

한선 프리미엄 리포트

Hansun Premium Report

주 제: 보수와 법치, 과제와 대안
발제자: 임종훈 홍익대학교 법학과 교수
일 시: 2017년 03월 23일(목) 오전 7시 30분
장 소: 국회 의원회관 제3세미나실

2,000원으로 내 마음같은 '정책후원' 하기

☒ 문자 한 통 #7079-4545

제248회 정책세미나 주요 내용

< 요약 >

☞ 3월 23일 정책세미나에서는 임종훈 홍익대학교 법학과 교수를 연사로 '보수와 법치, 과제와 대안'을 주제로 논의했습니다.

■ 이재용 삼성전자 부회장, 전직 장관, 수석비서관 등의 연달은 구속·기소는 한국 법치주의 실정을 적나라하게 보여 준 사건이다. 법치주의에 보수와 진보의 구별이 있는 것은 아니다. 하지만 법치주의는 한국 보수 세력의 이념적 가치 중 하나다. 최근의 정치현실을 보면 정치권의 법의식이 한국사회의 변화에 발맞추어 발전하지 못하고 있을 뿐만 아니라 신분에 상응하는 노블레스 오블리주조차 보여주지 못하고 있다. 법치주의의 위기는 곧 한국 보수 세력의 위기다. 이를 계기로 한국 사회의 법치주의를 재정립해야 한다.

■ 법은 국민들이 뜻을 모아 미리 정해진 약속이다. 법에 따라 행동하면 법이 부여하는 자격과 혜택을 누릴 수 있다. 법을 위반하면 그에 비례한 처벌을 받는다. 국민들이 법에 따르면 예측가능성이 증대되어 미래를 체계적으로 설계할 수 있다. 법치가 잘 이루어지면 소모적 정쟁과 대립이 최소화되어 정치비용도 절감된다. 법치주의가 잘 지켜지는 사회에서는 '법대로 하면 불이익이 없다.'라는 신뢰가 사회적 자본이 된다. 국가, 기업, 타인에 대한 신뢰가 두터워지면 경제주체 간의 올바른 거래가 활성화되어 경제 성장에 크게 기여한다.

■ 법치주의의 목적은 국민의 기본권을 보장하는 것이며, 법치주의의 수단은 권력의 분립

이다. 한국은 아시아 국가 중 가장 모범적으로 국민의 기본권을 보장한다. 권력분립은 법치주의가 잘 구현되고 있는지 평가 기준이 될 수 있다. 사법권의 독립은 사법에 의한 국민의 권리를 보장한다. 법률에 의거하여 법률이 정하는 바에 따라 국가 행정이 이루어진다면 법치행정의 원칙도 잘 지켜진다. 또한 법률에서 구체적인 범위를 정하지 않고, 국회가 아닌 다른 국가기관이 법규를 정립하는 포괄적 위임입법을 금지한다. 기존 법과 제도에 대한 국민의 신뢰를 보호해주어야 국민들이 법과 제도에 따라 움직이고 투자를 할 수 있다. 신뢰보호 원칙과 더불어 소급입법금지의 원칙이 지켜져야 한국에서 법치주의가 구현될 수 있다.

■ 법치주의를 확립하기 위한 첫 번째 과제는 법 교육을 실시하는 것이다. 국민들이 법에 대한 기본적 교육을 받고 준법정신을 길러야 한다. 법을 위반하면 엄격하게 처벌 받는다는 인식이 자리 잡아야 한다. 두 번째 과제는 좋은 입법을 위한 노력이다. 좋은 입법은 민주적 정당성을 제고하는 방안이 될 수 있다. 가능하다면 법안마다 공청회를 열어 전문가들의 의견을 가까이서 들을 수 있는 공론의 장을 마련해야 한다. 세 번째 과제는 대통령 권력의 견제이다. 국회의원 개개인이 철저하게 자율성을 가지고 의사를 결정한다면 대통령을 충분히 견제할 수 있다. 공천 제도 개혁을 통해 국회의원이 자율성을 확보한다면 여야대치도 최소화되고 지나친 권력독점도 제어될 수 있다. 네 번째 과제는 검찰권의 견제이다. 수사권의 상당 부분이 경찰에게 이양되어야 한다. 기소배심제(Grand Jury)와 기소기준제 도입도 검토가 필요하다. 다섯 번째 과제는 법원이 엄격하게 법을 적용하는 것이다. 마지막 과제는 기업들의 악의적 법 위반 행위를 대처하기 위해 징벌적 손해배상(Punitive Damage)제도를 도입하는 것이다. 위반 행위를 신고하지 않았거나, 시정하지 않았을 때 엄한 손해배상을 청구하는 등의 제어 장치가 필요하다. 법을 지키는 것은 나 자신에게도 이롭고 더 나아가 국가 전체에도 이로운 행위다. 위기를 기반으로 더 성장하여 법치국가로서 다시 자리를 잡아야 한다.

■ 지금은 법치주의의 위기 상황

: 법치주의는 보수의 이념적 가치 중 하나

- 2017년 3월 10일 박근혜 前 대통령이 탄핵 선고를 받았다. “대의민주제의 원리와 법치주의의 정신을 훼손하였기 때문에 대통령으로서의 공익실현의무를 위반”한 것이 주 죄목이었다.

“피청구인이 최0원의 국정 개입을 허용하고, 국민으로부터 위임 받은 권한을 남용하여 최0원 등의 사익 추구를 도와주는 한편 이러한 사실을 철저히 은폐한 것은, 대의민주제의 원리와 법치주의의 정신을 훼손한 행위로서 대통령으로서의 공익실현의무를 중대하게 위반한 것이다.(박근혜 前 대통령 탄핵사건 헌법재판소 판결 일부, 2017.03.10)”

- 이재용 삼성전자 부회장, 전직 장관, 수석비서관 등 연달은 구속·기소는 한국 법치주의 실정을 적나라하게 보여 준 사건이다. 법치주의에 보수와 진보의 구별이 있는 것은 아니다. 하지만 법치주의는 한국 보수 세력의 이념적 가치 중 하나다. 최근의 정치현실을 보면 정치권의 법의식이 한국사회의 변화에 발맞추어 발전하지 못하고 있을 뿐만 아니라 신분에 상응하는 노블레스 오블리주 조차 보여주지 못하고 있다.

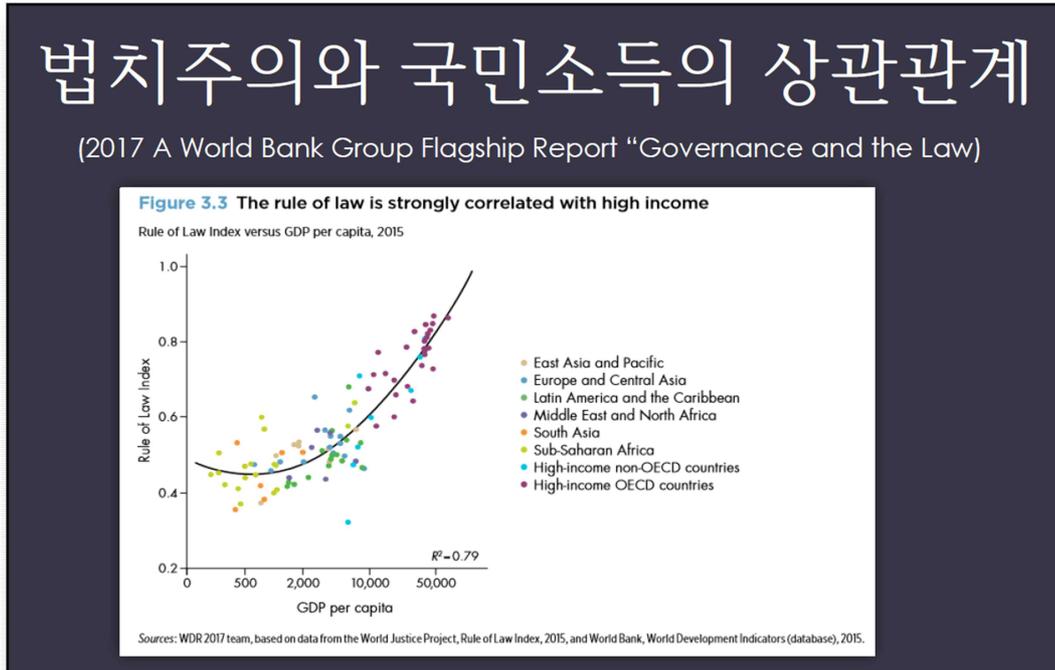
법치주의의 위기는 곧 한국 보수 세력의 위기다. 이를 계기로 한국 사회의 법치주의를 재정립해야 한다.

■ 법치주의를 지켜야 하는 몇 가지 이유

: 평등성 · 체계적인 미래 설계 · 신뢰를 통한 경제성장

- 고대 그리스 철학자 아리스토텔레스는 “민주정체가 올바르게 기능하기 위해서는 법의 지배가 전제되어야 한다.”고 주장하였다. 법에 의한 통치(法治)는 사람에 의한 통치(人治)와 대립되는 개념으로 법이 지배하는 국가 운영원리를 의미한다. 국가권력이 합리적이며 공익을 추구하는 법에 의해 제한·통제되어야 공정한 사회를 만들 수 있다. 법학계에서는 법치주의를 국민의 자유와 권리 측면으로 접근한다. 국가가 국민에게 불이익한 조치를 취할 때, 국가는 국민들이 뜻을 모아 정한 법에 따라 움직여야 한다. 모든 국민은 법 앞에서 평등하다. 이는 권력자 혹은 통치자에게도 동일하게 적용된다.
- 법은 국민들의 뜻을 모아 미리 정해둔 약속이다. 법에 따라 행동하면 법이 부여하는 자격과 혜택을 누릴 수 있다. 법을 위반하면 그에 비례한 처벌을 받는다. 국민들이 법에 따르면 예측가능성이 증대되어 미래를 체계적으로 설계할 수 있다. 법치가 잘 이루어지면 소모적 정쟁과 대립이 최소화되어 정치비용도 절감된다.
- 법치주의를 경제학적 관점에서 바라볼 수 있다. 법치주의가 잘 지켜지는 사회에서는 ‘법대로 하면 불이익이 없다.’라는 신뢰가 사회적 자본이 된다. 국가, 기업, 타인에 대한 신뢰가 두터워지면 경제 주체 간의 올바른 거래가 활성화되어 경제적 성장에 크게 기여한다.
- 2017년 세계은행그룹(World Bank Group, WBG)에서 법치주의와 국민 소득의 상관관계에 관한 자료를 발표하였다. 자료에 의하면 법치주의와 국민 소득은 밀접한 관계를 갖는다. 세로축은 법치주의에 대한 지수로 수치가 1.0에 가까워질수록 법치주의가 잘 이루어지고 있는 것이다. 가로축은 국민 소득수준이다. 분석 결과에 따르면 소득수준이 1,000 달러 정도에 이르기까지는 법치주의 지수가 낮아진다. 개발도상국에서는 상대적으로 법치가 잘 이루어지지 않는 것으로 보인다. 국민 소득수준이 1,000 달러 이상인 국가들은 소득수준이 높을수록 법치주의 지수가 높아지는 모습을 보인다. 이 그래프를 통해 국민 소득이 10,000~50,000 달러 수준으로 오르기 위해서는 법치주의가 잘 시행되어야 한다는 결론을 도출할 수 있다. 한 국가의 법치주의 수준이 경제 성장에 큰 영향을 미치는 것이다.
- 법치주의는 19세기 후반 독일과 영국에서 처음 성립되었다. 독일은 ‘법치국가원리’로 법치주의를 설명하였다. 독일 법학자 카를 슈미트(Karl Schmitt)에 의하면 “독일 법치주의의 주요 구성요소는 “국가권력의 제한과 통제원리으로써 시민적 자유의 보장, 국가권력의 상대화 체계다.”라고 하였다. 영국과 미국은 법치주의를 ‘법의 지배(Rule of Law)’로 정의하였다. 자의적 지배를 배제하고자 인치(人治)를 거부하였으며, 모든 국민이 일반 법원의 관할 하에 일반법의 적용을 받아야한다고 믿어왔다. 법치주의가 이론적으로 확립된 것은 서양국가에서도 그리 오래 되지 않았다. 한국은 일본을 통해 법치주의 개념이 들어온

것으로 추정된다. 1948년 헌법 제정을 기점으로 한국은 법치주의를 70년째 유지해왔지만 여전히 법치주의에 대한 개념은 제대로 자리를 잡지 못한 듯 보인다.



[그림 1] 법치주의와 국민소득은 밀접한 관계를 갖는다.

■ 한국 헌법상의 법치주의 근거

: 법치주의 목적은 '국민의 기본권 보장' , 수단은 '권력의 분립'

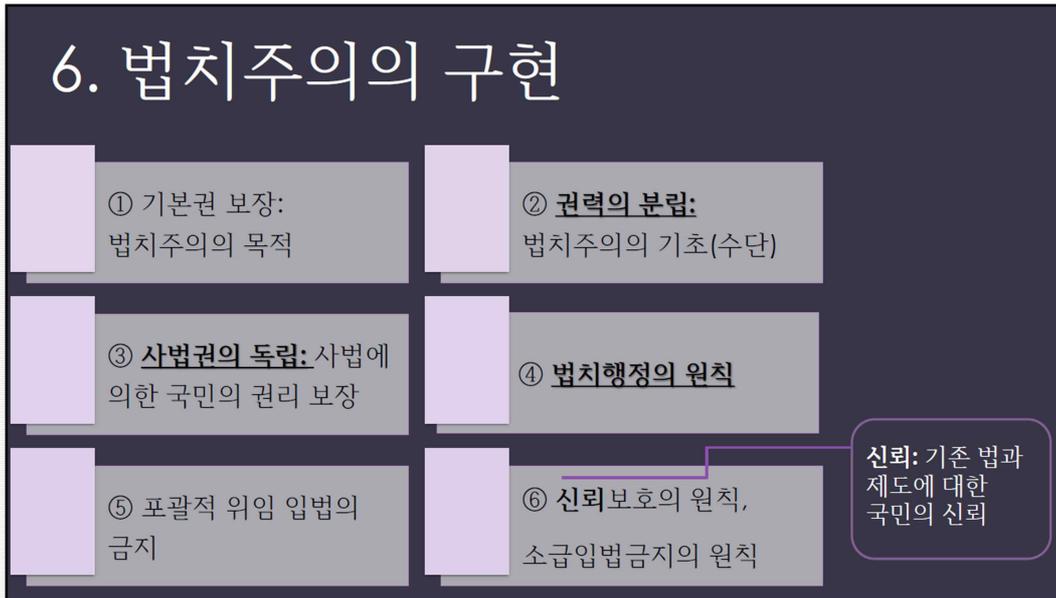
- 민주주의, 법치주의, 복지 국가, 평화 국가는 한국 헌법의 기본원리다. 헌법의 기본 원리는 개헌을 포함한 그 어떤 상황에서도 절대 훼손되어서는 안 된다. 사실 한국 헌법에 법치주의에 대한 명문규정은 없다. '법치'라는 단어 자체가 헌법에 언급되지 않는다. 그럼에도 불구하고 법치주의가 한국 헌법의 기본원리라는 데 이의가 없다. 법치주의에 대한 근거는 다음 두 조항에서 찾을 수 있다.

‘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.(헌법 제37조 제2항)’

‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.(헌법 제10조 후문)’

공공이익을 위해서라면 국민의 자유와 권리를 일부 제한할 수 있지만 이는 반드시

법에 근거해야 한다. 국가의 기본권 보장 의무를 규정한 제10조 후문이 법치주의의 대전제로 작용한다.



[그림 2] 법치주의를 구현하기 위한 여섯 가지 원칙

- 법치주의의 목적은 국민의 기본권을 보장하는 것이며, 법치주의의 수단은 권력의 분립이다. 한국은 아시아 국가 중 가장 모범적으로 국민의 기본권을 보장한다. 권력의 분립은 법치주의가 잘 구현되고 있는지 평가 기준이 될 수 있다. 사법권의 독립은 사법에 의한 국민의 권리를 보장한다. 법률에 의거하여 법률이 정하는 바에 따라 국가 행정이 이루어진다면 법치행정의 원칙도 잘 지켜진다. 또한 법률에서 구체적인 범위를 정하지 않고, 국회가 아닌 다른 국가기관이 법규를 정립하는 포괄적 위임입법을 금지한다. 기존 법과 제도에 대한 국민의 신뢰를 보호해주어야 국민들이 법과 제도에 따라 움직이고 투자를 할 수 있다. 신뢰보호 원칙과 더불어 소급입법금지의 원칙이 지켜져야 한국에서 법치주의가 구현될 수 있다.

■ 대한민국 법치주의의 과제

: 법치주의가 한국사회에서 잘 이루어지지 못하는 이유

- 한국에서 법치주의가 구현되지 못하는 이유는 국민의 법에 대한 부정적 인식 때문이다. 독일과 영국은 자의적인 필요에 의해 법치주의를 발전시켜왔다. 이에 반하여 한국에서 법치주의는 일제강점기 때 국민 복속을 위한 수단으로 처음 도입되었다.
- 좋지 않은 입법이 양산되면서 불법행위를 정당화하는 경향으로 확대되고 있다. 전기용품의 안전성을 인증 받아야 하는 '전기안전법'의 적용 대상이 소셜 커머스 및 국내 온라인 쇼핑몰로 확대되면서 전기용품 시장의 진입장벽이 더 높아지고 말았

- 다. ‘시간강사법’ 또한 사립대학교가 비용 부담을 이유로 시간강사를 채용하지 않으면서 시간강사들에게 더 불리한 법이 되고 말았다.
- 최근 탄핵 사태에서 볼 수 있듯이 권력이 대통령에게 집중되면서 남용되는 경우가 발생하고 말았다. 비교적 권력 분립이 잘 이루어진 한국에서조차 권력 남용의 소지가 있었다. 이는 법치주의를 훼손한 사례로 볼 수 있다.
 - 대기업 노동조합의 불법 파업과 불법 시위는 처벌을 받아야 하지만 정치인과 타협을 하거나 관대한 처분을 받는 경우가 대다수다. 최근 촛불·태극기 집회는 국민이 정당한 표현의 자유를 행사한 것으로 볼 수 있다. 하지만 국민을 대표하는 국회의원이 집회에 직접 참여하는 등의 행위는 정치인과 공권력의 인기영합주의(포퓰리즘, Populism)라는 문제를 낳았다.
 - 검찰의 수사권 독점과 남용 또한 시정되어야 한다. 기소권과 수사권 전부를 검찰이 독점하고 있다. 특정 기관이 권한을 독점해선 안 된다. ‘수사권이 경찰에게도 주어져야 한다.’는 주장은 1970년부터 꾸준히 제기되었으나 45년이 지난 지금까지도 반영되지 못하고 있다.
 - 사법부의 독립은 확보되었다. 그러나 문제를 일으키는 것은 전관예우와 사법온정주의다. 판사 출신 변호사들에게 온정적으로 재판하는 경우가 허다하다. 예를 들어 아동청소년 대상 강간범은 최소 3년 이상의 징역형을 받아야만 한다. 법적 처벌은 강화되고 있음에도 세 명 중 한 명은 집행유예로 풀려나고 있는 실정이다. 온정적인 사법부의 관대한 재판은 지양되어야 한다.
 - 일부 기업들은 악의적, 지속적으로 법을 위반하고 있다. 공정거래법, 환경보호법 등을 기업들이 고의적으로 위반하는 이유는 법적 처벌이 약하기 때문이다. 법에 대한 인식이 바로 잡히지 않고, 법 또한 제 역할을 못 하는 현재 상황은 한국 법치주의 발전을 가로막고 있다.

■ 법치주의 확립을 위한 여섯 가지 과제

: 대통령 탄핵과 주요 인사 구속은 법치주의 발전의 계기가 될 것

- 법치주의를 확립하기 위한 첫 번째 과제는 법 교육을 실시하는 것이다. 국민들이 법에 대한 기본적 교육을 받고 준법정신을 길러야 한다. 법을 위반하면 엄격하게 처벌 받는다는 인식이 자리 잡아야 한다.
- 두 번째 과제는 좋은 입법을 위한 노력이다. 민주적 정당성을 제고하는 방안이 될 수 있다. 현행법이 대기업에 유리하도록 실시되고 있다면 소상공인의 목소리를 직접 공청회를 통해 듣고 이를 법에 반영해야 한다. 공청회는 법안의 방향을 단번에 볼 수 있는 좋은 기회다. 허나 한국 국회는 공청회에 인색한 편이다. 가능하다면 법안마다 공청회를 열어 전문가들의 의견을 가까이서 들을 수 있는 공론의 장을 마련해야 한다. 제정법도 공청회를 개최하면 긍정적인 효과를 낼 것이다. 공청회 활성화뿐만 아니라 로비제도 양성화 여부도 검토해야 한다. 어느 대기업이 로비를 통해 어떤 요청을 하는지 기록으로 남겨둔다면 일반 시민들도 저렴한 비용으로 그 실태를 파헤칠 수 있다.
- 세 번째 과제는 대통령 권력의 견제이다. ‘헌법을 개정하고 대통령 권한을 축소하여 분권

형 대통령제를 시행하자.’는 의견이 있다. 이는 대통령제와 의원내각제를 혼합한 형태를 주장하고 있으나 지극히 인위적이다. 이보다 국회의원 개개인이 철저하게 자율성을 가지고 의사를 결정한다면 대통령을 충분히 견제할 수 있다. 공천제도 개혁을 통해 국회의원이 자율성을 확보한다면 여야대치도 최소화되고 지나친 권력독점도 제어할 수 있다.

- 네 번째 과제는 검찰권의 견제이다. 수사권의 상당 부분이 경찰에게 이양되어야 한다. 기소배심제(Grand Jury)와 기소기준제 도입도 검토가 필요하다. 고위공직자 비리 정도를 점수화한다면 더 객관적으로 기소 여부를 판단할 수 있을 것이다.
- 다섯 번째 과제는 법원이 엄격하게 법을 적용하는 것이다. 배심재판을 기본 형태로 사법과정에서의 국민 참여도를 높여야 한다. 전관예우 관행을 근절하기 위한 사법부의 자발적인 노력도 요구된다. 대법원장의 제왕적 인사권도 제한하여 보직 임명 또한 민주적으로 이루어질 수 있도록 개편되어야 한다.
- 마지막 과제는 기업들의 악의적 법 위반 행위를 대처하기 위해 징벌적 손해배상(Punitive Damage)제도를 도입하는 것이다. 위반 행위를 신고하지 않았거나, 시정하지 않았을 때 엄한 손해배상을 청구하는 등의 제어 장치가 필요하다.
- 대통령 탄핵 인용 사례가 보여주었듯이 한국 사회에서 법치주의는 앞으로 더 강화될 것이다. 이정미 재판관은 한비자를 인용하며 “법의 도리는 처음에는 고통이 따르지만 오래도록 이롭다.”라는 명언을 남겼다. 법을 지키는 것은 나 자신에게도 이롭고 더 나아가 국가 전체에도 이로운 행위다. 위기를 기반으로 더 성장하여 법치국가로서 다시 자리를 잡아야 한다.

제248회 정책세미나 질의응답

질문1 ‘시간강사법’이 좋지 않는 입법인 이유는 그 법의 내용 때문인가? 아니면 다른 이유가 있는가?

답변 풍선효과를 낳은 예이다. 시간강사를 보호하려는 취지에서 입법되었지만 대학 실무자들의 입장을 고려하지 못하였다. 내용과 취지는 좋았다. 하지만 충분히 예측가능한 부작용을 막기 위한 장치도 마련하였어야 했다. 시간강사와 대학교수 모두에게 불이익이 되는 좋지 않은 법이 되어 버렸다.

질문2 법치주의가 잘 지켜지기 위해 정부형태가 중요하다고 생각된다. 어떤 정부 형태가 필요한가?

답변 한국 실정에 맞는 정부형태가 필요하다. 이상적인 정부 형태가 존재하는 것은 아니다. 크게 대통령제와 의원내각제로 나누지만, 국가마다 또 다른 특성을 갖는다. 우리가 해야 할 일은 그 두 가지를 혼합하여 혼선을 빚는 것이 아니다. 70년 이상의 헌정사를 가진 나라로서 역사적 경험을 토대로 대통령제를 수정해나가야 한다. ‘대통령제가 실패했기 때문에 또 다른 실험을 해보자라.’는 발상은 위험하다. 이번 대통령 선거에서 개

헌 관련 공약은 매우 중요한 사안이다. 시간을 충분히 가지고 계획적으로 추진해나갈 수 있는 후보자가 누구인지 세심하게 고려해야 한다.

질문3 흔히들 한국의 대통령제가 제왕적이라고 말한다. 한국이 OECD 국가 중 유일한 분단국가이며, 북한 김정은 위원장도 절대적인 권력을 누리고 있다. 대통령제를 시행하는 선진국도 많지 않다. 이러한 점을 미루어보아 한국도 제도적 탈바꿈이 필요하지 않은가?

답변 남북한이 대치된 상황에서는 강력한 리더십이 요구된다. 대통령제는 유지되어야 한다. 세계적으로 대통령제를 채택하고 유지하고 있는 나라는 미국과 프랑스뿐이다. 유럽에서 대통령제를 도입할 수 없는 이유는 국왕제도를 유지하고 있기 때문이다. 단순히 어떠한 제도가 더 선진적이냐의 문제가 아니다. 국가마다 실정에 맞는 제도를 채택해야 한다.

※ 이 자료가 도움 되셨다면 수신번호 #7079-4545로 한 통 꼭~ 한선을 지지해주세요.
(한 통 2,000원)