

身體의 自由와 現代의 問題狀況(下)

東國大 法大 教授 韓 相 範

◁ 目 次 ▷

1. 身體의 自由의 本來의 뜻
2. 身體의 自由保障制度에 관한 英 美法的인 遺産과 大陸法的인 遺産
……(以上 前月號)
3. 身體의 自由와 現代의 問題狀況

三. 身體의 自由와 現代의 問題狀況

近代市民革命이후 인간의 사회·정치·경제상의 지위가 향상됨에 따라 身體의 自由 전반이 향상되어 왔다고 일응 말할 수 있다. 現代國家로서 法律로 奴隸制度를 公認하는 나라는 어디에도 없다. 또 어느 나라에서도 拷問은 不法이 되고 있다. 적어도 법률에 의하지 아니하고 신체를 구금하거나 심문을 한다고 하는 官吏는 어느 나라에도 없을 것이다. 그렇다고 現代人이 恐怖에서 해방되어 구애됨이 없이 살아가고 있다고 自信있게 말할 수 있는 사람이 얼마나 있는지도 의심스럽다. 現代版 專制政治라고 할 共產全體主義 아래서는 初期 市民國家가 당면하였던 基本的인 法的 保障의 요건도 결여되고 있는 상태 아래서 현대의 과학기술이 개발한 각종의 수단과 방법이 가장 반인간적(反人間的)으로 악용되고 있다. 인간이 이성적(理性的)인 동물이라고 하면서 인간 서로간에 있어서 상상을 초월하는

일이 자행되어 왔고 지금도 자행되고 있을 것이라는 점을 생각하면 우울해진다. 여기서 우리는 인간이 文明의 이름으로 발전시킨 人間尊重을 위한 法律制度도 그 成敗는 인간의 資質에 의존한다는 말을 새삼 실감하게 되는 것 같고 또 그렇다고 한다면 우리는 어느 정도의 인간인가 하는 것을 스스로에게 물어 볼적도 하다는 생각을 하여 본다.

이러한 悲觀에 가까운 생각에 기울려고 하면서도 결코 희망을 버리지 않고 또 인간의 理性에 대한 信賴를 포기하기는 너무나 성급한 것이 아닌가 하는 생각에 매달린다. 그래도 歷史는 人間의 自由를 위한 방향으로 꾸준히 전진하고 있는 것이 아닌가? 지난 날의 先覺者와 순교자들 또 수많은 이름없는 민중의 피눈물나는 순교의 역사는 결코 헛될 수 없다는 생각과 인간의 인간다워 지겠다는 애절한 소망이 그렇게 쉽사리 모욕당하고 유린된채 역사가 지나갈 수 없다는 인류의 의지가 우리에게 희망을 가지게 하는 것이 아닌가 하는 뜻에서 우리는 절망하지 않고 그 무엇인가를 가꾸어 가려는 것이 아닌지 모른다.

그러면 신체의 자유란 무엇이고 어떠한 내용이며, 그것이 안고 있는 문제 상황은 무엇인가? 여기서 편의상 英美法系와 大陸法系의 遺産으로 우리 法制에 계승되고 있는 理念과 制度를 차례로 정리하면서 그 문제점을 따져 보기로 하자.

1. 法律主義와 適法節次

13세기 마그나 칼타 이래 “국법(國法)에 의하지 아니하고는 신체의 자유 또는 신체에 대한 침해를 국왕이나 그의 관리가 자행하여서는 아니된다고 하는 것은 1628년 權利請願에서 확인되고 계승하여 기회있을 때마다 재확인되어 영국에 있어서 “法の支配”의 傳統이 되고 있다. 에드워드 크크가 말하였듯이 “國王은 最高이지만, 神과 法 아래에 있다”고 하는 法律遵守의 전통과 그 法이란 이성(理性)의 바른 구현이어야 한다는 사상은 英國法이 남긴 자랑스러운 유산이라고 할 것이다. 이러한 사상과 제도는 같은 법계를 따르는 미국법에 계승되어 聯邦憲法 수정 제 5조는 “……적법절차(適法節次, Due Process of Law)에 의하지 아니하면 生命, 自由 또

는 財産을 박탈당하지 아니 한다”고 정하고 있다. 이 “適法節次”란 법이 정한 정당한 절차를 말하는 것으로서 정의(正義)의 원칙에 적합할 실체법(實體法)과 절차법(節次法)에 의하여서만이 인간의 자유를 제한할 수 있다고 하는 영미법 고유의 제도로서 신체의 자유 보장면에 기여한 바 크다.

한편 대륙계인 프랑스 人權宣言은 議會制定法律의 근거가 없이는 어떠한 인신침해도 불법이라는 제도로서 인권선언 제 6 조의 “누구든지 법률이 정한 경우에 규정된 형식에 다른 것이 아니면”이라는 보장규정이 그것이고 특히 제 8 조의 죄형법정주의(罪刑法定主義)의 규정이 신체의 자유에 관한 刑事法의 基本原理를 명시하고 있는 것이다. 제 8 조는 “법률은 엄밀·명백히 필요한 刑罰만을 정해야 하며, 누구일지라도 범죄에 앞서서 제정·공포되고, 또 적법하게 적용된 법률에 의하지 아니하면 처벌할 수 없다”고 정하고 있다. 대륙계의 이 죄형법정주의는 (가) 봉건적인 관습형법(慣習刑法)을 배척하여 의회제정법률의 우위를 통해 시민의 법률생활의 안전을 확보하며, (나) 특히 형법 불소급(不遡及)의 원칙을 정착시키고, (다) 절대부정기형(絕對不定期刑)에 의한 처벌이란 전제시대의 남용된 약속을 일소하여 예칙 가능성이란 것을 시민의 법률생활에서 뒷받침하여 주고, (라) 刑法의 해석적용에 있어서 유추해석(類推解釋)이나, 확대해석(擴大解釋)에 의한 형벌권의 남용의 여지를 없이 하여야 한다는 취지를 구현한 것이다.

우리나라도 물론 대륙법계를 따르고 있으므로 憲法이나 그에 따라 제정된 刑事法이 법률주의, 특히 罪刑法定主義에 입각하고 있음은 두루 알고 있는 사실이다. 그런데도 근자에 이르러 適法節次의 제도를 법의 해석에서나, 또는 立法政策면에서 강조하고 있음을 본다. 그 이유를 알아 보기란 별로 어려운 일이 아니다. 국가의 기능이 확대되므로써 그 권력이 시민생활에 개입규제·간섭침해하는 빈도나 정도가 심해짐에 따라 節次上에서의 신증성·공정성 또는 절차법상의 정의(正義)의 구현·확보라는 문제가 가일층 절실한 요구로 제기되고 있기 때문이다. 이것은 우리도 여러 가지 각도에서 신중히 검토해야 할 문제이다.

2. 強制勞役의 禁止

지금 좋은 환경에서 살고 있는 젊은이들은 어째서 강제노역을 두고 어찌고 저찌고 하느냐 하고 이상하게 생각할 수 있을지 모른다. 그러나 역사에 관심이 있고 지각이 있는 젊은이라고 한다면 이 문제는 아주 깊숙하게 생각하여 볼 문제일 것이다.

人類의 文明은 일찍부터 奴隸制度라는 것을 가지고 있고, 서방사회에서만 해도 영국에서는 노예제도가 1834년에 또 미국에서는 1865년에 법률상으로 폐지되었다. 帝政 러시아의 경우는 農奴解放이 1860년대에 간신히 이루어지지만, 그것조차 지극히 불완전한 것이었을 뿐만 아니라, 시베리아 유형(流刑)이라는 강제노역제도가 있었다. 서방국가도 대개는 植民地 流刑이라는 강제노역제도가 있었다. 우리의 경우는 갑오경장에 의하여 노비(奴婢)가 해방될 때까지 노예에 해당하는 賤民身分의 강제노역이 공인되고 있었다. 日帝植民統治 아래서는 가장 쓰라렸던 일은 日帝가 한국인을 일본이나 그 밖에 각지역으로 強制連行해 간 일이고, 그러한 勞動力의 동원은 비단 남자에 한정된 것이 아니라 여성을, 그도 미혼 여성을 “정신대”(挺身隊)라는 이름으로 끌고 가서는 마음을 강요한 기막힌 일이 있다.

대개 오늘날 각 나라에서 강제노역이라고 한다면 刑罰의 일환으로서 부과하는 것이다. 형벌에 의하지 아니한 강제노역이란 兵役을 제외하면 지방단체에 의하여 부과되는 부역(賦役)이나, 형사정책적인 수단으로서 형이 확정되지 아니한 자에게 부과하는 노역이 있다. 그런데 이러한 刑事政策上的 필요를 내세운 강제노역은 항상 남용될 위험이 도사리고 있는 것이라고 하는 점은 각종의 사례나 경험으로서 잘 알려지고 있는 것이고 또 형벌의 선고가 없이 법률의 운영에서 관리가 임의로 재량권을 발동하여 노역을 부과하는 처분을 내린다는 것은 시민의 법률생활에 적지 않은 불안을 안겨 주는 것이라고 함은 말 할 것도 없다.

現代國家에 있어서 強制勞役으로부터의 해방이란 課題는 세계 제 2차 대전 전후를 통해서 극성을 부리기 시작한 全體主義國家들에 있어서 強

收容所의 문제이다. 인간에게 가축화(家畜化)를 강요하는 인간이하의 생존조건에 몰아 넣고 인간을 천천히 죽여가는 현대의 야만이 엄연히 존재하고 또 그것이 하나의 政治制度로 굳어가고 있다는 점에 있다. 소련의 作家 솔제니친의 소설 《이반 데니소비치의 하루》나 《수용소 군도》는 그러한 문제들을 제시한 20세기 監獄文學의 문제작이고 또 현대정치가 안고 있는 심각한 문제들을 대담하게 진실을 파헤친 걸작이라고 하겠다. 이러한 문제는 비단 소련의 문제만이 결코 아니라는 데 그 문제의 심각성이 있는 것이 아닐까? 현대의 人間良心이 잠들지 아니하는 한에서는 이 문제는 계속하여서 인간생존의 기본문제로서 논구되고 규탄되어 시정되어야 할 것이다.

3. 有罪가 확정되기 전까지는 無罪의 推定을 받을 權利

프랑스 人權宣言(1789)에서 “모든 인간은 有罪의 宣告를 받을 때까지는 無罪의 推定을 받는다”고 한 原理는 近代 刑事法의 당연한 제 1의 원리가 되어 있을 것임에도 불구하고 현실에서는 그렇지 못하다. 被疑者나 被告人을 경찰·검찰·법원 또는 다른 어느 수사기관에서 다루는 경우에도 이 초보적인 원리가 지켜지지 아니하면 신체의 자유라고 하는 것은 애당초 발붙일 곳이 없게 된다. 만일 일응 피의자가 되었거나, 기소당한 사람은 죄가 있는 자라고 취급당할 수 있다고 한다면 인간으로서의 최소한의 품위를 지키는 것은 고사하고 자기의 정당한 권리마저 지킬 수 없다. 또 그렇게 事前에 단죄(斷罪)당하여도 된다고 하면 當事者主義에 의한 公正한 裁判이란 당초부터 있을 수 없는 것이다. 이 문제는 관권(官權)에 의한 부당한 처우나 편견의 대우 이외에도, 현대에는 매스컴에 의한 이른바 “新聞裁判”이란 것이 있다. 신문보도가 어느 특정인을 악마로도 또는 성자(聖子)로도 만들 수 있다고 하는 것은 비밀이 아니다. 왜 우리 先人들은 지혜를 짜내어서 무죄추정의 원칙을 만들게 되었을까 하는 점을 깊이 통찰하는 슬기와 신중성을 지니고 이 문제를 따져 봐야하지 않을까? 어떤 사람은 “나는 평생 그러한 처지에 서는 일이 없이 결백하게 살아 갈 것이다”라고 말하는 사람이 있을지 모른다.

그러나 그토록 완전무결한 인간도 없을 뿐만 아니라, 인간의 운명이 그렇게 모두가 평탄하다고 하는 어리석은 사람이 있으면 “나서 보라”고 말하고 싶다. 바로 그러한 인간의 기본적인 인생의 한계 때문에도 그러한 보장이 필요하고, 또 그것은 철저히 지켜져야 한다고 하는 것이 아닌가? 그밖에 “열 사람의 죄인을 놓치는 한이 있을지라도 한 사람의 죄없는 사람을 벌주어서는 아니 된다”고 하는 형사법의 원칙이 말하고 있는 것이 무엇인가?

4. 拷問의 禁止와 默秘權의 保障 및 自由 규정

고문은 다른 동물은 할 수 없는 인간만의 독점인 전유물이라는 점에서 자랑할 수 있는 것인지 모른다. 그러나 어느 나라이고 고문을 合法化한다고 하는 곳은 없고, 또 그러면서도 고문을 각종의 목적으로 사용하는 나라는 아직도 공연히 존재하고 있다. 인간의 양심이나 도리로 보거나 인도(人道)의 원칙으로 볼 때에 고문은 누가 어떠한 말로 변명하더라도 문명의 치부(恥部)이고 인간 양심의 치욕이 아닐 수 없다. 그런데도 아직까지 고문은 1) 고문에 의해 범죄의 증거를 수집하는 것은 필요악(必要惡)이라는 구실로 은연중에 용인되어 오고 있으며, 2) 또 일부 사법관헌(司法官憲)의 인간적인 자질의 저질성이나 직권남용으로 은밀히 자행되는 관행으로 지속되어 오고 있고, 3) 특히 일부 나라들에서는 정치적인 공포나 억압수단으로 고문이 이용되어 오고 있음은 “엠네스티 인터내셔널”의 세계 고문보고서가 지적하고 있는 바이다.

프랑스 革命후에 제정된 刑事訴訟법이 인도성(人道性)을 강조한 것은 봉건적·전제적인 정치의 유물로서 고문이 인간정신을 얼마나 타락시키느냐 하는 것을 무엇보다도 역사적인 체험을 통하여 실감할 수 있었고, 또 그것이 얼마나 人權에 대한 원칙적인 모델이고 모독인가 하는 것을 절실히 느끼기 때문이 아닌가?

어느 나라에서도 公務員에 의한 拷問은 犯罪가 되고 또 고문에 의해 수집된 증거는 證據能力이 인정되지 아니한다고 법으로 정하고 있긴 하다. 그런데도 고문의 惡習은 끊이지 아니하고 있다. 어째서 그럴까? 그러

한 인습이랄까 악습을 뿌리 뽑으려면 어떻게 해야 할까?

고문의 오직 하나의 명분이 될 수 있는 것이 犯罪人과 그와 관련된 證據를 찾아내기 위하여 필요하다고 하는 것이다. 그래서 近代法은 고문을 不法化시키는 것만으로도 부족한 점을 메꾸기 위하여 묵비권(默秘權)을 보장하였다. 자기에게 형사상 불리한 진술을 본인이 원한다고 한다면 당초부터 아니 해도 될 수 있다는 권리를 부여한 것이다. 미국헌법 수정 제 5조는 “누구든지 어떠한 형사사건에 있어서 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다”고 한 것이다. 한편 진술의 강요는 고문에 의하거나, 또는 고문에 의한 자백(自白)의 강요를 시도하는 것으로 이르게 되는 것이 보통이다. 그래서 헌법에 자백에 관한 규정을 두거나, 또는 헌법에 규정을 두지 아니하는 경우에도 형사법에서 자백 강요 금지나 자백만을 근거로 처벌하지 못한다는 규정을 두고 있다. 근대 이전의 형사절차에서는 自白은 <證據의 女王>이라고 해서 자백편중의 수사나 재판이 시행되었고, 그로 말미암아 인간의 기본적인 권리가 얼마나 침해되었는가 하는 것은 여기서 세삼 말할 것도 없을 것이다.

특히 현대 사회에 있어서는 소련의 예에서 볼 수 있듯이 精神病棟이 사실상 고문이나 가혹행위의 장소로 이용되고 있는 불행한 사실을 지적할 수 있고, 또 醫師가 공공연히 고문에 협조하는 일이 국제의학회의에서 문제가 될 정도이다. 그 밖에도 “거짓말 탐지기”의 출현은 과학적인 수사에 도움을 주고 있는 것은 사실이지만, 한편으로는 묵비권이나 프라이버시의 보장과 관련해서 그것의 사용방법이나 사용에서의 본인 당사자의 동의 여부와 그 증거 능력의 인정한계 등이 새로운 문제로 등장하고 있음은 두루 아는 사실이다.

5. 令狀制度의 보장

사람이 체포·구금당한다고 하는 것은 그러한 변을 당해 보지 못한 사람으로서는 상상조차할 수 없는 심각한 일이다. 아무리 民主的인 司法制度가 완비된 나라에서도 사람이 그 자유를 박탈당한다고 하는 것은 이미 인간으로서 자기의 본래의 모습을 지닐 수 없게 된 것이고 또 한편으로는

기본적인 생명의 안전이 위협받고 있다는 절박한 상황에 있다고 하는 것을 말하는 것이기도 하다.

그리고 人身의 자유는 인간생존에 가장 초보적인 자유이고 그 가운데서도 관헌에 의한 자의적(恣意的)인 체포나 구금은 자유라는 것 자체를 원칙적으로 지워버리는 것이므로 신체의 자유를 침해할 수 있으려면 반드시 國法の 근거를 따라야 하고, 그러한 경우에도 사리에 합당한 절차를 거쳐야 할 것이고 특히 그러한 절차는 재판관이 체포·구금 여부의 적법성 여부를 심사하는 제도까지 발전시킨 것이 영장제도이다.

영국의 13세기. 대헌장 이래 17세기의 제반 권리문서가 이를 확인·강조하고 있다. 권리청원(1628) 4는 “또 에드워드 3세 치세 28년에 국회에 의하여 어떠한 신분 또는 지위에 있는 사람임을 불문하고 누구든지 법의 정당한 절차에 의하여 답변의 기회가 부여되는 일이 없이 그의 토지 또는 보유지 밖으로 추방되거나, 체포 감금되고 상속권을 부인당하고 또는 죽음에 이르게 되는 일은 없다고 규정되었다”고 하고 있다. 이러한 英美法の 節次的인 保障을 憲法에 명문으로 정리해 놓은 것은 미연방 헌법 수정제 4 조이다. 이 조항은 “누구든지 그의 신체·주거·서류 및 소지품에 관하여 부당한 수색 및 체포·압수를 당하지 아니하는 권리는 침해할 수 없다. 영장은 모두가 선서 또는 확약에 의하여 지지되는 정당한 이유에 근거해서만이 발부되어야 할 것이며 또 수색하는 장소 및 체포·압수하는 사람 또는 물건을 명시하여야 한다”고 정하고 있다.

대개의 경우 수사관이 어떤 이유로든지 또 법률에 근거해서 피의자나 피고인이나 그밖에 어떠한 사람이고 체포하는 경우에는 “無罪推定の 원칙”이 존재하는 것이고 또 최저한의 권리는 보장되고 있으므로 필요 한도를 넘은 강제나 그밖의 어떠한 조치를 취해서는 아니된다. 프랑스 인권선언제 9 조는 이를 정하여 “어떠한 사람의 체포가 필요하다고 인정되는 경우에도 그 신체를 구속하기 위해 불필요한 강제조치를 과하는 것은 엄중히 금지된다”고 하고 있다. 우리 법제도 영장제도를 형사절차에서 기본으로 삼고 있음은 두루 아는 일이다.

6. 人身保護令狀制度 —拘束適否審査請求權—

인신보호영장제도는 영미법계에서는 신체의 자유보장의 보루로써 널리 활용되어 오는 제도로 그들이 자랑하는 법률문화의 하나이다. 1787년에 제정된 美合衆國 憲法에서는 수정 10개조의 人權조항을 추가제정하기 이전에 헌법 본문 제 1조 9절 2항에서 이미 “人身保護令狀의 特權은 叛亂 혹은 侵略을 당하여 公共의 安全에 근거한 필요가 있는 경우 이외에는 정지되지 아니 한다”고 정하였었다. 이에 관한 判例를 봐도 內亂중에도 일반적으로 이 영장을 함부로 정지하는 일에는 상당한 억제력을 하고 또 자체적으로 자제를 하는 것을 볼 수 있다.

우리의 경우는 憲法과 형사소송법에서 이 제도가 “구속적부심사청구권(拘束適否審査請求權)이라는 방식으로 계수되었다. 그런데 1972년의 헌법 개정에서 제10조에 근거 규정을 삭제하고 이어 형사소송법에서 삭제하였다가 第5共和國 憲法에서 다시 부활하였다. 다만 適用對象을 限定시킨대 문제가 있다.

7. 被疑者·被告人의 自己防禦의 權利와 辯護人 依賴權

訴追를 당하는 처지에서 서 있는 사람은 그가 아무리 法律專門家라고 할 지라도 心理的인 위축감이나 또는 자기가 처하게 된 제반조건의 제약 때문에 법률로 아무리 當事者라는 지위가 인정된다고 해도 약한 자의 처지에서 열세를 면하기는 어려운 것이다. 그래서 法的인 正義와 衡平의 原則을 최대한으로 구현하기 위하여 법률상의 권리로서 우선 미국연방헌법 수정 제 6조는 “모든 형사상의 소추에 있어서 피고인은…… 고소의 성질과 이유에 관하여 고지(告知)받을 권리가 있다.”고 하고 있다. 우리 형사소송법의 피고인에 대한 起訴狀 송달이 이에 해당하는 것이다. 다음에는 방어를 위한 제도로서 미연방헌법의 수정 제 6조는 “형사 피고인은 또 자기에게 불리한 증인과의 대면(對面)을 구하고, 강제 절차에 의하여 자기에게 유리한 증인을 구하고, 변호인을 의뢰할 권리가 있다고 정하고 있다. 불리한 증인과의 대면이나, 강제 절차에 의한 유리한 증인의 추구라는 권리의 보장은 형사 절차상의 정의의 보장으로서 영미의 법률 문화의 자랑할

만한 유산이라고 아니할 수 없다. 또한 변호인이 구급된 피의자·피고인과의 접견에서 프라이버시의 보장이나, 수사 접견·교통권은 잘 보장되고 있다. 그밖에 가난한 자를 위한 법률부조(法律扶助)제도나 국선변호제와 필요적 변론제도는 문명국의 사법제도라고 한다면 그것을 구비하고 있다. 문제는 그것이 얼마나 살아있는 제도로서 제 구실을 하고 있느냐 또는 할 수 있느냐 하는 것이 선결문제라고 하면 선결문제라고 할 것이다.

8. 迅速하고 公正한 公開裁判을 받을 權利

“裁判의 지체는 재판의 거부”라는 말이 있다. 또 한편으로 신중성과 공정성을 결여한 재판은 正義에 어긋난다. 여기서 영미법에서는 배심재판(陪審裁判)이 시민의 사법(司法)에의 참여와 함께 재판의 신속성을 보장하는 제도로써 자리잡아 왔음을 볼 수 있다. 이에 관하여 미국연방헌법 수정 제 5조를 보면 우선 기소(起訴)에 있어서 “누구든지 대배심(大陪審)의 신고 또는 기소에 의하지 아니하면 死刑 또는 파렴치죄의 책임을 지지 아니한다”고 그 요건을 정하고 있다. 그리고 재판에 관해서는 수정 제 6조에서 “모든 형사상의 소추에 있어서는 피고인은 범행이 있었던 주(州) 또는 미리 법률에 의하여 규정된(司法)지구의 공평한 배심에 의하여 행하여지는 신속한 공개재판을 받으며……”라고 정하고 있다.

이러한 재판을 받을 권리를 통한 자유의 보장은 司法權의 獨立 또는 法官의 의연한 자세와 그 法曹로서의 資質에 의존하고 있다. 英美의 法曹가 지니오는 전통과 그들의 기풍에 관해서는 이미 지적한 바 있다. 그래서 재판과 재판관을 신뢰하는 그들은 영국에서는 법격언(法格言)으로 “어느 누구도 재판관으로부터 멀리 할 수 없다”고 하는 명구를 남겼다. 영국의 소설가인 《1984년》의 작가인 조지 오웰은 영국의 政治制度가 불합리한 것 투성이지만, 그것이 그래도 명맥을 이어가고 또 가치가 있다고 하는 것은 법정에서 가발을 쓰고 고리타분한 논의를 하는 늙은이들인 재판관들이 결코 매수로 동요되지 아니하고 제 일을 하는데 있다고 하는 말을 한 적이 있다. 그러한 재판관이 있기까지는 선배 재판관이 국왕에게도 굽히지 않고 “왕은 최고이지만 신(神)과 법(法) 아래에 있다”는 말을 하고 수난도

달게 받았었고, 또 한편으로는 시민이 배심에 참여하므로써 불법하게 기소되는 시민에게 대하여선 용기를 가지고 “무죄(無罪)라고 평결(評決)을 하는 도덕적인 용기가 있었고 나아가서 이러한 기풍을 존경하고 신뢰하여 준 사회의 지지가 있었기 때문이라는 점을 잊어서는 아니 될 것이다. 우리의 司法制度도 法曹人과 國民의 인식과 협조를 통해 재판에 대한 국민적 신뢰가 싹트게 해야 한다는 과제가 있다.

9. 刑罰不遡及의 原則과 二重危險禁止의 原則

사람을 처벌하거나 그밖에 불이익을 과하는 法律은 遡及해서 적용되어서는 아니 된다고 하는 원칙은 法律生活의 安全에 불가결한 조건이 되기 때문에 이 원칙은 일찍부터 강조되어 왔다. 특히 專制王權 아래서는 정치적인 보복의 수단으로 이것이 악용되었으므로 近代法에서는 이 원칙은 제삼 강조되게 된다. 1787년에 제정된 미국연방헌법 제 1조 9절 3항은 “권리박탈법(bill of attainder) 또는 소급처벌법(遡及處罰法)은 제정하여서는 아니된다”고 정하고 있다. 大陸系에서는 프랑스 人權宣言 제 9조가 선포하고 있듯이 이는 “죄형법정주의(罪刑法定主義)로 제도화되고 있다. 우리는 憲法 이외에 刑法 제 1조에서 이 원칙이 刑事法의 원칙으로서 정해져 있는 것은 두루 아는 사실이다.

다음에 미국연방헌법 수정 제 5조가 “누구든지 同一한 犯罪에 관하여 거듭하여 생명 신체에 대한 위협을 당하지 아니 한다”고 정한 2중위험금지 또는 2중처벌금지의 원칙이 있다. 대륙계나 그에 영향권에 있는 우리는 일사부재리(一事不再理)의 원칙으로 이해하고 그것이 성문화되고 있으나, 미국헌법에서의 이중위험금지의 법리는 보다 폭넓게 해석되므로써 신체의 자유의 보장면에서 보다 기여하는 바가 있다. 특히 이 제도는 배심제도와 관련해서 그 핵심을 보다 잘 이해할 수 있는 것이 아닌가 생각된다.

10. 過多한 保釋金·잔혹한 刑罰의 禁止

영국의 權利章典(1689)에서도 과대한 벌금·불법하고 잔혹한 형벌을 과한 전(前) 국왕의 처사가 규탄되고 있는 것을 볼 수 있다. 미국연방헌법

수정 제 8 조는 “과대한 액수의 보석금을 요구하고 또 과중한 벌금을 과해서는 아니 된다. 또 잔혹하고 이상한 형벌을 과해서는 아니 된다.”고 정하고 있다. 보석금의 과대함은 사실상 신체의 구금의 지속을 뜻하는 것이기도 하다. 罰金의 과대함도 때로는 물질적 생존 또는 사회생활 기반을 박탈하기에 이르는 것이라고 함은 다 아는 일이다. 그밖에 잔혹하고 이상한 刑罰은 現代 國家에서는 법률상으로는 살아졌다고 말한다. 專制政治 시대처럼 사지 절단이나 낙인 또는 태형 등과 같은 제도는 없어졌으나 強制收容所나 감옥안에서의 학대 또는 열악한 조건이나 처우 등은 지금도 나라에 따라서 계속하여 문제가 되고 있음은 세삼 지적할 것도 없이 두루 아는 사실이고 따라서 매우 심각한 문제이기도 하다.

여기서 베카리아가 18세기에 한 말을 다시 되풀이하여 인용하고 싶다. “형벌의 목적은 감성적(感性的)인 인간에게 고통을 주는 것이 아니다…… 그 범죄가 사회에 대해 더 해악을 끼치는 것을 막고, 또 다른 사람이 같은 위법을 자행하는 것을 막는 데 있다. 범죄를 처벌하는 것보다 이를 방지하여야 한다. 이것은 좋은 입법의 기본 원리이다.”라는 말을.

* 나머지 말

身體의 自由는 다른 자유도 그렇지만 法律이 완비되었다고 해서 보장되는 것은 아니지만, 그래도 법률이라고 하는 근거가 있어야지 자유의 초초보적인 조건이 우선 마련되는 것이다.

그래서 法律論이 지닌 限界를 認識하면서도 法理 중심의 해설을 시도해본 것이다. 그 궁극적인 문제는 社會政治의 문제이기도 하고 그 속에서 국민이 어떠한 法律文化와 法曹를 키우느냐 하는 것이 아닌가 하는 생각을 자꾸하게 된다. 英美 국가에서 몇 세기가 걸려 이룩한 것을 우리가 당장 해내지 못한다고 절망하거나, 또는 민족성을 스스로 비하시키는 일은 삼가야 할 것으로 본다. 어느 제도이고 완전 무결한 것은 없는 것이고 그것을 소중하게 가꾸어 나가는 슬기와 인내 또 용기가 문제가 아닌가 하는 것을 신체의 자유를 그 이념과 제도의 발달을 돌아보면서 느끼는 솔직한 심정이다.