

머리말

법을 공부하고 법을 가르치는 법학도나 법학 교수, 그리고 현실 사회에서 법과 정의를 구현하기 위하여 묵묵히 자신의 책무를 수행하는 일선 법률가들을 생각하며 조금이라도 도움이 될 수 있는 글을 써 보겠다는 마음으로 폐북에 글을 올리기를 시작한지 어언 5년 가까이 되고 있다. 우리 법률전문가들은 세상의 진실에 눈을 감고 진리를 왜곡하는 곡학아세의 길을 걷는 것을 항상 경계하여야 한다. 특히 좌우 정치가 자리를 잡아가면서 법률가들마저 파벌을 이루어 법을 생각하기 앞서 자파의 이익을 생각하는 현실을 부인하기 어렵다. 이는 우리에게 양심의 회복을 질책한다. 무매한 민중을 호도하고 국가의 기강이자 바른 초석이어야 할 법과 법지식을 우롱하는 것이라 아니할 수 없다. 이는 민주주의와 함께 우뚝 서야 할 법치주의를 갇아 먹는 행태라 아니할 수 없다. 조심스러운 마음에서 같이 공부하여야겠다는 생각으로 ‘인간과 사회 그리고 법에 관한 성찰’이라는 제목으로 책을 출간하기로 마음 먹었다. 본서는 한 법률과목을 전문적으로 다루었다거나, 법이론이나 법해석학 관련 주제를 체계적으로 다룬 서적이 아니다. 그렇다고 법 실무에 도움이 될 수 있는 구체적이고 실무적인 문제를 다루고 있는 것도 아니다. 본서는 우리의 일상을 기반으로 법에 관한 단상, 그리고 관련되는 이론들을 생각나는대로 기술한 책이다. 변호사. 법률가. 법학 교수, 법학도 등이 제 1차로 독자가 될 수 있을 것이지만, 그 밖에 인간, 사회, 법에 관심 있는 시민 모두가 즐겁게 읽을 수 있도록 엮으려고 노력하였다. 천학비재한 주제에도 화광동진(和光同塵)의 심정으로 출간에 나아가면서 감히 일독을 권하는 바이다.

2023. 7. 24.

성남 분당 우거에서

김기영 (변호사/조선대학교 법학연구원장)

인간과 사회 그리고 법에 관한 성찰:
Commentary on the Law, Humanity and
Society

제 1장 (1-19)
법과 사회에 관한 단상들

제 2장 (20-23)
법의 본질과 몇가지 주제들

제 3장
법의 첫머리에서 (24-25)

제 4장
몇가지 법철학적 주제들(26-28)

제 5장
국내법과 국제법에 관한 단상 (29-31)

<제목 차례>

1. 대통령과 一人 學者 대학(One-man university)	14
2. 키드웰(Kidwell)과 트루백(Trubek)	19
3. 복기왕과 제럴드 포드(Gerald Ford)	27
4. 이근과 빌헬름 2세	32
5. 강산에와 이종왕	39
6. 김흥국(金興國)과 흥인문(興仁門)	46
7. 선동열과 후똥(E. Hooton)	56
8. 에밀(Emile)과 애플(Michael W. Apple)	63
9. 모질라(Mozilla)와 파이어폭스(Firefox)	72
10. 하버드대학의 공부벌레와 예일 까마저(Yale K.)	86
11. 설록 홈즈와 설록 홈즈의 라이벌	94
12. 신성일과 남궁원	106
13. 슈퍼맨(Superman)과 메리맨(Merryman)	111
14. 공유와 안성기	125
15. 강부자와 배철수	137
16. 이의민(李義旻)과 정중부(鄭仲夫)	154
17. 왕건(王建)과 마의태자(麻衣太子)	170
18. 생상스(C. Saint-Saens)와 엘가(Edward Elga)	181
19. 로마의 휴일과 10월의 어느 멋진 날에	200
20. 궁예(弓裔)와 도산 안창호(安昌浩)	216

가. 법의 출발점	216
나. 법과 권력분립의 원칙	216
다. 법적 책임에 대하여	223
라. 국제법상 국가책임	225
마. 형사법상 법적 책임	227
바. 민사법상 법적 책임	230
사. 맺으면서	231
21. 박 에스더와 클로딘 게이	233
가. 들어가며	233
나. 자유권적 기본권과 사회적 • 경제적 기본권	233
다. 헌법과 사회적 • 경제적 기본권	235
라. 선스타인과 현실주의	237
마. 너스바움과 여성주의	239
바. 성평등에 관한 수정헌법 초안	241
사. 인간의 본성에 관한 단상	243
아. 맺으면서	246
22. 워싱턴(G. Washington)과 측천무후(則天武后)	249
가. 정치, 법, 법치주의 같은 것에 대하여	249
나. 법과 비례의 원칙	251
다. 체제와 국가의 기본원칙	253
라. 정치와 행정 영역	256
마. 형사법 영역	257

바. 국제법 영역	260
사. 부다페스트 협약	261
아. 기타 공법 영역	261
자. 맺으며	262
23. 우즈(T. Woods)와 리치(L. Richie) - J 에게	267
가. 경제, 시장, 법, 뭐 그런 것들에 대하여	267
나. 소유권에 대하여	269
다. 회사의 본질과 거래비용	272
라. 중국의 소유권법	274
마. 구 소비에트와 중국의 계약법	280
바. 맺으며	283
24. 영화 교섭과 영화 한반도	290
가. 오랜만의 여유 영화 교섭	290
나. 국제사회와 국제법	290
다. 종교, 문화, 제국주의, 뭐 그런 것들에 대하여	293
라. 문명의 충돌과 세방화	300
마. 토지점유자의 책임	302
바. 토지점유자의 법적 지위에 관한 3분법	305
사. 맺으며	308
25. 법의 지배와 다수의 지배 - 코크 경과 히틀러	312
가. 머리말	312
나. 배심재판의 연혁과 의의	314

다. 대배심제도의 연혁과 의의	316
라. 민사소송과 배심제도	317
마. 미국 배심재판제도의 특징	319
바. 약식판결(summary judgment)	322
사. 소송의 개시와 관할권	325
아. 민사소송의 절차도	327
자. 형사절차의 흐름도	329
차. 우리나라의 국민참여재판제도	331
카. 맺으며	333
26. 로버트 노직과 앤서니 다마또 - 소크라테스에 대한 단상	337
가. 서언	337
나. 소크라테스의 상황	340
1) 법적(法的)인 측면	340
2) 윤리적 차원	342
3) 개인적 차원	345
다. 윤리적 의무에 관한 추론	345
라. 법을 준수하겠다는 사전 약속	346
마. 법 준수 의무의 본질과 범위	348
바. 금반언의 원칙(PRINCIPLE OF ESTOPPEL)	353
사. 금반언 원칙의 잘못된 사례("Bad Example" Estoppel)	357
아. 기득적 혜택의 수동적 수혜자	359
자. 맺는 말	366

27. 역사와 지성에 대한 소고 - 데카르트와 비코의 시사점	370
가. 서언	370
1) Getting it right v. Getting along	370
2) 데카르트 이전의 세계	372
나. 데카르트의 합리론	373
1) 방법론 서설	373
2) 명상록	374
3) 철학의 원칙	375
4) 데카르트에 대한 평가	377
다. 잠바티스타 비코(G. Vico)	379
1) 들어가며	379
2) 우리 시대의 방법론에 관하여	380
3) 가장 오래된 智慧에 관하여	382
4) 역사적 학습법	384
5) 비판적 평가	386
라. 시사점	390
28. 성리학, 데카르트, 비코-Supp	398
29. 권력분립주의에 관한 소고 - 왕권의 부관참시와 간나 시민들	403
가. 서두에서	403
나. 몽테스키외와 3권 분립론	406
1) 서언	406
2) 인간의 본성과 정부형태	408

3) 영국 헌법에 관한 생각들	410
4) 독특한 성격의 권력: 사법권	412
5) 3권 분립의 원칙	416
6) 권력간 견제와 균형	418
7) 일할 수 있는 정부와 권력분립의 원칙	420
다. 윌리엄 바(William Barr)와 권력분립원칙	422
1) 권력분립의 원칙과 집행부	422
2) 3권의 분립과 견제	425
3) 입법부에 의한 집행권의 침탈행위	427
4) 사법부에 의한 집행권의 침탈행위	432
5) 소결	437
라. 9/11 테러와 권력분립의 원칙	437
1) 서언	438
2) 로크의 헌법이론	439
3) 대권 또는 연맹권과 이에 대한 헌법적 통제	442
마. 결어	444
30. 칸트의 법철학을 돌아 보며 - 법과 정치, 도덕에 관한 소고	448
가. 법의 본질에 관한 서설	448
나. 법철학 속의 국제법과 국내법	451
다. 칸트의 인문적 법철학	453
라. 법실증주의와 법현실주의	458
마. 국가행위 원칙 (Act of State Doctrine)	463

바. 국내법에서의 국가행위 이론	466
1) 서언	466
2) 국가행위 이론과 미국법원의 실행	466
3) 민주적 선택 이론	469
사. 법원의 역할: 민주적 절차의 보장	472
아. 알렉산더 비켈과 존 스튜어트 엘리	474
자. 글을 맺으며	478
31. 신국제협정: 세가지 패러다임에 관한 검토와 시사점	485
가. 문제의 제기	485
나. 신국제협정과 국제 조약	488
다. 신국제협정과 정치학적 패러다임	491
라. 신국제협정과 국제법 패러다임 - 다자간 반 위조통상협상	492
마. 세가지 유형의 신국제협정	495
바. 준 헌법적 관습	497
사. 도그마를 넘어	500
아. 관련 사례의 검토	501
자. 신국제협정과 도덕적 의무	506
차. 신 국제협정과 헌법학 패러다임	509
1) 애커맨과 골로브 보편주의 헌법관	509
2) 트라이브의 해석법학	510
3) 헌법 변천과 해석법학	514
4) 결어	520

카. 결론: 의의와 시사점	521
부록	528
I. 대한민국 헌법	528
II. 유엔헌장	552
III. The United Nations Charter	554
IV. 미국 연방헌법 요지	584
V. 미국 연방헌법 원문	586
참고문헌	607
법령과 판례	619
사항색인	626



인간과 사회 그리고
법에 관한 성찰:
Commentary on
the Law,
Humanity and
Society

제 1장
법과 사회에 관한
단상들

1. 대통령과 一人 學者 대학(One-man university)

2022년 새해도 어느덧 2달 가까이 지나고 있습니다. 아마 저를 비롯하여 많은 교수님들이 새학기 준비로 바쁜 시간을 보내고 있을 것 같습니다. 심기일전 한다는 마음으로 책상을 교체하고 7년된 낡은 컴퓨터와 프린터를 교체하려고 주문해 놓은 상태입니다.

특히 이번 학기는 은퇴를 앞둔 교수님의 법과 행정 과목 강의를 새로이 맡게 되어 젊은 교수 시절로 돌아 간 느낌입니다. 대선이 얼마 남지 않았습니다. 새로운 대통령은 지구화(globalization)라는 현실에서 수 많은 정책 과제와 함께 시민의 안전과 복지를 책임지게 될 것입니다.

시몽 프레이저 대학의 석좌교수인 브루스 알렉산더(Bruce Alexander)는 “현대인의 겪는 사회적 전이 (metastory of social dislocation)는 자신들의 고유한 문화와 개인적 정체감으로부터 이탈된 수 많은 사람들의 현실”이라고 하였습니다.

행정학에서는 지구화로 인하여 사회적 전이(social dislocation)현상이 보편화되고, 새로운 행정환경에 의하여 도전 받고 있는 현실에서 행정개혁을 강조하고 있습니다. 아마도 지구화는 “소비자들의 행동과 의사결정이 다른 소비자에 의해 영향을 받는다”는 다른 차원의 사회적 전이(social contagion)현상과도 관계될 것입니다. 같은 사회적 전이이지만 원어를 옮기다 보니 동음이의어가 되었군요. 요컨대 지구화는 융합, 동질화 현상과 함께 지역화가 동시에 일어나면서 발전과 복지라는 두 마리 토끼를 잡아야 하는 난제를 던지고 있습니다.

행정학은 주로 사회적·역사적 요청에 의하여 발달한 학문으로, 19세기 중엽 이후 산업발전, 자본주의의 진전, 행정기관, 재정, 예산 등 행정의 팽창, 자연과학과 기술과학의 눈부신 발전으로 인한 행정상의 혁명, 과학적 관리법의 등장 등 새로운 여건이 성숙하여 행정합리화에 대한 운동이 일어나면서 등장하였습니다.

1887년 W. 윌슨이 그의 학위 논문에 기초하여 발표한 행정의 연구(The Study

of Administration)라는 논문은 행정학이 성립하는 시초가 됩니다. 그는 미국 대통령 중 유일하게 대학에서 연구박사학위를 한 대통령인데, 행정학이라는 학문 분야의 창시자로 지금도 추앙받고 있습니다.

행정에 대한 개념은 시대에 따라 변화되어 왔습니다. 20세기 전후 초창기의 정치·행정 이원론적 견해에서는 행정관리설에 따라 행정을 이미 수립된 정책·법령의 구체화로 파악하였습니다. 그러나 1930년대 후반 정치·행정 일원론자들은 행정을 이미 수립된 정책의 구체화에 한정하지 않고 적극적으로 정책 결정 및 입법기능까지 담당하는 것으로 파악하였습니다.

한편 행정을 協同的 집단 행위로 규정하는 견해가 있는데, 사이먼(Simon, H.A.)을 비롯한 1940년대의 많은 학자들이 이러한 입장에 있습니다. 발전기능설은 1960년대 이후 발전행정론자들이 주장한 입장으로 행정의 개념 규정은 기본적으로 정치기능설과 일치하지만, 행정의 적극적·능동적인 면을 강조한다는 점에서 차이가 있습니다.

이에 따라 행정학의 주요 이론도 변천되어 왔는데, 제 2차 세계대전 이전의 행정학 연구는 규범적 제도적 접근법이 주류를 형성하였고, 1960년대 이르면 행정 체제가 국가 발전 목표를 달성하기 위한 행동계획을 수립 집행하고 지속적인 사회 변동에 대한 대응능력을 증진시킨다는 발전행정론이 등장하게 됩니다.

한편 1960년대 말에 시작하여 1970년대에 본격적으로 발전한 新行政論은 미국의 젊은 학자, 특히 왈도가 주도했던 미노브르크(Minnowbrook)회의에 참석했던 학자들을 중심으로 제기된 이론입니다. 신행정론(NPA: New Public Administration)은 종래의 행정이론에 반기를 들고, 기능 위주, 조직의 내부 충실을 강조하면서, 사회적 형평, 행태론의 지양, 적극적 행정인의 중요성, 고객지향성과 참여의 확대, 반계층적 입장과 새로운 조직론의 모색, 행정학계와 실무계의 밀접한 관련성을 지향하게 됩니다.

1980년대 이후 OECD국가를 중심으로 등장한 신공공관리론(NPM: New public management)은 여러 나라에서 개발된 정부 운영 및 개혁에 관한 이론으로 시장주의와 신관리주의를 결합하여 정통적인 관료제 패러다임의 한계를 극복하고 작은 정부를 구현하는 것을 목표로 합니다.

역시 1980년대 이후 각광을 받기 시작한 뉴 거버넌스론은 그 의미가 학문 분과에 따라 약간씩 달리 사용되고 있는데, 행정학 분야에서는 새로운 국가통치 행위 및 방식으로 정부 중심의 시각에서 사회나 시장을 관리하고 통치하는 변화된 방식을 의미합니다. NPA가 어감상 딱딱한 행정 또는 정부 중심이고, NPM이 유연한 경영 또는 시장 중심이듯이, 뉴 거버넌스론과 전통 행정학은 말 그대로 유연한 뉘앙스의 거버넌스(Governance)와 딱딱한 의미의 정부, 즉 거버먼트(Government)의 차이라 할 수 있습니다.

뉴거버넌스 이론은 같은 시기에 등장한 新公共管理論과 비슷한 패러다임의 이론이지만, 뉴거버넌스는 목표보다는 과정, 조직내 관계보다는 조직간 관계, 시장, 경쟁, 소비자들의 개별적 선택 등 양적 요소보다는 신뢰, 협조, 상호 의존 등 질적 요소에 초점을 맞춘다는 차이가 있습니다. 즉 양자는 이론적 수준에서 질적인 차이를 보이고 있습니다.

20세기 중엽에 이르면 행정학에 정책연구의 중요성이 주창되어, 행정학과 정책학이 같이 가게 됩니다. 정책학의 창시자인 라스웰은(H.D. Lasswell) 그의 key note paper인 ‘정책지향’이라는 논문에서, “정책학이 현실의 문제에 대처하는데 급급한 것이 아니라 인간이 부딪히는 근본적인 문제에 초점을 두고 인간의 존엄성을 실현하기 위한 지식개발에 중점을 두게 될 것이라고 전망하면서, 이를 민주주의 정책학”이라고 불렀습니다.

그의 정책학에 대한 소개가 ‘지식개발’이라는 말에서 느끼듯이 학자들이 자신들이 하는 일을 소개한 것 같아, 현실 문제가 절실한 정부 입장에서는 ‘현고학 생신위부군’ 같은 느낌이 들어 답답할 수도 있습니다. 그러나 졸속행정이나 국민과 정부간 기본적 신뢰의 위기라는 작금의 우리 현실에서 그래도 배울만 하지 않을까요? 그는 예일대 교수로서 인류학, 언론학, 경제학, 법학, 철학, 심리학, 정신병리학 및 사회학 등 수 많은 학문분야에 정통하고, 여러 학문 분야에 많은 기여를 하였습니다. 그래서 고대 그리스 플라톤이나 아리스토텔레스 같은 모델의 정치학자로 추앙받고 있습니다. 또한 별명도 “일인 학자 대학(One-man university)”입니다.

하루가 다르게 변화하는 행정환경 속에서 새로운 대통령을 선택하여야 할 시간이 가까워지고 있습니다. 언젠가 윤석렬 후보가 말하였듯이 대통령은 모든걸

알 필요가 없습니다. 그는 용인술이 중요하다고 하였습니다. 또 이재명 후보의 캠프에도 많은 인재들이 당선후 국가의 미래를 준비하고 있습니다.

대선 후보는 대선캠프의 보조를, 대통령 당선 후에는 비서실과 부처 장 차관의 보조를 받듯이 대통령이 모든 것에 정통한 만능맨일 필요는 없습니다. 그러나 대통령은 헌법상 행정수반으로서의 지위에 있는 자로서 行政에 관하여 최종적 권한을 행사하고 책임을 부담한다면, 뭔가 대한민국의 장기적인 미래 비전을 제시하고 희망을 실천할 수 있어야 합니다. 이번 대선은 그러한 후보를 선택하는 대선이 되어야 할 것입니다.



2. 키드웰(Kidwell)과 트루백(Trubek)

광주호와 석촌호수의 아련한 추억이 떠오르는 토요일 오후가 지나가고 있다. 호수가 전해 오는 잔잔한 물결의 느낌은 평화로운 주말의 우리를 대변해 준다. 문득 신문보도와 함께 평화의 소중함이 절실히 느껴진다.

러시아의 우크라이나 침공 사태가 날로 악화되고 있다 한다. 수도 키예프를 방위하기 위하여 교량을 폭파하고, 이미 수백 수천의 사망자가 발생하였다는 보도와 함께 피난 길에 길게 늘어선 차량행렬은 현대판 한국 전쟁을 재현하는 듯하다.

또한 우크라이나 지역에도 우리나라의 38선 처럼 현재 드네프르 강을 중심으로 친유럽 세력과 친러시아 세력이 나뉘어져 있다. 한국 동란시 중국인민공화국과 김일성의 북한군이 러시아와 친러반군으로 바뀌었다는 것 외에 여러 상황이 유사한 느낌이다.

지정학적 현실 역시 우리나라와 비슷하다. 먼저 러시아의 수도인 모스크바와 우크라이나의 수도인 키예프가 직선거리로 750킬로미터, 최북단 기준으로 500km 정도이어서 국가안보 상 예민할 수 밖에 없다는 점에서 지근거리의 수도인 평양과 서울이 위치하고 있는 우리와 비슷하다.

특히 모스크바는 역사상 敵對國인 미국, 영국, 프랑스 등이 항상 노려왔던 약점으로 러시아로서는 우크라이나가 미국의 후원하에 나토에 가입하는 것이 자국 안보에 있어 치명적 결과를 가져온다고 느껴 왔다.

이는 서울에서 중국 베이징간 거리가 950km에 불과한 현실에서 중국이 THAAD 배치에 히스테리적인 반응을 보이는 것에서도 알 수 있다. 경제적 타격이나 대외신용도에 타격이 온다 해도 THAAD배치에 대한 중국의 보복은 결연하였다.

한편 주변국과 당사국들의 이해관계도 한반도와 유사하다. 당사국인 러시아는 북한과 같이 모스크바 방어 문제 때문에 우크라이나를 장악해야 할 필요가 절실하지만, 미국, 영국, EU 입장에서는 동유럽 여러 나라가 있기 때문에 자신의

안보상 방파제로 쓸 나라가 우크라이나만 있는 것도 아니다.

더욱이 우크라이나가 친러 성향을 가지고 있어 쉽게 우크라이나를 지켜 줄 처지도 아니다. 항상 자신의 안보에 절실한 김정은과 남한 친북 정권의 현실과 비슷하다는 것이다. 이러한 상황에서 미국, 영국, EU 등 우방국이 세계 대전과 핵전쟁의 위험성을 감수하면서까지 우크라이나를 감쌀 이유가 비교적 적다고 볼 수 있다.

역사상 1789년 프랑스 대혁명은 봉건체제를 종식시키고 시민민주주의를 탄생시켰다. 이후 나폴레옹 전쟁은 대혁명에서 확인된 자유와 평등의 가치를 유럽 전역에 전파하였다. 이는 국경과 민족을 초월한 시민민주주의와 資産家階級의 부르조아 혁명이었다.

보편적 이념의 혁명은 민족 문제로 비화하는 경향을 갖는다. 1848년 혁명을 통하여 유럽에 민족국가의 봄(Spring of Nations)이 도래한다. 부르조아 혁명을 통한 시민민주주의 체제가 혼란되면서, 민족 단위의 주체적 자각의 기운이 일어나는 것이다.

동구 유럽과 러시아에서도 동일한 원리로 역사가 발전한다. 1917년 볼셰비키 혁명은 프롤레타리아, 즉 무산계급을 주체로 한 사회주의 혁명으로 소련으로 불리운 소비에트 사회주의 연방공화국이 탄생한다.

나폴레옹 전쟁이 서구 유럽에 자유와 평등에 바탕한 자유민주주체제를 심었다면, 볼셰비키 혁명과 소비에트 연방의 탄생은 러시아와 동유럽에 사회주의와 노동자 독재에 기반한 정부 주도의 계획경제체제를 탄생시킨다.

70여년간 지속되어온 이념대립과 냉전체제는 1980년대 말 동유럽의 자유화 물결과 함께 소련의 해체를 가져 온다. 서구사회에서는 1980년대 들어 대처리즘 레이거노믹스로 신자유주의가 세를 얻게 되고, 이는 동유럽에도 自由化의 기운을 진작시키게 된다.

결국 1989년 혁명은 1848년 혁명과 연계되어 민족국가의 가을(Autumn of Nations)이라고도 불리우는데 동유럽은 자유주의 시장경제체제로의 전환을 꾀

하고, 이후 서구형 헌법을 도입하여 국가체제에 전환을 가져오게 된다.

이러한 자유화 물결은 1990년 폴란드 인민공화국의 몰락과 폴란드 제 3공화국의 등장, 베를린 장벽의 붕괴와 독일의 재통일로 이어지고, 소련에서도 내부적으로 민족의 자유와 민주화의 압력이 가해진다.

독일의 재통일(獨逸의 再統一 독일어 : Deutsche Wiedervereinigung 도이체 비더페어아이니궁 , 영어 : German reunification)은 1990년 10월 3일 과거 독일 민주공화국에 속하던 주들이 독일 연방 공화국에 가입하는 형식으로 이루어졌다.

한편 폴란드 제 3 공화국은 1980년대에 레흐 바웬사(Lech Wałęsa)가 지도하는 자유 노조(Solidarność)가 저항하여 여러번 파업이 일어나면서, 결국 공산주의 정부가 폴란드 원탁 회의로 민주화 세력에게 굴복하면서 세워지게 된다.

그 즈음 73세의 콘스탄틴 체르넨코 서기장이 사망한 지 3시간 후 소련 공산당 서기장에 선출된 54세의 고르바초프는 소련경제의 부흥을 지상 목표로 하여 경제 및 정치개혁에 매진한다. 1989년 혁명으로 NATO에 대항하기 위하여 동구권 8개국이 모여 결성한 1955년 바르샤바 조약 기구로부터 공산주의 정권이 축출되면서, 1991년 소련이 공식적으로 소멸하는 해에 동 조약기구도 해체된다.

고르바초프에게도 소련 내 각 공화국들에게 더 많은 민주주의와 자치권 그리고 자유를 달라는 압력이 거세지게 되고, 사회주의 체제의 종식과 새로운 민족주의 물결로 동구유럽에 자유화를 가져오게 되는 1989년 혁명은 결국 동유럽과 기타 지역의 공산정권을 붕괴시키게 된 결과를 낳게 된 것이다.

소련의 붕괴는 1991년 12월 26일 소련 최고평의회 142-H 선언으로 일어나는데, 이 선언문은 모든 소련 공화국의 독립을 인정하며, 독립국가연합(CIS) 수립을 허용하는 안이었다. 그보다 전인 1991년 8월부터 12월 사이에는 러시아를 포함한 소련의 모든 공화국들이 연방에서 탈퇴하거나 소련 수립 조약에서 탈퇴한다. 연방이 공식적으로 해체되기 일주일 전, 소련의 11개 공화국은 소련 해체에 합의하고 CIS 수립을 선언한 알마아타 조약에 서명하는 것이다.

1989년 혁명과 소련의 붕괴는 냉전종식의 신호탄이 되었다. 이때 우크라이나는 소련으로부터 독립하여 새로운 공화국으로 탄생하게 되는데, 이러한 새로운 세력판도는 구 동구권 국가들이 새롭게 NATO에 가입하는 등 地域安保體制에도 변화를 가져오게 된다.

실제로 당시 러시아의 지도자였던 옐친은 미국의 부시 대통령으로부터 NATO 가입을 승인 받기도 하였다. 이번 러시아의 우크라이나 침공은 미국의 지원하에 NATO에 가입하려는 우크라이나의 전략을 푸틴이 러시아 안보에 위협을 초래하는 도발적인 것으로 인식한 것이 한 요인이 되 것으로 알려져 있다.

즉 미국은 이미 2008년 부쿠레슈티 나토 정상회담 당시에 러시아를 불필요하게 자극한다는 독일과 프랑스의 반대에도 불구하고 이를 무시하고 조지아와 우크라이나의 NATO 가입을 강행하려 들었고 결국 그 우려가 현실이 되고 있는 것이다.

현 러시아의 위기의식에는 2008년 남오세티야 전쟁도 한 원인을 제공하는데, 당시 전쟁을 시작한 국가는 조지아였음에도 불구하고, 자국의 평화유지군이 살해당한 러시아가 이후 조지아의 수도를 점령하기 직전까지 가자 나토의 연합함대는 흑해로 집결해 전쟁을 종결하도록 러시아를 압박하면서 러시아는 다시 서방국가와 적대적으로 돌아서게 된다.

이번 러시아의 우크라이나 침공은 국제사회는 여전히 법보다는 약육강식의 논리가 지배하는 사회라는 것을 확인하고 있다. 20세기 현대 국제법 원칙인 국제평화주의, 무력행사 금지의 원칙이 러시아의 침공으로 깨어져 버린 것이다. 러시아나 중국 등 사회주의 국가들의 국제법관에 따르면 기존 국제법체계를 서구 중심적인 것으로 매도하고 해겔식의 강고한 主權中心的 국제법관에 기초하여 자국의 이익에 따라 언제든지 국제법을 무시할 수 있게 된다.

이번 사태가 발발하자 미 토니 블링컨 국무장관은 러시아의 침공이 유엔헌장이나 국제법에서 규정하는 “침략(aggression)에 해당하는지 살펴보고 있다”는 첫 멘트를 내놓았다. 이에 대하여 푸틴은 우크라이나는 오랜 기간 러시아의 중요한 “영적 일부”라고 하면서 이번 침공의 정당성을 민족적 정치적 입장에서 설명하였다. 양 국가가 국제사회를 이해하는 사고방식이 기본적으로 다르다는 것

을 보여 준다.

1989년 동구권 민족의 가을로 시작하여 동서독 통일 등 유럽과 러시아의 민족주의가 재흥기하고, 얼마전 영국이 민족주의 보수주의적으로 돌아서면서 EU에서 탈퇴하였다. 이번 러시아의 우크라이나 침공은 새롭게 민족주의나 보수주의의 시험장이 되고 있다.

과학과 진보주의는 협력을 불러온다. 그러나 민족주의나 보수주의는 갈등과 힘의 논리, 합종연횡의 외교전략으로 발전하는 경우가 대부분이다. 비근한 예로 한일관계를 들 수 있다. 일본과 우리는 가깝고도 먼나라이면서 일체침략을 경험한 양속관계이다.

그래서 우리나라는 최근 일본의 사도광산 유네스코 문화유산 등재 추진에 대하여 맹렬히 비난하였다. 그러나 그 즈음 한국과 일본이 나란히 역내 포괄적 동반자 협정인 RECP에 가입한다는 소식이 전해지기도 하였다. RECP는 세계 최대인 15개국 자유무역협정으로 22억 달러 규모의 협정이다.

과학과 경제 원리는 역사를 이끌어 온 양대 축이다. 하이예크(F. Hayek)등이 주창한 신자유주의가 1980-90년대 세계 정치 지형을 바꾸어 놓았다면, 칼 폴라니, 그람씨, 라웬사 등은 사회적 정의와 진보의 이념을 민족에 결부시켜 설명하였다.

1848년 혁명이 첫 번째 자유주의 혁명에 대한 민족주의 혁명이었다면, 1989년 혁명은 두 번째 자유주의, 즉 신자유주의(neo-liberalism)에 대한 민족주의 혁명이었다. 이번 러시아의 우크라이나 침공은 어쩌면 과거 러시아 제국이나 구 소련의 부활을 꿈꾸는 푸틴의 역사문화적 도전인지도 모른다. 이념과 과학의 불놀이, 냉전시대의 부활이라기 보다는 강권주의나 러시아 제국주의의 향수가 느껴진다. 세계적 짜르들의 부활로 인한 땅따먹기식 팽창의 불놀이, 그 창구가 우크라이나가 되버린 것이다.

보리스 존슨(Boris Johnson)수상이 탁자 위에 발을 올려 놓고 EU 탈퇴 협상에서 압력을 가하고, 미국판 짜르라는 트럼프가 푸틴의 이번 침공이 천재적이라고 평한 것부터 예사롭지 않은 세계 정세를 전해 준다. 위로는 짜르 같은 김씨

왕조, 아래로는 동아시아 공영권의 부활을 꿈꾸는 일본 같은 보수적 강성 민족 주의 국가들 사이에 위치한 한국의 앞날이 우려된다. 차제에 국가적으로 외교 전략을 정리해 볼 필요가 있다.

광주호와 석촌호수가 아른거리는 오후 시간이 저녁이 되면서 바빠졌다. 가족들과 함께 토요일 7시 미사에 참석할 예정이다. 그런데 옆방 김재형 교수로부터 8시 학교 교직원 모임인 김해김씨 가락종친회 화상회의에 참석해 달라는 연락을 받았다. 김재형 교수는 모임의 회장이고, 이번 회의에서 김병록 교수가 부회장에 취임한다는 전언이다. 축하 인사 겸 회의에 참석할 요량인데, 카톨릭 미사와 종친회 모임이 묘한 대비를 이루면서 여운을 남긴다.

총론이 있으면 각론이 다르 듯 카톨릭이나 맑스라는 보편적 원리의 뒤끝은 종친이나 민족으로 이어지는 것이 역사의 법칙 같다. 우리 운동권 역사에도 민족 해방을 우선시한 NL계열과 보다 원리적인 민중민주주의(PD)계열이 있는걸 보아도, 원리와 민족, 보편적 종교와 종친회는 뭔가 커플이 될 수 있다.

행정학을 공부하는 사람들에게도 이러한 커플링이 시대적으로 이어진다. 1960년대 이전 테일러의 과학적 관리법에 바탕한 능률지상주의적 행정론으로부터 신행정론으로의 발전이 그 한 예이다. 신행정론을 탄생시킨 신행정운동은 마리니와 프리데릭슨 같은 학자를 중심으로 베트남전으로 인한 충격, 1960년대 흑인 폭동 등 소수민족 문제의 확산, 경기의 후퇴, 신구세대간의 갈등 등 격동기의 미국사회를 배경으로 전개되었다.

사회적 衡平, 인본주의적 경향, 반합리주의 등으로 특징지을 수 있는 신행정론은 전통적 이론이 과학과 원리에 중점을 둬으로써, 사회적 경제적으로 불리한 입장에 있는 소수집단을 고려하지 않았다고 비판했다.

이러한 혼란 속에 우크라이나 사태는 우리를 슬프게 한다. 다른 한편 우리 민족의 5년을 책임질 새로운 대통령이 믿음직한 인물이어야 할텐데 걱정되기도 한다. 조크라도 한마디? 유학을 가 법을 공부하면서 처음 접한 교수님 이름이 키드웰(Kidwell)과 트루백(Trubek)이었다. 두 선생님은 하버드 로스쿨과 예일대 로스쿨을 졸업한 수재이다.

사회주의 고전인 마르크스의 자본론이나 신자유주의 전범인 하이예크의 <법, 입법, 자유>라는 책과 같이 과학과 원리를 가르치는 것은 우리를 아카데미의 세계로 이끈다. 아카데미의 세계는 어쩌면 장난 잘하는 개구쟁이 아이들인지 모른다. 그래서 키드웰이라는 이름에 한참 웃은 기억이 난다. 반면 트루백이라는 이름은 진짜배기 뒷 모습이라는 이름으로 들린다. 과학이나 원칙과 달리 민족과 힘은 우리의 진짜 뒷 모습인지 모른다(그렇다고 하여 하버드가 과학과 진보를 독점한다거나 예일 로가 유일한 민족의 힘이라고는 할 수 없겠지만 ㉠).

광주호, 석촌호수, 방배 4동 카톨릭 성당, 가락종친회 화상회의로 이어지는 묘한 하루이다. TV에는 전쟁의 참화와 한국의 대선전이 시끄럽게 전해지고 있다.



3. 복기왕과 제럴드 포드(Gerald Ford)

오늘 수업이 있어 선거 결과는 다음날 보자 마음 먹고 잠을 청하다가, 무언가 마력같은 힘에 이끌려 새벽 4시까지 개표방송을 보게 되었고 덕분에 모처럼 늦잠을 잤습니다. 출구조사 결과가 너무 정확하게 맞아 소름끼친다는 출연자들의 멘토에 많은 국민과 함께 공감하면서, 현대 통계과학과 첨단 미디어가 만들어 낸 한판의 드라마를 놓칠 수 없었던 것입니다.

애플 폰으로 시청한 개표방송은 그것이 손아귀의 작은 기기여서 그랬는지 마치 이상한 나라의 엘리스 같은 느낌을 남기었습니다. 아침 신문과 방송은 다시 우리를 현실세계로 되돌려 놓는 느낌입니다. 이웃 시민과 함께 낙선자에게는 위로를 당선자에게는 축하의 말씀을 전합니다.

진영대립과 치열한 선거전으로 이재명과 더민주당 지지자들에게 마음의 후유증이 남을지 모른다는 우려들을 많이 합니다. 승자의 아량과 국민 화합이 절실한 시점인 것 같습니다. TV속 지우들, 그동안 인상 깊었던 이름들이 새롭게 다가옵니다. 척박한 삶에 최면 같은 지적 경험을 일깨우는 탤런트 최지우 이름부터 시작하여 사람이 의를 견해야 한다라는 인상을 남긴 김의겸 의원, 부도 좀 견해 보자 김부겸 총리, 약간은 건방진 표정으로 대통령이나 장관 같은 큰 관직을 노래했던 가수 송대관, 약간은 어눌한 인상으로 영어의 길 국어의 길 같은 느낌의 송영길 의원과 김한길 전 의원, 흠으로 빛었다는 사람이 가야할 길을 말하신 김동길 선생님, 클라세를 알아라, 조국을 알아라 같이 우리 사회의 치열한 삶을 일깨웠던 조국 등등.

이번 대선은 과거 여러 대선에 비하여 가장 적은 차로 승부가 갈린 대선이라고 합니다. 우리 헌정사 정당사에서 또 하나의 정치적 사건이자 자산이 되었습니다. 우리 憲法은 기본권의 보장을 넘어 시민민주주의를 수호하기 위한 핵심적 제도를 보통의 입법기관에 맡기지 않고 헌법상 제도로 보장하여 함부로 훼손할 수 없게 하고 있습니다.

본 기본법(Bonn or West German Constitution)에서 최초로 채택된 이래 우리 헌법 제 8조에 들어온 위헌정당해산제도가 그 한 예인데, 나찌 일당독재가 낳은 양차 세계대전의 참화를 경험하고, 민주주의를 방어하기 위한 방어적 민

주주의 차원에서 이해할 수 있는 헌법문화유산이라 할 수 있습니다.

헌법 제 8조에 따라, 政黨은 법률에 따라 선거에서 후보를 내야 할 의무를 가지기도 하고, 법에 따라 국가로부터 재정적 보조를 받기도 합니다. 제도란 말이 그렇듯이 정당은 국가와 헌법의 일부가 되어 규제를 받기도 하고, 지원을 받기도 하는데, 이로써 국가는 복수정당제도를 보호 육성하게 됩니다.

물론 통진당 해산 사례에서 보듯이, 헌법은 民主的 基本秩序를 침해하는 정당에 대하여는 정부의 제소와 헌법재판소의 심판에 따라 해산토록 하고 있습니다. 정권의 획득을 목적으로 하고 법상 선거에의 참여가 의무화되어 있는 현실에서 이번 선거는 정당 모두에게 깊게 각인될 것입니다. 아마도 곧 지방선거가 다가오면서 복기왕이라는 더민주당 선대위 대변인 이름처럼 이번 선거를 복기하듯이 돌아보고 대비할 것입니다.

현대 정치는 정당정치입니다. 우리는 인터넷 시대와 함께 거대한 배움의 공간에서 살고 있습니다. 정당이나 공기관, 언론 방송인 등 소위 우리 사회의 오피니언 리더들의 역할이 중요합니다. 무지한 시민의 정치는 衆愚政治를 불러 올 뿐입니다.

셱그는 조직개혁을 말하면서 자아실현적 인간모형과 개방제 모형을 바탕으로 사람들의 사고방식과 상호 인간 관계의 중요성을 강조하였습니다. 즉 셱그(Peter Cenge)는 학습조직(Learning Organization)모형에서 조직구성원들은 새롭고 개방적인 사고방식을 육성하며, 함께 배운다고 본 것입니다.

그리고 그 실현을 위한 다섯가지 수련방법을 제시하였는데, 1) 자기 완성(personal mastery) 2) 사고의 모형(mental models) 3) 공동의 비전(shared vision) 4) 집단적 학습(team learning) 5) 시스템 중심의 사고(systems thinking) 등이 그것입니다.

학습조직모형은 아브라함 매스로우(Abraham Maslow)의 욕구이론 최고 단계인 자아완성 단계에 인간의 인식과학적 차원을 접목시킨 발전적 모형이라 할 수 있습니다. 첨단 과학기술시대, 지구화(globalization)현실에서 오늘의 대한민국을 사는 우리들의 처지를 보여준다 할 수 있습니다.

어쩌면 복기왕이라는 이름은 바둑을 둔 후 복기하듯이, 이번 선거는 물론 우리의 지나온 역사를 알고 반성하자는 이름 같기도 합니다. 이번 대선으로 보수 정파의 윤석열 후보가 새로운 시대를 열게 되었습니다.

리차드 닉슨(Richard Nixon)은 정적에 대한 도청(eavesdropping)으로 탄핵의 위기에 몰리기도 하였지만, 냉전시대인 1970년대 미 역사상 최초로 중국대륙을 국민방문하여 모택동과 만나기도 한 대표적 강성 보수 이미지의 대통령입니다.

정복왕 윌리엄 듀크(William Duke)경을 연상시키는 학교 이름부터 시작하여, 정서적으로 보수적인 지역의 듀크 로스쿨에서 공부한 것이 그를 그렇게 만들었는지도 모르겠습니다. 그의 사임으로 제럴드 포드(Gerald Ford)가 헌법에 따라 미 대통령의 지위를 승계하게 됩니다. 그는 예일대 로스쿨을 졸업한 사무관리형 보수대통령의 이미지로 평가됩니다.

닉슨과 포드의 역사에서 어떤 이는 強性 保守의 전두환 대통령이나 이번에 당선된 검찰총장 출신의 사무관리형 윤석열 후보를 연상할지도 모르겠습니다. 사실 이번 대선 과정에서 더민주당 선거홍보 멘토의 하나가 병영 대한민국에서 검찰 대한민국이 되어서는 안된다는 것 아니었습니까?

어쨌거나 역사의 심판은 이루어졌습니다. 귀중한 결실의 하나는 우리의 일천한 민주주의 역사에서 또 하나의 역사가 만들어졌고, 그것은 우리의 소중한 자산이 될 것이라는 사실입니다. 폐복글을 쓰다보면 마치 동성애자가 되버린 느낌을 갖게 됩니다. 사람을 뜻하는 호모 사피엔스(Homo sapiens)라는 말도 그렇지만, 동성은 남성과 여성이 별 의미가 없는 비즈니스 세계의 구도입니다.

우리 사회가 언제부터 이렇게 치열한 사회가 되어 시민들이 정치나 경제, 출세와 돈에 눈이 멀고 가정적(假定的)차원의 호모 종이 되어 버린 것인지 모르겠습니다. 그런데 저도 부화뇌동하여 그러한 세계 얘기를 하고 있으니 가정적 의미의 同性愛者나 兩性愛者라는 의심을 사기에 충분합니다.

이대남, 이대녀, 페미니스트, 유리천장, 여가부 폐지, 여가부 존속 등등 우리 사회의 지난 시간들 번민을 근저에는 인본과 철학의 부재도 한 원인을 제공하였을 것입니다. 교황 선생님 말씀이나 자연의 섭리에 복종하고 진지하게 자신

을 돌아보는 시간을 갖는 것도 한 방법일 것 같습니다.

보수주의의 장점은 우리의 본래적 모습과 역사적으로 확인되어 온 고래의 장점으로부터 현재를 구제하고 발전시킨다는 것 아니겠습니까? 실제적 의미의 동성애자나 양성애자의 경우 성의 자유나 헌법적 보호 같은 개인적 차원의 문제에 그칩니다. 그러나 가정적 의미의 동성애자 또는 양성애자가 과도하게 판치는 세상은 보복정치나 삭막하고 비인간적인 세속 세계로 이어질 수 있습니다.

그래서 우리는 가끔 멋있는 대통령을 말하기도 합니다. 또한 이번 대선 기간 중 대통령 후보자의 배우자에 대한 공격도 많았지만, 이는 퍼스트 레이디, 즉 대통령 배우자의 이미지나 역할의 중요성을 시사합니다.

이제 새로운 정부가 구성되고 새로운 시대가 열리려 하고 있습니다. 윤석열 당선자를 연상시키는 제럴드 포드의 포드는 포드 자동차(Ford Motors)처럼 앞으로 굴러간다는 느낌이 들게 하고, 앞으로라는 의미의 영어, 포워드(forward)처럼 들리기도 합니다.

정신을 차려 보니 복기왕과 포드라는 이름이 떠 오르는 아침입니다. 다시한번 당선인에게는 축하를 낙선자에게는 위로의 말씀을 전합니다. 결국 이재명 후보의 상륙수가 국민의 힘 애국가를 이기지 못하였군요.

저도 복기왕이라는 이름처럼 되어 버린 것 같습니다. 건전한 좌우 정당정치의 발전을 기원하면서, 언젠가 오세훈 서울 시장 당선과 관련하여 올린 포스팅 순서대로 광화문 연가나 늙은 군인의 노래들을 들어 볼까 합니다. 아 참 2시에 화상강의가 있군요. 포드나 포드 자동차는 항상 문제라니까 ㅋㅋ



4. 이근과 빌헬름 2세

최영삼 외교부 대변인은 8일 오후 정례브리핑에서 우크라이나 침공 러시아군에 대항하기 위해 국제의용군에 지원하겠다고 우크라이나로 떠난 유튜버 이근씨에 대해, 정부가 여권 무효화 등 행정제재에 들어갔다고 밝혔다. 또한 세계 최고 저격수 중 하나인 캐나다 남성이 우크라이나에 의용군으로 합류했다는 소식이 전해졌다.

울리라는 가명을 쓰는 이 저격수는 우크라이나 의용군 모집 소식에 고국에 아내와 한 살짜리 아들을 남겨두고 우크라이나로 떠났다고 한다. 그의 아내는 그를 막는 것은 그를 감옥에 두는 것과 가두는 것과 같다고 그의 참전을 허락했다고 전해진다. 지난 6일 우크라이나 외교부가 밝힌 ‘우크라이나 국토방위군 국제여단(International Legion of Territorial Defense of Ukraine)의 지원자 수는 우리 한국인 지원자 100명을 포함하여 전 세계 52개국에서 2만명에 이르고 있다.

인간의 動機誘發要因에 관하여는 여러 학자들의 이론이 있다. 그 중 브룸(Victor H. Vroom)의 기대이론에 따르면 동기부여를 설명할 때 개인의 선택 행태를 주요 설명 변수로 한다. 다시 말해서 개인은 행동을 할 때 다수의 선택 가능한 대안을 평가하여 자신에게 가장 이익이 될 것으로 평가되는 행동전략을 선택한다는 것이다.

그들이 선호하고 가치를 부여하는 결과인 유인가와 자신들이 어떤 행동을 하면 어떤 결과가 수반될 것이라는 주관적 확률인 기대감을 곱한 합이라는 것이다. 따라서 개인의 동기는 결과에 대한 욕구의 강도와 자신의 행동이 원하는 결과를 가져오리라는 기대감의 복합적 함수관계에 의해 좌우된다고 볼 수 있다.

이 이론에 따를 때 우크라이나 전쟁에 자발적으로 참여하는 자들은 우크라이나의 독립과 무고한 시민의 희생을 막으려는 의혈 남아들의 정의감에 대한 욕구가 아주 강하고, 자신의 행동으로 인하여 그러한 결과가 달성될 수 있다는 강한 기대감을 가진 자들이라 할 수 있다.

1950년 한국 동란 당시 우리도 16개 우방국의 참전으로 북한의 침략으로부터

자유 대한민국을 지켜낸 바 있다. 시민의 자유와 민족자결의 원칙이라는 관점에서 고무적인 일이지만, 이번 전쟁에서는 우방국의 참전이 아닌 시민들의 자발적 참전이 이어지고 있다는 차이가 있다.

우크라이나 전쟁에 자발적으로 지원한 52개국 시민들은 21세기를 살고 있는 우리들에게 과거와는 다른 국제사회의 변천을 느끼게 한다. 또한 현대 인류사와 국제법의 발전을 되새겨 보게 한다. 1899년과 1907년에 체결된 일련의 국제조약과 선언을 우리는 전쟁에 관한 헤이그협약이라 부른다. 헤이그협약은 1949년의 비엔나협약과 함께 육전과 해전에서 나라들이 지켜야 할 규범을 담은 최초의 국제협정체제라 할 수 있다.

현재 진행중인 러-우크라이나 전쟁에서 수 많은 非人道的인 전쟁수행행위가 신문지상에 보도되면서 우리나라는 물론 곳곳의 시민들이 무법천지의 국제사회를 바라보면서 개탄하고 있다. 지난번 푸틴을 러시아 제국의 부활을 꿈꾸는 현대판 짜르라 평하였는데, 전쟁시 지켜야 할 규범을 담고 있는 1899년 헤이그협약은 아이러니컬하게도 1898년 8월 24일 러시아 니콜라스 2세가 제안함으로써 체결된 조약들이다.

동 협약은 국제분쟁의 평화적 해결원칙을 담고 있는 제 1 협약에서 시작하여 육전법규와 국제관습의 존중에 관한 제 2협약 등 총 3개의 협약과 4개의 선언으로 구성되어 있다. 1907년 제 2차 헤이그협약은 당시 미국 대통령이었던 테오도르 루즈벨트(공주가 당시 대한제국을 국빈방문하여 우리에게도 친숙함)의 제안으로 회합하여 만든 협약인데, 당시 독일제국 해군의 성장을 두려워한 영국과 독일간의 갈등으로 난항에 봉착한 가운데에도 기존 1899년 협약에 소폭적이지만 주요한 국제적 합의를 더하였다.

특히 의미가 큰 것은 1907년의 국제회합으로 이후 20세기 국제사회 협력의序幕이 열린 것이라 할 수 있다. 당시 협약 체결과정에서 미 변호사협회를 창시한 U.M. Rose가 적극적으로 역할하고 프랑스 전권 대표였던 폴 앙리(Paul Henri Benjamin Balluet d'Estournelles de Constant)가 협약체결에 노력한 대가로 노벨평화상을 수상하기도 한 것만을 보아도, 부전조약(Kellog-Brian Compact)의 체결이 20세기 초 국제사회의 법치주의와 평화체제 구축에 있어 얼마나 큰 의미를 가지고 있었던가를 알 수 있게 한다.

1907년 협약은 분쟁의 평화적 해결원칙, 육전법규 및 국제관습 존중외에도 선전포고에 관한 국제법 원칙 등 총 13개의 협약과 1개의 선언으로 구성되어 있다. 그런데 이번 전쟁의 당사자인 러시아는 프랑스, 미국, 영국, 일본, 중국 등 국제사회의 여러나라들과 함께 두 개의 협약체제를 구성하는 개별적 조약들에 대부분 당사자로 가입되어 있다.

두 협약은 당사국들이 체결한 모순·저촉되는 내용의 事後 協約들에 의하여 효력이 부인되기도 하지만(superceded), 20세기 전쟁의 회피와 전쟁시 행위의 법적 제한에 대한 인류의 염원을 상징적으로 담고 있다 할 수 있다. 우리나라는 1948년 비엔나협약의 당사국이지만, 헤이그협약의 어떠한 개별조약에도 가입하지 않았다. 협약 체결 당시 일제에 의하여 외교권이 박탈된 관계로 협약 당사국이 되지 못하였고, 그후 대한민국이 정식으로 수립되었지만 아직도 가입 당사국이 아니다.

의사주의 국제법관에 따라 조약의 당사국이 아닌 한 조약의 효력이 미치지 않고, 협약체제의 개별조약의 가입국들은 대부분 30 내지 50개국 정도이다. 원칙적으로 개별조약들은 조약에 가입한 한정된 범위의 국가들에게만 미치지만, 위협정 개별조약이 국제관습법적 효력을 가질 수도 있다.

국제관습법은 국제사회에서 계속적 국가관행과 규범에 대한 법적 확신이 인정되는 경우 성립한다. 조약이라는 국제규범이 국제관습법적 지위를 인정받게 되면, 조약가입당사국이 아닌 나라에게도 그 규범적 효력이 미치게 된다. 따라서 法理上 러시아가 개별조약의 당사국이 아닌 경우에도 헤이그 협약의 규범적 효력이 러시아에 미칠 수 있지만, 더욱이 현재 러시아는 위반이 의심되는 개별조약들의 가입당사국이다.

예컨대, 러시아가 1909년 가입하고 1910년 발효한 헤이그 제 5협약 중립국과 중립적 개인에 관한 육전규칙(Convention relative to the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in case of War on Land) 제 16 조에서는 전쟁에 참여하지 않는 국가의 국민은 중립적 개인으로 간주된다고 하고 있다.

또한 무방비의 도시, 마을, 주거지역 또는 빌딩에 대한 공격이나 폭격을 금지

하고 있으며, 제 4협약 육전규칙(Laws and Customs of War on Land) 부속서 제 26조에서는 단순한 공격이 아닌 폭격의 경우에 폭격을 지휘하는 군사령관은 폭격을 하기전 공격대상의 책임자에게 적절한 경고를 하여야 한다고 하고 있다.

그리고 제 27조는 점령이나 폭격시 군사적 목적에 이용되지 않는 한 병자나 부상자가 수용된 병원이나 종교시설 등에 대하여 모든 가능한 한도내에서 필요한 보호조치를 하여야 한다고 명시하였다. 특히 선전포고에 관한 헤이그 제 3협약(Convention Relative to the Opening of Hostilities)은 조약당사국이 당사국간 적대상황에 들어가기 위하여는 明示的인 사전경고를 하여야 한다고 의무화하였고, 사전통고는 전쟁개시에 대한 합리적 선언, 전쟁개시의 조건이 담긴 최후통첩의 형태이어야 한다고 규정하고 있다.

그런데 보도를 통하여 추측한 러시아의 행위와 우크라이나의 항전과정에서 러시아가 이러한 전쟁법규들을 준수하였는지 의심이 간다. 헤이그 협약 체제가 탄생할 즈음 국제사회는 정전론과 전수론의 영향으로 전쟁을 신성시하는 정서가 지배적이어서 당시의 국제법은 중립국이나 중립국 국민 등 최소한의 범위에서 법적 보호를 제공하였을 뿐이다.

따라서 협약은 적대국인 경우 그 민간인에 대한 살상을 불법시하지 못하면서, 협약의 적용을 적대국의 전투원과 비전투원을 포함하여 적대국의 육군(army), 전쟁조직(militia), 자발적 군집단(voluntary corps)에 적용된다고 규정하고 있을 뿐이다. 앞으로 우크라이나가 국제여단을 창설 전투에 투입하면 협약상 우크라이나 육군이나 자발적 군집단에 해당하여 협약의 적용대상이 된다.

그렇지 않은 경우에는 이근이나 캐나다를 비롯하여 우크라이나 전쟁에 참여하겠다는 각국의 시민들은 공연하게 무기를 소지하고 지역에서 거주하게 될 것이므로, 거주민 적대자(Inhabitants of the territory)로서 협약의 적용을 받는 대상이 될 것이다. 이 때 포로가 된 경우라면 협약상 포로 대우에 관한 규정 정도가 의미를 가지게 된다.

한편 제 2차 세계대전을 거치면서 전쟁의 참화를 처절히 느낀 인류는 4개의 국제조약으로 구성된 1948년 제네바 협약으로 나아가면서, 전시 민간인 보호에

관한 제네바 제 4협약(The Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War)이 체결된다.

동 제네바 협약은 세계 대부분의 국가라고 할 수 있는 196개국에 비준하여 즉시 條約의 效力이 발생하였다. 우리나라는 이미 오래전 가입국의 지위에서 동 협약을 둘러싼 6.25 포로교환 관련 국제 선례의 당사국이기도 하다. 러시아는 뒤 늦게 1960년 동 협약의 가입당사국이 되었고, 따라서 동 협약을 준수하여야 함에도 이번 우크라이나 전쟁의 진전상황을 보면 어린이에 대한 살상행위 등 협약 위반가능성에 관하여 많은 나라들이 우려를 표하고 있다.

또한 진공폭탄 사용 가능성이 있다는 의혹제기 등은 잔혹한 살상무기 사용의 금지에 관한 기존 국제사회의 합의에 정면으로 반하는 행위라 할 수 있다. 20세기 현대국제법 시대로 접어들면서 국제사회의 광역화 긴밀화로 인하여 시간이 갈수록 국제사회의 공통된 기반이 성장하고 있다. 20세기 체결된 다자조약들은 관습법의 성문화 경향과 함께 발전한 것으로, 상당수가 국제관습법적 지위를 갖는 것으로 보고 있다. 이번 러시아의 우크라이나 침공에 대하여 많은 법학자들이 우려를 표하고 있는 것은 당연하다.

국제사회는 國際政治와 國際法이 지배하는 사회이다. 그리고 주권최고의 원칙과 주권 국가간 평등의 원칙이 전통 국제법 시대 이래 강고한 국제법원칙으로 자리잡고 있다. 그래서 국제사회에서 국가는 유일한 법적 인격이고 권리의무의 주체라는 인식이 기본 국제법체계에 뿌리박혀 있다.

그러나 20세기 들어 2차세계대전의 전범처리와 UN의 창설 등 새로운 국제정치지질서의 초석이 놓이면서 개인과 국제기구는 제한된 범위내에서 국제적 인격을 갖게 된다. 국제사회는 제 1차 세계대전의 전범으로 빌헬름 2세를 처벌하려 하였지만, 영국과 미국의 반대로 국내 형사법적 처리에 맡길 수 밖에 없었던 상황에서 네덜란드의 범죄인 인도거부로 빌헬름 2세는 처벌을 면하였다.

그러나 제 2차 세계대전이 끝나자 연합국은 전범처리를 위하여 뉘른베르그 전범재판소와 극동전범재판소에 국제법적 근거를 부여하였고, 이로부터 국제법상 개인도 권리와 책임의 주체가 되는 법적 인격자가 되었다. 국제형사법적 차원에서 시작한 개인의 법적 주체성은 국제인도법, 국제인권법, 국제난민법 등으로

로 확대 발전된다.

이번 이근의 돌발적 행동으로 정부가 곤혹한 상황에 빠졌다. 앞서 동기부여 이론 얘기도 하였지만, 어떠한 동기에서인지 의로운 세계시민의 하나가 되어 버렸다. 이근이나 캐나다 저격수가 러-우크라이나 전쟁에 자발적으로 참여한 것에 대하여 국제사회는 칭송할 것이다. 그러나 의로운 결기에도 불구하고 법 위반의 문제가 제기되면서, 빌헬름 2세와 같이 국내사법절차상의 문제가 제기되었다. 무정부주의자도 우리의 이웃이고, 법상 無國籍의 자유가 인정되고 있지만, 법은 엄정할 수 밖에 없다.

다만 베르사이유 조약에 따라 독일 정부에 거액의 손해배상책임을 부담시키면 서도, 개인으로서 빌헬름 2세는 국내법 상 실제 아무런 제재나 처벌을 받지 않았지만, 우리 정부 당국은 이근에 대한 행정적 형사적 제재 절차를 적극적으로 고려하고 있다. 이근이 빌헬름 2세와 같이 외국으로 망명하지 않는 한 동 제재는 구속력을 가질 것이다.

또한 그의 우크라이나 참전으로 국제법은 더 이상 그를 제네바협약 상 민간인 (civilian)신분의 자 또는 헤이그협약 상 중립국 국민(nationals of a State who is not taking a part in war)으로 보호하지 않을 것이다. 한편 이근이나 여러 국가의 지원자들에게 헤이그 협약 체결의 주역이었던 폴 앙리처럼 노벨 평화상이 수여될 것 같지도 않다. 여러 면에서 정의감으로 인한 동기부여와 결과의 기대치가 일응 좋아 보이지 않는다. 그러나 정의감과 인도주의에 불타는 이들이 우크라이나에게는 천군 만마와 같이 든든할 것이다. 이근과 빌헬름 2세를 보면서 국가와 개인이 무엇인지 새삼스럽게 돌아보게 된다.



5. 강산애와 이종왕

학기 시작 3주차에 접어들면서 캠퍼스에는 봄기운이 완연하다. 새로운 대통령이 선출되고 새 정부에서 일할 인수위원들이 발표되면서, 정권 이양 작업이 본격적으로 진행되고 있다. 제자들 중 서울에서 기자로 일하는 제자들이 있어 가끔 전화가 오기도 하지만, 기자들은 소위 촉이 비상한 것 같다.

학생들에게 한참 하이테크와 신자유주의, 기업마인드의 새로운 공공관리론(NPM) 이야기를 하고 있는데, “테슬라 최고경영자(CEO)이자 암호화폐 지지자인 엘론 머스크(Elon Musk)가 푸틴에게 일대일 결투를 신청하였다”는 기사가 전해진다. 그는 미하일로 페도로프(Mykhailo Fedorov) 우크라이나 부총리 겸 정보통신부 장관 요청에 따라 위성 인터넷 스타링크 서비스를 제공하는 등 우크라이나를 지원해왔는데, 이들이 내기로 거는 것은 우크라이나이다.

자유진영을 상징하는 엘론 머스크와 사회주의의 지도국 푸틴의 결투소식은 마치 애꿎은 부하들의 목숨을 구하기 위한 동양 사극 속 장수간 대결 같기도 하다. 이번 보수 정권의 등장으로 시장주의와 신관리주의를 결합한 신공공관리론이 힘을 받을 것 같다. 당선인은 작지만 강한 정부를 지향하는 행정개혁을 추진할 것으로 보인다. 당장 청와대를 시민에게 돌려 주고 대통령 집무실도 소박한 적지를 물색중이라고 전해진다.

신공공관리론은 1980년대 정부 운영 및 改革에 관한 이론으로 종래의 경직적·계층적 관료제적 관리 형태를 신축적 시장지향적 관리 형태로 바꾸자는 것이다. 이는 1980년대 서구 자본주의 사회의 신보수주의 국정관리 패러다임이다. 이 때에 서구 주요국들은 복지국가 개념의 축소, 민영화, 규제완화, 균일조세 등 신공공관리론의 패러다임을 정부개혁에 도입한다.

신보수주의 행정개혁은 두가지 특징을 가지는데, 국제화·세계화라는 행정환경에서 좀더 자유롭고, 개방적이고, 경쟁적인 시장경제를 활성화하기 위해 복지부문의 축소와 민영화를 통하여 “작은 정부”를 추구하는 것을 그 한 축으로 한다.

한편 자유시장 경제를 유지하기 위해 국가의 권위를 복원하려는 “강한 정부”를

추구하는 것이 다른 한 특징을 이룬다. 당선인이 자신은 헌법주의자이고 상식에 바탕한 원칙주의자라라고 강조한 것은 이런 선상에서 이해할 수 있다.

신자유주의의 代父라 할 수 있는 하이예크는 노예의 길(The Road to Serfdom)이라는 책에서 계획경제의 위험성을 알리면서, 극우든 극좌든 개인주의에 반대하는 전체주의 경제가 실행되면 결국 개인들은 계획경제의 도구로 전락할 뿐이라고 주장한다.

특히나 이러한 계획경제가 다수에 의한 민주주의 정책에 따라 입법화되기 시작하면 위험수위가 높아지게 된다. 이러한 입법단계를 거친 경제정책들에 의해 혜택을 받는 계층들이 생겨나고, 이 계층들은 언제부터인가 국가로부터 혜택을 권리로서 여기며 점점 더 많은 요구를 하기 시작하면서 표심의 눈치를 볼 수 밖에 없는 정치인들의 포퓰리즘이 시작된다는 것이다.

이러한 하이예크의 진단은 선심성 공약의 남발, 연금제도의 개혁 등 지난 정부와 수 많은 선거에서 항상 다투어졌던 문제들을 볼 때 우리에게도 남의 일이 아니다. 아직도 의회권력은 절대 다수당인 더민주당이 장악하고 있는 가운데, 새로운 보수정권의 행정개혁이 순항할 수 있을지 우려하는 목소리가 적지 않다.

새로운 정부가 지향하는 신관리주리적 행정개혁의 대표적 예로 영국의 재무관 리개선사업과 Next Step 사업, 캐나다의 Public Service 2000, 프랑스의 Project de Service, 미국의 Core Commission 등을 들 수 있다.

주지하듯이 대표적 신자유주의 리더십인 대처와 레이건의 작고 경쟁력 있는 정부 또는 시장의 자유 패러다임을 대처리즘(Thatcherism) 또는 레이거노믹스(Reaganomics)라 부른다. 영국 고유의 브리튼 정서와 풀뿌리 민주주의 철학을 복원하려는 대처리즘, 개인의 자유와 권리, 그에 따르는 책임을 강조하고, 큰 연방정부의 역할보다는 주정부나 로컬의 자생력을 강조했던 레이건의 국정철학이 새로운 정부의 시작과 함께 새롭게 다가온다.

헌법국가인 미국의 발전사와 행정학의 발전을 설명하면서 修正憲法을 가르치게 된다. 수정헌법 1조 표현의 자유, 제 2조 총기소지의 자유 및 신속 공개재판의

원칙, 배심재판에의 권리 등 핵심적인 기본권과 함께 수정헌법에서는 우리 헌법 제 37조와 같이 “열거되지 않은 기본권을 경시해서는 안된다”라고 하고 있다.

개인의 인권과 자유의 보장이라는 근대헌법의 기본원리는 신자유주의 정권의 출발점이 된다. 또한 미 연방헌법은 수정헌법 제 10조에서 주정부의 고유한 통치권을 확인하고 있다. 즉 헌법에 의하여 연방정부에 위임되지 않거나, 배제되지 않은 통치작용은 포괄적으로 주 정부에 유보되어 있다(The powers not delegated to the United States … reserved to the States respectively, or to the people).

미 연방시스템하에서 주 정부의 국가성은 수정헌법 제 11조에서 최정점에 이른다. 즉 수정헌법 제 11조에서는 “The Judicial power of the United States shall not be construed…against one of the United States…”라고 하여 “다른 주 시민 또는 외국 국민이 미 합중국 정부를 상대로 제기한 소송에 대하여 연방법원은 사법권을 행사할 수 없다”라고 규정하고 있다.

연방법원의 심판권에 대하여 주정부의 주권면책을 인정하고 있는 것이다. 수정헌법 제 11조는 연방대법원의 Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793)사건의 판결(1803년 위헌법률심사제도의 기원이 되는 Marbury v. Madison 사건 이전의 판결로 매우 의미있는 판결이다)을 뒤집은 수정헌법 조항이다.

법원은 사우스 캐롤라이나주 시민인 알렉산더 치스흠이 원고가 되어 인접 주인 조지아주를 상대로 제기한 소송에서 4-1로 연방법원에서 주정부는 주권면책의 혜택을 받을 수 없다고 판결한 것을 헌법개정을 통하여 번복한 것이다.

윤 당선인의 대통령 당선으로 대한민국에 보수 정권이 출범하려는 차제에, 미국의 레이건 대통령과 그 시절 보수철학의 연방대법관들이 좋아하였다는 수정헌법 제 10조와 11조가 상기된다.

물론 우리나라는 연방국가가 아니다. 미국과 달리 중앙정부가 먼저 탄생하였고, 지방정부는 파생적 성격을 가질 뿐이다. 따라서 법리상 전라도나 강원도

시민이 경상도나 부산시를 상대로 法院에서 다룰 수 있다.

다만 작은 단위에서 힘과 경쟁력을 찾으려는 보수철학 코드는 미국이나 우리나라 별반 다르지 않을 것이다. 보수 정권의 출범으로 한미일 관계가 개선되리라는 관측도 있지만, 차제에 축소지향적 나라라는 일본을 생각해 볼 시간이기도 하다.

행정학의 접근방법이나 이론을 얘기 하는 시간이 되면, 의례히 법적 제도적 접근 방법이나 발전행정론 얘기를 하게 되는데, 그때마다 70여년의 대한민국 민주주의 역사가 주마등 같이 스쳐 지나간다.

법적 · 제도적 접근방법은 전통적 접근방법으로서 행정 과정에 영향을 미치는 법률이나 제도를 중심으로 행정현상을 서술적으로 연구하는 태도를 취한다. 이는 서구 제국, 특히 독일과 프랑스에서 가장 보편적인 분석방법이 되고 있다.

그러나 이 접근방법은 정태적이고, 선진국의 행정제도를 無批判적으로 도입하여 법규상의 제도와 실제상의 운영이 불일치하고 있는 발전도상국의 행정현상을 설명하는데는 한계가 많다. 우리 보수의 역사는 건국 이래 이승만과 군 출신 대통령의 중앙집권적 보수정부 시절, 선진국의 헌법과 법률, 행정제도를 무비판적으로 수용하는 한편, 군사 정부의 개발국가 패러다임하에서 국가의 모든 역량을 국가발전애 매진해 온 전통을 가지고 있다.

1990년대 오랜 군사정권 시절이 막을 내리면서 우리의 보수정권은 길을 잃은 양이 되어 진보세력의 놀림감이 되어 왔다고 느끼는 시민들이 적지 않다. 명청도라 불리우는 충청도 양반이 새로운 대한민국의 대통령이 되었다. 새로운 윤석열 정부는 시장 중심의 작고 강한 정부를 지향하게 될 것이다. 그러한 국정철학은 중앙정부는 물론 개인과 지방정부도 예외가 아니다. 개인이나 지방정부도 예외없이 작고 강해져야 한다.

홍준표의 흉악범에 대한 사형집행의 공약에서 보듯이 개인의 자유가 최대한 보장되면서도 그에 대한 엄정한 책임이 강조된다. 레이건 시대 연방정부보다는 주나 지역의 역할이 강조되듯이 작은 단위에서 부터 자율성이 강조된다. 이제 지방정부도 재정자립도를 충실히 하는 등 더 이상 중앙정부에 의존하는 태도를

버려야 한다.

상당수 국민들이 윤석렬 대통령 당선에 기여한 이들로 조국과 추미애를 꼽고 있다. 그런데 새로운 윤석렬 정부가 출범하려는 차제에 조국 전 민정수석이 문재인 정권의 공과를 다룬 가볼공화국이라는 책을 출간한다고 한다.

법적·제도적 접근방법의 내용과 단점을 말하였지만 어찌면 우리 헌정사는 가볼공화국이라는 책 제목처럼 선진국의 법과 제도를 무비판적으로 수용하면서 많은 시행착오를 겪어온 역사인지도 모른다. 우리는 좋은 법과 제도를 가지고 있으면서도, 그것은 허울뿐인 경우가 많다.

월급을 가볼 받아 왔으면, 더욱 열심히 하여 갚아야 할 텐데, 그것이 쉽지 않다. 새로운 윤석렬 정부, 신보수주의 정권이 들어서면서 시민, 중앙정부, 지방정부 모두 작고 강하게 변모할 것을 요구받고 있다. 빌려 왔으면 갚아야지, 5년뒤 우리 공화국의 貸借對照表는 어떻게 될지 궁금한 하루이다.

시민주권사회에서 보수주의는 모두가 왕이 되는 사회이다. 모든 시민은 왕처럼 맘껏 자유를 구가하고 자신이 누리는 자유에 대한 책임을 가진다. 언젠가 윤 후보 손바닥의 왕자가 문제되기도 하였지만, 왕자가 붙은 이름들이 새삼스럽게 다가 온다. 그래서 그런건 아니지만 필자는 시간 나는대로 1970년대, 1980년대 지나온 시절의 모습을 복원한 유튜브 속 복원왕 채널을 즐기기도 한다.

얼마전 고위직 검찰 출신의 전 삼성 법률고문 이종왕의49재에 이재용 삼성회장이 참석 마지막까지 예우를 다하였다는 기사가 실렸다. 엘론 머스크와 푸틴의 대결이 상징하듯이, 시민민주주의 사회는 자본가나 부에 의하여 대표된다.

이제 우리는 영국 여왕보다도 엘론 머스크의 기사를 훨씬 많이 접한다. 主權平等의 국제사회에서, 특히 G2나 G3 등 새로운 양극 또는 삼극 체제에서 미국 대통령의 위상을 최고의 유일한 리더십이라 할 수 없다. 그에 비하여 최고의 부자는 건재하다.

개발독재 시대의 수혜자라는 힐대 속에서도 삼성은 우리 나라 최고의 부자이고 어찌면 자유 대한민국을 대표한다. 자유와 경쟁에 바탕한 사회, 각자의 분야에

서 왕이 되고 최고가 되어야 하는 새로운 시대적 요청에 부응해야 하는 우리의 현실에서 삼성과 이종왕의 기사는 새로운 보수정권 시대의 개막을 알리듯이 다가온다.

필자는 한적한 시간 가수 강산애의 “거꾸러 강을 거슬러 오르는 저 힘찬 연어 처럼”이란 노래를 들곤 한다. 그리고 인수위 부위원장 안철수가 각 분야 세계 최고의 전문가들로 인수위를 구성하였다는 소식이 전해지면서, 이제 우리의 강산애 새로운 보수 정부가 출범하려 하고 있다. 우리 땅의 축복을 노래한 가수, 시민들이 의지할 수 있는 각 분야 최고의 전문가들. 강산애와 이종왕이 생각나는 아침이다. 한반도의 밝은 미래를 기원하면서 그 성공을 기원한다.



6. 김흥국(金興國)과 흥인문(興仁門)

벌써 한 학기도 반이 지나 곧 중간고사 기간이다. 새로운 정부가 시작되고, 코로나 바이러스 종식에 대한 기대감으로 우울한 날씨 속에서도 작은 희망이 느껴지는 아침이다. 오늘 아침 신문은 새 정부를 구성하기 위한 내각 구성이 마무리 되었다는 소식을 전한다.

행정학을 가르치다 보니 정부나 관료제는 남의 일이 아니다. 학생들에게 행정학은 법학과 함께 실용과학이고, 다른 사회과학 분야의 연구 업적을 통하여 학문적으로 발전하였다고 가르치면서, 새 정부 이야기도 하다보니 새삼 느낌이 새롭다. 새로운 우파 정부가 출발점으로 삼는 작고 강한 정부 시장 중심의 정부에 비추어 이번 내각 인선에 대하여 비교적 무난하다는 평이 많은 것 같다. 물론 항상 제기되는 전력 논란, 부정과 비리 의혹 등은 여전하지만.

주지하듯이 진보정권은 소비자 노동자 중심의 경제 이념과 철학에 기반하고 있다. 그에 비해 보수 우파는 생산자 중심의 경제라 할 수 있다. 이념보다는 부국강병이나 적자생존론 같은 현실주의 경제학에 기반하고 이는 主流 經濟學이라 할 수 있다. 국무총리를 비롯하여 재벌개혁 문제를 제외하고, 소득주도성장, 소위 소주성이나 열악한 계층에 대한 과도한 소득보조에 회의적인 인물들이 인선되었으니, 새로운 정부에 대한 국민들의 기대감이 큰 것 같다.

미국인들이 “I am a government major”라고 하면 자신의 전공은 정치학이라는 의미가 된다. 그래서 정치학은 직접적으로 정부를, 행정학은 약간은 연성적인 뉴앙스의 관료제를 연구 대상으로 한다고 가르치곤 하는데, 이번 내각 인선 과정은 그 교차점을 경험할 수 있는 좋은 기회인 것 같다.

歷史의 終焉(The end of history)이라는 책을 저술한 저명한 정치학자 후쿠야마 교수는 권력의 본질이 무엇인가를 천착하였고, 마이클 왈쩌(Michael Walzer)교수는 미국 사회에 공동체주의(communitarianism)라는 새로운 정치이념의 지형도를 그린 정치학자이다.

정치학과의 키워드가 후쿠야마와 같이 정치의 현실에 천착하는 권력의 문제 또는 정치가 가야할 당위적 세계를 그리는 정치이념이나 철학의 문제라면, 행정

학의 키워드는 관리 또는 관료제라 할 수 있다.

日淺한 民主主義 역사이지만, 이제 한국 정치도 좌우 정당의 색채가 굳어져 가면서 역사적 교훈과 정치문화적 유산이 쌓이고 있다. 굳이 김흥국이나 박근혜 전직 대통령과의 만남을 예로 들지 않더라도, 보수 정당을 배경으로 검찰총장 출신이 대통령에 당선된 것은 보수적 색채를 부인하기 어렵다.

정치가 외에 사업가가 대통령에 당선되는 경우는 가끔 있지만, 고위직 법관이나 정보기관의 수장이 바로 국가원수 직에 오르는 일은 희귀하다. 더욱이 우리나라는 오랜 기간 군부출신 대통령이 강권통치를 행한 역사가 있어, 유사한 느낌의 검찰 출신 대통령에 대한 거부감이 없을 수 없다. 병영공화국에서 檢察共和國이 될 것이라는 야당의 공세 속에서도 어쨌거나 근소한 차이이지만 대통령에 당선되었으니, 정치적으로 오른쪽 시민들은 역사적 승리를 자축하고 있다.

언젠가 술좌석에서 30년 가까이 공직에 몸담고 있는, 소위 늘공 친구에게 옆의 친구가 그 비결을 물었다. 그랬더니 한다는 말이 자신은 “북한 예술인 공연, 또는 미사일 발사 같은 북한 소식을 접하거나 금강산 여행이라도 할라치면 직업인으로서 자신의 정체감이나 보람을 느낀다고 하면서, 그러한 것들이 어찌면 지루할 수 있는 공직생활의 비타민이 된다는 것이다”라고 하는 것 아닌가?

크지 않은 보수지만 안정된 직업생활을 할 수 있다거나, 조국에 봉사한다는 충성심이 자신을 지켜 왔다는 모범답안을 예상했던 좌중에게는 의외의 대답이었다. 그래도 한국인들에게 뿌리 깊은 관존민비 사상이나 그 정신적 유산으로 계속 공직에 남아 있다는 오답은 나오지 않아 좌중은 안심하였다.

북한 공무원을 자신의 파트너로 생각하고 일생을 봉사하고 있다는 말에 그래도 북한의 공무원과 어깨를 나란히 하는 파트너십 정신이 있어 부패하지는 않겠구나 안심하였다. 직업공무원제도, 관존민비의 사상적 유산, 남북한의 갈등과 대립같이 대한민국의 공무원이 처한 현실은 보수적 정신세계로 이어지기 쉽다. 군사 엘리트나 司政機關의 엘리트는 더욱 그러하다. 그래서 아마도 윤석열 당선자는 그러한 시민들의 선입견을 불식시키려는 내심이 있을 것이다.

그런데 무난한 것 같이 보이는 이번 인선에도 비난의 목소리가 적지 않다. 한

덕수 총리 지명으로 김대중 정부 때부터 이어지던 ‘김앤장 회전문’ 인사가 윤석열 정부에서도 재연되는 것 아니냐는 우려가 나오고 있다.

또 안철수 대통령직인수위원장 측 최진석 서강대 명예교수가 윤석열 대통령 당선인과 공동정부를 약속했던 안 위원장이 추천한 인사들이 내각에 포함되지 않은 것에 대해 작심 비판에 나섰다. 그는 자신의 페이스북에 윤석열 대통령 당선인의 내각 인선과 관련해 “새 정부는 앞으로 어떨까? 어떤 사람들이 권력을 구성하는지를 보면 알 수 있다”며 “박근혜와 이명박 정부 때의 사람들이 그대로 다시 다 돌아왔다”고 말하기도 하였다.

특히 눈에 띄는 것은 윤석열 정부 초대 법무부 장관 후보에 한동훈 사법연수원 부원장(검사장)이 내정되면서, 더불어민주당이 “검찰 사유화 선언”이라며 즉각 반발하고 나선 것이다. 주지하듯이 한 후보자는 일명 ‘윤석열 사단’의 핵심 멤버 중 하나로 서울중앙지검 3차장 시절 이명박·박근혜 정부 관련 사건을 수사한 인물이다.

윤 당선인은 “(한 후보자는) 20년간 법무부와 검찰에서 주요 요직을 두루 거쳤고 수사와 재판, 검찰 제도 법무행정 분야의 전문성을 쌓아왔다”며 “법무 행정의 현대화, 글로벌 스탠다드에 부합하는 사법 시스템을 정립하는데 책임자”라고 지명 이유를 설명했지만, 오영환 민주당 원내대변인은 “윤 당선인은 자신의 최측근이자 현직 검사장을 法務部 首長에 지명했다. 이는 검찰 사유화 선언이자 검찰 공화국으로 가는 서막”이라고 비판했다.

우리의 경우 로스쿨의 역사가 일천하여 현실과 딱 맞아 떨어지진 않지만, 미국의 경우 로스쿨 진학생과 일반대학원 연구과정 진학생에 대하여 진학 동기에 관한 설문조사를 시행한 적이 있다. 그 설문조사에서 대부분의 로스쿨 진학생은 정치적 배경을 얻기 위한 것이라고 답하였고, 연구과정 진학생들은 자신이 하고 싶은 일을 하고 싶어서라는 대답이 절대 다수를 차지하였다.

그래서 그런지 몰라도 로스쿨 졸업생들은 검사나 판사 같은 공직은 물론 회전문인사의 산실이 되어 버린 김앤장과 같은 대형로펌 변호사, 국회의원 또는 행정 공무원으로 진출하는 경우가 대부분이다. 이에 비하여 연구과정 대학원생들은 자유인과 같이 학문의 세계에 안주하고 교수나 연구원직을 천직으로 여기며

살아간다.

그래서 어떻게 보면 조국의 법무부 장관 임명으로 시작된 조국 사태는 專門職 經歷(Career path)갈등이 한 원인을 제공하였는지 모른다. 헌법과 법률에 의하여 판사나 검사, 헌법재판소 재판관들은 사법시험에 합격하고 소정의 실무수습을 거친 자에 한하여 자격이 부여되고 직에 임명될 수 있다.

국가공무원법이나 검찰청법에 따를 때에 법무부장관은 검찰총장이나 검사와 달리 그러한 자격요건이 규정되어 있지 않다. 따라서 검찰조직과 쉽게 융화하기 어려울 지도 모른다는 우려도 있었지만, 자신들의 입맛에 맞는 교수 출신을 법무부장관에 앉힐 수 있었다. 그러나 사법시험에 합격하고 오랜 전문직 경험으로 형사법 박사학위를 몇 개는 땀을 것이라고 자부하는 자존심 강한 검찰 조직의 반발은 어찌면 불행의 서곡이었는지 모른다.

실무 경험이 없는 학자 출신이 과격한 개혁드라이브를 추진하고, 검사출신만이 법무부장관에 임명되었던 법무 관료제의 전통에도 반하니, turf 현상이 상존하는 관료제의 특성상 갈등과 반발은 예정된 것이었다. 지금도 검찰과 새정부 측은 헌법 제 12조 3항, 제 16조에서 영장청구를 검사만이 청구할 수 있도록 한 조항이 검사를 수사의 주체로 명시한 것이라고 보면서 검수완박을 밀어 부치려는 여당의 행위는 위헌적이라고 다투고 있다.

평생을 검찰조직에 몸담고 살아 온 검사들 입장에서 조국사태와 작금의 검수완박 투쟁은 앞서 본 필자의 친구 경우처럼 조국을 마치 북한공무원처럼 인생의 적이자 파트너로 여기는 꼴이 되어 버렸다. 그래서 이번 한동훈의 법무부장관 임명은 윤 당선인의 인선 배경과 이유 설명에도 불구하고, “오얏나무 밑에서 갓 끈을 매지 말아라” “오이밭에서 신발끈을 매지 말아라”와 같은 격언과 같이 오해를 불러 일으킬 수 있다.

그렇잖아도 보수적 이미지에 병영공화국 · 검찰공화국과 같은 비아냥에도 불구하고 굳이 과거 박정희 시절 인사, 하나회 시절 인사 같은 느낌의 인사를 한 이유는 무엇일까? 오랜 공무원 시절 굳어진 내면세계에서 즐겨 오던 북한 공무원 인생파트너 같은 조국이 그리워서일까?

오늘자 東亞日報 사설에도 이를 지적하는 기사가 실렸다. 사설은 “한덕수 총리 후보자 국회 인준, 장관 인사청문회 등의 관문을 거쳐야 하는 상황에서 자칫 이번 인사가 정국을 경색시키는 ‘블랙홀’이 될거란 관측도 나온다”라고 하면서, 한동훈 카드를 법무부와 검찰을 정치의 한 복판으로 끌고 들어가는 결과를 초래할 수 밖에 없다고 비난하고 있다.

윤 당선인이 검찰총장 취임 후 단행한 첫 인사에서 한 후보자를 비롯한 특수통 검사들을 대거 중용해 편파 인사논란이 적지 않았고, 그것이 조국사태로 이어져 윤석열, 한동훈과 더민주당, 조국간 애증의 관계가 시작되었던 것 아닌가?

이번 인사 중 또 하나 인상 깊은 것은 윤석열 정부 1기 내각 이상민 행안부장관 후보 인선이다. 이상민 행안부 장관은 판사 출신으로 김장리 대표변호사이다. 이번 인사에서는 공교롭게도 필자가 일했던 로펌 출신 정치가나 변호사가 장관으로 임명되었다.

법무법인 春秋 출신으로 정치가로 변신한 원희룡 후배, 그리고 김장리의 이상민 후배가 그들이다. 특히 김장리 로펌은 필자의 고교 2년 선배이자 윤 당선인과 대학 동기인 최경준 선배가 주도적인 역할을 하고 있어 지금도 사적인 인연을 같이하고 있다. 이제는 후배들이 국가의 중요 직책을 맞는 나이에 들어선 것 같아, 가끔 인생이 허무하다는 느낌이 들기도 한다.

굳이 오해를 불러 일으킬 수 있는 법무부장관 후보 지명, 판사 경력과 어울리지 않는 행안부 장관 후보의 지명에도 불구하고 필자는 이번 인선이 대한민국의 민주주의를 위하여 최악의 인사는 아니라고 평가한다.

윤 당선인이나 인수위원회 관계자들의 인선배경이나 이유를 깊이는 알 수 없지만, 세간의 우려나 비난에도 불구하고 긍정적인 면이 적지 않다고 본다. 민주주의의 시작은 무매한 시민의 계몽이고, 시민간의 소통이다.

전제적 왕정에서 해방된 시민세력에게 가장 절실한 것은 주인의식과 주인으로서의 실력이다. 주인의식과 주인으로서의 실력은 계몽된 시민들만이 가능한 것이고, 그것은 소통을 전제로 한다. 그래서 현 시대 합리주의의 대부라 할 수 있는 하버마스의 저작물 타이틀이 소통이론(The Theory of Communicative

Action)아닌가?

미국 독립과 연방 헌법의 제정은 근대 시민 민주주의의 시작을 알린다. 알렉시스 토크빌은 프랑스 역사학자이자 정치저술가로 미국 민주주의의 시작과 발전을 목도하고, 미국의 민주주의(Democracy in America: Two Essays on Amereica)라는 책을 저술하였다.

필자는 학생들에게 민주주의의 중요성을 알리기 위하여 Tocqueville 이야기를 빼놓지 않는다. 이름을 잊어 버릴까 보아 민주주의는 시민간 소통이고, 주인으로서의 empowerment라고 하면서, Talk + Village가 Tocquville이니 이름도 민주주의라고 농담반 진담반 이야기 한다.

사실 Tocqueville은 자신의 이름 같은 경험을 이야기 하였다; “미국에 있어 모든 정치적 문제들은 얼마 가지 않아 사법적 문제화한다. 그로 인하여 시민들은 사법시스템에서 산출된 아이디어와 용어들을 일상적으로 자신들의 문제에 투영한다.

시민 대부분은 배심의 경험이 있어, 그 경험에서 얻은 경험과 지식들을 공적 문제를 다루는데 이용한다. 시민간 계급에 상관없이 陪審制의 경험은 사회적 평등의 가치를 전파한다. 따라서 사법 용어는 시민들에게 공통되는 용어이다. 그래서 학교 교육과 법정에서 숙성된 배심 또는 재판관들의 정신은 점차적으로 자신들의 영역을 넘어 전파된다. 즉 사회 전체에 파급되는 것이다. 사회 저 말단 계급까지 파급되어, 시민 모두는 재판관의 습관과 정서를 얻게 되어 민주주의는 완성된다.”

당시에는 학문이라는것이 고작 신학이나 법학 정도이고, 신학은 카토릭을 중심으로 보수적일수 밖에 없어 민주주의 시민 세력의 힘과 논리가 재판관이나 배심제를 통하여 길러질수 밖에 없는 상황이었지만, 토크빌의 명구는 民主主義와 法治主義의 실증적이고 동태적인 과정을 잘 묘사하고 있다.

오늘 아침 검수완박 논쟁에서 더민주당 박성준은 “법은 시민의 상식과 부합할 때에 진정한 의미를 갖게 된다”고 말하였다. 시민 민주주의의 불가결한 중요요소가 법치주의이다. 그리고 법치주의를 구성하는 법은 시민의 상식에 부합하는

정당한 법을 전제로 한다. 토크빌이 말한 바를 검수완박 논쟁과 함께 200년 넘게 지난 오늘 다시 듣게 되니 고전의 울림은 시대의 변천에도 식지 않는 것 같다.

판사 경험과 함께 일선에서 변호사로 시민과 민주주의, 법치주의를 실현하기 위하여 노력한 이상민의 행안부 장관 지명은 반민주적 관료적 폐쇄조직으로 비난받고 있는 경찰조직 개혁과 발전을 위하여 의미를 부여할 수 있다. 물론 그것은 균림하려는 관료의식을 버리고 자신의 이름대로 이상적인 시민상을 지향하려는 마음가짐이 있어야 할 것이다.

요즘은 왜 녹취록이 그렇게 많은지, 한동훈의 이미지는 녹취록을 통하여 세간에 많이 알려져 있다. 소통을 위하여 노력하는 자세나, 헌법의 무지를 지적하는 것을 보면 법률전문가로서의 책임의식이 엿보인다.

그러나 작명소 소장 같아 안되었지만, 이름을 경계하여야 할 것 같다. 그가 말한대로 '나쁜 놈 잡는 것이 검찰의 책무'인 것은 부인할 수 없지만, 이름처럼 공훈을 세워 한국 최고가 되겠다는 야심이 과도하지 않도록 자신의 내면적 성찰도 게을리 하지 말아야 할 것이다. 특히 이번 판사출신 변호사나 기수 파과의 혁신적 인사는 전통적 관료제에서는 받아들이기 어려운 것일 수도 있다.

거리의 관료제(Street-level bureaucracy)이론은 경찰이나 일선 검사와 같이 현장에서 결정을 내려야 하는 자들의 행태와 결정의 행정적 통일성의 확보에 관한 것이다. 일선 현장을 중시하면서도 법을 확인하고 집행함에 있어 통일성을 확보하려 한다는 점에서 검수완박 논쟁과도 관련이 있다.

1969년 마이클 립스키(Michael Lipsky)에 의하여 처음 사용된 용어로, 그의 이론에 따르면 정책집행은 결국 이를 집행하는 하위 계급 집행자들-거리 수준의 관료들-의 책임으로 귀속된다고 한다. 립스키 교수는 거리 수준의 관료들(street-level bureaucrats)은 시민들을 직접적으로 대하는 자들이어서 정책의 인간적 얼굴(human faces of policy)이라고 하였다.

또한 그들은 일상적으로 시민들의 사건과 쟁점들을 평가하고 재량권을 행사함으로써 일종의 헌법적 중재자(mediator of constitutionalism)라고 하였고, 시

민과 정치적 공동체로서의 국가를 연결시키는 역할을 하고 있다고 주장한다. 거리차원의 관료제 이론에 대하여는 새로운 세기 들어 재량행위와 책임의 문제, 행정자원의 부족, 전문기술적 문제, 부패위험 등 여러 관점에서 논의되고 있다.

변호사로서 일선 시민과 함께 한 이상민 지명자나 부서의 장으로서 부서를 책임지는 관리자로서의 경험보다는 조선제일검이라는 별명과 같이 수사와 기소 경험이 전부인 연소 법무부 장관 지명자. 일선 현장에서 법치를 실현하기 위하여 시민과 함께 하고 수 많은 변론조서와 의견서를 쓰면서 거리의 관료로서의 경험이 풍부하다고 평가되는 이들이 앞으로 부처 행정의 최고 책임자로서는 어떠한 역할을 할 것인지 우리를 궁금하게 한다.

좌우 갈등이나 부정선거 등 알짜나 후쿠야마 같은 정치이념이나 권력의 본질에 관한 문제가 대선 결과를 받아 보면서 이제 비로서 내각의 인선이나 관리 같은 행정적 차원의 문제로 짙어져 가고 있다. 그러나 엄연히 내각의 구성은 정부의 정치이념이나 권력의 현실과 관련이 있다.

이번 행안부 장관이나 법무부장관의 人選은 특히 권력의 현실과 무관하지 않는 문제이다. 모택동은 ‘권력은 총구로부터 나온다’고 하였다. 서로 서로 무사안일하게 놀다가 긍정동의 비극이 터지지 않았는가? 사적으로 가까운 자들에 대한 지명으로 시민들의 감이 좋지 않은 것이 사실이다.

그러나 윤당선인이 말한대로 관련 분야의 전문가로서 풍부한 경험과 지식을 가지고 있는 글로벌 스탠다드의 인재들이니 한번 믿어 볼만도 하다. 윤 정부가 검찰 하나회처럼 되어 권력지향적 차원에 머무를지, 아니면 관료제의 장점과 묘미를 발현할지, 윤당선인과 그가 꾸린 정부의 정치적 이미지가 향후 이들의 공과에 달려있지 않을까?

아직 절대 다수의 입법권력을 보유하고 있지만 사람이 절대적 가치 기준이 되는 세상을 만들어 보겠다는 진보 더민주당 정부가 야당이 되었다. 동대문을 흥인지문이라 한다. 흥인지문 또는 흥인문의 인자는 사람 인 변에 하늘과 땅을 뜻하는 그림이 결합하여 어질다는 의미가 된다. 어진 것은 짐승과 다른 사람의 본래적 특성이니 사람을 위한다는 더민주당과 코드가 맞는다.

글은 어찌면 우리가 호흡할 수 있는 구멍이고 사람을 초대하는 문이 된다. 물러날 대통령 이름자가 그러하니 역시 흥인문이 연상된다. 며칠전 윤석렬 당선자가 유명가수 김흥국 등 연예인들과 차 담회를 가진 것은 발전 번영하는 대한민국의 앞날을 기대하게 한다. 보수는 부국강병과 시스템, 진보는 사람과 인권으로 대변된다 했을 때, 兩 政派가 김흥국과 흥인문 같이 사이 좋게 한국 정치의 역사를 가꾸어 나가길 희망한다.



7. 선동열과 후퉁(E. Hooton)

이제 문재인 정부 5년이 저물고 새로운 정부가 시작되려 한다. 계절의 여왕이라는 5월의 맑은 날씨 속에 우리가 사랑했던 사람들의 갑작 소식을 접하면서 한편 슬픔을 억누르기 어렵다. 예쁘장한 얼굴에 약간은 표독스런 표정의 연기로 유명했던 강수연 배우나 민청련 사건으로 사형 선고까지 받고 민중의 한과 한국 정치의 흑역사를 상징했던 김지하 시인들이 그중 하나이다. 대한민국 대표적 저항시인인 김지하는 사적으로 필자의 고등학교 선배이기도 하다.

김지하는 필명이고 본명은 김영일인데, 한국인의 大姓인 김씨에 지하에서 활동한다는 의미로 지하라는 말을 붙였다니, 파란만장한 자신의 인생을 느끼게 한다. 바둑은 수담으로 불리기도 하지만, 한판의 인생 살이 같다. 바둑에는 맛을 아낀다, 꽃놀이 패다, 생불여사다, 집이 아니고 공배 밖에 안된다, 모르면 손빠라 등등인생과 생활의 감성이 베어나는 말들이 많다.

포석이나 치열한 수 읽기가 인생의 理性 부분이라면 수담과 관련된 그런 말들은 인생의 감성 부분이라 할 수 있다. 한편 이성과 감성이 어우러져 바둑인들의 연구를 통하여 만들어진 정석은 마치 인생길 선생님들이 남긴 교과서나 이론들 같기도 하다.

강수연 배우는 이름자가 바둑의 強手로 인연의 緣자로 남아 있어, 이미 결정된 한국인의 인연이나 동포애 같은 이름의 이미연, 김씨 인간의 인연 같은 이름의 정치인 김동연 등 여러 이름자와 함께 필자의 내심에 잠재해 있다.

인생을 살다보면 바둑과 같이 강수를 두어야 할 때가 있어 그럴때면 강수연 이름자가 상기되곤 하였다. 그런데 이른 나이에 이렇게 홀연히 가고 보니 안타깝고 그가 남긴 많은 업적들이 새삼스럽게 다가 온다.

이번 새 윤석열 정부의 내각 인선과 관련하여 정호영 후보자와 한동훈 후보자가 세간의 화제가 되고 있다. 특히 한동훈 후보자의 경우에는 조국의 딸 문제와 관련하여 형평을 지켜야 한다는 목소리가 적지 않다.

우리 시대의 말 잘하는 논객으로 유명한 진중권 전 동양대 교수나, 서울대 우

종학 교수 등도 형평의 문제를 제기하고 있다. 결국 이름자 놀이는 연예인 강수연 경우처럼 ‘국군은 죽어서 말한다’와 같은 격언으로 돌아가는 것 같아 허망하기도 하지만, 정부나 권력자는 진중해야 한다는 이름의 진중권, 친구씨가 공부하자라는 이름 같은 우종학이라 비판 목소리가 흥미롭다.

표현의 자유나 학문의 자유가 헌법적 차원에서 보장되어 있어 부정한 방법으로 상급학교에 진학하기 위하여 사술을 쓴다거나 연구 윤리에 위반되지 않는 한, 논문 제출 후 2주 만에 논문이 게재되는 등 논문심사가 형식적이라거나, 오픈 액세스 저널이라 하여 문제 삼을 수 없다.

오픈 액세스 저널 중에는 영향력 있는 저널도 적지 않고, 특히 많은 학자들이 자신의 저작물이 저명 출판사들의 수입원이 되고, 이로써 公衆이 접근하기 어렵게 된 현실을 개탄하면서 한때 오픈 액세스 무브먼트(Open access movement)를 전개하기도 하였다.

이번 한동훈 후보자의 딸 경우는 이러한 경우에 해당하여 조국 딸의 경우와는 구별된다는 의견이 있는 한편, 진중권 교수나 우종학 교수의 경우처럼 그 본질은 같거나 공직자의 양심과 도덕적 차원의 문제라는 견해도 적지 않은 것 같다. ‘법은 도덕의 최소한이다’라는 격언처럼 공직 후보자의 검증은 그자가 고위 공직자로서 국민으로부터 위임받은 권력을 헌법과 법률에 따라 공정하게 행사할 수 있는가를 살피는 절차이다.

20세기 전환기 우드로 윌슨이 이제 미국은 憲法國家 · 政治國家 시대에서 行政國家 시대로 접어들었다고 하면서 대학에서 행정학을 가르치고 새로운 마인드의 행정인을 길러야 한다고 갈파한 이래, 공직의 세계 행정의 세계에는 헌법과 법률로는 설명할 수 없는 ethics, 즉 윤리와 도덕의 영역이 큰 부분을 차지하고 있다.

점차로 행정의 재량영역이 확대되고, 정부가 헌법과 정치의 이념 가치를 적극적으로 구현해야 할 적극국가 행정국가 시대에는 더욱 그러하다. 엽관제라 불리우는 정치에 의한 공직 사냥, 아바 노래 같은 더 워너 테이크스 올(The winner takes all)같은 19세기 미국 사회가 비로소 20세기 전환기 무렵 행정국가로 발전하면서 공직자의 자질과 능력, 윤리와 도덕의 문제가 중요하게 된

다.

그리고 Roscoe Conkle 식의 매관 매직이나 부정부패같이 獵官制가 최절정에 이르면서, 펜들턴 법(The Pendleton Civil Service Act)이 만들어지고 공개경쟁시험을 통한 공직 선발제도가 만들어진다.

한편 행정부의 역할이 증대되면서, 정부가 사적 영역인 시장에 개입하여 규제자로 행위하는 일이 많아지고, 행정법 영역이 번창하게 되면서, Louis Jaffe 같은 학자는 행정의 사법통제(Judicial control of administration)를 강조하기도 한다.

국가는 군인과 경찰로 대변되던 최소국가, 야경국가, 자유방임국가 모델에서 적극국가, 행정국가, 복지국가 모델로 바뀌게 된다. 이러한 배경에서 보면 공직 후보자 인사 검증은 후보자의 윤리와 도덕 기준을 가늠할 수 있는 중요한 절차라 할 수 있다.

그런데 재미있는 것은 공직자후보의 검증은 조용히 넘어가는 경우가 별로 없다는 것이다. 매번 그렇지만 과도한 신상털기식 검증이나 모욕적 언사 등을 국민을 식상하게 한다. 또한 검증의 기준이나 현실은 스테레오 타입식으로 정해져 있다.

그래서 문재인 정부는 병역면탈, 부동산투기, 탈세, 위장전입, 논문표절, 음주운전, 성범죄 등 7대 인사 원천 배제라는 인사기준을 설정하기도 하였다. 그래서 국회의 인사검증절차는 과거 인사검증에 대한 보복처럼 되버리기도 한다.

아지리스(Chris Argyris)는 공식조직이 개인의 행태에 미치는 영향을 검토하는 과정에서 未成熟-成熟理論을 이야기 하였다. 그의 이론에 따르면 미성숙한 인간이 성숙한 인간으로 발전하려면 7가지 국면의 성격 변화를 거쳐야 한다고 주장했다.

즉 (i) 수동적 활동에서 능동적 활동으로, (ii) 의존적 상태에서 독립적 상태로, (iii) 단순한 행동양식에서 다양한 행동양식으로, (iv) 변덕스럽고 얕은 관심에서 깊고 강한 관심으로, (v) 단기적 조망에서 장기적 조망으로, (vi) 종속적 지위에

서 평등 혹은 우월의 지위로, (vii) 자아의식의 결여에서 자아의식 및 자기통제로 변화 발전 할 때에 성숙한 인간으로 거듭날 수 있다는 것이다.

우리 한국정치의 발전을 위하여 보복정치의 악순환은 더 이상 있어서는 안되겠다. 대통령이나 행정부는 물론 입법부 구성원, 그리고 우리 시민 의식이 성숙한 인격으로 발전하는 것이 필요하다. 자아의식이 결여되고 변덕스럽고 얕은 관심은 포퓰리즘으로 연결되기 쉽다. 종속적 지위나 의존적이고 수동적이면 나이나 체면을 내팽개치고 오빠부대가 되기 쉽다.

포퓰리즘과 문빠 명빠 등은 우리 정치의 미성숙을 상징할 뿐만 아니라, 보복정치의 악순환 고리를 끊기 어렵게 한다. 한동수는 모바일 폰을 압수하기 위하여 수만 쓰고, 한동훈은 장관 훈장을 받는 현실을 개탄하여 더민주당 의원들이 국회에서 후보자에 대한 신랄한 비판을 하는 것은 아닐 것이다.

반대당이라 하더라도 보다 능동적이고 성숙한 마음으로 청문회에 임했다면, 한 00이 한3M임에도 한동훈 후보자의 딸이라거나, 이 모씨가 엄마의 언니나 여동생인 이모라는 실수는 없지 않았을까? 반대당이라 하여 무조건 몰아 붙이려는 자세는 버려야 할 필요가 있다.

그렇다면 진중권 교수가 한동훈 딸과 조국 딸 사건이 본질적으로 동일하다거나, 우종학 교수가 한동훈 딸 논문 비리가 조국 딸 논문 비리보다 10배는 더 심각하다는 것을 자세하게 논한 것은 성숙한 비판자의 모습이라 할 수 있을 것이다.

저녁 TV에는 시민의 환호 속에 문재인 대통령의 마지막 퇴근 모습이 전해진다. 내일은 새로운 대통령의 취임식이 있는 날이다. 한동훈의 법무부장관 임명과 새로운 정부의 출범으로 또 다른 옥사가 확대될지 모른다는 우려가 세간에 자자하다.

더민주당의 검수완박 강행이나 신랄한 人事檢證도 그러한 선상에서 이해하는 시민들이 많은 것 같다. 보복정치가 데자뷰처럼 반복되는 일은 국가적으로 불행한 일이다. 어니스트 후퐁은 인종간 분류와 원숭이의 진화 등으로 유명한 미국의 저명한 물리 인류학자(physical anthropology)이다. 후퐁은 인종간 차이

와 갈등 화합에 관하여 많은 연구를 하였으며, 매디슨 위스콘신 대학에서 고전학 박사학위를 하고 하버드 대학 교수로 재직하면서, Carleton S. Coon, Arthur R. Kelly, William W. Howells 등 많은 후배 인류학자들을 배출하였다.

독일이 일으킨 세계대전의 참화와 인류의 비극에 대한 그의 논문은 침략국 독일에 대한 잔인한 보복조치 4가지 방안이 제시되어 있다.

첫째, 나찌당 지도자들을 처형하거나 투옥하고, 직업 장교들을 영원히 추방한다.

둘째, 대규모 독일 군인들을 파괴된 유럽과 그 밖의 동맹국 지역내에 파견하여 20년 이상 복구인력으로 사용하며, 셋째, 독일인 가족은 독일에 수년 이상 강제적으로 머물게 하고, 순수 독일인종의 출산율을 줄이도록 한다.

넷째, 독일을 분할하여 작은 단위의 연방국가로 하고, 일정 기간 연합국의 감독과 통치를 받은 후 독재국가 아닌 자신들의 정체에 기반한 국가를 수립토록 한다. 후통의 잔인한 보복플랜은 독일인의 생리적 사회적 역량을 보존하는 한편 독일인의 민족주의와 침략적 이데올로기를 파괴하는 것을 목적으로 하고 있다.

후통의 보복 플랜(Hooton Plan)은 영화 혹성탈출처럼 그의 연구대상인 원숭이로부터 진화한 인간이 얼마나 잔인할 수 있는가를 시사한다. 물론 2차 대전의 참화로 인한 인간 정신의 피폐화, 당시에 유행한 서구 중심적 인간관과 정치인류학적 편견이 작용한 것으로 이해할 수도 있다.

‘눈에는 눈 이에는 이’라는 고대 법언 역시 인간에 내재하고 있는 보복심리를 대변한다. 그래서 우리는 형사법 시간에 형벌의 제 1목적은 응보(retribution)라고 가르친다. 그러나 형벌이 정치적 목적으로 이용되어서는 안된다. 문재인 정부의 마지막 날, 노무현 대통령이나 이명박 박근혜 대통령과 같은 불행한 일이 반복되지 않기를 기원한다.

586세대에게 선동열은 거구의 힘찬 동작으로 볼을 뿌리던 유명 야구 선수로

각인되어 있다. 그의 착한 이미지로 인하여 많은 팬들의 사랑을 받았다. 그러나 나치의 선동가 과벨스가 연상되는 열렬한 선동, 앞선 열정들은 보복이 대상이 되기 쉽다. 그 보복은 뒤에서 힘쓰는 후퐁처럼 잔인할지 모른다.

韓國政治史를 교훈 삼아 향후의 정부는 선동열이름이 연상시키는 팬덤정치나 포퓰리즘을 경계할 필요가 있다. 그렇지 않는한 선동열과 후퐁 이름 같이 치이고 보복하는 악순환의 보복정치 고리는 부수기 어려울지 모른다. 윤석열 정부의 출범과 함께 우리 사회가 아지리스가 말한 성숙된 사회로 나아가기를 희망한다.



8. 에밀(Emile)과 애플(Michael W. Apple)

미국에서 딸 애가 한국을 방문하여 한 달여간 같이 있어 가족의 정이 새삼스럽다. 미 영주권자이지만 한국 국적의 자이어서 동네에 마련된 투표소에서 같이 투표도 하고 인근 야외에 마실도 가고 모처럼 즐거운 시간을 보냈다.

우리 애기는 줄리아드(Juillirad)드라마 스쿨을 졸업하고 미국에서 배우로 활동하고 있는데, 요즘은 일이 많아져 오래 같이 있지 못하고 어제 출국하였다. 덕이 부족하여 딸 하나만 두고 있는데, 그래서 그런지 아버지 어머니를 비롯하여 할아버지 할머니까지 온 가족의 사랑을 듬북 받고 있다.

언젠가 딸 애에게 형제가 없어 미안하다고 했더니 자기는 가족의 사랑을 듬북 받고 있어 오히려 형제가 없는 것이 행복하다고 하는 것 아닌가? 그래서 다행이다라고 생각하면서 함께 웃은 적이 있다. 이제 윤석열 정부가 출범한지도 두 달 가까이 되면서 여기 저기서 새로운 정부에 대한 기대와 비판의 목소리를 내고 있다.

애기 애기를 하다 보면 자연스럽게 教育이 생각나는 것은 나만이 아닐 것이다. 그런데 어제 윤석열 정부 초기 교육부 장관 인선이 있었다는 소식이 전해진다. 한국 사람들의 교육열기는 세계 둘째라면 서러울 정도 아닌가? 아마 새로운 교육부장관 후보는 개인적 영예로움과 함께 앞으로 책임져야 할 직무에 대한 격정도 적지 않을 것이다.

쉽게 생각해 보아도 교육은 그 시대의 정치 경제 사회 문화와 맞물려 있는 중요한 문제이다. 봉건 왕정 시대에는 임금에 충성하고, 부모에 효도하는 것을 최고의 德目으로 여기고 후손들을 교육하였다.

그것은 가부장제 전통으로 이어져 농경제 사회를 지탱하는 생명력이 되었고, 대가족 문화, 일부 다처제, 적서제, 남존 여비, 관존 민비 등 시대의 문화체계를 만들어 내었다. 시민 민주주의 사회로의 이행은 자본주의적 생산관계를 바탕으로 하는 산업사회이자 신흥 상공자본가 계급인 부르조와 세력이 주체가 되는 세상이다. 생산력의 바탕을 이루는 생산가능인구라는 개념은 새삼 맬서스의 인구론이나 GNP를 거론하지 않더라도 산업사회 경제의 구심점이다.

우리가 그 작은 한반도, 그것도 남과 북이 분단되어 영토 면적 기준으로 한참 작은 나라이지만 세계 10위권의 경제대국으로서 자부심을 갖는 것도 인구수와 일인당 GNP를 곱한 결과 아닌가? 우리가 결혼율 출산율을 걱정하는 것도 그러한 문제의식에서 시작한다.

요컨대 자본주의 사회는 서열이나 대가족 문화에서 벗어나 모든 이가 법앞에 평등하다는 시민의식과 핵가족 제도에 바탕한다. 그래서 사회적으로 결혼제도와 평등 박애사상, 개인적으로 프로테스탄 윤리와 기독교 정신은 서구 자본주의를 지탱하는 핵심이다.

우리 教育史만 보아도 서구 민주주의를 접하면서 등장한 최초의 대학이 신여성 주제의 이화학당이나 기독교 정신을 심으려는 세브란스 연희전문이지 않았는가? 또 언젠가 어떤 중국 학자는 자본주의 사회에서 최고의 교육은 가치 창출, 즉 돈 많이 버는 것을 가르치는데 있다고 말하기도 하였다.

또한 미 학교재단 및 졸업생 위원회(The American Council of Trustees and Alumni)는 학교에서 무엇을 배워야 하는가를 기준으로 학교평가 보고서(What will they learn? Report)를 출간하기도 한다.

학교에서 무엇을 가르치고 배워야하는가하는 문제는 헌법상 표현의 자유나 학문의 자유, 교육의 자주성과 연관되는 문제이어서 함부로 말하기 어렵다. 역으로 이를 말하는 것도 함부로 규제할 수 없다.

형사법 법리상 행위요건(Actus reus)이나 헌법원칙으로서 明白現存의 原則(clear and present danger rule)에 따라 규제가 가능할 뿐이다. 다만 우리는 방어적 민주주의를 취하고 있는 현대 민주주의 헌법체제에 필요한 시민적 교양과 수준을 지키기 위한 최소한의 원칙과 기준을 얘기할 수는 있다.

민주주의 사회에서 필요한 교육에 관하여 마이클 애플(Michael W. Apple)의 1979년 교육과 이데올로기 『Ideology and Curriculum』 (1979)라는 책은 1980-1990년대 우리의 진보적 교육영역에서 『교육과 권력』 등과 더불어 必讀書 가운데 하나였다.

마이클 애플 교수는 1942년 생으로 위스콘신 대학교 석좌교수로 재직하고 있으며, 학교 교육과 교육과정, 컴퓨터 교육에 대한 비판을 가하기도 한 진보학자의 하나이다. 그는 교육학자가 되기 이전에 교사였으며 교원노조의 대표로 활동한 경력이 있고, 교육과 이데올로기라는 책을 통하여 교육학자가 된 이후에도 꾸준히 교육을 정치적 맥락 속에서 위치시켜 통합적으로 해석하고자 하는 진보적 지식인의 모습을 보여주고 있다.

또한 민주주의 학교의 사례나 민주주의 학교가 주는 교훈 등을 통하여 신자유주의와 신보수주의 등 신해계모니 블록에 대하여 반대하고, 시장원리로 교육을 '개혁'하는 것에 대하여 회의한다. 사회 변화에 있어서 교사의 역할에 큰 의미를 부여하고, 책 2장 프래트니 학교에서는 학부모들을 학교운영위원회에 '실질적'으로 참여시켜 학교의 거버넌스에 획기적인 전환을 이루어야 하고, 학교는 학부모들의 목소리를 실질적으로 학교 거버넌스에 반영하기 위해 필요한 조치들을 취해야 한다고 주장한다.

한국에도 두차례 방문한 인연이 있고, 얼마전 경향신문과의 화상 인터뷰를 통하여 한국 교육의 현실을 진단하고 제언하였다. 교육은 백년대계이자 민주주의 사회를 지탱하고 이를 재생산하는데 있어 핵심적 기능을 한다. 그러나 교육을 과도하게 강조하는 것은 이미지가 좋지 않다.

맑스, 레닌, 스탈린으로 이어지는 노동자 독재나 도그마 사회를 연상시키기 때문이다. 우리 개발국가 시절(혹자는 개발독재시대라고도 부른다)에도 국민교육헌장이라는 웃지 못할 문화유산이 있지 않았는가? 사회주의 국가에서 檢察官을 훈육관리(proselytising officer)라고도 부르는데, 간접적으로나마 그 사회의 성격을 들여다 볼 수 있게 하는 말이다.

민주주의 대한민국은 도그마식 정치경제학 사회도 아니고 사회주의 윤리를 강요하는 사회주의 국가도 아니다. 개인의 자유를 핵심 가치로 하는 헌법국가이다. 그러나 그것이 자유방임주의 또는 정부의 무책임을 의미하는 것은 아니다. 그 간극을 메우는 것이 우리의 공교육제도라 할 수 있다.

따라서 마이클 애플과 같은 교육에 있어 진보적 시각은 교육문제를 진단하고 개선하는데 있어 중요한 의미를 갖는다. 특히 한국의 현실에 대하여 누구보다

도 깊은 이해를 가지고 있어, 경청할 필요가 있다. 그의 인터뷰 요지를 간추려 본다.

* 한국과 미국에서 벌어진 여러 入試不正 사례들로 인한 분노가 자칫 ‘시험만능주의’로 이어질 수 있다.

* ‘현대판 음서제’로 작동하는 현실을 개선하려면 정부의 적극적 개입, 교육 현장의 민주화가 필요하다.

* 교육이 엘리트만을 바라봐서는 안 되며, 한국에서 대학이 민주화와 각종 사회 개혁의 산실이었다는 점은 과거의 장점인데, 이를 계속 발전시켜 가야 한다 (‘민주주의는 명사가 아니라 동사’이다)

* 한국과 미국의 입시 비리에서 보듯이 대입은 사회에서 지배와 종속관계를 재현한다. 따라서 학벌 서열에 따른 입시 경쟁을 완화하기 위하여 미국과 같이 학생들의 인종 구성을 다양화하거나 입학 절차를 민주화할 필요가 있다. 미국의 경우 “少數者優待政策(affirmative action)”이나, 아이비리그 등 미 명문대학들에서 불평등을 줄이는 방향으로 입시 절차를 민주화하려 하고 있다.

* 입시 공정성에 대한 불만이 ‘시험만능주의’로 흐르는 것을 경계해야 한다. 대입 부정에 뿔이 난 학부모들이 “다시 시험점수를 강력하고 무자비하게 반영하는 옛날 모델”로 돌아가기를 원하는 경향이 있고, 한국의 정시 확대 요구 목소리가 높아지는 것도 미국의 현실과 비슷하다. 따라서 부모들의 분노는 당연하지만, 이 분노가 향하는 방향을 잘 잡아야 한다.

* 한국의 노동자 계급과 중산층은 자녀를 대학에 보내기 위해 한 세기 이상을 희생해왔으며, 이것은 (한국의) 대학들이 이전보다 더 민주적인 모습을 하도록 요구한, 민주주의를 위한 투쟁의 일부였다. 교육은 한국에서 문화적·정치적·경제적 투쟁의 현상이었고 사회적으로도 강력한 역할을 했다

* 훌륭한 공교육제도를 위하여 ‘자원의 재배치’가 중요하다. 예산 투입의 우선순위를 바꾸지 않는 한 개혁은 수사적인 것에 그칠 것이다. 세계 경제위기와 코로나19로 인하여 장학금을 확대해야 하고, 학생들의 식비와 생활비를 보조하

여야 한다. STEM에 Art가 추가된 STEAM이 되어야 하고, 예술이나 저널리즘이 중요한 사회로 가는데, 거기에서 돈을 빼서 산업에만 투자한다면 교육개혁은 修辭的 改革에 불과하다.

* 한국의 혁신학교는 희망적이며, 교육부가 매우 강력하게 역할을 하는 현장에서는 교육 민주화가 가능하다는 것을 일깨워 주었다. 한국은 제2의 고향과도 같다. 여전히 투쟁이 진행 중이고, 아직도 움직이고 있는 국가이기 때문에 한국을 좋아한다. 한국은 흐르는 강과 같으며, 그 강이 계속 흘러갈 수 있게 도움을 주는 것이 자신의 임무라고 생각하고 있다.

일찍이 프랑스의 교육학자 장 자크 루소는 에밀이라는 책을 저술하여 사회에서 교육의 중요성에 대하여 설파하였다. 에밀이라는 책은 총 5권으로 되어 있는데, 제 1장은 교육의 기본철학에 대하여 논하면서, 철학에 부합하는 자녀 교육 방법의 대강이 무엇인가를 기술하고 있다.

제 2장에서는 아동과 세계 사이에서 발생하는 초기 단계에 관하여 설명하고 있는데, 초기 단계에서 아동의 교육은 책을 통한 교육보다는, 아동과 세계 사이에서 일어나는 관계에 초점을 맞추어야 한다. 즉 感性을 발전시키고, 감성으로부터 어떠한 연역적 추론을 할 수 있는 능력을 배양케 하는 것이 중요하다.

세 번째 단계는 직업선택의 단계인데, 루소는 이 단계에서 남아와 여아들이 자신들의 성과 나이에 걸맞는 실제적 능력을 가져야 한다고 역설한다. 그리고 성공한 롤 모델을 통하여 자신의 재능과 적성에 맞는 능력을 배양하여야 한다.

그의 책 제목이자 일평생 교육의 대상인 가상적 인물 에밀이 성장하여 성인이 되고, 세상을 알게 되는 나이에 이르면, 그의 마지막 교육단계인 정서함양 단계에 이르게 된다. 루소는 4번째 단계를 통하여 능력있고 적극적인 사교인의 단계를 넘어, 사랑하고 존재감 있는 성숙한 인격, 즉 정서가 충만한 완벽한 이성이 탄생한다고 갈파한다.

그리고 마지막 5번째 단계에서는 가상의 에밀과 그의 예비 신부이자 역시 가상의 인물인 소피아의 결합에 관하여 기술한다. 남녀간의 본질적 차이와 그들이 결합을 통하여 지향하는 공동의 목적 등에 관하여 말한다.

에밀이라는 책은 볼테르의 혹평이나 괴테의 찬양과 무관하게 인간의 완전성을 향한 치열한 욕망을 담은 서양최초의 교육철학서라고 찬양받고 있다. 에밀은 개인과 사회와의 관계에 관하여 근원적인 정치적 철학적 의문을 제기하고 있으며, 보다 구체적으로 불안전하고 타락한 사회집단에서 인간의 본래적 선한 본성을 유지할 수 있는 방안에 천착하고 있다.

에밀은 “사물의 창조자의 손을 떠난 모든 것은 썩은 상태이다. 모든 것은 사람의 손에 의하여 퇴락한다”라는 序文으로 유명하다. 마치 악한 자본주의 사회와 결혼제고, 교육 등의 관계를 떠 올리는 이 서문은 실제 에밀과 소피아라는 가상인간들이 결혼하기까지의 교육문제를 다루고 있다.

다만 교육을 통하여 인간이 선해지고, 성숙한 인간을 전제한 결혼이 가능하다는 메시지를 남기고 있어 결혼제도를 자본주의 체제를 유지하기 위한 계급관에서 이해하는 좌파적 급진사상에 대비된다 할 수 있다. 인간의 본성을 바라봄에 있어 순자의 성악설적 버전과 달리 공자나 맹자 같은 성선설적 관점을 취하고 있는 것이다.

루소는 교육제도를 정의하면서, “교육제도란 사회계약론에서 상정한 자연상태의 인간이 부패할 수 밖에 없는 사회에서 천부의 선한 본성을 유지할 수 있게 하기 위한 사회제도”라고 하였다. 말하자면 홉즈나 순자 같은 성악설적 인간관이 아닌 맹자의 性善說的 人間觀의 관점에서 교육제도를 통하여 선한 본성을 유지할 수 있다는 것이다.

그는 가상적 인물인 에밀을 통하여 어떻게 선한 본성의 본래적 시민이 교육받아야 하는가를 예증하였다. 에밀은 교육에 관한 부모의 참고서로 흔히 쓰이지 않고 있지만, 자녀 교육에 관하여 상당히 구체적인 내용들을 담고 있다.

지금과 같이 평생교육(Lifelong education/Adult education)이라는 개념이 없던 시절이라 성인이 되어 결혼하기 전까지 자녀 교육에 한하여 말하고 있지만, 최초의 교육철학서로 여전히 우리에게 교훈을 남기고 있다.

물론 제 3장 직업과 관련한 교육문제, 즉 자신의 나이에 맞는 적성과 능력 부분은 국제 사무에 종사하는 자가 늦은 나이에도 방송대학에서 중국어를 공부하

다든지 일정한 연수의 직장인이 해외 연수를 하는 사례와 같이 지금 같은 평생 교육시대에도 의미를 갖는다.

대학입시제도 등 유독 교육열 높은 대한민국에서 새로운 윤석열 정부의 신임교육부 장관이 내정되었다. 그 며칠 뒤 교육계의 큰 별이자 한국의 페스탈로치 같았던 안병만 교육부 장관이 82세의 나이로 타계하였다.

공교롭게도 새로운 교육부 수장이 들어서면서 며칠 뒤 왕년의 교육부 수장이 작고한 것이다. 교육은 해 묶은 법과대학 교과목의 하나인 민사법연습처럼 어찌면 연습이고 아마추어적 성격을 갖는지 모른다.

바둑에서 현실세계가 프로 바둑계라면, 학교와 교육현장은 미래의 현실을 담아낼 인재를 끼우는 아카데미요 연습단계일 것이다. 그래서 클래식 가장 유명한 곡들의 이름이 프로의 세계 같은 베토벤(Ludwig van Beethoven)의 운명교향곡(Symphony of Fate)과 아마추어의 세계 같은 모짜르트(Wolfgang Amadeus Mozart)의 아마데우스인 것은 아닐까?

교육계에 일어난 요 며칠간 사건들은 마치 베토벤의 운명교향곡 같은 느낌으로 다가온다. 교육에 있어 어머니의 역할은 매우 중요하다. 아마도 선생님의 부인을 사모님이라 부르는 것도 이와 무관하지 않을 것이다. 물론 그래서 장 자크 루소의 교육서 제목이 에밀인 것은 아니겠지만.

중고등학교 시절 에밀 졸라의 소설책을 읽으면서 “에미 좀 그만 졸라대고 공부 좀 해라”라고 하면서 동기간 농담하면서 웃던 시절이 있었는데. 이제 60의 나이에 지방대학 교수로 봉직하면서 “왜 출세를 못하냐”고 말하면서 웃는 친구에게 “일송정 푸른 솔이 내 운명 같다”고 하면서, 그럴 때면 베토벤의 운명교향곡을 듣기도 하였는데.

그래도 하고 싶은 공부는 다 해 보았고, 박사학위를 미국식으로 세면 다섯 개를 하여 “아마추어로는 큰 친구야” 라고 자부하면서 아마데우스(Amadeus)음악을 듣고 모짜르트의 이름처럼 폐북 글을 지으면서 아이디어가 안 떠오르면 에밀 졸라 짜 보기도 하였는데.

말도 많고 탈도 많은 우리 한국 교육의 현실을 개혁할 이번 교육부 수장 임명요 며칠간이 마치 베토벤의 운명교향곡처럼 다가오면서 한국 교육계의 미래가 밝게 열리기를 기원해 본다.

교육은 어머니와 애플 같기도 하고, 어머니와 아이들의 폴피리 같은 것인지도 모른다. 그러나 그것은 우리의 머리털 같이 소중한 것일 수 있다. 에밀과 애플의 이름이 새삼스럽다.



9. 모질라(Mozilla)와 파이어폭스(Firefox)

폭염이 계속 되면서 온열질환으로 인한 사망자까지 나오고 있다. 여름 건강에 유의할 때이다. 학기 말 성적을 내고 성적 이의제기기간이 지나면서 바빴던 한 학기가 마무리 되었다. 개인적으로 2년 임기의 법학연구원장 직을 맡게 되어 동료 후배 교수들과 소통할 기회가 많아지게 되었다. 이번 방학은 가족 바캉스 계획도 있고, 값아야 될 논문 부채도 있어 느슨하지 않은 시간이 될 것 같다.

처가쪽 식구들이 大家族이고 미국에 거주하는 가족들이 많아 이번 가족 바캉스는 별다른 의미가 있다. 바쁜 일정에도 딸애까지 합류한다 하니 모처럼 온 가족이 모이는 자리가 될 것 같다. 중형 버스까지 대여 받아 만반의 준비를 갖추고 있다.

집이라도 한 채 있고, 적지 않은 연봉에 학생들에게 뭔가를 가르쳐야 하는 선생의 처지인고로 누가 필자의 정치성향을 물어 오면 사안에 따라 중도 우파나 중도 좌파라고 말한다. 그러나 아무리 좌파적 진실에 동조하고 사회 개혁이나 혁명을 부르짖어도 참여하지 않는 지식인은 회색분자에 불과하게 된다는 것을 우리는 스스로 깨닫게 된다.

아마도 맘스의 혜안은 여기에서도 들어 맞는 것 같다. 사람에게 오른 쪽 왼쪽 손이 있듯이, 프랑스 삼부회 왼쪽의 자코뱅당과 오른쪽의 지롱드당처럼 좌우정치는 인류사를 이끌어 왔다.

1980년대 586 청년시절, 젊었을 때 정치를 모르고 잠을 자는 것이 하나의 바보요, 나이 먹어서까지 우파 좌파하는 것은 또 다른 바보라고 세인들은 말하였다. 그런데 저간의 한국 정치의 상황을 보면 그 말이 꼭 들어 맞지 않는 것 같다.

세상이 진화하고 전문화 현상이 깊어지면서, 인성과 재력이나 사회적 평판을 중심으로 정치나 정치가를 평가하는 시대가 아니게 되었다. 정치전문 대학이 생기기도 하고, 여당과 제 1 야당의 당 대표가 20대 30대의 어린 나이인 것만 보아도 어느새 우리 사회는 정치의 전문화와 전문직으로서의 정치가라는 컨셉트가 현실세계에 적용되고 있다.

사회과학자로서 정치와 무관하지 않아 정치에 관심을 가지기 때문만은 아닐 것이다. 용산 국방부 청사를 새로운 대통령의 집무실로 사용한다거나, 서해 표류 공무원 피살 사건 등을 보아도 한국 정치의 현실에서 좌우 문제를 도외시 하기는 쉽지 않다.

세상사 모든 것이 정도차이고 知識이란 상대적인 것이라 할 때, 우파와 좌파라는 이분법 역시 그러할 것이다. 허준이 교수가 수학계의 노벨상이라는 필즈상을 수상하여 대한민국의 자부심을 드높이면서 수학에 대한 관심이 높아지고 있다.

그런데 수학과 철학은 우리를 철들게 한다. 사실 세계 최강대국이자 부국인 미국은 국민의 수리능력이 다른 나라에 비해 뒤떨어지고, 철학을 하기 싫어하는 나라로 알려져 있다. 그러나 이제 그러한 생각은 편견과 선입견에 불과한 것이 되었다.

바둑에 심취하는 미국인, 템플 스테이를 즐기면서 도인과 같은 포즈를 취하는 미국인들이 적지 않게 늘어가는 것만 보아도 진화해가는 세상의 현실에서 나라에 상관없이 온 세상이 금방 하나가 되고 공감하는 지구촌이 된 것이다. 과거의 편견이나 선입견을 재평가해 보아야 할 이유이다.

지금도 그렇지 않다고 말할 수 없지만, 데카르트나 파스칼, 생시몽, 콩트 같은 근대 철학자나 수학자들은 유럽 대륙, 특히 일찍이 근대 민족국가를 이룬 프랑스의 영향력을 말해준다. 이러한 문화적 유전자는 영미계 · 대륙계라는 이분법과 무관하지 않다.

인도를 다 주어도 셰익스피어와 바꾸지 않겠다는 영국인의 자부심은 자신의 국어인 영어를 통하여 세계를 바라보는 세계관이다. 인간의 기쁨을 표현하는 음악만 보아도 그렇다. 우리는 영미 음악이라면 가사가 있는 팝송을 주로 듣는다. 조지 윈스턴 같은 미국 출신의 클래식 음악을 아는 자는 그리 많지 않다. 나를 울게 하소서 하바나 같이 오페라 속 가사가 있는 클래식 곡이 없는건 아니지만 클래식은 대부분 멜로디이며 아무런 가사가 없다.

그래서 속 시끄럽고 조용히 생각에 잠기고 싶을 때면 클래식 음악 시간을 갖는

것도 좋다. 그런데 굳이 클래식에 비유해 보면 마스네의 명상곡이 유럽대륙의 문화적 유전자라면, 해양 패권을 거머쥔 섬나라 영국 출신의 엘가가 만든 행진곡 넘버원 폼프 앤드 서컴스탠스(Pomp and circumstance)는 영국의 세계 패권과 王道政治를 상징하듯이 대비된다.

요컨대 수학이나 철학은 깊은 사고와 명상을 요구한다. 깊은 사고와 명상은 육체적 안정감에 기반한다. 소위 재미 같이 바지런하고 지절 대는 가사가 없어도 동의보감의 허준 같이, 우리가 저녁 식탁에서 마주 하는 구수한 된장찌개 같이, 인간 사고의 깊이를 통하여 인간을 짐승과 차별화한다.

물론 클래식 음악이나 명상곡을 듣는다고 수학을 잘하거나 필즈상을 받는 것은 아니겠지만, 허준이와 허준을 통하여 하느님으로부터 인간으로서의 육체적 안정감을 허락받은 것은 아닐까?

그런데 수학이나 철학은 우리 주위의 일상에서 시작한다. 필즈상 수상 후 신문 사설에서 김도연 전 총장이 지적하듯이 우리 주위의 평범한 일상에서 영원 불변한 진리가 만들어진다. 우리가 쉽게 생각하는 0, 1, 2 같은 알파벳 숫자의 발명이 없었더라면 지금과 같은 고도화된 인류 문명은 불가능 했을 것이다.

달걀을 세우는 것은 불가능하지만, 달걀을 깨뜨려 세우는 것은 가능했다. 온전한 달걀 같은 안락한 고국 생활을 접고 깨진 달걀처럼 일어서 그 먼 대양을 건너 신대륙을 발견한 콜롬버스처럼 허준이의 업적은 파격적이고 천재적인 것이다.

그러한 천재성에 영미에서 공부한 부모들의 근면한 재미적 유전자가 합쳐져, 천재적 생각을 언어로 표현할 수 있게 되고, 세계적 數學者가 된 것이다. 이는 한국 사회의 저력을 웅변한다. 이러한 계제에 돌아 본 한국 정치는 그리 국민적 지지를 받지 못하고 있는 것 같다. 어제 여당 당 대표에 대한 성상납 관련 비리로, 갑자기 한국 정치에 데뷔하여 수 많은 화제를 뿌리고, 이방인 같던 이미지의 이준석 당 대표에 대한 중징계 결정이 있었다.

시민들은 젊은 정치가를 양성하여 새로운 피를 수혈해 보겠다는 한국정치의 자기 혁신이 새로운 강성 우파 정권의 집권으로 다시 보수로 회귀하는 느낌을 가

지고 있다. 국방군과 인민군, 국민이나 시민 또는 공민. 좌우 얘기를 하려면 용어도 엄격하게 사용해야 하는지 모르겠지만, 언젠가 언급하였듯이 보수 정치는 국가와 시스템을 사고의 중심축으로 한다. 이에 대하여 진보 정치는 사람과 인권을 생각의 출발점으로 삼는다고 할 수 있다.

수학이나 철학 같이 깊은 사고가 필요하고 많은 주의 주장들이 다투어지고 걸러지면서 현실에서 구현되는 대표적 예가 법원이다. 그래서 미국의 저명한 헌법학자인 알렉산더 비켈(A. Bicke)은 그의 저서 “The least dangerous branch”에서 연방대법원과 대법관을 여러 정부 기관 중 학자적 방법으로 사고하고 사색하는 유일한 정부기관이라고 하였다.

물론 대통령이나 국회의원도 공적 의제에 관하여 스스로 지적 양심적 판단을 할 것이지만, 선거구민이나 자신이 소속한 정당의 영향을 받지 않을 수 없다. 이에 비하여 사법부는 정치적 영향으로부터 자유로우면서도 사람과 인권, 국가와 시스템 등 좌우를 아우르는 주의 주장에 대하여 오로지 법과 양심에 따라 판결한다.

이분법은 앞서 본 깨진 달걀처럼 생명을 건 탐험의 길로 나아갈 것인가 아니면 온전한 달걀처럼 안락하고 유순하게 살 것인가의 갈림길에서부터 컴퓨터의 원리, 구조주의 철학의 二分法的 過程(binary process), 법정의 원고와 피고 등등 우리의 지적 세계와 밀접한 관련을 갖고 있다.

대륙법계 국가들의 철학의 전통과 법정 문화는 긴밀하게 관련되어 있다. 그리고 이는 영국과 미국의 보통법 전통에 여전히 남아 있다. 몽테스키외가 입법 행정외에 사법권이라는 독특한 성격의 국가권력을 인식하고 삼권분립에 기반한 미 연방헌법의 제정에 영향을 미친 것은 물론 18세기 까지 영국의 보통법법원에서 사용하는 용어의 70% 이상이 프랑스어라는 것이 이를 증명한다.

원고와 피고라는 plaintiff, defendant에서 시작하여 court brief, action public 등등 수도 없는 법정 용어가 영어화된 프랑스어들이다. 학자의 세계에서 또는 지적 엘리먼트로서, 이분법은 말 그대로 우리의 지적 세계에 관련된 것이다.

지적 세계는 정치의 세계와는 당연히 다른 차원의 것이다. 그런데 미국의 경우

연방 대법원은 연방시스템이라는 국가시스템을 유지하는데 있어 결정적으로 중요한 역할을 하는 최종적 헌법해석자로 기능한다.

그래서 미국의 경우 연방대법원을 사법적 기관이라기 보다는 정치적 성격의 기관으로 보는 학자들도 있다. 9인의 나이 많은 종신직 대법관이 모여 마치 로마의 원로원 같이 國家的 大事를 결정한다는 것이다. 당연히 시민과 언론들은 지적 이분법을 넘어 보수와 진보 같은 정치적 이분법을 연방대법원에도 적용한다.

원고와 피고라는 지적 이분법이 정치적 이분법에 의하여 대체된다. 여기에 자신을 임명한 대통령이 속한 정파의 영향까지 받지 않을 수 없어 사회적으로 쟁점이 첨예한 사건은 정치적으로 민간한 문제로 등장한다. 이번 낙태죄의 합헌성 여부에 관한 연방 대법원의 판결이 그러하다.

낙태에의 권리를 헌법에서 보장하는 권리라 볼 수 없다는 동 판결로 미국사회가 분열 양상으로 치달고 있다. 노틀담 사원은 대영제국 국회의사당과 함께 역사적 전통과 보수주의를 상징한다.

그래서 세계경제와 부르조와 자본주의를 대변하는 월가의 뉴욕 세계무역센터 테러나 몇년전 프랑스 노틀담 사원 방화 사건 같은 경우 象徴的 攻撃行爲로서의 성격을 갖는다. 그런데 이번 낙태죄 사건에서 같은 이름의 노틀담 대학 로스쿨 출신의 Amy Coney Barret나 Neil Gorsuch 같이 트럼프 정부에서 임명된 대법관들로 인하여 보수 성향의 대법관이 다수가 되어, 기존 낙태죄에 관한 법원 판례가 보수적으로 회귀하였다.

여성이 자신의 사생활 영역을 자유롭게 가꾸고 인격적 존재로서 살기 위하여 낙태에의 자유는 보장되어야 한다. 그런데 이번 판결로 태아도 일정시점 이후에는 생명이고, 하느님이 창조한 생명은 신성하다는 카톨릭 윤리, 국가의 노동력, 군사력의 기반으로서의 생명 등등 과거의 보수논리가 미국 사회의 가치가 되었다.

엄격한 가부장제 봉건제 사회에서 아이 낳는 것이 여성의 가치이고, 여성은 지조와 정절로 대변된다는 전통적 보수적 여성관에 따라 낙태죄를 처벌하는 주형사법 등 미 합중국 국가적 시스템의 헌법적 정당성이 인정받게 된 것이다.

여성대법관을 통하여 여성의 인권과 자유가 무엇인지 새삼 돌아보게 한다.

동 판결은 Dredscott v. Sanford 사건으로 촉발된 헌법해석과 국가시스템으로서의 노예제도를 둘러싼 미국의 분열에 버금가는 충격을 미국사회에 던지고 있다. 주지하듯이 헌법해석을 둘러싼 국가내 갈등이 내전으로 비화하고 북군의 승리로 법앞의 평등을 내용으로 한 수정헌법이 13, 14, 15 조 등이 연방헌법에 추가된다. 즉 시스템과 인권의 문제는 政派的 問題이면서, 국가적 통일의 문제였던 것이다.

2022년 6월 24일 미 연방대법원은 Dobbs v. Jackson Women's Health Organization 사건에서 기존의 Roe 사건 선례의 결정 취지를 번복하였다. 법원은 낙태를 인정할 헌법적 차원의 실체적 권리를 국가의 역사나 전통에 비추어 보아 인정할 수 없다고 하면서, 남북 전쟁이후 1868년 수정헌법 14조 적법절차 조항이 추가될 무렵에도 그러한 헌법적 권리가 인정되었다고 볼 수 없다고 하였다.

따라서 법원은 6-3의 판결로 연방 제 5항소법원의 판결을 파기환송하였다. 이로써 낙태에의 권리가 헌법에 의하여 보장된다는 기존 선례가 유지되지 못하고, 각 주는 자유롭게 낙태행위를 처벌하거나 규제할 수 있게 되었다. 임신 여성의 낙태에의 권리는 1973년 Roe 사건 법원 판결을 통하여 인정된 권리에 불과하다고 본 것이다.

물론 반대의견도 있다. 피임에의 권리(contraception), 다른 인종간 혼인할 권리(interracial marriage), 동성간 동거하거나 결혼할 수 있는 권리(same-sex intimacy or marriage)등도 역시 1868년 수정헌법에서 적법절차에의 권리를 보장할 즈음 인정되지 않았던 권리이지만, 법원은 실체적 적법절차의 해석을 통하여 그러한 권리를 인정하고 있다고 法史學者들과 대법원 반대의견은 주장한다.

이번 판결은 주 정부의 낙태죄 형사처벌을 합법화하는 한편, Roe v. Wade 사건에서 확인된 조건에 따라 낙태에의 권리를 인정하고 있던 법원 입장을 바꾼 것이어서, 미 국내의 거센 저항은 물론, 진보적 국제단체와 외국 정부 지도자들로부터 비판을 받고 있다. 미 헌법체계 내에서 시민의 기본권은 표현의 자유

등 수정헌법 제 1조에서 10조까지, 소위 인권목록이라 불리는 Bill of Rights 와 수정헌법 제 5조, 제 14조 적법절차 조항에 의하여 보장되고 있다.

그런데 適法節次에는 절차적 적법절차와 실체적 적법절차 등 2가지 유형의 적법절차가 있다. 우리가 잘 아는 배심제에의 권리, 변호사의 조력을 받을 권리, 반대 증인에 대한 대면권 등은 절차적 적법절차(procedural due process)에 의하여 헌법적 보호를 받는 경우이다.

한편 헌법에 열거된 인권 목록 상의 인권에 더하여 명시적으로 열거되지는 않았지만, 인간의 자유와 인간다운 삶에 필요하다고 보아 헌법적 보호를 주어야 할 인권이 무엇인가를 정할 필요가 있는데, 이는 “적법절차에 의하지 않고는 생명, 자유, 재산을 박탈하거나 제한할 수 없다”라고 규정한 수정헌법 제 5조, 14조 적법절차 조항을 통하여 해석·확정하여야 한다.

이를 節次的 適法節次에 대하여 實體的 適法節次(substantive due process)라 부른다. 그런데 절차적 적법절차에 의하여 보장되는 헌법적 권리는 비교적 명확하지만, 실체적 적법절차에 의하여 보장되는 생명, 자유, 재산의 범위가 무엇인지는 재판관마다 보는 관점이 다를 수 있다.

헨리 프렌드리 대법관이 그의 논문 "Some Kind of Hearing"에서 제시한 절차적 적법절차에 의하여 보장되는 권리의 예를 보면, 1. 편견없는 재판부 구성 2. 공소나 제소 사실의 통지와 공소나 제소에 대한 이유의 적시 3. 공소나 제소가 부적절하다는 이유를 제시할 수 있는 기회의 보장 4. 증인 소환을 비롯하여 유리한 증거를 제시할 수 있는 권리 5. 제시된 반대증거를 알 수 있는 권리 6. 반대 증인에 대한 대심의 보장 7. 증거에 기한 재판에의 권리 8. 변호인을 선임할 권리 9. 제시된 증거와 기록을 남길 재판부의 의무 10. 사실확정과 결정에 대한 이유를 서면의 형태로 남겨야 할 재판부의 의무 등이다.

이에 비하여 실체적 적법절차의 경우 홈즈와 브랜다이스가 私生活에의 權利(The right of privacy)라는 논문을 통하여 출판에 의한 사생활 침해를 중심으로 시대와 경제의 발전에 따라 생명과 재산에 관한 헌법적 보호 역시 변천한다는 실체적 적법절차 논의의 단초를 열었지만, 여전히 그러한 권리의 범위는 개개 사건에서 재판관에 의하여 확인되어야 한다. 이번 낙태에의 권리도 그러한

문제 영역에 있는 것이다.

물론 동 판결은 연방시스템과 관련이 있다. 우리가 흔히 말하는 정부의 권한 또는 규제권, 소위 Police Power는 연방헌법체계상 주정부의 권한이다. 즉 주 형법을 비롯하여 규제에 관한 권한 권한은 원칙적으로 주 정부가 행사하도록 되어 있다.

따라서 연방 형법이나 규제에 관한 법령은 연방문제나 다른 주 시민간의 문제 등 이론상으로는 제한된 사항에 한하여 제정되고 시행된다. 이번 한동훈 법무부 장관의 방문으로 우리와도 친근해진 연방 수사국, 즉 FBI도 연방 시스템에 관련된 중대한 범죄만을 관장하는 것은 잘 알려져 있는 사실이다.

또한 이번 판결에서도 보듯이 판결의 이유도 역사적으로 그러한 憲法的 權利가 인정되었가 하는 법사학적 헌법해석적 부분이 중요하고, 여성의 자유로운 사생활이나 규제를 통하여 얻을 수 있는 국가 이익 같은 공공정책적 부분(단일 국가인 우리 헌법재판소 결정문에서 많이 볼 수 있다)은 주로 규제권을 행사하는 주정부 차원의 문제로서 부차적인 것이 된다.

이번 판결로 대법원이 낙태에의 권리는 헌법에 의하여 보장되지 않는다고 판시함으로써 낙태의 문제를 전적으로 주 정부에 위임하였다. 이는 소극국가 최소 국가 같은 보수적 가치를 지지하는 것을 의미하고 레이건 정부 시절처럼 작은 단위에서의 자생력, 주나 개인의 자유와 그에 따른 책임을 강조하는 보수 철학의 입장이다.

진보 정권에 식상한 시민들은 이번 대통령 선거에서 프랑스 대혁명이후 하급무관 출신의 군 장교로 혜성 같이 나타나 자유라는 혁명정신과 보수라는 기존 가치를 유럽전역에 전파하려 했던 나폴레옹의 분위기를 연상 시키는 검사 출신의 윤석렬을 선택하였다.

검찰총장까지 지낸 경력이라 어쩌면 봉건제 하의 귀족으로 비견될 수도 있지만, 국민이 주인인 민주사회에서 공무원을 귀족이라 부르는 것은 어불 성설이다. 대통령 스스로도 자신은 국민의 공복이며 헌법과 국민만 보고 가겠다고 여러차례 공언하지 않았는가?

조선 제일검이라는 한동훈 법무부 장관도 그렇지만, 윤석렬을 비롯하여 대부분 검사들의 스피리트는 국민을 위한 철저하고 멋있는 사정의 칼, 또는 헌법 가치의 수호라 할 수 있다. 하급 무관 출신으로 수 많은 戰場을 누빈 나폴레옹의 정신세계와 통한다 할 수 있다.

나폴레옹의 스피리트(이제 와 술 또는 일장춘몽이라는 느낌이 드는 이 말은 원래 술의 원료인 주정에서 나온 말이다)는 자신의 힘을 통하여 혁명으로 확인된 자유에의 가치를 전 유럽에 전파하는 것이었다. 하지만 그는 봉건제하에서 군인으로 종사한 우파적 한계를 극복하지 못하였다.

스스로 신성로마제국 황제로 등극한 것은 그의 보수적 정신세계를 그대로 보여 주었고, 그의 멸망으로 메테르니히식 세력균형이 유럽에 실현되어 구세계가 다시 보수로 회귀하고 지금의 유엔 안보리체제와 동일한 성격의 4자 동맹(European concert)에 의한 안전보장체제가 구세계 유럽에 등장한다.

정치적으로 보수주의는 프랑스 대혁명 과정에서 露呈된 비인간적이고 과격한 정치적 변혁으로부터 고래의 장점을 취하여 점진적 개혁을 추구하는 것을 지향한다. 인간의 오른손과 같이 기존 시스템은 힘이 세다.

일반적으로 왼팔은 오른 손보다는 힘이 약하지만 사우스 포(South foe)와 같이 왼손이 힘이 센 특이한 체질도 있다. 프랑스 대혁명으로 귀족사회 신분사회를 지탱했던 철벽 같은 기존 시스템, 즉 앙상 레짐(ancien regime)이 붕괴되었다. 이는 제 3계급이라는 부르조와 시민 세력이 국가와 시스템의 주인이 되는 것을 의미한다.

힘센 사우스 포(South foe)에 의해 촉발된 혁명으로 시민의 자유와 인권이 키워드가 된 세상이 된 것이다. 이후 프랑스는 우파적 실험실이 되어 혁명과 반혁명이 반복되고 군주제와 대통령제를 번갈아 갈아 치우게 된다.

작은 차이였지만 대선에서 승리하고 힘차게 출발했던 윤석렬 정부의 지지율이 많이 떨어졌다. 경제 문제도 그렇지만, 지지율 하락의 주된 원인이 국민의 기대에 미치지 못하는 인사정책으로 인한 것이라고 전해진다.

얼마전에는 거둬진 인사실패를 두고 “전 정권에서 지명된 장관 중 훌륭한 사람을 봤느냐”고 말하였다고 전해지면서 식자들의 우려를 낳고 있다. 대한민국 역사를 돌이켜 볼 때, 군부 엘리트에 의한 개발국가시대 얘기를 빼놓을 수 없다. 당시 강력하고 효율적인 중앙집권제 하에서 우수한 관료들의 역할을 부인하기 어렵다.

국가발전을 이끈 우수한 관료들은 주로 미국에서 공부한 학자들, 고시 출신 엘리트들이었다. 그래서 586 젊은 시절 해외 유학파니 고시파니 하는 말이 있었다. 이후 民主化가 진전되면서, 운동권 출신의 정치가 그룹이 부상하게 된다.

97그룹이라고 불리우는 이들 세력은 국부적 위상의 시민 민주주의 정치가들에 의하여 키워진 한국 사회의 정치 엘리트로서, 청장년을 대표하는 새로운 전문 직업정치인, 해외 유학파, 고시파 등과 함께 한국을 이끌어 가는 4대 엘리트 그룹이 되었다.

그런데 ‘전 정권에서 지명된 장관 중 훌륭한 사람을 봤느냐’라고 일갈한 것이 개발국가 시절 엘리트 이미지를 벗어나지 못한 것 아닌지 부적절하다는 세평이다. 대통령이 된 이후 언행이 새삼스럽게 부각되고, 국민에 대한 짜증식이 아닌가 비판하는 자들도 있다.

일부 진보 신문들은 윤석열 대통령과 김건희 여사와의 부부 관계를 김건희 여사에 종속된 윤 대통령이라는 컬럼으로 분석하기도 한다. 대통령의 위상이나 영향력을 생각할 때, 우리는 대통령의 사상세계에 관심을 가지지 않을 수 없고, 부부 등 가족 이력은 대통령의 생각이나 행동에 중요한 변수가 된다는 점에서 이러한 접근을 비난할 수 없다.

문제는 친절한 서번트 리더십(servant leadership)정신을 가질 필요가 있다는 것이다. 고위 공직자로서의 이력으로 형성된, 자칫 오만해 질 수 있는 자신을 돌아 볼 필요가 있다. 최근 한겨레 신문에서는 괴이한 당선자의 언행....‘검찰왕국’과 ‘제왕적 대통령’의 귀환조짐이라는 칼럼이 실렸다. 칼럼에서 기자는 대통령 당선자의 馬耳東風 리더십을 거론하면서 광화문 시대 공약깨고도 사과하지 않고, 안철수와의 공동정부 약속도 실종되었다고 신랄하게 비판하였다.

또한 측근 중용 마이웨이 장관인사에 지방정치나 당내 정치에 개입한 정황까지 있다고 비난한다. 이는 검찰왕국, 제왕적 대통령으로의 귀환조짐으로 볼 수 있다는 것인데, 나폴레옹이 자신의 권력 초반 참신했던 이미지를 배신하고 결국 황제로 등극하였던 역사적 사실에 비추어 윤석렬 스스로 경계해야 할 일이다.

더욱이 윤 대통령은 후보 시절 손바닥에 남아 있던 왕자 문제로 곤혹을 치르지 않았는가? 백대 일, 수십대 일의 경쟁을 뚫고 고등고시에 합격한 우리 사회의 엘리트들이라 할 수 있는 현 대통령과 주변 검찰 출신들의 입장에서 장관 인선은 보다 신중할 필요가 있다.

무엇보다도 공직에 임하는 자는 윤리적 도덕적 흠결이 없어야 한다. 한편 전문성이 다음으로 중요한 기준이 될 것이지만, 미국 유명대학 박사 출신이거나 고등고시에 합격한 인재 같이 외관의 스펙만을 보아서는 안 될 것이다.

더욱이 인선을 비판하고 의문을 제기하는 국민들에게 “전 정권 인사들 중 이렇게 훌륭한 사람을 본 적이 있는가”라고 자화 자찬하는 것은 주인인 국민을 섬기는 태도가 아니다. 보수적 정신세계는 생택쥐베리 소설 속 어린 왕자 같은 유혹에 빠지기 쉽다. 고시파니 해외 유학파니 하는 별세계 이야기, 어린 왕자 같은 이야기가 인선의 절대적인 기준이 되어서는 안될 것이다. 보수와 진보는 현실에서 정도 차의 문제이다.

시장과 경쟁원리를 만능으로 여겨 힘과 재능을 숭배하고, 競爭的 국가시스템을 재건하는 것도 중요하지만, 後代를 생각하고 환경을 보호한다거나 사람과 인권을 생각하는 진보적 시각을 무시해서는 안될 것이다.

프랑스 대혁명 과정에서 제 3신분이라 불렸던 부르조와 자본주의 시민 민주주의 세력은 루이 16세의 국민의회 해산명령을 거부하고 테니스코트에 모여 새로운 헌법제정을 논의하는 테니스 코트의 서약(Tennis court oath)에서 절정에 이른다. 정치의 아마도 테니스 코트에서 테니스를 치듯이 좌와 우가 주고받는 변증법적 과정일 것이다.

미 연방 대법원의 낙태죄 판결에서 보여진 새로운 보수 회귀로의 조짐과 함께, 영국 보수주의가 무엇인가를 보여 주었던 보리스 존슨 수상의 사임과 윤석렬

정부의 지지율 하락이 대비되어 묘한 느낌을 갖게 한다.

필자가 폐북글을 굵적거리고 있는 가운데, 일본의 아베 수상이 피격되었다는 소식이 전해진다. 일본 최장기 총리를 지냈고 보수 우익 세력의 구심점이었던 아베 전 총리의 피격 소식에 일본 열도는 충격에 빠졌다. 아베 전 총리는 8일 오전 11시 30분께 일본 나라현 나라시에서 참의원 선거를 앞두고 가두 유세를 하던 도중 피를 흘리면서 쓰러졌다고 NHK와 교토통신등이 전했다. 우리 정부도 발빠르게 대응하였다.

외교부는 즉각 아베 신조 전 일본 총리가 사망한 것에 대하여 “유가족과 일본 국민에 깊은 애도와 위로의 뜻을 전한다”고 밝혔다. 윤 대통령도 일에 보낸 弔電에서 “일본 헌정 사상 최장수 총리이자 존경받는 정치가를 잃은 유가족과 일본 국민에게 위로의 뜻을 전한다”며 “아베 총리를 사망케 한 충격사건은 용납할 수 없는 범죄행위”라며 깊은 슬픔과 충격을 표했다.

좌파는 도그마와 위선에 빠지기 쉽다. 이에 비하여 어린 왕자와 같은 정신세계가 아집으로 굳어져 부패하기 쉽고, 이상과 과학을 통하여 화합할 수 있는 진보적 사상세계와 달리 궁정혁명이나 부왕 살해 등 과도한 경쟁으로 서로 반목하고 분열하기 쉬운 것이 보수의 비리이다. 그러한 한계를 극복하고 과학과 진보를 절충할 수 있는 자세가 요청된다.

일본 보수의 상징인 아베 수상을 그의 이름 한국 발음대로 배부른 어린 왕자라고 치부하면서 내심 그의 정치적 행로를 지켜보아 왔는데, 그것이 흥기에 베인 어린왕자 같이 되어 매우 안타깝고 유감이다. 일본과 국제정치에 남긴 커다란 족적에 경의를 표하면서, 그의 명복을 빌어야 하겠다.

좌우 얘기를 하다보니 우리 대학시절 친했던 조용천 동기와 국상종 동기가 상기된다. 사람과 인권이 하늘이라면 조용천은 일찍이 하늘의 뜻에 순응한다는 그의 이름대로 진보정당인 더민주당의 양심을 대변하고 있어 많은 사람들의 존경을 받고 있다. 국상종 동기는 불행하게도 일찍 세상을 떠났지만 나라의 상종가 같이 들리는 그의 이름처럼 법원의 판사로 재직하면서 상식과 공정, 바른 국가 시스템을 생각하였다.

어린 왕자, 천재적 음악가 모짜르트 같이 다가오는 보수 우파의 무드. 의로운 과학자, 모짜르트의 재능에 버금가지만 알려지지 않았던 살리에르 같이 다가오는 진보 좌파의 무드. 필자도 뜻한 바 있어 일찍이 미국에 유학하여 일반 로스쿨 과정이 아닌 법과학 연구과정(LLM/SJD)에서 공부하였다. 판사나 정치가로 성공한 어린왕자 같은 미국 옆집 로스쿨 졸업생(JD)들을 보면서, 비록 살리에르 같은 느낌이 들지만 법과학자로서 무엇인가 사회를 개혁하고 세대를 아우르는 초심을 잃지 말아야 하겠다고 생각하곤 하였다.

이제 나이가 환갑에 접어 들다 보니 평소 존경하였던 선배 인사들의 부고를 자주 접한다. 방학이 시작되고 여유가 생기다 보니 인생이 허무하다는 느낌이 자주 든다. 아침 나절 Andrea Bocelli의 Time to Say Goodbye라는 노래를 틀고 상념에 잠기다 보니, 선현들의 족적이 마음에 다가온다.

저녁이 되고 폐북글을 올리면서, 조용필의 바람의 노래를 듣는다. 나훈아의 공(空)이라는 노래를 통하여 술 한잔 담배 한개비, 일장춘몽의 인생교훈을 배우면서, 폐북글이 바람의 노래처럼 폐친들의 마음에 다올까 조심스럽다. 이래서 진보 좌파 스승들이 시나 소설 등을 배움의 교재로 사용한 것은 아니었을까?

구글이나 마이크로 소프트와 같이 大衆化되어 있지는 않지만 모질라와 파이어폭스는 유명한 컴퓨터 관련 회사이고 웹브라우저이다. 오른쪽 왼쪽 이야기를 하다보니 두 소프트웨어 관련 이름이 새삼스럽다. 진보와 과학의 선생님들은 모질라와 같이 모자란다 모자란다 분발을 촉구한다. 한편 파이어폭스, 불여우 같은 이미지는 엘리먼트(element)와 승화를 주장하는 보수 우파 같은 느낌이다. 모질라와 파이어 폭스, 진보와 보수는 이제 상대편을 돌아 볼 때이다.



10. 하버드대학의 공부벌레와 예일 까마저(Yale K.)

오랜만에 대가족이 되어 2박 3일로 가족 바캉스를 다녀왔다. 미국에서 온 2 처제를 비롯하여 조카 3, 장인어른과 장모님을 포함하여 한국 식구 6 및 필자와 아내까지 도합 13 명이 강원도 양양 설해원으로 2박 3일 여름휴가를 다녀 온 것이다. 오랜만에 즐거운 여행이었지만, 가현이가 갑자기 뉴욕에 바쁜 스케줄이 생기는 바람에 합류하지 못하여 약간은 아쉬운 여행이었다.

70년대 마약 검사로 이름을 날린 하일부 장인어른과 장모님이 8순을 넘은 연세임에도 정정하신 편이어서 가족들은 모두 행복하게 생각하고 있다. 한참 성장기의 조카들을 보니 가족 모임을 자주 가져야 하겠다는 생각과 함께 2박 3일의 휴가가 귀하게 다가온다. 대학시절 추억이 남아 있는 오색약수터의 더덕 막걸리는 옛 추억을 상기시킨다. 얼마전 작고한 윤성근 선배님은 한국의 법치주의를 위하여 분투한 훌륭한 선배님이였다.

그 시절 함께 근무했던 공군 제 8 전투비행단이 소재한 강원도 횡성과 양양 등지에는 버섯전골이 유명하다. 가족들과 버섯전골로 점심을 하면서 새삼 人生의 무상함을 느낀다. "산천은 의구한데 인걸은 간데 없다"라는 선조들의 고언이 딱 들어맞는 시간이었다.

돌아오는 길에 길게 늘어선 주말의 귀가행렬을 보면서 하루 빨리 코로나가 완전히 종식되고, 물가 폭등 등 경제불안으로부터 경제가 되살아나기를 기원해 본다. 귀가 버스속 TV에서는 전 정권 국정원장들을 탄핵하는 목소리가 들려온다. 2명의 탈북자 어민들을 동료 십수명을 살해한 흉악범이라는 의심하에 북측에 넘겨 얼마 뒤 처형당하게 하였다는 비인간적 처사가 세상의 관심사가 되었다.

마치 사형장에 끌려가는 죄수와 같이 판문점 군사분계선 북측으로 내쳐지지 않으려고 저항하는 모습을 담은 사진들이 사람들을 자극한다. 시민들은 살인죄나 과실치사죄 등을 말하면서 당시 책임자들을 세월호 사건의 이준석 선장 같은 케이스로 느끼는 듯 하다.

전 정권 정의용 국가안보실장은 국제법과 관련 법령에 따라 합법적으로 공무를

집행한 것이라고 주장하는 한편, 북측의 압력 또는 친북외교노선 같은 비난을 의식하였는지, 북송결정은 우리 정부의 주체적 결정이었고, 그와 관련하여 아무런 북측의 요구가 없었다고 해명하였다. 민사배상법에서 논의되는 이사의 경영판단기준이나 과실책임이론 유사한 성격의 문제가 살인 또는 과실치사 등 刑事法 次元에서 발생한 느낌이다.

사안은 탈북민의 헌법적 지위, 난민 인정 여부 등 국제법상 지위, 헌법이나 국제법상 북한의 법적 지위, 헌법과 국제법간 법의 위계 문제, 국제법상 국내법의 국제법에의 일치 의무, 국가관할권, 범죄인인도와 관련한 국제관습 등 다차원적이고 복잡한 법적 문제를 내포하고 있다.

헌법과 법률은 물론 국제법 문제들도 잘 검토하여 국제사회로 부터 최소한 무식한 국가라는 비아냥은 받지 말아야 하겠다. 매년 국제법 문제로 일본 정부와 관계가 경색되었던 것을 거울 삼아 정부의 분발이 요구된다. 윤석열 정부의 출범 후 몇 개월 지나지 않은 지금 벌써 전 정부와 현 정부간 갈등과 대립이 현실화 되고 있다. 지정학적으로 중국이나 북한과 친하려는 전 정부의 외교정책, 소위 북방정책을 무조건 나무랄수 만은 없다.

또한 남북한의 갈등과 북한의 핵위협 속에서 국가의 생존을 위하여 혈맹의 한미 관계, 우호적이고 협조적인 한일관계를 지향하는 현 정부의 남방정책 역시 당연한 것이다. 이러한 두 정권의 차이는 이번 북송어민 문제를 바라보는 시각에도 영향을 미친다고 아니할 수 없다. 한편 검찰수사가 진행되면서, 북송행위와 사망간 인과관계나 고의나 과실 여부와 같은 행위자들의 유책가능성(culpability), 正當行爲에 의한 위법성 조각 등 다양한 형사법적 문제들이 떠오르고 있다.

예컨대 십수명을 잔혹하게 살해하여 어차피 중형을 선고받을 자들이므로 강제로 북으로 인도한 것과 그들이 처형당하여 살해된 것과는 살인죄 성립에 필요한 법상 인과관계가 인정되지 않는다는 주장이 있을 수 있다.

반대설은 3개월 뒤면 죽을 말기암 환자라 하더라도 그 자를 살해한 경우 다른 사람을 살해한 경우와 같이 살인죄가 성립한다고 반박할 것이다. 한편 흉악한 살인행위를 인정할 직접적 증거가 없거나 귀순의향서나 귀순의사 번복 등 관

런 증거들에 관하여도 의견이 다른 것 같다.

어쨌거나 검찰 관행상 살인과 같은, 소위 개인적 법익을 침해한 부분 범죄가 인정되지 않거나 법적으로 의미가 작다고 평가되는 경우, 공문서 삭제 행위 등 다른 법익에 관한 범죄에 수사를 집중하거나 기소할 가능성도 있다.

이런 저런 상념 속에 “하늘이 무너져도 정의는 세워라“라는 대학시절 법과대학 현수막이 불현듯 마음 속에 떠오른다. 앞서 간 윤성근 선배와 일선 현장의 검사나 사법경찰관리, 은퇴한 장인 어른까지 우리 사회의 인권과 공정의 가치, 신뢰할 수 있는 사법시스템을 위하여 수고하신 여러분들은 진정한 애국자였다.

법치주의는 명확한 법적 기준이 제시되어 집행관이 법을 집행함에 있어 장애가 없어야 한다. 이를 우리는 Bright-line rule(or bright-line test)이라 하는데, 미 연방헌법 해석을 둘러싸고 발전된 원칙이다.

이 원칙에 따르면 법은 명확한 규율과, 법적 기준 등 객관적인 요건들로 구성되어야 하고, 구구한 해석의 여지가 없어야 한다. 따라서 동 원칙에 따르면 법 집행에 있어서 예측가능하고 일관된 결과를 가져 올 수 있어 시민에게 法的 安定성을 보장할 수 있다.

Bright-line rule은 법치주의를 수호할 책임이 있는 의회와 법원에 의하여 발전한다. 법원은 선례를 통하여 법의 일관성과 예측가능성을 보장하며, 의회는 필요한 법률을 제정함으로써 법치주의를 수호한다. 이에 대하는 개념이 형량원칙(balance test) 또는 Fine-line test라 불리우는 것이다.

동 원칙에 따르면, 여러 가지 관련 요소들을 비교 형량하게 되는데, Bright line rules에 비하여 객관성이 적고 모순 저촉되는 결과가 나오기 쉽다. 우리가 잘 아는 미란다 테스트(Miranda v. Arizona, 1966)가 Bright-line rule이 확인된 대표적 예가 될 수 있다.

동 사건에서 다수의견은 “구속피의자를 심문하기 전에 법집행관은 형사피의자에게 미란다 권리가 있다는 것을 고지하여야 할 의무가 있다”라고 판시한 바 있다. 미국에서는 헌법해석에 있어 bright-line rules를 선호하는 학자들과 刑

量原則을 선호하는 학자들간 논의가 활발하다. 예컨대 안토닌 스칼리아(Antonin Scalia)대법관은 전자를 선호하는 대표적 법학자이자 대법관이다. bright-line rules에 대하여는 과도하게 단순한 법원칙으로 인하여 不正義한 결과가 나올수 있다는 비판이 있다.

한편 형량이론을 지지하는 스테픈 브라이어(Stephen Breyer)대법관은 "지속적으로 변화하는 인간 생활로 인하여 어떠한 법원칙도 완전한 것은 아니다"라고 하면서, bright-line rules를 적용하는 것이 부적절한 경우가 있다고 한다.

다른 법 영역에 비하여 형사법 영역에서는 우리의 죄형법정주의나 명확성의 원칙 같이 Bright-line rule의 의미가 보다 중요한 의미를 갖는다. 앞서 본바와 같이 법치주의의 두 축은 의회와 법원이라 할 수 있다. 의회는 추상적 성격의 입법작용을 통하여, 법원은 선례를 통하여, 법치주의를 수호한다.

“의심스러울 때는 피고인의 이익으로”라는 격언도 있듯이, 범죄인에 대한 형사 처벌은 의회제정법률에 의해서만 가능하다. 또한 그 문언은 Bright line rules 처럼 명확하여야 한다. 모호한 경우에는 피고인에게 이익이 되는 방향으로 해석하여야 한다.

웨이인 라파브(Wayne R. LaFave)는 미란다 원칙의 아버지(Father of Miranda)라 불리는 Yale Kamisir, Jerold Israel 등과 함께 100개 넘는 미 로스쿨의 400,000이 훨씬 넘는 학생들에게 읽힌 형사소송법 교과서 저자이자 형사법학자이다. 또한 형사절차에 있어 bright-line rules의 필요성을 가장 강력하게 주장하였다. 그는 押收 · 搜索에 관한 수정헌법 제 4조에 관한 대표적 학자인데,

“수정헌법 제 4조는 위법수집증거배제의 원칙(exclusionary rule)하에서 법집행관이 법을 집행하는 현장에서 즉시 적용될 수 있을 정도로 명확할 것을 요구하며, 법집행관의 법집행을 매일 매일 일상적으로 규제하기 위하여 제정된 것이다”라고 하였다.

나아가 “만일(ifs), 그리고 (ands), 그러나 (buts) 같은 문구에 의하여 한정되거나 미묘한 뉘앙스 또는 특정 전문인만이 구별할 수 있는(hairline

dinstinctions)고도의 현학적 법원칙이나 법요건은 법을 좋아하는 모든 법률가들이 열성적으로 추구하는 知的 結果物(heady stuff)일 것이지만,

현장의 법집행관에게 문리적으로 명확하지 못하여 법적용이 불가능할 수 있다”고 지적하였다(McLetchie: The Case for Bright-Line Rules in Fourth Amendment Jurisprudence: Published by Scholarly Commons at Hofstra Law, 2001 HOFSTRA LAW REVIEW).

이번 북송어민 사건이 전 국민의 관심속에 수사가 진행되고 있다. 법을 공부하고 현실에서 실천하는 법률가들이라면 Benjamin Cardozo 대법관이 말한대로 쉬운 사건과 어려운 사건을 구별하는 것이 사무실 업무관리의 기본이라는 사실에 동의할 것이다. 매일 매일 처리되는 수도 없는 향군법 위반사건이나 교통법칙금 부과사건과 증거가 확실하지 않거나 법리상 다툼이 많아 수년이 걸려 마무리되는 살인 사건을 잘 감별하여 시간관리를 할 필요가 있다.

이번 북송어민 사건은 법리상 다툼의 여지가 많은 사건으로 발전할 가능성이 크다. 또한 정치적으로 의심을 살 수 있는 사건이라 Bright-line rule이 적용되기 어려울 것이다. 따라서 다른 사건보다 경솔한 판단이나 기소는 경계하고, 여러 요소를 비교 형량하여 오로지 법과 양심에 따른 결정으로 나아가야 할 것이다.

법치주의는 시민은 물론 우리의 정치적 대표기관인 議會와 法院이 함께 지켜나가야 한다. 이번 윤석열 정부에서는 대법관의 대폭적 물갈이가 있을 것이라 한다. 필자의 연수원 동기나 대학 동기들도 물망에 오르고 있다.

차제에 정치적 다수라는 이유만으로 위헌적 성격의 법을 만드는 의회는 스스로 돌아보고 반성할 필요가 있다. 또한 소신있고 식견이 풍부한 올곧은 대법관을 임명하는 것은 법치주의의 출발점이 될 것이다. 잠시 눈을 감으니 마치 도살장 앞의 소 같은 북송어민의 처절한 몸부림이 상기되면서, 이준석 선장과 전 정권 국정원 고위관리들이 대비되어 떠오른다.

“도착했어요”라는 버스 기사 안내 멘토에 이래 잠을 깨었다. 무더위 속에도 북송어민 수사에 여념이 없는 검찰과 경찰의 수고에 격려를 보내는 바이다. 글

을 마치다 보니 위법수집증거 배제의 원칙을 가르치신 Yale Kamisir 교수님과 Jerold Israel 교수님의 이름이 새삼스럽다.

우리 시절 하버드대학의 공부벌레(원 제목은 paper chase이다)라는 드라마가 있었다. 드라마 중에는 미네소타출신으로 지역 로스쿨에 다닐까 하다 하버드 로스쿨로 방향을 결정하였다는 하트에서 시작하여 포드, 엄한 이미지의 킹스필드교수 등 우리에게 친숙한 인물들이 등장한다.

수업을 배경으로 JD과정(법학 최초학위로 first degree in law라 불리운다)학생들의 생활을 드라마화한 것이다. 드라마에도 나오지만 미 로스쿨 로 리뷰(Law Review)는 다른 학술 잡지와 달리 학생들이 운영하고 편집을 주도한다. 소위 student-run이다.

또한 LL.M이나 JSD 또는 SJD(법학 최종학위로 terminal degree in law라 불리운다)학위 없이 JD 졸업 후 고위직 법관 서기(clerkships)를 거쳐 바로 법학 교수를 하는 경우가 대부분이다. 예컨대 Wayne L. LaFave 교수님과 공저자로 형법을 저술한 Austin W. Scott Jr. 교수님은 드라마 속 하트나 포드 같이 하버드 로스쿨 JD 학위자로 교수 생활을 시작하였다. 반면에 LaFave 교수님은 필자와 같은 학교에서 SJD 학위를 하였는데 異例적인 경우이다.

때문에 LL.M이나 SJD과정의 학생은 학생이라기 보다는 방문학자 아니면 교수 같은 기분이 들기도 한다. 반대로 미국 로스쿨 교수들은 교수를 하고 연구를 하면서 그러한 학위과정학생 같은 기분을 가질 것이다. 그리고 로스쿨 졸업후에도 교수를 하면서 동료애를 잃지 않는다. Yale Kamisir 교수님은 콜롬비아 대학 로스쿨 출신으로 퍼스트 네임이 예일이고 라스트 네임이 까마저이다. 마치 예일 로스쿨 출신 친구에게 마저 까라고(더 열심히 하라고)격려하는 느낌이다. 그런데 올해 1월에 93세를 일기로 타계하셨다 한다.

교수님은 평생 미시간대 로스쿨 교수로 학문 활동을 하셨는데, 2004년 Ruth Ginsburgh 대법관은 추모사(Tribute to Yale Kimasir)에서 “그를 빼고는 미시간대 로스쿨을 생각할 수 없다”라고 교수님의 큰 족적을 기리고 있다.

우리에게 친근한 풍만한 가슴의 미란다 커라는 이름의 연예인도 있지만, 미란

다는 미국의 50개주와 풍성함을 느끼게 하는 이름이다. 그가 천착한 미란다 원칙은 여전히 연방정부는 물론 미 50개주 정부와 경찰이 지켜야할 헌법 및 형사법 원칙이다. 지면을 빌려 삼가 예일 까마저 교수님의 명복을 빈다.

공저자인 제롤드 이스라엘(Jerold Israel)교수님은 예일대 로스쿨 출신이다. 퍼스트 네임은 마저 까라는 까마저 교수님에 답하듯이 저 사람 役割을 드시겠다는 의미가 아닐까? 라스트 네임인 이스라엘은 현명한 군주이자 우리를 위해 희생하신 주 예수의 나라이다. 라파브, 까마저 교수님과 함께 평생 법학에 천착할 법학자의 이름으로는 안성맞춤이다.

1~2년 후 연구년을 받아 미국을 방문할 계획을 가지고 있어 가끔 미 로스쿨로 유학하던 시절이 회상된다. 미 로스쿨 LL.M/SJD과정에서 교수님들과 어깨를 나란히 하면서, 마치 하버드 대학 공부벌레 제 2탄(paper chase II)같은 기분으로 공부할 수 있는 기회를 주신 Laurence Church 교수님께 이 기회를 빌어 감사드린다.



11. 설록 흠즈와 설록 흠즈의 라이벌

나이가 들어 눈이 침침해 지면서 글 쓰는데 자신감이 없어지고, 무슨 글이라도 쓰는 날이면 아파트 주차장에 붙여져 있는 ‘바른 국어 사용 바른 국어 이해’라는 양로원 교양 프로그램 소개 포스터가 새삼스럽게 다가오기도 한다.

2학기 개강 준비를 하면서 돌아 본 세상의 風景은 요지경 속이다. 말을 잘못하여 구설수에 오르거나 화를 입는다는 뜻의 설화라는 옛말이 있지만, 말이 ‘어 다르고 아 다르다’는 것이 느껴지는 요즘이다. 장마가 계속되면서 물난리가 나 국민의 근심이 쌓이는 와중에 수해 현장을 방문한 한 의원이 “사진 잘 나오게 솔직히 비가 왔으면 좋겠다”고 말한 것이 세인들이 원성을 사고 있다.

수해 현장을 방문한 처지에 비가 오지 않으면 방문의 의미가 작아진다는 의미겠지만, 수재민을 걱정하는 진심은 어디 가고 자신은 의원 역할을 충실히 하고 있다는 대 국민 쇼를 하고 있다는 내심이 그대로 드러난 것이다. 더욱이 앞에 ‘솔직히’ 라는 말까지 붙여 빼박, 소위 빼도 박도 못하게 되었다.

한편 검수완박법을 놓고 한동훈 장관의 현 법무부가 시행령을 통하여 검찰의 수사권 일부를 원래대로 환원시키겠다고 하면서, 여야간 정쟁으로 비화하고 있다. 소위 검수완박법(공식 법명은 검찰청법 일부개정안), 즉 검찰의 수사권을 완전히 박탈하겠다는 전 정부의 형사정책과 이를 위한 국회법률이 도마 위에 서게 되었다.

논의의 단초는 법률의 문언 의존명사인 ‘등’과 ‘중’을 둘러싸고 시작된다. 이도 역시 말이란 어와 아가 다르다는 것을 보여 준다. 법은 명확하여야 한다. 법이 지향하는 이념은 시민에게 법적 안정성(legal stability)과 예측 가능성(predictability)을 부여하는 것이라 할 수 있다.

그럴 때에 비로소 자의적 법률과 그 집행으로부터 자유로울 수 있고, 사업을 한다거나 어떠한 행위로 나아갈 때 예측 가능하다. 해외투자를 하려는 기업의 입장에서, 그 나라의 헌법과 법률이 모호하여 투자 후에 자신의 재산이 强制收用 당하고 정당한 보상도 받지 못할 것을 우려한다면 그 나라의 법은 문명국 법이라 할 수 없다.

따라서 이번에 개정된 법률은 글자 하나를 두고 다툼이 벌어지고 있는 것은 어찌면 당연하다. 어쨌거나 법리상 다툼 이전에 국어의 사전적 의미부터 문제된다. 이러한 성격의 법리 다툼은 우리나라만의 현상은 아니다.

문화전쟁이라는 말도 있지만 법문화를 기준으로 세계의 法文化圈을 분류해보면, 대륙법계와 영미법계 국가들이 다수를 이루고 있다. 법은 구체적 집행을 위하여 문언 의미의 해석을 필요로 한다.

미국 사회문제의 하나로 총기사고를 들 수 있는데, 연방정부나 주정부의 노력에도 불구하고 완전하게 총기 소지를 규제하는 법을 제정·시행하지 못하는 이유 중 하나가 수정헌법 제 2조 규정(second amendment)때문이다.

수정헌법 제 2조는 문장 컴마에 따라 여러 버전이 있는데, 미 대법원이 District of Columbia v. Heller 사건에서 사용한 버전은 콤마가 4개인 버전이다. 즉 "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."

1791년 비준 당시 매릴랜드 주 등 일부 주가 비준한 버전은 첫 번째 콤마 또는 두 번째 콤마가 생략되어 있다. 한편 뉴욕, 펜실베이니아, 싸우쓰 캐롤라이나 등 다른 주들은 대문자를 사용하거나 컴마를 하나만 사용하고 있다.

즉 "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." 한편 뉴저지주 버전은 문장에서 아무런 컴마를 사용하고 있지 않다.

수정헌법 제 2조와 총기소지 규제문제는 비단 컴마 문제만은 아니고 여러 정책적 문제를 가지고 있다(이번 시행령 분쟁도 문리 문제와 함께 정책적 문제랄지 해석에 있어 입법연혁을 고려할 필요가 있는 등 동일한 성격의 문제라 할 수 있다).

어쨌거나 수정헌법 제 2조 문제는 200여년전 헌법조항을 둘러싼 문제이지만,

2007년 Parker v. District of Columbia 사건에서 연방정부가 소재하고 있는 콜롬비아 특별구에서 총기소지를 금지하고 있는 연방법률에 대하여 콜롬비아 특별구 연방항소법원이 위헌선언을 하는 등 여전히 법리상 다툼이 치열하다.

여러 버전에 남아 있는 모호한 컴머로 인하여 두 문구간 관계가 무엇인가가 법리 다툼의 중심(comma debate)에 서고 있다. 즉 수정헌법 제 2조 시민의 총기소지권한이 자유로운 주정부를 보장하기 위하여 조직화된 전시상태를 유지하는데 필요한 범위내에서 인정되는 것인가?

아니면 자유로운 주정부를 보장하기 위한 목적의 조항이므로 그를 위하여 시민은 모든 경우에 당연히 총기를 소지할 수 있다는 의미인가?

만약 전자의 의미라면 스킵 슈팅(skeet shooting), 야생동물을 사냥하기 위한 사냥총, 공적 장소에서 시민을 위협하는 준 자동 소총 같은 무기는 그 소지가 헌법상 보장되지 않을 수 있다. 그러나 수정헌법을 후자로 이해하면 주 정부의 자유를 보장하기 위하여 시민(대부분 각 주 시민이겠지만 연방헌법에서 사용하는 people이라는 말은 미 연방 시민 전체를 의미한다)의 총기소지 권한을 헌법에서 보장하고 있으므로 어떠한 상황에서도 시민은 총기를 소지할 수 있는 권리가 보장된다고 보아야 한다.

영국으로부터 독립하기 위하여 동쪽 13개주가 동맹을 맺은 상태이지만 언제 동맹이 와해될지 모르는 상황에서 주정부의 독립과 자유는 20세기 초 제국주의와 월슨의 민족자결주의, 국제법상 국가의 독립과 자유 문제에 비견될 수도 있다.

요컨대 法文은 컴머로 인하여 다의적 해석이 가능하여 “주정부의 정체성을 보장하기 위하여 개인의 총기 소지권한이 침해 되지 않는다”는 의미가 될 수도 있고, 아니면 “주정부의 자유를 보장하기 위한 주 정부의 정체성이 침해 받지 않는다”는 의미가 될 수도 있다는 것이다.

후자라면 당연히 시민의 총기소지 권한은 최소한 연방헌법적 차원에서는 절대적으로 보장될 것이고, 반대로 전자라면 개별 시민이 문장의 주체가 되므로, 주정부의 정체성을 위하여 필요한 경우인지 살펴 총기 규제가 합법적인가를 판단하여야 한다. 수정헌법 제 1조에서 10조 소위 인권장전(Bill of Right)라 불

리우는 인권장전은 시민의 권리 보호를 위한 규정이어서 전자로 이해하는 것이 문리상 타당하지만, 컴머로 인하여 주 정부의 정체성이 주어가 될 수 있다.

물론 이러한 헌법 해석상 혼란은 미국의 연방시스템으로 인한 것이다. 지금도 그렇지만 특히 초창기 미 연방헌법은 시민민주주의 혁명으로서의 성격을 갖는 독립전쟁에서 승리하고 헌법을 제정함에 있어 새로운 민주공화정을 수호하고 연방과 주간의 관계를 정하는 것이 중요하였다.

사실 미 헌법에서는 연방정부가 주 정부의 민주공화정을 보장하여야 한다는 조항도 삽입되어 있고, 실제 주 정부의 소요 사태시 연방군을 파견하여 이를 진압한 사례도 있는데 이를 연방화(federlization)라 한다.

또한 연방헌법 체계내에서 주정부는 연방정부와 同一한 法人格者이다. 법인격으로 인하여 헌법상 일정한 권리와 의무의 주체가 된다. 따라서 수정헌법 제 2조도 개인인 시민의 권리로만 볼 근거가 없고, 이에 컴머로 인하여 법문의 의미가 모호해진다.

그로 인하여 친 총기소지자들과 총기소지에 반대하는 그룹간에 전쟁 같은 싸움이 끊이지 않는다. 언젠가 보수 우파는 국가와 시스템을 사고의 시작으로 하고, 진보 좌파는 사람과 인권을 사상적 근원으로 한다고 하였지만, 그래서 지난 대통령 선거시 보수 우파 트럼프 지지자들의 총기소지(사진에서 보듯이 의사당 앞에 텍사스 주 목장 같이 되어 버린 의사당 난입사건도 마찬가지이다)와 수정헌법 제 2조가 전혀 무관한 것이 아니다.

따라서 진보 좌파의 경우 총기 사고가 터질 때마다 매번 공격용 무기의 금지(assault weapons bans), 총기허가제(gun licences), 배경 통제(background checks)등 아마도 모든 무기 소지를 전면적으로 금지하는 제도 개혁을 주장하고 있다.

반면 보수 우파의 경우 “대 미합중국 헌법이 규정한 바에 따라 연방시스템하에서 주 정부는 주권적 존재로서 기본적으로 잘 정비된 군사체제이며, 이를 위하여 시민의 총기소지는 절대적으로 허용되어야 한다”라고 하면서 역사적으로 되풀이 되어 온 주장을 굽히지 않고 있다.

이들에게 미합중국은 주권적 존재인 주정부가 모여 만든 것이며, 연방정부는 콜롬비아 특별 자치구에 모여 있는 작은 실체로 느껴지기도 한다. 작년 대선 후 미 연방의사당 난입사건과 같이 부정선거라는 확신에 따라 미국을 하나의 국가로 보는 것을 포기하고, 주정부만이 국가이며, 미국은 유엔이나 EU 같은 국제기구나 초국가기구처럼 주정부의 편의를 위한 체제로 격하하고 國際法上 交戰權을 행사하는 국민과 같이 행동하기도 한다.

그런데 실제로 미 연방의 경우 연방법의 우위를 규정한 헌법 제 6조에도 불구하고, 주마다 주 헌법이 있고 시민의 법률생활에 있어 실제 주법이 절대적이고, 주가 현실적으로 자신의 생활 터전이 되고 있는 상황에서 수정헌법을 바라보는 보수 우파의 시각을 무시할 수는 없다.

다만 잦은 총기 사고와 19세기 중엽 남북 전쟁 이후 가속화된 미합중국의 합중국으로서의 국가적 정체성이 진전된 이때에 초창기 외적의 침입으로부터 미국을 보호하기 위하여 실제 전투 세력인 주정부의 눈치 속에 각 주의 정체성을 보장하기 위하여 삽입된 수정헌법 제 2조를 아직도 보수적으로 해석할 필요가 있는지 반대하는 진보세력의 압력도 상당하다.

요컨대 법해석에 있어 구구하지 않도록 제정법의 문언은 명확하여야 한다. 그러나 그것은 현실세계에서 쉽게 달성되지 않는다. 그래서 법의 정신(The Spirit of Law)을 저술한 몽테스키외는 제 3의 권력으로서 법적 분류를 전제로 법을 해석하고 확인하는 사법권이라는 독특한 권력작용을 말하였고, 이를 추상적 규범하에서 법을 집행하는 집행권 또는 행정권과 구별하였다.

시민민주주의 혁명은 시민을 군주를 대체하는 국가의 주인으로 바꾸어 놓았지만, 개인인 시민은 힘이 없는 존재일 뿐이다. 단두대, 즉 길로틴(guillotine)으로 상징되는 절대 권력에 대한 두려움은 수정헌법 제 8조 잔혹 형벌 금지의 원칙에서도 알 수 있듯이 헌법의 아버지들의 정신세계였다.

우리의 촛불시위나 이전 미 의사당 난입사건 같이 폭력적으로 힘을 느끼기도 하지만, 시민은 정치적 통일체로서 학문적 세계에서나 자신들의 힘을 느낄 뿐이다. 시민민주주의 사회 좋지만, 결국 이전 군주제 시절에 비견해 보면 간신히 수 밖에 될 수 밖에 없는 것이 힘없고 파편화된 시민의 현실이다.

따라서 국가권력을 삼분하여 상호 독립시키고 견제하도록 할 필요가 있다. 그래서 자신의 인권보장을 위한 국가시스템을 만들 필요가 있다. 분립된 삼권을 행사하는 입법부, 집행부, 사법부는 민주주의와 법치주의를 수호하는 첨병이자 시민의 정치적 대표기관이다.

요컨대 남북 전쟁 당시 링컨이 주장하였듯이 대통령도 최고법원과 동등하게 연방헌법을 해석할 권한이 있다고 하면서 남북전쟁으로 나아갔지만, 평상시에 司法府는 법해석에 있어 최종적 권위를 갖는다 할 수 있다.

우리의 경우 2원화된 사법부, 즉 2개의 최고법원을 가지고 있다. 최근 헌법재판소와 법원간 법률해석권을 놓고 갈등이 있다는 보도가 있었다. 검수완박법도 그렇지만 이는 해묵은 분쟁이다. 헌법재판소가 다양한 유형의 변형결정을 통하여 헌법재판시스템을 선례로 구축한 것에 대하여 법원은 헌법재판소는 위헌과 합헌결정만을 할 수 있을 뿐, 자신이 스스로 법률을 해석하고 그러한 전제하에 위헌과 합헌을 말하는 것은 헌법이 보장한 대법원의 법률해석권을 침해한다고 주장한다.

헌법재판소의 결정은 헌법과 법률에 따라 즉시 모든 국가기관을 기속하는 기속력을 갖지만, 입법부가 헌법재판소 결정에 합치하는 법개정을 늦추거나 방기하는 경우도 없지 않다. 이때에 법률을 집행하는 행정부는 남감한 처지에 빠질 수 있다.

이에 헌법이 규정하고 있는 4권이 제각기 마이웨이로 나아갈 수 있다. 권력을 분립 견제토록 하여 자신의 인권을 보장받으려던 시민의 입장에서 과도한 권력간 견제로 인하여 오히려 역효과를 감수해야 할 수도 있다. 이렇듯 모든 국가기관은 법을 만들고 법을 해석하고 확인하거나 집행하는 과정을 가지므로 입법자는 법제정에 있어 신중하여야 한다. 독일의 한 법학자가 지적하였듯이 성문 제정법률 단어 3개가 바뀌면 도서관 법서 수천권이 바뀐다고 하였다. 법이나 법학에 있어 법문언의 명확성과 立法者의 역할이 중요하다는 것을 웅변한다.

이번 법무부 시행령 사안도 그렇지만 법해석에 있어 제 1 원칙은 문리해석의 원칙(Plain language rule)이다. 야당이 주장하는 축소해석 등 논리해석이나 입법연혁을 참조하여야 한다는 주장은 문언의 의미가 모호하여 해석이 多岐할

수 있는 경우에 이용된다. 따라서 법문의 사전적 의미가 법을 해석하는데 있어 가장 우선이 된다 할 수 있다.

예컨대 낙태되는 임신한 여성이나 그 촉탁을 받은 의사가 태아를 인공적으로 제거하는 행위를 범죄 성립을 위한 구성요건으로 한다. 그런데 여성의 사생활의 자유 침해가 문제되어 법원이 동 조항에 대한 위헌여부를 심사함에 있어 태아의 생명권 침해 역시 함께 문제된다.

이때 생명(life)의 사전적 의미가 문제되고, 역사적으로 태아를 바라보는 시각 등을 함께 고려하여 생명의 의미를 법적으로 정의한다. 즉 생명권의 주체로 볼 수 있는 시기가 임신후 언제부터인지, 다시 말하면 언제부터 법적으로 보호하여야 할 생명인지 아니면 아직 생명이라 할 수 없는 단순한 태아에 불과한지 (life or fetus)여부를 가려야 하는 것이다.

다른 예를 들어 보자. 민사법상 자연인과 법인은 권리와 의무의 주체가 된다. 따라서 사망한 자는 자연인으로서 권리 의무의 주체가 되지 못한다. 한편 상속법에서는 자연인인 피상속인의 사망으로 상속이 개시된다. 이러한 경우들에 제하여 사망시점을 법적으로 확정할 필요가 있고, 법원과 같이 법을 유권적으로 해석하는 주체는 의학적으로 사망 시점에 관한 심정지설, 뇌사설 등을 참조한다.

사람을 범죄행위의 객체로 하는 살해죄의 성립이나 기수와 미수의 구별 문제 같은 경우도 동일하다. 즉 사람의 사전적 의미를 전제로 이를 법적으로 확정해야 한다. 사람의 사전적 의미는 살아있는 인간이라 할 수 있다.

이때 사망의 시점을 통설적 견해인 심정지설이 아니고 뇌사설에 따른다고 가정해 보면, 살해의 고의를 가지고 뇌사 상태에 있는 식물인간의 호흡기를 제거하는 것은 이미 죽은 자를 객체로 한 행위로 형법상 살인죄의 객체인 사람에 대한 살해 행위가 아니어서 살인죄가 성립하지 않거나 최소한 살인죄의 기수로 처벌받지는 않는다.

“개인의 생명·재산 보호 및 공공의 안전 보장을 위한 검찰의 國家刑罰權은 그 행사에 있어 공정성과 객관성을 담보해야만 국민의 신뢰를 획득할 수 있음

에도, 검찰의 국가형벌권 행사에 있어 공정성과 객관성이 담보되지 못하고 있고 검찰의 제 식구 감싸기식 수사와 기소는 끊임없이 되풀이되고 있는 현실에서 수사권과 기소권 이원화는 민주 국가 사법 체계의 기본이며 수사권과 기소권을 분리하여 비대해진 검찰 권력을 축소하는 것은 오래된 시대적 과제라는 인식하에, 현행 「검찰청법」상의 6대 중대범죄에 대한 검찰의 수사권한 규정을 삭제하고, 공소 제기 및 유지를 전담하는 기관으로 검찰의 위상을 재정립하여 국가형벌권의 공정성과 객관성을 제고하고 형사사법체계에 대한 국민의 신뢰를 회복하고자 한다”는 웅대한 포부로 시작한 검수완박법이 법해석과 시행령을 통한 검찰권 복원의 문제로 홍역을 앓고 있다.

한 장관은 “검수완박 법안 내용에 부패·경제 범죄 등 대통령이 정하는 범죄에 대해서 검찰이 수사할 수 있다고 규정된 만큼, 법에 위임한 수준에서는 대통령령을 통해 검사의 범죄 수사 범위를 넓힐 수 있다”고 하면서 “현실에 전혀 맞지 않는 규정이라 폐지하는 것이 맞다”라고 밝혔다.

국가시스템으로서의 權力分立의 原則과 국가 이념으로서 인간의 존엄성, 인권 보장에 대하여 말하였지만, 이번 검찰청법 개정과 시행령 대응은 입법부와 집행부간의 갈등 양상이라 할 수 있다. 1930년대 뉴딜 정책과 브라운로우 위원회(Brownlow Committee)영향으로 미 합중국이 적극국가 행정국가화 하면서 의회는 중요한 원칙만을 정하고 집행과정에 필요한 구체적 문제들은 행정부에 위임하면서 집행부가 입법부와 같이 이번 시행령과 같이 추상적 성격의 법규를 정하는 경우가 많아졌는데, 1970년대 이르자 행정부의 법규정립작용이 홍수란 표현이 어울릴 정도로(deluge of adminsitratibe rules)급증하였다.

이에 미 의회는 행정부의 법규정립 작용이 위임된 원칙에서 일탈하거나 권한을 초과하였는지 사후에 심사하고 통제하기 시작하였다. 이를 立法的 拒否라 하는데, 입법적 거부(legislative veto)는 미국과 같이 3권분립에 바탕한 시민민주주의 국가와 군주제 국가에서 다른 의미로 사용되고 있다.

군주제 국가에서는 군주의 권한으로 권력분립에 바탕한 헌법에 따라 민주주의를 채택하고 있는 국가는 의회의 권한으로 받아들여지고 있다. 군주제의 경우 입법적 거부는 통치자인 군주가 의회의 결정을 무력화할 수 있는 권한으로 이해된다.

역사적 사례로 프랑스 대혁명기 국민의회 결정을 당시 프랑스 군주가 거부한 예를 들 수 있다. 입법적 거부는 양원제 의회를 가진 의원내각제 정부 체제하에서는 상원(예컨대 캐나다 상원의 경우와 같이)이 일정한 입법안에 대하여 이를 거부할 수 있는 권한으로 사용되고 있다.

헌법국가이자 대통령제인 미국의 경우 행정부와 입법부간 권력이 엄격히 분립되어 있고, 이때에 입법적 거부는 이번 사안과 같은 행정부의 시행령 등 행정부의 조치나 결정에 대하여 이를 무효화 시킬 수 있는 의회(양원제 하에서는 상원이나 하원)의 권한을 의미한다.

미국은 입법적 거부 제도의 대표적 국가라 할 수 있는데, 역사적으로 수십년간 인정되어 오다가 1983년 이민국과 차다 간 추방조치에 관한 사건(Immigration and Naturalization Service v. Chadha)에서 의회가 법무부의 불법이민자 추방명령을 재심사 하는 것은 헌법에서 의회에 부여한 입법권의 행사가 아니고 실제로 執行作用의 성격을 갖는 권력작용이라는 이유로 위헌선언을 함으로써 폐기되었다.

독일 역시 미국과 같은 연방공화국으로 입법부의 구성을 보면 하원의 성격을 갖는 연방의회(Bundestag)와 독일의 여러 주를 대표하는 독일연방공화국 상원(Bundesrat)으로 구성된다. 다만 미국과 같이 상원과 하원이 균형을 이루는 양원제라기 보다는 하원이 보다 광범위한 권한을 행사한다. 독일에 있어 입법적 거부란 용어는 일정한 연방의회 제정 법률을 상원이 무효화 시킬 수 있다는 의미로 사용된다.

이번 시행령 분쟁은 미국식 입법적 거부의 양상을 띠고 있다. 다만 미국에서의 입법적 거부는 일반적으로 대통령이 위헌적 성격의 법률로 판단하거나 재정 문제 등 다른 이유로 법안대로 집행하기 곤란한 경우에 헌법에서 부여한 자신의 권한인 법률안 거부권을 행사하고 법안에 서명을 거부한 상황에서 발생한다. 이때에 의회는 부가한 입법적 거부조항에 근거하여 기존 법률 체계에 따라 제정한 행정부의 규칙을 無效化할 수 있다.

그런데 이번 검찰청법 일부개정 법률은 전 정권 문재인 대통령이 법률안에 서명하여 발효하였으므로 다른 점이 있다. 그러나 더민주당의 입장에서 ‘등’을 다

시 ‘중’으로 바꾸는 등 시행령에 대응하여 새롭게 검찰청법을 개정한다면 아마도 새로운 윤석열 대통령의 법률안 거부권 행사에 대비하여 입법적 거부 조항을 삽입할지도 모른다.

그러면 미국의 경우와 동일한 구조와 성격의 입법적 거부문제화 될 것이고, 미국 선례대로 입법부가 집행작용을 행하는 것이 되어 권력분립을 규정한 헌법원칙을 위반하여 위헌선언될 가능성이 크다. 만약 입법적 거부조항을 부기하지 않는다면, 시행령의 헌법 또는 법률 위배는 헌법 제 107에 따라 법원의 판단에 따라야 한다.

우리는 셜록 홈즈라는 드라마는 잘 아는데, 셜록 홈즈의 라이벌(The Rivals of Sherlock Holmes)이라는 TV 연속극이 있다는 것을 아는 이는 드문 것 같다. 영국 테임즈 텔레비전(Thames Television)이 제작하고 ITV를 통하여 방송된 동 드라마는 50분 드라마 13개 에피소드의 2 시리즈로 구성되어 있다. 첫 시리즈는 1971년 방송되었고, 두 번째 시리즈는 1973년에 방영되었다.

동 프로그램은 단막극의 서스펜스물로서 범죄 형사극인데, 제목에서 알 수 있듯이, 아서 코난도일의 셜록 홈즈가 1965년 TV 시리즈물이라면 이후 얼마 안 있어 탄생한 동 시대의 라이벌 드라마이다. 배우 더글라스 윌리엄스는 특이하게도 1965년 셜록 홈즈에서도 주연 배우 역할을 맡았는데, 셜록홈즈의 라이벌에서도 주연을 맡아 가공의 캐릭터인 Augustus S.F.X. Van Dusen 역을 잘 소화해냈다.

극 중의 아우구스투스란 인물은 철학, 법학, 의학 3개 분야의 박사학위에 치의학 석사학위, 영국 왕립협회 회원(Ph.D, LL.D, F.R.S., M.D, M.D.S)이라는 화려한 배경을 가진 수사관으로 작 푸트렐의 범죄 이야기를 담은 소설 속 가공 인물이다.

한편 코난 도일의 셜록 홈즈(Sherlock Holmes)역시 정밀한 관찰력, 연역 능력, 법정과학 지식 및 논리와 추론 능력 등으로 소설 속 형사로서는 가장 널리 알려진 캐릭터이다. 우리 교수들도 강의외에 연구를 할 때에는 수사관과 같은 영혼이 된다. 그래서 연구자나 수사관을 지칭하는 영어 표현도 investigator로 동일하다.

홈즈가 대변하는 가공의 인물로 여러 명이 거론되지만, 코난 도일이 직접적으로 언급하였듯이 에딘버그 대학 의전원 외과의이자 강사인 조셉 벨(Joseph Bell)이 극중 홈즈의 모델이 된 것으로 알려져 있다. 물론 조셉 벨은 가공의 인물이 아니고 실제 인물이다.

언제부터인지 우리의 형사사법 시스템이 여야간 첨예한 政爭이 되면서, 검찰과 경찰, 검찰과 공수처, 검찰과 국수본 등 라이벌 수사기관을 통하여 권력을 견제하려는 시도가 이어져 왔다. 야당인 더민주당은 여전히 검찰을 불신하면서 사법리스크를 말하고 있고, 국민의 힘과 정부는 국민 권익보호를 위한 효율적 형사사법시스템을 주장해 오고 있다. 그 절정은 이번 검수완박법을 둘러싼 여야간 법리 다툼과 양 정당의 대응전략으로 수렴하는 듯 하다.

형사사법시스템이 정치에 오염되어 국민의 불신을 사게 되면 “셜록 홈즈”와 “셜록 홈즈의 라이벌”과 같이 옥상옥의 비효율적이고 불필요한 형사사법과잉 또는 혼란으로 이어지기 십상이다. 무위도식하는 공수처, 파견된 검사들은 유명 로펌행이라는 한 유튜버의 댓글이 절실하게 다가온다.

글을 쓰고 있는 와중에 미국의 전직 대통령 트럼프가 FBI로부터 압수 수색을 당하였고, 한 주에서는 FBI 청사에 총기를 들고 난입하려는 과한이 FBI요원에 의하여 사살되었다는 소식이 전해진다. 세상은 어느 노래속 가사처럼 요지경 속이다.



12. 신성일과 남궁원

요즘 장마로 소설을 읽거나 음악을 듣는 시간이 많아졌다. 방학으로 서울에 있는 날이 많아 지면서 위일청의 서울 패밀리 내일이 찾아와도, 눈물이 나도록, 이제는 등을 듣기도 하고, 얼마 후 정년 퇴임하면 年金 生活者가 되어야 할 처지가 생각나면 늙은 군인의 노래를 듣기도 한다.

대학 시절과 젊었을 때 월급장이 시절을 생각하면서 노무현 대통령이 즐겨 불렀다던 양희은의 상록수 노래를 틀기도 한다. 한국의 자연이 생각 날 때면 강산에의 '라구요'에서 시작하여 강물을 건너는 힘찬 연어처럼, 넌 할 수 있어 등 귀에 익은 노래들을 듣는다.

건강 백세 메디컬 과학 세상인 지금과 달리 우리 세대 아버지들은 술을 좋아하고 풍류를 즐겼다. 술 한잔 안하고 멋을 모르는 아버지들은 거의 없었던 것 같다. 그래서 '라구요'라는 강산에 노래가 자연스럽게 정이 든다.

돌아가신 필자의 부는 한국 동란 당시 연세대학교 영문과에서 공부하셨고, 군 대위로 복무하였다. 그래서 그런지 아니면 이빨이 약해서 그려셨는지 유독 연어를 좋아하였다. 그래서 강산에의 두 번째 노래도 정이 많다.

3번째 곡인 너라면 할 수 있어라는 곡은 우리의 친구들에게 가능성을 심어 준다. 우리 모두 좋아할 수 있는 곡이다. 또 들국화의 그것만이 내 세상도 즐겨 듣는데, 외로울 때면 새로운 힘을 솟게 하는 노래이다. 이문세의 광화문 연가나 김완선의 뺨에로는 우릴 보고 웃지, 이연실의 목로주점 같은 영똥하고 동키호테 같은 우파 보수적 정서의 노래와 함께 시간 나는 대로 들어보는 것도 나쁘지 않을 것 같다.

세상을 돌아 보니 국민의 힘, 소위 국힘당의 내홍이 뉴스의 태반을 차지하고 있다. 그런데 중징계결정과 비대위 체제로 나아가면서, 이준석 대표가 법원에 가처분 신청을 내는 등 갈등 양상이 심화되고 있다.

재미있게도 몰락한 것 같았던 유승민과 이준석이 차기 당권 주자로 최 선두를 달리고 있다는 뉴스가 전해지면서 막상 당사자들은 고통스러운 시간이겠지

만, 局外者들의 입장에서 정치는 참 재미있는 것이로구나 느껴지기도 한다.

영어에서 남성 상대방에게 친근하게 말을 걸 때에, Hey man. 또는 Hey boy. 라고 한다. 상황에 따라, 연배를 추측하여 달리 말할 것이다. 보통 신중한 상황 이거나 나이가 지긋해 보이는 경우에는 Hey man이라는 표현을, 상황이 사적 이거나 연소자들에게는 Hey boy라고 말을 건넨다.

미국에서 경제학을 공부하고 한국개발원 교수를 역임한 수재 이미지인 유승민 과 하버드 대학에서 컴퓨터를 공부하고 이른 나이에 정치에 입문하여 술한 화 제를 뿌린 이준석은 우리에게 Man과 Boy같은 이미지로 각인되어 왔다.

이들은 사적으로나 정치적으로 각별하여 서로 정치적 운명을 같이한다는 소문 도 세간에 파다하다. 그러나 어쨌거나 김은혜와의 경기도 지사 당내경선에서 패배하였고, 당에서 정상납의혹관련 증거인멸 의혹 등으로 중징계를 받은 처지 에 있는 자들이 다시 浮上한다는 것이 신기하다.

대중 심리라는 것은 참 묘하다는 느낌이 든다. 그러한 상황에서 국가 원로급으 로 정계의 거물이 되어 버린 김종인 전 비대위 위원장은 이준석에게 유학하여 대학원 공부를 할 것을 권유하였더니 우리에게 케네디와 같고 보이라 불리울 수 있는 신성일과 같은 이미지의 신진 정치인에게 아직 거부감이 없지 않은 것 같다.

정치는 어디로 튈지 모르는 럭비 공과 같이 매일 매일 국민의 관심과 호기심을 끌고 있는 듯 하다. 그래서 사용하는 말이나 현실은 파격적이고 불가촉적이다. 합리적 인간을 Man이라 할 때에 프랑스 나폴레옹이 파리 도시건설계획의 일환 으로 거대한 하수 시설을 공사하면서 만들어진 것이 manhole의 기원이라 한 다.

홀은 구멍이라는 의미로 인간의 육체에서 구멍은 생명현상을 유지하기 위하여 필수적인 것이다. 호흡을 위한 땀샘에서 시작하여 음식을 섭취하는 입, 배설을 가능하게 하는 항문이나 성기 등 인체에는 많은 구멍이 있다. 맨홀을 통하여 들어간 지하 세계는 정치한 시스템으로 얽혀져 있다.

그것은 Web of Science나 Google Scholar, Lexis Nexis, West Law, Wikipedia 같은 광대한 정보 데이터 베이스일 수도 있고, 연금제도나 교육제도 등 우리의 시스템과 여러 공적 제도일 수도 있다.

교수 생활을 하다보니 합리적 인간들과의 교유가 많다. 그 많은 똑똑한 말들이 쌓여 인류 문명과 시스템을 만들어 가고 있다. 그런데 우리 정치 현실을 보면 재미 있기도 하지만 슬프다.

사법리스크(Legal risk)라는 말은 원래 경영학에서 기업 경영에 있어 법과 관련한 위험, 특히 다른 나라에 투자하거나 교역하면서 투자와 교역에 잠재되어 있는 법적 위험을 의미하는 말이다. 그런데 우리의 정치 현실에서 범죄 혐의가 있는 정치인들이 수사 받고, 기소되어, 처벌되는 위험으로 변질되어 사용되고 있다.

완전하고 검증가능하며 不可逆的인(complete, verifiable, irreversible)핵 폐기 이행은 북한의 핵협상에서 추구하는 전략의 하나로 만들어진 국제정치학 용어이다. 그런데 이번 윤석열 정부의 내각 인선 과정에서 드러난 인사참사로 지명된 후보의 상당수가 여론과 시민들의 압력으로 자진 사퇴하거나 취임한 장관도 결국 비난을 견디지 못하고 취임 100일도 안되어 모두 원직으로 복귀하였다.

국민의 심판 앞에 비난을 받고 낙마하였으니 향후 정권의 추이에 따라 다시 공직에 취임할 가능성도 없어져 버렸다. 완전하고 불가역적인 인물 폐기가 이루어진 것이다. 한편 추경호 부총리 겸 기획재정부 장관은 11일 이재명 더불어민주당 의원이 정부의 국유재산 매각 방침을 '민영화'라고 비판한 데 대해 "뜬금 없는 지적"이라고 반박했다.

추경호 장관은 이름도 재무 경제관료로 그럴 듯 하다. 추가 권위와 무게를 상징하고 이름은 말 그대로 경제를 좋아한다는 의미로 받아 들이면, 보수 정권의 재정 경제를 총괄하는 직에 어울린다. 이재명 의원도 이름이 이재에 밝다는 의미여서 그러는지 財政問題에는 꼭 한마디씩 한다. 너무 이재에 밝았는지 법카 부정 사용, 변호사비 대납, 대장동 관련 부정부패, 자신의 비서 명의를 이용한 재산 은닉 등 각종 의혹을 사고 있다.

이재명 의원은 지난 10일 페이스북을 통해 "'국유재산 민영화'는 소수 특권층 배 불리기"라며 "기재부가 국회와 합의 없이 일방적으로 국유재산을 팔지 못하도록 국유재산법 개정부터 추진하겠다"고 밝힌 것이다. 추 장관은 이재명 의원의 주장은 오해이며, "유휴재산, 활용도가 낮은 재산을 활용도가 높은 쪽으로 돌리기 위해 조사하고 있고 필요한 부분을 공개적이고 투명한 절차에 의해 매각할 예정"이라고 밝혔다.

행정이나 법 개념상 국유재산 매각과 민영화는 큰 차이가 있다. 비판을 위한 비판은 한국 정치의 고질적 병폐이다. 장마 저간에 걸쳐 한국 정치의 새로운 기운과 활력이 많이 손상된 것은 아닌지 걱정된다. 신성일 같이 나타나 한국 정치에 새로운 생명을 불어 넣었던 이준석, 새로운 장관이나 장관 후보들, 차기 대선후보로 부상하고 있는 이재명 의원 등 정치는 어찌면 동키호테이고 돈환 같은 것인지 모른다.

신성일이 셋별이자 우리의 희망이라면 중후한 이미지의 남궁원은 어찌면 맨홀 속 정치한 시스템 같이 우리가 구축한 이성체계를 상징하는 듯 하다. 이름도 남궁원이니 생원의 원이 사람을 지칭한다 했을 때 앞의 남궁은 남자의 구멍 말 그대로 manhole이 된다.

이번 장마와 맨홀사고로 인하여 가족이 사망한 슬픈 소식이 전해진다. 유가족의 슬픔을 함께하면서 새로운 바람을 일으키겠다는 政官界의 스타들이 마치 맨홀 사고 같은 느낌이라 안타깝다. 그러나 반지의 제왕 속 undead, 삼성 가노, 가처분 신청 등 전열을 정비하면서, 차기 당권 주자의 하나로 부상하고 있으니 시민들은 다시 推移에 관심을 보이고 있다.



13. 슈퍼맨(Superman)과 메리맨(Merryman)

종이장 한 장 들 힘이 없다. 아무 생각이 없어 글 한 줄 쓰기 어렵다. 어떻게 교수를 하겠다는지 모르겠다. 이런 저런 생각과 함께 나이를 먹어가니 가끔 한숨이 나올 때가 있다. 매일 매일 거듭나라는 예수님의 말씀은 여기에도 들어 맞는 것 같다. 마치 앓은뱅이가 목사님의 말따나 예수님의 은총으로 갑자기 일어서는 것과 같이 새날은 어제까지 있었던 그 많은 치사함과 메디컬의 장난으로부터 우리를 새로운 사람으로 태어나게 한다.

이제는 그 나이가 되었으니 건강이나 돌보고 인생을 관조하라는 친구들의 말에도 세상은 여전히 우리를 가만 두지 않는다. 새벽 시간 정신이 말짱할 때 소설 작업을 한다는 뉴욕의 한 한인 소설가, 폐북 친구들, 여론을 선도하는 지식인을 비롯한 사회 지도층 인사들, 100세 넘은 노 철학자 등이 이해 되는 대목이다. 그런 대단한 이웃 아니더라도 세계화와 온라인 시대를 사는 평범한 우리는 일상에서 정신적 도발을 경험한다.

중국의 경우 2014년 공산당 내부 조사에서 당시 기준으로 당 간부 4천 명 이상이 해외로 이주해 500억 달러(63조2500억원) 이상을 빼돌리고, 2018년에는 시진핑 일가가 934억 원의 재산을 은닉하고 있다는 보도가 있었다. 이는 사회주의 국가인 중국마저 世界化를 무시할 수 없는 현실임을 반증한다.

최근 중국 공산당 중앙조직부가 지난 3월 장관급 고위 간부 배우자와 자녀의 해외 부동산과 외국 기업 주식 보유를 전면 금지하기로 하면서, 이미 많은 자산을 보유한 고위 간부는 승진에서 제외된다고 발표하였는데, 물론 이는 서방이 러시아를 제재한 것을 참고해 향후 중국 고위층에 대한 서방의 제재에 대비하는 조치에 불과한 것으로 이해된다.

교수를 비롯하여 사회지도층은 현실에 바탕하되 이상을 쫓는 자들이다. 그런데 막상 세계화와 온라인 현실에서 과거와는 다른 일상이 펼쳐진다. 중국도 그렇지만, 한국 역시 해외에서 유학하거나 취업하여 일하는 자녀를 둔 경우가 적지 않는데, 미국 사람인지 영국 사람인지 당장 가족 하고 소통하는 것이 생경한 것부터 시작하여, 지구촌에서 벌어지는 갖가지 일들을 이해하기 위하여는 나날이 변화 발전하는 과학 기술이나 새로운 시스템에 대한 이해가 필요하다.

이럴 때면 정신적으로 자기를 돌아 볼 시간을 갖기 위하여 담배를 피워 물기도 한다. 그래서 새벽 교수 연구실에서 CNN 방송을 켜고, 오후 차 마실 시간에 컴퓨터 앞에 앉아 자신의 분야에서 세계를 향하고 있는 동료 교수들이 이해되기도 한다.

이른 아침 잠을 깨어보니 인플레이션 감축법과 우리 기업들의 위기가 뉴스로 전해진다. 잠시 목상의 시간을 가진 후 생각나는대로 적어 보았다. 開發과 環境의 문제는 인류가 당면한 중요한 문제이다. 우리는 1992년 브라질 리오선언(The Rio Declaration on Environment and Development)이라 “지속가능한 개발(sustainable development)”을 캐치프레이즈로 개발과 환경의 문제를 조화시켜 왔다.

지구환경은 우리는 물론 우리의 후손에게도 영향을 미치는 중요한 문제이므로 쉽게 생각할 수 있는 문제가 아니다. 그런데 이번 미국의 환경차 보조금 지급에 관한 새로운 법이 소외된 기업들의 비난과 함께 법적 분쟁화할 조짐을 보이고 있다. 환경보존과 개발이라는 두 마리 토끼를 모두 잡을 수 있는 환경차 문제가 엘론 머스크를 세계 최고의 부자로 만들면서, 자국 영역 내에서 생산한 상품에만 보조금 지급과 세금 감면 혜택을 주겠다는 經濟愛國主義(economic patriotism)가 고개를 든 것이다.

문제된 법은 2022년 인플레이션 감축법(IRA: Inflation Reduction Act)이라 불리우는 법이다. 동 법은 재정적자와 무역수지 적자를 해소하고 약품 값 인하, 청정에너지 사용 진작을 위하여 미국내 에너지 생산에의 투자를 유인함으로써 물가폭등, 즉 인플레이션을 잡기 위한 입법목적을 가지고 있다.

민주당 척 슈머(Chuck Schumer)와 조 맨친(Joe Manchin)상원의원의 주도로 고질적 예산 문제를 해결하기 위하여 제안된 동 법률안은 117차 미 의회를 통과하여 지난 16일 바이든 대통령이 서명함으로써 법이 되었다.

이번 인플레이션 감축법은 再建法(Build Back Better Act)의 수정법률이다. 동 법에 따르면 \$737 billion을 조달하여 에너지와 기후변화 문제에 대처하기 위하여 필요한 \$369 billion과 만성적 재정적자 감축, 보조금, 의약품 가격 인하, 세금 감면 등 목적으로 필요한 \$300 billion의 지출을 수권하였다.

크리스텐 시네마(Krysten Cinema)민주당 상원의원과의 협상 후 감세 조항에 대한 약간의 수정이 가해졌다. 동 법은 미 역사상 가장 대규모 투자를 수권한 법이 되었고, 전문가에 따르면 법의 효과로 인하여 2030년까지 그린하우스 가스 방출을 2005년 기준 50% 감축한다는 바이든 정부의 목표치에 근접할 것이라고 한다.

또한 인플레이션 감축법은 미 국세청(Internal Revenue Service)의 확대 개편과 현대화에 관한 계획도 담고 있다. 환경문제에 대응하겠다는 동 법에 대하여 미국의 주요 환경단체나 기업들은 모두 환호하고 있다.

그러나 보조금 지급이나 감세 기준을 미국 기업 위주로 한 차별적 조치를 담고 있어 현대 자동차나 도요타 등 미국 수출기업들이 반발하고 있다. 또한 정부도 WTO나 한미 FTA에 따라 제소를 검토하고 있다고 한다(물론 국제법상 기업은 법인격자가 아니므로 정부만이 제소권을 가진다. 다만 국내 통상법적으로 기업의 구제조치 발동 요구권 등 기업과 정부는 긴밀하게 연결되어 있다).

그런데 미국의 입김으로 WTO 상소기구 上訴審 法官 充員이 지연되어 심판에 필요한 정족수를 채우지 못한 상황이고, 그래서 정부는 FTA절차를 이용할 것을 고려하고 있다는 것이다. 러시아가 우크라이나를 침공하면서 국제사회에서 국제법이 무력화되고, 이번 미국의 새로운 인플레이션 감축법으로 인한 국제분쟁의 조짐으로 국제법과 국내법의 관계, 법이 무엇이며 법은 왜 법으로서 효력을 갖는가 하는 법철학적 주제를 다시 한번 돌아보게 한다.

법에 접근하는 중요한 두 개의 사조가 자연법 이론과 법실증주의이다. 법실증주의는 고대 정치철학에서 기원하여 중세에 이르러 법학과 정치철학 분야에서 논의되었으나, 근대 사회계약론 및 시민 주권 사상이 고개를 들면서 홉스와 데이비드 흄 등이 法實證主義의 근간을 세우게 된다.

이후 공리주의 철학자이자 근대 의회 발전에 기여한 제레미 벤담을 통하여 법실증주의는 더욱 진화한다. 그러나 이때까지의 법실증주의는 입법기관(legislative institution)을 중심으로 한 법실증주의였다. 실증주의(positivism)는 콩트에 의하여 집대성된 이래 근대 과학 혁명과 이성의 시대를 상징하는데, 깨어 있는 사람, 과학적이고 실증적 방법을 통하여 적극적이고 진화하는

사회가 될 수 있다는 사상이다. 법실증주의는 철학사적으로 실증주의의 한 계보라 할 수 있다.

입법기관이나 추상적 법규범에 초점을 맞춘 벤담식 법실증주의는 법을 적용하고 집행하는 기관, 특히 법원 등 법을 확인하고 판단하는 기관에 초점을 맞추는 19-20세기 법실증주의 논쟁으로 발전한다. 이전까지의 법실증주의가 법은 주권자의 명령이라거나 추상적 의회제정법률은 당연히 법적 구속력을 갖는다는 메시지를 핵으로 하고 있다면, 켈젠, 하트, 라츠로 이어지는 법실증주의는 법의 체제적·규범적 성격에 초점을 맞춘다.

법실증주의는 법철학자들 외에도 맑스, 베버, 두르크하임, 미국의 법현실주의 법학자나 법률가들처럼 법을 본질적으로 사회적 사실의 문제로 보는 그룹들을 지칭하는데 사용되기도 한다. 그러나 그들은 자신들을 법실증주의자로 보는데 불쾌해 하는데, 이는 법실증주의라는 말의 어감이 부정적이기 때문이다.

즉 많은 법률가들이 법실증주의라 했을 때, 그 의미는 본래의 어의인 '가능하다, 긍정적 또는 적극적이다'라는 뜻과 달리, 법이 명확하지만, 입법목적이 모호하거나 잘못된 내용의 법임에도 법을 집행하고 적용하는 자에 의하여 가혹하게 적용되는 것으로 받아들여지기 때문이다.

이 때에 법실증주의는 法形式主義(formalistic law)의 의미로 사용된다. 즉 법실증주의는 법형식주의와 달리 법을 철학적 또는 과학적으로 발전시키기 위한 논쟁 또는 철학적 체계로 긍정적으로 이해할 필요가 있다.비교적 고전적 법실증주의자라고 할 수 있는 존 오스틴(John Austin)은 홉스의 주권 사상을 법에 적용시켜 법을 주권자의 명령이라 이해한다. 콩트의 실증주의 철학에 힘입어 오스틴에게 법은 진정한 사회과학으로 발전시켜야 할 대상이다.

이를 위하여 모든 도덕적 의무 관념과 엄격한 실증적 용어에 기반한 법적 개념을 분별하여 정의할 필요가 있게 된다. 즉 도덕과 법을 분리할 필요가 있었다. 이러한 접근방식은 이후 법실증주의자인 하트에게도 영향을 미쳐, 드워킨이 하트 이론을 공격하는 빌미를 제공한다.

요컨대 그에게 법은 (i) 권력과 복종 관계를 반영하는 하나의 사회적 사실이며

(ii) 인간에 의하여 만들어진 모든 법(실증주의적 법)은 종국에는 법을 만든 인간의 문제로 귀결되는데, 이를 법실증주의라 할 수 있다. 이번 포스팅 제목처럼 미국의 정치가들이 슈퍼맨(Superman)이나 메리맨(Merry Man)같이 느껴지는 대목이다.

오스틴의 주장은 대부분 주권자와 이를 대리하는 의회권력에 관한 벤담 철학에 의존하지만, 법실증주의 철학을 논리적으로 체계화한 최초의 법사상가라 할 수 있다. 오스틴은 법은 법이 부과한 의무를 위반하는 경우에 형벌이나 제재를 가할 수 있을 때만이 법이라 할 수 있다고 보았고, 법, 주권자, 명령, 제재, 의무 등 그가 법을 과학화하기 위하여 사용한 용어들은 실증적 사회 현실을 통하여 정의되어야 한다.

법의 正當性은 法이 무엇이어야 하는가(what the law should be)를 정하기 위하여 고려되지만, 그것이 법의 본질에 영향을 미치는 것은 아니다. 또한 법은 최대 다수의 최대 행복에 기여하여야 한다. 아마도 바이든 행정부나 입법을 주도한 상원의원들은 미국의 기업이나 시민의 이익을 위하는 것이 미국 주권을 보호하고, 최대 다수의 최대 행복을 가져올 수 있다는, 이미 낡은 오스틴적 사고방식에 갇혀있는 것은 아닐까?

이러한 오스틴의 사상은 19 세기 말 20세기 초까지 많은 영향을 끼쳤지만, 현대에 이르러 복잡한 현실을 설명하기에는 너무 단순한 이론이라는 평가를 받고 있다. 하트(H.L.A. Hart)같은 비판자들은 오스틴의 이론은 몇가지 점에서 낡은 이론이 되어 버렸다고 비판한다.

(i) 법을 창조하는 입법자나 법관처럼 법을 만드는 권한은 현대 사회에서 다양한 기관에 분산되어 있으며, 오스틴이 말하듯이 단순히 주권자라는 존재를 찾기 어렵다.

(ii) 많은 법제도에서 보듯이 제재가 없는 법들이 많을 뿐만 아니라, 오히려 관리나 시민들에게 권한을 부여하거나, 법 원칙을 정의하거나 이를 개정하는 방법을 제시하는 경우를 보았을 때, 의무나 제재를 법의 본질로 보는 것은 타당한 주장이라 할 수 없다.

(iii) 법을 명령이나 위하로 보는 것은 명령이나 위하가 논리필연적으로 복종이나 의무관념과 연결되지 않는다는 점에서 타당하지 않다. 만약 이를 인정한다면, 총을 들고 돈이나 생명이나 겁박하는 행위와 의회제정법률간 아무런 차이가 없게 된다.

이에 하트는 법의 본질을 마치 우리가 인증샷을 찍듯이 법을 인증하는 관리에게 인증의 기준을 제시하는 규범이라 보았다. 하트에게 이는 세가지 2차 규범 중 하나이다. 하트는 법에는 1차 규범(primary norm)과 2차 규범(secondary norm)이 있다고 하였다. 하트에게 있어 사회는 오스틴이 말한 권리나 의무관념을 내용으로 하는 1차 규범으로 인하여 존재할 수 있지만, 오스틴식 1차 규범은 세가지 缺損(three deficits)을 보일 수 있게 된다.

(i) 법의 내용이나 적용범위의 불확실성 (ii) 법을 체계적으로 폐지하거나 새로이 도입하는 수단이 없는 경우 법이 부패 정체될 수 있다는 위험 (iii) 1차규범을 위반하였을 때 그 분쟁을 최종적으로 심판할 기관이 없어 법을 지탱하는 사회적 압력이 더 이상 유효하지 않게 되는 상황 등이 그것이다.

하트의 대표작이자 금세기 법철학서 중 가장 영향력 있는 책의 하나인 법의 개념(The Concept of Law, 1961)에서 하트는 이와 같이 법의 불확실성(uncertainty of the law), 법의 정체성(static quality of the law), 법의 비효율성(inefficiency of the law)을 지적하면서, 이를 구제하기 위하여 필요한 세가지 2차 규범이 필요하다고 역설하였다.

하트는 먼저 1차 규범의 불확실성을 제거하기 위하여는 法을 認證하는 規則(rules of recognition)이 필요한데, 법 인증을 위한 규칙은 모든 법의 효력을 근거지우는 법원칙과 법요소들을 모아보는 것이다. 이를 토대로 법 인증을 위한 규칙은 법에 효력을 부여할 수 있고, 따라서 동 규칙은 새로운 법을 창출할 수 있도록 수권하는 법이라 할 수 있다.

이번 인플레이션법이 통상분쟁화 할 경우 관련된 모든 제정법, 판례법, 국내법, 국제법, 학설에 대하여 엄정한 테스트를 적용하여 결국 효력있는 법을 찾아 내는 과정이 있게된다. 이는 법의 인증과정이고, 상위법 우선의 원칙, 신법우선의 원칙, 학설의 법원성, 유엔총회선언 등 연성법의 효력, 국제법과 국내법의 관계

에 관한 국내재판소의 관행 등 수 많은 법원칙과 사법관행들이 법인증의 기준이 될 것이다.

이때에 물론 분쟁사안에 관여하는 공무원, 재판관, 패널, 법률가들은 규범의 다중성(multiplicity of norms)의 현실에 처하게 된다. 언젠가 언급하였지만 법실증주의는 법의 정당성이나 법이 무엇인가, 즉 법인식론적 차원의 문제라기 보다는 법 효력의 근거가 무엇인가에 답하는 것을 사명으로 한다. 법 인증 규칙에 따라 법이 법으로서 효력을 갖기 위하여는 법 인증 규칙에서 요구하는 모든 테스트를 통과하여야 한다.

두번째 2차 규범인 變化를 위한 規則(rules of change)은 법의 정체성을 구제하기 위한 것이다. 어떠한 법제도도 파레토 최적점이라 분류되기는 어렵다. 차선으로 법이 부패하거나 정체하지 않고, 동태적이고 진화할 수 있도록 할 필요가 있다. 이를 위하여 필요한 것이 변화를 위한 규칙인데, 변화를 위한 규칙은 1차 규범과 2차규범을 포함하여 법을 제정하거나 폐지, 변경하도록 수권하거나 금지한다. 변화를 위한 규칙은 복잡한 영역에 걸쳐 있으며, 다른 규칙들과 상호 연계되어 있다.

변화를 위한 2차규칙은 법을 변화시킬 수 있는 권한을 가진 입법자를 지정하는 것과 함께, 변화를 위한 입법시 따라야 할 절차를 규정하는 것이 보통이다. 하트는 변화를 위한 2차 규칙과 인증을 위한 2차 규칙은 밀접한 관계를 갖는다고 보았다. 변화의 규칙이 존재하는 경우 인증을 위한 규칙은 법을 인식하기 위하여 필요한 인용을 하게 되는데, 이때 새로운 법을 만들기 위한 모든 절차를 세세하게 인용할 필요는 없다고 하였다.

예컨대, 이번 법은 재건법의 수정법률인데, WTO에 제소되는 경우 결정문에 구법과 신법을 구별하기 위한 인용은 필요하지만, 법개정을 위한 미 헌법절차 등을 세세하게 인용할 필요는 없다. 세 번째 재판을 위한 2차 규칙(rules of adjudication)은 규범의 사회적 구속력이 약화되고 희박해져 非效率的이 된 경우를 구제하기 위한 것이다. 재판을 위한 2차 규칙은 사람에게 특정한 사안에서 제 1차규범의 위반이 있었는지에 관한 구속력 있는 결정을 할 수 있도록 수권한다.

이때에 어떠한 법에 따라 재판할 것인가의 문제는 누가 재판할 것인가의 문제와 혼재되어 나타난다. 따라서 재판을 위한 2차 규칙은 변화를 위한 2차규칙과 같이 인증을 위한 2차규칙에 의하여 보완될 필요가 있다. 예컨대 재판을 위한 관할권에 관한 법은 한편으로 인증을 위한 2차 규칙이라고도 할 수 있는데, 우리는 두가지 2차규칙에 따라 법원의 판결에 나타난 1차 규범을 인식하고 이 판결은 법의 연원, 즉 法源(source of law)이 된다.

따라서 하트의 이론에 따르면, 법은 결국 개인의 행위에 관한 행위규범이라 할 수 있는데, 이 때 1차규범은 개인의 기본적 사회생활을 규율하며, 2차 규범은 이러한 1차규범을 포함하여 2차규범까지 규율할 수 있다. 그러므로 하트의 규범론은 1차 규범과 2차 규범을 통하여 법이 법으로서 효력을 발휘하는데 있어 2차 규범의 중요성을 부각시키는데 이른다. 이는 자연법론에 대한 법실증주의의 일관된 논리체계라 할 수 있다.

즉 법이 하나의 과학이자 사회현실로서 법의 본래사명이라 할 수 있는 구속력이나 규범력 등 법으로서 효력을 발휘하기 위하여는 受範者(law receiver)보다는 법을 다루는 입법관이나 행정관, 특히 司法官(law giver)의 역할이 중요하다는 것이다.

하트의 이론에 따라 1차 규범의 예를 들어보면, 먼저 형사법의 금지 조항, 민사법상 불법행위 조항, 표현의 자유를 보장하고 있는 기본권 조항, 계약 당사자간 권리 의무를 정하는 계약 조항, 강이나 개울에서 독극물 방지를 금지하고 있는 환경법 조항 등을 들 수 있다.

한편 2차 규범으로는 계약법 상 계약 체결의 자유 또는 권리를 규정하고 있는 법, 피상속인의 유언의 자유 또는 권리를 규정하고 있는 법, 의회에 입법권을 부여하고 있는 헌법 조항, 대법원의 규칙제정권이나 연방법원의 재판절차를 규정하고 있는 헌법이나 법률 등이 그것이다.

보통법계 또는 판례법계 국가라 할 수 있는 영국의 법률가인 하트에 있어 추상적 제정법 또는 입법자보다는 법관이 중요성이 강조된 것은 당연하다. 이러한 사고방식은 bottom up, 즉 영미식 귀납법적 전통에서 연유한다고 볼 수도 있다. 같은 법실증주의자이지만 하트의 사상이 켈젠식 법실증주의에 동의하면서

도 超越主義者(transcendentalist)라고 성격 매김한 것은 켈젠이 상정한 근본 규범론 등 top down, 즉 대륙의 연역법적 전통과 대비된다.

앞서 든 예로 돌아가 보자. 계약 관련하여 이를 2차규범으로 보는 것은 계약을 법으로 인식하지 않는 대륙법계와 달리 법 실무에서 계약을 법에 준하여 인식하고, 자세한 계약 조항을 담은 계약서를 작성하는 것을 관행으로 하는 영미 계약법의 현실에서, 계약조항이나 계약체결의 자유를 하나의 규칙 또는 규범, 광의의 법으로서 1차 규칙 또는 2차 규칙이라 할 수 있는 것이다. 유언이나 신탁의 경우도 동일하다.

하트와 켈젠의 보편주의적 법실증주의에 대하여 법문화 또는 국가권력의 강제력이라는 관점에서 신랄하게 비판한 학자 중 하나가 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)이다. 그는 모든 차원에서 적용가능한 법이론이나, 법의 존재와 내용에 대한 보편적이고 일반적인 이론은 존재할 수 없다고 보았다.

그는 또한 보편적 법실증주의자들의 논리에 따르면 특정한 법체계하에서나 가능한 지역적 법이론들도 당해 법의 정당성에 관한 고려 없이 법으로 인식될 수 있어 타당하지 않다고 보았다. 예컨대 히틀러의 수권법 같이 독재를 위한 독일의 국내법-드워킨에게는 地域法(local law)이 된다-도 하트식 또는 켈젠식 보편주의적 · 체계론적 법실증주의하에서는 구속력 또는 규범력 같은 법으로서의 효력을 갖게 된다.

이번 미국의 인플레이션 감축법은 수권법과 같이 독재를 위한 법은 아니지만, 페어 플레이와 세계시장에서의 기업의 자유와 평등을 보장하는 것을 법의 이상으로 하는 국제통상법적 정의에 반할 수 있다. 따라서 法の 正當性이 문제되고 있다.

한편 드워킨은 구체적 분쟁사안에서 어떠한 결정이 있어야 하는가 하는 문제를 넘어 법제도와 법에 관련된 모든 기관에 초점을 맞추는 것은 나라마다 법에 표현된 가치가 다르고, 법의 본질을 구속력·강제력이라 보는 관점에 따라 때에 논리적 모순이 존재한다고 주장한다.

통상법 문제는 아니지만 이번 이준석 사건 가치분결정을 보아도 입법부나 청와

대 또는 행정부 보다도 법원의 역할이 법의 구속력·강제력의 관점에서 실효적 기관이라는 것을 알 수 있다.

드워킨에 있어 중요한 것은 인권보호관 또는 국제 재판관들이 학자적 방법으로 법의 효력을 근거지우는 규범들을 모아 법을 인증하는 유엔 전문기관이나 국제 사법재판소(그 명칭이 재판소이지만 국내법체제에 비추어 보면 오히려 입법기관 같은 역할을 한다고 보는 학자가 많다)같은 정치적 기관에 관한 설명이 아니다.

그에게 중요한 것은 정부가 어떠한 경우에 자신의 신민에게 강제력을 사용할 수 있는가라는 문제이고, 그것에 초점을 맞추는 것이 보다 법실증주의자의 사명에 부합한다고 보았다. 전술한 바와 같이 국제사법재판소는 재판소라기 보다는 기구의 본질상 불완전한 국제입법기관에 불과한 기구라 할 수 있다. 또한 러시아의 우크라이나 침공으로 국제법이 무력화 되는 현실이다.

드워킨의 시각은 國際憲法主義(international constitutionalism)또는 이상주의적 관점에서 우월한 메시지일 수도 있지만, 한편으로 법의 구속력이나 강제력의 문제에 있어 한편으로 현실에 보다 가까운 입장이라 할 수 있다.

이번 인플레이션 감축법의 경우 미 국내법에 따라 위헌심사를 제기할 수 있다. 또한 국제법적으로 WTO는 다른 국제기구에 비하여 비교적 실효적 분쟁해결절차를 가지고 있으며, FTA절차도 가능하여 법의 효력이라는 관점에서 이번 사태가 비관적인 것만은 아니다. 다만 WTO 상소심기구가 3년 가까이 심리 불능 상태에 있는 것은 문제라 할 수 있다.

드워킨으로 돌아가 보면, 그는 법의 효력 문제에 있어 사고의 출발점은 정치기관이 아닌 법이 강제될 수 있는 조건에 관한 抽象的 理想(abstract ideals)이어야 한다고 주장하였다. 즉 드워킨은 각국 법체계에 있어 독특한 법문화나 법의 이상이라는 요소를 강조함으로써, 기계적으로 법 효력의 근거만을 탐구하는 하트나 켈젠식 법실증주의에 반기를 들고, 법가치론 또는 현대판 자연법론의 대표적 법철학자로 평가되고 있다.

그는 집단적 제재를 정당화한 과거의 政治的 決定(past political decisions)으

로부터 확인된 개인의 권리와 책임에 비추어 필요하거나 용인되는 경우가 아닌 한 강제력은 사용될 수 없다고 함으로써 판례법의 구속력과 중요성을 시사하고, 법실증주의자로서의 면모를 보이기도 하였다. 물론 이때 과거의 정치적 결정이란 드워킨의 논리체계상 제정법을 포함하여 선례법의 구속력을 강조하는 것으로 이해할 수 있다.

또한 법제도는 법의 이상을 존중하는 한도에서, 또 그럴 때만이 사회에서 존재할 수 있으며, 법제도하에서 법이란 법원이 그러한 법을 적용하는 것이 도덕적이라고 판단할 수 있는 근거가 되는 모든 고려요소들로 구성되고, 그러한 고려요소들이 어떠한 연원에서 기원하는가는 중요하지 않다고 하면서 법실증주의에 반대하기도 하였다. 이러한 그의 설명은 연성법(軟性法, soft law)도 법으로 편입될 수 있는 계기를 제공한다.

즉 법이 법이기 위하여는 법의 연원이나 효력의 근거보다 도덕적·정치적 평가 작업이 절대적으로 필요하다. 왜냐하면 법은 법적 관행에 대한 해석과 일관되게 부합하는 의무 요소들이라 할 수 있는데, 이때 법의 이상에 가장 부합하는 해석이 법이 되어야 한다는 것이다.

한편 드워킨은 변호사나 법관에게 나타나는 두가지 현상을 말하였는데, 論爭(controversy)과 多元性(diversity)이 그것이다. 그에게 있어 논쟁은 사건에 대한 결정이 얼마나 중요한 것인가의 문제이고, 사건의 결정에 얼마나 상관성을 갖는가가 다원성의 문제가 된다.

논쟁의 문제가 시사하는 것은 법은 확실한 합의(consent or agreement)없는, 즉 공식적이지만 연약한 합의(official consensus)로 이루어진 규범이나 체계에 안주할 수 없다는 것이며, 다원성 문제가 시사하는 바는 모든 관련된 이성 체계에 근거를 부여하는, 즉 도덕과 비도덕을 구별지우고 법관이 판결로 나아갈 수 있게 하는 단일의 사회규범은 존재하지 않는다는 것이다.

이러한 그의 설명에 따르면 논쟁의 정도가 깊은 경우에는 연성법이 기능할 수 있는 범위가 축소되고, 다원성의 정도가 큰 경우에는 연성법이 기능할 수 있는 범위가 확대된다. 양자는 법의 효력과 연성법의 관계에 있어 반비례적 상관성을 보일 것이다.

이번 인플레이션 감축법의 문제는 어제 오늘의 문제가 아니다. 국제통상에 있어 미국은 슈퍼 301조 등 슈퍼 조항들로 각인되어 왔다. 동법에 따라 자국의 통상이익을 보호하기 위하여 의무적으로 통상불량국가를 지정하고 감시하며 필요한 국제법적·국내법적 보복조치를 하기도 한다.

또한 국내 소송절차에서 증거개시명령 등 법원의 강제조치를 역외에서 시행하거나 역외 기업에 대하여 자국의 독점금지법 규정을 적용하는 등 國內法の 域外適用(extraterritorial application of domestic law)으로 인하여 국제법 학자들의 비난을 받기도 한다.

법은 주권자의 명령이라는 오스틴의 주제는 주권의 충돌이나 대항입법(blocking statute)으로 발전할 수 있다. 이제까지 미국은 세계 시장에서 다자주의 체제를 비웃기라도 하듯이 영화 슈퍼맨에서 볼 수 있는 슈퍼맨처럼 雙方主義·一方主義的으로 행동하였다.

이번 인플레이션 감축법도 마찬가지이다. 물론 미 시민을 정치적으로 대표하고 양심과 지성을 대변한다는 미 정부가 한 일이다. 다만 경제애국주의(economic patriotism)라는 현실로 인하여 세계시장의 자유와 기업간 평등이라는 국제통상법의 이상이 방기되어 버린 것은 아닌지 의심스럽다.

이번 인플레이션 감축법으로 인한 문제는 국가간 합의에 법효력의 근거를 두고 있는 국제통상법과 미 헌법에 법 효력의 근거를 두고 있는 국내법간의 충돌이라고도 할 수 있다. 미국은 신법우선의 원칙(later time in rule)에 따라 자국이 새로이 제정한 국내법을 기존 WTO 협정이나 FTA 협정에 우선하여 적용해 왔다. 법은 우리가 늘상 먹는 밥처럼 우리에게 친근하고 법률가의 세상은 언젠가 어떤 친구의 말처럼 원고와 피고로 나뉘어 다투는 씬밥집의 씬밥인지도 모른다.

법의 효력을 담보하기 위하여 법실증주의자들은 입법자나 재판관 등 法生産者(law giver)들의 역할을 중요시 하였다. 이때에 통상법적 정의는 양식있고 공평무사한 패널 또는 재판부를 통하여 가능하다. 한편 드워킨은 법문화나 법의 가치, 법의 정당성을 법이 법으로서 효력을 갖기 위한 필요조건으로 보았다. 이는 원고와 피고를 대리하는 대리인들의 역량에 크게 의존한다.

이번 인플레이션 감축법에서도 보듯이 정치가들은 기업을 포함하여 자신 선거구민(constituents)의 눈치를 보지 않을 수 없다. 따라서 국제법상 제 1원칙인 영역주의 원칙(territoriality principle)이 시사하듯이 이번 영역기준 미국기업 우대조치는 어쩌면 당연한 것이다.

또한 법적 분쟁으로 비화할 시 차별적 조치를 정당화 할 수 있는 GATT 제 20조 국가안보를 위한 예외 또는 제 21조 인간과 동식물의 생명보호나 유한 천연자원 보호를 위하여 인정되는 일반적 예외 등 예외법을 주장할지 모른다.

그러나 동법의 정당성이 다투어지고 있는 현실에서 드워킨이 말한대로 진정한 법의 제국은 법정에 선 법률가와 법관에 의하여 실현된다고 할 수 있다. 만약 이번 사건이 협상의 실패로 실제 법적 분쟁으로 비화한다면, 公平無私한 재판부를 만나 과거 일본수산물수입금지 사건에서처럼 우리의 법률마인드가 세계에 펼쳐지기를 기대한다.

미국은 과거 버드법(Byrd act)등을 통하여 보조금협정을 위반한 수출기업에 부과한 관세상당액을 국내기업에 분배해 주다 법원에서 위헌 결정을 받기도 하였다. 슈퍼맨이 메리맨이 되어 버린 것이다. 이번에도 슈퍼맨처럼 득의양양하게 출발한 인플레이션 감축법이 메리맨처럼 어릿광대가 되는 것은 아닐까?



14. 공유와 안정기

윤석열 정부가 들어선지도 벌써 4개월이 넘어가고 있는 가운데, 더민주당과 국힘당의 갈등이 다양하게 노정되고 있다. 보수 정파의 집권으로 과거 진보 좌파 정권 시절 정책들이 재검토되고, 의회 절대 다수 정당인 더민주당은 자신의立法權력을 유감없이 행사하고 있는지, 날이 세면 새로운 법과 그 문제점들이 여론의 도마위에 오르고 있다.

최근 감사원법 개정을 둘러싼 여야간 갈등, 노란 봉투법 개정을 둘러싼 논란이 대표적 예이다. 감사원은 16일 더불어민주당이 발의한 이른바 '감사원 정치개입 방지법'(감사원법 개정안)에 대해 보도자료를 내고, “감사원은 헌법상 대통령 소속임에도 감사원법에 명시된 직무상 독립을 위해 감사 운영에 관한 대통령의 관여를 전적으로 배제”하고 있어 감사원의 직무상 독립성을 심각하게 초래하고, 헌법과 법률에 위배될 소지가 있다고 밝혔다.

더민주당 신정훈 의원이 발의한 감사원법 개정안은 정치 보복성 감사를 금지한다는 명분으로 감사원이 특별감찰을 할 때 국회 소관 상임위에 감찰 계획서를 사전에 제출해 승인받고 감사 결과도 국회에 보고하도록 하는 내용을 담고 있다.

또한 감사원 임직원에게 정치적 중립성 유지 의무를 부과하고, 이를 위반하면 형사 처벌하는 내용도 포함하고 있다. 감사원은 동 개정안의 위헌성 근거로 (i) 감사원의 감찰 계획에 대해 국회의 사전 승인·보고 절차가 신설되면 감찰 실시 여부가 정파적 이해관계에 의해 좌우될 수 있어, 감사 대상, 시기 결정 등에 대한 감사기구의 재량을 직무상 독립성의 핵심 가치로 인정하는 세계적 기준과도 상충하며, (ii) 본질적으로 신속성·기밀성이 생명인 감찰업무 수행에도 심대한 차질이 불가피하고, (iii) 감사원 직원의 정치적 중립성 위반 시 처벌 규정은 '정치적 중립'의 판단 기준이 불명확하여, 이를 적용해 감사원 직원에 대해서만 특별한 처벌규정을 신설하는 것은 국가 주요 정책을 대상으로 하거나 국민 생활에 큰 영향을 미치는 감사 활동을 과도하게 제한하거나 위축시키고, (iv) 국가의 대규모 예산 낭비와 부패를 방지하고 국민의 권익을 증진하는 감사원의 존립 목적 자체를 훼손시킬 수 있다는 점을 들고 있다.

나아가 감사원은 "헌법과 법률이 부여한 직무상 독립성과 정치적 중립성의 요체는 감사 대상, 시기, 감사 결과 등 일체의 감사 운영을 독자적·자율적으로 결정할 권한이 감사원에 부여돼야 한다는 것"이라고 강조하면서, "감사원은 앞으로도 헌법과 법률, 국민이 부여한 핵심 가치인 독립성과 중립성을 확고히 견지하면서 맡은 바 역할을 다해나갈 계획"이라고 덧붙였다.

한편 노란봉투법은 2009년 쌍용차 불법 파업에 참여한 노조원들이 47억원의 손해배상 판결을 받아 이들을 돕기 위한 성금 4만7000원이 노란 봉투에 담겨 전달된 데서 유래한 명칭으로, 공식적 이름은 노동조합 파업으로 생긴 손실에 대한 社側 손해배상청구 소송을 제한하기 위한 노동조합 및 노동관계조정법 개정안이다.

최근 대우조선해양이 파업을 벌인 하청 노조를 상대로 470억원 규모의 손해배상 청구 소송을 내면서 노란봉투법이 다시 수면 위로 올라왔는데, 동법 개정안은 폭력 또는 파괴 행위로 인한 것이 아니라면, 불법적인 爭議行爲에 대해서도 손실 책임을 묻는 것을 제한하는 것을 핵심내용으로 하고 있다.

기업들이 파업 노동자를 압박하기 위한 수단으로 손배소·가압류를 악용하는 것을 막자는 취지에서, 폭력·파괴 행위라도 노동조합이 계획했다면 노조원에 대한 손해배상이 제한되고, 불법 파업이나 불법 점거 등 사실상 노조의 모든 행위에 대해서도 책임을 물을 수 없게 하고 있다.

재계에서는 노조의 불법파업으로 손해가 발생했음에도 손해배상 청구권을 제한하는 것은 헌법상 기본권인 재산권을 과도하게 침해한다고 주장하고 있으며, 법률 전문가들은 노란봉투법이 해외에서도 유례를 찾기 힘든 법이라는 점을 강조하면서, "노란봉투법은 노조, 노조원, 노조 임원 모두에게 무제한 면책해주겠다는 것인데 그럼 사용자 측에겐 '그냥 당하고만 있어라'는 말밖에 되지 않는다"며 "우리가 이런 법을 만들면 프랑스처럼 위헌으로 폐지될 것"이라고 주장하기도 한다.

독일의 경우 노조가 정당하지 않은 파업을 한 경우 노조와 근로자에게 기업이 영업권 침해를 이유로 손해배상 청구를 할 수 있으며, 영국 역시 노동운동 시 불법행위가 있으면 勞組는 민사적 책임을, 노조원은 민·형사상 책임을 질 수

있게 하고 있다.

또한 프랑스에선 1982년 노조의 모든 단체행동에 대해 손해배상 청구를 금지하도록 법률이 개정되기도 했지만, 곧바로 헌법위원회에서 위헌 판정을 받아 시행되지 못하였다. 반면 헌법에서 보장된 노동3권인 만큼 모든 쟁의 활동을 불법행위로 봐선 안 된다는 주장도 있다.

민주사회를 위한 변호사모임의 서재완 변호사는 "노동3권은 헌법에 나온 기본권인데 사용자가 노조에 손해배상이나 가압류 신청하는 것 자체가 기본권을 침해하는 것"이라며 "헌법적으로 정당한 노동 행위가 불법행위가 될 수 없다"고 말하면서, 정당한 노동쟁의에 대한 사용자의 손해배상 청구는 법적으로 제한가능하다고 주장한다.

돌이켜 보면 법과대학 시절 처음 접했던 법원칙 중 하나가 권력분립의 원리이다. 왕권신수설에 따른 영국의 절대 군주제의 폐약을 경험한 미 헌법제정자들은 통치권을 어느 한 정부기관에 몰아 주는 경우 자의적이고 폭압적인 정부의 출현을 우려하였다.

이에 헌법 1, 2, 3조에 입법권, 집행권, 사법권, 즉 삼권분립에 기초한 정부를 설계하였다. 삼권분립의 원리는 권력의 분립과 함께 권력간 견제와 균형을 추구한다. 대통령의 법률안 거부권, 의회의 가중 다수결에 의한 재의결, 의회의 대통령, 부통령 및 공무원들에 대한 탄핵소추 또는 의결권 등은 한 부서의 일방적 권력행사를 견제하기 위한 헌법 장치이다.

권력분립의 원칙은 권력간 분립 및 견제와 균형을 추구하면서도 권력간 機能的 共和를 추구하는데, 두가지 중요한 기준이 판례법상 발전되어 있다. 판례법국가에서 법원은 용어의 마술사(art of terms)이다. 이를 통하여 법원칙을 발전시키고, 후속 입법을 통하여 입법부는 사법부의 판결을 자신의 입법에 반영한다. 권력분립 위반 여부를 판정함에 있어 중요한 두가지 기준이란 소위 (i) 일할 수 있는 정부(workable government)와 (ii) 권력의 일방적 위대화(aggrandize its power by attempting to exercise powers assigned to another branch)기준이다.

이번 감사원법이나 노란봉투법은 위대한 의회권력을 결과한다는 세간의 말들이 많은 것 같다. 감사원의 본질적 기능을 침해한다는 비판 역시 만만치 않다. 반면 의회 입장에서는 감사원이 건건마다 개입하여 헌법이 부여한 자신의 권한을 휘방놓고 있다고 생각할지 모른다. 그러나 얼마나 많은 국민이 그러한 주장에 동조할지 의문이다. 더민주당의 절대 다수 의회권력은 권력을 분립시켜 견제시키려는 憲法制定權者의 意思를 존중할 시간을 가져야 하지 않을까?

자신의 권력이 위대한 권력이 되지 않도록 경계하여야 한다. 우리는 왕권신수설에 기반한 절대 왕정이나 사회주의 이념에 바탕한 노동당 체제 같은 전제정치 독재정치를 배경한다. 사실 이번 감사원법 논란은 그와 매우 유사한 사례가 미국에도 있었다. *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986)가 그것인데, 동사건에서 법원은 Gramm-Rudman-Hollings Act가 의회에 의한 집행권의 침해를 결과한다고 판단하면서 違憲을 선언하였다.

즉 동법은 비효율, 의무태만, 잘못된 행정행위 등 법상의 사유를 근거로 의회가 감사원장을 해임할 수 있게 하고 있는데, 이와 같이 감사원장을 탄핵아닌 법 절차에 따라 의회가 해임할 수 있다면 그는 의회 소속 공무원이라 할 수 있는데, 그가 행사하는 권력은 집행적 기능을 하고 있어 동법은 위헌이라는 것이다.

권력분립의 원리에 따르면 의회는 입법작용만을 할 수 있고, 법이 어떻게 집행되어야 하는가를 통제할 수 없으며, 또한 본래적으로 집행권을 가지고 있지 않으므로 이 사건에서 보듯이 집행에 관한 권한을 감사원장 같은 타 기관에 위임할 수 없다고 판시하였다.

우리나라의 경우 감사원은 독립된 헌법기관이자, 굳이 3권 분립의 원칙에 맞추어 보면 집행권을 행사하는 기관이라고 할 수 있다. 그런데 어쩐지 이번 감사원법 개정안은 감사원의 핵심기능을 위협하고, 감사원을 의회에 종속시키면서, 절대 다수에 의한 더민주당 ‘의회 권력의 偉大化(aggrandizement)’를 느끼게 한다.

어제는 아내의 생일이었다. 축하한다 어쩐다 국어로 말하기 좀 낯 부끄러워
“Today a true queen was born and I am so happy to be in your

court...”라고 미국인들이 생일날 자신의 와이프에게 흔히 보내는 영어 메시지를 보냈다. 그런데 아내가 자신을 여왕이나 궁정으로 표현했다고 어인아이처럼 좋아하는 것 아닌가?

영어로 House는 큰 집을 지칭한다. 그래서 House of Representatives는 미 하원을 House of Lords는 영국의 상원, House of Commons는 영국의 하원, White House는 미 대통령 관저, Blue House는 이제는 과거가 되어 버린 우리의 대통령 관저를 지칭한다.

그런데 법원을 가리키는 단어는 국가기관의 의회를 curia regis라고 부르던 시대에 사용되었던 말이 진화하여 발전한 court 또는 courtroom이란 단어를 지금도 그대로 사용하고 있다. 요컨대 House라는 말이 민주주의적 뉘앙스를 풍긴다면, 法院을 지칭하는 Court라는 말은 법원이 다른 기관보다도 보수적인 기관이라는 뉘앙스를 풍긴다.

그래서 그런지 정치가들은 政治의 司法化(judicialization of politics)와 사법 독재를 의심한다. 한편 많은 시민들은 반대로 司法의 政治化(politicization of judicial power)를 걱정한다.

불행하게도 정치의 사법화는 정치가 신중해진다는 의미가 아니고, 사법부가 과도하게 정치 영역에 개입한다는 것을 지적하는 말이다. 반대로 사법의 정치화는 사법부가 정치가들처럼 큰 일을 한다는 것이 아니고, 사법부의 독립이 정치적 영향에 의하여 위협받는 현상을 지칭하는 말이다.

사법부는 정치가처럼 민심의 향배나 선거구민의 눈치를 볼 필요가 없다. 미국의 경우 주 법원 판사가 선출 방식으로 임용되거나 재임용되기도 하지만, 이는 대부분 형식적 절차에 불과한 경우가 많다.

미 헌법 제 3조와 우리 헌법 제 105조, 제 106조에서 보듯이 세계 대다수 국가의 헌법에서는 법관의 지위를 헌법에 규정하여 두텁게 보호하고 있다. 예컨대 미국헌법 상 제 1조 의회에 의하여 구성되고 선출되는 재판소도 있지만, 동 재판소 재판관은 종신직 보장을 규정한 헌법 제 3조 사법부 법관과 구별된다. 그래서 우리의 경우 행정심판소, 조세심판원 같은 이러한 기관을 Article I

court라고 부르고, 제 3조 사법부 법관과 달리 취급한다.

보통의 법률이 아닌 헌법 제 3조에서 법관의 지위를 보장하는 것은 물론 사법부의 정치로부터의 독립을 보장하기 위한 것이다. 이는 달리 보면 사법부는 다른 권력보다 부패하기 쉽다는 것을 방증하기도 한다. 미국 연방법관의 경우 앙시앵 레짐(ancien regime)시절의 귀족처럼 신분이 세습되지는 않지만, 탄핵 등 특별한 사유가 없으면 종신직 테뉴어(lifetime tenure)를 가진다.

우리 헌법이 대법원장과 대법관의 임기를 각 6년으로 하고, 법관의 임기를 10년으로 하면서 대법관과 법관의 경우 연임이 가능하게 하고 있는데, 미국의 경우 헌법상 더 두터운 신분보장 조항을 두고 있는 것이다.

따라서 법률전문가로서 건전한 정신상태를 가질 수 있으면(in good behavior), 스스로 사임하지 않는 한 연방법관직에서 쫓겨나지 않는다. 이는 상원 의원이나 하원 의원이 각 6년, 2년 임기이고, 대통령이 4년 임기이며 연임이 가능한 것과 대비된다.

우리의 경우 의회에서 절대 다수인 더민주당은 자신의 권력이 위대해지는 것을 경계하여야 한다고 하였다. 같은 원리로, 특히 부패하기 쉬운 사법권력의 경우 자신의 권력이 위대해지는 것을 경계할 필요가 있는데, 이를 위하여 발전된 법원칙이 사법자제의 원칙(Judicial self-restraint)이다.

이는 헌법에 명문으로 규정된 事件과 論爭(case or controversy) 또는 사건과 논쟁의 판례법상 구현이라 할 수 있는 審判對象性(standing or justiceability) 요건과 함께 사법권을 제한하는 원칙이다.

예컨대 사법자제의 원칙에 따라 주 고유의 권한 영역에 관하여 연방대법원은 헌법심사를 회피하기도 한다. 사법자제의 원칙은 사법적극주의에 대하는 말로서 일찍이 Fletcher v. Peck (1810) 사건에서 확인되었다. 동 사건에서 법원은 심판대상 법령이 명백하고 확고하게 위헌이라고 느껴지지 않는 한 법관은 동 법령을 위헌 무효라고 선언할 수 없다고 판결하였다.

또한 보스톤 지역 변호사로서 하버드 로스쿨에서 가르친 “제임스 브래들리 테

이어(James Bradley Thayer:1831-1902)”는 “입법자는 법률안 표결시 동 법률안이 위헌이라는 자신의 확신에 따라 반대표를 던질 수 있지만, 그가 후에 법관직을 수행하면서 똑 같은 내용의 법률에 대한 위헌 여부가 문제되었을 때에 그는 사법자제의 원칙에 따라 동 법률이 유효하다고 판결할 수 있다”고 하면서 사법자제의 원칙이 의미하는 바를 간명하게 설명하였다.

“하늘이 무너져도 정의는 세워라(Fiat justitia, ruat caelum)”라는 法諺이 사법적극주의의 슬로건이라면, 사법자제의 원칙은 고전적 헌법주의(Originalism)에 그 뿌리를 두고 있다. 그래서 1930년 뉴딜 입법을 필두로 적극국가 행정국가화 경향과 함께 연방법규가 폭주하자, 보수적 헌법주의 내에 보다 강한 자유주의(libertairianism이라고 불리우며 우리가 흔히 사용하는 liberalism보다 훨씬 개인주의적이다. 따라서 어떤 때는 anarchism 즉 무정부주의에 비견되기도 한다)사조가 대두하고 연방법규의 통제를 위하여 사법자제의 원칙은 수정받기도 한다.

1970-1980년대 대법관 로버트 보크나 대법원장 윌리엄 렌퀴스트 같은 古典的 憲法主義者들은 사법자제의 원칙을 무시한 고전적 헌법주의는 존재할 수 없다고 하였다. 그러나 수정된 보수적 헌법주의는 연방법규의 폭증으로 정부를 부인하기에 이르는 극단적 자유주의를 잉태하기도 하고, 부정의한 연방법규를 통제하기 위하여 사법부의 적극적 통제를 수권하기도 한다. 미래 세대에는 사법 소극주의는 설 땅이 없을 것이라고 전망하는 자들도 있다.

그럼에도 불구하고 여전히 사법자제의 원칙은 사법의 정치화나 정치의 사법화를 막기 위한 방파제로서 역할한다. 권력분립의 원칙에 관한 헌법심사는 형식주의적 접근방식(formalist approach) 또는 기능적 접근방식(functionalist approach)에 따라 행해진다.

형식주의적 접근방식에 따라 권력분립을 규정하고 있는 헌법조항에 포커스를 맞추기도 하고, 기능적 접근방식에 따라 헌법제정자가 의도하고 있는 각 부처의 핵심적 권한과 부처간 중첩된 기능이 헌법제정자가 의도한 균형을 파괴하는지를 심사하기도 한다.

사법자제의 원칙이나 사건과 논쟁 원칙은 사법부 스스로 자신의 권력의 위대화

를 방지하는 지렛대가 되고 있다. 즉 암묵적 청구원인(implied cause of action)이나 공적인 이해관계(the rights of public at large)는 의회나 행정부 같은 정치적 기관의 책임이 되고, 사법권 행사의 대상이 되지 않는다.

권력분립의 원리는 국제통상법상 무차별주의 또는 비차별의 원칙처럼 법정에서 가장 빈번하게 논란을 일으키는 법원칙의 하나이다. 통상분쟁이 발생하고 WTO 패널절차나 상소심절차에서 다루어지는 경우 제소국과 그 대리인은 거의 예외없이 최혜국 대우원칙이나 內國民對偶原則의 위반을 주장하듯이, 국내 헌법절차, 특히 엄격한 三權分立原則을 채택하고 있는 미국의 경우 권력분립의 원칙은 법정의 단골 손님이다.

역사상 권력분립의 원칙을 침해하였다는 이유로 가장 빈번하게 다루어진 헌법 조항을 들자면, 헌법 제 1조 7항 대통령의 법률안 거부권, 헌법 제 2조의 집행권은 대통령에게 통일적으로 귀속한다는 집행권 부여조항, 역시 같은 조 연방 중요공무원에 대한 대통령의 공무원 임명권, 헌법 제 3조의 대법원과 하급법원에 대한 사법권부여조항, 같은 조 법원과 사법권 발동을 위한 제한으로서 사건과 논쟁 요건 등이다.

헌법원칙 중 가장 중요한 원칙의 하나가 권력분립의 원칙이라면, 미 노동법상 가장 기본적 원칙의 하나가 당사자 자치의 원칙(At-will employment)이다. 동 원칙에 따르면 고용계약상 법률관계는 특단의 합의가 없는 한 고용계약 기간은 무한하고, 다만 사용자나 피용자는 언제든지 자신의 고용계약상 관계를 종료시킬 수 있다.

따라서 20세기 社會國家觀의 등장으로 헌법에 생존권적 기본권으로서 노동권이 보장되고, 단체법적 원리가 근로관계에 적용되고 있지만, 근로관계의 출발점은 고용계약에서 나오고, 계약법적 원리가 그 출발점이 된다.

최혜국대우나 내국민대우원칙에 국가안보나 동식물의 건강보호 같은 예외가 인정되듯이, 당사자 의사에 따라 고용관계가 규율된다는 원칙법에는 예외법이 인정된다. 그 예외는 국가가 지향하는 이념이나 정책에 따라 다를 것이지만, 보통 사회국가적 성향이 강한 유럽대륙국가의 경우 계약법적 원리보다는 단체법적 원리를 선호하고, 미국이나 영국 같은 영미계통의 법문화에서는 계약법적

원리가 보다 선호된다.

요컨대 노동법에서 인정되는 당사자자치의 원칙에 대한 예외는 3가지로 추려볼 수 있는데, (i) 공공정책적 예외 (public policy exception) (ii) 묵시적 합의 예외 (implied contract exception) (iii) 선의 공정거래를 위한 묵시적 합의 예외(implied covenant of good faith and fair dealing exception)가 그것이다.

공공정책적 예외에 따르면 사용자는 국가의 공공정책적 목적상 인정되어온 기존 법이나 관행에 반하여 피용자를 해고할 수 없다. 비근한 예로 피용자는 현장 조사에 기초하여 제기한 산업재해청구를 이유로 해고되지 않는다. 또한 사용자의 불법적 요구를 거절하였다는 이유로 피용자를 해고할 수 없다.

공공정책적 예외는 나라마다 다양한데, 사회국가적 성향이 강한 국가는 예외의 폭이 넓을 것이고, 자유국가적 성격이 강한 나라는 그 반대일 것이다. 묵시적 합의 예외에 따르면, 피용자는 권한있는 자의 행위에 기초하여 일정기간 또는 무한정으로 자신의 고용관계의 유효함을 주장할 수 있다. 이는 “피용자는 오직 일정한 사유가 발생한 경우에 한하여 해고된다”는 취지의 사용자 진술, 또는 그와 같은 영업관행이 존재할 때 가능하다.

또한 고용관계 매뉴얼 등에 해고에 관한 구체적 절차가 규정되어 있는 경우, 양 당사자간 ‘그러한 해고절차 없이 피용자를 해고할 수 없다’는 묵시적 합의가 인정될 수 있다. 미국의 여러 주를 비롯하여 일부국가들은 당사자들의 명시적 합의가 없는 경우에도 고용관계에 있어 선의 공정거래의 원칙이 묵시적으로 당사자간 기본적 합의를 이루고 있는 것으로 간주하는 경우가 있다.

우리 법상 인정되는 민사법상 대원칙인 신의성실의 원칙이 사회법인 노동법에도 적용되는 것과 유사하다. 동 예외에 따르면 사용자는 공정과 신의에 반하여 고용관계를 종료할 수 없고, 또한 고용관계의 종료가 그의 惡意(malice)에 따라 행해진 경우 당해 해고는 법상 무효가 된다.

위 두가지 사례를 통하여 좌파 진보정권에서 우파 보수정권으로 정권이 교체되었고, 여전히 의회는 절대 다수의 의회권력을 통하여 더민주당이 장악하고 있

다는 것을 느끼게 된다. 헌법의 제정권자는 권력의 분립과 견제 균형을 통하여 시민의 자유를 보호하고, 절대 권력의 출현을 경계하고 있다. 그러나 의회는 정치적 열정에 눈이 멀어 전제로 나아갈 우려가 있고, 법원은 그 보수적 성격으로 인하여 보신주의와 사법적 도그마에 빠져 시민사회와 괴리될 수 있다.

이번 두가지 법개정 파동으로 시민들은 ‘司法自制의 原則에 더하여 立法自制의 原則이라도 필요한 것은 아닐까’하고 느낄지 모른다. 한편 이번 이준석의 가처분 사건이나 과거의 사법파동은 사법적극주의와 사법자제의 원칙 사이에서 민주주의와 법치주의를 수호하는 최후의 보루로서 법원이 가야할 길을 생각해 보는 좋은 기회가 될 것이다.

우리 시대 유명 연예인으로 공유와 안성기는 그 서글 서글한 인상으로 시민과 함께 해 왔다. 최근 안성기의 혈액암 투병 사실이 알려지면서 시민들이 슬퍼하고 있다. 지면을 빌어 회복을 기원하는 바이다.

언젠가 사법은 사일록 같고 공법은 동키호테 같다고 하였는데, 공유와 안성기는 이름에서 우리의 공적 영역과 사적 영역을 연상케 한다. House of Lords와 House of Commons라는 이름과 같이 아직도 봉건제 신분사회의 유습이 이름에 남아 있기도 하지만, 근대 시민민주주의 사회에 이르러 공적 영역(public sector)은 시민사회를 구성하는 시민들이 공유하고 있다. 참여 연대는 공적 영역에서 의식있는 시민의 많은 참여와 공유를 희망하는 이름이다.

한편 시민사회는 자유시장경제질서나 신성한 재산권 또는 프로테스탄티즘의 윤리에 기반하고 있다. 시장이나 가족은 사적 영역(private sector)이고, 이는 어찌면 안성기라는 이름 같이 우리의 안전한 그것을 지향하는지 모른다.

개인적이며 은밀하지만 거기에도 재산법 가족법과 같이 법이 있고, 우리는 예측가능하고 안정된 법률생활을 통하여 행복을 추구할 수 있다. 주권자인 시민은 권력을 분립시켜 전제와 독재의 가능성을 방지하였다. 공유가 私的 領域이 되면 사회주의 독재가 될 것이다. 안성기가 공적 영역이 되면 ‘왕의 씨는 하늘이 내린 것으로 신성하다’는 절대왕정으로 회귀할지 모른다. 권력분립주의 원칙하에 위대한 대한민국은 가능하여도 위대한 권력은 가능하지 않다.

우리는 두 연예인 이미지처럼 항상 자제하고 겸허하면서, 한 권력의 위대화를 경계하고, 한발 한발 우리가 추구하는 이상을 향하여 나아가야 할 것이다. 우리 한국은 미국이나 중국과 달리 대국이 아니다. 그러나 그들의 대국적 기질은 가끔 본받을 필요가 있다.

유학 경험이 있다거나 미국에서 직업을 가져 본 사람들은 느리면서도 재미 같이 부지런한 미국인에 대한 경험이 한번쯤 있을 것이다. 미 대법원은 “사회에 필요한 법원칙을 ‘조금씩 조금씩(niggardly)’확인한다”는 법원 판결문 문구가 새삼스럽게 다가온다.



15. 강부자와 배철수

새 학기가 한달여 지나면서 캠퍼스의 모습이 활기를 띠고 있다. 이제 책 읽고 사색하기 좋은 성숙의 계절 가을이 무르익어가고 있다. 지우로부터 좋은 책이 나왔으니 한번 읽어보라는 권유를 받았다. 콜롬비아 대학 로스쿨 교수인 마이클 헬러(Michael Heller)가 저술한 “Mine: How the Hidden Rules of Ownership Controls our Life” 이란 책인데, 지우로부터 권유를 받은지 얼마 지나지 않아 동아일보 주말 책 소개란에 같은 책에 대한 소개가 나오는 것 아닌가?

Mine의 저자 헬러는 物權法과 法經濟學 분야의 권위있는 학자로 Mine외에도 “The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives” 등을 저술하면서, 소유권 법제 등 현실적 법제도로 인하여 효율이라는 경제적 가치가 얼마나 많이 저해되고, 우리의 현실이 왜곡되는가를 보여주고 있다.

노벨상 시즌이 되어 조만간 노벨경제학상 수상자가 발표되겠지만 현실사회에 관하여 경제학이 말해주지 않는 여러 실제적 문제들이 적지 않다. 순수학문으로서의 경제학과 달리 현실사회에서 벌어지는 현상에 대하여 공정성과 가치를 논하고 제도적 문제를 생각하여야 할 법학도로서 관심을 갖지 않을 수 없다.

사실 소유권은 국내법은 물론 국제법적 문제이기도 하다. 예컨대 국제법상 영토취득의 권원으로 선점과 시효가 있는데, 국가가 영토취득의 의사를 가지고 무주지를 지배함으로써 완성되는 권원이 선점이다. 로마법의 occupatio에서 기원한다.

선점(先占)이 영토취득의 권원이 된 역사적 배경을 보자. 유럽국가 중 해외진출을 통한 식민지개척의 선두에 선 국가가 포르투갈과 스페인이었는데, 이들 국가는 새로이 취득한 영토에 대한 권원을 인정받기 위하여 교황에 의지했다. 이에 1455년 교황 Nicholas 5세는 아프리카와 인도로 이르는 지역에서 포르투갈이 새로 취득한 영토에 대한 권리를 승인하는 敎書를 발표하게 된다. 이후 스페인이 식민지쟁탈에 참여하게 되자 1493년 교황은 경도를 기준으로 지구를 포르투갈과 스페인에게 분배하고 그 범위내에서는 이미 발견된 땅뿐만 아니라

앞으로 발견될 지역에 대해서도 포괄적인 영토취득의 권리를 인정하게 된다.

이러한 영역문제는 남극협약이나 우주협약, 해양법 협약에서도 다투어지게 되는데, 항상 당시의 세력관계의 영향을 받으며, 양심, 논리들이 충돌하는 양상을 띄게 된다. 무주지 선점이론, 미국 법원의 인디언 원주민 영역에 대한 소유권 인정 문제 등 세력간 갈등 양상에서 헬러의 Mine은 누가 소유권법제를 창출하고 유지하는가, 그것은 우리에게 어떤 의미를 갖는가를 쉬운 예들을 통하여 이해하기 쉽게 설명해 놓은 책이다.

마이클 헬러는 책에서 오늘날 최첨단 혁신기업들은 물, 플래티넘, 금 등을 갖기 위하여 달, 하푼 애스트로이드 등에 대한 소유권을 주장한다. 이러한 그들의 바램은 國際적으로 인정되는 소유권 법칙에 반하는 것은 물론이다. 최첨단 과학기술은 그의 보호를 요구하고, 이미 19세기 중엽 파리 공업소유권 협약, 20세기 음반 및 저작물에 관한 베른 협약 등 다양한 지적재산권 보호협약을 통하여 각국의 법에 따라 보호받고 있다.

1994년 WTO창설과 함께 1947년 GATT 당시 상상하지 못했던 무역관련지적 재산권협정이 WTO협정 부속서 1C로 만들어지리라 누가 예상할 수 있었을까? 소유권의 기원에 관한 논의는 우버, 에어 비앤비, 유튜브 등 수많은 인터넷 기업들이 법에 앞서 자기 분야의 시장을 개척하고 지배하려는 시도와 관련해서도 의미를 갖는다.

소유권 법칙이 불분명한 영역에서는 용감한 자, 불도저 같이 물불 안 가리는 자, 불법적인 자 등 선착순이나 선점에서 승리한 자들에게 유리한 경우가 많다. 그러나 항상 그런 것만은 아니다. 법은 누가 소유권을 주장하는가만을 보는 것이 아니다. 소유권을 인정한다 했을 때, 그자들이 소유권을 이용하여 무엇을 하는가를 함께 고려한다.

예컨대 1800년대 정부공여농지 이주민들은 자신들의 所有權을 주장하기 위하여 땅위 160에이커 토지에 자신들이 먼저 도착하여 정착하였다는 사실을 입증하는 것은 물론, 그들이 수년간 벌목하고, 태우고, 펜스를 두르고, 작물을 심고 어렵게 생계를 이어 왔다는 것을 입증하여야 한다.

이러한 엄격한 소유권 법칙은 원주민 인디언들이 자신들의 조상 땅에 대한 소유권을 갖는 것을 법이 인정하지 않는 것과 궤를 같이 한다. 원주민 인디언들은 자신들의 땅에서 물고기를 잡고 수렵활동을 하는 등 가볍게 토지를 이용하였을 뿐이고, 자신의 토지위에서 법적으로 보호받기에 충분한 노동을 한 것은 아니다.

법원은 “우선적(first)”라는 의미를 미 대륙 정착민의 농업적 · 상업적 정서에 비추어 충분한 우선적 노동이라는 의미로 정의하였다. 어린 왕자 소설과 달리 별을 세는 사업가가 자신이 최초로 별을 발견하고 그 수를 세고 있다고 하여 그 자가 그 별들을 소유하게 하지 않는다.

대부분의 경우에 법원과 정부는 희소자원 하에서 특정적이고, 사회적으로 인정되는 형태의 상호관계를 창출한다는 차원에서 무엇이 소유권과 같은 우선적 권리를 만드는가에 대하여 보이지 않지만 끊임없이 사람들을 가르친다.

“소유권은 도둑질이다(Property right is a theft!)” 프랑스 무정부주의자 푸르동이 1840년 자신의 저서 “소유권이란 무엇인가? 정부의 원칙과 권리에 관한 질문”이라는 제목의 책에서 주장한 말이다. 그는 “노예란 무엇인가”에 대한 대답이 “그것은 살인이다”라는 것과 같이 소유권은 절도행위에 다름없다고 확신한다.

푸르동이 말한 소유권은 로마법에서 기원하는 토지소유권을 의미하며, 이는 국가 법제의 제한하에 절대적이고 배타적으로 주장할 수 있는 권리를 의미한다. 법학개론 시간에 배우듯이 소유권 등 물권은 소위 절대권이자 대세적 권리이다. 채권이 相對權이고 대인적 권리인 것과 준별된다. 나아가 푸르동은 재산권을 자유, 생명, 안전에의 권리와 동격으로 대비하여 이해하였다.

그는 자신의 소유권에 대한 모욕적 비하발언에 대하여, “기득권 체제와 질서를 공격하기 위하여 나온 것”이라고 해명하고, 우리가 살고 있는 세상의 제도들이 얼마나 비합리적인 것인가를 강조하고 항의하기 위한 목적이었다고 해명하였다. 급진적 사회주의자와 온건 개혁주의자가 갈리는 대목이다.

그에 의하면 사실 “소유권은 자유”라고 한다. 그러나 재산이나 소유권 문제를

바라봄에 있어 복식부기에 있어 차변과 대변에 자산과 부채가 균형을 이루어 기입되듯이 소유권의 대상인 물건과 그로 인한 해악이나 권리의 남용은 서로 땀레야 땀 수 없다.

따라서 所有權은 필히 악을 잉태한다. 그리고 소유권의 남용을 막기 위하여는 이를 파괴하여야 한다. 계정에서 부채를 없애는 것이 자산계정을 없애는 것과 같은 것처럼, 소유권을 파괴하는 것은 악을 파괴하는 것이 된다.

지롱드 당의 지도자였던 작스 삐에르 브리소(Jacques Pierre Brissot)는 그의 철학적 질문(Philosophical Inquiry)이라는 책에서 “배타적 소유권은 본질적으로 그 자체로 강도에 다름 아니다”라고 하였는데, 맑스는 후에 푸르동의 발언이 브리소가 언급한 워어빌(Warville)의 말에서 따온 것이라고 하였다. 이러한 맑스의 주장에 대하여는 학자들간 이견이 없지 않다.

소유권이 절취행위라는 이러한 슬로건은 역사적으로 많은 저술가들이 사용한 말이다. 예컨대 1797년 도나시앵 알퐁소 프랑수아는 “줄리엣의 역사(Histoire de Julliette)”라는 책에서 “소유권의 기원을 찾다보면, 인간은 틀림없이 그것이 월권적(usurpation)으로 만들어졌다”라는 것을 알게 된다. 절취행위는 소유권을 침해한 경우에만 처벌되는데, 사실 소유권이라는 권리 그 자체가 도둑질이다.

장자크 루소도 동일한 일반적 주장을 하는데, 그는 “처음의 자, 즉 일정한 구역을 경계지우고, 이 영역은 내 소유라고 주장하고, 사람들이 자신을 믿게 할 수 있는 자는 진정한 시민사회의 창시자라고 할 수 있다....지구상의 과실이 우리 모두의 것이고, 누구도 지구를 소유할 수 없다는 사실을 망각하는 한, 당신은 절대 안정될 수 없다.”라고 말하였다.

푸르동을 비롯한 선지자들이 소유권은 절취행위에 다름없다고 가르친 것에 대하여, 맑스는 소유권을 비하발언하는 것은 소유권의 존재 자체를 부인하는 자신과 같은 입장에서 보면 그 자체로 논리적 모순이라고 한다.

존재하지도 않은 소유권에 대하여 어떻게 절취행위가 가능한가?라고 반문하면서, 푸르동의 슬로건은 부르조와 소유권의 진정한 모습을 외면한 자기 부인이

자 환상이며, 본질을 흐리고 있다고 격하게 비판하였다.

어쨌거나 無主地 先占을 위하여 피를 마다하지 않는 유럽 제 열강의 국가관행이나 서부개척 시대 새로운 독립국가를 건설한 미국이 원주민인 아메리카 인디언과의 전쟁을 통하여, 소유권의 역사는 실제 원 소유권을 힘으로 부인하고 새로운 소유권을 창출하는 강도행위 다름 없는 것인지도 모른다고 느낄 수 있다. 루이스 모르간(Louis H. Morgan)은 미국의 변호사이자 인류학자로 로체스터 대학을 설립한 설립자이기도 한데, 그의 역저 “전통사회 (Ancient Society)”를 통하여 소유권이나 가족의 기원에 관하여 설명하였다.

특히 미 영역내 토지 소유권 문제에 있어 인디언 원주민을 옹호한 良心的 學者이기도 하다. 앵겔스와 모르간은 전통사회에서 모계의 중요성을 강조하면서, 모계사회에서 부계사회로의 이행은 양도 가능한 소유권 개념이 확립되면서 부터라고 한다.

그런데 현대 민주주의 국가에 있어 소유권의 내용과 효력은 당해 국가의 법계, 즉 대륙법계 또는 영미법계 체계에 따라 달라진다. 한편 현대 국가들은 대부분 부동산 등기제도를 두어 소유권을 포함한 물권의 성립과 변경 소멸, 권리간 우선순위를 공시하고 있다.

부동산 등기란 등기부라고 하는 공적 장부에 법원 등기관이 부동산의 표시와 그 부동산에 관한 권리관계를 기재하도록 하여 일반인에게 널리 공시하는 것으로, 등기의 결과 나타난 공적문서인 등기부와는 구별되는 개념이다.

이는 물건에 관련된 각종 권리의 내용을 누구나 명백히 알 수 있도록 하고, 거래를 하려는 제삼자의 예측하지 못한 손해를 예방하기 위한 것이다. 현행법상 등기를 할 수 있는 권리는 원칙적으로 토지 및 건물에 대한 물권, 즉 부동산 물권이다. 그러나 부동산 물권 중에서도 점유권이나 유치권은 점유를 본질로 하는 권리이므로 등기할 권리가 아니다.

부동산 물권 중에서 등기할 수 있는 권리는 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권이고, 부동산 물권이 아니면서 등기할 수 있는 권리로는 부동산 임차권과 부동산 환매권 등이 있다. 이러한 권리에 대해 변동이 생기는 경우(설정, 보

존, 이전, 변경, 처분의 제한 또는 소멸하는 경우) 등기를 해야 한다. 참고로 동산 중에서도 선박과 같이 그 경제적 가치가 부동산에 못지않고 소재를 비교적 확인하기 쉬운 것에 대해서는 등기할 수 있게 하고 있다.

우리의 경우 不動産 登記로 인하여 발생되어지는 효력에는 대표적으로 권리변동적효력, 대항력, 순위확정적효력, 권리추정적 효력 등이 있다. 예컨대 등기에는 권리변동적 효력이 있어 부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 발생되어지게 된다는 민법조항(186조)에 따라, 부동산 등기를 하게 되면 물권의 권리가 변동하게 되는 효력이 발생하게 된다.

또한 등기의 대항력의 경우 부동산 물권은 등기를 해야 제3자에게 대항할 수 있게 된다는 민법조항(621조 2항)에 따라 부동산 등기로 인하여 대항력을 가지게 된다. 이에 따라 이미 유효하게 성립한 권리관계를 제3자가 부인하더라도 부동산등기를 하여 발생되어진 효력에 따라 그 부인을 물리칠 수 있는 법률상의 권능을 가지게 되는 것이다.

따라서 현행민법상 공시방법(부동산등기)을 갖추지 않는다면 제3자에 대한 관계에서는 물론 당사자 사이에서도 물권변동의 효력이 발생되지 않게 된다. 이하에서는 가장 대표적인 민주주의 국가인 미국의 부동산 등기제도 및 소유권의 내용과 효력에 관하여 개관해 보기로 한다. 미국 대부분의 주가 토지 소유권과 담보권 등을 공부에 기재하고, 부동산의 소유권에 영향을 미치는 등기제도를 두고 있다.

이러한 등기제도는 몇몇 주에서 시행중인 토렌스 시스템(Torrens system)과 같은 토지기록제도와 많은 차이가 있다. 각 주 등기제도에 따르면 부동산거래로 부동산을 취득한 자는 소유권증서를 등기하게 되는데, 그것만으로 소유권 명의자의 존재가 확정되는 것은 아니며, 분규가 발생하면 법원에서 소송을 통하여 종국적으로 확정된다.

따라서 각 주 등기제도는 분쟁이 발생하였을 때 법이 누구의 소유권, 누구의 담보권을 보호할 것인가를 정하기 위한 원칙을 정하는 역할을 한다. 주 정부의 부동산 등기제도는 우리의 등기제도처럼 등기가 있는 경우 일반 공중이 이를 알고 있다고 法的으로 擬制되는 公示效果를 갖는다.

실제 당사자가 등기사실을 알고 있었는지 여부는 문제되지 않는다. 우리는 이를 ‘의제적 인지(constructive notice)’라고 하고 미 대부분의 주에서 인정되고 있다. 우리 법상 등기의 공신력에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 소유권이나 담보물권의 권리자들이 끊김이 없이 연속하여(in the chain of title) 공부상 등재되어 있는 경우, 이후 동 부동산을 매입한 자는 그러한 등기에 반하여 자신의 권리를 주장할 수 없게 된다. 그 이유는 부동산 등기법에 따라 모든 자가 그러한 등기의 내용을 알고 있다고 법상 간주되기 때문이다.

미국의 연방시스템으로 인하여 우리의 통상적 생활관계, 즉 민, 상사, 형사적 문제들은 주정부의 관장사항으로 주법에 따라 규율된다. 전술한 바와 같이 미국의 각 주는 부동산 등기법을 가지고 있는데, 동 법에 따라 자신이 부동산에 대한 권리자라고 주장하는 자는 부동산 등기법에 따라 자신의 권리를 공적으로 확인받게 된다.

부동산등기법은 특히 동일한 부동산을 다른 매수인에게 수차례 매도하는 매도인의 행위가 있는 경우 매수인의 권리를 보호하는 기능을 한다. 물론 이러한 행위는 우리 법과 같이 배임죄 등으로 처벌될 가능성이 크지만 진정한 권리자를 확정하여야 하는 민사법적 문제는 별개의 문제가 되는 것이다.

이때에 보통의 경우라면 최초의 매수인이 동 부동산에 관한 권리를 취득하고, 후에 동 부동산을 매수한 매수인은 동 부동산에 대하여 아무런 권리를 취득하지 못한다. 다만 형사법적으로 매도인을 배임이나 사기로 고소할 수 있을 뿐이다. 그러나 부동산등기법에 따를 때에 항상 선 매수인의 권리가 우선하는 것은 아니다. 즉 부동산등기법이 어떻게 규정하는가에 따라 부동산의 진정한 권리자가 달라진다.

우리도 최근 법을 만들어 부동산 등기를 간접적이거나 강제하고 있지만, 부동산의 권리자라고 하여 등기를 필하여야 할 법적 의무가 있는 것은 아니다. 미국의 경우에도 부동산등기법이 권리자라고 주장하는 자에게 등기를 강제하고 있지 않다. 그러나 탈세 같은 불법적 목적이 있다거나 달리 특별한 상황이 아니라면 登記의 公信力으로 인하여 등기를 하지 않으려는 매수인은 거의 없다. 미국의 부동산등기법에는 세가지 유형이 있다.

첫째 유형은 선순위 부동산등기법(race statutes)이다. 先順位 부동산등기법에 따르면 매매계약 체결의 우선순위에 관계없이 법은 먼저 등기하는 자를 보호하게 된다.

예컨대 갑이 병으로부터 임야를 일천만원에 구입한 다음날, 을이 다시 병으로부터 동 임야를 일천이백만원에 구입하였다면, 보통의 경우라면 선 매수인인 갑이 동 임야의 소유권자가 되겠지만, 을이 갑보다 먼저 등기를 필한 경우 선 순위등기법에 따르면 법상 을의 소유권이 보호받게 된다. 비록 을이 갑의 매수 사실을 지득하고 있었다 할지라도 마찬가지 결과가 된다. 선순위 부동산등기법에 따르면 약의 後順位 매수인도 보호하는 결과가 되어 대부분의 주가 채택하고 있지 않다. 현재 델라웨어, 노스캐롤라이나, 루이지아나 3개 주만이 선순위 부동산등기법을 시행하고 있다.

선순위 부동산등기법은 우리 부동산등기법과 가장 유사한데, 부동산의 권리를 취득한 자에게 신속히 권리를 등기하도록 유인하는 공공정책적 효과를 갖는다. 두 번째 유형으로는 認知型 부동산등기법(Notice Statutes)이 있다. 인지형 부동산등기법에 따르면 이전 거래 사실을 실제로나 의제적으로 인지하지 못한 자가 대가를 지급하고 부동산을 취득한 경우 그 자를 보호하는 제도이다.

대가를 지급하고 선의(善意)로 부동산을 취득한 자가 진정한 소유자로 보호받는 것이다. 앞 사례에서 을이 전 매매거래에 관하여 실제로 또는 의제적으로 선 매매 사실을 인지하지 못하였다면 선의의 최종 매수인으로 보호받게 된다.

전 매수인이 후 매매거래 이전에 자신의 權利證書(deed, 처분증서라고 번역할 수도 있겠다)를 등기하였다면 법은 등기의 공신력에 따라 을이 의제적 인지를 한 것으로 볼 것이다. 즉 태만한 매수인은 자신이 신속히 등기하지 못하는데 대하여 법상 제재를 받는 결과가 된다.

따라서 인지형 부동산등기법은 선 매수인이 신속히 등기하도록 유인하는 공공정책적 효과를 갖는다. 이때 만약 후 매수인이 동 부동산을 매수한 후에 선 매수인이 등기를 필한 경우, 매매 당시 기준으로 여전히 후 매수인에게 등기의 의제적 효과가 발생하지 아니한다. 그러므로 등기를 필하지 않더라도 법상 당연히 보호를 받게된다는 생각으로 등기절차를 밟는데 태만할 수 있다.

상황에 따라서는 무한정 등기를 경료하지 않아도 후 매수인, 앞 사례에서 을은 법상 영원히 보호받게 되어 불합리한 점이 있다. 예컨대 선 매수인인 갑이 자신이 소유자라고 오인하여 동 부동산을 개발하였다 하자.

후에 을이 등기를 필하고 자신의 소유권을 주장하는 경우 개발로 인한 가액증가분까지 모두 을의 권리가 될 수 있다. 인지형 부동산등기법은 알라바마, 코네티컷, 일리노이 등 17개주에서 시행되고 있다.

세 번째 유형으로 複合型 부동산등기법(Race/Notice statutes)이 있다. 복합형 부동산등기법은 말 그대로 위 두가지 유형의 부동산등기법을 합쳐 놓은 것인데, 현재 알래스카, 아칸사스, 캘리포니아, 매사추세츠, 미시간, 뉴욕, 오레곤, 펜실베이니아, 워싱턴 등 30개 주가 채택하여 시행하고 있다.

복합형 부동산등기법에 따르면 實際的(actual)또는 擬制的(constructive)으로 선매매거래 사실을 알지 못한 선의의 후 매수인이 대가를 지급하고 부동산을 취득한 경우 인지형 부동산등기법의 경우처럼 선의의 최종매수인으로서 보호받게 된다.

나아가 선 매매거래 사실을 실제상 알았거나, 법상 의제에 따라 지득한 것으로 간주되는 경우, 즉 악의의 후 매수인의 경우에도 선순위 부동산등기법 법리에 따라 선 매수인보다 앞서 등기를 필한 경우 법상 보호를 받게 된다.

복합형 부동산등기법에 따르면 선의의 후 매수인을 보호하면서도 모든 매수인에게 신속히 등기를 필하도록 유인하는 공공정책적 효과를 달성할 수 있다. 30개 주 가운데, 오하이오와 펜실베이니아의 경우 담보물권에 관하여는 선순위 부동산등기법에 따르고 있다.

미국에서 시행 중인 부동산등기법은 부동산 물권에 관한 현대적 법제라 할 수 있다. 판례법을 통하여 지지되고 있는 소유권법제, 즉 모든 토지는 왕의 소유이고, 영주와 귀족에게 분작하여 하사하고, 이로써 소유권이 기원하게 되는 봉건적 소유권제도가 부동산 물권의 내용을 구성한다면, 등기제도는 부동산 물권의 법상 우선순위와 효력을 정하고 있다.

이러한 부동산 등기제도에는 한계가 있는데, 예컨대 대가를 지급하지 않고 부동산에 대한 권리를 취득하는 경우, 즉 상속이나 증여로 권리를 취득하는 경우에는 법상 보호를 받지 못한다. 또한 토지를 소유하고 있는 회사의 주주와 같이 간접적으로 토지 소유권을 취득한 경우에도 등기법상 보호를 받는 물권적 권리에 해당하지 아니하여 보호를 받지 못한다.

한편 토지에 거액의 부동산세가 부과되어 있는 사실을 모르고 토지를 취득한 자의 경우라 하더라도, 그러한 사실이 등기에 의하여 공시되는 것이 아니므로, 이때의 선의는 법상 보호받지 못하고, 고스란히 부과된 세금을 납부하여야 한다.

즉 부동산세가 부과된 경우 그러한 사실은 등기의 대상이 아니므로 특히 주의할 필요가 있다. 일정한 비정부 공과금, 예컨대 기능공 공과금(mechanic's lien)등은 등기가 되어 있지 않다 하더라도 법상 일정기간 보호를 받는데, 부동산 권리자는 그러한 공과금을 납부할 의무가 있다.

영미법상 소유권제도는 봉건제적 전통의 영향으로 대륙법계 소유권제도에 비하여 복잡하다. 절대적 소유권(fee simple absolute)은 우리와 같은 내용의 소유권으로 완전한 효력을 발휘하는 소유권이다.

영미법상 허용되는 가장 높은 수준의 소유권으로 권리를 이전하는 자가 권리 이전과 관련하여 아무런 제한을 받지 않는 경우에 생긴다. 絕對的 所有權은 권리자에게 동 부동산에 관하여 배타적이고 절대적으로 점유, 사용, 처분할 수 있는 권리와 그에 따른 법상 의무를 창설한다.

절대적 소유권 아닌 소유권은 制限的 所有權(fee simple defeasible)이라 부르는데, 제한적 소유권은 회수형 소유권(fee simple defeasible or fee simple determinable)과 후속조건부 소유권(fee simple subject to a condition subsequent)으로 나누어 볼 수 있다.

제한적 소유권은 이전 권리자가 절대적 소유권에 제한을 부과하는 경우 창설된다. 즉 deed라고 불리는 권리증서에 제한이 부가된 경우 창설되는데, 그러한 조건이 충족되는 경우 동 소유권은 무효가 되거나 최소의 의사표시에 따라 무

효가 된다.

回收型 소유권은 처분증서에 “당해 토지가 학교부지로 사용되는 경우에 한하여 갑에게”라는 문구와 같은 조건이 붙은 경우 창설되는데, 이때 당해 토지가 학교부지 이외의 목적으로 사용되면 토지의 소유권은 법상 당연히 원 소유자 또는 원 소유자의 상속인에게 원상회복된다.

後續條件附 소유권은 처분증서에 “그러나 술을 파는 경우”와 같은 문구가 부가되어 조건이 부과되는 경우 창설되는데, 이때에 조건이 충족되면, 예컨대 당해 토지가 주점으로 사용되는 경우라면, 법상 당연히 원 소유주나 소유주의 상속인에게 소유권이 원상회복되는 것은 아니지만, 원 소유주나 상속인은 원상회복을 주장할 수 있다.

미국 대부분의 주에서 이러한 구별은 성문 제정법에 의하여 철폐되었고, 현재 판례법상으로는 권리증서의 문구가 두 유형 중 어떠한 경우에 해당하는지 모호한 경우에는 후속조건부 소유권으로 보는 경향이 대세를 이루고 있다.

따라서 원 소유주나 그 상속인이 적극적으로 조건의 성취와 소유권 복귀를 주장하지 않는 한 조건이 성취되었다고 하여 법상 당연히 소유권이 원상회복되는 것은 아니다. 이와 반대로 초창기 판례법에서는 회수형 소유권으로 보는 경향이 많았다.

원래 소유권이라는 의미의 fee simple이라는 말에서 fee는 고전 불어인 feif에서 나온말로, 봉건제 토지소유권 법제에서 기원한다. 봉건제 토지소유권은 봉건 영주와 토지 소유권자간 충성과 복종 관계로 구성되는데, 귀족인 토지소유권자는 토지 봉작을 받은 대가로 봉건 영주에게 군사적 의무를 지게 된다.

만약 봉건 영주가 왕(king/grand serjeanty)인 경우에는 토지 봉작을 받은 귀족은 군사적 의무외에도 전시 말 조달의무 또는 의전상 호위의무 등 다양한 의무를 추가적으로 부담한다. 물론 이와 상환으로 왕이나 봉건 영주는 이러한 귀족들을 보호할 의무를 갖는다. 봉건제가 종식되고, 봉건제 소유권 법제가 폐지되면서, 봉건제적 의무관계가 더 이상 존재하지 않게 되자, fee자 다음에 simple이 붙기 시작하고 현대적 성격의 절대적 소유권이 탄생한다.

그와 함께 부르조와 혁명으로 시민민주주의가 시작하면서, 사법의 3대 원칙중 하나로 (i) 소유권 절대의 원칙이 자리잡게 된다. 이는 자유로운 경제행위를 대변하는 (ii) 계약자유 원칙 (iii) 제한 책임의 원칙과 함께 근대 사법 3대 원칙을 이룬다.

근대를 지나 현대 사법에서 土地의 公概念이나 소유권 상대의 원칙이 주장되고 있는데, 소유권에는 일정한 의무가 따른다는 봉건제적 소유권 시대가 연상되기도 한다. 물론 왕은 국가와 시민으로 치환되었고, 우리 헌법은 여전히 국민의 납세 의무, 국방의 의무를 규정하고 있으며, 정당한 보상을 전제로 국가의 수용권 등을 인정하고 있다.

절대적 소유권(allodial title/allodium of land)은 대륙법계에서는 부르조와 혁명으로 정부에 유보되어 있지만, 영미법상 봉건제하에서 국가의 모든 토지는 종국적으로 국왕의 소유(Eminent domain)이다.

부르조와 혁명으로 大陸法과 같이 성문제정법률이 법이라고 보는 법계에서는 헌법에 반하지 않는 한 언제든지 소유권의 내용이나 효력을 법으로 변경할 수 있다. 다만 판례법 국가인 영국의 경우 부르조와 혁명으로 인한 근대 소유권법제로의 전환은 점진적일 수 밖에 없고, 구 봉건제적 유습이 남아 있기도 하다.

종국적 토지 소유자인 국왕은 자신이 다스리는 영역 또는 토지라는 개념보다는 토지재산권(estate in land)이라 불리우는 추상적 개념을 통하여 토지를 분할 이전하는데, 앞서 본 절대적 소유권은 fee simple estate로 불리우기도 한다.

11세기 노르만 정복기 봉건제가 영국에 시행되면서, 분작을 받은 토지 귀족은 영주의 소유권을 훼손할 수 있는 토지 소유권의 이전이나 양여를 할 수 없게 된다. 다만 자신 토지를 분할하여 이를 재분작할 수 있게 되는데, 1290년 쿼아 엠프터법(Statute of Quia Emptor)으로 재분작마저 금지되고, 다시 절대적 소유권의 매매가 가능하게 된다.

영미법상 절대적 소유권자는 대륙법계와 같이 정부에 대하여 납세의 의무를 부담하고, 법에 따라 국가의 토지 수용권 행사, 경찰권 행사, 국고귀속 결정 등에 복종하여야 한다. 앞서 본대로 권리증서에 추가된 조건이나 부담에 따라 절대

적 소유권이 제한받을 수 있다는 점은 대륙법계 소유권과 다른 점이다.

또한 상속에 관하여 일정한 제한을 부가하는 관행도 있는데, 이를 接尾型 所有權(entailment or fee tail)이라 부를 수 있다. 접미형 소유권은 “갑과 그의 남성 상속인에게” 같은 문구를 통하여 창설되는데, 이때에 그 부가된 문구에 따라 당해 토지를 상속할 권리가 있는 자의 범위가 한정받는다.

현재 대부분의 보통법국가에서 이러한 접미형 소유권은 인정되고 있지 않다. 요컨대 판례법 국가에서 법제의 민주화는 성문제정법 국가의 경우 달리 의회와 정치기관을 중심으로 급격하게 이루어지지 않는다.

현실에 맞지 않는 봉건제적 요소들이 판례에 의하여 조금씩 수정될 뿐이다. 다만 소유권의 내용이나 효력 문제와 달리, 소유권을 포함한 부동산 물권 권리자 간의 우선순위나 권리 확정에 있어 앞서 본 바와 같이 미국의 경우 성문제정법을 통하여 국가적으로 통일된 체제를 갖추고 있다. 판례법 국가라 하더라도 당해 문제 영역에 관하여 성문법이 제정된 경우에는 당해 성문법이 우선하는 것은 물론이다.

돌이켜 마이클 헬러의 책은 푸르동이나 루이스 모르간, 엥겔스와 같이 좌파적 소유권 관념이나 영국 봉건제, 국제법 선점 이론 같이 우파적 소유권 관념 모두를 초월하고 있다. 서양 이성체계 하에서 발전되어온 소유권의 본질에 천착하면서, 이해관계자를 합리적으로 조율하는 과정에서 발전되어온 소유권법제의 역사적 현실적 의미를 되새기게 하는 도발적 창작품이라 평가 할 수 있다.

민주주의는 법치주의에 의하여 지탱되는 것이다. 법치주의하에서 소유권 제도는 헬러의 말처럼 또한 그의 책제목 “Gridlock Economy”가 시사하듯이 효율을 가치로 하는 인류의 경제 문제에 장애를 초래하는 것인지 모른다.

이는 생산력 향상과 관련해 "인력, 노동력이 확보돼야 되고 또 금융개혁을 통한 양질의 자본과 벤처 자본들이 공급되어야 한다"면서 "통합이 이루어지지 않는 사회, 협치가 이루어지지 않는 정치도 총요소생산성을 낮춰 국가가 항상 신경 쓰고 노력을 해야 된다"고 언급한 한덕수 총리의 總要素生産性 발언취지와 맥을 같이 한다. 요컨대 현실 사회의 경제는 교과서 속 순수경제이론이 설명할

수 없는 총합적인 것이다.

플라톤의 말처럼 민주주의는 가장 비효율적인 정치체제이다. 조지 부시 정부에서 국가안보보좌관을 역임한 콘돌리자 라이스는 "민주주의는 장구하고 어려운 역사적 산물이며, 이는 인내와 끈기, 그리고 가치적 관점을 요구한다 (...democratic development is a very long, difficult, never-ending process that requires patience, persistence, and perspective...)"고 하였다.

시민들이 제도의 공정성을 신뢰하고 절차적 정의를 위하여 시간과 지체 비효율을 감내할 수 있을 때 민주주의는 가능할 수 있다. 제임스 부캐년이 말하였듯이 우리는 “民主主義의 騷音(I like the noise of democracy)”을 즐길 수 있어야 한다. 우리도 차제에 토지의 공개념 문제나 부동산 보유세 등 공정한 소유권 법제에 대한 국민적 합의를 모아가야 할 것이다.

영국 여왕의 서거로 세상이 숙연해졌다. 윤 대통령도 영국을 국빈 방문하여 조의를 표하는 한편, 미국을 순방하고 유엔에서 연설하는 등 바쁜 외교 일정을 보였다. 한 인터넷 웹사이트에 의하면 이번 해외순방으로 인한 외교성과는 다섯가지 정도로 요약된다.

(i) 엘리자베스2세 여왕 조문외교:"조문은 영정보다 상주가 중요." 아주 긴 조문 행렬로 왕실의 권고에 따라 찰스3세 리셉션에 참석해 조의를 표했고 부인 카밀라는 한국을 방문하고 싶다고 호의를 보였다. 조문의 핵심인 장례식에 참석했고 영국 외무장관이 방한해 사의를 표할 예정이며 주한 영국대사도 감사표시를 했다. 김건희 여사 베일 모자 비판이 있었으나 오히려 왕실의 예법을 알아 둔 보인 모습이었다.

(ii) UN총회 참석: 바이든 대통령 만남은 벌써 네번째 만남이라 회담하기 어렵고 참석자 중 미국이 필요한 몇나라 국가원수와 회담했고 짧은 시간도 못만난 사람도 많다. 그래도 바이든을 만나 우의를 확인했고 필요한 말을 했다. 유엔 연설은 훌륭했고 의장도 의장석에서 이를 지켜 보았으며, 박수도 9차례 받았고 사무총장도 연설이 훌륭했다고 덕담을 했다.

(iii) 일본총리와 회담: 2년9개월만에 회담을 성사 시켰으며, 향후 이전 더민주 당 정부에 비하여 한일관계가 개선되리라 전망된다.

(iv) 캐나다 방문: 미국 다음으로 많이 참전한 캐나다 참전용사에게 경의를 표한 점 훌륭했다. 트뤼도 총리와는 나토에 이어 두번째 정상회담을 가졌다. AI-디지털 결합을 통한 '글로벌 디지털전환' 협력과 北비핵화 위해 긴밀 공조, '인-태전략'에 대해 소통키로 했으며 내년 수교 60주년 계기로 트뤼도에 방한 요청도 했다.

(v) 세일즈 외교: NATO 회의에 참석했을 때 원전과 방산수출 성과가 있었고 이번에 뉴욕에서 1조6천억 투자유치를 했다.

그런데 22일 AFP 등 외신은 윤석열 대통령이 바이든 대통령과 글로벌 펀딩 유치 회의를 마치고 나오면서 미의회를 향하여 한 욕설이 일파만파 파장이 커지고 있다고 보도하였다. AFP 등 해외 언론들은 해당 발언을 "How could Biden not lose damn face if these fuckers do not pass it in Congress?"라고 번역해 보도하기도 하였고, 국내 언론은 "윤석열 쌍욕외교 참사 일파만파"라는 제하에 윤석열의 "바이든과 미 의회를 향한 욕설"로 엄청난 국익 손상과 함께 彈劾의 시발점이 될 것이라고 예측하기도 하였다.

영국의 왕이나 여왕은 봉건제라면 영국의 모든 영토에 대한 소유권자로서의 지위를 갖는다. 1952년 영국의 세계패권이 저물면서 등극하여 한 시대 영욕의 세월 속에 살다간 영국 여왕의 서거로 온 세상이 애도를 표하고 있다.

한때 해지는 날이 없었던 대영제국의 광활한 영토의 주인이 서거하였다. 그녀의 사망과 관련하여 의관과 검시관의 사망에 관한 짧은 확인 문언을 담은 한 페이지 사망진단서만이 달랑 남게 되었다는 사실이 새삼 인생 무상을 느끼게 한다.

그 와중에 우리 윤석열 대통령은 검사 시절 도둑 잡던 과정에서 몸에 밴 어투로 흥역을 앓고 있다. 새끼 새끼 하면서 간첩잡던 오제도 검사, 새끼 새끼 하면서 절도 강도범 다그치던 윤석열 검사, 소유권은 도둑질이라는 푸르동의 말과 대비되어 보수 우파 정권이 본격적으로 시작되었구나 느껴진다.

그런데 외교적 국익은 도외시한 채, 야당은 여전히 사적 대화에서 행한 卑俗語 문제로 대통령의 인격을 물고 늘어지면서 정쟁거리화하고 있다. 부자가 무엇인지, 철이 든다는 것이 무엇인지 불연 듯 우리 시대 애환을 함께 했던 연예인 강부자와 배철수의 이름이 스쳐 지나간다.



16. 이의민(李義旻)과 정중부(鄭仲夫)

나이가 들면서 말년을 걱정하는 보통 사람들은 노동보다는 돈을 좋아한다. 물론 요즈음 영악한 젊은이들은 벌써 돈을 좋아하기도 한다. 노동요를 부른다 어쩐다 하지만 기본적으로 사람과 노동의 관계는 묘하다. 실업자로 오래 지낸 사람은 어떠한 직장에서도 즐거워 하면서 살 것이다.

화가나 음악가, 자신의 전공분야를 재미있어 하는 학자들은 노동이 곧 자아실현으로 연결되므로 시간 나는대로 그림 그리고, 악상을 악보로 옮기거나 논문 또는 책을 저술할 것이다. 우리 같은 보통의 평범한 사람들은 생존과 가족 생계를 위하여 노동의 현장으로 나아가지 않을 수 없다. 노동과 존재는 경제라는 렌즈를 통하여 보면 단순할 수도 있다.

인본주의자, 역사학자, 경제학자로서 맑스의 눈을 통하여 본 노동과 자본은 일하는 계급(working class), 즉 노동자 세상을 꿈꾸었다. 자본의 탐욕과 인간다운 인간은 필연적으로 대립과 갈등으로 나아가고, 결국 공존할 수 없다는 것이다. 그러나 제도론적 관점에서 본 勞動과 資本은 현실을 도외시 할 수 없다.

지난 주 노벨상 수상자들이 발표되었다. 벤 버냉키(Ben Bernanke)를 비롯하여 이번에 노벨 경제학상을 수상한 3인의 미 경제학자들은 “금융시스템 건전성에 사람들이 의구심 가질 때 경제 위기 발생한다”는 이론을 증명한 공로로 수상하였다고 한다. 이는 우리의 경제 문제가 사람들의 시장에 대한 신뢰를 기본으로 한다는 것을 의미한다.

노동과 자본간의 기본적 관계에서 시장과 자본은 다양화되고 변화 발전한다. 농업자본에서 산업자본으로, 산업자본에서 금융자본으로, 이제는 기술자본, 문화자본, 인간자본을 말하고 있으니, 시장의 포화와 성장의 정체를 극복해 보려는 인간의 노력은 가히 눈물겹다.

바이든 대통령이 중국으로부터 세계 최대 제조업 국가 지위를 탈환하겠다는 의지를 보이고 있는 와중에, 전 연준 의장인 벤 버냉키가 노벨 경제학상을 수상하고, 첨단 기술을 이용한 비트코인 등 가상화폐의 현실은 그대로, 산업자본, 금융자본, 기술자본이라는 시장의 현실을 적나라하게 드러내면서 美國 資本主

義의 苦惱를 보여준다.

이제는 사람의 인식이 변하여 노동보다는 돈을 신뢰하는 시대가 되었고, 금융 시스템은 나라 경제제도의 근간을 이루고 있다. 경제제도에는 국경이 있지만, 금융시장이든 상품시장이든 시장에는 국경이 없다. 미국 달러의 이자율이 오르면, 우리 한국은행도 그에 대비하여 이자율을 올리지 않는 한 한국 경제는 붕괴할 수 밖에 없다.

사람은 육체적 존재이기도 하지만, 靈的 존재이자 심리적 존재이다. 그래서 영장류 중 가장 지능이 탁월하여 동물과 달리 이 세상을 지배하고 있다. “경제는 심리이다” 라는 말도 있지만, 생산자든 소비자든 경제는 이러한 “사람들로” 구성된다. 소위 사람은 homo economicus인 것이다.

소비자든 생산자든 경제인은 영악할 수 밖에 없다. 어제 tv 뉴스에 KTX 할인제 점수제에 비리가 있다는 보도도 있었지만, 이제 목요일 할인 혜택이 있는 날 아니면 아웃백 스테이크 하우스에 가는 것이 짹짹하다. 초를 다투는 외환시장과 금융자본가들도 역시 그러하다.

따라서 경제나 시장 문제는 쉬운 일이 아니다. 고도로 영악한 행위자들이 구성요소라면, 시장과 경제에는 당연히 신뢰의 문제가 발생한다. 이제는 과거와 달리 노동보다는 돈을 신뢰하고 좋아하는 시대가 되었으므로 금융자본이나 금융시스템의 건전성은 코로나 19가 종식되려는 계제에 시장과 경제를 복원하는데 있어 매우 중요한 일이다. 그러나 高率의 利子律은 투자자나 소비자 모두에게 충격이다. 경제가 장난이 아니다.

열악한 자본이나 노동자 계층에게 어렵다는 것을 알면서도, 지금의 현실은 물가 폭등을 잡아야 하고 돈이나 금융시스템의 건정성에 대한 신뢰를 복원하려는 교육지책을 펼 수밖에 없는 것이다. 인간의 탐욕으로 과거에는 고리대금업이 성행하였다. 언젠가 사법은 사이록 같고, 공법은 동키호테 같다고 하였지만, 세익스피어 소설 베니스의 상인의 주인공 사이록은 악덕 고리대금업자이다.

금원을 대여하고 사람의 살을 대가로 취한다는 합의를 하였으니, 보통 잔인한 것이 아니다. 10년전만 하더라도 채무자를 뒷 트렁크에 달고 고속도로에서 수

십킬로를 주행한 대여업자도 있었으니, 샤일록 얘기가 지금에 이르러서도 장난이 아니다.

샤일록이나 1990년대 대여업자 사례에서 인간이 그렇게 잔인할 수 있다는 건 인간이 돈을 얼마나 좋아하고 신뢰하는가를 단적으로 보여주고 있다. 그러나 이제 국가적 경제위기를 생각하지 않을 수 없다. 킹달러 환율급등에 9월 수입 물가가 3.3% 올라 석달만에 상승세로 전환하였다는 보도와 함께, 향후 세계적 경제위기가 닥칠 것이라고 전망하는 사람들이 많다.

인간이 영악해도 경제 전문가가 아니므로 가끔 비상 사령관처럼 TV에 등장하여 국민에게 선택의 문제를 말하는 한국은행장의 훈시라도 들어야 할 판이다. 그런데 법에서 경제에 관한 법은 사법 영역이다. 법 역시 인간에 대한 신뢰가 중요하다. 공법의 지도원칙이 법치주의의 원칙이라면, 사법의 지도원칙이 신의성실의 원칙인 것만 보아도 그러하다. 법치주의 원칙이 국가와 시민사회간의 신뢰라면, 신의성실의 원칙은 시민사회 내 시민간의 신뢰이다.

법은 사회생활 관계 중 법률관계를 학습의 대상으로 한다. 法律關係는 권리와 의무관계로 구성된다. 예컨대 행정법은 국가의 행정작용과 관련하여 국가와 그 처분의 상대방 또는 국가와 법률관계가 있는 당사자간의 권리와 의무를 학습한다.

따라서 국립학교 교원의 경미한 비리를 이유로 파면이라는 극단적 징계 결정을 한 경우 또는 경미한 수준의 음주운전임에도 운전면허 취소라는 가장 과중한 처분을 한 경우, 그러한 국가의 처분들은 비례의 원칙에 위반한 것이 되어 공법상 취소소송이나 당사자 소송을 통하여 다투어진다.

형사소송법이나 행형법은 국가와 피의자, 국가와 피고인, 국가와 수형자간의 권리 의무관계를 다룬다. 따라서 경찰이나 검찰의 강제수사기간은 법에 정한 기간을 초과해서는 안되고, 수형자에게 수갑을 채우는 것이 위법할 때도 있다. 또한 民事訴訟法은 법원이라 불리우는 재판부와 소송당사자간의 권리와 의무를 정하고 있다.

요컨대 법은 곧 우리의 상식이자 양심으므로, 학설상 대립은 있지만 법이 정하

는 이자율을 초과한 약정은 보호받지 못한다. 즉 이자제한법상 한도를 초과하여 금원을 대여한 소비대차계약의 경우, 그 한도를 넘은 이자부분은 법이 보호하지 않는다. 이 때에 그 약정은 소송으로 강제할 수 없는 자연채무가 된다고 본다.

自然債務라 함은 채무자가 임의로 변제하지 않는 경우에도 채권자가 그 이행을 소로써 구하지 못하는 채무를 말한다. 단순히 국가를 통하여 강제할 수 없을 뿐 채무자가 자진변제를 하면 유효한 변제가 되고, 반대로 채권자는 부당이득이 되지 않는다.

자연채무와 책임없는 채무를 구별하지 않는 견해도 있다. 즉 소송을 제기하여 판결을 구할 수는 있으나 그 판결에 의하여 강제집행을 청구할 수 없는 것을 책임없는 채무라 하는데, 이를 포함하여 자연채무로 보는 것이다.

법에서 인정하는 자연채무의 관념은 시장에서 계약자유의 원칙이나 경제적 선택의 문제가 얼마나 중요한 것인가를 반증한다. 법이나 국가는 단지 고율의 이자 부분에 대하여 강제력을 통한 보호를 하지 않을 뿐 경제인간의 합의는 자연채무 이론에 따라 여전히 남아 있는 것이다.

자연채무의 대표적인 예로서는 계약에 의해 발생하는 경우와, 채권자가 승소의 종국판결을 받은 후에 소를 취하한 경우의 채무, 파산절차에서 면책된 채무 및 화의에서 일부 면제된 채무 등을 들 수 있으며, 소멸시효로 완성된 채무, 불법 원인급여(민법 제746), 제한초과의 이자채무 등에 대해서는 학설이 대립되고 있다.

자연채무에 인정되는 일반적인 효과로는 相計의 自動債權으로 하거나, 변경 또는 준소비대차의 기초로 삼을 수도 있으며 보증이나 담보도 유효하게 성립한다. 또한 자연채무가 선의의 제3자에게 양도된 경우에도 자연채무로서의 성격을 잃지 않는다고 보고 있다.

같은 사법 영역의 문제이면서, 인간에 대한 신뢰를 생각해 볼 수 있는 좋은 예가 영미법에서 인정되고 있는 詐欺防止法(Statute of Frauds)상 서면주의의 원칙과 구두증거배제의 원칙(Parol Evidence Rule)이다. 국제거래법에서는

Incoterms나 CISG법과 같이 국제매매계약에 관한 법을 공부하는데, 언젠가 학생들이 두 원칙이 헷갈린다고 하는 것 아닌가?

그래서 서면주의의 원칙은 일정한 계약의 경우 당사자의 서명이 부가된 서면에 의하여 합의하지 않는 한 계약 자체가 성립되지 않는다는 실제법적 원칙이고, 구두 증거 배제의 법칙은 실제법 상 계약이 성립하였지만, 그 합의 내용에 관하여 당사자가 다투는 경우, 더 확실한 서면증거가 존재한다면 구두 합의의 존재로 이를 부인할 수 없다는 절차법적 원칙이라고 설명해 주었다.

그랬더니 감사하다고 하면서 강의실을 나가는 뒷 모습을 보면서 마치 법정 스님의 말처럼 “산은 산이요 물은 물이다”라고 말한 느낌이 들어 약간은 찝찝한 마음이 들었다.

영미법계 계약법에 관한 법원칙으로 서면주의 원칙과 구두증거배제의 원칙(Parol evidence rule)이 있다. 서면주의 원칙은 사기방지법(Statute of Frauds)상 법원칙으로 특정한 부류의 계약은 서면에 의하여 체결되지 않는 한 유효하지 않다는 법원칙이다.

대륙법계 계약법 원칙이 당사자간의 합의(meeting of minds)가 있는 경우에는 그 합의의 방식이 구두이던 서면이던 어떠한 방식에 의하더라도 가능하다는 계약체결에 있어 방식의 자유를 취하는 것에 대한 영미법상 예외가 된다.

이러한 법계간의 차이로 실제 물품매매에 관한 유엔협약, 즉 CISG법에서는 계약 성립에 관하여 방식의 자유라는 대륙법계 법원칙을 채택하면서도 제 96조 유보 조항을 두고 있다.

즉 일정한 부류의 계약 체결에 있어 서면 방식을 요구하는 영미법계 국가들이나 경제나 시장, 사적 영역에 국가가 관여하고, 계약방식의 자유가 제한받는 사회주의 법계 국가들을 위하여 제 96조 유보를 허용하고 있는 것이다.

계약체결에 있어 서면주의를 요구하는 영미법 관행은 사기와 위증이 횡행하던 17세기 중엽 이를 방지하기 위하여 영국 의회가 사기방지법을 제정하면서 시작되었고, 이후 판례법을 통하여 미국에서도 인정되기 시작하였다.

현재 미국 대부분의 주는 이에 관한 성문제정법을 두고 있다. 사기방지법에 따라 계약 당사자가 서명한 서면에 의한 합의를 요구하는 계약으로는 (i) 혼전합의(prenuptial agreements)를 포함하여 결혼을 약인으로 한 계약 (ii) 계약이 행기간이 1년 이상인 경우 (다만 그 기간이 무한정인 계약은 제외됨) (iii) 상속 재산관리인이 자신의 금원으로 상속재산 채무를 변제하겠다고 약속하는 경우 (iv) 500 달러 이상의 가치를 갖는 동산의 매매계약 (v) 다른 당사자의 채무나 법상 부채에 관하여 보증을 서는 계약 (vi) 토지 양도를 위한 구체적 이행을 담고 있는 계약 등이다.

토지를 양도하기 위한 계약의 경우 구입과 판매를 위하여 요구되는 핵심적 사항에 대한 합의를 담고 있으면 유효하게 성립한다. 다만 서면합의가 아닌 경우에도 형평법원은 부분이행의 법리에 따라 구두에 의한 합의의 구체적 이행을 명할 수 있다.

대부분의 주에 있어 部分履行(partial performance)은 토지 양수인이 대금을 지급하고, 양도인의 허락을 받아 토지를 점유하여야 하며, 토지에 일정한 개량을 행한 경우에 인정된다. 따라서 양수인의 대금지급만으로는 부분이행이 인정되지 않게 되는데, 이때에는 서면주의 원칙으로 돌아가 계약은 유효하게 성립된 것으로 보지 않는다.

보통법 하에서 사기방지법은 또한 계약의 변경(contract modifications)에도 적용된다. 예를 들어 9개월의 자동차 대여를 위한 구두계약에서, 차의 점유를 이전받은 후 즉시 자동차를 임차한 임차인은 자신이 그 차를 너무 좋아하여 부가적으로 6개월을 더하여 자동차 임차기간을 연장하기 위한 구두 언약을 할 수 있다.

비록 두 계약 모두는 사기방지법의 적용과 상관이 없지만, 구두 연장 합의는 원 계약을 15개월 기간 연장하여 변경되었다. 이로써 계약기간은 서면에 의한 합의를 요하는 1년, 즉 12개월을 넘어 연장되어 사기방지법이 적용되는 것이다.

이론상으로는 동일한 원칙이 적용되는 경우와 반대의 경우, 즉 15개월의 계약이 9개월로 단축된 경우에도 적용되고, 따라서 서면 아닌 방식으로 계약이 체

결될 수 있을 것이다. 그러나 실제 대부분의 주는 이러한 경우 서명이 있는 서면에 의한 합의, 즉 서면계약을 요구하도록 제정법을 두고 있다.

사기방지법 상 書面主義의 예외가 있다. 먼저 일부의 이행(Partial performance)이 있었음을 입증하는 경우 예외가 인정된다. 일부 이행의 효과는 두가지 유형으로 나뉜다. Riley v. Capital Airlines 사건에서 법원은 계약 당사자가 합의의 존재를 신뢰하고 일정한 조치를 한 경우, 일부의 이행으로 계약이 사기방지법의 적용으로부터 면제되는 것은 아니라고 하였다.

즉 이행된 일부에 대하여 사기방지법이 적용되지 않는 분할계약이 성립하며, 그 이행이 되는 한도에서 계약은 유효하게 성립하고 이행된 것이 된다. 하지만 이행되지 않은 부분은 여전히 서명이 있는 서면에 의한 합의를 요하는 계약, 즉 사기방지법이 적용되는 계약으로 남으며, 따라서 일부의 이행이 있다 하더라도 나머지 부분에 대하여는 계약이 유효하게 성립된 것이 아니다.

즉 일부의 이행 부분만 유효한 계약이 되며, 일부이행의 법리가 계약 전체를 사기방지법의 적용으로부터 면제시키는 것은 아니다. 이때에 이행되지 않은 부분은 여전히 사기방지법이 적용되어 계약은 서명이 부가된 서면에 의한 합의가 아니어서 유효한 것이 아니다.

두 번째 유형은 일부 이행이 있는 경우 禁反言의 原則에 따라 서면에 의한 합의가 아닌 경우에도 계약 전체가 유효하게 되는 경우로 Schweds v. Romai 사건 법원의 입장이다. 약속에 의한 금반언 원칙(Promissory estoppel)은 모든 주는 아니지만 대부분의 주에서 적용되고 있다. 즉 의무 당사자가 상대방의 약속을 신뢰하여 사기방지법에 따라 무효인 계약의 존재를 믿은 경우, 약속에 의한 금반언의 원칙이 적용되어 서면에 의한 합의가 아닌 경우에도 계약은 유효하고 이행이 강제될 수 있다.

“주된 목적 법칙(main purpose rule)”이 적용되는 보증 계약(guarantee or suretyship type contracts)의 경우도 사기방지법의 예외가 된다. 이 예외에 따라 다른 자의 채무를 자신이 책임지고 변제하겠다는 합의가 약속을 하는 자의 경제적 이익에 주된 목적이 있는 경우 서면에 의한 합의가 아닌 경우에도 계약은 유효하다.

默示的 地役權(Easements by implication)의 경우에도 예외가 인정된다. 묵시적 지역권은 당해 토지를 이용한 물권적 권리가 없는 경우에 창설되는데, 이때 서면합의 없어도 법상 당연히 창설된다. 묵시적 지역권에 따르면 당해 토지의 공동소유자간 토지의 분할이 있어 이전의 사용관계가 이제는 다른 소유자의 소유권을 침해하는 경우에도 여전히 분할전과 같이 당해 토지를 합리적으로 이용하는 범위내에서 당해 토지의 사용을 위하여 다른 자의 토지부분을 계속 사용할 수 있게 된다.

이때 법에 따라 묵시적 지역권이 창설되기 위하여는 토지 분할 시점에 이전의 사용관계가 명백하고 계속적이어야 한다. 요컨대 묵시적 지역권은 토지에 관한 권리이므로 사기방지법상 서면주의의 적용을 받아야 하지만 법상 창설되는 묵시적 지역권의 경우에는 예외가 된다.

통일상법전은 미국의 국내 상법전이다. 미국법 연구기관(ALI)이 창안한 모범상법전을 루이지아나주를 제외한 49개 주 의회가 주 상법으로 의결 채택하여 통일상법전이라 불리운다. 그런데 그 법은 미 국내법이다. 미국은 연방시스템으로 인하여 법통일의 필요가 적지 않은데, 리스테이트먼트(Restatement)나 모범법(Model law)를 통하여 법통일을 위한 노력을 하고 있다.

국제거래법을 가르치다 보니 統一私法에 대하여 관심이 많다. 본래적 의미의 국제거래법이 바로 통일 사법인 것이다. 미국의 법 통일방식은 국제사회에도 영향을 미쳐 UNIDROIT는 리스테이트먼트 방식, 유엔이 제정한 모범법들은 말그대로 법통일로 나아가는 모범을 제공하고 있다.

역시 경제에 관한 법이라 동질성과 전문성을 공유할 수 있어 법통일도 비교적 쉽다. 같은 모범법이라도 주 정부가 모범 형법전을 자신의 주 형법으로 채택하고 있지 않는 것과 대비된다.

경제에 관한 WTO법이 다른 국제법 영역에 비하여 회원국들의 지지를 받아 순항하는 것도 역시 경제 문제는 각 주 정부, 각 회원국들에게 공통적이고 동질적이라는 것을 시사한다.

특히 상사 문제는 형법이나 다른 법 영역처럼 고유의 역사나 전통보다는 상인

사회의 전문성과 기술성에 바탕하고 있어 법 통일이 비교적 쉬운 것이다. 통일 상법전은 각 주 정부가 자신의 상법전으로 채용하여 동산 매매거래는 통일상법전에 의하여 규율되는데, 이때에 사기방지법상 서면주의가 수정받는다.

첫째, 선서를 행한 피고가 계약의 존재를 자백한 경우 서면주의가 작용되지 않는다. 다만 자백한 상품 수량에 한하여 계약은 유효하게 된다. 예컨대, 계약상 100대의 텔레비존을 인도하기로 합의하였는데, 피고인 매도인이 법정에서 70대를 인도하기로 합의하였다고 자백한 경우 계약은 서면에 의하지 않아 무효라 하더라도 자백에 의하여 유효하게 된다. 다만 이때에 유효하게 되는 부분은 자백한 70대에 한한다.

다음으로 “상인인지법칙(Merchant confirmation rule)”에 따라 사기방지법의 예외가 인정된다. 즉 구두합의 후 한 상인이 상대방 상인에게 확인 서면을 송부하고, 이를 수령한 상대방 상인이 그 서면의 내용을 당연히 알 수 있음에도 10일 이내에 서면 내용에 대하여 이의를 제기하지 않는 경우 당해 확인 서면은 양 당사자에게 서면에 의한 합의가 된다.

사기방지법상 書面主義는 양 당사자의 서명이 있어야 하지만, 상인인지법칙이 적용되는 경우에 양 당사자는 서명을 하지 않았음에도, 사기방지법상 서면에 의한 계약 체결로 인정된다. 따라서 서면주의의 예외에 해당하는 것이다.

한편 매수인을 위하여 특별히 제작되는 상품 매매거래에 있어 매도인이 제작을 개시한 경우 또는 제작을 위하여 제 3자와 계약을 체결한 경우, 상품 제작자가 매수인의 과도한 부담 없이 통상적 사업방식으로 매수인에게 제작된 상품을 매도할 수 없다면, 서면주의가 적용되지 않는다.

사기방지법에 따라 서면주의가 적용됨에도 서명이 부가된 서면에 의하여 체결되지 않은 계약에 대한 법적 취급은 주 법상 세가지 유형으로 나뉘어진다.

첫째 유형은 그러한 계약에 따라 訴求가 불가하거나 강제되지 않는다고 규정하는 경우이다.

둘째 유형은 그러한 계약은 무효라고 규정하는 경우이다.

셋째 유형은 그러한 계약은 영향을 받는 당사자의 선택에 따라 취소될 수 있다고 규정하는 경우이다.

미국 통일상법전(UCC)에 따라 동산매매거래에 대한 사기방지법은 일부 수정되었다. 즉 500달러 이상의 계약가액을 갖는 동산매매거래로 사기방지법이 적용되는 경우라도, 직업적 목적의 상인이 자신의 통상적 사업거래를 하는 경우에는 그 이상 가액의 거래도 서명과 서면에 의한 합의 요건이 적용되지 않고, 어떠한 방식으로든 합의가 있는 경우(meeting of minds), 계약은 유효하게 성립한다.

또한 특정 매수인을 위하여 관례적으로 제작 매도되는 물품 거래도 역시 서면주의 원칙의 적용에서 제외된다. 사기방지법은 통일상법전에서 다시 확인되고 있는데, 최근 500달러 이상의 계약가액이 5,000달러 이상으로 인상·개정되었다. 다만 각 주 정부는 그러한 인상을 즉시 수용하지 않고 시간을 갖고 천천히 인상하고 있다.

증권거래에 있어 통일상법전은 사기방지법상 서면주의를 철폐하였다. 전자상거래의 비약적 발전으로 사기방지법이 더 이상 증권거래에 적용하기 어렵게 된 것이다. 구두증거배제의 원칙(Parol evidence rule)은 계약상 분쟁, 즉 어떠한 내용으로 양 당사자가 합의하였는가에 관하여 당사자간 다툼이 있는 경우 “어떠한 형식의 증거가 유효한 증거로 인정되는가”에 관한 증거법 또는 절차법상 원칙이다.

양 당사자가 최종 계약 문언에 대하여 서면으로 합의한 사항을 후에 협상 과정에서 행해진 구두 합의 등에 기초하여 번복하는 것을 방지하기 위한 것이다. 국제계약 말미에 흔히 삽입되는 보일러 플레이트 조항들 중 하나인 entirety agreement가 당해 서면 계약은 최종적이고, 완전한 것이라는 것을 확인하는 것과 같은 취지이다. 다시 말하면 동 원칙은 외래 증거(extrinsic evidence)는 서면합의를 변경할 목적으로 사용되는 경우 증거로 인정할 수 없다는 원칙이다.

동 원칙의 parol은 중세 불어인 parol 또는 parole에서 유래하였는데, 구두라는 어의를 가진다. 특히 중세 시대 법정에서 구두변론절차를 지칭하기 위하여

사용되기도 하였다. 구두증거배제의 원칙에 따라 분쟁당사자는 서면합의에 포함되지 않은 합의가 있었다고 주장할 수 없게 된다. 즉 사기, 겁박, 또는 공동의 착오가 있었다는 증거가 없는 한 법정에서 합의된 서면내용과 다른 증거를 법원에 제시할 수 없다.

동 원칙에 따르면 과거나 현재의 口頭에 의한 승意는 물론이고, 당사자들이 하나의 문서에 완전한 서면합의를 의도하여 통합하였다면, 그러한 서면합의에 반하거나 서면합의를 변경시키는 효과를 갖는 과거나 현재의 다른 서면 합의도 외래적 증거로서 배척된다.

따라서 계약상 분쟁을 심판하는 배심원은 오로지 당사자가 의도한 서면합의에 기초하여 분쟁을 심판하여야 한다. 구두증거배제의 원칙은 U.C.C. § 2-202에 성문화되어 있는데, 당사자의 서면에 의한 최종적 합의에 반하는 과거 또는 현재의 구두 합의는 증거로 삼을 수 없다. 다만 거래 정황, 거래에 관한 상관습, 이행 정황 등에 의하여 보완되거나 명확하게 될 수는 있다.

또한 법원이 당사자의 서면합의가 완전하고 배타적이라는 것을 당사자가 의도한 것이라고 보지 않는 한, 최종합의에 배치되지 않는 다른 계약 내용에 의하여 계약은 보완될 수 있다. 즉 외래 증거를 증거로 인정할 것인가를 정함에 있어 중요한 것은 서면합의가 완전하게 또는 부분적으로 통합적인가 하는 사실이다.

서면 합의가 완전성과 구체성의 관점에서 합리적으로 보아 당해 거래에 필요한 조건에 관하여 완전하게 합의한 것이라면 법원은 당해 서면합의가 완전히 통합된 것으로 판단한다. 이때에는 어떠한 외래 증거도 증거로서 채택되지 않는다. 만약 서면합의가 완전성과 구체성의 관점에서 합리적으로 보아 당해 거래에 필요한 조건에 관하여 완전하게 합의한 것으로 보여지지 않는 경우에는 불완전한 서면합의에 반하지 않는 부가적 조건들을 통하여 그러한 서면합의를 보완할 수 있다.

구두증거배제의 원칙에는 두가지 예외가 인정되는데, 竝列契約(Collateral contract)의 예외와 불명확성의 예외(Ambiguities exception)가 그것이다. 병렬계약은 주 계약을 체결하기 위한 약인(consideration)을 제공하기 위하여 체

결되는 계약인데, 주 계약과 동일한 목적물에 관하여 부가적 조건들을 담고 있다.

예컨대 한 당사자가 다른 계약을 체결하는 대가로 특정한 금원을 지급하는데 합의하는 경우 병렬계약이 성립한다. 구두증거배제 원칙의 예외로 병렬계약에 해당하기 위하여 법원은 당해 계약이 부분적으로 통합되었는지 예비적 증거들을 살피게 된다.

병렬계약의 예외에 해당하기 위하여는 세가지 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 당해 외래 증거는 병렬적인 것이어야 한다. 다시 말하면 외래적 합의가 주된 서면 계약으로부터 명확히 분리되어 독립적인 경우에는 여전히 당해 계약, 즉 당사자간 합의를 증명함에 있어 구두증거 배제의 원칙이 적용된다. 따라서 外來的 合意(extrinsic agreement)는 계약에 종속되는 부차적 합의이어야 하고, 계약 협상과정에서 또는 협상과 함께 합의에 이르러야 한다. 또한 외래적 합의에 주 계약과 동일한 약인이 존재하여야 한다.

둘째, 외래적 합의는 서면 합의의 명시적·묵시적 조항과 모순되지 않아야 한다. 법원은 서면 합의의 효력을 우선시하고 서면합의에 반하는 내용을 계약 내용으로 인정하지 않는다. Baker v. Bailey, 782 P.2d 1286 (Mont. 1989)에서 법원은 주 계약이 명확하고 결정적이며, 외래적 증거가 주 계약의 서면합의에 모순된다는 이유로 구두증거를 증거로 채택하지 않고 외래적 합의의 효력을 인정하여야 한다는 주장을 배척하였다.

외래적 합의는 당사자들이 보통 서면에 의하여 합의하지 않는 사항이어야 한다. 법원은 이때에 “통상적 자연적 기준(ordinary and natural test)”을 적용하게 되는데, 그러한 합의가 보통 사람이라면 통상적으로 서면에 의한 합의일 것을 기대하는지 여부를 기준으로 삼는다. Mitchill v. Lath, 247 N.Y. 377, 160 N.E. 646 (1928)에서, 원고는 피고가 아이스 하우스를 철거해준다는 것을 약속한 대가로 피고로부터 토지를 매입하였다고 주장하였다.

그런데 피고는 약속대로 아이스 하우스를 철거하지 않았다. 병렬계약으로서 서면 아닌 외래적 증거에 의하여 피고의 아이스 하우스 철거 약속이 있었는지가

문제된 동 사건에서, 법원은 口頭證據排除의 原則을 적용하여 그러한 외래적 합의를 인정하지 않았다.

법원은 아이스 하우스를 철거하겠다는 피고의 약속을 보통인이라면 통상 서면에 의하여 합의할 것을 예상한다고 보아 병렬계약의 예외에 해당하지 않는다고 본 것이다. 원 서면 계약의 합의 내용이 한가지 이상 다양한 의미로 해석 가능할 때, 불명확성의 예외에 따라 법원은 계약문언의 의미를 확정하기 위하여 구두 증거를 증거로 사용할 수 있다.

서면합의 문언이 불명확한 경우 법원은 성문법 해석에 관한 여러 법칙을 적용할 수 있다. 우리의 경우 여러 전형계약의 내용과 효력을 규정하고 있는 계약법 임의조항에 따라 당사자의 모호한 합의가 보충되는 법리와 유사하다. 불명확성의 예외(Ambiguities exception)를 인정하는 이유는 계약법에 있어 당사자 의사 절대의 원칙에 충실하기 위한 것이다. 즉 법원은 당사자의 진정한 의사를 확정하기 위하여 서면 합의외에도 신빙성 있는 모든 증거를 살펴 볼 수 있다는 것이다.

따라서 만일 당사자의 의사가 부종적 계약에서 명확하게 확정되는 경우에는 명시적이지만 모호한 의미의 주 계약 조항에 우선한다. 지방대 교수로 일하다 보니, 고속버스를 타는 시간이 많다. 고속버스를 타고 가다 보면 차창으로 우리 기업들 공장과 호남의 곡창지대가 나타난다. 한국 경제를 느껴 볼 수 있는 시간이다.

가끔 TV 드라마 여운이 남아 견훤의 생가를 지날 때면, 흰한 이마의 견공이 생각나기도 하고, 무인 시대의 무장이 된 기분이 들기도 한다. 한국 현대사의 비극인 제 5공화국 특전사 요원을 실어 나르는 차량 행렬이 생각나면서 착잡한 기분이 들 때도 있다.

實體法과 節次法 이야기를 하다보니 TV 드라마 무인시대가 회상된다. 드라마 속 무장인 이의민은 마치 의로운 시민, 사법의 대원칙인 신의성실의 원칙을 연상시킨다. 김부식의 아들 등 문신의 무신에 대한 희롱에 격분하여 촉발된 무인정권의 대부는 정중부이다.

부르조와 혁명은 절대 왕정을 타파하고 부를 누리는 자본가계급의 혁명이었다. 맑스의 말을 빌리면 근 현대법은 이러한 자본주의체제를 지지하는 상부구조의 하나이다. 이자제한법 얘기도 하였지만 형법이 규정하는 벌금형을 현실화하여야 한다는 논의가 있는 것만 보아도 경제와 법, 부와 법이 밀접하다는 것을 알 수 있다.

무인정권의 배경이 되는 金富軾 이름이 소유권법이나 계약법처럼 우리의 富를 심는 실제 사법이라면, 정중부라는 이름자는 이름대로 정중함에서 창출되는 우리의 부, 절차법적 부가 아닐까?

형사소송법이나 민사소송법은 실체법 못지 않게 현실사회에서 우리의 양심과 정의를 실현하는데 중요하다. 그래서 우리는 과거 정권의 고문에 대하여 치를 떨고, 형사사법절차에서 피고인의 인권을 말하지 않는가? 서양의 한 법학자는 실제 법치주의의 구현에 있어 실체법 보다도 오히려 절차법이 중요하다고 말하기도 하였다.

영국의 변호사이자 비교사법학자인 헨리 메인(Henry Maine)이라는 철학자는 근대 자본주의 사회의 등장을 “신분에서 계약으로(From status to contract)”라고 간명하게 표명하였다. 힘있는 자가 봉건적 생산관계를 통하여 부를 농단하는 시대를 지나 새로운 자본가 계급이 국가의 주인이 되고 시장과 경제의 주체가 된 것을 표현하는 말이다. 새로운 자본가 계급에게 계약은 생산과 수익창출을 위한 필수적 법적 기제이다.

사업계획서를 들고 은행 직원을 설득하여 사업자금을 대여 받기 위하여 소비대차계약을 체결하는 것에서 시작하여, 공장부지 매입을 위한 계약, 원료구입계약, 직원 채용을 위한 고용계약, 생산시설 도입을 위한 플랜트 수입계약, 생산품 판매를 위한 매매계약 등등 계약은 기업의 손과 발이다.

지난 시간 포스팅에서 “소유권은 도둑”이라는 프랑스 좌파 학자 말을 소개하기도 하였지만, 요컨대 근대 시민사회 및 자본주의를 지탱하는 축으로 소유권과 계약은 핵심적 역할을 한다. 자본주의와 시민사회는 소유권 제도에 대한 신뢰, 합리적 의사결정을 하는 주체로서의 인간에 대한 신뢰가 그 밑바탕에 깔려 있다. 근자 연준과 한국은행의 지속적인 이자율 인상으로 시민사회와 시장이 큰

충격을 받고 있다.

수입 물품의 가격 인상은 물론 물가폭등으로 계약법상 사정변경의 원칙이라도 알아 보아야 할 지경이다. 나이를 먹으니 고속버스 안에서 젊은 혈기가 많이 죽었는지, 요즘은 武人時代나 제 5공화국 드라마보다도 문학이 좋다.

고속버스를 타고 가다보면 무슨 소설 속 주인공이라도 된 것 같은 기분이 든다. 고속버스 속 TV에서 프랑스 아니 에르노(Annie Ernaux)라는 노년의 여성 작가가 노벨 문학상을 수상했다는 소식이 전해진다.

아니 에르노는 헤어질 결심, 아버지의 해방 일지 등 자신의 체험을 바탕으로 소설로 사회 의식을 일깨웠다는 공로로 노벨상을 수상하였다. 시간 나는대로 한번 읽어 볼 생각이다.



17. 왕건(王建)과 마의태자(麻衣太子)

이태원 참사로 온 나라가 숙연한 애도의 분위기이다. 이태원 참사 발생에 대하여 외신은 즉각 이를 전하였다. 29일(현지시각) 미국 <월스트리트저널>(WSJ)은 ‘할러윈의 악몽’이 발생했다고 보도하면서, “사고로 빚어진 비극에 전 세계가 애도하고 있고....할러윈 축제를 즐기기 위해 젊은이들이 대거 모인 밀집 지역에서 좁은 골목길에 인파가 몰리며 수백명의 사상자가 발생했다”고 전했다.

한편 외신들은 당국의 관리 소홀도 문제로 불거질 수 있다고 보도했는데, <로이터> 통신은 이번 참사에서 많은 젊은이의 희생이 있었다며 “고교생 등 304명의 목숨을 앗아간 2014년 여객선 세월호 침몰 이후 한국에서 발생한 가장 치명적인 사건 중 하나”라고 하면서, 세월호 침몰 사고와 비교하여 이번 사고가 한국 사회에 어떤 영향을 미칠지 주목된다고 통신은 전했다.

시간이 가면서 대통령의 사과와 관련자들의 형사책임이나 민사상 배상 문제가 떠오르고 있다. 상상할 수 없는 참담한 사고를 접하고 필자는 물론 국민들이 비통에 빠져 있는 가운데, 유언비어마저 나도는 등 유족과 시민들의 마음을 더욱 아프게 하고 있다. 다시한번 이번 참사로 희생된 꽃다운 젊은이들의 명복을 빌면서 유가족들에게 위로의 마음을 전한다.

답답하고 안타까운 마음과 함께 떠오르는 첫 번째 단서는 “王은 不法을 행하지 않는다(King can do no wrong)”는 전통 격언이다. 무고하게 희생된 어린 학생들과 정치적 통합의 상징적 존재로서 화려하고 오만한 왕의 이미지가 오버랩 된다.

민주주의 시대가 되어 시민이 주인인 사회이지만 격언은 단지 왕에서 국가로 바뀌었을 뿐, “국가는 불법을 행하지 않는다”는 격언으로 계속 살아 있다. 두 번째 단서는 “사물은 그 자체로 말한다(res ipsa loquitur)”라는 불법행위법상 원칙이다.

두 기차가 같은 장소 한 레일에 있다면, 이는 당연히 누구의 과실이 존재한다는 것이 되어 소위 res ipsa loquitur 원칙이 적용되고 다른 입증 없이 불법행위가 성립할 수 있다. 이번 사고 중 과거의 일방통행 사진과 비교하여 좁은 장

소를 꼭 매운 군중은 무언가 그 자체로 그 영역을 지배하는 자의 과실의 존재가 추정된다.

“왕은 불법을 행하지 않는다”는 法諺은 반대로 왕은 그의 신민이 괴로운 경우에 반응할 책임이 있다는 말도 된다. 따라서 왕은 아니지만, 정부를 대표하고 헌법상 국가원수의 지위에 있는 대통령이 대국민 사과 멘토를 내는 것은 상징적 존재로서 굴욕이라고 할 수 없다.

과거 전두환, 노태우, 김영삼, 김대중, 노무현 등 많은 대통령이 대형참사 수일 뒤 국민에게 공식적으로 사과하였다. 이번 윤석열 대통령도 불교 행사에 참여하면서 6일만에 이태원참사로 인한 희생자들과 가족에게 사과와 미안함을 전하였다. 참사의 비극이 조금씩 가라 앉으면서, 책임자 문책이나 경찰의 과오 등이 언론에 보도되고 있다.

보도에 따르면 형사책임 또는 국가를 상대로한 민사배상 소송의 가능성이 커지고 있다고 한다. 일부 외국인 희생자 가족은 언론과의 인터뷰에서 징벌적 손해배상을 통하여 자신 아들의 억울한 죽음을 온 세상에 알리고, 향후 경계의 본보기로 삼게 하겠다고 말하였다.

왕은 불법을 행하지 않지만, 현대법에서는 왕이나 국가에 대한 불법행위 책임을 제정법을 통하여 인정하고 있다. 예컨대 영국은 1947년 君主節次法(Crown Proceedings Act)을 통하여 군주도 시민과 동일하게 자신의 피용자인 공무원의 불법행위에 대하여 민사배상책임을 질 수 있게 하였다.

한편 인디아는 헌법 제 300조에서 명문으로 “국가, 즉 인디아연합이나 주 정부는 자신의 피용자의 불법행위에 대하여 책임을 부담한다”고 규정하고 있다. 왕은 불법을 행하지 않는다라는 법언은, 라틴어로는 “Rex non potest peccare” 영어로는 “the king can do no wrong”이라고 한다. 서양에서나 동양에서나 왕은 신성한 존재이다. 왕권신수설이나 성군 사상은 바로 거기에서 연원한다.

따라서 이러한 사상은 법원칙에도 영향을 미쳐 왕이 주권자인 봉건왕정체제에서는 주권 면책(sovereign immunity), 근대 시민민주주의 사회에서는 국가면책(state immunity) 또는 정부면책(governmental immunity)이라 부른다. 이러

한 원칙은 여러 법 영역에 영향을 미쳐, 국제법, 국내 민사배상법이나 형사법상 문제가 되기도 한다.

예컨대 국제법상으로는 왕이나 국가는 다른 국가의 사법관할권에 복종하지 않는법원칙을 의미한다. 쉽게 말하여 다른 국가를 피고로 하여 타국 법정에서 불법을 주장하면서 다룰 수 없다. 따라서 독일정부를 상대로 이탈리아 시민이 2차 세계대전 당시 독일정부의 불법을 이유로 손해배상을 청구하는 것은 국제법 원칙에 반한다.

국제법상 주권면책에는 예외가 인정되는데, 국가가 원고로서 타국 법정에서 제소한 경우는 당연히 주권면책이론이 적용되지 않는다. 또한 민간기업과 동일하게 상업적 성격의 행위를 하거나, 스스로 주권면책 주장을 포기한 경우에도 타국 법원은 다른 국가를 피고로 한 소송에서 심판권을 행사할 수 있다.

국제법상 主權免責은 우리의 경우와 같이 국제관습법에 따라 인정되는 경우가 있고, 국가가 국내법을 제정하여 성문법으로 법적 근거를 두기도 한다. 국제법과 국내법의 관계에 관하여 비교적 일원론적 입장이 강한 우리나라는 국제관습법을 직접 적용하고, 국제법과 국내법, 국제사회와 국내사회를 준별하는 이원론적 성격이 강한 미국과 영국의 경우에는 국내법을 제정하여 주권면책의 법적 근거를 마련하고 있다.

즉 영국의 경우 1978년 국가면제법(State Immunity Act), 미국의 경우 1976년 외국국가면제법(FSIA: Foreign Sovereign Immunity Act)을 제정한 바 있다. 미국이 약간 앞서 법을 제정하고, 영국이 그 뒤를 이었는데, 상징적이긴 하지만 아직 왕을 두고 입헌군주제를 시행하고 있는 영국의 법은 국가라는 표현을 쓰고, 미국은 봉건시대 왕이라는 말로 사용하는 주권이라는 표현을 쓰고 있는 것은 아니러니이다.

상징이나 정치적 통합이 시민의 안정을 가져 온다면, 안정이나 상태라는 어의를 갖는 State와 국가나 상징적 존재로서의 왕, 즉 King은 이제 와 같은 의미라 할 수 있다. 왕은 불법을 행하지 않는다는 사상은 국내법에도 영향을 미쳐, 현직 대통령이나 국가원수에 대한 형사소추나 민사배상 소송이 제한받는다.

다만 미국의 경우 헌법이 규정하는 바에 따라 하원의 의결과 소추, 상원의 탄핵결정에 따라 대통령의 직에서 파면될 수 있으며, 우리 박근혜 대통령과 같이 파면된 이후 형사절차가 가능하다. 영국은 불문헌법 국가이므로 憲法慣行이나 制定法을 찾아 보아야 한다.

우리나라는 헌법에 현직 대통령에 대한 형사소추를 금지하는 조항을 두고 있다. 따라서 현직 대통령에 대한 형사소추는 금지되지만, 반대해석상 현직 대통령도 민사절차에는 복종하여야 하는 것으로 보는 것이 다수설이다. 우리가 2000년 로마조약, 즉 국제형사재판소 조약에 가입할 때 헌법상 대통령의 형사상 특권에 반한다고 하여 학자들간에 다툼이 있었다. 현직원수도 조약이 규정하는 4가지 범죄를 범하면 형사절차에 회부되는 국제형사재판소 조약이 대통령의 형사상 특권과 충돌될 수 있기 때문이다.

이러한 입법창설적 성격의 조약은 다른 조약과 달리 이념상 또는 체제적으로 헌법이나 세계정부 같은 그림을 가지지만, 우리 헌법재판소판례나 조약법 법리상 헌법의 하위에 있어 동 조약 가입이 위헌적 성격을 갖는다고 보는 것이다.

국제관계나 외교 문제는 여러 변수에 의하여 영향 받는 것이 사실이다. 국제평화주의나 문명국의 이상에 비추어 형사재판소 협약에 가입하는 것이 바람직하다. 다만 조약체결이나 국가의 외교행위 관련하여 외교관이 자신의 專門性을 배경으로 민주주의 절차를 무시하는 전단적 행위 가능성이 상존하기 때문에 민주적 통제가 필요하다는 의견도 적지 않다.

어떤 이유인지 미국과 러시아 등 세계 최강대국이 국제형사재판소 협약에 가입하지 않았는데, 이를 국제적 협력에 배치된다고 비난만 할 것이 아니라 보다 냉철하게 바라볼 필요도 있다. 왕은 불법을 행하지 않는다는 주권면책의 법리는 연방정부와 주정부라는 이원적 주권체제를 가진 연방시스템에서도 당연히 인정된다. 따라서 미국의 각 주를 피고로 다른 주 시민 또는 외국 시민이 연방법원에서 다룰 수 없다.

다른 주 시민 아닌 당해 주 시민인 경우에는 연방문제 원칙을 통하여 주 정부를 피고로 하여 연방법원에서 다룰 수 있다. 시민 아닌 주 정부간 분쟁은 우월한 주권인 연방정부, 즉 연방법원이 심판권을 행사할 수 있다.

연방정부는 주권적 존재로 역시 같은 주권적 존재인 주 정부를 상대로 소송을 제기할 수 있는데, 연방정부와 주정부간 계약상 분쟁은 연방지방법원이 관할권을 갖는다는 판례가 있다. 한 주와 다른 주간의 법적 분쟁은 연방헌법 제 3조에 따라 연방대법원이 “固有의 管轄權(original jurisdiction)”을 행사할 수 있다.

연방의회는 연방법률을 통하여 연방하급법원에 주간의 법적 분쟁에 대한 심판권을 창설할 수 있으나, 미 역사상 아직 그러한 법률을 제정한 바 없다. 따라서 주간 분쟁에 관한 연방대법원의 관할권은 고유의 관할권이자 배타적인 관할권이라 할 수 있다. 국내법이나 국제법에서 국가나 정부, 또는 주권자라는 용어를 사용한 경우, 그 의미와 범위는 당해 제정법이나 국제조약의 정의 규정과 해석을 통하여 한정하여야 한다.

예컨대 주 정부는 보통의 경우라면 국제법 원리상 법인격자가 아니어서 국가나 정부가 아니지만, 주권면책이론에서는 국가나 정부에 해당하여 면책된다. 또한 한국자산공사도 법이론상 국가와 구별되는 독립된 법인격자로서 공법인이지만, 주권면책이나 국가배상법상 대한민국과 동일시 된다.

일반적으로 공무원의 행위는 정부의 행위로 擬制 되어 주권면책의 대상이 되는데, 미국의 경우 의제부인의 법칙(stripping doctrine)에 따라 불법을 행한 공무원에 대하여 개별적으로 민사책임을 추궁할 수 있다. 법원은 이러한 의제부인의 원칙을 법에 의하여 가공된 원칙(legal fiction)으로 보고 있으며, 동 원칙의 적용으로 당해 공무원의 불법행위에 대하여 주권면책의 법리가 적용되지 않는다.

의제부인의 원칙(stripping doctrine)에 따라 연방정부와 대부분의 주는 연방정부와 주정부를 상대로 한 공무원의 과실행위에 대하여 불법행위책임을 인정하고 있다. 사용자책임(respondeat superior)에 관한 보통법상의 법리가 정부에도 적용되어 정부는 사용자로서 자신의 피용인인 공무원의 불법행위에 대하여 일반적으로 책임을 지게 되는 것이다.

그러나 공무원의 고의에 의한 불법행위는 정부나 국가의 행위로 의제되기 어려우므로 여전히 정부를 상대로 한 국가배상소송은 불가능하다. 다만 의제부인

의 원칙에 따라 공무원에 대하여 개별적으로 민사책임을 추궁할 수 있을 뿐이다(Brandon v. Holt).

1946년 제정된 연방불법행위법(Federal Tort Claims Act “FTCA”)은 미국정부를 위하여 일하는 자들의 불법행위에 대하여 연방법원에서 연방정부를 상대로 사인이 제소할 수 있도록 하고 있다. 역사적으로 상징적 존재인 왕이나 국가에 인정되어 온 주권면책의 법리가 제한적이긴 하지만, 연방법원에서 인정되지 않게 된 것이다.

한편 미국의 경우 1948년 외국인불법행위법(Alien Tort Statute “ATS” or Alien Tort Claims Act “ATCA”)이 제정되어 있다. 동법을 통하여 외국인이 국제법을 위반하여 저지른 불법행위의 피해자는 미국 연방법원에 불법행위를 이유로 한 민사배상소송을 제기할 수 있다.

보통의 시민이 국제법을 위반하여 불법행위를 한다는 것은 상상하기 어려우므로 동법은 외국의 정부수반이나 실력자들이 피고인 경우가 많다. 과거 전두환 정권의 불법행위에 대하여 제소한 사례를 포함하여 한국인 관련 사례가 없지 않다.

미국 법원은 동 원칙에 관련하여 “동법은 미국이 법적 구제를 인정하지 않은 경우 당해 외국이 미국도 역시 똑같은 공범자로 책임이 있다고 분개할 정도에 이르러, 국제법위반으로 인한 불법행위에 대한 法的 救濟를 인정함으로써 건설적 국제관계를 진작하기 위한 목적으로 제정된 것”이라고 실시하였다.

따라서 동 법원은 그 적용범위를 제한적으로 보고 있다. 선례에 따르면 미 영역외에서 발생한 인권침해행위가 있어야 하고, 그러한 행위가 미국 정부와 충분한 관련성(sufficient connection)이 있어야 한다는 요건을 충족하여야 한다.

우리의 두 번째 단서인 *res ipsa loquitur* 법원칙에 대하여 살펴보자. 이 말은 “사물은 그 자체로 말한다”라는 라틴어 격언으로 영어로 번역하면 “the thing speaks for itself”이다. 로마의 키케로 황제가 로마 법정에서 행한 프로 밀론(Pro Milon)항변으로 유명하다.

보통법상 동 원칙이 적용되기 위하여는 사고를 야기한 자나 시설이 피고의 배타적 지배하에 있을 것을 요구한다. Eaton v. Eaton, 575 A2d 858 (NJ 1990). 그러나 제 2, 제 3의 리스테이트먼트(Restatement)에서는 배타적 지배라는 엄격한 요건에 대하여 이를 증명하기 어렵다는 이유로 삭제하였다.

이에 현대 미국 판례법상 동원칙이 적용되기 위하여 필요한 엄격한 요건이 많이 완화되었다. 다만 동 원칙이 적용되기 위하여는 원고나 제 3자의 행위 등 충분할 정도로 다른 요인의 개입이 있었다는 사실이 증거에 의하여 배척되어야 한다.

예컨대, 뉴욕주 불법행위법상, 피고의 배타적 지배는 피해가 피고의 과실행위에 의한 것이라는 상당한 개연성이 있을 정도에 이르러야 한다. 그러한 입증에 있는 경우에 비로서 *res Ipsa loquitur* 원칙의 적용이 가능하다.

다음과 같은 假定的 事實이 있다 하자. 갑은 엘리베이터를 타고 내려 가던 중 갑자기 엘리베이터가 수계층 추락한 후 멈추어 섰다. 동 엘리베이터는 을이 설치하고 유지관리 책임을 지고 있다. 갑은 을을 상대로 자신의 부상으로 인한 손해의 배상을 요구하였다. 을은 갑이 엘리베이터가 제대로 작동하지 않은데 대한 아무런 증명을 제공하지 않았고, 주장도 하지 않았으므로 갑의 청구는 기각되어야 한다고 하였다.

법원은 “갑은 자신이 넘어져 부상하였다는 사실외에는 아무런 사실도 주장할 필요가 없다”라고 판시하였다. 이러한 상황이라면 엘리베이터가 명백하게 잘못 작동한 것이라는 것을 누구나 알 수 있다.

엘리베이터는 사람의 부상을 위하여 제작된 것이 아니며, 정상적인 엘리베이터라면 갑이 부상할리 없으므로 사고 발생은 그 자체로 엘리베이터가 잘못 작동한 것이라는 것을 명백하게 말하고 있다. 따라서 을 회사는 갑의 추락과 부상으로 인한 피해를 배상할 책임이 있다. 즉 사고 자체로 과실이 명백한 본 사례는 *Res Ipsa loquitur* 원칙이 적용되는 일 예이다.

또 한 예로 일정한 그룹의 사람들에게 *res ipsa loquitur* 원칙에 따라 주의의무 위반이 인정되는 경우가 있다. *Ybarra v. Spangard* 사건에서는 환자가 수술

의 후유증으로 척추손상을 입었는데, 수술팀 중 누구의 과실로 그러한 척추손상이 발생하였는가를 입증하지 못하였다.

법원은 수술팀 모두가 자신의 주의의무를 다하지 못한 것으로 보았는데, 그것은 수술팀 중 최소한 1인은 해를 가한 수술도구를 배타적으로 지배할 수 있기 때문이었다. 배타적 지배 요건이 적용되어 *res ipsa loquitur* 원칙이 적용되는 경우이다. 우리 법상 과실상계 제도에 상응하는 보통법상 원칙으로 과실기여이론(*contributory negligence*)과 비교과실이론(*comparative negligence*)이 있다.

過失相計의 法理는 불법행위 청구에 대한 항변사유로, 과실기여이론을 채택하는 국가나 주의 경우 손해를 스스로 자초한 원고의 불법행위 청구는 원천적으로 인용되지 않는다. 그러나 과실기여이론을 적용할 경우 일방에게 가혹한 결과가 발생할 수 있어 대부분의 보통법 국가나 미국의 주들은 비교과실이론에 따라 손해액을 경감하는 방식을 취하고 있다.

예컨대 사고의 발생에 원고의 과실이 70% 피고의 과실이 30%라면, 산정된 전체 손해액 1억 중 3,000만원을 감액하게 된다. 비교과실이론은 우리 법 제도인 과실상계이론과 원리상 동일하다. 미국 보통법상 *res ipsa loquitur* 원칙이 적용되기 위하여는 다음 3가지 요건을 갖추어야 한다.

첫째, 그러한 사고나 피해가 다른 자의 과실이 존재하지 않는 한 통상적으로 발생하지 않아야 한다.

둘째, 원고나 제 3자의 행위가 사고나 피해의 원인이라는 가능성이 증거에 의하여 배제되어야 한다. 셋째, 문제된 과실의 유형이 통상 피고의 원고에 대한 의무의 범위내에 있어야 한다. 대부분의 미 법원은 판례법에 따라 동 원칙을 불법행위법 상 원칙으로 인정하고 있다.

제 2 리스테이트먼트(*Restatement*)에서는 동 원칙을 적용하기 위하여 (i) 사고가 그러한 과실로 인하여 통상적으로 발생하는 사고일 것과 (ii) 피고가 사고를 야기한 도구나 시설에 대하여 배타적 통제를 할 수 있는 지위에 있을 것 등 두가지 기준을 요구하고 있다. 제 3 리스테이트먼트에서는 비슷한 원칙을 다시

확인하면서 배타적 통제 요건을 삭제하였다.

醫療過誤訴訟에서 *res ipsa loquitur* 원칙의 적용을 보자. *Gray v. Wright* (1957)에서 담낭 수술(*gallbladder surgery*)을 받던 그레이라는 여성의 몸에 7인치 지혈기(*seven inch hemostat*)가 발견되었다. 수년간 위장 부위의 통증을 호소해 왔지만 그러한 수술기구가 자신의 몸속에 있을 줄은 꿈에도 상상하지 못하였다. 1953년에 이르러 결국 발견되었고 수술기구는 제거 되었다.

의료과오소송을 제기하여 12,000달러의 배상판결을 받았으나 웨스트 버지니아 주 대법원은 소멸시효가 완성되어 더 이상 청구권 주장을 할 수 없을 뿐만 아니라, 의사가 고의적으로 자신의 실수를 은폐하였다는 점을 입증하지 못하였다는 이유로 하급심 판결을 파기하였다.

대법원의 두 번째 요건, 즉 의사의 고의적 은폐(*guilty knowledge*)요건은 시간이 감에 따라 적용되지 않게 되어 원고는 이를 입증할 필요는 없다. 한편 소멸시효 요건과 관련하여 그 기산점이 바뀌게 되는데, 대부분의 주 법원은 1947년 웨스트버지니아 주 대법원과 달리 불법행위가 발생한 시점(1947년 수술시점)으로부터 소멸시효가 진행되는 것이 아니고, 불법행위 사실을 발견한 시점(1954년 발견시점)으로부터 소멸시효가 진행된다고 보고 있다.

이후 40년 뒤, 거의 대부분의 주 법원은 의료기구가 환자의 몸 속에서 발견되는 경우 달리 전문가 증언 없이도 의료과실의 존재를 인정하고 있다. “사물은 그 자체로 말한다”라는 소위 *Res Ipsa Loquitur* 원칙이 적용되는 대표적 예가 되고 있는 것이다. 원칙이 다투어지는 대표적 경우로 의료과오소송(*medical malpractice*)이나 항공비행사고 소송외에, 기차충돌사고가 있다. 예컨대 “동시에 같은 장소에 두 기차가 존재하는 것은 누구의 과실이 있지 않고는 발생할 수 없으므로” 동 원칙이 적용될 수 있다. 2008년 캘리포니아 주 기차사고에서 변호인이 주장한 바 있다.

이번 사고로 형사책임이나 민사책임 문제가 거론되는 가운데 징벌적 손해배상을 통하여 아들의 원혼을 위로하고 後世의警戒로 삼겠다는 한 외국인 아버지의 주장이 법원을 통하여 성공하기를 바란다. 다만 이번 사고에 대하여 대한민국 정부를 피고로 하는 경우 주권면책의 법리로 인하여 미국 법원에서 승소가

능성이 희박하다고 본다. 군중의 압사사고는 상업적 예외에도 해당되지 않을 것이다. 이는 피고를 잘못 지정하여 패소하는 사례가 될 수 있으므로 주의할 필요가 있다.

관련자들의 부작위로 인한 과실 또는 미필적 고의 부분이 점차 드러나는 상황에서, 그 지역을 배타적으로 지배하고 있던 경찰책임자들에게 res ipsa loquitur 원칙이 적용될 수도 있다. 다만 제 3자의 개입 등 외부변수를 부인하기 어려우므로 그 적용 가능성은 희박한 것이 사실이다. 더욱이 이는 미국 판례법상 원칙이고, 속지주의 원칙에 따라 대한민국 영역에서는 대한민국 법(the law of land)이 적용될 것이므로 관련법을 검토하여 준비할 필요가 있다.

옛날 공부하던 것을 다시 떠올리다 보니 TV 드라마 王建이 생각난다. King do no wrong 격언을 살펴 보면서 더욱 그렇다. 왕은 국가로 바뀌어 왕건처럼 아직도 견재하고, 법은 조금씩 전통적 의식과 민주주의적 요청을 절충하고 있다. 후삼국 시대 드라마인지라 다른 등장인물로 견훤과 마의태자가 있다. 견훤은 횡한 견공으로 느껴지는데 앞으로 양 법원칙이 보완 발전해야 한다는 것을 은밀히 전해 준다. 이번 참사로 도대체 국가는 무엇을 한 것이냐, 이게 국가냐라고 탄식하는 이웃들의 얼굴이 떠오른다.

신라가 망하자 금강산에 들어가 속세와 단절하고 살다 간 마의태자는 마로 된 옷을 입고 다녔다 하여 마의태자라 불리운다. 이번 사고로 시민들은 마치 나라 아닌 나라, 망한 나라에서 사는 기분이 들 것이다. 실제 산 속에 들어간 것도 아니고, 마로 된 옷을 입은 것도 아니지만, 이번 참사로 우리 영혼은 어쩌면 마의태자 같이 되어 버린 것 아닌지 모르겠다.



18. 생상스(C. Saint-Saens)와 엘가(Edward Elga)

세상을 살다보면 가끔 질문을 받기도 한다. 어려운 전문분야에 관한 질문이면 다행이다. 모르면 같이 찾아 보기도 하고, 연구주제로 삼기도 하지만, 개인적이거나 사적인 주제이면 명쾌한 답을 하기 어려운 경우가 있다.

가끔 받는 질문 중 하나로 왜 대한민국 최고의 엘리트라 할 수 있는 민사지방법원 판사를 그만 두고 외국에 유학하게 되었는가 하는 질문이다. 나폴레옹은 ‘인생과 세상’은 우연의 연속이라고 하였지만, 그말은 하급무관 출신으로 황제의 지위에 등극하여 파란만장한 인생을 산 위인의 처지에서 할 수 있는 말이고 평범한 필자는 뭔가 동기가 있어야 한다.

그런데 불행하게도 이제 耳順의 나이가 된 지금에도 서울민사지방법원 판사를 2년 가까이 하고, 미국에 유학하게 된 이유를 명확히 말하기 어렵다. 물론 복합적 원인이 있겠지만, 뭔가 꼬임이 있었던 것만은 틀림없다. 고양이 같은 여우의 유혹에 빠지지 않았다면, 현실을 멀리하고 그렇게 큰 결정을 내리진 못했을 것이기 때문이다. 돌이켜 생각건대 미국으로 유학 방향을 잡으면 아마도 정치적 이유였을 것이다.

유럽으로 유학 방향을 잡으면 아마도 종교적 이유 아니었을까? 물론 이때의 정치적 또는 종교적이라는 의미는 대통령의 해외순방이나, 신부님의 미사 집전 같은 진짜 현실 속 정치나 종교의 의미가 아니다. 심리학적 또는 가상적 세계에서 정치나 종교이다.

그렇다면 그 고양이, 인생의 방향을 틀게한 주범은 미국의 대통령이나 이탈리아 바티칸 궁전의 교황이 되는가? 요즘은 촛불이 시위와 많이 연관되지만, 선거철 홍보 동영상이나 정부 부처 홍보 동영상에도 가끔 등장한다.

인상 깊었던 홍보 동영상 중 김대중 대통령이 소녀들과 함께 촛불을 들고 “한국으로 오세요”라고 말하는 동영상이 있다. 외국인 투자자에게 한국의 이미지를 알리고 투자를 받기 위한 것이다. 요즘 환율의 급등으로 유학생들이 학업을 중단하고 귀국하기도 한데, 유학도 개인기업의 투자행위라 할 수 있다. 그렇다면 이미지를 판매하는 미국의 대통령이나 바티칸의 교황은 유학생의 투자

에 관한 한 성공적 케이스이다.

세상이 많이 바뀌어 요즈음은 유학보다는 大學院 進學이라고 표현하는 것이 적절하다. 이제는 미국과 유럽이 선진지역이어서 유학생들의 목적지(destination of foreign students)로 각광을 받던 시대가 아니게 되었다.

필자가 유학가던 시절과 달리 21세기 뉴 밀레니움 시대에는 지식산업의 여파로 수 많은 정보가 산출되고, 인터넷을 통하여 대중에게 알려지는 시대가 되었다. 우리 한국의 대학도 세계 유수의 대학에 뒤지지 않는 시대가 되어, 이제는 굳이 유학을 가지 않더라도 학자로서 자신의 길을 갈 수 있게 된 것이다.

특히 전문화 시대로 인하여 이과 계열이 강세를 보이는 한국이나 중국에서 공학을 공부하겠다는 유학생이 많아지고, 이순신을 공부하기 위하여 또는 이중·다중 언어를 전공하기 위하여 한국의 대학원에 진학하는 경우도 있으니, 대학원 진학의 동기가 천차만별이 된 시대이다.

물론 세계대학평가나 인터넷의 정보에 대하여 회의를 제기하는 사람들도 적지 않다. 대학평가가 지식산업(knowledge economy)을 배경으로 평가기관의 수익 사업 목적을 위한 것이거나, 평가기관의 애국심 등이 작용하여 나타난 결과라고 본다는 것이다.

어떤 사람들은 미국, 영국, EU, 러시아, 중국, 대만, 사우디, 터키, 스페인, 호주 등 여러 나라에서 행한 세계 대학 평가결과를 보면 따로이 國際關係學을 공부할 필요가 없다고 까지 말하기도 한다. 주요국 평가기관(rating agency)들은 자국 대학을 최상위에 올려 놓거나 정치적 의미가 덜한 이공계열 학교를 최고대학으로 하고 나머지 대학들 줄을 세우고, 그 밖의 국가들은 자신들의 지표와 방법에 따라 이해관계자들의 흥미를 끈다는 것이다. 그러면서 순위가 떨어진 대학들은 짧은 시간안에 대학 순위가 그렇게 쉽게 변하여 다른 대학이 되는지, 순위가 확고한 대학들은 무엇하러 그리 동일한 결과의 랭킹을 매년 반복하는지 의아해 하기도 한다.

요컨대 국제적 랭킹 관행을 보면 주요국들은 거부권을 행사하는 안보리 상임이사국, 그 밖의 국가들은 영세중립국과 같은 기분이 들게 한다. 다만 유일한 동

양 안보리 상임이사국인 중국의 경우 서구 문물을 따라 잡으려는 처지에서 노벨상을 향하거나 다인용 학자 또는 논문에 관심이 많다면, 거부권을 행사하기 보다는 수용하려는 자세일까? 어쨌거나 이그 노벨(Ig Nobel)상을 만들어 노벨상을 풍자하는 서양 사람들과 느낌이 다른 것은 사실이다.

또한 이러한 국제적 랭킹 관행은 국제거래법 시간에 말하는 “forum shopping,” 법원의 “homeward trend”같이 어느 법정지인가가 소송의 결과에 중요한 의미를 갖는 것에 비견될 수도 있다. 대학을 평가하는 시각이나 방법론은 수없이 많을 수 있고 천차만별이니, 이러한 비판이 틀리다고만은 할 수 없는 일이다. 또한 기본적으로 논문수나 논문 인용비율 등을 기준으로 평가를 하므로 논문이나 논문 인용빈도수가 많은 이과 강세대학에 유리하다. 의과대학이 강세를 보이거나 재단이 부자이어서 논문을 산출하는 인력인 교수 수가 많은 대학은 더욱 유리한 지위에 있다.

대학 전체평가에서 문과가 강세인 런던정경대학에 비하여 理科가 강세인 매사추세츠 공과대학이 우세를 보이는 것은 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 또한 세계대학평가는 논문수나 인용빈도 같은 양적 연구력 중심 평가로 각국의 국내 대학평가에 비하여 현실감이 떨어진다고, 학교나 학위과정 평가라기 보다는 教授 評價라고 치부하는 의견도 있다. 이들은 영국의 St. Andrews, 런던정경대학, 미국의 다아트 마우스, 브라운, 라이스 대학 등을 예로 들면서 대학을 보는 관점은 다양해야 한다고 주장한다.

한편 논문을 많이 쓰고 인용빈도수가 많은 교수 또는 연구비 수주를 많이 하는 교수라고 하여 그것만으로 훌륭한 교수라고 할 수 없다거나 학생 요소를 포함하여 보다 다양하고 정밀한 평가가 필요하다는 조연도 있다. 그럼에도 불구하고 지표나 순위 등을 바라보는 정신세계는 태양신을 숭배하고 일생에 걸쳐 피라미드를 건설하여 사후 세계에 대비하는 파라오 왕과 같은 것이다. 이러한 내면은 어쩌면 원시시대의 종교 같고 아프리카의 부족장 같기도 하다.

글을 쓰다보니 언젠가 국제거래법 학회 회장이 된 동료 교수를 두고 私席에서 회원들이 ‘아프리카 부족장 대하듯이 깎듯이 대하자’라고 하면서 한바탕 웃었던 기억이 나기도 한다. 파라오 왕이 대학총장이라면 학회장은 아프리카 부족장? 감이 오는 비유인지 모르겠다. 교수나 연구원은 마치 자유인 같은 인생이

고 평생 아이처럼 공부만 하니 아자나 프리자가 붙은 '아프리카'가 연상되는 것일까?

특별히 복종할 것도 명령할 것도 없어 政治가 없는 것이 학술세계이다. 원시시대의 종교 같은 이러한 심리상태는 우수한 두뇌, 독창성과 논리, 분야에 대한 열정으로 이룬 전문지식이 말하는 그러한 세계의 필연적 종착점이라 할 수 있다.

또한 시지프스의 신화나 피라미드는 교수나 연구원 일생에 비유될 수 있다. 시지프스의 신화 같은 불굴의 열정과 노력, 일생의 업적을 빼곡하게 담은 이력서 (curriculum vitae)같기도 한 피라미드는 교수나 연구원의 현실이다. 나아가 교수를 반력으로 삼은 기업인, 정치가, 연예인, 언론인 등 우리 문명인 전체의 이미지도이다.

대학이나 학위과정을 바라보는 시각이 다양한 것의 한 예로 미 연구위원회가 10년 주기로 행하는 대학원 박사과정 평가가 있다. 동 평가에서는 미리 표본 연구자들을 추출하여 자신의 분과에서 무엇이 중요한 평가요소인가를 정하는 과정을 거쳐 R-ranking S-ranking 등 두가지 랭킹을 산출하고 있다.

그것도 명확한 등위를 제시하지 않고 통계적 레인지(range)방식을 채택하고 있으니, 랭킹을 산출하는데 있어 학교나 학과 프로그램을 바라보는 시각이 사람마다 다를 수 있다는 것을 알 수 있다. 어쨌거나 요즈음 우리는 풍부한 정보 속에서 중요한 결정을 내리는데 있어 도움을 받고 있다. 필자 시대와 다른 것이다.

이제와 돌아 보니 필자의 유학 동기는 어찌면 1990년대 초 서울 중앙지방법원 화장실에서 만나던 대학 동기들이 유학을 떠나고 주위 분위기에 휩쓸려 덩달어 떠났던 것 아닌가 싶다. 이들은 로펌 대표나 파트너로 일하거나, 국제기구 공무원으로 봉사한 후 교수로서 후학을 가르치고 있다.

얼마전 자서전도 펴내시고 이름만 대면 알 수 있는 대학 시절 恩師에게 유학 동기를 던지시 물은 적이 있다. 선생님 대답은 군인들에게 쫓겨 유학을 가게 되었다는 것이다. 명문의 후손이고, 개인적으로 정치적 탄압을 받을 이유도 없

는 처지인데, 왜 그런 대답을 했는지 지금도 의아하다.

정신적으로 미군에게 쫓겼다는 것인지, 군인 같이 규칙적으로 지식을 습득하는 학부과정의 학생들을 군인으로 묘사한 것인지, 조사관도 아니고 더 물을 수 없었다. 아마도 필자처럼 젊은 시절 고양이에게 유혹받은 것 아닌가 추측될 뿐이다.

어쨌거나 판사나 검사, 로펌 변호사, 행정부 공무원으로 근무하게 되는 경우 외국으로 유학할 기회가 많다. 세계 각지의 수많은 LL.M과정은 이들 법률전문가들의 전문지식 심화나 경력관리와 밀접하게 연결되어 있다.

또한 행정부 공무원들은 정책학이나 경제학 분야에 유학하여 한국의 엘리트가 되어 왔다. 현 법무부장관, 대통령 비서실장, 국무총리, 경기도 지사 등등 수많은 인재들이 이러한 길을 밟아 왔다.

우리는 一場春夢이라는 말을 가끔 쓴다. 유명인의 분향소에서 사담을 하다 보면 빠지지 않는 말이다. 인생이 한판의 봄날 꿈이라는 뜻이다. 동양 사람만 사용하는 말이 아니다. 미국에도 American Dream 또는 Dream School 같은 말이 있어, 외국인 이민이나 학부생들의 대학 진학을 꼬드기고 있다.

그런데 하느님의 뜻은 세대 교체인가? 중년이나 노년의 나이에 이르면 머리가 굳어 꿈을 꾸기 어려워니, 10대 20대 하고는 다르다. 꿈 덩어리인 어린 시절, 한참 일하는 청장년, 중년을 지나 은퇴 후 노년이 되고, 일장춘몽이 떠오르는 것이 인생 싸이클 아닐까?

“학동은 개도 안먹는다”라는 말 때문인가? 한때 우리 사회에 유행하던 꼰대라는 말이 있었다. 교수나 연구원 같은 직업을 존경하면서도 먹기가 싫은 모양이었는지, 그러한 말이 생겨 났다.

하긴 누군들 공부하기 좋아하겠는가? 돈이나 자신의 입신에 관계되지 않으면, 싫은 일을 하는 것은 바보일테니. 반대로 호기심은 인간의 본성이고, ‘배우고 공부하면 즐겁지 아니한가’라는 의미의 고사성어 ‘학이시습지면 불역열호’같은 말도 있으니, 인간의 내면은 마치 필자의 유학 동기가 모호한 것처럼 너무나

광대하고 많은 변수에 휘둘린다.

언젠가 우리법 연구회나 인권법학회가 사법부를 바라보는 정치적 수사가 되어 버렸다. 좌우 정치로 인하여 비판의 단서가 된 것이다. 법조전문가들이 보신과 출세를 위하여 관여하였는지, 국민에게 질 높은 사법서비스를 제공하겠다는 순수한 마음에서 관여하였는지 알 수 없지만, 공부하는 사법부를 탓할 것은 아니다.

필자가 근무하는 조선대학교 근처 거리 이름이 학동이고, 바로 옆에 고등법원, 지방법원이 있어 가끔 내심으로 묘한 미소를 짓기도 한다. 나이 60에 이르러 고등법원이나 지방법원에 부임하는 연수원 동기나 대학 동기, 검찰청 간부들을 보면 6년 넘게 미국과 유럽을 돌아 다녔던 필자의 지난 인생이 마치 동네 한바퀴 돈것 같은 기분으로 다가온다.

지역 검찰청과 형사법 학회를 공동주최하다 보면 지우들을 만나는 기분이 쏠쏠하다. 學而時習之 不齊說乎라는 느낌이 드는 시간이다. 그런데 이제는 나이가 들어 책임이 생각나는 연배이다. 앞에서 꿈 얘기도 하고, 허준이 같은 천재 수학자에 비유하는 것이 우습기도 하지만, 필즈상 수상 연한이 40세 이하인 것은 어찌면 교수나 연구직 같이 두뇌를 사용하는 직업의 특성을 말해 준다.

노벨상 수상자들의 주요 연구 업적도 이른 나이에 이루어지는 경우가 많다. 그래서 50세 나이를 넘기면 기업이 보수적 의사결정을 하듯이 노교수들의 마음도 달라진다. 피곤한 연구보다는 보직을 좋아하기도 하고, 교수로서 최소한의 책임은 하여야겠다는 마음이 되기도 한다. 얼마전 삼성가 이부진 회장, 한진그룹 조현아 사장에 대한 법원의 이혼 판결이 있었다. 돌이켜 보면 우리 사회에 수 많은 이혼 이야기들이 있었다. 연예인이나 유명인사들, 재벌가들의 이혼 이야기는 대중들의 동정과 시간때우기 소재이다.

인생은 한판의 봄날 꿈이라는 선현들 말 대로라면 그 귀찮은 이혼을 왜 하는지 이해가 가지 않는다. 아마도 인생은 그냥 일장춘몽이 아닌 모양이다. 그래서 선현들은 또한 인생고해(人生苦海)라는 말도 하였다. 좌파 학자들은 결혼제도를 자본주의 체제를 유지하기 위한 사회제도의 하나로 본다. '경제는 인구이다'라는 말을 빌릴 것도 없이, 우리 정부가 출산장려위원회를 구성하고 여성 정치인

을 부위원장으로 임명하면서, 대비책을 수립하려는 것만 보아도 좌파학자들의 시각이 틀린 것이 아니다.

마치 순수한 세계대학평가를 左派는 지식산업으로 격하 취급하고, 보수 우파는 지역이기주의 관점에서 바라보는 것처럼 사회 현상은 정치적 경제적 시각에서 바라볼 수 있다. 확실한 것은 우리가 매일 접하는 애플폰 경조사 알림을 통하여 느끼듯이, 결혼과 사람의 죽음은 우리의 인생에 있어 결정적 두 사건이라는 것이다.

사회적으로 이혼율이 높기도 하지만, 실제 이혼하지 않은 대부분의 사람들은 아마도 자신의 공적 생활을 통하여 결혼이 가져다 주는 연대감을 느낄 것이다. 어영 부영 유학갔던 젊은 시절, “함부로 쓴 화살을 쫓아서…”라는 노래 가사 같던 어린 시절을 지나 광주 조선대와 결혼한지도 어언 20년이 가까워 온다.

광주 지역 동기나 선배를 만날 때면 이문세의 ‘옛사랑’이라는 노래가 생각나기도 하고, 학회에서 만날 때면 최지우 주연 드라마 속 비발디의 ‘사계 겨울 2악장’이 생각나기도 하지만, 우리는 찰나 같은 인생을 살면서, 자신만의 결혼을 하고 있는지 모른다.

여기에 더하여 배우자와의 영혼의 결합인 결혼이 있어야 인간은 비로서 자신의 내적 세계를 가꾸어 갈 수 있다. 그래서 인생의 결정 중 가장 중요한 것의 하나가 결혼이다. 결혼에 관한 법은 계약법적 요소와 함께 사회적 요소가 혼재되어 있다. 재산법적 측면에서는 계약법적 원리나 소유권법적 원리가 강하다.

따라서 법은 부부재산에 관하여 당사자의 의사, 즉 부부의 합의의 효력을 최우선으로 하면서, 그러한 합의가 없는 경우에 부부공동재산(community property)이나 부부 고유재산 등의 개념을 인정하고 있다. 또한 미국 사례에서 보듯이 혼인의 성립에 관하여 각 주마다 법제나 법원칙이 다양하다.

우리 법상 결혼이 法的으로 유효하기 위하여는 여러 요건을 충족하여야 한다.

첫째, 결혼은 당사자의 결혼의사의 승치가 있어야 한다. 결혼이 유효하게 성립하기 위해서는 결혼하려는 당사자 사이에 진정으로 결혼하겠다는 의사가 합치

하여야 하는 것이다(민법 제815조 제 1호).

만일 당사자 사이에 결혼의 합의가 없으면 그 결혼은 무효가 되므로, 당사자들은 유효한 의사(意思)능력이 있어야 하며, 결혼에 대한 합의는 혼인신고를 할 당시에 존재해야 한다. 즉 결혼은 가족법상 계약으로서의 본질을 갖는데, 이러한 혼인의 합의는 혼인신고를 할 당시에 존재해야 하며, 결혼식을 하고 사실상 혼 관계에 있었으나 일방이 뇌졸중으로 혼수상태에 빠져 있는 사이에 혼인신고가 이루어졌다면 특별한 사정이 없는 한 이 결혼은 무효라고 보아야 한다(대법원 1996. 6. 28. 선고 94므1089 판결)는 대법원 판결이 있다.

둘째, 당사자 모두 혼인적령(만 18세)에 이르러야 한다. 즉 결혼을 하려면 혼인적령인 만 18세에 이르러야 하며(「민법」 제807조), 혼인적령에 이르렀다 하더라도 미성년자(만 19세)가 결혼하려면 부모 또는 미성년 후견인의 동의를 받아야 한다(민법 제808조제1항). 만일 혼인적령에 도달하지 않은 사람이 결혼한 경우에는 그 혼인은 당연무효가 아니고 당사자 또는 그 법정대리인이 그 취소를 법원에 청구할 수 있다. (민법 제817조). 혼인적령을 계산에는 민법총칙의 규정이 적용되어 그 기산점은 출생일을 포함시켜 기간을 산정한다(민법 제158조).

未成年者 외에도 피성년후견인이 결혼하려면 부모 또는 성년후견인의 동의를 받아야 하고(민법 제808조 제2항). 이를 위반해서 동의 없이 결혼하면 당사자 또는 법정대리인이 그 결혼의 취소를 청구할 수 있다(민법 제817조).

다만, ① 결혼한 당사자가 19세에 이르거나 ② 성년후견종료의 심판이 있는 후 3개월이 경과되거나 ③ 결혼 중 임신했다면 그 취소를 청구할 수 없다(민법 제819조).

셋째, 近親婚이 아니어야 한다. 혈족, 인척 등으로 밀접한 관계를 맺고 있는 결혼이 인정되지 않는데(민법 제809조), 법에 따르면 (1) 8촌 이내의 혈족(친양자의 입양 전의 혈족을 포함)간 (2) 6촌 이내의 혈족의 배우자, 배우자의 6촌 이내의 혈족, 배우자의 4촌 이내의 혈족의 배우자인 인척이거나 이러한 인척간 (3) 6촌 이내의 양부모계의 혈족이었던 경우와 4촌 이내의 양부모계의 인척간에는 혼인이 인정되지 않는다.

위 (1)의 경우와 결혼 당사자 사이에 직계인척관계에 있거나 있었던 경우, 결혼 당사자 사이에 양부모계의 직 계혈족관계가 있었던 경우에는 결혼은 당연무효가 된다. (2)와 (3)의 경우에 그 결혼은 취소될 수 있다(민법 제 815조제2호부터 제4호까지, 제816조제1호 및 제817조).

同姓同本인 혈족 사이의 결혼을 금지하던 구 「민법」조항은 헌법불합치결정을 받아 1999년 1월부터 효력을 상실했다(헌법재판소 1997. 7. 16. 95헌가6 내지 13 전원재판부 결정). 따라서 근친혼이 아니라면 동성동본 사이의 결혼이 가능하다.

넷째, 重婚이 아니어야 한다. 배우자가 있는 사람이 다른 사람과 다시 결혼하는, 이른바 중혼은 인정되지 않는다(민법 제810조). 이때에 중혼은 법률혼(즉, 혼인신고된 것)을 말하는 것으로서 혼인신고 없이 사실혼이나 첩 관계를 맺는 것은 중혼에 해당되지 않고 이혼원인이 될 뿐이다(민법 제840조).

봉건제도 시절 첩제도라 할 수 있는 중혼은 대부분의 문명국가에서 인정하지 않고 있다. 만일 중혼을 하더라도 당사자 및 그 배우자, 직계혈속, 4촌 이내 방계혈족 또는 검사가 그 결혼의 취소를 청구할 수 있다(민법 제818조).

다섯째, 혼인신고가 있어야 한다. 위 4가지 요건을 갖추더라도 혼인신고라는 행위를 하지 않으면 법률상의 부부로 인정되지 않기 때문에 부부의 권리와 의무 행사에 제약이 따르게 된다.

따라서 법률상 결혼이 성립하려면 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따라 반드시 혼인신고를 해야 한다. 법적으로 결혼이 유효하게 성립한 경우 법에서 정한 일정한 법적 효과가 발생한다.

혼인의 법적 효력은 일반적 효력과 재산적 효력 두가지로 구별할 수 있다. 혼인의 일반적 효력은 (i) 친족관계의 발생 (ii) 가족관계등록부의 기록 (iii) 부부의 성(姓) (iv) 동거·협조·부양의무 (제826조 제1항 본문) 등으로 나누어 볼 수 있다.

예컨대 결혼으로 인하여 수 많은 친 인척들이 생기게 되는데, 민법은 제767조

에서「 배우자, 혈족 및 인척을 친족으로 한다」라고 하면서, 남녀가 혼인을 하면 서로 배우자가 되고, 친족에 속하게 된다고 규정하고 있다.

물론 이때에 인척은 혼인으로 인하여 성립하는 친족으로, 법은 혈족의 배우자(계모, 적모, 형제의 처, 자매의 남편, 고모, 이모의 남편, 백숙부의 처), 배우자의 혈족(배우자의 부모나 형제자매), 배우자의 혈족의 배우자(처의 자매의 남편, 남편의 형제자매의 처나 남편)를 인척으로 한다(제769조)고 정하고 있다.

또한 인척관계는 혼인의 성립으로 발생하며, 혼인의 취소 또는 이혼으로 인하여 종료한다(제775조 1항). 그리고 부부의 일방이 사망한 경우에 생존배우자가 재혼할 때에도 인척관계가 종료한다(제775조 2항).

우리는 혼인 후에도 각자 자신의 혼인전 성을 유지할 수 있다. 또한 동거의무에 따라 부부는 '동일한 거소에서 부부공동체를 형성하여 생활하여야 하며, 동거 장소는 부부의 합의에 의해 정해야하며, 합의가 이뤄지지 않을 시 당사자의 청구로 가정법원에서 정한다(제826조 제2항).

또한 부부는 부양의무에 따라 부부공동생활의 유지에 필요한 것을 서로 제공할 의무가 있는데, 이때 경제적 부양(금진지급과 같은 물질제공), 신체적·정신적(식사준비, 세탁, 가사, 병수발 등)등을 모두 포함하며, 이러한 부양의무에 따라 부부는 상대방의 생활을 자신과 같은 수준으로 보장하게 된다.

부양의무 불이행은 불법행위가 되어 손해배상청구권의 발생 원인이 될 수 있으며, 악의의 유기로서 이혼원인이 될 수 있다. 한편 부부는 가족생활공동체의 유지를 위해 협력해야 한다. 일방이 정당한 사유 없이 협조의무 불이행 시 다른 일방은 조정·심판에 의해 이행을 청구할 수 있으나, 강제집행은 불가능하다.

그 밖에도 부부는 정조의무가 있으며, 결혼으로 법상 성년으로 의제되기도 한다. 즉 부부는 서로 정조를 지킬 의무가 있어, 不貞한 행위를 부부간 평등하게 이혼원인으로 규정하고 있으며, 미성년자라도 혼인 시 성년에 달한 것으로 보아 행위능력이 인정되기도 한다.

혼인의 재산적 효과로 우리 법은 부부별산제를 원칙으로 하고 있다. 부부는 합

의에 의해 자신들의 재산관계를 스스로 정할 수 있다. 전술한 바와 같이 결혼은 가족법상 계약으로서 본질을 가지므로 부부간 재산관계는 부부의 자율적인 합의가 법조항에 앞서 최우선의 효력을 가진다. 그러나 모든 부부가 재산관계에 관한 합의를 하는 것은 아니기에 이러한 재산관계에 일률적으로 적용될 수 있는 제도가 필요한데, 우리 법은 법정 부부재산제로서 별산제를 규정하고 있다.

또한 가족법상 계약이라는 특성으로 인하여 법에 일정한 제한을 규정하고 있다. 적법하게 체결된 계약을 혼인중 변경하기 위하여는 正當한 事由가 있는 경우에 한해 가정법원의허가를 받아 변경할 수 있다.

한편 부부재산계약에 의해 일방이 다른 일방의 재산 관리 중, 부적당한 관리로 인해 그 재산을 위태롭게 한 때에는 다른 일방은 재산관리권을 자신에게 이전하라는 취지의 청구를 법원에 할 수 있고, 이 경우 공유재산에 대해서는 분할을 함께 청구할 수도 있는데, 다만 이러한 청구를 하는 경우 우선 조정신청을 해야 한다.

부부재산계약의 방식에 대해 규정하지 않기에 구술에 의한 방식도 유효하지만, 부부가 이 계약을 가지고 부부 승계인이나 제3자에 대항하기 위해서는 혼인신고시까지 등기해야 한다는 것이 통설이다. 즉 등기는 유효하게 성립한 부부재산계약의 대항요건이다.

부부재산계약은 혼인이 성립했을 때 효력이 발생하고, 혼인이 종료되면 그 때부터 효력을 잃는다. 따라서 부부재산계약으로 혼인성립 전이나 혼인종료 후의 재산관계를 정할 수 없다. 또한 원칙적으로 조건부·기한부 계약은 허용되지 않는다. 혼인신고 전에 부부재산계약을 체결하지 않은 한, 그 재산관계는 모두 제830조 내지 제833조의 법정재산제에 의하게 되는데(제829조 제1항). 해석론상 부부의 재산은 부부별산제에 따라 ① 고유재산(혼인 전부터 가지고 있던 재산) ② 특유재산(혼인 중 자기의 명의로 취득한 재산으로 개인 소유의 재산) ③ 공유재산(부부의 누구에게 속한 것인지 분명하지 않은 재산으로 공유재산으로 추정되는 재산) 따라서 부부재산은 실제상 ① 명실공히 부부 각자의 소유로 되는 재산 ② 명실공히 부부의 공유에 속하는 재산 ③ 명의상으로 부부 일방의 소유이지만, 실질적으로는 부부의 공동재산이라고 보아야 할 재산 등으로

나누어진다.

미국의 경우 연방시스템으로 인하여 형사문제와 같이 혼인과 이혼 등 민사 문
제는 각 주 정부의 관장사항이다. 연방문제와 함께 다른 주 시민간의 분쟁은
주 법원이 아니라 연방법원이 관할권을 행사하게 되는데, 이때에도 연방법원은
에리 독트린(Erie doctrine)에 따라 자신이 소재하고 있는 지역의 주 법을 적
용하여야 한다.

즉 연방문제가 제기되지 않은 紛爭의 경우에는 어느 경우이나 주법이 적용된
다. 가족의 법률관계를 정하는 혼인법은 그래서 각 주 정부의 관장사항이다.
미국에서 결혼이 주정부의 인증을 받고 법적으로 유효하게 되기 위하여 2가지
유형의 혼인법이 있다.

보통법상의 혼인(common law marriage)과 결혼허가제가 그것이다. 대부분의
주에서 보통법상의 혼인은 폐기되었는 바, 대다수주는 우리와 같이 제정법을
통하여 결혼허가제(marriage license)를 시행하고 있다.

연방법은 주정부의 혼인에 관한 관할권을 규제할 권한은 없지만, 성소수자의
결혼 등 법적으로 결혼이 다투어지는 현실에서, 1997년과 2004년에 일반회계
청(General Accounting Office)결혼의 법적 효력에 관한 1,000여건의 관련법
에 대한 보고서를 출간한 바 있다.

얼마전 낙태에의 권리가 헌법적 차원에서 보장되는 기본권이 아니라고 하면서,
그 규제나 허용에 관하여 주정부의 개입과 포괄적 규제에의 권한을 인정한 대
법원이지만, 아직 결혼에의 권리는 연방헌법상 시민의 기본권이라는 입장을 견
지하고 있다.

따라서 M.L.B. v. S.L.J., 519 U.S. 102 (1996)에서 대법원의 설시대로 주 정
부의 결혼에 관한 규제가 헌법에 반하는 월권적 침해, 무시, 격하에 해당하는
경우 수정헌법 제 14조에 의하여 보호받는 기본권이 된다.

“...associational rights this Court has ranked as 'of basic importance
in our society,' rights sheltered by the Fourteenth Amendment

against the State's unwarranted usurpation, disregard, or disrespect.”

미 대법원은 1888년 이래 결혼이 연방헌법이 보장하는 기본권이라는 것을 천명하였는데, 관련 선례가 최소한 15건은 된다. 결혼의 헌법상 권리에 관한 최초의 판결이라 할 수 있는 *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888)에서 대법원은 “결혼은 생명과 인생의 가장 중요한 관계이고, 가족과 사회의 근간이며, 결혼 없이는 문명이나 사회의 진보는 있을 수 없다”라고 천명한 바 있다.

당시는 맑스의 활동기로 결혼에 사회적 의미를 부여하고 문명과 진보를 언급한 것은 좌나 우나 지적인 차원에서는 공통되는 부분이 많다는 것을 보여준다.

“...Marriage is “the most important relation in life” and “the foundation of the family and society, without which there would be neither civilization nor progress.”

혼인의 성립에 있어 보통법상의 혼인(Common-law marriage)을 인정하는 주는 8개 주와 연방정부가 소재하고 있는 콜롬비아 특별구가 있다. 각 주 보통법에 따라 혼인의 요건을 갖춘 경우 그러한 결혼은 모든 법적 목적과 상황에서 법적 효력을 갖게 된다.

보통법상 혼인을 인정하는 8개 주는 콜로라도, 아이오와, 캔사스, 몬타나, 로드아일랜드, 사우스 캐롤라이나, 텍사스, 유타 주 등이다. 보통법상의 결혼은 통일군사정의법(Uniform Code of Military Justice)상 중혼죄(bigamy)성립에 있어 중혼 여부를 판단하는 기준이 된다. 한 주에서 보통법상의 결혼으로 인정받은 경우 연방헌법 제 4조 1항 주제간 관계에 관한 조항(Full Faith and Credit Clause)에 따라 다른 주에서도 법적으로 유효한 결혼으로 인정받게 된다.

그러나 법적인 등록 또는 비슷한 公的 認證이 없는 경우 결혼사실을 증명하기 어렵기 때문에(특히 상속의 경우 상속인이 곤경에 처하는 경우가 많다) 일부 주는 주 정부가 발행한 양식에 부부 쌍방이 선언한 후 등록할 수 있게 하고 있다. 무형식 또는 간단한 형식의 보통법상의 혼인에 대하여 등록을 할 수 있게 하고 있는 것이다.

전술한 바와 같이 미 회계청(GAO)은 결혼으로 발생하는 권리와 특권, 혜택 등에 관한 1,138건의 관련법률이 존재하고 있다는 사실을 보고서 형태로 발간한 바 있다. 결혼으로 인하여 인정되는 이러한 권리들은 동성애자의 결혼에의 권리를 둘러싸고 다투어지는 분쟁에서 핵심적 쟁점이 된다.

1996년 결혼방어법(Marriage Defense Act)이 제정되어 동성애자간 결혼을 인정하는 주에서 유효하게 성립한 혼인이라 하더라도 연방정부는 동성애자간 결혼을 합법적 결혼으로 인정할 수 없게 되었다. 이러한 갈등은 결혼에 대한 동법의 정의가 다른 주 시민의 상호 면제와 특권을 규정한 연방헌법 제4조와 충돌한다는 이유로 2013년 위헌선언된 바 있다(United States v. Windsor).

연방회계청이 발간한 결혼의 법적 효과에 관하여 그 중요한 일부를 거시하면 다음과 같다. 혼인으로 인하여 발생하는 혜택으로 (i) 지속적 식권 등 (continued commissary privileges) 군 복역으로 별거하는 경우 배우자들에게 지원되는 보조나 일시적 서비스 (ii) 거주지 이전시 연방공무원 배우자에게 지급되는 일급(Per Diem payment) (iii) 인디언 원주민 부부에게 지급되는 건강관련 서비스 (iv) 스폰서 남편과 부인에게 제공되는 이민 혜택 등을 들 수 있다.

한편 보다 체계적이고 공식적인 혜택으로 (i) 전역군인의 장애급여 (ii) 보조성 연금 혜택 (iii) 연방공무원에 대한 장애급여 (iii) 건강보험 (iv) 완전 불구의 전역군인 주거에 대한 재산세 면제 (v) 소득세 감면, 세금환급, 세율감면 (vi) 배우자를 위하여 일하는 자의 급여에 대한 연방실업세의 면제 등이 있으며, 법적으로 인정되는 결혼인가 여부에 따라 법 적용이 달라진다.

또한 夫婦 共同 또는 親族간의 권리로 (i) 부부 공동으로 파산신청을 할 수 있는 권리 (ii) 부부 모두에게 인정되는 아동의 학교기록 접근권(access to school records)등 친권 (iii) 병원이거나 감옥에 있는 배우자나 자녀 방문권 (iv) 긴급한 의료적 결정이나 사망으로 인한 불법행위 청구시 가까운 친족이 될 수 있는 지위 (v) 자녀에 대한 감호권, 공유재산에의 권리, 자녀에 대한 보조나 분할부양금(alimony)등에 대한 권리 (vi) 가정폭력에 대한 개입권 (vii) 클럽이나 단체 가입시 또는 특정지구 거주시 요구되는 요금에 대한 할인요율 등 가족전용 서비스에의 권리 (viii) 정부 일자리 충원시 전역군인의 배우자 우선 채용

(iix) 배우자간 재산권 이전 또는 판매세 관련 조항 등에서 인정하는 면세 혜택 (ix) 시민이나 거주 외국인의 배우자에 대한 특별 혜택 (x) 각종 연방공무원의 배우자에 대한 공격을 연방범죄로 규정하는 형사법 (xi) 지역권(easement)이 인정되는 경우 국립공원관리청에 의하여 배우자가 취득한 토지에 계속 거주할 권리 (xii) 법원 검인절차의 통지 (xiii) 가정내 폭력 방지 명령 (xiv) 기존 자경지 임차에 대한 갱신권 (xv) 콘도미니움 매각시 소유점유권자 면제에 관한 규정 (xvi) 장례와 상사 관련 휴가 조항(funeral and bereavement leave) (xvii) 부부 공동 입양이나 양육에의 권리 (xviii) 부부 공동의 세금신고 (xix) 보험인증, 입부나 수혜자격 또는 상호공제기관의 혜택 (xx) 입양아와의 법적 관계 (xxi) 배우자에 대한 의료적 결정 (xxii) 비거주 배우자의 학비혜택 면제신청 (xxiii) 매장이나 화장(burial or cremation) 등 사망한 배우자에 대한 장례에 관한 결정 (xxiv) 감호신탁에 있어 생존자의 권리 (xxv) 혼인으로 인한 성씨의 변경 (xxvi) 혼전계약을 할 수 있는 권리 (xxvii) 상속권 (xxviii) 배우자간 비밀에의 특권 또는 증언에의 권리와 같이 법정 절차에서 인정되는 배우자의 권리 등 수도 없는 법률관계가 법상 인정되는 혼인 여부에 따라 달라진다.

그리고 離婚한 경우 또는 배우자가 사망한 경우 사망한 배우자의 권리가 다른 배우자에게 인정되는 경우가 있다. (i) 사회보장연금 (ii) 군인연금, 군역으로 인한 사망에 대한 보상에의 권리, 의료급여, 양로원 비용, 군인묘지에 묻힐 권리, 교육비나 주거비 보조 (iii) 연방공무원 사망에 대한 배우자급여 (iv) 부두하역부(longshoreman), 항만노동자, 철도노동자 배우자 등에 대한 생존자 급여 (v) 진폐증으로 사망한 광부의 배우자에 대한 부가혜택 (vii) 일선 현장 책임 수행으로 사망한 공안공무원 배우자에 대한 100,000달러 일시금 지급 (viii) 사용자 지원 건강보험혜택의 계속 (ix) 배우자 사망으로 인한 배우자의 저작권에 대한 갱신 또는 종료권 (x) 일정상황에서 인정되는 배우자의 계속적 수리권(water rights) (xi) 근로자 사망으로 인한 임금 및 보상금 수령권 (xi) 사망으로 인한 검시후 장기기증(post-mortem analytical gifts)을 결정하거나 취소, 반대할 수 있는 권리 등이 그것이다.

또한 정부가 지원하는 여러 형태의 보조를 받을 필요를 결정하는데 있어 배우자의 수입이나 자산이 고려된다. 이러한 예로 (i) 전역군인의 의료나 자택요양 급여 (ii) 주거 보조금 (iii) 전역군인에 대한 주거마련 대여 (iv) 자녀교육지원 대출 (v) 농산물 가격보조 또는 대출 (vi) 연방결합운동기금(federal matching

campaign)수혜자격 등을 예로 들 수 있다. 한편 배우자가 한번도 거주 주택을 구입하지 않은 경우 연방주택공급프로그램(National affordable housing program)혜택 자격이 부인되거나, 재혼시 각종의 생존자 혜택자격이 박탈되기도 하고, 혼인중 출생한 자녀 양육에 관한 재정적 지원혜택을 받기도 한다.

인생에 있어 중요한 결정은 결혼에 버금가는 결정들이다. 뭔가 폐복글을 포스팅하고 싶었는데, 필자 바로 옆방 정구태 교수가 이번 법학교수회 회장선거에서 이원상 교수와 함께 학교를 대표하여 선거장에서 투표해달라고 카톡 메시지가 오는 것 아닌가.

정구태 교수는 법학교수회 사무차장으로 법학교수회의 일을 맡고 있다. 한편 가족법 전공 교수로 강의나 연구에서 탁월한 능력을 보이고 있다. 성격이 소탈하여 점심을 한번 사기도 어려운데, 교수가 천직인 것 같아 안심이다. 본 포스팅 결혼관련 법 이야기를 하면서, 정구태 교수가 무엇을 하는지 조금이라도 느껴 볼 수 있어 좋았다.

이제는 로스쿨과 비로스쿨 갈등이 조금씩 가라앉는 것 같다. 여전히 법학교수들을 대변하는 자치기구로 비로스쿨 법학교수만으로 구성된 대한법학교수회와 로스쿨과 비로스쿨을 아우르는 한국법학교수회로 교수회가 양분되어 있지만, 점차 대승적 화합 가능성이 높아질 것으로 전망한다. 이번에 한국법학교수회 회장직을 맡는 서울대 로스쿨의 조홍식 교수는 필자의 일년 후배로 오랜기간 자신의 전문분야에서 탁월한 업적을 남기고 있고, 균형잡힌 시각을 가지고 있는 학자이다.

판사로서의 경력도 있어 법학과 법실무간의 연계와 협력에도 기대를 가질 수 있다. 막 수업에 들어가려는데, 전화가 와 “선배님 선거일에 꼭 臨場하여 손이라도 잡아주고 격려해 달라”는 밝은 목소리에 우리 법학계의 앞날이 희망적으로 느껴졌다.

인생과 학자로서의 말년을 보내면서 우리 후배변호사인 최진녕 변호사나 같은 대학에 근무하고 있는 한지영 교수의 이름이 새삼스럽다. 폐친이기도 한 최진녕 교수가 어제 아들의 수능에서의 무운을 비는 포스팅을 올렸다. 최 변호사는 노쓰웨스턴 대학 LL.M과정에서 수학하고 변호사로서 활발한 활동을 하고 있으

며 우리에게도 친숙하다. 한지영 교수는 이번에 대학의 교무처장직을 맡아 봉사하고 있다.

최 변호사의 이름은 마치 '진정한 영혼'이라는 이름 같기도 하고, 그가 수학한 미국 대학 이름은 '서양 노인들의 혼'같이 다가온다. 넥타이 메고 서양식 시스템에 살면서 무시할 수 없다. 노쓰웨스턴 글자에서 느껴지는 풍미대로 나이든 법률가들이 젊은 시절 자신의 꿈과 영혼의 결합을 말년에도 버리지 말고, 자신의 책임을 다하여야 하는 것 아닐까? 그러나 결혼만으로는 교수나 연구원으로서 업적을 남기기 어렵다.

한지영 교수는 독일의 뮌헨대학에서 공부하고 지적재산권법을 가르치고 있다. '묘한 닭'같은 느낌의 대학이름에 더하여 본인의 이름자에 '한지'가 들어가니 한국 법학교수의 모델로 적절하다. 나이 60에 이르니 얼마 남지않은 기간이지만 내가 걸어온 결혼에 대한 책임이 생각난다. 오늘도 카톡과 메시지를 통하여 전해지는 경조사 알림은 여전히.

군인같은 학부생들에 쫓겨 대학원에 진학하고 공부하게 되었다는 선배교수님의 말씀이 상기되면서, 교수나 연구원의 일생은 마치 한국의 성씨 김가처럼 유명한 클래식 작곡가 엘가의 이름을 연상시킨다. 엘가는 미국대학 졸업식장에서 흔히 듣는 위풍당당행진곡을 작곡한 영국의 음악가이다.

영어 알파벳 엘자는 레이디, 레이크, 레전더리, 로프티 등등 고상함과 격식을 연상시킨다. 엘시비어라는 출판사 이름을 보면 뭔가 창조성이나 비판 또는 시시비비가 연상되면서, 군인이라는 M자의 이미지와 대비된다. 지금도 창작에 힘쓰는 교수나 연구자들의 노력에 경의를 표하면서, 탄생과 상사, 우리의 인생을 연상시키는 또 한명의 클래식 음악가 이름이 상기된다.

생상스와 엘가, '동물의 사육제(Carnival of animals)'와 '사랑의 인사(Salut d'amor)' 같은 좋은 곡으로 우리에게 다가온 이들의 이름이 마치 오랜기간 학교에서 교육자로 봉사하는 필자와 동료들 인생을 함축적으로 보여주는 듯 하다.

막 글을 마치려 하니, 아내가 약속시간에 늦는다고 소프라노 목소리가 되었다. 언젠가 장인 어른이 '니 부부는 소크라테스와 크산티페 같다'고 하여 웃기도

하였는데, 어쩌면 고리타분하고 잔나비 같은 교수 이미지는 소크라테스 이름 같기도 하다. 그렇다면 큰 산이나 세도가 같은 이름은 크산티페인가?

나훈아 가요 제목 '테스형'에도 등장하는 소크라테스는 독배를 마시고 죽어갈 망정 크산티페와 이혼하였다는 얘기는 없는데, 요즈음 세상에는 쉽게 이혼하는 사람들이 많은 것 같다. 휴일 저녁 인생을 반추하면서 음악이라도 듣는 시간을 가져보면 어떨까?



19. 로마의 휴일과 10월의 어느 멋진 날에

역사에서 변호사는 惡德한 이미지의 이웃으로 묘사된다. 플라톤은 현명한 군주에 의한 통치를 가장 바람직한 정치체제라 하면서, 민주주의 공화정을 가장 열악한 정치체제로 폄하하였다. 그러나 아테네를 중심으로 한 작은 도시 국가로부터 인구의 증가와 문명의 발달로 봉건제, 절대왕정 시대가 되면서 권력과 다수의 시민간의 관계는 갈등으로 나아간다.

봉건(Feudalism)적 생산관계에서 자본주의(Capitalism)적 생산관계로의 발전은 역사적 필연이라는 맑스의 말을 무시할 수 없다. 한국 정치사에 유행어였던 경제대통령이라는 말이 시사하듯이 자유시장이나 자본주의적 생산관계는 정치적으로 절대왕정 또는 소수의 독재를 배격하고 시민 민주주의를 신봉하고 있다.

그러나 17세기에서 18세기 말에 걸쳐 서구사회에 시민 민주주의 체제가 들어섰음에도 여전히 권력과 시민간의 갈등은 불식되지 않았다. 사람과 해방을 중시하는 좌파적 시각은 자본의 독재, 자본이라는 絶對權力으로부터 多數의 노동자계급을 해방하여야 한다고 주장하고, 우파적 정치서클은 국가의 발전과 경쟁으로 나아가게 되는데, 그러한 갈등은 두차례 세계대전으로 비화한다.

서세동점을 비롯한 제국주의적 경쟁과 갈등은 당시 유럽의 후발선진국이었던 독일의 세계패권예의 야욕을 잉태하였고, 결국 참혹한 전쟁을 결과할 수 밖에 없었다. 따라서 전후 유엔의 탄생은 우리가 살고 있는 이 시대 국제정치경제적 질서의 초석을 놓았고, 시장과 경제를 기반으로 한 시민사회와 독재를 가르는 이정표가 되었다.

세월호 사건에서 학습하였듯이 좌파 진보정권은 사람다움과 다수를 향한다. 한마디도 지지 않는다, 촉새다라는 폄훼속에서도 한동훈 법무부장관이 국회에서 우리의 시스템과 법을 가르치고, 10억의 명예훼손 손해배상 소송을 제기하여 우리 사회에서 가짜뉴스를 불식하겠다고 나아간 것은 국가와 시스템을 지키겠다는 보수 우파 정부를 느끼게 한다.

우리 좌파진보 야당이 어제 윤대통령이 이태원 참사 희생자 위령제에 불참하고 중소기업회 모임에 참석한 것을 두고 “사람다움이 아니다”라고 비난하였다. 사

람다움에서 출발하여 자본주의를 타파하고 소수의 자본가를 넘어 노동자, 여성, 소비자, 아동 등 다수를 지향하는 진보정파와 중소기업을 살려 시장을 부흥시키겠다는 보수우파 정부가 대비된다.

전후 유엔에 의하여 국제정치질서의 초석이 놓여졌다면, 1947년 브레튼 우즈(Breton Woods)체제는 전후 세계시장과 국제경제질서의 초석을 놓았다. 소위 세계시장과 국제경제의 3각체제, 즉 IMF, IBRD(현재는 World Bank임), GATT가 탄생한 것이다.

국제법과 국제통상법을 가르치면서 학생들에게 항상 말하는 것이 “시끄러운 정치경제의 이면에는 법이 역할한다. 법률가는 항상 사회에 관심을 갖고 웹사이트 Findlaw 이름이 시사하듯이 법을 찾아야 한다. 법을 찾으려는 정신이 법률가의 일생이다”라는 것이다. 저명한 비교법학자 매리 글렌던(Mary Glendon)이 가르치듯이 법은 정치적 변혁이나 혁명같은 체제의 근본적 변화에도 불구하고 영원하다.

이념이나 학술적 차원에 머물던 맑스의 주장이 레닌에 의한 공산정부의 등장으로 현실화되었지만, 레닌과 스탈린이 한 첫 번째 혁명과업이 프랑스와 독일 민법을 본 받아 러시아 민법을 기초하였다는 사실은 이를 시사한다.

유엔을 창설하면서 유엔헌장을 만들고 유엔 창설의 법적 근거를 마련함에 있어서 주도적 역할을 한 두사람이 로스코 파운드(Roscoe Pound)나 한스 켈젠(Hans Kelsen)이라는 사실 역시 법학도의 사명을 보여준다. 스탠포드의 변호사 경력이나, 영국을 비롯한 유럽국가들의 변호사양성제도가 보여주듯이 변호사 양성제도의 원형은 변호사가 되기 위하여 체계적인 학교 교육이 필요하지 않았다는 것이다.

스탠포드나 링컨처럼 선배 변호사 사무실에서 연찬하거나, 대학의 우수학생 중 변호사회가 관리하는 여관 같은 작은 Inn에 소환되어 도제식 교육을 받아 변호사 자격을 얻게 된다. 국제법 영역에 관한 연구회가 활발하듯이, 미국의 연방시스템으로 인하여 법률 수요가 늘고 이에 부응하기 위하여 1950년대 미국에서 학부졸업 후 3년 대학원 과정의 새로운 로스쿨 중심 변호사 양성제도가 도입되고 우리도 2007년부터 이를 도입하여 시행하고 있다.

일반 학사과정을 마치고 1-2년의 법에 관한 교육을 이수하고 변호사가 되는 시스템하에서 종래의 다른 학과 학사이름과 차이가 있었다. 즉 영어식 법학 학사 표현인 B/L이 아닌 LL.B “Legum Baccalaureus” 라틴어 표현이 사용되었던 것이다. 그러나 이는 여전히 법학 학사라는 의미이고, LL.B라는 학위 이름이 새로운 이름의 법학박사, 즉 JD학위로 바뀌게 되는 것도 이즈음이다.

한편 LL.M학위는 지금도 그대로이지만, 새로운 법학연구 학위인 SJD 학위 이름이 등장하면서 종래의 LLD학위는 미국에서 명예박사학위(honorary doctorate)만으로 수여된다. 금세기 가장 유명한 법학자의 한 사람이자 하버드 로스쿨 학장으로 봉직한 Roscoe Pound가 네브라스카 대학 식물학(Plant science)박사, 소위 Ph.D 학위자이고 단기 수학과정을 통하여 법을 공부한 사실만으로도 당시 변호사 양성 시스템을 알 수 있다.

또한 그가 植物學을 공부하였는데, 법에 흥미를 가지고 법률가로 인생을 전환한 것은 법은 어쩌면 식물처럼 수동적이고 오랜 시간 인동초 같이 우리 옆에 있기 때문인지 모른다. 언젠가 한 선배 법학자분은 식물을 좋아하였다. 백숙으로 배부른 점심을 하고 옆 전원을 돌아보게 되었다. 그 선배는 식물에는 제각기 이름과 의미가 있다고 하면서 식물 이름을 가르쳐 주었다. 그 선배는 80이 넘는 지금까지 변호사 사무실을 지키고 있다.

그런데 역사 속 변호사들 중에는 역사의 발전과 인류사회의 진보에 결정적 공헌을 한 인물들이 있다. 법학이라는 학문이 실천과학이고 사회와 함께 존재하는 것이라 그런 것일까? 이유야 어떻든 언젠가 우리의 검찰총장이었던 문무일이라는 이름처럼 학문을 실천하는 결기있는 변호사들이 있다. 역사 속 변호사들이 사회의식이 강하고 역사의 수레바퀴를 돌리는데 주도적 역할을 한 것은 계급의식이었을까?

대혁명 당시 혁명의 팽플릿이 되었던 시에예스(Sieyes)의 ‘제 3신분이란 무엇인가?’에서, 그는 푸르동이 ‘소유권은 절도’라고 일갈했듯이, “새롭게 떠오르는 제 3신분이 아니면 아무것도 아니다”라고 하면서 혁명의 정당성을 갈파하였다.

절대군주, 귀족, 성직자 중심의 구체제 즉 앙시앵 레짐(ancien regime)은 아무 것도 아닌 것이 된 것이다. 그렇다면 우리에게 6.25 비극을 겪게 하고 오랜기

간 한국사회에서 금기시되던 맑스는 대단한 효자인지 모른다. 변호사 아버지에 게서 태어나 계급혁명을 주장하고, 대통령, 장관, 변호사, 돈 많은 사장, 교수, 성직자, 배민 배달원 모두 자유롭고 평등한 세상, 자기소외가 없는 세상, 일하는 자를 위한 세상을 꿈꾸었으니 말이다.

시급 최저임금과 대형 로펌의 타임 차이지(time charge)같이 부익부 빈익빈 현실은 여전하지만 최소한 신분에 의한 차별은 존재하지 않는 세상이 된 것이다. 시장과 경제가 풍요로워진 지금에 이르러 인간에게는 다양한 영적 부분이 있다는 것을 허위의식으로 치부하고 唯物論이라는 경제만능주의로 나아간 맑스의 역사적 발전법칙에 동의하는 사람이 얼마나 있을지 모르지만, 역사 속 변호사나 시민민주주의 혁명은 시장과 자본주의 발전을 배경으로 한다.

절대 군주제를 폐하고 議會主權을 실현한 청교도혁명은 신교도의 정체성과 윤리를 종교차원으로 승화한 칼뱅주의(Calvinism)의 영향을 받았다. 맑스 베버의 자본주의의 윤리라는 책을 거론하지 않더라도, 서양사에 있어 프로테스탄트의 윤리는 자본주의 정신을 대변한다.

퓨리탄(Puritan)이라고 불리는 청교도들은 이러한 프로테스탄트 정신, 즉 사회의 불의에 대항하고 실험정신이 투철하여 역사의 진보를 가져 왔다. 그리고 민주주의의 발전의 이면에는 법률가와 대학이 자리잡고 있다. 12.12 사태 당시 전남대가 민주주의 항쟁의 근거가 된 것처럼 변호사이자 장군으로 의회파를 이끈 크롬웰과 절대 군주제를 지키려는 차알스 1세간의 영국 내전에서 공교롭게도 최후의 결전을 위하여 의회파는 케임브리지에, 왕당파는 옥스포드에 웅거하여 대치한다.

영국 왕정의 박해를 받던 청교도들은 이미 메이플라워호를 타고 자유로운 신대륙을 향해 떠난 후 20여년 정도가 지난 해에 벌어진 일이다. 그들은 매사추세츠 주 해안에 정착하여 도시 이름을 캠브리지로 정하고 영국 목사 하버드는 하버드 대학을 설립한다.

차알스 1세는 단두대의 이슬로 사라지고 실질적으로 의회주권이 확립되었다. 이후 왕정부활의 움직임이 있었는데, 왕당파와 의회파의 타협으로 제임스 2세는 프랑스로 망명하고 네덜란드 왕족을 새로운 영국의 국왕으로 받아들이게 되

는데 우리는 이를 명예혁명(Glorious revolution)이라 부른다.

청교도 혁명이 있던 후 20여년 정도가 지난 후 이루어진 1689년 명예혁명은 현재와 같은 영국의 의회민주주의를 확고하게 다지고 영국의 헌법관행이 되어 비로서 영국에서 현재와 같은 입헌군주제가 시행되게 된 것이다. 미국사에서도 변호사나 법을 공부한 자들은 역사적으로 많은 활약을 하였다. 토마스 제퍼슨, 존 아담즈, 제임스 매디슨 등 18세기 말 미국 헌법을 기초하고 건국의 아버지로 추앙받는 7인 중 5인이 변호사이거나 법을 공부하고 혁명정부에서 미합중국 건국에 기여하였다.

그리고 1787년 헌법회의에 참석한 55인의 대리인을 건국의 아버지라 부르기도 하는데 그중 32인이 변호사였다. 또한 1776년 7월 4일 독립선언서에 서명한 56인 중 25인이 변호사였다. 미국은 동부 13개 주가 독립선언을 천명한 날인 7월 4일을 독립기념일로 정해 축제를 열고 있다.

한편 봉건제 절대왕정에서 신대륙의 자유를 가져온 것이 미국 독립혁명, 민주주의 혁명이었다면, 남북전쟁과 노예해방을 통하여 “만민의 법앞의 평등”정신을 담은 수정헌법 제 14조를 가능케 하고, 자유에 평등을 더하여 지금과 같은 시민민주주의 체제를 완성시킨 에이브라함 링컨(Abraham Lincoln)은 변호사이자 정치가로서 법의 정신을 실천한 미국의 문무일이라 할 수 있다.

그러나 이라크 전쟁을 둘러싼 유엔 안보리 결의가 국제법위반이라고 믿으면서 국제사회에서 분투하는 많은 변호사, 변호사 단체들, 과거 군부독재 시절 전태일 평전을 쓰고 열악한 자들의 인권보호를 위하여 분투한 조영래와 같은 인권 변호사들, 지금도 헌법재판소와 법원에서 인간의 존엄과 자유, 법 앞의 평등을 위하여 낡은 가방 속 서류뭉치를 꺼내드는 노 변호사들은 정치나 경제체제의 혁명을 넘어 진정한 인간 혁명은 완전하지 않다는 것을 보여준다.

필자는 시간 나는대로 음악이나 영화를 즐긴다. 자주 듣는 음악이나 영화 중 김동규와 조수미가 부른 “시월의 어느 멋진 날에”와 “로마의 휴일”이 있다. 오드리 헵번(Audrey Hepburn)과 그레고리 펙(Gregory Peck)주연의 로마의 휴일(Roman holiday)영화를 보면 식물을 좋아하고 식물 이름에 반하는 유복한 선배변호사가 생각난다.

함무라비 법전이나 고조선의 8조금법도 있지만 법을 가장 절실하게 느낀다 했을 때 우리는 보통 죄와 벌, 형사법을 연상한다. 일부 강대국의 외면 속에 2000년 로마협약이라 불리우는 국제형사재판소 협약이 체결되었다. 유스티니아누스 법전(Code of Justinian), 만민법, 시민법 사상을 발전시킨 로마는 법의 기원국으로 우리에게 남아있다. 유엔이 현재와 같은 국제정치경제적 질서의 초석을 놓았다면, 로마협약은 국제사회에서 법치주의를 구현하기 위한 미약한 몸부림의 시작인지 모른다.

여전히 국가나 안보리의 협조 없이는 기구의 힘이 미약하고, 국제적으로 수인할 수 없는 중대한 4개 범죄에 한하여 관할권을 행사하지만, 국제형사재판소의 창설은 인류의 이상을 대변하고 있다. 속지주의, 속인주의, 보호주의, 보편주의 등 국가관할권 이론만을 가리치다가, 이제 국제형사재판소 협약을 가르쳐야 하니 국제법 학자들은 격세지감을 느끼고 있다.

이에 비하여 Secret Garden이라는 외국 곡을 한국곡으로 편곡하였다는 “10월의 어느 멋진 날”이라는 음악을 들으면 가을의 분위기 속에서 노벨상 수상자 발표가 있는 저녁과 상쾌한 다음날 아침 분위기가 전해진다. 법을 공부한 사람은 별반 노벨상과 친하지 않으니, 법을 공부하는 사람들은 아마도 영화 “로마의 휴일”같이 야외로 소풍을 간다거나 하는 분위기일 것이다. 다만 법률가 중 노벨평화상 수상자가 상당수 있는데, 일례로 不戰條約체결당시 활약한 프랑스 대표는 변호사로서 당시 노벨평화상을 수상하였다.

최근 노벨 평화상을 수상한 오바마 대통령도 변호사 출신이고 프랑스의 루이 르노(Louis Renault)역시 법률가로서 노벨 평화상을 수상하였다. 1904년에는 국제법학회(Institute of International law)가 단체로 노벨평화상을 수상하기도 하였다. 그외에도 버지니아 로스쿨을 졸업한 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이나 테오도르 루즈벨트 대통령도 변호사 출신으로 노벨 평화상을 받았다.

또한 역사적으로 엘류 루트(Eliou Root)등 2명의 미국 변호사 협회 회장이 노벨상을 받았다. 얼마전 작고한 고르바세프 구 소련 서기장도 모스크바 대학에서 법을 공부한 변호사로 노벨 평화상을 받은 바 있다. 그러나 이번에 러시아 전쟁 반대 국제단체가 노벨 평화상을 수상한 것을 보면 진정한 민주주의와 국

제사회의 평화는 갈 길이 멀다는 것을 보여 준다. 어쩌면 영화 로마의 휴일 같은 느낌의 평화로운 세상 속 변호사의 삶은 먼 훗날 얘기인지도 모르겠다. 세상은 여전히 법률가들의 양심과 인권과 정의를 향한 투쟁정신을 요구하고 있는 것이다.

“로마의 휴일 같은 소확행의 시간이 언젠가는 이루어지겠지” 위안 삼으면서 우리 운동권 가요인 “걱정말아요 그대”라는 전인권 노래를 틀어 본다. 시간이 나는대로 즐기는 노래인데, 독일 원곡이 있고, 이를 표절하였다고 하여 원곡을 틀어보니 비슷한 것 같다. 요즈음 표절 시비가 많았는데 한참 웃은 적이 있다. 필자도 다른 창작자처럼 표절에서 자유롭지 못하는데 이 글은 괜찮겠지? 🤔 전술한 바와 같이 변호사와 학교는 민주주의를 대변한다.

웅장한 베르사이유(Versailles)궁전이 봉건제 절대왕정을 상징한다면, 그에 못지 않게 궁전 같은 대학의 캠퍼스들은 민주주의 발전과정에서 역할한 전남대, 옥스퍼드, 케임브리지, 하버드 같은 학교를 거론하지 않더라도 사진만으로 이를 느낄 수 있다. 이집트 피라미드, 진시황의 만리장성 같은 건축물이 역사의 변천을 상징하듯이 왕이 기거하던 궁전에서 많은 학생들이 공부하고 생활하는 대학 캠퍼스로 우리의 건축물 문화가 바뀐 것은 역사의 변천을 단적으로 보여 준다.

辯護士 禮讚論 같이 되어 버렸지만, 이라크 전쟁에 관한 위법성 논의와 함께 지금과 같은 서구 민주주의가 탄생하는데 기여한 역사속 변호사들을 돌아본다. 그들은 사회의식을 가진 용맹한 전사들이었다. 러우 전쟁에 평소 용맹하다는 강용석 변호사 아닌 이근이 전사로 참전한 것은 좀 아이러니 하지만, 🤔 글 중 크롬웰은 청교도혁명의 지도자로 영국 의회민주주의 탄생에 기여하였고, 로베쓰 피에로는 프랑스의 법률가로 그 자신도 단두대의 이슬로 처형되었지만, 루이 16세 처형을 주도하고 왕정을 폐지하는데 기여하였다.

레란드 스탠포드는 뉴욕주 변호사로서 스탠포드 대학을 창립하고 민주주의를 진작하였다. 많은 대학 캠퍼스가 그렇지만 스탠포드 대학은 베르사이유 궁전에 대비되어 우리가 사는 현대 민주주의를 대변한다. 대처는 영국판 철혈재상으로 신자유주의 정치지도자이다. 미국의 이라크 침공에 대하여 다양한 관점에서 그 정당성이 주장되지만, 그 합법성 여부에 대한 논의도 많다. 이하에서는 유엔

안보리 결정에 대한 합법성 논란에 대하여 살펴본다.

이라크 이라크 침공을 결정한 미국과 영국의 정치지도자들은 이라크 전쟁에는 법적으로 아무런 하자가 없다고 주장한다. 그러나 영국 법학자로 영국내 반전 캠프 의장이었던 존 칠콧을 비롯한 법전문가들은 2009년 11월 24일부터 2월 2일까지 여러 차례 청문회를 통하여 내린 이라크 침공결정은 그에 관한 법적 근거가 불충분하며, 동 결정은 UN의 권위를 실추시켰다고 결론내렸다.

또한 러시아의 블라드미르 푸틴(Putin)과 토니 블레어(Tony Blair)수상 대행의 직을 수행하고 있는 존 프레스콧 역시 다른 예에서 보듯이 이라크 침공결정은 합법성이 결여되어 있다고 주장하고 있다. 2005년 논문에서 크래머와 마이콜 로스키는 이라크 전쟁은 유엔 헌장과 국제인도법을 위반한 것이라고 주장하기도 한다.

2003년 12월 19일 이란에 파견된 미국 사절단과의 화상 회의에서 푸틴은 “현재의 국제법 원칙에 따를 때에 UN 제재 외에 외국에서의 무력사용은 금지되고 있다. 이것은 국제법 문제이다. 유엔제재결의 없이 한 모든 것은 공정하다거나 정당하다고 볼 수 없다”라고 평하였다.

합법성 여부에 관한 다툼의 핵심쟁점은 “이라크 제재를 위한 유엔의 제재결의가 포괄적으로 승인되었다면 구체적 제재행위에 동의가 필요 없게 되는지, 아니면 포괄적 제재결의에 더하여 구체적 개별적 제재행위마다 안보리의 승인이 필요한가”하는 것이다. 물론 이때의 ‘제재행위’는 법적인 용어이지만, 경제적 제재를 포함하여 군사적 제재행위 등 총체적인 성격의 것이어서 보통 ‘전쟁’이라 불리운다.

유엔헌장(UN Charter)은 현대 국제법의 시작을 알린다. 2003년 이라크 침공 당시 미국과 주요 연합국들은 모두 유엔헌장가입 당사국이었다. 따라서 이들 국가들은 모두 유엔헌장을 준수할 법적 의무가 있다. 유엔헌장 제 2조 4항은 특정 상황에서 신중하게 고안된 조건을 충족하지 않는 한 일반적으로 무력사용을 금지하고 있다.

제 2차 세계대전과 UN의 창설로 새로운 세계정치경제질서가 뿌리내리면서 正

戰論(Just war)이나 전수이론 같은 고전적 국제법 원칙, 과거 유럽 강대국들의 국가관행이 국제법이던 시절과는 달라진 것이다. 따라서 유엔의 모든 회원국들은 국제사회에서 다른 국가의 영토적 일체성이나 정치적 독립에 위협이 되는 '무력사용'이나 '무력사용의 위협'을 해서는 안된다. 이는 국제법률가협회 사무총장인 루이 도스월드 벡(Louise Doswald-Beck)의 말처럼 1945년 제정된 유엔헌장의 기본정신이다.

다시 말하면 국제법상 인정되는 자위권 행사 - 즉 미국이나 이라크 전쟁 연합국들이 자신들에 대한 이라크의 무력행사에 대하여 행한 방어행위 - 에 해당하지 않으면 무력행사를 위하여 유엔안보리 결의가 필요하다. 이에 대하여 미국은 이라크의 행위들이 미국에 대한 침공이어서 국제법상 자위권 요건을 충족한다는 취지의 주장을 하면서 위법성 주장을 반박한다.

즉 1993년 아버지 조지 부시(Father Bush/Bush Senior)암살미수 사건, 1991년 걸프전 종전합의 후 행해진 북부와 남부 이라크 비행금지구역에서의 연합국 비행기에 대한 공격 등, 이라크의 위법한 공격행위에 대하여 미국은 1993년과 1996년 UN헌장 제 51조에 따라 합법적으로 자위권을 행사하여 왔다.

또한 이라크 소수인종에 대한 탄압을 금지하는 유엔 안보리 688(UNSC 688)결의 위반에 대한 제재로 이라크 쿠디스탄 소재 어빌시에 대한 폭격을 행하였다. 이러한 여러 근거하에 미국과 영국 정부는 이라크 침공이 국제법상 適法하다는 주장을 되풀이하고 있다. 즉 동 침공은 기존의 유엔안보리 결의에 근거하고 있으며, 적대적 행위의 재개에 대한 정당한 제재이고, 쿠웨이트 침공에 대하여 대리인으로서 정당하게 행동한 것으로 침공이나 전쟁이 아니라고 한다.

국제법률가협회, 미국의 국가변호사 길드조직, 캐나다 31 법학교수회, 핵정책에 대한 미국변호사위원회 등 수 많은 국제 법률가 단체들은 동 전쟁이 국제법에 위반된 것으로 본다. 이 문제를 둘러싼 핵심은 유엔 안보리 결의 660, 661, 678, 686, 687, 688, 707, 715, 986, 1284 등 이라크의 무장해제를 위한 이전 결의들에 대한 충실한 준수를 촉구하는 내용을 담은 2002년 11월 8일 유엔결의 1441호이다.

유엔헌장 39-42조에 따르면 유엔안보리 결의 이행에 관한 구체적 방법을 결정

할 법적 권한은 안보리에 있으며, 개별국가가 결정할 수 없다. 2022년 11월 8일 안보리결의 1441호가 의결된 후 즉시 러시아, 중국, 프랑스는 "이라크 전쟁에 대한 무력제재 결의는 미국에 구체적 이행방법을 결정할 권한(automacy)을 위임하지 않았다"라고 공식 확인하였다.

이러한 사실은 유엔안보리 결의를 얻기 위하여 시리아 정부의 협조를 구했던 미 국내 자료에 의해서도 확인되고 있다. 이러한 의문과 함께 결의의 사각지대에서 벌어진 사실들은 네덜란드 정부의 조사위원회나 영국 정부의 우려와 불안 등 사태 이후 주요국 정부의 태도에 의해서도 확인되고 있다.

타국의 주권에 대한 침공은 現代 國際法上 금지된다. 즉 2차세계대전이 끝나고 전범재판의 처리를 위하여 설치된 뉘른베르크 전범재판소는 "침략전쟁(War of Aggression)은 근본적으로 악이며, 단순한 범죄가 아닌 가장 중대한 국제법 범죄이다"라고 설시하였다. 이러한 전범재판소의 견해는 2000년 국제형사재판소 설립을 위한 로마협약에서 국제형사재판소가 관할권을 행사할 수 있는 4개의 범죄 중 하나에 침략전쟁이 포함됨으로써 다시 확인된다.

재미있는 것은 뉘른베르크 전범재판소, 유엔헌장의 성안과 비준에 주도적 역할을 한 미국이 2000년 국제형사재판소 설립조약에는 가입하지 않았다는 점이다. 이라크 전쟁에 대한 위법성 여부는 마이클 하스의 책 "George W. Bush, War Criminal?: The Bush Administration's Liability for 269 War Crimes"의 서문을 쓰고 뉘른베르크 전범재판소 수석 공소관으로 활동한 벤자민 페렌스에 의해서도 확인되고 있다.

그는 이라크 침공후 갑자기 직을 사임한 영국 수상실 차석 법률보좌관의 말을 인용하면서, "사담 후세인과 함께 조지 부시 대통령도 전범으로 재판에 회부되어야 한다"고 말하기도 하였다. 물론 미국은 상하원합동결의를 통하여 "범국민적 차원의 이라크에 대한 제재와 이라크의 유엔결의 이행에 필요하고 적절한(necessary and appropriate)구체적 방법"을 당시 부시 대통령에게 수권한 바 있다.

다음으로 민주주의를 위하여 활약한 역사 속 변호사들을 간략히 돌아 보자. 올리버 크롬웰(Oliver Cromwell)은 영국 왕정과의 내전에서 의회 혁명군을 이끈

영국의 군인이자 정치가, 변호사이다. 그는 영연방 공화정 당시 영국, 스코트랜드, 아일랜드의 호국경(lord protector)으로 영국 의회민주주의 탄생에 결정적 역할을 한 인물이다.

영국 내전 중 의회군을 이끈 총사령관으로서, 스튜어트 왕조의 전복에 기여하였으며, 엘리자베스 1세 이후 기울던 영국의 유럽패권을 부활시키는데 기여하였다. 개인적으로는 칼뱅주의를 신봉하였지만, 종교적 관용과 인내에 대한 깊은 믿음을 가지고 있었다. 크롬웰의 성공과 승리는 영국과 신대륙 미국에서 淸教徒 精神의 확대와 강화로 이어졌고, 현재까지도 시민들의 정치적·사회적 삶에 지대한 영향을 미치고 있다.

크롬웰은 1599년 동부 영국 헌팅돈에서 엘리자베스 여왕 당시 의회 일원으로서 지역의 평화와 발전을 위하여 일했던 세도가 아버지 로버트 크롬웰과 엘리자베스 스튜어트 사이에서 태어났다. 일찍 아버지를 여의고 홀어머니와 함께 살면서 캠브리지 시드니 서섹스 칼리지(Sussex College, Cambridge)에서 수학하였으며, 홀어머니와 누나를 봉양하기 위하여 1년 뒤 런던의 링컨 인(Lincoln's Inn)에서 변호사 공부를 하고 변호사자격을 취득하였다.

프랑스 민주주의 역사는 물론 대혁명에서 시작한다. 영국이나 미국과 달리 특이하게도 프랑스는 정치적 시스템의 근본적 변혁을 이루지 못하고 사람 부분, 즉 기본적 인권의 보장을 천명하는데 그친다. 프랑스 혁명 후 라파예트(La Fayette)는 토마스 제퍼슨의 도움을 받아 인간과 시민에 관한 권리선언(Declaration of the Rights of Man and of the Citizen)이라는 프랑스 헌법 초안을 기초하였고, 동 초안은 미 독립선언서 일부 조항을 포함하기도 하였다.

그러나 앞서 말하였듯이 미국과 달리 프랑스는 군주의 역할과 지위에 관한 합의가 이루어지지 않았고, 그에 관한 갈등이 완전히 해결되기까지 정치적으로 완전한 헌법을 만들지 못하였다. 즉 헌법 중 근대헌법의 특징이라 할 수 있는 기본권 부분만 기초되고, 고유의 의미의 헌법이라 할 수 있는 통치조직 부분(Political constitutions)은 공백으로 남게 된다.

그리고 동 초안 마저 의회 의장(President of Assembly)인 장 마운터와 같은 실용주의자들에 의하여 7월 11일 헌법위원회에서 부결된다. 이들은 이루기 어

려운 기대와 또 다른 잔혹한 혁명을 두려워한 것이다. 혁명과정에서 활약한 주요인물로 맥시밀란 로베스 피에르(Maximilien de Robespierre)가 있다. 그는 1758년 프랑스령 Artois의 Arras에서 태어났다.

조부와 아버지는 아라스 지역의 유력한 변호사였고, 아라스 지역 양조장의 딸인 Jacqueline Marguerite Carrault와 사이에 4명의 자녀 중 하나로 태어났다. 그는 Collège Louis-le-Grand in Paris 등에서 공부하면서 로마 공화정의 이상주의, 키케로, Cato, 브루투스의 수사학에 심취하였다.

또한 장자크 루소의 사회계약론에 매료되어 혁명이 가져다 주는 진보와 직접 민주주의에 기반한 새로운 주권개념의 건설을 꿈꾸었고, 루소의 일반의사를 정치적 정통성의 근간으로 보았다. 변호사로서 역사의 발전에 기여한 인물로 마아가렛 대처(Margaret Thatcher)영국 수상이 있다. 그녀는 식료품 상인의 딸로 태어나 고향의 학교에 다니다가 옥스퍼드대학교 서머빌 칼리지에서 문학사(1946)·이학사(1949)·문학석사(1950) 학위를 취득하였으며, 졸업 후에는 연구화학자로 일했다.

부유한 실업가와 결혼한 덕분에 변호사 공부도 할 수 있었으며 세법을 전공했다. 1959년 보수당 후보로 복원던 핀츨리 선거구에서 당선되어 의회에 진출하였고, 연금·국민보험부의 공동 정무차관(1961~64)을 거쳐 에드워드 히스 총리 밑에서 교육·과학부장관을 지냈다. 최초의 여성보수당 각료가 된 것이다.

대처 수상은 1974년 히스의 뒤를 이어 당수에 올랐으며(1975), 1979년의 선거에서 보수당의 승리로 총리에 취임했다. 대처의 승리는 노동조합의 파업을 통박하고 강성의 보수정책을 편 결과라 평가되는데, 이는 구식의 관대한 보수주의자들인 '웨츠'(Wets)와 구별하여 '드라이스'(Dries)라 일컫는 보수당 우파의 성향과 일치한다.

정당이나 정치가 인간의 본성에 기반한다면 네오콘을 매파(hawks)에 비유하거나 좌파 정당을 Broad front나 Chile Digno 등으로 표현하는 것은 이해의 편의를 돕는다. 또한 정치인을 Mudcat Saunders나 Rahmbo등으로 애칭함으로써 스포츠 또는 영화의 주인공 이미지를 연상시키고 정치인들의 성격을 알 수 있게 한다. 한편 그리스도의 재림을 믿고 우리 보수당 영당이 퍼포먼스처럼 예

식 중 황홀한 행동을 하는 종교그룹을 셰이커즈(Shakers)라고 하는데, 이름이 전통을 유지하는 징표가 되는 경우라 할 수 있다. 요컨대 정당, 정치인, 인간 그룹을 이해함에 있어서 이러한 인성적 약축어들은 속인들의 이해를 쉽게 한다.

대처의 정치적 기본 보선은 보수당 당수 답게 개인적 자유의 확대, 정부의 과도한 경제간섭중지 긴축 통화정책이라 할 수 있다. 또한 그녀의 대외정책은 보수당 당수 답게 강한 영국이라 할 수 있는데, 그녀의 임기 중 식민지통치에서 이탈한 로디지아가 1980년 독립 짐바브웨로 발족하는 것을 도왔으며, 1982년에는 아르헨티나가 10주 동안 점령했던 포클랜드 제도를 전쟁을 통해 재탈환하기도 하였다.

이러한 그녀의 강한 영국을 향한 보수적 철학으로 1984년 서식스 브라이튼에서 아일랜드 분리주의자의 폭탄 테러로 죽을 고비를 넘겼음에도 불구하고, 북아일랜드를 영국령으로 보유하려는 영국정부의 기존노선을 고수하였다. 북대서양조약기구(NATO)에의 적극적인 참여와 독자적인 핵역지력의 확보를 공유했는데, 전통적인 핵·방위전략을 부정하는 노동당의 태도와 차이가 있다.

보수철학에 기반한 대처 혁명은 집권후반기에 이르러 재정·산업의 경제분야로부터 교육·보건·주택공급의 민영화를 통하여 사회정책부문으로 확산되었다. 변호사의 사회 의식은 공교육발전에도 기여하였다. 레란드 스탠포드(Leland Stanford)는 애브라함 링컨이 대통령으로 미국의 통합과 노예해방을 이루고, 남북전쟁을 불사하면서 만민의 법앞의 평등, "시민의, 시민을 위한, 시민에 의한 정부"라는 진정한 민주주의 정부를 구현하기 위하여 활약할 무렵인 19세기 중엽의 변호사이다.

1885년 흉역으로 사망한 자신의 15세 아이를 기리기 위하여 아들 이름을 따미 서부 명문대학인 스탠포드 대학을 창립하였다. 스탠포드는 미 상원의원이자 캘리포니아 주 지사로 일하였는데, 1824년 뉴욕의 워터빌레에서 8남매의 유복한 집안의 아들로 태어났다.

스탠포드는 1836년까지 초등학교 (common school)를 다니다 5년간 튜터식 교육을 받은 후, 뉴욕 카젠노비아 수도원(Cazenovia Seminary)에서 법을 공

부하였다. 1845년 알바니 소재 휘톤, 두리틀, 해드리 법률사무소에서 법률실무를 연찬하고, 1848년 뉴욕주 변호사가 되었다. 다른 신대륙 정착인들과 함께 위스콘신 주 포트 워싱턴에 이주하여 동료인 웨스리 피어스와 함께 법률사무소를 개소하였다. 1850년 스탠포드는 휘그당에 의하여 워싱턴 카운티 검찰총장에 임명되었다.

우리가 지금과 같이 전제정에서 해방되어 자유로운 세상에서 표현의 자유를 누리고 물질적으로 풍요로운 세상에서 살 수 있게 된 것은 민주주의가 가져다 준 행복이다. 그것이 맑스가 말한대로 역사적 필연이었는지 지금도 학자들의 논란거리이지만, 그 이면에 변호사와 학교가 있었다는 것이 흥미롭다.

제 2장
법의 본질과 몇가지
주제들



20. 궁예(弓裔)와 도산 안창호(安昌浩)

가. 법의 출발점

우리는 더불어 사는 존재이다. 사람이 짐승과 구별되는 것은 사회를 이루고 사회생활을 한다는데 있다. 짐승도 무리를 이루고 群集生活하는 경우가 있지만, 우리는 이를 사회나 사회생활이라고 말하지 않는다. 사회과학이 우리의 사회생활관계를 다루는 학문이라면 법학은 우리의 사회생활관계 중 인간의 法律關係를 다루는 학문이다. 법은 권리와 의무를 내용으로 하므로 법률관계는 권리의 무관계로 환원된다.

권리의무관계라는 법 또는 법학의 프레임으로 인하여 예컨대 행정법상 조항들이 주관적 공권을 창설하고 동 조항에 근거하여 권리자가 법원에 제소할 수 있는가 아니면 단순히 행정의 원칙을 담고 있는 것인가 하는 문제들이 발생하기도 하고, 헌법에서 국가가 나아가야 할 바를 선언한 프로그램적 성격의 규정인가 아니면 구체적 권리에 관한 규정으로 동 규정에 따라 헌법재판소에서 권리 침해에 대하여 구제받을 수 있는가 하는 문제들이 도출된다.

또한 형사소송법이나 민사소송법에서 법원이나 소송 당사자를 기속하는 규정인가 단순한 訓示規程인가 하는 문제가 발생하기도 한다.

나. 법과 권력분립의 원칙

법은 권리의무관계로 구성된다는 기본적 출발점은 3권 분립상 재판소나 법원의 역할과도 관련을 갖는다. 법의 기원국이라 할 수 있는 로마 제국은 소권이론을 발전시키고 황제들이 배분적 정의(distributive justice)를 통치철학으로 삼게 되는데, 로마의 원로원은 영국의 과거 대법원이었던 상원 법사위나 미국의 대법원 등 근현대 법원의 원형이 된다.

또한 로마 제국은 금세기 가장 영향력 있는 법철학서의 하나인 드워킨의 법의 제국(Empire of Law)이라는 책 이름을 탄생시키는 데에도 기여한다. 한편 로마법은 13세기 파리와 옥스퍼드에서 연구되고, 최초의 법학 연구방법론이라 할 수 있는 註釋法學, 소위 Annotators들이 융성한다. 이탈리아 볼로냐 대학에

이러 세계최초의 대학이라 할 수 있는 파리 대학과 옥스포드 대학이 이러한 배경하에 근대 대학의 기원을 열게 되는 것이다.

그리고 이러한 법학 방법론은 지금도 남아 있어 정부나 법제연구원 등이 학자들의 지혜를 모아 형법주석서 또는 민법주석서를 편찬하기도 한다. 인간 사회의 발전으로 사회학적 지식이나 공공정책적 지식이 해석법학의 발전을 가져오지만, 주석법학은 해석법학의 원형을 이룬다 할 수 있다.

따라서 법학은 사회과학의 한 분과로 분류되지만 논리나 수사학 등 인문학적 특질도 가지고 있다. 현대 학술잡지 분류에 있어 사회과학과 공중보건(social sciences and public health)이 같이 묶여 있는 것은 일반 사회과학이 다수, 나아가 다수의 건강과 표준에도 연관된다는 것을 시사한다. 법은 이에 더하여 인문 예술(arts and humanities)적 특질도 갖는 것이다.

최근에는 법학에도 양적 사회과학 연구에 필요한 SPSS(Statistical Package for the Social Sciences)를 이용하는 연구자들이 간혹 있지만, 다른 사회과학 분야에 비하여 그것이 이례적인 것은 법학 분야에서 논리적 사고나 수사학이 보다 중요하다는 것을 의미한다. 법학은 질적 연구가 가장 보편적인 방법론이고, LEET나 LSAT 등 로스쿨 입학 시험의 주된 부분은 지원자들의 논리적 능력 언어 능력을 시험한다.

설명이 좀 장황해졌지만, 요컨대 법이 상징하는 정의나 대법관이란 영어표현인 Justice는 유스티니아누스 법전(Code of Justinia)을 편찬한 로마의 유스티니아누스 대제 이름에서 기원한다. 그리고 우리는 提訴適格, 청구인 적격, 권리보호 이익 등 헌법과 법률이 정한 재판소의 권한과 책임을 정하는 문제를 일반적으로 standing이라 부르는데, 혹자는 이를 justiciability라고도 말하기도 한다.

이러한 제소적격 이론 등에 따르면, 예컨대 대통령 등이 행하는 행위에 사법적 잣대가 없다가나 고도의 정치적 성격인 행위는 법으로 심판하기에 부적절하기 때문에 사법부는 사법심사를 할 수 없다. 이를 대륙법계 국가에서는 통치행위, 미국의 경우에는 정치적 문제의 원칙(political question doctrine)이라 부른다.

입법기관은 여론을 공론화하여 법률을 제정하는 적극적 · 형성적 성격의 권력 작용을 한다. 따라서 법원은 권력분립의 원칙에 따라 이러한 입법기관에 부여된 추상적 · 형성적 · 적극적 권력작용을 할 수 없다.

헌법 제 40조 ‘입법권은 국회에 속한다’는 조항은 이러한 의미를 담고 있다. 반면에 헌법 제 101조 제 1항에서 부여하고 있는 법원의 사법권은 소극적 (passive)권력으로서의 본질을 갖는다. 따라서 자신이 사는 동네를 승화원 같은 화장터로 이용하겠다는 정부의 계획을 알게 된 거주민이 법원에 소송을 제기하는 경우, 이는 헌법이나 법령이 정한 절차에 따라 국회나 관할관청의 결정에 참여한다거나 선거를 통하여 심판할 수 있을 뿐, 법원에 제소하여 다룰 수 없다.

아직 법령이나 행정청의 결정이 계획 단계에 불과하여 정치적 영역에 속하기 때문이다. 이를 미성숙(未成熟)원칙(ripeness doctrine)이라 부른다. 아직 법령이나 행정처분과 같이 구체적이지 않고 추상적 · 형성적 영역에 머물고 있어 붙여진 이름이다. 또한 사법권은 분쟁(case or controversy)이나 구체적 피해 (injury in fact)를 전제로 한다.

즉 사전적 권력이 아니라 사후적 권력이라 할 수 있다. 따라서 이미 분쟁이 종료하였거나 더 이상 법이 식별할 수 있는 손해가 있다고 할 수 없는 경우에는 법원은 자신에게 부여된 심판권을 행사하지 않는다. 예컨대 공립학교 로스쿨의 입학정책에 따라 불공정하게 탈락하여 자신의 평등권이 침해되었다고 주장한 사안에서, 소송의 진행 중 학교가 원고에 대한 입학결정을 내리고 당해 원고가 로스쿨을 졸업하였다면 더 이상 원고에게 법이 구제할 수 있는 손해라는 게 존재하지 않고 법원은 審判權을 행사하지 않는다.

우리는 이를 默音原則(mootness doctrine)이라 부른다. 로마법의 전통과 고전적 권력분립원칙에 따라 만들어진 이러한 법원칙들은 사회의 발전과 국가의 성향에 따라 변화하기도 하는데, 우리 헌법재판소가 묵음원칙에 해당하는 경우에도 법이 무엇인가를 밝혀 시민에게 행위규준을 제공할 필요가 있는 경우 “심판의 이익”이 있다고 보아 심판권을 행사하는 경우가 그 한 예이다.

이때에 헌법재판소는 구체적 권리구제라는 헌법이 부여한 권한과 책임을 확대

하여 가상적 또는 추상적 차원에서 일정한 의견을 제시하게 되고 국회와 같은 정치기관 유사한 역할을 하게 된다. 즉 정부에 준하는 공립학교처럼 학교의 입학정책에 관하여 일정한 기준을 제공하게 되는 것이다.

3. 사전적 분쟁예방과 사후적 분쟁해결

국회나 행정부 같은 정치기관이 사회를 이루는 다양한 이해관계의 갈등과 분쟁 가능성을 사전에 예방하는 역할을 한다면, 사법부는 구체적으로 발전한 갈등과 분쟁에 대하여 사후에 이를 해결하는 역할을 한다. 국가외에 국제기구도 이러한 이원적 구도를 채택하는 경우가 있다.

예컨대 세계시장에서 通商法治를 실현하고 있는 세계무역기구(WTO)는 무역정책검토제도(TPRM)와 분쟁해결절차(DSM)의 두가지 구조에 따라 시장에서 법의 정신을 구현하고 있는데, 학자들은 이를 세계경제헌법체제라 부르기도 한다.

1947년 화폐, 금융, 실물 등 세계 경제의 3각 축이라 할 수 있는 브레튼 우즈(Bretton Woods)체제가 출범하였다. WTO는 이때 만들어지고 정치적·외교적 성격의 기구로서의 본질을 가지던 GATT체제가 혁명적으로 발전하여 1994년 司法的성격의 기구로 재탄생한 것이라 할 수 있다.

무역 영역의 관장범위나 주제가 넓어진 것은 물론, 분쟁해결절차를 규율하는 일원적이고 체계적인 분쟁해결에 관한 양해각서가 제정되고, 국내 심급체계처럼 법률심인 상소기구가 창설되면서 사법적 성격이 강화되었다.

무엇보다 패널이나 상소기구(Apellate Body)의 결정이 국내 법원의 판결과 같이 역만장일치제(reverse consensus)에 따라 거의 자동적으로 효력을 갖게 된 것은 주목할만 하다. 국제법의 기본 프레임워크인 意思主義的 國際法觀에 따라 종전 GATT패널 결정이 회원국 모두의 동의가 없는 한 효력을 발생하지 않는 것과 정반대가 되었다 하여 희한한 이름의 역만장일치제가 탄생한 것이다.

승소국이 동의하지 않는 경우란 상상하기 어려우므로 패널이나 상소기구의 결정은 분쟁해결기구의 채택이라는 형식적 절차만을 거친 후, 국내법원의 판결처럼 자동적으로 효력을 발생하게 되었다. 통상법치의 구현을 위한 세계무역기구

의 事前的 분쟁예방제도 · 事後的 분쟁해결제도의 이분법은 변호사나 의사 등 실용과학자들에게 적용되는 기본 컨셉트이기도 하다.

유수한 로펌 업무의 반 가까이가 분쟁의 사전예방을 위하여 계약서를 검토해 준다거나 법률자문을 제공하는 것은 분쟁을 사전적으로 예방해야 할 법률가의 사명이다. 물론 송사를 통하여 정의를 구현하는 송무부분도 법률가의 중요한 사명이라 할 수 있다. 질병의 사전 예방을 위한 의사들의 노력이나 약을 처방하거나 수술실에 임하는 의사들의 역할도 이러한 이분법의 예이다.

4. 당사자주의와 법인격에 대하여

그런데 사후적 권력작용이라 할 수 있는 사법권의 본질은 원고와 피고라는 대립되는 양 당사자를 통하여 사실을 확정하고 법을 적용하는 구조를 갖는다. 소위 당사자주의(adversary system)라는 이러한 이분법적 구도는 그것이 민사문제이건 형사문제이건, 헌법재판이나 행정재판 같은 국내 공법소송, 국제법에 관한 국제 공법소송 등 모두에 공통된다.

당사자주의에 따라 당사자들은 소송절차를 통하여 손해의 배상을 구하고 검사는 형을 구형한다. 따라서 법은 개인적이고 심리적인 차원의 문제가 얽혀 있다. 나아가 당사자 處分權主義나 辯論主義에 따라 청구의 인락, 포기, 화해가 있게 되면 실제적 진실에 상관없이 법원은 당사자의 의사에 기속된다.

또한 당사자가 작성한 청구원인이나 청구취지를 넘어 당사자가 주장하지 않는 사항에 대하여 판단하거나 청구를 인용할 수 없다. 다만 로마법에서 연유한 “법은 법관이 안다”라는 법언과 당사자주의에 따라 사실의 주장 · 입증은 당사자의 책임이 되고, 사실에 대한 법의 적용은 법관이 책임이 된다.

이때 법관이 알아야 할 법의 범위에 국내법을 넘어 외국법도 포함되는가, 아니면 국내법과 달리 외국법은 사실로 보아야 하는가에 관하여 나라마다 다른 입장을 보이고 있다. 국제운송, 국제보험 등 국제적 성격의 사법 소송이 많은 영국의 경우 외국법은 사실로 취급되어 당사자가 주장하지 않는한, 법관이 이를 찾아 적용할 필요가 없다는 입장이다. 당사자주의적 전통이 강하여 대리인들의 책임이 중요하다.

요컨대 대립당사자와 법원의 3자구도를 통하여 진실을 발견하는 변증법적 과정은 정치학이나 경제학·사회학 분야에 비하여 법학의 중요한 특성의 하나라 할 수 있다. 또한 법학의 한 전공분야로 법심리학이나 법의학 등을 들 수 있는데, 이는 법학의 개인적·심리적 특성을 시사한다.

법학의 이러한 특성은 의사주의적 국제법관이나 고의·과실 등 근대법 체계에 이어진다. 예컨대 스피드 티켓이나 행정법상 과태료 부과는 결과책임으로서 당사자의 고의 과실 등을 요구하지 않지만, 형법총칙 제 41조에서 정하는 9가지 형벌에 해당하는 경우, 형식적 의미의 형법은 물론 정치자금법위반이나 자본시장법 위반 등 모든 범죄에 대하여 형법총칙의 고의·과실에 관한 책임요건이 적용된다.

민사법이 손해배상의 성립요건으로 가해자의 고의·과실을 요구하거나 채무불이행으로 인한 손해배상청구에서 고의·과실이라는 주관적 귀책사유를 요구하는 것도 이러한 법의 특질을 말해 준다. 법은 권리와 의무관계를 다루므로 그 전제가 되는 권리·의무의 주체가 문제된다. 예컨대 우리 법상 자신이 기르는 개에게 자신의 재산을 상속한다는 遺言은 법적으로 효력이 없다.

민법은 ‘사람은 생존하는 동안 권리와 의무의 주체가 된다’고 규정하고 있기 때문이다. 생존하고 있는 사람에 한하여 사법상 권리 의무의 주체가 된다. 따라서 죽은 사람이나 짐승은 원칙적으로 사법상 권리·주체가 되지 못한다. 법은 이러한 자연인외에 법인을 권리·의무의 주체로 규정하고 있다. 권리·주체가 될 수 있는 법적 자격을 우리는 법인격(法人格)이라 한다.

민법상 법인격자로서 자연인(natural person)은 포괄적으로 법인격을 향유함에 대하여 법인(legal person)은 그 설립목적의 범위내에서만 권리를 향유하고 의무를 부담한다. 법인격 또는 권리·의무의 주체 문제는 헌법상 기본권의 주체라는 주제로 논의되기도 하는데, 예컨대 외국인은 헌법 해석상 공무담임권 또는 사회권적 기본권의 주체로 보지 않는 것이 통설적 견해이다.

물론 천부인권적 권리, 인간이면 국적에 상관없이 누릴 수 있는 자유권 및 기타 보편적 성격의 권리는 대한민국 국민은 물론 외국인에게도 보장하여야 한다는 것이 정설이다. 영미의 권리장전(Bill of Rights)이나 프랑스 인권선언

(French Declaration of Human Rights)에 의하여 확인되는 인간의 존엄과 행복추구권 같은 천부인권과 기본적 자유권은 자유 민주주의 혁명의 가치를 담고 있는 헌법핵적인 것이고 국적을 넘어 세계시민사회의 헌법기준이기 때문이다.

얼마전 윤석열 대통령은 유엔(UN)총회 연단에 서서 전 세계 정상들을 향해 "자유"가 지닌 가치의 중요성을 강조하면서, '자유'의 가치를 공유하는 나라들이 유엔을 중심으로 연대하자고 호소했다. 또 이를 통해 전 세계가 직면한 전환기적 위기를 해결해 나가자고 제안했다. 그는 연설 과정에서 무려 21번이나 "자유"를 외쳤다. 이는 우리 헌법 정신과 궤를 같이 한다.

국제법상 권리 · 의무의 주체 문제 역시 국제법 첫머리에서 배우는 주제이다. 국제법은 17세기 중엽 종교전쟁후 유럽 열강들이 체결한 베스트팔렌 조약(Treaty of Westphalia)에 따라 국가가 종교적 영향력으로부터 벗어나 주체적으로 자신의 운명을 결정할 수 있게 됨으로써 탄생하였다.

이러한 배경하에 의사주의적 국제법관에 따라 국제법의 기초가 놓여지고 발전하게 된다. 한편 20세기 이전까지만 해도 유럽 강대국의 국제관습이 국제법의 주요 내용을 구성하게 된다. 그리고 국제법의 주체로서 국가만이 권리를 향유하고 의무를 부담하는 것으로 인식되었다.

그러나 19세기 중엽 이후 20세기 초까지 국제사회의 광역화와 긴밀화 현상에 따라 국제전신연합 등 많은 국제기구가 새롭게 창설되고, 국가외에 국제기구의 국제법 주체성이 부각되게 된다. 그리고 20세기 들어 제 2차 세계대전의 전후 처리를 위한 뉘른베르크 전범재판에서는 특정국이 아닌 국제사회가 전범재판과 처벌의 주체가 됨으로써 제한적이지만 개인도 국제법상 권리 · 의무의 주체가 된다.

개인의 국제법 주체성은 지극히 예외적인 경우에 인정되고, 국제기구는 민법상 자연인 · 법인의 이원론처럼 설립목적의 범위내에서만 제한적으로 권리·의무의 주체가 되는데, 우리는 이를 '국제기구의 專門性的 원칙'이라고 부른다. 요컨대 법이 인정하는 권리와 의무관계는 권리와 의무의 주체 문제로 이어지고, 분쟁이나 사법심사로 발전하여 책임의 문제로 발전한다.

다. 법적 책임에 대하여

얼마전 한동훈 장관이 김의겸 의원을 상대로 거액의 민사상 손해배상청구를 제기하였다. 한편 이재명 야당 대표에 대한 형사책임 문제가 세간의 화제거리가 되더니, 이번에는 의사 출신 국회의원인 신현영 의원의 닥터차 탑승으로 위화감이 조성되고, 희생자 구조작업에 차질이 빚어졌다는 등 비난의 표적이 되고 있다.

또한 국제사회를 돌아 보면 러시아·우크라이나 침공 전쟁으로 연일 전쟁당사국들의 불법행위나 책임 문제가 제기되고 있다. 유럽강대국의 국가관행이 국제관습법으로서 국제법의 골간을 이루던 근대 국제법시대와 달리 20세기 들어 국제사회의 발전으로 조약법이 국제법의 주요 법원이 되기 시작한다.

특히 1945년 유엔창설 이후 발전한 현대국제법은 다자조약, 그중에서도 규모가 큰 국제기구 또는 국제체제를 창설하는 입법창설적 성격의 조약이 체결되는 경우가 많다. 국제해양법 협약이나 GATT/WTO 등이 그 예이다. 이에 20세기 이후 발전된 국제법 체제에서는 과거 관습법이었던 것이 다자조약으로 성문화되는데, 우리는 이를 慣習法の 成文化(codification of customary law)경향이라 부른다.

한편 국제 사법영역에서도 관습법의 성문화 현상이 두드러지게 되는데, 구 중해 시대 형성된 관습법 형태의 상인법이 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)나 유엔사법통일기구(UNIDROIT)의 노력을 통하여 물품매매계약에관한유엔협약, 소위 비엔나협약이나 계약법원칙(Principles)으로 성문화 되는게 그 대표적 예이다.

우리는 전자를 구상인법(Old lex mercatoria)이라 부르고, 20세기 성문화된 협약들은 신상인법(New lex mercatoria)이라 부른다. 이러한 관습 또는 관습법의 성문화 경향은 근현대 국제법의 특질이라 할 수 있다. 그런데 조약 또는 조약법은 사법상 계약과 같은 구조를 가져 객관적·일반적으로 구속력을 가지는 규범을 법으로 볼 때에 관습법에 비하여 국제법의 법으로서의 성격을 약화시키지만, 국제사회에서의 법치주의 진작에 기여한다.

이제 국제사회에서 국가는 그 어느 때보다도 많은 규범에 구속되는 시대가 되었다. 통상 분쟁, 환경 분쟁, 해양법상 분쟁 등 국제법이 기능하는 영역이 확대되었다. 관습법의 성문화 경향은 구체적인 조약 조항을 통하여 국가의 권리·의무 또는 법적 책임을 명확하게 하기도 한다.

법인격자의 심리적 차원의 문제는 법적 책임을 확정하는데 전제가 된다. 김의겸 의원이 ‘아니면 말고’식으로 가짜 뉴스를 퍼트린 행위에 대하여 형사상 비난가능성이 있다거나 민사상 주관적 귀책사유를 인정할 수 있을 것인가? 아니면 公인의 의혹에 대하여 국회에서 해명을 요구한 것에 초점을 두어 비난할 수 없다고 볼 것인가? 술집에 갔다는 (허위의) 사실을 적시함으로써 명예가 훼손된 것인가? 장관같은 고위 공직자도 명예훼손죄에서 보호하려는 명예감정의 주체가 되는가? 형법 제 20조 정당행위 또는 명예훼손죄에 대한 형법 제 310조 위법성 조각사유에 해당하는가 등등 다투어질 쟁점이 많지만, 범죄자의 내심에 대한 이해가 필요하다.

예컨대 김 의원이 ‘공직자도 인간이므로 술집에 갈 수 있고 개인의 명예가 훼손될 수 있다는 사실을 인식하지 못하였다’고 항변할 수 있다. 물론 김 의원의 진술로 은연 중 공직의 청렴성에 대한 한 장관의 명예감정이 훼손되었다고 보는 경우 김 의원의 항변은 받아들여지지 않을 것이다. 그러한 경우 명예훼손죄에 관한 고의·과실의 문제가 아니라 국회의원의 직무상 행위로 위법성이 조각되는가 하는 문제가 남을 뿐이다. 김 의원이 주장한 사실이 법원에 의하여 허위로 밝혀질 가능성이 크고, 이 때에 형법 제 310조 위법성 조각사유에는 해당하지 않는 것이다.

또한 고의나 과실은 형법 이론상 구성요건에 해당하는 사실에 대한 인식이 있거나 부주의하게 이를 인식하지 못하고 행위에 나아간 경우 인정된다. 따라서 구성요건사실에 대한 인식이 있으면 법의 무지를 이유로 항변할 수 없다. 이재명 의원은 공직선거법 위반으로 기소되었고, 그 밖에 제 3자 뇌물죄나 정치자금법 위반, 배임죄 등의 의혹을 사고 있는데, 배임죄의 경우 경기도에 손해를 끼치려는 배임의 의사가 전혀 없었다고 항변하고 있어 향후 추이가 흥미롭다.

한편 신 의원의 경우에는 보통의 평범한 사람이라면 자신의 행위로 인하여 구조가 지연되고 사상자가 발생할 것이라는 점에 대하여 인식하기 어려우므로 그

녀에 대하여 도의적 비난을 가하는 것을 넘어 어떠한 형사법적 책임을 묻기는 어렵다고 보인다. 또한 '신 의원의 행위가 없었다면 사망자가 줄었을 것'이라고 보기도 어려우므로, 영미법상 소위 'but for'테스트를 적용해 보았을 때, 민사법상 불법행위 책임이 발생한다고도 볼 수 없다.

우리는 법적 책임을 가져오는 법인격자들의 내심상태를 지칭하는 가장 넓은 표현으로 잘못된 정신상태(Scienter) 또는 주관적 귀책사유(Fault)라는 표현을 쓴다. 그리고 이러한 행위자의 내심상태의 문제를 형사법에서는 mens rea, 소위 범죄의 인식(guilty mind)이라 말한다.

라. 국제법상 국가책임

국제법상 국가책임에 관한 법 역시 관습법의 성문화경향을 대표하는 한 예이다. 과거 국제관습법 형태로 존재하던 국가의 국제법상 책임이 많은 학자들과 법률전문가의 노력으로 국가책임협약 초안으로 성과를 보게 된다. 초안이 만들어 진후 수십년이 지났지만 아직 발효하지 못하고 초안의 형태로 남아 있다. 형사책임이나 민사책임의 법적 구조와 비교할 때 관습국제법상 국가책임의 성립에 국가의 故意나 過失(Scienter)이 필요한가에 관하여는 1930년 헤이그 협약 이래 다툼이 있어 왔다.

2001년 체결된 국제 불법행위에 대한 국가책임협약(Draft Articles on Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts)은 '국가의 책임이 언제 성립하고 국가의 국제적 의무가 있을 시 어떻게 국가책임을 추궁할 것인가' 하는 문제에 관한 원칙을 규정하고 있다.

즉 국가책임협약 초안은 무력행사금지의 원칙, 환경파괴금지의 원칙 등 국가가 준수하여야 할 특정한 의무를 규정하지 않고, '언제 의무위반이 발생하는가' 즉 '국가행위가 국제법상 의무를 위반하였는가' 하는 문제와 그러한 의무위반으로 발생하는 법적 효과만을 규정하고 있다.

따라서 일차적·실체적 국제법 규칙이 아닌 二次的 規範으로서 국제책임협약은 책임법의 기초적 문제와 일차규범이 규정한 의무위반으로 인한 국가의 책임과 구제 문제를 다루고 있다. 요컨대 동 협약은 (i) 국제법상 불법행위가 성립

하기 위한 국가행위의 요건, (ii) 공무원, 사인, 기타 주체들의 행위가 국가행위로 간주되기 위한 요건 (iii) 국가책임에 대한 위법성 조각사유 (iv) 국가책임 추궁의 방법 등을 담고 있다.

역사적으로 국가책임은 단지 외국인에 대한 국가의 가해행위에 대한 책임에 한정하여 인정되었다. 다만 그 이전의 국가책임에 관한 협약들은 국가책임협약 초안과 같이 국가행위예의 귀속이나 구제방법 같은 2차적 쟁점만을 담고 있는 것이 아니라 국가의 구체적 권리와 의무의 문제, 예컨대 외교관에 대한 보호권이나 대우에 관한 국제기준 같은 1차적 규범 문제까지 다루고 있었다.

다시 말하여 순수한 2차적 · 원리적 책임문제에 국한하지 않음으로써 일원적 · 보편적 성격을 결하고 있었는데, 1996년 호주 대표로 유엔보고관이던 제임스 크로포드(James Crawford)가 평하듯이 2001년 국가책임협약 초안은 일차적 규범으로부터 이차적 규범을 분리하여 국가책임법을 이론적으로 승화시키고 일원적 · 보편적 성격을 통하여 적용범위를 넓히게 되었다.

그에 따르면 모든 유형의 국제의무 위반에 적용될 수 있는 일반적 원칙(rigorously general in character)을 담고 있다고 한다. 한편 국가책임이 성립하기 위하여 전통국제법에서 요구되는 국가의 고의 · 과실 문제는 초안 성립과정에서 여전히 논란이 있었지만, 그것은 국가의 의무를 구체적으로 규정하고 있는 1차적 규범(primary norms)에서 다루어질 문제라고 보아 2차적 쟁점(secondary issues)을 다루는 국가책임과 관련하여 일반적 · 보편적으로 적용될 수 있는 협약의 성격을 유지하기 위하여 포함되지 않았다.

협약 초안은 국가의 국제불법행위와 국가행위예의 귀속성 요건을 규정하는 한편 국제불법행위의 의미와 유형을 자세하게 제시하고 있다. 국제책임의 성립에 관한 2가지 요건이 갖추어진 경우 이에 대한 항변과 구제의 문제가 발생한다.

협약은 제 23조 불가항력(force majeure), 제 24조 구조(distress), 제 25조 긴급피난(necessity), 제 25조 대응조치(counter measure), 제 21조 정당방위(self-defence) 등을 위법성 조각사유로 들고 있다. 협약에 따라 국가책임이 성립하고 위법성 조각사유에도 해당하지 않는 경우 국가는 자신의 불법행위에 대하여 법적 책임을 부담한다. 국제의무위반으로 인한 국가책임이 성립하면 협

약상 두가지 유형의 법적 의무가 발생한다.

첫째, 국제의무 위반국은 협약 제 30조에 따라 당해 행위를 중단하고 반복하지 않을 의무(cessation and non-repetition), 완전한 원상복구(full reparation)를 하여야 할 의무가 발생한다. 이러한 새로운 의무는 협약 제 33(1)에 따라 상대방 피해국외에 다른 국가들과 국제사회공동체 전체에 대하여 발생하기도 한다. 나아가 보장조항(savings clause)에 따라 비정부 행위자(non-state actors), 즉 개인이나 국제기구에도 이러한 의무가 부과된다.

한편 협약은 피해국에 대하여 국가책임을 추궁할 수 있는 권리를 인정하고 있는데, 제한적이지만 협약 제 49조에서 53조까지 대응조치(countermeasure)를 할 수 있는 권리가 그것이다. 그런데 대응조치에 관한 협약 조항들은 대부분 국가중심적인 것이고, 피해자가 개인이나 국제기구인 경우에 국가책임을 추궁할 수 있는 방법에 대하여는 침묵하고 있다. 이 점에서 협약은 여전히 보수적이다.

그러나 중요한 성과라 할 수 있는 협약 제 48조는 바르셀로나 트랙션(Barcelona Traction)사건에서 밝혀진 ICJ의 진보적 판결을 수용하여 국제법에도 국제공동체 전반을 향한 일정한 강행규범(erga omnes)이 존재한다는 것을 확인하고, 국가는 국제공동체 전반의 이익을 위하여 가해국에게 국가책임을 추궁할 수 있게 하고 있다.

마. 형사법상 법적 책임

형법상 범의(mens rea)라 함은 범죄행위로 나아가려는 행위자의 고의적 정신 상태를 의미한다. 우리 형법은 원칙적으로 고의범만을 처벌하고 과실범은 법이 특별히 범죄로 규정한 경우에만 처벌한다. 대부분의 국가에서 범의는 범죄성립의 한 요건으로 규정되어 있다. 범죄에 대한 형사책임 성립에 있어 보통법상 표준이 되는 것이 “범의가 존재하지 않는 한 행위는 비난받지 않는다(actus reus non facit reum nisi mens sit rea)”라는 라틴어 법언이다.

이러한 법격언의 예외이면서 범죄가 성립하는 경우는 엄격형사책임(strict criminal liability)과 전가된 고의(transferred intent)의 경우가 있다. 엄격형

사책임이란 무과실 형사책임이라고도 하는데, 범의가 없는 경우에도 구성요건에 해당하는 행위만으로 범죄가 성립하는 경우이다.

한편 轉嫁된 故意란 범의를 가지고 행위에 나아갔지만, 잘못된 계획 또는 그 밖의 이유로 원래 의도된 피해자가 아닌 의도하지 않은 자에게 해악이 가해진 경우에 발생하는 문제이다. 범인의 내면적 정신상태에 대한 형사법상 취급은 당해 국가나 주가 보통법상 형사법원칙을 따르는가 아니면 미 연방 차원의 모범형법전(MPC: Model Penal Code)을 따르는가에 따라 차이가 있다.

한편 보통법 국가 즉 판례법 국가의 계약법을 받아 들인 물품매매에 관한 유엔 협약의 경우 사법 영역에서 계약위반에 대한 책임을 추궁하는 경우 계약위반 사실외에 계약위반자의 주관적 내심상태는 책임의 성립요건이 아니다. 다만 손해배상외에 계약해제가 가능한가 하자있는 물건에 대한 대체품인도 청구가 가능한가 등 구제의 방법에 있어 중대한 계약위반(material breach of contract)인가 보통의 계약위반인가에 따라 차이가 있을 뿐이다.

한편 동 협약은 영미법상 契約의 重大한 違反 개념과 함께, 당사자의 선택에 따라 부가기간(additional period)을 허용할 수 있도록 하여 변형된 대륙법계 최고기간제도를 절충하고 있다. 그리고 판례법국가인 영미법계에서는 고의의 불법행위나 계약위반에 대하여 책임의 범위나 배상액이 다액이 되기도 한다.

미국의 경우 형법의 통일이 지난하고 주마다 다른 刑事法을 가지고 있어 미 법제연구원(American Law Institute)은 기존의 판례법과 구별하면서 대륙법계 성문법적 체계를 갖는 리스테이트먼트(Restatement)형식의 법을 제정한다. 미국은 판례법 국가이므로 리스테이트먼트는 법으로서 구속력을 갖지 않지만 핵심적 법원칙을 담고 있어 법을 인식하는데 있어 중요한 참고자료가 된다.

국제적 차원에서 보면 유엔사법통일기구가 성안한 계약법원칙(Principles)등이 리스테이트먼트 형식으로 존재하는 대표적 법이다. 리스테이트먼트나 앞서 본 모범형법전과 같은 모범법(Model Law)형식의 연성법은 연방시스템을 영위하는 미국의 법통일에 기여하고 있는데, 유엔을 중심으로 한 국제사회에서의 법통일 노력에도 인스피레이션이 되고 있다. 계약법원칙은 물론 유엔 모범중재법 등이 그 예이다.

요컨대 리스테이트 형식의 법은 법적 구속력이 없는 소위 연성법(soft law)이
디만 구속력 있는 법의 해석에 있어 중요한 기준이 될 뿐만 아니라, 각국 정부
나 미국 내 주정부들이 자신들의 법을 성안하는데 있어 입법모델로 기능한다.
모범형법전은 시장 영역에 관한 사법으로 상사문제를 다루고 있던 모범상법전
이 통일상법전(UCC)으로 발전한 것에 비하면 모자라지만, 1962년에 제정되어
수 많은 법학자들의 지지와 함께 1983년까지 34개 주들이 부분적으로 또는 상
당한 수준에서 모범형법전 조항들을 법으로 수용하고 있다.

연방정부는 수십년에 걸쳐 모범형법전을 연방형법전으로 채택하려 하였으나 아
직 채택하지 못하고 있다. 모범형법전의 하이라이트는 다른 유형의 책임사유에
대한 이전의 논의들을 정리하였다는 점이라 할 수 있는데, 연방대법원은 모범
형법전에 제시된 형사책임을 발생시키는 4가지 유형의 범의를 인정하고 있다.

“과실(negligently)”이란 합리적 인간이라면 보통인의 정상적인 주의의무에서
크게 벗어난 자신의 행위가 초래할 결과에 대하여 상당하고 부정의한 위험을
알 수 있었음에도 법적인 의무에 위반하여 범죄로 나아갈 때 성립한다. “중대
한 부주의(recklessly)”는 우리의 인식있는 과실 또는 미필적 고의와 유사한 개
념인데, 보통인의 정상적인 주의의무에서 크게 벗어난 자신의 행위에서 발생할
수 있는 상당하고 부정의한 위험을 의식적으로 무시하고 행위에 나아간 경우에
성립한다. 세월호 사건에서 이준석 선장의 정신상태에 해당한다고 할 수 있다.

이번 신현영 닥터카 사건은 결과 발생에 대한 예견가능성 문제도 있지만, 우선
그녀의 행위가 보통인의 행위기준에 크게 벗어난 것(gross deviation)으로 인
정할 수 있을지 의문이다. 한편 김의겸 의원의 행위 역시 가짜뉴스에 대한 국
민적 실망이 지대한 현실이지만, 국회에서의 대정부 질문과정에서 발생한 사안
으로서 역시 보통인의 행위기준에서 크게 벗어난 것으로 볼 수 있을지 다툼의
소지가 있다.

“고의(knowingly)”란 행위자가 자신의 행위의 성격이 무엇인지를 알고 자신의
행위가 가져올 상당한 결과를 인식하고 있는 정신상태를 의미한다. 아래의 “의
도”와 다른 점은 자신의 행위와 그에 상당한 결과의 발생을 예견하였지만, 구
체적 결과의 발생을 희구(desires)하는 정신상태는 아니라는 점이다.

“의도(purposefully)”는 행위자가 의식적으로 행위로 나아가 특정한 결과를 희구한 경우에 성립한다. 연방대법원은 고의와 의도를 특별히 자세하게 구별하고 있지 않다. 모범형법전의 4가지 유형의 범의는 계층을 이루는데, 과실은 가장 경미한 범의이고, 의도는 가장 비난가능성이 큰 범죄인의 정신상태이다.

모범형법전은 제정법에서 절대적 책임을 규정한 경우에는 범죄인의 범의(犯意)와 무관하게 형사책임을 인정할 수 있다고 규정하고 있다. 즉 엄격형사책임(strict criminal liability)개념을 인정하고 있는데, 경미한 법규위반(civil infraction)과 같이 행위자가 행위에 나아가는 것만으로 그자의 정신상태와 상관없이 형사책임을 지는 경우가 있다.

바. 민사법상 법적 책임

우리 민법이 동물의 점유자나 공작물 등 점유자의 불법행위책임에 대하여 민법 제 758조, 제 759조에서 특별한 조항을 두고 있는 것과 같이 일부 보통법 국가에서 동물로 인하여 사람이 피해를 입은 경우 특별한 불법행위청구권을 인정하고 있다.

고의소송(Scienter action)이라 불리우는 특별한 불법행위청구권은 오랜 기간 영국의 보통법에 의하여 유지된 제도이지만, 1971년 동물법(Animal Act in 1971)에 의하여 폐지되었다. 일반 불법행위 청구권에 대하여 특별한 불법행위 청구권이 갖는 의의는 제정법에 의하여 동물의 불법행위에 의한 판례법이 폐지되지 않는 한, 로마법 이래 발전되어온 傳統的 訴權理論에 따라 고의소송 성립요건을 청구권의 권원으로 하여 청구원인과 청구취지를 작성하여야 한다.

고의소송은 (i) 당해 동물이 특정한 상황에서 특정한 성향을 보인다는 것이 알려져 있고, (ii) 그러한 성향의 발현으로 사람이 사망하거나 상해를 입은 경우에 가능하다. 고의소송을 인정하지 않는 뉴싸우쓰 웨일즈, 호주 수도지역, 남호주, 뉴질랜드의 경우에는 동물 점유자의 소송이 특별히 판례법상 인정되지 않으므로 소란행위(nuisance) 또는 일반적 과실에 기한 불법행위(torts of negligence)소송으로 권리를 구제받아야 한다.

청구권 주장이 인용되기 위하여는 당해 동물을 점유하고 있는 자를 상대로 소

송을 제기하여야 하고, 이때 보통의 민사배상청구와 달리 사람이 사망 또는 상해를 입었다는 사실, 동물에게 문제된 특성이 있다는 사실, 동물의 점유자가 그러한 사실을 알고 있었다는 사실만을 증명하면 된다.

다시 말하면 일반적 과실에 의한 불법행위 청구와 달리 의도적 고의(wilful intent) 또는 과실 (negligence)같은 주관적 귀책사유(fault)를 주장 · 입증할 필요가 없다. 이러한 판례법국가들은 무해한 동물(harmless animal)과 야생동물(wild animal)을 구별하여 취급하는데, 야생동물에 한하여 이러한 고의소송이 인정된다. 이때에 당해 동물이 야생인가 무해한 것인가 판별하는 기준은 당해 동물 자체의 種別에 따라 정하여야 하고, 문제된 동물이 순하게 사육되었는가 하는 점은 기준이 아니다. 따라서 야생 호랑이를 훈련시켜 그 위험성을 순화시켰다 하더라도 당연히 고의소송을 제기할 수 있다.

사. 맺으면서

3가지 법 영역에서 요구하는 행위자의 고의나 과실 등 주관적 내심상태를 말하다 보니 법학이 사용하는 전문용어를 처음 접하던 80년대 초반으로 돌아간 느낌이다. 민법에서 사용하는 용어로 악의와 선의라는 말이 있다. 惡意란 악한 마음을 의미한 것이 아니라 앞서 본 knowingly 처럼 어떠한 사실을 안다는 것이다. 마찬가지로 善意란 착한 마음을 의미하는 것이 아니라 어떠한 사실을 알지 못하는 주관적 내심상태를 의미한다.

사법이든 공법이든 서양사람이 만든 현재의 법체계에서 무엇을 안다는 것은 책임이 커진다는 것을 의미한다. 반면에 무엇을 모르는 자는 법상 유리한 대우를 받는다. 그래서 그런지 몰라도 우리는 문제만 생기면 ‘모른다 내 책임이 아니다’ 항변한다. 그러나 시민들은 비리의 인물들이 발뺌을 하기에 앞서 자신의 행위를 진지하게 돌아 보기를 바라는 것 같다.

애국지사이자 한민족의 정신적 지도자였던 도산 안창호 선생은 ‘항상 자신의 내면을 돌아보고 수양하여야 한다’라고 하면서 신탁이라는 말씀을 남기셨다. 그러나 인터넷 시대를 사는 요즘 우리들은 세상에 치여 자신을 돌아 볼 기회를 갖기 어려운 것인지도 모른다. 이제는 證據法 등이 발전하여 궁예의 관심법 같은 전단사법의 시대는 역사 속 이야기에 불과하게 되었다. 인간의 내면상태

를 들여다 볼 수 있다는 사극 속 폭군 궁예의 觀心法과 도산 안창호 선생의
신탁 가르침이 묘하게 대비되어 다가온다.

21. 박 에스더와 클로딘 게이

가. 들어가며

보수 우파 정부가 집권하고 불법 파업과 노동조합에 대한 정부의 감독이 강화되고 있다. 정부는 화물노조의 파업에 단호히 대처한다는 입장을 밝힌 바 있다. 정부는 불법에 타협하지 않고 법과 원칙에 따라 단호하게 대처해나갈 것이라고 밝히면서 화물연대의 집단 운송거부가 13일째 이어지고 민주노총의 총파업까지 가세하면서, 민생과 산업현장의 어려움이 가중되고 있고 경고하였다.

정부는 대내외 경제 여건이 엄중한 시기에 국민의 삶과 국가 경제를 볼모로 행해지는 집단 운송거부는 결코 국민의 동의와 지지를 얻을 수 없다고 하면서 이를 빌미로 행해지는 폭력과 불법행위는 어떠한 경우에도 용납될 수 없다고 강경 입장을 고수하기도 하였다. 한편 정부는 주요 노동조합에 내년 1월까지 사무실에 최근 3년치 회계 장부와 서류를 비치하라고 요구하고, 이를 이행하지 않은 노조에는 과태료를 물리기로 했으며, 일정 규모 이상 노조의 회계 감사 결과가 공표되도록 관련 법 개정도 추진하기로 했다.

또한 정부는 노조 재정 투명성 제고 방안을 발표하면서 노조 재정이 투명하게 관리되고 공개되는지에 대한 국민의 불신을 불식시킬 필요가 있다고 강조하였다. 한국 정치에서 좌우의 대립이 점차로 유럽과 같은 정책 이념대결로 발전하고 있다. 세계사에서 정치이념의 사적 발전이 보수주의에서 자유주의로, 자유주의에서 사회주의로 발전되어 왔다면, 이에 상응하여 헌법사적으로 자유권적 기본권과 사회권적 기본권이 발전해 왔다.

또한 미국에서의 진보 좌파의 해방운동은 여성주의(Feminism)로 미투운동으로 발전하고, 법앞의 성 평등을 성문화하기 위하여 1923년 제안된 수정헌법 초안이 2020년 들어 다시 비준되는 등 부활의 움직임을 보이고 있다. 우리는 아래 미국의 사례를 돌아보면서 이미 오래전에 헌법에 사회적 기본권을 규정하고, 남녀평등을 성문화한 대한민국 헌법의 현대적 성격을 느낄 수 있다.

나. 자유권적 기본권과 사회적 · 경제적 기본권

자유권적 기본권과 사회적 또는 경제적 기본권의 차이는 어디에 있을까? 일반적으로 자유권적 기본권은 소극적 권리(negative rights)로서 국가에 의한 침해로부터 보호받을 수 있게 하는 권리이고, 사회적 경제적 기본권은 적극적 기본권(positive right)으로서 국가에 특정한 급부를 하도록 하는 권리로 알려져 있다. 그러나 벤담이 말하였듯이 “재산권과 법은 같이 탄생하고, 같이 소멸한다. 법이 존재하지 않는 한 소유권도 존재하지 않는다. 법을 파괴하면, 모든 소유권은 소멸한다”라는 말처럼 자유권도 국가와 법이 적극적으로 이를 보호할 때에 가능하다.

따라서 자유권적 기본권이 국가의 보호 없이 존재할 수 있다고 주장하는 것은 논리적으로 모순이다. 그러한 차원에서 자유권적 기본권과 사회적 · 경제적 기본권은 공히 국가의 보호가 필요하고 제도의 산물이라 할 수 있고 동일한 차원에서 이해할 수 있다. 따라서 고전적 자유주의 시장경제론자들이 자유에 더하여 사회적 · 경제적 기본권을 시사하는 정의와 공정을 말한 것은 놀랄 일이 아니다.

미 헌법을 기초하는데 가장 중요한 역할을 한 제임스 매디슨(James Madison)은 “당파에서 연유하는 해악과 싸우기 위하여” (i) 모든 자에게 정치적 평등을 보장하고 (ii) 소수의 자가 절제되지 않고, 정당하지 않은 방법으로 부를 축적하고 부의 불평등을 가속화하는 기회를 갖지 않도록 제어하고 (iii) 선한 법을 제정 · 시행하여, 헌법이 보장하는 재산권을 침해함이 없이 소수의 거대 부자들로부터 안정적 중산층을 보호하고 (iv) 극빈층을 구제하여 안정적 생활이 가능케 하여야 한다고 주장하였다.

또한 법의 정신(Spirits of Law)을 저술한 몽테스키외는 “거리에 나체로 있는 거지에게 구호품을 주는 것만으로 국가가 의무를 다하는 것이 아니다. 국가는 모든 시민에게 일정한 필수품, 필요한 영양분 공급, 편한 복장을 공급하고, 보건과 위생 수준을 유지할 수 있도록 부조할 의무가 있다”라고 하기도 하였다.

한편 존 로크(John Locke)역시 “정의(Justice)가 그의 사업과 생산품에 대한 소유권을 보장하듯이, 자선(Charity)은 모든 이에게 다른 이의 풍성함으로부터 소유권을 부여한다”라고 말하였다. 미 건국의 아버지 중 한 사람인 토마스 제퍼슨(Thomas Jefferson)도 “빈부격차를 위하여 의회는 부지런히 법을 제정하

여야 하고, 비례제 도입을 통하여 부자와 가난한 자의 격차를 줄여야 한다”고 하였다.

다. 헌법과 사회적 · 경제적 기본권

왜 미 연방헌법은 사회적 · 경제적 기본권에 관하여 규정하고 있지 않는가? 미국의 저명한 헌법학자인 선스타인(C. Sunstein)은 그의 논문에서 다음의 4가지 이유를 제시하고 있다. 헌법사적인 이유(Chronological account)가 그 첫 번째이다. 미 연방헌법이 제정될 18세기 말엽에는 그러한 적극적 기본권 관념이 존재하지 않은 것이 그 첫 번째 이유라는 것이다.

그러나 그가 지적하듯이 헌법사적 이유는 즉각 반론에 부딪히는데, 헌법의 의미는 시대의 변화에 따라 변천하며, 시대의 흐름에 따라 수 많은 헌법개정이 있어 왔음에도 사회적 · 경제적 기본권을 인정하지 않은 이유를 설명하기 어렵다. 제도론적 설명(Institutional explanation)은 국제 헌법론자(International constitutionalism)들이 국제 문서나 입법창설적 조약에서 조약 문항의 규범력 또는 구속력의 문제를 경시하면서 자신들의 이상이나 지향점을 문서화하려는 사실에 주목한다.

대부분의 헌법학자들이나 법률실무가들이 취하는 국가헌법주의(National constitutionalism)이러한 태도를 취하고 있지 않다. 헌법의 기초자들이나 헌법해석자들은 헌법조항의 司法的 執行可能性을 심각히 고려하여 헌법을 기초하고 해석하는 것이다. 제도론적 설명의 문제점은 사회적 · 경제적 기본권도 현실적으로 사법적으로 집행될 수 있다는 점이다. 즉 사법적으로 집행하기 어렵긴 하지만, 그것이 불가능한 것은 아닌 것이다.

사회적 · 경제적 기본권의 성격은 사회주의나 사회민주주의로 이행하려는 관련 국가들의 국가권력 작용에 깊게 의존한다. 이러한 현상은 부인하기 어려운 진실이다. 그러나 시장경제체제국가에서 경제적 · 사회적 기본권을 치열하게 추구하는 것은 거의 불가능에 가깝다. 따라서 미국 헌법은 사회적 · 경제적 기본권을 규정할 수 있는 정치적 계기가 없었다는 정치문화적 설명(Cultural explanation)이 가능하다.

나아가 사회주의 경험이 없었던 역사적 사실을 미국인의 특권의식(American exceptionalism)에 연결시키기도 한다. 지난 정권 트럼프 대통령이나 그의 참모들의 성향이 그러하다. 문화적 설명은 상당히 설득력을 가지는데, 먼저 미 헌법의 기초자들은 사회주의자들이 아니었다. 다만 7인의 건국의 아버지중 헌법의 아버지라 불리우고, 가장 중요한 헌법기초자였던 매디슨은 "법은 국가의 안녕(state of comfort)을 위하여 극단적인 가난의 구제에 소홀히 하지 말아야 한다"고 하였다.

한편 1930년대 루즈벨트 대통령을 비롯한 뉴딜 정책 지지자들 역시 사회주의자라고 보기 어렵다. 그러나 루즈벨트 대통령은 2차원의 권리장전(Second bill of rights)를 통하여 국제문서나 각국의 현대헌법이 채택하고 있는 광범위한 사회적·경제적 기본권을 구현하려 하였다. 또한 미국의 가치를 신봉하며 자유시장에 열광하고 미국인의 특권의식을 지지하는 미국 보수 우파들도 모든 자에게 社會的 安全網(social safety net)을 보장하여야 한다는데 의견을 같이 한다.

따라서 미 연방헌법에 사회적·경제적 기본권을 규정하지 않은 것을 정치문화적 관점에서 설명하거나, 미국사에 사회주의나 혁명 같은 정치적 변혁이 없었던 미국인의 특권의식때문이라는 설명도 불완전하다. 재미있는 것은 연방헌법 아닌 주 헌법에서는 상당수 헌법이 우리 헌법과 같이 사회적·경제적 기본권을 명문으로 보장하고 있다는 것이다. 연방 차원에서는 보장할 수 없어도 각 주는 자신들의 처지에 따라 이를 헌법에서 보장할 수도 있고, 보장하지 않을 수도 있다.

언젠가 낙태에의 권리가 헌법상 보장되는 기본권이 아님에도 주 정부별로 낙태죄를 처벌하는 경우가 있는 것과 같은 것이다. 요컨대 연방헌법에 사회적·경제적 기본권이 규정되지 않는 것을 정치이념이나 문화만으로 설명하는 것은 현실과 부합하지 않는 면이 있다. 현실주의적 관점(Realist explanation)은 1960년대와 1970년대 미 대법원이 연방헌법의 해석을 통하여 사회적·경제적 기본권의 헌법상 근거를 부여하려고 매우 적극적이었던 사실에 초점을 맞추고 있다. 현실주의적 관점은 20세기 들어 법원이 실제로 행한 사실들과 부합한다.

왜 법원은 20세기 새로이 필요한 기본권을 헌법상 권리로 인정하는데 주저했

을까? 여러 이유가 있겠지만, 현실주의적 설명은 1968년 대통령 선거와 선거에서 당선된 리처드 닉슨 대통령의 워렌 버거, 블랙문, 파월, 렌퀴스트 등 4명의 대법관 임명에서 연유한다고 보는 것이 타당하다고 한다. 4명의 대법관의 임명은 진정 미국인의 特權意識의 발현이었다.

라. 선스타인과 현실주의

앞의 세가지 버전은 상대적으로 추상적이고 모호하다. 보다 구체적으로 헌법의 의미를 강조하는 버전은 현실주의 관점이라 할 수 있다. 선스타인 교수가 현실주의 관점이란 표현을 쓰는 것은 헌법을 포함하여 법의 사법적 해석은 법관의 정치적 성향에 깊이 연관되어 있다는 1930년대 현실주의 법학 운동과 연관되어 있기 때문이다. 현실주의자들은 “미국 헌법상 쉽게 사회적·경제적 기본권이 인정될 수 있음에도, 1968년 공화당 후보로 닉슨이 지명되고, 대통령이 되어 4명의 대법관을 임명함으로써 그것이 불가능하게 되었다”라고 주장한다.

이러한 설명은 미국 헌법상 사회적·경제적 기본권의 문제를 바라봄에 있어 매우 실증적이고 완벽하다. 그것은 이미 대법원은 - 부분적이고 파편적이지만 - 헌법 해석을 통하여 이러한 기본권들을 인정하고 있었는데, 닉슨 대통령 시대 대법관들에 의하여 그러한 대법원의 성향이 더 이상 계속되지 못하였기 때문이다. 관련 선례를 보면, *Douglas v. California*에서 법원은 빈자 그룹의 소송당사자들에게 형사 1심 판결에 대한 상소시 辯護人 助力權을 보장하여야 한다고 하였다.

또한 *Harper v. Virginia Board of Elections*에서 법원은 투표세 (poll tax) 제도에 대하여 위헌 결정하였는데, “선거비용이 과도한 경우에도 주 정부는 유권자가 아무런 비용 부담없이 자유롭게 선거장에서 투표할 수 있는 권리를 보장하여야 한다”라고 판시한 바 있다. 이러한 결정들은 이미 법원이 헌법해석에 있어 사회적·경제적 기본권을 강조하고 인정하고 있다는 것을 보여준다. 즉 정부는 “특정 상황에서 빈자 그룹에 대하여 경제적 보조를 제공할 의무가 있다”라는 것이다.

따라서 미 헌법상 사회적·경제적 기본권을 창설할 수 없다는 주장은 헌법 문면만에 근거한 피상적이고 단순한 주장이라 할 수 있다. 나아가 법원은

Shapiro v. Thomson에서 코네티컷트, 콜롬비아 특별구 및 펜실베니아 주는 새로이 주에 이주한 시민에게 사회보장급여를 수령하기 조건으로 1년의 대기기간(waiting period)을 요구하는 것은 헌법에 위반된다고 판단하였다.

동 사건에서 법원은 여행의 자유(right to travel)를 규정한 헌법 조항을 근거로 하면서도, 법이 자신들에게 보장된 생존권적 기본권, 즉 연명을 위한 음식, 주거, 기타 필수품들을 구입하기 위한 복지급여에의 권리를 부인하였다고 주장하는 당사자들의 특수한 상황에 대하여 논급한 것이다. 또한 여러 사례에서 사회복지 급여에의 권리는 적법절차(due process of law)상 재산권적 성격의 권리로 인정되어 청문절차 없이 그러한 권리를 박탈할 수 없도록 절차적으로 보장하고 있다.

몽테스키외와 벤담 등 고전적 자유주의자들이 주장하듯이, 연방 대법원은 說示하기를, “공적 부조는 가난한 자들에게 공동체에 참여할 수 있는 기회를 보장하고, 단순한 자선을 넘어 보편적 복지와 번영, 자유의 은혜를 진작하는데 기여한다”라고 한다. 1970년까지만 해도 사회적·경제적 기본권에 관한 법원의 종국적 태도는 확실하지 않았지만, 점진적으로 진보적인 태도를 보여 온 것은 사실이다.

그러던 것이 리처드 닉슨에 의한 4인의 대법관의 임명으로 여러 결정적인 선례를 통하여 이전 대법원 선례를 무력화하고, 종국적으로 사회적·경제적 기본권은 제한된 특정 상황에서 인정될 수 있는 몇몇 예외를 제외하고, 헌법상 지위를 가질 수 없게 되었다. 즉 1970년에서 1973년에 걸쳐 연방대법원은 헌법 해석을 통하여 사회적·경제적 기본권이 성장할 수 있는 기회를 잘라 버린 것이다. 판례법 국가인 미국에서 사회적·경제적 기본권의 헌법상 지위를 논함에 있어 대법원의 극우 보수로의 회귀는 결정적이다.

몇가지 예를 들면, Dandridge v. Williams에서 법원은 사회보장급여의 상한을 정한 주법을 위한 결정하였고, Lindsey v. Normet에서는 약식퇴거명령 절차를 규정하고 있는 주법에 대하여 헌법에 위반된다고 판결하였다. 법원은 “인간다운 주거에의 권리, 자신의 집을 평화롭게 소유할 수 있는 권리는 헌법상 보장되는 중대한 이익이므로 이를 부인하기 위하여는 그러한 이익을 상쇄할만한 정부 이익이 존재한다는 것에 대한 강력한 입증이 있어야 한다”는 당사자의 주

장을 배척하였다.

법원은 “헌법은 모든 사회적 · 경제적 불평등에 대하여 사법적 구제를 보장하고 있지 않으며, 헌법 문언상 특정 수준의 주거에 대한 시민의 권리를 보장하고 있는 憲法 文言을 찾을 수 없다”고 설시한 것이다. San Antonio Independent School District v. Rodriguez의 주심판사 파월은 공립학교의 지방금융 제도가 주 정부에 영구히 과도한 비용을 초래하고 주 내 커다란 불평등을 가져온다는 주장을 배척하고 지방 금융제도를 헌법에 합치한다고 보았다.

파월(Lewis Powell)대법관의 긴 판결 이유에 따르면 판결은 이전 선례의 적용 범위를 축소하고, 헌법이 보장하고 있는 이익을 절대적으로 박탈하고 있는데, Rodriguez 선례는 연방헌법에서 사회적 · 경제적 기본권에 죽음의 조종(death knell)을 올린 선례로 평가되고 있다.

마. 너스바움과 여성주의

얼마전 신문에 페미니스트 철학자 마사 너스바움(M. Nussbaum)교수가 ‘교만의 요새’라는 책을 출간하면서 일간지와 한 인터뷰 내용이 실렸다. 그녀는 성폭력은 개인 아닌 사회적 문제이며, 요새를 무너뜨리려면 여성들이 나서야 한다고 하면서, “미투 운동은 시작도 끝도 없습니다. 여전히 권력을 가진 남성들이 법보다 위에 있기 때문이에요”라고 증언한다.

마사 너스바움 미 시카고대 법윤리학 석좌교수는 2017년 미국 영화제작자 하비 와인스틴에 대한 폭로를 시작으로 미투 운동이 세계적인 폭풍을 몰고 왔을 때 가장 주목받았던 학자이다. 그녀의 책 ‘혐오와 수치심’, ‘혐오에서 인류어로’는 국내외에서 엄청난 반향을 일으켰으며, 젠더 위계에 따른 차별과 혐오를 적확하게 들여다보고 성 평등을 위한 사법 체계 개선 방향을 제시해 ‘미투 운동의 바이블’이라는 평가를 받았다.

그녀는 인터뷰에서 “특히 도널드 트럼프 정부 때 연방대법관으로 지명된 브렛 캐버노는 이 책을 써야겠다고 결심하게 만들었어요. 2018년 8월 국회 청문회에서 고교 시절 여성 3명을 집단 성폭행한 의혹이 폭로됐는데도 51 대 49의 표결로 상원 인준을 받았습시다”라고 말하기도 하였다.

또한 "마치 부서지지 않는 요새의 비호를 받는 것처럼"이라고 표현하면서 "미국에서 성범죄에 올바른 판결을 내려야 할 사법부가 가장 끈질기고 강력한 남성 중심의 요새로 무장돼 있다"고 비판의 톤을 높였다.

나아가 너스바움 교수는 2017년 미 제9연방고등법원의 앨릭스 코진스키 판사가 법원 여직원 6명을 성추행하였음에도 관련 규정이 없다는 이유로 처벌받지 아니한 예를 들면서, "미국에서 성범죄에 올바른 판결을 내려야 할 사법부가 가장 끈질기고 강력한 남성 중심의 요새로 무장돼 있으며...미 사법부 중심인 대법원엔 지금도 내부적으로 성희롱을 처벌할 규정이 없다"고 지적하기도 했다.

이는 미국프로농구(NBA)에서 선수들의 가정폭력을 조사하고 징계하는 정책을 마련한 사례와 대비된다고 한다. 한편 너스바움은 "여성과 인간 개발: 능력을 통한 접근(Women and human development: The capabilities approach)"이라는 책에서 순수하게 국제적인 관점에서 살펴본 페미니즘을 제안한다. 그녀는 계획과 공공정책 입안에 관한 모든 철학에 윤리적 기초가 필요하다고 주장한다.

경제학자나 철학자들의 추상적 이론이나 주장을 넘어 열악한 여성들이 직면한 투쟁의 현실을 외면하지 않음으로써 정의를 구현하여야 한다고 주장한다. 너스바움은 "국제정치나 경제사상은 남녀간 차별에 관심을 가져라"하고 이를 정의(Justice)의 문제로 삼아야 한다고 역설한다.

그녀는 인디아의 열악한 여성이 처한 현실을 예로 들면서, 철학을 통하여 '존중되어야 할 헌법원칙이 지탱될 수 있고 모든 국가에서 집행될 수 있는가'를 보여준다. 그리고 그러한 철학이 헌법에 의하여 구체적으로 실현되고 집행되는 것을 통하여 문명국가와 야만국가를 가르는 기준으로 삼을 수 있다고 보았다. 또한 그녀는 국제 페미니즘 운동의 필요성을 역설하면서, 여러 예를 통하여 어떻게 정의에 관한 철학적 담론들이 공공정책 영역에서 실무와 연관되는지를 보여준다.

너스바움은 1947년생으로 뉴욕시에서 필라델피아 변호사인 아버지와 실내장식가인 어머니 사에서 태어났다. 대학에서 철학을 전공하여 박사학위를 취득하였

다. 학제간 연구가 활발한 미국에서, 희소하기는 하지만 Ph.D학위자들이 법과 대학에서 가르치기도 하는데, 너스바움이 그 한 예이다. 학술적으로 보다 법적인 특질이 강하고 JD과장에서 공부한 전단의 선스타인 교수와 대비되는데, 두 학자는 모두 최다인용 법학 교수 중 한사람들이다.

그녀는 스스로 “자신은 부와 출세를 지향하는 동부 상류층 청교도 집안(WASP)에서 어린 시절을 보냈고, 귀족같은 어린 시절에 대한 거부감으로 인하여 그것이 블룸스베리 그룹(Bloomsbury group)이건 데리다(Derrida)이건 특정 그룹이나 엘리트 부류를 좋아하지 않았다”고 한다.

WASP란 ‘인종을 신봉하는 종교그룹(ethnoreligious group)’으로 백인의 상류층을 이루는 청교도 엘리트들을 지칭한다. 미국 청교도 엘리트들은 미 역사에 있어 사회, 문화, 정치에서 중요한 비중을 차지하고 있는데, 1940년대 이후 그 영향력이 감소하는 추세이지만, 여전히 미국을 지배하는 주류사회를 형성하고 있다. 1950년대 이후 미국의 신 좌파는 WASP 같은 특권층의 행태를 비난하고, 보수 기독교세력의 하나로 비난하고 있다.

너스바움은 감정(emotions)에 대하여 철학적으로 깊이 있게 탐구하였는데, 그녀는 신 스토아(new stoa)학파의 感情論을 지지하면서 감정이란 개개인의 통제 범위 밖에 있으며, ‘개인이 내적으로 충만한가’는 주위의 사물과 사람들로부터 연유한다고 하였다. 이를 바탕으로 그녀는 슬픔, 연대감, 사랑, 거부감, 수치감 등을 분석하였다. 그녀는 시카고 대학 로스쿨 법조윤리 교수의 자격으로 법원에서 전문가 증언(expert testimony)을 하기도 하였다.

콜로라도 법원 Romer v. Evans 사건에서 게이나 레즈비언 등 동성애자들은 지역 비차별법 통과를 소구하였다. 동 사건에서 그녀는 “주 정부는 그러한 권리를 인정하지 않을 중요한 국가이익이 있다”고 증언하였는데, 이러한 그녀의 증언은 이후 위증(perjurious)이라는 비난에 직면하기도 한다.

바. 성평등에 관한 수정헌법 초안

성평등에 관한 수정헌법 초안(Equal Protection Rights Amendment: ERA)은 모든 미국 시민에게 성(性)에 상관없이 평등한 법적 권리를 보장하기 위하여

제안된 것이다. 동 초안은 “법 앞의 평등은 성을 이유로 미 합중국이나 주정부에 의하여 부인되거나 침해되어서는 안된다”라고 선언하고 있다. 수정헌법 초안의 지지자들은 동 초안으로 이혼, 재산권, 고용 및 기타 영역에서 남녀간 차별이 불식될 수 있다고 주장한다. ERA 최초 버전은 앨리스 폴(Alice Paul)과 크리스털 이스트맨(Crystal Eastman)에 의하여 성안되었고, 1923년 12월 의회 비준절차에 부쳐졌다.

동 수정헌법 초안 초창기에는 중산층 여성들에 대한 사회적 의식이 호의적이었던데 반해, 노동자 여성들은 사회적으로 홀대 받는 지위에 있었다. 따라서 근로 여성들에 대한 근로조건과 근로시간 등의 개선과 법적 보호가 필요하였다. 1960년대 미국에서 여성운동이 흥기하자, ERA는 점차 시민의 지지를 얻게 되고, 1971년 12월 12일 마사 그리피스(M. Griffiths)하원 의원에 의하여 수정헌법 초안이 다시 제안된다.

동 수정헌법 초안은 1971년 10월 12일 하원을 통과하고, 1972년 3월 22일 상원에서 의결되어 연방헌법 제 5조 헌법개정절차에 따라 주 의회의 비준절차에 넘겨진다. 미 의회는 수정헌법 초안의 비준 종료일을 1979년 3월 22일로 하였고, 1977년까지 필요정족수인 38개주 인준에 3이 모자라는 35개주 정부가 수정헌법 초안을 비준하였다.

동 수정헌법 초안은 쉽게 비준되리라 예상되었는데, 필리스 쉬라플라이(P. Schlafly)가 보수층 여성 반대 세력을 규합하자 상황이 달라졌다. 보수층 여성들이 “동 수정헌법 초안은 대다수 여성인 가정주부에게 불리하며, 여성 징집의 근거가 될 수 있고, 위자료나 자녀 양육권 재판 등에서 여성에게 불리하거나 기존의 법적 보호가 박탈될 수 있다”라는 주장을 한 것이다.

또한 노동운동에 몸담은 여성주의자(labor feminist)들도 동 수정헌법 초안이 노동법상 보호되는 여성 노동자의 권리를 축소시킬 수 있다고 반대하는 견해가 없지 않았다. 물론 시간이 감에 따라 동 수정헌법 초안에 찬성하는 여성주의자들과 노동조합의 수가 증가 추세에 있긴 하다.

그러한 와중에 이미 서명한 5개 주(Idaho, Kentucky, Nebraska, Tennessee, South Dakota)가 자신들의 비준을 취소하였다. 앞의 4개 주는 비준 종료일인

1979년 3월 22일 이전에 비준을 취소하였고, 남 다코다주는 종료일 기준으로 비준을 취소한다고 의결하였다. ‘주 정부가 연방헌법의 개정에 관하여 기왕에 한 비준을 취소할 수 있는가’에 관하여는 법리상 다툼이 있다.

한편 1978년 의회와 카터 행정부는 1982년 6월 30일까지 비준절차의 종료일을 연장하였고, “비준 종료일의 연장이 법적으로 유효한가”에 관하여도 학설이 대립되고 있다. 2010년 4번째 여성주의 운동(Fourth-wave of feminism)과 Me Too운동의 여파로 ERA의 채택에 대한 새로운 관심이 증폭되고 있다. 2017년 네바다는 비준 종료일 이후 최초로 동 수정헌법 초안에 비준한 주가 되었고, 일리노이 주도 다음해 네바다 주를 따라 비준절차를 마쳤다.

2000년에는 버지니아 주 의회가 ERA에 비준하였는데, 이로써 헌법개정에 필요한 38개 주가 비준을 마친 것으로 주장하는 자들도 있다. 그러나 전문가들은 버지니아 주의 비준이 비준 종료일 이후에 이루어졌고, 이미 5개 주가 비준을 철회한 상황에서 버지니아 주 비준으로 헌법개정의 효력이 발생한다고 보는데 회의적이다.

사. 인간의 본성에 관한 단상

三人行 必有我師라는 말처럼 우리는 가까운 주변에서 깨달음을 얻을 수 있고, 인간성을 복원할 수 있다. 진리라는 의미의 베리타스(veritas)는 시간을 지배한다는 태초신인 크로노스의 딸로 전해지는데, ‘베리타스 렉스 미아(veritas lux mea)’등 많은 대학의 모토로 진리라는 말이 사용되는 것만 보아도 대학은 진리의 전당이다. 이번 클로딘 게이(Claudine Gay)총장도 그렇지만, 하버드 대학 총장의 선임절차는 매우 복잡하고 신중하다. 총장 선임에 있어 대학 후보추천 위원회가 구성되고, 수 많은 후보들이 추천된다.

언젠가 오바마(Barrack Obama)대통령이 하버드 대학 총장 후보로 유력하다는 보스턴 글로브의 기사는 하버드 총장에 대한 미국인의 관심을 보여준다. 이번 하버드 대학 총장 이름이 게이(Gay)이어서 하버드 대학의 전통이 진보적으로 돌아 서는 것은 아닐까? 관심있는 촉새들의 입방아에 대학신문 크림슨은 “당신이 하버드 대학과 동료교수들에 관심을 가진다면, 대학의 문화, 우선순위, 성격이 매우 일반화되어 있다는 것을 알 수 있다. 총장이라는 지도자의 개성이나

스타일은 크게 중요한 것이 아니다”라고 전한다.

나아가 신문은 “총장들의 사명은 역사적으로 하버드 대학에 변화를 주어 대학을 발전시키는 것이었고, 그들이 하버드 대학의 180개 학위 과정에 영향을 미쳐 이를 발전시키는 것은 아니다”라고 평하였다. 하버드 대학의 보편적·일원적 성격에 관한 앞 부분이 민주주의 사회에서 대학이 갖추어야 할 본질을 말하였다면, 하버드 대학의 180개 학위 과정에 관한 후반부는 대학의 사명은 眞理의 追究에 있다는 것을 표현하고 있다. 사회과학, 자연과학, 공학, 생명과학 등 학문세계의 전문화로 인하여 다양한 학문분과가 존재하고 있는 현실이지만, 중세까지 사람은 ‘학문의 주체’이자 ‘학문의 대상’으로서 핵심적인 키워드였다.

특히 철학 영역에서 인간은 탐구의 대상이자 진리의 종착점이었다. 그러한 전통은 지금도 남아 대학 박사학위의 이름이 ‘사회학에 관한 철학박사’ ‘경제학에 관한 철학박사’ ‘정치학에 관한 철학박사’ ‘심리학에 관한 철학박사’ 등으로 불리운다. 너스바움의 경우와 같이 심지어 ‘철학에 관한 철학박사’ 등으로 불리우기도 한다. 아마도 인간은 철이 들어야 하는 모양이다. 세월이 감에 따라 학문 분과의 專門化와 관행의 변경으로 미국에서는 지식중심(knowledge module)의 박사학위 이름들이 생기기 시작한다.

이러한 박사학위는 코스 워크를 마치고 연구논문을 제출하여 심사를 통과함으로써 학위가 수여되는 연구박사(research-based), 즉 앞서 말한 전문분야별 철학박사가 아니고 수업 중심의 박사학위이다. 실용과학적 성격을 갖는 학문 분과에서 지식중심 박사학위를 수여한다. 법학분야의 법학박사(JD), 의학분야의 의학박사(MD), 교육학분야의 (Ed.D), 경영학 분야의 경영학박사(DBA), 치의학 분야의 치의학박사(D.D), 수의학 분야의 (D.Vet.) 등등이 그러하다. 큰 대학의 경우 학문 분야에 따라 철학박사 과정과 지식중심 박사과정을 같이 두고 있는 경우도 있다. 예컨대 교육학과와 경영학과가 그러하다. 즉 Ph.D in education 과 D.Edu나 Ph.D in business administration과 DBA같이 박사과정의 이분화되어 있다.

인간의 원형이 무엇인지에 관한 인간의 관심은 고대이래 철학의 융성을 가져왔으며, 중세 철학을 집대성한 스콜라 학파(Scholasticism)이름의 스콜라는 지금도 학자를 지칭하는 영어로 사용되고 있다. 이들 철학자들은 인간의 본성은

세가지로 구성된다고 보았다. 지식, 감정, 의지, 즉 지정의가 그것이다. 학문의 종국점은 전공분야별로 다르겠지만, 앞서 철학박사라는 이름이 시사하듯이 인간의 본성에 관한 이러한 깨달음은 모든 학문의 가치를 좌우하는 試金石으로 기능한다.

철이 들지 않는 한 정치학 지식이 많은 것만으로 정치학 박사가 될 수 없고, 경제학 지식이 많은 것만으로 경제학 박사가 될 수 없다. 그래서 인류는 원자탄 개발의 공과를 말하고, 인간복제에 비판적이지 않는가? 앞서 살펴본 선스타인 교수의 리얼리즘적 관점이나 너스바움 교수의 여성주의 및 미투 운동은 현 시대를 살고 있는 우리의 현주소이다.

우리가 지식 · 감정 · 의지의 본성을 갖는다 할 때에 일찍이 쾌락주의 철학을 완성한 에피쿠로스 학파는 에피쿠로스는 두잔의 와인과 함께 ‘피와 Q laws’로 들리기도 한다. ‘끓는 감정과 법이 존재하는가’의문을 제기하는 고대 철학의 느낌으로 다가온다. 토사를 통하여 정신을 차리는 애인지 스토아 학파(stoa or stoicism)는 성에 대한 훈련과 이성을 깨닫게 한다. 너스바움의 신스토아 철학은 비판이 있음에도 우리의 현실을 자각하게 한다.

인류사에 있어 인간의 본성에 대한 이해와 우리의 지성은 문명의 발전과 역사의 진전을 이끌어 오는 역할을 하였다. 묘하게도 이번 새로운 하버드대학 총장의 라스트 네임이 게이이다. 새로운 총장의 선임 배경으로 워싱턴 포스트, 뉴욕 타임즈 등 매체들은 “하버드 대학이 아시아계 미국인 입학 차별에 대한 연방대법원의 최종판결을 앞두고 이뤄졌다는 점을 짚으면서 허버드대가 첫 흑인 총장을 뽑아 인종차별 의혹을 불식하려 한다”고도 해석하고 있다. 하버드 대학의 180가지 전문화된 과학 분야는 한국 최초의 여의사와 KBS 리포터 이름인 박 에스더를 떠올리게 한다. 그것이 과학(Science)이라는 영어의 첫 자이기 때문이다.

한편 대법관의 성향을 정치학적으로 분석하여 사회적 경제적 기본권의 헌법상 지위에 관한 해안을 제공한 선스타인 교수의 이름도 에스(S)로 시작하고, 스토아(Stoa)철학자인 너스바움 교수의 학문적 계보도 스토아, 즉 에스(S)자이며, 미투 운동이나 성평등에 관한 ERA 역시 sexual equality로 에스(S)자로 우리에게 다가오니, 아무래도 우리는 박 에스더 이름처럼 진보를 향하여 S를 더하

고 더 노력하여야 할 것 같다.

그래서 동성애자를 연상시키는 새로운 하버드 대학 총장 클로우딘 게이 (Claudine Gay)라는 이름은 학문에 면려하는 수도원의 수도승 같은 수많은 우리 학생들을 연상시킨다. 너스바움 교수의 비난의 대상이 된 성적 추문 비리 관련 대법관, 미국인 특권의식(American exceptionalism)을 벗어나지 못하고 자신을 임명한 大統領의 政派에 매여 독립적 판단을 주저한 4인의 대법관은 어쩌면 경주 법주를 너무 과음하여 스토아 학파의 윤리를 저버린 것은 아닐까?

이문세의 "그녀의 웃음소리뿐"제목의 노래와 함께 로스쿨 복도에 위엄있는 모습으로 비치된 비리 대법관 영정의 일그러진 초상화가 대비되어 머리를 맴돈다.

아. 맏으면서

나이가 먹어 가면서 지적 능력이 줄어 드는 것과 함께 느낌이 적어지고, 무감각한 사람이 되기 쉽다. 단조롭고 무미건조한 일상에 지친 언젠가 딸 애의 한 마디가 마치 삼인행에 필유아사처럼 진리처럼 느껴졌다. 냉장고를 열면서 "어 여기 있던 케이크가 어디 갔지?" 하는 것 아닌가. 몇 시간전 냉장고에 누가 넣어왔나 하면서 케이크를 내서 먹었는데 뜨끔했다. 단조로운 일상에 무감각해지면서 가끔 허무함과 우울함을 느끼던 나에게 "내가 생명이었구나"하는 느낌이 오면서 다시 생활의 리듬을 찾았다.

20년 가깝게 지방대 교수 생활을 하다보니 교수직이 지루해지기도 하는데, 어느날 동료 교수들이 모여 지방대 교수 생활이 지루하고 피곤하다고 투덜거린다. 그 말을 듣고 있던 한 교수가 "광주에서 하루도 즐거웠던 날이 없었나" 돌발적 질문을 던진다. 그 질문 끝에 교수들은 지나 버린 행복한 순간들을 떠올리면서 숙연해지는 것 아닌가?

마치 88년 원주 공군부대 인근 "추억만들기"라는 카페 이름처럼 인생은 어쩌면 추억만들기인지 모른다. 옆 교수의 돌발적 질문에 교수들은 인생의 진리를 찾은 양 행복해졌다. 일주일의 주님의 콘셉트이다. 한 동료 교수가 "일주일 중 어느 날이 가장 좋으세요"한다. 바빠 사는 생활 속에 투덜대는 일상이지만 꿈

곰이 생활을 돌아 보니 CU날로 수업이 없는 수요일 같이 일주일 중 좋은 날이 있지 않는가?

생명의 존재감을 느낄 수 있었다. 이선희의 ‘알고싶어요’라는 노래 가사에 “때로는 일기장에 내 얘기도 쓰시나요” “하루 중에서 내 생각 얼마나 많이 하나요”라는 구절도 있지만, 하루는 어쩌면 우리의 인생이다. 일본의 나라이름은 날 또는 해라는 의미의 한자어 일(日)과 근본이라는 한자어 본(本)이 합성되어 있으니, 하루의 중요함이 절실한 것을 알 수 있다. “대영제국에는 해질 날이 없다”라는 말에도 역시 하루는 우리의 절실한 현실임을 느끼게 한다. 시간 나는대로 “하루 중 언제가 가장 좋은가요” 자문하면서 자기를 돌아 볼 필요가 있지 않을까?

이런 점에서 보면 양희은의 여성시대를 들으면서 둘러 앉아 커피를 마시고 수다를 떠는 주부들은 가장 행복한 삶을 살고 있는지 모르겠다. 아 가현이 말처럼 또 냉장고 속 맛있는 것들이 사라졌구나! 하루의 시간과 함께 추억만들기계의 유혹은 백미현 가수의 “눈이 내리면” 노래와 함께 폐북 포스팅으로 향한다.



22. 워싱턴(G. Washington)과 측천무후(則天武后)

가. 정치, 법, 법치주의 같은 것에 대하여

뉴스 홍수 시대를 사는 우리들은 가끔 놀라운 소식들을 접하면서도 으레 그러저니 하면서 넘어 간다. 그 중의 하나가 북한이나 중국 등 사회주의 국가에서 사소한 범죄임에도 극형을 받아 처형되었다는 뉴우스이다. 주지하듯이 사회주의 국가는 유물론적 경제사관에서 출발하여 프롤레타리아 독재를 지향하므로 법은 정치와 경제에 종속되고, 우리가 생각하는 진정한 의미의 法治主義는 존재하지 않는다.

반대로 절대 왕정을 타파하고 부르조와 혁명으로 탄생한 근대 자유민주주의 국가들은 사회계약론에 영향을 받아 헌법국가를 세우게 된다. 헌법은 새로운 주권자로 등장한 시민세력과 그로부터 통치권을 위임받아 행사하는 통치기관간의 약속이다. 이로써 통치기관은 헌법과 법률에 따라 자신에게 위임된 통치권을 행사하여야 한다.

절대 왕정 시대의 專斷的 봉건 군주나, 사회주의 노동당 같이 왕권신수설(Divinity of monarchy)맑스 레닌의 정치경제학에 따라 절대 권력을 행사할 수 없다. 즉 법치주의와 제한정부론(limited government)은 자유민주주의 체제를 지탱하는 핵심적 요소가 된다. 자본가 · 노동자의 이분법적 계급관, 억압으로부터의 해방 같은 보편주의나 이데올로기의 설명력이 현실적으로 힘을 잃는다면, 절대 왕정이나 사회주의 체제는 절대권력이라는 점에서 상통한다. 그래서 우리는 가끔 북한 사회주의 체제를 김씨 왕조라고 부르기도 한다.

시민사회가 주인이 되는 자유민주주의 체제가 법치주의와 제한정부론에 기반하고 있다면, 법은 공법과 사법으로 나누어진다. 사법은 시민사회 내 평등한 관계인 시민 사이에 적용되는 법 영역이고, 공법은 통치권을 행사하는 정부와 시민간의 불평등한 관계에 적용되는 법 영역이라 할 수 있다. 시민사회는 시장과 경제를 기반으로 하는데, 자본주의의 발달로 부익부 빈익빈(富益富 貧益貧)현상 등 많은 사회적 부정의가 발생한다. 우리는 이를 시장의 실패(market failure)라 한다.

市場의 失敗은 개혁입법으로 이어진다. 고전적 원칙에 따르면 공적 영역(Public sector)과 사적 영역(Private sector)을 준별하여 국가는 시장과 거리를 두어야 한다. 이러한 고전적 프레임 워크가 무너지고 이를 지탱하던 대법원은 20세기 초 뉴딜 시절의 코트 팩킹 플랜(Court packing plan)에서 보듯이 개혁의 대상이 된 것이다. 뉴딜 정책을 실현하기 위하여 1930년대 루즈벨트 대통령은 마치 고대 로마의 마르쿠스 아우렐리우스 황제가 말한 배분적 정의(Distributive justice)관념이 현대적으로 부활하였다는 듯이 경제법, 노동법, 사회보장법 등 중간법 또는 사회법 영역이라 할 수 있는 많은 개혁입법을 만든다.

존 롤즈(John Rawls)의 정의론 역시 자본주의 체제에 대한 새로운 관념을 전파한다. 평등하게 기회를 부여 받고 똑 같은 출발선상에서 출발하였다는 기본적인 가정이 더 이상 유지될 수 없다고 본 것이다. 따라서 그는 베일 속에 가려진 무관심(unveiled ignorance)을 지적하고 국제 원조 등을 통하여 정의를 회복하여야 한다고 주장한다. 이러한 그의 사상은 1919년 독일의 바이마르 헌법에서 시작한 현대 헌법 정신, 즉 형식적 기회균등을 넘어 실질적 정의(substantial justice)를 실현하려는 인간의 노력과 취지를 같이 한다.

이러한 시장의 실패, 중간법의 유행과 행정명령의 홍수(deluge of administrative rules)는 1980년대에 이르러 반대가 되어 정부의 시장 개입이 악이라는 사조, 즉 정치학적으로는 신자유주의(Neo-liberalism), 행정학적으로는 기업형 정부론(Entrepreneurial government)같은 脫規制化나 작은 정부가 주창된다. 우리는 시장에 개입하는 큰 정부의 악을 정부의 실패(governmental failure)라 한다. 시민사회는 시장을 전제로 한다 했을 때, 시장에는 국경이 없다. 환언하면 시장은 세계로 열려 있는 세계시장인 것이다.

시민사회의 위대함은 시장에 기반한 보편주의, 절대권력을 배척하는 혁명정신이라 할 수 있고, 이는 유엔의 인권선언이나 유럽 등 각 지역의 인권보장체제에서 확인되고 있다. UN이 만든 '국가가 해야 할 일 목록'에는 국방과 치안서비스를 제공하고, 공교육 제도를 입안 시행하며 등등 정의로운 국가사회를 구현하기 위한 각종 의무가 규정되어 있지만, 무엇보다도 국가는 시장을 규제하는 규제자(regulator)로서의 역할을 한다.

그리고 이러한 규제자로서의 역할은 국가내적으로는 법치주의 원칙과 제한정부론에 따라야 하고, 국가외적으로는 국가간의 약속이자 국제사회의 법이라 할 수 있는 국제법에 위반되어서는 안된다. 시장의 실패와 큰 정부는 1980년대 신보호주의 관리무역기 시대에 정점을 이루게 되고, 1986년 시작되어 7년간 계속된 우루과이 라운드 협상을 통하여 바야흐로 1995년 WTO시대가 개막된다.

정부의 실패와 신자유주의 政治思潮의 영향으로 시장을 복원하고, 자유롭고 차별받지 않는 평등한 시장구조(level-playing field)를 담보하는 통상관리체제가 탄생한 것이다. 무엇을 관리한다는 것은 법을 전제로 하고, 법을 통하여 행위자들은 자신들의 운명을 계산하고 개척할 수 있다. 다시 말하면 법이나 법치주의는 행위자에게 예측가능성(predictability)과 법적 안정성(legal stability)을 제공한다.

나. 법과 비례의 원칙

요컨대 개념법학을 적용해 보면 현대사회의 법은 공법, 사법, 중간법 등 3가지 법 영역으로 구별해 볼 수 있다. 그런데 인간 본성이나 자연, 이상적인 사회 등 정치·경제적 차원의 서양 문명이 그리스에서 시작되었다면, 로마 제국은 만민법·시민법 사상이나 유스티니아누스 법전을 통하여 國際法과 憲法の 원형을 제공한다.

따라서 어찌면 제 1세계인 서방국가와 제 2세계인 사회주의 국가군의 구별은 법과 약속, 정치와 이데올로기의 이분법으로 바라 볼 수도 있다. 또한 동유럽이나 러시아 등은 그리스 정교회, 서구 유럽은 로마 카톨릭과 같이 종교적 차이에도 비견될 수 있다. 같은 그리스도를 신봉하면서도 12세기 우리의 예송논쟁과 같이 제사의식을 둘러싸고 갈라선 기독교의 분열은 인간의 사고에도 영향을 미친 것이다.

그리스 정교회는 사제라 하더라도 결혼할 수 있고, 예배당에 의자를 비치하지 않으며, 敎皇의 首位權을 인정하지 않는다. 또 예배 중 술을 사용하지 않는 등 보편적이고 소박한 성격의 그리스 정교회는 만민법 사상에 친하고 사회주의 정치철학을 잉태하였을 것이다.

가수 전인권 이름처럼 ‘모두가 인권 · 모두가 권력’이랄지 얼마전 타계한 전직 대통령 전두환 이름처럼 ‘한번에 모두 바꿔버린다’ 같은 ‘all or nothing’의 인성을 가지기 쉽다. 반대로 화려하고 엄격한 제사의식이나, 인간의 원죄를 인정하고 하느님의 은총 또는 구원을 중시하는 로마 카토릭은 중세 종교사회에서 근대 민주주의 사회로 이어지면서 국가와 법의 권위와 함께, 제한정부론이나 법치주의 사상에 영향을 미치게 된다.

로마 카토릭 하에서는 김국환의 ‘접시를 깨자’ 노래처럼 시시하면서도 개량적이고 점진적 성격(incrementalism)의 인성을 기르기 쉽다. 화려하고 엄격한 제사의식, 인간의 원죄나 구원 등은 김국진 이름처럼 자유와 책임에 근거한 근대의 국가 사상이나 법 사상이 싹틀수 있게 한다. 그런데 통치권을 행사하는 정부는 자의적이어서는 안된다. 법치주의는 한편 比例의 原則에 따라야 한다.

평등한 자의 법률관계를 규율하는 사법의 지도원리가 신의성실의 원칙과 권리남용의 금지 원칙이라면, 우월한 지위의 국가와 통치권의 객체인 시민 개인간의 관계, 즉 공법상 법률관계의 지도원리로는 법치주의와 함께 비례의 원칙을 들 수 있다. 비례의 원칙은 가우스(Gauss)의 황금분할이나 수학의 원리로도 유명하다.

무엇을 측량한다는 것이 통치권자의 기본 마음 자세인지 몰라도, 미 독립전쟁의 영웅 조지 워싱턴은 측량사(surveyor)출신이었고, 중국의 여황제 측천무후의 이름도 천하를 다스리기 위한 하늘의 법칙을 안다는 의미의 이름이다. 이러한 비례감은 ‘인간은 정치적 동물’이라는 표현대로 우리가 성숙하면서 자연스럽게 발전한다.

따라서 북한의 장성택이 잔인하게 처형되거나, 보통인의 비례감으로는 이해하기 어려운 통계 책임자, 그 외 경제범이나 정치범 등에 대한 사형선고와 집행 등은 우리를 놀라게 한다. 또한 간통을 한 여자에게 사형을 선고하고 집행하는 이슬람 국가의 신정체제와 법에 놀란다. 질적 차원의 문제를 수치화하여 보다 명확히 하려는 사회과학자들이 많지만, 법에서 말하는 비례의 원칙은 명확하게 수치화하기 어렵다. 민법상 손해배상 판결에서 23,416,507원을 지급하라라는 식으로 원 단위까지 정확히 계산하여 판결하는 것과 달리 공법상 비례의 원칙이 적용되는 경우에는 법관의 비례감에 의존한다.

공법(公法)과 사법(私法)의 이러한 차이를 생각하면 언젠가 말한 동 키호테와 샤일록의 비유가 상기된다. 공법에서 요구되는 비례의 원칙의 대표적 예로 형사법상 양형 문제를 들 수 있는데, 보통인의 비례감에 반하는 판결로 법에 대한 신뢰가 상실되는 것을 방지하기 위하여 나라마다 양형위원회를 두고 있다.

미국의 연방 양형위원회(Federal sentencing committee)나 우리의 量衡委員會는 그 한 예이다. 앞서본 통상법 또는 무역법이나 노동법과 같이 사회법·중간법 영역의 법인 경우에는 법이 정하는 대부분의 문제가 급부행정의 영역에 해당하여 司法統制(Judicial control)의 관점에서 비례의 원칙이 그다지 중요한 의미를 갖지 않는다. 물론 규제적 성격이 있는 부분은 국가는 비례의 원칙을 적용하려 할 것이다. 이하에서는 비례의 원칙이 중요하게 기능하는 몇가지 경우를 살펴본다.

다. 체제와 국가의 기본원칙

분권화의 원칙(principle of subsidiarity)은 유럽연합 창설조약과 의정서 2(Treaty on European Union (TEU) and Protocol (No 2)) 제 5조 3호에 규정되어 있는데, 동 조항은 분권화의 원칙과 비례의 원칙을 유럽연합의 기본원칙으로 선언하고 있다. 분권화의 원칙(principle of subsidiarity)과 비례의 원칙(principle of proportionality)은 유럽연합이 권한을 행사함에 있어 준수하여야 할 원칙이다.

유럽연합(European Union)이 배타적 권한을 행사할 수 있는 정책 영역이 아닌 경우에는 분권화의 원칙에 따라 구성국(構成國)이 결정하고 조치를 취할 수 있도록 보장하여야 한다. 다만 조치의 목적이 구성국에 의하여 충분히 달성되지 못하고, 문제의 조치가 스케일이나 효력범위 등의 사유로 연합에 의하여 보다 효과적으로 달성될 수 있는 경우에는 연합차원에서 개입할 수 있다.

유럽연합창설 조약에서 이러한 원칙에 대하여 규정하는 것은 유럽연합과 구성국의 권한이 되도록 시민에게 가깝게 행사될 것을 담보하기 위한 것이다. 이는 유럽창설조약 제 10조 3항 근접성의 원칙(rule of proximity)에 부합한다. 분권화의 원칙이 추구하는 일반적 목적은 상위 기구에 대하여 하위 기구의 독립성을 보장하고, 중앙정부에 대하여 지방정부의 독립성을 보장하기 위한 것이

다.

따라서 분권화의 원칙은 미국의 경우처럼 연방의 우위, 주의 주권과 같이 연방 국가를 형성하기 위한 기구론적 원칙으로, 연방 차원에서 권력을 공유하는 것을 내용으로 한다. 유럽연합도 미국과 같이 분권화의 원칙을 채택하고 있는 것이다. 유럽연합 차원에서 분권화의 원칙은 유럽연합의 ‘非排他的인 權限(non-exclusive power)’의 행사를 통제하는 역할을 한다. 동 원칙에 따라 문제된 정책이 구성국의 중앙, 지역, 지방 정부 차원에서 효과적으로 다루어질 수 있는 경우에 유럽연합은 개입해서는 안된다.

유럽연합창설조약 제 5조 3호에 따르면 유럽연합이 분권화의 원칙에도 불구하고 개입할 수 있기 위하여는 세가지 조건이 충족되어야 한다. (i) 문제된 정책 영역이 유럽연합의 배타적 권한 영역이 아니어야 하고 (ii) 필요한 조치의 목적이 구성국에 의하여 충분히 달성될 수 없어야 하며 (iii) 필요한 조치가 스케일과 효력 범위의 관점에서 유럽연합에 의하여 보다 성공적으로 취해질 수 있어야 한다.

비례의 원칙은 근대법이 갖추어야 할 일반원칙이다. 비례의 원칙은 성문법의 해석에 있어 공정과 정의를 담보하는 표준이 된다. ‘법이 채택하고 있는 교정적 수단’과 ‘금지된 행위가 갖는 심각성’에 대한 올바른 형량을 통하여 정의를 구현하는데 기여하는 논리적 방법이라 할 수 있다. 따라서 비례의 원칙에 따라 범죄에 대한 형벌부과는 범죄행위에 상응하여야 하며, 국제인도법 상 무장 분쟁시 적법한 무력사용을 위한 군사적 필요성을 형량함에 있어 구별(distinction)과 함께 중요한 기준이 된다.

또한 영국의 민사소송법에서는 법원이 판결을 통하여 소송비용에 관하여 재판하는 경우, 소송비용은 비례의 원칙에 따라 합리적으로 산출·배분되어야 한다고 정하고 있다. 비례의 원칙은 19세기 독일의 고등행정법원(Oberverwaltungsgericht)이 경찰의 처분을 심사하면서 처음 적용되었고, 보다 체계적으로는 獨逸 憲法裁判所의 헌법심사(Bundesverfassungsgericht)에서 기원한다.

유럽연합법에서는 비례의 원칙은 4단계 심사로 구성된다.

첫째, 법이 규정하는 수단에 대한 합법적 목적이 있어야 한다.

둘째, 법이 규정하는 수단은 법이 지향하는 목적에 적합하여야 한다.

셋째, 법이 규정하는 수단은 법이 지향하는 목적을 달성하기 위하여 필요한 것 이어야 하고, 법에 따라 그러한 법적 효과를 위하여 일정한 증거가 요구되기도 한다. 넷째, 법이 규정한 수단은 합리적이야 하고, 대립되는 이해 관계자들의 이해관계를 고려하여야 한다.

그런데 유럽사법재판소(European Court of Justice)가 말한 3번째와 4번째 요건은 구성국에 부여된 재량여지의 정도에 따라 함께 묶여 이해되기도 하는데, R (Seymour-Smith) v. Secretary of State for Employment 케이스가 그 한 예가 된다. 동 사건에서 유럽사법재판소는 불공정한 해고라는 당사자의 주장에 대하여 ‘구성국은 해고 등 실업정책에 있어 상당한 재량권을 행사할 수 있다’고 하면서 당사자의 주장을 배척하였다. 그 밖에 비례의 원칙이 적용된 사례로 Mangold v. Helm과 Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co KG를 들 수 있다.

유럽인권재판소(European Convention on Human Rights)는 유럽사법재판소 처럼 앞서 본 구성국 재량의 원칙(margin of appreciation or margin of state discretion)과 함께 비례의 원칙을 중요한 법원칙의 하나로 적용하고 있다. 즉 구성국은 유럽인권헌장에 보장된 기본적 인권을 제한함에 있어 비례의 원칙에 위반해서는 안된다. 구성국재량의 원칙은 국제인도법상의 원칙으로 유럽인권재판소에 의하여 발전되었는데, 동 원칙에 따라 유럽인권협약의 이행에 있어 재판소는 구성국간의 현실적 차이를 고려하여야 한다.

동 원칙은 유럽인권협약 구성국에 협약으로부터 이탈하여 협약상 보장된 인권을 제한할 수 있는 재량의 여지를 부여하는 한편, 유럽재판소가 구성국의 조치를 통제하고 감독하는 데 있어 유럽재판소의 역할을 강화할 수 있다. 동 원칙을 적용함에 있어 재판관은 구성국의 국내법들이 실제적 · 절차적으로 어떻게 연관되어 있는지 고려하여야 한다.

구성국 재량의 원칙은 다른 유럽연합법 영역에서 볼 수 있는 分權化의 原則과 유사한데, 동 원칙에 따라 재판소는 구성국의 국가이익과 개인의 인권을 형량하여 갈등을 조정한다. 다만 재판소는 국제법원으로서 일반적으로 구성국의 결

정을 존중하여야 하고, 근대법상 보편적으로 인정되고 국내법적·정치적 성격을 갖는 인권장전에 관한 헌법심사기준을 적용하는 것은 바람직하지 않다는 견해가 다수이다.

라. 정치와 행정 영역

한편 국가법상 법과 정치의 출발점이 되는 選舉區 劃定과 행정법상 인정되는 事情判決에서는 법관의 비례감이나 비례의 원칙이 중요한 의미를 갖는다. 관련 헌법재판소 선례와 사정판결에 관하여 본다.

헌법재판소는 현재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668 [헌법 불합치] 공직선거법 제25조 제2항 별표1 위헌확인 사건에서 “인구편차 상하 33⅓%를 넘어 인구편차를 완화하는 것은 지나친 투표가치의 불평등을 야기하는 것으로, 이는 대의민주주의의 관점에서 바람직하지 아니하고, 국회를 구성함에 있어 국회의원의 지역대표성이 고려되어야 한다고 할지라도 이것이 국민주권주의의 출발점인 투표가치의 평등보다 우선시 될 수는 없다. 특히, 현재는 지방자치제도가 정착되어 지역대표성을 이유로 헌법상 원칙인 투표가치의 평등을 현저히 완화할 필요성이 예전에 비해 크지 아니하다. 또한, 인구편차의 허용기준을 완화하면 할수록 과대대표되는 지역과 과소대표되는 지역이 생길 가능성 또한 높아지는데, 이는 지역정당구조를 심화시키는 부작용을 야기할 수 있다. 같은 농·어촌 지역 사이에서도 나타날 수 있는 이와 같은 불균형은 농·어촌 지역의 합리적인 변화를 저해할 수 있으며, 국토의 균형발전에도 도움이 되지 아니한다. 나아가, 인구편차의 허용기준을 점차로 엄격하게 하는 것이 외국의 판례와 입법추세를 고려할 때, 우리도 인구편차의 허용기준을 엄격하게 하는 일을 더 이상 미룰 수 없다”라고 하면서 선거구획정에 있어 준수되어야 할 인구편차를 엄격하게 보았다.

한편 공법상 소송에 있어 사정판결이란 제도가 있는데, 이는 취소소송의 특수한 판결종 하나이다. 사정판결을 하는 경우 행정청의 처분이 위법성이 있다고 인정되는 경우에도 당해 위법한 처분 등을 취소하는 것이 현저히 공공복리에 적합하지 않다고 판단되는 경우에 그 원고의 청구를 기각하여 위법한 처분을 유지하게 된다.

사정판결은 사실에 법을 적용하여 정의를 구현하는 것을 사명으로 하는 법원의 입장에서 매우 예외적인 것이어서 처분에 중대·명백한 하자가 있는 무효 등 확인소송에는 인정되지 않고 취소소송에 한하여 인정된다. 이때에 비례의 원칙이 중요한데, 사정판결을 하기 위해서는 공익과 사익을 비교형량하여 중대한 공익을 보호·유지하기 위한 경우이어야 한다.

사법에도 사정판결과 비슷한 事情變更原則이 있는데, 동 원칙에 따르면 계약을 체결할 당시의 사회 상황이 이후에 현저히 변경된 경우 신의와 공평에 따라 계약의 구속력이 상실되게 된다. 양 제도는 상황의 현저한 변경으로 당사자의 합의나 기존의 법이 부인되는 경우인데, 사정판결은 공법상 제도로 그 기준이 공공복리가 되는데 비하여 사정변경의 원칙은 사법상 제도로 신의와 공평이 기준이 된다는 차이가 있다.

사정판결을 하는 경우 법원은 원고의 구제방안을 강구하여야 한다. 나아가 행정소송법 제28조 제1항 후단은 '이 경우 법원은 그 판결의 주문에서 그 처분등이 위법함을 명시하여야 한다'라고 규정하고 있다. 이는 공공복리를 이유로 패소한 당사자에게 주문기재와 기판력을 통하여 차후에 손해배상 등 구제를 위한 이행소송등에서 정당한 대우를 받을 수 있도록 하기 위한 것이다.

마. 형사법 영역

형사법 영역에서 비례의 원칙은 범죄에 대한 형벌의 부과는 저질러진 범죄의 심각성에 비례하여야 한다는 의미를 갖는다. 17세기 영국의 전단주의 형사법 시대에는 영국 잔혹형벌법(Bloody Code of England)에 따라 경미한 범죄에 대하여도 사형에 처할 수 있었다. 앞서 말한 북한이나 사회주의 국가, 또는 이슬람 율법을 믿는 국가의 형사법 관행과 유사했던 것이다. 18세기에 이르러 세사르 베카리아는 '범죄와 형벌에 관하여(On Crimes and Punishments)'라는 책을 통하여 죄의 경중에 따라 형벌체계를 갖추어야 한다고 주장하였고, 이는 근대 형벌학의 시원을 열었다.

이에 영향을 받아 제레미 벤담은 죄수들에게 육체적 해악을 가해서는 안되며, 순수하게 감시만을 할 수 있다는 소위 패놉티콘(Panopticon)이라는 개념을 발전시킨다. 이러한 근대 초기 형벌관은 실무상 잔혹하고 범죄인 교화에 비효과

적인 교도행정을 결과하였다. 즉 전단사법 시대 비례의 원칙은 '눈에는 눈(lex talionis)'이라는 함부라비식 형벌관의 구현이었다. 그러나 최근의 경향을 보면 아직도 사형제도를 유지하는 나라들이 상당수 있는 한편, 유럽연합의 경우에는 모든 유럽연합 구성국들이 사형을 폐지하는 등 국가마다 차이를 보이고 있다.

비례의 원칙이 적용되는 대표적 예로 正當防衛를 들 수 있는데, 피고인의 방위행위는 공격행위에 비례하여야 한다. 경미한 공격행위에 대한 방위행위로 치명적인 수단을 사용한 경우에는 비례의 원칙에 어긋난다. 물론 정당방위가 성립하기 위하여는 치명적인 수단이 비례의 원칙에 위배되지 않는 경우에도 그러한 방위행위가 필요한 경우이어야 한다. 다른 보다 덜 치명적인 수단이 있는 경우에는 그러한 수단을 선택하여야 하고, 그렇지 않는 한 정당방위가 성립하지 않거나 과잉방위가 될 수 있다.

미국의 경우 비례의 원칙은 1980년대 3가지 사건에서 확인되었다. 즉 법원은 Enmund v. Florida (1982), Solem v. Helm (1983) and Tison v. Arizona (1987)에서 수정헌법 제 8조 잔혹하고 이례적인 형벌의 금지 조항에 근거하여 비례의 원칙을 확인하였다. 비례의 원칙에 따라 형벌은 범죄에 상응하여야 하고, 1983년 연방대법원은 '형량이 당해 범죄행위에 비례하는가 하는 문제'에 대하여 법원은 세가지를 고려하여야 한다고 실시하였다.

(i) 부과된 형벌이 범죄의 성격과 심각성에 비례하는가 (ii) 동일한 주의 다른 범죄인들에게 부과된 형량, 즉 더 중한 범죄임에도 같은 정도의 처벌 또는 보다 경미한 처벌이 부과되었는가 (iii) 다른 주에서 동일한 범죄에 대하여 어떠한 정도의 형을 부과하였는가 등을 고려하여야 한다. 과도한 보석 조건(excessive bail)에 관한 미 연방 수정헌법 제 8조는 재판 전 과도한 구속의 금지를 규정하고 있다. 나아가 과도한 벌금(excessive fines)을 금지하는 한편 잔혹하고 이례적인 형벌(cruel and unusual punishment)은 부과되어서는 안된다고 규정한다.

동 조항은 전단사법으로부터 근대법의 정신을 구현한 것으로, 우리 형사소송법도 保釋制度和 함께 재판전 가능한 구속일수를 법에 규정하고 있으며, 벌금을 부과하는 경우 합리적인 범위의 법정형을 규정하고 있는 형법 조항에 따라야 한다. 또한 사형이라는 극형의 부가가 비례의 원칙에 어긋나거나 사형의 집행

방법이 비인간적으로 잔혹할 수 없다. 법관의 구속기간이 과도한 경우에는 동 조항에 따라 변호인은 이를 경감해 달라는 신청을 할 수 있으며, 직접 상급법원에 이의를 제기할 수도 있다. 영국에서 형사피의자에게 보석을 허가할 것인가 하는 결정은 당시 경찰 역할을 했던 보안관(sheriffs)이 행하였다.

專斷司法 시대인 17세기 이전 영국은 당연히 지금과 정 반대로 구속수사·구속재판이 형사절차의 원칙으로 기능하였기 때문에, 보석제도는 피의자나 피고인에게 매우 중요한 것이었다. 이런 점만 보아도 우리가 무감각하게 누리고 있는 민주주의의 혜택은 정말 위대한 것이다.

보안관들은 자신들에게 부여된 보석에 관한 권한을 자의적으로 행사하였고, 의회는 범죄 중 구속이 가능한 범죄(bailable offenses)와 구속이 불가능한 범죄(non-bailable offense)를 제정법으로 분리하여 정하였다. 왕의 법관들은 그러한 법 조항을 제대로 적용하지 않고 남용하였다. 개인은 왕의 명령이 있는 경우 보석 없이도 구속되지 않는 특권을 누렸다.

왕과 민주주의의 갈등은 최초의 민주주의 국가인 영국에서 1628년 권리청원(Petition of Right 1628)이 채택되기 이전 이미 여러 공적 문제를 둘러싸고 노정되어 있었던 것이다. 권리청원에서는 개인의 보석 여부에 관한 왕의 권한을 박탈하였다. 그러나 그 이후에도 보통법의 교묘한 기술적 적용으로 1628년 권리청원은 법으로서의 효력이 미미하였다. 권리청원에 따라 보석 가능한 성격의 범죄임에도 보석 없이 피의자를 구속하는 경우가 다반사였다. 그러한 법의 허점은 1679년 인신보호영장 제도(habeas corpus act)에 의하여 불식되게 된다.

이후 법관들은 의무적으로 보석금을 정하고 보석과 구속을 결정하여야 했다. 하지만 이번에는 보석금 규모가 비현실적으로 과다하게 정해지는 문제가 발생하였다. 1689년 권리장전에서는 '과도한 보석금을 보석허가 조건으로 내걸어서는 안된다'고 규정하였고, 이 조항이 미국의 연방헌법 제정 후 얼마 안되어 삽입된 인권장전(Bill of Rights)이라 불리는 10개조의 수정헌법 중 제 8조에 삽입되게 된 것이다.

그러나 수정헌법 제 8조는 '과도한 보석 조건' 또는 '과도한 벌금'의 금지를 규

정하고 있는 전반부보다는 사형제도의 違憲性 審査와 관련하여 '잔혹하고 이례적인 형벌 부과'를 금지하는 후반부가 많이 문제되고 있다. 또한 동 조항은 근대법의 기본원칙의 하나인 비례의 원칙을 담고 있다고 평가되고 있다.

바. 국제법 영역

국제인도법에 있어 비례의 원칙이 적용되는 사례로 군사작전과 시민의 피해 문제가 있다. 즉 국제인도법에 있어 동원칙이 의미하는 바는 민간인이나 민간인 시설 또는 재산에 대하여 군사적 목적을 달성하기 위하여 행해지는 공격은 구체적이고 직접적인 군사적 이익에 상응하여 비례의 원칙을 준수하여야 하고, 과도한 공격이어서는 안된다는 것이다.

2003년 국제형사재판소 수석 검사로 활동한 Luis Moreno-Ocampos는 2003년 이라크 침공을 조사하고, 공개서한(open letter)을 출간하였는데, "Allegations concerning War Crimes"라는 제목이 붙은 장에서, 비례의 원칙에 관하여 설명하였다. 국제인도법이나 로마협약상 그것이 아무리 심각하고 잔혹하다 하여도 무장투쟁 중 시민이 사망하였다 하여 그 자체로 전쟁범죄가 되지 않는다.

국제인도법과 로마협약 상 전투원은 비례의 원칙에 따라 군사목적의 달성을 위하여 필요하고 적절한 공격을 가할 수 있으며, 그러한 공격으로 시민의 사상이 확실히 예상되는 경우에도 마찬가지이다. 다만 준별의 원칙(principle of distinction)에 따라 시민을 향한 고의적인 공격 (Article 8(2)(b)(i))이나 부수하는 시민의 사상이 기대되는 군사적 이익에 비하여 명백하게 과도(principle of proportionality)하리라는 것을 알고도 공격하는 경우(Article 8(2)(b)(iv))에는 전쟁범죄가 성립한다.

동 조항은 Article 51(5)(b) of the 1977 Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions 원칙을 채택한 것인데, '형사처벌을 하기 위하여는 명백하게 과도("clearly" excessive)하여야 한다'고 하면서 '명백한'이라는 문구를 부가하였다. 로마협약 Article 8(2)(b)(iv)이 적용되기 위하여는 (a) 기대되는 민간인 피해(the anticipated civilian damage or injury) (b) 기대되는 군사적 이익(the anticipated military advantage)을 비교·형량하여야 하고, (c) 다

음으로 (b)에 비하여 (a)가 명백하게 과도한지("clearly excessive")를 판단하여야 한다.

사. 부다페스트 협약

부다페스트 협약이라고도 불리우는 '사이버범죄에 관한 협약'은 각국의 국내법을 조율하여 인터넷과 컴퓨터 범죄에 대비하기 위한 최초의 국제협약인데, 수사상 테크닉과 국가간 협력을 개선하려는 목적을 가지고 있다. 동 협약이 추구하는 기본 목적은 서문(preamble)에 잘 나타나 있는데, 사이버 범죄로부터 사회를 보호하고, 이를 위하여 적절한 법을 만들어 이의 준수를 진작하는 것이라 할 수 있다. 협약이 주된 지향점은 다음 세가지이다.

(i) 국내 형사 실체법의 범죄 구성요건간 조화를 기하고 사이버 범죄 영역에 이를 접목시킨다. (ii) 국내 형사절차법에 사이버 범죄의 수사와 기소에 관한 권한을 창설하는 한편, 컴퓨터를 이용한 그 밖의 범죄와 전자적 형식과 관련이 있는 증거들에 관하여 규정한다. (iii) 신속하고 효과적인 국제적 협력체계를 구축한다.

협약이 규정하고 있는 범죄를 들면 불법적 접근(illegal access), 불법적 탈취(illegal interception), 정보 방해(data interference), 시스템 방해(system interference), 기구의 오용(misuse of devices), 컴퓨터를 이용한 위조(computer-related forgery), 컴퓨터를 이용한 사기(computer-related fraud), 아동 포르노그래피 관련 범죄(offenses related to child pornography), 저작권과 저작인접권 관련 범죄(and offenses related to copyright and neighboring rights) 등이다.

동 협약은 유럽과 국제사회의 전문가들이 4년여의 노력 끝에 성안한 것으로, 附加議定書에 의하여 형사법상 명예훼손죄의 성격을 갖는 인종과 외국인에 대한 혐오적 표현을 협약이 적용되는 범죄로 추가하였다. 그리고 사이버 테러 역시 협약상 범죄로 추가할 것인지 조사·연구하고 있다 한다.

아. 기타 공법 영역

미국의 경우 비례의 원칙은 민사소송법에서도 인정되고 있다. 예컨대 미 연방 민사소송법 26(b)(2)(C)는 당사자의 증거개시의 범위와 한계에 관하여 신청된 증거조사절차가 증명력에 비하여 비용이 과다하게 소요되는가를 기준으로 하고 있다. 증거조사절차에서 비례의 원칙은 중요한 역할을 하는데, 전자적 방식의 증거조사절차에 적용되어 증거조사에 소요되는 비용을 크게 절약하고 있다. 비례의 원칙은 최근 각광받는 법적 기술(legal technology)영역의 법에서도 많이 적용되고 있다.

자. 맷으며

세르반테스의 동키호테라는 소설 속 동키호테는 삼손과의 마지막 싸움에서 패하여 평범한 이웃으로 돌아온다는 슬픈 이야기이지만, 경이적이고 엉뚱한 수많은 에피소드와 함께 우리를 즐겁게 하기도 한다. 동키호테의 동은 당시 귀족 또는 무리의 우두머리를 의미하고, 호키테는 허벅지 안쪽을 보호하는 갑옷 부위를 지칭하는 말로, 정력을 의미하는 은어다. 즉 호칭부터 '정력왕'이라는 의미라 성적이고 우스꽝스러운 농담에 연관되고, 정치인이나 공무를 수행하는 고위 관료들을 연상시킨다.

삼손과의 마지막 싸움에서 패하여 평범한 이웃으로 돌아온다는 종말은 어쩌면 우리의 전직 대통령 전직 고위 관료들인지도 모른다. 소유권이나 재산이 대를 넘어 이어지는 것과 대비되기도 한다. 이름도 좀 그렇지만 원래 다소 무식한 농부였던 썬초 판사(Sancho Panza)가 동키호테와 함께 하면서 꽤 지혜로운 인물로 성장한다는 부분은 정치와 함께 성숙해가면서 工夫하는 司法府를 연상시킨다.

동키호테라는 소설은 정치(政治)와 행정(行政), 사법(司法)간 공화(共和)를 통하여 이상이 실현될 수 있다는 가능성을 열었고, 이상(理想)을 비웃는 사람에게 이상이 얼마나 사람들에게 이로운가를 역설하는 면도 있다. 세르반테스는 소설을 통하여 인간이 어떤 존재인지, 어떻게 살아야 하는지, 우리를 둘러싼 환경, 정치, 사법체계, 경제는 어때야 하는지 돌아보게 한다. 세르반테스가 살았던 17세기 초 · 중엽 유럽지역은 종교로부터 인간이 주체성을 자각하기 시작한 시기이다.

30년 종교전쟁으로 근대 절대국가가 탄생하였고, 제임스 1세의 박해를 피해 청교도들이 메이 플라워호를 타고 지금의 매사추세츠 주 플라이마우스(Plymouth)에 정착한 것도 이 무렵이다. 17세기 중·말엽 오스트리아 왕위 계승을 둘러싸고 발발한 7년 전쟁은 유럽 전역을 전쟁의 참화 속에 몰아 넣었고, 전쟁 비용을 보전할 필요가 있었던 영국 국왕 조지 3세(King George III)는 신대륙 식민지 13개주에 설탕세, 인지세 등 과도한 세금을 부과하였다.

‘대표없이 과세 없다’는 슬로건하에 보스턴 티 사건으로 촉발된 미국 독립전쟁은 조지 워싱턴의 눈부신 활약과 7년 전쟁의 동맹국이었던 프랑스, 스페인, 네덜란드 등의 도움을 얻어 미국의 승리로 끝나고 파리조약을 통하여 전후 처리가 이어진다. 비례의 원칙, 공법과 사법 이야기는 어쩌면 우리의 민주주의 역사와 긴밀하게 얽혀 있다. 우리는 한때 검찰독재를 얘기하면서 검찰공화국을 말하였고, 재벌의 비리를 얘기하면서 삼성 왕국을 말하였다.

이러한 우리의 역사적 교훈은 공권력은 독재를 경계하여야 하고, 시장은 누구나 자유롭게 경쟁할 수 있는 공정한 경쟁조건이 보장되어야 한다는 것이다. 독재의 배경과 공정한 경쟁 조건의 보장을 위하여 비례의 원칙은 매우 중요하다. 비례의 원칙에 깃들어 있는 인간의 정의감은 어쩌면 동키호테의 엉뚱한 의협심으로 출발하여 측량사였던 조지 워싱턴으로, 그리고 미국 독립 후 200년이 훨씬 지난 지금에도 유럽통합의 아버지들에게 이어진 것이다.

세계 유수의 부자들은 시장과 자본주의의 총아이다. 그래서 포브스나 블룸버그 통신은 이에 관한 정보를 제공한다. 그리고 이는 주가의 변동에 따라 시시각각 달라진다. 얼마전 주가의 급락으로 엘론 머스크(Elon Musk)가 오래 누려온 세계 최고 부자의 자리를 루이 비퐁 소유주 베르나르 아르노(Bernard Arnault)가 차지하였다 한다. 시장은 원리적으로 완전 경쟁, 현실적으로 무한 경쟁이 이루어지는 장이다.

그리고 公正競爭條件이 보장될 때 원활히 기능할 수 있다. 이를 위하여 세계시장의 구성과 형성에 관한 법이 필요하고, 그 대표적 법이 세계무역기구 WTO 법이다. 루이 비퐁(Louis Vuitton)상표권 침해 소송이 남부 플로리다 주 법원에서 다투어지고 있고, WTO법상 대한민국이 부담하는 의무를 충실히 이행하기 위하여 우리 경찰은 위조상품을 단속하고 몰수 등 필요한 조치를 하고 있

다.

측량사(Surveyor)라는 직업이 시사하듯 조지 워싱턴 시대 토지 중심의 농업자본 시대를 거쳐 1883년 파리 산업재산권 협약, 1886년 베른 협약, 1891년 마드리드 협약은 새로운 형태의 지적 재산권을 탄생시킨다. 동키호테의 저자 세르반테스가 저작권 침해를 걱정할 정도로 지적재산권의 법적 보호는 이미 1710년 영국의 앤법(Satute of Anne)이나 식민지 미국의 주법 등에서 권리로 인정되고 있었다.

그러던 것이 19세기 말 국제사회의 협력 분위기가 한껏 고양되면서 지적재산권 보호를 위한 국제협정들이 체결되기 시작한 것이다. 급기야 20세기 후반 반도체직적회로 보호에 관한 워싱턴 협약이 채택되기도 한다. 나아가 기존 세계 지적재산권기구(WIPO)가 존재함에도 권리의 효율적 보호를 위하여 WTO가 탄생하면서 TRIPs라 불리는 지적재산권 협정이 체결된다. 이렇듯 과학기술의 발전과 경제 및 시장, 새로운 가치 개념과 그에 대한 법의 보호는 깊게 맞물려 있다.

아마존 베스, 구글의 페이지(Larry Page), 마이크로 소프트 빌 게이츠(Bill Gates), 페이스북 마크 주커버그, 루이 비통 베르나르 아르노 등 세계의 최고 부자들은 모두 새로운 과학 기술이나 전통과 신뢰를 담은 상표로 시장에서 경쟁하고 있다. 인터넷과 컴퓨터 시대는 기업인의 분발은 물론 법률가들에게 끝없는 과제를 던지고 있다. 앞서 본 부다페스트 협약은 그 한 예이다.

그리고 협약을 고안하고 법을 해석·적용하는 법률가들은 시장의 분화와 전문화를 반영하여 비례의 감각도 새로운 현실에 적절히 조율할 필요가 있다. 그러나 다른 한편 유럽 연합을 통한 유럽 통합이 미 합중국 건국의 원리를 재현하고 있다거나 과도한 보석조건이나 잔혹하고 이례적인 형벌의 금지 등이 최고재판소의 단골 메뉴인 것을 보면, 굳이 가우스의 황금분할이나 칸딘스키(W. Kandinsky)의 추상화를 거론하지 않더라도 인간의 비례감은 시대에 상관없이 쉽게 변하지 않는다는 것을 방증한다.

우리의 정치생활이나 공법생활을 생각하면 조지 워싱턴과 則天武后가 떠오르는 것은 그러한 연유인지 모른다. 측량사 출신의 독립군 지휘자, 하늘을 재보고

하늘의 법칙을 생각한다는 이름의 여 황제. 국제법상 국가 영역은 영토와 영해, 영공으로 구성되고, 영공이란 영토와 영해의 한계선에서 수직으로 그은 선의 내부 공간을 말한다. 영공의 범위에 대하여는 영공무한설, 인공위성설, 실효적 지배설 등 여러 학설이 있으나, 대기권설이 통설이다. 묘하게 미국과 중국은 비슷한 면적의 국토를 가지고 있고, 국제정치학자들은 G2 세계정치를 말하고 있다.



23. 우즈(T. Woods)와 리치(L. Richie) - J 에게

가. 경제, 시장, 법, 뭐 그런 것들에 대하여

인간은 자연을 개척하고 물질적 수요를 충족하여야 생존할 수 있다. '세계경제 헌법체제'라고 불리우는 WTO는 '인류의 물질적 복지수준을 높이고 시장의 자유와 비차별을 기본원칙으로 한다'고 천명하고 있다. 그런데 주지하다시피 시장이라는 개념은 정치·경제적으로 시민 민주주의와 자본주의를 그 기본원리로 하고 있다. 공적 영역(public sector)과 사적 영역(private sector)의 준별은 자유민주주의 체제를 지탱하는 중요한 프레임워크이다.

봉건 왕정시대 가장 부자는 헨리왕이나 엘리자베스 여왕이라는 기사는 틀리지 않다. 공적 영역과 사적 영역이 구별되지 않는 시대에 가장 넓은 영토를 가진 절대 군주는 절대권력과 함께 가장 많은 부(富)의 소유자인 것이다. 18세기 미국의 독립혁명, 프랑스 대혁명 등은 절대군주시대를 종식시키고, 이로 인하여 부르조와 계급이 주인이 되는 자유주의·민주주의 시대가 열리게 된다.

혁명과 쿠데타는 어떻게 다른가? 우리는 박정희 장군을 혁명가라고 칭한다. 광주사태를 사태라 부르지 말고 5.16 민주주의 혁명이라 부르자는 사람들도 있다. 그러나 고전적 기준에 따르면 혁명은 단순한 정권교체가 아니고 경제·사회적 구체제(ancien regime)를 종식시키고 새로운 생산관계, 새로운 사회·문화적 가치규준을 탄생시킨다. 자본가 계급의 근대 시민민주주의 혁명은 왕이 아닌 시민이 주인이 되는 시대, 봉건적 생산관계로부터 자본주의적 생산관계로 체제의 근본적 변혁을 이루게 된다.

또한 중국의 문화대혁명은 중국의 봉건적 문화질서를 송두리째 새로운 문화질서로 변혁한다. 고전적 이론에서는 비합법적 방법에 의한 단순한 정권교체와 혁명을 구별하는 것이다. 이러한 경제·사회·문화적 차원의 근본적 변혁이 일어날 때 우리는 이를 혁명이라 부른다. 근대 자유주의·민주주의 혁명은 왕과 귀족에 의하여 지배되는 시장, 즉 봉건적 생산관계를 근간으로 하는 경제로부터, 자유롭고 차별받지 않으며 자본의 자유로운 경제행위가 이루어지는 근대적 의미의 시장과 경제로 체제의 근본적 변혁을 이루어낸다.

이를 뒷받침하는 법원리로 미국 연방헌법이나 프랑스 인권선언 같은 최초의 근대헌법이 만들어지고, 사법의 3대 원칙인 소유권 절대의 원칙, 계약자유 원칙, 제한책임의 원칙 등 3가지 고전적 원칙이 私法을 지탱하는 중요한 원칙으로 등장한다. 또한 나폴레옹의 근대 5법은 최초의 체계적 성문법으로서 하급무관 출신의 군인이자 혁명가를 통하여 시장의 규제자로서의 국가가 시장을 관리하기 위한 것이라 할 수 있다. 정치적 혁명에 이어 자유민주주의 이념을 실현하기 위한 近代法의 혁명이라 할 수 있다.

누구나 인정하듯이 소유권은 인간이 시장에서 경제행위를 하도록 인센티브를 제공한다. 부의 창출 또는 경영학적 개념으로 가치의 창출은 경제인·기업인의 머리요 심장이다. 시장에 투자하고 거래를 활발히 하는 것은 그로 인한 부의 창출로 이어질 때 가능하다. 따라서 所有權은 시장에서 경제행위가 일어나게 하는 단초를 제공하고, 경제행위가 지향하는 종국점이다. 여기에 근대법은 소유권절대의 원칙을 법으로 보장하게 된다. 그리고 계약자유 원칙은 기업인의 머리이기도 하지만 손과 발의 역할을 한다. 소유권에 기초하여 협상하고 계약을 체결함으로써 시장은 활발하게 된다. 시장의 포화와 정체는 경제 성장률의 둔화 또는 마이너스 성장으로 이어지고, 인류의 물질적 풍요는 위협받게 된다.

따라서 소유권을 보장하는 한편 자본의 필요에 따라 자신들의 의사에 기초하여 자신들의 목적을 달성할 수 있도록 계약의 자유를 보장한다. 인센티브(incentive)는 시장경제체제의 핵심적 요소이다. 소유권 법제가 資本에 인센티브를 제공하듯이 시장에서 경제행위를 하는 기업들이 자신들의 행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 그로 인하여 발생한 모든 손해를 배상하는 것이 아니다.

법에 따라 고의나 과실 등 엄격한 귀책사유가 입증되어야 하고, 상당인과관계 있는 범위의 손해에 한하여 배상책임을 진다. 이러한 제한책임의 원칙은 근대 사법의 3대 원칙의 하나인데, 이는 봉건적 생산관계하 종속적 지위에서 주권자로 등장한 시민 자본주의 세력이 시장의 변명을 통하여 자신들의 생존기반을 확고히 하기 위한 것이었다.

즉 자본가에게 경제행위를 하기 위하여 위험이 상존하는 시장에서 책임을 제한

함으로써 앞의 2원칙과 같이 자본가가 경제행위를 하도록 인센티브를 제공하게 된다. 이하에서는 근대 자유민주주의 국가에서 인정하고 있는 소유권 절대 원칙과 계약자유 원칙이 사회주의 국가인 중국과 구 소비에트에서는 어떻게 변용되었는가를 살펴본다.

그리고 계약자유 원칙에도 불구하고 인간은 시장에서 계약을 이용하는 대신에 “왜(why), 그리고 어떤 조건하(under what conditions)”에서 회사조직을 만들게 되는가를 밝힌 코어스 정리(Coase theorem)에 관하여 살펴본다. 나아가 존 로크, 아담 스미스, 칼 맑스의 소유권에 대한 관념과 회사조직을 통한 소유권 이론을 창안한 산포드 그로스맨(Sanford Grossman)등의 이론을 음미해 보기로 한다.

나. 소유권에 대하여

얼마전 전 세계 1,500명의 개발 전문가들이 세계은행의 ‘토지와 빈곤회의’에 참석하여 ‘토지의 규제에 있어 필요한 공공정책과 실무’에 관한 최근 연구와 혁신에 관하여 논의하였다. 안전하고 확실한 소유권(이 글에서 소유권은 물권과 같은 넓은 개념이다. 따라서 법상 소유권은 물론이고, 저당권, 유치권, 질권과 담보물권이나 전세권, 지상권, 지역권과 같은 용익물권 등을 포함한다)과 효율적인 토지관리는 현대 경제의 주춧돌이라 할 수 있다.

그러나 불행하게도 전 세계인구의 30%만이 자신들의 땅과 주택에 대하여 합법적으로 등기에 의해 보장된 권리를 가지고 있다. 이는 조속히 개선되어야 할 문제인데, 이의 개선을 통하여 소유권이 시장과 경제에서 최대한 기능할 수 있게 된다. 동 토지와 빈곤회의는 안전하고 확실한 소유권(Secure property rights)의 보장은 7가지 이유를 근거로 현 시점에서 매우 중요하다는 것을 확인하였다.

첫째, 안전하고 확실한 소유권은 농업(agriculture)을 위하여 중요한 역할을 한다.

둘째, 안전하고 확실한 토지에의 권리는 도시의 개발(urban development)을 위하여 필요하다.

셋째, 안전하고 확실한 소유권은 환경을 보존(environmental protection)하는데 기여를한다.

넷째, 안전하고 확실한 소유권과 토지에의 접근권 보장은 사적 영역의 발전과 직업의 창출(job creation)에 있어 매우 중요하다.

다섯째, 안전하고 확실한 소유권은 여성의 사회적 권능을 증진(empowering of women)하는데 중요하다.

여섯째, 안전하고 확실한 소유권은 빈곤층의 권리(rights of poverty class)를 보장하는데 기여한다.

일곱째, 안전하고 확실한 소유권은 평화(public peace)를 보장하는데 핵심적 역할을 한다.

소유권 이론(property rights theory)은 이해득실의 상황에 있는 자에게 토지는 물론이고 생산 요소나 상품에 대한 소유권을 제공함으로써 권리가 비용을 상회하고 이득을 얻게 되어 시장의 효율성을 증대하는가를 탐구한다.

다수설은 법에 의하여 조직적으로 보장되는 物權은 개인에게 투자, 창조, 교역 등 경제행위에 참여하려는 인센티브를 제공하고 보다 효과적인 시장을 만드는데 기여한다. 대상에 대한 배타적 지배, 즉 물권은 시장의 규제자인 정부에 의하여 암묵적으로 또는 명시적으로 창출되는데, 정부는 법령을 통하여 기술적 명령 또는 통제를 행한다. 물권은 대세적 · 절대적 권리로서 계약에 의하여 발생하고 대인적 · 상대적 권리인 債權과 구별된다.

최근에는 협동적, 자율규제적(self-regulatory), 후기규제적(post-regulatory), 그리고 반향적 법 접근방식을 통하여 명령이나 규제를 행한다. 경제학에서는 거래비용에 따라 다양한 형태의 물권제도가 발전할 수 있다. 따라서 경제학적으로 물권제도는 다음과 같이 정의된다. 특정 사회 구조하에 깊이 뿌리 내린 지위, 역할, 규범과 가치의 복합체로 생명 유지 자원을 생산하고, 인간을 재생산하며, 주어진 환경하에서 생존가능한 사회적 구조를 지탱하려는 근본적인 문제에 관하여 인간행위의 안정적인 패턴을 조직화한다.

조나단 터너의 제도의 서열 이론(The Institutional Order)에 의하면, 경제적 관점의 물권은 가치와 안정성을 갖는 시스템 또는 구조이다. 거래비용은 물권으로서의 자격을 갖추고, 물권을 관리 유지하며, 타인에게 이를 강제하는데 소요되는 비용이다. 로널드 코어스는 (Ronald Coase)는 물권의 창출과 양도를 명확하게 하는 것은 외부비용(externalities)을 내부화하고 환경문제를 해결하는데 도움을 주는 한편, 미래를 위하여 자원을 보존하도록 인센티브를 제공한다.

그는 외부비용은 비효율로 이어지므로 이상적으로 영(zero)이 되어야 한다고 주장한다. 즉 코어스 정리에 따르면 물건을 구입하고 유지하는 비용 중 가장 많이 발생하는 비용이 거래비용이므로, 거래비용은 소유권으로부터 얻는 것보다 더 작은 사적 이익을 받게 하거나 사적 이익을 창출하지 못하게 함으로써, 배분적 정의의 관점에서 효율적이지 못한 자를 잉태하기 때문이다.

존 로크, 아담 스미스, 칼 맑스 등 고전 경제학자들은 경제 발전 과정에서 소유권의 중요성을 인정하였는데, 현대 경제학자들도 이들의 주장에 동의하고 있다. 로크는 '인간의 노동'을 '인간의 재산'으로 보았고, 따라서 재산(property)이란 인간의 노동을 기다리는 충분한 유사한 질(quality)의 토지가 존재하는 한, 인간의 노동을 통하여 유지되고 지탱되는 모든 토지를 지칭한다고 한다.

이러한 로크의 이상론은 재산이란 넓은 의미에서 인간이 자신의 노동으로 창출하고 유지하는 상품으로 이해되게 된다. 이러한 財産에 대한 인간의 관념은 아담 스미스에 의하여 발전되는데, 그는 상품을 생산하는데 필요한 인간의 노동은 그 자체로 가치를 창출하지 못하고, '상품에 화체되어 인식되고 현실화된 노동' 또는 '사람들이 다른 상품과 창출된 상품을 시장에서 교환하려 함으로써 인식되는 가치'가 재산이라고 믿었다.

그는 상품의 생산을 위한 분업(division of labor)은 장려할 일이며, 그것은 사회 전체적으로 좋은 현상이라고 하였다. 맑스는 이러한 주장을 비판한다. 샌포드 그로스만, 올리버 하트 및 존 하드맨 무어는 불완전 계약 모형에 기초한 회사이론을 통하여 소유권이론을 발전시켰다. 이들은 실제 세계에서 계약은 불완전하며, 따라서 세상 어느 국가에서도 사람들이 어떠한 결정을 내릴지 계약적 관점에서 구체화하기는 불가능하다고 주장한다.

따라서 사람들은 장래 협상에서 자신들의 投資果實 일부만을 가지게 되고, 불충분한 투자 인센티브 상태에 놓이게 된다. 이러한 상태에 이르면 사람들은 強盜 같은 마음이 되어 모든 걸 바꾸려 한다. 이때에 소유권은 결정적으로 중요한데, 그것은 사람들이 합의에 이르지 못하는 경우, 미래의 협상과 결정에서 '누가 지배적 지위에 있는가'가 소유권에 달려 있기 때문이다.

다시 말하면 소유권은 비록 소유의 분배와 상관없이 즉 협상의 부분이 되면서 잉여라 할 수 있는 協商力 - 협상은 대등한 자간의 현상인데, 협상력이란 말로 인하여 잉여가 된다 - 즉 사람들에게 미래의 협상에서의 우열을 정하기 때문이다. 따라서 회사 이론을 통한 소유권이론은 사기업 차원에서 통합의 장단점을 해명할 수 있다. 또한 동 이론은 공공재의 공급과 사유화 문제(privatization) 등 다양한 주제 영역에 적용되고 있다.

회사 이론을 통한 소유권 이론은 다른 여러 주장으로 발전하는데, 예컨대, 어떤 학자는 협상을 통한 비대칭적 정보(asymmetric information)로 인한 현실적 차이 등 협상을 통한 해결방법의 차이를 연구하기도 한다. 물권은 우리가 사는 시장의 효율성 - 즉 거래가 활발해 지고 개인에게는 인센티브를 가져 온다 - 이러한 물권은 원리적으로 3가지 특성을 가진다.

먼저 보편성(universality)인데 모든 희소자원은 누군가에 의하여 소유되고 있다. 다음으로 배타성(exclusivity)인데, 물권은 對世的 權利이고 배타적 성격을 갖는다. 마지막으로 이전성(transferability)인데, 자원은 저효율의 이용으로부터 보다 높은 효율의 이용으로 이전되어 배분된다.

다. 회사의 본질과 거래비용

회사의 본질(Nature of firm)이란 책은 로널드 코어스의 에세이집인데, 코어스는 이 책에서 기존의 배타적인 계약 중심의 경제이론 - 즉 다른 자와의 계약을 통하여 독립적인 자연인 또는 개인회사 형태를 중심으로 한 설명 - 을 넘어 '왜 현실에서는 회사조직이 경제와 시장에서 대세를 이루는가'에 관하여 설명하고 있다. 코어스는 우리의 물질적 생활을 위한 생산이 회사 조직 없이도 가능하다면 그 수많은 회사는 "왜 또는 어떤 조건에서 생성되었는가?"라는 근원적 질문을 던진다.

현대의 기업들은 어떤 분야의 기업가가 사람들을 고용하면서 만들어졌다. 코어스의 분석은 기업가들이 어떠한 과업 수행을 위하여 계약을 체결하지 않고 인력을 고용하여 과업을 수행하겠다는 결정을 함으로써 회사 조직이 탄생하였다고 결론 내린다. 법상 都給契約과 雇用契約에 대비되는 아이디어이다. 또한 과거 IMF 시절 대량해고가 있었고 기왕의 피고용인들이 소사장이나 일인기업에 내몰린 현실을 상기시킨다. 코어스는 자신의 에세이에서 두가지 차원의 주장을 한다. 즉 '회사 조직의 탄생 이유'와 '회사 조직을 이루는 구성원 수의 상한'이 그것이다.

코어스는 거래비용(transaction cost)에 관하여 설명하는데, 시장을 이용하는데 소요되는 수 많은 거래비용을 지적한다. 즉 시장을 통하여 상품이나 서비스를 구입하는데 드는 비용은 실제 시장가액보다 높다. 그 밖에 검색 및 정보비용, 협상 비용, 영업비밀 유지비용, 감시하고 집행하는데 드는 비용 등 잠재적 모든 비용으로 인하여 시장에서 상품이나 서비스를 구입하는데 드는 총비용이 증가된다.

이러한 배경하에 회사를 통하여 자신들이 필요한 것을 내부적으로 생산할 수 있고, 부가적 거래비용을 절약할 수 있다는 것이다. 이러한 회사조직의 유용성, 즉 내부화(internalization)를 통한 자체 생산은 자연적 한계를 갖는데, 그것은 조직의 규모에 따라 증가하는 간접비용(overhead cost)과 오만한 관리자들 때문이다. 그에 의하면 증가하는 간접비용과 오만한 관리자들은 자원 배분에 있어 실패를 가져와 회사 조직의 비효율성의 원인이 된다.

코어스는 회사의 적정한 규모는 얼마나 많은 계약관계가 내부화되어야 하는가 아니면 외주화 되는가에 달려 있는데, 이는 여러 거래비용이 상호 얽혀 경쟁하는 현실에서 적절한 균형을 통하여 결정된다. 일반적으로 회사의 적정규모는 규모의 경제 원칙 (scale of economies)에 따라 클수록 효율적인데, 점차 규모의 경제 효과가 감쇄됨에 따라 큰 기업에 불리하기 시작한다. 따라서 회사조직의 규모는 무한정으로 클 수 없다. 다른 조건이 변수가 아니라 할 때 회사조직은 대형화되는 경향을 갖는데, 그것은 다음 3가지 이유 때문이다.

첫째, 조직 비용이 감소하고, 조직된 거래의 증가로 거래비용의 증가가 둔화되는 경향을 보인다.

둘째, 기업 경영자가 실수를 범할 확률이 적어지고, 조직된 거래의 증가로 인하여 실수의 증가율이 적어진다.

셋째, 회사조직을 통한 생산요소 공급차원에서의 비용저감은 대형 회사조직에서 더 많이 발생한다. 물론 코어스 이론은 친구간 또는 가족간 거래인 비계약적 관계에는 적용되지 않는다.

코어스는 "경제학자는 아담 스미쓰와 같이 실제 생활에서의 부 창출에 대하여 연구하여야 하고, 선택의 과학으로서 경성적 성격의 기존 경제과학(hard economic science)이 되어서는 안된다"고 주장하였다.

즉 그는 "경제와 시장이 기반하고 있는 사회, 역사, 문화적 요소들, 그리고 경제를 작동시키는 정치적 요소를 함께 고려하여야 한다"고 주장하면서, 경제학의 새로운 방법론을 제시하였다.

이는 정치나 경제 연구에 있어 미국학계의 현실주의, 그리고 영국의 신현실주의를 연상시키면서 두가지 방법론을 대비시킨다. 코어스 이론을 알 수 있는 또 하나의 저작으로 1960년 사회비용의 문제(Problem of social cost)를 들 수 있다.

코어스는 '사회비용의 문제'라는 책을 통하여 잘 정의된 물권은 그것이 거래비용의 문제가 아닌 한 외부비용의 문제를 극복할 수 있게 한다고 주장한다. 그의 주장은 코어스의 정리(Coase theorem)로 완성되는데, 동 이론은 그가 1991년 노벨 경제학상을 수상하는데 결정적 역할을 하였다. 한편 그는 현대 조직경제학 연구에 큰 기여를 하였는데, 이후 2007년 역시 노벨 경제학상을 수상한 올리버 윌리엄슨(Oliver Williamson)에 의하여 조직 경제학 연구가 다시 부활된다.

라. 중국의 소유권법

중국의 소유권법은 수세기 동안 다양한 형식으로 존재하였다. 1949년 중국 공산주의 혁명이 발발하자, 대부분의 토지소유권은 집단 또는 국가의 소유가 되었다. 2007년 중국 인민공화국의 物權法은 재산권을 성문화하였다. 1912-1949

년 중국 국민당 정부 시절, 공동체법 또는 관습법상의 권리로서 지주, 귀족, 종교시설 및 부락공동체에 토지에 관한 권리를 인정하였다.

통치기간 중 정부는 독일과 일본 민법을 계수하여 물권법을 제정하였다. 국민당 정부하에서 대부분의 임야는 사적으로 소유되었다. 중국 공산당이 권력을 장악한 이후에는 사적 소유권을 폐지하기 시작하였고, 임야와 대지에 대한 집단소유권제도가 완성되기 이전까지는 여전히 임야나 대지에 대하여 사적 소유권이 인정되고 있었다.

공산주의 또는 사회주의 교리하에 중국 물권법과 물권의 개념들이 발전하게 된다. 중국 공산당의 통제하에 있던 지역에서는 토지개혁에 따라 기존의 토지 소유권 체제가 해체되게 된다. 1930년대 토지개혁 즈음 구 혁명 전초기지였던 장시 소비에트(Jianxi Soviet)와 샤간닝 경계구(Shaan-Gan-Ning Border Region)등지에서 비교적 사회적 혼란없이 토지개혁이 행해진다. 중산층 또는 부층의 농민들은 자신들 소유권의 일부를 계속 향유할 수 있었고, 새로운 지주들은 자신들의 생계를 유지하기 충분한 토지를 배정받았다.

2차 세계대전이 끝나자마자, 토지개혁은 혁명적 방법으로 급진전한다. 그러나 1948년 모택동의 교화연설이 있기전까지는 여전히 토지개혁은 온건한 방식이 주류를 이루었다. 중국에서의 토지소유권과 토지의 지배 제도는 수차례 변화를 겪는다. 농촌지역의 경우 이러한 변화는 1956년 고등농산업협동조합(Higher Agricultural Production Cooperatives)의 창설로 시작된다.

이후 농촌지역의 사적 소유권은 철저히 폐지되었고, 농촌지역 토지의 소유와 이용은 국가(state)나 집단공동체(collectives)권한이 되었다. 중국의 1950-1952년 토지개혁은 인류 역사상 가장 대규모의 강제적 조치였다. 이때의 토지개혁으로 2억 내지 2억 4천 에이커의 경작 가능한 토지가 7,500만 농민에게 무상 분배되었다.

1980년대 중반 탈집단화가 행해지기 이전, 이러한 집단 소유권제에 대한 공공정책은 오직 두가지 절대적 기준에 의하여 유지되었다. 소유권의 集團化水準과 土地의 私的 利用의 정도가 그것이다. 1958년에서 1962년에 걸쳐 일어난 중국의 대약진운동(The Great Leap Forward)은 중앙정부에게 기존 토지소유권을

지역 공산당(commune)으로부터 생산 단위(production team)로 이전토록 압박하였다.

이러한 소유권제의 변혁은 1962년 제정된 당 강령에 규정되게 되고, 토지 소유권을 제외한 토지의 사적 사용에 대한 6가지 자유는 시대에 따라 다양하게 변화된다. 1958년 이전까지만 해도 중국의 농촌지역은 거대한 행정단위로 나뉘어져 있었고, 지역 공산당의 농부들은 공동소유 토지 일부를 자신들만의 이익을 위하여 사용할 수 있는 권리를 배정받았다(ziliudi).

지역에 따라 농업의 사적 전용의 정도는 차이가 있었으며, 私的 專用과 管理에 의 권리가 개별 농가구에 부여되었다. 농가구들은 낮은 고정 가격으로 국가에 일정량의 수확물을 인도하기 위한 계약 협상을 해야 한다. 계약의 일정량을 초과한 부분은 사시장(私市場)에서 자유롭게 매각할 수 있었다. 이러한 개별 농가구의 특권은 대약진운동과 1966-1976년 文化大革命 時期에 걸쳐 2번에 걸쳐 철폐되었다가 다시 시행되는 등 반복을 거듭하였다.

도시지역의 경우 1950년대 산업시설과 회사들에 대한 국유화 조치가 행해진 이후, 이들은 법률적 근거 없이 국가의 소유가 되게 된다. 국가의 토지소유권은 절대적이고, 따라서 사적 소유권은 존재할 수 없다는 원칙이 법에도 그대로 담겨지게 되는데, 지금까지도 그것은 체제의 기본원칙으로 지켜지고 있다.

그러나 1980년대 초까지만 해도, 도시지역 토지는 국가의 소유이고 사적 소유권의 대상이 될 수 없다는 관념은 국가토지관리위원회(State Land Administration)에 의하여 공적으로 다투어지게 된다. 등소평 시대에 이르러 중국의 물권법제도와 그 법적 근거는 1982년 헌법에 의하여 구체화된다. 1982년 헌법은 생산수단으로서의 사회주의 공공소유권(socialist public ownership)에 대하여 규정하게 된다.

사회주의 공공소유권은 국가 소유권과 집단소유권으로 나뉘어진다. 2004년 4번째 헌법개정이 이루어지고, 헌법 제 13조에서는 “시민의 합법적인 사소유권은 침범할 수 없다”라고 규정하고 있다. 국가는 법에 따라 시민의 물권과 상속권을 보호하여야 한다. 국가는 공공복리를 위하여 필요한 경우 사적 소유권을 수용·징발할 수 있으며, 이때 그에 대한 보상을 하여야 한다.

따라서 중국의 물권법은 역사적으로 발전되어 왔다. 가장 최근에 이루어진 발전은 14년여의 토론을 거쳐 만들어진 2007년 3월 물권법의 제정인데, 이는 중화인민공화국의 진화하고 있는 시민법(市民法)의 가장 중요한 골간이 되는 것으로 평가되고 있다. 중국의 토지나 재산에 대하여 투자하거나 개발하려는 자는 중국의 물권법, 그중에서도 2007년 제정된 물권법을 참고하여야 한다. 동법은 중국 역사상 처음으로 개인 투자자의 권리를 국가이익과 대등하도록 두텁게 보호하고 있다.

중국의 물권법상 物權은 3가지 종류가 있는데, 그것은 소유권(ownership rights), 이용권(usefructuary rights)과 담보권(security rights)이 그것이다. 소유권은 중화인민공화국 물권법 제 39조에서 보호하고 있는데, 법은 소유권자에게, 소유권의 객체인 부동산에 대한 점유, 사용, 처분권을 부여하고 부동산으로부터 발생하는 果實을 소유할 수 있다고 규정하고 있다.

그러나 이러한 소유권은 法에 따라 행사되어야 하고 사회도덕에 위반되어서는 안된다. 토지소유권은 공공의 이익에 해가 되어서는 안되며 다른 자의 합법적 권리나 이익을 침해해서는 안된다. 따라서 중국의 토지 소유권을 개관하면 농촌지역의 토지는 지역 집단공동체의 소유가 되고, 도시지역은 국가의 소유가 된다. 그러나 중국물권법 제 70조에서는 아파트의 전용구역의 소유권에 관한 排他的 權利를 개인에게 인정하고 있다.

부동산에 대한 이용권자(The owner of a usefructuary right)는 다른 자가 소유하고 있는 부동산을 점유하고 이용하며, 그로부터 收益을 얻을 수 있는 권리를 갖는다. 권리자는 부동산에 대한 이용권자가 권리를 행사하는 것을 방해해서는 안된다. 부동산 이용권은 몇가지 유형으로 나뉘어지는데, '계약에 의한 관리권' '건설토지 이용권' '주거용 주택 사용권' 및 '전세권'이 그것이다.

계약에 의한 토지 관리권(Right to land contractual management)은 계약 상대방에게 농업용 토지를 점유·사용하고 그로부터 이익을 취할 수 있는 권리를 말한다. 이러한 토지 관리권은 양도·이전 될 수 있다. 다만 농업용 가구의 소유를 위한 토지 사용권은 비농업용 목적을 위하여 변경되어서는 안된다.

국가는 도시 지역의 부동산을 소유하는 주체이다. 건설용 토지사용권은 개발업자에게 토지의 개발로 인한 이익을 취득할 수 있는 권리를 창설한다. 건설용 토지사용권(Right to use of construction land)은 국가 소유의 토지에 관하여 창설되며, 동 권리자는 토지 위에 건물과 건물의 부속 시설을 축조할 수 있다.

이러한 권리는 토지의 점유와 사용, 수익권을 내용으로 하는 계약에 의한 토지 관리권에 더하여 인정된다. 건설용 토지사용권은 위임되거나 이전될 수 있다. 다만 권리의 移轉은 제한적 범위 내에서 인정된다. 건물의 소유권은 토지와 함께 이전되며, 권리자의 보호를 위하여 권리의 존속기간은 자동적으로 갱신되고, 국가가 이를 환수할 경우에는 그에 대한 보상이 주어진다.

주거용 주택 토지에 관한 권리(Right to use residential housing land)는 대상 토지를 집단적으로 점유·사용할 수 있는 권리로서, 권리자는 토지 위에 주거용 주택과 부속시설을 축조할 수 있다. 주거용 토지 이용권의 획득, 행사, 이전 등은 토지관리법과 기타 관계법령에 따라야 한다.

지역권(Easement)은 자신의 부동산의 편익을 위하여 타인의 부동산을 사용할 수 있는 권리이다. 지역권은 계약에 의하여 창설되고 규율된다. 담보권(Security rights)은 저당권(mortgages), 질권(pledges), 유치권(liens)으로 구별된다. 물건에 대한 담보권자는 채무자가 자신의 채무를 이행하지 않는 경우 물건에 대하여 우선권을 갖는다.

담보권은 독자적으로 창설되지 않으며, 有效한 主債務가 존재하여야 한다. 채무의 소멸로 담보권도 소멸한다. 베이징의 토지에 대하여 외국인은 투자할 수 없다. 중국의 토지는 전술한 바와 같이 원칙적으로 국가와 집단공동체의 소유이다. 토지의 이용권자는 단지 토지의 사용권만을 가지며, 토지나, 토지 상부 또는 지하의 천연자원을 소유하는 것은 아니다.

토지의 이용권은 도시나 군 단위의 인민정부 토지관리청(Land administration department)과 토지이용자 간 계약에 의하여 창설된다. 토지 이용권의 창설 계약은 署名 되어야 효력을 발생한다. 토지 이용권은 계약, 증여, 경매 등에 의하여 토지관리청으로부터 취득할 수 있다.

토지이용권 창설의 방법과 상관없이 토지이용권 창설 계약 또는 토지창설계약은 시 군단위 또는 그 이상의 단위 토지관리청과 토지 이용권자와의 합의(合意)가 있어야 한다. 도시의 국가소유 토지에 대한 이용권의 증여와 양도에 관한 임시 규정 제 12조는 토지의 이용목적에 따라 存屬期間을 달리 규정하고 있다.

주거용 토지의 경우 70년, 산업용 토지의 경우 50년, 교육, 과학, 기술, 문화, 보건 또는 스포츠 목적의 경우 50년, 상업용, 여행 또는 레크리에이션의 경우 40년, 복합적 목적이나 그 밖의 목적 50년 등이다. 중국의 경우 토지의 이용권과 소유권의 등기에 관한 공식적이고 통일적인 절차는 존재하지 않는다. 토지에 관한 모든 권리는 정부의 공식 등기소에 登記 하여야 한다.

등기의 존재는 물권을 증명하는 증거가 된다. 그러나 개별 권리에 따라 다른 등기 절차에 따라 등기되어야 하는 경우가 있다. 물권법은 등기에 관한 일반적 지침만을 담고 있다. 물권법 제 6조는 부동산에 대한 권리의 창설, 변경, 이전, 소멸 등의 경우에 등기에 필요한 요건을 규정하고 있다. 물권법 제 10(2)(1)은 모든 부동산 물권에 대하여 통일적인 등기제도를 두고 있다.

그러나 이러한 통일적 물권제도는 현재 베이징이나 상하이 등 일급 도시 지역에서 채택되고 있을 뿐이다. 그 밖의 작은 도시들에서는 아직 단일의 통일적인 등기제도가 시행되지 않는 경우가 많으며, 완전히 시행되기까지는 시일이 더 필요한 현실이다. 또한 제 10조 1항은 등기에 관하여 개별 지역의 자율적 규정을 허용하고 있다.

중국은 중화인민공화국 법무부 상하 공증인제도(Public notaries system)을 두고 있다. 공증인들은 물권의 공증에 관하여 권한과 책임을 행사한다. 이하에서는 부동산법제 개혁이후의 부동산 수용절차에 관한 설명이다. 1978년 이전 물건의 국유화 제도와 혼동하여서는 안된다. 중국 정부는 헌법과 관련 법률에 따라 개인과 체결한 토지 이용권 및 집단공동체로부터 취득한 토지에의 권리를 수용할 권한을 보유한다.

모든 토지는 집단공동체(collectives) 또는 국가(state)에 의하여 소유되므로, 농촌지역 토지의 수용은 공익목적에 이유로 토지이용권 설정을 취소함으로써

가능하다. 공익목적(public interest)이라는 정의는 그 자체로 모호하므로, 그것이 무엇을 의미하는지 정의하는 과정에서 구체화 될 수 있는 개념이다. 대체로 국방, 교통, 간접사회자본시설, 교육, 보건 등의 목적을 포함한다.

규정의 시행을 위하여 개정된 최근의 수정법령은 토지수용에 있어 正義와 衡平을 강조하고 있다. 특히 보상을 의무화하고 있는데, 토지의 상실에 대한 보상에 더하여 재정착 보조금, 건축물과 현존 과실 등을 보상하여야 한다. 그러나 앞의 두가지 보상은 농부가 아닌 집단공동체에 하여야 하며, 非土地 농촌 지역 자산에 대한 보상은 매우 자의적이다.

농부와 집단공동체가 수용절차개시 사실을 고지 받으면, 절차가 개시된다. 보상과 재정착에 대한 異議는 수용절차의 진행을 방해할 수 없다. 도시지역 토지의 수용절차는 토지관리청이 권한과 책임을 행사하는데, 토지이용권은 다음의 다섯가지 사유가 발생한 경우 철회될 수 있다.

즉 공공이익, 구도심의 재건축, 토지이용권 존속기간의 경과, 배정된 토지에 대한 권리자의 해체(Dissolution of holder of allocated rights), 공공 사회간접 시설에 대한 이용권의 종료 등이 그것이다. 앞의 두가지 경우에는 권리자에게 적절한 보상(appropriate compensation)이 제공되어야 한다.

토지는 원칙적으로 국가 소유이므로, 補償은 권리자 이용권의 상실에 대한 보상이 아니고, 喪失한 사적 재산권 부분에 관한 보상이다. 보상은 시장가치에 상응한 현금, 이사비용과 재정착 보조금 또는 그에 상응하는 가액과 이전 비용 등으로 이루어진다.

마. 구 소비에트와 중국의 계약법

이하에서는 1960년대 구 소비에트 계약법의 기본 골간을 개관하는 한편 뉴 밀레니움 시대 유럽법과 중국법을 비교해 봄으로써, 사회주의와 계약법, 계약법의 현대적 융화현상에 대하여 알아 본다. 주지하듯이 중국은 자본주의적 생산 방식을 도입하고, 구 소비에트와 소비에트 위성국가들은 1990년대 동유럽의 혁명을 통하여 체제전환국이 되었다.

Gsovski는 구 소비에트 계약법은 소비에트법의 사회주의적 본질을 구현하기 위하여 여러 장들이 삽입되었다고 한다. 그러나 혁명 후 소비에트 계약법의 많은 조항들은 그 자체로 서구 자본주의 민사법적 성격을 가지고 있었다. 소비에트적 요소를 가지고 계약법이나 다른 법 영역에 영향을 미치는 가장 중요한 조항은 제 1장과 제 30장인데, 제 1장은 “법은 그것이 사회적 경제적 목적에 반하지 않는 한 사적 권리를 보호한다”고 규정하고 있다.

“The law protects private rights except as they are exercised in contradiction to their social and economic purpose.”

또한 동 법률 제정시 일반 보고관으로 활약한 Goichbarg는 자신이 작성한 보고서에서 “권리는 사인에게 배타적으로 부여되며, 이는 국가의 생산력을 증진하기 위한 것이다. 권리가 다른 목적으로 사용되는 경우 보호되지 않는다”라고 기술하고 있다.

“...rights are being given to private individuals exclusively with the view to develop forces of production of the country, and they would not be protected if they should be used for other purposes.”

또한 법적 권능은 국가에 의하여 시민에게 부여되며, 이는 국가의 생산력 증진을 목적으로 한다. 소비에트 私法과 法的 權能에 관한 제한적 시각은 물론 기존의 법관념에 배치된다. 특히 법 제 1조와 4조는 서양 문명국들이 크게 반발한 조항이다. 즉 동 조항들은 “법적 권능은 천부인권으로서 절대적이고, 인간은 탄생과 함께 시민적 권리를 얻게되며, 국가는 이를 확인할 뿐이고, 국가에 의하여 시민적 권리나 사법상 권리가 창출되는 것은 아니다”라는 서양 문명국 법관념에 배치된다는 것이다.

이는 우리 헌법상 기본권 인권에 관한 천부인권설과 實定權說 이라는 대치되는 두 시각에 비견될 수 있다. 제 147장에서는 기타 법원칙들이 선언되어 있는데, 계약이 법에 반하거나 국가에 피해를 주는 경우, 어떠한 당사자도 상대방에게 이미 이행한 부분에 대한 원상복구를 주장할 권리를 갖지 않는다. 부당이득 (unjust enrichment)은 국가의 이익으로 귀속된다.

러시아 민사법 제 30조는 아마도 비소비에트 법적 표준으로부터 가장 일탈한 조항의 하나일 것이다. 동 조항에 따르면 무효인 계약에 따라 상대방에게 이행된 부분은 국가에게 원상회복된다. 이행한 자에게 원상회복되는 것이 아니라 국가에 귀속되어 버리는 것이다. 소비에트 헌법 제 130조는 시민들에게 법을 준수하고, 노동 훈련을 지속하며, 공적 의무를 이행하고, 사회주의 공동체 생활의 규율을 준수할 의무를 부과하고 있다.

또한 1938년 법원조직법 제 3조는 "사회주의 공동체 생활을 존중하고... 그 정신에 따라...법원은 시민을 교육하고..."라고 규정하고 있다. 소비에트 민법의 다른 조항에서는 "분량이 많은 계약은 공증이 있어야 효력을 갖는다. 특히 정부 기업이 계약의 당사자인 경우에는 더욱 그러하다"라고 규정하고 있다.

소비에트 러시아에서 공증인(Notaries public)은 정부 공무원의 자격을 가지며, 자신이 공증한 행위에 대하여 영구히 기록을 보존할 의무를 갖는다. 따라서 공증제도를 통하여 정부는 私의 去來를 감시할 수 있다. 이러한 이유로 민법에서는 계약자유의 원칙을 선언하고 있지 않다. 또한 민법 교과서에서는 사적인 법률관계에서 개인 의사의 자유를 중요한 요소로 인정하면서도 계약당사자들의 의사에 대하여 국가의 우위를 강조하고 있다.

政府企業契約에 있어 특별한 문제가 발생한다. 계약에 관한 기존 이론들은 현실적으로 소비에트 계약의 대부분이 공적 성격을 가지므로 적용되지 않는 경우가 많다. 특히 산업과 통상에 관여하는 정부기업들의 계약에 대하여는 원칙적으로 적용되지 않는다. "계약 대 경제의 사회주의적 부분(Contract v. Socialized Sector Economy)"이라는 이분법은 소비에트 법학자들에게 많은 문제를 던지고 있다.

Gsovski가 말하듯이, 소비에트법은 처음에는 사인간의 법률관계로 민법이 그대로 적용되는 영역과 사업에 관련된 정부기업 간에 적용되는 영역으로 이분화되어 있었다. 후자는 경제행정법(economic administrative law)이라 불리우는 영역으로 계획경제 논리가 지배하며, 계약 자유의 원칙 적용이 부인되는 영역이다. 二分法의 원안은 사회주의 법제도의 통일성을 근거없이 저해한다는 이유로 좌절되게 된다.

그러나 이분법의 좌절에도 불구하고 이후 민법에 포함되지 않았지만, 국가의 일반적 경제계획을 수행하기 위하여 설립된 정부기업들의 계약관계를 규율하는 많은 특별 입법이 있게 된다. Gsovski는 이러한 公的 性格의 계약 영역에서는 국가계획이 절대적으로 우선하고 당사자의 자유의사는 심각하게 제한받는다고 결론내린다.

시초 소비에트법의 계약법 체제 하에서 계약법은 계약당사자의 의사를 실현하려는 기본 목적을 가지고 있었지만, 국가소유기업들간 거래에 있어 기본 아이디어는 정부의 경제계획의 실현을 달성하기 위한 목적을 가지고 있었다. 유럽 연합과 중국의 법제도사이의 가장 중요한 차이는 계약의 自由에 관한 定義와 그 法的 定義에 있다. 역사적으로 중국에서는 계약의 자유(freedom of contract)관념이 보편적으로 인정되었던 것은 아니다.

반면 유럽연합법 하에서 계약의 자유는 사법의 기본원칙으로 인정되어 왔고, 계약의 사회적 요소(社會的 要素)는 보편적으로 무시되어 왔다. 이러한 원칙은 특히 18-19세기에 걸쳐 서양 근대사법의 보편적인 흐름이었다. 그러나 현대에 이르러 중국은 계약 자유의 관념을 인정하기 시작하였고, 1990년대 후반 이후 계약의 사회적 요소 측면의 고려는 줄어들기 시작했다.

반면에 유럽의 경우 시장의 실패를 교정하기 위한 노력의 일환으로 계약에 있어 실질적 정의를 보장하기 위하여 계약의 사회적 요소가 강조되기 시작하였다. 19세기 이후 私法의 철칙이었던 계약 자유의 원칙은 기간이 감에 따라 약화되기 시작한다. 따라서 현대에 이르러 동양과 서양간 사회적 가치는 점진적으로 수렴하는 양상을 보인다고 말하는 것은 틀리지 않다.

바. 맺으며

우리는 자연을 개척하고 상품을 생산 교환함으로써 우리의 물질적 수요를 충족시켜 왔다. 그 근처에는 ‘인센티브로서의 소유권 제도’와 ‘신분에서 계약으로’라는 헨리 메인(Henry Maine)의 말처럼 계약이라는 법적 기제가 중요한 역할을 하고 있다. 우리는 앞에서 여러 가지를 배울 수 있었다.

첫째, 소유권의 본질과 시장과 경제에서 그것이 역할하는 바이다. 잘 정의된

소유권 제도(well-defined property right)는 자본에 인센티브를 제공하고 시장을 제대로 기능하게 한다.

둘째, 소유권은 보편성(universality), 배타성(exclusivity), 이전성(transferability)을 갖는데, 존 로크는 인간의 노동을 소유권의 본질이자 가치로 보았고, 아담 스미스(Adam Smith)는 인간의 노동은 그 자체로 가치를 창출하지 못하고, 상품에 화체되어 인식되고 현실화된 노동 또는 사람들이 다른 상품과 창출된 상품을 시장에서 교환하려 함으로써 인식되는 가치라고 보았다. 이러한 아담 스미스의 주장은 잉여가치론과 노동의 착취를 주장한 맑스에 의하여 비판된다.

셋째, 그로스만(Sanford Grossman), 하트(Oliver Hart) 및 무어(John Hardman Moore)는 불완전 계약 모형에 기초한 회사이론을 통하여 소유권이론을 발전시켰는데, 이때에 소유권은 미래 협상력의 기초를 제공하며, 여러 가지 상황에서 자본의 결정에 결정적 변수로 기능한다. 靜態的 概念의 소유권을 계약이나 협상이라는 차원에서 動態的 機能의 관점에서 바라보았다.

넷째, 로널드 코어스(Ronald Coase)는 소유권과 계약이라는 도식적 이분법을 넘어 자본주의 체제의 총이라 할 수 있는 會社制度의 本質을 연구하였다. 회사 제도는 사회주의 경제체제나 기존의 계약에 대하여 중도적 성격의 제도라 할 수 있다. 회사제도가 자본주의 경제체제의 부분적 사회화라면 앞서본 러시아 소비에트나 중국 농촌지역의 집단공동체에 대비된다.

무엇보다도 로널드 코어스는 법경제학(law and economics)의 단초를 열었고, 기존 미국 경제학계의 원리주의나 현실주의에 대하여 신현실주의적(neo-realistic)연구방법의 중요성을 강조하였다. 신현실주의적 방법론은 그 현실적 설득력으로 인하여 가장 현실주의적인 학문이자 실용학문인 법학 연구에 접목되어 법경제학이 발전할 수 있는 토양을 제공한다.

그는 기업의 환경비용 문제도 언급하였는데, 기업은 환경비용을 내부화 함으로써 이윤을 극대화할 수 있다고 하면서, 우파인 개발론자(developmentalist)와 좌파인 환경론자(environmentalist)의 대립에서 온건한 중도를 선택할 수 있게 한다.

다섯째, 사회주의 소유권법이나 계약법은 점차로 자유주의 법에 접근·융화하는 현상을 보이고 있다. 소위 고전적 자본주의와 고전적 사회주의가 수정노선을 걸으면서 접근·융화하는 것이다.

중국의 소유권법은 기본적으로 사회주의적 골간을 가지고 있어 자유주의 소유권법제와 달리 개인의 소유권을 보장하지 않는다. 즉 도시지역은 국가(state), 농촌지역은 집단공동체(collective community)가 토지에 대한 완전하고 절대적인 소유권의 주체가 된다. 그러나 부동산 이용권 등을 통하여 현실은 자본주의 소유권법제에 유사하게 되는데, 여전히 국가의 통제와 관리권한은 소유권제도에서 절대적 역할을 한다.

뉴 밀레니움 시대에 자유주의 계약법과 사회주의 계약법은 매우 유사하게 접근·융화하고 있지만, 고전적 사회주의체제라 할 수 있는 구 소비에트 사회주의 계약법은 계약의 자유를 인정하지 않고, 국가와 사적 영역에 관한 이원적(二元的) 계약법 체제를 유지하면서, 계약의 무효로 인한 부당이득(unjust enrichment)을 국가에 환원케 하는 등 여전히 국가 중심의 공적 성격이 짙게 배여 있다.

경제와 시장, 소유권, 계약 등의 이야기를 하다보니, 80년대 즐겨 듣던 '세이 유(Say you), 세이 미(Say me)' 노래를 부른 라이오넬 리치라는 가수가 생각난다. 라이오넬 리치(Lionel Richie)이름은 묘하게도 퍼스트 네임은 사자(Lion)나 부자들의 모임이라는 라이온스 클럽을 연상시키고, 라스트 네임은 富 라는 의미의 '리치'라 들린다. 노래 제목 '세이 유, 세이 미'는 법경제학 컨퍼런스의 발표자들에게 '너 말해라, 나 말할게' 같이 들리니 재미있다.

경제와 소유권은 우리의 직업이다. '목포의 눈물'처럼, 양희은의 '하얀 목련'이나 이연실의 '목로주점' 노래처럼 나무는 우리 직업인의 애환을 상징한다. 90년대 무렵 혜성 같이 등장하여 골프계의 스타가 된 타이거 우즈(Tiger Woods) 이름은 '호랑이 같은 나무들'이니, 우리의 성공한 직업인들을 떠올리게 한다.

이제 대한민국의 일인당 국민소득이 급기야 일본을 추월하고 미국에 근접해가고 있다. 80, 90년대 한창이었던 686 세상과 다른 세상이 되어 버린 지금, 라이오넬 리치의 노래와 함께 옛 추억에 잠겨본다. 지난 1월 12일 조선대와 비교

형사법 학회의 학술대회가 있었다. 많은 발표자와 토론자가 참가하여 성대하게 치루어졌는데, 원장으로서 환영사를 하는 영광을 가졌다. 마침 학술대회 주제가 '재산범죄의 비교법적 고찰'이었는데, 이번 포스팅과도 관련이 없지 않다.

學會에 참가하면 항상 떠오르는 노래가 이문세의 '난 아직 모르잖아요'와 이선희의 '알고 싶어요'이다. 이선희의 80년대 노래 'J에게는' 워낙 유행하여 당시 J가 '전두환'이라는 설, 'Jurisprudence, 법학'이라는 설 등 다양한 억측을 자아내었다. 법경제학 마인드는 현대 법률가에게 매우 중요하다. 호랑이로 상징되는 우리의 성공한 직업인, 사자나 라이온스 클럽으로 상징되는 부자를 연상시키는 제목과 함께, 법학도들의 분발을 바라면서 글의 부제로 'J에게'를 붙여 본다.

로날드 코어스는 자신의 논문에서 자신의 주장을 뒷받침하기 위하여 3가지 예를 들었는데, 그 하나가 가공의 목부(cattle herder)와 농부였으며, 두번째 예가 Sturges v Bridgman 사건이었고, 세번째 예가 1905년 철도법(Railway (Fires) Act 1905)이었다.

그는 주요 3가지 예 외에도 아래 여러 사건을 예시하고 분석하였다. 법학도들에게 좋은 공부거리가 될 수 있다.

- Fontainebleu Hotel Corp. v. Forty-Five Twenty-Five, Inc., 114 So. 2d 357 (1959)
- Cooke v Forbes (1867-1868) LR 5 Eq 166[13]
- Bryant v Lefever (1878-1879) 4 CPD 172, Bramwell LJ and Cotton LJ[14]
- Bass v Gregory (1890) 25 QBD 481[15]
- Attorney General v Doughty (1752) 28 ER 290[16]
- Versailles Borough v. McKeesport Coal & Coke Co. (1935) 83 Pitts. Leg. J 379, 385
- Webb v Bird (1863) 143 ER 332
- Rushmer v Polsue and Alfieri, Ltd (1906) 1 Ch 234

- Adams v Ursell (1913) 1 Ch 269, regarding fish and chips
- Andreae v Selfridge and Company Ltd (1938) 1 Ch 1
- Delta Air Corporation v. Kersey (1942) 193 Ga. 862
- Thrasher v. City of Atlanta (1934) 178 Ga. 514
- Georgia Railroad and Banking Co. v. Maddox (1902) 116 Ga. 64
- Smith v. New England Aircraft Co. (1930) 270 Mass. 511
- Vaughan v Taff Vale Railway Co. (1858) 3 H and N 743
- Boulston v Hardy (1597) 77 ER 216
- Stearn v Prentice Bros Ltd (1919) 1 KB 395
- Bland v Yates (1913-1914) 58 Sol J 612



제 3장

법의 첫머리에서

24. 영화 교섭과 영화 한반도

가. 오랜만의 여유 영화 교섭

메소포타미아 지역은 고대 이집트 문명과 바빌로니아 문명을 기반으로 한 서양 문명의 발상지라 할 수 있다. 동양문명이 중국의 황하강 유역에서 기원한다면 서양문명은 메소포타미아 지역에서 기원하여 그리스와 로마를 거쳐 유럽문명으로 꽃피웠다. 얼마전 가족과 함께 교섭이라는 영화를 보고 많은 감명을 받았다. 9.11 사태를 배경으로 테러와의 전쟁과 함께 중동의 아프카니스탄은 국제적으로 위험한 지역이 된다.

대한민국은 당시 노무현 대통령이 진보 좌파 정부를 이끌고 있었고, 미국의 요청으로 이라크 침공과 탈레반 소탕을 위하여 전투병력을 중동에 파견한다. 박정희 집권시 베트남 파병이 국익을 위한 자주적 결단으로서의 성격이 강하다면, 좌파 정부로서 국군 그것도 전투병력을 파견한 것은 상당히 곤혹스런 일이었을 것이다.

실제 파견을 주저하였다는 歴史的 記錄도 엿보인다. 영화속 탈레반은 이러한 한국 정부와 한국 국민에 반감을 갖고 당시 기독교를 선교하겠다고 아프카니스탄에 입국하여 활동하던 선교사와 신도 등 23명을 납치·감금하고 인질로 삼는다. 위대한 알라신을 믿는 탈레반의 입장에서 기독교 선교활동은 당연히 눈에 가시와 같은 일이다. 더욱이 같은 알라신 국가인 이라크를 침공한 미국과 이에 동조하여 병력을 파견한 한국은 당연히 적일 수 밖에 없다.

영화 대사속에서 확인할 수 있듯이 기독교와 미국은 그들에게 미 제국주의일 수 밖에 없는 것이다. 기독교를 앞세운 제국주의는 역사적으로 칼빈사상과 프로테스탄티즘, 자본주의와 자유시장을 골간으로 한다.

나. 국제사회와 국제법

資本主義와 自由市場이 절정에 이르면 국내적으로는 국가의 시장개입이 증대되고, 국제적으로 국가간 경쟁과 탐욕으로 이어진다는 것은 역사가 증명한다. 제 1차 세계대전은 오스트리아 황태자가 사라예보에서 세르비아 청년에게 살해

됨으로써 촉발되었다. 제 1차 세계대전은 러시아에 사회주의 혁명으로 인하여 다른 이념체제인 제 2세계가 탄생하고, 제 1세계, 소위 서방국가가 후발 세력국인 독일, 오스트리아, 이탈리아와 영국, 프랑스, 미국 같은 선발 선진국으로 갈라지던 시대 상황을 배경으로 한다.

즉 새로운 이념체제를 상징하는 세르비아 청년이 새롭게 흥기하는 합스부르크 유럽 왕가의 황태자를 암살하는 상징적 사건이 발생한 것이다. 이는 유럽 후발 세력국들을 자극하게 되고, 기존의 세계체제에 대한 후발 세력국들의 불만은 유럽과 세계판도의 재편을 요구하면서 세계대전으로 나아가게 된다.

제 2차 세계대전은 제 1차 세계대전의 처리를 위하여 열린 베르사이유 조약에서 결정된 과도한 배상금과 경제대공황을 배경으로 후발 세력국들의 세계패권 전략의 일환으로 발발한다.

독일의 폴란드 침공과 일본의 만주 점령으로 서양과 동양 양 대륙에서 전쟁이 수행되는 2차 세계대전은 무수한 희생자를 내고 막을 내리지만, 이로써 지금과 같은 UN과 브레튼 우즈체제라는 국제정치경제질서의 초석이 놓여지게 된다. 당시 승전국인 미국, 영국, 프랑스, 러시아, 중국은 UN안보리 상임이사국으로서 세계평화질서와 안전보장체제를 담보하게 된다.

이후 국제정치는 소위 후기 식민지시대(post-colonial period)로서 UN체제 하에서 수많은 나라들이 신생독립국으로 역사의 전면에 등장하게 된다. 1970년대 77그룹으로 불리우는 신생독립국 세력은 유엔총회를 중심으로 이상주의 국제정치를 국제사회에 뿌리내리게 한다. 수많은 선언과 UN주도 국제조약들은 국제사회에서 法の 支配를 통한 인류의 이상을 담고 있다.

그러나 여전히 국제사회에서 강제조치는 오직 국제평화와 안전보장을 목적으로 UN 안보리 결정을 통하여서만 가능하다. 언젠가 포스팅에서 본 바와 같이 간혹 안보리 결정과 거부권 문제에 대한 합법성 문제가 제기되기도 하지만 국내의 통치행위론 처럼 사법적 통제 밖에 있다. 즉 국제사회는 법이 무력한 부분이 없지 않고, 현실주의적 관점이 설득력을 갖는 경우가 많은 것이 사실이다. 국제사회는 강대국과 약소국의 현실을 무시할 수 없다.

따라서 인류가 이상으로 지향하는 법치주의나 민주주의가 국제사회의 현실에 그대로 적용되기 어려운 경우가 많다. 다수주의를 기반으로 하는 것이 민주주의라면 10억이 넘는 인구의 중국이나 인디아와 만명의 국민으로 구성된 태평양 지역의 국가가 동일 할 수 없다. 그럼에도 불구하고 중국 또는 인디아와 대한민국, 태평양의 군소국가들이 유엔 총회에서 평등하게 한 표를 행사한다. 따라서 유엔 총회 결의나 선언은 대부분 법적으로 구속력이 없는 선언 또는 연성법이다.

구속력 있는 법이란 유엔사법통일기구(UNIDROIT)나 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)같은 유엔의 전문기관이 전문가들의 협력을 얻어 조약 초안을 마련하고, 각국 헌법의 국내 비준절차를 거쳐 가입함으로써 만들어지는 다자조약들이다. 당연히 우리 헌법재판소는 유엔총회에서 의결한 인권선언 등을 구속력 있는 법으로 보지 않는다. 대한민국을 정치적으로 대표하는 의회절차가 부존재하기 때문이다.

그것도 대부분 ‘부동의하는 국가 손들어 보세요’같은 컨센서스(consensus)방식을 통하여 결의되고 있다. 요컨대 외교전문가가 거수기처럼 유엔총회에서 동의하는 것만으로 대한민국의 법이 될 수 없다. 따라서 학자들은 대부분 진보적 유엔 현상을 인정하면서도 여전히 유엔은 안보리 중심체제라고 이해한다. 국제사회의 현실에서 聯邦國家인 미국처럼 인구에 상관없이 회원국을 정치적으로 대표하는 UN 상원 대표 2인을 평등하게 배정하거나, 나라 크기에 상관없이 나라별 인구비례에 의하여 평등하게 대표하는 UN 하원을 기대할 수 없다.

유럽연합의 경우 인구비례에 따라 유럽의회 의원을 선거하거나 유럽이사회, 유럽재판소 등을 구성함으로써 유럽차원의 통치기구를 구성하고 있는데, 이는 구성국간의 기본적 동질성을 전제로 한다. 이도 국제사회에서는 어려운 현실이다. 따라서 국제사회는 노암 촘스키가 진단하듯이 기본적으로 불량한 상태에 놓여져 있다. 국가들의 노력으로 외교를 통한 평화체제가 많이 진전되어 있지만, 여전히 개인에게 국제사회는 정글이다.

국제형사재판이나 유엔 인권체제 등 한정되고 완전하지 못한 일부 예외를 제외하면 개인은 국제법상 법인격자로 대우받지 못한다. 즉 국제사회는 국가에게는 국제공동체(international community)이지만, 개인에게는 무법사회(lawless

society)인 것이다. 이러한 국제사회의 특질은 영화 협상의 배경이 된다. 그리고 국제법이 법으로서 불완전한 운명을 가질 수 밖에 없는 것은 국제법의 아버지라 불리우는 그로티우스와 국제법의 시원을 열었다는 그의 저작 “전쟁과 평화의 법”이라는 책 제목에서도 알 수 있다.

이러한 國際社會와 國際法の 특성을 뚜렷하게 보여주는 예들은 러시아의 우크라이나 침공, UN의 결의방식과 합법성 또는 정치적 정당성 문제, 이슬람 근본주의주의자들과 테러리즘, 아프리카의 부족간 분쟁, 아프리카와 동남아시아의 민족해방운동, 남아메리카의 은밀한 사회주의와 경제혼란, 한반도 핵문제와 동아시아 평화 문제 등등 수도 없이 많다. 그리고 어떤 국제관계학자가 말하듯이 UN 평화체제에도 불구하고 세계에서 매일 매일 발생하는 국지적 분쟁은 무시할 수 없을 정도로 빈번하게 발생한다.

그런데 중동의 위험지역에 용감하게 입국하여 2명의 희생자를 내고 외교적으로 국가의 위신을 추락시킨 2007년 분당샘물교회 사건은 희생자에 대한 안타까움과 함께 국민의 공분을 자아낸 바 있다. 후에 국가의 국민보호의무를 근거로 소송을 제기하였지만, 국가는 그러한 상황에서 국민을 보호할 의무가 없다는 이유로 청구가 기각되기도 하였다.

다. 종교, 문화, 제국주의, 뭐 그런 것들에 대하여

동양문명은 황하강 유역에서 기원하였고, 메소포타미아와 중동지역은 서양문명의 발상지이다. 고대 이집트 문명은 파피루스 문자를 낳았으며, 동양문명의 발상지인 황하지역에서는 한자의 기원이 되는 상형문자의 흔적들이 발견되기도 하였다. 또한 고대 바빌론 문명은 문자의 혼란과 이로 인한 인류의 멸망을 구하기 위한 바벨탑의 신화가 전해지기도 하는데, 이는 당시 건축 기술의 발전을 보여준다.

당시 문명의 중심지였던 이집트의 박해를 피하여 모세는 무리를 이끌고 흑해를 건너고, 지금의 이스라엘 지역에 정착하고, 그의 후손들은 하느님의 뜻을 받들어 새로운 국가를 건설한다. 모세의 십계명은 이들의 프레임워크이고 원시적 국가윤리였던 것이다. 이러한 구약의 창세기는 이스라엘 왕국과 유대 왕국으로 이어지는데, 이들 왕국은 신발로니아에 의하여 멸망하고, 왕국의 신민들이 바

빌론에 끌려가는 바빌론의 유수로 왕국은 500년 가까이 존속한 후 멸망한다.

우리가 잘 아는 사도 바울과 다윗, 솔로몬은 다름 아닌 이스라엘 왕국 제 1대, 2대, 3대 왕이었던 것이다. 따라서 구약성서는 종교 경전으로서의 성격과 함께 고대 이스라엘 왕국의 역사서이기도 하다. 주 예수의 탄생으로 신약시대로 바뀌고, 聖經으로 기술된 예수의 행적은 멸망한 왕국 이스라엘의 역사이고 예수는 어찌면 죽음으로 끝나버린 실패한 군주라 할 수 있다.

그의 죽음 3일 후 예수가 부활한 것은 세속 정치를 초월한 종교의 시작이라 할 수 있고, 기독교는 싯다르타의 불교, 마호메트의 회교, 공자의 유교와 함께 세계 4대 종교의 하나이다. 세계에서 가장 신도수가 많은 현세 종교로서, 서구 자본주의 국가들의 정신적 구심점이 되고 있다. 페르시아에 의한 이스라엘 왕국의 몰락과 로마의 기독교 박해로 서구 국가들은 로마의 법, 정의, 통치술과 그리스의 철학, 윤리, 정치학적 지혜를 바탕으로 종교적으로는 기독교, 현실적으로는 로마와 그리스의 지적 전통을 이어받고 있다.

필자의 경험으로 쉬운 예를 들면, 텍사스대 로스쿨 교수로 그리스 아테네 대학 (University of Athens)과 영국 캠브리지 대학에서 문명과 법에 관하여 공부하여 많은 가르침을 주고 있는 바실 마르케시니스(Basil Markesinis)교수를 생각하면 쉽게 서양문명의 요점을 이해할 수 있다.

우리가 황하문명과 동양문명을 이해하기 위하여 도올 김용옥 선생님을 찾는 것과 비슷하다. 그리고 미네소타 대학 로스쿨의 프란시스코 파리시(Francesco Parisi)교수는 이탈리아 로마 대학과 미국에서 법을 공부하고 民事法과 經濟를 주제로 학자의 길을 가고 있는데, 선생님의 이름과 학술업적은 그대로 로마법, 근대 대학의 탄생이나 주석법학의 발전에 중요한 역할을 한 파리나 옥스퍼드 지역을 연상시키기에 충분하다.

이러한 접근방식은 복잡한 동양과 서양문명, 근대 서구문명의 본거라 할 수 있는 유럽문명을 이해하는데 편의를 준다. 각설하고 요컨대 중동지역은 서양 제국주의에 대한 거부감이 매우 심한 지역이다. 그리고 교섭 영화에서도 느낄 수 있듯이 경제적 제국주의에 대한 거부감보다는 문화적 제국국주의에 대한 거부감이 크다.

기독교 신도들인 샘물교회 선교회 신도를 납치·억류하였고, 영화에서 협상조건으로 탈레반 죄수들의 석방을 제 1조건으로 하면서, 한국 외교관이 석방금 조건을 제시하자 가당치 않다는 인상을 보이기도 한다. 80년대 우리 대학생들의 미 문화원 점거사건으로 상징되는 미국의 문화제국주의에 대한 거부감과 유사한 정신상태라 할 수 있다. 위대한 알라신은 그들의 생명이다. 또한 이들 국가들은 헌법이 존재하지만, 헌법은 알라신의 종교적 권위를 넘어설 수 없다.

그래서 학자들은 이러한 중동지역 국가들을 일반적으로 神政國家(theocracy)로 분류한다. 사회주의 국가가 헌법에 앞서 사회주의 이념과 노동당 독재를 우선하는 것과 비슷하다. 논리적으로 문화 제국주의에 대한 거부감은 자신들의 믿음이나 문화적 자부심을 전제로 한다. 중동지역의 문화는 역사적으로 무시할 수 없다. 아라비아 숫자의 발명이 중동지역에서 이루어졌고, 근세 중동지역의 연금술은 근대 서양 과학의 발전에 지대한 영향을 미쳤다.

유스티니아스 법전 등 고대의 법과 문명을 상징하던 동비잔틴 제국이 막을 내리면서, 이 지역에서 이슬람이라 불리우는 회교세력이 등장한다. 7세기 마호메트에 의하여 창시된 이슬람 종교와 이들 세력은 자연과학을 체계화하고 발전시키면서 지도자 이름 알려처럼 자신들의 믿음과 문화적 정체성을 발전시킨다.

회교세력은 오스만 제국으로 발전하면서 지금의 스페인인 에스파냐까지 그들의 세력을 펼치지만, 제 1차 세계대전 과정에서 패망하고 해체의 길을 걷게 된다. 명실상부하게 기독교 세력이 회교세력을 누르고 서양의 장자로 등장하고, 이러한 갈등은 지금까지도 남아 있어 중동지역 테러리즘의 배경을 제공한다.

이스라엘과 팔레스타인의 갈등과 분쟁은 1916년 영국 대표 마크 사이크스(Mark Sykes)와 프랑스 대표 조르주 피코(George Picot)가 튀르키예령인 아라비아 민족지역의 분할을 결정한 비밀협정에서 싹튼다. 동 협정에 따라 프랑스는 시리아와 레바논을, 영국은 이라크와 요르단을 세력범위로 하고, 러시아에게도 튀르키예의 동부지방을 주며, 팔레스타인은 양국의 공동관리로 하게 된다.

그 다음해인 1917년 영국 외무장관 A.J. Balfour가 유대인이 팔레스타인에서 민족 국가를 건설하겠다는 것을 지지하게 된다. 동 선언에 따라 종전 후 1948

년 이스라엘이 건국되었지만, 가자지구(Gaza Strip)라 불리는 팔레스타인 동쪽 일부 영역은 이전 팔레스타인 지역 거주 이슬람 세력에 점거되어 4차례 중동전쟁을 치르면서 현재에 이르고 있다.

발레가 ‘발과 걸레’의 합성어 같던 시절을 떠올리니 발포아는 발이 4개인 사람이 된다. 팔레스타인은 ‘스타를 팔아 생존하는 사람들’로 들리니, 발이 4개인 사람은 이스라엘에 가깝지만, 팔레스타인까지는 책임을 질 수 없는 외교관이 되버린 것이다. 요컨대 합스부르크 왕가와 범 게르만 주의(Germania)를 배경으로 한 비스마르크와 빌헬름 1세의 독일제국은 후발 제국주의국으로서, 이들의 융성은 필연적으로 세력관계의 재편을 요구하게 되고, 사라예보의 암살 사건은 전 유럽을 전쟁의 참화 속으로 몰아 넣게 된다.

마침 러시아는 볼셰비키 혁명이 발발하여 자신과 동질적인 세르비아를 지원하게 된다. 오스만 제국은 후발 제국주의 국가인 3국 동맹에 가담하여 영국, 프랑스, 러시아의 3국 협상과 대립하게 되는데, 이후 미국의 참전으로 3국 동맹 세력은 몰락하고 오스만 제국은 해체의 길을 걷게 된다. 즉 제 1차 세계대전 종전 이후 제 2차 세계대전 종전 즈음까지 소위 이슬람 국가들의 민족해방운동이 전개되는데, 1921년 그리스의 오스만 제국 침입과 1923년 터어키 대통령에 케말파샤가 취임함으로써 영어로는 터어키로 불리는 튀르키예가 오스만 제국을 계승한다.

1925년 이집트가 독립하고, 1918년 이란 팔레비 왕가 부활하면서 이 지역은 영국 보호령이 되었고, 1935년 이란으로 국호를 바꾸고 독립한다. 1948년 팔레스타인 지역에 이스라엘이 건국되고, 1946년 시리아가 프랑스로부터 독립하였으며, 1943년에는 레바논이 프랑스로부터 독립한다.

오랫동안 로마세력과 이슬람세력의 지배를 받던 요르단은 1921년 이후 영국의 보호령이 되었고, 1946년 독립하였다. 이라크 역시 1921년 영국 보호령이 되었다가 1932년 독립하였고, 1958년 군부쿠데타로 공화정이 수립되었다. 현재 유엔회원국 약 70% 정도가 팔레스타인을 국가로 인정하며, 미국과 대한민국을 비롯하여, 이스라엘 일본 등은 팔레스타인을 아직 公式적으로 국가로 인정하지 않고 있다.

앞서 보았듯이 기원전 1,020년 예언자 사무엘(Samuel)의 지도하에 여러 부족이 베냐 민족 출신 싸울(Saul)을 왕으로 추대하면서 이스라엘 왕국이 건설된다. 이후 왕국은 북쪽의 이스라엘과 남쪽의 유대왕국으로 분열되는데, 유대왕국은 고대 바빌로니아를 계승한 신바빌로니아 세력에 의하여 멸망하고, 수천명의 히브리 노예들이 바빌론에 끌려가는 소위 바빌론 유수라 불리우는 박해를 당한다.

이후 유대인은 디아스포라(Diaspora)가 되어 자손은 세계 각지로 유랑하면서, 그 땅의 인종 민족과 혼교를 거듭하여 왔기 때문에 형질, 문화, 종교는 다종다양하다. 유대인의 인구는 정확히 파악할 수 없으나, 약 1,300만-1,400만으로 그 반수는 아메리카 대륙에 있다. 국가의 보호하에 디서플린을 받지 않아 근면할 수 밖에 없고, 종교적 신심과 생존을 위한 분발로 정착 지역에서 부와 지위를 많이 쌓고 있는 것으로 평가되고 있다.

예컨대 하버드 대학 로스쿨의 루씨안 벵체크(Lucian A. Bebchuk)는 이스라엘 텔아비브 대학에서 경제학을 공부하고 하버드 대학에서 법학과 경제학으로 박사학위를 받은 다인용 학자이다. 그런데 헤브루(Hebrew)라고 불리우기도 하는 유대인 출신 상당수가 벵추크 교수 같은 교육 배경을 가지고 있다. 이는 현대 자본주의 사회를 이해하는데 있어 법과 경제가 중요한 분석틀을 제공한다는 것을 시사한다.

어쨌거나 문화적 갈등은 당연히 그 기초가 되는 문자에서 연유한다. 이점에서 국제사회의 불완전성과 야만성을 파헤쳐 그가 쓴 저작을 인용하지 않고는 학자들이 논문을 쓸 수 없다고 할 정도로 다인용학자인 노암 촘스키(Noam Chomsky)가 대학원에서 국제관계학을 공부하지 않고 언어학 박사학위 소지자인 것은 우연이 아니다.

문화적 갈등 또는 주권은 영화에서 필박받는 기독교 선교사와 신도 회교 테러 세력간의 갈등으로 극단적으로 표출되고, 문화(Culture)는 정치와 경제에 밀접하게 연결되어 있다. 따라서 학자들이 문화적 특징이라 했을 때 이는 쉽게 정치와 연결된다. 문화는 지식으로 축적되고, 지식산업을 통하여 정치와 달리 어렵긴 하지만 경제와도 연결된다. 그래서 UNESCO라는 UN 전문기구의 타이틀이 UN 경제사회문화이사회이고, 국제형사재판소 앞 현판은 불어와 영어 2가지

로 표시되고 있다.

국제기구의 문서는 불어와 영어, 그리고 이해관계국 언어로 작성되며, 세계경제관리체제인 WTO법에는 문화적 예외(Cultural exception)가 인정되고 있다. 요컨대 영화 교섭은 서양 민주주의와 자본주의, 그리고 오랜 세계사적 배경을 가지고 있다. 동로마제국의 멸망과 회교의 탄생, 이슬람 세력의 흥기가 오스만 제국의 영화로 이어졌지만 결국 합스부르크 왕가와 독일제국의 도발로 오스만 제국은 해체된다.

오스만 제국의 몰락으로 국제사회에서 이슬람 세력은 급속하게 약화되는 한편, 중동지역에 식민 국가들이 탄생한다. 한편 몰락한 기독교를 대변하는 유대인들은 국가를 세우지 못하고, 2차세계대전 중 히틀러의 가혹한 박해를 받는다. 게르만족의 우수성은 당연히 독일제국의 최고성으로 이어지고, 정치세력이 아니면서 서구사회 정신문화의 근간을 제공하고 경제우선주의인 유대인은 당연히 동질성 스펙트럼에 있어 히틀러와 가장 극단에 선다.

영국과 미국이 可視的 敵 이라면, 히틀러에게 유대인은 무형적 · 비가시적 적인 것이다. 또한 민족과 인종 또는 이상에 기반한 독일제국과 종교 및 경제의 상징적 충돌이라 할 수도 있다. 부활 사상과 희생의 상징인 주 예수를 섬기는 기독교, 주 예수를 부정하고 메시아 재림을 믿는 유대교, 한참 후에 탄생하였지만, 문화적 자부심과 함께 오스만 제국의 영화를 누렸던 회교국가들. 이들은 서구 민주주의 · 자본주의의 발전과 함께 모두 종교적 의미만을 가지게 되었다.

그러나 여전히 양차세계대전 이후 이 지역은 이스라엘의 건국과 가자지구를 둘러싼 이스라엘과 팔레스타인해방기구의 갈등과 분쟁, 1970년대 이스라엘의 이집트 침공, 1990년대 이라크의 쿠웨이트 침공 등 분쟁과 갈등이 가장 심한 지역의 하나가 되었다. 신정체제이긴 하지만 헌법을 제정하고, 국제사회에서 회교국가로 인정받고 있지만 ISI등 중동지역 테러집단은 국제사회의 골칫거리이다.

이들은 알라신을 신봉하면서 고대 바빌로니아 제 1왕조의 6대 왕인 함무라비 왕의 법전인 “눈에는 눈 이에는 이”라는 보복 관념을 정당화하고 있다. 고대

바빌로니아 문명은 이미 기원전 2000년부터 연산법 등 수학과 천문 등이 발전하였다. 또한 마르두크 지구라트 또는 에테메난키(Etemenanki)라 불리는 거대한 성벽, 전설적인 공중정원 등 기념비적인 건축물들은 그들이 건축 분야에도 탁월한 업적을 남겼다는 것을 보여준다.

또한 식물들을 관리하기 위한 정교한 技術과 數理에 능하였고, 천문학적 지식도 발전하였다. 바빌로니아인들이 남겨 놓은 점토판 문서 중에는 수학에 관한 내용들이 많으며, 주로 표와 문제들이 실려 있다. 그리고 시간, 도량형, 제공과 세제공, 역수 등도 정리되어 있는데, 특히 바빌로니아인들의 60진법은 유명하다. 이러한 고대 문명은 중세에까지 이어져 유럽 문화에 지대한 영향을 끼친다.

어쩌면 영화 교섭에서 느껴지는 잔혹함과 테러리즘은 서구 기독교 세력에 의한 정치적 좌절과 함께, 오랜 역사속 문화적 자부심과 알라신에 대한 믿음에서 우러나는 반동인지 모른다. 요컨대 현재의 국제정치는 제 1세계, 제 2세계, 제 3세계의 3분법에 더하여 이슬람 신정주의를 믿는 특별한 국가군을 더할 때에 더 치열하게 이해가 가능할 것 같다.

조선일보 기자 출신의 박종인의 '땅의 역사'는 우리 지식의 지평을 늘리고 우리의 정체성을 돌아보게 한다. 박소천 여사의 이름처럼 하늘이 부를 때까지 우리는 땅에 발을 딛고 산다. 땅은 우리 지식인의 출발점이 아닐까? 박종인의 땅의 역사처럼 중동지역의 치열한 역사와 세계사적 의의를 이해하지 않고는 2007년 이전 이미 미군의 납치사건과 잔혹함이 보도되었음에도 샘물교회 신도들이 위험을 무릅쓰고 위험지역에 입국한 이유, 이슬람 테러세력에 납치된 이유, 수감자와의 교환 등 협상과정을 이해하기 어렵다.

거기에는 미국 자본주의의 동맹세력인 한국과 미국 자본주의와 제국주의에 대한 적대감, 기독교와 이슬람교 간의 오랜 종교적·정치적·역사적 애증이 얽혀 있는 것이다. 함무라비 법전을 낳은 고대 바빌로니아 문명에서 시작하여 오스만 제국의 융성과 기독교 세력에 의한 제국의 해체 등이 그 역사적 배경이 되고 있다.

제 1차 세계대전 후 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)대통령의 민족자결주의로

제국주의 해체의 단초가 제공되고, 제 2차 세계대전으로 UN이 탄생하고 탈식민지화가 진행되면서 현재의 수 많은 민족국가들이 탄생하였다. 1956년 이집트 대통령 나세르의 수에즈 국유화 선언은 상징적으로 영국과 프랑스의 구 제국주의 패권을 종식시킨 것으로 평가되고 있다.

1950년 한반도의 남북전쟁은 이데올로기로 인한 동족간 분쟁이었고, 이후 자유주의 진영과 사회주의 진영간 냉전이 계속되면서 동구 유럽의 봄과 시나트라 독트린(Sinatra Doctrine)으로 양 진영의 갈등은 감소되었다. 세계의 많은 문제국들이 시장경제체제에 적응하고 있으며, 새로운 세기에 들어 러시아와 중국이 WTO회원국이 되었다. 한편 현재에 이르러 피보호국이나 총독 같은 개념의 정치적 제국주의는 보기 어렵고, 자본의 수출과 시장의 개발 같은 현상을 경제적 제국주의라 말하는 자도 거의 없다.

어쩌면 이제 제국주의는 대영제국(British Common Wealth), 프랑코 포니아(Francophonie)같은 역사적 · 문화적 성격의 잔재로 남아 있을 뿐이다. 그러나 역사적 · 문화적 제국주의로 인한 인류의 불행은 중동지역에 남아 해결될 기미를 보이지 않고 있다. 헌팅턴 교수의名著 “文明의 衝突(Clash of civilization)”이라는 책이 새삼스럽게 다가오는 이유이다.

라. 문명의 충돌과 세방화

서양 문명의 발전과정에서 그리스 철학자 디오게네스와 마케도니아 제왕 알렉산더간의 일화는 우리에게도 널리 알려져 있다. 영화 교섭은 역사속 일화를 연상시킨다. 얼마전 윤석렬 대통령과 한동훈 등 윤핵관 핵심참모들이 김앤장 변호사 30명과 함께 심야에 청담동 강남 술집 모처에서 심야 파티를 하였다는 폭로가 있었다. 이를 제보한 더탐사팀이나 김의겸 의원은 수사를 받거나 제소되었다.

최근에는 윤석렬 대통령이 해외순방 중 자신은 영업사원이 되겠다고 자임하였다. 모름지기 보수 우파의 작은 정부, 기업가형 정부 모델이 한국에서 실현되고 있는 것이다. 세계시장과 민주주의 · 자본주의, 영화 교섭의 회교 테러세력, 회식사건과 윤석렬의 기업가형 정부는 묘하게 위 일화를 상기시킨다. 세계시장의 기업들은 법을 바탕으로 富를 향하고 있다.

이러한 기업들에게 있어 법은 매우 중요한데, 자유주의 시장경제체제 국가들은 과거 영국이나 일본의 동인도회사처럼 법률회사(law firm)를 앞잡이로 삼아 시장을 개척하고 확장한다. 부의 축적과 경제발전에 있어 시장과 시장을 규제하는 법과 법체계는 핵심적이다. 대통령과 김앤장 회식사건의 루머가 나올법하다. 대통령 스스로도 '기업 영업사원처럼 일하겠다' 하니, 마치 우리나라는 좌우 이론의 실험장같기도 하다.

이제는 민노총에 대한 대대적 간첩 연루사건에 대한 수사가 진행되고 있다 한다. 저간의 개인적 경험과 함께 앞의 일화 속 마케도니아는 '말이 되어 돈을 캐겠다'는 말로 들리고 '영업사원이 되겠다'는 윤석렬 대통령과 '기업의 노예가 되어 법률지식을 팔겠다'는 김앤장 변호사들이 연상된다.

알렉산더 대왕 이름은 '알을 이용하여 산을 쌓겠다'는 정력의 화신이니 또 어울리는 이름이다. 매일 신문속 사설, 평론이나 의견, 재미있는 이야기들의 집필자는 디오게네스처럼 알렉산더를 일깨운다. 또한 알렉산더는 자신이 제왕이 아니라면 디오게네스처럼 되고 싶다고 한다.

이들은 대부분 박사학위 소지자들로, 이름이 디로 시작하니 디오게네스와 친근하다. 오는 오(O)형 피 같은 열혈 지식인, 둥글고 큰 세상, 백악관의 오발 오피스(Oval office)같으니 큰 세상에 대하여 이야기 한다. 누구는 디오게네스의 오를 5개의 박사학위를 의미한다고 하면서 디오게네스와 친하라고 꼬드긴다. 게네스는 '게르만의 정력과 힘, 옆걸음으로 얻은 풍부한 지식, 꽃계짬 같이 맛있는 글을 내었다'라는 말로 들리니 딱 우리의 지식인들이다.

알렉산더가 박정희 시대처럼 언론을 탄압하는 것도 아니니, 디오게네스들의 글은 알렉산더가 비껴준 덕에 햇빛을 받아 신문의 여러 면에 나타난다. 세계화, WTO, 법과 경제에 관한 이야기에 접목하여 덧붙이자면, 우리 변호사들의 가장 중요한 역할이 억울한 피해자를 위하여 손해배상 소장을 작성하고, 억울한 피고인을 위하여 변호인으로서 법적 방어를 제공하는 것이다.

世方化를 살고 있는 우리의 피할 수 없는 현실, 유투버들은 좋은 친구들이다. 구경 하루전 실시간으로 진행된 방송에서 문갑식 유투버가 이극찬 선생님이 생각난다고 한다. 필자도 우리때 많은 가르침을 주셨던 선생님의 글들에 깊은 감

명을 받은 바 있다. 신문에 등장하는 시대의 양심인 우리 교수들, 조성관, 최보식 논설위원 등 일상 속 우리 지우들과 박사학위는 없지만 이름처럼 극찬이 아깝지 않은 이극찬, 문갑식 선생님의 명쾌한 가르침과 은혜에 경의를 표한다.

知的 負債를 조금이라도 갚고 싶은 마음에 영미법을 처음 대하면서 과제로 받았던 “토지점유자의 책임(Premises liability)”이론을 정리해 보기로 한다. 30여년전 미국에 유학가 처음 받았던 과제물이라 마치 송골매의 ‘처음 본순간’ 노래처럼 인상적이었다.

마. 토지점유자의 책임

토지 점유자(premises liability or occupier's liability)의 책임이란 토지의 소유자나 점유자가 토지나 토지위의 시설에서 발생하는 사고에 대하여 부담하는 민사상 불법행위 책임을 말한다.

토지 점유자의 책임은 실제 생활에서 광범위하게 발생하는데, 굴착 중 열려진 토지(open excavations), 포장 공사 중에 있는 울퉁불퉁한 토지(uneven pavement), 고여있는 물(standing water), 부서진 만곡(crumbling curbs), 젖은 바닥(wet floors), 안 치워진 눈(uncleared snow), 얼음 도로(icy walks), 낙하물(falling objects), 잘못된 보안시설(inadequate insecurity), 불충분한 점등시설(insufficient lighting), 눈에 안띄는 구멍(concealed holes), 잘못 부착된 매트(improperly secured mats), 의자나 벤치의 결함(defects in chairs or benches) 등 주위에 다양하게 존재하는 위험으로부터 발생한다.

토지점유자의 책임이 적용되기 위하여는 피고가 토지나 지상 시설물의 소유자 또는 점유자이어야 한다. 보통법상 토지나 시설물위의 사람은 무단 침입자, 방문을 허가받은 자, 초청객 3부류로 나눌 수 있는데, 이중 무단 침입자는 보호받지 못한다는 것이 판례법이었다. 그러나 1968년 캘리포니아 주 대법원은 Rowland v. Christina, 69 Cal.2d 108 (1968) 사건에서 매우 의미있는 결정을 하였다. 법원은 이 사건에서 토지점유자의 책임에 관한 종래의 3가지 분류는 그리 중요하지 않다고 본 것이다.

법원의 同 決定은 미국의 많은 주에 영향을 미쳐 법의 변천을 이루어 내면서,

토지 점유자 책임법의 발전을 촉발한 최초의 사건이 되었다. 둘째로 주의의무의 위반(duty of care), 즉 과실이나 다른 어떠한 불법적 행위가 있어야 한다. 최근 불법행위법의 경향은 토지점유자의 책임이 확대되고 있는데, 다른 자의 시설물 내에서 제 3자로부터 공격 등 불법행위로 인한 피해를 입은 경우에도 동 법리가 적용되고 있다.

이러한 법 영역을 제 3자로 인한 토지점유자의 책임(third party premises liability)이라 부르는데, 복잡하고 실제적인 불법행위법 영역으로 각광받고 있다. 피해를 유발한 직접적 행위가 토지 소유자나 점유자 아닌 제 3자에 의하여 행해진 경우 토지소유자나 점유자에게 손해배상을 청구하게 되면 불법행위 성립요건인 주의의무와 인과관계 문제가 앞서본 '원래의 토지점유자의 책임'보다 복잡하게 된다.

그러나 이는 실제적으로 중요한데, 그것은 최근 로스엔젤레스 댄스장 총기사건을 비롯하여, 학교, 쇼핑몰 등 공공 장소에서 제 3자에 의한 사고가 많이 발생하기 때문에 이를 위하여 '제 3자로 인한 토지점유자의 책임'이론이 필요하기 때문이다. 전술한 바와 같이 보통법에서는 피해를 입었다고 주장하는 자의 지위에 따라 무단침입자, 방문을 허가받은 자, 초청객 등 3가지 부류에 따라 주의의무를 달리하고 있다.

그러나 이러한 3분법은 결국 일부 보통법국가에서 철폐되었는데, 영국의 경우 1957년 토지점유자의 책임법(Occupiers Liability Act 1957)을 제정하였고, 전기한 1968년 Ronald v. Christian 사건에서 캘리포니아주 대법원은 피해를 입은자의 지위에 관계없이 주의의무의 정도를 성문법 국가의 고의·과실처럼 일반화하였다.

이후 상당 수 사건이 치열한 법리 다툼으로 이어졌고, 캘리포니아주 의회는 1985년 일부 유형의 무단침입자의 손해배상으로부터 토지소유자나 점유자의 면책을 인정하는 제정법을 통과시켰다. 콜로라도주 대법원도 1971년 로날드(Ronald)사건의 일원적 주의의무 이론을 채택하였는데, 이로 인하여 콜로라도주 토지소유주에 대한 손해배상 사건이 폭주하게 되고, 콜로라도주 의회는 1986년 콜로라도주 토지점유자책임법(Colorado Premises Liability Act 1985)을 제정한 바 있다.

동법은 보통법상 토지나 토지시설물 위 사람의 법적 지위에 관한 3분법을 완전히 철폐하였고, 이후 주법원이 또다시 土地所有者의 책임을 확장하는 판결을 하지 못하도록 명문으로 모든 보통법상의 구제수단을 철폐하였다.

플로리다주 사건으로 Lai Chau v. Southstar Equity Limited Co. and Brookside Properties Inc.이 있다. 남플로리다주 대학을 다닌 학생이 2001년 북탬파주 아파트에서 폭력을 수반한 유괴(violent abduction)로부터 겨우 생명을 구한 사건이다. 2명의 괴한이 아파트 보안시설이 설치된 문을 통과하여 20세 대학생에게 3발의 총격을 가했다. 보안시설에 관한 대표적 선례가 되고 있는 이 사건에서 법원은 2004년 차우에게 157억원의 손해배상을 명하였다.

Morales v. Lia에서 뉴욕주 법원은 '스트립 몰(strip mall) 주차장에서 차에 치인 통행객은 몰의 소유자에게 배상을 구할 수 없다'고 판시하였다. 법원은 판결 이유에서 '가해차량의 소유자와 운전자가 원고의 피해에 대하여 100% 책임이 있고, 따라서 토지점유자에게 불법행위책임을 물을 수 없다'라고 실시하였다.

Peralta v. Henriquez에서 뉴욕주 대법원(New York Court of Appeals)은 '토지점유자는 적절한 점등 시설을 하여야 할 의무가 있으며, 피고인 토지점유자가 사고를 유발할 수 있는 위험한 여건을 조장한 경우 危險을 告知 하였는지 여부는 쟁점이 아니다'라고 판시하였다. 이 사안에서 피해자는 피고 시설물 어두운 주차장에서 걷다 벤트카 안테나(bent car antenna)에 부딪혔다.

하급심인 항소법원과 대법원은 이전 선례를 인용하면서, 이 사건과 같이 "일반 공중이 가게, 사무실 빌딩이나 그 밖의 공중 밀집장소에 초청받는 경우 토지점유자는 합리적 기준을 충족하는 안전한 시설물 여건을 마련할 의무가 있으며, 이는 출입과 퇴장에서 발생할 수 있는 위험으로부터 안전한 여건을 포함한다"라고 실시하였다.

페랄타(Peralta)는 최소한 1개 이상의 백화점 관련 사고에서 인용되고 있는데, 토지점유자가 전세 점유자의 방화 범죄 성향 같이 위험한 상황을 인지할 수 없었던 경우에는 적용되지 않는다. 포춘 500에 포함된 소매상, 아파트먼트, 호텔 및 여러 기업들의 고문변호사로 일하는 한 미국 변호사는 "방문객이 자신들의

시설 내에서 부상당하여 소송에 휘말린 경우, 항상 묻는 질문이 '우리는 아무 것도 하지 않았는데 그들의 부상에 대하여 우리가 왜 책임을 져야하는가'라는 것이라고 말한다.

바. 토지점유자의 법적 지위에 관한 3분법

보통법상 토지나 시설물 내의 사람에 대한 법적 지위와 그에 상응하는 主義務의 程度에 관한 판례법 이론은 상당수 국가와 미국 내 주에서 철폐되거나 약화되고 있다. 그러나 여전히 많은 주에서 또한 보통법 국가에서 법으로 적용되고 있으므로 이에 관하여 살펴본다.

첫째, “초청객(invitee)”은 토지나 시설물의 소유자 또는 점유자가 명시적으로 또는 암묵적으로 합법적 목적을 위하여 자신의 토지나 시설물에 출입할 수 있도록 한 경우 인정되는 법적 지위이다. 따라서 초청객은 토지 점유자의 직업적·경제적(professional or economic)에 기여하는 자이다. 예컨대 친구를 자신의 집에 초청하는 경우, 가게나 식당의 고객, 호텔 숙박객, 아파트 시설의 거주자와 방문객, 영화나 스포츠 경기 관람객 등이 초청객의 범주에 포함된다.

토지점유자가 토지나 지상시설물을 점검하고 안전하게 유지하기 위하여 합리적인 주의를 다하였다 하더라도 관련 위험을 알았거나, 알수 있었을 경우에는 초청객이 마루의 미끄러운 물질로 넘어진 경우, 고장난 의자로 인하여 부상한 경우, 제 3자의 형사범죄로 피해를 입은 경우 모두 토지점유자의 책임이 인정된다.

다만 초청객이 자신의 부상 이전에 위험을 인지하고 있었던 경우에 토지점유자는 배상책임이 없다. 또한 위험이 “공중에게 알려져 있고 누구나 알 수 있는(open and obvious)”경우에도 초청객은 손해배상을 구할 수 없다. 따라서 누구에게나 쉽게 보이는 계단 레일(stairwell railing)의 하자나 대낮의 햇빛으로 누구나 쉽게 알 수 있는 대규모 함몰지역 등의 경우 그로 인한 부상에 대하여 배상을 구할 수 없다.

과거 그러한 위험 지역을 통과한 경험이 있는 경우에 법원은 그러한 위험을 인식하고 있는 것으로 추정하여 특단의 다른 사정이 없는한 배상청구를 인정하지

않는다. 또한 초청객 자신이 자신의 안전을 위하여 필요한 합리적 주의의무를 다하지 않는 경우, 예컨대, 검은 계단 아래에 무엇이 있는지를 볼 수 없음에도 위험을 감수하고 검은 계단(pitch-black stairwell)을 내려가다 부상하였다면 일반적으로 손해를 배상받을 수 없다.

둘째, “허가받은 방문객(licensee)”은 초청객과 달리 토지소유자나 점유자의 이익이 아닌 자신의 이익을 위하여 토지나 지상시설물의 출입을 하는 자이다. 소위 사회적 차원의 손님(social guest)이다. 조지아주 대법원은 허가받은 방문객을 “고객, 종업원, 또는 무단침입자 아닌 자로서 토지소유자와 어떠한 계약관계가 존재하지 않은데도, 자신의 이익, 편의나 즐거움을 위하여 토지나 시설물에 침입을 허가받은 자”라고 정의하고 있다.

허가받은 방문객의 예로 군의 주요 수로 공사를 위하여 피고의 토지를 개척하는 공공회사, 친구가 미리 통지하지 않고 우연히 집에 들어온 경우, 무료로 사냥할 수 있도록 소유주의 허락을 받고 토지나 시설물에 입장한 자 등을 들 수 있다. 토지 소유자나 점유자는 토지나 시설물의 위험으로 부상 또는 사망한 허가받은 방문객에게 오직 다음과 같은 요건을 충족하는 것을 전제로 손해배상 책임을 부담한다.

즉 소유자가 (i) 위험을 알았거나 위험을 알 수 있는 이유(knows or has reason to know)가 있어야 하고, (ii) 그것이 허가받은 방문객에게 불합리하게 피해를 유발할 수 있다는 사실을 인지하고 있어야 하며, (iii) 허가받은 방문객이 그러한 위험을 발견할 수 없거나 인지할 수 없었어야 한다. 또한 (iv) 토지나 시설물의 여건을 안전하게 유지·관리하고, 허가받은 방문객에게 토지나 시설물의 상태와 관련된 위험에 대하여 경고하는 등의 합리적 주의의무를 다하지 못했어야 한다.

허가받은 방문객은 손해의 배상을 받기 위하여 초청객의 경우보다 더 엄격한 기준을 충족하여야 한다. 그것은 허가받은 방문객의 방문으로 토지점유자가 아무런 이익을 얻지 않기 때문에 초청객의 경우보다 더 보호할 필요가 없기 때문이다. 예를 들어 터키 사냥을 위하여 자신의 토지를 무료로 이용할 수 있도록 허락하였는데, 토지점유자도 모르게 현재 사용하지 않고 폐기된 군사무기창 지역이 자신의 토지 한켠에 있었다.

사냥을 위하여 터키를 쫓던 중 방문객 한명이 걸려 넘어져 폐기된 모타 회전지역에 끼여 사망하였다 하자. 이러한 경우에 그가 초청객이었다면 손해를 배상 받을 수 있을 것이다. 그러나 허가받은 방문객에 불과하고 토지점유자가 그러한 위험을 알았거나 알 수 밖에 없는 이유가 있는 경우(knows or has reason to know)에 해당하지 않으므로 부상으로 인한 배상을 구할 수 없다.

초청객의 경우에 적용되는 “knows or should have known had he exercised a reasonable care”와 차이가 있는데, 앞의 경우에는 구체적으로 알 수 있었던 이유가 존재하여야 함에 대하여, 후자는 抽象的 合理人을 기준으로 추상적으로 판단하므로 토지소유자가 보다 책임을 질 확률이 많다. 후자가 우리 법상 “인식없는 과실”까지 포함한다면, 전자는 “인식있는 과실”이나 “인식할 수 밖에 없었던 상황”이 존재하는 경우에만 배상책임을 부담한다. 예컨대, 特段의 事情이 없는 한 전자가 반복된 사고에 대하여만 적용된다면 후자는 처음 발생한 사고에도 적용될 수 있다.

셋째, 토지점유자의 책임법상 3번째 법적 지위로 무단침입자(trespasser)가 있다. 무단침입자는 토지나 시설물의 출입을 허락받지 못하였거나 법상 출입할 수 있는 권리가 없는 경우이다.

무단침입자의 예로는 주거에 침입한 강도, 허락을 받지 않고 타인의 토지에서 사냥을 하는 자, 퇴근 시간 이후 출입이 금지된 건축 부지에서 놀이를 하는 자 등을 들 수 있다. 무단침입자에 대하여 토지점유자는 일반적으로 손해배상책임을 갖지 않는다. 다만 무단침입자라 하더라도 의도적으로 또는 고의로(willful and wanton conduct) 정당화될 수 없는 행위를 함으로써 무단침입자를 살해하거나 중대한 부상을 입힌 경우에는 책임이 인정된다.

일반적으로 무단침입자가 바로 앞에서 신체에 위해를 가하려 하는 것으로 인식할 정당한 사유가 있는 경우 치명적 수단을 사용하는 것이 정당화된다. 그러나 토지점유자는 자신의 소유권 보호 목적으로 자동총기나 부비트랩을 시설물 위에 설치하여 무단침입자에게 심각한 부상을 야기하거나 살해할 수 없다.

그것은 통상의 법관념상 生命은 所有權에 우선하기 때문이다. 요즈음은 언젠가 인기있었던 영화 “홈 어론(Home Alone)”과 같이 자신의 시설물에 부비트랩을

설치하는 사람들이 많아지는데, 이때에 토지나 시설물의 점유자로서 손해배상 책임을 부담할 수 있다는 것을 알아야 한다. 한편 민사 손해배상법상 피해가 발생한 경우 이에 대한 법적 책임은 크게 '토지점유자의 책임'과 일반 '개인적 책임'으로 나누어 볼 수 있다.

토지점유자의 책임(premlises liability)은 다른 자의 소유권 또는 사업장소에서 발생한 손해와 관련된다. 이와 달리 개인적 책임(personal liability)은 다른 사람, 회사, 또는 정부기관의 직접적 행위로 인하여 발생하는 경우에 인정된다. 앞서 본 캘리포니아주 판례법으로 인하여 이전의 기계적 3분법에 기초한 토지 점유자의 책임은 개인간 책임과 같이 일반 불법행위법상 '추상적 과실책임'으로 수정되는 경향이 있다.

일리노이주처럼 종전의 판례법과 새로운 경향을 반영하여 주의회가 제정법을 제정하는 경우도 있다. 한편 다른 판례법 국가의 경우에서도 이에 관한 법을 제정하는 경우가 있는데, 영국의 경우가 그 한 예가 된다. 1957년 영국 점유자 책임법(Occupier's Act 1957)은 이전 판례법을 반영하여 토지나 시설물위의 사람에 대한 법적 지위에 따른 책임을 인정하고 있다.

동법에서는 토지점유자의 방문객(Visitors)에 대한 책임 성립요건으로 일반적 주의의무위반(duty of care)을 규정하는 한편, 방문객의 지위를 특별한 방문객과 그 밖의 방문객으로 2분하였다. 전자는 미국법상 초청객에 유사한 법적 지위를 가지며, 그 밖의 방문객에 해당하는 사람들은 미국법상 허가받은 방문객과 유사하다. 한편 법상 규정된 방문객의 지위를 갖지 못하는 자들은 미국법상 무단침입자라고 볼 수 있다. 영국의 점유책임법이 특별한 것은 동법에서 '어린 이에 대한 특별한 주의의무' 손해배상책임에 대하여 규정하고 있는 것이다.

사. 맺으며

한국정치는 성난 기차처럼 고전적 패러다임, 보수의 프레임워크를 실험하고 있다. 작고 강한 정부, 기업가형 정부 모델(entrepreneurial government)이 현실화되고 있다. 전직 대통령에 대한 보복정치나 獵官主義를 넘어 이론이나 패러다임 보복정치라도 하듯이, 세계화, WTO, 법과 경제에 관한 이야기와 함께 덧붙이자면, 우리 변호사들의 가장 중요한 역할이 억울한 피해자를 위하여 손

해배상 소장을 작성하고, 억울한 피고인을 위하여 변호인으로 법적 방어를 제공하는 것이다.

영미법을 처음 대하면서 과제로 받았던 토지점유자의 책임(premlises)이론을 정리하다 보니 근자 일어났던 일들이 스쳐 지나간다. 우리는 대한민국이라는 영역내에서 얼마나 보호받을 수 있는 지위인가? 하늘의 축복을 받은 초청객(invitee)일까?

다시 말해 우리 국가의 이익을 위하여 경제적으로(economic), 또는 직업적(professional)으로 기여하는 방문객(visitor)일까? 아니면 단순히 허가 받은 방문객(licensee), 즉 사회적 손님(social guest)에 불과한 것일까? 그것도 아니면 무단침입자(trespasser)일까? 이번 민노총 간첩사건은 우파 정권의 등장으로 구성원들은 초청객에서 무단침입자로 바뀌어 버렸다.

이제 정부는 그들의 보호에 대한 책임을지지 않을 것이다. 合法性과 法の 權威를 앞세워 상응한 법적 대응이 이루어질 것 같다. 박사를 의미하는 영어의 doctor는 teach 즉 ‘가르치다’라는 의미의 라틴어 docere에서 나온 말로 가르칠 자격을 허가받은 자(licensed to teach)이고, 변호사라는 의미의 Attorney in law는 법을 현실에서 구현할 수 있는 자격을 허가받은 자(licensed to practice law)이다.

우파 보수정부의 등장으로 아마도 좌파 변호사나 교수들은 licensee 지위를 갖게 될지 모른다. 내각에 참여한 교수들이나 김앤장과의 회식사건 속 변호사들은 아마도 초청객의 지위를 갖는 것과 대비된다. 당은 정부의 모태이고 현실 속에서 생생하게 정치가 이루어지는 현장이다. 어찌된 일인지 국민의 힘 당대표 경선에서 유망하다던 나경원과 유승민의 당대표 가능성이 멀어지고 있다 한다.

당내 심한 반대로 무단침입자 같은 느낌이 들 정도이지 않을까? 유승민은 히틀러에게 박해받은 유대인 같은 느낌으로 다가오고, 나경원은 無斷侵入者 같은 처지가 되어 곤혹스럽게 자기 자신을 경원할 상황에 이르고 있는 것처럼 보이니 정치는 냉혹하다는 옛 어른들이 말씀이 틀리지 않는 것 같다. 사적으로 나 의원과 그녀의 부군은 모두 필자의 대학 후배인데, 필자처럼 까불면서 뺨질 뺨

질하게 살지 못하고 이름처럼 자신을 멀리하면서 항상 기쁨과 이성애 따라 살다 보니 그렇게 된 것 같아 안타깝다.

배현진 의원이 나경원 의원을 향해 “나홀로 집에 어찌다 이지경”이라고 한마디 하였다는데, “나홀로 집(Home Alone)”에 영화처럼 부비트랩을 설치한 경우 무단침입자라 하더라도 배상책임이 가능하다는 미국 변호사의 해설이 묘하게 겹쳐 다가온다. 법에서 사람은 소유권보다 우월한 가치를 갖는 것이다.

필자가 막 글을 마치면서 상념에 젖다보니 어제 본 영화 교섭과 우리가 살고 있는 소중한 공간을 배경으로 한 한반도라는 영화가 생각난다. 인터넷 포탈에는 배우 나철이 37세의 이른 나이에 사망하였다는 소식이 전해진다. 바벨탑의 혼란은 하느님이 되고 하느님과 대항하려는 인간의 오만에 대한 심판이다. 같은 말을 쓰다 사람들이 다른 말을 쓰기 시작하면서 인간의 오만은 산산조각 나 흩어진다.

나철의 안타까운 소식에 철이 들어라, 너무 까불지 말라는 하나님의 말씀이 전해지듯이 느껴진다. 배가 하늘에 다았다는 이시대 천재중 한명인 천정배 이름 같은 느낌은 사라지는데, 바벨탑 교훈과 함께 외국어 학습 시간이라도 가져 보자. 핸들이 아니고 ‘스티어링 휠’이에요, 백 미러가 아니고 ‘리어 뷰 미러예요’라는 원어민 강사의 쏘코에 일기당천의 기세는 그만 공수래 공수거. 담배 한 개비를 조용히 입에 가져다 물어 본다.



25. 법의 지배와 다수의 지배 - 코크 경과 히틀러

가. 머리말

16세기 철학자 프란시스 베이컨(Francis Bacon)은 英國 經驗論의 창시자이자 귀납법적 사고방식을 중시하였다. 그는 데카르트와 함께 근대 철학의 개척자로 평가받고 있으며, 캠브리지 대학에서 수학하고 그레이 인(Gray Inn)에서 법을 공부하여 변호사가 되었다. 그후 하원 의원, 차장 검사, 검찰 총장 등을 거쳐 1617년 대법관이 되었다.

“아는 것이 힘이다(For knowledge, is it self power)” “진리에 대한 확신에서 출발한 사람은 진리에 대한 의심으로 마감할 것이고, 만약 회의하고 내적 다름으로 시작하였다면, 그는 종국적으로 진리에 대한 확신에 이를 것이다(If a man will begin with certainties, he shall end in doubts, but if he will be content to begin with doubts, he shall end in certainties)”라는 말이 시사하듯이, 베이컨은 중세 스콜라 학파의 ‘우상 중심의 진리관’을 깨뜨리고 인간의 자각과 주체성을 강조함으로써 르네 데카르트(Rene Decartes)와 함께 근대 서양철학을 대표한다.

다만 데카르트와 같은 진리에 대한 연역법·합리론과 달리 귀납법·경험론을 중시하였다. 이러한 철학과 지적 전통의 차이는 우리 사회를 지배하는 시스템이나 체계에 대하여도 이해를 달리한다. 영국의 귀납법적 전통과 경험론은 보통법의 지배와 自然法 우위사상으로 발전한다.

이를 대변하는 자가 에드워드 코크(Edward Coke)이다. 에드워드 코크는 17세기 영국의 식민지 사업가, 판사, 정치인으로서 보통법의 지배를 주장하였다. 그는 “의회는 특권은 판례로부터 나오며, 그것에 구속된다”라고 지적하면서, 정치에 대한 법의 우위를 주장하였다. 또한 1609년 Calvin’s Case에서 “자연법은 영국법의 한 부분이며 신으로부터 비롯되어 영원하며 변하지 않기 때문에 세속적인 법에 우선한다”고 보았다.

이는 의회가 다수의 지배를 넘어 다수의 자의와 횡포에 이르러 그 법이 자연법에 반할 경우 법으로서 효력을 갖지 못한다는 것을 의미한다. 이러한 자연법

사상은 근대 헌법사상에 영향을 미쳐 위헌법률심사제 등에 대한 정신적 지주를 제공하게 된다. 한편 데카르트의 연역법과 합리론은 형식적 법치주의와 다수의 지배를 정당화하는 배경이 된다.

의회는 다수가 제정한 법은 국민의 의사로서 그 내용에 상관없이 효력을 가지며, 악법도 법이라는 사고방식을 고착화한다. 그것이 절정에 이르면 루소식 전체의사로 승화되어 정치적으로 전체주의를 잉태할 수 있다. 역사적으로 의회 다수의 의사라는 명분하에 히틀러에게 국가의 모든 전권을 수권한 수권법은 대륙의 연역법과 합리론이 왜곡되게 발전한 대표적 사례가 된다.

민주주의 또는 정치와 법을 이해함에 있어 배심제도나 변호사 양성제도는 중요한 의미를 갖는다. 우리가 군사 정부로부터 민주주의로 이행함에 있어 논란이 많았던 개혁과제 중 하나가 배심제도와 로스쿨 도입이었다는 것은 이를 방증한다. 陪審制度는 왕의 전제로부터 열악한 지위에 있는 피고인을 보호하고 민주적 성격의 재판을 가능케 한다. 또한 변호사 양성제도를 학교 중심으로 이관하여 오래된 관방사법의 유습을 개혁하는 것 역시 법원·검찰의 民主化와 정치로부터의 독립에 기능할 수 있다.

필자도 언젠가 포스팅에서 “지금은 로스쿨로 대체되어 학교 중심 변호사 양성 시스템이 되었지만 한때 변호사를 양성하였던 사법연수원. 민주주의 법학 교육 관점에서 미국과 일본식 로스쿨 도입은 피하기 어렵다. 전통적 관방사법이나 관료형 법률가와 시장에서 일하는 변호사들과의 이분법은 민주주의 법률가 제도, 즉 변호사 검사 판사 등 법조 3륜이 일체가 되는 법조일원화에 반한다.

따라서 새로운 로스쿨 시스템은 일정 변호사 경력이 있는 자 중에서 판사가 선발되고 변호사와 법조 공무원들이 순환 교류하는 법조일원화 시대를 이루는데 기여한다.”라고 로스쿨 제도의 정기능적 측면을 말한 바 있다. 그러나 현실은 실망스러운 반응이 만만치 않다.

얼마전 대한변호사 협회는 기존 로스쿨의 부실 운영을 지적한 바 있고, 사단법인 대한법학교수회 역시 성명을 통해 “대한변호사협회 로스쿨 평가위원회가 전국 25개 로스쿨 중 16개가 기준미달이라고 평가해 제도 실패를 인정하고 있다”고 주장하면서, “로스쿨은 학문으로서의 전문법학을 기능공을 양성하는 기술법

학으로 전락시켰다" "(로스쿨의) 법률서비스 제공 능력을 오히려 법조인조차 부정하는 심각한 폐해가 드러나고 있다" 등 신랄하게 비판했다.

개혁의 대상이었던 또 다른 하나, 배심재판제도는 2005년 관련법이 시행되고 있지만, 특별한 비판의 목소리 없이 순항하고 있는 듯 하다. 배심재판제도를 배경으로 한 영화 배심까지 제작되어 상영되는 것을 보니 국민의 사랑을 받고 있다고 할 수 있다. 돌아 보면 필자의 폐친 박승옥 변호사의 은혜는 잊혀지지 않는다. 2005년 광주 조선대에 부임하여 학생들에게 법을 가르치면서, 뽀뽀한 고향 생활을 하던 중 목포에 초대되어 환대를 받았다.

당시 바다를 배경으로 한 밤의 정경은 마치 요정의 나라에 온 것 같은 기분이 들었고, 그 기분은 아마도 평생 잊혀지지 않는 추억이 될 것 같다. 연초에 전화가 와 자신이 맡고 있는 배심제도연구회의 부회장이자 이사를 맡아 달라고 하여 흔쾌히 응하였다.

이제 나이 환갑이 되었으니 어언 정년퇴임이 얼마 남지 않는 처지가 되었다. 얼마전 법과대학 루키 정구태 교수로 부터 연락이 와 보하니안 교수가 정년퇴임이 1년 남아 4학점만 강의하게 되었으니, 이번 학기에 그가 맡던 미국헌법을 강의해 달라고 한다. 보하니안 교수는 폐친이기도 하지만, 학문적 부채가 적지 않다. 역시 흔쾌히 승낙하였다. 승낙만 하다보니 가만히 있을 수 없어, 미국의 배심제도와 형사절차 및 민사절차의 대강을 정리해 보아야 겠다는 생각이 들었다.

부끄럽지만 관심있는 同學들이 시간나는대로 일독하면 글을 쓴 보람이 있을 것이다.

나. 배심재판의 연혁과 의의

미 연방헌법과 인권장전이 기초되고 비준되기까지 배심재판 제도는 매우 보편적인 사법제도의 하나이었다. 배심재판의 가치는 절대적이어서 그 역사적 기원은 13세기 대헌장(Magna Carta)까지 거슬러 올라간다. 배심재판은 심문을 맡은 대배심(grand or presentment jury)의 형태로 시작하였고, 왕의 권리를 보좌하기 위하여 프랑크족 정복자들에 의하여 시작되었다.

헨리 2세는 기계적인 보통법 법원을 통제하기 위하여 배심제를 도입하였고, 배심제는 민사재판에서 먼저 이용되다가 형사재판에서도 이용되기 시작하였다. 小陪審(petit jury)에 의한 재판은 최소한 헨리 3세 통치시절 이전에는 이용되지 않았다. 소배심제하에서 배심들은 주로 증인들로 구성되었고, 사건에 관하여 알고 있는 사항에 대하여 진술하였다. 헨리 6세 시대 이전까지만 해도 소배심 배심원들은 증거나 사실인정에 관한 권한을 행사하지 않았다. 17세기에 이르러서야 배심제도는 형사 피고인을 보호하기 위한 제도로 등장하게 된다.

이에 18세기 블랙스톤(W. Blackstone)은 시민의 자유와 왕의 권한 사이에서 “강한 이중 장벽(strong double barrier)”의 하나로 기능한다고 찬양하였다. 그는 “형사 기소의 진실 여부는 자신과 동등한 이웃으로 구성된 12명 배심의 만장일치로 진실이라고 확인되어야 하고, 배심들은 무작위(無作爲)로 추출되어야 하고 모든 의심을 해소할 수 있는 우수한 자들이어야 한다”라고 말하였다.

배심제도는 식민지 13개주에 의하여 수용되었고, 이후 미 연방에 편입된 모든 주 헌법은 형사재판에서 ‘배심재판을 받을 권리(right to jury trial)’를 어떠한 형식으로든지 보장하고 있다. 영국에서 신대륙으로 이주한 정착민들은 이러한 배심재판에의 권리를 함께 가지고 왔으며, 이러한 보통법의 지혜는 恣意的 權力에 대하여 시민을 보호하는 방어벽으로 매우 요긴하게 기능한다.

미 연방과 주 차원에서 배심재판에의 권리를 보장하는 것은 법 집행과 형사사법과 정의를 구현함에 있어 배심재판이 매우 중요하다는 것을 반영한다. 헌법의 기초자들은 ‘독립된 사법부’를 구성하기 위하여 노심초사하였다. 그들에게 자신과 동등한 배심원으로 구성된 배심에 의하여 심판 받는다면, 부패하고 유죄만을 추구하는 과도한 열정(corrupt overzealous)의 공소관과 기소장에 부종하고, 편견을 갖거나 기괴한(compliant, biased, or eccentric) 법관들로부터 자신을 보호할 수 있는 매우 유용한 제도가 된다.

헌법에서 규정하는 배심재판에의 권리는 국가권력의 행사에 관한 가장 근본적인 결정으로서, “시민의 생명과 자유에 대하여 1인 법관이나 몇 명의 재판부에 모든 권한을 부여하는 것은 바람직하지 않다”라는 근본적인 결단이라 할 수 있다.

다. 대배심제도의 연혁과 의의

대배심제도(Grand jury)란 말은 대배심의 경우 공판배심 또는 소배심 (trial or petit)의 배심원 수보다 많은 수의 배심원들로 인하여 생겨났다. 대배심의 역사적 기원은 일찍이 그리스 아테네 시민들이 이용하였던 공소부에서 기원한다. 브리톤(Briton)시대 색슨족들도 大陪審制度和 유사한 제도를 이용하였다.

978년에서 1016년에 이르러 일부 법(Dooms or laws)들은 형사기소를 위하여 각 100인마다 12명의 배심들이 공소관으로 역할하도록 하였다. 그들은 무고한 사람을 기소해서는 안되고, 죄가 있는 자를 놓아 주어서는 안된다는 계율을 지켜야만 했다. 오늘과 같은 대배심제도는 1066년 노르만 정복 시기까지 올라가는데, 일단의 서약한 이웃들로 구성된 배심들이 법정에서 소환되어 자신이 알고 있는 범죄사실을 바탕으로 공소를 제기하곤 하였다. 공소를 제기하는 배심들은 작은 관할지역의 사람들이므로 그들은 자신의 개인적 지득 사실에만 기초하여 공소를 제기하는 것은 당연하였다.

사학자들에 의하면 1166년 클라렌드 아시즈(Assize, court session or assembly)에서 현재와 같은 형식의 대배심제도에 관한 기초작업들이 이루어졌다. 증인들은 자신들의 의무를 충실히 하겠다고 법정에서 선언한다. 헨리 2세 통치기에 호국경 토마스 베킷(Thomas Becket)에 의하여 잠식된 왕의 권한을 부활하기 위하여 각 부락마다 前科 없는 12인의 선량한 시민들로 구성된 배심단이 범죄혐의를 진술하고 죄를 호명하도록 하였다.

이때에 배심제도가 민사와 형사 두가지 유형으로 분리되기 시작하고 민사배심과 형사배심은 상호 다른 배심제도의 발전에 영향을 미치게 된다. 이러한 배심들은 자신의 의무를 성실히 수행하겠다고 법정에서 선서하여야 한다. 이러한 선서는 적대감으로 다른 사람을 모함하거나, 다른 사람을 좋아하여 죄를 덮어 주거나, 자신들이 알게된 사항을 숨겨서는 안된다는 내용으로 구성된다.

1290년경에 이르면, 이러한 공소배심(accusing juries)들은 교량이나 큰 도로의 보수, 하자 투성이의 교도소 문제, 법정에서 심판받아야 할 자들에 대한 보안관의 불법감금 같은 문제들에 대하여 조사할 수 있는 권한을 부여받게 된다. 미국의 경우 1635년 매사추세츠 주 베이 지역(Bay Colony)에서 살인, 강도,

배우자 폭행(wife beating)같은 죄들에 대하여 최초의 대배심 재판이 행해진다.

1700년대 초기에 이르면 대배심제도의 가치는 왕당파(Royalists)에 대항하기 위한 대안으로 인식되어진다. 식민지 대배심들은 인장법(Stamp Act)주동자들의 기소를 거부하고, 보스턴 가젯(Boston Gazzette)편집인들에 대한 명예훼손 소제기를 거부하였다. 미국 독립으로 식민지시대가 끝날 때까지, 대배심은 정부에 부속된 필수적 기관이 되었다.

그들은 새로운 법을 제안하기도 하고, 정부의 자의적 권력행사에 이의를 제기하기도 하였다. 또한 누가 공판(公判)에 회부되어야 하는가를 결정하는데 있어 결정적 역할을 하게 된다. 1641년 입스위치(Ipswich)변호사이자 목사였던 나다니엘 워드(Nathaniel Ward)는 자유헌장을 제정하여 매사추세츠 식민지역 법의 기초자가 된다.

동 헌장 제 29조에 따르면 모든 소송의 원고와 피고는 상호 합의하에 배심없는 법관재판(bench trial)또는 배심재판(jury trial)사이에서 선택할 수 있는 자유를 갖는다. 다만 합리적 이유로 법에 따라 그러한 자유가 부인되거나 제한될 수 있다. 배심재판과 法官裁判 사이에 이러한 선택권은 형사소송에서도 인정되어야 한다.

라. 민사소송과 배심제도

미국의 경우 평등한 당사자인 시민간의 소송을 민사소송이라 부르는데, 이는 非 刑事的 소송을 다루는 보통법의 한 분과이다. 물론 이때에 사용되는 시민법(civil law)이라는 말은 私法을 의미하는 말로 대륙법이나 성문법이라는 의미의 시민법(예컨대 'legal system of civil law')과 구별하여야 한다.

연방헌법상 연방법원의 민사소송에 있어 배심재판에의 권리는 수정헌법 제 7조에 규정되어 있다. 그러나 수정헌법 제 7조는 주정부에 대하여 구속력을 갖지 않고, 주 법원의 민사소송에 있어 배심재판에의 권리는 연방헌법상 보장되지 않는다. 전술한 바와 같이 연방헌법상 '보장되지 않는다'는 것과 '금지된다'는 것은 다르다. 따라서 각 주는 민사소송절차에서 배심재판에의 권리를 보장할 수 있고, 대부분의 주 헌법은 실제 민사소송에 있어 배심재판에의 권리를 보장

하고 있다.

수정헌법 제 7조는 보통법상 소송에 있어 訴價 20달러 이상인 경우 배심재판에의 권리를 그대로 유지하며(preserved), 배심에 의하여 인정된 사실은 보통법 원칙에 불구하고 다른 연방법원에서 재심사되지 않는다. 1833년 조셉 스토리(Joseph Story)는 그의 "미 연방헌법 평전(Commentaries on the Constitution of the United States)"에서, 민사소송 배심제를 규정한 수정헌법 제 7조는 정치적·시민적 자유에 있어 가장 중요한 권리라고 하였다.

수정헌법 제 6조 형사 배심제에 버금가는 중요하고 가치있는 조항이라고 하면서, 동 조항을 통하여 민사 배심제도의 혜택을 누릴 수 없는 헌법적 특권을 창설하고 있다고도 하였다. 그러나 수정헌법 제 7조는 민사 배심제도를 새로이 보장하거나 창설하는 것은 아니다. 다만 1791년 보통법상 존재하던 권리를 연방법원에서 그대로 유지한다는 의미를 갖는다.

이러한 맥락에서 보통법은 미국이 영국으로부터 계수한 '법적 환경(legal environment)'이 된다. 1791년 영국 민사소송은 '보통법 소송(actions at law)'과 '형평법 소송(action in equity)'으로 나뉘어져 있었다. 보통법 소송에서는 배심재판에의 권리를 보장하고 있었으나, 형평법 소송은 그렇지 않았다.

그런데 연방민사소송법 제 2조는 "민사소송은 하나의 형식만이 있다"라고 규정하면서, 보통법 소송과 형평법 소송의 이원적 체계를 인정하지 않고 있다. 따라서 수정헌법 제 7조의 의미는 현재 제기된 민사소송의 경우 1791년 기준으로 보통법 소송에 해당하는 경우 배심재판에의 권리가 보장되고, 1791년 기준으로 형평법 소송에 해당하는 경우 배심재판제도가 보장되지 않는다는 의미를 가지고 있다.

그러나 연방민사소송법 제 39(c)는 衡平法 訴訟의 경우에도 법원의 재량으로 배심재판을 이용할 수 있게 허용하고 있다. 민사소송이 1791년 기준으로 보통법 소송인가 형평법 소송인가 하는 문제는 먼저 소송의 유형을 살펴 보아야 하고, 다음으로 당시에 그것이 보통법 문제인지 형평법 문제인지를 살펴 보아야 한다.

금전배상소송은 순수한 법적 구제수단으로서 당연히 배심재판의 권리가 인정된다. 비금전 배상소송, 즉 가처분(injunction), 원상회복(rescission), 특정이행(specific performance)같은 민사청구는 모두 형평법 문제로서, 위 연방민사소송법 조항에 따라 법관의 재량에 따르고 민사배심을 이용하지 않는다.

1959년 *Beacon Theaters, Inc. v. Westover*, 359 U.S. 500 (1959)에서 연방대법원은 ‘배심재판에의 권리’에 관하여 실시하였다. 大法院은 說示에서 “한 사건에 보통법 청구와 형평법 청구가 함께 제기되었다 하더라도, 보통법 청구 부분에 관하여 배심재판에의 권리가 여전히 존재하며, 법관은 형평법 청구에 대하여 판단하기 전에 배심을 통하여 보통법 청구에 관하여 심판한다”고 하였다.

대표적 예로 원고가 형평법상의 청구를 제기하였는데, 피고가 보통법상의 반소를 제기한 경우가 이에 해당한다. 이때에 법원은 사실 영역 부분은 배심을 통하여 확정하고, 형평법상의 청구에 관하여는 법원이 재판한다. 전술한 바와 같이 수정헌법 제 7조에서는 주 법원에서 민사배심에의 권리를 인정하고 있지 않다.

그러나 大陸法系 傳統을 가지고 있는 루이지애나주를 제외하고 거의 대부분의 주들은 연방법원에서 인정되는 배심재판에의 권리와 동일하게 주법원에서 민사배심에의 권리를 인정하고 있다. 즉 수정헌법 제 7조는 주에 적용되지 않지만, 주는 독자적으로 민사배심제도를 고안할 수 있다.

다만 주 법원이 연방법에 따라 창설된 권리를 강제하는 경우 당해 권리에 있어 배심재판에의 권리가 인정되는 부분이 실제적으로 큰 경우 연방헌법에 기속되고, 따라서 주 헌법이나 법률이 이에 반하면 위헌이 된다. 영국법의 전통에 따라 배심은 12명의 배심원들로 구성되고, 평결(Jury verdict)은 배심원들의 만장일치가 있어야 한다. 그러나 많은 주들에 있어 입법을 통하여 또는 양 당사자의 합의에 따라 그 수는 5 또는 6과 같이 적은 수로 구성된다. 어떤 주의 경우에는 배심원 1인이나 2인 또는 3인이 반대하는 경우에도 평결이 허용되기도 한다.

마. 미국 배심재판제도의 특징

미국의 배심재판제도는 다양한 특징을 갖는다. 미국의 법제도는 독립으로 인하여 영국법원체계에서 분리되었으므로, 배심재판이 가능한가 하는 문제는 문제의 사건과 배심재판이 독립이전 영국의 보통법에 따라 행하여졌는가를 살펴보아야 한다. 현재 영국법원이 이용하고 있는 배심재판제도는 미국법과 관련이 없게 된 것이다.

따라서 보통법 법원(courts of law)이 불법행위나 계약 같이 금전적 손해배상을 구하는 경우 배심제를 이용할 것이지만, 가처분 금지나 비금전적 손해배상을 관할하는 형평법원(courts of equity)에서는 배심제를 이용할 수 없다. 이러한 독립당시 영국 보통법 원칙은 미국 민사법과 재판제도에 그대로 남아 현재에도 美國法의 일부가 되지만, 현대 영국법은 형사재판과 일부 조사절차에서만 배심재판이 이용되고 있다. 미국 배심제도의 중요한 특징의 하나는 모든 형사사건에서 유죄 인정은 배심들의 만장일치(unanimity)로 결정되어야 한다는 것이다.

또한 6개월 이상의 형으로 기소된 모든 범죄는 배심재판에의 권리를 헌법상 보장받는다. 이는 미 연방헌법 제 3조 사법부 조항에 따른 것이다. 동 조항에 따르면 모든 범죄에 대한 공판절차는 배심제에 따라 진행되어야 하고, 공판은 범죄가 행해진 주에서 행해져야 한다.

이러한 배심재판에의 권리는 수정헌법 제 6조에 따라 확대되는데, 동 수정헌법은 “모든 형사사건에서 피고인은 신속한 공개 재판에의 권리를 가지며, 또한 범죄가 행해진 주나 지역의 중립적인 배심들로 구성된 배심재판에의 권리를 갖는다”라고 규정하고 있다. 물론 동 수정헌법은 연방헌법 조항으로서 受範者인 연방정부에 대하여만 구속력을 갖는다.

그러나 19세기 중반 주 정부의 悖惡과 不正義에 대한 응징으로서 남북전쟁이 발생하고, 승리한 북군 정부는 수정헌법 제 14조를 삽입하여 헌법을 개정하게 되는데, 동 수정헌법 14조에 따라 수정헌법 제 6조는 주정부에도 적용되게 된다. 대부분의 주 헌법은 경미한 형사범죄에 대하여도 배심재판에의 권리를 인정하고 있다. 다만 대부분의 주가 벌금형만을 선고할 수 있는 경우에는 그러한 권리를 인정하지 않는다.

연방 대법원은 “6개월 이하의 경미한 형사범죄에 관하여는 연방헌법은 배심재판을 의무화하고 있지 않다”라고 판결한 바 있다. 따라서 이때에 배심재판을 의무화할 것인가 하는 문제는 주 정부가 자유롭게 정할 수 있다. 연방형사소송법에 따르면, 피고인이 배심재판에의 권리를 가지고 있는 경우에도 피고인은 이를 포기할 수 있다.

다만 배심재판에의 권리를 포기하는 경우에는 검사와 법원의 동의가 있어야 한다. 일부 몇 개 주의 경우 범죄의 輕重에 상관없이 헌법과 법률에 따라 배심재판을 의무화하고 있다. 미국 대부분의 형사소송은 배심원 평결로 종료되지 않는다. 오히려 “기소 협상(Plea bargaining)”을 통하여 종료되는 경우가 훨씬 많다.

검사측과 피고인들은 협상에 의하여 형사소송을 종결하기를 원하는 경우가 대부분이고, 이는 기소협상으로 이어진다. 한편 피고인이 배심재판을 포기하는 경우 법원에 의한 재판(bench trial)이 행해진다. 헌법에 의하여 민사배심제도가 유지되지만, 이는 주 정부를 기속하지 않는다는 것은 전술한 바와 같다. 한편 민사소송은 당사자주의와 변론주의에 따라 소송절차의 진행과 결과에 있어 당사자의 소송행위가 중요하고, 이에 대하여 일정한 소송법적 효과가 부여된다.

따라서 헌법에 의하여 유지되는 민사배심제도이지만, 연방민사증거법에 따라 일정 기한내에 배심재판을 요구하여야 하고, 그렇지 않는 한 失機 하여 배심에 의한 재판을 받을 수 없게 된다. 미 연방 형사소송법에 따르면 피고인의 배심재판 포기의 권리는 절대적인 것이 아니다. 피고인이 배심재판을 포기하기 위하여는 ‘검사와 법원의 동의’가 필수적이다.

그러나 주 소송절차에서는 대부분의 주가 피고인의 배심재판 포기에의 권리를 절대적으로 보장하고 있는데, 실상 대부분의 소송절차에서 일상적으로 배심재판 포기합의가 이루어지고 있는 현실이다. 2004년 월스트리트 저널 기사는 민사배심재판의 현실을 보여주고 있다. “오랫동안 느리고 비효율적인 미 사법시스템을 피해하기 위하여 많은 미국 기업들은 자신의 고객과 종업원들에게 법원 절차를 피하고 사적 중재를 이용하라고 강요하였다. 그러나 사적 중재비용이 커짐에 따라 일부 기업들은 법원 절차가 더 경제적이라고 생각하게 되었다. 다

만 배심재판이 아닌한, 즉 새로운 경영전략은 분쟁을 법관 재판(bench trial)을 전제로 분쟁을 법원에서 해결하도록 한다.”

법원 재판에 의하여 해결하여야 하는 분쟁의 유형으로는 주거지 리스계약(residential leases), 차량대여(auto loans), 수표계좌 설정계약(checking-account agreements), 그리고 담보계약(mortgage contracts) 등이다. 이러한 계약을 체결하면서 배심재판에의 권리를 포기한다는 조항을 삽입하는 것은 협상력이 우월한 기업측의 황표이자 黃犬契約으로서, 헌법에 의하여 보장된 고객이나 종업원의 배심재판에의 권리를 부인한다고 비판하는 견해가 상당하다.

일반 민사 사건에서 많은 주가 배심재판을 이용하고 있지만, 피고의 부권을 박탈하는 재판의 경우 대부분의 주가 법관 재판(bench trial)에 의하고 있다. 미 50개주 중 오클라호마, 텍사스, 버지니아, 위스콘신, 와이오밍 등 오직 5개주만이 배심제도를 두고 있는데, 버지니아 주의 경우 이를 자문배심원(advisory jury)이라 부른다. 다른 45개주는 피고의 부권박탈소송에서 배심재판을 금지하는 판례법, 제정법, 또는 주법원 규칙이나 관례에 따르고 있다. 즉 가족의 운명이 걸린 소송은 일인 법관에 의하여 전적으로 결정된다.

바. 약식판결(summary judgment)

약식판결이란 정식 재판절차를 거치지 않고 일방당사자에게 유리하고 타방당사자에게 불리한 판결을 내리는 것을 말한다. 민사사건에서 원고와 피고 모두 약식판결을 구하는 공판전 청구(pre-trial motion)를 할 수 있다 연방민사소송법 제 56조는 연방법원의 약식판결에 관하여 규정하고 있다.

동 조항에 따르면 略式判決의 청구가 인용되기 위하여는 (i) 중요한 사실에 관하여 당사자간 진정한 다툼이 존재하지 않아야 하고 (ii) 청구인이 법에 따라 당연히 그러한 판결을 받을 수 있다는 점이 입증되어야 한다. 이 때 중대한 사실(Material fact)이란 사실을 발견하는 배심이나 법관이 청구인에게 불리한 판결을 할 수 있는 사실을 의미한다.

법관은 '일부의 약식판결(Partial summary judgment)'을 할 수도 있다. 예컨

대 법관은 일부의 사실에 관하여 약식판결을 하면서, 다른 부분의 사실은 공판에 회부할 수 있다. 또한 법관은 '배상책임의 발생'에 관하여 약식판결을 하면서 '손해배상금 액수'에 관하여 공판에 회부할 수 있다. 약식판결 청구를 심리함에 있어 모든 증거는 청구인의 상대방 당사자에게 가장 유리하게 고려하여야 한다.

약식판결청구를 하는 경우 당사자는 선서진술서(affidavits)나 다른 유사한 증거자료를 제출할 필요가 없다. Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317 (1986). 미국의 경우 약식판결청구는 민사소송에서만 인정된다. 형사소송에는 유죄 또는 무죄에 관한 공판전 판결을 얻기 위하여 약식판결을 구할 수 없다. 그 이유중 중요한 것은 형사 피고인은 배심재판을 받을 권리가 헌법상 기본권으로 보장되어 있기 때문이다. 연방사법센터(Federal Judicial Center)통계에 의하면 약식판결청구는 연방민사소송 사건의 17%에 해당한다.

그중 71%는 피고에 의하여 청구되고, 원고에 의하여 청구된 약식판결청구는 26%에 불과하다. 법원에 계속한 약식판결청구 중 36%는 각하되거나 기각되고, 64%는 전부 또는 일부에 관하여 인용된다. 소송전략적으로 약식판결청구에는 두가지 유형이 있다. 하나는 완전한 증거의 개시이고, 다른 하나는 일부에 초점을 맞추어 증거를 제시하고 약식명령을 청구하는 경우이다.

첫 번째 유형은 원고가 가능한 모든 청구원인을 주장하면서 약식명령을 청구하거나, 피고가 모든 항변사유를 주장하면서 원고청구를 약식판결의 형태로 각하 또는 기각해줄 것을 청구하는 경우이다. 두 번째 유형은 보다 자주 사용되는 유형인데, 피고가 여러 사실중 원고의 청구원인사실 하나에 초점을 맞추어 자신에게 유리한 판결을 해달라고 약식판결청구를 하는 경우이다.

따라서 피고는 여러 요건 사실 중 가장 脆弱한 요건 사실에 초점을 맞추어 약식판결청구를 하게 된다. 원고도 피고의 항변사실 중 하나에 초점을 맞추어 이러한 유형의 약식판결 청구를 할 수 있지만, 이는 논리상으로는나 실제에 있어 매우 희귀하다.

약식판결에 있어 “중요한 사실에 관하여 진정한 다툼이 없을 것”이라는 법적 요건을 심리함에 있어 6가지 핵심 약식판결심리원칙(SJTOR: Summary

judgment tenets of review)이 있다. 모든 쟁점과 사실 원칙(All issues/facts): 이 원칙에 따라 일부가 아닌 모든 사실관계와 쟁점이 고려되고 토의되어야 한다. 특히 다툼이 있는 모든 중요한 사실과 쟁점을 빠뜨려서는 안 된다.

- 모든 기록 검토의 원칙(Whole record): 제출된 모든 기록이 고려되어야 하고, 일부(subset)만을 고려하여서는 안 된다.

- 脈絡의 원칙(In context): 모든 쟁점은 전체적으로 상호간의 맥락에 따라 고려되어야 한다.

- 비청구인 우위의 원칙(Nonmovant trumps movant): 앞의 3가지 원칙은 비청구인에게 유리하고 우호적으로 고려되어야 하고, 절대 청구인에게 유리하게 고려되어서는 안 된다.

- 모든 推定の 원칙(All inferences): 모든 합리적이고 정당한 논리적 • 법적인 추정이나 의미는 비청구인에게 호의적으로 행하여야 한다.

- 가벼운 부담의 원칙(Light burden): 원칙 4-5에 있어 비청구인은 필수적이지 않지만 자신에게 유리한 사실과 법을 주장할 수 있다. 다만 이는 최소한으로도 족하고 그 설명력 역시 완전하지 않아도 상관없다.

결국 약식판결은 청구를 하는 자가 정식의 공판절차를 생략하여 자신에게 유리한 판결을 해 달라는 청구이므로 약식판결청구의 고려원칙은 청구인에게 매우 엄격하고 비청구인에게 매우 유리하다. 다시 말하면 ‘모든 사실과 증거의 신빙성에 관한 판단’은 원칙적으로 공판절차의 배심원에게 있는 것이고, 약식판결을 하는 법관에게 있는 것이 아니어서 약식판결제도도 매우 이례적인 것이기 때문이다.

약식판결청구에 관한 주법원의 법률과 관행은 연방법률이나 연방 관행과 유사하다. 다만 주마다 약간의 차이가 있는데, 예컨대 캘리포니아주의 경우 청구인은 증거자료를 단순히 거시하는 것을 넘어 실제 법정에서 현출토록 하고 있다. 또한 청구의 일부에 대하여 약식판결을 하는 경우 일부의 ‘약식판결(partial

summary judgment)’이라는 용어를 사용하지 않고 ‘약식결정(summary adjudication)’이란 말을 사용한다.

전부이건 일부이건 약식판결은 종국판결임에도, 일부 즉 ‘partial’이라는 말을 사용하는 경우 終局判決이 아니라는 오해를 불러일으킬 수 있기 때문이라고 한다. 또한 캘리포니아주 항소법원은 ‘일부에 대한 약식판결’을 인정하고 있는 캘리포니아주 민사사송법 437c(California Code of Civil Procedure section 437c)를 매우 좁게 해석하여 일부에 대한 약식판결을 제한적으로 인정하고 있다.

이는 의회가 법원이 일부의 약식판결을 활성화하는 것을 방지하려는 동 법 조항의 입법연혁에 부합한다.

사. 소송의 개시와 관할권

• 적법한 관할권(Jurisdiction)

- 주제관할(Subject-matter): 연방 문제/주간 시민 소송
(Federal-question/Diversity/Supplemental Removal)

- 대인관할(Personal): 대인/대물/준대물(In personam/In rem/Quasi in rem)

- 주제관할(Subject-matter jurisdiction)은 라틴어로 “jurisdiction ratione materiae”라고 불리우기도 하는데, 법원이 특정 유형의 또는 특정 주제에 관한 사건을 심판할 수 있는 권한을 의미한다.

따라서 예컨대 연방파산법원이나 연방통상법원은 파산 문제와 통상문제에 관하여 전속적으로 주제관할권을 행사할 수 있다. 또한 연방문제(Federal question)나 異州 市民間 소송(Diversity jurisdiction)의 경우에 연방법원은 주제관할권을 행사할 수 있으며, 이에 해당하지 않는 일반 민사소송은 주법원이 주제관할권을 행사한다. 主題管轄은 대인관할(personal jurisdiction)이나 영역관할(territorial jurisdiction)과는 구별하여야 한다.

대인관할이란 특정 피고에 대하여 심판할 수 있는 법원의 권한을 말하고, 영역 관할이란 법에 의하여 정의된 영역내에서 일어나는 사건에 관하여 법원이 심판할 수 있는 권한을 말한다. 대인관할(Personal jurisdiction)은 증거에 의하여 확정된 사실에 따라 당사자들을 관할하는 경우에 발생하는데, 이때 당사자들은 당해 소송에 응하여야 한다.

이는 확정된 '사실에 따라 당사자를 구속할 수 있는지'를 판단하는 것으로 '법에 의하여 당사자를 구속하는지, 법원이 관할권을 행사할 수 있는지' 여부를 살피는 주제관할과 구별된다. 대인관할권이 결여된 법원이 심리하고 판결을 내린 경우 그러한 판결은 당사자를 구속할 수 없다.

- 부차적 관할(Supplemental jurisdiction)이란 종된 관할(ancillary jurisdiction) 또는 종속관할(pendent jurisdiction)이라고도 하는데, 미 연방법원이 주제관할이 없는 경우에도 원 소송에 실질적으로 연관되고 원 소송에 부가된 청구에 관하여 독립적으로 심판할 때 발생한다.

- 미국에서 이송관할(removal jurisdiction)이라 함은 주 법원에 제기된 소송을 당해 주 지역의 연방지방법원으로 이송할 때 발생하는 관할이다.

- 대인관할(In personam jurisdiction)이란 특정한 개인을 상대로 한 민사소송에서 당해 개인은 소환장과 소장을 송달받아야 하고, 이로써 서류를 송달한 법원이 소송 절차를 진행하고 심판하는 경우에 발생한다. 이때에 동 법원의 판결은 피고에게 구속력을 가지게 된다.

- 대물관할(In rem jurisdiction)이란 법원이 동산(personal property)이나 부동산(real property)등 물건 또는 대인관할권을 행사할 수 없는 법원이 특정 개인에 대한 지위(status)에 관하여 관할권을 행사할 때 발생하는 관할이다. 對物管轄이란 물건과 필연적으로 연결되지 않는 개인의 법적 책임에 대하여 인정되는 관할이 아니다. '물건이나 특정 개인의 지위'는 소송의 기초 사실이라는 관점에서 인정되는 관할이다.

- 준대물관할(Quasi in rem jurisdiction)이란 관할권 지역에 부재(不在)하는 당사자의 재산권에 기초하여 인정되는 관할이다. 미국법제 하에서 각주는 단지

개인이 당해 주에 은행계좌, 부채, 주식, 토지 등을 소유하고 있다는 이유로 관할권을 행사할 수 있다. 준대물관할은 실제로 사례가 희소한데, 특정 사건 부류에서 매우 효과적으로 이용되고 있다.

준대물관할은 당사자의 부재로 당사자를 소환하거나 소장을 송달하기 어려운 경우에 자주 이용되는데, 대인관할과 달리 준대물관할에 따라 소송절차가 진행되고 판결이 내려진 경우 그러한 판결은 ‘압류된 물건에 대하여만’ 강제력을 갖는다.

- 재판지(Venue)
- 재판지의 변경(Change of venue)
- 불편한 법정이론(Forum non conveniens)

아. 민사소송의 절차도

- 청원(Pleadings)

- 영미법의 전통에 따르면, 청원(pleading)은 소장, 답변서, 변론조서를 포함하여 당사자들이 법원에 제출하는 공식 진술서면 모두를 포함하는 가장 넓은 개념이다. 따라서 이는 청구나 답변 모두에 관련되며, 사실이나 법에 관한 당사자들의 진술서면 모두를 포함하고, 법원 판결에 나타나야 할 당사자들의 쟁점이 담겨있다. 한편 소장(Complaint)이라 함은 모든 형식의 공식 법률 문서로서 원고인 제소인이 구제를 구하기 위하여 제기한 소의 상대방 당사자들에 대하여 자신의 청구를 정당화할 수 있는 충분한 事實과 法理를 담고 있어야 한다.

- 청구원인/청구요약진술/단체소송((Cause of action/Case Information Statement/Class action (2005 Act))

- 반박문서/답변서/세부답변서/반소/교차반소/소송물의 병합/필수적 공동소송/피고에 의한 공판전 제 3자 병합소송/제 3자 병합소송/법원에 의한 또는 소송외 제 3자의 참가/재판중 이의나 항변
(Demurrer/Answer/Reply/Counterclaim/Crossclaim/Joinder/Indispensable party/Impleader/Interpleader/Intervention/Other motions)

- 답변서(Answer)라 함은 다른 자 또는 다른 것에 대하여 반대한다는 주장을 담은 엄숙한 진술로서, 일반적으로 반대 진술 또는 抗辯 이라 불리운다. 즉 문제에 대한 올바른 해결책을 담고 있는 의문에 대한 답변, 대응 진술 또는 반대 진술을 의미한다. 보통법에서 답변서는 원고의 소장에 대하여 피고가 법원에 제출하는 최초의 청원문서가 된다.

• 공판전 절차(Pre-trial procedure)

- 공판전 증거개시/증거개시를 위한 최초 회합/서면질의서/선서한 증인의 법정외 진술서/자백종용 서면질의서/소송중 작성된 문서, 전자적 방법의 증거 및 기타 유형의 증거 제출 요구서(Discovery/Initial conference/Interrogatories/Depositions/Request for admissions/Request for production)

- 무공판 종결/결석 또는 무답변 등 소송법상 사유에 의한 종국재판/약식판결/자발적 청구기각/비자발적 청구기각/화해(Resolution without trial/Default judgment/Summary judgment/Voluntary dismissal/Involuntary dismissal/Settlement)

• 공판절차(Trial)

- 당사자/나홀로 소송/선서한 배심원들에 의한 배심재판/입증책임/(Parties-plaintiff/defendant/Pro se/Jury (voir dire)/Burden of proof)

• 판결(Judgment)

- 불충분한 증거로 인한 무평결 판결/제 2차 무평결판결/배심원 평결과 상관 없이 내릴 수 있는 법상 인정되는 판결/재판에 대한 이의/새로운 공판 명령 (As a matter of law (JMOL) or Directed verdict/Renewed JMOL/Notwithstanding verdict (JNOV)/Motion to set aside/De novo (new trial))

• 司法的 救濟(Remedy)

- 가처분 또는 가처분 금지는 보통법과 형평법상 제도로서 법원이 당사자에게 특정한 행위를 하거나 하지 못하도록 명령한다/손해배상/변호사비용-미국제도/영국제도/확인판결(Injunction Damages/Attorney's fee-American rule. English rule/Declaratory judgment)

- 상소(Appeal)

하급법원, 행정부, 기업 또는 공공기관에 대하여 특정행동을 강제하거나 금지하는 법원의 명령/상급법원의 상소허가(Mandamus/Certiorari)

- 배심원 지도(Jury Instruction)

陪審員 指導란 배심원이 발견한 사실에 어떻게 법을 적용하여야 하는가에 관하여 법관이 일정한 지도를 하는 경우를 말한다. 배심원지도의 목적은 배심원이 법에 따라 옳은 평결에 이르게 하기 위한 것이다. 역사적으로 법관의 배심원지도는 일반 보통인들이 쉽게 이를 이해하고, 효율적 사법 정의와 공공 신뢰를 증진시키는데 이바지 하여 왔다.

배심원 지도는 법관에 의하여 작성되고 배심원에게 전해지는데, 배심원들은 이를 토대로 숙고하여 평결에 이른다. 배심원 지도는 배심원이 평결을 위하여 숙고함에 있어 유일하게 참고하여야 할 기준으로서, 숙고를 위한 기본적 절차 및 자신들의 평결이 근거하여야 할 법의 실체에 관하여 일관성을 유지할 수 있게 하여 준다.

변호사들은 공판이 종료하면 법관에게 지도를 제안하는데, 이때 자신들의 고객에게 유리한 특정의 문구들을 넣어달라고 요청한다. 물론 지도의 내용과 문구는 법관이 최종적으로 결정한다. 배심원지도는 간략하고, 명료하며, 비반복적이어야 하고, 사안의 구체적 사실에 연관되며, 평균적 배심원들이 이해할 수 있어야 한다. 또한 배심원을 오도하거나 불필요한 의혹이 발생하지 않도록 법에 관련하여 명확하고 오류가 없어야 한다.

자. 형사절차의 흐름도

• 경찰 수사(investigation). 경찰수사란 범죄에 대하여 행해지는 경찰 단계의 수사로서 피의자를 특정하고 체포를 가능케 하도록 증거를 채집하는 것을 말한다. 수사는 개인의 신체나 소지하고 있는 물건에 대하여 수색하고 실험적 검사 등을 하게 된다.

• 상당한 사유(probable cause). 상당한 사유는 수색을 하기 위하여 필요한 수준에 관한 법적 요건이다. 상당한 사유란 범죄의 증거가 특정한 장소에서 발견될 수 있다는 사실 또는 명백한 사실을 말한다.

• 경찰의 체포(Arrest of a suspect by the police). 경찰의 체포는 피의자가 기소되기 전까지 구금하기 위하여 신체를 구속하는 것이다. 체포를 위하여는 상당한 사유가 있어야 한다. 따라서 특정인과 특정한 범죄사이에 합리적 관련성이 있어야 한다.

• 관할 검사의 기소(Prosecution of a criminal defendant by a district attorney). 특정한 범죄로 피의자를 기소하기 위하여 검사는 범죄의 심각성, 증거의 충분성 등 많은 사실을 고려하여야 한다.

• 대배심 또는 검사에 의한 重起訴(Indictment by a grand jury or the filing of an information by a prosecutor). 연방형사절차법에 의하면 중범죄(capital punishment)에 대하여는 대배심에 의한 기소인부절차가 필요하다. 검사는 징역형 이상의 범죄(cases involving crimes punishable by imprisonment)에 대하여 대배심에 의한 기소인부제도를 택할 것인가 아니면 스스로 기소를 할 것인가 선택하여야 한다. 반 수 정도의 주와 연방법에서는 대배심은 '검사만이 증거를 제출할 수 있는 비밀절차'에 피고인을 회부할지에 관하여 결정한다.

• 이때 피고인은 대배심 절차에 출석할 수 없고, 자신을 변호할 변호인을 이용할 수도 없다. 피의자를 기소할 것인가 결정하는 기준은 相當한 事由(probable cause)이다. 나머지 주들의 경우 검사는 범죄혐의사실이라고 불리우는 기소장을 법원에 제출한다. 이때 공판절차에 회부될 수 있는 충분한 증거가 확보되어 있는지 결정하기 위한 예비절차가 열리게 된다. 피고인과 그의 변호인은 범죄혐의사실을 다투기 위하여 예비절차에 출석하고 진술한다.

- 법관에 의한 유무죄 인부절차(Arraignment by a judge). 공판전 피고인은 법정에서 출석하여 자신의 유무죄에 관하여 진술한다.

- 공판전 구속과 보석(Pretrial detention and/or bail). 구속(Detention)이란 공판절차 이전 잠정적 구속 또는 구속기간을 의미한다. 보석 또는 보석금은 자신이 공판절차에 출석한다는 것을 보증하기 위하여 제출하는 금원을 의미한다.

- 기소협상(Plea bargaining between the defense attorney and the prosecutor). 형사변호인과 검사간 기소협상이 행해지는데, 이때 대부분의 경우 피고인은 유죄나 형기의 경감을 위하여 유죄를 인정한다.

- 공판과 유죄의 재판(Trial/adjudication of guilt by a judge or jury). 공판절차와 재판은 형사변호인과 검사의 출석과 함께 행한다. 공판은 법관 또는 배심단 면전에서 행해진다. 공소사실을 유죄로 인정하기 필요한 증거의 기준은 “합리적 의심을 배제할 수 있는(beyond reasonable doubt)”수준의 증거이어야 하고, 이는 100% 확실한 유죄의 심증은 아니지만, 유죄에의 고도의 개연성을 충족하여야 하는 기준이다. 다시 말하면 ‘합리적으로 유죄가 의심되는 경우’에는 피고인은 무죄가 되어야 한다.

- 법관에 의한 형의 선고(Sentencing by a judge). 피고인이 有罪로 확정된 경우에 법관은 형을 양정(量定)하여야 한다. 가능한 형벌로 벌금 부과, 집행유예, 일정기간 교도소에 구금하는 징역 또는 금고형, 공동체 감시나 교도소 감시 등이 있다.

- 상소(Appeals filed by attorneys in appellate courts and then ruled on by appellate judges).

- 형벌의 집행(Punishment and/or rehabilitation administered by local, state, or federal correctional authorities).

차. 우리나라의 국민참여재판제도

국민참여재판제도는「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」(법률 제8495호)에 따라 2008. 1. 1.부터 국민이 배심원으로 형사재판에 참여하는 새로운 선진적인

형사재판제도이다. 배심원이 된 국민은 법정 공방을 지켜본 후 피고인의 유·무죄에 관한 평결을 내리고 적정한 형을 토의하면 재판부가 이를 참고하여 판결을 선고하게 된다.

우리나라 사법제도의 큰 특징 중 하나는 헌법상 신분과 독립이 보장되는 직업 법관에 의하여 소송이 심리, 종결되는 것이다. 그러나 배심제 또는 참심제 등 형태는 다양하더라도 국민이 재판절차에 참여하는 것이 세계적 추세이고, 국민의 사법참여에 관한 열망이 높아짐에 따라 사법제도개혁추진위원회는 2005. 12. 6. 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률안」을 국회에 제출하였고, 국회 심의를 거쳐 법률이 제정되었다.

배심제가 일반 국민으로 구성된 배심원이 재판에 참여하여 직업법관으로부터 독립하여 유·무죄의 판단에 해당하는 평결을 내리고 법관은 그 평결에 따르는 제도로, 미국, 영국 등에서 시행되고 있는 제도라면, 참심제는 일반 국민인 참심원이 직업법관과 함께 재판부의 일원으로 참여하여 직업법관과 동등한 권한을 가지고 사실문제 및 법률문제를 판단하는 제도로, 독일, 프랑스 등에서 시행되고 있다.

國民參與裁判制度는 배심제와 참심제 중 어느 한 제도를 그대로 도입하지 않고 양 제도를 적절하게 혼합, 수정한 독특한 제도로서, 그 특징은 ① 배심원은 원칙적으로 법관의 관여 없이 평의를 진행한 후 만장일치로 평결에 이르러야 하는데, 만약 만장일치 평결에 이르지 못한 경우 법관의 의견을 들은 후 다수결로 평결할 수 있고, ② 배심원은 심리에 관여한 판사와 함께 양형에 관하여 토의하면서도 표결을 통하여 양형 결정에 참여하는 것이 아니라 양형에 관한 의견을 밝힐 수 있으며, ③ 배심원의 평결은 법원을 기속하지 않고 권고적 효력을 가진다는 것이다.

국민참여재판은 합의부 관할사건을 대상사건으로 하는데, 법원은 대상사건에 대해 공소가 제기되면 피고인 또는 변호인에게 공소장 부분과 함께 국민참여재판 안내서, 국민참여재판 의사확인서를 송달한다. 국민참여재판을 원하는 피고인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 국민참여재판을 원하는 의사를 기재한 서면을 법원에 제출하여야 하고, 다만, 위 기간이 지난 후에도 국민참여재판을 희망할 경우 제1회 공판기일 전에는 이 서면을 제출할 수 있다.

법원은 국민참여재판 의사확인서가 제출되면 국민참여재판을 진행하되, 배심원의 안전에 대한 우려가 있는 등 국민참여재판으로 진행하기에 적당 하지 않은 사건에 관하여 공판준비기일이 종결된 다음날까지 검사·피고인 또는 변호인의 의견을 들어 국민참여재판을 하지 않기로 하는 배제결정을 할 수 있다.

국민참여재판은 지방법원 본원 합의부에서 진행되므로, 지방법원 지원에 대상 사건으로 공소가 제기되어 피고인이 국민참여재판을 희망하는 경우에는 국민참여재판 회부결정을 하여 지방법원 본원 합의부로 이송하여 진행된다.

카. 맺으며

법, 법원, 민주주의 생각을 하다보니 우리의 法治主義와 民主主義를 위하여 분투하는 많은 지인들이 생각한다. 요즘은 국민의 힘, 소위 국힘당이라라고 불리우는 여당 당 대표 선출 이야기가 신문이나 언론을 도배하고 있다. 콧수염만 붙이면 모던 타임즈 무성영화의 찰리 채플린, 군중을 압도하고 선동하는 히틀러 같은 이미지의 김기현 후보와 안철수 후보가 경합을 벌리고 있다.

사법시험 25회에 같이 합격하였지만, 사적으로 대학 선배임에도 히틀러나 찰리 채플린에 빗댄 것이 송구스럽다. 그러나 히틀러처럼 세계 대전만 안 일으키면 우파 지도자로서 히틀러는 그다지 나쁜 이미지가 아니다. 히틀러처럼 국가를 사랑하고 힘있는 지도자 역시 국가의 발전에 도움이 될 수 있다. 다만 그의 독재와 호전성은 문제이지만.

더욱이 김기현 선배는 인간적이고 다정다감한 것으로 잘 알려져 있다. 빨리 발음하면 필자 이름과 혼동되기도 하여 정이 가기도 한다. 한편 천하를 유람한다는 젊은 후보 천하람 변호사의 기세도 살 만하다. 다만 국민에게 천하만 보여주고 싱겁게 퇴장할지, 무언가 우파 지도자로서 구체적 정책 대안이 기대된다.

우리의 민주주의와 법치주의는 우리 스스로 지켜야 한다. 헌법재판의 한 기능이 시민을 교육하는 것이라면, 일찍이 알렉시스 토크빌(Alexis Tocqueville)은 민주주의 사회에서 시민을 훈육하는 법원의 역할은 매우 중요하다고 하였다. 시민 민주주의는 에드워드 코크(Edward Coke)경 이름처럼 시민을 교양하고, 맥도날드 콜라처럼 시원하고 쿨한 민주 시민을 전제로 한다.

우리는 배심재판 제도를 통하여 법의 지배와 다수의 지배를 같이 경험한다. 다수의 지배는 부국강병을 향한 우파적 비리로 우리에게 히틀러나 뭇솔리니의 전체주의, 파시스트 독재의 교훈을 남겼다. 노동자 계급의 해방과 자유를 꿈꾸는 맑스·레닌주의와 스탈린·모택동 주의는 勞動階級 獨裁를 핵으로 하여 이념에 흑독한 다수의 지배라는 탈을 쓰고 있다.

우파적 공포가 국가와 시스템에 매몰되기 쉬운 부국강병형 독재라면, 좌파적 공포는 복잡한 인간을 무시하고 학자적 도그마에 빠지기 쉬운 이념형 독재라 할 수 있다. 따라서 다수의 지배는 법의 지배에 의하여 보완되지 않는 한 독재를 잉태하기 쉽다. 법의 지배와 다수의 지배는 소수자의 보호와 함께 시민 민주주의를 굴러가게 하는 핵심원칙이다.

콜라는 우리가 알다시피 보통 시민이 즐기는 청량음료이다. 운동을 마치고 맥도날드에서 콜라를 마시고 싶어 Coke, please! 하면서, 보통법의 지배와 자연법의 우위를 말한 에드워드 코크경이 새삼스럽게 다시 느껴지는 휴일이다.



제 4장
몇가지 법철학적
주제들

26. 로버트 노직과 앤써니 다마또 - 소크라테스에 대한 단상

가. 서언

소크라테스(Socrates)는 플라톤 아리스토텔레스와 함께 서양철학의 기원을 연 학자이다. 플라톤의 크리토(Crito)를 통하여 본 그의 독배 사례는 인간과 사회, 국가라는 3가지 차원에서 발생하는 문제를 적나라하게 보여 준다. 그 사례가 현 시대의 우리에게 던지는 메시지는 의미심장하다.

첫째, 그것은 소크라테스가 범죄인으로서 기소되고 재판에 회부되어 死刑에 처해지는 과정을 그린다. 법에 투신하여 일생을 법과 함께 사는 법률가라면 일단 셋팅부터 자신의 일상이나 인생과 닮았다. 과장하게 말하여 聖經이 시민이 항상 함께하는 복음서라면, 소크라테스 사례와 이를 상세히 담은 크리토는 제목부터 비판을 연상시키지만, 법정 논쟁과 비판에 일생을 헌신하는 법률가들의 복음서가 될 수 있다.

둘째, 소크라테스 사례의 시작은 그의 강습행위로 인하여 아테네 청년들이 타락하였다는 것이다. 이는 현대법에 의하면 학문의 자유나 교수의 자유에 해당하여 기본권의 하나로 헌법상 보호를 받는다. 다만 우리의 국가보안법이나 미국의 반란법(Sedition act)상 처벌되는 경우가 있다. 요컨대 소크라테스의 강습행위가 문제되었다는 것은 법정과 학교의 법률가, 교수, 언론인 등 현대 사회의 지식인들에게 도발적으로 다가온다.

언젠가 서양 박사학위에는 “전공분야의 철학자(Doctor of Philosophy in …)”라는 타이틀을 붙인다고 하였는데, 소크라테스 사례는 모든 학문의 철학적 기원을 제공한다고 생각해 볼 수 있다. 아마도 소크라테스의 강습내용은 원시적으로 근대 학문의 모든 영역에 걸쳐 행하여졌을 것이다.

물론 플라톤에 의하여 정치학 또는 사회학적 분야가 보다 발전되고, 아리스토텔레스에 의하여 자연과학으로 인간 지식의 지평이 확대되었다면, 소크라테스의 講習은 원시적 성격이라 할 수 있다. 다만 그의 문답식 교습방법은 오랜 시간이 지난후 랑델(Christopher C. Langdell)에 의하여 로스쿨에서 법을 교습하는 방법이 된다.

셋째, 소크라테스를 기소한 3명의 공소관은 도시국가인 아테네의 이익을 위하여 소크라테스를 기소한다. 멜레투스(Meletus)는 시인으로서 마치 우리의 멜로 드라마를 연상시키는 이름이면서 아테네라는 도시국가의 정서와 공감을 대표하는 인물이다.

애니투스(Anytus)는 “모든 것” “어떠한 것”이라는 의미의 이름자 대로 다수를 대표하는 정치가를 상징한다. 여우 애니스톤(Aniston)이 나이에 상관없이 인기를 누리는 것에 비견될 수 있다. 라이콘(Lycon)은 웅변가이자 선동가로서 거짓말을 일삼는다는 이름이니 공약을 남발하고 국민을 현혹하는 선거판이나 거짓 폭로도 서슴치 않는 국회의 풍경이 연상된다. 요컨대 소크라테스를 기소한 3인은 도시국가인 아테네의 이익을 위하여 도시국가를 대표하여 소크라테스를 공판절차에 회부한다.

이는 우리가 일상적으로 접하는 한국 정치의 현실과 무관하지 않다.

저녁 TV조선 “이것이 정치다”에 나오는 정치가들은 멜레투스처럼, 한판의 멜로 드라마 주인공처럼, 내가 국가와 도시의 정서를 대변하는 시인이고, 애니투스처럼 모든 사람의 지지를 받으며, 거짓말 재능은 하늘을 찌르는지 일국의 장관을 지낸 사람이 사실관계 하나 파악하지 않고 헛된 주장을 하고 있다고 비난하기도 하지 않는가?

넷째, 우리가 진부하게 중독되어 있는 사회과학의 2분법, 즉 공적 영역과 사적 영역, 국가와 사회, 국가와 국민, 공법과 사법과 같은 체계 논리를 떠나 공적 구조하에서 인간의 윤리와 행위기준 등에 관한 本來的 이고 哲學的인 省察을 가능케 한다.

롤즈(John Rawls)와 로버트 노직(Robert Nozick), 그리고 다마토(Anthony D'Amato)는 이에 대한 철학적 분석을 가한다. 특히 노쓰웨스턴 대학 로스쿨 법철학자인 다마토는 소크라테스의 법준수 의무에 대한 윤리적 근거를 사법인 계약법적 관점에서 분석한다. 즉 우리가 로스쿨 1년차 기본법 과목에서 공부하는 계약법상 세가지 이론을 소크라테스 사례에 적용하여 ‘그가 왜 스스로 독배를 받고 죽음을 선택할 수 밖에 없었는가?’를 분석한다.

그를 구속하는 근거를 그와 국가간의 계약에서 찾아야 한다는 전제하에 (i) 사전합의에 의한 계약의 성립(Prior Agreement) (ii) 금반언의 원칙(Principles of Estoppel) (iii) 기존 혜택의 수혜(Passive Receiver of Conferred Benefits)을 통하여 소크라테스의 극단적 선택에 대한 해명에 나선다.

다섯째, 이러한 분석들은 현대에 들어와 ‘개량주의적 사회주의자’인 로버트 노직이나 ‘개량주의적 자유주의자’인 존 롤즈처럼 사회철학자들의 정의와 형평에 관한 담론들로 연결된다. 또한 법실증주의(Legal positivism)과 자연법론(Natural law theory)의 대립을 이해하는데 도움을 받는다. 또한 우리는 소크라테스 사례를 통하여 현대를 사는 우리들의 正體性을 음미해 볼 수 있다.

먼저 그의 도망은 그의 ‘법에 대한 不服從’을 추론케 한다. 그의 도망은 문제의 법이 부정의하다는 것을 극적으로 보여준다. 다만 일반 시민은 그가 그에게 적용된 특정한 법을 준수하지 않겠다는 그의 지론을 충분히 알고 있으므로, 그의 행위가 국가 법체계 전체를 존경하지 않는다고 확대해석 할 수는 없다.

소크라테스를 둘러싼 이러한 논리는 國際私法 에서 지정된 준거법 또는 합의된 국가의 법의 범위에 그 나라의 공서양속 조항이나 강제조항들을 포함하는가하는 문제들과 궤를 같이 한다. 또한 뒤에 나오는 소유권 논쟁에서도 알 수 있듯이, 현대 사회과학의 기본 프레임워크인 이분법, 그리고 언젠가 말한 한국의 左右政治, “좌는 사람으로부터, 우는 시스템으로부터”라는 단서가 소크라테스 사례에서 시작한 것이라 볼 수 있다.

다만 시장의 문제가 섞이지 않으면서, 사람과 시스템은 이념이나 정치학적 성격보다는 윤리적 · 법철학적 성격을 보다 강하게 가진다 할 수 있다. 이런 관점에서 보면 혼란한 이 시대에 홀연히 나타나 인기를 끌었던 나훈아의 테스형 노래는 의미심장하다. 우리는 이하에서 윤리적 의무에 관한 대화록의 3가지 가능한 근거에 대하여 살펴 본다.

첫째, 시민이 법에 동의한 경우가 있다. 즉 이때에 우리는 법을 준수하여야 할 명시적 “묵시적 합의(Implied contract)”를 발견할 수 있다.

둘째, 묵시적 합의에는 이르지 않았지만, 자신의 행위로 인하여 불복종으로 나

아갈 수 없는 경우가 있다. 즉 “금반언의 원칙(Doctrine of estoppel)”은 유사한 상황이 발생하는데, 이때에 금반언은 윤리적 의미를 갖는다.

만약 금반언이 법적 의미로 쓰인다면 이는 물론 당연한 의무이므로 그 자체로 동어 반복적이다. 즉 윤리적 의무로서의 금반언이지만, 법적 의무를 발생시키는 근거가 된다는 점에서 의미를 갖는다.

셋째로, 시민 스스로 어떠한 동의를 주거나 행위를 하지 않았다면, 그는 다른 시민들에 의해 “주어진 혜택의 수혜자(Passive receiver of conferred benefit)”로서 그러한 시민들이 제정한 법을 준수할 의무가 있다고 주장할 수 있다.

논리적으로 이러한 법 준수 의무를 발생시키는 세가지 가능한 근거는 의무의 원천에 관한 모든 가능성을 다 포함한다고 할 수 있다.

나. 소크라테스의 상황

1) 법적(法的)인 측면

소크라테스는 청년들을 잘못 가르쳐 타락시켰다는 중범죄로 기소되어 법관과 500 또는 501 배심들로 구성된 재판절차에 회부되어 사형을 선고받는다. 소크라테스에 적용된 범주는 아테네 시민들이 법이라고 준수하는 여러 제정법(주요 제정법으로 Draco, Solon, and Cleisthenes를 들 수 있다)인데, 일종의 보통법상 범죄라 할 수 있다. 죄를 인정하는데 조그만 참고라도 될 수 있는 아무런 선례도 제시되지 않은채, 그는 철학적 담론이 청년들을 부패시킨다는 曲學阿世의 죄에 처해진 것이다.

요즘처럼 표현의 자유나 학문의 자유, 강습의 자유가 헌법상 보장되는 시대에는 상상할 수 없는 일이라 할 수 있다. 물론 당시에는 재판이나 판결이 지금과 같이 공식적으로 집적(集積)되어 출간되는 시대가 아니었으므로, 선례랄지 보통법상 범죄 같은 말은 필자의 상상을 표현한 것이다. 아테네 재판절차의 관행에 따르면, 공소관과 피고인은 재판부에 친숙한 최근의 판례를 둘러싸고 法理攻防을 벌인다.

그러나 실재하는 증거, 공판과 결정들로부터 어떠한 판결을 내린다는 것을 재판부가 소크라테스나 아테네 시민들 모두에게 있어 개별 사건에 따라 바뀌지 않는 어떠한 불변의 진리, 즉 법을 적용하려는 시도로 단순하게 바라볼 수 있다. 그러나 플라톤의 설명을 자세히 들어 보면, 아테네의 사법체계와 그 체계 내에서 벌인 소크라테스의 행적 사이에서 추측하여 기술한 단순화된 상황 설명은 그다지 신뢰하기 어렵다.

소크라테스가 항변과정에서 행한 주장들은 사실(facts), 즉 현대 변호사들의 주된 업무가 되는 법적 요건 사실(law-facts)에 집중된 것이 아니라 법 그 자체에 집중되어 있다. 한 예를 들면, 소크라테스 자신도 “그의 원칙에 대한 강습은 청년들을 타락시키지 않았다”고 주장한다.

그는 후에 자신은 법에 의하여 不正義한 자로 몰려 희생된 것이 아니라, 사람에게 의하여 희생된 것이라고 주장하였다. 그리고 그의 최후 진술에 따르면, 그가 감옥으로부터 도망하지 않은 것은 국가의 법을 배반할 수 없다는 신념에서 우러나온 행동이라고 한다.

어쨌거나 그는 그가 죽을 때까지 자신의 강의를 들으려는 모든 자를 계속 가르친다. 즉 그는 강습과 학자들의 이론을 통하여 “재판부의 법에 대한 解釋”과 “法”은 다르다고 주장한다. 그런데 합리적으로 추론해 볼 때에, 그는 “우리는 진정한 의미에서 재판부가 적용해야 할 진정한 법은 무엇일까, 재판부의 진정한 권력-단순한 구호에 그치는 책 속의 이론으로서의 법과는 다르다-은 개별 사건에서 판결한 여러 사례를 통하여 만들어진 법의 바다에 새로운 법을 더하는 것”이라고 주장한다.

이러한 아테네 사법시스템과 소크라테스의 행적은 마치 제정법에 대한 판례법의 우수성에 연결되는 것으로 느껴진다. 제정법 또는 성문법 국가들이 히틀러의 수권법에서 보듯이 독재로 나아가고 법이 갖추어야 할 도덕적 정당성을 간과하여 파국으로 나아간 인류사를 상기시킨다.

보하니안 교수와 같이 판례법 국가의 법률가들이 제정법을 사모하고, 방대한 민법전 조항들에 반하는 것은 또한 제정법의 판례법에 대한 여러 장점을 상기시키는 것과 대비된다. “제정법과 판례법 문화는 서로 접근하는 경향을 보인다

(convergence of legal traditions)”비교법 학자 매리 글렌덴(Mary Glendon)의 혜안이 떠오르는 대목이다.

2) 윤리적 차원

국가의 사법시스템(Judicial system)과 윤리의 문제를 생각해 볼 수 있다. 국가가 무엇보다도 자신들의 청년들을 보호하려고 한 것은 자연적인 현상이다. 소크라테스 자신도 만약 그가 진정으로 청년들을 타락시키려 하였다면, 법에 따라 당연히 벌을 받아야 한다고 인정하였다.

소크라테스 사례가 그가 받은 毒藥 같이 어려운 것은 아테네 청년들을 타락시켰다는 죄명이 그가 평생을 두고 행하고 믿었던 자신의 행위들에 대한 것이라는 점이다. 즉 자신의 강습을 듣는 상대에게 질문하고, 답변의 약점에 대하여 보완하고, 그들의 논리를 살펴보고, 최후로 진리에 도달하는 소크라테스식 강습법(Socratic method)이 문제가 되었기 때문이다. 그렇게 함으로써, 그는 피강습인들이 자신들을 돌아보게 하는 기회를 주었고, 그것이 죄가 된 것이다.

더욱이 그는 이웃 시민들이라면 청년이나 노년을 가리지 않고 그들을 설득하기 위하여 무진 애를 다하는데, 그의 초점은 그들의 건강이나 富가 아니라, 그들의 마음과 영혼의 개선에 있었다. 그는 누구에게도 자신의 강습을 들을 것을 강요하지 않았고, 그는 자신의 강습에 대하여 교습비를 받지도 않았다. 그는 외부적 소유의 화려함보다 ”자신과 善, 그리고 智慧를 향한 자아완성“을 무엇보다 강조하였다. 그리고 국가가 파놓은 함정보다도 국가 그 자체에 관심을 가질 것을 가르쳤다.

소크라테스는 그가 가르친 사상의 내용과 소크라테스식 강습법으로 인하여 청년을 타락시켰다는 죄명으로 기소되었으므로 그의 행적은 그의 범죄사실로부터 분리될 수 없다. 소크라테스식 강습법은 오래전 랑델에 의하여 로스쿨 교습모델(Langdellian Limericks)로 채택되었는데, 어쩌면 墮落은 무엇을 알기 위한 필요조건이 되는 듯 하다. 타락과 지식인의 고뇌는 같이 가는 우리의 숙명인지도 모르겠다.

요컨대 그의 범죄는 특정 사례에서 가능한 모든 것이 죄가 되는 놀라움을 극단

적으로 보여준다. 즉 그는 자신의 강의를 들으려는 자들 모두에게 자신의 생각과 철학을 가르쳐야 한다는 사명감을 가진 자이기 때문에, 소크라테스 사례는 일생을 걸쳐 행한 그의 행적 모두가 不法이 되어 버린 사례이다.

소크라테스에게 “검증되지 않은 인생은 살 가치가 없는 인생이다(the life unexamined is not worth living).” 그러한 그의 깊은 철학적 성향은 아테네에 사는 것 만으로도 청년들을 타락시키는 행위가 되고 이로써 그에게 공소가 제기된다. 그리고 법은 필히 준수되어야 한다는 주장은 가장 극적인 방법으로 현출된다.

공판에서 제기된 소크라테스의 항변 중 하나는 그의 강습행위로 누가 해를 입었다는 아무런 실제적 증거가 없다는 것이다. 그는 자신의 상습행위로 타락하였다고 하는 청년들 중 어느 한명도 공판에서 자신을 탄핵하지 않았다고 주장한다.

그는 청년들을 타락시켰고 타락시키는 중에 있다면, 그 중 일부는 당연히 나이가 들면서 자신이 그들에게 잘못된 교육을 하였다는 것을 알게 되었을 것이고, 공판정에 출석하여 자신을 탄핵하고 형벌을 부과할 것을 요구하였을 것이다. 만약 그들이 직접 출석이나 요구를 하기 어렵다면, 그들의 친척, 부모, 형제들이 그를 기억하고 형벌을 내려 달라고 했을 것이다.

만약 소크라테스의 학생들이 해를 입은 것이 아니라면 누가 해를 입었을까? 소크라테스는 멜레투스(Meletus), 애니투스(Anytus)와 라이콘을 지목한다. 멜레투스는 시인으로 시를 통하여 선동을 일삼고, 애니투스는 공예가이자 정치가로 저속한 선동을 일삼으며, 라이콘(Lycon)은 공중을 분개시키는 저속한 웅변가이다.

소크라테스는 자신들의 학생은 前衛的이나 상호 비판적이며, 이는 그의 교육하에서 이루어진다고 항변한다. 그는 자신의 학생들은 “다른 자들이 지식은 가지고 있으나, 그것은 사소하거나 아무것도 아니며, 천지에 깔려 있는 지식인들 대부분이 여기에 해당한다”고 생각한다.

이에 소크라테스는 자신의 학생들에게 천하게 보인 양값음으로 이러한 지식인

들은 차마 학생들에게 분노하지는 못하고 자신에게 분노하는 것이라고 생각하였다. 이러한 사소한 보복감정이 소크라테스의 起訴를 정당화하는 힘이 되었다 할지라도, 소크라테스의 기소로 이르게 한 국가이익은 도시가 공인한 종교적 경배에 반하는 내용의 강습행위를 하였다는 수많은 대화의 내용들로부터 추정될 수 있다.

소크라테스가 도시가 공인하지 않는 신을 믿도록 가르쳤다가나 無神論을 강습하였는지는 분명하지 않다. 멜레투스는 “소크라테스가 아무 신도 믿지 않은 것이 그에 대한 기소의 이유”라고 대답한다. 소크라테스는 답변에서 이와 모순된 진술을 한다. 문제가 되는 것은 신에 관한 정의가 아니라 더욱 문제 될 수 있는 사실이 드러나는 것이다.

즉 만약 아테네 청년들에게 자신을 돌아보고, 전제되는 것들을 자세히 숙고하고, 논리를 펴며 있어 주의하고, 스스로에게 윤리를 內面化 된 자신의 내면화 된 윤리를 통하여 학습하도록 가르친 것은 도시의 국가이익에 해가되는 허상의 신을 경배하도록 한 결과가 된다. 자신을 돌아보고, 자신이 처한 상황이나 전제들을 살펴보는 것은 청년을 비판자의 자세로 이끌고, 국가의 통솔이나 주저 없이 명령에 따르는 충실한 군인상과는 거리가 먼 청년이 된다.

아테네의 전통은 특정한 신, 특정한 의무와 특정한 인생 스타일에 기반하고 있다. 이러한 기성 제도들은 사회의 일체성을 증진하고 전장에서 강한 국가로 남기 위한 초석이 된다. 소크라테스의 中立的 眞理의 추구는 이러한 강한 전통에 금이 가게 하고, 아테네 사회의 근간을 뒤흔든 것이었다. 이러한 관점에서 소크라테스의 일생은 철학에 봉사하였지만, 국가에 대한 위협으로 인식되어진 것이다.

따라서 소크라테스에 대한 기소는 우연한 사고가 아니었다. 비록 그의 기소의 직접적인 원인은 시인, 웅변가, 정치가들의 사소한 복수였지만, 실제 그가 공판에 부쳐진 것은 소크라테스의 강습내용에 드러난 이러한 위협의 感知로 인한 것이라 할 수 있다. 이는 현대 독재국가가 자신의 정치제도를 비판하는 자를 형사처벌하여 입을 막는 사례들에 비유될 수 있고, 재판부가 “소크라테스가 더 이상 자신의 철학강습행위를 하지 않는 것을 조건으로 무죄방면하겠다”는 제의한 것에서도 확연히 드러난다.

물론 소크라테스는 재판부의 제안을 거부한다. “내가 숨쉬고 지적 능력이 있는 한 나는 절대 철학을 포기하지 않을 것이고, 당신을 훈육하기를 중단하지 않을 것이며, 종종 만날 수 있는 당신들에게 진리를 보여주는 것을 포기하지 않을 것이다”라고 답한다.

3) 개인적 차원

다음으로 소크라테스의 관점에서 윤리의 문제를 살펴보자. 소크라테스는 자신에 대한 공판에 대하여 어떠한 생각을 가지고 있었을까? 우리가 잘 알다시피 그는 자신에 대한 공소제기는 멜레투스, 애니쿠스, 라이코스 등과 같은 악인들의 모함에 의한 것이라고 보았다. 따라서 그는 자신에 대한 고발인 또는 공소 제기관들과 공판절차 그 자체를 분리하여 생각하였다. 그는 사람을 사형에 처하도록 술수를 부리는 멜레투스가 지금 행하는 것을 행하는 것은 심각한 악이며, 멜레투스는 자신을 처벌할 어떠한 진짜 죄목을 발견하지 못하고 좌절하여 무분별하게 기소를 한 것이라고 하였다.

소크라테스는 배심원의 유죄평결이 내려지자, 자신이 죽은 후에 더 참혹한 죽음을 맞게 될 것이라고 극언을 퍼붓기도 하였다. 즉 유죄평결의 배심원들은 자신을 기소한 공소관들과 동일한 것이다. 그러나 그는 전체적으로 아테네 사법 시스템에 저항하지는 않았다. 기소 이후 변론을 충분히 준비하고, 자신의 무죄를 위하여 변론에 충실히 임할 것이라고 하였다.

이 장면은 소크라테스의 사례도 일반인의 사례와 별로 다르지 않다는 것을 시사한다. 조국 케이스나 다른 유명인 사례에서 흔히 나오는 말이 “변론에 충실히 임하겠다, 법원의 판결을 존중한다”같은 말이다.

다. 윤리적 의무에 관한 추론

그렇다면 우리가 법을 준수하고 법으로부터 도피하지 않아야 하는 근거들에 관하여 살펴본다. 소크라테스의 죽음에 관한 플라톤의 설명은 소크라테스가 자신의 결정을 보강하기 위하여 지속적으로 주장한 실제적 사유를 들여다 보지 않고는 이해하기 어렵다. 물론 그에 관한 정황은 확실하지 않다.

따라서 독자들이 소크라테스의 實用的 次元의 생각이 윤리적 판단보다 더욱

중요하였으리라 판단할 수도 있고, 소크라테스가 주장한 실용적 차원의 판단은 단지 플라톤의 대화에서 사실을 완화시키는 의미를 가질뿐이라고 판단할 수도 있다. 사실 소크라테스가 도덕적 명령에 따라 죽음을 기꺼이 받아들이는 결정을 하는 상황에서 이 부분은 약간 진실같지 않은 면이 있다.

먼저 소크라테스가 법을 피하여 도망하였다면 그는 자신의 친구를 위험에 처하게 하였을 것이다. 따라서 그들은 나라에서 추방되어 자신들의 국가와 재산을 빼앗긴 처지로 전락하였을 것이다.

둘째, 만약 그가 테베나 메가라 같은 인근 도시로 갔었다면, 그는 정부의 敵이 되어 법을 파괴하는 자로 비춰졌을 것이다.

셋째, 법을 타락시키는 자, 즉 法에 위반하여 법으로부터 도망한 자는 또한 젊은이들을 타락 시키는 자이기도 하다. 따라서 도망은 그 자체로 소크라테스에 대한 공소 제기가 정당하다는 것을 스스로 입증한다.

넷째, 그가 잘 정비된 도시국가, 잘 훈련된 시민들을 피하여 도망한다면, 그의 인생이 살 가치가 있을까? 만약 그가 법으로부터 도망한다면, 어떻게 옳과 정당함을 말하고 주장할 것이며, 어떻게 법은 인간의 가장 귀중한 소유물이라고 말할 수 있을 것인가?

라. 법을 준수하겠다는 사전 약속

소크라테스가 “감옥으로부터 도망하지 않아야 한다”고 생각한 가장 중요한 이유는 그의 도망은 아테네 시민과의 정당한 합의(just agreement)에 대한 위반이라는 것이다. 따라서 우리는 그러한 합의가 있었는지, 그러한 합의의 범위가 소크라테스가 위반하였다는 법을 포함할 정도로 범위가 넓은 것인지 살펴 보아야 한다.

무엇보다 먼저 그러한 승意在가 존재하였는지 살펴보아야 한다. 소크라테스의 경우 口頭 이견 書面 이견 명백한 합의는 보이지 않는다. 다만 윤리적 의문을 해소하기 위하여 그러한 합의가 적절히 추론될 수 있는가를 살펴 본다. 우리가 시민과 국가간 묵시적 계약 같은 합의의 문제를 생각할 때, 소크라테스의 계약

상 의무는 유효한 입법부 명령 또는 국가의 司法的 決定 같은 것들이라 할 수 있다.

이때에 유효성(validity)이란 순수히 형식적인 것이어서 법실증주의자인 하트의 법학에서 볼 수 있는 유효성과 같은 것이다. 적절하게 구성된 재판부에서 내린 판결은 유효하고, 따라서 소크라테스에 대한 재판절차 관점에서 볼 때 유효한 것이라 인정할 수 있다. 이러한 묵시적 계약관계 하에서 소크라테스가 국가로부터 받은 반대급부 또는 약인들(considerations)은 아테네 시민으로서 누릴 수 있는 여러 혜택이다. 탄생, 교육, 보호 같은 것들이라 할 수 있다.

연소자들은 그러한 계약에 默示的 으로 동의하였다고 할 수 없다는 반론에 대하여, 소크라테스는 모든 아테네 시민은 그가 성인이 되는 경우 국가를 떠날 자유가 있으므로, 자신이 아테네 시에 머무를 것이라는 그의 결정은 그로 하여금 國家의 법을 준수하도록 요구할 수 있는 계약의 비준과 같은 동급의 결정이라 할 수 있다고 주장한다.

소크라테스는 그 자신 사건의 경우 여러 정황들은 이러한 법 준수 의무를 더욱 강화한다고 주장한다. 즉 그는 한번의 이스쯔무스(Isthmus)방문을 제외하고 한번도 외국을 구경하기 위하여 아테네를 떠난 적이 없으며, 군에 복무한 때를 제외하고 어느 곳도 여행한 적이 없다고 주장한다. 더욱이 그는 자신의 자녀들을 아테네에서 양육하였으며, 이는 그가 아테네를 좋아한다는 증거가 된다. 또한 그는 공판 도중 추방의 형벌로 자신을 다스려 달라고 제안하지도 않았다.

따라서 그는 자신의 意思에 반하여 아테네 법에 동의하도록 강요받지 않았으며, 기망되어 동의한 것이라고도 할 수 없고, 강제로 아테네에 머물도록 궁박 경솔한 상태에 내몰리지도 않았다. 그가 아테네에 머물렀다는 사실이 그가 아테네 법에 동의한 것으로 置換 될 수 있는가? 그는 수사학적으로 답한다. 법을 떠나 누가 도시로부터 즐거움을 누릴 수 있는가?

요컨대 소크라테스는 모든 법을 준수하겠다는 도시와의 묵시적 약속에 기속된다고 스스로 믿고 있었다. 모든 법을 준수하겠다는 것이고, 단지 자신이 좋아하는 법이나 자신에게 유리한 판결을 가져 올 법만을 준수하겠다는 것은 아니다. 이러한 묵시적 약속으로 인하여 도망 등 방법으로 이를 破棄 해서는 안된다.

는 것이다. 소크라테스는 물론 국가와 시민간의 관계에서 모든 시민은 국가와 아무런 합의가 없다고 주장하는 것은 설득력이 떨어진다고 말한다. 법학자는 물론이고 우리들은 묵시적 합의가 서면에 의한 합의와 등가의 가치가 있다는 것에 동의한다.

오히려 군역 등 도시에 머물기 위하여 필수적으로 체결하는 국가와 21세의 새 파란 신내기 성인과의 서면 합의에 대하여 우리는 그 합의의 眞情性을 의심하기도 한다. 그러나 묵시적 합의의 존재에 대한 인정은 법 준수 의무를 도출하기 위한 첫 번째 단계에 불과하다. 따라서 우리는 그러한 합의에서 도출되는 소크라테스의 의무의 본질과 범위에 관하여 살펴 보아야 한다.

마. 법 준수 의무의 본질과 범위

소크라테스는 묵시적 합의 하에 자신의 의무를 아들의 아버지에 대한 의무에 비유한다. 국가는 아버지처럼 자신을 거두고, 양육하고, 교육시키고, 보호한다. 그리고 그가 성인이 되면 도시를 떠나 도시의 법이 과하는 여러 제약으로부터 자유로울 수 있고, 아니면 도시에 남아 도시의 모든 법을 준수하여 한다. 이는 성인이 된 아테네 시민의 자유가 된다.

그렇다면 이때에 법은 아테네의 모든 법을 포함하는가? 소크라테스 의무의 본질에 관한 이상의 논의에도 불구하고, 우리는 소크라테스가 국가와 묵시적 합의를 하였다면, 그는 도시의 모든 법을 준수하겠다고 국가와 손해보는 거래를 한 것이다. 그렇지만 합의에 따라 자신을 처벌하려는 법을 준수할 의무가 있다는 사실에 대하여 다투는 자가 있을 수 있다.

아마도 이는 소크라테스 사태의 분석틀이 사법인 계약법상 본질을 갖고, “양자가 동등하지 않은 협상력을 갖는다”거나 “계약 성립을 위하여 양 당사자에게 거의 유사한 약인(consideration)이 필요하다”는 계약법상 원칙에도 불구하고 양자간 의무가 존재한다고 주장하기 때문으로 보인다. 달리 말하자면, 소크라테스는 도시에 사는 이웃들의 교육과 안전에 기여함으로써 자신의 시민으로서의 일부 의무를 해소하였음에도, 그것이 하나의 거래이고 합의이므로 일부 의무의 이행을 넘어 모든 의무를 이행하여야 하는 것이다.

이러한 관점에서 보면, 우리는 국가측 約因의 적절성은 무시하는 것이다. 즉 우리는 사소하지 않은 약인이 존재한다는 사실만을 중시하게 된다. 이러한 주장의 가장 결정적 문제점은 양자간 합의가 明示的인 것이 아니라는 점이다. 따라서 소크라테스의 유죄를 인정하는 법을 준수할 의무가 있는지는 철저히 따져 보아야 할 핵심적 쟁점이 된다.

소크라테스에게 의율된 법이 양자간 합의의 일부에 포함된다면, 일반적 법리에 따라 그는 이를 준수하여야 한다. 그러나 그 법이 양자간 합의의 일부인가? 아니면 그러한 법은 “비양심적인 부가물(unconsciounable addition)”인가? 그렇다면 단순히 정당한 법만이 준수하여야 할 법에 포함되는가? 소크라테스가 준수하여 할 법의 카테고리를 정하기 위하여 그의 말을 살펴 볼 필요가 있다.

그는 “오로지 정당한 법만을 법으로 보아 우리는 이를 따르고 복종하여야 한다”는 그의 서약과 같은 진술이 그것이다. 따라서 그는 부정의한 법을 준수할 윤리적 의무가 없다. 이러한 그의 진술은 일응 매우 흥미로운데, 근대 시민사회의 시민불복종 이론에서 항용 제기되곤 한다. 그러나 존 롤즈(John Rawls)는 “법의 정당성은 잠재적이고 개인적 반대의 필요조건이긴 하지만 충분조건은 아닌 것이 명백하다”고 하였다.

롤즈는 사회의 기본적 구조가 ‘현재의 사물의 법칙과 조리(current state of things)’에 비추어 합리적으로 정당하다면, 부정의한 법이라도, 그것이 부정의한 정도가 가벼워 그 한계를 넘지 않는 한 우리를 기속하는 법이라고 하였다. 비록 소크라테스의 아테네가 롤즈의 다른 공식(비근한 예로 아테네의 노예제를 들 수 있다)에 따라 정의로운 사회가 아니라면, 그럼에도 불구하고 소크라테스에게는 합리적으로 정당하게 보였을 것이다.

사회과학자로서의 롤즈가 “사회와 기본적 구조”에 관심을 가졌다면, 소크라테스의 경우 보다 인문적이고 철학적이다. 법이나 법철학은 양자 모두에 관심을 가지지만, 어쩌면 소크라테스의 앎이 法律家에게 보다 직접적인 것으로 느껴지는 대목이다. 롤즈는 자신의 결론을 지지하기 위하여, 비록 정의로운 사회라 하더라도 多數의 입법부가 제정한 법이 있을 것이고 그 법에 반대하고 이를 부정의한 법으로 보는 그룹이 있을 수 있다.

즉 선거에 패하여 야당이 되고 그러한 야당은 집권당이 만든 법을 부정한 법으로 보지만, 그 법에 따라 판결을 내려야 할 법관과 사건은 존재할 수 밖에 없는 것이다. 이러한 현실은 당연히 소크라테스도 인정할 것이다. 다수 또는 소수의 연합들은 결국 오류를 범할 수 있다. 그럼에도 결국 부정한 법이라는 점을 입증하여야 할 부담은 어느 정도는 사회의 여러 그룹들에게 돌아갈 수 밖에 없다.

그렇지 않다면 少數는 정권이 바뀔 때까지 장기간 부정한 법으로 희생될 수 밖에 없고, 그러한 소수는 더 이상 법을 준수할 의무가 있다고 할 수 없다. 환언하면 롤스는 다른 생각일지 몰라도, 그의 논리에 따를 때 부정의에는 “작은 부정의와 큰 부정의”가 있다고 추론해 볼 수 있다. 커다란 부정의를 담고 있는 법에 한하여 사회 구성원은 법 준수 의무를 부담하지 않게 된다.

롤스의 분석을 소크라테스의 상황에 적용해 보면, 그에게 사형 선고를 가능케 한 근거가 되는 법이 아테네 전체의 법체계는 정의로운데 그 하나의 법만이 부정한 것이라고 말할 수 있을까? 아니면 “70세 노철학자 1인에 한하여 효력을 갖는 제한적인 것이다”라고 말하는 것은 잘못된 것일까?

어떤 측면에서 보면 아테네는 아테네 知性を 상징하는 자의 두뇌 일부를 들어내어 그 자를 처형한 것이라 할 수 있다. 그는 유죄이며, 유죄 인정 범죄사실의 本旨는 그가 아테네에 살아 왔다는 사실이라 할 수 있다. 그렇다면 소크라테스가 준수하여야 할 법이라 할 수 없는 극단적으로 부정한 법 아닐까?

이러한 논리의 문제점은 어떠한 법이 윤리적으로 집행될 수 있는 법인가를 정함에 있어 롤스는 자신의 정의에 대한 기준을 적용하였다는 점이다. 그리고 ‘국가의 정의’를 ‘자신의 정의’로 강제적으로 대체하였다는 것이다. 그것이 “강제적(forcefully)”인 것은 그는 자신이 국가 내, 즉 아테네라는 도시에서 사는 동안 계속하여 국가와 악법을 비판하려는 의지를 가지고 있었지만, 그는 감옥으로부터의 탈출이라는 점잖은, 그렇지만 필요한 강제적 행위로 나아가려는 의지가 없었기 때문이다.

소크라테스의 어려운 상황을 더욱 복잡하게 만든 것은 그를 기소하도록 만든 실제의 법, 즉 청년타락행위에 관한 죄는 자신에 대한 처형을 부당하다고 보지 않았다는 차원에서, “정당한 법”이라는 자신의 믿음이다. 즉 이로써 우리는 소

크라테스는 “악법도 법”이라는 신념을 가진 것으로 알고 있다. 그러나 그가 말하는 부정의는 청년타락행위에 관한 죄를 담은 법이 악법인 것이 아니고, 그러한 惡法도 법으로 적용한 재판부의 행위에 있다고 보았다.

따라서 법을 법원의 판결로 보는 판례법 또는 보통법 국가의 관점에서 보면 아테네 재판소의 절차와 판결은 윤리적으로 준수할 필요가 없게 된다. 이 때에 그러한 부정의를 법 그 자체가 아닌 280인의 배심원 중 그에게 유죄 평결을 내린 12인의 배심에게 돌린다면, 소크라테스는 아마도 롤즈의 “작은 부정의와 큰 부정의”의 이분법적 논리가 자신의 경우에 적용된다고 생각하지 않을 것이다.

그런데 롤즈의 논리에 대한 답은 이전의 근원적 딜레마에 가깝게 우리를 돌려 놓는다. 즉 이때의 딜레마는 ‘법’과 ‘실제 사건에서 법을 해석하는 방법’ 사이에서 이를 준별하여야 하는 딜레마이다. 소크라테스의 법에 대한 충성이 법이 권위적으로 결정되는 제도 자체에 대한 충성까지 포함하는 것일까?

자 극단적인 예를 들어보자. 우리가 합리적인 사법제도하에서 가능한 것으로 인정하기 어려운 사례로, 소크라테스가 성년에 달하였을 당시 아테네의 법이 그러한 행위들의 결과가 어떠하던 모든 시민에게 자유롭게 말하고, 국가의 간섭으로부터 자유롭게 자신의 철학을 교양할 자유가 있었다 하자. 그리고 소크라테스가 동일한 상황에서 똑 같이 기소되고, 다만 그가 가상적인 아테네법에 근거하여 자신의 무죄를 항변하였다 하자.

재판부는 그러한 항변을 고려하는 한편 다른 관련 법이나 선례까지 더하여 판단을 내리면서, 여전히 그의 발언과 강습행위를 문제 삼아 소크라테스를 청년타락행위라는 중범죄로 유죄판결로 나아간다. 더욱이 법원은 그러한 假想의 제정법이 법원 판결에 대한 제약이 되지 않는다는 아무런 이유와 설시도 없이 유죄판결을 내렸다 가정하자. 그렇다면 소크라테스는 법원은 자신이 유효하다고 믿는 가상의 아테네법에 직접적으로 반하는 판결을 내린 것으로 결론 내릴 것이다.

이제 소크라테스는 어떻게 행동하여야 하는가? 한편으로 자신이 의지하고 자신의 경우에도 적용될 것이라고 믿었던 법은 여전히 유효한 법이라 할 수 있다. 반면에 법이 무엇인가에 관하여 가장 결정적인 有權解釋 하는 재판부는 그럼에

도 자신에게 유죄의 판결을 내린다. 크리토에서 소크라테스는 그러한 상황에서 그는 자신의 개인적 판단을 재판부의 판단으로 대체하지 않는다. 즉 판례법 국가의 관점에서도 악법인 재판부의 판결 역시 여전히 법이 되게 된다.

더욱이 판례법국가의 법인 판례를 여러 선례를 통하여 집적된 추상적 법원칙으로 이해할 때에 소크라테스 재판부의 판결은 판결일뿐 판례법이 아니라고 할 수 있다. 그러나 소크라테스의 태도와 행동은 그러한 판결에 대하여도 비판하지 않고 있는 것이다. 비록 그가 재판부의 판결이 부정의하다고 느낄지라도, 그것은 구속력을 갖는 법이고, 소크라테스는 이를 준수할 도덕적 의무가 있다고 느낀 것이다.

아마도 수세기 후 비숍 호오드리(Bishop Hoadly)의 말은 불명확한 소크라테스의 태도나 가치관에 더하여 보다 현실적이다. 어떠한 제정법이나 구두의 법을 해석하는 절대적 권한을 가진 자는 모든 의사와 목적이라는 관점에서 법을 주는 자(law giver)이다. 그러한 제정법을 만든 자나 말한 자가 법을 주는 자가 아니다.

아마도 소크라테스는 “憲法은 법관이 말하는 것이다(the Constitution is what the judges say it is)”라는 차알스 휴즈(Charles E. Hughes)대법원장의 말에 전적으로 동의하지 않을 것이다. 그렇지만 소크라테스는 그가 말하는 법의 최소한의 일부에는 자신의 외부에서 일정한 절차를 주관하는 유권적 법해석자로서 일정한 절차를 주관하고 그 절차에서 산출된 실제적 결정들이 포함된다는 것을 인정하였다.

즉 구두의 실제적 원칙들로서의 법과 그러한 원칙들을 해석하고 구체적 사건에 적용하는 재판절차는 소크라테스의 죽음을 통하여 윤리적 딜레마를 적나라하게 보여준다. 전술한 바와 같이, 소크라테스의 법준수의무에 대한 동의는 외부의 제도와 통치구조에 복종한 자신의 도덕적 믿음까지도 포함하고 있다.

소크라테스는 재판부에 대하여 자신의 주장을 펼치고, 재판부가 자신의 주장을 경청한 것으로 믿고, 심지어 재판부가 자신을 이해하였을 것이라고 믿었을지도 모른다. 그러나 결국 법의 해석을 통한 결정은 재판부의 것이 되고, 그의 것이 아니게 된 것이다. 따라서 소크라테스의 도덕적 충성심, 즉 시민은 법을 준수

하여야 한다는 신념은 필연적으로 자신의 윤리적 기준의 일부를 재판소에 위임하는 것을 전제하게 된다.

그러나 소크라테스의 가르침의 핵심적 부분은 인간이라면(each man)자신을 위하여 생각하여야 하고, 무엇이 진리인가를 발견하고, 무엇이 도덕적으로 옳은 것인가를 식별할 수 있어야 한다. 여기에서 그 유명한 “너 자신을 알아라”라는 말의 의미가 밝혀진다. 소크라테스는 정(正)과 사(邪)사이에는 어떠한 불변의 기준이 있으며, 이는 논리적 사고과정을 통하여 발견할 수 있다고 믿었다. 그의 사후 저작인 對話(dialogues)에서 이러한 그의 신념은 플라토닉 이상으로 발전한다.

소크라테스는 어떠한 가르침이 세계 모든 자로부터 지지받는다 하더라도 다른 사람의 가르침을 맹목적으로 추종하여서는 안된다고 믿었다. 따라서 소크라테스가 법을 적용하는 재판소의 결정을 존중한 것은 소크라테스의 신념에 반한다고 볼 수 있지 않을까? 그가 감옥으로부터 도망하지 않는다는 결정에는 자신들의 친구로부터의 탈옥 권유를 맹목적으로 추종하지 않는다는 것을 의미한다. 그는 자신이 옳다고 생각하고 취하여 할 행위가 무엇인가를 주체적으로 결정한 것이다.

우리는 앞에서 소크라테스에게 유효하게 제정된 법을 준수하도록 요구할 수 있는 양자간 어떠한 합의를 도출해내기가 매우 어렵다는 것을 살펴 보았다.

바. 금반언의 원칙(PRINCIPLE OF ESTOPPEL)

만약 모든 계약법적 개념들을 동원하여 합의의 의미를 도출하는 것을 포기하면 어떠한가? 이때에 합의의 존재 여부로부터 금반언의 원칙으로 나아가게 된다. 즉 우리는 소크라테스 자신이 시민으로서 행동한 과거의 행적으로 인하여 자신에게 의율된 법을 부정하는 것이 금지되는 것은 아닌지 살펴보아야 한다. 물론 이때에 금반언의 원칙은 보통법상 精緻한 기술적 차원은 아니며, 단지 공정성 관념을 담은 원초적 개념이라 할 수 있다.

그렇다면 소크라테스의 어떠한 행동이 그를 감옥으로부터 탈출하지 못하고 공정성의 차원에서 그대로 독배를 받아야만 하도록 하였는가? 금반언 원칙을 둘

러싼 주장들을 살펴봄에 있어 소크라테스에게 다른 선택을 할 수 없도록 한 그의 유일한 행적이란 성인이 된 이후 아테네에 머무르겠다는 결정에 따라 그대로 아테네 시민으로 아테네에서 생활한 것이 다이다.

前述한 계약법 이론에 따르면 소크라테스가 아테네에 머물기로 결정함에 있어 그러한 결정 즈음에 구속력을 갖는 모든 법에 동의한 것이 되었다. 물론 예측 가능하고 합리적으로 개정된 법 역시 모든 법의 범위에 포함된다. 법 준수 의무에 관한 윤리적 근거로서 앞의 계약법적 분석방법에 따르면, 만약 한 시민이 강도행위를 한 경우 그가 체포될 당시 국가로부터 그를 분리할 수 없고, 당연히 강도죄로 기소될 것이다.

그러나 우리가 금반언의 원칙에 따라 문제에 접근하면, 우리는 아테네에 머물겠다는 시민의 결정과 그에 따른 행위만으로 제정되고 적용되는 모든 새로운 법에 대하여 계속 복종하겠다는 의사로 해석될 수 있는가 질문해 보아야 한다. 따라서 우리는 아테네에 머물기로 한 소크라테스의 결정이 자발적 행위(voluntary act)이고, 자신의 자발적 행위로 인하여 소크라테스는 새로운 범죄로 그를 기소하고 처벌하는 국가가 위법하다고 항변할 수 없는가 하는 결정적 문제에 봉착하게 된다.

소크라테스는 이러한 입장을 보인 바 있다. 먼저 立論의 출발점은 국가가 자발적 기구나 클럽인가 하는 점이다. 일례로 지역의 자율적 자선단체는 자신들의 구성원에게 자신들의 규율을 지키지 않는 경우 그들의 회원권은 박탈될 것이라고 주지시켰다 하자. 이때에 그러한 규율은 회원권이 유효하기 위한 조건이 되고, 이러한 조건은 모든 회원들에게 잘 알려진 공지(公知)의 사실이 된다. 국가도 그러한 성격을 갖는 하나의 자율적 단체일까?

이러한 개념론적 의문에 대하여는 그것이 순수하게 이론적 차원에 머무른다면, 명백히 다양한 견해가 끝도 없이 나올 것이다. 이러한 의문에 대하여 달리 좀더 실제적인 관점에서 접근해 보자. 그가 국가의 규칙과 법을 더 이상 수용하지 않는다면 어떻게 그는 국가를 떠날 수 있을 것인가? 그 중 한 방법은 자신의 소유물들을 매각하고 국경을 넘어 다른 나라로 이민가는 것이다. 그러한 해외 이민은 자율적 단체의 구성원으로서의 지위를 중단하는 것과는 명백히 다르다. 즉 자율적 단체를 이탈하는 것은 구성원의 신체나 소유물들을 재

배치 시키는 것을 요하지 않는다. 더욱이 한 나라에서 다른 나라로 이주하는 것은 상대방 국가에 대하여는 이민에 의한 유입이 된다. 국가는 지구의 땅 전체에 관하여 하나의 집단적 독점 조직을 이룬다.

그리고 국가들의 성향은 외교 국방 치안 세금 등 거의 유사하다. 따라서 한 나라를 떠나 다른 나라로 간다는 것이 自律的 團體의 경우와 달리 별 의미가 없다. 한편 국가를 떠나 다른 나라로 이주하는 경우에는 다른 나라의 시민이 되지만, 자율적 단체를 떠난다고 하여 자동적으로 다른 자율적 단체의 회원이 되는 것은 아니다. 국가로부터 자유로울 수 있는 2번째 방법은 로버트 노직의 말처럼 선택의 자유(opting-out)를 부여하는 것이다. 개인은 그의 집 주위에 정치가 실종되고 정부가 실종된 군집(apolitical, stateless enclave)을 형성할 수 있다.

만약 여러 사람들이 이러한 군집으로 나아간다면, 국가는 결국 모종의 정치적 스위스 치즈(Swiss cheese)를 닮을 것이고, 시민들이 만든 국가 경시로 인하여 한 국가는 뻥뻥 구멍이 뚫릴 것이다. 그런 상황에서 그들은 국가로부터 공적 서비스를 제공받을 수 없고, 국가에 대하여 세금을 납부하려 하지 않을 것이다. 서비스가 절대적으로 필요한 경우 아마도, 그는 유형재 무형재를 얻기 위하여 협상할 것이고, 물물교환 방식(barter basis)으로 대가를 지불할 것이다.

즉 소크라테스의 억울한 죽음에 대하여 무정부주의적 관점에서 살펴보게 된다. 요컨대 현실에 있어 국가는 이러한 선택을 용인하지 않는다. 국가는 사인이 개인적으로 소유한 동일한 토지에 대하여 소유권을 갖는다. 국가는 자신의 영역 내에서 개인의 소유권은 다른 개인과의 관계(vis-a-vis other individuals)에서 인정되는 것이라고 주장하면서, 국가와의 관계(vis-a-vis the state)에서는 자신의 소유권을 절대적인 것으로 주장할 수 없다고 할 것이다.

이러한 로버트 노직(Robert Nozick)의 소유권 관념은 봉건제도 하의 소유권제도나 공산주의 국가의 소유권 관념에 정확히 부합한다. 그리고 자유 자본주의 국가의 경우에도 국가의 수용권(Eminent Domain)관념을 보면 타당한 주장이 된다. 이러한 주장은 강제력에 의하여 지지된다. 물론 그러한 주장이 항상 정당한 것은 아니지만, 따라서 실제 현실적 관점에서 국가로부터 이탈하고 싶은 시민의 유일한 선택은 스스로 물리적으로 그 국가를 떠나는 것이다. 자신의 소

유물들에 대한 권리를 청산하고, 자신의 친구들과 자신에 대한 신용과 평판을 버리고 그 국가를 떠나야 한다.

그렇다면 우리는 보다 이론적인 질문을 던져 보자. 도대체 어떤 특정 지리적 영역에 남아 있을 先驗的 權利가 있는 것인가? 국가일까, 아니면 국가로부터 이탈하려는 개인일까?

어떤 개인이 일정한 지역의 토지와 지상의 건축물을 소유하고 있다고 하자. 그의 소유권과 국가의 소유권은 둘 중 무엇이 먼저였을까? 우리는 여러 학자들의 주장과 穿鑿으로 인하여 법학도들의 철칙이라 할 수 있는 ‘공사 이분법 (dualism between the public and private sectors)’이 철학적으로 해체된다는 것을 느끼고 있다.

특히 사회주의적 改良主義라 할 수 있는 로버트 노직의 경우 공과 사의 구별이 해체되는 원초적 주장과 논리가 강하게 드러난다. 개인의 소유권은 개인이 자신이 소유한 부분에 대하여 타인에게 대가를 지급하거나 타인으로부터 선물 또는 증여를 받음으로써 만들어진다.

개인 간 소유권의 흐름을 감독하고 이를 법으로 보호하는 자는 대개의 경우 국가이지만, 그러한 사실만으로 국가가 그 부분 소유권의 궁극적 소유권자라고 보는 것은 衡平에 반한다.

만약 국가가 당해 토지의 시원적 소유자라면, 사적인 소유자가 무엇을 취득하였는가 하는 문제는 국가가 그에게 무엇을 양여하였고, 무엇을 계속 보유하고 있는가 하는 문제가 된다. 예를 들어 토지를 양여한 국가는 여전히 토지 위 공기에 관한 권리나 토지 아래 지하의 광석에 관한 권리를 보유하고 있을지 모른다.

또한 국가는 당해 토지를 관할하는 관할권을 남겨, 개인 소유권자가 국가를 버리고 국가로부터 탈출할 수 없도록 할지 모른다. 실제 특별한 경우에는, 사회주의 혁명 같은 것으로 이미 개인이 사적으로 개발한 토지 부분을 집단 소유로 만들지 모른다. 이번에는 개인의 소유권이 선형적으로 존재하였고, 국가는 그 후에 성립되었다 하자. 이때에는 국가가 당해 토지 부분에 대한 소유권을 주장

한다 하여도 그러한 국가의 소유권을 인정하는 것은 정의의 관점에서 인정하기 어렵다.

우리 사례와 관련하여 이러한 논리의 핵심은 토지가 원래 국가의 소유였다면 개인이 당해 토지에 계속 거주하기로 한 그의 행위로 인하여 아테네 사법시스템(Legal System)에 반하는 진술이나 행위를 할 수 없다는 것이다. 즉 국가는 이러한 경우 개인의 도덕적 선택은 이민을 가거나 국가의 법에 복종하여야 한다고 주장할 수 있다. 그러나 토지에 대한 국가의 소유권이 개인의 소유권에 대하여 後順位 라면 국가 주장의 도덕적 근거는 부인되게 된다. 이때에 개인 소유권자의 결정과 행위가 국가의 사법시스템에 참가한다거나 국가의 사법시스템을 용인하는 것으로 해석되어서는 안된다.

그러한 상황은 국가를 버리고 외국으로 이민가는 자와 동등한 지위를 토지소유권에 보장해야 한다는 논리적 귀결에 이른다.

사. 금반언 원칙의 잘못된 사례("Bad Example" Estoppel)

우리는 여기까지 소크라테스가 아테네에 남아있겠다고 결정하고 그에 따라 행위한 사실로부터 적용될 수 있는 금반언의 원칙에 대하여 살펴 보았다. 금반언의 원칙과 관련하여 소크라테스의 다른 행위, 즉 감옥에서 탈출하지 않겠다는 결정과 그 행위에 대하여 살펴보자. 소크라테스는 감옥으로부터의 탈출로, 그는 자신에게 유죄의 오명을 씌운 아테네법은 물론, 명백히 정당한 법을 포함하여 모든 아테네법에 대한 불복종을 표현할 수 있었다.

그렇다면, 복잡한 法理를 떠나 소박한 윤리적 차원의 금반언 원칙에 따를 때에 그의 아테네 사법체계에 대한 암묵적 묵인은 그를 감옥으로부터 탈출하지 못하게 하였을 것이다. 소크라테스는 실제 크리토(Crito)에게 감옥으로부터의 탈출은 법에 대한 불복종의 한 예라고 주장한다. 이러한 입장을 자세히 살펴보면, 감옥으로부터의 탈출은 소크라테스에 대한 유죄 인정의 근거가 되는 불복종이지만, 그것만으로 소크라테스가 부정의한 행동을 한 것이라고 비약할 수 없다. 물론 이러한 논리는 법 자체가 부정의한 경우를 전제한 것이다. 不正義한 법을 부정하는 방법의 하나가 그것을 존경하지 않고 그것에 불복종하는 것이다. 살인자의 경우를 살펴보자. 극단적인 경우를 제외하면, 단순히 살해에 나아간 행

위만으로 살인에 관한 우리의 형법을 존경하지 않는다고 할 수 없다.

범죄인이 법을 위반하는 행위가 법 그 자체에 해를 가하는 것이 아니다. 오히려 법이 무엇인가에 관하여 사람의 관심을 끌 것이고, 범죄자를 법을 명백히 위반한 자들의 그룹에 위치시켜 형벌이라는 제재를 받게 하고, 법을 강화하는 효과를 가질 것이다. 그리고 그의 투옥은 어쨌든 형법전의 위력을 실감케 할 것이다.

이와 마찬가지로 감옥으로부터의 탈출은 오히려 크게 보아 법에 대한 부인 등의 감정에서 나오지 않는다. 실제 법을 부인하고 존경하지 않는 자는 우리가 가끔 겪는 특이한 경우, 즉 감옥생활을 즐기고 감옥에서 탈출하지 않는 범죄자들의 경우이다. 이들은 단순히 감옥에 가기 위하여 법을 무시하고 범죄에 나아간다.

이번에는 전혀 다른 살인자의 경우를 예로 들어보자. 신문의 유명 비평가가 자신의 기호에 맞지 않는 드라마극을 신랄하게 비판하여 그 쇼가 문을 닫는 명예살인을 하였다. 그가 그후 감옥에서 탈출하였다면 우리는 그의 도망은 그가 자신에 대한 기소와 유죄판결이 효력이 없다고 믿었기 때문이라는 것을 추론케 한다. 그렇다면 소크라테스의 독배 사건은 첫 번째 유형의 살인에 가까울까 아니면 두 번째 유형의 살인에 가까울까?

소크라테스가 아테네 청년들과 소통하고 영향을 미쳤다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 소크라테스가 실제로 한 행위, 즉 청년에 대한 그의 철학 강의를 청년들을 타락시켰다고 볼 수 없다. 만약 타락시켰다고 본다면, 이는 매우 난해한 개념의 타락이다. 이때에 난해한 개념은 단순살인에는 친하지 않고, 두 번째 유형 즉 드라마물에 대한 명예살인에 가까운 어려운 개념이다.

우리는 이 대목에서 언젠가 우리 마광수 교수에 대한 공연음란죄 사건에서 외설이나 예술이냐의 논쟁, 또는 좌파들의 음란표현물에 대한 표현의 자유 논란을 연상할 수 있다. 첫 번째 사례의 살인자는 살인은 道德적으로 정당하지 않다는 사실을 다투지 않을 것이다. 반면에 두 번째 살인자는 틀림없이 드라마극에 대한 살인이 도덕적 살인이라는 주장에 대하여 다툴 것이다. 극장공연예술계는 영터리 드라마극에 대한 살인으로 한단계 도약할 것이라고 주장할 것이

다.

따라서 우리는 소크라테스 사례는 후자의 경우에 가깝다고 보아야 한다. 소크라테스는 틀림없이 자신에 대한 기소가 부정의하다고 느꼈을 것이기 때문이다. 그렇다면 소크라테스가 도망을 거부함으로써 다른 자들이 자신들을 위한 생각 또는 자신들이 믿는 바를 가르칠 자유를 속박한 것인가? 소크라테스가 도망하지 않기로 결심한 것은 개인의 이익보다는 국가를 우선함으로써 국가의 승리가 기쁨이다. 그의 사례는 19세기, “우리 국가가 정의롭던 정의롭지 않던(my country, right or wrong)”라는 표현과 종교적으로 상통한다. 우리는 소크라테스의 결정은 도덕적으로 필연적인 것이라 할 수 없고, 국가의 抗辯에 대하여 개인의 권리를 축소시켰다고 속단해서는 안된다.

아. 기득적 혜택의 수동적 수혜자

우리는 먼저 소크라테스가 아테네 법체계에 동의하였는지, 둘째, 그가 시민권자로서의 혜택을 적극적으로 받아들인 것이 그를 감옥으로부터 도망하지 못하게 한 형평법상의 금반언이 적용될 경우에 해당하는가를 살펴 보았다. 세 번째 가능한 의무의 원천으로 다른 시민들의 행위로 그가 혜택을 누렸으므로 그는 비록 수동적 수혜자라 하더라도 감옥에서 도망하지 아니할 의무가 있지 않는가 하는 점을 생각해 볼 수 있다.

법실증주의자인 하트(H.L.A. Hart) 교수는 법에 따라 많은 사람들이 상호 이익을 누릴 수 있는 협력적 체계 하에 있어 다른 자의 이익을 위하여 자신의 자유를 기꺼이 제약받을 수 있다면, 자신의 자유를 제약받는 자는 그로 인하여 이익을 얻는 다른 상대방도 법체계에 대하여 자신처럼 동의하고 묵인할 것을 요구할 권리가 있다고 하였다. 존 롤즈(John Rawls)이론의 약점은 위 하트의 주장에 대하여 그와 다른 주장을 하면서도 반박할 수 있는 구체적 사례를 들지 못하는 것이다.

우리는 여전히 많은 사람들이 상호 우리와 다른 사람들에게 혜택을 주는 어려운 부담을 하는 경우 우리는 갑자기 법을 존중할 의무에 구속되어야 하는 진리가 항상 옳은 것이라고 그가 믿고 있는지 의문이다. 이와 달리 노직(Robert Nozick)은 매우 적나라하고 적절한 예를 우리에게 선사한다. 만약 매일 거리의

다른 자가 거리 전체를 청소한다면, 당신 차례가 오면 당신도 그러한 의무가 있다고 보아야 하는가? 아니면 무임승차자(free rider)로서 혜택을 받는 것이 부끄러워 더러운 거리를 상상하면서 거리를 지나갈 것인가?

노직의 사례에서 우리는 다음과 같은 비판을 제기해 볼 수 있다.

당신이 始初에 결정절차에 참여하지 않은 이상, 당신이 상호 이익이 되는 행위를 행하는 것에 윤리적으로 구속될 필요가 있는 것인가? 더러운 거리라는 다른 반대의 경우를 상상하면, 하나의 가능성이 보인다. 모든 공동체 구성원들이 그들은 더러운 거리에서 살기로 하고, 서로 자신들의 쓰레기를 거리에 버릴 것을 권장한다 하자. 당신을 무엇이 바람직한 것인가에 관한 그들의 결정에 구속될 것인가?

이러한 가상적 사례들은 그룹의 행위로부터 혜택을 받는다는 롤즈의 생각에 의문을 제기한다. 즉 구성원이 누리는 혜택이 객관적 혜택으로서의 성격을 갖는가 아니면 사람이 누리는 혜택이 다른 사람에 대하여 짐이 되는가? 우리는 청결한 거리가 더러운 거리보다 낫다는 데에 모두 동의하고, 따라서 앞의 사례는 번복될 수 없는 것인가? 만약 그렇다면 그러한 결정은 누가 내리는가? 당신인가, 아니면 다른 사람들인가? 다른 가능성은 당신은 어떠한 형식의 묵시적 합의를 통하여 始原的 決定을 내리는데 참여하였다는 것이다.

만약 당신이 특정한 사회에 살겠다고 선택하였다면, 당신은 묵시적으로 청결한 거리를 갖기로 합의한 것이고, 그러한 묵시적 합의는 동네 사람들이 돌아가며 거리를 청소하여야 하고, 자신의 차례가 오면 그러한 합의를 이행하여야 한다. 즉 당신의 차례가 돌아 오면 당신은 “자신은 동의하지 않았으므로 거리를 청소할 의무가 없다”고 항변할 수 없다.

따라서 롤즈의 이론이 공적 영역과 사적 영역을 준별하지만, 사적인 계약법적 이론은 설 자리가 없는 반면에(큰 구조에서 정의롭다면 사소한 부정의는 감내하여야 한다), 노직과 다마토의 이론은 국가나 공법체계까지도 철학적으로 해체하거나 사법상 계약이론을 접목시켜 분석한다는 차이를 갖는다. 이는 세계시장의 형성과 구조에 관한 큰 공법체계로 구성되는 국제통상법과 기업간 거래와 국제계약을 공부하는 私法的 性格의 국제거래법 간 존재하는 법적 성격의 차

이에 비견할 수 있다.

현대에 와 공법과 사법의 개념법학적 분류방법은 법학이라는 학문의 큰 줄기를 이루고 있어, 소크라테스의 형사법을 둘러싼 논란과 분석은 어떻게 보면 롤즈의 경우 보아 현대화된 접근방식이고, 노직과 다마토의 경우는 철학적 고전적 접근방식이라 할 수 있다. 물론 이러한 의무적 청결의무의 발생은 노직의 주장에 대한 두 번째 비판에 잘 연결된다. 즉 당신은 필히 청결한 거리를 선호하는 것은 아니기 때문이다.

당신이 어떤 사회를 선택한 경우 보통은 청결한 거리를 선호할 것이지만, 반대로 청결한 거리 아닌 다른 성격의 거리를 선호할 수도 있다. 따라서 공법이나 공적 영역은 보통의 기준, 개연성의 기준이 보다 중요하고, 사법은 양 당사자의 의사나 진심에 기반하는 것으로 이어진다. 이러한 관점과 접근방식에 의할 때에, 법치주의의 원칙이나 비례의 원칙이 공법상의 원칙이라면, 신의성실의 원칙이나 계약구속의 원칙은 사법상의 원칙이 되는 것은 당연하다.

언젠가 필자의 동키호테와 샤일록을 대비시켜 公法과 私法의 차이를 말하였는데, 그 비유가 상기된다. 요컨대 당신은 달리 더 즐겁고 수익이 창출되는 행위를 할 수 있음에도 시간을 내어 거리를 청소하여야 한다. 다른, 그러나 앞의 논리와 상용할 수 없는 또 하나의 주장은 당신이 사회를 선택할 당시에 당신은 다른 사람들이 당신에게 혜택을 주면, 당신은 그에 상응하는 무엇인가를 해야 한다고 이미 믿고 있었을지 모른다는 것이다.

이때에 당신은 다른 이웃이 거리를 청소하고 있을 때에, 뇌물, 부패, 또는 선거 부정 등을 들춰내고 폭로하여 당신의 지역의 정치체제를 청소하였어야 할지 모른다. 이러한 상황은 플라톤의 다른 주장, 즉 공화국 내 재능에 따른 노동의 배분 이론에서 나오는 설명이다. 요컨대 그러한 자는 정치적 재능을 발휘하여 정치가로 나아가야 한다는 의미이다.

세 번째 입장은 당신이 국가를 선택할 당시, 당신은 무엇보다도 공적으로 실체가 있는 어떠한 결정을 함에 있어 개인이 동의할 수 있는 기회가 주어지는가를 다른 어떤 것에 우선하는 경우이다. 이때에는 당신은 국가를 선택하는 행위로 명시적 동의 입장을 표명하였으므로, 당신은 거리를 쓸어야 하고, 만약 청소를

하지 않는다면, 당신은 그로써 청소 의무에 대하여 반대하는 것이 된다.

이러한 모든 경우, 특히 다른 이를 통하여 받은 혜택을 갚아야 한다는데에 이르면, 그룹이 자신들의 특정한 룰을 그 자에게 강제할 권리가 없다는데에 이른다. 이러한 생각은 롤즈의 "큰 부정의 작은 부정의"가 주어진 원칙이나 이론적 가정에 머무르는데 대하여 현실의 정치를 통하여 그것은 변화될 수 있다는 것을 의미한다.

존 롤즈의 正義論에 있어 제 1차 원칙이나 제 2차 원칙이 사회의 현실과 조건을 관찰하여 구조적이고 사회과학적이며, 수동적이고 정태적 이론 또는 원칙으로서의 성격을 갖는다면, 노직과 디마토는 그에 비하여 (i) 철학적, (ii) 인문적, (iii) 능동적 (iv) 동태적 성격을 갖는다 할 수 있다.

당신의 거리를 청소하는 행위가 유일하게 사회로부터 받은 혜택을 돌려주는 방법일까? 예컨대 당신이 거리 블록 위 유일한 사람으로서 당신만을 위하여 거리를 청소한다는 것에 충격을 받아 심장 마비의 위험이 있는 경우를 상상해 보라.

세 번째 비판은 노직의 세 번째 문장의 無賃乘車 주장에서 발생한다. 이 문제는 어떻게 보면 감성적 차원에서 공정성 문제의 핵심을 이룬다. 당신의 이웃들이 번갈아 거리를 청소하여야 한다는 데에 합의하였다 하자. 당신은 비록 그러한 결정이 당신에게 유익하다고 동의하였지만 당신은 결정에 참여하기를 거부하였다.

다른 이웃들은 당신의 불참으로 거리 청소를 보다 빈번히 하여야 한다. 이웃들은 비록 당신이 무임승차를 하지만, 청소는 가치있는 것이라 하여 결정을 유지할지 모른다. 그러나 당신이 청소를 하지 않고 혜택을 보는데에 매우 분노할 것이다. 이때에 당신은 어떠한 도덕적 항변을 제기할 수 있는가? 당신은 우선 "내가 뭘?" 할 것이다. 즉 당신이 이웃들이 청소하는 것을 말리지 않았고, 이웃들이 결정하고 자신들의 결정을 이행하는데 아무런 장애를 야기하지 않았다고 항변할 것이다.

그들의 비용 편익 분석, 즉 "그들이 비록 자신의 차례가 빈번히 돌아오더라도

당신을 제외한 시민들이 모두 참여한 상황에서, 거리를 청소하는 것이 가치있는 일이다" 한 것은 그들이 자유롭게 결정한 사항인 것이다. 다음 당신이 청결한 거리로부터 혜택을 받는다 하더라도 이웃들이 당신에게 혜택을 주기 위하여 거리를 청소하는 것이 아닌 것을 확실하다.

그들의 동기는 순수히 자신들을 위한 利己的인 것이다. 만약 그들 자신들이 누리게 될 혜택이 거리 청소 결정으로 인도하는데 충분하지 않다면, 그들은 절대로 당신이 거리청소 결정으로 누릴 수 있는 한계 혜택을 위하여 청소거리 결정에 호의적 태도를 보이지 않을 것이다. 최소한 당신은 결정을 내리기 위한 고려 요소로 당신을 포함시켜 달라고 요구하지는 않을 것이다.

만약 그들이 당신에게 “당신이 자신의 태도를 고집하는 유일한 이유는 당신은 우리가 어쨌거나 계속 우리의 길을 갈 것이고, 따라서 당신은 무임승차를 할 것이라고 믿기 때문이다”라고 하자. 아마도 그 말은 틀리지 않다. 그러나 그렇다 하더라도, 그들은 결국 자신들의 협상을 합리적으로 고안하여 당신을 설득시키는데 실패한 것이다.

호수에 면접하고 있는 이웃들이 호수를 오염시키는 공공시설에 대하여 소송을 제기하기 위하여 비용을 조달하고 있다 하자. 만약 어떤 이가 각 주거를 돌아다니면서 자금을 모으고 있다면, 우리는 “한번 생각해 봅시다. 다음에 들르세요. 다른 모든 거주자들을 돌아 본 후 다시 들르세요”라고 말하는 거주자를 상상해 볼 수 있다.

만약 자금 모집인이 그러한 말에 동의한다면, 그는 큰 실수를 저지를 것이다. 왜냐하면 그 거주자는 모든 이웃들이 모금에 협조적이면, 결국 자금 모집인은 이제 모금을 그만 두어도 충분히 소송비용을 충당할 수 있다고 믿을 것이라고 계산하여 말한 것이기 때문이다. 물론 가장 좋은 전략은 당연히 소송제기에 대하여 만장일치의 同意를 얻도록 승혜하는 것이다.

따라서 이웃이 계속 모금에 비협조적이면 다른 이웃들이 그 자에게 자신의 의무부분을 이행하도록 요구할 수 있도록 하는 것이다. 즉 그자가 자신의 의무부분을 이행하지 않으면 전체적으로 소송제기 전략은 철회되는 것으로 하는 것이다. 물론 이러한 전략 역시 한 거주자가 진정으로 소송제기 계획에 동참하지

않으려는 의사가 있는 경우 성공하기 어렵다. 그러나 그가 모금에 응하도록 강제할 수 있는가? 예컨대 공공시설에 자신의 지분 비율이 있는 거주자를 생각해 보자. 만약 그가 모금에 응하지 않는 경우 다른 이웃들은 결국 소송제기 전략에 대한 합의를 변경할 수 있을 것이다.

만장일치제가 아니라면 한 사람도 이러한 변경이 가능하다. 물론 이는 그가 모금에 응하지 않은 이웃에게 아무런 대가 없이 혜택을 부여하더라도 소송을 제기하여야 할 중대한 필요가 있는 것을 전제한다. 공해와 오염 사례는 전략적 측면에서 살펴 보았다. 다른 성격의 사례들은 우리를 다른 결론에 이르게 한다. 우리가 살펴 본 세가지 사례 중 청결한 거리 사례는 비교적 쉬운 경우이다.

그 이유는 '청결한 거리'는 일반적으로 매우 사소한 가치를 가지고 있기 때문이다. 큰 세계라는 관점에서는 거의 무시될 수 있는 경우이다. '더러운 거리' 사례는 부정적 측면의 사례이므로 청결한 거리 사례에 비하여 약간의 중요한 의미를 갖는다. 만약 모든 이웃들이 적극적으로 더러운 거리를 용인하고 당신도 쓰레기를 거리에 버릴 것을 요구한다면, 당신은 윤리적으로 당신이 더러운 거리에 동의한 것이라기 보다는 이웃들이 非理性的 이고, 따라서 더러운 거리 계획에 당신이 기여할 가치가 없다고 주장할 것이다.

오염된 호수 사례는 모금에 동참하지 않는 이웃은 강제적으로라도 모금을 하도록 하여야 한다는 롤즈의 주장에 대하여 심각하게 대치되는 사례이다. 모금에 동참한 이웃들은 동참하지 않은 이웃에 대하여 다음 세가지 사유 중 하나에 근거하여 윤리적 비난을 가할 것이다. 먼저 사안의 경중을 살핀 후 모금에 동참한 이웃들은 청정한 호수가 청결한 거리보다 더 중요한 것이라고 믿을 것이다. 그러나 이는 원칙상 근거를 가지지는 않는다.

둘째, 오염은 더러운 거리가 거리의 사람에게 가하는 해악보다 더한 해악을 제 3자에게 가할 것이다. 모금에 동참한 이웃들은 이를 호수 속 생명체나 미래의 후손에 대한 의무로 볼 것이고, 따라서 그러한 의무를 이행하기 위하여 모금에 동참하지 않는 이웃을 강제하고 윤리적으로 의무를 부과하는 것은 이성에 반하지 않는다고 볼 것이다.

그럼에도 선호에 관한 앞서 본 모든 반대 논리가 여기에도 적용된다.

하나의 예로 모금에 동참하지 않은 자가 비용 편익분석에 따라 오염을 야기한 자에 대한 소송제기에 대하여 반대하면서, 이웃들의 모금이 상황의 개선에 어느정도 기여하겠지만, 다른 프로젝트에 금원을 지원하는 것이 소비된 달러당 公共效益 보다 크다고 주장하였다 하자.

그런 경우에 그가 롤즈의 이론에 따라 '부분적 수익자'라고 하여 호수 오염에 대한 소송 제기를 위한 비용모금에 금원을 지급할 도덕적 의무가 있다 할 수 있는가? 셋째, 요컨대 행위의 성격을 롤즈의 공정성 이론에 따라 분석해 보면, 각 행위는 차이를 보이고 있다. 여기에서 소크라테스가 제기할 수 있었던 병역 의무의 문제를 상기해 보자.

아테네는 소크라테스에게 외적으로부터 보호받는 혜택을 부여하였다. 따라서 그는 윤리적으로 병역의무를 이행하거나 다른 대체할 수 있는 봉사를 하여야 한다. 이러한 경우와 거리청소 사례 사이에 차이가 있는가? 나는 있다고 생각한다.

병역으로 인하여 소크라테스에게 돌아가는 혜택은 그를 계속하여 생존할 수 있게 하는 것이다. 더욱이 국방의 필요는 국가에 의하여 조작되는 것이 아니라 다른 외국의 침공능력이라는 객관적 사실에서 연유한다. 화산 폭발시 질서있는 대피를 위하여 대피규칙을 만드는 경우와 유사하다.

그러한 상황에서 혜택은 객관적으로 필연적이므로 롤즈의 법칙은 이때에 적용될 수 있다. 심지어 그들이 참여하지 않는 경우에도 집단적 행위의 혜택을 얻는 모든 자에게 자신들의 규칙을 강제하는 시민들의 권리를 인정할 수 있는 것이다.

우리는 國防과 화산폭발 사례를 통하여 윤리적 의무의 문제를 살펴 보았는데, 이는 결국 개인의 양심의 문제로 귀속한다. 만약 개인이 외적의 침입이나 지진이 진정한 위협이라 믿는 경우에는 그는 그러한 위협으로부터 보호받는 것이 자신에게 혜택이 되지 않는다고 모금이나 병역이행에 진정으로 반대할 수 없을 것이다.

그러나 청결한 거리 사례는 그에게 혜택이 아니라고 충분히 반대하고 주장할 수 있다. 더욱이 그는 재난 사례에서 재난으로부터 생존을 위한 혜택보다 더한 어떤 선택이 가능하다고 진정으로 반대하고 주장할 수 없을 것이다. 우리가 이에 동의한다 하더라도 우리는 결론적으로 소크라테스가 감옥으로부터 도망하지 않아야 하는 윤리적 의무가 있다고 주장하기 어렵다.

아테네는 “우리는 당신에게 당신의 동의에 상관없이 지켜야 할 어떠한 의무를 완벽하게 증명하였다”고 말할 수 없다. 모든 다른 것들은 단순히 정도의 문제이다. 정도의 문제라면 이해관계인인 당신이 결정할 문제가 아니다. 그것은 우리가, 그리고 우리만이 결정할 수 있는 문제이다. 소크라테스 사례에서 특정한 상황에서 제한적 공정성에 이르게 하는 전체적 분석 과정은 國家法에 있어 차이가 필연적으로 윤리적 의무의 차이를 가져오고, 국가법을 통하여 윤리라는 일반적 성격의 공정성을 보완함에 있어 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 그는 윤리적으로 병역 의무를 이행했어야 할지 모른다. 그러나 그는 윤리적으로 철학을 강습하였다는 이유로 사형이라는 중죄를 내린 국가에 복종할 필요는 없었다. 두가지 경우는 차이가 있다.

그러나 재미있는 것은 변명과 크리토의 대화를 통하여 두가지 경우는 다르지 않고 동일하다고 일관되게 주장되고 있고, 국가에 대한 의무를 대표하는 핵심적 키워드가 되고 있다.

자. 맺는 말

소크라테스는 일생을 철학을 탐구하고, 진리를 밝히려는 철학자 법사상가이었지만, 법정에서의 그의 현실은 우리 자신이었던 것이다. 소크라테스의 사례는 매우 예외적 상황을 통하여 인간과 사회, 국가와 법에 관하여 성찰(省察)하게 한다. 그의 철학은 플라톤의 이상사회로 이어져 이념과 정치 등의 주제로 이어진다. 또한 소크라테스의 인문철학, 법철학, 플라톤의 정치학은 아리스토텔레스에 이르러 더욱 발전하고, 자연과학적 영역으로 확대된다.

그는 유죄 판결 후, 자신이 보건대 오늘 판결은 정당한 권위를 갖는 법의 심판자에 의해 내려진 것이고, 따라서 자신은 국가의 명령에 복종할 의무가 있다고 진술한다. 따라서 소크라테스가 적극적으로 악법도 법이라고 말한 적은 없다.

다만 하트나 그의 제자들 또는 대륙의 한스 켈젠(Hans Kelsen)이나 옐리네크(Georg Jellinek)와 같은 법실증주의자(Legal Positivist)처럼 법의 규범력이나 구속력의 원천, 법의 효력의 철학적 근거 등에 관하여 자신의 신념대로 행동한 것으로 보인다.

이는 법의 도덕적 정당성을 궁구하는 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)과 자연법론자(Natural law theorist)들의 주제와는 사뭇 다른 것이다. 소크라테스의 법실증주의는 근대 법실증주의자들과 같이 국가의 법은 절대적이고 복종하여야 한다고 하면서도 정당한 법과 법적 이상을 추구하였다.

즉 정당한 법은 當爲的으로 존재하는 것이지만, 그의 법철학에서 국가의 법과 정당한 법이 충돌한다는 것은 있을 수 없는 것이다. 소크라테스의 법철학은 또한 노직이나 다마토 교수와도 다르다. 노직처럼 인간과, 사회, 국가를 해체하여 동일한 선상에서 어깨를 나란히 하게 하고, 시원적 가상 사례를 통하여 철학과 도덕적 정당성을 철학적으로 천착하고 사회적 복잡성을 설명한다거나, 사법과 공법의 준별을 해체하고, 법의 효력을 복잡한 사회에서 만들어진 契約法的 原理를 적용하여 분석하는 다마토 교수의 접근방법과도 다른 것이다.

이에 노직은 실용적 사회주의에 많은 기여를 하였고, 다마토는 현실 법학과 법률실무에 철학적 이해를 더하고 있다. 한편 맑스식의 정치경제학은 평등과 인간해방을 앞세워 급진적이다. 반면에 존 롤즈의 정의론은 경제학자에서 출발한 롤즈가 경제정치학으로 발전한 경우라 할 수 있다. 다만 맑스와 달리 정치보다 경제가 먼저이어서 우리는 보다 평화로운 정의를 접할 수 있다. 존 롤즈는 법학도들에게 가장 많이 인용되는 사회과학자이지만, 다마토의 경우와 달리 具體的 正義를 실현하는 차원에 이르지 못하는 못한다.

다마토가 지적하듯이, "큰 정의론 작은 정의론"에 따라 정의의 차원을 사회구조적인 것과 분쟁이 일상적인 작은 차원의 문제로 二分化 한다. 큰 차원의 "구조적 부정의"하에서는 시스템에 대한 항거는 당연하다. 이때에 시민불복종 관념이 인정될 수 있고, 소크라테스 사례는 그것이 큰 차원, 즉 아테네 司法體系 全體에 내재해 있는 부정의인가?

아니면 “소크라테스 독배사건이라는 특정 사례를 둘러싼 작은 부정의인가?”에

따라 소크라테스의 운명은 달라진다. 요컨대 서양철학 계보상, 맑스는 토마스 아퀴나스의 신학적 계몽론, 베이컨과 데카르트의 인간의 자각과 경험론 합리론이라는 우리의 근대 철학을 의식화와 정치적 투쟁으로 발전시켰고, 노직은 사회주의적 개량주의, 롤즈는 "資本主義的 改良主義"로 이를 순화 · 발전시키고 있다.

우리는 소크라테스의 독배사건은 우리가 매일 출입하는 법정의 한 연극 같은 느낌을 지울 수 없다. 매우 극적이고 변론 과정이 철학적이고 적나라하여 가상 재판 경연, 소위 한편의 모의법정(Moot court)같기도 하다. 소크라테스는 다름아닌 철학자이자 법사상가이면서 우리 자신들이기도 한 것이다. 또한 그의 대화와 변증법은 현대 로스쿨 교습방법인 소크라테스식 문답법(Socratic Method)교육을 가능케 하였다.

그가 말한 “너 자신을 알라” “검증되지 않은 인생은 살 가치가 없다” 라는 그의 주제는 법은 시민의 상식이고 이때의 법은 거창한 성문법보다는 보통법에 가깝다. 이러한 그의 주장은 마치 맑스의 해방과 평등 같은 보편성을 갖게 된다.

또한 법을 공부하고 실현시키는 법률가는 시민으로서의 자신의 내면을 성찰하여야 하고, 이로써 보편 타당한 법을 발견할 수 있다는 것을 시사한다. 물론 시민도 자신에 대한 內面에 대한 省察을 통하여 사회 속에서 자신의 주체성에 대한 자각을 이룰 수 있다.



27. 역사와 지성에 대한 소고 - 데카르트와 비코의 시사점

가. 서언

1) Getting it right v. Getting along

정치사상사에 있어 古典的 原則들을 어떻게 재조명할 것인가? 계몽주의 시대에 이르러 전통과 진보에 대한 자각으로 그에 대한 의문을 품기까지, 옛 선현들의 원칙은 다룰 수 없는 불변의 진리이고 지혜와 지적 권위의 원천이었다. 학자들의 논쟁은 고래의 위대한 사상가들의 생각을 통하여 이루어졌다.

그러나 그들의 지위로부터 개혁을 이루고 극복하려는 몇가지 명확한 시도가 보인다. 르네상스와 인문학의 부흥(Renaissance and Reformation)은 비판적 인식과 개인의 자각을 추구하였고, 최초로 개혁과 진보를 향하여 변혁을 구하였다. 새로운 시대는 우리가 알다시피 과학, 철학, 정치학에 대한 새로운 시각을 필요로 하였다. 한참 후 다른 시대 학자인 맑스의 용어를 빌리면 古來의 존경받는 모든 편견과 의견들인 학문적 유산들은 모두 청산되어야 할 것인 것이다. 그러나 맑스의 말에 모두 동의하는 것은 아니었다.

그러한 異見으로부터 지금도 지배적인 방법론이라 할 수 있는 현대 정치사상의 2가지 방법론이 생겨난다. 즉 “인지를 통한 건설적 이해(getting it right)”를 고집하면서 모든 자에게 일회성의 보편적 합리성을 추구하는 순수 기술적 추론이 그 하나이다. 이러한 입장은 진리가 갖추어야 할 요소를 추상적이고 관념적이며, 엄격한 실증적 관찰을 통한 객관적 성격의 것이라고 본다.

반면에 다른 방법론은 “단순히 같이 가자(getting along)”를 마음의 구심점으로 하여 共通의 經驗, 전통과 가치에 기반한 역사적 · 실제적 이성을 추구한다. 전자가 과거 우리의 정당이름이었던 신한국당과 같은 느낌을 준다면, 후자는 열린 우리당의 느낌을 전한다. 또한 미 헌정사에 있어 법원(法院)의 역할과도 비견된다.

예컨대 드레드 스코트(Dred Scott)나 로 對 웨이드(Roe v. Wade)사건처럼 일회적이지만 역사적으로 의미있는 사건을 통하여 진보적 판결을 내린다면 이는

‘認知를 통한 건설적 이해’이고 데카르트적 합리론이 구현된 것이라 할 수 있다. 반면에 보수적 입장의 대법원이라면 후자에 가까워 기존 사실과 사회관념을 그대로 받아 들이는 판결을 내리게 될 것이다.

양자는 여러 차원에서 그 전제를 달리한다. 즉 ”인간의 생존조건과 진보“의 궁극적 動因에 대하여 전자는 일회적이지만, 과학적 정확성과 합리적 선택을 중시하고, 후자는 인간의 생존조건과 진보는 역사적 교훈을 통하여 학습한 상식을 집단적으로 행사함으로써 가능하다고 본다.

1536년 프랑스 논리학자 피에르 드 라 래미(Pierre de La Ramee)는 아리스토텔레스가 가르친 모든 것은 거짓이었다는 한 논문에 전을한다. 같은 세기에 태양은 지구를 돌고 있다는 천동설이 코페르니쿠스에 의하여 제기되고 태양계가 세상과 우주의 중심이라는 주장은 이전 세계관에 심각한 회의를 불러 일으킨다. 그러나 실제 보다 심각한 전통에의 도전은 17세기에 이루어지는데, 망원경과 현미경의 발명으로 인류가 有限한 宇宙觀에서 벗어나 무한한 우주, 계측 가능한 우주관으로 전환된 것이 기폭제가 되었다.

새로운 과학자들은 지구나 별들을 발견하고 새로운 주장을 함으로써 위험한 인생을 살았다기 보다는 그러한 새로운 발견이 기존 질서와 권위를 훼손한다는 차원에서 핍박을 받았다. 1600년 니어폴리탄(Neapolitan)철학자 지오 브루노(Gio Bruno)는 공적 비판으로 심각한 위기에 처하는데, 그것은 원초적이고 首尾가 없는 그의 입에서 나온 천한 몇마디 말로 권위에 도전하는 질문을 던졌기 때문이었다.

그는 도시에서 도시로 이 나라에서 저 나라로 도망 다니는 순례자의 인생을 살았으며, 그가 異端으로 몰려 재판에 회부되고 처형되기까지 7년간 감옥생활을 하였다. 그것은 그의 새로운 세계관이었는데, 그는 인간은 작은 우주라고 믿었으며, 신은 인간의 모든 부위에 존재한다. 따라서 더 이상 교회는 인간과 신 인간과 우주를 매개해 줄 필요가 없게 된다. 지금과 같은 세속적 인간 중심적 과학의 세계가 시작되는 것이다. 이러한 그의 철학은 현대에도 지지되는데, 예컨대 우리 헌법재판소의 사형제도 合憲性에 관한 설시에서도 나타난다.

즉 인간은 하나의 작은 우주이고, 인간의 생명을 박탈하는 사형이라는 극형은

오직 그에 비례하는 국가의 절대적 국가이익이 있어야 한다. 또한 수정헌법 제 1조는 “Establishment Clause”라 불리는데 이로써 종교와 세속적 국가는 분리되고, 인간은 기존 질서나 권위에 대하여 자신의 표현의 자유, 집회 결사의 자유 등을 헌법적으로 보장받는다. 따라서 동 조항은 종교나 이에 결탁한 기존 질서에 대하여 비판하고 자신의 政治的 意見을 자유롭게 표현할 수 있게 한다.

그것은 인간은 더 이상 종교적 권위에 정신적으로 예속되지 않는 하나의 우주와 같은 존재라는 인식으로부터 연원한다. 따라서 우리는 동 수정헌법 조항을 근대 시민민주주의를 위한 가장 중요한 조항의 하나로 본다. ‘신(神)의 지배’ 또는 신과 동일시 되는 군주, 즉 ‘왕권신수설(Divinity of monarchy)’적 세계관으로부터 새로운 민주주의 사회가 탄생하고 이를 지탱하기 위한 ‘法の 지배’로 전환되는 상징적 조항이라 할 수 있다.⁴

2) 데카르트 이전의 세계

고전적 전통주의자들과 새로운 근대주의자들간 혁명적 논쟁을 이해하기 위하여 우리는 간략히라도 아리스토텔레스의 方法論을 살펴 볼 필요가 있다. 아리스토텔레스는 물리학과 같은 ‘순수이론 학문’으로부터 정치학이나 윤리학 같은 ‘실제 학문’을 준별한다는 입장에서 “학문적 정밀성은 모든 과목을 똑같이 취급하는 경우 이루기 어렵다”고 하였다.

대신 ‘잘 교육받은 사람(well-schooled man)’은 자신의 학문분야에서 인정하는 특성에 따라 맞춤형 정밀성을 추구하는 자이다. 따라서 수학자가 주장하는 확률을 맹목적으로 수용하는 것은 연설하는 사람에게 자신의 주장을 정밀하게 증명해보라고 요구하는 것만큼이나 어리석은 일이다. 그의 주제론(Topics)에서 아리스토텔레스는 실용학문에서 어떻게 지식이 산출되는가에 관하여 자세히 설명한다. 변증법적 추론과 多數의 자 또는 선택된 우수한 자들에 의하여 지지되는 것들을 고려하고 다수의 의견을 반영하는 모든 것들을 포함하고, 특정한 문제에 관하여 적절한 주제론적 분류 목록을 만드는 것을 통하여 지식은 획득될 수 있다고 하였다.

이러한 개별 주제들은 합리적 명제를 산출하고, 표현된 여러 事象을 조사하고, 유사성과 차이점을 준별함으로써 체계적으로 검증되어야 한다. 환언하면 아리

스토텔레스에게 실용과학이란 비판적 검증의 기술이고 이성적 가정(rational assumption)을 가능케 하는 그 무엇이라 할 수 있다.

그러나 신과학의 정밀성에 매혹되고 이에 매몰되면서 17세기 근대주의자들은 그러한 부정밀함을 거부한다. 지구가 태양 주위를 돌고 밤의 별들이 계측 가능한 운동을 하는 것과 마찬가지로 인간은 소우주(micro-cosm)라는 命題가 점차 하나의 사회운동으로 발전하면서, 인간의 행위는 예측가능한 과학적 현상에 따라야 한다는 인식이 확산된다.

나. 데카르트의 합리론

1) 방법론 서설

이러한 인지의 변화로 정치적 질서 역시 수학적 계산의 문제라는 신념이 생기게 된다. 데카르트는 그의 방법론에서 새로운 그의 방법론은 추운 독일의 겨울 어느 곳으로부터 스토브로 따뜻해진 방의 존엄한 고독을 가져다 주는 것과 같다고 술회한다. 이때에 독일의 추운 겨울이란 자신의 생각에 매몰되고 외부와의 관계가 단절된 자신의 고독함을 빚댄 것이다. 1619년 그의 추운 방법론의 세계였던 독일의 프랑크푸르트에서 돌아와 페르디난드 2세의 대관식에 참석하기 위해서 바바리아 맥시밀리안 공작의 군대로 복귀하였다.

데카르트의 철학과 과학적 야망은 대단하였으며, 그는 그가 무엇을 원하는지 알고 있는 사람처럼 엄한 정신으로 자신의 야망을 추구하였다. 독일로부터 돌아오는 길에 그는 라틴어로 “인간의 마음의 방향에 관한 정향성(Rules for the Direction of the Mind)”이라는 글을 쓴다. 그 저작에서 명확하고 신중한 마음과 의심할 수 없는 개념 등에 관한 수학적 논리에 전적으로 근거하여 보편적인 과학의 체계에 대한 大綱을 완성한다.

따라서 “명확하고 확실한(clear and certain)”것은 단순히 개연성과 추측에 근거하는 다른 일반 철학과 구별된다. 그의 定向性 法則은 미완성인채로 그의 생존 중 출간되지 못하였다. 데카르트는 우주론과 물리학에 대한 야심찬 연구를 하게 되는데, 세계라는 제목의 불어판 저작이 그것이다. 세계라는 책은 1633년 완성되는데 데카르트는 갈릴레오의 신랄한 비판이 있자, 출간을 중단한다.

자신의 친구였던 갈릴레오에게 쓴 편지에서 그는 “나는 평화로운 세상에서 살고 싶다”고 밝힌다. 다음의 저작은 그 유명한 방법론 서설으로 이는 그의 행성, 안과, 기하학 등 다른 세 논문들과 함께 출간된다. 이 책도 불어로 쓰여졌는데, 방법론 서설은 보다 광범위한 독자층에서 인기를 끌었고, 책에는 책을 한번에 읽겠다는 생각을 버리고 책 여러군데를 찾아 읽도록 안내문도 붙어 있다.

법칙이 붙은 제목의 이전 책에 비하여 보다 강력하게 데카르트의 모든 과학적 열망을 위한 원칙들을 뿌리내리게 하는 宣言書 性格을 갖는다. 이는 “실용적 관점에서 인간의 이성에 대한 바른 성찰과 과학 영역에서의 진리를 추구하는 방법에 관한 논의”라는 긴 타이틀에서도 알 수 있다. 방법론 서설은 전술한 독일 체류 중 자전적 겨울 이야기는 물론 데카르트의 가장 유명한 고백, “나는 생각한다 고로 나는 존재한다(I think, therefore I exist)”라는 문구를 담고 있다.

심원적 철학의 차원에서 이러한 주장은 문제가 많은데, 데카르트 굳이 이렇게 말한 것은 그가 스스로 말하듯이, 인간 존재의 본성은 생각하고 성찰하는 능력이고 이러한 인간의 능력은 단순히 그의 육체와는 다른 것이 명백하다는 의미를 갖기 때문이다. 이러한 주장과 달리 데카르트는 이전에 이미 인간은 쉼으로써 물리적 힘에 의하여 영위되는 유기체라고 하였기 때문이다. 즉 그는 인간이라는 존재가 물질과는 아무런 상관이 없는 ‘생각하는 존재’라고 새롭게 인간을 규정한 것이다.

그러나 보다 쉽게 생각해 보면, 그리고 매우 심대한 실용적 결과를 고려해 보면, 데카르트의 유명한 문구는 역사적 학습이나 경험으로부터 절연된 純粹理性에 기반한 새로운 철학 방법의 지평을 열게 하는 단서라 할 수 있다.

2) 명상록

그의 방법론 서설은 제 1철학에 대한 고찰이라는 저작으로 이어진다. 제 1철학에 대한 고찰은 라틴어로 쓰여지는데, 가장 많이 배우고 가장 특별한 사람들, 파리 신학대학 학장과 박사들에 대한 헌정본이라는 수사가 보여주듯이, 데카르트는 자신의 새로운 방법론이 학술적 가치가 있음을 확인시키고 싶어 했다. 學

術의 世界에서는 혼한 일이지만, 그 역시 자신에 대한 비판을 예상하였고, 그는 책을 출간하면서 책 내용에 관한 서평을 요구하고, 그에 대한 자신의 해답을 책에 포함시켰다.

또한 그의 방대한 서술로 인하여 독자들이 식상해 하거나 부담스러워 하여 자신이 이루어 낸 학술적 업적이 빛을 잃을까 두려워 하여, 그의 주장에 대하여 독자들에게 짧은 소개문과 함께 자신이 주장하는 要旨를 붙이기도 한다. 명상록은 제목이 시사하듯이 데카르트가 개별 독자 스스로 명상의 주체가 되도록 될 수 있도록 연속된 명상 주제를 제시한다. 명상록은 방법론의 논의들을 반복하고 깊게 한다. 물론 일관된 주제는 哲學의 원칙에 관한 것이다.

‘신의 존재에 관한 의문’은 신학대학의 교수들에게 잘 보이려는 그의 출간의도에 비추어 당연한 것이지만 기존의 신에 대한 생각을 지지하고 있다. 데카르트의 주장의 요지는 신은 존재할 수 밖에 없는데, 그것은 완벽한 지식이란 신이라는 완전하고 근원적 존재로부터만 가능하기 때문이라는 것이다. 그는 5번째 명상록에서 논쟁을 정리하는데, 모든 지식의 확실성과 진리는 오직 진정한 神에 대한 자신의 認識에 기반한다고 주장한다.

3) 철학의 원칙

이어 두가지 중요한 저작이 이어지는데, 그 하나는 1644년 출간된 철학의 원칙이란 책으로 여러 짧은 논문으로 구성된 전통적 교과서 체제로 출간되었다. 철학의 원칙은 4 부분으로 구성되는데, 인간 지식의 방법론, 물리학, 우주와 지구의 법칙이 그것이다.

철학의 원칙은 이전의 그의 작품들을 정리 확장한 것인데, 아리스토텔레스의 학술적 회의와 학습방법을 송두리째 뒤집어 놓았다. 그의 주요 작품의 하나이자 마지막 작품인 영혼의 정렬을 통하여 데카르트는 사랑, 증오, 기쁨과 슬픔에 대한 근원적 질문을 대상으로 한다. 먼저 그는 고래의 현인들이 철학의 독립된 주제로서 熱情의 문제에 소홀하였다고 지적하고, 다만 그에 대한 그의 대답은 전통적인 결론과 같이 한다.

즉 고래의 현인들의 관점에서 별반 벗어나지 않는다. 열정은 달콤한 기쁨과 인

생의 쓰디쓴 순간들을 통하여 발전하는데, 따라서 지혜의 가장 우선적 목적과 과업은 이러한 열정을 어떻게 적절하게 다스리는가 하는 것이다. 時空을 초월하여 가장 위대한 사상가의 한 사람인 데카르트의 저작과 철학에 대한 산만하고 간략한 고찰은 오직 하나의 목적을 향한다.

데카르트가 이전에 생각하고 가르쳤던 모든 과거의 철학을 모두 들어 업고 새롭게 하려는 그의 거대한 사고의 틀을 밝히려 하는 것이다. 그리고 그 바탕위에 보편적 사고체계와 지식체계를 세우려는 것이다. 이러한 지식체계는 하나의 그리고 오직 철학자가 확신하는 진리를 통하여만 얻을 수 있는 것이다. 다시 말하면 그의 "존재한다, 고로 생각한다"라는 명제가 여기에서 도출된다. 이는 어쩌면 자신보다 앞선 선각자 갈릴레오의 地動說에 영향을 받았는지 모른다.

즉 하늘이 아니라 지구, 신이 아니라 지구에 땅을 딛고 사는 깊은 생각의 철학자가 이제는 신의 지위에 오른 것이다. 따라서 데카르트의 철학은 갈릴레오의 미친 주장과 나란히 근대 합리주의적 인간상과 계몽주의의 개혁을 알리는 신호탄이라 할 수 있다. 그런데 근대 합리주의적 인간상이 추상적이고 일원적이며 정치적이려면, 데카르트에 대비되는 비코의 철학은 구체적 인간상, 실존적 인간상, 多元的, 현상학적인 특징을 갖는다.

양 철학은 사회과학의 방법론에서 양적 연구와 질적 연구의 기초를 제공하는 한편, 사회철학에 있어 데카르트의 철학이 근대 자유주의와 평등을 진작하였다면, 비코의 철학은 이를 수정하고 복지로 나아가는 현대 사회복지국가의 탄생에 기여하였다고 할 수 있다. 우리의 지식과 철학이 사람을 중심으로 탐색하는 것이라 할 때에 두 철학자의 공로로 사람은 신과 동일시 되고 모든 지식의 시금석이 되게 된다.

여기에서 그의 업적이 굉장한 오만함에서 비롯하고, 특히 그는 이전의 모든 전통에 반기를 들고 비판한다. 그의 冥想錄에 대한 반대론자들에게 그는 자신은 아리스토텔레스보다 자신의 이성을 더 신봉한다고 답하기도 한다. 또한 그는 "갈릴레오는 아리스토텔레스에 대하여 진솔되게 반박하였지만, 그렇게 반박하는 것은 어려운 것이 아니다"라고 하면서 아리스토텔레스에 대한 갈릴레오의 비판을 평가절하하기도 한다.

물론 수학, 천문학, 물리학 등에서 일어난 새로운 과학적 성과들은 아리스토텔레스의 진리의 상당 부분을 무의미하게 하였지만, 이러한 부분에 대한 데카르트의 비판은 전통적 인식방법론에 오류가 있다는 그의 신랄한 주장과 달리 그리 많지 않다. 그는 옛 先賢들에 대하여 보다 광범위하게 조사하고 비판하는 것을 주저하였는데, 이는 옛 선현들의 오류가 그의 사고 체계에 끼칠 악영향을 우려하였기 때문으로 보인다.

여기에서 역사적 학습 또는 점진적 진보 같은 비코식 사고체계에 비하여 데카르트 철학의 한계가 드러난다. 한편 규칙(Rules)에서 데카르트는 과거 선현들의 업적에 대하여 약간의 찬양을 보인다. 우리는 옛 선현들의 가르침을 숙독할 필요가 있는데, 이는 이미 진리가 되어버린 것들을 학습할 필요가 있기 때문이다.

그러나 그는 즉시 역사와 옛 지식에 대한 관대한 태도를 경고하기도 하는데, 그것은 옛 선현들이 그들의 精緻한 論理로 우리를 비웃으면서 자신들이 주장하는 바를 우리에게 확신키려는 태도를 주의하여야 한다는 것이다. 그가 주장한 “항상 회의하라”라는 대목을 생각하면 이해가 된다. 그는 역사속 진리들에 있어 한 현인이 주장하는 바를 반박하는 다른 현인의 주장은 거의 없다는 것에 주목한다.

즉 그들은 쉬운 진리를 우리에게 교묘한 논리로 주입시켜 세뇌하려 하고, 그것이 지금까지 집적된 우리의 지식체계라는 것이다.

4) 데카르트에 대한 평가

데카르트는 전통 철학의 방법론적 핵심 같은 논쟁에 대한 직접적 언급은 없다. 사실 그가 방법론 첫머리에 조롱조로 밝히듯이, 전통 철학은 어떠한 주제에 관하여 매끄럽게 설명하고 자기보다 덜 배운 자들의 찬양을 얻기 위한 방법에 지나지 않는다. 데카르트의 주장은 능동적이고 주체적인 자아를 통한 지식의 완성을 강조한다. 오늘날 유리스틱(heuristic)학습법이나 대학원 과정에서 창조적 연구논문을 요구하는 것은 아마도 이러한 데카르트 철학과 연결된다.

그는 여기에서 “다양한 의견(Diverse opinions)이란 사상에 대한 개연성의 표

현에 불과하고, 따라서 거짓이다”라는 결론에 도달한다. 즉 데카르트는 다마스쿠스(Damascus)를 향한 흑한의 독일 추위 같은 그의 방법론의 여정을 말한다. 그리고 그는 자신이 보기에 전통지식에 오류가 있어 보이는 사례를 거시한다. 개발자들이 평탄하게 조성한 아름답고 질서있는 도시에 비하여 옛 도시들은 비례감이 없고, 들쭉 날쭉 울퉁 불퉁한 도로로 이루어져 있다.

兩者의 비교는 의미가 깊은데, 도시의 차이는 역시 과학적 확실성과 진보에 대한 현대인들이 불굴의 노력을 현실로 보여주기 때문이다. 우리는 옛 거리를 폭파하여 아름다운 순환도로를 건설하고, 미래의 장벽 또는 군중 반란에 효과적으로 대비하기 위하여 군대와 포병이 효과적으로 이동하기 위한 통로로 도시를 순환하는 상업적 동맥을 건설하기도 한다. 또한 세계시장世界市場의 경쟁으로 전통 와인이나 지역관습에 대한 전통적 중점을 점차로 대체하기 위하여 와인 생산을 위한 과학적 작동체계를 만들기도 한다. 이러한 것들은 그러한 현대인들의 노력의 예이다.

지식과 진보의 원천은 이제 공동체, 학교, 또는 서적이 아니고, 장인적 수준의 思想家, 지식의 건설자 같은 우리 주위의 개인이 된다. 서로 다른 많은 사람들의 의견을 통하여 조금씩 조금씩 축적된 지식은 한 사람의 양식을 통한 쉬운 추론을 통하여 다다를 수 있는 진리보다 거짓일 가능성이 크다. 사실 데카르트는 眞理가 무엇인가에 관한 스스로의 발견 노력에 전적으로 매몰되었으므로, 정치를 비롯하여 그의 주장이 자신의 현실 생활에서 어떠한 의미를 갖는가는 전혀 도외시하고 있다.

이에 그는 ‘선거에서 다수의 표는 진리를 증명하는데 무가치한 것이다. 다수표로는 전혀 진실을 발견하기 어렵다’라고 말하기도 한다. 데카르트는 어떠한 사상에 대하여는 오직 하나의 진리만이 있다고 믿었기 때문에 이러한 그의 생각은 당연한 것이다. 그가 새로운 세기 교과서가 될 수 있다고 믿은 프랑스어 판 “철학의 원칙(Principle Principle)”서문에서, 데카르트는 ‘이 책에 포함된 진실들은 이전의 모든 논란을 해소할 것이다’라고 기탄없이 말하기도 한다. 즉 그에게 자신의 진실은 명백하고 확실한 것이었다.

따라서 그는 새로운 확실성은 사람의 생각을 친절하고 조화롭게 만든다고 부기한다. 그러나 이러한 모든 그의 오만한 주장들이 역사의 끝은 아니다. 최소한

아직 역사는 끝나지 않았다. 이 대목은 자유주의와 사회주의를 천착하고 정치 이념과 권력의 본질에 관하여 천착한 후쿠야마 교수의 '歷史의 終焉'이라는 책 제목과 그의 주장을 연상시키는 대목이다. 데카르트의 오만함이 역사에 종언을 고하지 못하였듯이, 후쿠야마의 주장이 언제까지 타당할지 주목되는 것이다. 어쨌거나 데카르트의 주장은 그 즉시 호응을 받은 것도 아니다.

1688년 명예혁명이 전통적 군주제인 영국에 헌법적 제한을 가능케 하였다면, 파리에서는 옛 현인들과 근대인들간의 지적 논쟁이 한창이었던 것이다. 이 논쟁의 핵심적 쟁점은 '만약 옛 지식체계의 권위가 존재한다면 미래의 진보를 위하여 어느 정도로 권위를 갖고 지침을 제공할 수 있는가'하는 것이었다. 이러한 논쟁 과정에서 종국적으로 또한 점차적으로 인간의 운명은 합리적이고 과학적인 완전성을 향하여 線型的 진보로 특징지워진다는 계몽주의적 확신체계가 탄생한다.

다. 잠바티스타 비코(G. Vico)

1) 들어가며

똑 같은 논쟁이 당시 이탈리아 지성계의 지배적 주제가 되는데, 프랑스의 경우 보다는 척박한 환경 속에서 논쟁이 이어진다. 지오 브루노(G. Bruno)는 1600년 새로운 과학을 격정적으로 주장하다 화형에 처해지고, 갈릴레오(G. Galilei)는 1633년 유죄를 면하기 위하여 자신의 지동설 주장을 번복하기도 한다. 또한 1691년 우주가 원자로 구성되었다고 믿고 설교한 4명을 재판에 회부하기도 한다. 아마도 그들은 그리스도를 선동가이자 사기꾼으로 주장하였다고 알려져 있다.

이러한 비극은 나폴리에서 발생했는데, 나폴리는 남 지중해 연안 도시로 정통 카톨릭의 세력이 강한 지역이다. 역사적으로 금지와 강압은 항상 그 반대자들을 자극하는데, 새로운 과학에 대한 나폴리의 탄압은 知的 急進主義에 불을 붙이게 된다. 갈릴레오, 데카르트와 그 외 신과학주의자들, 그리고 영국의 경험론자인 프란시스 베이컨(F. Bacon), 그리고 국가간 법, 즉 지금의 국제법의 아버지라 불리는 휴고 그로티우스(Hugo Grotius)등은 나폴리 지적 씨클에서 수학한 유명한 자들이라 할 수 있다.

그 중에 한 사람이 지암바스타 비코인데, 비코는 처음에는 데카르트의 열정적 친구였지만, 데카르트의 주장에 대하여 주의하여야 한다고 비판적 입장으로 돌아선다. 주겐 하버마스(Jurgen Habermas)말대로 兩非論的 觀點을 취하게 되는 것이다. 비코의 비판적 주장은 그의 친구들이나 그의 적으로부터 아무런 지지를 받지 못한다. 비코는 후에 그 자신의 고백처럼 그는 '자신의 국가에서 외국인'이 되어 버렸다'라고 술회한다.

그러나 그의 死後에 그에 대한 평가가 좋아지고, 비코라는 나폴리 교수가 사실 데카르트의 합리주의에 대한 가장 “깨인 대안”을 제시한 것으로 찬양받게 된다. 그의 상식에 바탕한 歷史的 調査 分析論은 우연히도 근대 역사철학의 탄생을 야기하는 것이다. 여덟 형제의 6번째 아들로 태어난 비코(G. Vico)는 가난한 책장사의 가정에서 태어났다. 데카르트처럼 그는 어렸을 때에 제수아(Jesuit)교육을 받았고, 법학을 공부하여 법학학위를 취득하였다. 그러나 그는 학교와 대학이 제공하는 어떠한 것에도 만족하지 못하였다.

그는 제수아 학교와 법과대학으로부터 이탈하여 유랑하면서 스스로 깨닫고 스스로 기록하는 방법으로 학문을 수행하였다. 그의 새로운 과학이나 방법론에 대한 열망에도 불구하고 그는 고전(古典)에 대한 호기심을 놓지 않았다. 베이컨과 그로티우스 다음으로 그는 플라톤과 로마의 역사가 타키투스(Conelius Tacitus)에 흥미를 가졌고, 스스로도 學問的 負債를 가장 많이 부담한 학자들이라고 하였다. 1697년 그는 나폴리 대학의 수사학 교수로 임명된다. 교수로서의 그의 일은 새로운 학기 시작 무렵 한 해의 방향을 정하는 연설을 하거나 강의하는 것이었다.

2) 우리 시대의 방법론에 관하여

비코의 강의 내용은 1709년 출간되었는데, 출간물 제목은 “우리 시대의 방법론에 관하여”라는 것이었다. 데카르트의 방법론과 함께 비코의 방법론을 비교하려는 우리의 목적상 동 출간물은 가장 중요한 의미를 갖는다. 출간물의 전체적 내용은 데카르트의 합리주의적 방법론에 대한 答과 批判으로 구성되어 있다. ‘방법론 궁구’라고 할 수 있는 이 책은 기본적으로 교육이라는 주제를 다루고 있다. 그는 자신의 강의를 듣는 청중에게 ‘우리 교육의 가장 결정적인 弱點은 윤리교육에 소홀하면서 자연과학에 과도하게 투자하는 것이다’라고 말한다.

그는 새로운 과학자들은 자연을 이해하는 번거로운 일들로부터 우리를 해방하였다고 인정한다. 그렇지만, 변하지 않은 抽象的 權利에 이르러 그에 따라 인간의 현실을 평가하지 않는 한, 우리는 지적 불능의 상태에 빠지게 된다고 주장한다. 이는 그의 방법론에 있어 핵심적인 메시지이다.

추상적인 과학적 지식과 인간의 현실에서의 ‘思慮 깊은 行動’의 차이는 이러하다. 즉 과학은 한 원인에 대한 여러 가지 물리적 현상과 그 영향을 ‘하나의 原因’으로 축소하려 하지만, 사려 깊은 행동은 여기 저기의 가능한 여러 원인들을 조사하는 것으로 나아간다. 라틴어 원전과 영어 번역본은 명백한 차이가 있음을 우리는 알 수 있다.

물론 그러한 비교는 언어의 의미보다는 드러난 워딩(wording)과 관련되기도 하므로, 그는 “나는 영어 번역본을 잠시 접고 후에 참고가 되는 자료로 삼을 계획이다”라고 말한다. 새로운 자연과학자들은 오직 하나의 사건만에 집착하고, 그에 기반하여 무엇이 진실인지 추측한다. 일찍이 비코는 조사와 연구에 있어 ‘사려 깊음’으로 어떠한 영감을 추려 낼 수 있는 古典的 資源들을 이미 소개한 바 있다.

그것은 주제의 예술(art of topics)이며, 비판적 자연과학자들은 고전에서 연원하는 주제의 예술을 모호한 것으로 격하시켜 버렸다. 점차로 비판의 목소리는 강해지고, 비코는 결국 ‘이성에 기반한 추상적 기준’을 사려 깊을 수 밖에 없는 우리의 인생에 적용하는 것은 심각한 오류라고 주장한다.

즉 비코에게 있어 데카르트의 합리주의적 방법론은 자연과학에는 타당할지 몰라도, 인간이 구성원인 사회를 연구하는 社會科學에는 적절치 않은 것이다. 이로써 그의 방법론 전체를 알 수 있는 중요한 구절이 등장한다. “단순히 추상적 진리에 만족하고, 상식에 따라 분석하지 않거나 확률과 통계에 눈을 감는다면, 그것은 教條主義者로 나아갈 것이고, 우리는 그들의 생각들이 일반적으로 지지되는지, 그들의 진리가 다른 자들에게도 진리인지 당연히 알아 보아야 한다”라는 것이다.

여기에서 그의 주장의 요지를 알 수 있는데, 비코의 후기 작품들을 보면 추상적 합리성이나 과학적 증명은 윤리학이나 정치학에는 적용하기 어려운 것이 된

다. 현대인들은 인간의 사무에 대한 확률적 인식으로 데카르트의 자연과학학 방법론을 그냥 지나치고 그에 관한 경험을 갖지 못한다. 진리란 다른 이들에게 다른 것으로 인식되는 相對的 概念이 된다. 이러한 주장이 비코 주장의 장점이자 단점이 된다.

새로운 과학들이 컴퓨터 같은 정확성으로 합리적 설명을 한다 하더라도, 그에 비례하여 인간 세상의 일에 대하여 신중한 사람들의 행위규준을 제시하였던 이전 과학의 역할은 더욱 줄어들 것이다. 그러나 사람들의 통상의 생각이나 자신의 행위규준은 확률의 결과이므로 科學的 興味나 조사의 범위에 드는 것이 아니다. 이러한 비코의 주장은 데카르트의 자연과학적 방법론으로부터 사회과학의 본질과 방법론을 준별하는 것이고, 현대에 들어 수학과 통계학의 발달로 사회과학도 수리적 분석이 가능하게 되면서 컴퓨터 프로그램인 SPSS 도움을 받으면서 과학화 되고 있다.

즉 비코식 사회과학의 방법론과 철학은 質的 연구방법과 SPSS를 통한 量的 연구방법으로 이분화되어 있다. 일반 사회과학에 비하여 법학은 대부분 질적 연구 방법에 의하여 연구가 수행되지만, 최근 스탠포드 로스쿨 대학원 학위과정에 SPSS에 기반한 학위과정이 개설되는 등 변화의 기미가 보이고 있다.

3) 가장 오래된 智慧에 관하여

그의 다음 저작인 “가장 오래된 지혜에 관하여(On the Most Ancient Wisdom of the Italians (De antiquissima Italorum sapientia, 1710)”라는 책에서 데카르트의 “나는 생각한다 고로 나는 존재한다”라는 명제에 대하여 “진리는 만들어진 것과 같은 것이다”라는 반대 명제를 제시한다. 이러한 그의 주장은 1725년 첫 판 출간 이래 두 번째 신과학이야기이지만, 양자는 중대한 차이를 보이고 있다. 그러나 방법론 논의의 차원에서는 相關性이 크지 않은 것이 사실이다.

비코의 핵심적 방법론 상의 명제에 나타난 역사성은 쉽게 드러나지 않다가, 1744년 신과학(New Science: Scienza nuova of 1744)이라는 그의 主著作을 통하여 확연히 드러나게 된다. 양자간 논쟁은 다음과 같은 성격으로 전개된다. 추상적 합리성을 통하여 명백하고 확실한 보편적 진리를 추구한다는 데카르트

적 사고에 대하여, 비코는 어떠한 현상에 대한 지식은 그러한 현상을 실제 만들어 보고 작동해 보는 것을 통하여만 가능하다.

환언하면 오직 우주의 主宰者인 신만이 보편적 지식을 가질 수 있다는 것이다. 따라서 사람은 오직 자신들이 만든 역사를 통하여만 무엇을 알 수 있는 존재이다. 이는 기하학적 지식의 세계에서든 그러한데, 우리가 기하학적 지식을 가질 수 있는 것은 신이 추상적 진리를 파악할 수 있는 보편적 능력을 우리에게 부여하였기 때문이 아니라, 우리가 그러한 지식을 창조하였기 때문이다.

어떤 모든 사실에 관하여 우리가 발견한 진리에 올빡하는 추상적 합리성은 시간과 상황을 초월하여 행위의 일반적 기준과 질서를 만들 수 있을 것이다. 그러나 역사가 만들어지는 과정을 통하여 산출되는 합리성은 다른 진리를 만들고 수 많은 複數의 진리를 만들게 된다. 비코는 신과학의 새로운 체계를 통하여 인간의 지식을 역사적 · 사회학적 준별이라는 인간 기하학의 세계로 돌려 놓는다.

그의 주장은 거대한 체석장이자 원천 같은 것이어서 논문 한편으로 그의 저작들을 공정하게 평가할 수 없지만, 제임스 조이스(James Joyce)의 말을 빌려 보자: “나는 프로이트나 융을 읽을 때에 느끼지 못했던 상상력이 커가는 것을 느꼈다. 어쨌거나 우리가 알고 있는 것들에 근거하여 비코의 방법론이 의도하는 핵심적 요지들의 일부는 전면으로 끄집어 낼 수 있다.”

데카르트의 추상적 合理性에 대하여 비코는 본래적으로 불확실한 인간이라는 존재가 선택을 통하여 확실해지고 선택은 인간의 필요와 有用性에 대한 상식에 기초하여 결정된다고 주장한다. 따라서 현대 사회과학의 두 방법론인 양적 연구와 질적 연구의 이분법 상 비코의 주장은 인터뷰등을 실증적 증거자료로 활용하는 질적 연구 방법론에 친하다.

우리는 여기에서 비코는 그의 방법론에서 이미 常識이라는 개념을 도입하였고, 상식은 인간 사무(human affairs)가 일어나는 복잡한 세상에서 개연성(parobabilities)을 해독하는데 도움을 주는 집단 지혜 또는 집단 신중함 같은 것이 된다. 이제 그는 상식을 전 계층, 전 시민, 전 국가에 의하여 공유되고 주저없이 결정을 내릴 수 있게 하는 그 무엇이라고 전제한다.

이러한 전제에서 그는 知識과 歷史 간 관계를 이해하여야 한다는 핵심적 주장을 한다. 이론이란 그가 학습한 문헌이나 자료들이 만들어진 시대에서 시작하여야 한다. 이것이 무슨 문헌이고 무슨 자료인가? 특별한 주저없이 사람들에게 판단의 기준을 제공하는가? 조금만 읽어 보아도 그 문헌이나 자료는 우리가 살고 있는 세상을 알게 해줄 것이다. 不可思議의 영원하고 보편적인 진리를 구하지 않고도 우리는 그 의미를 이해하여야 한다.

그러나 다른 한편에서 비코는 자신의 일상적 실용주의에 반하는 주장을 하기도 한다. 즉 자신이 주장하는 신과학 역시 기하학의 불변의 진리와 같이 일반적 유효성을 갖는다는 것이다. 그러나 이러한 新科學은 우리가 이 세상에서 가장 첫 번째 존재자로 여기는 國家의 認定에 기반한 것이 아니다. 다시 말하면 신과학은 원칙없는 경험의 산물에 불과하게 된다.

또한 이는 학자들 모두의 인정을 받는 것도 아니다. 학자들은 자신의 지식은 시공을 초월하여 명확하게 이해되는 것이어야 한다고 믿기 때문이다. 따라서 신과학은 단순히 추상적인 일반화를 탐닉하는 것에 불과하게 된다. 대신에 비코의 구과학과 신과학의 융합은 인간에 의하여 만들어진 세계에 대한 인간적 이해로부터 생성되는 원칙에 기반한 歷史的 省察 같은 것에 기반을 두어야 한다.

그러나 고래의 진리를 가리는 짙은 어둠의 밤, 우리 자신과 멀리 떨어져 있는 그러한 밤, 모든 의문을 초월하는 영원하고 지지 않는 진리의 불빛이 빛난다. 즉 이 세계는 명백히 깨인 시민들이 창조한 것이고, 따라서 세상의 원칙과 진리는 인간의 마음 그 자체가 새롭게 바뀌어야만 창조될 수 있다. 예컨대 사회과학 연구방법론 중 質的 研究의 중요한 요소가 되는 인터뷰 자료 등을 생각해 볼 수 있는 대목이다.

4) 역사적 학습법

따라서 그는 부패는 국가 내 內戰을 불러 일으키고, 그것을 구제하는 것은 시민을 만족시킬 수 있는 현명한 군주에 의하여 가능한 것이라고 주장한다. 만약 이러한 태양 중심적 말장난이 의미가 있다면, 이는 비코의 세상이 돌아가는 지식의 불빛이 된다. 비코의 이러한 역사중심적 지식관은 세 차원으로 나뉘어진

다.

첫째는 신성과 신권에 기반한 神의 시대이다. 두 번째 시대는 소수 귀족들의 우수성에 기반한 英雄의 시대이다. 세 번째 시대는 자연적 평등을 인식하고 사람이 주인이 되는 시민(市民)들의 시대이다. 더욱 중요한 것은 사실과 검증(verum/factum)을 요소로 하는 비코의 원칙은 그의 지적·성찰적 차원과 실용적·정치적 차원에서 일어나는 인간 개발의 動態的 現象을 이해할 수 있게 한다.

비코에게 있어 진리는 추상적이고 시원 불변한 원칙이 아니고, 여러 차원의 시민적 자각 사이에서 발생하는 변증법적이고 실제 인간관계의 갈등인 것이다. 이러한 주장은 미국의 현실주의에 대하여 현실과 함께 역사적 경험과 사실을 중시하는 영국의 신현실주의(Neo-realism)에 영향을 미치게 된다. 또한 변증법이나 갈등, 다른 차원의 시민 그룹들간 인식 같은 개념들은 맑스의 유물변증법과 궤를 같이한다.

이러한 역사적 학습법에 천착한 비코에 대하여 로마에서는 그의 소수귀족 또는 영웅 시대 주장에 의심을 품기도 하고, 그들이 귀족들과 동등한 인간적 본성과 자질을 가진 것으로 이해되면서, 대중들의 귀족과의 계급투쟁을 통하여 시민주권을 핵으로 하는 人間의 시대로 나아가게 한다. 이러한 그의 주장과 시민의 이해는 로마 역사를 유희적으로 축약해 놓은 것이라 할 수 있지만 설득력은 파장이 컸다. 시간이 감에 따라 비코의 역사관을 통하여 데카르트가 주장한 과학적 진리의 상당 부분이 똑같이 수정되었다는 것은 이를 반증한다.

중요한 것은 事實과 眞理에 관한 그의 원칙은 항상 데카르트에 대한 공격으로 이어졌다는 것이다. 프랑스 사람인 데카르트는 모든 사상(思想)과 진리는 추상적인 수학적 원칙에 바탕하여야 하고, 역사를 공부하는 것은 시간의 낭비라고 주장한다. 반면에 이탈리아 사람인 비코는 역사는 사람이 만든 것이기 때문에 지식에 접근하는 자에게 보다 확신을 갖게 하고, 다양한 계급, 민족, 국가들은 물론 오랜 시간을 두고 존재한 概然性으로 인하여 더욱 그러한 것이다.

유럽 정치사에서 새롭게 강국으로 부상하는 프랑스의 철학자 데카르트와 로마 제국의 문화 유산을 보존하려는 이탈리아 로마의 철학자가 대비되는 한 장면이

라 할 수 있다.

5) 비판적 평가

데카르트와 비코 모두 지적 세계에서 판테온(Pantheon)에 묻힐 수 있는 위인의 반열에 드는 학자들이라 할 수 있다. 그러나 양자의 방법론은 정치사상사적으로 특별하게 다른 의미를 가지고 있고, 정치에 대한 일반적 인식에서도 차이를 보고 있다. 비코가 데카르트의 철학적 고행의 맥락 속에서 “그의 또는 그녀의(his or her)”라는 말을 사용한 것은 그가 여성을 그의 제자로 인식하고 있었다는 것을 반증한다.

그러나 사회계약론에 기반한 정치적 해석에 있어 “그의 또는 그녀의”란 말은 이후 오랜 시간이 경과한 후에야 가능하였다. 비코 방법론의 정치학적 의미를 차치하고라도 최소한 지적 세계에서 여성을 남성과 평등하게 인식하였다는 것은 비코의 先覺者로서의 면모를 추측할 수 있게 한다.

데카르트의 추상적 합리성에 대한 신념은 근 현대 사회계약론의 본질이라 할 수 있는 보편성 주장과 직접적으로 연관을 갖는다. 실제 홉스와 루소는 자신들 주장의 端緒를 직접적으로 데카르트에서 구하고 있다. 즉 사상에 대한 진리는 유일하고 하나뿐이고, 정치적 질서에 대한 해답도 오직 하나의 유일한 것이어야 한다.

인간이 늑대의 본성이나 자유로운 탄생과 같이 오직 하나의 본성으로 구성된 존재라면, 이로써 국가나 사회에 대한 인식의 건설도 오직 하나이어야 한다. 사실 이성의 힘은 모든 개인은 자신의 지적 노력에 따라 동일한 결론에 도달하고, 홉스의 리바이어던(Leviathan)과 같이 주권국가의 집단적 안전체계에 자신의 의지를 위탁할 수 있으며, 루소의 사회계약론과 같이 일반의지의 한 부분이 될 수 있다.

더욱이 그러한 생각은 순수하게 기술적(technological)이고, 오직 시스템과 구조에 관한 것이며, 후대 비평가들이 말하듯이 역사적 경험이나 윤리적 책임에 관한 전통적 사상들을 무력(無力)하게 하는 것이다. 오직 중요한 것은 의도된 효과이고, 한쪽은 안전, 한쪽은 자유인 것이다. 그래서 데카르트의 “명백하고

확실한(clear and certain)”이라는 말은 진리에 대한 확신과 공포를 의미한다. 1919년 연방대법원에 의하여 처음으로 확인된 “명백하고 현존하는 위험(clear and present danger)”은 동 원칙에 따라 시민들의 기본권을 제약한다. 우리는 양자가 매우 닮았다는 것을 느끼게 된다.

그러나 기술의 진보와 자연의 정복, 사회적 질서라는 미명아래 전통과 경외심에 대한否認은 그러한 신 사고의 주창자들이 희구하는 것과 정반대의 결과를 낳는다. 즉 데카르트의 철학은 그가 그토록 꿈꾸어 왔던 “친절함과 조화(gentleness and harmony)”를 산출해 내지 못하였다. 그의 합리성과 이성의 종착점은 니체(Nietzsche)의 “신은 죽었다”로 표현되듯이 육체만 덩그러니 남은 허무한 세상이 되어 버렸다. 이제 사람들은 어떠한 것에도 또 누구에게도 흥미를 가지거나 몰두하지 못하게 된 것이다.

비코의 “역사적 상식(historical common sense)”에서 도출된 다른 방법론적 발전은 時空을 초월하여 사회학적 다양성에 대한 찬미로 이어져 몽테스키외나 토크빌의 보수적 정치사상과 보편적 공감대를 같이 하게 된다. 비코의 말처럼 세상과 우주에 대한 영원불변한 진리란 존재할 수 없고 인간이 스스로 창조한 역사적 개연성만이 진정한 진리라는 思潮는 맘스에 의해서도 지지되고 있다.

즉 과학과 정치나 윤리는 구별된다는 것을 맘스도 인식한 것이다. 역사에 대한 인식은 역사의 발전단계와 계급투쟁의 관점에서 이해하여야 한다는 비코의 주장은 맘스에게 많은 영향을 끼쳤다. 그가 실제 직접적으로 비코를 인용한 사례는 많지 않지만, 자연과학에 있어 단순한 추상적 유물론의 약점은 그것이 역사와 역사의 발전과정을 무시하는 것이라고 평한 것은 비코 주장의 핵심이다.

몽테스키외, 토크빌, 맘스 등 3인의 학자들을 모아 보면 우리는 놀라게 된다. 이러한 대 사상가들은 모두 비코 철학의 영향을 받았는데, 그것은 바로 인간의 일과 政治의 수수께끼는 보편적 합리성이나 추상적 원칙에 의하여 지배되거나 해결되는 것이 아니라는 것이다. 인간과 사물의 현상에 대하여 “조화로운 추상적 모델(model)이나 최상의 모델”이란 존재하지 않는다. 그러한 모델이 존재한다고 주장하는 자들은 대부분 자신들에게 이득이 되는 것을 주장할 뿐인 것이다.

따라서 정치 또는 정치학이란 자신들이 창조한 세속 세계에 대하여 다양한 인식과 입장을 가진 인간 군상 속에서 어떠한 共感帶를 향한 끊임없는 탐색이라 할 수 있다. 맑스 역시 이러한 인식틀로부터 벗어나 있는 것이 아니다. 비코는 공산주의를 영원한 것으로 보지 않았다. 이는 그가 여전히 로마 카토릭의 정서를 가지고 있었다는 것을 보여준다. 즉 그는 계급투쟁을 주장하면서도 공산주의 역시 이해관계의 다양성으로 인하여 소멸할 것이며, 따라서 각자 자신의 입장에 따른 다양한 이해관계가 존재한다는 것을 모든 자가 공감하게 된다고 한다. 따라서 비코의 사상은 얼핏 그의 역사적 現實主義로 인하여 맑스와 닮은 면이 있다.

그러나 맑스의 유물론이 경제 일원론적 보편주의 철학으로서 데카르트적 추상적 합리성의 면을 갖게 되는데 반하여 비코 철학은 인간은 신이지만 완전한 신이 아니라는 - 즉 데카르트적 추상적 인간상이 아니라 - 현실 세계의 不完全한 구체적 인간상을 전제한다는 차이를 보인다. 이 차원에서 비코의 사상은 개인주의 · 자유주의 철학 계보로 분류할 수 있겠다.

비코는 합리주의적 신과학을 "정치에 대한 몰이해"라고 비판하였다. 그에게 데카르트는 지식 산출의 근거로서 여러 다양한 의견 사이에서 비판적 인식에 도달하는 것을 포기한 것이다. 이로써 데카르트는 인간 사무에 대한 학습에서 상식과 공통의 플랫폼을 발견하기 위한 고전적 핵심, "主題와 問題 中心의 추론" 등을 제거해 버렸다고 비판 받는다. 우리는 이미 21세기를 지나고 있고, 세상은 빠르게 변하여 "융합과 파편화"를 반복하면서 급격하게 재편되어 가는 특징을 보이고 있다.

이에 우리는 정치사상의 위대한 고전적 원칙으로부터 무엇을 배울 것인가 다시 생각해 볼 시점에 와 있다. 비코의 오래전 慧眼은 지금도 타당한 것이다. 쉬운 예를 들면 수 많은 방법론과 지식체계로 무장한 다양한 학문 분과를 기반으로 구성된 현대 대학의 현실이 이를 증명한다. 우리는 셸돈 울린(Sheldon Wolin)이 말하듯이 계몽주의란 집단에 어떠한 합법성을 부여하는 것을 지향하는데, 우리는 그러한 계몽주의와 그 구성요소들을 계속하여 탐색할 것인가?

아니면 우리는 인간을 아프게 하는 "普遍的 · 政治的 말뚝박기"를 단념하고 새로운 정치 사상을 지향할 것인가? 즉 인간 지성의 흐름을 다른 종류의 프로젝

트로 보아 보편주의나 추상적 합리성으로부터 사고방식을 전환할 것인가? 이미 1969년 올린 플라톤에 대한 철학적 평전에서 정치적 불변성을 향한 철학적 갈구와 현실 정치 속 무작위적 운동에 대한 인식 사이에 변증법적 갈등이 존재한다고 지적하였다.

그 후 40년이 지난 후에도 올린 “롤즈의 자유주의 철학에 관한 장”에서 다문화 사회, 민족적 다양성, 연성적 국경의 시대에서 보편적으로 공감할 수 있는 기본적 가치와 그에 근거한 하나의 정치문화가 존재한다고 가정하는 것은 “의문(quixotic)”이라고 갈파한 바 있다. 그리고 그는 현 시점에서 가장 중요한 것은 통섭과 조정이 아니고, 不和라고 주장한다. 즉 중요한 것은 전체성에 대한 합법성의 보충을 통한 민주주의 복원이라기 보다는 불화하는 민주주의를 인정하고 이에 생명력을 부여하는 것이다.

예컨대 냉전 시대 사회민주주의와 자유민주주의의 대립과 갈등은 이러한 현실 진단이 그리 틀리지 않다는 것을 보여준다. 불화하는 민주주의, 다양성 그리고 다원성에 관한 사상과 개념들은 알투스지우스(J. Althusius), 몽테스키외(C. Montesquieu), 토크빌(A. Tocqueville)과 같이 우리가 보통 保守的 社會哲學者라 부르는 자들의 주장과 연결된다.

홉스, 로크, 루소 같은 보편주의자 · 합리적 진보주의자들과는 거리가 있다. 이러한 二分法으로 매우 간단한 역사적 설명이 가능하다. 프랑스 혁명 이래, 차이의 존재와 그에 기초한 정치는 봉건주의와 우파적 정치 사조에서 발견할 수 있다. 반면에 진보, 해방, 그리고 정치적 좌경화는 자코뱅(Jacobin)식 중앙집권적 보편주의에서 취하는 것이다. 그러나 이로써 다원화, 차이화, 분권주의화를 당연히 보수적 전략이라고 보는 것은 순환논법의 오류이다.

예컨대 左派는 자신들의 보편주의적 전략을 보수주의의 세력에게 빼앗기고, 스스로 고전적 보수 전략으로 돌아서기도 한다. 오늘날 우리가 느끼는 반향은 좌파든 우파든 국가와 정치 공동체에 관한 낡은 19세기적 모델에 완고하게 집착하는 자들의 오류이다. 1960년에서 1990년까지 지속된 냉전 시대가 그 한 예가 된다. 거의 지구상 모든 곳에서 이러한 모델은 법적 도메인(legal domain)의 共同化, 국경없는 권한과 책임, 다원적 사회구조와 경쟁하는 규범적 이상 등에 지배되는 새로운 세계에서 설 자리를 잃게 되었다.

좌파가 多元化와 차이의 전통에 태만하거나 이를 무시하면 할수록, 현실 정치와 마찬가지로 정치 사상사적 관점에서조차 진보적 급진적 민주주의자들은 그들이 포기한 비코의 지적 체계를 다시 회복할 필요가 있다.

라. 시사점

데카르트와 비코의 방법론에 대한 철학적 성찰은 법률가를 포함한 모든 知的 勞動者들의 출발선이 된다. 우리의 헤어 스타일이자 믿음이며 지적 기능을 가능케 한다. 데카르트의 신체와 마음(Body and Mind)은 인간을 육체적 존재에서 지적 영적 존재로 승화시키며 단순한 종족보존의 內面 만으로 구성된 다른 유기체와 인간을 구별하는 징표가 된다.

실제 데카르트의 대표적 책의 제목이 메디테이션이고, 같은 주제를 멜로디한 클래식 곡이 타이슨의 명상곡(Meditation de Thais)인 것은 합리적 · 이성적 인간상과 육체의 본능 간 갈등을 묘사하고 있다. 물론 데카르트는 자연과학의 기초위에 철학적 방법론을 구축하고 있어 현 시대를 사는 이과(理科)교수를 연상하면 쉽다. 그렇다고 하여 데카르트의 자연과학이나 철학과 방법론이 법률가와 관련이 없는 것이 아니다.

물리학 박사 학위 이름이 ‘물리학의 철학자(Ph.D in physics)라 불리우고 정치학의 박사학위 이름이 ‘정치학의 철학자(Ph.D in political science)’라고 불리우듯이 철학은 문과 · 이과에 상관없이 모든 학문을 인간과 우주에 연결시키는 매개체이다. 물론 專門化 時代에 있어 철학의 힘이 줄어 들고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이지만, 모든 학문 분과는 철학에서 연원하고 철학의 지혜를 빌리고 있다.

그래서 학문의 본산인 대학(universitaire or university)이라는 이름도 우주(universe)에서 기원하고, 그것은 “일원적 이해(uni + verse)”라는 語源을 가지는 것 아닌가? 한편 일본 사람들의 지혜이지만, 그래서 석사는 명석하고 똑똑한 사람, 학사는 배우는 사람, 박사는 생각이 넓고 큰 사람이라는 의미를 갖는다. 요컨대 찰스 다윈의 자연에 대한 연구나 그의 자연도태나 적자생존의 철학은 사회과학에도 접목되어 현재에 이르고 있듯이, 데카르트와 비코의 방법론과 지적 태도는 현대를 사는 법률가들에게 많은 시사점을 남기고 있다.

법은 매리 클렌덴(Mary Clendon)교수의 교훈처럼 좌파 정치와 우파 정치를 초월하여 역사적으로 불변하는 문화유산이자 사회적 기제이다. 사회 있는 곳에 법이 있고 知性이 있다. 시간을 내어서라도 데카르트와 비코를 반추해 볼 가치가 있다. 데카르트(R. Descartes)의 말끔하게 이발을 마친 우리의 합리적 인간상을 그린 근대 철학이었다면, 비코(G. Vico)의 역사적 · 실천적 철학은 머리에 여러 뱀이 그려진 메두사의 인간상을 통하여 우리에게 지식인의 고뇌와 역사적 지식의 인간상을 보여준다.

사실 법학의 주요 연구대상은 국가법(State norms)이다. 국가법은 국가간 합의나 국가의사를 전제로 하여 발전한 국제법을 포함하여 헌법, 제정법, 판례법 등을 모두 아우르는 광범위한 것이다. 그러나 국제사회의 긴밀화와 광역화로 새로운 유형의 법, 즉 연성법이라 불리우는 비국가법(Non-state norms)이 눈부시게 발전하고 있다.

국가법이 역사적 · 실천적 지식으로서 법원에서 실제 구속력을 갖는 법이라면, 우리 법률가들은 비코의 정신세계에 친한 것이다. 국가법은 본래 특정한 상황에서 특정 사회에 필요한 규범들이어서 역사적 · 특정적 지식체계라 할 수 있고 또한 강제력을 갖는 유일한 것으로 사회에 미치는 영향력이 크기 때문이다. 따라서 드레드 스코트 사건(Dred Scott v. Sanford)과 플레시 사건(Plessy v. Ferguson)이 미국 사회에 끼친 영향은 비코 지식체계의 현실적 영향력을 시사하는 한 예이다.

영국 경험론의 창시자이자 법률가였던 프란시스 베이컨(F. Bacon)이 말하였듯이 자고 일어나 보니 유명인이 되었다는 말을 통하여 우리는 역사적 발전이 어떠한 특정 상황에서 특정한 신의 작용으로 가능케 된다는 비코의 구체적 · 실존적 인간상을 그리게 된다. 우리는 사람과 신을 놓고 생각한다. 마치 데카르트의 육체와 영혼의 이분법과 같다. 16세기 유럽은 신교와 구교간 종교개혁과 종교전쟁으로 혼란하던 시대였다.

16세기 말 네덜란드 신교 위그노(Wignot)와 스페인 프랑스의 구교 세력간 갈등으로 종교전쟁이 발생하고, 스페인의 패배로 네덜란드가 독립한다. 이 전쟁에서 스페인의 무적함대는 몰락하고 영국 카톨릭 세력의 상징이었던 마리 스튜어트는 5초간이었던 엘리자베스 여왕에 의하여 비참한 최후를 맞는다. 이후 17

세기에 들어 독일에서도 신·구교간 갈등이 전쟁으로 비화하여 30년 전쟁이 이어진다. 또한 영국에서는 청교도 혁명이 일어나고, 신교도들이 신대륙을 찾아 메이 플라워(May flower)호를 타고 대서양을 건넌다.

이러한 16-17세기의 혼란은 종교 세력의 몰락을 의미하고, 이후 종교는 종교일 뿐으로 남게된다. 베스트팔렌 조약(Treaty of Westphalia)이 기폭제가 되어 근대 절대국가의 시대가 열린 것이다. 데카르트는 비코보다 100년 가까이 일찍 태어나 살다 간 인물이다. 그의 저작에서 추운 겨울날의 독일 정서와 그를 둘러싼 환경은 아마도 그를 육체의 존재에서 영적 존재로 나아가게 한 결정적인 원인이 되었을 것이다. 추운 겨울의 황량한 독일은 육체적 안락함과 거리가 먼 것이다.

따라서 그는 육체와 정신을 분리하는 최초의 근대 철학자가 되었다. 그러나 데카르트 이전의 靈的 부분은 모두 신의 영역이었다. 아리스토텔레스의 지구론은 땅과 하늘은 靜的인 것이고 하늘 위의 세계는 신의 영역이 되고 인간은 절대자 신에 의하여 부여된 지식을 수용하여야 한다. 이러한 아리스토텔레스의 옛 지식은 코페르니쿠스의 천동설에 의하여 흔들리고, 천문학의 발달로 신의 절대적 권위는 상대화되기 시작한다.

더욱이 갈릴레오에 의하여 地動說이 주장되면서, 지구가 하늘 즉 태양 주위를 공전한다는 것을 알게 되고, 지구위의 인간은 더 이상 수동적인 것이 아니고, 스스로 생각하는 주체가 되어야 한다. 또한 추운 겨울의 독일에서 데카르트는 신 구교간 대립과 갈등, 참혹한 전쟁으로 이어지는 유럽의 비극을 맞보아야 했다.

더 이상 자신을 속일 수는 없는 것이다. 그는 신을 생각하는 주체, 합리적 인간으로 대체한다. 새로운 신교를 내면화하고 새로운 과학과 철학을 주장한 것이다. 그래서 그는 인간의 감각(senses)을 앞의 시작으로 본다. 감각이나 감성은 이전 신을 중심한 지식체계에서는 속된 것으로 경멸의 대상이 되었기 때문에 새로운 체계를 위하여 感性은 신에 대항할 수 있는 인간의 유일한 무기이자 가장 효과적인 대안이 될 수 있었다.

그의 철학의 위대함은 그가 기술한 기하학, 물리학 등의 초보적 과학에 있는

것이 아니다. 회의하는 인간상, 생각하는 합리적 인간상, 신의 노예로서의 인간상을 스스로가 영적 주인이 되는 새로운 次元으로 바꾸어 놓았다는 것이 중요하다. 종교로부터 인간이 해방됨으로써 새로운 민주주의 시대가 열린다. 인간은 각성을 통하여 주체적 인간이 되고, 국가 역시 카톨릭(Catholic)의 지배로부터 합리적 의사결정을 할 수 있게 된다.

이러한 인간들은 네덜란드의 위그노나 영국의 청교도와 같이 새로운 부르주와 자본주의 계급을 형성한다. 이들은 계산할 줄 아는 사람, 합리적인 사람들이다. 따라서 이러한 새로운 계급은 영국의 의회 민주주의 혁명을 주도하고, 미국 독립과 새로운 헌법을 제정하며, 프랑스 대혁명을 통하여 시민의 기본권을 만 천하에 천명한다.

이들은 자유롭고 평등하며, 헌법을 통하여 기본권을 보호받고, 소위 사회계약론에 따라 평등한 자간의 승낙인 계약을 통하여 헌법을 만들고 민주주의 국가를 건설한다. 데카르트의 합리론은 미국 헌법 이전에 국가를 종교로부터 해방시키고 국제법의 탄생에도 기여한다. 국제법과 국내법의 이분법은 법분류 중에서도 가장 대비적인데, 사실 시민문화에 바탕한 近代法の 기원은 18세기 말 미국 헌법 탄생 이전에 국제법 태동의 계기가 된 17세기 베스트 팔렌 조약에서 찾아야 한다.

이러한 정치적 경제적 사회적 재편성은 자연과학에 기반하여 합리적 인간상을 들고 나와 정신혁명을 가능케 한 데카르트의 知性에서 기원한다고 할 수 있지 않을까? 물론 아리스토텔레스나 데카르트가 유명한 것이 당시 다른 사람보다 많은 저술을 남겨 후세인의 관심을 산 것인지도 모른다. 지금은 책을 저술하는 것이 그리 어려운 작업이 아니어서 많은 사람들이 책을 펴낼 수 있는 시대가 되었지만, 당시만 해도 방대한 저작을 남긴다는 것이 쉬운 일이 아니다.

따라서 아리스토텔레스나 데카르트는 후생에게 눈에 띄는 자들 중 하나이다. 특히 方法論 序說 序文이나 독자들에게 어필하려는 머리글 등은 그가 유명해지게 되는 계기가 된다. 당시 유럽의 최고 권위인 파리 신학대학 교수들에게 잘 보이기 위하여 기존 지식체계에 대한 조심스러운 경외를 보인 것도 혼란스러운 시대 상황과 함께 그가 학자로서 성공하기 위하여 자신의 주장을 굽히기도 하였다는 사실을 보여 준다.

그러나 그는 여러 각도의 조명에도 불구하고 신의 지식체계를 근대 인간의 지식체계로 바꾸는데 정신적 혁명을 일으킨 위대한 선각자라 할 수 있다. 데카르트와 달리 비코는 종교 전쟁이 끝나고 근대 절대국가가 유럽에 뿌리를 내리기 시작할 즈음 탄생하여 활약한 학자이다. 로마의 몰락으로 이탈리아에서 프랑스와 영국으로 유럽 패권이 중심 이동하면서, 카토릭의 정서가 강하게 지배하던 이탈리아와 스페인, 그리고 북부 유럽간의 갈등은 전술한 바와 같이 카토릭의 몰락과 近代 絶對國家를 탄생시키게 된다.

데카르트의 새로운 인간상은 정치적으로 승리를 거두지만, 여전히 지적·문화적으로 라틴계와 게르만계는 갈등하면서 대립하고 발전한다. 근대 절대 국가로 안정을 찾은 새로운 유럽에서, 합리적 인간상은 사회 변혁의 기폭제이지만 비코의 눈에는 완전하지 않다. 새로운 과학의 힘은 아직도 완전히 신을 대체하지 못한다. 비코에게 신이란 추상적·합리적 인간상이 아니고 구체적 인간상이다.

인간과 사회는 역사적이고 특정적이며, 상황적이다. 보편적이고 추상적 진리는 모든 인간과 모든 사회에 타당할 수 없다. 모든 개별적 인간은 그의 합리성이나 지적 능력에 상관없이 우리의 역사이고, 함부로 死刑으로 생명을 박탈할 수 없는 존엄한 존재인 것이다. 마치 만물상과 같은 인간과 사회를 합리적·추상적으로 건설한다는 것은 지적 오만인 것이다. 양자를 우리 법학계에 치환하여 보면 자연법과 실정법, 근대자유주의 법체계와 현대 복지국가 법체계로 치환해 볼 수도 있다.

어느시대나 장소에서 보편타당한 자연법이 존재한다고 믿는 것은 카르테지안(Cartesian)적 사고방식이다. 그러나 역사적 경험을 통하여 우리가 인식하는 현실은 모두가 동일한 것이 아니다. 우리는 이제라도 존 롤즈가 말하듯이 제 1차적 원칙에서 벗어나 '장막 속 가려진 현실(veiled ignorance)'을 벗겨내어 새로운 正義로 나아가야 한다.

데카르트식 인간 해방, 모두가 평등하고 동일한 출발선위에 있다는 사회계약론적 가정은 지금에 와 우리의 현실이 아니다. 오히려 자선과 부조는 정의를 진작한다. 국가는 적극적 평등화론(Affirmative action)또는 역차별에 대하여 일정한 조건하에 이를 정당화하여야 한다. WTO 법은 못사는 개발도상국을 위하여 우대조치(preferential treatment)를 하여야 하고, 이는 새로운 공정과 정

의관념이다.

또한 찰스 다아윈의 자연과학이 사회과학에 접목되어 우리에게 社會進化의 교훈을 남기듯이, 데카르트의 자연과학과 그의 보편적 철학 원칙의 추구는 자연법의 실정법에 대한 영향력으로 대치해 볼 수 있다. 미국의 대법원이나 우리의 헌법재판소, 각국의 최고법원은 자연의 지혜를 통하여 실정법의 공백을 메꾸는 사회 진화의 첨병이라 할 수 있다.

사실 법실증주의는 제정법 시대의 등장과 궤를 같이 한다. 국제법은 법실증주의의 시원을 알리고 이후 미국헌법으로 이어지고, 나폴레옹 성문 5법의 제정으로 각광을 받는다. 법실증주의(Legal positivism)는 법 영역에서 실증주의를 구현하고 법을 근대과학의 위상으로 격상시키며, 이러써 법은 명실상부하게 사회의 지배적 기제가 된다. 이는 官房司法으로 이어지고 국가와 정의를 실현하는 학문이 되지만, 비판이 실종되기도 하고 형식적 법치주의로 이어져 독재와 전쟁의 원인을 제공하기도 한다.

이러한 법문화의 발전과 퇴보는 데카르트적 인간과 비코적 인간관이 순환 교류하는 결과이기도 하다. 독일과, 이탈리아, 일본이 독재로 나아가고 전쟁을 통하여 국가는 절정에 이르고 그 비극으로 인간에 대한 회의를 품는 것은 데카르트의 懷疑論이나 비코의 역사적 지식을 통하여 이해할 수 있다. 또한 유엔의 탄생은 데카르트의 합리론의 축복이며, 수많은 국가의 독립으로 77그룹이나 남북 갈등 같은 복잡한 국제사회의 현실은 비코의 현실적 인식과 궤를 같이 한다.

데카르트와 비코는 기업이나 경영학적 관점에서 기획전략팀과 회계팀, 법학적 관점에서 원칙법과 예외법, 헌법과 국제법, 자연법과 실정법, 근대 자유국가 법체계와 현대 복지국가 법체계에 대비해 볼 수 있다. 우리는 근대 시민사회의 탄생으로 主體的 決定을 할 수 있는 신이 되었다. 데카르트 같이 완벽한 신일까? 부조리한 현실사회 속에서 서로 다른 만물상 속의 다양한 모습의 신일까? 이탈리아는 이탈과 다양성을, 프랑스는 푸르른 남자, 원칙과 대의를 가르치는 듯 다가온다.

몰락한 옛 로마와 그리스의 지혜가 사람을 가르치고, 근대와 현대가 순환 교류하는 것은 인문학적 진리의 相對性和 不變性을 시사한다. 우리는 모더니즘에서

포스트 모더니즘(Post-moderism)으로 변화하는 시대를 살고 있다. 구글 맵(Google map)과 같이 비코식 세상이 되고, AI과 같이 데카르트식 세상이 되는 시대를 살고 있는 것이다.

우리는 어떤 모습일까? 로톡 변호사의 징계는 타당한가? 시장의 발전과 다양성을 중시하고 윤리로 무장한 고전적 변호사상을 포기하여야 할 것인가? 자유와 시장을 중시하는 보수주의 정부에서 공정거래위원회의 변협에 대한 과징금 결정은 흥미로운 일이다. 序頭에서 제기한 질문이 다시 떠오른다. 같이 가자(Getting along)인가? 인지를 통한 건설적 이해(Getting it right)인가? 변협의 향후 추이가 궁금해진다.



28. 성리학, 데카르트, 비코-Supp

긴 역사의 여러 현상은 어쩌면 데자뷰 같이 우리에게 다가온다. 데카르트와 비코를 음미하면서 동양과 서양의 인간관과 철학을 비교해 보면 더욱 그러하다. 동양의 경우 周遊天下 하던 孔孟 思想이 수십세기에 걸쳐 중국인들의 정신적 지주로 역할하다 서세동점의 정치적 혼란기를 거쳐 20세기 중반 사회주의 중국이 된다. 서양의 경우 종교의 영향력은 보다 컸다. 12세기 십자군 전쟁은 물론이고 신성로마제국 시대 카토릭의 정치적 타락 등은 이를 반증한다.

징기스칸이 동유럽을 정복하고 종전 협정을 맺기 위하여 유럽에서 가장 힘센 자를 찾았는데, 그가 교황이었다고 하니 당시 유럽사회를 이해할 수 있다. 宗教의 유럽 지배, 소위 중세시대의 암흑기는 그리스와 로마문화와 신과학의 발전에 힘입어 인문부흥운동 계몽주의로 이어지는데 데카르트와 비코는 이 당시 유럽의 정신적 과도기 시대를 한 차원 높이고 정리한 대 학자들이라 할 수 있다.

그런데 시대의 흐름과 인간사회의 변천은 알게 모르게 동서양에서 공통으로 진행되는 것 같다. 지금과 같이 학자들이 활발하게 교류한다거나 학자 사회의 인문문화가 발달하지 않았음에도 데카르트와 비코의 사상이나 철학이 東洋 에서도 비슷한 차원으로 발전하였다는 것이다. 즉 11세기 송나라 시대에 발전한 성리학은 인간의 본성에 관한 학문으로 인간, 사회, 국가를 이해하는데 중요한 역할을 하였다.

이전 학문이 인간을 善한 본성 惡한 본성으로 나누어 인간과 세상을 이해하고 윤리와 철학을 구성하였다면 성리학은 보다 중립적이고 발전된 사회 현실을 반영하였다. 주역이나 음양오행설 같은 것이 동양의 자연과학이었다면 공맹사상이나 성리학은 동양의 인문학 윤리학 사회철학이었던 것이다.

성리학은 11세기 北宋의 주돈이에 의하여 창시된 이래 정호와 정이 형제에 의하여 이기론으로 발전한다. 성리학과 理氣論은 새로운 조선의 지배학문이 되고, 16세기에 이르러 서경덕과 이이 등 대학자들에 의하여 체계적으로 수용된다. 신라와 고려 시대 국가의 정신적 지주였던 불교가 서양의 카토릭과 같이 세속적이고 말기에 이르러 타락한 반면에 성리학이나 이기론은 데카르트나 비

코의 철학처럼 종교적 색채가 사라지고 학문적 철학적 순수성을 유지하였다고 할 수 있고 동양과 서양의 同質性의 한 예가 될 수 있다.

다시 말하면 우리는 동양의 대표적 종교로 불교와 유교를 드는데 불교는 서양의 구교인 카톨릭 유교는 서양의 신교인 기독교라 할 수 있다. 승려는 삭발하여야 하고 커다란 부처님 상에 예배하여야 하는 등 의식을 중시하는 불교를 보면 카톨릭이 연상된다. 마틴 루터 킹의 종교개혁으로 소박하고 대중적으로 주님을 숭배하고 종교적 체험을 할 수 있는 것은 기독교를 통한 종교와 학문의 大衆化라 할 수 있는데 이는 유학이나 성리학과 비슷하다.

불교는 신라와 고려 시대를 거쳐 정치적 세속적 영향력을 발휘한다. 이차돈의 순교 사건이나 대몽항쟁시대 승병들은 이를 시사한다. 이에 비하여 성리학이나 이기론은 종교의 세속 관여와는 거리가 있고 보다 보편적으로 인간의 본성이나 윤리를 가르치게 되는데, 이는 신교나 데카르트 또는 비코의 철학에 비견될 수 있다. 性理學이나 이기론은 만물의 본질적 존재인 이와 만물의 현상적 존재인 기는 서로 분리되어 따로 존재하는 별개의 것이 아니라 하나로 연결되었다고 본다.

우리는 여기에서 생각하는 인간, 즉 주체적이고 합리적이며 완전한 자아, 감성과 이성이 어우러진 복합적 실체로서의 인간관을 제시한 데카르트의 주장을 상기하게 된다. 兩者는 본질에 있어 같은 주장을 한다. 또한 노동으로부터의 소외 자기로부터의 소외 등을 주장하고 지배와 착취, 계급투쟁을 말한 맑스와 궈를 같이 한다. 소외된 인간이란 다름 아닌 이성과 감성이 하나가 되지 못한 인간, 이와 기가 하나가 되지 못한 인간이라 할 수 있기 때문이다.

비코의 구체적 인간상이나 역사적 지식관 역시 현실세계에서 완전하지 못한 인간상이라 할 수 있다. 따라서 비코의 철학과 사상이 계급투쟁이나 社會改革이 이어지는 것은 당연한 것이라 할 수 있다. 이와 기의 결합이거나 감성과 이성이 하나가 된 실체, 그것은 동서양의 철학자들이 추구한 인간상이자 현실세계의 정신 또는 신이라 할 수 있는 것이다.

이기론은 이기일원론과 이기이원론으로 나누어지는데 理氣一元論은 비코의 생각과 유사하다. 즉 이는 기를 초월하여 존재하고 인간은 모든 것을 다 알거나

설명할 수 없으며 이는 인간 이전에 先驗的인 것이라고 본다. 따라서 수양철학에서 중시하는 입장이라 할 수 있다. 이가 기보다 먼저 존재하고 이는 기를 낳는다는 이기이원론은 존재의 본질로의 회복을 중시하므로 수양철학에 적합한 것이다. 이는 카토릭적 사고 방식이라 할 수 있다.

반면에 理氣一元論은 신교 또는 데카르트나 비코의 주장과 일맥 상통하는데, 현실의 개혁에 치중하므로 실천철학과 친하다. 명나라 때의 학자 나흠순에 의하여 강화되었고, 청나라 때 학자 대순에 의하여 발전하였다. 이원론에 따르면 理는 氣의 條理에 불과하며, 초월적이거나 불변한 것이 아니게 되는데, 이는 앞서 본 신과학이나 신에 대항하여 인간의 감성을 중시한 데카르트의 주장을 연상시킨다.

이기이원론은 조선의 성리학에서도 광범위한 지지를 받는데, 대표적인 학자로 서경덕과 이이를 들 수 있다. 서경덕은 “오직 기밖에 이가 없으며, 이는 기를 주재하는 것”이라고 보았다. 서경덕의 주장은 절대자인 神을 전제하면서 인간을 현실 사회의 신으로 보고 역사의 창제자로서 구체적 인간상이나 계급투쟁을 말한 비코와 귀를 같이 한다 할 수 있겠다.



제 5장
국내법과 국제법에
관한 단상

29. 권력분립주의에 관한 소고 - 왕권의 부관참시와 간나 시민들

가. 서두에서

민주주의의 힘은 대단하다. 그리고 민주주의는 링컨의 말처럼 국민의 국민을 위한 국민의 정치이다. 정치와 법은 법철학자들의 유명 단골 메뉴이다. 정치는 당연히 동태적이고 상황논리에 따른다. 그에 비하여 법은 정태적이고 보수적인 성격을 가지는데 이는 필자는 물론 법학도法學徒의 일생을 지배한다. 세계의 정당을 일괄하면 영국의 노동당과 보수당, 미국의 민주당과 공화당, 독일의 사회민주당과 기독교 민주연합, 일본의 사회민주당 자유민주당과 같이 진보 정당과 보수 정당 그룹군으로 나누는 것이 보통이다.

프랑스 대혁명 자코뱅(Jacobin)과 지롱드(Girondins)전통이 그대로 현재 각국 정당정치의 풍향계가 되어 좌우 정당의 전통과 역사를 만들고 있는 것이다. 한편 정당의 이름이나 성격에 보수 자가 붙지만, 이는 학문적 성격이 보수적이라는 것과는 조금 다르다. 진보 정치는 물론이고 보수 정치를 보더라도 기존의 보수적 가치를 발전시켜 公共善을 지향하자는 것이므로 기본적으로 정태적이거나 고전적 차원에 머무를 수 없다.

물론 법이 아닌 법학의 영역에 이르면 진보법학이나 일감 법학 민주법학과 같이 고전적 원칙을 수정하고 진보를 꾀하는 것이 당연할 수 있지만, 법은 受範者의 예측가능성과 법적 안정성을 이상으로 지향하므로 다른 학문 분과에 비하여 상대적으로 보수적 성격을 갖는다고 할 수 있다. 보수와 진보의 준별점은 쉽게 보아 시스템과 사람으로 분류해 볼 수 있겠다. 물론 이러한 생각은 법학과 정치학 기타 다른 사회과학 분야의 대비처럼 상대적인 것이다. 비교적 법학 法學은 시스템을 정치학 · 사회학 · 경제학은 사람이나 사회를 상대적으로 더 중요시 한다고 할 수 있다.

다수와 1인의 갈등은 역사와 사회의 진전과 발전을 위한 키워드였다. 지금도 독재자가 없다 할 수 없지만, 왕권신수설에 따라 신성한 왕의 존엄과 그의 권력은 절대적인 것이었다. 이러한 다수와 1인간 갈등은 영국에서는 왕과 귀족간의 갈등으로 발전하고 17세기 청교도 혁명과 명예혁명을 거쳐 권력 융합형 議院內閣制 정부형태가 탄생한다. 그리고 왕권신수설은 의회주권으로 대체되고

영국은 의회민주주의의 기원국으로 불리운다. 그리고 미국은 18세기 영국과의 독립전쟁에서 승리하고 식민지배로부터 독립하면서 최초의 헌법국가가 된다.

미국은 헌법 민주주의의 기원을 열고 국민에 의하여 직접 선출된 대통령이 국정의 중심이 되는 대통령제 정부형태를 탄생시킨다. 한편 프랑스의 민주주의는 인권민주주의라고 할 수 있다. 프랑스 대혁명과 3부회로 상징되는 舊體制, 즉 앙상 레짐(ancien regime)이 붕괴되고 보편적 인권선언을 천명하면서 인권민주주의의 기원국이 된다. 프랑스의 경우 역사적으로 정부형태는 고정적이지 못하고 불문헌법 국가인 영국과 같이 정치적 세력균형이나 판도를 반영하여 浮動되는데, 상징적 군주나 대통령을 정점으로 한 의회 중심의 정치체제를 시행해 왔다.

따라서 프랑스의 정부형태는 영국과 같이 의회중심적 시스템(Parliamentary system of government)이라 할 수 있지만, 대통령의 지위나 권한의 관점에서 영국과 미국의 중간적 성격을 갖는다 할 수 있다. 우리는 공법학 영역에서 가장 중요한 법원칙으로 보통 법치주의와 권력분립주의를 든다. 이는 私法의 대원칙인 신의성실의 원칙이나 권리남용 금지의 원칙에 비견되는 중요한 원칙이다.

법의 여신이 칼과 저울을 양손에 쥐고 있듯이 인간은 신의와 약속으로 사회를 구성하고 법 앞의 평등을 보장 받음으로써 정의롭고 행복한 사회 생활을 영위할 수 있다. 신의와 약속을 배반하거나 법 앞의 평등이 위태롭게 되면 법의 여신은 저울을 통하여 이를 형량하고 칼과 같이 엄정한 법의 심판을 내린다. 법은 저울이 상징하듯이 차별이 없고 기울지 않는 평등, 즉 정의를 지향한다. 法治主義는 정부와 시민간, 신의성실의 원칙은 평등한 시민간 신의이고 약속이다.

권력분립주의는 권력을 분립하고 상호 견제토록 하여 권력간 균형, 즉 평등을 이루게 하는 원칙이고 권리남용 금지의 원칙은 시민간 시장에서 균형을 이루고, 평등하게 취급받도록 한다. 말 그대로 우리의 공적 생활에 있어 권력자는 권력을 恣意的으로 행사해서는 안되고 법이 부여한 한도 내에서 행사하여야 하며 법에 따라 공공선을 구현하기 위하여 권한을 행사한다.

또한 시장, 즉 우리의 사적 생활에 있어 권리자는 자신의 권리를 남용하여서는 안된다. 근대 시민사회의 근간이 되는 이러한 기본 원칙들은 법이 지향하는 정의와 형평을 달성하고 개인의 인권과 존엄을 담보한다. 권력 권한 권리란 말들은 서양학문에서 쓰는 말이고 그 어원은 확실하지 않지만 한자 문화권 국가 중 가장 먼저 서양문화를 계수한 국가가 일본이라면 아마도 일본인들이 만든 말로 추정된다.

權力分立의 原則은 국가의 최고법인 헌법의 통치기구의 구성원리를 담고 있으므로 보다 큰 어감인 권력이라는 말을 사용한다. 권한이란 말은 헌법을 실현하는 가장 중요한 하위법인 행정법에서 자주 사용하는 말로서 법에 따라 공기관이 행사할 수 있는 공권력이 제한을 받는다는 의미에서 역시 적절한 말이다. 권리란 말은 이익이나 손실을 중시하는 상인들, 타락한 상인 즉 모리배를 표현할 때 사용되는데 경제나 시장 같은 우리의 사적 문제에 연관된다.

따라서 권리란 말 역시 법에서 사용되는 바 대로 적절한 표현이다. 법은 헌법과 법률로 이루어진 시스템이라 할 때에 법학도의 처음 마음 자세는 이러한 용어 사용에서 시작된다고 할 수 있다. 요컨대 헌법은 국가 최고법으로서 規範의性格과 함께 政治的 性格의 법이라는 점을 부인하기 어렵다. 그리고 국가의 가장 정점에 있는 최고의 법규범이다.

근대 헌법은 새롭게 자각하고 시장에서 부를 축적한 시민 계급이 봉건제 절대왕정을 타도하고 새로운 근대 시민 민주주의 체제를 확립하면서 만들어진 것이다. 이는 국가 시스템의 핵심에 있는 것으로 시민 계급은 헌법을 통하여 절대권력의 횡포로부터 자신의 권리를 보장받으려 하였다. '절대 권력은 絕對적으로 부패한다'는 액톤경의 금언대로 절대권력은 신의와 합의를 무시할 수 있다는 우려에서 권력분립의 원칙은 근대 헌법의 기본원칙의 하나가 된다.

전술한 바와 같이 법과 법학은 상대적으로 정태적이고 보수적이며 국가와 사회를 운용하는 시스템이자 체계이다. 따라서 헌법학자는 체계정당성을 말하고 헌법재판소는 헌법에 반하는 법률이나 대통령령에 대하여 위헌선언을 한다. 불행하게도 마키아벨리(Machiavelli)가 말한 사자 같이 용맹하고 여우같이 교활한 군주상은 근대 시민사회와 함께 막을 내린다.

더 이상 유일하고 최고인 하나의 정치권력 또는 통치권은 근대 시민사회 헌법 체계 내에서 인정되지 않는다. 군주의 권력은 시민혁명으로 새로운 주인이 된 시민 세력에 의하여 정치적으로 몰락하고 법철학자들에 의하여 다시한번 부관 참시 된다. 차알스 1세와 루이 16세가 단두대에서 처형되는 역사적 배경 하에 법철학자들은 憲法の 考案者가 되어 왕의 권력을 근대 시민사회가 지향하는 목적에 맞게 농단한다.

절대권력은 새로운 부를 창출하는 부르조와 계급의 시민에게 두려운 존재일 수밖에 없는 것이다. 권력분립이론은 왕의 절대 권력에 대한 견제에서 시작되었다. 그리고 우리는 보통 現代版 王 으로서 대통령을 상징하고 그에 대한 견제와 균형이 어떻게 작동하는 가를 시금석으로 권력분립이론의 현실과 가치를 논한다.

예컨대 우리 헌법하에서 대통령의 제왕적 권한과 이의 견제 필요성을 주장하는 것은 헌법학자의 일상이 되고 있다. 우리는 이하에서 대통령제의 母國이라 할 수 있는 미국의 권력분립체계 하에서 미 대통령의 현실을 조명해 보도록 한다. 특히 강력한 대통령의 이미지에 친한 공화당 트럼프 정부와 9/11 테러로 촉발된 테러와의 전쟁 당시 조지 부시대통령 정부에 초점을 맞춘다.

따라서 우리는 몽테스키외와 존 로크의 권력분립이론에 따라 권력분립이론의 현대적 의미를 재조명한다. 9/11테러와 테러와의 전쟁에 관한 후반부 논의는 향후 보완이 필요하다는 점에서 미리 양해를 구한다.

나. 몽테스키외와 3권 분립론

1) 서언

권력분립의 원리 하면 가장 먼저 떠오르는 사람이 몽테스키외이다. 그는 변호사이지만 영국을 여행하면서 주로 저술활동을 하였다. 그가 저술한 법의 정신은 近代法의 원리와 정부에 대하여 논한 대표적 저작이다. 그는 또한 프랑스 귀족으로서 남작 계급을 받았고, 보르도 지역 의회 의장으로 활약하기도 하였다. 근대법과 정부형태, 권력분립제도에 관한 그의 영향력은 그 이전 어떠한 학자에게서 발견할 수 없는 것이다. 그러나 몽테스키외가 법의 정신 11권 6장

에 말한 권력분립주의의 최초 주장자가 아님은 명백하다.

다시 말하자면 그는 당시 영국의 사상가들과 존 로크의 영향을 받았다. 몽테스키외는 당시 기존 권력분립주의에 새로운 사상을 더한 것은 명백하다. 그는 기존 사상가들이 언급하지 않았던 권력의 새로운 요소들을 강조하였고, 司法權에 관한 그의 생각은 독특한 것이었다. 이로써 그는 이전의 사상가들에 비하여 권력분립의 원칙을 재삼 확인하고 중요한 법의 원리로 격상시켰다.

그러나 그의 영향력은 독창성으로 인한 것이라기 보다는 자신의 시대에 절실하게 필요한 원칙을 부각시키고 발전시켰다는 차원에서 주제를 다루는 형식과 시간성에 기인한다.

法の精神이 출간되기 전 이미 몽테스키외는 프랑스를 방문한 2인의 페르시아 시민을 소재로 한 가공 소설 '대로마제국에 관한 소고'라는 책을 통하여 유명해진 상황이었다. 그의 저명한 저작들은 한참을 기다려 출간되었지만, 출간되자마자 많은 판을 찍어야만 했다. 법의 정신(Spirit of law)이 출간되면서, 그 책은 임시방편적인 것이 아니고, 당시까지의 모든 책들을 참고하여 만들어진 것으로, 정부를 과학적으로 연구한 저작인 것을 쉽게 알 수 있다.

법의 정신은 길고 광대한 인류 역사를 아우르고, 인간의 정치적 생활에 영향을 미치는 모든 요소들을 담고 있다. 序文을 통하여 이러한 그의 책의 성격을 알 수 있는데, 몽테스키외는 서문에서 “나는 제 1원칙들을 밝히고 있다. 구체적인 사건은 제 1원칙들에서 기원한다. 모든 국가의 역사는 제 1원칙과 구체적 사건들로 구성된다. 모든 특별하고 구체적인 법들은 다른 법과 연관되어 있으며, 보다 일반적인 성격의 법에 근거하고 있다”라고 밝히고 있다.

이러한 원칙들은 저자의 관점과 개인적 소견에서 연원한 것이 아니라, 事物의 자연법칙에 따른 것이다. 몽테스키외는 법은 국가의 형태에 관한 본질적 요소와 원칙에 관련된 것으로 보았고, 또한 기후, 토양, 국가경제, 國家의 格式과 慣習과 연결되어 있는 것이다. 이는 과학적 접근방식이고 개인의 호 불호를 배제하는 것을 전제로 한다. 모든 국가는 자신의 원칙들이 기반하고 있는 이성을 발견할 수 있다.

법의 정신에서 궁극적 해결책이 제시된 것은 아니다. 단지 정부의 형태와 국가의 법이 필연적으로 연관된다는 명제가 주장되어 있다.

2) 인간의 본성과 정부형태

몽테스키외는 人間의 本性에 대한 비판적 관점에서 시작한다. 그는 인간의 기본적 성향을 악惡을 향하는 것으로 본다. 즉 그에게 있어 인간은 이기적 본성, 자부심, 시기, 권력욕을 가지며, 그것들이 인간의 본성인 것이다. 인간은 합리적 존재이지만, 어떠한 극단적 행위를 할 수 있는 잠재적 본성을 가지고 있다. 영국 사람들에 관하여 몽테스키외는 “그러한 종자들은 항상 열정에 빠져 자신의 情炎에 따라 쉽게 행동하고, 인간의 내면에 대하여는 별반 영향을 미치지 않는다”라고 평하였다.

정치적 영역에 있어 이러한 시각은 중대한 결론에 이른다. 우리의 경험은 항상 “권력을 가진 모든 사람들은 이를 남용하기 쉽고, 자신의 권력을 가능한 끝까지 행사하고 싶다”는 것을 보여준다. 權力의 濫用 可能性은 정부를 구성하는 원리와 법을 통하여 견제 가능하다. 몽테스키외는 그리스 사람들처럼 국가의 헌법은 매우 중요하게 기능할 수 있는 것이라고 믿었다.

따라서 몽테스키외는 3가지 다른 형태의 정부와 그 본질, 그리고 각각의 원칙에 대하여 기술하였다. 즉 그는 이러한 記述을 통하여 법은 법의 연원처럼 그것으로부터 자연스럽게 도출될 것이라고 믿었다. 그는 3가지 정부형태를 공화정, 군주정, 전제정으로 구분하였다. 공화정 하에서 인민은 국가의 최고 권력자이자 주권자이다. 군주정 하에서는 1인이 변하지 않고 확고한 법에 따라 인민을 다스린다. 전제정 하에서는 1인이 자신의 의사와 변덕에 따라 내키는 대로 모든걸 지시하고 다스린다.

共和政 형태의 정부는 귀족정과 인민정으로 구분된다. 귀족정은 국가의 최고 권력, 즉 주권이 인민 일부에게 귀속되어 있고, 민주정의 경우에는 인민 전체에 귀속되어 있다. 專制政下 에서는 왕의 권력에 대하여 어떠한 제한도 존재하지 않으며, 개인을 보호하기 위한 장치도 없다. 어떠한 형식이든 권력분립의 이상은 전제정의 경우 받아들이기 어렵다. 귀족정 하에서 정부는 비록 온건한 제한 정부의 형태를 띠지만, 입법권과 집행권이 동일한 부류의 소수 귀족에 의하여

독점되어 있다.

그러나 몽테스키외는 “民主政下에서는 인민이 직접 통치하고 상원처럼 토론하고, 순회심판관처럼 집행하고, 법관들처럼 결정한다”고 말한다. 따라서 몽테스키외는 민주정 하에서는 어떠한 형식이든 권력분립주의가 필요한데, 그점에 관하여 자세하게 설명하지 않는다. 몽테스키외 주장의 현대적 의미는 어쨌거나 크지 않다. 그것은 그가 민주정은 작은 사회에서나 가능한 것으로 믿었기 때문이다.

따라서 권력에 대한 제도적 견제라는 그의 주장이 가장 자세하기 담겨 있는 부분은 군주정과 영국의 헌법에 대한 부분에서 발견된다. 이 두가지 차원의 논쟁은 서로 명백하게 관련된 것인데 매우 다른 연원에서 발전하고 다른 원칙에 의존하고 있다. 각 시스템은 그 자체로 가치가 있으나, 몽테스키외의 경우 어떤 하나가 다른 것의 우위에 있다고 말하기는 어렵다. 여기에 우리는 몽테스키외 주장을 이해하는 데 混線을 빛는다.

권력의 통제에 대한 몽테스키외의 접근법에는 이질적 요소들이 혼재되어 있는데, 이러한 혼란은 바로 군주정과 영국의 헌법이라는 두 개의 중요한 사고의 연원에서 기원한다. 몽테스키외는 일면 로크나 볼링브로크(Bolingbroke)같은 영국 사상가들의 영향을 받았다. 영국 내전 시기 이후 영국의 정치 관련 서적들의 번역과 영국에 대한 프랑스 사상가들의 평가는 괄목하게 증가하는데, 18세기 초엽에 이르러 그것은 절정에 이른다.

그러나 다른 한편 고국에는 몽테스키외의 군주정에 대한 기성관념을 지지하는 많은 연원들이 있었다. 물론 군주정에 관한 천착 부분에서도 몽테스키외는 권력의 남용에 대한 통제에 관심이 많았다. 그러나 그것은 영국의 헌법 부분과는 다른 방식으로 다른 맥락에서 제기된 것이었다. 귀족의 일원으로서, 보르도 의회 의장으로서, 그는 전제정에 대한 프랑스의 긴 투쟁을 돌아보게 된다.

이는 영국 정치의 발전사와는 관련이 없는 것이며, 당시 의회, 귀족, 목사들의 원한과 왕권에 대한 견제에 집중된 것이었다. 장 보댕(Jean Bodin)은 왕의 국권의 신성성과 통합성을 주장하였지만, 다른 한편 議會는 왕의 권한을 반추하고, 흔계하고, 왕의 법을 등록할 수 있는 권한을 가져야 한다고 주장하였다. 또

한 이로써 왕의 국가에 대한 통치에 관하여 정의와 형평의 관점에서 건전한 판단을 제공하여야 한다고 주장하였다.

당시 프랑스 의회는 때때로 왕의 명령을 登錄하기를 거부할 수 있는 권리를 주장하였다. 특히 후에 몽테스키외가 의장이 되는 보르도 의회는 더욱 그러하였다. 볼레빌러는 1727년 모든 프랑스의 불행은 貴族이 권력의 장에서 쇠락해가는 것이라고 하였고, 몽테스키외가 프랑스 군주정의 문제를 파헤치기 시작한 것은 그와 유사한 주장들과 궤를 같이 한다. 따라서 몽테스키외는 君主政을 정의하면서 이는 전제정과 달리 중간적, 종속적, 부수적 권력이 중요한 역할을 하는 정치체제라고 하였고, 이러한 중간 권력을 귀족, 목사, 의회 의원 등으로 보면서 당시 프랑스 사상계의 주장을 충실히 반영하고 있다.

그러나 다른 어떠한 사상가들보다도 보댕은 몽테스키외의 군주정에 관한 사고 체계에 많은 영향을 끼쳤다. 만약 그렇다면 이는 매우 중요한 의미를 갖는데, 보댕의 主權에 대한 생각은 몽테스키외의 군주정 정부에 대한 천착에 전체적 영향을 끼치기 때문이다. 보댕은 강력한 군주제를 옹호한 학자이다. 또한 군주를 중심으로 권력집중을 주장하였다. 물론 보댕은 독재와 정통적이고 권위를 갖는 군주정을 구별하였다.

3) 영국 헌법에 관한 생각들

다음으로 영국의 헌법 부분에 관한 그의 생각을 보면 우리는 먼저 두가지 중요한 난점을 고려하여야 한다. 군주와 의회의 混合政府에 대한 몽테스키외의 생각은 무엇이였을까? 그리고 그는 영국은 어떠한 형태의 정부를 가져야 하는 것으로 믿었을까? 몽테스키외의 혼합 정부에 대한 논의는 그가 제공하는 여러 설명에 대한 문제를 특징적으로 담고 있다. 그가 첫머리에서 정부의 형태를 열거하면서, 그는 혼합정부에 대하여는 아무런 언급을 하지 않았다. 혼합정부론은 영국의 정치사상에서 수백년 동안 중요하게 다루어진 것을 생각하면 의외이다.

나중에 미국이 독립하자 얼마뒤 대혁명이 발생하고 루이 16세가 처형되지만 몽테스키외 시대는 아직 영국과 같이 의회에 종속된 군주가 아니었다. 따라서 군주와 의회는 독립된 정치기관으로 존재하고 있었고, 미국의 엄격한 3권 분립 헌법으로 이어진다. 요컨대 몽테스키외의 법의 정신에서는 프랑스의 핫트만이

나 다른 思想家에 의하여 다루어졌던 혼합정부에 대한 논의가 없었다.

몽테스키외는 온건한 정부에 관하여 설명하였지만 온건한 정부란 타락하지 않는 형태의 군주정이나 공화정을 의미할 뿐이었다. 영국과 같이 군주가 존재하고 憲法慣行으로 구성된 불문헌법이나 통치시스템으로 구성된 혼합정부에 대한 부분은 논의되지 않았다. 어떤 곳에서 그는 혼합정부나 혼합 헌법은 불가능한 것이거나 최소한 그러한 것은 존재할 수 없다고 보았다. 따라서 몽테스키외는 순수한 민주정과 權力의 原理를 주장한 것이라 할 수 있다.

이는 보댕과 비교하여 매우 급진적인 것이다. 그러나 그는 법의 정신 11권 영국에 관한 논의에서 매우 다른 접근방식을 취한다. 영국과 같은 정부 형태에서 집행권은 군주의 손에 쥐어져야 하며, 입법권은 귀족을 대표하는 會議體와 人民을 대표하는 회의체에 각각 귀속되어야 한다.

각 회의체는 각자 회합하고 심리할 수 있어야 하며, 각자 다른 의견과 이해관계를 가질 수 있어야 한다. 이러한 정부 구성은 자유로운 국가의 근본적 헌법 체제이다. 회의체는 두 차원으로 구성되고 상호 견제하여야 하며, 상호 거부할 수 있는 特權이 부여되어야 한다. 이러한 성격의 균형형 양원제 역시 미 연방 헌법에 그대로 구현된다. 두 회의체는 모두 집행권에 의하여 제한을 받고, 또한 집행권은 입법권에 의하여 제한을 받아야 한다. 몽테스키외는 이를 3권이라 칭하면서 왕, 귀족, 평민대표 등을 지칭하였다.

아직 입법, 집행, 사법의 3권은 언급되고 있지 않다. 정부가 共和政에 근접하면 할수록 국가의 심판기능은 더욱 안정되고 고정되는 경향을 갖는다라고 하였다. 그러나 그는 국가형태와 정부형태를 구별하였다. 이로써 일정한 국가형태 하에서 운용되는 정부형태는 국가형태와 다를 수 있으며, 따라서 군주정이라 하더라도 현실적으로는 귀족정이나 민주정처럼 운용될 수 있다고 보았다.

또한 정부 형태가 혼합되어 운용될 수도 있는데, 몽테스키외는 영국이 그 한 예가 된다고 보았다. 따라서 그는 영국을 당연히 공화정으로 불러야 함에도 군주정의 탈을 쓴 것에 불과하다고 하였다. 또한 영국은 이미 자의적 권력에 의한 통치의 경험이 있으며, 정치적 변혁에도 그러한 통치방식이 잔존하고 있다고 보았다. 그래서 우리로 하여금 자유로운 정부체제 하에서 전제정 형태를 목

도하게 한다고 한다.

이러한 그의 記述은 튜더 왕조의 스타 체임버(Star chamber)같은 절대군주정 시대 영국의 이미지, 영국 의회민주주의의 급격한 발전과정에서 보인 크롬웰이나 의회의 공포정치를 연상시키는 부분이다.

4) 독특한 성격의 권력: 사법권

나아가 몽테스키외는 새로운 권력, 즉 제 3권이라 부르는 司法權에 관하여 기술한다. 사법권을 행사하는 심판관은 죄인에게 형사벌을 가하고 개인간 분쟁에 관하여 심판한다. 소위 심판권이라 불리우는 권력인 사법권이 입법권이나 집행권과 다른 또 하나의 국가작용이 된다. 이는 독립된 존재로서의 사법권을 높게 평가함으로써 존 로크 반열의 권력분립론으로 존경받게 된다. 18세기 초엽 왕권으로부터 분립되어 새롭게 각광받던 사법권을 조명한 것이다.

이러한 새로운 분류법에 따른 몽테스키외의 기술을 보면 사법권은 왕과 개인, 개인과 개인간 분쟁에 대한 심판에 국한되고 왕의 對外的 權限 외에 어떠한 구체적 집행작용에 관하여는 언급이 없다. 즉 집행권에 관한 설명이 생략되어 있는 것이다. 그렇다면 몽테스키외의 법의 정신은 17세기 용어와 18세기 정부의 현실간 차이를 완전히 해석하는데 까지 이른 것이 아니다.

그러나 그가 사법권이란 용어를 사용하기 시작하면서 그는 대권적 집행권과 보통의 일상적 집행권에 천착하지 않는다. 그리고 그가 사용한 권력분립과 관련 용어 들이 현대에 있어 가장 영향을 많이 미치게 된다. 즉 그는 3권이란 각각 법을 제정하고, 공적 결정을 집행하고, 개인간 원인(causes)을 심판하는 권력을 의미한다고 말한다. 이는 명백히 집행권의 국내적 · 외교적 권한을 모두 아우르게 된다.

정부의 권력간 관계에 관한 몽테스키외의 기술은 여기에서 절정에 이른다. 그의 새로운 용어 사용과 권력에 대한 정의(定義)는 매우 중요한 의미를 갖는데, 이로써 근대 초기와 근대 말엽 용어간 간극을 해소하는 것을 넘어 3권 분립에 깃들어 있는 기본적 문제를 융화적으로 해결하게 된다.

로크를 비롯한 이전 권력분립론자들을 괴롭힌 문제는 통치자가 兩面的 次元의 권력을 행사한다는 것이었다. 그는 명백하고 쉽게 이해할 수 있는 법을 집행하는 권한 - 이는 대개 국내문제가 된다 - 과 함께 법이 자세하게 간여할 수 없고, 대권적 권한이 그대로 살아 있는, 다시 말하여 외교나 국방의 문제 같은 것을 왕은 결정하고 실행하여야 한다고 보았다. 따라서 로크와 몽테스키외 사이에는 최소한 정부의 4가지 기능이 있는 것이고, 3가지 기능이 있는 것이 아니었다. 즉 입법, 집행, 대권, 사법권이 그것이다.

따라서 중간의 두 기능을 하나의 집행권이라는 개념과 용어로 묶은 것은 대권 영역에 있어 정부의 정책결정자는 법을 집행하는 것이 아니고 광범위한 裁量權을 행사한다는 사실을 호도한 것이라고 할 수도 있다. 어쨌거나 그는 정부의 기능은 3가지, 그리고 이는 유일한 통치권 분류법이라는 인식을 확립하게 하였다. 이로써 우리는 왕의 대권이 무엇인가 열심히 연구하는 영국 변호사를 제외하고 통상 정부의 통치권을 3권으로 분류한다.

몽테스키외 주장의 가장 중요한 점은 정부의 기능 중 집행권을 법의 기계적 실현으로부터 판단할 수 있는 권력으로 이행시키고, 집행권에 대한 새로운 시각을 연 것이다. 이러한 “판단할 수 있는 권력”이란 개념에 그의 3권 분립이론의 독창적 가치가 존재한다. 즉 그의 주장은 의회결정을 그대로 등록하고 이를 기계적으로 실현하는 것이 집행권이라는 이전 관념을 수정하는 계기가 된다.

한편 그는 논리적이고 분석적으로 정부의 다른 2 권력과 나란히 심판권에 대한 개념을 창시하였고, 현대 정치사상의 중요한 특징의 하나인 입법, 집행, 사법이라는 3권 개념을 확립하였다. 결정적으로 중요한 것은 그가 심판권을 의회의 상원으로부터 독립된 권력으로 보고, 명시적으로 국가의 普通人으로 구성된 법원에 부여하였다는 것이다. 물론 의회의 상원은 여전히 상급심의 역할을 맡는다. 최근 영국 대법원의 개혁이 있었지만, 영국 상원은 수세기 동안 영국의 최고법원으로서 역할하였다.

그렇지만 그는 사법부를 입법부나 집행부와 동등한 부서로 평등하게 취급하지 않았다. 물론 다른 두 부서로부터 司法府의 獨立을 철저히 옹호하긴 하였다. 그리고 얼마 뒤 평등한 3권분립과 사법부의 독립은 영국에서 독립한 미국의 연방헌법에서 구현된다. 이러한 역사적 사실들은 미국이 보다 민주적 유럽은 보

다 귀족적이라고 느껴지게 하는 한 이유가 될지도 모른다.

요컨대 그는 입법부와 집행부를 국가권력을 행사하는 2가지 영구한 권력으로 보고, 군주, 귀족, 인민들 같은 사회 세력을 포괄적으로 대표하는 것으로 보았다. 인간의 마음에 공포스러운 사법부는 어떠한 특정 계급에 소속되는 기구나 직업이 아니며, 또한 어떤 차원에서 전혀 사회 세력을 대변하는 것도 아니다.

즉 “모든 자를 대표하지만 아무도 대표하지 않는다”라는 命題에 도달하게 된다. 따라서 사법부는 국가내 이해관계의 갈등으로부터 독립되어야 하며, 사법부 독립의 절대성은 권력분립의 원칙 발전에 있어 매우 중요한 역할을 한다. 몽테스키외는 사법부의 본질과 구성에 관하여 많은 부분을 할애하여 논의하고 있으나, 이 문제에 대한 그의 접근방식은 일반적 논의를 반영하고 있을 뿐 영국의 실무와 관행에 대하여는 별 언급이 없다.

책 6에서는 국가 형태에 따라 사법부의 기능을 논하고 있다. 전제정 형태의 정부에서 왕의 번덕은 법의 미명하에 행해지고 판사들은 법이나 準則 없이 자의적으로 사법권을 행사한다. 그러나 군주정하에서 왕은 법에 근거하여 통치하고 이는 상대적으로 안정적이고 합리적이며 중립적으로 적용된다.

따라서 군주정 하의 법관은 법에 精通 하고 법관직을 직업적으로 수행하여야 하며 잠재적으로 충돌할 수 있는 규칙들을 기술적으로 다룰 수 있어야 한다. 정부가 공화정 형태에 가까워 질수록 법의 지배는 확실하게 되고 안정되어진다. 그리고 법관은 법에 표현된 문자에 더욱 더 구속된다. 로마 시대 법관은 사실 문제만을 결정하였고, 형벌은 법에 명확히 쓰여져 있었다.

반대로 영국에서는 사실의 확정을 배심원들이 행하고, 법관은 법에 쓰여진대로 刑罰을 선고할 뿐이다. 따라서 법관은 오직 형벌에 관해서만 주목하면 된다. 책 11에서 그는 직업적 법관이 없는 사법시스템에 관하여 기술한다. 그는 사법권은 상설 원로원식 상원에 부여되어야 한다는 고정관념을 배격하고, 人民 으로부터 차출된 사람들에 의하여 행사되어야 한다고 주장한다.

어찌 보면 이는 배심제도 비슷하지만, 책 11의 법관은 명백히 事實과 法 모두 판단할 수 있는 권한을 가지며, 이는 법이 너무 명백하고 명시적으로 기술되어

법관에게 특별히 전문적 지식이 필요 없기 때문이라는 것이다. 사법부에 대한 몽테스키외의 생각 중 2가지 점이 특별한 의미를 갖는다.

공화국의 法官들은 법에 기술된 대로 법을 집행하여야 한다는 그의 끈질긴 주장은 사법기능에 대한 후세의 관점에 많은 영향을 끼쳤다. 중세 영국의 법관들은 자신들이 법을 해석하며, 때때로 그들은 자신들이 해석을 통하여 법을 만든다는 것 역시 잘 알고 있었다. 법관의 판례를 통한 법의 창조는 17세기에 널리 알려지게 되었다.

그러나 몽테스키외는 법관에게 재량권을 부여하는 것은 법관의 私的 意見이 법을 불확실하게 하고 따라서 인민들은 자신들의 의무가 무엇인가를 확실하게 알지 못한 상태로 사회생활을 할 수 밖에 없다고 강력하게 주장하였다. 몽테스키외에게 있어 법관은 “법에 쓰여진 말을 그대로 발언하는 입”외에는 아무것도 아닌 것이었다. 즉 단순히 수동적 존재이고 법의 힘이나 엄정함을 완화할 권한이 없는 것이다.

법관의 적절한 역할에 대한 기계적 관점은 영국 내전 시대 릴번과 해링턴의 저작에서 발견되는데, 몽테스키외의 주장은 아마도 해링턴의 영향을 받은 것으로 보인다. 19세기와 20세기 초까지, 즉 사회학적 법학이 흥기하기 시작할 때까지 이러한 법관의 제한된 역할론의 영향력은 매우 강한 것이었다.

둘째, 그는 개인의 보호에 있어 司法節次의 중요성을 강조하였다. 사건의 신속한 결정은 쉬울뿐만 아니라 경제적이지만, 어떠한 비용과 지연 그리고 사법절차 자체에 대한 위험에도 불구하고 일정한 형식의 정의는 모든 개인들이 자신의 자유를 위하여 치루어야 할 값있는 것이다.

전제정에서는 신속만이 유일한 가치이자 고려요소이다. 그러나 제한정부 형태에서 한 사람 개인의 명예와 재산을 박탈하기 위하여는 긴 신문과 많은 형식과 절차들이 필요하다. 적법절차 - 몽테스키외는 이러한 용어를 사용하지 않았지만, 이미 17세기 영국에서는 빈번하게 사용되었다 - 에 대한 그의 집요한 주장은 그가 보기에 중요한 진보의 발걸음을 가능하게 한 憲法主義 原則의 정수를 이룬다.

5) 3권 분립의 원칙

이로써 1748년에 이르면 그가 주장하는 3권분립의 원칙이 명확하게 제시된다. 나아가 그는 정부의 적절한 기관에 의하여 3권이 행사되어야 하고, 3권을 행사하는 사람들이 자신의 권한외에 다른 성격의 권한을 같이 兼職 하여서는 안된다는 것을 증명한다. 그래야만 진정한 3권분립의 원칙이 완성될 수 있기 때문이다. 입법권과 집행권이 왕 또는 왕의 권한을 대신 행사하는 관리들에 의하여 한 기관에 독점된다면 자유는 존재할 수 없다.

또한 사법권이 입법권이나 집행권으로부터 분립되지 아니한 경우에도 자유는 존재할 수 없다. 사법권이 입법권과 융합되면 생명과 자유는 자의적 통제에 그 대로 노출된다. 법관은 立法者가 될 것이기 때문이다. 사법권이 집행권과 융합되면, 법관은 폭력과 탄압의 화신이 될지도 모른다. 동일한 사람 또는 동일한 기관이 3권을 행사한다면, 그것이 귀족이건 인민이건 모든 것의 종말을 의미하게 될 것이다. 물론 이때의 3권이란 법을 만들과 공적 결정 사항을 집행하고, 개인의 자세한 일들을 심판하는 권력작용을 의미한다.

정치적 대표기관은 집행권을 행사하여서는 안된다. 정치적 대표기관은 집행권을 행사하기에 적절하지 않기 때문이다. 입법부는 집행권에 맡겨진 개인을 구금한다거나 심판하여서는 안된다. 그것은 입법부를 자의적 권력기관으로 전락시키기 때문이다. 인간은 이러한 명백한 의미의 3권을 무시할 수 없다. 몽테스키외는 정부의 여러 기능이 정부의 서로 다른 기관에 分屬 되어야 하고 각 권력을 행사하는 기관들 사이에 독립성이 보장되어야 한다고 하였다.

서로 다른 기관들이 상호 견제하는 정도에 관하여는 후술하기로 한다. 권력분립이론이 완전하게 되기 위하여는 서로 다른 기관에 각 권력이 분립되고 귀속되는 것 이외에 기관의 사람들이 문제된다. 기관의 책임자들이 완전히 달라야 하는가? 아니면 어느정도 겹침이 가능한 것인가? 아니면 기관의 책임자들은 권력분립원칙과 아무런 관계가 없는 것인가?

몽테스키외는 다른 문제들과 달리 이 점에 관하여 명백하지 않다. 다만 그의 생각을 강력하게 시사하는 문단들이 있다. 군주제에 관하여 설명하면서 실제 입법권과 집행권의 분리를 제시하지 않았다. 따라서 기관의 책임자의 분리 문

제도 발생하지 않는다. 그러나 왕의 대신들이 당연히 법관직을 겸직하여야 한다는 생각에 대하여 충격적인 반응을 보인다. 그는 왕의 내각과 사법부의 법원(法院)간에는 모종의 모순이 존재한다고 말한다.

전자는 자신의 책임을 잘 아는 몇 명의 사람들이 자신들의 책임을 수행하는 경우 열정(passion)을 요구한다. 반면에 법원의 경우에는 냉정(sang-froid)함을 요구하고 법관은 무차별적인 태도로 직을 수행하여야 한다. 그는 다시 한번 사법부의 중립성을 강조한다. 책 11 사법부에 관한 부분에서 그는 명시적이진 않지만, 법관, 특히 배심원의 임명은 그들이 동시에 입법자여서는 안된다거나 왕의 대신으로서의 직을 맡아서는 안된다는 것과 같은 겸직의 문제는 발생하지 않는다.

陪審元은 임시적이고 영원하지 않기 때문에 다른 부서의 보다 전문적이고 영구한 구성원들과 겸직이 가능하고, 겸직의 문제는 발생하지 않는다는 것이다. 몽테스키외는 개인의 자유를 보장하는 헌법 하에서 입법부와 집행부간 구성원들의 겸직 금지 문제 역시 매우 모호하게 다루고 있다. 그는 대신 아닌 왕의 평범한 신하들의 문제에 대하여는 그리 많은 관심을 두지 않았다. 따라서 집행부 구성원은 입법부 의원을 겸직할 수 있는가, 있다면 그 정도는 어디까지일까 같은 문제에 대하여 광범위하게 논의하지 않았다.

그러나 그는 입법부 의원의 타락을 저주하는 英國 著述家들의 입장을 많이 반영하였다. “영국이라는 국가는 입법권이 집행권보다 타락의 정도가 심하게 되면 멸망할 것이다”라고 한 영국 저술가들의 말을 그대로 인용하였다. 여기에서 우리는 집행부와 입법부의 구성에 관한 현 영국의 권력분립이론에 관한 그의 매우 중요하고 색다른 견해에 우리는 주목할 필요가 있다.

영국 이론가들은 입법권이 왕, 상원, 하원에 공동으로 귀속되고 행사되어야 한다고 보았다. 물론 이때에 왕의 입법참여권은 거부권 같은 소극적인 성격의 것일 수 있다. 입법권의 공유는 균형 잡힌 헌법이론의 근간을 구성한다. 이러한 그들의 주장은 몽테스키외가 영국 헌법의 찬양자(eulogy)로서 추앙받은 이후에도 여전하였다. 따라서 그들은 “의회내의 왕(King-in-Parliament)”을 주장하였다. 그러나 몽테스키외는 입법부의 문제를 약간 달리 접근한다.

그는 입법부를 2 부분으로 구성하고 집행권은 입법부와 분리되어야 한다고 보았다. 그는 집행부에 거부권을 부여하여야 한다고 하였고, 이러한 거부권은 입법절차의 한 부분이 된다. 실제로 양자의 주장은 비슷한 결과를 낳지만 그 강조점과 修辭는 차이가 있다. 영국 이론가들은 왕을 입법부의 한 핵심적 한 부서로 취급하는데 반하여 몽테스키외는 집행부를 입법절차에서 한 부분을 담당하지만 독립된 정부기관의 본질을 갖는 것으로 보았다.

이러한 영국 이론가들과 몽테스키외의 다른 시각은 영국의 헌법관행과 미국의 성문헌법에 그대로 반영되어 있다. 이러한 강조와 수사에 있어 양자간 차이의 중요성은 18세기 영국과 미국의 이론가들의 정부 구성에 관한 다른 접근방식에서도 그대로 확인된다. 즉 몽테스키외는 왕을 집행권을 행사하는 존재로 보았고, 이는 의회 밖의 기관이 된다.

따라서 만약 왕이 결정권을 행사하고 그가 입법부를 부패하도록 유도하지 않는다면 그의 부하들이 입법부의 구성원인가 아닌가는 문제되지 않는 것이다. 이러한 논리는 몽테스키외가 집행권이 군주의 손에 있지 않고, 입법부에서 선출된 몇 명의 사람들에게 맡겨진 경우에는 자유의 축복은 종말을 맞이 할 것이라고 주장한 것에서도 찾아 볼 수 있다. 입법권과 집행권이 융합함으로써 동일한 사람들이 두가지 권력을 공유하고, 항상 공유할 수 있기 때문이라는 것이다.

이는 영국의 의원내각제에 관한 언급으로 보이는데, 군주가 더 이상 집행권의 首長이 아니고, 집행권이 실질적으로 내각에 의하여 행사되면서 군주는 단지 상징적 인물로 남는 경우 권력의 집중으로 인하여 자유는 위기를 맞게 된다는 것이다. 몽테스키외가 현 영국의 의원내각제의 발전에 전혀 무지한 자였다고 비난하는 자들은 몽테스키외의 이러한 주장을 간과한 것이다.

그가 권력분립에 관하여 논할 당시 영국의 군주는 상당한 수준의 실질적 권력을 행사하고 있었지만, 몽테스키외는 군주의 권력이 더 이상 執行權을 행사하지 않게 될 시대를 내다 보았던 것이다.

6) 권력간 견제와 균형

다음으로 권력간 견제와 균형 부분을 살펴 보도록 한다. 책 11에서 그는 심판

권 또는 사법부에 관하여 전혀 언급하고 있지 않다. 사법부는 다른 부서에 대하여 아무런 권한을 행사하지 않는 것으로 되어 있다. 사법부의 독립은 절대적으로 필요한데, 사법부는 다른 機關의 統制를 받아서는 안 되기 때문이다.

다만 입법부는 하급심 판결의 형량을 감경하기 위한 상급심으로 최고법원이 될 수는 있다.

따라서 법원은 법이 무엇인가를 말하는 기계이며, 권력에 대한 견제 기능을 하지 않고, 또 할 필요가 없다. 몽테스키외의 사법권에 대한 생각과 50년 뒤 마아부리 v. 매디슨(Marbury v. Madison)사건에서의 존 마셜 대법원장 견해와의 차이는 매우 흥미롭다.

몽테스키외는 프랑스 고등법원이 입법권을 견제하고 항변하는 권리를 갖는다고 다른 곳에서 주장한 바 있지만, 법원이 권력의 견제기능을 하지 않는다는 그의 주장은 매우 일관된다. 반면에 존 마셜(John Marshall)은 헌법에 반하는 법률은 법으로서 효력을 갖지 못한다고 함으로써 판례를 통하여 위헌법률심사제를 확립하고 미 헌정에 있어 가장 중요한 권력 견제기능을 司法府가 담당하게 하였다.

이는 영국의 오랜 보통법 법원의 전통과 상위법 사상 자연법 사상에 뿌리를 두지만, 몽테스키외의 시각에서는 역사의 아이러니이다. 그러나 입법부와 집행부 간에 견제와 균형에 관한 부분은 우리가 영국의 균형 잡힌 헌법 이론에서 볼 수 있는 견제와 균형의 철학을 잘 보여주고 있다.

집행부의 구성원은 법률에 대한 거부권을 통하여 입법기능에 관여한다. 그러나 집행부 구성원은 적극적으로 입법기능을 행사해서는 안된다. 집행부는 입법부 회기를 요구하고 확정할 수 있는 권한을 행사한다. 이러한 방식으로 집행부는 입법부의 越權的 침탈행위를 방지할 수 있다. 또한 입법부가 전제적으로 되는 것을 예방할 수 있다. 입법부는 집행부의 권한 행사를 정지할 수 있는 권리가 없지만, 법이 집행되는 형식과 방법에 대하여 조사할 권한을 갖는다.

조사의 결과에 상관없이 입법부는 법을 집행하는 개인이나 그 자의 행위를 심판할 권리를 가지지 않는다. 그러나 자문권을 행사하는 카운슬러(counsellor)가 지혜롭지 못한 정책을 취한 경우 그 카운슬러는 벌을 받을 수 있다. 때문에

탄핵에 관한 권한이 입법부에 부여되어야 하고, 이때에 하원은 소추권을 상원은 심판권을 행사한다. 여기에서 정부 구성의 가장 근본적인 부분에 대한 문제가 발생한다.

다시 말하면 입법부는 2 부분으로 구성되고 상호 거부 특권을 통하여 견제와 균형에 이른다는 兩院制 思想이 그것이다. 몽테스키외는 국가의 공적 성격을 재단하는 헌법의 힘에 대하여 강한 확신을 가진 자였지만, 국가의 중요한 부분이 사회의 충돌하는 이익을 대변하는 역할이라는 것을 직시함으로써 사회학적 필요성(sociological necessity)을 충분히 자각하고 있었다.

따라서 그는 혼합정부 이론을 권력분립의 정부체계와 적절하게 조화시키려는 노력을 하였다. 다시 말하면 그는 사회의 다양한 계층의 “정열과 이해관계 (passions and interests)”가 항상 동태적으로 변화하고, 따라서 1인 또는 일부 그룹의 자들이 자의적으로 권력을 행사해서는 안된다고 보았다. 물론 이러한 그의 주장으로 인하여 권력분립의 원리는 너무 추상적이고 廣義的 이어서 결국 그가 동 원리를 방기해 버린 것이라고 보아서는 안된다.

오히려 그가 ‘시스템 고안자’ ‘시스템 철학자’라는 보수적 한계를 가지면서도 좌우 정치 이념과 動態的 辨證法으로서 현실 정치를 위한 것이 시스템이라는 생각을 가지고 있었던 것이다.

7) 일할 수 있는 정부와 권력분립의 원칙

다음으로 권력분립의 원칙은 “일할 수 있는 정부(workable government)”를 보장하여야 한다. 몽테스키외나 권력분립자들은 권력간 균형이 잘 이루어진 정부가 완전한 無機能 狀態에 빠지는 것을 걱정한다. 예컨대 미국의 연방정부 예산에 대한 의회의 지연이나 불승인으로 인하여 시퀘스트레이션(sequestration) 상태가 되는 것은 불행한 일이다. 왕, 상원과 하원의 3 기관이 서로 반목하는 경우 휴식이나 무활동으로 나아갈 수 있고, 이는 경계할 일이다.

그러나 몽테스키외는 사물의 기본 작동 원칙에 따라 정부기관들은 결국 활동할 수 밖에 없도록 강제될 것이고, 조화를 이룰 것이라고 하면서, 그러한 가능성을 배척한다. 그의 권력분립이론이 “국가를 하나의 有機體로 보아 국가를 구성

하는 개별 기관들이 주권을 행사하는 단일의 통합성을 가질 것인가” 아니면 “상호 기계적으로 관련되는 독립적이고 자율적인 개별 기관에 권력을 분립하고 분립된 권력을 행사하게 하는 것이 결국 주권과 통치권의 一元的 行事を 방해할 것인가”하는 문제는 답하기 불가능한 문제일 것이다.

그도 또한 이러한 질문을 던지거나 답하지 않았다. 그는 법의 정신 원판에서는 국가의 3가지 형태에 관하여 최고의 주권과 통치권은 일원적이라는 견해를 가진 것으로 보인다. 또한 의회주권에 관한 그의 생각 역시 명백하진 않지만 존 로크의 생각과 비슷한 것으로 보인다. 입법기능은 집행기능과 사법기능이 법을 구체적으로 實現 하는 성격의 것이라면 논리적으로 나머지 2 기능에 대하여 선행하는 것이다.

그러나 입법부는 집행부의 행위에 대하여 관여하지 말아야 하는데, 그렇지 않는 경우 입법부의 권력은 자의적 권력이 될 수 있기 때문이다. 한편 몽테스키외는 로크와 같은 정도로 열렬하게 법의 최고성이나 입법기능의 최고성에 대하여 강조하지 않았다. 따라서 이점에 관하여 두 학자는 상당한 정도로 異見을 가질 것으로 생각된다.

그는 사실 로크나 영국 학자들의 혼합정부 이론이 그 자체로 갖는 이론적 지위를 기능에 따라 국가 기관과 정부시스템을 나누어 견제와 균형을 이루는 하나의 체계로 변형시키기 위하여 많은 노력을 하였다. 볼링과 몽테스키외의 가장 큰 차이점은 몽테스키외가 왕을 입법부 밖의 기관으로 자리 매김하였다는 것이었다.

그렇다면 몽테스키외의 권력분립이론은 어쩌면 크롬웰 독재의 호민관 시대 왕당파와 의회파가 극단적으로 대립했던 시대를 상상하면서 만들어진 것은 아닌가 생각된다. 몽테스키외의 권력분립이론은 그의 서투른 저술로 인하여 더욱 많은 영향력을 발휘하였다는 아이러니를 남기고 있다.

그 보다 논리적이고 정밀하지만 흥미를 돋우지 못했던 다른 철학자들이 절대 다다를 수 없는 경지에 있었던 것이다. 더욱 중요한 것은 그가 의회주권, 군주와 의회의 혼합정부 형태에 관한 이전 영국 철학자들의 현실적 경험론적 주장을 정부를 구성하는 추상적 · 자생적 원리로 재탄생시켰다는 점에 있다. 權力

分立理論은 영국, 미국, 그리고 유럽대륙에서 다른 방식으로 발전하였다. 그러나 몽테스키외로 인하여 동 이론은 영국만의 것이 아니게 되었고, 헌정을 시행하는 모든 나라의 정부형태를 분석하는 보편적 기준으로 기능하게 된 것만은 틀림없다.

다. 윌리엄 바(William Barr)와 권력분립원칙

1) 권력분립의 원칙과 집행부

미 독립혁명은 미국의 선현들에 의한 전제 군주정에 대한 혁명이었고, 따라서 헌법의 아버지들의 연방헌법을 기초하면서 가진 생각 중 하나가 집행권을 약화시키는 것이었다. 이는 잘못된 생각이다. 1689년 명예혁명 즈음 이미 군주의 권력은 의회에 의하여 실질적으로 약화되었고, 꾸준히 쇠퇴의 길을 걷게 되었다.

의회 권력은 최고성을 누리기 시작하고 國政에 있어 실권을 장악하게 되었다. 미 독립전쟁 즈음 이미 식민지의 애국자들은 자신의 主敵은 영국의 의회라고 인식하고 있었다. 실제 영국의 사상가들은 주권의 소재가 국민이라기 보다는 의회에 있다고 보고 의회주권론적 인식을 가지고 있다.

독립혁명 즈음 미국의 사상가들 역시 공화제 정부 하에서 집행부의 기관들은 최고의 입법기관인 국회의 심부름꾼 정도로 생각하였다. 집행부는 입법부가 창설한 피조물이고 입법부에 의존·종속되어 의회의 의사를 실현하는 기능을 할 뿐이라고 본 것이다. 예컨대 미 연방헌법 이전에 존재하였던 同盟規約을 보면 의회에서 분립된 독립적 집행부는 존재하지 않았다.

1787년 헌법회의에서 상황이 변화하는데, 윌리엄 바는 그해 필라델피아 여름에 벌어진 진정한 기적은 강력한 집행부의 창설이었고 본다. 즉 다른 2개의 부에서 독립하고 의회와 평등한 강력한 집행부가 창설된 것이다. 강력하고 獨立的인 執行府는 독립전쟁 중 동맹규약체제 하 헌법의 아버지들의 경험에서 연유한다. 이들은 강력한 집행부의 리더쉽 없이는 미국은 혼란의 조직체에 불과하고 틀림없이 전쟁에 패할 것이라고 보았다.

즉 연역한 동맹규약 체제하에서 미국은 외국의 압력에 무력하고 좌절할 것이며, 국제사회에서 참담한 꼴을 당할 것이라고 느낀 것이다. 또한 그들은 독립전쟁이 끝난 후 너무 많은 주들이 입법부에 종속되고 약한 집행부를 창설한 주 헌법을 채택하였다고 생각하였다. 이러한 상황하에서 주 정부는 無能하고 獨裁的이 되어 버렸다.

당시의 실제 상황과 경험으로 인하여 헌법기초자들은 국가의 성공을 위하여 공화제 정부는 에너지, 일관성, 과단성(energy, consistency, decisiveness)이 필요하다고 보았다. 그리고 그들은 政爭으로 나뉘어 질 수 밖에 없는 입법부로부터 독립한 집행권을 창설할 필요가 있다고 생각하였다. 물론 이때 집행권은 정기적으로 국민에 의하여 선출되고 제한된 기간 재임하는 고독한 1인에게 부여되어야 한다.

제퍼슨이 말하듯이 즉시적으로 명확하고 일관된 조치를 할 수 있는 권력을 집행부에 부여하는 것이 필요했던 것이다. 헌법기초자들 사이에 구체적으로 집행권의 범위에 관하여 의견의 불일치가 있었지만 대강에 있어서 이러한 합의에 도달해 있었다. 물론 집행권은 입법부가 만든 법률을 집행하는 권한과 책임을 갖는다. 즉 抽象的 規範을 구체적 상황에 적용하는 역할을 하는 것이다.

그러나 헌법의 기초자들은 집행권은 그 이상의 무엇이라 생각하였다. 즉 집행부는 법의 집행외에도 외교를 수행하고 전쟁을 선포하는 등 국가 주권의 본질에 관련된 중요한 기능을 한다고 보았다. 이러한 집행권 영역은 先存 하는 법체계를 통하여 행하여지는 것이 아니라 성격상 신속성, 밀행성, 목적의 일원성, 즉응적 상황에 대응하는 숙달된 능력 등이 중요한 요소가 된다.

그들은 집행작용의 성격과 집행부의 결정권 행사에 비추어 헌법은 이러한 영역의 권력작용을 집행부에 부여하였다. 예를 들어 미합중국 최초의 국무장관인 제퍼슨은 정부의 외교행위는 “모든 행정권의 總化”라고 표현하였다. 다만 조약에 대한 상원의 비준권과 같이 헌법에 따라 명시적으로 예외가 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다라고 하였다.

다음으로 집행권의 세 번째 차원의 문제를 보면, 법이 침묵하거나 부적절한 경우에 전염병이나 자연재해로부터 국가의 생존을 보호하기 위하여 신속한 행동

이 요구되는 긴급상황의 경우가 있다. 긴급사태에 대응하는 특별한 권력은 존 로크의 2차 저작에서 연합권(federative power)으로 논의된 바 있다.

마지막으로 집행부의 내부 관리를 위하여 필요한 권력작용이 있다. 말하자면 대통령은 집행부서의 독립성과 내부 결정과정의 密行性 등을 보호하기 위하여 필요한 권력을 포함하여 집행작용을 감독하고 통제하는 기능을 행하여야 한다. 예컨대 대통령의 공무원 임명권과 해임권이 그것이다. 임명권은 헌법에 명시적으로 규정되어 있고, 해임권은 임명권으로부터 당연히 도출되는 것으로 默示적으로 대통령의 권한과 책임이 된다. 현대 진보적 담론의 가장 재미있는 것 중에 하나가 일원적 집행부 이론에 대하여 끊임 없는 공격을 가하는 것이다.

진보주의자들은 일원적 집행부 이론에 매우 비판적인데, 이들은 동 이론을 帝王的 執行權을 정당화하기 위하여 새롭게 선동하고 대중의 인기를 모으려는 수작으로 묘사한다. 그러나 현실에 있어 일원적 집행부 이론은 대통령의 권력을 확대 강화하는 것과 그리 크게 연관되지 않는다. 동 이론은 단지 집행작용의 성격을 갖는 모든 국가 권력의 행사는 대통령의 감독하에서 행사되어야 한다는 의미를 가질 뿐이다.

이는 새로운 것이 아니고, 사실 이론이라고도 할 수 없다. 이는 헌법의 기초자들이 연방헌법 제 2조에서 규정한 명시적 文言 으로부터 당연히 도출되는 것이다. 집행부가 입법부로부터 독립된 집행권을 창설하였다면, 당연히 다음 문제는 누가 어떠한 권한을 행사할 것인가의 문제가 된다. 헌법의 기초자들은 잠재적으로 가능한 2가지 모형을 생각하고 있었다. 그 하나는 서로 다른 여러 사람에게 집행권을 부여하고 집행부 내 견제와 균형의 원리를 실현하는 안이다. 따라서 권력이 분립되어 배분된다. 다른 하나는 집행권을 고독한 1인에게 부여하는 안이다.

헌법의 기초자들은 1인에게 집행기능과 권한을 부여하는 것이 활기찬 정부에 필요한 특질을 정확히 구현할 수 있을 것이라고 믿었고, 확실하게 後者의 모델을 채택하였다. 헌법기초자들의 결정이 의미하는 바는 명백하다. 만약 의회가 대통령의 통제 범위 밖에 있는 자에게 법집행에 관한 권한을 부여하려 한다면, 이는 대통령이라는 1인에게 행정권을 排他的으로 귀속시키려는 헌법기초자들의 의사에 반한다. 邪惡한 이론으로 호도되고 있는 일원적 행정부 이론이라는 것

은 이 정도 의미를 가질 뿐이다.

2) 3권의 분립과 견제

우리는 헌법의 기초자들은 “3개의 권력기관이 서로 밀치락 달치락하고 마상 경기하듯이 경쟁하리라 예상하였다”라고 알고 있다. 한 부서는 다른 부서에 부여된 헌법적 권한을 침해하고 위협하는 행위를 한다. 헌법의 기초자들은 이러한 권력간 다툼은 당연한 것이고 어떤 차원에서는 존경할만 한 것이라고 보았다. 그들은 헌법 여기 저기에 다른 부서와 싸우고 부서간 투쟁과 경쟁에서 자신 부서를 지킬 수 있는 條項들을 두었다.

자 그러면 트럼프 정부에서 집행부가 이러한 권력기관간 다툼에서 얼마나 잘하고 있는지 살펴보자. 아마도 지난 현실은 집행부에 우울한 기록으로 남아 있을 것이다. 1960년대 이후 행정부의 권한이 꾸준히 잠식되어 오다가, 닉슨의 워터게이트 사건으로 그러한 현상이 가속화되었다. 점차로 다른 부처의 월권으로 대통령의 재량영역이 축소되고 蠶食 되는 이러한 문제를 돌아 보면, 집행부에 불리하게 작용하는 현대 철학의 두가지 주장이 떠오른다.

그 하나는 자유 민주공화국에서 정치란 집행권에 제한을 가하여 시민의 자유를 보호하는 것을 사명으로 하는 입법부와 사법부가 3的으로 중요하다는 생각이다. 이러한 사상의 전제는 과도한 집행권의 행사로 야기되는 가장 심각한 문제는 그것이 압제에 연결될 수 있다는 것이라고 주장한다. 따라서 거의 반사적으로 입법부와 사법부를 탐욕스러운 소수 귀족으로부터 사회를 보호하는 훌륭한 구세주라고 여기게 된다.

이러한 생각은 잘못된 것이고, 격세 유전적(atavistic)인 것이다. 그러한 고정관념은 오래전 영국 휘그당의 전통에 기원하며, 그러한 정치적 발전을 겪어온 영국의 헌법사적 경험에서 생긴 것이다. 당시 전제 군주는 모든 권한을 한 손에 쥐고 있었다. 정치적 진보는 수백년에 걸쳐 왕에 대하여 입법부가 통치권을 확대해 가는 과정을 겪었고, 자신의 권력을 찾아 오고, 새롭게 창설하면서 이루어졌다.

물론 사법부의 권한도 이러한 과정을 겪으면서 확대된다. 정치적 진보의 혁명

적 분기점은 물론 1689년 명예혁명(Glorious revolution)이다. 1787년까지 미합중국은 딱 그 반대의 정치적 진보를 보여 왔다. 헌법의 기초자들은 어떻게 영국의 헌법이 권력간 균형을 이루어 냈는지 놀라워 했다. 그러나 그들은 또한 영국 헌법은 단지 不完全한 권력간 균형을 이루어 냈을 뿐이라고 보았다. 그들은 자신들이 보다 완벽한 권력분립주의 헌법과 권력간 균형을 이룬 헌법을 창제할 수 있다고 믿었다.

권력간 균형을 이룬 완벽한 헌법을 창제하기 위하여는 새로운 집행부가 필요하였다. 그들은 이미 가장 이상적인 휘그 집행부를 그리며 집행부를 圖案 하기 시작한다. 그들은 휘그 원칙이 꿈꾸었던 권력의 한계를 집행부 창설에 반영하기 시작하였다. 집행부는 조세를 부과하고 사용할 권한을 가지지 못했다. 집행부는 인신보호영장(habeas corpus)에 구속되고, 國家와 人身간 법을 집행함에 있어 적법절차를 준수하여야 했다.

집행권 수장인 대통령은 제한된 임기를 가지고, 국민 전체에 의하여 선거로 선출된다. 대통령은 국민의 직접선거로 선출되는 유일한 1인자라는 점에서 민주정 원리하에서 매우 異例의 制度이다. 미 대통령제 헌법이 만들어지면서, 전제군주에 대한 노이로제적 거부감을 가졌던 휘그당의 전통은 시대의 변화로 의미를 가지지 못하게 되었다. 이러한 근본적 인식의 전환은 새로운 통치구조에 관한 헌법회의 중 논쟁에도 잘 나타나 있다. 당시의 우려들은 17세기 영국 휘그당 시절의 그것과는 사뭇 다른 것이었다.

헌법의 기초자들에게 威嚇로 다가온 것은 집행권의 문제라기 보다는 입법부의 독재 우려였다. 그들에게 입법부는 시민의 자유를 위협하는 가장 위험한 정부기관이었던 것이다. 제임스 매디슨(James Madison)이 경고하듯이 입법부는 자신의 권한 영역을 끈임없이 확대하고, 모든 국가권력을 총동과 혼란 속으로 밀어 넣는 특성을 가지고 있다고 믿었다. 따라서 그들은 前 世紀와 달리 오히려 대통령을 입법권을 견제하는 민주적 목적을 위한 권력으로 생각하였다.

집행부에 대한 편견을 불러 일으키는 현대의 두 번째 고정관념은 연방헌법이 3권에 관하여 엄격하게 권력을 분립시킨 것이 아니라는 잘못된 생각이다. 이러한 생각을 가진 자들은 3권, 특히 입법부나 행정부와 같은 정치기관들은 오히려 권력을 공유하도록 헌법은 예정하고 있다고 주장한다. 이러한 생각은 2가지

정치기관은 특정 영역에서 권력을 공유할 수 있고, 한 부서가 다른 부서의 희생을 발판 삼아 특정 영역에서 자신의 역할을 확대한다 하더라도 크게 문제될 것 없다는 생각이다.

이러한 무른 생각은 권력(權力)은 헌법에 따라 공유된다는 의미가 구체적으로 무엇인지 불명확하다는 문제를 가지고 있다. 헌법은 일반적으로 헌법에 따라 定義된 특정한 영역에서 각 부처에 광범위한 권한을 부여하고 있다. 예컨대 헌법에 따라 부여된 입법권은 의회에 귀속한다고 헌법은 규정한다. 동시에 헌법은 입법 영역에서 법률안 거부권이라는 特定한 권력을 집행부에 부여하고 있다.

따라서 집행부는 법률안 거부권이라는 특정한 권한의 한계에서 입법권 또는 입법기능을 의회와 공유한다. 집행부는 헌법에 의하여 배타적으로 의회에 부여된 넓은 범위의 다른 입법권을 침탈해서는 안되는 것이다.

3) 입법부에 의한 집행권의 침탈행위

최근 입법부와 사법부는 모두 대통령의 헌법상 권한을 침범한 것에 대하여 책임을 져야 한다. 먼저 입법부의 大統領 權限 침해에 대하여 살펴보자. 전술한 바와 같이 헌법의 기초자들은 의회와 대통령 간에 밀고 끌어 당기는 것을 예상하였고 기대하였다. 불행하게도 과거 몇 년 동안 이러한 갈등이 새로운 성격으로 발전하여 문제가 된다.

트럼프 대통령이 당선되자마자 반대자들은 레지스탕스 활동을 선언하고 그의 행정부에 대하여 항거하기 위하여 모든 수단과 방법을 동원할 것이라고 천명하였다. 여기에서 레지스탕스란 2차세계대전 독일에 저항한 프랑스의 경우와 같이 그 불어 어원상 점령군에 의하여 지배되는 지역에서 이루어지는 反亂行為라는 의미를 갖는다. 이 말은 저항의 대상이 되는 정부가 정통성이 없고 합법적이지 않다는 의미를 갖는다. 이 말이 민주공화국의 헌정에 적용된다면 이 말은 그 자체로 매우 위험하고 새로운 정부에 불을 지르는 말이다.

이 말의 의미는 자신들은 충성스러운 반대자(loyal opposition)가 아니라, 모든 수단을 동원하여 합법적으로 선출되고 구성된 정부를 타도하는데 주력할 것이

라는 선언이다. 과거와 같은 통상적인 반대자나 반대당과는 본질적으로 차이가 있다. 대표적 예의 하나가 역사상 유례를 찾아 볼 수 없는 上院의 조연과 동의 권의 남용이다.

헌법이 보장한 상원의 동의권은 자질이 부족한 지명자를 비토할 수 있는 권한 일뿐, 모든 지명자에게 인준을 거부하여 상원이 조직적으로 인준에 반대하고 헌법이 보장한 인준절차를 남용하여 새로운 대통령의 정부구성권을 방해하기 위하여 이용되어서는 안된다. 그럼에도 불구하고 이러한 방해가 발생하는데, 그것이 바로 상원 소수당이 상원 임기 첫날에 행한 위헌적 행위이다.

2020년 9월까지 상원은 236명의 지명자에게 인준절차와 토론을 중지시켰으며, 각 지명자에 대한 절차는 개별적으로 오랜 시간이 걸렸으며, 불가피한 경우에만 認准이 이루어졌다. 그렇다면 오바마 1기 행정부 시대의 인준절차는 어떠한가? 단지 17건만이 인준 절차에서 방해를 받았다. 아들 부시의 2번째 행정부는 어떠한가? 단지 4건만이 비정상적이었다.

따라서 우리는 미래의 대통령이 그의 소속 정당이 상원을 장악하지 않는 한 제대로 기능하는 정부를 구성할지 의문을 가질 수 밖에 없다. 또한 의회는 최근 트럼프 정부가 당면한 가장 중요한 국정과제들에 대하여 討議 하고 법을 만드는 의회의 핵심적 역할을 방기하였다. 그들은 중요한 문제에 대하여 법을 만드는 것을 거부하거나 거부하지 않는 경우에는 가장 난해하고 중대한 쟁점들에 관하여 현대 행정국가의 한 관행인 立法委任을 남용하여 대통령의 통제로부터 자신들을 절연 · 독립시키려는 행태를 보이고 있다.

이러한 현상은 대공황의 여파 시기에 처음 발생한 것으로 당시 의회는 수 많은 독립규제위원회를 행정부 내에 설치하는 법령등을 만들었던 것이다. 헌법 제 1 조에서 의회에 부여한 소위 의회법원(Article 1 court or Legislative court) 제도를 통하여 우리 법상 공정거래위원회나 소비자보호위원회 같은 독립규제위원회가 우후죽순처럼 창설된다.

헌법 제 1조 의회법원은 헌법 제 3조 사법부와 달리 헌법상 기관이 아니다. 따라서 의회법원 구성원들은 終身職에 의한 신분보장은 물론 감봉 등으로부터의 보호 등 헌법 제 3조 사법부의 법관이 받는 헌법적 보장을 받지 못한다. 위원

회나 회의체 조직을 만들려는 경향은 진보적 성격의 정당, 미국의 경우 민주당 그리고 한국의 경우 더민주당과 같이 ‘큰 정부’ ‘많은 일을 하려는 정부’에서 보이는 특성이라 할 수 있다.

과거 문재인 정부에서 수 많은 위원회에 국민의 혈세가 낭비된다는 비판이나 광범위한 공직 채용, 새로운 윤석열 정부 들어 공무원보다는 기업에 취업하여 경쟁하려는 젊은이들이 많아지는 것은 이를 반영한다. 비근한 예로 소비자 금융보호 위원회를 창설한 Dodd-Frank Act는 1인 책임제 독립기관으로 위원회로서는 원시적이지만 경제 규제를 할 수 있는 대통령의 권한 유사한 권한을 행사한다.

이는 물론 많은 예 중의 하나에 불과하다. 또한 의회가 입법활동에 소홀히 함으로써 다른 활동을 추구하는 시간이 많아졌다. 선택의 추구, 특히 반대당을 위하여, 감독권 행사를 핑계로 행정부에 증언과 문서제출 등을 요구한다. 물론 나는 의회가 입법권을 행사하기 위하여 감독기능을 할 수 있는 묵시적 권한을 있다는 사실을 부인하지 않는다.

그러나 우리가 목도하는 현실의 분량은 병행조사를 핑계로 强制令狀은 홍수를 이루고, 강제영장은 행정부를 무력화 시키기 위하여 고안되었다고 할 정도로 엄청난 것이다. 또한 이는 실제 그렇다고 인정되면서도 찬양되고 있는 현실이다. 그러나 이러한 지독한 권한남용 비용은 장난이 아니다. 예컨대 소통의 기밀성, 사적이고 내적이며 신중한 절차와 과정은 헌법기관 모두가 적절히 기능하기 위하여 필요한 필수적인 것이다.

의회와 사법부는 이를 잘 알고 있으며, 따라서 양 기관은 시민들의 검증으로부터 자신들의 內的 疏通을 보호하고 있다. 의회와 법원에 대하여는 정보공개법 같은 법이 해당되지 않는다. 그러나 의회는 시민들이 행정부로부터 원하는 어떠한 자료들도 공개 요구할 수 있도록 하는 체제를 만들었다. 개별 소관 상임 위원회는 집행부의 내부 결정과정을 공개하도록 요구하는 데 시간을 모두 소요하고 있는 지경이다.

그러한 過定은 그것이 공개되는 경우 집행부에게 마땅히 해야 할 적절한 기능을 수행할 수 없게 한다. 또한 시민을 위하여 일하여야 할 정부가 어떤 문서가

언제 공개되어야 하는지 다투는데 모든 역량과 자원을 쏟도록 하는 비생산적인 것이다. 최근 의회는 행정부가 누리는 특권 영역에 대하여 월권적 행위를 일삼고 있다.

집행부와 대법원은 역사적으로 집행부의 정책결정에 있어 비밀성 유지가 필요하다고 보았고, 일정한 소통자료는 의회나 시민들로부터 비밀이 유지될 필요가 있다고 확인해 왔다. 의회도 이러한 중요한 원칙의 존재를 존중해 왔다. 그러나 오늘에 이르러 의회는 점차 신의와 양식을 쉽게 버리고, 議會妨害罪라는 명목으로 부처 장관들을 모욕하고 집행부에 정의와 형평을 부여하기를 포기하고 있다.

오늘날 우리가 겪는 아이러니를 보면, 트럼프 대통령을 반대하는 세력들은 그의 집행부가 헌법규범을 짓어버리고 법치주의와 전쟁을 하고 있다고 연일 비난하고 있다. 내가 다른 진영의 사람에게 도대체 당신 무슨 소리를 하고 있는가? 라고 물으면 나를 공허하게 쳐다보면서 여행용 미니밴 또는 그와 비슷한 무엇에 관하여 지껄이고 만다.

대통령은 전통적인 순환도로 지도책을 던져버리고 이미 그러한 지도에 맞서 승리한 자이다. 즉 시민을 그를 선택한 것이다. 필자가 오늘 말하려 하는 것은 헌법이 의미하는 중대한 교훈이다. 사실 집행부의 정책적 선택과 여행용 미니밴을 포함하여 제안된 법 규칙은 헌법이나 전통의 법을 하나도 침범하지 않고 있다. 이러한 정책수단들은 合法的인 것이며, 법원의 절차를 통하여 유효한 것으로 판명된 것들이다.

실제 트럼프 행정부의 정책 수단들은 오바마 행정부 당시 유례없던 극단적 정책에 비교해 보면 매우 온순한 것이다. 예컨대 DACA 프로그램을 통하여 이민법이라는 큰 봉대를 집행하지 않은 것은 매우 급진적인 것이다. 열띤 현실에서 집행부에 저항하기 위하여 어떠한 지향점 없이 맹목적으로 저항하고 방해하는 전략을 통하여 조직적으로 규범들을 헌신짝처럼 버리고 법치주의를 훼손하는 것은 左波임이 명백하다는 것이다. 이러한 현실은 보수 우파가 오늘날 정책 문제들에 대하여 검토하고 항의하는데 있어 가지는 기본적 불이익이다.

미 합중국 초기 매우 완고하고 까다로운 연방주의자인 피셔 애미스(Fisher

Ames)가 이미 언급한 현상이다. 어느 시대이건 소위 진보주의자라고 불리우는 사람들은 정치를 자신들의 종교宗敎로 생각하고 행동한다. 그들의 신성한 과업이란 '추상적 완전성'이라는 理想을 위하여 자신들의 입맛과 이미지대로 사람과 사회를 재창조하기 위하여 국가의 강제력을 사용하는 것이다.

이러한 미국 정치의 현실은 한국 정치에도 적용될 수 있는데, 과거 좌파 정부의 인문정책이나 내로남불식 사고를 바탕으로 인간 개조를 지향하는 태도가 비난받은 적이 있다. 따라서 그들이 사용하는 정책 수단들은 그 자체로 무엇이든지 정당화되는데, 그것은 그들은 본래적으로 신성한 과업을 수행하는 德人들이기 때문이다. 그들은 자신들의 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 금전적 이익들을 얻기 위하여 어떠한 정책 수단을 사용해도 된다고 생각한다. 그들은 집단사회에서의 형평이나 시스템적 함의는 저버린지 오래다.

이러한 미국의 현실은 우리나라에서도 김어준이나 유시민 같은 인기 좌파들이 인문성과 자신들의 이상을 팔아 모든 방법으로 공중으로부터 모금과 기부를 얻어 내는 것을 생각해 보게 한다. 그들은 절대로 자신들의 행동이 모든 자들에게 평등하게 적용되는 일반적 행위기준에 맞는지 의문을 제기해 보지 않는다. 보수 우파들은 반대로 현실의 이상을 추구하지 않는다.

보수 우파들은 장기에 걸쳐 자유와 질서의 적절한 균형을 추구한다. 自由와 秩序의 적절한 균형은 자연적 시민사회, 개인의 번영이라는 건전한 발전을 위하여 필수적인 것이다. 이는 우리가 법치주의 원칙에 따라 우리 행위의 적절성과 지혜를 自然的으로 시험할 수 있게 한다. 법치주의 기준의 핵심은 어떠한 조치가 취해지거나 주어진 상황에서 취한 원칙들이 보편적 원칙으로 자리잡는 경우 장기적으로 그것이 사회에 미치는 전반적인 영향을 생각해 보는 것이다.

즉 만약 그러한 조치가 원칙들이 동일한 상황에서 취해진다면 장기적으로 이는 선량한 사회를 만드는데 바람직한 것인가를 스스로 질문해 보아야 한다. 이러한 이유로 보수주의자들은 정치적 전략의 선택에 있어 보다 신중하고 목적이 수단을 정당화한다는 명제에 선뜻 동의하지 않는다. 우리가 조만대장경의 말 바꾸기나 유시민의 모순을 내로남불이라 하면서 비난한 것들이 상기된다.

이러한 보수의 長點은 사물의 현상에 바탕한다는 것이다. 그러나 이러한 좌우

의 차이는 진보가 신성성을 앞세워 전쟁에 나아가면 불리해지게 마련이다. 특히 진보세력이 偽善的 이거나 당파적인 미디어를 등에 업고 전쟁을 벌이게 되면 틀림없이 그러하다.

4) 사법부에 의한 집행권의 침탈행위

이제 보다 원초적인 권력분립의 침해에 대하여 살펴보자. 사법부에 의한 집행권 침해는 권력분립의 원칙 그 자체를 훼손하는 한편 실제적으로 집행권의 구체적 기능을 저해한다. 근자에 이르러 사법부는 집행권의 책임 영역을 꾸준히 잠식해 왔다. 이로써 대통령의 집행기능을 심각하게 축소하고 있다. 법원에 의한 집행권의 잠식은 2가지 차원에서 진행되어 왔는데, 그 하나는 의회와 집행부의 권력분립원칙에 관한 문제가 제기되는 경우 법원이 자신을 最終的 仲裁者로 스스로 임명하는 관행이 그것이다. 이로써 헌법의 기초자들이 3부간 경쟁에 대한 기본적 견제 장치로서 예상하였던 政治的 過程이 법원에 의하여 몰각되게 된다.

둘째로 사법부는 대통령 권한 자체를 침범하는 월권적 행위를 하기도 한다. 예컨대 사법심사라는 명목으로 대통령의 재량에 맡겨진 정책영역에 관하여 자신의 판단을 집행부의 판단으로 대치시킨다. 또는 대통령의 핵심적 권한 영역으로 간주되던 정책결정 영역을 直接的으로 통제하기도 한다.

헌법의 기초자들은 정치기관간 주도권 싸움에 관하여 법원이 중재역을 하는 것을 생각하지 않았다. 제임스 매디슨(James Madison)이 연방주의 보고서 51에서 설명하듯이 한 부서에 대한 권력의 점진적 집중으로부터 권력분립을 통한 안전을 담보받기 위하여는 각 부서의 책임자에게 필요한 헌법적 수단(手段)과 개인적 動機를 부여하는 것이 중요하다. 이로써 다른 부서의 침탈적 월권행위를 방지할 수 있다.

헌법의 기초자들은 의회와 행정부에 다른 부서의 침탈적 월권행위로부터 자신을 방어할 수 있는 수단을 부여함으로써, 부서간 양해와 합의, 정치적 양식(良識)을 확보할 수 있다고 믿었다.

매디슨이 말한 침탈적 월권행위에 대한 저항은 다양한 양상을 띤다. 즉 안토닌

스칼리아(Antonin Scalia)대법관이 일갈하듯이, 헌법은 의회와 대통령에게 서로 상대방을 물리칠 수 있는 다양한 곤봉을 부여하고 있다.

그러한 수단 중 가장 특이하게 이상한 것은 최근 법원과 같이 정치기관간 분쟁을 법원이 해결하겠다고 나서는 것이다. 법원이 그러한 권한을 가질 수 없고, 헌법이 그에 관하여 침묵하고 있는 것은 당연하다. 만약 사법부가 다른 두 정치기관간 헌법상 분쟁에 관하여 종국적 결정을 내릴 수 있다면 그것은 법원이 兩 政治機關 머리 위에 있는 것이지 3권이 동등하게 분립되어 균형을 이루고 있는 것이 아니다.

연방대법원은 여러 차원에서 정부의 행위에 대하여 主觀的 動機를 조사하는 것을 좋아하지 않았다. 한 고전적 예로 경찰관이 상당한 이유에 근거하여 자동차를 정지시키는 경우, 그의 주관적 동기는 중요하지 않다. 그리고 지난 해, 대법원은 입법자들이 자신의 政黨을 위하여 선거구를 재획정한 경우에도 선거구 재획정이 달리 위법하지 않는 한 그 위헌·위법을 다룰 수 없다고 하면서 이후 이와 관련된 모든 소 제기 가능성을 봉쇄하였다.

경찰관 강제조치 사건과 선거구의 자의적 획정 사건의 眞實은 대통령이나 고위 집행부 관리의 경우에도 똑같은 것이다. 매우 회소한 경우를 제외하고, 헌법이나 행정절차법 또는 다른 관련 법률들은 집행부의 주관적 동기를 조사하도록 되어 있는 것이 아니다. 우리의 법들은 원칙적으로 行政府의 行爲 그 자체를 문제삼도록 되어 있다.

법원이 집행부의 진정한 내심의 동기를 조사한다는 것은 서투른 정신과학자와 같고, 법관의 구속영장 발부의 진정한 동기가 무엇인지 묻는 것과 같이 어리석은 짓이다. 특히 집행부의 내심상태와 주관적 동기를 조사하기 위하여 법원은 집행부 정책결정의 密行性을 심각하게 침범할 수 있는 명령을 내리고 있다. 이러한 영역에 대한 법원의 탐닉은, 그것이 법원에 의하여 배척되더라도, 결국은 행정의 밀행성 보장에 관한 대통령의 헌법적 특권을 심각하게 침범하는 것이다.

집행부의 권한과 책임 영역에 관한 사법부의 월권적 침탈행위는 “범 국가적 가치 처분 조치”라는 사법부의 새로운 법제에 의하여 더욱 심각한 지경에 이른다.

“전국적 가처분(Nationwide injunction)”제도에 따라 법원은 1963년 동 제도가 처음 인정된 이래 최근에 이르기까지, 사건의 당사자 뿐만 아니라 모든 자들에 대하여 법원의 정책을 강요하고 있다.

트럼프 대통령이 취임한 이래 지방법원은 미 전역의 정부 부처에 대하여 40회에 이르는 假處分 命을 말한 바 있다. 오바마 정부와 비교해 보면, 그의 취임후 2년 동안 단지 2회의 가처분 명령이 내려진 것과 대비된다. 그리고 두차례 명령마저 제 9 항소법원에 의하여 파기되었다. 이러한 현실에 비추어 보면 트럼프 행정부의 거의 모든 정책이 하급심 법원에 의하여 즉시 동결되었다고 해도 과언이 아니다.

미 역사상 다른 어떤 대통령도 자신의 정책 의제들을 좌절시키기 위하여 법원이 이렇게까지 끈질기게 반대했던 대통령은 없었다. 전국적 가처분 제도에는 많은 法理的 欠缺이 내재되어 있다. 몇가지만 들면, 먼저 헌법 제 3조 사법부 조항에 근거가 없는 위헌적 제도이다. 이는 부서간 평등한 권력 행사를 예정한 헌법기초자의 의사에 반한다. 그들은 한 사람이 국가의 공공정책을 전국적으로 동결시키게 하여 600명이 넘는 지방법원 법관의 역할을 혁명적으로 격상시켰다.

이는 항소법원 또는 대법원 대법관들에게도 볼 수 없는 것이다. 그들은 하급법원에서 분석하고 비판하고 합리적으로 토론할 수 있는 수단을 모두 봉쇄하고, 전통적으로 복잡한 법적 문제인 경우에 예외적으로 인정되던 법원의 권한을 혁명적으로 확대하였다. 즉 국가위기기시 대법원에서 간략한 브리핑을 받고 긴급조치를 취하던 예외적인 권한을 하급심 법관에게 부여한 것이다. 그들은 뻔히 보이는 관할권 문제를 농락하고 시민의 사법부에 대한 신뢰를 점차로 약화시키고 있다.

그들은 클래스 액션이라 불리우는 진정한 전국적 규모의 집단소송에서 인정되던 원칙과 기존 메커니즘을 무시해 버린 것이다. 특히 오늘의 주제와 관련하여 의미있는 것은 새로운 가처분 제도는 민주적 정치과정을 왜곡한다는 것이다. 그 가장 적절한 예는 법원이 DACA 프로그램을 무력화(無力化)시킨 것이다. 주지하듯이 DACA 프로그램은 오바마 대통령 시절 채택된 정책으로 “구체적 집행의 연기”를 집행부 재량에 맡기고 있다.

제 5항소법원은 DACA와 긴밀하게 관련된 DACA 정책이 위법하다고 판시하였고, 대법원 역시 찬반 동수로 동 결정을 유지하였다. DACA가 재량 영역에 있고, 4인의 대법관이 법적으로 일정한 俊別 基準이 없는 동 정책은 위법하다고 보았다면, 트럼프 대통령이 DACA를 취소한 것은 충분히 이해할 수 있는 일이다. 더욱 중요한 것은 트럼프 대통령은 보다 광범위한 이민 정책에 관한 합법적이고 보다 나은 대안을 위하여 의회와 협상하고 그를 근거로 취소결정을 내렸다. 그러한 협상 과정 중에 대통령은 내각 회의실에 모인 양원의 공화당과 민주당 지도자들을 촬영하도록 하고 협상을 보도하도록 하였다. 그럼에도 캘리포니아 연방복부지방법원은 DACA 취소결정을 전국적 범위에서 금지하는 가처분 명령을 발하였다.

당연히 민주당이 사법부 가처분으로 자신들의 주장을 이룰 수 있었고 진행 중이던 移民法 논의를 위한 협상은 의미가 없게 되었다. 남쪽 국경의 非人間的 위기는 계속되었다. 그리고 2019년 대법원은 결국 DACA 취소 결정의 합법성에 관한 변론절차를 진행하였다. 대법원의 절차가 지연되자, 트럼프 대통령은 그의 임기 1기를 오바마 대통령이 서명한 이민 정책을 집행하는데 보내야만 한다. 이미 그 정책은 집행부의 재량 영역 사항이고, 半數의 대법관이 법적으로 구별할 수 있는 기준이 없는 정책은 위법이라고 판결 하였음에도 불구하고, 이러한 것이 우리의 현실이라는 것은 우리 민주주의 시스템이 제대로 작동한 결과라고 할 수 없다.

윌리엄 바(William Barr)에게 있어 역사상 가장 저돌적이고 심대한 영향을 미친 집행권에 대한 월권행위는 조지 부시 대통령 시절로 기억된다. 당시 대법원은 여러 사건에서 자신을 군사적 문제에 대한 최후의 仲裁者이자 감독관으로 자리 매김하였다. 군사적 갈등을 확인하고 대응하는 군사 문제에 대한 결정은 군 최고 사령관인 대통령의 재량사항이고 그의 핵심적인 권한이다.

이러한 월권행위는 부메딘(Boumediene)사건의 2008년 대법원 판결에서 절정에 이른다. 동 사건에서 법원은 수백년 동안 지지되어 온 미국과 영국의 법 및 관행에 반하여, 외국 전투원을 구금하는 것이 민간 법원은 심판할 수 없는 순수한 군사적 결정인가 하는 문제에 관하여 이를 否認해 버린다.

다시 말하면 대법원은 미국과 관련이 없는 외국인으로 戰場에서 미군과 대치하

지 않은 경우에는 헌법상 적법절차 조항의 보호를 받으며, 따라서 미군이 그를 억류할 수 있는 충분한 증거법적 근거가 있는지 하는 문제를 심판하기 위한 인신보호영장을 청구할 권리를 갖는다고 판시하였다.

요컨대 대법원은 국내 형사절차에 관한 법원칙을 다루었고, 미국이 외국과 무장 투쟁 상태에 있음에도 그러한 외국인에 대하여 미국의 행위에 대한 제한을 가하였다. 憲法前文이 시사하듯이, 정부는 두가지 중요한 안보상 이유로 만들어졌다. 하나는 국내의 평온이고 다른 하나는 외부의 위협으로부터 방위를 제공하는 것이다. 이는 정부의 행위로서 매우 상이한 성격을 갖는다.

헌정 하에서 정부가 법을 위반하는 잘못된 공동체 구성원에게 자신에게 부여된 법집행권한을 행사하고 국내적으로 징벌을 가하는 경우, 우리는 시민의 자유를 침해하지 못하도록 정부의 권한을 深大 하게 제한한다. 따라서 헌법은 이러한 영역에 대하여 의도적으로 效率性 價値를 희생시킨다. 피고인에게 공동체의 집합적 이익과 개인의 이익 사이에 균형을 이루고 평등하게 다룰 수 있도록 헌법상 권리를 부여한다.

그리고 정부의 권한을 분립하여 그 자체로 상호 견제하도록 약화시킨다. 모든 단계에서 법원은 견제 기능을 가지며, 독립적 중재자로 기능하도록 헌법상 권한이 분배되어 있다. 그러나 외국의 敵으로부터 무장 공격을 받는 경우 이에 대항하고 국가를 방위함에 있어 이러한 헌법적 기제는 적용될 수 없다. 이러한 영역에서 헌법은 오로지 하나에만 관심이 있다. 즉 헌법은 외적을 제거하고 정치적 공동체의 자유를 보장하는 것이다.

이때에 헌법은 다른 가치를 위하여 정부의 권한을 제약하는 것에는 관심이 없다. 헌법은 외적에게 어떠한 권리를 부여하지 않는다. 대신에 헌법은 승리를 위하여 정부의 효율성을 극대화하도록 도안되어 있다. 물론 국내 영역에서 受認 하기 어려운 부수 피해가 있는 것을 감수하기도 한다. 법원이 미국 정부로부터 외국의 적을 보호하기 위하여 정치기관에 독립적 제약을 가할 수 있다는 생각은 제 정신이라고 할 수 없다.

부메딘 판결의 충격은 매우 심대한 것이다. 미 역사상 최초로 미 군대가 罪囚를 구금할 수 없게 된 것이다. 우리는 만약 전장에서 ISIS같은 테러집단을 확

인하고 그들을 드론이나 다른 무기로 살상할 수 있지만 구금할 수 없다는 이상하고 모순되는 입장이 되버린 것이다. 즉 우리가 그들을 생포하고 관타나모나미 다른 지역에 구금하고 싶다면, 미군은 법원의 對審節次에 대비하기 위한 증거를 확보하여야 하고, 끝이 보장되지 않는 소송을 위하여 자원을 낭비하여야 한다.

우리 법원이 대통령 책임의 핵심 영역에 있는 이러한 권한들을 침탈하고 우롱하는 것은 현재 헌법이 예정한 권력분립주의가 얼마나 심각하게 훼손되고 있는가를 단적으로 보여주는 것이다.

5) 소결

현재와 같은 정당정치 시대에 우리는 순간의 열정에 사로잡혀 우리 헌법 구도에 깃든 先賢들의 혜안을 영구히 훼손하지 않도록 특별한 주의를 다하여야 한다. 미 역사를 돌아보면, 중요한 시점마다 헌법 제정자의 비전을 실현한 것은 대통령들이었다. 대통령과 대통령제 헌법은 다른 민주국가들이 가지지 못하는 動力과 효과성을 우리의 공화국에 부여하고 있다.

미국사를 돌아 보면, 초창기 약하고 원시적인 나라로 지역의 반란과 다른 강력한 외국들의 틈 바퀴에서 생존을 위하여 고군 분투하던 시절, 루이지아나 지역을 매입하고 멕시코 영토를 병합하면서 영토를 확장하던 시절, 냉전시대 국가의 敍事的 危機와 하나님의 시험 시절, 세계 제 2차대전과 파시즘과의 투쟁 시절, 냉전과 공산주의의 도전 시절, 인종 차별과 갈등 시절, 최근 이슬람 파시즘과 국제테러주의와의 전쟁 등 여러 도전과 위기를 겪었다.

미국이 도전에 직면하고 위기에 처할 때마다, 우리는 최전선에 서서 지도력을 발휘하고, 일관성과 동력, 인내를 발휘하여 도전을 극복하고 우리를 성공으로 이끈 것은 大統領이었다. 부의 많은 영역에서 헌법의 기초자들이 그린 원칙들을 회복하고 보존하는 것은 우리 국가의 미래를 위하여 무엇보다 중요한 것이다. 그중 중요한 것의 하나가 전국적 선거에 의하여 선출된 강하고 독립적인 집행부라는 憲法起草者들의 비전을 회복하고 보존하는 것이다.

라. 9/11 테러와 권력분립의 원칙

1) 서언

크롬웰에 의하여 주도된 청교도 혁명은 강력한 국교회 정책을 추진한 차알스 1세가 이에 반대하는 스코트랜드와의 전쟁을 벌이면서 왕당파와 잉글랜드 의회 파간의 대립으로 3차례 내전을 겪게 된다. 이때 王黨波의 의회 탄압으로 지금도 문제가 되고 있는 국회의원의 면책특권과 불체포특권의 헌법관행이 확립되고 차알스 1세는 결국 전쟁에 패하여 단두대에서 처형되게 된다.

청교도 혁명이 발생할 당시 존 로크(John Locke)는 옥스퍼드 대학 학생 신분 이었고 그의 아버지는 변호사였는데, 어린 존 로크에게 차알스 1세의 단두대 처형을 목도하지 못하도록 하였다. 그는 생각이 깊은 학생으로 많은 책을 섭렵하고 人間五性論과 시민사회를 이끌 새로운 정부에 관한 두 저작을 저술하여 저항권, 사회계약, 시민정부를 구성하는 원리 등에 관하여 논하였다.

그는 당시 한 백작의 후원으로 지내다가 그가 대법관이 되자 그도 정치활동을 시작하고 1675년 백작이 실각한후 프랑스로 가서 수년동안 머물고 프랑스 사상가들과 교유하게 된다. 이후 영국에 돌아온후 백작의 비서가 되고 1682년 백작의 판단실패로 다시 네덜란드로 도주한다. 1688년 영국의 명예혁명이 발발하여 자산계급과 신귀족들이 제임스 2세를 몰아내고 1689년 영국의회는 왕권을 견제하는 권리법안을 통과시킨다.

명예혁명으로 인하여 그 유명한 “국왕은 군림하나 통치 하지 않는다”는 헌법관행이 확립되고 영국 민주주의를 지탱하는 憲政의 기초가 마련된다. 이는 입헌군주제의 기원으로 입헌군주제는 군주의 전제를 제한하여 군주제는 유지하나 헌법을 통하여 시민주권을 수립하는 것이다.

이때 시민정부이론이란 존 로크의 저작이 출간되는데 이 저서는 명예혁명의 정당성을 변호하고 구체적으로 입헌군주제의 정체와 합리성을 설파하는 내용을 담고 있다. 이 저서는 상하권으로 제 1부는 당시의 주류적 정치관점이었던 빌모어의 왕권신수설을 비판하는 내용을 담고 있다. 王權神授說은 군주의 권력을 신이 부여한 절대적인 것이라 보았는데, 로크는 이를 반박한 것이다.

제 2부는 자신의 정치관점을 역설한 것인데 통치자의 권리는 인민의 동의와 허

가를 통해 가능한 것이라 주장하면서, 사회계약론에 대하여 논한다. 또한 국가 건립의 유일한 목적은 사회의 安全保障이라 역설하고 시민의 자연적 권리의 보장이 이루어져야 한다고 역설한다. 왕의 권력은 인민의 수권에 기반하고 그 통치는 시민과의 계약에 위배되어서는 안된다고 보았다.

이를 위반하는 경우 폭력을 통하여서라도 왕의 통치권을 회수할 수 있다고 주장하여 명예혁명의 정당성을 옹호하고 저항권 개념을 제시하고 있다. 9/11테러 이후 많은 법학자들은 테러와의 전쟁에 임하는 집행부에 사법심사의 예외를 부여하여 집행부 재량의 범위를 확대하여야 한다는 헌법이론을 주장하였다.

그러나 이는 로크가 주장한 古典的 권력분립의 원칙이나 민주주의 정치 원리에 반한다. 로크의 권력분립론은 정치권력을 집행권과 입법권으로 나누어 입법권이 집행권을 견제토록 하여 균형을 이루게 하는 것이다. 집행부와 입법권은 국민으로부터 통치권을 위임받아 共供善을 이루는 정치기관이다.

로크는 공공선과 헌법을 긴밀하게 연결하여 헌법을 위반한 경우 이는 명백하게 공공선을 침해하는 것으로 본 고전적 보수주의자이고 헌법시스템을 중시하였다. 그러므로 사법심사의 대상이 되지 않는 집행부의 정책 결정은 그 자체로 헌법위반이며, 즉 고전적 사회계약론적 관점에서 시민의 정부에 대한 信託을 배반하는 것이다.

로크의 권력분립론의 관점에서 현재 미국 정부에 필요한 것은 입법부는 물론 사법부가 집행부의 정책결정에 책임을 지는 것이다. 미국의 집행부는 영국의 왕과 달리 프랑스의 루이처럼 독립된 집행권의 首長으로서 대권적 권한을 가지고 있지만, 국가 위기시에도 집행부는 항상 입법부와 정부에 책임을 부담하여야 한다.

2) 로크의 헌법이론

로크의 헌법이론은 대체적으로 권력분립의 원칙을 위한 복잡한 시스템이다. 로크는 정치권력을 집행권과 입법권으로 분립하고 각 권력은 공공선을 위하여 행동하여야 하는 독립된 권력을 국민으로부터 수임받는다. 공공선(Public good)은 정치적으로 다루어지는 개념이므로, 로크는 공공선을 합리적으로 실현하기

위한 구조와 시스템을 공공선에 연계시킨다.

시민이 정부에 통치권을 위임한 목적과 조건은 통치권을 행사하는 정치권력에 있지만 상황에 따라 토론이 필요하고 종속적이다. 그러나 시민의 統治權 위탁은 정부기관들이 서로 갈등·경쟁하게 하고 공공선의 의미를 추구하도록 하여 상호 권력간 견제를 끌어내기 위한 것이다. 특히 단일의 집행권을 행사하는 대통령제 집행부의 경우에 독재를 방지하기 위한 권력간 견제는 중요한 것이다.

로크의 이권분립론은 권력분립이론의 서막을 연 최초의 것인데, 입법부는 집행권을 견제하는 유일하면서도 원초적으로 牽制 할 수 있는 기관이 된다. 따라서 집행부가 입법부의 독립과 감독 기능을 저해하거나 입법부가 부당한 집행권의 제약을 무시하려고 시도하는 것은 절대 권력을 행사하려는 것과 다름 없는 것이다. 절대권력은 그 자체로(per se)공공선을 침해하고 시민의 집행부에 대한 권력의 신탁에 배반하는 것이다. 그것은 시스템에 대한 위반으로 그 자체로 잘 못된 계산이 되거나 또는 자의적 권력행사의 가능성이 너무 크기 때문이다.

로크는 집행부는 국가 위기시 예외적 결정을 할 수 있는 대권적 권한을 갖는다고 하였지만, 그의 주장을 제대로 이해한다면 기관이 책임을 지지 않는 결정권은 어떠한 의미에서도 대권적大權的 權限이라 할 수 없다. 반대로 이러한 집행부의 월권적 행위는 권력의 비합법적 행사이며 극단적 경우에는 독재를 결과하고 입법부나 시민들의 저항에 봉착하게 된다. 의회주권이 보편화된 보통법국가의 경우 더 이상 입법부만이 기관간 견제를 부여하는 유일한 기관인 것은 아니다. 법원이 존재한다.

즉 로크의 실용주의적 헌법이론에 따라 어떻게든 사법부가 역사적으로 독립된 제 3권으로 발전하게 된 경위에 관하여 설명이 가능하다. 로크의 이론은 실제로 사법부를 포함한 권력분립 시스템을 쉽게 받아들일 수 있고, 규범적으로 집행부 결정은 물론 대권적 권한까지도 그에 대한 사법심사를 正當化 한다. 따라서 9.11 테러로 인한 테러와의 전쟁은 수백년전 몽테스키외의 주장을 새삼 돌아 보게 한다.

로크는 집행권을 두가지로 분류하였다. 그 첫째는 가장 헌법적 문제가 없는, 즉 입법부가 제정한 법을 집행할 책임이다. 법은 집행이나 그에 부수하는 어떠한

한 행위를 요하므로 입법부로부터 독립된 기관의 다른 사람에게 집행권은 귀속되어야 한다. 법을 집행할 권한, 즉 집행권은 협의의 의미에서 그 용어를 사용한 사람들이 말한 것처럼 모든 집행기관을 특징지우는 것이다.

이러한 역할에 따라 로크는 집행부에 법 집행 거부권을 부여하여야 한다고 주장하고, 집행부의 獨立性을 옹호하였지만 집행부는 명백하게 입법부에 종속된다. 집행부는 법을 있는 그대로 적용하여야 하고 입법부는 그에게 부여된 권한을 번복하거나 아니면 그의 잘못된 행정에 대하여 책임을 추궁할 수 있게 된다. 법의 최고 집행관인 대통령과 집행부에 대한 충성은 결국 법 자체에 대한 충성이 되고, 개인이나 그의 직에 대한 충성이 아니다.

로크는 狹義의 의미의 집행권에 대하여 부연 설명하는데, 현행법을 해석하고 집행하거나 법률안 거부권을 행사하고 수많은 하위직 공무원을 임명하고 지휘하는 방식은 모두 명백하게 로크 헌법이론의 일상적 쟁점이 되고 있다. 그렇지만 로크는 이러한 일상적 성격의 집행권에 대하여 우려하지 않았다.

그것은 보통의 집행권 행사는 입법부와 행정부간의 갈등을 크게 조장하지 않고, 법에 裁量이 규정된 경우에도 법은 그 자체로 좁게 해석되는 경향이 있으며, 법적으로 한정할 수 있고, 입법부가 그 집행을 감독할 수 있기 때문이다. 그가 보통의 집행권 문제에서 큰 우려를 갖지 않은 것은 안전과 권리간 모순(security-rights contradiction)이라는 그가 주장한 헌법이론의 가장 중요한 기본적 전제가 문제되지 않았기 때문이다.

그가 가장 우려했던 것은 그의 여러 후속 논의에서 확인되듯이 정치적 變革의 불확실성을 다루어야 하는 경우이다. 즉 구체적 법에 아무런 관련 조항이 규정되어 있지 않은 상태에서 재단하고 결정하고, 예측하지 못한 국가의 위기에서 시민 사회를 구하여야 하는 경우이다.

즉 집행부는 보통의 집행권과 달리 전쟁, 평화조약 체결, 외교적 결정 등 연맹권(Federative Power)을 행사하게 되는데, 로크는 이를 전쟁과 평화, 연합과 동맹, 영연방 밖의 모든 사람이나 공동체와 교유할 수 있는 권한이라고 설명하였다.

聯盟權은 공적 영역을 자연상태의 한 몸으로 만들고, 따라서 이는 그 관할 주제나 개인적 적용에 있어 집행권과 구별된다. 연맹권을 통하여 집행부는 시민사회를 넘어 자신의 정치권력을 행사할 수 있게 되고 외국인들에 대하여 조치를 취할 수 있게 된다. 더욱이 국내 정치의 특징인 政波的 토론이나 제도적 多元性 보다 시민사회는 통합된 한 목소리로 잠재적으로 적대적인 국제사회의 필요에 따라 효율적으로 대처할 필요가 있다.

3) 대권 또는 연맹권과 이에 대한 헌법적 통제

위험한 세상에서 안전의 필요가 강한 것은 물론이지만, 연맹권은 그 자체로 시민사회의 위기가 되기도 한다. 집행부는 외교문제, 전쟁, 국가안보 문제 등을 조작하여 자신의 위용과 영향력을 증대하고 정치권력을 시민과 共有 하는 것을 즐길 수 있다. 예를 들어 헌법이 보장한 전쟁수행권을 가장 효과적인 결과를 낳기 위하여 적절히 행사하는 경우라 하더라도 그것이 私的 目的으로 행사될 우려는 여전하다.

더욱이 집행부는 연맹권을 국내로 돌려 시민사회의 문제를 해결하는데 이용하거나 자신의 시민에 대하여 일정한 조치를 할 수도 있다. 안보위기가 외적 · 내적으로 구분되지 않으면서 집행부는 연맹권을 恣意的으로 행사할 가능성이 있는 것이다. 즉 연맹권을 핑계로 집행부는 국내 정치권력을 입법적 제한 없이 행사할 우려가 크다 아니할 수 없다. 집행부가 외부의 위협과 적으로부터 시민사회를 보호하기 위하여 연맹권을 행사할 수 있다 하여 입법부의 통제가 불가능하다고 할 수 없다.

오히려 연맹권을 남용할 우려에 따라 어떠한 형식이든 연맹권의 행사는 峻別되어야 한다. 연맹권 행사에 있어 권리와 안전간 모순과 갈등은 더욱 명백해지며 헌법적 견제와 균형은 더욱 강조되어야 한다. 그럼에도 집행권의 선도적 역할은 집행권의 일방주의로 왜곡되었다. 그러나 연맹권은 헌법적 체계 밖에 있는 권력이 아니다. 오히려 연맹권은 집행권에 융합된 단일의 권력으로 공공선을 위하여 행사됨으로써 正統性을 인정받고 헌법에 의하여 제한되는 권력인 것이다. 다만 다른 관점에서 이를 바라본데 불과한 것이라 할 수 있다.

왕의 대권적 권한은 그것이 공공선에 기여한다는 實體的 條件들에 의하여 정

의되는 것이 아니라 입법부가 적시에 대응하기 어려운 정치적 긴급상황에 대비하기 위한 것이다. 즉 로크는 왕은 대권적 필요에 따라 시민사회를 보호하기 위하여 공공선이 요구하는 경우 법에 반하는 조치도 가능할 수 있다고 보았다. 따라서 이때에 법원의 사법심사는 정치적 문제의 원칙(The doctrine of political question)이나 통치행위론에 따라 사법부는 판단을 자제한다는 이론이 발전해 있다.

어떤 학자는 대권과 연맹권을 유일한 긴급권의 원천으로 보고 집행권과 연맹권과는 개념적으로 다른 것으로 보기도 하지만 양자가 매우 유사한 것만은 사실이다. 요컨대 대권, 연맹권, 집행권은 실제로 집행부에 부여된 통합된 하나의 재량적 행위를 구성한다. 대권이라 하여 개념상 다른 차원의 것이라 할 수 없다. 따라서 법에 따라야 하는 通常的 집행재량과 대권적 지위에서 행사는 예외적 재량행위는 모두 공공선을 향한다는 점은 공통되지만 재량의 정도에서 큰 차이를 보일 뿐이다. 그러므로 모두 헌법적 통제의 대상이 되는 것이고, 다만 다른 정도의 재량이 허용된다는 차이를 갖는다.

대권은 집행부가 시민의 위임에 따라 헌법으로부터 부여받은 권한이지만, 왕권 신수설이나 통제 받지 않는 집행권 같은 專制的 이론을 배격한다. 오히려 자신의 정통성을 왕의 신권적 권한에서 구하고 신민들의 의사에 기반한 파생적인 것으로 보지 않는 정치 공동체는 합법적 정치공동체가 갖추어야 할 전제 조건을 갖추지 못한 것이다. 따라서 大權의 신탁이론은 사회계약론에서 주장하는 집행권과 차이를 보인다.

즉 집행부는 특정한 통치권을 보유하며 1인의 지배자인 집행관이 이를 행사할 책임이 있고, 그는 자신의 판단을 유일한 근거로 하여 시민들에게 가장 최선의 결정을 父權的으로 내려야 하기 때문에 대권은 사회계약론 상 집행권과 다르다고 볼 수 있다. 다시 말하면 시민이 대권을 신탁한 것은 수탁자의 성실성과 시스템의 준수를 전제로 한 것이다. 따라서 대륙이나 미국의 사법부가 발전시킨 기존의 통치행위론이나 정치적 문제 이론의 시각과는 다른 결과, 즉 입법부나 사법부를 통하여 집행부의 대권적 권한행사에 대한 시민사회적 통제가 필요하게 된다.

특히 9.11테러 이후 미 의회나 법원이 보여준 태도는 국가 모두 인류 증오 범

죄인 테러에 대하여 전 국민적 대응을 가능하게 하였다는 점에서 칭찬받을 수도 있지만, 사법적 정의(Judicial justice)가 정치적 정의(Political justice)로 대체되고, 의회는 受動的 추종자로 전락하였다는 비판이 가능하다. 로크의 인간 본성에 대한 회의와 헌법구조에 대한 생각은 잘못된 정책이나 인류에게 참화를 가져올 수 있는 재난에 버금가는 헌법적 실패를 예방하는데 기여하곤 했다.

그의 주장은 역사적으로 정치적 반목, 부패, 점진적 민주주의 세력(anti-democratic forces)들로부터 강력한 방어막으로 기능하였다. 그러나 그 어느것으로부터도 영원히 어떠한 미덕(美德)으로 확실하게 자리잡지 못한 것도 또한 사실이다. 이는 로크 스스로 두려워 하였던 것들을 우리 역시 완전히 불식하지 못한다는 것을 의미한다. 천천히 전제정을 향하여 몰락해 가는 민주주의 시스템, 자신을 불사신으로 여기는 오만한 전제자의 등장 등이 로크가 우려하였던 것이다.

로크의 헌법 관념은 이러한 민주정치의 쇠락으로부터 효과적 방어기제로 기능하였다. 그러나 그의 이론이 항상 강력한 英雄의 대중에 대한 현혹이나 전제 정치의 두려움 또는 총기에 의한 통치를 막은 것이라고 보기는 어렵다. 오만한 집행관이 전제로 나아가는 경우 신이 이를 저지하고 실제로 독재자를 헌법사에서 매장시키는데 성공하는 과정에서 로크는 권력의 과시(誇示)에 대하여 정치적 정당성을 박탈하면서 神을 도운다.

힘없고 겁 많고 아부하는 의회, 사법부, 또는 대중들로 구성된 무기력한 용인자들마저도 그러한 오만한 전제정을 합법화하지는 않는다. 로크의 헌법 이론과 抵抗權 理論이 증명하듯이 그러한 경우에 로크의 주장에 따르면 우리는 전제적 집행부의 정통성이나 통치권을 부인할 수 있다. 만약 헌법이 불행하게도 성공하지 못한다면, 그 마지막 탄원으로 전제정을 위하여 자유를 노예처럼 희생시키는 정부를 대체할 새로운 정부, 안전과 질서 상태의 국가를 渴求 하게 된다.

마. 결어

전술한 바와 같이 권력분립이론이나 국가의 시스템을 고안하는 학자들은 보통

보수주의로 분류 된다. 즉 시스템의 고안은 어떠한 정치적 가치나 이념과 상관 없이 그 자체로 의미를 갖기 때문이다. 그래서 존 로크나 몽테스키외는 가장 널리 알려진 권력분립이론의 디자이너로서 왕권을 代替 하는 새로운 헌법시대를 열게 된다. 영국의 불문헌법에 내재하는 존 로크의 권력분립사상, 미국 헌법 제정에 영향을 미친 몽테스키외의 3권분립이론은 왕의 권력을 새롭게 재단한 것이다.

왕의 권력을 부관참시하여 서로 분립하고 견제하여야 한다는 권력분립이론은 아직도 문제되고 있는 유일한 고전적 원칙의 하나이다. 이는 左右 정치에도 浮動 하지 않아야 하는 가장 보수적인 성격을 갖지만 변동하는 정치의 영향으로 시대 상황에 따라 달리 해석되고 달리 이해되기도 한다.

우리는 앞 장에서 권력분립이론을 가장 체계적으로 논한 몽테스키외의 권력분립이론을 살펴보았고, 트럼프 행정부에서 법무장관을 지낸 윌리엄 바의 연설이 실린 하버드 로스쿨 법과 정책(Harvard Journal of Law and Public Policy)에 실린 그의 글을 근거로 트럼프 정부 하에서 의회와 법원의 집행부에 대한 일관적 침탈행위에 대하여 알아 보았다.

이미 칼 뢰벤스타인은 미국의 대통령을 현대판 황제라 불렀지만 특히 보수정당인 공화당 출신 트럼프는 그러한 이미지가 강하다. 트럼프도 그렇지만 보통 보수정당인 공화당 출신 대통령들은 리처드 닉슨이나 조지 부시처럼 영웅적 이미지 또는 군주적 이미지로 다가오는 경우가 많다. 그중에서도 가장 論難이 많았던 대통령이 아마도 트럼프라 할 수 있다. 그래서 그런지 몰라도 의회나 사법부에 의한 집행부의 견제가 많지 않았을까 추측되는데, 바 법무부장관이 이를 지적하고 있다.

특히 그가 헌법 제정 당시 헌법의 디자이너들은 군주로 상징되는 집행부, 즉 대통령보다는 의회의 자의적 권력행사를 우려하였다고 본 것은 매우 흥미롭다. 이는 영국 헌정의 발달사나 몽테스키외의 권력분립론을 통하여 어느정도 說得力이 있는 관점이라 할 수 있다. 영국의 권력분립론이 왕을 의회에 종속시키면서 의회의 전제로 나아갈 수 있다고 본 것이 몽테스키외였다.

실제 혁명과정에서 보여준 왕의 단두대 처형 같은 사건은 당시 크롬웰이 주도

한 청교도 혁명과 의회파의 세력이 얼마나 독재화할 수 있는가를 보여준다. 그래서 몽테스키외는 집행부, 즉 군주, 황제 또는 대통령을 입법부로부터 독립시켜야 한다고 보았다. 그리고 그의 생각은 그대로 미 연방헌법 제정으로 구현된다. 現代版 황제라 할 수 있는 미국 대통령으로서 트럼프는 미국 우선주의 가치를 내 걸었다. 그리고 공화당의 또 다른 대통령인 조지 부시 대통령은 9/11테러를 겪으면서 미국 국민과 함께 테러와의 전쟁을 수행하였다.

로크가 역설하였듯이 국가의 제 1 목적은 시민사회의 안전을 담보하는 것이다. 따라서 이때에 왕은 로크가 말한 연맹권 또는 왕의 대권을 행사할 수 있다. 그리고 보통 전쟁이나 외교정책 같은 대통령의 헌법적 권한은 정치적 문제의 원칙 또는 통치행위 이론에 따라 司法的 統制의 대상이 아니라고 보는 것이 다수설적 입장이다. 그런데 존 로크의 권력분립이론에 따라 9/11 테러 당시 대통령의 행위를 의회나 법원이 이를 憲法的 基準에 따라 통제하여야 한다는 주장이 있다.

향후 관련 주장을 더 살펴 보아야 하겠지만, 몽테스키외적 성격의 미국 연방헌법과 존 로크적 성격의 영국헌법이 미 대통령의 권한을 바라보는 관점에 다르다는 것이 하나의 흥미거리이다.

권력분립이론은 평상시 우리에게 生硬 하게 다가 올 수도 있다. 그러나 흉악범으로 사형선고를 받은 사형수가 집행부의 사형 집행명령이 없어 아직 사형이 집행되지 않는 경우에 우리는 권력분립주의 원칙을 절실히 느낄 수 있다.

근자 이재명과 하영제의 국회 체포 동의안 문제도 역시 그렇다. 집행부가 신청한 체포 동의안이 입법권력에 의하여 부결된 것이다. 국회의 소수당인 여당 의원 하영제의 경우에는 가결된 것도 대비되는데, 요컨대 권력분립 원칙의 한 사례라 할 수 있다. 헌법재판소에 제소된 死刑制度는 위헌 선언이 나지 않았고, 사형을 규정하고 있는 의회제정법률은 여전히 유효한 상황에서 법원의 사형 판결은 다른 권력인 집행권에 의하여 집행되고 있지 않은 것이다.

그렇지만 우리는 사형집행을 명령하지 않는 우리 집행부와 함께, 그리고 암네스티 인터내셔널과 함께, 세계속 문명국가의 하나로 대한민국을 자랑스러워 하고 있다.



30. 칸트의 법철학을 돌아 보며 - 법과 정치, 도덕에 관한 소고

가. 법의 본질에 관한 서설

법을 학문적으로 연구하는 우리들에게 인접 사회과학과 법학과의 관계는 법학이라는 學問의 正體性을 돌아 보는 계기가 된다. 우리가 일상적으로 법을 연구하고 강단에서 법을 강론하지만 그것이 학문적으로 가능하게 된 것은 아마도 실증주의와 근대학문의 발전과 관련이 있다. 실증주의는 법학 영역에 있어 법실증주의(legal positivism)로 발전하여 이전 종교적·인문적 성격의 자연법론을 사회 속 실재하는 문화현상의 하나로 발전시키게 된다.

법실증주의의 효시가 되는 오스틴에 따르면 법은 주권자의 명령이다. 따라서 그 본질은 강제력과 구속력이 된다. 즉 법은 사회에서 강제력과 구속력을 가질 때 법이라 할 수 있으며, 그것이 법의 본질(本質)이 된다. 따라서 법실증주의 법철학은 법이 효력을 갖는 근거가 무엇인가를 논리적으로 성찰하며, 법학을 과학의 한 분과로 격상시킨다. 섬나라 영국은 법이 별로 인위적일 필요가 없었는데, 그것은 자연의 축복으로 특별히 의회가 법을 제정할 필요가 없었기 때문이었다.

영국은 철학적으로 경험론(empiricism)으로 발전할 수 있는 풍요로운 토양을 제공한다. 경험론은 또한 지적으로 귀납법적 방식에 의한 진리 탐구로 이어진다. 따라서 법은 보통법 법원을 통하여 구현되며, 군주나 의회같은 정치기관은 정치와 행정을 전문으로 하는 토양이 성숙한다. 다만 역사적으로 인식되어진 憲法慣行은 불문헌법으로서 영국의 헌법이 되고, 18세기 벤담의 공리주의 철학의 융성으로 의회가 공법을 통하여 시장에 개입하면서 법원 중심의 법 관념은 수정을 겪게 된다.

헌법관행이나 부분적으로 필요한 경우 제정되던 헌법적 성격의 법들 외에 법이라 할 수 있는 것은 법원의 판례법이라는 고정관념이 흔들리게 되는 것이다. 판례법 중심의 私法에 시장을 규제하는 의회의 공법들이 18세기 이후 유행하게 된다. 반면에 대륙법 계통 국가들의 경우 법은 정치기관에 의하여 생산된다. 나폴레옹 근대 5법 이래 1000여조 넘는 체계적이고 방대한 민법은 成文法 전통을 대변한다.

대륙법계 법실증주의의 대표적 학자라 할 수 있는 한스 켈젠(Hans Kelsen)은 성문법 체계에 근거하여 법단계설을 주장하고 모든 법의 효력의 근거는 상위법에서 연원한다고 주장하였다. 상위법 중 국가의 최고법을 헌법이라 했을 때 그는 헌법의 효력은 근본규범에서 연유한다고 주장한다. 이때에 根本規範이 사회의 관습이라는 본질을 갖는다고 설명하였다.

광대한 유럽대륙의 법철학자는 사회와 관습을 법 효력의 연원으로 보았고, 섬나라 영국의 법철학자는 주권적 존재에서 연원한다고 하였으니, 학자들의 배경이 되는 사회적 토양이 중요하다는 것을 알 수 있게 한다. 사회나 관습이 대인적 感性 이라면 고립된 섬나라는 왕이라는 절대군주에 어울린다고 할 수 있다. 오스틴의 법실증주의를 계승 발전시킨 하트(H.L.A. Hart)는 법은 여전히 강제력 구속력을 그 본질로 하는 사회 현상이고, 켈젠과 유사하게 법규범을 차원화하여 법효력의 근거에 관한 철학체계를 제시한다.

다만 주권적 존재는 시대에 따라 변하는 정치적 관념이 되어 보다 민주주의적 시대를 살다간 하트는 주권적 존재를 시민으로 보고, 법은 시민사회의 命命 이라고 주장한다. 이러한 법철학적 구조하에서 우리는 강의실에서 법전과 법조문을 해석해 놓은 해석법학적 교과서를 펴들거나, 법원 판례에 코멘트를 달고 분석 비판한 法書를 중심으로 학생들을 가르친다.

법은 사회생활 관계 중 법률관계, 즉 권리의무 관계를 연구하는데 이러한 권리의무 관계는 사회의 실증적 현상이고 법원의 판례나 성문 제정법의 형태로 존재한다. 그리고 구속력·강제력에 의하여 그 실현이 보장된다. 그리고 법은 정당성을 가져야 한다는 자연법론의 전통은 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)과 존 피시(John Fish)등 현대 자연법론으로 이어진다. 이로써 법의 본질에 관한 법실증주의는 법 존재론·법 당위론과 함께 3개의 중요한 법철학적 주제가 되는 것이다.

영미법 문화의 전통을 이어받은 미국에 있어 법실증주의는 하트를 미국에 수입함으로써 유행하게 된다. 켈젠과 같은 대륙의 법실증주의는 미국의 법률가들에게는 익숙치 않다. 미국은 세계 최초로 성문헌법을 제정하고 신대륙의 민주주의에 헌법국가 사상을 싹 틔운다. 그리고 광대한 신대륙은 법사회학(Legal sociology)발전의 풍토를 제공한다. 연방시스템과 새로운 二元的 주권체계는

존 오스틴(John Austin)이나 하트의 주권자의 명령 이론이 독창적으로 헌법에 구현되는 법실증주의의 계기가 된다.

그래서 성문헌법은 나폴레옹의 근대 5법과 함께 성문법의 기원을 이루고, 마아부리 대 매디슨(Marbury v. Madidon)사건을 통하여 위헌법률심사제도가 판례법에 의하여 탄생되게 된다. 여전히 법은 법원에서 발견할 수 있다는 영미법계 국가 특유의 경험론적 전통과 귀납법적 사고방식을 확인할 수 있게 한다.

미국 법사회학의 전통은 법철학적으로 법현실주의(Legal realism)이라 부를 수 있다. 법은 법원에서 법관이 말하는 것이며, 법관의 판결이 사회에 미치는 파장을 학문적으로 궁구하는 것이 법학의 사명이라는 것이다. 따라서 법은 사회학과 결합되기 쉽고, 이는 켈젠이 법의 궁극적 효력의 근거를 사회와 관습에서 구하였듯이 1960-1970년대 독일의 사회학적 법학 연구방법의 융성과 궤를 같이 한다.

그러나 법현실주의는 법사회학보다 넓은 의미로 사용될 수 있는데, 미국의 리처드 포스너(Richard Posner)를 필두로 여러 법경제학자들의 법 분석방법 또는 접근방식 등에서도 볼 수 있다. 또한 법실증주의가 켈젠의 순수법학이나 하트의 규범 분류론 같이 법형식론을 통하여 법학의 순수함을 방어하고자 하였다면, 法과 政治는 사회학이나 경제학 만큼 서로 융합하고 소통할 가능성이 크다.

칼 슈미트(Carl Schmitt)의 결단주의적 헌법관은 정치와 법의 융합현상 속에서 권력 중심의 헌법관이라 할 수 있다. 이는 마키아벨리의 군주론에서 볼 수 있듯이 권력의 본질적 속성은 권력지향적이며, 그것이 法形式論과 결합하면 법의 도덕적 정당성이 도외시 되어 법을 핑계 삼은 전제정의 가능성이 상존한다.

이러한 결단주의적 헌법관은 민주주의가 가장 발달하였다는 미국에서는 흔히 볼 수 없다. 특히 미국의 경우 판례법 문화가 발달하여 개량주의적·점진주의적 전통이 강고한 관계로 1회의 결단으로 모든 것을 엮는다는 결단주의적 헌법관은 그 지적 입지가 미미하다. 다만 국제사회에서 미국의 소외와 WTO와의 갈등, 트럼프 같은 강한 대통령의 등장으로 미국에서도 간혹 파시즘(Fascism)이 지적되고, 루벤스타인(David Rubenstein)같은 일부 헌법학자들의 헌법이론

을 통하여 논의되고 있다.

요컨대 법의 본질을 主權者의 명령으로 보는 것은 법철학의 역사에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 따라서 우리는 보통 법은 주권과 국가를 전제로 하는 것으로 이해한다. 헌법을 필두로 법률·명령 등 국내법은 당연히 주권자인 국민이나 국민을 정치적으로 대표하고 선거에 의하여 선출된 자들로 구성된 정치기관에 의하여 생산된다. 또한 전술한 바와 같이 경험론적 전통에 따르면, 법원의 법관에 의하여 법이 만들어진다. 國際法 역시 주권과 국가를 전제로 한다.

아니 국내법보다도 더욱 주권과 국가가 생생하게 각인되는 법분과가 국제법 영역이다. 다만 국제사회에는 국가보다도 높은 實體가 존재하지 않으며, 주권평등의 원칙이 지배하고, 국제기구도 국가들이 자신들의 필요에 따라 합의하여 조직한 부수적 조직이라는 인식이 국제연맹이나 국제연합이 탄생하기전 근대 국제법 시대의 지배적 국제법관이었다.

따라서 비록 소수이지만 국제사회에 강행규범(erga omnes)같은 규범은 존재할 수 없었다. 근현대 국가의 일반적 법현상인 최고법사상이나 헌법규범은 국제법 체계로 설명할 수 없다. 또한 법의 강제력이 뚜렷한 형사법 성격의 강행규범이 존재한다는 것에 多數의 국제법 학자들은 회의적이다.

그러나 유엔의 탄생 이후 국제화의 현실은 국제헌법주의 발전의 계기가 된다. 국제헌법주의(International constitutionalism)는 기존의 법실증주의나 법현실주의와 쉽게 어울리지 못한다. 주권자의 명령이나 사회 또는 관습에 관한 법실증주의 사고는 정치권력을 전제로 하거나, 공통적 기반을 전제로 한 同質的 社會에서 가능하기 때문이다.

따라서 본고의 주제가 되는 법, 정치, 도덕에 관한 임마누엘 칸트(I. Kant)의 접근방식은 매우 이상적이고 철학적 영역의 논리에서 가능한 법철학이라 할 수 있다. 기존의 국가를 중심으로 한 強固한 법체계의 현실을 설명하기에 부족한 면이 있다.

나. 법철학 속의 국제법과 국내법

우리는 국제법과 국내법의 관계에 관하여 이원론적 또는 일원론적 사고를 한다. 본고는 국제법과 국내법을 일원론적 체계로 이해하는 유럽 대륙법계의 법철학자들의 視覺을 전제로 그것이 실무에서 어떻게 반영되는지를 공부하기로 한다. 특히 국내사회와 국제사회는 국제법과 국내법의 관계를 이해 함에 있어 중요한 전제가 된다. 국내사회와 국제사회는 여러 異質的 性格으로 대비되고, 그것이 국제법과 국내법을 특징지운다.

국내법을 이해하는 법철학적 테제는 크게 법현실주의와 법실증주의로 구별될 수 있다. 국제법을 이해하는 법철학적 테제는 전술한 바와 같이 이원론과 일원론적 사고에서 淵源 할 수 있다. 아직 국제법을 법현실주의나 법실증주의 관점에서 논하는 국제법학자들은 그다지 많지 않다.

법철학보다는 국제정치의 현실과 외교사, 국제법원의 판례와 전통 국제법 체계에 기초하여 지적·역사적 서술이 국제법 연구의 주류를 이루고 이를 깊게 철학적으로 천착하는 논문들은 극히 일부이다. 그것은 법현실주의가 기반하는 보통법 전통 法院 中心의 법문화가 국제법 토양에서는 발전하기 어렵기 때문이다.

다만 전통 국제법 체계의 철칙인 의사주의적 국제법 주권중심적 국제법의 관점에서 볼 때 법의 효력과 그 근거를 천착하는 법실증주의는 국제법에도 공통된다 할 수 있다. 따라서 법실증주의는 대륙법계는 물론 영미법계 법철학의 전통적 주제였다. 다만 법현실주의는 美国法이 체계화 되고 발전되면서 미국을 중심으로 융성하였고 독일의 법사회학으로 이어져 유럽 대륙은 물론 현대 문명국가들의 법연구 방법론의 한 分科가 되고 있다.

본고는 국제법과 국내법을 이해함에 있어 여전히 일원론적 이상주의는 한계를 갖는 한편 이원론적 법의 진화는 현실이 되고 있다는 것을 주장한다. 칸트와 켈젠의 이상주의 일원론적 법철학과 법실증주의 및 법현실주의 법철학을 알아보고, 국제법 상 국가행위의 원칙(Act of state doctrine)과 국내법 상 국가행위이론(State action theory)을 통하여 이러한 법철학들이 현실사회에 미치는 영향을 살펴본다.

이러한 법철학과 현실사회의 법은 어떠한 相關關係에 있는가? 국제법과 국내

법 영역은 법 진보에 있어 법철학자들의 주장과 얼마나 괴리되어 있는가? 문헌 조사와 질적 연구를 통하여 이러한 의문에 답해 보려 한다.

다. 칸트의 인문적 법철학

본고는 칸트의 영구평화론을 배경으로 하는 국제헌법주의의 가능성을 살펴본다. 그리고 미국을 필두로 현대의 지배적 법사상인 법현실주의와 법실증주의하에서 칸트 법철학의 특성을 간추려 본다. 國際憲法主義는 국제사회와 국내사회가 도덕과 의무에 바탕한 동질적 사회라는 것을 가정하고 일원적 국제법체계의 가능성과 당위성을 제공한다.

그러나 영미법 문화의 대표적 국가인 미국과 영국은 초강대국의 하나이다. 따라서 비록 켈젠과 로스코 파운드(Roscoe Pound)는 법을 통한 협력이 유엔을 탄생하는데 기여하였지만, 여전히 이들은 엄격한 국제법·국내법 이원론 체계하에서 법을 인식하고 실행하고 있다. 한편 칸트의 이상론이 구현되는데 가장 강력한 장애는 국가 주권과 국가간 법문화의 차이로 인하여 발생하는 기존 법체계나 이론의 차이라 할 수 있다.

따라서 칸트나 레온 뒤기(Leon Duguit)같은 법을 궁극적으로 인간과 인간의 권리에 연결지우는 경우 국제법상 국가행위의 원칙이나 헌법상 국가행위이론은 법과 인간의 권리에 관한 法院의 認識을 들여다 볼 수 있는 좋은 계기가 된다. 본고는 다음의 질문에 답하려 한다. 칸트의 법철학의 본질은 무엇인가? 칸트의 법철학이 이상론적 법철학이라면 기존의 법현실주의나 법실증주의 법철학과 어떻게 다른가?

국제법상 국가행위의 원칙은 칸트의 관점에서 어떻게 이해될 수 있는가? 국내법상 헌법이론인 국가행위이론과 칸트의 법관념은 어떻게 관련되는가? 칸트의 이상론적 법관념은 구현될 수 있는가? 임마누엘 칸트의 헤안은 우리 법학도를 일깨운다. 국제법적 정의와 국내법적 정의는 根源的으로 같은 뿌리라 할 수 있다. 소위 현실주의가 국제사회를 정치적으로 바라본다면 우리 법학도에게 국제사회는 이상적인 것이어야 한다.

최근 國際人權法 領域의 괄목할만한 성장에도 불구하고 국제법의 주류는 국제

사회에서 개인의 규범적 지위를 무시해 왔다. 국제사회에서 개인은 법인격자가 아니라거나 개나 소와 같은 짐승에 다름없다는 고정관념이 지배해 왔던 것이다. 전통적 국제법이론은 국가의 권리와 의무에 초점을 맞추어 왔고 국가의 권리란 것은 국가 내에 존재하는 수 많은 개인들의 권리나 이해관계로부터 파생된다는 것을 간과한 것이다.

이러한 관점은 국제법을 형식적 법으로 전락시키고 그 규범력을 감쇄시킨다. 국제사회의 不亂을 국제법으로 해결하겠다는 것이 어찌면 무리인지 모르지만, 이러한 이분법적 사고방식은 현 국제사회가 화합하지 못하고 반목하는 원인이 된다. 즉 국제법 상 정통성과 주권의 최고성은 정부가 자신의 국민을 실효적으로 통제하는 것을 기준으로 한다. 문제의 국가나 정부가 자신의 국민을 정당하게 대표하는가는 문제가 되지 않는다.

이러한 국가 중심적 국제법관은 로마 제국 시대의 萬民法과 市民法の 이분법처럼 국제사회에 존재하는 개인을 이분화 한다. 즉 자국민과 외국민의 준별이 그것이고 국제법 교과서 장별을 달리하여 설명되곤 한다. 이러한 이분법은 다른 차원 다른 성격의 正義와 정통성을 결과한다. 국내 시스템은 정의를 진작시키고 사회를 이상적 방향으로 나아가게 하는데 적절한 시스템이다. 그러나 국제법 시스템은 오직 질서와 준수만을 강조한다.

따라서 시스템의 定向性 관점에서 단일국가, 연방국가, 국제기구 순이 된다고 할 수 있다. 예컨대 단일국가라면 낙태의죄나 총기의 소지 관련하여 미 연방대법원 같은 고뇌에 빠지지 않아도 될 것이다. 국제사회와 국제기구적 차원에서는 아예 우리 전쟁에 속수무책일 수 밖에 없는 시스템이다. 국제사회의 평화와 안전보장을 위하여 유일하게 강제조치를 할 수 있는 기관인 안보리 상임이사국 중 하나가 러시아이기 때문이다. 국제사법재판소의 관할권도 국가가 재판소협정(Statute of the International Court of Justice)에 가입하지 않으면 무력하다.

우리는 독도를 지키기 위하여 군사적 시위를 하고, 법원은 윤리 선생처럼 위안부 문제에 대하여 전범국가가 행한 불법적 행위를 규탄하고 있을 뿐이다. 따라서 국제법은 현재와 미래의 정치적 현실을 위한 규범체계로 기능하기엔 미흡하다. 사회적으로 가치를 공유할 수 있는 체계, 配分的 正義를 산출하는 체계적

시스템을 결하고 있기 때문이다.

법률가들이 고전적 국제법 체계내의 국가 중심적 이론들을 희생시킨다는 것은 상상하기 어렵다. 그렇지만 최소한 칸트식 새로운 개념론적·윤리적 수사들이 요청되는 시기이다. 제 2차 세계대전이 막을 내리고 1945년 로스코 파운드와 한스 켈젠의 법실증주의가 유엔을 창설하는데 기여하였다. 이로써 국제사회의 평화와 안전을 위하여 유엔이 기능하고 또한 브레튼 우즈(Breton Woods)체제가 더하여져 새로운 세계적 차원의 정치경제적 질서가 놓인 것은 중요한 계기가 된다.

국가와 정부의 목적은 자신들의 구성원인 시민들의 이익을 위하여 그들을 보호하고 그들에 봉사하는 역할을 한다. 국제법의 목적 역시 窮極의 으로는 인간의 이익을 위하고 인간에 봉사하며, 인간을 보호하기 위하여 존재한다. 그 구성원인 국가나 정부를 보호하기 위한 것이 아니다.

국가나 정부는 대등하게 협상하고 국제법을 만드는 규범창출자(law giver)이자 受範者이다. 국가는 국제법상 권리와 의무의 주체가 되지만, 그것은 국내법처럼 완전하지 않은 것이 사실이다. 국제사회의 불완전은 국제법을 완전하지 못한 법으로 만들지만, 우리는 국제법이나 국내법이나 법이 지향하는 이상은 궁극적으로 인간과 사람을 향한다는데 同意할 필요가 있다.

레온 뒤기나 프랑스 법사회학적 입장은 어찌면 유럽의 불행과 외교적 노력속에 싹튼 값진 것인지 모른다. 이러한 인간중심적 국제법관은 파리의 유네스코를 통하여 가깝게 되고 그들이 보는 세계는 마치 르느와르의 인상주의풍의 인간적 모습의 세계인지 모른다. 딱딱한 법적 주체론, 의사주의적 국제법관, 주권중심적 국제법관은 大洋의 군함과 참혹한 전쟁 속에서 그리는 국제사회의 국제법관일 것이다.

국가에 대한 존경은 개인에 대한 존경에서 파생하는 것이다. 이러한 관점에서 국가 주권 관념은 새롭게 정의될 필요가 있다. 즉 국가주권은 국가의 국내적 정통성에서 연원하는 것이다. 20세기 중엽이후 국제사회가 국가로서 資格을 갖추는데 있어 전통적인 3 요소, 영역, 국민, 통치권에 더하여, 민족자결을 요하는 것처럼-남아프리카 소수 백인 정권이나 퀘벡, 터어키의 북사이프러스 등은

민족자결의 관점에서 국제사회에서 국가로서 승인을 받지 못하는 대표적 경우들이다 - 국내법적 요소가 국가주권의 正統성을 판단하는 새로운 기준이 되어야 한다.

임마누엘 칸트는 그의 저서 영구평화론을 통하여 국제법과 국내법을 체계적으로 연계지운 최초의 학자이다. 칸트는 동 저서에서 단순한 현실 정치적 전형을 넘어 국제법의 규범적 철학체계를 제시하였으며, 국가에 대한 尊敬은 국가가 전체적으로 도덕을 대표하는 실체라는 헤겔식 사고와 달리 개인의 자유에 대한 우려에서 연원한다고 주장하였다.

칸트는 또한 두가지 관점에서 국제 인권법의 절대적 중요성을 강조하였다. 즉 정당하고 민주적인 국가들은 국제사회의 평화를 보장하려 하는데, 그것은 국내 정치에서 확립된 내부적 자유는 국가 밖에서 평화로운 행동을 보이는 것과 因果적으로 연계되어 있기 때문이다. 둘째로, 정당한 시민사회는 모든 정치 체계에 있어 궁극적 이상이므로 국제법은 인간의 기본권을 존중하게 된다는 것이다.

인권의 중요성에 대한 그의 주장은 국제법과 인권, 개인의 自律權등을 연결지우게 되고, 국가이익, 정부의 권리, 기타 이와 유사한 전통 국제법체계내의 개념은 기실 국제법의 궁극적 이상과는 관련이 없다. 따라서 칸트 주장에 따르면 법은 인간을 전제로 가치가 있으며, 국가는 비록 법형식적으로 국제법의 주체가 되고 국제법체계를 설명하는 핵심 개념이 되지만, 그 자체로 어떠한 법적 가치가 있다고 할 수 없고, 이는 국제사회의 불확실성으로 인하여 국제법의 법으로서의 不完全성과 장애를 결과한다고 할 수 있다.

나아가 칸트는 자유주의 진영의 연맹을 제안하는데, 칸트에게 국제사회는 권위와 집행권의 분권적 배분 시스템이 적절하게 된다. 다만 칸트 이론내에서 戰爭地에 관한 부분은 일관되지 못하여 약간의 수정을 요한다. 한편 정의는 국제적 정통성의 한 구성요소라는 주장에 대한 최근의 반론이 있지만, 정의와 인권을 축으로 하는 칸트의 국제법 이론은 아직도 정당성을 갖는다.

물론 칸트의 주장은 단순히 이론의 차원에 머무른다. 따라서 우리는 그의 이론에 따라 현실적 차원에서 개선 가능한 것들을 찾아 보아야 한다. 따라서 우리

는 칸트를 이해함에 있어 教條主義的 엄밀성을 넘어 그의 이론의 현대적 의미를 재건해 볼 필요가 있다.

임마뉴엘 칸트는 국제법 학자들에 의하여 자주 인용된다. 일반적으로 그는 국제기구의 창설을 옹호한 개척자이고 국제기구를 통하여 영구한 평화를 보장하여야 한다는 永久平和論者로 알려져 있다. 학자들은 그가 국가는 전쟁을 수행할 절대적 권리가 있다는 주장에 반론을 제기한 유일한 학자로 유엔 창설과 연결되는 현대 국제법 개념의 초석을 놓았다고 평가되고 있다.

그의 주장은 국제법을 消去 하고 국제사회와 인권을 직접적으로 연결시키게 되는 독창성을 갖는데, 이는 국제연합에 대한 정치적 후원자로서 평화로운 세계 질서의 주창자로서 그의 공적을 높이 평가하는 계기가 된다. 현실주의 비평가들은 국가를 국제사회의 핵심적 행위자로서 간주하는데, 따라서 칸트의 예비논문을 찬양한다. 실제 칸트는 예비 논문에서 친 국가적 규범, 국내문제 불간섭 원칙 등을 주장하고 있다.

더욱이 칸트는 명백하게 국가라는 행위자를 道德的 존재로 보았고, 이러한 차원에서 국제법을 바라보는 현실주의 학자들과 같은 궤를 같이 한다. 그러나 다른 세가지 결정적 논문에는 개인의 기본권의 중요성과 국제법과 국내법의 일원적 체계와 理想的 공동목적을 강조한다.

따라서 칸트의 영구 평화론은 2부분이 다른 성격의 주장을 하게 되는데, 예비 논문은 현실주의 내지 국가 중심적 국제법관으로 연결되어 국가의 개인에 대한 우위를 주장하였다. 한편 3가지 결정적 논문은 국제법 체계의 근간이라 할 수 있는 국가 또는 주권에 대하여 개인의 인권을 우선하여야 한다는 주제를 담고 있다.

그러나 현실주의적 국제법관은 의문이다. 칸트에 따르면 영구적 평화의 이상은 국가가 내부적内部的 자유국가이고 국제적 연대에 동의하는 것을 전제로 한다. 따라서 예비 논문에 집착하는 것은 영구 평화에 대한 필요조건이긴 하지만 충분조건은 아니며, 그것만으로 18세기 유럽 열강들 사이에 평화를 유지하는데도 미흡한 것이다. 그의 예비 논문의 진정한 의미는 국가들이 자연 상태에서 國際的 연맹으로 나아가는데 동의하는 것이 절대적으로 중요하다. 이는 시민 민주

주의 헌법국가를 구성하는데 있어 자연상태의 인간이 사회계약을 맺는 것에 비견될 수 있다. 다만 국가와 인간은 자연상태에서 현실적으로 다른 면이 없지 않다.

사회계약론에서 인간은 모두 善한 존재로 간주되지만 현실적으로 모든 국가가 선하다고 할 수 없다. 따라서 칸트의 국제헌법주의나 국제법 · 국내법 일원론적 사고체계는 국가가 자유롭고 선한 존재이어야 한다. 즉 국내 정치는 民主的이어야 하고 그 시스템은 자유국가이어야 한다. 정치가 권력을 본질로 하는 가치 중립적인 것이라면 칸트는 도덕론에 바탕하여 이상적 국제사회 인간의 권리가 보장되는 영구 평화체제를 論理化 함으로써 법의 발전에 기여하였다고 할 수 있다.

라. 법실증주의와 법현실주의

미국에 있어 법현실주의와 법실증주의간 교유의 시원은 순탄하지 않았다. 20세기 전반 법현실주의는 미국 법학계의 支配的 사조였다. 비록 법현실주의자들은 법실증주의자들과 닮은 점이 많았지만, 법실증주의자들은 법현실주의자들이 인정하기를 거부하는 많은 형식론적 설명들을 담고 있었기 때문이다. 켈젠식 법실증주의(Legal positivism)는 심하게 배척되었고, 하트식 법실증주의는 법률실무가의 배출을 목적으로 하는 미국 로스쿨의 主要裸目에서 제외되었다.

그러나 켈젠과 하트 같은 법실증주의는 국제사회와 국내사회에 얽혀 있는 수많은 법과 법체계간 관계를 철학적으로 분석하여 법의 효력을 체계적으로 설명하는데 기여하였다. 법의 이념이나 도덕적 正當性 같은 자연법적 정의를 넘어 법의 효력 근거를 체계적으로 설명한다는 것은 대단한 일이다. 즉 법은 법실증주의를 통하여 하나의 과학으로서 등장할 수 있게 되는 것이다.

켈젠의 법단계설과 법의 효력관계는 유엔 창설에 공헌하였고, 하트의 법실증주의는 1차 규범 2차 규범론을 통하여 복잡한 법체계에 공통적으로 적용될 수 있는 철학적 논거를 제공하였다. 여기에 칸트의 義務論과 도덕철학이 결부되면 앞서 본 바와 같이 독일식 합리주의와 이상론적 세계관에 기초한 법관념의 체계가 완성된다.

인간의 권리와 영구 평화론을 실현할 수 있는 국제기구, 그러한 국제기구는 법의 효력을 실증적으로 담보하는 국제체제를 구축하게 되고, 영성하지만 하나의 체계적 정당성을 갖추게 된다. 헌법은 국가라는 정치세력의 정치적 결단이라는 決斷主義的 헌법관이 국내헌법주의라면, 칸트와 켈젠, 그리고 하트에 의하여 얽혀진 법이론 체계는 국제헌법주의의 배경이 되는 것이다.

20세기의 법현실주의는 미국에서 싹트고 유행하였으며, 독일에서는 법사회학적 방법으로 꽃 피운다. 시초의 법현실주의자들은 사회적 · 과학적 접근방법을 희구하였으나 적절한 실증적 · 방법론적 방법들을 찾지 못하였다. 지난 십년, 새로운 법현실주의가 등장하였고, 새로운 법현실주의자들은 原型 법현실주의자들보다도 철학적으로 보다 심오하였으며, 실증적 · 사회적 · 과학적 방식에 친근하였다.

세계화 현상의 불가피한 부산물로 어떤 미국 학자들은 새로운 법현실주의를 국제법에 적용하려 하였다. 실증주의는 국내법과 달리 국제법과 연관된 학문의 세계에서 매우 강력한 영향력을 가지고 있으므로, 국제법은 불가피하게도 새로운 법현실주의와 법실증주의가 交遊 하고 대화하는 장이 되어 버렸다.

그러나 한편 이는 학문의 발전을 위하여 필요한 것이다. 법이 현실 사회에서 어떠한 의미를 갖는가라는 법현실주의는 법학을 법사회학적 성격으로 발전시키고, 법의 효력의 근원은 무엇인가 또는 법을 학문적으로 실증하고 증명하는 것은 법과 법학의 뼈대를 이룬다는 점에서 양자는 끊임없는 대화가 필요한 것이다. 따라서 우리는 미국의 국제법을 철학적으로 이해함에 있어 법현실주의와 법실증주의를 살펴볼 필요가 있다.

나아가 신 법현실주의의 구성요소를 살펴보고 국제법을 이해하는데 있어 신 현실주의적 관점과 그 예가 갖는 의미를 알아 본다. 또한 신 국제법 현실주의는 국제규범의 본질을 설명하기 위하여 중대한 비전을 제시한다. 그러나 그러한 규범의 효력에는 일정한 限界가 존재한다. 국제사회에서 법의 불확실성은 피할 수 없는 숙명인데, 그러한 숙명을 안고 새로운 국제법 현실주의자들은 법현실주의자들과 매우 유사한 입장을 취한다. 이는 학문적 회의로 연결될 수 밖에 없다.

그럼에도 불구하고 신 국제법현실주의자들은 불안정한 자신들의 주장을 보완하고, 국제법과 국제사회의 非法的 요소들간의 상호작용에 대한 보다 완전한 설명을 하려 노력한다.

이로써 국제관예에 있어 행위자들의 행위를 설명하고, 예측하며, 분석하는데 도움을 주려 한다. 신 국제법 현실주의자들은 모호했던 원래의 경향에서 신 국제법 실증주의자들에 의하여 발전된 법의 淵源에 관한 체계로 접근하고 있다.

마치 사회과학 연구방법론의 한 분과인 그라운드 이론(Ground theory)접근방식이 사회의 바닥에서 시작하여 거대한 이론으로 발전하듯이, 사회 속 파편화된 법현상과 현실의 딜레마 속에서 불안정하게 법을 인식하던 것이 기존의 법실증주의 체계에 포섭되고 이해될 수 있는 하나의 법철학 분과가 되는 것이다. 이는 귀납법 연역법의 전통에 대비된다 할 수 있고, 경험주의와 합리주의적 관점에서 이해할 수도 있겠다.

또한 판례법을 대륙법식으로 정리해는 판례법의 리스테이트먼트(Restatement) 관점에서 생각해 볼 수도 있다. 이러한 두가지 思潮를 보다 자세하게 들여다 보면 매우 신비하고 조화로운 것이다. 그러나 부분적 발전과 진화에도 불구하고 포스트 모더니즘(Post-modernism)과 포스트 모던 세계공동체의 현실을 포스트 모던 세계의 체계적인 국제법이론으로 발전시키는 데에까지는 이르지 못하고 있다.

다시 말하면 현재의 새로운 국제법 현실주의나 국제법 실증주의의 역량은 우울한 수준이라 할 수 있다. 미국은 법현실주의의 母國이라 할 수 있는데, 법실증주의의 전통은 하트의 저작과 그 저작들에 대한 다양한 반응을 통하여 대변된다 할 수 있다. 우리 법학계를 비롯하여 법실증주의적 경향이 강한 대륙법계 국가들은 미국식 법현실주의가 그다지 뿌리 내리지 못하였다.

그리고 오스틴과 하트로 대변되는 영국의 법실증주의와 달리 대륙법계 법실증주의는 제정법 만능사상으로 官房司法的 요소들이 중요한 의미를 갖는다. 법의 효력의 근거를 사회의 관습이나 성문법을 제정하는 정치권력에 두는 것으로 오스틴식 법실증주의 법은 주권자의 명령이라는 차원에 머물고 있다. 하트의 법실증주의는 영국의 국제화, 세계패권에 대응하는 법실증주의로 규범의 단계적

분류를 통하여 국제법과 국내법의 이원적 모순 등을 극복하고 일원적으로 법의 효력의 근거를 窮究 하였다.

하트의 “법의 개념”이나 켈젠의 “규범의 일반이론(General theory of norm)”이라는 저작은 다른 사회과학으로부터 법의 학문분과로서의 정체성을 제시하기 위한 두 학자의 처절한 몸부림이라 할 수 있다. 순수하게 사회와 사회과학으로부터 법과 법학을 추출하려는 노력은 당연히 하트의 “단계별 규범론“ 켈젠의 순수법학(Pure theory of law)을 경과한다.

또한 그들에게 법의 순수성은 자유와 민주주의를 위하여 필요한 것이기도 하였다. 하트의 법학은 미국 법학계의 법실증주의를 대변하였고, 켈젠의 순수법학은 로스코 파운드와 함께 유엔 창설의 기초를 마련한다. 당연한 것이지만 법현실주의 전통이 강하고 영미법계 국가인 미국의 경우 로스쿨 학생이나 실무 변호사는 물론이고 대부분의 법학 교수들은 하트에 비하여 켈젠에 대하여는 무지한 경향이 있다.

다만 세복(Sebok)에 따르면 법과정론자들, 특히 허버트 웨슬러(Herbert Wechsler)의 중립적 원칙이나 그에서 파생한 고전적 해석 운동 등은 법실증주의의 한 변형으로 이해되고 있다. 따라서 이상주의 국제법관이 미국 법학계에서 왜 인기가 없었는지, 그 이유를 살펴본다. 이러한 논의는 먼저 미 법학계의 主流的 경향이라 할 수 있는 법현실주의가 어떠한 요소를 갖는지 살펴보고, 하트의 이론이 미국에 계수되는 과정을 음미함으로써 켈젠의 경우와 대비해 본다.

브라이언 라이터(Brian Leiter)가 말하듯이 법현실주의 학자들은 특별히 핵심적인 사조나 운동으로서의 특징을 갖는 것을 거부한다. 법현실주의 사조는 그러한 사조가 존재한다면 다양한 그룹의 법학자들로 구성될 것이다. 이러한 법학자들은 그 다양성에도 불구하고 대체로 法的 決定이란 실정법, 법적 규칙, 법적 원칙 또는 법적 논리 아닌 다른 어떤 것에 의존하여 내려진다는 믿음을 가지고 있다. 다만 그 다른 어떤 것이 무엇인가에 관하여는 합의가 이루어지지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 라이터를 비롯하여 다수의 학자들은 법현실주의의 두가지 징표로 두가지를 懷疑 한다.

첫째, 판례법 국가에서 법은 오직 법원의 판결로 창출되므로 법규범 또는 법적 규칙이라는 것은 神話에 불과하다는 것이다.

둘째, 성문 제정법률이나 다른 입법부 제정규범들은 법관을 구속하거나 그들이 판결을 내리는데 있어 너무 추상적이라는 것이다.

이러한 인식은 제정법 국가의 법률가나 법학자들, 판례법 국가의 법률가·법학자들의 기본적 접근방식인데, 미국사회와 미국법에 그대로 적용되기 어렵고, 이로 인하여 미국에서 법현실주의가 주류적 사조일 수 밖에 없다는 것이다. 한편 한국을 비롯하여 성문법의 해석을 통하여 구체적 사건에 법을 적용하고 정의를 구현하는 대륙법계 국가를 판례법 국가의 법률가들은 법을 기계적으로 적용하는 법문화로 인식하는 경향이 강하다.

대표적으로 프랑스의 경우 법률가들은 판결 등에 적용되는 해당 법조문과 결과만을 간략히 기재하는 관행이 없지 않는데, 이는 司法과 行政간 별 차이가 없게 만든다. 반면에 미국이나 영국의 판결문은 기다란 문단의 사실관계, 선례의 검토 등으로 구성된다는 차이가 있다. 무엇보다도 경험론적·귀납법적 전통이 강한 영미의 경우 실제 자신이 피부로 법을 느낄 수 있는 공간인 코트 하우스(court house), 즉 법원을 법의 모태로 본다.

국회 같은 정치기관이 아니라 사회의 民草 들의 송사를 통하여 판결이 내려지고 여러 판결들이 모여 판례법이 만들어진다. 그리고 선례구속성의 원칙에 따라 법으로 법적 안정성과 예측 가능성을 본질로 하는 법의 이념이 실현된다. 반면에 합리론적·연역법적 전통이 강한 유럽 대륙국가들은 정치기관인 국회나 국민 전체를 법의 모태로 본다고 순수하게 생각해 볼 수 있다.

법현실주의자들이 성문법은 구체적 사건에서 법관을 羈束 하지 못한다고 보는 것은 별반 틀리지 않는 말이다. 그 이유는 개별적 규칙들은 추상적인데도 적용 가능한 규칙들은 다양하고, 법적 결정을 내리는 법률가들은 그 중에서 어떠한 규칙을 적용할 것인가에 관하여 기속받지 않기 때문이다.

브라이언 타마나하(Brian Tamanaha)는 법현실주의의 특징을 다음과 같이 추린다; (i) 법은 법간 간극과 모순으로 가득차 있고, 따라서 확실한 법이란 존재

하지 않는다. (ii) 모든 법적 규칙과 원칙들은 예외가 존재하며, 따라서 선례는 다른 결과를 도출할 수 있다 (iii) 법관들은 바람직한 결론을 도출하기 위하여 법을 건설적으로 분석하지 않고 자신의 개인적(個人的)취향에 따라 판결한다.

브라이언 라이터는 법현실주의를 司法的 決定에 관한 핵심적 주장, 즉 법관은 기본적으로 사실에 자극받는 자들이고, 이를 기초로 하여 발전한 것이 법현실주의라는 것이다. 앞서 말한 긴 사실관계로 구성된 英國法 판결문 이야기가 다시 상기된다.

마. 국가행위 원칙 (Act of State Doctrine)

국가행위 원칙은 미국에서 발전한 원칙으로 외국 정부의 공식적 행위가 자국 영역내에서 행해진 경우 미국 법원은 당해 행위의 有效性을 판단하지 않는다는 원칙이다. 국가행위 원칙은 ‘국가에 관한 연방법원칙’이라고도 불리우는데 미국에서 연방보통법(Federal common law)의 한 원칙으로 발전하였다. 동 원칙은 외국 정부가 해외에 소재하는 미국인의 재산을 강제로 수용한 경우에 주로 적용되고 있다. 국가행위 원칙은 언더힐 v. 헤르난데스 (Underhill v. Hernandez) 사건에서 처음 법학적 논의의 단초가 제공된다. 1892년 혁명에서 호세 모초 장군은 기존의 베네주엘라 정부를 축출하고 볼리비아 지역 도시를 획득하게 된다.

원고 언더 힐은 그 도시에 살면서 도시를 위하여 수로(水路)를 설치·경영하고 있었다. 언더힐은 미국 시민으로서 수차례 미국으로의 탈출을 위한 여권을 헤르난데스 장군에게 신청하였지만, 그의 신청은 받아 들여지지 않았다. 이에 언더 힐은 수로 경영을 하면서 그 도시에 머물 수 밖에 없었다.

헤르난데스는 결국 사실의 중대성을 깨닫고 언더힐의 귀국을 허락하였다. 귀국하자마자 언더힐은 베네주엘라에에서의 그의 拘禁에 대하여 손해배상 소송을 제기하였다. 그러나 미국 법원은 언더힐의 청구를 각하하였는데, 미 법원은 각하 이유에서 “모든 주권국가는 다른 주권국가의 독립을 존중할 의무가 있으며, 외국 정부가 자신의 영역에서 행한 행위의 당부(當否)에 관하여 심판하여서는 안된다”라고 밝혔다.

국가행위 원칙에 관한 대표적 선례는 쿠바 국립은행 대 사바티노 (Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) 사건이다. 동 사건에서 미 연방대법원은 당해 국가행위가 국제법을 위반하였다고 볼 가능성이 있는 경우에도 동 원칙을 적용하여 판단을 자제하였다. 동 사건에서 쿠바 정부는 사바티노의 설탕 공장을 國有化 하였다. 국가의 혁명을 수행하는 과정에서 사탕수수 정제소와 다른 회사들을 국유화한 것이다. 쿠바 정부가 아무런 보상을 제공하지 아니한 상황에서 미국의 투자자들이 자신들의 투자분을 회수하지 못하게 된 것이다.

미국 시민의 막대한 손실에도 불구하고 연방대법원은 국가행위 원칙을 적용하여 쿠바의 국내 조치가 유효하다고 보았다. 대법원은 나아가 쿠바 정부는 미국인의 투자 손실을 補償 하여야 한다는 주장을 배척하였다. 사바티노 사건에서 대법원은 국가행위 판단 자제의 원칙의 근거였던 국제예양(international comity)에 더하여 헌법이 보장하는 권력분립의 원칙 개념에 국가행위 판단 자제의 원칙이 묵시적으로 깃들여 있다고 보았다.

즉 외교적 · 정치적 문제에 사법부가 휘말려 들어가는 것은 현명하지 못하다고 본 것이다. 대법원은 외국인 재산의 수용에 관한 국제법 기준이 명확하지 않으므로 관련 분쟁을 司法府가 심사하는 것은 바람직하지 못하다고 판시하였다. 또한 법원이 이를 심판하는 경우 집행부의 외교 정책과 집행을 방해할 우려가 있다고 보았다. 사바티노 사건은 극심한 논쟁을 불러 왔는데, 동 원칙을 둘러싼 여러 이견들, 행정 관행 및 사법부 판결에 나타난 수많은 예외로 인하여 미국에서 동 원칙의 일관된 적용은 어렵게 되었다.

요컨대 사바티노 사건으로 국가행위 원칙을 둘러싼 논란이 불거지게 되었다. 쿠바의 부당한 조치에 법원이 속수무책으로 있게 되고 미국인의 권리가 보장되지 못하자. 의회는 아이오와주 상원의원 히켄루퍼(Bourke B. Hickenlooper)가 발의한 2차 히켄루퍼 수정법안 22 U.S.C. § 2370을 통과시키게 된다. 同法에 따르면 특별한 사정이 없는 경우 법원은 외국 정부의 미국인 재산의 강제 수용에 대한 사건에 대하여 국가행위이론을 적용하여 사건을 각하할 수 없다.

이러한 원칙에는 예외가 인정되는데, 집행부가 사법적 간섭으로 미국의 국제관계상 이익이 손상된다는 이유로 국가행위 원칙을 적용해 달라고 하는 경우 법

원은 판단을 자제할 수 있다. 이후 사바티노 사건에서 국가행위 원칙을 둘러싼 논란이 국가적으로 불거지게 되었다. 쿠바의 부당한 조치에 법원이 속수무책으로 있게 되고 미국인의 권리가 보장되지 못하자, 의회는 2차 히켄루퍼 수정법안을 통과시키게 된다.

동법에 따르면 특별한 사정이 없는 경우 법원은 외국 정부의 미국인 재산의 강제 수용에 대한 사건에 대하여 국가행위이론을 적용하여 사건을 각하할 수 없다. 이러한 원칙에는 예외가 인정되는데, 집행부가 사법적 간섭으로 미국의 국제관계상 이익이 손상된다는 이유로 국가행위이론을 적용해 달라고 하는 경우 법원은 판단을 自制할 수 있다. 국가행위 원칙은 영국법에서도 인정되고 있다. 2018년 4월 영국 통상법원은 동 이론이 영국에서의 중재절차에도 적용된다고 한다.

국가행위 원칙에 따를 때에도 국제법의 강행규범에 위반되는 경우, 즉 국제사회의 핵심규범으로 광범위하게 지지를 받는 경우 그러한 국제 강행규범(erga omnes)에 위반한 국가행위는 국내법원이 그 당부에 관하여 판단할 수 있다. 동 이론은 사법적 자제 원칙이나 집행부에 대한 사법판단 예외와 같이 연성적인 것이어서 법원은 비공식적으로 동 이론을 적용하고 있다.

즉 동 이론은 국제법이 요구하는 법규범도 아니고 국제법이 인정하는 법적 의무도 아니다. 다만 국제법의 대원칙인 영역주의(Territoriality principle)관점에서 그 이론의 설득력이 인정될 뿐이다. 동 이론은 헌법이나 국내 입법을 통하여 인정되고 있지 않다. 다만 앵글로 색슨(Anglo Saxon)계통의 법문화에서 주로 발전되어 온 보통법상의 원칙일 뿐이다.

동 이론은 국제 예양 관념에 기반하고 있으며, 주권 평등의 원칙, 국내문제불간섭 원칙, 권력분립의 원칙, 법선택법에 따른 법 선택의 자유 등에 따라 인정되고 있다. 국가행위 원칙에 관한 영국 법원의 實行에 대하여 살펴 본다. 국가행위 원칙에 따르면 법원은 외국인의 신체나 그의 물건에 대하여 가해진 손상에 대하여 그것이 국가의 행위이고 외국에서 이루어진 경우에는 심판하지 않는다.

영국법원은 영국 밖의 외국 영역에서 발생한 외국 정부의 행위의 合法性에 대

하여 판단하지 않는다. 또한 영국법원은 주권 국가간 거래 행위에 대하여 판단하지 않는다. 국제조약은 그 자체로 법적 효력을 가지지 않으며 영국 의회에 의하여 국내법으로 收用된 경우에 한하여 영국법상 권리와 의무를 창설한다. 군을 통솔하고 외교정책을 결정하는 대부분의 중요한 대권적 권한들은 법원의 사법심사의 대상으로 하기에 부적합하다.

바. 국내법에서의 국가행위 이론

1) 서언

국가행위 이론은 법학도, 법학자, 법률가 및 법관들에게 약간은 생경하다. 동 이론은 수정헌법 제 14조 인간의 기본권을 보호하기 위한 전제로 살펴 보아야 한다. 그러나 동 원칙은 그 자체로 묘하게도 목적을 상실한다. 다만 별다른 이유 없이 자유, 평등, 공정성 같은 법적 정의를 구현하는데 방해가 되는 법원의恣意的 판결들을 모아 놓아 만든 원칙일 뿐이다. 40년전 차알스 블랙(Charles Black)교수는 국가행위이론을 “개념적 재난 영역”이라 표현하였다. 마치 깊은 습지 속 동굴 속에서 햇불 하나 없이 길을 찾는 것과 같다고 하였다.

또한 다른 법학자들은 국가행위이론을 “논리적으로 일관되지 못한 탁한 매연”이라고 표현하기도 하였다. 국가행위이론이 이렇듯 난해하고 沒原則적인 것은 동원칙이 갖는 목적을 잘못 이해한 것이라 할 수 있다. 따라서 국가행위이론이 갖는 의미와 법리는 무엇인가 살펴 볼 필요가 있다. 국제법이나 국내법이나 국가중심적 법의 進化는 법의 중요한 특징의 하나를 이룬다고 할 수 있다.

이러한 경향이 UN을 세계 정부로 하여 지구상 국가들이 미국의 주 같이 되고 따라서 칸트와 헤겔이 말한 이상주의 법철학을 통하여 현실을 이해할 수 있을까? 아마도 국제정치학이나 법철학의 세계와 달리 법의 현실은 알게 모르게 국가 중심적으로 진화하고 있다. 그 와중에 미국 헌법에서 인정되고 있는 국가행위이론은 법과 도덕의 영역을 확대하고 있다. 즉 공법체계의 한계 속에서도 시장과 인간의 正義를 향하고 있는 것이다.

2) 국가행위 이론과 미국법원의 실행

1982년 루가 대 에드몽선(Luga v. Edmondson)석유회사 사건에서 법원은 국가행위이론을 충실하게 적용하는 것은 연방법의 적용범위와 연방법원 관할권을 제한함으로써 개인의 자유를 보호할 수 있다고 실시하였다. 그러나 학자들은 법원의 說示는 잘못된 것으로 보고 있다. 즉 개인의 자유를 보호하기 위한 것은 수정헌법 제 14조이며, 국가행위이론은 개인의 자유를 보호하기 위한 것이 아니라 오히려 수정헌법 제 14조의 적용을 제한한다고 주장한다는 것이다.

대법원이 국가행위 이론을 정당화하는 것은 그 자체로 모순인데, 그것은 개인과 사적 조직들은 평등, 공정성, 관용을 규범화하고 있는 헌법 조항들로부터 자유롭게 경영할 수 있는 憲法的 권리를 가지지 못하기 때문이다. 즉 개인과 사적 조직들의 본질은 여전히 헌법상 권리를 누려야 할 권리자인 것이고, 타인의 기본권을 보장하여야 할 국가와 같은 존재가 아니라는 것이다.

사적 영역(Private sector)과 공적 영역(Public sector)이분법에 충실한 보수주의적 학자들의 관점이라 할 수 있다. 사인이 경영하는 레스토랑은 인종에 따라 차별할 수 있는 헌법적 권리가 없다. 사인 전력회사는 통고나 적법절차 없이 고객에 대한 전력 공급을 중단할 헌법적 권리가 없다. 사적 체육단체는 자신들 구성원의 표현의 자유를 제한할 헌법적 권리가 없다.

개인간 평등한 처우 기본적 公定性이나 관용등은 만약 사람들이 민주적 절차를 통하여 그러한 원칙을 담은 법을 제정하는 경우 법으로서 구속력을 가질 것이다. 국가행위이론은 정부의 통제로부터 개인의 권리를 보호하는 것이 아니라 오히려 어떠한 사회에서 살기를 바라는가라는 점에 대한 시민의 民主的 決定權을 봉쇄하는 것이다. 왜 국가행위이론이 중요하게 취급되고, 어떠한 이유로 법원이나 학자들의 관심을 끄는 것인가? 그것은 동 이론이 헌법국가의 헌법체계내에서 중요한 원칙이기 때문이다.

국가행위이론은 동 이론을 적용함에 있어 최소한 3가지 충돌하는 이해관계를 형량하게 된다.

첫째 개인적 자율권으로서 개인이 정부를 규제하는 헌법에 의하여 부과된 제한에 구속되지 않고 자유롭게 발전하고 행위할 수 있는 광범위한 영역을 보호하려 하는 개인의 이익이다.

둘째, 私的 行爲에 적용되는 국가의 규제권한의 정도에 관한 엄격하지 않지만 일정한 한계 하에 주 정부와 연방정부간의 적절한 권형- 특히 주 정부의 규제의 정도에 관한 결정권의 범위 - 을 보존하여야 하는 국가적 이익, 즉 연방주의이다.

셋째, 정부 또는 정부에 준하는 주체라 할 수 있는 사인의 기본권 침해에 대하여 보호받아야 하는 헌법적 권리 등이 그것이다.

따라서 정부행위 이론에서 문제되는 것은 개인의 기본권과 민주주의에 대한 敬畏라 할 수 있다. 대법원이 국가행위이론을 좁게 적용하는 것도 잘못이지만, 진보적 법학자들 역시 동 원칙을 잘못 이해하고 있으며, 동 원칙을 너무 넓게 이해하고 있는 오류를 범하고 있다.

미 대법원은 전통 국제법 체계 같이 공사법 이론론의 엄격한 이분법을 벗어나지 못하고 있는 반면, 진보적 법학자들은 칸트식 이상주의나 공법의 私法化 경향을 대변한다. 법은 법으로서의 딱딱한 체계보다는 궁극적으로 인권을 지향한다는 이념적 철학을 국가행위이론에 적용하게 된다.

진보적 학자들이 끈질기게 주장하는 것은 국가행위이론은 항상 쟁점이 되어야 하는데, 이는 계약, 불법행위, 소유권법 등에서 정부에 준하는 권력을 保持한 사기업이나 사적 기구에 불공정한 우대를 하고 있기 때문이라는 것이다. 이는 칸트식 국제헌법주의나 이상적·일원론적 국제법관이 시민사회의 확대와 성장을 배경으로 한다는 것과 맥을 같이 한다.

양자의 주장은 모두 오류를 안고 있다. 국가행위이론이 난잡한 것은 그것이 하나의 통일된 원칙이 아니라 4개의 관련 요소로 구성된 원칙이라는 것이다.

첫째, 원칙은 사적 행위와 국가행위를 俊別 하고 있다. 둘째, 국가행위는 국가의 작위와 부작위로 이분화된다. 셋째, 원칙은 단순한 법의 개정과 정부 의사 결정과정간의 차이에 따라 다른 의미를 갖는다. 넷째, 원칙은 적법절차와 수정 헌법 제 14조 5항 평등권 조항을 법률 제정을 통하여 구현하는 의회의 권한에 영향을 미친다.

3) 민주적 선택 이론

국가행위이론의 본질은 민주적 선택의 원칙에 봉사하는 점에서 찾을 수 있다. 즉 동 이론은 시민들이 민주적으로 자신을 통치하는 영역을 스스로 선택할 수 있는 일정한 영역을 형성하는데 기여하는 것이다. 이하에서는 국가행위이론에 관한 올바른 이해를 바탕으로 전술한 동 이론의 4가지 측면에 관하여 분석해 본다.

민주적 선택 이론은 알렉산더 비켈(Alexander Bickel)이나 존 하트 엘리(John H. Ely)의 헌법사상에도 부합한다. 진보주의자들과 보수주의자들은 국가행위이론의 진정한 목적을 간과하고 있다. 그것은 국가행위이론을 이해하고 적용함에 있어 오류를 결과한다. 保守主義者들은 국가행위이론이 개인의 기본권이나 주 정부의 권리를 보호하지 않는다고 주장하는 오류에 빠진다.

自由主義者들은 헌법은 기본적으로 개인의 행위를 규제하는 것이 아닐뿐 더러 정부의 은혜를 보장하는 것도 아니므로 그러한 규제와 은혜를 확대하여야 한다는 오류에 빠지게 된다. 국가행위이론은 보수주의자들이 생각하듯이 사적 개인들에 대한 정부 통제로부터의 보호막이 아닐뿐더러 자유주의자들이 생각하듯이 민주적 절차와 과정을 대체하는 것도 아니다.

헌법은 우리 사회와 우리 법체계의 中核이고 그것은 다수 지배의 민주주의를 심어 놓았으며, 알렉시스 토크빌이나 존 스튜어트 밀(John S. Mill)이 말하듯이 다수의 전제로부터 소수자를 보호한다. 헌법은 정치적 文書로서의 성격을 넘어 법으로서 존경받기 때문에 법을 적용할 의무가 있는 법원은 국가행위에 대하여 헌법이 금지하는 것을 강제할 의무가 있다.

그러나 법원이 헌법을 적용하지 않거나 오직 약한 정도로 적용하여야 하는 경우가 있는데, 그 대표적 예가 정치적 문제의 원칙(Political question doctrine)과 정부 의지 원칙이다. 정부 의지 원칙이란 사법심사의 대상이 되는 개인이나 단위의 동기를 중시하여야 한다는 원칙이다. 정부 의지 원칙이 적용되는 경우 법원은 낮은 수준의 헌법 심사를 하게 된다.

즉 행위자 개인 또는 일정 단위의 행위가 헌법적으로 보호받는 일정 그룹이나

자유권 등에 대한 의도적 행위가 아니었다면, 보다 많은 裁量을 인정한다는 것이다. 국가행위이론은 정치적 문제의 원칙이나 정부 의지 원칙과 같이 특정한 범위의 행위에 대하여 헌법적 심사를 행하지 못하도록 한다. 이러한 국가행위 이론은 4가지 모든 영역에서 단순하지만 중요한 하나의 법원칙에 봉사하여야 한다.

그것이 바로 민주적 선택권(Democratic choice)의 헌법적 보호이자 경외라 할 수 있다. 즉 국가행위이론은 스스로 자신을 통치할 수 있는 시민들의 권리의 보호에 기여하여야 한다. 그러나 대법원의 관행은 헌법을 잘못 해석함으로써 국가행위이론에 반하는 법 적용을 하고 있다. 국가행위이론은 일관성 있는 분석을 통하여 잘 운용될 수 있고, 진보적 성향 학자들의 비판은 정당하지 않다.

헌법 원문은 명백하게 “헌법은 정부를 수범자(norm receiver)로 하는 법”이라고 규정하고 있다. 개인은 헌법의 수범자가 아니다. 헌법 제 1, 2, 3조는 입법부, 집행부, 사법부를 규정하고 있고, 헌법 제 1조 9항, 10항, 헌법 제4조는 연방정부와 주정부에 대하여 여러 제한을 규정하고 있다. 미 건국의 아버지 중 하나로 추앙받아야 할 존 마셜(John Marshall)대법원장은 위헌법률심사제를 확립하여 헌법국가 발전에 획기적인 기여를 하였는데, Marbury v. Madison 사건에서 “헌법은 정부를 구성하고, 다른 부처에 각각 다른 권력을 부여하고 있다”고 하였다.

반면에 헌법은 한 개인이 다른 사람을 어떻게 취급하여야 하는가를 결정하려 하지 않는다. 오직 헌법만 있는 세상이면 다른 자의 재물을 절취할 수도 있고, 다른 사람을 폭행할 수도 있으며, 심지어 살해할 수도 있다. 그렇다 하더라도 그것은 헌법위반이 아니다. 따라서 헌법과 국제법은 매우 정치적(政治的)인 법이다. 법의 궁극적 가치를 인간으로 환원하면 사법의 원리와 공법의 원리가 융화할 수도 있다.

칸트의 법철학 윤리론, 정의에의 관념은 그러한 융화형 법철학 · 일원론적 법철학이라 할 수 있다. 보수주의자들은 이러한 법체계를 잘 아는 자들이다. 그리고 그러한 법이론을 현실에서 지켜야 한다고 주장한다. 진보주의자들은 그러한 법체계는 궁극적으로 인간의 가치와 사회의 진보를 위하여 軟性的 이어야 한다고 주장한다. 필요한 경우에는 법체계가 현실과 구체적 정의를 위하여 희

생될 수 있다는 것이다. 따라서 국가행위이론에 관한 논의는 법현실주의나 법실증주의를 통하여 이해할 수 있다.

법현실주의는 진보나 보수 모두를 아우르는 법원에서 확인할 수 있는 법이라 할 수 있고, 법실증주의는 헌법이라는 제정법의 해석을 통하여 그 법적 구속력을 발휘하기 때문이다. 궁극적으로 법은 정의를 지향하고 윤리에 기반하므로 公私法 二元論을 넘어 법의 인간적 가치와 보편적 인권을 주장한 칸트의 이상론은 국가행위이론을 이해함에 있어 진보적 성격을 갖는다 할 수 있다.

요컨대 국가행위에 해당하는가를 판단하는 다양한 기준에도 불구하고 그 적용에 있어 대법원의 경향은 일반적으로 보수와 진보에 따라 두가지로 분류해 볼 수 있다. 렌퀴스트 대법원장의 보수 대법원은 “원칙 지향적” 접근방식을 취한다. 따라서 피고 행위자가 국가 행위자인지 여부를 결정하기 위한 여러 구체적 기준을 각각 개별적으로 원용·적용한다. 반면에 진보적 대법원은 “제반정황” 기준을 따른다.

많은 진보적 학자들은 더 나아가 제반정황 기준도 국가행위이론의 진정한 의미를 실현하는데 부적절하다고 지적한다. 왜냐하면 국가행위는 언제나 實存 하기 때문이다. 캐스 선스타인(Cass Sunstein)은 사적 고용주가 차별적으로 행동한 사례에서 국가행위가 존재한다는 예를 든다. 예컨대 고용주가 여성이라는 이유로 고용하지 않거나 동성애자라는 이유로 종업원을 해고하였다고 가정해 보자.

고용주의 행위를 헌법적 관점에서 보았을 때에 우리는 이러한 경우에 헌법이 적용되는가를 묻게 된다. 그러나 우리는 동시에 고용주가 그러한 결정을 내릴 수 있도록 근거를 제공한 法들을 살펴 보아야 한다. 그리고 그러한 법들은 당연히 국가가 제정한 법들일 것이다. 고용주가 사람을 해고하거나 고용하기를 거부하는 것은 자연(自然)이 허락한 것이 아니다. 그것은 법이 그것을 고용주의 권리라고 인정하였기 때문인 것이다.

선스타인 주장의 핵심은 법의 여러 기본원칙들이 알게 모르게 우리 사회의 공간을 이루고, 따라서 사적 행위이지만 법의 암묵적 용인에 따라 행해진 것이며, 따라서 이는 國家行為 라는 것이다. 이러한 주장은 노직(Robert Nozick)이

나 존 롤즈(John Rawls)법철학처럼 사적 정의와 공적 정의가 융화할 수 있는 계기가 된다. 칸트의 이상론이나 윤리론에 근거한 법철학의 경우에는 두말 할 것도 없이 선스타인의 견해에 동의할 것이다.

이는 또한 딱딱한 법실증주의 법철학에는 그다지 친하지 않을 것이고, 미국의 법현실주의 관점에서는 진보적 학자들의 주장에서 찾아 볼 수 있을 것이다.

사. 법원의 역할: 민주적 절차의 보장

미국은 실용주의 · 경험주의 국가이다. 따라서 국가행위이론을 보다 확장하여 적용하여야 한다는 보다 강력한 이유는 우리 사회의 변화로 헌법규범의 적용도 그에 따라 변화하여야 한다는 데에 있다. 즉 사적 개인이나 單位의 권한이 커지면 커질수록 보다 엄격한 헌법심사를 받아야 한다. 예컨대 우리는 국가행위 이론은 확대 · 적용되어야 하는데, 그것은 수정헌법 제 1조 표현의 자유를 보호하기 위한 것이다.

쇼핑몰은 시내 상가 지역을 재편성하고 있으며, 구획되고 제한된 출입지역은 전통적 이웃관계를 대체하고 있고, 소수의 미디어 재벌들은 대중매체를 지배되고 있다. 따라서 국가행위이론이 이러한 경우에 확대 · 적용되지 않는다면 平均的 市民들은 표현의 자유의 기회에 접근할 기회를 상실할 수 밖에 없다. 그러나 과학 기술의 진보가 권력의 집중만을 가져 오는 것은 아니다.

권력을 분산시키기도 한다. 독과점적 대중 매체는 보통 시민도 가능한 영상제작자들과나 광대한 민주적 포럼인 인터넷 공간을 통하여 균형을 이루고 있다. 여기에서 우리는 다음과 같은 두가지 질문 중 무엇이 우리에게 적절한 것인가 질문해 보아야 한다. 즉 사적 개인이나 조직들이 우리 조상 때와 달리 우리 시대에 이르러 더 많은 權力을 행사하고 있는가?

아니면 사적 개인들이 자신의 권력을 행사하는 것을 통제하는데 있어 더욱 어려운 도전에 직면하고 있는가? 답은 節次的인 것이다. 더 많은 권력을 행사하는 것이 문제가 아니라 더 많은 권력의 恣意的 행사가능성을 어떻게 통제하여야 하는가가 문제되는 수준에 이르고 있다.

미 헌법사를 돌아보면 사적 권력의 남용이 문제되는 경우가 적지 않다. 19세기 초반에는 남쪽의 노예제 권력들이, 그리고 19세기 중후반기에는 고무(rubber) 귀족들이 국가의 경제를 좌지 우지 했다. 이러한 사회적 부조리는 결국 민주적 절차와 과정을 통하여 해소되었고, 우리는 민주적 절차가 가능하다면 사회적 不條理의 문제를 그것에 맡기는 것이 옳다.

사적 권력의 남용 문제를 대법원에 가져가 헌법해석을 통하여 모든 문제를 해결하려 하는 것은 바람직하지 않다. 민주적 절차와 과정을 통하여 우리는 私的 權力의 남용을 규제할 역량을 가지고 있기 때문이다. 민주적 절차와 과정이야말로 건국의 아버지들이 우리 정부를 구성하는데 있어 가장 중요하게 생각하였던 것이고, 법원도 국가행위이론을 해석·적용함에 있어 어떻게 하면 민주적 선택 영역을 보존할 수 있는가 고민하여야 할 것이다.

법관 리처드 포스너(Richard Posner)는 헌법을 적극적 자유 헌장이라기 보다는 消極的 자유 헌장으로 보았다. 국가행위이론에 있어 국가의 작위와 국가의 부작위 간 이분법도 민주적 선택 원칙을 통하여 이해할 수 있다. 민주적 선택이란 시민이 자신이 선출하고 자신을 대표하는 입법부나 집행부를 통하여 시민의 인권과 사회적 복지혜택에 관하여 법을 만들고 각 입법 영역에서 헌법이라는 出發點으로 부터 얼마나 멀리 가는가 하는 것을 결정하기 위한 원칙이라 할 수 있다.

따라서 정부는 시민의 인권이나 사회적 복지 혜택을 적극적으로 증진할 권리는 없다는 인식은 고전적 중립국가(Neutral state)개념과 일관성을 갖는다. 따라서 사적 개인이 국가에 준하는 것으로 취급되어 국가행위이론이 적용되는 경우에도 국가의 경우와 마찬가지로 사인의 作爲的 行爲와 달리 부작위의 경우에는 헌법은 규제하지 않게 된다.

물론 헌법에 중립국가가 의무화되었다고 할 수는 없다. 그러나 현재 국가행위이론에 관한 법원의 태도는 중립국가 개념을 전제할 때 “적극적 입법행위 없이는 미국 정부는 실패한 것”이라는 것을 대변하는 대표적 이론이 된다. 따라서 稀貴 하지만 국가행위 이론이 적용되어 사인의 행위가 정부의 행위에 준하여 헌법적 규제를 받는 사례들은 법원이 국회나 대통령 같은 정치기관처럼 행동하는 성격을 갖는다.

고전적 성격의 시민적 권리 부분에 있어 국가행위이론과 민주적 선택 이론은 시민들이 시민들간 상호관계에 있어 얼마나 공정하고, 관용하여야 하고, 얼마나 평등하여야 하는지를 정하여야 한다는 의미를 갖는다. 통상적인 헌법체계 내에서 이러한 영역은 前述한 바와 같이 의회나 집행부 같은 정치기관의 권한과 책임 영역이라 할 수 있다.

민법 상 상린관계나 소유권의 보호, 계약의 자유, 소액 임차인의 보호 같이 수많은 구체적 · 공공적 정책들이 정치과정을 통하여 溶解 되고 헌법의 하위 규범으로 제정된다. 물론 이러한 정치기관의 권한들은 헌법이 정한 최소한의 기본선(baseline)을 준수하여야 한다. 예컨대 미국 헌법의 경우 사적 행위에 관한 헌법의 기본선은 수정헌법 제 13조에 규정되어 있고, 국가행위에 관한 기본선은 수정헌법 제 1조에서 10조까지 인권장전에, 그리고 수정헌법 제 14조에 따라 그것이 주정부에까지 확대되어 헌법이 보장하는 기본선이 되고 있다.

사회적 복지 분야에서 국가의 작위와 부작위 이분법은 시민은 정부에 대하여 사회적 복지 혜택을 적극적으로 구할 수 없다는 것이다. 따라서 민주적 과정을 통하여 시민은 국가의 공적 재원을 얼마나 恣善에 의하여 사용할 수 있는가에 관하여 무한한 재량권을 가진다. 법원은 사회복지혜택에 관한 소송에서 정부는 적극적으로 복지혜택을 제공할 의무가 없다는 것을 확인하고 있다.

이러한 “적극적 작위의무의 부존재(No affirmative duty)” 원칙은 헌법 문언에 의하여 뒷받침된다. 그러나 문언적 · 역사적으로 최소한 몇가지 적극적 작위의무가 인정된다는 주장이 있다. 그중에서도 公敎育과 시민의 보호에 관한 정부의 기능은 정부에게 적극적 의무가 있다고 볼 수 있는 대표적인 경우이다.

아. 알렉산더 비켈과 존 스투어트 엘리

게리 맥도웰 교수는 “알렉산더 비켈 주장의 대부분은 현 시대 헌법화 현상이 어떻게 일어나는 가를 단계별 장르에 따라 설명하는 것이라 할 수 있다”고 한다. 비켈은 “비다수의 난관(Countermajoritarian difficulty)”이라는 그의 용어대로 헌법의 핵심에서 발생하는 근본적 모순의 정체를 밝히려 하였다. 비켈은 의회 제정법률이나 선출직 집행부 구성원의 행위를 위헌이라 판단하는 경우 현재 미국의 실제 시민들을 대표하는 의회 의원이나 대통령의 의사를 위협하게

된다.

법원은 지배적 다수를 위하는 것 대신에 그러한 다수 의사에 반하는 司法的 統制를 하게 된다. 비켈의 주제는 미국의 시민은 주권자라는 기본 원칙에 터잡고 있다. 미국 건국의 기초가 되는 가장 근본적 진실의 하나는 모든 정부의 정통성과 권력의 합법성은 被治者인 시민의 동의에서 연원한다. 그러한 원칙에 따라 미국의 시민은 헌법을 제정하였고 시민의 정부로서 대표제 민주주의를 뿌리 내리게 하였다.

연방 의회와 대통령은 시민의 公僕으로 국민에 의하여 선출되고 시민을 위하여 법을 제정하고 집행하며, 시민에 대하여 책임을 진다. 또한 정기적으로 선거를 통하여 교체된다. 비다수의 난관으로부터 발생하는 민주주의와 헌법과의 갈등을 조정하기 위하여 비켈은 인간의 道德性을 강조한다. 그는 헌법은 동의에 의하여 구성된 정부의 도덕성을 존경하여야 하고, 정부는 스스로 도덕적 정부가 되도록 노력하여야 한다.

즉 비켈 주장의 핵심은 “헌법은 시민이 자신을 민주적으로 통치할 수 있도록 하는 시민의 도덕적 권리를 훼손하지 않아야 하며, 또한 민주 다수 정부의 비도덕적인 권한의 행사에 대하여 제한을 가할 수 있어야 한다”라는 것이다. 그러나 비켈은 동의에 의한 정부의 도덕성이라는 民主的 正當性(morality of government by consent)부분과 정부 내 자기 도덕성(moral self-government)이라는 헌법적(憲法的)정당성 사이를 가르는 어떠한 구체적 기준에 대해서는 언급하지 않았다.

헌법학자 엘리(John H. Ely)는 비켈을 지난 20년 가장 독창적인 이론을 제시한 헌법학자로 평하고 있다. 그러면서 민주주의 사회에서 사법부 우위의 역할을 주장한 비켈에 대하여 고상한 답을 주고 있다. 엘리는 최고법인 헌법하에서 행해지는 사법심사의 가장 주요한 목적은 민주적 과정이라는 大原則이 훼손되지 않도록 하는 것이다.

다시 말하면 법이나 공공정책이 민주적 정치과정이 적절하고 효율적으로 기능하는 것을 방해하는 경우 법원은 양자간 균형을 회복하기 위하여 적절한 조치를 하여야 하고 그것이 헌법상 법원(法院)역할의 하나가 된다. 따라서 엘리의

견해는 이번 검수완박 사건의 헌법재판소 결정에서 의회 절차의 위헌·위법적 요소가 존재함에도 사안의 당부의 문제에 나아가 5 대 4로 법의 합헌성을 인정한 것과 맥이 상통한다.

즉 국민에 의하여 선출된 의회와 의회내 정치과정은 민주적 선택이자 그 절차적 흠은 의회의 自律權 영역이어서 법의 잣대를 들이밀어 그 하자를 이유로 법의 實體的 合憲性에 나아가지 않고 헌법소원심판 청구를 인용할 수는 없다는 것이다. 그리고 이러한 민주적 정통성의 강조, 민주적 선택을 위한 정치과정과 민주적 절차의 보존은 국제법과 국내법의 정의가 상통하며 국제헌법주의나 법과 인간의 권리를 理想的으로 연계 시키려는 칸트의 법철학에 부합하는 것이다.

엘리는 이러한 헌법해석의 방법을 “대표제의 재확인 (representation-reinforcement)”이라 불렀다. 그리고 엘리에게 법원의 역할은 한마디로 민주적 과정에 대한 위해요소를 제거하는 것이고, 그것이 법원의 가장 주된 존립 근거라 할 수 있다. 비켈의 비다수의 난관이라는 개념과 같이 엘리의 이론은 초창기 존 마셜 대법관에 의하여 확인된다. 비켈의 딜레마 (dillema)가 *Marbury v. Madison* 사건에서 표출되었다면, 엘리의 이론은 *McClough v. Maryland* 사건에서 표출된다.

동 사건에서 연방대법원은 미 합중국 법원이 발행한 수표에 대하여 주 정부가 과세하는 것은 위헌적이라고 하였다. 그것은 메릴랜드 주 시민은 연방정부의 권한 범위내의 행위에 대하여 課稅 할 수 있는 권한이 없다는 것이다. 주 정부의 주권은 자신의 권한 영역 내 모든 것에 미치고, 주 정부의 묵인하에 주 영역 내 모든 것이 존재하지만, 그러한 주권의 最高性이 연방의회가 미 합중국 시민으로부터 부여받은 권한을 구현하기 위하여 행한 조치에까지 미치는가?

명백히 그러하지 아니하다. 연방정부의 권한은 한 주의 시민에 의하여 주어지는 것이 아니다. 그것은 미합중국 시민에 의하여 주어지는 것이고 헌법에 따라 제정된 연방법은 미국에서 최고성을 갖는다. 따라서 한 주의 시민들이 자신의 主權을 연방정부나 연방법에 반하여 확대할 수는 없다.

엘리는 맥클로우에서 법원의 설시를 대표제 원칙의 한 예로 인용한 바 있다.

대표제 강화이론을 통하여 엘리는 헌법해석에 관한 대원칙을 세우려 시도한다. 그러한 노력을 통하여 적절한 대표제를 구성하는 요소들에 관하여 체계적으로 접근한다. 그는 사법심사제의 역할을 선거과정에 대한 감시로 국한하여 제한할 것을 제안한 것이 아니다.

오히려 그는 暴壓的 立法으로부터 소수자를 보호하는 것이 법원의 임무라는 것을 확신하였다. 즉 그는 기존의 대표제 민주정치가 소수자를 대표함에 있어 부적절한 경우 司法的 간섭이 정당화될 수 있다고 본 것이다. 그러나 엘리는 시민의 기본권을 창출하는 여러 법리에 대하여 회의적이었다. 먼저 실제적 적법절차 원칙에 반대하였다.

그는 여성의 낙태권을 존중하여야 한다고 하였지만, Roe v. Wade 판결은 잘 못된 것이라고 비판하였다. 법원이 법을 해석한다는 이유로 입법적 권력을 행사한다고 본 것이다. 즉 그는 법원이 태아의 생명 보호에 관한 주 정부의 이해 관계를 여성의 사생활의 자유권과 형량한 것은 政治와 인권을 혼동하고 법원의 역할을 과도하게 확장한 것이라고 주장한다.

대법원이 최근 여성의 낙태권은 역사적으로나 헌법해석학적 관점에서 헌법상 권리라고 할 수 없다고 함으로써 낙태의 규제를 주 정부의 권한 범위로 되돌린 것은 엘리의 입장에 부합한다. 이는 매우 보수적 판결로 국제사회의 비난을 받고 있는데, 한편 헌법이라는 문서가 規範의 성격과 함께 政治的 성격을 갖는 문서이며 민주적 정치과정의 보존은 연방헌법의 제정과 개정에도 연계된 주권 행사의 영역이고 정치의 영역이라는 엘리의 주장 역시 정치적 관점에서 보수적인 헌법이론이라 할 수 있다.

그러나 上位法 사상이나 Marbury v. Madison 사건을 기원으로 하는 위헌법률심사제 또는 사법심사제도는 헌법의 규범적 성격과 연관되는 한편 진보적 대법원이 숨쉴 수 있는 공간을 제공할 것이다. 요컨대 엘리의 견해는 대표제 강화이론을 통하여 법원의 핵심적 역할에 대하여 논하였지만, 대표제 강화이론만이 사법심사제의 근간을 제공한다는 것은 유지하기 어려운 주장이다.

헌법 前文만 보더라도 헌법이 의도한 미국의 목적은 다양하다. 국내 정치의 안정, 공동 방위, 보편적 복지, 자유의 축복의 보존 등등 헌법이 추구하는 다양한

목적이 규정되어 있다. 헌법을 수호할 책임이 있는 司法府가 오직 대표제 강화 이론에 의하여 제약받는다라는 것은 무리한 해석이다. 더욱이 개인의 기본권의 범위를 대표제 강화이론으로 제약하는 것은 가혹하다. 예컨대 개인의 사생활의 자유는 대표제 강화이론에 의할 때에 모든 범위에서 헌법적 보호가 박탈되게 된다.

그러나 엘리의 견해는 부분적이지만 알렉산더 비켈의 딜레마에 대한 중요한 답이 된다. 따라서 우리는 비켈과 엘리의 주장을 절충하여 혼합함으로써 시민이 自己統治의 권리를 아무런 제약없이 행사할 수 방향으로 국가행위이론이 해석되고 적용되어야 한다고 본다. 이를 “민주적 선택 이론(Democratic choice theory)”이라 부른다면 이는 엘리처럼 민주적 차원의 헌법을 더욱 민주적으로 강화하지 않으면서, 개인에게 헌법적으로 선택의 권리를 보존할 수 있게 할 것이다.

그것은 민주제 · 대표제라는 정치적 차원의 헌법과 사법심사제를 통하여 歴史的으로 확인되어 온 개인의 헌법상 기본권 보호에 관한 규범적 차원의 헌법을 조화하는 것이 될 것이다. 그리고 그것은 미국과 미국 시민의 현주소이기도 하다. 요컨대 현 법원의 국가행위이론에 대한 이해와 동 이론의 적용은 민주적 선택의 기준을 간과하고 개인의 기본권에 초점을 맞추고 있다.

법원은 민주적 선택 기준을 간과하고 여러 유형의 국가행위 이론을 둘러싼 사건에서 이론을 잘못 해석하고 잘못 적용하고 있다. 국가행위와 사적 행위의 二分法 사이에서 대법원은 국가행위이론은 개인의 기본권을 보장하기 위한 것이고 국가행위의 개념을 좁게 해석함으로써 주 정부의 권한 행사에 대하여 적절하게 대응하지 못하고 있다.

렌퀴스트 대법원장은 이러한 입장에서 국가행위를 原子 같이 미소하게 제한하고, 여러 복잡한 영향과 변수가 사적 행위에 국가성을 부여한다는 원리를 무시하는 遇를 범하고 있다. 즉 그와 그의 대법원은 사적 권한과 국가의 권한이 결합하여 우리의 공법 생활의 현실을 현출하고 있고 따라서 헌법 규범을 적용할 필요가 있는 경우에도 이를 과소평가하여 적용하지 않고 있다.

자. 글을 맺으며

법은 도덕의 최소한이다. 독일의 법학자 옐리네크(G. Jellinek)가 한 말이다. 그렇다면 법과 도덕은 어떻게 다른가? 우리는 도덕은 外面的이고 법은 內面的 성격을 갖는다거나, 법은 위반시 강제적으로 준수되어야 하고, 도덕은 그 준수가 우리의 양심에 맡겨져 있다고 양자를 구별하고 있다.

따라서 법실증주의는 자연법이나 도덕으로부터 우리가 경험하고 인식하는 현실 사회의 법현상을 이해하게 함으로써 質的 探究를 주된 방법으로 법학을 근대 학문분과의 하나로 자리잡게 하였다. 즉 법실증주의는 주권자의 명령, 근본규범(Grundnorm), 관방사법, 정치적 결단으로서의 헌법 등등 강제력을 본질로 하는 법 현상을 이론적으로 뒷받침하려는 노력으로 학문적 발전을 이룬다.

권력분립과 이원적 주권 체계, 연방헌법과 법원 중심의 보통법 문화를 가진 미국의 법학은 법현상의 본질을 형식적 체계나 개념론적 전착으로부터 법사회학이나 법현실주의적 분석방법과 전통으로 발전시킨다. 本敵를 통하여 우리는 법과 도덕, 윤리의 문제에 관한 근본적 성찰의 기회를 가질 수 있었다. 이를 위하여 가장 적절한 학자로 우리는 칸트를 들었다.

칸트는 사람과 국가, 세계를 일원적으로 이해하고 모든 나라가 자유국가가 된다는 전제하에 세계의 영구평화가 가능하다고 보았다. 동질적 성격을 갖는 자유국가들의 국가연합은 세계의 영구평화를 가져 올 수 있다는 것이다. 칸트가 살던 시절 최상의 도덕적 이상은 自由 였다.

속박으로부터의 인간해방, 그것은 그 자체로 옳이고 도덕이었던 것이다. 윤리나 도덕은 시대의 변화에 따라 상대적 성격을 갖지만, 자유라는 최고의 도덕 가치를 전제로 국가연합과 영구평화를 주장한 것은 법철학적으로 매우 중요한 의미를 갖는다.

그것은 법은 도덕의 最少限이고 도덕을 무시한 법은 법실증주의 과학의 극단적 결과인 법형식주의로 이어져 수권법 같은 논리에 따라 전제와 비인간적 만행이 법이라는 이름으로 자행될 수 있기 때문이다.

따라서 칸트의 법철학은 로날드 드워킨(Ronald Dworkin)같은 현대 자연법론

학자들에 의하여 계승되고 있다고 본다. 그러나 여전히 현실사회의 법과 법학은 법의 강제력과 법해석을 통한 법의 구체적·현실적 실현을 연구 대상으로 하고 있다. 그리고 그러한 법의 強制力을 보장하기 위하여 법체계나 규범의 본질에 천착한다. 대륙법계 국가들의 해석법학과 법실증주의, 영미법계 국가들의 법사회학, 법현실주의는 다양한 법이론을 발전시켜 왔다.

이러한 법이론은 법이 현실사회에서 구속력과 강제력을 가질 수 있는 이론적 근거를 제공한다. 임마누엘 칸트의 이상적 법이론은 법실증주의와 법현실주의를 지탱하기 위한 중간적 단계의 여러 이론(meso-level legal theory)에 의하여 지탱되는 것이다. 인위적 機制로서의 법이나 법학은 다양한 기준을 통하여 분류할 수 있지만, 그중 정치적으로 중요한 의미를 갖는 것이 공법과 사법, 국제법과 국내법 분류법이다.

칸트의 이상론은 모든 사람이 자유롭고, 모든 국가가 자유로우며, 이에 바탕한 국가연대는 세계평화와 자유를 가져올 수 있다는 것이다. 따라서 칸트 이론은 공적 영역과 사적 영역, 국제사회와 국내사회를 일원적으로 관통하는 성격을 갖는다. 다시 말하면 공법과 사법의 분류는 법과 도덕, 법과 인간으로 해체되고 단순화되는 것이다.

마치 국가가 없는 상태에서 사회속 자연인간의 관계이자 도덕 윤리라 할 수 있다. 또한 국제사회도 역시 국제사회와 사람, 도덕과 윤리 등이 직접 연결됨으로써 국제헌법주의(International constitutionalism)를 지향하면서, 기존의 다양한 성격의 국가로 구성된 정치중심적 국제사회는 소멸하고 영구 평화가 가능하게 된다.

요컨대 칸트의 법철학에서는 법과 인간만이 존재한다. 이는 기존의 공법체계나 국제법체계와는 사뭇 다른 것이다. 우리는 본고를 통하여 미국의 法院이 바라보는 국가의 법이론적 의의를 살펴 보고, 칸트 이상론의 허들(hurdle)중 가장 중요한 국가라는 실체가 기존의 법이론체계에서 어떻게 취급되는지 살펴 보았다.

국제예양(international comity)을 바탕으로 자유국가 평화적 국제연대의 정신에서 발전한 국가행위의 원칙과 헌법원칙로서 공법과 사법 영역을 매개하는 국

가행위이론을 살펴 봄으로써 칸트의 법철학을 음미해 보았다. 국가행위의 원칙이나 국가행위이론은 칸트의 이상론이 쉽게 달성될 수 없다는 것을 보여주지만, 민주적 선택(democratic choice theory)을 위한 기회의 보장이 국가행위성 판단기준이 되어야 한다는 주장은 자유국가를 향하는 도정에서 매우 중요한 의미를 갖는다.

자유와 민주주의는 시민들에게 주어진 선택의 기회이고 適法節次이기 때문이다. 또한 국가연합을 이루는 전제로 자유국가가 되어야 하는 것은 현실적으로 개별 국가들의 분발을 요하는 문제이다. 타국의 법원 특히 미국과 같은 강대국이 국제예약을 존중하지 않는 것은 국제사회를 불안하게 할 수 있고, 평화에 대한 위협이 될 수도 있기 때문이다.

다만 이러한 국제예약 정신이 ‘너는 너’ ‘나는 나’가 되어서는 안되고 국제사회의 평화분위기 조성, 상호 도덕적 존재가 되려는 노력을 통하여 連帶 분위기가 조장되도록 하여야 한다. 글을 맺으며 드는 생각은 법은 사회적 현상의 하나이며 사회는 그 구성원인 인간과 공동체를 유지하기 위한 정치를 통하여 존속하고 재생산된다는 것이다. 국가와 사람은 동질적 법인격자라 할 수 있다는 것이 칸트의 주장이다. 자유국가의 시민은 자유로운 인격체이고, 자유인들로 구성된 자유국가는 국가 연합(Federation of States)을 통하여 영구한 평화를 누릴 수 있게 된다.

그러나 칸트는 무정부주의(Anarchism)나 사회주의의 출현을 예상하지 못하였다. 자유라는 절대적 도덕은 무정부주의를 통하여 相對化 되고 사회주의를 통하여 적어 된다. 국가행위 원칙과 국가행위 이론을 통하여 우리는 칸트의 이상적 법철학과 우리 법학도들을 일상적으로 지배하는 법실증주의·법현실주의를 대비시켜 보았다.

後者の 법철학들은 국가나 주권 같은 법의 본질과 그 사회적 현실에 초점을 맞추고 있다. 이에 비하여 칸트의 법철학은 그 人文的 성격으로 인하여 법을 인간에 직접 연결시키면서, 그가 살았던 19세기 초 중엽 막 타오르던 자유주의의 가치를 절대적인 것으로 보고 자유인, 자유국가의 국제적 연대를 꿈꾸었다.

우리는 앞에서 국가행위 원칙과 국가행위 이론을 통하여 국가와 정치는 법을

이해함에 있어 핵심적 요소라는 것을 확인하였다. 법에 있어 국가는 사람과 같이 인격자이다. 국내법이나 국제법 체계에서 법은 국가에 법인격을 부여하고 있는 것이다. 그러나 지킬 박사와 하이드 소설에서 보듯이 人格이 모두 선한 것은 아니다. 국내법상 살인자나 국제법상 전범국가·불량국가 사례가 그러하다.

나아가 국가는 절대선이라는 헤겔의 주장은 국내법을 이해하는데 도움을 줄 수 있어도 국제사회에서는 협상과 외교보다는 쉽게 전쟁으로 나아갈 수 있게 한다. 국제법상 正戰論이 전쟁을 신성시하고 戰數理論이 전쟁상태에서 국가는 어떠한 수단도 사용할 수 있다는 사고의 배경이 된다.

우리가 살펴본 칸트의 법철학은 플라톤의 철학자 군주론이나 동양의 성군론처럼 국가는 선한 군주이고 우리의 자유를 보장하는 도덕적 실체라는 것을 가정하였다. 헤겔이 다양한 가능성 속에 국가의 절대선만을 말함으로써 국제사회에 있어 국가간 도덕적 상대성 현실주의 국가관으로 발전한다면, 칸트의 국가관은 자유라는 도덕적 절대성 이상주의 국가관을 그리고 있다.

정치가 動的 이라면 법은 靜的이다. 정치가 동물이라면 법은 스님이나 시녀 같은 본질을 갖는다. 언젠가 미국의 대표적 보수 정치가이자 테러와의 전쟁을 선언하고 이라크 전쟁으로 나아간 조지 부시(George Bush)전 대통령이 말년에 플로리다 주 별장에서 그림을 그리며 소일한다는 기사가 새삼스럽다. 외교적 대권, 보통의 집행권, 삼권분립 등 국가행위 원칙은 로크나 몽테스키외를 재소환한다. 사적 영역과 공적 영역의 二分法은 오늘의 주제인 칸트의 도덕론을 음미케 한다.

무정부주의가 공적 영역, 즉 국가의 실체를 무시한다면, 헤겔은 사적 영역에 대하여 과도하게 국가라는 공적 영역을 부각시킨다. 칸트의 법철학은 양자의 극단성을 자신이 살았던 시대 최고의 가치인 자유를 통하여 매개하고 연결시킨다. 이후 자유주의가 퇴락하고 국내적으로 부익부 빈익빈 국제적으로 제국주의 정쟁이 심화되는 계기에서 새로운 사회주의(Socialism)도덕이 세를 연다.

따라서 법이나 법학의 관점에서 칸트의 법철학은 이상과 체계를 연결시킨 한쪽의 그림이다. 로크와 몽테스키외가 권력분립주의를 통하여 권력과 법에 관한

그림을 그렸다면 칸트는 자유라는 도덕가치를 통하여 국제헌법주의를 그린 것이다. 筆者는 이에 자유라는 도덕적 가치는 이제와 상대적이 되었고, 따라서 그의 이상은 국가의 학습을 통하여 개량적 · 점진적으로 수정되면서 동질화되고 국제사회와 국내사회를 일원적으로 연결하려는 그의 이상이 가능하다고 주장한다.

이는 인터넷 온라인 시대의 발전이나 정보화 사회의 현실에서 국가와 우리의 나아갈 길이기도 하다. 러시아에서 최초로 사회주의 국가가 들어선지 100년도 안되어 우리는 동구 유럽이 體制轉換國 으로서 세계 시장의 일원이 되고 중국은 새로운 소유권법 · 계약법을 제정하여 자본주의 시장 요소를 도입하고 있는 것을 목도하고 있다. 1930년대 뉴딜을 통한 사회개혁 입법을 시작으로 미국 역시 꾸준히 수정주의 노선을 발전시켜 왔다. 21세기 정보화 사회는 하루가 다르게 진전되어 가고 있다.

센지(Peter Senge)가 말한 학습조직 이론이 인터넷 혁명으로 현실사회에서 피부로 느껴지는 시대를 살고 있다. 이는 사람은 물론 국가가 배우고 깨우칠 수 있는 기회가 된다. 이는 칸트가 말한 동질적 국가, 동질적 시민, 그리고 이를 통한 국제연대나 국제헌법주의가 가능할 수 있는 계기가 된다.

우리는 현실의 세계에서 자유와 권력분립을 그리고, 도덕과 이상을 지향한다. 그리고 존 로크, 몽테스키외와 칸트가 그리는 그림들, 미국법의 국제예양과 민주적 선택이론은 정치의 熱情으로 부터 냉엄하고 중립적인 법의 본질을 깨우치게 한다.



31. 신국제협정: 세가지 패러다임에 관한 검토와 시사점

가. 문제의 제기

국제법은 어떻게 만들어지는가? 법 위계론에 따르면 헌법은 한 국가의 최고법이자 법이 효력을 발휘할 수 있는 실정법적 근거가 된다. 국제법을 구성하는 2개의 가장 주요한 법원은 국제관습법과 국제조약이다. 헌법은 조약의 체결절차에 관련한 조항들에서 국제법의 憲的창설을 보장하고 있다.

국제관습법은 국가들의 관행이라는 객관적 요소와 국가들의 법적 확신이라는 주관적 요소를 갖추었을 때에 법으로서 구속력을 가지므로, 헌법에 위배되는 국제관습법이 법으로서 구속력을 갖는가는 차치하고라도 법의 창설 또는 제정에 관하여 헌법상 다툼의 소지를 제공하지는 않는다. 그러나 전형적인 국제조약과 국제관습법과 달리 행정협정적 성격의 국가간 합의를 어떻게 보아야 할 것인지는 문제로 남는다.

특히 점차로 정상회담이나 정상간 외교가 중요해지고, 조약 체결 등에 있어 국내 의회의 정치적 대표성보다는 전문 외교관료의 역할이 중요해지면서 行政協定 성격의 국가간 합의가 외교관행으로 잡아가고 있다. 그러나 헌법에서 3권분립의 원칙을 철저히 성문화하여 구현하고 있는 미국 헌법, 한국 헌법 등에서 행정협정에 관하여 헌법은 침묵하고 있다. 고전적 성격의 대통령제 성문헌법은 행정협정이 갖는 중요성을 예상하지 못하였다.

영국을 필두로 不文憲法 국가들의 경우에는 주로 의원내각제 정부형태를 취하게 되는데 법원의 판례를 통하여 행정협정의 문제를 조절할 수 있다. 따라서 마치 비움의 미학과 같이 불문법 국가 즉 군왕의 사무 처리를 위하여 상식과 판례에 기초한 보통법 국가의 경우 미리 문자화하여 보다 문명적일 수 있는 성문법 국가의 경우보다 국내법상 다툼의 소지가 적다.

成文憲法 국가의 경우에도 행정협정에 관하여 헌법이 침묵하거나, 외교나 전쟁 같은 국제관계에 관한 대통령의 권한은 법으로 심판할 수 없는 경우가 많지만, 행정협정 아닌 조약에 관하여는 대부분의 헌법이 관련 조항을 두고 있고, 조약 체결 문제는 전쟁이나 국제관계에 관한 영역의 문제이지만, 직접적으로 전쟁에

관한 결정이나 외교적 결단이 아니어서 事情은 불문헌법 국가와 다른 경우가 많다.

법현실주의 국가이자 판례법 국가인 미국법의 관점에서 미 연방헌법은 특이하게도 성문법의 형태를 띠는 법실증주의의 대표적 예가 된다. 따라서 연방헌법은 미국에서 독일과 같은 개념법학 해석법학이 융성하는 계기를 제공한다고 할 수 있다.

판례법도 법 해석이나 법개념이 역할하지만, 해석법학이나 개념법학은 원래 성문법계의 법학 방법론이라 할 수 있고, 대표적 보통법 국가인 미국과 영국의 경우 성문법은 미 연방헌법을 비롯하여 19세기 영국 제레미 벤담의 功利主義 사상에 힘있어 공법 영역을 중심으로 발전하게 된다. 그런데 전통적인 국제법, 즉 강학상 국제조약으로 분류될 수 없는 새로운 방식의 행정협정(이하 신국제협정이라 칭한다)은 국제사회의 긴밀화와 국제관계의 중요성에 상응하여 정치학, 국제법, 헌법적으로 많은 다툼을 제공하고 있다.

國際法學者들은 미국의 대통령이 국제주의자이건 고립주의자이건 국제의무를 기꺼이 받아 들이건 그로부터 탈출하건 상관없이 21세기 국제법의 제정은 형식적 기준보다는 보다 실용적 기준을 통하여 우리는 헌법이 부여한 권한을 보다 현실적으로 공유할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다. 미 헌법하에서 의회와 집행부간 협정은 외교 협상에 있어 헌법 제 2조 조약과 법적으로 같은 성격의 것으로 인정되어 왔다.

국제조약의 헌법적 논란은 1990년 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)가 클린턴 정부의 북미자유무역협정 가입을 위한 의회와 행정부간 절차가 위헌적이라고 지적한 것이다. 그는 신국제협정은 헌법의 문언과 구조에 반하는 위헌적인 것이라고 주장한다. 한편 政治學者들은 정치는 가치의 배분이고 신행정협정은 의회 정치의 관점에서 살아 있는 생물과 같이 국내 정치와 국제 정치를 연결시켜 주는 것으로 비공식적 절차와 의회 관행에 주목하면서 신국제협정의 필요성과 불가피성을 주장하고 있다.

이렇듯 국제법의 현실과 국제정치의 현실은 국내정치, 나아가 헌정이나 법치주의와 갈등할 소지가 매우 크다. 대다수 국제법 학자들과 정치학자들은 우리의

헌법관행을 통하여 집행부가 상하 양원 다수의 인준을 전제로 국가간 구속력있는 합의를 할 수 있다는 것은 확립되었다고 보고, 특히 대통령의 외국과의 통상에 관한 권한 행사에 있어 의회와 행정부 간 협의는 헌법관행으로 굳어졌다고 주장한다.

마치 불문헌법 국가의 대법원, 성문헌법국가이지만 과거 서울이 대한민국의 수도라는 것은 헌법상 관습법이고, 대통령의 統治行爲는 사법심사의 대상이 아니라는 우리 헌법재판소의 판례들을 연상시킨다. 미국에서 일고 있는 행정협정 방식의 국제합의에 관한 헌법적 논란은 우리의 경우 1961년 대일청구권 협정과 관련하여 시사점을 던진다.

국회의 동의 없이 혁명정부를 대표한다는 김종필 전권대표가 과연 합헌적으로 일본과 구속력있는 합의를 할 수 있는가? 아니면 단순히 법적 구속력이 없는 정치적 합의에 불과한 것인가? 헌정이 중단된 상태에서 어떠한 법에 따라 조약이 체결되어야 하는가? 대일청구권 합의가 대한민국이 당사자인 구속력있는 조약으로서 후임 정부에도 그대로 효력이 발생하고 계속되는가?

한편 미국에서 행정협정의 문제는 주로 통상을 주제로한 국제합의에서 발생한다. 통상 영역은 다른 행정 영역과 달리 즉응성과 전략성을 요소로 한다. 의회법에 따라 신속처리절차(Fast track procedure)가 인정되는 것도 그러한 배경에서 이해할 수 있다. 상원의 加重多數決 이라는 엄중한 절차는 통상 관련 국제합의에서는 심각한 절차적 장애가 될 수 있다. 따라서 헌법 제 1조 10항 “의회와 집행부간 합의(Congressional-executive agreement)”가 이용되고 있는 것이다.

新國際協定은 법현실이 법규범의 해석과 운용에 영향을 미치는 사례의 하나가 되고 있다. 2023년 3월 28일 미국과 일본은 중요한 미세 광석 물질 공급망을 강화하기 위하여 협정을 체결하였다. 협정 체결이 발표되자 공화당과 민주당 의원들은 공히 통상협정을 협상하고 체결함에 있어 미 통상 대표부가 월권적 행위를 하였다고 우려를 표했다.

동 통상협정은 의회의 동의를 받지 않고 집행부 단독으로 체결되었다. 지난달 통상대표부 대사 캐서린 타이가 상원 재정위원회와 하원 방법과 수단 위원회

공동의 양원 합동위원회 회의에 참석하였는데, 그 자리에서 양원 위원회 공화당 위원들이 의회의 인준 동의를 받지 않으면, 다음 행정부는 바이든 정부가 체결한 모든 국제협정을 무시하거나 다시 문제 삼아 새로운 협상을 할 것이라고 통고하였다.

민주당 위원회 의원들조차도 통상협정이 효력을 갖기 위하여는 노동과 환경 조항이 삽입되어야 하고, 행정부 독단으로 일방적으로 자유 무역협정을 체결할 권한은 헌법적으로 존재하지 않는다고 주장한 것으로 알려졌다.

이러한 상황에서 우리는 그것이 무엇이며, 어떠한 유형이 있는가 살펴보고, 그 正當性에 관한 학설들을 살펴본다. 이러한 논의는 기초적이고 법철학적인 것이지만, 구체적 현실 문제를 이해하는데 도움이 될 수 있다. 신국제협정에 관한 학자들의 인식은 접근하는 관점에 따라 달라진다. 신국제협정에 대한 3가지 패러다임을 살펴보고 그 의의와 시사점을 생각해 본다.

나. 신국제협정과 국제 조약

미국법과 관행에 따르면 국제협정은 다음 3가지 중 하나의 형태를 띤다.

첫째, 정통적인 조약의 형태를 띠는 경우가 있는데, 이때 국제협정은 집행부 구성원에 의하여 협상이 이루어지고 서명이 부가된다. 동 합의된 조약안은 미국 헌법절차에 붙여져 상원 출석의원 3분의 2의 인준을 받아 대통령이 최종 비준함으로써 효력을 발생한다.

둘째, 국제협정은 국제법으로서 구속력을 발휘하는데, 미 헌법관행 상 여러 형식으로 제정된다. 그러나 통상 행정협정은 상원의 조언과 동의(advise and consent), 즉 인준절차를 밟지 않고 협정이 체결되어 왔다.

셋째, 미국과 외국 정부간 국제법적으로 구속력을 갖지 않는 비구속적 합의 또는 협정이 있다. 이러한 협정은 법적으로는 의미가 없으나 정치적 외교적으로 그 준수에 어떠한 인센티브가 있는 경우이다. 이러한 국제협정들은 헌법과 헌법관행에 따라 유효하게 성립되면, 세가지 형태에 따라 제각기 인정되는 국제법적 효력을 갖는다.

이때 국내법적 효력은 별개의 문제이다. 미국의 경우 국제법과 국내법의 관계에 있어 2원론적 입장에 있고, 법원의 판례법상 원칙은 반추정원칙(Non-Presumption Doctrine)에 따라 조약은 달리 증거가 없는 한 국내법정에서 효력을 발휘하지 않는다. 물론 헌법과 판례에 따라 일정한 경우 국제법이 國內法 으로서 국내 법정에서 효력을 갖는 경우가 있다.

위 3가지 형태 중 2번째의 경우는 의회의 인준 동의를 받아 법률의 형식을 갖추고 있어 국내법으로서 효력을 갖는다. 3번째 비구속적 국제규범의 경우에는 법률적 효력의 문제가 원천적으로 발생하지 않는다. 따라서 국제협정의 국내법적 효력은 사실상 정통적 형식의 조약, 즉 상원 가중 다수결의 인준을 받아 체결한 조약의 경우에 문제될 것이다.

현실적으로 미국이 당사자인 대다수 국제협정은 제 2형의 행정협정들이다. 2018년 의회연구처 보고서에 따르면 관련 학술인들의 측정에 따르면 미국이 당사자인 국제협정 90% 이상이 제 2형의 행정협정 형식이라고 한다. 전술한 바와 같이 행정협정에는 3가지 형식이 있다. 제 2형 형식 이름에서 알 수 있듯이 동 형식의 행정협정은 상하 양원의 단순 다수결에 의한 동의로 효력을 갖게 된다. 이때에 의회는 이행법률을 제정하는데, 미국이 동 협정을 준수함에 있어 기존의 법과 상충되는 한도에서 새로운 이행법률은 舊國內法을 변경하게 된다.

제 2형의 “의회와 집행부간 합의(Congressional-Executive Agreement)”에 의한 국제협정은 사전 동의, 사후 동의 등 2가지 유형의 합의로 만들어진다. 사전 동의 국제협정에서 대통령은 이미 존재하고 있는 자신의 헌법적 권한에 따라 협정 절차에서 권한을 행사한다. 즉 의회가 미리 法律案을 가결하고, 대통령이 서명하여 법률로 확정된 후에 대통령은 법률에 따라 합의를 위하여 협상하고 협정을 체결하는 것이다.

사후 동의의 경우에 대통령은 의회로부터 미리 수권 받지 아니하고 국제합의를 위하여 협상에 나아가게 된다. 협상이 끝나게 되면, 대통령은 의회 동의를 얻기 위하여 상하 양원에 동 타결안을 송부한다. 국내 법률제정절차와 마찬가지로 동 타결안은 양원 모두 다수결에 의한 동의를 받아야 하고, 대통령이 이에 서명하여야 한다. 의회는 합의안에 대하여 수정을 가할 수 있지만, 이때에 대통령은 협상 상대국의 동의를 얻기 위하여 의회가 제안한 수정안을 상대국에

송부해야 한다.

마지막 3번째 형식의 국제협정은 헌법이 授權한 독립적 대통령 권한이 있다는 주장에 근거하여 인정되고 있다. 점차로 사법부는 여러 사례에서 집행부에 의한 독자적 국제협정을 미국법 차원에서 조약과 기능적으로 동일한 것으로 인정하고 있다. 예를 들면 American Ins. Ass'n v. Garamendi에서 대법원은 유효한 행정협정은 연방법으로서 조약과 같이 주법에 우선한다고 판시하였다.

독자적 행정협정이 헌법상 유효한가 하는 문제는 협정이 다루는 주제가 무엇인가에 달려 있다. 만약 문제의 국제협정이 헌법상 명백하게 排他的으로 대통령의 권한 영역 내에 있는 문제인 경우라면 의회의 동의에 상관없이 법적으로 허용된다는 주장이 보다 힘을 받을 수 있다.

만약 동의를 주제 영역에 관한 대통령의 권한이 불명확한 경우라면, 협정이 합헌적 합법적인가 하는 문제에 있어 사건을 맡은 법원은 의회가 암묵적으로 협정에 동의하였는가, 침묵하고 있는가, 아니면 협정 인준을 거부하였는가 살펴봐야 한다. 국제협정이 미 국내법에 영향을 미치는지 미친다면 얼마나 미치는지의 문제는 협정의 조항이 자기집행적(Self-executing)성격의 것인가 아니면 비자기집행적(Non self-executing)성격의 것인가에 달려 있다.

자기집행적 조약은 후속 이행법률이 없어도 그 자체로 국내법으로서 효력을 발생한다. 비자기집행적 조약은 이와 반대로 통상 의회가 국내 제정법의 형태로 履行法律을 제정하도록 한다. 이로써 미 정부기관이 협정에 규정된 기능과 의무를 이행할 수 있도록 수권하는 것이다. 또한 동 이행법률에 따라 사건에 있어 법원은 국제협정상 권리와 의무를 적용할 수 있다.

조약 조항이 자기집행적인가 비자기집행적인가 하는 것을 결정하는 것은 복잡한 과정을 거친다. 이에 관하여 대법원은 조약 문언이 당해 조약은 미 국내 법정에서 직접 적용되지 않도록 의도한 것이 명백하거나 상원이 인준을 함에 있어 조약의 비자기집행성을 전제한 경우에 당해 조약은 비자기집행적인 것으로 보고 있다.

대법원의 견해는 아니지만, 많은 하급법원과 법률가들은 국제협정의 조항들이

헌법이 의회의 권한으로 배타적으로 규정하고 있는 경우에는 그러한 조약은 非自己執行的 이라고 보고 있다. 예컨대 조약 조항이 국가 재원의 사용을 요한다거나 국가의 재정수입과 관련된 경우, 범죄와 형벌을 다루는 경우 하급법원은 이를 비자기집행적 조약으로 판단한다. 이러한 권한들은 의회의 배타적 권한 영역이어서 국내법정에서 직접 적용될 수 없게 된다.

이러한 논리가 현재 대다수 연방의회 의원들이 통상협정 사안에서 주장하고 있는 논리이다. 즉 연방의회는 관세를 부과하고 외국과의 통상을 규율하는 헌법상 권한을 통하여 미국의 통상 정책에 관한 제 1차적 기관이므로 대통령 단독으로 체결한 행정협정은 국내법적 효력을 갖지 못한다고 주장한다. 따라서 이러한 주장에 따르면 의회의 동의 없이 대통령 단독으로 자유무역협정을 체결하거나 가입하는 것은 집행부에 부여된 헌법상 권한을 일탈하는 違憲的 행위가 된다.

다. 신국제협정과 정치학적 패러다임

바바라 신클레어(Barbara Sinclair)교수에 따르면 의사당에서 바라 본 입법절차와 미 정부 교과서에 기술된 입법절차 사이에는 입을 크게 벌리는 간극이 존재한다. 입법을 향한 긴 여정은 선형적이고 예측가능하지만, 이제 그것은 유연하고 변화무쌍하게 되었다.

이러한 배경하에 신클레어 교수는 하원과 상원의 새로운 절차와 관행에 대하여 탐구할 필요가 있다고 주장한다. 즉 왜 이러한 새로운 입법방식이 등장하게 되었는지, 그것이 입법과정에 미치는 영향을 무엇인지, 그리고 새로운 立法方式으로 등장한 법의 내용과 성격은 무엇인지 생각해 보아야 한다.

미국의 경우 서비스 법률, 규제적 파기, 만능 제약 입법 등 현 입법과정의 多樣性이 존재하는 것이 사실이다. 빌 클린턴 대통령의 경제 정책이나 1995년 공화당의 예산법 등은 현 입법과정이 헌법의 행위자들에게 보다 많은 선택의 기회를 제공하고 있고, 그들이 선택한 입법과정의 대안들이 다른 입법적 경로를 만들고 있는 현실을 보여준다.

신클레어 교수는 우리에게 입법부의 중요한 특성을 상기시킨다. 즉 입법부는

헌법과정에 있어 創造的 이라는 것이다. 정치에 종사하는 실무자들은 과정에 별로 신경 쓰지 않는다. 그 과정이 얼마나 고상하고 쓰레기 같은 것인가는 상관 없다. 단지 자신들의 목적을 달성하기 위하여는 어떠한 과정도 마다하지 않는 목적 지향적 사람들이다. 최근 의회는 매우 적응적인 기관이 되었다. 입법 주제를 다루고 법을 만드는데 있어 다른 수단들을 사용하지 않는다.

非正統的 입법의 예로 법에 근거를 갖는 위원회나 위원회 절차 이후 조정과정 등을 무시하고 타스크 포스를 사용하는 것이나 위원회 예산을 무력화하고 하원에 대안 예산을 상정하는 것은 미 의회가 사용하는 여러 비정통적, 즉 법에 명확한 근거가 없는 여러 도구들 중 2개의 불과하다.

현재 의회는 수 많은 문제와 기회들에 상응하는 새로운 수단들을 자유롭게 이용하고 있다. 비정통적인 입법 과정을 통하여 여러 성공적인 입법 성과가 나왔지만, 그러한 독창성과 정통 절차로부터의 이탈은 경계할 필요가 있다. 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이 일갈한 바와 같이 의회 정부는 위원회 정부일 수도 있고 아닐 수도 있다.

헌법은 의회의 위원회 제도에 대하여 침묵하고 있는 것이다. 그러나 현실에 있어 많은 의회 토론과정은 위원회(Congressional committee)나 부속위원회(Subcommittee)를 통하여 이루어지고 있는 것이 사실이다. 그리고 이러한 정통적인 입법과정이 조작되고, 무시되는 경우 의회의 토론은 왜곡될 수 있고 입법의 질은 낮아질 것이다.

라. 신국제협정과 국제법 패러다임 - 다자간 반 위조통상협상

오바마 행정부의 다자간 반위조협정을 향한 협상은 秘密性으로 인하여 많은 비난을 받다 결국 실패하였다. 동 협정의 체결로 미국의 지적재산권법이 어떠한 영향을 받지 않는다는 미 통상대표부(USTR)의 그동안 주장은 초안과 배치되고 거짓이 되고 말았다. 그리고 이러한 논란으로 집행부가 미국을 拘束하는 국제협정을 체결하는 경우 취하여야 할 헌법적 절차와 방법에 대하여 또다시 의문이 제기되고 있다.

통상협정의 목적은 지적재산권에 관한 법을 세계화하고 그 이행을 강화하자는

것이다. 그런데 동 초안에 따르면 여러점에서 불안전하지만 협상에 참여한 전문가들이 미국법에 규정되지 않은 내용과 원칙을 협상한 것이 확실하게 드러난다. 예컨대 반위조통상협정 草案은 인터넷 서비스 공급자가 유튜브 같은 사이트에 콘텐츠를 업로드하여 반복적으로 저작권을 침해한 것으로 고발되는 경우 인터넷 사용자를 오프라인으로 축출할 수 있도록 압력을 가하고 있다. 또한 저작권 위반을 선동하는 자에게 미국은 형사적 제재를 의무화하도록 하고 있다.

동 초안은 지적재산권 침해라는 一般的 用語를 사용하고 있는데, 따라서 그것이 부득이하게 국제 협정화하는 경우 미국 국내 지적재산권법에서 일탈한 초안 내용들이 상표권이나 특허권 영역에도 그대로 적용될 우려가 있다. 동 협정 초안에 따르면 협정의 여러 합의 사항들을 감독하고 심지어 수정하기까지도 할 수 있는 監視委員會 창설도 고려하고 있다.

이러한 제안단계의 일들이 설득력이 있는지 여부는 차치하고, 최소한 그러한 과정들이 공적 절차를 통하여 심의될 필요가 있다. 통상 헌법절차에 따를 때에 조약의 경우 집행부는 외국과 조약을 체결함에 있어 협정문 최종본을 상원의 조인과 동의를 위하여 인준(Approval)절차에 회부하여야 한다.

만약 그것이 행정협정이라면 그동안의 헌법관행에 따라 상하원 절차에 회부되어야 한다. 그러나 오바마 행정부는 동 협정은 순수한 행정협정으로서 대통령의 裁可를 거쳐 법규범이 제정될 수 있다고 주장한다.

그러한 일방적 집행권 주장은 통상 주제가 중요하지 않은 사안에서 가능하다. 물론 중요한 맥락에서 일방적 집행권이 행사된 예가 있는데, 지미 카터 대통령의 이란 인질 위기 사건 종식을 위한 합의, 구 소련의 재산수용에 대한 보상청구 합의 등이 한 예이다.

그렇지만 대법원은 그러한 승인의 한계를 명확히 하지 않고 있다. 역사적으로 바라 본 대법원의 관행과 협법구도는 그러한 일방적 집행권은 헌법이 규정하는 대통령의 명시적 권한에 해당하거나 최소한 역사적으로 계보가 있는 사안이어야 한다. 예컨대 외국 정부의 승인에 관한 대통령의 권한은 전자의 예이고, 세기에 걸친 청구권 합의에 관한 권한은 후자의 예이다.

반위조협정에 가입하는 것은 一方的 執行權 영역에 관한 선례와 판이하게 다르다. 헌법상 대통령에게 지적 재산권이나 언론 방송 정책에 관한 독립적인 헌법적 권한을 부여한 것도 아니고 협상 사안이 일방적 집행권을 정당화할 수 있는 장기간의 歷史的 慣行에 해당하는 것도 아니다. 오히려 역으로 헌법은 이러한 주제 영역에서 의회에 본래적 권한을 수권하고 있다. 즉 의회는 외국과의 통상과 지적재산권을 규제할 수 있는 법을 제정할 책임이 부여되어 있다.

집행부는 동 사안에 관하여 집행부가 일반적으로 권한을 행사하는 것이 의회의 本來的 特權을 침해하는 것이 아니라고 주장한다. 그 이유는 동 협약이 미국 내법에 영향을 미치지 않기 때문이라는 것이다.

그러나 국제 협정이 국내법에 영향을 미치지 않는 경우에도 미국의 국제 의무를 창설하는 이러한 유형의 협정이 의회의 인준 없이 국제법이 되는 경우에는 심각한 헌법적 문제가 제기되는 것은 당연하다. 더욱이 대통령의 독자적 결정에 따라 반위조협정이 체결되는 경우 이는 최소한 3가지 차원에서 미국 내법에 영향을 미칠 수 있다.

동 협정의 비 형사법적 부분, 즉 단순한 私法強制에 관한 부분은 협정에 합치하지 않은 주법을 무효화할 수 있고, 사안에 따라 연방법도 주법과 같은 운명이 될 가능성이 있다. 둘째 동 협정은 “장애 제압의 원칙”에 따라 동 협정이 강제되지 않는 경우에도 협정의 일반 원칙에 반하는 주법을 무효화할 수 있다. 셋째, 통상의 법해석 원칙에 따라 법원은 지적재산권, 통신정책 및 관련 분야에 관한 모호한 연방법을 협정에 부합되도록 해석하려 할 것이다.

만약 대통령이 일방적으로 협상이나 협정 체결 등 절차를 진행한다면, 반위조협정은 법원에서 협정의 合憲性을 둘러싼 논란이 일 것이 틀림없다. 조지 부시 대통령이 핵무기 감축에 관하여 신국제협정, 즉 일방적 행정협정을 통하여 협상을 성사시켰을 때에, 조 바이든 상원 의원은 콜린 파월 당시 국무장관에 서한을 보내 헌법에 따라 상원의 동의를 얻어야 한다고 하면서, 부처간 보복으로 비화할 수 있다는 경고 시그널을 보낸 바 있다.

해럴드 고 교수는 의회는 조 바이든(Joe Byden)의 교훈을 따라야 한다고 주장한다. 만약 대통령이 자신의 일방적 집행권 주장을 계속한다면, 통상, 지적 재

산권, 통신정책 등 다른 외교적 사안에서 의회를 무시하는 선례를 남기게 될 것이다.

오바마 대통령의 가장 최근의 지적 재산권 협상은 정부의 투명성 제고라는 그의 약속을 이미 위반하였다. 일방적 집행권을 통한 협상 절차를 생각하는 것은 帝王的 執行權을 개혁하겠다는 그의 약속을 스스로 거부하는 것이다. 의회는 헌법제정자들과 헌법 정신을 받들어 부처간 견제와 균형의 원리를 침탈하려는 시도에 대응하여야 할 것이다.

구속력 없는 국제합의이든 구속력 있는 행정협정이든 이론상 문제가 있다고 할 수 없다. 신국제협정은 18세기 국제법 용어인 條約에 해당하는 것이 아니다. 즉 그러한 다양한 형식의 국제 합의는 국제조약이 되기 위하여 필요한 상원의 가중 다수결에 의한 인준이 필요하지 않다.

더욱이 대통령의 국제관계나 외교관계에 관한 대통령의 집행권에 관한 헌법조항은 다른 헌법조항에 반하지 않는한 그러한 국제관계상 조치를 할 수 있는 헌법적 근거를 제공한다. 그러나 현재에 이르러 JCPOA나 파리기후협약에서 보듯이 대통령은 동 협약들의 구속력을 호도하면서 헌법의 조약체결권 조항을 잠탈할 수 있는 문제를 일으키고 있다. 대통령의 이러한 공격적 접근방식은 대통령에게 부여된 조약체결절차상 권한의 限界를 침탈한다.

이러한 변화에도 불구하고 많은 국제관계학자들과 비평가들은 여전히 헌법상 삼권분립 체계를 자기 마음대로 이용한다. 그들은 자신들이 좋아하지 않는 특정의 국가간 합의와 그로 인하여 만들어진 국제법을 위헌이라고 주장한다. 그것은 외교적 결정을 어떠한 3권체계의 하나에 귀속 시키는 것이 쉽지 않기 때문이다.

마. 세가지 유형의 신국제협정

최근에 공부하는 학자들은 삼권 체계의 지적 한계를 인식하기 시작하면서 국제법과 3권 체계에 관한 기존 유형에 더하여 다른 카테고리를 더하고 있다. 의회와 행정부간 사전 합의(ex ante congressional executive agreements), 의회와 행정부간 사후 합의(ex post executive congressional agreements), 증보

행정 협정(executive agreements plus) 같은 용어들이 그것이다.

일부 유력한 학자들은 최근의 형식적인 국제관계 관련 규범들은 복잡한 규율체계로 이루어졌다고 전제하면서, 오랜 숙적인 파리기후협약(Paris climate compact)이나 양자주의적 신뢰를 진작하기 이란 핵협상 등은 우리 헌법 체계의 핵심을 흔들고 위협하고 있다고 주장한다.

그러한 논란들은 수많은 복잡한 현실세계의 현실들을 의미있게 이해하기 위한 것이지만, 반면 중요한 의미를 희생하는 우를 범하고 있다고 본다. 현재의 집행부는 상대방 외국 국가와 국제 합의를 추구하고 있고, 의회는 이러한 집행부의 행위를 승인하는 태도로 나아가고 있다.

전술한 반 위조 무역거래에 관한 국제협정을 둘러싼 뜨거운 논란도 이러한 예인 것은 물론이다. 동 협정은 지적 재산을 집행하기 위한 다자간 무역협정이다. 협정을 둘러싼 반대론자들은 앞서 본대로 동 협정의 실체와 목적에 관하여 이를 정책적으로 비판하고 있지만, 놀랍게도 많은 수의 법학자들은 집행부가 법적으로 그러한 협정을 체결할 권한이 있는가 의문을 제기한다.

이 부분에서 우리는 같은 事象을 두고서도 학문 체계의 영향력으로 인하여 학자들의 관점 또는 접근방식이 달라질 수 밖에 없다는 것을 알 수 있다. 반대론자들의 주장은 의회와 행정부간 합의가 있었다고 할 수 없고, 따라서 기존의 의회 행정부간 합의 어떠한 유형에도 해당하지 않으며, 그렇다고 증보행정협정, 즉 순수한 행정협정이라고 보기도 어렵다고 주장한다.

즉 이번 합의는 높은 의자 사이에 떨어진 것과 같으므로 미국은 그러한 협정을 체결할 수 있는 합법적 권한을 결한다는 것이다. 그러나 이를 비판하는 학자들은 이러한 논리가 간과하고 있는 것은 도식적 3권 체계를 통하여 과도하게 현실을 왜곡하고 있다고 지적한다.

사실 미국은 매년 수도 없는 國際協定을 체결하고 있으며, 이들은 국내법에 합치하는 것을 전제로 국내법과 같이 집행되고 있는 현실이다. 그럼에도 그것이 새로운 국제협정 유형 어디에도 해당하지 않는다. 이러한 협정들이 기존 개념과 유형 박스에 적절하게 부합하지 않는 실제 이유는 기존의 개념과 유형 박스

가 몇가지로 매우 단순하게 구성되어 있기 때문이다.

돌이켜 보면 官僚制의 복잡성으로 인하여 오바마 행정부 지적재산권 보호협정을 둘러싼 국제관계상 문제가 초래되었다. 동 보호협정이 처음으로 의회에서 난관을 맞이하자, 세세한 외교관계 문제에 대하여 잘 알 수 없는 미 정부 법률자문부처가 의회 의원들에게 새로운 지적 재산권 협정은 행정협정의 성격을 가지고 헌법에 반하지 않는다고 주장하면서 명확하지 않는 답변을 회신하였다.

물론 동 협정은 누가 보든지 기존 행정협정의 성격을 갖는 것은 아니다. 당시 국무성 법률자문으로 근무하던 고흥주 학장은 불명확한 답변을 명확히 하기 위하여 보다 현실적이고 설득력 있는 3가지 이유를 담은 답신을 작성하였다. 즉 동 지적 재산권협정은 일반적 사전 수권, 일관된 기존 집행부 관행, 전반적 법체계와 거시적 부합성 등 3가지 근거를 적시하고 동 협정은 당연히 헌법에 반하지 않는다고 주장하였다.

바. 준 헌법적 관습

답변의 주장에 따르면 지적재산권 보호협정의 체결은 헌법관행 또는 헌법변천이나 헌법관습법으로 이해할 수 있고 세계화의 현실과 외교관행에 부합한다.

첫째, 미 의회가 이번 협정과 관련하여 명시적으로 사전 수권을 하지는 않았지만, 이미 집행부는 지적 재산권의 효과적 보호와 집행을 위하여 미국 아닌 외국과 국제 기준과 정책을立案 하고 합의할 수 있는 근거 법률을 제정한 바 있다.

둘째, 답신에서 볼 수 있듯이, 이미 의회와 집행부, 즉 정치기관은 오랜 기간 동일한 주제 영역에서 동일한 협정을 다루고 합의한 바 있다. 또한 동 협정은 지적 재산권이라는 특정 주제에 관한 장기간의 유사한 협정에서 보듯이 역사적 선례를 배경으로 의회가 집행부에 지적 재산권을 보호하도록 요구한 것이라고 할 수 있다.

따라서 실제 우리의 관행은 과거 고흥주 교수가 말했듯이 준 헌법적 관습이 된 것으로 이해할 수 있다. 즉 이미 의회가 자신의 행위를 통하여 원천적으로 이

를 수용하였고, 광범위한 범위에서 一貫 되게 행해지는 집행부의 행위라 할 수 있는 것이다.

국무성과 미 통상대표부는 협상 후 체결된 지적재산권 보호협정은 기존 법체계에서 일탈한 것이라 할 수 없고, 협정은 기존법에 전적으로 합치하고 그 집행을 위하여 다른 법령을 제정할 필요가 없다고 보았다.

이러한 관점에서 지적재산권 보호협정은 이란 미국인 인질 석방을 가능케 한 알제리 협정과 닮았다. 알제리 협정은 1981년 데임스 & 무어 v. 로날드 레이건 사건 대법원 결정에서 광범위하게 그 습憲性이 확인되었다.

동 사건에서 대법원은 명시적으로 특정 의회와 집행부간 사전 약정(prior agreement)을 원용하지 않았다. 대신 동일한 영역에서 제정되고 긴밀하게 관련된 법률들을 판결의 근거로 삼았다. 또한 청구와 화해라는 결정적 합의를 이루어 낸 집행부의 오래된 관행을 근거로 하였다.

알제리 협정은 지적재산권 협정처럼 전통적인 3가지 신국제협정 박스 중 어느 하나에 적절하게 매칭되지 않는다. 이 사건에서 대법원은 이러한 헌법박스를 무시하면서, 대신 대통령에게 광범위한 재량권을 부여하려는 의회의 입법 의도가 보인다고 판시하였다.

대표적 국제법 학자인 해럴드 고는 이러한 默示的 授權 이론을 비판하였다. 그리고 동 판결은 국제 청구에 관한 인락을 위한 동 사건의 특별한 배경하에서 좁게 해석되어야 한다고 주장하였다. 그러나 35년이 지난 지금 동 판결의 법원 설시는 좁게 해석되지 않고 있으며, 동 판결과 동 판결의 법리를 따른 많은 대법원 판결들이 케이스북에 고스란히 남아 있다.

동 판결의 요지는 일반적 관점에서 의회의 통상적인 입법체계와 목적에 위배되지 않는 한 대통령의 행위에 대하여 가타 부타 하지 않고 묵인하는 의회의 오래된 慣行이 있다는 것이다. 즉 대법원은 立法府 意思에 반하는 다른 정황이 없는 한 의회는 당해 특정 쟁점 영역에 관하여 집행부의 조치를 허용하고 수권할 수 있다고 판단하였다.

그러한 허용 공간에서 대통령은 의회의 사전적 특정적 승인 없이도 국제 협정을 협상하고 체결할 수 있는 헌법적 자유를 가지고 있다. 데임지 & 무어 사건에서 대법원은 현대 헌법상 외교행위의 진실을 인식한 것이다.

다시 말하면 의회는 집행부의 외교적 행위에 대하여 개별적으로 또는 모든 경우에 어떠한 판단과 간섭을 할 수도 없고 하지도 않는다는 것이다. 집행부의 외교적 행위가 다양한 방식으로 행해질 수 있다면, 의회는 기존의 세가지 유형을 넘어 다양한 방식의 國際法 創造를 인정하고 받아 들여야 한다.

정부 부처가 효과적으로 기능하려면 다른 기관간 합의와 마찬가지로 일방 기관 당사자는 상대방 당사자에게 재량의 영역을 보장할 필요가 있다. 그리고 그 재량영역은 일반전 사전 수권, 집행부의 일관된 관행, 그리고 외교행보에 관한 통상적 규칙 등 넓은 지표가 허용하는 범위에서 執行府의 자유를 보장한다.

이러한 문제들이 시사하는 바는 신국제협정에 관한 3가지 유형의 헌법 박스가 국제관계에 있어 더 이상 의미를 가지지 못한다는 것이다. 그러한 도식적 체계는 미국이 현재 실행하고 있는 국제법 입법 방식의 多樣性을 설명하는데에는 한계를 가진다. 최근의 행정협정 플러스 같은 새로운 입법방식을 유형화하면서 이를 기존의 유형에 더하는 비둘기 같은 접근 방식으로는 문제를 근원적으로 해결하지 못한다.

대신 우리는 보다 현실적이고, 쟁점 중심적 • 합의 중심적 개념체계로 관점을 돌릴 필요가 있다. 즉 집행부의 국제규범 제정 행위를 승인하고 수용하는 현재의 의회절차가 실제 기능하는 樣態를 보다 적절히 반영할 수 있도록 하여야 한다.

이를 위하여 3가지 요소가 중요하다고 본다. 정부간 합의가 법적으로 구속력 있는 새로운 의무를 담고 있는가? 집행부의 정부간 합의와 국제법 창조에 관하여 의회 승인이 요구되는 정도는 어떠한가? 쟁점이 되고 있는 주제 영역에 관하여 헌법상 배분된 기관간 권한은 어떠한가?

21세기 입법행위는 전에는 보지 못했던 다양한 유형으로 행해지고 있다. 이는 법 조항이나 법조문을 도안한다는 차원에서 보면 더 이상 전통적인 立法方式에 한정되지 않는다는 것을 의미한다. 오늘날 이는 새로운 쟁점 영역에서 규범적 원칙들을 진작하기 위한 건설적 관계를 구축해가는 과정이라 할 수 있다. 이는 입법창설적 성격을 갖는데, 다자간 조약 협상을 위한 근거를 마련하는 법규범으로 精隋化 化 된다.

오랜 기간 이러한 입법창설적 체제 구축 노력은 수 많은 국가 관행을 창출하였는데, 이로써 국제 관습법이 만들어지고 있다. 즉 국가들이 법적 의무에 대한

확신 하에 국가 관행을 반복하는 현상을 보이고 있는 것이다. 이러한 국제 협력방식의 전환은 국제법 법률가들의 역할을 변화시키고 있다. 50년 전 정부에서 일하는 법률가들은 구속력있는 조약 문언을 초안하고 최종적으로 조약화하는 일에 자신의 에너지를 집중하였다.

그러나 오늘날 그들은 빈번하게 자신들이 과거와 딱 반대로 행동한다는 것을 느끼고 있다. 즉 그들은 썰이 슈드로 바뀌지 않도록 행동하면서 국제협정들이 기존 국내법 체계와 내용에 위배되지 않도록 하는데 주의를 기울인다.

또한 상호간 신뢰를 구축하여 정식 조약의 체결로 나아가기 보다는 되도록 법적으로 拘束力이 약한 규범을 좋아하고, 향후 관계의 전개과정을 예측하면서 단지 희망적 목표를 설정하거나 파리기후협약과 같이 새로운 채무불이행 기반의 협력관계를 만들려 하고 있다.

이러한 국제법적 차원의 문제가 헌법적 쟁점이 된다면, 국제법 제정에 있어 이러한 혁신적 변화는 스페판 브라이어(Stephan G. Bryer)대법관이 지적하듯이 법을 해석함에 있어 보다 實用的 접근태도를 요구한다.

세계화된 현실에서 의회가 외교와 국제관계에 관한 집행부의 행위에 대하여 개별적으로 또는 모든 조치들을 공식적으로 승인하거나 불승인한다는 것은 불가능할 뿐더러 그렇게 하고 있지도 않다. 다른 모든 기관간 공조관계에서 보듯이 일방 당사자는 상대방 당사자에게 재량영역을 부여하는 것이 필수적이다.

즉 일반적 사전 수권, 집행부의 일관된 관행, 그리고 거시적 전반적 관점에서 바라본 법체계와의 조화가 裁量領域에서 집행부 조치의 기준이 될 것이다. 이로써 타방 당사자는 양 기관간 공조관계를 법적으로 구속하는 새로운 협정에 관하여 타방 당사자와 긴밀하게 협의하면서 필요한 조치를 할 수 있을 것이다.

사. 도그마를 넘어

우리는 국제법 규범의 창출에 관한 새로운 개념체계에 동의하던 아니하던 21세기 국제법 제정방식의 생산적 측면을 몰각하는 기계적 三分法 같은 접근방식은 지양할 필요가 있다. 21세기 국제법 제정은 만남과 관계, 개인적 사상 현실적 소통을 통한 살아 있고 숨쉬는 현실세계의 복잡한 그림이다. 그 과정은 협력과 관심, 규범을 심화함으로써 법을 창조하고 체제를 구축하는 한편 이를 진작시키는 것을 목적으로 하여 나아가고 있다.

이러한 현실을 수용하기 위하여는 특정 국제 협상을 둘러싼 집행부와 입법부의 상호 작용의 역사, 자료, 주제, 실체적 본질을 보다 잘 이해할 수 있는 법개념과 체계에 대한 새로운 인식을 가질 필요가 있다. 우리는 하루가 다르게 발전하는 多次元의 세계에 살고 있다.

우리는 현실 세계의 풍요로운 생명들의 행위를 기계적인 법적 분석과 체크리스트에 끼워 맞추려는 시도를 버려야 한다. 이제 변화하는 3 유형 체계 분석방법은 우리의 머리를 구두처럼 옥죄게 하는 구 시대의 유물이 되어 버린 것이다.

국제사회에 있어 국제법과 지배구조에 관하여는 수 많은 비판과 반대론이 제기되고 있는 것이 사실이다. 물론 대부분 피곤한 주의 주장으로 허무하게 결말나게 된다. 국제관계에 관한 법을 미국의 리스테이트먼트(Restatement)와 같이 개념법학적 차원에서 원리화 하여 정리함으로써 연계화, 체계화, 강화시키려는 노력은 부분적으로 국제법의 근간을 정리 건설하고 국제법과 국내법 사이에 다리를 놓는 것과 같다.

그러나 미국 같은 강대국의 국제관계법은 특히 국제법을 약화시키고 심지어 무려화 할 위험이 있다. 따라서 그러한 괴수(behemoth)경향에 대응하기 위한 전략들이 필요하다. 그러한 전략으로 4가지를 생각해 볼 수 있다. (i) 국제관계법을 정상화 시키고, (ii) 판례법에 대한 보다 體系的 再言과 整理를 통하여 국제법을 적절하게 복원하려는 노력, (iii) 다른 국가의 국제관계에 관한 리스테이트먼트법에 대한 연구, (iv) 마지막으로 다관점화, 즉 국제법과 국제관계에 관한 다원적 관점을 인정하려는 노력 등이 그것이다.

후자의 방법은 국제관계법을 여러 다양한 처지에 있는 법적용자들의 관점을 통하여 바라보는 것이다. 특히 그들의 법과 규칙, 그리고 실행들이 다른 국가들에 미치는 영향을 사려 깊게 생각하고, 국가들의 국제관계법을 비교법적으로 연구할 필요가 있다. 미국의 국제관계법이 괴수 같은 국제법으로 나아가지 않게 하기 위하여는 국제법을 도안하고, 재언을 통하여 정리하고, 이를 해석함에 있어 신중하게 접근하고 다관점주의를 진작할 필요가 있다.

아. 관련 사례의 검토

시작부터 끝까지 파리기후협약을 둘러싼 핵심적 논란은 협약의 법적 성격과 형식 및 유형의 문제가 된다. 파리기후협약은 조약법에 관한 비엔나협약의 정의상 법적으로 조약의 성격을 갖는다. 그런데 문제는 모든 조약 조항이 법적 의

무를 창설하고 있지 않다.

협약은 당사국의 이산화탄소 감축에 대한 기여도 조정과 금융을 포함한 더번(Durban)합의의 다른 요소들과 관련하여 “구속력 있는 규정”과 “구속력 없는 규정”들이 혼재되어 있다. 그런데 파리기후협약이 법적으로 구속력을 갖는 정도와 그것이 얼마나 중요한가에 관하여 학자들의 견해는 일치하지 않는다.

법규범이 법적인 拘束力을 갖는 것은 당연히 중요한 것이지만, 투명성, 책임성 및 정밀성 또한 중대한 차이를 야기시키고 있다. 협약에 있어 법적인 구속력의 문제는 국가들이 협약에 참여하지 않거나 소극적으로 참여하는 경우 양날의 칼 끝을 가지고 있다. 따라서 전통적인 국제법 분류 방식과 접근 방식, 즉 협약이 법적인 구속력이 완전한 講學的 관점의 조약인가 아니면 연성적 성격의 규범인가 하는 논의는 중요한 것이지만 파리협약의 현실적 효과를 진단함에 있어 부분적 요소에 불과하다.

헌법 규정은 주요 국제규범을 창출할 수 있는 방법에 관하여 규정하고 있다. 헌법 제 2조 2항은 대통령은 상원의 자문과 3분의 2 이상의 동의를 얻어 조약을 체결할 수 있다. 즉 상원의 加重 多數決을 통하여 조약을 체결할 수 있게 한 조약 체결 방식은 헌법의 기초자와 비준자들이 공히 인식하였다.

일부 헌법학자들은 동 조항이 해로운 국제조약으로부터 국가와 국민을 보호하는데 미흡하다고 주장하면서 더 높은 제한을 가하여야 한다고 주장한다. 즉 출석 상원의원 4분의 3이나 재적 상원의원 3분의 2 같은 가중 정족수를 지지하는 것이다.

조약 체결에 있어 어떠한 사람들도 보다 쉬운 절차를 통한 대체적 방식을 생각하고 있지 않다. 헌법이 규정한 바에 따라 국제협정을 체결하는 것은 18세기 유물이 아니다. 본고에서 보듯이 예외가 있지만 현재 미국에서 행해지는 보통의 절차라 할 수 있다.

이러한 通商的 節次는 상원에서 3분의 2 이상의 동의를 얻지 못하면 조약은 성립하지 않고 합의는 효력을 가지지 못한다. 최근의 예로 상원은 1999년 당시 클린턴 대통령의 로비에도 불구하고 포괄적인 핵실험 금지 조약을 부결시킨 바 있다.

오랜 기간 유엔 해양법협약은 다수의 상원의원이 찬동하고 있지만 헌법이 규정하고 있는 가중 다수결 요건을 충족시키지 못하고 있다. 아직도 上院의 동의

를 받지 못하고 있는 것이다. 2014년 유엔 무기거래조약은 미국이 가입하지 못한 가운데 효력을 발생하였다. 비록 대통령은 조약에 대한 동의를 구하기 위하여 조약안을 상원에 회부하였지만 상원이 이를 반대한 것이다. 상원이 동의를 주는 경우에도 그것은 매우 심각한 조약 동의 캠페인을 펼쳐야 가능한 경우가 대부분이다.

대표적 예로 오바마 행정부의 국제무기통제정책의 핵심이 되었던 New Start 조약도 2010년 장기 지체되고 치열한 토론을 한 이후 2010년에야 겨우 상원의 인준을 받았다. 그렇다면 왜 이란 협상은 이러한 조약들과 다른 취급을 받을까? 먼저 그 조약은 행정협정의 성격을 갖는다. 즉 대통령이 獨立的으로 외국과 협상하고 합의할 수 있다고 본다.

역사적으로 대통령은 이러한 행정협정을 자주 체결해 왔고 대법원도 이를 헌법에 위반되지 않는다고 보고 있다. 대통령의 행정협정에 관한 권한은 헌법 명문의 근거가 있다. 헌법 제 1조 10항은 주 정부의 권한에 관하여 규정하면서, 조약과 합의 또는 협정을 구별하여 보고 있다. 헌법상 주정부는 조약을 체결할 수 없지만, 州政府는 연방의회의 동의를 얻어 합의나 협정을 창출할 수 있다.

이 조항이 시사하는 바는 헌법 제정자들이 조약 이외에 주나 국가간 합의를 독립적인 카테고리 인정하였다는 것이다. 이때에 그러한 합의는 헌법 제 2조 제 2항 조약체결절차의 적용을 받지 않는다. 아마도 대통령의 외교에 관한 권한은 이러한 非條約的 국제합의를 포함할 것이고, 트라이브 교수처럼 헌법 원래의 문언에 충실한 고유주의자(Originalist)들은 매우 강력하게 이러한 입장을 지지한다.

이러한 협정의 문제는 전직 대통령에 의하여 만들어진 이러한 약식 국제합의가 그야말로 약식이어서, 대개가 청구권 합의, 군사문제에 관한 양해, 외교적 승인 및 기타 대통령의 군사적 영역이나 외교적 인증 문제 같은 사항으로 제한된다는 점이다.

어떠한 대통령도 자신이 독자적으로 長期의 무기통제에 관한 국제합의를 창출하거나 장기의 합의를 조약 아닌 단순한 행정협정이라고 부르지 않는다. 그러한 장기적 국제협정을 행정협정처럼 대통령이 독자적으로 창출하는 것은 헌법 제 2조 2항 조약체결절차를 심각하게 훼손하는 것이다. 그러한 행위는 상원을 통하여 대통령이 경솔하게 조약을 체결하는 것을 막아보려는 憲法制定者의 의사를 우롱하는 것이다.

헌법은 1787년 미국이 독립전쟁에서 승리하고 13개주를 기반으로 연방국가를 만들기 위한 것이었다. 당시의 13개주는 제각기 國家性을 가지고 있었고, 헌법 제 1조 10항 “합의나 컴팩트(agreement or compact)”는 미 연방 주들간의 합의나 컴팩트를 상정하면서 만들어 졌다.

마치 MLB 프로야구 경기의 파이널을 월드 시리즈라 부르는 경우 외국인들이 의아해 하는 것처럼 독립 당시 미국의 주들은 신대륙이 하나의 세계이었다. 드 보르작의 신세계 교향곡은 구 세계 유럽에서 신세계 미국으로 국제정치의 중심 추가 기울어지면서 작곡된 곡이다.

각설하고 오리지널리즘에 충실한 대법원과 학자들이 헌법의 문언에 충실한 해석을 강조하면서 행정국가로 나아갈 수 밖에 없는 현실을 수용하기 위하여 동헌법조항이 이용되고 있다. 말하자면 문언의 국가(states)는 문언(文言)의 다른 민족국가(nation-states), 즉 외국(foreign state)과 미국(United States) 간의 국제합의와 협정에도 적용되게 되는 것이다.

시장은 상호의존적(independent)이고 세계화나 전문화에서 자유로울 수 없고 적극국가 행정국가화의 경향은 시장의 규제자인 정부의 역할을 요구한다. 협정의 합헌성 문제와 관련하여 통상이나 환경 관련 협약들이 자주 문제되는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 핵 문제나 해양법 문제 역시 그러하다.

이때에는 상하원 모두의 同意를 얻어야 하지만 가중 다수결이 아닌 관계로 실제적으로 동의를 얻기가 보다 쉽다고 할 수 있다. 이란 협상은 조약이라기 보다는 비구속적 • 정치적 합의의 성격을 갖는다. 국제법상 조약의 본질은 법적 구속력을 갖는다는 점이다. 전술한 바와 같이 신국제협정의 형식으로 체결된 비구속적 • 정치적 합의에 관한 대통령의 권한은 歷史적으로 많은 사례가 있다.

그리고 많은 헌법학자들이 이는 대통령의 권한 범위내에 있다고 보고 있다. 만약 오바마가 이란이 어떤 행동을 하거나 공언 하는 경우 자신은 이란에 대한 제재를 중지시킬 수 있는 법령상 권한을 행사하겠다고 말하였다 하자.

오바마의 말에도 불구하고 이란이나 오바마나 자신의 마음을 언제든지 자유롭게 바꿀 수 있다. 물론 이란과의 우호관계를 유지하고 싶다면, 그는 선뜻 마음을 바꾸진 못할 것이다. 즉 정식의 조약은 국제법상 사유가 없는 한 대통령이 나 집행부가 어찌할 수 없는 영속적인 것이고 신국제협정은 그러하지 아니하

다. 따라서 신국제협정의 合憲性 문제는 국내 문제를 넘어 최소한 전략적으로는 외국 정부도 관심을 두지 않을 수 없다.

이란과 미국간의 새로운 상호 교류를 제안하거나 실제 새롭게 행동하는 것은 원래 이란과 미국간의 합의가 행정협정적 성격을 갖는 것이어서 새롭게 상원의 동의를 필요하지 않기 때문이다. 즉 이란과 미국간 합의는 집행권의 수장인 대통령의 외교관계에 관한 권한 영역 내이고, 합의는 단지 外交行為에 부수하여 행하여진 것으로 보는 것이다.

국제협정의 독자성을 지지하는 그룹의 항변은 두가지 점에서 난관에 봉착한다. 먼저 비구속적 합의는 미래의 대통령을 구속하지 못한다는 점이다. 이는 3월 톰 커튼(Tom Curtin)상원의원의 이란 지도자들에 대한 공개서한에서 제대로 지적되고 있다. 커튼의 주장은 옳다. 비구속적 합의는 오바마 대통령이 자신의 외교적 행위의 일환으로 행한 것이고, 그러한 합의는 후임 대통령을 구속하지 못한다는 주장이 그것이다.

미국이 헌법 제 1조 10항에 따라 주와 같이 국가로서 외국과 국제합의를 할 수 있다는 현실 설명적 이론을 그대로 확대하면, 심지어 주도 그러한 협정을 체결할 수 있다고도 볼 수 있다. 미국의 분열로 이어질 수 있는 것이다. 따라서 미합중국의 헌법과 정체성을 수호할 책무가 있는 상원의원이 나서 문제를 상기시키고 이란과의 관계에서 이를 지적한 것은 의미심장하다.

그런데 문제는 이란 협상과 합의는 외관상 비구속적인 것으로 보이지 않는다는 것이다. 이란 정부는 이를 구속적 성격의 합의로 보고 있는듯 하다. 최소한 일부 조항은 오바마 행정부 이후에도 미국이 취할 수 있는 조치를 제한하고 있다고 보인다. 따라서 동 합의를 非拘束的 이라고 끈질기게 주장하는 것은 협상과 합의의 근간을 해친다고 할 수 있다.

국제합의나 협정에 있어 이제 문제는 상원의 가중 다수결에 의한 동의가 아니라 상하 양원 즉 미 의회의 단순 다수결에 의한 동의이다. 전술한 바와 같이 헌법 제 2조 2항에도 불구하고, 미 연방의회는 중요한 국제협정에 대하여 동의를 준비 있다.

이는 대부분 통상 관련 협정으로서 그 한 예가 북미자유무역협정(NAFTA)이다. 아마도 진행 중인 태평양 동반자관계 협정도 상원이 아닌 議會 同意의 방식으로 협정이 체결될 것 같다. 연방헌법 제 2조 2항 조약 조항에도 불구하고

북미자유무역협정이나 WTO 협정 등 많은 국제 합의, 특히 통상 영역에 관한 합의는 상하원 단순 다수결(majority vote)동의를 얻어 국제법이 되고 있다. 이는 미 건국 150년까지의 헌법관행이 획기적으로 변천된 것을 의미하나. “의회와 집행부간 합의(Congressional-executive agreement)”는 루즈벨트 대통령 시절 이래 헌법 혁명의 일축을 이루어 왔다.

뉴딜과 1930년대 보수적 구 대법원간 갈등 과정에서 발전한 변혁적인 헌법기술을 사용하여 대통령과 하원은 제 2차 세계대전에 대한 반성과 함께 국제관계에 관한 헌법적 권한을 修正 하는데 상원의 동의를 이루어 냈다.

우리는 루즈벨트 대통령의 4번째 임기가 끝나면서 현대 복지국가 행정국가 헌법의 시작을 볼 수 있다. 이러한 새로운 헌법 체계 하에서 대통령과 의회는 중요한 외교적 • 국제관계적 사안에서 국가를 어떠한 방향으로 이끌어 갈 수 있는 권한과 책임을 갖는다.

미국과 이란간 국가안보상 문제와 정책형성에 관한 수 많은 논란에 관하여 헌법은 이를 어떻게 보고 있는가 생각해 볼 필요가 있다. 미국은 政治적으로 비구속적인 합의를 정식의 국제조약의 대안으로 활용해 왔다.

그러나 그러한 집행부의 권한은 이론적 근거를 가지고 있지 않다. 비록 국제법과 국제관계에 관한 기존 연구들이 정치적 합의의 문제를 광범위하게 다루어 왔지만, 통설적 견해는 그것이 국제법이 아닌 한 國內法과 아무런 관계가 없다고 보고 있다.

자. 신국제협정과 도덕적 의무

신국제협정이 국내에서 아무런 구속력을 갖지 않는다는 다수 학자들의 도식적 기성 관념은 타당하지 않다고 본다. 여러 헌법 사안과 분석을 통하여 볼 때에 헌법은 정치적 합의에 나아갈 수 있는 대통령의 권한을 제한하고 있다.

따라서 헌법의 기능적 관점에서 대통령의 정치적 합의에 관한 권한은 헌법상 統制를 받아야 한다. 미국이 당사국인 다른 국제조약과 마찬가지로 이러한 정치적 합의는 국제적으로나 국내적으로 실효적으로 기능하고 있기 때문이다.

이를 위하여 우리는 합의 형식, 주제와 내용, 유기성과 자율성 등에 따라 달라지는 다양한 정치적 합의를 구별하고 類型化 할 필요가 있다. 현 관행대로 연방정부가 정치적 합의를 할 수 있는 권한이 있다 하더라도, 그러한 권한과 현

재의 관행은 조약상 조약체결절차나 보다 일반적으로 국제관계에 관한 여러 조항들에 적절하게 부합하지 못한다.

따라서 이러한 관행이 合憲的이기 위하여 헌법 문언, 제정 당시의 문언 의미, 관행, 구조, 사려 깊음 등을 조사 분석해 볼 필요가 있다. 이로써 어렵지만 정치적 합의로 나아갈 수 있는 집행부의 권한에 대한 헌법적 근거를 제시하고, 의회의 견제 역할을 제안할 수 있을 것이다.

이러한 체계적 접근 방식은 다양한 정치적 합의를 분석하고 평가하는 하나의 틀을 제공하고, 집행부의 정치적 합의를 헌법에 일치하도록 正統性을 부여할 수 있다. 그리고 의회가 언제 그러한 정치적 합의에 관한 정보를 요구하고 인준할 것인가에 관한 결정에도 도움을 줄 수 있다. 이란과 국가간 국가안보 합의는 사례 분석을 통하여 이러한 이론을 예증할 수 있게 한다.

집행부의 정치적 합의 권한은 수많은 중요한 상징적 의미를 가지고 있다. 우리는 憲法科學的 認證을 통하여 현재까지 모호하고 비현실적인 수많은 집행부의 정치적 합의를 정통성 있는 합의로 발전시킬 수 있다.

이러한 인준은 집행부의 정치적 합의에 관하여 정보를 획득할 수 있는 근거를 제공하기도 한다. 희귀한 예이지만 어떤 경우에는 국회의 인준을 받도록 할 수 있는 근거가 될 수 있다. 새로운 이론과 국제관계에 관한 집행부의 정치적 합의 권한은 헌법의 기본원칙과 현 정부관행을 조화시킬 수 있고, 단지 일부의 선택적인 이해를 미국 정부의 모든 국제적 합의로 확장하여 규율할 수 있어야 한다.

왜 그럴까? 1992년 오란 영(Oran Young)의 의문처럼 우리도 자문해야 한다. 행위자가 자신의 행위를 체제나 제도가 요구하는 바에 맞추려는 의무감을 가지거나 느끼는 이유가 뭘까? 그것은 道德的 理由에서 연유한다. 그러나 어떠한 것을 행하여야 한다는 의무감에도 차이가 있다. 법적인 이유와 규범적 이유가 그것이다. 비록 영은 더 나아가 구체적 의미를 밝히지 않았지만, 이러한 도덕적, 규범적, 법적 이유는 사실 의무라는 전통적 개념에 깊게 깃들여 있다.

초국가적인 행위자들의 국제규범을 준수하여야 한다는 도덕적 의무감은 국내적으로 구속력 있는 법이 된다. 즉 그러한 국제규범이 법원의 해석을 통하여 또는 국내법으로 수용되거나 변형을 통하여 국내법 체계에 포섭되게 되는 것이다. 법철학과 법과정론의 대표적 학자인 프랭크(Franck)와 체이에스(Chayes)

는 모두 초국가적 행위자들은 그들이 국내적 절차를 통하여 국제규범의 합법성을 수용한 경우에 더욱 국제규범을 준수하려는 의지가 강화된다고 한다.

바로 이 국제규범의 국내적 수용이야말로 국제법은 법의 개념을 충족하지 못한다고 주장한 하트(H.L.A. Hart)가 생각하지 못하여왔던 것이다. 물론 하트는 그 자신의 용어와 체제에 따라 초국가적 상호작용과 법 과정(Legal Process), 세계규범의 해석과 국내적 수용이라는 개념을 인식하고 사용하였다. 이는 그가 말한 제 2차 규범 또는 인증규범(Rule of recognition)으로서 이러한 2차 규범 또는 인증규범이 국제사회의 법질서에도 존재한다는 것을 간과한 것이다.

우리는 독창적 법이론을 넘어 국내법화한 국제규범에 대한 복종은 매우 심오한 역사적 뿌리를 가지고 있으며 건전한 이론적 배경을 가지고 있다는 것을 부인할 수 없다. 국제규범을 해석하고 그러한 규범들을 국내법화 함으로써 전체적인 과정은 국가이익의 재건을 가능케 한다. 종국적으로 국제규범의 준수에 대한 의무감은 이러한 과정을 통하여 국제사회에서 국가의 正體性을 유지 가능하게 한다.

새로운 주권 관념으로 특징지어지는 후기 의무중심시대에 "초국가적 법 과정(Transnational legal process)"이 풍성해지면 풍성해질수록 "왜 국가들은 국제규범을 준수하여야 하는가"라는 수수께끼는 자연히 풀리게 될 것이다.

한편 국가를 넘어 국제기구에 대한 국제법의 구속력을 생각해 보자. 수십년에 걸쳐 국제법은 유엔이나 국제통화기금 같은 국제기구를 기속하는가 하는 주제가 학술세계의 뜨거운 주제가 되어 왔다. 이러한 주제는 인도법, 경제적 권리 및 환경보호 관련하여 중대한 의미를 가지고 있다.

따라서 언제 또 어떠한 방식으로 국제법이 국제기구를 기속하는지 이론화할 필요가 있다. 요컨대 국제기구는 매우 적극적으로 또는 기꺼이 국제규범을 존중하고 따르지 않는다. 그렇다고 반대로 국제규범을 消極적으로 또는 어쩔 수 없이 존중하고 따르는 것도 아니다. 이는 국제기구 역시 전통적 "意思主義的 국제법" 체계하의 국가처럼 자신들의 의사에 기반하지 않거나 자신들이 동의하지 않는 한 국제조약에 구속되지 않으려 한다.

물론 국제기구가 국가 모두에 공통되는 매우 희귀한 예외는 있다. 국제법상 강제규범 그것이다. 강제규범은 국제기구나 국가들이 강제적으로 기속되는 희귀한 예이다. 이는 국제기구는 국가들처럼 일반적 국제법에 기속된다는 것을 의

미한다.

즉 심각한 부도 상황 같은 희귀한 경우이다. 한편 국제기구는 그러한 심각한 상황에 관한 국제규범에 대하여 동의의 의사를 표시하려 한다. 물론 국제기구는 설립 목적 범위내에서 권리와 의무를 부담하는 제한적 法人格者 이므로 자신들이 체결하거나 가입할 수 없는 조약이 있고, 이러한 경우에는 그러한 국제규범의 당사자가 아니고 그러한 국제규범에 구속되지 않는 것은 물론이다.

차. 신 국제협정과 헌법학 패러다임

1) 애커맨과 골로브 보편주의 헌법관

헌법은 법학도에게 훈련 받은 논쟁의 장이라고 할 수 있다. 헌법이 규정하고 있는 문언과 그러한 문언들을 해석함에 있어 역사적으로 쌓여 온 상당수의 원칙들이 학자들간 논쟁에 있어 공통적 기반을 제공하여야 한다. 순수한 수학이나 이단적 헌법 논객들과 같이 아무리 고상하고 현명한 法理를 제시한다 하여도 그것은 결국 기능하지 못하게 된다.

법률가들은 사람들이 법과 규범에 구속되듯이 法文에 구속된다. 따라서 법률가의 공덕이란 헌법이라는 거대한 우주에서 작은 진리를 구하는 것이다. 그것은 보다 큰 복종의 습관에 동기를 부여하는 습관적 마음이다. 헌법에 대한 이러한 겸허한 이해가 있다면 헌법을 공부하는 우리들은 잘못된 專攻을 택하였다는 후회를 하지 않을 것이다.

이러한 이해를 전제할 때에 헌법은 결국 개인들의 기호를 제어하는 투명한 언어로 남게 될 것이다. 따라서 헌법학자들이 수 많은 미사여구를 동원하여 일관되지 않고 헌법 문언과 구조에 반하는 주장을 하는 것은 문제이다. 그것이 기존 헌법이론 체계에 대한 공개적이고 전위적인 공격이라면 학과간 (interdisciplinary) 변형적 논리로 받아 들여질 수도 있다.

헌법학자들의 주장은 헌법학자들간 원활한 소통을 할 수 있도록 훈련되고 해석의 예술을 통하여 헌법 기업 (constitutional enterprise) 의 구성원들간 널리 공유된 교조적 원칙, 법문과 구조, 역사적으로 확인되어온 진실들을 통하여 獨自性和 正體性을 가질 수 있다. 브루스 애커맨 (B. Ackerman) 과 데이비드 골로브 (D. Golove) 는 의회에 부여된 헌법적 권한에 따라 의회는 조약체결절차에 관한 헌법 제 2조와 상관없이 국제협정을 인준할 수 있다고 주장한다.

비록 헌법상 조약 조항이 명문화되어 있지만 1940년대 이후 일련의 정치적 사건들로 대통령이 양원 합동회의 다수결 절차를 통하여 국제협정을 체결할 수 있다는 憲法的 慣行을 창출해 내었다는 것이다. 즉 소위 의회 집행부간 협정이거나 상위법 제정(Higher law-making)을 향한 일련의 단계라고 이름 붙여져 설명되고 있다.

애커맨과 골로브에 따르면 헌법 제 2조 조약 조항은 오래전 헌법 세계에서나 이용되던 것이고 배타적 성격을 가져 현재의 관점에서 거의 기능하지 않는 조항이라고 한다. 반면에 의회와 집행부간 행정협정은 普遍的이고 매우 體系的의 이어서 그 근원에 관하여 아무런 의문에 없다고 주장한다.

애커맨과 골로브는 1940년대 이후 급격한 헌법적 변천이 발생하여 시민, 대통령, 의회는 국제협정을 상원 출석 3분의 2 대신에 상하 양원 단순 다수결에 따라 인준할 수 있다고 한다. 그리고 이러한 변천은 오랜 역사 속에서 시간을 맞추어 이루어져 왔고, 시기 상조라고 할 수 없다고 주장한다.

즉 두 학자 주장의 요지는 헌법 제2조 조약 인준 및 헌법 제 5조 헌법개정 절차에 관하여 상원의 관여를 규정한 헌법 조항과 문언은 모두 비민주주의적이고, 헌법 제정 당시 기초자들의 심각한 실패일 뿐만 아니라 주 정부의 권리에 관한 非時代的 觀念에 기초하여 심한 기능적 부작용을 야기하고 있다는 것이다.

애커맨과 골로브의 이러한 보편주의 헌법관은 분파적이고 파당적이며 소규모 관점을 무시할 수 없음에도 수 많은 주들을 헌법적으로 거세하는 결과가 된다. 이러한 주장에 따르면 미국의 실제 현실이라 할 수 있는 주 정부들은 월슨 대통령이 베르사이유 조약을 통하여 국제연맹에 가입한다면 이를 방해해서는 안 된다는 결과에 이르게 된다.

애커맨과 골로브에 따르면 실제 1940년대 미국의 다수 시민들은 주 정부들이 무지하여 베르사이유 조약에 가입하지 못하였고 이는 제 2차 세계대전 발발의 기회를 제공하였으며, 따라서 헌법상 보장된 주들의 조약 인준 권한은 비난 받아 마땅하게 된다.

2) 트라이브의 해석법학

헌법이 법적 문서라면 法文을 있는 그대로 인식하는 것이 법률가의 1차적 사명이다. 문리해석의 원칙(Plain language rule)은 어떠한 해석방법 보다 앞서는

것이다. 헌법의 문언들은 미 합중국 시민의 이름으로 존재하게 되고 매우 독특하지만 상호 연관되어 있는 제도들과 관행으로 이루어진다.

즉 規範的 성격과 政治的 성격을 같이 보유하고 있고, 제도들과 관행을 규율하는 법원칙들을 담고 있다. 법문들을 개별적으로 독립하여 읽게 되면 매우 제한된 의미만으로 느껴진다. 법문들을 상호 연관되게 읽는 경우에만 헌법 조항들은 미 합중국 정부의 체계와 구조를 의미 있는 것으로 만든다.

헌법은 기본 건축학(Basic architecture)이다. 헌법의 문언은 단순히 지시, 권력, 금지 등의 연속이 아니고 서로 연관된 하나의 구조물이다. 이는 헌법의 문언(Text)과 구조(Structure)로 구성되며, 헌법학의 성공을 이끌어 내었다. 따라서 헌법 문언의 유형과 상호기능은 물론이고 헌법 문언 밖의 건축물, 즉 헌법이 대상으로 하고 헌법에 기초하여 창조된 거대한 정부 조직의 유형과 상호기능에 대하여 항상 관심을 가져야 한다.

헌법의 문언과 구조를 심각하게 받아 들인다는 것은 헌법이라는 거대한 건축물의 지형학(Geometry)이다. 여러 요소들을 상호 독립케 하고 그들 간 상호연관성에 관한 기본적 기하학이다. 따라서 자의적 헌법 해석은 헌법 지형학의 관점에서 심각한 오류에 빠질 수 있다. 지형학적 고찰은 일정한 複雜界의 구조적 일체성과 연관되는데, 복잡한 구조체에서 각 부분은 유기적으로 다차원적 전체를 이룬다. 헌법과 헌법에 기반하여 창출된 정부기관 역시 예외가 아니다.

헌법과 정부조직의 一體性은 지형학적으로 건전한 헌법 해석 방식을 통하여 이루어진다. 헌법의 의미를 수미일관되게 하는데 있어 가장 현실적이고 확실한 요소는 법률의 제정, 조약의 체결, 협정의 인준, 헌법개정 등의 문제가 있을 때에 구체적인 헌법 문언과 지시에 따르는 것이다. 그리고 그러한 문제에 관한 헌법의 지시가 불명확하거나 문언의 의미에 차이가 있는 경우 이를 조화롭게 해석하는 것이다.

Immigration and Naturalization Service v. Chada 사건에서 대법원이 위헌 선언한 입법적 거부(Legislative veto)는 헌법상 지형학 문제를 담고 있는 한 예이다. 의회의 입법권이 단순히 모호한 차원의 고체물이라고 가정해 보자. 그러한 차원은 의회의 입법위임 만큼이나 수 많은 범프(Bump)와 외부 확장물로 인하여 모두 부드러운 것만은 아니다.

그러한 차원은 정부 부처의 차원에 가까울 정도가 될 것이다. 만약 우리가 작

은 확장을 문제 삼는다면 이를 밖으로 확장해 보고 다시 원래의 고품체로 되돌리는 작업을 통하여 우리는 입법권이나 행정권의 지형학을 근본적으로 다른 것으로 바꾸어 놓을 수 있다. 우리는 그림에 하나의 구멍을 만들어 차원이 아닌 구체적인 그림, 예컨대 도너츠의 구멍에 보고 싶은 어떠한 요소를 삽입하였다 하자. 이는 입법적 거부에 의하여 영향 받는 변천 유형의 하나일 것이다.

단순히 통상의 위임에서 볼 수 있는 범프나 확장이 아니라 탄창 구멍처럼 의회 권한으로 돌아와 문제를 야기한다. 이로써 창설된 의회 권한은 입법부가 법의 집행을 직접적으로 감독하는 결과가 되어 헌법의 제안자들이 거부한 "의회제 정부 형태(Parliamentary System of Government)"와 유사하게 된다. 지형학적 관점은 법률가나 법학 교수처럼 "헌법 해석이라는 기업"에 관여하는 자들이 오류를 범할 수 있다는 것을 넌지시 알려준다. 지도의 고품체들이 마치 전체의 모습을 보여주고 있다고 잘못 생각하는 것이다.

3차원의 대상을 2차원으로 모두 표현하지 못한다. 또한 우리는 4차원의 도형을 그리는 것이 3차원의 도형을 그리는 것보다 쉽고, 3차원의 대상을 그리는 데 있어 뒤에나 앞에 점선을 이용하곤 한다. 대부분의 사람들은 그것이 3차원의 도형을 그린 것이라는 것을 이해하지만, 점선을 사용하는 관습을 모르는 사람들은 점선에 있는 갭(Gap)을 실제 도형에 구멍이 난 것으로 착각할 수 있다.

헌법해석에 있어서도 이러한 오류가 가능하다. 헌법이 법문을 통하여 정부의 구조와 체계를 기술하는데, 이는 여러 연속적인 문장으로 표현된 실제 보다 다차원적인 것이다. 헌법에 의하여 기술된 정부의 지형은 그것이 기술하려고 하는 많은 정부의 실제 외관을 완전하게 표현하지 못한다. 수학자들과 마찬가지로 헌법의 해석자들은 헌법 문언과 구조의 간극을 읽어야 하고 이에 관한 관행에 따라야 한다. 이러한 간극은 헌법에 무수히 존재하고 어떤 경우에는 매우 기본적인 것이다.

예컨대 수정헌법 제 6조 신속재판의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리 기타 형사절차상 기본권은 모든 형사 절차에서 인정되는 시민의 기본권이다. 다만 연방헌법인 이유로 연방정부가 규범을 지켜야 할 수범자(Norm receiver)가 되는데, 법문 어디에도 연방이라는 말은 없다. 즉 3차원적인 기술이지만 헌법 구조와 관련된 연혁에 따라 그 이면과 전면을 추정할 수 있고 연방정부를 구속한다는 1개의 차원이 더하여져 수학자가 점선으로 이를 표현하는 것처럼 연방정부를 구속하는 것이 된다.

또한 헌법 제 1조 9항의 인신보호영장(Habeas Corpus)과 자기입법 및 소급입법의 금지는 제 1조 10항의 주 정부의 자기입법 및 사후입법 금지 조항에 연관되어 연방정부만을 구속하는 것이 된다. 즉 헌법의 문언과 구조를 통하여 論理的이고 체계적인 헌법 해석이 가능한 것이다.

헌법 법문에서 통상적으로 생략되지만, 암묵적으로 그것이 존재하는 것으로 해석되는 또 하나의 다른 예로 “오로지”라는 말을 들 수 있다. 애커맨을 포함한 일부 헌법학자들은 “오로지”라는 말의 생략이 우리 정부의 건축학적 구조 속에 실제 구멍이 존재하는 것으로 잘못 이해하고 있다.

헌법개정에 관한 5조는 동조의 헌법개정 조항이 유일한 방법이라고 명시하고 있지 않다. 헌법 제 2조 조약 조항 역시 동 조항이 중요 국제조약을 인준하는 유일한 방법이라고 명시하고 있지 않다. 브루스 애커맨(B. Ackerman)교수와 아킬 아마르(아킬 아마르)교수는 이 간극이 우리 정부 구조의 진정한 구멍이라고 오해하고 있는 것이다. 따라서 그들은 필요한 경우 代替的 方法에 따라 헌법이 개정될 수 있으며 국제조약이 체결되고 효력을 발휘할 수 있다고 주장한다. 그러나 이는 앞서 든 예에서 점선을 진정한 구멍으로 보는 오류를 범하고 있다.

애커맨 교수는 헌법 해석에 있어 이와 같은 오류를 범하고 있는 것이다. 그의 헌법개정에 관한 이론은 상위법 제정 이론(Higher law-making) 또는 헌법적 계기 이론(Constitutional moments)이라 할 수 있는데, 헌법 제 5조 헌법개정에 있어 “유일한”이란 말이 없다는 사실을 자신의 주장의 근거로 삼고 있다. 이러한 그의 논리와 접근방식은 조약체결절차에 관한 헌법 제 2조 조약 조항에도 그대로 적용된다.

헌법 제5조와 헌법 제 2조 조약 조항은 국민과 정부간 가장 중요한 합의사항인 헌법개정, 그리고 미국과 외국 정부간 가장 중요한 합의인 조약 체결에 관하여 규정하고 있다. 즉 두 조항은 “헌법개정과 제정” “조약 체결과 효력”의 문제를 규정하고 있고 이는 우리의 통치구조에 있어 가장 重要한 體系를 형성하는 역할을 한다.

이는 미합중국을 구성하는 주 정부에 가장 근본적인 국가의 합의에 관하여 “헌법 제 5조는 직접적으로” “헌법 제 2조는 상원에 의하여 평등하고 유일하게” 결정적 역할을 하도록 규정하고 있다. 견제와 균형, 입법권의 절묘한 분배 등 헌법 기초자(Founding fathers)들의 사려 깊은 고안을 전제할 때에 미학적 건

축과 같은 이러한 조항들에 대하여 애커맨식의 접근방식을 허용해서는 안된다.

알렉산더 해밀톤은 법 해석은 법을 세우는 法院에 의하여 채택된 常識의 법칙에 따라야 한다. 따라서 법을 정당하게 적용하였는가 하는가를 알아 볼 수 있는 진정한 기준은 그 법이 연원하는 원천과 얼마나 부합하는가에 있다. "어떠한 것을 하여야 한다"는 법문의 명령은 "다른 것을 하지 말아라" 하는 금지라 할 수 있다. 이전에 무엇을 할 수 있는 권한이 있었고 하도록 명령되어진 것과 모순되지 않는 한 이는 自然的인 것이다.

이러한 "배타성의 원칙(Rule of exclusivity)"이 현재 쟁점이 되고 있는 조항 이전에 또는 그와 상관없이 존재하였던 권한을 부인하기 위하여 사용된다면 이는 상식에 반하는 것이지만, 하나의 표현이 있다면 다른 대안은 배제되어야 한다는 법 격언은 의회와 연방법원의 권한을 제한적으로 열거하고 있는 헌법 조항의 해석에 적절하게 적용될 수 있다.

예컨대 의회는 제 1조에서 法院을 창설할 권한을 헌법으로부터 부여받고 있으므로 헌법 제 3조 형사배심재판에의 권리는 민사배심재판제도를 창설할 의회의 권한을 배제하는 것으로 보는 것은 적절하지 않다. 그러나 많은 경우에 하나의 표현이 있다면 다른 대안은 배제되어야 한다는 법 격언은 일정한 정부조직을 창설하고 그들이 행사하는 권한을 부여하기 위한 헌법조항에 매우 의미있게 적용될 것이다. 물론 헌법 제 9조 "열거하지 않은 기본권의 보장" 조항과 같이 헌법이 排他性的의 원칙을 스스로 부인하는 경우도 있다.

3) 헌법 변천과 해석법학

우리들이 1945년 특정 역사적 사건을 어떻게 이해하던 애커맨과 골로브의 巨大理論은 근본적으로 오류를 내포하고 있다. 그들의 헌법변천 이론에 따르면 헌법 제 5조에 상관없이 특정한 일련의 사건들에 의하여 헌법 변천의 효과가 발생한다고 한다.

애커맨은 역사적 사실을 그것이 진정 의미하는 바를 넘어 바라보는 오류를 범한다. 즉 (i) 헌법의 제정, (ii) 수정헌법 제 14조 인준, (iii) 1930년대 대법원의 기존 보수법학에서 진보적 자세로의 회귀, (iv) 1945년 의회와 집행부간 협정 이론의 興起 등을 합법적 헌법 변천의 典型 이라고 주장하는 것이다. 그리고 우리가 이를 준수할 때에 구속력 있는 헌법으로 존경받을 수 있는 진정한 헌법변천이 일어난다는 것이다. 그러나 헌법의 발전사에서 보통의 사람이 생각

하는 것보다 더 심오한 질서를 발견해 내려는 애커맨의 노력에 대하여 우리는 반대한다. "이론과 역사"는 편안하지 않은 관계이다.

미국사를 돌아볼 때에 예외적인 순간들이 있다. 미 합중국의 건국, 남북 전쟁 후 국가 재건 등 본질적으로 "새로운 헌법 질서를 정당화하기 위하여 무엇이 요구되는가"에 관한 문제에 있어 우리는 어떠한 특별한 설명을 통하여서만 헌법사를 이해할 수 있다. 그러나 이는 더 위대한 것이 사소한 것을 포함하여 무시하거나 가두어 버린다는 의미가 아니다. 어떠한 결정적인 사건들의 의미를 밝힘으로써 보다 덜 중요한 사건들을 보다 잘 이해할 수 있게 한다는 의미인 것이다.

칸트의 존재론이나 당위론을 거론하지 않더라도 "存在 하는 것으로부터 무엇이 正當한 것인가"의 문제는 우리 주위 일상에서 항상 닥치는 문제이다. 미국의 가장 결정적인 역사적 순간들을 설명하는 이론들이 규범적이건 기술적이건 다른 보통의 헌법 문제들을 설명할 수 있는 원칙을 도출할 수 있다는 가정은 옳지 않다.

1787년 헌법제정은 누구나 인정할 수 있는 미 헌정사 최대의 사건이다. 애커맨 역시 이에 동의하면서, 헌법개정에 관한 제 5조 절차 아닌 다른 헌법개정절차가 가능하다고 주장한다. 그는 자신의 주장의 근거로 헌법제정과 건국 그 자체가 법에 위반하여 가능했던 것이라 주장하면서, 미 헌법의 제정은 동맹규약상 헌법개정 조항에 반한다고 주장한다. 물론 이는 헌법 제 5조 아닌 다른 계기로 헌법 개정이 가능하다는 자신의 주장을 강화하기 위한 傍證으로 이용되고 있다.

에커맨과 아마르는 헌법 제 5조 헌법개정방법은 배타적인 것이 아니고 다른 방법에 의한 헌법개정이 가능하다고 주장하는 대표적 학자이다. 다만 애커맨은 헌법 제정 당시 법에 위반하여 헌법이 제정되었고, 그러한 역사적 사실이 다른 방법에 의한 헌법개정이 가능하다는 그의 주장을 뒷받침하는 간접적 근거로 이용되고 있는데 비하여, 아마르는 다른 논리로 헌법 제 5조 이외의 방법에 의한 헌법개정이 가능하다고 주장하고 있다.

한편 두 학자는 모두 "헌법 문언이 수정헌법 제 5조 이외의 개정방법을 허용한다"는 주장의 근거로 헌법 5조에 '유일한'이라는 말이 없다는 것을 들고 있다. 아마르 교수는 이에 더하여 전문, 수정헌법 제 1조, 제 9조, 제 10조를 통하여 국민주권 원칙이 내포되어 있으며, 이는 통상 "헌법회의나 헌법개정 국민투표

단순 다수결에 의하여" 새롭게 헌법을 개정할 수 있다는 獨創的인 주장을 한다.

두 학자는 이러한 오류외에도 우리 헌법시스템의 지형에서 발견되는 간극을 시스템 자체에 구멍, 즉 하자가 있는 것으로 착각하여 역사적으로 이례적인 미헌법 제정이라는 혁명적 사건을 이후 다른 보다 덜 중대한 憲法變遷을 설명하기 위한 이론 근거로 오용하고 있다.

즉 헌법문언의 간극은 헌법 문언과 구조를 진지하게 이해하고 이를 바탕으로 한 헌법 해석을 통하여 메꾸는 것이 법률가와 법학도의 사명이고, 역사적 사건을 자의적으로 헌법에 접목시켜 헌법의 規範的 性格을 몰각하고 정치의존적 • 비규범적 성격의 것으로 매도하여서는 안된다.

한편 애커맨 교수는 내전 이후 국가 재건기 수정헌법의 역사로부터 통상인이 얻을 수 있는 의미보다 과도하게 나아가고 있다. 물론 이는 자신의 이론을 뒷받침하기 위한 것이다. 애커맨 교수는 시민에 기반한 上位法 制定을 지지하고 이로써 헌법 제 5조 주 정부 중심의 헌법개정방식의 대안으로 삼거나 보완할 수 있다고 한다. 이러한 주장은 남북전쟁 후 미국의 재건기에 국가발전과 정치적 차원에서 일단의 주 정부의 의사와 독립적으로 근본법을 제정할 수 있다는 원칙을 법으로 昇和 시키는 근거를 제공한다.

그러나 헌법의 문언을 무시할 수 없는 법률가나 일반인들까지도 최소한 경험적으로는 그러한 주장에 동조하려 하지 않을 것이다. 공화당 주도의 재건기 의회는 남부 주들이 완전하게 미합중국으로 복귀하려면 수정헌법 제 14조를 비준할 것을 조건으로 내걸었다. 이 과정에서 일부 남부주들에 있어 수정헌법 제 13조의 비준을 위한 이전 투표들이 수정헌법 제 14조 비준을 위한 것으로 인정되었다. 이러한 당시의 사정들은 미 헌정사에 매우 異端的인 사건으로 남아 있는 것이 사실이다.

물론 공화당의 전략이 애커맨의 주장대로 헌법개정에 관한 5조를 무의미하게 하였는가 하는 점은 헌법사가들에 의하여 더 연구되어야 할 것이다. 어쨌거나 헌법개정절차에 관한 5조에 따를 때에 수정헌법 14조 개정의 합법성을 의심할 수 밖에 없다는 주장은 전혀 근거가 없는 것이라 할 수는 없다.

그러나 이로써 수정헌법 제 14조가 주 의사보다 시민의 熱望에 따라 가능하였다는 주장만으로 헌법 제 5조 이외에 미국적 • 시민적 상위법 제정과정의 헌법

적으로 유효하다고 주장하는 것은 논리의 비약이다. 이를 위하여 애커맨 교수는 재건기 이례적 사건을 너무 과도하게 삽입하는 오류를 범하고 있다. 반대로 1860년 사건을 일회적인 역사적 사건으로 미 합중국에 반기를 들고 불법적으로 전쟁을 일으킴으로써 헌법상 의무를 저버린 주들의 진정한 의사와 상관없이 미국 스스로 자신의 政治的 意志를 표현한 것이라고 보는 것이 적절하다.

역사적으로 매우 이례적인 사건을 통상의 역사적 기간에 적용하여 일반화하는 것은 명백히 부적절하다. 애커맨의 이론은 헌법상 비례적 고려를 하지 않는 無感覺 한 것이다. 미 내전과 미국의 재건기 시대 벌어진 진정한 국가통합을 위한 역사적 사건을 1930년대 경제 규제입법에 관한 접근방식의 근본적 전환과 새로운 헌법적 이해 등 중요한 역사적 전환점에 연계지어 승화시키고 있다.

애커맨이 1937년을 여러가지 관점에서 헌법적 계기로 본 것을 많은 평론가들도 동의하고 있으며 옳은 것이다. 이 당시 경제입법과 관련한 대법원의 판결들이 중요한 것은 틀림 없다. 공식적인 헌법 조항의 개정보다 실제적으로 보다 현실적인 중요성을 갖는 변화라는 것에 많은 사람들이 동의하고 있다. 그러나 대법원의 뉴딜 판결들은 논란은 있지만 合法的인 憲法解釋을 통하여 이루어진 것들이다.

동맹규약(Articles of Confederation)같이 중앙정부, 즉 연방정부가 헌법에 의하여 명시적으로 위임된 권한만을 행사할 것인가 묵시적 권한까지 부여 받았다고 볼 것인가 하는 문제는 理想的으로 볼 때 헌법 문언에서 확실하게 규정하는 것이 바람직하다. 헌법의 기초자들은 중앙정부에 “명시적으로 위임(not expressly delegated)되지 않는” 권한들은 주정부에 포괄적으로 귀속토록 한 이전 동맹규약과 달리 중앙정부에 “위임되지 않는(not delegated)” 권한들은 주정부에 포괄적으로 귀속되는 것으로 하였다.

1895년과 1937년 사이 여러 사건에 나타난 대법원의 修辭學은 동맹규약 시절 명백위임의 관점을 지지하지 않는 것으로 보인다. 만약 그러한 관점이 사건 결과에 결정적 영향을 미쳤다면, 1937년 해머 v 다겐하트 사건에서 하급심 판결을 파기하고 맥클루우 선례로 복귀 한 것은 헌법 구조의 변화라고 보아야 한다. 그리고 이러한 헌법구조의 변화는 헌법개정을 통하여 가장 효율적으로 성취될 수 있다.

그러나 실제 아동 노동 사건에서 데이 대법관의 명백 위임 수사학은 수사 그 자체에 머무르고 말았다. 당시 사건들의 쟁점이 되었던 것은 헌법 제 1조 위임

조항 하에서 의회의 묵시적 권한의 범위가 문제되었고, 이는 정도의 문제였던 것이고 헌법이라는 기본적 건축에 관한 문제가 아니었다. 즉 헌법 개정의 문제가 아닌 헌법 해석의 문제였던 것이다. 물론 公共政策的 관점에서 우리가 헌법 제 1조를 광의로 해석할 것인가 협의로 해석할 것인가의 문제는 굉장히 중요한 문제이다.

그러나 “중요하고 빛난다”고 하여 모두 헌법학에서 금으로 취급하지 않는다. 정책학과 헌법학은 이점에서 차이가 있다. 그러한 오류는 여러 오류중 첫번째로 중요한 “분류의 오류”가 된다. 즉 통치나 정책 영역의 문제에 있어 일어나는 모든 중대한 변화를 憲法改正으로 보거나 헌법개정을 하였어야 한다고 보는 오류를 범하는 것이다.

예컨대 로크너(Lochner)와 다른 반 정도의 1937년 진보 판결을 통한 대법원의 혁명은 공식적 憲法改定을 요하는 사안이 아니다. 이는 단순히 옷을 갈아입은 것에 불과하고 “법원이 그 실재를 어떻게 해석하는가”라는 헌법해석상의 문제일 뿐이다. 로크너의 정신은 절차적 적법절차 • 실제적 적법절차를 확인하면서 법앞의 평등 정신의 귀감이 되고 있다.

따라서 多岐한 헌법해석상 문제들을 어떠한 일원적 이론으로 포장하거나 모든 사안을 통일적으로 이해하는 것은 미련한 일이다. 그럼에도 애커맨 교수는 1860년대 미국의 재건기와 1937년 뉴딜을 마치 상위법 제정에 관한 전형을 마련한 것으로 본다. 애커맨 교수의 이론에 따르면 만약 수정헌법 제 14조가 합법적이라면 그것에 기반한 헌법의 변천 유형은 뉴딜 시대 헌법의 변천에 대한 합법적 근거가 된다.

그러나 뉴딜로 인한 변화는 그것이 아무리 국가적으로 심대한 결과를 가져왔다 하더라도 通常의 헌법 해석 결과일 뿐 애커맨 교수가 주장한 상위법 제정 방식과 유형에 관한 이론을 정당화시키는 것이 아니다.

뉴딜 시대 대법원 판례들은 그 실질에 있어 우리 헌법에서 보장하고 있는 사회권이나 생존권적 성격의 권리를 인정한 것들이지만 현대 복지국가 헌법이 규정하고 있는 성문 제정법 조항과는 구별하여야 하지 않을까? 사람들이 이전의 모든 것들을 의심하게 만드는 시계의 13번째 차임벨 소리와 같이 애커맨 교수는 1945년 역시 1787, 1860, 1937년과 같이 또 다른 “헌법적 계기 (Constitutional moment)”라고 주장하지만 그 주장은 그의 그 이전 헌법적 계기 주장보다 설득력이 없다.

우리가 애커맨 교수의 1860년대 의도적 원칙들을 1937년 헌법 해석을 통한 革命으로 급진적으로 확장한 것을 받아 들인다면, 1945년 의회와 집행부간 행정협정에 의하여 촉발된 문제들에 대한 분석도 그와 유사하지 않을 이유가 없다. 비록 애커맨 교수가 2차 세계대전 와중에 대통령, 하원, 상원 사이에 외교적 문제의 최고성을 두고 심한 갈등 관계에 있었다는 주장을 하고 있지만, "조약 조항(Treaty clause)" 어디에도 헌법 해석에 관한 일반원칙 외에 달리 취급하여야 한다는 어떠한 근거도 찾아 볼 수 없다.

조약 조항에 관한 애커맨 교수의 주장은 특히 문제가 심한데, 비록 그가 헌법 문언과의 일치를 위하여 노력하였지만, 그는 결국 公的인 합의 또는 헌법의 법문과 구조를 무시할 수 밖에 없는 전쟁 시기 같은 상황은 헌법 문언과 구조를 지울 수 있는 예외적 상황이 된다고 주장하고 만다.

그러나 그의 주장대로라면 "헌법은 공적 의견들이 아무리 격렬하고 깊게 갈등 하더라도 이를 견디어 내기에 충분한 정부 체계와 구조를 구축하여야 하는 한 다"라는 헌법 본연의 中樞的 使命을 다하지 못하게 된다. 즉 헌법 체계 내에 존재하는 합법적 변천 과정을 통하여 걸러 낼 수 없는 공적 의견의 갈등을 견딜 수 있는 강한 시스템과 정부 체계는 바라기 어렵게 된다.

1945년 브레튼 우즈 협정(Bretton Woods Agreement)이 정식 조약이 아닌 의회와 집행부간 합의 형식으로 채택된 것이라면 이는 헌법 제 1조와 제 2조를 대비하여 놓고 볼 때 순수하게 헌법 구조적 관점에서 공식적인 헌법개정 필요하다고 생각되기도 한다. 실제 하원은 그러한 헌법개정안을 가결 통과시킨 바 있다. 즉 1945년은 1787년, 1860년, 1937년과 완전히 같은 상황이라고 할 수 없다고 보아야 한다.

다시 말하자면 1945년 주요 국제조약의 인준 동의에 관한 하원의 역할을 주장하고 상원의 가중 다수결에 의한 인준 동의 대신에 양원의 단순 다수결에 의하여 인준 동의하자는 하원의 요구를 상원이 묵인(默認)한 것은 헌법의 문언과 의미를 변경하는데 합의하였던게 아니다.

그것은 미국의 지도자들 상당수가 여전히 이러한 조항들을 불명확한 헌법의 명령으로 보는 것을 확실하게 拂拭 시키자는 의도가 명백하다. 시민 다수의 지지는 1945년 상원의 묵인을 헌법 해석에 있어 하나의 당연한 권리로 승화시킨 것이라 할 수 없다. 시민의 지지는 단지 정치적 분열을 막기 위한 것이라 보아야 한다. 애커맨 교수는 1945년 정치가들의 권력을 향한 경쟁들이 헌법의 의

미에 대한 의문을 해소하고 적절한 의미를 찾는데 相關性을 갖는지 설명하지 못하였다. 이는 그가 든 이전의 사례와 그에 대한 의문들과 아무런 관계도 없다.

4) 결어

애커맨의 상위법 제정에 관한 이론과 최근 주장은 많은 헌법학자들이 한결 같이 그 이론의 위험성을 우려하고 있다. 1937년 헌법적 변천에 관한 그의 설명에서 애커맨은 헌법적 계기라는 용어를 통하여 헌법 변천의 정통성을 설명하였다. 이때에 대부분의 학자들은 단순히 헌법의 해석을 통하여든 그의 설명대로 헌법적 계기에 의한 것이든 어쨌거나 그것이 正統性을 보지한다고 인정하였다.

그런데 1945년 의회와 집행부간 협정이 문제로 등장하자 그의 이론을 적용하는 과정에서 이미 헌법해석상 심각한 문제를 가지고 있는 脫法的 국제협정 체결의 정통성을 강화하기 위하여 그의 검증되지 않은 이론을 이용하고 있다. 그들 주장의 총체적 결과는 개별적으로 문제되는 總和에 비하면 적은 것이다. 만약 그가 강화하려는 결론만 없다면 그 스스로도 의회와 집행부간 합의가 헌법의 문언이나 구조에 비추어 얼마나 일관되지 못한 주장이라는 것을 스스로도 알 수 있었을 것이다.

학자들은 선례와 상위법 제정에 관한 애커맨 교수의 편파적 주장에서 특별한 느낌을 가지지 않을 수 없다. 애커맨은 그가 설명한대로 비공식적 形式에 따라 헌법 개정이 가능하다고 하고 있으므로 그의 주장은 헌법의 문언과 구조가 무시될 수 있는 가능성이 크다. 그런데 사람들이 그의 이론과 헌법과정을 말하면서 헌법 문언과 구조가 그때 그때 편의에 따라 대접받을 수 있다는 문제에 대하여는 아무런 관심이 없는 것 같다.

헌법 국가와 立憲政의 프로젝트에 일생을 헌신하는 우리들은 그것이 어떠한 역사적 근거와 가치를 가지는가 불문하고 애커맨의 이론과 이를 최근 사례에 적용하려는 그의 시도가 헌법해석 문제를 해결함에 있어 아무런 역할도 할 수 없다고 보아야 한다. 애커맨과 글로브의 논문은 헌법국가의 이상을 효율성, 민주성, 정통성이라고 요약하여 말하였다. 누가 그러한 주장에 달리 말할 수 있는가?

헌법 문언과 구조에 충실하고 이를 위하여 필요한 역사적 사실에 충실하는 자들이야 말로 두 학자의 주장에 이견을 제기할 수 있을 것이다. 즉 효율성, 민

주성, 정통성은 헌법과 헌법학이라는 거대한 기업에서 바라 볼 때에 빙산의 일각에 불과하다. 우리에게 닥쳐진 문제는 헌법을 둘러싼 관행이 憲法的인 것인가 하는 문제이며, 이는 훨씬 복잡한 문제이다.

존 하트 엘리(John Hart Ely)는 다음과 같이 말하였다. 중립적이고 지속 가능한 원칙은 영원한 미와 기쁨의 원천이라 할 수 있다. 그러나 그것이 헌법의 문언이나 구조에 근거를 두지 않는 한 우리는 우리의 業을 수행함에 있어 그것을 헌법 규범이라고 주장할 수 없다. 물론 엘리, 트라이브, 그리고 많은 헌법학자들은 헌법의 문언과 구조가 헌법 여러 주제 영역에서 어떻게 기능하는가에 관하여 논쟁을 할 것이다. 그리고 그러한 의문들에 대한 치열한 토론이야 말로 헌법 講學의 본질이라 할 수 있다.

주제를 미 독립혁명, 남북 전쟁, 뉴딜, 새로운 국제 정치경제질서의 의미와 연관시키는 것은 또 다른 흥미거리를 제공하기 위한 對話의 책략과 혼동하여서는 안된다. 그러한 주제에 대한 접근방식의 변화는 그것이 다른 가치가 있는 것을 불문하고 있는 그대로 보아야 한다. 미국 헌법을 해석하는 법관 법학자 법률가들로 구성된 거대한 헌법기업(Constitutional enterprise)으로부터 완전히 外人이 되어 사라져 버리는 우를 범해서는 안된다.

헌법과 헌법학이라는 거대한 기업은 항상 쉬운 것이 아니다. 아무리 정밀한 기본원칙이나 동 원칙에 따라 적절한 결론이 도출되었다 하더라도 몇마디 말로 영원히 변치 않는 광범위한 합의를 이루어내지는 못한다. 만약 애커맨과 골러브의 주장이 그러하다면 그 반대자인 나야 말로 매우 특이하고 아마도 가장 건강하지 못한 주장을 하고 있는지 모른다.

이러한 복잡하고 난해한 헌법이라는 기업체에도 불구하고 헌법 문언과 구조를 논리적으로 해석하는 解釋法學의 기본은 법률가인 우리가 지켜내야 할 가치인 것이다. 헌법학의 전형과 기본 관념에 따라 훈련 받은 우리들이 이를 지킬 때만이 헌법 기업은 경외감과 엄숙함으로 지속 가능할 것이다. 그리고 그러한 헌법 기업에 대하여 심각하게 고민하는 사람이라면 異端의 주장과 법리로 가득한 학자들이 헌법이라는 가면을 쓰고 기업을 훼손하는 경우 분명하게 그에 항의하여야 한다.

카. 결론: 의의와 시사점

헌법과 국제법은 국가사회와 국제사회를 규율하는 대표적 公法이다. 헌법은 국

가의 최고법이며 민주주의를 지탱하는 시민사회의 약속을 담고 있다. 그리고 대부분의 국가의 헌법에는 국제법의 효력과 조약 등 국제법의 제정절차에 관한 헌법조항을 가지고 있다. 한편 국제법은 일원론 이원론 같은 이론을 떠나 보면, 국내문제 불간섭의 원칙, 국내법의 국제법 일치 의무 등으로 실제 국제사회를 규율하는 국제법과 국내사회를 규율하는 국내법은 性格을 달리하는 것이 사실이다.

물론 바르셀로나 전력회사 사건에서 보듯이 국내법 상의 법개념들이 국제법정에서 이용되고 존중되기도 하지만, 국내법을 근거로 국제의무 의행을 거부할 수 없다. 한편 국내법원은 국제규범의 법적 성격에 따라 적용되는 법규범과 국내법원에서 구속력을 가지지 못하는 법규범으로 법규범의 성격에 따라 취급을 달리하는 것이 보통이다. 전술한 바와 같이 국내 헌법절차에 따라 정식으로 체결 비준된 조약은 헌법재판소나 대법원을 구속하는 강학상 의미의 조약이 된다.

따라서 해상운송에 관한 헤이그 비스비 협약은 대한민국이 정식으로 가입한 多者條約으로 동 협약과 동 협약에 따라 당연히 효력을 갖는 헤이그 협약에서 정한 책임발생 사유와 책임제한에 관한 규정은 우리 대법원을 기속한다. 그러나 유엔인권선언처럼 단순히 유엔총회의 결의에 따라 효력을 발생하는 연성적 법규범은 헌법재판소 실시대로 이상적이지만 재판소는 동 인권선언에 구속되지 않는다.

미국은 영국 식민지배로 부터 독립하면서 세계 최초로 最高法 으로서 헌법을 제정하고 헌법국가와 시민 민주주의의 시작을 알렸다. 3권 분립에 기초한 통치구조를 헌법에 규정하고 의회의 전제를 우려하면서 엄격한 3권 분립, 권력간 견제와 균형을 이루어 낸 것은 미국 민주주의의 특징의 하나이다. 그리고 최초의 연방국가 연방시스템을 헌법에 구현하면서, 이전 헌법관행에 불과했던 것이 成文化 된다. 유엔이 만들어지고 관습법의 성문화 법전화가 유행한 것과 궤를 같이한다.

영국은 의회민주주의 혁명을 이끌어 내었지만, 불문헌법 국가이다. 프랑스는 대혁명으로 구체제를 무너뜨리고 부르조와 혁명의 성공을 이끌어 내었지만, 영국 비슷하게 회의체 기관의 최고성을 인정하면서도 오랫동안 통치구조에 관하여는 침묵하였다. 史的으로 미국 민주주의 역사는 영국 및 프랑스와 다른 면이 있다.

미국은 연방시스템으로 인하여 조약이나 국제협정의 법적 성격과 효력의 문제가 우리나라와 같은 단일국가 헌법과 달리 복잡한 양상을 띠고 있다. 본고는 이러한 배경하에 미국 정부의 새로운 방식에 의한 국제규범의 창출과 그 문제점을 살펴 보았다. 미국 헌법은 제 2조 집행부 조항에서 조약 체결절차를 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 상원의 가중 다수결에 의한 조약의 認準은 현실적으로 매우 어렵다. 예컨대 미국은 동 조항으로 인하여 제 1차 세계대전 종전 후 국제연맹에 가입하지 못하였으며 제 2차 세계대전 종전 후 ITO 같은 포괄적 통상기구를 만들지 못했다.

이는 下院이 비교적 진보적이고 과학적이라면 상원은 보수적 정치적이어서 예스보다는 노로 나아가는 경향이 강한 것을 부인하기 어렵다는 것을 시사한다. 미국이 국제형사재판소 조약이나 국제해양법 조약에 선뜻 가입하지 못하여 국제사회의 빈축을 사는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

이러한 조약들에 가입하기 위하여 굳이 편법적인 헌법 제 1조 10항을 이용할 필요는 없기 때문이다. 다만 전술한 바와 같이 경제나 통상 관련 문제들에 관하여는 헌법 제 1조 10항이 자주 이용된다. 패스트 트랙 소위 통상 문제에 관한 신속처리절차를 둔 취지와 연결된다. 상하 양원의 단순 다수결보다 상원의 가중 다수결이 실제로 국제규범이 헌법이 요구하는 인준 동의를 받아 효력을 발생하는데 있어 보다 어려운 장애라 할 수 있다. 따라서 현재의 국제사회에 있어 미국이 당사자인 조약과 국제협정은 法理的으로 모호한 지위에 있다는 것을 부인하기 어렵다.

본고를 요약 정리해 보고 시사점을 생각해 본다.

먼저 미국이 당사자인 조약과 국제협정의 법리적 문제에 관하여 학설상 대립이 있다. 이에 관한 학설은 세가지로 나누어 볼 수 있는데, 정치학적 관점, 국제법적 관점, 헌법적 관점이 그것이다.

정치학적 관점은 당연히 미 의회내 현실정치에 초점을 맞추고, 미국의 國益과 외교사적 관점에서 국제협정을 이해하려고 한다. 현실적으로 사안을 분석하고 의회가 협정에 나아갈 수 밖에 없었던 배경이나 협정 체결 후의 당사국과의 관계의 발전 등을 설명하고 분석한다.

국제법적 관점은 국가간 권리와 의무관계를 분석의 키워드로 하고 있으므로, 새로운 방식의 국제협정이 국가간 권리와 의무를 창설하는가를 분석하고 설명

한다. 과학 기술의 발전과 세계화, 미국의 국제사회에서의 리더십 롤 등 저간의 배경을 바탕으로 생각해 볼 때 집행부 주도의 신국제협정은 구속력을 가지는 有效한 법이라고 보아야 한다.

이는 우드로 윌슨의 행정국가, 적극국가, 급부국가, 복지국가 사상과 연결되어 집행권의 확대와 사회의 전문화 경향과 상용하게 된다. 의사주의적 국제법관을 넘어 보편주의적 국제법관(Universalism)의 국제법학자들은 이러한 입장을 취하는 것이 보통이다.

한편 국제사회에서 국가는 자신의 의사에 의하지 않고는 어느 것에도 구속되지 않는다는 강고한 전통국제법 원칙이나 법실증주의적 국제법관을 가지는 대부분의 국제법 학자들은 정식의 헌법절차에 따라 체결된 조약과 집행부간 간이한 절차에 따라 합의하고 成案 하여 집행하는 행정협정을 최소한 개념상으로는 구별할 것이다.

다만 국가와 국가간 권리의무 관계가 국제법 프레임워크인 관계로 국내 절차상의 사유를 근거로 국제 의무의 이행을 거부할 수 없게 된다. 의회의 정식 인준을 받지 않았다는 항변을 제기할 수 없는 것이다. 정식 조약 아닌 행정협정에 따라 집행부가 협정을 실제 이행한 경우 그에 따른 예산이나 비용 등은 국회의 감사제도를 통하여 견제될 수 있고, 협정 상 국민의 권리와 의무가 규정된 경우라면 구체적 법적 분류로 발전하여 法院에 의하여 통제받을 수 있을 것이다.

조약이나 국제규범의 효력 문제는 조약이나 국제협정의 체결이나 동의 또는 비준이 헌법상 기관들의 행위이므로 헌법이론 상 이를 어떻게 보아야 할 것인가 하는 문제가 제기된다. 헌법학 관점에서 바라본 새로운 방식에 의한 국제협정은 두가지 관점이 있다. 그 하나는 신현실주의적(Neo-liberal)접근방식으로 헌정사의 중요 모멘트를 계기로 헌법변천이 이루어졌다는 헌법변천설이다.

다른 하나는 헌법의 문언과 구조는 법률가에게 가장 중요한 것이고, 이를 진지하게 고려하여 문리적 체계적으로 헌법과 정부라는 구조물을 축조하는 것이 법률가의 사명이고 헌법학 기업(Constitutional enterprise)라고 주장하면서, 개념법학 • 해석법학적 관점에서 접근하여야 한다는 견해가 대립되고 있다.

신현실주의 헌법학 또는 헌법변천론은 애커맨(Ackerman)의하여 대표되고, 후자의 관점은 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)교수의 입장이다. 본고는 두 교수의 주장과 비판을 요약하여 살펴 보았다. 미국의 법학은 법현실주의라 할 수

있다. 법이 현실사회에서 어떻게 발현되는가를 관찰하고 설명하고 비판한다. 애커맨의 신현실주의는 쉽게 무시하기 어렵다.

실제 중요한 헌법적 계기가 되는 역사적 사건에서는 법문에 따라 법이 충실하게 적용되지 않는 경우가 없지 않다. 독립혁명을 위한 헌법의 필요성은 식민지 13개국의 단합을 절대적으로 필요하였다. 분열은 곧 영국의 재침입과 식민지배의 복원으로 이어질 우려가 있는 상황에서 헌법제정(憲法制定)이 이루어졌다.

제정헌법이 요구하는 비준 요건을 갖추지 못한 헌법은 그대로 미국을 기속하는 헌법이 되고 이후 미국의 헌정은 헌법변천이나 헌법관행으로 평가될 수 있을 것이다. 남북 전쟁 당시 수정헌법 제 14조 헌법개정도 막후의 편법과 협박 등 어떻게 보면 脫法的으로 이루어졌다.

그러나 수정헌법 제 14조는 현재 법원에 의하여 가장 많이 인용되는 헌법조항의 하나가 되고 있다. 이 역시 헌법변천이나 헌법관행으로 설명되어 질 수 있을 것이다.

한편 1937년 대법원의 진보판결들은 가히 혁명적이다.

독일의 본 기본법이나 대한민국 헌법 같은 현대 복지국가적 헌법에서나 있을까 말까 한 정책들이 연방의회 입법으로 가능하게 되고 이에 대하여 대법원이 처음의 보수주의 태도에서 진보적으로 선향하여 憲判決을 내린 것은 정책적 관점에서 가히 혁명적이고 헌법개정에 준하는 것들이라 할 수 있다.

이에 대하여 트라이브 교수는 법학적 관점에서 이는 헌법해석을 통하여 이루어진 것이라고 반박한다. 1945년 애커맨 교수의 헌법적 계기 주장은 세계경제 3각축을 창출한 브레튼 우즈(Breton Woods)체제에 관한 것이다.

브레튼 우즈 체제는 IMF, IBRD, WTO라는 2가지 핵심적인 국제경제체제를 일컫는 말인데, 이러한 브레튼 우즈 체제가 미국 헌법상 정식 조약체결절차에 따르지 않고 헌법 제 1조 의회와 집행부간 협정 규정에 따라 효력을 발생하였다는 것은 역사적 私生兒가 탄생한 것 같은 느낌을 준다. 동 체제는 현재도 강건히 유지되고 있고, 1995년 구 GATT체제에서 확대 • 발전된 WTO체제를 학자들은 국제경제헌법체제라 부른다. 애커맨 교수가 자신의 헌법적 계기 이론의 4가지 역사적 증거 중 1945년 브레튼 우즈 체제를 그 하나로 든 것이 수긍이 가기도 한다.

이러한 역사적 예들은 애커맨 교수의 상위법 제정의 독특한 계기를 통하여 가능하게 된다. 미국은 연방국가인 관계로 헌법 제 6조는 연방법의 최고성(Federal supremacy)에 관하여 규정하고 있다. 이 조항에 따라 역사적으로 헌법제정이나 헌법개정, 연방의회의 혁명적 사회법 제정과 이를 지지하는 대법원 판결, 브레튼 우즈 체제 같은 입법창설적 성격의 국제 규범들은 연방헌법 또는 연방법으로 上位法이 되는 것이다.

요컨대 미국의 양원제 의회 체계하에서 상원은 보수적 성격의 회의체, 하원은 진보적 성격의 회의체 기관(Assembly body)으로 역할하고 있는 것이 사실이다. 전술한 바와 같이 제 1차 세계대전후 미국의 국제연맹 가입에 상원이 인준 동의를 거부한 것이 제 2차세계대전 발발의 한 원인이 된 것은 역사적으로 안타까운 일이다. 국제사회는 하루가 다르게 변화하고 있다. 세계화와 전문화는 일상의 일이 되고 있다. 이는 집행부의 할 일이 그만큼 커지고 있다는 것을 의미한다.

그리고 집행부 주도의 국제규범은 날로 필요성이 증가되고 있다. 헌법 제 2조 정식 조약을 넘어 헌법 제 1조 의회와 집행부간 협정은 미국이 적극국가로 나아가는데 기여하였다. 이제는 헌법 제 1조 절차까지 생략된 집행부 단독의 행정협정 방식이 등장하여 현실이 되고 있다. 물론 그러한 법들의 규범력과 구속력은 국제법적 분쟁의 경우 국제재판소가, 국내법적 분쟁인 경우 국내재판소가 결정할 것이다.

정치적 혁명이 있었지만 불문헌법 국가로 출발한 영국은 필요한 경우 의회가 헌법적 문제에 대하여 새로운 법을 제정할 수 있다. 예컨대 上院 法司委가 영국의 대법원이었던 시절이 있었지만 이제는 새로운 의회 제정법률로 의회에서 독립하여 독자적인 성격의 영국 대법원으로 기구적 개편이 있었다. 식민지 시대 본국과 식민지 의회의 잦은 입법으로 법적 안정성을 누릴 수 없었던 미국의 시민들은 다수의 횡포를 제어하기 위하여 법개정을 어렵게 하고 코크경이나 블랙 스톤 같은 상위법 사상을 헌법이라는 이름으로 구현하였다.

그러나 200년이 지난 지금 고전적 헌법은 오리지널리즘(Originalism)과 현대적 재해석 사이에서 갈등하고 있다. 헌법의 변천은 새로운 불문헌법 또는 헌법 관습법 처럼 되어 법원은 이를 법으로 보고 당사자간 법적 분류에서 권리와 의무를 확정할 것이다. 서울은 대한민국의 수도라는 것은 대한민국 헌법체계하에서 헌법관습법이라고 실시한 헌법재판소의 판결처럼 미 대법원은 새로운 국제

협정들이 헌법에 배치되지 않는다고 판단하고 있다.

외교나 국방 문제에 관하여 정치적 문제의 원칙(Political question)이나 통치 행위론이 있지만, 조약체결이나 국제협정의 유효성 등은 그러한 범주에 속하지 않는다는 것이 통설이다. 법원에 의하여 발전된 적용가능한 법적 기준(Judicial standard)이 있기 때문이다.

신국제협정은 헌법의 변천이나 헌법관습법처럼 세상의 변화에 적응하여 발전하고 있다. 불문헌법 국가라면 아마도 신국제협정에 대한 논란은 정치적으로 해결될 수 있는 문제이다. 그러나 미국의 경우 成文憲法의 硬直性, 특히 독특한 연방시스템으로 인하여 이 문제를 둘러싸고 논란이 많다. 역사의 발전과 함께 상원의 개혁을 주장하는 목소리가 커지면서 미국 민주주의의 추이를 지켜 볼 일이다.

부록

I. 대한민국 헌법

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

제1장 총강

제1조

- ① 대한민국은 민주공화국이다.
- ② 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.

제2조

- ① 대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다.
- ② 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다.

제3조

대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다.

제4조

대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일 정책을 수립하고 이를 추진한다.

제5조

- ① 대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고 침략적 전쟁을 부인한다.
- ② 국군은 국가의 안전보장과 국토방위의 신성한 의무를 수행함을 사명으로 하며, 그 정치적 중립성은 준수된다.

제6조

- ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.
- ② 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.

제7조

- ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.
- ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

제8조

- ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.
- ② 정당은 그 목적·조직과 활동이 민주적이어야 하며, 국민의 정치적 의사형성에 참여하는데 필요한 조직을 가져야 한다.
- ③ 정당은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받으며, 국가는 법률이 정하는 바에 의하여 정당운영에 필요한 자금을 보조할 수 있다.
- ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

제9조

국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다.

제2장 국민의 권리와 의무

제10조

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.
관련 행정규칙

제11조

- ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.
- ② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.
- ③ 훈장등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.

제12조

- ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.
- ② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.
- ③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.
- ④ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.
- ⑤ 누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.
- ⑥ 누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.
- ⑦ 피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

제13조

- ① 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.
- ② 모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.
- ③ 모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

제14조

모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

제15조

모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

제16조

모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

제17조

모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.
관련 행정규칙

제18조

모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

제19조

모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

제20조

- ① 모든 국민은 종교의 자유를 가진다.
- ② 국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

제21조

- ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
- ② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
- ③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
- ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

제22조

- ① 모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.
- ② 저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

제23조

- ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.
- ② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.
- ③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

제24조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

제25조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

제26조

- ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가기관에 문서로 청원할 권리를 가진다.
- ② 국가는 청원에 대하여 심사할 의무를 진다.

제27조

- ① 모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.
- ② 군인 또는 군무원이 아닌 국민은 대한민국의 영역안에서는 중대한 군사상 기밀·초병·초소·유독음식물공급·포로·군용물에 관한 죄중 법률이 정한 경우와 비상계엄이 선포된 경우를 제외하고는 군사법원의 재판을 받지 아니한다.
- ③ 모든 국민은 신속한 재판을 받을 권리를 가진다. 형사피고인은 상당한 이유가 없는 한 지체없이 공개재판을 받을 권리를 가진다.
- ④ 형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.
- ⑤ 형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.

제28조

형사피의자 또는 형사피고인으로서 구금되었던 자가 법률이 정하는 불기소처분을 받거나 무죄판결을 받은 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가에 정당한 보상을 청구할 수 있다.

제29조

- ① 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가 또는 공공단체에 정당한 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다.
- ② 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 없다.

제30조

타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다.

제31조

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
- ③ 의무교육은 무상으로 한다.
- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
- ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

제32조

- ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.
- ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다.
- ③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.
- ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.
- ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.
- ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.

제33조

- ① 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
- ③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

제34조

- ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

- ②국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.
- ③국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.
- ④국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.
- ⑤신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.
- ⑥국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

제35조

- ①모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.
- ②환경권의 내용과 행사에 관하여는 법률로 정한다.
- ③국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

제36조

- ① 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.
- ② 국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다.
- ③ 모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.

제37조

- ① 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
- ② 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

제38조

모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다.

제39조

- ① 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국방의 의무를 진다.
- ② 누구든지 병역의무의 이행으로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

제3장 국회

제40조

입법권은 국회에 속한다.

제41조

- ① 국회는 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출된 국회의원으로 구성한다.
- ② 국회의원의 수는 법률로 정하되, 200인 이상으로 한다.
- ③ 국회의원의 선거구와 비례대표제 기타 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

제42조

국회의원의 임기는 4년으로 한다.

제43조

국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다.

제44조

- ① 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기중 국회의 동의없이 체포 또는 구금되지 아니한다.
- ② 국회의원이 회기전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기중 석방된다.

제45조

국회의원은 국회에서 직무상 행한 발언과 표결에 관하여 국회외에서 책임을 지지 아니한다.

제46조

- ① 국회의원은 청렴의 의무가 있다.
- ② 국회의원은 국가이익을 우선하여 양심에 따라 직무를 행한다.
- ③ 국회의원은 그 지위를 남용하여 국가·공공단체 또는 기업체와의 계약이나 그 처분에 의하여 재산상의 권리·이익 또는 직위를 취득하거나 타인을 위하여 그 취득을 알선할 수 없다.

제47조

- ① 국회의 정기회는 법률이 정하는 바에 의하여 매년 1회 집회되며, 국회의 임시회는 대통령 또는 국회재적의원 4분의 1 이상의 요구에 의하여 집회된다.

- ② 정기회의 회기는 100일을, 임시회의 회기는 30일을 초과할 수 없다.
- ③ 대통령이 임시회의 집회를 요구할 때에는 기간과 집회요구의 이유를 명시하여야 한다.

제48조

국회는 의장 1인과 부의장 2인을 선출한다.

제49조

국회는 헌법 또는 법률에 특별한 규정이 없는 한 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성으로 의결한다. 가부동수인 때에는 부결된 것으로 본다.

제50조

- ① 국회의 회의는 공개한다. 다만, 출석의원 과반수의 찬성이 있거나 의장이 국가의 안전보장을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 공개하지 아니할 수 있다.
- ② 공개하지 아니한 회의내용의 공표에 관하여는 법률이 정하는 바에 의한다.

제51조

국회에 제출된 법률안 기타의 의안은 회기중에 의결되지 못한 이유로 폐기되지 아니한다. 다만, 국회의원의 임기가 만료된 때에는 그러하지 아니하다.

제52조

국회의원과 정부는 법률안을 제출할 수 있다.

제53조

- ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다.
- ② 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 제1항의 기간내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다. 국회의 폐회중에도 또한 같다.
- ③ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑤ 대통령이 제1항의 기간내에 공포나 재의의 요구를 하지 아니한 때에도 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑥ 대통령은 제4항과 제5항의 규정에 의하여 확정된 법률을 지체없이 공포하여야 한다. 제5항에 의하여 법률이 확정된 후 또는 제4항에 의한 확정법률이 정부에 이송된 후 5일 이내에 대통령이 공포하지 아니할 때에는 국회의장이 이를 공포한다.
- ⑦ 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다.

제54조

- ① 국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.
- ② 정부는 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일전까지 국회에 제출하고, 국회는 회계연도 개시 30일전까지 이를 의결하여야 한다.
- ③ 새로운 회계연도가 개시될 때까지 예산안이 의결되지 못한 때에는 정부는 국회에서 예산안이 의결될 때까지 다음의 목적을 위한 경비는 전년도 예산에 준하여 집행할 수 있다.
 1. 헌법이나 법률에 의하여 설치된 기관 또는 시설의 유지·운영
 2. 법률상 지출의무의 이행
 3. 이미 예산으로 승인된 사업의 계속

제55조

- ① 한 회계연도를 넘어 계속하여 지출할 필요가 있을 때에는 정부는 연한을 정하여 계속비로서 국회의 의결을 얻어야 한다.
- ② 예비비는 총액으로 국회의 의결을 얻어야 한다. 예비비의 지출은 차기국회의 승인을 얻어야 한다.

제56조

정부는 예산에 변경을 가할 필요가 있을 때에는 추가경정예산안을 편성하여 국회에 제출할 수 있다.

제57조

국회는 정부의 동의없이 정부가 제출한 지출예산 각항의 금액을 증가하거나 새 비목을 설치할 수 없다.

제58조

국채를 모집하거나 예산외에 국가의 부담이 될 계약을 체결하려 할 때에는 정부는 미리 국회의 의결을 얻어야 한다.

제59조

조세의 종목과 세율은 법률로 정한다.

제60조

① 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

② 국회는 선전포고, 국군의 외국에의 파견 또는 외국군대의 대한민국 영역안에서의 주류에 대한 동의권을 가진다.

제61조

① 국회는 국정을 감사하거나 특정한 국정사안에 대하여 조사할 수 있으며, 이에 필요한 서류의 제출 또는 증인의 출석과 증언이나 의견의 진술을 요구할 수 있다.

② 국정감사 및 조사에 관한 절차 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제62조

① 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 국회나 그 위원회에 출석하여 국정처리상황을 보고하거나 의견을 진술하고 질문에 응답할 수 있다.

② 국회나 그 위원회의 요구가 있을 때에는 국무총리·국무위원 또는 정부위원은 출석·답변하여야 하며, 국무총리 또는 국무위원이 출석요구를 받은 때에는 국무위원 또는 정부위원으로 하여금 출석·답변하게 할 수 있다.

제63조

① 국회는 국무총리 또는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.

② 제1항의 해임건의는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의에 의하여 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다.

제64조

① 국회는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

② 국회는 의원의 자격을 심사하며, 의원을 징계할 수 있다.

③ 의원을 제명하려면 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.

④ 제2항과 제3항의 처분에 대하여는 법원에 제소할 수 없다.

제65조

① 대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다.

② 제1항의 탄핵소추는 국회재적의원 3분의 1 이상의 발의가 있어야 하며, 그 의결은 국회재적의원 과반수의 찬성이 있어야 한다. 다만, 대통령에 대한 탄핵소추는 국회재적의원 과반수의 발의와 국회재적의원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다.

③ 탄핵소추의 의결을 받은 자는 탄핵심판이 있을 때까지 그 권한행사가 정지된다.

④ 탄핵결정은 공식으로부터 파면함에 그친다. 그러나, 이에 의하여 민사상이나 형사상의 책

임이 면제되지는 아니한다.

제4장 정부

제1절 대통령

제66조

- ① 대통령은 국가의 원수이며, 외국에 대하여 국가를 대표한다.
- ② 대통령은 국가의 독립·영토의 보전·국가의 계속성과 헌법을 수호할 책무를 진다.
- ③ 대통령은 조국의 평화적 통일을 위한 성실한 의무를 진다.
- ④ 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다.

제67조

- ① 대통령은 국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.
- ② 제1항의 선거에 있어서 최고득표자가 2인 이상인 때에는 국회의 재적의원 과반수가 출석한 공개회의에서 다수표를 얻은 자를 당선자로 한다.
- ③ 대통령후보자가 1인일 때에는 그 득표수가 선거권자 총수의 3분의 1 이상이 아니면 대통령으로 당선될 수 없다.
- ④ 대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다.
- ⑤ 대통령의 선거에 관한 사항은 법률로 정한다.

제68조

- ① 대통령의 임기가 만료되는 때에는 임기만료 70일 내지 40일전에 후임자를 선거한다.
- ② 대통령이 궐위된 때 또는 대통령 당선자가 사망하거나 판결 기타의 사유로 그 자격을 상실한 때에는 60일 이내에 후임자를 선거한다.

제69조

대통령은 취임에 즈음하여 다음의 선서를 한다. "나는 헌법을 준수하고 국가를 보위하며 조국의 평화적 통일과 국민의 자유와 복리의 증진 및 민족문화의 창달에 노력하여 대통령으로서의 직책을 성실히 수행할 것을 국민 앞에 엄숙히 선서합니다."

제70조

대통령의 임기는 5년으로 하며, 중임할 수 없다.

제71조

대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다.

제72조

대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민 투표에 붙일 수 있다.

제73조

대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.

제74조

① 대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 국군을 통수한다.

② 국군의 조직과 편성은 법률로 정한다.

제75조

대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.

제76조

① 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.

③ 대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다.

④ 제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다.

⑤ 대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체없이 공포하여야 한다.

제77조

① 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계

업을 선포할 수 있다.

② 계엄은 비상계엄과 경비계엄으로 한다.

③ 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 영장제도, 언론·출판·집회·결사의 자유, 정부나 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있다.

④ 계엄을 선포한 때에는 대통령은 지체없이 국회에 통고하여야 한다.

⑤ 국회가 재적의원 과반수의 찬성으로 계엄의 해제를 요구한 때에는 대통령은 이를 해제하여야 한다.

제78조

대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임명한다.

제79조

① 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다.

② 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다.

③ 사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다.

제80조

대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 훈장 기타의 영전을 수여한다.

제81조

대통령은 국회에 출석하여 발언하거나 서한으로 의견을 표시할 수 있다.

제82조

대통령의 국법상 행위는 문서로써 하며, 이 문서에는 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다. 군사에 관한 것도 또한 같다.

제83조

대통령은 국무총리·국무위원·행정각부의 장 기타 법률이 정하는 공사의 직을 겸할 수 없다.

제84조

대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직중 형사상의 소추를 받지 아니한다.

제85조

전직대통령의 신분과 예우에 관하여는 법률로 정한다.

제2절 행정부

제1관 국무총리와 국무위원

제86조

- ① 국무총리는 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
- ② 국무총리는 대통령을 보좌하며, 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다.
- ③ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무총리로 임명될 수 없다.

제87조

- ① 국무위원은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.
- ② 국무위원은 국정에 관하여 대통령을 보좌하며, 국무회의의 구성원으로서 국정을 심의한다.
- ③ 국무총리는 국무위원의 해임을 대통령에게 건의할 수 있다.
- ④ 군인은 현역을 면한 후가 아니면 국무위원으로 임명될 수 없다.

제2관 국무회의

제88조

- ① 국무회의는 정부의 권한에 속하는 중요한 정책을 심의한다.
- ② 국무회의는 대통령·국무총리와 15인 이상 30인 이하의 국무위원으로 구성한다.
- ③ 대통령은 국무회의의 의장이 되고, 국무총리는 부의장이 된다.

제89조

다음 사항은 국무회의의 심의를 거쳐야 한다.

1. 국정의 기본계획과 정부의 일반정책
2. 선전·강화 기타 중요한 대외정책
3. 헌법개정안·국민투표안·조약안·법률안 및 대통령령안
4. 예산안·결산·국유재산처분의 기본계획·국가의 부담이 될 계약 기타 재정에 관한 중요사항
5. 대통령의 긴급명령·긴급재정경제처분 및 명령 또는 계엄과 그 해제
6. 군사에 관한 중요사항

7. 국회의 임시회 집회의 요구
8. 영전수여
9. 사면·감형과 복권
10. 행정각부간의 권한의 획정
11. 정부안의 권한의 위임 또는 배정에 관한 기본계획
12. 국정처리상황의 평가·분석
13. 행정각부의 중요한 정책의 수립과 조정
14. 정당해산의 제소
15. 정부에 제출 또는 회부된 정부의 정책에 관계되는 청원의 심사
16. 검찰총장·합동참모의장·각군참모총장·국립대학교총장·대사 기타 법률이 정한 공무원과 국영기업체관리자의 임명
17. 기타 대통령·국무총리 또는 국무위원이 제출한 사항

제90조

- ① 국정의 중요한 사항에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 국가원로로 구성되는 국가원로자문회의를 둘 수 있다.
- ② 국가원로자문회의의 의장은 직전대통령이 된다. 다만, 직전대통령이 없을 때에는 대통령이 지명한다.
- ③ 국가원로자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제91조

- ① 국가안전보장에 관련되는 대외정책·군사정책과 국내정책의 수립에 관하여 국무회의의 심의에 앞서 대통령의 자문에 응하기 위하여 국가안전보장회의를 둔다.
- ② 국가안전보장회의는 대통령이 주재한다.
- ③ 국가안전보장회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제92조

- ① 평화통일정책의 수립에 관한 대통령의 자문에 응하기 위하여 민주평화통일자문회의를 둘 수 있다.
- ② 민주평화통일자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제93조

- ① 국민경제의 발전을 위한 중요정책의 수립에 관하여 대통령의 자문에 응하기 위하여 국민경제자문회의를 둘 수 있다.
- ② 국민경제자문회의의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제3관 행정각부

제94조

행정각부의 장은 국무위원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명한다.

제95조

국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다.

제96조

행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다.

제4관 감사원

제97조

국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률이 정한 단체의 회계검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하기 위하여 대통령 소속하에 감사원을 둔다.

제98조

- ① 감사원은 원장을 포함한 5인 이상 11인 이하의 감사위원으로 구성한다.
- ② 원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.
- ③ 감사위원은 원장의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 임기는 4년으로 하며, 1차에 한하여 중임할 수 있다.

제99조

감사원은 세입·세출의 결산을 매년 검사하여 대통령과 차년도국회에 그 결과를 보고하여야 한다.

제100조

감사원의 조직·직무범위·감사위원의 자격·감사대상공무원의 범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제5장 법원

제101조

- ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.
- ② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.
- ③ 법관의 자격은 법률로 정한다.

제102조

- ① 대법원에 부를 둘 수 있다.
- ② 대법원에 대법관을 둔다. 다만, 법률이 정하는 바에 의하여 대법관이 아닌 법관을 둘 수 있다.
- ③ 대법원과 각급법원의 조직은 법률로 정한다.

제103조

법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

제104조

- ① 대법원장은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
- ② 대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.
- ③ 대법원장과 대법관이 아닌 법관은 대법관회의의 동의를 얻어 대법원장이 임명한다.

제105조

- ① 대법원장의 임기는 6년으로 하며, 중임할 수 없다.
- ② 대법관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.
- ③ 대법원장과 대법관이 아닌 법관의 임기는 10년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.
- ④ 법관의 정년은 법률로 정한다.

제106조

- ① 법관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니하며, 징계 처분에 의하지 아니하고는 정직·감봉 기타 불리한 처분을 받지 아니한다.
- ② 법관이 중대한 심신상의 장애로 직무를 수행할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하

여 퇴직하게 할 수 있다.

제107조

- ① 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.
- ② 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.
- ③ 재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.

제108조

대법원은 법률에서 저촉되지 아니하는 범위안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.

제109조

재판의 심리와 판결은 공개한다. 다만, 심리는 국가의 안전보장 또는 안녕질서를 방해하거나 선량한 풍속을 해할 염려가 있을 때에는 법원의 결정으로 공개하지 아니할 수 있다.

제110조

- ① 군사재판을 관할하기 위하여 특별법원으로서 군사법원을 둘 수 있다.
- ② 군사법원의 상고심은 대법원에서 관할한다.
- ③ 군사법원의 조직·권한 및 재판관의 자격은 법률로 정한다.
- ④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

제6장 헌법재판소

제111조

- ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다.
 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판
 2. 탄핵의 심판
 3. 정당의 해산 심판
 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한쟁의에 관한 심판

5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판

- ② 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명한다.
- ③ 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.
- ④ 헌법재판소의 장은 국회의 동의를 얻어 재판관중에서 대통령이 임명한다.

제112조

- ① 헌법재판소 재판관의 임기는 6년으로 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 연임할 수 있다.
- ② 헌법재판소 재판관은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다.
- ③ 헌법재판소 재판관은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.

제113조

- ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다.
- ② 헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
- ③ 헌법재판소의 조직과 운영 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제7장 선거관리

제114조

- ① 선거와 국민투표의 공정한 관리 및 정당에 관한 사무를 처리하기 위하여 선거관리위원회를 둔다.
- ② 중앙선거관리위원회는 대통령이 임명하는 3인, 국회에서 선출하는 3인과 대법원장이 지명하는 3인의 위원으로 구성한다. 위원장은 위원중에서 호선한다.
- ③ 위원의 임기는 6년으로 한다.
- ④ 위원은 정당에 가입하거나 정치에 관여할 수 없다.
- ⑤ 위원은 탄핵 또는 금고 이상의 형의 선고에 의하지 아니하고는 파면되지 아니한다.
- ⑥ 중앙선거관리위원회는 법령의 범위안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙을 제정할 수 있으며, 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 내부규율에 관한 규칙을 제정할 수 있다.
- ⑦ 각급 선거관리위원회의 조직·직무범위 기타 필요한 사항은 법률로 정한다.

제115조

- ① 각급 선거관리위원회는 선거인명부의 작성등 선거사무와 국민투표사무에 관하여 관계 행정기관에 필요한 지시를 할 수 있다.
- ② 제1항의 지시를 받은 당해 행정기관은 이에 응하여야 한다.

제116조

- ① 선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다.
- ② 선거에 관한 경비는 법률이 정하는 경우를 제외하고는 정당 또는 후보자에게 부담시킬 수 없다.

제8장 지방자치

제117조

- ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.
- ② 지방자치단체의 종류는 법률로 정한다.

제118조

- ① 지방자치단체에 의회를 둔다.
- ② 지방의회의 조직·권한·의원선거와 지방자치단체의 장의 선임방법 기타 지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다.

제9장 경제

제119조

- ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.
- ② 국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.

제120조

- ① 광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다.
- ② 국토와 자원은 국가의 보호를 받으며, 국가는 그 균형있는 개발과 이용을 위하여 필요한 계획을 수립한다.

제121조

- ① 국가는 농지에 관하여 경자유전의 원칙이 달성될 수 있도록 노력하여야 하며, 농지의 소작제도는 금지된다.
- ② 농업생산성의 제고와 농지의 합리적인 이용을 위하거나 불가피한 사정으로 발생하는 농지의 임대차와 위탁경영은 법률이 정하는 바에 의하여 인정된다.

제122조

국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.

제123조

- ① 국가는 농업 및 어업을 보호·육성하기 위하여 농·어촌종합개발과 그 지원등 필요한 계획을 수립·시행하여야 한다.
- ② 국가는 지역간의 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무를 진다.
- ③ 국가는 중소기업을 보호·육성하여야 한다.
- ④ 국가는 농수산물의 수급균형과 유통구조의 개선에 노력하여 가격안정을 도모함으로써 농·어민의 이익을 보호한다.
- ⑤ 국가는 농·어민과 중소기업의 자조조직을 육성하여야 하며, 그 자율적 활동과 발전을 보장한다.

제124조

국가는 건전한 소비행위를 계도하고 생산품의 품질향상을 촉구하기 위한 소비자보호운동을 법률이 정하는 바에 의하여 보장한다.

제125조

국가는 대외무역을 육성하며, 이를 규제·조정할 수 있다.

제126조

국방상 또는 국민경제상 긴절한 필요로 인하여 법률이 정하는 경우를 제외하고는, 사영기업을 국유 또는 공유로 이전하거나 그 경영을 통제 또는 관리할 수 없다.

제127조

- ① 국가는 과학기술의 혁신과 정보 및 인력의 개발을 통하여 국민경제의 발전에 노력하여야 한다.
- ② 국가는 국가표준제도를 확립한다.

③ 대통령은 제1항의 목적을 달성하기 위하여 필요한 자문기구를 둘 수 있다.

제10장 헌법개정

제128조

- ① 헌법개정은 국회재적의원 과반수 또는 대통령의 발의로 제안된다.
- ② 대통령의 임기연장 또는 중임변경을 위한 헌법개정은 그 헌법개정 제안 당시의 대통령에 대하여는 효력이 없다.

제129조

제안된 헌법개정안은 대통령이 20일 이상의 기간 이를 공고하여야 한다.

제130조

- ① 국회는 헌법개정안이 공고된 날로부터 60일 이내에 의결하여야 하며, 국회의 의결은 재적의원 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야 한다.
- ② 헌법개정안은 국회가 의결한 후 30일 이내에 국민투표에 붙여 국회의원선거권자 과반수의 투표와 투표자 과반수의 찬성을 얻어야 한다.
- ③ 헌법개정안이 제2항의 찬성을 얻은 때에는 헌법개정은 확정되며, 대통령은 즉시 이를 공포하여야 한다.

부칙

제1조 이 헌법은 1988년 2월 25일부터 시행한다. 다만, 이 헌법을 시행하기 위하여필요한 법률의 제정·개정과 이 헌법에 의한 대통령 및 국회의원의 선거 기타 이 헌법시행에 관한 준비는 이 헌법시행전에 할 수 있다.

제2조

- ① 이 헌법에 의한 최초의 대통령선거는 이 헌법시행일 40일전까지 실시한다.
- ② 이 헌법에 의한 최초의 대통령의 임기는 이 헌법시행일로부터 개시한다.

제3조

- ① 이 헌법에 의한 최초의 국회의원선거는 이 헌법공포일로부터 6월이내에 실시하며, 이 헌법에 의하여 선출된 최초의 국회의원의 임기는 국회의원선거후 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일로부터 개시한다.
- ② 이 헌법공포 당시의 국회의원의 임기는 제1항에 의한 국회의 최초의 집회일 전일까지로 한다.

제4조

① 이 헌법시행 당시의 공무원과 정부가 임명한 기업체의 임원은 이 헌법에 의하여 임명된 것으로 본다. 다만, 이 헌법에 의하여 선임방법이나 임명권자가 변경된 공무원과 대법원장 및 감사원장은 이 헌법에 의하여 후임자가 선임될 때까지 그 직무를 행하며, 이 경우 전임자인 공무원의 임기는 후임자가 선임되는 전일까지로 한다.

② 이 헌법시행 당시의 대법원장과 대법원판사가 아닌 법관은 제1항 단서의 규정에 불구하고 이 헌법에 의하여 임명된 것으로 본다.

③ 이 헌법중 공무원의 임기 또는 중임제한에 관한 규정은 이 헌법에 의하여 그 공무원이 최초로 선출 또는 임명된 때로부터 적용한다.

제5조

이 헌법시행 당시의 법령과 조약은 이 헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을 지속한다.

제6조

이 헌법시행 당시에 이 헌법에 의하여 새로 설치될 기관의 권한에 속하는 직무를 행하고 있는 기관은 이 헌법에 의하여 새로운 기관이 설치될 때까지 존속하며 그 직무를 행한다.

II. UN 헌장

유엔 헌장은 서문과 19장 111조로 구성된다.

서문은 두 가지 주요한 부분으로 이루어져 있다. 첫 번째 부분은 평화 유지, 국제 안보 및 인권 존중에 대한 전반적 요청을 포함하고 두 번째 부분은 유엔의 모든 국민의 정부가 이 헌장에 동의했음을 선언하고 있다.

- 유엔 헌장 제1장: 평화와 국제 안보를 지키려는 유엔의 가장 중요한 규약에 대해 그 목적을 규정해놓고 있다.
- 유엔 헌장 제2장: 유엔의 가입을 허용할 수 있는 기준 명시.
- 서문
- 제1장 목적과 원칙
- 제2장 회원국의 지위
- 제3장 기관
- 제4장총회
- 제5장안전 보장 이사회
- 제6장 분쟁의 평화적 해결
- 제7장 평화에 대한 위협, 평화의 파괴 및 침략 행위에 관한 조치
- 제8장 지역적 약정
- 제9장 경제적 및 사회적 국제 협력
- 제10장경제 사회 이사회
- 제11장 비자치 지역에 관한 선언
- 제12장 국제 신탁 통치 제도
- 제13장신탁 통치 이사회
- 제14장국제 사법 재판소
- 제15장사무국
- 제16장 잡칙

- 제17장 과도적 안전 보장 조치
- 제18장 개정
- 제19장 비준 및 서명

유엔 헌장 서문

우리 연합국 국민들은 우리 일생 중에 두 번이나 말할 수 없는 슬픔을 인류에 가져온 전쟁의 불행에서 다음 세대를 구하고, 기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치, 남녀 및 대소 각국의 평등권에 대한 신념을 재확인하며, 정의와 조약 및 기타 국제법의 연원으로부터 발생하는 의무에 대한 존중이 계속 유지될 수 있는 조건을 확립하며, 더 많은 자유 속에서 사회적 진보와 생활 수준의 향상을 촉진할 것을 결의하였다.

그리고 이러한 목적을 위하여 관용을 실천하고 선량한 이웃으로서 상호간 평화롭게 같이 생활하며, 국제 평화와 안전을 유지하기 위하여 우리들의 힘을 합하며, 공동 이익을 위한 경우 이외에는 무력을 사용하지 아니한다는 것을, 원칙의 수락과 방법의 설정에 의하여, 보장하고, 모든 국민의 경제적 및 사회적 발전을 촉진하기 위하여 국제기관을 이용한다는 것을 결의하면서, 이러한 목적을 달성하기 위하여 우리의 노력을 결집할 것을 결정하였다. 따라서, 우리 각자의 정부는, 샌프란시스코에 모인, 유효하고 타당한 것으로 인정된 전권 위임장을 제시한 대표를 통하여, 이 유엔 헌장에 동의하고, 유엔이라는 국제 기구를 이에 설립한다.

III. The United Nations Charter

Preamble

WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS DETERMINED

to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and
to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and
to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and
to promote social progress and better standards of life in larger freedom,

AND FOR THESE ENDS

to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and
to unite our strength to maintain international peace and security, and
to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest, and
to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples,

HAVE RESOLVED TO COMBINE OUR EFFORTS TO ACCOMPLISH THESE AIMS.

Accordingly, our respective Governments, through representatives assembled in the city of San Francisco, who have exhibited their full powers found to be in good and due form, have agreed to the present Charter of the United Nations and do hereby establish an international organization to be known as the United Nations.

Chapter I: Purposes and Principles

Article 1

The Purposes of the United Nations are:

1. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;
2. To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace;

3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and
4. To be a centre for harmonizing the actions of nations in the attainment of these common ends.

Article 2

The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.
2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.
3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.
4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.
5. All Members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action.
6. The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.
7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

Chapter II: Membership

Article 3

The original Members of the United Nations shall be the states which, having participated in the United Nations Conference on International Organization at San Francisco, or having previously signed the Declaration by United Nations of 1 January 1942, sign the present Charter and ratify it in accordance with Article 110.

Article 4

1. Membership in the United Nations is open to all other peace-loving states which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgment of the Organization, are able and willing to carry out these obligations.
2. The admission of any such state to membership in the United Nations will be effected by a decision of the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.

Article 5

A Member of the United Nations against which preventive or enforcement action has been taken by the Security Council may be suspended from the exercise of the rights and privileges of membership by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council. The exercise of these rights and privileges may be restored by the Security Council.

Article 6

A Member of the United Nations which has persistently violated the Principles contained in the present Charter may be expelled from the Organization by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.

Chapter III: Organs

Article 7

1. There are established as principal organs of the United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat.
2. Such subsidiary organs as may be found necessary may be established in accordance with the present Charter.

Article 8

The United Nations shall place no restrictions on the eligibility of men and women to participate in any capacity and under conditions of equality in its principal and subsidiary organs.

Chapter IV: The General Assembly

COMPOSITION

Article 9

1. The General Assembly shall consist of all the Members of the United Nations.
2. Each Member shall have not more than five representatives in the General Assembly.

FUNCTIONS AND POWERS

Article 10

The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.

Article 11

1. The General Assembly may consider the general principles of co-operation in the maintenance of international peace and security, including the principles governing disarmament and the regulation of armaments, and may make recommendations with regard to such principles to the Members or to the Security Council or to both.
2. The General Assembly may discuss any questions relating to the maintenance of international peace and security brought before it by any Member of the United Nations, or by the Security Council, or by a state which is not a Member of the United Nations in accordance with Article 35, paragraph 2, and, except as provided in Article 12, may make recommendations with regard to any such questions to the state or states concerned or to the Security Council or to both. Any such question on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General Assembly either before or after discussion.
3. The General Assembly may call the attention of the Security Council to situations which are likely to endanger international peace and security.
4. The powers of the General Assembly set forth in this Article shall not limit the general scope of Article 10.

Article 12

1. While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.

2. The Secretary-General, with the consent of the Security Council, shall notify the General Assembly at each session of any matters relative to the maintenance of international peace and security which are being dealt with by the Security Council and shall similarly notify the General Assembly, or the Members of the United Nations if the General Assembly is not in session, immediately the Security Council ceases to deal with such matters.

Article 13

1. The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of:
 1. promoting international co-operation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification;
 2. promoting international co-operation in the economic, social, cultural, educational, and health fields, and assisting in the realization of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

The further responsibilities, functions and powers of the General Assembly with respect to matters mentioned in paragraph 1 (b) above are set forth in Chapters IX and X.

Article 14

Subject to the provisions of Article 12, the General Assembly may recommend measures for the peaceful adjustment of any situation, regardless of origin, which it deems likely to impair the general welfare or friendly relations among nations, including situations resulting from a violation of the provisions of the present Charter setting forth the Purposes and Principles of the United Nations.

Article 15

1. The General Assembly shall receive and consider annual and special reports from the Security Council; these reports shall include an account of the measures that the Security Council has decided upon or taken to maintain international peace and security.
2. The General Assembly shall receive and consider reports from the other organs of the United Nations.
- 3.

Article 16

The General Assembly shall perform such functions with respect to the international trusteeship system as are assigned to it under Chapters XII and XIII, including the approval of the trusteeship agreements for areas not designated as strategic.

Article 17

1. The General Assembly shall consider and approve the budget of the Organization.
2. The expenses of the Organization shall be borne by the Members as apportioned by the General Assembly.
3. The General Assembly shall consider and approve any financial and budgetary arrangements with specialized agencies referred to in Article 57 and shall examine the administrative budgets of such specialized agencies with a view to making recommendations to the agencies concerned.

VOTING

Article 18

1. Each member of the General Assembly shall have one vote.
2. Decisions of the General Assembly on important questions shall be made by a two-thirds majority of the members present and voting. These questions shall include: recommendations with respect to the maintenance of international peace and security, the election of the non-permanent members of the Security Council, the election of the members of the Economic and Social Council, the election of members of the Trusteeship Council in accordance with paragraph 1 (c) of Article 86, the admission of new Members to the United Nations, the suspension of the rights and privileges of membership, the expulsion of Members, questions relating to the operation of the trusteeship system, and budgetary questions.
3. Decisions on other questions, including the determination of additional categories of questions to be decided by a two-thirds majority, shall be made by a majority of the members present and voting.

Article 19

A Member of the United Nations which is in arrears in the payment of its financial contributions to the Organization shall have no vote in the General Assembly if the amount of its arrears equals or exceeds the amount of the contributions due from it for

the preceding two full years. The General Assembly may, nevertheless, permit such a Member to vote if it is satisfied that the failure to pay is due to conditions beyond the control of the Member.

PROCEDURE

Article 20

The General Assembly shall meet in regular annual sessions and in such special sessions as occasion may require. Special sessions shall be convoked by the Secretary-General at the request of the Security Council or of a majority of the Members of the United Nations.

Article 21

The General Assembly shall adopt its own rules of procedure. It shall elect its President for each session.

Article 22

The General Assembly may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions.

Chapter V: The Security Council

COMPOSITION

Article 23

1. The Security Council shall consist of fifteen Members of the United Nations. The Republic of China, France, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America shall be permanent members of the Security Council. The General Assembly shall elect ten other Members of the United Nations to be non-permanent members of the Security Council, due regard being specially paid, in the first instance to the contribution of Members of the United Nations to the maintenance of international peace and security and to the other purposes of the Organization, and also to equitable geographical distribution.
2. The non-permanent members of the Security Council shall be elected for a term of two years. In the first election of the non-permanent members after the increase of the membership of the Security Council from eleven to fifteen, two of the four additional members shall be chosen for a term of one year. A retiring member shall not be eligible for immediate re-election.

3. Each member of the Security Council shall have one representative.

FUNCTIONS AND POWERS

Article 24

1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.
2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.
3. The Security Council shall submit annual and, when necessary, special reports to the General Assembly for its consideration.
- 4.

Article 25

The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.

Article 26

In order to promote the establishment and maintenance of international peace and security with the least diversion for armaments of the world's human and economic resources, the Security Council shall be responsible for formulating, with the assistance of the Military Staff Committee referred to in Article 47, plans to be submitted to the Members of the United Nations for the establishment of a system for the regulation of armaments.

VOTING

Article 27

1. Each member of the Security Council shall have one vote.
2. Decisions of the Security Council on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members.
3. Decisions of the Security Council on all other matters shall be made by an affirmative vote of nine members including the concurring votes of the permanent members; provided that, in decisions under Chapter VI, and under

paragraph 3 of Article 52, a party to a dispute shall abstain from voting.

PROCEDURE

Article 28

1. The Security Council shall be so organized as to be able to function continuously. Each member of the Security Council shall for this purpose be represented at all times at the seat of the Organization.
2. The Security Council shall hold periodic meetings at which each of its members may, if it so desires, be represented by a member of the government or by some other specially designated representative.
3. The Security Council may hold meetings at such places other than the seat of the Organization as in its judgment will best facilitate its work.
- 4.

Article 29

The Security Council may establish such subsidiary organs as it deems necessary for the performance of its functions.

Article 30

The Security Council shall adopt its own rules of procedure, including the method of selecting its President.

Article 31

Any Member of the United Nations which is not a member of the Security Council may participate, without vote, in the discussion of any question brought before the Security Council whenever the latter considers that the interests of that Member are specially affected.

Article 32

Any Member of the United Nations which is not a member of the Security Council or any state which is not a Member of the United Nations, if it is a party to a dispute under consideration by the Security Council, shall be invited to participate, without vote, in the discussion relating to the dispute. The Security Council shall lay down such conditions as it deems just for the participation of a state which is not a Member of the United Nations.

Chapter VI: Pacific Settlement of Disputes

Article 33

1. The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.
2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means.

Article 34

The Security Council may investigate any dispute, or any situation which might lead to international friction or give rise to a dispute, in order to determine whether the continuance of the dispute or situation is likely to endanger the maintenance of international peace and security.

Article 35

1. Any Member of the United Nations may bring any dispute, or any situation of the nature referred to in Article 34, to the attention of the Security Council or of the General Assembly.
2. A state which is not a Member of the United Nations may bring to the attention of the Security Council or of the General Assembly any dispute to which it is a party if it accepts in advance, for the purposes of the dispute, the obligations of pacific settlement provided in the present Charter.
3. The proceedings of the General Assembly in respect of matters brought to its attention under this Article will be subject to the provisions of Articles 11 and 12.

Article 36

1. The Security Council may, at any stage of a dispute of the nature referred to in Article 33 or of a situation of like nature, recommend appropriate procedures or methods of adjustment.
2. The Security Council should take into consideration any procedures for the settlement of the dispute which have already been adopted by the parties.
3. In making recommendations under this Article the Security Council should also

take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court.

Article 37

1. Should the parties to a dispute of the nature referred to in Article 33 fail to settle it by the means indicated in that Article, they shall refer it to the Security Council.
2. If the Security Council deems that the continuance of the dispute is in fact likely to endanger the maintenance of international peace and security, it shall decide whether to take action under Article 36 or to recommend such terms of settlement as it may consider appropriate.

Article 38

Without prejudice to the provisions of Articles 33 to 37, the Security Council may, if all the parties to any dispute so request, make recommendations to the parties with a view to a pacific settlement of the dispute.

Chapter VII: Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression

Article 39

The Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken in accordance with Articles 41 and 42, to maintain or restore international peace and security.

Article 40

In order to prevent an aggravation of the situation, the Security Council may, before making the recommendations or deciding upon the measures provided for in Article 39, call upon the parties concerned to comply with such provisional measures as it deems necessary or desirable. Such provisional measures shall be without prejudice to the rights, claims, or position of the parties concerned. The Security Council shall duly take account of failure to comply with such provisional measures.

Article 41

The Security Council may decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions, and it may call upon the Members of the

United Nations to apply such measures. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

Article 42

Should the Security Council consider that measures provided for in Article 41 would be inadequate or have proved to be inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security. Such action may include demonstrations, blockade, and other operations by air, sea, or land forces of Members of the United Nations.

Article 43

1. All Members of the United Nations, in order to contribute to the maintenance of international peace and security, undertake to make available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance, and facilities, including rights of passage, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.
2. Such agreement or agreements shall govern the numbers and types of forces, their degree of readiness and general location, and the nature of the facilities and assistance to be provided.
3. The agreement or agreements shall be negotiated as soon as possible on the initiative of the Security Council. They shall be concluded between the Security Council and Members or between the Security Council and groups of Members and shall be subject to ratification by the signatory states in accordance with their respective constitutional processes.

Article 44

When the Security Council has decided to use force it shall, before calling upon a Member not represented on it to provide armed forces in fulfilment of the obligations assumed under Article 43, invite that Member, if the Member so desires, to participate in the decisions of the Security Council concerning the employment of contingents of that Member's armed forces.

Article 45

In order to enable the United Nations to take urgent military measures, Members shall hold immediately available national air-force contingents for combined international enforcement action. The strength and degree of readiness of these contingents and plans for their combined action shall be determined within the limits laid down in the special

agreement or agreements referred to in Article 43, by the Security Council with the assistance of the Military Staff Committee.

Article 46

Plans for the application of armed force shall be made by the Security Council with the assistance of the Military Staff Committee.

Article 47

1. There shall be established a Military Staff Committee to advise and assist the Security Council on all questions relating to the Security Council's military requirements for the maintenance of international peace and security, the employment and command of forces placed at its disposal, the regulation of armaments, and possible disarmament.
2. The Military Staff Committee shall consist of the Chiefs of Staff of the permanent members of the Security Council or their representatives. Any Member of the United Nations not permanently represented on the Committee shall be invited by the Committee to be associated with it when the efficient discharge of the Committee's responsibilities requires the participation of that Member in its work.
3. The Military Staff Committee shall be responsible under the Security Council for the strategic direction of any armed forces placed at the disposal of the Security Council. Questions relating to the command of such forces shall be worked out subsequently.
4. The Military Staff Committee, with the authorization of the Security Council and after consultation with appropriate regional agencies, may establish regional sub-committees.

Article 48

1. The action required to carry out the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine.
2. Such decisions shall be carried out by the Members of the United Nations directly and through their action in the appropriate international agencies of which they are members.

Article 49

The Members of the United Nations shall join in affording mutual assistance in carrying out the measures decided upon by the Security Council.

Article 50

If preventive or enforcement measures against any state are taken by the Security Council, any other state, whether a Member of the United Nations or not, which finds itself confronted with special economic problems arising from the carrying out of those measures shall have the right to consult the Security Council with regard to a solution of those problems.

Article 51

Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.

Chapter VIII: Regional Arrangements

Article 52

1. Nothing in the present Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for dealing with such matters relating to the maintenance of international peace and security as are appropriate for regional action provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the Purposes and Principles of the United Nations.
2. The Members of the United Nations entering into such arrangements or constituting such agencies shall make every effort to achieve pacific settlement of local disputes through such regional arrangements or by such regional agencies before referring them to the Security Council.
3. The Security Council shall encourage the development of pacific settlement of local disputes through such regional arrangements or by such regional agencies either on the initiative of the states concerned or by reference from the Security Council.
4. This Article in no way impairs the application of Articles 34 and 35.

Article 53

1. The Security Council shall, where appropriate, utilize such regional arrangements or agencies for enforcement action under its authority. But no enforcement action shall be taken under regional arrangements or by regional agencies without the authorization of the Security Council, with the exception of measures against any enemy state, as defined in paragraph 2 of this Article, provided for pursuant to Article 107 or in regional arrangements directed against renewal of aggressive policy on the part of any such state, until such time as the Organization may, on request of the Governments concerned, be charged with the responsibility for preventing further aggression by such a state.
2. The term enemy state as used in paragraph 1 of this Article applies to any state which during the Second World War has been an enemy of any signatory of the present Charter.

Article 54

The Security Council shall at all times be kept fully informed of activities undertaken or in contemplation under regional arrangements or by regional agencies for the maintenance of international peace and security.

Chapter IX: International Economic and Social Cooperation

Article 55

With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:

1. higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development;
2. solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation; and
3. universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.

Article 56

All Members pledge themselves to take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55.

Article 57

1. The various specialized agencies, established by intergovernmental agreement and having wide international responsibilities, as defined in their basic instruments, in economic, social, cultural, educational, health, and related fields, shall be brought into relationship with the United Nations in accordance with the provisions of Article 63.
2. Such agencies thus brought into relationship with the United Nations are hereinafter referred to as specialized agencies.

Article 58

The Organization shall make recommendations for the co-ordination of the policies and activities of the specialized agencies.

Article 59

The Organization shall, where appropriate, initiate negotiations among the states concerned for the creation of any new specialized agencies required for the accomplishment of the purposes set forth in Article 55.

Article 60

Responsibility for the discharge of the functions of the Organization set forth in this Chapter shall be vested in the General Assembly and, under the authority of the General Assembly, in the Economic and Social Council, which shall have for this purpose the powers set forth in Chapter X.

Chapter X: The Economic and Social Council

COMPOSITION

Article 61

1. The Economic and Social Council shall consist of fifty-four Members of the United Nations elected by the General Assembly.
2. Subject to the provisions of paragraph 3, eighteen members of the Economic and Social Council shall be elected each year for a term of three years. A retiring member shall be eligible for immediate re-election.
3. At the first election after the increase in the membership of the Economic and Social Council from twenty-seven to fifty-four members, in addition to the

members elected in place of the nine members whose term of office expires at the end of that year, twenty-seven additional members shall be elected. Of these twenty-seven additional members, the term of office of nine members so elected shall expire at the end of one year, and of nine other members at the end of two years, in accordance with arrangements made by the General Assembly.

4. Each member of the Economic and Social Council shall have one representative.

FUNCTIONS AND POWERS

Article 62

1. The Economic and Social Council may make or initiate studies and reports with respect to international economic, social, cultural, educational, health, and related matters and may make recommendations with respect to any such matters to the General Assembly to the Members of the United Nations, and to the specialized agencies concerned.
2. It may make recommendations for the purpose of promoting respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all.
3. It may prepare draft conventions for submission to the General Assembly, with respect to matters falling within its competence.
4. It may call, in accordance with the rules prescribed by the United Nations, international conferences on matters falling within its competence.

Article 63

1. The Economic and Social Council may enter into agreements with any of the agencies referred to in Article 57, defining the terms on which the agency concerned shall be brought into relationship with the United Nations. Such agreements shall be subject to approval by the General Assembly.
2. It may co-ordinate the activities of the specialized agencies through consultation with and recommendations to such agencies and through recommendations to the General Assembly and to the Members of the United Nations.

Article 64

1. The Economic and Social Council may take appropriate steps to obtain regular reports from the specialized agencies. It may make arrangements with the Members of the United Nations and with the specialized agencies to obtain reports on the steps taken to give effect to its own recommendations and to

recommendations on matters falling within its competence made by the General Assembly.

2. It may communicate its observations on these reports to the General Assembly.

Article 65

The Economic and Social Council may furnish information to the Security Council and shall assist the Security Council upon its request.

Article 66

1. The Economic and Social Council shall perform such functions as fall within its competence in connection with the carrying out of the recommendations of the General Assembly.
2. It may, with the approval of the General Assembly, perform services at the request of Members of the United Nations and at the request of specialized agencies.
3. It shall perform such other functions as are specified elsewhere in the present Charter or as may be assigned to it by the General Assembly.

VOTING

Article 67

1. Each member of the Economic and Social Council shall have one vote.
2. Decisions of the Economic and Social Council shall be made by a majority of the members present and voting.

PROCEDURE

Article 68

The Economic and Social Council shall set up commissions in economic and social fields and for the promotion of human rights, and such other commissions as may be required for the performance of its functions.

Article 69

The Economic and Social Council shall invite any Member of the United Nations to participate, without vote, in its deliberations on any matter of particular concern to that

Member.

Article 70

The Economic and Social Council may make arrangements for representatives of the specialized agencies to participate, without vote, in its deliberations and in those of the commissions established by it, and for its representatives to participate in the deliberations of the specialized agencies.

Article 71

The Economic and Social Council may make suitable arrangements for consultation with non-governmental organizations which are concerned with matters within its competence. Such arrangements may be made with international organizations and, where appropriate, with national organizations after consultation with the Member of the United Nations concerned.

Article 72

1. The Economic and Social Council shall adopt its own rules of procedure, including the method of selecting its President.
2. The Economic and Social Council shall meet as required in accordance with its rules, which shall include provision for the convening of meetings on the request of a majority of its members.

Chapter XI: Declaration Regarding Non-Self-Governing Territories

Article 73

Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

1. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;
2. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory

and its peoples and their varying stages of advancement;

3. to further international peace and security;
4. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and
5. to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.

Article 74

Members of the United Nations also agree that their policy in respect of the territories to which this Chapter applies, no less than in respect of their metropolitan areas, must be based on the general principle of good-neighbourliness, due account being taken of the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic, and commercial matters.

Chapter XII: International Trusteeship System

Article 75

The United Nations shall establish under its authority an international trusteeship system for the administration and supervision of such territories as may be placed thereunder by subsequent individual agreements. These territories are hereinafter referred to as trust territories.

Article 76

The basic objectives of the trusteeship system, in accordance with the Purposes of the United Nations laid down in Article 1 of the present Charter, shall be:

1. to further international peace and security;
2. to promote the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of the trust territories, and their progressive development towards self-government or independence as may be appropriate to the particular circumstances of each territory and its peoples and the freely expressed wishes of the peoples concerned, and as may be provided by the terms of each

trusteeship agreement;

3. to encourage respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion, and to encourage recognition of the interdependence of the peoples of the world; and
4. to ensure equal treatment in social, economic, and commercial matters for all Members of the United Nations and their nationals, and also equal treatment for the latter in the administration of justice, without prejudice to the attainment of the foregoing objectives and subject to the provisions of Article 80.

Article 77

1. The trusteeship system shall apply to such territories in the following categories as may be placed thereunder by means of trusteeship agreements:
 1. territories now held under mandate;
 2. territories which may be detached from enemy states as a result of the Second World War; and
 3. territories voluntarily placed under the system by states responsible for their administration.

2. It will be a matter for subsequent agreement as to which territories in the foregoing categories will be brought under the trusteeship system and upon what terms.

Article 78

The trusteeship system shall not apply to territories which have become Members of the United Nations, relationship among which shall be based on respect for the principle of sovereign equality.

Article 79

The terms of trusteeship for each territory to be placed under the trusteeship system, including any alteration or amendment, shall be agreed upon by the states directly concerned, including the mandatory power in the case of territories held under mandate by a Member of the United Nations, and shall be approved as provided for in Articles 83 and 85.

Article 80

1. Except as may be agreed upon in individual trusteeship agreements, made under Articles 77, 79, and 81, placing each territory under the trusteeship system, and until such agreements have been concluded, nothing in this Chapter shall be construed in or of itself to alter in any manner the rights whatsoever of any states or any peoples or the terms of existing international instruments to which Members of the United Nations may respectively be parties.
2. Paragraph 1 of this Article shall not be interpreted as giving grounds for delay or postponement of the negotiation and conclusion of agreements for placing mandated and other territories under the trusteeship system as provided for in Article 77.

Article 81

The trusteeship agreement shall in each case include the terms under which the trust territory will be administered and designate the authority which will exercise the administration of the trust territory. Such authority, hereinafter called the administering authority, may be one or more states or the Organization itself.

Article 82

There may be designated, in any trusteeship agreement, a strategic area or areas which may include part or all of the trust territory to which the agreement applies, without prejudice to any special agreement or agreements made under Article 43.

Article 83

1. All functions of the United Nations relating to strategic areas, including the approval of the terms of the trusteeship agreements and of their alteration or amendment shall be exercised by the Security Council.
2. The basic objectives set forth in Article 76 shall be applicable to the people of each strategic area.
3. The Security Council shall, subject to the provisions of the trusteeship agreements and without prejudice to security considerations, avail itself of the assistance of the Trusteeship Council to perform those functions of the United Nations under the trusteeship system relating to political, economic, social, and educational matters in the strategic areas.

Article 84

It shall be the duty of the administering authority to ensure that the trust territory shall play its part in the maintenance of international peace and security. To this end the administering authority may make use of volunteer forces, facilities, and assistance from the

trust territory in carrying out the obligations towards the Security Council undertaken in this regard by the administering authority, as well as for local defence and the maintenance of law and order within the trust territory.

Article 85

1. The functions of the United Nations with regard to trusteeship agreements for all areas not designated as strategic, including the approval of the terms of the trusteeship agreements and of their alteration or amendment, shall be exercised by the General Assembly.
2. The Trusteeship Council, operating under the authority of the General Assembly shall assist the General Assembly in carrying out these functions.

Chapter XIII: The Trusteeship Council

COMPOSITION

Article 86

1. The Trusteeship Council shall consist of the following Members of the United Nations:
 1. those Members administering trust territories;
 2. such of those Members mentioned by name in Article 23 as are not administering trust territories; and
 3. as many other Members elected for three-year terms by the General Assembly as may be necessary to ensure that the total number of members of the Trusteeship Council is equally divided between those Members of the United Nations which administer trust territories and those which do not.

Each member of the Trusteeship Council shall designate one specially qualified person to represent it therein.

FUNCTIONS AND POWERS

Article 87

The General Assembly and, under its authority, the Trusteeship Council, in carrying out their functions, may:

1. consider reports submitted by the administering authority;
2. accept petitions and examine them in consultation with the administering authority;
3. provide for periodic visits to the respective trust territories at times agreed upon with the administering authority; and
4. take these and other actions in conformity with the terms of the trusteeship agreements.

Article 88

The Trusteeship Council shall formulate a questionnaire on the political, economic, social, and educational advancement of the inhabitants of each trust territory, and the administering authority for each trust territory within the competence of the General Assembly shall make an annual report to the General Assembly upon the basis of such questionnaire.

VOTING

Article 89

1. Each member of the Trusteeship Council shall have one vote.
2. Decisions of the Trusteeship Council shall be made by a majority of the members present and voting.

PROCEDURE

Article 90

1. The Trusteeship Council shall adopt its own rules of procedure, including the method of selecting its President.
2. The Trusteeship Council shall meet as required in accordance with its rules, which shall include provision for the convening of meetings on the request of a majority of its members.

Article 91

The Trusteeship Council shall, when appropriate, avail itself of the assistance of the Economic and Social Council and of the specialized agencies in regard to matters with which they are respectively concerned.

Chapter XIV: The International Court of Justice

Article 92

The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter.

Article 93

1. All Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice.
2. A state which is not a Member of the United Nations may become a party to the Statute of the International Court of Justice on conditions to be determined in each case by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council.

Article 94

1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.
2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.

Article 95

Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future.

Article 96

1. The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question.
2. Other organs of the United Nations and specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities.

Chapter XV: The Secretariat

Article 97

The Secretariat shall comprise a Secretary-General and such staff as the Organization may require. The Secretary-General shall be appointed by the General Assembly upon the recommendation of the Security Council. He shall be the chief administrative officer of the Organization.

Article 98

The Secretary-General shall act in that capacity in all meetings of the General Assembly, of the Security Council, of the Economic and Social Council, and of the Trusteeship Council, and shall perform such other functions as are entrusted to him by these organs. The Secretary-General shall make an annual report to the General Assembly on the work of the Organization.

Article 99

The Secretary-General may bring to the attention of the Security Council any matter which in his opinion may threaten the maintenance of international peace and security.

Article 100

1. In the performance of their duties the Secretary-General and the staff shall not seek or receive instructions from any government or from any other authority external to the Organization. They shall refrain from any action which might reflect on their position as international officials responsible only to the Organization.
2. Each Member of the United Nations undertakes to respect the exclusively international character of the responsibilities of the Secretary-General and the staff and not to seek to influence them in the discharge of their responsibilities.

Article 101

1. The staff shall be appointed by the Secretary-General under regulations established by the General Assembly.
2. Appropriate staffs shall be permanently assigned to the Economic and Social Council, the Trusteeship Council, and, as required, to other organs of the United Nations. These staffs shall form a part of the Secretariat.
3. The paramount consideration in the employment of the staff and in the determination of the conditions of service shall be the necessity of securing the

highest standards of efficiency, competence, and integrity. Due regard shall be paid to the importance of recruiting the staff on as wide a geographical basis as possible.

Chapter XVI: Miscellaneous Provisions

Article 102

1. Every treaty and every international agreement entered into by any Member of the United Nations after the present Charter comes into force shall as soon as possible be registered with the Secretariat and published by it.
2. No party to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this Article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations.

Article 103

In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.

Article 104

The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such legal capacity as may be necessary for the exercise of its functions and the fulfilment of its purposes.

Article 105

1. The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.
2. Representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization.
3. The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose.

Chapter XVII: Transitional Security Arrangements

Article 106

Pending the coming into force of such special agreements referred to in Article 43 as in the opinion of the Security Council enable it to begin the exercise of its responsibilities under Article 42, the parties to the Four-Nation Declaration, signed at Moscow, 30 October 1943, and France, shall, in accordance with the provisions of paragraph 5 of that Declaration, consult with one another and as occasion requires with other Members of the United Nations with a view to such joint action on behalf of the Organization as may be necessary for the purpose of maintaining international peace and security.

Article 107

Nothing in the present Charter shall invalidate or preclude action, in relation to any state which during the Second World War has been an enemy of any signatory to the present Charter, taken or authorized as a result of that war by the Governments having responsibility for such action.

Chapter XVIII: Amendments

Article 108

Amendments to the present Charter shall come into force for all Members of the United Nations when they have been adopted by a vote of two thirds of the members of the General Assembly and ratified in accordance with their respective constitutional processes by two thirds of the Members of the United Nations, including all the permanent members of the Security Council.

Article 109

1. A General Conference of the Members of the United Nations for the purpose of reviewing the present Charter may be held at a date and place to be fixed by a two-thirds vote of the members of the General Assembly and by a vote of any nine members of the Security Council. Each Member of the United Nations shall have one vote in the conference.
2. Any alteration of the present Charter recommended by a two-thirds vote of the conference shall take effect when ratified in accordance with their respective constitutional processes by two thirds of the Members of the United Nations including all the permanent members of the Security Council.
3. If such a conference has not been held before the tenth annual session of the General Assembly following the coming into force of the present Charter, the proposal to call such a conference shall be placed on the agenda of that session of the General Assembly, and the conference shall be held if so decided by a majority vote of the members of the General Assembly and by a vote of any

seven members of the Security Council.

Chapter XIX: Ratification and Signature

Article 110

1. The present Charter shall be ratified by the signatory states in accordance with their respective constitutional processes.
2. The ratifications shall be deposited with the Government of the United States of America, which shall notify all the signatory states of each deposit as well as the Secretary-General of the Organization when he has been appointed.
3. The present Charter shall come into force upon the deposit of ratifications by the Republic of China, France, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America, and by a majority of the other signatory states. A protocol of the ratifications deposited shall thereupon be drawn up by the Government of the United States of America which shall communicate copies thereof to all the signatory states.
4. The states signatory to the present Charter which ratify it after it has come into force will become original Members of the United Nations on the date of the deposit of their respective ratifications.

Article 111

The present Charter, of which the Chinese, French, Russian, English, and Spanish texts are equally authentic, shall remain deposited in the archives of the Government of the United States of America. Duly certified copies thereof shall be transmitted by that Government to the Governments of the other signatory states. In Faith Whereof the representatives of the Governments of the United Nations have signed the present Charter. DONE at the city of San Francisco the twenty-sixth day of June, one thousand nine hundred and forty-five.

Note on Amendments to Articles 23, 27, 61, 109

Amendments to Articles 23, 27 and 61 of the Charter were adopted by the General Assembly on 17 December 1963 and came into force on 31 August 1965. A further amendment to Article 61 was adopted by the General Assembly on 20 December 1971, and came into force on 24 September 1973. An amendment to Article 109, adopted by the General Assembly on 20 December 1965, came into force on 12 June 1968.

The amendment to Article 23 enlarges the membership of the Security Council from eleven to fifteen. The amended Article 27 provides that decisions of the Security Council

on procedural matters shall be made by an affirmative vote of nine members (formerly seven) and on all other matters by an affirmative vote of nine members (formerly seven), including the concurring votes of the five permanent members of the Security Council.

The amendment to Article 61, which entered into force on 31 August 1965, enlarged the membership of the Economic and Social Council from eighteen to twenty-seven. The subsequent amendment to that Article, which entered into force on 24 September 1973, further increased the membership of the Council from twenty-seven to fifty-four.

The amendment to Article 109, which relates to the first paragraph of that Article, provides that a General Conference of Member States for the purpose of reviewing the Charter may be held at a date and place to be fixed by a two-thirds vote of the members of the General Assembly and by a vote of any nine members (formerly seven) of the Security Council. Paragraph 3 of Article 109, which deals with the consideration of a possible review conference during the tenth regular session of the General Assembly, has been retained in its original form in its reference to a "vote, of any seven members of the Security Council", the paragraph having been acted upon in 1955 by the General Assembly, at its tenth regular session, and by the Security Council.

IV. 미국연방헌법 요지

PREAMBLE

We, the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

전문

"우리들 합중국 인민은 보다 완벽한 연합을 형성하고, 정의를 확립하고, 국내의 평안을 보장하고, 공동방위를 도모하고, 국민복지를 증진하고 그리고 우리들과 우리의 후손들에게 자유의 축복을 확보하기 위하여 이 아메리카합중국헌법을 제정한다."

제1조

입법부의 구성과 의회 및 의원의 권한과 책무에 대하여 규정하고 있다. 입법권은 연방의회에 부여되고, 연방의회는 하원과 상원으로 구성된다(미국상원, 미국하원). 이 권한에는 조세 부과, 금전 차용, 주간통상(州間通商)의 규제, 군사력에 관한 규정, 전쟁 선포, 하원 의석수 및 의사규칙 결정 등이 포함된다. 하원은 탄핵소추를 제기할 수 있으며, 상원은 이에 대해 심판한다. 연방의회는 행정부서·연방법원·준주·주의 창설, 대통령직 계승의 통제, 행정예산체계의 수립 등에 관한 법률을 제정함으로써 헌법에 새로운 영역을 부여해왔다.

제2조

행정부의 구성, 대통령과 대통령 선출의 방법, 대통령의 권한과 책무에 대하여 규정하고 있다. 행정권은 대통령에게 부여되며, 대통령의 공식적 책무에는 행정부의 수반, 군의 총사령관, 조약체결자(상원의원 2/3의 동의를 요함)로서의 책무 등이 있다. 대통령의 임명권은 광범위하지만 상원의 '조언과 동의'(과반수의 승인)에 따라야 한다(제2조 2항). 대통령의 비공식적 책무는 의회에 대한 입법 제안을 비롯한 정치적 지도까지 포괄하는 것으로 확대되어왔다.

대통령은 때로 헌법의 해석에 기여해왔는데, 행정협정을 외교정책의 수단으로 발전시킨 것이 그 하나의 예이다. 미국에서는 관습이나 관용에 근거를 두어 헌법에 규정된 성문조항외의 관행을 종종 헌법 차원의 행위로 간주하는 경우가 많다. 미국의 정당제도, 대통령지명절차, 선거운동 등이 그 좋은 예이다. 대통령 고문단은 주로 관습에 근거한 헌법상의 '관례'이며, 선거인단 체계의 현실적 운용도 그러한 관례에 속한다.

제3조

사법부의 구성과 사법 절차에 대하여 규정하고 있다. 사법권은 각급 법원에 부여된다. 각급 법원에서는 연방헌법을 해석할 권리가 있으며, 연방대법원은 주법원과 하급 연방법원의 최종 상소법원이다. 미국 법원들은 법률의 합헌성 여부를 결정하는 사법심사권을 가지는데, 법원이 이처럼 헌법에 명시되어 있지 않은 비상한 권한을 행사하는 예는 다른 나라에서 거

의 볼 수 없다.

제4조

연방을 구성하는 각 주 사이의 관계와 주민(州民)의 권리를 규정하고 있다. 각 주의 시민은 다른 어느 주에 있어서도 그 주의 시민이 향유하는 모든 특권 및 면책권을 가진다는 것을 규정하는 한편, 범죄자가 다른 주에서 체포된 경우에는 재판관할권이 있는 주로 인도되어야 한다고 규정되어 있다. 또한 연방정부는 연방 내의 모든 주에 공화정제를 보장하며, 침략으로부터 보호하도록 되어 있다.

제5조

헌법 수정의 절차에 대해 규정하고 있다. 연방의회는 상원 또는 하원의 의원의 3분의 2가 헌법에 대한 수정의 필요성을 인정할 때에는 헌법수정을 발의하여야 하며, 각 주중 3분의 2 이상의 주의회의 요청이 있을 때에는 수정발의를 위한 헌법회의를 소집하여야 하도록 되어 있다. 어느 경우든 헌법의 수정은 연방의회 기준의 비준 절차를 통과해야 한다. 연방의회가 발의한 수정안은 주의회의 3/4 이상 혹은 동수(同數)의 주의 헌법회의에서 비준을 받아야 한다. 연방의회는 비준시 어떤 방법을 이용할 것인지를 결정하며 비준의 시간적 한계를 설정한다.

제6조

헌법 제정 이전의 모든 계약 및 조약의 효력에 대하여 규정하며, 연방정부 및 연방헌법이 미국 모든 주의 헌법과 법률의 최상위 법률임을 규정하고 있다. 또한 입법부, 행정부, 사법부의 모든 구성원은 헌법을 준수하여야 하며, 종교상의 자격이나 지위를 요구받지 않는다고 하여 종교와 정치를 분리하고 있다.

제7조

이 헌법이 효력을 발휘하기 위해 필요한 각 주의 비준 과정에 대하여 규정하고 있다. 헌법 제정 당시 의장은 버지니아주 대표였던 조지 워싱턴이었다.

수정헌법

1789년 이래 27개의 수정조항이 헌법에 추가되었다. 수정헌법이 제정되기 전에는 연방헌법이 미비한 부분에 대해서 시민권의 보장을 각 주의 헌법에 의존해야 했다. 하지만 1789년 10개의 권리장전이 수정조항의 형태로 포함되면서 국가 권력에 대한 시민권이 헌법에 의해 보장되기 시작했다. 1868년에 수정헌법 제14조가 비준됨으로써 모든 주는 어떤 사람에 대해서도 "적법절차에 의하지 않고서는 생명·자유·재산"을 부정하거나 "그 관할 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법의 평등한 보호를 거부"할 수 없다. 또한 헌법은 형사사건에서 피의자가 배심 재판을 받을 수 있도록 보장했다(제3조 2항). 사적 소유권 또한 보장된다.

최초의 10개(1791년의 권리장전은 단일한 단위로 채택된 것임)의 수정조항들 이외에 노예제를 폐지하는 제13조(1865), 앞에서 언급한 제14조(1868), 인종에 관계없이 투표권을 보장하는 제15조(1870)가 시민권의 보장을 위해 추가된 것이다. 제17조(1913)는 연방 상원 의원의 직선을 규정하고 있으며, 제19조(1920)는 여성참정권에 관한 것이다. 제22조(1951)는 대통령직 재임을 2회로 제한하고 있고, 제26조(1971)는 18세 이상의 시민들에게 선거권을 부여했다.

V. 미국연방헌법 원문

Article I

Section 1: Congress

All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Section 2: The House of Representatives

The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

No Person shall be a Representative who shall not have attained to the Age of twenty five Years, and been seven Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State in which he shall be chosen.

Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons. The actual Enumeration shall be made within three Years after the first Meeting of the Congress of the United States, and within every subsequent Term of ten Years, in such Manner as they shall by Law direct. The number of Representatives shall not exceed one for every thirty Thousand, but each State shall have at Least one Representative; and until such enumeration shall be made, the State of New Hampshire shall be entitled to chuse three, Massachusetts eight, Rhode-Island and Providence Plantations one, Connecticut five, New-York six, New Jersey four, Pennsylvania eight, Delaware one, Maryland six, Virginia ten, North Carolina five, South Carolina five, and Georgia three.

When vacancies happen in the Representation from any State, the Executive Authority thereof shall issue Writs of Election to fill such Vacancies.

The House of Representatives shall chuse their Speaker and other Officers; and shall have the sole Power of Impeachment.

Section 3: The Senate

The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years; and each Senator shall have one Vote.

Immediately after they shall be assembled in Consequence of the first Election, they shall be divided as equally as may be into three Classes. The Seats of the Senators of the first Class shall be vacated at the Expiration of the second Year, of the second Class at the Expiration of the fourth Year, and of the third Class at the Expiration of the sixth Year, so that one third may be chosen every second Year; and if Vacancies happen by Resignation, or otherwise, during the Recess of the Legislature of any State, the Executive thereof may make temporary Appointments until the next Meeting of the Legislature, which shall then fill such Vacancies.

No Person shall be a Senator who shall not have attained to the Age of thirty Years, and been nine Years a Citizen of the United States, and who shall not, when elected, be an Inhabitant of that State for which he shall be chosen.

The Vice President of the United States shall be President of the Senate, but shall have no Vote, unless they be equally divided.

The Senate shall chuse their other Officers, and also a President pro tempore, in the Absence of the Vice President, or when he shall exercise the Office of President of the United States.

The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present.

Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law.

Section 4: Elections

The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators.

The Congress shall assemble at least once in every Year, and such Meeting shall be on the first Monday in December, unless they shall by Law appoint a different Day.

Section 5: Powers and Duties of Congress

Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members, and a Majority of each shall constitute a Quorum to do Business; but a smaller Number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the Attendance of absent Members, in such Manner, and under such Penalties as each House may provide.

Each House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.

Each House shall keep a Journal of its Proceedings, and from time to time publish the same, excepting such Parts as may in their Judgment require Secrecy; and the Yeas and Nays of the Members of either House on any question shall, at the Desire of one fifth of those Present, be entered on the Journal.

Neither House, during the Session of Congress, shall, without the Consent of the other, adjourn for more than three days, nor to any other Place than that in which the two Houses shall be sitting.

Section 6: Rights and Disabilities of Members

The Senators and Representatives shall receive a Compensation for their Services, to be ascertained by Law, and paid out of the Treasury of the United States. They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.

No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office.

Section 7: Legislative Process

All Bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other Bills.

Every Bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a Law, be presented to the President of the United States; If he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his Objections to that

House in which it shall have originated, who shall enter the Objections at large on their Journal, and proceed to reconsider it. If after such Reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the Bill, it shall be sent, together with the Objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a Law. But in all such Cases the Votes of both Houses shall be determined by Yeas and Nays, and the Names of the Persons voting for and against the Bill shall be entered on the Journal of each House respectively. If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their Adjournment prevent its Return, in which Case it shall not be a Law.

Every Order, Resolution, or Vote to which the Concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of Adjournment) shall be presented to the President of the United States; and before the Same shall take Effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the Rules and Limitations prescribed in the Case of a Bill.

Section 8: Powers of Congress

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

To borrow Money on the credit of the United States;

To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes;

To establish a uniform Rule of Naturalization, and uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States;

To coin Money, regulate the Value thereof, and of foreign Coin, and fix the Standard of Weights and Measures;

To provide for the Punishment of counterfeiting the Securities and current Coin of the United States;

To establish Post Offices and post Roads;

To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to

Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

To constitute Tribunals inferior to the supreme Court;

To define and punish Piracies and Felonies committed on the high Seas, and Offenses against the Law of Nations;

To declare War, grant Letters of Marque and Reprisal, and make Rules concerning Captures on Land and Water;

To raise and support Armies, but no Appropriation of Money to that Use shall be for a longer Term than two Years;

To provide and maintain a Navy;

To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces;

To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions;

To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Part of them as may be employed in the Service of the United States, reserving to the States respectively, the Appointment of the Officers, and the Authority of training the Militia according to the discipline prescribed by Congress;

To exercise exclusive Legislation in all Cases whatsoever, over such District (not exceeding ten Miles square) as may, by Cession of particular States, and the Acceptance of Congress, become the Seat of the Government of the United States, and to exercise like Authority over all Places purchased by the Consent of the Legislature of the State in which the Same shall be, for the Erection of Forts, Magazines, Arsenals, dock-Yards and other needful Buildings;-And

To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Section 9: Powers Denied Congress

The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person.

The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed.

No Capitation, or other direct, Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or Enumeration herein before directed to be taken.

No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State.

No Preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another: nor shall Vessels bound to, or from, one State, be obliged to enter, clear, or pay Duties in another.

No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law; and a regular Statement and Account of the Receipts and Expenditures of all public Money shall be published from time to time.

No Title of Nobility shall be granted by the United States: And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State.

Section 10: Powers Denied to the States

No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility.

No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall be subject to the Revision and Controul of the Congress.

No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay.

Article II

Section 1

The executive Power shall be vested in a President of the United States of America.

He shall hold his Office during the Term of four Years, and, together with the Vice President, chosen for the same Term, be elected, as follows:

Each State shall appoint, in such Manner as the Legislature thereof may direct, a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress: but no Senator or Representative, or Person holding an Office of Trust or Profit under the United States, shall be appointed an Elector.

The Electors shall meet in their respective States, and vote by Ballot for two Persons, of whom one at least shall not be an Inhabitant of the same State with themselves. And they shall make a List of all the Persons voted for, and of the Number of Votes for each; which List they shall sign and certify, and transmit sealed to the Seat of the Government of the United States, directed to the President of the Senate. The President of the Senate shall, in the Presence of the Senate and House of Representatives, open all the Certificates, and the Votes shall then be counted. The Person having the greatest Number of Votes shall be the President, if such Number be a Majority of the whole Number of Electors appointed; and if there be more than one who have such Majority, and have an equal Number of Votes, then the House of Representatives shall immediately chuse by Ballot one of them for President; and if no Person have a Majority, then from the five highest on the List the said House shall in like Manner chuse the President. But in chusing the President, the Votes shall be taken by States, the Representation from each State having one Vote; A quorum for this Purpose shall consist of a Member or Members from two thirds of the States, and a Majority of all the States shall be necessary to a Choice. In every Case, after the Choice of the President, the Person having the greatest Number of Votes of the Electors shall be the Vice President. But if there should remain two or more who have equal Votes, the Senate shall chuse from them by Ballot the Vice President.

The Congress may determine the Time of chusing the Electors, and the Day on which they shall give their Votes; which Day shall be the same throughout the United States.

No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States.

In Case of the Removal of the President from Office, or of his Death, Resignation, or Inability to discharge the Powers and Duties of the said Office, the Same shall devolve on the Vice President, and the Congress may by Law provide for the Case of Removal, Death, Resignation or Inability, both of the President and Vice President, declaring what Officer shall then act as President, and such Officer shall act accordingly, until the Disability be removed, or a President shall be elected.

The President shall, at stated Times, receive for his Services, a Compensation, which shall neither be increased nor diminished during the Period for which he shall have been elected, and he shall not receive within that Period any other Emolument from the United States, or any of them.

Before he enter on the Execution of his Office, he shall take the following Oath or Affirmation:--"I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States."

Section 2

The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States; he may require the Opinion, in writing, of the principal Officer in each of the executive Departments, upon any Subject relating to the Duties of their respective Offices, and he shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offenses against the United States, except in Cases of Impeachment.

He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law: but the Congress may by Law vest the Appointment of such inferior Officers, as they think proper, in the President alone, in the Courts of Law, or in the Heads of Departments.

The President shall have Power to fill up all Vacancies that may happen during the Recess of the Senate, by granting Commissions which shall expire at the End of their next Session.

Section 3

He shall from time to time give to the Congress Information of the State of the

Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary Occasions, convene both Houses, or either of them, and in Case of Disagreement between them, with Respect to the Time of Adjournment, he may adjourn them to such Time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.

Section 4

The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.

Article III

Section 1

The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.

Section 2

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;--to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls;--to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;--to Controversies to which the United States shall be a Party;--to Controversies between two or more States;--between a State and Citizens of another State;--between Citizens of different States;--between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.

The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment; shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed;

but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

Section 3

Treason against the United States, shall consist only in levying War against them, or in adhering to their Enemies, giving them Aid and Comfort. No Person shall be convicted of Treason unless on the Testimony of two Witnesses to the same overt Act, or on Confession in open Court.

The Congress shall have Power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture except during the Life of the Person attainted.

Article IV

Section 1

Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.

Section 2

The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.

A Person charged in any State with Treason, Felony, or other Crime, who shall flee from Justice, and be found in another State, shall on Demand of the executive Authority of the State from which he fled, be delivered up, to be removed to the State having Jurisdiction of the Crime.

No Person held to Service or Labour in one State, under the Laws thereof, escaping into another, shall, in Consequence of any Law or Regulation therein, be discharged from such Service or Labour, but shall be delivered up on Claim of the Party to whom such Service or Labour may be due.

Section 3

New States may be admitted by the Congress into this Union; but no new State shall be formed or erected within the Jurisdiction of any other State; nor any State be formed by the Junction of two or more States, or Parts of States, without the Consent of the Legislatures of the States concerned as well as of the Congress.

The Congress shall have Power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States; and nothing in this Constitution shall be so construed as to Prejudice any Claims of the United States, or of any particular State.

Section 4

The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence.

Article V

The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

Article VI

All Debts contracted and Engagements entered into, before the Adoption of this Constitution, shall be as valid against the United States under this Constitution, as under the Confederation.

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States.

Article VII

The Ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the Establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same.

First Amendment

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

Second Amendment

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.

Third Amendment

No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Fourth Amendment

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Fifth Amendment

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Sixth Amendment

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be

informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

Seventh Amendment

In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.

Eighth Amendment

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Ninth Amendment

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Tenth Amendment

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

Eleventh Amendment

The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State.

Twelfth Amendment

The Electors shall meet in their respective states and vote by ballot for President and Vice-President, one of whom, at least, shall not be an inhabitant of the same state with themselves; they shall name in their ballots the person voted for as President, and in distinct ballots the person voted for as Vice-President, and they shall make distinct lists of all persons voted for as President, and of all persons voted for as Vice-President, and of the number of votes for each, which lists they shall sign and certify, and transmit sealed to the seat of the government of the United States, directed to the President of the Senate; -- The President of the Senate shall, in the presence of the Senate and House of Representatives, open all the certificates and the

votes shall then be counted; -- The person having the greatest number of votes for President, shall be the President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed; and if no person have such majority, then from the persons having the highest numbers not exceeding three on the list of those voted for as President, the House of Representatives shall choose immediately, by ballot, the President. But in choosing the President, the votes shall be taken by states, the representation from each state having one vote; a quorum for this purpose shall consist of a member or members from two-thirds of the states, and a majority of all the states shall be necessary to a choice. And if the House of Representatives shall not choose a President whenever the right of choice shall devolve upon them, before the fourth day of March next following, then the Vice-President shall act as President, as in case of the death or other constitutional disability of the President.-- The person having the greatest number of votes as Vice-President, shall be the Vice-President, if such number be a majority of the whole number of Electors appointed, and if no person have a majority, then from the two highest numbers on the list, the Senate shall choose the Vice-President; a quorum for the purpose shall consist of two-thirds of the whole number of Senators, and a majority of the whole number shall be necessary to a choice. But no person constitutionally ineligible to the office of President shall be eligible to that of Vice-President of the United States.

13th Amendment

Section 1

Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.

Section 2

Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

14th Amendment

Section 1

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2

Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3

No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4

The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5

The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

15th Amendment

Section 1

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by

the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.

Section 2

The Congress shall have the power to enforce this article by appropriate legislation.

16th Amendment

The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration.

17th Amendment

The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years; and each Senator shall have one vote. The electors in each State shall have the qualifications requisite for electors of the most numerous branch of the State legislatures.

When vacancies happen in the representation of any State in the Senate, the executive authority of such State shall issue writs of election to fill such vacancies: Provided, That the legislature of any State may empower the executive thereof to make temporary appointments until the people fill the vacancies by election as the legislature may direct.

This amendment shall not be so construed as to affect the election or term of any Senator chosen before it becomes valid as part of the Constitution.

18th Amendment

Section 1

After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.

Section 2

The Congress and the several States shall have concurrent power to enforce this article by appropriate legislation.

Section 3

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

19th Amendment

The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of sex.

Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

20th Amendment

Section 1

The terms of the President and the Vice President shall end at noon on the 20th day of January, and the terms of Senators and Representatives at noon on the 3d day of January, of the years in which such terms would have ended if this article had not been ratified; and the terms of their successors shall then begin.

Section 2

The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the 3d day of January, unless they shall by law appoint a different day.

Section 3

If, at the time fixed for the beginning of the term of the President, the President elect shall have died, the Vice President elect shall become President. If a President shall not have been chosen before the time fixed for the beginning of his term, or if the President elect shall have failed to qualify, then the Vice President elect shall act as President until a President shall have qualified; and the Congress may by law provide for the case wherein neither a President elect nor a Vice President shall have qualified, declaring who shall then act as President, or the manner in which one who is to act shall be selected, and such person shall act accordingly until a President or Vice President shall have qualified.

Section 4

The Congress may by law provide for the case of the death of any of the persons from whom the House of Representatives may choose a President whenever the right of choice shall have devolved upon them, and for the case of the death of any of the persons from whom the Senate may choose a Vice President whenever the right of choice shall have devolved upon them.

Section 5

Sections 1 and 2 shall take effect on the 15th day of October following the ratification of this article.

Section 6

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission.

21st Amendment

Section 1

The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Section 2

The transportation or importation into any State, Territory, or Possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited.

Section 3

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress.

22nd Amendment

Section 1

No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no

person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of President more than once. But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term.

Section 2

This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission to the States by the Congress.

23rd Amendment

Section 1

The District constituting the seat of Government of the United States shall appoint in such manner as Congress may direct:

A number of electors of President and Vice President equal to the whole number of Senators and Representatives in Congress to which the District would be entitled if it were a State, but in no event more than the least populous State; they shall be in addition to those appointed by the States, but they shall be considered, for the purposes of the election of President and Vice President, to be electors appointed by a State; and they shall meet in the District and perform such duties as provided by the twelfth article of amendment.

Section 2

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

24th Amendment

Section 1

The right of citizens of the United States to vote in any primary or other election for President or Vice President, for electors for President or Vice President, or for Senator or Representative in Congress, shall not be denied or abridged by the United States or any State by reason of failure to pay poll tax or other tax.

Section 2

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

25th Amendment

Section 1

In case of the removal of the President from office or of his death or resignation, the Vice President shall become President.

Section 2

Whenever there is a vacancy in the office of the Vice President, the President shall nominate a Vice President who shall take office upon confirmation by a majority vote of both Houses of Congress.

Section 3

Whenever the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that he is unable to discharge the powers and duties of his office, and until he transmits to them a written declaration to the contrary, such powers and duties shall be discharged by the Vice President as Acting President.

Section 4

Whenever the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive departments or of such other body as Congress may by law provide, transmit to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office, the Vice President shall immediately assume the powers and duties of the office as Acting President.

Thereafter, when the President transmits to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives his written declaration that no inability exists, he shall resume the powers and duties of his office unless the Vice President and a majority of either the principal officers of the executive department or of such other body as Congress may by law provide, transmit within four days to the President pro tempore of the Senate and the Speaker of the House of Representatives their written declaration that the President is unable to discharge the powers and duties of his office. Thereupon Congress shall decide the issue, assembling within forty-eight hours for that purpose if not in session. If the Congress, within twenty-one days after receipt of the latter written declaration, or, if Congress is not in session, within twenty-one days after Congress is required to assemble, determines by two-thirds vote of both Houses that the President is unable to discharge the

powers and duties of his office, the Vice President shall continue to discharge the same as Acting President; otherwise, the President shall resume the powers and duties of his office.

26th Amendment

Section 1

The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age.

Section 2

The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

27th Amendment

No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of representatives shall have intervened.

참고문헌

[국내문헌]

- 강경근. 헌법. 서울: 법문사 (2004).
- 곽윤직. 채권각론. 서울: 박영사 (2003).
- 곽윤직. 물권법. 서울: 박영사 (2004).
- 곽윤직. 채권각론 (민법강의 II), 서울: 박영사 (2002).
- 곽윤직, & 김재형. 민법 총칙. 서울: 박영사 (2013).
- 권영설. 헌법이론과 헌법담론 (2006).
- 권영성. 헌법학원론. 서울: 법문사 (2010).
- 권영성. "비교헌법학의 영역과 연구방법." 법학 20 (1980).
- 계희열. 헌법학(상). 서울: 박영사 (2002).
- 계희열. 헌법학(중). 서울: 박영사 (2007).
- 김기영. 헌법강의. 서울: 박영사 (2002).
- 김기영, "국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考", 법학논총, 제 18 권 (2011)
- 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.
- 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.
- 김춘환 (1998). 우리나라 행정절차법과 미국 연방행정절차법의 비교연구. 공법연구, 27(1), 403-427.
- 김학성. 헌법학강의. 서울: 성문사 (2001).
- 박진완 (2010). 아동권리협약의 국내적 이행과정에 대한 분석. 세계헌법연구, 16(1), 181-208.
- 방승주. 헌법소송사례연구-호주제의 위헌성 여부 서울: 박영사 (2002).
- 배기석 (2007). 한국의 법조윤리 교육의 회고와 향후 로스쿨에서의 법조윤리 교육방법. 법학연구, 48(1), 1377-1399.

성낙인. 헌법학. 서울: 법문사 (2007).

송상현 (2020). 고독한 도전, 정의의 길을 열다 - 국제형사재판소장 송상현 회고록. 나남출판사.

양건. 헌법강의 I. 서울: 법문사 (2007).

윤명선. 헌법학. 서울: 대명출판사 (2000).

이상돈. 생명공학과 법. 서울: 아카넷 (2003).

이재명. 인간존엄의 헌법적 접근. 중앙대학교 대학원 박사학위논문 (1991).

이준일. 헌법학 강의. 서울: 흥문사 (2007).

임정호 (2013). 형법상 배임죄에 있어서 경영판단원칙에 대한 재검토-형법 규정과 신인의무의 간극. 법학연구, 23(2), 65-91.

장영수. 헌법학. 서울: 흥문사 (2007).

전광석. 한국헌법론. 서울: 법문사 (2004).

정문식 (2006). 독일에서의 인간의 존엄과 생명권의 관계, 공법학연구 제7권 제 2호 265-294.

정종섭. 헌법학원론. 서울: 박영사 (2007).

조영정. 국제통상법의 이해. 서울: 무역경영사 (2009).

조흥석. 생명복제와 인간의 존엄, 공법연구 제 30집 제 1호, 23-45.

정인섭 (2019). 신국제법입문 제 3 판. [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB.

정인섭 (2019). 우리 법원에서의 국제법 관련 판결. 서울국제법연구, 26(2), 337-360.

허영. 한국헌법론. 서울: 박영사 (2007).

홍성방. 헌법학. 서울: 현암사(2007).

[해외문헌]

Amos, M. (1928). The Code Napoleon and the modern world. *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 222-236.

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.

Bonnett, A. (2003). Geography as the world discipline: connecting popular and academic geographical imaginations. *Area*, 35(1), 55-63.

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.

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.

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. (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.

De Montesquieu, C. (1989). *Montesquieu: The spirit of the laws*. Cambridge University Press.

Doshi, R. *The long game: China's grand strategy to displace American order*. The long game China's grand strategy to displace American order.

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.

Grayling, A. C. (2006). *Descartes: The Life of Rene Descartes and Its Place in His Times*. Simon and Schuster.

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.

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, K. (2014). Human Rights: Are They Just a Tweak for the Policy Makers or Administrators?. *European Academic Research*, 2(6).

Kim, K. (2014). The Constitution and Tripartite System of Government: From the Mutiny for the Limited Government Through the Interbranch Subtlety. *International Journal of Advanced Research (2014)*, 2(9), 392-401.

Kim, K. (2015). Fiscal Administration and Public Sector. Available at SSRN 2586039.

Kim, K. (2021). A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—. *Yonsei Law Review (2021)*, 32(3), 547-598.

Klein, J., & Giglioni, G. (2003). Francis bacon.

Krueger, A. O. (1974). The political economy of the rent-seeking society. *The American economic review*, 64(3), 291-303.

Kuhn, T. S. (1970). *The structure of scientific revolutions* (Vol. 111). University of Chicago Press: Chicago.

Heller, M. (2010). *The gridlock economy: How too much ownership wrecks markets stops innovation, and costs lives*. ReadHowYouWant.com.

Heller, M. A., & Salzman, J. (2022). *Mine!: How the hidden rules of ownership control our lives*. Anchor.

Henry David Thoreau: *A Life*. University of Chicago Press.

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.

LaFave, W. R., & Remington, F. J. (1965). *Arrest: The decision to take a suspect into custody* (p. 386). Boston: Little, Brown.

LaFave, W. R. (1978). *Search and SEIZURE* (pp. 53-55).

LaFave, W. R. (1981). The Fourth Amendment in an Imperfect World: On Drawing Bright Lines and Good Faith. *U. Pitt. L. Rev.*, 43, 307.

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.

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.

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.

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.

Smith, D. C. (2014). *Sir Edward Coke and the reformation of the laws*. Cambridge University Press.

Story, J. (1873). *Commentaries on the Constitution of the United States: with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*.

Thoreau, H. D. (1971). *Walden. 1854*. Ed. J. Lyndon Shanley. Princeton: Princeton UP.

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.

Vico, G. (1988). *On the most ancient wisdom of the Italians: unearthed from the origins of the Latin language: including the disputation with the Giornale de'letterati d'Italia*. Cornell University Press.

Vico, G. (2015). *La Scienza Nuova 1744: testo, manoscritto, editio princeps*.

Vico, G. (2015). *The Autobiography of Giambattista Vico*. Cornell University Press.

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. (2018).

White, P. (2005). *Ministers of culture: Arnold, Huxley and liberal Anglican reform of learning*. *History of science*, 43(2), 115-138.

"WTO - dispute settlement - DS381: United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products". www.wto.org. Retrieved 6 May 2019.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. Retrieved from https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf

Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961).

법령과 판례

[법령 색인]

대한민국헌법 헌법 제10호 전부개정 1987.10.29. Retrieved from <https://www.lawnb.com/Info/ContentView?sid=L000001444>

Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions (1977) 260

외국인불법행위법 (Alien Tort Statute “ATS” or Alien Tort Claims Act “ATCA”, 1948) 175

동물법 (Animal Act in 1971) 230

Dodd-Frank Act (2010) 430

연방불법행위법(Federal Tort Claims Act “FTCA”, 1946) 175

Gramm-Rudman-Hollings Act 128

결혼방어법(Marriage Defense Act, 1996) 194

[참조 판례]

- 대법원 1972. 2. 22. 선고 71다2319 판결 [주식서환등]
대법원 1975년 5월 23일 선고, 74마281결정
대법원 1980. 5. 20. 선고 80다306 판결 [10.26 사건 김채규 등 판결]
대법원 1984. 5. 23.자 83두4 결정 [변호사 징계]
대법원 1990. 4. 10. 선고 89다카20252 판결 [집행판결]
대법원 1996. 6. 28. 선고 94므1089 판결 188
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 2013다61381 전원합의체 판결
대법원 2017. 2. 16. 선고 2016도13362 전원합의체 판결
대법원 2019. 4. 23 선고 2014다27807 퇴직금 판결
대법원 2021. 7. 21. 선고 2019다266751 판결 [손해배상(기)]
헌재 2001. 2. 22. 99헌바74, 판례집 13-1, 250 [전원재판부].
헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192등, 판례집 26-2상, 668 위헌확인 사건
헌재 2014. 12. 19. 선고 통합진보당 해산 2013헌다1 전원재판부
헌재 2018.6.28 선고 2011헌바 379 사건
서울중앙지방법원 2020. 12. 23. 선고 2020가단5098056 판결

[외국 판례 색인]

(A)

American Ins. Assn. v. Garamendi, 539 U.S. 396 (2003) 490

(B)

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964) 464

Beacon Theaters, Inc. v. Westover, 359 U.S. 500 (1959) 319

Bowsher v. Synar, 478 U.S. 714 (1986) 128

Brandon v. Holt, 469 U.S. 464 (1985) 175

(C)

Calvin's Case (1609) 312

Celotex Corp. v. Catrett, 477 U.S. 317 (1986). 323

Class action (2005 Act) 327

(D)

Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471 (1970) 238

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008) 95

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. ___ (2022),

77

Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) 237

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1856) 77

(E)

Eaton v. Eaton, 575 A2d 858 (NJ 1990) 176

Enmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982) 258

ERA 241

(G)

GATT 138

Gray v. Wright 96 S.E.2d 671 (1957) 178

(H)

Harper v. Virginia Bd. of Elections, 383 U.S. 663 (1966) 237

(I)

INS v. Chadha :: 462 U.S. 919 (1983) 102

(K)

Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co KG. 62007CJ0555 - EN - EUR-Lex
- European Union (2010) 255

(L)

Lai Chau v. Southstar Equity Limited Co. and Brookside Properties
Inc. (2008) 304

Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56 (1972) 238

(M)

M.L.B. v. S.L.J., 519 U.S. 102 (1996) 192

Mangold v. Helm 62004CJ0144 - EN - EUR-Lex (2005) 255

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) 419, 450, 477

Maynard v. Hill, 125 U.S. 190 (1888) 193

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819) 476

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) 88

Mitchill v. Lath, 247 N.Y. 377, 160 N.E. 646 (1928) 165

Morales v. Lia, 238 A.D.2d 786 304

(P)

Parker v. District of Columbia 96

Peralta v. Henriquez 304

(R)

R (Seymour-Smith) v. Secretary of State for Employment UKHL 12
and C-167/97 (2000) 255

Riley v. Capital Airlines, Inc., 185 F. Supp. 165 160

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) 370, 371, 477

Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996) 241

Rowland v. Christina, 69 Cal.2d 108 (1968) 302

Lugar v. Edmondson Oil Co., Inc., 457 U.S. 922 (1982) 467

(S)

San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U.S. 1
(1973) 239

Schwedes v. Romain, 587 P. 2d 388 (1978) 160

ScShapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) 237

Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983) 258

(T)

Tison v. Arizona, 481 U.S. 137 (1987) 258

(U)

U.C.C. § 2-202 164

Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250 (1897) 463

UUnited States v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013) 194

(Y)

Ybarra v. Spangard, 25 Cal.2d 486 176

사항 색인

(7)

간접비용	27	
갈릴레오	376	
감성	393	
강행규범	227, 451, 465	
개량주의	356	
개발국가	42	
개발론	285	
개인주의	388	
거래비용	272, 273	
거리의 관료제	52	
검찰공화국	47	
결단주의적 헌법관	459	
결혼방어법	194	
결혼의 합의	188	
결혼허가제	192	
경제애국주의	122	
경제적 기본권	234	
경제행정법	283	
경험론	312, 448	
경험주의	460	
계급투쟁	399	
계몽주의	388	
계약법	280, 354	
계약법원칙	228	
계약의 변경	159	
계약의 자유	283	
계약자유의 원칙	269	

고등행정법원	254
고유의 관할권	174
고유주의자	503
고의	229, 268
고의소송	230
고전적 헌법주의	131
공공소유권	276
공동체주의	46
공리주의	486
공법	360
공산주의	388
공소배심	316
공시방법	142
공적 영역	467
공증인제도	279
공화정	411
과실	229, 268
과실기여이론	177
과실상계	177
관료제	46, 497
관방사법	395, 460
관습법의 성문화	223
관할권	325
교조주의	381, 457
교황의 수위권	251
구 소비에트 계약법	281
구두증거배제의 원칙	157
구성국 재량의 원칙	255
국가면제법	172
국가법	366, 391
국가책임	225
국가행위 원칙	463, 464, 481
국가행위 이론	466

국가행위의 원칙	452
국가행위이론	452
국가헌법주의	235
국내법	451, 506
국내헌법주의	459
국민참여재판제도	332
국제 불법행위에 대한 국가책임협약	225
국제 페미니즘	240
국제거래법	360
국제관습법	34, 485
국제법	260, 290, 293, 451, 485, 499, 524
국제법 주체성	222
국제사법재판소	454
국제예양	464, 480
국제인권법	453
국제헌법주의	120, 451, 453, 459, 480
국제형사재판소 조약	173
군주절차법	171
군주정	410
권력분립의 원칙	101, 216, 405, 420, 437, 439
권력분립주의	407
권력의 위대화	128
권리남용 금지의 원칙	404
권리장전	236
권리증서	144
귀납법	448
규모의 경제	273
규범적 성격	405, 511, 516
그라운드 이론	460
근접성의 원칙	253
금반언의 원칙	160, 340, 353
기능적 접근방식	131
기소협상	332

기업형 정부론 250

(ㄴ)

나폴레옹 80, 268, 448

낙태죄 76

내국민대우원칙 132

너스바움 240

노동과 자본 154

노동법 133

노동자계급 200

노란봉투법 126

노암 촘스키 292

노예의 길 40

논쟁과 다원성 121

(ㄷ)

다수의 지배 312

당사자주의 220, 321

대권 443

대륙법 119, 317, 319, 448, 480

대물관할 326

대배심 314, 316, 330

대심절차 437

대약진운동 276

대응조치 227

대인관할 326

대통령제 485

대표제의 재확인 476

대학원 진학 182

대헌장 314

데이비드 콜로브 509

데카르트 370, 373, 393, 398
도나시앵 알퐁소 프랑수아 140
독립국가연합 21
독일의 재통일 21
동기유발요인 32
동맹규약 517
동물법 230
동키호테 262, 361
드레드 스코트 370, 391
드와이트 왈도 15
등기의 공신력 143

(ㄹ)

라차드 닉슨 238
라파예트 210
레란드 스탠포드 206
레온 뒤기 453
레이저노믹스 40
렌퀴스트 478
로널드 드워킨 449, 480
로널드 드워킨 367
로렌스 트라이브 486
로마조약 173
로버트 노직 338, 355, 356
로베스 피에르 210
로스코 파운드 201, 453
로스쿨 48
로크너 518
루이 르노 205
루이스 모르간 141
리바이어던 386
리스트이트먼트 161, 460, 501

리오선언	112
리차드 포스너	450, 473

(ㅁ)

마사 그리피스	242
마사 너스바움	239
마이클 립스키	52
마이클 애플	64
마이클 왈쩌	46
마이클 하스	209
마이클 헬러	137
마키아벨리	405, 450
만민법	454
매리 글렌던	201
매리 클렌덴	391
매이 글렌던	342
명상록	375
명예혁명	403, 426
명예훼손죄	224, 261
모범법	228
모범형법전	228
몽테스키외	98, 234, 238, 389, 406, 445
무국적의 자유	37
무단침입자	307
무역정책검토제도	219
무임승차	359, 362
무정부주의	481
목시적 지역권	161
묵음원칙	218
문리해석의 원칙	511
문화대혁명	276
문화적 예외	298

문화적 유전자 73
 물권 277
 물권법 275, 277
 미 연구위원회 184
 미국 통일상법전(UCC) 163
 미국의 민주주의 51
 미노브르크 회의 15
 미란다 테스트 88
 미성숙원칙 218
 민사소송법 156
 민족국가의 가을 20
 민족국가의 봄 20
 민주적 선택 이론 469, 478
 민주적 절차 472
 민주적 정당성 475
 민주주의 52, 267, 300, 522
 민주주의와 법치주의 51
 민주주의의 소음 150
 밀행성 433

(ㅅ)

바르셀로나 전력회사 522
 바바라 신클레어 491
 바바라 썬탈라 491
 반위조협정 492, 494
 방법론 381, 382, 394
 방법론 서설 374
 배분적 정의 216, 454
 배심원 지도 329
 배심재판 317
 배심제도 313, 315, 318, 414
 배우자의 권리 195

배타성의 원칙	514
범 게르만 주의	296
법경제학	137, 284
법과 경제	297
법과정론	461
법관재판	317
법률관계	156
법률상 결혼	189
법사회학	449, 480
법실증주의	113, 339, 359, 395, 448, 452, 458
법원조직법	282
법의 연원	118
법의 정신	98, 234, 407
법의 지배	291
법인격	221
법적 · 제도적 접근방법	42
법적 안정성	94, 251
법철학	482
법치주의	52, 249, 252, 430
법해석	99
법현실주의	450, 452, 458, 471
법형식주의	114
베스트팔렌	222, 392
베카리아	257
벤 버냉키	154
벤담	238, 257
변론주의	220, 321
변호인 조력권	237
변화를 위한 규칙	117
병렬계약	164
보석제도	258
보증 계약	160
보통법 법원	320

보통법상의 혼인 193
 보통법의 지배 334
 보편성 272, 284
 보편주의 524
 본 기본법 27
 부가기간 228
 부다페스트 협약 261
 부동산 등기 141
 부동산등기법 144
 부메딘 435
 부부재산 188
 부부재산계약 191
 부분이행 159
 부전조약 33, 205
 북미자유무역협정 506
 분권화의 원칙 253, 255
 분업 271
 분쟁해결절차 219
 불명확성의 예외 166
 불문헌법 485, 522
 불법원인급여 157
 브라이언 라이트 461
 브라이언 타마나하 462
 브레튼 우즈 455, 519, 525
 브루스 알렉산더 14
 브루스 애커맨 509
 블랙스톤 315
 블룸스베리 그룹 241
 비교과실이론 177
 비다수의 난관 474
 비례의 원칙 251, 252, 258, 260, 261
 비배타적인 권한 254
 비코 379, 398

빅터 브롬	32
빌헬름 2세	36

(ㅅ)

사건과 논쟁	130
사기방지법	157
사바티노 사건	464
사법	361
사법관	118
사법권	412
사법리스크	108
사법부	432
사법부의 독립	129, 413
사법시스템	356
사법심사	443, 477
사법의 정치화	129
사법자제의 원칙	130
사법적 정의	444
사법통제	58, 253
사용자책임	174
사적 영역	467
사정변경원칙	257
사정판결	256
사형제도	446
사회계약론	386, 443
사회과학	403
사회국가	132
사회비용	274
사회적 안전망	236
사회적 전이	14
사회주의	276, 281, 285, 482
사획과학	381

상당인과관계	268
상대권	139
상소기구	219
상위법	513, 526
상인인지법칙	162
서면주의 원칙	158
서면합의	164
서번트 리더쉽	81
서열 이론	271
선거구 획정	256
선스타인	235, 471
선의	231
선점	137
성리학	398
성문헌법	485
세계대학평가	182
세계무역기구	219, 263
세방화	300, 301
셀돈 올린	388
소배심	315
소유권	268, 270, 275, 277
소크라테스	337, 343, 357
소통이론	50
수범자	118, 470
수정헌법	41, 372, 467, 472, 512
순수법학	461
스콜라 학파	244
스테판 브라이어	500
스토아 학파	245
시민법	317, 454
시에에스	203
시장의 실패	249, 283
신공공관리론	15

신과학 382
 신국제협정 486, 487, 491, 492, 505, 527
 신법우선의 원칙 122
 신속처리절차 487
 신자유주의 23
 신정국가 295
 신탁이론 443
 신행정론 15
 신현실주의 274, 284, 385
 실체법과 절차법 166
 실체적 적법절차 78
 심판대상성 130

(°)

아담 스미스 284
 아리스토 텔레스 393
 아브라함 매스로우 28
 아킬 아마르 513, 515
 악의 231
 안쏘니 다마토 338
 안토닌 스칼리아 89, 433
 안톤 스칼리아 89
 알렉산더 비켈 75, 469, 474
 알렉시스 토크빌 51, 334
 알마아타 조약 21
 알제리 협정 498
 알투지우스 389
 약식판결 322, 323
 약인 164, 348
 양원제 420
 양적 연구방법 382
 양형위원회 253

어니스트 후통	59
에드워드 코크	312, 334
에리 독트린	192
엘론 머스크	263
여성과 인간개발	240
여성주의	233
여행의 자유	238
역만장일치제	219
역사적 상식	387
역사적 학습법	384
역외적용	122
연맹권	442
연방결합운동기금	196
연방민사소송법	318
연방법	319
연방불법행위법	175
연방시스템	79
연방헌법	318, 486
연방화	97
연성법	121
연합권	424
엽관주의	308
영국 점유자 책임법	308
영국의 헌법	409
영미법	119, 327
영역주의	465
예측 가능성	94
예측가능성	251
엘리네크	367, 479
오란 영	507
오리지널리즘	526
오스틴	115
올리버 윌리엄슨	274

올리버 크롬웰	210
왕권신수설	403, 438
외국인불법행위법	175
외래적 합의	165
외래증거	163
외부비용	271
우드로 윌슨	14, 300, 492
우크라이나	19
원상복구	227
웨스트팔렌 조약	222
웨인 라파브	89
위법수집증거 배제의 원칙	91
위헌법률심사제도	450
윌리엄 바	422, 435
유권해석	352
유럽사법재판소	255
유럽연합	253
유럽연합법	255
유럽인권재판소	255
유스티니아누스 법전	205
유엔 해양법협약	503
유엔사법통일기구	292
유엔상거래법위원회	292
윤리적 의무	345
의도	230
의도적 고의	231
의료과오소송	178
의사주의적 국제법관	222
의산능력	188
의원내각제	418
의제부인의 법칙	174
의제적 인지	143
의회 집행부간 합의	489

의회와 집행부간 합의 487, 489
 의회주권 203
 이기일원론 399
 이라크 제재 207
 인권장전 96, 259
 인신보호영장 259, 513
 인플레이션 감축법 112
 일하는 계급 154
 임마누엘 칸트 457
 입법권 408, 441
 입법권력 125
 입법위임 428
 입법적 거부 101, 512

(ㅈ)

자기집행적 490
 자본 268
 자본주의 200, 263, 290
 자연법 367, 449
 자연채무 157
 자위권 208
 자유권적 기본권 234
 자유시장 290
 자유주의 267, 285, 456, 469
 작스 뵘에르 브리소 140
 잔혹형벌법 257
 장 보댕 409
 장 자크 루소 67
 재건법 117
 쟁의행위 126
 저항권 444
 적법절차 78, 238, 415, 481

전가된 고의	228
전국적 가치분	434
절대국가	394
절대권	139
절대적 소유권	146
절차적 적법절차	78
접미형 소유권	149
정부기업계약	282
정부의 실패	250
정부형태	408
정의론	362
정의와 형평	410
정전론	482
정조의무	190
정치의 사법화	129
정치적 문제의 원칙	217, 443, 469, 527
정치적 성격	405, 511
정치적 정의	444
정통성	520
제 4협약 육전규칙	
제국주의	294, 300, 482
제네바 제 4협약	36
제럴드 포드	29
제레미 벤담	115
제임스 매디슨	204, 426, 432
제임스 조이스	383
제임스 크로포드	226
제정법	341
제한적 소유권	146
제한정부론	249
조나단 터너	271
조약체결절차	504
존 로크	234, 407, 438

존 롤즈 338, 349, 360, 472
 존 마샬 419
 존 스튜어트 밀 469
 존 스튜어트 엘리 474
 존 오스틴 450
 존 하트 엘리 469, 521
 주겐 하버마스 380
 주관적 귀책사유 225
 주권면책 171
 주권자의 명령 451
 주석법학 216, 294
 준 헌법적 관습 497
 준별의 원칙 260
 중국물권법 277
 중대한 계약위반 228
 중립국가 473
 중혼 189
 지구화 14
 지성 393
 지식과 역사 384
 지식산업 182
 지오 브루노 371, 379
 지적재산권 493
 지적재산권협정 138
 질적 연구방법 382
 집단공동체 275, 280
 집행권 408, 411, 423, 441
 징벌적 손해배상 178

(*)

차알스 블랙 466
 차알스 휴즈 352

처분권주의	220
철학의 원칙	378
청교도혁명	203, 403
청원	327
체제전환국	281, 483
초청객	305
최고법	522
최혜국 대우원칙	132
추상적 합리성	383

(ㄱ)

칼 슈미트	450
칼뱅주의	203
코어스 정리	269
코트 팩킹 플랜	250
콜로라도주 토지점유자책임법 (1985)	303
퀴아 엠프터법	148
크롬웰	421
크리스 아지리스	58
크리스토퍼 랑델	337, 342
크리토	357

(ㄷ)

탈규제화	250
토니 블링컨	22
토렌스 시스템	142
토어스의 정리	274
토지 점유자	302
토지사용권	278
토지의 공개념	148
토지재산권	148

토지점유자의 책임	308
통상법치	219
통일군사정의법	193
통일사법	161
통일상법전	161
통치권	440
통치행위	217, 487
특권의식	236

(ㅍ)

파리기후협약	495
파일 대법관	239
판례법	341, 448, 450, 460, 486
패널	219
페랄타	304
펜들턴법	58
평등한 시장구조	251
평생교육	68
포스트 모더니즘	396, 460
폴 앙리	33
표현의 자유	340
푸르동	139
푸틴	207
프란시스 베이컨	312, 379, 391
프란시스 후쿠야마	46
프랑스 대혁명	79, 403
프리드리히 하이예크	23
플라톤	337
피셔 애미스	430
피터 셴게	28
필리스 쉬라플라이	242

(ㅎ)

하버마스	51
하이예크	40
하트	116, 359, 449, 508
학습조직	28, 483
한국법학교수회	196
한스 켈젠	201, 367, 449
합헌성	505
해럴드 고	495
해럴드 라스웰	16
해석법학	514, 521
행정개혁	39
행정명령의 홍수	250
행정학	46
행정협정	485
허가받은 방문객	306
허버트 사이몬	15
허버트 웨슬러	461
헌법 변천	514
헌법과학	507
헌법관습법	497
헌법국가	57
헌법기업	521
헌법변천	497, 516, 524
헌법재판소	99, 371, 446
헌법적 계기	513
헌법제정	127, 525
헌법주의	415
헌법해석	517
헤이그 제 3 협약	35
헤이그 제 5협약	34
헨리 메인	167, 284

현실주의	274, 388	
현실주의적 관점	236	
형식적 법치주의	313	
형식주의적 접근방식	131	
형평	356, 431	
형평법	318	
호모 사피엔스	29	
혼인신고	189	
홈즈와 브랜다이스	78	
환경론	285	
회사의 본질	272	
회수형 소유권	147	
회의론	395	
후기 식민지시대	291	
후속조건부 소유권	147	
휴고 그로티우스	379	
익켄루퍼	464	
익켄루퍼 수정법안 22 U.S.C. § 2370		464



저자 소개

학력

대한민국 조선대학교 일반대학원 경영학과 경영학 박사 (2017-2020)
미국 미네아폴리스 월든대학교
공공정책대학 공공정책 및 행정학 박사 (2012-2018)
프랑스 파리학술원 외교전략연구소 (그랑제콜)
국제관계 및 외교학박사 (2000-2003)
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법과학박사 (1994-1995)
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사 (1993-1994)
미국 듀크대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사과정 수료 (1992-1993)
대한민국 사법연수원 diplom e (1985-1987)
서울대학교 법과대학 사법학과 졸업 (1981-1985)

경력

사법시험 7위 합격 (1983)
행정고시 7위 합격 (1984)
외무고시 8위 합격 (1986)
대한민국 공군 법무관 (1987-1990)
서울민사지방법원 판사 (1990-1991/임관 서열 1위)
대한민국 변호사회 변호사 (1987)
미 뉴욕주 변호사회 변호사 (1997)
미 연방 제 9 항소법원 변호사회 (2015)
헌법학회 이사
법이론 실천학회 이사
사법시험 위원
법과대학 교수평의회 대표
대외협력처 자문위원
전남 수자원관리 위원
지방고시 면접위원

법학논총 등 다수 저널 심사위원
[현] 조선대학교 법과대학 교수
연구논문 및 저서

○ 저서

[헌법강의], 박영사. 2000
[헌법학], 박영사. 2000
[국제거래법사례연습], 조선대학교 출판부. 2006
[로스쿨가이드북], 솔트웍스, 2007
[미국법강독]. 조선대학교 출판부. 2009
[A Rout of Experience in the Qualitative Method:
Tackles and Reflections],
Createspace Independent Publishing. 2017
[Piece to Text on the Monument and One:
Letters with the International Body
Managers], Createspapce Independent Publishing. 2018

○ 연구논문

조선산업에 대한 보조금지급과 관련한 대한민국과 EU간의 통상분쟁에 관한
WTO 결정, 인권과 정의 제 350호. 2005
국제통상질서상 다국적기업의 인권보장에 관한 소론, 법조 제 589집. 2005
국제통상에서의 법치주의: 세계무역기구 (WTO) 항소기구의 몇가지 문제점,
인권과 정의 제 357호. 2006
이상과 현실, 그리고 개혁: 세계적 차원의 민주주의와 법치주의,
법조 제 599집. 2006
문화상품에 대한 국제규범체계와 문제점에 관한 소고,
국제거래법연구 16호 1권. 2007
버드법에 대한 사법심사의 의의와 시사점, 법조 제 610집. 2007
국제통상법의 발전과 헌법국가의 전형: 미합중국
헌법원칙과 법제사를 중심으로, 법학논총 14권 2호. 2007

국제정치와 법철학: 헌법과 국제법의 접점에서, 유럽헌법연구 제 5호. 2009
사법의 통일과 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 (CISG),
인권과 정의 제407호. 2011
국제통상법에 있어 세계적 정의의 개념에 관한 소고,
법학논총 16권 2호, 2011
사법관임용제도에 관한 소고-차선의 대안으로서 프랑스식 사법관제도를
제안하며, 법학논총 29호 3호. 2017
민주헌법관과 촛불시위 사이에서: 민주주의에 대한 두 유형의 실험실을
돌아보며, 법학논총 24권 3호. 2017

그외 국제학술지 논문 다수

인간과 사회 그리고 법에 관한 성찰

발행일 2023년 12월 1일

지은이 김기영(Kiyoung Kim)

발행처 퍼플

출판등록 제300-2012-167호 (2012년 09월 07일)

주 소 서울시 종로구 종로1가 1번지

대표전화 1544-1900

홈페이지 www.kyobobook.co.kr

© 김기영 2023

본 책 내용의 전부 또는 일부를 재사용하려면
반드시 저작권자의 동의를 받으셔야 합니다.