<녹 취 전 문>

과제명	2016년도 헌법재판소 주요인사 구술채록		
구술자명	최광률 제1기 헌법재판관		
면담자	배보윤 연구부장	면담장소	동양합동법률사무소
면담일시	2016. 12. 2.	회차	1회차

1. 헌법재판소법 제정과 관련한 역할 및 당시의 쟁점

면담자 : 이번 면담은 2016년 12월 2일 1시 40분, 헌법재판소 역사기록 수집의 일환으로 동양합동법률사무소에서 실시하는 것입니다. 구술채록을 시작하겠습니다. 이번에 말씀해 주실 분은 최광률 1기 재판관님이시고 면담자는 배보윤 연구부장입니다. 질문 드리겠습니다. 1988년도에 공포된 헌법재판소법 제정과 관련하여 많은 역할을 하셨다고 들었습니다. 그 계기는 무엇이고, 어떤 역할을 하였습니까?

구술자 : 근 30년 된 얘기지요! 1987년 10월 29일 제9차 헌법 개정인 제6공화국 헌법이 공포 되었습니다. 그것은 “대통령직선·단임제”와 “헌법재판소의 창설”을 주요골자로 하는 현행 헌법입니다. 1988년 2월 현행 헌법이 시행되고, 이에 따른 헌법재판소법의 제정 논의가 진행되었습니다. 당시 저는 재야변호사로서 논문 발표, 세미나 참석, 시안 작성 등 여러 방법으로 헌법재판제도의 정착과 발전을 위하여 나름대로 노력하였습니다. 특히 법무부에서 주최한 “헌법재판소법의 제정방향에 관한 세미나”의 주제 발표를 통하여 나름대로의 입법의견을 개진하였습니다.

면담자 : 네 그러셨군요. 당시 가장 크게 문제가 된 쟁점은 무엇이었습니까?

구술자 : 그 당시 가장 크게 문제가 된 쟁점은 두 가지였지요. 하나는 “위헌법률심판의 활성화”이고, 둘은 “헌법소원심판제의 범위확대”였습니다. 이 두 가지 쟁점은 대법원과 헌법재판소가 각기 최고법원으로 기능하는 이른바 “사법부 양원제”를 취하는 우리 헌법 아래에서, 두 기관의 관계를 어떻게 조화시키느냐 하는 문제였습니다. 두 가지 쟁점에 관하여는 당시 정부의 입장도 다르고, 대법원의 입장도 다르고, 재야 법조계 입장도 달라서 의견이 분분하였습니다. 가히 백가쟁명이었다고 할 수 있지요.

면담자 : 그러면 첫 번째 쟁점인 위헌법률심판의 활성화를 위한 논의는 당시 어떤 것이 있었습니까.

구술자 : 위헌법률심판의 활성화 문제는 한마디로 과거에 대한 헌정사적 반성에서 비롯되었습니다. 1948년 헌법이 제정된 이후 1988년 현행 헌법이 시행되기까지 40년 동안 법률에 대한 위헌 결정이 단 4건 밖에 없었습니다. ① 농지개혁법 제18조와 ② 비

상사태하의 범죄처벌에 대한 특별조치령 제9조에 대한 헌법위원회의 위헌결정 2건, ③ 징발법 부칙 제3항과 ④ 국가배상법 제2조, 법원조직법 제59조 등에 대한 대법원의 위헌판결 2건, 도합 4건입니다. 그것이 전부였지요. 40년 동안에 단 4건이라는 것은 헌법재판의 포기라고 해도 과언이 아니라고 말할 수 있습니다. 그에 대한 반론으로 위헌법률심판에 대한 활성화 문제가 논의될 당시, 저는 논문 발표 등 여러 방법으로 활성화 방안을 제시하였습니다. 나름 노력했다고 생각합니다.

면담자 : 네. 격세지감이 있는 말씀이었습니다. 그렇다면 두 번째 쟁점인 헌법소원심판의 범위 확대를 위한 논의도 있었을 것으로 생각됩니다. 어떤 것이 있었습니까.

구술자 : 네 헌법소원제도 그거는 현행 헌법 제111조에 의하여 우리나라에 처음 도입된 제도입니다. 독일의“Verfassungs-beschwerde” 는 “헌법이의·헌법항고·헌법소원” 등 여러 가지로 번역되는 생소한 제도였지요. 문제와 관련하여 가장 크게 다툼이 되었던 것은 심판의 대상 즉 “공권력의 행사로 인한 기본권 침해”중 “법원의 재판”을 포함시키느냐 하는 것이었습니다. 당시 대한변호사협회와 야당에서는 법원의 재판도 당연히 포함시켜야 한다고 주장하였고, 이에 반하여 대법원 측에서는 이를 포함시키면 안 된다고 강력 반대하였습니다. 당시 저는 앞서 말씀드린 “헌법재판소법의 제정방향에 관한 세미나”의 주제발표를 통하여 법원이 “사법절차상의 기본권을 침해한 경우”와 “위헌제청신청을 기각한 경우”에는 법원의 재판도 그 대상이 되어야 한다고 주장하였습니다. 일종의 절충안을 제시한 셈이지요.

면담자 : 네. 지금 와서 반추해 보니 두 번째 말씀하신 위헌제청신청을 기각한 경우에 헌법소원 대상을 주장하는 부분이 결국은 헌법재판소법 68조2항의 소위 위헌소원이라고 하는 헌법소원의 입법을 하는데 있어서 원류라고 볼 수 있을 거 같습니다. 현재 사실 규범통제 관할 중에서 헌가사건 위헌제청사건과 위헌소원사건 두 가지가 근간을 이루고 있는데 헌가사건의 경우에는 1년에 한 10건 남짓 됩니다만 68조2항의 헌법소원은 요즘 와서 200여건 지속되고 있습니다. 결국은 헌법재판의 근간이 되는 것은 규범통제인데 68조2항이 헌법재판소의 규범통제에 큰 역할을 해 왔다는 것이 실증이 되고 있습니다. 그렇다고 보면 재판관님이 그렇게 주장하신 것은 정말 선견지명이 있었던 주장이라고 생각합니다. 제가 현재 실무를 하고 있고 학계에서도 그런 이야기가 있습니다만 지금 돌이켜보니까 정말 대단한 역할을 하신 것으로 생각이 됩니다. 첫 번째로 말씀하신 사업절차상의 기본권은 사실 독일에서 재판소원에 있어 중요한 부분인데 아직 이 부분에 대해서는 헌법재판소의 향후의 과제인 것 같습니다. 그런 의미에서도 아주 뜻깊은 말씀을 해 주신 거 같습니다.

2. 법규심의위원회 위원장으로 활동 및 공헌

면담자 : 다음 질문 드리겠습니다. 재판관님께서는 헌법재판소의 초대 법규심의위원장으로도 재직하셨다고 들었습니다. 초기에는 여러 가지 법규제정이 많았을 텐데 그 당시에 어떠한 규칙 제정이 있었습니까?

구술자 : 헌법재판소 초창기에 법규심의위원회를 만들었지요. 그때 소장님이 저보고 맡으라고해서 했는데 별로 한 일도 없습니다. 지금 말씀을 하시니까 말씀을 드리지요. 우리 헌법 제113조 제2항에 의하면 “헌법재판소는 법률에 저촉되지 아니하는 범위안에서 심판절차, 내부규율 사무 처리에 관한 규칙을 제정할 수 있다”고 규정하고 있습니다. 이것이 바로 헌법재판소의 “자율입법권”을 명시한 것입니다. 저는 헌법재판소의 초창기에 법규적 기초를 마련하는 많은 규칙과 내규를 제정하는 일에 나름대로 노력했습니다. 근 25년이 지난 지금에 이르러서는 잘 기억나지 않지요. 그러나 당시 제정한 몇 가지 예를 든다면 지정재판부의 구성·운영에 관한 규칙, 국선대리인의 선임·보수에 관한 규칙, 헌법재판소 소장의 권한대행에 관한 규칙, 사건의 접수·배당에 관한 내규 등입니다. 그 외에도 꽤 많이 있었죠.

면담자 : 네 그 중에서 특히 마지막에 말씀하신 부분은 1992년 6월에 제정한 것으로 알고 있습니다만 “사건의 접수 및 배당에 관한 내규”의 제정 배경과 효과는 어떤 것인지 말씀해 주시죠.

구술자 : 네 사건의 접수·배당 내규는 한마디로 말하면 접수사건의 주심재판관을 정하는 내규입니다. 임의조작의 가능성을 배제하기 위하여 추첨의 방법으로 공평하게 배정하는 절차 규정입니다. 내규가 제정되기 전까지는 사건배당에 관한 기준이나 원칙이 없어서 재판관들 사이에 불평이 많았습니다. 사건배당이 불공정하다고 야단이었지요. 뒤늦게나마 그러한 내규가 제정하게 되어, 심판업무의 수행에 크게 기여할 수 있었다고 생각합니다. 후일 일부 개정되기는 하였지만 지금까지 시행되고 있는 것으로 듣고 있습니다.

면담자 : 다음 질문 드리겠습니다. 재판관님께서 재판실무와 관련해서 심판관련 문례집을 만들어서 헌재에 남겨두고 가신 것으로 알고 있습니다. 제작하신 동기와 배경에 대해서 말씀해 주십시오.

구술자 : 헌법재판소의 초대 재판관들의 인적 구성 면모를 보면, 변호사 출신이 훨씬 많았습니다. 직전 직업만으로 보면 판사 출신 1명, 검사 출신 1명뿐이었습니다. 나머지 7명은 모두 변호사 출신이었습니다. 그랬기 때문에 심판업무 내지 재판사무에는 다소 생소하다고 할 수 있습니다. 뿐만 아니라 헌법재판소는 우리나라에 처음 생긴 것이어서 구체적 실무에 참고할 만한 심사 또는 심판 자료가 거의 없었습니다. 독일 등 외국의 헌법재판소 판례집은 있었다고 하지만 그것은 판결문뿐이어서 크게 도움이 될 수가 없었습니다. 그래서 헌법재판소 초창기의 심판문례들을 수집·전승

하고 싶었습니다. 후일의 참고자료가 되기를 바라는 생각으로 심판문례집을 만들어 남기게 되었습니다.

면담자 : 그러면 재직하신 6년 동안 하신 것을 모아둔 것으로 보이는데 규모도 상당할 것으로 생각이 됩니다만 내용은 어떤 것이었습니까?

구술자 : 제가 1994년 9월 14일 퇴임하기에 앞서서 헌법재판소 도서실에 남기고 온 심판문례집은 “도합 3권”이고, 3권의 합계 면수는 “총 2,455면”입니다. 그 문례집의 내용을 보면 크게 3가지로 나누어집니다. 제1권은 지정부 심사보고서, 제2권은 전원부 심리보고서, 제3권은 종국결정서 등입니다. 부록으로 각종 서식모음도 첨부했습니다. 꽤 공을 들인 것이었지요.

면담자 : 사건의 접수에서 종결까지 사건진행상황부도 만든 것으로 알고 있습니다. 그것에 대해서도 말씀해 주시죠.

구술자 : 네 초대재판관들이 재임하던 1988년 9월부터 1994년 9월까지 6년간은 문자 그대로 “무에서 유를 창조하는 암중모색의 시절”이었습니다. 심사, 심판에 관련되는 부책도 없고, 서식도 없었습니다. 재판관 9인이 각자 알아서 만들기도 하고 빌려서 쓰기도 하였습니다. 대표적인 사건부책으로서 저는 “사건진행상황부” 라는 것을 만들어 주심사건의 접수·진행·종결 내역을 정리·표시했었습니다. 그러한 사건 부책도 퇴임 시에 도서실에 모두 남겨 놓고 나왔습니다.

면담자 : 헌법재판 관련된 각종 서식도 많이 만든 것으로 알려져 있습니다. 서식을 만들게 된 동기와 구체적으로 어떤 서식들이 있는지 그 부분도 소개해 주시죠.

구술자 : 네. 헌법재판소의 초대 재판관 시대에는 각종 보고서, 결정서 따위의 문례·서식도 전무한 상태였지요. 그래서 저는 당시 근무하던 비서관, 연구관들과 의논하여 10여 종의 각종 서식을 만들어 썼습니다. 예를 들면 심사보고서, 사전심사결정서, 보정명령, 석명준비명령, 사실조회서, 기록송부·자료제출 요구서, 연구요청서, 평의요청서, 심리보고서, 심판결정서 등입니다. 더 많이 있다고 생각이 되지만 지금 잘 기억나지 않습니다.

면담자 : 사건의 심리에 필요한 심판 자료집도 많이 만든 것으로 알고 있습니다. 편찬 동기에 대해서도 말씀해 주시죠.

구술자 : 헌법재판소의 초대 재판관 때에 종사하던 재판관, 연구관, 일반직 직원들이 겪는 애로사항들이 많았습니다. 그 중 가장 어려운 것은 각 재판관 실에 배포할 심사·심판의 “평의자료”를 어떻게 수집하느냐 하는 것이었습니다. 지금은 헌법재판소 도서실의 장서 권수가 무려 13만권에 이른다고 합니다. 그러나 1988년부터 1994년까지 사이의 헌법재판소 도서실은 빈약하기 짝이 없었습니다. 그 당시는 중요사건의 심판에 필요한 심판 자료를 수집하여 각 재판관실로 배포하는 것이 대단한 일이었

습니다. 재판관·연구관들이 당해 사건의 심판 자료를 수집하는 일에 시간을 많이 소비했습니다. 법원도서관으로 쫓아가기도 하고, 국회도서관을 찾아가기도 하였습니다. 밤늦게까지 야간작업을 하는 것도 많이 했지요.

3. 재임 중 기억에 남는 사건에 대한 회고

면담자 : 헌법재판소의 1기 재판부는 모든 분야에 걸쳐서 헌법재판소의 토대를 닦았다고 평가를 받고 있습니다. 재판관님께서 여러 사건을 관여하셨겠지만 특히 주심재판관으로서 사건을 진행하신 것 중에 기억나시는 사건이 있으면 말씀해 주십시오.

구술자 : 제가 재판관직에서 퇴임한지 만 22년이 지났습니다. 그러나 지금까지 잊히지 않는 사건을 꼽으라고 한다면 두 가지가 생각납니다. 하나는 구 상속세법 제32조의2에 대한 "한정합헌결정 사건"이고, 둘은 "반국가 행위자의 처벌에 관한 특별조치법 제11조 및 제13조에 대한 위헌 결정 즉 단순위헌결정" 사건입니다. 그 밖에도 더 있을 것이지만, 지금 기억나는 것은 그 두건입니다.

면담자 : 그 중에서 첫 번째 구 상속세법 사건은 어떤 내용의 사건이었습니까? 그리고 그 결정의 요지는 어떤 것이었습니까?

구술자: 예 구 상속세법 제32조의2는 "제3자 명의로 등기·등록을 한 재산"은 등기·등록을 한 날에 그 명의자에게 증여한 것으로 보고, 증여세를 부과한다는 규정입니다. 그 규정에 대한 위헌소원이 바로 그 사건입니다. 재산의 실질소유자와 등기명의자가 달라지는 것은 여러 가지 원인으로 생기는 것입니다. 이를 일률적으로 "증여의제" 하는 것은 곤란합니다. 그렇다고 해서 조세회피의 목적으로 제3자 명의의 등기·등록하는 것까지 마냥 방치할 수도 없습니다. 그래서 헌법재판소는 "조세회피의 목적이 없음이 명백한 경우에는 이를 증여로 보지 않는다고 해석하여야 하고, 위와 같이 해석하는 한 헌법에 위반되지 않는다. 라는 한정합헌결정을 하였습니다. 이는 1989년 7월에 선고한 사건인데, 합헌적 법률해석의 의미와 효과를 밝힌 최초의 '변형결정' 사례입니다.

면담자 : 예, 역사적인 변형결정 제1호 사건이었군요. 다음으로 반국가행위자처벌법은 어떤 내용의 사건이었으며 어떤 결정을 한 것입니까?

구술자 : 네. 반국가행위자처벌법은 전 중앙정보부장이던 "김형욱" 한 사람에 대한 형사처벌특례법 이라고 할 수 있습니다. 그 중 제11조 1항은 형사판결에 대한 상소를 과도하게 제한하는 규정이고, 제13조 제1항은 상소권 회복청구를 전면 봉쇄하는 규정이었습니다. 이 두개 법률조항에 대한 위헌소원이 바로 그 사건이었습니다. 헌법재판소는 1993년 7월 29일 재판관 전원의 일치된 의견으로 단순 위헌결정을 하였

습니다. 위 법률조항들은 피고인의 상소권을 본질적으로 박탈하는 것이어서 헌법이 보장한 재판청구권을 침해한다는 취지였습니다. 위 특별법에 대하여는 헌법재판소가 그 후에 1996. 1. 같은 법 제7조 및 제8조에 대한 위헌결정을 하면서 헌법재판소법 제45조 단서의 규정을 적용하여 그 법률전부에 대한 위헌결정을 하였습니다. 결국 1993년의 위헌결정이 법률전부의 위헌결정을 끌어내는 기폭제가 된 셈이죠.

4. 헌법재판소를 위한 제언

면담자 : 재판관님게서 퇴임하신 지 22년이 흐른 것 같습니다. 끝으로 헌법재판소에 대해서 하시고 싶은 말씀이 있으면, 한 말씀 부탁드립니다.

구술자 : 헌법재판소는 1988년 9월에 창설된 이래 오늘에 이르기까지 많은 업적을 쌓아왔습니다. 또한 국민들로부터 끊임없는 성원과 찬사를 들어왔다고 생각합니다. 한때는 어느 언론사에서 시행한 “국가기관 신뢰도 및 영향력 조사”에서 5년 이상 연속하여 제1위를 차지하였다고 들었습니다. 듣기에도 흐뭇한 얘기지요. 한 나라의 헌법이 “규범적 헌법”이 되느냐, 아니면 “명목적 헌법”이나 “장식적 헌법”으로 전락하느냐 하는 것은 헌법규범과 헌법현실이 얼마만큼 접근하느냐에 달려 있습니다. 그러한 의미에서도 우리나라의 헌법재판제도가 계속 발전하기를 간절히 빕니다. 종당에는 헌법재판소가 명실상부한 “헌법의 수호자” 또는 “기본권의 파수꾼”이 되어 주기를 간곡히 기원합니다. 고맙습니다.

면담자 : 장시간 말씀 감사합니다.