

## 대통령 사면권행사의 한계와 개선방향에 관한 연구

### A Study on the limitation and Improvements of the Presidential Pardon Power

전 찬 희\*  
Jeon, Chan-Hui

#### 목 차

- I. 서론
- II. 사면의 연혁
- III. 사면권의 한계와 문제점
- IV. 사면의 제도적 개선방안
- V. 결론

#### 국문초록

대통령의 헌법상 사법부에 관한 권한인 사면권은 형벌권의 전부 또는 일부를 소송법상의 절차에 의하지 아니하고 소멸시키거나 특정한 죄에 대한 공소권을 소멸시키는 국가원수의 특권이다. 이러한 사면제도는 국민 및 사회재통합의 목적이나 법 감정의 변화와 형사정책적인 목적 등의 이유로 그 운영의 형태는 다르다 해도 죄의 용서와 형벌에서 벗어난다는 효과 면에서 세계적으로 비슷하게 운영되고 있는 보편적인 제도라고 할 수 있다.

그러나 이러한 제도적 보편성에도 불구하고 대통령의 사면권이 행사 될 때마다 사회적으로나 정치적, 나아가 법적인 이슈가 되고 있으며, 적정성의 논란

---

논문접수일 : 2015. 06. 15.

심사완료일 : 2015. 07. 22.

게재확정일 : 2015. 07. 23.

\* 법학박사·서원대학교 사범대학 사회교육과 교수

을 피할 수 없는 문제가 되고 있다. 특히 우리나라 역대 대통령들이 단행해 왔던 특별사면의 경우를 보면 명분이야 ‘국민화합’ 또는 ‘경제 살리기’를 내세웠지만 자의적 행사로 인한 정치적 오·남용, 이라는 비판과 함께 사회적 논란의 한축을 차지하는 현안의 문제가 되어왔다. 이러한 문제의 원인은 우선 대통령의 사면권 행사에는 그 권한 행사를 제한하거나 견제할 수 있는 제도적 장치나 법률규정상 근거가 미약하기 때문이다.

즉, 현행법상으로 사면허용의 구체적인 사유 또는 불허사유가 존재하지 아니하고 정당성여부를 판단할 수 있는 기준 또한 구체적으로 명확하지 않다. 다만 사면권 행사에 있어서 사전 통제방안의 하나로 그 권한 행사의 한계를 사전통제 방안으로 보지만 형식적으로 운영이 되고 있고, 사면 결정 후 사후 심사 제도는 없다. 이러한 현실로 인하여 사면제도에서 법의지배, 권력분립, 형평성 등에서 많은 문제점이 표출 되고 있다.

따라서 사면의 단행에서 오는 불신을 청산하여 헌법정신이 추구하고자 하는 사면제도 본래의 취지에 부합하도록 제도개선을 하여야 하는 것은 당연한 과제가 되고 있다. 이 과제해결을 위한 대안으로 세부적 사면 절차규정의 정취 한 제도 개선이 되어야 한다고 본다. 그리고 그 개선방안으로 사면의 ‘제도적장치의 명문화’ ‘외부견제장치의 마련’ ‘사면심사위원회 기능 개선’을 제시해 보았다.

주제어 : 사면제도, 사면권의 한계, 법의 지배, 권력분립, 사면심사 위원회

## 1. 서론

대통령의 헌법상 사면에 관한 권한인 사면권은 형벌권의 전부 또는 일부를 소송법상의 절차에 의하지 아니하고 소멸시키거나 특정한 죄에 대한 공소권을 소멸시키는 국가원수의 특권이다.<sup>1)</sup>

1) 우리나라는 헌법 제 79조 1항에서 사면을 광의의 개념으로 규정하고 있음을 볼 수 있다. ; 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009, p.1224.; 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2010, p.1180 ; 전광

대통령의 이러한 사면권은 국민 및 사회재통합의 목적이나 법 감정의 변화, 형사정책적인 목적 등의 다면에서의 이유로 세계 여러 나라에서 인정되고 있는 제도라고 할 수 있다.

이러한 목적하에서 우리나라의 경우 1984년 7월 17일 제정된 제헌헌법 제 63조 ('대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면, 감형과 복권을 명한다. 일반사면을 명함에는 국회의 동의를 얻어야 한다.') 이래로 사면은 여러 차례 행사되어 왔다. 그러나 우리나라의 헌정사에서 단행되어 왔던 사면의 현실은 오·남용 사례가 많았다.<sup>2)</sup>

역대 대통령들은 특사를 단행하는 명분으로 '국민화합' 또는 '경제 살리기'를 내세웠었다. 하지만 사면의 문제는 그 시행의 발표와 동시에 사회적 논란의 한 축을 차지하는 현안의 문제가 되었고, 이를 비판하는 여론의 목소리는 끊이지 않았다. 그것은 전·현직 대통령과 가까운 측근 인사가 특사대상에 포함되면서 화합은커녕 여·야간의 '정쟁'과 '분열'과 정치 쟁점으로 이어지기 일쑤였다. 오히려 정치인, 기업인처럼 특사 대상이 되는 특권층과 그렇지 않은 일반인 사이에 위하감이 조성됨으로써 대통령의 사면권 행사의 본래의 취지와는 거리가 먼 사회통합 분위기를 해치곤 했다. 다시 말해, 사면권은 그 행사가 있을 때마다 정치적·사회적 비판이 되었고, 특히 우리나라의 경우 사면권이 시행 될 때 마다 그 정당성과 적정성에 관한 논란을 피할 수가 없었다.

물론 사면권의 행사는 국가가 형벌권을 행사할 법적요건이 갖추어진 사안에 대해서 형벌권 행사를 저버리는 것이기 때문에 이것이 정치적으로 남용되면 처벌되어야 할 자를 처벌없이 용서하는 것이며, 개선되지 않는 자를 사회에 복귀시키는 통치권자에 의한 국가형벌권의 자의적인 행사에 속하게 된다.<sup>3)</sup> 또한 대통령의 사면권 행사는 그 권한행사를 제한하거나 견제할 수 있는 제

석, 「한국헌법론」, 법문사, 2010, p.571 ; 정희철, 「기본강의 헌법」, 예산, 2009, p.1143.

2) 최근 '성완중 리스트' 의혹 와중에 노무현 정부가 성완중 전 경남기업회장을 두 차례나 특별사면 대상에 포함시킨 사실이 정치적 논란을 받고 있다. 성완중 특사파문은 '왕조시대의 유물'인 대통령의 특별사면권이 역대 정부에서 오·남용 됐음을 보여주는 상징적 사례다. 세계일보, '도마 위에 오른 특별사면', 2015. 5. 4.

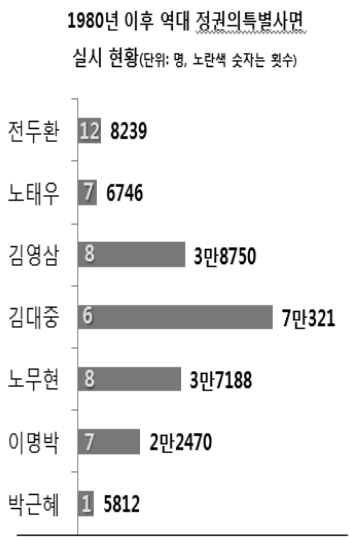
3) 김성천, "12·12와 5·18사건의 책임자 처벌 관련 문제점 연구", 「중앙법학」 제11집 제4호 (통권 제34호), 중앙법학회, 2009, 12, p. 212.

도적 장치나 법률 규정상 근거는 존재 하지 않으나<sup>4)</sup> 사법권에 대한 중대한 제약이기 때문에 그 행사에는 일정한 한계가 있다고 할 수 있고,<sup>5)</sup> 이러한 한계는 사전·사후의 적절한 통제가 있기 때문에 헌법의 내재적 한계를 벗어날 수도 없다. 그럼에도 불구하고 법무부의 1980년 이후 사면 내역<sup>6)</sup> 자료를 보면 역대 정부가 단행한 특사 내용은 ‘국민화합’이란 구호아래 대대적인 특사 혜택을 베풀었고, 특히 임기 말에 이루어진 특사는 대통령의 핵심 측근이나 ‘거물급’인사들을 구명하는 수단으로 악용되어 대통령사면권의 본래의 취지를 모호함 속에서 무색하게 하였다. 사면이 이러한 현실적으로 많은 문제를 야기

4) 이색연, “대통령의 사면권 행사의 한계 -바람직한 논의를 위하여-”, 「시민과 변호사」 제40호, 서울지방변호사회, 1999, p.81.

5) 최준, “사면제도의 본질과 기능에 관한 연구”, 「법학연구」, 제19권 3호, 경산대학교 법학연구소, 2011, p.224

6)



자료: 법무부

**논란 일으킨 역대 특별사면 일지**

대통령	일시	주요 대상자(관련사건)
노태우	1992년 12월 24일	전경환(이창석(5공 비리), 장병조(의원배(수서 비리))
김영삼	1997년 12월 22일	전두환(노태우(12·12, 5·18)), 이현우(이태진(노태우 비자금))
김대중	1998년 8월 15일	권노갑(한보그룹 뇌물)
	1999년 8월 15일	김현철(한보그룹 뇌물)
	2002년 12월 31일	조양호(한진그룹 탈세), 정태수(한보그룹 뇌물), 김선홍(기아그룹 비리)
노무현	2004년 5월 26일	임동원(박삼배(이기회(대복송금))
	2005년 5월 15일	이학수(김동진(강금원(불법 대선자금), 성완정(불법 정치자금))
	2005년 8월 15일	김종필(이한동(불법 정치자금), 김홍업(이용호 게이트), 김효걸(최규선 게이트))
	2006년 8월 15일	서청원(안희정(신계륜(여택수(불법 대선자금))
	2007년 2월 12일	김용일(나라중금 뇌물), 박지원(대복송금), 박용성(두산그룹 비자금), 장세주(동국제강 비자금))
	2008년 1월 1일	최도술(불법 대선자금), 임동원(신건(국정원 도청), 성완종(행담도 비리))
이명박	2008년 8월 15일	양윤재(정계천 비리), 정동규(현대차 비자금), 최태원(SK그룹 비자금), 김승연(폭행)
	2009년 12월 31일	이건희(삼성그룹 비자금)
	2010년 8월 15일	노건평(박연차 게이트), 변양균(신정아 사건), 김준기(동부그룹 배임), 유상봉(최규선 게이트)
	2013년 1월 31일	최시중(파이시터 비리), 천신일(박연차 게이트), 박희태(국회 문봉투 사건), 조현준(효성그룹 비자금)

세계일보, 2015. 5. 4

하고 있어 학계에서도 현행 사면법의 문제점과 그 개정의 필요성에 공감하고 많은 논의가 있어 왔다.<sup>7)</sup> 하지만 사면권의 추상적인 한계나 통제의 방안을 구체화 시키는 방안의 문제는 가벼운 일이 결코 아니라는 것이다.

따라서 본 글에서는 (Ⅱ)사면권의 의의를 살펴보고, (Ⅲ) 사면권의 한계와 문제점을 살펴 본 다음 (Ⅳ)에서 대통령의 사면권에 관한 제도 개선 방안을 제시하면서 (Ⅴ)에서 결론을 맺고자 하였다.

## Ⅱ. 사면의 연혁

### 1. 영국

사면의 역사는 함무라비 법전까지 거슬러 올라가며, 군주 시대의 은사권(恩赦權) 내지 은전권(恩典權)에서 유래된 것으로 알려져 있다.<sup>8)</sup> 영국의 사면권은 군주의 주권을 본질적으로 강화시키기 위한 수단으로 인식 되었다. 사면권은 그 당시 군주대권의 중요한 요소였지만, 국왕은 성직자, 귀족, 중세 봉건법원 등과 사면권을 두고 경쟁하였던 것으로 볼 때 국왕의 독점적인 권한은 아니었다. 그러나 의회와 국왕의 간섭에서 벗어나게 되고자 의회에 대한 일종의 견제 장치로 국왕에게 사면권이 주어졌다.<sup>9)</sup> 영국에서는 헨리 8세(Henry VIII)

7) 김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 『헌법학연구』, 제8집 제4호, 2002, p.503-516. ; 고문현, “제한적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 『세계헌법연구』, 제13권 제2호, 세계헌법학회, 2007, p.2-12 ; 이희훈, “부패행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한 연구”, 『한국부패학회보』, 제12권 제3호, 한국부패학회, 2007, p.153-158; 최순, “교정의 목적과 수형자의 권리”, 『인권복지연구』, 제8호, 한국인권사회복지학회, 2010, p.12.

8) 이금옥, “대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제”, 『헌법학연구』, 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999, p.485 ; 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2010, p.1042, 각주1).

9) “영국의 헌정사에 그 기원을 두는 군주의 은사권도 처음부터 군주가 임의적으로 행사할 수 있는 특권은 아니었다. 일찍부터 영국에서는 의회가 사법기능까지 담당하였고, 가장 활발하던 시기는 에드워드 1세(Edward I, 1272-1307)때로 기록되고 있다. 그 후 상원(House of Lords)이 상소법원으로 기능하는 관행은 14세기말에 확립되었다. 리처드 2세(Richard II, 1377-1399)때 의회가 국왕의 간섭으로부터 완전히 독립하게 되자 상원의 사법권 행사에 대한 국왕의 통제의 필요성 때문에 국왕에게 은사권이 주어졌다.” 허영, “대통령의 특별사면권”, 『고시계』 1999년 10월호, p.2-3

가 1535년에 사면권을 장악하여<sup>10)</sup> 독점하게 되었다. 영국은 그 후 1679년 인신보호영장법(Hbeas Corups Act of 1679), 1889년 권리장전(Bill of Right), 과 1700년에는 비록 탄핵절차에서 당사자의 변론 후 탄핵결정이 내려진 이후의 사면을 금지시키지는 못했지만, 탄핵결정 이전에는 이에 대한 사면권 행사를 제한할 수 있도록 한 화해법(1700 Ace Settlement) 등을 통하여 사면권을 점차 제한하였으며 1712년에는 사면권을 의회와 국왕이 동시에 행사하도록 하는 법률이 제정되었다.<sup>11)</sup>

## 2. 미국

미국의 사면제도는 영국에서 그 기원을 찾을 수 있고 1787년 미연방헌법에서 최초로 성문화 되었다.<sup>12)13)</sup> 그 과정을 보면 영국이 미국식민지를 건설했을 때, 주지사에게 영국왕은 사면권을 위임하였고, 탄핵의 경우 주지사는 사면권 행사가 제한되는 영국왕의 사면권을 모델로 한 권한을 위임받았다. 그러나 미국혁명(American Revolution)이후 각주의 대표자들은 행정부에 탄핵의 경우를 제외한 전권한이 부여되는 것을 반대한 대표자들은 연합규약(Article of Confederation)에서 사면권을 입법부(각 의회), 와 행정부(주지사)에 분할시켰으며 때로는 입법부(주의회)에게만 부여하기로 하였다.<sup>14)</sup> 하지만 단일화 된

10) 영국에서의 사면의 연혁적 고찰에 대해서는 Stanley Frupp, "Some historical aspects office of pardon in England", *7Am. J. Legal. Hist.* 51, 1963, pp.55-56 참조, 고문헌 "사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제 방안", 「공법학연구」, 제11권 제2호, 한국비교공법학회, 2010, 5, 각주11), 재인용.

11) 김명식, "미연방 대통령의 사면권에 관한 소고", 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2003,9, p.263이하.

12) 미 연방헌법 제 2조 제 2항 ①의 3문에 사면조항(Pardon Clause)을 두고 있다.

13) 동항은 "대통령은 탄핵의 경우를 제외하고는 미합중국에 대한 범죄의 집행을 연기하거나 사면을 명할 수 있다"고 규정하고 있다. 현재 사면이 없는 국가는 중국을 제외하고는 없으며, 프랑스의 경우 혁명기에 사면을 폐지 하였지만 사면장치 없이 법체계의 운영이 어려워 1802년에 제 1통령에게 사면권이 부여되기까지 임시적 절차를 통해 사면이 행해졌다. 현재 프랑스 제 5공화국 헌법은 제 17조에서, 오스트리아 헌법은 제 65조에서, 독일 기본법은 제 60조에서, 이탈리아 헌법은 제 79조에서, 필란드 헌법은 제 29조에서 대통령에게 사면권을 부여하고 있다. 김영수, 남광호, "사면권 행사의 한계와 사면법의 개정 방향", 「성균관법학」, Vol. 17, No. 1, 성균관대학교 법학연구소, 2005, 각주 12), 재인용.

사면권은 불신을 낳았으나 연방헌법을 제정하기 위한 헌법회의(Constitutional Convention)가 개최될 시점에 즈음하여 약화되었으며, 헌법의회에 제안된 2개의 초안, 즉 뉴저지(New Jersey)안과 버지니아안은 사면권이 포함되지는 않았다.<sup>15)</sup>

이후 제 1수정안(Virginia개정안)은 사면권을 행정부에, 특히 대통령에게 부여하도록 하여 사면권이 최초로 등장하였다. 제2수정안은 ‘사면은 상원의 동의를 얻어야 한다’고 제안되었지만 상원이 이미 강력한 권한을 가졌다고 하여 폐기되었다.<sup>16)</sup> 이후 알렉산더 해밀턴(Alexander Hamilton)은 “미묘한 국면에서의 처벌의 면제를 주장하거나 반대하는 진의를 형량하기에는 신중하고 선의를 가진 한 사람이 다수보다 낫다는 것은 의심의 의지가 없다”고 동안을 지지하였다. 또한 “반란자와 폭동을 주도한 자들을 사면함으로써 국가의 평온을 되찾을 수 있는 순간이 있지만, 입법부의 재가를 얻기 위해 양원 혹은 그 중 하나를 소집하는 완만한 절차는 황금의 기회를 놓치게 되어 때로는 치명적인 것이 된다.”고 강조되기도 하였다.<sup>17)</sup>

결국 연방헌법의 기초자들(Framers of The Constitution)은 헌법회의가 종료될 즈음, 제 1수정안을 채택하고 제2조에 탄핵에 대해서는 사면권을 행사하지 못한다는 탄핵제한을 채택하였다.<sup>18)</sup> 이와 같은 과정으로 미국 헌법상 “사면권은 헌법회의를 통해 배타적이고 광범위하며, 견제와 균형의 원리에도 제한되지 않는 것으로 등장하였다”고 할 수 있다.<sup>19)</sup>

한편 사면권도 그 연혁을 통해서 본질을 추론해 보건데 ‘은사권’으로서의 성격도 있지만, 시간이 흐름에 따라 국민주권주의를 기반으로 한 입헌주의헌법

14) 최준, 전계논문, p.237.

15) 이희훈, “부패행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한연구”, 『한국부패학보』 제12권 제3호, 한국부패학회, 2007, p.160.

16) “사면권 행사는 유죄의 판결을 받은 자에게 만 가능하다”는 제 3수정안이 있었지만 철회되었다.

17) 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨·존 제이 지음/ 김동영 옮김, 『페더럴 리스트페이퍼』, 한울아카데미, 1995, p.440-441 ; 김영수·남광호, 전계논문, p.39. ; 최준, 전계논문, p.237.

18) Paul J. Haase, “Oh My Darling Clemency ; Existing or Possible Limitations on The Use of The Presidential pardon power”, 39 *AH. CRIM. L. REV.* 2002, p.1291.

19) 김명식, 전계논문, p.265.

아래서 사면권에 대한 인식의 변화가 있게 되었다. 그리고 이러한 변화는 미연방대법원의 판결을 통해서 분명하게 인식되고 있다. 그리고 미연방헌법에 명문화된 사면권은 행정사면권(Executive pardon power)<sup>20)</sup>이 국왕에 의해 행사되었던 것에 기원을 두고 있는 것으로 해석됨을 볼 수 있다. 왜냐하면, 미연방대법원의 대통령에 대한 사면권의 범위를 고려한 최초의 사건 판례, 즉 United States V. Wilson<sup>21)</sup> 사건에서 마샬(Marshall) 대법원장은 명시적으로 영국과 미국의 사면형식의 유사성을 인정하였으며, 미국법원은 영국 보통법을 지도원리로 삼아야 한다고 역설하였다. 또한 사면의 본질을 광의로 해석하여 사면을 “법의 집행에 위임받은 권한으로부터 나오는 자비행위”라고 판시하였기 때문이기도 하며, 사면의 본질을 ‘은사행위성’에서 찾기도 하였고, 또한 “사면은 수여자의 사적인 자비행위를 사법의 영역에 속한다고 보아 사면권의 수여와 승낙이 필요하다”고 판시하였다.<sup>22)</sup>

이후 미연방대법원은 Biddle V. Perovich<sup>23)</sup> 사건에 이르러서 보통법규범을 넘어서 대통령의 사면권이론을 처음으로 명백히 밝혔고, 연방대법원의 홀름스(Holmes)판사의 의견을 인용하여 “사면은 공공복리(Public Welfare)를 위한 행위이지 개인의 사적인 자비행위가 아니다”<sup>24)</sup>라고 판시하여 사면권에 대한 근본적인 인식의 변화를 가져왔고 그 결과 미연방대법원은 법정의견의 근거를 보통법의 원칙보다는 법 논리에서 구하고 있음을 볼 수 있다. 따라서 미연방대법원은 사면자의 동의 없이도 대통령이 사형을 무기징역으로 감형하는 것도 유효하다고 판시하였다. 동의는 “어떤 법률이 전체의 공공복리를 위해

20) 사면권 행사에 관한 미연방헌법은 대통령에게만 부여된 권한으로 규정되어 있어 강조하는 의미에서 행정사면권(Executive pardon power)이라고도 한다. 그런데 우리나라의 사면권과 구별되는 특징은 갖지 않아 미국에서는 “사면권”이라고 칭한다.

21) United States V. Wilson, 32 U.S. 150(1833).

22) Duncan V. Kahanamoku, 327, U.S. 304 (1946)

23) Biddle V. perovich, 274 U.S. 480, S.C.T. 664, 71, L E.D. 1161(1927). 이 판결에서 사면이 더이살 군주의 위엄과 과시의 은사가 아납과 함께 제도적으로 흡수되어야 할 가치로 보았다. 뿐만 아니라, 사면권(power to pardon)에 감형권(power to commute a sentence)도 포함 하는 것으로 해석됨.

24) 이금옥, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 『헌법학연구』, Vol. 12, No. 1, 한국헌법학회, 2006, p.404



도움이 될 수 있을 것인지 누구든 토론해야만 하는 원칙에 아무 소리도 할 수 없는” 죄수이기 때문에 그러한 조건에서는 동의가 필요치 않다고 판시한 것이다.

이처럼 “공공복리”의 이익으로, 대통령은 범죄자의 동의 여부와 무관하게 사면을 부과할 수 있다고 해석함에 따라 사면이 더 이상 권력자의 은혜에 의한 행위가 아님을 천명해 주었던 것이다.<sup>25)</sup>

그리고 대통령의 전속적 권한인 사면권에 대해서 미연방대법원은 자유재량 행위의 성격을 가진다고 초기에는 판시해 왔으나, 그러나 Schick.V. Reed 사건에서 “사면권도 헌법상 열거되어 있는 여러 권한 중 하나이기 때문에, 만약 한계가 있다면 대통령의 사면권에 부과될 수 있는 제한들은 헌법 그 자체 내에 있다”<sup>26)</sup>고 판시하여 사면권이 헌법상 구속되어야 할 구체적인 제한의 원리를 결정문에 명시하지는 않았지만 적어도 사면권의 행사가 통치권자의 자유재량이 아니라 헌법상의 여러 원리들에 구속되어야 한다는 것을 암시하였다.<sup>27)</sup>

### 3. 소결

사면권의 연혁적 고찰에서 사면권 행사의 문제는 군주의 대권으로 매우 광범위하고 전권적인 권한이었음을 부인할 수 없고, 통치권력을 행사하던 정치권력이나 국가 조직간 권력의 균형을 유지하기 위한 것으로 볼 수 있다. 즉, 영국에서의 기원사적 의미를 볼 때 군주와 의회사이의 권한 분쟁과정에서 군주의 사면권이 국왕과 의회사이의 일종의 상호견제 수단으로 제도화된바, 결국 사면권 행사시 국왕은 의회의 동의를 얻어야 행사할 수 있게 되었다. 미국은 판례법에서 사면권은 사면권자의 ‘은사행위’가 아니라 사면권의 행사 목적은 공공복리 실현에 있다고 하였고, 통치권자의 자유재량이 아니라 헌법에서 천명하고 있는 원리에 의해서 제한 될 수 있다는 것이기에, 오늘날 국민주권

25) G.Sidney Buchanan, “The Nature of a Pardon Under the United States Constitution”, 『39 OHIO. ST.L.J.』, 1978, 36 (각주4) 참조.

26) Schick V. Reed, 419 U.S. 256, 267(1974)

27) Mark Strasser, “The Limits of the clemency power on Pardons, Restitutivists, and the United States Constitution”, 『41 BRANDEIS L.J.』, 2002, p. 88-89.

주의를 근간으로 한 입헌주의 하에서 사면권이 군주의 은사행위가 아닌 법치주의의 한계를 벗어날 수 없는 법제도의 하나임을 부정할 수는 없는 것이다.

우리 헌법의 경우를 보아도 사면권은 “법률이 정하는 바에 의하여”(제79조 제 1항) 행사되어야 한다고 사면법정주의를 규정하고 있는 것을 볼 때, 사면권이 초헌법적인 권한이 결코 아님을 분명히 하고 있다고 본다.<sup>28)</sup>

이처럼 헌법에서 초헌법적인 권한이 아님을 인정하는데 있어 개선방안을 모색하기 위해서는 사면권의 한계에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

### Ⅲ. 사면권의 한계와 문제점

#### 1. 사면권의 한계

사면이 더 이상 은사행위가 아니라 법치국가의 사면법정주의 법질서 내에 있기 때문에 사면권자의 무제한의 재량에 의해서 행사 될 수 있는 것은 아니다. 물론 문언상 우리 헌법 79조는 대통령의 사면권 행사에 관해서 구체적인 사항은 법률로 정한다거나, 국회의 동의를 요하는 경우, 일반사면에 관한 절차 정도는 두고 있기도 하지만, 실질적 요건의 언급규정은 있지 않다. 또한 사면법 규정에서도 대통령의 사면권행사에 관하여 형식적인 절차만을 규율하고 있었을 뿐 실질적인 한계나 제한요건규정은 법 전체를 보아도 찾기가 쉽지 않다. 즉 대통령의 사면권행사에 대하여 헌법상 한계가 규정되어 있지 아니하다는 것이다.<sup>29)</sup> 이처럼 헌법과 사면법 규정을 근거로 보자면 대통령은 일정한 형식적 절차에 의하기만 하면 실질적으로 아무런 한계 없이 어떠한 사면도 단

28) 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2011, p.1216. ; 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2014, p.1099. ; 홍성방, 「헌법학(下)」, 박영사, 2011, p.215 ; 문광삼, 「한국헌법학」, 삼영사, 2010, p.983. ; 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011, p.930. ; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007, p.570.

헌법 제 79조는 1항에서 “대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 赦免·減刑 또는 復權(을 命할수 있다”고 규정하여 사면권 행사의 주체를 대통령으로 정하고 있다. 제3항은 사면·감형 및 복권에 관한 사항은 法律로 정한다”고 하여 사면법정주의를 규정하고 있다.

29) 성낙인, 전게서, p.372.

행 할 수 있는 사면권을 행사할 수 있다는 것이 된다. 그렇지만, 헌법이 대통령에게도 부여한 권한인 이상 비록 한계규정이 명문에 없음에도 불구하고, 법치국가적 기본원리를 구현하는 측면에서 일정한 한계가 존재 한다고 하겠다.<sup>30)</sup>

### 가. 사면권의 내재적 한계

첫째, 권력분립의 원칙에 비추어 보건대 사면권이 사법권의 본질적 내용을 침해하는 정도의 사면권 행사는 아니 된다.<sup>31)</sup> 사면권을 광의의 의미로 본다면, 사면권이 형사사법판결에 관한 예외적인 한 형태로써 권한이 대통령에게 부여된 재량이라고 할 수 있다. 즉 실질적 사법행위가 형식적으로 행정행위로 볼 수 있다. 따라서 사법권의 본질을 침해하지 않은 범위 내에서 행사되어야 하며, 시기와 관련하여서도 합리적인 기준 제시와 적정성 등을 고려하여 법원의 권위를 훼손하지 않는 범위 내에서 단행되어야 한다.<sup>32)33)</sup> 둘째, 사면권은 국가이익과 국민 화합 차원에서 행사되어야 한다. 우리 헌법은 제69조에서 “국민의 자유와 복리의 증진”을 명문화하여 사면의 대상과 시기를 행사하는데 있어서 정치적인 남용을 배제하여야 하며, 당리당략적 차원의 행사를 해서는 아니 됨은 물론 대통령의 독단이나 밀실작업에 의해서 이루어져서도 안 된다는 것이다. 셋째, 탄핵 등의 정치적 책임을 질자에 대해서는 공소권의 소멸이나 탄핵소추권 소멸을 해서는 안 된다.<sup>34)</sup> 설령 우리 헌법에 이를 명문으로 명확히 규정하고 있지는 않았지만 입법부가 행정부를 견제 할 수 있는 탄핵소추권이 사실상 유명무실해질 것으로, 역시 탄핵 대상자에 대한 사면은

30) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, p.1020.

31) 권영성, 전게서, p.1020.; 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2011, p.1063.; 성낙인, 전게서, p.1089.

32) 강민국, “대통령의 사면권의 문제와 개선방안”, 박사학위논문, 경남대학교대학원, 2011, p.41.

33) “사면은 범죄자의 사회복귀를 통하여 국민의 기본권으로 보장하기 위한 제도의 의미를 갖는 만큼 범죄자의 충분한 반성도 있어야 할 것이고, 형사정책적 목적을 위해서나 법의 지나친 엄격성 등의 목적 부합성을 고려하여 예외적 보충적으로 행해져야 한다.”, 송기훈, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 「공법연구」, 제30집 제5호, 한국공법학회, 2002, p.204.; 변종필 “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적한계”, 「형사법연구」, 제12권, 한국형사법학회, 1999, pp.285-286.

34) 홍성방, 전게서, p.217.

허용되지 않는 것이 헌법상 해석의 원칙으로 보아야 할 것이고, 일반사면의 경우에도 사면권자의 자의가 아니라 보편타당한 평등의 원리를 벗어나서도 안 된다고 할 것이다.

#### 나. 실정법상의 한계

사면권자의 사면결정을 하기까지는 헌법 및 사면법상 일정한 사항식 절차를 준수하여야 한다. 헌법 제79조 제2항에서는 “일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다” 규정되어 있고, 헌법 제 89조 제9호에서는 “국무회의 심의를 거쳐” 국회의 동의를 얻어야 한다. 뿐만 아니라 특별사면의 경우에도 사면법 제10조 제2항에 의해서 법무부장관이 대통령에게 상신 할 때에는 사면심사위원회를 거쳐야 한다. 사면법 제 11조에 의하면 특별사면 또는 특별한 자에 대한 감형의 경우 수행자가 재감하는 형무소장·형의 집행을 지휘하는 검찰청 검사관의 보고에 이어 검찰총장은 법무부 장관에게 상신하고, 국무회의 심의(헌법 제89조 제9호)를 거쳐 대통령이 최종적으로 결정한다.(헌법 제79조 제1항) 이처럼 우리 헌법은 대통령의 권한 행사에 있어서 절차적 정당성을 확보할 수 있도록 권한 행사에 관한 절차와 방법을 자세히 규정하고 있다.<sup>35)</sup> 따라서 이와 같은 절차와 방법을 어긴 대통령의 권한 행사는 적법한 것으로 간주할 수 없을 뿐만 아니라, 나아가 “헌법이나 법률을 위배한”(헌법 제65조 제1항) 것이 되어 탄핵소추의 대상이 된다.

#### 다. 그 외의 한계

첫째, 권력자의 자기면책 즉 자기 사면 (self-pardon)이 가능한가의 문제이다. 현재 집권자가 집권 중에 자기 또는 자기정치세력에 대해 사면권을 행사한다면, 그것은 자기 세력 확장을 위한 도구로 전략할 위험이 있다고 본다. 페더럴리스트 페이퍼(The Federalist Paper NO. 74)에서 알렉산더 해밀튼은 반

35) 양건, 전게서, p.1100.; 허영, 전게서, p.931.

역죄에 관한 사면에서 “입법부의 양원의 하나 혹은 둘 다의 동의를 얻어야 한다는 주장<sup>36)</sup>”이 제기·언급되고 있는데 이것은 사면권의 행사가 과거 절대군주의 속성과 본질적으로 같아 남용의 위험이 있어 인정될 수 없다.<sup>37)</sup> 둘째, 당사자가 사면을 거부하는 경우에 사면을 강제 할 수 있는가 문제가 될 수 있는데 미연방대법원은 부정하고 있음을 볼 수 있다.<sup>38)</sup> 셋째, 대법원 확정 판결 직후 사면의 문제를 찾아 볼 수 있다. 그런데, 재판의 흠결이나 오류 등의 하자를 찾기 어려움에도 불구하고 판결직후 사면을 하게 되면, “판결문의 잉크가 마르기전에 ‘면죄부’를 받았다는 피할 수 없는 비판이 나올 뿐만 아니라”,<sup>39)</sup> 나아가 특사는 사법부의 판결을 무력화 하는 조치가 될 수 있어 사법권의 침해가 되어 금지 되어야 하고, 개선책이 강구되어야 할 것으로 본다. 넷째, 임기 말 대통령의 사면권 행사의 남용에 대해서는 통제 수단이 특별히 존재하지 않아 금지 되어야 할 것이다. 임기 말 사면을 하여 그 유효성에 논란을 초래한 경우, 미국의 사례를 보면 클린턴(Clinton) 전 대통령은 첫 임기 4년 동안은 단 한 번의 사면도 행하지 않았다가 다시 재(再) 임기 종료 전인 2001년 1월 20일 176명의 사면을 단행함으로써 Clinton은 전체적인 숫자에 있어서 전임 대통령들과 같은 정도의 사면을 그의 임기 최후의 순간에 마구 남발하였다.<sup>40)</sup> 우리나라 역대정권도 임기 말 사면이 반복되어 악습의 관행이 계속되고 있는 것을 볼 수 있다. 그 사례를 보면, 노태우 정부는 1992년 12월

36) 고문현, “한국의 사면현황과 개정사면 법령에 대한 평가”, 『세계헌법연구』, Vol. 14, No. 2, 세계헌법학회, 2008, p.45.

37) 1975년 8월 1일 사임한 닉슨은 자신이 지명한 후임 대통령인 포드에 의해서 사면 받았다. 이를 계기로 이른바 사면권자가 자기 자신에 대한 사면을 행할 수 있는가가 문제 되었고, 실제로 닉슨의 변호사는 이를 제안하였으며 자기 사면은 합법적이라고 결론 내린 짧은 의견서까지 준비했으나, 닉슨은 이를 채택하지 않았다. 아직까지 이에 대한 판례법은 없지만 부정되어야 할 것이다.(RONALD D·ROTUNDA & JOHN E NOWAK, *I TREATIESE On Constitutional LAW-SUBSTANCE & PROCEDURE*&7.5, Westgroup, 2002). 김영수·남강호, 전계논문, 각주42), 재인용.

38) 미연방대법원은 개인의 헌법상 권리를 침해하는 사면을 정면으로 다루면서, 사면강제는 ‘자기부죄거부특권’을 침해 할 수 있다고 하여, 개인의 헌법상 권리를 침해 할 수 없다고 판시하여 부정하였다. *Burdick V, United states* 사건(236 U.S, 79(1915)).

39) 한겨레신문, “대통령사법권견제장치마련 ‘밀실야합’ 불신없애야”, 2015.5.

40) 박상법, “미국 헌법상 대통령의 사면권에 관한연구”. 석사학위논문, 서울대학교대학원, 2005, 2, pp.87-88.

24일 단행한 성탄절 특사를 통해 5공 비리사건으로 처벌을 받은 전두환 전 대통령의 일가와 6공 최악의 부패스캔들인 수서비리사건 주역들에게 면죄부를 주었다. 김영삼 정부는 특히 특별법제정까지 하면서 구속한 전두환·노태우 전임 대통령을 1997년 12월 22일 퇴임 직전 사면하였고, 노무현 정부도 2008년 1월 1일 국가 사회의 통합과 화해·포용의 사회 분위기 조성이라는 명분으로 특사에 핵심 측근까지 포함시켜 사면을 단행하였으며, 이명박 정부 역시 2013년 1월 31일 외에 없이 특별사면을 하였음을 찾아 볼 수 있다.<sup>41)</sup> 다섯째, 범죄 행위를 한 자에 대해서 선거 공약으로 사면을 예고하게 된다면 위반자가 계속 발생하게 되어 입법권의 법 규범화에 대한 침해와 사법권의 판결에 대한 침해가 발생 될 우려가 크기 때문에 예고나 예상된 사면은 금지되어야 된다.<sup>42)</sup>

## 라. 소결

지금까지 사면권도 헌법이 대통령에게 부여한 권한인 이상 권한 행사에 비록 헌법에 명문의 규정이 없다고 해도 법치국가적 기본원리를 구현하는 측면에서 한계가 있다고 하겠다. 따라서 사면권 행사시 권력분립의 원리와 국민의 자유와 공공복리의 증진, 탄핵 등의 정치적 절차 등을 내용으로 하는 내재적 한계를 찾아보았다. 또한 헌법 및 사면법상에서 절차적 정당성 확보를 통한 실정법상의 한계와 그 외의 한계가 되는 이유를 제시하여 사면권 한계가 되는 근거를 다면적으로 제시 및 분석해 보았다.

## 2. 사면제도의 문제점

이와 같이 한계가 있음에도 불구하고, 대통령의 무절제한 행사로 인하여 사

41) <http://www.newsl.kr/articles/?2026741>, 검색일, 2015.5.20.

42) 김영삼 정부는 1995년 광복절 50주년을 기념하여 1,547명에 대한 특별사면 중 교통사범 392만 명에 대해 특별조치를 행한 이후로, 3-4년 마다 한 번씩 교통사범 감면 조치가 교통사고 사망자수를 증가시켜 교통질서 회복에 역행 하게 되었다는 비판도 있었다. 고문현, 전계 논문 p.38.

면이 남용되어 왔고, 또한 이의 폐해에 대하여 많은 비판과 함께 문제점이 제기되어지고 있다. 따라서 사면제도의 문제점을 본제도의 본질적 문제점과 현실적 문제점으로 나누어 살펴보고자 한다.

### 가. 본질적 문제점

#### (1) 법의 지배와 관련한 문제점

영미법계의 판례를 통하여 형성된 인권에 관한 헌법상의 일반원칙을 내용으로 한 법 앞의 평등은 사람은 신분에 관계없이 평등하게 보통법에 복종하여야 한다. 따라서 법의 지배원리는 전제권력이 자의적인 것이 아닌 법의 절대적 우위를 의미하는 것으로 헌법상의 법 앞의 평등이라는 일반원칙을 존중해 주어야 한다는 것이다. 비록 영미법계의 법치주의와 대륙법계의 법치주의는 궤를 달리하고 있다고 하여도 법치주의는 결국 국가권력 행사의 오·남용 방지 및 통제라는 이념은 동일시 할 수 있다. 그런데 사면제도는 사면권자의 사법권 행사를 통해 법 위반자를 적절하게 처벌하지 않은 채 사회에 복귀시키는 결과를 가져오기 때문에, 이는 사면권자가 암묵적으로 법률을 부인하는 것으로 볼 수 있다.<sup>43)</sup> 또한 이것은 범죄에 대하여 사법부의 형벌 부과 및 제재를 백지화시키는 것은 물론, 나아가 법의 실효성 및 사법절차를 무효화 하는 것으로 법치주의에 커다란 위협 및 법치자체에 심각한 손상을 가져오는 행위이기 때문에 문제점으로 지적해 볼 수 있다.<sup>44)</sup>

#### (2) 권력분립과 관련한 문제점

몽테스키외의 권력분립원칙은 국가권력 구성원칙으로서 법이론과 정치이론

43) “형벌이 관대하게 될수록 용서와 사면이 필요 없게 된다. 용서와 사면이 언젠가 유해한 것으로 간주될 국가는 행복하리라! 용서와 사면은 군주로서의 제반의무를 재대로 이행 하지 못할 때에 그것을 보충하기 위한 미덕으로 현명한 법제 하에서는 용서와 사면을 배척되어야 한다. 사면을 행할 권리는 참으로 왕에게 주어진 고상한 특권이고 주권자의 권위를 뒷받침 해줄 미덕이다. 그러나 동시에 공공복지를 자애롭게 분배하는 주권자는 사면권을 행사함으로써 법률을 암묵적으로 부인하는 셈이 된다.”, Beccaria(저), 이수성·한인섭(공역), 「범죄와 형벌」, 길안사, 1998, pp.105-107.

44) 장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 「시민과 변호사」, 1998, 4, p.25.

의 토대가 되었다. 하지만 헌법상 규정된 권력분립과 사면제도의 양자와의 관계를 규범조화적 해결의 이론적 논거가 필요하다고 본다. 왜냐하면 양자를 대립관계로 본다면, 헌법 규범의 흠결을 인정하는 결과가 될 수 있기 때문이다.<sup>45)</sup> 따라서 사면권은 권력분립 원칙상 입법권 및 사법권의 본질적 내용을 훼손하지 않는 범위 내에서 적정하게 행사 되어야 하는 것이다. 그러나 사면권자의 독단적으로 보이는 사면권 행사가 많은 것이 문제점으로 보인다. 따라서 국가 권력상호간의 통제와 억제를 통하여 자의적인 사면권 행사를 막고, 권력분립의 우위성을 인정하여 사면권의 한계와 제한을 규정해야 할 것이다.

### (3) 그 외 형평성의 문제

사면권 행사와 관련하여 우리나라에서 가장 강력하게 제기되고 비판받는 문제점은 그 대상자의 선정이 불공평하고 정략적 판단에 따라 이루어 질 수 있다는 점이다. 현행 헌법 제11조는 기본권 체계의 지주를 형성하고 있는 것으로서 합리적으로 정당화되지 않는 모든 차별을 금지해야 한다는 평등의 원칙을 천명하고 있다. 그런데 앞서도 찾아보았지만, 우리 헌정사에서의 사면이 이루어진 모습들을 좀더 자세하게 들여다보면 범죄의 규모가 클 뿐만 아니라 범죄자의 사회적 지위가 높을수록 사면 가능성이 높았다고 본다.<sup>46)</sup> 즉 부정부패, 선거부정, 정경유착 등의 비리사범들은 예외 없이 표적수사 또는 정치보복을 주장 하였고, 설령 중형을 선고 받았던 경우도 대개 2-3년이 지나면서 특별사면 되었으며, 오히려 억울한 희생자 및 명예회복이라는 이유로 선거에 출마하여 의회에 진입하곤 했다. 이것은 법의 실효성 침해와 법 경시풍조를 야기 시켜, 법치주의가 행위의 기준이 아니라 권력이 그 행위의 기준이 되는 악습이고 악폐라고 본다. 더욱이 일반국민은 잡혀서 몇 년씩 고생을 하는 사람이 있는가 하면, 정치인이나 재벌 회장은 사면으로 처벌이 면제되는 경우에는 법적용에

45) 박광현, “대통령 사면권의 정당성과 한계”, 『법학연구』, 제17집 제3호, 인하대학교법학연구소, 2014, 9, p.343.

46) 대법원은 1979년 전두환, 노태우 전 대통령에 대해 각각 무기징역, 징역 17년이 확정되었지만 1979년 12월22일 특별사면 되었고, 김영삼 전 대통령의 차남 김현철씨는 1999년 징역2년, 벌금 10억 5천만원, 추징금5억2420만원을 선고 받았으나, 1999년 8월12일 사면으로 인하여 잔여형기가 면제되었다.



있어 형평성이 심각하게 훼손되는 것이 문제인 것이다. 법집행에는 정의라는 대의명분이 있는 것이기에 법 집행의 명분이 정치적 흥정의 대상으로 전락해서는 안 된다. 사면권이 ‘국민화합’이라는 이유로 단행되는바, 대통령의 헌법상 합법적 권력행사라는 사면제도 취지에 의문여지가 없도록 하여 “모든 사람은 법 앞에 평등하다”라는 형평성과 평등의 원칙이 고려되어야 한다. 이와 같은 여러 문제점을 토대로 하여 사면 제도의 개선 방안을 살펴보고자 한다.

#### IV. 사면의 제도적 개선방안

사면권은 권력분립원칙에 대한 중대한 예외이며, 특히 사법권에 대한 예외적 제한이다. 또한 사면 가운데 일반사면은 실질적으로 입법과 동일하기 때문에 입법권에 중대한 제한이 되기도 한다. 그런데 법 철학자 라드브루흐(Gustav Radbruch)가 실정법질서는 완전할 수 없고, 모든 실정법에는 의심의 여지가 있다고 할 것이므로, 이를 보완하는 기능을 할 수 있는 것이 사면제도<sup>47)</sup> 라는 지적에서 보듯이 법의 경직성에서 야기된 선의의 피해자(Innocent Victim)를 구제하는 것이므로 매우 신중하고도 제한적으로 행사 되어야 사면제도의 순기능을 수행 할 수 있다. 그러나 사면의 현실은 정치적으로 오·남용되고 있다. 이러한 문제점을 개선하고자하여, 사면법은 2008년 3월 법제정 60여년 만에 법무부내에 사면위원회를 설치하고, 심사위에 공무원이 아닌 위원을 4명이상 포함하도록 하는 첫 번째 개정이 있었다. 2011년 7월 개정에서는 사면심사위원 관련규정을 더 구체화 하였고, 사면위원회 심의서는 사면직후 공개하되 회의록은 사면을 단행하고 5년 후부터 공개 할 수 있도록 하는 개정이 있었고, 2012년 2월에는 실질적은 내용변경 없이 법률용어 등을 간결하게 정리하는 정도의 자구 수정도 하였다. 이처럼 사면법 제정이후 3차례 개정 됐지만 아직도 당시의 골격을 유지하고 있고, 특히 특별 사면제도는 항상 공정성과 투명성이 논란의 중심에 있다. 따라서 사법체계의 불신을 가중 시키며, 오·남용으로 인

47) 양건, 전게서, p.1099.

한 사면권 행사의 정당성에 의구심을 조금이나마 불식시키고자 그 개선방안을 찾아 제시해 보고자 한다.

## 1. 제도적장치의 명문화

대통령의 헌법상의의 권한행사에 있어 사면권 행사가 남용되지 않도록 매우 유의할 필요가 있다. 물론 현실적으로 사면권이 문제 되는 것은 국회의 동의를 얻지 않고 행사하는 특별사면사면권 이라고 하겠다. 사면권 행사는 법원 재판의 결과에 대해 변경을 가져오는 것으로 일반사면과 달리 특별사면권 행사는 대통령의 사면권을 현실적으로 제한 할 수 있는 방법이 마땅하지 않아 적어도 이론상으로는 대통령이 임기 내 특정인을 여러 번 사면하는 것도 가능 하다고 보며 대통령이 마음만 먹으면 얼마든지 헌법취지에 벗어난 사면도 할 수 있다. 그 한 사례로 2007년 12월 노무현 정부 임기 말에 단행된 특별사면에 있어서 당시 법무부는 성완중 전 경남기업회장은 물론 임동원 전 국가정보원장의 특사를 강하게 반대 했던 적이 있었다. 왜냐하면 임전원장의 경우 대북송금사건에 연루 되어 형사처벌을 받은 뒤 2004년 5월 특사대상에 포함되었다가 이듬해 국정원 도청 사건으로 기소되어 유죄가 확정 되었었다. 이 두 사건의 경우 법무부는 “같은 정권에서 두 번 특사를 받는 것은 지나친 특혜”<sup>48)</sup> 라고 했지만 그럼에도 불구하고 특사대상에 포함되었던 것은 특별사면 제도가 특히 공정성과 투명성의 문제가 논란의 중심에 서있어 제도개선의 필요성이 더욱 강하게 요구된다고 하겠다.

미국의 사면제도는 이러한 문제를 조금이나마 불식시키기 위하여 제도화된 것으로 보여지는 연방법상의 특정범죄에 대해 부과된 형량이 석방일이나 유죄판결 확정일중 가장최근 것으로 최소 5년 이상 경과해야 청원권이 부여되도록 한 ‘의무적 형량 제도’는 사법부의 확정판결과 함께 단 시간 내에 비밀비제한 사면이 있어온 우리나라 사면제도에 시사하는 바가 적지 않아 주목 된다. 우리나라도 예를들어보면, 형법 제72조의 가석방의 조항에 “무기에 있어서

48) 세계일보, 2015.5.5.

는 20년, 유기징역에 있어서는 형기의 3분의1을 경과한 경우 행정처분으로 가석방 할 수 있다”는 규정을 사면에 적용할 수 있는 근거를 마련해 본다면<sup>49)</sup> 사면의 부정적인 시각에서 벗어나 국민의 사면에 대한 법 감정에 부합하는 면이 증가되어 사면권 행사의 오·남용과 정당성에 대한 의구심을 조금이나마 불식시킬 수 있는 방지책의 하나가 될 것으로 본다.

또한 헌정 질서를 파괴 하는 범죄나 부정부패로 인한 경제질서 파괴범, 반인륜범죄에 대해서는 아예 특사대상에서 제외시킬 수 있는 조항을 신설 해 보는 방안도 검토해 필요가 있다고 본다.

## 2. 외부견제장치의 마련

사면권은 대통령이 사법부의 판단을 변경하는 권한으로서 권력분립원칙의 예외가 된다.

우리헌법은 제101조 제1항에서 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”. 그리고 제103조는 “법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판 한다”라고 하여 재판의 정당성을 보장하고 입법부는 물론 행정부로부터 독립을 의미하는 규정을 명문화 하고 있다. 그러나 현실은 대통령의 직, 간접적인 대법원과 대법관에 대한 영향력으로 인하여 설령 형의선고가 독립적으로 이루어져야 함은 당연하다고 해도 그 집행에 있어서는 대통령을 의식하지 않을 수 없어 대통령의 영향력은 결코 적어보이지 않는다.

따라서 사면권은 결국 사법부의 판결을 무력화 하는 사법권의 침해가 됨으로 대통령은 특사 단행에 앞서 대상자에게 유죄를 선고 했던 대법원 또는 사법부의 의견을 청취하여야 하여야 할 뿐만 아니라 이를 제도화 하여 헌법에 의해서 대통령에게 부여되고 있는 사면권을 행사 하면서도 나아가 법치주의 정신이 존중 되고 사법권의 독립이 훼손 되지 않도록 하여야 할 것이며 이와 같은 외부의견제장치를 통하여 특사제도가 정치적사면장을 안겨주는 것이 아닌 국민을 향한 법과원칙의 잣대로 자리 메김 되도록 하여야 할 것이다.

49) 박광현, 전계논문, p.348.

### 3. 사면심사 위원회의 기능개선

사면법은 2007년12월21일 사면위원회신설과 운용을 골자로 한 1차 개정이 이루어졌다. 이 규정에 의하면 법무부장관은 대통령에게 특별사면을 상신할 수 있으며 (제10조 제①항), 이때 법무부장관은 사면심사위원회의 심사를 거쳐야한다고 되어있다(제10조 제②항). 그리고 제10조의2 제①항에서 법무부장관 소속으로 사면심사위원회를 둔다고 되어 있다(2012.2.10개정). 사면심사위원회를 법무부장관 소속하에 두고 사면대상자를 판단할 경우 공정성, 적정성, 투명성 등의 확보가 결코 쉽지 않을 것으로 보인다. 그런데 최근 국회 이원욱 의원(경기화성을)이 대표 발의한 사면법개정 일부 개정 발의 안을 보면 “사면심사위원회를 법무부 장관 소속이 아닌 대통령 소속으로 변경하고 위원9인 또한 대통령이 임명 하는 3인, 국회에서 선출 하는 3인, 대법원장이 지명 하는 3인으로 구성해 사면 심사위원회가 애초의 취지대로 객관적이며, 공정하게 심사 할 수 있도록 했다”고했다.<sup>50)</sup> 물론 이렇게 하면 법무부 장관 하에서 야기 되는 문제는 해소 될 것으로 기대되고 공감되는 바 적지 않다. 하지만 현행 사면법 제10조의2 ③항에서 사면심사위원회의 구성시 공무원이 아닌 민간인 4명 이상을 포함 하도록 되어 있는데, 사면법개정당시의 이 조항의 입법취지를 고려하여 위 개정안에서 9인중 대통령, 국회, 대법원장이 각각2인 으로 구성하고 나머지는 민간인위원으로 구성된다면 사면심사위원회 의미의 정밀도가 더해 질 것으로 본다. 그리고 사면법 제10조의2 제⑤항 제3호에서는 특별 사면을 시행 한 후 회의록은 5년 동안 대외비로 하여 5년이 경과한 후부터 공개하도록 되어 있는데 이것은 사면대상자의 심사과정의 투명성이 매우 낮아 질 수밖에 없도록 하는 한 요인이 되고 있다. 그런데 최근 국회 박명재의원(포항 남 울릉) 의 발의한 사면법의 개정안에 따르면 “대통령의 특별사면권 남용을 통제하기 위하여 2008년에 사면심사위원회 제도가 도입되었으나 현행법상 사면심사위원회의 회의록은 해당 특별사면 등을 행한 후 5년이 경과한 때부터

50) 고문현, “제19대 국회사면법 개정안에 대한 평가”, 「공법연구」, 제14권 제2호, 한국공법학회, 2013, p.282.; 박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구-사면위원회 등에 의한 통제를 중심으로-”, 「교정연구」, 한국교정학회, 2011, p.255. ; 연합뉴스, 2015.6.2.

공개하도록 규정되어 있어 심사과정의 투명성이 제대로 보장되지 않는다는 지적이 잇따르고 있는 것이 사실이다.

이에 사면심사위원회의 회의록을 특별사면 등을 행한 후 즉시 공개하도록 규정하여 “국민의 알권리를 충족시키고 사면권 남용에 대한 통제의 실효성을 확보하려는 목적”으로 사면법 개정안을 제출하였다. 회의록을 즉시 공개 하도록 하는 사면법 개정 발의 안에 대해서는 크게 공감의 가고, 사면심사위원회의 기능 또한 강화 될 것으로 보인다.<sup>51)</sup> 이렇게 함으로써 사면심사위원회의 공정성을 도모함과 동시에 국민의 불신과 사면과정의 투명성 고취와 특사에 대한 밀실 야합이라는 일반 국민들의 인식을 불식시켜줄 뿐만 아니라 명실상부한 특사제도의 의미를 찾을 수 있을 것으로 기대된다.

## V. 결론

법학자 라드브루흐는 사면의 필요성을 현재의 법률과 재판의 불완전성, 법적 재판과의 다른 소중한 가치와의 조화를 통한 사회적 통합을 위해서 사면제도는 인정 된다고 하였다. 그리고 법의 지배원칙에 아무리 충실 한다고 해도 사면의 필요성은 존재한다고 하였다. 왜냐하면 사면제도는 대통령에게 법이 추구하는 정의와 법치주의 한계에서 표출될 수 있는 법이념 내지는 법질서 내부의 현실적 긴장 관계를 합목적적으로 조율 시켜주기 위한 제도적 의의가 있다고 하겠다. 우리헌법의 경우 제79조에서 명문으로 규정 하여 사회통합을 위한 고차원의 정치적 결단으로서 사면을 단행 할 수 있는 근거를 제시 하고 있다.

그러나 만약 사면을 군주의 은사행위로 정의한다고 한다면 군주에 의해 행사 될 수 있는 특성을 갖는 권한으로서 이에 대한 통제는 불가능 하다.

그러나 이제 사면권은 더 이상 군주시대의 은사권이 아니며 법치국가시대의 국가원수의 법적행위로서 헌법적 한계를 벗어나 행사되어서는 아니 된다고 하겠다. 다시 말해서 사면에 관해서 그 한계가 명확하게 명문으로 규정되

51) 사면법 일부개정법률안(박명재의원 대표발의), 2015.5.26.

어 있는 것은 아니지만, 적어도 그 본질에 있어서 법률적 정의를 초월하는 가치를 지키고, 사법권의 한계를 확장시켜 그릇된 시대이념의 반성으로 행해져야 한다고 본다. 따라서 사면이 대통령의 자의에 의한 무제한적인 권한으로 행사 될 수 있는 것은 아니다.

그럼에도 불구하고 우리나라는 1948년 사면법제정이래로 역대 대통령들은 예외 없이 특사를 단행하는 명분으로 ‘국민 화합’과 ‘경제 살리기’를 내세웠다. 하지만 문제는 그 시행의 발표와 동시에 사회적 논란의 한 축을 차지하는 현안의 문제가 되었으며, 이를 비판하는 여론의 목소리 또한 끊이지 않고 있다는 것이다. 그렇다면 사면권의 한계의 설정과 함께 이것을 제한하기 위한 제도적 장치 마련에 노력을 했어야 하지만 부작용 한 면도 없지 않았다.

1948년 8월 30일 제2호 법률로 제정된 사면법은 이후 67년 동안 3차례 개정되었지만 그나마 최근의 일이었다고, 아직도 그 당시의 골격을 유지하고 있어 비난의 강도에 비하여 변화의 노력이나 입법자의 인식은 미약한 것으로 보인다.

대통령의 사면권은 법치주의와 사법권의 예외에서 오는 사법체계의 혼란이나 행정정책의 형평성 등의 공공이익이라는 근본적인 가치에 봉사하는 경우에 순기능을 발휘 할 수 있다고 본다. 따라서 사면권 행사로 오·남용 될 잠재적 위험성을 선제적으로 여과시킬 수 있는 정취 한 법·제도적 수단을 강구하여 법치국가적 요청과 특사제도의 의의 또한 양립가능성이 도모 될 수 있도록 하기 위해서 제도적 개선이 시급히 필요 하다고 하겠다.

## 참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2009.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2011.
- 문광삼, 「한국헌법학」, 삼영사, 2010.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2010.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2007.

- 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2010.
- 양건, 「헌법강의」, 법문사, 2014.
- 전광석, 「한국헌법론」, 법문사, 2010.
- 정희철, 「기본강의 헌법」, 예산, 2009.
- 정중섭, 「헌법학원론」, 법영사, 2011.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011.
- 홍성방, 「헌법학(下)」, 박영사, 2011.
- 고문현, “제19대 국회사면법 개정안에 대한 평가”, 「공법연구」, 제14권 제2호, 한국공법학회, 2013.
- \_\_\_\_\_, “제한적 대통령제의 특징의 일환으로서 사면권 행사의 통제방안”, 「세계헌법연구」, 제13권 제2호, 2007.
- \_\_\_\_\_, “한국의 사면현황과 개정사면 법령에 대한 평가”, 「세계헌법연구」, Vol. 14, No. 2, 2008.
- 김명식, “대통령의 사면권에 관한 재고찰”, 「헌법학연구」, 제8집 제4호, 2002.
- \_\_\_\_\_, “미연방 대통령의 사면권에 관한 소고”, 「토지공법연구」, 한국토지공법학회, 2003,9.
- 김성천, 12·12와 5·18사건의 책임자 처벌 관련 문제점 연구, 「중앙법학」, 제11집 제4호 (통권 제34호), 중앙법학회, 2009.12.
- 김영수, 남광호, “사면권 행사의 한계와 사면법의 개정 방향”, 「성균관법학」, Vol. 17, No. 1, 2005.
- 박광현, “대통령 사면권의 정당성과 한계”, 인하대학교, 「법학연구」, 제17집 제3호, 2014.9.
- 박찬걸, “사면제도의 적절한 운영방안에 관한 연구-사면위원회 등에 의한 통제를 중심으로-”, 「교정연구」, 한국교정학회, 2011.
- 송기훈, “헌법상 사면권의 본질과 한계”, 「공법연구」, 제30집 제5호, 한국공법학회, 2002.
- 변종필, “사면의 법리와 사면권행사의 법치국가적한계,” 「형사법 연구」, 제12권, 한국형사법학회, 1999.

- 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨·존 제이 지음/ 김동영 옮김, 페더럴 리스트페이퍼, 한올아카데미, 1995.
- 이금옥, “대통령의 사면권 행사의 법적 문제와 통제”, 「헌법학연구」, 제5권 제2호, 한국헌법학회, 1999.
- \_\_\_\_\_, “미국에 있어서 대통령 사면권의 운용실태”, 「헌법학연구」, Vol. 12, No. 1, 2006.
- 이색연, “대통령의 사면권 행사의 한계 -바람직한 논의를 위하여-”, 「시민과 변호사」, 제40호, 서울지방변호사회, 1999.
- 이회훈, “부대행위자에 대한 대통령의 사면권 제한에 관한 연구”, 「한국부패학회보」, 제12권 제3호, 한국부패학회, 2007.
- 장영수, “정치, 사법의 난맥상과 사면의 문제”, 「시민과 변호사」, 1998.4.
- 최순, “교정의 목적과 수형자의 권리”, 「인권복지연구」, 제8호, 한국인권사회복지학회, 2010.
- 최준, “사면제도의 본질과 기능에 관한 연구”, 「법학연구」, Vol. 19 No. 3, 2011.
- 허영, “대통령의 특별사면권”, 「고시계」, 1999년 10월호.
- 강민국, “대통령의 사면권의 문제와 개선방안”, 박사학위논문, 경남대학교, 2011.
- 고문현 “사면권 행사의 실태분석을 통한 사면권 통제 방안”, 「공법연구」 제11권 제2호, 2010.5.
- 박상범, “미국 헌법상 대통령의 사면권에 관한연구” 석사학위논문, 서울대학교 대학원, 2005.2.
- RONALD D·ROTUNDA & JOHN E NOWAK, I TREATIESE On Constitutional LAW-SUBSTANCE &PROCEDURE&7.5, Westgroup, 2002.
- Beccaria(저), 이수성·한인섭(공역), 「범죄와 형벌」, 길안사, 1998.
- G.Sidney Buchanan, The Nature of a Pardon Under the United States Constitution, 39 OHIO. ST.L.J. 1978.
- <http://www.newsl.kr/articles/?2026741>, 검색일:2015.5.20.



Mark Strasser, The Limits of the clemency power on Pardons, Restitutivists, and the United States Constitution, 41 BRANDEIS L.J. 85, 2002.

Paul J. Haase, "Oh My Darling Clemency" : Existing or Possible Limitations on The Use of The Presidential pardon power, 39 AH. CRIM. L. REV. 2002.

Stanley Frupp, Some historical aspects office of pardon in England, 7Am. J. Legal. Hist. 51.

[Abstract]

## A Study on the limitation and Improvements of the Presidential Pardon Power

Jeon, Chan-Hui

*Doctor of Law · Dept. of Social Education, College of Education,  
Seowon University*

The head of the state has a privilege to pardon and expire one's crime in part or in whole without a procedure of the constitution even though the judiciary has the prerogative of mercy about the right to punish. The pardon system is the same as in the effective side of pardoning the punishment of one's crime, even though it differs from each country. It is a common law system that most of countries run a pardon system for the purpose of people and the social reintegration, the change of legal sentiment and the criminal policy.

Despite such an institutional universality, whenever President acts his right to pardon one's crime, there is a lot of discussion socially, politically or

legally. It is a problem which cannot avoid controversy in the side of adequacy level. In case of a special pardon which successive Presidents in the Republic of Korea have acted, they have been insisting 'the national harmony' or 'to revive of the economy' 'as an their moral duty. But They are being criticized that it is politically abused and misused. It has socially been a pending issue as well. It is the reason that a constitutional device or a legal basis is weak to restrict or restrain the authority against a president's legal pardon.

That is, there not exists a specific approval or disapproval reason against a pardon in the constitution. The standards to judge legitimacy against a pardon is also ambiguous. In acting a pardon, we should think of controlling the limit of exercise of authority in advanced as a method. But it is run formally. After deciding a pardon, there is no system of post-screening. Because of this reality, there show many problems like rule of law, independence of the legislature, equity in the pardon system.

In conclusion, it is faced to clean distrust which comes from the exercise of the pardon and to improve a system to meet the original pardon system which the spirit of the Constitution pursues. As a substitute, the regulations of specific procedures on the pardon must be improved for solving this task. With that improvement, This study presents 'the stipulation of institutional mechanism', 'external containment device' and 'the improvement of functions for pardon review committee.

**Key words** : the pardon system, the limit of prerogative of mercy, rule of law, independence of the legislature, pardon review committee