

제 3 교시

논술

성명

수험 번호

1. <사례>에서 로마인 A는 매우 위험한 상황에 처하게 되었다. 당시에 작성된 <변론을 위한 지침>을 적절히 참고하여 A의 혐의를 부인하는 변론문을 작성하시오. (단, 사례에 명시된 사실에 기초하여 작성할 것) (900~1,200자, 40점)

<사 례>

A는 여행 중 많은 사업 자금을 지닌 B와 동행하게 되었다. A와 B는 가까운 친구가 되어 여정을 함께하기로 하였다. 이들은 큰길을 따라 걷다 여관에 도착하여 함께 저녁 식사를 하고 같은 방에 묵게 되었다. B로부터 식대 및 숙박료로 금화를 받은 여관 주인이 한밤중에 방으로 들어와 이들이 깊이 잠든 것을 보고, 침대 옆에 놓인 A의 칼을 빼서 B를 죽이고 그의 돈을 꺼내 가진 다음, 피 묻은 칼을 칼집에 도로 넣어 두고 자기 방으로 돌아갔다. 동이 트기 전 이른 새벽에 잠에서 깨어난 A가 B를 깨우려고 몇 번 불렀지만 대답이 없자 깊이 잠든 탓이라 생각하고, 자기 칼이 범행에 사용된 것을 알지 못한 채 칼과 짐을 챙겨 홀로 길을 떠났다. 얼마 지나지 않아 여관 주인이 “살인자다!” 하고 소리를 질렀고, 다른 몇 사람의 투숙객들과 함께 추격에 나서서 길을 가던 A를 붙잡았다. 그의 칼집에서 칼을 빼 보니 피가 묻어 있었다. A는 살인 혐의로 기소되었다.

<변론을 위한 지침>

1. 논거의 발견

당사자들이 어떤 사실이 있었는지를 두고 다툰 때 이를 ‘추정의 쟁점’이라 부른다. 추정의 쟁점에서는 더 진실이라 할 만한 것을 보여 주는 쪽이 승리하게 된다. 이를 위하여 개연성, 비교, 간접사실, 정황증거, 후속행동 등에서 유리한 점을 찾아야 한다.

개연성 기소인은 범죄가 피고인에게 이익이 되는 점을 증명해야 한다. 여기에는 세부 쟁점으로 동기가 있다. 동기는 피고인을 범행으로 이끈 요인이 무엇인가 하는 것으로, 피고인이 범죄로부터 명예, 금전 등의 이익을 추구하였는가 또는 피고인이 원한, 나쁜 평판, 고통, 처벌과 같은 불이익을 회피하려고 하였는가가 쟁점이 된다. 기소인은 피고인의 열망이 무엇이었는지 또는 무엇을 회피하려 하였는지를 분명히 제시해야 한다. 반면 변호인은 가능하다면 동기가 있었다는 사실을 부인하고, 완전히 부인할 수 없다면 최소한 그 중요성을 가볍게 만들어야 한다. 개연성의 차원에서 피고인이 범인이라는 것이 너무도 명백하더라도 목격증인이나 직접적 물증이 없는 한, 변호인은 범인으로 의심받을 것이 명백해 보이는 상황에서 피고인이 과연 범행을 감행할 수 있었겠는지 반문해야 한다.

비교 기소인은 피고인 외에 누구도 그 범죄로 인한 이익을 얻을 수 없었음을 보여 주거나, 피고인 외에 누구도 그런 행위를 범할 수 없었음을 보여 주어야 한다. 이에 맞서 변호인은 범죄가 다른 사람에게도 이익이 된다거나 다른 사람도 피고인에게 혐의가 부과된 행위를 할 수 있었다는 것을 보여 주어야 한다. 그런 다음 변호인은 누구든 범행으로부터 이익을 얻기 마련인 그런 일에 대해 피고인에게 혐의를 두는 것은 옳지 않다고 말해야 한다.

간접사실 여기에는 장소, 시점, 소요 시간, 기회, 성공 가망성에 대한 예상, 범행 발각을 피할 가망성에 대한 예상 등의 세부 쟁점들이 있다. 인적이 많은 곳이었는가 아니면 외딴 곳이었는가, 피고인과 피해자가 함께 사람들 눈에 목격될 수 있는 곳이었는가?(장소) 피고인이 범했을 것이라 주장되는 행위가 있었던 때는 언제였는가, 왜 그때였는가?(시점) 범행을 완성하는 데 충분한 시간이 있었는가?(소요 시간) 그때가 범행에 착수하는 데 유리한 때였는가 아니면 오래지 않아 더 나은 기회가 있었는가?(기회) 체력, 돈, 훌륭한 판단 능력, 예견 능력, 사전 준비 등의 사정과 허약함, 궁핍, 우둔함, 예견 능력 부족, 사전 준비 부족 등의 사정 중 어느 것이 우세한가?(성공 가망성에 대한 예상) 공모자가 있거나 달리 도움을 받을 방법이 있었는가?(범행 발각을 피할 가망성에 대한 예상)

정황증거 여기에는 시간대에 따라 범행에 선행하는 것, 동반되는 것, 뒤따르는 것이 있다. 피고인이 어디서 누구와 함께 목격되었는지, 어떤 사전 준비 행위를 하였는지, 누구를 만나 어떤 말을 하였는지, 공모자나 다른 도움이 되는 수단을 가졌는지 등을 살펴야 한다. (범행에 선행하는 것) 피고인이 범행 중에 목격되었는지, 누군가 어떤 소리나 비명을 듣는 등 감각 작용을 통해 피고인의 범행을 의심할 수 있었는지 살펴보아야 한다. (범행에 동반되는 것) 범행이 완성된 후에 누구에 의해 저질러졌는지를 보여 주는 어떤 것들이 발견되는지 살펴보아야 한다. 예를 들면 무기 또는 피해 물품이 현장에 남겨져 있거나 피고인에게서 발견되는 경우, 피고인의 손이나 의복에 피가 묻어 있는 경우 등이 있다. (범행에 뒤따르는 것)

후속행동 법정에 나타난 피고인이 얼굴이 상기되어 있거나 창백하거나 더듬거리거나 분명하게 제대로 말을 하지 못하거나 넘어지거나 하였다면, 기소인은 그것이 죄책감의 증거가 되는 것들이지 무고함의 증거가 되지는 않는다고 말해야 한다. 이에 맞서 변호인은 피고인이 두려움을 보인 것은 죄책감 때문이 아니라 그가 처한 위협의 엄중함 때문에 감정적으로 동요된 것이라고 말해야 한다. 만약 피고인이 두려움을 보이지 않았다면 변호인은 피고인이 스스로 무죄인 것을 잘 알고 있었던 이상 감정적으로 동요될 이유가 전혀 없었다고 말해야 한다.

2. 변론문의 구성

변론문은 논제 제시, 근거 제시, 논증, 마무리의 네 부분으로 구성한다. 논제 제시 부분에서는 앞으로 할 말, 즉 논증하려는 것이 무엇인지 간략하게 제시한다. 근거 제시 부분에서는 논제의 근거를 간단히 제시한다. 논증 부분에서는 논거를 적절한 순서에 따라 하나씩 소개하면서 설명을 덧붙인다. 마무리 부분에서는 논증한 내용을 간략히 정리하고 어떤 결정이 내려져야 할 것인지를 말한다.

2. ‘법의 지배’에 관한 제시문 (가)~(다)의 견해를 비교하고, 각각에 따를 때 <보기>의 사례가 어떻게 평가될지 설명한 다음, 이를 활용하여 이 사례에 대한 자신의 견해를 논술하시오. (1,300~1,600자, 60점)

—<보 기>—

국회는 중소기업의 존속과 발전을 도모하고 근로자의 건강권을 보장하기 위하여, 일정 규모 이상의 대형 마트에 지방자치단체장이 재량으로 영업시간을 제한하거나 의무 휴업을 명할 수 있게 하는 법률을 제정하였다.

(가) 자유로운 나라가 자의적 지배를 받는 나라와 가장 다른 점은 법의 지배라는 위대한 원칙에 따른다는 데 있다. 법의 지배란 정부의 모든 행위가 사전에 선포된 고정적 규칙들에 구속되는 것을 의미하는데, 그 규칙들은 일정한 상황에서 정부가 강제력을 어떻게 행사할지를 확실하게 예측할 수 있게 하고, 개인이 그런 지식에 기초해서 자신의 일을 계획할 수 있게 한다. 법은 사람들이 자신의 목표를 추구하기 위해 사용할 수 있는 수단을 변화시키므로 개인의 자유를 어느 정도 제한하기 마련이다. 그러나 법의 지배 아래에서는 정부가 자의적 행위로 개인들의 노력을 망칠 수 없게 된다.

법의 지배 아래에서 정부는 사회의 자원을 이용하는 규칙을 정할 뿐이고, 그 자원을 어떤 목적에 이용할지는 개인에게 맡겨 둔다. 그 규칙은 특정한 사람들의 욕망과 필요를 충족시키기 위한 것이 아니라 누구에게라도 적용될 수 있는 형식적인 것으로서, 개인들이 다양한 목적을 추구하는 데 쓰이는 수단일 뿐이라고 할 수 있다. 반면에 자의적 정부는 특정한 목적에 생산 수단을 사용하라고 지시한다. 그래서 법의 지배와 자의적 지배의 차이는 도로 통행에 대한 규칙을 정하는 것과 사람들에게 어디로 갈지를 명령하는 것의 차이와 비슷하다고 할 수 있다.

이렇게 법의 지배는 모든 사람에게 똑같이 적용될 수 있는 형식적 규칙을 요구하고, 정부가 사람들을 임의로 차별하는 것을 금지한다. 그런 임의적 차별의 대표적 예로 시장에 대한 정부의 간섭을 들 수 있다. 시장이 아니라 정부가 물건의 생산량이나 가격을 결정한다면 사람들에게 대한 자의적 차별이 생기게 된다. 그리고 이는 개인들이 스스로 목적을 선택해서 추구할 수 있는 존재로서 존중받아야 한다는 자유의 기본 원리를 침해하는 것이기도 하다.

(나) 법의 지배 아래에 있는 자유로운 사회에서 입법부의 기능은 한 개인으로서 인간의 존엄성을 떠받쳐 줄 조건들을 만들어 내고 유지하는 것이다. 이러한 존엄성은 개인의 시민적, 정치적 권리뿐 아니라 그의 개성을 최대로 신장하는 데 필수적인 사회적, 경제적, 교육적, 문화적 조건의 확립을 요구한다. 이러한 개인의 경제적, 사회적, 문화적 권리에는 일할 권리, 직장을 자유롭게 선택할 권리, 실업으로부터 보호받을 권리, 노동과 보수에 대한 정당하고 우호적인 조건에 대한 권리, 안전과 사회적 보호에 대한 권리, 지적 능력과 문화적 능력을 충족하고 고양할 권리가 포함된다.

이에 따른 요구 사항으로 다음과 같은 것을 예로 들 수 있다. ① 출생이나 재산에서 비롯된 기회의 불평등과 인종적, 종교적, 언어적, 지역적 또는 공동체적인 요소에서 비롯된 차별을 극복하는 것이 법의 지배를 토대로 경제적, 사회적 발전을 이루는 데 핵심적이다. ② 일반적으로, 특히 개발도상국가에서는, 국민의 더 큰 경제적,

사회적 이익을 위해서 재산권에 간섭하는 조치가 필요할 수 있다. 하지만 그런 간섭은 공익을 위하여 꼭 필요한 수준을 넘어서는 안 되며, 법의 지배가 제공하는 안전장치에 따라야 한다. ③ 건전한 경제 계획은 국가의 사회적, 경제적 발전에 필수적이다. 하지만 법의 지배는 그런 계획에 들어 있는 목표와 수단이 국민의 생각과 필요, 염원을 원천으로 삼고, 반영할 것을 요구한다. ④ 민주적으로 선출된 정부가 공익에 필요할 때 사기업을 국유화하는 것은 법의 지배에 반하지 않는다. 그러나 그런 국유화는 입법부가 정한 원칙에 따라서, 그리고 법의 지배에 부합하는 방식으로 이루어져야 하며, 여기에는 독립적인 기구가 정하는 공정하고 합리적인 보상이 포함된다.

(다) ‘법의 지배’와 ‘좋은 법의 지배’는 구별되어야 한다. 법의 지배는 어떤 법체계에 결합될 수도 있고, 더 또는 덜 구현될 수도 있는 정치 이념의 하나일 뿐이다. 거기에 민주주의, 정의, 평등, 인권 등 좋은 사회와 정부에 대한 다른 이념들을 담게 되면 혼란만 생긴다.

법의 지배는 사람들이 법에 의해 지배되고 그에 복종해야 한다는 것, 그리고 사람들을 인도할 수 있게 법이 만들어져야 한다는 것을 의미한다. 그것은 법이 소급적이지 않고, 공개되고, 명확하고, 비교적 안정적일 것, 법에 따라 재판이 이루어질 것, 특정한 사람이나 사건에만 적용되는 법을 만들지 말 것 등을 요구함으로써 자의적 권력을 제약하는 데 기여한다. 이렇게 법의 지배는 법에 수반될 수 있는 대단히 큰 위험인 자의적 권력을 최소화하기 위해서 요구되는 것이기 때문에, 본질적으로 무엇을 적극적으로 만들어 내려는 것이 아니라, 어떤 것을 막기 위한 소극적 가치이다. 법의 지배는 그 자체로 궁극적 목적이 아니라, 어떤 목적을 달성하는 데 법이 좋은 도구가 될 수 있도록 이바지하는 것이다. 즉, 그것은 ‘칼의 날카로움’과 마찬가지로, 목적에 상관 없이 법이 효과적으로 기능할 수 있도록 하는 도덕적으로 중립적인 덕목이다.

여기서 법의 지배가 가지는 힘과 한계가 드러난다. 어떤 목적을 추구하는 것이 법의 지배와 도저히 양립할 수 없다면 그런 목적을 법으로 추구해서는 안 된다. 하지만 법의 지배를 근거로 어떤 중요한 사회적 목적을 법으로 추구하면 안 된다고 성급하게 결론 내려서도 안 된다. 법의 지배는 어떤 법체계가 갖출 수 있는 여러 훌륭한 가치들 중 하나일 뿐이며, 법이 추구하는 다른 가치들과 경쟁하거나 충돌할 수 있다. 그러할 때 우리는 적절한 균형을 찾아야 하고, 때로 법의 지배에는 덜 부합하더라도 다른 가치들을 더 잘 실현할 수 있는 길을 선택하기도 한다. 법의 지배라고 하는 제단에 너무도 많은 사회적 목적을 희생시킨다면 법은 메마르고 공허하게 될 것이다.

* 확인 사항

- 문제지와 답안지의 해당란에 필요한 내용을 정확하게 기재하고 표기했는지 확인하십시오.
- 답안의 분량 미달과 분량 초과는 같은 기준으로 감점됩니다.