

사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견

2005년 4월 6일 국가인권위원회는 '05년 제8차 전원위원회를 개최하여 국내외적으로 그 존폐에 대하여 첨예하게 대립 중이고 국회에 상정되어 심의중인 사형제도에 대하여 검토한 결과 「국가인권위원회법」 제19조 제1호의 규정에 따라 다음과 같이 의견을 표명한다.

다 음

1. 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야 한다.
2. 다만, 사형폐지 이후의 후속조치로서 감형·가석방 없는 종신형제도, 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도 및 전쟁 시 사형제도의 예외적 유지 등의 방안이 검토될 수 있는 바, 이들 조치의 채택여부는 국회가 입법과정에서 고려해야 할 것이다.

이 유

I. 검토배경

1. 형사정책의 중요한 쟁점

우리 「헌법」 제110조 제4항 단서에 명문으로 규정된 사형은 생명을 빼앗는 형벌로 인간의 사회적 존재를 말살하는 가장 무거운 형벌이며, 국내적으로 사형제도는 그 존폐에 대하여 첨예하게 대립중이고 국제

적으로도 폐지 추세에 있는 형사정책의 중요한 쟁점으로 국가인권위원회가 참여정부에 제출한 10대 인권현안 과제중 하나이다.

2. 국내외 관심고조

사형제도를 폐지한 국가나 전시 등 예외적인 경우에 한해서만 사형을 인정하는 유럽연합국가들과, 사형제도를 유지하고 있는 아시아·중동지역 국가간에 유엔에서의 격돌로 국제적 관심사가 되어 있고, 국내에서는 기독교 등 종교단체가 연합, 서명운동을 벌이는 등 사형제도 폐지에 힘을 모으고 있으며, 최근 국회에서 「사형폐지에관한특별법안」이 상정되어 심사 중¹⁾에 있는 등 관심이 고조되어 있다.

3. 사형에 관한 국민의식조사

국가인권위원회는 사형제도에 대한 다양한 의견을 구하기 위하여 2003년 10월부터 2003년 12월까지 3개월 동안 사형제도에 대한 국민의식조사를 실시하였다. 그 결과 일반국민의 경우 전체국민의 65.9%가 사형존치, 34.1%는 사형폐지에 각각 찬성하였고, 시민단체상근자(85.8%), 교정위원(80.6%), 변호사(60.0%), 국회의원(60.0%), 언론인종사자(54.3%), 법관(53.1%) 순으로 사형폐지에 찬성하는 것으로 조사되었다.

또한 직접적인 살인과 관계없는 범죄에 대하여는 사형을 폐지하여야 한다는 응답이 66.4%로 높게 나타났고, 특히 사형을 부과하고 있는 범죄중 군사범죄(79.4%)와 공안사범(74.3%)에 대한 폐지의견이 높게 나타났다. 오판의 가능성에 대한 응답은 전체의 93%로 아주 높고, 사형집행으로 피해자가족의 원한이 제거된다는 응답은 10.5%로 아주 낮게 나타났으며, 사형수도 인간이기 때문에 모든 생명권은 보호되어야 한다는 응답이 56.5%로 나타났다.

1) 2004. 12. 9. 유인태의원이 대표 발의한 「사형폐지에관한특별법안」은 국회의원 175인이 찬성하여 발의한 법안으로, 그 주요내용은 사형을 폐지하고 종신형으로 대체하라는 것이다.

4. UN 인권이사회의 제안 및 권고

UN 인권이사회(Human Rights Committee)는 대한민국 1차 정부보고서에 대한 최종평가서(1992년)에서 다수의 사람들이 여전히 사형을 선고받고 있는 사실에 우려를 표명하였고, 특히 사형선고를 받는 위반행위에 절도가 포함되어 있다는 점은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제6조에 대한 명백한 위반임을 지적하며 사형범죄를 축소할 것을 권고하였다.

II. 판단의 준거

1. 생명(권) 보장 의무

「세계인권선언」 제3조는 모든 사람의 생명권을 보장하고 있으며, 우리나라 「헌법」은 「독일 기본법」과 「미국 수정헌법」과는 달리 생명권에 대한 명문규정을 두고 있지 않지만, 「헌법」 제10조 후문에 따라 국가는 생명권을 확인하고 보호해야 할 의무가 있다.

2. 비례의 원칙

「헌법」 제37조 제2항에서 규정한 바와 같이 기본권제한의 한계로서 과잉금지의 원칙은 기본권의 제한은 정당한 목적을 추구하여야 하고(목적의 정당성), 그 목적을 달성하기에 수단이 적합하여야 하고(수단의 적합성), 피해를 최소화하여야 하며(피해의 최소성), 제한되는 기본권과 실현되는 공익 사이에는 상당한 비례관계가 있어야(법익의 균형

성) 하는 것을 의미하며,²⁾ 이 부분원칙 중 어느 한 요건이라도 충족되지 않으면 비례의 원칙에 위반된다.

3. 본질적인 내용침해 금지의 원칙

본질적인 내용(당해 기본권의 핵)의 침해금지원칙은 기본권을 제한할 경우에도 그 제한으로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 제한을 금지하는 원칙으로 우리 「헌법」 제37조 제2항 후문에 규정하고 있다.

4. 잔혹하고 이성한 형벌금지의 원칙

개인에게 고의적으로 육체적 또는 정신적으로 극심한 고통 및 피해를 가하는 행위를 금지하는 원칙으로 「세계인권선언」 제5조 “어느 누구도 고문이나, 잔혹하거나, 비인도적이거나, 모욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

5. 양심의 자유

우리 「헌법」 제19조에서 규정하고 있는 양심의 자유는 인간의 존엄과 가치의 내면적 기초가 되는 각자의 윤리의식과 사상을 자유로이 형성하고 또 그것을 외부에 표명하도록 강제당하지 아니할 자유와 더불어 그 윤리의식이나 사상에 반하는 행위를 강요당하지 아니할 자유로서 양심형성(결정)의 자유(절대적 자유), 양심유지의 자유, 양심에 따른 행동의 자유 등을 포함하고 있다.

2) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 95헌가17 결정

Ⅲ. 사형제도에 관한 국내외 동향 및 현황

1. 국내외 동향

가. 국내에서는 한국사형폐지운동협의회 창립(1989.5.)으로 사형폐지운동이 본격적으로 전개된 반면, 헌법재판소는 사형제도에 대하여 합헌 결정(1996.11.28.)을 한 바 있으며, 2005년 4월 현재 「사형폐지에관한특별법안」이 국회 법제사법위원회에 상정되어 심의중에 있다.

나. UN은 1989년 「사형폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제2선택의정서」를 채택하였고, 유럽인권위원회는 2003년 「유럽인권협약 제13추가협약」에서 평화시 뿐만 아니라 전시에도 사형을 완전히 폐지하도록 하였다.

2. 외국의 사형폐지 현황

가. 국제사면위원회에 따르면, 2005년 3월 현재 미국, 일본 등 78개국³⁾이 사형제도를 유지하고 있는 반면에, 독일, 프랑스 등 118개국³⁾이 사형제도를 폐지했거나 제도는 유지한 채 집행은 하지 않고 있다.

나. 지역적으로 유럽·중남미 국가 대부분이 사형제도를 폐지한 반면, 아시아·중동·북미·아프리카 나라들은 사형제도를 유지하고 있다.

다. 일단 사형이 폐지되고 나면 재도입되는 경우는 많지 않지만 1985년 이후 네팔, 필리핀, 잠비아, 파푸아 뉴기니 4개국이 사형제도를 재도입하였는데, 이들 4개국 가운데 네팔은 재도입 이후 다시 폐지하였고, 필리핀은 사형집행을 유보하고 있으며, 잠비아와 파푸아 뉴기니는 재도입하였으나 단 한건의 사형도 집행하지 않았다.

3) 모든 범죄에 사형을 폐지한 국가는 83개국, 일반범죄에 대하여 폐지한 국가는 13개국, 사실상 폐지한(10년 이상 미집행) 국가는 22개국이다.

IV. 사형관련 법령 및 범죄, 판례

1. 사형관련 법령 및 범죄

가. 사형은 「형법」·「군형법」·「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 등 17개 법률 87개의 조항에서 법정형으로 규정하고 있다. 다만, 국제조약의 정신에 따라 18세 미만에 대하여는 사형을 선고하지 않고 있다(「소년법」 제59조).

나. 사형의 주요 대상 범죄는 ① 살인죄(「형법」 제250조), 해상강도 살인·치사·강간죄(「형법」 제340조 제3항), 폭발물사용죄(「형법」 제119조), 현주건조물등방화치사죄(「형법」 제164조 제2항 후문)의 일반형 사범, ② 유인죄의 가중처벌(「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2 제1항 제2호), 상해폭력을 목적으로 한 단체 또는 집단구성 수괴에 대한 가중처벌(「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조), 부정식품제조 등의 처벌(「보건범죄단속에 관한 특별조치법」 제2조 제1항 제3호), 문화재사범가중죄(「문화재보호법」 제83조 제2항)의 정치적 변혁시에 법제정·개정으로 특정범죄에 사형을 추가하는 경우, ③ 내란수괴·중요임무종사죄(「형법」 제87조), 정권탈취목적의 반란수괴·중요임무종사죄(「군형법」 제5조 제1호·제2호)의 정치범, ④ 외환유치죄(「형법」 제92조), 여적죄(「형법」 제93조), 간첩죄(「형법」 제98조), 반국가단체구성의 수괴·중요임무종사죄(「국가보안법」 제3조), 반국가단체 관련 잠입·탈출죄(「국가보안법」 제6조 제2항)의 공안사범, ⑤ 정권탈취목적 없는 반란수괴·중요임무종사죄(「군형법」 제5조 제1호·제2호), 적전 군무이탈죄(「군형법」 제30조 제1항 제1호, 제2항), 집단 항명죄(「군형법」 제45조 제1호), 적전 상관특수폭행·협박죄(「군형법」 제50조 제1호), 총포·탄약·폭발물범죄에 대한 가중처벌(「군형법」 제75조 제1호)의 군사범죄 등이다.

2. 사형관련 판례

가. 대법원 판례

(1) 대법원은 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사상 정책으로서 질서유지와 공공복리를 위하여 「형법」, 「군형법」 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여도 이를 「헌법」에 위반된 조문이라고 할 수 없다고 판시했다.⁴⁾

(2) 한편, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 한다고⁵⁾ 신중하게 심리하고 있다.

나. 헌법재판소 결정

(1) 헌법재판소는 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없고, 우리의 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 당장 무효화하는 것은 타당하지 않다고 결정하였다.⁶⁾

(2) 사형제도에 대한 합헌결정의 주요내용으로 ① 생명권은 기본권 중의 기본권이고 절대적 기본권으로서 이념적으로는 법률유보의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이지만 현실적인 측면에서 볼 때 생명권 또한 법률유보의 대상이 될 수밖에 없고, ② 사형에 의한 생명권의 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인

4) 대법원 1963. 2. 28. 선고 62도241 ; 1967. 9. 19. 선고 67도988 ; 1983. 3. 8. 선고 82도3248 ; 1987. 6. 12. 선고 87도1458 판결

5) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결

6) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

경우에만 적용되는 한 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 「헌법」 제37조 제2항 단서가 금지하는 생명권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없으며, ③ 사형제도는 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 그 위하력이 강한 만큼 이를 통한 일반적 범죄예방효과도 클 것으로 추정하고 있다.

(3) 한편, 위 사형제도의 합헌결정에 대하여 재판관 김진우는 사형제도는 「헌법」 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청에 반할 뿐만 아니라 양심에 반하여 사형을 언도해야 하는 법관 및 사형을 집행해야 하는 집행관들의 양심의 자유와 인간존엄을 침해하는 비인간적인 형벌제도라는 의견을 제시하였으며, 재판관 조승형은 사형제도의 폐지가 이 시대에 요구되는 당위임을 강조하면서 생명권은 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없고 사형은 생명권의 본질적 내용을 침해한다는 반대의견을 제시하였다.

다. 미국 연방대법원과 독일 연방헌법재판소의 결정

(1) 「미연방헌법 수정」 제8조는 ‘잔혹하고 이상한 형벌’을 금지하고 있을 뿐 사형을 직접적으로 금지하고 있지는 않지만 사형의 위헌론을 제기할 경우 사형은 잔혹하고 이상한 형벌 금지의 원칙을 들고 있다.⁷⁾

(2) 사형이 금지된 독일은 형법에서 가석방이 금지된 종신형만을 규정하고 있었으나, 동제도에 대해 독일 연방헌법재판소가 1978년에 위헌 결정⁸⁾ 이후 가석방이 있는 종신형으로 바뀌게 되었다.

7) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (5:4 위헌판결)

8) BVerfGE 45, 192 ; 종신형 자체는 합헌이나, 종신형의 집행시 인간의 존엄성을 파괴할 때에는 위헌이므로 종신형으로 선고받은 자도 근본적으로 다시금 자유를 찾을 수 있는 가능성이 있어야 하며, 특별사면의 가능성 하나만으로는 불충분하고, 오히려 종신형의 집행을 중지하는 전제조건을 세우고 그 절차를 법으로 규정하는 것이 법치국가의 임무라고 결정하였다.

V. 관련 쟁점에 대한 의견

1. 국가의 생명권 보장의무

가. 헌법재판소는 우리 「헌법」이 생명권과 사형폐지를 명문으로 규정하고 있는 「독일기본법」⁹⁾과는 달리 생명권을 규정하고 있지는 않지만, “인간생존의 가장 기초가 되는 ‘생명에 관한 권리’를 부인하면서 ‘인간의 존엄성(「헌법」 제10조)’을 논할 수 없고, 생명권이 인정되지 아니하는 경우에는 ‘신체의 자유(「헌법」 제12조)’를 비롯한 기타의 모든 기본권의 보장이 무의미해진다”는 기본전제하에 「헌법」 해석상 생명권이 당연히 존재하는 것으로 보고 있고,¹⁰⁾ 대법원도 “생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 존엄한 인간존재의 근원인 것”¹¹⁾이라고 밝히고 있다. 또한 학계에서도 생명권을 「헌법」의 어느 조항에서 추론해 내느냐하는 방법론에 있어서 다소 차이를 보일 뿐, 생명권을 우리 「헌법」상의 기본권으로 인정하는 데 의견을 같이 하고 있다.

나. 「세계인권선언」 제3조에서는 “모든 사람은 생명권과 신체의 자유와 안전을 누릴 권리가 있다”고 규정하고 있다. 「세계인권선언」상의 생명권은 동선언의 국제법적 성격으로 인해 국제관습법화된 인권으로 취급됨이 마땅하다. 또한 우리 「헌법」 제10조 전문에는 인간존엄과 가치 및 행복추구권을 규정하고 있고, 후문에 국가의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 규정하고 있다. 「헌법」 제10조는 해석상 생명권을 인정하고 있고, 「헌법」 제10조 후문은 국가의 기본권 보장의무가 있기 때문에 생명권 또한 국가가 보장해야 할 의무가 있다.

9) 「독일 기본법」 제2조 제2항 : 누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거하여서만 제한될 수 있다.

「독일 기본법」 제102조 : 사형은 폐지된다.

10) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

11) 대법원 1963. 2. 28. 선고 62도241 판결 ; 1967. 9. 19. 선고 67도988 판결

2. 생명권의 제한 가능 여부

가. 헌법재판소는 “비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 「헌법」 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 된다”고 판단¹²⁾하고 있으나, 생명권이 절대적 권리인 이상, 우리 「헌법」상의 대표적인 절대적 권리인 양심의 자유가 법률유보조항인 「헌법」 제37조 제2항의 적용을 받지 아니 하듯이 생명권에 대한 제한은 있을 수 없고, 생명권의 본질적인 내용을 침해하므로 사형은 위헌으로 보아야 할 것이다.

나. 우리 「헌법」은 제10조에서 인간의 존엄과 가치를 존중한다고 선언함으로써 반전체주의와 인격주의를 그 이념으로 하고 있으므로 모든 생명은 동일한 가치를 가지게 되고, 결국 생명권은 인간의 본질적인 권리로서 다른 어떠한 법익과의 비교형량도 인정될 수 없으며, 무기징역에 의해서도 국가안보·질서유지·공공복리를 유지하는 데 아무런 어려움이 없음에도 불구하고 사형제도를 두어 생명권을 제한하는 것은 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반된다고 보여진다.¹³⁾

3. 사형의 법적 근거

가. 현행 「헌법」은 사형제도를 명시적으로 인정하거나 부인하는 조항을 두고 있지 않지만, 절대적 기본권이라고 하는 생명권과 양립되기 어려운 사형을 「헌법」에서 확인하고 있다는 것은 「헌법」이 사형제도의 필요성을 인식하고 수용하고 있다는 의미로 이해하고, 헌법재판소

12) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

13) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정, 재판관 조승형의 반대의견

는 ‘사형’이라는 단어가 들어간 「헌법」 제110조 제4항 단서규정을 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로 규정되고 적용될 수 있음을 인정하고 있는 조항으로 해석하고 있다.¹⁴⁾

나. 그러나 「헌법」 제110조 제4항 단서규정은 비상계엄 하에서의 군사재판에 관한 단심 사물관할을 규정하면서 “「계엄법」에 따라 적용되는 사형의 경우에는 단심으로 끝내서는 아니된다”는 주의적 규정으로 존재하고 있다고 보아야 한다. 「헌법」 제110조 제4항 단서규정은 비상계엄이라는 특수한 상황을 전제로 법률상 사형규정을 두고 있다는 현실을 고려하여 규정한 것일 뿐이고, 동조항은 사형선고가 갖는 기본권 침해의 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문규정에 대한 예외를 설정하고 있기 때문에 동 단서조항을 사형제도에 관한 「헌법」적 근거로 볼 수는 없을 것이다.¹⁵⁾

4. 사형 관여자의 양심의 자유 등

가. 사형제도는 법규정에 따라 사형을 판결해야 하는 법관, 사형을 집행해야 하는 사형집행인, 사형집행에 참관해야 하는 사형집행참관인, 사형집행확인인 등 직접적으로 사형에 참여해야 하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치는 물론, 행복추구권까지도 침해하는 비인간적인 형벌제도이다.

나. 사형집행에 참여하는 교정공무원도 자신의 양심과는 무관하게 참여하여야 하기 때문에 교정공무원의 양심의 자유와 인간존엄성 및 행복추구권을 침해한다고 볼 수 있다.

14) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 결정

15) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 결정, 재판관 김진우의 반대의견

5. 비례의 원칙 위반여부

가. 헌법재판소는 「형법」 제250조 제1항에 살인죄에 대하여 법정형으로 사형으로 처벌할 수 있게 규정한 것은 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃었다고 볼 수 없기 때문에 비례의 원칙에 위반되지 않다고 결정하였으나,¹⁶⁾ 사형은 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이상한 형벌로서 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 비례의 원칙에 위반되는 형벌이다.

나. 목적의 적합성

(1) 형벌의 일반적인 목적은 응보, 일반예방 및 범죄억제, 특별예방 내지 교화라고 할 수 있는 바, 형벌의 목적이 응보보다는 교화 쪽으로 기울고 있는 현대사회에서도 사형제도 만큼은 아직도 응보의 수단으로 필요하고,¹⁷⁾ 사형은 범죄의 양산, 질적 흉악화, 조직화, 교묘화를 확실하게 막는 위하력이 있고, 피해자의 생명의 존엄성을 지키는 인도주의로서 그 목적이 타당하다고 주장하고 있으나, 사형은 연대적 보복의 악순환을 가져오는 반인도주의적이며, 사형의 범죄위하력에 대한 효과는 '효과없음'의 확증도 '효과있음'의 입증도 없는 상태일 뿐만 아니라 생명에 대한 비생산적 결과를 더 많이 초래하고 있기 때문에 사형의 범죄 위하력이라는 목적에 적합하지 않다.

(2) 형벌의 목적은 응보만이 아니라 교화에도 있다고 볼 때, 사형은 이러한 목적을 전혀 달성할 수 없는 원시적이고도 무의미한 형벌에 지나지 않고, 이미 제거된 생명을 교육시켜 순화할 수 있는 방법이란 원천적으로 불가능한 일이기 때문에 사형은 교육순화의 목적을 달성할 수 없는 유일한 형벌제도이기 때문에 사형폐지는 인간화의 요청이며, 역사적 정당성과 형사정책적 결과의 반영이라고 할 수 있다.¹⁸⁾

16) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 결정

17) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153(1976)

(3) 국가가 사형이라는 미명하에 공연하고도 합법적으로 살인행위를 하는 것은 국가가 「형법」에서 살인을 범죄로 규정하고 금지하는 사상과 모순되며, 참된 국가는 살인행위자에게도 재생의 기회를 주고 그 생명을 존중해야만 한다.

다. 수단의 필요성

(1) 헌법재판소는 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하고, 흉악범죄자의 재범을 확실하게 방지하기 위한 ‘불가피한’ 선택¹⁹⁾으로 사형제도가 필요하다고 하고 있으나, 사회계약이론에서 국가권력은 개인이 개인에게 가하는 보복보다 경미한 수단으로 동일한 목적을 달성할 때에만 정당화될 수 있고, 사형보다 더 중한 수단이 없기 때문에 사형제도는 필요성의 원칙에 위반된다고 보여진다.

(2) 일벌백계식 엄벌주의보다 체포와 처벌의 확실성이 범죄예방에 더 효과적이며, 사형보다 경미한 수단으로서 가석방없는 무기형이 있기 때문에 불가피하게 꼭 필요하지 않으며, 특히 교정 불가능한 인격 구조는 없기 때문에 사형수의 재사회화 프로그램을 개발하여 시행하여야 하고, 피해자 구제제도를 보완하여 사회적 책임을 강화하여야 할 것이다.

라. 비례성 여부

(1) 대법원은 사형을 피해자의 존엄한 생명가치의 보호를 위한 생명침해이고, 질서유지와 공공복리로서 국민 법감정²⁰⁾상 한국사회 현실에서 필요악(과잉의 정당화)으로 생명보호와 국민 법감정상 목적달성을 위한 수단이 과도하지 않다고 설시하고, 헌법재판소는 사형으로 처

18) 이재상, 「형법총론」(박영사, 1998), 511면

19) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

20) 대법원 1963. 2. 28. 선고 62도241 판결 ; 대법원 1967. 9. 19. 선고 67도988 판결

별할 수 있게 규정한 것은 개별적으로 판단한 결과 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃었다고 볼 수 없다²¹⁾고 합헌 결정하였다.

(2) 그러나 생명은 절대적 가치를 지니고 있기 때문에 불합리한 처벌감정에 기대어 가해자의 생명을 박탈한다는 것은 희생의 한계를 넘어서는 것이고, 일반예방의 목적을 위해서도 형벌은 가능한 한 최소한도로 행사되어야 하는바, 사형이라는 극형을 광범위하게 적용하는 것²²⁾은 ‘국가형벌권의 최소한의 행사’가 아니라 ‘최대한의 행사’라는 점에서 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 무기징역에 의해서도 달성될 수 있는 것인데도 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 피해의 최소성원칙에 반하여 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위배²³⁾되기 때문에 사형 자체는 물론이고 광범위한 범죄에 대한 사형의 적용은 목적달성을 위하여 필요최소한의 수단을 선택하지 않았으므로 비례하지 않는다.

6. 사형의 범죄 억제력

가. 헌법재판소는 “사형을 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 국민일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌”²⁴⁾이라 함으로써 사형의 효과적인 범죄 억제력을 인정하였다.

나. 사형이 위하력을 가지려면 사형을 폐지한 국가에서 사형범죄가 사형제도를 폐지하기 전이나 사형제도를 가지고 있는 국가에 비하여

21) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

22) 우리나라는 사형을 17개 법률 87개 조항에 규정하고 있다.

23) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정, 재판관 김진우의 반대의견

24) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

훨씬 더 많이 발생하여야 할 것임에도 불구하고, 사형을 폐지한 어떤 나라에서도 이와 같은 통계가 나타나지 않았기²⁵⁾ 때문에 이러한 주장은 심리학적·사회학적·통계학적으로 설득력이 없다.

다. 실제로 UN이 1988년과 2002년도에 사형의 범죄예방효과에 대하여 조사한 결과 ‘사형제도가 살인억제력을 가진다는 가설을 수용하는 것은 신중하지 못하며, 조사결과 통계수치는 사형제도를 폐지하더라도 사회에 급작스럽고 심각한 변화가 일어나지는 않을 것’²⁶⁾이라고 결론 지었다.

라. 이와 같은 결과는 우리나라에서도 마찬가지로서 2002년도 범죄백서를 보면, 1997년에 살인사건이 789건이나 발생하자 23명의 사형수를 처형하였으나, 그 다음해인 1998년에는 범죄발생건수가 전년도보다 177건이 증가한 966건이었다.²⁷⁾

마. 또한 사형과 같이 잔혹한 형벌을 과다하게 적용하다보면 일반인까지 심리적으로 이에 익숙하게 되어 위하와 예방적인 목적에 역효과를 가져오게 되고, 설령 형벌의 목적이 일반인과 범죄인에 대한 경고를 통하여 장래의 범죄를 예방하는 데 있다고 하더라도 그러한 목적성 내지 필요성에 반하는 형벌은 정당화될 수 없다.

7. 오판의 가능성

가. 사형제도의 존치론자는 오판의 가능성에 대하여 사형 아닌 다른 모든 형사절차에도 존재하고, 사법운용의 개선(유전자 감식 등)으로 수사·과학화와 사법절차를 개선하면 오판가능성은 최소화할 수 있기

25) Thorsten Sellin, The Penalty of Death, Sage Publications, 1982, 75~80면.

26) Roger Hood, The Death Penalty : Worldwide Perspective, Oxford University Press, 3rd ed., 2002, 214면.

27) 법무연수원, 「범죄백서」 2002, 54면.

때문에 극히 부분적인 오판의 우려로 사형제도 전체를 부정하는 것은 무리라고 주장하고 있으나, 오판에 의하여 사형이 집행되었을 경우 그 생명은 회복할 수 없고, 무고하게 제거된 한 생명의 가치는 아무리 ‘공공의 이익’을 강조하더라도 정당화될 수 없다.²⁸⁾

나. 국가인권위원회가 조사한 국민의식조사에서는 우리나라 사법제도에 상 오판의 가능성이 있다는 응답이 일반국민 전체의 93%이고, 특히 시민단체상근자, 국회의원, 언론인, 교정위원 등의 90%이상은 사법판단에 대한 불신을 나타내고 있고, 오판의 가능성 때문에 사형제도를 폐지하는데 동의한다고 응답한 경우는 62.4%로 나타났다.²⁹⁾

8. 국민의 법감정

가. 흉악 범죄에 대하여는 사형이 불가피하다는 것이 국민 일반이 가지는 법적 확신이고 법감정이라는 주장으로, 헌법재판소도 형벌로서의 사형이 우리의 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 지금 곧 이를 완전히 무효화시키는 것이 타당하지 않다고 논증하고 있다.³⁰⁾

나. 헌법재판소가 95헌바1 사건을 판단함에 있어 단순히 ‘국민일반의 법감정, 우리의 문화수준이나 사회현실’이라는 추상적인 용어를 사용하고 있으나, 이에 대하여 재판관 조승형은 “국민일반의 법감정이 무엇을 의미하는지는 알 수 없으나, 국민여론을 뜻하는 것으로 이해하면, 여론조사결과는, 모든 국민에게 필요한 정보를 완전하게 전달한 후가 아니면, 사형폐지론을 비판하는 데에 남용되는 의도적인 산물일 뿐 국민일반의 법감정으로 정당화시킬 수는 없고, 생명은 평범이상의 신비스러운 외경의 존재이므로 이와 같은 평범한 서민감각을 일반의

28) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정, 재판관 조승형의 반대의견

29) 국가인권위원회, 「사형제도에 대한 국민의식조사」, 2003, 48면, 99면, 133면, 167면, 200면.

30) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정

경우와 동일하게 국민 일반의 법감정으로 승화하거나 정당화시킬 수는 없다”고 개진한 의견에 주목할 필요가 있다.³¹⁾

다. 대표적인 절대왕정국가로서 가장 잔인한 사형제도를 유지해 오던 프랑스의 경우 여론조사결과 사형존치론이 더 우세한 가운데에도 1981년 사형이 폐지되었음에 유의할 필요가 있다. 1981년에 사형을 폐지할 때 국민의 66%가 반대하자, 미테랑 대통령은 “의원들이 올바른 입법을 하는 것이 유권자들의 의지를 존중하는 것이며, 그것이 바로 민주주의법칙에 부합하는 것”이라며 사형폐지를 주도하였다.

라. 독일의 경우 사형폐지이후 사형부활론이 제기되어 여론조사 결과 사형부활찬성이 53%임에도 불구하고 “사형은 폐지한다”라고 규정된 「독일기본법」 제102조는 개정되지 않았고, 영국은 1965년 사형이 폐지된 이후 역사적 배경에서 비롯된 각종 테러범의 증가와 흉악범의 출현으로 「사형부활법안」이 여러 차례 의회에 상정되었으나 그 때마다 부결되었다.

마. 따라서 법은 현재 존재하는(Sein) 현상만이 아니라 당연히 존재하여야 할 당위(Sollen)의 모습을 담은 규범이라는 명제를 받아들인다면, 국민의 법감정이나 국민여론을 이유로 사형제도를 정당화할 수는 없다.

9. 피해자의 인권

국민의 법감정과 관련하여 사형을 폐지하면 억울하게 살해당한 피해자의 인권이 없어진다면 ‘피해자의 감정’ 때문에 사형을 존치시켜야 한다는 주장도 제기되고 있으나, 사형이 피해자의 생명을 되찾아주지 못하고, 그 가족들의 손실을 덜어주지도 못할 뿐만 아니라, 가해자 가족에게도 슬픔과 고통을 야기시키며 때로는 폭력의 악순환을 더할 뿐이기 때문에 사형은 폐지되어야 한다.

31) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정, 재판관 조승형의 반대의견

VI. 사형폐지 이후의 조치 방안에 대하여

1. 사형폐지와 더불어 사형에 대신해야 할 대체형을 어떻게 마련할 것인지가 문제이다. 즉, 사형을 폐지하고 현행의 무기형으로 할 것인지, 또 다른 차원에서 사형의 대체형의 방안을 마련하여야 할 것인지를 사형폐지시 고려하여야 할 것이다. 반인륜적 범죄자들에 대한 피해자 가족의 피해와 감정을 고려하고 인간의 생명을 박탈하지 않고 재사회화가 불가능할 정도의 흉악범을 사회로부터 격리하면서도 오판의 경우에 그것을 시정을 할 수 있는 형벌로서 사형보다는 더욱 인도주의적인 방안이 고려되어야 할 것이다.

2. 사형을 대체할 수 있는 방안으로 수형자가 자연사할 때 까지 자유가 박탈되는 형벌로서 감형·가석방없는 종신형제도와 일정기간 감형·가석방을 할 수 있는 무기형제도가 있다. 감형·가석방없는 종신형제도는 주로 사형제도를 폐지했던 국가들이 채택했던 제도로서, 이 제도는 시간이 경과하면서 일정기간 감형·가석방없는 무기형제도로 전환하는 추세를 보이고 있다. 또한 평화시에 사형을 폐지하더라도 전시 또는 전쟁의 급박한 위협이 발생할 경우에 예외적으로 사형을 유지할 수 있도록 하는 제도 등의 의견이 제시되고 있다. 위와 같은 사형폐지 이후의 조치에 대한 여러 방안들이 입법시 고려되어야 할 것이다.

VII. 결 론

1. 위와 같은 논거에 따라 사형제도는 생명권의 본질적인 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야 하고,

2. 다만, 사형폐지 이후의 조치에 대해서는 감형·가석방 없는 종신형

제도, 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도 및 전쟁 시 사형제도의 예외적인 유지 등의 의견이 있는 바, 이러한 후속 조치에 대해서는 국회가 입법과정에서 고려해야 할 것이다.

3. 위 의견표명에 대하여 재적위원 11인 중(9인 출석) 과반수인 8인 위원의 의견이 일치되었고, 위원 김호준은 아래와 같이 반대의견을 개진하였다.

VIII. 위원 김호준의 반대의견

1. 사형제도는 「헌법」에 위반되지 않는다는 것이 헌법재판소와 대법원의 일관된 입장이다. 사형제도의 개선에 관한 논의는 그 제도 자체의 일률적인 존폐의 문제로 다룰 것이 아니라, 사형을 법정형으로 규정하고 있는 형벌규정들을 개별적으로 검토하여 해당 범죄에 대하여 형벌로서 사형을 두고 있는 것이 타당한지를 따져가는 방식으로 접근해야 할 것이다.

2. 사형제도가 어느 정도 해당 범죄에 대한 억제력을 가지고 있다는 것을 전적으로 부인하기는 어려우며, 이를 넘어서 타인의 생명을 부정하는 불법행위를 행하고, 교정교화를 기대할 수 없는 흉악범에 대한 최후의 응보형으로서의 사형은 여전히 국민 일반의 정의로운 법감정에 부응한다고 본다. 또한 현실적으로 우리나라는 지난 10년 가까이 사형집행이 이루어지지 않고 있어 사실상 사형폐지국가라고 할 수도 있으며, 따라서 만에 하나 사법판단에 오류가 있는 경우에도 이를 시정할 수 있는 기회가 있다.

3. 결국 사형제도를 존치하느냐 폐지하느냐의 논의는 결과에 있어 실질적으로는 큰 차이가 없는 ‘선택의 문제’라고 생각되나, 위와 같은 이유로 현 시점에서의 전면적인 사형제 폐지의견에는 동의할 수 없다.

2005. 4. 6.

위원장 조 영 황

위 원 최 영 애

위 원 김 호 준

위 원 정 강 자

위 원 김 만 흠

위 원 나 천 수

위 원 이 해 학

위 원 정 인 섭

위 원 최 금 숙