

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000233-01

헌법이론과 실무

2019-A-5

사면권의 한계에 대한 헌법적 검토



Constitutional Research Institute



헌법재판소

헌법재판연구원



사면권의 한계에 대한 헌법적 검토

연구책임자 : 이 석 민 책임연구관

I. 서론 / 1

1. 연구의 배경과 목적	1
2. 연구의 범위와 방법	3

II. 사면권과 사면제도 / 5

1. 사면의 의의	5
가. 들어가며	5
나. 협의의 사면	6
(1) 일반사면	6
(2) 특별사면	6
(3) 양자간 현실적 발동 요인 비교	7
다. 광의의 사면	8
(1) 행정처분의 철회와 징계사면	8
(2) 복권	8
라. 사면의 효과	9
2. 사면의 연혁	10
가. 연혁	10
나. 소결	12
3. 사면의 정당화 근거	12
4. 사면의 본질	16
5. 우리 헌법 및 사면법상 사면	17

가. 헌법상 사면권 규정	17
나. 사면법의 규정	20
(1) 사면법의 제정과 개정	20
(2) 사면의 종류 및 범위	21
(3) 사면의 대상	22
(4) 사면 등의 효과	22
(5) 사면권 행사의 절차	23
다. 사면심사위원회	24
(1) 역할 및 기능	24
(2) 위원회의 구성	25
(3) 위원회의 회의 절차	25
(4) 심의서, 회의록의 작성 및 공개	25
(5) 사면심사위원회 회의 결과의 구속력 인정의 여부	26
(6) 위원회 운영의 실태	26
6. 사면권 행사의 실태	27
가. 일반사면의 실태	27
나. 특별사면의 실태	28

III. 비교법적 고찰 - 사면의 한계와 통제를 중심으로 / 30

1. 독일	30
가. 개요	30
나. 사면에 관한 성문법적 근거	31
다. 사법심사 등 통제 가능성	32
(1) 학계의 견해	32
(2) 독일연방헌법재판소 결정	34
(가) 사실관계	34
(나) 본안판단	35

1) 각하 취지의 4인의 의견	35
2) 인용 취지의 4인의 의견	36
3) 결론 - 가부동수	36
(3) 주헌법재판소의 관련 결정	37
(가) 서설	37
(나) 본안판단	37
2. 미국	38
가. 개요	38
나. 사면에 관한 성문법적 근거	39
다. 사면권의 한계에 관한 규정 및 판례	39
라. 사면권의 통제에 관한 학설 등	42
3. 그 밖의 국가	44
가. 사면에 관한 성문법적 근거 (특히 헌법)	44
나. 사법심사 등 통제 가능성	45
(1) 판례 1 - 피지 (Commissioner of Prisons v. Raikaiti, [1998] 44 EL.R. 205 (Fiji))	46
(2) 판례 2 - 팔라우 (Llecholch v. Republic, Civ. App. No. 14-003 (July 24, 2014) (Palau))	46
(3) 판례 3 - 가이아나 (Yassin v. A.G., (1996) 2 C.H.R.L.D. 39 (Guyana))	48
4. 소결 - 한계와 통제의 필요성 공유	48

IV. 사면권의 한계 / 50

1. 사면권행사의 한계에 관한 논쟁	50
가. 무한계설	50
나. 한계설	51
다. 검토	53

2. 사면권의 규범적 한계	55
가. 논리적 한계와 목적적 한계	55
나. 권력분립원칙(견제와 균형)에 의한 한계 여부	56
다. 자의금지원칙(평등)에 의한 한계	61
라. 그 밖의 헌법적 한계	62
마. 소결	62

V. 사면권의 통제 가능성 / 64

1. 서설	64
2. 사법적 통제 가능성	64
가. 이론과 판례의 태도	65
(1) 사법심사 부정설	65
(가) 권력분립 예외론	65
(나) 그 밖의 논의	65
(2) 사법심사 긍정론	66
(가) 권력분립 무관론(헌법국가적 구속론)	66
(나) 법치주의 중시론	67
(다) 기본권보장 중시론	67
(라) 통치행위론 (그 개념을 인정하면서도 사법심사가능성이 있다는 견해)	67
(3) 헌법재판소의 태도	68
(가) 본안판단을 한 예	68
(나) 적법요건으로 인해 각하된 헌법소원들	69
(4) 법원의 태도	70
(5) 해외 판례들의 시사점 및 소결	70
나. 정당하지 않은 사면권 행사에 관한 쟁송수단	73
다. 소결	74

3. 입법적 통제 방안	76
가. 실체적 사유 규정 방법	76
(1) 기존의 논의	76
(2) 평가 - 구분의 필요성	77
(3) 소극적 방식의 예	77
(가) 대상 유형의 제한	77
(나) 사면 기간의 제한	78
(다) 사면 횟수의 제한	78
(4) 적극적 방식의 가능성 검토	79
나. 절차적 규정 보완 방법	79
(1) 의의	79
(2) 수형자의 신청에 의한 사면	79
(3) 특별사면 형식에 의한 실질적 일반사면 금지	80
(4) 사법부의 의견 청취 절차 또는 국회에 대한 보고 절차 삽입	81
(5) 범죄피해자 등 관계인의 의견 진술 기회 부여	82
(6) 사면법상 사면심사위원회 관련 (격상 또는 권한 증진)	82
(7) 그 외의 절차적 규정 보완 방법 - 규율형식의 문제	84
다. 그 밖의 입법적 통제 방법	85
(1) 사면의 이유 제시	85
(2) 사면 철회 제도	85
4. 입법부와 사법부의 동시적 통제 가능성 - 특히 탄핵 사유 해당여부	86
5. 정치적 책임을 통한 통제 여부	88

VI. 결론 / 89

■ 〈별첨〉 독일연방헌법재판소 BVerfGE 25, 352 1969년 4월 23일 제2재판부의 결정 (사면결정의 사법심사가능성에 관한 결정)의 본론 부분(C.) 전문번역	92
■ 참고문헌	101

I. 서론

1. 연구의 배경과 목적

대한민국 헌법 제79조는 사면에 대해 규정하고 있다. 사면은 제헌헌법(1948)에서부터 대통령의 헌법상 권한으로 규정되었다. 현행 헌법은 제79조에서 대통령이 사면(赦免), 감형(減刑), 복권(復權)을 명할 수 있는 권한에 대하여 정하고 있다.¹⁾ 그리고 이 헌법 제79조에서 규정하고 있는 동 권한에 관한 사항을 규정하고 제도적으로 규율하는 개별법인 「사면법」이 있다.

「사면법」에 따르면, 일반사면은 죄의 종류를 정하여 대통령령으로 하고, 국무회의의 심의를 거쳐 국회의 동의를 받아야 한다(헌법 제79조 제2항, 제89조 제9호, 사면법 제8조). 특별사면은 법무부장관이 위원장인 사면심사위원회의 특별사면 적정성 심사를 거쳐 법무부 장관이 이를 대통령에게 상신하고, 국무회의의 심의를 거쳐 대통령이 한다(헌법 89조 제9호, 사면법 제9조, 제10조, 제10조의2).

이렇게 우리 헌법과 사면법은 사면을 인정하는바, 대통령의 권한으로서의 사면권²⁾은 공정하지 못했던 재판, 자의적으로 된 법집행, 불완전한 일부 입법 등으로 발생한 문제상황을 해결하고 범죄에 관한 법적 평가가 시대에 따라 변화할 수 있고, 경우에 따라 사회적 통합을 위한 고차원의 정치적 결단이 필요하다는 이유와 명분에 의거하여 과거에서부터 오늘날까지 법 제도 속에서 그 명맥을 이어왔지만, 한편으로, 사법부의 판단을 사후적으로 변경하는 권한으로서, 권력분립의 원리에 충돌될 소지가 있으며 법치주의와도 충돌할 수 있다는 점은 주지의 사실이다. 다시 말해 형사사법 체계를 훼손하고, 자의적인 권한 행사나 정치적인 남용 가능성이 늘 위험 요소로 존재하였다.

특히 대통령의 특별사면은 헌법 제79조, 「사면법」, 「사면법시행규칙」에 근거하여 행사하게 되는데, 이 법령에는 절차적 요건과 효과에 대한 규정은 어느 정도 있으나 대상, 기

1) 대한민국 헌법 제79조 ①대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ② 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다.
2) 이러한 것은 사실 권한이므로 사면권한이라고 하거나 그냥 사면이라고 하는 것이 더 정확하겠으나, 보통 널리 사면권이라고도 불린다는 점에서 이 글에서는 사면권한이라는 내용에 대해서도 줄여서 사면권으로 칭하는 것을 허용하도록 한다.

준, 시기 등에 관한 ‘실체적’ 요건과 제한에 대해서 별다른 규정을 두고 있지 않다는 점이 문제점으로서 지속적으로 지적되어 왔다. 즉, 특별사면의 절차적 요건으로 1) 검사 또는 교정시설장의 특별사면 제청, 2) 검찰총장의 특별사면 상신의 신청, 3) 사면심사위원회 심사 이후에 법무부장관의 대통령에 대한 상신, 4) 국무회의 심의와 부서, 5) 대통령의 명령이 필요하다는 내용과 6) 특별사면이 시행되면 형의 집행이 면제된다는(특별한 경우 형 선고의 효력 상실된다는) 점 외에는 아무런 통제 사항으로 볼 만한 내용이 없다. 대통령의 사면권 특히 특별사면권 행사에 대하여 아무런 제한이 없어 그 권한이 남용될 수 있다는 지적과 비판이 꾸준히 제기됨에 따라 그나마 지난 2007년에 있었던 「사면법」 개정으로³⁾ 법무부장관 하에 ‘사면심사위원회’를 설치한 것이 사면권의 남용을 방지하기 위한 유일한 제어 기제라고 볼 수 있다.

우리 대법원에서는 일전에 사면의 효력, 특히 형의 선고에 의한 기성의 효과가 소멸하는지 여부가 다투어졌던 바가 있다.⁴⁾ 그리고 헌법재판소에서 본안판단을 한 경우에는 병과형의 일부에 대하여만 특별사면을 할 수 있는지를 다루었던 바가 있다.⁵⁾ 그러나 사면에서 가장 중요한 헌법적 쟁점은 바로 ‘사면권 행사의 한계’가 아닐 수 없으며, 이에 대해서는 대법원에서도 헌법재판소에서도 본격적으로 판단을 내린 판례는 아직 없다고 평가할 수 있다.

앞서 본 바와 같이 헌법이나 법률은 사면권행사의 요건 (특히 ‘실체적’인 요건)을 제대로 규정하고 있지 않아, 사면권 행사의 한계를 인정할 것인지 견해가 대립하고 있다. 헌법상 권력분립원칙, 사면권 행사의 목적을 고려하면서 이 문제를 면밀히 살펴볼 필요가 있다고 할 것이다. 사상 초유의 대통령 탄핵이 지난 2017년에 이루어지고 법관 탄핵의 가능성까지 논의되는 2019년 초 현재, 탄핵된 이에 대한 사면을 인정할 것인지도 일각에서 언급이 되는 바 이에 대한 명확한 헌법적 해명은 시의적으로 매우 중요하지 않을 수 없다. 또한 사면권행사의 한계를 긍정한다고 하더라도, 이를 위반한 경우 사법심사가 가

3) 법률 제8721호, 2007. 12. 21., 일부개정. 그 후 사면법은 법률 제11301호로 2012. 2. 10.에 일부개정이, 그리고 법률 제13722호로 2016. 1. 6.에 타법개정이 있었지만 전자는 법 문장의 표기를 한글화하고, 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어쓰기 위한 이유에서였으며, 후자는 군사법원법 일부개정법률 상 종래 “검찰관”을 “군검사”로 바꾸며 발생한 타법개정으로서 부칙개정에 불과한 것이었다.

4) 95도2446, 93다852, 2000다64298 등 참조. 그런데 우리 대법원은 사면권은 국가원수로서 대통령의 ‘고유 권한’이고, 그 행사는 고도의 정치적 결단에 맡겨져 있는 이른바 ‘통치행위’로서 그 본질상 원칙적으로 법적 제한과 사법심사의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다. 대법원 1979.12.7, 79초70; 1981.9.22., 81도1833 참조.

5) 현재 2000. 6. 1. 97헌바74 참조.

능한지를 별도로 검토해야 한다. 2007년 「사면법」 개정으로 사면심사위원회를 법무부장관 산하에 설치한 것이 이러한 권한 남용을 예방하기 위한 유일한 제한장치로 존재하고 있는데, 최근인 2018년 3월 대통령의 발의로 제안된 헌법개정안은 특별사면을 명하려면 사면위원회의 심사를 거쳐야 한다는 등의 내용을 헌법조항안에 담고 있어 이에 대해서도 역시 평가가 필요하다고 하겠다. 이와 같이 사면제도 중에서도 특별사면은 학계와 사회 각계에서 많은 비판을 받아온 제도로써 특히 더 헌법적 검토가 요청된다고 하겠다.

2. 연구의 범위와 방법

대통령의 사면권 행사로 인해 헌법의 기본원리에 대한 훼손 및 침해 여부가 문제시될 수 있는데, 이를 정당화할 수 있는 사유에 대해서 먼저 비판적으로 검토한다. 이를 위해서 사면의 본질과 목적에 대한 검토를 바탕으로, 사면의 필요성과 정당성 등을 검토할 것이다. 또한 사면권 부여와 사면권 행사를 내용으로 하는 헌법과 법률의 규정에 대한 검토를 하게 될 것이다.

그리고 사면권 행사 과정에서 나타나는 현실적 문제점을 지적하고 사면권에 대한 합리적인 통제방안을 살펴볼 것이다. 또한 이 과정에서 비교법적 고찰로서, 주요국의 관련된 주요 법제도 사례를 파악할 것이며, 이를 통해 우리가 얻을 수 있는 시사점도 파악할 수 있겠다.

또한 이러한 사면권 행사의 한계 여부에 대한 논점도 살펴보도록 한다. 그리고 이 한계를 긍정한다 하더라도, 이를 실제로 어떻게 통제할 수 있는지는 별도로 검토해보아야 한다. 이는 크게 사법부에 의한 통제 방법과 입법부에 의한 통제 방법으로 나눌 수 있다.

특히 사법부에 의한 통제의 경우에는 사면권의 행사의 한계를 위반한 경우 사법심사가 가능한지 여부를 별도로 검토해야 한다. 이 점에 대해서는 기존의 학설에 대해 검토하고 대법원과 헌법재판소의 판례들을 재검토하면서 결론을 내려보고자 한다. 기존의 선행연구에서는 사법적 통제에 대해 언급된 예들은 있으나 이를 상세히 검토하지 않은 측면이 있으므로, 이번 연구에서는 그러한 검토에 중점을 두기로 하면서, 특히 이러한 취지에서 독일연방헌법재판소 및 주요 주(州)의 헌법재판소에서 과거에 사면관련결정에 관한 사법심사의 가능성을 긍정하였던 판시사항들과 그 법리를 소개하며 검토해보고,

나아가 아예 사법 심사를 하고 사면관련결정을 무효화한 데까지 나아간 몇몇 보통법(코먼로) 국가들의 최고법원들의 사례들을 조사하여 제시하여 우리의 경우에 대한 시사점을 얻고자 한다.

또한 사법적 방법과는 다른 방법으로 사면권의 남용을 통제하는 방법은 여전히 중요하게 따져볼 필요가 있다. 이런 점을 고려할 때 특히 입법적인 개선이 절실히 요청되는 부분들을 짚어내고 그 필요성을 밝히고자 한다.

II. 사면권과 사면제도

1. 사면의 의의

가. 들어가며

일반적인 의미에서 사면이란 형의 선고의 효력 또는 공소권을 상실시키거나, 형의 집행을 면제시키는 사면권자의 고유한 권한을 의미한다.⁶⁾ 사면은 근대 이전에는 일종의 은혜로서 풀이되는 사면권자의 매우 특수한 권한으로 존재하였다. 이러한 사면제도의 옛 면모를 보여주는 예로서, 이를 아직도 ‘은사(恩赦)’라는 개념으로 칭하는 국가도 있으며(일본), 영어권에서 사용하는 clemency도 그 어원은 ‘자비, 친절’을 뜻하는 라틴어에서 온 것이다.

그러나 이러한 사면은 현대에서는 그 존재에 대하여는 문제제기가 빈번히 있어 왔다. 현대적 입헌민주국가가 성립된 이후의 사면권의 존재 의의 자체에 대한 문제제기 뿐만 아니라, 그러한 사면이 그 권한을 가진 자에 의하여 남용될 여지가 있을 때 특히 그러한 문제제기는 더욱 강력하고 빈번하였다. 우리 제도를 볼 때 그 중 더욱 문제제기를 많이 받았던 유형은 특별사면이라 할 수 있다.⁷⁾ 물론 일반사면이나 복권 등에 문제가 없다고 할 수는 없지만, 이에 비해서도 특별사면은 사면권자의 의지가 특정인의 건에 대하여 직접적으로 개입될 수 있고, 나아가 공식적으로는 형사정책적인 목적 등 공공복리적 목적을 내세우곤 하지만 이미 확정된 범죄자에 대한 형벌을 무력화하고, 소위 ‘정치적인 빛’을 청산하고자하는 방법으로 활용될 수 있기 때문에 그간 학계 및 실무계의 비판 초점은 대개 특별사면에 있어왔다.

이러한 점을 고려하여 이하에서는 사면의 유형과 그 의미하는 내용의 개념을 정리하

6) 현재 2000. 6. 1. 97헌바74 참조.

7) 정대화, 부적절한 사면은 안 된다, 경향신문, 2005년 6월 29일자, 김지성, 임기말 사면권 남용? 정부 75명 특별사면, SBS 뉴스, 2007년 12월 31일자, 양낙규, 신·구 정권 특별사면 놓고 대립각 세우나, 아시아경제, 2013년 1월 27일자, 박민식, 특별사면 문제와 해법, 한국일보, 2013년 2월 6일자, 김양진, “생계형”이라더니 ... MB, 2009년 살인범 320명 ‘특별사면’ 왜?, 한겨레, 2018년 10월 11일자, 조선일보, [사설] ‘내 편’에 폭력 면히 내주려는 특별사면, 조선일보, 2019년 2월 12일자, 오태훈, 특별사면 한국 97번, 독일은 단 4번뿐, KBS뉴스, 2019년 2월 13일자 등.

면서, 그 중 언급되는 사면에 관한 문제점 등은 별도의 언급이 없더라도 많은 경우 특별 사면에 관한 것을 우선적으로 염두에 둔 것으로 할 것이다.

나. 협의의 사면

사면은 통상 국가수반이 형사소송법 또는 그 밖의 형사법규상 절차에 의하지 않고 형의 선고의 효과 또는 공소권을 소멸시키거나 형 집행을 면제시키는 행위를 의미한다.⁸⁾ 이를 협의의 사면이라고도 하고, 이것은 다시 일반사면과 특별사면으로 나뉜다.

(1) 일반사면

일반사면이라 함은 원칙적으로 범죄의 종류를 지정해서 이 종류에 해당되는 모든 범죄인의 형의 선고의 효과 전부 또는 일부를 소멸시키거나 형의 선고를 받지 아니한 자에 대하여는 공소권을 소멸시키는 행위를 말한다. 우리나라의 경우 헌법상 국무회의의 심의를 거쳐야 하고 반드시 국회의 동의를 얻도록 규정하고 있다.⁹⁾

일반사면은 대통령령으로 사면대상이 되는 죄의 종류를 정해서 이루어지고 일괄적으로 실시되기 때문에 범죄인 개개인을 따지지 않는다. 미결·기결을 묻지 않고 검거여부도 불문한다. 이러한 일반사면이 시행되면 기결수에 대해서는 형선고가 효력을 상실하게 되고, 미결수에 대해서는 공소권이 없어져서 처벌할 수 없다.

(2) 특별사면

특별사면(특사)이라 함은 원칙적으로 형이 확정된 특정인에 대하여 그 형의 집행을 면제하는 것을 칭한다. 이러한 특별사면은 집행의 면제의 효과만을 가지므로, 형의 선고(확정)로 인해서 이미 형성된 효과는 변경시킬 수 없고 이것은 특별사면의 효력적 한계로서 일반사면과 다른 점이다.

8) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1019; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 587; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2018, 1279; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2015, 1021.

9) 헌법 79조에는 '①대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ②일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다.'고 규정하고 있다.

(3) 양자간 현실적 발동 요인 비교

일반사면은 주로 국가의 기념일이나 경사를 맞이하여 행하여지곤 한 것이 다수이다. 따라서 전통적인 성격이 짙고, 형사정책의 목적과는 관계가 적은 것이 보통이었다.

일반사면의 경우는 정치적 투쟁이 일단락되고, 과거의 정적을 처벌하여 처리할 필요가 없어진 경우에 그러한 이전의 정치관련범죄를 대상으로 행하여지기도 한다. 또한 국가의 정치질서를 파괴한 정치적 범죄의 경우는, 그 사건 당시에서는 이의 엄벌 필요성이 있었겠으나, 사회적 해악성을 가진 다른 일반 범죄와는 달리 주로 정치적 이념이나 세계관의 차이에 기반해서만 범죄성을 판단하였을 경우가 많기 때문에 정치적 상황이나 세태가 변천한 경우에는 이를 처벌할 필요성이 소멸하였다는 이유로 이루어지는 경우도 있다.¹⁰⁾

그러나 이와 같은 사면에 대한 사면은 결국 법의 일반적 타당성을 훼손하고, 또한 행정부의 입법부 및 사법부에 대한 지나친 월권으로 평가되기 쉽다. 따라서 현재에도 국회의 동의를 요하고는 있지만, 더 나아가서 이것을 대체로 법률의 형식을 갖추도록 하는 것이 타당하다는 의견도 제시되고 있다.¹¹⁾

대통령의 특별사면은 사법부의 재판작용으로서의 형선고 결과에 대한 개입이라는 면에서 권력분리원칙의 예외라고 일컫기도 한다. 그리고 사면권한을 활용할 경우 발생한 형선고의 효력을 소멸시키며, 법률에 관한 적용면제나 적용정지의 효과를 낳기 때문에 결국 본질상 사면권자인 대통령우위의 국가체제를 형성·유지하는 데 기여하는 제도라고 평가될 수 있다.¹²⁾

대통령의 사면권이 ‘통치행위’의 성격을 갖는다고 보는 입장도 있다. 통치행위의 개념은 국정의 기본방향 또는 국가 차원에서 정책적 결정을 하는 데 있어 고도의 정치적 성격을 띠는 집행부의 행위로 정의할 수 있는데,¹³⁾ 법원은 일전의 특별사면에 대한 일부무효 확인 사건에서 이러한 대통령의 사면권은 ‘고도의 정치적 결단에 의해 발동되는 행위로서, 그 결단을 존중할 필요성이 있는 이른바 통치행위에 해당한다’고 판시한 바 있다.¹⁴⁾

10) 강민국, 대통령의 사면권의 문제와 개선 방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 4.

11) 즉 우리나라에서도 일반사면의 법형식은 결국 대통령령의 형식이 아닌 법률의 형식을 취하여야 한다는 견해가 있다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1020; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 588 참조.

12) 강민국, 대통령의 사면권의 문제와 개선 방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 4-5.

13) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 725.; 양건, 헌법강의, 법문사, 2014, 1166-1168.

14) 서울행정법원 2000.2.2. 선고 99구24405판결, 서울고등법원 2003.6.5. 선고 2002누266. 이와 비교해 통치 행위이라는 개념이 있더라도 즉 비록 고도의 정치적 결단에 의하여 행해지는 국가작용이라고 할지라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접 관련되는 경우에는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 된다고 본 헌법재판소의 설시에 대해서는 현재 1996. 2. 29. 93헌마186(긴급재정명령 등 위헌확인사건) 등 참조.

다. 광의의 사면

위에서 본 협의의 사면 개념을 넘어, 단지 형에 관련된 것만이 아니라, 법원에 의한 형의 선고와 그의 부수적인 효과 그리고 행정기관에 의한 징계처분의 효과의 전부나 일부를 면제시켜주는 행위를 모두 칭하는 개념으로서 광의의 사면 개념이 사용된다. 즉 광의의 개념에는 특별감형(특정인에 대한 형의 집행을 경감시켜주는 행위), 그리고 특별복권(특정인에게 형 선고의 부수적 효력으로 법령에 의해 상실되거나 정지된 자격을 회복시켜주는 행위)의 개념까지 포함된다.

우리나라 사면법 제1조는 명문상 감형과 복권 역시 사면법의 대상으로 정하고 있으며 또한 같은 법 제4조는 행정법규 위반에 관한 범칙자, 징계법규에 의해 징계 또는 징벌을 받는 자들도 이러한 사면의 대상으로 규정하고 있으므로, 광의의 사면 개념을 받아들이고 있다고 하겠다. 그리고 과거에 실제로도 징계 처분의 효과를 면제하는 내용의 사면이 시행된 바 있다.

(1) 행정처분의 철회와 징계사면

사면법 제4조는 행정처분의 철회와 징계사면을 규정하고 있다. 행정처분 철회는 행정기관이 권익을 제한하거나 의무를 부과한 것(예컨대 교통관련 벌금 및 범칙금 부과, 위생관련 영업정지 처분 등)을 소멸시켜주는 것이다. 이 대상자는 행정안전부 산하 해당기관(주로 경찰청 등)이 정하게 된다. 이에 비해 징계사면은 징계(정직, 견책, 감봉 등)을 받은 공무원의 인사기록에 남아있는 징계 기록을 삭제하고 승진 호봉상의 제한 또는 상훈 등등의 불이익을 제거해주는 것이다.

(2) 복권

복권은 형의 선고로 인해 법령이 정한 바에 의한 자격이 상실 또는 정지된 자를 대통령의 명령에 의해 그 자격을 다시 회복시켜주는 것이다. 그러나 사면에 의한 복권은 자격을 회복시켜 주는 것일 뿐이고 형선고의 효력을 없애주는 것이 아니다. 따라서 복권이 되어도 형의 선고기록은 그대로 남는 것이 특징이라고 하겠다. 다만 특별한 경우 형선고의 효력을 없앨 수 있다. 복권이 되어도 이미 완성된 효과는 사라지지 않는다.

〈표 1〉 사면, 감형, 복권 비교

		대상	국회의 동의	형식	효과
사면	일반사면	죄를 범한 자	要	대통령령	형선고의 효력 소멸, 공소권 소멸
	특별사면	형선고받은 자, 집행유예자	不	사면심사위원회회의 +법무부장관 상신+대통령의 명령	형집행 면제, 형선고 효력상실 (집행유예자를 포함)
감형	일반감형	형선고받은 자	不	대통령령	형의 변경
	특별감형	형선고받은 자, 집행유예자	不	사면심사위원회회의 +법무부장관 상신+대통령의 명령	형집행 감경, 형의 변경 (집행유예자 포함)
복권	일반복권	자격이 상실 또는 정지된 자	不	대통령령	자격의 회복
	특별복권	자격이 상실 또는 정지된 자	不	사면심사위원회회의 +법무부장관 상신+대통령의 명령	자격의 회복

라. 사면의 효과

사면법에 의거하여 대통령이 (협의의) 사면을 하면 특정한 죄에 대한 형 선고의 효력이나 공소권이 소멸되거나(일반사면), 형 집행이 면제되는(특별사면) 효과를 가져 온다(사면법 제5조 참고¹⁵⁾). 또한 대통령이 광의의 사면에 해당하는 감형이나 복권을 단행하면, 전자는 형의 집행을 경감되거나 형을 변경하는 효과를, 후자는(형 선고의 효력으로 인하여 상실되거나 정지된) 자격을 회복시켜주는 효과를 갖는다.

15) 제5조(사면 등의 효과) ① 사면, 감형 및 복권의 효과는 다음 각 호와 같다. 1. 일반사면: 형 선고의 효력이 상실되며, 형을 선고받지 아니한 자에 대하여는 공소권(公訴權)이 상실된다. 다만, 특별한 규정이 있을 때에는 예외로 한다. 2. 특별사면: 형의 집행이 면제된다. 다만, 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형 선고의 효력을 상실하게 할 수 있다. 3. 일반(一般)에 대한 감형: 특별한 규정이 없는 경우에는 형을 변경한다. 4. 특정한 자에 대한 감형: 형의 집행을 경감한다. 다만, 특별한 사정이 있을 때에는 형을 변경할 수 있다. 5. 복권: 형 선고의 효력으로 인하여 상실되거나 정지된 자격을 회복한다. ② 형의 선고에 따른 기성(既成)의 효과는 사면, 감형 및 복권으로 인하여 변경되지 아니한다.

이 중 특별 사면은 그 대상자에 대하여 잔여의 형의 집행을 면제시킬 뿐이지 형의 선고에 의한 이미 완성된(기성의) 효과에 변경을 가하지는 않기 때문에 특별히 복잡한 문제는 발생시키지 아니한다.

다만 일반사면을 하였을 때, 사면되는 자의 해당 범죄가 상상적 경합에 있는 경우 등 몇 가지 분명한 문제가 발생할 소지가 있는 유형들이 있다.

2. 사면의 연혁

가. 연혁

서양에서의 사면은 옛 함무라비 법전 속에도 그 기록을 확인할 수 있는데¹⁶⁾, 원칙적으로 사면권이라 함은 군주가 특정 죄인에 대해서 시행하던 군주제의 은사권(恩赦權), 다른 표현으로 은전권(恩典權) 제도에 그 유래가 있는 것으로 인식되고 있다.¹⁷⁾

가장 유서 깊은 기원 중의 하나의 예를 살펴보면, 영국의 헨리 7세 시절부터 군주의 은사권은 의회가 관여하지 못하도록 차단된 군주의 특권으로서 보통법(Common Law, 普通法)상 인정되어 그 법적 전통의 일종으로서 위치를 차지하게 되었다.¹⁸⁾

이 때 주의할 점은 영국의 헌정사를 검토할 때 이러한 은사권이 애초부터 군주의 온전한 임의적 특권이자 제도로 있었던 것은 아니었다는 점이다. 이러한 은사권은 영국 역사 속에서 그 의회의 성장에 따라 군주의 권력이 약해지면서, 국왕과 의회사이의 일종의 상호 견제수단으로 제도화된 것이다.¹⁹⁾ 또한 영국에서의 이러한 사면권은 그 역사적 연혁을

16) 함무라비법전에는 “사람의 아내가 다른 남자와 함께 누워 있다가 붙잡혔으면, 그들을 묶어서 물속에 던진다. 단, 그 아내의 주인이 자기의 아내를 살려 주면(사면해 주면), 왕은 자기의 종(즉, 그 남자)을 살려 준다.” 라고 정하였던 조항이 존재한다(함무라비 법전 제129조). 최준, 사면제도의 본질과 기능에 관한 연구, 법학연구 제19집, 제3호(2011년 12월), 2011, 232-233.

17) 이금옥, 대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 435-436.

18) John E. Nowak & Ronald D. Rotunda, Constitutional Law 292, 8th ed. West, 2010; 이금옥, 대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 435-436; 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 5.

19) John E. Nowak, Handbook on Constitutional Law 281, West, 1978; 강민국, 앞의 글, 7-8 참조. 즉 보통법 체제는 군주의 권력이 의회에 의해 통제받고 견제되는 부분이 확대되는 시점에 이르자 군주가 의회의 견제를 받지 않고 행사할 수 있는, 범죄의 피고인이나 유죄판결을 받은 자들에 대한 군주의 독점적이고 절대적 특권인 은사권을 발전시켜 나가게 된 것으로 볼 수 있다.

통하여 관찰하면, 발전의 초창기부터 항상 그 남용가능성이 지적되었고 이러한 남용가능성을 방지하고 견제하기 위한 노력이 이루어졌음을 알 수 있다는 점도 유의되어야 한다.²⁰⁾

여하간 위와 같은 과정을 통해 영국에서 발전해 나갔던 보통법상의 은사권은 이후 미국이 독립혁명을 통해 영국에서 독립하면서 처음으로 당시 신생국가인 미국 헌법에도 실정화되었고, 각국 주요국 헌법상의 제도로 자리 잡게 되었다.²¹⁾

현재적 형태의 사면과 그 제도는 서구 유럽의 역사적 경험으로부터 발전한 것으로 평가할 수 있지만, 역사적으로 볼 때 우리나라를 포함하여 동양의 역사를 볼 때에도 역시 사면과 유사한 제도가 일찍이 존재하였음을 쉽게 확인할 수 있고, 역사적으로 군주의 권한(왕권)이 강화된 이후에 그 군주의 권한으로서 사면이 시행되었음을 알 수 있다. 이렇게 우리나라 역사를 고찰해보면 이 때의 사면은 왕, 왕가 중심에 따른 은사(恩赦)적 사면, 또는 농경사회의 특성을 내포하고 반영하는 사회 통합적 성격의 사면이 주를 이루고 있다고 평가할 수 있다.²²⁾

삼국사기는 우리나라에서 사면에 관한 최초의 기록을 확인할 수 있는 책이라고 한다. 여기에서 역사적으로 기록된 최초의 사면은 삼국통일기념 대사령(大赦令)이라고 한다(신라문무왕 9년). 이때의 사면은 삼국사기에 기록된 다수의 사면들 중에서도 규모로 볼 때 최대의 것으로 매우 넓은 범위에서 이루어졌는데 모역죄에서부터 채무면제에 이르렀다고 한다.²³⁾ 또 고구려 유리왕 23년에 태자를 책봉하면서 반포한 대사령을 보듯이 왕실의 경사나 지진 또는 큰 공사(예컨대 축성(築城)) 등 특별한 시기적 이유가 있을 때 이루어진 것으로 기록되어 있다. 그 후 통일신라를 거쳐 고려시대, 조선시대에서도 물론 사면제도가 운용된 기록들을 쉽게 찾아볼 수 있다.²⁴⁾

현행 대통령의 사면권은 제헌헌법에서부터 인정되어 왔다. 즉 오늘날 형태의 사면권은 제헌헌법에서부터 근거를 둔다. 그리고 제헌국회는 「정부조직법」을 맨 처음인 제1호로 제정한 후에, 제2호의 법률로서 바로 이 「사면법」을 제정하였는데, 이 이유는 정부 수립과 동시에 이를 운영해가기 위한 추동력과 구심점이 필요하였기 때문인 것으로 평가되고 있다.²⁵⁾

20) 강민국, 대통령의 사면권의 문제와 개선 방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 8.

21) 갈봉근, 헌법상 대통령의 사면권, 고시연구, 1986. 10., 41; 강민국, 위의 글, 8.

22) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6.

23) 김종권(역), 완역원문 삼국사기, 명문각, 1986, 107; 강민국, 앞의 글, 9 참조.

24) 이에 대해서는 최준, 앞의 글, 232 이하; 강민국, 대통령의 사면권의 문제와 개선 방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 8. 9-12 참조.

25) 이영주 외, 사면권 행사방법의 문제점과 개선방향, 한국형사정책연구원, 2014, 29.

나. 소결

통치권자가 범죄자를 방면하고 일상으로 귀환하게 하는 제도는 그 명칭이 무엇이든 간에 시대와 장소를 떠나 존재하여왔음을 부정할 수 없다. 즉 사면은 일종의 권력자 또는 국가의 시혜로서 작용하여 왔었고 통치자의 피통치자들에 대한 통치 수단이자 국가용수단으로서 그 효용이 있어왔고, 이는 시대와 국가를 넘어 존재해 왔는데, 이러한 효용성에도 불구하고 그의 그러한 기능, 시행 여부 및 방식에 대한 문제점과 비판은 항상 존재해 왔고, 현재에도 그것은 여전하다.²⁶⁾ 진정한 문제는 먼저 현대 입헌민주국가에도 이런 성격이 이어지는가라는 것이며, 다음으로 이러한 비판과 지적이 예로부터 현대까지도 이어지고 있는에도 불구하고 상황은 반복되고 있는데, 이 점에 대한 적절한 대책이나 그 제한 내지는 통제의 원리에 대한 해명과 모색이 충분치 못하다.

3. 사면의 정당화 근거

우리 헌법재판소는 “사면은 …(中略)… 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다. 현대에 이르러서는 법 이념과 다른 이념과의 갈등을 조정하고, 법의 이념인 정의와 합목적성을 조화시키기 위한 제도로도 파악되고 있다.”(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74)고 한 바 있다. 이러한 실시에서 볼 때 우리 헌법재판소는 사면제도의 현대적 목적을 첫째로는 “법 이념과 타 이념 사이 갈등 조정”, 둘째로는 “정의와 합목적성의 조화”라고 인식하고 있음을 알 수 있다.

이와 같이 헌법재판소가 밝힌 사면의 두 가지의 현대적 목적을 학계의 기존 선행연구들에서 지적된 바에 기반하여 보다 상세히 설명해 보자면 다음의 세 가지 즉 재판작용에 대한 시정(법체계의 경직성 및 불완전성 보완, 의식변화 및 사정변경을 포함), 형사정책적 목적, 사회통합 등으로 설명해볼 수 있다.

26) 이를 지적하는 것으로는 예컨대 Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015 Ch.1; 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 1-3 등 참고.

① 재판작용에 대한 시정: 사면은 사법작용에서 나타날 수 있는 오류, 흠결, 과오 등을 교정하는 수단으로 설명된다. 심급제도나 재심 등 사법제도 상의 절차를 통해 법원의 재판작용에서 나타난 법 적용과 집행의 잘못을 바로잡을 수 없을 경우에는 오직 사면에 의해 국가의 오류를 시정하는 기능과 의미를 갖는다고 평가된다.²⁷⁾ 사면은 위법·부당한 법원 재판과 그 결과를 교정할 다른 방법의 부재²⁸⁾, 외부 영향으로 인한 법원의 잘못된 재판작용,²⁹⁾에 대한 시정의 의미를 가질 수 있다. 즉 법원의 잘못된 법 적용으로 인한 잘못된 판단, 법의 적용과정과 재판과정에 내재해 있는 오류나 흠결, 부적절한 형사판결과 부당한 집행 등에 대해서 사면은 이를 시정 및 교정하는 이른바 ‘재판교정기능’을 가지고 있다는 것이다.³⁰⁾ 이러한 기능은 결국 더 나은 정의를 추구하는 것으로 판단될 수 있다.

이는 다른 말로 표현해 법체계의 경직성 및 불완전성 보완으로도 일컬어지고 있다. 즉, 사면은 현행 법체계의 적용과 운용 과정에서 나타날 수 있는 불완전성을 시정하고, 나아가 법치주의원리 실현 과정에서 나타나는 경직성을 완화시켜 준다는 것이다. 이런 의미에서 사면은 법과 법치주의원리 실현과정에서 나타나는 경직성을 완화하는 제도³¹⁾이며, 예외적인 상황에서 법치주의의 경직성을 해소하기 위한 이른바 “법치주의의 자기교정”³²⁾의 의미를 갖는다는 것이다.

이러한 시정 내지 교정의 필요성은 구체적으로는 의식변화 및 사정변경에 의해서도 생겨난다. 먼저, 사면 인정의 정당화 내지 필요성의 한 가지로 평가된다는 의미에서의 ‘의식 변화’란, 특히 일반 국민의 법에 대한(경우에 따라서는 법적용에 대한) 가치관이나

27) 최준, 사면제도의 본질과 기능에 관한 연구, 법학연구 제19권 제3호, 2011, 246.

28) 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 1271.

29) 한인섭, 사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장, 법과 사회. 제16권, 1999, 31.

30) 고문현, “제왕적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안, 세계헌법연구 제13권 제2호, 2007, 23; 박광현, 대통령의 사면권의 정당성과 한계, 법학연구 제17집 제3호, 336; 박진애, 헌법에 합치하는 사면제도의 모색”, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009, 342; 이금옥, 대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 439-440; 최준, 사면제도의 본질과 기능에 관한 연구, 법학연구 제19권 제3호, 2011, 246; 한인섭, 사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장, 법과 사회. 제16권, 1999, 31-32. 나아가 사면이 갖는 이와 같은 재판교정적인 기능은 궁극적으로는 정의 실현의 의미도 갖는다고 설명하는 견해도 있다. 김명식, 대통령의 사면권에 관한 재고찰, 헌법학연구 제8권 제4호, 2002, 512; 최준, 사면제도의 본질과 기능에 관한 연구, 법학연구 제19권 제3호, 2011, 241 참조.

31) 송기춘, 헌법상 사면권의 본질과 한계, 공법연구. 제30집 제5호, 2002, 202; 이금옥, 대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 440; 최준, 사면제도의 본질과 기능에 관한 연구, 법학연구 제19권 제3호, 2011, 247.

32) 이승호, 사면제도의 개혁을 위한 소고, 형사정책 제25권 제1호, 2013, 135.

법감정 등이 변화되었을 때 이러한 내용들을 고려하여 사면제도가 인정될 필요가 있다는 것이다.³³⁾ 이러한 사면의 역할을 통해 당시 사회와 시대의 법의식 및 시대 의식 등을 현실적이고 실질적으로 구현하는 도구로 기능한다고 설명한다.³⁴⁾ 이러한 의식 변화와 더불어 ‘사정 변경’에 기인한 사면 인정의 필요성도 언급된다. 범죄에 대한 법적 평가가 과거와는 다르게 현재 현저히 변화되었고, 재심절차가 존재하여도 그러한 제한적인 방법으로는 이를 교정하기에 어려움이 따를 때 사면이 그를 해소하는 도구가 될 수 있다고 설명한다.³⁵⁾

② 형사정책적 목적: 형사정책적 목적이 사면의 정당화이유 중 하나라고 설명하는 견해들을 보면, 사면은 전체 형사법체계에서 보았을 때, 형사정책적 목적 달성을 위해 그것이 필요하다고 한다. 다시 말해 일정한 형사정책적 목적 달성에 사면이 기여할 수 있으며, 특히 ‘특별사면’은 일종의 자비와 화해의 의미를 갖는 행위로서 형사정책적 목적 달성에 그 효과가 있다는 점이 강조된다.³⁶⁾ 사면권의 정당화 사유로 제기되는 형사정책적 목적은 사면권 행사의 효과가 공소권 소멸과 형 집행 면제에 핵심이 있다는 점에 주목한다. 즉, 사회적으로 경미한 범죄에 대하여 사면을 실시함으로써 사회에 복귀하여 사회의 일원이 되도록 하고, 교정과정에서 사면의 가능성을 열어놓음으로써 교정과 교화의 자발적 동기를 제공할 수도 있다. 또한 경우에 따라서는 사면이 형법체계의 부담을 어느 정도 덜어주기 위한 목적을 위해 그 역할을 할 수 있다고 설명된다.³⁷⁾

33) 이세주, 대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰, 연세대학교 법학연구, 2016, 18.

34) 최준, 앞의 글, 246

35) 한인섭, 앞의 글, 31. 좀 더 구체적으로 보면, 현재의 통상적 형사법적 절차에 따라서는 피고인을 구제할 수 없지만, 이를 구제하는 것이 정의에 합치된다는 점이 수긍될 경우, 혹은 범죄자가 그 개전의 정이 현저하고 그 자를 벌할 필요가 없게 된 경우 등이 그와 같다고 한다. 이재상, 사면권의 법치국가적 한계”, 고시계 9월호(통권 제499호), 1998, 13; 고문현, 앞의 글, 23; 이금옥, 대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999, 440 참조.

36) 변종필, 사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계, 형사법연구 제12권, 1999, 287.

37) 문채규, 사면의 형법체계적 위치와 한계”, 형사법연구 제24호, 2005, 301; 정현미, 사면의 법치국가적 한계, 형사법연구 제20호, 2003, 330.

③ 사회통합: 사면은 그것이 적절히 시행되었을 때 사회통합의 기능을 발휘한다고도 평가된다. 사면권의 정당화 사유로서 사회통합·화합이 인정될 수 있다는 말은, 사회에서 발생하고 있는 다양한 사회적 갈등과 긴장의 해소를 위해서 사면이 필요하다는 것을 뜻한다. 즉 공동체 유대강화 및 공익 증진이라는 목적 실현을 위해 대통령의 사면권이 필요하며,³⁸⁾ 사면권의 행사를 통해 사회적 갈등과 긴장의 해소를 통한 사회통합 또는 국민 화합³⁹⁾에 기여할 수 있다는 것이다.⁴⁰⁾

그것이 어떤 기관의 권한이든 간에 사면권이 명문으로 헌법에 규정되어 있다면, 앞서 법이론적으로 도출하여 본 세 가지의 이유, 즉 재판작용에 대한 시정(법체계의 경직성 및 불완전성 보완, 의식변화 및 사정변경을 포함), 형사정책적 목적, 사회통합 등을 아마도 고려하면서 헌법의 제정자가 헌법 속에 그 사면의 권한을 예정하여 둔 것이라는 점을 쉽게 받아들일 수 있고 이러한 사면의 헌법적 정당성은 무엇보다도 이러한 명문의 규정에서 명확하게 근거지을 수 있게 되는 것이다.⁴¹⁾ 그리고 이러한 명문의 규정에 굳건히 그 형식적 정당성을 토대하게 되는 사면권은 궁극적으로는 실질적인 정당성 측면에서 “법

38) 최준, 앞의 글, 243-244, 246.

39) 현재 2000. 6. 1. 선고 97헌바74 결정. 이와 더불어, 고문현, 앞의 글, 24, 31; 김명식, 앞의 글, 513-514; 이금옥, 앞의 글, 439-440; 한인섭, 앞의 글, 32.

40) 나아가, 사면의 정당화 논거로 대통령의 사면권한은 고도의 정치성을 지니고 있는 정치적 결단이라는 점이 강조되기도 하기 때문에 이에 대한 검토가 필요하다. 특히 통치행위론적 관점에서는, 대통령의 사면권한은 고도의 정치성을 지니고 있는 정치적 결단에 의한 국가행위로서, 이를 사법적 심사의 대상으로 삼기에는 부적절한 이른바, 대통령의 ‘통치행위’이기 때문에 사면에 대한 사법적 판단을 직접 하기에는 다소 곤란한 특수한 상황이 있다는 견해도 있다(이러한 견해들에 대한 설명은 고문현, 앞의 글, 23; 이금옥, 앞의 글, 439 참조.). 통치행위는 국정의 기본방향이나 국가 운영차원에서 정책 결정에서의 고도의 정치적 성격을 띤 집행부의 행위로 정의할 수 있는데(성낙인, 헌법, 법문사, 2014, 699.; 양건, 헌법강의, 법문사, 2014, 1166-1168.) 우리 법원은 일전에 특별사면에 대한 일부무효 확인 사건에서, 우리 헌법상 규정된 대통령의 사면권은 ‘고도의 정치적 결단에 의해 발동되는 행위로, 그 결단을 존중할 필요성이 있는 이른바 통치행위에 해당한다’고 판시한 경우가 있었다(서울행정법원 2000.2.2. 선고 99구 24405판결, 서울고등법원 2003.6.5. 선고 2002누266). 다만 이러한 고도의 정치적 결단이라는 근거는 합목적성만을 강조한 것으로서 온전하고 독자적인 정당화근거가 되기 어렵다는 비판을 받을 수 있음은 유의할 필요가 있다.

41) 덧붙이지면, 앞서 본 바들이 실질적 정당화 근거라면, 형식적 정당화 근거로서 무엇보다도 사면권이 헌법적으로 정당성을 갖는 이유는 그것이 명문으로 헌법에 규정되어 있기 때문이다. 이러한 명문의 규정은 굳건한 법형식적 정당성을 창출한다. 그리고 이와 같이 헌법상 사면권을 규정하는 예는 세계적으로 일반화된 것이라고 할 수 있다. 미국, 독일, 프랑스 등 주요 입헌국가 이외에도 전 세계 대부분의 국가가 이를 규정하고 있는데 이것은 대통령 또는 국왕인 국가원수의 권한으로 규정하는 경우도 있고, 의회에만 사면권을 인정하는 헌법례도 있다(이러한 헌법례에 관하여 상세한 것은 이후 III에서 살펴본다).

이념과 타 이념 사이 갈등 조정”에, 그리고 “정의와 합목적성을 조화”하는 데 기여되어야 한다.

4. 사면의 본질

‘사면의 본질’을 어떻게 볼 것인가는 매우 중요한 쟁점으로서, 사면의 정당화근거, 사면과 권력분립과의 관계, 사면의 사법심사가능성, 사면의 입법적 통제 필요성 등을 관통하면서 그 각각과 관련이 되는 근원적 논점이라고 할 수 있다.

이러한 사면의 본질에 대해서는 크게 보아 두 입장으로 구분된다. ① 현대의 사면은 옛 왕권시대의 그것과 기본적으로 ‘동일’한 형태로 현대에도 이어져왔고 그와 같다는 입장, ② 현대의 사면은 현대 입헌민주주의국가가 왕권의 시대와는 ‘단절’된 것이고 사면도 헌법적 통제를 받으므로 예전의 사면과는 본질적으로 다르다는 입장이 그것이다.

이러한 입장 차이가 극명하게 드러난 대표적인 예는 바로 독일연방헌법재판소의 결정이다. 사면관련결정에 관한 사법심사가능성 여부가 쟁점이 된 1969년의 결정⁴²⁾에서 독일연방헌법재판소는 4:4 가부동수의 결론을 내렸는데, 각하 의견 4인의 재판관은 현재 독일의 사면이 역사적으로 이어져 내려온 형태(즉 왕국 시대에 있었던 것과 같은 형태)로 기본법에서 수용되었던 것이라고 인식하고 있으나, 인용의견 4인의 재판관은 “독일 기본법에서 사면권을 …(중략)… 권력분립원칙을 해제하는 제도로 수용한 것은 아니”며, “특수한 카리스마를 발휘하는 인물이 본인 마음대로 사법의 적용을 받지 않는 사면행위를 할 수 있다는 과거의 생각은 모든 국가권력이 국민을 바탕으로 하는 법치주의 및 권력분립을 핵심으로 하는 독일 연방공화국의 헌법과 일치하지 않는다”라는 입장을 명백히 밝혔다.⁴³⁾

우리 헌법재판소는 사면에 관하여 “사면은 …(中略)… 전통적으로 국가원수에게 부여된 고유한 은사권이며, 국가원수가 이를 시혜적으로 행사한다. 현대에 이르러서는 법 이념과 다른 이념과의 갈등을 조정하고, 법의 이념인 정의와 합목적성을 조화시키기 위한 제도로도 파악되고 있다.”(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74)고 하였다. 이러한 실시태도를 볼 때, 위와 같이 사면의 본질에 대한 두 가지 상이한 관점이 있음은 인지하고 있으나 이에

42) BVerfGE 25, 352 (363ff.).

43) 이 결정에 대한 보다 상세한 소개는 이후 비교법적 검토 부분을 참조. 또한 본안판단의 전문은 <별첨> 자료를 참조.

관하여 어느 한 가지의 명확한 지지를 표명하고 있지는 않은 방식으로 사면의 본질을 서술하였다고 판단할 수 있다.

생각건대, 모든 국가권력이 국민을 바탕으로 하는 법치주의 및 권력분립을 핵심으로 하는 현대 입헌민주주의국가의 헌법에서는 사면은 옛 왕권시대의 성격과는 단절된 것으로 이해되어야 한다고 본다.⁴⁴⁾ 따라서 합헌적인 법치국가 질서에서 사면행위는 재판과 현재 법적 규정에 대한 체제에 어긋나는 개입을 더 이상 담고 있지 않는다고 보아야 할 것이고, 사면이 *jus eminens*(사법에 국가가 무작정 개입할 수 있는 권리)를 부여한다거나 권력분립을 완전히 넘어서는 그 무엇이라는 생각에는 재고가 필요하다고 할 것이다.

5. 우리 헌법 및 사면법상 사면

가. 헌법상 사면권 규정

우리 헌법 제79조에서는 ‘① 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면, 감형 또는 복권을 명할 수 있다. ② 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다. ③ 사면, 감형 및 복권에 관한 사항은 법률⁴⁵⁾로 정한다’고 하여 대통령의 사면권을 정하고 있다.

위와 같이 대통령의 사면권에 관한 규정을 헌법에 명문으로 두는 것은 애초에 제헌헌법을 초안하는 과정에서부터 현재에 이르기까지 지속되어온 우리 헌법 입법자의 태도이다. 우리 헌정사에서 제1단계 헌법초안이라고 칭할 수 있는 1946년 3월 1일에 완성된 행정연구위원회 및 헌법분과 위원회 확정초안에서는⁴⁶⁾ 그 제31조에서 “대통령은 대사·특사·감형·복권을 행함. 대사는 법률로써 함을 요함”이라 정하고 있었다.⁴⁷⁾ 특히 주목할 점은 현재의 일반사면에 해당하는 대사(大赦)를 법형식적으로는 ‘법률로써’ 하도록 규정하고 있었다는 점이다. 즉, 일반사면을 의회의 권한으로 한 미국 등 각국의 입법례를 따

44) 특히 이와 관련해 우리의 헌법은 바로 제1조에서 대한민국이 ‘민주공화국’임을 가장 앞세워 내세우고 있다는 점도 주목해볼 필요가 있다.

45) 헌법 제79조 제3항은 사면권의 법률주의를 정한 것으로 사면권을 남용할 것을 예상하여 그 한계와 범위를 규정하기 위한 것이라는 견해도 있다. 구병삭, 신한국헌법론, 일신사, 1990, 752-753 참조.

46) 유진오는 1947년 겨울방학때부터 헌법초안작업을 하고 있던 중이었는데, 1948년 4월경 신익희의 주선으로 이 행정연구위원회의 헌법기초작업에 참가하게 되었다.

47) 정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 161.

르고 있었던 것이다. 이 사이 유진오가 완성한 초안(이른바 「유진오의 제1회 초고」)에서도 이러한 사면권 조항은 포함되어 있을 뿐만 아니라⁴⁸⁾ 이후, 법전편찬위원회 헌법기초분과위원회의 헌법초안이 만들어졌고, 국회헌법기초위원회의 참고안이 된 이 초안은 제 77조에서 “대통령은 법률의 정한 바에 의하여 대사 특사 감형 및 복권을 행한다.”고 정하였다.⁴⁹⁾ 여기서는 대사(大赦)에 대해서 국회의 동의 또는 법률의 형식이 필요하다는 제한사항이 다 없어진 것을 알 수 있다. 그러나 그 후 이러한 초안의 내용은 1948년의 제헌헌법 제63조 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면, 감형과 복권을 명한다. 일 반사면을 명함에는 국회의 동의를 얻어야 한다”가 되었고⁵⁰⁾ 이러한 조항은 현재에도 그 형태를 고수하고 있다.

이 제정과정에서 또한 특기할 만한 것은 다음과 같다. 사면법 입법시 자료를 살펴보면, 제1대 대한민국 국회는 41차 회의(1948년 8월 16일)에서 사면법안(정부 제출)(제1독회)과 반민족행위처벌법안(특별법기초위원회 제출)(제1독회)에 대해 논의하였다.

여기에서 큰 쟁점이 된 것 중 하나는 반민족행위처벌법안을 사면법안보다 먼저 논의 할 것인가라는 순서의 문제였는데, 이 과정에서 국회에서 사면법이 처리되지 않아 아직 사면이 안 되고 있고, 법안이 처리되어야 사면이 어서 속히 이루어질 수 있다는 발언들이 수 차례 나오고 있다.⁵¹⁾

48) 유진오 선생은 1947년 가을부터 남조선과도정부 사법부 조선법전편찬위원회의 헌법기초분과위원회 위원으로서 활동하게 되면서 본격적으로 헌법을 집필하게 된 것으로 알려져 있다. 유진오 선생이 작성하던 헌법 초안은 1948년 5월초에야 최종손질된 안의 형태로 전문은 빼고 본문만 법전편찬위원회에 제출되게 되었는데 이것이 이른바 「유진오의 제1회 초고」이다. 이 초안은 그 제70조에서 “대통령은 법률에 의하여 사면, 감형, 급복권을 명한다.”고 규정하고 있었다. 정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 175.

49) 정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 200.

50) 정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 221.

51) 예컨대 이정래 의원의 발언: “물론 사면법과 반민족행위처단법 두 가지를 놓고 볼 때에 반민족행위처단 법이라고 하는 것이 급하다고 생각하시는 것도 일리가 있습니다. 그러나 본인은 사면법이 올 8·15 이전에 당연히 통과되어 가지고 8·15를 기해서 대사 특사 하고 은전을 받은 사람은 반드시 내놔야 되 리라고 생각합니다. 그러면 영어 중에 감옥 중에서 8·15를 기다리고 있던 동포가 얼마나 낙망할 것인가 그것을 한번 생각해 보십시오. (하략)” 류성갑 의원의 발언: “지금 이정래 의원이 지적하신 바와 같이 영어 중에서 신음하고 있는 동포들은 하루 또는 한 시간 일각이 급할 것이라고 생각합니다. 그런데 행정부에서 시정방침을 전부 연술(演述)을 한 뒤에 사면법이라도 제출할 것이 아니냐 하는 것을 서 의원이 말씀하셨는데 거기에 대해서 동감도 되었습니다마는 자세히 생각해 볼 때 그렇지 않다고 저는 해석됩니다. 왜냐하면 헌법 63조에 의지해서 「대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 사면 감형과 복권을 명한다」 그러니까 이 법률안은 누가 제안을 하든지 제안권 가진 사람이 제안할 수 있다고 봅니다. 그러면 정부에서 안 내놔다 하더라도 우리가 만일 10여 일 동안 휴회를 안 했으면 내놔오리라고 예상합니다.” 제헌국회 속기록 해당 부분 참조.

즉, 우리의 헌법의 명문의 규정을 볼 때 사면권의 행사에는 입법부의 법률을 통한 구체적 형성이 반드시 필요한 것으로 이미 제헌국회에서 널리 인식되면서 논의되었다고 할 수 있다(헌법은 ‘법률의 정하는 바에 의하여’ 대통령이 사면을 할 수 있는 것으로 정하고 있기 때문).⁵²⁾ 또한 이 법률은 발의부터도 의원입법에 의해서도 얼마든지 될 수 있는 것이다(당시 류성갑 의원 발언⁵³⁾ 참고).

참고로 제헌헌법안에 관한 논의를 살펴보면, 제1대 국회의 17차~28차 회의는 제헌헌법 독회인데, 이 중에 사면과 관련해 주목할 만한 발언은 21차 회의에서 조봉암 의원이 제헌헌법상 대통령 권한이 과도하게 강하다고 하면서 그 중 사면권을 언급한 부분이 있다.⁵⁴⁾

이와 같은 점들을 볼 때 사면에 관해서는 ① 입법적 통제를 강조하려는 의도가 제헌국회에서는 존재하였다는 점 ② 그런데도 불구하고 당시의 우연한 사정(8.15사면을 속히 처리하려 했다는 당시의 특수한 사정) 때문에 사면법이 조문이 몇 개 없는 상당히 간단한 형태로만 통과되었다는 점을 확인할 수 있다.

이와 같이 확인된 제헌국회 당시의 역사적 사실은 현행 헌법의 사면규정이 ‘법률의 정하는 바에 의하여’라고 하고 있는 점의 의미를 해석하는데 있어서, 또한 현행의 사면법이 간단한 형태로 되어 있음을 극복하기 위한 정당화의 논거로서 참고하는 데 있어서 그 중요한 의미를 가진다고 보인다.

그런데 또 다른 특기할 만한 당시의 사실로서, 이러한 경로를 통하여 국회헌법기초위원회에서 확정된 헌법초안에 대하여는 당시 대법원장 김용무가 그의 명의로 “법전편찬위원회이견서”를 제출하였다는 점이 주목할 만하다.⁵⁵⁾ 이 이견서는 대통령이 사면·감형 및 복권을 명할 시에 ‘대법원의 동의’를 요하도록 규정하여야 한다고 주장하고 있다(동 이견서 제6항). 다시 말해, 일반사면이 국회의 동의를 요하고 있으나 그것과는 별개로, 사면·감형 및 복권은 그 실질적인 측면에 있어서는 확정재판의 효력을 변경하는 것이기

52) 다만, 이에 대한 내용적 통제가 전무하고 절차적 통제만을 일부 써 놓은 사면법안을 통과시켜 이와 같이 출발시킨 점을 보게 되면, 이러한 사면에 관한 당시의 시급성이 너무나 커서 속히 진행되면서 간략한 내용의 사면법안이 그대로 의결되는 결과를 낳았다는 것이 분명하고 이 점이 입법적 통제의 첫 출발의 측면에서 볼 때 아쉬운 점이라고 평가할 수 있다.

53) 앞 각주 중 류성갑 의원 발언 부분(“그러면 정부에서 안 내놔다 하더라도 우리가 만일 10여 일 동안 휴회를 안 했으면 내놔드리라고 예상합니다”)을 참조.

54) 다만, 헌법상의 대통령의 사면권 조항에 구체적으로 한정해서는, 긴 토의 없이 가결된 것으로 파악된다.

55) 이 이견서의 수신인은 “국회의장 이승만, UN임시조선위원단의장 하지 중장, 남조선 미주둔군사령관 겸 군정장관 딘 소장”으로 하고 있었다.

때문에, 사법부 즉 대법원의 동의에 기반하여 신중히 결정하여야 한다는 주장이다. 이러한 논지를 뒷받침하기 위하여 위 이견서는 당시 중화민국헌법의 제78조가 사법원장(우리의 대법원장에 대응)의 제청에 의하여 총통(우리의 대통령에 대응)이 특사 감형 및 복권을 행한다고 정하고 있음을 제시하였다.⁵⁶⁾

하지만 이와 같은 대법원장 명의의 이견서가 제출되었음에도 불구하고, 대한민국 제헌헌법의 헌법초안은 “대통령은 법률의 정하는 바에 의하여 사면 감형과 복권을 명한다. 일반사면을 명함에는 국회의 동의를 얻어야 한다.”고만 규정하여 사면에 대법원의 동의를 요건으로 삼고 있지 아니하였다.

요약하자면, 우리 헌정사에서 제헌당시에는 첫째, 헌법 조문은 입법적 통제를 강조하려는 의도가 있었음을 제헌국회에서는 인식하고 있었다는 점을 확인할 수 있고, 둘째, 그럼에도 불구하고 법률로서의 우리의 사면법이 간단한 형태로 마련되었던 것은 그 당시의 특수하고 우연한 사정에서 비롯된다는 점을 확인하였다. 셋째로, 비록 수용은 되지 않았으나, 당시 대통령이 사면·감형 및 복권을 명할 시에 대법원의 동의를 요하도록 하는 대법원장 명의의 이견서가 있었다는 점을 알 수 있었다.

나. 사면법의 규정

(1) 사면법의 제정과 개정

우리 헌법에 따르면 사면에 관한 구체적인 내용을 법률에 의하도록 하고 있으며, 이에 따라 그와 같은 구체적인 내용을 규정하는 법률인 사면법이 1948년 8월 30일에 법률 제2호로서 제정 공포되어 시행되고 있다. 당시 법안 제정의 취지는 “조국의 광복과 정부수립에 맞추어 현재 각 감옥에 수감되어 있는 2만 여명의 죄수를 사면함으로써 조국광복의 기쁨을 같이 하고 이들에게 재생의 기회를 부여하기 위하여 사면 감형 및 복권에 관한 사항을 정하려는 것”으로 설명되었다.⁵⁷⁾ 이 사면법은 제정된 이래 수십년을 변경없이 지내오다가 2007년 12월 21일 법률 제8721호에 이르러서야 ‘사면심사위원회’의 신설을 위

56) 정종섭, 한국헌법사문류, 박영사, 2002, 209; 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 43 참조.

57) 한인섭, “사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장”, 법과사회 1999, 통권16, 17호, 20.

해 한 차례 일부 개정된 것이 주목할 만하며⁵⁸⁾ 그에 이어 2011년 7월 18일에는 이 사면 심사위원회에의 심사과정 및 심사내용의 공개범위와 공개시기를 대통령이 아닌 법률로 규정하도록 개정된 변화가 있었으나, 그 후에는 법문장의 표기 등에 관한 개정 등만이 있었고 내용의 큰 변화없이 오늘에 이르고 있다.⁵⁹⁾ 즉, 최근에서야 특별사면을 시행할 시 법무부장관 산하의 사면심사위원회의 심사를 절차적으로 거치도록 하는 것 정도를 내용으로 하는 개정이 있었을 뿐 애초 제정당시 내용은 그 외 추가나 수정없이 거의 변동없이 유지되고 있다. 이러한 사실 역시 1948년 정부수립 이래 부당하거나 적절치 않은 사면이 시행될 때마다 이러한 사면 자체에 관한 비판뿐만 아니라 우리 사면법의 문제에 대한 지적과 사면권의 남용에 대한 방지·통제장치의 필요성이 꾸준히 제기되어왔음에도 불구하고 진지하게 법적, 제도적 개선이 실제 이루어진 바는 매우 드문 일이었다는 현실을 보여준다.

(2) 사면의 종류 및 범위

사면법은 그 종류와 관련하여 일반사면과 특별사면을 구분하여 정하고 있으며(제2조), 이 일반사면이라 함은 체포, 형의 선고여부를 가리지 않고 죄를 범한 자 모두를 대상으로 하고, 특별사면 그리고 감형은 형의 선고를 받은 자를, 복권은 형의 선고로 인하여 법령의 정한 바에 의한 자격이 상실 또는 정지된 자를 각각 그 대상으로 하고 있다(제3조).

한편 앞에서 살펴본 바처럼 우리의 사면법은 “행정법규 위반에 대한 범칙(犯則) 또는 과벌(科罰)의 면제와 징계법규에 따른 징계 또는 징벌의 면제에 관하여는 이 법의 사면에 관한 규정을 준용한다”(제4조)고 규정하여 광의의 사면개념을 수용하고 있다.

사면의 범위와 관련하여, 향후 III의 각국의 사면권 비교 부분에서 검토하게 되듯이 우리나라 제도의 특징은 대통령이 특별사면권뿐만 아니라 일반사면권까지 가지고 있다는 사실이다.⁶⁰⁾

58) 법률 제10862호.

59) 그 이후에는 법 문장의 표기를 한글화하는 것과 관련하여 문구 등이 개정된 2016년 1월 6일의 타법개정사항 및 2012년 2월 10일 일부개정사항이 있지만 이 두 개정에는 내용의 변화는 있지 아니하였다.

60) 비교법적으로 볼 때에는 일반사면은 대통령의 형식이 아닌 의회에 의해 주도되며, 형식도 법률의 형식을 택하는 것이 비교법적으로 볼 때 일반적임을 알 수 있다. 이와 관련하여 우리나라에서도 일반사면의 법형식은 결국 대통령의 형식이 아닌 법률의 형식을 취하여야 한다는 견해가 있다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1020; 성낙인, 앞의 책, 1087.

(3) 사면의 대상

현행 사면법⁶¹⁾ 제4조에서는 “행정법규위반에 대한 범칙 또는 과벌과 징계법규에 의한 징계 또는 징벌의 면제는 사면에 관한 규정을 준용한다.”고 규정하고 있다. 다시 말해 우리 헌법에 근거하여 사면법이 정하고 있는 사면의 대상은 일반법원의 재판에 의한 형벌만에 한하는 것이 아니고, 행정법규위반에 관한 범칙 또는 과벌과 징계 또는 형벌의 면제도 해당하게 되는데 그것은 사면에 관한 규정을 이 조항을 통해 준용시켜서 가능하게 되는 것이며, 이는 우리 사면제도의 또 다른 특징이라고 할 수 있다.⁶²⁾

(4) 사면 등의 효과

현행의 사면법에 따른 사면, 감형과 복권의 효과를 살펴보면, 일반사면은 특별한 규정이 존재하는 경우를 제외하고는 형의 선고의 효력이 상실되며 형의 선고를 받지 않은 자에 대하여는 공소권이 상실되고, 특별사면은 형의 집행이 면제된다. 단 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형의 선고의 효력을 상실케 할 수 있다(제5조 1, 2호). 그리고, 일반에 대한 감형(일반감형)을 시행하면 특별한 규정이 존재하지 않는 경우에는 형을 변경하게 되고, 특정한 자에 대한 감형(특별감형)을 시행하면 형의 집행을 경감한다. 단 특별한 사정이 있을 때에는 형을 변경할 수 있다(제5조 3, 4호). 또한, 복권은 형의 선고의 효력으로 인하여 상실 또는 정지된 자격을 회복한다. 하지만, 형의 선고에 의한 기성의 효과는 사면, 감형과 복권으로 인하여 변경되지 않는다(제5조 5호).

복권은 형의 집행을 종료하지 않은 자 또는 집행을 면제를 받지 않은 자에 대하여는 행하지 아니하고(제6조), 형의 집행유예의 선고를 받은 자에 대하여는 형의 선고의 효력을 상실케 하는 특별사면은 형을 변경하는 감형 또는 그 유예기간을 단축할 수 있다(제7조).

61) 법률 제11301호, 2012. 2. 10., 일부개정된 것 기준.

62) 예컨대 가장 최근의 대표적인 일반사면령인 1981년 1월 31일 대통령령 제10194호로 공고된 일반사면령(“1980년 12월 29일 이전에 징계처분을 받은 전 현직 공무원 및 징계 사유에 해당하는 비위를 범한 공무원은 이를 사면한다. 다만, 1980년 7월 1일 이후로 파면처분을 받은 자와 동일자 이후 금품수수의 비위를 범한 자는 예외로 한다.”), 그리고 1995년 12월 2일 대통령령 제14818호로 공고된 일반사면령(“1993년 2월 24일 이전에 징계사유에 해당하는 비위를 범한 공무원 및 그 비위로 징계처분을 받은 전·현직공무원은 이를 사면한다. 다만, 파면·해임처분을 받은 자와 금품 및 향응수수, 공금횡령·유용의 비위를 범한 자 및 그 비위로 징계처분을 받은 자의 경우에는 그러하지 아니한다.”) 도 역시 징계처분을 대상으로 하고 있다.

(5) 사면권 행사의 절차

사면법에 따른 사면 권한 행사의 절차를 살펴보면, 1) 죄의 종류를 정하여 행하는 일반사면 2) 죄 또는 형의 종류를 정해서 행하는 감형(일반감형) 3) 그리고 일반적으로 행하는 복권(일반복권)의 경우에 ‘대통령령’으로 행하여야 한다고 하고 있다(제8조). 이 지점과 관련하여 이것이 비록 그 형식을 ‘대통령령’으로 규정하고 있으나, 결국 실질적으로는 법률의 의결에 준하는 것에 해당하는 것이 아니냐는 견해가 있다. 이 견해는 각국의 사면권에 관한 입법례를 검토할 때 대통령의 통상적 제정 공포절차시에 국회의 동의를 요하지 않는다는 점을 그 이유로 하고 있다.⁶³⁾

이에 비해, 1) 특별사면과 2) 특정한 자에 대한 감형(특별감형)과 3) 특정한 자에 대한 복권(특별복권)은 법무부장관의 상신에 따라(제10조) 대통령이 행하는데(제9조), 이 경우 **특별사면**과 **특별감형**에 대해서는, 검찰총장은 직권으로 또는 형의 집행을 지휘한 검찰청 검사의 보고 또는 수형자가 수감되어 있는 교정시설의 장의 보고에 의하여 법무부장관에게 그것을 상신할 것을 신청할 수 있다(제11조). 그리고 **특별복권**에 대해서는, 검찰총장은 직권으로 또는 형의 집행을 지휘한 검찰청 검사의 보고 또는 사건 본인의 출원(出願)에 의하여 법무부장관에게 그것을 상신할 것을 신청할 수 있다(제15조). 이 때 감형 및 복권 상신의 적정성을 심사하기 위하여 설치된 사면심사 위원회의 심사를 거쳐야 한다(제10조 제2항). 다만 복권의 상신의 신청은 형의 집행종료일 또는 집행의 면제된 일로부터 3년이 경과하지 않으면 하지 못한다(제15조 후문).

특별사면, 감형 또는 복권상신의 신청이 이유 없다고 인정하는 때에는 법무부 장관은 그 뜻을 검찰총장에게 통지하고, 검찰총장은 전항의 사유를 관계 검찰청의 검찰관, 형무소장 또는 사건 본인에게 통지하여야 하며(제20조), 대통령으로부터 특별사면, 감형 또는 복권의 명이 있을 때에는 법무부장관은 검찰총장에게 사면장, 감형장 또는 복권장을 송부하고(제21조), 검찰총장이 사면장, 감형장 또는 복권장을 접수한 때에는 관계 검찰청의 검찰관을 경유하여 지체 없이 사건 본인에게 부여한다(동법 제22조). 이때 사건 본인이 수감되어 있을 때에는 교정시설의 장을 경유한다(제22조 후단).

사면, 감형 또는 복권이 있을 때에는 형의 집행을 지휘한 검찰청의 검찰관은 판결원본에 그 사유를 부기하여야 하고, 특별사면, 감형 그리고 복권에 관한 서류는 소송기록에

63) 이강혁, 헌법상 대통령의 사면권, 고시계, 1988. 12., 71 참조.

편철하며(동법 제25조), 검찰관이 사면장, 감형장 또는 복권장을 사건 본인에게 부여한 때에는 지체 없이 법무부장관에게 보고하여야 한다(제26조).

한편, 군사법정에서 형의 선고를 받은 자에 대하여는 법무부장관의 직무는 국방부 장관이 행하고 검찰총장과 검찰관의 직무는 형을 선고한 군사법정에서 검찰관의 직무를 행한 법무관이 행한다(제27조).

다. 사면심사위원회

사면심사위원회의 신설과 운용을 골자로 2007년 12월 21일에 사면법의 일부개정이 이루어졌다. 이에 따라 사면법 시행령도 2008년 3월 21일로 제정되어⁶⁴⁾ 익일부터 시행되고 있는데 이는 사면심사위원회의 심사과정 및 심사내용의 공개시기·공개범위와 공개방법에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있다(사면법 시행령 제1조). 또한 사면법 시행규칙이 2008년 3월 27일 법무부령 제637호로 제정되어 시행되고 있으며, 이는 사면심사위원회에 대하여 필요한 사항을 규정하는 것을 목적으로 하고 있다(동 사면법 시행규칙 제1조).

(1) 역할 및 기능

사면심사위원회는 법무부장관의 소속 하에 설치되어서 특별사면 등에 대하여 법무부장관이 상신을 하는 경우에, 그에 관한 적정성을 심사 및 자문한다(사면법 제10조의2, 동법 시행규칙 제2조). 그간 사면법상 일반사면이 국회의 동의를 거치도록 한 것에 비해, 특별사면은 법무부 장관의 상신 및 국무회의 심의만을 거치도록 규정하고 있기 때문에 사면권이 자의적으로 남용될 가능성이 있다는 비판을 받아, 사전적 통제·예방 장치 기능을 수행하게 하고자 이 사면심사위원회는 위와 같은 2007년의 사면법의 일부개정을 통해 신설되었다.

64) 대통령령 제20755호.

(2) 위원회의 구성

현행 사면심사위원회는 9인의 위원으로 구성되는데, 위원장 1인을 포함된다(사면법 제10조의2제2항, 제3항) 이러한 사면심사위원회는 법무부장관 산하의 위원회이다. 위원장은 법무부장관이 되고, 위원은 법무부장관이 임명 또는 위촉하되, 공무원이 아닌 위원을 4인 이상 위촉하여야 한다.⁶⁵⁾ 위원회 위원 중 공무원 아닌 위원의 임기는 2년이며, 한차례 연임이 가능하다(사면법 제10조의2제4항).

(3) 위원회의 회의 절차

사면심사위원회의 회의는 위원장이 소집하고, 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다(사면법 시행규칙 제7조). 위원회는 법무부장관 요청에 따라 특별사면등 상신의 적정성 여부를 심사하고, 그에 관한 의견을 법무부장관에게 제출한다(사면법 시행규칙 제9조). 심사가 종결되는 경우에 위원회는 그 심의서를 작성하며, 심의서에는 위원장 및 출석위원 전원이 서명 또는 기명·날인한다(사면법 시행규칙 제10조).

(4) 심의서, 회의록의 작성 및 공개

이러한 현행의 사면심사위원회에 관하여 사면법 시행규칙에서는 그 심의서, 회의록의 작성 및 공개에 관하여도 규정하고 있다.

즉 사면심사위원회가 개최되면 간사는 회의록을 작성하고, 회의록에 위원장과 간사가 서명 또는 기명·날인한다(사면법 시행규칙 제11조). 이 회의록에는 회의 개요, 심사대상, 위원회의 심사의견, 그 밖의 주요 논의사항 등을 기재한다.

위원회 심사과정에서 심사대상에 관한 특별사면 등의 상신의 적정성에 관해서 각 위원의 의견이 일치하지 않는 경우에는 회의록에 개별 위원의 의견이 기재된다.

위원회 심사가 종료되면 심의서가 작성되고, 심의서에는 위원장 및 출석위원 전원이 서명 또는 기명·날인한다(사면법 시행규칙 제10조).

65) 위원회 위원으로 임명 또는 위촉될 수 있는 자는 i) 법무부차관, 법무부 기획조정실장·법무실장·검찰국장·범죄예방정책국장·교정본부장·감찰관, 대검찰청 기획조정부장·공판송무부장, ii) 판사, 변호사, 법학교수, 그 밖에 학식과 경험이 풍부한 자이다(사면법 시행규칙 제3조).

심의서에는 위원회에서 특별사면등 상신의 적정성에 관해 심사한 결과에 따라 심사대상자별로 적정 또는 부적정 의견을 기재한다. 심사과정 중에 제시된 개별 위원의 의견은 심의서에 표시하지 않는다. 사면심사위원회의 회의 개최 후, 이러한 사면심사위원회의 심사과정과 심사내용은 공개된다(사면법제10조의2 제5항). 다만 그 공개시기는 사항에 따라 각각 다르다.⁶⁶⁾

(5) 사면심사위원회 회의 결과의 구속력 인정의 여부

사면법과 동법 시행규칙을 볼 때 사면심사위원회는 특별사면 등에 관한 상신의 적정성에 대해 심사하는 ‘심사·자문기구’라고 이 법과 규칙에서 규정하고 있으며, 구속력을 인정하는 별도의 규정은 존재하지 않고 있다. 따라서 법무부장관은 특별사면등의 상신 전에 사면심사위원회의 심사를 반드시 거쳐야는 하지만, 그렇다고 사면심사위원회의 심사 결과에 반드시 구속되는 것은 아니라고 하겠다.

(6) 위원회 운영의 실태

이러한 사면심사위원회가 법개정으로 신설되었음에도 불구하고 그간 이루어진 위원회의 회의를 볼 때, 그 실효성이 거의 없는 것 아니냐는 지적들이 제기되고 있다. 이는 근거 없는 추측에 의한 것이 아니라, 위원회의 회의록이 그 기한이 되어 공개가 될 수 있게 되자, 그러한 회의록을 검토한 언론이나 학계에서 제기되고 있는 지적들이다.⁶⁷⁾

66) 이 규정에 따르면 그 공개의 시기는 사항에 따라 조금씩 차이가 있는데, i) 위원의 명단과 경력사항은 임명 또는 위촉한 즉시, ii) 심의서는 해당 특별사면 등을 행한 후부터 즉시, iii) 회의록은 해당 특별사면 등을 행한 후 5년이 경과한 때부터 공개한다. 공개시기를 즉각으로 변경하는 법개정을 제안하는 견해로는, 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 50 참조. 제19대 국회에 발의된 사면법 일부개정법률안 (총 14건) 중 2건(서기호의원안, 박명재의원안)은 사면심사위원회의 심의서 및 회의록을 즉시 공개하는 내용을 담고 있었던 바 있다.

67) 예컨대 다음을 참조. “재벌 풀어준 사면심사위원회 회의록 전문 공개”, 뉴스타파, 2015년 5월 27일 (<https://newstapa.org/25656> (최종접속 : 2019. 4. 15.)) ; “‘이건희 회장 특별사면’ 회의록 보니...50분 만에 ‘뚝딱’”, JTBC, 2018년 2월 20일(http://news.jtbc.joins.com/article/article.aspx?news_id=N_B11592046 (최종접속 : 2019. 4. 15.)). 독립적인 기능 수행에 한계가 있다는 지적에 대해서는 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 50 참조.

6. 사면권 행사의 실태

가. 일반사면의 실태

우리 헌정사를 볼 때 일반사면은 1948년 9월 27일의 대통령령 제6호로 발해진 우리나라 최초의 일반사면령을 그 시작으로 하였고, 이후 제3공화국 출범에 즈음하여서 내려진 일반사면령, 제5공화국 출범에 기인한 일반사면령 등 현재까지 우리나라 역대 정부에서 일반사면의 경우는 총 7회를 시행하였다. 이와 같이 일반사면은 드물게 시행되었는데, 이는 첫째, 형평성 논란(검거된 자와 그렇지 않고 미검거된 자, 기결과 미결수간 등)과 국가 형벌권의 권위 약화 등 부작용에 대한 우려 때문에 그렇다고 할 수 있고, 둘째, 그만큼 국화동의를 얻는 절차가 어려웠거나 그 시도가 드물었다는 점을 보여주고 있기도 하다.

가장 근래에 행해진 일반사면은 제7차 일반사면이다. 이 사면은 1995년 12월 2일의 일반사면령⁶⁸⁾에 의해 시행되었다. 이 일반사면의 시행에 의하여 약 480만 명의 교통법규 위반자들이 사면되었고, 문민정부출범 이전 공직비리 등에 연루되어서 징계를 받았던 약 5만 3천명의 전현직의 공무원들도 사면이 되었다. 이에 더해서, 통고처분 및 즉심 관련자 185여명, 일반형사사건 관련자 약 76만 5,000명 등이 이 일반사면을 통해 사면되었고, 약 136만 명이 그 벌과금과 범칙금 집행에서 면제를 받게 되었다(당시 면제총액은 약 518억원). 그리하여 일반사면조치로 혜택을 받은 사람은 모두 약 747만 명에 이르렀다.⁶⁹⁾ 이와 같은 1995년의 일반사면은 일반사면으로서는 32년 만에 행해진 것이다. 그 이후로 일반사면은 2019년 초인 지금까지도 한 번도 실시되지 않고 있다.

지금까지 행해진 일반사면을 보면, 1948년의 대사면은 식민시대의 부당한 법령과 그에 따른 재판 결과로부터의 과거청산적 의미와 독립 후 과도적 전환기에 따른 혼란을 막기 위하여 불가피성이 있었다는 점에서 긍정적인 측면이 없지 않았다.⁷⁰⁾ 그러나 1961년 5.16쿠데타 이후에 특히 빈번히 단행된 네 번의 일반사면은 권위주의군사정권의 불법성을 정당화하기 위한 만회책으로서 은사를 행한 것이라고 지적받고 있다.⁷¹⁾ 또한 1981년 1월에 징계공무원에 대해서 행해진 일반사면도 1980년의 광주사태가 발생한 후 통일주체국

68) 대통령령 제14818호.

69) 일반사면령 대통령령 제14818호 참고.

70) 정현미, 앞의 글, 326.

71) 한인섭, 사면 반세기, 법과 사회 1999, 제16, 17 합본호, 21.

민회를 통해 제11대 대통령으로 당선된 전두환 당시 대통령이 그 다음 해에 시행한 것으로서 국민들의 환심과 지지를 사려는 수단으로 사용된 것이라고 비판받는 사면이다.⁷²⁾

이렇듯 정당성이 낮은 정권을 유지하기 위한 도구로서 사면이 효과적으로 이용되었다는 것이 우리의 역사 속에서 선명하게 드러나고 있다. 앞서 본 1995년 김영삼 문민정부에서의 일반사면은 당시에는 국민화합을 위해서 사상 최대적인 규모로 집행한다는 이유에 그 방점을 두었지만 역시 형벌의 일반예방적 효과를 저해한다는 우려를 피할 수 없다.

나. 특별사면의 실태

앞서 본 바와 같이, 일반사면은 검거된 자와 미검거된 자, 기결수와 미결수 사이에 형평성 문제 지적과 국가 형벌권의 권위 약화 등 부작용 때문에, 그리고 국회 동의라는 요건상의 이유 때문에 위와 같이 드물게 이루어졌다. 그래서 역대 대통령은 특별사면을 통해 그와 같은 목적을 달성하려 하려 하였다. 그래서 이러한 특별사면 중에는 일반사면과 같이 광범위한 효과를 의도하거나 발생시킨 경우도 빈번하였고, 대표적으로 5·16 직후인 1961년 광복절 때는 1만 1,139명이, 1962년 5월엔 1만 1,910명이 특별사면 되었다. 이러한 특별사면은 당시의 정치상황에 따라 실시범위와 대상에 차이가 존재하며, 역대 정권마다 이뤄진 사면의 빈도도 달랐다. 박정희 전 대통령은 25차례 특별사면 복권을 실시하여 가장 많은 횟수를 기록하고 있다. 전두환 전 대통령이 13회, 그리고 김영삼 대통령 시절 9회, 노태우 대통령 8회, 이명박 대통령이 7회, 김대중, 노무현 정부 시절이 6회, 박근혜 정부 때가 3회를 기록하였다. 현 문재인 정부에 들어서도 2017. 12. 30.자(2018 신년특사) 및 2019. 2. 28.자(2019 3·1절 100주년 특사)로 2회 특별사면 복권을 시행하였다.⁷³⁾

위와 같이 우리 사면의 실태를 볼 때, 사면은 대부분 부정적으로 평가할 수밖에 없다. 시혜를 베풀 듯이 대규모로 이루어진 사면들은 범죄예방적 측면은 크게 고려하지 않아 오히려 국민들의 법존중의식을 저하·상실시키게 하였다. 그리고 1987년 이후 민주화가 이루어진 제9차헌법개정 이후를 볼 때 이제 사면은 부당한 권력의 정당화의 구실이거나

72) 정현미, 앞의 글, 326.

73) 2017년 12월 30일자 사면으로는 6,444명이, 2019년 2월 28일자 사면에는 4,378명이 이러한 혜택을 받았다. “e-나라지표” 홈페이지 http://index.go.kr/potal/stts/idxMain/selectPoSttsIdxSearch.do?idx_cd=1726 (최종접속: 2019.6.20.) 참조.

권력의 폭력성을 감추는 것보다 자의성의 측면에서 더욱 문제가 되고 있다.⁷⁴⁾ 범죄의 규모가 클수록, 범죄자의 사회적 경제적 지위가 높을수록 사면가능성이 높은 것으로 비춰지면서 사면이 어떤 공익을 실현하는 도구가 아니라 국민들 사이의 형평성에 대한 불만과 국가 법질서 전체에 대한 불신을 높이는 요인으로 인식되고 있다.⁷⁵⁾ 다만, 이러한 여러 비판을 고려하여 최근의 정부에서의 사면(특히 2017년 및 2019년)에서는 강력범죄·부패범죄를 명확히 배제하는 등의 자제적 태도를 보이고 있다는 점은 주목할 만 하다고 하겠다.

74) 허영, 대통령의 특별사면권, 고시계 1999.10, 2 참조.

75) 한인섭, 사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장, 법과 사회, 1999 하반기 제16, 17 합본호, 20 이하.

Ⅲ. 비교법적 고찰 - 사면의 한계와 통제를 중심으로

1. 독일

가. 개요⁷⁶⁾

독일에서도 사면은 일반사면과 특별사면으로 나뉘는데, 일반사면은 연방의회에서 법률을 통해 실시하며, 연방대통령은 특별사면권만 가지고 있다.

일반사면은 법률을 통해 선고된 형에 대하여 면제, 감형하는 등의 효과를 지니며, 「형면제법(Straffreiheitsgesetz)」에 의해서 사면이 이루어진다. 특별사면 역시 형면제, 감형의 효과가 있지만, 일반사면과는 다르게 형식적인 법률을 요하지는 않으며, 유죄판결이 확정된 특정의 개별적 사례에 해당하는 특정인에 대한 심사를 거쳐서 사면이 시행된다.

특별사면은 독일에서는 그 권한행사의 주체가 이원적으로 되어 있는데, 연방사건에 대하여 연방대통령에게 사면권이 있고, 그 이외의 사건에 대하여 개별 주(州) 또는 시(市)의 권한으로 규정하고 있으며, 권한의 행사주체는 각 주 또는 시의 헌법에서 규정하고 있다. 독일연방기본법 제60조⁷⁷⁾, 독일형사소송법 제452조⁷⁸⁾ 등에 근거를 두고 있다.

이하에서는 특별한 언급이 없으면 주 또는 시의 권한으로서의 사면이 아닌 연방대통령의 사면권으로서의 사면권을 의미하는 것으로 한다.

76) 박진애, 헌법에 합치하는 사면제도의 모색 : 독일 사면제도와와의 비교법적 연구를 중심으로, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009; 정현미, 사면제도의 현황과 재조명, 한국형사정책연구원, 2003, 118-144.

77) 「독일연방기본법」 제60조

- ① 연방대통령은 법률에 특별한 규정이 없는 한 연방법관, 연방공무원, 장교 및 부사관을 임면한다.
- ② 연방대통령은 개별적인 경우에 연방을 위하여 사면권을 행사한다.
- ③ 연방대통령은 이러한 권한을 다른 기관에 위임할 수 있다.
- ④ 제46조 제2항에서 제4항까지는 연방대통령에게 준용된다.

78) 「독일형사소송법」 제452조(사면권) 연방의 관할권이 행사되는 제1심에서 재판한 사건에 관한 사면권은 연방에 있다. 기타 사건에 관한 사면권은 개별 주에 속한다.

나. 사면에 관한 성문법적 근거

독일 기본법 제60조 제2항은 “연방대통령은 개별적인 경우에 연방을 위하여 사면권을 행사한다”고 규정⁷⁹⁾하여 대통령에게 사면권(Begnadigungsrecht des Bundespräsident)을 부여하고 있다.⁸⁰⁾

여기의 “개별적인 경우에”라고 하는 것은 일반사면(Amnestie)에 해당하는 일반성과는 구별됨을 뜻한다. 즉, 대통령은 특별사면권만을 행사하게 되며 일반사면은 의회의 법률에 의해서만 이루어진다. 따라서 대통령의 특별사면은 법원 판결의 법적 효력을 침해하는 것은 아니며, 단지 그 결과의 일부 혹은 전부를 배제하는 성격을 가진다.⁸¹⁾ 즉 판결의 법적 효력의 침해란 형사재판을 전복하는 것, 이른바 재판의 파기를 의미하기 때문에 특별사면은 그와 같지는 않다고 설명하고 있다.

다음으로 “연방을 위하여”란 부분은 연방법원의 판결에 따른 형벌을 대상으로 해서만 대통령의 사면이 가능하다는 뜻이다. 즉, 각 주의 법원의 판결에 따른 형벌에 대하여는 대통령의 사면이 가능하지 않다. 각 주의 경우에 있어 특별사면권의 주체는 헌법에 정해져 있다. 자를란트주의 경우에는 주정부가, 베를린주, 함부르크주, 브레멘주의 경우에는 상원이, 기타 주의 경우에는 주지사가 특별사면권을 행사한다.⁸²⁾

우리나라의 사면법과 그 시행규칙에서 헌법상 주어진 대통령의 사면권 행사에 있어서의 절차, 대상 등을 규율하고 있는 것과 같이, 독일 기본법상의 사면권을 구체적으로 규율하는 법령으로는 1952년의 「연방사면권 시행령」⁸³⁾이 존재하고 있다.⁸⁴⁾

79) 독일 기본법 제60조 제2항: “Er übt im Einzelfalle für den Bund das Begnadigungsrecht aus.”

80) 박진애, “헌법에 합치하는 사면제도의 모색 -독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로-”, 헌법학연구, 제15권 제3호, 2009, 332.

81) Mangold-Klein, Art 60 Anm. IV. 1a, S. 1180; Menzel, Bonner komm., Art. 60 Erl, II B1.

82) 이러한 것은 독일의 연방주의 원칙에서 나온 산물로서 뒤에서 볼 미국의 경우와 유사하다. 갈봉근, 헌법상 대통령의 사면권, 고시연구, 1986. 10, 48.

83) Die Anordnung des Bundespräsidenten den über die Ausübung des Begnadigungsrecht des Bundes von 10. 12, 1952.

84) 이에 따르면 대통령의 특별사면의 대상에는 일반재판소에 의한 형벌뿐만 아니라 행정벌·징계벌·질서벌·벌금형 등이 포함되어 있고, 따라서 우리나라의 사면법과 유사성이 있다. 그리고 일반법원의 재판에 따른 것뿐만 아니라, 연방정부의 각종 재결, 과거의 국제재판소 그리고 과거의 군사재판소의 판결에 따른 형벌도 그 대상으로 포함하고 있다.

이와 같이 사면의 대상이 되는 범위를 다소 넓게 정하고 있는 것은 역사적인 경험에 비추어 예전의 독재에 따른 인권탄압의 희생자가 많았다는 고유의 기억 때문인 것으로 보는 견해가 있다. 박진애, “헌법에 합치하는 사면제도의 모색 -독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로-”, 헌법학연구, 제15권 제3호, 2009, 332; 강민국, 앞의 글, 32-33.

독일에서의 특별사면은 여러 절차규정의 통제를 강하게 받고 있다. 즉 이러한 특별사면은 절차규정에 따른 일종의 행정 업무로 처리된다고 볼 수 있는데, 유죄판결을 받은 자, 제3자에 의한 사면청원 또는 법원의 재판부, 행형위원회, 교도소장 등 관청의 발의에 의거해 그 사면절차가 개시된다. 그 후 대상자의 사건을 담당한 재판부, 경찰청 등 수사기관을 통해서 대상자의 인적 관계, 직업적 관계, 경제적 관계 등에 관하여 조사를 하게 된다. 그리고, 위와 같이 사면 청원 등에 기초하는 사실적 사안에 대한 조사 이외에 대상자 사건을 담당하였던 법원의 의견, 그리고 행형위원회의 의견, 또 보호관찰을 받고 있는 경우에는 해당 보호관찰관의 의견 등을 청취하게 규정하고 있다.⁸⁵⁾

조사가 완료되고 관련 기관의 의견서가 제출된 후에, 비로소 사면관청은 사면여부를 결정하게 되며, 이때에 최종 보고되는 보고서에는 해당 대상자의 인적·경제적 사항, 남아있는 형기, 행한 범행에 대한 기술, 담당재판부, 선고된 형량, 피해배상이 되었는지 여부 등을 필요적 기재사항으로 하여 반드시 기재되도록 한다.⁸⁶⁾

최종적으로 사면결정이 된 경우 사면관청은 해당 당사자에게 결정 내용을 공지하며, 사면결정을 내릴 때 일정한 의무부과를 조건으로 다는 것도 가능하다. 그래서, 독일에서는 이렇게 부과된 의무를 이행하지 않는 경우에는 사면을 철회하거나 반려하는 것 또한 가능하다.⁸⁷⁾

다. 사법심사 등 통제 가능성

(1) 학계의 견해

사면권의 본질 등에 관하여 독일에서도 사면권이 본질적으로 전통 시대의 군주의 은사권에서 유래하고 있는 것이라는 점에 관하여는 두드러진 견해 차이는 존재하지 않는 것으로 보인다.⁸⁸⁾

그러나, 독일에서는 실제로는 이러한 사면을 시행하는 경우는 극히 드물다. 오태훈, 특별사면 한국 97번, 독일은 단 4번뿐, KBS뉴스, 2019년 2월 13일자 참조. “독일 같은 경우에는 (中略) 수사에 오류가 있었던 것이 확인된 경우에만 사면을 시행할 수 있도록 되어 있습니다. 그러니까 이런 경우니까 당연히 사면 횟수가 적을 수밖에 없잖아요. 2차 세계대전 이후에 현재까지 단 4차례만 특별사면을 단행할 기록이 있습니다.”

85) 이혜미, 현행 특별사면제도의 개선 과제, 이슈와 논점 제596호, 국회입법조사처, 2013, 3.

86) 이혜미, 위의 글, 3.

87) 이혜미, 위의 글, 3.

그렇지만 그 법적 성격 및 제한가능성에 관해서는 논쟁들이 적지 않았다. 특히 독일에 서는 예전에 이른바 “사면(은사)는 법에 우위한다”⁸⁹⁾는 법언이 존재하기도 하여 이와 같 이 사법심사를 받지 아니하는 이른바 ‘통치행위’에 해당하는 것으로 사면을 인정할 수 있느냐라는 문제에 관한 논쟁이 있었다. 이에 관하여 법 안의 사면, 법 밖의 사면, 법을 통한 사면 등 여러 개념들이 제시되곤 하였다.

독일 학계에서는 사면권이 남용되는 경우에 사법심사가 가능한지가 문제되었다. 학설 은 긍정설과 부정설로 나뉘고 있으나, 학계의 지배적 견해는 적어도 평등원칙의 관점에 서 자의금지원칙에 따른 사법심사의 가능성을 인정하고 있다.⁹⁰⁾

박진애(2009) 및 Mickisch(1994)의 선행연구결과에 의거해 독일 학설의 변천을 살펴보 면 다음과 같다.⁹¹⁾ 독일 학계에서 50년대를 대표하는 학설은 사면은 사법적 심사로부터 자유로운 고권적 행위라는 엘리네크의 견해였다.⁹²⁾ 즉 사면의 본질은 자유재량의 고권적 행위이며 아예 사법심사가 불가능하다는 입장이다. 이러한 사면은 고도의 정치적 내용을 담고 있는 국가지도적인 행위이기 때문에, 이러한 정치적 결단에 대해서는 사법부는 자 제하여야 한다는 것이다.⁹³⁾ 그러다 60년대 초반에 사면권의 행사가 사법심사의 대상이 되어야 한다는 문헌이 다수 나오기 시작하였다.⁹⁴⁾ 70년대에 이르러서는 다시 이 견해들 에 반하여 사면의 사법심사대상성을 부인하는 입장들이 일부 재차 대두되었고,⁹⁵⁾ 이 견 해들은 이후 철회되지 않은 채 몇몇 학자들에 의해 지속되고 있는 형국이어서⁹⁶⁾ 사면에 대한 사법심사대상에 관한 독일에서의 논의는 아직 완전히 종결된 답을 내고 있지 않은 것으로 보인다. 그러나 독일기본법 제19조 제4항은 공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 인정된다고 하여 재판청구권을 보장하고 있으며 사법으로부터 자유로운 고권행위라는 개념은 현대 헌법국가에서 그 존재의미를 잃었고, 현대적 법치질

88) D. Merten, Rechtsstaatlichkeit und Gnade, 1978.

89) “Gnade geht vor Recht”.

90) 한수웅, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1256 참조.

91) 박진애, 헌법에 합치하는 사면제도의 모색 : 독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009, 348; C. Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, Regensburg Univ. Diss., Verlag Peter Lang, 1994, S. 156-159 참조.

92) 대표적인 견해로 예를 들어 Jellinek VVDStRL 8 (1950), S. 160.

93) 박진애, 위의 글, 348 참조.

94) C. Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, S. 157, FN 6의 문헌들 및 박진애, 앞의 글, 각주 59 참조.

95) C. Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, S. 158, FN 11의 문헌들 및 박진애, 위의 글, 각주 60 참조.

96) C. Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, S. 158, FN 12의 문헌들 및 박진애, 위의 글, 각주 61 참조.

서 내에 포섭된 사면제도는 더 이상 사법심사의 울타리 바깥에 방치될 수 없다는 입장들이 지배적인 학설이라⁹⁷⁾ 하겠다.⁹⁸⁾

(2) 독일연방헌법재판소 결정

독일연방헌법재판소는 위에서 설명한 바와 같이 한창 학계에서도 사법심사에 관한 긍정설과 부정설이 막 서로 부딪히기 시작한 1969년에 사면에 대한 사법심사 가능성을 심리하였으며, 사법심사 가능성을 놓고 견해의 대립이 있었다.⁹⁹⁾ 결론은 4:4의 의견으로 귀결되었고¹⁰⁰⁾, 결국 사면에 대한 사법심사의 가능성을 부인하는 판단에 이르렀다.¹⁰¹⁾

(가) 사실관계

헌법소원 청구인은 두 건의 사기범죄로 1962년 5월 14일 잉골슈타트 구(區)법원¹⁰²⁾에서 총 3개월의 징역형을 선고받았다. 헌법소원 청구인은 이 판결에 상소하지 않으면서, 본 판결은 확정되었다. 1962년 7월 9일 헌법소원 청구인은 자신은 부득이하게 범죄행위로 내몰린 경우라고 주장하면서 사면청원(Gnadengesuch)을 제출하였는데, 뮌헨소재 주(州)검찰총장은¹⁰³⁾ 바이에른주 사면법 제13조 제2항에 의거하여 본 사면청원을 받아들이지 않았다(기각). 이 헌법소원 청구인은 바이에른주 뮌헨 행정법원에 바이에른주를 상대로 소를 제기하였고 추후 행정법원은 헌법소원 청구인의 신청에 따라 본 사건을 뮌헨 주(州)고등법원에 이송하였다. 1963년 10월 4일 뮌헨 주(州)고등법원은 헌법소원 청구인의 재판청구를 부적합한 것으로 각하하였다.¹⁰⁴⁾

97) C. Mickisch, Die Gnade im Rechtsstaat, S. 159, FN 19의 문헌들 및 박진애, 위의 글, 각주 62 참조.

98) 박진애, 위의 글, 348 참조.

99) BVerfGE 25, 352 (Beschluss des Zweiten Senats vom 23. April 1969 - 2 BvR 552/63 -).

100) BVerfGE 25, 352 (363ff.).

101) 이 결정에서는, 사면거부(Ablehnung eines Gnadenerweises)는 기본법 제19조 제4항에 따라 법원의 사후심사를 받아야 하는가라는 쟁점에 관한 판단에서 찬반 동수(同數)의 결과가 나왔다. 연방헌법재판소 법 제15조 제2항 제4문에 의거하면, 이와 같이 가부동수가 되면, 이의가 제기된 바가 기본법을 위반하는 지 여부에 대한 확인은 이루어질 수 없다. 해당 결정문 Rn. 23. 참조.

102) Amtsgericht를 여기에서는 구(區)법원으로 번역하기로 한다(이는 다른 문헌에서는 간이법원으로 번역되기도 함). 독일어 Landesgericht를 보통 주지방법원으로 번역하므로 혼동을 피하기 위해 지방법원과 다른 용어를 사용하기 위하여 이와 같이 구(區)법원으로 표기하기로 한다.

103) 뮌헨소재의 고등법원(Oberlandesgericht)에 주검찰총장(Generalstaatsanwalt)이 이러한 결정을 내렸다. 독일은 법무부에 법원과 검찰이 속하고 법무부에서 사법행정에 관한 사항을 관장한다. 다만, 재판에 대해서는 법무부는 관여하지 못한다.

104) 법원은 다음과 같이 그 근거를 밝혔다: 법원조직법 시행에 관한 법률 제23조 이하(§§ 23 ff. EGGVG)

(나) 본안판단

이 사건에서의 핵심은 사면과 관련된 결정에 대한 사법심사 가능성이었으며, 이러한 사법심사 가능성을 놓고 8인의 재판관 사이에서도 견해의 대립이 있었는데, 결론은 4:4(동수)로 귀결되었다.¹⁰⁵⁾

해당 결정의 본안 판단 부분을 요약하자면 다음과 같다.

1) 각하 취지의 4인의 의견

(1) 입법자는 사면권(Begnadigungsrecht) 제도를 역사적으로 이어져 내려온 형태(즉 왕국 시대에 있었던 것과 같은 형태)로 기본법 제60조 제2항¹⁰⁶⁾에서 수용하였다. (2) 사면 업무에 사법부인 최고법원 즉 이른바 “정의법원”을 만들어 그에 맡기자는 학계의 의견도 일전에 있었고, 인접국인 오스트리아에서는 이러한 입법적 논의가 진행된 바도 실제로 있었다. 그러나 독일의 기본법 제정자는 위에서 설명한 길을 가지 않았고, 대신 역사적으로 이어져 내려온 사면권 형태를 유지하였다. (3) 기본법은 사면권을 역사적으로 이어져 내려온 형태로 수용하면서 이를 행정기관에 위임하면서, 권력분립을 수정하였고 사면권 보유자에게 개별사면(Einzelbegnadigung, 특별사면을 말함)에서 특수한 성격의 형성권한을 부여하였다. 사면제도는 권력의 견제 및 균형(Gewaltenverschränkungen und -balancierungen)의 적용을 받을 수 없다. (4) 사면은 평범한 행정행위가 아니다. (“사면제도가 평범한 행정행위 수준으로 전락하였고 사면거부결정은 적어도 이런 점에서 법원의 사후심사를 받아야만 한다는 반론을 제기할 수는 없다.”)

기본법 제19조 제4항은 자의적 사면결정에 대한 권리구제방법(Rechtsweg)을 내포하지 않는다.

에 따른 절차에는 구술변론은 규정되어 있지 않다. 헌법소원 청구인을 직접 청문해야 할 근거는 없다. 행정법원법 제99조(§ 99 VwGO)에 따른 청구는 사건 이송으로 인해 소송물이 없어졌다. 주(州)고등법원의 재판에서 헌법소원 청구인은 문서열람을 신청하지 않았다. 본안의 청구 자체가 부적합하다. 법원 조직법 시행에 관한 법률 제24조(§ 24 EGGVG)에 따라 이 청구는 이의가 제기된 당해 조치로 청구인의 권리 침해가 발생하였을 것을 전제로 한다. 이의가 제기된 결정은 법원이 심의할 수 없는 사법행정행위를 의미하는 사면결정이라 할 수 있다. 왜냐하면 사면에는 어떤 법적 청구권도 없기 때문이다. 판례와 문헌에서 이와 같은 견해가 주를 이룬다. 연방헌법재판소 결정인 BVerfGE 25, 352에서 인용함.

105) BVerfGE 25, 352 (363ff.).

106) “연방대통령은 개별적인 사안에서 연방을 위하여 사면권을 행사한다.” 즉 연방대통령에게 특별사면권을 부여하는 내용이다. 독일의 경우 일반사면은 헌법에 규정되어 있지 않다.

2) 인용 취지의 4인의 의견

(1) 독일 기본법에서 사면권을 *jus eminens*(사법에 국가가 개입할 수 있는 권리)에서 발생하고 권력분립원칙을 해제하는 제도로 수용한 것은 아니었다. (2) 특수한 카리스마를 발휘하는 인물이 본인 마음대로 사법의 적용을 받지 않는(*justizfreie*) 사면행위를 할 수 있다는 과거의 생각은 모든 국가권력이 국민을 바탕으로 하는 법치주의 및 권력분립을 핵심으로 하는 독일 연방공화국의 헌법과 일치하지 않는다 (즉 권력분립에서 예외가 아니라는 것). (3) 법원은 사면결정이 실체법적으로 기본법이 보장한 최소 수준의 정의 요구(*Mindestanforderungen*)에 부합하고 법치국가와 합치하는지를 검토해야 한다. (4) 개별 사면은 판결도, 입법 행위도 아니다. 사면권보유자는 헌법적 지위에 따라 행정부에 속한다. 이들이 사면권을 행사하면, 판결 집행을 포기하면서 행정기관의 역할을 이행하게 된다. 독일의 법현실에서는 일반적으로 하위 관청이 사면을 행정적으로 처리하고 결정을 내린다. (따라서 이것을 행정행위라고 보아야 한다는 의미)

기본법 제19조 제4항에 따라, 자의적 사면결정에 대한 권리구제방법(*Rechtsweg*)은 존재해야 한다. 당해 뮌헨주고등법원의 결정은 기본법 제19조 제4항을 침해하기 때문에 여기서 제기된 견해에 따라 파기되어야만 했다.

3) 결론 - 가부동수

연방헌법재판소법 제15조 제2항 제4문에 의거하면, 이와 같이 가부동수가 되면, 이의가 제기된 바가 기본법을 위반하는 지 여부에 대한 확인은 이루어질 수 없기 때문에, 이 결정의 결론은 결국 ‘인용’으로 귀결되지 못하였다.¹⁰⁷⁾

이 판결이 특별사면청원의 거부(*Ablehnung*)¹⁰⁸⁾에 대한 판단이었던 반면에, 그 후 1971년 1월 12일의 독일연방헌법재판소의 판결은¹⁰⁹⁾ 특별사면결정이 철회(*Widerruf*)된 경우에 대한 판단을 하게 된 경우였다. 이 때 동 재판소는 특별사면결정이 철회된 경우가 사법심사의 대상이 된다고 하였다.¹¹⁰⁾

107) 앞서 본 바와 같이 연방헌법재판소법 제15조 제2항 제4문에 의거하면, 이와 같이 가부동수가 된 경우, 이의가 제기된 바가 기본법을 위반하는 지 여부에 대한 확인은 이루어질 수 없다. 해당 결정문 Rn. 23 참조.

108) 박진애, 앞의 글, 349는 ‘취소’라고 표현하고 있지만, 청원이 당국으로부터 거절된(*Ablehnung*) 경우이므로, 거부라고 하는 것이 더 정확해보인다.

109) BVerfGE 30, 108.

110) 이 1971년의 결정이 이전의 1969년의 결정을 보완하고 있다는 평가에 대해서는, 박진애, 앞의 글, 349 참조.

(3) 주헌법재판소의 관련 결정

(가) 서설

주헌법재판소에서는 사면관련결정에 대해서 법정의견으로서 명시적으로 그 사법심사 가능성에 대하여 긍정적인 예가 있다. 바로 1965년 12월 6일에 내려진 독일 바이에른주의 주(州)헌법재판소의 결정이 그것이다.

(나) 본안판단¹¹¹⁾

1965년에 독일 바이에른주의 주(州)헌법재판소는, 사면거부(Ablehnung eines Gnadenerweises)가 주헌법에 위반되는지 여부가 쟁점이 되었던 사건에 1965년 12월 6일 결정을 내렸다. 이 결정에서 동 재판소는, 무엇보다도 바이에른주에서는 헌법에 의해 각 시민의 기본권이 보장되며, 이러한 기본권을 헌법재판소는 보호해야 한다고 하였다. 그러면서, 사면기관이나 사면권자의 재량의 성격에 대해 판단하면서, 사면기관이나 사면권자는 사면을 시행하는 데 있어서 넓은 재량을 갖기는 하지만, 그것은 ‘헌법상 평등원칙’에 구속이 되며, 사면을 시행함에 있어서는 ‘자의금지의 일반원칙’이 적용된다고 실시한 바가 있다.¹¹²⁾

특히 주헌법재판소는 그것이 최고국가기관으로서 그의 기능에 비추어 그 헌법적 보호를 거부해서는 안된다고 강조하였다. 또한 “현대 법치국가에서 자의성은 드물게 되었다는 사실이 헌법재판소에 대한 청구의 허용성을 반대하는 근거가 될 수는 없다”고도 하였다.

주헌법재판소에서는 사면관련결정에 대해서 법정의견으로서 명시적으로 그 사법심사 가능성에 대하여 긍정을 한 예로서 주목할 만하며, 특히 사면결정을 한계짓는 근거로서 헌법상 평등원칙·자의금지의 일반원칙을 언급한 점이 특징이라고 할 수 있다.

111) 이 판례에 대해서는 독일법률잡지인 NJW 966, 443ff.에서 볼 수 있는데, 사실관계없이 본안판단 부분만이 나와 있어 이러한 본안판단만을 소개하도록 한다.

112) BayVerfGH, Entscheidung vom 6.12.1965; NJW 1966, 443ff. (Heft 10).

2. 미국

가. 개요

미국은 대통령의 권한을 규정하는 연방헌법 제2조 중 제2항에서 대통령의 사면권에 관한 근거 규정을 두고 있다. “대통령은 합중국에 대한 범죄에 관하여 탄핵의 경우를 제외하고, 형의 집행 유예 및 사면을 명할 수 있는 권한을 가진다.”¹¹³⁾ 그런데 이를 제외하고는 별도로 사면의 종류나 절차 등을 명문으로 정하고 있는 연방법률은 없다.¹¹⁴⁾ 따라서 사면의 개념과 종류를 밝히는 것은 판례법의 임무로서 맡겨져 있는 형편이라고 할 수 있다.¹¹⁵⁾

한편, 미국의 판례법은 일반사면(“Amnesty”)과 특별사면(“Pardon”)을 구분하고 있는데,¹¹⁶⁾ 다만 일반사면의 개념이 있더라도 우리나라와의 달리 의회의 동의를 요하는 등의 절차를 요건으로 하지 않으므로 실제적으로는 일반사면과 특별사면의 구별에 큰 의미가 없고, 오늘날의 사면은 대체로 특별사면을 의미한다고 한다.

먼저 일반사면(Amnesty)은 일정한 범죄를 행한 모든 사람들을 공식적으로 사(赦)하는 행위이다. 보통 일련의 집단, 계급 또는 개인에 대하여 정부가 행하는 사면으로, 기소 또는 처벌하는 것보다 용서하는 것이 공동체의 공공복리에 보다 유리하다고 판단되는 범죄에 대해 행해진다. 그리고 특별사면(Pardon)은 특정인을 형선고로부터 해방시켜주는 행위이다. 오늘날 사면은 대개 특별사면을 의미한다고 한다.¹¹⁷⁾

이외에도 판례는 집행연기와 감형도 위의 범주와 별도로 구분하고 있다.¹¹⁸⁾ 집행연기

113) The United States Constitution, Article II, Section 2, Clause 1

“The President ... shall have power to grant reprieves and pardons for offences against the United States, except in cases of impeachment.”

114) 미국 연방헌법 제2조 제2항(대통령의 권한)은 대통령의 사면권에 관한 내용을 정하고 있으나, 이는 근거 규정에 그치고, 사면권 행사의 구체적인 절차 등은 미국연방규칙(Code of Federal Regulation, 이하 ‘CFR’이라 함)에 그 내용을 정하고 있다. 다만, 위 규칙은 내부 지침에 불과하기 때문에 구속력이 있는 것은 아니다. 단지 위 규칙은 대통령의 사면권 남용에 대한 간접적인 통제 기준으로 작용한다고 할 것이다.

또한 미국연방규칙(CFR)에 따라 현재 대통령의 사면권 행사를 위한 하부 절차는 법무부 산하에 있는 사면국(Office of Pardon Attorney, OPA)에서 담당하고 있다(28 CFR §0.35, §0.36 - 사면국(OPA)은 대통령의 사면을 위한 청원 접수 및 심사, 필요한 조사 개시 및 지시, 대통령에게 제출하기 위한 보고서와 권고안을 준비).

115) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 268.

116) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 268 참조.

117) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6. 26.

118) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 268 참조.

(Reprieve)라 함은 형벌, 특히 사형의 집행을 일정 기간 연기하는 것을 뜻한다. 감형(Commutation)은 개별사건에서 사법적으로 이미 피고인에게 부과된 처벌보다는 덜 한 것으로 대신하여 행정부가 처벌을 완화시켜 주는 것을 뜻한다.

나. 사면에 관한 성문법적 근거

미국은 연방국가체제이고, 연방(federal) 범죄에 관해서는 대통령이, 주(state) 범죄에 관해서는 주지사 등이 사면권한을 행사할 수 있도록 하는 이원적 체제로써 그 사면제도를 운영하고 있다. 앞서 본 바와 같이 미국에서 연방범죄에 대한 대통령의 사면권은 미 연방헌법 제2조에 근거하고 있고, 주 범죄에 대한 주지사 등의 사면권은 해당 주에 따라 각각 다양한 형태로 그 근거 규정을 두고 있는데, 대체로는 각 주 헌법 또는 법률에서 이 사면권의 근거, 절차, 제한 등에 대한 사항을 규정하고 있다.

이하에서는 특별한 언급이 없으면 주지사의 권한으로서의 사면이 아닌 연방대통령의 사면권으로서의 사면권을 의미하는 것으로 한다.

다. 사면권의 한계에 관한 규정 및 판례

미국에서도 대통령의 사면권행사에 대한 한계 규명의 필요성은 그 남용가능성과 함께 비례하여 강조되어 왔다.¹¹⁹⁾ 사면권의 한계에 관하여 살펴보면, 미국 연방헌법 제2조 제2항에 규정된 대통령의 사면권은 명문으로 탄핵의 경우(“in cases of impeachment”)를 제외하고 있다. 따라서 이러한 경우에 대해 사면을 할 수는 없으므로 이는 헌법상 한계라고 할 것이다.¹²⁰⁾ 이는 사면권에 관한 미국 헌법 명문상의 유일한 한계다.

또한 대통령의 사면권은 연방범죄에 관하여만 시행될 수 있는데, 이는 또 하나의 권력 분립원칙이라 할 수 있는 연방주의(Federalism)에서 비롯되는 한계라 할 수 있겠다.¹²¹⁾

주 단위에서는 아예 ‘대상의 한계’나 다른 ‘절차적 한계’를 명문으로 두는 경우도 있다. 즉, 각 주마다 차이가 있지만, 일부 주에서는 사면의 대상적 한계를 미리 정하였고,

119) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 271.

120) 성낙인, 대통령의 사면권, 법정고시 1998. 2, 58; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 590-592 참조.

121) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 271.

따라서 특정 범죄에 대해서는 사면권을 행사하지 못하도록 정하고 있다. 예를 들어, 앨라배마, 아이오와 주 등에서 정한 바를 보면 반역, 살인 등 특정의 중범죄를 범한 자에 대한 사면을 배제하고 있고,¹²²⁾ 캘리포니아, 델라웨어 주 등에서는 탄핵이 된 자는 사면의 대상에서 제외하도록 규정하고 있다.¹²³⁾ 또한 절차적으로 타 기관 즉 입법부와 사법부의 의견을 반영하거나 그에 보고를 하는 절차를 마련하는 경우도 있다. 즉 사면권의 제한 방안의 일환으로서, 주 대법원 등 타기관의 의견을 반영하도록 하는 주가 있고, 또한 대부분의 주에서는 그 사면 실시 사항에 관해서 주 입법부에 정기적으로 종합적 보고를 하도록 하는 절차를 규정하고 있다.¹²⁴⁾

예를 들어, 캘리포니아 주는 중죄로 2번의 유죄판결을 받은 자에 대해서는, 판사 4명이 동의하는 주 대법원의 권고가 있어야만 사면이 될 수 있으며, 사면 실시 및 결정 내역에 대해서는 주 의회에 보고를 해야 한다.¹²⁵⁾

대통령의 사면권행사에 대한 한계 규명에 관해서는 미국 연방대법원의 판례법을 중심으로 **평등보호**(Equal Protection Guarantees) 그리고 **적법절차**(Due Process Guarantees) 등을 중심으로 고찰하며 연구된 바가 있다.¹²⁶⁾

한편 실제 사례와 그에 인해 촉발된 미국 내에서의 논의에 근거하여 이러한 사면권의 한계의 문제를 살펴보자면, 대통령의 경우 2001년에 빌 클린턴 대통령이 임기 마지막 날 사면을 행하였고 이것이 논란이 된 경우를 먼저 꼽을 수 있다. 그리고 이 이후에 대통령의 사면권을 제한하자는 논의들이 제기된 바 있었다. 이 중에는 연방의회가 대통령의 사면권을 반복할 수 있는 권한을 허용하자는 주장도 있었다.¹²⁷⁾ 그러나 그러한 제한은 헌법 개정을 통해서만 가능할 뿐만 아니라 현실적으로도 가능성이 낮다는 주장도 강하였다.¹²⁸⁾

122) 이에 대해서는 지성우, 미국의 사면제도에 관한 연구 - 州의 사면제도 비교를 중심으로, 미국헌법연구 제15권 1호, 2004, 129-161, 특히 148; 또한 이해미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 32 참조. 미국 각 주의 사면제도 및 법규정보를 제공하고 있는 웹사이트로는 www.pardon411.com 참조.

123) 특히 델라웨어 주의 경우는 공적자금 횡령죄, 뇌물죄, 위증죄를 범한 자는 사면을 받더라도 시민권(civil rights) 중 공무원임권은 회복되지 않아 공직 임명이 제한된다(74 Del Laws. c. 156 §1). 이해미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 32 참조.

124) 이해미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 32.

125) California Const. Art.5 §8.

126) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 271.

127) Cong. Record, Statements on Introduced Bills and Joint Resolutions, 146 Cong. Rec. §538-05 (2000); Cong. Record, Expressing the Sense of the Congress That the President Should Not Have Granted Clemency to Terrorists, 146 Cong. Rec. H8012-03 (Quoted in Erwin Chemerinsky, Constitutional Law 364 n.1 (3rd. ed. Aspen, 2006)).

128) Id. at 364.

연방대법원은 사면권은 무제한한 것이 아니라 일정한 한계가 있다는 점을 밝힌 바 있다. 먼저 *Biddle v. Perovich* 판결에서¹²⁹⁾ 종래의 입장을 변경하여 미국헌법상 대통령의 사면권은 더 이상 보통법상의 자비 내지 은사로 이해할 것이 아니고, 이것은 공공복리(“public welfare”, 公共福利)를 위하는 행위라는 점을 명확히 하였다.

그리고 연방대법원은 *Knote v. United States*¹³⁰⁾ 사건에서 어떠한 피사면자에 대하여 그가 교도소에 수감된 기간 동안에 겪은 개인적인 손해까지 국가가 보상해야 되는 것은 아니고, 이러한 피사면자에게 선고된 판결로 인해 다른 사람에게 양도된 피사면자의 어떤 권리를 회복시켜 주는 것도 아니라고 하였다.¹³¹⁾

나아가 대통령이 사면권한을 사용하여 자기 자신과 이해관계가 있는 자, 예컨대 측근이나 장관을 사면의 대상으로 할 수 있는가도 문제될 수 있다. 이에 대해서는 긍정하는 견해와 반대하는 견해가 존재하였다.¹³²⁾ 한편, 권력핵심부의 측근을 사면한 것으로 이 사면권 행사의 대상자 선정을 결정하는 데에 중대한 문제가 있다는 비판적 여론이 강하게 있기도 하였다.¹³³⁾

이러한 예로는, 실제 재선에 실패한 조지 부시 대통령은 전직 국방장관이었던 캐스퍼 와인버거가 이란-콘트라 스캔들의 은폐 행위에 가담했다는 혐의를 받아 실제 재판에 회부되기 단 10일 전이었던 1992년 12월 25일 그를 사면했던 경우가 있고, 또한 조지 W. 부시 대통령이 당시 부통령의 최측근이었던 스쿠터 리비에 대해 사면권을 행사한 경우가 있었다.¹³⁴⁾

129) *Biddle v. Perovich*, 274 U.S. 480 (1927).

130) 95 U.S. (5 Otto) 149, 24 L.Ed. 442 (1877).

131) 95 U.S. at 154. 나아가 연방대법원은 이러한 *Knote* 판결에서 “대통령의 사면권이 아무리 광범위하고, 그 적용범위가 확대될 수 있다고 하더라도, 대통령의 모든 권한에는 한계가 있듯이, 사면권에도 일정한 한계가 있는바, 사면권은 미합중국의 재무부에 귀속된 금전에까지 영향을 미칠 수는 없으며, 다만 의회의 입법에 의하여 명시적으로 승인된 경우에만 예외가 될 것이다. 연합헌법이 사면권에 이러한 제한을 부과하고 있다”고 하였다.

132) 긍정하는 견해에 따르면, 대통령은 유죄의 판결이 선고되기 전 또는 후에 사면을 할 수 있는 권한이 있으므로, 이는 사실상 행정부의 기소권한에 대한 궁극적인 통제권을 보유하는 것이라고 할 것이다. Lawrence Lessing & Cass Sunstein, “The President and the Administration,” 94 Colum. L. Rev. 1, 21 (1994).

133) 스쿠터 리비(I. Lewis “scooter” Libby)에 대해 사면권을 행사한 경우에 대하여 당시 부시대통령의 사면 결정에 대해 CNN이 실시한 여론조사에서 응답자의 72%가 부시대통령의 결정을 반대하였고, 19%만이 부시대통령의 결정에 찬성하였음. Janet Hook, ‘Bush Had Little to Lose, Points to Score with Conservatives’, L.A. Times, July 3, 2007.

134) 한편 미국의 전 대통령인 오바마 대통령은 제44대 대통령으로 취임한 이후 2015년 7월 31일 기준 현재까지 총 6번에 걸쳐 사면권을 행사하였는데, 총 인원은 64명에 불과하다고 한다. 사면권 행사 여부

라. 사면권의 통제에 관한 학설 등

사면권이 남용될 경우, 실제로 그것을 통제할 수 있는 장치로는 어떠한 것이 있는지도 검토되어야 할 것이다.¹³⁵⁾

- ① 먼저 꼽을 수 있는 것은 ‘탄핵’이다. 트라이브 교수의 교과서에 따르면,¹³⁶⁾ 탄핵이 수단이 될 수 있다. 즉 만일 대통령이 재임 중에 있다면 언제든지 탄핵이 가능하다.¹³⁷⁾
- ② 다음으로 ‘선거’에서의 정치적 책임이다. 즉 만일 대통령이 재임 중이기는 하더라도 곧 재선을 앞두고 있는 경우에는 당해 선거를 통해 책임추궁이 가능할 것이다.¹³⁸⁾
- ③ 마지막으로, 그렇지만 만약 대통령이 i) 이미 재선을 포기하였거나 ii) 두 번째 임기의 만료일이 얼마 남지 않은 경우 iii) 사임을 하려는 경우라면 이런 경우는 탄핵의 방법도, 선거의 방법도 사용하기가 어려우므로, 결국에는 모든 판단은 ‘역사’가 해야 할 몫이 되는 것이거나 당장 ‘도덕적인 비난’에 직면하는 것 정도가 통제라고 한다.¹³⁹⁾

트라이브 교수는 이러한 세 가지 제한이 미국의 현 법제 현황으로는 대통령의 사면권 남용에 대한 견제·방지장치로서 가능한 전부가 될 것이라고 평가하였다.

특히 사면권의 남용이 대통령 ‘임기 말’에 발생할 경우에 대비해서는 미국의 현행헌법에는 별다른 통제수단이 없기 때문에, 현행 헌법수정을 통하여 이를 통제하자는 제안이 있었다. 즉, 대통령의 사면권 남용 방지를 위하여, 대통령이 사면을 행한 날로부터 60일 이내에 연방 상원이 3분의 2 이상의 찬성을 한다면 그 사면을 ‘철회’시킬 수 있도록 하자는 헌법수정안이 제시된 바가 있었다.¹⁴⁰⁾

에 대한 결정과 대상자 선정에 있어 매우 신중한 태도를 보이고 있는 것으로 평가되었다. 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 34 참조.

135) 이하는 Lawrence Tribe, American Constitutional Law (3rd Edition), Foundation Press, 2000, 722 및 김남국, 앞의 글, 22를 참조.

136) Lawrence Tribe, American Constitutional Law (3rd Edition), Foundation Press, 2000, 722.

137) 예컨대 앤드류 존슨(Andrew Johnson) 대통령에 대한 탄핵이 1868년에 미 의회에서 시도되었을 때 그 사유 중의 하나는 사면권의 부당한 남용이었다. William Duker, “The President’s Power to Pardon: A constitutional History,” 18 Wm. & Mary L. Rev. 475, 525 n.258 (1977).

138) Lawrence Tribe, American Constitutional Law (3rd Edition), Foundation Press, 2000, 722.

139) Id., 722.

140) Paul J. Haase, “Oh My Darling Clemency”: Existing Or Possible Limitations On The Use Of The Presidential Pardon Power, 39 Am. Crim. L. Rev. 1287 (2002) 1304-1307; 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 275 참조.

만일 현직 대통령이 어떤 추문을 이유로 탄핵소추에 직면한 경우라면 형사처벌을 면하기 위하여 최후의 수단으로 자신을 사면해버리고 그 후에 사임하는 것은 인정될 수 있을까? 이와 관련해 실제로 벌어진 유사한 사태가 미국에 있었다. 1975년 8월 1일 스캔들로 사임한 닉슨은 그 자신이 지명한 후임대통령(그 전은 부통령)인 포드에 의해서 사면을 받았다.¹⁴¹⁾ 이를 계기로 이른바 사면권자가 자기 자신에 대한 사면이라는 것도 행할 수 있는가가 문제되었다. 이러한 문제와 관련해 최근까지 학설은 긍정설과 부정설이 대립하고 있었다.¹⁴²⁾ 그런데 트라이브의 교과서에 따르면 이는¹⁴³⁾ 그 누구도 자신 자신의 사건에 관해서는 재판관이 될 수 없으며 그 누구도 법 위에 존재할 수 없기 때문에 이것은 불가능하다고 한다.¹⁴⁴⁾

이러한 자기사면에 대한 논점은 최근 트럼프 대통령이 언급하면서 그 법리적 가능 여부에 대해 다시 논쟁이 된 바 있는데, 최근의 언론 조사에 따르면 대상이 된 학자들 및 전문가들 대다수 견해는 그러한 가능성을 대체로 부정하는 것으로 보인다¹⁴⁵⁾.

한편 연방대법원은 *Schick v. Reed*¹⁴⁶⁾에서 대통령이 사면권한을 행사할 때 조건을 붙일 수 있음을 인정하였다.

141) 포드는 1974년 9월 8일 기자회견을 열었고, 닉슨이 대통령 재직기간 5년 동안 저지른 모든 형사범죄 일체를 조건 없이 사면했다.

142) 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 274에 의하면 긍정설에 대해서는 Mark Strasser, *The Limits of the Clemency Power on Pardons, Retributivists, and the United States Constitution*, 41 *BRANDEIS L.J.* 85 (2002) at 150-154; Robert Nida & Rebecca L. Spiro, *The President As His Own Judge And Jury: A Legal Analysis Of The Presidential Self-Pardon Power*, 52 *Okla. L. Rev.* 197 (1999) at 212-225; 부정설에 대해서는 James N. Jorgensen, *Federal Executive Clemency Power: The President's Prerogative To Escape Accountability*, 27 *U. Rich. L. Rev.* 345 (1993) at 362-367을 들 수 있다.

143) 다만 이 교과서의 서술은 닉슨의 경우와 같은 것이 아니라 직접 자신이 사면하는 형태라는 점을 전제 한 것으로 보인다.

144) Lawrence Tribe, *American Constitutional Law*(3rd Edition, Foundation Press, 2000) at 722; Brian Kalt, "Note: Pardon Me?: The constitutional Case Against Presidential Self-Pardons," 106 *Yale L.J.* 779, 805-09 (1996).

145) Dan Mangan & Tucker Higgins, "Here's what 12 experts say about whether President Trump can pardon himself," CNBC, 2018.06.<https://www.cnn.com/2018/06/04/here-is-what-9-experts-say-ab> (last access : 2019.04.15.) Tom McCarthy, "Can Trump actually pardon himself? Experts weigh in," *The Guardian*, 2018.06.04. <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/04/is-trump-correct-that-he-can-pardon-himself-experts-weigh-in> (last access : 2019.04.15.)

146) 419 U.S. 256, 95 S.Ct. 379, 42 L.Ed. 2d 430 (1974) 참조.

3. 그 밖의 국가

가. 사면에 관한 성문법적 근거 (특히 헌법)

미국, 독일, 프랑스 이외에도 세계 대부분의 국가가 헌법에 사면권을 명시하여 규정하여 사면제도는 현재 세계적으로 일반화된 것이라고 볼 수 있다.¹⁴⁷⁾ 이것은 대통령 또는 국왕인 국가원수의 권한으로 규정하는 경우도 있고, **의회에만 사면권을 인정하는 헌법**례도 있다.

먼저, **과거 또는 현재의 입헌군주국가**의 경우 사면권이 국왕에 있는 것이 일반적이다.¹⁴⁸⁾ 그리고 군주국이 아닌 **공화국**에서의 각국의 입법례를 보면, 이탈리아 헌법 제79조, 오스트리아 헌법 제65조, 아일랜드 헌법 제13조 제6항, 핀란드 헌법 제29조를 보면 대통령에게 사면권을 부여하고 있다. 즉, 이를 종합할 때 일반적으로 사면권은 국가수반으로서의 대통령 또는 국왕의 권한으로 널리 규정되어 있다.

한편, 그 예가 많지는 않으나, **의회에만 사면권을 인정하는 헌법**례도 있다. 스위스 헌법 제85조는 ‘대사면 및 특사권’을 연방의회의 권한으로서 규정하고 있으며, 코스타리카 헌법은 일반사면이 의회의 권한이라고 명시하여 규정하고 있다.¹⁴⁹⁾ 에콰도르 헌법은 일반사면뿐 아니라 그 외에 개별사면까지도 의회의 권리로 정하고 있다(동 헌법 제53조).¹⁵⁰⁾

실무적인 측면에서는 유럽 등 세계 대부분의 안정된 입헌민주주의 국가에서는 사면권의 실무에 있어서는 담당공무원이 사면대상자들을 심사하며 교정기관이나 법원 등에서 제출된 자료를 기초로 결정하게 되며 매우 제한적으로만 운영하고 있음이 지적되고 있다. 예를 들어 독일과 달리 사면권이 매우 중앙집권화 되어 있는 이탈리아의 사례를 들어도 그러하다. 이탈리아 헌법 제87조 제11항에 따르면 이탈리아 공화국의 대통령은 “사면을 행하고 형벌을 변경한다”라고 규정한다. 대통령령은 법무부장관의 제안에 의해 이루어지

147) 이와 관련하여 예컨대 Schätzler는 “지구상에서 사면권을 규정하지 않은 국가는 없다”고 단정하고 있다. J. G. Schätzler, *Hanbuch des Gnadenrechts*, München, 1992. S. 142.

148) 이러한 예는 1809년의 스웨덴 헌법 제26조, 1814년의 프랑스 헌법 제67조, 1815년의 노르웨이 헌법 제20조, 룩셈부르크 헌법 제38조, 네덜란드 헌법 제77조, 1831년의 벨기에 헌법 제73조, 1915년의 덴마크 헌법 제24조, 그리고 1889년 일본제국 헌법과 1946년의 일본 헌법 제7조 등이 있다. 김민배, 사면권에 대한 국민감정과 법논리간의 갈등, 시민과 변호사, 1997. 5, 86.

149) 코스타리카 헌법 제121조는 ‘재적의원 3분의 2 이상의 찬성에 의하여 선거사범을 제외한 정치범에 일반사면을 부여’하도록 하고 있다. 김민배, 위의 글, 86-87 참조.

150) 김민배, 위의 글, 87.

며 그 법무부장관의 부서를 요구한다. 실무적으로 보면 이러한 사면은 법무부의 담당공무원이 그 사면대상자들을 심사하며 그 해당 자료를 기초로 결정하게 되기 때문에 대통령이 결정할 가능성은 정치적 의미가 높은 아주 드문 경우 이외에는 거의 없다고 한다.¹⁵¹⁾

나. 사법심사 등 통제 가능성

Novak(2015)은 보통법 전통의 국가들의 사면제도와 사면에 대한 판례들을 광범위하게 조사하여 연구결과를 출간하였다.¹⁵²⁾ 그는 특히 사법심사가능성과 관련하여 (1) 사면에 대한 사법심사를 **부정**하는 국가들, (2) 사면에 대한 사법심사의 가능성을 **인정**하지만, 실제 무효화하지는 않은 국가들, (3) 사면에 대한 사법심사의 가능성도 **인정**하고, **실제 무효화**한 사례가 있는 나라들 등과 같이 분류가 됨을 제8장에서 서술하고 있다.

이 중에서 주목할 만한 것은 세 번째의 유형인, 사면에 대한 사법심사의 가능성도 인정하고, 실제 무효화한 사례가 있는 나라들이다. 이러한 나라들은 주로 사면의 남용이 쉽게 일어나곤 하였던 국가들이다. 그리고 이러한 유형의 국가들은 애초에 보통법(코먼로) 전통의 종주국인 영국에서 이미 1984년의 Council of Civil Service Unions(CCSU) v Minister for the Civil Service¹⁵³⁾ 사건의 실시 중 특정한 권한이 (예전의 왕권에서 유래된) ‘특권(royal prerogative)’이라고 할지라도 그 개별적인 성격에 따라 사법심사의 대상이 될 수 있음을 밝히는 매우 중요한 판례가 나온 바 있으며¹⁵⁴⁾, 이 판례의 해당 실시는 그 후 모든 보통법 국가들에게도 영향을 미치는 지침이 되었으며, 이러한 영향을 바탕으로 상기의 보통법 국가들도 사면에 대한 사법심사의 가능성도 인정하고, 실제 무효화한 사례까지 생겨난 것으로 평가할 수 있음을¹⁵⁵⁾ 먼저 확인할 필요가 있다.

151) 정현미, 앞의 글, 339.

152) Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015 참조.

153) Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1984] UKHL 9 (별칭: GCHQ case).

154) 우리의 통치행위론 관련 논의와 비견되는 것은 영국에서는 ‘의회의 행위(act of parliament)’, ‘특권(또는 국왕대권으로도 번역. royal prerogative)’ 및 ‘국가행위(act of state)’에 대하여 오랫동안 사법심사를 배제하여왔다. 그러나 민주주의 발전과정에서 왕권이 내각으로 이양됨에 따라서 사법심사가 배제되는 사항들이 줄어들 수 밖에 없게 되었다. 특히 1957년의 국왕소추법(The Crown Proceeding Act)에서 위 ‘특권’에 대한 유보조항들을 두게 됨으로써 전통적인 사법심사배제의 원칙은 크게 수정되게 되었다. 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 726 참조. 이러한 국왕소추법 이후 등장한 이 CCSU v Minister for the Civil Service 판례는 특정한 권한이 특권(royal prerogative)이라고 할지라도 그 개별적인 성격에 따라 사법심사의 대상이 될 수 있음을 사법부가 확인하여 밝힌 기념비적 판례다.

실제로 어떤 국가의 최고법원들이 이러한 결정을 내렸는지에 대해서는 아래에서 살펴본다.¹⁵⁶⁾

(1) 판례 1 - 피지 (Commissioner of Prisons v. Raikali, [1998] 44 EL.R. 205 (Fiji))

“*Raikali 대 교도소장*” 사건에서 피지의 고등법원(the High Court)은 요컨대 대통령이 발한 조건부의 사면을 무효화한 사례이다.

· 사실관계: 이 사건에서는 당시 종신형을 선고받고 11년동안 수감되었던 피고인이, 대통령의 12개월간의 강제 감독 명령이 부가된 채 사면 석방되게 되었다(해당 판결문 206-207면).

· 법원의 판단: 이 사건에서 피지의 고등법원(the High Court)은 요컨대 대통령이 발한 조건부의 사면을 무효화하였다. 동 법원에 따르면, 피지의 교정법(Prisons Act)은 특히 강제 감찰 명령을 발할 권한을 내무부장관에게 부여하는데, 그 장관이 교정업무(교도소)를 책임지고 있기 때문이다. 대통령은 자유롭게 또는 일정한 합법적인 조건에 따라 사면 자체를 허락할 수 있는 권한을 가지기는 하지만, 이 대통령은 강제 감독 명령을 사면에 결부할 권한이 없으며, 오직 내무부장관만이 그러한 명령을 내릴 수 있다고 법원은 판단하였다. 이에 법원은 피고인이 조건 없이 석방되도록 명령하였다(해당 판결문 205면).

(2) 판례 2 - 팔라우 (Llecholch v. Republic, Civ. App. No. 14-003 (July 24, 2014) (Palau))

팔라우 대법원(the Supreme Court)은 대통령이 입법부에서 제정한 사면법(Executive Clemency Act)을 포함하여 헌법에서 요구하는 바와 같이 “법으로 정한 절차”를 대통령이 따르지 않았을 경우, 그 대통령의 사면을 무효화한 바 있다(“*Llecholch 대 국가*” 사건).

· 사실관계: 당시 팔라우의 사면법에 따르면, 사안에 대한 탄원서는 법무부장관에게 전

155) Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015, 172-189, 194 참조.

156) Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015 참조(특히 Chapter 8. Legislative and judicial review of executive clemency). 해당 판결문들의 원문을 확인하여 번역 및 요약 서술함.

달되며, 법무부장관은 이를 검찰총장, 공공안전청관, 가석방위원회에 배포하고, 가석방위원회는 이를 검토하고 법무부장관에게 권고서를 써서 답하며, 대통령은 이러한 권고를 참고할 것을 요구받고 있었다.¹⁵⁷⁾ (해당 판결문 71면) 이 사건에서 팔라우 대통령은 이 필요한 권고를 받지 않고 두 명의 유죄 판결을 받은 이들에게 사면을 허용했다.

· 법원의 판단: 동 법원은 위와 같은 사면법의 절차는 준수되어야 함을 지지하였고, 해당 사면을 무효화시켰다. (해당 판결문 72-78면) 해당 헌법조항의 문언, 역사, 체계 해석 외에, 평등권 등도 함께 검토되었다. (해당 판결문 75-78면 참고)

특히 해당 헌법조항의 해석과 관련하여 핵심적인 사항은, 대법원장의 다음과 같은 의견을 참고할 수 있다.¹⁵⁸⁾

대법원장인 Arthur Ngiraklsong은 다음과 같은 내용에서 판결에 동의하였다: 이번 사건의 핵심은 대통령이 사면, 감형, 혹은 집행 유예를 내릴 수 있도록 하는 법적인 권한을 주는 사면법이 과연 헌법에 위배되는지에 대한 것이다. 해당 법률(사면법)이 팔라우 헌법 제3조 7항에서 대통령이 사면, 감형, 혹은 집행 유예를 내릴 수 있는 권한을 찬탈하였는가? 이 법률은 합법적이다. 이는 또한 대통령이 이러한 권한을 가지고 집행하기 위해 필요한 전제 조건이다. Toribiong 전 대통령은 항고인에게 사면을 내리기 전 헌법적으로 의무화된 과정들을 따르는데 실패하였다. 나는 이와 같은 내용이 사실임을 단언한다.

팔라우 헌법의 사면 조항과 미국의 헌법과는 중요한 차이가 있다. 팔라우 헌법은 대통령이 자신의 권한으로 사면, 감형 혹은 집행 유예를 내리기 전 이를 합법화하는 법률이 필요하다. 팔라우 헌법, 제 8조 7항은 다음과 같다. “대통령은 국가원수로서 다음과 같이 모든 내재적 권한과 의무를 지녀야 한다. (...중략...) 5) 대상에게 법률로 규정된 바에 따라 (subject to procedures prescribed by law) 사면, 감형, 그리고 집행 유예를 내릴 수 있다.”¹⁵⁹⁾

미국 헌법 제2조 제2항에서 대통령은 탄핵이 되는 경우를 제외하고 집행 유예와 사면을 내릴 권한을 가지고 있다고 명시되어 있다. 이러한 미국의 헌법적 조항은 자동 발효다. 사면, 감형, 그리고 집행 유예를 줄 수 있는 대통령의 권한에 대한 팔라우 헌법은 자동 발효가 아니다 (Gibbons v. Etpison, 4 ROP 1,4를 참고하라). 이는 이러한 헌법적 조항이 합법화하는 법률이 생기기 전까지는 실효성을 가지지 않는다. 팔라우 헌법은 구체적으로 사면, 감형, 그리고 집행 유예를 줄 수 있는 대통령의 권한

157) 팔라우 헌법 제8조 제7항 제5문 등 참조. PALAU CONST. art. 8 § 7(5) (1979), 17 P.N.C. § 3201-3205.

158) 대법원장 Arthur Ngiraklsong은 법정의견과 논거와 결론에서 그 의견이 다르지 않지만, 몇 가지 내용을 특히 강조하기 위해서 이 한 쪽짜리 보충의견을 서술한 것으로 보인다. (판결문 78면 참조)

159) “5) to grant pardons, commutations and reprieves subject to procedures prescribed by law...”

이 법률에 의거한다고 말한다. 사면법 및 17 PNC §3201 그 이하 내용은 이를 합법화 하는 법안이다. (…중략…) Johnson Toribiong 전 대통령이 합법화하는 법안과 헌법이 필요로 하는 과정들을 따르지 못했다는 것을 보여주는데 실패하였다.

(3) 판례 3 - 가이아나 (Yassin v. A.G., (1996) 2 C.H.R.L.D. 39 (Guyana))

· 사실관계: 사면탄원인은 살인의 죄를 저지르고 사형선고를 받은 인물이다. 그런데 이 사면탄원인의 사건을 맡은 변호인으로 일전에 일한 변호사는 그 소송과정에서 사면탄원인에게 변호사비를 반납하고 그를 대리하기를 거절한 사실이 있었다. 그 후 이 변호사는 법무부장관이 되었고 또한 사면자문위원회의 의장을 맡게 되었는데, 이 사면자문위원회는 사면 거부의 판단을 내렸다. 이 거부판단에 근거해 가이아나 대통령은 궁극적으로 사면을 거부했다.

· 법원의 판단: 동 가이아나 항소법원은, 당해 사면탄원인의 변호사였던 인물이자 동 사면자문위원회 위원장인 법무부장관의 역할에 근거한 절차상의 부적절함으로 인하여, 사면의 행사와 관련된 전체 해당 절차는 무효화된다고 밝혔다(해당 판결문 Yassin v. A.G., (1996) 2 C.H.R.L.D. 39 본안판단부분 참조).

4. 소결 - 한계와 통제의 필요성 공유

국가수반의 사면권 행사는 실재에 있어서 그 대상에 따라 중대한 정치적인 문제로 비화될 수 있다는 점, 그리고 정치적으로 남용되는 사례가 많았다는 경험에 근거하여 세계 각국은 그 사면권의 행사에 대해 법적인 제한을 부과하고 있는 경우가 많다고 하겠다.¹⁶⁰⁾

앞에서는 각국의 사면권 제도와 그에 관련된 헌법 조항이나 관례를 통해 여러 가지 공통점을 검토해 보았다. 해당 국가의 헌법 등이 사면권의 주체를 의회가 아닌 군주나 대

160) 예컨대 이탈리아 헌법 제79조는 “대사 및 감형은 양원의 위임법률에 의하여 공화국대통령에게 부여된다. 이것은 위임을 제외한 이후에 행하여진 범죄에 대해서는 적용되지 아니한다.”라고 규정하고 있으며, 핀란드 헌법 제29조는 “대통령은 특별한 경우에 최고재판소의 의견을 들은 후 사면권의 행사에 의하여 형벌을 면제 또는 감형할 수 있다. 단 내각의 구성원 또는 사법장관이 인정하는 사면은 현존의 특별 규정을 준수하지 아니하면 아니 된다. 대사면은 특별한 법률에 의하지 아니하고는 인정되지 않는다. 또한 대통령은 법률이 그 면제의 허가를 인정하고 있는 경우, 법률이 필요조건으로부터 면제를 승인할 수 있다.”라고 하여 사면권의 행사에 법적 제한을 규정하고 있다. 이강혁, 헌법상 대통령의 사면권, 고시계, 1988. 12., 74.

통령이나 내각으로 규정하고 있다고 하더라도, 사면권 행사는 법률에 의거하도록 함으로써 국민의 대표인 의회의 통제를 받도록 하고 있는 사례가 다수임을 찾아 볼 수 있다. 또 사면권의 남용을 방지하기 위한 그 밖의 여러 제도가 각국에서 헌법적 차원에서 시도되고 있음도 알 수 있다.

이런 점에서 볼 때, 사면권은 비록 사법적 최종판단에 관해 갖는 사면권자의 특권이지만, 권력분립의 원칙상 사법권의 본질적인 내용 그 자체를 훼손하거나 침해해서는 안 되는 것으로 세계적으로 널리 이해되고 있고, 사면권은 비록 개인적 권한의 성격에서 전통적으로 출발하였지만¹⁶¹⁾, 현대에 있어서는 국가 사회의 공공이익적 차원에서(Biddle v. Perovich의 표현을 따르자면 공공복리(public welfare)를 위하여) 행사되어야 한다. 이는 사면의 현대적 기능이 그에 대한 내용적 절차적 통제를 통해 카리스마적 권위에서 법-합리적 권위에 더 연결되도록 이동하는 것으로 생각해 볼 수도 있다. 요컨대 사면권한이 사면권자의 인적 요소에 좌우되지 않는 방향으로 나아가고 있다는 것이다. 따라서 세계 각국의 제도는 특정의 개인이나 단체 특히 특정 정파나 정당의 이해에 치우친 사면권의 행사는 이러한 목적을 위배하는 자의적인 것으로서 헌법상 중대한 결과를 초래할 수 있다는 등의 헌법상 제한의 시도 내지는 경험으로서 공통적으로 보유하고 있다고 하겠다.

161) 막스 베버의 표현에 따르면 이는 카리스마적 권위를 강화한다. 막스 베버는 적법한 통치(지배) 및 그에 필요한 권위를 3가지 유형으로 나눈 것으로 유명하다. 그는 전통적 권위, 법-합리적 권위, 카리스마적 권위의 3가지 유형으로 분류했다. 왕위 세습과 같이 추종자가 지도자의 명령을 ‘그것은 전통적으로 그러했다’는 근거로 정당하게 받아들이는 권위이다. 왕조와 같이 혈연에 의한 세습적 조직의 권위이다. 또한 카리스마적 권위는 권위의 근거는 그 지도자의 비범한 능력에 의하며, 지도자에 대한 추종자의 경외심이 복종의 기초가 되는 권위이다. 예언자나 주술사 또는 종교·군사·정치 등 분야의 지도자와 같이 많은 추종자를 이끄는 사람들에게서 그러한 예를 찾을 수 있다. 법-합리적 권위는 지배의 근거를 법 규정에 따른 합법성에 두고 있는 권위이다. 지도자는 법적으로 규정된 절차에 의해서서 임명·선출되고, 추종자는 지도자에게 부여된 법적 권위에 의해서 그 복종을 수용한다. 이것이 현대적 조직의 대부분에게 적용되는 권위이다. 이에 대해서는, Weber, Max: Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft. In: Ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Tübingen, S. 475-48 참조.

IV. 사면권의 한계

1. 사면권행사의 한계에 관한 논쟁

우리나라 헌법 제79조는 그 문언을 살펴볼 때 대통령의 사면권 행사에 관하여 일정한 절차적 요건 즉 구체적인 사항은 법률로 정한다고 하는 부분이나, 일반사면은 국회의 동의를 요한다는 정도의 규정만을 두고 있을 뿐이며, 그 실체적 요건에 대해서는 규정하고 있지 아니하다. 그리고 사면법 규정을 전체적으로 검토해 보아도 대통령의 사면권 행사에 관하여 단지 그 행사의 절차적 측면만을 규정하고 있을 뿐 실체적인 한계·제한·요건에 관한 규정은 아무것도 있지 아니하다는 것을 알 수 있다.

결국 현행 헌법과 사면법의 규정만을 보자면 대통령은 다만 일정한 절차만 거치기만 한다면 그 어떠한 사면도 할 수 있는 것이 되고, 실질적인 면에서는 아무런 한계나 제약 없이 사면권을 실행할 수 있다는 것이 된다. 그러나 사면권 역시 법치국가적 원리를 필수불가결의 요소로 하는 헌법이 대통령에게 부여한 특권인 이상 비록 명문의 한계 규정이 없더라도 어떠한 한계가 헌법 해석적으로 도출되는 것이 아닌가라는 논점이 상정될 수 있는 것이다.

현대적 국가에서 사면권 행사와 관련하여 비판과 지적이 끊이지 않고 되풀이되고 있는 것을 고려한다면 그 한계를 해명하고 그에 따라 개선방안을 모색할 필요가 있다. 먼저 한계여부에 대하여는 종래부터 긍정설과 부정설이 대립하고 있으므로 먼저 이에 대한 고찰이 필요하다. 그리고 만일 한계를 갖는다면 구체적으로 어떤 내용의 한계를 갖는지에 대한 것이 설명되어야 한다.

가. 무한계설

사면이 역사적으로 군주의 은사에서 유래하여 현재에도 존재하는 것으로 인식하고, 국가수반의 사면권을 정치적 성격보다 일종의 도덕적 성격이 더 짙은 권한으로 간주하며, 그와 같이 현대의 사면권도 여전히 순수한 도덕적 성격이 주된 본질인 권한으로 보는 입

장에서는 그러한 사면권에 대한 제한의 문제는 상정될 수 없다.¹⁶²⁾ 이러한 입장은 서구 사상의 근저에 있는 신학적 입장의 ‘죄를 사함’의 관념과도 그 맥락적 연결성이 있는 것으로 보인다.¹⁶³⁾ 한편 사면의 본질을 사면권자의 무제한적이고 은혜적인 혜택(恩典)으로 보는 입장 역시 이와 같은 사면은 어떠한 한계도 갖지 않는 것으로 보고 있다.

또한, 이 부분에 대하여 특별한 명문의 통제 규정도 없다면, 다시 말해 헌법상·법률상 규정된 사면사유, 대상, 시기나 그 한계가 존재하지 아니하고 따라서 그러한 사면시행결정의 정당성 여부를 판단할 준거가 될 수 있는 규정이 명문상 없다고 한다면, 그 반대해석이자 반사적 효과로 사면권자는 사면의 완전한 재량권을 가지며 이것은 합목적성의 측면에서 정당화될 수 있다고 설명되기도 한다.¹⁶⁴⁾ 이 외에도 사면권은 견제와 균형의 원리를 넘어서는, 그와 무관한 별개의 지위에 있다고 하여 한계를 부정하는 입장도¹⁶⁵⁾ 이러한 무한계설로 분류할 수 있겠다.

나. 한계설

대통령의 사면권한은 더 이상 무제한적인 국가수반의 특권으로 보아서는 안되고, 비록 헌법에 명문의 규정이 없다고 하더라도 대통령의 사면권 행사에는 일정한 헌법적 한계가 존재한다는 입장이다. 이러한 입장에서는 대체로 다음과 같은 헌법적 한계가 존재한다고 본다.¹⁶⁶⁾

- ① 먼저 사면의 행사 목적과 관련하여, 그 사면은 어디까지나 국가이익과 국민화합의 차원에서 행사되어야 한다. 사면은 매우 예외적인 권한으로서, 사면의 대상과 종류, 시기를 어떻게 정하느냐 하는 것은 법치주의에 작든 크든 충격을 가한다. 이러한

162) 전통적 국가관과 군주적 특권에 대한 사고에서는 이러한 귀결이 당연한데 예컨대 프랑스의 B. Constan이 ‘국가원수의 자비로서의 사면에 관하여는 어떠한 제한도 있을 수 없다’고 강조한 점에 대해서는, 김선택, 헌법사례연습, 제2판, 법문사, 2001. 852 참조. 또한 앞서 본 바와 같이 영국은 헨리 7세때부터 보통법적으로도 인정되는 ‘특권(prerogative)’에서 포함되는 것으로서 사면권을 이해하고 있었다.

163) 신학적 개념으로서의 ‘사(赦)함’이 전통적 군주의 사면과 그 유래에 있어서 연결된다는 고찰에 대해서는, Christian Waldhoff (Hrsg.), Gnade vor Recht - Gnade durch Recht?, Duncker & Humblot, 2014. 특히 이 편집서 중 첫 글과 둘째 글 참조.

164) 김성천, 사면권의 법적 한계, 법정논집, 1999. 12. 통권 제35호, 59.

165) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 1089에 소개된 바를 참조.

166) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1020; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 1089.

충격은 그것이 궁극적으로 국가이익과 국민화합에 기여하느냐를 통해 수인될 수 있는 바, 이것은 대통령의 독단적 판단이나 또는 특정 정치적 입장이나 정파에 의한 밀실작업에서 이루어져서는 안 될 것이다. 폭넓은 국민 의견의 확인 내지는 수렴이 반드시 필요하다.¹⁶⁷⁾ 이러한 점에서 사면권은 한 당파나 집권당에만 유리한 방향으로 행사되거나, 정치적인 목적으로 남용되지 말아야 한다는 헌법 내재적인 한계가 있는 것이다.¹⁶⁸⁾

- ② 권력분립의 원칙에 비추어 볼 때 사법권의 본질적 내용을 훼손하는 결과가 되는 수준의 사면권 시행은 허용되지 않는다는 것이다.¹⁶⁹⁾ 사면권은 그것을 넓은 의미에서 본다면 형벌집행에 관한 재량의 행사라 볼 수 있고, 형사사법판결에 관하여 그 결과에 대해 개입하는 예외적인 형태 중 하나인 것이라고 할 수 있다. 그런데 이러한 점을 고려하면서도 사면에 관한 권한은 전적으로 사면권자에게 부여되어 있다는 점을 잘 해석해보아야 할 것이다. 즉 사면권은 실질적인 사법행위가 일부 형식적으로 행정행위로 전화·변화한 것이라 할 수 있다. 그래서 사면권이 헌법 등을 통해 규정되어 있더라도 이 사면은 사법권의 본질을 훼손·침해하지 않는 범위 내에서 행해져야 할 것이라는 해석이 가능하다.¹⁷⁰⁾ 예컨대 사면의 시기와 관련하여, 어떠한 사면이 법원의 판결이 확정되기를 기다렸다는 듯이 곧바로 내려졌고 그것이 의도적인 것으로 보인다고 한다면 이것은 법원의 권위를 현저히 훼손하는 결과를 낳을 것이다. 따라서 사면권은 이를 훼손하지 않는 한계 내에서 적절하고 합리적인 기준과 원칙에 따라서 행사되어야 한다.¹⁷¹⁾

167) 국민투표 아니면 이에 버금가는 국민여론의 수렴절차에 의해서 결정되어야 한다는 입장도 있다. 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 99 참조.

168) 목적적 한계가 존재한다고 할 때 그 내용이 무엇인지 대한 구체적인 설명은 아래의 “2. 사면권의 규범적 한계”의 소제목하에서 더 자세히 검토하도록 하겠다.

169) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 1020; 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2011, 1063; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2011, 1089.

170) 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 99-100 참조.

171) 강민국, 위의 글, 100 참조.

다. 검토

사면권을 국가수반의 무제한적 특권으로 보아야 한다는 주장은 현대의 입헌주의국가 하에서의 국가수반의 지위 및 권한에 관한 잘못된 이해에 기반하고 있으며, 현대 입헌·법치국가에서 모든 국가권력은 헌법 및 법률에 의해서 형성되는 바이고 그 어떠한 종류의 국가권력도 아무런 내재적·시원적 한계 없이 존재하고 있는 것이 아니다.

사면법 제5조 제2항은 “형의 선고에 의한 기성의 효과는 사면, 감형과 복권으로 인하여 변경되지 않는다.”라고 정하여 사면의 효과는 장래효로서, 그 장래에만 미친다는 점을 분명히 밝히고 있는데, 이는 헌법에는 이러한 명시적 제한이 없지만, 법률에서 아무리 국가수반인 대통령이라고 해도 그 효과에서 소급효를 갖는 사면을 행할 수는 없는 것을 그 규정으로 밝혀주고 있는 것이다. 즉, 사면권 역시 당연히 입법자의 의지와 헌법의 내재적 한계 범위에서 행해져야 한다는 한계를 갖는 것인데 사면권도 그 요건 및 효과 등이 헌법 및 법률에 의해 형성된 권한이기 때문이다.

사면권이 국가수반의 무제한적 특권이라거나 이러한 데에 헌법국가가 아무런 제약을 두고 있지 않다는 주장은 다음과 같은 몇 가지 예들을 통해서 반증해볼 수 있다.

① 대상적 한계의 예: 국가 형벌권 행사의 전부나 일부를 포기하는 사면권의 행사는 가능할 것인가? 사면 제도의 유래·역사 및 그 형성과정을 검토해 볼 때 국가 형벌권 행사의 전부나 일부를 파기·포기하는 내용의 사면권의 행사는 인정하는 데에 무리가 있을 것이다.¹⁷²⁾ 이것은 사면의 논리적 한계라고도 볼 수 있다.

② 대상적 한계 중 하나로서 ‘자기 사면’의 경우: 대통령의 자기사면이 가능할 것인가? 이러한 자기사면은 현대입헌국가에서는 불가능하며 그것은 헌법의 내재적 한계에 기인한다고 보는 것이 논리적일 것이다. 이러한 자기사면에 대한 논점은 최근 트럼프 대통령이 언급하면서 그 법리적 가능 여부에 대해 다시 논쟁이 된 바 있으나, 학자들 및 전문가들 대다수 견해는 그를 부정하는 것으로 보인다¹⁷³⁾. 트라이브

172) 同旨 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 101.

173) Dan Mangan & Tucker Higgins, “Here’s what 12 experts say about whether President Trump can pardon himself,” CNBC, 2018.06. <https://www.cnbc.com/2018/06/04/here-is-what-9-experts-say-about-wh> (last access : 2019.04.15.) Tom McCarthy, “Can Trump actually pardon himself? Experts weigh

(Tribe)도 그의 교과서에서 만약 현직 대통령이 어떤 스캔들을 이유로 탄핵소추에 직면하고 있는 경우 그가 형사처벌을 면하기 위하여 최후의 수단으로 자신을 사면하고 난 후에 사임하는 방법을 쓰는 경우가 있다면 이것은 그 누구도 자신이 자신의 사건에 관하여 재판관이 될 수 없고 또한 그 누구도 법 위에 존재할 수 없기 때문에 불가능하다고 한 바 있다.¹⁷⁴⁾

또한 이에 시사점을 주는 예로서, 1970-80년대 남미국가들에서 권위주의체제의 주체인 군부가 자기사면법(소위 self-amnesty law)를 제정하였으나 결국 이러한 법의 효력이 부인되었던 여러 사례가 있다. 1970년대와 80년대 남미의 위와 같은 여러 나라의 군부는 자신들이 직접 관련하였던 인권침해 관련 사건들에 관하여 일반적으로 무조건적으로 재판없이 사면받는 법(이른바 ‘무조건적 사전사면법 blanket pre-conviction amnesty law’)을 통과시켰다. 그러나, 이와 같은 법률이 정당성의 기초를 결여하고 있으며, 그와 같은 법률에 의해 사면되었다고 하더라도 불처벌(impunity)이 되는 것으로 이루어질 수 없다는 법적인 논의가 그 후 보편화되었다. 이후 민주화가 이루어진 다음 남미 각국은 비록 불충분하지만 그와 같은 법률의 효력을 부인하였고, 진상 조사와 처벌을 결단하여 진행하였다.¹⁷⁵⁾

- ③ 시간적 한계: 한편 대통령이 어떠한 범죄를 예견하여 사전에 이를 사면하는 것도 허용된다고 할 수 있을까? 이에 대해서도 이를 당연히 부정하는 것이 타당하다고 할 것이다. 왜냐하면 그것은 대통령이 헌법에서 주어진 법을 집행하는 권한기관으로서의 범위를 넘는 것이며, 따라서 법치주의 내지는 법의 지배의 원칙에 심각하게 위반되는 일이기 때문이다.¹⁷⁶⁾

in,”The Guardian, 2018.06.04. <https://www.theguardian.com/us-news/2018/jun/04/is-trump-correct-that-he-can-pardon-himself-experts-weigh-in> (last access : 2019.04.15.)

174) Brian Kalt, “Note: Pardon Me?: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons,” 106 Yale L.J. 779, 805-809.

175) 한편, 이와 비교해 남아프리카공화국(남아공)의 사면법은 사전적 포괄적 사면의 방법을 취하지는 않는다. 그 대신에, 사면되려고 하는 행위에 대하여 완전한 증언을 하게 될 경우에, 그러한 개인에 대해서만 사면을 한다고 규정한다. N. Roth-Arriaza, “Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward”, 1996, 92-94 ; 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 143 참조.

176) Laurence H. Tribe, American Constitutional Law (3rd. ed.), Foundation Press, 2000, 720.

요컨대 사면권이 국가원수의 무제한적인 특권이라거나 이러한 데에 헌법국가가 아무런 제약을 두고 있지 않다는 주장은 위와 같은 몇 가지 예만을 통해서도 반증해볼 수 있는 것이다. 위와 같은 극단적 예 중에 하나라도 사면권이 인정되지 않는다는 점을 수긍할 수 있다면, 사면권의 한계가 헌법 명문으로 규정되어 있지 않다는 이유에 근거해 사면은 곧 무한계의 권한이라는 말은 성립하지 않기 때문이다. 이러한 논리적 사고를 따른다면, 설령 그러한 예외적 상황이 매우 드물게 발생한다고는 주장할 수 있더라도, 일단 사면권이 헌법이론적이거나 논리적인 한계에 맞닥뜨리는 상황이 있다는 전제에서 사면권의 한계를 논해볼 수가 있게 된다.

생각건대, 모든 국가기관이 헌법의 구속을 받는 입헌주의국가 즉 이른바 헌법국가에서 대통령이라는 기관도 당연히 모든 권한행사에 있어서 헌법적 구속을 받으며 이러한 헌법적 구속은 위와 같이 법이론적 해석과 추론을 통해 도출할 수가 있다.

2. 사면권의 규범적 한계

전술한 바에 따라 사면의 헌법적 한계가 있다고 인정하면 그것은 다시 논리적 한계(대상, 시간), 목적적 한계, 헌법원칙적 한계(권력분립원칙, 자의금지원칙(평등)), 그 밖의 헌법적 한계로 구분될 수 있다.

가. 논리적 한계¹⁷⁷⁾와 목적적 한계

이는 개념논리적으로 사면에 한계가 설정되거나 불가하게 되는 경우이다. 이에 대해서는 대상에 대한 한계, 시간에 대한 한계 등으로 나누어볼 수 있는데 앞서 본 ①~③의 경우가 그에 속하는 개념논리적 한계의 예라고 볼 수 있다. 그리고 국가의 궁극적인 목적이 공공복리의 실현에 있으며, 이러한 공공복리의 실현은 국가의 정당성과 존립의 근거이자 모든 국가기관의 의무이므로, 사면권자(대통령)는 헌법상 부여받은 모든 권한의 행사에 있어서 당리당략적 목표가 아니라 공공복리의 실현을 그 목적으로 삼아야 한다. 따라서 사면권의 행사에 있어서도 사면권자(대통령)은 목적적 측면에서 공공복리에 부합

177) 이것은 엄밀히 말해 헌법내재적 한계는 아니지만 항상 존재하는 당연한 한계라고 볼 수 있어 이곳의 서두에 소개한다.

하도록 사면권을 행사해야 할 의무에 의하여 제한을 받는다고 하겠다.¹⁷⁸⁾ 특히 특별사면의 경우가 관련되는데 특별사면은 현대에서는 대개 그 목적을 볼 때 공공복리 중 하나로서의 형사정책적 목적에서 발해지고 있으므로, 그 행사는 무엇보다도 이러한 목적에 부합하는 방향으로 되어야 하고, 그리고 보충적인 방법으로서 이루어져야 한다¹⁷⁹⁾는 한계가 있다 하겠다. 다시 말해 애초에 사면이 범인의 개전의 정이 현저하고 이 사람을 별할 필요가 없을 때, 또는 기존의 재판의 결함을 보충하거나, 기존 재판에 오판의 의심이 현저하게 존재하는 경우 등의 형사정책적 목표를 추구한다는 것을 인정한다면 사면의 행사는 이에 부합하는 것이 되어야 한다.

나. 권력분립원칙(견제와 균형)에 의한 한계 여부

사면은 광의에서 볼 때 형벌에 대한 재량권한이며 실질적으로 판결적 기능에 속하므로 사법부에 의해 행해지는 것이 권력분립원칙의 구조에 합치한다.¹⁸⁰⁾ 그런데 보통 헌법이 명문으로 사면권을 대통령에게 부여하고 있기 때문에, 그것은 보통의 권력분립원칙에 대해 인식되는 바와는 다른 방식으로 대통령이라는 기관에 위탁한 것이라 할 수 있다. 바로 이러한 점에서 사면이 헌법상 권력분립원칙의 예외가 아닌가라는 논의가 시작되는 것이다.

사면을 권력분립의 예외로 보든 권력분립의 변형 정도로 보든, 이것은 특수한 비상적인 권한이므로 사법권에 대하여 본질적인 침해를 일으키지 않는 범위내에서 행사되어야 하겠으며, 이러한 면에서 권력분립원칙이라는 것은 사면권의 행사에 한계를 설정한다.¹⁸¹⁾

권력분립원칙에 의해 이와 같이 설정되는 사면권의 내재적인 한계의 의미에 대해서 조금 더 상세히 검토해 보면 다음과 같다.

(1) 사면권이 권력분립원칙에 의하여 내재적으로 제한된다는 것이 뜻하는 것은 그러한 사면권이 포괄적으로 제한되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 사면권은 어떤 비정상적인 권한이 아니라, 이미 정당하게 존재하는 헌법상의 제도이기 때문에 그것이 포괄적으로 제한될 성질은 아니기 때문이다.

178) 한수웅, 위의 책, 1257.

179) 송기춘, 헌법상 사면권의 본질과 한계, 공법연구. 제30집 제5호, 2002, 204.

180) 정현미, 앞의 글, 333 참조.

181) 정현미, 앞의 글, 333.

다만 사면이 갖는 예외적(비상적) 성격상 그 행사가 적정한 것은 어느 범위까지인가를 결정하려면 다시 권력분립원칙에 비추어서 살펴야 한다. 예컨대 극단적 예로서 대통령의 임기내 모든 형사재판결과에 사면을 실시하는 것은 명백하게 사법권의 본질에 대한 중대한 침해가 된다. 그러한 점에서 결국 권력분립원칙에 의해서도 사면권의 외적 한계가 설정된다고 볼 수 있다. 즉 사법권의 본질을 침해하는 한계를 넘는 사면권의 행사는 금지될 수 있다.¹⁸²⁾

(2) 다음으로, 권력분립원칙의 예외(또는 변형)라는 점으로부터 사면권의 보충성을 도출할 수 있다는 견해가 있다.¹⁸³⁾ 그것은 다른 법적 수단이 없을 때에 사면권을 행할 수 있다는 것을 뜻한다. 생각건대, 사면이 권력분립원칙에서 예외가 아니라는 입장에 따르면, 사면은 사법부의 판결의 효력을 변경하는 특수한 권한으로서 권력분립원칙에 부정적인 영향을 줄 수 있으므로 보충성의 요청이 있다는 점은 도출할 수도 있다고 생각한다.

(3) 앞서 ‘반증’의 예로서도 살펴본, 국가 형벌권 행사의 전부나 일부를 포기하는 사면권의 행사는 가능할 것인지 여부와 관련하여 볼 때, 사면 제도의 유래·역사 및 그 형성 과정을 검토해 볼 때 국가 형벌권 행사의 전부나 일부를 파기·포기하는 내용의 사면권의 행사는 인정하는 데에 무리가 있을 것이다. 즉 사면권은 원칙적으로 특정한 형사·사건’에 관련되어야 하지 형사사법권 형해화를 추구해서는 안 된다는 한계를 가져야 할 것으로 생각된다.¹⁸⁴⁾

(4) 권력분립원칙에 의해, 각 권력이 작용하는 ‘대상’이 구분되어지기도 하므로, 이러한 권력분립원칙에 의한 한계는 ‘대상적 한계’의 문제와 교집합을 갖기도 한다. 특히 이렇게 권력분립이라는 측면에서 볼 때에 과연 탄핵된 자 등에 대한 사면은 가능할 것인가라는 논점이 있다. 이에 대해서는 최근에 일각에서 제기되는 논점이기도 하므로 아래에서 좀 더 상세히 살펴보려고 한다.

‘탄핵된 자에 대한 사면’은 가능할 것인가? 예컨대 미국헌법은 명시적으로 탄핵의 경우의(“in cases of impeachment”) 사면을 금지하고 있지만(제2조 제1절 제1항 후문), 그러한 명문의 금지가 없을 때 문제된다. 이 점에는 각각 다른 입론이 가능할 수는 있겠지만, 교과서의 논의에 의할 때, 무엇보다도 헌법이론적인 한계에 비추어 본다면, 미국 연방헌

182) 정현미, 앞의 글, 333.

183) 변종필, 앞의 글, 292. 이금옥, 앞의 글, 439, 정현미, 앞의 글, 333.

184) 同旨 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 101.

법(제2조 제1절 제1항 후문)에서와 같이 명시적 언급이 없더라도 사면의 대상에서 탄핵 사건은 제외되어야 할 것으로 보인다.¹⁸⁵⁾ 그 이유는 탄핵은 예외적이고 중요한 헌법보장 수단이기 때문에 국회와 헌법재판소의 탄핵에 대한 권한을 형해화해서는 아니 되기¹⁸⁶⁾ 때문이다.¹⁸⁷⁾ 현재 국내 주요 교과서 중에서 이 문제를 언급하고 있는 교과서는 모두 사면반대의 입장에 있는 것으로 보인다.¹⁸⁸⁾

좀 더 분설해보면 다음과 같다. 탄핵된 자에 대한 사면이라는 말의 의미는 크게 두 가지로 볼 수 있다. (i) ‘탄핵 그 자체’에 대한 사면, 그리고 (ii) 탄핵에 원인이 된 사실관계와 동일한 사항에 기초한 ‘형사재판’의 결과에 대한 사면이 그것이다.¹⁸⁹⁾

먼저 (i)에 대해서 볼 때 애초에 탄핵심판제도와 공무원 징계절차의 특성을 비교하여 양자가 본질적으로 유사한 제도임을 인식한다면,¹⁹⁰⁾ 즉 탄핵을 징계적 성질로 본다면, 이에 대한 사면은 형(刑) 선고의 효력이나 공소권을 소멸시키는 것(협의의 사면)이 아니기 때문에 그 탄핵대상자의 파면(징계)결정에 대한 광의의 사면, 즉 사면법 제4조에 의거한 ‘징계의 면제’¹⁹¹⁾로만 이해될 수 있는데¹⁹²⁾, 이 경우 국회와 헌법재판소의 협동적 진행으로 나온 결과인 탄핵을 뒤집는 효과를 불러일으키는 것이며 이것은 논리적으로 그리고 헌법이론적으로 납득되기 어려운 결과이며 헌법에서 예정한 권력의 견제와 균형 체계를

185) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 591.

186) 성낙인, 같은 책, 같은 면.

187) 헌법의 해석으로서 볼 때 헌법보호를 위해 이러한 협의의 헌정질서파괴행위, 특히 그것이 국회 뿐만 아니라 사법(헌법재판소)적 판단까지 거친 경우라면 이에 대한 사면은 헌법의 구속이라는 측면에서 볼 때 불가하다고 해야 하고 이러한 헌법이론적인 내재적 한계가 있다고 보아야 논리적이라고 할 것이다.

188) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 591; 정종섭, 헌법소송법, 제8판, 2014, 박영사, 454; 허영, 한국헌법론, 박영사, 1990/2001, 815 (전정11판(2015)은 892); 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1981/2001, 861 (2010판은 920).

189) 다만, 비교법적으로 볼 때 미연방헌법(제1조 제3항)·독일기본법(제61조 제1항, 제98조 제2항)에서는 우리 헌법상의 탄핵제도와 유사하게 단지 파면이나 공직취임을 금지하는 데 그치고 있기는 하지만, 영국과 프랑스제5공화국헌법(제68조 제2항)에서와 같이 탄핵이 이루어지면 파면 이외에 다시 징역·금고 또는 벌금과 같은 형벌까지 선고할 수가 있는 경우도 있다. 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010판, 913 참조.

190) 우리나라의 탄핵제도가 징계절차로서의 성격을 갖는다는 평가로는 예컨대 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010판, 913; 김하영, 박상록, 징계절차로서의 성격에 비추어 본 대통령 탄핵심판결정, 법학평론, 2018, 296-300 등 참조.

191) 사면법 제4조 참조.“…(前略)… 징계법규에 따른 징계 또는 징벌의 면제에 관하여는 이 법의 사면에 관한 규정을 준용한다.”

192) 단, 이러한 징계의 면제로서의 사면의 효과가 직접적인 복직까지 의미하는가에 대해서는 신중히 판단할 필요가 있다. 우리 법원의 판례에서는 ‘일반사면’이 이루어진 경우에는 이 점을 부정한 예가 있다. 대법원 1981.7.14. 선고 80누536 전합 판결 참조.

무력화해 버릴 수 있는 위험성을 가지고 있기 때문이다.¹⁹³⁾ 이와 같이 탄핵결정에 의해서 파면된 자에 대하여 사면을 시행하는 것은 허용되지 아니한다는 것이 각 국가의 헌법상의 명문으로 드러나고 있거나(예컨대 미국헌법) 또는 명문이 없더라도 해석상 도출되는 원칙으로 볼 수 있다는 견해들이 적지 않다. 즉 이 견해들에 따르면 우리의 경우 헌법이 이를 명확히 규정하고 있지는 아니하지만, 탄핵결정의 대상자를 대통령이 사면내릴 수 있게 된다면 이는 행정부 및 대통령을 견제하도록 마련한 국회의 주요한 권한인 탄핵소추권이 사실상 유명무실해지고 마는 결과를 낳을 것이고, 따라서 이와 같은 탄핵결정의 대상자에 대한 사면은 헌법해석상 허용되지 않는 것으로 보아야 한다는 입장이다.¹⁹⁴⁾ 또, 국회법을 보더라도 그 조항은 국회의 소추결의서가 피소추자에게 송달되고 나면, 임명권자는 피소추자의 사직원을 접수할 수도 없고 해임할 수도 없도록 하고 있는데(국회법 제134조 제2항), 이와 같은 규정은 사직원의 접수 또는 해임이라는 수단으로 향후 이루어질 파면이라는 탄핵결정의 법적 효과를 아예 관철시킬 수 없게 하면서 헌법상 탄핵제도를 사실상 무력화하게 하는 것을 예방하기 위함이다. 이러한 점들을 비추어 생각건대, 이와 같이 탄핵결정의 실효성 확보를 위해서 사직원의 접수 또는 해임을 금하고 있는 것에 유추해볼 때 그에 대한 사면도 논리적으로 불가능하다고 보는 것이 타당하다고 여겨지며, 이와 같은 해석이 그 반대입장(사면가능론)보다 헌법해석으로나 논리적으로 정합성이 있다고 하겠다.

다음으로, (ii) 탄핵에 원인이 된 사실관계와 동일한 사항에 기초한 ‘형사재판’의 결과에 대한 사면이 가능한가라는 문제가 있다. 이것은 형사재판이므로 사면법 제3조의 일반사면(제1호), 특별사면 및 감형(제2호), 복권(제3호)의 대상이 되는 것이며, 제4조의 대상은 아니다. 현실적으로 감형이나 복권보다는 ‘특별사면’을 할 수 있는지가 가장 큰 관건이라고 할 수 있다. 탄핵 그 자체와는 분리된 또 하나의 형사재판에 대한 것이라는 의미

193) 제다가 헌법 제65조 제1항에서 정한 탄핵의 대상 즉 “대통령·국무총리·국무위원·행정각부의 장·헌법재판소 재판관·법관·중앙선거관리위원회 위원·감사원장·감사위원 기타 법률이 정한 공무원” 중 특히 대통령 탄핵과 관련해 그 탄핵결정이 이미 내려진 사건에 대한 사면을 단행한다는 것을 상정해 본다면 이것은 형(刑) 선고의 효력이나 공소권을 소멸시키는 것(협의의 사면)이 아니기 때문에 그 대통령의 파면결정에 대한 광의의 사면, 즉 사면법 제4조에 의거한 ‘징계의 면제’로만 이해될 수 있는데 이 경우 징계(즉 파면)의 면제의 효과는 결국 복직이므로 이미 탄핵된 인물의 대통령직이 회복된다는 결론에 이르게 되고, 따라서 하나의 시간대에 대통령이 두 명이 존재할 수도 있는 논리적 무리가 존재하게 된다.

194) 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012 99-100 참조.

에서 이에 대한 대통령의 사면은 어떠한 한계없이 행할 수도 있다는 주장은 그 입론 자체는 가능하다고 본다. 그렇지만, 권력분립원칙을 중추로 하는 현대입헌민주국가에서는 앞서 본 바와 같이 이미 이 형사재판의 대상이 된 것과 동일한 사실관계(same offence)가 이유로 된 탄핵이 이루어졌다면 탄핵제도는 예외적이고 중요한 헌법보장수단이기 때문에 이러한 이들에 대한 사면은 국회와 헌법재판소의 탄핵에 대한 권한을 직간접적으로 형해화할 수 있는 점이 있어 사면이 어렵다고 보아야 할 것이다. 즉 이러한 탄핵의 결과에 이르기까지 작동해 온 국회와 헌법재판소의 탄핵에 대한 권한을 무의미하게 만들 수 있는 위험이 있는 것은 (ii)든 (i)이든 동일하다고 할 것이며, 무엇보다도 동일한 사실관계라는 점에서 헌법적 중요성이나 가벌의 필요성이 적지 않은 것도 이유라고 하겠다. 혹 사법부(헌법재판소를 포함)의 의견을 필요적으로 청취하는 절차가 우리의 사면제도에 포함되어 있다면 또 모르겠으나, 사법부도, 국회도 이러한 사면에 대해 의견을 제출하거나 특별히 즉각 견제할 수 있는 장치가 없는 우리의 제도에 비추어 볼 때는, 대통령의 일방적 결정으로 인한 이러한 사면은, 현대입헌민주국가의 권력분립원칙의 취지를 고려해야 하는 현대적 의미의 사면의 본질에 비추어 볼 때 전혀 바람직하지 않다고 할 것이며, 비록 그것이 ‘탄핵 자체’는 아닌 ‘형사재판’의 결과에 대한 사면이라 할지라도 권력분립적 평형에 큰 위태로움을 가져올 수 있다는 점을 인식하여야 할 것이다. 이러한 사안은 단순히 ‘형사재판’만을 거친 일반인에 대해 사면할지 않을지 여부를 결정하는 것과는 질적으로 다른 사안인 것이다.

다만, 현 사면법에는 명시되어 있지 않더라도, 사법부나 국회의 의견을 대통령이 청취하는 절차를 거치고 그 사면에 관하여 그 둘 모두 또는 그 중 하나의 긍정적 의견이 획득됨을 전제로 한다면 (특별사면이 아닌) ‘감형’ 등 낮은 단계의 권한 행사를 하는 것은 권력분립적 평형에 상대적으로 무리가 적을 수 있어서, 규범적으로나 실제적으로도 더 실행가능성이나 적합성이 높은 방법으로 생각된다.

한편 고위공직자의 직권남용, 권력형 비리 등의 범죄행위는 어떻게 볼 것인가도 문제된다. 이에 대해서도 이것은 탄핵 결정의 대상에 준하는 것으로도 볼 수 있다는 이유에 근거해, 대통령의 사면권의 행사는 제한되어야 한다는 입장이 있다.¹⁹⁵⁾

195) 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 100 참조.

다. 자의금지원칙(평등)에 의한 한계

자의금지원칙에 의한 한계의 문제는 평등원칙에 의한 한계의 문제라고도 할 수 있다. 모든 국민은 법 앞에서 평등하다는 평등조항(대한민국 헌법 제11조)은 어떠한 부당한 차별도 금지하며 헌법의 기본권체계의 골자를 형성한다. 이것은 사면과 관련해서는 사면권의 자의적인 행사에 의해서 차별이 발생할 수 있기 때문에 평등원칙에 어긋하지 않도록 사면이 행해져야 한다는 의미가 된다. 그런 점에서 평등원칙은 사면권자의 넓은 재량을 어느 정도 제한하는 기준으로 존재하게 된다.

사면과 관련하여 평등원칙을 언급한 외국의 판례로서, 예컨대 앞서 본 독일 바이에른주(州)의 헌법재판소의 결정이 있다. 이 주헌법재판소는 해당 사건에서 문제된 사면거부(Ablehnung eines Gnadenbeweises)가 주헌법에 위반되는지 여부가 쟁점이 되었던 사안에 관해 1965년 12월 6일에 내린 결정에서 사면기관이나 사면권자의 재량(Ermessensspielraum der Gnadenbehörde)의 성격에 대해 판단하면서, 사면기관이나 사면권자는 헌법상 평등원칙에 구속이 되며, 사면을 시행함에 있어서는 자의금지의 일반원칙이 적용된다고 실시한 바가 있다.¹⁹⁶⁾

또한 이탈리아 헌법재판소는 1963년의 결정(결정번호 179/1963)에서 “사면은 절대적 예외상황에서 엄격한 한계 내에서 행해질 때에만 법 앞의 평등원칙에 일치된다”¹⁹⁷⁾라고 한 바 있으며 또한 1971년의 결정(결정번호 175/1971)에서는 “법 앞의 평등원칙은 일반 사면에 대한 헌법규범보다도 우선한다”¹⁹⁸⁾고 실시한 바가 있다.¹⁹⁹⁾ 또한 이렇듯 평등원칙은 사면권의 행사의 일반적 한계가 될 수 있다.

그러나 이와 같이 평등원칙이 사면권의 행사에 있어 일반적 한계가 될 가능성이 분명 있음에도 불구하고, 실무적으로는 그것을 밝히는데 문제가 있을 수 있다는 지적도 있다. 왜냐하면 평등조항은 그 자체가 다의적이라고 할 수 있고, 특정되고 효과적인 제한기준

196) BayVerfGH, Entscheidung vom 6.12.1965; NJW 1966, 443ff. (Heft 10).

197) Nr. 179/1963. 이탈리아 헌법재판소 홈페이지 <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (최종접속: 2019. 6. 20.) 참조.

198) Nr. 175/1971. 이탈리아 헌법재판소 홈페이지 <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (최종접속: 2019. 6. 20.) 참조.

199) Dimitri Dimoulis. Die Begnadigung in vergleichender Perspektive, Duncker & Humblot Verlag, 1996, 264 참조: 프랑스 헌법재판소(88244 vom 20.7.1988)에서도 그와 비슷하게 일반 사면의 적용범위와 법 효과를 평등원칙과 관련하여 확인하고 있다고 한다. 정현미 332의 각주 19) 참조.

을 명시적으로 언급하는 것은 아니므로, 구체적인 한계기능을 다하기 어려울 수도 있기 때문이라고 한다.²⁰⁰⁾

라. 그 밖의 헌법적 한계

헌법 제79조는 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다”(강조는 연구자)라고 하고 있다. 따라서 이 문구의 해석을 어떻게 할 것인가에 따라 헌법적 한계는 더욱 뚜렷해질 수 있다.

앞서 본 팔라우의 판례에서 대법원장 Arthur Ngiraklsong은, 팔라우 헌법의 사면 조항과 미국의 헌법과는 중요한 차이가 있음을 강조하였는데, 즉 팔라우 헌법은 대통령이 “대상에게 법률로 규정된 바에 따라(subject to procedures prescribed by law) 사면, 감형, 그리고 집행 유예를 내릴 수 있다.”라고 규정하고 있음을 강조하였고, 대통령이 정당한 법률과 헌법이 필요로 하는 과정들을 따르지 못했다면 그 사면행위는 무효화될 수 있음을 밝혔고, 당시 판례의 법정의견 또한 사면행위를 무효화시켰는데, 이 판례의 법리를 우리 헌법의 명문 규정과 연계하여 사면권의 헌법적 한계에 관한 또 하나의 시사점을 얻을 수 있다고 사료된다.

마. 소결

사면권행사에 관한 헌법적 한계는 앞에서 살펴본 네 가지, 즉 논리적 한계, 목적적 한계, 헌법원칙적 한계, 그 밖의 헌법적 한계 측면에서 제시된다.

그리고 그것은 다음과 같이 요약해볼 수 있다. 먼저, 논리적 한계(대상, 시간 등)가 준수되어야 한다. 다음으로, 목적적 한계가 준수되어야 하는데, 국가의 궁극적인 목적이 공공복리의 실현에 있으며 공공복리의 실현은 국가의 정당성과 존립의 근거이자 모든 국가기관의 의무이므로, 대통령은 헌법상 부여받은 모든 권한의 행사에 있어서 당리당락적 목표가 아니라 공공복리의 실현을 그 목적으로 삼아야 한다. 따라서 사면권의 행사에 있

200) 변종필, 사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계, 형사법연구, 제12호(1999), 298; 정현미, 앞의 글, 332 참조. 그밖에 특별사면의 경우에도 그 헌법상 평등의 원칙의 통제규범으로서의 적용 방법은 이론적으로도 쉽게 체계적으로 마련하기가 쉽지 않은 속성이 존재한다.

어서도 대통령은 목적적 측면에서 공공복리에 부합하도록 사면권을 행사해야 할 의무에 의하여 제한을 받는다. 대통령의 사면권을 국민적 화합이나 형사사법제도의 경직성을 완화할 목적 등을 위하여 행사되어야 한다.²⁰¹⁾

다음으로, 헌법원칙적 한계가 준수되어야 한다. 사면이 그 본질에 있어서 권력분립원칙의 예외에 속하는 것이 아니라는 입장에 서면, 우리 헌법상 대통령은 그의 재량에 따라 사면에 관하여 결정할 수 있다 하더라도, 재량의 한계로서 그것이 권력분립원칙의 근간을 훼손해서는 안 되며 평등원칙도 준수해야 하는 헌법적 구속을 받는다. 특히 일반사면의 경우, 사면권은 평등원칙을 준수해야 한다. 따라서 대통령의 사면권은 자의금지원칙의 관점에서 제한을 받는다.²⁰²⁾ 그리고 헌법 조항에서 사면에 대해 법률유보를 정하고 있는 경우 등은 그러한 헌법적 한계도 따라야 할 것이며, 우리 헌법 제75조가 “법률이 정하는 바에 의하여”라고 규정하고 있음은 이에 해당한다고 할 수 있다.

201) 한수웅, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1257.

202) 물론, 대통령의 사면권행사가 사법적으로 심사될 수 있다 하더라도, 그 심사의 밀도는 매우 낮다고 할 것이다. 다시 말해서, 사면권행사는 사법적 심사의 예외가 아니라 심사밀도가 현저하게 축소된 경우에 해당한다. 이에 관해서는 한수웅, 위의 책, 1257 참조.

한편, 사면결정의 이유가 제시되는 경우에 비로소 제한적이거나 사법적 통제가 가능하기 때문에, 대통령의 사면권행사에 대하여 이유제시의무를 부과하는 것이 법치국가적으로 요청된다고 할 것이다. 한수웅, 같은 책, 같은 면.

V. 사면권의 통제 가능성

1. 서설

이상에서 살펴본 것과 같이 헌법상 한계를 넘은 사면권이 행사된 경우 이론적 설명으로는 이것이 한계가 있고 어떠한 통제의 대상이 된다고 인정하더라도 과연 실지로 그와 같은 사면권의 행사를 통제하거나 다룰 수 있는 지, 그 방법은 무엇인지는 다시 고려해 보아야 한다.

특히 사면권행사를 사법심사의 대상으로 볼 수 있느냐 하는 문제는 통치권자의 사면권 실행에 대한 사후적 통제의 가능성을 가늠해 보는 작업이라 할 수 있다. 사면권을 통치행위의 한 유형으로 보거나 통치권자가 가지는 무한의 재량으로 본다면 이러한 논의는 필요하지 않을 것이다. 그러나, 사면권에 헌법내재적인 한계나 목적상의 한계가 존재한다고 인정하게 된다면 위에 대한 논의는 확실히 필요한 것이 된다.

2. 사법적 통제 가능성

대통령의 사면권 역시 앞서 본 바와 같이 그 절차적 측면만이 아니라 실체적 측면 등에서도 일정한 한계를 갖는 권한이라고 할 것이다. 그러나 비록 대통령의 사면권이 한계를 갖는다고 해도, 그러한 한계를 넘는 사면권의 행사가 실제 발생할 경우 이것을 적절히 견제하거나 통제할 방법이 없다면 결국에는 한계가 존재하지 않는 것과 실제에서는 아무런 차이가 없는 것이 된다.

우리의 현행 헌법과 사면법을 볼 때 사면권 행사를 사전적으로 통제할 방법이나 수단(헌법이나 법률의 개정이 있지 않는 한) 현재로서는 마땅치 않다는 점은 앞서 사면법의 분석 부분에서 살펴보았다. 이를 고려하면, 결국 사면권자의 사면권의 행사를 사후적인 방법인 사법적 심사를 통하여 통제·견제할 수 있을 것인지가 현행의 제도를 견제할 때 중요한 문제가 아닐 수 없다.²⁰³⁾ 먼저 사법심사가능성이 애초에 긍정될 수 있느냐 부

203) 물론 사후적인 통제방법으로서 이와 같은 사법심사 이외에도 대통령, 법무부장관 및 국무위원 등에 대

정되어야 하느냐에 대한 이론적 논의를 살펴본 후, 다음으로 현행 제도에서 가능한 사법적 통제방법에 대해 알아보도록 한다.

가. 이론과 판례의 태도

(1) 사법심사 부정설

(가) 권력분립 예외론

이 견해에 따르면 역사적으로 사면은 군주 시대의 군주의 특권(大權)의 행사에 순수히 그 연원을 두고 있다는 점에서, 사면권은 권력분립과는 아예 무관한 것이며 근대의 권력분립제도에 의하여 구성된 제약이나 한계는 전혀 받지 않는 것이라고 한다. 즉 헌법 제정자가 사법부의 판결을 사실상 변경하는 결과를 초래하도록 하는 사면권을 명문으로 정한 것은 이러한 역사적 산물을 남겨둔 것이며 이를 근대적 의미의 권력분립의 예외로서 아예 인정하고 있는 것이므로, 이러한 사면권에 대한 사법부의 재개입을 허하는 사법심사는 가능하지 않고 인정될 수 없다고 한다. 이러한 권력분립 예외론은, 예컨대 앞서 본 독일연방헌법재판소의 가부동수결정 중 각하의견에서도 인용된 바와 같이²⁰⁴⁾, 사법심사 부정설을 택하는 입장에서는 현대에도 가장 자주 인용되는 입장으로 보인다.

(나) 그 밖의 논의

법으로부터의 자유로운 행위이기 때문에 사법심사가 불가하다는 견해(법으로부터 자유로운 행위론), 이것은 통치행위이고 통치행위는 사법심사의 대상이 아니라는 입장에서 사면에 대한 사법심사가 불가하다는 견해(통치행위론), 넓은 자유재량을 가졌기 때문에 이에 대한 심사는 불가하다는 견해(자유재량행위론) 등이 또한 이러한 부정설에 속하는 입장이라고 할 수 있다.

한 탄핵소추를 생각할 수 있다. 하지만 그것은 실효성이 없는 방법이라고 할 것이다(이국운, “한국사회의 사면현상에 대한 헌법적 성찰”, 민주사회를 위한 변론, 1999. 12. 제33호, 28).
204) 앞서 본 BVerfGE 25, 352 참조.

(2) 사법심사 긍정론

대통령의 사면권 행사에 대하여도 현재는 사법심사가 가능하다고 하는 논지는 여러 가지 입장에서 주장되고 있다.

(가) 권력분립 무관론(헌법국가적 구속론)

한수웅의 견해에 따르면, 사면에 대한 사법심사가 긍정되기는 하지만, 이론적으로 사면은 권력 상호간의 견제와 균형의 원리인 권력분립원칙과는 아무런 직접적인 관련성이 없다고 한다. 다시 말해, 대통령의 사면권은 사법기능에 대해 간섭하거나 영향력을 행사하는 것이 아니라 단지 사법기관은 이미 판결을 결과로 내렸고 그것을 사후적으로 교정하는 것이기 때문에, 대통령이 사법기능을 직접 행사하는 것도 아니고 이에 영향력을 끼치는 것도 아니며, 따라서 이러한 의미에서 사면은 권력 상호간의 견제와 균형의 원리인 권력분립원칙과는 직접적인 관련성이 존재하지 않는다는 것이다.²⁰⁵⁾ 이러한 견해는, 학계의 일각에서 주장되는 다른 견해, 즉 “헌법상 권력분립원칙에 비추어 사면권이 사법권의 본질적 내용을 침해해서는 안된다.”는 주장에 기반하여 헌법상 권력분립원칙을 사면권의 한계로 제시하고 있는 견해에는²⁰⁶⁾ 동의하지 않는 것이다.

이러한 권력분립 무관론에서는 모든 국가기관이 헌법의 구속을 받는 입헌주의국가 즉 이른바 헌법국가에서 대통령이라는 기관도 당연히 모든 권한행사에 있어서 헌법적 구속을 받는다는 점에서 사법심사 가능의 이유를 찾는다.²⁰⁷⁾

205) 한수웅, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1257. 이 주장에 의하면, 물론 사면권의 행사로 인하여 법원의 사법적 판단을 제한된 범위에서나마 결과적으로 무력화시키는 사실상의 효과가 발생하지만, 이러한 효과는 헌법이 대통령에게 사면권을 부여함으로써 이미 예정하고 있고 의도하고 있는 것이다. 다만, 이 주장에서도 대통령의 광범위한 일반사면으로 인하여 사법부의 재판기능이 사실상 무의미하게 되는 경우에 한하여, 사면권행사로 인한 사법기능의 침해가 논의될 수 있을 것임은 인정한다.

206) 예를 들어, 권영성, 헌법학원론, 2010, 1020; 성낙인, 헌법학, 2010, 1044.

207) 그는 대통령의 사면권행사에 관한 헌법적 한계(구속)는 다음과 같은 이중적 측면에서 제시된다고 본다. 첫째, 목적적 측면에서 사면권의 행사에 있어서도 대통령은 공공복리에 부합하도록 사면권을 행사해야 할 의무에 의하여 제한을 받는다. 즉 대통령의 사면권을 국민적 화합이나 형사사법제도의 경직성을 완화할 목적 등을 위하여 행사되어야 한다. 둘째, 대통령은 그의 재량에 따라 사면에 관하여 결정할 수 있으나, 재량의 한계로서 평등원칙을 준수해야 하는 헌법적 구속을 받는다. 특히 일반사면의 경우, 사면권은 평등원칙을 준수해야 한다. 따라서 대통령의 사면권은 자의금지원칙의 관점에서 제한을 받는다.

그리고 그는 대통령의 사면권행사가 사법적으로 심사될 수 있다 하더라도, 심사의 밀도는 매우 낮을 것이며, 사면결정의 이유가 제시되는 경우에 비로소 제한적이나마 사법적 통제가 가능하기 때문에, 대통령의 사면권행사에 대하여 이유제시의무를 부과하는 것이 법치국가적으로 요청된다고 하고 있다.

(나) 법치주의 중시론

법치주의는 국민만이 아니라, 국가 권력의 행사자도 준수하여야 할 원리이다. 그러나 원칙 없는 사면의 남용은 법치국가적 절차에 의하여 내려진 여러 형벌과 제재를 무력화 하게 되며 나아가 그 절차자체의 의미를 훼손시킬 수 있고, 사법권의 독립을 침해할 여지가 크고, 권력분립 원칙에 위배될 수 있다. 그러므로 이와 같은 문제를 최소화시키기 위해서 사면권 행사에 관한 사법심사가 현실적으로 필요하고 또 요청된다고 한다.²⁰⁸⁾ 즉, 이 견해와 위의 권력분립 무관론 사이에는 권력분립의 원칙을 어떻게 볼 것인가에 따른 입장차이가 존재한다.

(다) 기본권보장 중시론

이 입장에서는 사면은 불완전한 법제도에 의해 내려질 수 있는 오류나 잘못된 판단을 시정·보완하고, 과하게 가혹한 형벌을 받은 이나 더 이상의 자유형을 가할 필요성이 없을 정도로 개선된 수형자의 경우 그의 신체의 자유를 필요한 이상으로 제한하는 점을 막아서 결국 국민의 기본권을 효과적으로 보장하기 위한 제도로 인식한다. 또한 이러한 국민의 기본권의 실효적 보장을 위해서 그 보장의 최후의 보루인 사법부에 의한 사법심사가 요청됨을 강조한다.²⁰⁹⁾

(라) 통치행위론 (그 개념을 인정하면서도 사법심사가가능성이 있다는 견해)

한편, 통치행위론에 기반하면서도 사면에 대한 사법심사를 긍정하는 견해가 있다. 대통령령의 사면 시행에 일종의 통치행위적 성격이 있다고 여긴다고 하더라도 그러한 통치행위를 어떻게 이해하는지 그리고 이와 같은 고도의 정치성을 띠는 결정이 과연 어떤 것이고 어떻게 그러한 결정에 이르러야 하는지 등 사항에 관한 인식이나 이해에서 차이는 발생할 수 있다. 그렇다면 결국 이러한 사면 제도가 비록 통치행위라고 치더라도 그러한 유형에 대한 (전부 또는 일부의) 사법심사는 가능하다는 견해가 성립할 수 있게 된다. 즉 사면제도현실에서 정치적 결단이 오로지 자의적 판단과 항상 일치되는 동의어가 아니라고 한다면, 한 편으로는 이러한 사면제도에 통치행위적 측면이 있을 수 있음을 굳이 부인할 필요도 없을 것이고, 다른 한 편으로는 그래서 사면제도에 통치행위성이 있다고 해

한수웅, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1257.

208) 이금옥, 대통령령의 사면권행사의 법적 문제와 통제, 앞의 글, 442.

209) 강민국, 앞의 글, 108 참조.

서 그것을 이유로 바로 사법심사대상으로부터 모두 다 제외시켜버리는 논거로는 활용될 수는 없다는 주장도 가능한 것이다.²¹⁰⁾ 헌법재판소도 금융실명제실시를 위한 긴급재정경제명령 등 위헌확인 사건에서 통치행위라는 용어를 명시적으로 사용하고는 있지만, 그러면서도 통치행위를 포함한 모든 국가작용은 국민의 기본권적 가치를 실현하기 위한 수단에 불과하기 때문에, 고도의 정치적 결단에 의해서 행해지는 국가작용이라 하더라도 그것이 국민의 기본권 침해와 직접적으로 관련되는 경우에 있어서는 당연히 헌법재판소의 심판대상이 될 수 있다고 판시하고 있다.²¹¹⁾

(3) 헌법재판소의 태도

(가) 본안판단을 한 예

본안판단을 한 한 건의 결정례는 사면법 제5조 제1항 제2호 위헌소원(헌재 2000. 6. 1. 97헌바74)이다.²¹²⁾

이 사건의 쟁점은²¹³⁾ ① 사면에 관한 사항을 법률에 위임하고 있는 헌법 제79조 제3항의 의미, 그리고 ② 징역형의 집행유예에 대한 사면이 병과된 벌금형에도 미치는지 여부가 사면내용에 대한 해석문제인지 여부였다. 특히 후자의 쟁점에 대해 헌법재판소는 그렇다는 판단을 내렸다. 결론적으로 사면법 제5조 제1항 제2호는 헌법에 위반되지 아니

210) 박진애, “헌법에 합치하는 사면제도의 모색 -독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로-”, 헌법학연구, 제15권 제3호, 2009, 343 이하 참조.

211) 헌재 1996. 2. 29. 93헌마186.

212) 이 사건의 심판대상은 사면법(1948. 8. 30. 법률 제2호로 제정된 것) 제5조 제1항 제2호(이하 “이 사건 법률조항”)의 위헌 여부이며, 그 내용과 관련조문은 다음과 같다.

“사면법 제5조(사면, 감형, 복권의 효과)

① 사면, 감형과 복권의 효과는 좌와 같다. (中略)

2. 특별사면은 형의 집행을 면제된다. 단, 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형의 언도의 효력을 상실케 할 수 있다.”

또한 관련조문으로서 동법 제7조가 언급되었다. “제7조(형집행유예의 언도를 받은 자에 대한 특사) 형의 집행유예의 언도를 받은 자에 대하여는 형의 언도의 효력을 상실케 하는 특별사면, 형을 변경하는 감형 또는 그 유예기간을 단축할 수 있다.”(한편, 이 법에서 ‘언도’라는 표현은 동법의 2012년 일부개정시(법률 제11301호, 2012. 2. 10) ‘선고’로 순화되었다.)

213) 이 사건에서 청구인의 주된 주장은, 징역형의 집행유예와 벌금형이 병과된 청구인에 대하여 징역형의 선고의 효력을 상실시키는 특별사면이 있는 경우에는 병과된 벌금형에 대하여도 사면의 효력이 미치는 것으로 이 사건 법률조항을 해석하여야 한다는 것이었다. 그렇게 해석하지 않으면 ‘헌법 제79조의 사면조항’ 및 ‘헌법 제23조의 재산권보호조항’에 위반된다는 취지에서이다. 나아가 “특별사면을 시행하면서 징역형에 대해서는 형의 선고의 효력을 상실케 하면서 그보다 가벼운 형인 벌금형을 제외하는 것은 법률의 본질인 형평의 원칙에 반한다.”라고도 주장하였다.

한다고 판단하였다.²¹⁴⁾ 이 사건은 비록 본안판단이 내려진 사안이기는 하지만, 본격적으로 사면의 사법심사 가능성에 대해 논한 결정례로 볼 수 있을 지에 대해서는 의문이 남는다. 이 사건에서 사면의 사법심사 가능성이 주된 쟁점이 아니었기 때문이다.

(나) 적법요건으로 인해 각하된 헌법소원들

‘사면’에 관련된 헌법재판소의 현재까지의 결정례 중에서²¹⁵⁾, 위의 (가)의 한 예를 제외하고는 모두 헌법소원 적법요건이 문제되어 각하된 것으로 보이는데, 아래는 그러한 결정례들 중 예시이다. 대통령의 사면행위를 허용하는 법률조항 자체나 또는 그 사면행위에 대한 헌법소원이 가능한가가 쟁점이 된 헌법재판소의 결정은 다음과 같다.

먼저 법률조항 자체의 위헌확인을 구한 것으로는, “사면법 제9조 위헌확인 사건(헌재 2011. 11. 29. 2011헌마677)”이 있다. 이 사건에서 청구인은 대통령의 특별사면권을 규정한 사면법 제9조(이하 ‘이 사건 법률조항’이라 한다.)가 대통령에게 국회의 동의도 없이 임의로 죄인을 사면할 수 있는 권한을 부여함으로써, 결과적으로 일부 특권층만이 사면대상이 되고, 똑같이 범죄를 범하고도 사면을 받지 못한 청구인의 평등권을 침해한 것으로서 위헌임을 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구하였으나, 청구인의 헌법상 기본권이 침해될 가능성이 없는 공권력행사라는 이유로 헌법재판소는 이 사건 심판청구에 대해 각하 판단을 했다.

또 다른 예로 대통령이 2015. 8. 13. SK그룹의 실권자인 최태원에 대하여 특별사면 및 특별복권을 실시하자, 청구인들은 이 특별사면이 대한민국 국민인 자신들의 행복추구권,

214) 이 97헌바74 결정의 결정요지는 다음과 같다. “가.우리 헌법 제79조 제1항은 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다”고 대통령의 사면권을 규정하고 있고, 제3항은 “사면·감형 또는 복권에 관한 사항은 법률로 정한다”고 규정하여 사면의 구체적 내용과 방법 등을 법률에 위임하고 있다. 그러므로 사면의 종류, 대상, 범위, 절차, 효과 등은 범죄의 죄질과 보호법익, 일반국민의 가치관 내지 법감정, 국가이익과 국민화합의 필요성, 권력분립의 원칙과의 관계 등 제반사항을 종합하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 부여되어 있다.

나.선고된 형의 전부를 사면할 것인지 또는 일부만을 사면할 것인지를 결정하는 것은 사면권자의 전권사항에 속하는 것이고, 징역형의 집행유예에 대한 사면이 병과된 벌금형에도 미치는 것으로 볼 것인지 여부는 사면의 내용에 대한 해석문제에 불과하다 할 것이다.” 헌재 2000. 6. 1. 97헌바74 참조.

215) 데이터베이스를 사용해 ‘사면’을 키워드로 헌법재판소 결정례를 검색해보면, 크게 네 유형으로 분류가 되었는데 ①법률이 문제된 경우, 즉 사면법 자체에 대한 위헌소원이거나 사면행위에 관한 헌법소원이면서 법률조항 자체가 주로 문제된 경우 ②사면행위가 문제된 경우 즉, 사면행위에 관한 헌법소원의 경우(즉 행위가 주로 문제된 경우) (①과 ②를 합쳐서 13건), ③사면이라는 단어가 사실관계에 등장하는 경우 (29건), ④기타의 경우 (그 외)으로 파악되었다. (2019.2.15. 검색 결과) 이 결정례들을 검토해보면, ①, ② 중에서 본안판단을 한 경우는 한 건으로 보이고(①유형에 해당하는 사례) 나머지는 헌법소원 적법요건과 관련되어 각하 판단을 내린 것으로 관찰되었고, ③, ④의 부분은 우연히 단어가 등장할 뿐 사실상 사면제도와는 거의 관련이 없는 결정례들로 파악되었다.

평등권, 양심의 자유를 침해할 뿐 아니라, 권력분립의 원칙 및 법치주의 원리에도 위배되어 위헌이라 주장하며, 2015년 11월 11일에 그 위헌확인을 구하는 취지의 헌법소원심판을 청구한 사례가 있다. 헌법재판소는 청구인들이 자신의 법적이익 또는 권리를 직접적으로 침해당한 피해자라고는 볼 수 없다고 밝혔다. 따라서 이 사건 심판청구는 자기관련성 그리고 직접성이 결여되어 부적법하다는 결정을 내렸다(헌재 2015. 11. 24. 2015헌마1061). 또한 헌법재판소는 내란죄를 범한 “전두환, 노태우에 대한 특별사면 위헌확인”에서도 같은 이유로 각하 결정을 했다(헌재 1998. 9. 30. 97헌마404).²¹⁶⁾

이와 같은 유형들에서 헌법재판소는 소송법상 당사자 적격이 인정되지 않았다는 이유로 각하 결정을 하였으므로, 사면 행위 자체에 대한 실질적인 판단을 하지는 않았다.

(4) 법원의 태도

우리 대법원은 사면권은 국가수반으로서 대통령의 ‘고유권한’이며, 그 행사에 관해서는 고도의 정치적 결단에 맡겨져 있는 소위 ‘통치행위’로서 그 통치행위의 본질상 원칙적으로 법적 제한이나 사법심사의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다.²¹⁷⁾

(5) 해외 판례들의 시사점 및 소결

앞서 사법심사 부정론의 근거로 주장된 어떠한 논거도 앞서 살펴보았듯이 현대 입헌주의의 틀 내에서는 그 타당성을 전혀 인정할 수 없거나 인정하기에는 큰 무리가 따르는 것이라 할 수 있다.

헌법상 권력분립원칙에 따를 때 국가권력 상호간의 통제와 억제가 필요하며, 사면권은 헌법에 의하여 비로소 규정된 대통령의 권한이기 때문에 헌법적 또는 법률적 한계 범위 내에서만 그러한 권한의 행사가 정당화된다고 할 것이다.²¹⁸⁾ 또한 자의적 사면권의 남용

216) “대통령의 특별사면에 관하여 일반국민의 지위에서 사실상의 또는 간접적인 이해관계를 가진다고 할 수는 있으나 대통령의 청구외인들에 대한 특별사면으로 인하여 청구인들 자신의 법적이익 또는 권리를 직접적으로 침해당한 피해자라고 볼 수 없어 자기관련성, 직접성이 결여되어 부적법하다.” 헌재 1998. 9. 30. 97헌마404, 판례집 10-2, 563, 565.

217) 대법원 1979.12.7, 79초70; 1981.9.22., 81도1833 참조.

218) 단, 사면권한에 구속이 있는 점은 인정하지만, 이론적으로 볼 때에는 이러한 구속은 권력분립원칙과는 무관하며 단지 헌법국가적 구속이라거나 헌법적 구속이라고 부르는 견해에 대해서는 한수용, 앞의 글, 1256 이하 참조.

을 방지하여 법치주의를 수호하며 수형자 및 일반 국민의 기본권을 보장(특히 평등권 등)한다는 측면에서의 사면권 행사에 대한 사법심사는 가능하다고 보는 것이 이론적으로나 해석적으로 타당하다.

또한 통치행위론(그 개념을 인정하면서도 사법심사가능성이 있다는 견해)에 대해 특히 평가를 하자면, 사면에 대통령의 통치행위적 성격이 있다는 점을 인정하든 않든 간에 이것은 사법심사를 막는 논거가 되지 않는다. 즉 통치행위라는 용어를 사용하더라도 사법심사를 긍정하는 논변을 펼치는 데는 지장이 없다. 단지 심사밀도를 현격히 낮추는 데에는 영향을 줄 수는 있을 것이다. 법치주의에 큰 충격을 주거나 그를 무력화하는 사면의 남용은 법치국가적 절차와 통제에 따라 방지되어야 할 것이고, 이와 관련된 판단기준으로는 인간의 존엄성, 법치국가원리의 파생원칙인 자의금지 원칙 등이 될 수 있을 것이며, 구체적인 사안별 검토에 따라 사법심사가 가능한 경우는 존재할 수 있어야 할 것이다²¹⁹⁾.

그런데, 우리의 사법판단은 현재까지는 이러한 결론과 궤를 같이 하지 않는다. 앞서 본 바와 같이 우리 대법원은 사면은 ‘통치행위’로서 그 본질상 원칙적으로 법적인 제한이나 사법심사의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다. 헌법재판소는 그 결정례 중에서는 사면과 관련해 여러 번 사건이 접수된 바 있으나 본격적으로 사면의 사법심사 가능성에 대해 심도있게 논한 결정례는 없는 것으로 파악된다.

그러나, 외국에서는 적어도 이론적으로는 이러한 사법심사의 가능성을 긍정해나가는 추세에 있으며(앞서 본 바이에른 주헌법재판소의 법정 의견, 독일연방헌법재판소의 가부동수결정의 인용 의견 등),²²⁰⁾ 앞서 피지, 팔라우, 가이아나의 판례에서 보았듯이 심지어 사면에 대하여 사법 심사를 하였고 나아가 무효화한 예도 볼 수 있다.²²¹⁾

특히 우리 헌법 제79조 제1항은 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다”고 하고 있다. 우리 헌법 명문 규정은 법률유보의 측면에서는 미국헌법보다 팔라우헌법에 더 가깝다고 볼 수 있으며, 헌법 체계상 팔라우 대법원의 해석

219) 또한 국회의 동의를 거치지 않은 일반사면, 확정판결 이전의 특별사면 등 헌법위반사항에 대해서 전자라면 국가가 권한쟁의심판을 통해서, 후자라면 법원이 권한쟁의심판을 통해서 헌법재판소에서 그 헌법합치 여부를 심사할 수 있을 것이다. 또한 그러한 형식적 하자가 없는 경우에도 중대한 권한남용을 막기 위해서는 사법심사의 가능성을 열어둘 필요가 있다. 同旨 박진애, 앞의 글, 344.

220) 또한 보통법(common law) 국가들에서 나타나는 이런 경향에 대해서는 Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015, 170 이하, 181 이하 참조.

221) Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015, 187-188 참조.

과 같이 헌법을 해석하는 것도 가능하다. 그렇다면, 사면권의 행사가 헌법의 위임으로 제정된 법률이 정한 절차에 위배될 경우 사법적 통제는 당연히 할 수 있다는 결론을 팔라우 판결로부터 도출할 수 있게 된다.²²²⁾

한편, 앞서 본 바와 같이 아직도 적지 않은 서구의 선진입헌민주국가들이 사면의 사법심사와 관련해 실제 심사하여 무효화한 사례는 갖고 있지 않은 이유 중 하나는 그러한 선진입헌민주국가들의 경우 우리와 같이 대단위의 사면이 자주 행하여지지는 않았다는 사실이라고 볼 수 있다. 즉 이는 사면권의 남용으로 인한 피해가 경험적으로 볼 때 심각하였던 우리의 사정과는 다르다는 것을 보여준다고 하겠다. 예를 들어, 우리의 경우 대통령이 대개 취임할 때마다 이 취임을 기념하는 특별사면 등이 대단위로 이루어졌지만, 유럽의 경험을 보면 예컨대 독일은 여전히 왕정체제였던 1906년에 당시 프로이센 왕의 왕손의 탄생을 기념하는 사면을 끝으로 이제 현대에서는 더 이상의 기념사면은 이루어지지 않고 있다.²²³⁾ 따라서 이러한 사면을 사법심사의 대상으로 할 필요성이 그만큼 적기 때문이고, 따라서 위와 같이 적어도 사법심사가능성에 대한 태도와 그에 바탕이 된 정치현실 및 사면제도운용현실에 관해서는, 서구(특히 유럽)의 사례들은 우리와 같은 평면상에서 놓고 일대일로 비교해보는 방법보다는, 유럽의 경향을 한 축에 놓고 다른 한 축에는 앞서 본 독단적 대통령 사면에 사법심사를 긍정해야 할 필요성이 있었던 피지나 팔라우의 경향을 놓은 뒤 우리의 사례는 그 사이 중 어디에 위치하는 지를 잘 판단해보는 방법이 더 유효할 것으로 보인다.

위와 같은 점들을 고려하여, 결국 이론적으로나 해석적으로 사면권행사에 대한 사법적 통제가 가능하다고 보면 다음과 같은 방법을 고려할 수 있다.

대통령이 국회의 동의를 받지 않고 일반사면을 행한 경우에는 국회는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.²²⁴⁾

또한 법원이 대통령의 사면권행사로 인하여 사법권이 침해되었다고 주장하는 경우에도, 법원은 권한쟁의심판을 헌법재판소에 청구할 수 있을 것이다.²²⁵⁾ 다만 실제에 있어서

222) 또한 가이아나의 사례에서 이익충돌이 있었던 경우는 역할에 근거한 절차상의 부적절함으로 인해 사면의 행사와 관련된 전체 해당 절차는 무효화된다고 밝힌 점도 주목할 만하다. 다만, 해당 사례들은 ‘조건부’를 붙인 경우거나, 명시적인 절차를 어긴 경우, (대통령이 아닌 사면위원장의) 이익충돌이 있었던 경우라는 점을 주의하여 참고할 필요가 있다.

223) 김성천, 사면권의 법적 한계, 법정논집, 1999. 12. 통권 제35호, 61. 즉, 현대의 유럽에서는 대체로 사면은 어디까지나 극히 예외적이고 이례적으로 또 신중하게 행사되고 있다고 평가할 수 있다.

224) 동법 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258.

는 법원이 헌법재판소에 제소하는 것을 기대하기는 힘들 것이라는 전망이 있다.²²⁵⁾

그러나 일반국민은 대통령의 사면행위에 의하여 자신의 기본권이 침해되었다는 것을 주장할 수 없으므로, 타인에 대한 사면권행사의 위헌여부를 다투는 헌법소원 심판청구가 가능할지 의문시 될 수 있다. 이에 대해서는 행정소송의 가능성과 함께 아래에서 살펴보고자 한다.

나. 정당하지 않은 사면권 행사에 관한 쟁송수단

헌법상 한계를 넘은 대통령의 사면권 행사가 있는 경우, 이론적으로는 이 행사가 사법심사의 대상이 된다고 보더라도, 실제로 그와 같은 사면권 행사를 사법적인 방법으로 쟁송할 수 있는 방법이 있을까?

사면권을 행사한 때 그 사면권 행사를 취소하고자 행정소송을 제기하더라도 이러한 제3자는 그 원고적격이나 청구인 적격을 충족시키기 힘들 것이고, 따라서 그가 제기한 취소소송이나 헌법소원은 별다른 사정이 없는 한 모두 부적법각하가 될 것이기 때문이다.

이보다 간접적인 방법으로써, 사면된 자보다 더욱 사면의 필요성이 큰 사람들이 있음을 이유로 들어 사면의 불행사를 행정소송체계를 통해 다투고자 하더라도, 현행의 행정소송법상 부작위위법확인소송은 무엇보다도 신청권의 존재를 요건으로 하고 있으며, 의무이행소송을 허용하지 아니하고 있기 때문에 결국 우리 현행법제를 볼 때는 이러한 사면권 행사를 다툴 수 있는 적당한 행정소송형태는 없다고 볼 수 있다.

또, 헌법소원에서, 일반국민은 대통령의 사면행위에 의하여 자신의 기본권이 침해되었다는 것을 주장할 수 없으므로, 타인에 대한 사면권행사의 위헌여부를 다투는 헌법소원 심판청구는 본안전판단을 통과할 수 없을 것이다.²²⁷⁾

다만, 사면에서 제외된 자는 사실관계적 관련성 및 법리구성에 따라 평등원칙의 위반을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다.²²⁸⁾ 이와 같이 평등권을 주장하는 경우는 가능하다고 하겠다. 그러나 이렇게 본안전판단을 통과한다고 하더라도 실제 본안판단에서는 역시 사면권자가 갖는 사실관계 평가에 관한 재량권으로 인해서, 실제 위헌판단을

225) 同旨 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258; 또한 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 591.

226) 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 591 참조.

227) 부적법하다는 의견은 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258.

228) 같은 의견으로, 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258.

받는 것은 현실에서는 상당히 어려울 것이 아닌가라고 생각된다.²²⁹⁾

한편, 대통령의 사면행위가 아닌, 신설된 법무부 산하의 사면심사위원회의 상신행위에 대해서 통제가 가능할지 여부를 생각해 볼 수 있다. 다만, 현행 사면법상으로는 사면심사위원회의 결정에 대통령의 사면이 구속되지 않기 때문에 이에 대한 통제는 실효성에 많은 한계가 있을 것이다.²³⁰⁾

그리고 이와 관련된 한 가지 유형으로서, 대통령의 사면이 잘못된 사실에 기초하고 있다면 다룰 수 있는지는 의문이 있을 수 있다. 즉 사면위원회의 논의대상에는 올라갔으나 거기에서 기각된 경우, 또는 사면위원회에서는 상신했으나, 대통령은 그를 사면하지 않은 경우, 다룰 수 있을까?

생각건대, 우리도 2011. 7. 18. 일부개정에서 사면법상으로 사면심사위원회를 도입한 바 있으므로 이러한 절차를 거치지 않았거나, 이 절차에 흠이 있는 경우에는 사법심사의 가능성을 고려해볼 수 있는 여지가 있다.²³¹⁾ 사면에 ‘신청’행위가 현행법상으로는 없으므로 행정법원에 청구하기는 어렵고(신청권 인정의 어려움) 따라서 헌법재판소에 헌법소원 형식으로 청구될 수 있는 여지가 있다고 보인다.

다. 소결

요컨대, 헌법상 한계를 넘은 대통령의 사면권 행사는, 이론적으로는 사법심사의 가능성을 긍정할 수 있다고는 하더라도, 우리 현행의 법체계상으로는 사법심사를 통해 다투

229) 특히 대통령이 헌법상 한계를 넘어 사면권을 행사하였음이 명백한 경우와 달리 그 한계를 일탈하였는지 여부에 관하여 다툼이 있거나 애매한 경우는 문제가 다소 복잡할 것으로 보인다.

230) 다만 현행 사면심사위원회의 결정을 법률개정을 통해 보다 구속적인 성격으로 바꿀 경우에는 그에 대한 사법심사가능성도 높아지게 될 것으로 보인다. 이는 비교법적 사례를 검토하고 참고하면서도 그러한 경향성을 도출할 수 있다. Andrew Novak, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015, 170 이하, 181 이하 참조.

231) 천연하면, 이에는 앞서 본 가이아나의 사례가 시사점을 주고 있다. Yassin v. A.G., (1996) 2 C.H.R.L. D. 39 (Guyana)에서 가이아나 항소법원은, 법무부장관이 사면탄원인의 사건을 맡은 변호인으로 일전에 일한 뒤 그 후 사면자문위원회의 의장을 맡게 되었던 경우의 사면 거부 판단의 당부를 다룬 바 있다. 이 거부판단에 근거해 가이아나 대통령은 궁극적으로 사면을 거부했었다. 동 법원은, 당해 사면탄원인의 변호사였던 인물이자 동 사면자문위원회 위원장인 법무부장관의 역할에 근거한 절차상의 부적절함으로 인해 사면의 행사와 관련된 전체 해당 절차는 무효화된다고 밝혔다. 이 사례에서 사면자문위원회의 결정과 관련해 그 구성원(위원장)에게 이익충돌상황이 있었던 경우는 역할에 근거한 절차상의 부적절함으로 인해 사면의 행사와 관련된 전체 해당 절차는 무효화된다고 결정하였다는 점이 시사점을 주고 있으며 주목할 만하다고 하겠다.

는 것이 쉽다고는 할 수 없다. 우리 현행법제를 볼 때 이러한 사면권 행사를 다룰 수 있는 적당한 행정소송형태는 없다고 볼 수 있다. 다만, 사면에서 제외된 자는 사실관계적 관련성 및 법리구성에 따라 평등권의 위반을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것으로 본다. 이는 실무적으로는 자기관련성을 얼마나 넓게 인정할 수 있을 것인가라는 점과 맞닿게 된다. 요컨대, 헌법상 한계를 넘은 대통령의 사면권 행사는, 이론적으로는 사법심사의 가능성을 긍정할 수 있다고는 하더라도, 현실적으로 사법심사를 통해 다루는 것은 매우 까다롭거나 드물게만 가능함을 인정할 수밖에 없다.

그러나 이렇게 사법심사가 드물게만 가능하다고 하더라도 재판기관이 그러한 사법심사의 가능성을 애초에 불가능한 것으로 여겨서는 안 될 것이다. 또한 앞서 본 바의 바이에른 주헌법재판소는 설령 현대 법치국가에서 자의성은 드물게 되었다고 하더라도 그 사실이 헌법재판소에 대한 청구의 허용성을 반대하는 근거가 될 수도 없다고 밝히면서²³²⁾, 사면관련결정의 사법심사가능성을 긍정하면서 그 결정의 본안판단으로 나아갔던 점은 우리에게 시사하는 바가 크다고 하겠다. 그런데, 우리의 사법판단은 현재까지는 이러한 결론과 방향을 같이 하지는 않았다는 점은 향후 개선이 요구되는 부분이다. 특히 앞서 본 바와 같이 우리 대법원은 사면이 ‘통치행위’로서 그 본질상 원칙적으로 법적인 제한이나 사법심사의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다.

대통령이 국회의 동의를 받지 않고 일반사면을 행한 경우에는 국회는 권한쟁의심판을 청구할 수 있다.²³³⁾ 또한 법원이 대통령의 사면권행사로 인하여 사법권이 침해되었다고 주장하는 경우에도, 법원은 권한쟁의심판을 헌법재판소에 청구할 수 있을 것이다. 또한 사면심사위원회를 도입한 바 있으므로 만일 입법적으로 이러한 위원회의 결정에 다소간의 구속적 효력이 부여된다면 이러한 절차를 거치지 않았거나, 이 절차에 흠이 있는 경우에는 앞서 본 바와 같이 헌법재판소를 통해 사법심사를 받을 가능성을 고려할 여지가 있다. 또한 물론 앞서 본 바와 같이 사면에서 제외된 자는 사실관계적 관련성 및 법리구성에 따라 평등권의 위반을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있다고 판단된다.

한편 사법적 방법과는 다른 방법으로 사면권의 남용을 통제하는 방법은 여전히 중요하게 따져볼 필요가 있다. 즉 시간적 측면이나 효능적 측면을 고려할 때 사법적 방법과는 다른 방법으로 이를 견제하거나 다룰 수 있는 장치를 마련하는 것은 매우 중요하다고

232) BayVerfGH, Entscheidung vom 6.12.1965; NJW 1966, 443ff. (Heft 10).

233) 同旨 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258.

하겠다. 이러한 방안들은 결국 입법적인 조치라고 할 수 있다. 아래에서 살펴본다.

3. 입법적 통제 방안

입법부의 통제는 기관 간 통제방안 중 하나로서 기능한다. 입법부는 헌법 개정을 제안할 수 있으며, 무엇보다도 법률 개정의 권한이 있다. 헌법의 개정이든 법률의 개정이든 그 통제는 아래와 같이 사면의 실체적 사유를 규정할 것인가 또는 사면의 절차적 사유를 규정하고 그에 근거해 통제할 것인가로 나누어 볼 수 있다.

가. 실체적 사유 규정 방법

(1) 기존의 논의

앞서 본 바와 같이 사면권 행사가 이론적으로는 사법심사의 대상이 되더라도 과연 실제로 사법적으로 다룰 수 있는 방법은 우리 법제 및 현실상 매우 제한적이라고 한다면, 이것을 사전적으로 통제할 수 있는 방법을 강구할 필요성은 더 높다고 하겠다.

이에 대해서는 기존 연구에서는 ① 고위층 범죄, 권력형 부정부패사범, 공직비리사범자에 대한 사면이 가능하지 않도록 실질적 소극적 요건을 만드는 방식으로 사면법을 개정하자는 주장²³⁴⁾ ② 전두환·노태우 등의 헌정파괴범죄를 한 이들에 대한 사면이 일전에 시행된 이후에 이와 같은 사면²³⁵⁾의 반복을 방지하기기 위하여 헌법상 권한인 대통령 사면권은 이와 같은 헌정파괴범에게는 시행될 수 없도록 헌법개정이나 법률개정으로 명확히 규정하자는 논의 등 여러 제안들이 있었다.

234) 예컨대 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 앞의 글, 21-22.

235) 1970-80년대 남미국가들에서 그 군부가 이른바 자기사면법(self-amnesty law)을 만들었던 사례를 언급하며 주장하는 견해에 대해서는 강민국, 앞의 글, 143 참조.

(2) 평가 - 구분의 필요성

이러한 주장의 취지는 공감될 수 있으나, 실제로 그것을 법제화하려고 한다면, 이와 관련해 과연 어떠한 범죄, 어떠한 범죄자에 관하여 그 사면을 제한할 것인가, 소극적으로 규정할 것인가 적극적으로 규정할 것인가라는 등의 정밀한 판단을 미리 하여 자세하게 만들어내기는 쉽지 않을 것으로 보인다.

다시 말해 사면의 대상이 되는 범죄를 법률에 규정하는 방법을 미리 행해둘 필요가 있다고 하더라도, 이 방법들 중 어떤 방법이 실제로 가능하고 효과적일 지에 대해서는 소극적 규정방식(사면 제외대상을 설정하는 방식)과 적극적 규정방식(사면 대상을 설정하는 방식)을 구분하여 검토하며 평가해 볼 수 있다.

(3) 소극적 방식의 예

(가) 대상 유형의 제한

사면대상배제 조항(실체적 요건)을 신설하여 규정함으로써 사면을 엄격하게 제한하는 방법이다. 즉, 예컨대 “헌정질서파괴범, 전범(戰犯), 반인륜범, 테러관련 범죄 그리고 권력형 부정부패사범 등 특정 범주의 범죄자들에 대해서는 사면 자체를 금지시킨다”고 하는 내용의 이른바 ‘사면배제조항’을 현행 사면법에 명시하는 방안이 그것이다.²³⁶⁾

먼저, 탄핵사건이 제외되는 ‘사면배제조항’을 넣을 필요가 있느냐에 대해서는 입장이 나눌 수 있지만, 앞서 논해 본 바와 같이 (IV. 2. 나.) 헌법이론적인 한계 측면에 비추어 본다면, 미국 연방헌법(제2조 제1절 제1항 후문)에서와 같이 명시적 언급이 없더라도 사면의 대상에서 탄핵사건은 해석상 제외되어야 할 것으로 보인다.

그리고 사면법에 “권력형 비리와 부정부패 사범은 사면하지 못한다”는 규정을 두어야 한다는 주장도 있다.²³⁷⁾ 그러나 이 후자의 주장에 대해서는 “권력형 비리”나 “부정부패” 등이 법률 용어가 아닐 뿐 아니라 해석하는 이의 시각에 따라 그 포섭 범위가 달라지는 용어이고, 또한 법제화하려고 할 경우 과연 어떤 범죄, 어떤 범죄자에 대하여 사면을 제한할 것인가 하는 세세한 기준을 정밀하게 만들어내기는 지극히 어렵다는 비판에²³⁸⁾ 노

236) 고문헌, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 앞의 글, 21-22.

237) 이금옥, “대통령의 사면권행사의 법적 문제와 통제”, 앞의 글, 445.

238) 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 143 참조.

출될 수 있다. 또한 좁은 의미의 헌정질서파괴범은 명문의 규정이 있던 없던 아예 헌법적 내재적 제약이 있다고 해석하는 것이 논리적이다. 따라서 위 명문의 규정이 꼭 필요한 것은 아니라고 볼 것이다. 대신 프랑스 1995년 8월의 사면법에서의 예와 같이 그를 참고하여 “사면에 대한 이의제기관”을 사면법에 도입하게 된다면 이것은 해결될 수가 있다고 생각된다.²³⁹⁾

(나) 사면 기간의 제한

사면기간의 제한과 관련하여 “판결확정일부터 무기징역의 경우는 10년, 유기징역의 경우는 형기의 2분의 1 이상 경과되기 전에는 사면될 수 없다”는 내용을 갖는 ‘사면배제조항’을 현 사면법의 개정을 통해 명시하는 방안도 고려해 볼 수 있다.²⁴⁰⁾ 즉 일정 형기가 미경과한 자 등에 대한 제한을 하는 방안이다. 이러한 예는 세계적으로 많이 존재하는데 한 예로 일본의 경우 「은사법 시행규칙」에서는 아예 일정기간이 경과한 후가 아니면 특사 신청을 할 수 없도록 제한을 두고 있는데, 무기징역(금고)은 10년, 유기징역(금고)은 형기의 3분의 1, 벌금은 1년, 구류 또는 과료는 6개월을 경과할 것을 요건으로 하고 있다(「은사법 시행규칙」 제6조 참조).

(다) 사면 횟수의 제한

대통령의 사면권 남용을 방지하기 위하여 특정인이 세 번 이상 사면의 수혜를 입지 못하게 하는 명문의 규정을 신설할 필요가 있다는 주장이 있다. 이는 특히 정권이 바뀌는 시기마다 경제살리거나 국민대화합이라는 등의 명분으로 교통사범의 경우와 재계의 거물들에게 사면권이 남용되기 쉬운 것을 방지하는 효과가 있을 것이라 한다.²⁴¹⁾

이렇게 사면법에 그 기준을 명문화하여 삽입한다면 사면권자(대통령)은 그 기준에 따라 자신의 사면권을 행사할 것이며, 이는 결과에 있어서 대통령 사면권의 자의적 행사를 방지하고 그 남용을 예방할 수 있을 것이다.

239) Loi n° 95-884 du 3 août 1995. 이러한 프랑스에서의 ‘이의제기관’에 대해 언급한 국내교과서로는 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 591 참조. 프랑스의 1995년 8월의 사면법 원문은 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000371690> (최종접속: 2019. 6. 20.).

240) 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 앞의 글, 21-22. 그리고 제19대 국회에 발의된 「사면법 일부개정법률안」(총 14건) 중 4건(박영선의원안, 서기호의원안, 심재철의원안, 문병호의원안)에서 일정형기 미경과자 등에 대한 제한에 관한 내용을 담고 있었던 바 있다. 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 47 각주 85 참조.

241) 고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 앞의 글, 21-22.

(4) 적극적 방식의 가능성 검토

적극적 방식으로 예컨대 특정 민생범죄의 유형을 설정하여서, 그 유형의 범죄들은 초범에 한해서만 사면할 수 있다는 등의 규정을 정하는 것을 시도해 보는 것도 유익하리라 판단된다는 의견도 있으나²⁴²⁾, 일단 사면이 헌법상 명문으로 규정되어 있고 그것에 대한 원칙적 정당성도 인정된다면, 적극적 방식으로 사면의 해당 대상을 설정하는 방식 보다는 소극적 방식 즉 사면의 제외 대상을 설정하는 것이 더 기술적인 측면에서 현실성이 있고 적합하다고 보인다(또한, 이와 연계되어 생각할 수 있는 사면철회(취소)제도의 도입에 대해서는 이 장의 맨 끝을 참조).

나. 절차적 규정 보완 방법

(1) 의의

사면권 행사의 남용을 방지하는 것을 실체적 규정을 통해서만 추구한다는 것은 대체로 쉽지 않을 수도 있으며, 이것만으로 충분치는 않을 수 있다. 따라서 어떠한 면에서는 그 행사에 관한 절차적 규정 삽입이나 통제 방법이 더 효과적일 수 있다고 생각된다. 사면권 행사과정에서 절차적 방안을 강구하여 사면법에 포함시키게 된다면 이는 사면 절차의 투명성을 제고하고, 필요성·공정성·형평성에 관한 국민적 공감대를 확인하는 기회도 될 수 있으며, 그것이 교정적 정의 및 법적 정의에 현격히 충돌되지 않도록 유도하여 사면권자가 그 권한 남용의 유혹을 이겨낼 수 있도록 할 수도 있을 것이다.

(2) 수형자의 신청에 의한 사면

먼저 사면신청절차를 두어서(Bottom-up 방식), 사면을 받고자 하는 이가 그 신청서에 기재한 사항에 관해 심사하는 절차를 두는 것이 필요할 수 있다고 보인다. 이는 사면 대상자를 대통령이 임의로 선택하고 결정하는 폐단(Top-down 방식에서 비롯되는 폐단)을 부분적으로나마 막기 위해서이다. 현행 사면법상 특별사면·감형은 원칙적으로 검사 또

242) 고문현, 위의 글, 21-22; 강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012, 144.

는 교정시설장의 보고에 의거한 사면의 제청으로 인해 절차가 개시된다. 물론 현행의 사면법에서도 ‘특별복권’의 경우에 한해서는 본인의 출원에 의거해서 복권 여부를 심사를 받을 수 있도록 정하고는 있지만(사면법 제15조), 본인이 출원하지 않더라도 복권이 가능하며 심지어 특별사면·감형에는 아예 본인의 신청이 불가능하도록 되어 있다.

사면을 받으려고 하는 자의 출원에 기반하여 사면의 심사가 이루어지게 되면 신청단계에서 신청 당시 그 사면에 관해 국민적 공감을 받기 어려운 범죄자의 경우(예컨대 권력형 비리사범, 대규모 경제사범 등) 신청을 스스로 자제하는 효과도 가져올 수 있다고 보이고²⁴³⁾ 따라서 부적절한 사면의 예방 효과를 부분적으로 기대할 수가 있다. 참고로, 미국, 일본, 독일 모두 검사, 교도소장 외에도 당해 유죄판결을 받은 사람 등도 사면을 스스로 신청할 수 있도록 허용하고 있다.

(3) 특별사면 형식에 의한 실질적 일반사면 금지

우리의 경험에 비추어보아도 때로 수백만 명에 이르렀던 대단위의 사면은, 그 실질에 있어서는 일반사면이지만 형식은 특별사면의 형식을 취하였다. 이것은 국회의 동의를 거치지 않고 행해질 수 있다는 편의성 및 용이함에 기반한 것인데, 실상 일반사면을 해야 할 사안에 대하여 사면권자의 자의로 국회의 동의를 회피하기 위해 특별사면으로 처리한다면 이는 입법부의 권한을 무시하는 행태적 귀결을 초래한다. 현행법상으로는 특별사면의 대상자를 일정한 숫자 이하로 제한하거나 하고 있지는 않다. 그렇지만, 개개인의 특성을 고려하여 결정한다는 특별사면의 본래의 취지를 고려할 때 대단위의 특별사면은 국회의 견제를 받지 않고 우회하려는 편법적 수단에 불과함을 확실히 인식해야 한다. 이러한 사면권자의 행태는 입법부의 권한에 대한 중대한 무시이며 권력분립의 원칙을 훼손·위배하는 것이기도 한다.²⁴⁴⁾

243) 강민국, 앞의 글, 145; 이해미, 앞의 글, 49 참조.

244) 박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 교정연구 제51호, 한국교정학회, 2011, 261-262; 강민국, 앞의 글, 150.

(4) 사법부의 의견 청취 절차 또는 국회에 대한 보고 절차 삽입

대통령의 사면권은 법치주의에 적든 크든 충격을 가하는 행위임은 물론이고 나아가 사법부의 독립에 영향을 미칠 위험이 있다. 이상적으로 볼 때 사법부가 내리는 형의 선고가 아무리 행정부나 입법부와 관계없이 독립적으로 이루어진다고 기대된다고 해도 향후 높은 가능성으로 사면이 시행될 것이 예상되는 등의 경우 그 선고의 집행을 사법부는 의식하지 않을 수 없고, 때로는 향후 유사 사건들에 대한 법관들의 진지한 사실 및 법리 판단에 대한 고찰 의욕을 현저히 저하시킬 위험도 전혀 없다고는 할 수 없기 때문이다. 따라서 절차적으로 대법원 등 사법부의 의견을 청취하는 것을 제도적으로 삽입할 필요성이 있다. 즉, 대통령의 사면권 남용을 통제하기 위한 또 다른 수단으로, 사면권자의 사면의 시행을 위해서는 대법원 또는 대법원장의 의견을 반드시 청취하도록 하는 것을 제도화하는 것이 필요하다고 본다.²⁴⁵⁾ 프랑스나 스웨덴 등의 입법제도 사법부의 의견을 구하는 것을 규정하고 있다. 또한 미국의 캘리포니아 주는 주(州) 대법원의 권고의 존재를 사면의 요건으로서 규정하고 있으며, 독일은 특별 사면 절차에 있어서 해당 사건을 담당하였던 해당 법원의 의견을 청취하도록 하고 있다.²⁴⁶⁾ 핀란드 헌법에서는 최고재판소의 의견을 청취한 후 사면권의 행사를 할 수 있도록 하고 있다.²⁴⁷⁾

또한 특별사면권은 사면권자인 대통령의 권한이기는 하지만, 역시 국가작용의 하나이며, 입법부인 국회는 국정의 전반에 대해 통제·견제할 수 있는 권한을 보유하고 있기 때문에 특별사면권을 행사할 경우, 그를 국회에 보고하는 절차를 마련하는 방법이 필요하다는 제안도 있다.²⁴⁸⁾ 이의 효력은 결국 보고적 효력에 불과하겠지만 고려해볼 가치는 있다고 하겠다.

245) 이러한 의견에 대해서는 박진애, 헌법에 합치하는 사면제도의 모색, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009, 334-335; 정현미, 사면의 법치국가적 한계, 형사법연구 제20호, 2003, 334; 이세주, 대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰, 연세대학교 법학연구, 2016, 33.

246) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 52-53. 다만 이는 국회의 동의를 요하는 일반사면과는 차등을 두어야 하므로 국정 통제, 견제 기능을 수행할 수 있도록 보고 절차를 마련하는 정도의 제한일 필요가 있음을 고려해 볼 수 있다는 취지의 제안이다. 같은 면 참조.

247) 핀란드 헌법 제29조는 “대통령은 특별한 경우에 최고재판소의 의견을 들은 후 사면권의 행사에 의하여 형벌을 면제 또는 감형할 수 있다. 단 내각의 구성원 또는 사법장관이 인정하는 사면은 현존의 특별 규정을 준수하지 아니하면 아니 된다. 대사면은 특별한 법률에 의하지 아니하고는 인정되지 않는다. 또한 대통령은 법률이 그 면제의 허가를 인정하고 있는 경우, 법률이 필요조건으로부터 면제를 승인할 수 있다.”라고 하여 사면권의 행사에 법적 제한을 규정하고 있다. 이강혁, 헌법상 대통령의 사면권, 고시계, 1988. 12., 74.

248) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 52-53. 다만 이는 국회의 동의를 요하는 일반사면과는 차등을 두어야 하므로 국정 통제, 견제 기능을 수행할 수 있도록 보고 절차를

(5) 범죄피해자 등 관계인의 의견 진술 기회 부여

사면에 있어서 범죄피해자 등 사건 관계인의 의견 진술 기회를 법제도적으로 부여하는 것을 고려할 필요가 있다.²⁴⁹⁾ 범죄피해자 등 해당 사건 관계인의 의견이 아무것도 고려되지 못한 상황에서, 그 사건의 유죄의 확정 판결을 받은 이의 형집행이 면제되는 것은 범죄피해자의 권리를 침해할 수 있으며 그 뿐만 아니라 사법권에 대한 신뢰를 훼손하는 결과를 가져온다. 나아가 결국에는 사면권 행사의 목적인 사회통합 기능을 오히려 저해할 위험을 가져온다.²⁵⁰⁾ 따라서 특별사면이 결정되기 전에 그 범죄피해자 등에게 관련 사실을 통지하며, 그가 자신의 의견을 제시·제출할 수 있는 절차를 마련하여서 범죄피해자 등 당해 사건 관계인의 권리를 가급적 최대한 보장해 준다면, 미연에 사회갈등도 봉합할 수 있고, 특별사면의 결정에도 신중을 더욱 기할 수 있을 것으로 예상되므로,²⁵¹⁾ 이러한 범죄피해자 등 사건 관계인의 의견 진술 기회를 제도적으로 부여할 필요가 있다.

(6) 사면법상 사면심사위원회 관련 (격상 또는 권한 증진)

행정부의 통제는 기관 내 통제방안 중 하나로서 기능한다. 이의 예는 대표적으로 문서주의와 부서제도, 국무회의의 심의과정이 있다. 다만 우리 현행헌법상 대통령은 행정부의 수반이고, 이러한 제도가 운영되는 현실을 볼 때 기관 내 통제방안은 실효성이 높지 않을 것으로 판단된다. 실질적인 효과를 거둘 수 있는 것은 사면심사위원회와 관련된 사항들로 보이는데, 아래에서 자세히 살펴본다.

법무부장관 산하의 사면심사위원회는 사면법의 2007년 12월 21일 일부개정에 의해 설치되어 운영되고 있다.²⁵²⁾ 현행법규정에 의하면 법무부장관은 사면권자 즉, 대통령에게 특별사면, 감형 또는 복권을 상신할 수 있고, 이 경우에 법무부장관은 반드시 2007년 이후 신설된 사면심사위원회의 심사를 거쳐야 한다. 위원회는 그 법무부장관의 요청에 따라서 특별사면의 적정성 여부를 심사하며 그에 대한 위원회의 의견을 법무부장관에게 제

마련하는 정도의 제한일 필요가 있음 고려해 볼 수 있다는 취지의 제안이다. 같은 면 참조.

249) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 53.

250) 이혜미, 위의 글, 같은 면.

251) 이혜미, 특별사면권의 남용 문제와 개선방안, 국회입법조사처, 2015, 6., 53.

252) 앞서 본 바와 같이, 이 사면심사위원회는 일반사면이 국회의 동의를 거치도록 한 것과는 다르게, 특별사면의 경우는 법무부 장관의 상신과 국무회의의 심의만 거치도록 규정되어 있으므로, 사면권자의 사면권이 남용될 여지가 크다는 비판이 있어, 사전적 견제·통제 장치 기능을 발휘하게 하기 위해 마련되었다.

출하여야 한다.

사면법에서 최소 4인 이상을 공무원이 아닌 자로서 위원으로 두도록 한 것은 사면권자인 대통령이나 법무부장관의 영향을 받을 우려를 나뉘 최소화시키기 위한 것이라고 평가된다.²⁵³⁾ 또한 사면심사위원회의 심사과정과 심사내용을 공개하도록 하여²⁵⁴⁾ 심사위원들로 하여금 사면의 적정성 판단에 관한 간접적인 심리적 압박을 가하여 결과적으로 공정한 판단을 유도하고 있는 것으로 판단된다.²⁵⁵⁾

그러나 실제에 있어서 사면심사위원회의 의견은 현행법상 강제력을 가질 수 없고, 실질적인 측면에 있어서 사면권자인 대통령이나 그 국무위원인 법무부장관으로부터의 영향이 차단된다고 할 수도 없다. 특히 법무부장관은 이 위원회의 위원장으로 규정되어 있다.

향후 더욱 가석방심사위원회와 유사하도록 더 중립적이고 더 공정한 사면심사위원회의 운영이 가능하도록 제도를 개선하는 것도 유효한 방법이 될 것이라²⁵⁶⁾ 판단되며, 사면심사위원회의 의견이 강제력을 가지도록 하거나, 아예 국무총리 산하에 두는 것으로 격상하는 방법도 고려해볼 수 있다. 아울러 사면심사위원회의 조직을 최소 2, 3 단계로 나누어 심급적 심사가 이루어지게 하는 것도 생각해볼 수 있다.²⁵⁷⁾

사면심사위에서 부정적인 의견을 제시하고자 하면 어떠한 정치적 부담없이 제시할 수 있는 환경을 더욱 강화할 필요도 있다. 대통령이 실제로는 독자적 판단에 의거해 사면대상자를 선정하는 때에 있어서도 사면심사위원회의 의견을 구하는 절차는 거친다는 것이 현행 제도를 통해 마련되었다고 본다면, 이 때 사면심사위가 단지 형식적인 ‘거수기’가 아니라, 실질적인 심사기구로 작동할 수 있도록 하는 것이 중요하다. 사면심사위에서 해당 건에 대해 부정적인 의견을 제시하였음에도 불구하고 사면권자(대통령)가 독자적 사면대상자 선정 등을 하는 방법 등으로 사면권을 행사하였다면, 그 자체가 바로 사면법 위반으로 부적법하고 무효화되지는 않겠으나 그로 인해서 발생하는 국민의 비난과 악화된 여론이라는 정치적 부담은 사면권자인 대통령이 모두 부담하여야 할 것이며, 이와 같은 과정에 의하여 간접적으로나마 대통령의 자의적 사면권 남용을 견제하는 기능을 할 것으로 보인다.

253) 박달현, “사면의 정당성과 사면의 현대적 의의”, 교정연구 제40호, 2008, 139.

254) 사면법 제10조의 2 제5항 참조.

255) 박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 교정연구 제51호, 한국교정학회, 2011, 255.

256) 이 위원회 설치전에 이와 유사한 견해가 주장된 바에 대해서는 한인섭, 앞의 글, 32.

257) 사면을 심급제나 사법절차에 가까운 모델로 운용하고 있는 예로는 독일이 있다. 이 글의 II의 독일 제도 소개 부분 참고.

최근 2018년 3월 22일에 대통령의 발의로 제안된 헌법개정안은 특별사면을 명하려면 사면위원회의 심사를 거쳐야 한다는 내용을 헌법조항안에 담고 있는데²⁵⁸⁾, 이러한 헌법 개정이 이루어진다면 사면심사위원회의 심사는 필요적으로 거쳐야하는 절차가 되고, 특히 그 동안 비판받아왔던 대통령의 자의적 판단에 따른 특별사면의 남발을 줄이는 데 일조할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 이러한 헌법개정안 발의안은 헌법에 따라 2018년 5월 24일 국회 본회의에 안건으로 상정되었으나, 본회의 표결에서 투표의원이 의결정족수인 재적의원 3분의 2에 미치지 못하고 표결 불성립되어 위와 같은 헌법상 사면조항의 개정은 이루어지지 않았다.

(7) 그 외의 절차적 규정 보완 방법 - 규율형식의 문제

일반사면의 경우 현행 헌법과 법률은 국회의 동의를 얻어 (일반법률이 아닌) 대통령령의 형식으로 하는 것으로 규정되어 있다. 헌법 제79조는 “대통령은 국회의 동의를 얻어 법률이 정하는 바에 의하여 사면, 감형 또는 복권을 할 수 있다”고 규정하고 있으면서, 법률인 사면법 제8조에서는 “일반사면, 죄 또는 형의 종류를 정하여 하는 감형 및 일반에 대한 복권은 대통령령으로 한다”고 규정하고 있는데 대통령령은 국회의 동의를 요하지 않는다는 점을 고려할 때 헌법과 법률이 상충된다고 볼 여지가 존재한다.

일반사면은 범죄의 종류를 정해서 이 종류에 속하는 모든 범죄자에 대하여 사면 조치를 하는 포괄적인 성격을 띠고 있기 때문에 법률의 형식을 취하도록 하는 것이 법치국가의 요청에 보다 충실할 것이라는 지적이 있다.²⁵⁹⁾

외국 사례들을 비교법적으로 검토해 보더라도 일반사면을 헌법상 허용하고 있다면 그것은 거의 모든 국가가 법률의 형식을 취하게 하고 있다는 점을 참고할 필요가 있다.²⁶⁰⁾ 궁극적으로 헌법개정시 일반사면을 역시 국회 주도의 권한으로 설계하고 인식하는 것을 고려해볼 수 있다.

258) 현행헌법 제79조 ②(현행) 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다.

개정안 발의안 제83조 ②(개정) 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 받아야 하고, 특별사면을 명하려면 사면위원회의 심사를 거쳐야 한다.

(위 개정안 발의안이란, 2018년 3월 22일 발의된 문재인 대통령의 대한민국 헌법 개정안 발의안을 말함.)

259) 박광현, 대통령의 사면권의 정당성과 한계, 법학연구 제17집 제3호, 344.

260) 박광현, 대통령의 사면권의 정당성과 한계, 법학연구 제17집 제3호, 344-345 참조.

다. 그 밖의 입법적 통제 방법

(1) 사면의 이유 제시

한편, 사면결정의 이유가 제시되는 경우에 비로소 제한적이거나 사법적 통제가 가능하기 때문에, 대통령의 사면권행사에 대하여 이유제시의무를 부과하는 것이 법치국가적으로 요청된다고 할 것이다.²⁶¹⁾ 현행 사면법상에 사면권 행사시 이유제시를 하도록 법률상 정하는 입법적 개선을 고려해볼 필요가 있다.

(2) 사면 철회 제도

앞서 본 바와 같이 미국에서는 대통령의 사면권 남용 방지를 위하여, 대통령이 사면을 행한 날로부터 60일 이내에 연방 상원이 3분의 2 이상의 찬성을 한다면 그 사면을 ‘철회’시킬 수 있도록 하자는 헌법수정안이 제시된 바가 있었다.²⁶²⁾ 이러한 제안은 사법심사에 비교하여 입법부심사방식(legislative review)이라고 칭할 수 있을 것이다. 이것은 사면권의 남용이 다음 선거에 출마하지 않을 대통령 임기 말에 발생할 경우에 대비해서는 미국의 현행헌법에는 별다른 통제수단이 없기 때문에, 현행 헌법수정을 통하여 이를 통제하자는 제안이므로, 아예 재선이 허용되지 않는 한국의 경우에도 큰 시사점이 있음을 확인할 수 있다.

생각건대, “대통령이 사면을 행한 날로부터 60일 이내에 국회 3분의 2 이상의 의결이 있을 경우 사면은 철회된다”라는 규정을 헌법개정을 통해 헌법에 두는 방안은 문제가 없다고 생각한다. 이것을 사면법에 둘 경우 헌법상 보장된 대통령의 사면의 권한을 부당하게 제한하는 것인지에 대해 의문이 있을 수 있다고 생각한다. 다만 연구자의 견해로는 우리 대한민국 헌법 제79조는 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다”(제1항)이라는 규정형식을 정하고 있으므로 이것은 사면권의 법률주의를 정한 것이고, 법률이 정하는 바로서 대통령의 권한을 제한할 수 있음을 이미 예정

261) 한수웅, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1257.

262) Paul J. Haase, “Oh My Darling Clemency”: Existing Or Possible Limitations On The Use Of The Presidential Pardon Power, 39 Am. Crim. L. Rev. 1287 (2002) at 1304-1307; 김명식, 미연방대통령의 사면권에 관한 소고, 토지공법연구, 제19집, 2003, 275 참조.

하고 있다고 본다.²⁶³⁾ 따라서 법률의 형식으로 위와 같은 규정을 두는 것도 가능하다고 본다.²⁶⁴⁾

4. 입법부와 사법부의 동시적 통제 가능성 - 특히 탄핵 사유 해당여부

그렇다면 과연 우리 헌법상으로 대통령이 사면권을 남용할 시에 탄핵(탄핵소추 및 탄핵결정)의 대상이 되는 것이라고 볼 것인지의 여부 문제도²⁶⁵⁾ 생각을 해 볼 필요가 있다.

우리 헌법은 제65조 제1항에서 “대통령 … 기타 법률이 정한 공무원이 그 직무 집행에 있어서 헌법이나 법률을 위배한 때에는 국회는 탄핵의 소추를 의결할 수 있다”고 규정하고 있다. 대통령이 헌법 제79조와 사면법에 의거해서 사면을 실시하는 행위가 대통령의 ‘직무집행’에 포함됨은 두말할 여지가 없다고 하겠다.²⁶⁶⁾

한편 헌법은 제66조 제4항에서 “탄핵결정은 공식으로부터 파면함에 그친다”고 규정하고, 헌법재판소법은 제53조 제1항에서 “탄핵심판청구가 이유 있는 때에는 헌법재판소는 피청구인을 당해 공직에서 파면하는 결정을 선고한다”고 규정하고 있는바, 여기서 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’를 어떻게 해석할 것인지의 문제가 대두된다.²⁶⁷⁾ 이 규정을 문리적으로만 해석한다면, 헌법재판소법 제53조 제1항은 헌법 제65조 제1항의 탄핵사유가 인정되는 모든 경우에 자동적으로 파면결정을 하도록 규정하고 있는 것으로 볼 수도 있지만, 헌법재판소도 실시하고 있듯이 “직무행위로 인한 모든 사소한 범위만을 이유로 파면을 해야 한다면, 이는 피청구인의 책임에 상응하는 헌법적 징벌의 요청 즉, 법익형량의

263) 헌법 제79조 제3항은 사면권의 법률주의를 정한 것으로 사면권을 남용할 것을 예상하여 그 한계와 범위를 규정하기 위한 것이라는 견해에 대해서는 구병삭, 신한국헌법론, 일신사, 1990, 752-753 참조.

264) 또한 이런 사면철회제도를 입법부심사방식(legislative review)의 방식을 취하지 않고 대신 명시적으로 사법심사(judicial review)의 대상이 되도록 헌법과 법률을 설계하고 입법하는 방안도 고려해볼 수 있다. 참고로 독일에서는 사면에 붙인 의무부과가 이행되지 않을 경우 사면의 철회를 사면관청에서 결정하게 되는 방식의 사면철회제도를 두고 있다. 이혜미, 현행 특별사면제도의 개선 과제, 이슈와 논점 제596호, 국회입법조사처, 2013, 3.

265) 예컨대 강민국, 앞의 글에서도 이와 같은 문제를 제기하고 있다. 강민국, 앞의 글, 110 이하 참조.

266) 헌법재판소는 노무현 전 대통령에 대한 탄핵사건의 결정문에서 “우리 헌법은 … 제65조에서 탄핵소추의 사유를 ‘헌법이나 법률에 대한 위배’로 명시하고 헌법재판소가 탄핵심판을 관장하게 함으로써 탄핵절차를 정치적 심판 절차가 아니라 규범적 심판절차로 규정하였고, 이에 따라 탄핵제도의 목적이 ‘정치적 이유가 아니라 범위만을 이유로 하는’ 대통령의 파면임을 밝히고 있다”고 하면서, “직무집행에 있어서의 ‘직무’란, 법제상 소관 직무에 속하는 고유 업무 및 통념상 이와 관련된 업무를 말한다”고 하였다.

267) 헌재 2004. 5. 14. 2004헌나1, 판례집 16-1, 654.

원칙에 위반”되므로, 여기서 말하는 ‘탄핵심판청구가 이유 있는 때’란 공직자의 파면을 정당화할 정도가 되는 ‘중대한’ 범위반의 경우를 의미한다고 하겠다.²⁶⁸⁾

그렇다면 결국 파면결정을 할 것인지의 여부는 공직자의 ‘법 위반행위의 중대성’과 ‘파면 결정으로 인한 효과’ 사이의 법익형량을 통하여 결정된다고 할 것이며, 헌법재판소는 그 기준으로서 “한편으로는 탄핵심판절차가 공직자의 권력남용으로부터 헌법을 수호하기 위한 제도라는 관점과 다른 한편으로는 파면결정이 대통령에게 부여된 국민의 신임을 박탈한다는 관점이 함께 중요한 기준으로 제시될 것”이라고 하고 있다.²⁶⁹⁾ 따라서 헌법재판소는 “탄핵심판절차가 궁극적으로 헌법의 수호에 기여하는 절차라는 관점에서 본다면, 파면결정을 통하여 헌법을 수호하고 손상된 헌법질서를 다시 회복하는 것이 요청될 정도로 대통령의 범위반행위가 헌법수호의 관점에서 중대한 의미를 가지는 경우에 비로소 파면결정이 정당화되며, 대통령이 국민으로부터 선거를 통하여 직접 민주적 정당성을 부여받은 대의기관이라는 관점에서 본다면, 대통령에게 부여한 국민의 신임을 임기 중 다시 박탈해야 할 정도로 대통령이 범위반행위를 통하여 국민의 신임을 저버린 경우에 한하여 대통령에 대한 탄핵사유가 존재하는 것으로 판단된다”고 하면서,²⁷⁰⁾ “대통령의 파면을 요청할 정도로 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’이란, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위로서 법치국가원리와 민주국가원리를 구성하는 기본원칙에 대한 적극적인 위반행위를 뜻하는 것이고, ‘국민의 신임을 배반한 행위’란 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’에 해당하지 않는 그 외의 행위유형까지도 모두 포괄하는 것으로서, 자유민주적 기본질서를 위협하는 행위 외에도, 예컨대, 뇌물수수, 부정부패, 국가의 이익을 명백히 해하는 행위가 그의 전형적인 예”라고 하고 있다.²⁷¹⁾

결국 이와 같은 헌법재판소의 입장에 비추어 본다면 대통령의 사면권의 남용의 문제는 위 중 첫 번째 기준, 다시 말해 ‘헌법수호의 관점에서 중대한 범위반’으로 볼 수 있는지, 즉 해당되는지의 여부에 달려있다고 할 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 대통령제를 택하고 있으며 대통령에게 명문상 큰 제약없이²⁷²⁾ 사면권을 헌법상 부여한 미국의 경우에 앤드류 존슨(A. Johnson) 대통령에 관한 당시 탄

268) 위 판례집, 같은 면.

269) 위 판례집, 655-656.

270) 위 판례집, 656.

271) 위 판례집, 같은 면.

272) 다만, 헌법명문상 탄핵된 자에 대한 사면은 명문으로 금하고 있다. 본문의 설명은 이 이외에 다른 명문의 제약은 없다는 의미이다.

핵 사유 중의 하나는 바로 사면권을 부당하게 남용하였다는 이유에 있었다는 역사적 사실은 우리에게 분명 시사점이 있다.²⁷³⁾

5. 정치적 책임을 통한 통제 여부

그렇다면 과연 우리 헌법상으로 대통령이 사면권을 남용할 시에 정치적 책임을 지는 것인지 여부도 생각해 볼 필요성이 있다.

이에 관해서는 만연히 우리의 대통령도 이에 관한 정치적 책임을 진다고 보는 견해들이 많으나 생각건대 대통령의 재선이 가능한 미국과 달리 우리 대통령은 단임제로서, 다음의 대통령 선거에 나올 수 없으므로 선거를 통한 정치적 책임의 추궁이라는 통제 요소는 크게 효과적인 것이 아니라는 결론을 내릴 수 있다.

273) William Duker, “The President’s Power to Pardon: A constitutional History,” 18 Wm. & Mary L. Rev. 475, 525 n.258 (1977). 앞서 본 바와 같이 트라이브(Tribe)가 우리와 같이 대통령제를 택하고 있는 미국의 경우 대통령의 사면권 남용에 대한 통제장치로서 몇 안 되는 선택지 중에 탄핵을 제시하고 있다는 사실도 중요한 시사점을 준다.

VI. 결론

(1) 이 연구에서는 먼저 사면에 대한 연혁적 검토를 통해 우리의 사면법이 간단한 형태로 마련되었던 것은 그 당시의 특수하고 우연한 사정에서 비롯된다는 점을 확인하였다. 그리고 사면제도에 대한 비교법적 검토 결과 국가수반의 사면권 행사가 정치적으로 남용되는 사례가 많았다는 경험에 근거하여 세계 각국은 사면권의 행사에 다양한 법적인 제한을 부과하고 있는 경우가 많다는 점도 발견할 수 있었다. 즉, 우리의 현행 사면제도와 달리 다양한 헌법적·법률적 통제를 거치도록 하고 있다는 점을 확인하였다.

(2) 사면권의 본질에 대해서는 크게 보아 두 입장으로 구분될 수 있다. ① 현대의 사면은 옛 왕권시대의 그것과 기본적으로 ‘동일’한 형태로 현대에도 이어져왔고 그와 같다는 입장, ② 현대의 사면은 현대 입헌민주주의국가가 왕권의 시대와는 ‘단절’된 것이고 사면도 헌법적 통제를 받으므로 예전의 사면과는 본질적으로 다르다는 입장이다. 이러한 입장 차이가 실제 헌법재판에서 가장 선명하게 드러난 사례는 바로 독일연방헌법재판소의 1969년의 결정이었다.

(3) 첫 번째 입장(①)과 같은 관점, 즉 사면은 군주적 특권(大權)의 행사로서의 ‘은사’에 순수히 그 연원을 두고 있다는 인식에서, 사면권은 근대 이후의 권력분립과는 아예 무관한 것이며 그에 의한 제약이나 한계는 받지 않는다고 보는 관점이 현대에도 존재하지만, 이는 현대의 입헌주의국가 하에서의 국가수반의 지위 및 권한에 관한 잘못된 이해에 기반하고 있다. 현대 입헌·법치국가에서 모든 국가권력은 헌법 및 법률에 의해서 형성되고 그 어떠한 종류의 국가권력도 아무런 내재적·시원적 한계 없이 존재하고 있는 것이 아니라고 할 것이다.

(4) 사면권의 본질에 대한 위와 같은 현대적 이해를 바탕으로 할 때, 사면권의 한계 및 통제가능성 여부도 명확히 답해질 수 있다. 즉 헌법상 권력분립원칙에 따라 항상 국가권력 상호간의 통제와 억제는 필요하며, 사면권도 헌법에 의하여 비로소 규정된 대통령의 권한이기 때문에 헌법적 또는 법률적 한계 범위 내에서만 그러한 권한의 행사가 정당화

된다고 할 것이다. 또한 자의적 사면권의 남용을 방지하여 법치주의를 수호하며, 수형자 및 일반 국민의 기본권(특히 평등권)을 보장한다는 측면에서 사면권 행사에 대한 사법심사는 가능하다고 보는 것이 이론적으로나 해석적으로 타당하다. 사법심사 부정론의 근거로 주장되는 어떠한 논거도 현대 입헌주의의 틀 내에서는 그 타당성을 전혀 인정할 수 없거나 인정하기에는 큰 무리가 따르는 것이라 할 수 있다.

(5) 한편, 우리 현행 법체계상으로는 헌법상 한계를 넘은 대통령의 사면권 행사가 있는 경우, 이론적으로는 이 행사가 사법심사의 대상이 된다고 보더라도, 실제로 그와 같은 사면권 행사를 사법적인 방법으로 쟁송할 수 있는 방법이 쉽게 가능하다고 말하기는 어렵다. 우리 현행 법제를 볼 때는 이러한 사면권 행사를 다룰 수 있는 적당한 행정소송형태는 없다고 볼 수 있다. 다만, 사면에서 제외된 자는 사실관계적 관련성 및 법리구성에 따라 평등권의 위반을 이유로 헌법소원을 제기할 수 있을 것으로 본다.²⁷⁴⁾ 이는 실무적으로는 자기관련성을 얼마나 넓게 인정할 수 있을 것인가라는 점과 맞닿게 된다. 요컨대, 헌법상 한계를 넘은 대통령의 사면권 행사는, 이론적으로는 사법심사의 가능성을 긍정할 수 있다고는 하더라도, 현실적으로 사법심사를 통해 다루는 것은 매우 까다롭거나 드물게만 가능함을 인정할 수밖에 없다.

(6) 그러나 이렇게 사법심사가 드물게만 가능하다고 하더라도 재판기관이 그러한 사법심사의 가능성을 애초에 불가능한 것으로 여겨서는 안 될 것이다. 독일 바이에른 주헌법 재판소가 사면관련결정의 사법심사가가능성을 긍정하며 명시적으로 실시한 것과 같이 “현대 법치국가에서 자의성은 드물게 되었다는 사실이 헌법재판소에 대한 청구의 허용성을 반대하는 근거가 될 수는 없”는 것이다.²⁷⁵⁾

그런데 우리의 사법적 판단은 현재까지는 이러한 결론과 방향을 같이 하지는 않는다. 우리 대법원은 사면은 ‘통치행위’로서 그 본질상 원칙적으로 법적인 제한이나 사법심사의 대상이 될 수 없다고 판단한 바 있다. 헌법재판소는 그 결정례 중에서는 사면과 관련해 여러 번 사건이 접수된 바 있으나 본격적으로 사면의 사법심사 가능성에 대해 심도있게 논한 결정례는 없는 것으로 파악된다.

274) 同旨 한수용, 헌법학 제7판, 법문사, 2017, 1258.

275) BayVerfGH, Entscheidung vom 6.12.1965; NJW 1966, 443ff. (Heft 10).

하지만 외국에서는 적어도 이론적으로는 이러한 사법심사의 가능성을 긍정하는 입장이 판례에서 명시된 경우가 적지 않고(앞서 본 바이에른 주헌법재판소의 법정의견, 독일 연방헌법재판소의 가부동수결정에서 심사가능성을 긍정하였던 4인의 의견 등), 심지어 이론적 인정을 넘어 실제로 사법심사를 행한 예까지 존재하고 있으며, 더 나아가 특정한 사면행위가 실제로 무효임을 확인한 예도 있었다(피지, 팔라우, 가이아나의 판례들). 여기에서 우리가 얻을 수 있는 시사점은, 먼저 이와 같은 예들에서 전제되고 있는 사면의 본질은 현대 입헌주의의 틀 내에서의 제도라는 속성이며, 따라서 사면에 대해서도 법적 한계는 존재한다는 입장에서 출발한다는 것이다. 이러한 입장에 기반할 때, 사법부의 사법심사의 가능성도 일정한 조건하에 긍정될 수가 있다.

(7) 한편, 입법적 개선을 통해 사법적 판단 이외에 사면권의 남용을 통제하는 방안 역시 고려할 수 있다. 즉 법률에 의한 사면권의 절차적 실체적 통제를 더욱 도모할 필요가 있다. 우리 헌법에서는 사면권의 법률주의를 규정하고 있다는 점을 인식하고, 사면의 본질은 현대에서는 더 이상 군주의 주관적 판단에 따른 은혜가 아니라 헌법국가내의 장치로서 ‘법이념과 타이념간의 조화’, ‘정의와 합목적성간의 조화’를 실현하기 위해 마련된 것이라는 점을 이해할 때 이것은 헌법내재적 한계를 준수해야 할 뿐만 아니라 권력분립적인 측면에 있어서도 법률에 의해 구성될 한계를 준수해야 한다는 요구가 도출된다. 헌법개정이 쉽지 않다는 점을 감안할 때, 입법자는 이러한 법률적 한계를 적극적으로 구성하여 권한의 남용의 소지를 줄이면서 또한 국민 다수의 법치주의적 국가인식이 흔들리는 사태를 방지할 수 있는 합헌적 사면제도를 입법을 통하여 더욱 구체화하고 제도화하여 나가야 할 필요성이 절실하다고 하겠다.

〈별첨〉

독일연방헌법재판소 BVerfGE 25, 352 1969년 4월 23일 제2재판부의 결정(사면결정의 사법심사가가능성에 관한 결정)²⁷⁶⁾의 본론 부분(C.) 전문번역

독일연방헌법재판소는 사면관련결정에 관한 사법심사가가능성 여부가 쟁점이 된 1969년의 결정²⁷⁷⁾에서 4:4 가부동수의 결론을 내린 바 있다.

이 결정에서 각하 의견의 4인의 재판관은 현재 독일의 사면은 역사적으로 이어져 내려온 형태(즉 왕국 시대에 있었던 것과 같은 형태)로 기본법에서 수용하였던 것이라고 인식하고 있다 (I).

인용의견의 4인의 재판관은 “독일 기본법에서 사면권을 …(중략)… 권력분립원칙을 해제하는 제도로 수용한 것은 아니”며, “특수한 카리스마를 발휘하는 인물이 본인 마음대로 사법의 적용을 받지 않는 사면행위를 할 수 있다는 과거의 생각은 모든 국가권력이 국민을 바탕으로 하는 법치주의 및 권력분립을 핵심으로 하는 독일 연방공화국의 헌법과 일치하지 않는다”라는 입장을 명백히 밝혔다 (II).

이하의 이러한 ‘사면의 본질’을 중심으로 사면의 정당화근거, 사면과 권력분립과의 관계, 사면권의 한계, 사면의 사법심사가가능성에 관한 입장 차이가 양극적으로 뚜렷하게 드러난 대표적이고 모델적인 예인 이 1969년의 결정례의 본론 부분(C.)을 전문 번역하여 참고가 될 수 있도록 제공한다.

276) 譯註(이하에서 특별히 표시 되지 않으면 모든 각주는 역자인 연구자의 譯註임):

이 주제명은 학자들이 붙인 것임. “Zur Frage der Justitiabilität von Gnadenentscheidungen”

[http:// www.servat.unibe.ch/dfir/bv025352.html](http://www.servat.unibe.ch/dfir/bv025352.html) 참조.

277) BVerfGE 25, 352 (363ff.).

C.

헌법소원청구인은 사면의 거부(Ablehnung eines Gnadenerweises)는 기본법 제19조 제4항(Art. 19 Abs. 4 GG)에 따라서 법원의 사후적 심사를 받아야 한다고 주장한다. 본 재판부(Senat)는 이 쟁점에 관한 판단²⁷⁸⁾에서 찬반 동수(同數)의 결과가 나왔다. 그러므로 연방헌법재판소법 제15조 제2항 제4문(§ 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG)에 의거할 때²⁷⁹⁾, 헌법소원의 대상이 된 결정이 기본법 제19조 제4항을 위반하는 지 여부에 대한 확인은 이루어질 수 없다.

I.

연방헌법재판소법 제15조 제2항 제4문에 근거한 의견에 따르면²⁸⁰⁾ 기본법 제19조 제4항은 사면기각 결정에 적용되지 않는다.

1. 입법자는 사면권(Begnadigungsrecht) 제도를 역사적으로 이어져 내려온 형태로 기본법 제60조 제2항²⁸¹⁾에서 수용하였다. 이 조항은 독일제국(Kaiserreich)의 법현실(Rechtszustand)을 반영한 바이마르 헌법 제49조 제1항을 모방하였다. 이 기본법 제60조 제2항은 사면 제도의 어떤 새로운 규정도 담고 있지 않다. 또한 기본법 제정 당시를 역사적으로 고찰해 보더라도 새로운 사면제도를 마련해서는 안 된다는 점을 알 수 있다. 제헌의회 중앙위원회(Hauptausschuss)는 사면권의 내용을 논의하지 않았고 사면권을 당연한 것으로 전제하였으며, 단지 일반사면(Amnestie)의 문제만을 논의하였다. 본회의(Plenum)에 제출한

278) 즉 사법심사가능성 여부에 대한 쟁점을 말한다.

279) 연방헌법재판소법 제15조 제2항 제4문에 의거하면, 이와 같이 가부동수가 되면, 이의가 제기된 바가 기본법을 위반하는 지 여부에 대한 확인은 이루어질 수 없기 때문에, 이 결정의 결론은 결국 ‘인용’으로 귀결되지 못하였다.

280) 이하는 사면은 기본법 제19조 제4항의 공권력에 해당하지 않아 심사가능하지 않다고 본 4인의 의견이다. 즉 연방헌법재판소법 가부동수조항에 의거해, 이 결정의 공식적 견해가 되는 연방법 위반이 아니라는 취지의 재판관 4인의 견해다.

281) “연방대통령은 개별적인 사안에서 연방을 위하여 사면권을 행사한다.” 즉 연방대통령에게 특별사면권을 부여하는 내용이다. 독일의 경우 일반사면은 헌법에 규정되어 있지 않다.

보고서에서 중앙위원회 의장은 연방대통령의 지위가 이전의 제국대통령(Reichspräsident)²⁸²⁾의 지위보다 훨씬 낮지만, 사면권과 같이 제국대통령이 행사한 특정 권한이 “남아있다”고 지적하였다.

주(州)헌법에 대해서도 마찬가지이다. 사면권에 대한 규정 원문뿐 아니라 이 규정에 대한 자료 모두 과거부터 이어져 내려온 사면권을 수정해야 한다는 근거를 제시하지 않는다. 제헌 심의과정(Verfassungsberatung)에서 권력분립을 원칙으로 하는 법치국가에서 존재하는 전통적인 사면제도 정당성에 대해서 어떤 의구심도 제기되지 않았다.

2. 기본법 제60조 제2항²⁸³⁾에서 명시하였듯 사면권은 세부적으로 봤을 때 확정력이 부여된 형벌의 전체나 일부를 면제하고, 이를 변경하거나 형벌 집행을 중지하는 권한을 의미한다. 사면권은, 권리구제절차(Rechtsweg)²⁸⁴⁾를 통해 내려졌고 이러한 권리구제절차에서는 더 이상 번복할 수 없는 결정을 “다른” “특수한” 방법으로 수정할 수 있는 가능성을 제시한다.

독일법에서 사면권은 왕국이 형성되면서 등장하였다. 사면권은 물론 더 이상 제의적이고 종교적인 개념을 바탕으로 하지 않지만, 통치자 개인과 그의 왕권신수설(Gottesgnadentum)과 매우 긴밀히 연관되며 카리스마적 자비와 은혜로운 의도의 축성으로 이행되었다. 또한 사법권을 통치 권력의 일부이자 결과로 간주되었기 때문에, 통치자에게만 “사면”으로 모든 법적 사건에 개입을 할 수 있는 권한을 부여하는 것이 당연하였다.

“사면으로 판결하기”(Richtens mit Gnade) 또는 “사면에 따라 판결하기”(nach Gnade)라는 중세시대 특유의 현상이 형성되었는데 이 때 사면은 재판관의 행위 자체와 결부되었다. 즉 판사에게도 사면이 위임된 것이다. 그러나 사면 시 참회라는 목적으로 벌금의 부과를 허용하고 이 벌금이 판사에게 흘러 들어가면서 사면제도가 황폐화되었고, 특히 군주(landesherrlichen)의 권력이 강화되면서 군주만 사면권을 행사한다는 원칙이 관철되면서, 이와 같은 새로운 사면은 더 이상 유지되지 않았다. 이와 같은 상황에서 사면권이 19세기 독일 국가들(deutsche Staaten)의 모든 헌법과 독일제국(Kaiserreich) 헌법에서도 군주의 우선권(Prärogative)으로 인정을 받게 되었다. 사회상황이 변화하고 국가권력과 분리되고 통치자로부터 독립적인 사법권이 형성되면서 사면은 기존의 의미와 더불어 형법

282) 즉, 바이마르 헌법상의 제국대통령을 말한다.

283) 앞서 본 바와 같이, 연방대통령에게 특별사면권을 부여하는 조항이다.

284) 기본법 Art. 19 Abs. 4(제19조 제4항)에서 말하는 ‘권리구제절차’라는 문구를 염두에 두고 있다. 해당 조항은 다음과 같다. “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 마련된다. (하략)”

의 가혹함을 상쇄하고 형법 판결의 정당성에 대한 의구심을 정당하게 평가할 수 있는 수단이라는 중요성도 얻게 되었다. 그러나 군주의 사면권에는 카리스마적 정신의 흔적이 남아 있었다. 군주는 왕실가족 내 특별한 사건을 계기로 또는 빌헬름 2세가 통치 25주년을 기념해 24,000명의 민간인을 개별사면(Einzelbegnadigung)했던 것처럼 사적인 사건을 계기로 사면권을 행사하였다(참조: Hippel, Deutsches Strafrecht(독일 형법), 1930, II. Band, S. 574).

바이마르 제국헌법이 사면제도를 수용하고 상세한 설명과 통일된 규정 없이 민주주의 국가 수반에 사면권을 이양하면서, 현대적인 민주사회에 적합하지 않은 불합리한 요소는 탈락할 수밖에 없었다. 사면권은 여전히 법의 가혹함과 판결에서 발생한 오류, 추후에 일 반적인 상황이나 개인적인 상황의 변화로 발생한 불공평성을 상쇄하는 역할만을 이행하였다. 따라서 일반 대중은 이 제도를 수용하고 필요한 것으로 간주한다. 사면권은 형벌을 보완하는 제도가 되었다.

기본법 제정자는 형사재판권의 필수적인 보완으로서 사면권을 어떤 형태로 마련해야 하는가라는 문제에 직면했다. 형법 결정의 가혹함과 불공평성(Unbilligkeiten)의 상쇄는 다양한 방식으로 실현될 수 있다.

Ihering은 사면업무에 최고법원 즉 “정의법원”(Gerechtigkeitsgerichtshof)의 투입을 제안하였다(“법의 목적(Der Zweck im Recht)” 제I권 (1884), S. 427 ff.). 그에 따르면 이 법원에 임명된 재판관은 “이 법원이 언젠가는 국가권력의 자의로 조정되는 도구가 될 수 있다는 모든 우려”를 사전에 불식시킬 수 있다고 한다. 오스트리아에서 논의 중인 사면 권의 새로운 규정 또한 이와 같은 방향으로 진행 중이다. 이 논의는 평등원칙과 민주주의 원칙 및 법적 안정성 측면에서 사면권이 직면한 긴장관계는 사면권 처리 조건의 세부 규정과 이론의 여지가 없도록 사면권한(Gnadenbefugnisse)을 확정하는 것을 통해서만 해소할 수 있고, 상위법원이 사후심사적 통제를 실시하면서, 판결을 내리는 법원(erkennendes Gericht) 등 법원이나 중앙 법관 합의기구에 사면권을 이양하면 강화된 안정성을 보장할 수 있다는 점을 바탕으로 한다(참조: Klecatsky, Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrecht(사면권의 국가법적 뿌리), (Österreichische) Juristische Blätter ((오스트리아의) 사법지, 89, 1967년, Seite 445 ff.). 바로 이 점에서 실제 진정한 “사면의 법제화”(Verrechtlichung der Gnade)가 이루어진다.

기본법 제정자는 위에서 설명한 길을 가지 않았고, 대신 역사적으로 이어져 내려온 사

면권 형태를 유지하였다. 기본법은 사면권 이행을 특정 규범조건과 결합하지 않았다. 기본법은 입법자에게 이와 같은 조건을 마련할 의무를 부과하지 않았고 이에 대한 가능성 또한 전혀 열어놓지 않았다. 왜냐하면 이는 연방대통령과 주(州)정부나 주(州)총리에 사면권의 무조건적인 위임으로 허용할 수 없는 구속과 제한을 의미할 수 있기 때문이다. 이에 따라 사면권의 어떤 법적 규정 또한 마련되지 않았다. 소위 사면규정(Gnadenordnungen)은 재판에 대한 행정 내부의 지시만을 의미한다. 자를란트 주헌법 제95조 제2항에 따라 1948년 3월 2일과 8월 5일 반포된 법적 규정과 라인란트 팔츠 주헌법 제103조 제1항에도 불구하고 1948년 4월 15일 반포된 사면권 새 규정에 대한 라인란트 팔츠 법에서도 실체법적 규정은 마련되지 않았다.

4. 이에 따라 기본법 제60조 제2항은 법적 재판 가능성이 충분하지 않을 때 도움을 제공하거나 문제를 바로잡으면서 개입할 수 있는 사면권보유자의 직(Amt)에 부여된 권한을 정당화한다. 포기, 명령 또는 면제 등 사면행위에 어떤 법적 성격을 규정하는가와 상관없이, 사면행위는 어찌됐든 사법부에 대한 행정부의 개입을 의미하며 원래 이와 같은 사법부 권력 개입은 권력분립 원칙에서는 낯선 행위이다. 그러나 기본법은 사면권을 역사적으로 이어져 내려온 형태로 수용하고 이를 행정기관에 위임하면서, 권력분립을 수정하였고 사면권보유자에게 개별 사면(Einzelbegnadigung)에서 특수한 성격의 형성권한을 부여하였다. 사면제도는 따라서 법원에의 제소로 행정부의 개입에 저항할 수 있도록 보장해야 하는 보호장치와 권력교차 및 균형(Gewaltenverschränkungen und -balancierungen)의 적용을 받을 수 없다. 기본법 체계와 전체구조를 통해 기본법 제19조 제4항이 사면결정에는 적용되지 않는다는 점이 도출된다. 연방행정법원에서 거의 만장일치로 내린 판결(참조: BVerwGE 14, 73 ff.)과 문헌에서 확인할 수 있는 통설(참조: 예) K. Peters, Strafprozeßrecht(형사소송법), 1966, S. 610)을 통해 사면을 인정하는 행위나 기각하는 결정 모두 법원의 심사를 받지 않는다고 가정할 수 있다.

기본법을 통해 이와 같은 사면결정의 취소가능성의 배제가 도출되기 때문에 이와 같은 공법(또는 공공권력의) 행위가 개인의 권리를 침해하는가에 대한 문제를 더 이상 논의할 필요가 없다.

이에 대해 하위 기관에의 사면권한 위임과 사면규정(Gnadenordnungen)의 상세한 절차규정으로 사면제도가 관료적 절차화되었고 소위 “작은 동전”(Dürig)²⁸⁵⁾으로 절차되어 사

285) 작은 동전(Kleine Münze)은 주로 저작권법에서 형식적으로는 법적 보호를 받는 저작물이지만 실질적으

면제도가 평범한 행정행위 수준으로 전락하였고 사면거부결정은 적어도 이런 점에서 법원의 사후심사를 받아야만 한다는 반론을 제기할 수는 없다. 물론 연방과 주의 사면권보유자는 이 권한을 개별 장관들에, 그리고 사면업무의 광범위한 부분을 법무부장관에 위임하였다. 그러나 집행유예를 제외한 다른 사면업무를 “하위기관”에 위임하지 않았다. 1935년의 사면규정을 아직 적용하고 있는 연방뿐 아니라 새로운 사면규정이 제정된 주에서도 주 검찰총장이든 고등검사(Oberstaatsanwälte)든 하위기관에는 “법무부장관의 이름으로” 간헐적으로 사면청원을 거부하는 권한만이 부여된다. 어찌됐든 사면 인정이나 거부를 결정하는 법무부장관에게 탄원(또는 이의제기)을 제기하는 것은 가능하다. 그러나 개별 사면(Einzelbegnadigung)의 특수성 또한 간과해서는 안 된다.

이와 같은 특수성으로는 사면행위가 수혜자의 동의나 찬성 없이 그리고 심지어 이들의 의사에 반할 수 있다는 점을 들 수 있다. 또한 사면을 요구할 수 있는 권리가 없다는 점도 사면행위의 또 다른 특수성이다. 따라서 이와 같은 권리를 침해할 수 없다. 고려해 볼 수 있는 동기와 관련해 재량의 자유를 법원이 심의하기 위해서는 구체적인 기준이 부족하다. 따라서 기본법 제정자가 거부된 사면 행위에 대해 법원의 사후심사가능성을 배제하고 사면권 처리 시 발생하는 남용행위에 헌법기관이 정치적 책임을 지도록 위임한 것은 매우 논리적인 결과였다.

로 창의적인 요소가 매우 적은 것을 가리킨다. 여기서는 사면제도가 관료화되어 여전히 형식적으로는 통치자의 고권행위이지만 실질적으로는 단순한 행정행위처럼 되었다는 점을 의미하는 것으로 보인다.

II. 286)

[譯註: 이하 다른 4인의 의견]

다른 의견을 보인 4인의 재판관의 견해에 따르면, 기본법 제19조 제4항은 자의적 사면 결정에 대한 권리구제방법(Rechtsweg)을 내포하고 있다.

1. 기본법에서 사면권을 *jus eminens*(사법에 국가가 개입할 수 있는 권리)에서 발생하고 권력분립원칙을 해제하는 제도(Verwaltungsinstitut)로 수용한 것은 아니었다. 특수한 카리스마를 발휘하는 인물이 본인 마음대로 사법의 적용을 받지 않는(*justizfreie*) 사면행위를 할 수 있다는 과거의 생각은 모든 국가권력이 국민을 바탕으로 하는 법치주의 및 권력분립을 핵심으로 하는 독일 연방공화국의 헌법과 일치하지 않는다. 주헌법으로 사면권이 위임된 주행정기관의 권리²⁸⁷⁾와 마찬가지로 세부적으로 연방을 위해 사면권을 행사하는 연방대통령의 권리(기본법 제60조 제2항) 또한 기본법 제19조 제4항으로 형성된 포괄적인 법치국가 관계에서, 즉 기본법에 따라 개인과 공권력 간 관계를 의미하는 법치국가 관계에서 분리될 수 없다.

따라서 합헌적인 법치국가 질서에서 사면행위는 재판과 현재 법적 규정에 대한 체제에 어긋나는 개입을 더 이상 담고 있지 않다. 법원은 입법자가 제정한, 추상적으로 명시될 수밖에 없는 규범을 세부적으로 적용해야 한다. 법의 예측가능성과 안정성을 위해 법규정은 일반적이어야 하고 정형화된 형태로 처리되어야 한다. 반면 정의(*Gerechtigkeit*)는 그 본질과 내부 구조에 따라 항상 구체적이고 개별화된 세부상황과 관련된다. 법치국가 질서에서 사면행위는 법률에 합치하는 판결이 개인의 정의라는 계명(*Postulat*)과 예외적으로 충돌할 경우, 이 판결이 미치는 영향을 수정하는 역할을 한다.

따라서 사면권보유자는 합헌적 규정 틀에서만 그리고 특히 기본법 제1조 제3항과 제20조 제3항으로 형성된 한계 내에서만 사면권을 행사해야 한다. 긍정적이든 부정적이든 모든 사면 결정은 세부적으로 기본법에서 구체화한 정의개념에 기반을 둔 동기를 바탕으

286) 이하는 기본법 제19조 제4항의 공권력에 해당하므로 심사가능하다고 본 4인의 의견임

287) 판결문에서는 작은 글씨로 다음의 조항들을 언급하고 있다. 바덴 뷔르템베르크 Art. 52; 바이에른 Art. 47; 브레멘 Art. 121; 함부르크 Art. 44; 헤센 Art. 109; 니더작센 Art. 27; 노르트라인 베스트팔렌 Art. 59; 라인란트 팔츠 Art. 103; 자를란트 1948년 3월 2일 법령(ABl. S. 447)과 1948년 8월 5일 법(ABl. S. 1033)과 연관해 Art. 95; 쉘레스비히 홀슈타인 Art. 27

로 해야 한다.

따라서 사면과정에서 법적 판결을 자의적이고 경솔하게 무효화한다면 헌법합치적 질서(verfassungsmäßigen Ordnung) (기본법 제20조 제2항, 제92조)와 불일치한다고 할 수 있다. 반면 가해자와 그의 가족이 법률에 합치하는 형사유죄판결로 겪고 있는 운명과 형벌 집행이 전체 이해관계에 미치는 영향(BVerfGE 10, 234 [246]) 및 유죄선고를 받은 이의 인격을 사면결정에서 고려하는 것은 적법하다. 정의에 관한 고려들로 형벌이 이미 집행 종결 전 자체 목표를 달성했다는 결론을 내릴 수도 있다. 정의를 기반으로 하는 사면은 법을 무시하는 것이 아니다. 이는 범죄행위와 관련된 판결이 유죄판결을 받은 이와 공동체에 중요한 의미가 있도록 기여한다.

규범적 파악(normativen Erfassung)에서 사면결정의 복합적인 동기는 고려대상에 산입되지 않는다. 기본법과 주헌법에 따라 사면권 이행을 위임 받은 공직자는 원칙적으로 자유 재량에 따라 결정을 내릴 수 있다. 이와 같은 재량에 따라 기본법 가치질서에서 봤을 때 거부할 수 없는 근거를 바탕으로 사면을 기각할 수 있다. 이 결정은 청원자(Petent)의 권리를 침해하지 않는다. 사면권이 자의적 처리로 남용된 경우에만, 유죄판결을 받은 이는 기본법 제1조와 제3조²⁸⁸⁾에 근거를 두고 있고 법치국가에 합치한 사면결정에 대한 권리, 즉 차별받지 않고, 공정하며, 사안의 본질과 관련된 사면 결정에 대한 본인의 권리가 침해되었다고 할 수 있다. 마찬가지로 기본법 제1조 제1항²⁸⁹⁾을 위반하거나 기본권의 본질을 침해하는 상황에서 사면은 허용되지 않는다. 사면청원은 관할 기관이 수용, 심사, 결정해야 한다. 사면은 사실 철저하게 법제화된 상태는 아니지만, 사면을 부여하는 것이든 거부하는 것이든 법적인 한계가 있다(begrenzt).

2. 기본법 제19조 제4항에 따라 공권력의 개입으로 인한 개인의 권리 영역 침해에 법원이 최대한 빈틈 없는 보호를 제공해야 한다는 법치국가적 요구를 할 수 있다(BVerfGE 8, 274 [326]). 판결과 입법 행위는 기본법 제19조 제4항에 따른 공권력에 속하지 않는다(BVerfGE 15, 275 [280], BVerfGE 24, 33 [49 ff.]). 반면 시민의 권리에 개입하는 행정기관의 행위는 법원에 의한 사후심사를 거쳐야만 한다(BVerfGE 10, 264 [267]). 개별사면(Einzelbegnadigungen)은 판결도, 입법 행위도 아니다. 사면권보유자는 헌법적 지위에 따라 행정부에 속한다. 이들이 사면권을 행사하면, 판결 집행을 포기하면서 행정기관의

288) 제1조는 인간의 존엄에 대한 조항이고, 제3조는 평등 조항임.

289) “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

역할을 이행하게 된다. 법현실에서는 일반적으로 하위 관청이 사면을 행정적으로 처리하고 결정을 내린다. 기본법 제19조 제4항은 따라서 사면결정에 대한 권리구제방법 또한 가능하게 하는 것이다.²⁹⁰⁾ 법원은 사면결정이 실체법적으로 기본법이 보장한 최소 수준의 정의 요구(Mindestanforderungen)에 부합하고 법치국가와 합치하는지 사면결정을 검토해야 한다.

3. 형법분야에서 사면결정을 사법행정행위로 분류하여 법원조직법 시행에 관한 법률 제23조 이하에 따른 재판으로 헌법에서 요구하는 권리구제방법이 가능한지, 또는 기본법 제19조 제4항 제2문을 통한 보충적인 통상적 권리구제방법(subsidiärer ordentlicher Rechtsweg)으로만 자체적인 고권행위인 사면결정에 이의를 제기할 수 있는가에 관해서는 판단을 내릴 필요가 없다. 보충적인 통상적 권리구제방법 내에서 법원조직법 시행에 관한 법률 제23조 이하에 따른 재판이 사실관계와 가장 관련이 있는 재판이기 때문이다. 따라서 뮌헨 주고등법원은 헌법소원 청구인이 제시한 법적 근거와 함께 이 청구를 부적합한 것으로 각하해서는 아니 되었다. 청구의 적합성에는 다른 이의도 제기된다. 이를 결정하는 것은 헌법재판소의 사안이 아니다. 이의가 제기된 당해 결정은 기본법 제19조 제4항을 침해하기 때문에 여기서 제기된 견해에 따라 파기되어야만 했다.

290) 따라서 기본법 제19조 제4항은 사면결정에 대한 권리구제 또한 내포하고 있다고 해석해야 한다는 뜻임.

참 고 문 헌

I. 국내문헌

1. 단행본 및 학위논문

- 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.
양 건, 헌법강의, 법문사, 2014.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2013.
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2016.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2014.
한수웅, 헌법학, 법문사, 2018.
홍성방, 헌법학(하), 박영사, 2014.
허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.
강민국, 대통령 사면권의 문제와 개선방안, 경남대학교대학원 박사학위논문, 2012.
정현미, 황지태, 사면제도의 현황과 재조명, 한국형사정책연구원, 2003.

2. 논문

- 강민국, “대통령 사면권의 문제와 개선방안”, 경남대학교 대학원 박사학위논문, 2011.
고문현, “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제방안”, 공법학연구 제11권 제2호, 2010.
고문현, “제19대 국회 사면법 개정안에 대한 평가”, 공법학연구 제14권 제2호, 한국 공법학회, 2013.
고문현, “제왕적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 세계헌법연구 제13권 제2호, 2007.
고문현, “한국의 사면 현황과 개정사면법령에 대한 평가”, 세계헌법연구, 2008.
김동련, “사면권에 대한 현황 및 입법정책적 고찰”, 토지공법연구 제61집, 2013.
김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 헌법학연구 제8권 제4호, 2002.
김민배, “사면권에 대한 국민감정과 법논리간의 갈등”, 시민과 변호사 제40호, 서울 지방변호사회, 1997.

김민우, “대통령 사면권 행사의 한계와 법치주의”, 공법학연구, 2016.

김병록, “미국의 사면 현황 및 주요 사면 사례”, 조선대학교 법학논총, 2018.

김성천, “사면권의 법적 한계”, 법정논집, 1999. 12.

김영수/남광호, “사면권행사의 한계와 사면법의 개정방향”, 성균관법학 제15권 제1호, 2003.

김종덕, 사면권 행사의 통제와 사면법의 개정방향, 한국법학회 법학연구, 2015.

김형성/정순원, “대통령 사면권에 관한 개정 논의”, 성균관법학 제17권 제1호, 2005.

김형성·정순원, “대통령 사면권에 대한 개정논의”, 성균관법학, 2005.

문채규, “사면의 형법체계적 위치와 한계”, 형사법연구 제24호, 2005.

문채규, “특별사면의 정상화를 위한 법적 정비”, 형사정책 제27권 제3호, 2015.

박광현, “대통령 사면권의 정당성과 한계”, 인하대학교 법학연구, 2014.

박광현, “대통령의 사면권의 정당성과 한계”, 법학연구 제17집 제3호, 2014.

박달현, “사면의 정당성과 사면의 현대적 의의”, 교정연구 제40호, 2008.

박진애, “헌법에 합치하는 사면제도의 모색”- 독일 사면제도와 비교법적 연구를 중심으로 -, 헌법학연구 제15권 제3호, 2009.

박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구”, 교정연구 제51호, 한국교정학회, 2011.

베카리아(이수성/한인섭 역), 범죄와 형벌, 길안사, 1999.

변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제12권, 1999.

송기춘, 헌법상 사면권의 본질과 한계, 공법연구. 제30집 제5호, 2002., “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 제30집 제5호, 2002.

오영근, “사면에 관한 비교법적 연구”, 교정연구 제13호, 2001.

이금옥, “대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제”, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999.

이금옥, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 헌법학연구 제12권 제1호, 한국헌법학회, 2006.

이세주, “대통령의 사면권에 대한 비판적 고찰”, 연세대학교 법학연구, 2016

이승호, “사면제도의 개혁을 위한 소고”, 형사정책 제25권 제1호, 2013.

이영주, “사면권 행사 방법의 문제점과 개선방향”, 한국형사정책연구원 연구총서, 2014 등

이영주/송재현/김성배/서보건, “사면권 행사 방법의 문제점과 개선 방향” - 사면권의 본질과 제한 가능성의 방향설정적 기초 마련 -, 연구총서(13-AB-02), 한국형사정책연구원, 2014.

이재상, “사면권의 법치국가적 한계”, 고시계 9월호(통권 제499호), 1998.

이강혁, “헌법상 대통령의 사면권”, 고시계, 1988. 12.

이혜미, “특별사면권의 남용 문제와 개선방안”, NARS 현안보고서 제261호, 국회입법조사처, 2015.

이혜미, “현행 특별사면제도의 개선과제”, 국회입법조사처 이슈와 논점 제596호, 2013.

임 응, “비범죄화론의 의의와 근본사상”, 법률학의 제문제 : 유기천박사 고회기념 논문집, 박영사, 1988

장영수, “정치·사법의 난맥상과 사면의 문제”, 시민과 변호사 제51호, 1998.

정태호, “제68조 제1항”, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015.

정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003.

지성우, “미국의 사면제도에 관한 연구 : 주의 사면제도 비교를 중심으로”, 미국헌법연구제15권 제1호, 2004.

차병직, “사면권행사, 이래서는 곤란하다”, 시민과 변호사 제51호, 서울지방변호사회, 1998.

최 준, “사면제도의 본질과 기능에 관한 연구”, 법학연구 제19권 제3호, 2011.

한인섭, “사면 반세기: 권력정치와 법치주의의 긴장”, 법과 사회 제16권, 1999.

허 영, “대통령의 특별사면권”, 고시계 10월호(통권 제512호), 1999.

3. 기 타

김정범, “대통령의 사면권, 개인의 권리가 아니다”, 법률신문(2013.1.24.일자)

이덕연, “사면법개정안 재의요구이유의 검토”, 법률신문(2004.4.8.일자)

정진경, “사면권은 대통령의 무제한의 특권인가”, 중앙일보(2002.8.9.일자)

박민식, “특별사면 문제와 해법”, 한국일보, 2013년 2월 6일자, 2013.

양낙규, “신·구정권 특별사면 놓고 대립각 세우나”, 아시아경제, 2013년 1월 27일자, 2013.

정대화, “부적절한 사면은 안 된다”, 경향신문, 2005년 6월 29일자, 2005.

조성호, “국익 논리에 늘 휘둘린 靑 들러리 사면심사위”, 세계일보, 2015년 5월 3일자, 2015.

법무부, ‘특별사면 및 복권 실시’, 2003년 4월 29일자 보도자료, 2003.

법무부, ‘광복 58주년 경축 특별사면·복권 및 가석방 실시’, 2003년 8월 12일자 보도자료, 2003.

법무부, ‘부처님 오신 날경축 특별사면·복권 및 가석방 실시’, 2004년 5월 25일자 보도

자료, 2004.

법무부, ‘부처님 오신 날경축 특별사면·복권 실시’, 2005년 5월 13일자 보도자료, 2005.

법무부, ‘광복60주년 경축 특별사면 실시’, 2005년 8월 12일자 보도자료, 2005.

법무부, ‘광복 61주년 경축 특별사면 등 실시’, 2006년 8월 11일자 보도자료, 2006.

법무부, ‘경제살리기와 국민통합을 위한 특별사면 등 실시’, 2007년 2월 12일자 보도자료, 2007.

법무부, ‘특별사면·특별감형·특별복권 실시’, 2008년 1월 1일자 보도자료, 2008.

법무부, ‘정부, 불우 수형자와 생계형 운전자 대규모 사면 - 새로운 출발의 기회제공’, 2008년 6월 3일자 보도자료, 2008.

법무부, ‘정부, 8·15 광복 64주년과 건국 60주년을 맞아 화합과 동반의 시대를 여는 대사면 실시’, 2008년 8월 12일자 보도자료, 2008.

법무부, ‘정부, 8·15 광복 64주년과 건국 61주년을 맞아 서민경제 활성화를 위한 민생 특별사면 실시’, 2009년 8월 11일자 보도자료, 2009.

법무부, ‘이건희 IOC 위원 특별사면 및 특별복권 실시’, 2009년 12월 29일자 보도자료, 2009.

법무부, ‘광복 65주년 경축 특별사면 등 실시’, 2010년 8월 13일자 보도자료, 2010.

법무부, ‘2012년 신년 특별사면 등 실시’, 2012년 1월 10일자 보도자료, 2012.

법무부, ‘특별사면, 특별감형, 특별복권 실시’, 2013년 1월 30일자 보도자료, 2013.

법무부, ‘2014년 설 서민 생계형 특별사면 실시’, 2014년 1월 28일자 보도자료, 2014.

법무부, ‘2015년 광복 70주년 특별사면실시’, 2015년 8월 13일자 보도자료, 2015.

법무부, “2016년 광복 71주년 특별사면 실시” 2016년 8월 12일자 보도자료, 2016.

2007년 사면법 개정 이유(국가법령정보센터 <http://www.law.go.kr>)

2011년 사면법 개정 이유(국가법령정보센터 <http://www.law.go.kr>)

II. 국외문헌

Duker, William F., “The President’s Power to Pardon: A Constitutional History”,
William & Marry Law Review, 1977

Huba, Hermann, “Gnade im Rechtsstaat?” Der Staat 29.1 (1990).

Jorgensen, James N., “Federal Executive Clemency Power”, University of Richmond

Law Review, 1993

Kalt, Brian C., “Pardon Me: The Constitutional Case Against Presidential Self-Pardons.” Yale Law Journal, 1996

Krent, Harold J., “Conditioning the President’s Conditional Pardon Power.” California Law Review, 2001.

Love, Margaret Colgate, “Justice Department Administration of the President’s Pardon Power”, University of Toledo Law Review, 2016

Novak, Andrew, Comparative executive clemency: The constitutional pardon power and the prerogative of mercy in global perspective, Routledge, 2015,

Reynolds, Glenn H., “Congressional Control of Presidential Pardons”, Nevada Law Journal Forum, 2018

Waldhoff, Christian (Hrsg.), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?, Duncker & Humblot, 2014.

사면권의 한계에 대한 헌법적 검토

2019年 9月 2日 印刷

2019年 9月 6日 發行

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : (사)아름다운사람들복지회(1833.9650)

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.