

국회의원의 불체포특권과 구속영장의 집행정지

- 형사소송법 제101조 제4항 및 제5항의 성립경위와 관련하여 -

신 동 윤*

국문요약

우리 헌법 제44조는 국회의원의 불체포특권을 규정하고 있다. 이 헌법규정을 구체화하기 위하여 형사소송법 제101조는 제4항과 제5항에 걸쳐서 구속영장집행정지를 규정하고 있다. 즉 국회의 석방요구결의가 있을 때 검찰총장은 체포·구속되어 있는 국회의원을 당연히 석방하도록 하고 있는 것이다.

지금까지 형사소송법 제101조 제4항과 제5항에 대해서는 그다지 많은 연구가 수행되지 않았다. 필자는 본고에서 이 조문의 성립경위를 연혁적으로 검토하여 국회의원의 불체포특권과 구속영장집행정지를 둘러싼 여러 가지 법리적 문제점들을 규명하려고 하였다.

논문의 구조를 보면, 필자는 먼저 이 조문의 성립계기가 된 소위 서민호 사건의 분석에서 논의를 시작하였다. 1952년에 일어난 서민호 사건은 현역 국회의원이 살인죄의 현행범으로 기소되었던 사건으로, 이 사건의 진행 초기과정에서 국회의 석방결의를 둘러싸고 커다란 법리논쟁이 전개되었다. 필자는 이 서민호 석방결의사건의 진행과정을 소개하고 그것이 1954년의 제정형사소송법에 어떠한 영향을 미쳤는가를 살펴보았다. 이와 같은 연혁적 고찰을 마무리 하면서 필자는 그로부터 얻은 지식을 바탕으로 국회의원의 불체포특권과 구속영장집행정지의 문제에 대해 해석론적 제안을 제시하였다.

※ 이 논문은 서울대학교 법과대학 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

* 서울대학교 법과대학 교수, 법학박사.

I. 서 설

우리 헌법 제44조는 국회의원의 불체포특권을 규정하고 있다. 헌법 제44조는 제1항에서 “국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다”고 규정하고, 제2항에서 “국회의원이 회기 전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기중 석방된다”고 규정하고 있다. 주지하는 바와 같이 우리 헌법이 국회의원의 불체포특권을 규정한 것은 행정부가 범죄혐의를 이유로 국회의원을 함부로 체포·구금함으로써 국회의 기능을 정치적으로 위축시키는 일이 없도록 하기 위함이다.¹⁾

한편 우리 형사소송법은 국회의원의 불체포특권을 구체화하기 위하여 구속영장의 집행정지에 관한 규정을 두고 있는데 형사소송법 제101조 제4항과 제5항이 그것이다. 형소법 제101조는 제4항에서 국회의원의 불체포특권과 관련하여 “헌법 제44조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 당연히 구속영장의 집행이 정지된다”고 규정하고, 제5항에서 “전항의 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다”고 규정하고 있다.

국회의원의 불체포특권을 규정한 헌법 제44조는 제헌헌법 제49조에서 유래한 것이다. 원래 제헌헌법 제49조는 국회의원의 면책특권을 하나의 조문으로 규정하고 있었으나 제3공화국 출범에 즈음한 1962년 12월의 헌법개정에 의하여 제1항과 제2항으로 분리되었다. 여러 번의 헌법개정을 통하여 국회의원의 불체포특권을 규정한 조문의 위치는 변화하였으나 조문의 내용은 제헌헌법의 그것과 대동소이하다고 할 수 있다. 한편 형소법 제101조 제4항 및 제5항은 1954년 제정형사소송법 제101조 제2항 및 제3항으로 규정되어 있던 것으로, 1973년의 형소법 개정 이래 지금의 위치로 변화하였으나 조문의 내용은 제정형사소송법의 그것을 그대로 유지하고 있다. 여기에서 이하의 논의에 이해를 돕기 위하여 최초의 조문과 현행법의 조문을 대비해 본다.

1) 성낙인 교수는 “불체포특권은 의원의 신체의 자유를 보장함으로써, 의원의 자유로운 의정활동을 보장하여 행정부로부터 자유로운 국회기능을 보장하려는 데 그 의의가 있다.”고 설명하고 있다. 성낙인, 헌법학, 제7판, (2007), 828면.

제헌헌법	(1961년 개정 이래) 현행 헌법
<p>제49조 국회의원은 현행범을 제한 외에는 회기중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며 회기 전에 체포 또는 구금되었을 때에는 국회의 요구가 있으면 회기중 석방된다.</p>	<p>제44조 ① 국회의원은 현행범인인 경우를 제외하고는 회기중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니한다.</p> <p>② 국회의원이 회기전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기중 석방된다.</p>

1954년 제정형사소송법	(1973년 개정 이래) 현행 형사소송법
<p>제101조 ② 헌법 제49조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 당연히 구속영장의 집행이 정지된다.</p>	<p>제101조 ④ 헌법 제44조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 당연히 구속영장의 집행이 정지된다.</p>
<p>③ 전항의 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다.</p>	<p>⑤ 전항의 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다.</p>

그런데 형소법 제101조의 조문과 관련하여 특기할 점이 있다. 현행 형소법 제101조 제4항을 자세히 들여다보면 국회의 석방요구가 있을 때 ‘당연히’ 구속영장의 집행이 정지되도록 규정하고 있다. 일반적으로 법조문은 당위명제를 규정하고 있기 때문에 “무엇 무엇을 하여야 한다”라는 형식을 취하고 있다. 요즘의 입법기술에 따르면 법조문의 당위명제성은 너무나 자명하기 때문에 굳이 “무엇 무엇을 하여야 한다”라는 표현을 쓰지 않고 단순히 “무엇 무엇을 한다”라는 형식을 취하기도 한다.

이와 같은 이치에도 불구하고 형사소송법 제101조 제4항에는 일반적인 조문형태와 달리 ‘당연히’라는 단어가 하나 더 추가되어 있다. 그런데 일견 불필요해 보이는 이 ‘당연히’라는 표현의 배후에는 우리의 어두웠던 헌정사의 한 자락이 자리 잡고 있으며 국회의원의 불체포특권과 구속영장의 집행정지를 둘러싸고 격렬한 논전이 전개되었다는 사실을 아는 사람은 별로 많지 않다. 본고에서 필자는 우리 형사소송법 제101조 제4항 및 제5항의 입법경위를 재구성하고 이를 통하여 국회의원의 불체포특권과 관련된 몇 가지 쟁점을 정리해 보고자 한다.

II. 서민호 사건과 발취개헌

형사소송법 제101조 제4항과 제5항을 이해함에 있어서 빠뜨릴 수 없는 것은 소위 서민호 사건이다. 서민호 사건이란 1952년 4월 24일 제2대 국회의 내무위원장이던 서민호 의원이 지방선거 시찰차 전라남도 순천에 들렀다가 저녁회식 자리에 난입한 현역군인 서창선 대위와 총격전을 벌여 서 대위를 현장에서 절명케 한 사건을 말한다.²⁾ 4월 24일 발생한 서민호 사건은 이후 5월 26일의 소위 부산정치파동에 이르는 시발점이 되었고, 이날 국회의원들이 탄 통근버스를 공병대 크레인차가 견인해 감으로써 시작되었던 부산정치파동은 7월 4일 기립표결의 형태로 소위 발취개헌이 이루어짐으로써 막을 내리게 된다. 이 부산정치파동과 발취개헌을 통하여 이승만 대통령은 제헌헌법에 의하여 국회에 부여되어 있던 대통령선출권을 박탈하였고, 이후 직선제투표를 통하여 재집권에 성공하게 된다.

아래에서 논의하는 국회의원의 불체포특권과 구속영장집행정지의 관계를 이해하려면 당시의 정치상황을 숙지할 필요가 있다. 격동하던 당시의 정치상황을 일부라도 전달한다는 의미에서 서민호 사건의 일지를 간단히 소개한다.³⁾

[서민호 사건일지]

- 1952 4. 24. 서창선 대위 총격 교환 끝에 사망
- 4. 25. 서민호 의원 경찰에 자진 출두, 현행범으로 구속됨(당시 국회개회중)
- 5. 10. 검찰, 서민호 의원 살인죄로 구속 기소
- 5. 14. 국회, 국회결의 제177호로 서민호 의원에 대한 석방을 결의
- 5. 14. 국회의장, 국회결의 제177호를 대법원장 앞으로 통고
- 5. 15. 대법원장, 국회의장의 통고를 부산지방법원에 이첩
- 5. 19. 부산지방법원형사부(재판장 안윤출 부산지법수석부장), 구류집행정지결정
- 5. 19. 서민호 의원 석방
- 5. 19. 검찰, 대구고등법원에 항고

2) 서민호 사건의 경과에 대해서는, 서민호, 나의 옥중기, (1962), 86면 이하; 부산일보사 편, 비화 임시수도천일 (상), (1983), 304면 이하 참조.

3) 이하의 일지는, 서민호, 나의 옥중기, 136면 이하에 소개된 것과 필자가 조사한 사항을 토대로 정리한 것이다.

- 5. 22. 부산지방법원, 서민호 피고사건 공판 개시
- 5. 25. 정부, 전남·북, 경남 지역 비상계엄령 선포
- 5. 25. 서민호 의원 체포
- 5. 26. 국회의원 검거 시작 (소위 부산정치파동)
- 6. 4. 서민호 피고사건, 영남고등군법회의⁴⁾로 이송됨
- 6. 30. 대구고등법원, 부산지법의 구류집행정지 결정을 취소
- 7. 1. 영남고등군법회의, 서민호 의원에게 사형 선고
- 7. 4. 대통령 직선제 발취개헌안 국회 통과
- 7. 4. 이승만 대통령, 원용덕 계엄사령관에게 재심⁵⁾ 지시
- 8. 1. 재심 고등군법회의의 8년 징역 선고 (이후 재심 반복)
- 1953 5. 6. 비상계엄 해제, 부산지방법원에 사건 이송(재판장 양회경 부장판사)
- 7. 26. 검찰, 업무상 횡령과 배임 추가 기소
- 10. 20. 부산지방법원, 살인 무죄 (정당방위 인정), 업무상 횡령 무죄, 배임 유죄(징역 10월에 집행유예 2년)
- 1954 4. 22. 대구고등법원, 살인죄 면소(1952. 8. 1.자 재심고등법원 판결이 확정되었음을 이유로 함), 업무상 횡령 무죄, 배임 유죄(징역 10월에 집행유예 2년)
- 1955 1. 18. 대법원, 원심판결 파기환송⁶⁾ 7)
- 5. 24. 대구고등법원, 살인죄 면소, 업무상 횡령 무죄, 배임 유죄(징역 10월)
- 9. 16. 대법원, 검찰의 상고에 대해 상고기각
- 1960 4. 19. 4·19 혁명
- 4. 26. 서민호 (전)의원 석방

4) 여기에서 ‘고등군법회의’는 종전의 항소심 고등군법회의 및 지금의 고등군사법원과 다르다는 점에 주의할 필요가 있다. 당시의 군법회의는 국방경비법에 의하여 설치된 것으로 미육군 전시군법전(Articles of War)이 규정하고 있는 단심제 군사법정을 모델로 하고 있다. ‘고등군법회의’란 ‘특설군법회의’ 및 ‘약식군법회의’에 대응하는 군사법정으로 살인죄 등 중요한 사건에 대해 정식으로 재판부를 구성하여 재판에 임하는 단심제 군법회의를 말한다. 자세한 내용은, 고석, 한국 군사재판 제도의 성립과 개편과정에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, (2006), 101, 116면 이하 참조.

5) 이 경우 ‘재심’은 현행 형사소송법이 규정하고 있는 ‘재심’과 다르다는 점에 주목할 필요가 있다. 현행 형소법상의 재심(Wiederaufnahme)은 대륙법계에서 유래한 것으로 확정판결에 대한 비상구제절차를 가리킨다. 이에 대해 국방경비법이 규정하고 있었던 재심(rehearing)은 미육군 전시군법전을 모델로 한 것으로서 군법회의의 설치권자가 당해 군법회의의 재판결과를 받아들이지 않을 때 다시 재판하도록 하는 제도를 말한다. 판결이 확정되지 않은 상태에서 다시 재판하게 한다는 점에서 확정판결을 대상으로 한 대륙법계의 재심과 구별된다. 자세한 내용은, 고석, 한국 군사재판 제도의 성립과 개편과정에 관한 연구, 130면 이하 참조.

6) 1955. 1. 18. 4287형상113, 대법원판결집, 제1권 6집, 19면 이하. 대법원은 이 판결에서 피고인측의 상고이유를 모두 배척하고, 검찰측의 상고이유는 모두 인용하고 있다. 대법원은 (1) 원심이 유죄의 확정판결을 받아 복역하고 있는 피고인에게 집행유예를 선고한 위법이 있으며, (2) 원심이 업무상 횡령죄의 무죄 부분에 이유를 설시하지 아니한

위의 일지에서 알 수 있는 바와 같이 서민호 사건은 이승만 대통령이 정권을 재창출하기 위하여 기도한 일련의 정치과동과 함께 진행되고 있다. 서민호 사건은 발체개헌 이전과 이후로 나누어 볼 수 있다. 발체개헌 이전의 시점에서 서민호 사건은 전시상황에서 야당 국회의원이 현역 육군대위를 총격·사살한 사건으로 선전되면서 비상계엄령 선포를 통한 단심제 군법회의로의 사건이송, 그리고 사형선고에 이르는 일련의 과정으로 전개된다.

발체개헌 이후의 시점에서 서민호 사건은 다시 군법회의와 민간법원을 오가는 핑퐁 재판의 형태로 진행된다. 살인죄 부분의 경과만을 간추려 본다면 1952년 7월 1일 영남군법회의는 서민호 피고인에게 살인죄의 유죄를 인정하여 사형을 선고한다. 이후 대통령의 계엄사령관에 대한 재심지시에 의해 같은 해 8월 영남고등군법회의는 서민호 피고인에게 살인죄로 8년 형을 선고한다. 수차에 걸쳐 군법회의의 재심이 반복된 후 1953년 5월 개엄령의 해제와 함께 부산지방법원에서 다시 공판이 열리게 되고, 서민호 피고인은 살인죄 부분에 대해 정당방위를 이유로 무죄를 선고받게 된다(재판장 양회경 판사). 검찰의 항소에 대해 대구고등법원은 1952년 8월의 영남고등군법회의 유죄판결(8년형 선고)으로써 사건이 확정되었다는 이유로 살인죄 부분에 대해 면소판결을 선고한다. 피고인측은 이에 불복, 상고하였으나 대법원은 상고를 기각하여 살인죄 부분에 면소판결을 선고한 원심판결을 유지한다.

본고에서 고찰하고자 하는 서민호 사건은 발체개헌 이전에 전개되었던 것으로 이해의 편의를 도모하기 위하여 이를 ‘서민호 석방결의 사건’으로 지칭하기로 한다. 이 ‘서민호 석방결의 사건’은 국회의원의 불체포특권과 구속영장집행정지의 관계가 논란되었던 것으로 제2대 국회가 아직 대통령

위법이 있다는 검찰측의 상고이유를 전부 받아들여 원심판결을 파기환송하였다.

- 7) 대법원에 의해 피고인측의 상고가 기각된 후 효당 엄상섭은 “서민호 사건과 ‘설마’”, “서민호 사건의 대법원판결에 대한 관견”, “국법은 누가 수호할까?”라는 세 편의 글을 발표한다. 특히 “국법은 누가 수호할까?”라는 글의 말미에서 그는 김삿갓의 다음 시귀를 인용하여 사법부에 엄중한 경고를 보내고 있다. “춘추필범이지부(春秋筆法爾知否), 차사유전동국사(此事流轉東國史)(춘추필범을 그대는 아는가 모르는가. 이 일이 흘러흘러 이 나라 역사 될 것을”. 엄상섭, “서민호 사건과 ‘설마’”, 『법정』, 1955년 3월호, 7~8면, 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집, (2005), 127면 이하에 전재; 엄상섭, “서민호 사건의 대법원판결에 대한 관견”, 『법정』, 1955년 4월호, 38~43면, 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 135면 이하에 전재; 엄상섭, “국법은 누가 수호할까?”(1955년 5월 집필, 발표지 미상), 엄상섭, 권력과 자유, (1957), 104면 이하 수록, 엄상섭 저, 허일태·신동운 편, 권력과 자유, 개정증보판, (2007), 358면 이하에 재수록.

선출권을 보유하고 있던 때에 일어난 것이다. 발췌개헌 직전까지의 서민호 사건 전개는 행정부가 강압적인 방법으로 국회기능의 위축을 기도한 것이며, 대통령 간선제를 규정하였던 제헌헌법을 대통령 직선제로 고치려는 일련의 정권장악 수순에 따른 것이었다. 이 과정에서 제2대 국회는 이승만 정권에 강력히 저항하였으며, 그 표현의 하나로 현역 국회의원 서민호에 대한 국회의 석방요구결의가 나오게 되었던 것이다.

당시 서민호 사건은 여러 가지 법률적 쟁점을 담고 있었다. 국회의원의 불체포특권은 현행범의 경우에도 적용되는가? 현행범의 한계는 어디까지인가? 국회의 석방결의에 대해 법원이 사법판단을 행할 수 있는가? 민간인인 국회의원을 군법회의에서 재판할 수 있는가? 군법회의 재판에 대한 재심은 어디까지 허용되는가? 서민호 의원의 총격행위는 정당방위인가 아닌가? 이와 같이 다양한 쟁점을 제기하면서 진행되었던 서민호 사건은 같은 시기에 추진되고 있던 우리 형법과 형사소송법의 제정에 여러 가지로 영향을 미치게 된다. 그 가운데 대표적인 사례는 형법전의 경우 정당방위 규정에 관한 법사위수정안으로,⁸⁾ 형사소송법전의 경우 국회의원의 불체포특권과 관련한 구속영장집행정지 규정의 신설에 관한 법사위수정안으로 각각 나타나게 된다.

Ⅲ. 국회의 석방결의와 검찰의 항고

위의 서민호 사건 일지에서도 소개한 바와 같이 총격 교환으로 서창선 대위가 사망한 것은 1952년 4월 24일 저녁이었다. 서민호 의원은 다음날 오전 순천의 관할 경찰서에 자진 출두하였다. 이 자리에서 서민호 의원은 살인죄의 현행범으로 체포되었다. 사건 다음날 자진 출두하였음에도 불구하고 수사 당국은 현역 국회의원을 현행범으로 체포하였던 것이다. 당시

8) 현행 형법 제21조 제3항은 “진행의 경우[과잉방위; 필자 주]에 그 행위가 야간 기타 불안스러운 상태하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 법사위수정안으로 제안되었던 것이다. 엄상섭, “우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조향”, 『법정』, 1955년 11월호, 3~7면, 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, (2003), 73면 이하에 재수록. 정당방위 부분은 이 책의 76면 이하 참조.

는 6·25 전쟁이 한창인 때로서 정부는 임시수도 부산에 머물러 있었고, 국회는 개회중이었다.

1952년 5월 10일 검찰은 부산지방법원에 서민호 의원을 살인죄로 구속 기소하였다. 5월 14일 국회는 본회의를 소집하였고,⁹⁾ 서민호 의원에 대한 석방요구결의안을 의결하였다.¹⁰⁾ 국회의 석방요구결의는 대법원장에게 통고되었고, 대법원장은 이를 관할법원인 부산지방법원합의부에 이첩하였다. 당시 담당재판부의 재판장은 안윤출 부산지방법원 수석부장판사였다.

국회의 석방요구결의에 대해 법원이 어떠한 판단을 내릴 것인가를 놓고 전국적으로 관심이 집중되었다. 이 문제를 놓고 법리적으로 다양한 견해가 제시되었는데, 이와 관련하여 안윤출 판사는 다음과 같이 적고 있다.¹¹⁾

그런데 국회의 의원석방결의가 구속된 의원에 당연히 석방의 효력을 발생 하는가에 관하여는 세 가지 의견이 대두하고 있었다.

첫째는 헌법의 규정에 의하여 합법적으로 그 결의가 채택된 이상 서 피고는 국회의 석방결의와 함께 석방되어야 한다는 것이다. 그러나 당시만 하더라도 형사소송법이 [제]정되지 않았을 때였기 때문에 현행 형사소송법 제101조 2항¹²⁾과 같은 절차규정이 없었고 따라서 사실상의 구속상태를 면하지 못하고 있는 서 피고가 국회의 석방결의만으로 석방된다는 것은 실현을 보기가 어려운 일이었다. 그렇기 때문에 이 첫째의 이론이 성립되기 위하여서는 검찰총장이 석방지휘를 해야만 되었고 또 그래야만 된다는 의견이 대두하였던 것이다.

그러나 검찰관계자들은 첫째의 견해와는 정반대되는 해석을 하였다. 그것은 비록 국회가 헌법 49조¹³⁾에 의거하여 석방결의를 하였다고 할지라도 그 구속된 것이 현행법일 경우에는 그 결의가 효력을 나타낼 수 없다는 것이었다.

나는 이처럼 왈가왈부하는 대답 속에서 몹시 고심을 하였었다. 그것은 국회의 석방결의로서 석방의 효력이 생기는 것이기도 하지만 사건이 기소되어 있는 한 이에 대[응]하는 절차법이 없기 때문에 법관의 별도조치 즉 구속해제의 명령이 있어야 했기 때문이었다.

9) 서민호 의원 석방결의에 대한 국회속기록은, 국회사무처, 제12회 국회정기회의속기록, 제57호, 999면 이하 참조.

10) 당시의 정황은 국회홈페이지 미디어 자료관에 수록되어 있는 사진(1952년 분)을 통하여 확인할 수 있다. <http://w3.assembly.go.kr/multimedia/index.jsp>

11) 안윤출, “서민호씨의 징역8년은 오판이었다”, 『진상』, 1960년 6월호, 37면.

12) 제정형사소송법을 가리킴. 현행 형소법 제101조 제4항.

13) 이하 인용문의 ‘헌법 제49조’는 제헌헌법 제49조로서 현행 헌법 제44조에 해당함.

1952년 5월 19일 안윤출 부장판사는 피고인 서민호 의원의 석방을 명하는 석방명령서를 발부하였다. 이 당시의 정치적·사회적 분위기를 안윤출 판사는 다음과 같이 전하고 있다.¹⁴⁾

그런데 이 사건을 처리하는 과정에 경무대의 비서인 안희경 씨는 은근히 감시를 게을리 하지 않았다. “지금 경무대에서도 서민호 사건에 감시가 많다.” 그림자처럼 내 뒤를 따라 다니며 직접 어떻게 처리하라는 말은 아니 하였으나 위와 같은 말을 하면서 은근히 압력을 가하였던 것이었다

그건 그렇고 안희경 씨는 내 방에서까지 감시를 하며 경무대와 연락보고를 취하였던 것이다. 그러니 그 당시의 서민호 사건이 얼마나 정계에 심대한 관심이 많았는가를 가히 짐작케 되는 것이다. 이렇듯 주위에 날카로운 감시를 받으면서도 내 댄에는 양심을 잃지를 아니하였다. 다시 말하면 나는 법관의 사명을 망각치를 았았던 것이다.

“군인이 전장에 나가서 전사하는 것이나 판사가 판사의 의무를 감당하다가 죽는 것이나 피차 마찬가지로. 양심이 명한 대로 법령을 적용하자”

하고 비장한 결심을 하였다.

이리하여 나는 5월 19일 -- 드디어 석방결의의 명령을 내렸다. 정말이지 나는 석방결의에 도장[印]을 찍을 때 죽음을 각오하였다. 심장은 마구 뛰었고 고뇌에 얽힌 머리는 빙빙 돌기만 하였다. 오로지 나는 양심이 명하는 대로 법을 적용하였을 뿐이었다.

안윤출 부장판사의 석방명령에 의하여 서민호 의원은 석방되었다. 그러나 검찰 측은 안 판사의 석방명령에 불복하여 대구고등법원에 항고하였다. 당시는 우리 형사소송법이 제정되기 전으로 일제 이래의 의용형사소송법이 계속 시행되고 있었다. 의용형사소송법에 따르면 항고법원의 결정에 대하여는 항고할 수 없었다(동법 제469조 본문).¹⁵⁾ 따라서 대구고등법원은 소위 ‘서민호 석방결의 사건’에 대해 최종심의 지위를 가지고 있었다.

검찰 측은 크게 두 가지를 항고이유로 내세웠다. 하나는 현행법의 경우 국회의원의 불체포특권이 적용되지 않는다는 것이며, 다른 하나는 원심의 석방결정이 구속집행정지기간을 명시하지 않았다는 것이었다. 이 가

14) 안윤출, “서민호씨의 징역8년은 오판이었다”, 『진상』, 1960년 6월호, 37면.

15) 의용형사소송법 제469조: 항고재판소의 결정에 대하여는 항고를 할 수 없다. (단서 부분은 생략)

운데 후자는 이후 대구고등법원의 최종 판단에서 제외되었으므로 이의 소개를 생략하고, 아래에서는 현행법과 국회의원의 불체포특권과의 관계에 관한 부분을 중심으로 검토를 진행해 가기로 한다.¹⁶⁾

먼저 검찰 측의 항고이유를 아래에 전제한다.¹⁷⁾

원재판소는 피고인에 대한 구류집행을 정지한 이유로서 단기 4285년 5월 14일 자 국회의 피고인에 대한 즉시석방을 결의함에 의한 것이라고 하였으나 이[此]는 이유에 불비가 있다.

헌법 제49조에 규정된 국회의원의 개회중 석방요구결의권을 행사함에 있어서는 그[其] 결의에 필요한 조건이 있는 것이다.

즉 회기 전에 체포구금 되었을 경우에 한하며 또 현행법을 제외한 외의 경우에 이를 행할 것이다. 그런데 본건 피고인은 현행법으로서 국회의 회기중에 체포구금된 것인바 국회의 본건 석방요구결의는 근본적으로 그[其] 결의의 필요조건이 구비되지 아니함이 분명한 이상 당연히 무효에 속할 것이다.

헌법 제49조의 입법취지를 살펴보면 국회의원에 대하여 소위 불체포특권을 인정한 것은 국정의 심의에 당하는 의원의 직무를 존중할 행정부의 권력남용에 기인된 그[其] 직무의 방해를 방알(防遏)함에 있는지라 그 이상 범죄의 혐의가 확실함에도 불구하고 국회의원이기 때문에 특히 이[此]를 비호(庇護)하려는 취지에서 규정된 것은 아니다.

그러므로 본건과 같이[如히] 현행법으로서 그 범죄의 혐의가 확실하여 따라서 권력의 남용으로 인한 직무방해를 목적인 것이 아니라 하는 것이 명백한 이상 국회 자체로서도 단순히 국회의원이라는 신분을 가졌다든 것만으로서 그[其] 체포구금을 거절할 수 없을 것은 이(理)의 당연(當然)일 것이다.

심지어는 본건 석방요구결의가 헌법 제49조의 후단에 규정된 회기 전의 체포구금한 경우의 석방요구권에 준하여 결의된 것이라고 해석한다면 이[此]는 결국 회기 중에 국회의 동의 없이 현행법을 체포구금할 수 있다는 명문을 무시하는 이외에 아무것도 아니다. 예컨대 회기 중 현행법을 체포구금한 불과 수 시간 경과 후에 즉시 석방요구결의를 할 수 있다면 그것은 헌법에 명문으로 허용한 현행법의 체포구금 자체를 거절하는 것이 되므로 헌법 제49조의 전단(前段)은 공문화(空文化)되는 결과가 될 것이고 뿐만 아니라 회기 중에 현행

16) 서민호 석방결의 사건의 항고심자료는, 대구고등법원의 결정례를 수록한 법률신문, 제 52호, (1952. 7. 11.자) 및, 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 15면 이하에 소개된 내용을 종합하여 정리하였다. 법률신문에 게재된 결정문은 오탈자가 많으나 권오규 판사의 글에는 내용이 정확하게 소개되어 있다.

17) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 15면 이하.

법을 체포구금한 경우에 석방요구결의를 할 수 있다는 헌법상의 규정이 없는 것에도 배치되는 것이다.

그렇다면 본건 결의는 헌법이 국회에 대한 그[其] 직능의 발휘와 존중을 위한 입법정신을 망각하고 단순히 국회의원이라는 신분만에 치중하여 그[其] 범죄에 대한 비호만을 주장하는 결과가 초래될 것이므로 국회 자체의 권력남용에 속하는 것인바 무릇 헌법은 국가의 기본법이고로 그 해석에 있어서는 엄격한 신중을 기할 것은 이[茲]에 철폐(贅言)을 요하지 않을 것인데 원재판소는 본건과 같이[如히] 피고인에 대한 국회의 석방요구결의가 헌법 제49조의 명문에 비추어서도 적법 여부를 명백히 함이 없이 전기(前記)와 같이[如히] 무효에 속한 결의에 구애되어 만연히 구류집행을 정지한다는 것은 결국 원재판소가 국회의 결의에만 기속(羈束)추종하여 법의 해석적용권을 스스로 돌아보지 아니한 것이라 할 수밖에 없다.

검찰의 항고장은 원심재판소인 부산지방법원에 접수되었다. 검찰의 항고이유에 대해 원심재판부인 부산지방법원합의부(재판장 안윤출 부장판사)는 의용형사소송법의 관련규정¹⁸⁾에 따라 다음과 같은 의견서를 항고법원인 대구고등법원에 제출하였다.¹⁹⁾

안(按)컨대 소론과 같이 국회의원에 대하여 소위 불체포특권을 부여함은 정부가 권력을 남용하여 범죄를 구실로 의원의 직무를 방해하지 못하게 함을 그 취지로 하는 것이므로 회기의 전후를 막론하고 국사(國事)나 기타 중대 범죄에 있어 그 죄증이 명백한 경우에는 그 특권을 박탈함이 사리의 당연이라 할 것인바 각국의 입법례도 그 취지를 명문으로써 규정한 바에 헤아릴 수 있는 까닭이다.

현행범과 비현행범은 법관의 영장 없이 48시간 그 신체를 구속할 수 있음을 유일한 차이점으로 하는 것이 아국(我國) 법제인 것이다.

국회의원에 대한 소위 불체포특권을 규정한 헌법 제49조를 살피건대 ‘첫째로’ 국회의원은 회기 중이라 할지라도 현행범인 경우에 한하여 국회의 동의 없이 그 신체를 구속할 수 있다는 것이므로 이는 현행범에 대한 역사적인 연혁에서 특유한 처우를 규정한 것인바 국회의 사전의 동의를 요치 않는다는 점에 취지가 있는 것이며 그 신체구속을 계속하는 점에 미치게 하는 취지가 아니라 할 것이다.

18) 의용형소법 제460조 제2항. 현행 형소법 제408조 제2항에 해당함.

19) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 16면.

그러므로 회기 전이나 회기 중이나 수사기관이 국회의원을 현행범으로 구속한 경우에 있어 긴급구속인 경우에는 필히 48시간 내에 법관의 영장을 받아야 하며 영장이 교부되지 않는 경우에는 당연히 석방하여야 하므로 그 신체구속을 계속할 조건에 있어서는 비현행범과 하등의 차이가 없음이 헌법 제49조를 비롯하여 아국(我國) 법제의 근본취지인 것으로 헌법 제49조에 한하여 그 취지를 달리할 하등의 이유가 없는 것이다.

‘둘째로’ 헌법 제49조 후단(後段)에서 회기 전에 구속된 경우라 함은 국회의 동의 없이 구속된 경우라 함과 동의어구(同義語句)로 해석하여야 할 것이다.

무릇 국회의원에 대하여 소위 불체포특권을 부여함은 전(前) 실시(說示)와 같이 회기 중 그 직무수행의 자유를 허여(許與)함이 그 취지일진대 그 신체구속의 시기에 따라 차이가 생길[生할] 수 없으므로 특정한 범죄나 기타 법정(法定)된 제외사유가 없는 헌법 제49조의 해석으로서는 국회의원의 신체구속 여부를 국회의 의사에 전임(傳任)하고 있는 것이라 할 것이다.

그러므로 국회가 구속된 국회의원에 대하여 석방결의를 하고 법원에 대하여 석방을 요구한 이상 법원으로서 그를 거부할 수 없다는 것이 헌법 제49조의 취지라 할 것이다.

부산지방법원합의부 안윤출 부장판사²⁰⁾의 석방결정에 대한 항고사건은 관할 항고법원인 대구고등법원에 계속되었다. 앞서서도 언급한 것처럼 당시의 의용형사소송법에 의하면 항고사건에 대한 최종심은 고등법원이었다. 1952년 6월 30일 대구고등법원은 부산지방법원합의부의 석방결정에 대한 검찰 측의 항고에 대하여 이를 인용하는 결정을 내렸다. 주문의 내용은 “원결정은 이[此]를 취소함. 국회의 본건 석방요구는 이[此]를 기각함”이라는 것이었다.²¹⁾ 항고법원인 대구고등법원은 원결정 취소의 이유를 제시하는 과정에서 (1) 국회의원의 불체포특권과 현행범과의 관계, (2) 국회의 석방요구결의의 법적 성질이라는 두 가지 점에 주목하였다. 아래에서는 대구고등법원이 부산지방법원의 석방결정을 취소하는 이유로 제시한 부분을 순차적으로 소개한다.

20) 안윤출 판사는 서민호 의원 석방명령에 서명한 후 테러를 피하여 피신생활을 하게 된다. 이후 그는 자유당 말기 법원조직법 개정을 통하여 법관연임제가 도입되었을 때 이승만 대통령에 의해 법관연임이 거부되어 법원을 떠나게 된다. 안윤출, “서민호씨의 징역8년은 오판이었다”, 『진상』, 1960년 6월호, 38면 이하 참조.

21) 법률신문, 제52호, (1952. 7. 11.자).

먼저 국회의원의 불체포특권과 현행범과의 관계에 관한 부분을 본다.²²⁾

이[茲]에 심안(審按)컨대 소론과 같이 헌법 제49조의 규정은 그[其] 입법 유래에 있어 명백함과 같이 정부가 정치상 이유로 권력을 남용하여 범죄혐의에 빙자하여 정부 반대당의 국회의원을 체포 또는 구금함을 견제하여 국회의 의사진행의 원만을 기약하자는 데 그 취지가 있으며 본조에 규정된 국회의 석방요구권의 한계는 현행범을 제외한 회기 전의 체포 또는 구금된 자로 그[其] 구속에 정치성이 있을 경우에 한할 것이다.

왜냐하면 그 입법례에 있어 헌법 제49조는 프랑스(佛國) 헌법 제22조 제2항 “국회의원에 대한 구속 또는 소추는 그 소속 의원(議院)의 요구가 있을 때에는 정지된다”와 같이 일반적으로, 즉 현행범이고 비현행범[고를] 막론하고 또 구속에 있어서도 회기 전후를 불구하고 석방요구를 할 수 있는 입법례를 차치(差置)하고 제한된 범위 내에서 석방요구를 할 수 있는 입법례를 취한 점(일본 헌법 제50조, 동 국회법 제303조 동),

또 그의 조문의 문자배치로 보아 (즉 문리적으로 보아) 헌법 제49조는 (1) 국회의원[은] 그 현행범을 제한 외에는 회기 중 국회의 동의 없이 체포 또는 구금되지 아니하며 (2) 국회의원은 현행범을 제한 외 회기 전에 체포 또는 구금되었을 때에는 국회의 요구가 있으면 회기 중 석방된다라고 독해(讀解)해야 된다는 점(즉 법의 해석은 법조(法條)에서 유리(遊離)치 못하므로 그렇다),

본조의 입법취지가 정부의 권력남용을 견제함에 있다[면] 회기의 전후를 통하여 현행범에 빙자하여 국회의원(다수?)을 체포 투옥하기는 극히 곤란할 것이요 또 비현행범에 있어서는 회기 중에는 국회의 동의를 있어야 구속할 수 있으므로 동의권의 발동으로 이[此]를 넉넉히 방지할 수 있을 것이며 석방요구는 회기 전의 체포 또는 구금된 비현행범에 한하여 허용하면 족할 것이므로 즉 양적으로 보아 현행범이라는 것은 극히 희[소]한 것으로 정부의 권력남용의 한계를 만들기에는 너무나 거리가 멀 것이나 일국 국회에서 갑 의원, 을 의원이라는 개개의 의원(議員)의 부재(不在)로 의사진행에 지장을 초래한다는 것은 극히 드문 일로 그런 예가 전무하다 해도 과언이 아닐 것이다. 예를 들면 정족수(헌법 37조, 40조, 45조, 46조, 53조, 98조 등)²³⁾에 부족이 생길[생활] 만큼 구속자가 생기게 되어야 한다고 할 것이다.

22) 법률신문, 제52호, (1952. 7. 11.자). 이해를 돕기 위하여 필자가 인용문의 오탈자를 바로잡고 임의로 문단 나누기를 하였다. 이하 같다.

23) 제헌헌법 제37조(의결정족수; 현행 헌법 제49조), 제40조(법률안 재의결; 현행 헌법 제53조), 제45조(의원제명; 현행 헌법 제64조), 제46조(탄핵소추; 현행 헌법 제65조), 제53조(대통령선출; 현행 헌법에 없음), 제98조(헌법개정 제안; 현행 헌법 제128조).

요컨대 우리 헌법 제49조의 규정으로는 회기 전 즉 폐회 중 비헌행범으로 체포 또는 구금된 자에 한하여 석방요구를 할 수 있다고 볼 것이다.

대구고등법원은 국회의원을 헌행범으로 체포한 경우에는 국회 회기 전 이든 회기 중이든 이를 가리지 않고 국회의원의 불체포특권이 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 대구고법은 이를 논증하기 위하여 다시 세부적인 논거를 제시하고 있는데, (1) 비교법적으로 볼 때 우리나라 헌법의 불체포특권은 전면적인 권리가 아니라는 점, (2) 문리해석상 국회의원의 불체포특권의 적용대상에서 헌행범이 제외되어 있는 점, (3) 국회의 석방요구는 국회의 정족수에 영향을 미치는 극단적인 경우에 한하여 허용된다는 점의 세 가지가 그것이다.

이러한 대구고등법원의 태도는 부산지방법원합의부의 태도와 정반대의 것이라 할 수 있다. 국회의원의 불체포특권을 넓게 인정하였던 부산지방법원은 헌행범의 경우 국회의 동의 없이 행정부가 국회의원을 체포할 수 있지만, 체포 이후에 구속을 계속할 것인가의 여부는 헌행범과 비헌행범 사이에 아무런 차이가 없으므로 헌행범도 국회의 석방요구 대상이 된다는 입장을 취하였던 것이다.

다음으로, 국회의 석방요구결의의 법적 성질에 대한 대구고등법원의 판시내용을 소개한다.²⁴⁾

다음엔 원심 소론(所論)과 같이 국회의 석방요구는 법원에 대하여 기속력이 있는가? 법관은 헌법과 법률에 의하여 독립하여 심판한다(헌법 77조). 즉 사법권의 독립은 헌법상으로 보장되어 있어 타(他)의 권세에 의하여 사법권 행사의 이장(弛張)이 생기지[生하지] 않는다. 환언하면 법관은 헌법과 법률에 정한 바에 의하여 법률을 심사하고 해석하여 구체적 사실에 권위적인 처리 즉 법률적용을 하고 어느 누구의 지휘감독을 받지 않는다. 단지 하급심에 있어서는 구체적 사안에 대하여 대법원의 법령해석에 기속을 받을 뿐이요(법조 18조)²⁵⁾ 관례상으로 판결례가 후일의 판결에 대하여 여기에 좇게 하는 경향이 있으나 이것도 절대적인 것이 아니다.

따라서 법원에서 국회의 석방요구에 구애받지 않고 자립하여 독자적 입장

24) 법률신문, 제52호, (1952. 7. 11.자).

25) 제정법원조직법 제18조(상급재판의 기속력; 현행 법원조직법 제8조).

에서 서면심리[.] 소송관계인의 진술을 듣고 또는 필요가 있을 때에는 사실조사할 것이며(형소 48조) 소송기록 및[及] 증거물의 송부를 받든가(형소 463조) 기타 적당하다고 인정하는 심리를 거쳐 헌법상 적법한 석방요구 있는지 아닌지를 판단하여 석방결정을 할 수도 있고 또는 이[此]를 거부할 수도 있을 것으로 요건대 국회의 석방요구는 하등 법원을 기속하는 효력은 없을 것이다.

과연 그렇다면 본건 피고인은 소론과 같이 현행범으로서 정부의 권력남용으로 인한 입법원의 직무방해를 목적인 것이 아닌 것으로 국회의 회기 중에 체포구금된 것이 일건 기록상 분명하며 또 국회에서 본건 피고인의 구금으로 말미암아 의사진행에 지장을 초래할 만한 하등의 이유 없는 등을 종합 고[찰]할 때 본건 석방요구는 심히 부당함을 알 수 있을 것이며

또 본건 석방요구가 제57차 본회의에서 합법의 석방결의가 되어 관할법원에 그[其]의 석방요구가 있었다 함은 일건 기록상 분명한 사실이라 할 것이나 국회의 석방요구가 법원을 기속할 효력이 유(有)할 시에는 부당한 석방결의라 할지라도 법원에서는 막부득(莫不得) 그[其]의 석방요구에 기속을 받아 추종을 하겠지마는 소론과 같이 그[其]의 기속력이 없음은 법리상 이(理)의 당연[하다] 아니치 못하므로

이여(爾餘)의 항고이유의 판단을 기다리지 않더라도 결국 원결정은 취소를 면치 못할 것이요 따라서 국회의 본건 석방요구는 그[其]의 기각을 면치 못할 것이므로 결국 본건 항고는 그[其] 이유 있으므로 형사소송법 제466조 제2항²⁶⁾에 의하여 주문과 같이[如히] 결정함

대구고등법원의 판단은 국회의 석방요구결정이 사법부에 대하여 아무런 기속력을 가지지 못한다는 전제에서 출발한다. 대구고등법원은 그 이유로 권력분립과 사법권의 독립을 내세운다. 인신의 구속 여부에 대한 판단은 사법부의 고유영역에 속하므로 입법부가 여기에 간섭할 수 없다는 것이다. 국회의 석방요구결의는 법원의 입장에서 볼 때 어디까지나 석방결정이라는 재판을 요구하는 일종의 의사표시에 지나지 않는 것이며, 따라서 법원은 요건의 구비 여부를 따져서 독자적으로 석방 여부를 결정해야 한다는 것이다.

대구고등법원의 논리에 따를 때 이제 법원은 석방 여부에 대한 요건을 심사해야 할 것인데, 본건의 경우는 회기중 현행범으로 체포된 국회의원에 대한 석방요구이므로 현행범을 제외하는 헌법의 불체포특권 규정에 비

26) 현행 형소법 제414조 제2항에 상응함.

추어 볼 때 석방요구를 받아들일 수 없다는 결론에 이른다. 또한 국회의 석방요구는 정족수에 영향을 미칠 정도로 정치성이 강한 체포·구금의 경우에만 허용되는데 본건의 경우는 여기에도 해당되지 않는다는 것이다.

IV. 권오규 판사의 두 논문

서민호 석방결의사건에 대한 대구고등법원의 취소결정은 1952년 6월 30일에 있었다. 그리고 그 다음날인 7월 1일, 석방결의사건과는 별도로 진행된 살인죄 피고사건에서 영남고등군법회회의는 피고인 서민호에 대해 사형을 선고하였다. 앞서서도 언급한 바와 같이 영남고등군법회회의의 재판을 둘러싸고 민간인을 군법회회의가 재판할 수 있는가 하는 문제와 피고인의 총격행위가 정당방위에 해당하는가 하는 문제가 논란되고 있었다. 그런데 본고는 ‘서민호 석방결의 사건’을 중심으로 국회의원의 불체포특권과 구속 영장의 집행정지에 대한 문제점을 다루고 있으므로 1952년 6월 30일자 대구고등법원의 취소결정과 관련된 당시의 논전을 좀더 살펴보기로 한다.

이와 관련하여 대구고등법원이 원결정 취소결정을 내린 6월 30일을 전후하여 권오규 판사가 『법정』지에 발표한 두 편의 논문이 주목된다. 집필자인 권오규 판사는 서민호 석방결정 취소결정을 내린 항고심 재판부의 일원이었다. 그는 『법정』 1952년 7월호(6월 30일 이전에 간행됨)에 「국회의 석방요구권과 그의 석방절차」를, 『법정』 1952년 8·9월 합병호(6월 30일 이후에 간행됨)에 「구류집행정지결정에 대한 항고」라는 두 편의 글을 발표하고 있다.²⁷⁾ 전자가 앞으로 내려질 대구고등법원의 취소결정을 좀더 구체적으로 논증한 것이라면 후자는 이미 내려진 대구고등법원의 취소결정을 둘러싼 세간의 비판을 반박하는 것이라고 할 수 있다.

권오규 판사의 두 논문은 당해 사건의 재판부를 구성하였던 법관이 계쟁(係爭)중인 사건의 재판 이전에 그 결론과 이유를 미리 공개한 글이라는 점에서(전자의 경우), 그리고 당해 재판이 내려진 이후 그 재판에 대한 비

27) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 10~17면; 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 6~10면.

판을 반박하기 위하여 집필된 글이라는 점에서(후자의 경우) 대단히 이례적이라고 할 수 있다. 서민호 사건을 후일의 독자 시각에서 바라보면 이승만 정권이 형사재판을 통하여 정적을 제거하려고 시도한 예의 하나이며, 대구고등법원의 석방결정 취소결정은 이 과정에서 중요한 일익을 담당한 사례로 평가될 수 있다. 지금의 시점에서 의미를 부여한다면 권오규 판사의 글은 형사재판을 통한 정적 제거의 과정에서 빚어진 사법판단의 무리함을 이론적 논변으로 정당화하려는 시도라고 평가할 여지도 없지 않다.

후세 사람의 입장에서 권오규 판사의 글을 평가하는 시각은 다양할 수 있다. 그럼에도 불구하고 그의 글이 가지는 법제사적 가치는 국회의원의 불체포특권과 관련한 여러 쟁점을 당시 사람들의 이론구성과 함께 자세하게 전달해 주는 점에 있다. 그가 전하는 일련의 법적 논변들은 이후 대한민국 형사소송법의 제정과정에서 중요한 판단자료로 사용되었고, 현행 형사소송법에 그에 대한 입법적 결단이 제시되어 있다.

앞에서 언급한 것처럼 권오규 판사의 글은 「국회의 석방요구권과 그의 석방절차」(6월 30일 이전에 발표)와 「구류집행정지결정에 대한 항고」(6월 30일 이후에 발표)의 두 편이다. 전자는 위에 소개한 대구고등법원의 취소결정을 좀더 이론적으로 정밀하게 논증한 것이라면 후자는 서민호 석방결정을 둘러싼 그 밖의 논란을 다루고 있다. 여기에서는 먼저 전자의 글을 살펴보기로 한다.

「국회의 석방요구권과 그의 석방절차」에서 권오규 판사는 국회의원의 불체포특권에 관한 세계 각국의 입법례를 자세히 점검한다. 그는 각국의 헌법전을 뒤져서 국회의원에 대한 전면적 불체포특권을 인정한 입법례와 현행법을 제외하는 등 불체포특권에 제한을 가한 입법례를 대별한다.²⁸⁾ 그는 이 작업을 통하여 우리 헌법의 태도가 일본 헌법의 그것과 같이 국회의원의 불체포특권에 제한을 가한 입법례에 속한다는 점을 입론한다.²⁹⁾

다음으로, 권오규 판사는 ‘현행법’을 둘러싼 국회의원 불체포특권의 적용범위에 대해 분석을 시도한다. 이 대목에서 그는 현행법을 국회의원 불

28) 제헌헌법의 제정과 관련하여 법제처 법제조사국에서는 1949년에 법제자료 제1집으로 『현행각국헌법전』을 간행한 바가 있다. 자세한 내용은, 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, (2001), 140면 이하 참조.

29) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 10~11면 참조.

체포특권의 적용대상에서 완전히 배제하는 입장을 취한다. 이와 관련하여 그의 분석을 소개한다.³⁰⁾

요컨대 우리나라 헌법상으로는 국회가 석방요구를 할 수 있는 것은 회기 전 즉 폐회중의 비헌행법으로서 체포 또는 구금된 국회의원에 한하여 석방결의를 할 수 있을 것이요 회기중의 현행법 구속에 대하여 석방요구를 못할 뿐 아니라 회기전의 구속된 현행법에 대하여도 석방요구를 할 수 없다고 볼 것이다.

그는 국회의원의 불체포특권을 최대한 좁게 해석하려고 시도한다. 그러한 시도는 국회의 ‘석방요구’를 반전(反轉)한 경우라고 할 수 있는 국회의 체포·구속에 대한 ‘동의거부’와 관련한 그의 분석에서 잘 드러난다.³¹⁾

일국 국회에서 갑 의원, 을 의원이라는 개개의 의원의 부재로 의사진행에 지장을 초래한다는 것은 극히 드문 일로 그런 예가 전무하다고 할 수 있을 것이다. 적어도 정족수(예 헌법 제37조 제1항, 제40조 제2항, 제45조, 제53조, 제98조)³²⁾에 부족이 생길[生할] 만큼 구속자가 생기고 또 그 구속에 정치성이 다분히 있어야 석방결의를 할 것이라고 본다.

또 여기에 부언해 둘 것은 회기중 국회의원을 구속하겠다고 국회의 동의를 청하였을 때 국회는 어느 정도의 거부권이 있을 것인가의 고찰이다.

거부권행사의 한계도 석방결의의 한계와 같은 것으로 즉 그의 구속이 정치성을 띠고 또 그의 구속으로 정족수에 부족이 생길[生할] 경우 외에는 이를 거부하지 못한다 라고 보는 것이 타당할 것이다.

이러한 인식을 바탕으로 권요규 판사는 국회의원 불체포특권의 요건을 다음과 같이 요약한다.³³⁾

요컨대 국회의 석방요구는 정부가 권력을 남용하여 반대당의 소속 의원을 범죄혐의에 빙자하여 체포·투옥을 해가지고 여당이 강력정치(強力政治)를 강행하자는 정치성이 있어야 하며 회기전에 구속자로 현행법을 제외한 자로 적

30) 권요규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 13면.

31) 권요규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 13면.

32) 앞의 주 23) 참조.

33) 권요규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 13면.

어도 회의의 정족수에 부족이 생길 때에 석방요구권을 발동시킬 것이며 또 여기에 준할 만한 조건이 구비될 경우라야 구속에 대한 동의를 거부할 것이다.

권오규 판사는 국회의원의 불체포특권을 최대한 제한적으로 해석한다. 그에 따르면 국회의원의 불체포특권 적용대상에서 ‘헌행범’은 전면적으로 배제되며, 체포·구속된 국회의원에 대한 ‘석방요구’나 국회의원의 체포·구속에 대한 ‘동의거부’는 그 국회의원의 체포·구속으로 국회의 정족수에 부족이 생길 경우와 같은 극단적인 경우에만 허용된다는 것이다. 주지하는 바와 같이 1952년 5월 26일 이래 진행되었던 소위 부산정치파동에서 다수의 야당계 인사들이 계엄령하의 공포분위기 속에서 행정부 소속의 수사기관에 의하여 검거·투옥되었다.³⁴⁾ 이러한 현실정치를 목도한 그가 6월에 발표된 그의 논문에서 정족수와 관련된 논변을 전개한 것은 실로 법률가 특유의 형식논리라고 하지 않을 수 없다.

권오규 판사의 두 번째 논변은 국회의 석방요구결의에 대한 법원의 기속 여부에 대한 것이다. 이 부분과 관련하여 그는 인신구속에 대한 판단권한이 사법부에 있다는 점과 사법권은 독립되어 있다는 점을 논거로 제시한다. 이 두 가지 점을 근거로 삼아 그는 다음과 같은 논지를 전개한다.³⁵⁾

따라서 법원에서는 국회의 석방요구에 구애받지 않고 자립하여 독자적 입장에서 서면심리, 소송관계인의 진술을 듣고 또는 필요가 있을 때에는 사실조사를 할 것이며(형소 48)³⁶⁾ 소송기록 및 증거물의 송부를 받든가(형소463)³⁷⁾ 기타 적당하다고 인정하는 심리를 거쳐서 헌법상 적법한 석방요구인지 아닌지를 판단하여 석방결정을 할 수도 있고 또는 이를 거부할 수 있을 것으로 요컨대 국회의 석방요구는 하등 법원을 기속하는 효력은 없을 것이다.

이상에서 소개한 국회의원의 불체포특권과 헌행범의 관계 및 국회의 석방요구결의의 법원에 대한 기속력 부분은 대구고등법원의 취소결정에 거의 그대로 반영되어 있다. 요컨대 권오규 판사의 「국회의 석방요구권과 그의

34) 이 당시의 상황에 대해서는, 부산일보사 편, 비화 임시수도천일(상), 329면 이하 참조.

35) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 14면.

36) 의용형소법 제48조는 현행 형소법 제37조에 상응하는 조문이다.

37) 의용형소법 제463조는 현행 형소법 제411조에 상응하는 조문이다.

석방절차」는 대구고등법원의 결정을 미리 공개한 것이라고 할 수 있다.

지금까지 소개한 권오규 판사의 분석은 대구고등법원의 취소결정과 동일한 내용의 것으로 후자를 조금 더 부연 설명한 것이라고 할 수 있다. 그런데 「국회의 석방요구권과 그의 석방절차」에서 그는 그 밖의 다른 점도 다루고 있다. 그것은 인신구속에 대한 판단이 아니라 구속된 인신을 석방하는 데에 대한 판단의 주체에 대한 문제이다. 이 부분의 논변은 다시 「구류집행정지결정에 대한 항고」(6월 30일 이후에 발표)라는 글에서 좀더 상세히 검토된다.

서민호 석방결정과 관련하여 제기되었던 주장으로 “인신구속을 회복시키는 조치에 대해서는 법관의 개입이 필요하지 않다”는 견해가 있다. 이 입장에서는 그 논거로 (1) 구속영장이 집행된 이후에도 일선 수사기관이 법원의 판단 없이 구속을 해제하는 관행이 있다는 점과 (2) 당시 의용형사소송법상 준항고의 대상이 되는 ‘구류에 관한 재판장의 재판’은 피고인 보호를 위하여 ‘구류를 해제하지 아니하는 재판장의 재판’으로 새겨야 한다는 점을 제시한다.³⁸⁾ 이러한 견해를 소개하면서 권오규 판사는 다음과 같은 반론을 제시한다.

우선 구속영장 집행 후 수사기관이 피의자를 석방하는 관행에 대한 그의 반론을 소개한다.³⁹⁾

수사실무에 있어 구속영장이 발행된 후에도 수사관원과 행정관들이 구속을 푸는 데에 있어 하등 재판소의 해제결정(재판) 없이 석방하는 것은 일정시대의 유물로 일정시대부터 [1948]년 3월 31일까지는 조선형사령 제13조 및 제15조에 의하여 사법경찰관의 유치장(留置狀)으로 10일간, 검사의 구류장(勾留狀)⁴⁰⁾으로 10일간 구속할 수 있었는데 그의 구속권한이 각각 부여되었고 그 권한 내에서 구속을 해제함도 또한 자유일 것이다(현행법에 있어서도 긴급구속 중에는 수사관원이 자의에 의하여 석방할 수 있음은 물론이다). 이렇게 해운 관계가 없어지지 않아 무의식적으로 구속영장이 발부된 후에도 하등 해제결정을 받지 않고 석방하고 있으나 부당하다.

일정시대에도 구속기소 후 즉 재판소의 구류장(勾留狀)이 발부된 후(검사

38) 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 6면 이하 참조.

39) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 14~15면.

40) 의용형소법의 구류(勾留)는 현행 형소법의 구속(拘束)에, 상응한다.

가 피의자에 대하여 구류장을 발부했을 적에는 그 효력이 3개월간 계속되므로 기소 후 재판소에서 구류장을 발부할 필요가 없다)에는 전술한 보석, 책부(責付)⁴¹⁾ 등 재판소의 결정이 없는 한 석방되지 않았던 것이다. 또 검사가 구류장을 발부한 후 불기소할 때에는 그의 구류장을 취소해야 하는데 그의 논거에는 다름이 없다.

따라서 구속에 대하여 구속영장의 발부가 필요하게 된 [1948]년 4월 1일 이후(법령 제176호 공포 후)⁴²⁾에는 구속영장으로 구속된 자를 석방함에는 전술한바 보석, 책부 등의 결정, 구류취소나 구류집행정지나 무죄 등의 언도를 받았다는가의 그의 해제결정이 필요할 것이다.

요컨대 국회의 석방요구가 헌법상 적법한 요구라고 보면 구속을 해제할 구류(勾留)취소원유가 될 뿐이요 당연히 석방요구 자체에 석방의 효력이 발생되는 것이 아니므로 그의 석방절차가 필요할 것이요, 여기서 또 고찰의 필요가 생기는 것이다.

현행 법제로는 헌법 제49조 외에 하등 규정이 없으므로 현행 형사소송법 중 구류(勾留)해제의 규정을 준용하여 그의 석방요구를 원유로 하여 구류를 해제할 것이다.

국회의 석방요구결정에 대해 법원의 판단이 과연 필요한가 하는 문제에 대해 권오규 판사는 「구류집행정지결정에 대한 항고」에서 좀더 상세히 고찰한다. 이 글은 1952년 6월 30일 대구고등법원의 취소결정이 있는 후 그에 대한 비판론이 제기되자 이를 반박하기 위하여 집필된 것이다. 이 글의 전반부에서 권오규 판사는 의용형사소송법이 규정하고 있는 준항고⁴³⁾와 관련하여 준항고의 대상이 되는 재판장의 인신구속에 대한 판단은 피고인 보호의 관점에서 볼 때 인신구속의 해제를 거부한 재판장의 판단만을 의미한다고 하는 반론에 대한 재반론을 시도한다. 그는 이와 관련하여 일본의 다수설을 동원하여 반론을 반박한다. 그는 ‘구류(勾留)에 관한 재판’을 문자 그대로 새겨서 인신구속의 해제를 거부하는 재판뿐만 아

41) 의용형소법 제118조 제1항 재판소는 검사의 의견을 들어서 결정으로써 구류(勾留)된 피고인을 친족 기타의 자에게 책부(責付)하거나 또는 피고인의 주거를 제한하여 구류(勾留)의 집행을 정지할 수 있다.

42) 미군정법령 제176호의 내용에 관하여는, 심희기, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 법사학연구, 16호, (1995), 117면 이하; 민복기·정윤환, 형사소송개정법개설, (1948) 참조.

43) 의용형소법 제470조 제1항 제2호. 현행 형소법 제416조 제1항 제2호에 상응함.

니라 인신구속의 해제를 명하는 재판도 모두 ‘구류에 관한 재판’에 포함된다고 주장한다.⁴⁴⁾

이어서 권오규 판사는 국회의 석방요구에 대한 법적 성질의 분석에 나선다. 대구고등법원의 취소결정에 대한 중요한 반론의 하나는 국회의 석방요구는 그 자체로 기속력이 있다는 것이었다. 이와 관련하여 그는 「구류집행정지결정에 대한 항고」에서 먼저 다음과 같이 반론의 논지를 요약한다.⁴⁵⁾

일설에는 국회의 석방요구는 관념통지에 불과하여 신[청]으로 볼 수 없다는 것인바 즉 국회의 법원에 대한 석방요구는 국회에서 모 국회의원에 대하여 합법의 결의를 거쳐 석방요구에 믿었다는 석방결의의 사실을 통고하는데 불과하고 의욕을 표현(表顯)한 즉 하등의 의사표시가 아니라는 것[이다].

이 반론에 대해 권오규 판사는 다음과 같은 재반론을 전개한다.⁴⁶⁾

이 설은 헌법상의 ‘요구’라는 용어에 부합하지 않을 뿐 아니라 관념통지라면서 석방결의 자체에 당연석방의 효력이 부여되어야 할 것이다.

전술한바 전계 논문⁴⁷⁾에서 필자가 고찰한 바와 같이 국회의 석방요구는 법원에 대하여 하등의 기속력이 없으므로 즉 결자해지(結者解之)로 다시 바꾸어 말하면 결정주체(법원)의 의사표시가 없이 제3자(국회)의 의사-석방결의-로 구속이 해제된다는 것은 비약적 결론일 것이요 또 대척적(對蹠的) 입장에 있는 사법부와 입법부의 양 국가기관 사이에 상상할 수 없어 법원의 구속해제결정이 필요한 것이라 함은 전계 논문에서 고찰한 바이며 또 취급실례도 관념통지로 보지 않았다.-전계 법률신문 참조-⁴⁸⁾

국회의 석방요구는 문자 그대로 요구적인 의사표시로 형사소송절차상 1개의 신[청]으로 법원에 대하여 재판을 청구하는 국회의 행위로 절차형성행위의 성질을 가졌다고 볼 것이다.

국회의 석방요구를 법원에 대한 일종의 신청으로 파악하는 전제에서 서 권오규 판사는 다음과 같은 논지를 제시한다.⁴⁹⁾

44) 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 7면 참조.

45) 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 8면.

46) 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 8면.

47) 『법정』, 1952년 7월호에 게재된 그의 “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”를 가리킴.

48) 대구고등법원의 석방명령 취소결정을 소개한 법률신문 제52호를 가리킴.

국회의 석방요구를 형사절차상 1개의 신[청]이라고 볼 것 같으면 이것은 국회의 법률상의 1개의 권리로 법원에서는 인용 또는 거부-기각-의 재판을 부여해야 한다.

헌법상의 규정이 있고(49[조]) 형사소송법상의 명문이 없는 것은 건국 도정에 있는 우리나라로서는 무리가 없고 현행 형사소송법이 국회의 석방요구와 같은 제도를 상상치 않고 제정된 것이므로 더욱 그러할지나 국회의원의 석방을 욕구하는 의사표시 즉 신[청]이라고 해(解)할 것이라 함은 전에 누진(累陳)한 바이다.

과연 그렇다면 대구고등법원에서 전일과 같이 국회의 본건 석방요구는 이를 기각함이라는 주문은 당연히 아니 소송법상 [환송]의 규정이 없는 이상 의무적으로 기각 또는 회기중 석방한다는 주문을 내야 할 것이나 재판할 필요가 없을 때에는 원결정의 취소만에 그쳐도 무방함은 별 문제이다(형소 466조 제2항⁵⁰)의 반대해석).

V. 서민호 석방결의 사건이 제정형사소송법에 미친 영향

앞에서 살펴본 것처럼 서민호 의원에 대한 국회의 석방결의와 이를 시발로 한 항고사건은 1952년 4월부터 6월에 걸쳐서 진행되었다. 이 기간은 마침 정부가 형사소송법안을 국회에 제출한 시기와 일치한다. 일체의 법령체계를 벗어나 우리말로 된 법전을 가지려고 하는 노력은 미군정 당일부터 계속되었으나 본격적인 작업은 대한민국이 건국하고 법전편찬위원회가 가동하면서부터라고 할 수 있다.

형사소송법의 경우를 보면, 6·25 전쟁 발발 이전과 이후로 나누어 법전편찬사업이 진행되었음을 알 수 있다.⁵¹⁾ 6·25 전쟁 발발 이전에는 법전편찬위원회가 순차적으로 조문을 성안·심의하였고, 그 진도는 공판절차의 증거법 부분까지 나아가고 있다. 그러나 전쟁의 발발로 더 이상의 작업은 불가능하게 되었다. 이후 형사소송법안의 성안은 김병로 법전편찬

49) 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 9면.

50) 현행 형소법 제414조 제2항에 상응함.

51) 형사소송법의 제정경위에 관하여는, 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호(2004 가을), 159면 이하 참조.

위원회위원장이 전담하여 이루어지게 되었다. 그런데 법전편찬위원회의 형사소송법초안이 언제 성안되었는지, 그리고 정부에 제출된 날짜가 언제 인지는 아직 확인되고 있지 않다. 다만 단기 4285년 4월 25일 자료 작성된 “제33회 국무회의 제안건명 및 보고건명”이라는 문건에 법제처가 제안한 안건으로 ‘형사소송법안’의 전문이 실려 있다. 이에 비추어 생각해 보면 적어도 1952년 4월 25일 이전에는 법전편찬위원회의 형사소송법초안이 성안되어 정부에 제출되었음을 알 수 있다.⁵²⁾

1953년 1월 13일 정부는 법전편찬위원회가 성안한 형사소송법안을 정부안으로 국회에 제출하였다. 이 시점은 1952년 5월 26일부터 시작되어 7월 4일에 막을 내린 소위 부산정치파동과 발췌개헌의 정치적 후유증이 어느 정도 가라앉은 때라고 할 수 있다. 그러나 부산정치파동의 도화선이 되었던 서민호 사건의 경험은 국회 법제사법위원회가 형사소송법 정부원안에 대한 수정안을 작성함에 있어서 중요한 동인(動因)으로 작용하였다. 당시 국회 법사위에서 수정안 성안에 주도적 역할을 담당하였던 인사는 엄상섭 의원이었다. 그는 법사위수정안의 취지를 국회 본회의에 설명하면서 다음과 같은 발언을 하고 있다.⁵³⁾

여기에 또 문제로 하나 나오는 것은 자고 이래로 정치적인 싸움에 있어서 그 정적을 거꾸러뜨릴 적에는 언제든지 형사책임을 지워가지고 그 정적을 거꾸러뜨리는 것입니다. 그냥 어떠한 정객들은 자기 반대파는 반대파라고만 해가지고 그것을 제거하려면 안 돼요. 반드시 거기에다가 어떤 형사책임을 지우는 것입니다. 그래가지고 정적을 제거하는 것은 고급동서가 일반이고, 약간 인지가 발달한 오늘날에도 역연하고, 특히 민주주의절차에 후진성을 가지고 있는 우리 한국에 있어서는 그 위험성이 대단히 큰 것입니다.

형사재판의 정치도구화를 견제하기 위하여 국회 법제사법위원회는 다양한 견제장치들을 수정안으로 성안하였다. 국회의원의 불체포특권과 관련한 구속집행정지의 규정 또한 바로 이와 같은 맥락에서 탄생한 것이었다. 애당초 김병로 법전편찬위원회위원장이 성안한 형사소송법 정부원안에는 국회의 석방결의에 대한 구속영장집행정지의 규정이 들어 있지 않았

52) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호(2004 가을), 170면 참조.

53) 한국형사정책연구원, (신동운 편), 형사소송법제정자료집, (1990), 277면.

다. 그런데 서민호 석방결의 사건을 겪은 후 국회 법제사법위원회는 다음과 같은 규정을 마련하였다.⁵⁴⁾

법사위수정안 제99조 제2항, 제3항 (신설)

② 헌법 제49조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구가 있으면 회기중 당연히 구속영장의 집행이 정지된다.

③ 전항의 경우에 있어서 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하고 그 사유를 수소법원에 통지하여야 한다.

국회 법사위수정안은 국회의원의 불체포특권을 근거로 한 국회의 석방요구에 대해 “석방요구가 있으면 회기중 당연히 구속영장의 집행이 정지된다”고 규정하고 있다. 이 규정에서 특히 주목되는 부분은 ‘당연히’라는 문언이다. 이 ‘당연히’라는 표현은 본고의 첫머리에서 언급한 바와 같이 현대형 조문체제에 비추어 보면 대단히 이례적인 것이다. 생각하기에 따라서는 일종의 사족(蛇足)이라고도 할 수 있다.

그러나 제2대 국회의 법사위수정안에서 사용된 ‘당연히’라는 표현은 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 앞의 권오규 판사가 적은 글에 따르면 국회의 석방요구에 대해 당시 관념통지설과 의사표시설이 대립하고 있었다. 1952년 6월 30일의 대구고등법원 결정에서 법원은 국회의 석방요구결의를 법원에 대한 일종의 신청이라고 파악하였다. 국회의 석방결의에 대해 소위 의사표시설을 취하였던 것이다. 그리고 그에 대한 입론으로 대구고등법원은 인신구속에 대한 판단은 법원의 고유권한이며 재판에는 사법권의 독립이 인정되기 때문에 국회의 석방결의는 법원을 기속하지 않는다는 논리를 내세웠던 것이다.

그러나 국회 법사위수정안은 이러한 관례의 논리를 입법자의 권위를 가지고 폐기하였다. 국회 법사위가 수정안으로 제시한 것은 소위 관념통지설의 입법화이었다. 그 논변을 오늘의 독자 입장에서 재구성해 보면 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다:

「국회의 석방결의는 그 자체로서 기속력이 있다. 이제 국회가 석방결의를 하게 되면 그 결의 자체에서 효력이 발생한다. “당연히 구속영장의

54) 한국형사정책연구원, (신동운 편), 형사소송법제정자료집, 88면.

집행이 정지된다”고 규정한 것은 이 점을 나타낸다. 국회가 행정부에 석방결의를 통고하는 것은 순전한 관념의 통지이다. 법원은 그 결의의 적법 여부나 이유 유무를 따질 수 없다. 법원은 국회의 석방결의에 대해 완전한 국외자일 뿐이다.

국회의 석방결의는 검찰총장을 상대로 한 것이다. 구속영장의 발부는 재판의 일종이다. 재판의 집행은 검사의 책무에 속한다. 검찰조직의 정점에는 검찰총장이 위치한다. 국회의 석방결의는 법원의 구속영장발부에 아무런 영향을 미치지 않는다. 단지 구속영장의 집행을 일시 정지할 뿐이다. 구속영장의 집행 또는 그에 대한 정지는 영장의 집행기관인 검찰의 몫이며 최종적으로는 검찰총장의 직무에 속한다. 그리하여 국회의 석방요구 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하여야 한다. 다만 검찰총장은 애당초 구속영장을 발부하였던 수소법원에 대해 그 사유를 통지하여야 한다.」

형사소송법에 대한 정부원안과 국회 법사위수정안은 이후 국회 본회의의 축조심의를 회부되었다. 본회의에서 형사소송법안 제99조 제2항 및 제3항⁵⁵⁾의 신설에 대한 의견을 구하였던바 이의가 없어 법사위수정안이 통과되었다.

국회 심의를 통과한 형사소송법안은 1954년 2월 28일 정부에 이송되었다. 정부의 법률공포절차를 거치기 위함이었다. 그런데 1954년 3월 13일 이승만 대통령은 7개항의 이유를 붙여서 형사소송법안에 대해 거부권을 행사하였다. 그 7개항의 네 번째 항목으로 국회의 석방결의에 대한 구속 집행정지 규정이 들어 있다.⁵⁶⁾

제4. 국회의원에 대하여 헌법 제49조에 의한 국회의 석방요구가 있으면 회기중 당연히 구속영장의 집행이 정지되고 이 석방요구의 통고를 받은 검찰총장은 즉시 석방을 지휘하게 되어 있다(법안 제101조 제2항, 제3항).

이것은 국회가 구속된 국회의원에 대한 석방결의만 하면 자동적으로 법원의 구속영장에 대한 집행정지의 재판을 요하지 않고 당연히 그 집행력이 정지된다는 것을 규정한 것이다. 그러나 영장의 발부와 또는 그 효력을 정지시키는 모든 절차는 순수한 재판사무에 속하는 것이며, 따라서 이것은 사법권에 속하게 되는 것이다.

55) 이후 조문의 정비과정에서 제정형소법 제101조 제2항 및 제3항으로 되었다.

56) 한국형사정책연구원, (신동운 편), 형사소송법제정자료집, 242~243면.

삼권분립을 원칙으로 한 우리 헌법상의 사법권은 오로지 법관으로써 조직된 법원이 행하는 것이므로 입법권을 행하는 국회의 결의가 바로 사법권의 작용으로써 행하여지는 법관의 재판을 배제하는 것은 입법부가 사법부의 재판권을 침해하는 결과가 되는 것이며 더군다나 헌법 제49조의 석방결의권은 입법연혁상로나 해석상으로 보아서 범죄수사단계에 있어 국회의원에 대한 현행법을 제외한 체포구금은 그 원(院)의 동의를 얻게 하거나, 회기 전의 비현행법에 의한 체포나 구금을 회기중 해제케 하여 국회의원의 신분을 보장하여서 의사집행을 원활하게 하는 데에 그 입법취지가 있는 것인바 이러한 결의권은 그 입법취지에 비추어서 스스로 그 한계가 있는 것이며, 법원의 사법작용을 억제하는 것은 아님이 명백하다.

뿐만 아니라 국회의 석방결의권의 행사와 그에 대한 집행방법을 혼동하여서는 안 되는 것이다. 왜냐하면 그 결의내용에 의하여 법관의 영장에 대한 집행력이 정지될 경우에는 법관에 의한 소송절차법상의 재판이 필요하게 되는 것이며, 또한 검찰총장은 오로지 재판의 집행기관으로서 법원의 재판을 전제로 하여서만 석방을 지휘할 수 있는 권한이 있고, 국회의 결의를 그대로 직접 집행할 수 없는 것이다.

정부가 국회의원의 불체포특권과 구속영장 집행정지의 관계를 규정한 조문에 대해 거부권을 행사한 논리를 보면 1952년 대구고등법원의 논지와 대부분 일치하고 있음을 알 수 있다. 정부의 거부권행사 논지를 다시 정리해 보면 다음과 같다. (1) 인신구속에 대한 판단은 사법부의 전권에 속한다. (2) 국회의원의 불체포특권은 현행법의 경우에 일체 적용되지 않는다. (3) 검찰총장은 재판의 집행기관이므로 국회의 석방결의를 직접 집행할 수 없다. 이 가운데 (1)과 (2)는 대구고등법원의 결정에 이미 나타나 있던 것임에 대하여 (3)은 새로이 제시된 것이다. 그러나 재판의 집행문제를 지적한 (3)의 논거는 인신구속에 대한 재판은 사법부의 고유영역에 속한다고 주장하는 (1)의 논지를 구체화한 것이라고 할 수 있다.

이승만 대통령이 1954년 3월 13일 7개항에 대한 재의요구와 함께 형사소송법안을 국회에 환부하자 야당계 국회의원들이 다수의석을 차지하고 있던 제2대 국회는 신속하게 반응하였다. 3월 19일 국회는 ‘형사소송법 재의의 건’을 상정하여 곧바로 표결에 들어갔으며, 재적의원 3분의 2 이상 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 득표가 이루어짐으로써 형사소송법안은 법률로 확정되었다.⁵⁷⁾

국회의원의 불체포특권을 형사소송법 차원에서 구체화한 제정형사소송법 제101조 제2항과 제3항은 이처럼 대통령의 거부권행사를 극복하고 탄생한 조문이다. 이 조문을 통하여 제2대 국회의 입법자는 입법부와 사법부의 관계에 관하여 중요한 경계선을 획정하였다. 적어도 국회의 석방결의에 관한 한 사법판단을 전면 배제하기로 한 것이다. 이것은 독재권력에 굴종하여 국회의원 불체포특권을 축소하고 무력화하였던 대구고등법원의 행태에 대해 준엄하게 책임을 물은 것이라고 할 수 있으며, 정치적 계산에 따른 사법판단이 오히려 사법부의 권한을 축소·제한하는 부메랑으로 돌아온 예라고 할 수 있다.

그런데 1954년 제정형사소송법 제101조 제2항과 제3항을 살펴보면 구속영장의 집행정지와 관련하여 현행법에 대한 언급이 없다. 과연 현행법의 경우 국회의원의 불체포특권이 전면적으로 배제될 것인가 하는 점에 대해 제정형사소송법은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 입법연혁의 전후 맥락을 살펴보면 현행법의 경우에도 국회의 석방결의가 가능하다는 해석은 충분히 가능하다. 형사소송법 제101조가 사용하고 있는 ‘헌법 제49조에 의하여 구속된 국회의원에 대한 석방요구’라는 표현은 ‘현행법, 비현행법을 가리지 않고 구속된 국회의원에 대한 석방요구’로 새겨서 읽을 수 있기 때문이다. 이러한 해석은 서민호 석방결의 사건에서 부산지방법원합의부(재판장 안윤출 부장판사)가 제시하였던 다음과 같은 법리의 확인이라고도 할 수 있다.⁵⁸⁾

그러므로 회기 전이나 회기 중이나 수사기관이 국회의원을 현행법으로 구속한 경우에 있어 긴급구속인 경우에는 필히 48시간 내에 법관의 영장을 받아야 하며 영장이 교부되지 않는 경우에는 당연히 석방하여야 하므로 그 신체구속을 계속할 조건에 있어서는 비현행법과 하등의 차이가 없음이 헌법 제49조를 비롯하여 아국(我國) 법제의 근본취지인 것으로 헌법 제49조에 한하여 그 취지를 달리할 하등의 이유가 없는 것이다.

안윤출 판사의 분석은 국회의 석방요구에 대해 법원의 판단이 필요하다

57) 재의결 과정에 대해서는, 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호(2004 가을), 193면 이하 참고 바람.

58) 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 16면.

는 소위 의사표시설의 관점에서 제시된 것이기는 하지만, 적어도 국회의원의 석방과 관련하여 현행법과 비현행법을 구별해서는 안 된다는 점에서는 1954년 제정형사소송법의 입법자와 태도를 같이하는 것이라고 생각된다.

VI. 결 론

지금까지 헌법이 규정한 국회의원의 불체포특권을 구체화하기 위하여 우리 형사소송법이 마련하고 있는 구속영장 집행정지 규정의 성립경위를 연혁적으로 살펴보았다. 이제 이상에서 검토한 바를 토대로 현행 법규의 해석에 있어서 도움이 될 수 있는 몇 가지 사항을 추출해 보기로 한다.

우선, 현행 헌법 제44조가 규정하고 있는 국회의원의 불체포특권을 실효적으로 보장하기 위하여 우리 입법자는 형사소송법 제101조 제4항과 제5항을 특별히 규정하고 있다는 점이다. 우리 형사소송법이 국회의원의 불체포특권에 대한 구체화규정을 마련하게 된 것은 헌정사적으로 볼 때 소위 서민호 석방결의 사건에 기인하고 있다. 의회민주주의의 확립을 위하여 국회가 행정부와 사법부의 연합전선에 맞서 싸운 성과물이 바로 형사소송법 제101조 제4항과 제5항이다. 따라서 이 조문은 의회민주주의의 발전이라는 입법취지에 충실하게 해석·적용되지 않으면 안 된다.

다음으로, 국회의 석방결의는 그 자체로 효력을 발생한다는 점이다. 이 점은 우리 형사소송법 제101조 제4항이 ‘당연히’라는 표현을 사용한 대목에서 분명하게 드러난다. 형소법 제101조가 국회 법사위수정안으로 들어 오기 전의 시점에서 사법부는 소위 의사표시설의 관점에 서서 국회의 석방요구결의를 일종의 의사표시(신청)로 보고 그에 대한 적법 여부와 이유 유무를 판단하였다. 그러나 제정형사소송법 제101조 제2항과 제3항이 규정된 이래 사법부는 국회의 석방결의에 대한 판단권을 상실하였다. 체포·구속된 국회의원을 회기중에 석방하라는 국회의 석방결의는 그 자체로 효력을 발생하며 곧바로 검찰총장에게 석방지휘의무를 발생시킨다. 소위 관념통지설이 입법화된 것이다.

세 번째로, 현행법에 대한 국회의원 불체포특권의 배제는 최소한에 그

쳐야 한다는 점이다. 형사소송법은 체포·구속된 국회의원의 구속영장집행정지와 관련하여 현행법을 전면적으로 배제할 것인가 하는 문제에 대해 명문의 근거를 두고 있지 않다. 그러나 형사소송법 제101조 제4항과 제5항이 대통령의 거부권행사를 극복하고 입법된 경위에 비추어 볼 때 적어도 행정부가 주장하였던 전면배제설은 해석론상 허용될 수 없다고 본다. 이 문제는 서민호 석방결의 사건에서 안윤출 부장판사가 제시하였던 기준에 따라 해결하는 것이 타당하다고 본다.⁵⁹⁾ 국회의원의 불체포특권은 어디까지나 현행법을 ‘체포’하는 단계에 한하여 제한되어야 한다. 이미 체포·구금된 국회의원에 대해 국회 회기중에 구속을 계속할 것인가 하는 문제는 현행범인가 비현행범인가를 가리지 않고 전적으로 국회의 결의에 따라야 결정해야 할 것이다.⁶⁰⁾

참고문헌

단행본

고석, 한국 군사재판 제도의 성립과 개편과정에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, (2006)

59) 안윤출 판사는 다음과 같이 회고하고 있다. “그러나 나는 이 사건을 처리함에 있어 내 목숨이 이슬이 될지언정 양심이 명하는 대로 공정한 그야말로 티끌만한 잘못도 없는 정당한 판결을 하려고 하였었다. 그리하여 마침내 법정에서 서 피고의 석방결의를 선포하였을 때 이 때부터 검은 그림자가 휘덮기 시작했다.” 안윤출, “서민호씨의 징역8년은 오판이었다”, 『진상』, 1960년 6월호, 39면.

60) 여기에서 한 가지 주목할 점은 1962년 12월의 헌법개정시에 국회의원의 불체포특권을 규정한 당해 조문이 제1항(체포·구금 동의)과 제2항(석방요구)으로 나누어졌다는 점이다. 특히 제2항이 “국회의원이 회기전에 체포 또는 구금된 때에는 현행범인이 아닌 한 국회의 요구가 있으면 회기중 석방된다.”고 규정하여 현행범을 석방요구의 제외대상으로 명시한 점은 유의할 필요가 있다. 이와 같은 헌법조문의 개정이 서민호 석방결의 사건의 영향을 받은 것이지는 알 수가 없다. 그러나 1962년 개헌 당시 법무부의 고위 인사가 서민호 사건의 수사과 공소유지를 담당하였던 검사와 동일인이라는 점에 비추어 보면 그와 같은 추측이 반드시 불가능한 것도 아니다. 그 경위가 어찌되었든간에 국회의원의 불체포특권과 관련하여 현행범을 제외하는 것은 ‘체포’의 경우에 한정될 뿐 ‘구금의 계속’ 여부에 미치지 않는다는 안윤출 판사의 판단은 의회민주주의의 발전을 위하여 여전히 강력한 설득력을 갖는다고 생각된다.

- 문성도, 영장주의의 도입과 형성에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, (2001)
- 민복기·정운환, 형사소송개정법개설, (1948)
- 부산일보사 편, 비화 임시수도 천일 (상) (하), (1983)
- 서민호, 나의 옥중기, (1962)
- 성낙인, 헌법학, 제7판, (2007)
- 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집, (2005)
- 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, (2003)
- 엄상섭, 권력과 자유, (1957)
- 엄상섭 저, 허일태·신동운 편, 권력과 자유, 개정증보판, (2007)
- 한국형사정책연구원, (신동운 편), 형사소송법제정자료집, (1990)

논문과 자료

- 권오규, “국회의 석방요구권과 그의 석방절차”, 『법정』, 1952년 7월호, 10~17면
- 권오규, “구류집행정지결정에 대한 항고”, 『법정』, 1952년 8·9월호, 6~10면
- 법률신문, 제52호, (1952. 7. 11.자)
- 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, 형사법연구, 제22호(2004 가을), 159~221면
- 심희기, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 법사학연구, 16호, (1995), 117~165면
- 안윤출, “서민호씨의 징역8년은 오판이었다”, 『진상』, 1960년 6월호, 36~39면
- 엄상섭, “서민호 사건과 ‘설마’”, 『법정』, 1955년 3월호, 7~8면
- 엄상섭, “서민호 사건의 대법원판결에 대한 관견”, 『법정』, 1955년 4월호, 38~43면
- 엄상섭, “우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조향”, 『법정』, 1955년 11월호, 3~7면

Privilege from Arrest for Members of the National Assembly and
Suspension of Arrest Warrant

Shin, Dong-Won*

The article 44 of Constitution of Republic of Korea states the privilege from arrest for members of the National Assembly. As a means to enforce this provision of constitution, suspension of arrest warrant is prescribed in the article 101 of Criminal Procedural Act. According to the clauses 4 and 5 of article 101, the Prosecutor General must release the member of the National Assembly who is under arrest when the National Assembly reaches resolution demanding the release of its member.

Little research has been conducted on the clauses 4 and 5 of article 101 of Criminal Procedure Act. It was the author's intention to examine how this article 101 had been established and to discuss several legal issues pertaining to the privilege from arrest for members of the National Assembly and suspension of arrest warrant.

The first part of this article provided an analysis of so-called "Seo Min Ho" case. In 1952, Seo Min Ho, a member of the National Assembly, was indicted on a murder charge in flagrante delicto. The National Assembly reached resolution which demanded Seo's release. This incident raised complex legal debates on the legal force of the National Assembly's resolution. The article investigated how this incident had unfolded and examined its impact on Korean Criminal Procedure Act of 1954. The author concluded his chronological inquiry by making interpretive suggestions on the issues of the privilege from arrest for members of the National Assembly and suspension of arrest warrant.

주제어 : 국회의원의 불체포특권, 구속영장집행정지, 제정형사소송법, 국회의 석방요구, 서민호 사건

Keywords : Privilege from Arrest for Members of the National Assembly, Suspension of Arrest Warrant, Criminal Procedure Act of 1954, Resolution of National Assembly demanding the release of its member, Seo Min Ho case.

* Professor, Department of Law, Seoul National University, Ph.D. in Law