복종으로 이루어진 조직으로 곧 정부(Government)를 의미한다. 막스 베버가 말한 관료제나 프로테스탄트 정신은 봉건적 생산관계와 군주의 전제정으로부터 민주주의의 싹이 트기 시작할 무렵 새롭게 등장한 관료국가와 자본의 윤리에 관한 것으로 지금도 시사하는 바가 크다.

그즈음 현대 사회학의 창시자라 불리우는 에밀 뒤르하임은 새로운 자본주의 사회에서 분업의 사회학에 관하여 연구하였다. 그리고 테일러나 포드의 과학적 분업이론은 현대 경영학의 토대를 이룬 바 있다. 이제 나아가 도프나 사벨처럼 사기업의 원리를 헌법과 정부의 조직원리에 도입하자는 실험적 민주주의(Constitution on democratic experimentalism)가 말하여지고 있다(Gupta, 2014).

적극적 관할권 행사와 관련한 국제법 판례, 분업과 윤리, 권한과 책임, 그리고 사기업에서 배워야 한다는 실험적 민주주의 얘기에 다다르다 보니, 다시 우리 공무원들이 생각한다. 우리는 우리의 생명과 재산, 자유를 보장받기 위하여 수사기관에 강제처분권을 인정하고, 엄정한 공개선발절차를 통하여 유능한 수사관을 임용하고 있다. 그러나 요즈음 한강대학생 실종사건은 세간에 우려와 불안을 야기하고 있다.

선입견도 문제지만 석연찮은 구석이 많음에도 경찰의 수사가 미온적이라는 것이다. 자신의 배타적 경제수역 내에 침범하여 조업한 어선을 끝까지 추적하여 장어를 격침시키듯이, 신평호(우리 배인데 이름이 가미가제임)로부터 침범자인서를 받듯이, 일본 해경과 같은 끈질긴 직업정신으로 사건의 진상을 밝혀야 할 것이다. 실험적 민주주의는 자치경찰로부터 시작하여 행정자치와 효율을 지향하는 것이 중요한 한 내용이다.

소위 Robert Dahl이 말한 Polyarchy를 중요한 요소로 하는 실험적 민주주의는 수사심의위나 멀리는 배심제와도 관련이 있다(Krouse, 1982). 우리의 경찰이 검경수사권 조정으로 우리의 형사사법체계 내에서 막중한 책임을 맡게 되었다. 편견과 양식없는 유튜브들도 없지 않지만, 모든 유튜브들을 쉽게 방구석 코난이라고 무시해서는 안될 것이다. 제기된 합리적 의혹이 해소될 필요가 있다. 많은 국민이 이 사건의 향배를 주시하고 있다.

한편 이성윤 지검장의 기소가 세간의 화제이다. 이 지검장이 수원지검이 수사중인 '김학의 불법출금 수사중단 외압' 사건의 기소가 임박하자 검찰 수사를 못 믿겠다며 수사심의위를 신청한 데 대한 비판이 제기되기도 하였다. 이 지검장은 이 사건 수사 중 검찰에 관할권이 없다며 공수처 이첩을 주장하기도 했다. 이후 김학의 전 법무부 차관의 불법 출국금지 의혹 사건 수사에 외압을 행사한 혐의로 기소되었는데, 이 지검장의 직무배제 여부를 두고 논란이 되고 있다.

법과 생활

그 와중에 수원지검 수사팀이 이 지검장의 비위 사실 확인 통보서를 서울중앙지검에 송부하였는데, 이 지검장 징계의 키를 쥔 박범계 법무부 장관은 “수사는 수원지검이 해놓고 정작 기소는 중앙지검이 하는 게 이상하지 않느냐”며 “관할을 맞추기 위한 억지 춘향”이라고 비판하였다. 국가와 관할권, 공무원의 책임과 윤리는 얽혀 있는 문제라 할 수 있다.

검경수사권 조정, 자질과 역량이라는 시험대에 올려진 우리의 경찰, 자파 이기주의적 검찰이나 법무부, 공수처와 검찰을 둘러싼 조직간 협조와 갈등 등. 관할권이 무엇이고 내 권한과 책임이 무엇인지, 공무원의 윤리와 책임에 관하여 시민은 묻고 있다.

10. 유로크라트(Eurocrat)와 헌법경제학

국가는 불법을 행하지 않는다 (King can do no wrong). 즉 봉건제 국가에서 왕이나 국가는 절대선이고, 모든 사상(事象)의 근원이 된다. 그러나 자유민주주의 국가에서는 국가도 불법을 행할 수 있고, 국민은 국가의 불법행위에 대하여 배상을 구할 수 있다.

그래서 미국의 연방불법행위법(Federal Tort Act, 1946)이 있고, 또 외국인 불법행위법(Alien Tort Act, 1948)이 있다(외국인 불법행위법에 따라 신군부 전두환 장군 등이 미국 법정에서 이 법에 따라 제소되었고, 주권면제를 이유로 제소가 각하된 사실을 아는 국민은 많지 않은 것 같다).

한편 외국인 불법행위법은 미국의 국내관할권이 국제사회로 확장적용되는 결과 국내법의 역외적용(extraterritorial application of domestic law) 문제가 되어 국제법상 많은 관심을 받았고, 미국 법원에게도 부담이 많아, 최근 판례(Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 2013)에서 축소해석을 통하여 관할권 행사를 자제하고 있다.

우리 헌법 제29조 ①항에서는 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 이 경우 국가와 공무원의 법률관계에 따라 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.

법률에 따르면 고의 중과실의 경우에 한하여 국가에 배상을 청구할 수 있으므로, 국가는 윤리와 양심의 주체로서 법률에 의해서도 보호받고 있다. 또 내부적으로는 고의 중과실에 상관없이 고용법 원리에 따라 개인으로서의 공무원에 대하여 구상권을 행사할 수 있다. 국가는 그 자체로 법상 특혜를 받고 있는

법과 생활

것이다.

나아가 헌법 동조 ②항에서는 군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다고 하고 있다. 한편 공무원의 직무상 불법행위의 범위를 정함에 있어 판례는 직무상 행위와 밀접한 관련이 있는 것을 전제로 외관설에 따르고 있다.

즉 대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다26805 판결에서 법원은 국가배상법 제2조 제1항의 '직무를 집행함에 당하여'라 함은 직접 공무원의 직무집행행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 '직무를 집행함에 당하여' 한 것으로 보아야 한다고 하였다.

그러나 그 현실적 결과는 직무행위를 엄격하게 보는 듯하다. 1996. 5. 31. 선고 94다15271 판결에서 대법원은 공무원이 자기 소유 차량을 운전하여 출근하던 중 교통사고를 일으킨 경우, 직무집행 관련성을 인정하지 않았고, 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결에서 대법원은 대통령이 사후적으로 위헌·무효가 선언된 구 '국가안전과 공공질서의 수호를 위한 대통령긴급조치'(긴급조치 제9호)를 발령한 행위가 국민 개개인에 대한 관계에서 민사상 불법행위를 구성하지 않는다고 보았다.

아직도 발효하지 못하고 있지만 국제법상 국가의 책임에 관하여 유엔 국가책임에 관한 조약 초안이 있다(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts). 국가배상법상의 국가책임과 같은 구조이지만, 국제법상 배상책임의 문제인고로, 직무상 불법행위가 키워드가 아니고, 국가

기관의 행위로 볼 것인가가 중심 개념이 된다. 즉 국가기관 귀속성의 문제로 다투어지고 있다.

그래서 동 협약 제 5조에서는 정부권한을 행사하는 개인 또는 단체의 행위나, 정부권한을 행사하지 않는 경우라 하더라도 개인 또는 집단이 사실상 국가의 지시(instructions)에 의하게 되어 있는 경우, 제 8조에서 국가의 감독 또는 통제에 따라 행동한 경우 등을 국가행위로 인정하고 있다. 또한 제 6조에서는 국가에 의하여 타국의 통제하에 맡겨진 행위에 관한 책임은 통제국에 있다고 하고 있고, 제 9조에 따라 공공당국의 부재 또는 마비상태에서 수행된 행위 역시 국가행위로 간주된다.

공직사회나 관료제, 공무원을 이해하기 위한 전제로 시간과 공간의 여행을 해보자. 시간적으로 공무원이나 정부가 본격적으로 태동한, 즉 민주주의의 시작을 미 연방헌법제정으로 보았을 때, 1789년 이후 공무원의 지위와 역할은 시대별로 약간의 차이를 보이고 있다.

첫째는 고전의상을 입고 있는 공무원 시대이다. 이는 소위 매디소니안 전통(Madisonian heritage)의 시대로, 공적 영역과 사적 영역은 엄격히 구분되며, 공무원은 최소한의 정부로서 역할하고, 자본주의는 시장을 기반으로 자생적으로 성장하는 것을 그 패러다임으로 한다. 미 연방헌법을 이해함에 있어 원문주의자 (originalist)들의 입장으로 지금도 강한 보수적 대법관들이 이러한 입장이라 할 수 있다.

둘째는 양복을 갖추입고 때로는 노동복을 즐기면서 시장을 생각하고 자유민주주의 체제의 수호와 공정을 위하여 비공식적이지만 시장과 관계를 갖고 노력하는 적극적 공무원 시대이다. 이 시기는 1930년대 대공황을 계기로 탄생한 뉴딜정책, 대법관 정원 증원을 통하여 보수대법관 세력을 약화시키려는, 소위 대법원 몰타기 (Court packing plan)로 상징된다. 근로관계법이나 사회보장법 등 개혁입법의 합헌성이 선언되고, 미 역사상 가장 대표적 사회주의 운동가라 할 수 있는 고프스 (Gompers)등이 활약하는 시대이다.

법과 생활

셋째로 정부와 시장의 결탁은 1970년대 이후 그 약효를 상실하고, 이도저도 아닌 상태에서 공무원들은 나체상태 같이 되어 방향성을 잃고 그때 그때 필요에 대응하는 수동적 공무원 시대가 1980년 전후까지 잠시 지속된다.

넷째, 매디소니안 전통이 남아 있던 19세기 말 이래 풍미한 Hart & Sacks의 법과정론(legal process school)으로 헌법체계에 따라 공무원은 법적 절차에 따라 법을 집행하는 것을 사명으로 하며, 이에 관한 연구가 법학연구방법론의 핵심이라고 주장하는 학풍이 있다. 즉 소위 독일 등 대륙법계 국가의 관방사법과 비슷한 논조의 이론이다.

1980년 이래 20세기 말까지는 신 법과정론 (neo-legal process school)이 득세하는 시대로, 헌법이 무엇인가를 말하는 대법원을 비롯하여 법을 해석하고 집행하는 공무원들은 어떠한 기관이 어떠한 권한을 행사하는 것이 가장 바람직한가를 확인하는데 초점을 맞추는 시대가 되었다. Chadah 사건에서 행정부와 의회간 갈등, 오바마 케어에서 중앙정부와 지방정부간 책임 분할 등 시장에 대하여 직접적으로 개입하지 않고, 새로운 현실을 배경으로 구 이론을 계승 발전시키는 학풍이 유행하고 있다.

다섯째, 21세기 새로운 시대에는 헌법이 선언하고 있는 기존 제도는 한계(limits of existing categories)에 다다라 있고, 새로운 제도적 혁신이 필요한데, 이는 효율을 지향하는 사기업의 생산 및 경영원리에서 배울 수 있다고 하는 실험 민주주의적 헌법관이 화제가 되고 있다. 즉 분권적 의사결정 단위(directly deliberative polyarchy)나 직업을 통한 배움(learning by monitoring) 등이 강조되고, 국영기업을 포함하여 교도소나 군대의 사영화(privatization)를 주장하는 논거가 된다. 도프나 사벨의 실험적 민주주의에 기초한 헌법주의나, 헌법경제학 학파가 이러한 논조를 띄고 있다(Buchanan, & Tullock, 1965, 2003).

헌법경제학은 다른 말로 공공선택이론(public choice theory)이라고도 하는데, 시장 메커니즘과 관련이 없는 정치적 의사결정체제나 기구에 관한 재정

학적 연구로 1986년 노벨경제학상 수상자인 미국의 제임스 부캐넌 교수와 톨록 교수 등이 주창했다(1965, 2003).

이 이론은 국가를 인격이 있는 유기체가 아니라 단지 개인의 총합일 뿐이라고 보고, 개인이 경제행위를 할 때는 이기적으로, 정치행위를 할 때는 이타적으로 행동한다고 가정한 전통경제학과 달리 개인은 어떤 행위를 하든 이기적으로 행동한다고 주장한다. 따라서 민주정치 과정에서 경제적 비능률을 제거하고 상호간에 이익을 얻기 위해 경제정책 수립과정의 경기규칙(rule of game)을 헌법에 명시해야 한다고 주장한다.

그는 케인스적 사고가 낳은 유산인 현대국가의 재정적자에 대해 강력히 비판, 이를 '시장의 실패'에 비견되는 '정부의 실패'라 부르면서, 적자예산의 운용은 공공재의 상대가격을 하락시키고 선거득표를 극대화하여 집권을 유지하려는 정치가에게 유리하게 작용한다고 보았다(Datta-Chaudhuri, 1990). 즉 그의 이론은 반(反)케인스주의적이고 레이건 행정부 레이거노믹스, 즉 신보수주의적 경제정책에 커다란 영향을 끼치는 한편, 정계에서 많은 주목을 받은 바 있다.

한편 공간적으로 EU 통합과 유로크라트 문제는 공무원리더쉽과 통합의 시금석이 되고 있다(Hofmann, & Chamon, 2004). 공무원은 곧 정부이므로, Brexit는 영국출신 공무원의 운명에 영향을 미친다. 뉴욕주법이 변호사의 경우에는 외국인에게도 자격을 인정하지만, 경찰공무원은 미국 시민인 것을 요구하는 것과 같은 이치이다.

먼저 유럽의회에 배정된 영국 몫 의석수는 이제 종료한다. 유럽의회의 용역을 받아 행한 허어위그 (Herwig C.H. HOFMANN) 룩셈부르크 대학 교수의 연구결과에 따르면, Brexit의 결과 영국 국적의 EU 직원에 대한 영향은 고용상 실이라고 한다. 현재 시행중인 유럽법에 따를 때에 EU 직원의 두 가지 주요 범주-공무원 및 에이전트는 다르게 취급되고, 영국 국적의 EU 공무원은 Brexit의

법과 생활

경우 EU 직원에 관한 규정에 따라 고용관계가 중단될 수 있다.

한편 에이전트의 경우에는 Brexit로 유럽시민권을 상실하는 경우 자동적으로 고용관계가 중단된다. 따라서 이러한 범주의 영국민은 자신의 임명 기관에 결정을 요청할 권리가 있고, EU 기관은 그러한 예외를 허용할지 여부에 대한 재량권을 행사하여 고용관계 종료 여부를 결정한다. 통합과정에 있는 EU는 아직 완전한 통합을 둘러싸고 논란이 시끄럽다.

그래서 통합회의론자 그룹을 유로와 회의하다라는 의미의 skeptic을 합성하여 유로스keptik(Euroskeptik)이라고 부르고, 통합 유럽의 발전을 회구하는 자들은 Euro와 관료를 의미하는 bureaucrat를 합성한 유로크라트(Eurocrat)라는 말을 사용하길 좋아한다. 유럽통합의 성공 여부는 이러한 유로크라트에 달려 있다고 본다.

유럽통합과 유로화의 출현을 귀태라 부르기도 하지만, 유로크라트와 유로엘리트들은 “더 많은 유럽(More Europe)”을 회구하고, 유럽합중국(United States of Europe)으로 가야 한다고 말한다. 실제로 EU 집행위원회와 유럽의회 등이 몰려 있는 브뤼셀 한복판의 쉬망 로터리 주변은 EU빌딩 신축공사로 시끌벅적하고, 인구 110만 명의 브뤼셀에서 네 명 중 세 명은 외국 출신이며, 그중 한 명은 EU 관련 인사라는 통계도 있다.

EU 공무원들의 평균 임금이 월 5000유로(약 750만 원)로, 벨기에 1인당 소득의 2배에 가깝고, 메르켈 총리 월급(1만6000유로)보다 많이 받는 고위직 4000명에게 EU의 안녕은 그들의 존엄이 걸린 문제이고, 통합유럽의 미래이기도 하다. 유로와 함께 통합의 길에 있어 성공의 열쇠를 쥐고 있는 유로크라트, 과연 전통경제학의 가정대로 이타적으로 행동하여 아메리카 합중국과 같이 EU 통합의 대의를 달성할 수 있을까? 아니면 부캐년 교수의 가정대로 이기적 행위를 할 것이고, United States of South America와 같이 허무한 일장춘몽으로 남게 될까?

필자도 후학을 기르고 청출어람에 보람을 느끼는 백면서생 교수이지만, 정치가나 공무원들은 우리 사회를 이끌어 가는 주축임에 틀림없다. 그래서 우리는 보통 여러 세계의 사람들을 말할 때에, 학계나 재계보다도 첫순위로 정관계를 꼽지 않는가? 제4부라 불리우는 언론계가 중요하다 하지만, 권위있는 사설이나, 학자의 논문 또는 책자 같은 기획 기사를 제외하면, 사실 기자들은 청와대, 국회, 검찰 등 정부기관에 줄서 정부의 발표를 그대로 받아 적어 전하는 것이 일상이다.

요즈음 대학생 한강 실종사건만 보아도, 유튜브의 합리적 의혹 제기는 별반 힘이 없다. 코난 도일, 코가 어렵다, 방향성이 없다, 농담도 하였지만, 직권을 행사하는 경찰이 어떻게 기본 방향을 정하고, 증거판단을 하며, 보고서를 작성하는가가 결정적일 것이다. 필자도 연구자이지만, 교수나 연구자의 연구활동과 보고서 작성 역시 그러한 내부적 프로세스를 거치는 것을 부인하기 어렵다. 가능성 있는 합리적 의혹을 얼마나 충분히 해명하고 설명하는가를 기준으로 훌륭한 보고서 여부를 가르고, 훌륭한 경찰, 연구자인가를 가르게 된다.

우리 사회에는 폴리페서라는 말이 있다. 정관계에 진출하여 출세하려는 교수들을 폄하할 때 사용하는 말이다. 사회학적 해안이 있는 시민들은 어공 늘공이라는 말을 만들어 낸다. 잠시 관직을 맡는 것보다는, 어공 늘공이라는 말을 통하여 그 사람의 인생과 기본 성향을 알 수 있다는 것이다.

라이브러리 페이지라는 말도 하였지만, 페이지는 데스크 오피서의 일상이다. 특히 교수나 연구자들에게 페이지 쪽수나, 페이지의 권위는 새삼 부언을 요하지 않는다. 서울대 법대 교수, 민정수석과 장관을 지낸 유명인사가 자서전을 펴내 세간의 화제가 되고 있다. 표현의 자유가 있는 사회에서 사람이면 당연한 것 아닌가에서 부터, 정치적으로 같은 정서로 인하여 이를 옹호하는 그룹이 있는 한편, 반성의 시점에서 자숙하지 않고, 또다시 국민 분열의 시간이 되었다면서 비난하는 그룹도 있다.

법과 생활

법률가로서 책의 출간이라는 개인의 자유 영역에 관하여 왈부 왈가 하는 것은 타당하지 않다. 보통인이라면 1페이지 쓰기도 힘든 경우가 많은데, 많은 시련의 시간을 겪어 아마도 술술 수백페이지 자서전을 썼을 것이다. 많은 실험 속에서 실험결과를 훤히 알고 있는 연구자와 같은 처지였으리라.

그런데 안타깝게도 개인의 저술이 정치적 문제로 발전하고 있다. 비판 그룹들과 조국 교수간에 ‘나는 맛있어 너는 그거나’ 하는 식으로 뭔가 약 올리는 전쟁으로 발전하는 것을 보면서 개탄스럽기도 하다. 자서전 출간을 비판하는 사람들에게, “야 10만부 이상 팔렸다”라는 SNS 글로 대응하는 것을 보면서, 비판하는 사람들이나 조국 교수나 유치한 어린이 싸움을 보는 것 같아 많은 이들이 혀를 찼을 것이다.

한국인의 정치문화가 좀 순화되고 발전될 필요가 있다. 사실 늘공이 아닌 조국은 공무원 인생이라 하기도 그렇고, 말 그대로 조국 교수라 부르는 것이 맞다. 자신은 법대를 나왔지만, 사법시험을 본 적도 없다고 하였고, 자신 스스로 말하였듯이 학인인 것이다. 학인에게는 여야도 없다. 그자의 정신세계만이 있을 뿐이다. 얼마나 많은 경험을 하였고, 연구하고 성찰하였는가를 통하여 진실을 말하는 세계일뿐이다.

갈릴레오의 우화를 들지 않더라도 또 양심범이라는 형사법 용어를 들지 않더라도 이러한 사람들은 대부분 자신의 확신 세계가 있다. 100년, 1,000년 후, 백골이 진토되어도 자신의 믿음을 버리지 않는 종교인 유사한 자들이다. 그래서 조국의 적은 조국이다라는 말도 나오지 않았는가? 정치의 세계와 정반대이다. 많은 사람을 전제로, 확신의 세계를 확증편향으로 내모는 정치의 세계와 융화하기 어렵다. 그래서 교수를 정치가로 모시면 그것은 맑스나 스탈린 독재를 수용하는 것에 다름 아닌 경우가 되버릴 수 있다. 인생을 학인이라 규정하여야 할 자가 자서전을 펴낸 행위를 붙들고 정치문제에 섞는 것은 자제할 일인 듯하다.

정관계 얘기를 하다보니 야당 당대표에 출마한 정치가들이 새삼스럽다. 1960년대 케네디 연극이 한국에 부활한 듯한 젊은 30대 기수론이 열풍을 일으키고 있다. 새로운 신조어로 조국 교수처럼 이준석의 적은 이준석 밖에 없다는 말까지 나오고 있다. 대표선출 결과도 궁금하지만 청년할당제나 박근혜 전 대통령 탄핵 등에 관한 입장이나 새로운 정책 공약 등을 통하여 대중에 어필하는 참신한 이미지를 보이고 있다. 단순히 박근혜 탄핵을 최악시하거나, 젊은 피를 수혈하여야 한다는 기존 관념을 탈피하고 있는 것이다.

자신도 청장년 세대이면서, 유럽에서는 청년 정치가들을 양성하고 있는 현실에서, 청년할당제를 통하여 공정사회를 이룰 수 있고 한정승인제나 상속포기제도를 보완하여 미성년이 빚 떠안은 것을 막아야 한다는 여론이 비등한 가운데, 동키호테 같은 청년할당제 폐지를 공약으로 제시하고 있는 것을 보면, 향후 주목할만한 젊은 정치인인 것은 틀림없는 것 같다.

왕이나 왕의 즐거들이었던 봉건제 국가의 공무원들은 왕과 운명을 함께 하고 정권에 예종하고 충성하는 공무원상이라 할 수 있다. 그러나 자유민주주의 시대의 공무원은 헌법적 지위를 갖는다. 물론 우리 헌법은 고전적 헌법을 넘어 현대적 헌법으로서의 성격을 갖는다. 미국헌법과 같은 고전적 성문헌법 또는 영국과 같은 불문헌법국가에서는 볼 수 없으면서, 제 1, 2차 세계대전의 반성을 담고 있는 독일헌법에 있는 조항들을 두고 있다.

총강에서 침략범죄를 방지하기 위한 국제평화주의와 국제법 존중, 독일 사회주의 노동당과 같은 독재정당의 출현을 방지하기 위한 위헌정당해산을 규정하는 한편, 사회주의화를 경계하면서 근로자의 노동 3권을 헌법적 차원에서 보장하고, 헌법에 경제의 장을 두어 국가의 경제에 대한 규제와 조정에 관한 헌법적 근거를 마련하였다. 특히 총강에서는 공무원의 정치적 중립과 봉사자로서의 지위를 명확히 하였는 바, 이는 히틀러의 수권법과 같이 법만능주의 또는 독재로 나아가기 쉬운 공무원들의 헌법적 자세를 확인하고 있다.

법과 생활

요즘 세간에 화두가 되고 있는 세가지 현상과 대비하여 많은 생각이 든다. 공무원은 곧 정부요 법이고, 우리 사회의 리더쉽이다. 인간의 본성은 과학기술이나 경제의 발전과 상관없이 예나 지금이나 별 차이가 없는 것 같다. 그래서 온고이지신이란 말도 있고, 사회 지도층 그룹들의 고전 목록이 관심을 끌기도 한다. 또 인문사회과학 영역은 논문보다 저술이 중요한 비중을 차지하고, 자연과학 분야에 비하여 연구논문 5년 인용수가 큰 의미가 없는 것 같다.

EU 공무원의 현실을 바라보면서, 청년 정치가의 역할이 주목된다. 과연 분열된 야권을 통합하는데, 큰 역할을 할 수 있을지 자못 궁금하다. 야권 통합과정에서 영국출신 EU공무원들과 같이 많은 자가 서럽게 되지 않을까? 또 국민의 힘을 EU라 할 때 미 합중국처럼 완전한 통합에 성공할 수 있을까? 보수 출신 대통령 생산에 실패하여 남 아메리카 합중국의 꿈이 무산되었듯이 돈황(Don Juan) 소설처럼 한판의 연애극으로 남는 것 아닌지 우려하는 사람들이 많은 것 같다.

부캐년의 헌법경제학 얘기를 하다보니, 공직자도 시장에서의 사인 행위자와 같이 이기적으로 행동한다는 가정이 LH 사태나 조국 사태와 연결되어 새삼스러운 느낌이다. 물론 조국 교수의 경우 자유로운 영혼의 학자로 어공에 불과하고 늘공 같은 윤리와 정신자세를 요구한다는 것이 적절하지 않을 수 있다. 무엇보다도 이제는 공직을 맡고 있는 자가 아니기에 자서전 편찬을 정치화하는 것은 바람직하지 않는 것 같다.

한편 서초경찰서의 역할이 미진한 것이 안타깝다. 전통적으로 경찰의 임무는 소극 행정의 대표 영역으로서 매디소니안 전통 시절의 고전의상을 입고 있는 공무원상에 가장 가깝다. 그러나 최소한 국민의 불안을 덜어줄수 있는 신뢰를 구축하여야 한다. 이미 자신과 피해자가 물가에서 얽혀 자신이 구조의 노력을 하였다고 진술한 것은 물론, 보통인이라면 선택하지 않을 행위를 하는 등 의혹을 살만한 정황이 충분히 알려졌음에도, 피해자의 블랙아웃 주장 때문인지, 의혹의 중심에 있는 자를 피의자 신분으로 전환하여 조사하지 않는 경찰의 미온적인 태

응을 이해하기 어렵다.

묘한 느낌의 오전이다. 그렇지만 국가는 우리 사회에서 유일한 최종선이다. 일반인과 달리 고의 중과실이 있지 않는 한 손배배상 책임이 없는 법적 주체이다. 그러나 이제는 사시장의 행위준칙인 경영판단이론을 공적 영역에도 적용할 것을 검토할 시간이 된 것인지도 모른다(임정호, 2013). 공무원이나 정치가들이 자신의 판단에 대하여 사인과 평등하게 책임을 지는 것이 형평에 맞는 시대가 된 것 아닐까?

11. 프레드(Fred)와 베르그송(Bergson)

조울증은 정신질환의 하나이다. 그러나 긴 시간 속에서 조울증은 어쩌면 인생이 아닐까? 우리가 흔히 “아 희극인가 비극인가”라는 말을 내 뱉는 것도 우리의 인생을 가장 명쾌하게 표현하기 때문일 것이리라.

또 하나 가장 명쾌한 것은 아마도 정치의 세계일 것이다. 모든 복잡한 상황속에서 대통령이 되고 국회를 장악하면 웃을 수 있으니. 물론 그 반면은 패배한 정당이 있을테이니, 역시 그 세계도 희극과 비극의 이분법에서 자유로운 것이 아니지만, 최소한 희극을 향한다. 개인은 낙천적 성격과 비관적 성격으로 나누지만 국가는 그러하지 아니하다. 그래서 정치가는 개인적인 면을 커버할 수 있는 마스크가 중요하다.

한국에만 전설의 고향이 있는 것이 아니다. 서프라이즈라는 프로그램도 있지만, 미국에도 귀신이 있다. 속인들이 드는 미국 귀신 이름의 대명사가 프레드(Fred)이다. 마치 어프레이드(afraid) 같이 들리면서, 무서운 느낌이 들어서 그런지 모르겠다. 프로이드가 인간 영혼을 id, ego, superego로 나누어 설명한 이래 그 정신분석학을 계수한 학문영역을 우리는 정신의학(Psychiatry)으로 부른다. 문외한이지만, 종합병원 정신과를 상정하면 이해하기 쉽다.

심리학은 인간의 정체를 가장 근사치로 알 수 있게 하는 학문분과라 할 수 있다. 그래서 가끔 우리는 심리적으로 모자란 경우 “이거 바보아냐”라고 비양대기도 한다. 인간을 육체와 영혼의 존재라 할 때, 세포학(cell biology)이나 발달학(developmental biology)이 육체의 부분이라면, 심리학이나 정신의학은 영혼에 관한 학문이라 할 수 있다. 인간의 영혼 영역을 연구하고 정신의학과 관련을 갖지만, 심리학은 상대적으로 과학적 계량적 방법을 많이 이용하는 차이가 있다.

정신의학은 정신병자의 관리와 치유에도 이용되지만, 과학수사와 관련하여서도 의미를 갖는다. 최면수사나 거짓말 탐지기의 실험결과가 법정에서 사실을 증명하는 자료가 되는 것이다. 형사소송법상 증거법 영역에서 사용하는 말로 증거능력과 증명력이라는 용어가 있다. 즉 증거가 될 수 있는 자격을 증거능력, 증거로서의 자격이 있는 경우 요증사실의 입증에 기여하는 정도를 증명력이라 부른다.

최면수사나 거짓말 탐지기의 조사 결과가 법정에서 증거로 인정되려면 법이 요구하는 전제조건들을 갖추어야 한다(Lubet, 1990). 행정청 내부규칙이어서 법관을 기속하는 것은 아니지만 수사기관은 거짓말 탐지기 사용규칙 제 3조에 따라 거짓말 탐지기를 사용하여야 한다. 또한 법정에서 거짓말 탐지기 조사결과가 증거능력을 갖기 위하여는 일정한 전제조건을 충족해야 한다.

위 내부규칙 외에 증거능력에 관한 성문법령이 없는 현실에서 판례에 의하면, 첫째, 거짓말탐지기 조사를 하면 반드시 일정한 심리적 변화상태가 확인되어야 하고, 둘째, 그 심리상태의 변화는 반드시 일정한 생리적 반응을 일으켜야 하며, 셋째, 그 생리적 변화반응을 통하여 피검사자의 말이 진실인지 거짓인지가 명확하게 판정되어야 한다는 것 등 여러 전제조건을 갖추어야 증거능력이 인정된다. 요즈음 세간의 관심거리인 한강대학생 사망사고 조사에서도 최면수사나 거짓말 탐지기가 화제가 된 바 있다.

오늘 아침 신문은 제 1 야당 국민의힘 당대표로 이준석 후보가 당선되었다고 한다. 여당쪽의 기사로는 더민주당의 경우 여전히 조국사태의 발목에서 자유롭지 못하고 향후 계속 정치적 문제화 될 것이라는 논조의 글들이 실렸다. 한국의 좌우 정파와 이를 대표하는 양당간 알력은 여전한 듯 하다.

한 글은 아롱 라자르(Aaron Lazare)라는 정신과학자의 책인 “사과에 대하여(On Apology)”를 인용하면서 진정한 사과가 갖추어야 할 요건을 소개하기도

법과 생활

하였다(Lazare, 2005). 아롱 라자르는 코로나 사태로 유명해진 미 국립전염병연구소(NIAID) 파우치(Anthony Fauci)와 달리 출세의 길을 버리고 정신과 의학자의 길을 간 의사이다.

미국의 메디컬 스쿨의 경우 가장 우수한 이과계열 학생들이 진학하고, 메디컬 스쿨 진학생들 간에는 학점이나 MCAT점수가 별반 차이가 없는 것이 한국의 경우와 유사하다. 파우치는 아이비리그 학교 코넬대 메디컬 스쿨을 졸업하였고, 아롱 라자르는 아이비 리그 학교는 아니지만 그보다 오히려 입학점수가 높은 중부의 명문사립대학인 케이스 웨스턴 리저브(Casewestern Reserve) 메디컬 스쿨을 졸업한 의사이자 정신의학자이다.

파우치는 최상위 인용빈도수의 의학자로 대통령 주치의, 국립연구소 소장 등 관계에 진출하여 성공하였지만, 아롱 라자르는 하버드대학 정신분석학 교수를 지내고, 매사추세츠 대학 메디컬 스쿨 학장을 역임하였다. 즉 출세보다는 학문을 통하여 우리에게 친근한 학자이다.

동아일보의 위 글에서 필자는 조건부 사과나 피해자의 예민함이 더 문제라는 뉘앙스를 풍기면 후회와 반성없는 가짜 사과라고 하면서, 얼마전 여당 대표의 사과는 가짜사과이며, 중요한 것은 조국사태의 부정적 유산청산이 관건이라고 주장한다. 좌우 정파의 대립과 그 한국화된 갈등 양상이 되버린 대깨문과 태극기부대간의 대결은 내년 대선을 향하고 있다.

선부른 사람들은 이제 막 당 대표직에 오른 이준석과 재판을 앞두고 있는 조국 간의 대선을 말하기도 한다. 한편 윤석열 지지율 40%는 언론의 신비주의 탓이며, 미국의 로버트 겐소 뉴욕검사장과 같이 훌륭한 검사장을 갖고 싶으면 우리도 직접선출제와 민주적 통제가 필요하다고 주장하거나, 이준석 대표의 선출은 민주당의 재집권에 유리하고 내년 대권 창출에 오히려 불리하게 작용할 것이라고 보는 비관적 보수지지자들도 많은 것 같다.

어쨌거나 30대 케네디(John F. Kennedy)연극같은 현실이 마침내 한국에서 실현되었다. 또한 조국의 경우 학자의 본질을 갖는 자임에도 광적 지지자들에 떠 밀려 자서전도 내고 동키호테 같은 정치가로 내몰린 것 같은 현실이다. 마치 2차 세계대전으로 인한 인류의 상처를 어루만지기 위한 19세기 프랑스 철학자 베르그송의 철학과 같이 현실을 이해함에 있어 합리주의나 과학보다는 즉흥주의와 신비주의가 더 중요한 것 같이 되어 버렸다.

우리는 그만큼 상처가 많은 것이다. 그의 저서 물질(현실)과 기억(matter and memory)은 마치 인간의 육체와 영혼 같은 이분법에 대비된다(Bergson, Paul, & Palmer, 2004). 또한 그의 1990년 웃음(Le Rire)이라는 책은 1899년 Revue de Paris라는 잡지에 실린 세계의 논문을 책으로 엮은 것인데, 상처 속에 핀 한국정치나 한국인을 생각나게 한다. Shoupenhauer의 영향으로 비관주의에 빠진 프랑스에 웃음이라는 반대 주제를 가지고 민중의 관심을 이끌어 내었다. 훌륭한 영문 서적이거나 외국어로 된 서적을 낸 학자들도 많은 현실에서 조국의 자서전 편찬을 சொ라고 할 수 없지만, 마치 쇼펜아워는 펜의 쇼 시간이라는 이름으로 들린다. 공교롭게 자서전 제목도 조국의 시간이다.

각설하고 우리의 현실과 주제는 어찌면 슬프고 상처로 얼룩져 있는지도 모른다. 언제나 베르그송의 웃음이 우리 정치에 되살아 날까? 지난 세기 말 탄압받던 운동권 정치가와 시민 세력의 상처, 두 명의 대통령을 감옥에 보내고, 민주주의와 다수의 횡포에 짓눌린 태극기 우파의 상처가 만들어낸 현실이 바로 이준석과 조국 정치 같은 느낌이 들기도 한다.

정치적 성공경험이 전무한 30대 당 대표, 형사적 문제의 대상인 인물이 차기 대권 후보로 거론되고, 도륙, 피를 묻혀 같은 자서전의 구절이 성경같이 대중의 입에 오르내리는 것은 즉흥주의와 신비주의의 특징을 같는다. 정치는 잡식성이고 저자거리의 윤패를 무시할 수 없다. 인문의 세계인 철학자도 주장한 즉흥주의나 신비주의가 정치 세계에 있지 말라는 법은 없다. 다만 이들의 배후에는

법과 생활

아마도 이번 대선을 위한 치밀한 계산이 깔려 있을 것이다.

언젠가 “트럼프는 왜 홍준표가 아니고 이준석에 빙의하였나?” 하는 인터넷 기사가 실린 적이 있다. 하버드 정치학과를 졸업한 케네디나 같은 학교에서 컴퓨터공학을 전공한 이준석도 그렇지만, 트럼프 역시 상경계 명문 아이비리그 와튼 스쿨을 졸업한 수재이다. 펜실베니아 대학 와튼 스쿨(Wharton school)은 가끔 와퐁 스쿨 같이 들리기도 하는데, 와 퐁이다 하면서 즐거운 듯 놀래는 이웃이 생각나 내심 속으로 웃기도 한다.

언젠가 돈은 퐁이고 내세울게 아니라고 가르쳐 준 선배가 있었다. 그러나 비즈니스 스쿨이니 이름도 그럴 듯하다. 부모 슬하에서 부양받던 어린 시절과 달리 성인이 되어 결혼하고 나면 바로 닥치는 문제가 집 마련부터 생계를 위한 돈 문제이다. 한편 밥숯갈을 놓은 사람은 퐁도 있을 수 없을 테니 매년 대선마다 실업문제가 주제가 되는 우리에게 퐁은 절실한 생존의 문제와 연결되는 것이기도 하다. 그리고 육체와 달리 영혼이나 귀신(soul)은 퐁의 본질을 갖는다고 보는 사람들도 있었다. 그래서 호랑이 퐁은 살인 사건을 연상시키는 분위기와 연결되기도 한다.

우리는 이준석과 조국을 통하여 어찌면 퐁 같기도 한 즉흥주의와 신비주의를 알게 모르게 정치의 세계에서 실행하고 있다. 그것이 사람들로부터 정당 같지도 않다고 비난 받고 있는 국민의힘 당을 재건하는 쪽으로 승화되기를 기원한다. 또한 “잠시 감옥 좀 갈다와, 출소하면 자서전 인세 한 백억 마련해 놀게 “와 같이 어느 조폭 감옥썩 같은 우화로 끝나지 않기를 바란다.

자꾸 퐁 얘기 쪽으로 발전하다보니 전문가의 책임이 생각나기도 한다. 베르그송의 신비주의나 즉흥주의는 정치에는 접목될 수 있어도 전문가들은 당연히 합리주의나 과학에 기반하여 행동하여야 한다. 공학이나 자연과학이 순수학문이라면 법학(Jurisprudence)은 일반적으로 실용과학으로 보며, 필자가 공부했던

법과학(Juridical Science)과정은 순수학문과 실용과학이 혼재된 準實用科学이라 할 수 있다. 그래서 같은 Law School에 설치된 과정이지만 입학사정이 다르고, LSAT와 학점을 기준으로 기계적으로 선발하는 법학박사 과정과 달리 미국에서 제대로 법학박사 과정을 밟지 않은 외국인들도 학점이나 경력이 좋으면 합격하여 마치 입학사정이 VIP컨설팅 같기도 하다.

요컨대 전문가들은 자신 분야의 권위에 손상이 가는 것을 가장 싫어한다. 민주주의는 기본적으로 다수주의(majority principle)이지만, 다수주의의 폐해를 절감하고 처절한 반성을 통하여 실질적 법치주의를 핵심적 가치로 하고 있다. 즉 히틀러의 수권법으로 대변되는 다수주의는 민주주의의 터미널이 되고 말았다.

사회주의 국가는 소수 공산주의 엘리트에 의한 노동자 독재를, 다른 방향의 민주주의 진영은 헌법을 정점으로 실질적 법치주의를 제도의 핵심으로 하고 있다. 그래서 방어적 민주주의라는 개념이 형성되었다. 모든 것을 성문법으로 규정할 수 없기에 해석법학이 발전하고 대표적 실질적 법치주의 국가인 미국의 법학자들은 대법관이나 법관을 해석권을 가진 엘리트(interpretive elite)라고 한다.

비근한 예가 이들의 중요성을 말해준다. 일본국의 강제징용에 관한 민사 배상 사건을 담당한 제 1심 하급법원이 대법원의 판결(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549)취지에 반하는 판결을 하였다 하여 세간에 화제를 던지고 있다. 우리 헌법은 제 103조에서 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다” 라고 규정하고 있다. 따라서 법관은 대법원의 선례에 기속될 필요가 없다.

물론 앞서 말한 바와 같이 법률이나 이의 위임을 받아 제정된 법규명령 아닌 거짓말 탐지기 사용규칙과 같은 내부규칙에도 기속될 필요가 없다. 더욱이

법과 생활

이들은 미국과 같이 헌법과 법률을 양심에 따라 해석하는 역할을 하는 해석 엘리트들이다. 미국과 같이 선례를 인용하는 법률문화가 있는 경우 하급법원이 부적절한 논리나 아무런 근거 없이 대법원 선례에 반하는 판결을 하기는 쉽지 않다.

법원도서관에서 자신이 다루는 사례를 선례와 연계하여 탐색하는 것을 sheperdize라고 하고, 이를 바탕으로 자신의 사례와 선례가 어떻게 다르다는 것을 설명하는 것을 distinguish라고 한다. 따라서 법관들의 내심에는 그러한 판례법은 당해 사안에 부적절하고, 따라서 자신은 이러한 판결을 한다면은 논리과정 이 있게 된다. 판례법계 국가에서는 법관이나 변호사들이 밟는 이러한 내심의 과정을 통하여 판례법 문화가 발전하게 된다. 우리법 문화가 판례법 문화는 아니지만, 요즘 추세를 보면 판례법 문화가 알게 모르게 스며 드는 것처럼 느껴진다.

실제 Mary Glendon같은 법사학자들은 다른 법계간 융화현상 (convergence)을 말하기도 한다(Carozza, Glendon, & Picker, 2007).고되는 경우 법리오해로 파기될 개연성이 농후함에도, 이러한 판결을 하였는지 의아해 하는 시민들이 많은 것 같다. 기말시험 준비에 판결문을 자세히 읽어 볼 시간은 없었지만, 일본과 한국, 양국간(정치적으로 군사정부가 대한민국을 대표할 수 있는가, 당시 김종필 수반의 대표권에 의문을 다는 이도 있지만, 정치적 주장일뿐 국제법적으로 정당한 국가간 합의라고 보는 것이 통설이다)대일청구권 협상시 대한민국이 포기한 권리가 어떠한 권리인가가 중요한 쟁점으로 부각하였다.

권리의 포기는 권리자만이 할 수 있는 것이 로마법 이래 의사주의 법학의 기본원칙인데(최병조, 2004), 국가는 자신의 권리인 피해자를 대신하여 국제법정에서 손해배상을 구하는 권리, 소위 외교적 보호권의 주체일 뿐 피해에 대한 배상청구권은 궁극적으로 피해를 입은 본인의 권리이다. 따라서 국가가 외교적 보호권을 행사하기 위한 전제로 피해를 입은 자는 한국이나 일본국 법정, 그 밖에 가능한 모든 법정에서 자신의 피해에 대한 구제를 완료한 후에야 비로서 국

가는 외교적 보호권을 행사하여 자신의 명의로 가해국에 대하여 배상을 구할 수 있다.

이에 많은 이들은 “국가가 어떻게 사인의 배상청구권까지 포기하였는가” 의문을 제기하고 있다. 물론 1심 판결은 피해자의 배상청구권이 여전히 살아 있다 하더라도 법으로 소구할 수 없는 자연채무 또는 그에 유사한 채무가 되어 소로써 이를 청구할 수 없다거나, 비엔나협약 제27조 금반원의 원칙 등을 들어 소를 각하 한것으로 추정된다. 대법원의 판결 취지와 다른 측면을 담고 있어 앞서 말한 sheperdize나 distinguish를 잘한 판결로 보인다. 따라서 학설상 다툼이 있는 부분이긴 하지만, 향후 자연채무 주장을 둘러싸고 소멸시효나 기타 여러 쟁점을 둘러싼 법리다툼이 이어질수 있을 것이다.

한편 당사자가 국가가 아닌 사법상 청구에 국가간 공법상 의무에 관한 조약 조항을 적용한 것이 타당한지 여부도 결국 대법원에서 다투어질 것이다. 국제민사소송법이라는 학문분야도 있듯이 일응 세계적 차원에서 시민(이 때의 시민은 외국인도 당연히 포함된다)의 재산과 자유를 보호하는 것이 각국 민사법원의 책임이라면, 국제공법상 국가의 의무를 사법 영역의 분쟁에 적용하고 있는 1심법원의 설시는 부적절해 보인다. 즉 법원도 국가기관이긴 하지만 국가를 대표하여 외교를 행하는 행정기관과는 다른 성격을 갖는다. 피해자나 애국주의자들은 속이 타겠지만 조용히 지켜 보아야 할 것 같다.

아마도 답답하였는지 평소 조용한 성격이고 필자의 연수원 동기이자 대학 선배인 황병하 광주 고등법원장이 법원내 인터넷망에 의문을 제기한 글을 남겼다고 한다. 사실 교수나 법관은 특이한 경력 아니면 속세에 잘 드러나지 않는다. SBS 뉴스덕에 프랑스 혁명시절 당통같은 큰 그림으로 나타난 절친했던 지우의 소식을 접하니 기쁘지 않을 수 없다. 그러나 최근 필자가 근무하는 광주지역에 큰 사고가 생겨 상처의 마음을 가눌길 없다. 필자도 출근길로 자주 이용하는 동구 학동 건물 붕괴사고가 그것이다. 지면을 빌려 희생자들에게 심심한 위로와

법과 생활

안타까운 마음을 전한다.

우리는 개인이나 사적 차원에서 작은 햄릿 왕자처럼 자신의 인생을 돌아보며 이것이 한편의 희극인가 비극인가 자문한다. 그러나 많은 사람을 전제로 하는 정치의 세계는 희극을 향할 수 밖에 없다. 그래서 대통령 후보자들이나 이준석과 조국의 추종자들은 “이것이 희극이다”라고 주장하고 있다. 다만 실현불가능한 공약을 남발한다거나, 지켜보는 국민이 “더민주당 프락치인가,” 아니면 “감옥과 인세수입을 트레이드 했나”라고 느껴지지 않도록 뭔가 원색적인 정치문화로 발전하지 않도록 경계할 일이다.

마치 미국 귀신 프레드가 한국정치를 조작하는 것 같기도 하고, 베르그송의 즉흥주의나 신비주의가 한국 정치문화의 한 특징으로 자리 잡아가는 것 같기도 하다. 그러나 귀신은 무섭지만 사람을 이길 수 없다. 침략 제국 독일의 합리주의나 과학주의에 대하여 2차 세계대전의 상처에 효과적이었던 베르그송의 철학이 생각나는 아침이다. 2차세계대전이 끝나기 무섭게 한국전쟁의 상처가 우리를 덮쳤고, 그 밈(meme)은 미국 귀신 프레드, 베르그송의 신비주의나 즉흥주의로 되살아나는 것 같다. 저질 정치문화로 떨어지지 않도록 한국인의 분발이 요구되는 아침이다.

12. 샤일록(Shylock)과 동키호테(Don Quijote)

법을 가르치다 보니, 공법과 사법에 관하여 생각하게 된다. 그런데 사법을 공부하다 보면 셰익스피어 소설 속 주인공인 자린고비 샤일록 같은 느낌을 받는다. 시장과 가족에 관한 법인 사법의 엄정함으로부터 영향을 받아 그런 것 아닌가 한다(곽윤직, 2003, 2004; 곽윤직, & 김재형, 2013). 이름도 ‘수줍게 닫힌’이란 뜻의 영어이니 우리의 사적 생활을 연상시킨다.

국가와 많은 사람에 관한 법인 공법은 직접적으로 감을 가지는 것이 쉽지 않다. 매매계약이 있었고, 분쟁이 발생하여 법률문제화 된 것과, 국회의원 선거제도를 소선거구제로 할 것인가 대선거구제로 할 것인가 같은 문제는 약간은 광인 같은 큰 머리와 엉뚱한 것으로 이어져 마치 동키호테를 연상시킨다(권영성, 2010; 김기영, 2002).

사실 소설 속 동키호테는 중세의 귀족이다. Don 이라는 영어는 유럽 명문 대학 졸업식 가운을 의미하니 당연히 귀족에게 붙는 칭호이다. 또 항상 시종 산초 판자를 대동하고 돌아 다닌다. 과잉금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 부당결부 금지의 원칙 등 의인이나 재단사가 아니면 알기 어려운 여러 추상적인 원칙이 심판기준이 되는 공법이라 그렇지 않나 한다.

공법과 사법은 물론 우리의 공적 사적 생활관계를 전제한다. 즉 공과 사의 문제이기도 하다. 그런데 공과 사는 역사의 촉매제가 되기도 하고, 공직자가 항상 닦치는 윤리적 차원의 문제이기도 하다.

법원은 분쟁을 심판하는 곳이다. 그래서 입법작용을 하는 국회나 법을 집행하는 행정부와는 다른 성격의 권력작용을 하는 국가기관이다. 세계의원연맹,

법과 생활

세계기자협회, 자매도시 등 각 기관이나 시민단체 등이 세계로 열려 있는 것은 주지의 사실이지만, 사법부는 보다 현실적으로 세계적이다.

김앤장을 비롯한 굴지의 로펌에는 수 많은 외국변호사가 매일 매일 기업에 법률자문을 제공하고 있으며, 자신이 맡은 기업이 당사자가 되어 법원에 계속 중인 사건에 대한 진행과 전망을 보고한다. 기업을 해 본 사람이면 알지만, 기업이란 본래적으로 돈 된다 하면 알래스카 극지나 아프리카 오지를 마다하지 않는다.

요즘 세계 최고 부자들이 우주산업 영역에 관심을 갖는다고 한다. 이미 화성과 태양계 여기 저기를 탐사하고 있는 우주과학의 현실이지만, 경제성으로 인하여 주저하던 것이 점점 현실화되는 모양이다.

언젠가 보았듯이, 과학과 경제는 인류문명의 발전을 이끌어 왔다. 그러나 우리의 경우 과학사나 경제사 연구는 한국자본주의를 논한 변형운 교수나 일본제국주의가 미친 영향을 보다 과학적 관점에서 바라본 이영훈 교수와 같이 몇몇 학자들 중심으로 소외되어 왔다. 반대로 우리와 달리 선진제국의 경우 과학사와 경제사 연구가 활발하다.

우리는 온고이 지신이라는 말을 좋아하면서도 또한 공정사회를 부르짖으면서도 현실은 그렇지 않은 것 같다. 한편 과학사와 경제사는 맑스 계열 철학자들이 세상을 바라보는 렌즈이기도 하다. 인문학, 경제학, 정치학, 철학 등 종합과학적 인식의 기반위에 역사의 변증법적 발전법칙이 결론이 되는 맑스의 학문세계인 고로 당연하다 할 수 있다.

그러나 수요 공급이나 우리 주변의 소재 연구, 수학, 권력의 본질 등 순수학문 영역을 넘어 우리의 의식주 문제를 건들었으니, 맑스 학문은 말도 많고 탈도 많은 것이 사실이다. 그래서 그런건 아니겠지만, 미 명문대학의 하나인 프

린스턴 대학은 순수학문만을 하기로 유명하다. 같은 아이비리그 대학인 하버드나 예일 대학과 달리 법과대학이나 의과대학을 가지고 있지 않다.

학문의 세계는 현실세계와 다른 아카데미의 세계이며, 학자들의 본질은 속세 세계의 영향을 받지 않는 순수공학, 순수사회과학 또는 자연과학적 진리의 발견에 있다고 본 것이다. 어쨌거나 맑스는 동키호테처럼 공과 사를 융합함으로써 그 학문의 파장은 역사적으로 지대하였다. 이학 분야로 치면 맨하탄 프로젝트 원자탄 개발에 비견될 수 있다.

제 1, 2차 세계대전이 제국주의의 종언을 알렸다면 맑스의 이론은 이념 대립과 냉전시대를 가져 왔고, 애널학파나 후기 맑스 주의자들에게 계승되어 좌파 학문세계를 이루어 왔다. 시장과 경제를 중심으로 부국 강병이 키워드가 되어 세상이 월드컵 축구경기장 같이 되어 버리고, 맑스가 말한 바와 같이 자본주의 정점에 이른 것이 제국주의이다.

이러한 체제 속에서 윤리란 개인은 끊임없이 경쟁력을 가져야 하고, 재능과 충성, 검약, 근면 등이 가치가 되게 된다. 반면에 맑스는 인간의 물질생활 외에는 모두 허위의식으로 보아, 학문적 도그마를 주장하였고, 인간의 이기심을 혐오하였으며, 인간을 인간평등이나 비착취의 윤리적 인간관의 관점에서 바라보게 된다.

제국주의의 종말은 유엔을 중심으로 한 새로운 세계체제를 탄생시켰다. 소위 이상주의 평화주의 체제라 할 수 있다. 국가 중심, 특히 미국 등 강대국 중심의 현실주의적 렌즈와 대비된다(Huntington, & Dunn, 2004). 공과 사에 관한 개인적 담론들은 필자의 전공 영역과도 관련이 있다. 국제사회와 국제법을 바라보는 기본 렌즈가 다른 것이다.

동양의 양반들은 좋아하지 않지만, 서양의 지식인들은 세상을 제 1세계, 제 2세계, 제 3세계로 분류한다. 서방 선진국 그룹은 제 1세계, 사회주의 이념을

법과 생활

신봉하는 원조 사회주의 국가들은 제 2세계, 제국주의 체제에서 새롭게 독립하여 민주주의를 실행하고 있는 국가들은 제 3세계 국가들이라 부른다.

기본 국제법 체제를 만든 제 1세계 국가들과 달리, 제 2세계 국가들이나, 제 3세계 국가들은 보다 주권중심적 국제법관을 가지고 있다(장석영, 2019). 의사주의적 법실증주의적 국제법관이 뿌리를 이루고 있는 국제법 체계에서 서방 국가 역시 주권중심적 국제법관을 기본으로 하지만, 최소한 경제나 시장 문제에 대하여는 시장의 자유나 보편주의를 출발점으로 한다.

착취의 역사를 경험한 제 3세계 국가들은 천연자원의 영구주권에 관한 선언과 같이 국제사회에서 새로운 공정을 주장한다. 핵무기 문제로 수십년 동안 국제사회의 주목을 받고 있는 북한체제를 보면, 사회주의 국가들의 국제법 경시는 추측할 만 하다. 하긴 어쩌면 적이 만들어 놓은 국제법 체제이니, 이해가 가는 측면도 있다. 그래서 기본적으로 국제법의 규범으로서의 효력은 의사주의적이다(정인섭, 2019).

국가 자신의 의사가 아니면 누구나 문제의 국제법 규범의 효력이 미치지 않는다. 따라서 다수결에 의하여 국제기구에 관한 조약이 개정되었다 하더라도 찬성하지 않는 국가에게는 개정의 효력이 미치지 않는다. 또한 다자조약 가입 시 모든 국가가 동의하지 않는 한 유보를 부가하고 가입할 수 없다.

다만 20세기 UN 출범 후 이상주의적 사조 아래, 국제사법재판소는 제노사이드 사건에서 조약의 일체성을 해하지 않는 한 유보를 부가할 수 있다고 하였고(Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, ICJ Advisory Opinion, 1951 ICJ Reports 15), 조약법에 관한 비엔나협약은 선례를 받아 들여 동일한 취지의 조항을 두고 있다.

특히 보편주의 이상주의적 멘탈이 지배적인 인권법 영역에서는 유보를

부가한 가입에 보다 전향적이다. 물론 유보의 효과에 관하여 일반적으로 반대 당사국도 상대국이 부가한 유보를 주장할 수 있다. 즉 상호주의가 인정되고 있는 부분은 주권의 평등이나 현실주의적 국제법관의 일례라 할 수 있다.

시민민주주의와 헌법국가, 권력분립론은 동키호테 같은 공법학 연구의 대표적 주제들이다. 세계 대부분의 국가들이 시민사회가 주축이 되는 시민민주주의를 한다지만, 법학분야에서 지배세력 학문의 성격을 갖는 관방사법적 법학방법론은 여전히 그 영향력이 크다. 즉 시민은 법치행정의 원칙, 평등의 원칙을 주장하지만, 법관이나 공무원들은 어떻게 다스릴 것인가를 생각하는 위치에 있다.

그래서 시민은 자신의 자유와 권리를 보장받기 위하여 권력을 분립시키고 상호 견제토록 하고 있고, 헌법 강좌 통치기구론 첫 머리에 권력분립론 강의를 귀에 못이 따갑게 듣는다. 왕의 절대 권력은 분립되어 2권 분립, 3권분립, 4권, 5권 분립론의 헌법이 만들어진다. 권력분립을 주장한 대표적 학자로 John Locke와 Montesquie를 들 수 있다.

존 로크는 시민정부 이론에서 대내적으로 2권분립과 함께 왕의 대외적 권한으로서 외교 및 동맹에 관한 대권적 부분을 논하였다(1967). 막 민주주의가 싹을 내리고, 사회 계약론이 사람들의 마음에 깃들기 시작하면서 시민정부의 본질은 권력분립에 있다고 본 존 로크의 해안은 영국 진보주의의 엔진이었던 휘그당의 전통과 지혜를 상징한다.

국내와 국외를 구별한 영국의 이원론과 달리 대륙국가인 프랑스나 독일의 일원론적 사고방식은 왕의 대권에 관하여는 별다른 언급이 없다. 다만 로크가 말한 집행권을 이분하여, 입법, 행정, 사법의 3권을 권력의 본질로 보아, 3권 분립론을 주장하였다. 영국의 이원론적 전통은 언젠가도 말하였지만, 국제법에서도 그대로 이어지고 있다. 즉 국제법과 국내법의 관계에 있어 양 법 영역은 차원을 달리하는 법체계로 국제문제에 관하여 국내법원은 왕이나 의회의 외교정책에 추

법과 생활

중하여야 한다는 입장이다(유병화, 1981). 또한 전형적 3권분립론 헌법을 가지고 있는 미국의 경우, 자기집행적 조약과 비자기 집행적 조약을 구분하는 등 영국보다는 약한 이원론이지만, 이원론의 입장에 있다.

한편 국내 헌법의 해석에 있어 외교나 전쟁에 관한 문제는 소위 정치적 문제(political question)로서 사법심사의 대상에서 제외된다는 입장을 보이고 있다. 우리의 경우 통치행위론 유사한 법원칙이지만, 우리 재판소는 통치행위의 영역을 매우 좁게 보고 있다는 점에서 약간의 차이가 있다.

대통령 선거가 1년도 안남은 시점에서 여당과 야당은 바쁜 걸음을 재촉하고 있다. 여러 후보가 대선 출마를 선언하거나 선언하려 하고 있고, 대선후보 선출을 위한 전당 대회를 연기하여야 한다, 윤석열의 입당은 늦춰져서는 안된다, 이원집정부제로의 개헌을 통하여 최소한 의회권력을 유지해야 한다는 등 논자들은 쉬지 않고 말을 만들어 내고 있다.

이원집정부제는 국정에 관한 권한을 대통령과 총리로 분산시켜, 내정은 총리가, 외교나 전쟁에 관한 권한, 소위 왕의 대권적 영역에 관하여는 대통령에게 책임을 맡기는 통치구조로 로크가 말한 권력분립론에 가깝다 할 수 있다.

이원집정부제는 집행권을 나눔으로써 북한과 대치하고 있는 대한민국의 현실에 맞지 않는다는 비판을 받고 있다. 대통령을 정점으로 군 예산 편성 등 군정권과 군령권을 하나의 집행부 수반에 귀속시키는 것이 위기 대응과 적과의 대치 현실에서 효율적이라는 것이다. 이원집정부제의 헌법정책적 장단점은 차치하고, 그것이 집권당의 재집권 전략으로 고려된다는 현실이 공과 사를 이야기 하면서 씩씩함을 느끼게 한다.

외교와 동맹에 관한 권한은 21세기에도 그대로 중요한 의미를 갖고 있다. 나폴레옹이 유럽에 혁명의 자유 정신을 전파하고, 구세계의 통일을 위한 전

쟁을 일으킨 바 있다. 물론 통일 전쟁은 실패하고 유럽에는 4자 체제라는 왕정 중심의 복고적 안전보장체제가 들어서게 된다. 나폴레옹은 통일 유럽을 위한 유럽 중앙민사지방법원을 꿈꾸기도 하였다.

당시에는 유럽만이 문명이고 국가이며, 나머지 지역은 야만인이 점유하는 지역으로 생각하는 서구 중심적 사고가 있던 시대였다. 그래서 교황은 유럽지역이외의 땅에 관하여 해외진출을 통한 식민지 개척의 선두에 섰던 포르투갈과 스페인의 권리로 승인한다. 즉 두 나라는 이미 발견된 땅뿐만 아니라 앞으로 발견될 땅에 대하여 포괄적으로 영토취득의 권리를 인정받게 되는 것이다.

또한 후발 해외진출국들은 선점을 영토취득의 법적 권원으로 주장함으로써, 무주지 선점이라는 국제법 이론이 발전하는 배경이 된다. 즉 무주지 선점 이론에서는 영역에의 권리를 정함에 있어 선점한 유럽국가가 없는한, 대부분 무주지로 보아 정복이나 할양 또는 병합 등 국가간 적용되는 이론이 적용되지 않는다.

이러한 시대이니 유럽중앙민사지방법원은 지금으로 보면 세계중앙민사지방법원이라 할 수 있다. 유엔과 국제사법재판소가 국제공법의 발전을 전제로 한 국제법 체제의 완결판이라면, 중앙민사지방법원은 통일사법을 전제로 진정한 세계정부와 세계법체제를 완성하는 것을 의미한다. 그러나 여전히 유엔은 현실주의 국제사회에서 경시되고 있고, 국제사법재판소는 제한적 관할권만을 행사하고 있을 뿐이다.

한편 세계중앙민사지방법원은 실현가능성이 거의 없는 현실에서, 각국의 법원은 외국시민이 당사자가 되어 제소되어 오는 사건에 관하여 conflict of law, 즉 섭외사법의 법리에 따라 적용될 법을 정하고, 이를 적용하여 사법적 정의를 구현하고 있을 뿐이다. 그러나 통일사법의 발전은 더디고, 각국간 법의 경쟁은 갈수록 치열해질 뿐이다.

법과 생활

즉 시장의 자유와 법치주의라는 시민혁명의 이념은 통일 세계정부가 없는 현실에서 각국의 법원에 의하여 부분적으로 실현되고 있을 뿐이다. 통일 민사 지방법원이 없는 현실에서 당사자들은 forum shopping 등을 통하여 유리한 법정지에서 재판받기 위한 필사의 노력을 다하고, 법원 역시 homewrad trend가 있어 어떤 경우 공정한 재판을 의심받기도 한다. 대형 로펌 전략팀은 그러한 간극을 가장 잘 이용하는 그룹의 하나라 할 수 있다.

공과 사를 구별하는 것이 가치라면, 일정한 수준에 오르면, 공과 사가 떼기 어려운 경우가 있다. 일례로 정치의 영역에서 공과 사는 구별하기 쉽지 않다. 그래서 정치가들은 사적인 비행으로 규탄 받지 않는 것을 생명으로 한다.

본래의 공과 사 문제는 아니지만, 집권당의 이원집정부제로의 개헌 역시 당과 국가의 문제가 구별되지 않는 경우이다. 자유의 정신을 유럽 제국에 전파하겠다는 나폴레옹 역시 아이러니컬 하게도 프랑스 파리에서 자신이 점령한 지역을 통할하는 신성로마제국 황제로 등극한다. 대의와 사욕이 구별되지 않는다.

지금은 대법원이 의회로부터 독립하였지만, 역사적으로 영국의 최고법원은 의회 상원(House of Lords)의 법사위원회가 맡아 왔다. 권위는 막강하지만, 의회의 한 기관에 불과하여 입법권을 행사하는 의회와 수상을 정점으로 한 집행부, 즉 Locke의 이권분립론의 전통을 이어 왔다. 상징적 군주이긴 하지만 아직 입헌 군주제이므로, 4권분립론의 관점에서 딱 맞아 떨어지고 있다.

그러나 사실 대법원보다 상위의 법원이 있는 것을 아는 사람은 별로 많지 않은 것 같다. 추밀원(privy council)이라는 왕의 자문 역할을 하는 대영제국의 기관이 그것이다. 기괴한 살인 사건 등 대영제국 내의 특이한 사건을 선별적으로 선택하여 최고법원으로서의 역할을 하여 왔다. 군주의 자문기관으로 대법원과 달리 정점에서 공과 사가 합일하는 느낌을 준다. 그래서 이름에 적은 사람만이 아는 또는 기밀성이라는 뜻의 영어 privy가 붙었다. 또 일본인들은 이를 추밀

원이라고 번역하였다.

얼마전 G7 정상회담이 열렸다. 7개의 정부라 하여 정부를 의미하는 영어 단어인 Government의 G자가 붙어 G7 이라 칭한다. 앞서 말한 서방 선진국 그룹, 즉 제 1세계를 대표하는 국가들의 모임이다. 우리나라는 G7국가는 아니지만 주최국의 초청을 받아 문 대통령이 참가한 회담이다.

미국과 중국을 G2 부르지만 중국은 2세계인지 3세계인지 위상이 불분명한 측면도 있다. 아직도 국제법 렌즈에는 세그룹이 여전하지만, 국제정치적으로는 이미 위 3분법이 모호해지고 있다. G7 정상회담 과정 중 양 강대국은 치열한 설전이 오갔다. 미국의 중국 견제에 대하여 중국 정부는 미국의 외교를 “사이비 다자주의”라고 비난하였다. WTO나 UN 총회를 상정해 볼 때, 7개국이 모든 나라를 대표할 수 없으므로 틀린 말은 아니다.

그러나 마윈 사례나 중국 superrich 사형 집행 등 중국의 반시장주의적 행태나 인권문제를 생각하면, 중국도 반성하는 태도를 보일 때에 말의 권위가 있을 것이다. 요컨대 정상회담은 공과 사가 합일하는 계기가 된다. 그래서 정상들 부부 동반으로 회담이 이루어진다. 어떤 나라 총리가 외교 결례를 하였다, 국가 원수의 태도가 부적절 하다는 등 수많은 댓글러들의 댓글이 이어진다.

썬글라스를 끼고 영국 여왕의 국민행사에 참석한 미 대통령이 화제가 된 바 있다. 썬글라스는 연인들간 또는가족과 바캉스를 가거나 할 때 많이 끼지만, 그렇지 않은 경우라면 묘한 렌즈를 끼고 상대방을 대하니 외교 결례가 된다. 뿐만 아니라, 양해를 구하지 않는 경우 대인적 결례인 경우가 많다. 그것이 공식 석상에서 행하여 졌으니 입방아에 오를 법도 하다.

또 영국의 왕에게는 고개를 숙이지 말라는 모친의 유언이 있었다 하니, 식민지배 역사의 양금이 200년이 훨씬 지난 지금에도 미국인들의 가슴에 남아

법과 생활

있는 듯 느껴진다. 조지 3세가 독립전쟁에서 패하고, “다시 오리라” 하면서, 얼마 뒤 미 의회 의사당에 불을 지르고, 그 50여년 뒤 남북 전쟁에서 남군에 무기를 지원하는 등 역사적 경험들이 아직도 미국인들 영혼의 한켠에 남아 있었을지 모른다.

그래서 우리나라의 경우에도 과학적 역사 기술일 수는 있지만, 이 교수의 반일종족주의라는 책을 둘러싸고 많은 논란이 있었고, 일부 국민들의 규탄의 대상이 되기도 하였다. 어찌 과학만이 다일 수 있을까? 식민지배를 받아온 국민적 감정은 일본인들을 쪽바리라 부르고, 이 교수를 쪽바리에 부화뇌동하는 지식인으로 매도하기도 하였다. 공적 차원의 문제에 있어 사적 감정도 무시할 수 없다는 일면을 보여주었다.

우리 정치의 좌우 대립과도 관련이 있어 외교나 내정은 단순한 제도론적 문제가 아니다. 그 제도 속에서 제도를 운영하는 자들의 이념이나 경험이 중요하다. 하얀 수염의 인상적인 맑스의 이미지는 언젠가 하버드 대학 도서관 4층 책을 다 읽었다는 전 서울 시장 같기도 하다. 수 많은 책과 기록 속에 파묻힌 전 시장의 모습도 있어 더욱 그런 느낌을 받는다.

반면 새로운 우파 서울 시장은 3중 경기의 챔피언이다. 경쟁력과 힘을 중시하는 우파적 이미지이다. 또한 우파적 이미지는 유로파 축구 경기 같기도 하다. 국가를 대표하여 열심히 공을 차는 선수들, 국력을 뽐내는 공무원과 시민들이리라. 물론 컴퓨터의 0/1 원리처럼 좌우의 대립은 백화쟁명의 논쟁을 촉발하여 인간 지식의 지평을 높일 수 있다.

공산주의 이론가인 맑스의 내면은 어쩌면 최고의 자본주의 지식인으로서의 내면이기도 하다. 또한 자본주의 사회에서 돈과 출세의 정점에 있는 최고의 부자나 정부수반들은 어쩌면 맑스보다 더 사회주의적 마인드인지도 모른다. 인간 내면과 지식세계의 역설이기도 하다. 인간의 내면에서는 좌나 우, 공과 사가 합

일하는 것이다. 그러나 정작 중요한 것은 그자의 실행이 아닐까?

우리 법원은 위안부와 강제징용 관련 소송사건들을 다룬 바 있고(대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결;대법원 2018. 10. 30. 선고 2013다61381 전원합의체 판결), 또 현재 계속되어 있는 사건도 있다. 국가는 시장의 규제자이며, 법원은 시장의 심판자로서 세계를 향하여 열려 있다.

왕이나 정부수반과 같이 외교나 동맹에 관한 권한을 행사하지 않지만, 부족하나마 세계 민사지방법원 같은 권한을 행사한다. 그런데 얼마전 법원은 판결의 강제집행을 위하여 일본정부를 피고로 한 재산목록 개시 청구를 각하한 바 있다. 물론 사적 감정을 버리고 편파적이지 않은 공정한 판결, 즉 법률과 양심에 따른 판결을 해야 하는 것은 공인으로서 법관의 제 1 사명이지만, homeward trend나 forum shopping이 공공연히 말하여지는 세상에서, 우리 공무원들이 지식의 세계에 간혀 국민 감정과 먼 판결을 한 것은 아닐까?

지식은 그 자의 실행에 의하여 검증받는다. 이번 각하판결로 손흥민 같은 축구선수를 그리는 국민들의 실망이 큰 것 같다. 공적 차원의 문제와 손해배상이라는 사적 차원의 문제가 혼재된 강제징용 배상사건. 우리 법관들은 샤일룩일까 동키호테일까? 상급법원의 판결이 궁금해진다.

13. 야누스(Janus)의 두 얼굴

인간은 윤리적 존재이다. 항상 자신의 행위에 대하여 성찰하고 반성한다. 그래서 그랬는지 문대통령은 오스트리아 한 수도원에서 “카톨릭의 가치가 평생 내 삶의 바탕을 이루었고, 정치인이 된 이후에도 높은 윤리의식을 지킬 수 있었다”고 말했다. 또 국가원수급 국제공무원인 국제형사재판소 소장을 역임한 대학시절 은사님이 자서전을 출간하면서, 그 시절은 처절한 자기 성찰의 시간이었다고 회고하였다.

국가원수라면 내정과 외교에 바쁘면서도 화려한 생활을 하는 것이 보통이지만, 실제 국가원수가 아닌 급이어서 그랬는지 마치 철학자 같은 시간을 보냈다는 책 소개에 수궁이 간다. 국제형사재판소가 위치한 네덜란드 헤이그는 철학자의 다리가 있는 독일의 하이델 베르그와 같이 유럽 철학자들의 영향을 받아 사색하기 좋은 도시여서 그랬는지 모르겠다.

얼마전 유력한 대권주자 후보가 김대중 기념관에서 기념문을 남기면서 “김 전대통령의 성찰”이라는 표현을 하였다 하여 부적절한 한글 표현이 입방아에 올랐다. 성찰보다는 통찰이라는 표현이 정확한 한글 표현이라는 지적이다. 보통 성찰은 내면적이어서 철학자들에게 어울리고, 통찰은 외면적이어서 정치가들에게 어울리는 표현이다.

그러나 김 전 대통령은 비록 정치가이지만, 책을 좋아하고 외국인과 대화를 즐기는 등 학문이나 외국어를 좋아하여, 마치 철학자 같은 내면을 갖고 있었던고로 크게 틀린 표현은 아닐지 모른다(김덕호, 2015). 그의 이상주의 평화주의적 정신은 국제사회에도 알려져 대한민국 역사상 유일하게 노벨평화상을 수상하기도 하였다.

유럽풍의 지적 세계가 윤리와 철학을 중심으로 발전하였다면, 영미풍의 지적 세계는 보다 실용적이고 물질론적 전통을 보이고 있다. 그래서 그런지 노암 촘스키, 주디스 버틀러, 존 로울즈 등 유명철학자들이 없는 것은 아니지만, 미국은 철학을 안하기로 유명하다. 대신 우리들의 관심 대상은 이코노미스트나 비즈니스리뷰 같은 잡지들이다.

영국의 이코노미스트지에 실린 정치적 기사들은 바로 국내에서도 보도된다. 또한 미국의 유명 비즈니스 리뷰 잡지의 기사는 우리 경제를 진단하고 전망하는데 이용되는 제 1 렌즈가 되는 것이 보통이다. 이러한 차이는 필자가 가르치는 국제통상법 사례에서도 나타나고 있다. 호르몬 투입 쇠고기 분쟁에 관한 미국과 EU간의 견해차가 한 예가 된다(DS26: European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products.Hormones).

유전공학에 의하여 개량된 농축산물에 대한 입장이 서로 다른 것이다. 이를 금지하는 EU 국가들은 호르몬 투입 쇠고기에 대한 수입을 금지하였고, 국내산 쇠고기의 90% 정도를 성장호르몬제를 이용하여 사육하는 미국은 이러한 EU 조치를 비판하고 나섰다. 즉 EU의 수입금지조치는 과학적 근거없이 이데올로기, 문화, 종교에 근거하고 있고, 정치적인 목적으로 미국산 쇠고기를 차별하는 것이라며 강력히 반발하였다.

경제성만을 고려한 호르몬 투입 쇠고기는 인체에 해를 가져 올수 있으며, 따라서 비윤리적이라는 EU 주장은 과학적 근거가 입증되지 않았다는 이유로 배척되고, 결국 쇠고기 분쟁은 미국의 승소로 끝났다. WTO 분쟁해결기구는 동결정에 따라 승소국인 미국에 1억 1,680만 달러의 보복관세 부과를 승인하였다.

물질과 물질에 대한 인간의 지배는 정치경제의 기본 프레임 워크이다. 그리고 물질과 정치는 화폐에 의하여 상징된다. 영국은 브렉시트로 유명하기도 하지만, 이미 유로통합에서 이탈하여 자국의 고유 화폐인 파운드화를 사용하고

법과 생활

있다. 파운드화는 영국 정치경제의 상징인 것이다.

미국의 화폐 이름은 달러화이다. 화폐의 기능은 넓은 의미의 물질인 유형제와 무형제, 즉 상품과 서비스를 법적으로 청구하는(legal tender)것이므로, 달라라는 이름이 어떤 경우에는 한국말로 들리기도 한다.

얼마전 신문에 솔로 산, 산 솔로라는 제목의 글에서 저자는 산 솔로라는 이름이 작명을 잘한 한 예라고 하였는데, dollar를 작명하면서 한국어를 고려하였을리는 없겠지만 듣기에 편하다. 우리 바로 윗 세대 선배들의 경우 어린 시절 “초콜렛 초콜렛”하면서 미군을 따라 다니던 시절이 있었는데, 우리 시절에는 “돈 달라 돈 달라”로 미국을 느꼈으니 새로운 세기를 살면서 옛날이 새삼스럽다.

돈과 경제는 직업인의 관심사이다. 그런데 시장은 하루가 다르게 달라지고 있다. 그래서 시장의 변화에 적응하지 못하면, 그 직역과 직역 종사자들은 도태할 수 밖에 없다. 최근 인터넷 시장은 우리가 가장 절실히 느끼고 있는 시장 변화의 하나이다.

인터넷 관련 산업이 급속히 성장하면서, 블로거나 유튜버, 인터넷 웹 페이지 관리자 등이 하나의 직업으로 자리잡아가고 있고, 인터넷 쇼핑몰 등 인터넷 플랫폼이 가치 창출의 원천으로 성장하고 있다. 가치, 소위 value라는 어휘의 의미는 말 그대로 값어치가 올려지는 위치이다. 직접적으로 돈이나 경제성을 의미하기도 하고, 100만 달러 가치가 있다는 등 보통 돈이라는 잣대로 측정되기도 한다.

앞서 윤리와 철학, 경제와 물질을 이분법화하여 대비하였지만, 가치는 가치법학이나 가치윤리학 등을 거론하지 않더라도 윤리나 철학과 관련이 없는 것이 아니다. 따라서 가치 창출의 원천이 되고 있는 인터넷 상에서 윤리가 말하여지는 것은 자연스러운 현상이다.

우리의 법률관계가 가치와 윤리를 통하여 완성된다는 것은 형법상 사기죄를 통하여서도 알 수 있다. 타인을 기망하는 것은 윤리적으로 비난받아 마땅하지만, 법은 단순히 타인을 기망하는 행위를 하였다 하여 처벌하지 않는다. 즉 기망행위를 통하여 재물이나 재산상 이익을 취한 경우에 한하여 법은 사기죄의 성립을 인정한다. 즉 가치와 윤리가 결합하였을 때 사기죄의 구성요건을 충족하는 것이다.

직업 중에 변호사는 의사나 목사와 함께 가장 오래된 전통을 갖고 있지만, 변호사라는 직업은 별로 좋지 않은 이미지로 그려져 왔다. 고대 그리스 퀴변론자들을 지칭하는 sophist라는 단어는 원시적 변호사를 의미하기도 한다 (Maine, & Scala, 2017). 학자들이 많이 사용하는 ‘복잡한’ 또는 ‘난해한’이라는 의미의 sophisticated라는 말이 이 소피스트에서 유래하였지만, sophist 라는 말의 어감이 좋지 않은 것은 사실이다.

한편 변호사는 큰 주머니를 뒤에 차고 법률지식을 팔아 돈을 요구하는 이미지로 묘사되기도 한다. “송사를 하면 집안이 망한다,” “변호사는 가장 나쁜 이웃이다” 등등 부정적 평가도 적지 않다. 그런데 변호사라는 직업은 자본주의 체제와 함께 해 왔다.

시간제 최저임금과 같이 로펌들은 시간제 청구제도를 운영한다. 개인기업, 소형, 중대형 기업에 대응하듯이 1인 개업변호사, 소형, 중대형 로펌이 있다. 사회의 빈부격차 현상이 그대로 나타나 변호사간 부익부 빈익빈 현상이 심화되고 있다. 변호사 직역의 확대란 말이 과거에는 변호사나 검사, 판사직에 안주하지 말고 행정공무원직이나 사내 변호사 등 법률지식과 관련된 분야로 진출하는 것을 의미하였다.

그런데 이제는 국회의원 등 정계로 진출하려는 변호사가 많아진 것은 물론 “제가 변호사인가요 유튜버인가요”라는 자신의 정체성을 자문하는 변호사

법과 생활

까지도 나오고 있다. 변호사라는 직업인으로서의 정체성이 희박해지고 있는 것이다.

변호사라는 직업은 역사상 미국 대통령을 가장 많이 배출한 직업이기도 하다. 이번 대선에서도 여야 모두 유력한 대선 주자 후보들이 변호사 출신이다. 자본주의는 시장 중심의 체제이고, 정부의 가장 중요한 일 중의 하나가 법을 통하여 시장을 규제하는 규제자 역할이므로 그렇겠지만, 반대로 최근의 로톡 사태를 접하면 자본주의 실험대상인 직업이 되어 버린 것 같다. 이념과 체제가 판이하게 다르지만, 마치 레닌이 공산체제 실험실이라고 일갈했던 소비에트 같은 느낌이다.

최근의 로톡 사태는 변호사 직업의 윤리와 상업성의 갈등을 보여주고 있다(배기석, 2007). 변호사협회는 변호사법과 변호사 윤리강령 등을 통하여 로톡사태에 엄정하게 대처하고있다. 외국변호사의 잘못된 명칭사용이나 로톡 변호사에게 징계권을 발동하겠다고 엄포를 놓고 있는 것이다. 감독관청인 법무부와도 순조로운 관계가 아닌 듯 보인다.

로톡 사태는 인터넷 시대 새로운 변호사 시장의 갈등양상을 그대로 드러내고 있다. 소위 Attorney Referral Service를 이용하는 것이 변호사 윤리장전을 위반하는 것 아닌가 하는 문제는 이미 미국에서도 변호사 윤리 문제로 논의되고 있다.

미 헌법 제 1조 표현의 자유 조항은 미국 민주주의에서 중추적 역할을 하는 조항으로, 이 조항에서 많은 기본권이 파생되고, 기존 기본권의 효력을 강화하는 토대로 기능한다. 이 조항은 수세기 동안 미국의 오래된 헌정사에서 가장 치열한 논쟁을 불러 일으킨 조항이라 할 수 있는데, 정부의 표현에 대한 규제는 '정치적 표현'인가 '상업적 표현인가'에 따라 합헌성 심사기준이 다르다.

상업적 표현의 경우에는 보다 광범위한 규제가 허용되는데, 변호사 윤리 문제와 관련하여 광고나 직업수행 상의 행위는 일반적으로 상업적 표현으로 규제의 대상이 된다. 다만 최근 변호사 협회의 강제적 회비 징수가 정치적 표현으로 두터운 보호를 받아야 한다고 하여 법원의 심판대에 올랐다.

Fleck v. Wetch (2019) 에서 변호사인 Arnold Fleck은 자신의 정치적 신조에 반하는 정치적 발언을 행하는 변호사회가 변호사 회비를 강제 징수하는 것은 자신의 수정헌법 제 1조 상의 표현의 자유를 침해한다고 주장하였다. 대법원은“통합된 변호사회는 수정 헌법 제 1 조에 따라 회원의 회비를 사용하여 '변호사들에 대한 규제 및 법률 서비스의 질 향상'과 관련된 활동에 자금을 지원할 수 있지만, 그러한 협회 목적과 상관없는 변호사회 활동에 자금을 지원해서는 안 된다”라고 하면서 원고인 변호사의 손을 들어 주었다.

로톡과 변호사 알선의 문제는 택시운송사업자와 타다간의 갈등과 구조적으로 비슷한 양상을 보이고 있다. 즉 변호사 알선은 변호사회를 통하여, 또는 변호사회의 승인을 받은 경우에 한하여 다른 사업자들이 중개할 수 있다는 것이 우리나라와 미 변호사회가 취하고 있는 원칙이다.

물론 앞서 본대로, 윤리나 철학, 경제와 물질에 관한 문제는 나라마다 다를 수 있다. 따라서 이러한 갈등 양상을 대표한다고 할 수 있는 변호사 윤리기준 역시 나라마다 구구하다. 그러나 우리나라와 미국이 채택하고 있는 기본원칙은 상당히 많은 국가들이 취하고 있다고 보여진다.

오랜기간 변호사 윤리 문제는 변호사의 상업광고 문제로 대표되었다. 그러나 인터넷이 대중의 필수적 생활기반이 되버린 지금, On line referral service, online auction bids for legal services, online application providers, chat rooms, communicating to the potential class action members, communicating to the website visitors 등 여러 가지 양상의 윤리 문제가 논의되고 있는 현실이다.

법과 생활

예컨대 뉴욕시 변호사회는 네가지 조건에 부합하는 경우 인터넷을 통한 법률서비스 경매를 승인하는 강령을 채택하였다. 첫째, 변호사에게 일차적으로 고객을 모집할 의무가 없으며, 둘째, 비용은 오직 고객의 비용일 것, 셋째, 변호사 수입료를 경매서비스 제공자와 공유하지 않아야 하고, 참가하는 변호사를 미리 스크린 한다거나, 참가에 승인을 받도록 하거나, 달리 변호사의 자유로운 업무 수행을 규제하는 조건을 부가하지 않아야 한다.

요컨대 온라인 시대 변호사 윤리는 민주주의와 법치주의에 기반하는 우리의 현실에서 시민들의 법률서비스에의 접근 가능성(legal accessibility)과 변호사의 독립(professional independence)이라는 상이한 목적을 어떻게 조화시킬 것인가에 달려 있다.

이번 로톡과 같은 경우에는 전화상담을 주요 사업으로 하고, 상담시간별로 변호사 수수료를 달리 정하여 고객에게 법률서비스에의 접근을 원활하게 해 주고 있다. 따라서 로톡의 경우 미국의 Attorney Referral Service 또는 Online Application Providers 비슷한 사업모델이라 할 수 있다.

고객이 법률서비스에 쉽게 접근할 수 있는 시스템, 그것은 법치주의와 민주주의를 진작시킨다. 다만 그것이 어떤 이유든 변호사를 사업자에 종속시켜, 변호사가 자신의 전문적 수행에 있어 독립적으로 행위하는 것을 방해해서는 안 될 것이다.

이러한 시스템에는 기본적으로 두가지 타입이 존재한다. 즉 변호사협회의 승인을 받은 사업자와 변호사협회의 승인없이 사업을 영위하는 사기업의 경우가 그것이다. 사견으로는 변호사협회에 승인을 줄 수 있는 권한을 부여하고, 승인을 받지 못한 사기업의 경우에는 법적 보호를 주지 않는 방안을 생각해 볼 수 있다.

즉 인터넷 사업자와 변호사협회가 공동하여 변호사의 독립성과 시민의 법률서비스 접근성을 동시에 확보할 수 있는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다. 한편 이러한 시스템하에서 발생하는 변호사 협회의 수익은 변호사들을 위한 공동복지기금으로 이용할 수도 있다.

물론 새로운 시장의 현실에서도 변함없는 기준이 되는 것은 변호사의 독립성과 전문성의 확보를 위한 모범규칙 7.1이다. 그래서 모범규칙 제 7조 1항 (a)는 “변호사는 자신의 법률서비스에 관하여 잘못된 또는 고객을 오도할 수 있는 소통을 하여서는 안된다”라고 하고 있다.

나아가 “사실이나 법에 관한 중대한 오류나, 전체적으로 오류에 빠지지 않기 위하여 필요한 사실을 숨기는 것은 윤리기준에 반하는 고객과의 소통이 된다”라고 규정하고 있다. 얼마전 타다 사건과 관련하여 헌법재판소는 ‘국가가 택시사업의 공공성을 위하여 타다 사업을 규제하는 것은 헌법에 합치한다’라고 결정하였다. 로톡 사태의 추이가 궁금해지는 대목이다.

야누스 같은 변호사의 두 얼굴. 한쪽은 대통령과 큰 일을 해 보겠다고 줄을 선 예비 참모들이 시끄럽고, 한쪽은 로톡 사태로 새로운 시장 현실에서 직업의 정체성이라는 위기에 처해 있다. 로톡 사태는 부익부 빈익빈이라는 변호사 업계의 처절한 현실이 반영된 것인지 모른다. 한편 여당의 대선 후보가 9월달에 선출되고, 많은 후보들이 출마를 선언하는 등 대선이 얼마 남지 않았다. 어쩌면 우리들은 자기자신에 대한 성찰을 바탕으로 통찰력을 가진 리더쉽을 그리고 있을 것이다.

14. 바나나 공화국과 학자 공화국

본격적으로 대선의 시간이 시작된 듯 하다. 어느 때보다도 많은 후보가 출마선언을 하여 난전이라는 평가이다. 대통령은 한 국가를 이끌어가는 가장 중요한 리더쉽이라 할 수 있고, 시민들은 윤리적이면서도 자신들의 문제를 해결해 줄 수 있는 능력있는 지도자를 원한다. 그래서 요즈음 대통령을 비롯한 주요 공직자들은 수 많은 자질 검증과 토론을 거쳐 선발된다.

이러한 과정을 통하여 많은 경험과 국정에 관한 해박한 지식, 통솔력이 있는 자를 걸러내게 된다. 그런데 국정의 지도자는 결코 모든 것에 정통한 지식을 가질 수 없다. 그래서 용인술과 철학이 중요하다. 따라서 변호사 등 특별한 전문직을 빼고, 연구과정 박사학위자 등 전문가들은 별로 정치와 친하지 않다.

미국의 경우에도 소위 ph.d 학위를 하고 정치에서 크게 이름을 날린 경우를 들라 하면, 킹그리치(Newt Gingrich)공화당 의원 등 몇몇에 불과하다. 대부분 속세의 어려운 일에 휘말리기 싫어하고, 연구나 교수직이 가져다 주는 특권 의식과 사적 어메니티가 충분한 보상이 되기 때문이다. 그래서 이러한 직역의 자가 대선이나 국회의원직에 도전하는 경우 국민들은 쌍수 들어 환영한다.

충분히 인생을 즐기고 자존심을 지킬 수 있는 처지임에도 대의를 위하여 공직에 출마하는 것이 감사하게 느껴지기 때문일 것이다. 우리에게도 친근하고 10년전 작고한 아시아 문제 권위자인 로버트 스칼라피노(Robert Scalapino) 박사 이름 발음대로 “학자들은 피노야”라고 속으로 외치면서 속세의 험난한 피를 물힐 필요가 없다고 생각하고 사는 교수들이 많은 것이다.

공직에 출마하는 학자들은 나아가 자신의 전문지식을 배경으로 “국가경

제를 희생시키겠다.” “공정사회를 만들겠다”국민을 들뜨게 하고 희망을 불어 넣으니 바람 몰이를 하기에 좋다. 나만 해도 이번 대선의 다양한 출사표를 접하면서 시민의 한 사람으로서 뿌듯하고, 많은 동량들이 이렇게 큰 일들을 하겠구나 나서니 우리나라의 앞날이 절망스러운 것은 아니구나 하는 느낌을 갖는다.

그러나 소수설을 잘 내기로 유명한 대쪽 법관 이회창, 한국은행 총재를 역임하고 대선에 출마하여 실패한 조순 등 전례를 보면 학자풍의 인물이 대통령에 당선된다는 것이 쉬운 일이 아닌 것은 사실 같다. 그럼에도 당선 가능성 여부를 떠나서 우리나라의 현실을 알게 하고, 대의를 품고 출마한 학자들의 주장으로부터 배울게 많은 것 또한 부인하기 어렵다.

얼마전 조선의 여성위원이 “나는 임차인이다” ”양상한 이념으로 국민 삶을 망치는 탈레반으로부터 정권을 되찾아 와야 한다“고 주장하면서 출마 선언을 함으로써 국민들에게 참신한 이미지를 던져주고 있다. 미국 유명대학에서 박사학위를 받은 경제학자이어서 그런지 출마선언도 경제학적이다.

물론 실제 임차인이고 현 정권의 부동산 정책 실패와 좌우 이념에 경사된 현 정국의 모순을 강조하기 위한 출마선언이겠지만, 학자로서의 인식과 현실의 개혁을 한번에 느낄 수 있게 하는 출마선언이라 할 수 있다. 사실 숫자에 천착하고 순수 경제학을 연구하는 학자들과

그에 더하여 현실을 설명하려는 경제학은 어느 정도 식별이 가능하다. 정치에 투신한 경제학자들은 후자에 속한다. 그래서 경제학자 출신인 유승민 의원이 헌법 제 1조의 주권재민을 이야기 하는 것은 당연하다. 역시 경제학자 출신인 김종인 전 국힘당 비대위 위원장 역시 헌법 경제의 장 제 119조에 심지를 틀고 있는 것은 대부분의 국민이 아는 사실이다.

김제동 같은 연예인도 헌법학자 못지않은 지식으로 유투버 헌법학자가

법과 생활

되어 있으니 정치와 상관없이 있을 수 있는 일이긴 하다. 그러나 실업 문제, 인플레이션 등 민생과 국민 경제가 절실한 문제이니 정치에 투신한 헌법경제학자들 그룹의 동정에 관심이 가지 않을 수 없다.

언젠가 언급했듯이 헌법경제학은 미 서부나 동부 해안 대학들을 중심으로 한 잔물 경제학에 대하여 소위 민물경제학이라 불리우는 미 중부 시카고 대학 중심으로 형성된 경제학 방법론이다.

헌법경제학 또는 공공선택이론은 오스트리아 출신으로 시카고 대학에서 오랜 학자 생활을 한 하이예크를 필두로 하여, 이를 계승한 뷰캐넌과 톨록 등에 의하여 발전한 경제이론으로 국가를 인격이 있는 유기체가 아니라 단지 개인의 총합으로 보고, 공인이나 사인이나 모든 행위자들이 이기적으로 행동한다고 가정한다.

국가법인설 등 국가는 절대 선이고 최고의 윤리적 실체라는 가정은 결국 국가는 공무원이라 할 때 의심받지 않을 수 없다. 그래서 공적 영역과 사적 영역을 준별하여 한 쪽은 윤리와 도덕, 다른 쪽은 영리에 따라 영위되는 시장으로 나누는 도그마적 이분법을 통합하게 된다. 사법의 공법화 경향이나 중간법 경제법 영역의 발전이 눈부신 현실에서 헌법경제학은 많은 이들에게 인정받기도 한다.

국가와 상관없는 순수한 시장이나 완전시장의 가설은 학문적 차원의 가정일뿐 현실사회는 이와 먼 것이 사실이다. 경제학자 출신의 우리 정치인들처럼 정부나 국가가 만들어내는 경제현실은 이들에게 심각한 것이다. 그래서 시민들은 “나는 임차인이다”라는 초선 윤희숙 의원의 말을 국가가 만들어내는 경제 현실 속에서 살 수 밖에 없는 하나의 행위자로서 느낀 바를 말한 것으로 받아 들이고 있다.

실제 임차인이건 임대인이건 중요하지 않다. 우리는 소위 rent seeking이라는 우리의 현실을 바탕으로 우리 경제를 되살려 보겠다는 포부에 관심을 보이고 있다. rent seeking 이론에 따르면 경제 주체들이 자신의 이익을 위하여 비생산적인 활동에 경쟁적으로 자원을 낭비하는 현상이 발생하는데, 1967년 텔러의 논문에서 비롯된 이 말은 로비, 약탈, 방어 등 경제력 낭비현상을 지칭하는 말이다(Krueger, 1974).

Rent seeking 이론은 역시 중서부 민물경제학자인 위스콘신 대학 출신 Anne Krueger에 의하여 소개되고 발전한다. 동 이론에 따르면 특정 경제 주체가 면허 취득 등을 통해 독과점적 지위를 얻게 되면 별다른 노력없이 차액지대와 같은 초과소득을 얻을 수 있다.

즉 자원의 최적배분이라는 전통경제학의 가정과 달리 시장의 왜곡 현상이 발생하며, 공정사회의 문제가 제기될 수 있다(1974). 그래서 피가 끓는 경제학자들이 당선가능성에 상관없이 사회의 공정과 정의를 위하여 정치에 투신하고 있다. 우리 사회의 병폐를 단적으로 증명하는 한 단면이라 할 수 있다.

언젠가 언급한 바와 같이 이러한 제도론적 경제학의 전통은 법학과 경제학의 학제적 연구를 통하여 이어지고, 미 제7 항소법원 법관을 역임한 Richard Posner나 Guido Calabresi 등 법경제학자들에 의하여 발전되고 있다 (Posner, 1970).

연방법원 판사이자 독과점금지법 학자인 Richard Posner는 Calabresi의 “The Cost of Accidednt: A Legal and Economic Analysis”라는 책의 서평에서 자신의 독과점 금지법 영역은 물론이고 예일대 로스쿨 불법행위법 학자인 Calabresi의 경제학적 접근방식이 사례분석이나 해석법학적 방법을 대체해 가고 있다고 지적하였다.

법학자들은 당연히 윤리와 철학을 중시하는 성향을 갖지만, 가치나 경제

법과 생활

의 분석기준이 점점 중요한 역할을 한다는 것이다. 이렇게 발전하고 있는 법경제학적 이론은 공정사회를 향한 미 민주당의 진보적 정권에서 빛을 발하고 있는 것 같다. 얼마전 30대 초반의 콜롬비아 대학 로스쿨 교수가 연방거래위원회(FTC)위원장으로 임명된 것도 그러한 노력의 일환으로 보인다.

미국 경제를 책임지는 국가경제 위원회, 연방준비제도이사회를 합하여 3기관 모두 법을 공부한 자들이 수장으로서의 책임을 맡고 있으니 경제정의와 공정사회가 얼마나 시민들의 중요한 관심사항이라는 것을 알 수 있다.

부캐넌과 함께 The Calculus of Consent (1962)라는 책을 저술하여 일반적으로 공공선택이론을 주장한 경제학자로 알려졌지만, 고든 킬릭은 경제학 박사(ph.d)가 아니고 시카고 대학 로스쿨 출신(JD)학자이다. 그래서 그런지 노벨 경제학상을 수상하지 못하였다.

일반적으로 미국 학생들에게 로스쿨을 진학한 이유를 물으면, “정치적 배경을 얻기 위하여”라는 답이 가장 많고, 일반 대학원의 경우에는 “자신이 평소 하고 싶은 일을 하고 싶어서”라는 답이 가장 많다. 노벨위원회가 하버드 로스쿨 출신 오바마 대통령이나 우리 김대중 대통령 같이 전문분야와 상관없는 인물들에게 노벨평화상을 수여하기는 해도, 경제학계의 최고 권위라 할 수 있는 노벨경제학상을 다른 학문 영역의 학위자에게 주기가 뭐하기도 했을 것이다.

정치와 학자들 얘기를 하다보니 필자의 전공분야와도 무관하지 않은 것 같다. 유엔은 이상주의 국제정치를 대변한다(Boyle, 1985). 필자가 준비하고 있는 논문 중 한스 켈젠의 이상주의와 세계 정부를 주제로 한 것이 있는데, 국제법 영역의 발전을 통하여 국제적 법치주의와 세계정부에로의 진전이 많이 이루어지고 있다.

물론 국제법과 세계법은 관념론적으로 구별된다. 즉 세계법은 국제사회에 우월적 중앙정부가 있다는 것을 전제로한 법체계를 의미한다. 그래서 현재 현

실적으로 존재한다고 보기에는 어렵다. 전통적으로 징세권은 국가의 가장 대표적인 권한의 하나로 인식되어 왔다. 그래서 세금에 대한 국제사회의 공통된 인식은 국제법의 발전과 세계법이상의 실현을 위하여 의미가 적지 않다.

James Tobin이 모든 나라에 대하여 제안한 금융거래세랄지, 이번 미국이 OECD 140개국에 제안한 글로벌 법인세 공조는 국제사회와 국제법의 발전에 있어 괄목할 변화이다(1990). 법인 소재지 국가에 세금을 내는 기존 법인세 체계를 뒤흔드는 등 제안을 통하여 다국적 기업 100곳에 대해 매출이 실제 발생한 국가에 세금을 납부케 할 수 있게 된다. 소위 영역주의적 국제법 체계를 넘어 세계화 정보화의 현실이 반영된 진보적 제안이다.

트럼프 공화당의 보수정권과 달리 공정사회를 향한 진보당의 노력이 엿보이는 대목이다. 그런데 많은 국가의 지지를 얻는 국제법 체계는 잠시 관념론적 사고를 벗어나 보면 실제로 세계법 체제로서 역할한다고 볼 수도있다.

아직도 국제법상 강행규범 (erga omnes)의 존재를 부정하거나, 아주 제한적으로 인정하여야 한다는 학자들이 많지만, 현실적 관점에서 보면 국제사회의 법치주의는 개인의 느낌에 따라 다르겠지만 상당히 진전되어 있다.

오스트리아 출신 법학자 한스 켈젠을 비롯하여 세계의 많은 법학자들이 유엔의 이상주의를 실현하기 위하여 노력하고 있다. 우리는 국제사회에서 활동하는 이러한 학자들 그룹을 약칭하여 학자공화국(Republic of Scholar)이라고 부른다.

즉 대륙법계 학자들이 중심이 되어 포진하고 있는 유엔사법통일기구 (UNIDROIT)는 사법의 통일을 위하여 노력하고 있는데, 소위 Principles 라고 불리는 세계계약법원칙에는 한 나라 국회의원 숫자 만큼의 참여 학자들 서명이 부기되어 있다(Bonnel, 2009). 마치 법률안에 찬성한 국회의원들의 서명 같아 학자공화국이라는 말이 생긴 것 같다.

법과 생활

어쨌거나 Principles는 사법 해석에 있어 중요한 잣대가 되고 있지만, 유엔매매법협약(CISG)처럼(김선국, 2003) 각국의 헌법절차에 따라 비준된 경성 국제법이 아니고 연성법이어서 우리는 참여 학자들 그룹을 학자공화국이라 부른다. 한때 검찰의 부패를 비판하는 국민들이 삼성공화국이니 바나나 공화국이니 하는 비하적 표현을 쓴 적이 있다.

바나나 공화국이란 말은 1904년 오 헨리가 그의 소설에서 처음 사용한 말로, 바나나 등의 한정된 일차산품의 수출에 절대적으로 의지해 주로 미국 등의 외국 자본에 제어받으며 부패한 독재자와 그 수하가 정권을 장악하고 있는 정치적으로 불안한 작은 나라를 가리키는 경멸어이다.

나날이 발전해가는 국제사회를 따라잡기 위하여 국내정치가 투명하여야 하고, 정치문화가 선진화될 필요가 있다. 세계화와 세계법체제로의 진보를 추구하면서도 로컬의 중요성을 잊지 말아야 한다. 그래서 필자는 국제법을 가르치면서 학교의 한구석에 붙은 포스터의 표어인, “밭은 땅에 이상은 세계로”를 학생들에게 소개하곤 한다.

이번 대선에는 학자풍의 법률가 최재형 전 감사원장, 검찰총장까지 지낸 헌법주의자 윤석렬, 오랜기간 시민사회와 함께 해온 많은 정치인들이 출마선언을 한 바 있다. 이에 더하여 경제학을 전공한 학자들까지 국가발전을 위하여 한 몸을 바치겠다고 나서고 있다.

복잡한 현실이지만 변하지 않는 원칙이 있다고 확신한다. 정의나 공정이 망가져 바나나 공화국이 되어서는 안되겠다. 국제사회에서나 있을 수 있는 이상주의나 원로원 같은 학자공화국이 되어서도 안되겠다. 정치의 영역에서 오랫동안 지지되어 왔던 시민공화정(civic republicanism)의 전통이 이번 대선을 통하여 더욱 공고히 되어야 할 것이다. 바나나 공화국이나 학자 공화국이 아닌 시민공화국이 되어야겠다.

그래야만 학교 구석의 낡은 포스터와 같이 땅에 발을 붙이고 국가발전과 국제사회의 리더쉽 역할을 하는 국가가 될 수 있고, 시민이 동의할 수 있는 정부가 되는 것 아닐까? 청년층이 이번 대선을 주의 깊게 지켜보고 있다.

또 얼마전 우리나라는 UNCTAD 선진국 그룹인 B그룹으로 지위가 바뀌었다. UNCTAD 역사상 처음이다. 몇 년전에는 WTO에서 역시 개발도상국 지위를 포기하고 선진국으로 자리 매김되었다. 선진국이 된다는 것은 외교적이나 법적으로 그만한 책임을 부담한다는 것을 의미한다. 이제는 개발도상국으로서의 여러 가지 법적 특혜를 더 이상 주장할 수 없다.

이번 대선이 우리의 미래인 청년들이 실망하지 않도록, 또한 대한민국의 국제적 위상에 걸맞게 페어플레이가 되기를 바란다.

15. 줄리아드(Juilliard)와 줄리아니(Guiliani)

필자가 사는 고층아파트는 높아서 그런지 세상이 쥐 죽은 듯이 조용하다. 아침에 눈을 떠 보면 마치 영화 킬링필드 같이 엄숙하고 조용한 느낌이 든다. 그렇다고 폴 포트나 스탈린 같은 독재자를 찬양하는 것은 아니다. 다만 가상의 세계에서 그러한 독재적 심성이 없을 수 없는 것이 에고(ego)이기도 하다.

영화 킬링필드와 조금 다른 정서의 것이 오마주라는 관습이다. 오마주(Hommage)는 영화에서 존경의 표시로 다른 작품의 주요 장면이나 대사를 인용하는 것을 이르는 용어인데, 불어로 존경 경의를 뜻하는 말이다. 얼마전 영화 오마주 같은 화도시가 현실에서 부관참시의 빌미가 되었다는 글을 재미있게 읽었다.

화도시(和陶詩)란 도연명의 시에 화운한 작품을 말하는데, 조선시대 김중직의 화도시 화도연명술주가 김중직을 부관참시라는 극형에 처해지게 했다는 것이다. 대화가 단절되고 표현의 자유가 봉쇄된 독재의 세계에는 킬링필드나 김중직의 오마주같은 일이 벌어질 수 있다. 그것이 내심의 세계를 넘어 우리의 현실이 된다면, 그것은 비극적이다. 그래서 우리는 독재나 전체주의를 싫어한다.

대한민국의 민주주의가 갈림길에 서 있는 대선이 1년도 채 안남게 되었다. 그래서 나의 느낌과 달리 세상 돌아가는 현실은 시끄럽다. 그런데 대통령 선거만 시끄러운 것이 아니다. 코로나 사태가 다시 악화되고 있고, WHO는 코로나 사태로 인한 사망자가 최근 400만명에 이르는 역사적 대재앙이 현실이 되었다고 발표하였다.

또 벨기에 대사 부인의 악행이 공론화되면서 대사가 본국에 소환되기도 하였다. 며칠전에는 아이티 대통령 모이즈가 괴한들의 총탄에 암살되었다는 소식

이 뉴스를 타고 전해졌다. 귀족은 듯이 조용한 집안 분위기와는 다른 충격적 소식들에 갑자기 머리가 아찔해졌다. 아이티는 아이티를 내는 나라, 아이는 피곤하다, 그래서 살해되었나?

그럼 필자의 해체주의적 관점에서 아이를 현출하는 김현아는 어떻게 LH 공사 사장이라는 중책을 맞게 되었지? 아 참 김현아는 도시환경학을 전공한 박사 학위자인가? 그럼 아이라고 하기에 그럽고, 벨기에 대사 부인은 어찌하여 품위를 잃었을까? 필자 이름 기에 너는 벨도 없나 할 때 벨자가 붙고, 내 학위 이름 첫 자가 붙어, 출세도 못하고 지방대 교수로 살고 있는 나의 처지를 대신 표출해 주다 보니 그랬나?

근거도 없고 머리를 풀어헤친 것 같은 사이비 해체주의자가 되어 알 수 없는 광기가 내심을 스쳐 지나갔다. 영화에서 뭐가 잘못되어 ‘지저스(Jesus)’라고 외치는 배우처럼 희생양 주예수가 되어 버린 느낌, 마치 자신이 세상의 주인인양 공주병이나 관종의 내심을 가진 자 비슷하게 되버린 요즘이다.

삼풍 백화점붕괴에는 왜 삼자가 붙었는지, 400만명 사망은 왜 4자가 붙었는지, 필자하고는 아무 관련이 없음에도 무슨 관련이 있는 것 같은 이상한 느낌이 드는 것은 아마도 연애나 이미지하고 관련이 되는 것 아닌가 한다. 연애나 이미지는 예술인들과는 직접적으로, 정치인들과는 간접적으로 연관성을 갖는다.

언젠가 좌파 정치인 전 서울시장 박원순이 자신은 하버드 대학 4층 도서관 책을 다 읽었다고 하면서, 책 속에 파묻힌 모습을 찍은 사진과 함께 진보와 개혁의 상징으로 자신을 부각시켰다. 한편 좌파 지식인 푸코는 지식의 고고학 (archaeology of knowledge), 징계와 형벌 (discipline and punish) 등 자신의 여러 저작을 통하여 권력과 지식의 관계, 지배계급이 사회제도를 통하여 피지배계급을 통제함에 있어 권력과 지식이 어떠한 역할을 하는지 규명하려 하였다 (Foucault, 1994, 2012, 2013).

법과 생활

헤겔이나 맑스의 절대적 역사관을 거부하면서 지역적 저항이나 구체적 형태를 갖는 점진적 민주화를 대상으로 실증적 방법론을 제시함으로써 포스트 모더니즘 또는 구조주의 계열로 분류된다. 이러한 절충적이고 보다 현실적인 푸코의 사상 세계는 박 전 시장을 비롯하여 많은 진보적 지식인들에게 영향을 미치지 않았을까 한다(Foucault, 1994).

어쨌거나 박 전 시장이 하버드 대학 도서관에서 생산 중심 경제학 책을 읽었거나 법서를 읽었을 가능성은 희박하고 아마도 진정한 민중의 삶, 시민의 삶에 관한 서적들을 탐독하였을 것으로 생각된다. 그래서 도시정치학 (nopolitics)이나 흑독할 수 밖에 없는 문화정치인의 길을 걸었는지 모른다. 이는 유기체 정치학(biopolitics)으로 이어져 성추행의 나락으로 떨어진 것 아닐까?

아침 나절 킬링필드 같은 느낌은 폐북을 여는 순간 인간적으로 바뀐다. 다시 생명이 들어오는 느낌이다. 폐친들의 좋은 글은 생명을 느끼게 한다. 신평 선생님이 보내 오는 정다운 글과 전통 한옥 사진은 삭막한 고층 아파트에 사는 많은 사람들에게 옛 정을 불러 일으킨다. 아마 나처럼 부러워하는 사람들도 많을 것이다.

요즘 시간이 생겨 유튜브에서 옛날티브이 TV문학관 드라마를 즐겨 보는데, 역시 친구와 포도주는 오래 될수록 좋은 것 같다. 한편 아침 나절의 시간은 가장 생명력이 왕성한 시간 같다. 자꾸 자기가 커지는 느낌의 시간이 지나간다. 저녁 나절 차분해 졌던 생명이 아침에 잠을 깨 예수님 말씀대로 또 하루를 맞는 것이다.

하루를 최후의 만찬처럼 살아라. 버킷 리스트를 챙겨라. 아침의 커짐 시간은 육체적이다. 한창 성장기에 있는 청소년기의 학생들은 물론, 아무리 나이가 들어도 커짐의 아침 시간은 거부할 수 없는 느낌일 것이리라. 그래서 사장님들이 아침마다 헬스장에서 바벨을 들기도 하고 뛰기도 하는 것 같다.

운동이 없는 아침은 커지는 육체적 느낌이 내면에 미치는지 힘센 바보 또는 엉터리 해체주의자 같은 기분이 된다. 성경을 즐겨 읽어 그런지 커져가는 느낌은 마치 필자를 골리앗으로 느껴지게 한다. 다윗과 골리앗의 싸움, 상대가 안 되는 싸움을 말할 때 자주 인용하는 문구이다. 그러나 다윗 보다 4-5배 큰 몸집의 골리앗은 결국 싸움에서 다윗에게 지고 만다.

골리앗의 이름처럼 다윗은 골리앗을 골려 먹는다. 골리고 골리고 하다 결국 생명을 앗아 간다. 4-5배 작은 다윗은 하느님의 힘을 얻어 결국 골리앗을 격퇴하는 것이다. 그래서 다윗이라는 이름은 “모두가 위가 된다”는 이름 같기도 하다. 자연히 지고 만 골리앗은 세상 꿈팔이가 되고 만다. 어쩌면 하느님이 설정한 육체의 종말점인지 모른다.

다윗과 골리앗의 변이 바이러스 같은 필자의 이야기. 학부모님들도 아이들 훈계할 때 사용하면 효과가 있을지 모르겠다. 공부 안하면 세상 꼴찌가 된다. 나중에 성장하여 직업인이 되어 상사가 ‘아이디어’ 내라고 채근하면 어떡할래? 아이가 덜 정도의 무슨 어른다운 대책을 기안하여야 할 것 아니야? 훌륭한 논문이나 책을 써야만 하는 경우도 있을테고.

타이거 맘까지는 아니더라도 부모님들은 아이의 미래를 걱정하고 아이들이 공부에 열중하는 모습을 좋아한다. 결혼과 가족제도는 새삼 좌파 철학자들의 생각을 빌지 않더라도 자본주의 체제를 지탱하는 전제가 된다. 인구는 곧 경제 문제에 직결되므로 결혼율과 출산율은 한 나라의 미래이기도 하다. 따라서 결혼의 신성함과 충효사상 등은 동서양 공히 사회의 핵심적 윤리이다.

우파는 이러한 윤리적 측면을, 좌파는 경제적 과학적 측면에서 접근한다는 차이를 가질 뿐이다. 우리가 회구하는 공정사회는 그래서 여러 문제가 얽혀 있는 총체적 문제로서의 성격을 갖는다. 그리고 교육의 문제가 중요한 부분을 차지한다(White, 2005). 그래서 하느님은 마치 아이티(Haiti)를 볼모로 어떠한 메시

법과 생활

지를 인류에 전하는 것 같이 느껴질 때가 있다.

‘아이티’를 내지말고 ‘아이디어’를 내어라. 몇 년 전엔 대지진으로 분노 하더니, 이번에는 대통령의 생명을 앗아갔다. 이번 모이즈 대통령은 바나나맨이라고 불리웠다 한다. 저번 글에서 말한 바나나 공화국의 대표적인 예가 되는 국가가 아이티이다. 오랜 프랑스 식민지 국가 임에도 특이하게 미국 바로 밑에 위치한 카리브해 연안 국가이다. 그래서 대통령이 암살된 바로 직후 미국의 반응은 매우 예민하고 신속하였다.

한편 우리에게 이번 대선은 상호 비방하는 수준 낮은 것이 되지 말라는 하느님의 경고 같기도 하다. 줄리나 바지내리기 같은 아이 차원의 공방이 되어서는 안되겠다. 이번 선거는 국익에 도움이 되는 아이디어가 제안되고 검증되는 진정한 정책대결의 선거가 되어야 할 것이다. 시민들은 아이들이 덜 정도로 “아하!”할 수 있는, 민생경제가 살아나고 국가가 부강해질 수 있는 실천가능하고 어른다운 정책과 공약을 기대하고 있다.

폐친들의 배심제도연구회나 Weon Kim 선생님의 미국법 이야기는 마음을 차분하게 한다. 특히 폐친 중 Kim 선생님은 다윗 같이 우리를 현명하게 하는데, 오늘은 discretionary trust를 친절하게 설명해 주었다. 필자도 마음을 조금이라도 안정시키기 위하여 ‘오늘의 단어’나 ‘한시와 한자성어’ 등을 포스팅하고 있다.

아침의 골리앗과 다윗 싸움이 마음의 안정을 얻으면서, 아침 신문에 난 벨기에 대사 부인 사건이 상기되었다. 비엔나협약 상 외교 사절의 장은 3가지 계급으로 구분되는데, 국가원수를 상대로 파견되는 대사, 역시 국가원수를 상대로 파견되는 공사, 외교부 장관을 상대로 파견되는 대리공사가 그것이다 (비엔나협약 제14조 1항).

그런데 공관장의 계급은 서열 및 의례에만 관계되고, 직무수행과 특권 면제에 있어서는 차이가 없다 (동 협약 제14조 2항). 대사와 공사는 직급만 다르지, 공사가 파견된 국가에서 공사는 대사와 동일한 지위를 갖는다. 과거에는 제한된 국가에만 대사가 파견되었고, 구한말 파견된 외국 공관장은 모두 대사가 아닌 공사였다.

한편 국가승인이나 정부승인 등 상대국에 대한 승인은 국가의 일방적 행위이나, 외교관계의 수립에는 합의를 필요로 한다(정인섭, 2019; 유형석, 2009). 상대국이 호감을 갖지 않는 자를 외교사절로 임명하면 원활한 업무수행에 차질을 빚을 것이므로, 상대국의 동의를 얻어 외교사절을 공식적으로 임명한다. 이 사전 동의를 영어의 어그리먼트(agreement) 즉 합의를 뜻하는 불어인 아그레망이라 한다.

한편 공관장을 포함한 외교관에 대해 접수국은 언제든지 불만을 표시하고 그를 받아 들일 수 없는 인물(person non grata)이라고 파견국에 통고할 수 있다. 아그레망이나 받아 들일 수 없는 인물이라고 통고함에 있어 그 이유를 제시할 필요는 없다. 물론 이번 벨기에 대사 사건은 외교관이 아닌 외교관 가족이 문제된 사건이어서 이러한 문제는 직접적으로 상관되지 않는다.

언론보도 기사에 의하면 대사 부인이 2번에 걸쳐 환경미화원과 옷가게 점원의 뺨을 때린 폭행을 하였다고 한다. 즉 경미한 형사사건이 될 수도 있는 비행으로 추측된다. 만약 그것이 형사문제화 되었다면 외교관 특권 면제에 관한 비엔나협약이 적용될 것인가가 문제될 것이다. 비엔나협약은 외교관의 가족도 그가 접수국 국민이 아닌 한 외교관과 동일한 특권과 면제를 인정받는다고 규정하고 있다 (동 협약 제 37조 1항).

그런데 비엔나협약에는 가족의 정의에 관한 조항이 없으며, 각국 국내법 상으로도 가족의 개념이 일치하지 않아, 가족의 범위를 법적으로 정하기가 쉽지

법과 생활

않다. 이에 어느 범위까지 외교관의 가족으로 인정하느냐는 현지국의 입장에 크게 영향을 받는데, 보통 법률혼 배우자나 사실혼 배우자는 배우자로서 외교관과 동일한 특권과 면제를 갖는다고 해석된다.

그러나 동성(同性)의 배우자나 일부다처제 출신 외교관의 1명 초과인 부인에 대하여는 가족의 지위가 부인되어도 국제범위반이라고 보기 어렵다. 한편 독립적 경제활동을 하는 직계존비속이나 배우자의 경우 최소한 그 직업에 관한 행위에 대하여는 외교관의 특권과 면제를 인정하지 않는 예가 많다.

외교관 가족의 특권과 면제에 관하여 1995년 7월 11일 주한 미국 대사관 외교관의 아들 티모시 코팔 사건이 있다. 티모시 코팔은 당시 28세였는데, 서울 시내에서 운전중 차량 2대를 들이받았고, 이어 그의 운행을 저지하려는 행인 1명을 차량에 그대로 매달고 질주하다가 중상을 입혔다.

서울지방법경찰청은 그를 미필적 고의에 의한 살인미수 혐의로 기소했다. 미국측이 외교관의 자녀인 그에 대해 형사재판관할권 면제를 포기한 바 없었다. 외교관 면제는 공권이므로 그 포기는 외교관 개인이 할 수 없으며, 파견국 정부만이 할 수 있다. 한국 관헌이 그를 기소할 수 있었던 근거는 비록 외교관의 아들이라도 이미 성인이라 특권과 면제를 향유하는 외교관의 가족으로 대우할 의무가 없었기 때문이었다.

이 점에서는 미국 역시 마찬가지이며, ‘대한민국 주재 외국 공관원 등을 위한 신분증 발급과 관리에 관한 규칙’에 따르면 법률상 배우자 아닌 직계비속의 경우 한국 민법상 미성년의 미혼 동거 자녀만이 특권과 면제를 향유할 수 있다. 다만 학생의 경우에는 26세까지 인정될 수 있지만, 이 사건의 코팔은 당시 28세였다.

이번 벨기에 대사 부인 사건은 어떠한 이유로 그러한 비행에 나아가게

되었는지 명확하지 않지만, 티모시 코팔 사건과 달리 비행의 정도가 경미한 것 같아 다행이라는 생각이 든다. 벨기에는 한국과의 수교 120년이 된 오랜 우방국으로 한국전 참전 16개국의 하나이고 대한민국과의 외교관계가 전통적으로 공고한 국가이다.

이번 사건으로 양국간 우의가 금이 가서는 안될 것이다. 사건이 있는 얼마 후 소피 윌메스 벨기에 외교장관이 부인의 환경미화원 폭행으로 물의를 빚고 있는 주한 벨기에 대사를 4개월 만에 다시 긴급 소환했다고 전해지고 있다.

국내로 눈을 돌려 보니 대선전이 시끄럽다. 이런 경우 꼭 등장하는 문제가 명예훼손 모욕 같은 문제이고, 표현자는 공적 문제에 대한 표현의 자유를 주장하게 된다. 쉘리반 사건(New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964)은 미 합중국 공무원에 대한 명예훼손에 관한 대표적 사건이다.

동 사건에서 법원은 “수정헌법 제 1조 표현의 자유의 보호 조항은 미합중국 공무원에 대한 명예훼손에 기한 손해배상 청구를 헌법적으로 제한한다”고 판시한 바 있다. 즉 명예훼손 소송의 원고가 공무원이거나 선거에 출마한 후보인 경우 일반 불법행위법상 명예훼손 청구요건 사실에 더하여 피고의 “현실적 악의(actual malice)”를 증명하여야 한다는 것이다.

이때의 악의는 피고가 명예훼손에 관한 진술이나 표현이 거짓임을 알고 있었거나, 중대한 과실로 그것이 진실인지 여부를 확인하지 안한 경우를 의미한다. 따라서 상대방의 내심을 증명하기 어려운 상황에서 손해배상 청구가 인용되기는 쉽지 않다. 이 사건은 1960년 뉴욕타임지가 알라바마 몽고메리 경찰의 과잉진압을 주장한 마틴 루터 킹 주니어 지지자들의 정치광고를 전면에 게재하면서 시작되었다.

그 광고 기사가 허위라면서 경찰서장 쉘리반이 뉴욕타임지를 상대로 명

법과 생활

예 훼손에 의한 손해배상을 주장한 사건에서, 알라바마주 대법원은 불법행위의 성립을 인정하고 500,000 달러 상당의 손해배상을 명하였다. 동 사건은 연방헌법 제 1조 위반의 연방문제(federal question)로 연방대법원에 상고되었고, 연방대법원은 상고허가장(certiorari)을 발부하고 심리하였다.

연방국가인 관계로 우리와 달리 4심제가 가능하다. 연방대법원은 9-0 만장일치로 주 대법원의 판결이 연방 수정헌법 제 1조에 반한다고 판결하였다. 이미 300 million 달러, 우리 돈 3,000 억원, 지금으로 환산하면 수조원의 손해 배상소송이 남부 여러 주에 제기된 상태였다. 이러한 상황에서 연방대법원의 판결은 이러한 유형의 소송제기에 찬물을 끼얹는 결과가 된다.

한편 대법원은 이 사건 이후 공무원(public official)이나 공직선거의 후보(person running for public office)외에도 공인(public figures)에 대한 명예 훼손 소송에 대하여 “실제적 악의“라는 엄중한 요건을 요구함으로써 언론의 자유에 대한 보호를 두텁게 보고 있다. 그래서 어찌 보면 선거기간 중 표현된 것들을 문제 삼아 법정 다툼으로 나아가는 경우는 드문 것 같다.

언젠가 폐북에 딸 아이 학교 이름을 쓰면서 Julliard라고 쓴 적이 있다. 그랬더니 줄리아드 드라마 스쿨을 졸업한 딸 아이가 줄리아드(Julliard)가 아니고 줄리아드(Juilliard)라고 넌지시 말하는 것 아닌가? 순간 아빠로서 큰 실수를 한 것처럼 느껴졌다. 아마도 적지 않은 사람이 줄리아드 표기를 해 보라면 필자처럼 표기하지 않을까 추측된다. 중간에 엄연히 알파벳 아이, i 가 있는 것을 모르고, 록펠러(Rockefeller)대학을 쓸 때 중간에 있는 알파벳 e를 빼먹는 것과 유사한 실수이다.

루디 줄리아니(Rudy Giuliani) 전 시장은 언젠가 미셸 위 성희롱 발언으로 유명해지기도 했지만, 뉴욕주 범죄율을 대폭 줄인 업적을 남기기도 한 훌륭한 정치인으로 추앙 받아 왔다. 바이든과 트럼프의 지난 대선에서 트럼프 변호인단

을 대표하여 고군분투하기도 하였다. 그후 뉴욕주 항소법원은 도널드 트럼프 전 대통령의 대선 패배를 법원에서 뒤집기 위해 거짓 주장을 펼쳤다는 이유로 줄리아니 전 시장의 변호사 자격을 정지하기도 하였다.

이번 대선에는 초반 ‘바지 내리기’와 ‘줄리’가 세인들의 관심을 끌고 있다. 왜 하필 호스티스 가명이 줄리인지 모르겠다. 줄리도 아니고 줄리라고? 혹시 줄리아드 학교가 명예훼손을 주장할까? 줄리를 주장하여 야당 후보를 흠집내는 사람들은 “너 줄리아니?” 라고 시민을 욕할까? 별아별 생각이 다 든다. “줄리”가 국모가 되면 시민은 “줄리의 애”가 될 것이니 말이다.

수동적 시민들은 아이일 수 밖에 없다. 그러나 ‘아이티’가 되어서는 안 되겠다. 적극적으로 일어서 후보와 지지자들의 거짓 주장을 가려 내고, ‘아이디어’에 기반한 선거가 되도록 하여야겠다. 정치는 어쩌면 많은 말보다도 연애나 예술처럼 이미지가 결정적인 경우가 많다. 그래서 정치적 이미지에 관한 연구도 많다.

그러나 ‘바지내리기’나 ‘줄리’니, 이미지 싸움만 하고, 정치의 품격이 높아지지 않는 한, 미국 귀신 프레드(Fred)가 만든 영화처럼 이번 한국 대선은 할리우드 영화 클로징 씰 킬킬 웃는 악마의 소리와 함께 또 다른 비극을 잉태할지 모른다. 이번 대선이 명품 영화가 되어 오마주처럼 다른 영화에서도 사용될 수 있으면 좋지 않을까? 그럴때에 비로서 콜리앗과 다윗의 교훈처럼 ‘모두 다 위가 되는 진정한 민주주의’라는 하느님의 뜻이 가능하지 않을까? 바지내리기와 줄리라면 시민이 위가 되는 세상은 요원한 것 같다.

16. 사람과 천연가스

낙타에 관한 질문은 유명한 우화이다. 어느날 왕이 사막에 산다는 낙타가 어떠한 동물인지 궁금하여 현상금을 걸었다. 낙타가 무엇인가? 막대한 현상금을 타기 위하여 프랑스, 독일, 영국의 현자들이 제각기 답을 구하려 최선을 다하였다.

독일 사람은 자신의 서재에 수개월간 틀어 박혀 수백 페이지에 달하는 낙타 보고서를 작성하여 제출하였다. 영국 사람들은 실제 낙타를 보고 관찰하는 것이 중요하다고 생각해 실험을 위하여 짐을 꾸리고 아프리카 사막으로 향하였다.

프랑스 사람은 자신의 공방에서 여러 사람들의 이야기를 기초로 낙타에 관한 만화를 그렸다고 한다. 유럽 3국의 국민성을 대충이나마 알게 하는 우화이다. 그런데 3인 각색의 우화는 교수들의 인생살이와도 비견되는 것 같다.

3-40대 젊은 교수들은 한창 연구를 많이 하는 연령대이다. 실험실에 처박혀 살아야 하고, 또 수백페이지 보고서를 작성해야 할 때도 있다. 50대 후반이나 60대에 이르러 정년이 얼마 남지 않은 교수들은 젊은 연구자들의 연구를 큰 방향에서 조언하거나, 협력하여 보고서를 작성하는 등 일이 많이 준다.

이과계열 교수가 아닌 경우에는 신문에 글을 기고하거나, 참여연대나 대선 캠프 등에 관여하는 경우가 많다. 그래서 젊은 교수들은 독일이나 영국 사람처럼 느껴질 때가 많고, 나이 먹은 교수들은 프랑스 사람 같이 느껴지기도 한다.

그런데 한참 대선전이 치열해지고 있는 요즘, 젊은 말이 화제이다. 나이

를 먹어서 그런지 짧은 말이 싫지 않다. 마치 피보고자가 보고자의 상황설을 들으면서 짜증 난다는 듯 “요지만 간단히 말하세요”라고 하는 심리상태라고나 할까?

긴 장발은 짧은이라면 모를까, 노인에게 잘 안 어울리는 것과 비슷하다. 대선전이 무르익으면서, 신문의 사설이나, 학자들의 기고문 등 흥미있는 글들이 많아 즐기는 편이다. 긴 논문보다 요지를 쉽게 알 수 있어 효율적이기도 하다.

수백페이지 보고서나 사막 탐험 예를 들었지만, 학술문화적으로 앵스트랙트(Abstract)라 불리우는 논문초록이 있는 것을 보면, 역시 사람은 요지를 좋아하는 것 같다. 또 네이처(Nature)나 사이언스(Science)지 같은 권위있는 학술잡지에 실리는 글은 짧은 몇 페이지인 것이 것이 보통이다. 반면 미국 대학의 유명 로 리뷰(law review)에 실리는 논문은 장문의 긴 논문인 경우가 많다.

이과는 논문이 보다 중요한 의미를 갖고, 문과의 경우는 저술서적이 보다 중요한 의미를 갖듯이 이는 이과와 문과의 차이이기도 하지만, 어쨌거나 긴 문과 계열 논문에도 논문초록이 있는 것을 보면, 사람은 기본적으로 짧게 전달되는 요지를 좋아하는 것 같다.

그런데 짧은 것을 좋아하는 필자이지만, 근자 대선전은 시민들의 실소를 자아내게 하고 있다. 어찌보면 삭막한 대선전의 윤희유 같기도 하다. 여당 대선 주자로 선두를 달리는 이재명 후보는 TV 토론에서 과거 자신의 비행 루머와 관련한 해명을 요구한 같은 당 경쟁자의 질문에, 그럼 ‘내가 또 바지를 내리란 말인가?’라고 반문하였다 한다.

매번 공직 출마시마다 과거 비행 루머가 발목을 잡으니 출마자로서 짜증이 날 법도 하다. 그러나 시민들은 후보들간의 토론을 통하여 그 자의 인품이나 논리력, 상대를 대하는 태도 등 지도자로서의 자질을 점수 매긴다. 그런데 불쑥 극도의 짧은 메시지로 자신의 심난한 마음을 여과없이 드러 내었으니, 솔직한

법과 생활

면에서는 점수를 받았을지 몰라도, 대부분의 시민은 실망하지 않을 수 없었을 것이다. 이후 이러한 지적을 이해하였는지 태도가 달라지고 있는 것 같다.

야권의 경우에는 출마자의 부인 논문이 논란거리이다. 논문제목은 논문 초록과 함께 그 논문에서 필자가 다루려는 내용과 주장하는 바가 함축되어 있다. 따라서 논문 제목이 갖는 의의는 본문에 못지 않게 중요하다. 그런데 논문의 영문제목에 한글 발음나는대로, “회원유지”라는 영문제목을 “member yuji”라고 표기하였다 하여 세인들이 비난하고 있다.

대통령이 되려는 자나 퍼스트 레이디가 되려는 자에 대한 검증은 철저하여야 한다는데 우리는 동의한다. 퍼스트 레이디나 대통령의 동거 미성년의 직계 비속에 대하여는 국가예산이 배정된다. 직접 자신과 이해관계가 없는 경우라도 납세자 소송의 청구적격이 법원에서 인정되는 것과 같은 논리로 필요한 검증은 법이 허용하는 테두리 안에서 철저하게 행해질 필요가 있다. 아직까지 나온 것만으로는 특별히 중대한 인격적 하자가 있다거나 심각한 비리는 없어 보여 안심이다.

낙타의 우화처럼 거액의 현상금이 걸린 것은 아니지만, 어쩌면 대통령 출마자들은 한국인의 국민성을 대표하는 자들이다. 짧고 짜증섞인 반응이나, 선부른 해명보다는 독일인처럼 논리적이고 체계적이며, 영국인처럼 실험정신과 실증적인 사고로 무장하고, 프랑스인처럼 전체를 바라볼 수 있는 자질을 가지도록 노력할 필요가 있다.

대선전이 무르익으면서 출마자들의 과거 행적들이 검증의 대상이 되고 있다. 이번에는 여당의 유력후보가 기자시절 신군부정권의 핵심인 전두환 장군을 미화하였다 하여 논란거리이다. 그와 관련하여 수차례 세간의 비판을 받았지만, 이번 대선 출마로 다시 그 얘기가 도마위에 올랐다.

정치와 법의 세계는 다르다. 즉 법에서는 일사부재리의 원칙이 국내법원

은 물론 국제형사재판소가 준수하여야 할 대 원칙이지만, 정치의 세계에서는 일사부재리의 원칙이 적용되지 않는다. 필요에 따라 타임머신처럼 불러와 후보자를 평가하는 잣대가 된다.

다만 비행이 하나의 행위인 경우에는 상상적 경합범과 같이 가장 중한 죄에 정한 법정형으로 처벌될 뿐이다. 이때 가장 중한 죄라 함은 같은 비행이라 하더라도 국회의원 선거시보다 대통령 선거시 자질검증이 보다 혹독하다는 의미이다. 물론 비난을 받는 행위가 여럿인 경우에는 더 혹독한 결과가 된다. 즉 실제적 경합범이 되어 가장 중한죄에 정한 법정형에 2분의 1을 가중하여 처단형의 범위를 정할 것이다. 즉 대통령에 당선될 확률이 보다 더 적어진다.

따라서 기자, 법관, 국회의원, 정당인, 교수 등 사회 지도층은 항상 자신의 행위에 대하여 조심하고 책임을 지는 자세를 가질 필요가 있다. 그리고 이때의 행위는 표현의 자유에서 보호하는 표현을 포함한 가장 광의의 의미이다. 형사법 상의 행위로 이해하면 될 것이다.

그런데 행위는 상황에 의하여 지배를 받는다. 이낙연 후보의 경우 신군부정권 시절 분위기 속에서 젊은 기자로서 어쩔 수 없이 선택할 수 밖에 없었던 행위라 할 수 있다. 이와 유사한 경우로 십자가 밟기 사건이 있다. 일본 에도막부시절 십자가나 성화를 두고 밟게 해서 크리스찬들을 억압한 것인데, 2차 대전시 히틀러가 유대인을 탄압하기 위하여 사용되기도 하였다.

이는 헌법상 양심의 자유 문제와 관련을 갖는데, 실제 양심적 병역거부나 국가보안법 가석방시 준법서약제가 우리 헌법재판소에서 문제된 바 있다(예컨대 헌재 2018.6.28 선고 2011헌바 379 사건 등). 우리 헌법은 양심의 자유와 사상의 자유를 하나로 보아 제 18조에서 '모든 국민은 양심의 자유를 가진다'고 하였다. 따라서 양심의 자유를 사상의 자유라고 보는 학자들의 견해는 한국 헌법 해석에도 타당하다 할 수 있다.

법과 생활

그러나 수정헌법 제 1조 표현의 자유에서 종교의 자유와 국교부인을 규정하면서 달리 양심의 자유를 규정하지 않는 미국과 달리 한국에서는 종교와 양심은 별개의 의미를 가지며, 헌법도 종교의 자유를 따로 규정하였으므로, 양심의 자유는 종교가 아닌 윤리적(倫理的) 사상을 내용으로 하는 내심의 자유를 뜻한다고 보는 것이 타당하다.

요컨대 시민들은 양심의 자유에 따라 자기의 내면적 사상과 양심을 외부에 표명하도록 강요당하지 않는다. 즉 직접적인 강제뿐 아니라, 충성의 선서나 십자가 밟기 등과 같은 간접적인 방법으로 자신의 양심에 반하여 사상과 양심을 표명하도록 강요당하지 않는 것이다. 젊은 기자 이낙연의 기자시절 신군부 찬양은 한국 민주주의 변천사를 함축적으로 보여주는 것 같다.

대통령은 자유민주주의 헌법을 수호할 책임이 있는 자이다. 헌법 제 69조는 “나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며...”라고 취임선서를 하여야 한다고 규정하고 있다. 대통령직에 출마한 자로서 이미 법원에서 그 뿌리가 군사반란으로 판명이 난 지난 군부정권에 대한 미화에 대하여 어떠한 해명을 할지 궁금하지 않을 수 없다. 대통령 후보의 양심과 사상, 그리고 지적 특성 등은 선거전에 있어 국민의 가장 큰 관심사이기 때문이다. 그리고 이러한 요소들은 대통령의 행위로 이어지고, 국운을 좌우하기도 한다.

사회과학은 행위과학이다. 즉 사람의 외부로 표현된 행위를 연구한다. 한편 사람의 행위는 그자의 양심과 지적 수준에 따라 다르다. 즉 행위에 나아가는 자는 내심의 결정과정을 거치는데, 이때 내심의 결정은 양심과 사상, 그자의 지식과 경험의 총합적 결과라 할 수 있다.

법학 영역에서 행위론이 중요한 것은 세심 재론을 요하지 않는다. 민사법상 법률 행위나 형법법상 행정행위, 소송법상 소송행위 등은 법학과 학생들이면 귀에 못이 박히게 듣는다. 또한 행위는 법적으로 유효한 행위로 나아갈 수 있는 내심의 판단능력을 전제하므로 무능력자 제도가 규정되어 있다. 따라서 민사법상 미성년

자는 행위무능력자가 되어 유효하게 법률행위를 할 수 없다.

형법상 14세 미만자는 형사미성년자로 범죄능력이 없으며, 범죄가 성립하기 위한 작위나 부작위, 즉 범죄적 행위에 나아갈 수 없다. 행위는 또한 형법상 죄수론과도 관련된다. 앞서 말한 상상적 경합범(想相的 競合犯)과 실체적경합범(實體的 競合犯)이나 포괄적 일죄론 등이 그것이다.

상상적 경합범은 행위는 하나이지만, 여러 범죄가 성립하는 경우로 법은 이때에 가장 중한 죄에 정한 법정형에 따라 처단하도록 하고 있다(박상욱 & 김대휘, 2020). 예컨대 공무원의 직무에 관하여 기망행위를 하여 금품을 수수한 경우 형법상 사기죄와 수뢰죄 모두의 구성요건을 충족하여 상상적 경합범이 성립한다. 그리고 보다 중한 죄인 사기죄의 법정형 범위내에서 처벌하여야 한다.

실체적 경합범 문제는 성립하는 범죄가 여럿이면서, 각 범죄에 대하여 형법상 독립한 행위로 평가될 수 있는 행위가 있는 경우 발생한다. 타인을 살해하고 그 사체를 훼손한 경우 살인죄와 함께 사체은닉죄가 성립하는 경우이다. 법은 실체적 경합범의 경우 가장 중한 죄에 정한 형의 2분의 1을 가중하여 처벌하도록 하는 등 법 제 38조에서 상세히 규정하고 있다.

어떤 경우에는 이미 기소되어 형사절차가 진행된 경우에도, 추가 범죄가 드러나 공소관이 새로이 들어난 범죄에 대하여 실체적 경합범으로 추가 기소하기도 한다. 대선전이 무르익어 가면서 후보자들의 토론과 이어지는 검증이 시민들의 관심을 끌고 있다. 후보자나 가족들의 과거의 행적이 표적이 된다.

시민들은 후보자들이 과거 어떠한 행위를 하였고, 그에 대한 해명은 무엇일까, 마치 수사관 같이 귀를 쫓긋하고 있는 느낌이다. 상상적 경합범인가? 실체적 경합범인가? 검증되어야 할 과거 행적이 몇 가지나 될까? 바지를 몇번이나 내렸을까? 아니 한번도 안 내렸을까? 상대는 한명이었을까? 포괄일죄일까? 실체

법과 생활

적 경합범일까? 결국 어떤 후보가 완벽하게 자신을 방어하고, 완전범죄자 같이 되어 당선의 기쁨을 맛볼 수 있을까? 향후 추이가 궁금해지는 대목이다.

한편 앙겔라 메르켈 독일 총리의 미국 방문이 화제이다. 메르켈은 독일인들의 신망을 한 몸에 받고 있는 역사상 최장수 총리이다. 그런 그녀가 워싱턴을 23차례 방문하고, 백악관도 10회 방문하였다 한다. 바이든 대통령은 그녀의 백악관 방문에 대하여 “그리울 것”이라고 화답하였다고 전해진다.

그러나 모든 부분에서 완전한 의견일치를 이룬 것은 아니며, 러시아와 독일을 잇는 천연가스관 노르트 스트림-2 사업에 대해서는 이견을 보였다고 한다. 동 사안과 관련하여 미국은 국가안보를 이유로 우려를 표시하였지만, 메르켈 총리는 그러한 우려에 동조하지 않았다는 것이다.

미국은 대통령에게 국가안전 등을 이유로 수출을 통제할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 이를 위한 법이 수출통제법, 수출관리법, 수출관리수정법 등이다. 한편 미국은 국제외교 및 안보전략상의 필요에 따라 수출입통제제를 국내의 범위를 넘어 국제적인 차원에서의 시행을 주도하여 왔는데, 이를 대표하는 것이 1994년 냉전 종식과 함께 해체된 대공산권 수출통제위원회(COCOM: Coordinating Committee for Exporting)이다. 그런데 이러한 법들은 국내법의 역외적용 문제를 불러와 국제사회에서 물의를 일으키기도 한다(Tittmann, 1982).

즉 수출통제에 관한 미국법들은 법리상 속지주의 원칙에 따라 미국 영역내에서만 효력을 갖는 것이 원칙이다. 그러나 수출통제 관련 법 또는 독과점금지법이나 연방민사소송법 등에는 미 영역외인 경우에도 법이 정하는 경우에는 동 법을 적용하고 있다. 현대의 기업은 다국적 기업인 경우가 많아, 영국, 프랑스, 독일법에 따라 설립된 기업인 경우에도 국내법이 정하는 바에 따라 미국기업에 해당하여 미 국내법이 역외 적용되기도 하는 것이다.

또한 미국법원은 이른 바 효과이론(effect theory)에 입각하여 자국의 경제관련법을 적극적으로 역외적용(extra-territorial application of domestic law)해 왔다. 효과이론은 해외에서의 외국인의 행위가 미국경제에 효과를 미치려는 의도에서 진행되어 실질적인 악영향을 미쳤다면 미국법이 이를 제재할 수 있다는 입장이다.

이러한 미국법원의 이론은 객관적 속지주의(objective territorial principle)에 위배되고, 현지에서 합법적인 행위까지 제재대상으로 삼기 때문에 국제법학자들의 비난을 받기도 한다. 국내법의 역외적용에 대하여 영국이나 독일 의회 등 자국 영역내 기업의 자유를 보장할 일차적 책임이 있는 국가는 대항입법(blocking statute)을 제정하고 미국 법원이나 미국정부의 명령을 따르지 말도록 하고 있다.

이때 기업입장에서는 주권의 충돌 또는 명령의 충돌이라는 현실에 봉착하게 된다. 앞서 본 십자가 밟기 같이 양심 영역에서의 갈등이 발생한다. 독일 등 유럽국가들과 러시아와의 파이프라인 건설은 이미 독과점금지법이나 수출통제법 등 국내법은 물론 국제법상 여러 문제를 노정한 바 있다.

파이프라인 건설을 둘러싸고 최근에는 러시아가 EU국가들을 상대로 WTO에 제소하기도 하였다(WTODS476: European Union and its Member States - Certain Measures Relating to the Energy Sector). 또한 노르트스트림 프로젝트-2와 관련하여 이미 독일정부는 미국정부의 법적 제재를 국제법위반으로 보아 인정하지 않는다고 천명하기도 하였다.

바이든 행정부도 독일과 러시아 간의 천연가스관 시공회사에 대한 법적 제재를 더 이상 유지하지 않기로 결정하였다 한다. 따라서 동 프로젝트와 관련 독일의회가 대항입법을 제정하는 등 양국간 외교마찰로 나아갈 수 있는 상황으로 발전할 것 같지는 않다.

법과 생활

이번 양국간 정상회담의 만남은 이념지향적이고 합리적인 지도자간의 만남으로 기록될 것이다. 아직도 나찌처벌법을 가지고 있는 미국이지만, 이번 G7 정상회담과 메르켈 총리의 미국 방문을 통하여 양국간 우의는 더욱 공고해질 전망이다.

수백페이지의 보고서를 쓰겠다는 국민성의 독일, 라인강의 기적과 통일독일을 이루어 유럽은 물론 세계사회의 지도국으로 부상하고 있다. 그리고 그 힘과 재능은 한스 켈젠이나 칸트 같은 위인을 통하여 유엔을 중심으로 발전하고 있다.

대선전이 열기를 더해가고 메르켈 총리의 방미로 사람과 천연가스가 화제가 되고 있는 요즈음이다. 방귀를 끼고 웃으면서 '천연가스야' 하던 오래전 중학교 친구 말이 새삼스럽다. 대선전의 사람들. 대선에 출마한 후보들이나 이를 검증하겠다는 시민들 모두 양심과 지성을 요구받고 있다. 양심과 지성, 그리고 그 자의 행위는 그대로 사람 에너지의 상징인 천연가스 같기도 하다.

우리의 양심과 지성을 통하여 에너지 넘치는 사회를 이루어낼 수 있는 후보를 선택하여야 한다. 맥빠지고 실망스러운 대선으로는 신나는 사회, 에너지가 넘치는 사회를 이룰 수 없다. 한편 천연가스관을 건설하겠다는 유럽 국가들이 이를 통하여 NATO와 COMECON의 오랜 반목의 역사, 이념대립의 역사를 넘어서 지역화합을 이루어 내기를 바란다. 그럴때에 비로서 우리의 안보도 더욱 튼튼해질 수 있을 것이다.

17. 압둘 자바(Abdul-Jabbar)와 맥월드(McWorld)

시장은 생산과 소비가 일어나는 장소이다. 학자들이 사용하는 시장이라는 말은 우리가 육체적으로 경험하는 시장은 아니다. 민사소송법에서 사용하는 법원이라는 용어가 부산지방법원, 광주지방법원이 아니고, 재판부라는 의미이듯이, 학자들이 사용하는 시장이라는 말은 가상적인 개념이다.

이때의 시장은 생산자와 소비자가 완벽한 정보를 가지고 가장 합리적으로 행동하는 것을 전제로 한 개념으로 현실세계에는 존재하기 어렵다. 생산과 소비가 이루어지기 위해서는 교환이 필요한데, 원시적으로 물물교환이 이루어지기도 하지만, 화폐경제로 인하여 가격이라는 개념이 중요하다.

가격의 결정은 가상적 시장에서는 생산과 소비가 만나는 접점에서 이루어지고, 이때 자원의 최적배분이 이루어진다. 경제나 경제학자가 추구하는 제 1가치가 효율성(Efficiency)인 이상, 자원의 최적배분은 경제나 경제학의 이상이다. 그런데 경제학자들이 그리는 이상적 시장은 크게 두가지 문제로 왜곡된다.

첫째는 외부비용(external expense)으로 인간사회의 정의를 위하여 일정한 제도를 만들고, 그것을 국가의 강제력에 의하여 지지할 때 발생하는 비용이다. 언젠가 말한 rent seeking 습벽이 발생하는 원인을 제공한다. 둘째는 외부의 강제가 없더라도 시장은 불완전한데, 그것은 시장의 행위자가 전지전능하지 않다는 것이다. 즉 불완전한 정보에 기초하여 경제적 의사결정을 하는 것이 현실이다.

타다 사태나 로톡 사태 같은, 소위 인터넷을 기반으로 성장하는 공유경제는 이러한 배경 하에 있다. 시장의 모든 행위자가 완전한 정보를 가지기 어려

법과 생활

은 현실에서, 인터넷을 이용하여 단시간 내에 정보의 갭을 메꾸고, 그와 관련된 기업은 가치 창출이 가능하게 된다. 또한 경매가 이루어지는 시장에서 정보의 차이가 가져오는 경제적 문제 등을 연구하여 노벨상을 타기도 한다.

사회과학을 하는 학문 영역은 우리의 경제적·사회적 현실을 배경으로 인간 존재의 본질이 무엇인가에 기초한다. 법학도 예외가 아니다. 즉 “연구의 대상인 인간 존재의 본질이 무엇인가”가 학문의 출발점이 된다. 법학의 역사는 로마 법이나 함무라비 법전에도 불구하고, 로마 멸망 후 중세의 주석법학을 그 출발점으로 볼 수 있다(최병조, 2004).

법학의 발전은 근대 대학 발전사와와도 밀접하게 관련되어 있다. 즉 최초의 근대 대학을 이탈리아 볼로냐 대학으로 보는데, 그 얼마 후 13세기 파리 대학과 옥스퍼드 대학이 만들어지게 된다. 파리 대학과 옥스퍼드 대학에는 로마 법에 주석을 다는 주석법학이 융성하고, 이러한 주석법학은 신학과 함께 대학에서의 주된 학문활동이 된다.

지금은 영미법, 즉 판례법 국가의 법문화가 창성하고 있지만, 당시에만 해도 아직은 변방이었던 영국의 사법시스템에 불과하였다(영국의 박사 시스템에는 LL.D, D.Div, D.Medicine, D.Litt, DCL, D.SC같이 학위논문 없어도 업적이 훌륭한 교수에게 수여하는 상급박사학위제도가 있다. 즉 LL.D는 법학계열, D.SC는 자연과학이나 공과계열, D.Div는 신학, D.Medicine은 의학이나 바이오계열, D.Litt는 문학계열의 상급박사라 분류된다. 법학계열이나 신학계열을 노벨 평화상쪽으로 보면 상급박사학위제도는 스웨덴의 노벨상 분과와 대비될 수 있는데, 미국의 경우에는 없는 제도이다. 미국의 경우에는 행정학 박사, 국제정치학 박사, 식품영양학 박사, 도서관학 박사 등등 전문화의 경향으로 소위 PhD라는 학위논문박사외에 상급박사학위제도는 존재하지 않으며, 다만 명예박사제도로만 남아있다). 주석법학으로 흥기한 대륙법의 전통은 아직도 영국 북쪽 스코트랜드의 법문화나 옥스퍼드 대학 등 영국대학의 상급 박사학위인 대륙법 박사(DCL,

Doctor of Civil Law)제도 같은 유습으로 남아 있다.

미국 싸우스 캐롤라이나 대학에서 법을 공부하고, 로스쿨을 수석으로 졸업한 보하니안 교수가 언젠가 사석에서 대륙법 문화를 칭송한 것이 기억에 남는다. 한국에 와 대륙법을 공부하다 보니 판례법에 비하여 너무나 체계적인 것을 알고 내심 감탄하였다는 것이다. 연방헌법의 제정과 새로운 주들의 편입, 서부로의 확장이라는 미국 헌법사처럼, 미국의 판례법이 다양하고 파편적일 수 밖에 없다는 것을 알고 있었던 필자로서는 보하니안 교수가 참 총명하구나 느끼기도 하였다.

앞서 Principles, 즉 직역하면 “원칙들”이라는 UN의 연성계약법이 있다고 하였는데, 이는 대륙법계 학자들이 원칙적이고 연역적이라는 것을 보여준다. 물론 학자나 법관들은 본래 원칙을 좋아하는 경향이 있는 것이 사실이다. 어쨌거나 법학의 출발점은 시장 원리의 수요 공급 이론처럼 인간상을 전제한다. 인간을 어떻게 보느냐? 신학과 함께 번성한 중세의 주석법학은 자유자본주의가 역사에 등장하면서 근대법 시대로 접어든다.

자유자본주의 체제를 지탱하는 근대법체계에서 보는 인간상을 우리는 “합리적 추상인”이라고 부른다. 신과 절대군주의 지배로부터 이성애 눈을 뜬 근대인들은 소유권을 인정받고, 자유롭게 계약에 나아가, 자신의 이익을 위하여 행위할 수 있다. 소위 계몽주의와 합리주의를 통한 인간해방이 이루어지는 것이다. 이러한 중세 봉건사회에서 근대 자본주의사회로의 이행을 Maine이라는 학자는 “신분에서 계약으로”라고 함축적으로 표현하였다.

인간이 신이나 봉건 영주로부터 독립하여 스스로 소유권을 향유할 수 있고, 자신의 자유의사에 따라 자유롭게 계약을 체결할 수 있게 된 것이다. 즉 근대 사법의 3원칙인 소유권 절대 원칙, 계약자유 원칙, 제한책임 원칙이라는 3원칙이 근 현대 자본주의를 지탱하게 되었다. 그러나 이러한 인간상은 자

법과 생활

본주의 사회가 점점 그 폐해를 노정하면서 수정받게 된다.

열악한 처지에 있는 구체적·현실적 인간상이 합리적 추상인이라는 근대적 인간상을 대체하게 된다. 즉 현대사회는 빈부격차, 독과점 폐해, 열악한 노동자의 삶, 단절된 사회와 도농 격차, 여성 문제, 소비자 문제 등등 현대의 구체적 인간들이 현실사회에서 직면하는 문제들로 골머리를 앓고 있다.

경제현실은 생산과 소비로 구성된다. 시장의 포화는 자본과 생산의 위기를 가져온다. 인터넷 시대의 도래는 전자적 방식에 의한 새로운 시장현실을 우리에게 던지고 있다. 이러한 시장현실에서는 먼저 생산자에게 유리한, 소위 기그(gig)경제라고 부르는 임시계약경제가 발전하게 된다. 아마존 베조스나 버진그룹 브랜슨 회장의 우주여행에서 보듯이 보통 생산 쪽은 경제현실을 리드하게 된다.

필자도 과거 아르바이트로 번역일을 해본 적이 있는데, 실시간으로 번역일과 보수를 매칭해 준다든지, 온라인 정보 교환을 통한 생산이 이루어진다. 이러한 임시계약 경제는 질 낮은 직업을 양산한다. 어느정도 인터넷 기반 공유경제와 온라인 시장의 성숙이 이루어진 지금 소비나 노동측 보호를 위한 정책이 필요한 시점이 되었다.

요컨대 부동산 정책이 우리 경제의 아바타가 되고 있는 요즈음이지만, 우리가 당면하고 있는 시장현실에 있어 독과점과 노동의 문제는 구조적이고 뿌리 깊은 문제이다. 생산쪽 측면에서는 독과점, 소비쪽 측면에서는 노동 문제가 자본주의 사회의 병폐를 대변하고 있다.

이번 대선에서도 출마자들은 법정 최저임금, 법정 근로시간, 재벌개혁 등 여러 가지 경제정책을 공약하였거나 공약할 것이다. 물론 전례를 보면 불행히도 공약은 공약에 그칠뿐 어떠한 가시적 성과를 내지 못한 경우가 많다. 어느 시인의 시어처럼 살포시 다가온 인터넷 기반 공유경제는 시나브로 우리의 경제적·사회적 삶을 뿌리채 변혁시키고 있다.

이미 타다 사건에 대한 헌법재판소의 결정이 난 바 있다. 또한 얼마전 헌법재판소는 변호사에게 당연히 세무사 자격을 부여토록 하는 세무사법에 대한 합헌결정을 내린 바 있다. 변호사회의 반발 속에서도 복잡해지는 경제적·사회적 현실을 반영하여 전문직의 세분화 현상을 인정한 것이라 할 수 있다.

경제에 대한 규제자로서 기능하는 정부의 역할 역시 갈수록 복잡해질 수 밖에 없다. 그러나 완전시장의 이상을 저해하는 제 1 요소가 정부이다. 즉 정부의 규제는 외부적 비용이 되어 시장을 왜곡한다. 시장과 경제는 국경을 초월하는 현상이므로, 국제 무역이나 통상에서는 국가의 규제를 필요 최소한의 범위로 국한하여 자원의 최적배분과 인류의 물질적 복지를 달성하려 하고 있다.

이러한 이상을 구현하기 위한 GATT/WTO체제는 관세인하를 기구의 기본 목표로 하고 있으며, 수량제한금지원칙을 천명하고 있다. 경제와 시장은 우리의 생존이 걸린 문제이다. 코로나 사태로 인한 자영업자의 위기도 집합금지로 인한 흐름의 문제지만, 자본주의의 위기는 시장의 포화와 노동이나 상품의 흐름이 자유롭지 못하여 생기게 된다. 이러한 자본주의의 동맥경화는 독과점과 관련한 경쟁정책의 문제로 발전하고 있다.

WTO의 새로운 통상의제의 하나가 경쟁정책 문제이다. 경쟁정책이란 공정한 경쟁을 저해하는 요인들을 규제하여 기업의 자유로운 경제활동을 보장하고, 중소기업이나 소비자의 권익을 보호하기 위한 정책을 말한다. 무역에 있어서 경쟁정책에 대한 국제적인 논의는 1947년 ITO의 아바나현장 때부터 있었다.

유럽연합의 로마조약에서도 공동시장 내의 경쟁이 왜곡되지 않도록 시장제한적 담합의 금지, 시장지배적 지위의 남용 금지, 경쟁왜곡 정부보조금의 금지 등과 같은 규정을 두고 공동의 경쟁정책을 시행하고 있다. WTO가 기존 무역정책만을 다루는 것에서 나아가 경쟁정책도 다루겠다는 것이 CR(competition round), 즉 경쟁라운드라 불리는 WTO 신통상의제인 것이다.

법과 생활

국제적 차원에서 경쟁규범의 적용은 (i) 국가의 일방적 조치에 의한 규제, (ii) 양국이 쌍무적인 협정에 의한 경쟁규범의 설정, (iii) 지역내 혹은 일정 그룹내의 국가간에 경쟁규범의 설정 (iv) 다자간 합의에 의한 경쟁규범의 설정 등을 상정할 수 있다.

물론 다자간 합의에 의한 국제적 경쟁규범을 설정하는 것이 가장 바람직하다. 특히 국가의 일방적 조치에 의한 규제는 간혹 국내 독점금지법의 역외적용 문제를 야기한다. 미국은 1980년대 후반까지는 미국 소비자에게 영향을 주는 외국기업의 행위에 대하여 국내 독점금지법을 적용하여 왔고, 1990년대 들어서는 미국기업의 수출이나 해외활동에 영향을 주는 외국기업의 행위에 대해서도 적용하려는 경향을 보이고 있다.

오늘 아침 신문에는 진보적 이념의 바이든 행정부가 Big Tech 3의 하나인 법무부 반독점국장에 조나던 캔터(Jonathan Kanter)라는 반독점 전문변호사를 임명하였다 한다. 세인트 루이스 워싱턴 대학 로스쿨을 졸업한 캔터는 오랜 기간 구글의 적이라 불리울 정도로 반독점 변호사로 명성을 날린 인물이다.

이미 임명된 리나 칸(Lina Khan)연방거래위원회(FTC)위원장 역시 로스쿨 교수 시절 쓴 반독점논문으로 인하여 아마존과 구글 등으로부터 기피신청이 제기된 상태이다. 즉 FTC 정책 결정에 있어 리나 칸 위원장의 참여를 봉쇄하기 위한 신청을 해 놓은 상태라 한다.

한편 지난해 대법원의 결정은 바이든 행정부는 물론 진보 이념을 가지고 있는 많은 세계인들을 실망하게 하였다. 즉 다카 사건에서 대법원은 2020년 6월 16세 이하의 자로 부모와 함께 미국에 입국한 미성년자들을 강제출국으로부터 보호하기 위한 법령에 대하여 합헌판결을 하였다.

다카(Deferred Action for Childhood Arrivals)프로그램이란 오바마 시

절 부모와 함께 합법적으로 입국하여 미국에서 고등학교를 졸업하거나 군 병역을 필한 700,000의 불법체류자들을 구제하기 위한 프로그램이다(Singer, & Svajlenka, 2013).

주심판사인 로버츠 대법원장은 헌법체계 내에서 3권의 하나인 사법부의 사명은 정책의 당부를 판단하는 역할을 하는 헌법기관이 아니라고 하면서, 법원은 헌법이 부여한 과정과 절차가 준수되고, 행정부가 법이 요구하는 합리적 근거에 기반하고 있는가만을 살펴야 한다고 실시하였다. 즉 판결은 법과정론의 가르침(legal process school)이나 법형식논리에 바탕한 파워풀한 관방사법적 접근방식을 취하고 있다.

다카 프로그램은 일시적 성격의 것으로 프로그램의 목적을 궁극적으로 미국 시민권 취득에 연결하고 있는 DREAER Act와는 다른 프로그램이다. 이러한 프로그램이 필요한 이유는 출생지주의를 국적취득의 원인으로 하는 미국시민권 제도에서 기인한다(2013).

DACA 프로그램의 대상이 되는 자는 주로 청소년층이어서, 미 국토안보부는 이민법에 위반하여 대학지원을 허용하는 대학을 상대로 연방법원에 소송을 제기하기도 하고, 소셜 네트워크에는 프로그램을 지지한다면서, 체류의 근거가 없는 청소년들의 대학지원을 허용하여야 한다는 글들이 수 없이 달리기도 하였다(2013).

다카사태 같은 이민법 문제는 미국에서 진보 정파와 보수정파의 대립을 첨예하게 보여주는 대표적 사례이다. 2017년 트럼프 행정부가 들어서면서 제프 세션(Jeff Sessions)법무장관을 필두로 오바마 행정부의 진보적 이민정책을 취소하려는 움직임에 제동이 걸린 것이다.

앞서 본대로 트럼프 행정부의 주장을 기각하면서 정책의 구체적 당부에 관하여 법원은 판단하지 않았다. 그런데 이번 1월 20일 조 바이든 대통령은 다카 프

법과 생활

그랩을 재인증하는 행정명령에 서명하였지만, 2021년 7월 16일 연방법관 앤드류 하넨은 다카 프로그램은 법을 위반하여 만들어진 정책이고, 불법적으로 시행되고 있다고 하면서 바이든 대통령의 행정명령에 제동을 걸고 나왔다.

물론 하넨 법관은 현 다카프로그램 수혜자들의 지위를 박탈하라고 명령한 것은 아니다. 다카 프로그램 창설 이래 대법원의 지지까지, 문제는 “누가 고양이 목에 방울을 달 것인가”라는 문제와 같이 되어 버렸다. 법원은 고상한 이념의 진보적 이민정책이 헌법에 위반되거나 부당하다고 말하지 않고, 다만 법 형식논리에 기반하여 법원이 일하고 있다는 것만을 보여주는 듯 하다.

예쁜 고양이에게 방울을 다는 추한 모습을 보여주고 싶은 정부기관은 없을 것이다. 이민의 자유를 보다 두텁게 보호하는 진보적 정책들은 노동력의 이동을 자유롭게 하여 시장을 활성화한다. 이번 다카 프로그램 관련하여 연구자들은 다카 프로그램이 프로그램 해당자의 소득이나 고용상태를 증대하여 경제에 이바지 할 것이라고 한다. 또한 불법체류 가구원들의 정신적 건강과 빈곤상태를 개선할 것이라고 전망하고 있다.

이들의 범죄율이 네이티브 미국인들보다 높다는 인식은 과학적 근거가 없으며, 오히려 그 반대의 과학적 증거가 있다고 한다. 경제학자들도 다카가 미국경제에 악영향을 끼친다는 가설을 인정하지 않고 있다. 또한 미 네이티브 거주자들의 고용율에 악영향을 준다고도 볼 수 없다고 한다. 이번 연방법원의 새로운 다카 프로그램 지원의 금지명령은 미 의회나 행정부에 큰 충격을 주고 있다.

이민의 자유, 노동력의 자유로운 흐름은 EU체제에서는 상당히 높은 수준에서 구체적으로 실현되어 있다. 한편 시장의 동맥경화를 초래할 수 있는 독과점 문제는 앞서 본 신WTO의제의 하나로 다루어지고 있다. 시장의 독과점적 지배는 가장 기본적인 가격조작 문제부터 시장왜곡을 가져오는 수많은 폐해를 야기할 수 있다.

국제통상 문제로 가장 대표적인 사례가 보잉과 MD합병에 대한 미국-EU의 대립이다. 1996년 12월 미국의 보잉사와 맥도넬 더글라스(MD)가 합병계획을 발표하였다. 이 합병계획은 곧바로 미국과 EU간의 날카로운 대립을 불러왔다.

당시 세계 민간항공기 제작회사는 불과 3개 회사로서 미국의 보잉이 65%, 유럽의 에어버스가 31%, 미국의 MD가 4% 정도 시장을 점유하고 있었다. 보잉과 MD가 합병을 하게 되면 보잉은 시장의 70% 정도를 점하는 단일회사로서 더욱 엄청난 힘을 갖게 된다. 이에 EU가 양사의 합병계획에 대하여 적극적으로 반대하고 나온 것이다.

EU는 양사의 합병계획이 시장지배적 지위남용으로 경쟁을 저해할 우려가 있음을 들어 합병이 불법임을 밝혔다. 그리고 합병을 강행할 경우 양사 매출액의 10%에 상당하는 벌금을 부과하겠다고 통고하였고, EU회원국간의 사업을 금지시킬 방침까지 세웠다.

미국의 공정거래위원회는 MD의 시장점유율이 작기 때문에 양사가 합병을 한다고 하여도 경쟁을 저해할 것이 없다는 입장이다. 이 과정에서 문제는 미국 기업간의 합병에 대해서 EU가 규제할 수 있는가 하는 것이다. 영향이론에 따라 자신의 국내법을 역외적용해 온 미국 정부가 이번에는 역으로 자신에게 향하는 EU법의 역외적용 문제에 봉착한 것이다.

미국과 EU 간의 대립은 무역전쟁으로 발전할 수도 있는 심각한 것이었다. 프랑스 시라크 대통령은 EU집행불허방침이 흔들려서는 안된다고 천명하였고, 미국의 클린턴 대통령도 유럽에어버스의 지원을 위하여 정치적 게임을 한다고 EU를 비난하고 적절한 대안을 찾겠다고 공언하기도 하였다. 결국 양 진영은 전방위적 외교노력으로 화해가 이루어져 절충안에 기초한 타협이 이루어졌다.

법과 생활

인터넷 시대는 새로운 공유경제와 시장현실을 만들어 가고 있다. 아마존과 구글의 독과점, 절실한 이민문제, 노동의 현실과 이를 책임지고 있는 정부의 고뇌하는 모습이 연상된다. 갑자기 생각나는 질문이 있다. 맥월드일까? 아니면 압둘자바일까? 앞서 경제와 법 이야기도 하였고, 언젠가 우리 대법원 정문에 크게 걸린 법의 여신상 이야기도 하여찌만, 법은 자유와 평등을 지향한다. 자유방임으로 인하여 아마존이나 구글 같은 공룡기업처럼 한없이 커져 버린 농구계 슈퍼스타 압둘자바나, 진부한 평등 주장으로 생기를 잃은 백맥 햄버거가 되는 것을 경계할 필요가 있다.

러거스 대학 정치학과 교수인 벤자민 바아버(Benjamin Barber)는 세계화현상을 강조하면서 세계자본주의의 상징을 세계 곳곳에 퍼져있는 맥도널드와 빅맥을 통하여 평등한 경쟁을 향한 맥월드(McWorld)라 지칭한 바 있다(2010). 이 말은 20세기 말 미국의 세계패권을 국제정치적 차원에서 묘사한 즈비그뉴 브레진스키 박사의 “그랜드 체스보드(Grand chessboard)”와 함께 널리 알려진 바 있다(Brzezinsky, 2016). 맥월드는 독과점이 없는 공정경쟁, 평등한 노동 현실을 보여주고 있다. 마치 진보적이고 보편적인 시장이 상상되지 않는가?

필자는 농구를 좋아하여 미국 유학시절부터 시간 나는 대로 NBA 농구 경기를 즐기곤 한다. 이번에 밀워키 벅스가 50년만에 챔피언에 등극하였다고 하여 미국이 시끄럽다. 아데타쿤보는 MVP에 올랐고 경기장 인근에서는 열기로 인하여 총기사고로 인한 부상자까지 발생하였다고 한다. 밀워키는 필자가 유학하였던 위스콘신주의 가장 대도시이기도 하지만, 이번 아데타쿤보와 같이 슈퍼스타 압둘자바가 속해있던 팀으로 중고등학교 시절부터 인상깊게 남아 있었다.

좀 안된 비유지만 장신의 초 고공 덩크 샷을 보면 마치 경쟁이 사라진 독과점 시장 같은 느낌이 드는 때가 있다. 한때 덩크 샷을 합법적으로 인정할 것인가 말 것인가가 논란거리였던 적이 있다. 플레이어의 키가 너무 커 아무 방해

없이 덩크 슈트를 하는 것, 시원하기도 하고 득과점 같기도 하여 이를 인정할지 여부는 농구를 좋아하는 자들의 호 불호가 기준이 될 것이다. 그러나 경제는 농구와 다르다. 우리의 생존이 걸린 문제이다. 호 불호를 떠나 공정한 경쟁이 이루어지는 건전하고 자생력 있는 시장이 될 수 있도록 정책담당자들이 노력하여야 하는 것은 새삼 재언을 요하지 않는다.

어제 법원은 드루킹 사건에 대하여 김경수 도지사에게 징역 2년을 선고한 원심판결을 유지하였다. 우리나라의 정치과잉으로 인한 인터넷 비리행위에 대한 법원의 공식적 입장이 확인 된 것이다. 드루킹 사건은 드루킹을 비롯한 더불어민주당 당원 3인이 19대 대선 이전부터 킹크랩 등의 프로그램을 이용하여 네이버 등 중요한 포털사이트 인기검색어 순위를 왜곡하고, 인터넷기사에 문재인 후보와 더불어민주당에 유리하도록 댓글작업을 하여 여론조작을 벌인 사건이다.

이들은 대선 이후에는 반대로 문재인 정부를 비방하다 더불어민주당이 댓글 조작 현황을 경찰에 고발하여 체포됨으로써 정황이 드러났다. 법원은 공직선거법 위반에 대하여는 무죄, 컴퓨터 등을 이용한 업무방해에 대하여는 유죄를 확정하였다. 인터넷 시대로 인한 우리의 현실이 경제적·사회적 문제를 넘어 정치적 문제화 하고 있다니 시민들의 충격이 크지 않을 수 없다.

이번 판결로 대선판이 크게 영향 받지 않을까 진단하는 정치평론가들이 많은 것 같다. 그렇지 않아도 코로나 바이러스로 자영업자의 위기가 커지고 있는데, 우리는 정치적으로나 경제적으로 공정한 경쟁을 하고 있는가?대선을 앞두고 지난 국회의원 선거후 제기되었던 부정선거 의혹이 다시 되살아 나는 것 같다. 또한 지식인들과 새로운 세대들은 아마도 일시적 선심정책보다는 공정한 경쟁조건이 보장되는 사회를 희구하고 있다. 정치적 경제적 공정, 이번 대선전을 통하여 진지하게 되짚어 볼 계제가 된 것 같다.

18. 청출어람(靑出於藍)과 타이거 맘(Tiger Mom)

변이 바이러스로 인한 코비드-19의 재확산, 폭염과 열대야로 많은 사람들이 우울한 여름을 보내고 있다. 오늘 아침 신문에는 청년층 상당수가 자살충동을 경험하고 있다는 기사가 실렸다. 산업화로 인한 이상기온으로 우리 삶의 질은 열악해지고, 다음 세대의 생존은 위협받고 있다.

개발론자와 환경론자의 대립이 “지속가능한 개발”이라는 모토 속에 새로운 지향점을 제시하였지만, 그 효과는 아직 요원한 듯 하다. 바깥 생활이 힘들어진 일상 속에서 아마도 방학 중 학생들이 할 수 있는 일은 시원하게 에어컨이 켜진 실내에서 책을 펴드는 것 아닐까?

학생들의 얼굴이 떠오르면서, 몇가지 생각이 스쳐 지나간다. 얼마전 두 딸과 함께 신문 기사에도 나왔지만, 우리에게 타이거 맘으로 친근한 애미 추아 예일대 로스쿨 교수가 그 하나이다. 그리고 사제지간이지만 영원한 학문적 양숙이었던 로널드 드위킨과 하트 교수이다.

인간 실존과 처한 환경, 그리고 그에 대한 심리학적 반작용은 어찌면 학자들의 학문 세계를 형성하는데 중요한 역할을 하는 것 같다. 애미 추아는 중국계 미국인으로 부는 일리노이 공대에서 공학 박사학위를 취득하고 미국에서 교수 생활을 하였다.

애미 추(Amy Chua)가 8세 되던 해 미국에 이민 와 딸을 하버드 로스쿨까지 보내었고, 그 딸은 예일대 로스쿨 교수로 재직하면서 역시 두 딸을 하버드 로스쿨에 진학시킨 대표적인 이민 성공 사례의 하나가 되었다. 애미 추 교수는 또한 국제통상법 학자로 많은 업적을 남겼다.

그녀는 2004년 자신의 저술을 통하여 미국식 자유민주주의 시장경제체제가 어떻게 민족간 갈등과 증오를 야기하고 세계를 불안정의 늪으로 몰아가는가에 관하여 서술하였다(Chua, 2004).

그녀는 세계화와 자유민주주의 원칙론자이지만, 그 현실은 수많은 폭력과 민족간 갈등을 노정하였다고 주장한다. 동남아의 중국, 구 유고슬라비아의 크로아티아, 남미와 남아공의 소수 백인, 동 아프리카 인디언, 서 아프리카의 레바논, 공산체제 해체 후 러시아의 유대인 등 각 지역내 소수민족, 즉 시장지배적 소수그룹(market-dominant minorities)이 부의 대부분을 차지하는 불평등을 초래하였다고 기술하고 있다.

특히 미국은 세계화로 인하여 대표적 시장지배적 소수그룹으로 부상하고 있으며, 전 세계 국가들에게 반미주의를 자극하고 있다고 한다. 추아의 학문 세계를 보면 인생 대부분의 시간을 미국에서 교육 받았음에도, 제 3세계 국가들의 현실과 미국의 국제정치적 문제점을 제기하고 미국의 세계패권에 비판적 시각을 감추지 않고 있다.

다른 예로 그녀의 2009년 책을 들 수 있다. 그녀는 이 책에서 페르시아 제국, 중화제국에서 대영제국을 거쳐 미 제국에 이르기까지, 세계 제국들이 어떻게 흥기하고 멸망하였는가를 상세히 설명하고 있다(Chua, 2009). 제국의 흥망사에 대한 분석을 통하여 공통되는 역사적 변수를 밝히는 한편, 피정복지에 대한 관용과 동화정책이 제국 성공의 가장 중요한 요소이지만, 그녀에게 있어 더욱 중요한 것은 미국이 안고 있는 다문화 사회가 새로운 갈등과 불안정의 원인이 되며, 미 제국의 와해를 위협하는 요소가 된다는 것이다.

결국 미국의 불확실한 미래는 추아 교수의 가장 큰 관심주제가 된다. 이렇듯 네이티브 미국인과 달리 중국계 미국인으로 깨어 있는 추아 교수의 정신은 그대로 그녀의 학문 세계에 반영된다.

법과 생활

한편 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)과 하트(H.L.A Hart)의 경우는 사제지간으로 깨어 있는 정신의 또 다른 예이다. 법학도들에게 법철학의 핵심주제들에 대하여 가르침을 주고 있다. 드워킨은 영미의 세계패권이 뒤바뀔 무렵, 로즈 장학생으로 선발되어 영국에 유학하고 하트의 지도 아래 법철학을 공부하였다.

하트는 존 오스틴(John Austin)의 영향을 받은 대표적 법실증주의자로 영국의 세계패권을 지지하기 위하여 법의 개념(The Concept of Law)를 저술하고, 법이 어떻게 현실세계에서 효력을 갖는가를 밝혔다(Hart, Raz, & Green 2012). 한스켈젠과 하트의 법실증주의는 라쯔(Joseph Raz)의 일차적·이차적 규범론 등으로 발전하여, 도덕적 의무와 법의 권위에 대하여 천착하면서, 경성법과 연성법, 국제법과 국내법, 상위법과 하위법, 실체법과 절차법 등 현대의 복잡한 법체계 속에서 법이 효력을 갖는 근거를 이해하는데 도움을 주고 있다.

그러나 드워킨에게 있어 법실증주의는 법의 본질을 충분히 밝히지 못하고 있다. 그가 유학 중 작성한 졸업시험의 명문들은 당시 시험관을 놀라게 하여 시험관이 그의 스승 하트를 불러 읽어보도록 한 일화는 유명하다. 그의 대표적인 저작 법의 제국(Law's Empire)은 1986년 출간되어, 금세기 가장 많이 인용된 법철학서의 하나인데, 모두 10개의 장으로 구성되어 있다(Dworkin, 1986).

마지막 장은 앞 장들의 내용을 요약한 결론 부분으로 책 말미에 부가되었는데, 그는 여기에서 법위에 존재하는 법(Law beyond Law)이 있다고 주장한다. 그 책에서 로널드 드워킨은 자신의 스승인 하트에 의하여 지지되어, 20세기 중반까지 자연법사상을 대체하는 가장 영향력 있는 법철학 방법론이 된 법실증주의에 대한 비판을 가하였다.

그는 책의 서문에서 법철학에 대한 그의 기본적 접근방식에 대하여 서술한다. “우리는 법의 제국의 시민이다. 법 방법론과 법의 이상에 둘러싸인 중복

이며, 우리가 당연히 해야 할 것에 대하여 토론하려는 정신이 법철학의 정수이다.”라는 명구이다.

즉 그는 법철학을 하는 자들의 기본적 마인드가 무엇이어야 하는가를 말하였다. 법의 제국은 법학자들에게만 해당하는 말이 아니며, 드워킨에 있어 그것은 정치학과 사회학적 영역을 아우르는 매우 확장적인 것이다.

나아가 도덕과 윤리, 그리고 미학까지도 그것이 우리 사회 구성원인 개인들의 삶에 영향을 미치는 한 법철학자가 궁구하여야 할 영역이 된다. 따라서 그는 엄격한 개념론적 법학자이면서도, 법실증주의나 자연법론과 같은 기존 법철학 영역과 실용주의적 지식세계를 통합하는 통합의 법철학을 주장하였다.

그 책에는 자신과 하트의 학문적 대립을 암시하는 가상의 두 법관, 즉 헤라클레스(Hercules)와 에르메스(Hermes)가 등장한다. 헤라클레스 법관은 20세기 지배적 법학방법론으로 군림한 해석법학과 법해석론에 관한 여러 학파의 주장과 맞설 수 있는 탁월한 법 기술을 가진 이상적 법관상으로 묘사된다(1986).

법관 헤라클레스는 20세기 법철학이 답하지 못하였던 많은 것들, 당시 법철학의 미완적인 질문에 대한 자신의 생각을 펼치기 위하여 등장한 드워킨의 올터 에고(Altar Ego)라 할 수 있다. 법의 제국 10개의 장은 개별적 주제에 대한 논의를 담고 있는데, 체계적으로 짜여 있어 앞 장의 논의는 뒷장의 논의를 이해함에 있어 필수적이다.

그는 먼저 “법이 무엇인가”라는 근원적 질문을 던지면서, 법은 법실증주의나 자연법론과 같이 기존의 인습과 관례에 바탕하여 이해할 수 있지만 (conventionalism), 한편 개념론적 이론에 바탕한 실용주의적 법(pragmatism)을 상정할 수 있다고 하였다.

마지막으로 양자가 통합된 실체로서의 법(integrity)을 생각해 볼 수 있다고 하면서, 세가지 관점의 법 내지 법철학을 제시하였다. 나아가 어의론에 기

법과 생활

반하는 해석법학은 문언의 의미에 대한 창조적 이해(semantic sting)를 통하여 법 원칙을 발전시키지만, 두가지 기본적 회의론이 제기될 수 밖에 없는데 그것은 내부적 회의론과 외부적 회의론이라 할 수 있다.

또한 스승 하트의 저작인 법의 개념은 20세기 법문화의 발전을 설명하기에 불충분하다고 하면서 인습적·관례적으로 받아 들여지고 있는 기존의 법철학은 20세기와 새로운 세기를 이끌어 가기에 미흡하다고 보았다. 나아가 드워킨은 실용주의적 법관념이나 법을 인격과 실생활에 결부시키는 접근방식(pragmatism & personification)에 대하여 그 장점에도 불구하고 완전하지 않다고 비판한다.

즉 그에게 있어 현대사회의 법원과 재판관들이 요구하는 복잡한 법개념과 법적 요건, 입법원칙 등을 설명하는데 실용주의적 법관념은 불충분하다. 따라서 새로운 현실에서 정의를 구성하는 가장 중요한 3가지 요소는 통합성(integrity), 공정성(fairness), 적법절차(due process)라 할 수 있다.

드워킨은 정의의 본질을 결과적 문제로 보았다. 그리고 정치적 결정은 그것이 아무리 공정한 절차에 의하여 결정된 것이라 하더라도 정의를 위하여 그들에게 부여된 자원, 자유, 기회가 부정되는 한 항상 부정의 할 수 밖에 없다고 보았다.

결론적으로 드워킨은 정치 이론과 정치적 의무에 대하여 법학은 답할 의무가 있다고 하였는데, 정치적 이상은 무엇이 법으로 입법화되어야 할 것인가에 영향을 줄 수 있는 도덕적 공통기반(common base of morals)으로부터 연원한다고 하면서 도덕과 법의 중요성을 강조하였다(1986).

책속의 법관 헤라클레스는 결국 다른 이상형인 법관 에르메스의 도전을 받는다. 에르메스 법관은 법적 개념에 대한 사적(史的)이해를 중시하는 학파의 영향을 깊게 받았는데, 헤라클레스 법관은 그러한 접근방법을 배운적이 없었고, 영향을 받지 않았다. 결국 법관 에르메스의 법해석론은 법관 헤라클레스가 법을

바라보는 관점에 비하여 열등한 것으로 드워킨은 결말짓는다.

드워킨의 접근방식은 대륙법과 판례법 문화를 아우르는 통합론적 법철학을 제시하였다는데 의미를 갖는다. 영국과 유럽대륙의 법실증주의를 극복하려 하였고, 서구의 대표적 법철학 전통인 자연법론 사상도 그에게는 20세기 법의 발전과 새로운 법문화를 설명하는데 불충분 한 것이었다.

또한 미국에서 독특하게 발달한 사회학적 법학이나 실용주의적 법관념에 대하여도 현대의 법 시스템을 이해하는데 완전하지 않다고 주장한다. 그리고 재판관이 당면한 복잡한 현대법 체계가 요구하는 적법절차와 정치적 결정의 전제로서 자원(resources), 자유(liberty), 기회의 균등한 보장(opportunity)등이 절대적 전제요건이라고 주장하였다.

그의 가상적 법관상으로서의 헤라클레스는 제우스의 아들이자 힘과 수 많은 모험으로 상징되는 신화 속 인물이다. 이는 은연 중 수 많은 모험으로 얼룩진 미국 헌법사와 판례법 문화의 우수성을 암시하고 있는 듯 하다.

이에 대하여 또 다른 법관상인 에르메스는 지성과 지식으로 무장한 마술사, 지옥의 신, 죽음으로 인도하는 심령매개인 등으로 상징되는 신화 속 인물이다. 남성의 능력이 헤라클레스로 표현된다면, 여성의 위력은 에르메스로 대변된다. 그래서 고가의 여성 상품을 취급하는 기업 이름이 에르메스인지 모르겠다.

헤라클레스가 결국 에르메스보다 나은 법관, 법학자라는 결론은 어쩌면 미국의 세계패권이 등장하고 확립된 20세기를 살았던 법학자에게는 고무적인 것인 것으로 보인다. 그러나 위대한 신세기 법학자였던 로널드 드워킨도 결국 2013년 그가 그리던 런던의 한 병원에서 생을 마감하고 만다.

그의 법철학은 정치학적 법학을 수용하면서도, 칼 슈미트(Carl Schmitt)

법과 생활

나 제드 루벤펠드(Jed Rubinfeld)등의 결단론적 헌법관 같은 급진적 법철학을 배격하면서, 법철학의 근원적 질문과 답을 통하여 현대 민주주의와 법치주의에 필요한 핵심 요소들에 관하여 논급하였다.

드워킨의 법철학은 현대를 사는 우리에게 외부적 환경으로서의 사회와 우리 내면의 양심과 도덕관념을 매개지우고 있다. 법과 법철학을 떠나 정치 과잉, 소통의 어려움 속에서 인격과 양심을 지키기 어려운 현대인의 인간다운 삶을 위하여 생각해 보아야 할 많은 시사점을 던지고 있다.

무덥고 짜증나는 날이다. 아침 신문의 우울증 기사를 읽고, 철학하는 시간을 가지는 것도 좋지 않을까 하는 생각이 든다. 철학은 우울한 날씨와 어려운 환경 속에서 자란다고 한다. 더위와 맞써 싸우는 용광로의 산업 역군, 한 겨울 얼음 냉수 마찰로 추위와 맞서는 특전사 용사들, 눈에는 눈 이에는 이와 같이, 우울증에는 우울한 철학이 혹시 약이 될까 하여 법철학자 로널드 드워킨을 생각해 보았다.

그런데 교직에 몸담고 있어 그런지, 학창시절 은사님이나 가르치신 대학생들이 항상 가까이 있는 기분이다. 학생은 주니어 스칼라이다. 중국계 이민가정에서 자라 예일대 로스쿨 교수가 된 애미 추아의 학문 세계는 그녀의 진솔한 인생 역정과 내적 경험이 배어나 있다.

세계제국의 지위에 있는 미국 패권의 문제점과 다문화사회의 핸디캡 등은 추아 교수의 관심사가 된다. 한편 로널드 드워킨의 법철학은 영미 패권이 갈라지는 계제에 미국 법학자로서의 시각이 담겨 있어 현대 법철학의 발전을 이해하는데 시사하는 바가 크다.

부모는 자신의 자식이나 후손이, 스승은 자신이 가르친 학생이 자신보다 낮게 되는 것을 바란다. 그래서 청출어람이라는 말도 있지 않는가. 언젠가 신문

사실에 이준석 국민의 힘 대표 등 지금의 청년 대학생들이 어려운 경쟁 속 현실에서 과거의 대학생들보다 경쟁력에서 우수하다고 한 기사가 생각난다. 교수의 관점에서 보면 바람직한 현상이다.

그러나 정치의 세계는 냉혹한 것 같다. 젊은 대표를 비방하고, 자신 정파의 이익을 위하여 잘못을 지적하는 사람들이 많은 것 또한 사실이다. 필자는 이러한 젊은이들과 같은 시대를 산다는 것이 자랑스럽다. 며칠전 윤석렬 후보와 이준석 후보간 생맥주 회동의 화기에애한 모습은 마치 단절된 세대의 화해를 상징하는 듯 느껴진다.

얼마전 신문기사에 미국의 대 중국 전략에 관한 브루킹스 연구소 러시도시(Rush Doshi)선임 연구원 기사가 실렸다. 그는 “The Long Game: China’s Grand Strategy to Replace American Order”라는 책에서 중국공산당의 속성과 본질 등을 언급하고 중국이 지난 20년간 패권을 차지하기 위해 어떤 노력을 기울였는지, 어떤 전략과 전술을 사용했는지 기술하고 있다(2021).

브루킹스 연구소는 주지하듯이 미국의 대표적 우파 싱크 탱크이고, 러시도시는 하버드 대학에서 국제정치학을 전공한 중국통 전문가로서 현재 백악관 NSC의 중국 과장으로 일하고 있다. 냉혹한 국제정치, 새로운 G2 패러다임, 미중 세계패권이라는 험악한 현실에서,한때 이념대립의 상징이었던 한반도는 올림픽의 열기에 더하여 대선전의 열기가 후끈 달아 오르고 있다.

묘하게 중국, 세계패권, 전환기의 국제정치라는 키워드가 세 학자들에게 공통되는 것 같은 느낌 속에서 대한민국과 우리 시민들의 갈 길을 되돌아 보는 것도 의미가 있겠다.

19. 드레드 스코트(Dred Scott)와 그래피티(Graffiti)

폭염과 무더위로 인하여 지난 2주간 온열질환 사망자가 상당수 발생하였고, 자신이 맡은 책임을 다하기 위하여 무더위에도 택배노동자는 쉬지 못하고 있다. 폭염과 코로나 바이러스로 인하여 세상이 전례 없는 몸살을 앓고 있는 듯하다.

대선전은 분별을 상실한 폭로전과 극단적인 네거티브 전략으로 민도의 수준을 의심케 하고 있다. 학생들에게 법을 가르치면서 우리의 민사적 생활관계, 즉 사법 영역에서 가장 중요한 원칙이 신의성실의 원칙이고(곽윤직, 2003; 김영주, 2014), 공법 영역은 국가가 통치권을 행사함에 있어 헌법과 법률에 근거하여 한다는 법치주의 원칙이라고 누누이 말하지만, 사실 현대사회에서 신의 성실의 원칙이 기능하는 바는 거의 모든 생활영역에 미치고 있다.

언젠가도 말하였지만, 변호사라는 직업이 하는 대부분의 일이 민사적·형사적 분류와 관련되는 일이다. 즉 우리의 소소한 일상에서 법적 분류가 발생하고, 그에 대한 정의를 회복하는 것이 우리 사법시스템의 주된 역할이다. 따라서 미국이나 일본과 같이 하나의 최고법원을 중심으로 일원적 사법시스템을 가지는 경우가 있는 한편, 사건의 성격에 따라 다른 최고법원을 두는 이원적·다원적 사법체계를 운영하는 국가도 있다.

독일처럼 헌법재판소를 정점으로 6개의 최고법원을 두거나 프랑스와 같이 국사재판소의 전통에 따라 민사사, 형사, 노동 분류에 관한 최고법원인 Cour de Cassation, 국사문제에 관한 쟁송을 최종적으로 심판하는 Conseil D'Etat를 두기도 한다. 우리나라도 대법원 중심의 사법체계로부터 분리되어 헌법쟁송만을 전담하는 또 다른 최고법원으로 헌법재판소를 두고 있는 이원적 사법체계이다.

헌법재판소는 1987년 헌법에 따라 창설된 이래 우리나라의 정치과잉 민주주의 과잉으로 인하여 수 많은 국사적 분쟁을 다루면서 일약 스타 기관이 되었다. 두 번에 걸친 전직 대통령에 대한 탄핵 심판과 한번의 탄핵결정으로 재판 기관임에도 최고의 정치기관처럼 되어 버렸다. 헌법재판소의 활약은 우리 대한민국의 헌정사를 바꾸어 놓았다. 물론 그것의 역사적 평가는 후대가 엄정하게 하겠지만.

연방국가의 최고법원이나 헌법재판소는 국사재판을 통하여 국가시스템에 관련하여 최종적으로 발언권(final say)을 행사한다. 그런데 그것은 다수주의에 반할 수 있고, 소수자나 핍박 받는 자가 기폭제가 되어 가능하다. 그래서 사법부는 다수의 즉흥적 광기로부터 인간의 양심과 사회의 정의를 지킬 수 있는 최후의 보루가 되는 것이며, 역사적으로 권력을 분립하여 정치기관으로부터 사법 기능을 분립시키는 것은 자유민주주의 국가의 가장 기본되는 것이다.

연방국가인 미국의 역사는 대법원의 판례를 통하여 발전해 왔다. 가장 처음 문제되는 것은 연방정부 시스템의 다수주의와 연방법원의 관할권 문제이다. 즉 연방정부 기관간 문제이다. 이 문제에 관한 사례로 Marbury v. Madison 사건이 있으며, 헌법 첫머리에서 제일 먼저 공부하는 케이스이다(Nelson, 2000).

Marbury v. Madison 사건은 연방파인 제2대 존 아담스 대통령이 자신의 세력을 보존하기 위하여 임기 종료 하루 전에 연방법원 판사 42명을 자파 사람들로 임명하였으나, 새로운 제 3대 토마스 제퍼슨 대통령은 임명장을 전달하지 않을 것을 명령함으로써 시작된다.

새로 임명된 판사 중의 한 명인 마아부리와 다른 세 명은 임명장을 교부할 권한과 책임이 있는 국무장관 제임스 매디슨을 상대로 임명장 인도명령(writ of mandamus)을 구하는 소송을 내었지만, 법원은 이를 각하하였다.

법과 생활

아담스 정권에서 국무장관을 지내고, 새로운 제퍼슨 정부에서 대법원장이 된 존 마샬은 어느 일방을 지지하기 어려운 상황에서, 막 제정된 1789년 법원조직법 (Judiciary Act of 1789)이 그를 곤혹케 하였다. 일반적으로 3권분립의 원리에 따라 법이 무엇인가를 선언할 뿐인 사법권력은 적극적으로 행정부에 어떠한 명령을 할 수 없다고 본다.

그런데 의회가 의결한 새로운 법원조직법 Section 13은 Marbury 등이 구하는 인도명령장에 관한 법원의 권한을 적극적으로 규정하고 있었다. 동 사건에서 존 마샬 대법원장은 연방법원 판사는 아담스 대통령에 의하여 합헌적 합법적으로 임명되었다고 보았다.

또한 국무장관이 새로이 임명된 판사들에게 임명장을 인도하지 않은 것은 불법이라고 하였다. 그러나 법원은 그 임명장 인도를 강제하는 명령을 할 수 없다고 판결한다. 즉 법원조직법이 연방대법원에 대하여 적극적 인도명령 심판권을 부여하였지만, 이는 연방헌법 제 3조에서 법원에 부여하고 있는 고유관할권 (original jurisdiction)이나 항소관할권 (appellate jurisdiction) 어디에도 해당하지 않고 헌법이 부여한 사법권의 범위를 의회제정법률로 침해하는 것이 되기 때문이다.

참고로 헌법 제 3조는 “고유관할권은 대사나 영사 등 특권적 지위를 갖는 외교관이나 주(州)가 당사자인 경우에 발생한다”고 규정하고 있다. 결국 마샬 대법원장은 법원은 분쟁사안에 법을 적용하기 위하여 법이 무엇인가를 살펴야 하고, 헌법에 위반되는 법은 법이라 할 수 없다고 판시하였다.

따라서 법원은 헌법에 반하는 법원조직법은 법이 아니어서 동법에서 법원에 강제명령권을 부여하였더라도 임명장을 인도하라는 명령을 할 수 없으며, 소송을 각하할 수 밖에 없다는 것이다. 마아부리 등은 패소하였지만, 존 마샬은 새로운 대법원장으로서 법원의 위상과 권한 범위를 논리적으로 밝히고, 세계 최초로 법원의 위헌법률심사권을 인정하는 선례를 남겼다.

물론 그 기원이 되는 사상은 1610년 영국의 에드워드 코크 경의 보넘 판결(Bonham's case) 등 그 이전에도 있었다. 에드워드 코크의 보통법의 우위나 블랙스톤의 최고법 사상은 미 헌법제정에 큰 영향을 미쳤는데, 에드워드 코크는 "의회제정법이 일반권리 또는 이성에 반하거나, 모순되거나, 실행이 불가능한 경우에는 보통법(common law)이 그것을 통제하며 그러한 법을 무효라고 결정할 것이다"라고 했다.

즉 의회주권하에서 의회가 누리는 특권도 판례로부터 나오고 그것에 구속된다고 지적한 것이다. 어쨌거나 마아부리 사건 이후 사법심사제도 또는 헌법 재판은 여러 나라에서 도입하였고, 21세기 현재 전 세계 거의 모든 국가에서 시행되고 있다.

다음으로 문제되는 것이 주정부와 연방정부간의 관계에 관한 문제이다. 이에 관한 대표적인 선례가 1819년 McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)사건이다. 이 사건은 메릴랜드 주가 주 정부 법에 의하여 인가를 받지 않은 연방 제 2은행이 발행한 모든 수표에 대하여 세금을 부여하고 연방정부의 기능을 방해하려 하자, 당시 볼티모어 지점 은행장이었던 William McCulloch가 메릴랜드 주를 상대로 소송을 제기하였다.

연방은행의 창설은 이를 주장한 알렉산더 해밀튼 등 강력한 연방주의자와 이에 반대하는 느슨한 연방주의자 간에 헌법 제정당시부터 첨예한 대립이 있어 왔다. 법원은 이 사건에서 연방은행의 창설에 관하여 연방헌법은 어떠한 조항도 두고 있지 않지만, 헌법 제 1장의 필요하고도 적절한 조항(necessary and proper clause)에 따라 연방정부는 암묵적인 권한(implied power)을 가지고 있다고 하였다.

그리고 주정부는 연방정부의 권한과 기능을 침해하는 행위를 할 수 없다고 판시하였다. 연방주의자인 해밀튼은 연방주의자의 보고서(federalist paper)에서 필요하고 적절한 조항은 연방헌법 이전에 존재하는 주 정부나 개인의 권한

법과 생활

을 침해하지 않는 한 필요하고도 적극적으로 적용될 필요가 있다고 하였고, 이는 곧바로 이 사건 법원에 영향을 미쳐 법원은 연방정부의 연방은행창설권을 인정하였다.

한편 이 사건에서 마아샬 대법원장은 세금을 부과할 수 있는 권한은 파괴할 수 있는 권한(power to tax is power to destroy)을 의미하여, 주 정부가 이미 연방에 편입된 이상, 연방정부나 연방정부가 창설한 연방기관에 대하여 세금을 부과할 수 없으며, 연방법의 최고성 조항(Supremacy Clause)에 따라 주정부의 과세를 무효화하였다.

이러한 초창기 연방법원의 판례들은 연방헌법과 연방시스템을 지지하는 지렛대가 되어 왔다. 이후 미국은 두 번의 흥역을 겪게 된다. 하나는 보수적 판결로 인하여 역사상 최악의 대법원 판결이라고 비난받으면서, 결국 남북전쟁의 도화선이 된 *Dred Scott v. Sanders* (1857) 사건이다. 남북전쟁은 노예제 폐지를 담은 수정헌법 조항은 물론 만인은 모두 법 앞에 평등하다는 법 앞의 평등 원칙을 가능케 하였다. 다른 하나는 1930년대 진보적 판결들로 보수적 자유주의 국가이던 미국을 현대 복지국가로 나아가게 하였다.

드레드 스코트 사건에서 미주리주의 노예인 드레드 스코트는 주인으로부터 도망하여 당시 자유주였던 미 중서부 북쪽 일리노이와 위스콘신 주로 도망친 후, 다시 주인에 의하여 미주리 주로 강제 귀주되었다. 그는 주 법원에 자신은 자유 주로 이주함으로써 더 이상 노예가 아니며, 자유신분을 얻게 되었다고 주장하면서 제소하였다. 그러나 주 법원은 주법에 따라 여전히 노예라고 하였다.

이에 *Dred Scott*는 이주(異州)간 시민 소송으로서 연방법원에 동일한 청구취지로 제소하였다. 연방법원은 에리 독트린(*Erie doctrine*)에 따라 이주간 시민 소송에 관하여 연방법이 아닌 자신이 관할하는 주법을 적용하여야 한다. 이에 연방법원은 주법원의 판결을 그대로 유지하였다. *Dred Scott*는 연방대법원에

상고하였다.

Roger Taney 연방대법원장은 아프리카 후손은 미 헌법상 미국의 시민권을 취득할 수 없다고 하면서, Dred Scott는 미국 시민이 아니므로, 주정부의 시민이 될 수 없고, 따라서 원고와 피고가 다른 주 시민(diversity of citizenship)이라는 사실에 근거한 연방법원의 관할권(diversity jurisdiction)이 창설되지 않는다고 하였다.

연방법원의 관할권을 창설하는 두가지 사유인 연방문제(federal question)와 이주간 소송 중 어느하나에 해당되지 않고, 결국 제소요건을 갖추지 못하였다고 판시하였다. 즉 소송을 관할권 없음을 이유로 부적법 각하한 것이다. 로저 테니의 판결은 이후 심한 인종적 판결이라는 비판을 받게 된다.

버나드 슈바르츠(Bernard Schwartz)같은 학자는 미 역사상 최악의 판결 목록 1위라고 평했고, 휴(Charles Hughes)대법원장은 법원 입장에서 사상 최악의 자살적 판결이라고 한탄했다. 주니어스 로드리게즈(Junius Rodrigez)나 역사가 토마스 코니그(Thomas Konig)도 역시 동일한 평가를 하고 있다.

한편 연방대법원의 보수성은 20세기 초반까지 굳건하였다. 자유주의 헌법체제 하에서 생산자 계급은 자신들의 기득권을 합법적으로 보장받고 있었고, 이러한 보수적 시장체제는 공황의 원인이 된다. 이에 1930년대 프랭클린 루즈벨트는 court packing plan을 통하여 보수적 법원을 개혁하려 한다.

당시의 대법원은 네명의 말(four horsemen)이라 불리운 피어스 버틀러(Pierce Butler), 제임스 맥레이놀즈(James Clark McReynolds), 조오지 선더랜드 (George Sutherland), 윌리스 디반터(Willis Van Devanter) 등 강고한 4인의 보수 대법관과 3총사라 불리우던 진보적 대법관 루이 브랜다이스(Louis Brandeis), 벤자민 카르도조(Benjamin Cardozo), 하란 스톤(Harlan Fiske

법과 생활

Stone)이 있었다.

1987년 법원절차개혁법 초안에는 보수적 대법관을 견제하기 위하여 70세 이상의 대법관 수에 상응하는 대법관을 최대 6인 한도내에서 추가 임명할 수 있는 권한을 대통령에게 부여하는 법원개혁안이 담겨 있었다. 소위 물타기 작전으로 보수적 대법원의 입김을 약화시키려 한 것이다. 물론 이는 실행되지 못했지만, 이러한 당시 상황은 대법관들의 입장을 돌아서게 하는 분위기를 조성하였다.

당시 보수적 대법관들은 (i) 미 건국 초창기 강력한 중앙정부에 대한 공포로 인하여 연방권력과 주권력 간 명확한 분할, (ii) 공적 영역과 정부가 규제할 수 있는 상업적 행위로 구성되는 사적 영역의 명확한 구분, (iii) 자유로운 노동 (free labor ideology) 및 로크식 소유권 관념(Lockean property right)에 기초한 공적 영역과 사적 계약관계의 준별 등 고전적 원칙을 신봉하고 있었다.

루즈벨트 대통령의 뉴딜 정책은 강력한 연방정부와 사적 계약관계에 대한 공공정책적 규제를 내용으로 하고 있어 대법원의 분열은 당연하였다. 결국 새로운 뉴딜 정책은 상당부분 법원의 사법심사에서 합헌 판정을 받게 되는데, 즉 West Coast Hotel Co. v. Parrish 300 U.S. 379 (1937)에서는 워싱턴주 최저임금법이 5-4로 합헌, Wright v. Vinton Branch 300 U.S. 440 (1937)에서는 농가부채의 유예를 보장한 신 Frazier-Lemke법에 대하여 9-0으로 합헌이 선언되었다.

또한 Virginian Railway Co. v. Railway Employees 300 U.S. 515 (1937)에서는 파업의 대안으로 노사협상, 중재, 조정 등을 규정한 철도노동법이 5-4로 합헌판결을 받았다. 그 얼마후 NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp. 301 U.S. 1 (1937)에서는 연방노사관계법이 5-4로, Steward Machine Company v. Davis 301 U.S. 548 (1937)에서는 실업급여제원 확보를 위한 사회보장 세제가 역시 5-4로, 각 합헌판정을 받았다. 이로써 미국의 고전적 자유주의 체제는 현대 복지국가 시스템을 갖추게 된다.

우리는 외세에 의하여 봉건적 시스템이 붕괴하고, 다시 외세에 의하여 민주주의 국가를 건국하였다. 그리고 1987년 헌법까지 9번의 헌법개정이 있었고, 몇개월 뒤에는 20번째 대선이 치러진다. 새로운 정부를 구성하기 위한 선거가 치러지거나, 정권이 바뀔 무렵이면 세상은 혼탁해지기 쉽다. 미국의 경우에도 앞서 Marbury v. Madison 사건처럼 정권이 바뀔 무렵 묵혀 놓았던 자파에 유리한 법령 등에 대하여 대통령이 일괄 싸인을 하는 관행이 있다. 한 밤중에 법을 만든다 하여 이를 midnight regulation이라 한다.

또한 레임덕 현상으로 대통령의 권한이 약화되면서 여러 정치적 사회적 병폐현상이 발생한다. 이번 선거는 레임덕 현상인지 선거전략의 영향인지 다른 선거보다 진지하지 못하고 조롱하는 분위기가 팽배한 것 같아 식자층의 우려를 낳고 있다.

이제는 헌법재판소의 국사재판보다도 시민들의 깨어있는 수준 높은 의식이 필요하다. 민사관계를 넘어 우리 인간사회의 대원칙이라 할 수 있는 신의 성실의 원칙이 생각나는 하루이다. 선거관계자나 시민들이 신의를 기반으로 성실한 자세로 선거에 임해야 하겠다.

형사법 영역에서는 형사책임의 전제로 죄를 범한자의 정신상태를 문제 삼는다. 소위 mens rea가 그것이다. 과거 힝클리의 레이건 대통령 저격은 지구촌 모두를 놀라게 하였고, 그는 정신이상으로 판정되어 형사책임을 면하고 정신 병원에 입원한다.

선거전이 가열되면서, 후보자 부인의 결혼전 남자관계를 동거남이라고 주장하는 자의 94세 모친과의 인터뷰를 통하여, 또 벽화를 통하여 폭로한 행위가 세간의 화제이다. 그 행위가 매우 이례적이고 우리가 흔히 말하듯이 저격적이어서 마치 힝클리의 행위 같기도 하다. 물론 대통령이 아니고 아직 후보자이지만.

법과 생활

어느 정치평론가의 말이 귀에 들어온다. 미국의 경우 대통령 후보자 부인의 사생활이 선거전 이슈가 된 사례로 이혼녀와 결혼한 것이 문제된 1884년 대선 클리블랜드와 부인의 방탕함이 문제된 1828년 대선 앤드류 잭슨이 있는데, 두 후보자 모두 비방에도 불구하고 대통령에 당선되었다는 것이다.

벽화와 건물소유주의 의도는 분명하지 않지만 어떤 소신을 가지고 있는 듯 보이기도 한다. 벽화비방 사건이 이번 그리고 미래의 공직 선거운동에 있어 무슨 발전적 기폭제가 될지도 모른다는 신념 같은 것이 있었을까? 마치 전자백과사전 속 도발적 이미지의 드레드 스코트가 역사의 흐름을 바꾸어 놓은 것처럼. 어쨌거나 선거전에 아무런 도움이 되지 않는 벽화 비방 같은 행위가 무슨 의미가 있는지 허탈한 하루이다.

신의성실의 원칙은 이제 사법 영역을 넘어 사회법이나 공법 영역에서까지 행위규준이 되어 가고 있다. 우리 법원은 정기상여금을 통상임금에서 제외한 단체협약 등 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반하여 무효인 경우에, 그 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면, 강행규정으로 정한 입법 취지를 몰각시키는 결과가 될 것이므로, 그러한 주장은 신의칙에 위배된다고 볼 수 없음을 천명하였다(대법원 2019. 4. 23 선고 2014다27807 퇴직금 판결).

물론 판례는 강행규정에 위반한 경우에도 노사합의에 반하는 주장을 하는 것이 신의칙에 위배되는 경우가 있다고 하였다. 즉 신의칙은 사법과 노사관계법 모두에 공통으로 적용될 수 있는 것이다. 나아가 우리 판례는 신의성실의 원칙 또는 '신의칙'에 따르면 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범이라 한다.

여기서 신의칙에 위배된다는 이유로 권리행사를 부정하기 위해서는 상

대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가지는 것이 정당한 상태에 이르러야 하고, 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다고 보았다.

우리는 어쩌면 모두 상대방에 대하여 인간적으로 보호받아야 할 최소한의 영역은 침해 당하지 않으리라는 기대하에 서로 의지하며 살고 있다고 할 수 있다. 그것이 앞서 판례에서 본대로 신의칙의 시작이라 할 수 있다. 그러나 이번 벽화 비방은 아마도 신의칙 위반과 명예훼손으로 손해배상청구라도 해야 할 듯 싶다.

요컨대 이번 벽화사건은 대선 후보라는 공인의 영역이긴 하지만, 뭔가 인간이 최소한으로 지켜야 할 선을 넘은 것 같은 느낌이다. 벽화의 그림은 신의에 좇아 성실히 그렸는지 모르겠지만, 그 결과는 인간 최소한의 신뢰를 저버린 느낌이다. 인간이 지켜야 할 최소한의 금도를 넘어선 표현의 자유는 보호받을 수 없고, 그것은 역사의 진보가 아닌 퇴행만을 가져오지 않을까?

분쟁과 심판을 통하여 역사의 진보를 이끌어내었던 미국과 한국의 사법부, 그리고 양국 민주주의의 역사적 발전은 숭고한 우리의 유산이다. 그러나 좌우 정파의 극단적 대립, 대선전 벽화나 폭로전 선거는 어쩌면 다수의 즉흥적 광기일지 모른다. 우리에게 인간성이 상실된 한국 사회의 형해화된 단면만을 보여줄 뿐 역사의 수레바퀴를 후퇴시키는 느낌이다.

20. 안산(安山)과 청산도(靑山島)

역시 언제나 그렇지만 대선전의 핵심 이슈는 국가경제 문제이다. 얼마전 야당의 선두주자인 윤석렬 후보의 노동시간과 부정식품 발언이 논란을 불러 일으킨 바 있다. 그는 밀톤 프리드먼(Milton Friedman)의 “선택할 자유”라는 책 내용을 언급하면서, 없는 자들은 부정식품이라도 먹을 수 있는 선택의 자유를 주어야 한다고 하였다.

자극적인 말에 정부의 과도한 시장개입이나 작위적 배분정책의 위험을 경계하려는 그의 의도가 오해를 받을 만 하게 되었다. 보건과 위생은 시민들의 가장 예민한 문제인데, 부정식품이라는 말에 소비자의 선택 문제나 자연실업율은 불가피한 현상일 수 밖에 없다고 하면서 신자유주의를 외친 시카고 학파의 거두 밀톤 프리드먼이 한국에서 머슴하게 되었다.

소득주도성장정책의 줄임말인 소주성이 경제학적 족보가 없다는 말도 비난의 대상이 되었다. 소득주도성장론은 굳이 경제학 계보를 빌린다면, “naive Keynesian theory” 즉 주먹구구식 케인즈 이론에 가깝다고 할 수 있다.

그런데 케인즈 경제학, 즉 완전시장이나 완전고용을 달성하기 위하여 정부의 강력한 리더쉽하에 대규모 공사를 시행하는 등 공급과 유효수요 창출을 위한 소득정책이 경제정책의 핵심이 되어야 한다는 이론은 1930-40년대 뉴딜정책에 반영되어 공황 극복의 모멘트가 된다.

그러나 1970년대 이르러 밀톤 프리드먼 등 신자유주의 경제학자들은 Philips curve를 탄핵하면서, 대규모 공공사업 등으로 실업율이 줄면 인플레이션 현상이 발생하는데, 새로운 자연실업률(natural rate of employment)이라는 개념을 인정하고, 시장개입을 줄이면서 시장을 자유롭게 하지 않으면 장기적인 불

황, 즉 스테그플레이션이 발생한다고 하였다.

이러한 스테그플레이션 현상은 신자유주의 정책의 탄생 배경이 되며, 실제 그는 1980년대 영국 보수당의 마아가렛 대처, 미국의 레이건 대통령을 보좌하여 범세계적으로 신자유주의 정책을 퍼트리는데 일조한다. 현 문재인 정부가 큰 정부나 노동자 소비자 중심의 연성 사회주의라면, 야당은 원칙과 상식, 시장과 자본의 자유를 회복하여 생산성을 높이고, 제 2의 도약을 도모하려는 입장일 것이다.

정부는 무엇이든 할 수 있다, 만능이다라는 사고방식이 전자라면, 후자는 적자생존이나 자연원리, 정부의 한계를 인정한다. 물론 모두 공정과 정의의 가치를 부인하지 않는다. 즉 원리나 원칙은 근원적 배치에도 불구하고 실제로는 상대적이고 정도의 차이로 할 수 있다. 다만 좌파의 키워드는 소비, 노동, 여성 등 등 수동적 경제주체를 연상케 하고, 우파의 키워드는 돈, 주주, 시장 등 능동적 경제주체를 연상케 한다.

사실 시장의 현실을 보면 소수인 생산자의 중요성은 새삼 재론을 요하지 않는다. 조직화된 소수는 의식없는 수 많은 수동적 경제주체보다 훨씬 힘이 세다. 그래서 386 대학 시절 운동권 학생들은 의식화 교육을 받기도 하였다. 물론 우리나라는 그 어느나라보다도 노동조합의 힘이 막강하고, 정부는 각종의 부조정책을 피고 있으니 소비자나 노동자들은 행복한 나라에서 살고 있다.

이러한 배경하에 야당의 대선 후보들이 어떻게 공정과 상식을 회복하고 원칙으로 돌아가 살맛나는 대한민국의 비전을 제시할 수 있을지 대선 추이가 궁금하다. 전술한 바와 같이 밀턴 프리드먼 등 신자유주의 경제학자들은 과거 프랑스 식민지였고, 나폴레옹이 미 독립후

미국에 팔아 넘긴 미 중서부 구 루이지애나 지역에서 학문활동을 하였

법과 생활

다. 그래서 그런건 아니겠지만, 귀납법적 지적 전통을 갖고 있는 영국의 케인즈 이론 같이 유효수효 창출 등 보텀 업(bottom up)정책보다는 연역법적 사고방식의 유럽대륙국가 전통에 따라 탑 다운(top down)식 접근 방식을 취하여 법과 제도 등을 중시한다.

물론 이들은 모두 경제학자들이다. 헌법경제학이나 공공선택이론에서 언급하였지만, 기본적으로 인간을 이기적 본성을 가진 존재로 가정한다. 즉 법과 제도는 윤리나 선의 본질을 갖지만, 이들은 시장을 포함한 모든 영역에서 행위자들은 이기적으로 행동한다고 가정한다. 따라서 경제 논리가 공공영역과 정부까지도 지배하게 된다.

경제 논리란 당연히 행위자의 이기적 본성에 기초한 선택의 자유이다(Friedman, 2016). 그리고 그 이기적 본성은 돈이나 자본법칙 또는 최대 효용 같은 개념에 따르게 된다. 소비자로서 우리가 흔히 말하는 “저 음식점은 가성비가 최고야”라고 할 때 우리는 선택의 자유와 즐거움을 느끼게 되는데, 이러한 선택의 자유를 강조하다 보니 싼값에 부정식품이라도 사먹을 수 있는 자유 운운하였으니, 뭐 틀리다고 할 수는 없지만 인기를 잃을 수 있는 발언이 되어 버렸다.

밀턴 프리드먼의 신자유주의는 법학을 공부하는 우리들에게도 무관한 것이 아니다. 법과 제도의 근원에 드리운 법철학적 주제와 함께 우리들이 당면한 문제들을 새삼 돌아보게 한다. 먼저 선택할 자유의 문제이다. 우리는 언제부터인지 계약자유의 원칙으로부터 소외되어 버렸다.

근대법 기본 3원리의 하나인 계약자유의 원칙은 계약내용결정의 자유, 계약상대방 선택의 자유, 계약방식의 자유를 그 내용으로 한다. 신자유주의적 사고에 따르면 모든 행위자의 선택의 자유를 최대화하려 할 것이므로 소비자는 충분히 협상하고 계약내용을 자주적으로 결정하여 합의에 바탕한 계약을 체결하려 할 것이다.

그러나 대기업과 체결하는 보험계약이나 운송계약, 또는 정형적 근로계약 등에 있어 상대방 선택의 자유나 내용결정의 자유는 박탈되어 버리고 만다. 소위 “take it or leave it”이 현실이 되어 이미 부동산자로 인쇄된 계약 내용에 서명할 것인가 안할 것인가의 자유만이 소비자에게 남게 되는 것이다.

예컨대 사용자가 근로자로 하여금 노동조합에 가입하지 않거나 노동조합으로부터 탈퇴할 것을 조건으로 하여 체결하는 근로계약의 경우 상대방의 계약체결의 자유나 내용결정의 자유는 실제로 박탈되는 결과가 된다. 이러한 근로계약을 장갑계약(ironclad contract) 또는 근로자의 비굴한 태도에 빚대어 황색의 개라는 황견계약이라고 부른다.

이러한 불평등 근로계약은 20세기 초까지만 해도 미 연방대법원에 의하여 지지되었다. 즉 어드먼 법이라는 1898년 철도산업 분야의 황견계약을 금지하던 연방법이 계약의 자유를 침해하는 위헌적인 것이라는 판결을 받았다.

이후 1930년대 뉴딜 정책에 따라 경제적 약자의 생존권 보장과 수정자본주의 사상으로 1932년의 노리스-러과디아 법(Norris-LaGuardia Act)과 1935년의 와그너 법(Wagner Act)에 의해 황견계약이라 불리우던 불평등근로계약은 그 효력이 부인되게 된다. 한국의 경우에도 노동조합법 제39조 2호에서 이러한 계약을 부당노동행위의 하나로 보고 있다.

한편 대기업의 정형적 계약서식에 대한 규제를 위하여 약관규제에 관한 법률이 제정되어 시행되고 있다. 동법 제 3조에서는 사업자와 고객간 계약에 있어 부동산자로 미리 인쇄된 소위 약관이 부가된 계약의 체결에 있어 사업자의 설명의무를, 그 제4조에서 사업자와 고객간 약관과 다른 개별 합의는 약관에 우선한다고 하고 있다. 또한 제2장 불공정약관조항에서는 사업자에게 일방적으로 유리한 면책조항, 다액의 손해배상 예정, 고객의 계약해제나 해지권의 배제 등은 당해 계약 조항의 무효사유로 규정하고 있다.

법과 생활

미국 비숙련공 취업이민 계약과 약관법에 관한 사례에서, 서울중앙지방법원은 “...쌍방의 귀책사유가 전제되지 않은 미국 이민법의 변화에 대하여 을 회사를 원상회복의무에서 완전 면책하도록 함으로써 위험부담을 고객인 갑에게만 부담시키고 있는 위 조항은 약관의 규제에 관한 법률 제6조 제2항, 제9조에 따라 무효이므로 위 조항에 따라 원상회복의 범위를 정할 수 없으며....위 계약을 을 회사가 비숙련공 취업이민비자 발급을 위하여 직접 수행하여야 하는 사무를 처리하는 용역을 제공하는 것을 주된 내용으로 하는 위임계약이므로 을 회사는 민법 제686조 제3항에 따라 갑으로부터 지급받은 국외 수수료 중 위 계약 이행을 위하여 지출한 상당한 비용 및 보수금액을 공제한 나머지 금원을 계약상대방에게 반환하여야 한다”고 하였다(서울중앙지방법원 2020. 12. 23. 선고 2020가단5098056 판결).

이러한 예들은 신자유주의 경제학자들의 선택의 자유에 대한 보장이 우리 사법 영역에서 실현되고 있는 것이라 할 수 있다. 즉 사업자에 대한 설명의무의 부과나 개별약정의 약관에 대한 우위 등 양 당사자의 선택을 존중하면서도, 대등한 계약당사자, 계약의 공정성을 위하여 국가는 약관법에 따른 최소한의 규제를 하도록 하고 있다.

밀턴 프리드먼의 법과 제도에 대한 경제학적 시각은 The Origin Of 'The World's Dumbest Idea'라는 그의 1970년 뉴욕 타임즈 기고 논문에서도 알 수 있다. Economist지와 조지 월은 그를 20세기 가장 영향력있는 경제학자이자 지식인의 한 사람이라고 하였는데, 그는 위 논문에서 돈을 창출하지 않는 것을 목적으로 하는 경영자는 지난 세기 자유주의 사회의 근간을 흔드는 가장 무리한 헛개비 지식인이라고 신랄하게 비판하였다.

그러한 경영자들은 분석적 사고와 지적 천착의 결핍으로 수많은 시행착오의 원인을 제공한다. 또는 선출되지 않았으면서도 정부 공무원처럼 행동하여 주주나 고객 등에게 불법적으로 세금을 부과하는 결과를 야기한다. 신자유주의자

들에게 자유기업과 사적 소유권 체제는 윤리적 정당성이나 증거가 필요하지 않는 자명한 진리이다.

기업은 시장의 가장 주된 행위자이다. 그리고 그에게 기업은 단순한 법적 허구에 불과하게 된다. 이때 경영자는 주주라 불리우는 그의 고용주에게 직접적 책임을 지게 된다. 그 책임이란 법과 윤리나 사회관습이 요구하는 사회의 기본적 법칙에 부합하는 것인데, 즉 주주의 욕망을 충족시킬 수 있도록 되도록 많은 수익을 내는 것이다.

따라서 그는 대리인에 관한 법(law of agency)이 이들간 관계를 정하는 가장 중요한 기준이 된다. 즉 무시되어야 할 법적 허구와 진정한 공공정책을 위한 단단한 기초는 준별하는 것이 중요하다. 그리고 그에게 있어 그 결론은 선형적으로 이미 정하여져 있는 것이다. 따라서 프리드먼에게 있어 경영자의 사회적 책임 주장은 주주의 돈을 낭비하는 것이 된다.

한편 상품 가격을 올리면 경영자는 소비자의 돈을 낭비하는 것이 되는데, 비싼 가격으로 기업과 주주의 돈이 증가하였지만, 어느 순간 상품가격의 인지효과(notional right to product)에 따라 프리드먼의 논리체계에서 이전 가격과의 차액은 물건을 구입한 소유자의 돈이 된다.

나아가 종업원들의 임금을 인하하면, 경영인은 종업원들의 돈을 낭비하게 된다. 그런데 갑자기 임금인하분의 돈은 주주의 돈도 아니고, 소비자의 돈도 아니고, 또한 종업원의 돈도 아니게 된다. 프리드먼의 경이로운 사고체계 하에서 그것은 기업의 돈이 된다. 누가 보아도 이러한 그의 사고방식은 엉뚱해 보이고, 만약 그가 1976년 노벨상 수상 경제학자가 아니라면 그의 1970년 논문은 터무니없는 주장으로 비웃음을 샀을 것이다.

그런데 그의 주장은 이후 기업과 경영계에서 복음처럼 유명해지기 시작

법과 생활

한다. 그것은 어떠한 것을 믿고 싶어하는 대중들의 마음으로 인한 것이며, 이후 1976년 Michael Jensen and Dean William Meckling 등 로체스터 대학 재무학 교수들이 “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure.”라는 논문을 발표하게 된다(2019).

이 논문은 경영학계에서 가장 많이 인용되는 논문의 하나로, 회사는 법적 허구이며 기업의 돈은 주주들의 것이라는 프리드먼의 주장을 이어 받아 경영학에 접목시킨다. 즉 기업의 유일한 목표는 주주의 이익을 위하여 돈을 버는 것이며, 경영자들이 자신만의 세계에 안주하지 못하도록 지배주주의 하나가 되도록 하여야 한다. 즉 보수를 주식이나 신주인수권부 사채 등으로 지급하는 것이 주요 대안이 된다.

이러한 돈 중심적 사고방식은 GE의 Jack Welch 회장의 성공스토리와 함께 한다. 그러나 시간이 흐르면서 GE의 경영악화로 Jack Welch 회장은 자신의 신념을 번복한 바 있다. 한편 새로운 관리(management)개념 경영학 창시자인 Peter Durcker는 주주 중심의 경영학에 대하여 새로운 소비자 중심 경영의 패러다임을 창시하였다.

이제 주주 중심의 기업 패러다임은 구 시대의 사고가 되어 버렸다. 소비자 중심의 경영은 Thomas Khun이 말하였듯이 새로운 시대에 맞는 정신적 모델(mental model)이 된 것이다. 이상에서 우리는 경제학적 시각이 경영학에 접목되어 부침하는 사례를 통하여, 인간상과 행위규준에 관한 출발점이 학문세계에서 중요하다는 것을 알게 되었다.

기업이나 회사조직은 자본주의 사회를 지탱하는 가장 중요한 제도의 하나이다. 기업이나 회사조직에 대하여 경영학적 관점이 연성적이라면, 법은 보다 경성적이라 할 수 있다. 그래서 법은 피터 드러커의 주장처럼 소비자를 보호하는 법을 가지고 있다. 또한 프리드먼의 주장과 같이 예외적인 경우에는 회사의 법인

격을 부인하고, 돈관계를 따진다. 소위 상법이론의 하나인 법인격부인론이 그것이다.

대리인 제도가 발전하면서 보다 체계적인 경제행위자로서 길드, 조합, 회사 조직 등이 탄생하고, 이에 관한 법제도가 형성되었다. 법은 우리의 사회생활 중 법률관계 즉 권리의무관계를 다루는 것이라면, 권리를 향유하고 의무를 부담하는 권리의무의 주체를 어떻게 정할 것인지가 문제된다.

이에 법은 자연인과 법인이 권리의무의 주체가 된다고 정하고 있다. 법인에는 사단법인, 재단법인, 영리법인, 비영리법인 등 여러 유형으로 분류해 볼 수 있는데, 자본주의 체제의 총아인 주식회사는 법리상 사단법인이자 영리법인이라 할 수 있다.

주식회사의 경제적 가치와 본질은 주주의 유한책임에 있다. 즉 주주의 유한책임으로 인하여 여러사람으로부터 자본을 모으기 쉽고, 생산과 경영에 필요한 행위를 할 수 있는 것이다.

수익은 배당으로 회사 주인인 주주에게 돌아가고, 파산 등 위험은 자신의 주식가치의 한도내에서 부담한다. 이러한 경우에 대비하여 법은 회사정리절차 등 도산법을 두고 있다. 시장의 세계화로 인하여 기업도산 절차에서 국제공조가 필요하게 되고, 1997년 UNCITRAL은 국제도산에 관한 모범법(Cross-Border Insolvency)을 제정한 바 있다(Berends, 1998).

동 모범법은 채무자 도산에 관한 실체법 영역과 각 국가의 개별절차법을 존중하는 전제하에, 채무자를 상대로 한 도산절차에서 국가간 협력과 조정에 관하여 정하고 있는 법이다. 모범법은 강제력이 있는 법은 아니지만, 각국이 입법을 함에 있어 유력한 참고자료가 된다.

우리나라도 모범법의 취지를 존중하여 2005년 채무자 회생 및 파산에 관한 법률, 소위 통합도산법을 제정하여 시행하고 있다. 법은 善과 術(Jusest ars

법과 생활

boni et equi)이라고 한다.

실체법 분야는 선과 형평에 관한 문제를, '術'에 해당하는 부분은 소송법 분야에서 다루어지는데, 실체법을 외면한 소송법만의 연구는 허탈에 빠지게 하고, 소송법을 경시하는 실체법만의 연구도 공허하게 된다. 과거 헌법재판소나 헌법소송법이 없는 시대에 헌법에서 규정하고 있던 수 많은 기본권들이 무시되었던 역사적 사실이 이를 증명한다.

요컨대 법인격 부인론에 따르면 법적 의제, 또는 프리드먼이 말한 법적 허구인 회사의 법인격을 일정한 상황에서 부인하고, 프리드먼이 말하였듯이 돈 또는 시장의 기본원칙으로 돌아가 주주의 유한책임 원칙을 인정하지 않으면서, 주주는 회사의 책임에 대하여 자신의 주식가치를 넘어 개인재산을 포함하여 무한책임을 지게 된다.

우리 판례도 엄격한 요건하에 법인격 부인의 법리를 인정하고 있다. 즉 판례는 “회사가 외형상으로는 법인의 형식을 갖추고 있으나 법인의 형태를 빌리고 있는 것에 지나지 아니하고 실질적으로는 완전히 그 법인격의 배후에 있는 사람의 개인기업에 불과하거나, 그것이 배후자에 대한 법률적용을 회피하기 위한 수단으로 함부로 이용되는 경우에는, 비록 외견상으로는 회사의 행위라 할지라도 회사와 그 배후자가 별개의 인격체임을 내세워 회사에게만 그로 인한 법적 효과가 귀속됨을 주장하면서 배후자의 책임을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 위배되는 법인격의 남용으로서 심히 정의와 형평에 반하여 허용될 수 없고, 따라서 회사는 물론 그 배후자인 타인에 대하여도 회사의 행위에 관한 책임을 물을 수 있다고 보아야 한다...”라고 하면서 신축건물에 관한 분양계약에 있어 피고회사의 법인격을 부인하고 회사의 실질적 지배자인 대표이사에 대하여 책임을 인정하였다(대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결).

법인격을 부인하는 법리는 법인제도에 관한 중대한 예외를 구성하므로,

판례는 법인격 부인을 위한 전제로 엄격한 요건을 요구하고 있다. 판례에 따르면 회사의 법인격이 부인되기 위하여는 “...원칙적으로 문제가 되고 있는 법률행위나 사실행위를 한 시점을 기준으로 하여, 회사와 배후자 사이에 재산과 업무가 구분이 어려울 정도로 혼용되었는지 여부, 주주총회나 이사회를 개최하지 않는 등 법률이나 정관에 규정된 의사결정절차를 밟지 않았는지 여부, 회사 자본의 부실 정도, 영업의 규모 및 직원의 수 등에 비추어 볼 때, 회사가 이름뿐이고 실질적으로는 개인 영업에 지나지 않는 상태로 될 정도로 형해화” 될 것을 요구하고 있으며, 이러한 법인제도 남용 여부는 “법인격 형해화의 정도 및 거래상대방의 인식이나 신뢰 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 개별적으로 판단하여야 한다”고 한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결).

밀톤 프리드먼이 회사의 실체를 주주로 본 것이 돈이나 소유권의 원리에 기초하여 경제학적 가치를 법과 제도에 투사한 것이라면, 법 역시 법인격부인론을 통하여 이를 수용하고 있다. 다만 법은 소극적으로 책임 문제를 통하여, 또한 법인제도의 골간을 흔들지 않는 범위내에서 엄격한 요건하에 이를 인정하고 있을 뿐이다.

프리드먼의 돈이나 신자유주의 철학과 관련하여 최근 논란이 되고 있는 언론사의 징벌적 손해배상책임을 담은 언론중재법 개정안을 생각해 볼 수 있다.

징벌적 손해배상제도란 피고의 불법행위가 공분을 살 정도에 이른 경우 그러한 행위가 재발하지 않도록 피고를 교화하고 비행을 예방하기 위하여 다액의 배상액을 부과할 수 있게 하는 제도이다.

주로 영미법계 국가에서 채택하는 제도로, 민사법과 형사법을 준별하는 근대법 원칙에 반하고, 피해로 발생한 피해자에 대한 피해의 전보라는 민사법 손해배상제도가 추구하는 기본 목적에도 부합하지 않아 법학자들의 비판이 적지 않다.

법과 생활

시장에서의 경쟁은 자본주의의 발전을 가져 왔다. 즉 소유권과 계약은 기업에게 있어 장기관의 차나 포와 같은 것이고, 법은 이를 보호하고 있다. 또한 근대 사법은 소유권절대의 원칙이나 계약자유 원칙에 더하여 과실책임의 원칙을 기본으로 하고 있다.

과실책임의 원칙이란 기업의 행위로 피해를 입은 자에 대한 민사상 손해배상책임이 성립하려면 불법행위자인 기업에게 고의 과실과 같은 주관적 귀책사유를 요구함으로써, 기업의 책임을 제한하는 결과를 가져와 제한책임 원칙이라 불리우기도 한다.

또한 법은 기업 보호를 위하여 상당인과관계론에 따라 책임을 제한하고, 손해배상액은 발생한 피해 범위 내에 국한되어, 이를 compensatory damages라 부른다. 이는 비교법상 우리의 손해배상에 해당한다. 정보화 시대 인터넷 시대에 서 언론의 위력은 더 막강해졌다.

우리는 명예나 신용에 대하여 과거에 경험하지 못했던 인격적 위기를 경험하는 경우가 많다. 인터넷 쌍말이나 욕지거리, 허위 조작 등 가짜뉴스가 범람하고, 소셜 미디어나 언론매체를 통하여 대법관에 대한 모욕적 언사가 여과없이 방영되기도 한다. 명예훼손 모욕 등 수 많은 사건들이 법원에 접수되고 있는 현실이다.

뭔가 사회적으로 대비책이 필요한 계제에, 언론사의 징벌적 손해배상제도 도입 필요성을 느끼는 시민이 많은 것 같다. 그러나 실손해에 대한 최고 5배의 배상액이나 기사열람 차단 등의 제재에 대하여 위헌성 논란도 제기되고 있다. 더하여 많은 전문가들이 고의 중과실 추정 조항에 대하여 비판하고 있다. 표현의 자유는 시민주권과 민주주의를 지탱하는데 있어 가장 중요한 기본권이라는 점을 감안하여 신중할 필요가 있다.

한편 사법상 피해의 전보라는 민사적 제도를 넘어 형사법적 본질을 가지는 징벌적 손해배상제도의 예방적 효과에 대하여 의문을 제기하는 자도 적지 않다. 국가는 형벌을 부과함으로써 여러 가지 효과를 얻을 수 있다. 즉 형벌은 가해자를 응징하는 효과가 있다는 응보론에서부터, 형벌은 범죄를 예방하는 효과가 있는데, 엄중한 형벌을 부과하여 일반 국민이 형벌이 무서워 범죄로 나아가지 못하게 할 수 있다는 일반 예방론, 형벌은 범죄자가 앞으로 범죄를 저지르지 않도록 교화하는 효과가 있다는 특별예방론 등이 그것이다.

근대적인 형벌학의 개념은 1764년에 체사레 베카리아의 <범죄와 형벌 Crimes and Punishments>에서 시작하는데, 19세기 중엽 독일의 형법학자 포이에르 바하에 의해 크게 발전한다. 포이에르 바하는 형벌은 의회제정법률에 근거하여야만 부과할 수 있다는 죄형법정주의 원칙을 주장하였으며, 형벌의 본질은 위하라는 일반적 예방효과를 주장하였다.

그의 죄형법정주의 이론은 민주주의 국가 형사법의 대원칙으로 기능하고 있고, 이러한 형사법원칙에 따라 국제관습법을 보통법의 일부로 수용하고 있는 영국법원도 국제관습법만으로 형사벌을 과할 수 없다고 한다. 즉 국제관습법에 따라 처벌이 가능한 경우에도 의회제정법률이 없다면 법원은 형사벌을 부과할 수 없다는 것이다.

2006년 영국 대법원은 “영국 민주주의 체제의 가장 중요한 원칙의 하나는 어떤 행위가 우리 사회에서 수인될 수 없는 행위인가를 결정하는 것은 시민을 대표하는 의회이고, 행정부나 법관이 아니다.....이러한 원칙을 반복하려면 당사자는 자신의 주장이 타당하다는 매우 강력한 논리에 근거하여야 한다”라고 하면서, 선례를 변경하였다. 이로써 법원은 이제 과거와 달리 의회입법에 의해서만 형사처벌이 가능하고, 법원에 의한 형사법의 창출이 불가능하다는 것을 확인한다 (Regina v. Jones(Margaret) and Others 2006 UKHL 16; 2007 1 AC 136 House of Lords, U.K.).

법과 생활

시간을 다투며 기사를 송고하고, 수 많은 대중들과 즉흥적 분위기에서 행해지는 여러 표현의 장에서 가짜뉴스를 막아보겠다는 징벌적 손해배상제도가 개인의 명예감정이나 신용을 보호하는데 얼마나 실효적일지 의문을 제기할 수 있다. 허위 조작 등 언론의 심각한 비행에 대하여는 사법보다는 공법적 문제로 보아 형사벌을 가중하여 부가하는 것이 바람직한 대안 같다는 생각도 든다.

한편 손해배상 산정시 정신적 손해인 위자료 부분에 관하여 제반사정에 따라 다액의 위자료를 명하는 것도 방법이 될 수 있다. 그동안 우리 법원은 정신적 손해인 위자료 인정에 인색하여 왔다는 비판을 상기할 필요가 있다. 죄형법정주의는 국가의 형벌권을 제한하여 시민사회와 민주주의를 지켜 왔다. 우리 법 정서에 반하고, 근대법 문화에 역행하여 표현의 자유를 억압할 수 있는 언론제도나 징벌적 손해배상제도를 도입하는 것은 신중할 필요가 있다.

이미 법원은 징벌적 손해배상을 명한 외국판결에 대하여 우리의 공서양속에 반한다는 이유를 들어 일부 액만을 승인한 선례도 있다.

서울 동부지방법원은 “징벌적 배상이란 가해자에게 특히 고의 등의 주관적인 악사정이 있는 경우에 보상적 손해배상에 덧붙여 위법행위에 대한 징벌과 동종행위의 억지를 주목적으로 하여 과하여지는 손해배상으로 코몬로(common law)상 인정되고 있는 구제방법의 일종으로서, 불법행위의 효과로 손해의 전보만을 인정하는 우리의 민사법 체계에서 인정되지 아니하는 형벌적 성질을 갖는 배상형태로서 우리 나라의 공서양속에 반할 수 있다...”라고 하면서, 소위 내국관련성의 정도와 비례의 원칙 등의 관점에서 미국법원의 징벌적 손해배상 판결을 1/2 한도로 제한하여 승인하였다(서울지방법원동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결).

한편 국민적 공감대가 형성된다면 징벌적 손해배상제도를 도입하지 않을 이유도 없다. 미국에서의 현실을 보면, 징벌적 손해배상제도는 연방문제가 아

니어서 주법에 따르고 그 내용은 주마다 다양한데, 원칙적으로 판례법에 근거하고 있다.

전체 손해배상 사건의 6% 정도가 징벌적 손해배상 사건이며, 그중 2% 정도가 징벌적 손해배상을 인용하고 있고, 그 평균배상액은 한화 4,000~6,000만원 선이다. 한편 루이지아나, 네브라스카, 푸에르토리코, 워싱턴 주 등은 징벌적 손해배상제도를 인정하고 있지 않다

또한 보험회사의 로비로 인하여 텍사스나 캘리포니아 등 많은 주들에서 징벌적 손해배상액의 상한을 제한하는 성문법을 제정한 바 있다. 그런데 상당수 법원이 이러한 성문법을 위헌 무효로 보고 있다. 각 주마다 법이 다르지만, 징벌적 배상을 명하기 위하여는 우리 법상 고의 중과실에 해당하는 “actual intent to cause harm”이나 “reckless disregard for the lives and safety of others”등을 입증하여야 한다.

징벌적 손해배상제도는 법상 배상액의 상한이 없어 고액의 배상액으로 인하여 개혁의 필요성이 제기되곤 하였는데, 연방대법원은 수차례 수정헌법 제 5조, 제14조 적법절차 조항을 통하여 배상액의 한도를 제한하는 판결을 한 바 있다. 판결에서 법원은 징벌적 손해배상 액과 피해 보상을 위한 손해배상액의 비율이 4:1 비율을 넘은 경우 헌법상 부적정하고, 10:1을 넘은 경우에는 대부분 위헌으로 선언하였다.

즉 BMW of North America, Inc. v. Gore (1996) 사건에서 연방대법원은 과도하게 다액의 징벌적 손해배상은 헌법이 보장하는 적법절차에 위배하여 자의적으로 사적 소유권을 침해한다(arbitrary deprivation of property)고 하였으며, State Farm Auto. Ins. v. Campbell (2003)에서는 징벌적 손해배상은 오로지 원고에게 가해진 해악에 대하여 부과될 수 있으며, 헌법이 보장하는 적법절차원칙에 위배되지 않기 위하여 지켜야 할 기준을 제시하였다.

법과 생활

이전 징벌적 손해배상 사건인 TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. (1993) 사건에서는 한화 약 2,000여 만원의 배상액의 526배에 해당하는 110억원의 징벌배상액도 특별히 이상적인 악행에 대하여는 부과가 가능하다고 하였고, Liebeck v. McDonald's Restaurants (1994)에서는 79세 노인이 더운 커피물에 자신의 넓적다리를 데인 사건에서 한화 2,200만원의 의료비 배상을 명하면서 약 30억원 상당의 징벌배상을 명하였다. 이후 징벌배상액은 한화 5억 3천만원 정도로 감액되었다.

징벌적 손해배상제도는 밀튼 프리드먼의 돈의 경제학, 신자유주의 사회철학과 그 원리가 법제도에 투영된 대표적 경우이다. 인간의 이기적 행위가 경제발전과 물질적 풍요를 가져다 주지만, 사회규범에 위반한 행위로 인하여 타인의 권리를 침해한 경우에는 그에 비례하여 다액의 징벌적 배상의 법문화가 가능한 것이다.

이는 영미법계 사람들의 경제 우선적 사고방식에서 발전한 것으로 법문화적으로는 후진적이라 할 수 있다. 즉 형사법적 영역의 문제가 민사 배상법제도에 혼재되어 남아 있는 것으로, 수정헌법 제 14조 인간의 생명과 자유, 재산은 헌법이 요구하는 적법절차의 원칙에 따라 정당한 실체법과 법적 절차를 거치지 않고는 박탈하거나 제한할 수 없다는 헌법적 논란거리의 하나가 되어 있다.

대륙법계 법문화를 가진 나라에서는 이러한 법제도를 두지 않고 있거나, 영미법 국가의 징벌적 배상판결에 대하여 승인 심사시 그 효력을 부인 또는 제한하여 인정하고 있다. 한편 징벌적 손해배상제도는 계약관계와 채무불이행으로 인한 손해배상에는 적용이 없다. 다만 보험계약상 보험자의 악의적 비행에 대하여는 불법행위에 준하여 징벌적 배상을 인정하는 경우가 있다. 이 때에 입법 로비를 통하여 상한액을 제한하는 제정법이 있다는 것은 전술한 바와 같다.

좌우 정파가 대립하여 연일 시끄러운 대선전은 경제공약과 경제정책을

둘러싼 다툼으로 발전하기도 한다. 돈의 철학과 시장의 원리를 말하다 보니 윤석렬 후보의 발언이 시민들의 비난을 받고 있다. 공공사업과 유효수요의 창출을 지향하는 문재인 정부의 뉴딜과 좌파 대선후보들의 선심성 부조 공약 역시 경제학자들의 비난을 사고 있다.

이러한 현상들은 어쩌면 바람직한 것이다. 말해야 할 것은 말하고 주장하고 싶은 것은 주장하여 건전한 대안을 찾는 정치문화는 대한민국의 발전을 위하여 필요한 것 아닐까?

무더위로 짜증나는 여름이지만, 잠시 언젠가 조대 교수들과 여행하였던 청산도가 그림다. 청산도는 영화 서편제의 촬영장소이기도 하다. 또 올림픽 전사 안산의 활약상이 기쁘다. 그런데 이번 올림픽에서 양궁 3관왕이 된 안산을 둘러싸고 다시 해묵은 폐미 논쟁이 있다고 한다. 그러나 시민들은 안산이라는 이름을 통하여 경기도 안산 단원고 학생들의 억울한 죽음과 세월호 사건의 비극을 딛고 우리의 새 싹들이 금빛 메달을 획득하면서 부활한 것 같은 느낌에 환호하고 있다.

안산은 산불이 없는 안전한 산이고 신뢰할 수 있는 법제도이다. 안산의 컴퓨터 같은 화살과 같이 누구나 법을 신뢰하는 가운데, 예측 가능하고 안정적인 생활이 가능하다. 한편 밀톤 프리드먼이 말한 인간의 이기적 본성과 시장의 경쟁력은 마치 일생을 푸르게 살다간 우리들과 가족의 근면 성실을 상징하는 청산도를 연상케 한다.

서편제, 서쪽의 소리와 함께 별동별처럼 갑자기 우리의 운명이 되어버린 자본주의와 물질문명. 자본주의 사회체제 갈등요소의 하나인 페미니즘과 남녀 평등의 이상은 마치 경제를 다스리려는 법의 여신 같은 느낌으로 다가온다. 안산과 청산도. 대선전이 익어가면서 우리는 알게 모르게 다음 정권의 법철학과 경제철학을 묻고 있는 것은 아닌지 모르겠다.

20. 유익종과 페어차일드(Fairchild)

대선전이 한창이다. 어느 때보다도 많은 후보가 난립한 가운데 후보나 정당 대표 등 각자 자기 계산에 바빠 잡음이 적지 않다. 여당은 후보간 네거티브로 인하여, 야당은 범 야권 후보의 당적 취득과 경선 일정 등이 현안이 되고 있다.

우리 정치사에서 정당의 대선 후보는 정당 대표보다 우선시되어 왔다. 박정희와 김종필, 김대중과 김영삼, 노태우와 김영삼, 이회창과 조순 등 당선 가능성이 있는 대선후보와 이를 뒷받침하고 차기를 노리는 정당 대표라는 구도가 한국 정치를 대변해 왔다.

당근과 비빔밥, 8월말 버스는 출발한다, 멸치와 돌고래 등 일정 조율을 압박하는 정당 대표의 인사가 세간에 화제이다. 생사람을 연상시키는 당근이나 짝벌납보다는 그래도 비빔밥이 나은지 윤석렬을 당근에 빗대는 젊은 이준석 대표의 발언에 대하여 지지자들의 비난이 많은 것 같다.

이미 들어온 최재형 후보는 그래도 비빔밥이니 다행인 모양이다. 한 때 '서울 법대'를 '서울 밥대'라 칭한 적이 있다. 법과 밥은 발음도 비슷하고, 밥은 서양인의 빵에 대비되는 우리의 주식이어서 출세를 상징한다고 할 때, 서울 밥대란 말을 하면서 웃던 시절이 있었다.

그런데 뉴딜레니엄 시대 젊은이들도 비빔밥 어찌고 하니 시간이 가도 사람은 별반 바뀌지 않는 것 같다. 어쨌거나 윤석렬 후보나 최재형 후보나 모두 법률가들이고 감사원장, 검찰총장 출신이면서, 헌법주의자 상식주의자들이다. 비빔밥으로 지칭되는 것이 틀리진 않을 것이다. 맛있는 비빔밥이 되어 정권교체가 가능할 것 인가는 더 지켜 보아야겠지만.

친척이 하는 치과가 있어 강남의 도곡동 건설 현장을 차로 지나칠 때

눈에 들어오는 것이 Me Me We라는 상징광고어이다. 강남 구민 하나 하나가 마음을 모으면 우리가 되어 강남이 번영할 것이란 표어가 매우 재미 있다. M을 거꾸로 하면 W가 되니 도안상 관점에서도 그럴 듯 하다.

또 Me Me를 붙이면 Meme, 즉 문화적 복제, 죽은 영혼의 힘이나 비유전적 문화요소라는 뜻이 되니 은유적으로 강남민의 저력을 상징하기도 한다. 홍준표 후보의 명실상부한 입이 다시 살아나고, 세대를 뛰어 넘어 비빔밥 같은 유행어가 공감을 얻으니 우리에게는 알게 모르게 조상들의 맘이 깃들어 있는 듯 하다.

아이들에게 국제거래법을 가르치다보니, 국제거래법 판례를 소개하는 경우가 많다. 요즘 대선전과 관계인들은 마치 대선 후보라는 매매 목적물을 거래하는 상인들처럼 느껴진다. 매매계약을 체결하려는 상인들, 특히 국제매매약의 경우에는 복잡한 협상 과정을 거쳐 합의에 이르고, 대부분의 경우 서식을 이용하여 계약을 체결한다.

국내 매매계약과 국제 매매계약은 매매계약이라는 본질에 있어 동일하지만, 국제 매매계약으로 인하여 국내 매매계약과 다른 차이도 없지 않다. 당사자자치의 원칙이나 계약자유의 원칙 등이 제 1 원칙으로 기능하고, 임의법과 강행법의 문제, 계약위반이나 채무불이행, 손해배상, 특정이행 등 계약법 원칙과 제도가 그대로 국제 매매계약에도 적용된다.

그러나 국제 매매계약은 몇가지 특질을 가지는데, 첫째, 국제거래에 상존하는 위험이 있다. 즉 장거리 운송, 특히 위험이 수반되는 해상운송을 통하여 목적물을 인도하여야 하므로 목적물의 멸실 훼손의 위험이 국내 매매 거래보다 크다. 그래서 보험제도가 이용된다. 이러한 물리적 위험 외에도 격지자 간의 거래로 인한 신용 불안이 발생한다. 이를 대비하여 화환신용장 제도가 발달해 있다.

법과 생활

둘째, 법적용에 있어서의 위험이다. 즉 국내 매매계약과 달리 다양한 국제규범의 적용가능성을 생각해야 하고, 국제사법에 따라 준거법을 정하고 적용해야 한다. 이때 당사자들은 국내 계약법에는 정통하지만, 자신에게 불리한 국제규범이 적용되거나, 불리한 나라의 법이 준거법으로 선택될지 모른다는 위험에 처한다.

그 외에도 국제 매매계약은 영문으로 체결되는 경우가 많고, 서식을 이용하여 자신들의 합의를 계약서 조항을 통하여 자세하게 규정한다. 영미법계 계약법 전통이 강하게 남아있다. 그래서 언젠가도 말하였지만, 판례법계국가인 영미법계 변호사들은 우리 성문 민법을 보면, 민사관련 헌법으로 느낀다. 계약에 관한 성문 민법이 없는 영미법계에서는 그래서 자세한 계약서를 작성하는 것이 보통이다. 그리고 계약 자문과 계약서 검토는 당연히 대형 로펌 변호사들의 째짤한 수입원이 된다.

물론 우리 민법 계약관련 부분은 대부분 임의법규이어서 당사자가 민법과 다른 합의를 언제든지 할 수 있지만, 요컨대 국가가 모범적 당사자를 기준으로 14개의 전형계약과 그 내용을 정하고 있다. top down 식 유럽대륙 지적 전통의 유습으로 보고 있다. 이에 대하여 판례법 국가는 법은 아니지만 권위있는 규범으로서 모범법을 제정하거나, 리스트이트먼트라는 형식을 통하여 대륙법계 전통을 따르고 있다.

이번 대선에 있어 후보자들은 자신들의 입당이나 공직 사퇴 등에 있어 내재하는 위험을 계산할 것이다. 또 언제 입당하고 언제 공직을 사퇴할지 전략회의에 바쁠 것이다. 일찍 입당하여 자리를 굳히자, 최재형 후보부터, 이제는 입당할 수 밖에, 윤석렬 후보, 나도 야권 당수이니 국민의 힘 후보가 정해 진후 입당을 하던지 정치협상을 통하여 단일화하든지 하자라는 안철수까지.

그런데 입당 시기나 공직 사퇴 시기가 얼마나 중요한 것인가에 관한 정

치 셈법은 복잡하다. 반면 매매 목적물을 언제 인도할 것인가에 관한 법원칙은 자명하다. 인도시기를 도과하여 인도하는 것은 국제거래법상 계약위반에 해당한다.

계약위반에 대한 구제에는 손해배상과 계약해제가 있는데, 손해배상 외에 계약해제를 구하기 위하여는 계약의 본질적 위반이 있어야 된다. 일반적으로 분할인도계약이 아닌 경우 매도인의 확정적 불인도는 본질적 계약위반을 구성한다. CLOUT case No.90 [Pretura circondraiale de Parma, Italy, 24 November 1989].

단순한 이행지체는 본질적 계약 위반이 되지 않는다. 그러나 당사자간에 이행기일에 관한 합의가 있는 경우나 계절성 상품의 매매와 같이 확정기 매매로서 이행기일의 준수가 중요한 때에는 이행지체만으로도 본질적 계약위반이 될 수 있다. Clout case No.277 [Oberlandesfericht Hamburg, Germany, 28 February 1997] Cotte di Appello di Milano, Italy, 20 March 1998, Unilex. 작금의 입당시거나 공직 탈퇴 시한 논란이 어떠한 경우에 해당하는지 정치 신의와 그 표준만이 알 것이다.

한편 유엔물품매매협약은 독일민법 부가기간제도(Nachfrist)를 본떠 매수인을 위하여 부가기간설정권을 규정하고 있다(협약 제47조 1항). 독일민법상 부가기간은 최고기간이라고도 불리우고, 당사자의 특별한 합의가 없는 한 법상 당연히 적용되는 제도인 반면, 협약은 의무불이행은 바로 계약위반을 구성하는 것을 원칙으로 하면서도 매수인의 선택에 따라 부가기간을 설정할 수 있게 하고 있다.

또한 협약은 매수인이 설정한 부가기간 내에 매도인의 물품을 인도하지 않는 인도불이행이 있는 경우에, 계약의 본질적 위반과 동일하게 취급하고 있다. 즉 매수인은 계약위반이 본질적인 것인가에 상관없이 계약을 해제할 수 있는 것

법과 생활

이다.

매매거래에 관한 가장 중요한 국제규범인 유엔물품매매협약에서는 대륙법계의 주관적 귀책사유제도, 즉 채무자의 채무불이행 요건으로 고의 과실을 요구하지 않으므로, 이를 보완하기 위하여 영미법상의 “계약의 본질적 위반(fundamental breach)”이라는 개념을 도입하고 있다(김선국, 2003).

즉 계약위반이 있는 경우 본질적 계약위반에 해당하는가 아니면 보통의 계약위반인가에 따라 법적 효과를 달리하고 있다. 언급한 바와 같이 계약의 본질적 위반이 있는 경우에는 계약해제가 가능하고 계약관계를 원상으로 돌릴 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 손해배상만을 청구할 수 있다.

유엔물품매매협약 제25조는 어떠한 경우에 계약의 본질적 위반에 해당하는가에 관해서 규정하고 있다. 즉 본질적 계약위반의 기준으로서 “기대되는 이익의 실질적 박탈”을 들면서, 상대방이 그 계약에서 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에는 계약의 본질적 위반이 된다고 한다.

다만 예견가능성 기준에 따라 계약의 본질적 위반이 되기 위하여는 위반한 계약당사자가 예견하지 못하였고 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우가 아니어야 한다.

언젠가 매체를 통하여 당이 원하는 야권의 대선후보 입당시기가 공표되거나, 여권 이재명 후보의 도지사 공직사퇴가 논란거리가 되었다고 하여, 이를 지체하고 있는 후보의 행위가 바로 계약의 본질적 위반이 되는 것은 아닐 것이다.

대선후보 선출이라는 집권여당이나 제 1 야당의 목적이 바로 박탈되는 것은 아니기 때문이다. 그러나 공당의 대선일정에 따라 공표된 입당 시한이 있었

다면, 부가기간의 도과 유사하여 정치 도의상 문제가 될 수 있다. 다만 법과 정치는 다르고, 유력한 후보의 경우 입당시한과 상관없이 환영받을 수 있지만, 법은 부가기간의 도과에 대하여 엄정하다. 나아가 법은 상당한 시간의 도과만으로도 묵시적 부가기간의 설정과 그 도과로 인한 계약해제를 인정하고 있다.

관련 중재판정을 보면, “당사자는 생산기계의 매매계약을 체결하였다. 대금지급방법에 관하여는 당사자는 매수인이 기계를 검사한 뒤에 매도인 명의로 신용장을 개설하기로 하였다. 매수인이 합의된 때에 신용장을 개설하지 못하였다. 3개월 반이 지나서 매도인은 계약해제를 선언하였다. 신용장의 개설이 지체된 것이 항상 본질적 계약위반이 되는 것은 아니나, 이 사건에 있어서는 매도인은 계약을 해제할 수 있다. 매도인이 계약해제를 선언하기 전에 몇 달을 기다린 사실은 협약 제63조에 의하여 이행을 위한 부가기간을 정한 것으로 볼 수 있고 매수인이 그 기간 내에 이행하지 않았으므로 매도인은 협약 제64조 제1항 나호에 의하여 계약을 해제할 수 있다.”

법을 공부하는 선생과 학생들의 밈(meme)은 정치가들의 밈과 꼭 같지는 않은 것 같다. 그런데 가끔 알 수 없는 정치 현상등이 신선함을 더한다. 유력한 당선가능성에도 불구하고 몇 개월 남은 지사직을 고집하는 것이 그 하나이다. 지사직을 가지고 대선을 치르는 것이 유리한가? 지사직을 이용하는 경우 공정한 경쟁이 보장되는가? 법에는 공직 선거의 경우 법이 정한 일정한 공직자들은 선거전 사퇴하도록 되어 있다. 사퇴를 하도록 법이 정한 공직자가 아니더라도 오해할 일은 피하는 것이 후보의 바른 길 아닐까?

이준석의 행위가 정권교체에 유익한 것인가를 묻는 시민들이 적지 않은 것 같다. 정치가들은 국민의 마음을 바라는 해바라기 같다. 그 해바라기의 대표 싱어 유익종이라는 이름처럼 정치가들은 유익한 종자이기도 하다. 정치는 그 사회의 가치를 지키고, 배분하는 역할을 하는 중요한 사회 현상이다. 우리는 오늘도 정치가들의 일거수 일투족을 통하여 배우면서 비판도 하고 나아가고 있다.

법과 생활

욕도 제일 많이 먹지만 결국 우리의 구심점이 되는 것이 정치적 공무원들이다. 또한 유익중 노래 “가장 빛나는 곳에서 가장 빛나는 목소리로”라는 노래의 주인공도 어찌면 정치가들이라 할 수 있다. 어찌면 이 대표의 행위는 정권교체라는 정략적 관점에서는 무익하거나 유해할 수 있어도 정당정치의 발전을 위하여 유익할 수도 있지 않을까?

법은 페어 차일드이다. 하느님의 아들 딸들에게 공정과 형평을 담보한다. 그래서 권위가 없는 법이나 법꾸라지가 판치면 세상과 하느님은 희롱당하고, 시민은 우롱당한다. 예컨대 대통령이 자신의 헌법상 권한인 사면권을 남용한다면, 중세사회 면죄부를 팔아 신의 뜻을 그르친 카톨릭 부패와 다름 없다.

우리는 이번 대선에서 후보나 정치 행위자들에게 기회를 균등하게 하고 있다. 중세에서 근대사회로 바뀌면서 신의 지위를 대신하게 된 법, 그래서 신이 갓(God)이라면 법은 페어 차일드(Fair child)라 하였지만, 이를 붙이면 Fairchild라는 서양사람 이름이 된다. 하느님의 아들 딸들이 출마한 이번 대선이 페어 플레이가 되기를 바라면서, 미 연방 제7항소법원 법원장을 지낸 Thomas Fairchild의 명구를 잠시 인용한다.

“...지금 시기는 범 세계적으로 정부들이 변화하고 있다. 동구 국가들의 자유와 민주주의를 향한 노력이 매우 인상적이다. 그러나 동구 국가들이 최근의 호기를 민주주의로의 전환을 위한 모멘텀으로 삼기 위하여는 가장 기본이 되는 시민사회의 자유를 보장하여야 한다. 물론 정치적 변화나 정부의 운영은 그 사회의 문화와 제도를 고려하여야 한다. 그러나 국가나 정부형태에서 기인하는 차이에도 불구하고, 정부가 시민의 자유를 보장하여야 한다는 기본원칙은 언제나 준수되어야 한다.”

물론 자유는 억압이 없는 상태, 공정하고 평등한 기회가 보장되는 사회에서 가능할 것이다. 또한 자유에는 책임이 따른다. 21세기로의 전환기 시나트라

독트린(Sinatra Doctrine)으로 동유럽이 자유민주주의 헌법을 가지게 되면서 세삼 자유와 민주주의가 재음미 되었다. 그 시절 페어차일드의 강의 구절은 어쩌면 오랜 군부 독재와 연성 사회주의에 식상한 한국정치를 상기시킨다.

수백명의 공산주의자들이 의회를 점령하고 있다고 폭로한 맥카시의 탄핵을 적극 추진하였던 페어차일드는 정치에 대한 중도적 시각에서 헌법주의와 법의 정신을 대변한다(Fairchild, 1940). 폭로정치나 일방적 매도 등 좌우 대립이 극심한 작금의 한국정치의 현실에서 시사하는 바 없지 않다. 그가 말한대로 이번 대선은 한국의 정치문화와 선거제도가 한단계 도약하는 계기가 되어야 할 것이다. 또한 책임을 전제로 진정한 시민사회의 자유와 평등을 실현할 수 있는 후보를 선출하여야 한다.

21. 아담 티끌(Adam Tickell)과 재미 펙(Jamie Peck)

드워프(dwarf)는 난장이를 의미하는 영어이다. 백설공주와 일곱 난장이 소설 속 난장이는 착하고 남을 돕는 선한 캐릭터로 묘사되지만, 현실 세계의 난장이라면 꼭 그렇지 않다. 키가 작고 신체적으로 정상인과 달라 드워프란 말이 “자 전쟁이야 드시우”라는 말처럼 들리기도 한다.

마치 전쟁이라도 난 듯이 가끔 불면의 밤이 찾아 오곤 한다. 한때 남북 갈등, 남남 갈등이라는 등 한국정치의 현실에 대하여 한마디씩 하곤 하였다. 한국에도 좌파 시대가 도래하면서 갈등이라는 말이 유행하고 있다. 개혁적인 좌파의 특질이라 새삼 갈등이론(conflict theory)을 들먹일 것 없이 인간이 접하는 장마다 갈등이 그 본질을 이룬다는 시각은 어쩌면 당연한 일이다.

지리학은 공간에 관한 연구이다(Bonnet, 2003). 이 때의 공간은 특정의 지리적 공간외에도, 추상적 의미의 공간을 포함한다. 가족이라는 공간, 직장이라는 공간, 학교라는 공간 등등 지리학자가 범주 지우는 개념하에 인간의 장을 의미한다. 언젠가 말한 경제학적 시장 개념이나 법학적 법원 개념과 유사하다.

자본의 착취와 인본주의에서 출발한 좌파 사상은 포스트 맑시즘에 이르러 사회 전반의 갈등과 해방을 추구한다. 요즘 유행하는 페미니즘 문제를 비롯하여 노동 문제, 도농간 격차 문제, 가부장제로 인한 차별과 갈등, 의사 간호사나 변호사와 세무사 등 유사직역간 차별과 갈등, 장애인과 비장애인간 차별과 갈등, 아동 착취문제 등 다양한 사회적 갈등이 이들의 주제이다.

인간사회는 다행히 이를 외면하고 있지 않다. 일례로 남녀 갈등과 이에 대응하기 위한 국제협약체제가 구축되어 있다. 남녀간 임금에서의 성차별을 금지하기 위한 남녀동일가치노동의 동일임금에 관한 1951년 협약, 임신부보호 강화

를 위한 1952년 모성보호협약, 고용과 근로조건에서의 성차별금지를 위한 고용과 직업의 차별에 관한 1958년 협약, 남녀근로자의 고용평등에 관한 1981년 협약, 야간근로에 대한 임산부의 임산부의 보호를 위한 1990년 야간 근로협약 등이 성에 의한 차별과 여성의 정당한 권리보호를 위한 결실이라 할 수 있다.

한편 아동에 관하여 유엔 아동권리협약이 있는데, 동 협약은 1989년 11월 20일 유엔총회에서 만장일치로 채택돼 1991년 한국이 가입하였고, 북한을 포함하여 세계 193개국이 비준한 다자간 협약이다. 협약을 보면 아동을 단순한 보호 대상이 아닌 존엄성과 권리를 지닌 주체로 보고 이들의 생존, 발달, 보호, 참여에 관한 기본 권리를 명시하고 있다.

즉 유엔 아동권리협약은 생존권, 보호권, 발달권, 참여권 등 4가지 기본권과 함께, 비차별(non-discrimination), 아동최선의 이익(Best interest to the child), 생존과 발달의 권리(The right to life, survival and development), 아동의견 존중(Respect for the views of the child) 등 4가지 기본원칙을 담고 있다. 국제사회에서 소외되어 있는 북한도 가입한 것은 협약이 좌우를 넘어 보편적 성격의 것이라는 것을 시사한다.

협약은 18세 미만 아동의 의사표시권이나 성적학대 금지 등 각종 아동기본권의 보장을 규정하고 있으며 이행에 관한 협약가입국의 최대한의 노력을 규정하고 있다. 2003년까지만 하더라도 아동권리위원회가 지적하듯이 유보부분이 남아 있고, 협약이행에 관한 전담기구가 설치되어 있지 아니하며, 관련 통계가 불완전하여 한국의 협약 이행상황은 충분하지 않다고 한다(박진완, 2010).

다행히 우리 법원은 비례의 원칙 등 법의 테두리 안에서 아동학대나 성착취 등에 관하여 엄중한 형벌로 대응 하고 있어 다행이라는 시민들이 많은 것 같다. 이러한 국제적 흐름은 남녀차별금지 및 구제에 관한 법률 등 입법적 노력은 물론이고 우리 법원에도 영향을 미쳐 남녀평등에 관한 진보적 판결들이 적지

법과 생활

않다.

우리 대법원은 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결에서, “종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습에 대하여...헌법을 최상위 규범으로 하는 우리의 전체 법질서는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 한 가족생활을 보장하고, 가족 내의 실질적인 권리와 의무에 있어서 남녀의 차별을 두지 아니하며....공동선조의 후손 중 성년 남자만을 종중의 구성원으로 하고 여성은 종중의 구성원이 될 수 없다는 종래의 관습은, 공동선조의 분묘수호와 봉제사 등 종중의 활동에 참여할 기회를 출생에서 비롯되는 성별만에 의하여 생래적으로 부여하거나 원천적으로 박탈하는 것으로서, 위와 같이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없으므로....”라고 하였다.

한편 역차별이 논의되듯이 성별에 의한 차별에 있어 남성을 차별하는 법제도가 문제된 사례도 있다. 며느리의 대습상속과 함께 사위의 대습상속을 인정하고 있는 민법 제 1003조 2항에 대한 위헌성 여부에 관하여 법원은 여러 가지 논거를 거시하면서 위헌성 주장을 받아들이지 않았다.

법원은 민법 제1003조 제2항이 입법형성의 재량의 범위를 일탈하여 행복추구권이나 재산권보장 등에 관한 헌법규정에 위배되는 것이라고 할 수 없다고 하면서, 그 근거로 첫째, 며느리에게만 대습상속을 인정하는 것은 남녀평등·부부평등에 반하고, 둘째, 헌법 제11조 제1항 성별에 의한 차별금지 및 헌법 제36조 제1항 혼인과 가족생활에 있어 양성의 평등의 보장, 셋째, 딸이나 사위가 친정 부모 내지 장인장모를 봉양, 간호하거나 경제적으로 지원하는 경우가 드물지 아니한 현실,

넷째, 혈족상속과 배우자상속이 충돌하는 문제에 있어 상속순위와 상속분은 입법자가 입법정책적으로 결정할 사항으로 입법자의 입법형성의 재량에 속하며, 다섯째, 상속순위와 상속분은 그 나라 고유의 전통과 문화에 따라 결정될

사항이지 다른 나라의 입법례에 크게 좌우될 것은 아닌 점, 여섯째, 피상속인의 방계혈족은 피상속인의 직계혈족과 지위가 달라 입법적으로 보호하여야 할 당위성이 강하지 않은 점 등을 들고 있다 (대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결).

특히 비교사법적으로 사위의 대습상속을 인정하고 있는 다른 나라의 입법례가 많지 않음에도, 우리 대법원은 사위의 대습상속을 적극적으로 인정함으로써 양성간 평등과 민주적 혼인제도의 보호라는 진보적 관점을 강조하고 있다.

우리 사회가 어느 때보다도 갈등의 장이 되어 가고 있는 것 같다. 화합하고 협동하는 우리 전통문화가 어느때 보다도 절실하게 느껴지는 한편, 레빈(Levin)이 말하였듯이 장애요소를 제거함으로써 갈등의 장을 변화의 장으로 만들어 갈 필요가 있다. 해빙(unfreezing)변화(changing), 재동결(refreezing)의 순환 과정을 통하여 인식을 개선하고 사회제도를 발전시켜 나아가지 않으면 건전한 자본주의 문화가 뿌리내리기 어렵게 된다.

드워프 같은 세상은 어찌면 다아윈이 말한 사회적 진화와 적자생존을 담보하기 위하여 겪지 않으면 안될 과정인지 모른다. 무엇인가 뜻을 세우고 자신의 목표를 향하는 자세는 아름답다.

필자 세대에 인기 있었던 나훈아와 조용필의 노래는 지금도 많은 사람의 사랑을 받고 있다. 흥시, 공, 내 삶을 눈물로 채워도 같은 나훈아의 명곡과 굽은 목소리의 보칼은 세대를 초월하여 사람들의 심금을 울린다. 바람의 노래, 그대 발길이 머무는 곳에 등 조용필의 노래 역시 마음을 적시는 명곡들이다.

작명의 관점에서 나훈아와 조용필은 우리 대학생들에게 희망을 시사한다. 조용히 철이 들어 학습에 매진하라는 의미로 느껴지는 조용필은 열심히 공부하여 우수한 성적으로 졸업, 상급학교에 진학한 학자의 길을 연상시킨다. 나훈아라는 이름은 황금추관이나 고시원에서 열심히 공부하여 고등고시 합격이라는 훈

법과 생활

장을 받고 국민을 위하여 봉사하는 엘리트 공무원을 연상시킨다.

이번 대선전 유력주자들은 학창시절 모두 나훈아나 조용필의 과정을 겪고 오랜기간 국민을 위하여 봉사한 경력을 갖고 있다. 물론 그래서 대통령에 출마도 하였겠지만. 누가 노래를 더 잘할까? 보수 야당의 대권경선에서 토론회 문제가 시끄럽다. 과거 학창시절처럼 멋지게 한곡 부르는 기분으로 임할 대선 경선 토론회가 여러 가지 배경 하에 정략적으로 왜곡되는 것 같아 시민들이 의아해하고 있다.

잔혹하게 이모에 의하여 살해된 아동, 양모의 학대 속에 죽어간 정인이, 신성한 군 병영에서 빈발하는 여군 성추행 사건 등 현대사회의 병리현상이 우리 사회에서 그대로 노정되고 있다. 여야를 막론하고 이번 대선 토론회에서는 우리 사회의 갈등과 사회문제에 대한 후보들의 시각이 잘 들어 날 수 있는 토론 프로그램 만들 필요가 있다.

“남남 갈등, 남북 갈등을 알아라”라는 하느님의 뜻인지, 무더위 삼복 더위 탓인지 밤에 잠 못드는 경우가 많다. 그럴 때마다 자신의 게으름을 질책하면서 그 시절 선생님들의 이름이 새삼스럽다. 교수와 학자의 길을 암시하는 재미 팩과 아담 티클이 그들이다. 필자가 20년전 퀸 메리 런던 대학에서 수학하면서 알게 된 재미 팩과 아담 티클은 우수한 인문사회지리학자들이다.

지리학은 공간을 연구하는 학문으로 왕립지리학회(Royal Geographic Society)라는 이름이 암시하듯이 국가 정책적으로 매우 유용한 학문이다. 특히 제국주의 시절에는 더욱 그러하였다. 두 학자 모두 영국에서 공부하였는데 재미 팩은 위스콘신 대학 지리학과에서 교수생활을 하였고, 지금은 캐나다 브리티쉬 콜롬비아 대학 교수이다. 아담 티클은 영국 출신의 학자로 브리스톨 대학 등 영국에서 교수생활을 하였고, 현재는 서섹스 대학 부총장으로 재직하고 있다.

학자들은 어찌면 드워프 같은 난장이이다. 그러나 무조건 싸움만 해서는 안된다. 아담 티끌이라는 이름은 뭔가 아이에게 담이 있어 믿음직스럽고, 글이라도 한 줄 써 티끌 모아 태산 같이 면려하는 자세를 말하는 것 같다. 그리고 그것은 바로 학자들의 자세일 것이다. 재미 펍은 “학이시습지면 불역열호아”라는 동양 속담과 같이 “공부하면 재미 있잖아”라고 외치는 것 같다. 펍은 쪼다는 의미이니 공부는 물론 기존권위를 논하고 비판하는 교수상을 전해주는 느낌이다. 영국이 아담이라면 미국에서 학자 생활을 하였으니 재미라는 이름인가?

무더위 속에 짜증이 나는 여름날 싱거운 글을 올려 어떨지 모르겠다. 그러나 어찌면 그 이름들은 교수나 학자를 넘어 우리의 현실인지 모르겠다. 이 무더위에도 한푼이라도 더 별기 위하여 노력하는 배민 배달원, 우체국 직원, 만보 걷기를 실천하는 80대 노인, 책상 위 수 많은 기록을 메모하는 법관과 변호사, 재형저축 통장을 매만지는 회사원, 정부를 비판하고 정의를 말하는 학생과 시민 등등.

신자유주의를 반대하는(anti-neoliberalism)를 지리학자들 이름을 들지 않더라도 공간을 연구하는 지리학은 민주주의나 정치와 관련이 깊다. 우리들의 어려운 삶과 노력이 헛되지 않고, 신중현의 아름다운 강산의 노래가 더욱 아름답게 들릴 수 있는 우리의 공간을 만들어 가야겠다. 그것은 대통령과 국회 같은 정치기관은 물론 정책결정자로서의 사법부, 언론과 학계가 나아가야 할 지상목표일 것이다.

몇해전 대표적 창조기업인 메디슨의 대표이사이신 이민화 선생님이 갑자기 작고하셨다. 그 분 이름을 상기하면 애국심이 저절로 생긴다. 우리 한국을 위하여 애쓰신 분으로 대부분 미국으로 유학을 가 박사학위자들이 활약하는 벤처의 세계에서 국내대학에서 공부하고 1999년 아시아 위크지 선정 아시아 리더쉽 20인에 뽑히기도 하였다. 국내대학의 우수성과 한국인의 재능을 뽐내신 분으로 이름대로 이민가지 않고 큰 성공을 거두셨다.

법과 생활

그 분은 조국에 화가 나 이민가거나 이민이 마치 꽃처럼 시샘 받는 세상이 되어서는 안되겠다는 본인의 이름을 빛내신 분이다. 무궁화는 대한민국 국화이다. 대한민국을 발전시키기 위하여 끝음 없이 화 내고 끊임없이 꽃 피도록 이번 대선에서 훌륭한 지도자를 선출하기를 바란다.

22. 두명의 학생(Taliban)과 말 지기(Afghanistan)

새 학기가 시작되었다. 그러나 WHO가 지정한 알파 베타 등 우려 변이 바이러스, 무라노는 관심대상 변이 바이러스까지, COVID-19는 수그러질 기세가 아닌 것 같다.

국제법을 가르치다 보니, 국가간 권리의무관계에 대하여 설명하여야 한다. 스페인은 영국에 대해 칠레의 피노체트를 인도하라고 할 권리가 있는가? 네덜란드는 미국을 상대로 필리핀 민다나오 섬 남쪽에 위치한 팔마스(Palmas) 섬에 관하여 영유권을 주장할 수 있는가? 프랑스는 영국에 대하여 정복왕 윌리엄이 노르만디 공이었고, 프랑스 왕의 신하였던 사실을 근거로 영불해협상 프랑스 인근에 위치한 일단의 도서 영유권을 주장할 수 있는가? 등등. 수 많은 국제법 판례들이 수업의 소재가 된다.

코로나 바이러스에 더하여 요즘 아프간 사태는 우리를 우울하게 한다. 한 학생이 국제법 총론시간에 얘기한 권리의무 주체에 관하여 질문한다. 반란단체나 민족해방운동 같이 과격하고 현지법상 불법인 단체들에 대하여 국제법이 권리의무의 주체성을 인정하는 이유는 무엇인가요?

아마도 질문을 한 학생은 요즘 아프간 사태로 인하여 부르카(burka)를 안 입은 여성을 살해하거나 린치하고, 아프간의 가수, 의사, 유명인들을 잔혹하게 살해하는 탈레반 같은 단체가 권리의무의 주체가 된다는 것이 의아한 것이다.

그러나 법은 권리만이 아니다. 법에는 의무와 책임이 따른다. 그래서 시민주권이 확립된 이래 근대법이 독일어 Recht, 불어의 Droit와 같이 권리와 법을 일체화하였지만, 사실 중세 이래 법은 의무 관점에서 이해하는 경우가 많았다. 요컨대 일정한 경우 국제법은 탈레반을 법상 권리의 향유자이지만 의무와 책임의 주체로 본다.

법과 생활

카불을 점령하고 대통령을 축출하면서 아프간을 실효적으로 지배할 수 있는 실체이므로 기존 아프간 정부의 권리 의무를 승계하게 된다. 소위 국가승계 현상이 발생하는 것이다. 아프간이 부담한 국가채무에 대하여 책임을 져야 하고, 아프간 정부가 주장할 수 있는 권리를 그대로 승계하여 주장할 수 있다. 한편 단순한 반란단체 시절, 아프간과의 수년간 전쟁에서 행한 잔혹하고 비인간적 행위에 대하여도 국가와 동일하게 국제법상 책임을 부담한다.

오랜 기간에 걸친 학자들의 노력으로 성안하였지만, 아직도 가입정족수 미달로 발효하지 못하고 있는 UN국가책임법 초안에 따르면 국가책임이 성립하기 위해서는 문제의 행위를 국제법상 국가에 귀속시킬 수 있어야 하며, 또한 그 행위가 국가의 국제의무 위반에 해당해야 한다 (동 협약 초안 제2조).

국가책임의 성립 여부는 국제법에 의해 결정되고 (제 3조), 국가의 새 정부를 구성하는 데 성공한 반란단체의 행위는 국제법 상 그 국가의 행위로 간주된다 (제10조). 또한 협약 초안 제 9조에서는 공공당국의 부재 또는 마비 상태에서 정부권한의 행사가 요구되는 상황에서 개인 또는 집단이 사실상 그러한 권한을 행사하였다면 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다 (제9조). 여기에서 탈레반의 행위는 협약 초안 제9조나 제 10조에 해당할 가능성이 크다.

바이든 행정부의 철군행위에 대하여 국내적 국제적으로 여러 평가가 나오고 있다. 이스라엘의 총리는 미국에 안보를 의지할 수 없다고 하고, 트럼프는 자신의 미국 패권과 외교적 과단성을 뿌듯해 하고 있다(Madsen, 1998).

국내적으로는 바이든 대통령의 탄핵까지 거론되고 있다 한다. 미 민주당 정부의 진보적 이념 성향이 약육강식의 국제사회에서 수난 받고 있다. 물론 미국의 희생을 최소화하려는 바이든 행정부의 철군 결정은 하나의 정책적 옵션이 될 수 있지만, 그로 인한 파장을 어떻게 수습할지 많은 이들이 우려와 함께 지켜보고 있다.

테러와 미국의 보복이라는 악순환이 계속될 가능성도 배제할 수 없다. 국제사회는 역시 현실주의적 렌즈에 의할 때에 설명하기 쉽다. 아프간의 몰락은 스스로 국가를 수호하려는 의지가 없으면 얼마나 무력하게 멸망할 수 있는가를 보여 주는 한 사례가 된다.

국제사회를 현실주의적 렌즈로 본다는 것은 국제정치적 방법론이다. 언젠가 *noo politics, biopolitics*에 대하여 언급하였지만, 그와 달리 현실주의 국제정치학에 의하면 군사전략이나 국가간 역량 비교, 관련국 정치이념, 정치적 상황, 사회 문화적 특질 등 여러 변수를 통하여 전쟁의 추이 등 국제관계의 발전을 진단 예측한다.

보통 국제법은 이상적 국제정치론에 기반한다고 보지만, 그것이 현실과 무관한 것은 아니다. 아프간 사태와 관련하여 세가지 시나리오를 생각해 볼 수 있다.

첫째는 유고내전과 같은 국제형사법적 차원의 문제로 발전할 가능성이 있다. 미국의 반격으로 새로운 전쟁상황으로 발전하여, 연합국의 승리와 함께 전범자들을 형사처벌하는 케이스이다. 미국의 희생을 최소화하고, 무력행사금지의 원칙과 같은 20세기 평화적 국제법 체제 하에서 진보적 성향의 바이든 민주당 정부가 이러한 옵션을 택할 가능성은 희박하다.

물론 빈 라덴이나 사담 후세인의 경우와 같이 테러리스트나 전범자들을 추적하여 제거하는 옵션도 있을 수 있으나, 이는 자위권 또는 자구행위나 복구행위 유사한 자연법적 정의의 차원의 문제가 될 뿐이다. 유고 내전은 유고보스니아-헤르체고비나의 영토 분할을 둘러싼 민족간 대립에서 인종청소라는 이름으로 일으킨 내전이다. 세르비아인들의 비인도적 잔학행위로 유명하다.

유고형사재판소는 로마협약으로 성립한 국제형사재판소와 달리 1991년

법과 생활

이후 유고 내전 전범자들을 처벌하기 위하여 설립된 특별형사재판소인데, 두산 타디치, 라디슬라프 크르스티크, 슬로보단 밀로세비치, 라도반 카라지치, 밀란 밀 루티노비치 등 80여 명을 기소하고 처벌하였다.

1993년 5월 UN 헌장 제7장에 규정된 국제평화와 안전을 유지하기 위한 비상권한에 근거해 설치되었으며, 재판소의 관할권은 일반형사재판소와 달리 제네바 조약 위반, 전쟁범죄, 인종학살, 반인륜범죄 등으로 제한되어 있고, 궤석재판과 사형선고는 금지된다.

둘째로, 전범자의 형사처벌이 가장 직접적이고 원래적인 국제법상 대안이라면, 새로운 전쟁을 통하여 개인의 형사처벌에 이르지 못하더라도, 아프간 정부를 승계할 가능성이 농후한 국가인 탈레반(물론 법상 피소국은 아프간 정부가 된다)을 상대로 국제책임을 추궁할 수 있다.

이때 탈레반을 지원한 외국이나 탈레반과 상관없는 폭도들의 행위에 대하여 책임을 추궁할 수 있는가가 문제된다. 이에 관한 선례로 니카라과 반군 사건과 이란 미 대사관 점거 사건을 들 수 있다. 콘트라 반군 같은 사인이나 민간단체의 행위는 국제책임법상 국가행위로 귀속되지 않는다.

그러나 사인이나 민간단체가 사실상 국가의 지시에 의하거나 국가의 감독 또는 통제에 따라 행동하였다면 국가책임의 한 요건인 국가행위가 될 수 있다. 이 때 국가는 상당한 정도의 통제권을 행사한 경우이어야 하고, 니카라과 반군 사건에서 미국 정부처럼 종속관계나 원조라는 상황만으로 미국의 행위가 될 수는 없다.

즉 반군의 활동을 일반적으로 통제(General control)했다는 이유만으로 미국의 책임이 성립하지 않으며, 미국이 콘트라반군을 실효적으로 통제(effective control)하였다는 점이 입증되어야 한다(Nicaragua v. United States, 1986 ICJ

Report).

한편 탈레반의 반란과 아프간 내전 과정 중 폭도들의 불법행위에 대하여 국제책임을 묻는다면, 이란 회교혁명시 시위대의 테란 주재 미국 대사관과 지방 도시의 미국 영사관을 점거하고 미국인 52명을 인질로 삼은 미국과 이란간의 대사관 점거사건을 참고할 수 있다.

이란 대사관 점거는 444일간 지속되었으며, 주된 행위자들은 정부와는 상관없는 자들이었다. 그러나 이란 정부는 미국 공관을 절절히 방어하지 않았고, 사건 발생 2주후 실질적 지도자인 호메이니는 미국 대사관의 점거를 계속하라고 승인하였다.

동 선례에 비추어 아프간 사태의 경우 미군 철수 후 대통령 궁을 장악하고 아프간을 실효적으로 지배할 수 있었던 시점 이후에는 새로운 탈레반 정부가, 그 이전에는 몰락한 아프간 정부가 국제책임을 질 가능성이 크다.

즉 협약 초안 제 9조에는 공공당국의 부재 또는 마비상태로서 정부권한의 행사가 요구되는 상황에서 개인 또는 집단이 사실상 그러한 권한을 행사하였다면, 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다고 규정하고 있다.

공향의 안전과 수비가 요구되는 상황, 아프간 지역에서의 공안 등이 요구됨에도 탈레반의 민간인 공격 등이 감행되었다면 제 9조의 국제책임을 성립할 수 있다. 또한 이란 대사관 점거사건에서와 같이 국가의 불법행위에 대한 승인이 성립하여 시위대나 반란군이 행위가 국제책임법상 아프간의 국가기관의 행위가 될 수도 있다(United States v. Iran, 1980 ICJ Reports 3).

셋째는 피해에 대하여 특별재판소를 설치하여 국가간 청구나 개인의 피해 구제에 대하여 보상하는 방법이다. 이러한 방법은 제 3국의 국제중재에 의한

법과 생활

것으로 민사법적 개념에 입각해 있다는 점에서 앞 서본 국가책임과 구별된다. 한 일간 위안부 논란이나 강제징용 사건을 해결하는 한 방안으로 생각해 볼 수 있다. 이란-미국간 청구권 특별재판소는 1981년 알제리 선언으로 구체화되었는데, 재판소는 네덜란드 헤이그에 소재하고 있다.

이란 대사관 인질사건으로 인한 개인과 국가들의 피해에 대한 손해전보를 다루는 특별재판소로 9인의 중재관으로 구성되는데, 3인은 이란, 3인은 미국, 나머지 3인은 중립적 제 3국에 의하여 임명된다. 1982년 1월 19일 성립되었고, 약 1년 후 새로운 청구를 받지 않았으며, 약 4,700건의 청구권 문제를 해결하였다. 배상이 명령된 청구권 액수는 35억 달러에 이른다. 2014년 모든 사적 청구권 문제가 해결되었고, 약간의 국가간 배상 문제가 계속되어 있다.

이란-미국간 특별재판소는 역사상 가장 중요한 중재재판소로 불리우고 있으며, 그 결정은 투자자 국가간 중재소송과 국가책임법 영역에서 영향력있는 중재기관의 판정으로 인정받고 있다. 알제리 선언에 기초하여 동 특별재판소는 세가지 유형의 청구에 대하여 관할권을 행사할 수 있다.

첫째, 채무와 계약관계 및 소유권에 영향을 주는 국가조치로 인하여 발생하는 이란을 상대로 한 미국인의 청구와 미국을 상대로 한 이란인의 청구가 그것이다. 둘째, 상품과 서비스의 구입과 판매에 관한 미국과 이란 정부간 청구권 문제를 관할한다. 셋째, 알제리 선언의 해석과 이행에 관한 양국간 분쟁을 관할한다.

마지막으로 은행간 특정 청구권 분쟁을 심판한다. 알제리 선언의 최후 합의는 미 인질의 석방 조건으로 미국은 미 국내법정에서 이란 정부에 대한 청구를 인정하여서는 안되며, 미국내 이란정부와 이란인의 자산에 대한 동결명령을 철회하여야 한다.

또한 미국인에 의한 이란과 이란 국영기업에 대한 기존 민사적 청구는 이란-미국간 특별재판소에 의하여 해결될 것이며, 이란과 미국의 국내법정이나 다른 어떠한 재판소의 관할권도 인정되지 않는다.

즉 배타적 전속적 관할권을 설정하고 있다. 레이건 행정부에 의하여 합의된 알제리 선언에 대하여 위헌소송이 제기되기도 하였는데, 미 대법원은 합헌 판정을 한 바 있다(Dames & Moore v. Regan, 1981).

사뮤엘 헌팅턴이 문명의 충돌을 말한 바와 같이 중동지역은 서방국과 이슬람 세력간 알력이 심한 지역이다. 중동지역의 정치문화는 복잡한 여러 요소로 인하여 이해하기 힘들다. 일반적으로 이슬람 문화의 전성기를 구가한 오스만 투르크 제국의 해체와 함께 다양한 갈등과 분쟁이 빈발하는 지역이다.

첫째, 알라신을 유일신으로 숭배하는 이슬람은 이들의 정신세계 그 자체이다. 즉 알라신과 이슬람지도자는 호메이니 이란 대사관 점거사건에서 보듯이 자유민주주의 국가의 헌법에 비견될 정도로 최고의 존재이다. 또한 사회주의 국가의 맑스-레닌이나, 모택동 사상과 같은 역할을 한다.

언젠가 논문지도교수로 말레이시아에서 유학와 헌법을 전공한 여학생을 제자로 둔 적이 있는데, 말레이시아 역시 이슬람 국가이어서 헌법개정에도 많은 영향을 미친다고 한다. 이슬람 국가의 헌법은 코란에 위배되어서는 안되고, 따라서 이슬람의 교리는 헌법의 상위에 있으며, 이슬람의 지도자는 헌법 상 모든 국가기관에 우월하고 지도적 지위에 있게 된다.

요컨대 중동지역 국가의 정체 또는 국체는 신정국가(theocracy)로서 규정되어 질 수 있다. 미국이나 영국, 프랑스와 같은 서구 자유민주주의 국가도 아니고, 구 소비에트 사회주의 연방과 같은 노동자 중심의 인민민주주의 국가도 아니다.

법과 생활

민주주의는 구체제, 소위 앙시앵 레짐(ancien regime)을 혁명으로 무너뜨리고 자본가 계급의 자유와 생명 재산을 보호하기 위한 헌법국가를 탄생시켰다. 시장의 자유와 인권사상은 그들의 핵심적 가치이다. 시장과 경제에 대한 다른 시각은 또 다른 유형의 민주주의를 탄생시키는데, 이를 노동자계급이 주축이 되는 인민민주주의 국가라 할 수 있다.

중동 지역 국가들은 종교국가로서의 특질을 가져 이러한 서구 민주주의가 뿌리내리기 어려운 원인을 제공한다. 경제적 정치적으로 카토릭이 중심이 되는 제 1세계, 소위 서방국가는 자유민주주의, 그리스 종교회가 중심이 되는 제 2세계, 소위 서구 사회주의 국가는 공산주의 체제를 시행하고 있는데, 이슬람의 경우에는 종교가 정치나 경제에 우선하는 특이한 경우이다.

특히 시장과 경제는 시민들의 기본 공교육을 통하여 가능한데, 유일신 알라신의 절대적 숭배와 여성에 대한 편견과 무지는 공교육제도와 충돌하기 십상이고, 이는 이슬람 종교로 인하여 불가피하다. 이 대목은 과거 군사정권 시절 우수한 관료와 인적 자원을 바탕으로 국가적 도약을 이룩해 낸 우리의 경우와 대비된다.

1919년 아말루나 칸 왕은 아프가니스탄의 주권과 독립국가로서의 지위를 천명하고, 소련, 독일 바이마르 공화국과 외교관계를 맺어 근대국가로서 출발하였다. 1923년 초등교육의 의무화와 노예제 폐지를 담은 헌법을 공포하고, 칸 왕의 부인인 여왕 소라야 타지는 여성 교육을 진작하고 여성에 대한 박해를 줄이는데 많은 노력을 기울이게 된다.

아프가니스탄의 입헌군주제는 1978년 PDPA (Democratic Party of Afghanistan)라 불리우는 사회주의 혁명세력에 의하여 전복되고, 많은 사회주의 정책들이 시행되다가, 결국 정국은 내전 상황으로 접어들게 된다.

무자하이딘(mujhahideen)이라 불리우는 모택동 계열 게릴라들의 소비에트 사회주의 세력이라 할 수 있는 아프가니스탄 인민공화국에 대한 반기로 내전은 파키스탄까지 개입하는 대리전 양상으로 발전한다. 1980년 인도의 핵실험 성공이 미국과 그 우방국 파키스탄, 그리고 중국을 자극하게 되고, 아프간 정부는 소련 인도와 연합하여 무자하이딘 세력을 견제한다. 한편 이 무렵 소련의 아프간 침공이 일어나게 된다.

무자하이딘 계열의 게릴라 지도자들의 대부분은 탈리반의 지도자이기도 하다. 이 시기 아프가니스탄은 세계 최 극빈국에서 국제 테러의 본산(international hotbed of terrorism)으로 탈바꿈하게 되고, 빈 라덴 같은 테러리스트의 은신처가 되기도 한다. 아프가니스탄은 19세기까지만 해도 러시아 제국과 영국 영향력 하에 있던 인도간의 세력다툼의 완충지 역할을 하는 국가(buffer state)였다. 1919년 제 3차 영-아프간 전쟁이 종식되고, 앞서 본 대로 아프간은 독립국가가 되어 입헌군주제 국가인 아프가니스탄 국가로 국제사회에 등장한다. 1973년 자하르(Zahir)왕정이 전복되고, 공화정이 성립되는데, 1978년 제 2차 쿠데타로 사회주의 국가가 등장하게 된다.

사회주의 체제를 둘러싼 아프간 내정의 혼란으로 1980년 소련-아프가니스탄 전쟁이 발발하고, 제 1차 내전 (1992-1996), 제 2차 내전 (1996-2001)을 거쳐 2001년 미국의 아프간 침공이 있기 전 아프간의 대부분의 지역을 중국계 사회주의 세력인 탈리반이 장악하게 된다. 탈레반의 5년에 걸친 전체주의 독재는 2001년 미국의 침공으로 종식되고, 결국 탈레반은 아프가니스탄에서 축출되게 된다. 그후 2021년까지 21년간에 걸친 내전은 결국 탈레반의 카불 장악으로 현 사태에 이르게 된다.

오스만제국의 옛 영화와 절대신 알라신의 가르침이라는 정신세계에서 시장과 경제, 노동 같은 문제들은 이들의 관심사가 아니다. 어찌면 자유주의와 사회주의, 좌우의 대립보다도 잔혹한 문명간 갈등 양상이 벌어지고 있는 것이다.

법과 생활

국제정치와 세력균형은 합종연횡이나 분열과 지배(divide and rule)같은 외교정책으로 이어진다.

한 시대 스페인 이베리아 반도와 유럽 북동부 지역까지 위명을 떨쳤던 오스만 제국은 제 1차 세계 대전이 협상국의 승리로 끝나면서, 러시아, 프랑스, 영국 세력의 정략적 대상이 되었고, 싸이크스-피코(Cykes-Picot)협정이 맺어지면서 해체의 길을 걷게 된다(Berdine, 2018). 역사적으로 반복되어 온 세나라간 대립과 동맹이 오스만 제국의 해체를 눈 앞에 두고 연합하게 된 것이다. 이협정은 이슬람 국가들의 반서방주의를 확고하게 한다. 따라서 이들 지역의 국가들은 자유주의건 사회주의건 시장이나 민주주의에 대하여 친하지 않는 문명이 되고 말았다.

민주주의와 시장경제체제는 새삼 WTO를 말하지 않더라도 국제사회의 평화와 번영의 전제조건이 되고 있다(Lang, & Scott, 2009). 자유교역과 물질적 번영은 갈등의 소지를 없애고 공존 공영할 수 있게 하기 때문이다. 아프가니스탄은 가난한 과거를 청산하고 소련식 사회주의나 중국식 사회주의를 통하여 세계 체제에 편입하려다 결국 실패하였다. 아프가니스탄이라는 국명의 기원은 호스맨(horseman), 즉 말을 기르는 사람(horse breeder)라는 의미를 가지고 있고, 탈레반은 배움의 상징인 학생(students), 특히 복수가 되어 두명의 학생을 의미하는 단어이다.

가난과 주먹구구식 삶의 상징인 호스맨이라는 의미의 아프가니스탄이 결국 탈레반에 의하여 지배되게 되었다. 과거 혼란했던 사회주의 실험의 역사를 딛고 이들이 어떠한 국가를 건설할지 국제사회는 주목하고 있다.

모택동이 농경제에 바탕한 중국식 사회주의를 건설한 것처럼, 초창기 중국의 여건과 비슷한 농경제 국가인 아프가니스탄으로서 중국 친화적 사회주의 국가로 발전할 가능성이 크다. 학생이라는 이름의 탈레반이 무엇을 생각하고 있

을지 궁금한 대목이다.

탈레반의 향후 진로는 주변 강대국들의 이해관계와 세력균형을 무시하고 생각하기 어렵다. 탈레반 역시 아프가니스탄의 역사를 무시하지 못할 것이다. 민주주의와 시장경제의 건설은 시민에 대한 보편적 공교육과 함께 국방여권이 틀실해야 한다. 탈레반은 이번 카불 점령과 아프간의 완전한 장악으로 수십조 달러에 이르는 서방 무기를 획득하였다 한다.

그리고 아프가니스탄의 역사는 아이러니컬하게도 미국의 무기 수출과 통제에서 비롯되었다(Runion, 2017). 1954년 미국은 파키스탄에 무기를 수출하면서, 아프카니스탄에 무기를 수출하는 경우 미국의 우방인 파키스탄을 공격할 우려가 있는 것으로 판단하고, 아프가니스탄의 무기구입 제안을 거절하게 된다.

미국의 이러한 무기구매 제안의 거부는 냉전이라는 국제정치상황에서 중립적 성향의 국가로 분류되었던 아프가니스탄을 인도와 소련 친화적인 국가로 만든다. 한편 1962년 중국과 인도간 국경 전쟁이 중국의 승리로 끝나면서, 중국과 파키스탄은 연합하게 되고, 아프가니스탄은 인도와 소비에트 연방에 더욱 친화적인 국가가 된다.

그러던 중 소련-아프가니스탄 전쟁이 발발하면서 합종 연횡의 그림이 나타나게 되는데, 1978년 Saur 혁명으로 왕정을 무너뜨리고 소비에트식 사회주의 정부를 세운 PDPA에 대하여 mujahhideen이라 불리우는 다양한 이슬람 세력 연합이 미국과 파키스탄의 지원하에 반기를 들게 된다.

소련과 아프가니스탄간 전쟁은 냉전시대 대표적인 대리전으로 소련과 인도, 아프가니스탄 사회주의 정부와 pro-mujahhideen 국가들인 미국, 파키스탄, 사우디 아라비아, 중국, 영국, 무자하이딘 등이 편을 갈라 전쟁을 수행하였다. 지금은 미중간의 경쟁이 국제정치의 화제이지만, 당시만 해도 새로운 사회주

법과 생활

의 대국이었던 중국이 지금과 달리 미국 편에 서게 된 것은 어제의 친구가 오늘의 적이 되는 국제정치의 단면을 보여 준다.

아프간 침공의 여파는 소비에트 연방의 운명에도 영향을 미쳤다는 것이 국제정치학자들의 견해이다. 소련-아프간 전쟁 얼마 후인 1991년 고르바초프는 시나트라 독트린을 통하여 소련은 사회주의 중주국으로서의 역할과 지위를 내려 놓겠다고 선언한 바 있다.

민주주의와 시장경제라는 시스템 수출이 어려운 나라들이 모여 있는 중동지역은 결국 세계의 화약고가 되고 말았다. 민주주의 과잉도 문제지만, 민주주의의 결핍은 독재가 횡행할 수 있고 인권은 경시되게 된다. 특히 탈레반과 구별되고 구 이슬람제국의 부활을 꿈꾸는 과격 이슬람 단체 IS까지 창궐하면서 중동 지역은 종교와 시스템의 불협화음으로 국제사회의 골칫거리가 되고 있다.

학생과 말 기르는 사람이라는 의미의 탈레반과 아프가니스탄 얘기를 하면서, 행복했던 1980년대 법과대학 학생 시절이 새삼스럽다. 마침 소련과 아프가니스탄 전쟁이 발발한 시기 무렵 대학을 다녀 그런지, 탈레반 사태는 어려웠지만 정 많게 살았던 학생시절을 회상하게 한다. 이제는 지방대학의 교수가 되어 대한민국 민주주의 동량을 기른다는 사명으로 살고 있다.

우리 시절 법과대학 유명교수나 유명변호사들은 학생들 입방아의 대상이었다. 사적인 담화와 농담은 무료한 시간 속에 충전제이기도 하였다. 당시 민법 교수인 김중환 선생님은 한국을 증오하나? 그 동생이신 김홍한 국제변호사는 한국의 흥부인가? 하면서 웃던 시절. 이제는 늙어보니 김중환 교수의 이름자가 마치 무엇을 조금이라도 보태려는 자세, 증손녀를 사랑하듯이 자애로운 이름 같다.

당시 사고로 운명을 달리하신 강구진 교수님과 김영무 국제변호사님 간

의 동기에도 화제가 되었다. 하버드 로스쿨에서 각각 법학 학술펙위(SJD)와 법무 실무학위(JD)과정을 이수하고, 학위 목적에 걸맞게 학자와 변호사로서 대표적 길을 걸은 두 선배 이름은 후배들의 앞 길을 시사하는 것 같다.

교수직의 후배들은 강구진 교수님 이름처럼 힘내어 진리를 구하고, 로펌의 변호사들은 김영무 변호사님 이름처럼 액션 잉글리시(Action English)로 무장하여 국제화된 현실에서 시장경제와 민주주의에 기여하고 법을 실천하여야 할 것이다. 선배 교수나 원로 변호사들은 마치 좀비 영화속 좀비들의 행렬처럼 묵묵히 앞서 걸어가는 좀비 같다. 우리는 어쩌면 그들을 따르는 좀비일지 모른다.

아니면 stairway to heaven 이라는 노래처럼 하늘로 향하는 계단의 앞서 간 선현들일까? 김중환 교수 이름을 실천하듯이 폐북글이라도 하나 더해 보자? 빈곤을 상징하는 호스맨 아프가니스탄, 마치 좌우의 이념대립을 상징하는 듯 두명의 학생이라는 이름의 탈레반을 생각하다 보니, 벌써 시나브로 고즈넉한 주말 저녁이 되어 버렸다.

23. 헨젤(Hansel)과 그레텔(Gretel)

비가 오고 흐린 날씨가 계속되는 가운데 마치 철학자라도 된 듯이 가라앉은 기분이다. 그래서 그런지 대선전 이전투구는 더욱 심해지는 모양이다. 얼마전 점심 후 잠시 짬이 나 드라이브를 하는데, 비가 오고 흐린 날씨가 계속되는 가운데 안개가 끼어 마치 중국의 선계 같이 변한 산중을 지나오면서 참 아름다운 강산이구나 내심 연신 감탄하였다. 비 내린 후 안개 낀 산중은 겸재 정선이 그린 한폭의 수묵산수화를 연상시킨다. 작은 나라 한반도만 해도 이렇게 아름다운 곳이 많은데, 중국이나 미국 같이 큰 나라들을 생각하니 정말 세상은 신비로운 곳이라는 느낌이 든다.

10여년전 동료 교수들과 중국 여행을 하면서 다녀본 장가계가 생각나기도 하고, 도연명이 말한 무릉도원이 이런 곳인가 감탄이 절로 났다. 이러니 방송대학 중국 한시기행, 죽기전에 꼭 한번 봐야 할 비경 같은 일본 TV 프로그램이 만들어진 것 아닌가 한다. 하긴 PC를 키면 제일 첫 장면으로 세계 곳곳의 비경이 뜨는데 너무 아름다워 장소 설명을 확인하곤 하니, 자연과 절경은 사람을 끄는 마력을 가지고 있는 것 같다.

그럴 때면 혹시 여행의 기회가 있을까 하여 남아공, 스웨덴, 인도, 남아메리카, 호주 등등 나라와 지역 이름을 메모 해두기도 한다. 세상이 발전하고 각박해지면서 자연친화적 삶을 사는 사람들이 많아진 것 같다. 권장할 일이다.

요즘 세상의 화제거리는 여당 대선후보인 이재명 경기도 지사가 연루되었다는 화천대유라는 이름의 자산관리회사이다. 모 경제일간지 기자가 주도하여 설립되었다는 위 회사가 성남시 대장동 지역 개발사업 관련하여 민간사업자를 선정하고 사업을 시행하면서 어떠한 비리가 있지 않았는지 철저한 수사를 요구하는 목소리가 커지고 있다.

성남시와 이재명 후보는 동 개발사업으로 독점이익을 보장받으면서 시 재정을 업그레이드 하였다고 자찬하고 있다. 돌이켜 보면 시민 도민에 대한 재난 지원금 정책 등이 그러한 배경 하에 자신감있게 추진된 것인지도 모르겠다. 놀라운 것은 비리 의혹에 고위직 판검사 출신의 법조인과 사회유력인사들이 관여되어 있다는 것이다.

국민들이 뉴스를 접하면서 생경한 것 중 하나가 관련된 회사들 이름이다. 무슨 중국 무협지를 읽는 것 같이 느껴지게 하는 화천대유나 천화동인은 사실 주역의 궤에서 나온 말이다. 화천대유의 화천은 하늘의 불, 즉 태양을 의미하고 대유는 크게 만족하고, 크게 얻는다는 뜻이 되며, 천화동인의 천화는 불이 하늘을 밝힌다는 뜻이고, 동인은 함께하는 사람, 즉 사람 간 협력을 의미한다.

이러한 이름은 묘하게 정부, 법조전문가, 시장과 경제를 잘 연결시켜 준다. 지역개발사업은 사업성과 공공성이라는 두가지 원리 속에서 행하여진다. 사업성과 공공성의 기준이 모호한 가운데, 법조전문가들의 자문은 결정적 역할을 하는 경우가 많다. 이러한 자문은 어떠한 유형제도 아니고, 보통의 서비스와도 성격상 차이가 있다. 마치 독한 각테일 키스 오브 파이어(kiss of fire)와 같은 위력을 발휘하면서, 그 대가는 자문을 주는 사람의 네임 밸류나 화려한 경력에 비례하여 천문학적인 숫자가 될 수 있다.

이러한 배경하에 50억 퇴직금, 수백억 빌딩 쇼핑 등 의혹이 커지면서 일부 유튜버들은 김만배라는 비리의혹 핵심인물의 이름을 빗대 만배로 늘려준다고 비아냥거리기도 하고, 어떤자는 이미 1000억을 벌어서 미국으로 도피하였다는 소문을 만들기도 한다.

키스 오브 파이어, 법률지식과 화려한 경력의 배경은 아마도 하늘이 되었으리라. 또 그 위력은 불과 같았을 것이고, 그 네트워크는 유력인들의 협력체이어서 결과는 창대하였으리라. 화천대유(火天大有)나 천화동인(天火同人)이 의미

법과 생활

하는 바와 딱 맞아 떨어지지 않는가?

대학을 졸업하고 친구들이 많이 결혼하던 1990년 무렵 피로연에서 키스 오브 파이어와 함께 신랑 신부의 복과 행운을 비는 패키지 상품이 많았다. 그러던 것이 이제 화천대유 천화동인이 된 것인지 재미있는 세상이다. 1980년대 대학 시절 도서관 휴게실에서 주고 받던 얘기들이 떠 오른다. 그 중 하나가 신도의 병을 고쳐준다고 하면서 거액의 대가를 취한 사이버 교주의 행위를 어떻게 볼 것인가 하는 것이다.

그러한 교주의 행위는 당연히 사기죄로 처벌하여야겠지만, 산업구조의 고도화 직역의 다변화, 시장의 변화와 발전으로 어떤 경우에는 사기와 거래 또는 투자를 구별하기 어려운 경우가 많다. 무엇보다도 사기와 거래 또는 투자를 구별하는 기준으로 기망행위나 거래 상대방의 인식이 고려되어야 한다.

사기죄의 피해자는 기망행위로 인하여 속아서 일정한 처분행위를 하여야 하는데, 이때 피기망자가 처분행위의 의미나 내용을 인식하지 못하였으나 피기망자의 작위 또는 부작위가 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위로 평가되는 경우 사기죄의 처분행위에 상응하는 처분의사가 인정되고 사기죄가 성립하는지에 관하여 다툼이 있다(박상욱 & 김대휘, 2020).

우리 대법원은 피고인 등이 토지의 소유자이자 매도인인 피해자 갑 등에게 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 근저당권설정계약서 등에 서명·날인하게 하고 인감증명서를 교부받은 다음, 이를 이용하여 갑 등의 소유 토지에 피고인을 채무자로 한 근저당권을 을 등에게 설정하여 주고 돈을 차용하는 방법으로 재산상 이익을 취득하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기) 및 사기로 기소된 사안에서 다음과 같이 실시한 바 있다.

“피기망자가 행위자의 기망행위로 인하여 착오에 빠진 결과 내심의 의

사와 다른 효과를 발생시키는 내용의 처분문서에 서명 또는 날인함으로써 처분 문서의 내용에 따른 재산상 손해가 초래된 경우, 피기망자의 행위가 사기죄에서 말하는 처분행위에 해당하며....나아가 피기망자가 처분결과, 즉 문서의 구체적 내용과 법적 효과를 미처 인식하지 못하였으나 처분문서에 서명 또는 날인하는 행위에 관한 인식이 있었던 경우, 피기망자의 처분의사가 인정된다....사기죄에서 피기망자의 처분의사는 기망행위로 착오에 빠진 상태에서 형성된 하자 있는 의사이므로 불완전하거나 결함이 있을 수밖에 없다. 처분행위의 법적 의미나 경제적 효과 등에 대한 피기망자의 주관적 인식과 실제로 초래되는 결과가 일치하지 않는 것이 오히려 당연하고, 이 점이 사기죄의 본질적 속성이다. 따라서 처분의사는 착오에 빠진 피기망자가 어떤 행위를 한다는 인식이 있으면 충분하고, 그 행위가 가져오는 결과에 대한 인식까지 필요하다고 볼 것은 아니다”라고 판시한 바 있다(대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결).

이 전원합의체 판결에는 대법관 이상훈, 대법관 김용덕, 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상욱, 대법관 이기택의 반대의견이 있다. 반대의견은 사기죄와 절도죄의 본질을 타인손상범죄와 자기손상범죄로 구별하면서, 피해자가 자신의 재산과 관련하여 무엇을 하였는지조차 전혀 인식하지 못하는 모습의 사기죄는 자기손상범죄로서의 본질에 반한다고 보아 사기죄의 성립을 인정하지 않았다.

반대의견에 따르면 자기손상행위로서 처분행위의 본질이 충족되기 위해서는 피해자의 자기 재산 처분에 대한 결정의사가 필수적이라는 것이다(Sarch, 2015). 처분결과에 대한 아무런 인식 또는 의사가 없는 행위는 처분행위가 될 수 없어, 피해자가 토지거래허가신청에 필요한 서류라 하여 서명 날인하였을 뿐 근저당권을 설정토록 할 의사가 전혀 없는 경우라면 기망으로 인하여 처분행위를 한 것이라 할 수 없고, 사기죄가 성립하지 않는다고 본 것이다.

형사법 영역의 문제이긴 하지만 사기와 거래 또는 투자는 사법의 대원

법과 생활

칙인 신의성실의 원칙이 중요한 판단의 잣대가 된다. 우리 법원도 이러한 입장이다. 필자가 가르치는 국제거래법영역에서 가장 중요한 국제규범의 하나가 유엔물품매매협약이다. 비엔나협약이라고도 불리우는 유엔물품협약은 1965년 제 20차유엔총회에서 국제상거래에 관한 사법의 발전 및 법전화를 위한 연구에 대한 결의안에 바탕하여 성립한 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)주도로 성안 입법되었는데, 1980년 비엔나외교회의의 토의를 거쳐, 동년 4월 11일 6개 공용어로 작성된 협약이 확정되었고, 1988년 1월 1일부터 발효한 협약이다.

우리나라도 2005년 3월 1일부로 가입하여 중국이나 미국과의 무역 비중이 높은 우리나라의 경우 국내 상법과 같은 역할을 하는 중요한 규범이 되었다. 비엔나 협약은 총 4편, 101개 조항으로 구성되어 있다. 제1편에서는 적용범위 및 총칙, 제2편 계약의 성립, 제 3편 물품매매, 제 4편 최종규정을 두고 있다.

그러나 대부분의 성문법 국가 사법에서 규정하고 있는 의사능력, 행위능력, 착오나 사기, 현저히 불공정한 행위 등 법률행위의 취소나 무효에 관한 부분, 소위 당사매매계약의 효력에 관한 부분에 대하여는 아무런 조항을 두고 있지 않다. 그것은 이러한 문제들에 대한 각국의 사회 문화적 인식이 다를 수 있고, 법적 기준이나 법적 효과 등 공공정책적 대응이 달라, 통일하기 어렵기 때문이다. 따라서 국제매매거래에서 착오나 사기 등의 문제가 발생하면, 국제사법에 따라 선택된 준거법을 적용하여야 하고, UNIDROIT 세계계약법원칙 등을 참고하여야 한다.

이번 사건에 대하여 국민들이 분노하고 있고, 사기인가 정당한 거래 또는 투자인가에 대한 한국인들의 인식이 시험대에 올랐다. 신중히 절차에 따라 철저한 수사가 필요한 한편, 연루자들을 선불리 범죄인으로 몰아서는 안되겠다. 갈수록 급부행정이 늘고 적극국가화 하는 현실, 특히 큰 정부를 표방한 현 더불어민주당 정부의 입장에서 화천대유 사건은 그의 말대로 어찌면 이재명 후보의 가장 큰 업적의 하나일 수 있다.

다만 400억을 투자하여 원금도 회수하지 못한 투자자 SK그룹 최기원과 같은 피해자가 있고, 지도층의 비리에 혐오하고 적폐청산을 바라는 국민의 눈도 있어 철저한 수사가 불가피하지 않나 한다. 이걸 개발사업으로 피해를 입은 자들이 있다면 앞서 본 판례에 비추어 이들이 투자나 거래를 한 것인지 아니면 기망당한 피해자들인지도 따져 보아야 할 것이다.

법조전문직이나 전문가사회의 전문가들은 정치의 아이들이기도 하다. 또한 정치, 윤리나 도덕, 철학이 없는 전문가는 기술자에 불과하다. 그래서 서양의 박사이름에는 학문분과에 상관없이 공통적으로 철학이라는 이름이 붙는다. 사회학 박사는 PhD in sociology이며, 정치학 박사는 PhD in Political Science라고 부른다. 이는 전문지식이나 기술을 넘어 인간사회가 요구하는 가치나 윤리를 세우는 자가 되어야 한다는 것을 의미한다.

고위직 전관 변호사나 경력 변호사들을 포함하여 우리 사회의 법률전문가들은 법조윤리를 준수하여야 하고(배기석, 2007), 박사학위자에 준하는 자들이다(실제 영문 학위 표기를 미국과 같이 JD로 번역 표기하기도 한다). 따라서 이들에게는 PhD 학위자와 동일한 수준의 윤리나 철학이 요구된다.

이번 대장동 비리의혹을 접하고 보니 그림 형제의 독일 민화 헨젤과 그레텔이 떠오른다. 헨젤과 그레텔 (Hansel and Gretel)은 15세기부터 독일 각지에서 파다하게 퍼진 영아 살해 관련 민담을 모티브로 하여 지은 이야기로 민화속 헨젤과 그레텔은 가난한 나무꾼의 아들이다. 헨젤과 그레텔은 자신을 버리려는 계모와 아버지로부터 살아 남기 위해 빵 조각으로 길을 표시하기도 하지만 짐승들이 먹어버려 결국 길을 잃고 만다. 숲 속에서 길을 잃은 그들은 빵과 설탕 창문으로 만들어진 집을 발견하고, 그 집을 먹기 시작한다.

그 집의 마녀는 이들을 구워 축제를 준비하지만, 헨젤과 그레텔은 오히려 마녀를 오븐에 가두고 마녀의 집에서 보석을 가지고 나와 오랫동안 행복하게

법과 생활

살았다는 내용이다. 헨젤과 그레텔이라는 이름이 알을 품은 닭이나 전화방과 같이 전문직의 성격이나 소통을 의미한다면, 이들이 영아라는 것은 큰 세상의 정치나 도덕 윤리를 전제로 본 이들의 진실된 모습이다.

주역풀이 같지만 빵과 설탕창문으로 만들어진 집을 발견하고 먹기 시작하는 것은 전문지식을 이용하여 국가에 기여한다는 뜻이 된다. 또한 화천 대유나 성남의 뜰에 관여하여 모두 만족하고 마음 먹은 일을 해내었다는 의미가 되지 않을까?

그러나 대장동 비리의혹 연루자들이 헨젤과 그레텔처럼 마녀의 집에서 보석을 가지고 나와 오랫동안 행복하게 살수 있을지는 향후 추이를 지켜 보아야 할 것 같다. 단순히 대선전의 일과성 사태가 아닐 수도 있기 때문이다. 여야 할 것 없이 대단한 경력을 가진 후보들이 대선관의 열기를 더하고 있다. 대단한 경력의 후보들은 스타워즈 별들의 전쟁 속 별이기도 하고, 전문가들의 도움을 이용해야 하는 정치 엘리트 또는 헨젤과 그레텔 이야기의 배경이 되는 중세 독일 어려운 시절 닳고 닳은 마녀 같기도 하다. 오븐위의 마녀에서 오븐은 이번 대선전과 같은 큰 판 또는 큰 프로젝트를 의미한다 했을 때, 오븐은 어린 헨젤과 그레텔의 생명줄이 된 것이다.

화천대유 천화동인 체계 속 등장인물들은 박 특검이 말한 경제적 공동체일까? 아니면 지방정치 성공작의 하나일까? 경제적 공동체라면 민화속 계모나 마녀같이 되버린 이재명과 불쌍한 전문가 아이들이 결탁한 한 판의 거대 비리가 될 것이다. 전문가들은 오븐과 같이 큰 세상과 더불어 생존하지만, 정치, 도덕, 윤리가 없는 전문가 세상은 궁핍하고 가난한 상황에서 약육강식의 잔혹한 영아 살해가 행해지던 중세 독일과 다를 바 없다.

24. 비스마르크(Bismarck)와 카네기(Carnegie)

국가와 시장, 경제 문제는 항상 역사와 함께 해 왔다. 그리고 그 속에 인간의 예지와 인류의 위대함이 숨쉬고 있다. 자연을 개척하고 물질적 풍요를 누린다는 것이 쉬운 일이 아니기 때문이다.

오늘자 신문에 소개된 신간은 대장동 사태로 온 나라가 시끄러운 가운데 시의적절한 것 같다. 먼저 니콜라스 색슨 저 부의 후역사라는 책은 “금융이 살찌면 나라 경제는 왜 팍팍해질까”라는 도발적 질문과 함께 금융회사는 고수의 투자에 집중하면서 경제기반 산업 투자에는 무관심하여 국가 경제를 망칠 수 있다는 내용을 담고 있다. 따라서 국가는 자본을 통제하여 금융의 저주를 풀어야 한다는 것이다.

이번 화천대유 사건도 금융회사의 프로젝트 파이낸스를 주축으로 이루어진 폐쇄성 경제의 대표적 예라는 지적도 잊지 않았다. 프로젝트 파이낸스는 사업성을 보고 대출 등 투자가 이루어지는 거래 형식으로 프로젝트 주관기업의 신용에 전적으로 의존하여 이루어진다. 따라서 고위직 전관 출신의 법조인과 관련 전문가 등 비리의혹 연루자와 함께 지방정부와 이에 결탁한 시행 사업자, 금융회사 등 부를 향한 비리 네트워크가 있었던 것은 아닌가 시민들의 의혹을 더하고 있다.

화천대유 자산관리회사에 근무하다가 퇴직한 곽상도 의원의 아들이 자신은 오징어 게임의 말이라고 하면서, 이번 사태에 이용만 당한 것이라고 주장하였다. 이 말을 들으면서 마른 오징어에 생맥주를 마시면서 오후의 무료한 시간을 즐기던 대학생 시절이 떠오른다. 오징어의 오자가 알파벳 O와 같이 둥글고 큰 세상을 의미한다 했을 때 오징어는 대학 시절 징그럽게 큰 세상을 공부하여야 하는 학생의 처지에서 먹어 치워야 할 대상이기도 하다.

법과 생활

정부의 배경하에 실패할 수 없는 대장동 프로젝트. 남은 일은 투자를 하였다는 이해관계인에게 어떻게 그 수익을 분배할 것인가만 남았을 것이다. 생맥주에 오징어, 무료한 오후 시간의 카페는 프로젝트를 설계하였다는 이재명 지사나 전 성남시 개발공사 기획본부장, 남욱이나 정영학 등 주요 인물들이 거대 수익을 농단하는 이미지에 어울린다. 어떻게 먹어 치울 것인가? 성남시 보다는 자신들의 사익을 앞세웠던 것은 아닐까? 바빠 돌아가는 공장의 생산시설, 변화가 백화점이나 활기찬 시장과는 대비되는 비생산적 나눠먹기식 경제의 한 단면이 아닐 수 없다. 광상도 전 의원 아들의 비유법은 그래서 부적절하지 않다.

오징어와 생맥주가 비리 의혹의 주동자들이라면 자신은 말단에서 뛰기만 한 뿔 모르는 말이라는 것이다. 다만 국민들은 산업재해에 대한 보상이라는 변명을 믿지 않는 것 같다. 또한 거액의 대가는 광상도 의원을 대입시키지 않고는 나올 수 없는 숫자라고 말하는 사람들도 있다. 그런데 대장동 사건이 문제인 것은 한창 진행되는 대통령 선거의 여당 선두후보인 이재명과 관련되어 있기 때문이다. 이러한 와중에 한 개그맨은 “이재명 대장동 씹는 애들은 대장암이나 걸렸으면...”이라고 발언했다 전해진다.

진보적 좌파성향 연예인의 입장에서 이재명을 중심으로 정권재창출을 희구하는 가운데 나온 발언이 아닌가 한다. 이재명이나 대장동의 한자는 다를 것이지만, 이재명이나 대장동이란 말이 새삼스럽다. 자고로 우리 조상들은 신부감으로 이재에 밝은 규수를 원해 왔다. 집안이 번창할 수 있는 재원을 들여 복과 번영을 기원하는 소박한 마음이라. 이재명이라는 이름의 한자는 다르지만, 마치 “이재에 밝다”는 이름으로 들린다. 이번 대장동 사태로 인하여 그러한 느낌이 더욱 강해진다.

대장동 프로젝트는 성남시 재정을 살찌운 자신의 치적이라고 강조하니 더욱 그렇다. 대장동은 마치 거장의 손길 같은 큰 마이스터, 즉 큰 장인이라는 어감을 전하는데, 관련된 연루자들의 경력이나 배경들이 그러하다. 일본 정부는

수 많은 성으로 구성되는데, 그 한 성이 대장성이다. 국가의 예산과 회계, 재정을 담당하는 성인데, 이번 성남시 관급공사와 비리의혹 관련하여 재정과 시장경제가 비리의 사슬로 오염되어 버린 이번 사건의 성격을 암시하는 듯 하다.

재정, 소위 fiscal administration은 finance, 즉 금융과는 구별되어진다 (Kim, 2015). 금융은 국가의 감독 하에 시장에서 행해지는 것으로 금융기관 등은 금융자본으로서 역할하지만, 재정은 직접적으로 정부의 행위이다. 금융기관은 사적 행위자이지만, 재정의 주체인 정부는 공적 행위자로 당연히 헌법과 관련 공법에 근거하여 행위하여야 한다. 따라서 헌법국가 원칙을 준수하여야 하고, 법치행정의 원칙에 따라야 한다.

왕의 음식 수발을 드는 궁인들을 소재로 한 드라마 대장금과 같이 선을 위하여 재능과 기예를 발휘하여야 하는 것이 공무원이고 공공사업을 위탁받아 시행하는 준 공무원적 성격의 지위에 있는 것이 이번 사건 연루자들이다. 자신들이 궁인이 아니라 왕과 같이 되어 음식을 즐기고 부를 추구하는 것은 윤리에 어긋나지 않을까?

사실 봉건사회에서 정치와 경제는 분리되지 않았다. 봉건제 사회에서 왕은 최고의 권력자이자 가장 부자인 자이다. 왕의 재산은 그대로 국부가 되고, 국부를 늘리기 위하여 해외 식민지 쟁탈전을 마다 하지 않았다. 시민 혁명에 의하여 봉건적 생산체제가 무너지고, 상공자본을 중심으로 새로운 부르조와 세력에 의한 시민 민주주의가 등장하면서, 공적 영역인 국가와 사적 영역인 시장이나 경제는 준별되게 되었다.

정부와 공무원은 시민세력으로부터 통치권을 위임받은 수입인의 지위를 가질 뿐이라는 시민주권사회가 시작된 것이다. 국가의 주인이 왕에서 시민으로 바뀌면서, 시민은 주권자로서 자신을 통치할 권한을 자신의 대표로 구성된 정부에 위임하고 그 대가로 자신의 생명과, 자유, 재산을 보장받는다라는 사회계약론이

법과 생활

새로운 사회의 대원칙이 되었다(Springborg, 1995).

새로운 시민정부는 기존 봉건제 전제정의 반성으로 최소국가를 가장 이상적인 패러다임으로 추구하였다. 정부는 시장과 경제에 관여하지 않고, 나라를 지키는 국방, 밤에 도둑잡는 야경으로서 역할하면 충분하다는 야경국가론이 주장되었다. 이번 대장동 사건은 정부의 역할이 증대되면서, 성남시 개발과 발전을 위한 공공 프로젝트의 충격적 현실이 드러나는 한편, 국민에게 좌절감을 안기고, 프로젝트 추진과정에서 비리나 위법행위가 없었는지 의심을 사고 있다. 지방자치제가 정착하면서 지방정부와 리더십의 성공지표가 외자의 유치나 공공 프로젝트의 성패에 좌우되는 경우가 많다. 따라서 지방정부는 국가보다도 시장친화적인 경우가 많다. 그래서 비리가 개입될 가능성도 더 크다.

며칠 전 성남시 조폭의 일원이라는 자가 시장실에서 오만한 자세로 시장을 압도하는 사진이 공개되었다. 유튜브들은 이 지사의 공직자로서의 청렴함이나 지도자로서의 품위를 의심하고 있다. 현재 야권의 윤석렬, 홍준표와 함께 가장 유력한 대통령 후보라 하는 말이지만, 성남시 재정을 불리고 이름대로 이제에만 밝다고 하여 대통령의 자질이 있는 것은 아니리라. 뭔가 이미지 개선이 필요한 것 같다.

이번 사건은 국가와 시장 또는 경제 영역이 맞물린 사각지대에서 벌어진 사건의 성격을 갖는다. 국가는 전통적으로 권력작용을 행하는 주체이다. 즉 통치작용 또는 고권적 권력작용 및 국고작용이 이러한 권력작용에 해당한다. 형벌권을 행사하고, 세금을 징수하고, 병사를 강제 징집하는 것은 고권적 권력작용이다. 국가 재정에 관하여 관리권한을 행사하고 일정한 처분을 하는 것은 국고작용에 해당한다.

국가가 우월적 지위에서 행하는 이러한 작용들은 봉건제 국가의 경우 윤리적 도덕적이어야 하고, 근대 시민사회에서 탄생한 민주국가의 경우 헌법을

준수하고 법치주의 원칙에 따라야 한다. 한편 국가가 권력작용 아닌 사경제적 작용 또는 상업적 행위를 하는 경우가 있다. 이때에 국가는 통치권을 행사하는 주체가 아닌 일반 기업이나 상업회사로서의 본질을 갖는다.

이번 대장동 사건은 국고작용과 사경제적 작용이 교차하는 영역에서 발생한 것이다. 사업성과 공공성, 공적 가치와 이익추구가 지상과제가 되는 시장원리를 모두 고려하여야 한다. 국제법에서는 국가가 상업적 행위자인 경우 주권면책 이론 적용에 있어 달리 취급하고 있다.

시민주권사회에서의 국가는 시장을 규제하고 공공선을 지향하는 윤리적 도덕적 최고 실체이다. 그래서 국제법상 주권면책이론에 따라 타국의 재판권으로부터 면제된다. 말하자면 시시비비를 가리는 절차에 회부되지 않는다. 주권면제에 관한 초기의 대표적 선례로 미 연방대법원의 *The Schooner Exchange v. McFaddon*(11 U.S. 116, 1812) 사건이 있다.

이 사건은 미 독립 직후 미국인 소유의 상선인 *Schooner Exchange*호가 나폴레옹의 봉쇄선 침범을 이유로 프랑스에 나포 몰수 된후 프랑스 해군 선박으로 편입되었는데, 후일 이 선박이 수리차 미 필라델피아항에 입항하면서 미국의 원 소유회사가 자신의 선박소유권을 주장하면서 법원에 소송을 제기한 사건이다.

법원은 절대적 주권면제 이론을 적용하여 주권자는 자신의 권리를 타국의 관할권 하에 두어 국가의 명예를 실추시키지 않을 고도의 의무를 부담하며, 결코 타 주권자의 관할권에 복종하지 아니한다고 하면서, 외국 군함이 우호국의 항구에 입항했다는 사실은 곧 그 국가가 관할권의 행사를 면제하기로 동의한 것으로 보아야 한다고 해석하였다.

절대적 주권면제 이론은 우리 대법원 1975년 5월 23일 선고, 74마281

법과 생활

결정에서도 확인되고 있는데, 일본 동경도가 취한 행정조치에 불만을 가진 재일 한국인이 귀국하여 서울에서 일본국을 상대로 제기한 소에서 대법원은 일본국이 “외교상의 특권을 포기하고 있는 것으로 불만한 근거가 없어” 재판권을 행사할 수 없다고 하였다. 물론 이때 외교상의 특권이란 표현은 피고가 일본 외교관이 아닌 일본국이므로 주권면제의 특권이라 하는 것이 옳다.

이러한 주권면책 이론은 점차 상대적 주권면제이론으로 발전한다(최태현, 2021). 오스트리아 대법원은 1950년 절대적 주권면제론이 더 이상 관습국제법이 아니라는 것을 선언한 바 있다. 미국도 1952년 국무부의 Tate 서한을 계기로 제한적 주권면제론의 채택을 공표한 바 있으며, 한국의 경우에도 1994년부터 하급심에서 제한적 주권면제론에 입각한 판결이 나오다가, 1998년 12월 17일 선고, 97다 39216판결을 통하여 제한적 주권면제론이 대법원의 입장이 되었다.

아직도 일부 국가의 학자들은 절대적 주권면제론을 지지하기도 하고, 상업적 활동에 대하여 주권면제를 인정한다 하여 국제법 위반이 되는 것은 아니다. 한편 국가와 상업적 행위의 예외에 관한 판결로 한국자산관리공사에 대한 뉴욕주 연방지방법원(이주 시민간 소송으로 연방법원에 관할권이 있음)판결이 있다. 미국인 투자자 머피와 한국자산공사 간 2005년 사건은 1990년대 아시아 외환위기의 여파로 파산한 한보철강에서 시작된다.

한때 한국 제2의 철강회사였던 한보는 한국에서 손꼽히는 재벌기업의 하나였는데, 부도로 인하여 나머지 한보 자산 대부분을 한국자산공사(KAMCO)가 인수하여 최대의 채권자가 된다. 이후 한국자산공사는 한보의 가장 중요한 채권자로서 한보자산에 대한 국제경매 등의 과정에서 중요한 역할을 한다.

투자자 머피는 AK 캐피탈의 주주로 AK 캐피탈을 대위하여 주주대표소송을 제기하면서, 국제경매과정에서 AK캐피탈을 기망하여 동 회사에 손해를 가하였으므로 동 회사 주주로서 대표소송을 제기한다면서 1 빌리언 달러라는 천문

학적 숫자의 민사배상과 징벌적 손해배상을 구하였다.

첫째, 한국자산공사는 국제경매에 대하여 영향력을 행사할 처지에 있지 않았음에도 마치 국제경매를 지배하는 위치에 있는 양 기망하였고, 둘째, AK캐피탈이 경매에 응하면, 최대한 AK캐피탈을 도와주겠다고 거짓으로 약속하고, 셋째, 1,000만달러가 지불하여야 할 선급금으로서 최대액이 될 것이라고 허위로 진술하였다는 것이다. 이에 대하여 한국자산공사는 주권면책과 불편한 법정지이론(forum non conveniens)을 들어 항변하였다.

미 주권면제법 1603(a)은 주권면책의 대상이 되는 외국정부라 함은 외국의 행정부처 또는 국가기관으로서 (b)항의 요건에 해당하는 자를 의미한다고 하면서, (b)항에서 세가지 요건을 규정하고 있다.

그 세가지 요건은 독립한 법인격을 갖는 법적 주체 또는 회사로서 외국 또는 외국 행정부처의 조직이거나 또는 과반수 주식이 외국이거나 외국의 행정부에 의하여 소유되어야 하고, 미합중국이나 주정부가 아니어야 하며, 다른 제3국법에 근거하여 설립되어서도 안된다

An “agency or instrumentality of a foreign state” means any entity—

- (1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and
- (2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and
- (3) which is neither a citizen of a State of the United States ... nor created under the laws of any third country (28 U.S.C. § 1603(b).

법과 생활

법원은 증거조사절차가 필요하지 않다는 양 당사자의 합의에 바탕하여 바로 심리절차를 개시한 후, 한국자산공사는 국제법상 국가기관에 해당하여 주권 면책법(FSIA immunity)에 따라 뉴욕주 법원이 피고로서 심판할 수 없다고 판시하였다. 그 논거는 다음과 같다.

법원은 한국자산공사의 국가기관성 (Is KAMCO an Organ?), 국가목적성(Was KAMCO Created For a National Purpose?), 국가의 감독여부(Does the Korean Government Actively Supervise KAMCO?),

국가의 임용과 급여(Does the Korean Government Require that KAMCO Hire Public Employees and, If So, Does It Pay their Salaries? Does KAMCO Hold Exclusive Rights in Korea?), 법상 공공기관성(Is KAMCO Treated as a Private or Public Entity Under Korean Law?) 등을 살펴본바 한국자산공사는 주권면책의 대상이 되는 외국에 해당한다고 보았다.

한편 상업적 예외에 해당하여 주권면책의 예외에 해당한다는 원고의 주장에 대하여는 주권면제법 제 1605(a)(2)에서 규정하는 요건으로 “based on”은 엄격하게 해석하여야 한다는 법리하에, 한국자산공사의 행위가 미국 내에서 행해질 것을 요구하는데, “a cause of action is “based upon” commercial activity or acts performed in the United States if it includes “elements ... that, if proven, would entitle a plaintiff to relief under his theory of the case.” Saudi Arabia v. Nelson, 507 U.S. 349, 357, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed.2d 47 (1993), 본 사안과 관련하여 한국자산공사는 미국 내에서 어떠한 행위도 한 바 없고, 따라서 상업적 예외에 해당한다는 원고의 주장을 배척하였다. Murphy v. Korea Asset Management Corp., 421 F. Supp. 2d 627 (2005).

주권면제에 관한 위 선례들은 국내법 아닌 국제법 선례이고, 이번 사건이 법적 분쟁화하는 경우 국가배상 또는 배임이나 뇌물 등 민 형사 사건의 문제

가 되어 직접적으로 관련이 없다. 그러나 선례들은 국가나 지방정부와 상업 또는 시장과 경제에 관한 사람들의 지혜를 보여주고 있다. 즉 국가나 지방정부는 주권적 존재, 통치행위의 주체로 존엄한 존재이고 국제법상 주권면책, 국내법상 통치행위론 또는 정치적 문제의 원칙에 따라 그 행위나 처분은 사법심사의 대상이 되지 않지만, 상업적 행위는 예외가 된다는 것이다.

물론 주권면제나 국가행위이론이 발전되어 있는 국제법체제와 달리 국내법 차원에서 보면 국가는 덜 존엄하다. 즉 전쟁과 평화라는 단순 이분법, 타국에 대한 경외의 정서가 적지 않은 국제사회와 달리, 국내사회에 있어 국가는 시민주권의 원칙에 따라 시시비비의 대상이 되기 십상이다. 따라서 권력분립원칙과 사법심사제도에 따라 통치행위가 아닌 경우 상업적 행위는 물론 권력작용, 국고작용 등 국가나 지방정부의 모든 행위나 처분에 대하여 법원의 사법통제가 가능하다.

이번 대장동 사건에 관련된 화천대유자산관리가 있는 시행사 성남의 뜰과 성남시 도시개발공사는 초과이익 환수에 책임이 있는 주체들이다. 순수 공영사업이 아닌 민영적 성격이 혼재된 프로젝트로서 이들에 대한 민 형사적 심판은 불가피해 보인다. 요컨대 대장동 사건은 국제법상 인정되는 주권면책이론이나 상업적 예외 이론이 문제되지 않겠지만 (이 사건에서 외국인 투자자 또는 피해자라는 주장은 아직까지 없음), 국가기관인 성남시나 성남시 도시개발공사, 민영회사이지만 공공프로젝트를 수행하는 준 공공적 성격의 화천대유자산관리회사가 대장동 사업을 성공적 공공개발사업의 하나라고 주장하면서 사법적 면책을 바라는 것은 적절치 않다.

자신이 모든 것을 설계하였지만, 마치 성남시가 정부로서 절대적 주권면제의 향유자인 것처럼 나 몰라라 하는 태도 역시 바람직 하지 않다. 지방정부나 부처가 상업적 성격의 행위에 관여하면서 비리의 정도가 심하다면, 관련 형사법규를 엄격히 적용하여 처벌할 필요가 있다. 물론 관련된 민영회사 관계자들도 예

법과 생활

외가 아니다.

공공개발프로젝트를 통하여 얻은 수익은 정부에 귀속되어야 하는 것이 당연함에도, 민간사업자에게 거액의 수익이 돌아가고, 일부의 수익만을 성남시가 분배 받았다면, 이에 대하여 납세자소송이라도 제기하여야 할 것이다. 또한 보다 전향적으로 경영판단이론을 적용하여 피해자의 국가배상청구를 적극적으로 검토할 필요가 있지 않을까? 납세자 공익소송은 판례법 상 제소적격요건을 둘러싸고 적법성에 관한 다툼이 있다. 작년 더불어민주당 이상민(대전 유성을) 의원이 발의한 '납세자소송에 관한 국민소송법안'은 매우 고무적이라 할 수 있다.

발의된 제정안은 국가·지방자치단체, 공공기관 등의 위법한 예산낭비에 소송을 제기할 수 있도록 한 법안으로 국가, 지방자치단체, 공공기관이 과중한 채무에도 불구하고 낭비된 예산을 환수하기 위한 적극적인 노력이 이루어지지 않는 현실에서 시민이 직접 예산낭비를 방지·시정토록하고 손해배상 책임을 물어 예산집행의 투명성과 책임성을 강화하기 위하여 마련되었다고 한다.

그의 말대로 동 법안을 통하여 “내부감사를 넘어 국민이 적극적인 권리 의식을 갖고 국가와 지방자치단체의 부당한 재무행위에 대해 실질적인 시민감시가 이루어지고,” “민간분야의 주주대표소송같이 공공분야와 관련된 예산낭비에 대해 유효한 감시·통제장치로 국민 재정주권을 실현하는” 계기가 되었으면 좋겠다는 생각이 든다.

어제 비리 의혹 핵심인물의 하나인 유동규 전 성남시 기획본부장이 배임죄 혐의로 구속영장이 청구되었다. 막상 구속영장이 청구되고 사태가 발전하면서 인간의 물욕이 얼마나 허망한 결과를 가져올 수 있는지 새삼 다시 한번 느껴진다. 돌이켜 동아일보 책의 향기 섹션을 다시 펴 든다. 섹션 속 스티븐 핑커 지음 “지금 다시 계몽”이라는 책이 뭔가 우리에게 행복의 메시지를 전하는 것 같다. “숫자는 말한다, 세상이 더 좋아지고 있다고“라고 요약될 수 있는 이 책을 통하여 저자는 인간의 이성으로 인류의 상태는 지속적으로 개선되어 왔고, 또 개

선될 것이라고 주장한다.

저자는 전 세계에 걸쳐 기대수명과 복지 지출, 민주정부의 수, 성적 인종적 평등, 교육 지식의 보급과 확대, 부의 팽창 등이 이루어졌음에도 그러한 것들이 과소평가된다고 지적한다. 자신의 정당한 노력과 상관없이 수십억 수백억의 일확천금을 결과한 대장동 사태의 관련자들이 조금만 욕심을 줄였어도 이러한 비리는 발생하지 않았으리라. 무소불위의 권력자 세조 대왕도 52세에 사망하였다. 보통 한국인의 기대 여명이 80 부근이라 했을 때, 숫자는 우리에게 말한다. 문명과 과학, 이웃들의 노력으로 세조 대왕보다도 더 많이 살고 풍족한 물질적 혜택을 누리는 현실에서 부당한 일확천금보다는 작은 행복을 소중히 생각하자고.

아내와 귀가길에 스타벅스(STARBUCKS)에서 바나나 망고 스무디를 드라이브 쓰루우 하면서 별들의 큰 돈이 떠오른다. 벡스(bucks)는 우리가 알다시피 달러 몽치돈을 의미한다. 밀워키 벡스와 같이 미국인들이 흔히 쓰는 말이다. 그런데 대장동 사건 거액의 자문료, 수백억 배당 등이 박찬호 추신수가 번 돈과 같은 성격의 돈일까?

10억 가량 되는 거액의 사건에서 팔백 착수금 삼천 성공보수금을 두고 변호사는 도둑놈이라는 이웃들의 군시렁 거림에 박찬호 추신수 연봉을 대면서 변호사의 노고에 비할 때, 부당이득이 아니라고 강변하면서 웃던 언젠가 선배 변호사가 새롭게 느껴진다. 그러나 이번 대장동 비리는 뭔가 성격이 다른 듯 하다.

무엇보다도 이번 대장동 사건은 공공프로젝트의 사업성과 공공성이라는 관점에서 아쉬운 면이 없지 않다. 이번 사건을 접하고 보니 인류 역사상 가장 위대한 정치가(stateman)중 한명으로 손꼽히는 오토 폰 비스마르크(Stateman)와 가장 위대한 사업가(entrepreneur) 중 한명으로 추앙받는 카아네기의 어록 중 한 귀절이 떠오른다.

법과 생활

진정 위대한 사람은 세가지 특징을 갖는다. 그것은 설계에 있어 후하고, 실행에 있어 인간적이며, 성공에 있어 겸손하다: “A really great man is known by three signs... generosity in the design, humanity in the execution, moderation in success (Otto von Bismarck).” 그렇게 부유하게 죽는 사람은 신의 은총을 받지 못한다: “The man who dies thus rich dies disgraced (Andrew Carnegie).”

25. 주현과 노주현

언젠가 고위관직에 올라 출세한 친구가 “어찌 지방대학 교수로 고생이 많으시오”라고 물어 왔다. 별 할 말도 없고, 후학 키우는 보람으로 산다고 하기에는 너무 진부한 것 같고 해서, 과학적 삶을 살 수 있어 지방대 교수일망정 교수직에 보람을 갖고 살고 있다고 하니 껄껄 웃는 것이었다.

그런데 얼마전 야당 대선 후보 토론과정에서 선두를 달리는 후보가 손에 왕자를 새긴채로 출연하고 그것이 여과없이 TV 화면에 노출되었다 하여 후보간 치열한 말 다툼이 있었다. 몇 달 후 우리의 리더쉽 지위에 있을 자를 선출하는 과정이니 당연히 토론의 소재거리가 될 법하다.

주술적 세계관이 노출된 후보를 가장 치열하게 공박한 유승민 후보는 미국 우수 대학의 경제학 박사 출신으로 교수를 역임한 후보이니 대립구도가 그럴 듯 하다. 과학이나 진리를 강조하는 것은 돈과 출세는 유전자와 선천적 기질에 따르고 따라서 경영학에 있어 카리스마적 리더쉽 이론의 기반을 제공한 갈통(Francis Galton)의 이론과는 친해 보이지 않는다.

현대인의 과학적 삶은 오히려 막스 베버(Max Weber)식의 합리적 리더쉽관이나, 주인 대리인 구도 (principle-agency theory)하의 서번트 리더쉽이론이 어울린다. 그러나 정치인이나 관료세계의 사람들은 점이나 복을 멀리 하기 어렵다. 당선이나 인사 결과가 인생의 관심사가 되면서 답답한 마음에 점을 보기도 하고, 복을 빌기도 한다. 그렇다고 꼭 좋은 결과가 나오는 것은 아니지만.

관재수 또는 손재수가 있다는 말이 있다. 송사에 휘말려 재산이나 지위를 잃는 경우를 의미하는 말이다. 법학 교수들이 아무리 법과학을 컴퓨터처럼 만들어 논다 하여도 감옥에 있는 자들이 자신은 범죄자이고 당연히 받을 형벌을

법과 생활

받고 있다고 마음으로 받아들이는 자는 거의 없다고 한다.

소위 재수가 없어 걸려 이렇게 된 것이라고 인식한다는 것이다. 유전무죄 무전유죄, 돈이 없어 이렇게 형을 살거나 손해를 보고 있다는 차원이 되면 그나마 과학이 문제되는 차원에 이른다. 그런 경우에 대비하여 국가가 법정대리인 제도를 두거나 소 제기 시 인지를 첨부하여야 하는경제적 부담을 덜하여 국민의 재판청구권을 보장하는 제도를 두고 있기 때문이다.

민사소송법에서는 “제128조(구조의 요건) ①법원은 소송비용을 지출할 자금능력이 부족한 사람의 신청에 따라 또는 직권으로 소송구조(訴訟救助)를 할 수 있다. 다만, 패소할 것이 분명한 경우에는 그러하지 아니하다”라고 하고 있다. 그래서 빈부격차나 사회적 부정의 문제가 시끄러운 세상에서 관련 헌법재판소 판례를 읽으면서 법학자로서 위안을 삼기도 한다.

“국가가 소송구조를 하지 않는다고 하여 국민의 재판청구권이 소멸되거나 그 행사에 직접 제한을 받는다거나 하는 일은 있을 수 없으므로 소송구조의 거부 자체가 국민의 재판청구권의 본질을 침해한다고는 할 수 없다. 다만, 소송비용을 지출할 자력이 없는 국민이 적절한 소송구조를 받기만 한다면 훨씬 쉽게 재판을 받아서 권리구제를 받거나 적어도 권리의 유무에 관한 정당한 의혹을 풀 어볼 가능성이 있다고 할 경우에는 소송구조의 거부가 재판청구권 행사에 대한 ‘간접적인 제한’이 될 수도 있고 경우에 따라서는 이것이 재판청구권에 대한 본질적인 침해까지로 확대평가될 여지도 있을 수 있다.

그러나 이러한 ‘간접적인 제한’의 여부가 논의될 수 있는 경우라는 것은 어디까지나 재판에 의한 권리구제의 가능성이 어느 정도 있는 경우에 한하는 것이므로 그와 같은 가능성이 전혀 없는 경우, 바꾸어 말하면 패소의 가능성이 명백한 경우는 애당초 여기에 해당할 수 없는 것이다. 이렇게 볼 때에 법 제118조 제1항 단서가 ‘다만, 패소할 것이 명백한 경우에는 그러하지 아니하다’라고 규정

하여 소송구조의 불허가 요건을 정하고 있는 것은 재판청구권의 본질을 침해하는 것이 아니다.“ 민사소송법 제128조제1항 현재 2001. 2. 22. 99헌바74, 판례집 13-1, 250 [전원재판부].

한편 가난한 자의 정의를 회복하기 위한 노력을 보조하고, 국민의 재판청구권을 보장하기 위한 송두환 재판관의 반대의견은 경청할 만 하다. “인지대는 법원이 제공하는 일정한 의무에 대한 수수료의 성격이 주된 것이고, 남소를 방지하여 법원 기능의 효율성 저하를 방지하는 것은 인지제도의 부수적 효과라고 볼 수 있을 뿐 이를 인지제도의 주된 목적이라고 할 수 없으므로, 수수료로서의 기능을 초과하는 과도한 인지액의 납부를 요구하는 것은 소송당사자의 재판청구권을 침해하는 것이다. 이 사건 법률조항에 따르면 소가가 증가함에 따라 그에 비례하여 제1심 소장 및 항소장에 첨부하여야 하는 인지액이 무한대로 늘어나 수수료의 성격을 넘는 다액의 인지를 붙이지 아니하면 재판제도의 이용 자체를 거부당하게 되며, 인지정액제 또는 인지액 상한제도 등 이 사건 법률조항에 비하여 덜 기본권 침해적인 대체수단의 입법이 가능하므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지 원칙에 반하여 헌법상 재판청구권을 침해하는 위헌인 법률조항으로 보아야 한다” 민사소송 등 인지법제2조 제1항 등위헌소원 (민사소송 등 인지법 상의 인지제도에 관한 사건) 현재 2011. 8. 30. 2010헌바427, 판례집 23-2상, 353 [전원재판부].

윤 후보는 오랜 기간 검사생활을 하고 검찰 최고위직인 검찰총장까지 한 자이다. 더욱이 정부관에 있어 과학이나 큰 정부보다는 전통과 도덕 같은 정치문화적 자산을 강조하고, 과학은 시장의 자율과 경제적 발전을 위한 차원에서 이해하는 보수 야당의 후보이니 천공스님을 만나고 손에 왕자를 새긴 배경이 이해될 법 하다.

갈통(F. Galton)의 이론이 왕조 시대의 잔재처럼 유전자를 지도자의 자질로 보았다면, 양 후보는 그점에서도 특이하다. 점이나 주술을 멀리 할 수 없는

법과 생활

정치가의 아버지를 둔 후보가 유승민 후보이고, 대학에서 경제과학을 가르친 아버지를 둔 후보가 윤석렬 후보이기 때문이다. 마치 제네틱스(Genetics)와 밈(Meme)의 절묘한 조합이라 할 수 있다. 사람을 이해함에 있어 이 두가지는 상당히 설득력을 갖는다. 선천적으로 타고난 기질과 후천적으로 경험한 것이 사람을 규정하기 때문이다. 앞의 것이 유전자의 힘이라면 후자의 것은 교육의 결과이다 (White, 2005).

예컨대 우리가 사무실이나 연구실에 출근하게 되면 그동안 자신이 공부하고 경험한 것들이 되살아 난다. 영혼 즉 영을 불러와 거장도 되고 직업생활을 하게 되는 것이다. 젊었을 때 즐거웠던 추억의 거리를 걸으면, 자신의 후천적 문화자산이 돌아와 품격과 사회적 인식이 가능하게 된다. 과거 대법원장까지 지내고 어려웠던 시절 법관생활을 하신 이영섭 대법원장이 자신의 인생을 돌아보면서, 법관 인생에 대하여 오욕을 느낀다고 하여 후배들의 실망을 산 적이 있다. 그러나 그 시절 그러한 느낌은 어쩌면 밈(meme)이론의 관점에서 진술한 것인지도 모른다. 한편 제네틱스는 마치 프로이드의 잠재인식이나 이드(Id)처럼 인간 깊은 곳에 숨겨져 있지만, 그 자의 인성에 중대한 영향을 미친다.

주술과 과학은 우리의 인식세계와 관련이 있다. 과학적 진리를 양적 과학(Quantitative studies)차원에서만 인식하면 주술이나 질적 과학(Qualitative studies)은 과학이라 할 수 없다. 그러나 프로이드의 정신의학이나 갈통의 유전자론, 칸트나 여러 철학자들의 질적 과학처럼 서양인들도 불완전한 사람이나 부조리의 사회를 받아들이고 연구하는 인식세계가 있다. 소위 형이상학적 차원의 과학이라 할 수 있다.

물론 질적 연구는 주술이나 점에 비하면 상대적으로 많은 과학적 특질을 갖는다. 수많은 논문이나 책 등 서적에 의하여 뒷받침된다. 동양은 불교나 유교 경전 아니면 별다른 서적이 없던 시절, 월러스타인(Immanuel Wallerstein)의 세계체제이론(world system theory)같은 서양중심적 사고방식의 사람들은 동양

의 학문이란 유교라는 의미의 Confuciasm, 불교라는 의미의 Buddhism 정도라고 하였다(2004).

주술과 점은 주역이 배경이 된다. 이번 대장동 사건의 화천대유나 천화동인 같은 말이 주역에서 유래한 것이다. 주역은 다른 중국 고전보다 난해하고 어려운 내용을 담고 있다. 이번 천공 스님의 경우 한자는 다르겠지만, 동양도 서양과 함께 하늘을 공유(天共)한다는 의미로 다가온다. 과학적 근거가 모자라 하늘이 빈(天空)스님이라고 하면 동양인의 자부심에 상처가 나지 않을까? 길흥화복을 따져 보고 점을 쳐서 하늘에 구멍(天孔)이라도 뚫어 보려는 심정이 우리 조상들이었으리라.

주역에 바탕하여 우연이나 복, 재난을 인정하고 유교에 바탕하여 인본을 기르며, 불교에 바탕하여 인내와 참선을 안다면, 어쩌면 숫자 과학이 우리에게 무슨 의미가 있을까 느끼기도 한다. 그래서 법학 같은 질적 과학을 하는 자들이나 유명 정치인들의 경우 스님이나 사찰을 좋아하고 마음을 닦는 자들이 많은지도 모른다.

사실 서양 숫자과학의 현대판 정수라 할 만한 양적 연구방법론이나 SPSS같은 프로그램은 정치를 이해하기 위하여 시작되었다. 선거 시마다 문제되는 여론조사가 대표적 예이다. 확률과 표본집단 같은 개념을 핵심출발점으로 하는 양적 연구방법은 사회를 이해하는데 혁명적으로 기여하였다.

가끔 대통령의 통계에 대한 인식이나 관련 발표가 잘못되었다고 비판받기도 한다. 지도자의 사회에 대한 양적 · 과학적 이해는 당연히 지도자의 중요한 덕목 중 하나이다. 그러한 관점에서 주술이나 복, 점 등을 연상시키는 손바닥 왕자는 칭찬받을 사건은 아니다. 그러나 정치적 엘리트들의 현학적 · 과학적 토론에 짓눌린 일반 시민들에게 청량감을 느끼게 하지 않았을까?

법과 생활

어떻게 보면 중국의 카리스마적 지도자 마오쩌둥 같이 넓적한 얼굴과 큰 몸집, 평범한 느낌의 인상을 가진 전직 검찰총장 출신의 야당 대선후보. 인구 5000만이 넘고 1인당 국민소득 3만 5천불을 향하는 세계적 경제 대국 대한민국과 그 지도자들이 중국이나 동남아의 풍미를 뽐내는 시대가 온 것 같다.

주술이나 점, 복등이 인성과 무관하지 않다 했을 때, 칸트는 인본철학자로서 불완전한 인간과 부조리한 사회를 연구하고 인간의 지적 세계에 많은 영향을 끼쳤다. 칸트주의는 철학을 수학이나 물리학 같은 과학의 수준으로 끌어올리기 위해 노력하였다.

칸트의 학문세계는 당시 낭만주의적 사고에 바탕하여 관념론적 비판철학이 주를 이루는데, 그의 비판철학은 형이상학적 칸트주의와 가치론적 칸트주의로 나누어 볼 수 있다. 형이상학적 칸트주의는 형이상학 또는 존재의 성격에 관한 비판적 철학이 중심이 되고, 가치론적 칸트주의는 규범적·가치론적 반성이론이 주를 이룬다.

가치론적 칸트주의는 칸트의 비판서 3권, 즉 순수이성비판(Kritik der reinen Vernunft), 실천이성비판(Kritik der praktischen Vernunft), 판단력비판(Kritik der Urteilskraft)에 잘 나타나 있다. 이번 대선 후보들의 경선과 향후 대선 과정에서 후보자들은 무수한 토론과 공적 발언(public speech)을 하였고, 또한 할 것이다.

따라서 후보들의 이성과 실천력, 판단력 등이 시민들의 도마위에 오르고 있고, 또 오를 것이다. 인식이나 이성을 넘어 그자의 판단력과 실행력 등도 후보자질을 검증함에 있어 중요한 잣대가 된다. 인식과 판단, 실행을 얘기하다 보니, 며칠전 한 학생의 질문이 떠오른다.

주지하듯이 근 현대 사법체계는 18세기 칸트 시절 계몽주의, 합리주의

시대의 산물이다. 따라서 상인법(Lex mercatoria)은 합리적 상인상에 기반하여 있다(Galgano, 2001; Michaels, 2007). 국제거래법을 대표하는 유엔통일매매법 협약은 국제매매거래를 규율하는 중요한 국제규범으로 “합리적 상인상”을 상정하여 여러 조항을 두고 있다.

예컨대 매수인의 검사의무나 통지의무에 관한 검사 또는 통지의 시기에 관한 조항이나, 계약해제에 관한 조항들이 그것이다. 즉 비엔나 협약 제 38조 1항은 “매수인은 그 상황에서 실행가능한 단기간 내에 물품을 검사하거나 검사하게 하여야 한다.” 제 39조 1항에서는 “매수인이 물품의 부적합을 발견하였거나 발견할 수 있었던 때로부터 합리적인 기간 내에 매도인에게 그 부적합한 성질을 특정하여 통지하지 아니한 경우에는 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다”라고 규정하고 있다.

또한 비엔나협약 제 81조 1항은 계약해제의 일반적 효과로서 양 당사자는 손해배상책임 이외의 모든 계약상의 의무로부터 면제된다고 규정하고 있는데, 중재조항과 같은 분쟁해결조항이나 원상회복의무 또는 물품보관의무 등과 같이 계약해제에 기인한 당사자의 권리의무를 규율하는 다른 계약조항은 그대로 효력을 갖는다 (동항 2문). 위 조항들과 관련하여 학생이 질문해 오고, 필자가 간단히 답변한 사항이 있는데, 전제키로 한다.

Q: 매수인의 검사의무에서는 실행가능한 시기라고 하고 통지의무는 합리적인 기간이라고 알고 있습니다만, 둘다 기간을 여러가지 사정을 고려해서 판단한다는 점 외에는 이 둘의 차이를 못 느껴서 질문드립니다.

A: 비엔나협약에 의하면 매수인은 그 상황에서 실행가능한 단기간 내 (within as short a period as is practicable in the circumstances)에 물품을 검사하거나 또는 검사하게 하여야 합니다. 이때 실행가능한 단기간 내라 함은 물품인도시기나 계약해제의 통지시기인 "합리적 기간 내(within a reasonable

법과 생활

time)"보다는 엄격한 개념이라고 할 수 있습니다. 설명한 대로 매매계약에 있어 물품은 매매목적물로서 매우 중요한 지위에 있습니다. 부패성 상품을 비롯하여 시간의 경과로 물품이 변질되거나 마모될 수 있어 물품을 빠른 기한 내에 검사케 하는 것이 중요합니다. 그렇지 않으면 하자 없는 물품을 인도하였다더라도 매도인은 물품의 하자로 인한 손해를 부담할 수 밖에 없어, 신의성실의 관계에 놓인 양 당사자간 권형이 맞지 않습니다. 물품의 검사는 물품의 하자 여부를 검사함에 있어 결정적인 역할을 하므로, 가능한 단기간내에 할 것을 법은 규정하고 있습니다. 이에 비하여 하자의 통지는 하자 유무가 결정된 이후의 행위이므로 상인간에 통상적으로 요구되는 합리적 기간내에 통지하면 된다고 규정하고 있습니다.

Q: 계약해제에도 불구하고 소멸되지 않는 의무 중에 물품보관의무가 있는데 이 물품보관의무가 왜 남아있는지, 왜 필요한지 잘 이해가 안가서 예시와 함께 설명해 주시면 감사하겠습니다

A. 좋은 질문입니다. 물품은 매매거래의 목적물로서 중요한 의미를 갖습니다. 그래서 비엔나협약에서는 매도인과 매수인에게 공히 물품보관의무를 부여하고 있습니다. 계약이 적법하게 해제되면 계약은 소급적으로 무효가 됩니다. 즉 원래 계약이 없었던 상태가 되어 양 당사자는 모든 의무에서 해방되고, 다만 계약을 원상으로 회복할 의무를 부담하게 됩니다. 그러나 계약이 해제되었다 하여 물품보관의무도 소멸하였다고 하면 어떻게 될까요? 조금만 주의를 기울이면 물품의 부패를 방지하여 수익원의 손해를 방지할 수 있음에도, 이제 계약이 해제되었으니 나는 아무런 의무가 없다고 한다면 그것은 매매법이 지향하는 바가 아닐 것입니다. 매도인과 매수인은 권리자 의무자로서 상호 반대당사자이지만, 매매계약을 통한 자신들의 목적을 달성하기 위하여 협력하는 자들이기도 합니다. 또한 사법의 대 원칙인 신의성실의 원칙상 계약해제 후에도 물품을 보관하는 당사자는 상거래 기준에 따라 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 물품을 보관할 의무가 있다고 보는 것이 타당합니다. 그러한 취지에서 비엔나협약을 이해하시면 되겠습니다.

이상의 질문과 답변을 전제한 것은 물품의 하자를 확정하기 위하여 법이 정한 검사 시한은 칸트의 인식론이나 판단력의 문제와, 물품의 하자 통지에 관하여 법이 정한 시한은 칸트의 의무론에 비견되지 않을까 하여 올린 것이다. 대선 후보들의 인식 수준이나 판단력 문제는 토론과정을 거쳐 어떤 후보가 선출되느냐에 따라 “즉시 실행 가능한 단기간 내”에 확정될 것이다. 그러나 그 자가 자신이 인식 판단하고 제시한 공약들을 제대로 실행할지는 보다 긴 “합리적 기간” 즉 그자의 국정수행 과정, 아니면 퇴임 후가 돼서야 드러날 것이다. 무엇보다도 대선 경선이나 본선에서 경쟁하는 당사자들은 어쩌면 거래에 있어서 이해관계가 상반되는 반대 당사자들이다.

그러나 두 번째 질문과 답변에서 보듯이 또한 당을 위하여, 국가를 위하여, 협조할 지위에 있는 자들이다. 경선후 당을 위하여 승복한 이낙연 후보나, 향후 야당 경선에서 탈락한 후보들도 당과 국가의 정체성을 위하여 물품보관의 무와 같은 신의칙상 의무가 있는 것은 아닐까? 손에 남아 있는 왕자 자옥으로 인한 논란과 관련하여 우리 시대 인기 연예인 주현과 노주현의 이름 자가 떠 오른다. 투박하면서도 중후한 이미지의 주현은 마치 이름처럼 한국의 주인상 같다. 노주현은 No 주현, 투박한 주인보다는 과학적이고 친절한 이미지를 대변하는 이름처럼 느껴진다.

정치는 이미지라 한다. 주현 같은 이미지의 윤석렬과 노주현 같은 이미지의 유승민. 아직은 과학이나 친절보다는 주인 같고 투박한 이미지의 윤석렬 후보가 앞서고 있다. 그러나 예술 감독이 아닌 국민들은 이제 이미지라는 것이 결국 국 정도 차에 불과하다는 것을 알고 있는지 모른다.

26. 푸르동(Pourd'hon)과 헌팅톤(Huntington)

가을을 느끼게 하는 추석 명절이 지나자 이윤의 10월의 마지막날이라는 노래가 겨울을 재촉한다. 이제 수능도 끝나고 11월 말이니 바야흐로 조지 윈스톤의 클래식 앨범 디셈버(December)나 하얀 겨울에 떠나요라는 가요가 마음에 와 닿는 겨울이 시작된 느낌이다.

“수험생 여러분 그동안 수고 많았고 즐겁고 행복한 겨울 되세요”라는 마음들이 이웃에 가득한 것 같다. 특히 교육열이 심한 우리나라라 그러한 분위기를 무시할 수 없다. 그런 마음에 이르면 한국의 부모님들은 정말 대단하다.

부동산 정책으로 내집 마련이 어려운 가운데 아이들 대학 교육 시켜야지, 살집 마련해주고 결혼 시켜야지, 그 어려운 일들을 어떻게 해내는지 존경의 마음을 넘어 계산이 안 나오는 마음이 들기도 한다.

돈의 위력은 대단하다. 그러한 어려운 일들이 잘 사는 사람들에게는 부담이 덜하니 말이다. 그래서 우리 사회에 한때 계급의식을 불러일으키는 금수저 흙수저라는 말이 유행했던 것 같다. 자수성가한 많은 사람들은 그 와중에 인생의 자부심을 느끼기도 했겠지만, 한집 건너 이웃이 누군지도 모르고, 묻지마 살인, 알 수 없는 운전자 폭행 같이 인간 소외로 인한 비정하고 단절된 모습의 자본주의 사회에서 금수저 흙수저론이나 계급관은 어찌면 아이러니컬하게도 인간적인지 모른다. 하긴 맑스식 계급관과 사회주의 이론체계가 인본주의에서 시작하고 그것을 이상으로 지향하니 아구가 맞는 측면도 있다.

그런 내심에 이르니 딱딱한 보수주의 우파 정당이 그동안 인기를 얻지 못하고 시민들에게 한대받았던 것도 이해가 간다. 그런데 이번 대선은 우파 대통령 후보의 가능성이 높다고 한다. 부동산 정책에 실패한 좌파 정권의 무능함과 “못살겠다 바꿔보자” 같은 대중 심리가 결합한 결과로 보는 평론가들이 많다. 정

부는 기본적으로 심판자이고 규제자이지 시장에서 경쟁하는 주체가 아니다. 시민 사회가 시장과 경제에서 출발하였다 했을 때, 정부가 모든 것을 하겠다는 큰 정부는 결국 비효율과 경쟁력 저하에 빠질 수 밖에 없다는 것이 주류경제학자들의 관점이다.

공공선을 추구하고 모든 시민이 인간다운 생활을 할 수 있도록 보장하는 것과 약육강식, 자연도태, 무한경쟁 등 자유시장원리가 조화되기 어려운 것이 현실이다. 그래서 우리나라는 물론 세계 열국들의 정당정치의 현실은 좌우 이념에 따라 갈라져 다투고 있다. 대선이 무르익자 여론조사 결과들이 발표되고 있다. 양대 정당 대통령 후보 지지율에서 우파 출신 윤석렬 후보가 우세를 보이자, 우파 유투버들은 아침에 일어나면 지지율 추이를 보는 것이 하루 일과의 시작이 되었다고 한다. 그런데 요즘 지지율이 다시 좁혀진다고 하니 대책을 세워야 한다고 야단이다.

사실 시장과 경제의 문제는 해결하기 어려운 난제이다. 사람과 물건은 상극이다. 그러나 물건은 우리의 현실이자, 생존의 전제가 된다. 시장이나 경쟁, 물건이 키워드인 현실에서 오직 물건이라는 경제지상주의적 유물론이 만들어지고, 그러한 키워드 하에서 생산관계를 연구하며, 그에 기반하여 정치, 경제, 역사를 이해하는 것은 어찌면 당연하다.

또한 우리는 인간의 자유본성을 억압하고, 인간 불평등, 인간이 인간을 착취하는 현실을 바라 보면서 생활의 장에서 이를 개혁하여야 한다는 정의감을 지지한다. 다만 우리는 개선 가능할 수 있음에도 학문적 상대성을 무시하고 도그마에 빠지거나 폭력만이 유일한 살 길이라고 예언하는 것에는 찬동하지 않는다. 매년 교육감 선거가 있을 때면 좌우 이념대립의 현실화 같은 선거에 놀란다. 지금도 좌파교육감의 비리가 공수처에서 문제되고 있는 현실이다. 시장과 교육은 무관하지 않다. 예컨대 이명박 정부시절 고등교육 개혁을 위하여 기존 대학교육 체계를 부기한 자들을 위한 사치로 보아 독일식 직업중심 교육을 강화하여야 한

법과 생활

다는 정책이 주창된 바 있다.

또한 서비스 시장개방과 관련하여 법률서비스의 개방이 압박받고, 미국식 로스쿨로 개혁할 수 밖에 없었던 것이 우리의 현실이기도 하다. 경영학도들은 회계서비스의 세계화와 통일된 국제기준을 위하여 새로운 회계기준을 받아들여 공부하고 있다. 세계화는 시장과 시민사회를 전제로 한다. 이번 필자의 논문 주제이기도 하였지만, 필자가 아무리 이상주의를 논하고 한스켈젠의 문화적 유산을 주창하여도 현실주의적 국제법관은 강고하다.

세계화나 세계정부 같은 이해는 유엔 경제사회문화이사회(UNESCO)적 차원에서나 생각해 볼 수 있는 것이지, 국제사회의 주된 행위자는 여전히 유엔이 아니라 국가라는 인식이 확고하다. 국제법학자들도 그러하니 정치적 차원에서 세계화나 세계정부는 요원한 것이 현실이다. 그러나 시장과 경제를 생각하면 세계화의 추세를 거스르기 어렵다. 앞서 본 로스쿨 개혁이나 국경을 넘은 교육서비스, 통일 원산지 규정, 인증제도의 국제화 등 주위의 많은 현실들이 이를 반증한다.

그래서 시장에서 경쟁하고 국제사회에서 뒤처지지 않으면서 생존하기 위하여 공교육의 중요성은 새삼 강조할 필요가 없다. 나아가 이명박 정부의 발상처럼 시장과 경제를 따라 잡기 위한 직업 중심의 대학교육도 중요하지만 대학교육을 책임지는 학문 후속세대의 양성도 관심을 가져야 한다. 얼마전 신문에 '서울대 대학원 비인기학과 정원감축'이라는 제하에 3년간 지원율 85% 미달학과들을 2023년부터 정원을 줄이기로 하였다 한다. 현 오세정 서울대 총장이 졸업한 물리학과도 인기가 없어 정원을 줄인다 하니 우리 대학원의 현실이 암울하다.

국내박사 교원 임용비율을 늘리고, 라이텐 랭킹과 같이 교수 중심 논문 수나 논문인용지수에 기반한 대학평가를 넘어 다양한 관점에서 대학을 바라 볼 필요도 있다. 사실 대부분의 세계 대학랭킹이 라이텐 랭킹을 그 출발점으로 하고

있는데, 기존 접근방식은 재원이 풍부하여 능력있는 교수를 스카우트 할 수 있고 교수 수가 많은 대학에 유리한 한편, 학자들간 인용 카르텔 등으로 랭킹은 담보적이고 대학들은 이에 순응할 수 밖에 없는 측면이 있다.

그러나 학문의 사각지대를 최소화하고 권학의 공동체를 만들기 위하여는 랭킹 문화를 새로운 시각으로 바라 볼 필요가 있다. 예컨대 칼리지 팩추얼 랭킹은 풀러 신학대학(Fuller Theological Seminary)이나 엠브라이 조종사 양성 전문 대학(Embry Riddle Worldwide)을 그 분야 박사과정 1위로 꼽는데, 이는 기존 랭킹들과 다른 경우라 할 수 있다.

미국의 컬리지 팩추얼(College Factual), 국가과학연구위원회(NRC)박사과정 등위 같이 박사과정만을 전문적으로 평가하는 등 이해관계인들의 관심과 흥미를 진작시키는 것도 학문후속 세대를 키우기 위한 한 방법이 될 수 있다. 또한 법전원 시험인 LEET를 넘어 미국의 GRE같이 보편적인 대학원 입학시험의 도입도 생각해 볼만 하다.

또는 석박사과정을 같이 하여 평가하는 유에스 뉴우스나 구아만 랭킹같은 접근방식도 한 방법이 될 수 있다. 세계 대학 랭킹에서 서울대가 괄목할만한 성장을 거두고 있음에도 대학원 진학 현실이 그러하다니 뭔가 수를 내어 우리 학문의 자부심을 지킬 필요가 있지 않을까? 세계에서 손 꼽히는 경제 선진국임에도 일본이나 유럽 선진국들과 달리 박사과정을 생각하는 후학들이 미국을 비롯한 해외 대학을 선호한다는 것은 중국이나 한국의 자부심을 손상시킨다. 일본이나 영국, 독일, 프랑스 같은 문화적 자부심이 높은 나라들의 경우, 학문 후속세대들이 미국이나 선진 외국에서 석사과정을 이수하더라도 대부분 최종학위는 자국에서 이수하는 경우와 비교된다.

선진 대한민국을 지향하고, 북구형 선진국, 일본형 선진국을 상정하여 국가발전을 도모하겠다는 대한민국이라면 우리 학문세대의 모듈리티(modularity)

법과 생활

도 그러한 나라들을 닮아 가야 하지 않을까? 나아가 미국처럼 석사 과정이나 박사과정 교육서비스를 수출할 수 있는 나라가 되는 날 진정 선진국이라 자부할 수 있을 것이다.

학문후속세대의 양성, 즉 박사과정의 교육도 하나의 교육 서비스라 할 때, 이명박 정부식 교육정책을 진지하게 고려해 볼 만 하다. 시장과 경제 중심적 접근일 수 있지만, 물에 물 탄 듯 잘사는 계층을 위한 교양 중심의 대학 교육을 개혁하여 고등학교에서부터 직업교육과 학문 교육을 엄격하게 나누고 고등교육의 포커스를 이원화하는 것도 한 방법이 될 수 있다는 말이다.

그래서 시장에 바로 적용할 수 있는 물건을 기르는 것을 고등교육의 목표로 삼을 수 있겠다. 윤리와 선을 대변하는 평등이념이나 누구나 인간다운 삶을 누릴 수 있는 사회를 지향한다는 현 좌파 정부를 실패로 보고, 시장과 경제를 생각하는 우파 정부 대통령의 가능성이 크다 하니 먼 나라 얘기가 아닐지 모른다.

그렇다고 윤 후보가 우리가 흔히 “물건이야 물건”이라고 말하듯이 정말 물건 검사라는 말은 아니지만. 이번 대통령 선거와 함께 우리에게 인상 깊은 것은 코로나 바이러스와 새로운 가상 공간의 현실이다. 코로나 바이러스로 인한 비대면 강의가 부득이 하였다면, 위드 코로나 시대에도 가상 공간을 이용한 새로운 교습방식의 영향력은 줄지 않을 것이라는 예상이다. 이미 미네르바 대학과 같은 사이버 대학이 미래 대학의 한 전형으로 거론되기도 하였다. 이러한 변화로 온라인 교육이나 사이버 대학들은 돈과 전통의 기존 대학교육체계와 어깨를 나란히 하는 새로운 대학사회를 만들어 내고 있다.

필자의 연구 목적상 데이터를 모으고 아카데미아 에듀 등 교수들의 사이버 사교 공간에 퍼블리시하기도 하였지만, 앞서 본 컬리지 팩추얼 박사과정 평가나, 사이버 공간에서의 활동 지수를 중심으로 한 에듀랭크 같은 대학 평가들은 세상의 변화를 반영하고 있다. 예컨대 카펠라(Cappella)대학이나 월든(Walden)대

학 같은 온라인 대학들이 인정받아 가고 있다(Harrison, 2007).

필자도 헌법과 우리 정부의 현실을 외국의 시각에서 바라보고 싶어 월든대학 행정학 박사과정에서 수학한 바 있는데, 켈리지 팩추얼 행정학 박사과정 평가에서 온라인 대학임에도 위스콘신, 하버드, 스탠포드, MIT 등 일반 캠퍼스 대학과 어깨를 나란히 하면서 전미 1위에 올랐다 한다. 급변하는 시장의 현실과 대학 교육 모드가 바뀌고 있음을 방증하는 것이라 할 수 있다.

한편 학문후속세대의 양성을 위하여는 대학연구윤리나 대학사회의 비리를 바로잡을 필요가 있다. 책임지도교수와 조교간의 관계도 건전한 연구동반자 관계로 재정립할 필요가 있다. 그동안 우리 대학사회는 논문표절이나 연구비 횡령, 성추행 등으로 국민들의 불신과 의혹을 사고 있다. 차체에 연구 총 책임자와 조교간의 관계를 건전하게 하는 것이 학문발전과 학문후속세대의 양성을 위한 전제조건이 되어야 한다.

우리 대법원 판례 중 성희롱의 불법행위 성립여부를 판단함에 있어 이를 고용관계에 한정하거나 조건적 성희롱과 환경형 성희롱으로 부분하여 판단하는 방법은 합리적이지 않다고 하면서, 대학교수의 조교에 대한 성적인 언동이 불법행위를 구성한다고 본 판결이 있다. 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 손해배상 판결.

동 판결에서 대법원은 “성적 표현행위의 위법성 여부는, 쌍방 당사자의 연령이나 관계, 행위가 행해진 장소 및 상황, 성적 동기나 의도의 유무, 행위에 대한 상대방의 명시적 또는 추정적인 반응의 내용, 행위의 내용 및 정도, 행위가 일회적 또는 단기간의 것인지 아니면 계속적인 것인지 여부 등의 구체적 사정을 종합하여, 그것이 사회공동체의 건전한 상식과 관행에 비추어 볼 때 용인될 수 있는 정도의 것인지 여부 즉 선량한 풍속 또는 사회질서에 위반되는 것인지 여부에 따라 결정되어야 하고, 상대방의 성적 표현행위로 인하여 인격권의 침해를 당한 자가 정신적 고통을 입는다는 것은 경험칙상 명백하다”고 보았다.

법과 생활

또한 “이른바 성희롱의 위법성의 문제는 종전에는 법적 문제로 노출되지 아니한 채 묵인되거나 당사자간에 해결되었던 것이나 앞으로는 빈번히 문제될 소지가 많다는 점에서는 새로운 유형의 불법행위이기는 하나, 이를 논함에 있어서는 이를 일반 불법행위의 한 유형으로 파악하여 행위의 위법성 여부에 따라 불법행위의 성부를 가리면 족한 것이지, 불법행위를 구성하는 성희롱을 고용관계에 한정하여, 조건적 성희롱과 환경형 성희롱으로 구분하고, 특히 환경형의 성희롱의 경우, 그 성희롱의 태양이 중대하고 철저한 정도에 이르러야 하며, 불법행위가 성립하기 위하여는 가해자의 성적 언동 자체가 피해자의 업무수행을 부당히 간섭하고 적대적 굴욕적 근무환경을 조성함으로써 실제상 피해자가 업무능력을 저해당하였다거나 정신적인 안정에 중대한 영향을 입을 것을 요건으로 하는 것이므로 불법행위에 기한 손해배상을 청구하는 피해자로서는 가해자의 성희롱으로 말미암아 단순한 분노, 슬픔, 울화, 놀람을 초과하는 정신적 고통을 받았다는 점을 주장·입증하여야 한다는 견해는 이를 채택할 수 없다. 또한 피해자가 가해자의 성희롱을 거부하였다는 이유로 보복적으로 해고를 당하였든지 아니면 근로환경에 부당한 간섭을 당하였는지 하는 사정은 위자료를 산정하는 데에 참작사유가 되는 것에 불과할 뿐 불법행위의 성립 여부를 좌우하는 요소는 아니다”라고 하면서 환경형 성희롱의 경우 특수한 여러 요건을 충족하여야 한다는 주장을 받아 들이지 않았다.

이러한 대법원 판결은 여러 사회공간 속 가진 자와 못 가진 자의 현실에서 가진 자들이 지켜야 할 윤리의 한계와 본질을 밝힌 것이라 할 수 있다. 학문후속세대의 양성을 위하여는 물론 건전한 직장 공간 조성을 위하여 되새겨 볼 만하다. 과학 기술의 발전으로 인한 새로운 유형의 자본과 생산력의 문제는 자본주의 시장의 수호자이자 세계경제헌법체제라 할 수 있는 WTO에 그 부속서 1-C 기술자본 보호를 위한 지적재산권협정을 필요로 하였다. 또한 국제전자상거래의 문제를 새로운 의제로 상정하여 논의하고 있다.

전자상거래는 컴퓨터 통신망을 통한 상품과 서비스의 경제적 거래를 말

한다. OECD는 전자상거래를 “문자, 소리, 시각이미지를 포함하여 디지털화된 정보의 전송, 처리에 기초하여 이루어지는 모든 형태의 상업적 거래”로 정의하고 있다. 미국은 국제전자상거래의 자유화를 최대한 확보하려는 입장에서 다른 국가에서 규제나 제한조치가 생기기 전에 이미 자유화의 원칙을 확립하기 위해 적극 나서고 있다.

형사재판소협약, 해양법협약, 환경협약 등에서 보듯이, 경쟁에서 유리한 자본국가나 강대국은 자신의 국가권한의 행사와 관련한 영역에서는 국제사회에 비협조적이고 소극적인 반면, 법률서비스 시장개방과 같이 경제나 시장 문제에 관하여는 자유화와 시장에서의 경쟁을 강조한다. 전자상거래에 대한 국제적인 논의를 본격적으로 시작할 수 있게 한 것은 그간 전자상거래에서 필수적이라 할 수 있는 통신인프라에 대한 준비가 어느정도 마련되었기 때문이다.

전자상거래에 대한 국제적인 논의는 WTO, OECD, UNCITRAL, UNCTAD, WIP, ITU, WCO, EU, APEC 등 여러 국제기구들을 중심으로 다양한 차원에서 이루어지고 있는데, 주요 논의대상은 관세와 조세이다.

오프라인의 경우 상품의 전달이 운송수단을 통하여 물리적으로 이루어지게 되면 기존의 우편주문에 의한 배달과 달리 취급할 이유가 없으므로 관세부과로부터 예외가 되기 어렵다. 그러나 상품이 인터넷상으로 전송되는 온라인 거래의 경우는 상품이 공급자에서 바로 소비자에게 통신망을 통하여 전달되기 때문에 관세나 부과금의 부과가 어렵다. 책이라는 동일상품(like product)을 예로 들어 보자. 전자책과 같이 온라인상으로 수입되는 경우와 페이퍼 백과 같이 오프라인으로 수입되는 경우 후자는 관세부과의 대상이 되는 반면, 전자책은 관세부과의 대상이 되지 않아 법리상 동일상품의 경우 차별해서는 안된다는 최혜국대우 원칙에 반할 우려가 있다.

1997년 미국-EU 정상회담에서, 첫째, 인터넷으로 주문되고 인터넷으로

법과 생활

전송되는 재화 및 용역에 대하여는 관세를 부과하지 않고, 둘째, 인터넷으로 주문되었다는 이유로 추가적인 관세를 부과해서는 안된다는 원칙을 설정하였다. 그리고 1998년 5월 WTO에서는 “전자상거래에 관한 각료선언”에서 온라인 전자상거래에 대해서 현행의 무관세관행을 잠재적으로 유지하기로 하였다. 조세의 문제를 보면, 전자상거래에 있어서 가장 기본적인 원칙은 전통적인 상거래와 전자상거래의 중립적인 과세이다.

전자상거래와 관련하여 가장 문제가 되는 조세는 부가가치세와 소득세이다. 부가가치세는 재화 및 용역의 공급 자체에 대하여도 과세하는 소비세이다. 부가가치세는 소비자 과세원칙으로 소비자에서 과세된다. 부가가치세는 최종적으로 소비자가 부담하지만, 납세의무자는 공급자로서 납세의무발생장소는 재화와 용역의 공급장소가 된다. 그동안 대부분의 무역거래는 재화 및 서비스의 공급장소와 소비장소가 동일 국내에서 일치하기 때문에 공급장소 과세는 소비자 과세원칙과 일치된다. 그러나 전자상거래에서의 공급자는 소비지국에서 사업장을 설치하지 않고 타국에서 바로 공급할 수 있기 때문에 문제가 된다.

따라서 재화와 서비스의 공급장소를 어디로 볼 것인가에 따라 과세국이 달라지는 중대한 문제가 발생한다. 또한 재화와 서비스는 구별하여 과세되는데 사이버공간에서 국제적 음반구입과 같이 전자상거래를 재화의 공급으로 보느냐 서비스의 공급으로 보느냐의 문제도 발생한다.

우리가 학자들의 연구는 실증적이어야 하고, 대학을 진리의 전당이라고 부르지만, 학문이나 학문세계는 어찌면 가상세계 영역으로서의 특징을 갖기도 한다. 좌우 이데올로기라는 인간의 가상적 정신세계로 인하여 피해를 많이 본 대표적인 나라가 우리 조국 대한민국 아니었던가? 과학기술이 발전하면서 시장여건이 변화하고 있다(김석관외, 2017). 또한 코로나 바이러스로 사이버 공간에서의 인간 교류가 많아지면서, 시장이나 교육 현실도 바뀌어 가고 있다. 우리는 이제 새로운 인간 교류의 현실을 직시할 필요가 있다. 그것은 시장과 공교육이라는 우

리 시민사회의 중요한 화두이기 때문이다.

얼마전 동아일보와 채널 A가 12월 1일 “도전의 시대, 최고의 창출을 위한 비즈니스 리셋 전략을 주제로 ”동아시아 비즈니스포럼 2021“을 주최한다는 기사가 실렸다. 이 포럼에는 새로운 기업현실에서 아이디어(문샷)를 활용해 불황에서 승리를 거둔 사례를 소개하여 베스트셀러 저자가 된 사피 자킬 박사, 린스타트 방법론을 고안한 스티브 블랭크 미 스탠포드대 교수와 플랫폼 전략의 대가인 안드레이 하지우 미 보스턴대 교수 등 관련 성공자와 학자들이 대거 참여하여 새 도전을 위한 비즈니스 리셋 전략을 제시한다고 한다.

새로운 시장, 새로운 도전. 이번에 선출된 새로운 대통령의 어깨가 더욱 무거워질 것 같은 하루이다. 푸른 옷을 입은 여당 대선 후보의 부인이나 손바닥에 왕자를 새기기도 하고, 그 부인은 한국의 대성인 김씨 성이 존재하다는 느낌의 이름(한자는 확인 못했음)이니 이번 대선도 또 다시 진보와 보수의 대결구도를 연상시킨다.

과연 이번 대선에서 여당 후보가 원시 맑스주의자인 푸르동(Pourdhon) 이름과 같이 부인의 푸른 옷을 넘어 인간적이고 노동자 중심의 시장을 현실화할 수 있을까? 야당 후보가 천공스님이나 손바닥 왕자 같은 현 느낌을 넘어 미국 국학자이고 대표적 보수 정치학자인 헌팅턴(Samuel Huntington)이름과 같이 구루(Guru)의 상징, 현 깡통이 될 수 있을까? 그래서 국민에게 혁신 보수로 인정받아 과거 집권 보수당 이름이었던 새누리당 이름처럼 국민들과 함께 새롭게 누릴 수 있을까? 몇 개월 후 대선 결과가 궁금해지는 대목이다.

푸르동과 헌팅턴이라는 유럽과 미국의 지성을 대비시키는 이름을 말하다 보니, EU가 지원한 프로젝트로 만들었다는 U-Multirank 대학 랭킹에서 하버드나 스탠포드 등 미국 명문대학들을 뛰어 넘어 랭킹 상단을 장식한 수많은 유럽의 작은 대학들이 상기된다. 한편 매년 THE 랭킹의 탑은 대영제국의 자존심을

법과 생활

반복하고 있다. 이번 대선을 계기로 차제에 우리도 우리의 학문과 문화적 자부심에 대한 새로운 인식과 자세가 필요하다는 생각이 든다.

[참고사항]

[푸르동] (Proudhon, Pierre-Joseph) 1809년 1월 15일 베장송에서 태어나 1865년 1월 16일 파씨에서 사망하였다. 푸루동은 농민집안에서 독학한 프랑스의 직공으로서 '정부 없이도 질서 있는 사회'라는 이상을 나타내기 위하여 경멸스럽지 않은 의미에서 '무정부'라는 개념을 사용한 최초의 사람이었다. 그의 많은 저서들 속에서 무정부주의와 프랑스 생디칼리즘에 대한 기본적인 개념들을 흔히 찾아볼 수 있다. '인간에 의한 인간 착취의 철폐와 정부의 폐지는 하나이며 동일한 것'(→Thomas 1980, pp. 212~3)이라고 믿으면서, 그는 노동자들이 자신들의 노동력을 자발적으로 조직함으로써 정치적 수단이 아니라 경제적 수단에 의하여 스스로를 해방시킬 수 있다고 주장했다. 이것이 그가 보상적 가치를 부여한 개념이다. 그가 제안한, 개인적으로 또는 연합적으로 조직된 자치적 생산자들과 자유로운 신용대부에 의해 대출을 받는 생산자들 간의 등가교환 체계는 '상호 부조'라고 불리웠다. 그가 상정했던, 근본적으로 탈집중화되고 다원적인 사회 질서의 단위는 모든 수준에서 '동맹의 원리'를 적용함으로써 연결된다. 《신성 가족》(4, 5장)에서 마르크스는 푸루동의 저서 《부란 무엇인가?》를 최초로 '정치경제학을 과학화한' '위대한 과학적 진보'라고 높이 평가했다. 그러나 《철학의 빈곤》(2장)에서 마르크스의 '정치경제학 비판'에 의하면 푸루동은 헤겔적 변증법을 그대로 사용하려는 태도와 '부르조아적 지평'을 넘어서지 못했다는 점에서 비판을 받았다. '경제적 범주가 오로지 사회적 생산관계에 대한 이론적 표현이며 추상화라는 것을 인정하는 대신에 푸루동은 실제적 관계 내에서 이러한 ... 범주들의 구현 이외에는 어떠한 것도 보지 못했다.' [출처] 노동자의 책/표제어-마르크스주의/Proudhon(1876). What is property?: An inquiry into the principle of right and government (Vol. 1), BR Tucker/Proudhon, & Robinson(2004). General idea of the revolution in the nineteenth century. Courier

Corporation.

27. 김병준과 진성준

봉건적 생산관계에서 가부장제 전통은 남성중심적 사회구조를 고착화시켰다. 심지어 삼종지도가 윤리의 한 덕목이 되고, 우리 세대에는 “뭐든지 먹을 것 있으면 남자 형제에게 먼저” 같은 비인간적이고 웃지 못할 부모들도 많이 있었다. 이러한 남성우위의 기존 전통과 관습을 따르면서 살아온 우리들. 언젠가부터 여성이 남성과 어깨를 나란히 한 대등한 이웃이 되었다. 아니 어쩌면 이제 우리 사회는 여성상위시대인지도 모른다. 요컨대 남성에 부종하는 존재로서의 여성에서 인격체로서의 여성이 되었거나, 되어가고 있다.

그리고 가부장제 전통의 영향으로 공고화된 남성중심사회는 남성의 여성에 대한 선천적 우성을 강조하고 성차별을 고착화시키기도 한다. 최근 우리 유명인들의 페미니즘 관련한 기사 제목부분을 간략히 전제한다.

‘교제살인’ 등 여성 대상 범죄 꺼낸 장혜영에 비판나선 이준석.

이준석 “선거때 슬슬 범죄 꺼내며 페미니즘과 엮는 시도 시작”

유감 표하는 장혜영 “이준석 무식...본질 포착 못하고 안티페미 선동만”

진중권 “이준석, 안티페미로 재미좀 보더니 정신줄 놓은 듯”

경찰공무원 임용 문제 지적 나선 이준석 “성비보다 제압능력”

남성과 여성간 차별이나 사회적 시스템의 문제는 비단 동양만의 문제가 아니다. 우리나라를 비롯하여 동양의 많은 나라들에 있어 여성이 결혼 후에도 자신의 고유 성을 바꾸지 않고 살았다는 사실은 오히려 동양이 여성중중사회인 것을 반증하기도 한다. 한편 중국의 전족 유습이나 이슬람 국가의 부르카 문화는 잔인한 남녀 차별로 서양인들을 놀라게 하기도 하지만, 서양사에 있어 가부장제 전통이나 여성의 남성에 대한 예종은 동양 못지 않은 것이 사실이다.

자본가 계급의 부르조와 민주주의 혁명은 서양에서 신분제를 기반으로 한 봉건제 생산관계에서 인간 평등의 이념을 지향하는 자본주의적 생산관계로의 전환을 가져왔다. 그러나 인종간 차별이나 남녀 차별 같은 기존의 사회적 차별 시스템은 쉽게 바뀌지 않았다. 원조 민주주의 국가인 미국의 경우 미국 독립 후 80년 가까이 지난 1860년대에 이르러서야 흑백차별과 노예제도가 철폐되었고, 프랑스의 경우 프랑스 대혁명이 있고도 19세기 내내 혁명과 재혁명의 반복으로 왕정, 제정, 공화정이 번갈아 시행되었다는 사실은 민주주의라는 것은 항상 투쟁의 과정에서 발전한다는 것을 시사한다.

미국독립과 프랑스 대혁명의 영향으로 19세기 중엽에 이르게 되면 기존의 보수주의적 철학관에 존 스튜어트 밀을 중심으로 한 자유주의, 칼 맑스를 중심으로 한 사회주의 사조가 더해지게 된다. 새로운 자유민주주의나 사회민주주의는 절대 왕정에 대한 반성으로 자유와 평등을 지향하고 억압으로부터의 인간해방을 전파한다. 미국의 독립이나 프랑스 대혁명으로 주권의 소재가 바뀌고 헌법이 제정되면서 민주주의를 실행할 수 있는 가장 기본적인 시스템과 정부가 만들어졌지만, 철학자들의 계몽과 교육 없이 자유와 평등, 억압으로부터의 인간해방 등 진정한 민주주의는 요원할 수 밖에 없다.

또한 Plessy v. Ferguson (1896), Brown v. Board of Education of Topeka (1954), Roe v. Wade (1954) 등 19세기 이래 20세기 말에 이르기까지 흑백차별, 여성의 낙태에의 권리와 사생활의 자유 등 수 많은 미 연방 대법원의 판결은 억압으로부터의 해방과 진정한 민주주의, 시민의 자유와 법 앞의 평등을 지향하는 투쟁의 이정표들이라 할 수 있다. 이제 대선이 얼마 남지 않았다. 선거철이 되거나 무슨 정치적 이슈가 발생했을 때 사회적 담론거리가 되는 것 중의 하나가 페미니즘 또는 여성주의이다. 여성의 인격과 해방이 페미니즘의 주제라 할 수 있다. 앞서 본바와 같이 역사적으로 여성은 완전한 인격체로서 대우받지 못하였다.

법과 생활

“부부유별이라는 고언이 시사하듯이 남녀간 차이는 하느님의 뜻인데, 잘 되가는 집 불란 일으키는 것도 아니고 무슨 여성주의야”라고 구박하는 것이 두려웠나? 어쨌거나 한국사회에서 페미니즘은 학술세계의 주제에 머무르거나 금기시 되는 측면이 있었다. 물론 근자에는 성인지감수성론 등 성범죄와 관련하여, 또는 유명 정치인이나 좌파 철학자들간 알력으로 인하여 페미니즘이라는 주제가 다시 고개를 들기도 하였지만. 과학적 논의의 결핍에도 불구하고, 어찌된 일인지 한국사회에서 여성에 대한 차별은 크게 부각되지 않았고, 나 같은 공처가들은 “여성상위시대 아닌가?” 하면서 살고 있다.

언젠가 강북 지역 최고 아파트에 사는 대학 동기를 만난 적이 있는데, 아파트 지분의 50%를 자신의 와이프 명의로 해 놓았다고 넌지시 말하는 것 아닌가? 은근히 가정에서의 여성의 힘이 느껴지는 분위기였다. 가장인 남자의 명의로 주택을 구매하는 것이 상례였던 시대와 다른 현실에 그만 친구와 나는 “부부간 평등과 민주주의가 명실상부하게 실현되었다”고 하면서 같이 웃기도 하였다. “더 이상 무슨 페미니즘이나 여성주의가 필요한가” 투덜대는 친구와 함께 소주잔을 기울이다 저녁 늦게 귀가하고 아내로부터 핀잔을 들었다.

그러나 가정이나 사회에서 남녀간 평등의 역사는 그리 길지 않다. 예컨대 미국에서 여성의 참정권이 보장되고 명실상부한 보통 평등선거제도가 확립된 것이 수정헌법 제 19조 개정이 있는 1920년이였다. 여성의 자각과 공교육의 발전으로 페미니즘이나 여성주의는 앞으로도 쉽게 수그러들지 않을 것이다. 우리 헌법 역시 11조 1항에서 남녀평등을, 36조 1항에서 민주적 혼인제도와 가족제도의 보장을 규정하고 있다.

부르조와 혁명으로 탄생한 시민사회와 자본주의는 기회와 경쟁을 요소로 하는 시장경제체제이다. 시장은 상품과 서비스의 경쟁을 전제로 한다. 여성주의는 수동적 객체로서의 여성 또는 여성의 상품화를 반대하고, 인격체로서의 여성, 능동적 주체로서의 여성을 지행하며, 성간 차별의 철폐를 주장한다. 따라서

동일노동 동일임금을 주장하기도 하고 유리천장이라는 사회적 유습에 반대한다. 여성주의는 남녀간 절대적 평등을 지향하는 것이 아니다. 남녀간 천부적 차이는 진정한 차이(real difference)로서 합리적 이유에 의한 차별로 본다. 예컨대 모성 보호를 위한 육아 휴직 휴가, 출산휴가는 여성의 당연한 권리이고, 특별한 이유 없이 여성의 육사입학을 거부하는 것은 위헌적 차별이 된다.

민주주의의 모국이자 다문화사회의 전형이 되고 있는 미국의 경우 법학 연구 영역의 하나로 비판법학(Critical legal studies)이 있다. 예컨대 브라인언 라이터(Brian Leiter)의 법학연구분야 다인용학자 리스트(most cited law faculty)는 20여개의 법학연구영역에 따르고 있고, 샤피로(Fred Shapiro)같은 학자의 경우 6개 분과를 제시하기도 하지만, CLS가 빠지는 일은 없다. CLS 분야 대표적 학자 중 하나인 Kimberle Crenshaw에 따르면, 이제 미국에서 인종간 차별의 문제는 더 이상 사회적 이슈라고 할 수 없다는 네오콘(neoconservative)이나 비판인종이론가(critical race theory)들의 주장을 비현실적이라고 비판한다. 즉 흑인의 백인에 대한 예종은 미국사회에 여전하다는 것이다(2001; 2013 a; 2013 b).

그녀에 따르면 공식적 흑백평등 (formal-color blindness)을 강조하는 네오콘의 주장은 시민법(civil rights law)의 불완전성 (indeterminacies of civil rights act)이나, 현재 알게 모르게 진행되는 인종간 차별 문제(lingering racial disparities)를 도외시 하는 것이다.

한편 미국에서의 인종 문제가 이제 침묵하지 않다는 비판이론가들의 법 이상(legal ideology)이나 법 논리(legal rhetoric)에 관한 설명은 매우 실제적이지만, 불완전한 현재의 시민법체제 하에서 구체적 상황에서 흑인을 차별할 수 있는 가능성이 상존한 현실에 눈감고 있다고 비판한다.

이는 인종주의라는 단일의 유일한 사회적 차별요소의 현실적 파위에 눈

법과 생활

감아서는 안된다는 것을 의미한다. 이에 크렌쇼 교수는 미국에서 흑인은 주된 사회세력에 예속된 다른 자 “other”로 태어 났으며, 형식적 평등을 기술하고 있는 법은 포장에 불과하다고 본다(repackaged racism). 한편 시민법 등 비차별을 규정하고 있는 법들은 인종간 억압의 상징적 현실(symbolic manifestations of racial oppression)의 제거에는 성공하였지만, 흑인의 영원한 예종에는 눈감고 있다고 주장한다.

따라서 형식적으로 중립적인 법이긴 하지만 오용의 가능성이 큰 비차별 법제들의 인종차별적 본질을 알리고, 법적 권리를 적극적으로 주장하여 인종차별을 불식시킬 수 있는 전략이 필요하다고 결론 내린다(Crenshaw, 1987).

크렌쇼우 교수의 주장이 시사하는 바는 법학자들은 정치적 시각(neoconservative)이나 비판철학적 주장(Critical theory or critical race theory)을 넘어 사회 속 차별이나 억압의 본질을 인식하고 인간 해방을 지향하여야 한다는 것이다(2001). 그리고 그 구체적 전략은 사회의 현실에 바탕한 법적 권리의 인식과 권리구제의 실천에 있다고 함으로써, 그녀는 미국사회의 인종차별을 주제로 법사회학(sociology of law) 또는 이전의 비판법학 (critical legal theory)을 한 단계 발전시킨 비판법학의 태두로 평가되고 있다.

그녀의 시각은 법과 사회의 개혁과 진보가 주제가 되고 있는 우리 사회의 현실에도 교훈을 던지고 있다. 특히 페미니즘이나 여성주의 같이 사회내 차별과 억압이 인종과 유사하게 천부적인 것이어서 비차별을 위한 수 많은 의회제정 법률에도 불구하고 그것들이 상징적 철폐에 그칠 수 있다. 그녀의 주제어인 Intersctionality는 흑인 여성의 교차적이고 이중적 차별에 관한 핵심주제를 제공하고 있는데, 이는 우리 사회의 페미니즘 운동가들도 참고할 필요가 있다고 하겠다. 한편 우리나라도 여성 법률가들이나 법학자들이 증가하고 있는 현실이다.

스스로의 경험과 학문을 기반으로 여성의 해방과 진정한 남녀차별을 철

폐하기 위하여 노력하는 것도 좋겠다는 생각이 든다. 다른 흑인 여성학자로 미셸 굿윈(Michel Goodwin)은 사회적 영역에서의 흑백차별에 더하여 보건과 노동시장에서의 차별받는 소수인들의 문제를 연구하고 있다. 예컨대 그녀는 최근 저술을 통하여 작으로(Goodwin, 2019) 등은 보건과 인종, 계급의식이나 사회적 재생산 등에 관하여 논하고 있다. 시간 나는 대로 페북글을 통하여 소개할 기회를 가질 수 있기를 바란다.

남녀차별 문제와 관련하여 보수주의 철학을 재음미해 볼 필요가 있다. 보수주의는 “사회라는데, 사람 사는데 그렇게 간단치 않다”라는 사고방식으로 진보가 생각하듯이 “혁명 한번 하면 세상이 천국이 될 것이다”라는 인식에 반대한다. 보수주의를 대표하는 자로 에드먼드 버크(Edmund Burke)경을 들 수 있는데, 그는 사무변호사의 아들로 태어나 법을 공부하다가 중단하고 철학자가 되었고, 영국 의회의원을 역임하기도 하였다.

1765~95년경에 크게 활약한 철학자로, 보수주의 정치이론사에서 중요한 위치를 점하고 있다. 그는 1790년에 자코뱅주의에 반대한 <프랑스 혁명론 Reflections on the Revolution in France>을 발표했고, 보수주의자로서는 아이러리컬하게도 미국의 독립에 대하여 찬성하기도 하였다. 대표없이 과세없다는 식민지 미국의 주장과 무력으로 이를 진압해야 한다는 본국 동료의원들의 보수적 주장에 대하여 새로운 상황의 발전을 이해못하는 지적 게으름이라고 한탄하였다. 이는 보수주의도 새로운 상황을 받아들이면서 꾸준한 자기 혁신이 필요하다는 것을 시사한다.

어쩌면 가장 철저한 보수주의자이면서도 그의 자연과 자연 질서에 대한 해석은 사회의 변동을 불가피하다거나 불가능한 것을 넘어 바람직한 것으로까지 확대하여 인식한다. 이때 개혁의 마중물이 되는 사상의 범위와 역할은 적절한 한정이 필요한데, 역사의 발전과 세월에 따라 축적된 관습과 사회적 업적들을 깊이 존중하고 있음을 의미한다.

법과 생활

따라서 사회적 변화는 결코 불가능한 것이 아니며 불가피하고 바람직하기까지 하다. 그러나 사회 전체의 개혁을 추진하는 수단으로서 작용하는 사상의 범위와 역할은 한정될 필요가 있고, 자유와 평등 같이 이념에만 경도되는 경우, 구체적 긴장이나 구체적인 가능성을 무시한 투기적인 개혁이 될 우려가 있다. 이러한 맥락에서 버크경은 개혁이나 진보에 있어 사회를 발전시키기 위하여 존재하는 선한 생활의 다양한 요소들을 강화하고 조화시키는 것이 사회발전의 핵심이 되고, 보수주의는 그러한 희망에 바탕하고 있다고 하였다.

필자가 김벌 크렌쇼우나 미셸 굿윈 같은 여성 법학자들의 진보적 법사회학이나 버크 경의 보수주의를 소개한 것은 이들 주장을 모두 포섭함으로써, 우리 사회내 남녀 차별의 문제를 바라보는 것이 옳겠다 싶어서이다. 김벌 크렌쇼우는 콜롬비아 대학 로스쿨, 미셸 굿윈은 캘리포니아 대학 어바인 캠퍼스 로스쿨 교수로서, 모두 위스콘신 대학 로스쿨 Hastie fellow로 수학하였다. 학위과정(LL.M/SJD)으로 보면 필자의 위스콘신 대학의 동문으로 대선배가 되고 후배가 된다. 법학 교수로서 자신들의 분야에서 대단한 업적을 남기기도 하였지만, 그녀들의 주장은 억울한 자들의 권리를 주장하고 사회를 개혁시켜 가야할 우리 법조인과 정치인들의 자세와 연관될 수 있을 것 같아 소개해 보았다.

그렇다고 하여 사회의 현실을 무시하고 제소를 남발하거나 버크 경의 주장처럼 기준에 존재하는 선한 생활의 요소들을 강화하고 조화시키려는 자세가 필요함에도 혁명 한번이면 세상을 바꿀 수 있다는 급진적 유혹에 빠져서는 안 되겠다. 이번 대선은 대한민국이 나아가야할 방향을 가르는 중대한 선거이다. 연령대 지역별 여론조사는 많은데 남녀간 여론조사는 자주 행하여지는 것 같지 않다. 페미니즘의 논란속에 과연 보수와 진보 중 어떤 정당이 여성표를 많이 얻을지 궁금해지기도 한다.

여야 선거캠프에서 활약하는 자로 여당은 진성준 야당은 김병준이 두드러지는 것 같다. 이름이 풍기는 뉘앙스도 진보와 보수 향기가 난다. 모두 준수하

다 할 때의 준자로 끝나니 여성의 마음을 살만한 이름이다. 이름 앞 부분 “진성”은 남녀간 차이에 바탕한 진정한 남녀평등, 김병준의 “김병”은 우리의 오래된 대성 김씨와 장단점으로 얼룩진 우리사회의 역사나 긴 병을 의미한다 했을 때 보수의 향취가 아닐 수 없다. 그래서 그런지 선거전이 날로 재미 있어진다.

한편 이 와중에 불쑥 조동연 사태가 터져 혼외자와 배신당한 남편간 문제가 유투버에 대한 제소로 발전하고 있다. 혼외자나 불륜의 문제에 대한 사회의 인식이 남녀간 왜 이렇게 다른가요? 아니 신성한 국방의 의무를 수행하고 있는 남편을 배신한 여자도 할 말이 있나요? 극단적인 관점의 대립 속에 여성에 대한 편견과 차별을 반성하는 한편, 버크 경 말마따나 우리 사회의 선한 요소를 돌아보는 것도 의미가 있지 않을까?

28. 아프리카(Africa)와 비인(Wien)

점심 식사를 마친 후 잠시 눈을 붙이고 일어나니 창 밖에 소복히 눈이 쌓여 있다. 설경이 아름다워 동네 울동공원에서 풍광을 셀카로 찍었다. 기말고사도 끝나고 채점을 마쳤으니 이제 본격적인 겨울방학이 시작되었다. 요즘은 비대면시험 시스템이 잘 갖추어져 있어 40문항 선택형 시험 채점을 기계가 다 해주니 출제 후에는 한가롭다.

다만 약술형 시험은 아직 기계가 채점할 수 없으니 수고가 가는 부분이다. 앞으로는 AI가 의사나 판사, 교수 역할을 대체할 것이라니 하니 격세지감이 아닐 수 없다. 이세돌 같은 바둑 천재를 이기는 AI니 일어날 수 없는 일도 아니다. 한국 사회에서 586세대는 말도 많고 탈도 많다. 그러나 그 영향력은 무시할 수 없다. 현 국회의원 수만 보더라도 586 세대가 절대 다수이니 우리 한국 정치 지형에서 586세대는 무시할 수 없는 중추적 역할을 하여 왔고, 현재도 그렇다.

어제 어떤 유튜브 채널에 출연한 보수인사가 새로운 우파정권에서는 김한길 미래위원회 위원장의 주도하에 586세대는 소멸될 것이고 새롭고 청신한 세대가 사회의 주역이 되는 시대가 도래할 것이라고 하면서 정권교체는 시대정신이라고 역설하는 장면을 보면서, 586세대인 필자는 “AI의 위협에 정치적 세대교체까지 내우외환이 따로 없구나” 하면서 웃기도 하였다.

시간의 힘은 거역할 수 없다. AI 같은 과학기술 발전으로 우리 삶의 양태는 변화하고 있고, 불어오는 세대교체 바람은 인간의 힘으로 거역할 수 없으니 말이다. 콘트라시에프 싸이클 같은 오랜 시간을 단위로 한 시간관념이 있는 반면, 1년이나 6개월 단위, 50분 수업, 일급, 시급 같은 짧은 시간 단위의 시간관념도 있다.

시간관념은 유용하다. 아인슈타인의 상대성이론에 따르면 우리는 타임머신을 타고 과거나 미래로 여행할 수 있다. 또한 시간은 우리가 생활함에 있어 사람을 짐승과 구별지우고 인간을 인간답게 하는 역할을 한다. 1년의 시간에서 여름은 비와 장마로 겨울은 눈으로 우리에게 자연과 시간의 이치를 가르친다.

또한 비와 눈은 매마른 대지의 인간을 정서적으로 안정시키고 생명감을 채워준다. 과거 동양에서 기우제를 지내는 것이 봉건제 군주의 중요한 일의 하나였던 것은 농업기반경제인 점에도 기인하지만, 비는 산만함을 가라앉히고 동질적 존재감을 가질 수 있게 하여 정치적으로도 의미가 있기 때문이었다.

그런데 비나 눈이 사람의 정서를 안정시키고 마음을 깊게 하여 정신적으로 인간을 인간답게 하는 느낌을 갖게 하는 것은 서양 사람도 마찬가지인 것 같다. 자연스런 수면 유도를 위한 8시간, 10시간 천둥번개 소리, 낙수물 소리 등을 담은 유튜브가 그 한 예이다. 또 우리 대학시절 유행하였던 토토의 아프리카라는 팝송 가사 역시 아프리카에 비가 내리기를 기원한다고 하니 비는 어쩌면 사람과 야생을 가르는 자연현상임이 틀림없다.

아프리카는 새삼 동물의 왕국을 상기하지 않더라도 야생동물의 천국이다. 약육강식과 보이지 않는 위험이 상존하는 대륙이자 미개지이다. 필자는 요즘도 토토의 아프리카 음악을 즐긴다. 586 세대로 대학시절을 보냈지만, 토토의 음악은 알게 모르게 메이저(Major)나 콘센트레이션(Concentration)이랄지 자유분방한 대학생의 정서를 전달하여 주는 느낌이 있기 때문이다. 수염이 난 주인공 가수는 대학 시절 범대 동기 같다.

검은테 안경을 쓰고 안경너머로 학생의 동정을 살피는 비서 같기도 하고 사감 같기도 하면서 엘레강스한 흑인 여성은 범대 재학 시절 은사님 같은 느낌이 든다. 옆에서 기타와 드럼을 치면서 흥을 돋우는 반주자들은 한 시대를 같이 살아온 한국의 586세대 다른 과 친구들 같기도 하다. 털보 주인공 가수는 마

법과 생활

치 로 라이브러리(law library)속 판례집과 법서를 찾으면서, 여자 친구의 도착을 기다리는 법과대학생의 이미지다. 책을 뒤적이던 가수는 기어이 아프리카라는 책을 찾게 되고, 그 위에서 휴식을 취하지만 결국 옆 등잔이 없어지면서 그 책은 불타게 된다.

노래를 듣고 나면 “대학 동기는 주인공 가수인데 나는 왜 안 나오지” 하면서 우울하다가, “아 나오지도 못하고 책 4권이 되어 버렸나” 하면서 허탈한 웃음을 짓기도 한다. 어쨌거나 이제 586 대학 동기들은 성장하여 모두 법률전문가로 법학 교수로 사회에서 중추적 역할을 다하고 있다. 또 정계나 사업으로 진출하여 대학 시절 배운 법지식과 사회경험을 살려 성공한 친구들도 적지 않다.

토토의 아프리카 음악을 즐겨 듣는 것은 아마도 필자가 대학 교수로 재직하고 있기 때문 같다. 젊은 대학생들과 호흡을 같이하여야 하니, 아프리카 같은 그들의 자유분방함과 법이 무엇인가를 배우려는 그들의 뚝뚝한 눈을 피할 수 없는 처지이다. 비가 농부의 한 해 농사 결실을 돕듯이, 이제 그들의 노력이 성적으로 결실을 맺을 것이다. 마찬가지로 올 한해 네가티브의 상대 흠집내기로 점철된 대선도 시간이 가면서 가라앉지 않을까? 국민의 한 사람으로서 오늘 내린 함박눈과 함께 아프리카 야수 같은 폭로전이나 상처입히기는 그만 종식되기를 바란다.

비와 눈 얘기를 하다 보니 조선일보 대기자를 지낸 지인으로부터 선물 받은 “비인이 나온 천재들”이라는 책이 떠 오른다. 오스트리아 비인은 비엔나라고도 불리우는데, 프로이드, 모차르트, 비트겐슈타인 등 수많은 천재들의 모태가 된 산실로, 구 합스부르크 왕가를 대표하는 도시라 할 수 있다. 비인은 비나 눈처럼 우리에게 인간을 인간답게 하면서, 인류의 정신과 진보를 대표하는 느낌을 주는 도시이다. 비인은 외교와 국제관계의 중심지로 필자가 가르치는 국제법과도 관계가 깊다.

1969년 조약법에 관한 비엔나협약, 1958년 영해및접속수역에 관한 비엔나협약, 대륙붕에 관한 비엔나협약, 1980년 유엔통일매매법(약칭 비엔나협약) 등은 국제법이나 국제거래법 과목에서 중요한 조약들이다. 이번 기말고사 약술형 문제로 비엔나협약의 직접적용과 간접적용, 즉 그 적용범위를 물었는데 학생들이 잘 답하여 흐뭇하기도 하였다. 비인회의와 4자체제는 나폴레옹 전후 처리를 통하여 근대 유럽의 평화와 안보를 보장하기 위한 것이었다. 러시아, 영국, 오스트리아 및 프로이센 4대국에 의한 새로운 안보체제를 구축한 유럽동맹은 20세기 2차 대전 후 유엔 안보리 상임이사국 5대국에 의한 세계평화체제의 전례라 할 수 있다.

다만 차이점은 패전국 프랑스가 「탈레랑」의 활약에 힘입어 1815년 1월부터 참여하면서 이른 바 5두위원회(Committee of Five)를 중심으로 주요 문제가 결정되었고, 영토문제에 대한 이견 등으로 합의 도출이 쉽지 않았다는 점이다. 요컨대 나폴레옹의 엘바섬 탈출으로 춤을 추는 듯 지지부진하게 진행된 비인회의가 반전을 맞아 신속하게 진행되고 결과를 도출한 것은 무릇 협상이란 다급하지 않으면 결과 도출이 쉽지 않음을 시사하는 대표적 예가 되고 있다.

한편 비인회의는 독일 통일과 독일민족 문제에 대한 중대한 이정표가 된다. 종교전쟁과 베스트팔렌 조약으로 신성로마제국이 해체되면서, 독일은 300여개의 독립된 제후국이 난립하는 중세적 봉건질서가 오래 계속되었는데, 나폴레옹 전쟁과 비인회의를 통하여 독일은 새로운 전기를 맞게 된다. 나폴레옹 전쟁은 프랑스 혁명의 자유주의 정신과 정의, 박애, 연대라는 사상을 전 유럽에 전파하였고, 또한 민족주의 정신을 고취하여 독일의 통일과 근대국가의 성립에 큰 영향을 미친다.

이번 대선전의 이재명 후보와 윤석렬 후보는 마치 패전국 프랑스의 탈레랑이나 엘바섬에서 탈출한 나폴레옹 같은 느낌을 준다. 한명은 정책실패로 비난을 받고 있는 여당출신의 도지사이면서 대선후보로 더민주당이 주도하는 현정권의 처지가 마치 패전국 프랑스 같이 느껴진다. 이재명이 대선후보가 되어 비

법과 생활

인회의에 참여한 것은 그가 누차 강조하듯이 더민주당의 과오를 반성하고 새로운 정부를 출범시키려는 노력 같이 다가온다. 한편 윤석렬 후보에게 밀리면서 새로운 대선후보로의 교체가능성이 있다는 것은 다급하지 않으면 결과도출이 쉽지 않다는 비인회의의 교훈 같기도 하다.

한편 다른 한명은 평검사로 시작하여 검찰총장이라는최고위직에다 제 1야당 대선 후보가 되었으니, 하급무관 출신에서 황제의 자리에까지 오른 나폴레옹의 처지와 비슷하다. 그의 황녀 조세핀 보나파르트는 아들을 낳지 못하여 나폴레옹에 의하여 그녀와의 결혼이 무효화되었다. 물론 민주주의 시대에 후보 부인을 과도하게 공격하는 것은 게임법칙 위반이고, 애처가인 윤석렬이 결혼을 무효화할리는 없지만, 뭔가 가족관계에 있어서 처지가 비슷하다. 나폴레옹이 자유, 평등, 박애의 이념을 전 유럽에 전파하려는 정신은 항상 자유의 가치를 강조하고 상식과 헌법주의, 법 앞의 평등이 국가적 공동체의 기본이 되어야 한다는 그의 철학과 유사하다.

세계 10대 경제 강국이고 이제 국력이 프랑스나 독일에 버금가는 나라가 되었다. 이제까지의 혼란은 어쩌면 국론의 분열과 국민 개개인의 책임의식의 결여로 300여개의 독립된 제후국이 난립한 중세 독일의 혼란과 같은 것이었는지 모른다. 패전국 프랑스나 혼란된 중세 독일이 대선 이전의 대한민국이었다면, 대선 이후의 대한민국은 새로운 독일, 국제평화체제와 함께 민족이 번영하는 자유대한민국이 되어야 할 것이다.

합리적 보수로서 정치적 경험이 전무하지만 국가 기틀을 쇠신한 후 진정된 정치가들에게 정권을 이양하겠다고 밝힌 야당 후보, 더민주당과 차별이 가능한 대선 후보라고 자임하고 있는 야당 후보인지라 비인회의 이후 새로운 독일 같이 무럭 무럭 발전하는 대한민국이 불가능한 것은 아닐 것이다. 돌이켜 보면 우리 정치의 가장 큰 문제점은 약속과 신뢰를 쉽게 파기한다는 것이다. 그러나 자유민주주의 사회는 시민과의 약속에서 시작되었다. 새로운 대통령은 헌법을 준

수하고 헌법 속에서 국가가 나아가야 할 방향을 모색하고 노력하여야 한다. 또한 그러한 대통령을. 선출하는 대선은 인간에 대한 기본적 신뢰나 양식에 바탕한 최소한의 약속을 헌신짝처럼 버리고 야수들처럼 서로 물어 뜯는 네가티브 선거가 되어서는 안될 것이다.

아프리카 야수들이 떠오르는 상처입히기 대선, 노래처럼 아프리카에 비가 왔으면 하는 바람이다. 상처를 이겨내고 새로운 비인체제의 탄생을 그리면서, 다시한번 대한민국 헌법의 기본원리와 자유민주주의 원리를 같이 읽어 보았으면 좋겠다.

(1) 대한민국 헌법의 기본 원리

대한민국 헌법에는 국민 주권주의, 자유 민주주의, 복지 국가의 원리, 국제 평화주의, 평화 통일의 원리가 포함되어 있다. 이러한 기본 원리는 국가가 추구하는 핵심적인 가치를 담고 있으며, 헌법이나 다른 법률의 해석 기준이 되고, 법 제정과 정책 결정의 방향을 제시해 준다.

① 국민 주권주의

국가 의사를 최종적으로 결정할 수 있는 최고의 권력이 국민에게 있다는 원리이다. 제1조 1항: 대한민국은 민주 공화국이다. 2항: 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

② 자유 민주주의

개인의 자유가 존중되며, 국가 권력이 국민의 동의와 지지를 바탕으로 행사되어야 한다는 원리이다. 제8조 1항: 정당의 설립은 자유이며, 복수 정당제는 보장된다. 2항: 정당은 그 목적 · 조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사 형성에 참여하는 데 필요한 조직을 가져야 한다.

법과 생활

③ 복지 국가의 원리

모든 국민의 인간다운 생활을 보장해 주는 것이 국가의 책임이며, 인간다운 생활은 국민이 당연히 누려야 할 권리라고 보는 원리이다. 제34조 1항: 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다. 2항: 국가는 사회 보장 · 사회 복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

④ 국제 평화주의

세계 평화와 인류의 공동 번영을 위해 노력한다는 원리이다. 제5조 1항: 대한민국은 국제 평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다. 제6조 1항: 헌법에 의하여 체결 · 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제 법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.

⑤ 평화 통일의 원리

자유 민주적 기본 질서에 입각한 평화적 통일을 추구한다는 원리이다. 제4조: 대한민국은 통일을 지향하며, 자유 민주적 기본 질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다. [출처] 개념톡톡 용어사전 사회편

(2) 자유민주적 기본질서

우리나라 헌법에서는 자유 민주주의를 헌법의 기본 원리로 채택하고 있다. 자유 민주주의 원리는 자유주의와 민주주의 이념이 결합한 정치 원리이다. 자유주의는 개인주의를 바탕으로 개인의 자유를 최대한 보장해야 한다는 이념이며, 민주주의는 일반 시민이 주권을 가지고 국가를 다스려야 한다는 이념이다.

즉, 자유 민주주의는 주권자인 시민의 의사를 반영하는 제도적 장치를 통해 개인의 자유와 권리를 최대한 보장해야 한다는 이념을 담고 있다. 그러므로 자유 민주적 기본 질서를 실현하기 위해서는 시민의 의사를 반영하는 동시에 시민의 자유와 권리를 보장하는 제도를 확립해야 한다.

시민이 폭넓은 정치적 선택을 할 수 있도록 복수 정당제를 채택해야 하며, 시민의 의사가 충분히 반영되는 법과 정책을 만들기 위해 참정권과 상향식 의사 결정 과정을 강화해야 한다. 그리고 권력의 집중이나 과도한 권력 행사를 막기 위해 권력 분립 제도를 채택해야 하며, 정당한 법 절차로써 국가를 다스리기 위해 법치주의를 채택하고 적법 절차의 원리를 적용해야 한다. 이렇게 권력의 행사를 법으로 제한할 때 국가 권력의 남용을 막으면서 시민의 자유와 권리를 보호할 수 있다. [출처] 고등교과서 사회

29. 주몽과 대소왕자

대통령 선거전이 점입가경이다. 입당시기를 놓고 비빔밥 짝벌남 등 비하어가 난무하더니, 이제는 선대위 구성과 활동을 놓고 잡탕밥이니 늑다리 선대위라는 등 또다시 내홍을 겪고 있다. 우리의 신성한 주식인 밥을 비하하는 것도 그렇지만 우리의 포퓰리즘 정치와 댓글문화는 욕설과 비방을 빼놓고는 생각할 수 없게 되었다.

무슨 뉴욕에라도 온 것 같다. 새로운 욕이 넘쳐나니 말이다. 요즘 정치와 대중사회를 돌아보면, 영어 하는 외국 관광객에게 “무슨 욕하는 것 아니야?” 웃기도 하고 뉴욕 뉴욕 하면서 친구들과 히히덕 거렸던 고등학교 시절이 생각날 정도이다. 친구들과 나이 먹어 한잔하면 그 때 웃던 일을 회상하면서, 그럼 영국이나 캐나다에는 욕(York)이라는 도시가 있는데, “그 나라 사람들은 재래식 욕을 하는가”라고 하면서 또 한번 웃던 적도 있다.

어쨌거나 욕설과 비방 속의 대선전이 진행되고 있다. 우파의 소란과 갈등에 비하여 부동산 양도세 등 현 집권당과의 차별을 부각시키려는 여당의 내홍은 그나마 양반이다. 선현들이 보수 또는 우파는 재능과 근면, 윤리 도덕 충성심 같은 인간 고유의 자질을 중시한다 하였는데, 아마도 이념과 기득권 철폐를 키워드로 삼는 좌파 보다 서로 융화하기 어려운 정파인 듯 하다. 항상 역사적으로 내홍이 문제되어 왔으니까. 또 자신의 분파에 충성하는 것이 덕목이니 갈등 봉합도 쉽지 않다.

이승만과 조봉암 이래, 차지철과 김재규는 물론이고, 박정희와 김종필 또는 김형욱, 전두환과 노태우에 이르기까지 우파 내부의 갈등과 반목의 역사는 우리 한국 정치사를 이끌어 왔다. 개발국가의 현실에서 군부엘리트는 힘과 재능, 근면의 상징이었고, 리더쉽의 자질이였다. 그러나 내부의 갈등과 홍역은 새로운

2000년대 한국 좌파정부에 비하여 더 잔인하고 은밀하였던 것이 사실이다. 행정학자들이 말하는 turf나 informal한 면에서 이해할 수도 있지만, 이념이나 동지보다는 인간과 역사, 전통에서 연유하는 고유한 것을 추구하는 우파의 특질도 한 몫 하는 것 같다.

어쨌거나 한국 정치를 이해하는데 있어 놓칠 수 없는 부분이다. 스탈린이나 김일성, 김정은의 집권 과정에서 행해진 정치적 숙청은 더 잔혹하지 않는가 반문한다면 할 말 없지만, 사회주의 체제는 어차피 이념과 독재에 기반하고 있으므로 반동분자를 청소하는 것이 당연하다면, 자유민주주의 대한민국의 근대 정치사는 우파적 갈등이 큰 물줄기를 이루어 왔다는 말이다.

김영삼과 김대중의 갈등이 결국 민주화를 위하여 대승적으로 통합되었다면, 우파적 갈등과 분열은 대부분 비극으로 끝나는 것도 양 정파의 특질을 보여준다. 이러한 정파적 유전자가 아직도 우리 우파 정부에 남아 있는 것 같다. 마치 이승만과 조봉암을 연상시키는 이준석과 조수진 의원의 갈등이 폭발하더니, 쉽게 봉합될 기미가 보이지 않는다. 40, 50 언저리의 두 똑똑이들이 한치도 물러날 기미를 보이지 않고, 김종인 선대위원장과 대선후보는 리더십의 위기를 맞고 있다.

학자들은 통상 리더십을 개혁적 리더십(transformative leadership), 관리자적 리더십(transactional leadership), 초인적 리더십(charismatic leadership)등 다양한 리더십으로 분류한다(Judge, Woolf, Hurst, & Livingston, 2006). 그 중 하나가 워크어라운드 리더십(walk-around leadership)이다. 워크어라운드 리더십은 말 그대로 현장을 돌아다니며 지도하는 이미지의 리더십이다. 이러한 리더십은 김정은의 현장지도 같이 사회주의 국가에서도 볼 수 있고, 기업의 경영자에게 특히 필요한 소중한 리더십이다. 선거 기간 중 후보들의 동정과 활동은 당선후에 비해 워크어라운드 리더십의 성격에 가깝다. 그때 그때 지역을 방문하고 시민과 이해관계인을 상대로 대한민국의 미래에 대하여 소통하여야 하

법과 생활

기 때문이다.

아들 문제에 출신 정당과의 차별화, 부인 문제에 당의 적전분열로 위크 어라운드 리더십을 각인시켜 국민에게 어필해야 하는 후보들 입장에서는 하루에도 몇 번 넘어지고 일어나는 오뎅이 같은 저력이 없으면 버티기 힘들 것이다. 이번 내홍으로 우파 유투버들이 이준석 탄핵 서명을 하고 있다. 시민의 궤기로 하와이에 망명한 이승만 같이 이준석 대표도 위기에 봉착한 처지가 되었다. 헌법수호자 논쟁에서 칼 슈미트와 한스켈젠 등 독일의 학자들이 헌법의 수호자는 대통령이거나 헌법재판소라고 하였다. 지금의 많은 헌법학자들은 대통령이나 헌법재판소도 물론이지만 공무원과 함께 국민도 헌법을 수호할 책무가 있다고 본다.

그와 마찬가지로 우파 시민들은 자신의 정당을 수호할 책무가 있다. 그렇다면 우파의 이준석 대표 탄핵 서명운동은 정치학의 A,B,C에서 벗어나는 것이 아니다. 2차례의 부산행 망명으로 사태가 누그러질 것 같지 않다. 오염 같은 정치판에 등을 돌리고 무관심한 시민들도 많이 있지만 차제에 대오각성하여 정권교체를 성공적으로 이루어 내자는 우파의 열기도 만만치 않은 것 같다.

모든 게임이 그렇지만, 어쩌면 게임의 역사는 주몽과 대소왕자의 역사 같기도 하다. 언젠가 드라마로 극화되기도 하였는데, 주몽과 대소왕자는 동부여와 졸본부여의 패권을 두고 다투게 된다. 주몽은 북부여의 천제 해모수와 유화부인 사이에 태어난 자로 알에서 부화하였다고 한다. 금와왕이 유화부인을 궁에 들여 주몽을 아들과 같이 길렀지만, 금와왕의 일곱왕자, 특히 첫째 왕자인 대소는 주몽을 시샘하여 그는 “알에서 태어난 자로 사람이 아니다”라고 하면서 핍박하고 시해하려 하였다. 수 많은 위기를 겪다 결국 주몽은 동부여에서 쫓겨나, 졸본부여를 세우고, 나라 이름을 고구려라 칭하면서 동명성왕이 되어 그 시조가 된다.

한편 대소왕은 금와왕의 부여국 왕위를 계승하고, 고구려와 패권을 겨루

게 되는데, 결국 고구려 3대왕인 대무신왕(무휼)에게 패하고 괴유라는 장수의 손에 죽게 된다. 주몽과 대소왕자의 스토리는 어쩌면 인간사의 동화적 전형인지도 모른다. 활을 잘 쏘는 사람이라는 뜻의 주몽은 주인의 꿈이라는 이름으로 들리니 주인이 되기 위한 기본 자질이 갖추어진 자를 대변한다. 시뻘건게 뭘 뒤집어 쓴다는 한자어에 비추어 서양의 파토스(pathos)적 인간상이라 할까? 대소왕자는 크고 작음을 안다는 뜻 같이 다가오니 사람의 이성을 상징한다고 할 수 있다. 마치 측량사(surveyor)출신 미국 독립의 아버지 조지 워싱턴같다. 서양의 로고스(logos)적 인간상이라고 볼 수 있다. 부여가 부자집의 여유, 금와왕은 “와 금이다”라고 했을 때 자신의 지위와 부를 지키기 위하여 따지기 좋아 했을 것이다.

차가운 이성의 대소왕자는 주몽을 알에서 깨어넣었다고 하여 짐승처럼 대한다. 파토스와 로고스의 갈등이 드러난 것이다. 우리는 주몽과 대소왕자의 유전자를 같이 가지고 있는지도 모르겠다. 그러나 열정이 넘친다고 하여 욕설과 땀글비방으로만 치달아선 안되겠다. 크고 작음을 알면서 비교하고 대조할 수 있는 지성, 차가운 이성의 소유자이지만, 대한민국에 대한 사랑과 열정이 부족한 자를 선출해서도 안되겠다. 넓은 세상에서 괴유 같은 초인적 장수를 만나 운을 다할 수도 있다.

윤석렬 후보 부인 김건희의 학력과 경력이 위조되거나 사위의 방법으로 취업 등에 이용었다고 하여 여당 대선 후보측의 공격이 무차별적으로 행해지고 있다. 7일의 단기 뉴욕대 연수가 학력과 경력란에 과장되어 기재되었다는 것이다. 나중에 7일의 단기 뉴욕대 연수가 서울대학교 경영대학 석사과정의 일부이었던 사실이 밝혀졌다. 연수기간을 정확히 기재하지 않고 학력란에 이를 기재한 것이 화근이 된 듯 하다. 후에 학력란이 아니라 학력과 경력란이라는 사실이 알려지면서, 윤석렬 선대위는 김건희가 이력서에 연수과정을 기재한 것이 무슨 잘못인가라고 반격을 가하기도 하였다.

미국의 경우 경영학과나 로스쿨에서는 EMBA랄지 외국변호사 프로그램

법과 생활

등 소위 산학협동적 차원에서 다양한 학위과정 연수과정을 제공하는 것이 상례이다. 어떻게 보면 교육을 이용하여 돈벌이 하는 것으로 보일 수도 있지만, Executive, 소위 사장을 포함하여 기업의 관리자로서의 지위에 있는 자나 외국 변호사를 교육하여 시민사회적 기반을 튼실하게 한다는 뜻으로 선행될 수도 있다.

우리 법관이나 검사, 로펌 변호사들의 연수나 학위과정 등은 이러한 차원에서 바라볼 수 있다. 필자도 잠시 법관 생활을 하다, 위스콘신 대학 로스쿨 외국변호사 과정의 도움을 많이 받고 고급연구과정에서 수학한 바 있다. 김진희 논란과 함께 90년대 초 외국 유학 무렵이 회상된다. 보통 로스쿨 하면 수백명의 JD 학생으로 구성되는 법학 학위과정을 말한다. 또한 유에스 뉴우스나 보통의 로스쿨 랭킹은 그러한 학위과정에 포커스를 맞추어 랭킹을 산출한다. 위스콘신 로스쿨 JD 과정은 입학 성적 평균이 GPA 4.0 만점 기준 3.65 정도 되는 평범한 로스쿨이지만 역사적으로 전통을 인정받고 있다. 특히 산학협동이나 연구과정의 경우 그 우수성이 널리 알려져 있다.

한편 미국의 랭킹 전문가들은 로스쿨 랭킹외에 LL.M 랭킹이나 Advanced Legal research 또는 Foreign Attorney Program 등 자세한 랭킹 정보를 제공하기도 하는데, universities.com 이라는 대학학위/연수과정 평가에서 위스콘신 로스쿨 외국변호사 과정이 전미 2위에 올랐다는 사진을 캡처하여 첨부한다. 필자가 그러한 사진을 첨부하는 이유는 수십년전 외국 유학 당시 자유로웠던 영혼이 그리워서이기도 하지만, 너무 쉽게 타인을 비방하는 우리들의 습성을 돌아보기 위함이다. 모든 자들에게는 나름의 이유와 인생행로가 있다.

예컨대 필자의 경우 JD 과정이 아니고 Advanced Legal Research나 Foreign Attorney Program에서 수학한 것도 어찌면 그 한 예이다. 미국의 JD 과정을 이수하지 않고 월반 비슷하게 공부하여 법과학 박사학위를 취득하고 한국대학에서 교수생활을 하고 있지만, 어찌면 미국법에 정통하다고 할 수 없다.

그러나 나를 변호사시험에도 합격하고 자부심을 가지고 살고 있다.

풀러신학대학(Fuller Theological Seminary)이나 프린스턴 신학대학(Princeton Theological Seminary)은 미국에서 신학계열로는 하버드 신학대학이나 프린스턴 대학 못지 않다. 언젠가 모 대학 여성 총장이 프린스턴 대학 출신이 아니고 프린스턴 신학대학 출신이라고 하여 기망이라는 등 비방한 것도 한국인들의 경박한 대중심리와 그로 인한 집단적 편견의 예라 할 수 있다.

연구력 기준만으로 대학을 평가하고, 대학의 본분이 교육임을 망각한 후 유종의 하나라고도 할 수 있다. 1조원 넘는 연구비를 수주하는 리서치 엔터프라이즈(research enterprise), 수만편의 논문을 생산하고 높은 인용지수의 연구중심대학, 다수의 노벨상 수상자, 다수의 특허 등 연구력이나 연구의 질이 높은 대학이라 하여 항공조종사 양성 학위과정이 Embry-Riddle 항공대학보다 낫다고 할 수 없다. 대학은 창조적 연구를 중시하여야 하지만 그것이 학, 석, 박사 등 학위과정이나 산학협동과정 등과 연결되지 않으면 그것은 연구자들이 모여 있는 대형 연구소나 도서관에 불과하지 대학의 사명을 다하는 것이 아니다.

어쩌면 이번 김건희 사례는 햇병아리 경영학도의 작은 꿈이었는지 모른다. 7일간의 단기 연수를 수개월 또는 1년의 연수라 부풀린 것도 아니고, 조금만 주의를 기울이면 그것이 학위과정이 아닌 단기 연수과정임을 알 수 있었다면 이를 과도하게 공격하는 것은 바람직 하지 않다고 보인다.

이제 우리가 서양식 문화를 받아 들인 이상, Anglican 문화를 이해할 필요가 있다. “sifting and winnowing”이 말하듯이 분별하고 정체를 찾아 내는 비판적 자아를 발전시켜 나가야겠다. 대중심리에 부화뇌동하여 타인을 오해하거나 헐뜯는 것은 올바른 시민의 자세가 아니다. 자식 교육은 부모의 책임이 적지 않으므로 이재명 후보의 아들문제는 결혼 하기 전 부인의 문제보다는 심각할 수 있다. 그러나 이재명 후보가 바로 사과한 이상 아들 문제에 대하여 보다 이해하

법과 생활

는 차원에서 바라볼 필요가 있다.

우리 사회 슈퍼 리치(superrich)리스트에서 서울대 경영학과보다 많은 동문을 배출한 대학이 고려대 경영대학이다. 그러한 명문대를 졸업한 후보의 아들이 도박에 빠져 헤어 나오지 못하고, 시정 잡배들도 사용하지 않은 저질 언어를 구사하는 것이 그대로 시민들에게 노출되었다. 기본 소양 교육을 탓하고 아버지를 탄핵하는 것은 당연하지만, 청년실업의 희생자로서 가여운 면도 있지 않을까? 그런데 청년실업률 저감 등 공공정책을 지적하고 상기시키는 식자는 보이지 않고, 오로지 네거티브와 비리에 초점을 맞추고 있는 것은 안타까운 일이다.

우파 정당의 대표에 대한 공격이 신랄하다. 그를 신지예와 결혼시켜 하와이로 신흥여행을 보내 성숙한 정치인을 만들자는 우파 유투버들도 있다. 하와이가 결혼을 뜻하는 하니문이나 직업정신을 상징하는 와이셔츠가 결합하여 만들어진 말은 아니겠지만, 정치인으로서의 성숙함을 보이지 못한데 대한 아쉬움일까? 짧은 대한민국 민주주의 역사이고 일천한 정치문화이지만, 그 역사와 문화는 우리와 우리의 후손을 위하여 많은 교훈을 남기고 있다. 보수 우파의 분열과 갈등이 비극으로 종식될 때, 그것은 민주혁명이나 저항권으로 인정받지 못하고, 단순한 살인 사건 또는 내란이 될뿐이다. 국힘당은 신사도와 협력이 필요한 시점에 있다.

한편 좌파 정부와 대선 후보가 자유의 가치와 헌법이 보장하는 기본질서를 부인하는 경우 우리 헌법체제내에서 존립할 수 없다. 이때의 자유는 규제가 없는 자유로운 상태를 의미하기도 하지만, 극빈자를 보조하여 인간다운 생활을 가능케 하는 적극적 자유(positive liberty)까지도 포함한다.

얼마전 극빈자는 자유를 알 수 없다는 윤 후보의 발언도 그러한 맥락에서 나온 듯 하다. 정도차는 있지만 자유에 대한 양대 정당 대선후보가 대체로 인식을 공유하는 것 같아 다행이다. 작금의 우리 우파나 좌파로 인한 사회적 아노

미가 과거 두 사건과 같이 극단적인 성격의 것은 아니지만, 인격살인이나 극단적 이념 지향으로 나아가지 않도록 항상 경계한다는 입장에서 대표적 두 사건을 반추해 보기로 한다. 주몽과 대소왕자, 자신의 열정과 로고스를 돌아볼 시점이다.

(1) 1979년 대통령시해사건에 대한 판결

(대법원, 1980)

김재규를 열사로 추대하자는 일부 논의도 있지만, 김재규 내란사건에 대한 대법원 판결을 통하여 과거 군사정부의 비극을 돌이켜 본다. 대법원 판결 중 임향준 대법관의 군법회의법 제 432조의 문제와 저항권에 관한 부분을 발췌해 보았다.

“형사소송법 383조에는 사형, 무기, 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 경우에 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에는 이를 상고이유로 할 수 있다고 규정되어 있는데 군법회의법 432조에는 위 양형과중의 사유로 상고할 수 있다는 조항이 없는바 군인·군속이 아닌 민간인이 군법회의에서 재판 받는 경우 위의 양형과중을 이유로 상고할 수 있는지의 여부와 저항권이 우리나라에서 인정될 수 있으며 이를 재판규범으로 적용할 수 있는지의 여부에 관해 살펴보기로 한다.....형사소송법 383조에는 위에 제기한 중형이 선고된 경우 이를 상고이유로 할 수 있다고 규정되어 있음에 반하여 군법회의법 432조에는 상고를 할 수 있는 사유 중에 위와 같은 규정이 없어서 군법회의의 재판을 받은 자는 위의 양형과중을 이유로 상고할 수 없게 되어 있는바 군법회의에서 재판을 받은 사람이 군인·군속인 경우에는 군인·군속의 신분과 복무의 특수성에 비추어 이유가 있다고 볼 수도 있을 것이나 군인·군속이 아닌 민간인이 군법회의에서 위와 같은 형의 선고를 받은 경우에는 일반 법원에서 재판을 받은 사람과 아무런 구별이 없어서 차별적 취급을 할 합리적 근거가 없음에도 불구하고 군법회의에서 재판을 받았다는 사유만으로 양형과중을 이유로 하여 상고할 권리를 박탈한다는 것은 법 아래서의 평등을 규정한 헌법 9조에 비추어 합리적

법과 생활

인 조치라고 볼 수 없으므로 군인·군속 아닌 민간인은 군법회의에서 재판을 받은 경우라도 일반 법원에서 재판 받은 경우와 구별할 이유가 없으므로 형사소송법 383조에 의하여 위 양형과중을 이유로 하여 상고할 수 있는 것으로 해석할 여지가 있다고 보든지, 만일 민간인이라도 군법회의법 432조의 명문 규정으로 보아 양형과중을 이유로 상고할 수 없다고 해석할 수밖에 없다면 적어도 민간인에 관한 한 군법회의법 432조는 헌법 9조에 위배된다는 문제도 야기될 여지가 있다고 할 것이다. 군법회의법 525조에 의하면 비상계엄 지역내의 군법회의에서 재판을 받은 군인, 군속 등은 상소할 수 없다고 규정하면서 군인·군속 아닌 민간인은 군법회의에서 재판을 받은 경우라도 상소권을 제한하지 아니한 점을 보더라도 민간인에 대하여는 군법회의에서 재판을 받았더라도 일반 법원에서 재판 받은 경우와 균형을 맞추어 상고권을 제한하지 아니하고 있는데 군법회의법 432조는 민간인을 군인·군속과 동일하게 취급한 것으로 본다면 이는 누구에게든지 균등하게 보장되어 있는 시민적 권리의 행사에 차별을 둔 규정이라고 하여야 할 것이다.”

한편 저항권에 관하여 다수의견과 달리 임향준 대법관의 소수의견은 이를 헌법에 의하여 인정되는 자연법적인 권리라고 하면서 다수의견에 반대하고 있다.

“다수의견은 이 문제에 관하여 실정법에 위배된 행위에 대하여 초법규적인 권리 개념인 저항권을 내세워 이를 정당화하려는 주장은 받아들일 수 없다는 당원의 1975. 4. 8 선고, 74도 3323의 판례를 그대로 유지한다고 설시하고 있는바, 위 당원의 판례가 우리나라에 있어서 저항권 자체의 존재를 부정하는 것인지 저항권을 재판규범으로 적용할 수 없다는 취지인지 분명하지 아니하나 이 사건에 있어서 피고인 김재규 등의 행위는 그 범행 내용으로 보아 이를 저항권의 행사라고는 볼 수 없다 할 것이므로 이 사건과 관련하여 저항권 문제를 논할 필요는 없다 하겠으나 일반적인 문제로 우리나라에서 저항권의 존재를 부정하거나 이를 재판규범으로 적용할 수 없다는 판단에는 이를 그대로 수긍하기 어려운 다음과 같은 의문점이 있음을 지적해두고자 한다.

우리나라에 있어서의 정치의 기본질서인 인간 존엄을 중심가치로 하는 민주주의 질서에 대하여 중대한 침해가 국가기관에 의하여 행하여져서 민주적 헌법의 존재 자체가 객관적으로 보아 부정되어가고 있다고 국민 대다수에 의하여 판단되는 경우에 그 당시의 실정법상의 수단으로는 이를 광정할 수 있는 방법이 없는 경우에는 국민으로서 이를 수수방관하거나 이를 조장할 수는 없다 할 것이므로 이러한 경우에는 인권과 민주적 헌법의 기본질서의 옹호를 위하여 최후의 수단으로서 형식적으로 보면 합법적으로 성립된 실정법이지만 실질적으로는 국민의 인권을 유린하고 민주적 기본질서를 문란케 하는 내용의 실정법상의 의무 이행이나 이에 대한 복종을 거부하는 등을 내용으로 하는 저항권은 헌법에 명문화되어 있지 않더라도 일종의 자연법상의 권리로서 이를 인정하는 것이 타당하다 할 것이고 이러한 저항권이 인정된다면 재판규범으로서의 기능을 배제할 근거가 없다고 할 것이다.

위와 같은 저항권의 존재를 부정할 수 없는 근거로는 우리나라 헌법 전문에 3·1운동의 숭고한 독립정신과 4·19 의거의 이념을 계승하여……새로운 민주 공화국을 건설한다고 선언하여 4·19사태가 당시의 실정법에 비추어보면 완전한 범법행위로 위법행위임에도 불구하고 이를 우리나라의 기본법인 헌법의 전문에서 의거라고 규정짓고 그 의거의 정신을 계승한다고 선언하고 있어 위 헌법 전문을 법률적으로 평가하면 우리나라 헌법은 4·19의 거사를 파괴되어가는 민주질서를 유지 또는 옹호하려는 국민의 저항권 행사로 보았다고 해석할 수밖에 없는 데 우리나라 헌법이 인정한 것으로 보여지는 저항권을 사법적 판단에서는 이를 부정할 수가 있을는지 의문이고 또 저항권이 인정되는 이상 재판규범으로는 적용될 수 없다고 판단하여 그 실효성을 상실시킬 합리적 이유가 있다고 볼 수도 없다.

다수의견은 저항권이 실정법에 근거를 두지 못하고 있어서 이를 재판규범으로 적용할 수 없다는 취지로 실시하고 있으나 자연법상의 권리는 일률적으로 재판규범으로 기능될 수 없다는 법리도 있을 수 없거니와 위에 적시한 우리

법과 생활

나라 헌법의 전문은 저항권의 실정법상의 근거로 볼 수도 있다고 할 것이다.“

(2) 통진당 해산에 관한 헌법재판소 위헌정당해산심판 청구에 대한 결정문

통진당 해산과 관련하여 헌법재판소가 제시한 위헌정당해산에 관련한 여러 쟁점에 대하여 공부하는 시간을 갖는다.

헌법재판소는 다음과 같은 9가지 쟁점에 관하여 판단하였다 [헌재 2014. 12. 19. 선고 통합진보당 해산 2013헌다1 전원재판부].

“민주노동당의 목적과 활동이 이 사건의 심판대상이 되는지 여부(소극)/대통령의 해외 순방 중 국무총리가 주재한 국무회의에서 이루어진 정당해산심판 청구서 제출안에 대한 의결이 위법한지 여부(소극)/정당해산심판절차에 적용되는 법령/정당해산심판제도의 의의/정당해산의 사유(“정당의 목적이나 활동”의 의미/“민주적 기본질서”의 의미/정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 “위배될 때”의 의미/정당해산의 헌법적 정당화 사유로서 ‘비례원칙’의 준수/한국사회의 특수성으로서 남북한 대립상황에 대한 고려의 필요성/피청구인의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부(적극)/피청구인에 대한 해산결정이 비례원칙에 위배되는지 여부(소극)/정당해산결정이 선고되는 경우 그 정당 소속 국회의원이 의원직을 상실하는지 여부(적극)”

헌법재판소는 정당활동의 한계에 관하여 다음과 같이 실시하였다.

“상대적 세계관에 기초한 오늘날의 민주주의 체제는 국민의 자율적인 의사결정으로 운영되고 그 의사결정 과정에서 정당이 핵심적 역할을 담당하고 있다는 점을 고려해 보면, 어떤 정당의 목적이나 활동에 위헌적인 성격이 있다는 의심이 제기된다 하더라도, 일단 자유롭고 공정한 논쟁 속에서 국민들의 민주적 정치과정을 통해 위헌적인 측면이 진지하게 논박되고 그 결과로 해당 정당의 지

지기반이 상실되도록 함으로써 그 정당이 자연스럽게 정치영역에서 고립되거나 배제되는 과정을 거치도록 함이 원칙적으로 타당하다. 그러나 어떤 정당이 앞서 본 민주적이고 자율적인 정치적 과정 자체를 거부하면서 민주주의의 근본적인 이념을 부정하는 등 폭력적이거나 억압적 혹은 자의적인 지배를 통해 전체주의적인 통치를 추구할 경우에는 이러한 정당이 권력을 장악하여 민주주의 체제의 근본토대를 허물어뜨릴 위험이 발생할 수 있다. 정당은 여타 단체들과 달리 정치 권력을 장악하는 것을 목적으로 하며, 국정 운영의 주도권을 쥐고 자신의 정치적 계획을 현실 속에서 실현하고자 하는 속성을 가지는 법이다. 파시즘과 전체주의에 경도된 정당이 민주적 지지를 얻고 집권한 후 숭고한 인간성을 말살하고 인류의 보편적 가치를 훼손했던 지난 세기의 경험과, 그러한 비정상적인 지배로부터 벗어나 다시금 민주주의 체제를 건설하기까지 오랜 시간과 노력, 사회적 희생이 있었다는 역사적 교훈을 쉽게 잊어서는 안 될 것이다. 따라서 그들이 이 민주주의 체제를 공격함으로써 이를 폐지하거나 혹은 심각하게 훼손시켜 그것이 유명무실해지도록 만드는 것을 사전에 방지할 제도적 장치로서 정당해산심판제도의 필요성 역시 인정된다.”

헌법재판소는 헌법 제 8조 제 4항이 의미하는 민주적 기본질서의 의미에 관하여 실시하였다.

“앞서, 우리의 입헌적 민주주의 체제가 민주주의 원리와 법치주의 원리에 기초하고 있고, 정당해산심판제도는 특정 정당에 의해 이와 같은 입헌적 민주주의 체제가 파괴되는 것을 막기 위해 예외적인 경우에 불가피하게 사용되는 이례적 수단임을 확인한 바 있다. 따라서 정당해산심판제도가 수호하고자 하는 민주적 기본질서는 우리가 오늘날의 입헌적 민주주의 체제를 구성하고 운영하는 데에 필요한 가장 핵심적인 내용이나 요소를 의미하는 것으로서, 민주적이고 자율적인 정치적 절차를 통해 국민적 의사를 형성·실현하기 위한 요소, 즉 민주주의 원리에 입각한 요소들과, 이러한 정치적 절차를 운영하고 보호하는 데에 필요한 기본적인 요소, 즉 법치주의 원리에 입각한 요소들 중에서 필요불가결한 부분

법과 생활

이 중심이 되어야 한다. 이는 이것이 보장되지 않으면 우리의 입헌적 민주주의 체제가 유지될 수 없다고 평가되는 최소한의 내용이라 하겠다.

결국 위에서 본 바와 같은 입헌적 민주주의의 원리, 민주 사회에 있어서의 정당의 기능, 정당해산심판제도의 의의 등을 종합해 볼 때, 우리 헌법 제8조 제4항이 의미하는 민주적 기본질서는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.

헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서 개념은 정당해산결정의 가능성과 긴밀히 결부되어 있다. 이 민주적 기본질서의 외연이 확장될수록 정당해산결정의 가능성은 확대되고, 이와 동시에 정당 활동의 자유는 축소될 것이다. 민주 사회에서 정당의 자유가 지니는 중대한 함의나 정당해산심판제도의 남용가능성 등을 감안한다면, 헌법 제8조 제4항의 민주적 기본질서는 최대한 엄격하고 협소한 의미로 이해해야 한다. 따라서 민주적 기본질서를 현행 헌법이 채택한 민주주의의 구체적 모습과 동일하게 보아서는 안 된다.

정당이 위에서 본 바와 같은 민주적 기본질서, 즉 민주적 의사결정을 위해서 필요한 불가결한 요소들과 이를 운영하고 보호하는 데 필요한 최소한의 요소들을 수용한다면, 현행 헌법이 규정한 민주주의 제도의 세부적 내용에 관해서는 얼마든지 그와 상이한 주장을 개진할 수 있는 것이다.

마찬가지로, 민주적 기본질서를 부정하지 않는 한 정당은 각자가 옳다고 믿는 다양한 스펙트럼의 이념적인 지향을 자유롭게 추구할 수 있다. 오늘날 정당은 자유민주주의 이념을 추구하는 정당에서부터 공산주의 이념을 추구하는 정당

에 이르기까지 그 이념적 지향점이 매우 다양하므로, 어떤 정당이 특정 이념을 표방한다 하더라도 그 정당의 목적이나 활동이 앞서 본 민주적 기본질서의 내용들을 침해하는 것이 아닌 한 그 특정 이념의 표방 그 자체만으로 곧바로 위헌적인 정당으로 볼 수는 없다. 정당해산 여부를 결정하는 문제는 결국 그 정당이 표방하는 정치적 이념이 무엇인지가 아니라 그 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배되는지 여부에 달려있기 때문이다.”

29. 김사랑과 김은혜

현재 사형수가 40여명이 되는데, 왜 그들에 대하여 사형을 집행하지 않고 국민의 혈세로 그들을 먹여 살리는가? 언젠가 JTBC 사건반장이라는 프로그램에서 다룬 이슈이다.

이들 중에는 연쇄살인마 유영철, 오원준을 비롯하여 전방부대에서 총기를 난사 5명의 동료를 살해한 임모 병장, 70대의 나이에도 욕정을 이기지 못하고 2차레에 걸쳐 자신의 배에 탄 4인의 남녀 대학생을 살해한 할아버지에 이르기까지 다양한 죄인들이 포함되어 있다. 여자 대학생의 흐트러진 자세에 순간적으로 범죄를 저질렀다고 변명하는 파렴치한 할아버지에 국민이 분노하고, 할아버지의 아들은 그후 극단적 선택을 하였다고 한다.

포이에르 바하(Ludwig Feuerbach)가 말한 형벌의 일반예방적 효과가 무색할 정도로 지금도 여전히 흉악범죄는 끊이지 않고 있다(Dubber, 2005). 형사법은 많은 법 영역 중에서도 가장 오래된 역사를 가지고 있다. 모세의 십계명이나 고조선의 팔조금법 바빌론 왕국의 함무라비 법전 등을 통하여 이를 알 수 있다.

인간의 악에 대한 보복 감정은 죄와 벌이라는 소설 제목에서도 알 수 있지만, 형벌의 목적 중 하나가 인간의 보복감정의 충족이다. 하늘이 무너져도 정의는 세워라라는 법언이 말하듯이 불법과 악에 대한 응징과 보복은 어찌면 당연한 것이다. 함무라비 법전이 가르치듯이 “눈에는 눈 이에는 이”라는 사고가 인간의 본성에 정의감과 함께 오래 같이 하여 왔다.

포이에르 바하의 일반예방적 효과가 형벌의 목적으로 인식되게 된 것은 근대시민사회의 괄목한 성장에 힘 입은 것으로 19세기 공리주의 철학에 힘 입은

바 크다(2005). 19세기 이전의 법이란 서양법제사에서 보듯이 법원 중심의 판례를 법으로 인식하는 가운데, 판례법은 코몬로 크라임 같은 기본적 형사법, 불법행위법, 계약법 등 사법을 중심으로 운영되어 왔다.

나폴레옹의 근대 5법은 프랑스 시민혁명의 의의를 법을 통하여 구현한 근대법의 시원을 이룬다. 프랑스 시민혁명의 인권선언이 근대 헌법의 시작이라면, 나폴레옹의 근대 5법은 지금의 민법, 형법 등 주요 성문법 영역의 전범이라 할 수 있다(Amos, 1928). 그러나 행정법이 제정되지 않은 것만 보아도 당시의 법은 여전히 형사법과 사법(私法)위주였다는 것을 시사한다.

계몽주의와 근대법의 발전으로 형벌은 그 위하적 효과를 통하여 잠재적으로 범죄로 나아갈 수 있는 자에게 심리적으로 겁을 같게 하여 범죄로 나아가지 않게 하려는 것을 목적으로 하게 된다. 중세시대에는 종교가 유럽인을 정신적으로 예속시켜 왔다. 그러나 종교적 예속으로부터 해방된 근대 계몽주의 시대에는 모든 자가 합리적이라는 인간관이 지배적 사조가 된다. 이에 포이레르 바하의 일반예방론이 형벌이론으로서 한 시대를 풍미하게 된다.

그러나 이는 안이한 생각으로 비판받는다. 범죄인은 유전적으로 특수하여 죄와 벌에 상관없이 범죄로 나아갈 수 밖에 없다거나, 범죄의 상당수가 격정범죄인 경우가 많아 보통의 합리적 인간관으로는 설명하기 어려운 경우가 많다는 것이다. 범죄인은 특수한 부류의 자라거나 범죄심리학 등에서 발전된 보다 정밀한 과학적 인간관은 형벌의 목적으로 특별예방효과를 주장하게 된다. 범죄인은 특별하고 이들로부터 사회를 보호하기 위한 여러 장치가 필요하다고 본다. 보호감호제도나 전자팔찌 같은 제도는 보편적 합리적 인간상으로부터 구체적 인간상, 일반예방에서 특별예방으로의 발전을 보여 주는 예라 할 수 있다.

현대 복지국가관의 발전으로 교육형이라는 형벌목적이 추가되었다. 범죄인을 사회로부터 격리하여 사회를 보호하는 것을 넘어 범죄인을 교화하여 선량

법과 생활

한 시민으로 교육시킬 수 있다는 것이다. 예를 들어 교정행정의 발전으로 교도소에서 국가기능사 자격이나 목회자 자격을 취득하고, 사회복귀 후 재할할 수 있는 여건을 마련해 주는 것 등을 예로 들 수 있다.

한국 정치사에 큰 획을 그은 촛불시위로 인하여 대통령직에서 파면되고 중형을 선고받은 박근혜 전 대통령에 대한 사면 복권이 어제 단행되었다. 같은 날 극좌파로 몰려 내란선동 등의 죄로 중형을 선고받은 이석기 전 통진당 의원도 8년여의 형기를 마치고 가석방되었다. 아마도 사면의 실제적 이유는 박근혜 대통령의 경우 건강악화, 이석기의 경우 대부분의 형기를 복역하여 가석방 요건을 충족한 것이었을 것이다. 어쨌거나 외관상으로는 좌우에 대한 공평한 시혜 같은 사면이었지만, 환영한다는 멘트에도 불구하고 우파나 좌파 모두 정치적 계산에 따라 이번 사면 단행을 비판하는 목소리도 적지 않은 것 같다.

헌법 제 79조는 대통령의 사면권에 관하여 규정하고 있다. 사면은 군주 국가시대에 군주의 특권적인 자비로서 베풀어졌다. 헌법상 대통령의 권한을 대권적 권한, 행정에 관한 권한, 입법에 관한 권한, 사법에 관한 권한으로 분류하는데, 사면, 감형 복권에 관한 권한은 위헌정당 해산제소권과 함께 대통령의 사법에 관한 권한으로 본다.

앞서 일반예방과 특별예방에 대하여 언급하였지만, 그와 유사하게 사면은 일반사면과 특별사면으로 대별된다. 일반사면은 대사라고도 하며, 국무회의의 심의를 거쳐야 하고, 대통령의 명으로 행하지만, 특별사면과 달리 범죄와 형벌에 관한 국회 제정법률의 개폐와 같은 효과를 가져 오므로 일반사면의 경우 국회의 동의를 얻어야 한다.

이와 달리 특별사면은 국무회의의 심의와 대통령의 명령이면 족하다. 한편 감형도 동일한 차원에서 일반감형과 특별감형으로 구별된다. 복권은 형의 선고로 인하여 법령에 따른 자격이 상실되거나 정지된 자에 대하여 국무회의의 심

의를 거쳐 대통령의 명으로 그 자격을 회복시키는 것을 말한다.

이번 박근혜 대통령의 경우 사면과 복권이 같이 이루어졌으므로 형의 집행이 면제되는 것은 물론 형의 선고로 인하여 상실된 자격이 회복된다. 추징금은 벌금과 달리 형법이 정한 형벌의 일종이 아니므로 사면으로 추징금 선고의 효력이 상실되지 않는다. 박근혜 대통령의 경우 벌금은 미납하였지만, 이번 사면으로 납부할 필요가 없게 되었다. 추징금은 자택 매각으로 모두 납부하였지만, 추징금 선고의 효력은 상실되지 아니하므로 이를 반환받을 수는 없다.

한편 이석기에 대하여 행하여진 가석방 결정은 헌법상의 제도가 아니고, 형 집행에 관한 법률과 법무부 령에 근거하고 있는 제도로 가석방으로 인하여 실제로 형이 집행되지 않는다 하더라도 국회의원 출마 등 형의 선고에 의하여 실효된 자격이 회복되는 것은 아니다. 이번 박근혜 사면을 돌아보면, 사면권의 행사가 대통령의 은사적 성격의 행위임에도 촛불 시위라는 정치 이벤트와 맞물려 외교 동맹에 관한 대권적 권한에 버금가게 인식되었고, 그녀의 사면여부는 오랜기간 시민들의 관심사가 되어 왔다.

대한민국의 짧은 민주주의 역사에서 4.19의거와 촛불시위는 왕정 이미지의 이승만, 부패 보수정권으로 부터 한국의 민주화를 진전시킨 의미있는 사건이라 할 수 있다. 그러나 이제 대통령의 사면으로 박근혜 전대통령이 다시 자연인 상태로 돌아갈 수 있게 된 것은 정치를 떠나 인륜적 차원에서 환영할 만한 일이 아닐까? 전술한 바와 같이 법제사나 법문화적 관점에서 법은 죄를 지은 자는 벌을 받아야 한다는 형사적 문제, 소유권이나 계약, 불법행위 같은 재산 문제 등 소박하고 이웃과 같이 가까운 것이었다.

그리고 보통법법원은 판례를 통하여 법이 무엇인가를 밝혀 왔다. 당연히 이 시기의 법과 법원의 사명은 시민의 재산에 관한 법인 사법과 범죄인을 처벌하는 코먼로 크라임에 관한 것이었다. 당장 사법 중 가족법 영역만 하여도 나폴

법과 생활

레옹의 성문민법전에 이르러서야 법이라 할 수 있게 체계를 갖추게 된다. 요컨대 프랑스 혁명으로 인한 절대왕정의 붕괴, 자유주의와 인간해방, 혁명정신을 실현시키겠다는 나폴레옹의 유럽정복 등 근대정치의 확대는 영국의 공리주의 철학과 함께 공법(公法)의 발전을 촉진한다. 절대왕정시대에는 논리상 불가능했던 근대 민주주의의 중요한 지표인 법치주의가 가능하게 된 것이다.

따라서 19세기 말 탄생한 미국 헌법은 세계 최초의 성문헌법이자 3권 분립에 바탕한 법치주의를 가능케 한다. 왕의 말이 법이었던 시절은 막을 내리고, 근대 헌법은 시민이 주인인 민주주의 사회의 시작을 알린다. 근대헌법은 시민의 주권을 확인하고 통치권 행사의 주체를 3권에 따라 분립시켰지만, 칼 뢰벤스타인(Karl Loewenstein)이 말하듯이 대통령제 헌법 하에서 대통령은 현대판 황제라 불리울 정도로 많은 권한을 행사한다.

대권적 성격의 외교와 전쟁에 관한 권한은 물론이고, 군 최고사령관으로서의 지위, 연방정부의 중요 공무원 임면권, 조약에 대한 비준 및 법률안 거부권 등 국정에 관한 방대한 권한이 헌법에 규정되어 있고, 대통령제 헌법을 채택한 국가의 경우 많은 나라가 대통령에게 사면권을 부여하고 있다. 사면권은 절대 왕정 시대의 유물이다. 그래서 우리나라도 한때 대통령의 사면권을 인정하지 않은 시기도 있었지만 현행 헌법에는 대통령의 사면권을 인정하고 있다. 시민이 주권자인 민주주의 시대에 봉건제 왕정의 유습을 인정하고 있는 것은 아이러니컬하다.

그러나 법문화는 정치이념에도 불구하고 쉽게 사멸하지 않는다. 언젠가도 말하였듯이 러시아 볼셰비키 혁명으로 구 체제가 전복되었다 하여 독일이나 프랑스 민법이 필요 없는 것이 아니듯이, 근대 민주주의 헌법도 대통령에 의한 사면제도를 인정하는 것이 보통이다. 이는 법문화적으로 보통법법원과 형평법법원의 이원적 법원 체계에 비견될 수 있다. 영미법계에서는 법기술과 원칙들을 발전시키고 법을 구체적으로 실천하는 보통법법원(common law court)체계와 합

계 군왕의 의사를 실천하고 전체적 정의를 수호하는 형평법법원(court of equity, court of chancery)체계가 공존하고 있다.

형평법법원은 보통법의 원리나 법기술로 구제할 수 없는 사안에서 공동체적 정의 기준을 적용하여 법의 궁극적 이상인 형평을 실현한다. 역사적으로 특정한 또는 많은 사람들의 양심(against the conscience of a person or a number of persons)에 충격을 주는 특별한 사건에 대하여 상소심 관할권을 행사하는 법원이다. 그리고 예외가 없는 것은 아니지만 보통법법원이 대물적 관할권(jurisdiction in rem)을 행사함에 대하여 대인적 관할권(jurisdiction in personam)을 행사할 뿐이다. 한편 그 역할은 대영제국 최고법원인 프라이비 카운실(privy council) 유사하다.

이와 관련한 한 예를 들어 보자. 원대한 대양에서 풍랑을 맞아 표류하고 있는 선박에 승선한 6인의 생존자가 음용수와 식량의 부족으로 내기에서 진 사람을 식량 삼기로 하였다. 후에 구조선을 만나 생존자 3인이 구조되어 재판에 회부되었다. 보통법이나 근대 형법에 따르면 생존자 3인은 살인죄나 축락 또는 승낙에 의한 살인죄에 해당하여 법이 정한 형에 의하여 처벌되어야 할 것이다. 그러나 공동체적 정의 또는 형평의 관점에서 그들을 형사처벌하는 것이 부당할 수 있다. 프라이비 카운실이나 형평법법원은 이러한 예외적 상황에서 무엇이 진정한 법이고 정의인지에 관하여 심판권을 행사하는 법원이다.

법에는 원칙이나 원칙을 뒷받침하기 위한 많은 규정이 존재한다. 전문적 영역의 법기술로 인하여 법치주의가 지탱되는 것이 사실이다. 다른 한편 공동체적 차원에서 전체적 정의와 형평이라는 가치가 공존한다. 앞서 본 사형수 얘기에 필자의 폐친이기도 한 백 변호사는 사형수는 법적으로 형을 집행하기 전 미결수의 지위에 있으며, 독방에 수감해야 하는 등 기결수보다도 더 많은 비용이 수반된다고 한다.

법과 생활

우리나라는 언제부터인지 사형제도는 존치시키면서도, 사형은 집행하고 있지 않다. 또 1990년 중반이래 법원은 아예 사형을 선고하지 않고 있다. 출연한 형사법 전문가가 말하듯이 대다수 문명국들이 사형제도를 폐지하였거나 사형 미집행국으로서 실질적으로 사형제도를 폐지하는 추세라고 한다. 유럽의 경우 범죄인인도 청구가 있는 경우 이에 응할 것인지를 판단하는 중요한 기준의 하나로 인도청구국이 사형과 같은 중형제도를 인정하고 있는가 하는 것인데, 우리나라가 사형수에 대하여 사형을 집행한다면 사법(司法)상 국제공조에서 소외될 수 있다고 우려한다.

실제 이와 관련한 사례가 있어 이를 전제한다. 사안은 영국법원의 결정에 대하여 인도대상 범죄인인 Soring이 프랑스 스트라우스부르크(Strassburg)소재 유럽인권재판소에 제소한 사건이다.

Soring v. UK (범죄인인도와 인권보호: 1989 European Court of Human rights, Series A, vol. 161(application No. 14038/88))

Soring은 독일인이나 미국의 버지니아 대학 유학시 여자 친구의 부모를 살해하고 영국으로 도주했다가 그곳에서 체포되었다. 버지니아 법원은 그를 살인 혐의로 기소하기로 하고, 미국 연방정부를 통해 영국에 범죄인인도를 요청했다. 사형제도가 없는 영국은 Soring을 인도해도 사형집행은 하지 않을 것을 미국측에 요구했으나, 확답은 못 받았다. 독일 정부 역시 Soring의 인도를 요청했다. 영국은 정황을 종합적으로 검토한 끝에 미국으로 인도하기로 결정했다. Soring은 사형제도가 없는 독일에서 재판받기를 원했다. 그는 범죄인인도를 막기 위해 영국 법원에 인신보호영장을 청구하였으나 기각당했다. 이후 그는 재차 미국으로의 인도는 유럽인권협약 위반이라고 주장하며 European Commission에 청원을 제출했고, 이 사건은 최종적으로 유럽인권재판소에 회부되었다. Soring측은 미국 교도소의 열악한 상황을 지적하고 특히 사형대기자가 되면 극도의 스트레스, 심리적 공황상태, 성적 착취의 대상이 될 우려가 있다고 주장하며, 이러한 곳으로

범죄인인도를 한다면 “고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 처우나 처벌”을 금지한 유럽인권협약 제3조 위반이 된다고 주장했다. 유럽인권재판소는 영국이 Soering을 미국으로 인도하기로 한 결정은 유럽인권협약상의 권리를 침해하는 것이라고 판결했다. 정인섭 저 신국제법강의-이론과 사례 942면

자신이 집권하면 즉시 사형수에 대한 형을 집행하겠다고 한 야당 대선 후보도 있었지만 사형수의 형 집행이나 중대 범죄인의 사면 결정은 법기술을 넘어 우리 공동체의 가치와 전체적 정의, 형평의 관점에서 서 있는 문제이다. 법과 정치가 교착하는 한계점에서 발생하는 문제라 할 수 있다. “사형수는 수십년 구금되어도 미결수의 지위에 있어 행정법상 다른 취급을 받아야 한다”라는 것이 법을 공부하는 우리가 알아야 할 법기술이라면, 다시 사형을 선고하고 사형을 집행하는 경우 문명국 형사법 관행으로부터 멀어질 수 있다는 것은 인류공동체의 가치를 고려하는 것이 된다.

다만 대통령의 사면권 행사는 민주주의 사법제도에서 이례적인 것으로 그 행사는 사법적(司法的)성격이어야 하고, 피고인의 건강상태, 이미 형이 집행된 기간, 피고인의 개전의 정 등 사법적 차원의 요소만을 고려하여야 하며, 정치적 차원에서 발동하는 것은 삼가야 한다. 이번 사면을 두고 양 정파에서는 이러쿵 저러쿵 말이 많은 것 같다. 김사랑은 인기 여성연예인이고 김은혜는 필자 거주지역 국힘당 여성국회의원으로 우리 모두 친밀감을 가지는 이웃이다.

1996년 촛불시위가 민주주의와 대한민국에 대한 사랑, 마치 김사랑 이름과 같은 것이었다면, 이번 박근혜 대통령의 사면은 김은혜 이름처럼 다가온다. 그러나 국제사회에서 “한국의 최대 성씨 김씨는 왜 그렇게 무식해”라고 비난받지 않으려면 사면권을 남용하거나 사면에 대한 과도한 정치적 비판은 바람직하지 않은 것 같다.

30. 혜은이와 노동일

혜가 바뀌었지만 대통령을 뽑기 위한 선거전이 치열하게 전개되고 있다. 양 후보 모두 비호감도가 높은 가운데, 한달 전만 해도 야당 후보의 당선 가능성이 컸었는데, 지금은 역전되어 여당 후보인 이재명 후보가 앞서 가고 있다. 뉴 밀레니움 시대의 선거가 우리 586세대 선거풍토와 다른 점은 역선택이나 당내 갈등 같은 새로운 경향으로 방향성을 잡기 어려운 경우가 많다는 것이다. 포퓰리즘으로 인한 열혈 대중이 많아지면서 다른 당 유력후보를 낙마시켜, 자당 후보의 당선가능성을 높이려는 전략이 이용되고 있다.

한편 여당의 막대한 영향력은 야당 리더십을 흔들고, 중도외연의 확장이라는 명분에도 불구하고 우파 유투버들은 당대표의 정체성을 의심하거나 쌍말과 욕을 서슴치 않게 하고 있다. 과거에도 사쿠라 논쟁은 있었다. 야당대선 후보를 둘러싼 김영삼과 김대중의 치열한 경쟁은 깡패를 동원하여 당시 유진산 총재를 압박하기도 하였는데, 유진산 총재가 김영삼 후보를 대선 후보로 지명하였다. 이에 분개한 김대중 측 당원들이 여당의 젊은 의원이 당선된 영등포지역구는 야도 서울을 대표하는데 여당 후보가 당선된 것이 사쿠라 총재 유진산 때문에 일어난 일이라고 비난하면서 책임지고 총재직 사퇴하라고 항명한 사건이 사쿠라 파동이다.

야당위원이 당선되질 못했다는 말도 안되는 억지논리로 김영삼을 대선 후보로 지명했던 유진산 총재는 줄지에 사쿠라 정치인으로 낙인찍혀 버린 것이었다. 이후에도 김영삼 주도의 강성 야당 시절 이철승 사쿠라 파문이 있었고, 최근에는 그의 딸마저 사쿠라 의혹에 휩사이기도 하였다. 대 놓고 나서지 못하고 뒤에서 어정쩡하게 있는 부류, 진정한 동지라 할 수 없는 자를 우리는 흔히 사쿠라라 부른다.

원래 사꾸라는 일본의 벚꽃을 말한다. 일본의 야쿠자들이 몸에 벚꽃 문신을 하고 돈만 주면 어디든 동원되어 행패를 부리고 세를 과시한 데서 생겨난 말이다. 간첩이나 자살골을 넣은 축구선수 같이 밋상인 정치인을 혐의의 사꾸라라 한다면, 국회의원이라는 선출직에 당당하게 뽑히고 나서도 자신의 의사와는 전혀 무관하게 당의 결정에 끌려다니는 정치인이나, 자신이 운신해야 할 폭을 넓히지 못하고 언제나 주위의 눈치만을 살피고 침묵하는 전문가집단도 광의의 사꾸라라 할 수 있다.

특별한 정치적 입장이 있지 않는 보통의 지식인이나 전문가집단은 자신의 전문적 지식에 안주하거나, 사회과학의 상대성으로 인하여 양비론적 성향을 취하는 경우가 많아 회색분자 또는 광의의 사꾸라에 해당하는 경우가 많다. 그래서 필자는 물론이고 정치와 거리가 먼 주위를 돌아 보면 농담을 좋아하거나 뺨을 치면서 웃음을 만드는 낙화유수 같은 생활을 하는 지우들이 많다.

언젠가 포스팅에서 토토의 아프리카 음악이 우리 586 대학시절을 연상케 한다고 하면서, 마치 허무한 인생이 책 4권이 되버린 느낌이라고 했더니, 평소 친한 대학 친구 교수가 “아니 사무엘 헌팅턴(Samuel Huntington)이나 스킨너(Burrhus Skinner)같은 대 학자도 정치학이나 심리학 책 1권인 느낌인데, 한국의 지방대 교수가 웬 책 4권이라고 자화자찬을 하는가” 꼬집으면서 파안대소하는 것 아닌가?

이제와 말년에 별 소용이 없는 연구박사 학위 4개에 인생이 허무한 것 같아 해본 말인데, 곰곰 생각해 보니 그 말이 맞는 것 같아 “그렇구먼” 하고 같이 웃었던 적이 있다. 잠시 후 온라인 신문에 할리우드 소재 “스튜디오4” 라는 공방의 감독이 여성 연예인을 성추행하였다는 혐의로 기소되었다는 소식이 실렸고, 그 친구가 나를 뺨히 쳐다보았다.

필자가 할리우드에서 토토의 아프리카 뮤직 비디옌을 연출한 것도 아닌

법과 생활

데, 4자에 필이 꽃혔는지, 마치 나를 비난하는 듯한 표정을 짓는 것 아닌가? 나는 그만 무안하여 “또 보세”하고 자리에서 황급히 일어났다. 가끔 답답한 시간에는 폐복글이라도 써야 무료한 시간이 덜하게 느껴진다. 알량한 지식인으로 제 3자적 입장에서 사회를 바라보는 개인적 시간은 그런대로 행복감과 자존감을 가져다 준다.

그러나 이는 소시민으로서 누구나 가질 수 있는 소확행일 것이다. 정치에 투신하여 대의를 위하여 일어난 자는 자신의 처신을 바르게 하여야 한다. 그렇지 않으면 대중의 비난을 면키 어렵다. 예컨대 “이준석 현상의 사기성”이라는 제하의 글에서 강기석은 “세대교체라는 것은 한 인물이 하는 것이 아니라 한 세대가 하는 것이다. 그 세대를 관통하는 시대정신을 분명히 인식하고 그에 걸맞은 사상과 경륜과 비전을 갖춘 인물이 대표로 나서 새 시대를 열어 제치는 것이다”라고 하면서, “이준석 현상의 본질이 야당인 국민의힘에서 일어난 세대교체 바람이 아니라 오래전 낡고 병들어 정권을 담당할 능력조차 잃어버린 국민의힘이 여전히 정권탈취의 야욕만은 살아있어 언론과 함께 정치공작을 벌이고 있는 것”이라고 신랄하게 폄하하였다. 즉 더 이상 인물을 찾을 수 없는 것을 허울 뿐인 ‘세대교체’로 포장하고 있다는 것이다.

북한의 국화를 칭송하는 것 같아 안되었지만, 사꾸라가 마음이 없는 가짜라 했을 때, 진달래는 순수한 충성심 같이 느껴진다. 정치의 세계는 복잡하여 개인의 정신세계 또는 인간사의 진리와는 다른 차원에서 이해할 필요도 있다. 사꾸라를 통하여 오히려 정치가 진일보 할 수도 있다. “진짜를 다오” 같은 이름의 진달래, 순수한 충성심은 도그마로 흘러 역사의 비극이 되기도 한다. 가끔 짜증이 날라치면 북쪽에서 자꾸 진짜를 달라고 해서 “남쪽의 나는 무궁화처럼 화를 내고 꽃이 되고 하는가” 자문하면서 실소하기도 하지만, 정치는 사꾸라가 나온지 무궁화나 진달래가 나온지 알 수가 없다.

일탈된 행위를 일삼는 당대표라 비난 받지만, 그것이 궁극적으로 대선

후보의 지지율에 어떠한 영향을 미칠지, 지금의 지지율 추세가 가족의 비리로 인한 비호감도로 인한 것인지, 아니면 본인의 잦은 말 실수로 인한 것인지 단언하기 어렵다. 다만 뉴 밀레니움 시대의 인간은 정보의 홍수와 밀착된 생활패턴으로 네거티브한 성향을 보이기 쉬운 것 같다. 포퓰리즘 또는 네가티브가 양당 모두에게 공통된다 해도 대중과 이념에 뿌리를 둔 좌파정당은 상대방의 약체후보를 도와 자당 후보의 당선을 쉽게 하려는 역선택 전략을 좋아하기도 하고, 영웅정치 또는 자질과 재능 같은 요소를 중시하는 우파정당은 리더쉽 차원에서 갈등을 일으키는 경향을 보이기 쉽다.

어쨌거나 당내 경선과정에서 역선택 전략을 폈던 강성 여당 지지층이나 현재 갈등관계에 있는 야당의 리더쉽 모두 자당을 위한 충성심의 발로로 보는 것이 일단 맞다고 할 수 있다. 정치의 세계와 달리 인문학적 차원에서 또는 사법 정의의 관점에서 진정성과 사꾸라의 갈등은 사꾸라의 대패로 끝나는 경우가 많다. 세가지 예를 들어 보겠다.

미국 심리학의 아버지이자 철학자, 역사가자인 윌리엄 제임스(William James: 1842-1910)는 부유한 집안에서 태어나 하버드 의과대학에 진학하였고, 1864년 의학박사 학위(MD)를 취득한 후 대학에서 해부학을 가르치기도 하였지만, 의사로 개업하지 않았다. 대신 평소 관심분야였던 심리학과 철학에 심취하였다(James, 1977).

그의 부친은 Swedenborgian으로 이들은 새로운 교회(The New Church)를 표방하면서, 신화적 인물인 엠마누엘 스웨덴보그(Emanuel Swedenborg: 1688-1772)와 과학자들의 저술에 영향 받아 새로운 종교적 신념과 신도를 개발하는 개혁적 개신교 분파를 이루고 있다.

그는 1890년 12년에 걸쳐 1,200 페이지에 달하는 2권 분량의 심리학의 기본원칙(The Principles of Psychology)라는 책을 완성하게 되는데, 당시 학문

법과 생활

의 주류였던 영국 연대학파(English Associationist School)와 도그마틱 헤겔리즘을 탈피하여 인간의 본성(human mind)은 본래적으로 목적 지향적이고 분별력(purposive and selective)에 기초하고 있다고 갈파하였다.

윌리엄 제임스에게 있어 “진리란 그를 믿는 자에게 도움이 되어야 한다”라고 하면서 진리에 대한 실용주의적 입장을 중시하였다. 그와 그의 동료인 Charles Sanders Pierce는 실용주의는 현금과 같이 가치(Cash value) 있을 때에 가능한 것이라고 보았다. 그가 예시한 실용주의에 대한 우화는 유명하다. 큰 나무를 두고 한편에는 다람쥐가 나무에 매달려 있고, 반대편에는 가상의 한 남자가 서있다 하자. 다람쥐가 나무에 가려 보이지 않자, 다람쥐를 보기 위하여 나무 주위를 돌아 보았지만, 다람쥐는 더 빠른 속도로 반대편으로 돌아 다람쥐는 항상 나무 저편에 매달려 있는 것이었다.

이러한 경우 형이상학적 문제는 “우리는 남자가 다람쥐 주위를 돌았다고 할 수 있는가? 아닌가? (Does the man go round the squirrel or not?)”에 귀착한다. 그리고 이는 어휘의 실용적 의미에 따라 다른 답이 도출된다. 주위(round)란 말을 다람쥐의 동서남북 방향의 공간으로 이해하면 남자는 다람쥐 주위를 돈 것이 된다. 한편 주위(round)란 말을 다람쥐의 배, 등, 좌우의 신체 부위, 즉 다람쥐의 4방향 신체 부위로 이해하면, 다람쥐는 항상 반대 방향 나무에 있게 되므로 다람쥐 주위를 돈 것이 되지 않는다. 다람쥐가 박물관 박제가 되어 사면의 유리박스에 전시되었다고 했을 때 그 주위를 도는 경우와는 다른 답이 되는 것이다.

보통 형이상학이나 종교는 실용주의와는 대척점에 있는 것으로 아는 사람들이 많다. 그러나 윌리엄 제임스에게 있어 형이상학은 언어의 실용적 의미에 따라 다양한 진리와 연결될 수 있다(1977). 이는 법을 공부하는 법해석학도나 언어학, 구조주의 철학자 등 다양한 학문과의 소통 및 그 발전에 영향을 미친다.

한편 전혀 반대편에 서 있을 것 같은 신의 존재와 실용주의 역시 실용주의적 관점에서 이해할 수 있다. 실용주의 원칙에 따르면 신이 존재에 대한 가정이 인간 세상에서 적극적으로 기능한다면 그것은 믿음과 진리가 되는 것이다. 문제는 그러한 믿음을 구체화하고 내면화하여 그 밖의 모든 실용주의적 진리들과 원만하게 융화될 수 있는가 하는데 있다고 보았다.

그에 의하면 주의력과 이로부터 생기는 자각은 진정한 배움과 교육으로 들어가는 출입구이자 사용할수록 심화되는 평생의 재능이라고 하였다.

한편 그는 종교적 경험의 다양성이라는 책에서 믿는다는 것은 사람의 정체성이라고 할 수 있으며, 성스러운 어떤 것과의 관계에서 일어나는 현상으로 다양한 종교적 경험은 사람에게 예술보다 훨씬 고차원적 감동을 주는 한편 윤리적 도덕적 삶을 살게 하는 밑거름이 된다고 주장한다. 그에게 있어 종교는 인간 삶의 본질적 요소로 현대사회에서 없어져야 할 비합리적 요소가 아니다. 믿음이나 진실된 종교적 체험이 없는 자는 인문학적 사꾸라이다. 그러한 자가 아는 지식은 자신과 사회에 아무런 의미가 없다(1977).

두번째 예는 국적과 국제법의 문제이다. 1930년 국적법 저촉에 관한 헤이그 협약에 따르면, 국적은 각국의 국내법에 의하여 결정되지만, 국제조약, 국제관습 및 국적에 관하여 일반적으로 승인된 법의 원칙과 일치하는 한 타국에 의하여 승인된다. 국적을 가질 권리는 기본권 인권의 하나로, 1948년 세계인권선언 제 15조 1항에서 “모든 사람은 국적을 가질 권리를 가진다”라고 선언하고, 그 2항에서 “어느 누구도 자의적으로 자신의 국적을 박탈당하거나 그의 국적을 바꿀 권리를 부인당하지 않는다”라고 규정하고 있다.

보통 국내법에서는 선천적 국적부여방식으로 혈통주의를 취하는 경우와 출생장소를 기준으로 국적을 부여하는 출생지주의가 대립된다. 한편 대표적인 후천적 국적취득의 방법으로 귀화가 있다. 오늘날 순수한 혈통주의나 출생지주의를

법과 생활

고수하는 국가는 드물며, 어느 일방을 원칙으로 하고 타방을 보충적 방법으로 하여 대개 절충적 방식으로 국적을 정하는 경우가 많다.

국적은 국내법인 국적법에 의해서 정해지지만 국제법정을 구속하지 못한다. 그리고 정의의 법정에서 형식적 국적은 진정한 관련성이 없는 경우 국적으로 인정받지 못한다. 법인격 부인론에 따라 법인으로서의 법적 지위가 부정되는 경우가 있듯이 사꾸라 국적도 법정에서 국적으로 인정받지 못하는 경우가 있는 것이다.

국제법상 국적은 국적국의 외교적 보호권을 행사하기 위한 전제가 된다. 노테봄 사건은 유명한 국제법 판례로 자국 국적의 노테봄에 대하여 리히텐슈타인이 외교적 보호권을 행사하여 과테말라를 상대로 국제재판소에 제소한 사안에서 노테봄의 리히텐슈타인 국적은 노테봄과 진정한 유대(genuine link)가 없다고 보아 피소국인 과테말라가 승소한 사건이다. 이하 판결의 요지를 전제하기로 한다.

“Nottebohm은 1881년 함부르크에서 출생한 독일인이거나 1905년 이래 과테말라로 이주하여 생활하고 있었다. 그는 제2차 대전이 발발한 직후인 1939년 10월 리히텐슈타인을 방문하여 귀화신청을 하고 4일 만에 리히텐슈타인 국적을 취득했다. 1940년 초 과테말라 정부는 미국 정부의 요청에 따라 노테봄을 적국인으로 체포했고, 그는 미국으로 이송되어 2년 3개월 동안 억류생활을 하였다. 석방된 후 노테봄은 과테말라로 돌아가려 했으나, 입국허가를 받지 못했고, 과테말라 정부는 1949년 자국내 그의 재산을 몰수했다. 1951년 12월 리히텐슈타인은 ICJ에 과테말라를 상대로 자국민인 노테봄의 재산을 반환하고 피해배상을 요구하는 소를 제기했다. 재판부는 노테봄이 리히텐슈타인 국적과 진정한 유대가 없으며, 따라서 과테말라는 그를 위한 리히텐슈타인의 외교적 보호권의 행사를 수락할 의무가 없다”고 판시했다. 특히 재판부는 판결문에서 국적이란 사회적 사실에 기초한 법적 유대로서 국적을 부여받았다는 것은 다른 국가의 국민보다 더욱 밀

접하다는 사실의 법적 표현이라고 실시했다.” *Lietenstein v. Guatemala*, 1955 ICJ Reports 4 정인섭 국제법 829면.

세번째 예는 명의신탁 및 정산약정의 효력과 부동산실명법에 관한 손해 배상 사건과 관련된다. 대법원은 2021년 사건에서 “부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(이하 ‘부동산실명법’이라 한다)이 시행되기 전에 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁 약정을 맺고 이에 따라 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 기하여 당해 부동산의 소유권이전등기를 자신의 명의로 마치는 한편, 장차 위 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하기로 하는 정산약정을 한 경우, 그러한 약정 이후에 부동산실명법이 시행되었다거나 그 부동산의 처분이 부동산실명법 시행 이후에 이루어졌다고 하더라도 그러한 사정만으로 위 정산약정까지 당연히 무효로 된다고 볼 수 없다.”라고 보았다.

동 사안은 2심에서 불법행위에 기한 손해배상청구의 청구취지 변경이 이루어져 원고는 주위적으로 정산금청구, 예비적으로 부당이득반환을 청구하였으나, 대법원의 판결에 따라 원심법원인 광주고등법원으로 파기환송되었다.

한편 대법원은 그 이유에 대하여 다음과 같이 실시하였다.

“위와 같은 정산약정 당시에는 부동산실명법이 시행되기 전으로서 부동산에 관한 명의신탁 약정이 허용되었고, 명의신탁의 당사자들 사이에 명의신탁자가 이른바 내부적 소유권을 가진다고 보았다. 이에 따라 장차 명의신탁자 앞으로 목적 부동산에 관한 소유권등기를 이전하거나 그 부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하는 것 등을 내용으로 하는 약정도 유효하였다 부동산실명법 시행 전에 명의수탁자가 명의신탁 약정에 따라 부동산에 관한 소유명의를 취득한 경우에 부동산실명법 시행 후 같은 법 제11조의 유예기간이 경과하기 전까지 명의신탁자는 언제든지 명의신탁 약정을 해지하고 해당 부동산에 관한 소유권을 취

법과 생활

득할 수 있었던 것으로, 실명화 등의 조치 없이 위 유예기간이 경과함으로써 같은 법 제12조 제1항, 제4조에 의해 명의신탁 약정은 무효로 되는 한편, 명의수탁자가 해당 부동산에 관한 완전한 소유권을 취득하게 된다.

그런데 부동산실명법 제3조 및 제4조가 명의신탁자에게 소유권이 귀속되는 것을 막는 취지의 규정은 아니므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 자신이 취득한 해당 부동산을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 이와 같은 경우로 명의신탁자가 해당 부동산의 회복을 위해 명의수탁자에 대해 가지는 소유권이전등기 청구권은 그 성질상 법률의 규정에 의한 부당이득반환청구권이다. 만일 명의수탁자가 신탁부동산을 처분하였다면, 앞서 본 바와 같은 처분대가에 관한 정산약정이 없는 경우라도 명의수탁자는 민법 제747조 제1항에 의하여 명의신탁자에게 그 부동산의 가액을 반환할 의무를 부담한다.

부동산실명법 시행 전에 명의수탁자가 신탁부동산의 처분대가를 명의신탁자에게 지급하기로 하는 정산약정을 한 경우 그러한 약정에 따른 법적 효과는 위와 같이 법률에 의하여 이미 명의신탁자에게 인정되는 권리의 범위 내에 속하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 위 약정이 애초부터 신탁부동산의 소유권을 취득할 수 없는 명의신탁자를 위하여 사후에 보완하는 방책에 해당한다거나 무효인 명의신탁 약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체 또는 그 처분대금의 반환을 구하는 범주에 든다고 보기 어렵다. 달리 위 정산약정 이후에 부동산실명법이 시행되었다거나 신탁부동산의 처분이 부동산실명법 시행 이후에 이루어졌다는 것만으로 그 유효성을 부인할 것은 아니다.“ (출처 : 대법원 2021. 7. 21. 선고 2019다266751 판결 [손해배상(기)])

위 판결은 명의신탁의 오래된 법리에 따라 명의수탁자로부터 진정한 소유권자의 사법상 권리를 보호하는 판결이다. 부동산실명법에 따라 명의신탁약정과 정산약정이 무효가 되는 경우에도 진정한 소유권자는 명의수탁자에게 부당이득반환청구권을 가지며, 소유권이전등기나 처분대가에 대한 정산을 청구할 수 있

다는 것이다. 이러한 법리는 가사 사전에 정산약정이 없는 경우에도 그대로 유지된다는 것으로, 공법 규정의 공공정책적 목적이 원 소유자의 소유권 취득을 부인하는데 이르지 않는 한(그러한 법은 사회주의 국가에서나 가능할 것이다)사법상 정의와 형평의 잣대라 할 수 있는 부당이득법리에 우선할 수 없다고 본 것이다.

이번 대선은 최전선의 선거관계자는 물론 지켜보는 시민들도 자신을 돌아 볼 수 있는 시간을 갖게 한다. 필자는 다람쥐를 따라 잡지 못하였지만 하루 하루 다람쥐 주위의 4방 공간을 돌았다는 것에 작은 의미를 부여하면서 살고 있다. 그러나 많은 우리 이웃들은 동료 법학교수 노동일이라는 이름처럼 직장에서 선거캠프에서 열심히 일하는 나날을 보내고 있다. 그런데 그것이 자살골이 된다거나 사꾸라로 욱먹는 형국이 되어서는 안되지 않을까?

우리 시대 유명 여가수인 혜은이 이름처럼 안 보이는 것에도 신경을 쓰고, 헤아리는 자세가 필요하다. 특히 공의에 투신한 자들은 자신의 내면에 대한 진지한 성찰을 바탕으로 자신의 처지에 어울리는 행동을 하는 양식이 필요하지 않을까? 역선택 전략을 위한 허울뿐인 당적은 마치 노테봄의 형식적 국적 같고, 방향성을 상실한 당대표나 총괄선대위원장은 진정한 소유권자가 아닌 명의수탁자에 불과한 느낌이다. 그로 인한 모든 특권과 혜택은 법이 가르치듯이 부당이득이 되는 것은 아닐까? 인문학적 교훈이나, 법정의 교훈이 복잡한 정치의 세계를 설명할 수는 없겠지만, 무식한 탓인지 요즈음 이해하기 어려운 일들이 너무나 많다.

31. 인순이와 직업병

나이가 들어가면서 과학에 대하여 문외한이 되어서는 세상을 살수 없게 되었다. 집 앞 바로 옆에는 과학기술한림원과 머내 과학공원이 있어 과학적 분위기를 자아내고, 교수 생활을 하다보니 대학캠퍼스에서 다수를 점하고 있는 공대, 자연과학대학, 생명과학대학 등 소위 STEM (Science, Technology, Engineering, Mathematics)이 내뿜는 생명의 열기가 삶의 일부가 되었다 (Bybee, 2023). 과학과 경제는 불가분이다. 따라서 선거철이 되면 대선후보들은 민생 경제를 챙기는 한편, 대한민국의 미래와 과학에 대한 관심을 연출하는 경우가 많다. 보통 이과계열과 문과계열은 학문의 특성으로 인하여 개인적 친분관계는 있어도 학문적으로 교류하는 경우는 드물다.

그러나 인간은 생각하는 갈대이고, 자연과 우주 속의 존재이어서 선현들은 통섭(consilience)을 통하여 완전한 인식세계에 도달할 수 있다고 보았다. 그래서 이과계열 최상위 인용빈도수의 학술잡지 공저자 중에는 경제학이나 사회학자들의 이름도 가끔 등장한다. 전문화시대를 살고 있는 우리에게 있어 전문화는 새로운 과학적 발견으로 새로운 상품과 시장의 번영을 가져다 주고 있지만, 한편 전문화는 인간을 부속품으로 전락시키고, 지식의 파편화 현상을 가져온다. 자본주의 사회에서 인간은 자신의 노동으로부터 소외되고, 분자화되어 노동력이라는 상품으로 전락한다.

따라서 국가가 보편적으로 인권을 강조하고, 부조를 펴는 등 인간다운 삶을 도모하는 것은 인간의 존엄성을 위하여 당연한 것이다. 인간은 무기체가 아닌 이상, 인간답게 자신의 주체적 삶을 살고 싶어 한다. 로마의 휴일이라는 영화가 우리에게 주는 정서는 어찌면 삶에 찌든 노동자의 인간성 회복인지 모른다.

좌파 학자들이 자신이 가꾼 텃밭에서 기른 채소와 곡식으로 생활하는

것도 완전한 인간으로서 살고 싶어하는 마음의 발로이리라. 이러한 유형의 예들이 현실적 삶속에서의 인간성 회복과 힐링이라면, 지식의 세계에서 인간성 회복과 힐링에 대하여도 돌아볼 필요가 있지 않을까? 법을 공부하는 사람들에게 다른 학문분야는 어쩌면 교양의 세계 같기도 하고, 학부교육을 수료한 자들만이 법을 공부할 수 있는 로스쿨 체제가 되어 법은 당연히 인간성과 사회철학을 전제한다고 느껴지기도 한다. 그러나 우리는 가끔 훌륭한 대학자들을 통하여 전문가 사회의 독소로부터 플라톤이나 아리스토텔레스처럼 인간과 사회, 우주를 넘나드는 인식의 희열을 맛보기도 한다.

그리고 이러한 학자들은 여러 학문분과를 넘나들면서, 우리의 인식체계를 인간화하며, 단절되고 소외된 사회를 이해할 수 있게 한다. 따라서 당연히 구글이나 SSCI 최다 학술인용지수 리스트 앞머리에 위치하는 경우가 많다. 따라서 필자는 이를 “노동의 소외와 인간해방”에 대하여 “지식의 소외와 인식해방”이라고 부르고 싶다. 굳이 철학사적 관점에서 돌아 보자면, 첫 번째 해방이 마르크스에 의하며 대변된다면, 두 번째 해방은 미셸 푸코 같은 성격의 것이라 할 수 있다(Foucault, 2013). 인식세계에 가해지는 제 1차적 충격은 우리 바로 옆에 펼쳐지는 물질문명이다. 우리는 30층이 넘는 고층 빌딩 속에 둘러싸여 인간 본성의 미로를 헤매고 있는지도 모른다.

철학의 부재와 하루가 다르게 발전하는 과학 기술, 나날이 발전하는 물질문명은 우리의 정체감을 위협한다. 토마스 쿤은 미로 속의 우리들에게 과학적 혁명에 대한 구조적 이해를 가져다 준다. 문명을 이끌어 온 과학세계를 인식론적 관점에서 소개하고 있다.

토마스 쿤(Thomas Kuhn)은 미국의 과학 철학자로서 그의 저서 과학적 혁명의 구조라는 책을 통하여 학계는 물론 세속 세계에 널리 이름을 떨쳤다(Bird, 2014). 그가 만든 패러다임 시프트(paradigm shift)라는 말은 영어 속어가 될 정도로 영향력을 끼쳤다.

그의 저서는 역사, 철학, 과학사회학에서 획기적인 사건으로 평가되며, 과학적 발전을 확인된 사실과 이론의 축적에 의한 발전

법과 생활

(development-by-accumulation)으로 보던 기성관념을 깨고, 보통의 과학시대는 혁명적 과학 시대를 통하여 무너지고, 이는 예외적 현상(anomalies)의 발견을 통하여 전형의 변천을 가져 온다고 설명한다. 단순히 퍼즐해답을 찾던 이전 전형 내지 보통의 과학시대를 넘어 옛날의 지식에 대하여 의문을 제기하고 게임의 법칙을 변화시키며, 새로운 연구를 지향하는 지형을 제시한다.

지구가 태양계의 중심이고 태양이 지구 주위를 돈다는 천동설을 주장한 프톨로메의 모델(ptolemaic model)에서 태양계의 중심은 태양이며, 지구가 태양의 주위를 돈다는 인식의 대전환(heliocentric model)을 우리는 코페르니쿠스적 대전환이라 부른다. Kuhn이 주장한 과학적 혁명이나 패러다임의 대전환은 이러한 코페르니쿠스식 대전환이 과학사를 이끌어 왔다고 주장하는 과학사학적 또는 적극주의 태도를 취하고 있다(1970).

한편 쿤의 접근방식은 보통의 과학시대의 관행, 역사적 사건들의 영향력, 과학적 발견의 유행, 과학적 혁명과 그 혁명을 통한 사회의 진보 등 개념론적 쟁점을 중시함으로써, 어려운 과학세계에 대한 인식론적 갈등에 빠진 과학문외한들에게 흥미를 돋우고 있다. 과학이론의 발전은 축적된 사실과 기존 지식의 종합이 아니며, 변화하는 지적 환경과 가능성 속에서 탄생한다고 보았고, 그의 이러한 접근방식은 비선형적 역사관을 취하는 역사학의 한 분파와 궤를 같이 한다(1970).

이는 지식의 고고학에서 지식체계의 역사적 단절과 역사학이나 인문학의 일반적 방법론을 제시한 미셸 푸코의 역사관 지식관과 통한다. 특히 말년의 쿤은 어의론이 우리의 인식과 철학에 미치는 영향에 대하여 천착함으로써, 윌리엄 제임스의 통섭과 소통, 실용주의와 맥락을 같이 한다. 그의 화학에 관한 평범한 예는 과학적 발전과 과학체계의 역사적 진보에 대한 이해가 새로운 발견과 인식론적 전환의 계기를 통하여 이루어진다는 것을 보여준다. 18세기 과학자들은 동종의 용해는 화학적 결합물이라고 보았다. 따라서 물과 알코올은 하나의 화

학적 결합체로 분류되었다.

현재 이들은 동종의 결합체로 분류되고 있지만, 당시만 하더라도 물과 알코올이 화학적 결합체라는 것을 의심할 과학적 근거는 존재하지 않았다. 물과 알코올은 자발적으로 분리되지 않고, 증류시에도 완전하게 분리되지 않으며, 물과 알코올은 어떠한 비율로도 용해되기 때문이었다. 18세기 패러다임 하에서는 화학적 반응은 필연적으로 일정 비율에 따라 일어나야만 하는 것은 아니었다. 이러한 믿음은 달톤의 원자이론의 등장으로 깨지게 된다. 즉 그는 원자이론에서 원자들은 순수한 전체 수의 일정비율에 따라 결합한다고 하였고, 특정 고정비율에 따라 결합하지 않는 경우 어떠한 반응도 화학적 반응이나 작용이라고 할 수 없다고 보았다.

말하자면 원자이론에 의하여 “화학적”이라는 말이 새롭게 정의되고, 말장난 같기도 하지만 토마스 쿤의 패러다임 시프트의 한 예가 되었던 것이다. 즉 새로운 발견으로 인하여 “동종의 결합체”와 “화학적 결합체”가 혼용되어 사용되다가, 달톤의 정의에 따라 화학적 반응이 일어나는 것을 전제로 한 “화학적 결합체”는 다른 의미가 되어 버린 것이다.

예컨대 현대 화학에서 물과 기름 같이 어떠한 비율에서도 섞이지 않거나, 물과 부탄 같이 일부 섞이지 않는 비율이 있는 경우, 이들은 동종의 결합체가 아니다(unmiscibility). 그에 비하여 물과 에타놀, 물과 알코올과 같이 어떠한 비율에서도 섞일 수 있는 것은 동종의 결합체라고 할 수 있다(miscibility or solution).

원자라는 새로운 발견으로 인한 새로운 인식은 결합체가 되기 위하여 특정 비율이 요구되고 “화학적 반응”이 필요한 새로운 의미의 “화학적 결합체”라는 용어를 만들어 내고, 이는 패러다임 시프트에 해당하여 이후 그 분야 과학을 혁명적으로 바꾸게 된다. 일반적으로 지배적 언어나 새로운 과학적 발견은 상호

법과 생활

결합 보완하여 인식론적으로 영향력을 가지는데, 윌리엄 제임스나 토마스 쿤 같은 미국의 과학철학자(New Church 성향의 지식인 그룹)들은 영국연합학과나 독일 헤겔 변증법의 영향을 받았다고 할 수 있다.

과학적 발견과 새로운 용어나 논리는 그들 지식체계의 중요한 요소였던 것이다. 쿤에 의하면 과학적 변천은 여러 단계의 패러다임 변화를 거치게 된다(Kuhn, 1970). 그의 1 단계는 예지적 단계(prescience or pre-paradigm phase)로서 특정 이론에 대하여 아무런 합의가 없는 상태이다. 이 단계에서는 여러 양립불가하고 불완전한 이론들이 난무하게 되는데, 통일된 공통의 사실체계가 존재하지 않은 상태에서 출중한 학자가 개념론적 체계를 이루어 내고, 그 방법론과 용어, 실험모형 등이 학자들 간에 널리 퍼져 공통의 인식으로 발전하는 경우 과학적 통찰력은 성장하게 된다.

제 2단계에서는 보통의 과학시대(normal science)가 열리게 되는데, 이 단계에서는 지배적 패러다임에 따라 기존의 숙제들이 풀리게 된다. 시간이 감에 따라 보통의 과학시대는 예외적 비정상적 현상들(anomalies)로 인하여 설득력이 줄어들거나, 기존 패러다임의 약점들이 노정되게 된다. 3단계는 기존 패러다임이 오랜 기간 예외적 비현상적 현상을 설명하는데 실패하게 되면 기존 패러다임은 위기를 맞게 되는데, 보통의 과학이 많은 노력을 기울였음에도 그러한 실패가 계속되는 경우 다음 단계, 즉 제 4단계인, 패러다임의 전환 또는 과학적 혁명이 일어나게 된다.

제 4단계에서는 기존 과학 분야의 기본 가정이 재검토되고, 새로운 패러다임이 창출된다. 마지막 제 5단계에서는 후기 과학혁명단계로서 창출된 새 패러다임에 따라 새로운 궁금증들이 풀리게 된다. 이러한 5단계 과정은 지속적으로 반복되게 되는데, 쿤은 그러한 패러다임 변화가 자주 또는 쉽게 발생하는 것은 바람직 하지 않다고 보았다.

쿤의 이론에 대하여 페이라벤드(Feyerabend)는 쿤이 말한 보통의 과학이라는 것은 조직범죄를 연상시키는데 지나지 않는데, 이를 과학 영역에서 말하고 있다거나, 칼 포퍼(Karl Popper)같은 학자는 쿤의 주장에 대하여 전체적으로 흥미로운 것이 아니라고 하면서, 과학의 목적에 대하여 계몽주의에 기대는 그의 생각이나, 사회학, 심리학, 과학사 등 분야에 미칠 가능성을 생각하면 매우 실망스럽고 놀라운 일이라고 폄하하기도 하였다.

한편 마이클 폴라니의 지지자들은 그의 생각이 폴라니의 생각을 표절하였다고 주장하기도 하였고, 후에 쿤 자신도 일부 이를 시인하기도 하였지만, 어찌 됐건 그가 여러 학문분야에 미친 영향력은 실로 적지 않다. 철학 영역에 있어 그에 대한 연구는 더드리 샤퍼리(Dudley Shapere)에 의하여 행해졌는데, 그는 과학적 변화와 발전에 대한 기존의 적극주의, 즉 영원히 성장하는 지식체계로서의 과학이라는 선형발전론 또는 그 이미지에 대한 지속적 공격이 토마스 쿤의 공적이며, 이는 페이라벤드(Paul Feyerabend)나 헨선 (Norwood Russell Hanson)과 같은 반적극주의(anti-positivism)를 취하는 과학철학자들의 정서의 연속선상에서 이해할 수 있다고 보았다.

그러나 마이클 루즈에 의하면, 쿤은 어니스트 나겔(Ernest Nagel, Structure of Science)같은 몰역사적 기술적 과학철학자들의 방식에 회의하면서, 그의 의도야 어떠한 과학철학을 발전시키는데 과학사를 중요한 데이터 기반으로 중요시하는, 소위 “적극주의 철학에 대한 사학적 반기”를 들었다고 평하였다. 쿤은 자신의 저서를 미 합중국 국제백과사전에 게재하는 등 적극주의 과학철학자의 한사람이었지만, 그의 접근방식은 사학적 방법을 기반으로 하고 있다. 한편 솔로몬이라는 철학자는 그는 서양철학 계보에 의할 때에 헤겔계통으로 분류될 수 있고, 지식의 역사적 단속성이나 사학적 방법론은 인문철학자로서 미셸 푸코에 비견될 수 있다고 보았다.

사회학적 영역에서 쿤의 영향력은 콜린스(Harry Collins)나 샤펜

법과 생활

(Steven Shapin) 같은 사회학자들에 의하여 논리적 필연성을 강조하고 과학공동체의 사회적 측면에 대한 실증적 조사를 경시하는 접근방식을 비판하는데 많이 이용되고 있다. 즉 이들은 쿤의 이론에 바탕하여 전문영역의 이해나 정치적 이념 같은 사회적 요소에 의하여 과학적 결정(scientific decision)이 이루어진다고 주장한다.

배리 바네스(Barry Barnes)같은 사회학자는 과학적 지식의 사회학(sociology of scientific knowledge)과 쿤의 이론을 자세히 연결시키면서 “의미는 사회적 체계 속에서 어떻게 사용되는가에 따라 지속적으로 변화하게 된다(finitism)”고 하였다. 쿤의 이론은 사회학자들에 따라 달리 받아들여지고 있는데, 일부 사회학자들은 사회학은 아직은 자연과학처럼 일원적인 패러다임을 발전시키지 못하고 있으므로 사회학의 공통성을 위하여 노력하여야 한다고 하거나, 사회학은 쿤의 보통의 과학 단계에 있으며, 조만간 새로운 혁명이 일어날 가능성은 그리 크지 않다고 회의하기도 한다.

존 우리(John Urry)같은 사회학자는 쿤의 이론은 자연과학에 관한 철학적 사학적 이론으로 사회학의 발전과는 필연적으로 연결되는 것이 아니라고 한다. 쿤의 이론이 경제학에 미친 영향은 보다 직접적이다. 신보수주의 경제학자들은 현재의 경제학은 쿤의 2단계, 즉 보통의 과학시대라 부를 수 있으며, 아담 스미스(Adam Smith) 또는 에빙스(Jevons)에 의하여 촉발된 패러다임에 의하여 지배되고 있다고 하거나, 후기 케인즈 학파 경제학자들은 신보수주의 경제학과 패러다임의 연속선이 무너졌으며, 1970년대 이래 후기 케인즈 경제학과 이론이 지배적 이론이 되었다고 주장하기도 한다.

올리버 블랜차드(Oliver Blanchard)같은 경제학자는 자신의 논문 거시경제의 현실(The State of Macro)이라는 논문(2008)의 초록에서 다음과 같이 주장하였는데(Blanchard, & Fischer, 1989), 이는 쿤의 과학적 혁명 단계론에 비견된다:

“1970년대 이래 거시경제학의 유행시대가 되었지만, 거시경제 분야는 전장과 같았다. 그러나 시간이 감에 따라 축적된 사실들은 경제변동과 방법론에 관하여 대강의 공통인식을 이루어 내었다. 물론 모든 것에 대한 합의가 이루어진 것은 아니다. 다른 혁명과 같이 경제학자들은 특정 지식을 파괴하고 새로운 지식을 주장하곤 하였지만, 새로운 지식은 극단주의와 허당으로 고통받기도 한다.”

정치학 분야에서는 정치학 분야의 범위와 방법론에 관한 교재로 쿤의 과학적 혁명의 구조(The Structure of Scientific Revolutions)라는 책을 두 번째로 많이 사용하고 있다. 정치학이 주전공이라면 관련 부전공에 해당할 정도로 읽혀지고 있다.

쿤의 이론은 정치학자들에 의하여 “정확한 정치적 발언은 시험가능하고 허위일 수도 있는 양면성을 가져야 한다”고 주장하면서, 행위론(behavioralism)을 비판하는데 자주 사용되고 있다. 또한 정치학자들이 제시한 주장들이 하나의 이론이 될 수 있는가를 판단하는데 쿤의 이론이 이용되기도 한다.

사회과학으로서의 성격으로 인하여 과학적 관행이 과학자나 과학사학자들에게 직접적으로 연관되는 것에 비하여 그 연관정도는 희박하지만, 정치나, 사회, 업계 등에서의 변화가 쿤의 용어를 통하여 지칭되는 경우가 다반사이다. 패러다임이나 패러다임의 전환은 우리가 주위에서 흔히 경험하듯이 매우 효과적으로 타인의 주장을 반박하는데 사용되는 경우가 많다.

쿤의 과학적 혁명의 구조라는 주제가 이미 폴라니(Michael Polanyi)에 의하여 연구되고 강의되었다고 주장하면서 표절 논란이 벌어지고, 쿤 자신도 일부 표절가능성을 시인하기도 하였지만, 이후에도 폴라니 이론이 쿤의 이론체계 하에서 설명되면서 폴라니를 실망시키기도 한다(Polanyi, 1974). 어쨌거나 쿤의 지식세계는 영미식의 과학중심주의 학풍에 대륙 지식계보인 헤겔의 변증법에 영향을 받은 바 큰데, 과학적 혁명의 구조라는 저술 출간 이후 쿤은 패러다임이라

법과 생활

는 개념을 더 이상 사용하지 않게 된다.

대신 그는 과학이론의 어의론에 천착하면서, 과학과 주변 전문용어의 교과적 구조(taxonomic structure)에 충실하게 된다. 즉 패러다임의 변화보다는 과학이 사용하는 전문용어의 교과적 구조에서 일어나는 변화를 중시하게 된다. 학자들은 이를 쿤의 “언어학적 전환(Linguistic turn)”으로 부르고 있다. 안더슨, 바야커, 첸에 따를 때에 비로소 쿤의 이론은 성숙한 철학 단계에 접어들게 된다. 한편 패러다임이라는 용어와 결별하면서, 새로운 과학적 전문화 현상에 주목하게 된다.

과학적 혁명에서는 새로운 패러다임이 구 시대의 패러다임을 대처하게 되지만, 전문화 현상은 새로운 전문분야와 학문분과를 창출하게 된다. 이러한 전문분야의 창궐은 쿤의 모델을 보다 비혁명적인 것으로, 반면 보다 진화적인 것으로 변화시킨다. 일부 철학자들은 “쿤이 과학적 혁명과 전문분야의 창출이라는 두 차원의 과학적 변화를 설명하려고 하였다”고 하거나, 다른 철학자들은 “전문화 현상은 그 자체로 과학적 혁명의 특별한 경우가 된다”고 하면서, 과학이 쿤의 모델에 따라 혁명적으로 진화하는 것도 가능하다고 보았다.

우리는 틀림없이 전문가 시대를 살고 있다. 전문화 현상은 시장의 발전이나 자본주의의 번영과 관련된다. 과거와 달리 변호사 시장에도 오래전부터 전문화 현상이 두드러지고 있다. 전문변호사 자격 인증제가 실시되고 있는 것은 물론 전문변호사로서의 업적이나 명성은 시장에서 변호사의 경쟁력을 높인다. 언젠가 기존 대학제도를 부르조와식 인문 교양교육에서 전문교육과 학문후속세대를 위한 교육으로 이분화하자는 주장도 있었지만, 인문교육의 부재는 인간의 존엄성에 반하고 우리의 국격을 낮출 수 있다. 전문교육과 융화되어 통섭과 소통의 학문체계가 이루어지는 것이 바람직하지 않을까?

이제 안철수 후보의 지지율이 상승하면서 이번 대선은 의사 변호사 등

전문직 후보의 당선 가능성이 높아지고 있다. 어떤 후보는 변호사 시절 흉악범 친척을 데이트 폭력이라는 등 심신미약이라는 등 과도하게 변호하였다고 하여 구설수에 휘말리기도 하였다. 다른 후보는 최종직이 검찰총장이고 검찰에서 일한 경력이 전부인터라 정치인으로서 많은 실수를 연발하고 있다. 또 다른 후보는 의사이면서도 안랩이라는 첨단기업을 일군 사업가로 변신하여 자신이 경영하는 회사의 주가 때문에 매년 대선에 나서고 있다고 비아냥 받기도 한다. 이제 모두 유력 대선후보로서 후보들의 인간됨과 철학이 주목을 받고 있다.

쿤의 이론을 정리해 보면서 몇가지 생각나는 것이 있다.

첫째, 많은 정치인들이 자신의 주장을 펴면서 패러다임 체인지를 이루어 내고, 역사를 진전시키겠다고 공약하지만, 막상 당선 후에는 공약대로 실행하지 않는 경우가 많다. 연금재원의 고갈로 인한 연금개혁이나, 공기관 강제노동이사제 등 혁명적 공약이 현실화될지 주목하는 국민이 많은 것 같다. 국민을 실망시키지 않도록 자신의 공약은 철저히 지키려는 마음 자세가 필요하다.

둘째, 쿤의 이론에 의하면, 물과 기름은 완전한 불용성 결합체이다. 물과 부탄은 불완전하게 결합하는 불용성 결합체이다. 완전한 화학적 결합체는 원자 단위에서 일정한 고정비율에 따라 화학적 반응이 일어나 결합할 때 일어나는 현상이다. 한국정치와 정당의 역사는 이합집산의 역사라 할 수 있다. 이해관계에 따라 결합하고, 흩어지는 철새 정치인들과 비민주적 정당정치는 수많은 정당을 새로 탄생시키고 그 소멸을 반복하여 왔다. 이번 국민의 힘 이준석 파동은 어떠한 이해관계인지도 모를 정체 불명의 갈등과 결합의 반복처럼 느끼고 있는 국민이 많다. 자당 후보를 당선시키고 정부를 구성하여 국정을 책임지겠다고 모인 자들인지 의구심을 불러일으키기도 한다. 정치를 하였다면 뭔가 정치인으로서 직업병이 있어야 하는 것 아닐까? 아니면 인순이 같이 순수한 면모가 있든지. 작금의 국힘당의 미래는 “공동의 이념과 허심탄회한 협상을 전제로 완전한 화학적 결합을 이루어 낼 수 있는가”가 관건이 될 것 같다. 향후 있게 될지도 모를 야당

법과 생활

후보단일화 문제도 물과 알코올 같이 대충 대충 결합하기 보다는 원자 단계에서 화학적 반응이 일어나는 진정한 결합이 이루어지도록 노력할 필요가 있을 것이다.

셋째, 고객을 대하고 국가의 사법정의를 위하여 시장에서 노력하는 현장의 변호사들을 생각하면 고맙기 그지 없다. 마치 전방의 철책을 지키는 병사처럼 우리 사회관계의 법적안정성과 예측가능성이 그들의 어깨에 달려 있다. 변호사나 의사라는 전문직은 성격과 적성(character and fitness)을 전제로 한다. 예컨대 변호사의 상업광고 제도를 이해하는데 있어 중요한 잣대이기도 하지만, 변호사라는 전문직은 전문지식을 파는 상품으로서의 성격과 준공직으로서의 품위라는 요소를 같이 가지고 있다.

엄중한 전문직의 윤리는 전문직 종사자들에게 인간성을 회복하고 인간과 사회를 이해하는 힐링의 시간을 요구한다. 그래서 그런지 주위 전문직 친구들은 시인이기도 하고, 에세이스트(essayist)인 경우도 많다. 잠시 휴가를 내어 인문서적이라도 빠져보는 것은 어떨까? 다만 미국의 경우 변호사 입회의 조건으로 일정 수의 추천인 등 성격과 적성에 대한 증빙자료를 제출케 하고 있으며, 국가의 안위를 위태롭게 하는 공산주의 활동이나 중요한 형사범죄에 대하여는 변호사 자격을 상실케 하고 있다.

우리나라의 경우도 헌법이 방어적 민주주의를 취하고 있어 반국가 활동 등이 변호사 징계사유가 될 수 있다. 이러한 관점에서 사상과 양심의 자유에 대한 합리적 제한이 이루어지고 있어, 내심 인문학적 지식에 대한 비판적 이해가 필요할 것이다. 어쩌면 지성, 즉 삶의 세계와 인식의 세계는 구별이 가능한지 모르겠다. 인적이 드문 거리에서 조폭 같은 흉악한 인상의 청년들 옆을 지나가는 노인이, 자신은 태권도 8단도 아니고 무슨 일이 벌어지지 않을까 내심 쪼는 것은 삶의 세계일 것이다. 그러나 대명천지에 무슨 일이 벌어질리 없다, 내가 무슨 죄를 지었다고라고 생각하면서 떳떳하게 걸어가는 것은 아마도 인식의 세계일 것

이다.

불운서적을 출간하고 공산주의 활동을 하는 것은 사형 등 중형에 의하여 처벌받던 시절이 있었다. 자신이 그러한 행위를 하면 중형으로 처벌된다는 것을 아는 것은 삶의 세계일 것이다. 한편 그러함에도 자신의 양심에 따라 그러한 행위로 나아가는 것은 양심법에 해당하거나 인식의 세계에서 일어나는 것이라 할 수 있다. 인식은 단순한 삶이 아니라 자신의 수준에서 인간과 사회에 대한 체계적이고 전체적인 이해라고 할 수 있다. 토마스 쿤의 패러다임이라는 개념이 인식의 수준과 유사하다면, 호기심과 궁금증 소위 puzzle solving은 지의 세계와 관련이 있다고 할 수 있다.

한편 박종철 사건 부검의 황적준처럼 전문직 종사자들은 삶의 세계와 인식의 세계에서 갈등하는 경우가 없지 않다. 지식과 삶의 세계, 패러다임이나 인식이야기를 하다 보니 인문학의 희열과 함께 우리 시대 혼혈 여가수로서 오랜 사랑을 받았던 인순이가 상기된다. 웃고 있는 모습의 인순이는 인문학과 철학, 남북한 분단의 아픔 등을 상기시킨다. 한편 우리 법제에서는 법원의 지식을 보충하기 위하여 전문가 증언에 관한 형사소송법 원칙을 규정하는 한편, 법률전문직의 품위유지를 위하여 변호사 징계제도를 두고 있다.

직업병은 고치기 힘든 모양이다. 시간 있으면 관련 판례라도 좀 읽어 보아야 하겠다. 첫 번째 사례는 전문가 증언이 일반 증인의 증언에 대하여 항상 증거력에서 우위에 있는 것이 아니라는 선례이며, 두번째는 국제거래법 사례로 외국법은 법원이 직권으로 조사할 사항으로서 별도의 전문가 증언이나 감정이 필요하지 않다는 판례로 법은 법관이 안다는 로마법이라 법언이 그대로 적용된 선례이다. 세번째 선례는 국가보안법 위반 사건의 변호인에 대한 징계사건이다.

- 이하 법원판례에서 발췌 -

법과 생활

대법원은 주식의 소유자가 양도절차를 거부하는 경우에는 그 주식 발행 회사도 명의개서를 거부할 염려가 있다는 이유로 회사에 대한 장래의 명의 개서를 청구할 필요있다고 인정하면서 장래 이행판결에 있어 소의 이익을 인정하고 원심판결을 유지한 사례이다.

“.....그 증거관계를 검토하면, 위 사실인정은 수긍할수 있고, 사실관계가 그렇다면 그 신출될 상가아파트가 피고 보조참가인의 소유물이라고 해서 그 설계도가 불필요한것으로 제출의무가 없는것이라고는 할수없고, 또 그것을 작성함에는 상당한 시일이 걸린다고 해서 그 계약위반의 효력에 영향이 있는것이라고도 할수 없으며, 또 원고가 변경된 복개공사의 설계도를 먼저 작성제시 했어야만 피고 보조참가인도 그에 따라 아파트 설계도를 작성교부할수 있었을 것이라고 하는 주장은 원심이 배척한 취지로 볼수 있고, 원심이 원고의 사용인 소외인의 증언을 채택하고 전문가의 증언을 배척하였다고 해서 그것이 곧 논리칙이나 경험법칙을 어긴 것이된다고 할수도 없다. 따라서 원판결에는 소론 제1내지 5와 같이 채증법칙위배나 또는 판단유탈의 위법이 있다 할수 없다”라고 판시하였다 (대법원 1972)

두 번째 판결에서 대법원은 아래 9가지 쟁점에 대하여 판시하였다.

(1) 외국중재판정이 외국중재판정의승인및집행에관한협약에 의하여 집행되기 위한 적극적 요건의 입증책임

(2) 매매계약서에 부동산자로 인쇄된 중재조항의 내용을 당사자가 충분히 이해하고 계약서에 서명한 경우 서면에 의한 중재합의에 해당한다고 본 사례

(3) 외국중재판정의승인및집행에관한협약 제2조의 '중재합의'의 요건과 위 조항 소정의 유효한 중재합의가 있었다고 본 사례

(4) 대리인을 통하여 외국인과의 중재계약을 체결한 경우에 있어 그 대리행위에 관한 준거법

(5) 준거법인 외국법에 대한 조사가 직권조사 사항인지 여부(적극)와 그 조사방법

(6) 중재합의의 철회 가능여부에 관한 준거법 및 영국법에 의하면 서면에 의한 중재합의의 철회가 가능한지 여부(소극)

(7) 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약 제5조 제1항 나호에 의하여 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는 경우의 범위와 그에 대한 판단기준

(8) 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약 제5조 제2항 나호의 규정 취지와 그에 대한 판단을 함에 있어 고려할 사항

(9) 제 상거래에 있어서 채무불이행으로 인한 지연손해금 지급에 관한 관습과 이에 따른 지연손해금의 지급을 명한 것이 우리나라의 공공질서에 반하는지 여부(소극)

대법원의 판결 요지는 다음과 같다.

(1) 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약(1973.2.17. 조약 제471호, 이하 뉴욕협약이라고 한다) 제4조는 외국중재판정의 승인 및 집행을 얻기 위하여 승인과 집행을 신청하는 당사자는 신청서에 (가) 정당하게 인증된 중재판정원본 또는 정당하게 증명된 그 등본, (나) 제2조에 규정된 합의의 원본 또는 정당하게 증명된 그 등본 및 공증된 이들의 번역문을 제출하여야 한다고 규정하고 있는데 이는 뉴욕협약에 따른 외국중재판정의 집행을 위한 적극적 요건으로서 위 중재판정의 승인 및 집행을 신청하는 당사자가 그 입증책임을 부담한다고 할 것이다.

법과 생활

(2) 영국회사 갑과 한국회사 을의 대리인이라 칭하는 병사이에 작성된 강철봉 매매계약서 앞면 좌측 상단에는 '뒷면의 조건에 따라 공급하여 주십시오 (Please supply, subject to conditions overleaf)'라고 부동문자로 인쇄되고 있고, 뒷면의 조건 중 제13조에는 '본 계약의 효력, 해석 및 이행은 영국법에 따라 규율되며, 그 효력, 해석 및 이행을 포함하여 본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던중재 법원규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다.....'라고 기재되어 있고, 병이 그 조항의 내용을 충분히 이해하고서 위 매매계약서에 서명한 경우 위 뉴욕협약 제2조 제2항 소정의 '계약문 중의 중재 조항'으로서 같은조 제1항 소정의 '분쟁을 중재에 부탁하기로 하는 취지'의 서면에 의한 중재합의에 해당한다고 할 것이다.

(3) 매매계약서에 '.....본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던중재법원 규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다.....'라는 중재조항이 포함되어 있는 경우, 뉴욕협약 제2조에 의하면 같은 협약이 적용되는 중재합의는 '분쟁을 중재에 부탁하기로 하는 서면에 의한 합의'로서 족하고 중재장소나 중재기관 및 준거법까지 명시할 것을 요건으로 하고 있지는 아니 할 뿐 아니라, 위 조항에는 중재장소와 중재기관 및 중재절차의 준거법이 한꺼번에 모두 명시되었다고 볼 것이므로 위 조약 제2조 소정의 유효한 중재합의가 있었다고 할 것이다.

(4) 임의대리에 있어서 대리인 혹은 대리인으로 칭한 자와 거래를 한 상대방에 대하여 본인에게 거래당사자로서의 책임이 있는지의 여부는 거래의 안전 내지 상대방 보호를 위한 측면을 고려할 때 대리행위지법에 의하여 판단되어야 함이 상당하다고 하겠으므로 영국에서 한국회사인 을의 런던사무소책임자인 병이 을을 대리하여 영국회사인 갑과 사이에 중재계약을 체결한 경우에 있어서 위 병의 중재계약상의 대리행위에 관한 준거법은 대리 행위지법인 영국법이다.

(5) 우리나라 법률상으로는 준거법으로서의 외국법의 적용 및 조사에 관

하여 특별한 규정을 두고 있지 아니하나 외국법은 법률이어서 법원이 권한으로 그 내용을 조사하여야 하고, 그 방법에 있어서 법원이 합리적이라고 판단하는 방법에 의하여 조사하면 충분하고, 반드시 감정인의 감정이나 전문가의 증언 또는 국내외 공무소, 학교등에 감정을 촉탁하거나 사실조회를 하는 등의 방법만에 의하여 할 필요는 없다.

(6) 중재합의의 철회가 가능한지 여부는 결국 중재합의의 효력에 관한 문제로서 이 점에 관하여 뉴욕협약 제5조 제1항 가호 후단은 1차적으로 당사자들이 준거법으로 지정한 법령에 의하고, 그 지정이 없는 경우에는 중재판정을 내린 국가의 법령에 의하여 판단하도록 규정하고 있는 바, 매매계약서에 '...본 계약하에서 또는 그와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 본 계약일의 런던중재법원 규칙에 따라 중재에 의하여 결정된다.....'라는 조항이 포함되어 있는 경우에는 당사자가 중재합의의 준거법으로 영국법을 지정하였다고 볼 것이고, 영국법에 의하면 위와 같은 서면에 의한 중재합의(written arbitration agreement)는 당사자의 일방이 임의로 철회할 수 없게 되어 있다.

(7) 뉴욕협약 제5조 제1항 나호에 의하면, 중재판정이 불리하게 원용되는 당사자가 중재인의 선정이나 중재절차에 관하여 적절한 통고를 받지 아니하였거나 또는 기타 이유에 의하여 방어할 수 없었던 경우에는 집행국 법원이 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있게 되어 있는 바, 이 규정의 취지는 위와 같은 사유로 당사자의 방어권이 침해된 모든 경우를 말하는 것이 아니라 그 방어권침해의 정도가 현저하게 용인할 수 없는 경우만으로 한정되는 것이라고 해석되고, 또 중재당사자의 방어권보장은 절차적 정의실현과 직결되어 공공의 질서의 일부를 이루는 것이므로 이는 집행국 법령의 기준에 의하여 판단하여야 할 것이다.

(8) 뉴욕협약 제5조 제2항 나호에 의하면 중재판정의 승인이나 집행이 그 국가의 공공의 질서에 반하는 경우에는 집행국 법원은 중재판정의 승인과 집

법과 생활

행을 거부할 수 있게 규정하고 있는바, 이는 중재판정이나 승인이 집행국의 기본적인 도덕적 신념과 사회질서를 보호하려는데 그 취지가 있다할 것이므로 그 판단에 있어서는 국내적인 사정뿐만 아니라 국제적 거래질서의 안정이라는 측면도 함께 고려하여 제한적으로 해석하여야 할 것이다.

(9) 국제상거래에 있어서 일방당사자의 채무불이행에 관하여는 일반적으로 승인된 적절한 국제 금리에 따른 지연손해금의 지급을 명함이 관행이라 할 것인데, 영국 런던중재법원이 일반적으로 적용되는 국제금리인 미국은행 우대금리(그 최고이율도 연 2할 5리로서 우리나라 이자제한법의 제한범위 내이다)에 따른 지연손해금의 지급을 명한 것은 상당하므로 우리나라의 공공질서에 반하지 아니한다. 대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 [집행판결]

마지막으로 변호사징계에 관한 대법원 1984. 5. 23.자 83두4 결정에서 아래 두가지 사항이 쟁점으로 부각되었다.

첫째, 변호사가 외국환관리법을 위반하고 간첩사건수사 및 소송기록을 주한외국공관원에게 누설한 행위가 변호사의 품위손상행위에 해당하는지 여부, 둘째, 법무부장관의 지정에 의한 변호사징계위원회의 위원장 직무대리의 효력은 유효한지 여부이다.

법원은 두가지 쟁점에 대하여 다음과 같이 결정하였다.

(1) 변호사인 재항고인이 제일교포간첩의 국가보안법 위반사건을 수입한 후, 일본에 거주하는 위 간첩의 처가 위 사건의 보수로 3회에 걸쳐 보내온 일화합계 1백만엔을 영수하여 그 중 70만엔을 서울시내 암달러상을 통해 교환하는 등 외국환관리법을 위반하고, 4회에 걸쳐 법원직원들에게 합계 65,000원을 증여하고 위 간첩에 대한 판결문, 공판조서 등의 사본을 받아 위 간첩의 구원회원에게 교부하여 조총련의 반한 선전에 이용되게 하고, 위 간첩의 형사사건 기록을

열람하면서 그 증거물 압수조서를 임의로 필사하여 일본대사관 직원에게 상세히 알려줌으로써 일본내 한국공관이 수사 활동을 한다고 일본정계 및 동 재야법조계가 비난하게 되는 등 물의를 야기한 것은 변호사로서의 품위를 손상한 것이라 할 것이다.

(2) 변호사법상 변호사징계위원회 위원장은 법무부장관인데 변호사법 제 77조에 의해 검사징계법 제5조의 규정이 준용되는 것이어서 동 법조에 근거를 두고 동 위원회 위원이 법무부장관의 지정에 의하여 위원장을 대리한 것은 적법하므로 동 위원회의 결정이 무효라고는 할 수 없다. 동 사안은 변호사법 제72조, 제77조, 검사징계법 제2조 제3호 나. 변호사법 제77조, 검사징계법 제5조가 문제된 사안이다.

32. 정난이와 전인권

방학이 되어 시간적 여유가 생겼다. 이제 새해가 밝아 필자도 한국나이로 60세가 되었다. 노년의 나이에 접어들고 보니, 하루 하루가 새삼스럽다. 103세 철학자의 하루를 소개하는 짧은 다큐멘터리를 보면서 매일 자신의 일상을 깨알 같이 일기로 정리한다는 철학자의 삶이 필자의 일상을 다시 돌아 보게 한다.

필자는 대학시절 은사이신 송상현 교수의 자서전, 국가원수급 형사재판소장의 회고록과 함께 김형석 교수의 글을 자주 읽는다(송상현, 2020). 철학을 관료제에 비유하는건 부적절하지만, 글을 읽으면서 그의 동료였던 안병욱, 김동길 교수 등과 나란히 국가원수급 철학자라고 불러도 무방하지 않을까 느끼는 때도 많다.

우리의 정신세계에 큰 영향을 끼친 우리의 아버지 할아버지 세대는 일본을 통하여 서구문화와 자본주의에 눈을 뜨고, 일본 문물의 영향을 많이 받은 자들이다. 일본 문화가 한국에 끼친 영향은 기본적으로 힘있는 나라가 약소국을 지배한다는 제국주의적 사관이어서 자연히 보수적이고 시장지향적이다. 이에 대하여 우리의 좌파정부가 임시정부를 대한민국의 시작으로 보는 시각이나, 좌우를 초월하여 건국의 아버지를 추증하는 것은 진보적이고 인간지향적이라 할 수 있을 것이다.

21세기도 20년이 더 지난 지금에 이르러 무슨 해 목은 이념 논쟁인가 탄식하는 목소리도 만만치 않지만, 주위의 눈치를 보니 여전히 이번 선거에도 좌우의 뿌리깊은 갈등은 여전한 것 같다. 작금의 논란 중 대중의 관심을 끈 것은 멸공과 일베이다. 멸공과 일베라는 짧은 두마디가 사회의 가장 관심사로 떠오르는 것을 보니 우리사회는 끈대사회 철학사회가 틀림없는 것 같다.

멸공이라는 말은 우파의 힘과 단합을 유도하기 위한 가장 적절한 말이다. 일베란 말은 일간베스트라는 말의 준말로 인터넷 커뮤니티 이름이다. 대한민국 극우 성향의 유머 사이트로 인기를 많이 끌었지만, 전라도 지역 비난 및 조롱, 전직 대통령 비하 및 희화화, 5·18 광주 민주화 운동에 대한 희화화 등으로 비난을 받기도 하였다. 2010년 새롭게 만들어진 지금의 일베는 그 목적에서 벗어나 다양한 사회적 문제를 야기하고 있는 한편, 박근혜-최순실 게이트 등 박근혜 정부의 탄핵사건과 박사모 회원들의 일베 유입을 계기로 일베저장소 이용자 수도 많이 감소하였다고 한다.

필자는 유행어인 일베의 구체적 뜻도 모르다가, 최근에야 알게 되었는데, 시장과 경쟁을 상징하는 좋은 이름에도 불구하고 좌파로부터 많은 비난을 받고 있는 것 같다. 이에 가세연 김세희는 자신을 일베 기자라고 스스로 칭하면서 왜 일베를 폄하하는지 모르겠다고 역공격하기도 한다. 일베는 고등학교 시절 치르던 일제고사의 일제나 일본제국주의의 일제, 또는 일본에 절한다는 의미 일베 같이 들리니, 그 뜻과 함께 보수 정파적 어감인 것은 틀림없는 것 같다. 지금도 교련 시간이 있는지 모르겠지만, 우리 586세대 고등학교 시절에는 일본식 군대 문화가 그대로 남아 다리에 각반을 차고, 총검술을 훈련받았다.

시장을 확대하고, 자신의 세력을 다른 나라에 뻗히기 위한 동아시아 공영권 논리나 중국과 동남아에서의 일본의 잔학행위는 우파적 신화가 얼마나 큰 비극을 낳을 수 있는가를 보여준다. 그러한 우파적 유전자가 한국 동란이라는 또 다른 비극으로 인하여 21세기 한국에 아직도 남아 있는듯 하다. 김상현의 국대 떡볶이나 일베는 그 상징적 예라 할 수 있다. 19세기 중엽 미국의 쏘로(Thoreau)라는 철학자는 커뮤니케이션 또는 교습에 있어 수사학이나 단어의 선택이 매우 중요하다고 하면서, 같은 의미이지만 a bit 이나 a small 같은 말 대신에 whit라는 보다 어감이 강한 단어를 사용하기도 하였다.

예컨대, If you don't even have a whit of courage, you are most

법과 생활

likely a chicken.”에서의 whit와 같은 것이다. 이런 맥락에서 이대남이랄지 일베, 국대 떡볶이 같은 단축어나 어감이 강한 어휘들은 의미 전달을 쉽게 하기도 한다. 우리 20대 남성의 절실함을 담은 이대남이라는 말은 청춘의 고뇌와 현실의 궁금증을 자아내고, 일베나 국대 떡볶이는 직업인과 경쟁의 일상이라는 인상을 남긴다. 떡이나 떡대가 우리의 육체라면 이를 볶는다는 뜻의 떡볶이는 우리의 직업속 현실이다.

세삼 맑스나 플라니의 정치경제학, 미국의 실업률을 거론하지 않더라도 직업은 경제이다. 시장과 직업에 일상속의 경쟁이라는 일베라는 말이 합쳐지면 그럴 듯하게 우파의 현실이 된다. 여기에 보수 우파라 할 수 있는 은사 이름 비슷한 창업주 이름과 일제란 말과 비슷한 발음으로 일제를 연상시키는 일베는 몇 년전 서구체제의 관점에서 새로운 식민사관을 주장하였던 반일종족주의의 저자 이영훈 교수 논란을 상기케 한다.

당시 일본의 중요소재에 대한 대한민국 수출규제로 인하여 우리 정부와 시민들의 반일감정이 최정점에 달하였었다(최근 중국의 요소수 규제로 인한 국내 산업파동이 미국에의 경도를 우려한 중국의 대한 외교전략임이 알려지면서, 일본의 대한민국 수출규제에 대한 반응과 대비된다). 군부독재 시절 산업화와 인권탄압에 대한 586정권의 뿌리 깊은 혐오감은 당연히 우리나라 자본주의의 모국인 일본에 대한 반일감정으로 표출되었던 것이다.

1980년초 전두환 집권의 시작이 대한민국 프로야구의 시작과 함께 하였다는 것도, 어찌 보면 시장에서의 일상적인 경쟁과 경제발전이라는 국가적 비전과 궤를 같이하였다고 할 수 있다. 그러한 유전자들이 여전히 작금의 대선전에 간간히 등장하고 있다. 정치에 있어 상징주의를 무시할 수 없다. 윤석렬, 나경원, 최재형 등이 등장하면서 멸치와 콩을 사는 장면은 멸공을 상징하고, 좌파 정치인 정청래가 말하듯이 왼쪽에 놓인 파는 좌파 정부를 상징한다 하니(이벤트에는 멸치 콩과 함께 달걀과 파도 등장하는데 달파는 문재인파, 즉 극성 대깨문을 상징

한다함), 알게 모르게 국민에게 메시지를 전하고 있다.

필자가 30년전 수학하였던 대학이름에 공자가 들어가고, 미국의 대표적 좌파 사회학자의 한명인 A. Portes와 국가보안법 위반으로 형을 선고받은 강정구 교수가 같은 대학 출신이어서 뜨끔하기도 하였지만, 여당은 연일 해묵은 색깔론이라고 비판하고 있다. 이에 대하여 유럽 중동 지역에서의 미소간의 갈등, 대만을 둘러싼 미중간의 대립은 과거 냉전시대로의 회귀를 상징하는 강력한 징후임에도 여당과 정부가 국제정세에 어두운 것을 지적하는 지식인들도 많다.

그런데 노교수의 하루도 역시 좌우 프레임워크에서 자유롭지 못하다. 노교수나 은퇴한 직업인들에게 하루는 안식이면서도 일생 같이 했던 일을 회상하는 시간이 된다. 소위 개발론자와 환경론자의 정신세계가 하루를 지배한다. 앞서 말한 일베와 함께 요즈음 인터넷 커뮤니티의 인기인이 있다. 현대 신세계 정용진 회장이 자신의 요리 모습 등을 SNS에 올리면서 스타가 되고 있다. 오우너 리스 크라는 주위의 만류에도 자신의 소신대로 사는 모습에 팬 그룹까지 형성되고 있다. 그가 올린 멸공은 자신의 설명에 따르면, 기업인로서, 대한민국의 시민으로서, 체험 속에서 우러나온 진솔한 감정이라고 한다.

북한 미사일의 위협이나 한국 경제의 정치리스크 등의 원인이 북한체제라는 것이다. 그는 재벌집안에서 태어나 미국 아이비리그 대학의 하나인 브라운 대학 경제학과를 졸업한 수재로, 물려받은 재산과 기업체를 관리하면서 행복하게 살 수 있는 처지임에도, 시민들과 소통하기 위하여 나섰다. 마치 면벽수도하는 달마 대사처럼 멸공이라는 한 자로 한국정치에 파장을 던지고 있다. 그의 SNS 활동은 19세기 미국의 인문철학자인 쏘로를 떠올리게 한다. 재벌의 위치에 있는 자이프로 그의 행위를 정치와 연결시킬 단서는 희박하다.

추측컨대 그의 주장이나 생각은 쏘로와 같은 고독과 사색에서 탄생하지 않았을까? 당시만 해도 대학에 지금과 같은 체계적 박사제도가 없었던 이유인지,

법과 생활

쏘로는 하버드 대학 학부만을 졸업하였지만, 시민 불복종, 환경운동, 성적 소수자 보호 등 지금의 좌파 정신세계에 많은 영향을 끼쳤다. 역시 당시의 관행에 연유하여 조지타운대학과 와세다대학의 학부만을 졸업하고 대한민국의 국가원수급 철학자 반열에 오른 안병욱, 김형석 교수처럼 쏘로와 정용진은 무언가 우리에게 메시지를 던지고 있다. 다만 안병욱과 김형석이 인문철학과 한국정치에 천착하였다면, 쏘로우와 정용진은 보다 인문적이다.

따라서 쏘로우와 정용진의 정신세계는 어쩌면 애너키스트적이다(Thoreau, 1971, 1996). 다만 정용진은 출신배경으로 인하여 당연히 산업론자 개발론자로서의 입장에 있다고 할 수 있고, 쏘로우는 환경론자에 가깝다. 정치적으로 정용진은 자유민주주의 체제를 지지하고 헌법을 존중하겠지만, 위헌 위법적 권력에 대하여는 쏘로우와 마찬가지로 시민불복종에의 권리를 지지할 것이다. 다만 간디의 스와라지(Swaraj)나 무저항 비폭력주의의 이미지로 다가오는 정용진 회장의 멸공 포스팅은 좌파들의 색깔공세라는 폄하에도 불구하고 정부의 국민보호의무나 외교안보전략에 대한 총체적 재점검을 요구하면서보수 정파와 코드가 맞는 측면이 있다.

쏘로우의 시민불복종에의 권리는 독재적인 법에 대하여 인간의 양심이 우선해야 한다고 주장하게 되는데, 그는 미국사회의 제도나 정책에 대하여 비판자로서 역할하였고, 당시의 노예제와 미국과 멕시코간 전쟁에 대하여 가장 신랄하게 비판한 철학자의 한 사람이다(1991). 그는 일생을 살면서 개인성과 자신에 대한 신념의 중요성을 강조하였는데, 자신의 삶속에서 시민 불복종에의 권리를 주장하면서, 미국과 멕시코간 전쟁을 반대한다는 명분으로 세금납부를 거부하여 감옥에 영치되기도 하였다.

주지하듯이 납세자 소송 같은 공익소송에서 제소의 이익을 인정하고 국가가 심판권을 행사하여야 하는가의 문제, 대통령 가족에 대한 검증이 필요한 이유로 우리의 세금이 소요된다는 주장, 주택양도세 100% 과세에 대한 논란 등등

세금의 문제는 공적 영역과 사적 영역이 교착하는 최첨단에 있는 문제로서의 성격을 갖는다.

따라서 쏘로가 납세를 거부한 행위는 시민사회와 정부간의 갈등과 그의 저항권 사상을 상징적으로 보여준다. 그는 초월주의(transcendentalism)철학자로서 일상을 의미있게 살 수 있는 개인의 힘을 믿었으며, 인간의 선한 본성과 자연에서 배울 수 있는 심오한 진리를 통하여 사회제도에 대한 자신이나 개인의 신념의 우위를 강조하였다. 감옥에 대한 가르침에서 그는 감옥에 영치되는 것을 좋아하지 않지만, 감옥속에서 오히려 자유를 느낄 수 있다고 보았다. 이러한 역설은 개인은 자신이 물리적으로 어떠한 처지에 있던, 스스로의 상상력을 통하여 자유를 느낄 수 있다는 것을 의미한다.

시민불복종에의 권리에 깔린 그의 사상은 시민간의 법보다 상위에 있는 상위법은 개인의 복종을 요구하고, 인간의 법이나 통치권의 주체인 정부는 이에 구속된다는 것이다. 2가지 법이 충돌하는 경우 개인은 자신의 양심에 따라야 하며, 필요한 경우 인간이 만든 법을 무시할 수 있다. 그는 가장 이상적인 정부는 통치하지 않는 정부라 보았고, 이는 그의 자유 기업, 자유 통상, 무간섭의 가치에 대한 신념에서 나온다. 물론 정부는 전쟁 수행을 위하여나 징세를 위하여는 국민의 동의를 얻어야 한다.

그의 비폭력주의와 시민 불복종 사상은 영국의 지배로부터 독립을 원했던 식민지 미국에서 비롯되었는데, 비폭력운동이 점차 폭력으로 발전하고 보스턴 티 사건은 계획적인 파괴를 통하여 비폭력운동의 한도를 넘게 되었다고 평가된다. 그는 정부를 기계와 같은 것으로 보았다. 따라서 정부라는 기계가 부정의 필연적으로 배태하고 있다면, 그러한 정부는 국민으로부터 격리되어야 한다고 하였다. 그의 소설 이름을 딴 월든 수목프로젝트는 토지를 매입하고 이를 개발로부터 차단하여 자연의 보존을 목적으로 하는 프로젝트로 교육과 연구를 포함한 다양한 활동으로 확대되고 있다(Thoreau, 1971).

법과 생활

쏘로우는 초월주의 철학자로 분류되는데, 초월주의는 1820-1830년대 미 북동부 뉴 잉글랜드 지역에서 기원한 철학운동이다. 초월주의는 사람과 자연속 본래적 선한 마음에 대한 믿음에 바탕한다. 사회와 제도는 인간의 순수한 본성을 훼손하지만, 자신에 대하여 신념을 가지고 독립된 개체로서 존재할 수 있는 한, 사람은 최선의 경지에 도달할 수 있다. 초월주의자는 머나먼 천국이 아닌 매일의 일상에 내재하는 신성한 경험을 느낄 수 있으며, 소외된 개체로서의 자신을 초월하여 육체적 영적 현상을 하나의 동태적 과정으로 내재화할 수 있다.

초월주의는 객관적 경험보다는 주관적 감성을 강조하며, 과거의 지배적 인식은 의미가 없고, 완전히 새로운 통찰의 세계가 가능하다고 보았다. 따라서 초월주의는 당시의 지배적 지성이나 영적 세계로부터 개인을 보호하는 기능을 하게 된다. 초월주의는 단위론(Unitarianism)과 긴밀히 관련되는데, 단위론은 19세기 초반 보스톤의 지배적 종교운동으로, 헨리 웨어가 1805년 하버드 신학대학교수로, 1810년 존 커크랜드가 동 대학 총장으로 부임하면서 대학의 주된 지적 풍토를 이루게 된다.

초월주의는 단위론을 배척하는 것이 아니라, 단위론이 강조하고 그 주된 원리가 되는 자유 양심과 지적 합리성의 가치를 유기체적 희열로 발전시키게 된다. 즉 단위론의 바른 정신상태, 온화, 냉철한 합리성 등에 만족하지 않고, 초월주의자들은 보다 치열한 영적 경험을 원하면서 단위론에 대척하는 것이 아니라 공존할 수 있게 된다.

헨리 쏘로우(Henry D. Thoreau)는 미국의 자연주의자, 에세이스트, 시인, 철학자로, 그는 자연 속에서의 단순한 삶을 찬양한 소설 월든과 부정의한 국가에 대한 시민의 불복종에의 권리라는 에세이를 통하여 가장 잘 알려져 있다 (Walls, 2018).

쏘로우는 책, 논문, 에세이 모음, 저널, 시선 등은 전체 20권 분량에 이

른다. 그의 자연사와 자연철학에 대한 심대한 기여와 함께, 그는 현대 환경주의의 두 축인 생태학과 환경사 영역에서 새로운 발견과 방법론이 발전할 수 있는 기틀을 마련하였다.

어제 대선을 앞두고 한국 정당학회의 자문을 받아 행한 KBS 여론조사를 보면 대한민국 20대 남자의 가장 큰 걱정거리는 여자문제라고 한다. 성인 전 연령대에서는 정치적 이념이나 정책갈등에 가장 많은 관심을 보였다. 이대남이 20대 남자가 아니라 정말 이대를 가고 싶은 남자라는 의미인가? 놀라운 조사결과이다. 그래서 우리 사회에 페미니 반페미니 그러한 유행어가 식을 줄 모르는 것 같다.

또 얼마전 이재명 후보의 서울대 방문시 서울대 성소수자 재학생들이 강당에 입장하는 후보에게 성소수자의 인권보호에 관한 질문을 하자, 무시하고 입장하여 사람들의 입방아에 오른 적이 있다. 우리 젊은이들의 성 정체성과 성의 자유, 기존 사회제도 등에 관한 정치인들의 입장 정리가 필요하다. 개인적으로는 20대에 여자 문제가 많으면, 쏘로우식 자연친화적 삶을 권하고 싶다. 쏘로우는 몇몇 연인이 있었다고 알려져 있으나, 실제 자신은 결혼하지 않았고, 미적으로 순수성을 추구하였다.

현실적으로 동성애자는 아니었으나, 그의 작품 세계를 잘 아는 학자들은 그가 정상적으로 이성을 좋아하면서도, 그의 저술 여러 군데서 동성애자 또는 반섹스주의자로서의 면모를 볼 수 있다고 한다. 그는 철저한 채식주의자는 아니나, 절제된 식사를 통하여 스스로의 발전을 도모할 수 있다고 보았다. 또한 쏘로우는 사치스러운 생활과 인생의 안락은 꼭 필요한 것이 아닐뿐더러, 인간성을 고양함에 있어 상당한 방해를 줄 수 있다고 믿었다. 그는 산업화에 적극 찬동하거나 자연주의를 극렬하게 주장하지 않았으며, 개발과 보존 사이에서 중도적 입장을 취하였다.

법과 생활

그는 산업의 발전은 인류에게 공통의 인류애(cosmopolitanism)를 가져올 것이라고 칭송하는 한편, 산업화가 가져온 공장 시스템에 대하여는 비판적 입장을 보였다. 쏘로우는 생태지역주의, 동물과 야생지역의 보호, 자유무역, 학교와 고속도로에 대한 과세를 적극 지지하였다. 이러한 쏘로우는 사상은 현대 생태학에 큰 영향을 끼쳐 우리나라에도 순천만 자연생태공원을 비롯하여 제주, 부천 등 전국 각지에 자연생태공원이 조성되어 있다.

개발론과 환경론의 갈등은 국제통상법의 이해에도 많은 영향을 끼쳤다. WTO체제는 상품과 서비스의 교역, 지적재산권의 보호 등 산업론자, 즉 개발론자의 프레임워크에 기반하여 만들어졌다(Lang, & Scott, 2009). 무역과 통상에 있어서의 법적 안정성과 예측가능성의 보호를 담보하는 체제로 아담스미스의 이상적 완전경쟁시장과 리카르도의 국제분업론에 기반하고 있다.

통상에 있어 세계적 차원의 법치주의를 지향하는 WTO는 자원의 최적배분과 인류의 물질적 복지수준을 최대화하는 것을 목표로 하고 있다(Guzman, 2004). 환경론자의 주장과 관련하여 희귀종 보호를 위하여 저인망식 포획에 의한 어로행위를 제재하는 것이 WTO협정에 합치하는가가 문제된 선례가 있다. 관련 판례를 소개한다.

사례: 참치와 돌고래 분쟁

동 태평양의 적도 부근에는 돌고래가 참치떼들 위에 많이 서식한다. 그래서 참치잡이 어선들이 유자망으로 참치를 잡게 되면 돌고래도 함께 잡히는 경우가 많다. 돌고래 숫자가 격감하게 되자 돌고래의 보호에 대한 국제적인 노력이 이루어지게 되었고, 이러한 가운데 참치조업에 대해서도 규제를 하게 되었다. 미국은 해양포유류동물보호법(MMPA: Marine Mammal Protection Act)을 제정함으로써, 포획 숫자를 줄이는 기술을 사용하여 이 지역에서 참치조업을 할 것을 요구함과 동시에, 이 지역 참치조업 미국선단에 대해서 돌고래의 포획숫자가 연

간 20,500마리를 초과하지 않는 조건으로 조업을 허가해 주었다.

MMPA는 참치의 수입에 대해서도 참치보호를 위하여 참치보호를 위한 기준을 충족하지 못하는 국가로부터는 참치나 참치제품의 수입을 할 수 없도록 금지하고 있다. 그 기준은 수출국은 미국의 수준에 상응하는 해양포유동물의 부수적인 포획을 통제하기 위한 규제계획을 채택하여야 하며, 해당국가의 선박들이 부수적으로 잡은 해양포유동물의 숫자가 같은 기간 동안 참치조업을 한 미국선박들이 잡은 숫자의 1.25배를 넘지 않아야 한다는 것 등이다.

이러한 규정에 따라 1990년 8월 미국은 태평양 동부 적도 지역에서 유자망을 사용하여 잡은 멕시코산 참치와 그 가공제품에 대하여 수입제한조치를 취하였다. 이에 대하여 멕시코는 미국의 참치수입금지조치가 GATT 협정에 위배된다고 제소하였다. 여기서 주요 쟁점이 된 양측의 주장은 다음과 같다.

먼저 미국은 멕시코산 참치수입금지조치는 GATT 제3조 4항과 제3조에 관한 주석에 국내규정의 집행으로서 허용될 수 있는 조치라고 주장한 반면, 멕시코는 GATT 제11조 1항의 수입수량제한이라고 주장하였다. 또 미국은 GATT 제20조 b항, 인간 및 동식물의 생명 또는 건강보호와 제 20조 g항, 유한천연자원의 보존 목적으로 필요한 조치에 해당한다고 하고, 이러한 조치는 공해의 국가영역 밖에도 적용될 수 있다고 주장하였다.

반면 멕시코는 이러한 조치는 체약국의 관할영역 밖에서는 적용될 수 없으며, 관련 국가와의 국제적인 협조라는 다른 대체수단이 있기 때문에 이러한 조치는 필요하지 않다고 주장하였다. 이에 패널은 GATT 제3조는 상품 자체에 적용되기 때문에 참치포획방법을 규제하고 있는 MMPA는 GATT 제3조의 적용대상이 되는 국내규정이 되지 못하여 제11조 1항의 수입수량제한에 해당한다고 보았다. 그리고 제20조 b항의 적용에 있어서는 이들 조치의 적용이 초영토적으로 적용되는 것으로 해석한다면 각 체약국은 생명 및 건강보호를 위한 조치나 유한

법과 생활

천연자원의 보존을 위한 조치를 일방적으로 결정함으로써 다른 체약국의 GATT상의 권리들을 위협하게 될 것이기 때문에 체약국의 관할구역 안에 한정된다고 하였다.

뿐만 아니라 미국이 돌고래 보호목적을 달성하기 위하여 관계 국가와의 국제협력을 비롯한 합리적으로 취할 수 있는 다른 선택들을 다하였다는 것을 입증하지 못한 이상 미국의 조치가 반드시 필요한 조치로 인정하기 어렵다. 또 멕시코가 미국에 수출하기 위하여 달성해야 할 돌고래 포획비율이 미국 어민의 돌고래 포획비율과 연계되어 있어 멕시코인은 특정 시점에서 자신이 미국의 기준에 맞는지 알 수 없는 불확실성을 가지게 되어 있기 때문에 이러한 예측할 수 없는 조건을 기초로 한 무역제한조치는 돌고래 보호목적에 합당한 조치로 볼 수 없다. 따라서 만약에 초영토적인 보호가 허용된다고 할지라도 이 조치는 제20조의 일반적 예외로 정당화될 수 없다고 평결하였다(조영정, 2009, 424-425).

그러나 동 평결에도 불구하고 환경론자의 프레임 워크가 무시되고 있는 것은 아니다. GR은 Green Round의 준말로 향후 환경문제에 대한 WTO체제로의 편입을 논의하는 새로운 통상의제를 지칭하는데, 상당한 진전을 보고 있다(Guzman, 2004).

요즘은 활동이 뜸 하지만 586세대에게 인상 깊었던 가수의 하나가 정난이다. 정난이는 1970년대 군사정권에 의하여 주도된 개발국가 시절 '제 7광구'라는 노래를 시원하게 불러 한 시대를 상징하였다. 이름도 자신은 2이고 예명의 첫 자는 끝이나 고무래로 들리니 산업화를 연상시킨다. 1이 배짱이라면 2는 개미같이 면려하고 공부하는 느낌을 가져다 준다.

한편 전인권의 '걱정말아야 그대'라는 노래는 세월호 사건이나 촛불시위와 함께 많이 애창된 운동권 가요이다. 이름도 모든 사람이 권력 또는 모두 인권, 즉 모든 사람들의 사람다운 삶에의 권리를 강조하고 있으니, 정치적으로는

몇년전 촛불시위나 사회주의 독재, 인권사적으로는 쏘로우 같은 환경론자를 연상 시킨다. 독특한 배경의 586 세대인 정용진의 멸공 이벤트는 우리가 살아온 삶을 돌아보게 한다.

33. 김관진과 문갑식

지금도 가끔 바둑을 두긴 하지만, 필자는 한때 하루에 몇판씩이나 둘 정도로 바둑을 좋아 했었다. 몇년전만 해도 이세돌, 지금은 신진서 등 우리나라 바둑계는 새로운 기예들이 활약하고 있다. 그러나 1980년대 우리 청장년 시절에는 서봉수와 조훈현이라는 양강이 한국 바둑계를 풍미하였다. 지금은 바둑계도 세계화되어 국내파와 해외파의 구별이 없지만, 1980년대만 해도 국내에서 공부한 국내파와 일본으로 유학 가 바둑 수련을 마치고 활약하는 해외파의 구별이 있었다.

당시 서봉수는 국내파로 조훈현은 해외파로 양자는 국수전 등 주요 바둑타이틀을 두고 라이벌관계에 있으면서 한국 바둑의 발전을 이끌었다. 응씨배가 만들어지고, 지금은 온라인 바둑 시대가 되어 바둑이 보다 대중화 세계화되고 있다. 특히 바둑이 대학사회에서 체육분과 학문의 하나로 자리잡기도 하였다. 필자가 1980년대 중엽 사법연수원 시절 국가주요기관이나 신문사에 견습수습생으로 파견되는 프로그램이 있었다. 필자는 동아일보에 2개월 수습사원으로 파견되었는데, 당시 인상 깊었던 만남이 지금은 타계한 김중배 논설위원과의 만남이다.

그후 바쁘게 지내다 시간적 여유가 있어 돌아 보니, “닭의 목은 비틀어도 새벽은 온다”라는 책도 저술하시고, 많은 활동을 하셨다. 그 책은 지금도 탐독하는데, 수습사원 시절 흥조를 띤 얼굴로 신문사 논설위원이나 언론인과 법조계 사람들은 여러 공통점을 가지고 있다는 말이 아직도 뇌리에 남는다. 소위 언론인들은 사회적 이슈에 임하여 바른 말을 하고 필봉을 휘두르는 자이다. 법관이나 변호사, 검사 같은 법조인 역시 판결문, 공소장, 변론조서 등을 통하여 개인의 생명과 재산을 다루는 자들이다.

바둑은 사람이 어떠한 생각을 하는가를 알 수 있는 좋은 스포츠이다. 그래서 수담이라고도 하지 않는가? 바둑을 두어보면 상대방을 알 수 있고, 마음이

차분해지는 느낌을 갖게 된다. 지금은 어떠한지 잘 모르겠지만, 필자가 법원에 근무하던 1990년대만 하더라도 재판을 기다리는 법원 변호사 공실에는 바둑을 두는 변호사들이 많았다. 또한 언론인이나 신문기자들은 식도락가인 경우가 많다.

좋은 음식을 통하여 인성을 기르고 업에 종사하는 것 같다. 배부른 점심 식사후에는 분위기 좋은 찻집에서 차를 마시기도 하였다. 요컨대 범조인이나 언론인들은 한량 기질이 다분하다. 이들은 소위 우리 사회의 지식인이고, 사회적 양심세력이라 할 수 있다. 얼마전 신문에 “이름과 휴대전화 번호만 있으면 주소는 찾을 수 있다. 하루면 된다.”라는 제하에 동사무소 직원의 주소 유출로 이석준의 살인사건이 가능하였다는 내용의 기사 보도가 있었다.

이씨가 홍신소를 통해 피해 여성의 집 주소를 찾을 수 있는 데는 홍신소에 2만원을 받고 개인정보를 넘겨준 수원시 권선구청 계약직 공무원이 있었다는 것이다. 관련 법률에 따라 응분의 처벌을 받겠지만, 공무원을 살인죄로 처벌하거나 살해라는 불법행위로 인한 손해배상을 청구하기 어려운 이유는 소위 법이 요구하는 형사상 인과관계(Causation) 또는 민사상 상당인과관계(Proximate cause)를 인정하기 어렵기 때문이다.

또 며칠전 신문에는 미 의회 의원이자 한반도 문제 전문가가 윤석렬 후보가 당선되면, 북한을 자극하여 북한이 직접 남침을 감행할 수 있다고 우려를 표명하였다. 이 두가지 사건은 벤자민 카르도조와 노암 촘스키에 대한 궁금증을 야기한다. 벤자민 카르도조는 Palsgraf v. Long Island Railroad Co., 162 N.E. 99 (1928)사건에서 불법행위법상 상당인과관계론이라는 개념을 발전시킨 미국의 법학자이자 대법관이었다. 한편 노암 촘스키는 미국주도의 혼란한 국제사회를 이해하는데 많은 기여를 한 20세기 대표적 언어학자이자 사회사상가이다 (Chomsky, 2013)

법과 생활

벤자민 카르도조는 미국의 법률가로 역사상 가장 존경받는 연방대법관 중 하나로 추앙받고 있다. 그는 15세 이른 나이에 콜롬비아 대학에 입학하여 대학생으로서 영예의 하나인 Phi Beta Kappa가 되었다. 콜롬비아 대학에서 학사와 석사학위를 취득한 후 1889년 콜롬비아 대학 로스쿨에 입학하였다. 그는 자신과 형제자매의 생계를 보조하고, 가족의 명예를 회복하기 위하여 법률전문직을 희망하였다.

2년 후인 1891년 변호사시험에 합격한 후 법학 학위를 받지 않고 로스쿨을 떠나게 된다. 당시 로스쿨은 변호사가 되기 위한 과정쯤으로 치부되어 일부 학생들은 변호사시험에 합격하면 학위 없이도 법관을 하거나 개업하는 사례가 적지 않았다. 그는 자신과의 약속을 지키기 위하여 1891년 뉴욕주 최고법원 법관선거에서 승리하였으나, 다음해 뉴욕주 항소법원 법관으로 임명된다. 1926년에는 뉴욕주 항소법원 법원장에 선출된다. 뉴욕주는 Court of Appeals, 우리 말로 항소법원이, Supreme Court, 우리 말로 최고법원보다 상급법원인 독특한 주이다.

그는 20세기 미국 보통법의 발전에 중대한 기여를 하였으며, 심오한 법철학과 유려한 법문장으로 널리 알려져 있다. 그의 대표작이라 할 수 있는 사법절차의 본질이라는 책은 1921년 쓰여지게 되는데, 동년 예일대 로스쿨의 Storrs 강의 시리즈를 모아 발간한 책이다. 카르도조가 사법절차의 본질이라는 책을 통하여 제기하는 핵심적 질문은 “법관은 어떻게 사건을 심리하고 판결하여야 하는가?”이다. 카르도조의 답은 “영미법의 전통에 따라 해온 대로 꾸준히 하는 것이 최선이다”라는 것이다.

즉 쉬운 사건은 판례를 좇아 판례법을 적용하고, 어려운 사건의 경우에는 사회적 복지라는 가장 중요한 가치를 기준으로 충돌하는 법익간 형평을 찾아 새로운 법을 만드는 것을 법관의 사명으로 보았다. 그는 4가지 대표적 법학 분석 방법을 제시하였다. 첫째, 논리적 방법이다. 이는 유추적, 철학적 방법이라고도

할 수 있는데, 여러 방법을 통하여 논리적 일관성을 유지하면서 법의 원칙을 확장하게 된다. 둘째, 역사적 방법 또는 진화적 방법은 법원칙과 개념의 역사적 기원을 논하고 이를 참고하는 방법이다.

셋째, 관습적 또는 전통적 방법은 사회의 관습을 공동체적 가치와 예견 가능한 기대가 무엇인가를 추출함에 있어 유익한 시금석으로 이용하는 것이다. 마지막으로, 사회학적 방법은 이성, 유용성, 사회적 복지 등을 고려함에 있어 사회학적 관점으로 바라보는 것이다. 이러한 4가지 방법은 모든 경우에 동일하게 적용되는 것이 아니라 특정한 사건에서 사건의 성격에 따라 비중이 달라진다. 그러나 법원칙이 오래되어 설득력이 떨어지거나, 매워야 할 갭이 있는 것이 확실한 경우, 법관은 진정 입법자로서 행위하여야 하며, 그 과정에서 사회적 복지라는 가치가 중요한 기능을 한다.

카르도조는 사법관이 입법자로서 행위하는 것(judicial lawmaking)에는 위험이 상존하게 되는데, 그 위험을 줄이기 위하여 사법 재량을 줄여야 한다. 사법재량을 줄이는 중요한 요소 3가지는 다음과 같다.

첫째, 법관이 판례를 통하여 새로운 법을 만들기 위하여는 법에 갭이 존재하거나, 법원칙이 명백하게 구시대적인 경우이어서 그 간극을 메우기 위하여 (interstitially)필요한 경우이어야 한다.

둘째, 위헌법률심사 등 법관의 사법통제권은 현행법이 명백히 자의적이거나 폭압적이어서 합리적 사람이면 누구도 이를 존중하지 않을 정도에 이르는 경우에 한하여 행사되어야 한다.

셋째, 법관이 사회학적 방법을 사용하여 이성, 정의, 또는 사회적 혜택 등에 관하여 판단할 때에는 자신의 개인적 가치를 적용해서는 안되고 공동체적 기준에 따라야 한다.

법과 생활

영미법의 전통에서 법관은 하늘의 부르심을 받은 기사(knight-errant)가 아니므로, 자신의 이상이나 미감(美感) 또는 양식(良識)을 찾아 헤매어서는 안된다. 사건에 대한 최종적 결정은 법관의 창조력보다는 다양한 관점에서 그를 부르는 수많은 법원칙과 그로부터 나오는 법관에 대한 압력이 보다 중요하다.

그러나 카르도조는 법관이 심판하고 새로운 법을 창출함에 있어 원형 현실주의자들(proto-realists)이라 할 수 있는 올리버 웬델 홈즈, 로스코 파운드, 존 칙프먼 그레이나 그 밖의 법률가들을 통하여 많은 교훈을 받을 수 있다고도 하였다. 이들은 오랜 전통의 사법논리에 깃든 고압적, 기계적, 형식론적 접근방식에 용감히 맞선 자들이다. 그들 이전의 법률가들은 단지 존재하는 법을 발견하여 적용할 뿐 입법자로서 행위하지 않았다.

엄격한 법형식론(formalism)에 따르면, 법이 침묵하거나, 모호한 경우 또는 상호 모순되거나 광의의 법원칙에 안주하고 있는 경우와 같이 해결하기 어려운 사건이란 존재하지 않는다. 법형식론자들에게 법은 명백하고, 일관되며, 완전하다(Horwitz, 1975). 그들에게 있어 모든 법적 의문에는 단일의 바른 답만이 존재하며, 블랙스톤이 말하듯이, 법관은 다툼이 없는 법원칙과 격언에서 불멸의 결론을 도출하는 살아있는 신화가 된다.

카르도조가 비판한 것은 그러한 고압적 권위적 법형식론자만이 아니다. 그레이나 당대의 다른 원형 현실주의자들도 비판의 도마위에 오른다. 당시 원형 현실주의자들은 신격화된 법을 세속화하고 법문제에 대하여 난해한 실용주의 관점을 적용하려 하는 경향을 보이면서, 법이란 결국 법관이 자신의 분석을 담아 법정에서 말한 것에 지나지 않는다고 보았다.

그러나 원형 현실주의자들의 시각에 대하여 카르도조는 그들이 말한 법의 분석을 법으로 보는 주장에 동의하지 않았고, 진정한 법이 존재하는 것을 부인하는 것에 지나지 않는 것으로 보았다. 즉 카르도조의 눈에는 이들은 권리

(right)와 권력(power)을 혼동하는 것이 된다. 카르도조에 따르면 법관은 “법적 기준을 무시할 권력”을 가지고 있을망정 “법적 기준을 무시할 권리”는 가지지 않은 것이다. 또한 법을 사법적 판결과 동일시하는 것은 대다수 법적 의문은 명백하고 다툼 없는 일상의 행위규준에 따라 해결되며, 법원에서 다투어지는 경우는 극소수라는 사실을 간과한 것이 된다.

그의 사법절차의 본질(The Nature of the Judicial Process)이라는 책은 카르도조를 당대 최고의 법률가 중 한사람으로 추앙받게 하였으며, 법학 교육의 고전이 되었다(Cardozo, & 머르무, 2010). 툭툭 튀지 않는 잔잔한 톤, 보석세공인 같은 섬세하고 논리적인 문장으로 인하여 그 책은 꾸준히 읽혀지고 있다. 또한 법을 바라보는 양 극단, 즉 범형식론과 급진적 현실주의 속에서 무언가 행복한 연결고리가 되고 있다. 카르도조의 인기는 1924년 법의 성장(The Growth of Law), 1927년 법과학의 역설(The Paradoxes of Legal Science)이라는 책으로 이어진다.

한편 국제사회에 대한 우리 지식인의 인식은 노암 촘스키의 영향을 많이 받았다(McGilvray, 2014). 촘스키의 언어학 이론의 중요성에 대하여 에드워드 마르크코트(E. Marcotte)는 다음과 같이 말하였다. 생화학자인 마르크코트가 촘스키를 알고 평하는 것을 보아도, 언어학자의 보편적 인류애가 미국의 대외정책에 의하여 왜곡되는 것을 참을 수 없었던 촘스키의 내면을 이해할 수 있다.

“순수하게 언어학 연구로 출발한다는 것이 선현들의 철학적 전통의 영향을 받아 정치운동이나 정치적 정체성 운동으로 발전함으로써 인간에 대한 전체적 이론을 창출하는 수준에 이르렀다. 이러한 전통은 언어학 이론의 역사를 통하여 증명된다. 모든 인간에 공통되지만 인간에게만 유일한 인식구조의 발견은 인간의 천부적 사고방식을 쉽게 이해할 수 있게 한다.”

현대 언어학에서 보편적 문법은 노암 촘스키에 의해서 대표되는데, 인간

법과 생활

의 언어적 특질을 구성하는 일반 요소가 존재한다는 이론이다. 보편적 문법 이론은 감각적 경험(sensory experience)으로부터 독립하여 고유한 특질의 구조적 법칙이 인간에게 내재되어 있다는 것이다(Chomsky, 2013).

아동이 심리적으로 발달하는 과정에서 언어적 자극을 많이 받을수록 아동은 보편적 문법에 부합하는 특정한 구문적 법칙을 획득하게 된다. 이는 정신적 문법(mental grammar)으로 불리우기도 하는데, 선형적, 기술적, 교육적 문법에 대응하는 개념이 된다. 보편적 문법이론의 주창자들은 자극의 결핍 논쟁을 일부 원용하거나 중요시하면서도, 자연적인 인간 언어에는 어떠한 보편적 특질이 공통적으로 존재한다는 것을 믿는다. 그러나 자연적 인간 언어에는 보편적 특질이 공통적으로 존재한다는 믿음에 대하여는 언어학자들간 다툼이 있는 바, 일부 언어학자들은 언어는 매우 다양하여 그러한 보편성은 흔한 현상이 아니라고 주장한다.

따라서 이들은 어떠한 특질이 보편적이고, 어떠한 언어적 능력이 천부적인 것인가를 정확히 규명하는 것은 실증적 연구에 달려 있는 문제라고 한다. 변형적 생산적 문법이론(Transformational-generative grammar)은 원어민의 언어적 능력을 모형화하고, 코딩하거나 추출하는데 이용되는 넓은 개념의 이론이다(2013). 동 이론은 공식적 문법이론이라고도 불리우는데, 다른 외부 언어와의 관계를 통하여 특정 언어의 추상적 구조를 보여 준다. 1950년대 중반 촘스키에 의해 발전된 이래, 20여년간 언어학에서 대표적인 구문이론으로 기능하게 된다.

동 이론에서 말하는 변형은 언어 내에서의 구문 관계를 의미하는데, 예를 들면, 우리는 구문관계를 통하여 두개의 문장에서 주어가 동일인이라는 것을 알수 있게 된다. 촘스키의 이론에 의하면 언어는 심층구조와 표피구조로 나뉘어져 있다는 것을 가정하는데, 외부면의 표피구조는 음운 법칙을 소리로 바꾸는 것에 관한 언어구조이다. 이에 비하여 내부면의 심층구조는 단어들과 개념적 의미를 구조화한다. 변형적 생산적 문법이론은 의미와 소리를 연결시키는 법칙을 설명하기 위하여 수학적 개념을 사용하기도 한다. 바로 이러한 이론에 따라 언어학

적 원칙들은 한 언어에서 수학적으로 여러 잠재적 구조들을 산출해 낼 수 있게 된다.

노암 촘스키의 언어학에 있어 현실 언어와 그 언어학은 4가지 차원에서 포섭(set inclusions)된다. 가장 외부면에는 일상에서 반복되는 여러 언어나 문법(recursively enumerable)들이, 내면에는 맥락에 예민한 언어나 문법(context-sensitive)들이 존재하고, 3단계 심층 내면 차원에는 맥락으로부터 자유로운 언어나 문법(context-free)들이 존재하게 된다. 마지막으로 규칙적 언어나 문법(regular)은 가장 심층의 4차원적 내면을 구성하게 된다(2013).

제임스 맥길브레이(James McGilvray)에 따르면, 언어학자로 출발한 노암 촘스키의 두 번째 공헌은 사회정치적 분석과 비평들을 담은 그의 저술을 통하여 국제정치와 시민사회에 대한 인식에 많은 영향을 끼친 것이다. 언어에 대한 관심과 사랑이 인간에 대한 사랑과 인권에 대한 관심으로 발전하여 미국의 대외 정책에 대한 비판으로 발전하는 것이다. 그의 분석과 비평은 평이하게 기술되어 수많은 사람들에게 탐독되었고, 그의 주제와 관심사는 정치, 경제, 사회에 대한 사적 고찰과 함께 현재의 정치 상황에 대한 치열한 인식과 비판을 담고 있다.

촘스키의 견해에 따르면, 권력에 있는 자들은 시민들에게 영합할 수 있는 방향으로 자신들의 행위를 호도하고 방어하려 하지만, 비판적 자세에 있는 누구나 쉽게 그 오류를 알 수 있을뿐더러, 시민들은 주요한 사실들을 통하여 자신들이 시민으로서 해야 할 일을 판단할 수 있게 된다. 이러한 그의 사고방식은 그의 출생배경과 함께 그를 20세기 미국에서 가장 영향력있는 정치적 이단아가 되게 한다. 그는 중류 유대 가정에서 출생하였는데, 어려서부터 정치적 행동주의의 영향을 많이 받게 된다.

그는 보통 무정부 조합주의자 또는 개인주의적 사회주의자(anachro-syndicalist/libertarian socialist)로 칭해지는데, 이는 교수나 연구자

법과 생활

의 인생에서 많이 볼 수 있는 유형의 정신상태이다. 특히 그는 개인의 자유, 공동체, 자유로운 연대 등을 중시하면서도, 정치는 과학의 영역 밖에 있는 것이라 보았고, 이상적 사회에 대한 그의 주장을 뒷받침하는 실증적 데이터나 실증적 이론의 중요성을 강조하였다. 이는 그가 맑스식 역사적 필연성을 믿지 않았다는 것을 의미한다.

그는 베트남 전쟁을 비롯하여 미 제국주의를 신랄하게 비판한 학자이고, 미국 대외정책의 기본은 미국의 정치경제적 영향력을 통하여 미국 기업의 이익을 취하는 것에 있다고 보았다. 이를 위한 전제는 투명하고 열린 사회 (open societies)이며, 과거 영국 정부가 인도와 아프리카에서, 미국 정부가 베트남, 중남미, 중동에서 행하던 외교정책 등 역사적 예를 통하여 미국에 추종하는 정권을 세우기 위한 미국 정부의 다양한 전략과 외교정책을 분석하고 비판하였다.

그는 “워싱턴 커넥션과 제 3세계 독재: 인권의 정치경제학”이라는 책에서 남미, 아시아, 아프리카에서의 미 외교정책의 수립과 그 동기, 배경 등에 대한 잘못된 보도가 미치는 악기능을 논리적으로 분석하였다. 동 저술은 5장으로 구성되어 있는데, 처음 4장은 미 해외자본의 투자환경 조성을 위하여 제 3세계 국가 독재정부를 전복하는데 있어 미국의 역할 등에 대한 유익한 분석을 담고 있다.

언어학자가 바라보는 시민사회의 가치는 인문학적 토양에서 태어났을 것이다. 가장 중요한 시민사회의 가치인 인권이 국제사회에서는 recursively enumerable과 같이 가장 일반적이고 연약한 것이 되버리고 만다. 국내사회에서의 인권이 regular 또는 context-free 수준으로 구체적이고 통제가능한 것과 달리 국제사회에서의 인권은 일반적 수준이 되어 미국의 국익우선의 외교정책에서는 정치경제학의 희생물이 되고 만다.

이러한 그의 시각은 “국제정치나 외교는 마피아와 같이 불량한 것에 지나지 않는다”는 명구를 통하여 함축적으로 다가온다. 또한 노암 촘스키의 반골적

기질은 자신의 학자적 양심과 실증적 연구 결과의 산물이다. 기존의 국제관계이론에 관한 Gary King의 정량적 방법론(Event Count Models for International Relations: Generalizations and Applications)이나(1989), 미어 샤이머의 공격적 동맹이론, 스티븐 월트의 방어적 동맹이론과 같은 현실주의 또는 신현실주의적 관점의 질적 국제정치이론과 달리 노암 촘스키의 국제정치에서는 인권이나 인문철학적 가치를 중요시한다.

노암 촘스키의 워싱턴 커넥션은 “국가중심주의자(nationalist)들은 자신들이 저지른 만행을 인정하지 않는 것을 넘어, 그러한 만행을 지적하는 것을 듣지 않으려는 것이다”라는 오웰의 명구를 인용하면서 시작한다. 이는 책이 전하려고 하는 일관되고 본질적인 메시지로, 수 많은 예증을 통하여 뒷받침되고 있다. 비판적 자세를 가지고 일독할만한 가치가 있다.

벤자민 카르도조는 스스로 자신을 평하자면 꾸준히 노력하는 평범한 사람(plodding mediocrity)이라고 하였다. 단순한 범재는 멀리 가지 못하지만, 꾸준한 범재는 긴 거리를 갈 수 있다는 것이다. 그것은 성공의 즐거움을 가져다 주는데, 이때 용기, 성실성, 근면은 그의 성공을 좌우한다고 한다.

Mediocrity의 메디가 중간이나 보통을 의미하며, 법학이나 의학 같이 사회 대중을 기반하고 일정한 표준을 중요시한다면, 이번 대선은 오랜기간 묵묵히 일해 온 범재들의 경연장이다. 이들은 언어학자에서 정치적 반항아로 국제사회에 큰 반향을 일으킨 노암촘스키 같은 천재라고 할 수는 없다. 그러나 우리와 비슷한 평범한 인재들로 대한민국의 운명이 그들의 어깨에 달려 있다.

카르도조(Cardozo)란 이름은 마치 잘 나가는 차이면서, 조정을 잘하는 훈련받은 도련님 같이 들린다. 실제 그는 대법관에 재직하면서 유려한 법문으로 국사를 처리하였다. 이에 비하여 촘스키는 그 이름 발성대로 쫄스러운 것 같으면서도 철저한 고증으로 동태적 국제사회를 이해하는데 도움을 주었다. 진정한 공

법과 생활

무원, 진정한 대통령직은 한편으로는 서봉수나 카르도조 같은 국내파처럼, 다른 차원에서는 조훈현이나 촘스키 같은 해외파처럼, 대한민국의 국내문제와 외교문제에 대한 식견과 역량을 요구하고 있다.

한자와 무관하게 진정한 관리 또는 공무원이라는 이름으로 우리에게 인상 깊었던 전 국방부장관 김관진은 충성스러운 공무원상이다. 정치인으로서의 대선 후보와 당선후 최고위직 공무원으로서의 대통령은 다른 것임이 분명하다. 카르도조와 촘스키 얘기를 하다보니 우리사회의 이름들이 떠오른다. 카르도조는 명문을 남긴 대법관으로 김관진이나 송평인 같다. 송평인은 동아일보 논설위원으로 꾸준히 좋은 글을 쓰고 있다. 평인은 평범한 인재요 송은 즐겁게 노래부른다는 뜻이라면 평범한 인재로 꾸준히 판결문을 작성하는 카르도조의 성격과 유사하다.

문갑식은 조선일보 기자로 오래 봉직하다가 은퇴후 특유의 익살스러운 웃음과 엉뚱한 분석으로 유튜브 시청자들의 세상에 대한 이해를 돕고 있다. 이들도 학자처럼 문으로 시작하고 촘스키처럼 지식을 심는다는 느낌으로 다가온다. 이번 대선전에서 김관진 이름 같은 진정한 우리의 대통령, 최고위직 공무원을 선출할 수 있을까? 송평인과 문갑식 같은 언론인을 비롯하여 사회 각계 각층 오피니언 리더들의 역할이 중요한 대목이다.

《참고문헌》

[국내서]

- 곽윤직. (2003). 채권각론. 서울: 박영사.
- 곽윤직, & 물권법. (2004). 박영사, 2002. 채권각론 (민법강의 II), 박영사.
- 곽윤직, & 김재형. (2013). 민법 총칙. 박영사.
- 권영성. (2010). 헌법학원론. 서울: 법문사.
- 권영성. "비교헌법학의 영역과 연구방법." 법학 20 (1980).
- 김기영. (2002). 헌법강의. 서울: 박영사.
- 김기영, "국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考", 법학논총, 제 18 권 (2011)
- 김덕호. (2015). 다양성을 통합하는 공동체로서의 한국어와 한글-이상규,[한글공동체], 박문사, 2014. 어문론총, 66, 349-354.
- 김동희. (1989). 행정법의 일반원리에 관한 고찰. 법학, 30.
- 김동희. (1996). 프랑스 행정법상의 법의 일반원리. 법학, 37.
- 김병록. (1999). 정부형태, 바꾸어야 하는가?. 공법연구, 27(3), 263-279.
- 김석관, 최병삼, 양희태, 장필성, 손수정, 장병열, ... & 송성수. (2017). 4 차 산업혁명의 기술 동인과 산업 파급 전망. 정책연구, 1-414.
- 김선국. (2003). 국제물품매매계약에 관한 유엔협약과 미국통일상법전 제 2 편 (매매). 해사법연구, 15, 207-223.
- 김성원. (2013). 국제법의 헌법화 논의에 대한 일고찰. 국제법학회논총, 58(4), 73-102.
- 김영주. (2014). 미국 통일상법전상 신의성실의 원칙. 무역상무연구, 62, 135-178.
- 김철수. "헌법학개론." 서울: 박영사 (2007).
- 김철수. (1998). 한국 헌법학의 의미, 연구방법 및 과제. 공법연구, 26(3), 43-76.
- 김춘환. (1995). 행정청의 부작위에 대한 구제. 공법연구, 23(2), 317-370.

법과 생활

- 김춘환. (1998). 우리나라 행정절차법과 미국 연방행정절차법의 비교연구. 공법연구, 27(1), 403-427.
- 박상옥, 김대휘. (2020). 주석 형법 총칙 1: 1~24(3판). 한국사법행정학회
- 박진완. (2010). 아동권리협약의 국내적 이행과정에 대한 분석. 세계헌법연구, 16(1), 181-208.
- 배기석. (2007). 한국의 법조윤리 교육의 회고와 향후 로스쿨에서의 법조윤리 교육방법. 법학연구, 48(1), 1377-1399.
- 송상현. (2020). 고독한 도전, 정의의 길을 열다 - 국제형사재판소장 송상현 회고록. 나남출판사.
- 안경환. (1990). 미국헌법의 구도. 법학, 31.
- 유병화. (1981). [국제법] 국제법과 국내법. 고시계, 26(8), 91-96.
- 유형석. (2009). 국가승인이론의 재검토. 법학연구, 33, 407-427.
- 이성덕. (2001). 핵무기 위협 또는 사용의 적법성에 관한 국제사법재판소 권고적 의견에 대한 비판적 검토. 홍익법학, 2, 69-91.
- 임정호. (2013). 형법상 배임죄에 있어서 경영판단원칙에 대한 재검토-형법 규정과 신인의무의 간극. 법학연구, 23(2), 65-91.
- 장석영. (2019). 칼보주의에 대한 재고찰-라틴아메리카를 중심으로-. 국제법평론, (54), 1-22.
- 조영정. (2009) 국제통상법의 이해. 무역경영사.
- 정인섭. (2019). 신국제법입문 제 3 판. [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB.
- 정인섭. (2019). 우리 법원에서의 국제법 관련 판결. 서울국제법연구, 26(2), 337-360.
- 최병조. (2004). 로마법 사료의 이해에 대한 쓴소리. 법학, 45.
- 최태현, & 국제법. (2021). 국제법상 국가면제의 범위와 내용 (Doctoral dissertation, 한양대학교).
- 황명준. (2018). 주권면제 제한 가능성에 관한 전망: 2014 년 이탈리아 헌법재판소 결정을 중심으로. 법이론실무연구, 6(1), 75-96.

[국내 법령 및 판례]

대한민국헌법 헌법 제10호 전부개정 1987.10.29. Retrieved from
<https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=L000001444>

대법원 1972. 2. 22. 선고 71다2319 판결 [주식서환등].

대법원 1975년 5월 23일 선고, 74마281결정.

대법원 1980. 5. 20. 선고 80다306 판결 [10.26 사건 김재규 등 판결].

대법원 1984. 5. 23.자 83두4 결정 [변호사 징계].

대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 [집행판결].

대법원 1993. 3. 23. 선고 92도455 판결.

대법원 2001. 1. 19. 선고 97다21604 판결.

대법원 2001. 3. 9. 선고 99다13157 판결;대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533
손해배상 판결.

대법원 2005. 1. 14. 선고 2004다26805 판결.

대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

대법원 2008. 9. 11. 선고 2007다90982 판결.

대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결;대법원 2018. 10. 30. 선고 2013
다61381 전원합의체 판결.

대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결.

대법원 2019. 4. 23 선고 2014다27807 퇴직금 판결.

대법원 2019. 11. 21 자 2014스44, 45 전원합의체 결정 [상속재산분할·상속재
산분할] [공2020상, 27].

대법원 2020. 11. 19. 선고 2020도5813 전원합의체 판결; 2015도12933 명예훼손

법과 생활

손.

대법원 2021. 7. 21. 선고 2019다266751 판결 [손해배상(기)].

서울중앙지방법원 2020. 12. 23. 선고 2020가단5098056 판결.

헌재 2001. 2. 22. 99헌바74, 판례집 13-1, 250 [전원재판부].

헌재 2014. 12. 19. 선고 통합진보당 해산 2013헌다1 전원재판부.

헌재 2018. 6. 28 선고 2011헌바 379 사건.

[해외 서적]

- Alinsky, S. D. (1989). *Rules for radicals: A practical primer for realistic radicals*. Vintage.
- Amos, M. (1928). *The Code Napoleon and the modern world*. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 222-236.
- Arsanjani, M. H. (1999). The Rome Statute of the international Criminal court. *American Journal of International Law*, 93(1), 22-43.
- Barber, B. R. (2010). *Jihad vs McWorld*. Random House.
- Berdine, M. D. (2018). *Redrawing the Middle East: Sir Mark Sykes, Imperialism and the Sykes-Picot Agreement*. Bloomsbury Publishing.
- Berends, A. J. (1998). The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency: a comprehensive overview. *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 6, 309.
- Bergson, H., Paul, N. M., & Palmer, W. S. (2004). *Matter and memory*. Courier Corporation.
- Beaulac, S. (2019). *The Lotus Case in Context: Sovereignty, Westphalia, Vattel, and Positivism*.
- Bickel, A. M. (1986). *The least dangerous branch*. In *The Least Dangerous Branch*. Yale University Press.
- Bird, A. (2014). *Thomas kuhn*. Routledge.
- Blanchard, O. J., & Fischer, S. (Eds.). (1989). *NBER macroeconomics annual 1989 (Vol. 4)*. MIT Press.
- Bonell, M. J. (2009). *An international restatement of contract law: the UNIDROIT principles of international commercial contracts*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Bonnett, A. (2003). *Geography as the world discipline: connecting popular and academic geographical imaginations*. *Area*, 35(1), 55-63.

- Boyle, F. A. (1985). *World politics and international law*. Duke University Press.
- Brzezinski, Z. (2016). *The grand chessboard: American primacy and its geostrategic imperatives. Basic books*.
- Buchanan, J. M., Buchanan, J. M., & Tullock, G. (1965). *The calculus of consent: Logical foundations of constitutional democracy (Vol. 100)*. University of Michigan press.
- Buchanan, J. M., & Tullock, G. (2003). *What is public choice theory. Rationalizing capitalist democracy: The cold war origins of rational choice liberalism*, 133.
- Bunck, J. M., & Fowler, M. R. (2018). The Kellogg-Briand Pact: A Reappraisal. *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 27, 229.
- Bybee, R. W. (2013). *The case for STEM education: Challenges and opportunities*.
- Cardozo, B. N., & Kaufman, A. L. (2010). *The nature of the judicial process*. Quid Pro Books.
- Carozza, P. G., Glendon, M. A., & Picker, C. B. (2007). *Comparative Legal Traditions: Text, Materials, and Cases on Western Law*.
- Chomsky, N. (2013). *Topics in the theory of generative grammar*. In *Topics in the Theory of Generative Grammar*. De Gruyter Mouton.
- Chua, A. (2004). *World on fire: How exporting free market democracy breeds ethnic hatred and global instability*. Anchor.
- Chua, A. (2009). *Day of Empire: how hyperpowers rise to global dominance--and why they fall*. Anchor.
- Crenshaw, K. W. (1987). Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in antidiscrimination law. *Harv. L. Rev.*, 101, 1331.
- Crenshaw, K. W. (2001). The first decade: Critical reflections, or a foot in the closing door. *UCLA L. Rev.*, 49, 1343.

- Crenshaw, K. (2013). *Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*. In *Feminist legal theories* (pp. 23-51). Routledge.
- Crenshaw, K. W. (2013). *Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*. In *The public nature of private violence* (pp. 93-118). Routledge.
- Curran, V. G. (2015). United States Discovery and Foreign Blocking Statutes. *La. L. Rev.*, 76, 1141.
- Datta-Chaudhuri, M. (1990). Market failure and government failure. *Journal of Economic Perspectives*, 4(3), 25-39.
- De Montesquieu, C. (1989). *Montesquieu: The spirit of the laws*. Cambridge University Press.
- Doshi, R. (2021). *The long game: China's grand strategy to displace American order*. Oxford University Press.
- Dubber, M. D. (2005). *The promise of German criminal law: a science of crime and punishment*. *German Law Journal*, 6(7), 1049-1071.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- Elliott, C., Vernon, C., & Jeanpierre, E. (2006). *French legal system*. Pearson Education.
- Fairchild, T. A. (1940). Freedom From Unreasonable Search and Seizure. *Marq. L. Rev.*, 25, 13.
- Foucault, M. (1994). *Michel Foucault* (Vol. 2). Taylor & Francis.
- Foucault, M. (2012). *Discipline and punish: The birth of the prison*. Vintage.
- Foucault, M. (2013). *Archaeology of knowledge*. routledge.
- Friedman, M. (2016). 61. *Capitalism and Freedom*. In *Democracy* (pp. 344-349). Columbia University Press.

- Galgano, F. (2001). *Lex mercatoria* (pp. 38-57). Bologna: Il mulino.
- Goodwin, M. (2020). *Policing the womb: Invisible women and the criminalization of motherhood*. Cambridge University Press.
- Grodzins, M. (1960). *The federal system. Goals for Americans: The report of the president's commission on national goals*, 265-282.
- Gupta, A. (2014). Organizational Culture and Change: A Crucial Skill for Leaders Trying To Achieve Strategic Outcomes. *International Journal of Management and Development Studies*, 3(5), 18-26.
- Guzman, A. T. (2004). Global Governance and the WTO. *Harv. Int'l LJ*, 45, 303.
- Harrison, S. (2007). Walden University: Pioneer of the first completely online master's degree in education in the United States. *TechTrends*, 51(6), 36.
- Hart, H. L. A., Hart, H. L. A., Raz, J., & Green, L. (2012). *The concept of law*. oxford university press.
- Hofmann, H. C., Vos, E., & Chamon, M. (Eds.). (2019). *The external dimension of EU agencies and bodies: Law and Policy*. Edward Elgar Publishing.
- Huntington, S. P., & Dunn, S. (2004). *Who are we?: The challenges to America's national identity*. Simon and Schuster.
- James, W. (1977). *The writings of William James: A comprehensive edition, including an annotated bibliography updated through 1977*.
- Judge, T. A., Fluegge Woolf, E., Hurst, C., & Livingston, B. (2006). Charismatic and transformational leadership: A review and an agenda for future research. *Zeitschrift für Arbeits-und Organisationspsychologie A&O*, 50(4), 203-214.
- King, G. (1989). Event count models for international relations: Generalizations and applications. *International Studies Quarterly*,

- 33(2), 123-147.
- Kim, J. G. (2008). A Study on the Requirements for Exercise of the Right of Hot Pursuit in the UNCLOS-With Respect to the M/V Saiga Case and the Unidentified Ship Case. *Journal of the Korean Society of Marine Environment & Safety*, 14(2), 149-156.
- Kim, K. (2015). *Fiscal Administration and Public Sector*. Available at SSRN 2586039.
- Kirchheimer, O. (2015). *Political justice: the use of legal procedure for political ends* (Vol. 2303). Princeton University Press.
- Krueger, A. O. (1974). The political economy of the rent-seeking society. *The American economic review*, 64(3), 291-303.
- Krouse, R. W. (1982). Polyarchy & participation: The changing democratic theory of Robert Dahl. *Polity*, 14(3), 441-463.
- Kuhn, T. S. (1970). *The structure of scientific revolutions* (Vol. 111). University of Chicago Press: Chicago.
- Horwitz, M. J. (1975). The rise of legal formalism. *The American Journal of Legal History*. 19(4), 251-264.
- Jensen, M. C., & Meckling, W. H. (2019). *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. In *Corporate Governance* (pp. 77-132). Gower.
- Lang, A., & Scott, J. (2009). The hidden world of WTO governance. *European Journal of International Law*, 20(3), 575-614.
- Lubet, S. (1990). Ex parte communications: An issue in judicial conduct. *Judicature*, 74, 96.
- Lazare, A. (2005). *On apology*. Oxford University Press.
- Locke, J. (1967). *Locke: Two treatises of government*. Cambridge university press.
- Maine, H. S., & Scala, D. J. (2017). *Ancient law*. Routledge.

- Locke, K. (2002). *The grounded theory approach to qualitative research*.
- Lorca, A. B. (2012). *Eurocentrism in the history of international law*.
- Madsen, D. L. (1998). *American exceptionalism*. Univ. Press of Mississippi.
- Marceau, G. (1995). Transition from GATT to WTO. *J. World Trade*, 29, 147.
- Maskus, K. (2004). *The WTO, intellectual property rights and the knowledge economy*. Edward Elgar Publishing.
- McGilvray, J. (2014). *Chomsky: Language, mind and politics*. Polity.
- Michaels, R. (2007). The true lex mercatoria: law beyond the state. *Ind. J. Global Legal Stud.*, 14, 447.
- Nelson, W. E. (2000). *Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review*. University Press of Kansas.
- Polanyi, M. (1974). Scientific thought and social reality: Essays by Michael Polanyi. *Psychological issues*.
- Posner, R. A. (1970). *The costs of accidents: a legal and economic analysis*.
- Proudhon, P. J. (1876). What is property?: An inquiry into the principle of right and of government (Vol. 1). BR Tucker.
- Proudhon, P. J., & Robinson, J. B. (2004). *General idea of the revolution in the nineteenth century*. Courier Corporation.
- Reynolds, G. H. (1994). A critical guide to the Second Amendment. *Tenn. L. Rev.*, 62, 461.
- Runion, M. L. (2017). *The history of Afghanistan*. ABC-CLIO.
- Sarch, A. F. (2015). Knowledge, Recklessness and the Connection Requirement Between Actus Reus and Mens Rea. *Penn St. L. Rev.*, 120, 1.
- Singer, A., & Svajlenka, N. P. (2013). *Immigration facts: Deferred action for childhood arrivals (DACA)*. The Brookings Institution.

- Thoreau, H. D. (1971). *Walden. 1854. Ed. J. Lyndon Shanley*. Princeton: Princeton UP.
- Springborg, P. (1995). Hobbes's biblical beasts: Leviathan and Behemoth. *Political theory*, 23(2), 353-375.
- Tittmann, H. H. (1982). Extra-territorial Application to US Export Control Laws on Foreign Subsidiaries of US Corporations: An American Lawyer's View from Europe. *The International Lawyer*, 730-737.
- Tobin, J. (1996). A currency transactions tax, why and how. *Open economies review*, 7(1), 493-499.
- Tönnies, F. (2012). *Gemeinschaft und gesellschaft*. In *Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft* (pp. 27-58). VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Wallerstein, I. (2004). *World-systems analysis*. In *World-Systems Analysis*. Duke university Press.
- Walls, L. D & Thoreau, H. D. (1996). *Thoreau: Political Writings*. Cambridge University Press.
- Walls, L. D. (2018). *Henry David Thoreau: A Life*. University of Chicago Press.
- White, P. (2005). Ministers of culture: Arnold, Huxley and liberal Anglican reform of learning. *History of science*, 43(2), 115-138.
- Wujira, F. (2010). Comment: Non-Trade Concerns in Interpreting General Exception Clauses of WTO Agreements. *Mizan Law Review*, 4(1), 164-175.

[해외 법령 및 판례]

Alien Tort Statute (1948). 28 U.S.C. § 1350.

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559 (1996).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

Clout case No.90 [Pretura circondariale de Parma, Italy, 24 November 1989].

Clout case No.277 [Oberlandesfericht Hamburg, Germany, 28 February 1997]

Cotte di Appello di Milano, Italy, 20 March 1998, Unilex.

Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008)

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Retrieved Nov. 10, 2022 from https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Dred Scott v. Sanders. 60 U.S. 393 (1857).

Federal Tort Claims Act (1946). 60 Stat. 812 through 60 Stat. 852. Pub.L. 79-601

Fleck v. Wetch, 937 F.3d 1112 (8th Cir. 2019).

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 569 U.S. 108 (2013).

Liebeck v. McDonald's Restaurants, N.M. Dist. Ct. (1994)

Lietenstein v. Guatemala, 1955 ICJ Reports 4 정인섭 국제법 829면.

Marine Mammal Protection Act. 16 U.S.C.: Conservation. 86 Stat. 1027 (1972).

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010)

Murphy v. Korea Asset Management Corp., 421 F. Supp. 2d 627 (2005).

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964).

NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp. 301 U.S. 1 (1937)

*Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the
Crime of*

Genocide, ICJ Advisory Opinion, 1951 ICJ Reports 15.

Palsgraf v. Long Island Railroad Co., 162 N.E. 99 (1928).

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537(1896).

Regina v. Jones(Margaret) and Others, 2006 UKHL 16; 2007 1 AC 136
House of Lords, U.K.

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)

Saudi Arabia v. Nelson, 507 U.S. 349, 357, 113 S.Ct. 1471, 123 L.Ed.2d 47
(1993).

Soring v. UK (범죄인인도와 인권보호) 1989 European Court of Human
rights, Series A, vol. 161(application No. 14038/88)

State Farm Auto. Ins. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003).

Steward Machine Company v. Davis, 301 U.S. 548 (1937)

The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116 (1812)

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. 509 U.S. 443 (1993).

United States v. Iran, 1980 ICJ Reports 3.

Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961).

법과 생활

Virginian Railway Co. v. Railway Employees, 300 U.S. 515 (1937)

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

Wright v. Vinton Branch, 300 U.S. 440 (1937)

WTODS26: European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products. Hormones

WTODS476: European Union and its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector.