

「정책 논문」

우리 사회에서 법치가 실현되지 못하는 구조적 이유: 이념 갈등의 최전선인 성 갈등을 통해 보는 배심제의 필요성

손경모*

1. 들어가는 글

익히 저(低)신뢰 사회로 알려진 우리사회는 사람들 간의 갈등이 높은 사회다.¹⁾ 이것은 마치 영화 ‘아포칼립토’에서 인신공양을 하며 사회 갈등을 봉합해왔던 것처럼, 우리사회도 특정 집단을 제물로 삼으면서 갈등을 에너지원으로 삼아 사회 갈등을 봉합해왔다. 이 과정에서 제물의 대상이 된 이들은 철저히 소외 되었다.

이때 이 제물은 지역감정, 빈부격차, 이념, 성(性) 등을 주제로 갈등이 심화되었는데, 이것은 우리 사회에서 법치(Rule of law)가 실패하고 있음을 보여준다. 왜냐하면 사회 구성원간 공감되지 않고, 합의되지 않은 법이 강제되면서 사회갈등이 심화되고 있기 때문이다. 법치가 실패하면서 정치의 공간이 계속해서 넓어지고 있지만, 그 근원적인 공백을 메우지 못하고 있다.

몇 가지 여론조사 자료들을 통해 이러한 사회갈등이 어떻게 변화되고

* 자유인문학회 회장 (rovinson9402@gmail.com)

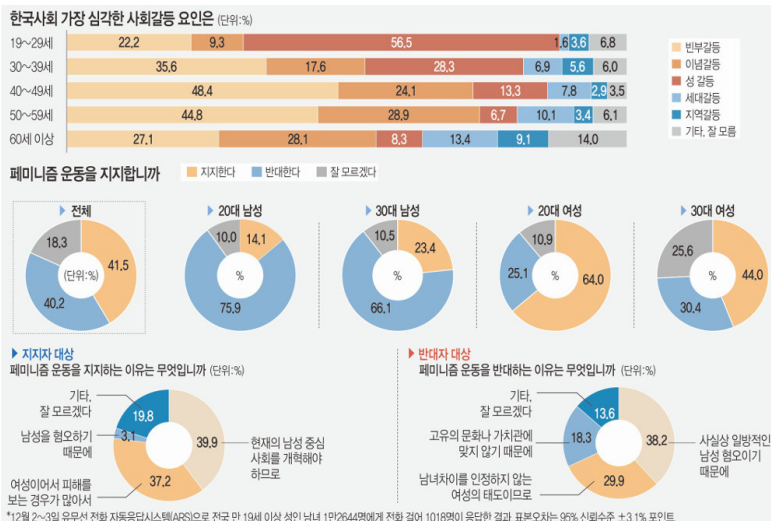
1) Rebuild Korea...통합이 경쟁력이다, 매일경제, 입력: 2020.12.31 17:17:47.

한국행정연구원이 2019년 발표한 ‘사회갈등지수와 갈등비용 추정’ 보고서에 따르면 한국의 사회 갈등 수준은 경제협력개발기구(OECD) 37개국 중 6번째로 심각했다.

심화되었는지, 이러한 사회갈등의 원인은 무엇인지 살펴보고, 법은 왜 실패하게 됐는지, 사법의 구조적 문제는 무엇인지, 그 해결방법은 어떤 것이 있는지 생각해보고자 한다.

II. 우리 사회 세대별 갈등 요인

<그림 1>에서 보듯 우리 사회 세대별 갈등 요인은 세대가 바뀌면서 내용이 바뀌었다. 빈부갈등, 이념갈등, 성 갈등, 세대갈등, 지역갈등 등 세대별 갈등은 대체로 같은 세대는 공감하는 내용들이다. 하지만 20대가 경험하고 있는 사회갈등은 대단히 특이하다. 20대는 같은 시대를 살아오며 비슷한 환경을 경험했을 것으로 생각되는데, 그들이 성 갈등을 바라보는 문제는 극단적으로 다르다.



<그림 1> 세대별 갈등 요인, 청년 ‘性’ 장년 ‘빈부’ 노인 ‘이념’ 꼽아, 국민일보, 입력: 2018-12-10 17:13

또 성 갈등 문제를 이념문제의 연장선상으로 생각해보면, 우리사회의 이념갈등은 세대를 거치면서 점점 더 심화되고 있는 것을 볼 수 있다. 이 비율은 60세 이상 36.4%, 50대 35.6%, 40대 37.4%, 30대 45.9%, 20대 65.8%로 젊은 세대로 갈수록 심각한 이념갈등을 겪고 있다. 그중 성 갈등이 주요한 원인이 되고 있다.

사회 갈등요인의 성 갈등문제가 20대에 극명하게 나타나는 것을 보면 현재 20대 이념문제의 가장 심각한 문제는 페미니즘 문제라고 볼 수 있다. 특히 이 문제는 같은 시대를 통과한 50:50으로 이루어진 남녀가 완전히 다른 이념을 갖고 있기 때문에 갈등의 봉합이 쉽지 않다. 또 이 문제는 빈부격차, 장애유무, 노령화 등 다른 사회문제와는 다르게 가장 자연적인 순수한 이념갈등으로도 볼 수 있다. 빈부격차나 장애나 세대는 시간이 지나거나 다른 어떤 우연에 의해 바뀔 수도 있는 것인데, 극히 예외를 제외한 대부분은 태어나면서부터 주어진 성별은 바뀌지 않는다.²⁾

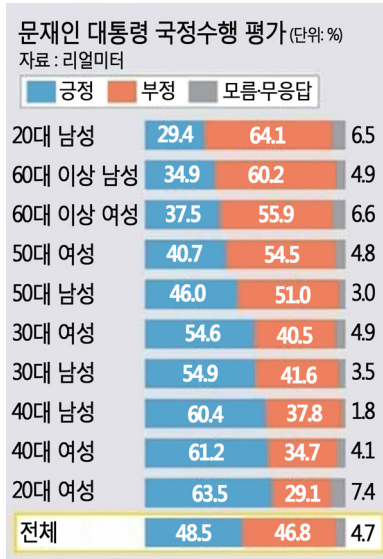
다른 환경을 가졌기 때문에 대립하며 사회갈등의 주체가 되었던 사람들은 환경이 바뀌면 다른 사람을 이해할 수 있는 계기가 생기고 갈등의 접점이 되어줄 수 있지만 성 갈등은 그런 접점이 존재하지 않는다. 성(sex)은 둘 중의 하나로 주어진 것이기 때문이다. 빈부격차, 장애유무, 노령화 등의 문제는 자신도 부득이하게 반대상황이 될 경우를 상상해 볼 수 있고, 그 지점을 토대로 갈등을 봉합해 갈 수 있는 반면 성 갈등은 그런 지점이 존재하지 않는다. 성은 선택과 관계없이 주어진 것이기 때문이다.³⁾

<그림 2>의 대통령 국정수행평가를 보면 성 갈등이 이념의 문제라는 것을 다시 확인해볼 수 있다. 20대를 제외한 전 연령대에서 동일한 세대간 국정수행에 관한 유사한 평가가 내려지는 반면, 오로지 20대 남녀만 완전히

2) 성 염색체, 여자-XX, 남자-XY.

3) 과거에는 이 접점의 문제 해결을 어머니가 했다. 자녀들이 남·녀 모두 있었기 때문에 그 접점에서 해결방안을 찾을 수 있었다. 자녀 수가 감소하고, 1인 가구가 증가하고, 출산율이 떨어지는 지금 이 지점의 접점은 더욱 더 좁아진다.

서로 정반대의 선택을 했다. 이것은 다른 모든 사회적 차이보다도 성별의 차이가 더 큰 영향을 미치고 있다고 볼 수 있다.



<그림 2> 문재인 대통령 국정수행 평가, 리얼미터가 YTN의 의뢰로 2018.12.10. ~14. 전국 19세 이상 유권자 2,509명을 대상 조사(95% 신뢰수준 ±2.5%P)

이런 자료들을 바탕으로 왜 세대가 지날수록 성을 중심으로 한 이념갈등이 깊어지고 있는지를 고찰해보고자 한다.

III. ‘성인지 감수성’이라는 성 갈등의 주요 원인

프레데릭 바스티아는 『법』에서 “법은 조직화한 정의(正義)라고 기술한다. 법이 타락하면 정의와 불의에 대한 판단 기준이 흐려지고, 정치의 역할이

지나치게 커진다.”라고 말한다. 법이 타락할수록 정치의 역할이 커진다면 정치의 역할이 커지고 있는 곳은 법이 타락한 곳이라고도 볼 수 있다.

또 아담 스미스는 『도덕감정론』을 통해 “자기의 행동이 타인의 공감을 받을 수 있느냐 없느냐, 자기를 타인의 입장에서 보았을 때 자기 행동을 시인할 수 있느냐의 여부가 사회적인 행위의 기준이 된다”고 보았다. 법과 같은 사회적 기준이 되려면 다른 사람들의 공감을 얻을 수 있어야 한다는 것이다.

<그림 1>에서 보듯이 우리 사회의 이념갈등, 특히 성 갈등은 심각한 수준이다. 국내 페미니즘 현상을 비판하는 오세라비 작가는 『성인지 감수성 트러블』이라는 책을 통해 ‘강요받는 성인지 감수성’이라는 말로 책을 시작한다. 이 책에 따르면, “성인지 감수성을 잃지 말아야 한다”는 2018년 4월 최초 대법원 판결 이후 성인지 감수성은 일반화 대중화되기 시작했다“고 평가한다.⁴⁾

여기에는 여성관련 용어를 정의하는 사람들에 의해 법의 잣대가 달라지는 문제가 있다. 왜냐하면 같은 책에서 지적하듯 “젠더 감수성과 동일한 의미인 성인지 감수성으로 통한다. 젠더 감수성이란 간단히 말해 ‘느낌이다’⁵⁾”라고 말한다. 법은 인간의 내면을 판단하는 것이 아니라 행동만을 판단한다. 그런데 감수성이라는 지극히 주관적인 것을 근거로 사람들의 사고체계를 판단하게 되면 이것은 심각한 인권침해가 된다.

문제는 ‘성인지 감수성’이라는 것은 대법원의 재판 이전에 사회적 합의는 물론, 판사들 간에도 합의되지 않은 개념이라는 점이다. 이런 중대한 사회적 기준이 사람들 간에 합의되지 않은 채로 법이 되고 사람들을 제재해 개인의 자유가 후퇴하고 감시사회가 되고 있다. 저자는 같은 책에서 “성인지 감수성은 개개인의 일상적인 행동과 습관과 언어를 규제하고, 나아가 감시와

4) 성인지 감수성 트러블(오세라비/안요한/전혜성), p. 21.

5) 성인지 감수성 트러블(오세라비/안요한/전혜성), p. 21.

평가로 작용하게 됐다”고 말한다. 또 “상황이 이렇다 보니 개인의 표현의 자유나 일거수일투족에 성인지 감수성 관점을 주입하였다. 이것은 분명히 과도한 사회현상이다. 마치 성인지 감수성 파놉티콘(Pan-opticon), 즉 ‘원형 감옥’ 형태처럼 됐다. 원형 감옥의 간수는 페미니스트들이다. 모든 면에서 성인지 감수성 관점으로 감시당하는 사회가 된 것은 아닌지 문제의식을 가지지 않을 수 없다”고 말한다.⁶⁾

이런 분석은 현재 우리 사회의 성 갈등이 자연적으로 형성되고 축적된 언어나 사회관습에서 나온 것이 아니라, 정치적으로 만들어진 용어에 의해, 이 용어를 조작하는 특정한 세력에 의해 개인의 자유가 규제 되고, 감시와 평가의 대상이 되고 있음을 말해준다.

특히 이 성인지 감수성은 여성계의 권력을 가진, 그것을 규정하는 사람이 어떻게 규정하느냐에 따라서 다른 판단이 내려지기 때문에 혼란이 가중되고 갈등이 심화된다.⁷⁾ 이렇게 법이 타락한 자리에 정치의 역할이 커지기 때문에 페미니즘은 성인지와 관련된 용어마다 그것을 정의하고 차별화하는 권력을 이용해 영향력을 극대화하고 있다.⁸⁾

성인지 감수성으로 사회 전반을 재단하고 있는 현실 앞에 사법은 구조적으로 무력한 모습을 보이고 있다. 여기에는 직업 재판관이 익명의 배심원들보다 여론에 더욱 더 취약한 구조적 모순이 있다.

6) 성인지 감수성 트러블(오세라비/안요한/전혜성), p. 25, 예를 들어 “여성들이 많이 오셔서 분위기가 환하네요”라든가, “다들 날씬해서 다이어트 안 해도 되겠어요”라는 외모나 몸매를 평가하는 발언은 성인지 감수성이 뒤떨어진다면 성인지 교육의 필요성을 주장한다.

7) 조선일보, 다른 사건뎀 피해자… 박원순 사건뎀 ‘피해호소인’, 입력 2020.07.14 23:03, “피해호소인의 고통과 두려움을 헤아려 ‘피해 호소인’을 비난하는 2차 가해를 중단해줄 것을 부탁드린다.” 13일 청와대가 기자들에게 이런 내용의 문자메시지를 보냈다. 박원순 전 시장을 고소한 A씨를 ‘피해자’가 아닌 ‘피해 호소인’으로 칭했고, 박 시장 혐의인 ‘성추행’이라는 단어는 언급하지 않았다. 익명을 요구한 다수의 여성학자는 “‘피해 호소인’은 피해자가 아닐 수 있다는 여지를 남기는 용어”라며 “청와대가 이런 전례 없는 용어까지 만들어 피해자를 지칭하는 것이야말로 진정한 2차 가해”라고 했다.

8) 성인지 감수성 트러블(오세라비/안요한/전혜성), p. 26, “페미니스트 계는 성인지와 연관 있는 용어마다 차별화를 두며 영향력을 극대화하고 있다. 그러나 매우 혼란스럽다.”

Ⅳ. 죄형법정주의(罪刑法定主義)에서 죄형전단주의(罪刑專斷主義)⁹⁾로

“자유를 위한 투쟁의 가장 큰 목표는 법 앞의 평등이었다”¹⁰⁾고 하이에크는 말한다. 이것은 같은 책에서 후술하는 바와 같이 자유에 공헌하는 유일한 평등의 유형이다. 법에 의해 사람들 간의 권리의 차이가 생긴다면 이것은 일방에 의한 필연적인 억압이 될 것이기 때문이다. 그래서 법은 필연적으로 자유를 위해 만인이 법 앞에 평등해야 한다.

이런 법이 어떠한 것이어야 하는가에 관한 답을 자유주의가 한다면, 민주주의는 무엇이 법이어야 하는가에 대한 답을 한다.¹¹⁾ 자유주의를 통해 모든 법이 개인의 자유와 권리보호라는 궁극적인 목적을 지향한다면, 민주주의를 통해 법이 그것을 어떻게 할 것인지 정한다. 그 목적을 보장하기 위한 수단들을 법으로써 국가가 보장한다. 그것은 하위 법률이 어떻게 바뀌든, 헌법이 어떤 식으로 바뀌는가에 관계없이 그 궁극적인 목적은 언제나 자유를 위하는 것이다.

특히 법률은 개인 간의 분쟁 외에 국가와 개인 간에 벌어지는 분쟁에서도 주권자인 국민의 자유와 권리가 최대한 보장될 수 있도록 구체적이고 세세한 절차들을 세웠다. 특히 권력을 독점한 국가 권력이 개인의 자유와 권리를 임의로 침해할 수 없도록 죄형법정주의¹²⁾의 기준을 세웠다. 하지만 그 권력이 언제든지 수단을 변경해가며 또 자유를 침해할 수 있기 때문에 형사소송법이라는 절차법을 따로 구비하였으며 그 과정에서도 국가권력의 임의적 권리 침해를 막기 위해 그 절차를 ‘사법부’를 통해서 제어하게 하였다. 그래도

9) 국왕 등 권력자와 법관이 마음대로 범죄를 규정하고 형벌을 집행하는 주의이다.

10) 자유헌정론 I, 하이에크 p. 149.

11) 자유헌정론 I, 하이에크 p. 178, “자유주의가 법이 어떠한가 하는가에 대한 원칙이라면, 민주주의는 무엇이 법이 되어야 하는가를 가름하는 방식에 대한 원칙이다.”

12) 체사레 베카리아의 ‘범죄와 형벌’이후 제도화 되기 시작.

국가에 대한 경계는 멈추지 않는다. 사법부가 본질적으로 권력으로부터 독립 돼 있는 것은 아니기 때문이다. 그런 여러 단계들 속에서도 권력이 법을 수단으로 개인의 자유를 침해할 수 있기 때문에 최종적으로 주권자 국민이 결정하는 배심원을 두어 자신이 만든 법에 의해 자신이 심판하고 재판받는 형태가 만들어지게 되었다.¹³⁾ 이때 이 주권자 국민의 뜻인 배심원의 결정에 따라 재판부는 판결문을 작성한다. 그래서 자유가 존중되는 국가일수록 국가가 개인의 자유를 침해하는 것에 대해 범위와 절차가 엄격하다.

한국의 자유가 어느 정도로 보장되고 있느냐는 것은 반대로 한국에서 법치¹⁴⁾가 얼마나 보장되고 있느냐는 질문으로 바꿔서 볼 수 있을 것 같다. 이것은 당사자인 국민을 통해 법치가 얼마나 보장되고 있는지 알 수 있는데, 우리나라의 경우 ‘법원을 신뢰한다’는 국민이 OECD 37개국 중 가장 낮았다.¹⁵⁾ 법원은 이 발표가 문제가 될 것을 예상하고 OECD에 요청해 통계에서 한국을 빼달라고 요청했다.¹⁶⁾ 그래서 2년에 한번씩 나오는 OECD의 이 보고서에는 2015년 이후 한국은 통계에서 항상 빠져있다. 오히려 이런 점이 사법부를 더욱 불신하게 만드는 점이라고 볼 수 있다.

지금 우리 사회에서 문제가 되는 이념갈등의 최전선에 있는 성 갈등 문제에도 법원이 구조적 문제를 제공하고 있다. <그림 5>에서 보듯 ‘성인지 감수성’이 재판의 주요논리가 되었기 때문에 성범죄 재판에 회부된 사람들은

13) 미국 법의 경우 배심원의 결정이 법원에 기속력을 갖지만, 한국의 경우 배심원의 결정이 법원에 기속력을 갖고 있지 못하다. 법률적으로 국민의 기본권의 보장에 약점이 있고, 원리적으로 불합리하다.

14) Rule of law.

15) 조선일보, 사법부 신뢰도 OECD 꼴찌, 대법원 발각 뒤집혔다는데..., 2019.11.05 03:00.

16) 각주 12와 같은 출처, 이의 제기의 핵심은 설문 문항이 정확하지 않다는 것이었다. OECD는 사법부 신뢰도 조사를 할 때 ‘한국의 사법 시스템(Judicial system)과 법원을 신뢰하느냐’고 물었는데, 이 ‘사법 시스템’에는 법원뿐만 아니라 검찰, 교정 당국도 포함되기 때문에 법원에만 한정된 신뢰도 조사라고 보기 어렵다는 것이다. 대법원 관계자는 “법원과 검찰 중 어느 곳의 신뢰도가 낮은 건인지 모호하다”고 했다.

명백한 유죄로 추정된 상태의 재판을 받게 된다. 이것은 정말 심각한 문제인데, 우리 법원의 무죄율과 영미법 국가의 무죄율을 비교해보면 더 극명하게 이 사실이 드러난다.

[단위: 명, %]

		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
		명	명	명	명	명	명	명	명	명
제1심무죄	계	5,772	5,395	5,003	5,264	5,084	5,392	5,873	5,731	5,648
	(무죄율, %)	0.63	0.57	0.52	0.56	0.58	0.59	0.71	0.79	0.82
	구속구공판	163	201	143	194	176	170	211	135	145
	불구속구공판	2,187	2,339	2,175	2,533	2,669	2,839	3,073	3,068	3,237
	구약식	3,422	2,855	2,685	2,537	2,239	2,383	2,589	2,528	2,266
제2심무죄	계	1,145	1,140	1,260	1,188	1,303	1,179	1,327	1,244	1,464
	(무죄율, %)	1.70	1.83	2.01	1.78	1.72	1.47	1.58	1.69	2.18
	구속구공판	87	115	138	131	168	128	134	105	128
	불구속구공판	1,058	1,025	1,122	1,057	1,135	1,051	1,193	1,139	1,336

<그림 3> 1심, 2심 무죄 현황, 대검찰청(검찰통계시스템)

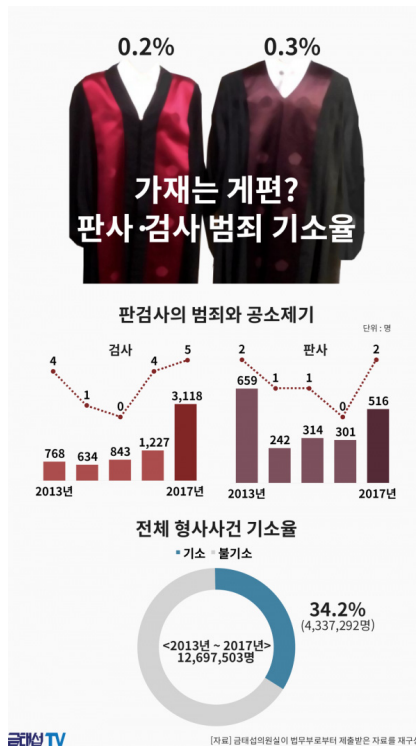
영미법 국가에서는 무죄 선고율이 16~41%¹⁷⁾에 이르는데 반해 우리는 무죄율이 1%가 안 된다. 검찰의 기소가 곧 유죄의 증거인 셈이다. 이 지표는 법원이 왜 존재하는지에 관해 의문을 갖게 한다. 정부의 하위조직인 검찰은 전지전능해서 모든 사실관계를 명확하게 판단해서 법원에 갖고 오는 거의 모든 사건이 99% 이상 한 치의 의심 없이 유죄여야만 가능한 일이다. 검찰은 신이어서 그것이 가능하고, 법원은 관심법을 가졌기에 그런 일이 가능한가? 이런 문제는 국가의 개인의 자유에 대한 침해가 아주 심각한 정도에 이르렀고, 형벌권이 남용되고 있음을 뜻한다.

같은 선상에서 다른 문제도 있다. 죄의 유무를 판사, 검사가 결정하다보니 그들만의 특권이 존재한다. 일반 국민은 기소하고 판사 검사는 서로 기소하지 않고, 죄를 묻지 않는다. <그림 4>에서와 같이 전체 형사사건의 기소율이

17) 경남신문, [축석루] 유죄추정의 원칙-박인욱(변호사), 2016-09-27 07:00:00.

34.2%인데 반해, 판사 검사는 각각 0.2%, 0.3%에 불과하다. 이런 법 앞에서의 불평등이 사법 신뢰를 잃게 하고, 정치의 역할을 지나치게 커지게 한다. 당연히 이런 것은 법치가 아니다.

그렇다면 이렇게 판사들 간에도 개념에 대한 의견이 분분하고, 사회적으로도 합의되지 않은 ‘성인지 감수성’이라는 개념으로 재판을 한다면, 판사의 결정에 근거를 제공하는 것이 무엇인지 묻지 않을 수 없다. 이것은 특정 성(性)의 가치가 인권이나 자유 등 보편가치보다 더 높다는 것으로 법의 정신에 대단히 반대되는 발상이다.



〈그림 4〉 금태섭TV, 판사, 검사 범죄 기소율

늘어나는 '성인지 감수성' 판결

2018년 4월 12일	대법원 최초 판결
2018년 5월~9월	10건
2018년 10월 25일	대법원 2차 판결
2018년 11월~현재*	45건

*2019년 4월 10일 기준.

〈그림 5〉 한국경제, 성범죄에 '성인지 감수성' 적용 1년...57건 중 56건 '유죄',
2019.04.10.

현재 한국의 사법은 죄형법정주의에서 죄형전단주의로 가고 있으며, 이것은 법전에 없는 법으로 사람을 처벌하는 전형적인 사법 독재다. 배심제보다 더 여론과 권력에 취약한 이런 구조로는 국민의 인권과 법을 보호할 수 없기 때문에 배심제의 전면적인 실시와 배심원이 법원에 대한 기속력을 가져야만 이 문제가 해결될 수 있다.¹⁸⁾

더욱이 배심원 제도는 국민주권의 원리와도 부합하기 때문에 더욱 더 그렇게 해야 한다. 입법부, 행정부는 모두 선출에 의해 권력을 사용하는데, 사법부만 주권자인 국민의 동의 없이 임명 돼 사법권을 자의적으로 사용한다. 따라서 사법부도 국민의 직접적인 감시아래 통제 받아야만 하며, 이런 구조적 문제의 해결을 통해 국민의 인권과 자유를 보다 잘 보장 할 수 있을 것이다.

18) 현재 우리 사회의 배심제는 '국민참여재판'이라는 이름으로 되고 있으나 피고인이 신청해야만 가능하고, 그마저도 대부분 인용되지 않는 실정이다. 또한 배심원이 만장일치로 평결을 하더라도 판사의 판단과 다르면 아무런 제재 없이 배척할 수 있다. 결국 배심원은 재판과정의 들러리일 뿐이다.

