

# 부패행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한 연구

## A Study on the Restriction of President's Pardon for the Corrupt Actor

이희훈(Lee, Hie Houn)\*

### ABSTRACT

It is deemed that the presidents of Korea throughout the generations have to some degree contributed to the corruption of Korea society by falsely abusing the power of pardon upon the 79th Article of the Constitution so far. The reason the presidents through the generations, as such, could abuse the power of pardon was because the Amnesty Bill, enacted in 1948, has never been revised even once since its enactment until now. That is, there is an underlying problem that according to the Amnesty Bill, if a president wants, he can carry out special pardon or restoration for a corrupt politician not facing any restriction. Therefore, later the Amnesty Bill should be revised in a way that the president should be subject to hearing the opinions of Amnesty Review Board or the Chief Justice of the Supreme Court before executing the power of pardon, and pardon may not be granted to persons who committed anti-humanistic crime or constitutional order devastating crime, etc and impeached persons or prisoners who did not finish one third of the imprisonment term. As such, until the Amnesty Bill enters its due revision, presidents may be required to limit his power of pardon to only within the true necessary minimal range in his good conscience.

Key Words : 부패행위자(Corrupt actor), 대통령의 사면권(President's pardon), 일반사면(General pardon), 특별사면(Special pardon), 통치행위(Political question doctrine), 법치주의(Rule of law)

## 1. 문제의 제기

우리나라의 역대 대통령들은 국가대통합이나 국민대통합 또는 경제 살리기 등의 명분하에 각종 기념일과 경축일 등에 줄곧 탈세나 뇌물 등의 혐의로 구속·복역 중이거나 복역했던 비리 정치인·공직자·재계인사 등을 포함한 권력형 부정부패(이하에서 ‘부패’로 줄임)<sup>1)</sup>사범과 선거사범 등을 죄의 종류나 경중을 가리지 않고 단지 정치적 고려 하에 사면권을 행사해 왔다. 예를 들어, 1948년 9월 27일에는 대한민국 정부수립 이

\* 백석대학교 법정학부 전임강사, 법학박사.

1) 본 논문에서 ‘부패’의 개념은 ‘부정’의 의미를 포함하는 개념으로 썼다. 이에 대한 것은 본 논문의 II-1번 참조.

전에 행해진 형법상의 범죄 등 총 41개 항목에 해당하는 죄를 범한 자 약 1만 7천여명에 대해 대대적인 건국대사면을 행하였는바, 이러한 대사면은 결국 국민들이 용납하기 힘든 부패사범까지 풀어 주었다.<sup>2)</sup> 그리고 1963년 12월 14일과 1981년 1월 31일에 정권의 비인기를 만회하기 위해 징계나 징벌을 받은 공무원에 대해 일반사면을 행하였다.<sup>3)</sup> 또한 1995년 12월 2일에는 문민정부출범 이전에 공직비리 등에 연루되어 징계를 받았던 약 5만 3천여명의 전·현직공무원에 대해 일반사면을 행하였으며, 1995년 8월 15일에는 울곡비리사건에 연루되어 수감 중이던 자들에 대해 특별사면<sup>4)</sup>을 행하였다. 또한 1998년 8월 15일에는 전직 대통령 비자금 사건에 연루되어 수감 중이던 안현태, 이현우 씨 등에 대한 특별사면 및 1999년 8월 15일에 한보비리 사건에 연루되어 처벌을 받은 김영삼 전 대통령의 차남 김현철씨와 조세포탈혐의로 대법원의 확정판결이 내려진 지 3개월도 지나지 않은 홍석현 중앙일보 명예회장 등에 대해 특별사면을 행하였다.<sup>5)</sup> 심지어는 국회의원 보궐선거 때 선거대책본부장으로 금품을 살포하다가 대법원에서 유죄 확정 판결을 받고도 도피행각을 벌이던 전직 시의원이 2000년 8월 5일에 검거되고, 검거된 후 2일이 지난 같은 해 8월 7일에 수감되었다가, 수감된 지 8일만인 같은 해 8월 15일에 특별사면으로 풀려나는 법치주의를 심각하게 훼손시키는 어이없는 일도 있었다.<sup>6)</sup> 또한 김대중 대통령은 임기 만료를 얼마 앞둔 시점인 2002년 12월 31일에 이용호, 최규선 게이트와 관련되어 수감 중이던 자들에 대해 특별사면을 행하였다.<sup>7)</sup> 이러한 일련의 역대 대통령들의 사면권 행사의 남용은 국민들로 하여금 부패행위를 저질러 비록 처벌을 받는다고 하여도 대통령의 일반사면이나 특별사면을 통해 얼마든지 다시 사회에 빠르게 복귀하여 처벌을 받기 전처럼 생활해 나갈 수 있다는 것을 보여줌으로서 국민들의 준법정신을 떨어뜨리고, 국민들에게 부패행위를 저지르는 것에 대한 거부감을 없애 부패행위를 만연시키고, 사법부의 독립과 권위를 해치며, 법치주의를 훼손하여<sup>8)</sup> 우리 사회가 부패한 사회가 되도록 하는데 일조했다. 이렇듯 우리나라에서 대통령들이 사면권을 남용할 수 있었던 것은 1948년에 제정되어 현재까지 단 한 번도 개정이 되지 않은 사면법 때문으로, 우리나라 사면법은 다른 나라의 사면법과 달리 대통령이 자의적으로 부패행위자에 대해 특별사면이나 복권 등을 할 수 있도록 규정되어 있는 문제점

2) 이와 같이 건국대사면에 대한 부정적인 평가에 대해서는 한인섭, “사면 반세기 : 권력정치와 법치주의의 긴장”, 법과 사회 제16·17(합본)호, 1999. 하반기, 21면, 각주 4번과 5번 참조.

3) 이와 같이 1963년 12월 14일과 1981년 1월 31일에 행한 일반사면에 대한 부정적인 평가에 대해서는 한인섭, (주 2), 21면 참조.

4) 1993년부터 1997년까지의 김영삼 대통령의 고위층 부패사범에 대한 특별사면의 실태와 부정적 평가에 대해서는 한인섭, (주 2), 25면 이하 참조.

5) 1998년 이후 김대중 대통령의 사면에 대한 비판적 평가에 대해서는 뉴스메이커, ‘이제 국민화합을 팔아먹지 마라!’, 2001. 8. 16, 36면; 정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003. 겨울, 327면 참조.

6) <http://user.chollian.net/~peacebbs/gssl01.htm>.

7) 이밖에 노무현 대통령의 사면권의 행사에 대한 비판적 평가에 대해서는 본 논문의 V번 참조.

8) 인터넷 법률신문, ‘대통령 사면권 너무 남용’, 2002. 8. 9.

이 있다. 따라서 대통령의 자의적인 사면권 행사의 남용으로 인해 우리사회에 만연된 부패현상을 줄이거나 근절하기 위해 사면법상의 이러한 문제점에 대한 개선방안 즉, 입법적 통제방안을 다각도로 연구할 필요가 절실히 요구된다. 따라서 이하에서는 먼저 부패행위자에 대한 개념을 정의하기 위해 ‘부패’라는 개념과 ‘부패행위자’라는 개념에 대해 고찰하겠다(아래 II). 다음으로 사면권의 내용에 대해 사면권의 의의와 연혁 및 사면권의 인정 여부, 그리고 사면권의 한계에 대해 검토하겠다(아래 III). 그리고 향후 대통령이 부패행위자에 대해 사면권을 남용하여 행사하지 못하도록 사면권의 남용에 대한 그동안의 개정논의들에 대한 실태를 살펴본 후, 이러한 개정논의들과 다른 나라의 입법례를 참조하여 현재 문제 있는 사면법에 대한 입법적 통제방안으로 사면법에 어떠한 실체적·절차적·시기적인 제한규정을 두는 것이 바람직한지를 연구하여 구체적으로 제시하겠다(아래 IV). 끝으로 노무현 대통령은 2007년 7월 17일에 사면법 등 관련 법령의 개정 등을 통해 대통령이 사면권을 남용할 수 있는 소지를 줄이겠다는 내용의 ‘제헌절에 즈음해 국민 여러분께 드리는 글’을 발표하였다.<sup>9)</sup> 노 대통령은 집권 이후 지금까지 과연 다른 역대 대통령들과 달리 사면권을 적절하게 행사했는지 즉, 역대 대통령들의 사면권의 남용에 대한 비판으로부터 자유로울 수 있는지에 대한 평가와 사면권과 관련하여 남은 임기동안 해야 할 과제에 대해 살펴보겠다(아래 V).

## II. 부패행위자의 개념

### 1. 부패의 의미

‘부정’과 ‘부패’의 의미에 대해 살펴보면 다음과 같이 2개의 견해로 나눌 수 있다. 첫째, ‘부정’과 ‘부패’의 개념을 구분하여 설명하는 견해가 있다. 즉, ‘부정’이란 ‘공적 권한 또는 행정수단을 사적으로 이용하는 것’을 뜻하며, ‘부패’란 ‘비정상적인 이익의 수수’를 뜻한다고 보는 견해가 있고,<sup>10)</sup> ‘부패’란 ‘부정행위의 결과적인 상태로, 정부가 부식하고 녹슬어 제대로 제 기능을 발휘하지 못하는 상태에서의 정적인 측면’을 뜻하는 반면, ‘부정’은 ‘같은 상태에서의 동적인 측면’이라고 보는 견해가 있다.<sup>11)</sup> 둘째, ‘부정’과 ‘부패’의 개념을 구분하지 않고 설명하는 견해가 있다. 즉, ‘부정부패’란 ‘공직자가 사리사욕을 위해서 공직에 부수되는 공권력을 남용하거나 공직에 있음을 기화로 영향력을 직·간접적으로 행사함으로써 법규를 위반하는 경우 및 의무불이행 또는 부당행위 등으로 규범적 의미를 일탈하는 것’을 뜻한다고 보는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이와 같이 ‘부정’과 ‘부패’의 의미를 살펴본 결과 양자의 개념상 구분할 수 있는 뚜렷한 차이를 발견하기 어렵다. 또

9) 연합뉴스, ‘노대통령 “내각제, 사면, 면책특권 제한 검토해야”’, 2007. 7. 17.

10) 이서행, “한국사회의 부정부패”, 현대사회문제, 사회문화연구소, 1993, 493면.

11) 김해동·윤태범, 『관료부패와 통제』, 집문당, 1994, 28면 이하 참조.

12) 전수일, “관료부패연구 : 사회문화적 접근”, 한국행정학보 제18권 제1호, 1984. 6, 145면.

한 ‘부패’란 ‘그 주체에 아무런 제한 없이 자기나 제3자의 부당한 이익을 위하여 자기에게 부여된 권한이나 지위를 오용하는 일체의 행위로, 불법행위뿐만 아니라 일체의 부당행위 또는 사회상규에 반하는 행위를 포함하는 것’을 뜻하는바,<sup>13)</sup> 옳지 못한 것만을 뜻하는 ‘부정’이라는 개념보다 좀 더 넓은 개념이라고 이해된다. 이러한 사유로 2001년 7월 24일 법률 제6494호로 제정된 부패방지법이란 명칭이 ‘부정부패방지법’이 아닌 ‘부패방지법’으로 된 것이라고 생각한다.<sup>14)</sup>

## 2. 부패행위자의 의미

본 논문에서 ‘부패행위자’란 사면법 제3조 제1호와 제2호에 의하면 일반사면은 죄를 범한 자에게, 그리고 특별사면은 형의 언도를 받은 자를 대상으로 하기 때문에 위에서 살펴본 것과 같이 ‘자기나 제3자의 부당한 이익을 위하여 자기에게 부여된 권한이나 지위를 오용하는 일체의 행위를 한 자, 즉 불법한 행위를 한 자뿐만 아니라 일체의 부당행위나 사회상규에 반하는 행위를 한 자’를 뜻한다고 볼 수는 없고, 규범적 측면에서 범죄자나 형의 언도를 받은 자를 뜻한다고 할 것이다.

## III. 사면권의 내용

### 1. 의의

사면<sup>15)</sup>권은 헌법 제79조 제1항에서 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다.”고 규정되어 있고, 사면권에 관한 법률로는 사면법이 있다. 먼저 사면의 개념에 대해서는 다음과 같은 2개의 견해로 나눌 수 있다.

첫째, ‘협회의 사면’의 개념이 있다. 즉, ‘협회의 사면’이란 국가원수가 형사소송법이나 그 밖의 형사법규에서 정한 절차에 의하지 아니하고, 형의 선고의 효과 또는 공소권을

13) 김용세, “공직부패의 개념, 유형과 구조”, 형사정책연구 제35호, 1998. 9, 79면 이하 참조. 이 밖에 부패의 여러 유형에 대한 것은 김해동, “관료부패의 유형”, 행정논총 제28권 제1호, 1990. 6, 151면 이하; 김해동·윤태범, (주 11), 166면 이하 참조.

14) 부패방지법상 부패행위에 대한 개념은 동법 제2조 제3호 참조.

15) ‘사면’의 사전적 의미를 살펴보면 ‘죄를 용서하여 형벌을 면제하는 것’을 뜻한다. 민중서림, 엡센스 국어사전, 1171면 참조. 그리고 독일에서 ‘사면(Amnestie)’이라는 단어의 의미는 ‘잊다(Vergessen)’와 ‘용서하다(Vergeben)’에서 전용 또는 차용되었다는 견해가 있다. Johann - Georg Schätzler, Handbuch des Gnadenrechts, C. H. Beck, 1992, S.208; Dietlinde Albrecht, Rechtliche Grenzen der Amnestie - Die Diskussion bei der deutschen Wiedervereinigung, Korean Journal of Comparative Criminal Law, Korean Association of Comparative Criminal Law, Vol.3, 2000. 12, S. 455. 이밖에 미국에서 넓은 의미에서 ‘은사권’을 뜻하는 clemency는 pardon과 amnesty 및 reprieve 등을 포함하는 개념으로, 각 단어의 사전적 의미의 차이점에 대해 설명하고 있는 견해로는 송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 제30집 제5호, 2002. 6, 189면, 각주 3번 참조.

소멸시키거나 형 집행을 면제시키는 행위를 뜻한다.<sup>16)</sup> 이러한 ‘협의의 사면’에는 일반사면과 특별사면이 있다. 여기서 일반사면이란 대통령이 특정한 범죄를 지정하여 이를 범한 자를 대상으로 형의 언도의 효력을 상실시키는 조치이다. 이때 형의 언도를 받지 않은 자에 대하여는 공소권이 상실되며, 다만 특별한 규정이 있을 때에는 예외로 한다(사면법 제3조 제1호와 동법 제5조 제1호). 대통령이 이를 행하려면 대통령령으로 하고, 국무회의의 심의를 거쳐 국회의 동의를 얻어야 한다(헌법 제79조 제2항과 동법 제89조 제9호 및 사면법 제8조). 그리고 특별사면이란 대통령이 이미 형의 언도를 받은 특정인을 대상으로 그 자의 형의 집행을 면제해 주는 조치로, 다만 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형의 언도의 효력을 상실케 할 수 있다(사면법 제3조 제2호와 동법 제5조 제2호). 특별사면은 검찰총장이 직권 또는 형의 집행을 지휘한 검찰청검찰관의 보고나 수형자가 재감하는 형무소장의 보고에 의하여 법무부장관에게 상신신청을 하고, 법무부장관이 대통령에게 상신하면 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 명으로써 행한다(헌법 제79조 제1항과 동법 제89조 제9호 및 사면법 제9·10·11조).

둘째, ‘광의의 사면’의 개념이 있다. 즉, ‘광의의 사면’이란 위에서 살펴본 협의의 사면 외에도 감형과 복권을 포함하는 국가원수의 행위를 뜻한다. 여기서 먼저 감형에 대해 살펴보면 대통령이 형의 언도를 받은 자에 대하여 그 형을 변경하거나 그 형의 집행을 경감해 주는 행위를 뜻한다(사면법 제3조 제2호와 동법 제5조 제3·4호). 대통령이 일반감형을 할 때에는 죄 또는 형의 종류를 정하여 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로 하고(헌법 제89조 제9호 및 사면법 제8조), 특별감형을 행할 때에는 위에서 살펴본 특별사면을 행할 때와 그 절차가 같다. 다음으로 복권에 대해 살펴보면 대통령이 형의 언도의 효력으로 인하여 상실 또는 정지된 자격을 회복시켜주는 조치로, 다만 형의 언도에 의한 기성의 효과는 사면, 감형과 복권으로 인하여 변경되지 않는다(사면법 제5조 제5호). 대통령은 형의 집행을 종료하지 않은 자 또는 집행의 면제를 받지 않은 자에 대하여 복권을 행하지 않아야 하며(사면법 제6조), 복권 중에서 대통령이 일반복권을 행할 때에는 국무회의의 심의를 거쳐 대통령령으로 하고(헌법 제89조 제9호 및 사면법 제8조), 대통령이 특별복권을 행할 때에는 형의 언도의 효력에 의하여 자격이 상실되거나 정지된 특정인에 대하여 법무부장관이 대통령에게 상신하고, 국무회의의 심의를 거쳐 행한다(헌법 제89조 제9호 및 사면법 제9·10조).<sup>17)</sup> 이상에서 살펴본 것처럼 우리나라 헌법 제79조 제1항에서는 사면을 광의의 개념으로 규정하고 있다.<sup>18)</sup>

16) 이와 같이 사면권이란 범죄인에 대한 소추권이나 재판권의 효력을 제한하는 것을 내용으로 하는 대통령의 은사권이라고 보아 사면권을 협의의 사면권으로 보는 견해가 있다. 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007, 962면 이하 참조. 이 견해는 ‘은사권’을 ‘광의의 사면권’으로 보고, ‘은사권’ 안에 사면권과 감형권 및 복권권이 있다고 본다.

17) 이밖에 사면법 제4조에서는 행정법규위반에 대한 벌칙 또는 과벌과 징계법규에 의한 징계 또는 징벌의 면제에 대해 사면법 규정이 준용되는 것으로 규정되어 있다.

18) 이와 같은 견해는 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007, 1001면; 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 1432면; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2007, 943면; 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007, 571면; 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2007, 839면 참조.

## 2. 연혁

### 1) 고대사회에서의 사면

서양사에서 사면에 대한 최고(最古)의 기록으로는 함무라비법전 제129조에서 “어떤 남자의 아내가 다른 남자와 함께 누워 있다가 붙잡혔으면, 그들을 묶어서 물속에 던진다. 그러나 그 남편이 자기의 아내를 용서해 주면, 즉, 아내의 간통죄를 사면해 주면, 왕은 자기의 종(즉 간통한 그 남자)을 살려 준다.”고 규정되어 있는 것을 들 수 있다.<sup>19)</sup> 한편 한국사에서 사면에 대한 최고(最古)의 기록으로는 삼국사기에 고구려 유리왕 23년에 태자를 책봉한 후 내린 대사령(大赦令)의 반포를 시작으로 왕실의 경사나 지진(地震) 또는 도성의 축성(築城) 등의 이유로 10회에 걸쳐 시행되었음이 적혀 있는 것을 들 수 있다.<sup>20)</sup> 이밖에 기원전 6세기 초 솔론은 아테네 시민들 간의 갈등을 해소하고, 나라의 단합을 도모하기 위하여 사면법을 공포하였는바, 그 내용은 기원후 2세기 플루타르코스가 지은 ‘비교영웅전’의 ‘솔론전 XIX, 3’에 적혀 있다고 한다. 그리고 이와 아주 유사한 사면법의 내용이 플루타르코스보다 훨씬 전인 기원전 5세기 후반 ‘안도키데스의 연설문 I, 78’에 적혀 있는바, 이는 5세기 후반 펠로폰네소스 전쟁이 아테네의 패배로 끝나고 30인의 참주정을 거친 후, 파트로클레이데스가 제안하여 공포한 사면법이다. 이 사면법은 페르시아 전쟁 이후 분열된 민심을 수습하고, 국민의 단합을 도모하기 위하여 제정된 것이라고 한다.<sup>21)</sup>

### 2) 영국보통법상의 사면

사면권은 영국의 헌정사에 그 기원을 두고 있다. 즉, 영국에서는 일찍부터 의회가 사법기능까지 담당했었다. 특히 에드워드 1세 때 의회의 사법기능은 가장 활발했었던 것으로 전해지고 있다. 이후 14세기말 상원이 상소법원으로 기능하는 관행이 확립되었고, 리처드 2세 때에는 의회가 완전히 국왕의 간섭으로부터 독립하게 되었다. 이러한 상원의 사법권 행사에 대해 국왕이 견제 또는 통제할 필요성 때문에 국왕에게 사면권이 주어졌다.<sup>22)</sup> 이후 헨리 8세 때인 1535년에 국왕은 절대적인 사면권을 가지게 되었다. 블랙스톤에 의하면 영국 국왕은 이러한 무제한적인 사면권을 가지고 어떠한 범죄에 대한, 심지어 살인에 대한 사법재판에 대해서도 사면이라는 자비를 베풀어 주어 그의 통치하에 있는 국민들이 진심으로 국왕에게 충성심과 친애하는 마음을 가질 수 있게 하여 왕

19) 송기춘, (주 15), 190면, 각주 4번; <http://historia.tistory.com/627> 참조.

20) 신호웅, 『고려법제사연구』, 국학자료원, 1995, 343면 이하 참조. 이밖에 백제와 신라에서의 사면에 대한 것은 신호웅, (주 20), 345면 이하 참조.

21) 최자영, “고대 아테네 사면법론 검토 - 김봉철씨의 소견에 대하여”, 역사학보 제160집, 1998. 12, 267면 이하 참조.

22) 허영, “대통령의 특별사면권”, 고시계, 1999. 10, 3면.

권을 강화 또는 확립될 수 있도록 하였다.<sup>23)</sup> 국왕의 이러한 절대적이고 무제한적인 사면권은 1678년까지 유지되다가 찰스2세 때 의회는 프랑스와 전쟁을 준비하기 위해 그 재원을 마련하고 있었는데, 찰스 2세는 고등재무관인 오스본에게 명령하여 의회와 달리 엄청난 금전지급을 조건으로 프랑스와 중립조약을 맺고자 하였다. 이에 오스본은 비밀리에 왕의 명령을 이행하다가 의회에 발각되어 탄핵절차를 진행하고 있었는데, 1678년에 찰스 2세는 오스본을 사면하였다. 그러나 의회에 의해 탄핵절차가 진행 중인 자에게 국왕이 사면권을 행사할 수 있는가가 당시 크게 쟁점화 되었고, 결국 오스본은 의회에 의해 탄핵절차에 회부되어 공직으로부터의 파면을 받고, 기타 처벌을 받게 될 지경에 이르렀다. 찰스 2세는 오스본이 처벌되는 것을 바라지 않았는데 반면 의회는 왕의 사면권을 제한하기를 원했으므로, 찰스 2세와 의회 간에 정치적 타협을 통해 오스본은 탄핵은 면했지만 5년간 런던타워에 수감되었고, 의회는 그 당시에 즉시 왕의 사면권을 제한하지 못했지만 1679년에 인신보호영장법과 1689년에 권리장전 및 1700년에 화해법 등을 통해 차츰 왕의 사면권을 제한시켜 나가다가 결국 1721년에 의회가 왕과 동시에 사면권을 행사하도록 하는 법률이 제정되었다.<sup>24)</sup>

### 3) 사면의 미국 헌법에서의 수용과 미국 연방대법원의 견해

#### (1) 사면의 미국 헌법에서의 수용과정

미국헌법에서의 사면권은 직접적으로 영국의 보통법상의 사면권에 그 기원을 두고 있다.<sup>25)</sup> 따라서 미국 연방헌법 제2조 제2항의 (1)에서 “... 대통령은 합중국에 대한 범죄에 대하여 탄핵의 경우를 제외하고는 형의 집행정지 또는 사면을 명하는 권한이 있다.”고 규정되었다.<sup>26)</sup> 즉, 영국이 미국 식민지를 건설하였을 때 영국의 왕은 주지사에게 탄핵의 경우에는 사면권이 허용되지 않는 영국 왕과 같은 조건 하에서 사면권을 위임하였다. 미국혁명 후에 각주의 대표자들은 행정부(주지사)에게 탄핵의 경우를 제외하고 전권적인 사면권이 부여되는 것을 반대하여 연합규약에서 사면권을 주지사와 주의회에

23) Daniel T. Kobil, The Quality of Mercy Strained : Wrestling the Pardoning Power from the King, Texas Law Review, Vol.69, 1991, p.586; William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, The University of Chicago Press, Vol.4, 1979, p.388.

24) 이와 같이 영국에서 찰스 2세 때부터의 사면권의 제한과 인신보호영장법과 권리장전 및 화해법상의 사면권 제한에 대한 것은 김명식, “미연방대통령의 사면권에 관한 소고”, 토지공법연구 제19집, 2003. 9, 263면 이하 참조.

25) Daniel T. Kobil, (FN 23), p.569, p.589; Schick v. Reed, 419 U.S. 258, 1974.

26) 이밖에 독일 기본법 제60조 제2항에서는 “연방대통령은 개개의 경우에 있어서 연방을 대신하여 사면권을 행사한다.”라고 규정되어 있어 독일 연방대통령은 특별사면만을 행사할 수 있고, 일반사면은 의회의 법률에 의해서 행해진다. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, C. H. Beck, 1980, S.263-264. 그리고 프랑스 제5공화국 헌법 제17조에서는 “공화국 대통령은 특별사면을 행사하는 권한을 갖는다.”고 규정되어 있다. 이밖에 독일 기본법과 프랑스 제5공화국 헌법상의 사면권 규정에 대한 자세한 설명은 이강혁, “헌법상 대통령의 사면권”, 고시계, 1988. 12, 72면 이하 참조.

분할시켰다. 그리고 어떤 때에는 주의회만 사면권을 행사할 수 있도록 하였다. 이렇게 단일화된 사면권에 대한 불신은 미국 연방헌법의 제정을 위한 헌법회의가 열릴 때 좁아져 있었다. 헌법회의에 제안된 2개의 초안, 즉 뉴저지 안과 버지니아 안은 처음에는 사면권을 포함하고 있지 않았다.<sup>27)</sup>

이후 제1수정안인 버지니아 개정안은 사면권을 행정부, 특히 대통령에게 부여하도록 새롭게 제안하였다. 이후 알렉산더 해밀턴은 페더럴리스트 제74번에서 “반역죄에 대한 사면은 양원 중 하나 또는 양원 모두의 동의가 필요한 데에는 중요한 이유가 있음을 부정할 수 없다. 반역은 사회의 직접적인 생존과 같다, 따라서 일단 범죄자의 유죄가 확정된 후에 법률에서 그 범법자에 대한 자비를 입법부의 판단에 호소하는 것은 적절한 것으로 보인다.”고 하여 제1수정안을 지지하였다. 제2수정안은 사면권을 행할 때에는 상원의 동의를 얻어야만 한다는 내용으로 제안되었으나, 상원은 이미 너무 막강한 권한을 가지고 있다고 믿었기 때문에 즉시 폐기되었다. 그리고 제3수정안은 사면권의 행사가 유죄판결을 받은 자에게만 가능하다는 내용으로 제안되었으나, 즉시 철회되었다. 헌법회의가 끝나갈 때에 미국 연방헌법 기초자들은 제1수정안을 채택하고, 동법 제2조에 탄핵에 대해서는 사면권을 행사하지 못하는 제한을 두는 것으로 하였다. 결국 사면권은 헌법회의를 통해 독점적이고, 광범위하며, 통치구조의 정기적 견제와 균형에 의해 제한받지 않는 것으로 나타난다.<sup>28)</sup>

## (2) 사면에 대한 미국 연방대법원의 견해의 변화

미국 연방대법원에서 사면권에 대한 최초의 판결인 United States v. Wilson 사건에서 Marshall 대법원장이 “사면권은 법률의 집행을 위임받은 권한으로부터 나오는 은사와 같은 자비행위다.”라고 판시하여,<sup>29)</sup> 대통령의 사면권에 대해 광범위한 자유재량성을 인정하였다.<sup>30)</sup> 그리고 미국 연방대법원은 “사면은 수여자의 사적인 자비행위로 사법의 영역에 속한다고 보아 상거래와 유사한 것이 되므로, 보통법의 준칙에 따라 마치 부동산의 양도증서를 양도하는 것과 같이 사면을 행하는데 있어서도 사면권의 수여와 승낙이 필요하다.”고 판시하였다.<sup>31)</sup> 그러나 이후 미국 연방대법원은 Biddle v. Perovich 사건에서 Holmes 대법관은 “사면은 우연히 개인이 갖게 된 사적인 자비행위가 아니라,

27) 페더럴리스트 제47번 참조. 여기서 페더럴리스트란 1787-1788년에 뉴욕 주 유권자들이 헌법 비준을 지지하도록 설득하기 위해 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨, 존 제이가 발행한 논설로, 새로운 미국 헌법안과 공화정의 성격에 관한 85편의 연작 논설을 뜻한다. 앞의 77편의 논설은 처음에 뉴욕주의 신문들에 연재되고 이어서 다른 대부분의 주에서도 전제되었다가 1788년 5월 28일 책으로 출판되었다. 나머지 8편은 6월 14일부터 8월 16일 사이에 뉴욕 신문들에 게재되었다. [http://enc.daum.net/dic100/viewContents.do?&m=all&articleID=b23p\\_1923a](http://enc.daum.net/dic100/viewContents.do?&m=all&articleID=b23p_1923a).

28) Paul J. Haase, “OH MY DARLING CLEMENCY”: EXISTING OR POSSIBLE LIMITATIONS ON THE USE OF THE PRESIDENTIAL PARDON POWER, American Criminal Law Review, Vol.39. 2002. Summer, p.1291.

29) United States v. Wilson, 32 U.S. 150 (1833).

30) Ex parte Garland, 71 U.S. 333, 380 (1866).

31) Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946).



공공복리를 위한 행위다.”라고 판시하여<sup>32)</sup> 기존의 견해를 변경했다. 따라서 더 이상 적법한 사면권을 행사할 때에 범죄자의 승낙을 필요로 하지 않게 되었다. 그리고 미국 연방대법원은 *United States v. Klein* 사건에서 “사면권은 소송절차가 개시되기 전이든 법원에 심리 중이든 또는 유죄판결의 재판 후이든 범죄 이후라면 언제든지 사면권을 행사할 수 있다.”고 판시했고,<sup>33)</sup> 이후 미국 연방대법원은 같은 취지로 *Ex parte Grossman* 사건에서 “법원의 심리 중이거나 그 전후에도 개인에 대해서든 또는 단체에 대해서든 조건부이거나 전면적이거나 범죄의 실행 이후라면 형의 집행을 연기하거나 사면을 할 수 있다.”고 판시하였다.<sup>34)</sup> 한편 미국 연방대법원은 *Schick v. Reed* 사건에서 “사면권도 헌법상 열거되어 있는 대통령의 여러 권한 중의 하나이므로, 만약 한계가 존재한다면 그 한계는 헌법 자체 내에 존속하고 있다.”고 판시하여<sup>35)</sup> 사면권의 헌법적 한계를 명확하게 실시하지는 않았지만, 사면권도 헌법상의 여러 원리들에 의해 구속되어야 한다는 것을 암시한 판결이라고 생각한다.

#### 4) 검토

이상에서 살펴보았을 때 고대시대에 사면권은 동서를 막론하고 그 행사가 주로 사회공동체의 유대 강화나 민심의 수습 또는 전쟁의 종식과 평화의 회복 등의 정치적이고 현실적인 목적 하에서 행하여졌음을 알 수 있다.<sup>36)</sup> 그리고 사면권의 기원이 되었던 영국 보통법상 사면권은 상원의 사법권 행사에 대한 견제나 통제를 위해서 그리고 사면을 통해 국민들이 왕 자신에게 충성심과 깊은 애정을 갖도록 하여 왕권의 강화나 확립을 위한 정치적 고려 하에 사용되었다는 것을 알 수 있고, 이후 의회는 왕이 사면권을 남용하지 못하도록 의회와 함께 왕이 사면권을 행사하도록 하였음을 알 수 있다.<sup>37)</sup> 미국은 영국의 식민지였던 바, 영국으로부터 입법적 영향을 받아 미국 연방헌법 제2조 제2항의 (1)에서 탄핵의 경우를 제외하고 사면권을 행사할 수 있도록 규정되었음을 알 수 있다. 그리고 미국 연방대법원은 대통령의 사면권이 개인의 은사행위가 아닌 공공복리의 실현을 위해 행사되어야 하고, 대통령의 사면권도 헌법에 의해 주어진 여러 권한 중의 하나이므로 헌법의 여러 원리들 즉, 법치주의의 원리 등에 합치되게 행사되어야 한다고 보고 있는바, 타당한 견해라고 생각한다.

### 3. 사면권의 인정 여부

32) *Biddle v. Perovich*, 272 U.S. 480 (1927).

33) *United States v. Klein*, 80 U.S. 128 (1872).

34) *Ex parte Grossman*, 267 U.S. 87 (1925).

35) *Schick v. Reed*, 419 U.S. 256, 267 (1974).

36) 이와 같은 견해는 김명식, (주 24), 262면; 송기춘, (주 15), 192면 이하 참조.

37) 여기서 한걸음 더 나아가 의회만이 사면권을 행사할 수 있도록 규정하고 있는 국가로는 스위스, 브라질, 코스타리카, 에콰도르 등이 있다. 변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제12호, 1999. 11, 294면.

### 1) 사면권에 대한 긍정설

사면권에 대해 라드브루흐는 “사면은 법보다 우월한 형식으로 법 밖의 세계에서 비취 들어와 법의 세계의 추운 암흑을 바라볼 수 있게 하는 밝은 광선이며, 기적이 자연 세계의 법칙을 깨뜨리는 것처럼 사면은 법적 세계 속에 있는 법칙 없는 기적이다.”라고 보아<sup>38)</sup> 사면권을 인정할 필요성을 피력했다. 즉, 라드브루흐는 법이념의 상호모순과 긴장관계를 판결 이외의 방법으로 보다 잘 완화하기 위한 방법으로서 ‘법제도 일부로서의 사면’과 법 내부의 긴장을 완화하는 데 한정하는 것이 아니라 법과 나란히 다른 가치들도 존재하며 또 그 가치들이 법에 적용될 수 있도록 도와줄 필요가 있다는 점에서 사면이 정당화 된다고 보는 ‘법에 선행하는 것으로서의 사면’을 논리적으로 구분한다. 따라서 라드브루흐는 사면이 실정법의 불충분성을 보완하는 의미에서 법에 조력하며 특별한 성질을 가진 정법에의 수단이며,

예를 들어 확신범이나 양심범 또는 종교사범 등은 당시의 실정법상으로 비록 처벌된다고 하더라도 그 처벌의 정당성에 대한 논란이 계속 제기되어 어느 정도 시간이 경과했을 때 그 처벌의 가치가 감소했을 경우 그 확정판결을 엄격히 고수하는 것만으로 사회 구성원들의 법감정을 충족시킬 수 없을 수 있다, 즉, 법의 기계적 적용으로 무시되는 다른 가치를 존중해야 할 경우가 존재할 때가 있다는 사유로 사면권은 긍정된다고 보았다.<sup>39)</sup>

이러한 견지에서 법치국가적 절차가 완벽하지 못하여 불합리한 결과가 나올 수 있기 때문에 사면은 이를 교정할 수 있는 구제수단으로 이용될 필요가 있고, 고도의 정치적 고려에 의해 국가 이익을 위하여 법치국가적 절차의 효과를 배제시킬 필요가 있기 때문에 사면권은 긍정되어야 할 필요가 있다.<sup>40)</sup> 즉, 사면권이 법과 도덕 또는 정치의 접점에 있는 것으로서 우리 법의 법이념과 그 밖의 다른 가치 사이의 긴장관계를 조정하는 역할을 하고, 법치국가 내에서 경직된 법집행으로 인해 국민의 자유와 권리가 지나치게 제한될 경우 이를 시정할 장치로서 기능을 한다는 점과 재판의 흠결이나 오류를 시정하기 위한 기능을 한다는 점에 비추어볼 때 사면권은 긍정되어야 할 필요가 있다.<sup>41)</sup>

또한 사면권은 대통령의 국정의 최고책임자로서의 지위에서 나오는 권한으로 대통령은 정치적 고려에 의해 사면권을 행사하기 때문에<sup>42)</sup> 통치행위의 영역에 속하는 권한이다.<sup>43)</sup> 즉, 권력분립의 원리상 국회와 정부의 권한으로 되어 있는 고도의 정치성을 띤

38) 송기춘, (주 15), 201면 이하 참조.

39) 한인섭, (주 2), 28면.

40) 장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 시민과 변호사 제51호, 1998. 4, 26면.

41) 송기춘, (주 15), 201면 이하 참조. 이밖에 사면권을 긍정할 필요가 있다는 전제 하에 일반사면과 특별사면을 할 수 있는 예를 들고 있는 것에 대해서는 변종필, (주 37), 286면 이하 참조.

42) 전광석, (주 18), 571면.

국가행위는 정치적 책임이 없는 사법부가 간여할 것이 못 된다는 점과 대통령은 헌법에 근거하는 국가최고기관으로 고도의 정치적 고려 하에 재량권을 가지고 이를 행사할 수 있다는 점<sup>44)</sup> 및 고도의 정치문제에 대해서는 사법부가 정치의 소용돌이에 휩싸이지 않도록 고도의 정치적 행위에 대한 판단은 사법부가 자제하고 그 정치 분야를 담당하는 각 기관의 결정을 존중하는 것이 바람직하다는 점<sup>45)</sup>을 근거로 통치행위를 긍정하는 견해에 의하면 대통령의 사면권은 통치행위에 속하는 권한으로 사면권은 긍정된다.

## 2) 사면권에 대한 부정설

사면권에 대해 절대적 형벌론자인 칸트는 형벌을 범죄와 책임의 정도에 절대적으로 상응하여 해악을 부과하는 것으로 보았기 때문에 통치권자의 사면권 행사는 최대의 불법을 행하는 것으로, 응보를 통해 정의를 다시 세운다는 형벌의 명령에 위반하는 것이라고 보았다.<sup>46)</sup> 즉, 칸트는 이상적인 국가에서 국가기관은 범죄자를 처벌해야 할 의무를 지고 있고, 이를 하지 않은 때에는 도덕법을 위반하는 것이 되며, 범죄인을 처벌하는 것이 정의라고 할 때 사면은 법을 지키는 시민의 권리를 침해하는 것이라고 할 수 있다고 하였다. 그리고 벤담도 이와 같은 견지에서 사면은 남용되기 때문에 범죄가 처벌되지 않게 되어 악행이 줄어들지 않게 되고, 그 결과 정부는 해체되게 되어 결국 정치적 공동체는 해체되게 된다고 보아 사면은 엄금(嚴禁)해야 한다고 보았다. 그리고 헤겔은 범죄가 규범의 옳음을 부정하는 것으로 이러한 부정을 부정하는 것은 규범을 되돌리는 것이기 때문에 범죄자 위반한 원칙을 되돌리기 위해 범죄자에게 처벌을 하는 것은 중요하며, 처벌은 범죄자가 범죄를 범하기로 할 때에 이미 자기가 선택한 것이어서 처벌은 범죄자의 자기결단이라고 할 것이다. 따라서 범죄인은 자신의 범죄에 처벌을 받을 권리가 있고, 국가는 범죄자를 처벌할 의무를 가짐과 동시에 권리도 가진다. 그런데 사면은 처벌받을 자를 처벌하지 않는 처벌의 실패로 도덕적인 실패임과 동시에 의무위반이며, 권리침해라고 보아 사면권은 부정된다고 보았다.<sup>47)</sup>

또한 헌법이 권력분립의 원리와 법치주의를 규정하고 있어 실질적 법치주의가 확립되고, 국민의 재판청구권이 일반적으로 인정되며 행정소송상 개판주의가 채택되어 있는

43) 이와 같이 대통령의 사면권 행사가 통치행위에 속한다고 보는 견해는 고문현, “통치행위 관한 소고”, 헌법학연구 제10권 제3호, 2004. 9, 376면; 서울행정법원, 2000. 2. 2, 99구24405 참조.

44) 대통령이 재량권을 가지고 사면권을 행사할 수 있다는 것에 대한 것은 Paul J. Haase, (FN 28), p.1294.

45) 고문현, (주 43), 373면; 김형성·정순원, “대통령 사면권에 관한 개정 논의”, 성균관법학 제17권 제1호, 2005. 6, 252면.

46) 정현미, (주 5), 328면 이하 참조. 이 견해는 사면권에 대해 긍정설의 입장 하에서 부정설에 대해 소개하고 있다.

47) 송기춘, (주 15), 198면 이하 참조. 이밖에 사면권에 대한 부정설의 입장을 취하고 있는 형법학자로 베카리아와 포이에르바하 등을 들 수 있는바, 이들 견해에 대한 것은 변종필, (주 37), 289면; 정현미, (주 5), 329면 참조. 현재 우리나라의 국내문헌 중 사면권에 대해 부정설의 입장을 취하고 있는 견해는 찾아볼 수 없다.

현대 민주주의 국가에서는 모든 국가작용은 사법적 심사의 대상이 된다고 할 것이므로, 사법심사의 대상에서 제외되는 통치행위라는 것은 부정된다고 보는 견해<sup>48)</sup>에 의하면 통치행위라는 것 자체를 부정하기 때문에 대통령의 사면권은 부정된다.

### 3) 검토

생각건대 모든 법은 완벽할 수 없다. 그리고 법 현실의 변화와 법적 평가의 변화 등에 따라 법은 현실에 맞게 변화하여 국민의 자유와 권리를 최대한 보장해 주어야 한다. 그러나 법이 현실적응력을 잃고 있을 때 법관은 문제가 있는 법률을 엄격한 해석을 통해 적용하여 재판을 할 수 밖에 없다. 사면은 이렇게 경직된 법에 의해 국민의 자유와 권리가 지나치게 제한을 받을 경우 이를 시정하기 위해서 또는 재판의 흠결이나 오류를 시정하여 보다 더 완전한 정의를 실현하기 위해서 사면권은 필요하다고 생각한다.<sup>49)</sup> 또한 법이 목표로 하고 있는 이념은 늘 윤리적·종교적·정치적 이념과 긴장관계에 있는바, 사면은 그들 사이의 간극과 갈등을 조정해주기 때문에 사면권은 필요하다고 생각한다.<sup>50)</sup> 또한 대통령은 국정의 최고책임자로 정치적 고려에 의해 헌법적 가치를 실현하고, 국민 개인의 기본권에 직접적인 영향을 주는 효과가 없이 필요최소한의 범위 내에서 통치행위<sup>51)</sup>의 하나로 사면권을 행사할 수 있다고 생각한다.<sup>52)</sup>

## 4. 사면권의 한계

우리 헌법과 사면법에 사면권의 한계에 대한 명시적인 규정은 없지만 대체로 다음과 같은 한계 속에서 행사되어야 할 것이다. 첫째, 사면권은 정치적으로 남용되거나 당리당략적인 차원에서 행사될 수 없고, 진정으로 국가이익을 위해서 또는 국민화합의 차원에서 행사되어야 하겠다.<sup>53)</sup> 둘째, 권력분립의 원리에 비추어 볼 때 사법권의 본질적 내용을 침해하는 결과가 될 정도의 사면권을 행사해서는 안 된다. 따라서 사면권은 사법

48) 통치행위에 대해 논리적으로 부정론의 입장이 타당하지만 오늘날 대부분의 국가에서 통치행위가 인정되고 있는 현실성을 감안할 때 통치행위에 대한 부정설은 각국의 실체에 부합되지 않는다는 입장에서 통치행위의 부정설을 설명하고 있는 견해는 고문현, (주 43), 372면 참조. 이밖에 통치행위에 대해 부정설이 있다는 것만 설명하고 있는 견해는 김형성·정순원, (주 45), 251면 참조.

49) 김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 헌법학연구 제8권 제4호, 2002. 12, 512면; 변종필, (주 37), 291면 이하; 송기춘, (주 15), 202면.

50) 정현미, (주 5), 331면; 차병직, “사면권 행사, 이래서는 곤란하다.”, 시민과 변호사 제51호, 1998. 4, 34면.

51) 통치행위의 제한적 적용에 대한 것은 전광석, (주 18), 613면 참조.

52) 참고로 독일 연방헌법재판소는 “대통령의 사면 결정은 사법적 심사에 속하지 않는다.”고 판시하였다. BVerfGE 25, 352; BVerfGE 45, 187. 이 판결은 독일 연방헌법재판소가 사면권은 통치행위에 속하는 것으로, 통치행위에 대해서 사법부는 그 판단을 자제해야 한다고 보아 통치행위를 인정하고 있는 취지라고 생각한다.

53) 성낙인, (주 18), 944면.

부의 권위를 훼손하지 않는 범위 내에서 합리적인 기준과 원칙에 따라 적정하게 행사되어야 한다.<sup>54)</sup> 셋째, 국회는 일반사면에 대한 동의 여부를 심리함에 있어서 대통령이 제안하지 않은 죄의 종류를 추가할 수 없다.<sup>55)</sup> 넷째, 탄핵 등의 정치적 책임을 질 자에 대하여 탄핵소추권의 소멸에 해당하는 사면을 해서는 안 된다. 즉, 국회법 제134조 제2항에서 탄핵결정의 실효성을 확보하기 위해 사직원의 접수나 해임을 금지하고 있는 것에 비추어볼 때 탄핵에 대한 사면은 불가능하다고 보아야 하고, 헌법재판소법 제54조 제2항에서는 파면공무원에 대해 일정기간 공직의 취임을 금지하고 있는바, 탄핵결정에 의해 파면된 자를 사면에 의해서 재임용하거나 유임시킨다면 동 법규정의 입법취지가 형해화 되기 때문에 이러한 경우의 사면은 불가능하다고 보아야 한다.<sup>56)</sup> 다섯째, 사면의 결정에 있어서 사법부의 의견이 반영되도록 해야 한다.<sup>57)</sup> 여섯째, 일반사면의 경우 사면권을 자의적으로 행사해서는 안 되고, 보편타당한 평등의 원리에 합치되게 행사하여야 한다.<sup>58)</sup>

## IV. 사면권의 남용에 대한 입법적 통제방안

### 1. 기존의 사면법 개정논의들에 대한 실태

사면법은 1948년 8월 30일에 법률 제2호로 제정된 이래 현재까지 한 번도 개정되지 않아 1948년에 제정된 사면법에 의해 우리나라의 역대 대통령들은 정략적인 목적 하에 자의적으로 사면권을 남용하여 행사해 사법권을 침해하고, 국민들의 준법정신을 저해하는 등의 문제점이 현재까지 이어져왔다.<sup>59)</sup> 이러한 문제점을 개선하기 위해 그동안 여러 차례 사면법에 대한 개정논의들이 있었는바, 이 중에서 국민들에게 알려진 사면법 개정논의에 대해 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 1999년 8월 10일에 민주사회를 위한 변호사모임은 사면법 제9조의 2를 신설하여 대통령이 특별사면이나 감형 또는 복권시 사전에 대법원장의 의견을 청취하도록 하는 내용의 사면법 개정안을 국회에 입법청원하였다.<sup>60)</sup> 둘째, 2003년 1월 29일에 정의사회운동시민연합은 특별사면이나 감형 또는 복권을 행하려고 할 때에는 사면심사 배심원제에서 신청할 수 있게 하고, 사면심사 배심원은 입법·사법·행정부, 언론협회기구, 시민단체연대기구에서 각각 추천해 20명 내외로 구성하

54) 이에 대해 좀 더 자세한 것은 변종필, (주 37), 298면 이하; 정현미, (주 5), 333면 이하 참조.

55) 권영성, (주 18), 1002면.

56) 김선택, 『헌법사례연습』, 법문사, 2004, 886면.

57) 홍성방, (주 18), 841면.

58) 김철수, (주 18), 1433면 참조. 이에 대해 좀 더 자세한 것은 변종필, (주 37), 297면 이하; 정현미, (주 5), 332면 참조.

59) 우리나라의 역대 대통령들의 사면권 행사의 남용실태에 대한 것은 본 논문의 I 번 참조.

60) 민주사회를 위한 변호사모임, “사면법개정 청원자료”, 민주사회를 위한 변론 제31호, 1999. 9, 173면 이하 참조.

며, 특별사면이나 감형시에는 형기의 2분의 1을 경과하기 전에는 할 수 없게 하는 내용의 사면법 개정안을 국회에 입법청원하였다.<sup>61)</sup> 셋째, 2003년 4월 10일에 바른사회시민회의는 법무부 산하에 사면심사위원회를 신설하여 사면과 복권을 신청 받아 심사하되, 동 위원회에 반드시 외부 인사의 참여를 보장하고, 특별사면의 요건을 형기의 3분의 1이 경과한 자로 한정하며, 벌금이나 과료의 병과가 있는 때에는 그 금액을 완납한 자로 한정한다. 또한 ‘헌정질서파괴 범죄의 공소시효 등에 관한 특별법’과 ‘공직선거법’ 및 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’, 그리고 ‘특정범죄가중처벌 등에 관한 법률’을 위반한 범죄(이하에서 “헌정질서파괴범죄<sup>62)</sup> 등 일정특정범죄”로 줄임)는 특별사면의 대상에서 배제시키는 내용의 사면법 개정안을 국회에 입법청원하였다.<sup>63)</sup> 넷째, 2003년 5월에 대한변호사협회는 사면권은 판결확정일로부터 형기의 1/3을 경과하기 전, 무기징역의 경우 10년을 경과하기 전에는 특별사면이나 감형 또는 형집행면제나 복권을 실시해서는 안 되며, 형기의 3분의 1이 지난 경우에도 실질적 권한을 지닌 사면심사위원회에서 심사해서 시행해야 된다는 의견서를 국회의 법제사법위원회에 제출하였다.<sup>64)</sup> 이밖에 2004년 1월 30일에는 홍사덕 의원이 대표로 “사면법에 제8조제3항과 제9조 제2항을 각각 신설하여 죄 또는 형의 종류를 정하여 행하는 감형과 일반으로 행하는 복권을 행할 때 및 특별사면이나 감형 또는 복권을 행할 때에는 그 대상죄명과 형의 종류나 그 대상자 등을 1주일 전에 국회에 통보하여 그 의견을 들어야 한다.”는 내용의 사면법 개정안을 발의하였다.<sup>65)</sup> 이 사면법 개정안은 2004년 3월 2일에 국회 본회의를 통과했지만, 고건 대통령 권한대행 국무총리는 동 개정안에 대해 국회에 재의를 요구하였고, 동 개정안은 제16대 국회의 임기만료로 폐기되어 결국 수정되지 못하였다.<sup>66)</sup> 이후 2005년 6월 13일에는 이성권 의원이 형 확정 이후 1년 초과 미만자를 국회 동의를 거치도록 하는 내용으로, 그리고 심재철 의원은 사면심사위원회의 4분의 3이상 찬성을 받아야만 공직선거법이나 정치자금법을 위반한 정치인이 사면될 수 있도록 하는 내용으로, 또한 노회찬 의원과 이낙연 의원은 불법정치자금을 받은 정치인은 특별사면에서 제외하는 내용을 주요골자로 하는 사면법 개정안을 발의하였으나,<sup>67)</sup> 동 개정안들 역시 그 뜻을 이루지 못하였고, 결국 사면법은 제정된 이후에 단 한 번의 개정도 없었다.

61) 인터넷 한국일보, ‘대통령 사면권 제한해야’, 2003. 2. 18.

62) 1997년 12월 22일에 김영삼 대통령의 전두환·노태우 두 전직대통령에 대한 사면에 대한 비판적 평가에 대한 것은 이호철, “헌법상 사면권과 전·노사면 논의에 대한 관건”, 아·태 공법연구 제4 집, 1997. 12, 110-112면, 117면 이하 참조.

63) [http://www.cubs-korea.org/pub/mag\\_2003\\_03/page\\_62.asp](http://www.cubs-korea.org/pub/mag_2003_03/page_62.asp).

64) <http://www.koreanbar.or.kr/inc/download.asp?url=pub&filename=제81호.zip&filesave=제81호.zip>.

65) <http://www.assembly.go.kr/index.jsp>에서 정보광장→법률관련정보→2004년 3월 2일 사면법(개정).

66) 정영훈, “사면권의 남용과 개선방안”, 국회보, 2005. 8, 154면 이하 참조.

67) 프로메테우스, ‘사면권 논란속, 청와대 또 사면 강행?’, 2005. 7. 11.

## 2. 사면법상의 실체적 제한 방안

미국 연방헌법 제2조 제2항의 (1)에서는 앞에서 살펴본 것과 같이<sup>68)</sup> 대통령이 합중국에 대한 범죄에 대하여 형의 집행정지 또는 사면을 행할 때 탄핵의 경우를 제외하고 있다. 그리고 노르웨이 헌법은 하원에 의해 소추된 경우에는 그 자에 대하여 사면을 할 수 없도록 규정하고 있다.<sup>69)</sup> 또한 프랑스의 사면법(Loi portant amnistie)에서는 테러범죄나 전범죄, 반인륜범죄 등에 대해서는 사면권을 행사하지 못하도록 사면배제규정을 두고 있다.<sup>70)</sup>

이러한 외국의 사면에 대한 실체적 제한규정을 살펴볼 때 향후 우리나라 사면법에도 탄핵을 받은 자에 대해서는 사면을 할 수 없도록 해야 하겠고, 테러범죄, 반인륜범죄,<sup>71)</sup> 헌정질서파괴범죄 등 일정특정범죄를 저지른 반사회적 부패사범에 대해서는 대통령이 자의적으로 특별사면이나 복권을 시켜주지 못하도록 향후 사면배제규정을 두는 것이 바람직하다.<sup>72)</sup> 또한 우리 사회의 권력형 부패범죄를 근절하거나 줄이기 위해서는 향후 사면법에 대통령이 집권 중에 범죄를 범한 자가 자신 또는 자기의 정치세력일 때 이러한 범주에 속하는 자에게 사면권을 행사할 수 없도록 하는 규정을 신설하여야 할 것이다.<sup>73)</sup>

## 3. 사면법상의 절차적 제한 방안

사면권의 남용을 절차적으로 통제하기 위해 핀란드는 헌법 제29조에서 대통령이 최고재판소의 의견을 듣고 사면권을 행사하여 형을 면제하거나 감경할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>74)</sup> 그리고 그리스는 ‘사면심사위원회’라는 기구를 만들어 사면을 행하기 전에 동 위원회의 의견을 듣도록 하고 있으며, 헌법에 규정된 장관책임위반으로 유죄판결을 받은 전직 장관에게 사면을 행하려고 할 때에는 필수적으로 국회의 동의를 얻도록 하고 있다. 또한 스위스는 사면신청을 준비하기 위한 기구로 연합연방회의에 상설위원회가 설치되어 있다. 동 위원회에서 사면신청을 받으면 연방의회에 보고하고, 신청서를

68) 본 논문의 III-2-(3)-1)번 참조.

69) 이금옥, “대통령 사면권의 법적 문제와 통제”, 고시계, 2003. 10, 11면, 각주 15번 참조.

70) 변종필, (주 37), 303면 이하; 성낙인, (주 18), 946면; 정현미, (주 5), 342면.

71) Dietlinde Albrecht는 그의 논문에서 예컨대 살인죄 등과 같은 개인의 법익을 본질적으로 침해하는 인권에 반하는 범죄에 대한 사면은 형법의 처벌요청에 반한다고 한다. Dietlinde Albrecht, (FN 15), pp.465-466.

72) 국회사무처 의사국, 국회공보 제2003-22(1)호, 2003. 2. 28; 변종필, (주 37), 304면 이하; 성낙인, (주 18), 946면; 이금옥, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006. 3, 424면; 정현미, (주 5), 342면; 허영, (주 22), 3면.

73) 대통령의 자기사면의 금지에 대해서는 김명식, (주 49), 515면; 송기춘, (주 15), 206면; 이금옥, (주 72), 413면 참조.

74) 이강혁, (주 26), 74면.

연방의회에 이송하면 연방의회에서는 비밀자문기구를 만들어 사면에 대해 심사를 한다.<sup>75)</sup> 그리스와 유사하게 미국은 법무부에 산하단체로 ‘사면검사국(Office of Pardon Attorney)’을 두어 사면업무를 담당케 하고 있다. 미연방규정집(Code of Federal Regulations) 제28편 § 1.1-1.10에서 이 사면검사국의 업무에 대해 규정하고 있다. 동 규정집의 규정 중에서 우리나라에 사면법상의 절차적 제한방안에 시사해 주는 바가 있는 부분만 살펴보면 다음과 같다. 즉, 동 규정집 제28편 § 1.1에 의하면 “사면, 집행연기, 감형이나 벌금의 면제 등의 행정사면을 구하고 자 하는 자는 법무부장관이 정해놓은 양식에 필요한 정보를 기재하여 공식적으로 이를 신청해야 한다. 이 신청은 대통령에게 송달되어야 하는데 군사범죄에 관련된 신청을 제외하고는 법무부산하의 사면검사에게 제출해야 한다.”고 규정되어 있다. 그리고 동 규정집 제28편 § 1.6(c)에 의하면 “사면신청이 접수된 후 사면담당검사는 사면신청서류에 기재된 모든 관련정보를 조사하여 심사한 후, 이를 법무부장관에게 보고하면 법무부장관은 대통령이 사면신청을 허용할 것인지 아니면 거부할 것인지에 대해 자신의 의견을 기재하여 문서로 대통령에게 추천할 수 있다.”고 규정되어 있다. 그러나 동 규정집 제28편 § 1.11에 의하면 동 규정집에 의한 규정들의 효력은 단지 보조적이고 내부지침에 불과한 행정규칙이라고 규정되어 있어 사면신청자가 동 규정집의 규정들을 가지고 사면을 해 달라고 요구할 수 있는 법적 효력은 없다고 해석된다.<sup>76)</sup> 즉, 사면신청자에 대해 사면을 해 줄 것인가에 대한 최종결정권은 오직 대통령만 가지고 있다.<sup>77)</sup>

이러한 외국의 사면에 대한 절차적 제한규정을 살펴볼 때 향후 우리나라 사면법에도 대통령이 사면을 행사하기 전에 정의의 실현과 재판의 형평성을 확보하여 사법권의 본질적 내용을 침해하지 못하도록 하기 위해서 반드시 대법원장의 의견을 듣게 하거나 법무부 산하에 독립된 ‘사면심사위원회’를 두어 동 위원회의 심의를 거쳐 사면을 할 수 있게 규정하는 것이 바람직하다.<sup>78)</sup> 동 위원회의 인적구성을 하는데 있어서 권력분립의 원리를 적용하여 동 위원회의 수는 9명으로 하고, 대통령이 사면위원 9명 모두를 임명하되, 9명 중 3인은 대통령이, 3명은 국회가, 3명은 대법원장이 추천하는 자로 하는 것이 바람직하다.<sup>79)</sup>

#### 4. 사면법상의 시기적 제한 방안

사면권의 남용을 시기적으로 통제하기 위해 일본은 은사법 시행규칙 제6조에서 유기징역의 경우에는 형기의 3분의 1을 경과한 후, 그리고 무기징역의 경우에는 10년이 지

75) 변종필, (주 37), 304면; 정현미, (주 5), 339면 이하 참조.

76) 김명식, (주 24), 268면 이하 참조.

77) Paul J. Haase, (FN 28), p.1306.

78) 국회사무처 의사국, 국회공보 제2003-22(1)호, 2003. 2. 28; 이금옥, (주 69), 15면; 정현미, (주 5), 342면; 한인섭, (주 2), 34면.

79) 이충상, “사면법개정안-사면권의 제한-”, 인권과 정의 제320호, 2003. 4, 40면.



난 후에만 사면을 할 수 있도록 규정하고 있고, 사면이나 감형의 출원을 할 수 있는 기간을 범죄자 본인의 신청에 의해 중앙갱생보호위원회가 결정할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>80)</sup> 그리고 미국은 미연방규정집 제28편 § 1.2에서 “모든 사면은 구금이 종료된 날로부터, 그리고 구금이 되지 않은 경우에는 유죄선고를 받은 날로부터 최소한 5년이 지난 후에야 사면을 신청할 수 있다. 일반적으로 집행유예나 가석방 또는 보호관찰 중인 자는 사면을 신청할 수 없다.”라고 규정되어 있다.<sup>81)</sup> 한편 미국은 2001년 1월 20일 임기 종료 몇 시간 전에 클린턴 대통령이 141건의 사면과 36건의 감형을 행하였는바, 이 중에서 약 30건의 사면조치는 법무부와 사면검사국의 일반적 심사절차를 거치지 아니하였다는 점과 사면대상자 중에 천만장자 마크 리치와 코카인 밀수업자 카를로스 비그날리를 두터운 친분관계 때문에 사면을 시켜주어 사면권을 남용했다는 거센 비판이 있었다.<sup>82)</sup> 이에 미국은 이러한 대통령의 임기말기의 사면권의 남용을 입법적으로 제한하기 위해 사면이 행하여진 날로부터 60일 이내에 상원의 3분의 2이상의 찬성으로 사면을 철회시켜야 한다는 헌법수정안이 제출되었었다.<sup>83)</sup>

이러한 외국의 사면에 대한 시기적 제한규정을 살펴볼 때 향후 우리나라 사면법에도 원칙적으로 판결확정일로부터 판결 형기의 3분의 1을 경과하기 전에는 특별사면이나 특정한 자에 대한 감형이나 형의 집행면제 또는 복권을 할 수 없도록 하고, 무기징역의 경우에는 10년이 지난 후에, 그리고 유기징역·금고의 경우에는 그 형기의 3분의 1이 지난 후이거나 1년에 미달하는 경우이더라도 최소한 1년이 지난 후에, 또한 벌금의 경우에는 1년이 각 판결확정일로부터 경과하여야 특별사면 등을 할 수 있도록 개선되어야 할 것이다. 그리고 부정기형의 경우에는 단기형을 기준으로 하고, 집행유예의 경우에도 본형을 기준으로 하며, 사형의 경우에는 징역 12년까지 감형을 할 수 있도록 개선하는 것이 바람직하다.<sup>84)</sup>

## V. 결론

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라 사면법은 대통령에게 다른 나라와는 달리 거의 아무런 실체적·절차적·시기적인 제한 없이 사면을 행할 수 있게 규정되어 우리나라 역대 대통령들은 사면권을 남용하여 우리 사회가 부패한 사회가 되도록 하는데 일조했다. 이에 대해 ‘참여정부’라는 슬로건을 내걸었던 노무현 대통령은 지난 2002년 대선 때

80) 정현미, (주 5), 343면.

81) Paul J. Haase, (FN 28), p.1294.

82) Paul J. Haase, (FN 28), p.1288.

83) 김명식, (주 49), 516면 참조.

84) 국회사무처 의사국, 국회공보 제2003-22(1)호, 2003. 2. 28; 이충상, (주 79), 37면. 이와 같은 취지로 판결 직후의 사면은 사법권의 판결 자체의 의미를 부정하는 결과가 되어 사법권의 본질을 침해하는 것으로 이러한 사면은 위 본문과 같은 규정을 향후 사면법에 신설하여 금지시켜야 할 것이다.

자신만큼은 역대 대통령들과 달리 무분별한 사면을 하지 않을 것이고, 사면 기준도 엄격히 해 법 집행의 실효성을 제고하겠다는 약속을 국민에게 하였었다. 그러나 노 대통령의 임기가 거의 다 끝나가고 있는 현 시점에서 볼 때 노 대통령 역시 국민 앞에 약속했던 이 공약을 다른 대통령들과는 달리 국민의 의사를 잘 반영하여 적정한 사면권을 행사하였다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 노 대통령도 다른 대통령들과 같이 2003년 8월 15일에 불법선거운동의 혐의로 처벌을 받은 김정길 전 행정자치부 장관에 대한 특별복권부터 시작하여 한보비리사건과 연루되어 처벌된 홍인길 전 청와대 비서관 등에 대한 특별사면 및 2005년 5월 15일에는 노 대통령의 후원자였던 강금원씨를 포함한 불법대선자금 관련 경제인 12명에 대한 특별사면, 그리고 2005년 8월 15일에는 노 대통령의 불법대선자금사건에 연루되어 처벌된 이상수 현 노동부장관과 특별가중처벌법상의 뇌물죄로 처벌을 받은 정대철 전 의원 등의 특별사면과 안희정씨 등에 대해 특별복권을 단행하여 노 대통령의 측근의 부패인사들에게 사면을 행하여 이에 대해 비판의 여론이 높았기 때문이다.<sup>85)</sup> 또한 노 대통령은 2005년 8월 15일에 개인비리로 구속된 김대중 전 대통령의 아들인 김홍업씨와 김홍걸씨를 사면대상에 포함시켰는바, 두 김씨는 권력형 부패사범으로 김 전 대통령의 아들이라는 이유 이외에는 사면할 어떠한 근거도 찾기 어렵다.<sup>86)</sup> 이에 노 대통령은 우리 사회의 부정부패척결을 위해 자신에게 주어진 사면권을 남용하였다는 비판과 노 대통령 자신이 2002년 대선 때 공약한 대통령의 사면권 남용을 방지하기 위한 알맞은 사면법의 개정에 대한 약속을 지키지 못하였다는 점에서 비판받아야 한다. 따라서 노 대통령은 자신이 사면권을 남용한 것에 대해 겸허히 반성하고, 김영삼 대통령과 김대중 대통령 및 미국의 클린턴 대통령처럼 임기 만료를 얼마 남겨두지 않은 시점에서 부패행위자들에 대해 자의적인 사면권을 행사하지 말아야 할 것이다. 또한 노 대통령은 얼마 남지 않은 임기동안 위 본문에서 제시한 여러 사면법의 제한 규정대로 사면법이 개정될 수 있게 거침없이 노력하여 차기 대통령의 사면권 행사가 남용되지 않도록 하여, 그로 인해 진정으로 국가대통합과 국민대통합 등을 이룰 수 있도록 해야 할 것이다.

85) 정경뉴스, '사회정의 도외시한 '8·15코드 사면'', 2006. 9, 155면 이하 참조.

86) 인터넷 서울신문, '비리 정치·경제인 면죄부 7차례', 2007. 2. 10; 인터넷 참여연대, '국민이 반대하는 부패 정치인 특별사면은 사면권 남용', 2005. 8. 12.

### <참고문헌>

- 고문현, “통치행위 관한 소고”, 헌법학연구 제10권 제3호, 2004. 9.
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2007.
- 김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 헌법학연구 제8권 제4호, 2002. 12.
- 김명식, “미연방대통령의 사면권에 관한 소고”, 토지공법연구 제19집, 2003. 9.
- 김선택, 『헌법사례연습』, 법문사, 2004.
- 김용세, “공직부패의 개념, 유형과 구조”, 형사정책연구 제35호, 1998. 9.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007.
- 김해동, “관료부패의 유형”, 행정논총 제28권 제1호, 1990. 6.
- 김해동·윤대범, 『관료부패와 통제』, 집문당, 1994.
- 김형성·정순원, “대통령 사면권에 관한 개정 논의”, 성균관법학 제17권 제1호, 2005. 6.
- 민주사회를 위한 변호사모임, “사면법개정 청원자료”, 민주사회를 위한 변호사모임 제31호, 1999.9
- 변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제12호, 1999. 11.
- 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2007.
- 송기춘, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 공법연구 제30집 제5호, 2002. 6.
- 신호웅, 『고려법제사연구』, 국학자료원, 1995.
- 이강혁, “헌법상 대통령의 사면권”, 고시계, 1988. 12.
- 이금옥, “대통령 사면권의 법적 문제와 통제”, 고시계, 2003. 10.
- 이금옥, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 헌법학연구 제12권 제1호, 2006. 3.
- 이서행, “한국사회의 부정부패”, 현대사회문제, 사회문화연구소, 1993.
- 이충상, “사면법개정안-사면권의 제한-”, 인권과 정의 제320호, 2003. 4.
- 이호철, “헌법상 사면권과 전·노사면 논의에 대한 관견”, 아·태 공법연구 제4집, 1997. 12.
- 장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 시민과 변호사 제51호, 1998. 4.
- 전광석, 『한국헌법론』, 법문사, 2007.
- 전수일, “관료부패연구 : 사회문화적 접근”, 한국행정학보 제18권 제1호, 1984. 6.
- 정영훈, “사면권의 남용과 개선방안”, 국회보, 2005. 8.
- 정현미, “사면의 법치국가적 한계”, 형사법연구 제20호, 2003. 겨울.
- 차병직, “사면권 행사, 이래서는 곤란하다.”, 시민과 변호사 제51호, 1998. 4.
- 최자영, “고대 아테네 사면법론 검토 - 김봉철씨의 소견에 대하여”, 역사학보 제160집, 1998. 12.
- 한인섭, “사면 반세기 : 권력정치와 법치주의의 긴장”, 법과 사회 제16·17(합본)호, 1999.
- 허영, “대통령의 특별사면권”, 고시계, 1999. 10.
- 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2007.
- 홍성방, 『헌법학』, 현암사, 2007.
- Albrecht, Dietlinde, Rechtliche Grenzen der Amnestie - Die Diskussion bei der deutschen Wiedervereinigung, Korean Journal of Comparative Criminal Law, Korean Association of Comparative Criminal Law, Vol.3, 2000. 12.

- Blackstone, William, Commentaries on the Laws of England, The University of Chicago Press, Vol.4, 1979.
- Haase, Paul J., "OH MY DARLING CLEMENCY": EXISTING OR POSSIBLE LIMITATIONS ON THE USE OF THE PRESIDENTIAL PARDON POWER, American Criminal Law Review, Vol.39. 2002. Summer.
- Kobil, Daniel T., The Quality of Mercy Strained : Wresting the Pardoning Power from the King, Texas Law Review, Vol.69, 1991.
- Schätzler, Johann-Georg, Handbuch des Gnadenrechts, C. H. Beck, 1992.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, C. H. Beck, 1980.
- 국회사무처 의사국, 국회공보 제2003-22(1)호, 2003. 2. 28.
- 뉴스메이커, '이제 국민화합을 팔아먹지 마라!', 2001. 8. 16.
- 민중서림, 엡센스 국어사전, 2007.
- 연합뉴스, '노대통령 "내각제, 사면, 면책특권 제한 검토해야"', 2007. 7. 17.
- 인터넷 법률신문, '대통령 사면권 너무 남용', 2002. 8. 9.
- 인터넷 서울신문, '비리 정치·경제인 면죄부 7차례', 2007. 2. 10.
- 인터넷 참여연대, '국민이 반대하는 부패 정치인 특별사면은 사면권 남용', 2005. 8. 12.
- 인터넷 한국일보, '대통령 사면권 제한해야', 2003. 2. 18.
- 정경뉴스, '사회정의 도외시한 '8·15코드 사면'', 2006. 9.
- 프로메테우스, '사면권 논란속, 청와대 또 사면 강행?', 2005. 7. 11.
- <http://enc.daum.net/dic100/viewContents.do?&m=all&articleID=b23p1923a>.
- <http://historia.tistory.com/627>.
- <http://user.chollian.net/~peacebbs/gssl01.htm>.
- <http://www.assembly.go.kr/index.jsp>.
- [http://www.cubs-korea.org/pub/mag\\_2003\\_03/page\\_62.asp](http://www.cubs-korea.org/pub/mag_2003_03/page_62.asp).
- <http://www.koreanbar.or.kr/inc/download.asp?url=pub&filename=제81호.zip&filesave=제81호.zip>.

저자 약력: 저자는 연세대학교 법과대학에서 박사학위를 취득하였고, 2004년 11월에 박사 재학시절에 연세대학교 대학원 사회과학분야 박사부문 우수논문상을 수상했으며, 연세대학교 법학연구소에서 전문연구원을 역임하였다. 현재 백석대학교 법정학부에서 전임강사로 근무하고 있으며, 한국헌법학회에서 섭외간사로 학회활동을 하고 있다. 주요 관심분야는 집회의 자유, 탈북자의 인권, 언론의 자유, 개인정보자기결정권, 선거제도, 헌법재판, 알권리 등이다.