<녹 취 전 문>

과제명	2021년도 헌법재판소 주요인사 구술채록		
구술자명	민형기 전 헌법재판관		
면담자	신동호	면담장소	법무법인 로고스 회의실
면담일시	2022. 11. 07. 14:00	회차	1회차

민형기 영상기록 서비스용 편집본 전체.mp4

1. 면담소개 및 근황 (00:00:00~00:09:13)

면담자: 잠깐 마스크를 벗겠습니다. 헌법재판소가 주관하는 '2021년도 헌법재판소 주요인사 구술채록 사업'의 일환으로 진행하는 민형기(閔亨基) 전 헌법재판관님의 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 2022년 11월 7일 오후 2시, 구술 장소는 서울 강남구 테헤란로87길 36, 도심공항타워 14층에 위치한 법무법인 로고스(LOGOS) 회의실입니다. 면담자는 아카이브웍스(Archive Works) 책임연구원 신동호입니다. 재판관님, 안녕하십니까? 지난해에 예정했던 구술이 코로나19라든가 여러 가지 사정으로 이렇게 오늘에야 하게 됐습니다.

구술자: 예, 예.

면담자: 그동안 안녕하셨습니까? 먼저 2012년 9월에 퇴임하셨으니까 꼭 10년이 됐네요. 지금 법무법인 로고스 고문 변호사로서 헌법소송 등에 관여하시면서 여러 가지 활동을 하고 계신데, 근황에 대한, 여러 가지 소감이라든가 그동안 경험했던 일들에 대해서 소개할 게 있으면 좀 해주십시오

구술자: 제가 2012년 9월에 퇴임을 해서 아까 말씀하신 것처럼 10년의 세월이 지났습니다. 상당히 세월이 빨리 지났다고 보여지는데, 퇴임하고 여러 가지 몸과 마음을 좀 추스르고, 다음해 6월 달에 우리 법무법인 로고스의 변호사로 새 출발을 했었습니다. 여러 가지 할 일도 많고 그랬지만 제가 주로 했던 것은 젊은 변호사들을 지도하고, 또 제가 퇴임하면서 약속했던 것처럼 공익 활동에 동참을 해서 나름대로는 여러 가지 일을 했다고 그렇게 생각을 합니다. 그중에서 조금 기억에 남는 것, 말씀드리고 싶은 것은 한때 정부가 재일동포 아동들한테 보육료를 지급하지 않았었습니다. 그것이 문제가 돼서 저희들이 공익소송의 차원에서 헌법소원(憲法訴願)을 내서 위헌(違憲) 결

정을 받았습니다. 그랬더니 그게 우리 법무법인도 공익 부분에 법조 대상을 받는 그런 계기도 됐습니다. 그래서 상당히 의미 있는 일이라고 그렇게 생각을 하고, 그다음에는 동료 변호사들이 여러분 계시는데 그분들이 하는 사건 중에서 위헌적인, 위법적인 소지가 있는 부분들에 대해서 위헌심사, 위법심사를 제가 나름대로 이끌었습니다. 그래서 그중에서 지방자치단체의 고시가 법에 위반된다고 그래서 그걸 이유로 해서 기소된 형사사건에서 무죄 판결을 선고받았습니다. 그런 것들이 저희 로고스 법무법인이 헌법소송에, 어떻게 보면 좀 모호한 표현이 되겠지만, 메카(Mecca)로서 성장할 수 있는 그런 계기가 되지 않았나? 아마 이렇게 생각을 합니다. 그리고 바로 이 부근에 있습니다만 (대한)상사중재원, 거기에 상사 중재인[1](仲裁人)으로 공공기업이나 대기업의 사건들, 상사 분쟁 이런 것들을 관여해서 해결하는 데 많은 도움을 줬습니다. 그리고 그중에서 2017년 5월부터는 대기업(롯데그룹)에 '컴플라이언스[2] 위원장'으로 부임을 해서 4년 동안 준법 경영에 관한 업무를 총괄해 왔습니다.

면담자: 헌법재판 같은 경우는 법무법인으로서는 대단히 큰 업무에 해당되지 않습니까?

구술자: 그렇습니다.

면담자: 그러니까 예전보다 요즘 법무법인에서 헌법재판 비중이 좀 늘어나는 추세입니까?

구술자: 헌법재판에 대한 일반 국민적 인식이 높아지기 때문에, 바꿔 말하면 '헌법이 모든 법률의, 법체계의 가장 기본이 되는 것이고, 모든 법률의 입법이나 집행 이런 모든 것들이 헌법에 기반해서 헌법 질서를 제대로 지켜야 한다.' 하는 그런 것들이 많이 강조가 되다 보니까 헌법적인 심사를 요구하고 그것을 평가를 받으려고 하는 그런 요망들이 많이 생기기 때문에, 그래서 거기에 따른 헌법소원이라든가 위헌법률심사(違憲法律審査)라든가 이런 것들의 사건이 많이 늘고 있고, 저희 법인에서는 그런 데 일찌감치 눈을 떠서 '제대로 된 법 집행이 이루어지도록 노력하자' 하는 그런 차원에서 열심히 일을 하고 있습니다.

면담자: 예예. 법무법인의 업무 범위가 헌법재판으로까지 이렇게 확대되는 데 많은 도움을 또 주시는 거고요.

구술자: 그렇습니다. 네네.

면담자: 또 아까 말씀하셨듯이 대기업의 컴플라이언스 위원회, 그러니까 '롯데그룹의 컴플라

---

1) 중재인(仲裁人, Arbitrator): 중재절차에서 당사자 간의 분쟁을 판정할 사람으로 선정된 제3자. (출처: 두산백과 두피디아, https://www.doopedia.co.kr/)
2) 컴플라이언스(Compliance): 조직 구성원 모두가 제반 법규를 철저하게 준수하도록 사전적, 상시적으로 통제, 감독하는 체제 (출처: 네이버 지식백과 지식경제용어사전, https://terms.naver.com/)

이언스 위원회 초대 위원장'을 맡으셨는데 맡게 된 배경이 좀 궁금하고요. 그리고 '기업의 준법 경영의 필요성'에 대해서 좀 말씀해 주시고, 재판관님의 '예방법학적 철학'이라고 제가 어디서 봤는데요, 그것에 대해서 좀 듣고 싶습니다.

구술자: 말씀하신 컴플라이언스라는 것은 어떻게 보면 새 시대의 경영 패턴입니다. 쉽게 얘기해서 '준법 경영을 통해서 투명성을 높이고 기업의 사회적 역할을 다하게 해야 한다.' 하는 것이 가장 기본적인 요소죠. 쉽게 말하면 법규와 윤리를 바탕으로 해서 착한 기업이 되게 내부적으로, 자율적으로 통제를 한다는 겁니다. 과거에 법규 위반 사실이 발생했을 때 그거에 대한 제재를 받고 그것을 바꾸던 그런 시대에서 벗어나서 이젠 스스로 자율 통제를 하겠다는 거죠. 그걸 바꿔서 얘기하면은 경영의 리스크(risk)를 상시로 점검을 해서 법적 분쟁을 사전에 예방하자는 겁니다. 결국, 이런 컴플라이언스는 기업의 품격을 높이고 그걸 바탕으로 해서 글로벌 기업으로 나아가는 하나의 길이 된다, 이렇게들 평가를 하고 있습니다. 그리고 제가 전에부터 관심을 가지고 있던 부분이 '예방법학(preventive law)'이라고 하는 건데, 그거는 어떤 분쟁이 발생했을 때 사후에 거기에 대처해서 어떤 처리를 할 것인가를 생각하는 것이 아니라, 사전에 분쟁을 막아서 궁극적으로 법적인 질서를 지키고 그 분쟁으로 인해서 생기는 어떤 사태, 그것을 치유하는데 드는 비용을 사전에 예방하자고 하는 겁니다. 그러니까 어떻게 보면 우리 법률을 적용하고 실행하는 데 있어서 하나의 실용적인 패턴이라고 그렇게 얘기를 할 수 있을 것 같습니다. 그래서 그런 기업의 법적인 수요와 제가 평소에 가지고 있던 법률 지론이 서로 크로스오버(crossover)된 것이 이 컴플라이언스가 아닌가, 그래서 기업에서 저를 부르고 제가 거기에 응해서 기업을 위해서 일을 하게 된 게 아닌가, 이렇게 생각을 합니다. 이것이 꼭 기업을 위한 일이라고만 볼 수 없는 것이, 결국 대기업들이 이런 준법 경영을 통해서 제대로 된 경영을 하고 그러면 그 효과는 그대로 우리 법질서 유지와 국민들한테 돌아오는 그 혜택, 이것이 커다란 의미가 있지 않나, 이렇게 생각을 합니다.

면담자: 사람 병도 예방이 최선이듯이, 예방의학도 있지 않습니까?

구술자: 그렇습니다.

2. 성장기 삶과 교훈 (00:09:14~00:18:15)

면담자: 그러니까 예방법학적인 철학을 갖고 계신다는 게 소개돼서 제가 강한 인상을 받았습니다. 좀 과거로 돌아가서요. 집안 환경이나 성장기, 학창 시절에 있던 중요한 경험들, 특별한 경험들을 좀 듣고 싶은데요. 원래 본적은 옥천군인데요.

구술자: 예예. 그렇습니다.

면담자: 출생은 대전에서 하신 것으로 제가 알고 있거든요. 그런 얽힌 얘기라든가, 어린 시절의 경험들이 나중에 법조인의 길을 가는 데 여러 가지 좌표가 됐던 그런 부분이나 그런 사건 같은 게 혹시 있으면 같이 좀 들려주십시오.

구술자: 네. 알겠습니다. 제가 본적은 지금 대전시 중구로 돼 있습니다. 원래 저희 부친과 그 위에 조상분들이 다 충북 옥천군 이원면에서 쭉 생활을 해오시고 했는데, 저희 선친께서 서울에 올라오셔서 의대에 진학을 하셔서 의사가 되셨고, 그때 육이오(6.25전쟁)가 발발을 해서 서울에서 피난을 내려가서 결국은 대전에서 자리를 잡고 거기에서 쭉 지내다 보니까 본적지와 출생지와 성장지가 다 다른, 뭐 그런 셈이 됐습니다. 아마 그때 시절이라고 하면 상당히 오래된 시절인데, 그때는 이 사회가 오직 추구하는 게 '학교 성적' 그다음에 '공직에 대한 열망' 이런 것들이 굉장히 강하게 이슈로 되던 그런 시절인데 그런 사회 속에서 이렇게 살다 보니까, 그리고 또 선친께서 일찌감치 교육에 대해서 눈을 뜨시고 그래서 상당히 열심히 뒤에서 배려를 해 주셔서 어떻게 보면 떠밀리다시피 해서 법대를 진학을 한 것이 아닌가, 지금 생각해 보면 그렇습니다. 그런데 선친께서는 그야말로 어려운 시절에 인술(仁術, 의술)을 베푸시고 아마 남들이 평가하기에는 봉사와 희생을 실천하신 분이다, 아마 그렇게 이야기를 들으실 수 있을 정도로 어려운 분들을 많이 도와주시고 했던 것을 제가 기억을 하고 있습니다. 이런 것이 선친께서 가시는 길과 제가 가는 길은 달라도, 결국은 베푸는 것, 어려운 사람들한테 베푸는 것은 마찬가지 아니냐, 그러다 보니까 부친의 길이 결국은 저의 가는 좌표에 큰 영향을 미쳤다, 이렇게 생각을 하게 됐습니다.

면담자: 원래는 보통은 부친이 의사시면 자식도 같은 길을 가기를 상당히 권하고 원하는 경우가 많은데, 선친께서 법학의 (길)로 인도를 하신 게 좀 특이합니다.

구술자: 선친께서 인도하셨다고까지는 아니지만, 당신께서 생각하실 때 그때 시절에 의사가 돼서 의술을 베푼다는 것이 굉장히 힘드셨다고 생각이 들었던 모양입니다. 그러기 때문에 당신 자신은 그렇게 하시더라도 그래도 자식한테는 그런 어려운 직업을 물려주는 것은 좋지 않지 않겠느냐, 그런 생각을 하신 게 아닌가, [웃음] 이렇게 생각을 합니다. 그러면서 저한테 꼭 '어디를 가라. 어디가 좋겠다.' 이런 말씀은 안 하셨는데, 다만 아까 말씀드린 대로 사회 자체가 공직에 대한 열망이 아주 강하게 대두되던 그런 시절이기 때문에, 학교 성적이 좋고 하니까 '너는 법대 쪽으로 가서 일을 하는 것이 좋겠다.' 하는 것들이 주위의 어른들의 말씀들이고, 그래서 저도 모르게 은연중에 그렇게 간 것이 아닌가, [웃음] 이렇게 생각을 합니다.

면담자: 예예. 재판(관)님의 삶과 인생관에 좀 영향을 주신 집안 어른이나 스승이 혹시 있는지, 있다면 그런 분들이 어떤 가르침을 주신 게 아직 강하게 기억에 남았는지요.

구술자: 선친께서 남을 위해서, 어려운 사람들을 위해서 많이 베풀고 하신 거, 그거는 제가 생활을 하면서 법조인으로서 '많은 사람들의 어려움을 해결해 주고 베풀어야 된다.' 고 생각하는 것의 기본적인 틀이 됐다는 것, 이것은 다시 말할 필요가 없는 그런 부분입니다. 그런데 제가 이렇게 쭉 생활을 해오면서 느꼈던, 마음속에 가다듬고 다시 생각하고 했던 그런 부분들이 제가 머리가 커서 어떤 많은 걸 생각하고 할 때가 아니라 아주 어렸을 때, 특히 제가 초등학교 들어가서 얼마 안 있었을 때가 그때가 6.25동란(動亂)이 마무리가 되고 사회적으로 여러 가지 혼란한 그런 상황이었을 때 사람이 사람으로서의 대우를 받는 것이 모자란 그렇게 대우를 못 받는 그런 그 시절이었기 때문에 여러 가지 어려움이 많았었는데, 그때 담임선생님이신 여선생님께서 아마 지금으로 우리가 평가를 하면 '인간의 존엄' 그다음에 '평등', 이런 거에 대해서 상당히 많은 말씀을 하시고 '서로가 서로를 아끼고 돕고 그러고 살아야 된다. 그렇게 해야만 이 어려운 세상에서 헤쳐나갈 수가 있다.' 이런 것들을 강조를 하셨고, 당신이 전쟁통에 남편을 여의었으면서도 우리 학생들을 위해서 그렇게 열심히 해주시고 막 그렇게 하셔서 문자 그대로 인간의 존엄과 평등을 실천하신 그런 분이었기 때문에 지금도 그분 생각이 상당히 많이 나고 있습니다. 그리고 조금 인지가 깨이고 조금 크면서는 고등학교를 다닐 때, 두 분 선생님께서 지금 기억에 나는 분이 계시는데 그분들은 늘 하시는 말씀이 '남에게 베풀고 도움을 주고 서로가 응원해주고 이런 것이 필요하다. 너희들이 각자 자기만 모든 것을 원하는 대로 받고 그렇게 생각하지 말아라.' 그러면서 남을 돕고 베푸는 데 힘을 써야 한다는 것들을 계속 강조해서 말씀을 하시고, 그리고 '여러 가지 어려움이 많았을 때 그것을 자제하고 극기를 하는 그런 자세가 필요하다.' 하는 것을 계속해서 말씀을 해주셨습니다. 그러다 보니까 그런, 한 분은 '아주 그 인간으로서의 대우를 받아야 한다.'는 그런 측면하고, 한 분은 '남에게 많이 베풀어야 한다.'는 그런 점, 이것들을 두 부류의 선생님들께서 그렇게 강조를 해주셨기 때문에 지금도 남을 위해서 베풀고 도움을 주고 해야 된다는 것은 막 은연 중의 머릿속에서 그대로 남아 있는 게 아닌가? 그래서 이제 뭐 다들 돌아가셨지만, 이 세 분 선생님들에 대해서는 지금도 상당히 고맙고, 감사하다는, 그런 생각을 가지고 있습니다.

3. 법관으로서의 사법철학 (00:18:16~00:28:03)

면담자: 그래서 결국 이런 가르침이 바탕이 됐는지 법조인으로서 생활을 하시면서 30년 동안 법관 생활을 하시고 또 6년 동안 헌법재판관 (생활을) 하시(면서) 총 36년간 봉직을 하셨는데 그런 것들이 재판관님의 사법철학(司法哲學)의 기초가 되지 않았나 싶기도 한데요. 재판관님의 사법철학에 대해서 소개를 해주시고, 후배 법관들한테 하고 싶은 말씀이 있으면 좀 해 주십시오.

구술자: 아까 말씀드린 그런 세 분 선생님들의 기본적인 생각, 남을 돕고 남한테 베풀고 이것을 법조계에서 어떻게 실현하느냐 하는 문제가 제가 법조인이 되고 나서 생각하는 커다란 문제였었는데, 그것은 결국은 '모든 사건을 맡아서 제대로 판단해서 처리해주면 그것이 여러 사람을 돕는 길이 아닌가' 하는 생각을 갖게 됐습니다. 내가 편하게 간단히 처리하고 내가 쉽게 일을 마치고 이것이 아니라, 모든 것을 제대로 심리해서 제대로 판단해서 제대로 만든 결론을 내려서, 또 그것도 딱 한 번에 모든 걸 종국적으로 해결할 수 있도록 하는 그런 일을 해야 하겠다 하는 것이 제가 생각하게 된 제일이라고 그렇게 보고 그렇게 하다 보니까 제 자신의 행동이나 일에 있어서도 제 자신이 봐도 그 길을 가는 것이 아닌가 하는 생각이 들었습니다. 그래서 그것을 이쪽 법 쪽으로 돌아와서 말씀을 드리면 법관 생활을 하면서 일주일에 한 번씩 법정을 들어갈 때는 꼭 거울 앞에서 법복을 가다듬으면서 '과연 내가 하는 재판이 무슨 의미가 있고, 누구를 위해서 하는 거고, 어떻게 해야 되는 것이냐?' 하는 것을 꼭 한 번씩 생각을 해봤습니다. 결국은 사법의 본질과 목표를 계속 새겨 봤다는 그런 얘기가 되겠죠. 그래서 그때 생각한 것이 결국은 '법과 양심에 따라서 적법한 절차를 지키고, 그다음에 실질적으로 판단해서 합리적으로 모든 문제를 해결한다.' 하는 게 저 자신이 할 일이다, 이런 생각을 가졌습니다. 그런데 법관 생활을 시작하면서 그런 것들이 가장 기본적인 일이었었는데, 세상이 바뀌고 많은 사람들이 더 많은 걸 요구하고 그럴 때는 그것만 가지고는 부족하지 않느냐 생각하고 저 자신이 지키고 또 앞으로 우리 후배 법관들이 꼭 지켜줬으면 하고 생각되는 것, 그게 몇 가지가 생각이 나서 저도 거기에 관심을 가지고 노력을 했지마는 그게 얼마만큼 됐는지 그거는 지금 확답을 드릴 수는 없는 것 같습니다. 다만 그것이 어떤 문제냐 하면, 재판이 지금 어떤 결론이 옳고 결과가 타당하다고 하더라도 법정에서 그것이 과연 제대로 나의 억울함을 제대로 대변할 수 있게 재판 절차가 진행됐느냐 하는 것, 이것도 법관이 챙겨야 한다, 그리고 하나하나 개개인의 사건에 있어서 어떤 정의가 지켜진다고 하더라도, 여럿을 놓고 볼 때 그 외관에서도 모든 게 다 공평해야 한다, 그런데 그걸 줄여서 한번 말씀을 드려보면, '판단과 결론이 적정해도 절차가 적법해야 한다.' 그다음에 '내실로 정의가 지켜진다고 하더라도 외관으로 공평해야 한다.' 이게 법관들에게 꼭 드리고 싶은 말이 아닌가, 이렇게 생각을 합니다. 그런데 이렇게 얘기를 하면 법관들이 굉장한 부담을 가질 수밖에 없어요. 왜 그러냐면 법에 맞춰서 제대로 판단을 하는데 거기에서 더 나가서 그런 문제까지 생각하라고 하는 거니까 어쩌면 부담이 돼서 좀 힘이 들지는 모르겠지만, 그래도 이 사회가 요구하고 사람들이 필요로 하는 것이 그런 점이기 때문에 조금 힘들더라도 그 점은 지켜야 한다, 이런 생각을 하게 됐습니다.

면담자: 재판관님에 대한 언론이나 세간의 평가 중에 가장 많이 얘기되는 게 '균형과 실력으로 이름난 정통 법관'이다, 이런 거거든요. 저 그리고 재판관님께서도 헌법재판관 취임사와 퇴임사에서 그 '균형적 감각과 탄력적 사고' 이런 걸 이제 언급하신 걸 제가

본 적이 있는데, 이제 이와 관련해서 좀 구체적인 내용과 그걸 강조하시게 된 배경이랄까? 이런 게 좀 궁금하거든요.

구술자: 지금 지적하신 균형적인 감각, 탄력적 사고는 누구나 다 가질 수 있고, 생각해야 할 문제가 아닌가, 이렇게 보여지기는 하지만, 이걸 지킨다는 게 상당히 어려운 게 아닌가, 결국은 균형적 감각과 탄력적 사고를 갖는다고 하는 것을 우리 옛날에 어떤 인간적인 그런 측면으로 돌아가서 보면 그것이 바로 '중용(中庸)'이 아닌가, 이렇게 생각을 합니다. 그런데 그걸 쉽게 풀어서 말씀을 드리면 '한 곳에 매달리지 않고 두루 살펴서 사리에 맞게 생각하고 그것을 받아들인다.' 그렇게 하기 위해서는 '지나치거나 모자람이 없이 한쪽에 기울거나 치우치지 않고 떳떳하고 그것을 바뀜이 없이 끝까지 지켜나가야 한다.' 그래서 이런 중용의 도가 말씀으로 드리면 상당히 옳은 길이고 바른 길이고 지켜야 할 길인 것 같지만, 실제에 있어서는 상당히 그게 어려운 길이다, 그렇게 생각하지 않을 수가 없습니다. 그런데 만약에 이것을 제대로 지켜야 한다고 한다면 결국은 요즘 말로 하면 답답한 사람이 될 수도 있는 것이고, 그러기 때문에 그런 '사회 현실적인 그런 측면하고, 이런 기본적으로 지켜야 한 중용의 길하고를 어떻게 조화시켜서 소화시키느냐 하는 문제, 이것이 굉장히 큰 문제가 될 수 있는 것이고, 또 실제로도 그렇게 되고 있습니다. 그런데 제가 재판관으로 지명이 됐을 때 그 과정이나 인사청문회를 겪으면서 그때도 주변에서, 특히 언론에서 '합리적 중도'라고 하는 그런 평가를 해주셨습니다. 고마운 말씀인데, 아까 말씀드린 중용지도(中庸之道)를 생각하면 참 답답하고 힘든 얘기입니다.

면담자: [웃음] 예.

구술자: 그런데 왜 제가 그런 입장을 취하고, 왜 그런 생각을 하고, 그런 사고방식을 쌓게 됐느냐? 결국은 거슬러 올라가면은 저희 집안에 선조들께서 조선조 말기에 상당히 어려운 상황을 겪으셨는데 그때 지키셨던 어떤 그 길, 이것이 대대로 내려오면서 어디서 모나지 않게 모든 걸 제대로 누구나 수긍할 수 있는 그런 자세를 가져야 한다, 이런 가르침을 쭉 받아왔기 때문에 그런 생각을 하고 그것이 사회를 살아가는 데 있어서 상당히 합리적이고 좋은 길이 되지 않았나, 이렇게 생각을 해서 조상님들에 대해서 고맙다는 생각을 다시 한번 하게 되기도 했습니다.

4. 엄격한 법 적용 원칙을 적용한 판결 회고 (00:28:04~00:45:18)

면담자: 예. 재판관님이 서울지법 형사합의부(에) 계실 때 그때 재판한 것들이 상당히 좀 눈에 띈 재판들이 많아서 언론에 많이 보도되고 했는데 특히 재판관님의 그 '엄격한 법 적용 원칙' 이게 그때 당시에 언론에 많이 강조가 된 걸 본 게 있거든요. 그러니까 1996년인데 '정신 장애인을 성폭행한 혐의로 구속기소(拘束起訴)된 청소년 2명에

대해서 공소기각(公訴棄却) 판결'을 내린 게 상당히 인상적이었습니다. 당시 적용된 '성폭력법 제8조[3]가 장애인에 대한 성폭행을 규제하기 위한 입법 취지는 명백하나, 신체장애자만을 규정하고 있어 죄형법정주의 원칙에 따라 유추 해석을 할 수 없다.' 는 그 이유에서였죠. 이 판결은 관련 법을, 조항을 개정하는 걸 이끌어 내기도 했는데, 이 사건이 유명한 사건인데 기억나시는지(요)?

구술자: 예. 기억납니다. 말씀하신 판결이 결국은 '성폭력특별법[4]의 피해자 범위'가 문제 됐던 사안입니다. 그런데 그 성폭력특별법에 보면 '신체장애로 항거 불능인 여자' 이렇게 돼 있습니다. 그럼 '신체장애에 정신장애가 포함이 되느냐?' 검사가 정신적으로, 죄송한 말씀입니다만, 부족한 사람을 성폭행한 사건에 관해서 이 조항으로 기소를 했습니다. 그 사건을 맡아서 처리를 하면서 음… 재판장 입장에서 이 피고인이 저지른 소위 '범죄 이전에 못된 짓' 이것은 응징을 받아야 마땅한데, 성폭력특별법에 보면 피해자의 범위를 '신체장애로 항거불능인 여자' 이렇게 한정을 해놨습니다. 그런데 이 형사법에 있어서 대원칙이 '죄형법정주의'입니다. 그중에서 특히 '명확성 원칙'과 '유추해석 금지 원칙', '신체장애 속에 어떤 육체적인 그런 것뿐만 아니라 정신적인 것까지도 포함되느냐?' 명확성 원칙에 위배가 됩니다. 그리고 유추해석, 그럼 '신체장애 속에 정신장애까지 포함된다고 유추해서 해석할 수 있느냐?' 그거 하지 말라는 겁니다. 이 두 가지 원칙에 위배되다 보니까 결국은 크게 '죄형법정주의에 위배돼서 성폭력특별법에 의해서 처벌할 수는 없다.' 그래, 그랬더니 일부에서는 '그렇게 나쁜 사람을, 그렇게 나쁜 사람을 처벌하지 않는다는 것은 국가가 형벌권 행사를 포기하는 것이 아니냐?' 저는 그렇게 얘기를 했죠. '그것은 형벌권 행사를 포기하는 게 아니라 법원이 제대로 판단할 수 없도록 법이 잘못된 것이다.' 그렇기 때문에 이 속에는 '신체장애뿐만 아니라 정신장애까지 포함시키는 것으로 입법을 해야 된다.' 이 점을 법정에서 강조를 하고, 막 그것이 언론에 알려지면서 다행스럽게도 곧바로 법이 정신장애를 포함하는 것으로 개정이 됐습니다. 그래서 어떻게 보면 이제 그 입법을, 좋게 얘기하면 유도한 것이고.

면담자: 그렇죠.

---

3) 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제8조(장애인에 대한 준강간등) **신체장애**로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대해 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다. ⇒ **신체장애 또는 정신상의 장애**로 항거불능인 상태에 있음을 이용하여 여자를 간음하거나 사람에 대하여 추행한 자는 형법 제297조(강간) 또는 제298조(강제추행)에 정한 형으로 처벌한다.<개정 1997.8.22>

4) 성폭력특별법: 성폭력 사범의 처벌을 대폭 강화하고 피해자보호장치를 마련한 법률으로, 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 인권신장과 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다. 1993년 12월17일 국회를 통과한 해당 법안은 1994년 4월 1일부터 시행됐다. 이후 2011년 1월 폐지된 뒤 여성가족부 관할의 '성폭력 방지 및 피해자보호 등에 관한 법률'과 법무부 관할의 '성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법'으로 분할·시행되고 있다. (출처: 네이버 지식백과 시사상식사전, https://terms.naver.com)

구술자: 좀 강하게 얘기하면 입법하도록 꾸짖은 것이다. 저는 그렇게 생각을 하고 있습니다.

면담자: 그 재판의 판결이 이렇게 입법을 그렇게, 뭐랄까, 강제하는 건 아니지만, 입법을 권고하고 입법을 유도하는 그런 케이스(case)가 많습니까?

구술자: 생각만큼 많지가 않습니다. 근데 헌법재판에서 헌법불합치(憲法不合致) 결정을 했을 때 그 불합치 이유를 들어서 법을 개정하는 일은 종종 있는데 이처럼 '죄형법정주의에 위배 된다.'든가, '명확성 원칙에 위배 된다.'든가, 그래서 처벌할 수 없으니까 이 법을 개정해서 처벌의 근거를 마련 해야 된다. 뭐 그렇게 하는 거는 그 사건을 담당한 재판장으로서는 쉽게 생각할 수 있는 부분이지만, 그것이 입법 과정에까지 연결되는 거, 이것은 그렇게 어려워서 그런지, 관심이 없어서 그런지는 모르겠지만 그렇게 숫자가 많지는 않습니다.

면담자: 이 판결은 어떻게 보면 이제 개별 판결이지만 거의 헌법재판 비슷한 그런 효과를 거둔 거죠.

구술자: 맞습니다. 네네. 그렇습니다.

면담자: 그리고 그다음에 1976년인데요. 이때 긴급조치 시기였죠. 긴급조치 9호[5] 시기였는데 서울지법 영등포지원 초임 배석 판사 시절에, 수업 시간에 "후진국일수록 1인 정권이 오래 간다."는 등의 말을 해 '긴급조치 9호 위반으로 기소된 고교 교사에게 무죄 판결'을 내린 적이 있습니다. 그 당시 긴급조치 9호 사범에게 무죄를 선고한 예가 거의 없었던 것으로 알고 있습니다.

구술자: 그게 처음이자 마지막입니다.

면담자: 재판장이던 이영구 부장판사는 그 판결 2개월 뒤에 전주지법으로 전보됐다가 다음 달 사표를 냈는데(요.)

구술자: 사의를 표명했죠.

면담자: 상당히 그때 당시에는 그렇게 크게 알려지지 않았지만, 상당히 법조계 안에서는 큰 사건이지 않았습니까?

---

5) 긴급조치 제9호(緊急措置 第九號): 유신헌법을 부정·반대·비방하는 행위 등을 금지하고 이를 어길 경우 1년 이상의 징역에 처한다는 내용 등을 담고 있는 박정희 정부 때인 1975년 5월 13일 선포된 긴급조치로 1979년 10·26사건으로 박정희 전 대통령이 사망한 직후 신군부의 주도로 헌법이 개정될 때까지 약 4년간 지속되면서 국민들의 기본권을 제약함. 헌법재판소는 2013년 3월 긴급조치 9호에 대해 재판관 전원 일치 의견으로 '국민의 기본권을 과도하게 제한해 위헌'이라고 결정 (출처: 네이버 지식백과 시사상식사전, https://terms.naver.com/)

구술자: 아, 지금 말씀하시는 그 초임 판사 시절 그때는 유신체제 하에서 문자 그대로 암울했던 시절입니다. 그때 소위 시국사건, 긴급조치 위반이나 국가보안법 위반이나 반공법 위반이나, 이런 시국 사건을 맡는다고 하는 것은 무척 힘든 일이었죠. 그런데 그때 제가 초임 판사 시절인데, 초임 판사 시절에 재판에 관한 여러 가지를 열심히 노력해서 배우고 일을 처리해 나가고 할 때에 그런 어려운 상황에 처하니까 개인적으로도 굉장히 근심과 걱정도 많고 정말 힘들었던 그런 시절이었습니다. 그러나 오히려 어떻게 보면 법관으로서 순수했던 시절에 형사법의 기본 원칙을 제대로 적용한 판결이었다, 저는 이렇게 생각을 합니다. 아까 말씀드린 것처럼 장기 집권을 비판했다고 긴급조치 위반으로 여고 사회과목 교사가 기소가 됐습니다. 그래서 재판을 거쳐서 무죄를 선고했는데, 그 무죄를 선고한 이유는 긴급조치에 보면 사실을 왜곡해서는 안 된다, 사실을 왜곡해서 전파해서는 안 된다, 이런 내용이 들어 있었습니다. 그래서 '지금 정권이 장기 집권을 하려고 한다는 것은 사실을 왜곡한 것이다'라고 해서 기소가 됐는데 그때 상황이나 이런 것들에 여러 가지 비춰봐서 '이것은 사실을 왜곡한 것이 아니라 결국은 그건 사실이 아니다'는 얘기입니다. 다만 '이것은 현실에 대한 국민으로서의 생각을 나타낸 것이다' 이런 이유로 무죄를 선고했습니다. 그랬더니 주변에서는 정말 그 당시 분위기로는 맞지 않는 판결이다 하면서 상당히 놀라고, 또 어떻게 보면 앞으로 이런 동종 유사한 사건에서 어떻게 재판이 진행돼 나갈지 걱정을 하는 그런 분위기들이 상당히 많이 커졌죠. 그런데 그때 그러면서도 저희 재판부로서는 요즘 흔히 말하는 법과 원칙에 따라서 한 재판이기 때문에, 그것은 '나중에 옳고 그른 것은 역사가 판단을 할 것이다' 이렇게 생각을 하고 세월이 지나기를 기다린다 하는 그런 생각이었는데, 안타깝게도 대법원의 인사 발령에 의해서 제가 모시던 재판장께서 전주지방법원으로 좌천이 됐고, 그때 그래서 주변의 사람들은 이게 '전가의 보도[6]냐?' 하는 그런, 어떻게 보면 비아냥 아닌 비아냥을 또 했고 막 이랬는데, 재판장께서는 의연하게 '대법원이 이것이 문제가 된다고 해서 그런 불이익을 줬다면 그것이 불이익이라면 받아야 된다. 그런데 그것이 불이익이냐 아니냐 하는 문제는 지금 당장 따질 문제는 아니다. 나중에 역사가 가늠해서 판단을 할 것이다.' 그러면서 전주로 내려가셨고, 그랬다가 얼마 안 있다가 조금 사회 분위기가 잠잠해지니까 아마 더이상 이 문제 가지고 여러 판사들한테 부담을 줘서는 안 된다고 그래서 사직을 하셨죠. 그런데 지금 생각해보면, 개개의 판단을 가지고 그것이 고등법원이나 대법원에 있어서의 2심, 3심 재판이 얼마든지 남아 있고 또 여기에 대한 국민적 감정이나, 또는 일반 사회적인 판단 이런 것들을 충분히 받아볼 수 있는 상황인데도 그 판결이 선고되는 즉시에 아무런 이유도 없이 정기 인사도 아닌데 그런 좌천 발령을 낸 것은 어떻게 보면 결국 사법권의 독립을 저해하는 잘못된 처사가 아닌가? 지금은 그런 생각을 하고 있습니다.

---

6) 전가의 보도(でんかのほうとう [伝家の宝刀]): 가보로 내려오는 명검, 함부로 쓰지 않는 비법에 비유, 만병통치약 같이 아주 잘 듣는 해결책, 아무 때나 쓸 수 있는 매우 강력한 권한 등을 의미.

면담자: 그때 세 분 판사님들이 다 거기 일치된…

구술자: 그렇죠.

면담자: 판단이었는데 그걸 부장판사가 책임을 진 셈이네요.

구술자: 말하자면 리더로서의 책임이다, 뭐 그런 차원이 아닌가 싶습니다만 그러나 저희들 입장에서는 상당히 안타깝고, 또 어떻게 보면 죄송스럽고 때에 따라서는 저희들 젊은 법관들이 더 그것을 강조했을지도 모릅니다.

면담자: 그렇죠.

구술자: 그때 일을 지금 다 기억을 하는 건 아니지만 그렇게 하다 보면 저희들의 어떤 강한 의지 때문에 재판장께서 불이익을 당하신 게 아닌가? 그런 생각도 들다 보니까, 얼마 전에 돌아가셨다고 들었는데[7] 정말 죄송한 생각도 들고 막 그렇게 걱정을 했습니다.

면담자: 그러니까 엄격한 법 적용, 이런 부분이 이런 시국 사범뿐만 아니라 국가보안법 관련 사건에서도 나타나는데요. 1998년 '경제 전문지를 북한 공작원에게 전달해 간첩 혐의 등으로 기소된 피고인에게 대중매체가 아닌 전문지라도 일반인이 조금만 관심을 가지면 알 수 있는 내용이라면 국가기밀에 해당하지 않는다'고 하며 무죄를 선고한 판결이 유명합니다. 같은 해죠. 그때 동시에 바로 이틀 뒤인가 그런데 '북한 동포 돕기 성금을 조총련[8] 간부에게 송금한 혐의로 구속된 피고인에게도 검찰이 적용한 국가보안법상의 편의 제공에 대해 무죄를 선고하고 회합·통신 등의 죄만 유죄로 인정'하셨습니다. 아무리 법 적용을 엄격하게 하더라도 당시 분위기에서 국가보안법 사범에게 무죄를 선고하기가 쉽지 않았을 텐데요?

구술자: 그때 당시에 제 생각을 그대로 말씀을 드리면, 형사재판이라고 하는 것은 기소된 사실이 죄가 되는지 그걸 우선 판단해서 거기에 대해서 적정한 형을 정하는 그런 절차입니다. 여기에서 양형을 어떻게 하느냐, 실형을 하느냐, 집행유예 판결을 선고하느냐 하는 것은 법관에게 주어진 고유의 양형 권한입니다. 어떻게 보면 재량적인 행위라고 볼 수가 있겠죠. 그러나 이것이 유죄냐 아니냐 하는 문제는 법관이 재량으로 판단할 건 아니다, 이런 생각이 들었습니다. 유죄냐 무죄냐는 엄격하게 해석을 해서 이것이 그 법이 이루어진 목적, 동기, 처벌하고자 하는 범위, 이런 것에 포함되는지

7) 2017년 11월 18일 향년 85세의 일기로 별세함.
8) 조총련: 재일본조선인총연합회(在日本朝鮮人總聯合會)의 약칭으로 친북한계 재일본인 단체.

를 엄격하게 해석해서 유무죄를 가린 다 음에 여러 가지 사회적 사정이나, 또는 그 피고인 개인의 사정이나 시국에 관련된 여러 가지 문제들을 고려해서 적정한 양형을 해야지요. 결국은 '형벌 법규를 해석하는 것은 엄격해야 된다' 이건 대원칙이 아닌가 하는 얘기죠. 그런데 여기서 일반 형사 법규는 그렇게 해석을 하고 오로지 국가보안법이나 반공법이나 이런 것에서만큼은 그렇지 않다고 하는 것은 형사법 전체를 아울러서 볼 때 적절한 것이 아니잖느냐? 이 법규에 해당이 안 돼서 무죄가 선고가 된다면, 그 행위를 처벌하려면 그 행위를 처벌할 수 있도록 법규를 새로 만들어야 한다, 입법을 해야 한다, 이런 얘기가 되는 겁니다. 그러니까 이것이 법에 의해서 처벌 받을 수 있는데도 처벌(을) 안 했다는 얘기가 아니라, 처벌하려야 처벌할 수 없는 것이다, 바꿔 말하면은 '입법의 불비(不備)'다, 이런 얘기가 되겠죠. 그래서 형벌 법규를 해석하는 데 있어서 죄의 유무는 엄격하게 해석해야 한다 하는 것이 대원칙이다, 이런 생각이 이런 사건들의 재판에 임하는데 가졌던 생각이고 거기에 따른 결과가 아닌가, 이렇게 생각을 합니다.

면담자: 그 당시 '(국가보안법상의) 편의 제공이라든가, 국가기밀 누설에 대해서 엄격한 법해석 기준을 제시했다고 해서 검경의 무리한 기소를 견제하는 판결이었다.' 이런 평가가 있었던 것으로 기억이 납니다. 그리고 부산고등법원 부장판사 시절에는 유명한 '도롱뇽 소송'을 하시면서…

구술자: 그 사건은 제가 하지 않았습니다.

면담자: 아, 그렇습니까? 그때 이건…

구술자: 그거는 김종대 재판관이…

면담자: 아, 예.

구술자: 제가 이거(질문지) 보다 보니까 하나 그게 잘못 돼 있더라구요.

5. 형사사건 양형 원칙과 판결 사례 (00:45:19~00:56:21)

면담자: 잘못 돼 있군요. 죄송합니다. 그다음에 재판관님께서는 뇌물을 받은 공무원, 그리고 부녀자를 성폭행한 피고인, 그리고 국민 보건을 침해한 사범에 대해서는 굉장히 가차 없이 준엄한 형을 선고하셨습니다. 특별히 기억나는 사건을 소개해 주시고 뒷날 헌법재판의 바탕이 됐던 그런 점이 있다면 좀 들려주셨으면 합니다.

구술자: 저는 형사사건에서 형을 정할 때, 소위 양형을 할 때 하나의 기본 원칙이 있었습니

다. 범죄의 유형이나 죄질 또는 피해 성질이나 정도, 이런 것들을 잘 교량해서 하나의 양형 군을 만들어야 한다, 같은 형사사건이라고 하더라도 또 그 사건으로 처벌받을 피고인이라고 하더라도 이러이러한 범죄에 대해서는 엄하게, 이런이런 범죄에 대해서는 가능하면 관용을 베푼다, 이런 양형 군을 만들어 놓고 그 군에서 개개 사건은 여러 가지 기록상 나타난, 재판에 나타난 이런 요소들을 종합해서 양형을 특화해야 한다는 생각이었죠. 그것이 제가 형사사건에서 양형을 하는데 기본 원칙이었었습니다. 그런데 그렇게 하다 보니까 거기에 맞는 것이 '고위공직자의 수뢰 사건'이었습니다. 고위공직자 수뢰 사건을 꽤 여러 건을 했는데 그중에서 가장 지금 기억에 남는 것이 아마 그때 당시에 일국의 장관이 무기 중개상들의 농간에 놀아나서 뇌물을 받고 뭐 했던 그런 사건이 옛날에 있었습니다.

면담자: 그렇죠. 이양호(李養鎬) 국방장관 때죠.

구술자: 그런데 그 사건에서 저는 법정에서 아주 엄하게 얘기를 했습니다. 무슨 얘기를 했냐면 '세상을 편하게 산 보통 사람들이 잘못했을 때는 꾸짖으면 된다. 그러나 나라를 세우고 나라를 지키고 나라를 이끌어갈 공인이 잘못을 했다면 그 동기가 비록 간단한 거라고 하더라도 그것은 역사에 남는 죄가 된다. 그러기 때문에 엄벌한다.' 이런 말을 남겨서 그것이 언론에서 회자된 일도 있었습니다. 그런 고위공직자의 수뢰, 그리고 그때 또 어떤 일들이 많이 있었냐면 그때 지방자치가 활성화되면서 지방자치 선거로 당선된 지자체장들이 뭔가 생각을 잘못 해서 수뢰를 하는 경우가 상당히 많았었습니다. 그래서 이제 그것도 하나의 특별한 양형 군으로 생각을 해서 거기에도 엄한 벌을 내렸고, 그다음에 아까 말씀드린 성폭행 부분은, 남자의 위력을 이용해서 여자의, 어떻게 보면 일생을 송두리째 흩트려 놓는 그런 상황이 아니냐? 그리고 그거는 결과가 어떻고를 떠나서 그런 범행을 한다는 것 자체, 그 생각 자체가 이것은 정말 엄벌해야 할 그런 부분이다, 법적으로 말하면 범죄적 악성을 우리가 충분히 추단(推斷)할 수 있는 그런 부분이기 때문에 여기에 대해서는 엄하게 벌을 할 수밖에 없지 않느냐? 그리고 그때 또 엄하게 했던 것 중의 하나가 '보건 범죄'가 상당히 많이 있었습니다. 전 국민이 남녀노소를 불문하고 다 먹고 해야 할 그런 음식을 그렇게 함부로 만들어서 유통하고 판매하고 하는 것, 그것은 도저히, 국민 전체를 피해자로 만드는 길이기 때문에 엄벌하지 않을 수가 없다, 그런 내용이 있었죠. 그래서 그런 것들, 저는 이런 것들을 '공직의 범죄' 하고, '비윤리적 범죄', '비인륜적 범죄'라고 그렇게 생각을 했습니다. 그런데 사람들이 흔히 얘기하는 인간으로서는 할 수 없는 범죄…

면담자: 그렇죠.

구술자: 예를 들어서 사람과 사람이 다투다가 한 대 때려서 어디가 잘못 다쳤다. 그것은 인

간으로서는 할 수도 있지 않나? 좀 표현이 어떨지 모르겠지만요. 그러나 이런 성폭행이나 보건 범죄나 이런 것들은 인간으로 태어나서는 해서는 안 되는 범죄가 아닌가? 그래서 결국은 그런 점에서 중하게 처벌할 수밖에 없지 않느냐? 이런 생각을 가졌던 겁니다. 그런데 그 사건 중에서 여러 가지를 했습니다마는 기억에 남는 것 중에 '마약법 위반 사건'이 있었어요. 마약법이 굉장히 엄하게 법정형이 정해져 있었어요. 그런데 형식적으로는 구속요건에 해당은 되지만 실제로 피해의 정도라든가 이런 것들에 비춰볼 때 그렇게 엄하게 형벌을 가할 수 있는 것이 아니잖느냐? 이런 생각이 들었었는데, 그러나 그때는 위헌법률심사 제도가 없었기 때문에 법정형에 따라서 처벌을 할 수밖에 없는 것이고, 그래서 이건 너무 양형이 무겁지 않느냐, 그래서 거기에 맞게 양형을 정하는 방법이 없겠느냐를 상당히 고민하고 많은 노력을 했죠. 그러나 위헌법률심사의 제도가 아직 생기기 전이니까 헌법재판소가 출범하기 전이라서 결과적으로는 그걸 못했는데, 헌법재판소가 출범한 다음에 그 마약법이 개정이 됐습니다. 그래서 전체적으로 형량을 다 낮춰서 충분히 거기에 맞춰서 조정해서 처벌할 수 있도록 그렇게 바뀌었습니다. 그래서 그런 생각이 그 사건을 보면서 느꼈던 바가 나중에 법정형이 무겁다고 해서 위헌법률심사가 제기된 그런 사건에 관해서는 좀 더 깊이 한번 들여다보고 더 생각을 하고, 그렇게 했죠. 그래서 그거는 그런 위헌법률심사를 하게 하는데 하나의 커다란 계기가 됐던 사건이 아닌가 이렇게 보여집니다.

면담자: 그리고 서울중앙지법 형사수석부장으로 재직하신 2003년부터 한 2년여 동안은 대형 형사사건과 부정부패 사건 그리고 정치적으로 민감한 사건이 집중되던 시절이었습니다. 당시 불법 대선자금 사건과 같이 사회적 관심이 집중된 그런 대형 사건을 다루실 때 원칙에 따라 엄격하게 처리를 하신 것으로 아는데 그때 경험 중에 또 특별히 기억나는 게 있으면 좀 들려주십시오.

구술자: 그때도 지금 생각하면은 상당히 시기적으로 혼란했고 어려웠던 시절인데 그때 정권이 바뀌었습니다. 바뀌다 보니까, 법원이 해야 할 가장 기본적인 자세가 '정치적인 영향력을 차단해야 한다'는 겁니다. 특히 수석부장으로 있으면서 일선 재판장과 법관들이 그런 정치적 영향력에 어떤 문제가 된다면 그것은 재판 전체에 대한, 사법 전체에 대한 불신을 초래할 우려가 있기 때문에 이것을 어떻게 차단할 것이냐, 그 영향력이 조금이라도 있다면 결국은 불필요한 오해를 받게 된다 하는 그런 생각에서 이것을 막기 위해서 상당히 많은 노력을 했죠. 일선 법관들한테 법관으로서 가장 제대로 지켜야 할 것이, 바로 아까 후배 법관들한테 말하고 싶다고 했던 그 부분, '실질도 중요하지만 진행하는 절차, 형식 이것도 상당히 중요하니까 모든 사람이 재판이 정말 공정하고 제대로 정의롭게 진행됐다고 하는 것을 볼 수 있게 마음 자세를 가지고 그렇게 절차를 진행해서 재판에 임했으면 좋겠다.' 하는 것을 자꾸 많이 독려를 했죠. 그런데 그렇게 하다 보니까, 결국은 재판이 엄해지면 상대적으로 양형이 엄해질 수밖에 없는 것이 인지상정(人之常情) 아니겠습니까? 그러다 보니까 피고인들

의 변호인들이 '왜 갑자기 이렇게 법원이 엄격하게 해서 피고인한테 불리한 결과가 나오게 하느냐?' 이런 불만 아닌 불만을 얘기한 적이 있었습니다. 그때 제가 변호인들한테 드렸던 말씀이 결국은 '실질에 있어서 정의도 중요하지만 절차에 있어서 정의가 중요하고 절차가 제대로 지켜야지만 재판이 신뢰를 받고 국민들이 거기에 따를 수가 있다. 이 점을 양해해 달라.' 하는 그런 말씀을 제가 드렸죠.

6. 법원행정 제도 개선과 사법개혁 활동 (00:56:21~01:04:14)

면담자: 재판관님께서는 재판뿐만 아니라 법원행정과 사법개혁에도 큰 역량을 발휘하신 것으로 알고 있습니다. 송무심의관 시절에 검사·변호사보다 낮게 있던 피고인석을 높여서 지금과 같이 만들었고, (법원행정처) 인사관리실장 때는 법관 인사의 객관적 기준과 공평무사한 인사시스템을 마련하는 데 기여했다는 평가를 받았습니다. 서울중앙지법 형사수석부장 시절에는 '계좌추적 압수수색영장 전담판사제도'를 도입하는 등 국민의 신체와 재산, 프라이버시 보호를 위한 제도 개혁에 앞장서셨습니다. 법원행정과 사법개혁과 관련된 재판관님의 특별한 경험들을 좀 소개를 해 주셨으면 합니다.

구술자: 처음에 말씀하신 법정 설비 개선하는 문제는 그때 당시 제가 생각하기에는 '질 높은 재판을 위해서는 법정 설비가 제대로 갖춰져야 한다. 형사소송에서 피고인의 지위가 가시적으로 나타나는 것이 바로 법정이다. 법정이 제대로 돼 있으면 그 결과로 피고인 입장에서 제대로 된 재판을 받았다고 하는 생각을 할 수가 있고, 법정에 가시적인 설비가 제대로 안 됐다면 재판이 불만이다. 또 더 심하게 말하면 재판이 엉망이다. 이런 불만을 갖게 되기 때문에 그런 법정 설비를 개선하는 것은 질 높은 재판을 위해서 절대적으로 필요한 그런 부분이다.' 이렇게 생각을 했습니다. 우리의 형사소송법이 피고인의 지위가 '규문주의(糾問主義)[9]'에서 '탄핵주의(彈劾主義)[10]'나 '당사자주의[11]'로 다 전환이 됐는데도 피고인의 지위가 가시적으로 나타나는 법정에서 설비가 그걸 따르지 못하고 있습니다. 그렇다면 결국은 법정에서의 절차적인 정의가 지켜지지 않는 것이라고 하는 그런 징표라고 그렇게 봤기 때문에 형사소송법의 정신에 맞춰서 당사자, 즉 검사와 피고인의 지위가 대등하도록 그렇게 가시적으로 시설을 개선했던 거죠. 그다음에 인사실장 하면서는 인사 기준을 만들었습니다. 인사는 통상 인사권자의 전권에 관한 사항이기 때문에 그것을 보좌하는 사람 입장에서는 조심해야 할 그런 부분이 있다, 늘 뭐 그런 얘기들을 많이 쭉 해왔습니다. 그러나 그것은 어떻게 보면 시대가 바뀌면서 우리가 다시 한번 생각해 봐야 할 그런 부분이고, 법관의 인적인 독립, 이것은 결국 사법과 재판의 독립에 직결되는 문제다, 그리고 이런

9) 규문주의(糾問主義): [법률] 법원이 스스로 소송 절차를 개시하여 심리하고 재판하는 원칙.
10) 탄핵주의(彈劾主義): [법률] 형사 소송법에 재판 기관과 소추 기관을 분리하여 소추 기관의 소송 제기에 의하여 법원이 절차를 개시하는 태도
11) 당사자주의(當事者主義): [법률] 형사 소송 절차에서, 법원이 소송의 주도권을 당사자에게 주는 태도. 법원이 당사자 곧 원고와 피고의 공격·방어 방법에 간섭하지 않고 소송을 진행시키는 것을 이른다.

법관의 독립을 대외적으로 나타내는 징표, 이게 바로 인사다, 그리고 그러면 인사를 공평하고 예측가능하게 하려면 여러 가지 그동안에 있었던 인사 자료, 그다음에 개인의 어떤 상황, 이런 것들을 계량해서 데이터로 만들 필요가 있지 않느냐? 아마 그래서 그런 인사 기준을 마련하게 됐던 겁니다. 그리고 압수수색 영장은, 압수수색 영장에 대한 일반적인 인식이 제대로 정립이 되지 않았을 때입니다. 아마 그래서 그것이 어떻게 보면 범죄라고 하는 것, 또 수사라고 하는 것, 이것의 발단, 시초가 되는 그런 부분들인데 이것이 필요 이상으로 폄하되는 그런 입장에 놓여 있었고, 또 이 자체가 강제 처분이기 때문에 그렇게 생각보다 쉽게 절차가 진행돼서는 안 된다고 하는 그런 생각에서 구속영장하고 같은 궤에서 처리를 해야 한다, 이런 생각을 갖게 됐던 거죠.

면담자: 인천지방법원장 시절에도 '인신구속사무에 대한 처리기준'을 마련했다고 들었는데요. 같은 연장선상에서 그렇게 하셨는지요?

구술자: 그렇습니다. 범죄가 각 법원마다 보면 법원마다, 바꿔 말하면 각 지역마다 동종 또는 유사한 범죄가 있다고 하더라도 그 지역이나 사회 여건에 따라서는 많은 특색이 있을 것 같습니다. 에이(A)라는 지역에서는 갑(甲)이라는 범죄가 상당히 사회적으로 문제가 되고, 비(B)라는 지역에서는 을(乙)이라는 범죄가 또 문제가 될 수가 있고, 그래서 인천의 법원장으로 부임을 하면서 인천의 여러 가지 상황들을 이렇게 비추어 보니까 인천 지역에 맞는 인신구속의 기준을 만들 필요가 있다, 이렇게 생각을 해서 여러 가지를 종합해서 기준을 마련했습니다. 그런데 좀 시간이 지나다 보니까 구체적으로 지금 어떤 내용이었는지는 찾아보지 않고는 말씀드리기는 좀 어려운데, 그러나 지역별로 맞는, 지역에 맞는 그런 구속 기준이었다는 말씀을 드릴 수가 있습니다.

면담자: 지역 특성에 맞게 구속 기준을 마련한다는 게 상당히 인상적입니다.

구술자: 아마 인식적인 접근이 쉽지는 않은 부분입니다. 그러니까 모든, 서울에서 이루어진 범죄와 지방에서 이루어진 범죄가 같은 범죄라는 카테고리 속에는 다 들어가는데 이거는 엄하게 벌하고 이거는 약하게 벌하고, 이거는 구속하고 이거는 구속하지 않는 그것은 어떻게 보면 형평에 맞지 않는 것이 아니냐? 그렇게 보여지는데, 범죄라고 하는 것이 개인이 저지른 어떤 객관적인 사실 그 자체만을 말하는 것이 아니라 그 사회가 안고 있는 문제점까지도 다 포함하고 있는 그런 부분이기 때문에 이런 범죄가 어떤 지역에서 많이 이루어지고 있다면 사회적으로 그 지역이 낙후됐거나 아니면 뭐가 많은, 시설이 부족하거나 별생각이 없거나, 뭐 이런 것들이 아닌가 하는 이런 생각이 들다 보니까 양형도 그건 차별화에까지는 안 간다고 하더라도 합리적인 배분이 필요하지 않느냐, 그런 입장에서 그 기준을 마련하게 됐던 거죠.

면담자: 여기까지 하고 좀 쉬었다 하겠습니다.

구술자: 그러시죠.

7. 헌법재판관 임명 당시 소감과 각오 (01:04:15~01:12:02)

면담자: 계속하겠습니다. 2006년 8월에 대법원장 추천을 받아서 헌법재판관에 임명이 되셨습니다. 그 당시에 대법관 물망에도 오르셨는데요. 헌법재판관으로 임명된 소감과 그때 각오가 좀 기억나시는지요?

구술자: 그때 제일 그… 뭐, 각오랄까? 지금 제 생각은 우선 중요한 직책을 맡는다, 뭐 이런 거에 대해서 시대적인 책임, 그때도 여러 가지 사회적으로 변화가 있는 그런 상황이었기 때문에 시대적인 책임을 느낀다고 하는 거, 결국은 그런 시대적인 책임하에서 헌법재판관으로서 할 것은 결국은 헌법 질서와 가치를 지키기 위해서 노력하는 것이 아니냐, 그런 추상적인 말로 말씀드릴 수밖에 없지 않느냐, 그런 얘기인데요. 그래서 이제 취임사에서 한 말이 지금도 기억이 나는데 그때도 여러 가지를 얘기했습니다만 '균형적인 감각, 그다음에 탄력적인 사고, 그다음에 냉철한 이성, 열린 마인드(mind) 뭐 이런 것들을 지켜서 공정한 재판의 토대로 삼겠다.' 뭐 이렇게 말을 했습니다. 그 얘기는 무슨 얘기냐면 결국은 시기적으로 복잡하고 여러 가지 갈등이 있고 한 그런 세상에서 제대로 된 헌법재판을 하려면은 아까 말씀드린 그런 것들을 지켜야 하지 않겠느냐? 어떻게 보면 각오라기보다는 재판관으로서 가져야 될 어떤 의무적인 사항이 아닌가? 이렇게 생각을 합니다.

면담자: 법관으로서 법원장을 인천 한 곳을 하셨죠. 거기에 대해 아쉬움은 없었는지요? 또 법관 시절에 헌법재판과 관련해서 특별히 연관되는 경험을 하신 게 또 있는지요?

구술자: 제가 (인천지방법원) 법원장으로 부임했을 때 그때는 정말 제 개인적인 욕심은, 재판이나 사법행정하고 관련해서 그동안에 약간의 보수적이었던 제도, 절차 이런 것들을 정말 과감하게 사회 실정이나 국민 요구에 맞게 좀 개선했으면 좋겠다 하면서 실제로 법원장 하면서 한 몇 개월 동안에 인천법원에 많은 것을, 또 시설도 바꾸고 뭐 이렇게 해서 제 얘기 같습니다만 법원 직원들이나, 또는 법관들이나, 또는 민원인들한테 감사하다는 말씀도 듣고 그렇게 해서 조금 더 시간을 가지고 법원장으로서 역할을 하고 노력을 했다면 뭔가 좀 제도 개선이나 이런 거를 할 수가 있었는데 시간적으로 조금 아쉬웠다, 이런 말씀을 드릴 수 있을 것 같습니다.

면담자: 좀 아쉬움이 있었군요.

구술자: 그런데 제가 법원에 30년 가까이 있으면서 그때까지만 해도 법원의 입장이 그랬습니다. 결국은 공법보다는 사법, 그다음에 헌법보다는 형법, 그래서 민사사건, 형사사건에서 얼마만큼 법리를 잘 이해하고 그것을 적용해서 제대로 맞는 판결을 할 것이냐? 거기에 대해서 생각들을 많이 했지, 어떤 공법적인 측면에서 공법적인 규제 내지 통제를 하는 이런 거에 대해서는 별로 생각이 없었습니다. 제가 학창 시절에 공부를 할 때 우리 헌법재판소의 연구원장을 하셨던 허영 교수님이 독일에 갔다 오셔서 그때 학술지에 독일의 헌법재판 제도에 대해서 쓰셨던 게 있었습니다. 그걸 보니까 정말 밝은 세상을 보는 것 같은 느낌이 들었습니다. 그러면서 (헌법재판) 제도의 내용이나 이런 것들이 어떻게 될 건지, 이게 우리나라 실정에 어떻게 맞는 것인지 이런 것들을 쭉 한 번 검토를 해봤는데 역시 우리 주변에 있는 법원 분위기는 그거하고는 거리가 멀어서 그것을 현실적으로 적용할 수 있는 기회도 없었고 또 그런 생각도 별로 크지 않았고, 그렇지만 법관이 돼서 독일에 연수를 가서 거기서 있으면서 독일에 온 김에 우리나라에 있을 때는 법원의 분위기 때문에 별 관심을 안 가졌던 그 부분에 대해서 한번 좀 보자 그러면서 어떻게 재판을 하고 어떻게 했는지, 그것들을 한 번씩 이렇게 봤습니다. 그때 상당히 재미가 있다는 생각이 들었는데 한번 그쪽에 이렇게 생각이 들다 보니까 아까 말씀드린 것처럼 마약법이 너무 엄하게 규정이 돼 있어서 거기에 대한 '위헌법률심사를 통해서 양형을 규제할 수 있는 길이 있는데 왜 우리나라는 그걸 못 하나?' 하는 아쉬움 같은 것도 느끼게 됐고, 그게 그렇게 계속해서 법관 시절을 통해서는 그런 생각들을 많이 해왔었습니다. 그러나 그것을 어떻게 문제를 삼아서 판단을 해서 그것을 밖으로 알리고 하는 기회도 없었고 그런 절차도 없었고 그렇게 하다가 그때 대법원장께서 '헌재 재판관으로 가서 일을 좀 해줬으면 좋겠다' 하는 제안을 하셨을 때, 한편으로는 '아, 그런 것(헌법재판)을 펼 수 있는 기회가 왔구나' 하는 생각도 들면서, 또 한편으로는 '이만큼이라도 그런 생각을 가지고 있는 사람이 법원을 떠나버리면은 앞으로는 헌법재판에 대해서는 법원에서 아무도 생각 안 할 것이 아니냐?' 이런 생각도 들고 그랬습내다. 헌법재판소로 오고 나서는 조금 무엇한 말씀입니다만 '일반 민사사건, 형사사건보다는 헌법사건에 대해서 더 심도 있게 더 우리한테 맞는 제도가 뭐고 재판이 어떻게 이루어져야 하고 어떤 결과가 나와야 할지' 그런 것들을 더 생각하게 되는 그런 결과가 됐었죠.

8. 헌법재판관 재임 중 주요 사건 및 재판 과정 회고 (01:12:03~02:03:52)

면담자: 그래서 지금부터는 본격적으로 헌법재판에 대해서 (질문 드리겠습니다.) 재판관님께서 재임 중 다룬 사건 가운데 특별히 기억하시는 주요 사건과 그 결정 과정에 대해서 듣고 싶습니다. 말씀 중에 알려지지 않았던 이야기나, 또는 결정문에 기록돼 있지만 그런 판단을 내리게 된 사실적 혹은 철학적 배경 같은 거를 함께 말씀해 주시면 고맙겠습니다. 그리고 또 그 결정 이후의 후일담, 이런 게 좀 의미 있는 것들이 있으면 같이 얘기해 주시고요. 또 그 바탕에 깔린 재판관님의 여러 가지 사법철학적인

요소, 헌법철학 이런 것도 말씀해 주시면 좋겠습니다. 먼저 4기 재판부에서는 기본권 및 기본권 주체성을 확대하고 표현의 자유를 폭넓게 인정하는 결정을 특히 많이 내린 것 같습니다. 재판관님께서는 이 부분에서 원칙적인 입장을 견지하셨습니다. '교정시설 내 시시 티브이(CCTV) 설치 사건[12]'에서는 위헌 의견, '서울광장 차벽봉쇄 사건[13]'에서도 위헌 의견, '야간 옥외 집회 사건[14]'에서는 헌법불합치 의견, '에스엔에스(SNS, Social Network Service) 선거운동 금지 위헌 결정 사건[15]'에서는 한정위헌(限定違憲) 의견을 각각 내셨습니다. 그리고 '음란 표현 기본권 확인 사건[16]'에서도 기존 판례를 변경하는 데 힘을 실어주셨습니다. 우리 헌법의 기본권 보장 범위와 재판관님의 생각을 좀 들려주셨으면 합니다.

구술자: 헌법사건, 헌법재판을 하면서 가장 어려웠던 것이 '기본권 보장의 범위와 한계' 이 부분이 아니었나 싶습니다. 그것이 알파(A, α)이자 오메가(Ω, ω)이고, 에이(A)에서 제트(Z)까지 모든 걸 다 포함하는 그런 부분이죠. 법원에서 재판을 하면서 이 기본권 보장에 관한 문제를 생각하는 것만큼 그렇게 중요하게 카테고리를 정해서 깊이 봤던 그런 부분은 없었던 것 같습니다. (헌법)재판소에 오면서 그동안 그렇게 심도 있게 생각하지 못했던 부분들, 그런 부분들이 있어서 나름의 노력을 하고 했는데, 그때 참 다행스러웠던 것이 이런 기본권 보장의 한계와 관련해서 세계적으로 일반화된 원칙이 있다는 겁니다. 이것은 우리가 공부하고 우리가 연구하고 우리가 검토하고 우리가 판단하지 못 했더라도, 앞서가는 외국의 헌법재판소가 똑같은 과정을 거쳐서 내놓은 그런 기본 원칙들, 세계적으로 일반화된 원칙, 이것이 우리한테도 그대로 적용된다고 한다면 우리 헌법재판소가 출범한 지 얼마 안 된다고 하더라도 그 사람들하고 맞춰서 이만큼 선진화된 그런 생각을 할 수 있게 되는 것이 아닌가, 그래서 외국의 예가 어떠냐, 이것을 찾는 것이 가장 큰 문제다, 이렇게 생각을 했었죠. 그랬더니 일부에서는 '왜 우리의 헌법재판에 자꾸 외국 예를 도입하느냐?'고 조금 볼멘소리를 하는 그런 사람도 있기는 했지만 그러나 글로벌 시대에 우리가 혼자 사는 게 아니고, 전 세계의 사람들이 모두 한꺼번에 같이 어울리면서 사는 그런 세상이고 보니 그런 '세계적으로 일반화된 원칙, 이것은 우리가 충분히 익히고 갖춰 둬야 하지 않느냐?' 이런 생각에서 아마 그런 점에 관해서 많이 공부를 했다면 했다고 할까, 그런 기회를 가졌었습니다. 그 일반화된 원칙을 보면, '자유권적 기본권은 생래적(生來的)으로 보장된다.' 그다음에 '사회권적 기본권은 제도적으로 보호된다.', '인간의 권리는 전면적으로 보장되지만, 국민의 권리는 한정적으로 보호된다.' 이 네 가지 명제가 그

12) 헌재 2008. 5. 29. 2005헌마137등 (계구사용행위 등 위헌확인 등).
13) 헌재 2011. 6. 30. 2009헌마406 (서울특별시 서울광장 통행 저지행위 위헌확인; 서울광장 차벽봉쇄 사건).
14) 헌재 2009. 9. 24. 2008헌가25 (집회 및 시위에 관한 법률 제10조 등 위헌제청).
15) 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등 (공직선거법 제93조 제1항 등 위헌확인; 탈법행위에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지조항에 인터넷이 포함되는 것으로 해석하는 것의 위헌 여부 사건).
16) 헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109등 (정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제65조 제1항 제2호 위헌소원).

대로 우리의 기본권 보장의 정도와 한계를 나타내는 것이다, 그런 생각을 하게 됐습니다. 그래서 아까 말씀하신 교정시설 내 CCTV 설치 사건, 그다음에 차벽(봉쇄) 사건, 야간 옥외 집회, 그다음에 음란 표현 (기본권 확인), 이런 것들을 다 이 네 가지 원칙에 비추어 보면 나름대로의 중요한 결론에 도달하지 않겠나, 그런 생각이 듭니다. 그래서 헌법상 기본권 보장에 관한 세계적으로 일반화된 원칙, 이것은 매우 중요한 의미를 갖고 있다, 이렇게 말씀을 드릴 수가 있을 것 같습니다.

면담자: 세계적으로 일반화되는 원칙을 재판관님께서 발견해서 정리하신 겁니까?

구술자: 뭐 발견했다기보다도 외국의 예들을 공부하면서 추출해 낸 것을 제가 정리를 한 게 이 네 가지 원칙이죠.

면담자: 여기 제가 언급했던 이런 사건들은 이 기준에 좀 가깝게 (판단을) 했고요.

구술자: 그러니까 한번 보시죠. 교정시설 내 CCTV 설치 사건에서 주로 문제 됐던 것이 '화장실 이용 사건'이었어요. 화장실을 이용하는데 그걸 전부 CCTV로 다 감시하고 체크(check)한다는 거 "그게 왜 그러냐?" 그랬더니 "거기에서 자해 행위를 할 수도 있고, 혹시라도 여러 가지 불미스러운 일도 있을 수가 있기 때문에 한다."고 하는 건데, 그러나 인간의 가장 기본적인 화장실 문화를 그렇게 CCTV로 계속 들여다 본다는 거, 그거는 결국 이 중에서 뭐에 해당이 되겠습니까? 인간의 권리에 해당하는 것이죠. 인간의 권리에 해당한다는 것은 "인간의 권리는 전면적으로 보장이 돼야 한다. 그건 안 된다." 그런 거라면 수시로 시찰을 하든지, 수시로 검사를 하든지 수시로 왔다 갔다 해서 하든지, 이렇게 해서 할 수 있는 대체 방법이 얼마든지 있는데, 그것을 '적나라하게 CCTV로 들여다보는 것은 인간의 권리를 근본적으로 침해하는 것이다' 이런 결과가 되겠죠. 그래서 '이런 원칙들을 어떻게 공부해서 어떻게 정립해서 어떻게 사건에 접목해서 쓰느냐' 하는 문제, 이게 재판관으로서는 상당히 중요한 문제가 아닌가, 이런 생각을 하게 됐죠.

면담자: 그 다음에 요즘 제일 뜨거운 이슈 중의 하나죠. 젠더(gender) 갈등 문제인데, '남성에 한정한 병역 의무 부과 사건'[17]에서 재판관님께서는 혼자 각하 의견을 내셨습니다. 기본권 침해 가능성이나 자기 관련성 또는 심판 청구의 이익이 없다는 이유에서였죠. 성평등과 병역 의무는 젊은 층에서 지금도 뜨거운 논의가 일어나는데 이에 대한 헌법적 판단에 대해서 고민을 많이 하셨을 텐데요.

구술자: 우리가 흔히 얘기하는 양성의 차이와 양성의 차별은 엄연히 별개의 문제입니다. 그

17) 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 (2010. 11. 25. 2006헌마328); 병역법 제3조 제1항 등 위헌확인 (남성에 한정한 병역의무 부과 사건)(2011. 6. 30. 2010헌마460)

러면 병역 의무는 이 중에서 어떤 것이냐? 차별이냐? 차이냐? 저는 이걸 차이라고 본 겁니다. 나라를 지키고 국민을 지키고 가족을 지키는 것은 남녀 불문하고 다 해야 할 근본적인 일이 아니냐? 다만 여러 가지 여건에 따라서 얼마만큼 나라를 지키는데 기여할 수 있느냐? 여기에 따라서 그 범위가 달라져야 되는 것이다 그 문제지, 여자는 왜 안 하느냐? 쉽게 얘기해서 넓은 의미에서 보면 나라를 지키는데 여성이 출산을 하는 것은 대단히 큰 기여입니다. 그러면 꼭 총 들고 가 싸우고 식당에서 밥 나눠주고 장병들한테 이런 걸 꼭 해야지만 그게 병역 의무를 다하는 거냐? 그건 아니라는 거죠. 남성과 여성의 여러 가지 여건에 맞는 범위 내에서 차이를 두고 이렇게 해서 나라를 지킬 의무, 이것을 병역 의무라고 하니까 그렇게 되는데, 그게 결국은 나라를 지키는 의무란 말이죠. 나라를 지킨다고 하는 것은 나라를 지키고 사회를 지키고 우리 가족을 지키고, 그러면 남녀가 지금 하는 일이 다 다르지 않느냐? 그러면 왜 여자는 안 하고 남자만 하게 하느냐, 그러면 여자도 하도록 하자, 그러면 여자도 똑같이 대포 메고 다니고 무거운 것을 (취급하는 일을) 다 같이 하겠느냐? 그 문제가 아니다. 이건 차별의 문제가 아니고 차이의 문제다. 그러니까 이 문제를 법리를 가지고 이렇게 남녀평등에 반하는 그런 문제로 하지 말고, 국가와 나라를 지키는 일을 하는 데 있어서 어떤 차이가 있느냐? 그 차별화를 기할 때 얼마만큼 이것을 배분을 하느냐? 이 문제이기 때문에 이것은 법리로 따질 문제가 아니다. 이것은 국민들의 인식, 남녀의 인식, 이런 거를 통해서 정해야지, 그렇게 법리를 가지고 평등이다, 불평등이다, 이렇게 할 것은 아니지 않느냐? 그 얘기였습니다.

면담자: 그다음에 '청원경찰이 노동운동을 한 것을 형사처벌하는 노동법 및 청원경찰법의 조항이 합헌이라고 결정한 사건'[18]인데요. 재판관들 사이에 의견이 팽팽히 엇갈린 것으로 알고 있습니다. 노동법 조항이 합헌이라는 데는 의견이 일치했지만, 청원경찰법 조항에서는 다섯 분이 위헌 내지 한정위헌 의견을 냈습니다. 재판관님께서는 이강국(李康國) 재판소장님과 함께 '공무원이 아닌 일반 근로자에 불과한 청구인들을 공무원과 동일하게 취급하여 근로 3권 중 단체행동권뿐만 아니라 단결권 단체교섭권까지 제한하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배된다.'고 하셨습니다. 재판장과 주심이 함께 반대 의견을 낸 경우인데요. 이런 경우는 흔치 않은 게 아닙니까?

구술자: 그렇죠.

면담자: 재판관님께서는 '청원경찰의 징계에 관한 사항을 대통령의 명에 위임한 청원경찰법 관련 조항이 합헌이라고 결정한 사건'[19]에서도 목영준(睦榮埈) 재판관님과 함께 포괄위임입법금지 원칙에 반한다면서 반대 의견을 내셨는데 이와 관련해서 좀 말씀을 듣고 싶습니다.

---

18) 노동조합및노동관계조정법 제7조 제3항 등 위헌소원 (2008. 7. 31. 2004헌바9)
19) 청원경찰법 제5조 제3항 위헌소원(2010. 2. 25. 2008헌바160)

구술자: 청원경찰은 외관으로 보면 혹시 경찰 아닌가 하는 측면이 있지만 내면으로 보면 회사의 직원입니다. 그래서 청원경찰의 직무는 외양과 그 속내가 서로 다릅니다. 그렇기 때문에 업무상 기본권이 어떻게 보장되어야 하느냐 하는 문제를 따지는 데 있어서는 외형보다도 실질이 중요하지 않느냐? 그러니까 '청원경찰이 하는 실질적인 일을 기준으로 해서 기본권 보장의 범위와 한계를 정해야 한다'는 것이 헌법불합치라든가 위헌의 의견이었었죠. 그런데 아까 말씀하신 대로 재판장하고 주심하고 같이 소수 의견을 내는데, 그게 상당히 드문 일이었던 거 같아요. 그게 사건의 내용에 따라서 그렇게 된 건지, 아니면 그게 드무니까 조금 이상해서 그것을 피해 가서 그런 일이 없었던 건지, 그건 모르겠지만. 그런데 그거는 저는 별로 그렇게 큰 의미가 있다고 보지 않는 것이 헌법재판은 결국은 '재판부 9인의 동등한 지분적 권한'에 의해서 운영이 되는 것이기 때문에, 그리고 결정을 선고하고 결정문을 쓰고 하는 문제에 있어서도 9분의 1이라고 하는 지분적 권한하고는 아무 관계가 없는, 그래서 헌법재판의 재판장 입장은 어떻게 보면 헌법재판하고는 별 관련이 없는 부분이 아닌가 해서 그런 의미에서 생각을 해 주셨으면 좋겠다는 생각을 하죠.

면담자: 예예. 그다음에 이거는 판례로서 많이 소개되는 아주 유명한 사건 같은데요. '교통사고처리특례법 4조 1항 등 위헌확인 사건[20]'입니다. 교통사고의 피해자의 억울함을 풀어주었다는 그런 긍정적인 평가도 있고요. 재판 절차 진술권에 대한 제한 요건과 한계, 평등권의 심사기준, 입법 재량을 벗어난 점 등을 충실하게 논증하지 못한 상태에서 기존 결정[21]을 변경했다는 그런 지적도 있는 것을 보았습니다. 재판관님께서는 조대현(曺大鉉) 재판관님과 함께 반대 의견을 통해서 "교통사고 가해자에 대한 형사처벌의 범위를 확대하려는 것은 형사책임과 민사책임을 분리하여 후자를 강조하는 시대적 조류에 거스르는 조치"라고 의문을 제기하셨습니다. 재판관님 뜻대로 결정이 내려지지 않은 데 대한 아쉬움 같은 게 지금도 있는지요?

구술자: 그런데 저는 생각이 양형을 할 때에 살펴야 할 것이 여러 가지가 있을 것 같습니다. 그런데 결국은 범죄의 특성과 결과, 이거는 분명히 다 고루 균형 있게 살펴봐야 할 부분이죠. 그런데 '교통사고처리특례법에 있어 중상해'라고 하는 부분은 행위책임하고 결과책임이 대립되는 부분이에요. 그러니까 행위책임을 강조하다 보면 다른 양형, 피해 정도가 다르냐에 따라서 양형을 달리하는 것은 문제가 있다, 이런 결론에 이르게 되고, 결과책임을 중시하다 보면 이렇게 중상해를 입혔는데 가볍게 처벌해 주는 것은 문제가 있다, 이런 결과가 되겠죠. 그런데 원래 '교통사고처리특례법'이 개정이 되면서 그때 입법 목적 내지는 입법 취지에 제1번으로 내세웠던 부분이 '교통사고처리의 선진화'였었습니다. 세계 각국에 있는 선진국들의 교통사고 처리에 관한 기준

20) 교통사고처리특례법 제4조 제1항 위헌확인(2009. 2. 26. 2005헌마764 등)
21) 교통사고처리특례법 제4조 등에 대한 헌법소원(1997. 1. 16. 90헌마110 등

을 우리가 받아서 옛날에 무조건 구속하고 무조건 처벌하던 것에서 벗어나야 한다는 거였는데 이게 자꾸 하나씩 그 영역을 깎이고 있다는 얘기입니다. 그래서 저는 그런 원칙에서, 이게 제 기억으로는 88올림픽 때 아마 그렇게 된 것이 아닌가? 그래서 선진화로 가는 길이다 해서 그렇게 된 게 아닌가? 이렇지 싶습니다. 그래서 애당초에 그렇게 출발했던 그런 생각은 그대로 유지를 해야 하는 것이 아니냐? 그래서 제 생각에는 '응징보다는 치유' 그러니까 사고 결과에 대해서 응징한다고 하는 차원의 문제는 이미 구법 시대의 문제였었다, 그것을 새로운 지향점을 잡아서 그렇게 가려고 한다면 치유를 위한 공동의 노력이 필요하지 않느냐? 그래서 애써 강조를 했지만, 그렇게 '중상해를 입어서 병원에 계속 누워 있는 사람의 입장을 고려해야 한다'는 생각들이 더 커서 결국은 그것이 위헌의 입장으로 갈 수밖에 없었다는 거죠.

면담자: 네. 그러니까 일반 국민들의 정서도 그쪽에 좀 가깝지 않은가 (싶습니다.)

구술자: 그렇습니다. 예예.

면담자: 어려운 문제(인 것 같습니다.)

구술자: 어려운 문제죠

면담자: 그다음에 '일본군위안부의 행정부작위 위헌소원 사건'[22]에서 재판관님은 이강국(李康國) 재판소장, 이동흡(李東洽) 재판관과 함께 반대 의견을 내셨습니다. '인간의 존엄과 가치마저 송두리째 박탈당한 위안부에 대해 어떠한 방법으로든 국가적 노력을 다해주었으면 하는 바람은 우리 모두 간절하나, 헌법과 법률의 규정 및 그에 관한 헌법적 법리 해석의 한계를 넘어서까지 외교적 문제 해결을 강제할 수 없다'는 이유에서였습니다. 권력 분립의 원칙상 헌법재판소가 지켜야 할 헌법적 한계를 경험한 것이라고 보는데요.

구술자: 그렇습니다.

면담자: 이런 사례에 대해서 재판관님의 생각이 어떠신지 좀 듣고 싶습니다.

구술자: 위안부 문제에 대해서 외교적인 노력을 다해야 한다(는 것은) 아무도 부정할 수는 없는 부분이죠. 거기에 대해서는 이견이 있을 수가 없죠. 그런데 국가의 조직이나 권한을 배분하는 문제는 또 다른 문제입니다. 그리고 '해야 한다, 하지 않으면 안 된다'고 하는 것과 '누가 해야 되느냐?' 하는 문제는 별개의 문제라는 거죠. 어떤 '뚜렷한

22) 대한민국과 일본국간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정 제3조 부작위 위헌확인(일본군위안부의 행정부작위 위헌소원 사건)(2011.08.30., 2006헌마788)

목표나 필요성을 내세워서 권력 구조와 권한 행사, 이것을 무시하고 그냥 건너뛴다고 한다면 헌법이 정하고 있는 권한 배분의 문제는 누가 책임질 것이냐?' 정부가 (외교적인 노력을) 안 하니까 헌법재판소가 그걸 안 한 게 위헌이라고 선언해 주는 거, 그거는 좋다는 겁니다. 그거는 꼭 그것이 위헌이라고 해서 말하는 게 아니더라도, 저희들 3인이 밝힌 내용에 의하면 그것이 문제가 있다는 것은 앞에 다 동의를 하고 다 밝혔습니다. 다만 문제는 그 방법론의 문제로 '권고적으로 할 거냐? 아니면 명령적으로 할 거냐?' 그 두 가지 차이라는 겁니다. 그러니까 '권력 구조와 권한 행사를 어떻게 배분하느냐?' 하는 문제를 명령으로 해서는 안 되지 않느냐, 권고 형식으로 해야 한다, 그런 입장이었었죠. 그런데 그게 시대적인 여러 가지 기류나 이런 것들에 비추어서 일본 사람들을 생각해서 위안부 문제를 가볍게 생각하는 것이 아니냐, 이런 잘못된 생각을 혹시나 했을지는 모르겠지만, 저희들 생각은 그런 권고적인 것에 그치고 그와 같은 역할을 제대로 할 것은 결국은 외교적 노력을 하는 외교부다, 이것이 명령적인 형태로 해서 위헌이라고 나가도 그 일을 할 건 위헌이라고 한다고 해서 헌재가 무슨 권한을 행사할 수 있는 건 아니거든요.

면담자: 그렇죠.

구술자: 결국은 그때에도 해야 하는 것은 외교부다, 그렇다면 거기에 이끌어가는 과정에 있어서 헌법의 질서나 가치를 지킬 수 있는 것은 헌법재판소가 도외시해서는 안 된다, 그런 입장이었었죠.

면담자: 그다음에 '간통죄 사건'[23]에서 합헌 의견을 낸 재판관 네 분 가운데 재판관님만 의견을 따로 내셨습니다. '간통죄를 범죄로 처벌하는 것 자체는 합헌이지만 일률적으로 형별을 부과하는 것은 부당한 결과를 초래할 우려가 있으므로 입법 개선이 이루어져야 한다'는 것이었죠. 위헌과 합헌의 경계에 해당하는 것으로 결과적으로 아슬아슬하게 합헌 결정으로 이끈 의견으로 보이는데 지금은 간통죄가 (폐지)됐지만, 그 당시 결정 과정에서 고민했던 부분들을 좀 들려주십시오

구술자: 지금 말씀하신 것처럼 별개 의견 취지는 결국은 법률혼과 사실혼의 사이에서 생기는 괴리, 이것이 지금 문제다(라는 것이죠). 그러니까 실제로도 법률혼이기 때문에 생기는 문제점, 사실혼이기 때문에 생기는 문제점, 여기에 해당한다고 하면 간통이 안 되고 여기에 해당한다면 간통이 되고 뭐 이런 문제들이 상당히 많이 (작용하고) 있습니다. 그렇기 때문에 그런 문제를 해결하지 않고, 무조건 간통이 위헌이다 해서 간통죄를 폐기한다고 하는 것은 아니지 않느냐 하는 그런 얘기였었죠. 그것이 결과적으로는 위헌과 합헌의 경계선에서 5대 4라고 하는 아슬아슬한 것으로 합헌이 선고되게 하는 그런 길은 됐지만, 사람들은 캐스팅 보트(casting vote)[24]라고 막 그렇게 얘기

23) 형법 제241조 위헌제청(2008.10.30. 2007헌가17 등)

는 합니다만, 저는 그런 생각이 아니라 그렇게 해야 한다 하는 거였죠. 그렇게 할 때 그 후에 '성적 자기결정권(性的自己決定權)'을 이유로 해서 간통이 위헌으로 선언이 됐을 때도 국민적, 사회적 인식은 달랐다는 겁니다. 문제는 '혼인의 순결과 가정적인 평화를 지켜야 하고 외도와 불륜을 막아야 한다.' 이 네 가지 문제는 국민들한테 의견을 물어보면 70프로(%) 이상 다 그게 맞다고 얘기를 했었죠. 그런데 '성적 자기결정권'이라는 단어를 써서 그것을 폐지한 것은, 그러면 '자기 의사결정권'이라고 하는 것은 그 사람의 의사를 존중해준다는 얘기인데, 그걸 바꿔서 말하면 이런 경우가 있어요. 내가 남의 물건을 갖고 싶단 말이죠. 그러면 내가 저 물건을 강제로 가져오고 싶은 의사를 결정할 권리,

면담자: 그거는 아닌데요.

구술자: 나를 처벌하면 그걸 침해한 것이다. 이거나 마찬가지가 되지 않겠느냐?

면담자: 아, 예. [웃음]

구술자: 아니, 이거는 그게 꼭 맞는 얘기인지 아닌지는 모르겠지만, 그런 '성적 자기결정권을 이유로 해서 (간통죄) 위헌이 선언이 됐는데도, 여전히 국민적인 감정은 아까 네 가지, 혼인(의) 순결, 가정 평화, 외도(와) 불륜 배제 이런 것들에 그대로 남아 있었다' 하는 거, 이거는 조금 아쉬운 부분이 아닌가, 이렇게 생각이 듭니다. 그런데 이걸 예를 들어서 다른 의미로 해서 이것이 위헌이라고 했다면 또 생각이 조금 더 달라졌을지도 몰라요. '의사결정권을 침해해서 문제가 됐다. 그러니까 위헌이다.' 하는 얘기는 모든 걸 내 마음대로 할 수 있다는 얘기 아니겠습니까? 사회를 살아가면서 그렇게는 할 수 없는 것 같다, 그런 생각이죠.

면담자: 그다음에는 지금도 뜨거운 이슈로 현재 진행형으로 되고 있는 사형제(死刑制)에 대한 건데, 재판관님께서 다루신 '사형제 사건'[25]에서 다수 의견에 동조하면서 보충 의견을 통해서 사형제 적용의 대상과 범위를 최소화할 것을 국민적 합의를 바탕으로 사형제 전반에 걸친 문제점을 개선할 것을 주문하셨습니다. 시대의 흐름이나 변화에 따라 판례는 계속 변경될 수 있는데요. 현재 사형제 헌법소원이 세 번째 심리를 하고 있는 중인데 간통죄나 낙태죄처럼 폐지되는 결정이 가능한 환경이고 가능한 시점이 됐다고 보시는지요?

구술자: 어려운 문젠데요.

---

24) 캐스팅 보트 (casting vote): 가부(可否)가 동수(同數)일 때 행하는 의장의 결정 투표.
25) 형법 제41조 등 위헌제청(2010.02.25, 2008헌가23)

면담자: [웃음]

구술자: 저는 그렇게 생각을 합니다. 사형이라고 하는 것은 옳고 그름의 문제가 아니라 형벌로서 그것이 적정하냐 하는 문제라는 얘기죠. 사형은 흔히 사형 폐지론자들이 말할 때 가해자의 인간적 존엄성을 해하는 것이다, 이렇게 얘기를 합니다. 그런데 그걸 거꾸로 뒤집어 보면, 죽은 피해자, 그 피해자 가족, 친지, 주변 사람들, 잃은 사람들의 인간적 존엄성은 어디 갔느냐는 얘기죠. 그러니까 '가해자와 피해자의 인간적 존엄성이 극명하게 대립하는 영역'이다, 그렇게 얘기를 할 수가 있습니다. 그런데 현실을 보면 범죄의 잔혹성이 날로 더해가고 있죠. 그러기 때문에 사형제를 유보해야 한다, 사형제를 쉽게 폐지해서는 안 된다 하는 분위기가 쉽게 깨지기는 어렵지 않겠나, 이렇게 생각을 합니다. 여기에는 관련된 사람들의 사회적 책임이 추궁될 것이 아닌가 하는 그런 두려움도 포함돼 있다는 거죠. 지금 상당 숫자가 사형을 선고받고 계속 구금 생활을 해오고 있습니다. 만약에 정부 입장에서 사형제가 너무나 문제가 있어서 폐지해야 한다고 한다면 방법은 두 가지가 있을 수 있습니다. 하나는 사형제를 입법으로 폐지하든지, 아니면 사형을 선고받은 사람을 권한이 있는 사람이 무기징역으로 감형을 시켜서 어차피 사형을 집행 안 할 것 같으면 감형을 해서라도 문제를 해결할 수 있지 않느냐, 그런 생각을 얼핏 할 수가 있죠. 그런데 그게 이루어지지 않고 지금 상당한 기간을 사형수들은 언제 사형이 집행될지, 안 될지, 한다면 언제일지 계속, 그래서 그게 어떻게 보면 매너리즘(mannerism)에 빠질 수도 있고 어떻게 보면 딜레마(dilemma)가 될 수도 있고 그렇게 쭉 지금 내려오고 있다는 얘기죠. 그렇게 되는 현실을 우리가 들여다보면 우리가 어떤 생각을 할 수 있냐면 사형제도를 폐지해야 한다고 하는 데에 대해서 누구나 두려움을 가지고 있다는, 최고 통수권자도 그것을 판단을 못한다는 얘기가 되겠죠. 그러니까 어떻게 보면 전부 다 미루고 있다는 얘기입니다. 그럼 그럴 경우에, 이것을 최종적으로 할 수 있는 것은 결국은 국민의 선택이냐? 국민의 선택은 곧 입법이죠. '국민의 선택이냐? 아니면 위헌심사냐?' 둘 중에 하나인데, 헌재에다가 위헌 심사를 해달라고 요청하는 것도 중요한 문제지만 사회 전체에서 이것을 입법을 통한 사회적 합의로 해결할 것인지, 아니면 그게 안 된다고 하면 헌법재판을 통해서 위헌 여부를 결정해서 헌재가 처리할 것인지 최종적으로 결정을 해야 한다, 이런 문제가 남아 있다는 겁니다.

면담자: 헌법에 사형이라고 언급된 그 부분[26]이 걸림돌은 아닌가요?

구술자: 만약에 그 부분을 손을 댄다면 입법적으로 해결할 수가 있는 거겠죠. 헌법에 보면 그런 조항이 있죠. 그런데 헌법에 있는 그 조항을 놓고 그것 때문에 위헌이다 아니다를 따지는 데 문제가 된다? 반드시 그런 것만은 아니라는 그런 입장도 있습니다.

26) 헌법 제110조 제4항 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.

그러나 그런 세부적인 문제를 떠나서 결국은 무슨 얘기냐면, 이걸 국민적 합의를 통해서 이루어져야 하느냐? 왜 그러냐면 이건 정말 일반 국민들의 의사를 모아서 결정해야 할 가장 중요한 문제라고 저는 생각을 합니다. 아까 간통죄 문제 같은 것, 국민적 합의가 이루어지고 있고 국민적 인식이 그렇게 있는데도 헌재가 (폐지 결정을) 했지 않습니까? 간통죄를 폐지하는 것과 사형제를 폐지하는 것을 똑같은 선상에 놓고 볼 건 아니란 얘기죠. 그래서 '그것(사형제 폐지)을 국민적 선택과 합의로 할 것이냐 아니면 위헌심사로 할 것이냐 그걸 먼저 사회적으로 정하고 해야 하는 것이 아니냐?' 그리고 그 과정에서 문제가 생긴다면은 지금 사형이 확정된 사람들을 어떻게 처리할 것이냐 하는 문제도 그것도 국민적 합의로 (결정)해야 한다는, 그런데 지금 사회적 합의는 전체적으로 보면 사형을 선고받은 사람들도 그러면 감형시켜서 종신형을 하든지 무기징역을 하든지 그렇게 법을 바꿔서 그렇게 해라, 이런 쪽으로 가는 게 아닌가 싶어요. 서로 그렇게 책임을 미루다 보니까 결국은 헌법재판에서 사형제의 위헌 문제로 계속해서 이렇게 내려오는 게 아닌가 보여집니다.

면담자: 또 하나 지금도 국내뿐만 아니라 세계적으로도 대립하고 있는 사안인 낙태 문제인데요. '낙태죄 사건'[27]에서 합헌 의견(김종대·민형기·박한철·이정미)과 위헌 의견(목영준·송두환·이강국·이동흡)이 동수를 이룬 것으로 알고 있습니다. 재판관님은 합헌 쪽으로 의견을 내셨고, 언론에서는 당시 재판부 구성을 '진보 4(김종대·목영준·송두환·이정미), 보수 3(박한철·이동흡·이강국), 중도 1(민형기)'로 분류하면서 재판관의 성향이 결정에 영향을 미칠 것이라고 보았는데 실제로는 그런 결과가 나오지 않았던 거죠. 그렇게 된 배경이나 이유가 혹시 있는지요? 또 그리고 재판관님의 이념 성향을 중도로 분류한 데 대해서 재판관님께서는 어떻게 생각하시는지요.

구술자: 낙태 문제에 대해서 '중도의 입장을 저 재판관은 취할 것이다.' 이런 얘기를 사람들이 한 것, 물론 언론에서 그렇게 지정을 했겠죠. 그것은 제가 재판관으로 취임하면서 청문회를 거치면서 '합리적 중도'라고 하는 평을 받았기 때문이 아닌가, 이렇게 생각을 합니다. 그런데 개인적으로는 결정을 선고하기도 전에 재판관들의 성향을 하나씩 다 분류해서 결론을 나름대로 추단하는 것? 그게 무슨 게임하는 것도 아니고, 그렇게 하는 것 자체가 넓은 의미로 볼 때는 재판의 독립을 저해하는 요인이 되지 않느냐? 과연, 물론 그렇지 않겠지만 모든 재판관이 한 사람 한 사람 다 그런 막연하지만 여론 내지는 사회적인 평가로부터 자유로워질 수 있느냐? 그리고 수치적으로 '4대 3 대 1' 이러니까 여기가 하나 움직이면 이렇게 되고 이 재판관이 이쪽으로 가면 이렇게 되고 그러면 위헌이 되고 아니면 합헌이 되고 이런 퍼즐 맞추기가 아니라는 얘기죠. 결국은 그것이 '헌법재판의 독립성을 침해하는 문제가 되지 않겠느냐?' 일단 모든 국민이 헌법재판을 독립해서 하라고 요구를 했다면 그걸 건드려서는 안 된다는 얘기입니다. 그 결과를 두고 평을 하고, 결과를 두고 힐난(詰難)을 하는 것은 그거는

27) 형법 제270조 제1항 위헌소원(낙태죄 사건)(2012.08.23, 2010헌바402)

다른 문제고, 최종 결론을 내리기 전에 그렇게 은연 중에 음으로 양으로 압박을 가하는 것 같은 외양을 갖추게 하는 것, 그거는 아니다 하는 생각이 들었습니다.

면담자: 그 당시 이 문제에 대한 관심이 워낙 컸고 또 대립 지점도 너무 첨예했기 때문에 언론이 그런 관심사를 반영해서 그렇게 막 재판관님 성향도 파악해서 (보도)하고 그랬던 것 같습니다.

구술자: 그런데 결과가 그렇게 나왔다고 해서 드린 말씀은 아니지만, 제 개인적으로는 그런 생각을 가지고 있습니다. 낙태라고 하는 것은 결국은 생명이 고귀하다는 얘기입니다. 그런데 그것이 별일 없는 아주 가벼운 상황이라면은 그것을 그렇게 크게 위헌이다 뭐다 막 이렇게 따질 필요는 없지 않느냐? '결국은 생명이 고귀하다는 데 생기는 문제이기 때문에 낙태를 판단하는 데 있어서 거기에다가 중점을 둬야 하지 않겠느냐?' 그런데 그 사건을 심리하고 논의하고 하는 과정에서 주로 문제가 됐던 것은 부양과 보육의 문제였어요. 그래서 어느 것이 먼저고 어느 것이 나중이냐? 저는 그때, '낙태에서 주로 다뤄야 할 문제는 태아의 생명이다. 임산부에 대한 배려는 부수적인 문제다.' 이렇게 정했습니다. 그런데 외국에서도 똑같은 현상이 나타났는데 옛날에는 소위 진보 측에 있던 사람들이 생명의 고귀성을 생각을 해서 낙태해서는 안 된다고 얘기를 했었죠.

면담자: 옛날에 그랬습니까?

구술자: 옛날엔 그랬었습니다. 그러나 그 후에 사정이 바뀌면서 애를 낳아서 키우는 게 여러 가지 사회경제적으로 문제가 되고 그 책임을 국가가 져야 한다고 하는 의견들이 대두되면서 '임부에 대한 배려' 그러니까 '부양과 보육의 문제'가 더 크게 나오기 시작을 했죠. 지금도 보면 미국에서 옛날 보수 쪽에 섰던 사람들이 위헌이라고 지금 들고 나오고 있지 않습니까? 외국이 그런다고 우리가 그것을 따라 해야 할 문제는 아니지만, 그래서 결국은 '태아의 생명과 임부에 대한 배려 가운데 어디에 더 중점을 둬야 할 것이냐?' 하는 문제였는데 그게 의견이 그렇게 갈라지는 결과가 되죠.

면담자: 여기도 임부의 자기결정권이라고 그러잖아요,

구술자: 예예. 그런데 좀 안타까운 얘기지만 자기결정권이 너무 남용되는 게 아닌가 [웃음] 하는 생각을 할 수가 있을 것 같습니다.

면담자: 예. 그리고 그다음에 헌재와 대법원의 갈등과 관련된 것이기도 한데요. '상속세법과 조세 감면 규제법의 명확하지 않은 규정에 대한 해석 및 위헌 여부를 놓고 대법원과 갈등을 빚은 사건'[28]을 다루셨습니다. 두 사건을 다루면서 헌법재판소와 대법원의

관계에 대해서 고민하신 부분과 개선 방안에 대해서 생각하신 점이 있으면 좀 말씀해 주십시오

구술자: 아, 그거는 개인적으로 뭘 어떻게 해야겠다 하는 문제가 아니라 결국은 '국가의 사법권을 어떻게 적정하게 행사하느냐?' 하는 그런 문제인데, 대법원이 선발주자이고 헌법재판소가 후발주자이다 보니까 거기에 따른 여러 가지 문제들이 나오고 그것이 지금까지 해결되지 못하고 내려오는 부분들이 좀 있기는 한 것 같습니다. 그런데 외국에서도 이렇게 보고 하면 제일 지금 문제가 되는 것이 법원이 한 재판을 헌법재판소가 재판소원[29]을 통해서 좌지우지 할 수 있느냐 하는 재판소원의 문제겠죠. 그런데 외국에서, 특히 헌법재판의 원조라고 하는 독일과 오스트리아 입장에서 보면 '재판소원이 헌법에서 나오는 어떤 선험적인 과제가 아니다. 그게 아니라 재판 권한의 배분의 문제다. 그렇기 때문에 재판소원을 인정할 것이냐 안 할 것이냐 하는 것은 헌법적인 결단의 문제다.' 그러니까 재판소원은 절대 안된다, 이 얘기는 아니다 하는 것이 그 나라들의 입장인 것으로 그렇게 알려지고 있습니다. 그런데 그거를 우리의 현실하고 어떻게 접목하느냐의 문제는 여전히 남아 있지만 그 문제를 생각할 필요가 있을 것 같고, 그다음에 또 하나 문제는 '법률의 해석 권한은 법원에 있기 때문에 법률을 해석해서 적용하는 사건을 헌법재판소가 재판을 통해서 심판한다고 하는 것은 부당하다.' 이런 얘기를 자주 듣습니다. 그것이 옳은지 그른지는 심도 있게 우리가 생각해 봐야 할 문제지만, 그러나 가장 큰 점은 뭐냐면 '법률을 해석할 권한이 없이 어떻게 그것이 헌법에 위반되는지를 판단할 수 있느냐?' 바로 그 점이라는 거죠. 그러니까 일부에서 재판소원을 부정적으로 보는 입장에서 내세우는 논리가 근본적으로 그 점에서 문제가 있다는 것, 그리고 이제 요새 와서 자꾸 문제가 되는 것 중의 하나가 제가 아까 절차의 문제도 자꾸 말씀을 드렸지 않습니까? 결론에 대한 문제가 아니라고 하더라도 '절차에 문제가 있어서 그것이 국민의 기본권을 침해된다고 한다면은 그 재판 진행 자체도 공권력의 행사니까 거기에 대해서도 헌법적인 통제를 해야 하지 않겠느냐?' 하는 얘기가 강하게 지금 대두가 되고 있죠. 그런데 지금 대법원 재판에 대해서 헌법소원을 할 수 없다고 하는 입장에서는 재판 결론을 놓고 헌재에서 판단해야 하지, 그 거치는 과정은 다 결론에 포함돼 있기 때문에 거치는 과정을 심판할 수는 없다, 이런 게 전제가 된다고 하는 겁니다. 그러나 그 결론이 꼭 재판소원의 전제가 된다고 하는 것은 그것이 반드시 옳은 얘기냐? 헌재가 접근해서 하려고 하는 것하고 법원이 접근해서 하려고 하는 것은 좀 다르지 않느냐? 법원은 절차를 거쳐서 결론을 내려주는 것이고, 헌재는 그 과정에서 절차상의 문제가 있다는 거고, 이렇기 때문에 그게 다르니까 제4의 심판을 중복해서 하는 결과가 되기 때문에 안된다고 하는 논리는 조금 문제가 있지 않느냐는 그런 얘기들이 많이 대두가 됐어요.

---

28) 구 상속세법 제18조 제1항 등 위헌소원(2008. 10. 30. 2003헌바10), 구 조세감면규제법 부칙 제23조 위헌소원(2012. 5. 31. 2009헌바123등)

29) 재판소원(裁判訴願): 법원의 판결을 헌법소원심판 청구대상에 포함시켜 재판의 취소를 구하는 헌법소원을 가리킴.

그래서 아까 말씀드린 재판 진행이 적법하지 않아서 당사자의 기본권이 침해되는 경우, 그다음에 두 번째는 재판 절차가 부당하게 지연이 돼서 그리고 고등법원에서 했다가 대법원 갔다가 다시 파기돼서 고등 갔다가 다시 대법원 갔다왔다가, 몇 번 왔다갔다 핑퐁(ping-pong) 재판을 하면서 시효가 다 지나서 권리 보호에 이익이 없다, 시효에 이익이 없다고 해서 각하돼버리는 것, 그런 결론이 나는 것, 그로 인한, 그런데 그 과정에서 절차가 잘못됐다고 한다면 결론은 맞을지 몰라도 그로 인해서 생기는 피해를 당사자가 그대로 참고 넘어가야 되느냐? 이 문제도 있다고 하는 것이죠. 그러니까 결국은 '실질에 관해서 더이상 판단하는 것이 부담이 되고 안 된다고 한다면 그런 절차상의 문제를 가지고 헌법재판으로 들여다보는 것은 어느 정도 허용이 돼야 하지 않겠느냐?' 그런 얘기가 국내외적으로 많이 얘기가 되기 시작하는 거죠.

면담자: 어떻게 진행이 될지, 앞으로 어떻게 발전이 될지 좀 (생각)해볼 만한 사안이었습니다.

구술자: 그게 아마도 지금의 흐름은 헌법재판소의 경향과 거기에 대한 국민적 인식이 맞아가는 그런 것 같은 외관을 좀 보이고 있기는 한 것 같아요. 섣불리 옆에서 진단할 문제는 아니고 차분히 기다려야 되고, 결국은 그렇게 참고 기다리다 보면 뭔가 조화로운 타협점이 생기지 않겠나? 이렇게 생각은 듭니다.

면담자: 재임 중에 다뤘던 사건들을 일일이 다 여쭙지는 못하고 제가 좀 눈에 띄는 것들을 일부 (사전질문지에 적시)했는데요. 혹시 제가 여쭤보지 못한 사건 중에 언급할 만한 사건이나 특별히 기억나는 게 있으면 좀 말씀해 주시겠습니까?

구술자: 사건별로 문제점이 있었고 기억이 나고 한다는 것 말씀드렸으면 참 이야깃거리는 좋겠죠. 그런데 재임 중에 있었던 사건, 제 생각에는 어느 하나 가리지 않고 모두 중요하고, 또 당사자들로서는 소중하고, 또 그리고 재판관으로서는 결론을 내리기 어렵고 그런 것도 틀림이 없습니다. 틀림이 없는데, 그런데 이미 선고된 결정이라고 하더라도 개개 재판관들이 결론에 이르는 과정이나 의견 이런 걸 다 털어놓고 일일이 밝히는 것은 앞으로 있을 재판에 불필요한 부담이 되거나 오해를 초래할 우려가 있지 않느냐? 그래서 어떤 판결 결과에 대해서 그것을 깜깜이식으로 비판하는 사람들이 비판하는 것은 새로운 결정의 발전을 위해서 좋을지는 모르겠지만 그렇게 일일이 다 그걸 뒤집어서 개인별로 그렇게 하는 것은, 그런 우려 때문에 좋지 않지 않느냐? 그래서 아마 그런 걸 자제하는 것이 좋지 않겠나? 그렇게 생각을 합니다. 그래서 앞에 문제를 지적했던 그런 부분들의 사건은 일일이 그게 사회적으로 문제가 되고 많은 사람들이 관심을 가지고 했기 때문에 제가 일일이 답변을 드렸는데, 그다음에 나머지 사건들하고 관계는 그런 이유 때문에 자제하는 것이 좋지 않겠나? 이렇게 생각을 하고 있습니다.

면담자: 이제 저희들로서는 그런 것들이 그 뒤에 헌법재판이나 아니면 일반인들이 또 헌법재판을 이해하는데 좀 긍정적인 작용을 할까 해서 여쭤봤던 거고요. 그런 부분도 또 있을 수가 있겠네요. 조금 쉬었다가, 얼마 안 남았는데 조금 쉬었다가 할까요? 아니면

구술자: 끝내고, 하시죠. [웃음]

9. 헌법재판관 제4기 재판부의 특징과 구성 (02:03:52~02:18:32)

면담자: 이제까지는 개별 재판에 대해서 제가 여쭸고요. 전체적으로 4기 재판부의 특징에 대해서 궁금한 게, 4기 재판부의 특징이 있다면 어떤 것으로 생각하시는지요? 그리고 재판소의 구성, 심판 절차, 평의(評議) 방식, 행정사무 등을 포함해서 좀 말씀해 주실 수 있는지요?

구술자: 4기 재판부는 제가 몸담고 있던 재판부이기 때문에 그걸 평하는 것 자체가 좀 그렇지만 저는 자신 있게 말씀드릴 수 있는 것이, 4기 재판부는 노력하는 드림팀(dream team)이었다, 이렇게 생각을 하고 싶습니다. 개개 재판관들의 입장을 보면 충분한 자질과 능력을 다 갖추고 있고 또 법원 내외적으로 다 존경받을 만한 그런 분들이고 또 모두 경험을 갖춘 중진의 법조인들이고, 그리고 무엇보다도 훌륭한 결론을 내기 위해서 열심히 노력한 분들이었다, 저는 그렇게 생각을 합니다. 그래서 4기 재판부는, 물론 위에 선배 재판부에 계셨던 분들도 계시지만, 나름대로 노력한 드림팀이다, 이렇게 생각을 하고 있습니다. 그런데 9인의 재판부가 구성되려면 재판부가 입법, 사법, 행정 이렇게 해서 어떻게 보면 역학적으로 구성된다, 이렇게 얘기를 하지 않습니까? 그러기 때문에 어차피 지명하고 선출하는 과정이 이렇게 삼분화[30] 돼 있다고 한다면 지명하고 선출을 담당하고 있는 기관 내지는 주체, 이분들이 정말 훌륭하고 능력 있고 모든 것을 다 갖춘 그런 재판관을 지명하고 선출한다고 하는 뚜렷한 의지, 그리고 그렇게 하려는 노력, 이것이 필요하지 않느냐? 그것만 제대로 갖춰준다면 나머지 문제들은 계속해서 순차로 개선해 나갈 수 있는 그런 부분이고 그래서 결국은 그 (입법, 사법, 행정의) 역학적인 구성이 제대로 돼야 한다고 하는 점만은 지적해서 말씀을 드리고 싶습니다.

면담자: 특히 제가 생각할 때는 4기 재판부에 와서 가장 중요하다고 할 수 있는 국민의 기본권, 이 부분에 대해서 다룬 사건이 많았고 거기에서 새로운 판례들을 많이 만들어낸 게 아닌가 싶거든요. 그리고 재판부 구성에 대해서 아홉 분 중에 일곱 분이 법원장

30) 대한민국헌법 제111조 ② 헌법재판소는 법관의 자격을 가진 9인의 재판관으로 구성하며, 재판관은 대통령이 임명한다. ③ 제2항의 재판관중 3인은 국회에서 선출하는 자를, 3인은 대법원장이 지명하는 자를 임명한다.

급 법관으로 재판부가 구성이 돼서 다양성을 결여했다는 것으로 지적하는 여론이 일부 있었습니다. 이에 대해서 생각하시는 게 있는지요?

구술자: 다양성이라고 하는 것이 어떻게 보느냐에 따라서 시각이 다르지 않겠나 싶습니다. 그 다양성은 형식적인 다양성을 생각할 수가 있고 실질적인 다양성을 생각할 수가 있습니다. '형식적인 다양성'이라고 하는 것은 소위 출신이 다 달라야 된다, 이것은 형식적으로 다양하다는 얘기가 되겠죠. 그런데 '실질적인 다양성'이라고 하는 것은 재판관으로 임명이 돼서 일선에서 재판을 하게 되면서 다양한 사회 현실을 다양하게 반영해서 다양한 결론을 낼 수 있는 그런 의미에서 실질적 다양성을 만들어야 한다는, 그런 '실질적 다양성이 갖춰질 수 있다면 그 시대에 어떤 사회적인 상황에 따라서 출신이 비슷하다고 해서 그걸 가지고 다양성이 없다고 보기는 어렵지 않느냐?' 그러니까 다양성을 원하는 근본 취지는 실질적 다양성, 그게 뒷받침이 돼야 한다고 하는 말이죠.

면담자: 그런데 여론, 특히 언론에서는 출신을 갖고,

구술자: 그렇습니다.

면담자: 검찰 출신이냐? 이거 갖고 자꾸 다양성을 따지는데 지금 헌법재판소법이 법관 자격이 있는 분들을,

구술자: 그렇죠.

면담자: 기본 조건으로 하니까 그렇게 하려면 그 부분이 또 해결돼야 하는 거죠.

구술자: 그래서 말하면, 법관 자격이 있다고 하는 것은 법관 출신이라는 얘기가 아니라, 결국은 법조 자격이라고 하는 것도 우리가 생각할 수가 있겠죠. 그래서 문제는 '헌법재판관이 여러 다양한 지역에서 나와야 한다' 하는 문제하고, 그다음에 '이런 분들을 법조인으로 전원 충당해야 되느냐' 하는 문제하고는 다른 문제다, 그래서 다양한 데서 나와야 한다고 하는 것은 세계적 명제가 될 수가 있습니다. 그런데 이 중에서 법조인 출신이어야 되느냐 하는 문제는 각 나라마다 개별적으로 정해야 할 그럴 문제가 아닌가? 제가 갔던 외국 중에서 가장 다양한 재판관들로 구성돼 있던 재판소가 불가리아 재판소라고 저는 생각을 하는데요.

면담자: 아, 그래요?

구술자: 거기는 보면 입법, 사법, 행정, 이 세 분야에서 지명되고 임명되는 그런 정도가 아니

라 각 분야마다, 그러니까 셋으로 나눠서 임명된다고 해서 반드시 거기 출신을 임명하는 게 아니라 그냥 아무 데서나, 정치했던 사람도 있고 기업 했던 사람도 있고 또 법원에 있던 사람도 있고 검찰에 있던 사람도 있고 국회에서, 또 일반 일을 했던 사람도 있고, 쭉 해서 상당히 다양한 사람들이 그렇게 헌법재판관을 하고 있다는 거죠. 그런데 문제는 뭐냐면 그 사람들이 그렇게 하다 보니까 조금 죄송한 말씀이 있는데, 법률적인 감각이 조금 (부족하다 보니).

면담자: 또 다른 문제가 또 생길 수 있는 (것이군요.)

구술자: 또 다른 문제라는 얘기죠. 그러기 때문에 연구관들이 보좌를 해서 하기는 하는데, 그게 그렇다면 원래 헌법재판의 뜻에 맞는 것이냐? 거기에 대해서 의문점이 계속 있는 거죠. 그러니까 우리나라도 다양한 지역에서 다양한 사람들을 재판관으로 영입을 해야 한다, 그런 얘기는 세계적인 문제로 우리가 논의하고 할 수 있는데, 법조인으로 해야 하느냐 하는 문제, 이것은 또 다른 측면에서 생각해야 할 문제다, 이렇게 말씀을 드릴 수가 있을 것 같습니다.

면담자: 제가 4기 재판부가 처리한 사건들을 보니까 6년간 8823건의 사건을 처리했고, 위헌결정을 내린 사건이 203건, 단순위헌 155건, 헌법불합치 48건이죠. 그리고 법률 조항 170개가 헌법에 위배된다고 판단했습니다. 4기 재판부가 다룬 사건과 내린 결정의 특징이라면 아까 말씀을 하셨지만 이렇게 전체적으로 놓고 볼 때 좀 생각나는 부분이 있습니까?

구술자: 제가 저희 재판부에서 한 거를 평가한다는 것이 조금 문제는 있다, 그러나 다만 4기 재판부를 구성하고 있는 분들이 드림팀으로 이러이러한 저기(자질, 능력과 경험)를 다 갖춘 분들이다 하는 얘기를 아까 말씀을 드렸죠. 그런데 제가 알기로는 주변에서 4기 재판부를 이렇게 평을 하고 있는 것 같아요. '첨예한 사회적 문제에 관해 적극적이고 진취적인 자세로 헌법적인 쟁점을 정리하고 자신의 의견을 확실히 내세워 헌법재판을 한 단계 끌어올렸다. 그런 재판부다.' 이런 평가를 하고 있다고 얘기들을 하고 있습니다. 이게 좀 더 많이 알려졌으면 좋지 않겠느냐는 생각도 개인적인 욕심인데, 그러나 이런 정도의 평가가 나왔다는 것은 상당히 고무적인 일이다, 이렇게 생각을 하고 있습니다.

면담자: 예. 저도 4기 재판부 재판관님들을 구술을 많이 한 편인데, 굉장히 적극적이고 또 자부심도 다 갖고 계신 것 같더라구요. 그다음에 그래도 혹시 아쉬운 점이 있으면 좀 말씀해 주시고요. 특히 2011년 조대현(曺大鉉) 재판관님 퇴임하신 후에 상당히 긴 기간, 1년 2개월 동안 8인 체제로 운영되고, 이런 재판부 공백 상태가 4기 때 있었는데요. 이런 부분과 곁들어서 아쉬웠던 부분이 있으면 좀 말씀해 주십시오.

구술자: 4기 재판부가 운영이 되면서 여러 가지 우여곡절을 많이 겪었습니다. 그래서 나중에 소장 권한대행도 두 분씩이나 나오고 하는 과정에서 (우여곡절이) 많이 생기다 보니까 재판부의 공백이라는 것이 커다란 내부의 문제였었고, 그것이 또 사회적으로 큰 문제가 됐었죠. 재판부를 구성하고 있는 아홉 명의 재판관은 재판장이냐 주심이냐 아니면 일반 재판관이냐에 상관없이 공통의 존재감과 동등한 지분권을 가지고 있다(는 것이죠.)

면담자: 그렇죠.

구술자: 이렇게 흔히 사회적으로 말하는 엔(N)분의 1의 전형적인 그런 권한을 가지고 있다라는, 그런데 우연한 사정으로 그중에 일부가 공백이 생길 경우에 그 숫자가 하나냐 셋이냐에 상관없이 모두 문제가 될 수가 있다는 겁니다. 실제로도 그래서 문제가 돼서 그때는 4기 재판부가 출범할 당시부터 전효숙 재판관이 소장으로 지명되고 낙마하면서 생긴 문제점들이 계속 진행돼 오다가…

면담자: 그렇죠.

면담자: 이강국 소장께서 취임하면서 그 문제가 해결이 됐고, 그다음에 뒤쪽으로 가서 또다시 그런 여러 가지 문제들이 생기고 해서 아까 말씀드린 대로 많은 우여곡절을 겪었는데, 재판을 진행하면서 여덟 명이 재판을 할 때가 꽤 있었죠. 일곱 명 이상이면 재판을 할 수 있다고 하는 것이 법이 정한 이치이기 때문에 재판은 진행할 수 있지만 실제로 재판을 해서 결론적인 의견을 모으다 보면 아, 한 사람이 더 보충이 돼서 하면 위헌도 될 수가 있다, 반드시 위헌이라는 얘기는 아니지만, 위헌 될 수 있다고 하는 그런 사건들이 꽤 나오기 시작했습니다. 그래서 저희들 여덟 명이 생각하기에는 이와 같은 사태가 계속된다고 한다면 헌법재판소의 또는 헌법재판부의 존재 가치가 없어지는 것이나 마찬가지니까 그런 상황에서 결론을 내리면 위헌이 날 수 있었던 것도 그런 공백 때문에 안 됐다고 하는 건 문제가 있지 않느냐? 그러니까 기다리자 해서 예비적으로 의견을 한번 모아보고 그럴 소지가 일부라도 있다고 한다면 다른 재판관이 보충이 돼서 전원 아홉 명이 구성이 될 때까지 기다렸던 그런 예도 있을 수가 있다, 그것은 결국은 재판관의 공통적인 존재감과 동등한 지분권, 이것이 철저하게 보장이 돼야지 재판의 신뢰가 갈 수가 있다고 하는 것, 그리고 때에 따라서는 그것이 결정적인 역할을 할 수도 있다는 거죠. 한 사람, 두 사람, 세 사람 그게 문제는 아니라는 거였지요.

10. 높아진 헌법재판소의 국내외 위상과 평가 요인 (02:18:33~02:24:03)

면담자: 그다음에 최근에도 국가기관의 신뢰도에서 헌법재판소가 단연 최고 신뢰를 받는 기관으로 발표가 됐는데요. 4기 재판부가 헌법재판소가 국내외적으로 국민의 신뢰가 두터워지고 국제적으로도 위상이 획기적으로 높아진 시기였다고 할 수 있습니다. 그런 평가를 받을 수 있던 요인이랄까? 이런 걸 어디에서 찾을 수 있는지요? 그리고 재판관님께서 불가리아, 인도네시아, 크로아티아 등의 헌법재판기관을 방문하고 아시아헌법재판소연합[31] 의장 직무대행으로서 창립 준비 작업도 주도한 것으로 알고 있는데 그와 관련한 얘기를 좀 들려주셨으면 합니다.

구술자: 지금 말씀하신 것처럼 우리 헌법재판소가 영향력이 있고 신뢰 있는 기관이라는 평을 쭉 받아왔죠. 왜 그런 평을 받았느냐? 따지고 보면 헌법재판소에서 특히 '4기 재판부가 아까 적극적인 재판을 통해서 국민의 기본권 보장에 큰 역할을 했다'는 측면에서 그것을 평가하는 말로 이런 얘기들을 하고 있습니다. '4기 재판부가 헌법 질서를 수호하고 보편적인 정의를 구현하며 사회적 갈등을 조정해서 영향력 있고 신뢰받는 기관으로 자리 잡았다.' 이렇게 보는 게 사회적인 인식인 것 같습니다. 우리나라 내부에서도 그렇게 보고 대외적으로는, 미국이나 독일과는 다른 제3의 재판을 하는 기관이다, 이렇게 평가를 받았죠. 그리고 많은 나라들이 우리나라 헌법재판소에 와서 우리를 벤치마킹(bench-marking)하고 가고, 지금 헌법재판소 홈페이지를 세계 각국의 헌법재판소에서 계속 접속을 해서 벤치마킹을 계속하고 있는 것, 제가 외국에 나가서 여러 군데를 다니면서 거기에 강연도 하고 토론도 하고 이렇게 쭉 하면서 느낀 게 '우리는 완전히 헌법재판소에서 선진국이다. 그런데 왜 국내에서는 그런 대우를 못 받나?' 하는 그런 생각이 들었던 적이 있습니다. 그러니까 다녀온 분들은 전부 그런 얘기를 하는데 우리가 어떻게 보면 헌법재판소가 생각만큼 덜 평가를 받고 있는 것이 아니냐? 그거를 다른 말로 말하면은 저평가되고 있는 것이 아니냐? 조금은 안타까운 생각을 갖게 하는 그런 대목입니다. 그런데 이렇게 된 이유가, 헌법재판소가 소위 세계화되고 국제화되지 않았더라면 그런 평가를 못 받았을 겁니다. 그런데 아마 '재판부 구성원 모두의 사명감, 그다음에 헌신적인 노력, 그다음에 시대를 보는 통찰력, 결국 이런 것들이 그런 역할을 담당했지 않겠느냐?' 그리고 또 보면 외국에 나가서 외국 재판소의 재판관들하고 같이 교류를 통해서 우리 걸 전하고 그쪽에 필요한 선진화된 인식들을 우리가 받아들이고 하는 과정에서 우리 재판관들이 굉장히 적극적이었다는 겁니다. 또 개인적으로도 초대를 해서 서로 의견을 나누기도 하고, 재판소 소장께서도 적극적으로 그런 마인드를 키워가셨고, 이런 것들이 전부 종합해서 우리나라 헌법재판소가 특히 4기 때 국제화되고 세계화되는 데 많은 역할을 담당했다, 그것이 세계적으로 우리 헌법재판소가 제3의 재판 기관으로 알려지는 계기가 됐다, 이렇게 말씀을 드릴 수가 있을 것 같습니다.

---

31) 아시아헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Courts & Equivalent Instututions, AACC): 헌법재판 관련 경험 및 정보 교류를 확대하고 헌법재판기관 간 우호협력관계를 강화하여 아시아의 민주주의 발전과 법치주의의 실현, 나아가 인권증진에 기여하기 위하여 2010년 7월 창설된 자율적 · 독립적 · 비정치적 기구 (출처: 사이버역사관 헌법재판소, https://www.ccourt.go.kr/)

구술자: 헌법재판소가 짧은 연륜에서 갑자기 이렇게 선진적인 기관으로 세계적으로 도약을 하고 다른 제3국에서도 많이 벤치마킹하게 된 게, 요즘 와서 케이(K) 뭐라 그러지 않습니까? 케이팝(K-pop)이라고 그러고…

구술자: [웃음]

면담자: 그래서 K-헌법재판이 아닌가? 그런 생각이 듭니다.

11. 헌법재판 제도 지향점과 과제 (02:24:04~02:27:05)

면담자: 우리나라 헌법재판 제도와 관련해서 생각도 많이 하셨을 텐데요. 헌법재판관 경험을 통해서 앞으로 우리가 지향해야 할 기본적인 가치 그리고 그것을 실현하기 위한 노력에 대해서 좀 말씀해 주실 수 있는지요?

구술자: 헌법재판이 그동안 비약적인 발전을 해왔습니다. 그것은 내부 구성원들의 탁월한 능력과 노력 때문이다, 이렇게 다 말씀들을 하지만, 그러나 아직 해야 할 일이 상당히 많습니다. 문자 그대로 헌법재판이 선진화하기 위한 조치들을 취해야 하는데, 아마 그렇게 하려면 한 서너 가지의 우리의 과제가 있지 않느냐, 이렇게 생각을 합니다. 첫 번째로는 그동안 역사적인 경험이나 교훈이 헌법재판과 관련돼서 많이 있어 왔습니다. 이런 것들을 바탕으로 해서 시대에 맞게 헌법의 논리를 개발해야 한다, 그래서 그것을 우리 사건에 접목해서 재판 자원으로 활용해야 한다고 하는 것이 첫 번째 요망사항이고, 두 번째 그동안 그런 역할을 많이 해왔지만, 사회적인 가치를 정립해서 갈등을 조정하고 사회를 통합하는데 헌법재판소가 앞서고 역량을 모아야 한다, 사회조정 기관으로서의 역할은 헌법재판소밖에 할 수가 없다, 지금 그런 상황이 됐다, 이런 얘기입니다. 그 역할을 좀 더 강화를 해야 된다는 그런 얘기고요. 그리고 이제는 우리가 선진화되고 선진국이 된다고 한다면 세계적으로 인정되는 보편적인 가치 그것을 더 찾아내서 거기에 맞게 우리 인권을 확산하는 데 이바지해야 한다, 이 얘기는 바꿔 말하면 국민의 기본권 보장을 위해서 좀 더 적극적인 입론이 필요하고 판단이 필요하다, 이런 얘기가 되겠죠. 그다음에 마지막으로는 아까 말씀드린 세계적으로 보편화된 입장, 그걸 받아들이는 것도 물론 중요하지만 우리 자체의 문제를 보편화된 입장으로 만들어서 그것을 세계에 수출해서 우리 헌법재판이 선진적인 헌법재판이 돼야 하겠다 하는 그런 요망사항을 해결할 수 있는 쪽으로 마음을 모아야 한다, 이런 생각을 할 수가 있습니다.

12. 헌법재판관 시절 회고, 제언 및 마무리 말씀 (02:27:06~02:40:39)

면담자: 이제 좀 정리하는 차원에서요. 퇴임하실 때 퇴임사에 “최고 규범인 헌법의 이념과 가치를 추구하고 이를 구현하는 일은 참으로 힘든 짐이었다”고 하셨습니다. 이제 10년이 지났지 않습니까, 퇴임하신 지? 지금 되돌아볼 때 헌법재판관 시절이 어땠는지 회고하는 차원에서 좀 말씀해 주십시오

구술자: 아… 헌법재판을 6년 동안 하면서 그리고 6년을 마치면서 아까 잠깐 언급하신 대로 퇴임 인사를 했습니다. 거기에 제가 여러 가지를 솔직한 심정을 다 나타낸 적이 있습니다. 그걸 가만히 들여다보면 ‘아, 그때 내가 그런 생각을 했구나. 그거는 아쉬움이었구나. 그러나 기대는 저버리지 않았다. 앞으로 많은 걸 부탁한다.’ 이런 내용들이 쭉 다 들어있었습니다. 그래서 한번 좀 이렇게 보면 제가 이런 말을 했죠. “헌법재판관으로 지낸 시간은 어려움의 연속이었다. 헌법의 이념과 가치를 추구하고 구현하는 일은 힘든 짐이었다.” 정말 그랬습니다. 그다음에 “헌법 원리에 바뀌지 않는 진리가 있는지 바뀐 내용은 어디까지 수용할 수 있는지 가리는 건 쉬운 일이 아니었다.” 헌법이 발전해야 한다는 얘기고 그것을 해석 적용하는 것도 발전시켜야 한다는 그런 얘기겠죠. 그러면 실제로 사건을 처리하면서 “풀리지 않는 실타래에 며칠을 고심하고 재판의 파장을 생각하며 속마음을 몇 번씩 다 잡았다.” 정말 몇 번씩 쓸어내린 그런 적이 있다는 겁니다. “결정을 선고하고 나면 자신이 취한 입장이 옳은지 사람들한테 한번 물어보고 누구나 결론을 이해할 수 있는지 되돌아봤다. 그러나 때에 따라서는 그것이 폄하되기도 하고 때에 따라서는 필요 이상으로 과분한 칭찬을 받기도 했다.” 뭐 그런 생각을 또 했겠죠. 그런데 그렇게 해서 판결을 선고하고 나니까, 사람들에 따라서는 “이해관계 때문에 재판 결과를 그릇 평가하는 그런 일은 없었는지, 본질은 생각하지 않고 현상을 내세워서 재판을 깎아내리려고 하지 않았는지” 때에 따라서 그런, 불필요한 대접을 받기도 했죠. 이해관계가 대립이 되다 보니까 어쩔 수 없는 현상이 아니었었나, 이렇게 봅니다. 그런데 그렇게 해서 6년을 지나고 보니까, 그래도 할 일은 했구나, “우리가 한 일이 헌법을 수호하고 기본권을 보장하는 노력으로 평가가 돼서 정말 이러이러한 일에서 획기적으로 국민의 기본권을 보호하기 위해서 노력했다 하는 그런 평가를 받았다.” 그런 측면도 있고 그다음에 “우리가 입론한 내용들이 헌법을 해석하는데 중요한 자료로 자리 잡는다. 그것이 교과서에 그대로 실려서 후배 법조인들이 그것을 보고 공부를 하고 익히고 실제 사건에 적용할 수 있는 그런 결과가 됐다.” 그러는 데에 대해서 굉장한 그 뭐라고 그럴까 자부심을 갖게 하는 그런 일이었다. 이런 것을 퇴임하면서 솔직히 밝힌 적이 있죠.

면담자: 아까 재판소원 관련해서 일부 말씀을 하셨지만, 일반 재판의 최고 법원으로서의 대법원과 헌법재판 기관으로서의 헌법재판소의 관계라든가 위상을 어떻게 가져가는 것이 바람직한 건지요? 다른 재판관님들한테도 항상 이 질문을 하는데요. 입법부와 헌재도 밀접하게 상호작용하는 관계이지 않습니까? 이와 관련해서 재판관님의 고견도 한번 들어보았으면 합니다.

구술자: 헌법에 정한 헌법재판소 그다음에 대법원 모두가 공존하는 최고의 사법기관이다, 뭐 그거는 틀림이 없을 것 같습니다. 이런 헌법재판소하고 대법원이 어떻게 공존하느냐? 어떻게 존재하느냐? 이게 나라마다 다 다르다는 거죠. 오로지 법원만이 헌법재판 권한을 가지고 있는 미국이 있는가 하면, 사법부의 최고 기관으로 최고 헌법재판소가 있는 독일이 있고, 우리처럼 헌법재판소와 대법원이 분리돼서 있는 오스트리아나 소련(러시아) 같은 그런 나라도 있고, 헌법재판소와 대법원을 합쳐서 사법원이라고 해서 존재하게 하는 대만과 같은 예도 있고 여러 가지가 있습니다. 그래서 헌법재판소와 대법원이 어떻게 정립이 돼야 하느냐 하는 얘기는 솔직히 말씀드리면 정답이 없습니다. 어느 것이 가장 국민의 기본권을 보호하고 보장하기 위해서 필요한 기관이냐? 그리고 양 기관이 헌법과 법률이 정한 소임을 다하기 위해서 어떻게 노력을 해야 하느냐? 그리고 양 기관이 할 일은 국민의 기본권을 최대한으로 보장하는 측면에서 배분이 돼야지, 국가기관 사이의 권한 배분이라고 하는 단순한 문제로 취급받을 게 아니다, 이것은 아까 말씀드린 나름의 네 가지 유형에서 어느 것을 우리가 앞으로 받아들여서 제대로 정립시키느냐 하는 그런 문제는 계속해서 판단을 해봐야 할 문제지만, 그러나 그때까지 갈 때까지 우리가 기본적으로 지켜야 할 것은 '국가의 사법 업무가 기관의 업무가 아니라 국민의 기본권을 보장하기 위한 수단이다.' 하는데 거기에 맞춰서 이루어진다고 한다면 그러면 그 문제는 그렇게 자연히 해소될 수 있지 않겠느냐, 그런 생각을 해봤습니다.

면담자: 그리고 국회와의, 입법부와의 관계에 대해서도 (말씀해 주십시오.)

구술자: 국회가 만든 법률을 헌법재판소가 무효로 한다? 이거는 얼핏 보면 '임명된 권력'이 '선출된 권력'을 통제하는 셈입니다.

면담자: 그렇죠.

구술자: 그런데 이걸 바꿔 말하면 입법에 관한 국민주권을 선출된 권력이 저해하는 것이다, 이런 얘기가 되겠죠. 그러니까 민주주의에 반한다는, 어떻게 보면 그런 얘기를 할 수가 있습니다. 그래서 외국의 일부 의회론자들이 주장하는 바에 의하면 헌법재판에서 위헌법률심사는 있어서는 안 된다, 그건 국민을 모독하는 제도다, 그런 얘기까지도 좀 하고 있고, 그렇게 하다 보니까 그거를 끌어다가 국회가 나름대로 로비도 하고 하면서 재판관들을 법복 입은 정치인으로 몰아버리는 그런 일도 있었고 막 그렇게 얘기도 하는데, 그런데 그건 다 옛날의 얘기들이겠죠. 지금 입장에서 본다면 국민주권, '입법에 관한 국민주권이라고 하는 것은 모든 헌법상 정당성의 근거가 되는 것이다.' 그런데 '위헌과 관련된 법치주의 이것은 적법성을 지키는 수단이다.' 이 두 가지 원칙, '정당성의 바탕과 적법성을 지키는 수단 이 두 가지는 헌법을 지키는 양 대간

이다.' 이렇게 볼 수가 있죠. 그렇게 하다 보니까 그 두 가지가 민주주의를 지키고 발전시키고, 그리고 그다음에 법치주의는 국민주권의 흠을 치유하고, 이 두 가지 기능을 한다는 얘기죠. 이 두 가지 기능은 모두가 다 기여하고 조화롭게 기능해야 한다, 그런데 실질에 있어서는 본질에서 벗어나서 위헌(법률)심사에 대해서 잘못된 판단을 가지고 그것을 부정적으로 평가하려고 하는 기류도 조금 있기는 했었죠. 그러나 '양 대간이 제대로 기능을 해야지 민주주의와 법치주의가 제대로 커갈 수가 있다.' 이렇게 볼 수가 있을 것 같습니다.

면담자: 그동안 36년 동안의 법조인 생활과 그 이후에 또 그 활동에 대해서 말씀해 주셨습니다. 특히 헌법재판에 대한 철학과 비전 이런 것들이 다른 사람들이 많이 귀감으로 삼을 수 있을 것 같습니다. 제가 여쭤보지 못한 거나 아니면 마지막으로 정리를 해 주시거나 덧붙일 말씀 듣고 구술을 마치도록 하겠는데요.

구술자: 제가 여러 가지 말씀도 많이 드렸고 그 과정에서 어떤 것이 그동안 문제였었는지 또 앞으로 어떻게 해야 할 것인지 하는 것도 생각하게 됐습니다. 그래서 나름대로 이게 좋은 기회였고, 한 가지 바람이 있다고 한다면 헌법재판소가 저희들 얘기해서 안 됐지만 4기 재판부 때 그렇게 열정적으로 활동하고 열정적으로 기능하고 해서 나름의 업적을 세웠던 것처럼, 앞으로 이어지는 우리 다른 재판부들도 보다 좀 더 적극적인 자세에서 보편타당한 세계적인 진리, 인식 이런 것들을 좀 더 넓게 펴서 헌재가 정말로 이 사회를 통합하고 조정하고 해서 갈등을 해소하는 그런 기관, 말하자면 사회의 중심추가 되는 기관으로서 역할을 충분히 좀 해줬으면 좋겠다, 그리고 늘 언론에서 헌법재판에서 이러이러한 것들을 이렇게 해서 이 사회가 이런 문제가 해결되고 이런 쪽으로 긍정적으로 나갈 수 있게 됐다고 하는 그런 결론들이 나오고 그것을 듣고 좋아하고 하는 그런 사회가 됐으면 좋겠다 하는 말씀을 제가 추가로 더 드리고 싶습니다.

면담자: 아주 긴 시간 동안 말씀 감사하고요. 이것으로써 민형기 재판관님에 대한 구술을 마치겠습니다.

구술자: 수고하셨습니다.