삼성 이재용 판결에 대한 긴급토론회

| 일시 | 2018년 2월 13일(화) 10:00

| 장소 | 국회 본청 귀빈식당

민주연구원
The Institute for Democracy

CONTENTS

삼성 이재용 판결에 대한 긴급 토론회

진행 사회 : 김영배 민주연구원 부원장

축사

박영선 국회의원 (기획재정위원회)

좌장 : 김민석 민주연구원 원장

발제

- 재벌총수에만 관대한 형사판결의 문제점과 개선방향 ····· 1
  김남근 변호사 (민변 부회장)
- 삼성, 이대로 좋은가? ····· 47
  이상훈 변호사 (경제개혁연대)

토론

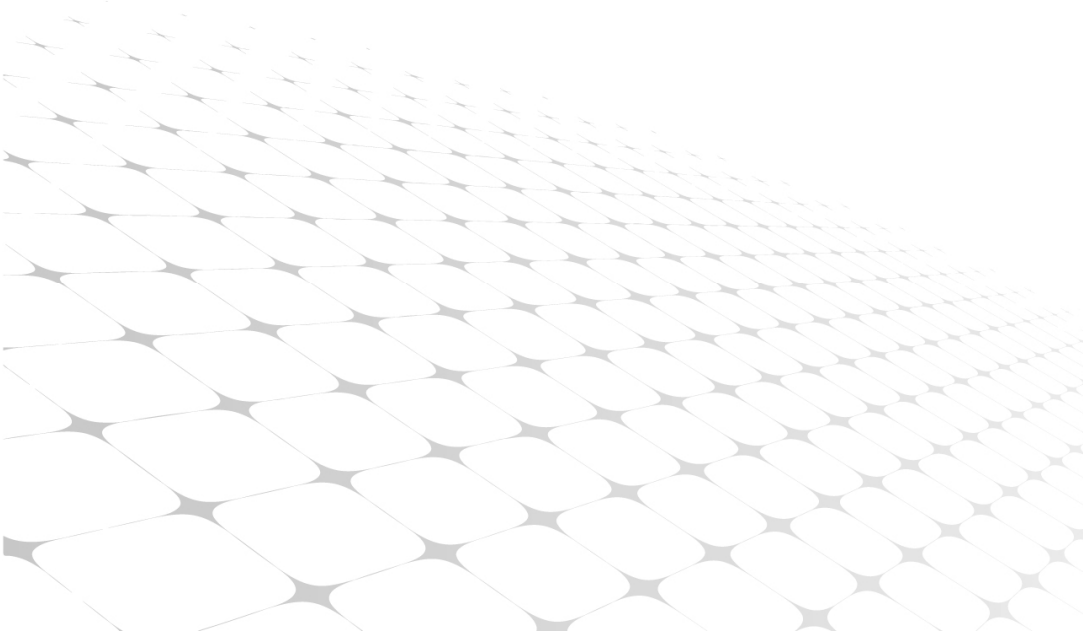
- 이재용 판결로 본 사법개혁의 과제들 ····· 63
  한상희 교수 (건국대학교 법학전문대학원)
- 삼성 이재용 판결 토론문 ····· 97
  박상인 교수 (서울대학교 행정대학원)

- 종합토론(질의응답 및 자유토론)

발 제 1

재벌총수에만 관대한 형사판결의 문제점과 개선방향

김남근 변호사 (민변 부회장)



발표 내용은 자료를 순서대로 정리하며 발표자의 해석을 첨부한 극히 개인적 의견이니 다른 의견이 있는 경우 겸허히 수용하겠습니다.

재벌총수에만 관대한 형사판결의 문제점과 개선방향
- 이재용 삼성부회장 판결을 중심으로-

김남근 변호사 (민변 부회장)

I 역사의 수레바퀴를 다시 돌린 이재용 2심 판결

1. “사실”의 영역이 아니라 “개념 정의”의 영역이 되어 버린 “경영권 승계작업” 판단

다른 뇌물공여 사건과 달리 이 사건은 뇌물수수 사실에는 다툼이 없다는 점에 큰 차이가 있습니다. 홍준표 경남도지사의 뇌물수수 사건에서와 같이 뇌물수수 사건의 법정공방의 핵심은 뇌물인 금전이 수수되었느냐 여부인데, 이 사건의 경우는 금전이 수수된 사실은 다툼이 없습니다. 또한 뇌물수수 사건은 많은 부분 관련자들의 진술에 의존하는 재판인데, 이 사건은 진술증거 외에도 안종범 수첩, 청와대 말씀자료, 청와대 삼성의 경영상황 보고문건, 코어스포츠와의 용역계약서 등 많은 물증이 있다는 점에 차이가 있었습니다.

그런데 이 사건 2심 재판부는 삼성그룹의 현안인 이재용 부회장에로의 “경영권 승계작업”의 사실을 증거를 통한 사실관계 심리를 통해 판단하지 않고 경영권 승계작업에 대한 “명확한 개념 정의”가 없어 인정할 수 없다고 사실 심리를 피해 배척하고 있습니다.

2. 재벌총수의 석방 룰이라는 “3·5”룰에서 한 치도 벗어나지 못한 봐주기 판결

1조 5천억 원대 분식회계를 벌였던 SK그룹 최태원 회장. 286억 원 횡령과 2천800억 원대 분식회계 혐의였던 두산 일가. 1천억 원대 비자금을 조성했던 현대차 정몽구 회장. 466억 원 탈세와 1천500억 원대 배임이 유죄로 인정됐던 삼성 이건희 회장. 범죄 종류도 액수도 천차만별이지만, 이상하게도 법원의 판결은 똑같았습니다. "유죄, 징역 3년에 집행유예 5년", 재벌들은 이 판결을 받고 감옥에 가지 않거나, 감옥에 갔다가도

풀려났습니다. 집행유예는 징역 3년이 넘으면 내릴 수 없습니다. 이 때문에 법원이 유독 대기업 관련 재판에서는 억지로 3년 이하의 형량을 맞추고 있다는 비판이 많았습니다.

2심 판결은 이러한 마치 집행유예를 목표로 하고 있는 듯, 중형이 선고될 수 있는 국외재산도피죄는 송금자 "자신"이 해외에서 소비할 재산을 송금한 경우에만 성립한다는 새로운 법리를 만들어 배척하고, 50억 이상의 특정경제가중처벌법위반(횡령) 부분은 임대수익 등으로 경제적 가치 산정이 가능한 고가의 말과 차량에 대한 배타적 사용수익을 경제적 가치를 산정하기 어렵다는 이유로 피해가고 있습니다.

2심이 인정한 36억의 뇌물제공이나 횡령죄만 하더라도 일반 중소기업가가 저질렀다면 7-8년의 중형이 선고될 수 있는 범죄임에도 정치권력의 겁박에 못이겨 뇌물을 제공한 "요구형 뇌물"이라는 뇌물공여죄의 유형을 만들어 집행유예형을 선고하여 이재용 피고인을 석방하였습니다.

3. 망국적인 정경유착 사건을 겁박으로 강요된 뇌물요구 사건이 전락시킨 판결

뇌물을 통한 정경유착은 두 손바닥이 부딪쳐야 소리가 나는 손뼉과도 같은데, 국가권력을 사유물로 삼아 돈을 받고 처분가능한 것으로 생각하는 반민주적이고 부패한 정치세력이 한쪽 손바닥이라면, 다른 쪽 손바닥은 '푼돈을 들이더라도 큰돈을 벌어보자'는 식의 재벌대기업들의 욕심입니다. 깜짝 놀랄만한 스토리의 권력형 비리도 문제지만, 그 드라마틱한 스토리에 묻어 피해자인 양하는 거대 경제권력의 문제가 간과되어서는 안 될 것입니다.

권력형 비리의 이면에는 친재벌정책 등 경제적 반대급부를 기대하고 보상하기 위하여 뇌물을 제공해온 거대 경제권력이라는 토양이 있음을 보여주고 있습니다. 이 두 손바닥이 다시는 부딪치지 못하게 하는 것, 국가권력이 돈에 의해 팔려 다니는 이 불행한 반복을 막는 유일한 방법은 엄정한 법의 심판이라는 사실도 명심해야 합니다.

그런데 이미 20여 년 전부터 진행되어 온 삼성그룹의 이재용 부회장에로의 경영권 승계의 현안도 없었고, 현안을 위해 뇌물을 제공할 이유도 없었으니, 결국은 겁박을

당해 뇌물을 제공한 피해자형 뇌물제공 사건이라고 터무니없는 사건의 성격 규정까지 하면서 이 사건의 본질을 왜곡하였습니다.

4. 법의 정의와 사법부의 신뢰회복의 역사를 거꾸로 돌린 판결

최근 들어 수백억대 횡령으로 다시 기소된 SK 최태원 회장이 2년 반 넘게 감옥에 갇혔고, CJ 이재현 회장도 징역형이 확정되는 등 이제 이 공식이 깨졌다는 얘기도 나왔습니다.

하지만 수십억 원대 뇌물이 인정된 이재용 부회장은 다시 집행유예로 풀려났습니다. 결국 국정농단과 정경유착의 범죄를 엄단해야 할 사법부가 오히려 진실을 저버리고, 법치주의를 농단하며, 역사의 시계를 거꾸로 돌리고 말았습니다. 사법부를 바라보는 국민들의 사법부에 대한 신뢰가 크게 떨어지게 되었습니다.

5. 다시 재벌개혁과 사법개혁의 경각심을 일깨워 준 이 사건 판결

2016년 말부터 2017년 초까지 이어진 무도하고 부패한 정권을 탄핵하고 민주적 헌정질서를 회복하였던 촛불혁명의 정신은 음습한 정경유착의 고리에서 벌어지는 재벌 편들기 국정운영기조를 바로잡고 사법부가 법의 정의를 올바로 세우는 사법개혁의 요구로까지 이어졌습니다. 재벌개혁의 전도사가 공정거래위원장이 되고, 사법개혁의 의지가 높은 판사가 대법원장이 되어 재벌개혁과 사법개혁이 시간이 걸리겠지만 순차적으로 진행될 것이라고 기대하였습니다. 그러나 이번 판결을 통해 이러한 안정적 개혁의 기대는 너무 순진한 생각이라는 교훈을 일깨워주고 있습니다. 아직도 우리 사회 저변에는 정경유착의 범죄를 엄벌하여 사법의 신뢰를 회복하여 민주적 헌정질서를 바로 세우고, 재벌의 불법과 탈법행위를 눈감게 하는 재벌 의존적인 경제구조를 타파하려는 노력보다는 현재의 재벌중심구조를 안정적으로 유지하고, 재벌의 불법을 단죄하는 것보다는 온정적으로 감싸는 것이 재벌이 우리경제 발전을 위해 좀 더 분발하게 하는 방안이라는 안일한 정서가 만연되어 있다는 것을 보여주고 있습니다. 이번 판결을 계기로 재벌개혁과 사법개혁의 논의를 진전시키고 추진하려는 노력이 다시 시작되어야 하겠습니다.

Ⅱ 특검의 공소장에 기재된 범죄사실과 인정된 범죄 및 법리

Ⅱ-1. 특검의 공소장에 기재된 범죄사실

1. 뇌물죄 : 승마지원, 영재센터지원, 미르와 K-Sports 센터지원 3가지

가. 부정한 청탁의 대상인 이재용 피고인이 당면한 현안

1) 승계작업과 관련한 개별적 현안인

① 중간금융지주회사 제도 도입,
② 삼성SDS 및 제일모직의 유가증권 시장 상장,
③ 삼성중공업과 삼성엔지니어링 간 합병,
④ 삼성테크윈 등 4개 비핵심 계열사 매각,
⑤ 삼성물산과 제일모직 간 합병
⑥ 엘리엇 등 외국자본에 대한 경영권 방어 강화,
⑦ 합병에 따른 신규 순환출자 고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화,
⑧ 삼성생명의 금융지주회사 전환 계획에 대한 금융위원회 승인 등으로 구성되는데,

2) 박 전 대통령의 임기 동안 「비핵심 계열사 매각 및 피고인 이재용이 대주주인 비상장 계열사 상장을 통한 상속세 재원 등 마련 → 합병비율을 피고인 이재용에게 유리하게 조정하여 제일모직·삼성물산 합병 → 삼성물산 합병으로 인한 순환출자 고리 해소 시 삼성물산 의결권 손실 최소화 → 삼성생명의 금융지주회사 전환 → (중간금융지주회사법 통과 후) 중간금융지주회사 설립」 순서로 승계작업을 최대한 진행하기로 계획하여 이를 실행에 옮기게 되었음.

3) “경영권 승계 과정에서 경영능력 입증을 통한 후계자로서의 위상 강화”를 위한 개별 현안

⑨ 삼성바이오로직스 상장, 투자 유치 및 환경규제 관련 지원

⑩ 메르스 사태 및 삼성서울병원에 대한 제재 수위 경감 추진

4) 포괄적 현안으로서

피고인들이 위 부정한 청탁을 통하여 달성하고자 하는 목표 내지 목적인 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'

나. 최순실과 박근혜의 뇌물수수의 공모

1) 정유라 승마지원에 대한 공모

가) 2014. 9.경 최순실은 대한승마협회 회장사를 맡고 있던 한화그룹이 정유라에 대한 집중적인 경제적 지원을 해주는 것에 소극적이라고 판단하고 대통령에게 대한승마협회 회장사를 삼성그룹으로 바꾸어 정유라에 대해 보다 적극적인 지원을 해 달라고 요청하자 대통령은 이를 수락.

나) 2016. 12. 대통령은 수석에게 지시하여 피고인 이재용 및 박상진으로 하여금 정유라의 올림픽 출전에 필요한 고가의 말을 구입해 주는 등 정유라를 적극적으로 지원하도록 하였고, 2016. 2. 경 최순실로부터 피고인 이재용이 앞으로 계속해서 적극적인 지원을 하도록 해 달라고 요청을 받고 이를 수락.

2) 동계영재스포츠센터 출연에 대한 공모

가) 최순실은 2015. 7. 23. 독일에서 귀국하자마자 대통령과 피고인 이재용의 2015. 7. 25.자 단독 면담 일정을 전달받은 후 대통령에게 영재센터가 삼성그룹으로부터 후원금 명목으로 지원을 받을 수 있도록 도와달라고 요청하면서 영재센터 사업계획안을 전달하였고, 대통령은 이를 수락.

나) 최순실은 2016. 2. 14. 대통령과 피고인 이재용의 2015. 2. 15.자 단독면담 일정을 파악한 후 대통령에게 삼성그룹으로부터 후원금 명목으로 추가 지원을 받을 수 있도록 도와달라고 요청하면서 영재센터 사업계획안("976,180,000원"의 예산 액수 기재)을 전달하였고 대통령은 이를 수락.

3) 미르, K-Sports 센터 출연에 대한 공모

가) 최순실은 2015. 5.경 대통령에게 대기업들로부터 돈을 받아 재단법인을 설립한 후 자신들이 함께 재단법인을 운영하자고 제안하였고, 대통령은 이를 수락한 후 000 수석 등에게 지시하여 문화와 체육 두 개 재단법인의 초기출연금 규모는 각각 300억원 수준으로 출범하며, 삼성 등 대통령이 지정한 10개 그룹에서 하나의 재단법인에 30억원 씩 출연하여 설립자금의 재원으로 활용하는 등의 방안을 마련하고 7개 그룹 회장들과의 단독면담을 준비하도로 000수석에게 지시함.

나) 그 이후 재단설립 절차가 신속하게 진행되지 아니하던 중 최순실은 2015. 10. 경 중국총리가 방한할 예정이라는 사실을 알고 이를 핑계 삼아 000비서관을 통해 대통령에게 “중국과의 문화재단 양해각서 체결을 위해 문화재단 설립을 서둘러 달라”고 요청하였고, 이에 대통령은 “재단 설립이 왜 빨리 진행이 되지 않느냐”고 하면서 재촉함.

다. 형법 제129조의 **단순뇌물죄 : 승마지원**

1) 2014. 9. 5. 대통령은 피고인 이재용과의 독대자리에서 피고인 이재용에게 “대한승마협회 회장사를 삼성그룹에서 맡아 주고, 승마 유망주들이 올림픽에 참가할 수 있도록 좋은 말도 사주는 등 적극 지원해 달라”고 요구하였고,

피고인 이재용은 중간금융지주회사 제도 도입, 삼성SDS 및 제일모직 상장 심사 등 승계작업에 필요한 대통령과 정부의 도움을 받을 수 있다고 생각하고 승마지원 요구를 수락

2) 2015. 7. 25. 대통령은 피고인 이재용과의 독대자리에서 “지난번에 이야기했던 승마 지원 관련 지원이 많이 부족한 것 같다. 도대체 지금까지 무엇을 한 것이냐, 삼성이 한화보다도 못하다. 승마유망주를 해외 전지훈련도 보내도 좋은 말도 사주어야 하는데 삼성이 그걸 안하고 있다. 삼성에서 파견된 대한승마협회 부회장은 사업을 추진할 생각이 없고, 총무이사는 지방색이 있어 문제가 많으니 제일기획 사장 직계 직원들로 교체하고 적극적으로 지원하라”고 요구하였고,

피고인 이재용은 대통령이 국민연금공단을 동원하여 삼성물산과 제일모직 간 합병이 성사되도록 지원한 것에 대하여 대통령에게 사례를 하고, 승계작업에 필요한 대통령과 정부의 도움을 확실하게 받을 수 있다고 생각하고 지원요구를 수락.

3) 2016. 2. 15. 대통령은 소위 '안가'에서의 이재용가의 독대자리에서 "정유라를 잘 지원해 주어 고맙고, 앞으로도 계속 잘 지원해 달라"고 말함으로써 지원을 요구하였고,

피고인 이재용은 삼성물산과 제일모직 간 합병으로 인하여 형성 또는 강화된 순환출자 고리 해소를 위한 삼성그룹 계열사의 삼성물산 주식 처분 문제에 대하여 청와대 경제수석실에서 공정거래위원회에 영향력을 행사하여 종전 결정을 번복하고 피고인 이재용에게 유리한 결정을 하도록 해 준 점에 대하여 사례를 한 후, 승계작업에 도움을 받을 수 있다고 생각하고 그 자리에서 "금융위원회에서 사전검토 중인 삼성생명의 금융지주회사 전환계획이 승인될 수 있도록 지원해 달라", "바이오 신산업 분야 회사인 삼성바이오로직스의 상장 관련 환경규제 완화 및 투자유치를 위한 세재 지원을 받을 수 있도록 도와 달라" 등 구체적인 현안에 대한 부탁을 함.

4) 위와 같은 뇌물수수의 합의에 따라 삼성측은 최순실의 구체적인 요구사항을 확인하고 최순실의 독일 소재 페이퍼컴퍼니인 코어스포츠와 운영비, 말 차량 구입 등의 명목으로 합계 213억원을 지급하기로 한 후, 용역대금 명목으로 36억 3,484만원을 지급하고,

형식상 삼성이 말을 구입하여 정유라에게 말을 빌려주는 것처럼 가장하여 살시도 등 고가의 말 구입대금 합계 금41억 6,251만원을 최순실 대신 마주 등에게 지급.

라. 형법 제132조 **제3자 뇌물죄 : 영재센터 출연**

1) 2015. 7. 25. 안가 독대자리에서 대통령은 "동계스포츠 메달리스트들이 설립한 단체인 영재센터에 돈을 지원하라. 제일기획 000사장에게 지원하게 하라"고 말하였고,

피고인 이재용은 자신의 승계작업 현안을 해결하는데 필요한 대통령과 정부의 도움을 받을 수 있다고 생각하고 지원 요구를 승낙.

2) 2016. 2. 15. 안가 독대자리에서 대통령은 “영재센터에 추가로 후원을 해 달라”고 말하면서 최순실로부터 건네받은 사업계획안을 전달하였고,

피고인 이재용은 자신의 승계작업 현안을 해결하는데 필요한 대통령과 정부의 도움을 받을 수 있다고 생각하고 지원 요구를 승낙.

3) 2015. 7. 15. 뇌물수수의 합의에 따라 2015. 8. 9. 000수석으로부터 5억원을 지급하라는 대통령의 지시를 전달받은 후 삼성전자 자금 5억 5,000만원을 영재센터 계좌에 송금하고

2016. 2. 15. 뇌물수수의 합의에 따라 삼성전자 회사자금 10억 7,800만원을 영재센터 명의 계좌에 송금.

마. 형법 제132조의 **제3자 뇌물죄 : 미르, K-Sports. 재단출연 지원**

1) 2015. 7. 25. 안가 독대자리에서 대통령은 피고인 이재용에게 임기 내에 피고인 이재용이 희망하는 방향의 승계작업을 도와주겠다는 입장을 밝히면서 “문화·체육과 관련된 재단법인을 설립하려고 하니 적극 지원하라”고 말하며 관련 재단법인이 설립되면 출연금 명목으로 돈을 달라고 요구하였고,

피고인 이재용은 자신의 승계작업 현안을 해결하는데 필요한 대통령과 정부의 도움을 받을 수 있다고 생각하고 지원 요구를 승낙.

2) 2016. 2. 15. 안가 독대자리에서 대통령은 피고인 이재용에게 “재단법인 미르, 케이스포츠 설립에 협조해 주서 고맙다. 재단법인 케이스포츠에 대한 출여금 지원을 포함하여 재단법인 미르, 케이스포츠 지원에 지속적인 관심과 협조를 바란다”라고 말하여 케이스포츠 재단에대한 출연금 명목의 돈을 요구하였고,

피고인 이재용은 자신의 승계작업 현안을 해결하는데 필요한 대통령과 정부의 도움을 받을 수 있다고 생각하고 지원 요구를 승낙.

3) 위와 같은 뇌물수수의 합의에 따라

가) 삼성은 재단 창립총회가 개최되지 않았으며 재단 임원진들은 발기인으로 추천되어

임명된 것이 아님에도 허위로 창립총회 회의록이 작성되는 등 삼성그룹이 재단의 인사 및 운영에 대한 권한과 역할을 전혀 갖지 못하였고 향후 운영과정에 관여할 의사도 전혀 없음에도, 피고인 이재용의 지시에 따라

나) 2015. 10. 25. 전경련 전무 000로부터 출연금 지원을 요청받고 계열사별로 출연금을 임의로 할당하여 삼성전자 60억원, 삼성화재 25억원, 삼성물산 15억원, 삼성생명 25억원 등 합계 125억원을 출연금 명목으로 미르 재단에 송금.

다) 2016. 2. 경 전경련 000전무로부터 케이스포츠 재단 설립을 위한 출연금 총 300억원 중 79억원을 삼성그룹에서 납부하라는 통지를 받고 계열사별로 임의로 할당하여 2016. 26. 삼성생명 10억원 등 합계 79억원을 출연금 명목으로 케이스포츠 재단에 송금.

2. 업무상횡령

1.의 뇌물제공을 위해 개인자금이 아니라

가. “1의 다.”의 뇌물에 제공하기 위하여 피해자 삼성전자 소유의 합계 77억 9,735만원을,

나. “1의 라.마.”의 뇌물에 제공하기 위하여 피해자 삼성전자, 삼성화재, 삼성물산, 삼성생명 등 계열사 소유의 합계 금220억 2,800만원을 횡령한 사실

3. 재산국외도피

가. “1.의 다.” 단순뇌물죄 관련하여 최순실의 독일 페이퍼 컴퍼니 코어스포츠에 뇌물을 제공하는 과정에서 “외화 증여”에 따른 지급신고 및 지급신청을 하지 아니하고 코어스포츠의 ‘컨설팅서비스’를 지급사유로 하는 ‘허위의 지급신청서’를 외국환은행은 우리은행에 제출하여 외화를 송금하거나,

나. 실재하지 않는 삼성전자 승마단 소속 선수들이 독일 해외 전지훈련을 하는데 필요한 말 및 차량구입 용도인 것처럼 ‘허위 예금 거래신고서’를 외국환은행에 제출하여 외화를 독일 KEB하나은행 계좌에 예치하는 등

다. 합계 78억 9,430만원의 대한민국 국민의 재산을 법령(외국환거래법)을 위반하여 국외로 이용하여 도피시킨 사실.

4. 범죄수익은닉

가. 뇌물수수와 업무상횡령으로 인한 범죄수익 발생원인에 관한 사실을 가장

계열사 소유의 자금을 횡령하여 뇌물로 공여하는 것임에도 불구하고, 마치 실재하지도 않는 삼성전자 소속 승마단을 위한 해외 전지훈련 비용과 훈련에 필요한 말 구입대금을 지급하고 말의 소유권은 삼성전자가 보유하는 것처럼 관련 서류를 허위로 작성하여 피고인 이재용과 최순실 범죄수익의 발생 원인에 관한 사실을 가장.

나. 범죄수익 처분에 관한 사실을 가장

2016. 8. 22. 경 언론에서 “삼성에서 정유라에게 고가의 말을 사주었다”는 의혹에 대하여 독일 현지 취재가 진행되자, 삼성 계열사 자금을 횡령하여 뇌물로 제공한 말리 언론에 노출됨으로써 업무상횡령 및 뇌물공여의 범죄사실이 발각될 것을 우려하여, 말들을 다른 말로 교체하되 마치 정유라가 아닌 삼성전자가 위 말들을 소유하다가 이를 타인에게 매각하였고, 정유라는 삼성전자와 전혀 무관한 말들을 소유하고 이는 것처럼 계약서 등 관련 서류를 허위로 작성하여 피고인 이재용과 최순실이 범죄수익 처분에 관한 사실을 가장.

5. 국회에서의 위증

Ⅱ-2. 2심 판결에서 유죄를 인정한 범죄사실

가. 경영권 승계의 현안과 부정한 청탁의 존재

1심 판결은 10여개의 개별적 현안에 대한 부정한 청탁은 인정하지 않고 포괄적 현안으로서의 “피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편”이라는 개념의 경영권 승계작업의 현안이 존재하였다고 판단하였으나, 2심은 포괄적 현안인

경영권 승계작업에 대한 현안도 인정할 수 없다고 판시함.

나. 제3자 뇌물죄인 영재센터, 미르, K-Sports재단 출연에 대한 판단

1심 판결은 제3자 뇌물죄의 구성요건인 “부정한 청탁”에 대해 포괄적 현안인 경영권 승계작업 지원에 대한 묵시적 청탁이 인정된다고 하면서, 다만 영재센터와 미르 및 K-Sports재단에 대한 출연을 나누어 삼성 미래전략실에서 영재센터는 최순실의 사적이익을 위한 재단임을 인식하였으나 미르와 K-Sports재단에 대해서는 그러한 인식이 없다고 하여 영재센터에 대해서만 제3자 뇌물죄를 인정.

다. 단순뇌물죄인 승마지원에 대한 판단

1심은 1) 최순실이 독일에 설립한 코어스포츠에 송금한 용역대금 36억 3,484원 외에도 2) 살시도 등 말(마필)의 소유권과 부대비용(보험료)(합계 36억 5,943만원) 제공부분을 단순뇌물죄를 인정. 다만 살시도 말의 소유권은 2015. 8. 26. 용역계약 당시에는 이전할 의사가 없었고, 이후 2015. 11.경 최순실로부터 소유권을 이전해 주지 않는다는 항의를 받고 이전해 준 것으로 판단.

2심은 1)의 코어스포츠 용역대금 제공은 뇌물죄로 인정하고, 2) 말과 차량 등 소유권 이전과 부대비용(보험료) 부분은 소유권 이전의 의사가 아니라 사용수익권만을 인정한 것으로 판단하여 사용수익권 제공 부분만 뇌물죄 인정함.

라. 국외재산도죄피에 대한 판단

1심은 코어스포츠에 송금한 용역대금 36억 3,484원 부분에 대해서는 국외재산도피죄 인정하였지만, 말(마필)의 소유권과 부대비용(보험료)(합계 36억 5,943만원) 부분은 위와 같이 용역계약에 따라 말과 차량 구입대금을 송금한 시점에는 말의 소유권을 이전할 의사가 없었고, 그 뒤 최순실이 항의를 받고 비로소 소유권 이전 의사가 있었다는 점을 들어 외화송금 당시에는 재산국외도피의 의사가 없었다는 이유로 일부무죄 선고함.

2심은 국외재산도피죄의 “도피”는 ‘자신“이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등

지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위를 의미하고, 뇌물수수자인 최서원이 은닉할 수 있는 상태에 두는 것은 "도피"로 볼 없다는 새로운 법리를 제시하고, 코어스포츠와 용역계약을 이용하는 은밀하고 탈법적인 수단을 동원하였다고 하더라도 뇌물공여사실을 숨기기 위한 의도일 뿐, 재산을 국외로 도피하기 위하여 그러한 수단을 동원한 것이라고 볼 수 없고, 국외로 도피시킨다는 범의가 없었다는 이유로 전부 무죄를 선고함.

마. 횡령과 범죄은닉죄에 대한 판단

1) 1심은 코어스포츠에 뇌물로 제공한 용역대금 용역대금 36억 3,484원과 살시도 등 말(마필)의 소유권과 부대비용(보험료)(합계 36억 5,943만원)을 모두 합하여 계열사의 자금을 횡령한 것으로 50억 이상을 횡령한 혐의를 인정하였으나,

2심은 용역대금 36억 3,484원 부분과 말과 부대비용에 대해서는 뇌물죄의 유죄로 인정한 사용수익권 부분은 경제적 가치를 산정하기 어렵다는 이유로 50억 미만의 횡령 혐의만 인정

2) 1심은 1) 정유라 개인만을 지원하는 것이 아니라 총 6명의 선수를 선발하여 해외 전지훈련을 지원하는 것처럼 가장하기 위하여 용역계약서를 체결하고 내부품의서를 작성한 것에 대해서는 범죄수익 발생원인 사실을 가장한 것으로 인정하고, 2) 살시도, 비타나, 라우싱 등 말 3마리를 삼성전자가 헬그스그란트에 매도하는 것처러 허위의 매매계약서를 작성한 부분에 대해서도 횡령으로 발생한 범죄수익의 처분에 관한 사실을 가장하는 행위로 보아 범죄수익은닉규제법 위반죄를 모두 인정하였으나,

2심은 2)부분은 범죄수익의 전제가 되는 횡령죄가 성립하지 않으므로 범죄수익의 처분에 관한 사실을 가장하는 행위도 인정되지 않는다고 보아 무죄를 선고함.

바. 이 사건 범죄의 성격과 양형에 대한 판단

1심은 정치권력과 자본권력의 부도덕한 유착행위로 보아 5년의 실형을 선고하였으나, 2심은 박 전대통령의 겁박에 못이겨 뇌물을 제공한 요구형 뇌물사건으로 보아 징역 2년6월에 4년의 집행유예를 선고함.

Ⅱ-3. 단순뇌물죄와 제3자 뇌물죄 성립에서 법리적 차이 : 뇌물을 받기 위한 수단으로 재단에 뇌물을 출연하게 하는 경우도 제3자 뇌물죄를 적용해야 하는가?

가. "부정한 청탁"의 증명을 요하지 않고 포괄적 뇌물죄가 적용되는 단순뇌물죄

1) 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 보호법익으로 하는 것으로 공무원이 뇌물을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되었는지가 초점이어서 뇌물죄 성부의 판단에 있어 직무와 대가관계 있는 뇌물인지 여부가 판단기준이 됩니다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911). 뇌물을 수수한 공무원 개인이나 뇌물을 제공한 증뢰자 개인의 비리행위에 대한 비난가능성에 뇌물죄 성립의 초점이 있는 것이 아닙니다.

2) 뇌물공여죄 중 단순뇌물죄는 제3자 뇌물죄와 비교하여 상대적으로 "부정한 청탁"의 입증부담이 낮습니다. 위와 같은 뇌물죄의 직무집행의 공정성에 대한 보호라는 뇌물죄의 입법취지상 공무원의 직무와 금원의 수수가 전체적으로 대가관계에 있으면 성립하고 특별히 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계를 고려할 필요는 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요는 없습니다(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도13584 판결).

3) 게다가 대통령의 뇌물수수죄에 있어서는 "포괄적 뇌물죄"의 법리가 적용되어 더욱이 청탁의 유무, 개개의 직무행위의 대가적 관계나 직무행위가 특정될 것을 요구하지 않습니다.

대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체은 전두환, 노태우 뇌물수뢰사건[1]에서 이른바 '포괄적 뇌물죄'의 법리를 정립한 바 있음. 대통령은 정부의 수반으로서 중앙행정기관의 장을 지휘 · 감독하여 정부의 중요정책을 수립 · 추진하는 등 모든 행정업무를 총괄하는 직무를 수행하고, 대형건설 사업 및 국토개발에 관한 정책, 통화, 금융, 조세에 관한 정책 및 기업활동에 관한 정책 ·등 각종 재정 · 경제 정책의 수립 및 시행을 최종 결정하며, 소관 행정 각 부의 장들에게 위임된

1) 전두환에 대한 추징가액은 2,205억원, 노태우에 대한 추징가액은 2,629여원입니다.

사업자 선정, 신규서업의 인 · 허가, 금융지원, 세무조사 등 구체적 사항에 대하여 직접 또는 간접적인 권한을 행사함으로써 기업체들의 활동에 있어 직무상 또는 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있고, 국책사업의 사업자 선정도 역시 대통령의 직무범위에 속하거나 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위이므로 이에 관하여 대통령에게 금품을 공여하면 바로 뇌물공여죄가 성립하고, 대통령이 실제로 영향력을 행사하였는지 여부는 범죄의 성립에 영향을 미치지 않습니다.

4) 정치자금, 선거자금, 성금 등의 명목으로 이루어진 금품의 수수라 하더라도, 그것이 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가지는 한 뇌물로서의 성격을 잃지 않음. 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰에 기하여 직무행위의 불가매수성을 그 직접의 보호법익으로 하고 있고, 뇌물성을 인정하는 데에는 특별히 의무위반행위의 유무나 청탁의 유무 등을 고려할 필요가 없는 것이므로, 뇌물은 대통령의 직무에 관하여 공여되거나 수수된 것으로 족하고 개개의 직무행위와 대가적 관계에 있을 필요가 없으며, 그 직무행위가 특정된 것일 필요도 없습니다.

나. “부정한 청탁”의 증명을 요하는 제3자 뇌물죄

이에 반하여 제3자 뇌물죄는 단순뇌물죄와 달리 “부정한 청탁”이라는 독립된 구성요건에 관한 증명이 있어야 합니다. 제3자 뇌물죄 사안을 단순뇌물죄 사안처럼 수사하여 직무관련성과 대가성에만 초점을 맞추다 “부정한 청탁”에 대한 입증이 없다고 무죄가 나는 사례가 종종 있었습니다(소위 “신00” 사건이라고 하는 서울서부지방법원 2008. 7. 22. 선고 2008노422 판결).

다. 법리적 차이에 따른 결론의 차이

이러한 법리적 차이로 인하여 1,2심 모두 ‘부정한 청탁“에 대한 별도의 증명을 필요로 하지 않는 단순뇌물죄가 적용된 승마지원에 대해서는 뇌물공여죄를 인정하였지만, 제3자 뇌물공여죄를 적용한 영재센터, 미르, K-Sports센터 출연 부분에 대해서는 2심은 ”부정한 청탁“이 증명되지 않았다는 이유를 들어 무죄를 선고하였습니다.

다만, 1심은 ”경영권 승계작업“이라는 포괄적 현안에 대한 지원이라는 묵시적 청탁을

인정하고, 영재센터는 최순실이 사익을 추구하기 위하여 설립되는 것이라는 점을 인식하였지만, 미르와 K-Sports는 그러한 인식을 하지 못하였을 것이라는 점을 들어 무죄를 인정하였습니다.

라. 뇌물을 받기 위해 설립한 재단에 뇌물을 출연하게 하는 경우도 제3자 뇌물죄를 적용해야 하는가?

1) 다른 제3자 뇌물죄 사건의 제3자는 뇌물범죄가 가담하지 않은 자연인이거나 이미 종교나 사회공헌 활동 등 본연의 활동을 해 오고 있었던 교회, 사찰 등의 법인이었지만 이 사건의 경우는 **박 전대통령과 최순실이 뇌물을 받는 수단으로 재단을 설립하여, 피고인으로 하여금 설립하는 재단에 뇌물을 제공하게 한 후** 뇌물로 설립되는 재단의 배타적 지배권을 확보해 두고 있었던 사건이었습니다.

2) 현금으로 뇌물을 제공하는 대신에 재단을 만들어 재단을 뇌물로 제공하는 성격하는 사건인데, **뇌물을 받기 위한 수단으로 만들어지는 재단을 형식적으로 제3자로 보아 단순뇌물죄가 아닌 제3자 뇌물죄가 적용되어야 하고**, 게다가 "부정한 청탁"에 대하여 2심의 논리인 "명확하게 정의된 내용으로 그 존재 여부가 관련 증거에 의하여 합리적 의심이 없이 인정되어야"한다는 지나치게 엄격한 심사의 잣대를 결합하면 단순뇌물죄와 비교하면 "재단의 설립을 활용한 제3자 뇌물죄"는 뇌물죄의 처벌을 면하는 수단이 됩니다. 사실관계를 실질적으로 파악하지 않고 지나치게 제3자의 형식에만 치우쳐 파악하려 한 것입니다.

3) 만일 이와 같이 뇌물을 현금으로 직접 받지 않고, 뇌물을 받는 수단으로 재단을 설립하게 하여 뇌물을 받는 경우에는 뇌물죄의 처벌을 면할 수 있는 것을 대법원 판례가 확정된다면, 권력자들은 재단을 설립하는 뇌물을 받는 편법이 만연할 우려가 있습니다.

Ⅲ 국민들도 다 아는 경영권 승계작업의 현안이 없었다는 판단

1. 개별적 현안인 ①~⑩에 대한 획일적 부인 : 사법 편의적 심리방식

가. 형사소송에서는 공소사실 기재의 각 구성요건별로 검사가 제출하는 증거에 따라 해당 구성요건의 공소사실이 인정되는지를 개별·구체적으로 판단해야 하는데, 제1심과 제2심은 개별적 현안에 대해서는 ①~⑩ 모두 인정되지 않는다고 한 후 포괄적 현안인 “경영권 승계작업”에 대한 심리에 집중하였습니다.

나. ①~⑩ 개별현안별로 개별 · 구체적으로 심리를 하였다면 어느 개별현안에 대해서는 현안이나 그 현안에 대한 청탁 사실이 인정되고, 어느 개별현안에 대해서는 인정되지 않는 등 사실인정에 차이가 있었을 터인데, 개별현안 모두에 대해 획일적으로 현안이나 그에 대한 청탁이 인정되지 않는다고 하였습니다.

특히 2017년 11월 14일 삼성물산과 제일모직 합병을 찬성하도록 직권을 남용한 혐의(직권남용권리행사방해죄)로 기소된 문형표 전 보건복지부 장관에 대하여 해당 항소심 재판부는 징역 2년 6월을 선고하면서 “박근혜 전대통령의 지시가 있었다”고 인정하였는데, 박근혜 전대통령과 문형표 전장관이 아무런 묵시적 청탁이 없는데도 알아서 피고인 이재용을 위해 삼성물산과 제일모직 합병 과정에서 직권남용의 범죄를 저지렀다고 보기는 어렵습니다. 문형표 전장관의 재판 기록과 판결문이 이 사건의 증거로 제출되었음에도 불구하고, 다른 재판부들의 사실관계 판단과 현저히 다른 사실관계 판단을 하고 있습니다.

다. 아마도 개별현안으로 들고 있는 사실이 10여개나 되고 현안별 증거도 많아 심리의 부담이 들어, 포괄적 현안인 “경영권 승계작업”과 그에 대한 “지원”청탁 사실의 심리에 집중하고자 하는 측면도 있었겠지만, 다분히 심리부담이나 판결문 작성의 어려움 등 행정편의적인 것이 아니었나 하는 의문이 듭니다. 심리미진이나 채증법칙 위반이라는 측면에서 상고이유로 다투어질 것으로 예상됩니다.

라. 개별 현안인 위 ①~⑩이 이재용 부회장으로의 경영권 승계작업을 위해 반드시

필요했던 현안이었고, 실제로 이행되었다는 점에 대해서는 이상훈 변호사님의 발제를 참조해 주십시오.

2. 1심과 2심의 포괄적 현안인 “경영권 승계작업” 판단의 근거와 논리 비교

가. 제1심의 포괄적 현안인 “경영권 승계작업” 지원에 대한 부정한 청탁인정

1) 포괄적 현안인 **“경영권 승계작업”의 인정** 근거

① 특검이 공소사실에서 제시한 개별 현안들 중 일부는 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었고,

② 미래전략실은 각 계열사를 통할하면서 그 운영을 지원·조정하는 조직인 동시에 대주주(또는 총수)의 경영지배권 행사를 지원하는 조직으로서, 미래전략실 소속 임직원들은 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보와 관련된 개별 현안들에 관하여 적극적으로 관여하였으며,

③ 위 개별 현안들이 추진될 무렵 금융·시장감독기구의 전문가들은 삼성그룹의 지배구조 개편이 피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력의 확보와 관련이 있다고 평가분석하고 있었고,

④ 미래전략실의 임원들도 피고인 이재용을 이건희의 후계자로 인정하면서 위 개별 현안들에 적극적으로 관여하였음을 알 수 있고,

이와 같은 사정들을 종합하면 삼성그룹의 지배구조 개편 작업은, 그것이 오로지 피고인 이재용만의 이익을 위한 것은 아니라고 하더라도, 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보를 중요한 목적으로 하여 이루어졌음이 인정되고, 그와 같은 목적 아래 추진된 일련의 개별 현안들의 전개는 충분히 특검이 전제로 하고 있는 ‘승계작업’의 성격이 있다고 평가할 수 있다고 판단.

2) **박 전대통령이 “포괄적 현안”을 인식**하였다는 근거

① 금융감독원 기업공시국 총괄팀은 2014. 5. 22. “삼성그룹 지배구조 개편 관련 전망”이라는 보고서를 작성하였고, 공정거래위원회 경쟁정책국 기업집단과는 2014.

6.경 “기업집단 「삼성」의 소유구조 개편 전망 및 시사점”이라는 보고서를 작성하였는데, 위 보고서들은 모두 피고인 이재용의 계열사들에 대한 지배권 확보를 위한 지배구조개편에 관한 사항을 다루고 있는 점,

② 또한 청와대 민정수석비서관실에서는 2014. 7.경 내지 같은 해 9월경 사이에 피고인 이재용의 경영권 승계 문제를 위주로 한 보고서를 작성하였는데, 위 보고서의 전체적인 취지는 ‘이건희 유고의 장기화와 경영권 승계가 가시화되는 상황에서 삼성의 당면과제는 이재용 체제의 안착이고, 삼성의 당면과제 해결에는 정부도 상당한 영향력을 행사하는 것이 가능하니, 경영권 승계 국면에서 삼성이 무엇을 필요로 하는지 파악하여 도와줄 것은 도와주면서 삼성이 국가경제에 더 기여하도록 유도할 수 있는 방안을 모색하자’는 것이고,

‘삼성의 당면과제’에 관한 세부 내용으로는 ‘상속자금 마련, 사업재편 및 구조조정, 이재용 체제에 대한 대내외 신뢰 확보’가, ‘정부의 영향력 행사’에 관한 세부 내용으로는 ‘경제민주화 관련 법안 대응, 규제완화 지원, 이재용 체제에 대한 간접적·우회적 지지 표명(시그널 전달)’이 각 포함되어 있는 것으로 보이는 점

그리고 위 각 보고서들이 그 무렵 모두 대통령에게 보고되었음을 인정할 직접적 증거는 없으나,

① 2014. 5.경 이건희의 와병 이후 피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보 등을 포함한 ‘승계’ 또는 ‘3세 경영체제’ 문제에 관하여 정부 내 금융·시장감독기구와 청와대 민정수석비서관실에서 관심을 가지고 보고서들을 작성하였고, 해당 보고서들에 ‘지배구조 개편’에 관한 사항이 포함되어 있었다는 점,

② 당시 민정수석이었던 김영한의 2014. 6. 20.자 업무일지에 “삼성그룹 경영권 승계문제 - monitoring”이라는 기재가 있고(증 제819호), 그로부터 얼마 지나지 않은 시점에 민정비서관 우병우의 지시에 의해 위와 같은 민정수석비서관실의 보고서가 작성되었다는 점(증 제3056호, 이영상 녹취서 제3, 4면)에 비추어 특히 위 민정수석비서관실의 보고서는 민정수석에 의해 박 전 대통령에게 보고되었다고 볼 가능성이 높은 점,

③ 박 전 대통령은 거의 매일 국정원이나 경찰로부터 각종 현안이나 여론 동향에 관한 정보보고를 받는 점,

④ 국정의 최고 책임자이자 각종 경제정책의 수립, 시행 등 재정·경제 분야에 관한 광범위한 권한을 가진 박 전 대통령으로서도 국내 최대 기업집단인 삼성그룹의 '승계' 문제에 관하여 관심을 기울이고 있었을 것으로 보이는 점,

⑤ 이건희의 와병 전후를 막론하고 이건희 이후 삼성그룹의 승계자로서 피고인 이재용의 존재, 피고인 이재용의 삼성그룹 승계과정에 관한 사회적 관심, 이른바 '이학수법'이 발의되는 등 피고인 이재용의 승계과정에 관한 부정적 인식이 있다는 사실은 이미 사회 일반에 공론화되어 있었고, 피고인 이재용의 승계란 결국 피고인 이재용이 이건희와 동일한 정도 또는 보다 강화된 방식으로 또는 감소가 최소화된 방식으로 삼성그룹 계열사에 대한 지배력을 확보·유지하는 것이라는 것은 쉽게 인식할 수 있는 점

등을 종합하여, 박 전 대통령은 업무보고 또는 여론동향 보고 등을 통해 삼성그룹의 경영권 승계문제에 관하여 인식할 수 있었고, 특검이 제시하는 것과 같은 뚜렷하고 명확한 개념으로서는 아니라고 하더라도 개괄적으로나마 '피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편'이라는 개념과 그 필요성에 관하여 인식하고 있었다고 판단.

3) **<u>포괄적 현안에 대한 묵시적 인식과 양해(묵시적 청탁)</u>**

승마지원과 영재센터지원과 관련하여서는 승계작업과 관련된 대통령의 직무집행과 관련한 부정한 청탁을 한다는 점에 관하여 상호 묵시적 인식과 양해가 있었고, 그와 같은 묵시적인 인식과 양해에 따라 정유라에 대한 승마지원(피고인들)과 영재센터지원(피고인 이재용, 최지성, 장충기)에 나아간 것임이 인정된다고 판단.

나. 2심의 포괄적 현안인 "경영권 승계작업" 부인의 근거와 논리

1) 포괄적 현안인 "경영권 승계작업"의 부인

2심은 개별 현안들 중 삼성SDS 및 제일모직의 유가증권 시장 상장, 이 사건 합병 및 외국자본에 대한 경영권 방어 강화, 이 사건 합병에 따른 신규 순환출자 고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화 및 삼성생명의 금융지주회사 전환은 원심이 적절하게 설시한 바와 같이 그것이 성공에 이르는 경우 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다는 점을

인정할 수 있지만,

그렇게 확인된 결과는 개별 현안들의 진행에 따른 여러 효과(예컨대 구조조정을 통한 사업의 합리화 등)들 중의 하나일 뿐이어서 결과적으로 확인되어진 그와 같은 사정만 가지고는 특검이 주장하는 바와 같은 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'라는 목표성을 갖는, 위 개별 현안들을 통하여 이루고자 하는 의미의 '승계작업'이 존재한다고 바로 인정할 수 없다고 판단.

나아가 미래전략실이 각 계열사를 통할하면서 그 운영을 지원·조정하는 조직인 동시에 대주주(또는 총수)의 경영지배권 행사를 지원하는 조직으로서, 미래전략실 소속 임직원들이 피고인 이재용을 이건희의 후계자로 인정하면서 개별 현안들에 관하여 적극적으로 관여하였다는 사정이나 위 개별 현안들이 추진될 무렵 금융·시장감독기구의 전문가들도 삼성그룹의 지배구조 개편이 피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력의 확보와 관련이 있다고 평가·분석하고 있었다는 사정들을 더하여 본다고 하여도 '승계작업'의 존재를 인정할 수 없음은 마찬가지라고 판단.

2) 박 전대통령의 포괄적 현안 인식 부인

박 전 대통령에게 보고되었을 것이라는 금융·시장감독기구와 청와대 민정수석비서관실에서 작성한 각종 보고서들이 피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보 등을 포함한 승계 문제를 다루고 있다고 하더라도, 그러한 보고서들은 결국 그 작성자들이 삼성그룹의 승계와 관련된 여러 가지 사정들을 추론하여 작성한 의견서에 불과할 뿐이고 그러한 보고서만으로 삼성그룹이 그와 같은 내용의 승계작업을 추진하여 왔음을 직접적으로 인정할 수는 없으므로, 박 전 대통령이 이와 같은 보고서의 내용을 인지하고 있었다고 하여 부정한 청탁의 대상으로서 이 사건 공소사실과 같은 포괄적 현안인 승계작업 추진에 관하여 인식하고 있었다고 볼 수는 없다고 판단.

3) 포괄적 현안에 대한 묵시적 인식과 양해 부인

포괄적 현안으로서의 승계작업의 추진을 인정할 수 없으므로, 이를 전제로 박 전 대통령이 포괄적 현안으로서의 승계작업에 대하여 인식하고 있었다거나 박 전 대통령과 피고인

이재용 사이에 포괄적 현안으로서의 승계작업을 매개로 이 사건 승마지원 및 영재센터지원을 한다는 묵시적인 인식과 양해가 있었다고 볼 수 없다고 판단.

3. “사실”의 영역이 아니라 “개념”의 영역으로 전락한 “경영권 승계” 판단

가. 제1심의 “경영권 승계작업” 현안과 그에 대한 청탁에 대한 판단

1심은 “경영권 승계작업”을 “삼성그룹의 지배구조 개편 작업”이라고 개괄적으로 정의하고, 그것이 오로지 피고인 이재용만의 이익을 위한 것은 아니라고 하더라도, 피**고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보를 중요한 목적으로 하여 이루어졌음이 인정되고, 그와 같은 목적 아래 추진된 일련의 개별 현안들의 전개는 충분히 특검이 전제로 하고 있는 ‘승계작업’의 성격이 있다고 평가할 수 있다**고 판단하고,

그리고 이러한 현안의 존재를 바탕으로 1심은 박 전 대통령은 업무보고 또는 여론동향 보고 등을 통해 삼성그룹의 경영권 승계문제에 관하여 인식할 수 있었고, 특검이 제시하는 것과 같은 **뚜렷하고 명확한 개념으로서는 아니라고 하더라도 개괄적으로나마 ‘피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편’이라는 개념과 그 필요성에 관하여 인식**하고 있었다고 판단한 후,

승마지원과 영재센터지원과 관련하여서는 승계작업과 관련된 대통령의 직무집행과 관련한 부정한 청탁을 한다는 점에 관하여 상호 묵시적 인식과 양해가 있었고, 그와 같은 묵시적인 인식과 양해에 따라 정유라에 대한 승마지원(피고인들)과 영재센터지원(피고인 이재용, 최지성, 장충기)에 나아간 것임이 인정된다고 판단하였습니다.

나. “경영권 승계작업”의 **사실관계 심리는 간과한 체, 명확한 개념으로 정의된 수준의 승계작업은 없었다는 식의 추상적 결론**을 내린 2심 판결

1) 2심은 부정한 청탁의 대상인 “승계작업”은 **명확하게 정의된 내용으로** 인정되어야 하고 명확하지 않거나 개괄적이어서는 안 된다는 논리를 제시하고, 박 전대통령의 인식도 “포괄적 현안으로서의 승계작업은 부정한 청탁의 대상으로서의 의미를 갖는 것이므로 그에 대한 당사자들의 인식도 뚜렷하고 명확하여야 하고, 개괄적이거나

광범위한 내용으로 인정"할 없다는 논리를 제시하고 있습니다.

2) 결국 2심은 1심이 "경영권 승계작업"을 "삼성그룹의 지배구조 개편 작업"이라고 개괄적으로 정의한 부분은 명확하게 정의된 것이 아니라고 비판하고, **'피고인 이재용의 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편'** 과 같은 승계작업에 대한 개념은 명확한 개념으로 정의된 것이 아니라고 전제한 것입니다.

3) 개별적 현안인 ①~⑩에 대한 개별 · 구체적인 심리를 통해 삼성물산-제일모직 합병 등의 개별적 현안이 어떻게 포괄적 현안인 "경영권 승계작업"의 목적을 위해 추진된 것인가에 대해 심리를 했어야 하나,

이러한 개별 · 구체적 사실에 대한 심리를 편의적으로 생략한 체, 바로 포괄적 현안인 "경영권 승계작업"을 개념적으로 정리하는 방식을 취하다 보니, 1심과 2심은 "승계작업"을 얼마나 명확하게 개념 정의해야 하느냐의 법리적 문제로 흘러버렸습니다.

다. 현안이 없었으니 인식도 없었고, 그러니 청탁도 없었다는 순환론식 판단

결국, 2심은 삼성그룹에 개념으로 명확히 정의될 정도의 "경영권 승계작업"이라는 포괄적 현안이 없었으므로, 박 전대통령이 포괄적 현안에 대한 인식도 없었고, 포괄적 현안에 대한 인식도 없었는데 포괄적 현안에 대한 지원에 대한 묵시적 합의(청탁)도 인정될 수 없다는 순환론에 빠지고 있습니다.

라. "사실"의 영역이 아니라 "개념"의 영역이 되어 버린 "경영권 승계작업" 판단

1) 이러한 추상적인 승계작업 개념 정의 문제에 치우치다 보니, 막상 많은 증거자료로 현출되고 있고 우리사회에 이미 많이 주지되어 있는 삼성그룹의 경영권 승계작업의 사실관계 판단은 소홀히 한 체, 개념적으로 명확하게 정의된 수준의 "경영권 승계작업"은 없었다는 식으로 결론을 내리고 있습니다.

2) 그렇다고 2심이 어느 정도 수준으로 "경영권 승계작업"에 대한 명확한 개념 정의가 필요한지를 제시하고 있는 것도 아니고, 오로지 1심이 개괄적으로 정의한 **'피고인**

이재용의 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편' 이라는 수준은 명확한 개념 정의가 아니다. 라는 판단만이 있을 뿐입니다.

3) 기본적으로 개별현안인 ①~⑩에 대한 범죄**"사실"**의 사실규명을 통해 확인된 내용을 종합하여, "피고인 이재용이 계열사에 대한 지배력 확보를 위한 지배구조 개편 작업을 벌였고", 이를 인식한 박근혜 전대통령에 대하여 이러한 경영권 승계작업에 대한 지원을 묵시적으로 청탁한 것이라는 방식으로 판단되어야 할 문제를 **"개념 정의"**의 문제로 전환시킨 것입니다.

4. 왜 재벌총수의 재판에서는 "묵시적 청탁"이 "사실"이 아니라 "개념"으로 정의되어야 하는 문제로 되는가?

가. "묵시적 부정한 청탁"에 대한 대법원 판례의 태도와도 배치

1) 부정한 청탁이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 그 직무 혹은 청탁의 내용, 이익 제공자와의 관계, 이익의 다과 및 수수 경위와 시기 등의 제반 사정과 아울러 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰 및 직무수행의 불가매수성이라고 하는 뇌물죄의 보호법익에 비추어 그 이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 판단 기준이 됩니다(대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결).

2) 비록 청탁의 대상이 된 직무집행 그 자체는 위법·부당한 것이 아니라 하더라도 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁이라면 이는 의연 '부정한 청탁'에 해당하는 것으로 볼 수 있으며, **청탁의 대상인 직무행위의 내용도 구체적일 필요가 없고 묵시적인 의사표시라도 무방하며,** 실제로 부정한 처사를 하였을 것을 요하지도 않습니다.

3) 위와 같이 대법원 판례에 의하면 "부정한 청탁"은 청탁의 내용, 이익 제공자(박 전대통령과 최순실)와의 관계, 이익의 다과 및 수수 경위와 시기 등 사실관계를 종합하여 판단해야 할 사실판단의 문제이지 명확한 개념 정의를 해야 할 영역의 문제가 아닙니다.

4) 또한 대법원 판례는 **“이익의 수수로 인하여 사회 일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부”도** 묵시적 청탁을 인정하는 중요한 판단기준으로 설시하고 있는데,

2심 판결은 이재용 피고인의 뇌물제공과 박 전대통령과 국정농단의 주범 최순실이 권력을 자의적으로 이용하여 뇌물을 챙기는 범죄가 우리 사회에 국가 공무집행의 공정에 대한 얼마나 큰 불신을 초래하였는가 하는 점에 대한 검토 내용이 거의 없어, 삼성의 “경영권 승계작업”을 위한 승마지원이나 재단출연 행위 등에 대한 판단을 뇌물죄의 보호법익 본질에 대한 고민에 기초하여 판단하는 작업이 부족하지 않았나 생각됩니다.

나. 뇌물과 같은 부패범죄에서는 오히려 묵시적 청탁이 일반적

정치권력과 자본권력 사이의 유착을 본질로 하는 뇌물죄와 같은 부패범죄는 그 성질상 명시적인 청탁을 하며 뇌물을 수수하는 것이 아니라, 정치권력이 자본권력의 현안을 잘 파악하고 있는 상황에서 자본권력은 자신들의 현안을 해결해 줄 것을 기대하는 수준의 묵시적 청탁을 하며 뇌물을 제공하는 것이 오히려 일반적이며,

더욱이 부정한 청탁의 구체적 내용이나 이행방법 등은 정치권력과 자본권력의 정점에 서 있는 대통령이나 재벌총수가 직접 챙기는 것이 아니라 그 밑의 실무선에서 구체적으로 논의하고 점검하는 것이 일반적입니다.

다. 재벌총수일가의 “경영권 승계작업”은 기본적으로 다양한 방식의 사실관계의 문제이지 개념의 문제가 아님.

1) 2심 재판부는 정경유착의 문제를 70-80년대식의 큰 이권사업의 인·허가나 공기업 불하 등 직접 큰 이권을 챙기는 사업으로만 좁게 보는 편협된 시각도 보여주고 있는데, 2000년대 이래로 한국의 재벌들의 현안은 주식가치가 높은 주력기업의 주식을 보유하지 못한 재벌 2-3세들에게 어떻게 하면 적은 자금으로 많은 지분을 승계시켜 경영권을 확보하느냐에 주된 초점이 있습니다.

2) 결국 다른 많은 주식투자자, 채권자, 노동자들의 희생을 전제로 회사법, 형법, 세법 등의 국가의 기본질서와 충돌을 하게 되어, 정치권력이 불법을 눈감아 주는 상황에서 추진될 수밖에 없습니다.

3) 이러한 정치권력의 비호를 통해 경영권 승계작업을 하려 했던 것이 이 사건의 본질임에도 불구하고 2심은 한국의 재벌 지배구조의 현안을 제대로 파악하지 못하고 있다는 한계도 드러내고 있습니다.

4) 범죄사실에 대한 충분한 심리에 치중하지 않고 "경영권 승계작업"이 법리적으로 명확한 개념작업이 필요한 법리의 영역인양 태도를 취하는 것도 재벌들의 현안인 불법, 탈법 경영권 승계의 사실을 외면하고 마치 고도한 법리의 영역에 이 사건 판단의 본질이 있었던 것처럼 보이려는 것이 아닌가도 생각됩니다.

라. 판사들의 자의적인 개념 정의 영역으로 전락하여 재판부마다 다른 판단이 나오면 사법부에 대한 국민의 불신으로 이어져.

만일 "경영권 승계작업"이 학문적으로 고도하고 명징하게 정의되어야만 부정한 청탁의 판단대상이 된다는 것은 사실판단을 법리의 문제로 만들고, "개념"의 정의와 수준을 둘러싸고 제3자 뇌물죄의 "부정한 청탁"의 구성요건 성립에 대한 판단을 재판부 각자의 철학이나 성향에 맡기는 양상이 될 것입니다.

5. 삼성의 이재용으로의 경영권 승계는 이미 계속 진행되어 온 역사적 사실의 문제

가. 이재용 부회장으로의 경영권 승계작업의 시작

1995년 아버지 이건희 회장으로부터 60억 증여 받아, 16억원 세금 내고 44억원 종자돈으로 시작하여, 비상장 계열사 주식이나 전환사채 등을 헐값으로 인수한 후 계열사 상장 뒤 처분하는 등의 방법으로 천문학적인 재산을 축적하였습니다.

1) 1995년 말 에스원 중앙개발로부터 에스원주식 23억원에 인수한 후, 주식인수 직후인 1996년 1월30일 상장되고, 상장 6개월후 주당 30만원대로 주가가 상승하여

주식전량 매각으로 375억원의 시세차익을 얻었습니다.

2) 그 해 삼성엔지니어링 주식 47만주 19억원 어치를 주당 5,000원대에 매입하고 210억원에 상장후 주당 5만9,000원에 매각하여, 210억원의 시세차익을 얻었습니다.

3) 1996년 중앙개발지분의 63.5%에 해당하는 전환사채(CB) 96억원을 헐값으로 전량인수한 후 2000년 전량 주식으로 전환하였습니다.

4) 1997년 삼성전자 전환사채(CB) 600억원 발행하여, 450억원어치를 이재용이, 150억원어치를 삼성물산이 인수하였는데, 전환사채 발행무효소송과 처분금지가처분 신청판결 하루 전에 바로 CB를 주식으로 전환하여 250억원의 평가 시세차익을 실현하였습니다.

나. 1998년 IMF 이후 김대중 정부 이후 IMF 경제위기의 주범이었던 재벌에 대한 시민사회의 비판과 준법 감시운동이 활성화 되면서 삼성 이재용 부회장에 대한 이러한 불법, 편법, 탈법 “경영권 승계작업”에 대한 고발과 재판 등 사법적 심사도 일부 진행되었습니다.

1) 1998년 제일기획 CB(사모전환사채)를 주당 1만원에 18억원어치 구입하한 후, 1998년 제일기획 상장직전 CB를 주식으로 전환하여 130억원의 평가 시세차익을 얻었습니다.

2) 1999년 삼성SDS 신주인수권부 사채(BW) 230억원을 제3자 배정방식으로 이재용 남매와 이학수, 김인주 이사가 전량 인수하였는데, BW 행사가격은 7,150원으로, 당시 장외시장의 주식거래가격은 5만원내외와 비교하면 헐값이었습니다.

3) 2009년 대법원과 환송심인 서울고법에서 삼성에버랜드CB 저가발행에 대해서는 무죄가 확정되었지만, 삼성SDS BW 헐값발행에 대해서는 이건희, 이학수, 김인주 배임죄에 대해 유죄가 인정되었습니다.

다. 이러한 일련의 “경영권 승계작업”을 통해 명실상부한 재벌총수가 되어 온 이재용 삼성 부회장

1) 삼성 SDS 신주인수권

헐값 인수 논란으로 배정받았던 삼성 SDS 신주인수권으로 2014년 11월 14일 주식을 인수하였는데, 해당 주식은 2015년 7월 15일 상장일종가(327,500원) 기준으로 5조5,827억원의 지분가치 평가를 받고 있습니다.

이재용 3남매만을 기준으로 할 경우 4조4,325억원의 지분가치로 평가받는데, 이재용 부회장은 11억8,000만원의 신주인수권을 배정받는 것으로 시작하였던 점을 감안하면 신주인수권 배정만으로 천문학적인 재산을 늘린 것입니다.

2) 삼성에버랜드 CB

2014년 12월 18일 삼성에버랜드(현 제일모직) 주식이 상장되어, 상장일종가(113,000원) 기준으로 이재용 부회장 지분가치는 3조5,447억원인데, 1996년 이재용부회장이 인수한 CB가 96억원이었던 점과 비교해 보면 전환사채 인수만으로 천문학적인 재산을 늘려 온 것을 알 수 있습니다.

3) 이러한 일련의 “경영권 승계작업”의 지원을 통해 8조2,500억원의 재산으로 2015년 세계 200대 억만장자 순위에서 183위에 올라섰습니다.

라. 이건희 회장의 와병으로 다급해진 “경영권 승계작업”

이건희 회장의 와병으로 인한 갑작스런 부재 상황에서 상속세의 최소화, 신규 순환출자 고리의 해소, 삼성생명의 중간금융지주회사 전환 등 지배구조 관련 현안은 삼성이라는 기업집단의 현안임과 동시에 이재용의 경영권 승계와도 직결되는 문제였습니다.

마. 이와 같이 에버랜드 전환사채 사건, 삼성SDS 신주인수권부사채 사건 이래 10여 년 간 삼성이 이재용으로의 경영권 승계를 위한 각종 작업을 해왔고, 삼성물산과 제일모직 합병도 경영권 승계의 일환으로 진행된 것은 우리 사회에 이미 많이 알려진 주지의 사실입니다.

그럼에도 불구하고, 2심은 삼성물산과 제일모직 합병 등의 개별 현안들이 성공할 경우 이재용의 삼성그룹 지배력 확보에 유리한 효과가 있다는 점을 인정하면서도, 각 계열사들에게 경영상 필요나 합목적성 또한 존재하므로 뇌물공여에 대한 비난가능성을 이재용에게만 물을 수 없다는 이유를 들어, 결과적으로 이재용의 삼성그룹 지배력에는 유리하지만 경영권 승계작업은 없었다는 판단을 한 것입니다.

Ⅳ 은밀히 이루어지는 부패범죄에서 내부 증거의 중요성과 재벌총수에게만 관대한 증거법칙

1. 권력과 재벌이 유착한 부패범죄에서 업무일지와 같은 내부 증거의 중요성

뇌물공여죄의 뇌물수수의 합의가 있었다는 3차례의 대통령과 이재용 피고인의 독대자리에서 오고 간 부정한 청탁이나 대통령의 승마지원, 재단 출연금 등 뇌물제공의 요구 등에 관한 유력한 증거인 안종범 수첩이나 대통령 말씀자료 등은 간접증거에 불과하여 그러한 간접증거만으로 뇌물죄를 인정하기 어려울 것이라는 주장도 있지만, 업무일지와 같이 작성자의 기재여부나 기재내용의 가감(加減)에 관한 주관적 판단이 개입되지 않고 업무의 필요상 일상적으로 작성되는 서류의 증거력(신빙성)은 오히려 높다고 할 수 있습니다.

2. 형사재판에서 증거능력과 증거력

가. 민사재판은 그 증거를 법원이 판단의 기초자료로 사용할 자격이 있느냐를 심사하는 증거능력에 관하여 아무런 제한을 두지 않고 있지만, 형사재판은 징역을 살게 하는 등 해당 피고인의 자유권을 크게 제약을 가하는 처벌을 부과하는 것이어서 먼저 그 증거가 법원이 보고 판단의 기초자료로 사용할 자격이 있느냐의 증거능력 심사를 하게 되는데, 예를 들어 영장없이 위법하게 수집한 증거나 다른 사람으로부터 들은 내용을 전달하는 전문증거 등은 원칙적으로 증거능력이 없습니다.

나. 또한 증거에는 뇌물을 수수하기로 합의하거나 뇌물을 전달하는 현장을 직접 목격하거나 들었다는 직접증거도 있지만, 뇌물수수의 범죄를 추단하게 하는 여러

간접증거(정황증거)도 증거능력이 있습니다.

다. 간접증거(정황증거)는 증거로서 신빙성이 떨어져 그러한 간접증거만으로는 유죄를 인정할 한방(?)이 되지 못한다는 언론보도도 있지만, 뇌물죄와 같이 은밀히 이루어지는 범죄에 있어 뇌물수수를 직접 촬영하거나 목격하였다는 진술 등의 직접증거는 대부분의 뇌물사건에서 존재하지 않고, 간접증거를 바탕으로 뇌물죄의 성립을 인정하는 것이 오히려 일반적입니다.

3. 안종범 수첩과 김영한 업무일지의 증거능력에 대한 2심 법원의 판단에 대하여

가. 2심이 경영권 승계의 현안이 존재하지 않았다거나 부정한 청탁이 인정되지 않는다고 판단한 기저에는 중요 증거인 안종범 수첩과 김영한 업무일지 등에 대한 증거능력을 배척한 판단이 있습니다.

2심 법원은 1심 법원과 달리 안종범 업무수첩과 김영한 업무일지가 혐의를 입증할 증거능력이 없다고 판단하였다. 2심 법원의 논리는 안종범의 업무수첩은 수첩에 그 기재가 있다는 사실에 대해서만 증거능력이 있을 뿐 그 밖에 어떠한 경우에도 그 수첩에 기재된 박 전 대통령이나 피고인 이재용 사이의 대화 내용의 신빙성을 인정할 증거로는 쓰일 수 없고 김영한 업무일지도 마찬가지라는 것입니다.

나. 어떤 진술을 범죄사실에 대한 직접증거로 사용할 때에는 그 진술이 전문증거가 된다고 하더라도 그와 같은 진술을 하였다는 것 자체 또는 그 진술의 진실성과 관계없는 간접사실에 대한 정황증거로 사용할 때에는 반드시 전문증거가 되는 것은 아닙니다(대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결 등 참조).

이 사건에서 업무수첩은 박 전 대통령이 안종범이나 피고인 이재용에게 수첩에 기재된 말을 하였다는 사실 자체에 대해서는 본래증거로서 당연히 증거능력을 가진다. 2심도 이 점을 인정하는바, 안종범이 작성한 업무수첩은 그 자체로 박 전 대통령과 피고인 이재용이 한 '원진술'의 존재를 증명하는 본래의 증거입니다. 나아가 그 수첩의 작성 경위와 신빙성에 대한 다른 증거인 안종범 진술을 보강하는 정황증거가 될 수 있습니다.

다. 안종범은 법정에서 진술하면서, 업무수첩은 자신이 청와대 경제수석과 정책수석으로 근무하면서 매일매일의 업무 관련된 내용을 계속적으로 작성한 것으로, 대통령이 말하는 내용 중에서 후속조치를 취할 것들이 있는지 등을 정리하기 위하여 대통령이 말하는 내용을 놓치지 않도록 핵심 요지를 적은 것이고, 대통령의 지시사항이면 'VIP'라고 적어놓았으며, 대통령이 말할 때 그 내용을 수첩에 그대로 받아 적었지, 자신의 생각을 가감한 것은 없다고 진술한 바 있습니다.

그렇다면 1심이 안종범의 업무수첩이 안종범의 법정 진술과 결합하여, 대통령이 안종범에게 지시한 내용, 대통령과 피고인 이재용 사이에 있었던 대화의 내용 등을 인정할 간접사실에 대한 증거로서는 전문증거가 아닌 본래증거로서의 증거능력과 증거가치를 가진다고 본 것이 전문증거의 증거능력과 실체진실 발견을 조화롭게 해석한 것이라고 할 수 있습니다. 2심은 이 사건에서 업무수첩이 그러한 증거가치를 가지는지 구체적으로 판단해야 했습니다. 그러나 2심 법원은 수첩 기재가 어떤 경우에도 박 전 대통령 등의 진술 내용에 대한 증거능력을 가질 수 없다는 형식적 논리 뒤에 숨어서, 사건의 실체에 대한 구체적 판단을 외면하였습니다.

라. 안종범 수첩 기재에는 박 전 대통령의 지시사항 뿐 아니라 피고인인 이재용과 박 전 대통령의 대화 내용도 포함되어 있고 안종범은 그 구체적 사실을 진술하였습니다.

안종범의 진술에서 피고인 이재용에 대한 부분은 '특히 신빙할 수 있는 상태'에서 이루어진 것이 인정된다면 증거능력이 있다고 보아야 합니다(형사소송법 제316조 제1항). 안종범 수첩 기재는 이러한 '특히 신빙할 수 있는 상태'의 진술을 인정할 수 있는 정황증거로서의 성격도 가집니다. 그런데 2심 법원은 안종범 수첩 기재 내용을 구체적으로 판단하지 않고 일괄적으로 증거능력을 부인하였습니다.

4. 증거능력에 대한 2심 판결의 문제점

2심 판결의 논리는 국정농단 관련 종래 형사사건에서 안종범 업무수첩을 정황증거로서 증거능력을 인정한 판단과도 상반됩니다. 더구나, 권력과 재벌의 권력형범죄는 내밀하게 이루어지는 것이어서 내부고발자의 수첩이나 장부 등을 통하지 않고서는 진실규명이

쉽지 않습니다. 2심은 이 그러한 난제 속에서 어떻게 증거의 의미를 살펴야 하는지, 정의로운 판단을 내릴 것인지 고민하지 않았습니다.

V 집행유예를 염두에 둔 것으로 보이는 중형대상 범죄에 적용된 무리한 법리

1. 특정경제범죄가중처벌법(횡령)과 국외재산도피죄가 양형에서 주는 의미

가. 이 사건의 핵심적 범죄사실인 뇌물죄의 경우 뇌물수수자가 1억원 이상의 뇌물을 받은 경우 10년 이상, 무기징역 등 중형에 처하는 범죄이지만, 뇌물공여죄는 5년 이하라는 비교적 가벼운 형의 범죄입니다.

이에 반하여 "특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률" 제3조(횡령) 중 50억 이상의 범죄는 5년 이상 징역, 무기의 중형에 처하는 범죄이고, 제4조(재산 국외도피)도 도피액이 50억 이상인 경우에는 10년 이상, 무기징역에 처하는 중대범죄에 해당합니다.

나. 따라서 50억 이상의 횡령이나 국외재산도피죄가 인정되는 경우에는 처단형 자체가 높아 사실상 집행유예 자체가 거의 어렵게 됩니다.

다. 이렇게 형법의 기본형에 비하여 지나치게 높은 형량으로 처벌하는 특별법은 과거 권위주의 정권시대에 국민을 형벌의 공포로 다스리려는 전시(展示) 형법(刑法), 즉 보여주기식 형법이라는 비판이 있습니다.

차라리 재판부가 이러한 전시형법의 과도한 처벌로 과잉금지원칙에 위반된다는 위헌론을 제기하는 것은 모를까, 이러한 중형범죄의 적용을 피하기 위하여 새로운 법리를 적용하려 하거나 충분한 심리를 통하여 범죄액수를 증명할 수 있는데도 이러한 범죄액수의 증명을 피해 법의 적용을 피하려 한다면 이것은 편법적인 법률적용이라는 비난을 면할 수 없을 것입니다.

라. 더욱이 전시형법이라는 비판 속에서도 중소기업가나 기업의 임직원 등 일반 경제인들에게는 중형을 선고하는 등 엄격하게 적용해 온 중대형의 경제범죄에 대해서 재벌총수들에게만 유독 전시형법의 과도한 형벌의 문제를 들어 적용을 피하려 하거나 면하게 한다면 이야말로 법의 형평에 어긋나는 사법집행이라 할 것입니다.

2. 특경가법상의 50억원 이상의 횡령죄의 적용을 피하려 하였다는 의혹

가. 2심은 용역대금 36억 3,484만원과 마필과 차량들의 소유권이 이전되지 않았고, 마필과 차량들을 무상으로 사용하는 이익(사용이익)을 뇌물로 제공하였다고 판단하여 이를 유죄로 인정하고, 마필에 대한 대금과 말 자체, 보험료, 차량대금에 대하여 무죄를 선고하였습니다.

나. 정유라에게 자기 소유의 말과 같이 배타적 사용권을 부여하고, 삼성전자가 회수할 의사마저 포기한 것이라면 이러한 사실관계를 실질적으로 파악하여 소유권을 이전한 것으로 볼 것이지, 용역계약서의 형식에만 매달려 소유권을 이전할 의사가 확인되지 않으니 무상 사용권만을 준 것이라 볼 수는 없을 것입니다.

다. 2심은 마필과 차량의 사용이익을 산정하기 어렵다고 하였습니다. 누군가 1억원짜리 집을 무상으로 제공하면서 마음대로 사용하라고 하였다면, 시세에 따른 임대료 상당액이 사용이익일 것입니다. 말과 차량처럼 시간의 흐름에 따라 감가상각이 발생한다면, 취득가액과 판매가액의 차액만큼이 사용이익일 것입니다. 2심은 사용이익 산정을 위한 어떠한 노력도 기울이지 않은 채 그저 '산정불가'라고 판단하였습니다.

라. 이러한 2심의 태도는 특경법상의 적용을 피해 집행유예형이 불가한 3년 이상의 중형의 적용을 피하려는 의도를 의심케 합니다. 특경법상 횡령금액이 50억 원을 넘는 경우 법정형이 5년 이상 무기징역이기에 양형의 범위가 넓어지는데, 2심은 '사용이익을 산정하기 어렵다', '횡령죄의 객체인 타인의 재물에 포함되지 않는다'는 이유로 '사용이익'을 횡령금액에서 제외시켜 총 횡령금액을 36억

3,484만원으로 제한하였습니다. 형량이 높은 특경법상의 50억원 이하로 횡령액을 줄이고자 하는 의도에서 사용이익의 산정노력을 하지 않은 것이 아닌지 의심이 발생합니다.

3. 재산국외도피죄 관련

가. 2심은 국외재산도피죄의 "도피"는 '자신"이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위를 의미하고, 뇌물수수자인 최서원이 은닉할 수 있는 상태에 두는 것은 "도피"로 볼 없다는 새로운 법리를 제시하고, 코어스포츠와 용역계약을 이용하는 은밀하고 탈법적인 수단을 동원하였다고 하더라도 뇌물공여사실을 숨기기 위한 의도일 뿐, 재산을 국외로 도피하기 위하여 그러한 수단을 동원한 것이라고 볼 수 없고, 국외로 도피시킨다는 범의가 없었다는 이유로 전부 무죄를 선고하였습니다.

나. 뇌물공여의 의사만 있었고 도피의 의사가 없었다는 판단에 대하여

36억을 굳이 최순실이 해외에서 자금은닉에 사용하고 있는 페이퍼 컴퍼니 회사에 보낸 것은 뇌물공여의사와 함께 재산국외도피 의사가 있는 것으로 보아야지 뇌물공여의사만 있고 도피의사는 없다고 보는 것은 상식적인 판단과 너무 동떨어진 판결입니다.

다. 피고인 자신이 해외에서 소비, 은닉하려고 송금한 것이 아니어서 무죄라는 판단에 대하여

2심은 코어스포츠 용역비 36억원에 대하여 "재산국외도피는 장차 '자신이' 사용하기 위하여 국내 재산을 국외로 빼돌린 경우에만 인정되는데, 피고인들이 아닌 뇌물수수자 '최순실'이 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배하였을 뿐이다"는 이유로 재산국외도피죄가 성립하지 않는다고 판단하였습니다.

2심의 논리대로라면 횡령한 회사 돈을 국외로 도피시켜도 '자신이 직접' 사용하는 것이 아니라 '제3자'가 사용하기 위하여 한 경우라면 재산국외도피죄가 성립하지 않게 됩니다. 반대로 2심의 논리대로라면, 피고인 이재용이 회사 돈을 자신의

해외계좌로 보냈다가 그 돈을 최순실에게 제공했다면 재산국외도피죄가 성립할 수 있다는 것입니다. 삼성전자의 돈이 독일의 최순실에게 제공된 것이 명확한데, 그 과정에 따라 범죄성립에 차이가 난다는 것은 모순된 논리입니다.

라. 2심의 논리를 그 동안 대법원 판례와도 다른 새로운 법리를 만들어 낸 것입니다.

1) 대법원은 “특정경제범죄법 제4조 제1항의 재산국외도피죄는 자신의 행위가 법령에 위반하여 국내재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식을 가지고 국내재산을 해외로 이동하여 대한민국 또는 대한민국 국민의 재산이 유출될 위험이 있는 상태를 발생하게 하는 것”이라고 판시하였습니다.

2) 대법원 판례는 1) “법령에 위반하여” 국내재산을 해외로 이동한다는 인식과 그 행위가 재산을 2) “대한민국의 법률과 제도에 의한 규율과 관리를 받지 않고” 자신이 해외에서 임의로 소비, 축적, 은닉 등 지배·관리할 수 있는 상태에 두는 행위라는 인식이라는 것을 강조하고 있는 것이지, 도피가 반드시 자신이 해외에서 소비하거나 은닉하려는 의도로 도피해야함을 의미하는 것은 아닙니다.

3) 피고인은 최순실이 해외에서 재산은닉을 위한 수단으로 사용하는 페이퍼컴퍼니인 코어스포츠에 송금하는 경우 최순실이 송금받은 외화를 독일 등 해외에서 재산은닉을 위해 만들어지 다른 계좌나 재산으로 분산되어 재산추적을 피하기 위한 의도로 사용될 것을 잘 알고 있었습니다.

4) 여기서도 사실관계의 실질을 파악하지 않고, 새로운 독특한 법리나 추상적인 원리를 통하여 법의 적용을 피하려고 하는 것이 아닌가 의문이 들게 됩니다.

Ⅵ 겁박 당한 뇌물범죄라는 사건성격과 양형에 대한 판단

1. 각 죄의 법정형과 법원이 형량을 정할 수 있는 범위

가. 법정형

뇌물공여죄는 5년 이하, “특정 경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률” 제3조(횡령) 중 50억 이상의 범죄는 5년 이상의 징역, 제4조(재산 국외도피)는10년 이상, 무기, “범죄수익의 은닉 규제 및 처벌 등에 관한 법률“ 제3조 범죄수익 발생 원인과 처분에 관한 사실 가장죄는 5년 이하의 징역, ”국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률“ 제14조 위증죄는 징역 1년 이상 10년 이하의 범죄이다.

나. 경합관계의 가중

여러 범죄가 경합하는 경우에는 가장 중한 형의 형기를 2분의 1까지 가중할 수 있는데, 이재용 피고인에 적용된 범죄 중 가장 중한 형의 범죄는 “재산 국외도피”죄로 10년 이상 무기징역까지 가능하므로 “재산 국외도피”죄가 인정되는 경우 별도의 가중 없이 최고형이 무기징역형임.

다. 법원의 작량감경

법원의 피고인의 정상관계를 참작하여 법정 최저형의 2분의 1까지 감경할 수 있으므로 “재산 국외도피”죄가 인정되는 경우 법원이 최대한 선처하여 형을 감경하더라도 5년 미만의 징역형은 선고할 수 없음(참고로 형의 집행유예가 가능한 징역형의 범위는 3년 이하의 징역형까지임).

라. 왜 다른 재벌총수들에 대한 범죄와 달리 구형량이 10년 이상으로 높은가?

지금까지의 재벌총수에 대하여 적용된 범죄의 구형량에 비하여 구형량이 높은 이유는 법정형의 최하한이 10년 이상인 “재산 국외도피”죄가 적용되기 때문인데, 이재용 피고인이 무죄를 다투는 상황에서 특검이 법정형 최저형량 이하로 구형을 할 수는 없을 것임.

2. 양형에서 종합적으로 고려되어야 하는 사정

가. 정경유착의 주도권이 누구에게 있었나가 양형에 미치는 영향

1) 물론 삼성을 비롯한 재벌들은 박근혜 전대통령의 직권남용 행위 내지 공갈(?)행위의 피해자에 불과한 것이라면 뇌물공여죄에 대해서는 무죄를 받을 수도 있을 것이나,

그러한 경우에도 박근혜 전대통령의 강압으로 자금지원을 거부하기 어려운 상황에서도 이러한 상황을 이용하여 당면한 현안도 청탁하게 된 것이라면, 뇌물죄와 공갈죄의 상상적 경합을 인정하고 있는 대법원 판례에 따르면 뇌물공여죄가 성립할 것임. 다만, 법원이 뇌물공여의 상황을 이렇게 판단한다면 양형에 일부 참작할 사정이 될 수 있습니다.

2) 박전대통령은 퇴임 후의 활동을 위해서는 그 동안 자신의 재산이나 생활을 관리해 준 최순실의 도움이 필요했고, 최순실이 제안하여 설립되는 미르나 케이스포트 재단 등도 자신의 퇴임 후 활동의 기반이 될 것이라는 생각에서 자금력이 풍부한 삼성의 금전적 지원을 받으려 하였는데, 삼성이 이러한 청와대의 사정을 알고 이를 활용하여 경영권이 안정적 확보를 위한 경영권 정지 작업에 청와대의 도움을 받으려 한 것이라면 삼성측이 어느 정도 주도적으로 뇌물을 공여하면서 현안에 대한 정부의 지원을 얻어낼 한 것이어서 죄질이 않 좋은 것으로 판단될 것이므로 형량이 높아질 수 있을 것입니다.

3) 경영권 승계 플랜을 치밀하게 실행하기 위하여 삼성이 주도적으로 청와대에 경영권 승계에 필요한 지원을 요청하고 박근혜 대통령과의 독대자리를 만들어 대통령의 요구사항을 들으면서 적극적으로 경영권 승계에 필요한 사안들을 청탁해 온 것이라면 형량은 더욱 높아질 수 있을 것입니다.

나. 죄질이 나빠 양형에서 가중사유가 될 수 있는 사유 : 특검이 양형과 관련하여 들고 있는 사유들은

1) 최순실에게 뇌물을 제공하는 범죄 실행단계에서부터 문제가 될 것에 대하여 허위 용역계약 등의 방법을 동원하여 범죄를 숨기기 위한 수단을 미리 준비한 점,

2) 대통령과의 독대자리에서 큰 틀의 합의를 하면, 삼성그룹의 주요 계열사들과 주요 정부부처 등이 동원되어 구체적이고 세부적인 내용들이 정해지면서 범행이 진행된 점,

3) 대통령의 요구에 따라 어쩔 수 없이 자금을 교부한 것으로 자신들은 피해자일 뿐이라고 변명하는 등 수사와 재판의 진행단계 마다 주장을 바꾸는 등 수사 및 재판과정에서 허위 진술과 진술 번복을 통하여 수사기관과 법원을 기망하려는 시도를 계속하고 있는 점,

4) 피고인 이재용이 대통령과 독대한 사실은 인정하면서도 뇌물제공의 진행은 피고인 최지성의 책임 하에 이루어졌기 때문에 알지 못한다고 변명하는 등 미래전략실 실장이 총수의 승인 없이 단독으로 자금 지원을 했다는 경험칙이나 상식에 반하는 궁색한 변명하며 다른 피고인들에게 책임을 미루고 있는 점,

5) 뇌물공여에 제공한 자금이 개인의 자금이 아니라 계열사 법인들의 자금인 점 등입니다.

다. 이 사건이 가지는 사회적 의미가 양형에 미치는 영향

이러한 구체적인 양형 사유 외에도 아래 결론과 같이 이 사건 재판이 망국적인 정경유착으로 이한 국민주권주의와 대의민주주의, 경제주체간의 조화를 통한 경제민주화 등 유린된 헌정질서의 회복, 재벌그룹이 보여주는 사법질서 경시풍조의 근절 등 우리사회의 정상화에 필요한 여러 공익적 필요성도 양형의 중요한 판단근거가 되어야 할 것입니다.

3. 정경유착이 아니라 겁박당한 요구형 뇌물죄라는 판단

가. 2심은 원심과 달리 이 사건을 “대한민국 최고 정치권력자인 박 전 대통령이 국내 최대 기업집단인 삼성그룹의 경영진을 겁박하고, 박 전 대통령의 측근인 최서원이 그릇된 모성애로 사익을 추구하였으며, 피고인들은 정유라에 대한 승마지원이 뇌물에 해당한다는 사실을 알고서도 박 전 대통령과 최서원의 요구를 거절하지 못한 채 거액의 뇌물공여로 나아간 사안”이라고 판단하였습니다.

1) 2심은 “뇌물의 액수도 적은 금액이 아니고, 이에 더하여 뇌물공여와 횡령 범행을 가장, 은폐하는 행위도 병행되었다. 이처럼 피고인들이 공무원의 부패에 조력하여서는 안 된다는 것은 대한민국 국민으로서 부담하는 법적 의무이고, 국내 최대 기업집단인 삼성그룹의 경영진에게 부여된 사회적 책임이기도 하다. 피고인들의 범행으로 대통령의 직무집행의 공정성과 이에 대한 사회의 신뢰가 훼손되었고, 경제계 일선에서 노력하는 기업 임직원들의 도덕성에 대한 일반 국민들의 불신도 가중되었다.”고 판시하면서도

2) “박 전 대통령의 승마지원 요구를 쉽사리 거절하거나 무시하기 어려웠다고 보이고, 이러한 요구에 따라 수동적으로 이 사건 범행에 이르렀으며, 업무상횡령 범행의 피해를 회복하였고, 아무런 범죄전력이 없다.”는 이유로 집행유예를 선고하였습니다.

나. 더욱이, SK 그룹은 박근혜 전대통령의 뇌물요구를 거절하고, 다른 재벌들도 소극적으로 임했으나, 삼성은 최순실과 직접 만나 뇌물을 제공하고 이를 은폐하려 한 점에 비추어 보면 다른 재벌과 비교해 보아도 삼성이 박근혜 정권의 강요에 의해 수동적으로 임했다고 보기 어렵습니다.

SK 그룹의 경우 대통령으로부터 2016. 2. 29. 펜싱 등 케이스포츠 재단의 해외전지훈련 지원 명목으로 89억원을 비덱스포츠(코어스포츠의 명칭변경)로 지원해 줄 것을 요구받았으나, 법령위반 등의 소지가 있어 곤란하다는 이유를 들어 거절하는 등 삼성그룹과는 다른 태도를 취하였습니다. 대통령의 위법한 요구라고 판단하였지만, 강박으로 느껴 어쩔 수 없이 출연한 것이라는 주장이 쉽게 받아들여질 수 없는 것입니다.

다. 2심은 “정치권력과의 뒷거래를 배경으로 한 문어발식 사업 확장, 거액의 불법·부당대출, 국민의 혈세로 조성된 공적 자금의 투입 등과 같은 전형적인 정경유착의 모습을 이 사건에서는 찾을 수 없다.”고 하면서 정경유착에 ‘전형’이 아니다. 라고 하고 있습니다.

2심 재판부는 정경유착의 문제를 70-80년대식의 큰 이권사업의 인·허가나 공기업 불하 등 직접 큰 이권을 챙기는 사업으로만 좁게 보는 편협된 시각도 보여주고

있는데, 2000년대 이래로 한국의 재벌들의 현안은 주식가치가 높은 주력기업의 주식을 보유하지 못한 재벌 2-3세들에게 어떻게 하면 적은 자금으로 많은 지분을 승계시켜 경영권을 확보하느냐에 주된 초점이 있습니다.

라. 결국 다른 많은 주식투자자, 채권자, 노동자들의 희생을 전제로 회사법, 형법, 세법 등의 국가의 기본질서와 충돌을 하게 되어, 정치권력이 불법을 눈감아 주는 상황에서 추진될 수밖에 없습니다. 이러한 정치권력의 비호를 통해 경영권 승계작업을 하려 했던 것이 이 사건의 본질임에도 불구하고 2심은 한국의 재벌 지배구조의 현안을 제대로 파악하지 못하고 있다는 한계도 드러내고 있습니다.

범죄사실에 대한 충분한 심리에 치중하지 않고 "경영권 승계작업"이 법리적으로 명확한 개념작업이 필요한 법리의 영역인양 태도를 취하는 것도 재벌들의 현안인 불법, 탈법 경영권 승계의 사실을 외면하고 마치 고도한 법리의 영역에 이 사건 판단의 본질이 있었던 것처럼 보이려는 것이 아닌가도 생각됩니다.

4. 소위 대기업 총수에게만 적용된다는 "3·5룰"의 의혹

이번 판결도 보아 사실상 3.5룰이라고 하는 재벌총수들에게 집행유예를 선고하기 위한 결론을 염두에 두고 공소사실을 최대한 제한적으로 인정하려한 판결이 아니냐는 비판이 제기될 수밖에 없습니다.

1조 5천억 원대 분식회계를 벌였던 SK그룹 최태원 회장. 286억 원 횡령과 2천800억 원대 분식회계 혐의였던 두산 일가. 1천억 원대 비자금을 조성했던 현대차 정몽구 회장. 466억 원 탈세와 1천500억 원대 배임이 유죄로 인정됐던 삼성 이건희 회장. 범죄 종류도 액수도 천차만별이지만, 이상하게도 법원의 판결은 똑같았습니다. "유죄, 징역 3년에 집행유예 5년", 재벌들은 이 판결을 받고 감옥에 가지 않거나, 감옥에 갔다가도 풀려났습니다. 집행유예는 징역 3년이 넘으면 내릴 수 없습니다. 이 때문에 법원이 유독 대기업 관련 재판에서는 억지로 3년 이하의 형량을 맞추고 있다는 비판이 많았습니다.

2심 판단대로 하더라도 36억원이 넘는 돈을 횡령하고, 뇌물을 제공하며, 온 국민이 보는 국회청문회에서 위증을 한 사실이 인정됩니다. 2심이 최종적으로 인정한 범죄의

내용만으로도 일반적으로 집행유예가 선고되기 어려운 내용입니다.

Ⅶ 망국적인 정경유착이 헌정질서와 우리사회에 주는 교훈

1. 망국적인 정경유착의 역사와 헌법상 경제민주화 원리의 훼손

가. 우리 현대사에서 정경유착을 근절하려는 노력이 정치권력과 경제계 양측에서 여러 차례 있었습니다. 전국경제인연합회(전경련)의 모태는 1961년 7월 재벌기업들이 '부정축재자 처벌'을 피하는 대신 '경제재건에 헌신할 것'을 약속하며 발족한 '경제재건 촉진회'인데, 그 시작부터 정경유착 근절이라는 엄혹한 국민의 질타에서 출발했다는 것을 알 수 있습니다.

그 뒤로도 1988년 전두환 전 대통령의 일해재단 자금을 전경련이 주도하여 모금한 사실이 '5공 청문회'에서 드러났고, 1995년 노태우 전 대통령 대선비자금 사건으로 재벌총수들이 유죄 판결을 받은 후에 1995년 11월 3일 전경련은 음성적 정치자금을 내지 않겠다는 정경유착 근절선언을 했습니다. 하지만 1997년 세풍사건, 2002년 불법대선자금 사건 등 재벌기업들과 정치권력의 정경유착 행태는 계속 되었습니다.

나. 경제민주화의 헌법원리 훼손

헌법 제119조의 경제민주화의 이념을 위반하여 재벌에 유리한 국가정책과 제도를 만들기 위해 지속적인 정경유착의 고리가 이어져온 사실을 보여줌. 정경유착(政經癒着)은 국민의 안전과 공공복리를 위해 사용되어야 할 국가권력을 특정 대기업의 이익을 위해 사용함으로써 경제력집중과 탈세, 부정부패, 법과 정의의 실종 등을 낳아 그 자체로 망국적인 것임. 특정 재벌들이 요구하는 경제정책이 때로는 노동자, 중소기업, 소상인 등 경제적 약자의 보호를 통한 균형있는 경제발전이라는 헌법의 이념에 위반하거나 국민의 건강과 환경의 보전 등 공익적 가치와 배치되기도 합니다.

다. 공론의 장에서 공개된 토론과 논쟁을 거쳐 채택되어야 할 경제정책이 정경유착의

음습한 통로를 통해 채택된다면 그로 인한 경제의 왜곡과 법과 정의의 실종은 뒤로 하더라도 국가정책의 신뢰 자체가 상실되어 국가정책을 둘러싼 갈등과 불신이 확산될 것입니다.

라. 일본의 경우 '경단련'이라는 대기업이익단체가 오랜 기간 정치자금을 제공하는 역할을 하였다. 그러나 일본의 경단련도 2010년 3월 8일 대기업이익에 합치하는 정책평가를 통해 정치헌금을 하는 행태를 중단하고 미국 등을 참조해 총수 개인 헌금을 확대하겠다는 '정경유착 단절선언'을 한 바 있습니다.

서구유럽이나 미국 등에서도 종종 대형 뇌물사건이 발생하기도 하지만, 우리 사회와 같이 재벌대기업들과 정치권력 사이의 정경유착이 고착화 되는 현상은 나타나지 않고 있습니다. 왜냐하면 정경유착 범죄에 대해서는 엄벌로 대처하여 정경유착의 고질병을 근절하기 위해 노력해 왔기 때문입니다.

2. 국민주권주의와 대의민주주의, 헌법의 기본질서의 훼손

재벌들과 최순실 등 비선실세들이 국정에 개입하여 국가의 경제정책, 공정거래정책, 금융정책, 국민연금 등 공공기관의 운영을 좌지우지 하려고 함으로써 국가의 운영이 국민의 민주적 의사에 기초하지 않고 소수의 특권층에 의해 좌지우지 되어 국민주권주의가 훼손되고 있다는 사실을 보여주고 있습니다.

3. 재벌그룹이 총수의 사기업처럼 운영되는 현실과 재벌개혁의 필요성

1) 총수의 위법한 지시에 대하여 비판과 논쟁의 과정도 없이 삼성그룹 계열사 전체가 일사분란하게 움직이고 각 계열사 이사회에서는 이러한 위법한 지시에 따른 자금 출연에 대해서 아무런 이의제기가 없었다는 점에서 GDP의 18%를 차지하고 있는 1위의 재벌그룹에서도 여전히 재벌그룹을 총수 개인의 사기업처럼 운영하고 있는 것이 아닌가 하는 의구심이 들게 하고 있습니다.

2) 재벌개혁이 시급히 추진되어야 한다는 교훈을 보여 준 이번 사건

재벌총수들의 전횡을 방지하기 위해서 적어도 위법한 총수의 지시에 대해서는 단 한명의

이사라도 반대의견을 내고 위법한 행위가 이사회의 결의를 통해 집행되지 못하도록 이사회에 견제와 균형을 갖출 수 있는 시스템을 만드는 회사법 체계의 개혁이 필요합니다. 예를 들어, 소수주주의 대표를 이사로 이사회에 보낼 수 있는 집중투표제, 근로자 대표를 이사회에 보내 회사에 피해를 입히는 위법한 결정에 대해서는 견제를 할 수 있도록 하는 노동자이사제 등 국회에서도 많은 논의가 되고 있는 재벌개혁 과제들이 시급히 추진되어야 한다는 교훈을 주고 있습니다.

4. “유전무죄 무전유죄”의 사법불신과 사법개혁의 요구

가. 사법질서의 경시태도

최고 정치권력과의 유착을 통해서라면 법률을 위반하면서까지 재벌총수나 재벌그룹의 현안에 유리한 정책이나 행정을 이끌어내겠다는 생각이 여전히 존재하고 있다는 사실이 확인되고 있고, 뇌물공여의 범죄행위라는 인식이 있어 처음부터 허위의 용역계약서를 작성하고, 언론에 노출되면서는 범죄를 은폐하기 위해 허위의 매매계약서를 작성하는 등 범행을 치밀하게 은폐하려는 행위까지 이어져 중형이 부여되는 재산국외도피와 범죄수익은닉 행위 등까지 하게 되는 등 범죄행위 자체에서도 국가이 사법질서에 대한 존중의식이 결여되어 있음을 보여주었습니다.

수사와 재판과정에서도 조직적인 증언거부, 입맞추기 등의 법원이 실체진실을 밝히려는 사법적 노력을 방해하는 행위가 보여지고, 시종일관 국가적 격변을 치루었던 이번 국정농단 사태에 대한 일말의 책임의식 보다는 시종일관 대통령의 직권남용죄로 인한 피해자에 불과하다는 주장이나 최순실로부터 강박을 당하였다는 주장, 자신은 미래전략실 운영에 관여하지 않았다는 등 책임에서 벗어나려는 태도를 보여국민들에게 실망을 안겨주었습니다.

나. 국민들이 이 사건을 통해 법원을 바라보는 시각

위와 같은 재벌총수의 사법부를 경시하는 태도에도 불구하고, 법원이 일반인이라면 생각할 수 없는 천문학적 액수의 뇌물과 횡령 등의 범죄에 대해서 집행유예형을 선고하자 국민들은 다시 역시 우리 법원은 “유전무죄, 무전유죄야”라는 사법부에 대한 불신의

시각을 표출하고 있습니다.

아직도 법원의 판사들이 재벌총수들이 실형을 받으면 재벌그룹이 어려워지고 재벌그룹이 어려워지면 우리 경제가 어려워지니 어쩔 수 없이 재벌총수는 집행유예로 석방해야 한다는 낡은 도그마에 갇혀 있는지도 모릅니다. 판사 본인은 법관의 양심에 앞서는 애국심(?)의 발로에서 재벌총수에 관대한 판결을 내릴 수도 있으나, 그 결과 사법부 전체의 신뢰, 법의 정의나 법의 형평의 실현이라는 법의 이념에 대한 신뢰는 바닥에 떨어질 수밖에 없습니다.

다. "필요적 배심제 적용"의 문제제기에 대해

이러한 국민들의 법원에 대한 불신이 높아지자, 국회에서는 뇌물범죄나 재벌총수들의 대규모 경제범죄에 대해서는 필요적 배심사건으로 지정하도록 하는 입법을 추구하고 있습니다.

그러나 배심재판은 국민의 재판청구권의 한 내용으로 피고인이 선택해야 할 권리의 내용이지 의무적으로 강요될 수 있는 성질의 것은 아닙니다. 그 피고인이 재벌총수일지라도 마찬가지일 것입니다. 검찰이 일정한 경우 배심재판을 청구하는 것도 결과적으로는 피고인의 재판청구권의 일내용으로서 배심재판 선택권을 침해하는 것이 됩니다.

라. 법원 내부의 사법개혁

결국 법원 내부의 사법개혁이 문제해결의 중심이 되어야 합니다. 고위 법관을 소위 서울법대 출신의 40-50대 보수적인 남성 판사로만 채워지는 것을 인사혁신을 통해 개혁하고, 실질적인 대등재판부 구성을 통해 재판장이 사실상 혼자 결정하고 배심판사들은 판결문만 작성하는 방식이 아니라, 3인의 판사들이 대등하게 치열하게 논쟁하여 서로에 대한 견제와 균형을 통해 일반 국민들의 상식이나 법감정과 크게 벗어나는 판결들이 남발되지 않도록 해야 합니다.

법원 내부에서도 대법원 판례는 바뀌지 않았는데도 하급심에서 대기업 총수들에 대한 횡령, 배임죄 등의 경제범죄에 대하여 경영상 판단의 법리가 광범위하게 적용되어 매우

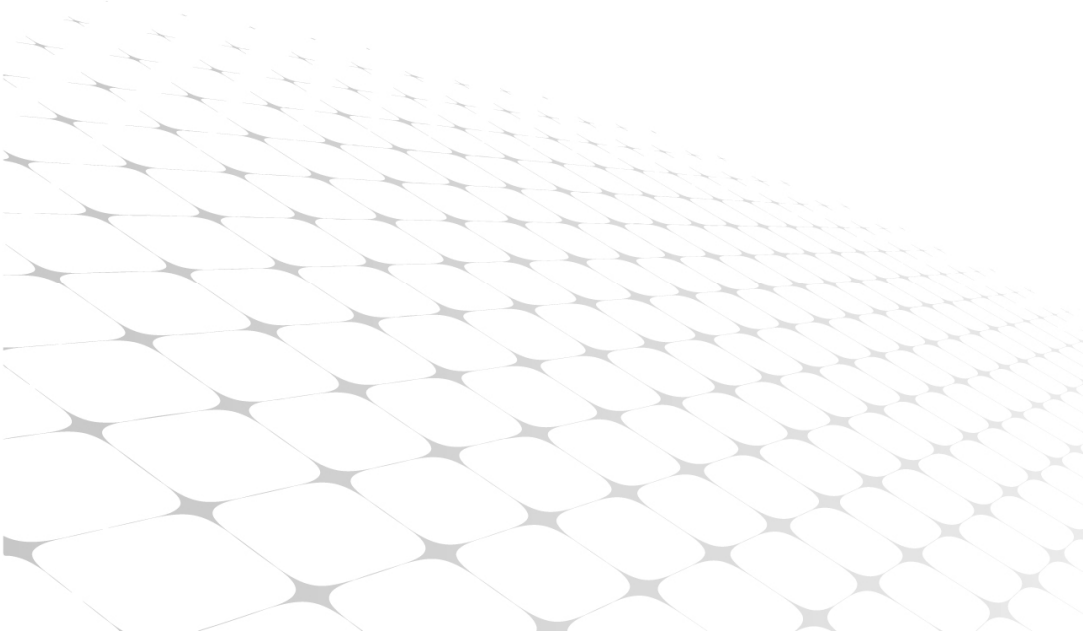
제한적인 처벌이 이루어지는 현실이나, 경제질서의 기본을 이루는 공정거래위원회의 재벌과 대기업에 대한 불공정행위 제재에 대하여 이를 배척하는 판결이 나오는 현실에 대하여 그러한 경제범죄나 불공정행위가 처벌되지 않는 것을 보고 좌절하는 대다수 국민의 시각에서 심각하게 판례비평 등의 활동이 이루어져야 합니다.

정치권력과 경제권력의 내밀한 영역에서 벌어지는 부패범죄에서는 내부고발자의 역할이나 내부에서 작성된 업무일지 등이 증거자료가 중요함에도 이러한 내부고발자의 진술이나 증거서류들이 쉽게 배척되는 점도 부패가 만연되는 현실에서 경계하지 않을 수 없습니다. 대법원의 명확한 법리의 정립이 필요합니다. 무엇보다도 이 사건에 대한 대법원 상고심의 신속하고 적극적인 심리를 통해 정경유착 범죄에 대한 엄정한 판단이 내려지는 사법부의 새로운 모습을 기대해 보고자 합니다.

발 제 2

삼성, 이대로 좋은가?

이상훈 변호사 (경제개혁연대)

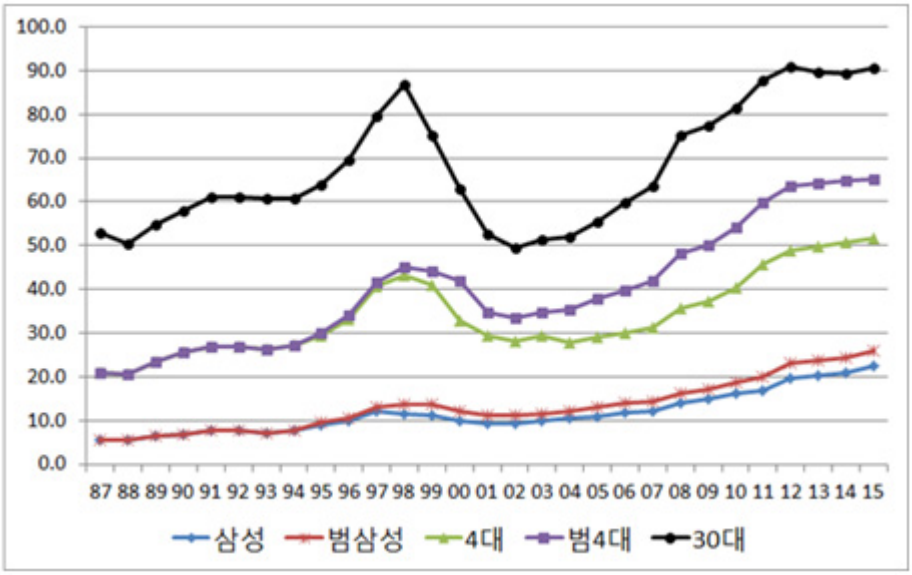


삼성, 이대로 좋은가?

이상훈 변호사 (경제개혁연대)

I 삼성을 문제 삼는 이유

1. 삼성그룹은 어떤 곳인가



○ 위 그림은 재벌로의 경제력집중 추이를 나타내는 통상적인 지표의 하나인 GDP 대비 재벌 자산총액의 비율을 나타낸 것.

○ 2015년의 경우 30대 재벌의 자산총액(1,409.4조원)을 기준(100.00%)으로 하면, 삼성그룹이 1/5(22.6%), 범삼성그룹[삼성, 신세계, CJ, 한솔, 중앙일보사]이 1/4(25.9%)을 차지

○ 지난 10년간 재벌의 경제력 집중이 지속적으로 심화했고, 특히 삼성그룹으로의 경제력 집중이 두드러진 상황

2. 특정 재벌로의 경제력 집중을 어떻게 보아야 하나

○ 경제력 집중은 경제력 남용의 위험성으로 이어지고, ⅰ)경제적 효율성의 저하, ⅱ)소유집중에 따른 분배적 형평 저해, ⅲ) 소수 자연인의 의사가 시장기구의 자동조절작용을 대체함에 따라 분권주의에 입각한 경제민주주의 역행, ⅳ) 정치·행정력과 결부된 정경유착의 유발, ⅴ) 거대 경제력에 대응하기 위한 정부의 강력한 권력이 주는 민주주의 체제의 내재적 위험, ⅵ) 이해집단간의 사회적 갈등, 정치적 분극화, 그리고 이에 따른 자본주의체제의 내적해체요인으로 작용하는 등의 폐해를 유발할 가능성이 높음.

○ 삼성 역시 막강한 경제력을 활용해 법조계는 물론 정치계, 학계, 언론 등에 막대한 영향력을 행사하면서 그동안 각종 사회적 문제점을 유발하고 있음.

3. 재벌 총수 형사 재판에서의 언론에 대한 영향력 행사례

○ 그 중 하나로서 금번 이재용 사건과 같이 재벌 총수에 대한 형사 재판에서 자신의 자본력을 이용하여 언론에 부당한 영향력을 행사하고 있는 것을 지적할 수 있음.

○ 민주정책연구원의 용역을 의뢰받아 2015년에 경제개혁연대가 발표한 「4대 재벌의 언론사 광고 지배력 분석」보고서에 따르면 다음과 같음.

〈표 1〉 삼성그룹의 매체별 광고시장 점유율(2001~2014)

(단위: %)

	지상파TV	라디오	신문	잡지	4매체 계	종합편성채널
2001	6.20	4.66	2.18	1.42	3.59	
2002	7.34	5.49	2.56	1.58	4.35	
2003	7.44	4.32	3.16	1.88	4.67	
2004	7.40	5.39	3.55	1.95	4.95	
2005	7.04	5.00	3.12	2.59	4.51	
2006	6.63	4.25	2.86	2.59	4.20	
2007	5.73	4.27	2.24	2.32	3.43	
2008	5.51	3.81	1.82	2.77	3.18	

	지상파TV	라디오	신문	잡지	4매체 계	종합편성채널
2009	5.25	3.63	2.49	2.81	3.52	
2010	5.94	2.75	4.08	3.33	4.67	
2011	7.39	3.91	3.44	3.33	4.98	
2012	7.39	3.06	3.65	3.38	5.09	
2013	6.89	3.63	4.23(5.96)	3.08(3.05)	5.25(6.03)	3.69
2014	6.97	4.48	3.96(5.56)	1.92(1.94)	5.17(5.87)	3.18

주: ( )안은 신단가를 적용하여 산정한 점유율

○ 삼성의 경우 광고시장 점유율이 줄곧 1위이었지만, 2007년부터 2009년까지는 2001~2014 기간 평균의 77.08%(2007), 60.99%(2008), 77.08%(2009)로 광고비를 대폭 줄임. 2007년부터 2009년까지는 이건희 회장에 대한 삼성특검 수사와 재판이 진행된 기간이었고, 재판이 종료된 2010년에 삼성의 광고비가 2006년 수준을 회복

○ 참고로 이는 다른 재벌도 비슷해서 광고시장 점유율이 2위인 현대자동차는 정몽구 회장의 배임횡령 사건 재판이 진행된 2007년도에 광고비를 2001~2014 기간 평균의 73.59%만 지출.

○ 금번 이재용 재판 진행 중에도 삼성이 광고료를 축소한다거나 경제지 등을 중심으로 빈번하게 접촉하였다거나 법조부가 아닌 산업부 기자들이 활동을 많이 했다는 등으로 언론에 부당한 영향력을 행사한다는 이야기들이 여러 경로에서 들려오고 있음.

○ 금번 사건은 삼성이 막강한 경제력을 활용하여 부당하게 영향력을 행사한 사례들 중 재벌·총수 일가의 경영권 승계 과정과 관련된 것임.

Ⅱ 삼성에서의 경영권 승계

1. 경영권 승계 문제가 왜 중요한가

○ 2000년 이후 유죄판결을 받은 총수일가 사건은, 77개 그룹 중에서 32개 그룹(41.6%)의 총수일가 47명으로 분석. 총수일가가 유죄판결을 받은 혐의는 대부분 특경가법 배임・횡령・사기 및 증권거래법・외감법 위반임. 즉, 대부분 부실이 심화되는 와중에 그룹 경영권을 유지하기 위한 목적이거나 또는 후속 세대로의 경영권 승계 목적과 관련된 것임[1].

○ 경영권 승계(또는 지배권 승계) 과정에서 불법이 많이 발생하는 이유는, 50%이상(대주주가 경영권을 물려줄 때에는 할증액을 추가로 더하여 세율이 65%까지 올라감)의 상속세와 다른 공동상속인들과의 상속재산 분배를 고려하면 상속과정에서 지배권이 희석되는 것이 마땅함에도 불구하고, 상속인이 부모가 누린 지배력을 동일하게 유지하려고 욕심을 내려고 하다가 불법이 개입되는 것임.

○ 2세, 3세들이 지배력을 동일하게 유지하려는 작업은 그룹별 상황에 따라 제각기 다른 모습으로 나타나는데, 대표적으로 공익재단 및 차명주식의 이용, CB・BW 등의 주식관련 사채의 활용, 일감몰아주기 및 회사기회유용, 자사주를 활용한 인적분할, 지주회사로의 전환 등이 활용되었음. 구체적인 모습은 「재벌승계는 어떻게 이루어지나(그룹별 분석 시리즈), 경제개혁연구소(2011)」 참조.

○ 재벌의 경제력 집중은 시장 왜곡을 넘어 사회 전체에 '영향력의 쏠림' 현상을 초래하고, 그 과정에서 재벌·총수 일가가 지배주주로서의 개인적인 이익을 위해 영향력을 행사할 위험성이 있음. 예컨대 이재용 재판에서도 다루어진 삼성물산 합병사건도 이재용이 자신의 경영권 승계에 유리하도록 국민연금까지 동원하게 하였고, 그 과정에서 자본시장과 언론에 엄청난 영향력을 행사하였음.

1) 경영권 승계에 대한 사회적 규범의 모색, 김상조, 보수진보토론회 (2015)

○ 이와 같이 경영권 승계 문제는 재벌·총수 일가의 지배주주로서 이익과 밀접하게 관련된 문제로서 그 과정에서 불법이 많이 발생할 위험성이 있고, 개인적인 이익을 앞세우는 과정에서 사회 전체의 불이익과 비효율성을 초해할 위험성이 있기 때문에 이에 대한 관심이 필요함.

2. 삼성이 안고 있는 경영권 승계 문제

○ 이재용 재판에서 삼성은 줄곧 이미 이재용으로의 경영권 승계가 이루어졌기 때문에 경영권승계 작업은 필요하지도 않았다는 입장이고, 이재용 역시 재판과정에서 “경영권 승계 작업? 생각해본 적도 없다”는 태도로 일관.

○ 반면 1심에서 증인으로 출석한 김상조 현 공정거래위원장은 “삼성그룹 출자 구조는 언제든 무너질 수 있는 취약한 구조”이고, “박 전 대통령이 반대했다면 (합병 작업을) 시도하지 못했을 것”이라고 증언.

○ 서로의 관점이 다른데, 삼성그룹의 지배구조는 취약하다고 보아야 하고, 이는 삼성그룹이 외형적으로는 급성장했지만, 기형적인 지배구조를 중간에 시정할 기회가 있음에도 불구하고 자발적인 시정을 외면하다가 고착화 된 것임.

○ 삼성그룹의 지배구조의 가장 큰 문제점은 핵심 계열사인 삼성전자의 시가총액이 나머지 삼성 계열사들 전체를 합친 것보다 3배 이상 큰 반면, 지배주주의 삼성전자에 대한 내부지분율은 매우 취약하다는 점에 있음.

○ 즉, 이건희 회장이 쓰러지기 전인 2013년 말 기준으로 볼 때, 삼성전자의 경우 이건희 회장의 지분은 3.38%, 이재용 지분은 0.57%에 불과하였음. 당시 이재용의 경우 삼성의 핵심인 삼성전자에 대한 지분은 미미한 반면, 유동성이 부족한 비상장사인 에버랜드(현 삼성물산) 지분 25.10%와 삼성SDS 지분 11.25%를 중심으로 한 계열사 지분을 보유를 하고 있었을 뿐임.

○ 따라서 이재용으로서는 자신이 보유하던 비상장사인 에버랜드와 삼성SDS 주식을 삼성전자에 대한 지배력으로 전환시켜야 하는 기본과제가 있었음.

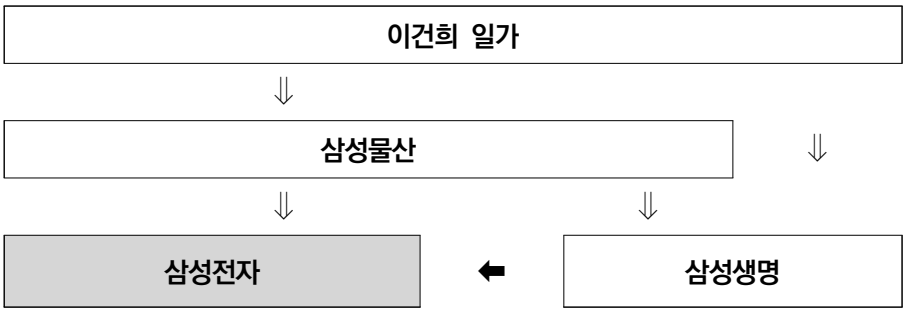
〈이재용의 기본과제〉

○ 이러한 경우 이재용으로서는 삼성전자의 지분을 직접 늘리거나, 삼성전자의 대주주 지분을 장악하는 방법을 고민하여야 함.

○ 우선 삼성전자의 지분을 직접 늘리려면 막대한 자금이 소요되기 때문에 상속세 재원을 마련하기 이해서라도 이재용은 자신의 주된 재산인 비상장사인 에버랜드와 삼성SDS 주식을 조속히 상장할 필요가 있었음.

○ 삼성전자의 대주주 지분을 장악하는 방법과 관련해서는 삼성전자의 경우 1대 주주는 삼성생명이고, 2대 주주는 삼성물산임. 즉 이건희 회장은 삼선전자에 대한 취약한 내부지분율을 대신해 1대 주주인 삼성생명(7,2%), 2대 주주인 삼성물산(4.1%) 등 계열사를 통해 삼성전자를 지배하였고, 삼성물산도 삼성생명을 통해 지배하는 등 삼성 총수일가는 사실상 삼성생명을 통해 삼성그룹 전체를 지배하는 구조임.

〈그림 1〉 삼성그룹의 지배형태



○ 그런데 1대 주주인 삼성생명의 경우 그동안 삼성이 금융부문이 비금융부문을 지배하는 거의 유일한 그룹이라는 비판을 받을 정도로 금산 분리의 법률 이슈의 문제를 계속 안고 가야 하는 문제가 있음.

○ 2대 주주인 삼성물산의 경우 결국 이재용은 삼성물산과 에버랜드(제일모직)을 합병하여 자신의 에버랜드(제일모직)에 대한 지배력을 삼성물산에 대한 지배력으로 전환시키는 작업을 시도함.

삼성전자의 지분을 직접 늘림	⇨	**비상장사인 에버랜드와 삼성SDS 주식을 조속히 상장해야**
1대 주주인 삼성생명을 장악	⇨	**금산 분리의 법률 이슈의 문제를 계속 안고 가야**
2대 주주인 삼성물산을 장악	⇨	**결국 삼성물산과 에버랜드(제일모직)의 합병 시도**

〈삼성전자에 대한 지배력으로의 전환시 고려할 점〉

○ 이와 같이 이건희 회장이 쓰러진 2014년 기준으로 이재용으로의 경영권 승계를 위한 여러 작업들이 필요한 상황이었음.

3. 항소심에서 바라 본 경영권 승계

○ 그러나 항소심에서는 아래와 같이 이재용으로의 경영권 승계 '현황'도 없었고, '작업'도 하지 않았다고 판단함.

〈항소심(2017노2556) 판결문 42쪽 中〉

이 사건 개별 현안들 중 삼성SDS 및 제일모직의 유가증권 시장 상장, 이 사건 합병 및 외국 자본에 대한 경영권 방어 강화, 이 사건 합병에 따른 신규 순환출자 고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화 및 삼성생명의 금융지주회사 전환은 원심이 적절하게 설시한 바와 같이 그것이 성공에 이르는 경우 피고인 이재용의 삼성전자 또는 삼성생명에 대한 지배력 확보에 직접적·간접적으로 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다는 점을 인정할 수 있다.

그러나 이렇듯 직·간접적으로 지배력 확보에 유리한 영향을 미치는 효과가 있었다는 사정은 개별 현안들의 진행과정에 따른 결과를 놓고 평가할 때 그러한 효과가 확인된다는 것이고 그렇게 확인된 결과는 개별 현안들의 진행에 따른 여러 효과(예컨대 구조조정을 통한 사업의 합리화 등)들 중의 하나일 뿐이어서 결과적으로 확인되어진 그와 같은 사정만 가지고는 특검이 주장하는 바와 같은 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'라는 목표성을 갖는, 위 개별 현안들을 통하여 이루고자 하는 의미의 '승계작업'이 존재한다고 바로 인정할 수 없다.

○ 즉 삼성SDS 및 제일모직의 유가증권 시장 상장, 이 사건 합병 및 외국자본에 대한 경영권 방어 강화, 이 사건 합병에 따른 신규 순환출자 고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화 및 삼성생명의 금융지주회사 전환은, 예컨대 구조조정을 통한 사업의 합리화 등을 하다가 초래된 결과이지 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'라는 목표성을 갖는 현황도 아니고 '작업'도 하지 않았다는 판단임.

○ 그러나 위 개별 현황들은 모두 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'와 관련된 사안들로서 삼성은 미래전략실 주도하에 이러한 작업을 진한 것들이고, 구체적으로 아래와 같음

(1) 삼성SDS 및 제일모직의 상장

○ 우선 '삼성SDS 및 제일모직의 유가증권 시장 상장'의 경우, 위 두 회사는 피고인 이재용의 사실상 유일한 보유지분이기 때문에 상속재원 마련을 위해서는 두 회사의 조속한 상장이 필요한 상황

- 당초 2012년 초에 위 두 회사의 상장 문제가 불거졌을 때 피고인 이재용은 언론 인터뷰에서 다음과 같이 답변했음

〈2012년 2월 피고인 이재용의 인터뷰 기사[2] 中〉

최근 논란이 되고 있는 삼성SDS의 상장설에 대해 "현재 삼성SDS와 삼성에버랜드의 상장 계획은 없다"고 잘라 말했다. "수년 내에는 상장계획이 없느냐"는 질문에는 "(어느 시점이 되기까지) 상당히 오랜 기간 상장할 계획은 없다"며 "**오랜 동안 안한다고 보면 된다**"고 설명했다.

그리고 위 인터뷰 다음날에 이인용 삼성 커뮤니케이션팀 부사장은 "상당기간동안" 에버랜드를 상장할 계획이 없다는 점을 재차 강조함. 당시만 해도 피고인 이재용의 인터뷰가 아니더라도 이재용이 당장의 현금 필요성이 있지 않는 이상 합병 등을 통해 장기적으로 가치를 증진시키는 것이 유리하기 때문에 서둘러 상장하지는 않을

2) 2012. 2. 8. 자 머니투데이 기사 http://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2012020711015459198&outlink=1&ref=http%3A%2F%2Fsearch.naver.com

것이고, 특히 그 중 계열사 지분을 많이 보유하고 있는 에버랜드는 계열사 지분 정리를 어느 정도 진행한 후에 상장할 것이라고 예측하는 견해가 많았음.

- 그러나 2014년 5월 이건희 회장이 쓰러진 지 6개월 뒤인 11월에 삼성SDS가, 12월에는 에버랜드가 연달아 상장하였고 그 결과 피고인 이재용은 12월에 블룸버그 통신이 발표한 세계부호 순위에서 184위를 기록하는 거부가 됨(국내에서는 이건희에 이어 2위).

- 이와 같이 삼성은 이건희 회장이 쓰러지자 삼성SDS 및 제일모직의 상장을 종전의 언을 번복하면서까지 신속히 진행하였는 바, 이는 피고인 이재용으로의 경영권 승계작업의 일환으로 보아야 함

- 그럼에도 항소심에서 삼성SDS 및 제일모직의 상장은 피고인 이재용의 경영권 승계와 무관하고, 결과적으로 피고인 이재용의 경영권 승계에 유리하게 작동했을 뿐 삼성이 의도적으로 '작업'을 하지 않았다고 본 것은, 무책임한 법적용 판단임.

(2) 삼성물산과 에버랜드(제일모직)의 합병

○ 다음으로 삼성물산과 에버랜드(제일모직)의 합병은 이재용의 에버랜드(제일모직)에 대한 지배력을 삼성물산에 대한 지배력으로 전환시키는 의도에서 비롯된 것으로서, 피고인 이재용은 지배력 전환의 효과를 극대화시키기 위하여 국민연금을 동원하면서 자신에게 유리하게 합병비율을 조정한 것임.

- 실제로 홍완선 전 국민연금 운용본부장에 대한 업무상배임 판결에 대한 1심 판결에서도 '삼성그룹 경영권 승계작업'을 명문으로 인정하였고, 2심 판결[3]도 이러한 1심 판결의 설시내용을 변경하지 않아 아래 사실관계는 2심 판결에서도 확인한 것임

3) 서울고등법원 2017. 11. 14. 선고 2017노 1886

〈홍완선 전 국민연금 운용본부장에 대한 업무상배임 판결[4]〉

이재용 삼성전자 부회장은 1996년경 삼성에버랜드가 발행한 전환사채를 인수하고, 1999년경 삼성SDS가 발행한 신주인수권부사채를 인수함으로써 아버지 이건희 회장으로부터 증여받은 비교적 소액의 자금으로 이○희 회장과 미래전략실의 전신인 구조조정본부 임직원 등 삼성그룹 경영진의 도움을 받아 삼성에버랜드와 삼성SDS의 지분을 확보한 것을 비롯하여 자신이 지분을 보유한 삼성그룹 비상장사의 상장, 계열사 간의 합병, 순환출자, 자사주 매입, 공익재단 활용 등을 이용하여「최소한의 개인 자금을 사용하여 삼성그룹 핵심 계열사들인 삼성전자와 삼성생명에 대하여 사실상 행사할 수 있는 의결권을 최대한 확보할 수 있도록 하는 것을 목표로 하는 삼성그룹 지배구조 개편(이하 '승계작업' 이라고 한다)」을 미래전략실 주도 하에 지속적으로 추진하여 왔다.

위와 같은 승계작업 계획에 따라 이재용은 2014년 말경 삼성SDS와 제일모직을 유가증권시장에 상장하였다.

- 아울러 위 홍완선에 대한 업무상배임 판결에서는 삼성물산과 제일모직의 합병의 배경을 "당시 이재용 삼성전자 부회장 등 삼성그룹 대주주 일가는 제일모직의 주식 42.19%를 보유하고 있는 반면 삼성물산의 주식은 1.41%만을 보유하고 있었고, 삼성물산은 삼성전자의 주식 4.06%를 보유하고 있는 반면 제일모직은 삼성전자의 주식을 보유하고 있지 않았으므로, 제일모직 주식의 합병가액에 대한 삼성물산 주식의 합병가액의 비율이 낮게 산정될수록 삼성그룹 대주주 일가의 합병 후 법인에 대한 주식 소유비율이 높아지게 됨과 동시에 삼성그룹 대주주 일가의 삼성전자에 대한 지배력이 강화되는 구조"이어서 위 합병이 "이재용으로의 경영권 승계작업의 일환"으로 진행된 것이라고 인정함.

- 그럼에도 불구하고 항소심에서 삼성물산과 에버랜드(제일모직)의 합병은 피고인 이재용의 경영권 승계와 무관하고, 결과적으로 피고인 이재용의 경영권 승계에 유리하게 작동했을 뿐 삼성이 의도적으로 '작업'을 하지 않았다고 본 것은, 마찬가지로 무책임한 법적용 판단임.

4) 서울중앙지법 2017. 6. 8. 선고 2017고합183,

(3) 신규 순환출자 고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화

○ 다음으로 '신규 순환출자고리 해소를 위한 삼성물산 주식 처분 최소화'의 경우, 위 합병 과정에서 신규 순환출자고리가 발생하자 자신의 자금 2000억 원, 삼성생명공익재단을 통한 3000억 원, 총 5,000억원을 들여 삼성물산 주식을 매수할 정도로 삼성물산 주식 1,000만주를 제3자에게 매각하는 것을 꺼려했음.

- 더구나 2015년 5월15일 피고인 이재용이 삼성생명공익재단과 삼성문화재단의 새 이사장으로 선임되면서 "재단을 경영권 승계에 활용할 생각도, 재단이 계열사 지분을 추가로 취득할 계획도 없다"고 밝혔으나, 불과 9개월 뒤인 2016년 2월 삼성생명공익재단이 3000억원 규모의 삼성물산 주식을 매입하며 스스로 공언했던 내용을 뒤집었는 바, 이는 그만큼 그룹 지주회사 역할을 하는 삼성물산 주식의 중요성을 반증하는 것임.

- 따라서 신규 순환출자 고리 해소를 위해 삼성물산 주식의 처분 물량을 최소화하려는 작업 역시 피고인 이재용으로의 경영권 승계작업의 일환으로 보아야 함

(4) 삼성생명의 금융지주회사 체제 전환

○ 삼성생명의 삼성전자 지분 보유라는 삼성 고유의 불안정하고 지속가능하지 않은 지배구조를 해소하기 위해서는 종국적으로는 지주회사 체제로 전환해야 하고, 실제로 이건희 회장이 쓰러지기 직전에 삼성의 금융 계열사들의 지분은 삼성생명의 밑으로 상당부분 정리가 진행되었음.

- 이후 삼성이 두 개의 지주회사체제로 운영할지, 중간지주회사를 매개로 하나의 지주회사체제로 운영할지는 중간지주회사의 허용 여부에 따라 좌우되겠지만, 삼성은 피고인 이재용으로의 경영권 승계 과정에서 발생할 수 있는 금산 분리 원칙에 대한 법률 위험의 해소를 위해 삼성의 금융계열사들을 삼성생명의 밑으로 들어가는 방식으로 지분을 정리하는 방법으로 삼성생명의 금융지주회사 전환을 추진하였음.

(5) 기타

○ 이밖에 공소장에 기재된 중간지주회사의 설립은 하나의 지주회사체제로 운영하기 위한 수단으로서의 의미를, 삼성 바이오로직스의 상장은 삼성물산과 에버랜드(제일모직)의 합병 과정에서 자신에게 유리하게 합병비율을 조정하기 위한 것이라는 점에서 이 또한 '피고인 이재용의 안정적 경영권 승계'와 관련된 사안들임.

(6) 소결

○ 이러한 모든 배경을 무시한 채 항소심에서는 이재용으로의 경영권 승계 '현황'도 없었고, '작업'도 하지 않았다고 판단한 것은 상식에 반함.

Ⅲ 앞으로의 삼성에 대한 과제

1. 경제력 집중에 대한 '사전 규제'의 강화 필요성

○ 특정 재벌로의 과도한 경제력 집중은 경제력 '남용행위'의 위험을 초래하고, 이를 막기 위해서는 개별 '남용행위'에 대한 '사후 규제'와 경제력 집중을 막는 '사전 규제'가 적절히 조화 될 필요가 있음.

○ 그리고 금번 이재용 재판은 재벌의 경제력 집중이 시장 왜곡을 초래하는 일반적인 문제점 이외에 그 배경이 재벌·총수 일가의 경영권 승계라는 지배주주로서의 개인적인 이익을 추구하는 과정에서 발생한 것이라는 점에서 문제의 심각성이 있음.

○ 그러나 이번 항소심 판결은 엄정한 법집행을 위한 최후의 보루인 법원이 상식에도 부합하지 않을 정도로 재벌들에 지나치게 관대한 무능함과 후진성을 보여 줌.

○ 과거 개발독재 시절에는 정치권력이 압도적 힘의 우위에 있어서 정치권력의 자의적 행사(작위)가 정경유착의 근원인 반면, 현재는 정부의 정당한 권한 행사마저 유보하는 소극적 태도(부작위)가 정경유착의 조건이 되었음에도 불구하고, 항소심에서는

"정치권력과의 뒷거래를 배경으로 한 문어발식 사업 확장 등과 같은 전형적인 정경유착의 모습을 이 사건에서는 찾을 수 없다."는 식의 후진적인 인식을 드러냄.

○ 이러한 상황이라면 개별 '남용행위'에 대한 '사후 규제'는 큰 실효성이 없고, 경제력 집중을 막는 '사전 규제'에 보다 많은 초점을 맞추어야 할 것임.

○ 그 중 하나로 삼성 등 거대 재벌들만을 대상으로 하는 특별법으로서, '대기업집단법'의 제정을 적극 검토할 필요가 있음. 구체적인 내용으로는 현행 공정거래법 3장(경제력집중 억제)과 상법 중 일부 강화된 규정을 결합한 내용이 될 수 있음.

2. 이재용 부회장의 역할 변화 필요

○ 이번 이재용 사건도 삼성이 자신의 성공에 너무 도취돼서 자신의 과거의 방식을 집하면서 지배구조 개선에 대한 사회적 요구를 외면한 것에서 비롯됨. 이러한 삼성의 아집은 무노조 경영방침과 반도체 노동자 백혈병 사건에서도 비슷하게 보여 준 바 있고, 이는 단순한 1위 그룹으로서의 자존심이 아닌 자본권력으로 이루어진 자신들의 왕국을 건설하려는 탐욕과 독선이라고 평가할 수 밖에 없음.

○ 특히 이재용 부회장은 재판 과정에서 드러난 기업인으로서의 무능과 시장으로부터의 신뢰 하락을 어떻게 회복할 지의 과제를 안게 됨.

○ 이를 위해서는 삼성그룹이 지속가능한 기업이 될 수 있도록 다양한 해관계자들과의 바람직한 관계를 설정하고 기업지배구조를 개선할 필요가 있음. 그 과정에서 이재용 부회장은 종전과 같이 그룹을 지배하는 것이 아니라 전문경영인에게 경영을 맡기고, 이사회 의장과 같은 지위에서 계열사들이 이뤄진 결정들을 조정하는 코디네이터의 역할로 바꾸어 나가야 할 것임.

3. 국민들의 역할 부여

○ 이재용 부회장의 구속과정은 물론 이번 항소심 판결 이후에서도 시민들의 역할은 매우 중요했음. 즉, 무능하고 무책임한 항소심 판결과 이를 외면하는 언론에도

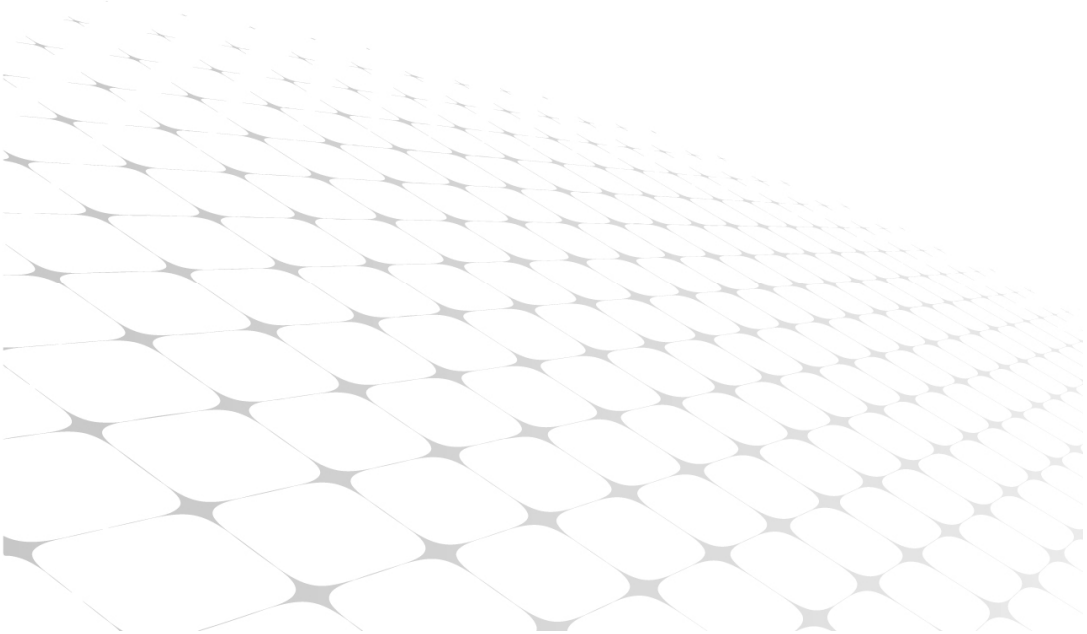
불구하고, 국민들은 인터넷 등을 통하여 항소심 판결의 문제점을 지적하면서 수면으로 가라앉을 뻔한 이슈를 또다시 사회적 관심대상으로 끌어 올렸음.

○ 공정한 시장질서를 만드는 것은 정부만이 아닌 전체 국민들의 역할임을 다시 확인할 수 있고, 국민들이 주주, 채권자, 노동자, 소비자로서 갖고 있는 권리를 적극적으로 주장할 수 있는 통로를 만들 필요가 있음.

토 론 1

이재용 판결로 본 사법개혁의 과제들

한상희 교수 (건국대학교 법학전문대학원)



이재용 판결로 본 사법개혁의 과제들

한상희 교수 (건국대학교 법학전문대학원)

1. 여전한 법조의 흑역사

우리의 사법체계는 "법조(法曹)"라는 이름의 법률가(法)'패거리'(曹)가 지배한다. 원래 법이란 것이 권력의 욕망을 일반추상적 수준으로 재구성하고 이를 정의로 포장한 것이기 십상인 터라, 적지 않은 사례에서 법의 지배는 법률가의 지배를 거쳐 국가폭력이 관철되는 가장 유효한 수단으로 전락하고 있다. 제2차세계대전 이후 법과 사회발전이라는 프로젝트 하에 저개발국가들에 서구식 법체계를 주입시킨 결과가 동아시아의 발전국가모델과 결합하면서 권위주의체제를 공고히 하는 결과를 야기하였던 것은 그 대표적인 사례들이다. 여기다 식민지의 역사를 거치면서 통치술로서의 법치에 길들여진 법률가패거리들이 정치권력의 한 켠에서 법을 전유하고 나섬으로써 우리의 법치주의는 애당초 시민들로부터 유리된 채 철저히 그들의 것이 되어 버리고 말았다.

지난 시절 우리의 법률가들은 정치권력과 그 연장선상에 있던 경찰권력으로부터 자유롭지 못하였다. 해방 이후의 반공국가체제는 강력한 물리력을 가진 경찰-일제강점기나 이승만 정권에서는 경찰들이, 군사정권에서는 중정이나 안기부·보안사 등의 기관-을 통해 국민들을 통제하였고, 이 과정에서 경찰법원과 검찰은 이를 위한 보조적 참모 수준의 역할로 밀려나 버렸다. 국가안보나 노동운동, 학생운동, 집회와 시위, 정치적 결사 등 "공안"이라는 명칭 하에 포괄되는 모든 사건들은 이들 경찰기관에 의해 처리되고 또 유죄로 판단 받으며, 검찰과 법원은 법과 정의라는 가면으로 그들의 판단을 합법적으로 포장하고 은폐하는 것 외의 일은 할 수가 없었다. 법률가들은 이러한 "법에 의한 지배"를 수행하기 위한 '영혼 없는 법기계'가 되어 수많은 "과거사"들을 벽돌 찍듯이 찍어내어야 했다.

그러나 동시에 정치권력의 한 켠에 자리잡은 법률가들은 스스로 권력의 행사자가 되었다. 그들은 법집행을 명분으로 일반 국민들 위에 군림하였다. "순사는 때려 조지고, 간수는 세어 조지고, 검사는 불러 조지고, 판사는 늘여 조지고, 도둑놈은 먹어 조지고, 마누라는 팔아 조지고"라는 정을병의 「육조지」[1]의 냉소는 이를 대변한다. 그리고 그 패악의 한 켠에 이재용 피고인(삼성전자부회장)에 대한 서울고등법원 형사13부(부장판사 정형식)의 판결이 존재한다.

2018. 2. 5. 선고된 이 판결[2]은 모든 법리 위에 법률가들의 패거리 논리가 군림하고 있음을 단적으로 보여준다. 사실 이 판결은 굳이 법리의 오류 여부를 분석하거나 비판할 필요도 없다. 오로지 피고인 이재용을 석방시키겠다는 일념 하나로 법정에서 드러난 중요 사실관계는 물론, 그에 대한 해석과 법적 포섭의 과정과 그 결과로서의 형량판단 등 전 과정에서 철저하게 짜 맞추기식의 판단을 내리고 있다. 그 모든 인식과 논증과 판단의 과정은 피고인 이재용의 형량을 작량감경을 통하여 집행유예가 가능한 5년 징역 수준으로 맞추는 데에 집중되었다.

그래서 1심에서 유죄가 인정되었던 "뇌물공여", "횡령", "재산국외도피", "범죄수익은닉" 혐의 등이 대부분 무죄로 뒤바뀌었다. 여기에 어떻게 해도 집행유예선고를 할 수 없는 특경가법상의 50억 이상의 죄를 피해가고자 그 많은 공소사실 중에서 항소심은 "위증죄"와 삼성전자가 최순실씨 독일 회사에 지급한 용역비 36억여원만을 뇌물공여 및 횡령으로 인정하였다. 이를 위해 항소심은 "안종범 수첩"의 증거능력을 굳이 배제하여야 했고, 삼성측에서 정유라에게 제공하였던 마필은 그 "소유"가 정유라가 아닌 삼성측에 있다고 보아 그 액수를 줄여야 했고, 재산을 국외로 도피하였다는 혐의에 대해서는 "재산국외도피 의사가 아니라 뇌물의 의사로 송금한 것"이라 하면서 재산을 국외로 빼돌려 뇌물을 준 것이 아니라 뇌물을 주는데 하필 수뢰자가 국외에 있었다는 이상한 논리를 만들어내어야 했다.

실제 이러한 항소심의 판결은 일반적인 의미에서의 "판결"이라 볼 수가 없다. 그것은 한 법학자단체의 성명처럼 "사실관계나 법리해석에 대한 관점의 차이가 아니라 "의도적

1) 정을병, "육조지" 창작과비평, 1974 겨울호(통권 34호), 1974, 955-976면.
2) 뇌물공여 등 혐의로 기소된 이재용 삼성전자 부회장 등 삼성 전 현직 임원들에 대한 항소심에서 이재용 부회장은 징역 2년 6개월, 최지성 전 부회장, 장충기 전 사장은 각각 징역 2년, 황성수 전 삼성전자 전무는 징역 1년 6개월에 전원 집행유예를 선고하였다.

편집"으로 볼 수밖에 없다."[3] 뇌물죄의 경우, 항소심은 3대에 걸쳐 삼성의 지배자로 군림해 왔던 피고인 이재용이 "권력에 의한 강요"에 의하여 마치 어쩔 수 없이 출연을 한 것처럼 사실관계를 하지만, 삼성전자의 매출이 우리나라 전체 경제규모의 13.83%에 달하여 경제규모가 1조달러 이상인 15개 국가 중 최고의 비율을 보이고 있으며[4] 연간광고비 규모만 보아도 전체 기업의 광고비 대비 14.4%에 달하면서[5] 우리나라 언론시장에 지배적인 지위를 유지하고 있는 상황을 고려할 때 과연 이러한 판단을 신뢰할 수 있는 국민은 얼마나 될까 의문스럽기 짝이 없다. 오히려 "권력에 의한 강요"가 아니라 최순실을 중개자로 설정한 이재용-박근혜의 호혜적 원조에 바탕을 둔 정경유착의 전형적인 사례로 지적하여야 할 사안이었다.

삼성그룹의 후계구도를 완성하기 위한 과정에서 발생하였던 삼성물산과 제일모직의 합병 또한 마찬가지다. 재판부는 박근혜 전대통령이 삼성의 승계구도에 관하여 보고를 받은 것은 인정하면서도 이 사실만으로 그가 삼성의 승계전략에 대한 인식이 있었다고 볼 수 없으며, 피고인 측에서도 이 합병이 경영권승계작업의 일환이라 볼 수 없으며 따라서 "포괄적 현안"조차도 존재하지 않은 만큼 뇌물죄를 인정할 여지는 없다고 보았다. 그러나 이 점에 관하여는 지난해말에 내려진 서울고등법원 형사10부(재판장 이재영)의 판결에서 이미 유죄로 판단한 바 있다. 형사10부는 "문형표 전 장관 등이 박근혜 전대통령의 지시로 부당하게 압력을 가해 합병을 찬성하도록 해 '이 부회장에게 이익을 취하게 했다'고 지적하며 징역 2년6개월의 실형을 선고"하였고 이 판결이유에서 ""삼성 합병은 경영권 승계작업의 일환"이라고 중지를 모은 바 있다."[6]

실제 이런 판결은 "삼성 봐주기 판결"의 수준을 넘어선다. 그동안 우리 법원의 고질적 병리현상으로 나타났던 3·5판결(3년징역 5년집행유예)의 정식이 보다 노골적이고 보다 맹목적으로 구체화된 것에 지나지 않기 때문이다. 그것은 좁게는 재벌 봐주기 판결이며 넓게는 신자유주의의 미명을 둘러쓰고 벌이는 법률가패거리들의 계급사법의 전형적인

3) 민주주의법학연구회, "이재용 집행유예? 상식과 법감정에 반한 엉터리 법리해석과 노골적인 이재용봐주기에 분노한다," 2018. 2. 7.
4) 허핑턴포스트, "한국 경제의 삼성현대 의존도 너무 크다" 2015. 9. 30. http://http://www.huffingtonpost.kr/2015/09/30/story_n_8217954.html
5) http://theimpeter.com/37065/
6) 한겨레, '삼성합병 찬성' 문형표는 유죄인데 '승계 로비' 없었다는 재판부, 2018. 2. 5. http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/830971.html#csidxa05f91f38fdea5bb3bc668549156024

사례이기 때문이다. 그리고 바로 이 때문에 우리는 1987년 이후의 민주화국면에도 불구하고 그리고 지난 촛불의 승리에도 불구하고 새삼 사법개혁의 기치를 되살리지 않을 수 없게 된다.

2. 실패한 사법개혁: 신자유주의와 법률가의 지배

1980년대와 90년대 일본이나 동남아 등에서 사법개혁의 논의들이 휩쓸게 된 가장 큰 이유는 신자유주의의 통로를 마련하기 함이었다. 하지만, 우리나라에서 사법개혁의 논의는 조금 특이한 양상을 보인다. 그것은 신자유주의의 요청에 더하여 혹은 그것 이상으로 민주화의 한 요소로서 사법체제의 환골탈태를 요구해 왔다. 앞서 언급하였듯이 사법이 정치시녀로 전락하고 그에 따라 법과 정의가 자의적 권력에 의하여 크게 왜곡되었던 과거의 경험에 대한 처절한 반성이 그 밑바닥에 깔려 있었던 것이다.

실제 한국사회가 민주화되었다고 하지만, 법체계는 여전히 법률가에 의해 포획되어 있으며, 국민들은 법을 집행함에 있어 주권자가 되지 못한다: 오직 법률가의 권력의 대상일 따름이다. 1987년의 민주화가 시민사회에 가져다 준 것은 법의 지배가 아니라 법률가의 지배(juristo-cracy)에 불과한 것이다.

민주화는 그동안 과대성장된 국가권력을 '법'으로 대체하는 방식으로 공고화되어야 한다. 하지만 현재의 상태는 법이 아니라 사법권력이 이를 대신한다. 민중들의 민주항쟁으로 형성된 민주화의 국면을 소위 3김세력과 신군부세력간의 타협으로 종결지워버린, 불완전한 87년체제의 한계가 민주적 법치를 그들의 법치로 왜곡시켜 놓은 것이다. 그래서 최소한의 대표성만 갖춘 정치엘리트들의 형식적 대의제와, 대표를 찾지 못한 대중들이 촛불시위의 형태로 길거리에서 펼치는 직접민주제의 현상들이 중요한 정치의제마다 빠짐없이 대립하며 충돌하였다.

이 과정에서 다수결의 원칙 운운하며 힘으로 밀어붙이는 여당에 대항할 수 있는 제대로 된 국민적 지지를 확보하지 못한 야당은 어쩔 수 없는 그 정치의제를 헌법재판소나 법원으로 가져가게 된다. 뿐만 아니라 최소수준의 대의제체제에서 제대로 대표되지 못한 시민들 또한 당장의 급한 정치의제의 해결을 위하여 헌법재판소의 문을 두드리게 된다. 그동안 알게 모르게 진행되었던 헌법재판소의 정치화는 이렇게 이루어졌다. Hirschl의 설명[7]처럼

엘리트집단이 대중들의 민주적 결정으로부터 자신들의 기득권을 보호하기 위하여 주요한 정책결정권을 사법부에 위임하는 상황이 벌어지게 된 것이다.

여기에 최근 급격히 침투한 신자유주의의 위력은 이런 사법의 정치화를 가중시킨다. 자본이 자유롭게 횡행할 수 있는 시장체제를 추구하는 신자유주의는 시장의 거시경제적 안정성을 확보하고 민영화(사유화)와 규제 완화를 통해 경쟁력과 생산성의 강화를 도모하는 정책들을 실현하는 수단으로 법을 동원한다. 과거 발전국가국면에서 형성되었던 국가규제의 틀을 벗어나기 위하여 혹은 재산이나 자본의 공공성에 대한 시민사회의 요구를 회피하기 위하여 법과 사법은 그때그때 필요에 따라 조작되고 또 가공되었던 것이다. 여기에 우리의 정경유착이라는 폐습이 중첩된다. 우리의 경우 신자유주의는 그 자체로 다가오는 것이 아니라 재벌이나 대기업들의 "갑질" 내지는 전방위적 지배력이 행사되는 통로 내지는 그를 위한 허위의식의 형태로 다가온다. 신자유주의가 추구하는 시장의 투명성·공정성과 경쟁력 우선의 시장체제는 우리의 재벌·대기업지배체제에서는 오히려 뒷전으로 밀려날 뿐이다. 그것은 오직 기득권의 유지·강화의 명목으로만 존재하며 대국가적 로비의 허울로만 기능한다.

이런 와중에 민주화로 비로소 약간의 독립성을 확보할 수 있었던 사법체계는 그 숙주를 종래의 정치권력에서 이제 자본권력 혹은 정치-자본의 연합권력으로 옮겨가게 된다. 전직 고위공무원들을 고문이라는 이름으로 끌어들여 전방위적 로비력을 확보하게 된 대형로펌들은 고위법관출신의 변호사들과 함께 전관예우라는 폐습을 통해 국가의 공적 의사결정과정을 사적 네트워크에 종속시켜 버린다. 국가권력의 사영화(privatization) 내지는 일종의 계급사법의 현상이 진행되고 있는 것이다.[8)]

그리고 순수한 의미의 정치는 여기서 마냥 스러져버린다. 정치적으로 연대하여야 할 시민들은 단순히 권리의무의 주체라는 한 개체로만 규정된 채 국가의 공권력과 직면하게 만드는 한편, 그러한 개인들이 직면하게 되는 분쟁과 갈등을 사법절차 속에 가두어놓음으로써 오수를 관리하는 하수도처럼 그것을 국가가 관리가능한 것으로 변형시킨다. 그리고 그 판단의 결과-종국적으로는 정치권력 혹은 자본권력에 우호적인

7) Hirscl, R., *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge: Harvard University Press, 2004), pp. 38-49.

8) 한상희, "통치술로서의 정치의 사법화 - 통합진보당사건과 관련하여-," 민주법학 제54호, 2014, 19-23쪽 참조.

판단-에 대해 합법성이라는 외관을 둘러 싸 놓는다. 요컨대 정치의 사법화는 민주적 정당성이 약화된 정치체제가 그 정당성을 보완하거나 혹은 분쟁을 탈정치화하고 개인화함으로써 정치권력과 자본권력이 자유로이 활동할 수 있는 공간을 확보하기 위한 목적으로 활용되는 것이다.

어쩌면 이러한 탈정치화의 상황들은, 어렵게 이루어놓은 민주화의 성과들을 조금씩 조금씩 무위로 돌려놓는 퇴행의 정치를 촉발하게 된다는 점에서 커다란 문제점을 남긴다. 과거 적나라한 폭력에 의존하던 지배의 방법들이 민주화의 추세에도 불구하고 법치라는 형식을 빌려 스스로를 정당화하고자 할 필요에 기하여 나타나는 것이 이 정치의 사법화 현상이기 때문이다. 그리고 그 징후들은 이미 무소불위의 권력이 되어버린 검찰이 스스로 정치권력이 되어 중요한 정치국면마다 영향을 미친다든지, 혹은 쌍용자동차사태나 KTX승무원사건에서부터 이재용의 비리에 이르기까지 법원의 맹목에 가까운 판결들에서 보듯 법이 계급적 이익을 관철하는 가장 저렴한 수단이 되어 버리는 현실이 우리의 눈앞에서 벌어지게 된다.

87년헌법체계하에서의 사법부가 재산권보장체제를 완비하는 첨병으로, 그리고 법적 안정성과 예측가능성이라는 명분을 앞세운 보수적 이해의 방파제로, 그리고 탈규제화를 정상화하는 담론기구로 기능하면서 법의 형식성에만 초점을 맞춘 판결로 일관함은 이런 지점에서 설명가능하다. 그들에 의하면 법은 시장에서 안정적으로 이윤을 확보할 수 있는 보조적 수단으로 전락하였고, 과거의 개발독재 방식의 국가통치술이 사회 전반에 확산된 개인적 자유주의의 틀로 이행하는 또 하나의 지배기구로 기능해야 했었다.

실제 87년헌법이 마련하였던 나름의 절차적 민주주의의 틀 속에서 사법개혁의 논의는 적지 않게 대두되었으나, 거의 모든 개혁과제들이 제대로 구현되지 않거나 별다른 효과를 거두지 못 한 채 방치되고 있는 것도 이런 맥락에서 설명될 수 있다. 87년헌법체제가 외형적인 정치체제의 변화를 야기하고 개발독재적 원리를 민주주의적 원리로 전환[9]하기는 하였으나 사법부는 그에 상응하는 사법체제를 변형해 낼 틈을 갖지 못 하였고 오히려 그 구성원 스스로 이 새로운 지배진영의 한 구성원으로 적극적으로 포획되어 갔던 것이다.

9) 조희연, "'한국사회체제논쟁' 재론: 97년체제의 '이중성'과 08년체제하에서의 '헤게모니적 전략'에 대한 고민," 민주사회와 정책연구 통권 17호(2010), 20쪽.

실제 사법의 문제를 체제의 수준에서 다루게 되면 언제나처럼 대두되는 것이 사법의 독립성과 민주성의 요청이다. 특히 우리의 현대사처럼 권위주의 군사통치를 경험한 체제에서는 "민주사회에 있어 입헌주의의 생명선(the life blood of constitutionalism)"[10] 이라 불리는 사법의 독립은 가장 중차대한 개혁지점으로 거론되기도 한다. 하지만, 현재의 사법개혁 논의는 이 수준을 넘어서야 한다. 그 이유는 간단하다. 87년체제 자체가 절차적 민주주의라는 담론틀 속에 6월항쟁과 그 직후의 노동항쟁과정에서 표출된 노동해방이나 냉전분단체제의 극복이라는 요청을 철저하게 배제해 왔다. 그 이후의 과정 또한 체제를 주도해 왔던 자유주의적 정치세력이 반공이데올로기를 기반으로 하는 48년체제에 너무도 손쉽게 편입되는 방식으로 진행되었다. 여기에 1997년을 정점으로 급속하게 구조화되는 신자유주의적인 통치체제로 급격하게 이행하였다. 우리의 사법부는 이런 일련의 질곡 속에서 세계은행의 말처럼 "인적, 기술적, 자본적 자원들을 누적적으로 투여함으로써 부를 창출하는 것은, 재산권을 보장하며 시민적(civil)·상업적 활동을 규율하며 국가권력을 제한하는 일련의 규범"[11]을 집행하는 교두보의 역할을 담당해 왔다. 현재의 우리의 관심이 사법부의 제도적 개량 그 자체에 머물러서는 안 되는 이유는 여기서 나온다.

3. 사법부, 그 일그러진 얼굴

3.1. 민주화 이전

87년헌법체제의 결여점은 그대로 사법부에까지 이어진다. 지난 시절 권위주의 군사정권의 지배체제에 익숙해 있던 우리의 사법부는 민주화의 과정을 따라, 그리고 새롭게 대두되는 입헌주의의 틀에 따라 그 역할과 기능을 재정립하려는 노력이 절실하였다. 하지만, 이런 시대적 요청에도 불구하고 아쉽게도 그 시대적 요청을 교묘하게 비켜 나갔다.

사실 우리 사법부는 권위주의 군사정권체제하에서 스스로를 관료화하면서 그 정권의 요구를 충실히 이행하면서 권위주의의 체제에 철저하게 자신을 적응해나갔다. "권력에 굴복한" 무력한 사법부가 아니라 오히려 권력에 적응한, 강력한 사법부로 기능해 왔던 것이다. 사법부는 권위주의의 바깥에서 그 권력의 희생자로 살아왔던 것이 아니라, 오히려

10) Beanregand v. Canada [1986] 2 S.C.R. 56,70

11) B. S. Tabalujan, "Legal Development in Developing Countries - The Role of Legal Culture," NBS Business Law Working Paper: Draft(March 2001), 8쪽에서 재인용

권위주의적 정권의 중요한 부분을 차지하면서 정치권력이 필요로 하는 억압적 통치작용을 법의 이름과 형식으로 정당화-합법화-하는 일종의 통치도구로서의 역할을 수행하였던 것이다. 이때 우리 사법부가 폭력적인 정치권력에 합법적 레벨을 부착하는 것은 세 가지의 방식으로 이루어진다.[12)]

그 첫째는 시민사회의 정치화 자체를 차단하고 시민들이 공공영역 내지는 정치영역을 구성하는 것을 가로 막는 방식이다(정치적 배제). 형식적 국민주권의 원리에 기반하여 대의제의 작동을 시민사회의 의사와 유리시키거나, 사회내에 존재하는 다양한 이해관계들을 입법의 형태-예컨대 사회단체등록에관한법률-로 선점하여 관변단체로 엮어냄으로써 시민사회에서 자발적이고 다원적으로 형성되어야 할 다양한 이익단체들을 억제하는 것을 비롯하여 언론통제를 통한 여론 침탈 내지는 여론 왜곡의 조치도 이에 해당한다. 공무원과 교원의 정치활동·집단활동 금지조치라든가 국가보안법상의 반국가단체, 이적단체의 범주를 지나치게 확장함으로써 정치활동의 폭 자체를 축소시켜버리는 것 또한 정치참여를 배제하는 권위주의체제의 전통적인 방식에 다름 아니다. 그리고 무엇보다도 세계사적으로 민주사회의 형성에 가장 큰 역할을 해 왔던 노동조합의 결성을 가로막거나 노조원의 자격을 비롯한 제요건을 강화하는 등 반노동적 판단들은 소위 반체제적인 세력들을 억압한다는 측면 외에도 그러한 행태 자체가 우리 사회의 정치화를 가로막는 커다란 장애가 되었다는 점에서 특히 문제적이다.

둘째는 사회적 의제들을 가능한 한 정치의제화하지 않고 단순하고도 미시적인 법률의 문제로 치환하는 방식이다. 이는 일종의 탈정치화의 전략이라고 할 수 있는 것으로, 가치나 이념의 문제 그래서 헌법의 문제로 승화되어야 할 사안들을 단순히 실정법률상의 문제로 격하시키고 그것을 사회안정이나 국가내외적인 질서유지 등 통제의 측면에서만 바라보고자 한다. 그리고 이러한 탈정치화의 과정을 통하여 이들 대중부분이 정치과정에 자신들의 목소리를 투입하는 것 자체를 차단하고자 한다. 물론 여기에는 국가주의라고 하는 우리 현대사 전반에 걸쳐 우리 국가성격을 규정해 왔던 이데올로기가 작용하고 있기는 하지만, 이러한 탈정치화전략은 이 국가주의적 지배체제를 다시 법률의 수준에서 재확인하고 재강화한다는 점에서 문제적으로 드러난다. 즉, 국가의 존립과 국가에 의하여 유지·관리되어야 하는 사회질서의 문제, 그리고 국가가 주도하는 경제성장의 문제는

12) 이 틀은 한상희, "사법판단의 준거로서의 권력현상," 법과사회 제9호(1994), 115-137쪽에서 제시한 것이다.

그 자체 이미 주어진 당연한 것으로 간주하는 한편, 그로부터 파생되는 모든 사건, 사고들은 그 체제의 문제가 아니라 그때그때의 당사자들에 귀책되어야 하는 미시적인 법률적 책임의 문제로 전환하여 버리는 것이다. 즉, 국가의 수준에서 해결되어야 할 정치적 문제들을 질서유지와 경제성장이라는 명분을 내세우며 그 문제들이 자칫 안정과 발전을 저해하는 요소로 전이되지 않도록 국가관료-법관을 포함-가 (법)기술적으로 통제하여야 하는 것으로 돌려 놓는 것이다. 그리고 이런 조작을 통해 시민사회가 정치에 편입되는 것을 차단한다. 결국 거의 모든 사건에 있어 사법부의 법판단이 오로지 법률판단에만 머무를 뿐 헌법적 판단은 거의 배제되거나 소극적으로 이루어진다. 즉, 이들 분쟁들을 법률적인 문제로 환원함으로써 그것이 체제 또는 구조적 모순 속에서 유발되는 헌법적 차원이 아니라 오로지 단편적이고 국지적인 이해의 대립으로부터 야기되는 것으로 보는 것이다. 구체적인 사건을 중심으로 하는 사법기능의 본질상 그 당사자들을 정치과정으로부터 소외시키기 위하여는 사건의 성격 자체를 변경시키는 것이 가장 간편하고도 유효한 방법이기 때문이다. 그리고 그것은 대체로 법리나 법개념의 문제, 철저한 존재/당위의 2분법, 또는 엄격한 공사법 2원론 등과 같은 법도그마의 조작을 통해 이루어진다.

셋째는 관료주의에의 지나친 회귀현상이다. 권위주의적 국가는 스스로 국가목적을 설정하고 이의 집행을 국가기구에 완전히 장악되어 있는 관료들의 도구적 합리성 판단에 일임한다. 국가의 작동과정에 관료들의 지배권이 강화되는 것은 이 때문이다. 철저한 위계구조하에 예속되어 있는 관료들은 바로 그 예속성으로 인하여 시민사회로부터 격리될 수밖에 없다. 스스로의 권력을 확보하지 못 한 채 정치권력의 자의적 판단에 따라 자신의 권한과 책무가 규정되는 상황에서는 이들이 시민사회의 요구에 민감하게 반응할 이유는 없어지는 것이다. 그리고 사법부는 이러한 관료적 권위주의의 체제에 그대로 순응한다. 정부의 법률안제출권-이는 의원들의 이름만 빌린 입법발의도 포함한다-과 위임입법의 권한을 이용하여 국회의 입법권마저도 관료들이 장악한 상황에조차 형식적 대의제와 입법형성권이라는 형식적인 법개념을 통하여 관료의 의사가 그대로 시민사회에 통용되도록 방치하거나 혹은 이를 방조한다. 여기에 더 나아가 자유재량개념 내지 반사적 이익개념에 따른 판단의 유보와 권력분립을 앞세운 사법적 억제의 조치를 행함으로써 관료들의 입지를 최대한 확보해 주게 된다. 행정에 대한 가장 유효하고도 종국적인 통제수단으로서의 사법부의 지위와 권력제한규범으로서의 헌법의 존재에 대하여는 관심을 배제하는 것이다.

3.2. 민주화 이후

87년체제에서의 사법부도 이런 구래의 양태로부터 별로 벗어난 흔적이 없다. 오히려 과거정권의 탈정치화전략의 결과와 87년헌법체제의 결여점이 결합하면서 파생되는 정치의 사법화현상 내지는 사법과두체제의 등장[13]현상으로 민주화의 흐름에 대한 일종의 반동적 양상까지 드러낸다. 특히 이 시기에 도입되어 나름의 제도적 성과를 거두고 있는 헌법재판소의 경우에는 정치과정에서 제대로 처리되지 않거나 혹은 정치과정으로부터 배제되거나 소외된 사건들이 집중되는 일종의 정치적 하수처리장과 같은 기능을 수행하면서 87년헌법체제의 탈정치화를 가속화시키는 매개로서 기능하기도 한다.

이러한 사법부의 운영양태는 크게 정치사법과 계급사법[14]이라는 두 가지의 맥락에서 비판할 수 있다. 이하에서는 이를 각각 살펴보고 다시 사법의 독립성과 민주성이라는 관점에서 그 한계점을 드러내고자 한다.

3.2.1. 정치사법의 문제

87년헌법체제의 두드러진 양상으로 흔히들 정치의 사법화현상을 든다. 이는 "국가의 주요한 정책결정이 정치적 공론과정이 아닌 사법과정에 의해 결말지어지는 현상"[15]을 말한다. 실제 이러한 현상은 헌법재판소가 설치·운영되고 헌법이 나름의 실효력을 발하게 되면서 행정수도사건이나 이라크전쟁파병 문제와 같은 것들이 정치영역이 아니라 헌법재판소의 심판정에서 다투어지는 현상이 나타나게 되면서 나름의 관심대상이 되어 왔다. 혹자는 이를 두고 민주주의와 법치주의의 갈등과 조화의 문제로 파악하면서 입헌주의가 정착하는 하나의 과정으로 파악할 필요성을 들기도 하지만,[16] 헌법재판소로 귀속되는 대부분의 정치·정책문제들은 그를 둘러싼 헌법해석의 여하에 관련된 것이 아니라

13) 서경석, 위의 글, 148쪽.
14) 이재승, "정치사법과 과거청산," 민주법학 제29호(2005), 19-49쪽은 정치사법이라는 범주의 하위개념으로 계급사법을 위치하고 있다. 물론 이러한 분류는 체제(regime)론의 관점에서 타당한 방식이나, 87년헌법체제와 사법의 한계를 분석하기 위한 이 글에서는 정치영역과 사회영역을 구분하여 설명하는 것이 보다 명료한 시각을 제시할 수 있을 것으로 보인다. 계급사법의 문제는 87년체제에 들어오면서 그 정치·사회적 권력을 확고하게 확보하게 된 자본계급의 이해에 봉사하는 사법부의 한계를 지적하는 것이기 때문이다.
15) 박은정, "'정치의 사법화(司法化)'와 민주주의," 서울대학교 법학 제51권 제1호(2010), 3쪽.
16) 김종철, "'정치의 사법화'의 의의와 한계 -노무현정부전반기의 상황을 중심으로", 공법연구 제33집 제3호(2005), 232면. 박은정, 위의 글도 마찬가지다.

우리 정치과정의 실패에 기인한 것이라는 점에서 이런 판단은 아직은 적절하지 않은 것으로 보인다. 정치적으로 해결되고 또 국민의 정치적 판단에 의하여 결정되어야 할 사항을 정치과정이 제대로 처리하지 못하게 됨으로써 어쩔 수 없이 헌법재판소의 사법관료들이 관여하게 되고 이 과정에서 국민들은 철저하게 그 (사법)정책과정으로부터 배제되고 마는, 또 다른 탈정치화가 나타나는 것이다.

하지만 이런 정치의 사법화라는 폭넓은 범주를 정치사법라고 하는 명제로 처리하는 것은 지나치게 그 의미망이 확산되어버리고 만다. 여기서 말하는 정치사법은 사법이 정치의 대체물이 아니라(이 경우는 정치의 사법화이다), 사법이 정치의 수단이 되거나 혹은 정치적 통제가 발생하는 장을 구성함으로써 국가권력 혹은 정치권력이 소통되는 통로 내지는 매개로 작용하는 경우를 말한다. 이재승이 정치사법을 “정치적 목적에 봉사하는 불공정재판”을 의미한다고 한 것은 이에 해당한다. 다만, 이재승의 개념툴에 의할 경우 정치사법은 법관이 정치의 외부에서 작동하는 종속변수로 구성될 여지가 있어 약간의 좌표교정이 필요해 보인다. 법관 스스로가 유효한 정치권력으로 자리잡아 특정한 정치적 지향을 추구하는 경우도 있기 때문이다.

87년헌법체제에서의 정치사법의 사례는 이루 말할 수 없이 많다. 특히 지난 권위주의 체제에서 활용하던 정치적 배제의 수법이나 탈정치화의 법담론조작행태들은 여전히 현재의 사법체제에서도 반복되고 있다. 여기서 권위주의적 통치의 주된 방식인 정치적 배제의 수법이 민주화 이후의 사법부에서 반복되는 이유는 간단하다. 그것은 87년체제의 한계로부터 나온다. 즉, 87년체제가 6월의 항쟁과 함께 7-9월의 노동항쟁을 더불어 포섭한 것이 아니라, 자유주의진영이 진보적 진영으로부터 유리된 채 급격하게 신군부세력과 결합하는 과정에서 형성되었다는 점이 문제이다. 이 87년체제 역시 과거의 체제와 마찬가지로 정치영역으로부터 일정한 세력을 배제하여야 할 필요를 느끼게 되고 그 과정에서 탈정치화전술은 여전히 정치화된 사법부의 주요한 행위방식이 될 수밖에 없게 되었다.

실제 노태우정권하에서 발생한 보혁구도 및 공안정국과 이에 편승한 진보진영의 배제전략은 그 대표적인 사례가 된다. 1987년 설립된 전대협이나 1993년 이를 이어받은 한총련에 대한 정권차원에서의 대대적인 탄압은 그대로 사법부의 판결로 이어져 이적단체로 규정되어야 했고, 이러한 억압으로 인하여 결국에는 정치과정에서 그대로

도태되고 마는 결과를 야기하였다. 우리의 민주화 역사를 최장집의 말처럼 "운동에 의한 민주화"로 규정[17]한다면 그 민주화의 주요한 축 하나가 현체제의 정치영역으로부터 배제되어 버리고 만 것이다. 그리고 이러한 보혁구도의 틀 속에서 종래의 공안기구들은 스스로의 존재이유를 규정할 수 있게 되고 그 이후 계속하여 국가보안법을 비롯한 각종의 공안장치들을 활용하며 반공주의에 입각한 48년체제를 지속할 수 있게 된다. 1989년 반민주악법의 정리작업에 의하여 사회안전법이 폐지되었음에도 불구하고 그 악명높은 사상전향제가 계속 유지될 수 있었고, 또 최초의 정권교체를 이루어낸 김대중 정부에서조차 그것이 준법서약서(1998년)의 방식으로 실체를 보지할 수 있었던 것도 이러한 48년체제의 지속 내지는 48년체제의 사법적 공인(公認)이 있었기 때문이었다.[18]

1989년 5월에 창립된 전국교직원노동조합(전교조)에 대한 억압은 또 다른 정치적 배제의 사례를 이룬다. 실제 이는 일반적인 노조사건과 달리 계급사법의 문제영역에서는 상당히 벗어나 있다. 우리의 헌정사에서 권위주의 군사정권은 철저하게 공무원과 교원을 정치영역에서 배제하려고 노력하였고[19] 참교육을 내걸고 나선 전교조는 그 권위주의적 통치술에 대한 가장 강력한 저항의 장치로 인식되었기 때문이다. 실제 정부는 이들을 좌경의식화교사로 매도하면서 1,527명의 교사를 해직시키는 폭력을 행사하였다. 그리고 사법부는 이러한 정권차원의 폭력을 그대로 승인함으로써 1999년 전교조가 합법화되는 순간까지 이들을 불법을 일삼는 범법자로 내몰고자 하였다.[20] 그리고 이러한 전교조 탄압의 사례는 그대로 해직교원을 조합원으로 가입시켰다는 이유로 법외노조로 선언하는 데까지 비약하며 이는 헌법재판소의 합헌결정과 대법원의 상고기각결정까지 중첩되면서

17) 최장집, 민주화 이후의 민주주의: 한국 민주주의의 보수적 기원과 위기(후마니타스, 2003), 86-94면.
18) 그리고 급기야 이 준법서약서는 헌법재판소에 의해 7대2의 평결로 합헌으로 선언되기에 이른다. 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425, 99헌마170·498(병합) 결정 참조.
19) 교사들의 시국선언이나 혹은 교사들의 집회참가에 대하여 "정권 퇴진 시국선언 등 집단행동을 한 것은 정당한 노조활동이 아니다"고 규정하면서 그러한 행위는 "정치적인 중립을 벗어나 특정세력에 조직적으로 반대한 위법행위"라고 선언하는 등의 사법적 탄압은 이의 대표적 사례가 된다. 매일노동뉴스, "전교조 법원에 세울호 시국선언 교사 무죄판결 촉구," 2017. 5. 23. 〈http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=144388〉 검색일: 2017. 6. 8. 혹은 대법원 2012.4.19., 선고, 2010도6388 판결 참조.
20) 이 과정에서 발생한 국정교과서사건은 교육기관이 그대로 이데올로기도구로서 기능하고 있는 현실을 인정한 결정으로 또 다른 의미에서의 정치사법의 예를 이룬다. 헌법재판소는 정원식 국무총리에 대한 계란투척 사건으로 야기된 공안정국에서 국어교과서를 국정화한 것을 별다른 논거도 없이 합헌으로 선언함으로써 참교육을 향한 전교조 교사들의 행보를 가로막고 나서는 한편, 좌파로 낙인찍힌 전교조의 공식적인 명분 자체를 붕괴하고자 하였다. 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 89헌마88 결정.

현재까지도 전교조의 법적 지위를 박탈하고 있는 상황까지 만들고 있다.

여기에 이석기 전의원에 대한 내란선동죄 판결과 대법원에서조차 부정당한 R.O의 존재를 근거로 통합진보당을 해산결정한 헌법재판소의 결정은 우리 사법부의 진보진영에 대한 알레르기 반응을 단적으로 드러낸다. 그것은 한편으로는 48년체제하에서 구축되어 온 반공이데올로기와 다른 한편으로는 87년체제가 굳이 무시하고자 하였던 노동자-농민세력에 기반한 진보세력에 대한 반감을 구체화한 것이라 할 수 있다. 아울러 바로 87년체제의 형성과정에서 급격하게 보수화 내지는 체제내화되었던 자유주의적 정치세력의 이해관계를 사법부가 그대로 반영하면서 이를 자신의 도그마와 결합한 사례들이라 할 수 있다.

탈정치화의 전략도 여전히 타당한다. 최근들어 부쩍 그 사용빈도가 높아지고 있는 전략적 봉쇄소송(SLAPP)은 사법부를 활용한 가장 조악한 형태의 의제전환 사례-탈정치화사례-들이다. 강정해군기지의 구축문제는 우리 국민들의 평화권이 달린, 가장 첨예한 정치적 의제이다. 하지만, 이에 저항하는 강정마을 주민들의 공사방해행위는 정치의 장에서 다투어지지 않고 그대로 국가가 청구한 34억원의 손해배상청구소송으로 전이되고 만다.[21] 서울의 도심에서 대규모 대중집회가 열리자 그 주위의 상가주인들을 부추겨서 영업방해로 인한 손해배상청구를 하게 한다든지, 혹은 집회참가자에 대해 교통방해죄를 적용하여 벌금형을 가한다든지, 세월호 참사 당일의 대통령 행적을 보도한 기자에 대하여 명예훼손의 책임을 묻는다든지 하는 것은 하나같이 사법이라는 매개를 통해 정치적 억압을 가하는 사건들이다. 프리덤 하우스나 국경없는 기자회 등과 같은 국제기구에서 우리나라의 표현의 자유 보장 지수가 중하위권으로 추락하는 가장 큰 요인을 사법체계가 제공하고 있는 셈이다. 실제 이런 사건의 경우 철저하게 본말이 전도되는 구조를 가진다. 가장 중요한 정치적 의제로 구성되어 시민사회의 공론이 집중되어야 할 체제사안들이 손해배상 혹은 명예훼손이나 교통방해와 같은 법률사안으로 치환되고 그 과정에서 냉각효과나 혹은 억지효과를 도모할 여지를 생성하고 있는 것이다.[22]

---

21) 자세한 것은 오마이뉴스, "국가의 '보복', 공사차량 막았다고 34억 내놓으라니," 2017. 3. 7. 〈http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002304749〉 검색일: 2017. 6. 8.

22) 2015년 11월의 민중총궐기 집회를 이유로 민주노총의 한상균 위원장을 특수공무집행방해 등의 혐의로 3년의 실형을 선고한 것 또한 마찬가지다. 실제 이 집회에서 제기되는 의제들을 정치적으로 해결하지 아니한 채 그 집회의 주변적인 파생물으로써 처벌일변도의 전략으로 나아가는 것 자체가 문제라는 것이다.

문제는 여기에 그치지 않는다. 법원이 스스로 강권력의 행사자가 되어 체제에 저항하는 사람들에게 사법폭력을 휘두르는 경우도 적지 않다. 이 점에서 가장 대표적으로 드러나는 사례는 무차별적인 영장발부행위들이다. 둥글이라는 별명을 가진 박성수씨는 "박근혜도 국가보안법으로 수사하라"라는 내용의 전단지를 배포했다는 이유로 8개월 이상 구속되어야 했다.[23] 뿐만 아니라 나름으로 절차를 준수하며 착수한 파업이 업무방해죄를 구성한다고 보면서 자진출두한 철도노조 조합원을 구속한 서울서부지법의 사례도 마찬가지의 사법폭력이라 할 수 있다.[24]

여기에 과거사 청산의 사건에 있어서는 법원은 스스로가 정치행위자로서의 역할을 감당한다. 유신정권 하에서 긴급조치위반의 혐의로 이루어진 불법수사에 대한 국가배상 청구사건에 대해 대법원 제3부는 통치행위론과 소멸시효법리를 곡해하면서까지 원고패소 판결을 내렸다.(대법원 2015. 3. 26. 선고 2012다48824 판결) 이 판결은 권위주의적 폭력이 가장 강력했던 유신체제가 억압의 수단으로 선포했던 긴급조치가 대법원의 선례와 헌법재판소의 결정에 의하여 무효화되었음에도 불구하고 긴급조치 그 자체로부터 대통령의 긴급조치 선포행위를 분리하여 후자를 '고도의 정치적 행위'라는 이름으로 정당화하고 과거사에 대한 국가의 청산의무 자체를 부정한 사례이다[25]. 이 사건에서 대법원은 하급법원의 일관된 판단을 뒤짚어버리면서까지 박정희라는 구체제의 인물을 복위시키고자 하는 의도를 명시적으로 드러내면서 대법원장을 비롯한 일련의 사법부 수뇌부들의 권력을 공고히 하도자 하는 정치성까지 짚어보게 만든다.

3.2.2. 계급사법의 문제

87년헌법체제를 특징짓는 가장 큰 변수중의 하나는 신자유주의다. 하지만 정확히 말하자면 이 신자유주의는 적어도 우리의 사법체계에 관한 한 일반적인 신자유주의가

23) 비슷한 사례로 경찰의 먼지털이식 수사에 항의하며 부산지방경찰청 앞에서 "털려면 더 털어보라"는 의미로 속옷 퍼포먼스를 펼쳤던 윤철면씨는 공연음란죄의 혐의로 체포되어 징역 6월에 집행유예 2년을 선고받기도 하였다. Fact TV, "'둥글이' 박성수씨 전단지를 뿌린 시민들이 계속 탄압당하고 있다," 2016. 6. 24. 〈http://facttv.kr/facttvnews/detail.php?number=15069&thread=21r03〉 검색일: 2017. 6. 8. 참조.

24) 복지동향 논평, "철도노조에 대한 구속영장 발부는 대법원 판례에 맞지 않아," 복지동향(2014. 2), 89-90 쪽.

25) 자세한 것은 한상희, "통치행위와 긴급조치: 그 사법심사의 문제," 민주법학 59권(2015), 11-40쪽 참조.

아니라 한국의 재벌과 대기업의 이해관계와 그것을 호위하는 정치권력 및 법권력의 이해관계에 순치되어 조정된 신자유주의다. 시장의 투명성과 공정성을 바탕으로 경쟁력의 제고를 지향하는 신자유주의적 전략은 우리의 사법체계에서는 별다른 고려점이 되지 못 하고 오히려 노동자에 대한 억압이나 착취를 정당화하거나, 혹은 저임금을 은폐한 노동유연성의 문제 등과 같은 불공정행위에 대한 편향적 판단이 전면에 나선다.

회계조작으로 노동자 976명에 대해 무더기 정리해고에 나선 쌍용자동차 사태는 이의 대표적인 사례를 이룬다. 2009년 6월 정리해고조치가 통보된 이래 77일간의 '옥쇄파업'과 '고공농성' 등의 극한투쟁의 과정을 거치며 90명 이상의 노조원들이 연행되고 또 구속되는 한편, 25명의 노동자가 생을 달리 하는 등 수많은 희생자를 내고 노조마저 와해되는 지경에 이렀음에도 불구하고 대법원은 이를 정당한 해고라고 판결하였다. "기업 운영에 필요한 인력의 규모가 어느 정도인지, 잉여인력은 몇 명인지 등은 상당한 합리성이 인정되는 한 경영판단의 문제에 속하는 것이므로 특별한 사정이 없다면 경영자의 판단을 존중해야 하며, 사후적인 노사대타협으로 해고인원이 축소되었다는 사정만으로 회사가 제시한 인원 감축 규모가 비합리적이라거나 자의적이라고 볼 수 없다"고 한 판결이유는 모든 판단의 기준을 노사 양측이 아니라 사용자측에 편중시킴으로써 대법원이 스스로 자본의 이익에 충실한 봉사자임을 고백한 셈이 되었다.

비슷한 사례가 KTX 여성승무원에 대하여 노동자성을 부정한 사례이다. 이 사건의 경우 소송제기로부터 무려 6년 4개월이 경과하여 최종심 판결[26]이 내려졌다. 대법원은 여기서 위장도급에 관한 종래의 판결[27]까지 수정하면서 여승무원들의 노동자지위확인 청구를 거부하였다.[28]

이와 함께 노동자들의 헌법상의 기본권인 쟁의행위에 대해서도 다양한 방법으로 법원이 개입하여 그를 억제한다. 쟁의행위로 인한 사용자의 업무방해나 시설점유침해는 헌법에 의하여 사용자가 당연히 부담하여야 하는 수인의무에 해당하는 것이나, 법원은 "쟁의행위 자체를 노동자의 권리가 아니라 형법적(범죄적) 시각에서 바라보는 관점"을 전제로 하여

26) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결
27) 예컨대, 현대자동차의 사내하청에 대한 노동자성 인정 사례(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결)가 그것이다.
28) 자세한 것은 조경배, "KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준," 노동법학 제56호(2015), 311-343쪽 참조.

약간의 쟁의절차상의 하자가 있어도 손해배상책임을 물리고 이를 가집행의 방식으로 쟁의에 참가한 노동자들을 괴롭히는 양상을 반복하고 있다.[29] 그리고 이러한 법원의 판결과 집행행위로 인하여 배달호(두산중공업, 2003. 1. 9. 분신 사망), 최강서(한진중공업 2012.12.21. 사망) 등의 노동자들이 목숨을 버리는 사태도 속출하였다. 한 연구에 의하면 2003. 10. 기준 전국 51개 사업장에 청구된 손해배상 금액은 574억 원이었으나, 2014. 6. 기준 전국 17개 사업장에 청구된 금액은 1691억 6천만 원으로 집계되었다고 한다.[30]

노동자의 헌법상의 권리를 보호하여야 할 법원이 되려 이러한 노동통제의 첨병으로 전락하여 노동자들에게 가차없는 사법적 폭력을 행사하고 있는 것이다. 문제는 여기에 그치지 않는다. 노동사건에 대한 업무방해죄 적용실태를 조사한 연구[31]에 의하면, 쟁의행위와 관련하여 2002년부터 2006년 사이에 제1심 판결이 선고된 노동형사사건에 적용된 죄의 수는 7,624개인데, 그 중 업무방해죄가 적용된 것이 2,304개로 30.2%를 차지한다고 보고하고 있다. 이는 업무방해죄의 형법조항을 이용하여 노동쟁의행위를 노골적으로 통제하고자 하는 정부의 전략에 법원이 적극적으로 호응한 결과로 독해된다. 노동쟁의행위를 국가의 형사사법권력으로부터 보호하겠다고 하는 헌법의 취지가 무색해지는 지점이다.

이러한 친자본적인 계급사법의 경향은 헌법재판소 또한 마찬가지다. 노동쟁의에의 제3자개입금지규정에 관한 합헌결정[32]은 그 대표적인 사례로 노동자 또는 노조의 행위는 단지 "노동관계 당사자의 책임 아래 자주적으로 이루어"져야만 하는 것일 뿐, 국가, 정당, 사회단체나 경쟁기업 등의 제3자의 개입이나 지시로부터 독립되어야만 하는 것으로 간주함으로써 노동자들을 다른 시민사회영역과 단절시키고 그들의 이해관계를 반사회적인 것으로 규정하고자 하는 의도를 그대로 드러내었다. 환언하자면, 구체적인 노사의 이해관계 대립을 전체 사회의 관심대상으로 하고 그 상호투쟁의 장(arena)에 사회 각부분들의 의견이 투입될 수 있는 기회를 마련함으로써 합리적으로 이를 조정하고

29) 자세한 것은 조경배, "쟁의행위에 대한 손해배상 청구의 문제점 및 노동인권 보장을 위한 개선방안," 국가인권위원회, 쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 실태파악 및 개선방안 마련을 위한 토론회, 2015. 1. 20. 29-58쪽 참조.

30) 윤애림, "쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 실태파악 및 개선방안 마련을 위한 토론문," 위의 토론회, 61-62쪽.

31) 조국, "쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용 비판 —대법원 판결 비판을 중심으로—," 비교형사법연구 제12권 제1호(2010), 103-128쪽.

32) 헌법재판소 1990.1.15. 선고 89헌가103 결정

어떠한 사회적 합의를 이끌어내는 다원주의의 과정 그 자체를 차단한 채, 국가에 의하여 부과되는 일정한 이념에 따라 노사대립을 한정된 틀속에서 처리하고자 하는 것이다. 이는 노사대립을 단순히 "산업평화의 유지에도 도움이 되지 아니할 뿐만 아니라, … 국민경제발전의 걸림돌이 되게 된다"는 점에서만 바라보는 것에서 단적으로 표현된다.[33]

그뿐 아니다. 재산권에 관한 우호적인 태도는 토지공개념과 같은 체제 차원의 사안에 대해서조차 과감한 도전을 하게 만든다. 물론 토지거래허가제는 위헌선언을 위한 정족수 부족으로 그 존재는 유지되었지만,[34] 과도한 택지소유를 규제하기 위하여 만든 택지소유상한제는 위헌무료로 함으로써 토지공개념을 정권의 핵심정책으로 추진하였던 노태우정권의 안전에까지 도전하기도 하였다.

3.2.3. 내부적 문제

87년헌법체제에서의 사법부는 과거 권위주의 체제에서 수행하였던 관행으로부터 크게 벗어나지는 못하였다. 물론 제2차와 제3차의 두 사법파동을 거치면서 정치권력으로부터 외형적인 독립성은 획득해 내었지만, 그럼에도 불구하고 지난 시대에 이미 사법부의 법률도그마로 편입되어버린 지배이데올로기를 과감히 떨쳐 버리지 못한 채 그것을 반복 재생산하는 모습을 보여왔다. 그래서 한편으로는 정치권력의 보조자 내지는 담지자로서, 다른 한편으로는 자본의 이익을 수행하는 대리인으로서의 역할을 감당해 올 수 있었던 것이다.

그리고 바로 이런 폐습은 사법부를 구성하는 구조로부터 재생산되어 왔다. 우리 사법부는 사법대학원제도의 도입을 통해 전문관료화의 길을 걷기 시작한 이래 철저하게 법조관료체제의 외길을 고수해 왔다. 물론 이런 관료체제는 형식적 합리성에 바탕하기에 법원의 독립을 보장하는 가장 효과적인 방식이기는 하지만, 동시에 그 독립성의 외관 하에 국민들의 의사에 의한 통제로부터 자유로운 폐쇄집단을 구성하고 이를 바탕으로

33) 전국교사노동조합에 관한 결정(1991.7.22 선고 89헌가106)에서도 "교원직무 특유의 사회적 봉사기능" "개인적 또는 집단적 자율권", "광범위한 개인적 책임"등을 강조함으로써 교원의 직무의 특수성, 준공무원성, 근로관계의 특수성, 교원지위의 법정주의 등을 들면서 사립학교교원도 노동자라는 본질을 인정함에도 불구하고 노동3권 전체에 대한 향유능력을 부인하고 있다. 역시 일한다. 이데올로기도구로서의 교육기관을 "사회적 이익"의 대변자인 국가의 통제하에 두며, 정한 사회부분이 나름의 사회세력 내지 정치세력화하는 것을 차단하는 동시에, 교육제도에 대한 사회적 이익에 봉사하여야 할 것을 강조하고 있는 것이다.

34) 헌법재판소 1989.12.22 선고 88헌가13 결정

스스로 권력화하여 국민위에 군림하는 폐해를 야기하기도 한다는 점에서 나름의 한계를 가진다. 문제는 이런 한계가 우리의 경우에는 정치권력의 필요에 의해 확대재생산될 수도 있었다는 점에서 발생한다. 군사정권에 의해 마련된 사법대학원제도나 그리고 유신정권 직전에 도입된 사법연수원제도가 군사주의적 관료체제에 의한 통치기반을 확고히 하고자 하였던 의도에서부터 시작되었음을 감안한다면 이는 보다 쉽게 이해될 수 있을 것이다.

사법관료체제는 법률도그마를 실천하는 법원 내부의 요청이나 내부적인 관행에 의하여 구성된 것이라기보다는 멀리는 일본제국주의의 식민통치의 수단으로 가깝게는 군사정권의 개발독재식 통치의 수단으로 외삽된 것-따라서 그 외형적 독립성여하와는 관계 없이 외부적 압력에 취약할 수밖에 없다는 것-이라는 점이 문제적이라는 것이다.

수많은 단계로 구성되는 수직적 위계구조와 선민적 엘리트주의를 조성하는 순혈주의식 법관충원제도, 대법원장 및 이를 보좌하는 법원행정처등에 집중된 인사권, 그리고 도제식의 법관훈련체계와 그로부터 파생되는 가부장적 선후배문화 등은 그 대표적 사례가 된다. 최근에 드러난 대법원장과 그 예하기관으로서의 법원행정처에서 자행되었던 법관사찰과 블랙리스트 작성의 문제는 이런 파행적 구조의 결과에 지나지 않는다. 우리의 정치문화가 제왕적 대통령제의 직접적인 원인이 되듯, 법원 내부에서 작동하는 이렇게 일그러진 구조가 최근 사회적 문제로까지 대두되고 있는 제왕적 대법원장제로까지 이어진다. 유무형의 모든 권력이 대통령에 집중되듯 사법부에 관련된 모든 유무형의 권력들은 법원행정처를 매개로 하여 대법원장에 집중되고, 이런 피라미드식 권력구조는 다시 대법원장으로 하여금 정치권력이 사법부 내부에 통용될 수 있게 하는 도관의 역할을 수행하게끔 만들기도 하는 것이다.

그리고 이 과정에서 법원은 그 자체 하나의 법관동일체처럼 작동하게 된다. 대통령이 임명하는 대법원장과 대법원장을 매개로 하여 임명되는 대법관, 그리고 이들이 장악하고 있는 인사권에 복종하면서 승진의 사다리를 타는 것을 일생의 목표로 삼도록 내면화되어 있는 법관들, 이 모든 것들이 우리의 사법부가 국민위에 군림하는 또 하나의 권력기관이 되도록 만들고 있는 것이다.

4. 촛불과 사법개혁: 민주적 사법을 향한 제언

4.1. 촛불정국의 시대사적 의미

지난 해 가을부터 시작되었던 촛불집회는 이런 사법부의 현재모습에 큰 충격을 던진다. 지금까지 사법개혁 특히 법원개혁은 대부분 법관인사제도(계층제 완화, 향판제도 활성화, 법조일원화 도입 등) 및 심급제도의 개선(대등재판부의 구성), 법원행정처의 혁파(법원단위의 사무처 설치), 대법원장·대법관 인선의 문제 등의 의제에 국한되었고 그나마도 나름 어느정도의 개선을 이루어내기도 하였다.[35] 하지만 지난 촛불집회 이래의 우리 사회의 흐름은 이러한 법원의 개혁에 더하여 법원의 민주화 내지는 사법의 민주화를 도모할 수 있는 새로운 개혁의 방안들을 모색할 것을 요구하기에 이른다.

실제 촛불집회는 우리 사회에 엄청난 파장을 야기하였다. 그것은 세월호참사와 백남기농민사건 혹은 메르스사태나 강남역사건, 나아가 이석기전의원에 대한 내란선동죄 판결이나 통합진보당의 해산결정 등을 경험한 우리 시민들이 국가의 존재이유를 새롭게 질문하고 나서며 87년체제가 가지고 있었던 통치술 그 자체에 대한 의문을 제기함으로써 나타난 현상이다.

지난 11월부터 지금 이 순간에까지도 지속되고 있는[36] 촛불집회는 이러한 일련의 사건들과의 연장선상에서 기존의 정치를 외부로 구성하면서 그에 적대하는 방식으로 진행되어 왔다. “이것이 국가인가”라는 의문은 세월호 참사에서 드러났던 국가의 부재에 대한 공격이자 동시에 국가실패, 시장실패 나아가 사회실패를 거듭함으로써 시민들의 삶에 억압으로만 다가오는 국가 그 자체에 대한 적대적 시선을 담고 있다. 그동안 국가의 통치술에 순응해 왔던 우리 시민들이 그 통치술에 저항하는 동시에 그 통치술의 주체로서의 정권 혹은 그 정권을 안고 있었던 한국국가 그 자체에 대한 비판과 혁신을 요구하고 있는 것이다.

하지만 촛불집회는 이러한 사건들에 대한 반발로만 구성되지 않는다. 그러한 반발이 촛불집회와 같은 장기간에 걸친 대규모의 집회로 이어질 수 있었던 것은 건국 이래 강고하게

35) 물론 향판제도의 활성화는 양승태 대법원장 체제에서 무력화되면서 다시 원상회복하기도 하였다.
36) 2017. 3. 25.의 촛불집회는 제21차로 ‘박근혜 구속! 황교안 퇴진! 공범자 처벌! 적폐청산!’을 슬로건으로 내걸었다.

구축되었던, 그리고 87년 체제에 와서는 오히려 재벌까지 포섭하면서 확장되었던 한국국가의 지배연합이 그 자체 내파되는 상황이었기에 가능하였다. 87년체제의 성립과정에서 형성되었던 강력한 지배연합이 이명박정부의 탐욕과 박근혜정부의 실정을 계기로 보수정권의 재창출에 대한 위기감을 느끼게 되고 이 과정에서 체제변화를 도모하는 전략을 선택하는 와중에 대중들의 집회가 이어지면서 대통령의 탄핵과 새로운 정부의 구성이라는 현재의 상태에까지 이르게 된 것이다. 그래서 촛불집회는 "민주화 이후 등장한 이명박 박근혜 정권의 내적 붕괴"[37]로부터 촉발된 것이라 하여도 과언은 아니다.

그리고 바로 이 점에서 촛불집회의 변혁력은 종래의 여느 민주화운동과는 다른 양상을 보인다. 첫째 촛불집회의 동력은 적대의 정치로부터 획득된다. 이명박·박근혜의 반동적 보수정치에 의하여 체제 바깥으로 밀려날 수밖에 없는 시민들이 스스로 정치의 주체임을 자각하면서 제도정치의 위력을 과시하던 지배연합을 무너뜨린 것이다. 그들은 하나의 이념, 하나의 지향에 의해 공감의 연대를 형성한 것이 아니라, 서로 다른 생각과 생활지향들을 가지면서도 자신들의 삶을 억압하는 공동의 적인 반동적 보수정권에 대항하기 위해 모여든, 차이에 바탕을 둔 연대를 형성하였던 것이다. 둘째, 그래서 촛불집회의 주체들은 과거의 운동권과 같은 그 어떠한 구심세력도 혹은 운동권이라는 단일 정체성도 갖고 있지 않다. 그들은 각기 다른 생활을 하는 각기 다른 사람들의 집합이었고 집회의 과정 내내 그들은 자기들만의 집회활동을 수행하였을 따름이다. 그리고 오로지 한 순간, 즉 박근혜정부의 퇴진을 요구하며 적폐의 청산을 주장할 때 그때만 단결할 수 있었다. 우리는 바로 이러한 양상을 차이의 연대라는 이름으로 부를 수 있을 것이다.[38]

4.2. 민주적 사법이라는 또 다른 요청

4.2.1. 사법의 책무성의 확보

사실 촛불집회의 가장 큰 문제는 엄기호의 말처럼 어떻게 하여 "광장의 조증"이 "삶의 울증"[39]으로 전이되지 않도록 세상을 리셋할 수 있을 것인가라는 실천론이다. 촛불이

37) 김동춘, "촛불시위, 대통령 탄핵과 한국 정치의 새 국면," 「황해문화」 제94호(2017), 206면.
38) 바로 이 때문에 촛불시민들은 총체적인 대표를 부정하고 스스로를 대표하고자 한다.
39) 엄기호, 나는 세상을 리셋하고 싶습니다(창작과비평사, 2016)

제시한 무수한 의제들-특히 적폐의 청산과 민주적 시스템의 구축-을 어떻게 구체적인 제도로 이끌어내고 나아가 광장의 정치를 지속가능한 실천의 정치로, 혹은 제도의 정치로 승화시킬 것인가의 문제가 현재의 우리들에게 닥친 주된 과제인 것이다. 문제는 이러한 촛불집회의 지향을 어떻게 사법개혁의 의제로 포섭할 것인가이다. 촛불집회에서 나타난 일관된 지향은 "나는 내가 대표한다" 즉, 시민의 직접적 정치참여의 의지였다. 하지만, 현실의 정치 특히 현실의 사법은 그러한 의지를 수용하기 어려운 것도 사실이다. 사법의 독립성의 요청은 이런 촛불의 한계를 더욱더 극명하게 드러낸다.

사법의 민주화 내지는 민주적 사법의 구축은 분명 이 촛불 이후의 개혁과제로서 의미심장한 것이 된다. 다만, 실제 여기서 사법의 민주화라는 말의 의미는 일반적인 정치영역에서의 민주화가 가지는 의미와는 상당한 차이를 가진다는 점에 주목할 필요가 있다. 사법의 민주화는 언제나 사법의 독립-특히 사법의 정치적 독립-이라는 또다른 헌법적 요청과의 긴밀한 연관 속에서 고려되어야 하는 것이기 때문이다. 전술하였듯이 사법의 독립성과 사법의 민주성은 대체적인 경우에 서로 충돌한다. 법과 양심에 따라 독립하여 재판하여야 할 법관이 자신을 둘러싼 시민들의 의사-이는 시민정치의 과정을 통해 형성된다는 의미에서 정치적인 것이다-를 존중한다는 것은 상호 모순적이기 때문이다. 즉, 전자를 강조할 경우 후자의 요청은 희생될 수밖에 없고 이 과정에서 사법관의 지배라는 반민주적, 반정치적 폐해가 발생할 우려가 나타난다. 반면 후자를 강조할 경우 시민들의 의사가 직간접적으로 재판과 판결에 개입하지 않을 수 없고 이 과정에서 재판의 독립 내지는 법관의 독립이라는 것이 훼손될 가능성이 야기된다.

그래서 대부분의 경우 사법에 관한 한 민주성의 요청이라는 언술보다는 책무성(accountability)이라는 말을 선호하게 된다. 이 개념은 대체로, 어떠한 결정을 내리는 자는 그 결정을 다른 사람-상급자, 소비자, 또는 인민 등-들에게 설명하고 이해를 구하며 그들의 판단에 자신의 권한과 지위를 맡기는 것이 바람직하다는 의미에서 사용된다.[40] 시민들과의 원활한 소통과 효과적인 정보교환을 바탕으로 정책결정에 임하되 그 결정의 과정과 또 결정 이후-집행의 과정도 포함한다-에 그 결정에 이르게 된 이유를 설명하고 시민들의 동의를 구하는 과정, 혹은 그러한 과정의 결과로써 그 결정의 책임을 스스로 부담하는 체계 등이 복합된 개념으로 보면 될 것이다.

40) 이는 프랑스인권선언(1789) 제15조에서 규정한 공행정작용에 대한 보고요구권과 직결된다.

이에 대하여 M. Cappelleti[41]는 책무성모델을 억압형, 분리형, 응답형/소비자지향형 등으로 세분하여 설명한다. 이중 억압형은 외부기관에 의한 감시와 통제에 기반하는 것으로 법원에 관한 한 사법의 독립성이라는 원칙에 반하는 것이라 여기서 채택할 바 아니다. 분리형은 내부적으로 분리된 기관에 의하여 자율적으로 감시·통제하는 체제를 의미하며 내부의 감찰부와 같은 조직은 이에 해당한다. 이러한 체제는 법원의 독립과 충돌하지는 않지만 관료제의 틀에 고착되어 있는 우리 법원이나 검찰의 감찰조직이 거의 형해화되어 있음을 감안한다면[42] 그 자체만으로는 유효한 통제수단이 되지 못한다. 그래서 법원의 경우에는 그 책무성의 보장 체제로서 Cappelleti가 제시하듯 정치적·사회적 책무성과 법적 책무성의 결합형태인 응답형/소비자지향형이 요구된다. 이는 다면적 책무성 보장체제로서 조직내부적 통제와 집단내부적 통제, 그리고 다양한 형태의 정치적 통제가 복합된다. 즉, 법원과 법관의 재판이나 결정에 대하여 동료법관들은 물론 다른 법률가 혹은 법(률가)공동체에 의한 감시와 통제가 이루어지도록 하는 사회적 책무성과, 의회, 행정부, 언론 등에 의한 감시와 통제를 의미하는 정치적 책무성, 그리고 법률소비자로서의 당사자나 증인 등 관계인들과 일반적인 시민들의 입장에서 그들의 이익에 봉사하기 위하여 개방성과 응답성을 확보할 것을 요구하는 법적 책무성-또는 법적·민주적 책무성이라 명명하는 것이 더 타당할 것이다-으로 구성된다.

〈그림1〉은 사법과 정치의 상호연관을 도식화한 것이다.[43] 이와 같은 Cappelleti의 제안은 이런 길항관계에서 사법의 개혁을 향한 좋은 지침을 부여한다. 실제 사법적 판단에 대한 총체적인 책무성의 요청은 다양한 방법으로 구현되어야 할 뿐 아니라 동시에 사법의 독립성을 훼손하지 않는 상호공존의 범위내에서 이루어져야 한다. 그리고 유럽에서 널리 시행중인 법원행정체계인 사법위원회(council for judiciary)의 방식은 그 좋은 모델이 된다. 사법부-법원-와 정치기구(의회 또는 유럽의 경우 대부분 의회의 산물로서의 정부)의 중간에 위치하여 양자의 독립성과 책무성의 요청을 중재하고 양쪽의 압박을 여과하는 기능을 수행하고 있기 때문이다.[44] 물론 프랑스의 사례를 모델로 하는 이 사법위원회

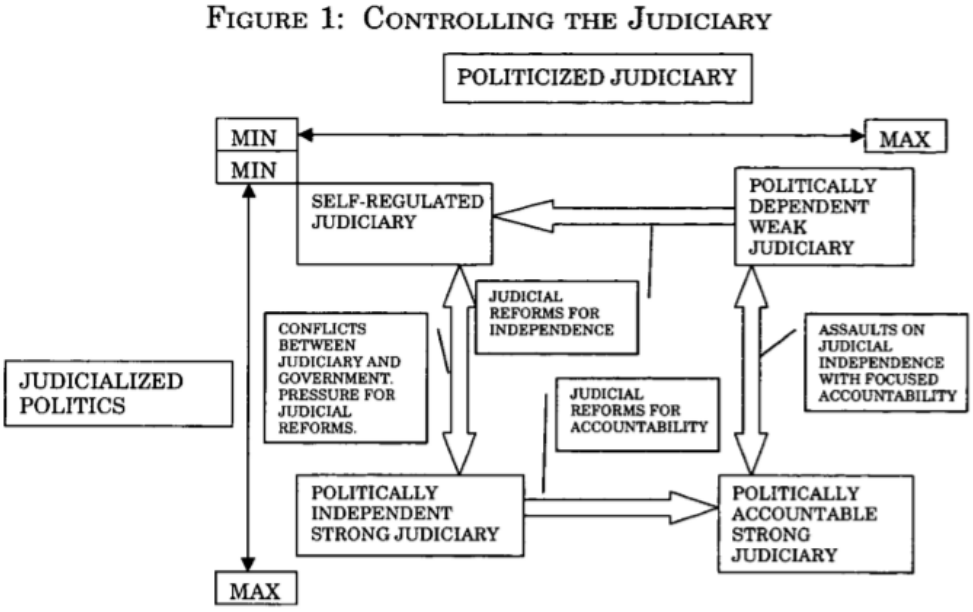
41) M. Cappelleti, "Who Watches the Watchmen? A Comparative Study of Judicial Responsibility," American Journal of Comparative Law vol.31 No.1(1983), 61쪽 이하

42) 뉴스1, "대검 감찰본부장제 제대로 작동하나... '한계 뚜렷' 손질 필요?", 2017. 6. 1. 〈http://news1.kr/articles/?3006828〉 검색일: 2017. 6. 8.

43) Garupa and Ginsberg(2009), p.119.

44) 이에 관하여는 Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, "Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence," 57Am. J. Comp. L.103 (2009). Available at:http://scholarship.

또한 수많은 제도설계방식을 가진다. 초기단계의 모형에 입각한 프랑스-이탈리아 모델의 경우에는 사법권의 독립을 위한 방편으로 정치권력의 영향력으로부터 사법을 보호하기 위한 방파제로서의 기능이 부여되어 있는 반면, 업적주의에 입각한 사법관료체제를 취하고 있는 독일-오스트리아의 경우에는 독립적인 사법부에 대하여 정치적 통제-책무성의 강화-를 통한 민주성을 확보하기 위한 수단으로 이용된다. 반면 법관승진시스템이 없이 명망가사법체제를 취하고 있는 미국이나 영국의 경우에는 정치와 사법을 중재하는 매개기관으로서의 의미가 강조된다.[45] 이에 관하여는 이후 항을 바꾸어 설명한다.



〈그림 1〉 사법의 독립성과 민주성: 정치와 사법의 상호연관

law.tamu.edu/facscholar/426 참조. 그런데 이들은 최근 세계적으로 급속도로 확산되고 있는 사법위원회의 모델에 대해 사법의 독립성보다는 사법의 책무성을 확보하는데 보다 유리한 것으로 파악하기도 한다. Garoupa and Ginsburg(2008), p.83 참조.

45) N. Garoupa, and T. Ginsburg, "The Comparative Law and Economics of Judicial Councils," Law and Economics Working papers, paper 96, 2008, 〈http://law.bepress.com/uiuclwps/art96/〉 검색일: 2017. 6. 8.

4.2.2. 대법원장의 권한 축소와 법원행정처의 혁파

최근의 법원개혁의 요청은 적폐의 청산이라는 시대적 요청과 함께 한다. 그동안 제왕적 대법원장제라는 비아냥의 대상이 되었던 대법원장의 권한을 약화하고 또 순치하는 한편 그 권력의 원천이 되었던 법원행정처의 존폐 또한 더불어 검토되어야 한다는 것이다. 실제 사법조직이 철저하게 관료화되어 가고 있는 상황에서 법관의 인사에서부터 사법정책에 이르기까지 거의 대부분의 사법적 병폐가 발생하는 중심지역이 바로 이 법원행정처이다. 지난 3월 법관들의 학회활동을 통제하는 과정에서 발생한 인사조치나 법관에 대한 블랙리스트 파동[46]은 이 법원행정처가 법관의 재판을 보조하는 업무의 수준을 넘어 스스로가 법관에 대한 감시·감독의 기관으로 기능함을 단적으로 보여준다. 그것은 전국의 법관을 중앙집권적으로 통제하면서 전국의 재판을 하나의 기준에 의하여 평균화·획일화하거나 혹은 그에 실효적인 영향을 미치는 사법의 레비아단이 되어 버렸다.[47]

실제 그 어떠한 의미에서든 이러한 거대조직으로서의 법원행정처는 존재할 이유가 없다. 현재 법원사무기구에 관한 규칙에 의하면 법원행정처에는 기획조정실, 사법지원실, 사법정책실, 행정관리실, 사법등기국, 전산정보관리국, 재판사무국을 두는(제2조 제1항) 외에, 법원행정처 차장 밑에 윤리감사관, 인사총괄심의관, 인사운영심의관, 공보관, 안전관리관을 두며(제4항) 그외 기록보존소(제9항)와 재외국민 가족관계등록사무소(제10항) 등을 둘 수 있게 되어 있다. 여기서 특히 인사총괄심의관이나 인사운영심의관이나 기획조정실과 같은 시스템은 전국의 법관들에 대한 인사나 그 재판관련정책-이를 사법정책이라고 하기는 어렵다-들을 통할하는 중추기관으로서의 성격을 가진다. 뿐만 아니라, 사법정책실은 단순한 연구의 기능을 수행하는 것이 아니라 그로써 전국의 법관들이 준수하여야 할 각종의 행위준칙이나 정책규범들을 형성하는, 집행기능의 전단계로서 작용하기도 한다. 뿐만 아니라 일반사무에 상당한 업무조차도 일반법원공무원이 아니라 법관으로 담당하게 함으로써 법관인력의 낭비와 함께 비전문적인 법관에 의한 행정낭비까지 초래하기도 한다.

---

46) 오마이뉴스, "'사법독립' 스스로 흔든 대법원... 내부 반발 이어져," 〈http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002305249〉 검색일: 2017. 6. 8.

47) 이에 관하여는 한상희, "사법개혁과 민주주의; 법원행정처의 개혁방안," 민주법학 제29호(2005), 51-67쪽 참조.

하지만 이러한 비경제성은 법원의 관료화라는 점에서는 최적의 효율성을 보여준다. 그것은 일부의 (엘리뜨) 법관을 선발하여 법원행정이라는 업무를 경유시키면서 그들이 전체 사법체계를 통할할 수 있는 능력을 쌓게 하고 이를 통해 중앙의 지배를 용이하게 하는 구조화의 수단이 된다. 법원공무원이 수행할 수도 있는 인사나 기획, 정책연구 등의 업무를 중견법관에게 전담시키고 이를 통해 그 행정과정의 결과들이 하급법관에게 정당한 것으로 수용될 수 있도록 함으로써 다른 법관-하위법관-을 통제할 수 있게 하는 기제인 것이다.

여기에 재판연구관제도가 겹쳐진다. 법원의 정원에 관한 대법원규칙에 따르면 현재 대법원에 고법부장급 2명을 포함하여 총 101명의 재판연구관을 두게 한다.[48] 문제는 법관이 지배하는 법원행정처에 다시 그들의 통할 하에 대법관의 재판업무를 보좌할 법관들[49]을 다시 100명 이상을 배치하는 데에 있다. 이들은 대법원장-법원행정처의 지휘하에 법관 내부에서 발생하는 승진사다리를 둘러싼 경쟁의 또 다른 트랙을 만들어낸다. 즉, 최상층의 법원간부직을 향한 일종의 Royal Road가 형성되는 것이다.

실제 이러한 재판연구관제도는 법관의 통제장치로서는 아주 유효한 기제를 마련한다. 그것은 일종의 '발탁인사'로 이루어지는 고등법원부장판사의 직으로의 승진을 향한 교두보로서 작용해 왔다. 그러기 때문에 이 제도는 ㉠각급의 엘리트 법관들(주로 부장판사 승진전의 판사, 중견급 부장판사, 그리고 고법부장 등)을 법원행정조직에 편입시키고 사법부 내부의 inner circle을 구성하게 함으로써 그들을 순치하는 최선의 구조를 마련한다. 그것은 고법부장으로의 발탁인사가 이루어지기 전의 단계에 재직하고 있는 하급법관들로 하여금 재판연구관이 되기 위하여 치열한 경쟁을 벌이도록 만들어 체제내로 편입시키는 비공식적 틀을 마련하는 것이다. 그리고 이런 일련의 과정을 통해 ㉡법관들을 관료화시킨다. 현재 공식적으로 유일하게 남아 있는 고법부장으로의 발탁인사제도가 미쳐 수행하지 못하는 하급법관에 대한 규율과 통제의 필요성을 이 재판연구관제도가 보완하고 있는 것이다.

48) 「각급 법원에 배치할 판사 등의 수에 관한 규칙」〈별표〉 참조
49) 실제 정종섭, 한국의 사법제도와 발전모델(집문당, 1998), 94면도 마찬가지로 회의적인 태도를 취하고 있다.

실제 이와 같은 법원행정처 조직은 일본[50]을 제외하고는 세계적으로도 유례가 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 특히 법원행정이라는 비사법적 업무까지도 중견법관이 장악하여 통할하는 시스템은 거의 찾아보기 어렵다. 문제는 이러한 구조가 사법부 내부에 한정되는 것이 아니라 사법관의 지배(juristo-cracy)라는 틀을 따라 전사회적인 영향력의 수준으로까지 확장될 가능성이 있다는 점이다.[51]

오늘날과 같은 사법개혁이 논의가 검찰·경찰 등과 같이 법원 외부의 기관을 향하면서 법권력의 대부분을 법원에 집중하고 있는 상황에서는 이렇게 중앙으로 집중된 사법권력은 이상비대화되어 사회 전반에 대한 통제력으로까지 확산될 수 있다. 즉, 사법개혁의 주된 목표는 검찰이나 변호사 등에 주어졌던 예외적인 권력들이 제도적으로 통제되고 또 그 프레미엄들이 점차 해소되는 상태를 추구한다. 그리고 권력분립 및 법치의 원칙에 따라 이렇게 해소된 법권력을 문자 그대로 사법의 주재자로서의 법관에게 이양하고 현실 사법의 모든 권력을 사법관의 통제하에 두게끔 하고자 한다. 그러나 문제는 그 권력을 장악하는 법관 자체가 독립된 단독자이지 못하고 대법원과 법원행정처를 중앙으로 하여 철저하게 통제되는 하나의 체제를 이루고 있다면 그 권력은 거대조직으로서의 사법부 즉 대법원에 귀속될 수밖에 없다. 그리고 이 가능성을 견지하게 하는 것이 바로 이 관료조직으로서의 법원행정처이다. 법원행정처와 같은 조직이 지금까지 그러해 왔듯이 사법부 내부의 통제장치로 기능하면서 중앙집권적 사법조직을 만들어내는 수준을 넘어서서 대법원장-법원행정처의 권력이 사법부의 경계를 넘어 한국 사회 전반을 향하고 그 지배력을 확장해 나가는, 그럼으로써 우리 사법권력의 이상비대화를 초래하는 주범으로 작용할 우려가 있는 것이다.[52]

---

50) 일본의 사무총국에 관하여는 세기 히로시, 박현석 역, 절망의 재판소(사과나무, 2014), 25-30, 62-3, 95-99쪽 참조. 이 책에서도 블랙리스트 관련 에피소드가 소개된다. 29쪽.

51) 이와 관련하여 J. Ramseyer, and E. Rasmusen은 Measuring Judicial Independence: The Political Economy of Judging in Japan(Chicago: University of Chicago Press, 2003)에서 일본의 중앙집권적 사무총국체제로 인하여 좌파적 성향을 가진 법관의 승진이 우파적 성향의 법관에 비하여 늦어진다고 보고한다. 이에 대하여 Kentaro Mukumoto and Mikitaka Masuyama, "Measuring Judicial Independence Reconsidered: Survival Analysis, Matching, and Average Treatment Effects," Japanese Journal of Political Science, vol. 16, No. 1, pp.33-51는 사망하거나 조기퇴직한 법관, 임용된지 얼마 되지 않는 법관 등을 표본에서 제외함으로써 발생하는 오류라고 반박한다.

52) 이 대법관들중 법원에서 실제 사건을 담당하다가 대법관으로 승진임용된 경우가 겨우 3명(김영란 대전고법부장(대법관임명: 2004.8), 윤일영 서울고법 부장(1981.4), 안병수 서울고법부장(1973.4))에 불과하며 나머지는 모두 법원장 등 법관의 업무가 아니라 실질적인 행정의 업무에 종사하다가 대법관으로 승진되는 등 대법관의 임명과정이 극심한 관료화의 경향을 보인다는 점에서 대법원이 엄밀한 의미에서 최종적 사법판단기관으로서의 실질을 갖추었는지 의심하게 만든다.

사실 대법원장의 제왕적 권력은 바로 이러한 매머드급의 거대행정조직의 존재로 인하여 가능해진다. 최근 사회문제로 비화되고 있는 현직법관에 대한 인사발령의 파동이나 법관 블랙리스트의 존재와 같은 사건들은 모두가 이 거대조직 법원행정처의 존재로부터 가능하였던 것이다. 물론 대법원장의 권력을 완화하기 위해서는 헌법의 개정이 필수적이기는 하지만, 그 이전에라도 이런 법원행정처와 같이 불필요한 조직에 대한 대대적인 개혁작업이 필요하다. 요컨대, ①법원행정처를 해체하고 그 대부분의 업무를 각 법원에 설치되는 사무처의 업무로 이관하는 것은 가장 절실한 장기 개혁과제이다. 혹은 그 이전이라도 ②법원행정처의 대부분의 국·실 및 과 단위의 행정조직은 그 보직을 판사가 아닌 일반법원공무원으로 하여야 한다. 현실적으로 그 업무를 행정에 익숙치 않은 법관이 맡을 이유도 없으며 굳이 이들에게 법원행정업무를 맡김으로써 사법권력의 중앙집권화 및 사법권력의 독점화를 초래할 이유는 더더욱 없다. 나아가 ⓔ재판연구관 제도 또한 굳이 현직 판사를 전보발령하여 그 인력을 소모하거나 혹은 법원 내부의 inner circle을 조성하는 방식이 아니라, 로스쿨 학생이나 변호사자격을 취득한지 얼마되지 않는 신참변호사들이 법원실무를 경험할 수 있는 중요한 통로로 활용하는 방안으로 처리하면 된다.[53]

4.2.3. 법원 구조의 개혁

실제 사법개혁의 문제를 법원의 문제로 한정할 때 그 방안들은 그리 크게 확장되지는 않는다. 법원의 계층화문제나 법관순혈주의의 문제, 그리고 법조일원화의 문제 등은 그동안 법원의 자체적인 노력에 의하여 상당히 개선되는 양상을 보이기도 하기 때문이다.[54] 법관의 인사를 전국단위로 순환근무하는 체제에서 지역(특히 고법) 단위로 고정배치하는 방식으로 전환하는 것(향판제도는 그 한 방식 중의 하나다)이라든지, 실질적인 합의부를 구성하기 위하여 대등한 법조경력을 가진 법관들로 하나의 부를 구성하게 하는 것 등은 이미 우리 법원이 대안을 마련하고 시행에 들어간 상황이다. 문제는 이러한 것이 완전하게 이행되지 않았음에 있는 것이지 그 대안들을 아예 시도도 하지 않은 것은 아니다. 그러기에 이 순간 우리가 법원의 개혁을 요구하려면 이미 채택되어

53) 관련하여 헌법재판소의 사무처 역시 마찬가지의 논의가 가능하다. 지금까지는 사무처장과 차장 모두를 법률가로 임명하였으나, 헌법재판소의 행정사무를 처리하는 곳에 굳이 법률가를 배치할 이유는 없다.

54) 다만 대등재판부의 문제는 여전히 진퇴를 거듭하고 있고 향판제도는 일부 지방법원에서의 수뢰사건을 계기로 없는 것으로 하려는 경향이 보이기도 한다.

있는 여러 방안들을 조속한 시일내에 가시적으로 집행할 것에 초점을 맞추어야 한다.

그럼에도 법원의 자체적인 개혁방안에서 제외되어 있는 것을 중심으로 몇 가지 지적하면 다음과 같다. 첫째 법원의 운영주체를 현재의 대법원장-법원행정처-법원장의 구조가 아니라 각 심급별, 지역별, 그리고 단위법원별로 구성되는 법관회의로 전환할 필요가 있다. 사법부와 법원 내부의 민주화를 도모하는 것이다. 물론 이렇게 한다고 해서 관료주의에 친숙한 우리의 법관체제가 순수하게 민주적인 의사결정과 정책집행을 한다는 보장은 없다. 그러기에 이 법관회의의 의제와 회의과정 및 결과는 하나같이 투명하게 공개되어야 한다. 법원의 결정이 주민의 감시하에 놓여져야 하는 것이다.

둘째, 법원의 판결문을 누구나 손쉽게 언제 어디서든 열람할 수 있도록 온라인 방식으로 공개하는 것은 국민의 알 권리의 충족이라는 점에서 뿐 아니라 사법체계가 보다 민주적이고 책무적으로 발전해 나가기 위한 중요한 단초를 이루게 된다.

셋째, 대법관이 될 수 있는 자격을 변호사자격자로 한정하고 있는 현행제도는 과감하게 포기할 필요가 있다. 법학교수는 물론 다른 영역의 교수·학자, 관료, 경제인, 노동자, 시민활동가 등 비법률전문가라고 해서 대법관의 업무를 수행하지 못할 이유는 없다. 그렇지 않아도 법률전문가가 독점하고 있는 현 상황에서 대법원의 구성을 법률가로 자격제한을 하게 되면 다른 영역의 전문가 영입은 원천적으로 봉쇄하는 결과를 빚게 된다.

넷째, 사법·법조제도를 국민친화적 내지는 진정한 법률서비스의 관점에서 재구성하는 작업을 할 필요가 있다. 그것은 사법의 민주성을 요구할 뿐 아니라 사법의 분권성(특히 지방분권), 사법의 개방성-참심·배심등은 그 예이다- 등 다양한 변화를 요청하는 것이다. 또한 전문법원제도-대법원의 경우에는 전문부 제도-를 지금의 가정법원이나 행정법원의 수준을 넘어 노동법원과 환경법원으로까지 확장할 필요도 있다.

다섯째, 사법부의 과거사 청산의 문제는 굳이 촛불집회와 연관시키지 않더라도 너무도 당연한 시대적 요구가 된다. 우리 사법부는 지난 2005년 이용훈 대법원장의 취임사를 빌어 과거사 청산에 나설 것을 약속하였으나 아무런 실체도 거두지 못한 채 유야무야되었다.[55] 현재의 대법원장체제하에서 내부적으로 이루어지는 사법개혁작업도

55) 일부에서는 그동안 법원이 과거사진상규명위원회에서 과거사사건으로 판정된 사건에 대해 재심의 형식으로 그것을 정리한 것을 두고 사법부의 과거사 청산의 과업을 갈음하고자 한다. 내일신문, "검찰 과거사

마찬가지다. 실제 모든 개혁의 출발점은 과거사에 대한 반성과 극복에 있음을 감안한다면, 현재의 사법부 역시 이러한 과거사 청산의 과제는 힘들지만 반드시 겪어나가야 하는 절체절명의 시대적 과제가 된다.

5. 결론

대체로 사법개혁을 지도하는 기본이념은 크게 두 가지로 정리된다. 그 첫째는 국민으로부터 유리되거나 혹은 국민위에 군림하여 왔던 사법·법조제도를 이제 국민의 곁으로 끌어 와 국민의 사법으로 만들어야 한다는 전통적인 요청을 반영한다. 그 둘째는 최근의 것으로 민주적 법치를 가능하게 하는 사법제도를 요구한다. 그래서 사법의 민주성뿐 아니라 사법의 분권성(특히 지방분권), 사법의 민감성(responsiveness), 사법의 개방성-참심·배심 등은 그 예이다- 등 다양한 변화를 요청한다. 요컨대, 현재의 사법개혁의 요청은 사법이 권력이 아니라 시민사회에 대한 법적 서비스로 개념구성을 하면서 시민사회에서 제기되는 다양한 법적 수요를 어떻게 효율적으로 그리고 민주적으로 수용하고 이를 통하여 시민사회의 법감정을 제대로 반영하는 사법구조 및 법체계를 어떻게 생산해 낼 수 있는가에 집중되어 있다.

촛불 이후의 사법개혁의 논의는 무엇보다도 시민사회의 법적 수요를 어떻게 민주적이고 효과적으로 사법과정으로 수용하고 이를 통하여 시민사회의 법감정과 정의의식을 판결로써 제대로 반영하는 사법구조 및 법체계를 어떻게 생산해 낼 수 있는가에 집중되어야 한다. 그리고 이 과정에 시민들이 유효하게 참여하고 이를 통해 민주적 사법을 구성해 낼 수 있는 주체적 동력을 시민에게 부여하도록 고민하여야 한다. 그리고 바로 그러할 때 사법부는 시민들에게 사법주권을 되돌려줄 수 있게 될 것이다. 87년체제가 내세웠던 절차적 민주주의라는 형식주의를 극복하고 국민의 사법, 시민의 사법을 만들어나가는, 그래서 시민이 주도하는 민주적인 법공동체를 구성하는 야심찬 도전은 이럴 때 시작될

정리, 이번에는 이루어질까," 2017. 5. 17, 〈http://www.naeil.com/news_view/?id_art=237497〉 검색일: 2017. 6. 8. 하지만, 문제는 이런 판결들을 되잡는 것은 물론, 그러한 판결들이 이루어지게 된 사실 그 자체에 대한 진상조사가 필요하며 그러한 사법폭력의 과거에 대한 법원의 진솔한 반성의 작업이 반드시 이루어져야 한다는데에 있다. 실제 그동안 재심사건등에서 법관이 판결과정에서 개별적으로 한 사과행위들은 구체적으로 무엇이 어떻게 잘못되었으며 그에 대한 책임소재는 어떻게 되는지를 제대로 규명하지 않은 것이라는 점에서 그 판사 개인의 사과는 될지언정 제도적 수준에서의 과거사 청산이라고는 할 수 없다.

수 있는 것이다.

이를 위해서는 과거와 같은 법률관료가 지배하는 사법체계가 아니라, 시민사회에 대하여 법적인 대표능력을 갖춘 법률전문직들의 사법시스템을 구축할 필요가 있다. 더불어 지역사회를 기반으로 구성되는 각각의 생활공동체를 단위로 분권화된 사법체계를 지향한다. 고법단위의 사법운영이나 검사장의 직선제와 같은 논의들은 이를 지향한다. 그리고 법률시장에의 진입장벽을 해소함으로써 지역단위의 법공동체들이 다양하게 형성될 수 있는 기반을 확보하고자 한다. 법이라는 것이 주어진 것이 아니라 지역공동체 단위로 구성되고 또 그를 기반으로 실천되는 어떠한 것으로 만들어 보고자 하는 것이다.

하지만, 현재까지 진행되어 온 사법개혁의 요청은 이런 당위와는 나름 거리가 있다. 시민사회의 사법개혁논의는 그동안 적지 않게 진행되어 왔지만, 이를 제대로 수렴하고 조정하여 시민사회의 사법개혁안을 정치영역에서 제대로 수렴할 수 있는 체제가 아직은 제대로 구축되어 있지 못하기 때문이다. 오히려 아직도 사법개혁의 논의는 법원과 검찰, 변호사 등 사법의 중추적 역할을 담당하고 있는 법조집단들은 기득권에 안주하고자 하는 성향을 보이고 있고 경우에 따라서는 사법개혁의 논의기회를 자신들의 숙원과제를 해결하는 기회로 간주하는 경향도 없지 않았다. 전문성이라는 명분으로 사법개혁의 대상이 되어야 할 법률가들이 오히려 사법개혁을 주도하면서 각각의 직역이기주의만 관철시키거나 혹은 사법개혁 자체를 좌절시켰던 것이다. 검찰이 주도하였던 1999년의 사법개혁이 아무런 성과도 없이 유야무야되었다거나, 참여정부에서 공판중심주의를 정착시키고자 하였던 개혁의제가 검찰의 격렬한 반대 속에서 적당한 타협으로 종결되고 말았음은 그 대표적인 사례들이다. 그리고 바로 이 점에서 어쩌면 법관과 검찰 등 사법조직의 구성원들이 주도하였던 지금까지의 사법개혁논의들은 그 자체 실패의 의지를 담고 있었다고도 할 수 있다.

개혁이 제대로 구현되기 위해서는 무엇보다도 사법개혁의 의제를 구성해나가야 할 주체인 법률가들의 자기변혁이 절실해진다. 법관이든 검사든 자신이 몸 담고 있던 기존의 사법체계에 집착하기보다는, 제로 베이스에서 새로운 패러다임에 의한 새로운 사법개혁의 아젠다들을 개발하고 탐구하여야 한다는 것이다. 여기서 사법개혁의 논의들을 법조인이 아니라 경제단체가 경제논리에 따라 이끌어나갔던 일본의 사례가 거의 혁신에 가까운 수준의 개혁방안들을 확보할 수 있었음은 의미심장한 모델이 될 수도 있다. 법률가던

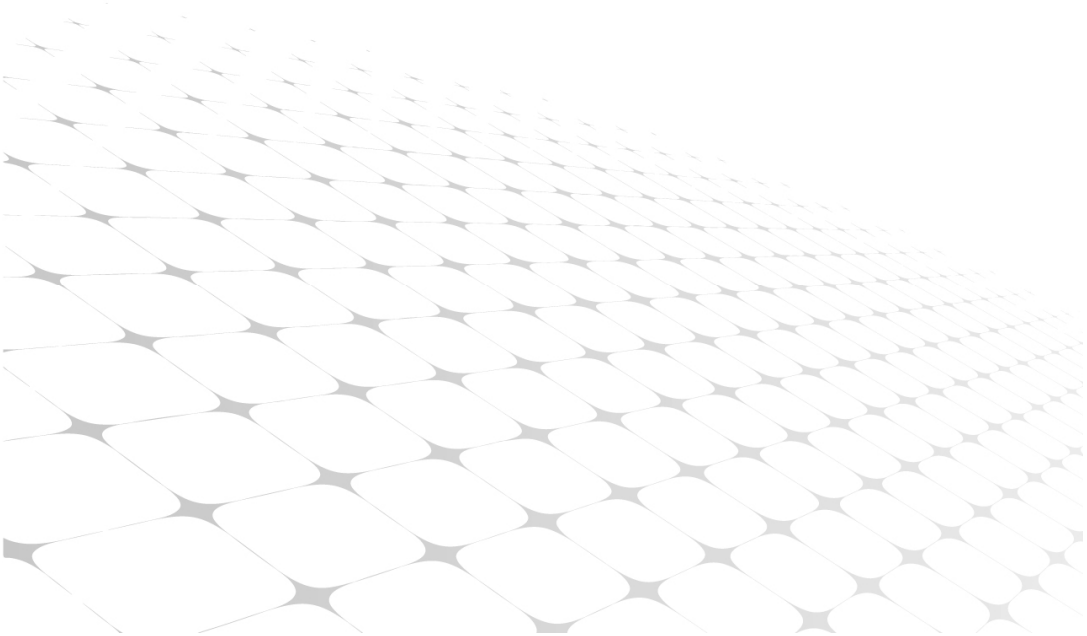
것과 같은 맥락에서, 우리는 우리식의 사법개혁과정을 창출해 내어야 하는 것이다.

거듭 밝히거니와 사법개혁은 민주화의 긴 여정 속에 포섭되어야 한다. 그것은 시민사회가 법권력의 주체가 되어야 함을 의미한다. 정치가 사법화하고 사법이 계급화하는 법률가의 지배체제는 이 점에서 배척의 대상이 된다. 오히려 사법과정을 통하여 시민사회가 정치화되고, 계급적 이해관계들이 사법과정 속에서 사회정의로 재구성될 수 있는 틀이 구성되어야 한다. 진정으로 중요한 것은 법에 의한 지배나 법의 지배 그 자체가 아니라 우리 모두가 참여하는 '민주적 법의 지배'일 따름이다.

토 론 2

삼성 이재용 판결 토론문

박상인 교수 (서울대학교 행정대학원)



삼성 이재용 판결 토론문

박상인

서울대학교 행정대학원 교수

시장과 정부 연구센터 소장

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

이재용 2심 판결의 함의

➢ 물론 과거 삼성 특검 사건에서의 판결들을 고려하면 놀라운 것이 아닐 수 도 있음.

- 2심 재판장이었던 서기석 판사는 헌법재판관이 되었고, 파기환소심 재판장이었던 김창석 판사는 대법관이 되었음.
- 특검이었던 조준웅 변호사의 아들은 특검 종료 후에 삼성전자에 과장으로 특채되기도했음.
- 대법원 상소심에서 유일하게 삼성SDS BW 건도 무죄를 주장했던 양승태 대법관은 대법원장이 되었음.

➢ 그러나 촛불시민혁명이 일어난 지 1년만에, 새정부의 적폐청산 드라이브 와중에, 이와 같은 이재용 2심 판결이 내려진 것은 충격적임.

- 민주적, 사법적 통제를 벗어난 경제권력이 된 삼성재벌의 실상을 보여줌.
- 이는 20세기초 미국의 진보적 운동에서 우려했던 경제력 집중의 폐해를 단면적으로 보여 준 것임.
- 경제력 집중의 해소 없는 정치적 민주주의도, 법의 지배도, 시장경제도 형해화됨.

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

3

이재용 2심 판결에 대한 전례없는 비판

➢ **판결에 대한 각계각층의 비판이 이어짐.**

- 정형식 판사에 대한 특별 감사 청원이 3일만에 20만명을 돌파.
- 여당 대표와 원내대표의 비판.
- 검찰과 민변의 비판.

➢ **문재인 정부의 재벌의 경제력 집중을 해소할 수 있는 개혁에 착수해야 함.**

- 새로운 대한민국과 재벌개혁에 대한 국민적 여망이 높은 '지금'의 기회를 놓치면 거대 경제권력이 되어버린 재벌에 대한 근본적 개혁은 불가능할 수 있음.
- 정부의 의지만 있다면, 정책 기술적 측면에서 재벌개혁은 가능하며, 최종적인 입법이 이뤄지도록 시행령 개정 등으로 물꼬를 틀 수 있음.

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

4

2013년 이스라엘 재벌개혁 사례

주요 이슈	주요 내용
소유지배구조	상장회사 2층 구조의 피라미드 기업집단만 허용. 기존 기업집단은 6년 안에 이 조건을 충족해야 함. 새로운 기업집단에 대해서는 즉시 적용
금산분리	주요 금융기관과 주요 비금융회사의 동시 보유 금지. (주요 금융기관은 자산이 400억 세겔를 초과하는 은행, 보험사, 증권사, 자산운용사를 포함한 모든 금융기관; 주요 비금융회사는 매출 또는 부채가 60억 세겔 이상이거나 독점사업자로서 매출 또는 부채가 20억 세겔 이상인 비금융회사)
국공유 자산 할당 조건	집중화된 기관(concentrated entities)의 민영화, 주요 공공입찰, 라이선스 획득 등에 참여 허용 여부를 권고하는 위원회(The Committee for the Reduction of Economic-wide Concentration) 설립

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

5

경제력집중법의 보완적 입법: 기업 거버넌스 개혁

- 모든 상장기업에 대해 다음과 같은 기업지배구조를 권고
  - 모든 이해당사자거래(transactions with interested parties)는 "Adopt or Disclose" type의 의무를 짐.
  - 지배주주와 친인척의 임원 선출과 보수는 주총에서 Majority of Minority (MoM) 규칙으로 결정.
  - 주총이나 debenture 보유자 회의에 인터넷으로 전자투표 도입
- 총수(controlling shareholder)가 33% 미만의 의결권을 가진 wedge company에 대해,
  - 사외이사가 1/3 이사회의 이상이고, 사외이사는 주총에서 MoM 규칙로 선임
- 집단소송이나 주주대표소송의 비용을 ISA(Israel Security Authority)가 지원
- 기관투자자의 적극적 역할: MUST participate, vote & report, proxy advisory services
- IAA(Israel Antitrust Authority)에 구조적 조치(structural reliefs) 권한 부여
- 시스템 리스크 방지를 위해, 각 LTS(Long-term Savings)펀드는 개별 기업집단과 상위5개 기업집단에 투자 비율 제한

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

6

재벌개혁 실행전략

- **시행령이나 지침 개정을 통해 개혁의 물꼬를 터야 함.**
  - 내부거래를 통한 총수일가의 사익편취 금지를 위해, 공정거래법 제23조의2에 따른 동법 시행령 제38조를 개정해 적용대상과 위법성 재정립.
  - '보험업 감독 규정 별표 11'을 개정해. 총자산과 다른 회사의 채권 또는 주식의 소유 금액을 시가로 동일하게 평가 (이종걸 법안을 사실상 입법화).
  - 경제범죄 전력자가 상장회사의 임원을 맡을 수 없는 규정을 기업 정관에 도입하도록 거래소 규정 정비와 대통령의 재벌 총수 사면 금지 표명.
- **재벌개혁에 대한 구체적 일정을 제시해야 함.**
  - 가칭 "경제구조 고도화 위원회"를 통해, 범정부적 개혁 방안을 제시.
  - 세부적 개혁 방안에 대한 내부 토론과 시뮬레이션 및 공개청문회 개최
  - 위원회에서 제시된 개혁 방안을 내년 올해 안으로 입법화.

시장과 정부 연구센터
Research Center for Market & Government

memo

memo

memo

memo