



국민의 뜻은 神과 같다

글쓴이 : 정재민

서울대학교 법대를 졸업하고 동 대학원 박사과정을 수료했으며, 16년간 판사(제32기 사법연수원 수료), 외교부 영토법률자문관, 유엔국제형사재판소(ICTY) 재판연구관, 국방부 정책실 법무관, 군검사 등 법조인으로 일했다. 한번뿐인 인생, 다른 일도 해보고 싶어서 2017년부터는 무기체계를 개발, 구매, 수출하는 방위사업청에서 일하고 있다. 최대 관심사는 '사는 듯 사는 삶'이며 그렇게 살기 위한 방식 중 하나로 글을 쓴다. 소설 『보헤미안 랩소디』 『소설 이사부』 『독도 인 더 헤이그』 등을 썼고, 제10회 세계문학상, 매일신문 포항국제동해문학상을 수상했다.

※ 아래의 글은 창비에서 출간된 『지금부터 재판을 시작하겠습니다』의 책에서 저자의 동의를 얻어 발췌한 내용입니다.

시국이 엄혹하니 민주주의와 헌법에 대한 관심이 뜨겁다. 주로 형사재판에 대해서 말하는 이 글도 민주주의와 헌법 이야기로 시작해보고자 한다. 근대 형사재판제도도 민주주의라는 아버지의 씨를 받아 헌법이라는 어머니가 잉태한 자식이기 때문이다.

헌법은 단연 최고 규범이다. 모든 법에 효력을 부여한다. 대통령, 국회의원, 판사의 권한뿐만 아니라 입법권, 행정권, 사법권과 같은 거대 권력도 헌법이 부여한 것이다. 그렇다면 이 막강한 헌법의 효력은 누가 부여한 것일까.

헌법을 만들 수 있는 권력을 헌법제정권력이라 한다. 프랑스혁명 때 에마뉘엘 조제프 시에에스라는 정치가가 '제3신분이란 무엇인가'라는 글에서 언급한 이래 지금까지 헌법학계에서 사용되는 개념이다. 헌법제정권력은 자연 상태에서 조직되지 않은 채로 존재하는 것들을 '조직하는 권력'이다. 그 권력은 '조직된 권력'에 앞선다. 시에에스는 헌법제정권력이 국민에게 속한다고 보았다. 지금 보면 당연한 말 같지만 당시에는 그렇지 않았다. 유럽에서도 군주국은 군주가, 국가주의 국가는 국가 자체가 헌법제정권력을 가진다고 봤다.



법치주의

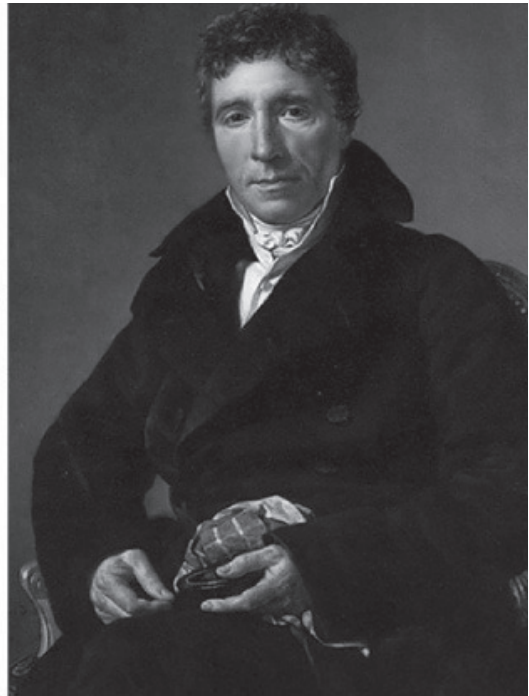
대한민국에서 헌법제정권력이 국민에게 있다는 점에 대해서는 이견이 없다. 헌법제정권력은 헌법을 만든 권력이므로 헌법에 의해 만들어진 입법권, 행정권, 사법권에 앞선다. 헌법제정권력은 곧 국민의 뜻이다. 따라서 국민의 뜻이 모든 권력에 앞선다. 헌법 제1조 제2항이 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”고 규정하기 전부터 이미 국민의 뜻이 모든 권력에 앞선다는 명제가 논리적으로 도출되는 것이다.

그러므로 국민의 뜻이 모든 권력이 갖춰야 할 정당성의 원천이다. 다른 무엇이 아니라 스

스로가 스스로를 정당화하는 것이다. 이런 의미에서 국민의 뜻은 神과 같다.

국민의 뜻이 늘 분명한 것은 아니다. 혁명이나 개헌과 같이 결정적 순간에 초인처럼 홀연히 나타나서 국가 존립에 관한 정치적 결단을 내리지만 이내 사라진다. 분열됐던 국민의 뜻이 하나로 결집됐을 때에도 잠시 모습을 드러내지만 곧 사라진다. 평소에는 좀처럼 실체를 드러내지 않는다. 이러한 의미에서도 국민의 뜻은 신과 같다.

신도들이 경전을 토대로 신의 뜻을 가늠하며 일상을 살아가듯 민주주의 국가는 헌법을 토대로 국민의 뜻을 가늠하며 권력을 행사한



〈법대 위의 법전과 그 법전의 최상위법으로서 헌법을 만드는 권력이 국민에게 있다고 규정한 에마누엘 조제프 시에에스〉

다. 그러나 헌법만 보아서는 국민의 뜻이 불분명하다. 사안에 따라 국민의 뜻은 시시각각 변하기도 한다. 이에 헌법은 국민의 뜻을 좀 더 구체적으로 확인할 수 있는 방법을 제시해놓았다. 그것이 대의제다. 국민이 대표를 뽑고 그 대표들이 국민의 뜻을 수렴해서 법을 만드는 제도다.

법질서 없이는 나라가 존재할 수 없다. 나라가 몸이라면 법은 뼈와 살이다. 뼈와 살은 피와 숨이 빚어낸다. 피와 숨은 개개 국민의 뜻이다. 피와 숨을 온몸에 순환시키는 메커니즘이 정치다.

피와 숨은 윤곽이 없다. 그 자체로는 힘을 쓰지 못한다. 부단히 결집해서 뼈대를 세우고

살집을 빚어야 몸의 틀이 잡히고 힘을 쓸 수 있다. 마찬가지로 국민의 뜻은 조직화되고 법으로 완성될 때 힘을 제대로 발휘한다. 법치주의 국가에서는 모든 권력이 법을 통해서 실효적으로 발동하기 때문이다.

권력분립

법치주의란 법이 정한 그대로 권력이 행사되는 것이다. 권력자가 제 마음대로 권력을 행사하며 사유화하지 않는다는 것에 방점이 찍힌다. 법에 정한 것 이상으로 권력을 행사하면 직권남용이 되고 법에 정한 의무를 다하지 않으면 직무유기가 된다.

사실 법치주의 자체는 그 법이 누구 손에 의해 만들어졌는지를 묻지 않는다. 법은 국민이 만들 수도 있고, 왕이나 귀족이 만들 수도 있다. 민주주의 국가가 아니라도 법치주의를 채택할 수는 있다.

민주주의 국가란 법치의 전제인 법을 국민이 만드는 국가다. 왕이나 특권층이 법을 만드는 국가는 민주국가가 아니다. 민주주의에 법치주의가 결합되면 비로소 국민에 의한 통치가 완성된다. 법을 따라 권력을 행사한다는 것은 곧 국민의 뜻이 지배한다는 의미이기 때문이다.

때로 민주주의가 제대로 작동하지 않을 때가 있다. 주로 부패 때문이다. 부패한 정치는 정당성 없는 권력을 낳고 부당한 권력은 불의한 법질서를 구축한다. 썩은 피와 탁한 숨이 장기를 꿰게 하고 뼈를 기형으로 뒤틀는 것과 같다. 권력이 이웃하고 있으면 나라 전체가 부패에 취약해진다. 점포들이 다닥다닥 붙은 재래시장이 화재에 취약한 것과 같다.

이런 부패의 도미노를 막으려고 헌법은 권력을 분립해 놓았다. 한 권력이 썩어 넘어져도 다른 권력들은 반듯이 서 있을 수 있도록 설계해놓은 것이다. 대표적인 제도가 사법부 독립이다. 권력이 스스로를 냉정하게 감시하는 것을 기대하기는 어렵다. 이 때문에 권력과 분리된 별도의 사법기관에 감시를 맡기는 것이다. 정치가 어지러울수록 사법기관이 부각되는 이유다.

사법부 독립

그런데 사법부 독립은 지키기가 쉽지 않다. 권력은 속성상 더 큰 힘을 가지려고 하고 가능한 한 견제를 받지 않고자 하기 때문이다. 그런데 사법부는 힘이 많지 않다. 예산도 행정부에서 받아와야 하고 인원이나 조직을 늘릴 때도 행정부나 입법부의 허가를 받아야 한다. 대법원장, 헌법재판소장, 대법관, 헌법재판관은 대통령이 임명한다. 그러므로 사법부의 독립은 국민의 신뢰가 없다면 지킬 수 없다는 말은 국민 듣기 좋으라고 하는 말이 아니다. 절박한 현실을 날것 그대로 표현한 것이다.

사법부 독립의 역사도 길지 않다. 형사재판에서 판사와 검사가 분리된 것(탄핵주의라 한다)도 근대에 와서야 생긴 제도다. 원래는 법관이 왕 밑에서 일하면서 기소와 재판과 처벌을 모두 담당했다(규문주의라 한다). 조선시대 원님과 같다. 검사, 판사, 경찰서장, 교도소장, 구청장이 한 몸인 셈이다.

규문주의에 따르면 무고한 사람이 처벌되는 경우가 많아진다. 법관이 무죄판결을 꺼려서다. 스스로 기소해놓고 스스로 무죄판결을 한다는 것은 자신의 기소가 잘못됐음을 자백하는 셈이기 때문이다. 그러면 권력 유지에 방해되는 사람을 제거하는 수단으로 형벌권이 남용될 수 있다. 동서양을 막론하고 고문이 합법적인 증거조사기법으로 사용되던 시절이었으니 더 말할 것도 없다. 이러한 이유로 규문주의는 프랑스혁명을 계기로 자취를 감춘다.

법관이 독립하고 나면 왕 또는 행정부 밑에서 기소와 처벌을 담당할 관리가 필요하게 된다. 바로 검사다. 검사는 14세기 프랑스 왕의 대관(代官)에서 유래한다. 여기서 대관은 왕을 대신해서 영주나 범죄자로부터 벌금을 걷고 벌금을 내지 않으면 몰수하던 관리를 말한다. 그러다 사법부가 독립되고 19세기 초 공화국의 대관에게 소추권이 부여되면서 검사제도가 시작됐다. 검사제도는 독일과 일본을 거쳐 우리나라에 도입됐다. 반면 영미법계에서는 배심원이 기소를 결정한다. 이 배심을 기소배심 또는 대배심이라고 한다.

검사제도의 도입

판사와 검사 사이에도 견제와 균형이 작동한다. 검사는 기소권을 독점한다. 판사가 아무리 나쁜 범죄자를 발견해도 검사가 기소하지 않는 이상 재판을 할 수 없다. 검사가 특정인을 기소하더라도 판사가 그가 저지른 죄를 전부 다 재판할 수 있는 것이 아니다. 오로지 검사가 기소한 범죄에 대해서만, 검사가 적용한 죄명과 범조항에 국한해서 재판할 수 있다. 반면 검사는 구속은 물론 체포, 압수수색을 하기 위해서 판사의 영장을 필요로 한다. 유무죄에 대한 판단이나 피고인에 대한 형량도 판사가 최종적으로 정한다.

죄형법정주의라는 이념도 형사재판의 근간을 이룬다. 법률 없이 처벌 없다는 것이다. 사전에 법으로 정해진 죄와 형량에 따라서만 처벌할 수 있다는 취지다. 입법부가 만든 법률에 따라서 행정부의 검사가 기소를 하면 사법부가 독립적으로 심사를 하는 것이다. 근대 형사

재판은 이러한 삼권분립의 균형 속에서 탄생한 것이다.

근대 형사재판제도가 우리나라에 전해진 것은 일제강점기부터다. 고려시대에는 당률, 조선시대에는 명률이 적용됐고 우리가 만든 경국지전, 경제육전, 경국대전, 육전회통 등이 보충적으로 적용됐다. 당연히 사법부 독립은 없었고 원님이라 불리는 지방행정관이 기소와 재판과 처벌을 모두 담당하는 규문주의였다. 소송법 내용 중에는 심리 기간의 제한, 미결구류의 제한, 고문의 제한, 친족의 증언 금지 등 근대적 제도도 없지 않았다. 그러나 사법권의 운영에서 세력가들에 의해 남용되는 일이 많았다.

일제강점기가 시작되고 1912년 조선형사령에 의해서 일본 형사소송법이 적용되기 시작했다. 당시 일본법은 독일을 중심으로 한 대륙법계의 영향을 받았다. 그러다 광복 이후 점차 영미법의 영향이 커지면서 우리 형사소송법은 대륙법과 영미법의 성격이 뒤섞이게 됐다.

형사재판의 특성

재판 중에서도 형사재판은 민주주의 수호와 직결된다. 검찰이나 특검 수사의 종착역이 형사법정이다. 탄핵 절차도 형사재판을 준용한다. 각종 선거법 위반, 정치자금법위반 재판이 형사법정에서 이루어진다. 판사에게 각별한 중립성이 요구되는 이유다. 평소 메시 팬이라고 떠들고 다니던 사람이 엘클라시코 심판이 될 수 있겠는가. 그러니 시국이 엄혹해도 판사는 말이 없는 것이다.

그러나 형사재판이 민주주의 수호만을 위해 존재하는 것은 아니다. 형사재판 대부분은 일상의 정의를 다룬다. 타인을 괴롭힌 사람이 공평하게 처벌받고 억울한 사람이 누명을 벗는 것이 평범한 시민에게는 권력게임보다 더 중요한 문제다.

이 지점에서 형사재판은 다른 재판과 구분된다. 다른 재판은 이권을 다루지만 형사재판은 정의를 다룬다. 다른 재판은 사건을 재판하지만 형사재판은 사람을 재판한다. 다른 재판은 법적 효력을 밝히지만 형사재판은 진실을 밝힌다(그래서 형사재판이 인정한 사실관계는 다른 재판에서도 대개 그대로 받아들여진다).

판사의 권능이 가장 막강해지는 곳도 형사법정이다. 사람을 구속시킬 수도 있고 심지어 사형에 처할 수도 있다. 계좌 내역이나 의료 기록과 같은 비밀 정보를 취득할 수도 있다. 민사재판처럼 피해자에게 돈을 주라는 판결까지 할 수 있다.

그럼에도 형사재판은 판사들에게 인기가 없다. 연초에 판사가 자신이 희망하는 업무를 적어낼 때 형사는 민사, 행정보다 후순위로 밀린다. 민사, 행정에 비해서 법률가로서의 전문성이 강화되지 않으면서도 정신적 스트레스는 많기 때문이다.

판사라고 해서 사람을 감옥에 보내는 일이 달갑겠는가. 유죄인지 무죄인지, 징역 8개월인지 징역 1년인지를 판단하는 일도 정답을 찾기가 여간 어렵지 않다. 무엇보다 나로 인해 남의 인생이 좌우되고 자칫 뼈에 사무치는 원한을 살 수 있다는 가능성이 여간 부담스럽지 않다.

그런데도 일단 형사재판을 맡고 나면 힘들다고 푸념은 해도 후회하는 판사를 본 적은 없다. 처음 해본 판사는 비로소 진짜 판사가 된 느낌이라 고백하기도 한다. 이유는 짐작 간다. 사람을 만나니까. 진실을 밝히니까. 정의를 세우니까.