

〈 녹 취 전 문 〉

과제명	2016년도 헌법재판소 주요인사 구술채록		
구술자명	이시윤 제1기 헌법재판관		
면담자	배보운 부장 연구관	면담장소	법무법인 대륙아주 사무실
면담일시	2016. 11. 15.	회차	1회차

1. 헌법재판소 구성 당시의 상황

면담자: 이 면담은 2016년 11월 15일 오후 3시 20분 헌법재판소 역사기록의 일환으로 법무법인 대륙아주 사무실에서 실시하는 것입니다. 지금부터 구술채록을 시작하겠습니다. 이번에 말씀해 주실 분은 이시윤(李時潤) 1기 재판관님이시고 면담자는 배보운 부장 연구관입니다.

면담자: 질문 드리겠습니다. 첫 번째 질문은 헌법재판소의 구성이 법 시행일보다 늦어진 것으로 알고 있습니다. 당시 상황에 대해서 말씀해 주시기 바랍니다.

구술자: 나는 대법원장 지명에 상임재판관으로 88년 9월 18일 대통령에 의해서 임명을 받은 제1기 재판관이었습니다. 그런데 헌법재판소가 태생적인 한계가 있기 때문에 헌법재판소법이 1988년 9월 1일 시행되게 되었습니다. 헌법재판소가 정계나 법조계나 사회의 이목 관심 밖이었기 때문에 법이 9월1일부터 시행된다는 것을 주목하지 아니한 상태였기 때문에 법이 시행되기 전에, 재판소 구성 준비 작업이 돼야 할 텐데 그런 준비작업도 없이 법이 시행됐고, 구성을 전혀 못하고 있는 딱한 상황이라는 것에 대해서 신문으로부터, 언론계로부터 크게 힐책, 비판을 받았습니다. 그때 비로소 헌법재판소법이 시행 된 것을 인지하고 청와대가 재판소 구성에 관한 준비를 서두르게 됐습니다. 그래서 9월 7일인가 8일인가 신문 보도가 나서 비로소 구성에 착수했고, 그 당시 나는 수원지방법원원장을 했습니다. 대법원장이 헌법재판소 상임재판관으로 가라는 그러한 요청을 받고 헌법재판소가 과거의 헌법위원회와 같은, 말하자면 휴면기관화 할 위험을 무릅쓰고, 일단 그쪽에 가게 되면 독일의 헌법재판소만은 못 하겠지만 적극적으로 활성화를 위한 노력을 한다는 그런 각오 하에 수락을 해서 헌법재판소 1기 재판관으로서 중임(重任)이라고 하는 그런 중책이라는 소명의식을 갖고 초창기에 나름대로 노력을 했습니다. 당시에는 법원장을 누가 그만두라는 말을 하는 것도 아니고, 뭐 때문에 수락을 하느냐. 또 우리 내자도 “당신은 환상을 쫓는 사람이요. 그게 뭐, 장관자리라고 그러지만 그렇게 알아줄 사람 없다 말이야. 법관으로 출발을 해서 가면 법관으로부터 일관된 얼마침은 되지. 분만(憤懣) 부득이 어떻게 해서 가야 할 그런 사정이 있는 것도 아닌데 왜라

(快諾)을 했느냐.” 당시 수석 대법관이었던 이회창(李會昌) 대법관계서도 개인적인 친분이 있었기 때문에 “왜 나하고 상의 없이 선뜻 승낙을 했느냐.” 그런 말을 듣기는 했지만 새로운 기관, 헌정질서의 중추적인 우리나라 법치의 말하자면 기수 역할을 할 기관이 되도록 노력한다는 각오 밑에 1기 재판관으로 소명의식을 갖고 임무를 맡게 되었습니다.

2. 초기 청사(을지로청사) 마련을 위한 노력

면담자: 두 번째 질문 드리겠습니다. 설립 초기에는 정동에 사무실을 일부 임대해서 쓰시다가 을지로청사, 독립청사 마련을 위해서도 재판관님께서는 남다른 노력을 하셨다고 들었습니다. 청사 마련을 위해서 가장 힘을 써 주신 내·외부의 인물들을 소개 곁들여서 말씀해 주시기 바랍니다.

구술자: 예. 맨 처음에 헌법재판소 상임재판관으로 임명을 받아가지고 정동에 있는 법조회관에 가보니까 참 을씨년스럽기가 그지없었습니다, 간판도 제대로 걸어놓지 않고. 12층인데 12층 엘리베이터 옆에 나무판대기로 되어 있는 초라한 글씨의 헌법재판소. 이러한 딱한 상태였습니다. 과거의 헌법위원회 상임위원실 그거는 소장실로 쓰기로 하고, 위원장실, 널찍했습니다. 카펫도 깔려있고 그랬는데, 다섯 사람의 상임재판관이 공동으로 방을 쓰게 됐습니다. 그런데 한편 새로 헌법재판소가 출범하면서 독립청사의 예산이 편성돼 있었습니다. 그러한 사실을 알고 대한사법서사회에서 적극적으로 자기네 회관 건물에 헌법재판소를 입주시키면 여러 가지 임대관계에도 좋을 것이다 해서 계속 이쪽으로 오라는 러브콜이 있었고, 또 헌법재판소의 사무처의 사무국장을 비롯한 전 직원이 그쪽으로 가기를 희망을 했고, 또 당시의 경기가 좋을 때니까 서울 시내에 빌딩 임대가 그렇게 용이하지 않았던 상황입니다. 그러니까 빨리 사법서사회관 거기라도 놓치면 갈 데가 없다. 길바닥에서 재판을 할 수도 없는 거고. 그래서 그것이 현안의 문제가 됐습니다. 그런데 내가 원래 좀 액티브한 사람이니까 적극적으로 반대를 했어요, 사법서사회관에 가는 거를. 그래서 이 문제는 상임재판관을 조규광(曹圭光) 소장이 다 불러가지고 회의를 하면서 나를 집중적으로 꾸짖었습니다. “이것이 이시윤(李時潤) 씨 재판소도 아니고 다른 상임재판관들은 다 좋다고, 사법서사회관으로 가는 것을 다 원하는데 왜 이시윤(李時潤) 씨 혼자.” 재판관이란 말도 안 써요. 자연인 이시윤(李時潤) 씨라는 말로 꾸짖는 취지로 노여워서 나를 힐책을 했는데 그래도 내 자신이 벼랑 끝에 몰리는 처지에서 이때 예의를 차리고 또 소장의 입장을 존중하는 거가 내가 올바른 처신일 수가 있느냐. 공인으로서 할 말을 해야 되겠다. “나는 적극적으로 반대다. 다수결로 하게 되

면 의사록을 가져와가지고 소수의견으로 이게 있었다. 법무사회관으로 가는 것에 대해서 적극적으로 반대한 상임재판관이 있었다 하는 것을 의사록에 반영시켜 줬으면 좋겠다.” 이래서 소장과 나 사이에 긴장관계가 있었습니다. 그렇지만 그렇게 혼자서 고집을 할 수는 없고 타협안을 내놓았습니다. 사법서사회관이 저 강남에 있는 모양 같은데 한 번 가 보자. 상임재판관들, 그러니까 소장도 상임재판관이니까, 여섯이 사법서사회관이 논현동에 있었어요. 거기를 직접 가서 답사를 해봤습니다. 그랬더니, 건물도 뭐, 별로 신통한 건물도 아닌데, 한 8-9층 됐던 거 같아요. 1층은 은행 지점을 임대하고 2, 3층은 사법서사 사무실, 대한사법서사협회사무실이 2, 3층을 썼고 4층에서부터 7층까지 헌법재판소를 위해서 비워뒀어요. 그래서 4층을 한번 둘러봤습니다. 돌아보니 을씨년스럽지요. 소장님보고 “여기서 뭐 어떻게 법정을 엮니까?” 아무 대답을... 어느 의미에서는 비장한 각오를 했습니다. 내가 이런 휴면기관에서 종사하기에는 아직도 내 인생이, 이렇게 인생을 휴면기관에서 자리를 유지하기에는 자신이 좀 아깝다 하는 생각. 차라리 대학교수, 전직을 할 그런 각오로까지. “소장님 외국의 헌법재판소장이 예방할 텐데 이런 데서 맞을 것입니까?” 그랬더니 아무런 답변도 안 해요. 그리고 거기를 돌아보고 나서 다음부터는 사법서사회관에 가자는 말이 수그러들어 갔어요. 그래서 새 청사를 마련하기 위한 본격적인 다른 방향의 노력을 하게 됐는데, 마침 그 당시에 국무총리로 이현재(李賢宰) 선생이 있었습니다. 내가 서울대학교에 재직하고 있을 때 그분이 상과대학교수로 있었고, 그분이 학생처장을 했는데 아마 내가 그 당시 조교수여서, 학생부처장을 생각했던 모양이에요. 나를 불러서 그걸 시키려고 생각을 했는데 그때 마침 독일에 공부를 하러갔기 때문에 그것이 불발로 그쳤습니다. 그런 깊은 인연도 있고 그래서 이현재(李賢宰) 총리한테 가서 청사문제를 부탁을 하면 되겠다. 이렇게 생각을 해서 소장을 비롯한 나머지 다섯 사람을 데리고 이현재(李賢宰) 총리를 찾아갔습니다. “헌법재판소가 새로 출범하는 마당에 청사가 없습니다.” 이거를 어떻게 해결을 하도록 서울시에 좀 부탁을 해 달라. 그랬더니 개인적인 인연도 있고, 이분이 적극적으로 나섰어요. 그 당시 김용래(金庸來) 씨가 서울시장을 했어요. 그래서 물색을 하는 과정에서 서울사대부고 자리가 을지로5가에 비어있다고 하는 것을 알고 그쪽이 어떠냐 하는 그런 의견이 제시가 되어 검토하기 시작했는데 김용래(金庸來) 시장이 “헌법재판소가 그런 큰 데를 써서 뭐하느냐 말이야. 그건 우리 중구 구의회 회관으로 쓸라고 한다. 헌법재판소가 무슨 필요가 있느냐.” 그래서 김용래(金庸來) 시장이 을지로5가에 있는 사대부고 청사, 교사에 대해서 그걸 선뜻 내놓을 생각이 없었던 모양 같습니다. 총리가 사실 의전총리거든요. 그런데 단 한 가지 직접적으로 행정권이 있는 것은 서울시, 지방자치단체인 서울특별시에 대해서는 말

하자면 행정적인 지휘감독권을 갖고 있었으니까. “내가 상사로서 지시를 하는 거다. 아무 소리 말고 서울시장은 헌법재판소를 위해서 청사를 내놔라.” 그래서 이현재(李賢宰) 총리의 지시에 의해서 헌법재판소 청사가 을지로5가에 있는 사대부고자리로 확정이 되게 됐습니다. 그렇기 때문에 헌법재판소 1주년 기념행사 때 내가 조규광(曹圭光) 소장한테 그분을 꼭 초빙을 해라. 그분에게 고마움을 표시하고 그런 역사적인 사실이 있다고 하는 것을 기억에 남기는 것이 좋겠다. 그래서 그분이 초빙이 된 일이 있습니다. 헌법재판소 처음 출범할 때 청사를 제대로 잡아준 것은 전 국무총리였던 이현재(李賢宰) 선생의 지원에 의했던 것을 반드시 기억을 해야 할 것이고, 내가 그 뒤에 다른 소장한테도 헌법재판소 기념식에 그분 초청해라 했는데 다 한귀로 듣고 한귀로 흘려버리는 것 같더군. 기억하는 사람이 없는 건데. “역사를 잇는 사람은 미래가 없다.” 하는 말이 있습니다 산타야나(George Santayana)라고 하는 미국의 철학자의 말인데, 과거를 잊으면 미래가 없다 하는 말이 있습니다. 꼭 기억해 주기 바랍니다.

면답자: 재판관님 을지로 독립 청사 구하는 것과 관련해서 숨은 얘기를 들려주셔서 감회가 새롭습니다. 현재의 재동청사 이전에 을지로청사에 근무하셨을 때 이야기를 재미있게 해 주셨습니다.

3. 헌법재판 활성화를 위한 초기 노력

면답자: 세 번째 질문 드리겠습니다. 이렇게 독립 청사가 마련되었지만 재판소 설립 초기에는 아무래도 사건이 많지 않았을 텐데 헌법재판이 활성화되기까지 재판관님들의 상당한 노력이 있었다고 알고 있습니다. 어떤 구체적인 과정들이 있었는지 궁금합니다. 재판관으로서의 사명감과 책임의식이 헌법재판소의 발전에 지대한 영향을 끼쳤다는 것으로 짐작되는데, 헌법재판소가 옛날의 헌법위원회처럼 휴면기관이 아니고 활성화된 계기는 무엇이었는지요?

구술자: 그러니까 헌법재판이라고 하는 것이 상당히 생소한 제도고 여기에 대법원이 헌법재판소 역학관계로 봐서 활성화 문제에 대해서 소극적인 태도일 것이 내다보이니까 법원을 통한 위헌법률제청 사건이 1년에 10건을 넘어서기가 어려울 거다. 이거가지고서 헌법재판소가 제몫을 할 수가 있겠느냐. 비상임은 관심이 별로 없었고, 상임재판관끼리 활성화시켜야 되겠다. 라는 그런 공감대가 형성됐습니다. 특히 그에 관해서는 변정수(卞禎洙) 재판관, 그 다음이 한병채(韓柄燾) 재판관, 그분은 정치활동을 했던 분이기 때문에 정치계의 활동 상황하고는 너무 대조적이니까. 그래서 변정수(卞禎洙) 재판관은 당시에 야당인, 하도 당명이 바뀌기 때문에, 그 당시에 평민

당이었던가. 김대중(金大中) 평민당 출신이고, 사건을 유치하기 위한 노력을 하자. 그래서 그 당시에 화두(話頭)가 되었던 것이 사회보호법입니다. 보호감호처분이 잔악한 형벌이다. 사회보호법에 대해서 헌법재판소에 가져오게끔 하는 것이 좋지 않겠는가. 그래서, 변정수(卞禎洙) 재판관이 조영황(趙永晃) 변호사라고, 이분이 인권위원회 위원장도 지낸 분입니다. 이분하고 개인 접촉을 해서 사회보호법 감호 대상인 피고인하고 접촉을 해서 위임장을 받아가지고 사회보호법에 대해서 위헌제청을 법원에 하고, 법원에서 기각할 것이 뻔한 거니까. 기각을 하게 되면 헌법재판소법 68조 2항에 의해서 헌법소원을 제기하면 되는 거 아니냐. 소위 헌바 사건입니다. 헌바냐, 헌마냐, 헌가. 내가 그 당시에는 법원의 사건번호 부여의 예에 준해서 그걸 붙였는데, 그래서 기억을 합니다. 헌바 사건으로 헌법소원을 제기하게끔 해서 사건다운 사건이 헌법재판소에 처음 계류되게 됐고, 한편으로는 헌법재판소가 생겼으니까 일반국민이 제대로 인식을 하지 못하고 또 법조계도 마찬가지니까. 이거는 무슨 옛날 신문고(申聞鼓) 두드리는 민원해결 센터 비슷하게 생각을 하고 사건 같지 아니한 사건이 사법서사법 위헌소원으로 들어왔습니다. 근데 헌마1호, 사건으로서 내가 주심이 되었어요. 주변 다른, 비상임재판관을 비롯해서 사건 같지도 않는 탄원서인데 각하해 버리지 뭘 그걸 가지고 홀딩하고 끌고 있느냐. 그런 말들을 들으면서도, 이 사건을 통해 판례를 하나 만들어야 되겠다. 법원에서 위헌법률제청 신청을 기피한다고 한다면 국민이 직접 위헌법률 때문에 기본권 침해가 있으면 직소(直訴)할 수 있는 법률소원의 판례를 내야 되겠다. 결론은 헌법소원심판청구 기각이었지만 그 법률 때문에 국민의 기본권에 침해가 있다고 하게 되면 법원을 통하지 않고도 바로 직접 헌법소원을 제기할 수 있는 길이 있다는 그런 판례를 냈는데, 그것이 신문에 보도가 됐어요. 그 보도를 보고 김철수(金哲洙) 교수 등 헌법학자는 헌법재판소에 대해서 상당히 냉소적인 시각을 갖고 있었어요. 또 그럴 수밖에 없는 것이, 이게 민·형사재판을 하던 사람이 헌법이라는 헌 자도 제대로 모를 거다. 무슨 헌법재판을 제대로 하느냐. 그런데도 불구하고 참, 신문에 법률소원이 가능하다는 그런 판례가 나가니까 당장 결정문을 좀 보내줬으면 좋겠다. 그래서 본인은 아마 비판을 할 것을 각오했던지 어떤지 모르겠습니다만, 바로 보냈어요, 인편을 통해서. 그 당시 팩스가 있었던 시대도 아니니까. 그런데 아무런 코멘트가 없어요. 통과가 됐구나. 법률소원 이것이 판례화 되면서 법원 제청 없어도 헌법재판소는 재판할 수 있다는 터전이 마련되게 됐습니다.

4. 검찰의 불기소처분 취소 사건의 헌법적 이론 구성

면담자: 세 번째 문항에서 말씀하신 것처럼 법률에 관한 헌법심판이나 또는 위헌소원 이외에도 국민이 직접 법률에 대해서 헌법소원을 제기할 수 있는 것을 관할권으로 확립하셨다는 말씀을 해 주셨습니다. 그 이외에도 검찰의 공권력행사 즉 불기소처분 취소 사건에 대해서도 헌법적 근거나 이론을 구성하는 데 재판관님께서 힘쓰셨다고 들었습니다. 그에 대한 말씀을 부탁드립니다.

구술자: 당시에 헌법재판소가 출범을 할 때 재판이 헌법소원 대상에서 배제된다. 그것이 큰 쟁점이 됐습니다. 헌법재판소법을 기초할 당시에. 그렇지만 반대 해석으로서는 검찰의 불기소처분은 대상이 될 수도 있다. 그거는 소원에서 배제되지 않는다. 그런 분위기였습니다. 재판이 헌법소원에서 배제된다고 하게 되면 헌법재판소에서 사건이 별로 없는, 말하자면 일감이 별로 없는 재판기관으로서 헌법재판소가 제 기능을 발휘하는 데 문제가 있을 수 있다. 검사의 불기소처분 이걸 반드시 헌법소원의 대상에 포함시켜야 된다. 이런 생각을 갖고 있었습니다. 그런데 마침 검사의 불기소처분에 대해서 헌법소원이 제기됐는데 이것이 소원의 요건을 갖추는 것이 문제였습니다. 독일 헌법재판소는 재판이 헌법소원의 대상이 되니까. 검사의 불기소처분이 판례가 있을 수가, 쟁점이 될 수가 없으니까 판례도 될 수 없지요. 외국의 것을 원용할 수도 없고, 그래서 불기소처분을 헌법소원의 대상에 포함시킨다고 한다면 헌법재판소 활성화에 결정적인 계기를 만날 거다. 이렇게 생각을 했어요. 그래서 구체적으로 고소인이라든가 고발인이 기본권을 침해했기에 불기소처분에 대해서 헌법소원을 제기하느냐. 그래서 헌법을 자세히 들여다봤어요. 그랬더니 옛날에 우리시대에 없었던 27조 5항에 형사피해자의 공판절차진술권이 있더라 하는 겁니다. 여기에 걸면 되겠구나. 그러니까 형사피해자의 공판이 열릴 때 자기 하소연할 수 있는 권리. 검사가 불기소처분을 해서 단아버리면 법원에 넘어가서 재판을 할 때 그때 자기 하고 싶은 진술권이 봉쇄되는 거 아니냐. 막히는 거 아니냐. 공판절차의 진술권의 침해가 곧바로 기본권의 침해다. 이렇게 구성을 하게 되면 이론이 닿는 거 아니겠느냐. 그래서 법원에서 온, 헌법 연구부장, 누구라고는 말하지 않겠습니다만, 하여튼 물어봤어요. 그 사람이 리갈 마인드(Legal mind)가 좀 있는 거 같아서. 그랬더니 아주 냉소적인 웃음의 반응이었지요. 그래서 소장이 리갈 마인드(Legal mind)가 있으니까 이분한테 한번 말씀을 드렸어요. 조규광(曹圭光) 소장은 상당히 탁월한 사람입니다. 금방 알아듣고, “그거 일리 있는 구성이다.” 그래서 소장이 오케이를 하니깐 이거 갖고 평의할 때 밀고 나가면 되겠구나. 여기에 하나 더 붙여가지고 평등권의 파생인 자의금지의 원칙 위반의 자의적인 처분이었다. 검사의 처분이었다 하는 것을 토대로 해서 검사의 불기소처분이 헌법소원의 대상이 된다 하는 판례를 굳혔는데, 이에 대해서 검찰에서 상당히 불만이 있었습니다. 재판은

배제하는데 왜 검사만 잡을라고 그러느냐. 상당히 불만이 있었고, 검사의 불기소처분에 대해서 조선일보, 지금 국회의원까지 발전했습니다만, ○○○ 의원, 그 당시 헌법재판소 출입기자였는데 그분이 그걸 대대적으로 보도를 했어요. 그렇기 때문에 그분이 검찰의 큰 미움을 사서 한때 곤경에 처했던 그런 일도 있었습니다. 그분이 누가 이 이론을 구성을 했느냐. 근데 기자는 취재원에 대해서는 묵비권을. 누가 이론 구성을 했는지. 자기네들이 추측을 하겠지요. 이시윤(李時潤)이가 했다 하는 걸 알고는 있지만 확실한 소스(source)를 확보하기 위해서 그랬는데 그분이 침묵을 지켜줬던 것이 기억에, 그래서 아직도 고마운 마음을 갖고 있습니다. 그런데 불구하고 헌법재판소가 불기소처분은 우리가 다루지 않겠다. 해서 기소유예처분을 빼고는 무혐의 불기소처분은 배제시켰는데, 그렇게 어렵게 이론 구성을 한 1기 상임재판관으로서 참 유감의 뜻을 갖고 있습니다. 검찰을 견제할 수 있는 데는 검찰권의 합헌적 통제는 마땅히 헌법재판소의 소임이 돼야 될 텐데 헌법소원에서 스스로 불기소처분 사건을 소원 대상에서 배제를 시킨 거 같은데 이런 역사를 좀 알았으면 그렇게 경정하게 재판 관할권을 포기 하지 않았을 거 아니냐. 이에 대해서 좀 섭섭한 마음을 갖고 있어요. 불기소처분에서 큰 사건이 하나 있었습니다. 그때 배보운 부장의 도움도 받았지만, 기아자동차의 회장이었던 분에 대해서 불기소처분이 있었는데 그 사건에서 소수의견이 나왔어요. 6 대 3으로. 근데 검찰에서 봐주는 식의 불기소처분을 해서 이거는 안 되지 않느냐. 그래서 소수의견을 낸 바가 있습니다. 근데 헌법재판소의 결정에 대해서 검찰도 헌법재판소의 존재도 무시해선 안 된다 하는 그런 생각을 했을 거예요. 기아의 CEO, 구체적으로 이름은 밝히지 않겠습니다. 다마는 CEO 불기소처분에 대해서 헌법소원 사건이 있었는데 거기에 소수의견이 나간 것은 그 한 건밖에 없었습니다. 검찰권의 남용을 방지하기 위해서는 마땅히 관할 사건이 됐어야, 계속됐어야 하는 게 아니냐. 그게 나의 바람입니다.

5. 대법원과의 관계

면담자: 헌법소원 중에 공권력의 행사 주체인 검찰의 불기소처분과 관련해서 초기에 검찰과의 관계에 대해서 말씀 잘 들었습니다. 다음 다섯 번째 질문은 법원과의 관계에 관한 것입니다. 지금은 법무사로 명칭이 바뀌었습니다만 당시 설립 초기에 사법서사법시행령 관련해서 대법원과 관련한 헌법소원이 들어오면서 대법원과 마찰이 있었다고 알고 있습니다. 당시에 그 사건을 둘러싼 대법원과의 대립상황에 대해서 말씀해 주시기 바랍니다.

구술자: 이 사건은 사법서사법시행령에 대한 헌법소원 사건이었는데 사법서사법에는, 지금

은 법무사입니다만 경력자만이 아니라 시험을 통해서도 자격을 취득할 수 있는, 지금의 법무사자격 취득할 수 있는 그러한 시험제도가 사법서사법에 있었습니다. 근데 이를 시행하기 위한 시행령에는 시험을 통한 사법서사 선발 규정을 두지 아니한 입법부작위의 사건이 위헌소원으로 헌법재판소에 제기가 됐어요. 그런데 여기에 대해서 상당히 대법원이 긴장을 했어요. 그러지 않아도 헌법재판소 활동이 심기를 불편하게 만들고 있는데, 대법원이 규칙을 정하지 않은 것이 위헌이다 하는 거니까. 대법원의 잘못이 문제가 되는 사안이니까, 불편할 수밖에 없지요. 근데 이 사건의 중심이 아주 강경파라고 할까. 변정수(卞禎洙) 재판관이었습니다. 이분의 성격이 상당히 래디칼(radical)한 분이고 소명의식이 아주 투철한 분이었습니다. 그건 높히 평가하고 싶어요. 근데 이것이 대법원에 알려지면서 위헌으로 결론이 난다 하는 그런 소문이 퍼졌던 거 같습니다. 그래서 선고하기 전에 소동이 벌어졌어요. 우선 변정수(卞禎洙) 재판관 평의 결과 위헌으로 한 결론을 대법원 출신 재판관이 대법원에 평의 결과를 누설을 했다. 대법원 출신 재판관이 나하고 김문희(金汶熙) 씨하고 그리고 이성렬(李成烈) 씨 이렇게 있었는데, 이성렬(李成烈) 재판관은 비상임이니 관심 없고 나하고 김문희(金汶熙) 재판관을 지목해서 변정수(卞禎洙) 재판관이 아주 래디칼(radical)한 사람이니까 공무상 비밀누설죄의 고발장이지요. 그걸 작성을 해갔고, 소장한테 쫓아가서 소장실에서 으름장을 놓고 있었습니다.

면담자: 고소장을 직접 쓰셨습니까?

구술자: 그때 소장실에 내가 들어가니까 들어서 실랑이를 하고 있습니다. 소장이 변 재판관이 지금 고소를 한다고 그런다고. 참 어이없는 일이지요. 특히 대법원에서 미워하는 재판관에 이시윤(李時潤)을 헌법재판소에 보낸 것이 큰 미스(miss)였다 하는 소문이 도는 형편에서. 왜냐하면 휴면기관이 될 뻔했는데 저 친구가 가서 활동을 한 결과로 헌법재판소가 좀 활기를 띠기 시작했다 하는 소문이 완전히 공지의 사실이 되었던 형편에서 내가 법원을 돕겠어요? 그래도 하여튼 법원 출신이니까 비밀누설의 혐의를 받았는데 그런 상황 속에서 대법원장이 조규광(曹圭光) 소장한테 전화가 온 거예요. 참 오비이락(鳥飛梨落)이라고. 그때 나, 변 재판관이 있었어요. 근데 그 비서관이 이걸 통제를 해서 적당히 조금 있다 전화를 드리겠습니다. 하는 정도로 수습을 해야 될 텐데 지금 법무사를 하는 박 누구라고 하는 비서관이 “대법원장님한테 전화가 왔습니다.” 그래서 바꿔주니까 누설된 것이 맞다 말이야. 그런데 이일규(李一珪) 대법원장이 조선변호사시험 2기였고 조규광(曹圭光) 소장이 3기이고 또 개인적으로 상당히 친해요. 그래서 저쪽에서 “연기를 좀 부탁드립니다.” 이렇게 하는 게 전화소리에 다 들린단 말이야. 이것을 듣고 변정수(卞禎洙) 재판관이 난리가 난 거지요. 그런 해프닝(happening)이 있었는데. 선고를 좀 연기해 달라. 대법원에서

그렇게 공식 요청을 했어요. 그런데 조규광(曹圭光) 소장이 리갈 마인드(Legal mind)는 상당히 훌륭한 면이 있지만 결단력에 있어서 매사를 신중하게 처리를 하는 분이었어요. 그래서 너무 돌다리를 두드리면서 다리를 건너면 어떡합니까? 하니까 나는 돌다리를 두드리면서 다리를 건너는데 윗부분도 두드리지만 아랫부분도 두드려서 안전해야 돌다리를 건넌다. 이런 식으로 빨리 결단하는 데 좀 소질이 없었던 분인 거 같아요. 그래서 재판장이 연기하느냐 안 하느냐. 재판장의 전속적 직권으로 결정을 해야 할 텐데 비상임재판관 다 소집을 해서 재판관 전원의 참석 하에 연기 여부를 평의에 붙였어요. 그랬더니 4 대 4. 나를 비롯한 법원 출신의 재판관들은 아무래도 법원 편을 안 들 수가 없습니다. 사건 내용에 관계가 되는 것도 아니고. 그래서 법원 출신 재판관들은 다 연기하자. 나머지 다른 재판관들은 선고해야 한다 해서 4 대 4가 되었어요. 소장이 이제 캐스팅보트(casting vote)를 쥐게 됐는데 이분이 우물우물하는 거예요. 그랬더니 한병채(韓柄棗) 재판관이, 그분이 국회의원 4선 의원이고 법사위 위원장을 한 분이예요. 재떨이, 그 당시에 담배를 거부감 없이 피우던 시절이니까 재떨이를 딱 들어갖고 “우천.” 소장의 호가 우천입니다. “만일에 여기서 결단을 못 내리면 재떨이가 날아가요.” 그런 식으로 압박을 하니까 하는 수 없이 선고한다고. 그래서 사법서사법시행령이 위헌 선언에 이르렀습니다. 그것을 계기로 해서 헌법재판소가 대법원의 종속 기관은 아니다. 대법원과는 병립된 독립 재판기관이다 하는 위상을 보여줬던 획기적인 사건으로 평가하고 그 점에 대해서는 변정수(卞禎洙) 재판관을 높이 평가 합니다. 근데 변 재판관이 소수의견이 많았어요. 소수의견의 연구관이 ○○○ 연구관이었습니다. 이분이 연구관의 신분으로서 한겨레신문에 헌법재판소 다수의견을 비판하는 글을 꼭 썼어요. 그러니까 나는 그렇게 우편향은 아니고 중도라고 했는데, 우편향 재판관들이 있었습니다. 이 사람 그냥 뒤서 되겠느냐, 공무원 신분에. 그건 방치할 수 없는 거다. 그런 비판을 받으면서 연구관을 통해서 소수의견을 낸 재판관의 심경을 대변했다 하는 것도 헌법 재판사에 남기고 싶은 말입니다.

6. 주요 주심 사건의 결정 배경 및 과정

면담자: 여섯 번째 질문 드리겠습니다. 주심재판관으로서 사건을 진행하신 것 중에서 결정하게 된 배경과 그 과정에 대해서 국민에게 꼭 알리고 싶은 말씀이 있으시면 해주시기 바랍니다. 예를 들면 국제그룹해체사건, 국가보안법 관련사건, 사회광고 사건에 대해서 말씀해 주시기 바랍니다.

구술자: 국제그룹해체사건 이게 주심재판관으로서 선고하기까지 과정을 말할 하게 되면 인

권변호사의 대표 격인 고 조영래(趙英來) 변호사가 이 사건을 맡아갔고 왔습니다. 조영래(趙英來) 변호사는 내가 서울법대에 재직할 때로부터 좀 인연이 있었던 내 제자이기도 한 그런 변호사인데 이분이 노태우(盧泰愚) 정권 시대입니다, 전두환(全斗煥) 정권이 물러가고, “이거는 꼭 헌법재판소가 위헌임을 선고해야 할 그런 케이스(case)니까 꼭 좀 사건을 부탁을 합니다.” 그래서 심증을 솔직하게 이야기한다는 것은 재판관으로서는 그건 부적절한 처신이고, 상당히 나도 문제가 있는 사건이라고 보긴 하는데 이게 위헌이 되려고 하면 여섯 재판관의 찬성이 있어야 하는데 현재 상황으로선 여섯 표가 나올 거 같지 않다. 노태우(盧泰愚) 정권 때니까. 그래서 리갈 마인드(Legal mind)가 있고 책임감도 있고 아주 신중한 분이 조 변호사 경기 선배인 조규광(曹圭光) 소장한테 가서 말씀드려 보라. 그래서 그렇게 해서 보냈어요. 그랬더니 이 사람이 갔다가 곧 돌아와요, 아주 실망스러운 표정을 지으며. “반응이 어떻더냐.” 그랬더니 뭐, “냉담합니다.” 그건 소장다운 처신이지요. 재판결과에 대해서 재판관은 침묵을 하는 법입니다. 결론을 이야기하면 안 되는 거니까. 그러면서 기침을 콜록콜록해요. 소장실에 들어갈 때도 그렇게 기침을 해요. 조 변호사 감기가 몹시 들은 거 같다고 그랬더니 “아이, 감기가 이게 잘 떨어지지 않네요.” 그러면서 아주 쓸쓸하게 문을 열고 나가더라는 겁니다. 그게 이제 불세출(不世出)의 영웅. 나는 그렇게 평해요. 그 사람은 상당히 운동권이지만 온건한 온건파입니다. 온건하게 접근해야 한다. 그분이 그게 마지막이었어요. 이제 그 사람에 관한 스토리가, 이범준 기자 아세요?

면담자: 예.

구술자: 헌법재판소 출입하지요?

면담자: 예.

구술자: 그 사람이 『헌법재판소, 한국 현대사를 말하다』라는 거기에도 그 스토리가 있을 겁니다. 그러다 세월이 바뀌었어요. 김영삼(金泳三) 문민정부가 들어섰어요. 때는 이때다 말이야. 이거 밀어붙여야 되겠다. 시대적 상황도 바뀌었으니까. 사건 내용을 보니까 완전히 전두환(全斗煥) 씨의 작품이에요, 사건 내용이. 검찰에서 수사기록이 짝 다 나오는데. 그리고 김만제(金滿堤) 씨, 재무부 장관, 그 사람은 지시에 따랐을 것이라는 전제하에 형식은 주거래은행인 제일은행 이보형(李寶衡) 은행장의 이름으로 국제그룹 해체를 발표를 했어요. 그 사람은 그냥 허수아비 비슷하게 아침에 재무부에서 나온 보도 자료를 읽어, 사건 내용을 전혀 모르고 그냥. 주거래은행의 이름으로 해체를 했지만 그건 어디까지나 형식이고 전두환(全斗煥) 전 대통령의 지시에 의해서 재무부가 해체의 구체적 내용을 정한 그런 사건이었어요. 그런데 그 사건에 대해서 연기를 원하는 재판관도 있었습니다. 연기를 할 이유가 없다고 보았

지요. 지금까지 사건을, 안 된다. 나중에 소수의견을 냈어요. 제소기간이 지났다는 취지였습니다. 권력적 사실 행위에는 엄격하게 말하면 제소기간에 문제가 안 되는 것인데, 소수의견으로 문제를 삼았습니다. 권력적 사실의 전형인데, 그 사건에서 대통령을 비롯한 재무장관, 그밖에 모든 권력은 법 앞에 평등이다. 그러니까 잘못된 것은 법의 심판을 받아야 된다. 그러한 내용의 사건으로 결정문을 썼는데 그 사건에 대해서 재무부 장관이었던 김만제(金滿堤) 씨가 “2년 뒤에 보자. 헌법재판소가 일대 오판이었다고 하는 것이 백일하에 드러날 것이다.” 그 사건에서 한 사람은 기권을 했어요. 또 한분은 반대의견. 근데 재무부 장관은 틀림없이 오판이 백일하에 드러난다. 큰소리를 언론을 통해서 했으니까 주심재판관으로서 긴장하지 않을 수가 없잖아요. 나도 사람이니까. 그 사건의 이유를 다느라고 노심초사하다 보니 심장에 쇼크까지 왔었어요, 내가. 밤을 새면서 했기 때문에. 그런데 세월은 바뀌어서 김만제(金滿堤) 씨를 청와대 무슨 파티 때 만났어요. 아는 체합니다. 두고 보자 했던 분인데 아는 체하세요. 그 때에 나는 감사원으로 가 있고 그 사람이 POSCO 회장을 지냈습니다. 최근에도 하나 기권한 사건이 있었던 것으로 아는데. 대법원에는 아마 관여 대법관의 기권 사건이 아직 없는 거 아니에요. 법관이 관여재판에 기권을 할 수 있는지 의문을 남긴 그런 사건이었습니다. 그 다음이 국가보안법 사건. 이것이 어떻게 나한테 주심으로 배당이 됐는데 이게 전면 위헌으로 하기는, 우리가 지금 남북이 대치하는 그런 상황 속에서 적을 찬양을 한다 말이야. 이거는 대한민국의 정체를 유지할라 하는데 적을 찬양한다는 거는 이적행위가 되는 거 아니야. 대한민국의 정체성을 부인한다면 별 문제지만. 그러니까 골간을 유지하되 이 고무찬양죄가 충분히 남용될 여지가 있고 남용된 실례가 있습니다. 예컨대 김일성(金日成)이 그 자도 난놈은 난놈이다 하는 것까지도 고무찬양죄로 엮을 수 있었던 것이 국가보안법 7조의 고무찬양죄입니다. 그래서 이게 축소해석을 하지 않게 되면 국민의 표현의 자유를 비롯한 기본권 침해에 문제가 생긴다 해서 축소해석 해야 한다. 그거를 표현을 하게 되면 독일에서나 일본에서는 한정축소해석 할 때만 합헌이 된다 하는 그런 해석을 한정합헌이라고 하는데, 한정합헌을 썼어요. 그러니까 생소한 말이니까 어리둥절하단 말이야. 그렇지만 헌법재판에 한정합헌이라고 하는 것은, 한정위헌도 그렇지요. 조건부 위헌이거든. 일반재판에도 조건부 인용판결이 있잖아요. 미국에도 그런 게 있다고. 근데 물정을 잘 모르는 사람들이 한정합헌, 한정위헌에 대한 냉소적인 시각을 갖고 있는데 헌법을 모르는 사람들의 소치라고 보는 것입니다. 그런데 합의하 평의를 할 때는 전면위헌이 한 분, 전면합헌이 두 분, 한정합헌이 여섯. 한정합헌이 법정의견이 될 수밖에 없었는데 두 분이 전면합헌을 한다고 서로 소수의견을 누가 쓰느냐고 미루다가 두 분이 얼굴을 붉히다가, 그렇다

면 말이지 나도 한정합헌이다. 그래서 이제 한정합헌이 8 대 1이 됐습니다. 근데 8 대 1의 결론에 대해서 안기부 측이나 법무부 측은 상당히 불만을 가졌어요. 축소 해석 해야 한다. 또 야권에서는 위헌이면 위헌이고 합헌이면 합헌이지 한정합헌은 뭐냐 말이야. 비판을 위한 비판의 소리를 들었습니다. 헌법재판소 판례집에 나오지만 제 젊은 날에 나름대로 노력을 했습니다. 근데 전면합헌 두 분이 평의할 때 한정합헌 6명, 전면위헌 1명 이런 식으로 했으면 한정합헌이 당연한 거다 하는 그러한 시각에서 평을 듣지 않을 수 있지 않았겠는가 생각됩니다. 한정합헌이 그 나름대로 노심의 결론이었다 하는 평가를 받을 수가 있었는데, 좀 과소평가 됐다고 하는 것은 아직도 아쉬움이 좀 있습니다. 이에 대해서 동국대학 한 모 교수는 “독일 거를 베끼지 않았느냐, 민주적 기본질서.” 독일 거를 어떻게 그렇게 고대로 베끼니까, 다 독일에서 그런 민주적 기본질서의 의의를 정의 했지만 보편적인 가치 아닙니까, 민주국가의. 그게 한국식으로 수정을 한 건데, 번역판이다 말이야. 그렇다고 해서 독일에 그런 사건이 있었던 것도 아니고, 민주적 기본질서의 의의에 대해서 이렇게 아주 폄하를 하는가 하면, 법무부 장관 했던 ○○○ 씨가 고등법원 판사 할 때 아주 열심히 이에 대해서 전면위헌을 해야지 한정합헌이 뭐냐 하는 비판도 받았지만 이 사건을 위해서 내가 인생 중반기에 나름대로 노력을 한 작품이었다 하는 긍지를 갖고 다시 이런 사건을 부닥친다 하더라도 결론은 전면위헌이라고 하는 것은 적과 대치하는 상황에서 공산권과 자유진영과의 지정학적인 상황을 고려해서 불가피한 결론이었다. 이 결론에 대해서 긍지를 아직도 갖고 있고, 한정합헌에 대해서 법제처가 받아들여서 법제화를 했어요. 헌법재판소의 한정합헌의 결론을 받아서 국가보안법으로 고쳤습니다. 그런데 아직도 헌법재판소에서 결정이 나도 국회가 아무런 반응이 없는 그런 사건이 한 30 여건 있다고 하는 건 참 유감스럽지요. 헌법재판소를 얼마나 경시하는지. 헌법국가, 법치국가로 가는 길은 아직도, 일모도원(日暮途遠), 해는 저물어 가는데 갈 길은 멀다. 이러한 소감입니다. 바로 입법화 했다고 하는 것에 긍지를 느낍니다. 그 다음에 내가 주심이었던 사죄광고, 이게 전면위헌. 이것은 내용이 사죄한다고 하는 것을 법으로 판결로 강제한다는 거. 하고 싶지 아니한 사죄를 판결로 강요하는 거는 양심의 자유를 침해하는 거 아니냐. 헌법에 양심의 자유의 규정에 비추어서 이거 위헌성이 있다. 그런데 헌법재판소가 전원일치의 의견으로 위헌을 했는데 공교롭게 한 5개월 전에 대법원에서 전면합헌의 판결이 있었습니다. 그러니까 결과적으로 재판소원을 통해서 한 것이 아닌데, 다른 헌재법 제68조 제2항의 헌법소원을 통해가지고 헌법재판소에서 이 사건이 접수가 됐는데 공교롭게도 대법원의 합헌판결을 헌법재판소가 뒤집어서 위헌으로 한 결과가 되니까 대법원으로서도 상당히 쇼킹한 사건이 되지 않을 수가 없었습니다. 그래

서 헌법재판소의 전면위헌 결정이 난 뒤에 대법원에서 공식적으로, 헌법재판소의 결정에 무효선언을 한다. 이런 식으로 강경 항의 말까지 나오고. 내가 또 법원 출신이니까 대법관들한테 전화도 오고 그랬는데 다들 개인적으로 가까운 대법관한테만 전화를 했어요. 이걸 일본에서도 간신히 위헌을 면한 그러한 사례도 있고 그때부터 세월이 20-30년 흐른 이후이기 때문에 그걸 따랐을 뿐이지 대법원 판결을 의식해서 이걸 뒤집어야 된다는 그런 저의가 작용한 게 아니다 변명을 했는데, 개인적인 친분에도 불구하고 대법관들이 다 냉담해요. 거기에 오로지 ○○○ 씨 “충분히 이해한다.” 그분이 역시 기관이기주의에 초연한 모범 법관이라고 하는 것을 그때 확인할 수 있었습니다. 그래서 대법원장한테 사죄하러 갔지요. 그래서 그분이 나한테 아주 상당히 노여움을 푸는 그런 일이 있었습니다만, 이렇게 큰 사건을 재판하다 보면 무사안일하게 넘어갈 수가 없는 거니까. 돌이켜 회고하면 결코 무리한 결론을 낸 재판이라고는 보지 않고 역시 주심으로서 긍지를 갖는 그러한 결론이었다고 자부하고 있습니다.

7. 헌법재판소의 향후를 위한 제언

면담자: 말씀 듣고 보니 헌법재판소 초기에 기틀을 잡는 굵직굵직한 큰 사건들에 대해서 획기적인 결정을 했다고 생각이 됩니다. 헌법재판소 업무에 종사하는 사람으로서도 또 내외의 학계에서도 제1기 재판부는 헌법재판소의 거의 모든 분야에 대해서 기틀을 잡는 획기적인 결정들을 많이 하셨다고 들었습니다. 재판관님께서도 임기마치기 전에 이제 감사원장으로 영전하셔서 지금 한 20여년 지나간 거 같습니다. 끝으로 헌법재판소에 바라시는 점이나 또 하시고 싶은 말씀 있으시면 해주시기 바랍니다.

구술자: 헌법재판소가 출발 시점과 지금과는 격세지감(隔世之感)을 느낄 수 있을 정도로 크게 신장 발전을 했습니다. 그러니까 관계자 여러분의 노고의 결과라고 보는데, 경의를 표합니다. 특히 대법원과의 관계에서 대법원은 막강한 기구입니다. 대법원장을 정점으로 해서 전국에 고등법원, 지방법원, 지원, 등기소, 시·군법원에 이르기까지 대법원장이 제왕적인 그런 권위를 갖고서 일사불란(一絲不亂)하게 통솔이 되는 그런 기관과 대치하면서 특히 우리나라같이 기관이기주의가 팽배되어있는 상황에서 헌법재판소가 고립무원(孤立無援)의 상태로, 하부기관이 없잖아요. 재판연구원 그거 갖고는 게임이 될 수가 없다고. 그런 상황에서 고군분투(孤軍奮鬪)해야 할 상황인데, 오늘날에는 모든 분야가 전문화되고 있습니다. 재판도 전문화되는 것이 이제 시대적인 트렌드(trend)인데, 그런 의미에서 전문 재판기관으로서 좀 더 앞으로 정

진했으면. 지금 정국이 표류하고 있으니깐 개혁의 문제가 어떻게 될지 모르겠지만 개혁이 된다면 헌법재판소가 좀 정비돼야 될 거 아니냐. 일각에서는 대법원에서 흡수할 그러한 상황에 있다 하지만 지금 국민의 권리 의식이 그렇게 하기에는 지금 시대적 상황이 변해있으니까 그건 염려하지 않아도 될 기우에 지나지 않고, 그런데 헌법재판소가 소명의식을 갖고 보다 더 활성화됐으면 하는 바람이 있습니다. 그 하나로는 대법원에서 심리불속행기각을 하듯이 지정재판부에서 본안전(本案前)에 많이 커트를 한다는 거예요. 웬만하면 헌법소원의 요건도 신축성 있게 폭넓게 해석을 해서 본안재판을 하면서 헌법을 활성화시키려는 재판 의지를 좀 보였으면. 각하재판소라는 말이 있습니다. 각하, 각하, 각하. 무사안일(無事安逸). 그러한 비판이 있다고 하는 걸 겸허하게 좀 성찰을 했으면 하는 소망입니다. 본안심리에 적극성을 보여줬으면 합니다. 그 다음에 이제 가처분사건에 관해서 아까 내가 말한 바와 같이 마치 헌법재판소의 관할사항이 아닌 것으로 이렇게 인식을 하기 때문에 거기에 대해서 저항하는 노력을, 1기 재판관 시절에 나름대로 노력을 했습니다. 그래서 가처분이 헌법재판소의 관할사항인 것은 분명해졌고 가처분결정이 4건인가 5건인가 있었던 것으로 알고 있습니다. 사법시험시행령을 비롯해서 있었던 것으로 알고 있는데, 그래서 당면 시국의 현안, 이걸 가처분을 통해서 헌법국가가 가야할 길이 무엇이나 하는 거를 신속하게 방향 지시를 하는 것이 우리나라의 시국이 표류하는 거를 방지하는 데 한몫을 할 수가 있는 거 아니냐. 가처분사건이 거의 활성화되지 않았다고 하는 것은 재검토해야 할 상황 아니냐. 그렇게 보는 것이지요. 그런 아쉬움이 있지만 앞으로는 달라질 것을 기대하면서 나는 계속, 내가 비록 소송법 학자지만 헌법의 소송법화 그 문제를 세계민사소송법대회에, 한국에서 개최를 했는데, 내가 기초연설을 하면서 헌법재판소에서 민사소송법에 관한 판례요약을 해서 발표를 한 일이 있는데 헌법재판소를 얼마나 우습게 보는지 내 기초발표 한 것에 대해서 우리나라에 아무도 그걸 주시한 사람이 없어요. 근데 일본 학자가 내가 이러한 내용으로 헌법의 소송법화를 발표했다는 것을 일본민사소송법 잡지에 그게 실렸어, 그래서 나는 헌법국가로 향하는 그러한 과정에서 나름대로 헌법재판소가 목소리를 다하도록, 좀 더 활성화 되도록 적극적으로 협조를 하고 노력을 계속할 것입니다. 그것은 내 개인의 전력을 살리고자 하는 것이 아니라, 그것이 곧바로 대한민국이 법치국가가 되는 거고 선진화로 가는 길이 아니겠느냐. 헌법재판소의 분발을 촉구 하고 싶습니다. 오랫동안 경청해 주셔서 대단히 고맙습니다.