

<녹 취 전 문>

구술자명	김희옥 전 헌법재판관		
면담자	신동호	면담장소	서울 서초구 헌법적가치연구원
면담일시	2020. 10. 28. 14:00	회차	1회차

1. 근황 및 어린 시절

면담자: 헌법재판소가 주관하는 2020년도 헌법재판소 주요인사 구술채록 사업의 일환으로 진행하는 김희옥 전 헌법재판관님의 1차 구술을 시작하겠습니다. 제4기 헌법재판소 헌법재판관님들의 과거 재판 경험과 헌법 철학을 생생한 육성과 동영상에 담아 헌법재판의 역사적 기록으로 남기기 위해 이 구술을 시행하고 있습니다. 구술 일시는 2020년 10월 28일 오후 두 시, 구술 장소는 서울 서초구 강남대로 587 케이시스(KCC) 건설 건물 6층에 위치한 재판관님의 헌법적가치연구원 연구실입니다. 면담자는 아카이브웍스 책임연구원 신동호입니다. 재판관님 반갑습니다.

구술자: 네, 반갑습니다.

면담자: 2010년 12월에 퇴임하셨는데 그 후에도 다양한 분야에서 활발하게 활동을 하고 계십니다. 동국대 총장이라든가 정부공직자윤리위원장, 새누리당 혁신비상대책위원장 등 여러 방면으로 왕성한 활동을 하셨는데 지금은 어떻게 지내는지, 근황을 좀 알고 싶습니다.

구술자: 예, 아까 말씀하신 것처럼 제가 2010년 12월 말까지 재판관으로 봉직을 하고 그 후에 동국대학교 총장, 정부공직자윤리위원회 위원장, 또 그 당시 집권여당인 새누리당 혁신비상대책위원장, 말하자면 당 대표를 잠시 했고 그 후에는 헌법적가치연구원이라는 이름으로 연구소라 할까, 연구단체를 만들어서 그걸 중심으로 저술도 하고 논문도 쓰고 포럼이나 기업 같은 데 한 5, 60회 정도 헌법적 가치에 대한 강의도 하면서 지내고 있고 최근에도 그런 강의를 하면서 대한체육회나 몇몇 기업의 법률고문을 하는 그런 정도로 활동을 하고 있습니다. 좀 특이한 거는 금년에는 코로나 바이러스로 인해서 못 나갔습니다만 히말라야 안나푸르나, 또 티벳이나 부탄같은 고산지대를 해마다 한 번씩 트레킹(trekking)을 갔습니다. 그것이 어떤 면에서는 보람 있는 일이었는데 금년에는 나갈 수가 없습니다. 현재 그런 상황입니다.

면담자: 트레킹을 하시려면 건강이 따라야 되는데 건강관리를 어떻게 하십니까?

구술자: 건강관리라기보다는 좀 많이 움직이려고 공직에 있을 때도 그랬고 지금도 마찬가지로 하루에 만 보 이상은 걷죠. 이전에는 산에 많이 다녔는데, 이 트레킹도 뭐 산악 트레킹입니다만 체력이 아무래도 문제가 있고 다리도 좀 그런 것 같아서 요즘 평지를 많이 걷고 골프도 하고 규칙적으로 헬스클럽 가서 근육운동을 하려고 노력하고 있습니다.

면담자: 저술은 그 전에 주로 형법이라든가 형사소송법 쪽으로 많이 하셨는데, 요즘은 헌법 쪽으로

많이 연구를 하시는 것 같습니다.

구술자: 예, 헌법 관련 강의를 많이 하고 제가 최근에는 2017년 말에 저기 책이 있습니다만 “주석 형사소송법” 네 권, 저건 뭐 저 혼자 한 게 아니라 박일환 대법관과 제가 중심이 돼서 법원, 검찰에 있는 분들과 열여섯 명이 전면 개정판을 냈죠. 그런 일들을 하고 있습니다.

면담자: 성장기 시절, 과거로 좀 돌아가서요. 초, 중, 고등학교와 그다음 대학 시절 인생에 큰 영향을 미친 사건이나 경험이 있으면 좀 들려주셨으면 합니다. 당시 어떤 꿈과 포부를 가졌는지 또 법조인의 삶과 정신에 영향을 미친 어떤 일이 있었는지 이런 걸 좀 들려주십시오.

구술자: 결국 인간이 누구나 다 심저 바탕에는 두려움이 있는 겁니다. 두려움은 누구나 부인할 수 없고 종교는 두려움 때문에 생겼다는 거죠. 그러니까 생각해 보면 젊은 시절에 그런 이야기를 워낙 많이 들어서 두려움 없는 당당한 삶, 한문으로 이야기하면 무외堂堂(無畏堂堂) 또는 무외탕탕(無畏蕩蕩)인데 ‘그런 삶을 살려면 어떻게 해야 될까’라는 생각을 해봤어요. 이 두려움이라는 게 불교에서 이야기하는 대로 하면 남한테 베푸는 게 세 가지가 있거든요. 법이라는 것은 가르침이죠. 제대로 된 가르침을 베풀어 주는 게 법보시(法布施)이고 그다음에 없는 사람한테 재물로 베풀어주는 게 재보시(財布施)이고, 세 번째가 무외보시(無畏布施)인데 남의 두려움을 없애 주는 것으로 사실은 제일 중요한 걸로 생각합니다. 그러니까 다시 이야기해서 두려움 없는 삶을 살려면 어떻게 하는 것이 좋을까 하는 데서 생각을 해보면 사회화, 그러니까 우리가 무슨 성직자가 되든지 출가를 하거나 하는 건 아니니까 ‘사회인으로서 살면서 어떻게 하는 게 좋을까’ 하는 생각을 사실은 해 봤죠. 그런데 ‘사회와의 관계를 어떻게 설정하는 것이 좋을까’라고 생각해 본 결과 그러니까 우리 사회에서 종교로 치면 계율과 같은 것, 그것이 결국 일종의 법률이죠. 그게 법사상가의 이야기이든, 그게 고대든 현대든 근대든 다 마찬가지죠. 그래서 이 사회에서 종교에서 계율과 같은 활동을 함으로써 어떻게 하는 게 좋을까 생각한 끝에 법조인 쪽으로 생각을 했는데, 사실은 그런 쪽으로 진입하는 과정에서 무지무지하게 고생을 했고 또 대학원 무렵에는 건강이 나빠져서 폐결핵도 앓았고 이런 그런 과정이 있고 또 시간도 많이 달아났고 그런 과정은 있었죠. 그러니까 종교의 본질이라는 게 구원이나 깨달음이나 이런 거 아니겠습니까. 그것이 종교의 본질이지만 그 종교에서도 계율이라는 것을 수단, 방편으로 필요로 하는 겁니다. 기독교에서도 그렇고 불교나 이슬람에서도 마찬가지죠. 종단의 룰(rule)을 유지하기 위한 게 필요하죠. 우리 사회에서의 법이라는 것이 결국은 우리 사회라는 것은 종교의 본질이 구원이나 깨달음인 것과 마찬가지로 ‘우리 사회의 국가의 본질은 뭘까’, 결국 모든 구성원, 국민들이 자유롭고 행복한 삶을 누리도록 하는 것 아니겠습니까. 그 속에서의 계율이라고 하는 것이 바로 법률인데 그래서 이런 쪽을 해 보는 것이 아까 말한 무외堂堂 그쪽으로 좀 가까운 것이 아닌가 해서 그렇게 시작이 된 겁니다.

면담자: 불교하고 인연은 어떻게 맺어진 겁니까? 어릴 때부터….

구술자: 예, 근간에도 불교방송하고 인터뷰도 했고 어디 에세이도 썼습니다만 뭐랄까 자연스럽게 할까 어릴 때부터 그렇고 집안 분위기도 그렇고 지역 분위기도 그렇고 또 맞으니까 그런

게 아닌가... 네, 그렇습니다.

면담자: 네, 법조계 들어오셔서 검사로 임관을 하셨는데 불교하고 검사의 진로하고는 좀 안 어울리는 것 같기도 한데, 어떻게 해서 검사를...

구술자: (웃음) 불교하고 검사하고 뭐 아무 상관이 없죠. 무슨 종교를 가졌든 공직을 수행하는 데는 아무 지장이 없으니까.

2. 검찰 시절 회고

면담자: 1978년에 검사로 임관하셨죠. 그래서 대구고검 차장검사, 대검 공판송무부장, 대전지검장, 사법연수원 부원장, 그리고 제18대 법무부 차관을 지내셨지 않습니까? 그리고 2006년 9월에 제4기 헌법재판관으로 취임을 하셨는데, 그때까지 28년을 쭉 검찰에 봉직하셨잖습니까? 검사로서 어떤 철학을 갖고 복무를 하셨는지 그리고 지금 후배 검사들한테 전하고 싶은 말씀이 있으신지요.

구술자: 그러니 모든 국가가 국가형벌권을 가지고 있죠. 국가형벌권 있어야 법질서 유지가 되고 국가로서 내외치가 되는 것 아니겠습니까. 그러니까 국가형벌권을 행사하는 데 있어서 여러 국가 기관이 참여를 하는데 그중에 검사는 매우 중요한 위치에 있지 않습니까. 형사 사건의 당사자를 가장 가까이에서 또 직접 접촉하고 조사하고 범죄 현장도 검증하기 때문에 '사건의 실체적 진실을 가장 잘 알 수 있는 위치에 있는 것이 바로 검사다, 그러니까 검사로서는 좀 더 살펴보고 좀 더 시간을 내서 고민하면서 억울한 당사자가 없도록 최선의 힘을 다 해야 될 필요는 반드시 있다' 이런 생각을 합니다. 역사적으로 보면 신원(伸冤)이라는 말이 있지 않습니까? 그러니까 신원, 말하자면 국민의 억울한 원을 풀어주는 것이 매우 중요하고 동서양을 불문하고 역사적으로 보면 역사 변화의 모멘텀(momentum)이 된 사실도 허다합니다. 우리나라도 보면 최제우(崔濟愚)의 신원, 그렇죠? 최제우 교주의 신원을 1차로 들고 나온 것이 동학란 아닙니까? 그러니까 그 당시에 '억울하게 우리 교주가 죽었다' 그런 거 아니겠습니까? 그런 걸 보더라도 '억울한 국민이 있도록 해서 안 되는 것이 검사의 가장 큰 책무다, 그러니까 검사로 일하는 이상은 무엇보다도 사건에 대한 정확한 진실을 밝히는 것만큼은 절대 게을리 해서 안 된다' 그런 생각을 하고 있습니다.

면담자: 재판관님께서 사법시험에 합격하기 전에 서울대 신문대학원 신문학 석사를 받으셨고 동국대 대학원에서 법학 석사, 검찰 재임 중인 1984년에 같은 동국대 대학원에서 법학 박사 학위를 받으셨는데요. 검찰 내에 아주 독보적인 학구파 검사, 형사소송법 전문가이시고 많은 법학 저서를 집필하셨는데 검사로서의 직무도 바쁘실 텐데 이런 법이론 탐구라든가 열정이 어디서 비롯됐으며 검찰 활동에 그런 것들이 어떤 도움이 되셨는지 그런 걸 좀 듣고 싶습니다.

구술자: (웃음) 지금 말씀하신 것처럼 사실 논문이란 것도 많이 썼고 책도 참 숫자로는 많습니다. 그런데 지금 생각해보면 모두 다 부족한 것들이죠. '다 부질없는 것이다, 무상한 것이다'라

는 생각이 듭니다. 아무튼 간에 말씀하신 것처럼 일선 검사는 엄청 바쁩니다. 검찰을 포함해서 재조, 법조, 공직을 쪽 수행하면서 그 와중에서 책이 10권 이상 되고 논문이 제가 총장하면서 보니까 200편이 넘습니다. 그걸 하여튼 간에 전문 잡지에 발표해 온 것을 생각하면, 또 근간에는 공학 쪽에도 관심이 있어서 명예공학박사 학위도 받았습시다만 ‘그런저 열정이 어디서 나왔을까’ 생각을 해 보는 겁니다. 다만 법조인이라 하는 것은 어느 직역이든지 간에 자신을 위한 것이 아니고 국민의 생명이나 신체, 재산, 기본권에 관련된 일을 하기 때문에 법률이면 법률 또 다른 부분은 다른 부분에 대한 정확한 지식을 많이 가질수록 좋다고 생각합니다. 특히 형사소송법은 국가형벌권 행사의 과정에서 국민의 기본권을 보장하는 절차에 관한 것이기 때문에 많은 학습이 요구되고 검사로서도 그것은 마찬가지로 생각을 가지고 있습니다.

면담자: 검사 시절에 대해서 좀 여쭙고 싶은데요. 우리나라 최초의 증권 전담 검사로 임명됐습니다. 처음으로 증권거래법을 위반한 상장회사 대표를 처벌하신 적이 있습니다. 금융이라든가 다단계 판매, 증권 이런 경제 분야를 전문적으로 다루면서 특별히 경험하고 느낀 게 있으면 좀 들려 주셨으면 합니다.

구술자: 예, 제가 말씀하신 것처럼 우리나라 최초의 증권 전담이라는 그런 전담을 가진 검사가 된 것이 1988년입니다. 그해에 우리나라 최초로 증권거래법을 적용해서 상장회사의 내부자 거래, 시세 조작, 이런 행위에 대해서 상장회사 대표를 구속 기소한, 최초의 일이 있었습니다. 그때는 증권 전담 검사를 서울지검의 형사4부의 검사 하나가 맡았었는데 저도 그 후에 형사4부 부장검사도 했습니다만 지금은 전담부가 생겼고 전담 검사만 해도 수십 명이 되는 그런 만큼 우리나라의 금융이나 증권이나 이런 데 범죄적 수요가 증가했다는 것을 말하는 거죠. 시장경제 질서에서 가장 중요한 가치는 올바른 금융 질서입니다. 금융 질서가 무너지면 국가 경제 전체가 흔들리게 되기 때문에 검찰의 실력을 유지해서 시장경제 질서가 무너지지 않도록 건전하게 유지되도록 할 책무가 있는 겁니다. 그런데 최근 그 어디 검찰청에 있던 증권 전담부가 해체됐다는 이야기를 들었습니다만 내용은 잘 모르겠어요.

면담자: 대전지검장 재직 시절에 지검 단위로는 이례적으로 시민 옴부즈맨(ombudsman) 제도를 도입했습니다. 법무부 차관 시절에는 인권 보호 수사 준칙 개정, 그다음에 출입국 절차 혁신 이런 여러 가지 검찰 개혁을 지휘하셨는데 국민의 사법 참여 확대, 검찰 개혁의 노력을 기울이신 경험들을 좀 들려 주셨으면 합니다.

구술자: 아까도 얘기했습니다만 검찰이 국가형벌권 행사의 중추적인 국가 기관이죠. 그렇지만 국민의 신뢰를 받지 못하면 그 기능을 충분히 못 하게 됩니다. 그러한 점을 도울 수 있는 것이 뭔가 생각한 끝에 지금 말씀하신 대전지검 검사장 할 때는 시민 옴부즈맨 제도를 도입해서 시민들과 논의를 갖고 피드백을 하는 이런 과정을 겪었고, 또 제가 수원지방검찰청 차장검사 할 때나 대전지검 검사장 할 시절에 검찰-법학교수 실무연구회 이런 걸 만들어서 과연 학문적으로 또는 시민과의 대화 이런 걸 하는 걸 많이 했습니다. 아시는 것처럼 법무부는 국가 인권을 대표하는 기관입니다. 아무리 강조해도 지나치지 않는 것이 바로

인권에 관한 것이기 때문에 이러한 노력을 더 많이 해야 된다고 생각하고. 제가 지금 생각하는 게 법무부에서 차관을 할 때 출입국 절차에 관한 좀 획기적인 개혁을 한 게 있는데 ‘그것이 지금 생각해도 참 보람 있는 일이다’는 생각을 하고 있습니다. 출입국 제도의 획기적인 개혁으로 인해서 아시는 것처럼 인천공항이 전 세계 공항 중에 항시 1등 평점이 나옵니다. 우리는 안전한 출입국을 유지하면서도 출입국자가 불편하지 않도록 하는 그게 뭔가 하면은 그 제도가 지금도 유지되고 있죠. 키스(KISS)라는 겁니다. 케이아이에스에스. 코리아 이мигра이션 스마트 서비스(Korea Immigration Smart Service). 그러니까 전산으로 주민등록 요건 이런 걸 가지고 확인이 금방금방 되도록, 또 무슨 테러범 이런 거에 대해서 바로 적발되도록 한 그 시스템을 만들은 것이 법무부에서 보람이다, 이런 생각이 지금 드는 겁니다.

면담자: 우리 인천공항이 세계적인 1등 공항으로 이렇게 평가 받는 이유가 하드웨어도 있지만 이런 소프트웨어, 시스템이 굉장히 중요했군요.

구술자: 큐아이씨(QIC)거든요. 공항, 퀴런틴(Quarantine). 그다음에 그러니까 검역, 커스텀(custom). 이мигра이션. 씨아이큐(CIQ)구나. 커스텀 이мигра이션 퀴런틴(Custom Immigration Quarantine). 관세, 출입국, 검역인데, 이 세 가지가 다 개선이 됐죠. 그중에 법무 부분이 아이(I), 이мигра이션 부분인데 확 바뀌었죠. 그게 키스입니다. 케이아이에스에스.

면담자: 검찰에 계신 동안 이렇게 여러 가지 검찰 본연의 활동도 있지만 연구 활동이라든가 그다음에 이렇게 제도 개혁이라든가 이런 여러 가지 활동을 많이 하셨는데 법조 생활 거의 대부분을 검찰에서 하셨으니까 검찰 생활을 통해서 특별히 느끼는 점이라든가 아니면 아까 말씀하셨듯이 보람되는 점이라든가 이런 걸 종합적으로 회고해 보실 때 좀 어떤 말씀을 하시….

구술자: (웃음) 검찰 업무에 워낙 오래 있었죠. 공직 대부분을 그렇게 보냈는데 지금 뭐 특별히 생각해서 남는 건 없고 아무튼 간에 아까도 이야기 했지만 검사는 일반 민원인을 직접 접촉해서 재산적, 사회적 법익의 침해에 대한 피해 구제 그리고 법률에 의한 응징, 형벌을 가하는 그런 입장인데 그 과정에서 보면 아주 근소한 피해를 입은 피해자들이 참 많습니다. 우리가 말하는 서민 피해자들이죠. 그런데 검찰을 통해서 그러한 피해자들이 구제를 받은 다음에 얼마나 고마워하는 그런 모습이 보람이었다, 이런 생각이 지금 납니다.

면담자: 공안이나 특수 쪽이나 이런 쪽으로는….

구술자: 우리나라 검찰제도가 일본 통해서 들어왔고 프랑스, 독일, 일본 이런 식인데 주요한 부분이 형사 사건 처리야 누구라도 하는 것이니까 형사제도에 관한 연구를 하고 형사정책을 발전시키는 그 기획, 두 번째가 특수수사, 세 번째가 공안, 이 세 가지를 보통 이야기하는데 저는 기획 쪽이었다 할까, 그런 쪽이었죠.

면담자: 공안이나 이쪽을 안 하신 데 대한 아쉬움은 없습니까?

구술자: 아니 공안도 했죠. 제가 의정부검찰청에 있을 때는 접적(接敵) 지역에서 공안을 2년간 담당을 했었죠. 물론 특수 수사도 하고 다 했지만 메이저 파트가 기획 쪽이라는 거죠. 그래서 형사소송법 책도 저렇게 내고 하는 것 아닙니까.

3. 헌법재판관 임명

면담자: 법무부 차관 재임 중에 노무현 대통령 지명으로 헌법재판관에 임명이 됐었죠. 임명 당시의 상황이라든가 그때 임명 배경에 대해서 좀 듣고 싶은데요. 지명 통보를 받고 어떤 생각이 드셨는지요.

구술자: 임명된 뜻은 제가 알 수가 없죠. 현재까지도 그렇지만, 그러니까 법무부 차관을 한 1년 정도 재직을 하고 있는데 4기 재판부 헌법재판관 구성을 할 때가 됐습니다. 그때 한꺼번에 많은 재판관들이 임기가 끝나고 새로 임명이 될 때가 됐는데 그때는 검찰 출신이 두 사람 정도 있었거든요. 그런데 그 당시에 퇴임한 검찰 출신 재판관도 있고 하니까 아마 검찰 출신 재판관의 하나로 임명된 것이 아닌가, 그렇게 생각을 하는데 지금 생각해 보면 공직을 오래 하고 있으면, 그때만 해도 제가 공직에 있는 지가 딱 30년 됐을 때네요, 그동안의 평판이 있었을 테고 누구나 다 그런 게 있는 거 아닙니까. 단체 속에서, 공조직 속에서 조금만 있어 보면 다 평판이 생기지 않겠습니까. 또 아까 말씀하신 그런 학구적 자세랄까 이런 것이 요인이 된 것이 아닌가, 그렇게 생각을 합니다. 헌법재판관이라 하는 것은 공직 중에 사실 최고의 책임과 명예를 가진 그런 엄중한 입장이죠. 자유민주주의 기본 질서, 기본권이 그 가치인 헌법을 수호하는 일에 직접 나설 수 있다는 자긍심이 그 당시에 생각이 났고, 또 이걸 그냥 에피소드입니다만 제 생일이 우리나라 헌법과 똑같은 1948년 7월 17일이기 때문에 나이도 똑같고 하루도 안 틀리는 그런 게 있고.

면담자: 아, 그렇네요.

구술자: 또 1987년 현행 헌법을 제정할 때 제가 서울지검에 있으면서 국회 법제사법위원회 파견나가 있었습니다. 그 당시에 헌법개정특별위원회를 법사위원이랑 같이 해서 제정 작업을 할 때, 법사위원회 일이라는 게 법률의 체계, 자구에 관한 것을 들여다보는 것이기 때문에 현행 헌법을 만들 때도 지원을 했다, 이런 부분에서 그런 인연도 또 있고 그렇습니다.

면담자: 아, 그러고 보니까 헌법과 인연이 많으시네요.

구술자: (웃음)

면담자: 헌법재판소에 1기에서 5기까지 검찰 출신 재판관이 아홉 분 계셨습니다. 1기 때 김양균 재판관, 2기 때 조승형¹⁾, 정경식, 신창언, 3기 때 송인준, 주선희, 4기 때 김희옥 재판관님하

1) 조승형 전 재판관은 짧게 검찰 생활을 했고, 정치인으로 재판관이 되었기 때문에 검찰 출신 재판관으로 분류하기가 적절치 않다는 의견이 있음.

고 5기 때 박한철 헌법재판소장이셨죠. 그다음 안창호 재판관, 이렇게 있었는데 이러한 검찰 출신 재판관이 지금은 맥이 끊어져서 계시지 않는데요. 헌법재판소에 검찰 출신 재판관이 꼭 필요하다고 보시는지요?

구술자: (웃음) 그것도 헌법재판소의 책무가 헌법적 가치의 수호 아닙니까. 재판관의 출신이나 직위와는 사실 상관이 없죠. 그렇지만 재판관의 경험은 다양할수록 좋다고 생각합니다. 비단 검사 출신뿐만 아니고 학자나 기업인이나, 우리가 재판관으로 있을 때도 늘 이야기 했습니다만 국제 전문가, 뭐 꼭 외교관이라 할 거는 없지만 그런 사람도 필요하다는 생각을 했고 과학자나, 이 시대 우리 헌법의 가치를 제대로 알고 이를 국민 기본권 보장에 반영할 수 있는 사람으로 다양하게 구성해야 되는 게 맞습니다. 그런데 검사도 국법질서 유지의 중요한 축을 담당할 경험을 헌재에서 반영할 필요가 있고 한데 최근의 예와 같이 오로지 전임 법관 중심의 구성은 바람직한 것이 아니고 이렇게 되면 진정한 헌법 가치와 시대 정신에 부합하는 헌법적 가치를 놓칠 수 있다고 봅니다. 그렇지만 현행 헌법에 따를 수밖에 없죠. 현행 헌법이 111조 2항에서 ‘법관의 자격을 가진’ 이렇게 돼 있기 때문에 재판관의 자격을, 그렇지만 그 범위 내에서라도 최대한 다양성 또 제대로 된 전문가 또 그 당시의 정치성을 배제하는 이런 점이 재판관 구성에서 중요하다고 생각을 합니다.

면담자: 헌법재판소 구성의 다양성 측면에서 비법조인 전문가도 이상적으로는 필요하다고 보시는군요.

구술자: 일본에는 최고재판소에 법조인 자격을 요구하지 않습니다. 일본에서는 위헌법률심사도 최고재(最高裁, 최고재판소의 약칭)에서 하지 않습니까? 또 개인 권리구제도 우리나라 대법원이 하는 역할과 헌재 역할을 일부 겹쳐서 있는 것이 일본의 최고재인데 그러니까 개별 권리를 보장하는 대법원의 역할도 하지만 헌재 역할도 위헌 법률 심사도 하는데 일본에는 법조인 아닌 외교관 하던 사람이 헌재 하나 들어가 있을 겁니다. 그런데 우리는 헌법에서 헌법재판소의 재판관도 법관의 자격을 가진 사람으로 딱 한정을 해 놨기 때문에 방법은 없지만 그 범위 내에서라도 최대한 다양하게 할 필요가 있다는 생각을 하는 겁니다. 이것은 뭐 그 당시에든 우리가 늘 이야기 하던 겁니다.

4. 주요 사건(1) 사형제 사건

면담자: 4기 재판부의 주요 사건과 재판 과정에 대해서 좀 여쭙보고 싶습니다. 4기 헌법재판소에서 다루었던 주요 사건과 재판 과정에 대해서 알려지지 않았던 이야기나 또 결정문에 기록돼 있지만 그런 판단을 내리게 된 사실적 또는 철학적 배경, 이런 걸 좀 듣고 싶은데요. 결정 이후의 후일담도 함께 듣고 싶습니다.

면담자: 우선 사형제 사건에 대해서 재판관님께서서는 목영준, 김종대 재판관님과 함께 전부 위헌 의견을 내셨는데요. 오랜 검사 생활과 법무부의 차관을 역임한 분이므로써 사형제에 대해서

반대의견을 개진하는 것이 제 생각에는 굉장히 어려운 결단이 아닌가 싶은데 그런 판단을 내린 배경과 이유, 이런 걸 말씀해 주십시오.

구술자: 그러니까 헌법재판관으로서 판단은 자신만의 경험, 또 해 오던 일, 소속되었던 단체, 기관, 이런 것으로부터 받은 경험만으로 하는 것은 아니죠. 결국은 구체적인 심판 대상을 두고 모든 자료를 보고 헌법 가치를 찾아내서 적용하는 것이 헌법재판 아닙니까? 그런데 금방 말씀하신 사형제 위헌 의견도 지금 읽어 봐도 그 당시에 적시한 대로 ‘생명권이나 기본권의 본질적 내용 침해, 이것은 위헌이다’라고 생각을 똑같이 하고 있습니다. 사형제의 경우에 우리나라는 사형제를 유지하지 않더라도 보완을 하게 되면 국법질서 유지하고 국가형벌권 행사에 지장을 받지 않는다고 봅니다. 그 당시에도 늘 이야기 했습니다만 가석방이 없는 종신형이라든지 얼마든지 도입을 할 수 있습니다. 1997년 12월 30일에 우리나라 마지막 사형 집행이 있었지 않습니까? 그 이후로는 사형 집행이 없습니다. 선고만 계속 해서 쌓여 있는 거죠. 사형 미집행자가 사형은 집행하지 않으면 미집행자이거든요. 한마디로 말하면 미결수입니다. 한 60명이 된다고 하는데, ‘이런 상태에서도 20년 넘게 사형 집행이 하나도 안 돼도 우리나라의 법질서 유지에서 사형을 집행할 때와 안 할 때 현재 다른 것이 될까?’ 하는 생각을 하죠. 그리고 문명사회라 할까, 유럽이 지금 대체로 그렇습니다만 이런 면에서 뭔가 보복형, 응보형 이런 데에서 달라져야 하는 것이 근간의 문명사회 징표인데 이렇지 않아도 국가형벌권 행사에 지장이 없고 형사정책적으로 문제가 없다면 또 위헌적인 요소가 제가 지적한 대로 충분한데도 사형 제도를 유지할 필요가 있을까 하는 생각은 지금도 변함이 없습니다.

면담자: 예, 그 뒤에 사형제에 대해서는 그전에 1차 사형제 사건 때보다 위헌 쪽에 의견이 상당히 늘어나는 추세지 않습니까?

구술자: 그렇대요. 보니까.

면담자: 그래서 언젠가는 사형제가 다시 또 논의될 상황이 오지 않을까 싶은데...

구술자: 조금만 더 이야기 하자면, 이걸 뭐 헌법재판과 관련 없이 제가 법무부 있을 때 보니까 사형 선고를 받은 소위 사형수죠, 사형수들이 굉장히 불안한 겁니다. 불안해서 중병에 걸리기도 하고 또 한 번은 자살인가를 한 그런 일도 있었어요. 그런 게 다 ‘너무나 야만적이다’는 생각이 듭니다.

면담자: 사형 제도가 있으면서 집행을 안 하는 것이 바람직한 건지 아닌지 그것도 좀 생각해 볼 문제 아닙니까?

구술자: 지금 이유(EU)에서는 사형제가 있으면 심지어 통상에 대한 제재까지도 하는 입장 아닙니까? 사형 미집행이 10년이 넘으면 사형이 없는 국가로 취급을 한다고 그래요. 그래서 우리나라는 유럽에서 보기에 사형이 없는 나라로 현재는 그렇게 인정이 되고 있습니다. 집행을 안 하기 때문에.

5. 주요 사건(2) 성적 자기결정권과 기본권

면담자: 그다음에 또 많이 회자됐던 간통죄 사건에서 재판관님은 ‘법치국가적 한계를 넘어 국가형 벌권을 행사하는 것으로, 헌법에 합치되지 않는다’면서 헌법불합치 의견을 내셨습니다. 혼인빙자간음죄 사건에서도 위헌 의견에 가담하십니다. 성적 자기결정권 문제에 있어서 굉장히 진취적인 입장을 보여 주셨는데 그런 특별한 동기나 이유가 있는지요.

구술자: 결국 지금도 생각이 변함이 없고, 간통죄는 이 시대에 보면 우리의 헌법적 가치에 부합되지 않는 것이 명백하다... 결국은 근간에 위헌 결정이 됐죠? 돼서 폐지가 되었는데 그렇게 하는 것이 우리 헌법의 입장에서 또 우리 사회 입장에서 보다 더 실질적인 성적 평등을 이루고, 소위 젠더이퀄리티(gender equality)를 이루고 또 행복 추구에 보다 더 부합한다는 생각을 지금도 갖고 있습니다.

면담자: 혼인빙자간음죄 사건은 그때 위헌으로 폐기가 된 거고,

구술자: 예. 기억이 납니다.

면담자: 간통죄 사건은 그때는 위헌 의견이 많았지만 위헌 정족수를 채우지 못해 합헌으로 됐지만 그 뒤에 위헌으로 결정이 돼서 지금은 폐지된 상황이죠. 그다음에 중요한 기본권 부분에서 재판관님께서도 굉장히 신중한 판단을 한 걸로 보이는데요. 판결 선고 전 구금일수 산입을 재량으로 규정한 형법 조항 사건이라든가 상소 제기 후 상소 취하까지 미결 구금일수를 본형 산입 대상에서 제외하도록 한 형사소송법 조항 사건, 이런 데서 각각 위헌과 헌법불합치 의견에 가담을 하셨는데, 이와 달리 교정 시설 내 시시티브(CCTV) 설치 사건에서 기각 의견을 내셨고 헌법불합치 결정이 난 야간 옥외집회 사건에서는 반대의견인 합헌 의견을 개진을 하셨습니다. 헌법질서 확립과 개인의 자유라는 두 가지가 충돌하는 문제인데 이런 문제를 놓고 갈등하신 적이 없습니까?

구술자: 그러니까 사회의 모든 제도는 말씀하신 것처럼 공익과 사익, 또 국가적 법익, 사회적 법익, 개인적 법익을 비교 교량해서 그 조화 위에서 마련이 되고 또 운영돼야 하는 게 아닙니까? 헌법적 가치의 판단도 마찬가지라고 보는데 금방 말씀하신 심판 대상 네 개의 사건에 대해 지금 구체적으로 이유를 이야기할 필요는 없지만 지금 보아도 특히 야간 옥외집회 금지 같은 것은 더더구나 ‘그 당시 규정이 합헌이다’는 생각을 갖고 있어요. 미결구금일수 이건 아까 말했듯이 그렇습니다. 그러니까 지금 보아도 의견이 꼭 같다는 이야기를 할 수가 있습니다.

면담자: 야간 옥외집회 사건은 지금도 개정이 안 되고 그대로 있는 걸로 저는...

구술자: 아니, 아니, 야간 옥외집회가 그 당시에 금지가 된 것을 다수의견으로 위헌 결정을 했거든

요. 그래서 지금 야간 옥외집회가 허용이 되잖아요. 그 당시에 ‘야간 옥외집회를 금지한 규정이 합헌이다’ 나는 그렇게 의견을...

면담자: 그런데 뒤에 입법은 아직 이루어지지 않고 있습니다.

구술자: 그런가요? 그거는 모르겠습니다.

6. 주요 사건(3) 표현의 자유 문제 등

면담자: 아직 미입법 상태로 있는 줄로 알고 있습니다. 그다음에 헌법재판에서 자주 다뤄지는 표현의 자유 문제에 있어서 재판관님은 다소 보수적인 입장을 취한 것으로 보이는데요. 음란 표현 기본권성 확인 사건에서 재판관님은 선례 변경에 반대하는 별개의견을 제시했습니다. 그리고 통신제한조치 무제한연장 사건에서도 반대의견인 합헌 의견에 가담을 하셨습니다. 미네르바 사건, 전기통신기본법 47조 1항 위헌소송 사건이죠, 거기에서는 ‘허위의 통신 부분이 명확성에 위반한다’는 보충의견을 제기하셨습니다. 표현의 자유를 어디까지 허용을 할 것인가에 대한 논란은 지금도 계속되고 있는 것 같은데요. 이에 대한 나름의 원칙이나 기준 이런 걸 좀...

구술자: 그러니까 헌법재판소가 우리나라 사회에 가장 크게 변화를 가져온 부분이 지금 말씀하신 표현의 자유 부분이죠. 1기 재판부서부터 쪽 오면서 표현의 자유만은 거의 다 확대하는 쪽으로 해 왔고 저도 마찬가지로 생각을 가지고 재판관으로 일을 해 온 것은 틀림없습니다. 같은 방향이었지만 지금 말씀하신 몇몇 심판 대상 조항은 ‘국가의 안전과 관련되는 보다 큰 법적 이익과 헌법 가치가 있다’라고 봤던 겁니다. 음란 부분도 그렇고.

면담자: 미네르바 사건에서는 허위의 통신이라는 부분이 명확성 원칙에 위반한다는 쪽을 지적하셨는데 전기통신기본법...

구술자: 그러니까 그 당시에 법률 규정이 어땠는지 지금 생각이 잘 안 나는데. 그렇게 썼다면 그게 뭐 맞겠죠. 지금 논의해 봐야...

면담자: (해당 조항이) 공익을 해할 목적으로 전기 통신 설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 뒤 5년 이하의 징역...

구술자: 명확성이라는 것은 보다 더 구사된 용어를 범위를 좁히고 명확하게 하라, 그 얘기인데 그 당시에 뭘 지적했는지는 지금 생각이 안 납니다.

면담자: 그다음에 한국방송광고공사, 코바코라고 하죠, 방송광고 판매 대행을 독점하는 규정에 대해 헌법불합치 결정을 내린 사건에서는 재판관님께서 주심을 맡으셨습니다. 이 사건 혹시 기억을 하십니까?

구술자: 아, 그럼요.

면담자: 그때 당시 전국언론노조가 정부 눈치 보기식 코드 결정이라고 비판을 하고 굉장히 시끄러웠는데 결정 과정에서 어려움은 없었는지요? 주심을 맡아서 그걸...

구술자: 예, 맞습니다. 이 규정이 바뀌어서 코바코에서 전담하던 미디어랩 방송 광고 대행 업무를 다른 미디어랩도 가능하도록, 그렇게 됐는데 정말 잘 된 것이죠. 그런데 이 사건은 딱 보면 명백한 위헌 조항을 가지고 있습니다. 이 조항은 역사적으로 신군부가 언론 통폐합을 했지 않습니까? 그 과정에서 방송광고공사라 하는 걸 설립을 하고 여기로 우리나라 미디어랩을 하나로 통합시킨 겁니다. 그러니까 이거는 뭐 볼 것도 없죠. 그 전에 다 각 방송사가 하던 것을 통합시킨 거거든요. 그런데 그 당시에 지금 말씀하시는 무슨 언론노련인지 하는 데서는 '이걸 그냥 뒤라'라고 하는 주장을 하는데 이게 참 주객이 전도된 이야기입니다. 언론 통합을 하는 것 자체, 통합 과정에서 이렇게 몰아 준 자체가 그 당시 신군부로 말하면 혁명적인 조치고 위헌적인 조치 아닙니까? 그런데 왜 그걸 그냥 두어라 할까요? 그건 다 이해관계이기 때문에 그런 겁니다. 코바코에서 많은 이익이 창출되니까 그 이익을 가지고 지방지나 일부 종교지에 지원을 해 온 겁니다. 그러니까 예를 들면 큰 광고 할 때 무슨 조그마한 지방지나 지방방송을 끼워 넣도록 해서 하고 이렇게 해서 열악한 언론사들이 재정적으로 도움이 되도록 그렇게 운영을 하고 있었던 겁니다. 그것 때문에 아까 말한 언론노련 같은 데서 반대를 했는데 주객이 전도되고 본말이 전도된 이야기입니다. 그러니까 그게 뭐 맞는 이야기를 해야지, 그렇잖아요? 그러면 신군부가 만들은 제도가 좋다고 칭찬하는 결과가 되는데 평소의 주장하고 반대되는 것 아닙니까?

면담자: 좀 묘한 상황이긴 했었죠.

구술자: 그렇지만 하여튼 간에 이걸 위헌 결정이 났고 한테 그렇다고 해서 아까 이야기하신 무슨 어려움 있었던 건 아니고 지금도 그렇고 예전도 그렇지만 현재 사건 결정에서 무슨 어려움이 있는 건 아닙니다. 이 사건에서도 어려움 있었던 것은 아닌데 명백한 위헌 사건인데 우리 사회에서 주장을 이렇게 하기도 하고 저렇게도 하기도 하는 모순을 갖고 있다는 것을 제가 이야기하는 겁니다.

면담자: 그다음도 그때 굉장한 논란을 일으켰던 사건인데요, 구(舊) 종합부동산세법 일부 위헌 사건, 이 사건도 정치적 호불호가 극명하게 갈린 결정이었습니다. 부동산 문제는 현 정부 들어서만도 이 질문지가 작성될 때는 21번이었는데 벌써 23번 대책이 나왔고 곧 24번째 대책이 나온다고 합니다. 그만큼 어렵고 복잡한 현실과 결부된 사건인데 당시 결정 과정에서 있었던 일 중에 좀 기억이 나시는지요?

구술자: 예, 기억나지요. 이 종합부동산세라고 하는 것은 지금도 그렇고 그때도 그렇고 많은 국민들이 사실은 재산권 행사와 관련해서 큰 관심을 가진 부분이죠. 지금도 마찬가지고. 그 당시 가족합산 부분이 위헌으로 간 걸로 아는데 그건 뭐 당연한 거고. 이 사건, 그 당시 논의를 여러 번 했지만 재판관들의 의견이 별로 어려움 없이 평의에서 합의가 되었다고 생

각이 되고, 이 사건하고는 관계없이 기본적으로 시장경제 질서를 기본으로 하는 우리 헌법에서 제일 주요한 것이 어떻게 보면 재산권입니다. 그게 다른 체제와 다른 가장 큰 지표인데 재산권 행사에 있어서 국가가 과도한 통제를 하는 것은 헌법에 비추어 보아도, 또는 우리 국민의 의식에 비춰 봐도 맞지 않다는 생각을 합니다.

면담자: 그래서 그 당시에 '종부세, 종합부동산세를 현재가 무력화시켰다'고 언론에서 보도를 했는데 현실로 봐서는 지금도 부동산 문제는 상당히 문제이지 않습니까?

구술자: 그러니까, 그거 참 정책이 간단하지는 않은 것 같은데 기본적으로 금방도 이야기했다시피 재산권을 여러 가지 다방면으로 규제만 해서 어떻게 해 보겠다는 것은 맞지 않다고 보는 거죠. 그게 계속 되고 있는 거죠, 지금.

면담자: 잠깐 쉬었다 할까요?

구술자: 계속합니다.

면담자: 계속할까요?

구술자: 예.

7. 주요 사건(4) BBK 사건 등

면담자: 그다음 비비케이(BBK) 주가조작 의혹을 둘러싼 '이명박 특검 법안' 헌법소원에서는 재판관님께서 이동흡 재판관과 함께 다섯 가지 쟁점, 이게 뭐냐 하면 특정한 개인을 대상으로 한 처분적 법률, 그다음 대법원장의 특별검사 추천, 그다음 동행명령제, 그다음 동행명령제 처벌 조항, 그다음 재판 기간 제한 이런 다섯 가지 쟁점 모두에 대해서 위헌 의견을 내셨는데, '헌법재판은 사법 작용이지만 민감한 정치적 사건이 대상이 되기 때문에 정치적 사법 작용으로 봐야 한다'²⁾는 재판관님 소신과 좀 관계가 있으신지요? 헌법재판의 본질에 관한 재판관님의 견해도....

구술자: 그러니까 지금 이야기하신 것처럼 헌법재판의 심판 대상 사건은 정치적 사건이지만 헌법 재판 자체는 정치적 판단이 아닌 오로지 헌법적, 사법적 판단입니다. 금방 말씀하신 정치적 사법 작용이라는 소신은 전혀 아니고, 나는 이 용어 자체가 부적절한 용어이고 학자들이 이렇게 정치적 사법 작용이라고 하는데, 이 말은 무슨 말인가 하면은 대상은 정치적 사건이지만 그 판단 기준이나 방법은 일반 재판보다 재량이 너무 크게, 고도의 재량 판단

2) 2010.12.10. 연합뉴스, <인터뷰> 동국대 총장된 김희옥 헌법재판관. '헌재가 대통령 탄핵, 행정수도 이전, 미디어법 강행처리 등 정치적 사건의 중재자 역할을 맡으면서 정치의 사법화 혹은 사법의 정치화라는 비판을 받는데.'라는 질문에 '헌법재판의 본질이 무엇이나에 대해서는 여러 논의가 있고, 순수 사법작용이나, 정치작용이나, 입법작용이나 학자마다 의견이 다르다. 헌법재판은 사법작용이지만 민감한 정치적 사건이 대상이 되기 때문에 정치적 사법작용으로 봐야 한다. 헌법재판에서 정치적 고려를 완전히 배제하자는 것은 비현실적이라고 본다. 중요한 것은 헌법적 가치와 이념에 따라 얼마나 정합성 있는 판단을 내리느냐다. 아무리 민감한 사건도 결국 헌법에 비춰볼 수밖에 없다.'라고 답변함.

을 하기 때문에 이것이 정치적 판단이다, 그래서 학자들이 ‘정치적 사법 작용이다’라고 이야기하는 것이지 저희 생각으로는 ‘이렇게 하는 것도 정치적 판단이 아, 정치적 사법 작용이 아니고 헌법적 사법적 판단이다. 용어를 이렇게 써서는 안 된다’고 나는 생각하기 때문에 그렇지만 아까 말씀하신 이러한 사건들에 있어서 사법적 대상은 정치적 사건이지만 판단은 사법적 헌법적 판단을 하더라도 마찬가지로 결론은 결론이다, 이렇게 이야기 할 수 있습니다. 정치적 사법 작용이 소신이다, 그거는 어디서 나온 이야기인지 모르겠는데 그렇지 않습니다. 용어, 나는 이 용어 자체가 맞지 않다고 보기 때문에. 학자들이 주장하는 거지요.

면담자: 예, 그다음 미디어법 국회 처리를 둘러싸고 두 차례 권한쟁의 심판 하게 되는데요. 1차 미디어법 사건에서 재판관님은 그 절차에 위법은 있었지만 법안 자체는 무효가 아니라는 다수의견 편에 서십니다. 그런데 기각 결정이 내려진 제2차 미디어법 사건에서는 국회가 심의 표결 절차의 위법성을 바로잡지 않는 것은 헌법재판소의 종전의 결정의 기속력을 무시하는 것이라면서 심판 청구를 받아들여야 한다는 인용 의견을 내셨는데, 그 당시의 복잡했던 사정이라든가 그때 고민하셨다면 그런 고민한 과정을 듣고 싶습니다.

구술자: 예, 지금 이야기하시니까 생각이 납니다. 이것도 제가 주심처럼 그렇게 한 사건인데 하여튼 간에 고생도 많이 했고 워낙 뭘 해야 될 일이 많아서 그런 기억에 남는 사건입니다. 이게 바로 여의도 국회 정치 현장이 헌법재판소로 온 것 아닙니까? 그러니까 제가 어떤 판단을 했든 간에 그 당시에 모든 헌법재판관이 헌법적 판단을 한 것으로 봅니다. 그런데 그 후에 국회가 토론 심의 의결 과정에 상당 부분을 개정했죠. 소위 말하는 그쪽에서 이야기하는 선진화법, 국회법 중에 그게 바로 여기서 개정돼서 나온 건데. 그게 아까 말씀하신 무슨 특검법 이런 것과 달리 바로 국회의 심의 표결 과정이 현재에 온다는 것 자체가 간단치가 않더라고요. 이걸 규정을 다루는 것도 아니고 권한쟁의 사건인데 결국은. 그런 기억이 남아 있습니다. 그렇지만 그 당시에 저를 포함한 모든 재판관이 헌법에 비추어서 다 판단을 했다, 그 결과 선진화법이라는 규정을 국회법에 뒀는데 이걸 두고도 또 지금 국회 운영이... 때때로, 늘 충돌하지 않습니까? 그러니까 이 규정이 있더라도 충돌하고 하는 것이 정치인가 어떤가 그런 생각이 듭니다.

면담자: 여러 가지 정치적 사안에 대해서 국회가 해결해야 될 사안들을 헌법재판에 넘겨서 결정을 하게 하는 예가 많지 않습니까?

구술자: 그 후에도 있었는지는 모르겠는데, 그 후에는 없었나? 아 근간에도 뭐 있었던 것 같은데요. 현재에서 어떻게 처리하는지 저는 잘 모르겠습니다만 이런 일이 생기는 게 절대 바람직하지 않죠. 정치 현상에 있어 가지고.

면담자: 예, 국회가 스스로 해야 될 것을, 제 기능을 못하는 그런 게 아닌가 싶어요. 그다음 상속 포기자가 증여받은 재산에 대한 세금을 상속인에게 부과하는 내용의 구 상속세법 조항 위헌 사건, 그 사건이 한정위헌의 효력을 놓고 여러 차례 헌법재판소와 대법원이 충돌한 사례의 하나인데요. 한정위헌과 재판소원 같은 현재와 대법원 간의 권한분쟁을 재판관님께

서는 어떻게 보시는지.

구술자: 그러니까 한정위헌, 또 재판소원은 그때나 지금이나 그대로 늘 논의에 남아 있는 부분인데 저는 그 당시에도 주장을 했지만 헌법 규정과 헌법재판소를 둔 취지에 비추어 보면 기본권에 관련되는 재판을 포함한 모든 공권력 행사가 헌법재판의 심판 대상이 돼야 되는 거죠. 그런데 하여튼 헌법재판소법에서 법원의 재판을 제외하도록 규정하는 것은 모순되는 겁니다. 헌법하고 헌법재판소법이 설사 헌법재판소를 설치할 때 과도기적으로 예외 규정을 두었더라도 헌법재판소법을 개정해서 헌법에 부합되는 제도를 갖는 것이 맞다, 이것은 뭐 한정위헌 어찌구 논의의 문제가 아니라 근본적으로 저는 그렇게 생각을 합니다.

면담자: 4기 재판부에서는 이밖에도 기본권 주체의 범위를 확대하고 과거사 문제, 정치 분야 등에서 주목할 만한 결정을 많이 내렸습니다. 재외국민 참정권 사건이라든가 더블류티오(WTO) 쌀 협상의 비준을 둘러싼 국회의원과 정부의 권한쟁의 사건, 미국산 쇠고기 수입 조건 고시 사건 등 많은 사건을 다루면서 특별히 의미 있었다고 생각하시거나 기억에 남는 사건이 있으면 좀 듣고 싶습니다. 예시한 사건에서...

구술자: 예, 그러니까 지금 많은 사건들을 말씀을 하셨는데 이러한 사건들의 경우에 그 당시에는 많은 내외부 논의와 또 재판관 사이의 논의, 또 의미가 있지만 지금 생각이 잘 나지 않습니다. 다만 재외국민 참정권 사건의 경우에 그 사건을 선고한 직후에 제가 남아프리카공화국의 헌법재판소를 방문하게 됐습니다. 남아프리카공화국은 잘 아시는 것처럼 사형제를 위헌으로 결정을 했고 수도가 세 군데 분리돼 있죠. 행정수도, 입법수도, 사법수도가 있고 사법수도는 헌법, 법원을 말하는 것 같고. 프리토리아(Pretoria), 케이프타운(Cape Town) 또 블룸폰테인(Bloemfontein) 이 세 곳이 수도인데 헌법재판소는 이 세 곳이 아닌 요하네스버그(Johannesburg)에 있습니다. 어떻게 보면 네 군데 흩어져 있는데 하여튼 간에 그 현재를 그 직후에 방문을 했는데 남아공 측을 만나는데 그 사건 이야기를 해요. 선고한 지 얼마 안 됐는데 그게 아마 뉴스로 나갔는지 해서, 막 선고하고 왔으니까 이야기를 나누었는데 생각해 보면 요즘 와서는 우리나라 헌법재판소의 모든 결정 하나하나도 외국에서도 많은 관심을 가지고 들여다보고 있다는 생각이 들었습니다. 그러니까 우리나라 헌법재판소 위상이랄까, 또 우리 국가의 위상이 올라가니까 그렇겠죠. 헌법재판소 위상도 많이 올라갔고 또 올려야 된다는 그런 생각을 했습니다. 8번으로 넘어가죠 뭐.

면담자: 예. 재판관님께서서는 제7대 헌법실무연구회 회장을 맡으셨는데요. 헌법실무연구회에 대해서 좀 소개를 해 주시고, 재임 중에 펼쳤던 의미 있는 활동 이런 걸 좀 들려주십시오.

구술자: 헌법실무연구회가 헌법재판관 또 헌법연구관 또 헌법학계 학자들 모두를 위한 참 좋은 연찬의 공간입니다. 아주 좋은데 지금도 치열하게 그러한 학회 활동이 이루어지는지 궁금합니다. 그런데 말은 이렇게 하지만 실제로 제가 회장에 있을 때는 보다 더 열심히 학회를 이끌고 활동을 해야 되는데 그러지 못했다, 헌신적으로 기여를 못 했다는 생각이 듭니다. 그거는 지금도 잘 운영이 되고 있겠죠, 뭐.

면담자: 헌법실무연구회에서 하는 일이 주로 어떤 일들입니까?

구술자: 그러니까 주제를 정해서 한 달에 한 번씩인가, 하여튼 헌법학자들도 많이 오고 연구관, 재판관도 참여를 해서 논의를 하는데 어떤 때는 현재 걸려 있는 사건 중의 아주 어려운 쟁점을 뽑아서 논의를 해 볼 때도 있어요. 자료를 얻기 위한... 그러니까 두 가지 일을 했죠. 순수하게 헌법 이론에 관한 것을 할 때도 있고 현재 펜딩(pending) 중인 사건의 일부를 가져 와서 할 때도 있었고.

8. 헌법재판관 시절 회고

면담자: 헌법재판관 임기를 마치지 않고 중도에 퇴직을 하셨는데요. 왜 그러셨는지요.

구술자: 그러니까 ‘자신의 인생도 참 예측하기 어려운 것이 우리 삶이다’는 생각을 합니다. 그래서 시절인연, 이런 말이 있거든요? 시절인연.

면담자: 시절인연?

구술자: 예. 시절인연이라는 말을 못 들어 봤습니까? 그러니까 인연이라는 것이 오늘 아니던 것이 내일 되면 도래할 수도 있는 것이다, 뭐 그렇게 표현하면 맞을까 모르겠는데 아무튼 간에 그 당시에는 2010년 하반기 무렵에는 4년 넘게 헌법재판관으로 있으니까 잘 아시는 것처럼 우리나라의 헌법재판소에 들어오는 대부분의 사건들이 자꾸 반복이 됩니다. 반복이 돼요. 그러니까 3년이 넘고 4년이 넘으니까 이전에 1년째, 2년째 결정해 놔던 사건들이 동일한 심판 대상들이 계속 올라오니까, 그럼 의견을 반복을 할 수 없잖아요. 그렇게 되면 전에 결정했던 의견을 비교할 필요도 없이 원용하는 게 많아집니다. 시간이 지날수록 아무래도 긴장감이 덜해지고 그렇게 되거든요. 그 당시에 재판관들끼리도 그랬어요. ‘이제는 할 것도 없다.’ 오려다 붙이면 되니까. 자기가 헌법재판관으로 6년 있는 동안에 의견 변경을 할 수는 없잖아요. 하여튼 그런 시기였습니다. 그런데 하여튼 그 무렵에 한국 불교에서 설립한 유일한 종립대학인 동국대학에서 여러 차례에 걸쳐서 총장을 맡아 뒤편 대학을 발전시켜달라는 요청이 왔는데 생각하고 생각하고 또 고심하고 고심한 끝에 지금도 그렇게 생각합니다만 교육, 특히 대학 교육이야말로 미래의 우리 사회, 오히려 미래 우리 사회 뿐만 아니라 현재 우리 사회를 위해서도 가장 중요한 게 교육입니다, 사실은. 미래가 아니고 현재를 위해서 중요한 게 교육인데 오늘날의 학교 교육과 대학 교육 또 사회 교육이 어떤지는 참 어렵다고 저는 판단을 하는데, 그래서 그런 결론을 내고는 임기 중에 떠난다는 게 거의 엄청난 어려운 일인데 그래서 결심을 했던 겁니다. 그래서 그 당시에 2009년에 저기 책자가 있습니다만, 헌법재판소에서 책자를 냈는데 재판관에게 글을 하나씩 올려달라고 했어요. 지금 생각이 나는데 저는 뭘 올렸냐 하면 ‘춘유백화추유월(春有百花秋有月) 하유량풍동유설(夏有涼風冬有雪) 약무한사괘심두(若無閑事掛心頭) 편시인간호시절(便時人間好時節)’, 무슨 말인가 하면은 봄에는 꽃이 피고 가을에는 둥근 달이 있고 여름에는 시원한 바람이 있고 겨울에는 눈, 그다음에 편시인간호시절, 쓸 데 없는 일에 마음을 두지 않으면 그것이 바로 국민의 존엄과 평등이 이루어지는 나라... 이렇게 썼는데 이게 말하자

면 자성평등성(自性平等性)이라는 겁니다. 모든 국민의 존엄과 평등을 찾는 노력이 헌법재판소의 일이고 떠날 때도 이 생각을 하고 떠났는데 어떻게 보면 지금 말씀드린 것은 선불교의 화두입니다. 남송 시절에, 북송이 거란족 또 금나라에 쫓겨 가지고 남쪽으로 가지 않습니다. 남송 시절 13세기에 무문혜개(無門慧開)라는 선사의 화두죠. 무문혜개라는 선사가 속한 종파가 임제종(臨濟宗)인데 임제종 계통의 한 150년 전에 임제 의현(義玄)이라는 스님이 있었고 그로부터 한 200년 전에 당나라 때에 육조(六祖) 혜능(慧能)이라는 중국의 부처라는 그 선사가 나타나죠. 그러니까 그 계통이죠. 아까 말한 이 사람의 스승인 150년 전의 스승인 임제 의현 선사가 말하는 것이 저기 포장을 해 났습니다만 ‘수처작주(隨處作主) 입처개진(立處皆眞)’, 들어 보셨죠? 그게 임제 의현의 화두죠. ‘너가 어디 있더라도 너가 주인이라는 의식을 가지면, 너가 주인임을 알면 너가 있는 입처, 그곳이 모두 다 진리의 세계다, 그러니 너가 깨달은 것이다, 너가 주인이면 너가 깨달았다.’ 그 계통의 선사가 지금 말한 무문혜개다, 그 생각이 지금 나는 겁니다.

면담자: 아쉬운 점은 없었습니까? 임기가 2년 가까이 남아 있는 상황에서.

구술자: 1년 8개월 남았죠. (웃음) 그게 아쉽다는 건 말이 잘 안 맞는데 하여튼 간에 이런 생각을 하고 떠났다, 뭐 그런 이야기죠.

면담자: 헌법재판관 시절을 돌아보시고 여러 가지 소회를 좀 들려주십시오. 꼭 헌법재판관이 아니더라도 거기 생활이라든가 다른 재판관님하고의 교류라든가 관계라든가 이런 거랑 관련해서.

구술자: 그러니까 누구나 지난 일을 생각하면 아쉬움이 남죠. 요즘도 4기 재판부 재판관들이 한 차례 한번 씩 정기적으로 모임도 갖고 합시다라는 생각해 보면 헌법재판관으로 있을 당시에 현재 재판관뿐이 아니고 어느 일이든지 간에 어느 공직이라도 그 당시에 좀 더 열심히 좀 더 자료를 찾아보고 더 연구해서 더 좋은 결정을 남겼더라면 얼마나 좋을까 하는 생각은 늘 남아 있습니다. 그 당시에 어떤 면으로 보면 열심히 한다고 생각을 했었는데 그런 아쉬움이 남는 거죠. 제가 뭐 근자에 와서 제가 썼다 그러기에 읽어 본다든지 하는 거는 아니고 하지만 하여튼 간에 늘 부족했다는 그런 생각을 합니다. 지금 생각해 보면 우리가 점심을 먹고 재판관들끼리 주로 점심을 먹고 거기가 무슨 동이죠? 그 동네 주변이나 북촌, 북촌 무슨...

면담자: 계동...

구술자: 아 북촌이라 하는구나. 북촌 그 주변을 걷거나 또 현재 구내를 걸으면서 내외부 공간을 산책하면서 이런저런 이야기 나눈 것이 참 좋은 기억으로 남아 있고 그러면서도 여러 가지로 삶에 대해서 이야기하고 또 다른 이야기도 하는 그런 것이 좋은 기억으로 남아 있다는 생각을 합니다. 이야기하자면 길고, 이 정도 하죠 뭐. (웃음)

면담자: 제일 기억에 남는 재판 있습니까?

구술자: 재판관?

면담자: 아니, 재판, 그 사건.

구술자: 아, 그러니까 제가 헌법적 가치에 관해서 아까 강의를 여러 차례 했다고 했는데 대표적인 예로 드는 것이 아까 그 미디어랩 사건이네요. 미디어랩 사건이 저의 의견대로 물론 결정이 되었고 그러니까 우리나라 사회 현상이라는 게 이럴 때는 이렇게 주장하고 저럴 때는 저렇게 주장하는 것이 과연 옳은가, 아까 말한 그런 단체들이 그때 가서 시위 비슷한 것도 하고 그랬어요. 그게 왜 그랬을까요. 이게 미디어랩이 다양화되면 자기들 소속 회사가 손해를 봐서 그런 것 아니겠습니까? 무슨 원칙이나 이런 걸 가지고 하는 게 아니죠.

면담자: 그때 그랬죠. 그게 순기능도 있는데 현재가 그냥 그렇게 결정했다라고 했는데 제가 볼 때는 순기능도 고려를 하겠지만 현재는 일단 원칙을 봐야 되는 것 아닙니까.

구술자: 지금도 코바코에서 상당 부분 하고 있는 것 같은데. 그 후에 미디어랩이 몇 개나 나왔는지 모르겠어요. 에스비에스(SBS)는 미디어랩을 따로 운영을 한다고 들었고 그 외에는 뭐 저는 잘 모르니까.

면담자: 방송 환경도 이제 워낙 바뀌어 가고요. 옛날 같지가 않습니다. 좀 혹시 뭐 좀 아쉬웠던 그런 재판도 있습니까?

구술자: 2011년부터니까 10년이 딱 됐네요. 진짜 시간 빠르네요. 그동안에 저는 또 이것저것 일을 엄청나게 많이 했고 하여튼...

면담자: 우리나라 사법체도가 일반재판의 최고법원으로서의 대법원과 그다음에 헌법재판 기관으로서의 헌법재판소를 병렬적으로 놓고 있습니다. 30년이 지난 현재 우리 제도의 장단점이 논의되고 있는데 향후 헌법재판소와 대법원의 관계, 위상 이런 걸 어떻게 가져가는 것이 바람직한 건지 재판관님께서 생각하고 계신 게 있으면 좀 들려주십시오.

구술자: 그게 참 중요한 문제죠. 국가 사법제도에 관한 참으로 중대하고 어려운 과정입니다. 아까도 이야기했지만 우리나라 헌법이 1987년 헌법에서 국민의 확실한 기본권 보장을 위해서 헌법재판소를 두고 또 제도화한 겁니다. 그렇다면 국민의 기본권과 관련되는 법원의 재판을 포함한 국가의 모든 공권력 현상은 헌법재판소의 심판 대상이 되어야 하는 거죠. 그러니까 현재의 헌법재판소법 규정하고 헌법의 현재 관련 규정이 서로 부합하지 않는다고 저는 봅니다. 모순된다고 저는 보기 때문에 헌법재판소법 개정을 통해서 국민의 기본권 보장 기관이라는 현재의 위상을 명확하고 확실하게 할 필요가 있다, 아까도 이야기했습니다만 동일한 생각을 하고 있습니다.

9. 총평

면담자: 퇴임 후에 하신 활동 중에 좀 특별히 소개할 만한 게 있으면 좀 들려주십시오.

구술자: 뭐 다 아까 이야기한 건데, 뭐 그렇죠. 그런데 교육 관련 이야기를 조금 해 보면 대학 총장을 4년 했습니다만 우리나라 대학 교육이라는 게 어제 이견희 회장 별세하고 해서 이야기가 나왔지만 정말로 따라가지 못해요. 우리가 많은 경제를 이루고 선진국으로 나가기 위해서는 교육, 특히 대학 교육, 특히 과학 분야에 있어서 기초과학이 됐든 응용과학이 됐든 간에 교육을 혁신적으로 해야 되고 또 대학을 교육부나 과기부에서 통제를 하는 것 비슷하게 이거는 도대체가 대학 발전을 위해서 있을 수 없고 투자를 안 합니다. 중국만 해도 중국이 지금 저렇게 자기들 말대로 굴기하는 데에는 국가 차원에서 외국에 있는 유능한 학자 다 데려오고 또 연구소 해 가지고 연구비 엄청나게 투자를 하는데 우리나라는 도대체가 그렇게 그러한 것이 우리나라 교육 정책을 할 때 국가의 발전을 위해서 바람직하지 않은 그런 거는 느낀 거죠. 느끼지만 내가 어떻게 할 도리는 없고 그 외에 뭐 할 이야기가 없습니다. 아무 실속이 없는 대화만 많이 나왔네.

면담자: (웃음) 아닙니다. 이게 (기침 소리) 그게 퇴임 후에는 교육 쪽에 많이 관심을 갖고 하신 것 같아요. 그리고 불교종립대학총장협의회.

구술자: 그건 총장 할 때 했고.

면담자: 예 총장을 하실 때. 불교종립대학이 많이 있습니까?

구술자: 많이 없죠, 뭐. 몇 개 안 됩니다.

면담자: 기독교나 뭐 이런 쪽 하고는.

구술자: 비교가 안 되죠.

면담자: 비교가 안 되고.

구술자: 예, 비교가 안 됩니다.

면담자: 그리고 아까 뭐 과학, 공학 박사...

구술자: 아, 그건 대학에 있을 때 우리 연구소하고 해서 인도에 힌두스탄 대학이라고 우수한 대학이 있는데 인도가 생각보다는 아이티(IT) 분야 대학도 그렇고 굉장히 발달했습니다. 그래서 미국하고 직접 일을 같이 하고 하는데 그 대학에서 명박(명예박사)을 받았는데 그거는 내가 공학 쪽에 관심도 있고 저기 보다시피 케미칼, 저기 어딴니까? 화학 관련 책도 저기 있습니다만 이 시대가 또 이 앞으로의 시대가 국가가 가장 관심을 뒤야 될 쪽은 과학일 수밖에 없습니다. 기술은 응용에 관한 거고 기초과학과 응용과학 그게 기술인데, 어쩔 수

없는 건데 우리는 아직 덜하다는 생각을 가지고 있습니다. 그러면 내가 하는 것은 그런 일을 하는 게 아니고 헌법적 가치나 아까 말한 이런 내용들에 대해서 강의 요청 있으면 강의 하고 그렇죠, 뭐.

면담자: 공학 분야 중에 화학에 일찍부터 관심이 있었던 겁니까?

구술자: 아니 뭐 관심이 있었다기보다는 과학이 우리가 학교 때 고등학교 때 배웠지 않습니까? 물리, 화학, 또 뭐 지질학인가. 지질학이라 하는 거는 있었는데 어쨌든 간에….

면담자: 지학이라고 했었죠.

구술자: 지학. 물리, 화학이 엄청나게 중요한 거죠. 거기서 다 나온 거예요. 특히 화학에서 모든 게 나온 거 아닙니까. 무기화학, 유기화학 하는 데서. 이게 뭐 그러면 굉장히 중요한데 우리는 어떻게 무슨 이런 쪽에 관심을, 너무 몰랐기 때문에 요즘 조금씩 들여다보고 또 토론도 하고 뭐 그렇게. 그건 내 공부를 위해서 하는 거고. 지금 배워서 무슨 소용이 있겠습니까?

면담자: 다른 법조인들도 보면 과학에 관심이 있는 분들이 생각보다 굉장히 많습니다.

구술자: 그럴 겁니다.

면담자: 제가 뭐 빠뜨리거나….

구술자: 뭐 없습니다. 나는 빨리 끝내는 걸 희망하니까.

면담자: 예, 그럼 마지막으로 헌법재판소에 대한 제언이나 헌법재판제도에서 개선이나 보완할 점 또 미래의 헌법재판관에 대한 조언이나 당부의 말씀 이런 걸 좀 해주십시오.

구술자: 그러니까 너무 질문이 거창한 건데. 길게 이야기할 건 없고, 국민의 신뢰를 받지 못하면 현재뿐이 아니고 어느 국가기관이나 공직자도 아무 소용이 없는 겁니다. 설 자리가 없는 겁니다. 그러니까 헌법재판소는 오로지 헌법적 가치만 생각하는 현재가 되어야 국민의 신뢰가 곁에 있지, 그렇지 않으면 국민의 신뢰가 올 수 없다, 어쨌든 간에 국민의 신뢰를 받는 현재가 되도록 했으면 좋겠다, 그런 이야기로 마치겠습니다.

면담자: 여러 가지로 좋은 말씀 고맙습니다.

면담자: 이걸로 오늘 구술 마치겠습니다.