

<녹 취 전 문>

구술자명	이공현 전 헌법재판관		
면담자	신동호	면담장소	서울 서대문구 법무법인 지평
면담일시	2020. 11. 4. 14:00	회차	1회차

1. 근황 및 어린 시절

면담자: 헌법재판소가 주관하는 2020년도 헌법재판소 주요인사 구술채록 사업의 일환으로 진행하는 이공현 전 헌법재판관님의 1차 구술을 시작하겠습니다. 제4기 헌법재판소 재판관님들의 과거 재판 내용과 헌법 철학을 생생한 육성과 동영상에 담아 헌법재판의 역사적 기록으로 남기기 위해 이 구술을 시행하고 있습니다. 구술일시는 2020년 11월 4일 오후 2시, 구술 장소는 서울 서대문구 충정로 60 케이티엔지(KT&G) 서대문타워 10층 법무법인 지평 회의실입니다. 면담자는 아카이브웍스 책임연구원 신동호입니다. 재판관님 안녕하십니까? 2011년 3월에 퇴임하시고 벌써 9년의 시간이 흘렀는데요, 그동안 어떻게 지내셨는지, 그리고 퇴임 후에 특별히 관심을 가지셨던 일이나 주제 있으면 말씀해 주십시오. 주로 근황을 중심으로.

구술자: 제가 2011년 3월에 헌법재판관을 퇴임하고 나서 바로 4월 1일부터 지금 제가 근무하고 있는 법무법인 지평에 와서 거의 10년을 변호사로서 생활하고 있습니다. 제가 40년을 공직 생활을 했습니다. 법원에서 34년 하고 헌법재판관을 6년 해서 40년 공직생활을 했기 때문에 제가 사실은 변호사를 하고 싶었습니다. 왜 그러냐 하면 법원이나 헌법재판, 법원에서 하는 재판, 헌법재판도 일단은 모든 것이 국민과 직접 접촉하는 게 아니라 대리인을 통해서 또 법적인 관점에서 정리했었던 그런 문제만 접했는데 여기 와서 지난 10년 동안 변호사로 활동하면서 일반 국민들은 어떻게 생각하는지 특히 법원의 재판에 대해서, 헌법재판에 대해서 정말 실감나게 그분들의 얘기를 듣게 되니까 나는 과연 잘 했는지, 그래서 지금도 사실은 제가 법원 재판을 직접 가보고 싶어 합니다. 나는 어떻게 보였을까. 그때는 재판한다는 판단자의 입장에서 이렇게 사건을 보고 당사자를 접했는데 사실은 재판을 받는 입장에서는 어떻게 재판부가 보이고 어떻게 국민들에게 영향을 미쳤는지 그 사람들 말 한마디, 그 사람들 행동 하나하나, 눈짓 하나하나가 정말 당사자들은 그것에 의해서 결론은 별 문제로, 얼마나 그 사람들에게 영향이 큰지를 저는 실감하고 있습니다. 그리고 또 하나는 제가 강의나 강연을 많이 다녔습니다. 주로 헌법재판에 관한 강의나 강연을 하면서 정말 제가 6년 동안 헌법재판관으로 지내면서 배우고 보고 느낀 점들을 국민들과 나눌 수 있다는 것이 저로서는 보람입니다. 그리고 또 하나는 이제 아무래도 공직을 떠났으니까 제가 나이 서른세 살부터 교회를 다닙니다만 교회 활동에 상당히 많이 시간과 노력을 투입도 하고 또 보람도 느끼면서 살고 있습니다. 특히 저는 강연이나 강의 갔을 때 우리 헌법 1조 1항이 말하는 ‘대한민국은 민주공화국이다’ 할 때 그 공화주의에 대해서 주로 많은 강조를 하면서 보람 있게 지내고 있습니다.

면담자: 건강은 여전하시고요?

구술자: 예, 건강은 뭐, 제가 자라온 환경이나 법조인으로서 삶에서 얘기를 해야 되는데 저는 사실은 심장 수술을 두 번 받았거든요. 헌법재판관으로 있을 때 2차 심장 수술을 받았습니다. 그런데 그다음에 금년에 제가 전립선 암 수술과 또 그 수술을 한 달 앞두고 맹장염 수술

을 받으면서 제가 참 많이 느낀 게 있어요. 우리가 질병과 고난, 뭐 여러 가지 고난이 있겠죠. 여러 가지 고난이 사람의 삶 또 저의 개인의 삶에 어떤 영향을 미치고, 또 그래서 제가 종교 활동에 전념하고 있는 이유도 그런 게 있습니다.

면담자: 나중에 법조인으로서 큰일을 하시게 될 어렸을 때의 그런 환경 있겠습니까? 거기에 대해서 제가 여쭙고 싶은데 초, 중, 고등학교 및 대학시절에 인생에 큰 영향을 미친 사건이나 경험 있으면 좀 말씀해 주시고 당시에 어떤 꿈과 포부를 가졌었는지, 그리고 그런 게 법조인의 삶과 정신에 영향을 미친 일이 있으면 그런 걸 들려주십시오.

구술자: 제가 태어난 1949년은 우리나라가 해방 되고 6.25전쟁이 일어나기 직전 해입니다. 저는 지리산 밑에 구례군에서 태어났습니다. 제 어린 시절의 기억이라고는 1950년대 우리나라는 정말 먹고살기가 어렵고 굶어 죽는 사람이 많을 때였습니다. 세계 빈국 중에 하나였죠. 세계 최빈국 중에 하나였습니다. 저는 그때 동네에서 1년에 한 번 교회 종소리가 들리면 교회에 갑니다. 왜냐하면 그때 미국 사람들이 보내 준 구호물자라고 있습니다. 옥수수 가루와 또 탈지 분유를 놓고 또 한편에는 미국 사람들이 입다가 우리나라에 보내 준 깨끗이 세탁된 옷을 하나씩 얻기 위해서 갑니다. 그 당시는 겨울이면 정말 입을 옷이 없었거든요. 그래 저는 1년에 한 번 교회, 그때는 교회도 안 다닐 때인데 교회 마당에 가서 특히 제가 너무나 지금도 기억이 나는 것은 미국 사람들이 입다 보낸 스웨터를 집어 들었을 때 ‘아, 이 사람들은 어떻게 이렇게 따뜻한 옷을 입고 사나’, 당시는 사실은 우리나라에서 겨울에 입을 제일 따뜻한 옷이라는 건 무명에 솜을 넣은 누비옷밖에 없었거든요. 그런데 그때 제가 털스웨터를 집고 ‘아, 미국 사람들은 어떤 사람들이길래 이렇게 따뜻한 옷을 입고 사나’, 저는 그때 정말 너무나 충격을 받았습니다. 그렇게 우리가 어려운 시절을 지나고, 제가 그런데 중학교 1학년 때 류마티스 관절염을 앓아 가지고 그 후유증으로 대학교 2학년 때 심장 판막 수술을 받게 됩니다. 중, 고등학교를 지내면서 제가 건강 문제가 있었기 때문에 학교에서는 공부 잘 하는 모범생으로만 지냈을 뿐입니다. 법과대학을 진학하게 된 것은 제가 그런 건강상의 문제나 이런 걸로 해서 앞으로 진로를 어떻게 갈까, 더군다나 시골에서 태어났기 때문에 금융이랄지 산업에 대해서는 잘 모르니까 주어진 건 시골에서는 공부를 열심히 하면 사법시험이라는 걸 볼 수 있고 그렇다는 그 기회를 보고 저는 법조인이 되겠다는 생각을 하면서 대학에 진학을 한 것입니다. 그러니까 제가 어떤 꿈이나 이런 것을 크게 꿈꾼 것은 아니고 다만 제 현실에 맞게 또 제가 건강상의 문제를 안고 있었기 때문에 이렇게 법과대학에 진학하게 됐는데 서울법대 입학하고 바로 서울대병원에서 신입생 신체검사를 했는데 담당 교수가 저를 오라고 그러더라고요. 그래서 갔더니 ‘당신 어렸을 때 류마티스 관절염 앓은 적 있느냐’고 해서 ‘있습니다’ 그랬더니 ‘그러면 그렇지’, 당시에는 우리나라가 워낙 위생 상태가 안 좋고 의료시설이 안 갖추어진 1960년대라 우리나라에 류마티스 관절염 후유증으로... 항생제 한 대만 맞아도 예방이 되는데 그걸 안 맞았기 때문에 이제 심장 판막이 좁아져 있다는 겁니다. 그래서 수술을 받아야 된다고 해서 대학 2학년 때 심장 수술을 받게 됐는데 그 당시에 살아날 확률이 5할이었습니다. 그런 과정을 겪으면서 대학 생활을 했기 때문에 어쩔 수 없는 환경으로 제가 모범생으로 살게 됐고 그래서 대학 졸업과 동시에 사법시험에 합격이 된 거죠. 그렇습니다.

면담자: 그 당시로는 꿈이라는 게 요즘처럼 다양하게 꿀 수 없이 제한돼 있었고...

구술자: 그렇습니다. 진로라는 건 그 당시로는 자기가 경험해 보지 못한, 저는 뭐 금융계나 물론 선배들이 있었지만 회사를 간다, 물론 막연하게는 생각했지만 상당히 뭐랄까 진로라는 게

한정적이었죠. 예, 그래서 사법시험 공부를 하고 운이 좋아서 대학 4학년 때 합격했습니다.

면담자: 구례에서도 굉장히 공부를 잘 했고 광주일고에서도 공부를 잘 했기 때문에 이렇게 진학을 하셨는데 사법시험도 최연소로 이렇게….

구술자: 아닙니다.

면담자: 저, 저, 판사를 임관….

구술자: 판사 임관될 때는 제가 심장 수술을 받았기 때문에 군대를 안 갔습니다. 그래서 제가 최연소로 1973년에 서울형사법원 판사로, 그때는 형사지방법원이 있었습니다. 합의부로 발령이 났습니다.

2. 법관 시절 재판 회고

면담자: 판사 임관을 하셔서 그다음에 헌법재판관에 임명되기까지 30년이 넘게 법관으로 봉직을 하셨는데 법관으로 어떤 사법철학을 가지고 재판에 임하셨는지….

구술자: 예, 제가 초임이 서울형사지방법원 합의부 배석판사로서 첫 출발을 했습니다. 제가 처음 접하게 된 게 형사합의사건인데요 그게 그때 제일 많은 사건들이 중형, 그러니까 형사범죄 중에서도 중한 범죄들입니다. 간첩죄, 살인, 또 횡령 배임 중에서도 액수가 아주 큰 사건들… 사회초년생으로서는 버거운 사건들을 담당하게 됐죠. 물론 합의부이기 때문에 재판장과 선배가 있었지만 제가 사실은 법조인으로서 첫 출발하면서 ‘아 내가 이런 재판을 할 수 있는가’ 처음에는 자신감을 가지고 출발을 했지만 재판은 하면 할수록 정말 어려운 사건입니다. 형사재판은 나중에 저도 헌법재판관으로 부임하고 나서도 특히 형사절차에 대해서 많이 제가 관심을 가졌는데 정말 사람에게 의한 재판이라는 것이 한계를 제가 많이 느꼈고 그때부터 제가 생각하기에는 형사재판이 얼마나 사람에게 큰 영향을 미치는지 그런 부분에 대해서 많은 고민을 하기 시작했습니다. 그리고 재판을 하는데 하면 할수록 어렵고 자신이 없다는 생각을 하게 됐습니다.

면담자: 법관 생활 하시면서 가장 중심으로 세웠던….

구술자: 그건 결국은 ‘재판받는 사람을 납득시킬 수 있느냐’는 그 부분을 제일 많이 고민을 했죠. 그걸 영어로는 어카운터빌리티(accountability)라 그러는데요. 설명이 돼야 된다는 거죠. 국민이 납득할 수 있도록. 그러면 그것은 꼭 결론만이 아니라 과정, 결국 재판 절차에서도 국민들이 납득하고 국민들의 동의를 얻을 수 있는 재판이 이루어져야 되지 않겠느냐. 나중에 지나놓고 나니까 구체적으로 제가 느꼈지만 그때는 ‘야, 이렇게 재판해도 되는지’, 저분들은 내가 쓴 판결로 그 양형, 처단형이라고 그러는데요. 그것은 법정형과 다른, 즉 법정형 중에서 처단형을 정하는데 살인죄만 봐도 사형부터 징역 5년 이상이니깐요. 그래서 어떤 것이 당사자에게나 우리 국민들한테 합당한 재판이 될 건지 그런 부분에 대한 고민들을 하기 시작했던 거죠.

면담자: 예. 처음부터 1974년 제일교포 문세광이 육영수 여사를 저격한 사건이 있었는데 거기 주

심을 맡았지 않습니까? 초임 판사로서 이렇게 큰 사건을 맡으셔서 기분이나 감회가 좀 남달랐을 텐데요. 후일담이라든가 그걸 통해서 여러 가지 느끼고 그 이후에 법관 생활 하면서 가졌던 그런 생각들을 말씀해 주십시오.

구술자: 1974년 8.15 경축식에 문세광이 박정희 대통령을 시해하려고 했는데 결국 육영수 여사가 그 총탄에 의해서 사망한 사건이 발생했습니다. 저는 사실은 초임 판사 시절인데 그 사건이 저희 재판부에 배당돼서 정말 많이 고민하게 됐습니다. 더군다나 제가 주심으로까지 되고 판결문을 써야 되는데 이 문제를 어떻게 해야 될 건가... 이건 여담입니다만 당시에 사실은 경찰에서도 알게 모르게 경호를 했던 걸로 저는 압니다. 왜 그러냐면 워낙 중요한 사건에 대한 거고 또 더군다나 북한이 관련돼 있는 사건인 거고 또 일본이 관련된 사건이고... 그런데 에피소드 중에 하나는 국선 변호인을 선임하는 과정에 있었습니다. 당시 문세광은 한국말을 전혀 못했습니다. 국적은 일본이었고 일본 말밖에 할 수 없었기 때문에 일본말을 잘할 줄 아는 선배 변호사님을 국선 변호인으로 저희들이 정중히 모셨는데 그분이 문세광의 국선 변호사가 됐다는 것이 방송 나가자마자 의뢰인들이나 자문했던 회사들에서 항의 전화가 온 겁니다. ‘당신이 간첩을, 더군다나 대통령을 저격하러 온 사람을 어떻게 변호한다 말이나.’ 이게 지금과는 많이 세상이 다를 때지요. 그런 사람을 국선 변호하다니, 더군다나 또 우리나라 헌법에는 변호인의 조력을 받을 권리가 있기 때문에 누군가 변호사가 돼야 되는데 당시로서는 일반 국민들이 납득을 할 수가 없는 제도였죠. 그래서 그다음 날 출근을 하니까 이분이 판사들 세 사람이 출근하기도 전부터 미리 와서 방에서 기다리고 있었습니다. 자기가 밤새 한숨을 못 잤다, 자기는 변호사라는 직업을 해야 되는데 의뢰인들이 다 당신 사임하라고, 내가 국선 변호사를 할 수가 없겠노라고... 그분도 사정이 딱하지 않습니까. 그러니까 이건 변호사로서 당연한 직업윤리이고 의무거든요. 그만두면 다른 사람은 올 수 없기 때문에 그때 원장님까지 나서서 그분을 설득하고 그분이 일본 말을 했기에 문세광의 심정이나 모든 의사소통에서 문제가 없었고 그 재판이 원만하게 이루어지는 데는 그 선배 국선 변호사님의 도움이 너무 컸습니다. 그런데 1988년 이후에 문세광 사건에 대해서 시중에서 결국 그것이 음모론이라는 것이 제기됐고 이런 얘기가 나왔는데 당시 문세광 사건 공판일에는 특히 엔에이치케이(NHK)를 비롯한 모든 일본의 언론기관들이 법정에서 재판 진행 과정을 전부 지켜봤습니다. 왜 그러냐 하면은 일본 국민이 남의 나라에 가서, 물론 우리 재일교포지만 일본 국민이 한국의 대통령을 저격한 사건이거든요. 그러니 일본 언론들이 관심을 안 가질 수가 없죠. 그 과정에서 일본 언론들도, 그러니까 당시로 해서는 일본 언론들이 한국의 형사재판이 어떻게 진행되는지를 살살이 현장에서 볼 수밖에 없었습니다. 그랬기 때문에 형사소송 절차에 따라서 엄격하게 진행됐습니다. 그러면서 제가 ‘아, 형사재판이라는 게 어떤 형식으로 진행돼야 되는지’ 결국은 일본 언론이나 여기서 한 점 의심의 여지도 없이 이 재판이 진행돼야 되기 때문에 소송법 절차에 따라서 했고, 문세광은 최후 진술에서 사형 구형을 받은 다음에 최후진술 내용이 그런 겁니다. 자기는 박정희 대통령과 가족들에게 미안하다, 그러나 자기의 행위는 역사가 판단할 것이다, 그런데 그다음에 1988년 문세광의 범행에 대해서 시중에서 의문이 제기된다고 하는데 그것은 문세광 그 당시 피고인의 최후진술이나 재판 진행 과정을 본다면 우리가 충분히 납득할 수 있는 것 아닌가, 그리고 일본 언론들, 외국 언론들이나 국민들이 그 재판 진행 과정에 대해서 결국 국민들이 납득을 했던 거죠. 언론기관까지도. 그랬던 게 하나의 뭐랄까요. 형사재판이 어떻게 진행돼야 되는가 하나의 모범 사례랄까? 그걸 보여줬다고 저는 생각을 합니다.

면담자: 그럼 그 뒤에 재판하시는 데도 상당히 그게 도움이 되고 영향을 많이 미쳤겠네요?

구술자: 그렇기 때문에 판사로서 30여 년 하는 동안에 저는 될 수 있으면 당사자들의 얘기를 들어야 된다, 경청이라는 게 정말 재판 과정에 이렇게 중요한 거구나, 결론을 떠나서. 당사자들이 자기 할 말을 하고 그것을 재판부가 알고 있다는 것을 저는 어떻게 전달을 할 건지 그런 부분을 고민을 하면서 재판 진행을 했습니다.

면담자: 거기, 재판관님 경호할 때 알게 했습니까, 아니면 모르게 했습니까?

구술자: 전혀 저는 몰랐습니다.

면담자: 몰랐는데 나중에 보니까 그러셨구먼요. 그다음에 또 한 사건 받으신 게 1987년 동의대 사건을 받으셨는데요. 경찰관 7명이 사망한 부산 동의대 참사 사건의 발단이 된 입시 부정을 폭로한 교수의 해임무효 확인소송이었죠. 이 사건과 함께 특별히 기억나는 판결과 그 뒷얘기를 듣고 싶은데요. 이때 부산지법 부장판사 시절이었죠? 그때 회고를 좀….

구술자: 동의대 교수가 동의대 입시 부정이 있다고 폭로를 했고 그것이 검찰에서는 무혐의 결정이 났습니다. 부정을 폭로한 사람이 고소를 했는데도… 고발이죠, 자기가 한 건 아니니까. 그런데 검찰에서 무혐의가 났는데 그다음에 그 교수가 해임무효 소송을 제기했습니다. 제가 1심 민사사건 담당 재판장이었는데, 그 교수의 주장이 그겁니다. ‘답안지를 보면 안다.’ 그래서 그때 합의부니까 세 판사가 합의를 해서 ‘그럼 우리가 답안지를 가서 검증을 해보자’고 해서 저희 재판부가 동의대를 가서 그 교수가 주장하는 것과 같이 답안지의 특이 사항이 있는지를 직접 검증하고… 검증이라는 건 물건의 형상을 보는 거거든요. 그래서 저희들이 답안지를 촬영을 해 가지고 왔습니다. 답안지에 특이 사항들이 있었습니다. 그래서 저희들이 해임무효 확인 청구소송에서 그 교수의 해임이 무효라고 판결을 선고하게 됐습니다. 그런데 이 사건으로 인해서 동의대 학생들이 농성을 하게 되고 진입하던 경찰관들이 희생당하고 해서 결국 많은 희생과 우리나라에서 상당히 큰, 비극적인 사건으로 발전을 했는데, 그렇게 했는데 결국은 제가 후일에 듣기로는 이 민사판결에 근거해서 다시 고발을 했는데 검찰이 또 한 번 무혐의를 했답니다. 그런데 1988년에 문민정부가 들어오고 나서 제가 나중에 부산 고등부장으로 다시 1994년도에 가서 들으니까 그 교수의 주장이 맞았다 해서 거기에 관여했던 교수들이 실형을 선고받고, 그렇게 해서 검찰이 기소를 했고 유죄 확정이 됐다는 얘기를 후일담으로 듣기는 했습니다.

면담자: 동의대 사건을 둘러싼 사회적 논란은 그 뒤에도 여러 차례 있었지 않습니까? 처벌된 학생들이 2002년 민주화 운동 관련자로 인정이 돼 가지고 그때 피해를 본 순직 경찰관 유족들이 헌법소원을 했고 헌법소원을 각하한 사건을 또 맡게 됐지 않습니까? 그때 헌법재판관으로서 다수의견 편에 서셨는데 그 결정 과정에 있었던 일….

구술자: 그런데 다시, 그 희생자 경찰관들의 유족들이 왜 학생들이 민주화운동 인사로 인정을 받느냐, 자기들의 명예심이나 이런 것에 대한 폄훼랄까? 그걸 가져왔다 하면서 위헌이라고 헌법소원을 제기했습니다. 그런데 다수의견에 저도 동참하게 된 이유는 경찰관들은 순직으로 해서 다 명예는 회복했고, 그다음에 민주화운동으로 인정받는 것은 돌아가신 경찰관들이나 그 유족들의 사실상 감정적인 어떤 명예훼손 또는 왜 저러지 하는 그런 것은 있을지 몰라도 법적인 어떤 이걸 헌법재판에서는 자기관련성이라고 그러는데 직접적인 관계가 없지 않느냐, 소수의견에서는 이 정도 명예, 감정을 손상받았다면 그건 법적인 이해관계라고 하는데 거기에 이르렀다고 얘기합니다. 그런데 저는 그 사람이 민주화운동을 한 사람으로 인정받는 것하고 이쪽에서 순직 경찰관들이 국가에 대해서 순직자로서 명예를

다 인정받고 그 사람들 행위에 대해서도 객관적인 평가를 받았는데 그게 무슨 직접적인 관계가 있는가 하는 법리론에서 적법요건에서 저는 자기관련성이 없다고 봤던 거죠.

면담자: 그때 알려지기로는 동의대 사건을 민주화운동으로 인정한다고 해서 순직 경찰들과 유족들이 부정적 평가를 받게 되는 건 아니다, 그런….

구술자: 예예, 그런 자기 관련성이 없다. 그렇게 저는 법적으로 판단했던 거죠.

3. 사법 서비스 개선

면담자: 재판관님, 미국 하버드대 유학을 하셨는데 거기서 법이론과 외국 사법제도를 연구하신 경험을 갖고 계십니다. 그리고 사법연수원 교수를 하셨고 그때 법조윤리 강의를 하셨죠? 강의를 했는데 굉장히 학구적인 면모나, 이런 학구적인 활동들이 재판과 법원행정, 그리고 사법개혁 이런 데 여러 가지 도움이 됐을 것 같은데 어떻습니까?

구술자: 저는 1982년도에 법원에서 판사들 해외유학제도를 만든 후에 처음으로 하버드 법과대학에 가게 됐습니다. 그런데 저는 이미 한국에서 재판의 경험이 있고 또 제가 가서 미국 법의 뭐랄까, 제가 보는 관점에서는 우리 실무나 제가 평소에 관심을 가졌던 분야의 공부를 하고 오고 싶었죠. 왜냐하면 이미 판사로 재직 중이고 제가 이거로 해서 어떤 전문 영역을 가진다는 생각은 하지 않았고 어떻게 법원에 도움이 될까 해서 주로 들었던 게 법조윤리, 그다음에 사법제도, 그다음에 미국 법사상사, 법학교육, 이런 부분의 강의를 제가 듣게 되었습니다. 그러다보니까 아무래도 법관윤리, 그 당시에는 우리나라에서 법관윤리라는 게 그렇게 심각한 문제가 아니었거든요. 법관윤리라든지 법학 교육, 그다음에 법사상사 이런 것에 대해서 제가 좀 관심을 가지고 공부를 했는데 그것이 그다음에 제가 법원행정처에서 사법정책실 또 우리나라 사법개혁위나 이런 데에서는 정말 많은 도움을 받게 되었고 그걸 계기로 해서 제가 연수원에서 한 5년간 법조윤리 강의를 맡아서 하게 되었죠. 그런데 재판만 하다가 판사로서 거의 10년 만에 재판을 떠나서 이렇게 법원의 재판에 대해서 어느 정도 제도를 객관적으로 보게 되고 또 더군다나 외국 제도를 보게 되니까 아무래도 우리나라 법학 교육은 어떤가, 또 어떻게 갔으면 좋은가, 또 재판제도는 어떻게 가는 게 국민들을 납득시킬 수 있고 국민들의 신뢰를 받을 수 있는가, 그런 부분을 아무래도 많이 고민하게 됐죠.

면담자: 재조 시절에 법원행정처에 계신 기간도 많았지 않습니까? 사법정책연구실장으로 민사소송법 전면 개정, 그다음에 법조문 한글화 작업도 하신 걸로 제가 들었고요. 그다음에 대법원장 비서실장, 사법개혁위원회 부위원장 등 요직을 맡으셔서 아주 큰 능력을 나타내시고 성과를 올리신 것으로 알고 있는데요. 법원행정과 사법개혁 경험 중에서 특별히 기억나는 부분이 있으시면 들려주십시오.

구술자: 제가 사법정책연구실장을 하는 동안에 판사로서 재직하면서 정말 국민들이 어떻게... 결국 사법도 법원이 사법 서비스를 제공하는 거거든요. 그런데 우리는 뭐랄까요. 법원의 재판이라는 것이 일본 통치 기간 동안 또 해방된 이후에 나온 걸 보면 엘리트에 의한 법 적용, 그러니까 국민과 좀 동떨어진 건 아닌지, 아까 국민을 납득시켜야 된다는 것도 그런 관점에서 제가 말씀드린 건데요. 결국 사법 서비스거든요. 국민 간의 분쟁, 또는 국민과 국가 간의 분쟁, 또는 어떤 범죄가 났을 때 그것을 적절하게 원칙에 따라서 해결하고 그

것이 국민들한테 납득이 돼야 된다, 수요자 입장에서 봐야 되지 않느냐, 저도 그런 생각을 많이 했죠. 그래서 사법정책연구실장 할 때 물론 법조문의 한글화 이런 것도 있지만 하나 제가 예를 든다면 당시 우리가 전세 계약 하거나 주택을 임차할 경우에 확정일자를 그때는 등기소 가서 할 수밖에 없었거든요. 임대차의 대항력을 가지려면 주민등록과 확정일자를 받아야 되는데, ‘아니 왜 이걸 굳이 법원에서, 그러니까 등기소까지 가느냐. 주민등록을 하는 동사무소에서 같이 해 주면 될 텐데’, 그래서 저희들이 행정부에 제안을 했죠. ‘동사무소에서 해 주자. 그러면 한 구간에서 서비스가 되지 않느냐.’ 그래서 임대차 보호에 관련해서 그다음부터는 동사무소에서 확정일자를 주민등록 전입신고와 동시에 받을 수 있도록 제도를 개선했습니다.

면담자: 예, 저도 그 수혜를 받은 경험이 있습니다.

구술자: 그 전에는 등기소까지 가야 확정일자를 해줬거든요. 그러니까 재판이라는 것도 서비스다, 국민이 납득하고 국민이 필요로 하는 것을 제공한다는 측면으로 가 보자는 그런 얘기를 했었죠. 그건 사법개혁이 추진되는 동안 부위원장 하면서 사실은 그런 의미에서 로스쿨 제도가 생기고 여러 가지 형사절차에서도 변화가 나오지만 그때도 국민의 입장에서 법원도 법률 서비스를 제공한다, 이런 우리 기본 뭐 목표랄까, 우리가 추구해야 될 방향을 설정하고 가 보자 해서 특히 사법시험을 폐지하고 로스쿨 제도를 만들었으나 당시로서는 정말 어려운 문제였거든요. 그래서 제가 부위원장으로 있으면서 사법개혁위원님들하고 그 당시 참여했던 위원님들하고 정말 솔하게 만났습니다. ‘과연 우리가 사법시험제도를 유지하는 게 옳으냐.’ 그때 제가 유학 경험이 큰 도움이 됐었고, 제가 초임 판사로서 바로 오지 않고 문세광 사건 같은 그런 사건을 맡게 됐을 때 그 당황함, 어려움 이런 것도 많이 설명을 하면서 같이 해서 우리가 한국, 그 당시 일본은 이미 법학전문대학원 도입을 하기로 했었습니다. 그런데 일본은 그때 로스쿨의 정원이라는 개념이 없었죠. 저희는 일단은 출발할 때 법학대학원 정원도 정하자, 시험 합격률도 입학정원의 75%정도 하면 어떠냐 하면서 타협을 이루어 내는 게 저로서는 보람이었고 그래서 저는 로스쿨 제도가 정말 성공적으로 안착을 해야 한다고 생각하는 사람 중에 한 사람입니다.

면담자: 이제는 뭐 그쪽으로 안정화돼 가는...

구술자: 그래도 아직도 보완해야 할 점들이 많은 것 같습니다. 지금도 흔히들 말하는 로스쿨 제도가 ‘경쟁이 심하게 되면 또 다른 사법시험화되는 거 아니냐, 어떻게 이것이 법조인의 교육을 통한 양성이나, 시험에 의한 선발 아니냐’, 경쟁률이 심해지면 결국엔 일본과 같이 우리도 그런 비난을 받을 여지가 있고, 또 하나는 로스쿨마다 뭐랄까요? 제도 설립 취지와는 달리 아무래도 우수한 사람들을 뽑다 보니까 또 하나의 엘리트 코스로 지금 입시제도가 닳아간다는 것이 실제로 마음이 아픕니다.

4. 헌법재판관 임명

면담자: 그다음에 2005년 3월 김영일 재판관님께서 정년퇴임을 하시죠? 그 후임으로 대법원장의 추천을 받아서 헌법재판관에 임명되었습니다. 그때 법원행정처 차장으로 재임 중이셨죠? 생각지 못한 임명이었는지 아니면...

구술자: 예, 저는 항상 사람이라는 것은 되돌아보면 이렇게 자기가 걸어온 길에 대한 평가가 나온

다고 했는데, 처음에는 헌법재판관으로 추천이 됐다는 얘기를 듣고 ‘내가 헌법재판에 관심은 있지만 그래도 평생 재판만 해 왔는데’ 하는 생각이 들었습니다만 정말 헌법재판을 안 해봤더라면 제가 법조인으로서 정말 뭐랄까요, 헌법은 결국 모든 법을 저 위에서 조망하는 거거든요. 거기서부터 출발해야 되는데 실무에 몰두하다 보면 법 자체에 빠져버립니다. 헌법으로 각 법을 보면 아, 이 법은 어떻게 작동돼야 한달까 해석돼야 한달까, 입법은 어떻게 이루어져야 한다는 그런 것에 대한 얘기를 들을 수가 있는데, 그런데 저는 한 가지 헌법재판에 대해서는 미국 유학 시절부터… 미국에 가서 공부를 하게 되면 모든 법이 연방대법원 판결에 의해서 나오는 헌법 해석부터 출발합니다. 처음에는 법원에 있는데 왜 헌법재판관으로 발령이 났나 하는 생각도 들었지만 제가 관심을 가졌던 분야이기 때문에 한번 가서 헌법재판에 대해서도 실무를 좀 담당해 보는 것이 법조인으로서 정말 필요한 일이겠구나 하고 부임을 하게 되었는데요. 사실 저는 헌법재판관 부임을 해서 몇 달간은 아침 9시에 출근을 하면 한 시간 정도는 일질 일은 안 하고 그동안에 우리나라에 축적된 헌법재판 자료를 훑어보는 데 시간을 투입을 했습니다. 그래서 “헌법논총”이라고 나오는 학술서나 이진 결정문 논문 그런 것을 몇 달간 정말 하루에 한 시간 이상씩 우선 훑어만 봤습니다. 그동안 우리나라의 헌법재판이 어떻게 이루어졌는지. 그런데 처음 부임해서 제가 하루에 한 시간씩 투입했던 그 시간과 노력이 정말 저는 지금도 소중한다고 생각합니다. 그러면서 헌법재판이 우리나라에서 어떻게 1988년에 헌법재판제도가 생긴 다음에 제가 2005년에 부임했는데 그동안에 어떻게 헌법재판이 이루어졌고 하는 그런 것을 개괄적으로 제가 훑어볼 수 있는 기회가 있었습니다. 그래서 그다음에 헌법재판관으로 재직하는 동안 제가 판단을 내릴 때 참 많은 도움을 받았습니다.

면담자: 그래서 4기 재판부 이전에 3, 4기에 걸친 기간 동안 재판을 하셨는데 그때 재임 중에 다루었던 주요 사건이나 재판 과정에 대해서 회고담을 좀 듣고 싶거든요. 재판관님께서 재임 중에 다루었던 사건 중에 특별하게 기억하시는 주요 사건하고 결정 과정 이런 것을 듣고 싶고요. 특히 알려지지 않았던 이야기나 결정문에 기록되어 있지만 그런 판단을 내리게 된 사실적, 또는 철학적 배경 그런 것을 듣고 싶습니다. 그 뒤의 후일담도 같이…

구술자: 제가 예를 들어가면서 할까요?

면담자: 예.

구술자: 아닙니다. 제가 3기에 같이 합류했다가 4기 때 임기를 마치게 됐습니다. 그런데 3기 때나 4기에 걸쳐서 그 당시에 형사사법 절차에 관한 조항들이 많이 헌법재판소로 위헌소송이 제기되게 됐습니다. 특히 야간집회 금지나 여러 가지… 교도소에서 행형에 관한 규정 이런 것들이 제기됐습니다. 정말 우리가 헌법 조항을 보면요, 민사재판이나 상사재판은 어떻게 하라고 안 나옵니다. 그런데 형사재판에 대해서는 시시콜콜 많이 규정되어 있습니다. 그건 무슨 얘기냐면 결국 민주국가에서 헌법이 기본적으로 작동하기 위해서는 기본권, 그중에서도 신체의 자유, 형사 절차가 얼마나 중요한지가 우리나라 헌법에도 많이 나와 있습니다. 가령 구속영장 발부에 관한 절차, 재판 절차, 또 뭐 무죄추정 원칙, 형벌소급금지 규정, 형사절차에 관해서는 많거든요. 그런데 그만큼 민주국가에서 신체의 자유 내지 형사사법 절차가 중요하다는 거죠. 그래서 야간 옥외…

면담자: 야간 옥외집회.

구술자: 옥외집회 금지, 이런 규정을 보더라도 제가 단순위헌을 의견으로 썼던 이유는 신체의 자

유에 헌법불합치가 과연 적절한지, 위헌이면 그것은 우리 국민으로서 제일 중요한 신체의 자유에 대한 침범인데 그걸 위헌이라고 하면서 적용 기간을 유예를 둔다는 것은 자유권과는 맞지 않는 조치다 해서 저는 그런 여러 가지 조항에 대해서는 단순위헌, 특히 자유권에서는 단순위헌을 해야 된다, 이런 얘기들을 많이 주장하게 됩니다.

면담자: 제가 예시를 하면 검사 조사실 계구 사용 사건, 그다음에 수갑 및 포승 시용 사건 이런 데서 위헌 내지 위헌확인 의견을 내셨고요. 그다음에 판결 선고 전 구금일수 산입을 제량으로 규정한 형법 조항 사건, 그다음에 상소 제기 후 상소 취하까지 미결 구금일수를 본형에 산입하는 것을 제외하도록 하는 형사소송법 조항 사건, 아까 말씀하신 야간 옥외집회 사건 이런 데서 위헌, 헌법불합치 의견을 내셨는데, 그다음에 교정시설 내 엄중격리 대상자의 수용거실에 시시티브(CCTV)를 설치한 사건 여기서는 기각 결정을 내립니다.

구술자: 예, 제가 그쪽 의견을 냈습니다.

면담자: 기본권 문제에 대해서 아까 말씀하셨지만 어떤 기본 철학 그다음에 재판 과정에 있었던 여러 가지 케이스가 있지 않습니까? 그런 것에 대해서 더 보충해서 좀….

구술자: 그러니까 엄중격리 대상자 방에 CCTV를 설치한 것에 대해서 제가 기각 결정을 했던 이유는 결국 법이 형량에서 엄중격리 대상자에 대한 감시를 늦출 수 있느냐, 그걸로 일어날 어떤 사고나 또 어떤 영향 그걸 했을 때 항상 공화주의라는 것이… 민주공화국에서 공화라는 것은 국민의 의무는 어떤 건지, 어떻게 무조건 자유와 권리가 주장되는가에 대한 그것이 타인과의 관계, 또 국가라는 공동체 안에서 어떻게 조절될 거냐는 문제도 나오거든요. 그런데 저는 그건 그 한계를 안 넘었다고 보는 거죠. 국가라는 공동체에서 엄격 격리 대상자를 수용하는 데에 어떤 한계가 있어야 되는 거 아니냐, 저는 그런 입장에서 썼던 거죠.

5. 기본권 문제에 대해

면담자: 4기 재판부가 재판을 하면서 여러 가지 중에 특히 기본권 문제라든가 이런 걸 좀 많이 다루고 그 당시에 아마 사회적 분위기도 헌법재판이 계속 그 연륜이 쌓이면서 국민들도 헌법적 권리에 대한 인식이 제고되기 때문에 4기 재판부에 대한 그런 게 많이 나타나는 것 같습니다. 그런데 4기 재판부에서 기본권 확대 문제를 넘어서 기본권의 주체성을 확대하는 판단을 여러 차례 했지 않습니까? 대통령이라든가 태아, 그다음에 외국인 이런 부분에서의 기본권의 주체성을 인정하는 문제에 대해서 재판관님은 대부분 적극적인 성향을 보이셨는데, 그 배경이라든가 이런 게 궁금하고요. 지금의 생각도 좀 들려주십시오.

구술자: 기본권의 주체성, 우리나라 헌법은 참 이렇게 돼 있습니다. ‘모든 국민은…’ 외국 헌법은 ‘사람은…’ 이렇게 출발….

면담자: 피플(people)이라 그러죠.

구술자: 예, 우리나라만 유독 국민이라고 해 놔습니다. 외국인은 제외된다는 말이나. 사람으로서, 유엔(UN) 인권위원회에서 보는 것처럼 기본권이라는 것은 사람으로서의 권리인데. 그러기 때문에 모든 국민이라고 해서 우리는 그런데 헌법에서 국민이라고 하는 것이 국민, 우

리나라 국민들의 정치적 결단인데, 그것도 헌법재판소는 국민이 아니고 모든 사람이다, 이렇게 모든 조항을 해석한다는 것도 헌법재판에서 한계를 넘은 거 아니냐, 그런 생각이 있습니다. 그런데 그랬을 때 그러면 모든 국민이라는 데에 어디까지 포함할 것이냐. 특히 외국인의 경우는 사실은 문언으로 보면 국민이라는 데 포함하기가 어려운 건 사실입니다. 그렇지만은 평등권 같은 걸 예로 들면 그건 누구나 다 쉽게 수공할 수 있는 대목이거든요. 모든 국민은 법 앞에 평등하다, 그럼 외국인들은 차별을 할 수가 있다는 말이나, 그런데 우리가 평등권 조항을 보면 성별, 뭐 여러 가지 사회적 신분에 의한 차별 그러면 헌법재판은 헌법 명문 규정에 당연히 기속되지만 우리 헌법재판제도가 결국은 헌법 제정 권력자들이 생각하는 그 국민에는 어디까지 포함할 거냐, 저는 그런 고민을 하게 됐죠. 그래서 대통령이나 또 태아는 민법에 보면 출생한 다음에는 태아는... 태아도 권리의 주체가 되거든요. 그러면 민법 조항으로 보면 모든 국민에 태아는 되고 또 대통령도 대통령으로서의 지위, 권한을 행사할 때는 그건 기본권이라면 국가에 대한 권리니까 인정되기 어렵지만 개인의 대통령으로서 가령 무슨 의사표현의 자유랄지 이런 문제가 나올 수도 있는 만큼 기본권 주체에서는 인정할 수 있지 않느냐, 외국인들도 평등권의 문제에서는 헌법재판소가 우리나라 헌법 조항에 국민으로 돼 있지만 거기에서는 국민들을 납득시킬 수 있고 우리 국민이 수공할 수 있지 않느냐, 저는 그렇게 보는 거죠.

면담자: 우리 헌법에 모든 국민이라고 할 때 제헌 시기에도 논쟁이 있었던 걸로 제가 아는데요. 그리고 외국 대부분은 헌법에서 인민, 피플로 규정을 하는데 그런 문제들을 대할 때 세계적인 헌법 판례 같은 것도 우리 헌법재판에서 참고가 됩니까?

구술자: 예, 아주 많이 됩니다. 그러니까 헌법재판관들이 평의라고 하는데요. 그 보고서에는 반드시 외국의 입법례, 외국의 사례, 그러니까 우리가 헌법재판소에서 헌법재판 할 때는 기초적으로 헌법재판 연구관들에 의해서 조사된 외국의 입법례, 그다음에 그 결정이 지금 우리 사회에서 어떻게 작동하고 있는가, 이것이 헌법재판소에서 합헌이라고 할 때, 위헌이라고 할 때 그 영향까지도 생각을 합니다. 헌법재판은 그러니까 외국의 입법례뿐만 아니라 법이 제정되게 된 연유, 입법 취지, 그다음 현재 작동하고 있는 현상, 그다음에 이것이 미칠 영향, 그걸 같이 보면서 재판이 이루어집니다. 그러니까 당연히 외국 입법례가 포함이 됩니다.

면담자: 그다음에 표현의 자유는 헌법재판에서 자주 다루어지는 기본권의 하나고 지금도 표현의 자유는 계속 사회적 논쟁거리가 되고 있습니다. 4기 재판부에서도 중요한 판단을 많이 한 사건이 있는데, 음란 표현도 언론 출판의 자유 보호 영역에 속한다고 하면서 기존 선례를 변경한 사건이 대표적이지 않습니까? 그리고 미네르바 사건에서는 막연한 공익 개념을 구성 요소로 삼아 표현 행위를 형사 처벌하는 것에 제동을 걸었습니다. 그런데 통신 제한 조치 무제한 연장사건에서는 재판관님께서서는 반대의견을 개진한 게 앞선 사건들과 다른 판단으로 비치는데요. 그 이유와 함께 표현의 자유에 대해서 말씀해 주십시오.

구술자: 민주주의 국가가 작동하는 데에서는 표현의 자유가 중요하다는 것은 우리가 말할 필요도 없습니다. 표현의 자유 없이는 민주주의, 또는 우리 선거제도 등 모든 민주주의 작동이 불가능해져요. 표현의 자유는 정말 엄격하게, 정말 보호될 수밖에 없는 기본권 중의 기본권입니다. 거기에 어떤 허위 사실이라고 해서 또는 어떤 좀 음란하다고 해서 표현의 자유에서 배제된다면, 가치관에 의해서 배제된다는 것이 정말 위험하거든요. 그거는 왜 그러냐면 상대적인 개념을 가지기 때문에... 그 사람이 가지고 있는 가치관이나 환경이나 자라온 역사나 이런 것에 의해서 좌우돼서는 (안 되죠). 그런데 통신제한조치 연장 사건에

서는 법원의 결정에 의해서 연장됩니다. 재판에 의해서. 그것이 무조건 연장되는 것이 아니라 법원이 허가해야 됩니다. 그럼 그것이 과도한 것인지, 적절한 것인지는 재판이라는 제도에 의해서 해결될 수 있거든요. 그래서 저는 거기서 그런 안전장치가 있는 이상은, 법원의 사법적 통제를 받는 이상은, 무제한이라면 저는 거기서 반대의견을 냈을 겁니다. 그런데 이것이 법원에 의한 재판과 절차를 거친다는 게 제 결정의 이유였죠.

면담자: 예, 잠깐 쉬었다가 하겠습니다.

6. 주심 제도와 공개변론

면담자: 계속하겠습니다. 재판관님, 2008년 9월 선고한 결정부터 판례에 주심 표시가 없는데, 그 이유나 배경에 대해서 혹시 알고 계신지요.

구술자: 저희 4기 재판부 재판관님들 중에서 ‘왜 헌법재판소는 아홉 명 중에 여섯 명이면 위헌 결정이 되고, 한 표가 똑같은데 주심이라는 표시를 하느냐, 주심이라면 마치 그분이 주도해서 영향력이 크고 작고… 없어야 된다’, 그때까지는 저도 몰랐죠. ‘아 그게 정말 맞는 얘기구나.’ 왜냐하면 주심이 따로 있는 게 아니라 헌법재판의 평의 과정을 보면 더군다나… 누구 혼자서 하는 건 아니거든요. 헌법재판관들이 일일이 그걸 평의 날을 보면 아침 10시에 하면 어떨 때는 오후 7시 넘어서까지, 또 안 되면 그다음 날로 연기되고, 얼마든지 거기서 서로 논의하고 서로 문제 제기하면 다시 다른 재판관도 이 부분이 연구가 덜 됐다고 하고… 다 주심이 따로 없거든요. 그런데 주심이라 하면 마치 그분이 영향력이 더 큰 것처럼 우리가 보이지 않습니까. 그래서 다들 문제를 제기한 재판관 의견에 동조를 했죠. 동의했죠. 그러면서 주심 표시가 없어진 겁니다. 그게 또 맞는 거죠.

면담자: 결정문을 쓰는 것은 그 것처럼 계속하는데 주심 표시만 없어진 겁니까, 아니면….

구술자: 이렇게 됩니다. 가령 주심이 소수의견이 되면 법정의견을 쓰는 재판관은 다수의견을 쓴 중에서 정해집니다. 그러니까 원래부터 주심이라는 의미도 없는 거죠. 자기가 다수의견에 가면 법정의견을 쓰게는 됩니다. 그런데 자기가 소수의견에 가면 법정의견은 전혀 다른 분이 씁니다. 그러니까 사실은 없는 게 맞는 것 아닌가 생각합니다.

면담자: 그냥 편의상 주심은 있지만 그 것처럼 이렇게….

구술자: 예, 결정문에서 사라지게 되는 거죠.

면담자: 그런 식으로 바뀌었다고 할 수 있겠네요. 예, 그다음에 안마사 자격 문제인데요. 이게 헌법재판소에서 이제까지 여섯 차례 다뤄진 걸로 알고 있습니다. 재판관님께서는 2차, 3차, 4차 사건에서 이 사건에 관여를 하게 되시는데요. 일관되게 안마사 자격을 시각 장애인에게만 부여하는 것에 반대의견을 내셨습니다. 그 사건에 대해서 좀 아쉬운 점은 없으신지요? 그리고 이렇게 헌법재판에 안마사 자격 문제가 자주 대상이 되는 것에 대해서 어떤 생각을 갖고 계신지요.

구술자: 예, 우리가 전통적으로 시각장애인이 안마사를 한다, 그거 당연하지라고 생각했는데 막상 헌법 관점에서 본다면 어떤 직업은 어떤 사람만 가져야 된다, 그것이 어떤 자격이나 능력

에 의해서 정해지는 게 아니라 객관적인 여건에 의해서 정해지거든요. 그러면 나머지 사람은 그 직업에 갈 수 없다는 정말 완전한 장벽이 쳐집니다. 물론 기본권 조항도 한편 반대편이 생각할 때는 제일 심하게 제한되는 겁니다. 왜냐하면 그 직업에 진출하는 것 자체가 능력이나 자격으로 어떤 자격을 주는 게 아니라 객관적인 여건으로... 그럼 엄격하게 심사해야 되는데 그게 과연 옳으나, 그러니까 우리 헌법에서 제일 심하게 근본적, 본질적인 기본권 침해가 일어나는 겁니다. 중대하게. 엄격한 심사 기준을 들었을 때 과연 그게 옳으나, 거기서 고민이 시작됐던 거죠. 그런데 다만 아쉬운 점은 이겁니다. 처음에 어느 날 헌법재판소에서 시각장애인에 안마사 자격을 한정하는 것이 헌법에 위반된다고 결정이 나오자마자 기억이 나실지 모르겠지만 시각장애인들이 한강에서 뛰어내리고 재판관들 집에도 항의 부대들이 찾아온다 해서 사실 그때 또 한번 경찰관들이 재판관들 집을 경호를 하게 됐습니다. 그래서 그때 제가 우리 동료 재판관들한테 이런 얘기를 했습니다. 정말 지나고 나니까 공개변론을 하고 언론에서도 뭐가 문제라는 것이 드러난 다음에 국민들이 어떤 사건인지를 알고나서 결정을 내렸더라면... 헌법재판관들이 그때 어떤 표현에 의하면 '피도 눈물도 없는 집단'으로 묘사가 됐거든요. 우리가 옳다고 하는 것이라도 국민들이 납득하는 과정을 거치려면 나는 공개변론을 했어야 한다, 먼저 헌재가 그 문제를 제기하고 언론들에서 이런 문제가 있다, 아니다... 그래서 그 뒤로는 헌법재판소에서 1년에 10번을 공개재판이 달마다 (열리고), 6개월마다 공개변론 목록이 언론기관에 공개가 되고 미리 알립니다. 그리고 그걸 하는 작업을 제가 퇴임 때까지는 (했습니다). '네가 공개변론 제안했으니 좀 추려'라고 해서 공개변론 대상 사건을 제가 퇴임 때까지 1년에 10건씩을 제가 다른 재판관들, 연구관들하고 상의하면서 그걸 선정을 했죠.

면담자: 담당을 하신 거군요.

구술자: 그런데 그러고 나서 제가 하나 아쉬운 건 헌법재판소에서 공개변론으로 회부한 사건은 그 전에라도 신문 지상이나 방송을 통해서 다루어지고 국민들은 어떻게 생각하는지가 나오고 활발하게 논의되는 그런 과정을 거쳤으면 했는데, 대부분 요새 언론기관들이 보면 사후약방문이랄까, 결정이 나고 나면 전문가들이 양쪽에서 논지를 게재합니다. 저는 결정되기 전에 국민들이나 또는 전문가들이 어떻게 보는지가 국민들 간에 충분히 서로 논의가 됐으면 하는 바람입니다. 그 뒤로부터 공개변론이 정례화됩니다.

면담자: 이번에 낙태죄 문제도 지금 와서 입법 시한이 다 돼서야 정부안으로 나오고 그 뒤에 또 막 논란이 벌어지고 그런 걸 보면 미리 그렇게 사전에...

구술자: 예, 우리 사회에서 논의가 좀 이루어지면서 헌법재판도 결정을 내리는 것이 원래 헌법재판소에서 아마 바라는 바인데, 대개가 결정 나면 그 뒤에 시끄러워지는 게 요즘 현상인 것 같습니다.

면담자: 그리고 헌법재판의 결정이 내려지는 과정들, 그리고 소수의견, 별개의견 이런 것들에 대해 자세하게 설득하는 게 아니고 큰 줄기만 갖고 보도를 하고 이렇게 해버리니까 일반인이 잘 모를 수가 있죠.

구술자: 예, 예. 맞습니다. 그러니까 그게 사전에 언론을 통해서 국민들의 생각이나 전문가의 생각이 좀 나타나고 했으면 하는 바람이 있습니다.

면담자: 개인적으로도 안마사 자격 문제가 과연 헌법재판에 이렇게 여섯 차례나, 거의 또 전원합

의 사건으로 이렇게 결정 내린 걸 또 내리고 또 내리고 뒤집어지고….

구술자: 한편으로 또 다른 시각에서 본다면 그만큼 이 문제는 아까도 말씀드렸듯이, 기본권에 대한 본질적인, 어떤 사람은 아예 객관적인 여건에 의해서 ‘너는 이 직업에 진출을 못해’ 그러니까 기본권 제한 중에서 제일 뭐랄까, 강력한 제한 조치죠. 그러니까 끊임없이 이게 문제가 되는 겁니다. 그만큼 역설적이지만 그게 문제점이 있다는 거죠. 우리 사회가 납득을 못한다는 거죠. 아직도 일부에서는.

7. 사형제와 성적 자기결정권

면담자: 현실을 반영하지도 못한… 그래서 이 부분에 대해서 항상 의문이 있었습니다. 그다음에 사형제도인데요. 과거 두 차례 헌법재판소에서 7 대 2, 5 대 4로 합헌 결정이 내려졌습니다. 재판관님께서는 두 번째 사건에서 합헌 의견을 내셨고요. 지금 6기 재판부에서도 천주교 쪽에서 제기한 사형제도 헌법소송 사건의 심의를 하고 있는데 당시 하셨던 고민과 지금의 생각을 좀….

구술자: 사형제에 대한 고민은 결국 법조인이라면 제일 정말 근본적인 문제에 부딪치는 거죠. ‘너는 어떤 사람인가. 생명에 대해서 어떻게 생각하는가.’ 그렇지만 우리나라는 헌법에 비추어서 사형제도가 위헌인지 합헌인지 우리가 봐야 되지 않겠습니까? 사람의 생명을 빼앗는 것이 인간의 재판으로 이루어질 수 있는 것인가. 그 자체는 저도 의문을 가지는 것은 정당하다고 봅니다. 그렇지만 우리나라 헌법 구조를 보면요, 절대적 기본권을 인정은 안 하는 헌법 구조입니다. ‘이것만은 손을 못 대’ 유럽인권협약 이런 데 가면 사형제도 자체가 잔인한 형벌이라 해서 금지가 돼 있는데 우리는 헌법 자체에서 군사 재판에서 사형을 전제로 해서 헌법 규정이 있습니다. 그러니까 ‘아 우리나라 헌법에서는 절대적 기본권이라는 것은 인정을 안 하는구나. 심지어 생명권까지도’ 그렇다면 결국 그것은 우리가 재판제도에 의한 생명의 박탈 여기까지도 헌법 제정 권력자들은, 국민은 이미 예상을 하고 있었던 거죠. 그러니까 헌법재판제도에 의해서 위헌이라고 할 수 있는지, 근본적으로 거기서부터 제가 고민을 했던 겁니다.

면담자: 혹시 재판을 하시면서 사형 선고를 얼마나 하셨는지요.

구술자: 아, 서울형사지방법원에서 아까 말했듯이 제가 초임판사였는데 당시로서는 간첩들, 그다음에 문세광이랄지 또는 국가보안법 위반, 또 살인죄 그런 부분에서는 사형 선고가 꽤 있었습니다. 1970년대니까.

면담자: 그러니까 어떤 분은 사형제도에 대해서 확실한 반대 소신을 갖고 계시는데도 사형 선고를 하셨더라고요.

구술자: 예예, 그건 법에 의해서, 자기가 법의 집행자라면 법이 무엇을 재판하는 사람에게 어떤 의무를 주었는지 그건 소신으로 그걸 한다, 물론 가치관의 문제는 있겠지만 그것도 법의 한계를 넘어서는 안 된다는 게 제가 뭐 오리지널리스트(originalist)는 아닙니다만 그 한에서 국민이 납득하고 설명할 수 있는 범위 내에서 해야 되는 것 아닌가….

면담자: 그리고 그다음 간통죄 사건도 굉장히 뜨거웠던 주제였죠. 거기서 재판관님은 합헌 의견을

내셨고요. 그 반면에 혼인빙자간음죄 사건에 대해서는 위헌 의견을 내셨습니다. 성적 자기결정권에 대한 국가 개입 문제와 관련된 두 사건에서 조금 다르게 보이는 입장을 가지 시게 된 재판관님의 특별한 기준이나 철학이 있는지요.

구술자: 우선 혼인빙자간음죄를 보면 ‘음행의 상습이 없는 부녀자를 위계나 혼인을 빙자한 위계의 방법으로 간음을 한 자’라고 돼 있습니다. 그러면 음행의 상습이 있는 여자는 혼인빙자간음죄 보호 대상에서 제외되는 겁니다. 참 지금 생각하면 위헌 결정을 하고 나서 제가 조항을 들여다보면 불수록 세상에 이렇게 차별을 할 수 있는 법이 있나…

면담자: 법 자체가 잘못돼 있네요.

구술자: 예. 음행의 상습이 없느냐, 음행의 상습이 있느냐에 따라, 또 물론 상습성이라는 것을 인정하는 것도 문제이긴 합니다만 그 사람을 보호 대상에서 완전히 차단을 해 버리는 겁니다. 아, 이건 아무래도… 물론 혼인빙자간음죄가 어떤 부작용이라든지 이런 여러 가지 문제도 있습니다만 그걸 떠나서 우리가 어떤 사람을 ‘너는 보호 대상에서 아예 제외돼’, ‘아 음행을 좀 저질렀다고 나는 제외되고’ 하여튼 근본적인 문제를 제기합니다. 그런데 간통죄는 사실은, 사회 구성원은 물론 개인입니다만, 어떤 공동체라는 것을 기초 단위로 할 때는 가정이 사회 구성의 기본 단위죠. 그리고 가정이 이루어지는 건 부부 혼인 서약에서도 말하지만 성적 정결 의무를 서로 담보하고 이루어집니다. 그런데 물론 이혼소송을 제기해야 간통죄 고소가 됩니다만 간통이라는 것은 자기의 혼인 관계에서의 뭐랄까요, 정결 의무를 위반한 것뿐만 아니라 이 사회가 구성되는 기초 공동체가 무너지는 계기가 됩니다. 그에 대해서 책임을 부여하는 것이, 형사법적 책임을 부여하는 것이 과연 부당한 것인가? 제가 아까 공화주의를 얘기했습니다만 공화주의라는 것은 결국, 우리나라는 민주공화국이라 그러거든요. 그런데 우리가 흔히 민주라는 것에 대해서는 학교 교육에 의해서 많이 압니다. 국민이 주권재민, 그다음에 다수결에 의한 의사결정, 이게 민주거든요. 공화라는 의미는 사실 우리는 별로 (교육을) 잘 안 받았습니다. 공화에 대해서 물론 헌법 교과에서 보면 헌법학자들은 군주제나 독재자에 대한 반대 개념이라 하는데 그렇게 소극적인 의미로 하면 민주만 해도 됩니다. 그런데 우리나라에는, 더군다나 영어 명칭은 리퍼블릭 오브 코리아(Republic of Korea)입니다. 대한공화국입니다. 공화라는 의미는 뭐니까? 우리가 지켜야 될 의무가 있다, 그래서 우리가 4대 의무를, 그다음에 기본권 제한, 기본권도 타인과의 관계에서 한계를 가진다는 거죠. 그다음에 더군다나 헌법의 근본이념이라는 것은 국가라는 공동체 유지 존속이거든요. 그다음에 국가 구성원의 행복 추구 내지 생활, 삶의 영위가 헌법을 가진 목적인데, 그렇다면 공동체 유지 존속을 위해서는 일정한 의무를 부담해야 되고 타인과 관계가 필요합니다. 사회를 구성하는 기초 공동체가 무너진 나라는 결국 그 공동체가 유지 존속될 수 있느냐 하는 근본적인 문제까지 도달합니다. 그걸 형사 처벌한다 해서 그것이 헌법이 예상하는 성적 자기결정권을 침해한다는 건가. 자기 약속에 대한 자기 위반인데. 그래서 저는 그런 점에서는 사실은 간통죄는 유지돼야 된다고 제가 합헌 의견을 쓰게 된 거죠.

면담자: 이런 문제들은 시대적 변화에 따라서 결정이 달라질 수 있지 않습니까?

구술자: 그럼요, 저는 그건 예….

면담자: 그게 간통죄가….

구술자: 위헌으로….

면담자: 위헌이 돼서 폐지가 됐는데 그렇게 될 수 있다고 보시는 건지요. 사회적 인식이 바뀌면 서….

구술자: 예, 저는 헌법 해석에서 이렇게 국민들이 간통죄의 합헌 결정에 대해서 납득이 안 된다, 그것이 아까 말씀드린 것과 같이 저는 사회, 국가 공동체의 유지 존속에는 이런 정도의 차별이 가능하다고 했는데, ‘아니다’ 이렇게 판단할 때가 와서 위헌 결정한 것에 대해서는 저는 수긍합니다.

면담자: 그다음에 미디어법 가운데 보충질문 그것은….

구술자: 놔두시죠. 일사부재리 그건 하여튼 법적인 (웃음) 해석이 그냥 깊이 들어가 버리니.

8. 한정위헌과 사회적 기본권 문제

면담자: 그다음에 구 상속세법 18조 1항 위헌소송 사건인데요. 헌법재판소와 대법원의 관할 분쟁으로 뜨거웠던 사건이지 않습니까. 재판관 8 대 1 의견으로 상속인에 상속 포기자가 포함되지 않는 것으로 해석하는 한 위헌이라는 한정위헌 결정이 내려졌죠. 그런데 대법원은 정반대로 해석해서 판결을 했고요. 한정위헌을 놓고 현재와 대법원이 충돌하는 상황을 당시에 어떻게 보셨는지, 그리고 지금 생각은 어떠신지 좀 말씀해 주시죠.

구술자: 근본적으로 헌법재판소의 한정위헌 결정에 대하여 헌법재판소법에 지금 규정이 안 돼 있습니다. 그런데 하나 문제는 대법원은 ‘법을 어떻게 해석하는가는 법원의 전속 권한이다’라고 하고, 현재는 ‘법이 어떤 법인지를 보려면 어떻게 해석이 안 따르느냐. 추상적인 규정만으로 볼 수 없다’는 거죠. 그것이 어떤 의미를 가지는지, 그건 링귀스틱(linguistic)적인 해석을 하건 목적론적인 해석을 하건 결국은 그 규정이 어떤 의미를 가지는지가 해석이 안 되면 위헌 여부 판단이나 전제가 성립이 안 됩니다. 그러니까 현재는 ‘우리가 해석은 이렇게 했는데 법원이 달리 해석을 하면 헌법재판이라는 게 당연한 것이다’, 그리고 법원은 ‘지금까지 1885년에 재판소구성법¹⁾이 성립된 이래, 우리나라에서 현행 재판제도가 수립된 이래 우리가 다 법률 해석을 해 왔는데 왜 헌법재판소가 법률에도 없는 한정위헌을 하느냐’는 거죠. 거기서 결국 문제가 나옵니다. 그런데 법률가라면 저는 그건 서로 얘기를 하면 이해가 되는 대목입니다. 그러기 때문에 이걸 양 기관이 어느 권한이 있냐, 없냐 이런 걸 떠나서 헌법재판에서 법률 해석이 불가피하다는 점은 받아들일 수 있는 것이고, 그것을 어떻게 기술적으로 꼭 법률 해석 지금까지 한정위헌 결정처럼 꼭 나와야 하느냐, 저는 일부위헌으로 해도 되지 않느냐, 그래서 합리적으로 두 기관이 해결해 나갈 수 있는 문제가 아닌가, 그렇게 봅니다. 서로 존중하면서. 예.

면담자: 재판관님 제가 질문지에 예시해 놓은 사건 중에 언급할 만한 사건들에 대해서 말씀해 주셨으면 하거든요.

구술자: 재외국민의 선거권, 국민투표권 배제 사건인데요. 제가 거기서 유일하게 법정의견에 동의를 하면서도 그 뺄니까, 영주권자는 제외해야 된다는 의견을 혼자 냅니다. 영주권자라는

1) 재판소구성법이 제정된 시기는 1895년임.

건 그 나라의 시민이 되겠다고 가서 문화적, 사회적, 경제적으로 밀접한 이해관계를 이미 형성하고 있는데 꼭 이렇게 선거권이 그 사람들에게 다 주어져야 되느냐고 근본적인 의문을 제기한 거죠. 영주권자라는 건 그 외국의 시민이 되겠다는 의사가 표시된 사람이고, 우리와는 사회적, 문화적, 경제적으로 분리되고 있는데 지금 전 세계적으로 대한민국 국적을 가지면 영주권자도 투표를 하기는 합시다만, 저는 그런 아쉬움이 있습니다. 그 뒤에 보면 재외국민의 선거권이 부여된 다음에 우스갯소리로 미국에도 한인회가 두 개라는 것 아닙니까. 정치적인 이해관계에 따라서. 그러면서 특히 영주권자까지 포함해 가지고 많은 부작용들이 일어나고 있다고 저는 알고 있습니다. 저는 뭐 공무로 간다든지 상사 주재원 이랄지, 해외 주둔군 파견 나갔다든지 거기 나라에 살 의사가 없는 사람에게 투표권을 박탈해서는 안 된다고 생각합니다. 그렇지만 영주권자까지도 주는 것이 맞느냐, 그건 제가...

면담자: 혹시 외국의 예 같은 것은...

구술자: 외국에는 제한하는 입법례들이 있습니다. 해외에 살고 있는 영주권자, 그 나라 영주권을 얻은 사람들 배제하는 입법례는 있습니다.

면담자: 그리고 여러 가지 의미 있는 사건들이 많은데요. 특히 또...

구술자: 뭐 그 정도 하시고, 예.

면담자: 3, 4기에 걸쳐서 헌법재판을 하셨지만 주로 4기에 재판을 하셨는데 1, 2, 3기 재판부와 4기 재판부의 차이점이나 특징이 있다면 어떤 것이라고 생각을 하시는지요.

구술자: 제가 보기에선 우선 공개변론은 뚜렷하게 구분이 됩니다. 공개변론을 정례화했고, 3기까지는 예외적으로 공개변론을 했죠. 정례적으로 했고요. 또 하나 차이는 3기는 신체의 자유에 관한 것이었다면 4기부터는 근본적으로 재판관들이 많은 결정은 안 내려졌습시다만 사회적 기본권에 관한 고민을 많이 하기 시작한 시기라고...

면담자: 구체적으로 좀...

구술자: 뭐 구체적인 것 없이 재판관들끼리 우리가 같이 평의를 하거나 서로 의견을 나누면서 사회적 기본권에 관해서는 그 전까지는 최소보장의 원칙이라 해서 됐는데, 이제 우리나라에서도 사회적 기본권에 관한 헌법 규정이 무슨 의미인지, 그 전에는 그 부분에 대한 뭐랄까, 물론 하나하나 차차 정비해 오는 과정입니다만 신체의 자유라든가 중요한 부분에 대한 기본권 침해가 일어난 부분, 본질적인 부분에 대한 많은 얘기가 있었지만 사회적 기본권에 관해서는 그래도 국가가 그 보장 제도를 만든 이상은 재정 사정이나 여력이나 이런 것을 감안해서 행정부 내지 입법부가 많은 재량을 가진다고 했지만, 헌법 규정에 의하면 사회적 기본권에 관한 보장 규정이 많거든요. 그 부분에 대해서 우리가 관심을 더 가져야 되는 것 아니냐, 재판관들 사이에서 그런 얘기들은 좀 오고갔습니다.

9. 베니스위원회 활동

면담자: 그다음에 4기 재판부의 특징이라고도 할 수 있는데요. 헌법재판소가 국제적 위상을 획기

적으로 높은 시기였다고 다들 평가를 하거든요. 재판관님께서 우리나라가 2006년 6월 베니스위원회 정회원이 되면서 정위원으로 활동을 하시지 않습니까? 그리고 2009년 12월 총회에서 집행위원으로 선출이 되셨고. 정위원 및 집행위원 활동과 관련해서 기억들을 자세히 말씀해 주실 수 있는지요.

구술자: 베니스위원회는 유럽평의회라 그러죠. 카운슬 오브 유럽(Council of Europe) 산하의 법률 자문기구입니다. 정회원 국가가 제가 있을 때 한 60개 정도, 그다음에 국제기구까지도 참여합니다. 1년에 네 번 베니스에서 전체 회의를 하는데요. 그래서 베니스위원회라고 합니다. 그런데 한국이 2006년에, 유럽평의회 국가들이 그전까지는 회원이었지만 그걸 2005년에 유럽 이외로 회원국의 문호를 개방합니다. 우리나라가 제일 먼저 회원국으로 가입을 하게 됐는데 그것은 아무래도 유럽에서 동, 서독 통합이랄지 동구라파의 민주화 과정에서 어떻게 법적으로 통합이 이루어지는지를 우리가 배울 필요가 있었기 때문에 가입을 하게 됐습니다. 그런데 저는 거기는 공식 언어가 동구라파 국가들도 많으니까 러시아어, 영어, 불어, 그다음에 아랍어가 있습니다. 통역이 공식적으로 제공이 되죠. 그런데 저는 영어로 말합니다만 이틀간 전체 회의를 하는데 제가 항상 고민했던 것은 영어로 무슨 설명인지는 아는데 그 문제가 왜 베니스위원회에서 토론돼야 되는지를 이해를 못 했습니다. 그것은 유럽 국가들이 다 처한 역사, 문화, 종족, 언어 이 모든 문제를 파악해야만 왜 이 문제가 저렇게 중요한 문제인지 이해할 수 있었던 겁니다. ‘아 내가 이렇게 몰랐구나. 유럽의 역사를 몰랐구나, 유럽의 문화를 몰랐구나.’ 이런 생각을 많이 하게 된 거죠. 그런데 집행위원이 여덟 명인데요. 집행위원들이 본회의 전날 만나서 의제들을 정합니다. 이번 회의에서는 이 정도는 논의하자, 인사에 관한 건 이렇다, 예산은 어떻게 될 것 같다, 이런 여러 가지 논의를 하는데 일종의 이너 서클(inner circle)이거든요. 베니스위원회가 유럽 이외의 국가로 문호를 개방한 다음에 집행위원 선출을 하면서 유럽 이외의 국가 회원으로서는 최초로 집행위원으로 저를 선출을 했는데요. 집행위원으로 선출된다는 것은 한국의 재판제도가 결국은 유럽 밖의 헌법재판제도, 베니스에서 논의한 게 주로 선거제도, 재판제도, 그다음에 헌법 구조거든요. 한국이 민주화, 경제화를 동시에 도달한 국가고 아시아나 다른 나라들에 어떤 하나의 사례가 될 수 있지 않은가 해서 저를 집행위원으로 선출을 했습니다. 그래서 저는 베니스위원회 활동을 하면서 정말 보람을 느꼈던 것은 그걸로 인해서 저희들이 아시아헌법재판회의, 그다음에 세계헌법재판회의, 월드 컨퍼런스 오브 컨스티투셔널 저스티스(World Conference of Constitutional Justice)인데요. 헌법재판회의를 서울에 유치했던 것이 보람이고 또 한 나라의 사법제도, 모든 제도를 포함합니다만 ‘아 그것이 우리가 조문만, 또는 결정만, 판결만 가지고 이해할 수 있는 게 아니다. 그 밑바닥, 인프라를 알아야 정말 이해할 수 있다’는 것을 실감하게 되었는데요. 앞으로 국제기구에 한국이 어떻게 활동을 해야 되는가를 상당히 많이 배웠달까, 그렇게 봅니다.

면담자: 집행위원은 여덟 명인데 유럽 이외의 국가로 한 석이 배당이 된 겁니까?

구술자: 그런 셈이죠. 자기들끼리는 쭉 그렇게 유럽 국가들만 집행위원을 해오다가 최초로 유럽 이외의 국가 회원을 집행위원으로...

면담자: 그게 명문으로는 안 돼 있지만,

구술자: 그냥 집행위원이 있다는 것만...

면담자: 그러니까 추천이 된 겁니까?

구술자: 추천이 됐죠. 그리고 전 회원이 투표를 합니다.

면담자: 아, 그렇게 해서 유럽 이외의 국가 중에 추가로 회원이 된 나라 중에 대표적인 국가들이 어떤 국가들이 있었습니까?

구술자: 제가 있을 때 유럽 이외의 국가에서는 남아프리카공화국, 그다음에 키르기스스탄, 또 몇 국가가 있었는데, 브라질... 옵저버(observer) 국가로는 물론 일본, 미국, 호주가 포함되지만 그 뒤로는 정회원국이 많이 늘어났습니다.

면담자: 그렇게 해서 집행위원 한 석이 우리나라에 배당된 것은 아까 말했지만 우리나라의 헌법재판제도에 대해서 자기들도 관심이 많았던 것이네요.

구술자: 우리나라가 1988년 이후에 민주화를 이루고 또 뭐랄까요, 헌법재판도 활성화되고 경제 성장을 계속 이루고 그러니까 유럽 국가들이 생각할 때는 한국적인 모델이 좀 많이 다른 나라에 전파됐으면 하는 바람에서도 그런 것 같습니다.

10. 헌법재판제도에 대해

면담자: 네, 그다음에 헌법재판제도에 대해서 좀 듣고 싶은데요. 재판관님께서는 ‘헌법재판은 사회가 지향해야 할 기본적인 가치를 고민하는 것’이라고 말씀하신 적이 있습니다. 우리나라 헌법재판제도, 헌법재판관의 구성 이런 것과 관련해서 하실 말씀이 많으실 텐데요. 헌법재판관 경험을 통해서 앞으로 우리가 지향해야 할 가치, 그리고 그것을 실현하기 위한 노력에 대해서 말씀해 주셨으면 합니다.

구술자: 이건 제가 헌법재판관을 지내고 나서 헌법재판이란 게 뭐냐, 우리가 흔히 일반재판은 ‘누가 돈을 줄 게 있느냐, 저 사람이 죄를 지었다는데 있냐 없냐, 얼마만큼 형을 살아야 하느냐’ 이런 재판이라면 헌법재판은 하나하나가 우리 사회가 아까도 제가 보고서에서도 말씀드린 것과 같이 외국에서는 어떻게 보는지, 헌법재판이 된 그 법률 조항에 의해서 우리 사회는 어떻게 돌아가는지, 이것이 위헌이 되고 또는 합헌으로 될 때 어떤 영향을 미칠 것인지 근본적인 그 시작부터 그 후에 미칠 것까지 전반적으로 우리 사회에 대한 근본적인 고민을 하는 겁니다. 결정 하나하나가. 헌법재판이라는 건 또 불복 절차도 없습니다. 거기서 끝나 버립니다. 그리고 헌법재판은 결국 누가 판단합니까? 국민이 판단합니다. 아, 잘 되고 있다, 헌법재판으로 해서 우리나라가 그러니까 더 잘 되고 있다, 가령 헌법적인 가치, 아까 말했듯이 공동체 유지 존속과 구성원의 삶의 행복이랄지 삶의 유지에 기여한다고 해야만이 헌법재판제도가 유지될 수 있거든요. 재판 결과에 대한 불복 절차는 없지만 결국 국민들이 판단하는 겁니다. 제도를 유지할 것이지 말 것인지까지도. 그럴 때 헌법재판관들의 하나하나 결정은 정말 그건 자기 본인의, 물론 재판관으로서 뭐랄까 역할뿐만 아니라 헌법재판 제도라는 게 과연 필요한가까지도 국민의 판단을 받는 겁니다. 제일 어려운 지금. 그런데 제가 아쉬웠던 것은 우리가 헌법재판소가 그런 작동을 하기 위해서는 아까 말한 우리 사회, 거기에 관심 있는 사람들은, 요즘은 많이 관심을 가집니다만, 헌법재판소의 결정이 이루어지기까지 아까 말한 언론기관이면 언론기관, 행정부면 행정부 또는 각계가 자기들이 관계된 문제에서 얼마만큼 헌법재판이 실질적으로 미치는지에 대한 의사표명도 하고 미리 논의도 되고 그런 게 좀 드러났으면 하는 거거든요. 특히 미국

과 비교하면 참 아쉽죠. 그런 문제가 어떻게 우리 사회에서 논의가 되고 했으면 좋을까. 그래서 저는 사실은 퇴임 후에 강의, 강연 같은 데서 헌법재판에 대한 얘기를 많이 합니다. 국민들이 헌법에 대해서 자기 일이 아닌 걸로 생각을 할지는 모르지만 사실은 결정 하나하나가 사회 전체로 미치니까, 그런 것에 좀 관심도 가져 주고... 특히 저는 언론기관이나 행정부처나 국회의원들 만나 그런 얘기를 많이 합니다. 공화주의 가치에 대해서, 민주와 공화라는 것이 같이 가야 우리 사회가 더욱 나아지는 거죠. 어려운 사회에 앞으로 지향할 방향 아니겠느냐. 코로나19 사태도 한번 생각해 보십시오. 우리 사회가 이 정말 전례 없는 이런 전염병 사태에 국민들이 어디까지 공동체라는 걸 생각해야 되는가를 우리는 근본적으로 고민을 하게 되거든요. 그게 바로 공화의 가치거든요. 공화주의라는 게 그리스, 로마로부터 시작합니다라는 결국 공공선, 공동선 내지 시민적 덕성 그렇죠. 의무도 있고 책임도 지고 타인과 관계에서 기본권이 결정되고. 공동체의 유지라는 것도 하나의 자유민주주의의 다른 가치로 공동체라는 것도 생각해야 한다는 것이, 저는 아이엠에프(IMF) 사태나 코로나 사태로 우리 국민들이 절실하게 보고 우리가 아직도 코로나 바이러스에 대한 뭐랄까요, 성공적인 극복은 못 했지만 이나마 된 건 우리 사회에 그런 국민적인 공감대가 형성돼 있기 때문에 그렇지 않느냐, 그러면 그 역할을 여기서 국민들이 인식하고 있는 것을 제도화하고 답을 기관은 어디냐, 저는 그건 국회나 정치라고 봅니다. 국민들이 이렇게 돼 있는데, 그걸 정말 저는 우리나라 정치인들이 힘을 합쳐서, 우리나라 국민들이 공화주의에 대한 경험적인 가치를 가지고 있는데, 그것을 담아낼 그릇을 만드는 것은 정치인의 몫 아니냐, 물론 헌법재판에서도 그런 해석을 해야 됩니다만 저는 그런 이야기를 많이 하고 다닙니다.

면담자: 국회가 해야 될 그런 기능을 놓치거나 이런 것들도 헌법재판을 통해서...

구술자: 그러니까요. 헌법재판이라는 건 제기됐을 때, 선제적으로 하는 게 아니라 어떤 조항이 만들어진 다음의 문제이고, 아까 말한 국민들이 그런 공감대를 형성했을 때 그걸 만들어 내는 것은 결국 입법부고 정치인들의 몫 아닙니까. 저는 그게 좀 아쉬운 거죠.

면담자: 퇴임하실 때 소감과 그다음에 헌법재판관 시절에 대한 전반적인 회고를 좀 듣고 싶는데요. 아까도 말씀하셨지만 법조인으로서 헌법재판의 경험은 굉장히 특별하고 소중한다고 하셨지 않습니까? 헌법재판관으로서의 소임을 마치셨을 때 소감과 지금의 여러 가지 헌법재판에 대한 시절을 좀 정리해서 말씀해주신다면...

구술자: 헌법재판관으로 6년 지낸 게 저는 법조인으로서 제일 행복했던 시절이랄까요. 왜 그러냐면 물론 분위기 자체나 헌법재판소의 주위 환경이나 또 같이 근무했던 사람들이 너무... (좋았기 때문에) 그냥 저는 6년을 보람 있고 또 즐겁게 지냈습니다. 그래서 제가 퇴임할 때 딱 두 가지 얘기했습니다. '너무 즐거웠고 여러분들 너무 고맙습니다.' 저는 뭐 다른 얘기 안 했습니다. 제가 법조인으로 살아오면서 헌법재판관 못 해봤더라면 그냥 그저 사건에 파묻혀 살았을 텐데, 도대체 법이라는 건 우리 사회에 어떻게 작동해야 되는지, 또 특히 베니스위원회 활동을 하면서 이게 세계적으로는 어떤 건지, 그런 근본적인 고민을 많이 하게 됐던 게 저로서는 참 보람이고 제 경험, 뭐랄까 기억하고 싶은 경험이지요.

면담자: 참, 아까 약간 아쉬운 점에 대해서 말씀하셨는데 보람이나 아쉬움, 거기에 좀 더 덧붙일 말씀이 있습니까?

구술자: 다만 우리 사회가 어떻게 작동해야 되는가라는 그런 근본적인 고민은 했는데요. 아쉬움은

참 헌법재판은 해 볼수록 ‘아, 배워가면서 이루어지는데 왜 미국의 연방대법원 임기가 종신일까’ 그런 생각을 많이 해 봤습니다. 참 6년이라면 세계에서 헌법재판관 임기로는 제일 짧은 축에 속합니다. 왜냐하면 헌법재판은 경험만 가지고 하는 것도 아니고 거기에 정말 문제를 부딪치면서 고민하는 과정이나 그런 경험, 축적된 자기의 경험이랄까 이런 것이 같이 표현되는 건데 그래서 저는 아쉬웠던 것은 헌법재판제도가 앞으로 발전하려면 재판관들의 임기랄까, 우리가 어떤 헌법재판을 원한다면 국민들에게 물어보고 공감을 얻는다면 그런, 헌법재판소가 발전하기 위해서는 지금과 같이 그렇게 단기간의 임기로는 앞으로 더 나아갈 수 있을까 하는 아쉬움이 있죠. 왜냐하면 6년마다 전원이 교체되기 때문에. 연속성이라는….

면담자: 전원이 교체되는 것도 큰 문제고, 임기가 짧은 것도 문제라고 다들 말씀하시는데, 보통 그래서 9년 얘기도 나오고 12년 얘기도 나오고….

구술자: 기본적으로 헌법 개정 문제가 되니까 어렵겠죠.

면담자: 헌법 사안이죠.

구술자: 예, 헌법….

면담자: 우리나라 사법제도는 일반법원의 최고법원으로서의 대법원과 헌법재판기관으로서의 헌법재판소를 병렬적으로 놓고 있는 것 같은데요. 30년이 지난 현재 시점에서 우리 제도의 장단점이 논의되고 있습니다. 향후 헌법재판소와 대법원의 관계와 위상을 어떻게 가져가야 바람직한 건지 양쪽을 다 경험해 본 입장에서….

구술자: 아까도 말씀드렸습시다만 한정위헌 결정에 대한 입장에서부터 나오는데요. 헌법재판이나 일반법원의 재판이나 결국 소비자는 국민입니다. 국민을 위한 재판이지 국민과 동떨어진 권한은 아니거든요. 그렇다면 대법원과 헌법재판소 위상 자체는 헌법에는 대등하게 만들어 놓고 제3의 재판제도로 이렇게 만들어 봤으면 그걸 어떻게 운영할 건지는 사실 양 기관이 국민을 두고 고민을 하면 저는 답이 나온다고 생각합니다. 국민을 두고 권한이나 해석이나 모든 운영이나 이런 문제를 생각하면 저는 그냥 길을 찾을 수 있지 않은가, 저는 그렇게 생각합니다.

11. 총평

면담자: 헌법재판소에 대한 제언이라고 그럴까, 그다음에 헌법재판 제도에 대해서 개선하거나 보완할 점, 미래의 헌법재판관을 위한 여러 가지 도움의 말씀, 이런 게 있으면 좀….

구술자: 헌법재판소가 이제 30년이 지나면서 우리나라 법학 교육에서나 국민들의 인식에서는 아, 헌법재판이 우리나라에 필요하다, 그것이 우리나라 경제 성장과 동시에 민주화를 이룩하는데 기여했다는 점에 대해서는 우리 국민들이 다 알고 있습니다. 그러면 앞으로 어떻게 가는 게 헌법재판제도가 우리 국민들을 위하고 나라를 위해서 작동할 수 있는 방법일까요 저도 고민을 해보면 사실은 헌법대로 했으면 좋겠습니다. 개정이 되고 안 되고는 그건 헌법 제정 권력자의 의사결정 문제고요. 가령 소장은 지금 대통령이 국회의 동의를 얻어 재판관 중에서 임명한다고 돼 있습니다. 재판관 중에서 임명한다는 것은 유럽 제도에서 가

저왔거든요. 거기는 현행 재판관 중에서 소장을 임명합니다. 그런데 우리는 지금까지, 물론 초창기는 그럴 수가 없었기 때문에 그러지만 재판관 중에서... 헌법재판소부터 헌법대로 가야 한다는, 저는 그런 입장이죠. 헌법은 국민들이 그렇게 정해 놨는데, 헌법재판관 중에서 소장을 임명하고, 이제는 그런 전통이 생겨난 걸로 생각합니다만 그러면 헌법대로, 시스템이 이루어지면서 거기서 우리가 개정의 필요가 있으면 그때 개정하면 되는 겁니다. 우선 있는 법이라도 지키면서. 그런 것이 저는 아쉽습니다. 우리나라 법도 그렇고 모든 것이 기존에 있는 제도를 시행해보고 그것이 국민들의 의사에 반할 때 그건 거기에 따라 개정 절차를 거쳐서 제도가 확립되고, 그렇게 해야 되는 거 아니냐. 그러면서 우리가 법치주의를 다져가고 좀 당분간은 불편하고 힘들더라도 '아 법치주의가 우리나라에 뿌리를 내려야 되겠구나' 그러면 헌법 해석부터... 그런데 그것도 헌법재판관들의 고민사항입니다만 어디까지 해석할 거냐, 그건 개인들이 자기가 지나온 경험, 자기의 가치관, 또 헌법 조항, 국민의 의사 모든 것을 다 보고 또 앞으로 그 헌법재판이 미칠 우리 미래에 대한 영향, 사실 야간 집회 시위라고 하는 법률 위헌할 때는 그 당시 언론 보도에 의하면 '우리나라는 시위공화국이 된다, 밤에는 잠도 못 잔다' 이랬거든요. 헌법재판관들도 고민 안 한 것은 아닙니다. 그렇지만 그게 가야 될 길이고 헌법적인 가치고 우리가 감내할 만한 위험이다 했는데 결과적으로는 어떻게 됐습니까. 지금은 당연하게 보거든요. 그것까지도 해야 되니까 사실은 헌법재판관을 한다는 게 참 어려운 (웃음) 일입니다. 미래까지도 생각을 하면서 재판을 해야 되고...

면담자: 하여튼 한국의 민주화는 민주화를 위해서 여러 가지 노력하신 분들의 결과이기도 하지만 실질적으로 그게 내실화될 수 있도록 기본권 문제라든지 이런 것을 한 데에는 진짜 헌법재판소의 역할이 크지 않았나, 이렇게 생각이 되거든요. 앞으로의 계획이라든가 그런 것, 제가 혹시 여쭙보지 못한, 빠뜨린 부분이라든가 좀 정리하는 차원에서 말씀...

구술자: 아닙니다. 저는 헌법재판관 퇴임하고 나서야 참 얼마나 법조인으로서 시각이 좁았다, 그걸 많이 느꼈습니다. 헌법재판을 하기 위해서는 정말, 정말 모든 분야, 사회 각 분야가 제기 되는데 우리가 후배 법조인들한테는 얘기합니다. '참 바쁘다. 우리가. 보통 재판 실무만 하기도. 또는 변호사로서 정말 많이 보고 배워야 되겠더라. 책도 많이 읽어야 되겠더라. 우리 법조인들이 시각이 제일 좁은 거 같더라. 나는 이제야, 늙어가고 석양이, 해가 지면서야 그걸 느낀다.' 정말 공부를 많이 해야 될 것 같아요. 법조인이 된다는 게 얼마나 험한 길이라는 걸 저는 헌법재판관을 퇴임하고 나서야 느끼고 있습니다.

면담자: 예, 이제까지 참으로 중요한 말씀 많이 해 주셨고요. 정말 감사합니다.

구술자: 아닙니다. 오늘 반갑습니다.

면담자: 이걸로 이공현 재판관님에 대한 구술을 마치겠습니다.

구술자: 감사합니다.