

한·일 범죄인인도조약에서의 판결의 집행을 위한 범죄인인도 - 노역장유치의 집행을 위한 인도의 허용 여부 -

조 균 석*

국 | 문 | 요 | 약

최근 들어 중대한 범죄를 저지르고 외국으로 도주하는 도망범죄인이 늘고 있어, 범죄인인도를 통한 엄정한 법집행의 필요성이 강조되고 있다. 특히, 지리적으로 가까운 일본으로 도망가는 범죄인이 많은데, 일본과는 2002년 4월 8일 범죄인인도조약을 체결하여 이에 대응하고 있다. 한·일조약은 양국의 법에 의하여 “사형·중신형이나 1년 이상의 자유형(deprivation of liberty)으로 처벌할 수 있는 범죄”를 인도대상범죄로 규정하고, 판결(sentence)을 집행하기 위한 인도청구는 대상자가 사형선고를 받았거나 복역하여야 할 잔여 형기(sentence remaining to be served)가 최소 4월 이상인 경우에만 허용하고 있다.

범죄인인도는 종래부터 자유형 이상으로 처벌할 수 있거나 형을 선고받은 사람을 대상으로 하는 것으로 인식되어 왔으나, 최근 법무부에서 벌금형 미납에 따른 노역장유치를 집행하기 위하여 일본에 범죄인인도를 청구하여 인도절차가 진행된 사건이 있었다. 이는 형사정책적인 필요성에 더하여 노역장유치는 재산형의 환형처분으로서 대체자유형에 해당하고, 그렇지 않더라도 한·일조약에서의 자유형(deprivation of liberty)이나 형(sentence)이라는 용어는 자유형 외에 다른 자유박탈처분도 포함하는 개념이므로 인도가 가능하다고 판단한 것으로 보인다.

그러나 형법 제41조는 형벌의 종류를 열거하고 있는데, 노역장유치는 이에 해당하지 아니한다. 노역장유치가 벌금과 동시에 선고되고, 자유형과 마찬가지로 교도소에 수용된다는 점에서 실질적으로 자유형과 유사한 성질을 지니고 있지만, 어디까지나 이것은 집행의 편의에 따른 것이다. 벌금을 납입하지 아니할 때 자유형으로 대체한다는 명문규정을 두고 있지 않는 한, 노역장유치는 벌금형의 특별한 집행방법으로서의 성격을 가진다고 할 것이다.

한편, 유럽범죄인인도협약 등 대부분의 조약에서는 “deprivation of liberty”는 자유형을 의미하고, 기타 자유박탈처분은 “other deprivation of liberty”(유엔범죄인인도모델조약) “any order involving deprivation of liberty”, 즉 “detention order”라는 별도의 용어를 사용하여 구별하고 있는데(유럽범죄인인도협약, 미국·서독범죄인인도조약), 통상 이는 보안처분을 의미하는 것이다. 그리고 우리나라가 체결한 대부분의 조약도 자유형을 의미하는 용어로 “deprivation of liberty”를 사용하고 있다. 나아가 한·일조약의 체계가 수사·재판·판결의 집행을 위한 모든 범죄인인도는 1년 이상의 자유형이나 그 이상의 형벌로 처벌할 수 있는 범죄로 제한하고, 특히 판결의 집행을 위한 인도의 경우에는 잔여 형기가 4월 이상 남아 있어야 한다고 규정하고 있는 점에 비추어, 판결의 집행을 위한 인도의 대상이 되는 선고형도 당연히 자유형을 의미한다고 해석하여야 할 것이다. 특히, 한·일조약은 일·미범죄인인도조약의 규정을 그대로 원용한 것인데, 일·미조약에서도 「형」(sentence)은 「자유형」에 한정되는 것으로 해석된다.

따라서 어느 모로 보나 노역장유치의 집행을 위한 양국 사이의 범죄인인도는 허용되지 아니한다고 할 것이다. 이것을 가능하게 하기 위해서는 독일과 같이 노역장유치를 대체자유형으로 규정하거나, 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하도록 하는 관련 입법을 개정하거나, 조약을 보충하는 조치가 뒤따라야 할 것이다.

❖ 주제어 : 범죄인인도, 한·일 범죄인인도조약, 노역장유치, 자유형

* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

I. 서론

서울고등법원에서 선고된 징역 3년(집행유예 5년) 및 벌금 50억원, 사회봉사명령 240시간의 판결이 대법원의 상고기각으로 확정되었으나 사회봉사명령만 이행하고 벌금을 납부하지 않은 채 일본으로 도피한 벌금미납자에 대하여, 2007년 5월 법무부가 「대한민국과 일본국간의 범죄인인도조약」(이하, 한·일조약이라 함)¹⁾에 따라 범죄인 인도청구를 하고, 일본에서는 동인에 대한 인도절차가 진행되어 2007년 12월 구금되었으나,²⁾ 2008년 1월 초 벌금 전액을 납부하여 인도청구가 철회된 사건이 있었다.³⁾

그런데 한·일조약은 “양 당사자국의 법에 의하여 사형·중신형이나 1년 이상의 자유형으로 처벌할 수 있는 범죄”를 인도대상범죄(extraditable offence)로 규정하고(제2조 제1항), “인도청구되는 되는 자가 인도대상범죄로 인하여 청구국의 법원에 의하여 형의 선고를 받은 경우에는, 인도청구되는 자는 사형선고를 받았거나 복역하여야 할 잔여 형기가 최소 4월 이상인 경우에만 인도가 허용된다”(제2조 제2항)고 규정하고 있다. 즉, 판결의 집행을 위한 범죄인인도의 경우에 인도청구되는 자는 ① 인도대상범죄로 형의 선고를 받되, ② 그 형이 사형선고이거나 복역하여야 할 잔여 형기가 최소 4월 이상인 경우에만 인도가 허용된다.

위 사건은 벌금미납자에 대하여 벌금형의 집행, 즉 벌금미납에 따른 노역장유치의 집행을 위하여 범죄인인도청구를 한 것인데, 과연 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도가 위 ①, ②의 요건을 충족하는가가 문제 된다. 위 사건의 경우, 대상자가 조세포탈과 횡령 등 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률을 위반하여 위 형을 선고받은 것이므로 ①의 요건을 충족하였음은 명백하다. 그러나 ②의 요건과 관련하여서는, 「복역하여 할 잔여 형기」(sentence remaining to be served)를 요하고 있는 점에 비추어, 위 규정은 사형 외에는 자유형을 전제로 한 것으로 해석하여야 하고, 그렇다면 재산형인 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도는 ②의 요건을 충족하지 못하여 허용되지 않는 것이 아닌가

1) 2002년 4월 8일 체결, 동년 6월 21일 발효.

2) 일본 「도망범죄인인도법」(1953년 7월 21일 법률 제68호) 제5조는 도망범죄인의 구금에 관하여 규정하고 있다.

3) 이 사건은 인터넷 세계일보(www.segye.com) 2007년 12월 20일자 기사, 인터넷 한겨레신문(www.hani.co.kr) 2008년 2월 3일자 기사 등 언론매체를 통하여 그 경과가 널리 보도된 바 있다.

하는 의문이 생긴다. 그런데 위 사건에서는 벌금형을 선고받으면서 벌금을 납입하지 않는 경우 500만원을 1일로 환산한 기간(약 2년 9월) 노역장에 유치한다는 선고를 받았는데, 노역장유치는 환형처분이고 실질적으로 교도소에 수용하여 집행하므로 노역장유치기간도 「복역하여야 할 잔여 형기」에 해당된다고 해석한다면 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도도 허용된다고 볼 여지도 있다. 그러나 노역장유치는 형법 제41조에 열거된 「형」에는 해당하지 아니하고, 따라서 노역장유치기간을 「형기」로 보는 것은 무리가 있다.

이처럼 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도가 해석상 허용되는지 여부에 관하여 의문이 있음에도 불구하고, 법무부에서 범죄인인도청구를 하였고, 일본 법무성에서도 이를 받아들여 인도절차를 진행한 것은 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도가 허용된다고 판단하였기 때문일 것이다. 양국 당국에서 허용된다고 판단한 근거를 알 수는 없지만, 다음과 같은 해석에 근거한 것이 아닌가 추측된다. 첫째는, 노역장유치는 재산형인 벌금 또는 과료를 납입하지 않는 경우 자유형으로 대체하는 환형처분이므로 「형」에 해당하고, 따라서 노역장유치기간도 「형기」에 해당하므로 범죄인인도가 가능하다는 해석이다. 둘째는, 한·일조약에서의 판결의 집행을 위한 범죄인인도의 대상이 되는 「자유형」(deprivation of liberty)에는 「기타 자유박탈처분」(other deprivation of liberty)도 포함되는데, 노역장유치는 「형」은 아니지만 「기타 자유박탈처분」에 해당되므로 결국 범죄인인도가 가능하다는 해석이다.

해외로 도피한 고액벌금 미납자에 대하여 가능하다면 범죄인인도를 통해서라도 신병을 인도받아 벌금형을 집행하는 것이 엄정한 국가형벌권의 실현이라는 형사정책적 측면에서 필요한 것은 사실이다. 그렇다고 하여 법리적인 측면에서 문제가 있음에도 불구하고 이를 인정하는 것은 타당하지 아니하다. 아래에서는 대한민국과 일본 사이에 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하다고 판단한 위 근거들이 과연 타당한 것인지에 관하여 하나씩 살펴보기로 한다.

II. 노역장유치의 법적 성질

1. 노역장유치제도의 개관

가. 노역장유치의 선고

형법상 인정되는 노역장유치에는 2종류가 있다. 첫째는, 벌금납부전 노역장유치명령(또는 담보부 노역장유치명령)으로 벌금의 완납을 담보하기 위하여 벌금을 선고하면서 동시에 납부기한 30일 내에 그 금액을 납부할 때까지 노역장유치를 명하는 것이다(형법 제69조 제1항 단서).⁴⁾ 둘째는, 일반적 노역장유치로서 벌금 또는 과료를 납부기한 30일내에 납입하지 아니하는 경우에 벌금은 1일 이상 3년 이하, 과료는 1일 이상 30일 미만의 기간 노역장에 유치하여 작업에 복무시키는 것으로(형법 제69조 제2항), 유치기간을 정하여 판결과 동시에 선고하여야 한다(형법 제70조). 양자는 모두 판결 선고와 동시에 선고하는 것이며, 노역장에 유치한다는 점에서는 같다. 그러나 전자는 예외적으로 판사가 벌금형을 선고하면서 납부기한 전에 노역장유치를 명하는 경우에 집행하는 임의적인 제도임에 비하여, 후자는 벌금과 과료를 납부기한 내에 납부하지 못할 경우에 노역장에 유치하는 것으로 요건을 충족하면 필요적으로 집행하는 제도인 점에서 서로 다르다. 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도와 관련해서 보면, 벌금납부전 유치명령은 그 내용과 기간(30일 내)에 비추어 문제될 여지가 없고, 후자의 노역장유치만이 앞에서 언급한 바와 같이 인도의 대상이 되는지 여부가 문제된다.⁵⁾

한편, 우리 형법과는 달리 일본 형법은 일반적인 노역장유치만 인정하고 있다. 즉, 벌금을 완납할 수 없는 자는 1일 이상 2년 이하의 기간 노역장에 유치하며(일본 형법 제18조 제1항),⁶⁾ 벌금을 선고하는 때에 동시에 유치의 기간을 정하여 이를 선고한다(일본 형법 제18조 제4항).

4) 벌금납부전 노역장유치명령에 대해서는 벌금납부를 담보하기 위한 전근대적인 신병확보 제도이므로 폐지되어야 한다는 의견이 있으며, 1992년의 형법개정법률안도 이를 삭제하였다(법무부, 형법개정법률안 제안이유서(1992. 10), 84쪽).

5) 이하에서 언급하는 내용은 형법 제69조 제2항의 일반적 노역장유치에 관한 것에 한정한다.

6) 과료에 대해서는 노역장유치기간이 1일 이상 30일 이하이며(일본 형법 제18조 제2항), 벌금을 병과한 경우나 벌금과 과료를 병과한 경우의 유치기간은 3년을, 과료를 병과한 경우는 60일을 넘을 수 없다(일본 형법 제18조 제3항).

나. 노역장유치의 집행

노역장유치의 집행에는 형의 집행에 관한 규정이 준용된다(형사소송법 제492조). 따라서 형의 집행을 일반원칙은 물론 자유형 중 징역형의 집행에 관한 규정, 구체적으로 형의 집행지휘, 집행지휘의 순서, 집행의 정지, 집행을 위한 소환과 형집행장의 발부, 집행의 종료 등에 관한 규정이 준용된다.

노역장유치집행의 실무를 보면, 벌금이나 과료를 납부하지 아니하면 형집행장을 발부하여 동시에 지명수배를 발령한다. 형집행장은 구속영장과 동일한 효력이 있고(형사소송법 제474조 제2항), 형집행장의 집행에는 형사소송법 제1편 제9장의 피고인의 구속에 관한 규정을 준용하므로(형사소송법 제475조) 검사는 형집행장의 집행을 사법경찰관에게 지휘할 수 있다(형사소송법 제81조 제1항). 지명수배에 의하여 체포된 자는 바로 검찰청으로 인치하고, 검찰청에서 노역장유치집행절차를 거쳐 구치소 또는 교도소로 유치하고 있다. 검사는 노역장유치집행지휘서에 의하여 노역장유치를 집행한다(재산형등에 관한 검찰집행사무규칙 제20조 제1항).

구치소 또는 교도소에 유치되면 교정작업에 복무케 하여야 한다(형법 제69조 제2항). 일단 노역장유치가 집행되면, 교정시설에서의 처우는 자유형이 확정된 사람과 같다. 즉, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」⁷⁾은 「“수형자”란 징역형·금고형 또는 구류형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람과 벌금 또는 과료를 납부하지 아니하여 노역장 유치명령을 받은 사람을 말한다」고 규정하여(동법 제2조 제1호), 노역장유치집행자를 자유형 확정자와 함께 “수형자”로 분류하여 처우하고 있다.⁸⁾ 그리고 유치기간이 종료한 경우에는 종료일에, 벌금을 납부한 경우에는 완납한 날에 검사의 석방지휘서에 의하여 석방한다(재산형등에 관한 검찰집행사무규칙 제22조 제2항). 노역장유치집행의 정지에 대해서는 별도의 규정이 없으나, 교정시설 수용인원의 과밀화에 따른 수용관리에 어려움을 덜어주고 수감생활을 견디기 어려운 중증환자에 대한 인도적 차원에서 자유형집행정지규정을 준용하여 이를 인정하고 있다.⁹⁾

7) 전부개정 2007. 11. 21. 법률 제8278호.

8) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률은 수형자 이외에 미결수용자, 사형확정자, 기타 법률과 적법한 절차에 따라 교정시설에 수용된 자를 구분하고 있는데, 이들 모두를 합하여 수용자라고 한다(동법 제2조).

9) 대검찰청, 재산형집행 업무편람(2006), 294쪽.

한편, 일본에서도 노역장유치의 집행에 관해서는 형의 집행에 관한 규정이 준용된다(일본 형사소송법 제505조). 그러나 우리와는 달리 자유형집행자가 수용되는 형사시설에 부치하여 설치된 노역장(「형사시설 및 수형자의 처우 등에 관한 법률」¹⁰⁾ 제287조)에 수용되며, 자유형 집행자인 수형자(동법 제3조 제2호)와는 별개로 대체수용자인 노역장유치자로 구분된다. 다만, 그 처우에 있어서는 성질에 반하지 아니하는 한 징역수형자에 관한 규정을 준용하고 있다(동법 제288조).

2. 노역장유치의 법적 성질

가. 논 의

노역장유치의 법적 성질에 관해서는 재산형인 벌금 또는 과료를 대체하여 자유형을 과하는 처분인지, 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법인지가 문제된다. 전자의 처분을 통상 환형처분 또는 환형유치라고 하는데, 이러한 입장에서는 노역장유치도 「형」에 해당하게 된다. 그러나 후자로 파악하는 입장에서는, 노역장유치는 「형」은 아니지만 성질상 집행에 있어서만 자유형의 집행을 준용하는데 불과하다.

아직까지 우리나라에서는 노역장유치의 법적 성질에 관하여 충분한 논의가 없는 실정이다. ① 대부분의 형법교과서에서는 노역장유치를 설명하면서는 「환형처분」이라고만 기술할 뿐 그 근거와 의미에 관해서는 아무런 언급이 없거나¹¹⁾, 환형처분이라는 언급도 없이 조문만을 소개하고 있다. 환형처분은 일반적으로 「형으로 바꾸는 처분」, 즉 벌금 또는 과료형을 자유형으로 바꾸는 처분이라는 의미로 사용되지만, 「형을 바꾸는 처분」, 즉 벌금 또는 과료형을 바꾸는 처분이라는 의미로도 사용될 수 있으며, 그 경우에는 자유형으로 바뀐다는 의미는 아니다. 그런데 형법교과서들을 보면, 노역장유치에 대하여서 가석방이 가능한가를 논의함에 있어, 가석방이 가능하다고 하면서 그 논거의

10) 2005(평성 15년). 5. 25. 법률 제50호.

11) 김성천/김형준, 형법총론(제3판), 동현출판사, 2005, 671쪽; 김용희, 형법총론(개정2판), 형설출판사, 2007, 376쪽; 김일수/서보학, 형법총론(새로쓴 제11판), 박영사, 2006, 738쪽; 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 790쪽; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2004, 592쪽; 정성근/박광민, 형법총론(제4판), 삼지연, 2008, 660쪽; 정영일, 형법총론(개정판), 박영사, 2007, 486쪽; 진계호/이존걸, 형법총론(제8판), 대왕사, 2007, 701쪽.

하나로서 노역장유치는 대체자유형(Ersatzfreiheitsstrafe)에 지나지 않는다는 점을 드는 것이 다수설이다.¹²⁾ 그러나 노역장유치를 대체자유형으로 형법상에 명문화한 독일에서는 모를까,¹³⁾ 그러한 명문규정이 없는 우리나라에서도 당연히 대체자유형으로 보는 것은 무리가 있고, 가석방과 관련하여서도 형법 제72조에서 가석방의 대상을 징역형과 금고형에만 국한시키고 있기 때문에 노역장유치에 대하여 가석방을 할 수 있다는 해석 또한 무리라고 할 것이다.¹⁴⁾ 한편, 학자에 따라서는 ② 재산형이 다시 자유형으로 환원된 것이라고 하거나,¹⁵⁾ ③ 징역형에 가까운 일종의 환형처분이나 완전한 형태의 자유형에의 환형처분은 아니라고 하거나,¹⁶⁾ ④ 재산형을 자유형으로 전환시킨 환형처분의 성질을 가지나, 강제노역에 의하여 벌과금을 대상(代償)토록 하는 점에서 재산형의 집행방식이라는 성질도 가진다고 하여,¹⁷⁾ 노역장유치가 완전한 형태든 불완전한 형태든 벌금형이 「자유형」으로 환형된 것임을 명백히 하고 있다. 이에 반하여, ⑤ 노역장유치를 벌금 또는 과료형에 대한 환형처분이라고 하면서도, 이는 벌금 또는 과료의 집행을 확보하기 위한 방법의 일종으로서 노역형, 즉 강제노동 자체를 내용으로 하는 「형벌」과 구별된다고 하는 견해도 있다.¹⁸⁾ 이상의 내용을 종합하면, 우리나라에서는 노역장유치가 벌금형의 환형처분으로서 대체자유형이라고 파악하는 것이 다수설이라고 볼 수 있다.

한편, 일본에서도 노역장유치의 법적 성질에 관하여, 그 집행이나 처우에 있어 실질

12) 이재상, 형법총론(제5판보정판), 박영사, 2007, 603쪽; 임웅, 전게서, 637쪽; 이영란, 형법학 총론 강의, 형설출판사, 2008, 605쪽 등. 오영근 교수는 가석방 긍정설에 대하여 해석론으로는 무리가 있다고 하면서도 피고인에게 유리한 해석이므로 긍정설이 타당하다고 한다(오영근, 형법총론(제3판), 대명출판사, 2004, 897쪽).

13) 독일에서도 대체자유형에 대하여 가석방이 가능한지에 대해서는 찬, 반 양론이 있다고 한다.

14) 오세인, “가석방제도의 개선방안”, 검사세미나연수자료집(제19기)(1995), 법무연수원, 290쪽도 같은 취지이다. 일본에서는 노역장유치자에 대하여 가출장(假出場)을 인정하고 있는데(일본 형법 제30조 제2항), 우리나라에서도 정책적 관점에서 가석방을 인정하는 방향으로 입법개정을 검토할 필요가 있다.

15) 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007, 511쪽. 동인은 노역장유치에 대하여 자유형을 대체하여야 할 재산형이 다시 자유형으로 환원되는 것이라고 비판하면서, 사회봉사명령 같은 방법으로 대신하는 것이 형사정책적 견지에서 타당하다고 한다(동, 전게서, 511쪽).

16) 지광준, 현대사회와 형벌, 강남대학교출판부, 2004, 175쪽.

17) 박재윤 집필, 주석형법총칙(하), 한국사법행정학회, 1990, 405쪽. 동인은 환형처분은 대체자유형이므로 그 집행에는 자유형집행의 규정이 준용된다고 한다(동, 전게서, 406쪽).

18) 이기현·최병각, 노역장유치제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 25쪽.

상 자유를 구속하는 징역형에 가깝고, 형이 아니라고 하면 자력이 없는 사람은 형을 면하는 결과가 된다는 점 등을 이유로 벌금 또는 과료형을 전환하여 자유형을 과하는 환형처분이라는 설¹⁹⁾과 벌금 또는 과료의 시효가 완성되면 유치집행을 할 수 없고, 노역장유치 중에는 시효가 완성되지 아니하는 점에서 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법이라는 설²⁰⁾이 있으나, 노역장유치는 재산형을 자유형으로 전환하여 자유를 박탈한다는 측면과 강제노역을 통하여 벌과금을 대상(代償)토록 하는 점에서 재산형의 특별한 집행방법이라는 측면을 모두 가지고 있다는 설²¹⁾이 일반적이다. 이에 대하여, 최고재판소도 “벌금형은 형법상 인정되고 있는 형벌의 일종이며 환형처분을 정한 형법 제18조(노역장유치)의 규정은 벌금의 특별한 집행방법을 정한 것으로 벌금형의 효과를 다하기 위한 조항이다”라고 판시하기도 하였다가²²⁾, 다시 “노역장유치는 소위 환형처분으로 그 본건에 준하여야 할 성질의 것이고, 자유형이 과해진 경우와 아무런 차이가 없기 때문에 벌금을 완납하지 아니하였을 때의 노역장유치의 선고에 관해서도 소위 불이익 변경금지의 규정이 적용된다”고 판시하기도 하였다.²³⁾

나. 검토

노역장유치가 유치자의 자유를 박탈하고, 그 집행에는 형의 집행에 관한 규정이 준용되며(형사소송법 제492조), 자유형 확정자와 같이 수형자로 분류되어 같은 처우를 받을 뿐 아니라(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조) 형사보상에 있어 구금에 관한 규정이 준용된다는 점(형사보상법 제4조 제5항, 제1항)²⁴⁾ 등에 비추어 재산형을 자유형으로 바꾼 환형처분이라고 볼 여지가 없는 것은 아니다.

그러나 노역장유치가 자유를 박탈하는 성질을 가지고 있고, 그 집행과 처우에 있어 자유형과 같이 취급을 받는다고 하여 바로 「형」이라고 말할 수는 없다. 무엇 보다 우리 형법 제41조는 형의 종류를 사형, 징역, 금고, 자격정지, 자격상실, 벌금, 구류, 과료,

19) 小野清一郎, 新訂刑法講義 総論(増補版), 有斐閣, 1950, p.237.

20) 泉二新熊, 日本刑法論 総論(45版), 有斐閣, 1939, p.884.

21) 大塚仁 外編, 大コメンタル刑法(第2版) 第1卷, 青林書院, 2004, p.385(新矢悦二 집필).

22) 最高裁 1950. 6. 7. 刑集4-6, 956. 이 판결은 벌금형의 합헌성을 인정하였다.

23) 最高裁 1951. 10. 16. 刑集5-11-2249.

24) 일본 형사보상법 제4조 제5항도 같은 취지의 규정을 두고 있다.

몰수의 9종류로 한정하고 있어, 여기에 해당하지 아니하는 노역장유치를 「형」이라고 할 수 없다. 그리고 일본 구형법²⁵⁾은 벌금을 경금고로 환형하는 규정을 두었으나 일본 현행 형법²⁶⁾은 이를 폐지하고 노역장유치제도를 도입하였는데, 당시 정부의 제안이유서는 “벌금 또는 과료를 납부할 수 없는 범인은 이를 다른 형으로 바꾸는 것을 폐지하고 노역장에 유치하여 그 자유를 제한함과 동시에 편의노역에 종사케 하여 그 이득을 가지고 벌금 또는 과료의 일부에 충당하는 것을 기대한다”고 하여, 벌금 또는 과료의 환형처분을 폐지하고 노역장유치를 특별한 집행방법으로 전환하였음을 명백히 하였다. 우리나라가 형법을 제정하면서 일본 현행 형법과 같은 노역장유치제도를 도입한 점에 비추어, 우리 형법도 노역장유치를 벌금 또는 과료를 납부하지 아니하였을 때 다시 자유형으로 환형처분하는 것이 아니라 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법으로 이해하였음을 추측할 수 있다.²⁷⁾

한편, 독일, 영국, 미국 등 일부 나라에서는 벌금을 납입하지 아니하는 경우 자유형으로 전환하여 집행하는 규정을 두고 있다. 독일은 일수벌금제를 채택하고(독일 형법 제40조), 벌금의 납입이 불가능한 경우에는 자유형으로 대체한다(독일 형법 제43조)²⁸⁾고 하여 대체자유형(Ersatzfreiheitsstrafe)을 인정하고 있는데, 대체자유형은 형집행당국의 명령에 의하여 집행된다(독일 형사소송법 제459조의 e). 미국은 고의적으로 벌금을 납부하지 아니할 경우(crimianl default), 미납 벌금의 2배와 1만 달러 중 고액 이하의 벌금이나, 1년 이하의 구금형(imprisonment) 또는 양자에 처하도록 규정하고 있다. 영국은 일수벌금제를 채택하고(1991년 형사사법법²⁹⁾ 제18조), 벌금을 미납하였을 경우 일수에 따라 정해진 기간(최대 3개월) 동안 구금형(imprisonment)에 처하도록 하고 있다(동법 제22조 제2항). 그러나 이러한 나라들과는 달리 우리 형법은 노역장유치를 대체자유형으로 규정하거나, 벌금을 납부하지 아니할 경우 다시 구금형에 처하도록 하

25) 명치 13년(1880년)에 제정되어(명치 13년 太政官 포고 36호), 명치 15년(1882년)부터 시행된 형법을 말한다.

26) 명치 40년(1907년) 법률 46호로 공포되어, 명치 41년(1908년) 10월 1일부터 시행된 형법을 말한다.

27) 한일합방 이전에 만들어진 우리나라 형법 초안도 벌금은 태(苔)나 금고로 개환(改換)할 수 있다고 규정하였는데, 이를 환형처분이라고 하였다(장도, 형법총론, 1908, 470-474쪽 참조).

28) 제43조(대체자유형) 벌금의 납입이 불가능한 경우에는 자유형으로 대체한다. 자유형 1일은 벌금형 1일수에 해당한다. 대체자유형의 하한은 1일이다.

29) Criminal Justice Act 1991.

는 규정을 두고 있지 아니하므로, 위와 같은 입법례를 들어 우리 형법의 노역장유치도 「형」이라고 말할 수는 없다. 오히려 우리 형법은 앞에서 본 대로 노역장유치를 형벌이 아니라 벌금형의 특별한 집행방법으로 규정하고 있을 뿐이다.

그리고 노역장유치에 대해서 불이익변경금지의 원칙, 즉 피고인이 상소한 사건과 피고인을 위하여 상소한 사건에 대해서는 원심판결의 형보다 중한 형을 선고하지 못한다(형사소송법 제368조, 제396조)는 원칙이 적용된다³⁰⁾는 점을 근거로, 노역장유치도 형이라고 주장할 여지가 있다. 그러나 불이익변경금지의 원칙이 적용되는 「형」은 형법 제41조의 형에 한정되는 것이 아니라, 실질적으로 피고인에게 형벌과 같은 불이익 처분, 즉 추징³¹⁾이나 미결구금일수의 산입³²⁾ 등도 모두 그 대상이 된다. 따라서 노역장유치에 대해서 불이익변경금지의 원칙이 적용된다고 하여 바로 노역장유치가 형이라고 단정할 수는 없다. 더군다나 대법원 판례는 노역장유치에 대하여 불이익변경금지의 원칙이 적용되는 범위를 최소화하고 있다. 즉, 대법원은 벌금액이 같고 노역장유치기간이 길어진 때에는 불이익변경이 된다고 하였으나,³³⁾ 피고인에 대한 벌금형이 제1심 보다 감경되었다면 그 벌금형에 대한 노역장유치기간이 제1심 보다 길어졌다고 하더라도 전체적으로 보아 형이 불이익하게 변경되었다고 할 수 없다고 판시하였다.³⁴⁾ 후자의 경우, 불이익변경에 해당된다고 판시한 일본 최고재판소 판례³⁵⁾에 비추어, 우리 판례는 노역장유치가 형이 아니라 벌금형의 특별한 집행방법이라는 점을 더욱 명확히 한 것으로 볼 수 있다. 또한, 대법원은 자유형을 벌금형으로 변경하면서 벌금형에 대한 노역장유치기간이 자유형을 초과하는 때에도 불이익변경이 아니라고 판시하였는데,³⁶⁾ 이 또한 노역장유치가 벌금형의 특수한 집행방법에 불과하다는 점을 확인한 것으로 볼 수 있다.³⁷⁾

30) 이재상, 신형사소송법(제2판), 박영사, 2008, 700쪽.

31) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006도4888 판결 등.

32) 대법원 1966. 12. 23. 선고 66도1500 판결.

33) 대법원 1976. 11. 23. 선고 76도3161 판결.

34) 대법원 2000. 11. 24. 선고 200도3945, 1981. 10. 24. 선고 80도2325, 1977. 9. 13. 선고 77도2124 판결 등.

35) 最高裁 1958. 9. 30 刑集 12-13-3190.

36) 대법원 2000. 11. 24. 선고 200도3945, 1980. 5. 13. 선고 80도765 판결. 일본 대판 1932. 9. 29. 형집 11-1404도 같은 취지의 판결을 하였다.

37) 이재상, 신형사소송법(제2판), 702쪽. 판례의 태도를 지지하는 것이 다수설이다.

한편, 벌금형의 시효가 완성되면 노역장유치를 집행할 여지가 없고, 노역장유치의 집행 중에는 벌금형의 시효가 완성되지 아니하는데, 이 역시 노역장유치가 자유형으로의 환형처분이 아니라 벌금형의 특수한 집행방법이기 때문이다.

이상 살펴본 바와 같이 노역장유치는 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법일 뿐 벌금 또는 과료를 자유형으로 바꾼 환형처분, 즉 「형」이라고는 할 수 없다. 이 점은 우리 형법 제41조의 형벌의 종류에 노역장유치가 포함되지 아니하는 점에서 더욱 명백하며, 벌금 또는 과료와 동시에 선고한다고 하여 그 성질이 「형」으로 바뀌는 것은 아니다. 그러나 노역장유치가 벌금 또는 과료의 특별한 집행방법이지만, 그 집行的 성질상 노역장유치자의 자유를 박탈하여 노역장에서 작업을 하게 하는 것이므로 편의상 자유형의 집행규정을 준용하고, 그 처우에 있어 자유형 확정자와 같이 처우를 하고 있을 뿐이다.³⁸⁾ 이러한 집행방법의 특수성을 가지고 노역장유치를 「형」이라고 하는 것이 본말이 전도된 것으로 타당하지 아니하다.

따라서 노역장유치가 「형」이라는 전제 하에, 한·일조약에 따라 벌금형의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하다는 주장은 타당하다고 할 수 없다.³⁹⁾

Ⅲ. 한·일 범죄인인도조약에서의 인도범죄

1. 문제의 제기

범죄인⁴⁰⁾의 인도에는 소추를 위한 인도, 재판을 위한 인도, 형의 집행을 위한 인도가

38) 그렇다고 하여 노역장유치자를 “수형자”에 포함시키는 것(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조)은 잘못된 것이므로 입법개선이 필요하다.

39) 가사 견해를 달리하여 노역장유치가 그 집行的 성질 상 대체자유형으로서의 성격을 가지고 있으므로 그 실질을 중시하여 형법 조문에 불구하고 이를 자유형으로 취급한다고 하더라도 그 이유는 어디까지나 가석방의 대상에 포함시키고, 불이익변경금지의 원칙을 적용시키는 등 당사자에게 유리한 방향으로 해석하기 위한 것인데, 범죄인인도의 대상에 포함시키는 것은 오히려 당사자에게 불리한 것이므로 이와 같은 해석은 허용되지 아니한다고 할 것이다.

40) 「범죄인인도법」(1988년 8월 5일 법률 제4015호) 제2조 제4호는 “인도범죄에 관하여 청구국에서 수사 또는 재판을 받고 있는 자 또는 유죄의 재판을 받은 자”를 “범죄인”이라고 정의하고 있다.

있다(범죄인인도법 제5조). 인도범죄, 즉 범죄인의 인도청구에 있어 그 대상이 되는 범죄(동법 제2조 제3호)를 규정하는 방식에는 이를 열거하는 방식(열거방식)과 일정한 종류의 범죄나 어느 정도 이하의 형사제재에 해당하는 범죄를 인도범죄의 범위에서 제외하는 방식(제거방식)이 있는데, 우리 법은 후자의 방식을 택하고 있다. 즉, 우리 법은 대한민국과 청구국의 법률에 의하여 인도범죄⁴¹⁾가 사형·무기·장기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로 정하고 있다(동법 제6조).

이러한 인도범죄에 관한 규정은 수사나 재판을 위한 범죄인인도의 경우에 관한 규정일 뿐, 우리 법은 판결의 집행을 위한 범죄인인도의 경우에 그 대상이 되는 범죄나 판결에 관해서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 입법례에 따라서는 이에 관하여 특별 규정을 두기도 한다. 예컨대, 독일은 “그 행위를 이유로 소추를 위한 인도가 허용되고, 미집행의 자유박탈적 제재조치(freiheitsentziehende Sanktion)⁴²⁾ 또는 미집행의 자유박탈적 제재조치의 합계가 최소한 4개월 이상인 때”에 한하여 허용된다고 규정하고 있다(형사사건에 있어서 국제사법공조에 관한 법률 제3조 제3항).⁴³⁾⁴⁴⁾ 이러한 규정은 범죄인인도가 서로 떨어진 국가 사이에 범죄인을 인도하는 것으로 절차에 시간을 요하고, 비용이 소요되므로 그 효율성을 고려하여 마련한 규정이다. 다시 말해서 일정기간 미만의 짧은 기간이 남은 형의 집행을 위하여 범죄인을 국가 사이에 인도인수하는 것은 적절하지 않다는 취지에서 마련된 것이다.⁴⁵⁾

한편, 한·일조약은 한·일 양국의 법과는 달리 판결의 집행을 위한 범죄인인도에

41) 범죄인인도법에서는 인도범죄라는 용어를, 한·일범죄인인도조약을 비롯한 다른 나라와의 조약에서는 인도대상범죄라는 용어를 사용하고 있는데, 본고에서는 특별히 조약을 언급하는 이외에는 일반적으로 인도범죄라는 용어로 통일하여 사용한다.

42) “자유박탈적 제재조치”는 자유형, 독일의 보안처분과 유사한 제재로서 자유박탈과 관련된 제재 외에 이미 환형되어 집행가능한 대체자유형(벌금 미납 시)도 포함하는 개념이다(Uhlig/Schomburg/Lagodny, Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen(IRG), 2. Aufl., 1992, S.46).

43) 제3조(소추 또는 집행을 위한 인도) 제3항 집행을 위한 인도는 그 행위를 이유로 소추를 위한 인도가 허용되고, 또한 자유박탈적 제재조치를 집행하여야 하는 때에 한하여 허용된다. 동인도는 또한 미집행의 자유박탈적 제재조치 또는 미집행의 자유박탈적 제재조치의 합계가 최소한 4월 이상인 때에 한하여 허용된다.

44) 오스트리아의 「범죄인인도 및 형사사법공조법」 제11조 제2항도 집행하여야 할 자유형 또는 예방처분(vorbeugende Maßnahmen)이 4월 이상이어야 한다고 규정하고 있다. 여기서 “예방처분”은 보안처분을 의미한다(삼하충, 형사사법의 국제화, 성문당, 1990, p.184).

45) 법무부, 국제형사업무자료집(범죄인인도편), 1993, 18쪽 ; 김주덕, 국제형법, 육서당, 1997, 206쪽.

관하여 특별규정을 두고 있다. 즉, 한·일조약은 “양 당사자국의 법에 의하여 사형·종신형이나 1년 이상의 자유형으로 처벌할 수 있는 범죄”를 인도대상범죄로 하고(제2조 제1항), 인도청구되는 자가 인도대상범죄로 인하여 청구국의 법원에 의하여 형의 선고를 받은 경우에는, “사형선고를 받았거나 복역하여야 할 잔여 형기가 최소 4월 이상인 경우”에만 인도가 허용된다(제2조 제2항)고 규정하고 있다. 그런데 한·일조약의 영문본은 ① 한국어본(韓國語本)의 「자유형」(일본어본 「拘禁刑」)을 “deprivation of liberty”로, 선고된 판결인 ② 한국어본의 「형」(일본어본 「刑」)을 “sentence”로, 고려하여야 할 잔여형기인 ③ 한국어본의 「복역하여야 할 잔여 형기」(일본어본 「服すべき残りの刑」(복역하여야 할 잔여형))을 “sentence remaining to be served”로 표기하고 있다【표 1】 참조).

【표 1】 대한민국과 일본의 법과 조약 상의 인도범죄

구 분	대한민국		일 본	
국내법상 인도범죄	범죄인 인도법 제6조	대한민국과 청구국이 법률에 의하여 사형·무기·장기 1 년 이상의 <u>징역 또는 금고</u> 에 해당하는 범죄	도망 범죄인 인도법 제2조 제3호, 제4호	청구국의 법령에 의하여 사 형, 무기 또는 장기 3년 이상 의 <u>구금형</u> 에 해당하는 범죄, 일본국의 법령에 의하여 사 형, 무기 또는 장기 3년 이상 의 <u>징역 또는 금고</u> 에 처하여 야 할 범죄
한·일 범죄인 인도 조약상 인도범죄 (제2조 제1항)	사형·종신형이나 1년 이상의 <u>자유형</u> 으로 처벌할 수 있는 범죄		사형, 무기 또는 장기 1년 이상의 <u>구금형</u> 에 처하는 것으로 되어 있는 범죄	
	(영문) For the purpose of this Treaty, extraditable offences are offenses which are punishable under the laws of both Parties <u>by death, by life imprisonment, or by deprivation of liberty for maximum period of at least one year.</u>			
조약상 집행을 위한 인도 (제2조 제2항)	인도청구되는 자가 인도대상범죄로 인하여 청구국의 법원에 의하여 형의 선고를 받은 경우에는, 인도청구되는 자는 사형선고를 받았거나 <u>복역하여야 할 잔여형기가 최소 4월 이상인</u> 경우에만 그 인도가 허용된다		인도청구되는 자가 인도범죄에 관하여 청구 국의 재판소에 의하여 형의 선고를 받은 경 우에는, 그 자가 사형선고를 받은 경우 또는 <u>복역하여야 할 잔여형이 적어도 4개월인</u> 경 우에 한하여 인도한다.	
	(영문) In the case in which the person sought has been <u>sentenced</u> by a court of the Requesting Party for any extraditable offenses, extradition shall be granted only if the person sought has been sentenced to death or if <u>the sentence remaining to be served is at least four months.</u>			

그런데 앞에서 살펴본 대로 노역장유치가 벌금이나 과료가 환형된 「자유형」이라고 파악하는 입장에서는 당연히 노역장유치도 「자유를 박탈하는」(deprivation of liberty) 「형」(sentence)에 해당되고, 노역장유치기간은 「복역하여야 할 잔여 형기」(sentence remaining to be served)에 해당하므로 범죄인인도가 가능하다고 해석한다. 그러나 노역장유치가 「형」이 아니라고 파악하는 입장에서도, 한·일조약 제2조 제1항, 제2항의 「자유형」이나 「형」이라는 표현에도 불구하고, 영문본의 “deprivation of liberty”는 「자유형」이외의 「기타 자유박탈」을 포함하는 개념이고, “sentence”는 한·일조약 제2조 제1항, 제2항의 규정방식에 비추어(아래에서 살펴 봄) 「자유형」 외에 「기타 자유박탈처분」을 포함하는 것인데, 노역장유치는 「기타 자유박탈처분」에 해당되므로 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하다고 주장할 여지가 있다.

양국 당국에서 위 사건에 관하여 범죄인인도절차를 진행한 것도 이러한 해석에 따른 것으로 추측되는데, 조약의 문언에 비추어 보아서는 그와 같이 해석하는 것은 무리라고 생각된다. 아래에서는 범죄인인도에 관한 여러 조약들을 비교하면서 그와 같은 해석이 과연 타당한 것인지에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 범죄인인도에 관한 유엔 모델조약 및 각종 다자조약에서의 인도범죄

가. 유럽이사회 범죄인인도협약

1957년 12월 13일 파리에서 체결된 「범죄인인도에 관한 유럽협약」(European Convention on Extradition) 제2조 제1항은 “인도는 청구국 및 피청구국의 법률에 의하여 장기 1년 이상의 자유형(deprivation of liberty) 또는 자유박탈을 수반하는 보안처분(detention order)에 처하여야 할 범죄에 대하여 행한다. 청구국의 영역내에서 구금형의 선고(prison sentence)가 있었거나 보안처분(detention order)이 과하여진 때에는 선고된 제재는 4월 이상이어야 한다”고 규정하고 있다.

유럽협약은 “deprivation of liberty”는 「자유형」을 의미하는 용어로 사용하고, 인도가 가능한 「기타 자유박탈처분」을 “detention order”라고 하고 있다. 유럽협약 제25조는 “detention order”에 관한 정의규정을 두고 있는데, “형사법원에 의하여 구금형의 선고(prison sentence)를 보충(부가)하거나 이를 대체하는 것으로 선고된 모든 자유박

탈처분(any order involving deprivation of liberty)을 의미한다”⁴⁶⁾고 정의하고 있다. 즉, 유럽협약은 「자유형」은 “deprivation of liberty”라는 용어를 사용하고, 「기타 자유박탈처분」은 “any order involving deprivation of liberty” 즉, “detention order”라는 용어를 사용하여 양자를 용어 상 구별하고 있다. 그리고 유럽협약과 마찬가지로 1962년 6월 27일 베레루스 3국(벨기에, 네덜란드, 룩셈부르크) 사이에 체결된 「범죄인인도 및 형사사법공조에 관한 베네룩스조약」도 자유형과 함께 기타 자유박탈처분의 집행을 위한 범죄인인도를 인정하고(동조약 제2조 제1항), 기타 자유박탈처분에 관하여 유럽협약과 같은 내용의 정의규정을 두고 있다(동조약 제47조).

그런데 유럽협약이나 베네룩스조약에서의 “detention order”는 원칙적으로 보안처분을 의미하는 것으로 해석된다.⁴⁷⁾ 유럽협약 제25조의 모델이 된 조항은 1951년 11월 29일에 체결된 프랑스와 서독 사이의 범죄인인도조약 제21조이다.⁴⁸⁾ 당시 서독에는 보안처분제도가 있었고 프랑스에는 보안처분제도가 없었지만, 동조약 제1조는 보안처분의 집행을 위한 범죄인인도를 인정하고, 동조약 제21조에서 「보안처분」(Maßregel der Sicherung)이란 형벌을 보충하거나 형벌을 대신하여 형사법원에 의하여 선고된 모든 자유박탈처분을 말한다는 정의규정을 두었다. 서독은 이미 1942년에 보안처분제도가 있었던 이태리와 체결한 범죄인인도 및 형사사법공조조약에서 보안처분의 집행을 위한 범죄인인도를 인정한 바 있으며(동조약 제1조 제2항), 1978년 6월 20일 미국과 체결한 범죄인인도조약에서도 프랑스와의 조약과 마찬가지로 보안처분을 포함시키고 그 정의규정을 두었다. 즉, 서독과 미국 사이의 범죄인인도조약은 “penalty”와 “detention order”의 집행을 위한 범죄인인도를 인정하고 있는데(동조약 제2조 제2항 b), “penalty”는 “유죄에 따른 형의 선고의 결과로서의 자유박탈(deprivation of liberty as a result of a sentence upon conviction for an offence)”(동조약 제32조a) 즉 「자유형」을 의미하고, “detention order”는 “형사법원에 의하여 penalty(자유형)를 보충하

46) For the purposes of this Convention, the expression "detention order" means any order involving deprivation of liberty which has been made by a criminal court in addition to or instead of a prison sentence.

47) 森下忠, 国際刑法の新動向, 成文堂, 1979, p.37; 同 国際刑法入門, 悠々社, 1993, p.132; 同, 国際刑事司法共助の研究, 成文堂, 1981, p.204. 신의기, 범죄인인도제도, 한국형사정책연구원, 1995에 부록으로 게재된 유럽협약의 번역문도 이를 보안처분으로 번역하고 있다.

48) 森下忠, 国際刑法入門, p.131.

거나 대체하는 것으로 선고된 모든 자유박탈처분(any order involving deprivation of liberty)”을 의미한다(동조약 제32조b)고 규정하고 있다.

한편, 유럽연합(European Union) 탄생 후 1996년 9월 27일 유럽연합 회원국 사이에 위 유럽연합을 보완할 목적으로 브뤼셀에서 체결된 「유럽연합 회원국 사이에 범죄인인도에 관한 협약」(Convention relating to Extradition between the Member States of the European Union)은 인도범죄에 관하여 유럽협약과는 다른 내용을 규정하고 있다. 즉, 유럽협약에서는 인도범죄에서 요구되는 자유형 또는 자유박탈을 수반하는 보안처분의 하한 1년을 청구국과 피청구국 모두 충족하도록 되어 있었으나, 유럽연합협약은 청구국에서는 하한 1년을 그대로 유지하면서 피청구국에서는 하한을 6개월로 낮추었으며(동협약 제2조 제1항), 피청구국 법률에 청구국과 같은 유형의 보안처분(detention order)이 없을 때에는 범죄인인도를 거절할 수 있도록 하였다(동협약 제2조 제2항).

나. 미국과 유럽연합 사이의 범죄인인도협정

2003년 6월 25일 미국과 유럽연합은 「미국과 유럽연합 사이의 범죄인인도에 관한 협정」(Agreement on Extradition between the European Union and the United States of America)을 체결하였다. 동협정 제2조 제1항은 인도범죄를 “청구국과 피청구국의 법률에 의하여 1년 이상의 자유형(deprivation of liberty) 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄”로 규정하고, 인도범죄로 유죄가 선고된 형의 집행을 위한 인도청구는 “복역하여야 할 자유형의 잔여 형기(deprivation of liberty remaining to be served)가 적어도 4월 이상이어야 한다”고 규정하고 있다. 즉, 동협정은 앞서 살펴 본 미국과 서독 사이의 범죄인인도조약이 자유형(deprivation of liberty=penalty)과 기타 자유박탈처분(any order involving deprivation of liberty=detention order) 모두를 대상으로 하고 있는 것과는 달리, 자유형(deprivation of liberty)만을 그 대상으로 하고 있다.

다. 유엔모델조약

1990년 12월 14일 유엔총회에서 채택된 「범죄인인도에 관한 유엔모델조약」(U. N. Model Treaty on Extradition)⁴⁹⁾ 제2조 제1항은 “인도범죄란 양 계약국의 법률에 의하

여 (1/2)년 이상의 자유형 기타 자유박탈 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄를 말한다. 인도청구가 인도범죄를 이유로 과하여진 자유형 기타 자유박탈판결(sentence of imprisonment or other deprivation of liberty)의 집행을 목적으로 행하여질 경우, 잔여 형기(sentence remains to be served)가 (4/6)개월 이상인 때에만 인도가 허용된다”고 규정하고 있다.

즉, 유엔모델조약은 「자유형」은 “imprisonment”라는 용어를 사용하면서 이는 본질적으로 자유박탈(deprivation of liberty)을 수반하는 것이므로 「기타 자유박탈」은 “other deprivation of liberty”라는 용어를 사용하여 이를 구별하고 있다.

라. 소 결

이상으로 범죄인인도에 관한 유럽협약, 베네룩스조약, 유엔모델조약 뿐 아니라 서독과 미국, 서독과 프랑스 사이의 조약에서의 인도범죄, 특히 집행을 위한 범죄인인도의 대상이 되는 판결(형의 선고)에 관하여 살펴보았다. 공통적으로 인도범죄는 가능한 한 중대한 범죄행위에 한정하고 있고, 판결의 집행을 위한 경우에는 효율성을 고려하여 형이 경미한 때에는 인도가 허용되지 아니하도록 일정한 잔여 형기가 남아 있을 것을 요구하고 있다. 적어도 구금을 통한 자유박탈을 수반하는 형벌을 부과할 수 있는 경우에 한정하고 있으며, 벌금형과 같은 재산형이나 구금을 수반하지 아니하는 자유박탈조치는 처음부터 범죄인인도의 대상이 되지 못하였다.

다만, 형벌의 종류나 내용이 나라마다 다르고, 특히 구금을 통한 자유박탈처분 또한 나라마다 다른 점을 고려하여 전통적인 「자유형」외에 「기타 자유박탈처분」을 부과할 수 있는 경우에도 범죄인인도가 가능하도록 하였는데, 기타 자유박탈처분이란 원칙적으로 구금을 수반한 보안처분을 의미하였다. 벌금형 미납 시에 독일과 같이 대체자유형을 부과하는 규정을 두고 있는 경우에는 대체자유형 자체를 집행하는 것이므로 아무 문제가 없으나, 우리나라의 노역장유치과 같이 자유형도 아니고 보안처분도 아닌 경우에는 기타 자유박탈처분에 해당되지 아니 한다.

위 조약들의 용어사용을 종합하면, 대체로 「자유형」을 표현할 때는 “deprivation of liberty”라는 용어를 사용하고 있고(유럽협약, 미국·유럽연합조약), “imprisonment”

49) General Assembly resolution 45/116 of 14 December 1990.

(유엔모텔조약)나 “penalty”(미국·서독조약)라는 용어를 사용하는 경우도 그 실질은 “deprivation of liberty”라고 보고 있다. 반면에, 「기타 자유박탈처분」을 표현할 때는 “other deprivation of liberty”라는 용어를 사용하거나(유엔모텔조약) “any order involving deprivation of liberty”, 즉 “detention order”라는 별도의 용어를 사용하고 있다(유럽협약, 베네룩스협약, 미국·서독조약). 따라서 한·일조약 제2조 제1항의 “deprivation of liberty”가 자유형 뿐 아니라 기타 자유박탈처분을 의미하고, 기타 자유박탈처분에는 노역장유치도 포함된다는 해석은 위와 같은 용어사용의 관례에 비추어 자의적인 해석이라고 할 것이다.

3. 대한민국과 다른 나라 사이의 조약상의 인도범죄

우리나라는 1990년 9월 5일 호주와 범죄인인도조약을 처음 체결⁵⁰⁾한 이래 2008년 말까지 28개국과 조약을 체결하였다. 체결국 가운데는 미국, 캐나다, 호주와 같은 영미 법계의 국가도 있고, 프랑스와 같은 대륙법계 국가, 칠레, 아르헨티나와 같은 남미국가, 쿠웨이트와 같은 아랍국가, 베트남이나 우즈베키스탄, 카자흐스탄과 같이 체제전환국가 등 다양한 국가가 포함되어 있다. 이처럼 법문화와 법체계, 특히 범죄와 형벌의 종류와 내용, 형사사법절차 등이 서로 다른 국가들과 범죄인인도조약을 체결하고 있지만, 인도대상범죄의 규정방식은 크게 다르지 않다.

우리나라가 체결한 범죄인인도에 관한 양자조약에 있어 인도대상범죄를 규정하는 방식은 대개 「① 양 당사자국의 법에 의하여 일정한 형 이상으로 처벌할 수 있는 범죄를 인도대상범죄로 하고, ② 판결의 집행을 위한 범죄인인도의 경우에는 인도청구되는 자가 인도대상범죄로 일정한 형을 선고받고, ③ 복역하여야 할 잔여 형기가 일정 기간 이상 남아 있어야 한다」는 방식으로 되어 있다. 그런데 ①의 「일정한 형」, ②의 「일정한 형의 선고」, ③의 「복역하여야 할 잔여 형기」를 어떻게 표현하느냐에 따라 4가지 방식으로 나누어진다(【표 2】 참조)

50) 1991년 1월 16일 발효.

【표 2】 우리나라가 체결한 양자조약에서의 인도범죄 규정 방식

유 형	①의 일정한 형	②의 형의 선고	③의 잔여 형기	체결국
A방식	~년 이상의 자유형 또는 그 이상의 중형	인도대상범죄로 자유형이 선고	잔여 형기가~개월 이상	호주 등 23 개국 ⁵¹⁾
	punishable by deprivation of liberty	sentenced to deprivation of liberty	sentence remains to be served	
B방식	사형중신형이나 1년 이상의 자유형	인도대상범죄로 인하여 형 의 선고	복역하여야 할 잔여 형기가 최소 4월 이상	일본
	punishable by deprivation of liberty	sentenced	sentence remaining to be served	
C방식	1년 이상의 징역 또는 금고 형이나 그 이상의 중형	징역 또는 금고형이 선고	6월 이상의 형기가 남아 있 는 경우	중국
	punishable by the penalty of imprisonment	sentenced to the penalty of imprisonment	sentence remains to be served	
D방식	1년 이상의 자유형 또는 다 른 형태의 구금이나 그 이상 의 중형	형을 집행	자유형 또는 구금의 형기가 최소 6월 이상	홍콩
	punishable by imprisonment or other form of detention	carrying out sentence	imprisonment or detention	

위 【표 2】에서 보듯이, 우리나라는 호주와 처음 조약을 체결하면서 A방식을 채택한 이래, 미국,⁵²⁾ 프랑스⁵³⁾ 등 대부분의 국가와 조약을 체결하면서 기계적으로 보일 정도로 A방식을 채택하였다. A방식은 ① 대체로 1년/2년 이상의 자유형(deprivation of liberty) 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄를 인도대상범죄로 하고, ② 자유형이 선고(sentenced to deprivation of liberty)된 자에 대한 범죄인인도청구는, ③ 복역하여야 할 잔여 형기(sentence remains to be served)가 일정 기간(4월, 6월, 9월 등 다양) 이상 남아 있어야 한다는 형식으로 되어 있다. 즉, A방식에서는 “deprivation of liberty”는 「자유형」을 의미하고, 인도대상범죄로 자유형을 선고받고 잔여 형기가 일정 기간 이상 남아 있는 경우에만 그 자유형의 집행을 위한 범죄인인도가 허용되는

51) 우리나라와 남아프리카공화국, 쿠웨이트와 사이에 체결한 조약원문은 국회와 외교통상부 인터넷 공개자료에서 검색할 수 없어서 분석에서 제외하였다.

52) 1998년 6월 10일 체결, 1999년 12월 20일 발효.

53) 2006년 6월 6일 체결, 2008년 6월 1일 발효.

것으로 해석된다. 따라서 “deprivation of liberty”가 자유형 이외에 「기타 자유박탈처분」을 포함한다고 해석하는 것은 자의적인 해석이라고 할 것이므로, 벌금형 미납 시의 노역장유치집행을 위한 인도는 허용되지 않는다고 할 것이다.

그런데 우리나라는 일본, 중국, 홍콩과 조약을 체결하면서는 A방식과 다른 방식을 취하였다. 다른 방식을 취한 데는 나름대로의 이유가 있을 것으로 생각하지만, 상세한 교섭경위의 관한 자료가 없기 때문에 이를 추측해 볼 수밖에 없는 실정이다. B방식을 채택한 일본과의 조약은 다음 항에서 살펴보기로 하고, 먼저 2000년 10월 18일 체결한 중국과의 조약에서 채택한 C방식을 살펴본다. C방식은 ① 1년 이상의 징역 또는 금고형(penalty of imprisonment) 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄를 인도대상범죄로 하고, ② 징역 또는 금고형이 선고(sentenced to the penalty of imprisonment)된 자에 대한 범죄인인도청구는, ③ 복역하여야 할 잔여 형기(sentence remains to be served)가 6월 이상 남아 있어야 한다는 형식으로 되어 있다. C방식은 “deprivation of liberty”는 용어를 사용하지 않고 “penalty of imprisonment”라는 용어를 사용하고 있는데, 한국어본에는 이를 「징역 또는 금고형」이라고 표기하였다. 징역 또는 금고형은 모두 자유형에 해당하는 것이므로 C방식도 A방식과 마찬가지로 자유형인 징역이나 금고형을 선고받고 잔여 형기가 6월 이상 남아 있는 경우에만 형의 집행을 위한 범죄인인도가 허용된다.

중국과 사이에 이 방식을 채택한 것은 우리나라는 징역형과 금고형이 나누어져 있음에 반하여, 중국 형법은 징역형만을 두고 있으며, 형벌체계도 우리와 다르기 때문에 이를 고려한 것이 아닌가 생각된다. 중국 형법은 형벌에는 주형과 부가형이 있다고 규정하면서, 주형으로서 사형, 無期徒刑(life imprisonment), 有期徒刑(fixed-term imprisonment), 拘役(criminal detention), 管制(public surveillance)를 규정하고 있다(중국 형법 제28조). 도역은 우리나라의 징역형에 해당하고, 구역은 1개월 이상 6개월 이내 교도소가 아닌公安기관에 구금되어 노역 등에 처하는 형벌이며, 관제는 3개월 이상 2년 이내 공중의 관찰을 받는 것으로 구금을 수반하지 아니 한다. 그리고 중국 인도법은 인도범죄를 1년 이상의 유기도역(fixed-term imprisonment) 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄로 규정하고, 형벌(criminal penalty)의 집행을 위한 범죄인 인도청구는 복역하여야 할 형기가 인도청구 시점에서 적어도 6월 이상 남아 있어야

한다고 규정하고 있다(동법 제7조 나항).

D방식은 중국 정부로부터 협정체결권한을 위임받은 홍콩과 사이에 2006년 6월 26일 체결한 조약에서 채택한 방식이다. D방식은 ① 1년 이상의 자유형 또는 다른 형태의 구금(imprisonment or other form of detention) 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄를 인도대상범죄로 하고, ② 범죄인인도가 형(sentence)의 집행을 위하여 청구된 경우에는, ③ 자유형 또는 구금(imprisonment or detention)의 형기(remains to be served)가 6월 이상 남아 있어야 한다는 형식으로 되어 있다. D방식은 “deprivation of liberty”는 용어를 사용하지 않고 「자유형」을 “imprisonment”로, 「다른 형태의 구금」을 “other form of detention”로 사용하고 있다. D방식도 기본적으로 C방식과 마찬가지로 자유형이나 다른 형태의 구금형을 선고받고 잔여 형기가 6월 이상 남아 있는 경우에만 형의 집행을 위한 범죄인인도가 허용된다. D방식은 중국의 특별행정구인 홍콩과 조약을 체결하는 것이므로 중국 형법의 위 형벌 규정, 즉 “imprisonment”(징역)과 “detention”(구역)을 나누고 있는 것도 고려한 것이 아닌가 추측된다. C방식이나 D방식의 조약에 의할 경우에도 A방식의 경우와 마찬가지로 재산형인 벌금형은 그 대상이 되지 못하고, 미납 시의 노역장유치 집행을 위한 인도도 허용되지 아니한다고 해석하여야 할 것이다.

4. 한·미 조약과 일·미 조약과의 비교를 통해 본 한·일 범죄인인도 조약상의 인도범죄

한·일조약은 인도범죄에 관해서 위 【표 2】의 B방식을 채택하고 있다. B방식은 ① 사형·중신형이나 1년 이상의 자유형(deprivation of liberty)으로 처벌할 수 있는 범죄를 인도대상범죄로 하고, ② 인도대상범죄로 인하여 형의 선고(sentence)를 받은 자에 대한 범죄인인도청구는, ③ 사형을 선고받았거나 복역하여야 할 잔여 형기(sentence remains to be served)가 4월 이상 남아 있어야 한다는 형식으로 되어 있다. B방식은 「자유형」(일본어본 拘禁刑)을 “deprivation of liberty”라는 용어로 사용하고 있는 점에서는 A방식과 같으므로 “deprivation of liberty”를 「기타 자유박탈처분」을 포함하는 것으로 해석하기는 어렵다. 따라서 노역장유치를 기타 박탈처분에 포함된다

고 보아 노역장유치집행을 위한 인도가 허용된다고 해석할 여지는 없다.

그러나 B방식은 A방식이나 C방식, D방식과는 다르게, 형의 집행을 위한 범죄인인도 청구에 있어서 그 대상이 되는 선고된 「형」(sentence)이나 「잔여 형기」(sentence remains to be served)를 표현하면서 구체적으로 어떤 형인지에 대하여 부기하지 않고 있다. 따라서 예컨대, 이 사건과 같이 1년 이상의 자유형으로 처벌할 수 있는 인도범죄를 범하여 유죄판결을 선고받으면서 자유형과 벌금형이 병과되어 벌금형의 집행을 위하여 범죄인인도청구가 된 경우, 그 대상이 된 판결이 자유형이 아니라 벌금형이더라도 벌금형이나 노역장유치는 조약상의 「형」(sentence)에 해당하고, 미납 시 노역장유치집행기간은 「잔여 형기」(sentence remains to be served)에 해당하므로 범죄인인도청구가 가능하다고 해석할 가능성이 없는 것이 아니다.

그러나 범죄인인도가 초기부터 중대한 범죄를 그 대상으로 하고 있었고, 수사를 위해서든 재판을 위해서든 판결의 집행을 위해서든 모든 범죄인인도는 1년 이상의 자유형이나 그 이상의 형벌로 처벌할 수 있는 범죄에 한하도록 규정한 뒤, 특히 판결의 집행을 위해서는 복역하여야 할 잔여 형기가 4월 이상 남아 있어야 한다고 규정하고 있는 조약 체계에 비추어 볼 때, 판결의 집행의 대상이 되는 선고형도 당연히 자유형을 의미한다고 해석하여야 하는 점에서 위와 같은 해석은 그 자체 잘못되었다고 생각된다.

그럼에도 불구하고 과연 위와 같은 해석이 가능한지, 한·미조약, 일·미조약⁵⁴⁾ 상의 인도범죄에 관한 규정을 비교하면서 살펴본다. 우리나라가 일본과 조약을 체결하면서 대부분의 나라들과 체결하던 방식인 A방식과 다르게 B방식에 따라 인도대상범죄를 규정한 것은 특별한 의미가 있어서라고 보다는 일본이 처음으로 범죄인인도조약을 체결한 미국과의 조약 상의 문언(영문본)을 그대로 원용한 것이 아닌가 생각된다. 이는 【표 3】과 【표 1】을 함께 비교해 보면 바로 알 수 있다.

54) 1978년 3월 3일 체결, 1980년 3월 26일 발효.

【표 3】 한·미 범죄인인도조약과 일·미 범죄인인도조약 상의 인도범죄

구 분	한·미 범죄인인도조약	일·미 범죄인인도조약
인도범죄	1년 이상의 <u>자유형</u> 또는 그 이상의 중형으로 처벌할 수 있는 범죄 (제2조 제1항)	조약 별표의 범죄로서, 사형, 무기 또는 장기 1년을 초과하는 <u>구금형</u> 에 처하는 것으로 되어 있는 범죄 (제2조 제1항)
	An offense shall be an extraditable offense if, at the time of the request, it is punishable under the laws in both Contracting States <u>by deprivation of liberty for a period of more than one year, or by a more severe penalty.</u>	(생략) when such an offense is punishable by the laws of both Contracting Parties <u>by death, by life imprisonment, or by deprivation of liberty for a period of more than one year;</u> (생략)
집행을 위한 인도	범죄인인도 요청이 청구국의 법원에서 인도가능한 범죄로 <u>자유형을 받은 자에</u> 관련된 경우 잔여형기가 4월 이하이면 이를 거절할 수 있다 (제2조 제7항)	인도청구되는 자가 제1항의 적용을 받는 범죄에 관하여 청구국의 재판소에 의하여 형의 선고를 받은 경우에는, 그 자가 사형선고를 받은 경우 또는 <u>복역하여야 할 잔여형이 적어도 4개월</u> 인 경우에 한하여 인도한다. (제2조 제2항)
	Where the request for extradition relates to a person <u>sentenced to deprivation of liberty</u> by a court of the Requesting State for any extraditable offense, extradition may be denied if a <u>period of less than four months remains to be served.</u>	In the case in which the person sought has been <u>sentenced</u> by a court of the requesting Party for any offense to which paragraph 1 applies, extradition shall be granted only if the person has been sentenced to death or if <u>the sentence remaining to be served is at least four months.</u>

일·미조약의 규정을 살펴보기 전에 먼저 일본의 도망범죄인인도법의 규정을 보면, 우리 범죄인인도법과 마찬가지로 인도범죄에 관하여만 규정하고 있을 뿐, 재판의 집행을 위한 범죄인인도에 관한 특별규정은 두고 있지 않다. 그리고 우리법이 “대한민국과 청구국의 법률에 의하여 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 「자유형」에 해당하는 범죄”를 인도범죄로 규정하고 있음에 반하여, 일본법은 “청구국의 법령에 의하여 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 「구금형」에 해당하고(동법 제2조 제3호), 인도범죄와 관련된 행위가 일본국에서 행하여졌다고 할 경우, 당해 행위가 일본국의 법령에 의하여 사형, 무기 또는 장기 3년 이상의 「징역 또는 금고」에 처하여야 할 범죄에 해당할 경우(제2조 제4호)”에만 범죄인인도가 가능하도록 규정하고 있다(동법 제2조).⁵⁵⁾ 즉, 청구국과 일

55) 조약에 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 따른다(도망범죄인인도법 제2조 단서).

본국에서 인도범죄의 기준이 되는 법정형을 「구금형」과 「징역 또는 금고」로 다른 표현을 쓰고 있다. 이는 경미한 범죄를 인도대상에서 제외하기 위하여 일본의 법정형 중에서 자유형 중 징역 또는 금고만이 대상이 되도록 한정하면서도,⁵⁶⁾ 다른 국가에서는 징역 또는 구금 외에 다른 표현을 사용할 수도 있는 것이므로 이를 고려하여 구금형이라는 표현을 쓴 것으로 보인다.

일·미조약 제2조 제1항, 제2항은 한·일조약 제2조 제1항, 제2항의 규정방식, 즉 위 B방식과 동일하게 규정되어 있다. 다만, 한·일조약 제2조 제1항의 「자유형」(deprivation of liberty)이 일·미조약 제2조 제1항에는 「구금형」(deprivation of liberty)으로 되어 있는 것이 서로 다를 뿐이다. 그런데 일본에서는 일·미조약 제2조 제2항의 「형」(sentence)은 바로 「구금형」을 의미하는 것으로 해석되고 있다. 예컨대, 1980년 3월 26일 일·미조약이 발효된 지 얼마 후에 법무성 담당부서(형사국) 관계자가 조약내용을 해설하면서, “기결(既決)의 범죄인인도에 관하여 일미신조약은 선고된 형을 4월 이상의 구금형 이상의 형으로 한정하고 있다”고 기술하고 있다.⁵⁷⁾ 이러한 해석에 비추어 일·미조약에 있어 판결의 집행을 위한 범죄인인도는 사형을 선고받은 경우 외에는 「구금형」을 선고받은 경우에 한정된다고 할 것이다.

이러한 해석은 일·미 조약의 관련 규정과 같은 형식으로 규정된 한·일조약에서도 마찬가지라고 할 것이다. 이는 2002년 6월 21일 한·일조약이 발표된 지 얼마 후에 조약체결을 담당하였던 전 법무성 담당부서(형사국) 관계자가 조약내용을 해설하면서, “본조 제2항은 일미조약 제2조 제2항과 동일한 규정이다. 이미 유죄판결이 확정된 경우에 인도청구절차에 소요되는 노력, 경비 등과의 균형을 고려하여, 형이 사형인 경우나 미집행의 구금형이 4개월 이상 있는 때에 한해서 인도를 행하는 것으로 하였다”고 기술하고 있는 점⁵⁸⁾에서 쉽게 알 수 있다. 따라서 한·일조약에 있어 판결의 집행을 위한 범죄인인도는 사형을 선고받은 경우 외에는 「자유형」을 선고받은 경우에 한정된다고 해석하여야 할 것이다.

56) 伊藤榮樹, 逃亡犯罪人引渡法解説, 法曹時報 第16卷 第6號(1964), p.793.

57) 馬場俊行, 日米犯罪人引渡条約について, ジュリスト No.720(1980. 7. 1), p.74.

58) 瀬戸毅, 犯罪人引き渡しに関する日本国と大韓民国との間の条約(1), 現代刑事法 No.41(2002. 9), p.68.

IV. 결 론

이상으로 한·일조약에 따라 벌금미납자에 대한 노역장유치를 집행하기 위하여 범죄인인도를 할 수 있는지에 관하여 살펴보았는데, 이를 요약하면 다음과 같다.

먼저, 노역장유치는 벌금형을 자유형으로 환형한 환형처분이라는 입장에서는 노역장유치는 한·일조약 제2조 제1항의 「자유형」(deprivation of liberty)은 물론 제2조 제2항의 선고된 「형」(sentence)에 해당하고, 노역장유치기간은 「복역하여야 할 잔여 형기」(sentence remaining to be served)에 해당하므로 벌금미납 시의 노역장유치집행을 위한 범죄인인도는 허용된다고 해석할 것이다. 노역장유치가 벌금과 동시에 선고되고, 자유형과 마찬가지로 교도소에 수용된다는 점에서, 실질적으로는 자유형과 유사한 성격을 지니고 있는 것은 사실이다. 그러나 위에서 살펴 본 대로 이는 집행의 편의에 따른 것이며, 노역장유치는 형법 제41조의 형에 해당하지 아니하므로 그 법적 성격은 어디까지나 벌금의 특별한 집행방법에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 노역장유치는 한·일조약 제2조 제1항의 「자유형」(deprivation of liberty)은 물론 제2조 제2항의 선고된 「형」(sentence)에도 해당하지 아니하고, 노역장유치기간은 「복역하여야 할 잔여 형기」(sentence remaining to be served)가 될 수 없으므로 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도는 허용되지 아니 한다고 해석하는 것이 타당하다.

다음으로, 범죄인인도는 자유형 기타 자유박탈처분을 그 대상으로 하고, 한·일조약 제2조 제1항의 「자유형」의 영문본의 표현인 “deprivation of liberty”는 자유형 외에 「기타 자유박탈처분」까지도 포함하는 것이므로 노역장유치는 기타 자유박탈처분으로서 제2조 제2항의 선고된 「형」(sentence)에도 해당하고, 노역장유치기간은 「복역하여야 할 잔여 형기」(sentence remaining to be served)에 해당되므로 범죄인인도가 허용된다는 주장이 있을 수 있다. 그러나 대부분의 다자조약이나 타국 사이의 양자조약에서 사용된 용어들을 종합하면, 대체로 「자유형」을 표현할 때는 “deprivation of liberty”라는 용어를 사용하고 있으며 (유럽협약, 미국·유럽연합조약), 이와는 달리 “imprisonment” (유엔모델조약)나 “penalty” (미국·서독조약)라는 용어를 사용하는 경우도 그 실질은 “deprivation of liberty”라고 파악하고 있다. 반면에, 「기타 자유박탈처분」을 표현할 때는 “other deprivation of liberty”라는 용어를 사용하거나(유엔모델조약) “any order

involving deprivation of liberty”, 즉 “detention order”라는 별도의 용어를 사용하고 있는데(유럽협약, 베네룩스협약, 미국·서독조약), 그나마 이것은 보안처분을 염두에 둔 것임을 알 수 있다. 그리고 우리나라가 체결한 양자조약도 대부분 위 A방식을 택하고 있는데, 거기서도 “deprivation of liberty”는 「자유형」만을 의미한다. 따라서 한·일조약 제2조 제1항의 “deprivation of liberty”가 자유형 뿐 아니라 기타 자유박탈처분을 포함하는 개념인데, 노역장유치는 기타 자유박탈처분에 해당되어 범죄인인도가 가능하다는 해석은 자의적인 해석이라 할 것이므로 위 주장은 타당하지 않다고 할 것이다.

나아가 우리나라가 체결한 다른 나라와의 조약에서는 판결의 집행을 위한 범죄인인도청구의 대상인 선고된 「형」(sentence)이나 「잔여 형기」(sentence remains to be served)를 표현하면서 「자유형」(위 A방식), 「징역 또는 금고」(위 C방식), 「자유형 또는 구금」(위 D방식)에 한정하고 있으나, 한·일조약에서는 위와 같이 한정함이 없이 단순히 「형」이나 「잔여 형기」라고 표현하고 있으므로 노역장유치도 이에 해당된다고 주장할 여지도 있다. 그러나 범죄인인도가 초기부터 중대한 범죄를 그 대상으로 하고 있었고, 수사를 위해서든 재판을 위해서든 판결의 집행을 위해서든 모든 범죄인인도는 1년 이상의 자유형이나 그 이상의 형벌로 처벌할 수 있는 범죄에 한하도록 규정한 뒤, 특히 판결의 집행을 위해서는 복역하여야 할 잔여 형기가 4월 이상 남아 있어야 한다고 규정하고 있는 조약체계에 비추어 볼 때, 판결의 집행의 대상이 되는 선고형도 당연히 자유형을 의미한다고 해석하여야 할 것이다. 그리고 위와 같은 규정방식(B방식)은 일·미조약의 규정을 그대로 원용한 것인데, 앞서 살펴 본대로 일·미조약의 해석으로도 위 「형」은 「구금형」(=자유형)에 한정되는 것이므로 위 주장은 타당하지 않다.

이처럼 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도청구는 현행법과 조약의 해석에 비추어 허용되지 아니한다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 양국 당국에서 위 사건에 관하여 범죄인인도절차를 진행한 근거에는 해외로 도피한 고액벌금 미납자에 대한 엄정한 법 집행을 위해서는 범죄인인도청구가 필요하다는 형사정책적 필요성에 대하여 공통적인 이해가 있었던 것이 아닌가 생각된다. 앞서 살펴 본 법리적인 문제점을 해결하고 해외 도피 고액벌금 미납자에 대하여도 범죄인인도청구가 가능하도록 하기 위해서는 입법적인 조치가 필요하다고 생각된다. 첫째, 노역장유치를 대체자유형으로 규정하여 벌금을 납부하지 아니할 경우에 대체자유형을 집행하도록 형법을 개정하는 방안이 있을 수 있

다(독일 형법 제43조의 예). 이 경우에는 벌금형을 일수벌금제로 하는 방안이 함께 검토되는 것이 바람직하다. 둘째, 범죄인인도법 제5조의 범죄인인도의 기본원칙 규정을 개정하여 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하도록 하고, 제6조의 인도범죄에 관한 규정을 개정하여, 판결의 집행을 위한 범죄인인도에 관한 조항을 신설하면서(독일 IRG 제3조 제3항의 예) 노역장유치의 집행도 이에 포함시키는 방안이 있을 수 있다. 이 경우에는 셋째로, 일본과 미국, 중국과 같이 고액벌금자들이 쉽게 도피할 수 있는 나라와 사이에는 기존에 맺은 조약에 관한 보충조약을 체결하여 노역장유치의 집행을 위한 범죄인인도가 가능하도록 하고, 앞으로 맺을 조약에서는 범죄인인도법의 개정 취지가 반영되도록 할 필요가 있다.

Extradition for the Execution of Punishment in Treaty on Extradition Between the Republic of Korea and Japan

- Allowability of Extradition for Execution of the Custody in a Workhouse on Fine Default

Cho, Kyoon-Seok^{*}

With the recent rise in the number of fugitives from justice who flee to other countries after committing serious crimes, strict enforcement of law through extradition has become essential. In particular, many fugitives have fled to Japan due to close proximity. Korea and Japan signed the Treaty on Extradition on April 8th, 2002 to respond to the issue. The treaty defines that extraditable offenses are offenses which are punishable under the laws of both Parties by death, by life imprisonment, or by deprivation of liberty for maximum period of at least one year. In the case in which the person sought has been sentenced by a court of the Requesting Party for any extraditable offenses, extradition shall be granted only if the person sought has been sentenced to death or if the sentence remaining to be served is at least four months.

Extradition usually involved persons committing offences which are punishable by deprivation of liberty or who were sentenced to the same; however, there was a case recently in which the Ministry of Justice made extradition request to Japan to execute ‘custody in a workhouse’ imposed to failure to pay fine(here in after called as ‘custody in a workhouse’). The decision seems to be based on the judgment that custody in a workhouse corresponds to the imprisonment made instead of pecuniary punishment as sanction conversing pecuniary punishment. Or otherwise, according to the treaty, the terms ‘punishment by deprivation of liberty’ or ‘sentence’ include other types of deprivation of liberty other than imprisonment, justifying the above extradition.

^{*} Professor, Department of Law, Ewha University, Ph.D. in Law

According to article 41 of the criminal law that lists kinds of punishment, however, the custody in a workhouse is not one of them. Although it shares some characteristics with deprivation of liberty in that custody in a workhouse may be concurrently ordered and the person is confined in prison, it is only for the purpose of convenience of execution. Unless it is stipulated that failure to pay fine will be replaced by deprivation of liberty, custody in a workhouse has the characteristics of special method of execution of pecuniary punishment.

In most treaties including the European Convention on Extradition the term of “deprivation of liberty” means only imprisonment and is distinguished other types of deprivation of liberty which are described as “any order involving deprivation of liberty” or “detention order.” The detention order usually means security measures. Most treaties Korea signed also use the term “deprivation of liberty” to refer to imprisonment. Further, “sentence” needs to be interpreted as to mean “punishment by deprivation of liberty” under the treaty between Korea and Japan because of two reasons; 1) in the Treaty between Korea and Japan, extraditable offences for the purpose of prosecuting, trial or the execution of a sentence shall be granted only if extraditable offences are punishable by deprivation of liberty for maximum period of at least one year or by a more severe penalty, 2) especially extradition for the executing of a sentence shall be granted only if the person sought has been sentenced to death or if the sentence remaining to be served is at least four months. Especially, the treaty between Korea and Japan modeled after the provisions of the Extradition Treaty between Japan and the United States of America which confined the term “sentence” to mean “punishment by deprivation of liberty.”

Therefore, extradition between the two countries for custody in a workhouse due to the failure to pay fine cannot be allowed. In order for such extradition to be allowed the custody in a workhouse should be promulgated a kind of imprisonment which replaces pecuniary punishment as is in Germany, or current

domestic Extradition Law should be modified accordingly, or measures are taken to supplement the current treaty.

❖ Keywords : extradition, Treaty on Extradition between the Republic of Korea and Japan, custody in a workhouse on fine default, punishment by deprivation of liberty