

# 한선 프리미엄 리포트

## HANSUN PREMIUM REPORT

[주 제] 대한민국 법치주의 위기, 현실과 대안

[발제자] 이호선 국민대학교 교수

[일 시] 2020년 09월 10일(목) 오전 10시

▶ 온라인 You Tube 영상



☒ 문자 후원

#7079-4545

제346회 정책세미나 주요 내용

### 요 약

- 2017년 문재인 정부는 국정운영 5개년 계획에서 권력의 성격을 “위임된 권력”에서 “생성적 권력”으로 본다고 명시했다. 법치주의의 위기가 예고된 것이다. 공수처법의 설치와 강행, 사법기관 장악 및 검찰의 무력화, 경제정책을 넘어서서 약탈적 부동산 정치는 집권세력의 헌정 파괴적 행위로 볼 수 있다. 법치주의가 쇠퇴하면서 인치주의 현상이 나타난다. ‘인천국제공항 비정규직의 정규직으로의 전환사태’는 인치주의의 상징이다. 시민단체가 의대생을 선발하

는 공공의대와 역사왜곡금지법을 빙자한 특수계급의 창설도 인치주의로 퇴행하는 역사적 반동의 징조라고 할 수 있다.

■ 법치주의 위기 극복을 위한 대안은 입법, 사법, 시민 영역에서 마련되어야 한다. 입법에서는 위헌적인 법률들을 걸러낼 장치 마련, 사법에서는 판결문 공개, 시민사회는 자기 정체성 확립이다.

■ 도덕의 최소한은 법이고 법치주의가 타락한다는 것은 도덕의 타락이다. 시민의식의 타락이다. 법치주의가 타락함으로 인해 시민의식까지 타락하면 그 사회를 회복하는 데는 상당한 힘이 든다. 법치주의 위기는 실존적 삶의 위기와 직결된다. 그런 점에서 지금의 우리 사회가 부딪히고 있는 이 현상은 어느 정파, 진영의 문제가 아니고 우리 모두의 문제다. 우리 모두가 대안을 모색하고 실천해나가야 한다.

## ◆ 법치주의 위기의 현실

- ◆ 한국 법치주의가 위기에 빠져있다. 법치주의 위기는 예고되었다. 2017년 문재인 정부가 국정 5개년 계획을 발표하면서 그 안에 권력의 성격을 위임된 권력에서 생성적 권력으로 본다고 명시했다. 정부는 헌법절차에 의해서 선출되고 헌법에 의해서 부여된 권한을 위임된 한계 내에서 행사할 수 있다. 그 정부가 권력을 생성적이라고 하는 것은, 헌법의 틀을 벗어나 초헌법적으로 권력을 만들고 행사하겠다는 위험한 발상이 있는 것이다. 생성적 권력이라는 말은 전체주의적 용어로 해석할 수밖에 없다. 법치주의의 위기가 예고된 것이다.
- ◆ 국정 운영 과정에서 생성적 권력이 갖고 있는 위험성이 그대로 노출된 대표적 사례가 공수처법이다. 헌법의 어디에도 근거 규정을 두지 않고 국회의 견제와 통제도 받지 않는 대통령 직속의 고위공직자 사찰기구가 생겼다. 사법부에서도 검찰 무력화를 통한 법치주의 파괴가 아주 노골적으로 진행되어왔다. 또한, 부동산법은 국민들의 사정을 봐주지 않고 수탈한다. 부동산법은 정책을 넘어 하나의 정치적 수단으로 이용하겠다는 전략적인 의도가 있다. 우리는 견제되지 않은 권력과 의회에서 절대 다수를 차지한 여당이 갖고 있는 입법의 폭주를 보고 있다.
- ◆ 전근대적인 인치주의를 극복하기 위한 문명적 제도가 법치주의이다. 법치주의가 쇠퇴하면서 인치주의 현상이 나타난다. 세 가지의 예가 있다. 첫 번째로 인천국제공항 사태가 있다. 정부는 비정규직 제로를 선언했지만 정규직으로 전환하지 못하고 직장에서 쫓겨나게 하는 정책을 고집했다. 두 번째, 시민단체가 공공의대를 만들어 의대생들을 선발한다는 것은 자기 사람들을 그대로 뽑고자하는 행동을 제도라는 이름을 빌려서 하는 것이다. 마지막으로 국회에 역사왜곡금지법이

있다. 역사에 대해서 잘못된 생각을 가지고 있는 사람들이 있다. 그러나 그것은 우리 사회가 충분히 소화할 수 있는 것이다. 그런데 지금 나타나 있는 역사계급, 역사의식에 대한 비판까지도 다 처벌하겠다고 하는 것은 헌법이 금지하고 있는 특수계급을 새로 만들겠다는 것이다. 어떠한 것은 기억하고 어떠한 것은 기억하지 말라고 하는 횡포를 법의 이름을 빌려서 하겠다는 것은 법치주의의 위기를 넘어서는 위험한 발상이다. 법을 만드는 사람들은 문제의식을 가져야 한다.

## ◆ 위기 극복을 위한 대안

### 가. 입법 영역

- ◆ 위헌적인 법률들이 쏟아지는데 걸러낼 장치가 없다. 지금의 헌법소원 제도는 사후적 개별 권리 구제에 그치고 있다. 법이 시행되기 전에 위헌성을 걸러내 주는 장치가 없다. 그런 점에서 추상적 규범 통제가 필요하다. 법 통과 후 위헌 소지가 있다고 하면 법을 헌법재판소에서 재판하고 그 재판 결과가 나오기 전까지는 입법부에서 법 시행을 한다고 하더라도 법 시행이 유예될 수 있는 제도적인 장치를 마련해야 한다.
- ◆ 입법 과정에 있어서 투명성을 확보할 필요가 있다. 지금 대한민국 사회에서 입법에 가장 영향을 미치는 로비스트는 시민단체와 노조이다. 사실상의 로비스트가 있음에도 불구하고 이들만이 입법에 영향을 미치고 다른 모든 사람들은 입법에 영향을 미칠 수 없다. 차라리 로비 자체를 활성화하고, 양성화해야 한다. 이들을 로비스트로 등록하고 규제를 해야 한다. 법안을 만드는 것이 음성적으로 그들만의 언어와 세계로 이루어져서는 안 된다. 이런 것들을 방지하는 제도로서 유럽연합의 그린 페이퍼 제도가 있다. 적극적으로 전문가, 실무진들에게 의견을 취합해 자료를 수집하고 화이트 페이퍼를 만들어 이를 법안으로 만드는 것이다.
- ◆ 모든 법규에 있어서 원칙적으로 일몰제를 도입하여야 한다. 법을 만들 때 생각하지 못한 부작용이 나타날 수 있고, 입법 취지를 달성하지 못한 경우가 있다. 이를 위해 입법에 대한 평가가 사후적으로 있어야 하고 평가된 법이 기능을 못하면 자동으로 소멸할 수 있는 제도를 두어야 한다. 여야가 첨예하게 대립하는 이유 중 하나가 법은 한번 만들어지면 폐기할 수 없다고 생각하기 때문이다. 그러나 일몰제가 있다면 법을 시행해보고 문제가 있다면 자동으로 소멸하게 할 수 있다. 모든 법규를 일몰제로 만들어 법의 정당성, 기능, 역할이 제대로 검증되지 못하면 자동으로 소멸하도록 해야 한다.

## 나. 사법 영역

- ◆ 가장 시급한 것은 사법 영역에 있어서 법치주의의 위기를 극복하기 위한 대안이다. 판결문 공개를 해야 한다. 헌법 109조에 재판의 심리와 판결은 공개하게 되어 있다. 법관이 얼마나 자기의 직업적 양심에 따라서 상식적 · 합리적으로 법리에 맞춰서 판단했는가가 일반, 적어도 법조인 입장에서 평가되고 감시될 필요성이 있다. 1심 및 2심의 판결문, 당사자의 주장과 관련 증거 등의 경우도 합리적 판단이 되었는지 여부가 검증되어야 한다. 중요한 것은 확정 판결문에 있어서 그 실명이 공개되어야 한다는 것이다. 특히 일반적인 사회 공적인 관심사가 있는 형사 · 행정 사건에 대해서는 확정판결에 대해서 실명이 공개될 필요가 있다.
- ◆ 관검사가 되는 길을 모두에게 열어줘야 한다. 시민의 조건은 사법적 판단의 업무에 참여할 기회를 보장하는 것이다. 우리나라는 정치인, 공무원의 학력을 따지지 않는다. 그러나 관검사는 로스쿨이라는 대학원을 나와야 한다. 이것은 심각한 공무담임권에 대한 침해일뿐만 아니라 시민의 정체성에 대한 도전이다. 판사와 검사 임용에 관해서 학력과 무관하게 관검사로 임용할 수 있는 길을 제도적으로 만들어줘야 한다.
- ◆ 판사로 있으면서 자신의 정치적 견해를 밝히고, 총선이 임박하면 법복을 벗고 정계로 진출하는 경우가 있다. 지금도 관검사들에 대해서 일정기간 금지 제한 제도가 있지만, 정치권 입문에 대해서 보다 더 엄격한 제한을 두어야 한다. 관검사로 있는 기간의 정치적 행보가 다음에 자기의 입신양명을 위한 수단이 되어서는 안 된다.

## 다. 시민 영역

- ◆ 시민 사회가 해야 할 것 중 하나가 자기 정체성을 확립하는 것이다. 권력기관이 아닌 마지막 헌법수호자로서 기대할 수 있는 것은 시민이다. 위임받은 권력이 법치에서 이탈하고 또 반헌법적인 행태를 보였을 때, 최후의 방어선은 시민사회가 되어야 한다. 시민과 간민은 구분해야 한다. 정파적인 이익, 사익을 추구하는 간민이 아닌 시민들이 나서야 한다.
- ◆ 기록과 보존, 처벌 같은 것이 중요하다. 방어적 민주주의에 대한 확고한 신념과 의지가 필요하다. 법치주의의 파괴에 부화뇌동하는 행적에 대해서 증거를 남기고 법적인 책임을 물어야 한다.
- ◆ 법 만능주의를 벗어나 연성 규범을 활성화해야 한다. 법이 아닌 것으로 사회 구성원들의 유대를 활성화하고 서로 간의 신뢰를 높일 수 있는 연성 규범, 도덕, 윤리 등을 재정립할 필요가 있다. 가족과 종교 속에 있는 긍정적인 면을 찾아 앞으로 대한민국 사회에서 적극적으로 활약할 수 있는 공간을 시민사회가 만들

어야 한다. 그래서 정말 법으로 남아있어야 할 것들만 법으로 남기고 나머지는 연성규범으로 돌려서 시민들이 자발적으로 행동할 수 있는 여지를 많이 만들어 두어야 한다.

### ◆ 맺음말

- ◆ 도덕의 최소한은 법이고 법치주의가 타락한다는 것은 도덕의 타락이다. 시민의식의 타락이다. 법치주의가 타락함으로 인해 시민의식까지 타락하면 그 사회를 회복하는 데는 상당한 힘이 든다. 법치주의 위기는 실존적 삶의 위기와 직결된다. 그런 점에서 지금의 우리 사회가 부딪히고 있는 이 현상은 어느 정파, 진영의 문제가 아니고 우리 모두의 문제다. 우리 모두가 대안을 모색하고 실천해나가야 한다.

이 자료가 도움 되셨다면 수신번호 #7079-4545로 한 통 꼭~ 한선을 지지해주세요.

(한 통 2,000원)