

午後討論要旨

梁承斗(사회자) : 장시간에 걸쳐서 Zu-Zan Yang 中華民國의 大法官과 Nagao Ryuichi 東京大教授의 발표와 梁建, 金孝全 두 분 교수님의 발표가 있었습니다. 이제 午後에 발표한 事項을 중심으로 해서, 아울러 우리나라의 制度和 관련해서 討論을 하기로 하겠습니다.

먼저 가나다 順으로 하여 姜昌鎬 憲法委員會 事務局長님께 부탁을 드리겠습니다.

姜昌鎬(憲法委員會 事務局長) : 憲法裁判所의 活性化 方案 및 制度和 外國憲法裁判所制度에 對하여는 여러 碩學들께서 充分히 論議하셨으므로 憲法委員會 一般行政을 맡고 있는 本人으로서는 새로 制定된 憲法裁判所法의 主要內容과 앞으로의 憲法裁判所 運營에 對한 實務的인 意見을 말씀드릴까 합니다.

(憲法裁判所法 主要骨子) : 먼저 새로 制定된 憲法裁判所法上的의 主要 管掌事項을 紹介드리면, i) 法律의 違憲與否審判 ii) 彈劾審判 iii) 政黨解散의 審判 iv) 機關間權限爭議審判 v) 憲法訴願의 審判 等 5가지 機能으로서 從來 憲法委員會의 機能에 權限爭議 審判 및 憲法訴願의 審判이 追加되었으며 特히 違憲法律審查 機能이 活性化되도록 되어 있으며, 憲法裁判所는 9人的 裁判官으로 構成되며, 裁判官의 任命資格은 15年以上 判事·檢事 또는 辯護士의 職에 있던 者로서 40歲以上인 者로 하였고, 裁判官은 大統領이 任命하되, 9人中 3人은 國會에서 選出하는 者를, 3人은 大法院長이 指名하는 者를 各各 任命하도록 하고, 憲法裁判所長은 國會의 同意를 얻어 裁判官中에서 任命하도록 하였습니다.

憲法裁判所에 憲法裁判所長을 包含한 6人的 常任裁判官을 두도록 하였고, 憲法裁判所의 審判은 原則적으로 裁判官 全員으로 構成되는 裁判部에서 管掌하고, 裁判長은 憲法裁判所長이 되며, 審理의 方式은 原則적으로 彈劾審判·政黨解散審判 및 權限爭議審判은 口頭辯論에 依하며, 違憲法律審判 및 憲法訴願審判은 書面審理에 依하도록 하였습니다. .

違憲決定의 效力은 法院·國家機關·地方自治團體를 基속하고, 違憲으로 決定된 法律內容은 그 決定을 한 날로부터 效力을 喪失하되, 刑罰條項은 遡及하여 效力을 喪失하도록 하고, 憲法訴願審判制度를 導入하여 公權力의 行使·不行使로 因하여 憲法上 保障된 基本權을 侵害받은 者는 憲法訴願審判을 請求할 수 있도록 하였습니다.

지금까지 우리나라 憲法이 9번이나 改正되면서 第3共和國憲法을 除外하고는 組織과 構成을 달리하면서 繼續 存立해오다가 今番 憲法改正에서 國民의 基本權守護에 實質적으로 寄與할 수 있도록 制定되었다고 생각됩니다.

特히 違憲法律審查 提請의 문이 넓어지고 憲法訴願 制度가 導入되어 憲法裁判所機能이 活性化될 것으로 期待되나 實務者 立場에서 機關運營上 몇가지 念慮되는 點이 있어 몇 말

씀 드리하고자 합니다.

(非常任裁判官의 待遇) : 憲法裁判所 裁判官은 總 9名으로서 여러분이 잘 아시는 바와 같이 그 중 3人은 非常任으로 되어 있는데 從來 憲法委員會에서는 會議때마다 所定の 日當과 若干의 活動費를 支給해 왔습니다. 從前에는 審判事件이 없었기 때문에 자기 本業인 辯護士等 業務에 專念할 수 있어 問題가 없었으나 앞으로는 非常任裁判官도 거의 每日 裁判所에 出勤해야 할 것으로 豫測됩니다. 왜냐하면 憲法訴願事件과 違憲法律審查提請件數도 相當히 接受될 것으로 豫測되고 또한 7人 以上の 出席이 되어야 裁判部가 構成될 수 있기 때문입니다.

違憲事件이나 訴願事件을 處理하는데 外國 判例나 關聯資料 등을 廣範圍하게 檢討해야 하므로 約 90日 以上の 時日이 所要될 것이라는 것이 法曹人들의 一般的 見解인 것으로 비추어 볼 때 非常任裁判官의 業務量이 常任裁判官과 큰 差異가 없다고 보아야 할 것입니다.

西獨이나 스페인의 憲法裁判官은 모두 常任이기 때문에 問題가 없으나 오스트리아의 境遇 非常任裁判官에 對하여 國會議員 手當의 83%에 相當하는 報酬를 받고 있음을 감안할 때 우리나라 憲法裁判所의 非常任裁判官에게도 이에 準하는 待遇를 하지 않고는 憲法裁判所 全員裁判部 成員이 안되는 등 憲法裁判所 機能을 제대로 發揮할 수 없을 것으로 憂慮되어 制度的 補完이 要求될 것으로 압니다.

(憲法裁判所 獨立) : 憲法裁判所의 獨立의 問題에 關하여 몇 말씀 드리자면, 憲法裁判所는 包括的인 規則制定權이 附與되어 있고 事務處職員任命權도 裁判所長에게 있어 人事의 獨立性도 어느 정도 保障되었고 法院이나 國會처럼 豫備金 制度도 憲法裁判所法에 規定되어 있어 憲法裁判所의 獨立性保障을 立法過程에서 많이 配慮한 것으로 생각합니다.

그러나 憲法裁判의 獨立은 國民의 意識水準이나 政治的 現實에도 存在한다고 볼 때 憲法裁判所가 獨立的 裁判을 통해 基本權保障에 劃期的인 機能을 發揮할 때까지는 많은 迂餘曲折이 豫想되며, 이 때마다 國民들의 높은 關心과 격려가 切實히 要求된다고 봅니다.

(憲法研究官) : 다음 憲法研究官 制度에 對하여 말씀드리겠습니다.

現在 憲法研究官은 別定職 1級 乃至 3級으로 되어 있고, 判·檢事, 辯護士 資格을 가진 者나 公認된 大學의 助教授 以上인 者가 研究官이 될 수 있으며, 憲法研究官은 外國의 判例, 關聯學說 등 關係資料와 證據資料를 蒐集·研究하여 裁判官의 審判業務를 補佐하도록 되어 있습니다.

憲法研究官이 憲法裁判에 直接關與하거나 主觀的인 影響을 미쳐서는 안 되겠지만 憲法研究官의 法律에 對한 높은 專門性과 積極的인 業務意慾이 必要하다고 보는데 昇進의 機會도 적고 別途의 士氣昂揚 方案도 마련되어 있지 않아 果然 資質이 優秀한 憲法研究官을 確保할 수 있을지 疑問입니다.

憲法裁判所는 運營經驗도 없고 制度的 裝置도 未備한 反面에 國民의 期待는 대단히 크므

로 많은 어려움이 豫想되나 國民의 基本權保障과 伸張에 劃期的인 機能을 發揮할 수 있는 憲法裁判所가 될 수 있도록 參加者 여러분의 指導 鞭撻을 부탁드립니다 이번 學術大會를 開催해주신 서울大學校 法學研究所에 깊이 感謝드립니다.

金雲龍(成均館大): 성균관 대학의 金雲龍입니다. 오늘 이 자리에서는 질문이랄 거는 없습니다. 발표를 들으면서 느꼈던 점 몇 가지만 얘기하겠습니다. 전에 憲法裁判所法案이 나왔을 때 그걸 보고서 이거 야단났구나 하는 생각을 가졌읍니다만 오늘 이 자리에 와서 여러 선생님들의 이야기를 듣고 난 후 큰일났다는 생각을 가지게 되었습니다. 요컨대 憲法裁判制度和 관련해서 權寧星 교수님도 아침에 말씀하엿읍니다만 저로서도 상당히 비관적인 생각을 가지고 있는 것이 지금 현재의 심정입니다. 그래서 오늘 이 자리에서는 憲法裁判의 活性化 方案을 얘기를 한다고 했읍니다만 우리나라의 法律制度는 오히려 非活性化를 피하는 그런 制度가 아니겠느냐 이렇게 좀 심하게 말할 수 있을 정도로 좀 나쁘게 만들어진 것이 아니겠느냐는 생각이 듭니다. 그러니까 法律制度로서는 지금 현재로서는 더 기대할 것이 없지 않느냐 그러다 보니까 제가 梁建교수의 발표를 들으면서 동감하는 것이 있습니다. 이제 기대할 데라고 하는 것은 단 한가지 지금 당장은 만들어진 지 며칠 되지 않는 法을 고칠 수는 없는 것이고 당장 기대할 수 있는 건 法官들의 司法積極主義밖에 없다는 점에 관해서 梁建교수의 발표에 대해서 전적으로 동감을 가지고 있습니다. 또 앞으로 이제 어느 정도 기다려야 될런지 모르겠읍니다. 조금 전에 Nagao 교수도 얘기 했읍니다만 民主主義에서 가장 중요한 덕목 중의 하나가 인내라고 하는데 어느정도까지 인내해야 될런지 모르겠읍니다만 하영든 우리가 꾸준히 노력을 해가지고 非活性化를 피하는 것으로 보이는 憲法裁判所法을 우리의 노력에 의해서 그리고 우리의 참신한 안목을 가지고서 점점 점차적으로 개정하는 방향으로 해야되지 않겠느냐하는 생각을 가지게 되었습니다. 이상입니다.

사회자: 감사합니다. 그럼 서울대학의 安京煥 교수님께서 말씀해 주시죠.

安京煥(서울大): 두 분 외국 학자분에 대해서는 제가 드릴 말씀은 별로 없습니다. 梁建 교수님, 金雲龍 교수님 두 분 말씀 잘 들었습니다. 평소에 제가 하고 싶은 얘기를 대변해 주셔서 감사합니다. 다만 제가 했더라면 좀 더 품위 없고 좀 더 적나라한 단어가 나왔으리라 생각이 듭니다만 저도 法院에 대해서 불만이 참 많은 사람입니다. 특히 애착이 많기 때문에 불만이 많습니다. 그런데 지금까지 저희들이 주로 우리나라 判例가 별로 없기 때문에 외국 判例를 보면서 느끼는 것이 다시 눈을 우리에게 돌리면 슬프다는 생각이 듭니다. 우리 法院은 왜 이런가 왜 한마디 말도 못하는가. 근본적으로 볼 때 이제 여러 선생님들께서 지적하신대로 사회적인 상황이나 여러가지 制度的인 문제가 있었다고는 하지만 法官의 자세만 자주 강조를 합니다. 그런데 法官은 超人이 아닙니다. 우리가 法官이 아니기 때문에 그렇게 말할 수 있습니다. 그러면 소위 判事의 자세만 강조할 것이 아니라 아까 말씀대로, 梁 교수님이 마지막에 프리드만 교수에 의하면, 우리가 부족한 것이 자세라고 그랬읍니다.

그런데 判事의 권한이 너무 크기 때문에 여기에 대해서 제약하는 방향의 시도까지 나오고 있는 상황인데 우리는 判事의 權限이 그만큼 크냐하는 것이 전제가 될 수 있겠습니다.

이것은 法的이나 事實的이나 그 애깁니다. 그러면 判事가 독립된 裁判을 할 수 있도록 판사의 힘을 키워주는 制度的 保障의 내용에 대해서는 언급한 분이 계신지 모르겠습니다만 이것이 우리가 전부 앞으로 해결해야 할 가장 큰 문제가 아닌가 생각이 됩니다. 다시 말하면 근본적으로 判事가 독립되려고 하면 어떤 사람이 判事가 되어야 되느냐 하는 문제부터 생각해 보아야 하겠습니다. 지금의 이런 제도하에서 判事가 되는 사람은 결국 憲法裁判을 할 수 없는, 심하게 말하자면, 컴퓨터 機能人 정도 밖에 안되는 사람이 지금 판사가 됩니다. 지금 그 사람들에게 아까 金 교수님이나 梁 교수께서 지적하셨듯이 憲法裁判은 소위 그 개념을 적용하는 기능이 아니고 하나의 哲學이요 政策입니다. 그래서 똑같은 일을 계속하면서 20년이나 30년 지난 사람이 大法官이 되고 憲法裁判所의 裁判官이 되는 경우엔 똑같은 일을 계속 반복함으로 인하여 더욱 더 機能人이 될 가능성이 훨씬 더 큼니다. 제가 알기로는 司法研修院에선 憲法科目을 가르치지 않는 것으로 압니다. 그렇다면 결국 우리 憲法은 지금까지 하나의 장식물이었습니다. 그래서 모든 判事의 判決에 時局事件이나 기타 言論의 자유에 관한 여러가지 判決을 내릴 때 보면 集會 및 示威에 관한 법이나 警察官職務執行法 등이 法이지 言論基本法, 憲法은 법이 아니라고 생각하는 때문입니다. 그래서 憲法은 결국은 세워 놓고 보는 장식물이지 그것을 실제 裁判에 적용할 수 있는 것이 아니라는 생각을 하는 것입니다. 결국 이런 사람이 判事가 되는데 그 사람들에게 무엇을 기대할 것이냐 하는 회의가 생깁니다.

그럼 어떤 사람이 判事가 되어야 하느냐 하는 문제, 지금의 判事 임명과정의 과연 타당한 제도냐 하는 문제, 그 다음에 判事들이 독립된 판단을 보장할 수 있는 제도적인 보완이 없는가 하는 문제 등이 제기됩니다. 미국의 경우는 일단 判事가 임명되고 나면 昇進轉補制度가 없고 聯邦法院의 경우에는 종신이 보장되어 있기 때문에 이것이 司法府의 獨立을 보장하는 절대적인 관건이 된다고 생각합니다. 우리나라 新任 大法院長께서는 그 문제는 너무 현실성이 없는 것이므로 제직 중에는 별로 적극적으로 추진할 계획이 없노라고 말씀하신 것을 제가 기억합니다만 이 점에 대해서 어떤 식으로 우리가 생각해야 될 것인지 궁금합니다.

과연 豫算의 獨立問題는 현실성이 없는 것인지 아니면 制度的으로 잘못된 것인지 이 점에 대해서 어느 분의 의견을 좀 듣고 싶습니다. 그 다음에 이제 大法院判事들에 대한 불만을 하나만 더 보태겠습니다. 제가 알기로는 條文은 바로 열거를 못하셨습니다만 法院組織法인가에 의하면 大法院判事는 각각 個別的 意見을 표시해야 된다고 되어 있는 것으로 알고 있습니다. 그런데 실제상 그렇게 나온 경우가 별로 많지 않은 것 같습니다. 그러면 判事가 엄연하게 違法을 하고 있는 것이라 생각이 듭니다. 이런 것이 언제나 없어질지 궁

금합니다. 그리고 美國 聯邦大法院을 보면 1년에 150건 내지 160건의 裁判을 하게 되는데 그중 80% 이상이 憲法事件입니다. 그래서 우리 法院을 과연 정책법원으로 할 것이냐 아니면 실무법원으로 할 것이냐 이 두가지 문제를 놓고 지금 憲法裁判所와의 機能分擔이 어떻게 될 것이냐 하는 문제입니다. 현재 제도하에서도 소위 違憲法律審査는 憲法裁判所에서, 소위 違憲命令處分審査權은 역시 大法院이 보유하고 있습니다. 이 경우에 제 생각으로는 국민의 기본권에 대한 직접적인 제한은 法律形態보다도 오히려 命令處分形態가 더 많이 갖는 것으로 생각합니다.

이런 이유 때문에 違憲法律審査權이 憲法裁判所에 있다고 해서 法院의 司法審査機能이 더욱 더 약화된다고 생각하지 않습니다. 그런 점에서 判事에 대한 制度的인 개선 문제에 대해서 어느 분이 좀 언급을 했으면 좋겠습니다.

사회자 : 감사합니다. 두 분이 계신데 두 분 가운데 어느 분이 답변해 주시도록 부탁드립니다.

梁 建(漢陽大) : 지금 安京煥 교수께서 判事의 태도만 너무 얘기를 하는 것은 곤란하지 않느냐, 判事가 超人이 아니지 않느냐 하는 말이죠. 따라서 判事가 독립하기 위한 制度保障이 중요하다는 말씀을 했습니다. 저도 거기에 대해서 별 이의가 없습니다. 制度保障은 필요하죠. 제가 아까 우리 大法院判決가운데 소위 원시적인 단계이다라는 표현을 썼습니다만 그러한 하나의 예로서 大法院判決을 아까 美國文化院 放火事件을 조금 말씀을 드렸지만 그 사건을 담당하신 判事 즉 大法院判事님이 李一珪 大法院長이시고 또 우리가 모두 존경하는 李會昌 大法官도 재판부에 있었습니다. 그래서 제가 그건 말씀을 드리지 않았으나만 그건 결국 李判事가 超人이 아니더라고 볼 수 밖에 없는 거죠. 制度保障을 해야 되는데 大法院判事의 경우는 조금 다르겠습니다만 下級法院判事의 경우에 判事의 독립을 해치는 가장 制度的인 문제점이라고 하는 게 많이 있습니다만은 제일 문제가 判事의 일과 특히 昇進에 관한 제도가 결정적인 하나의 그 미끼라고 그럴까요. 실제 실무가들한테서 듣고 있습니다. 대개 大學教授님들도 자존심 강한 걸로 보면 누구한테 지지 않지만은 또 그 자존심 강하기로 둘째가라면 서러워 하는게 아마 法曹인들이 아닌가 이렇게 생각합니다.

그러니까 나도 능력이 못하지 않은데 왜 아무개는 승진을 하고 나는 못하느냐 하는 승진에 대한 의식이 대단히 강한 걸로 압니다. 결국 승진문제에 관한 人事權을 大法院長이 가지고서 결국은 判事의 독립을 실질적으로 해치는 가장 중요한 제도가 바로 거기에 있지 않느냐 이렇게 생각을 합니다. 따라서 여러가지 문제가 있겠습니다만 判事의 독립을 위한 制度保障에서 가장 중요한 것은 이러한 判事人事에 관한 근본적인 계급제도, 즉 판사의 계급제도에 관한 근본적인 制度改善이 없고서는 이 문제가 잘 해결되기 어렵지 않느냐 이런 생각을 하고 또 判事의 人事問題에 있어서의 근본적인 개선을 위해서는 과거에 많이 논의가 되어온 것으로 압니다만 法曹一元化라든가 이러한 것이 대단히 중요한 문제이다 이렇게 생각을 합

니다.

金孝全(東亞大): 저도 法官의 任命過程이라든가 또는 특히 大法官이나 앞으로 문제가 될 憲法裁判所 裁判官의 任命過程문제는 상당히 비밀에 싸여 있는 문제고 잘 아는 것도 없습니다. 그러한 사정은 우리 뿐만 아니라 외국도 마찬가지입니다. 그래서 그 任命過程問題보다도 제가 좀 관심을 둔 것은 아까 말씀하신 司法府의 獨立 특히 우리가 자주 얘기를 한 法官이 무슨 超人이나 등을 제가 아는 어떤 법관한테 이런 얘기를 했더니 그 분 얘기가 法官이 무슨 민주투사입니까 이런 얘기를 제게 했습니다. 물론 일면 진리가 있는 얘기라 생각이 되겠는데 韓國의 現實에서는 과거에 法官들이 해 온 것이 너무나 소극적이었지 않았는가, 국민이 기대하는 최소한도의 요구만이라도 좀 만족시켜 줬으면 되지 않았겠는가 전 그런 얘기를 했습니다. 그렇다고 權威主義的인 정부에 맞서서 크게 투쟁을 하라는 뜻은 아니지만 자기가 할 수 있는 權限內에서 최소한도라도 하려는 그런 노력을 해야 되지 않겠느냐 이런 얘기를 했습니다.

또 한 가지는 法官의 종신임기 문제를 말씀하셨는데 이것은 임기직하고 서로 다 一長一短이 있다고 봅니다. 미국의 경우에 終身職이기 때문에 身分保障이 된다고 단정적으로 말하기 보다는 終身職에 있음으로써 어떤 判事는 裁判中에 노망하기도 하고, 나이가 많아져서 기억력도 없어지고 하는 문제점이 있으며, 또 한 가지는 젊은 判事들의 승진의 기회가 박탈 내지는 적어짐으로 인한 내적인 불만 등, 인사적인 司法行政의 문제에까지 우리가 고려해 넣는거지 어떻게 사법부의 독립 하나만 보고 다른 분야를 무시할 수 있겠는가 하는 것도 좀 문제가 된다고 봅니다. 그런 의미에서 차라리 서독처럼 한번 임명되면 12년, 일생동안 12년 하는 것이 좋지 않겠는가 이것이 좀 바람직하지 않는가, 젊어서 된 사람은 좀 오래할 것이고 늙어서 임명되면 적게 할 것이고 이런 생각을 제가 해봅니다. 그것은 왜 그러냐 하면 제가 하나 여담을 말씀드리면 예전에 男女平等에 관한 것을 설명을 할 때, 은행에서 여직원이 취직할 때, 결혼하면 사직합니다 이런 각서를 쓰고 들어가는 문제의 男女平等問題가 어때냐 이런 얘기를 제가 예를 들어서 설명을 했더니 한 女學生이 이런 얘기를 해요. 아 선생님 그런 정도 가지고 거창하게 憲法上의 男女平等을 얘기합니까? 그래요. 그럼 어떻게 男女平等이냐 그랬더니 그것은 오히려 合理的인 차별대우다, 어째서 그러냐 그랬더니, 선생님 은행에 가서 보시오. 한 4, 50 먹은 늙은 아주머니들이 앉아서 어서 오십시오 그러면 좋겠느냐, 뿐만 아니라 그렇지 않아도 女性들이 大學卒業하고 취직할 기회가 없는데 그런 사람들이 자리를 차지하고 앉아 있으면 우린 어디가서 취직합니까 이런 얘길 해요. 물론 여담이지만 상당히 그것도 현실적으로 일리가 있는 얘기이다 이런 얘기를 제가 한 적이 있습니다. 그것을 볼 때 특히 人事問題는 상당히 미묘한 문제이기 때문에 우리가 한 쪽 측면만 가지고 얘기하기에는 좀 어렵지 않겠는가? 이것은 그 나라의 여러가지 아까 말씀드린 역사적 배경이라든가 문화적인 것 또 국민들이 의식 이런 것이 고려되어서 좀 더 깊이 연

구를 해야 되겠다 이런 생각이 듭니다. 그리고 제가 마이크 잡은 김에 한마디 더 하겠습니다.

우리나라 憲法裁判所가 앞으로 나갈 방향이 의심스럽다 비관적이다 자주 이런 말씀들 하시는데 저는 그 출발을 이렇게 봅니다. 처음 단계는 상당히 司法自製로 신중한 태도를 기하면서 그러한 방향으로 움직여 나가지 않을까, 그러다가 이것이 제대로 정착이 되면 그때 되는 것이지 어떻게 하루 아침에 서독이나 오스트리아와 같이 또는 선진국과 같은 그러한 憲法保障機關을 우리가 기대할 수 있겠는가 저는 이렇게 좀 낙관적이랄까 아까 말씀하신대로 좀 인내로 참고 기다려야지, 해보기도 전에 틀리먹었다 이것은 조금 너무 성급한 결론이 아닌가 이런 생각이 듭니다. 좀 더 두고보고 또 우리들이 자주 떠듬으로써 앞으로 憲法裁判官이 되는 사람들도 안일한 생각으로 갔다가 투사가 나올지 누가 압니까? 하니까 좀 더 희망을 가지고 바라보는 것이 좋지 않을까 이런 생각을 가져봅니다.

사회자 : 고맙습니다.

金孝全 : 그런데 답변이 됐는지 모르겠습니다.

사회자 : 미진한 답변은 좀 후에 綜合討論에서 더 진지하게 討論해 주시기로 하고 중앙대학의 李相敦 교수님께서 마지막 討論者로 말씀해 주시겠습니다.

李相敦(中央大) : 예 지금까지 대부분 얘기가 나왔기 때문에 이전 별 의미가 없겠습니다. 그런데 제가 느끼는 바로서는 마치 오늘 자리가 判事나 法院에 대한 성토장처럼 되어버린 것 같습니다. 특히 梁建 교수님이 앞에서 지적했고 金孝全 교수님도 마지막에서 법원의 人事原則의 미확립을 개탄하셨는데 저는 그 견해를 달리하고 싶습니다. 이것은 판사나 법원의 문제라기 보다는 과거에 굴절된 우리나라의 政治文化의 所産이지 이것을 반드시 法院과 判事에게만 책임을 묻기는 좀 어렵지 않을까 말이죠. 그리고 특히 이러한 문제점이 憲法裁判所를 채택하고 이것을 발전시킨다고 해서 발전이 하루아침에 되겠느냐 저는 거기에 대해서 조금 비관적인데요. 그것은 특히 아침에 金尙哲 변호사께서 말씀하신 바와 같이 現行憲法상의 憲法裁判所는 나쁘게 말한다면 일종의 정치적인 함정이라고 얘기할 정도로, 이거 좀 이상하게 됐습니다. 여러분 다 아시겠지만 우리 法院과 在野法曹界는 制憲당시부터 司法審査權을 法院이 갖겠다는 것이 숙원사항이었어요. 그래서 특히 그 制憲憲法 당시에도 金炳魯 大法院長, 張曠根 民事法院長 같은 분들이 당당하게 이것이다 했지만은 兪鎮午 박사가 반대해서 안되었습니다. 제 2 공화국 때는 憲法裁判所야 있었지만 그 당시 국가관을 제시했다고 할 수 있는 서울 高等法院의 이득룡 判事께서는 司法府의 兩院制로서 國民의 基本權을 보호할 司法府를 약화시킨다 이렇게 비관을 했습니다. 제 3 공화국 때는 당시 趙鎮晚 大法院長께서 로비에 의해서 司法審査가 채택이 되고 제 3 공화국 때 이것을 운영해 보았습니다.

대부분 학자들은 3공화국에서의 司法審査가 부진했다고 비판을 하고서 따라서 이것은 法院한테 맡길 수 없다라고 보고 있는데 제 생각 같아서는 이것은 좀 지나친 평가가 아닌가

싶습니다.

제 3 공화국의 判事制는 제 생각 같아서는 비판을 받기보다는 상당히 동경을 받아야 하지 않을까 생각하고, 특히 10월유신이라는 외적인 힘에 의해서 司法審査가 실패했지 그 당시 10월유신이 없었으면 아마 司法審査가 지금은 우리 憲法秩序에 아주 정착이 됐을 겁니다. 또하나 우리가 주의해야 할 것은 10월유신에는 상당수의 憲法교수들이 앞장섰다는 매우 서글픈 현실을 참작해서 判事를 비판해 주었으면 좋겠습니다. 제 5 공화국 때에도 國會 改憲 特委나 新民黨, 共和黨, 그리고 大韓辯協의 憲法改正案은 전부 다 司法審査였습니다. 제 6 공화국 憲法改正 때에도 民主黨과 大韓辯協은 전부 다 司法審査였습니다. 法院은 말할 나위도 없었겠죠. 그러니까 民正黨에서 최초에는 사법심사를 채택하는 것으로 보도가 되었는데 마지막 판에 가서 이 憲法裁判所로 바뀌었어요. 그리고 이것이 곧 이어서 낙착이 됐는데 이것은 제가 보기에선 일종의 정치적 함정이 아니었는가 이런 감각도 뿌리칠 수 없습니다. 그리고 특히 憲法裁判所의 判事의 임용문제에도 제가 보기에 특히 우리가 좀 조심해야 할 것은 우리의 그 특이한 政治文化의 현황이죠. 言論인이 白晝에 테러를 당하는 이런 상황에서 말이죠. 憲法裁判所는 判事가 비상임 포함하여 모두 9명입니다. 9명이면 정치적 압력을 가하려면 매우 취약합니다. 그리고 그 任命要件은 적어도 大法官 출신이기 때문에 상당히 우리 사회에서의 명망가적인 원로들입니다. 과거 20년간의 그 풍파가 많은 세월을 거쳐 온 원로급 法律家들 99%가 보수적이기 때문입니다.

따라서 제가 보기에 憲法裁判所 裁判官은 심중팔구 보수적인 사람들이라고 보고 싶습니다. 그 반면에 사법심사를 펼친다 할 경우에 이것은 아홉명의 재판관이 아니고 수백명의 判事를 겨냥할 수 있죠. 아무리 無所不爲의 權力이라 할지라도 수백명의 判事의 정치적인 압력을 대할 수 있겠습니까. 최근에 우리는 젊은 法官들이 大法院長을 비롯해서 大法院長을 갈아치우는 걸 봤습니다. 그러한 젊은 判事라면 違憲判決을 충분히 하고 남겼습니다만 50대의 명망가적인 憲法裁判所 裁判官이 과연 違憲判決을 할 수 있겠는가 하는 말이죠. 그리고 특히 우리는 지난 71년에 國家賠償法 違憲判決에——물론 대법원 판결이지만——그 대법원 판결이 있기 전에 수년간에 걸쳐서 下級法院에 의해서, 즉 젊은 判事に 의해서 違憲判決이 나왔기 때문에 大法院은 違憲判決을 선고했습니다. 따라서 저는 솔직히 앞으로의 젊은 下級法院判事가 憲法裁判所의 法官을 어떻게 꺾을 것이냐. 제가 솔직히 하급법원 판사라도 違憲提請을 안 하겠어요. 가급적 合憲判決이나 해서 基本權을 신장하는 방향으로 판결하겠습니까. 마지막으로 우리는, 속된 말이겠지만, 우리 判事와 法院의 소극적인 태도를 탓하기에 앞서서 우리의 公法교수들이 과거 특히 20년 동안에 국민의 基本的 權利나 憲法的 自由에 얼마나 기여했나 한번 반성해 볼 필요가 있다고 봅니다. 우리가 우리의 자신을 반성하지 않고 法院과 判事를 비판하는 것은 좀 경솔하다고 생각합니다. 감사합니다.

사회자 : 고맙습니다. 1950년인가 Carr vs. Baker라고 선거구조정에 관한 미국의 大法院

判決이 있었읍니다. 거기 소수의견을 얘기하면, Frankfurter判事의 얘기가 생각이 나는데 요. 그분은 이제 法院은 칼도 없고 또 돈주머니도 없다, 그러니 裁判所가 뭘 할 수 있겠는가 하는 소극적인 태도를 취하는 것 같은데 우리 李박사가 裁判所判事를 상당히 두둔하신 것 같습니다. 거기에 梁建 교수가 불만이 있는 것 같아요. 한마디만 듣고 오늘 오후 세션은 끝내기로 하겠읍니다.

梁 建(漢陽大) : 다른 사람을 욕한다는 것은 인간적인 덕목에 있어서 좋지 않은게 되어서 제가 조금 判事를 욕하면, 이거 참 도덕적인 차원에서 그런 문제에 걸리기 때문에 뭇합니다만, 政治文化를 말씀하셨는데 그 政治文化를 깨려면 어떻게 해야 되는 겁니까? 그러면, 政治文化라고 하는 것은 불변의 고정적인 것입니까? 文化라는 것은 결국 생각인데 그 생각 깨려면 사람의 생각 자체가 바뀌어야 됩니다. 아직도 좀 인간적인 차원에서 말씀을 드리겠읍니다. 가령 교수님들이 제대로 좀 무슨 애길 못했다면 부끄러운 일입니다. 부끄러운 일인데 저는 이런 생각도 해봤어요. 교수 그만두면 할 게 없읍니다. 이걸 장사도, 장사할 재산도 없는 것이고 말이죠. 그런데 判事님들 그만두면 어떻습니까. 아주 부족함이 없이 살 수 있는 그런 것이 되어 있는 걸로 알고 있읍니다. 그런데도 불구하고 어떤 테두리내에서의 승진에 매인다는 것은 저 자존심 강한 분들이 뿌리치기 어렵습니다. 그래서 저도 제도를 바꿔야 된다는 말씀을 드렸는데 결국 그런 문제를 우리가 그냥 간과할 수 있겠느냐는 말이죠. 또 人事制度가 중요한 判事獨立에 장애가 된다는 것은 제가 아는 실무판사한테 들은 것입니다. 제가 法院에 있지도 않고 어떻게 속사정을 압니까? 뭐가 제일 문제입니까 하나까 판사님들이 대개 다 그래요. 人事制度, 昇進때문에 할 수 없이 자기 생각을 판결에 반영을 못합니다 그랬읍니다.

사회자 : 오늘 오전부터 오후까지 우리나라의 憲法裁判의 活性化 方案을 우리가 지금 논의하고 있읍니다. 모름지기 과거에 잘못된 것을 자기성찰적으로 돌이켜 보는 것도 좋습니 다만 活性化 方案이니까 앞으로 이런 모임을 좀 더 자주 갖고 司法府나 또는 在野法曹이나 大學教授나 또는 그밖에 많은 民主主義 發展을 희망하는 국민 모두들이 이런 문제에 좀 더 심각하게 문제의식을 가지고 생각해 보면 우리의 民主主義의 개화기는 좀 더 빨리 달성되지 않을까 생각을 합니다. 오늘 오후 네 시간 동안 發表를 해 주신 두 분 외국분과 그리고 두 분 우리 국내 교수님 그리고 여러 분의 討論者와 그리고 좀 지루했다고 말씀드리면 솔직한 말씀이 될런지 모르겠읍니다만 네시간 내내 자리를 지켜주신 여러분에게 감사의 뜻을 표하고 오후 세션은 이것으로 마치기로 하겠읍니다. 곧이어 綜合討論을 하도록 하겠읍니다. 고맙습니다.