현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 위헌성[1)]

I. 사실관계

2017년 1월 29일, 퀘백 이슬람 대사원에 4명의 어린이들을 포함한 46명의 사람들이 저녁 기도를 위해 모여 있었다. 피상고인 Alexandre Bissonnette (이하 '피상고인')는 반자동소총과 권총으로 무장하고 이곳에 들어가 총을 발사하여 2분도 되지 않는 시간에 6명을 죽이고 5명에게 중상을 입혔다. 피상고인은 6건의 1급 살인을 비롯한 12건의 기소건에 대해 자신의 범행을 인정하였다.

캐나다 형법에 따르면 1급 살인은 무기징역 이상의 형에 처해지고, 가석방의 가능성이 없는 25년의 기간을 복역한 후에야 가석방 적격심사를 받을 수 있다. 보통, 범죄자들은 각 형(刑)을 동시에(concurrently) 살지만, 형법 제745.51조[2)]는 여러 상황을 고려하여 법원이 가석방 불가 기간을 각 살인에 대한 형마다 연속적으로(consecutively) 이어서 적용할 수 있도록 허용하였다.

이 사건의 피상고인도 무기징역형에 처해졌으며, 검사는 형법 제745.51조에 따라 가석방 불가 기간을 각 살인죄의 형마다 연속적으로 적용하여, 6건의 1급 살인에 대해 각각 25년, 총 150년의 가석방 불가 기간을 적용해줄 것을 법원에 요청하였다. 피상고인은 형법 제745.51조가 위헌이라고 주장하였다.

---

1) R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23 (2022. 5. 27. 선고).

2) **캐나다 형법 제745.51조**

가석방 불가 - 다수살인

(1) 이미 1개 이상의 살인이 유죄로 인정된 자에 대하여 별건의 살인을 유죄로 인정하여 제745조(종신형)에 따라 형을 선고할 때에는, 그 범죄자의 재판을 주재하는 판사, 또는 그 판사가 할 수 없을 경우 같은 법원의 어떤 판사라도 범죄자의 기질, 범죄의 성격, 그리고 그 범행을 둘러싼 상황들, 그리고 만일 있다면 제745.21조의 의견서를 참작하여, 명령으로, 각 살인죄의 형마다 적용되는 가석방 불가 기간이 연속적으로 적용되도록 결정할 수 있다.

이유

(2) 판사는 구두 또는 서면으로 제1항의 명령을 내린 또는 내리지 않은 이유를 제시하여야 한다.

적용

(3) 제1항 및 제2항은 이 법률, 국방에 관한 법률(National Defence Act), 반인도범죄 및 전쟁범죄에 관한 법률(Crimes Against Humanity and War Crimes Act)에 따라 형이 선고된, 이 조항이 발효된 날 이후 저지른 살인으로 유죄판결을 받은 범죄자에게 적용된다.

제1심 법원은 이 조항이 캐나다 권리자유헌장(이하 '헌장') 제12조[3]의 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리 및 제7조[4]의 생명, 자유, 신체의 안전에 대한 권리에 위배되고, 제1조[5]에 의해 정당화되지도 않는다고 판단하였다. 제1심 법원은 이러한 위헌성을 치유하기 위해 형법 제745.51조를 확장해석(reading in)[6]하여 법원에게 추가적인 가석방 불가 기간의 길이를 선택할 수 있는 재량을 부여한 것으로 해석하였다. 이에 따라 제1심 법원은 5건의 살인에 대해서는 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하도록 하고, 나머지 1건의 살인에 대해서는 15년의 가석방 불가 기간을 이어서 추가하여 총 40년의 가석방 불가 기간을 적용하였다. 이에 대해 항소법원도 형법 제745.51조가 헌장 제12조 및 제7조를 위반하였다고 판단하였으나, 제1심 법원과 달리 확장해석이 부적절하다고 보았다. 이에 항소법원은 해당 조항이 위헌무효이고 위헌판결의 효력은 즉시 발생한다는 내용의 판결을 선고하고, 피상고인으로 하여금 각 형에 부과되는 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하도록 하였다.

대법원은 상고심에서 전원일치 의견으로 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하여 위헌무효라고 판단하였으며, 이에 따라 피상고인에게 각 25년의 가석방 불가 기간을 동시에 적용하여 총 25년의 가석방 불가 기간이 부과되도록 하고 검사 및 퀘벡 주 법무부장관의 상고를 기각하였다.

II. 쟁점 및 판단

---

3) **캐나다 권리자유헌장 제12조 (처우 또는 처벌)**
모든 사람은 잔인하고 비정상적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리가 있다.

4) **캐나다 권리자유헌장 제7조 (생명, 자유, 신체의 안전)**
모든 사람은 생명, 자유, 신체의 안전에 대한 권리를 가지며 기본적 정의의 원칙에 따르는 경우가 아닌 한, 그러한 권리들을 박탈당하지 않는 권리를 갖는다.

5) **캐나다 권리자유헌장 제1조 (캐나다에서의 권리와 자유)**
캐나다 권리자유헌장은 그 안에 규정된 권리와 자유를 보장하며, 자유롭고 민주적인 사회 내에서 명백하게 정당화될 수 있는, 법률에 의해 규정된 합리적인 제한만이 가능하다.

6) '확장해석(reading in)' 기법은 캐나다에서 위헌 법률 규정에 대해 법원이 취하는 방식 중 하나로 법원이 헌법에 합치되지 않는 법률 규정에 의회가 제정하지 않은 문구를 넣어 해당 법률이 헌법에 합치되도록 그 적용영역을 확장하는 것이다. (Schachter v. Canada, [1992] 2 SCR 679, at pp. 695-702 참고.)

이 사건의 쟁점은 다음과 같다.

① 형법 제745.51조가 헌장 제12조에 위배되는가?

② 형법 제745.51조가 헌장 제7조에 위배되는가?

③ 만일 해당조항이 헌장 제12조 또는 제7조에 위배된다면 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 있는가?

④ 해당조항이 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 없다면, 적절한 구제수단은 무엇인가?

대법원장 Wagner의 법정의견(전원일치 의견)

가. 서론

형법 제745.51조는 헌장 제12조에 위배되고 제1조에 의해 정당화되지도 않는다. 따라서 1982년 캐나다 헌법 제52조 제1항[7]에 따라 즉시 위헌무효로 선고되어야 하며, 해당 조항은 제정된 날짜로 소급하여 폐지되어야 한다. 여러 건의 1급 살인죄를 저지른 범죄자들의 경우, 형법 제745.51조는 그들이 죽는 날까지 가석방을 받을 현실적인 가능성이 없는 감금형을 부과할 수 있도록 한다. 그러한 형은 천성적으로 모멸적이며 따라서 인간의 존엄성과 양립할 수 없다. 범죄자들의 사회복귀 가능성을 모두 부정하기 때문이다. 이러한 입장은 확정적이고 불가역적으로 그들에게 교화의 가능성과 사회복귀 능력이 없다는 것을 전제로 한다. 따라서 형법 제745.51조가 제정되기 전에 존재하였던 법 규정에 따라 피상고인의 가석방 불가 기간은 총 25년이 되어야 한다.

나. 형법 제745.51조의 연혁 및 캐나다 형벌의 목적

---

7) 1982년 캐나다 헌법 제52조
① 캐나다 헌법은 캐나다 최고의 법이며 이 헌법의 제반 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다.

1976년 7월, 캐나다 의회는 형법을 개정하여 사형을 폐지하였다. 사형은 법정최저형을 종신형으로 하는 형벌로 대체되었고, 1급 살인의 경우 가석방 불가 기간은 피해자 수에 상관없이 25년이었다. 당시에는 다수살인(multiple murder)의 경우 가석방 불가 기간을 연이어 부과하는 규정이 없었다. 25년의 가석방 불가 기간은 아마 사형제의 유지를 지지했던 사람들을 만족시키기 위해 만들어진 것으로,[8] 실제로 당시 다른 서구 국가들의 가석방 불가 기간보다 특히 더 엄한 것이었다. 사형제가 폐지되면서 의회는 1급 또는 2급 살인으로 종신형을 살고 있는 범죄자들이 15년 이상 수감생활을 하였다면 가석방 불가 기간에 대한 사법심사를 받을 수 있도록 하였다. 이러한 규정은 장기수들의 사회복귀를 장려하고 결과적으로 더 안전한 교도소 환경을 만들기 위해 형법에 추가되었다. 그러나 1996년, 의회는 이 조항을 개정하여 다수살인을 저지른 범죄자들은 더 이상 사법심사를 신청할 수 없도록 하였다.[9] 그리고 2011년, 의회는 모든 살인범에 대해 그러한 사법심사가 불가능하도록 개정하였다. 이 사건에서 문제가 된 형법 제745.51조 역시 이러한 맥락에서 2011년에 도입된 것이다.

헌장 제12조를 논하기 전에 형벌의 목적을 개괄하는 것은 이 사건의 검토에 있어 중요한 일이 될 것이다. 캐나다 법에서 형벌의 근본적인 목적은 사회를 보호하고, 법과 공정하고 평화롭고 안전한 사회의 유지를 존중하는 것이다. 이러한 사회는 공정한 제재를 부과함으로써 유지되며, 이러한 제재들은 하나 또는 그 이상의 목적들, 예를 들면 비난(denunciation), 예방(위하력, 범죄억제력, deterrence), 사회복귀(rehabilitation) 등을 갖고 있다.

우선 비난의 교정학적 목적은 형이 범죄에 대한 사회의 비난을 표현할 것을 요한다. 형벌은 사회가 그 도덕적 가치를 의사소통하는 수단이다.[10] 예방

---

8) A. Manson, "The Easy Acceptance of Long Term Confinement in Canada" (1990), 79 C.R. (3d) 265, at p. 266.
9) An Act to amend the Criminal Code (judicial review of parole ineligibility) and another Act, S.C. 1996, c. 34.
10) R. v. M. (C.A.), [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 81.

의 목적은 특별예방과 일반예방으로 나누어 살펴볼 수 있다. 특별예방은 사건의 범죄자가 재범을 저지르지 않도록 예방하는 것이고, 일반예방은 범죄자가 저지른 범죄 행위에 일반인들이 빠져들지 않도록 예방하는 것이다.[11] 마지막으로 사회복귀의 목적은 범죄자들의 사회로의 재통합의 관점에서 그들을 교화시켜 법을 준수하는 시민이 될 수 있도록 하는 것이다. 이 목적은 범죄자들이 자신의 삶에 대한 통제권을 얻고 자신을 개선시킬 수 있는 능력이 있음을 전제로 한다. 사회복귀는 캐나다 사회를 세계의 많은 다른 나라들과 구분 짓는 근본적인 도덕적 가치 중 하나이다.[12]

각 형벌의 목적의 상대적 중요도는 범죄의 성격과 범죄자의 특질에 따라 다르다.[13] 양형은 비례성의 원칙에 따라야 한다. 형벌은 범죄에 대한 충분한 비난이 되어야 하지만 범죄자의 도덕적 비난가능성과 범죄의 심각성을 고려하여 공정하고 적절한 정도를 초과해서는 안 된다.[14]

다. 헌장 제12조상 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리

1) 가석방 불가 기간이 처벌에 해당하는지 여부(적극)

가석방 불가 기간은 헌장 제12조의 '처벌'에 해당한다. 주의 조치가 ① 피고인이 특정 범죄에 대해 받을 수 있는 제재의 일부를 이루는 유죄판결의 결과이고(and), ② 형의 선고의 목적과 원칙을 증진하기 위해 부과되는 것이거나(or), ③ 범죄자의 자유나 안전의 이익에 중대한 영향을 미친다면, 그 조치는 처벌에 해당한다.[15] 가석방 불가 기간은 유죄판결의 결과이고 범죄자의 자유나 신체의 안전의 이익에 중대한 영향을 미치는 것이므로 범죄자에 대한 처벌의 일부를 이룬다. 또한 가석방 불가 기간은 형벌의 기저를 이루는

11) R. v. B.W.P., 2006 SCC 27, [2006] 1 S.C.R. 941, at para. 2.
12) R. v. Lacasse, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R.1089, at para. 4.
13) R. v. Lyons, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329.
14) R. v. Nasogaluak, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, at para. 42; see also R. v. Ipeelee, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 37.
15) R. v. Boudreault, 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599, at para. 39; R. v. K.R.J., 2016 SCC 31, [2016] 1 S.C.R. 906, at para. 41.

비난과 예방의 목적에 이바지한다. 따라서 형법 제745.51조에 의해 허용된 가석방 불가 기간의 연속적인 부과는 처벌에 해당하고 그 위헌성은 헌장 제12조하에서 판단되어야 한다.

2) 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리의 두 갈래

헌장 제12조는 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리를 보장하고 있다. 본질적으로 헌장 제12조의 목적은 인간의 존엄성을 보호하고 각 개인의 내재적 가치에 대한 존중을 보장하기 위한 것이다. 헌장 제12조가 제공하는 보장은 두 갈래로 생각해볼 수 있다. 첫째, 헌장 제12조는 인간의 존엄성과 양립할 수 없을 만큼 매우 과도한 처벌의 부과를 막는다. 둘째, 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 처벌의 부과를 막는다. 전자는 '극도로 불균형한(grossly disproportionate)' 효과를 낳는 처벌과 관련되어 있고, 후자는 좁은 범위의 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌 - 이러한 처벌은 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없으므로 항상 극도로 불균형할 것이다 - 과 관련되어 있다.

만일 처벌의 성격과 효과와 관련하여 법원이 캐나다 형법의 맥락에서 결코 인간의 존엄성에 부합하는 방식으로 형을 부과할 수 없다고 확신한다면, 그러한 처벌은 본질적으로 잔인하고 비정상적인 것이라 하겠다. 처벌이 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는지 여부를 결정하기 위해, 법원은 처벌이 천성적으로 모멸적이고 인간성을 말살하는 것인지를 판단해야 한다. 처벌이 부과되는 모든 범죄자들에게 미치는 그 처벌의 효과 역시 처벌의 성격 분석에 근거를 제공한다. 법원은 범죄자의 도덕적 책임과 처벌 사이의 비례성이 아니라 처벌의 성격에 초점을 두어 분석해야 한다. 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌은 국가의 처벌체계에서 항시 배제되어야 한다. 따라서 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌이 부과될 단순한 가능성만으로도 헌장 제12조의 위반이 되기에 충분하다.

헌장 제12조의 두 가지 갈래가 한 사건에서 동시에 문제가 되는 경우 처벌

의 성질에 대한 분석이 극도의 불균형성 분석보다 선행되어야 한다. 만일 부과될 수 있는 처벌이 본질적으로 잔인하고 비정상적이고, 이러한 이유로 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다면, 해당 사건에서 처벌이 극도로 불균형적인지를 판단하는 것은 무의미하다. 그러한 처벌은 당연히 항상 극도로 불균형적일 것이기 때문이다.

라. 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하였는지 여부(적극)

1) 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 본질

형법 제745.51조는 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 부과를 사실상 허용하고 있다. 이러한 처벌은 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다. 이러한 처벌은 형의 부과 시점에 범죄자에게 개선의 여지가 없고 사회복귀에 필요한 도덕적 자율성이 없다고 상정한다는 점에서 천성적으로 모멸적이다. 비록 의회가 혹독한 형을 통해 그 범죄에 대한 사회의 비난을 나타낼 자유를 갖고 있다 하더라도, 그 처벌이 부과되는 모든 범죄자들로부터 가석방의 현실적인 가능성을 애초부터 모두 박탈하는 형벌은 규정할 수 없다. 인간의 존엄성에 대한 존중을 보장하기 위해, 의회는 비록 사회복귀라는 목적이 최소한의 중요성을 갖는 경우라 하더라도 사회복귀를 위한 문을 열어두어야 한다. 이 목적은 모든 사람이 뉘우치고 사회에 복귀할 수 있다는 신념을 전한다는 점에서 인간의 존엄성과 밀접하게 연결되어 있다. 여기서의 취지는 사회복귀의 목적이 여타 다른 모든 것을 이기게 하려는 것이 아니라 오히려 가장 사악한 범죄자들을 포함하는 모든 개인의 내재적 존엄성에 대한 존중을 기반으로 형벌제도에서 사회복귀 목적을 위한 어떤 자리를 보존하려는 것이다. 1급 살인의 범죄가 관련된 경우, 해당 범죄의 법정최저형의 엄격성에서 볼 수 있듯이 이미 사회복귀는 비난과 예방의 목적보다 하위에 있다.

종신형이 존재하는 법치주의 국가들 중 많은 국가들이 (1급 살인의 경우)

캐나다보다 짧은 가석방 불가 기간을 두고 이 기간이 지나면 형에 대한 심사를 받을 수 있는 메커니즘을 갖추고 있다. 유럽 각국의 가석방 불가 기간을 살펴보면, 덴마크와 핀란드는 12년, 독일은 15년, 스위스는 15년(예외적으로 10년), 프랑스는 보통 18년(상습범의 경우 22년까지, 특정 유형의 살인은 30년)을 적용하고 있다. 또한 종신형이 아예 존재하지 않는 국가들도 있다. 이와 비교해보면 1급 살인에 대한 캐나다의 법정최저형이 매우 엄하다는 점을 잘 알 수 있다.

과도한 형의 부과가 비난과 예방이라는 목적들을 더 잘 달성하게 하는 것도 아니다. 어떤 한계치를 넘어가면, 이러한 목적들은 그 기능적 가치를 모두 잃게 되는데, 특히 형이 인간의 기대수명을 훨씬 초과하는 경우 그러하다. 기능하지 못하는 과도한 형의 부과는 사법집행의 평판을 떨어뜨리고, 형사사법체계의 합리성과 공정성에 대한 공공의 신뢰를 훼손시킬 따름이다. 결코 완수할 수 없는 형벌은 캐나다 사회의 근본적 가치에 반하는 것이다.

2) 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 효과

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형의 효과는 그러한 처벌이 천성적으로 모멸적이고 따라서 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다는 결론을 뒷받침한다. 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 범죄자들은 개선의 유인책을 잃게 된다. 오직 죽음만이 수감생활을 끝낼 수 있을 것이라는 점에서 이 형의 심리적 결과는 어떤 면에서는 사형수들이 겪는 것과 비슷하다. 현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형을 선고받은 범죄자들에게 사랑하는 사람들과 바깥세상으로부터 단절되어 단조롭고 헛된 삶을 이어가는 것은 매우 견디기 힘든 일이다. 어떤 사람들에게는 끝이 없어 보이는 고통을 견디며 천천히 죽어가는 것보다 삶을 끝내는 것이 낫다고 생각할 정도이다.

3) 국제법과 비교법적 관점

국제법과 비교법적으로 검토해보아도 범죄자로부터 석방의 가능성을 모두

박탈하는 것은 인간의 존엄성과 양립불가능하다고 일반적으로 받아들여진다.

제2차 세계대전 이후 인권을 보호하는 국제 체제의 발전은 인간의 존엄성에 중점을 두어왔다. 전쟁 동안 벌어진 잔혹한 행위들은 인간의 존엄성이 갖는 근본적인 중요성에 대한 국제적 인식을 이끌어냈다. 인간의 존엄성은 '유엔 헌장' 전문에 "우리 국제연합국 국민들은 … 기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치…에 대한 신념을 재확인 하며…"라고 명확히 언급되어 있다. 캐나다가 1976년에 비준한 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'은 전문에 규약이 보장하는 모든 권리가 "인간의 고유한 존엄성으로부터 유래"한다고 선언하였다. 비록 캐나다 법에 있어 전문은 구속력을 갖지 않지만, 인권과의 관계에서 인간의 존엄성이 해석되는 방식, 즉 그 자체로 권리라기보다는 권리의 기초가 되는 가치임을 잘 설명해준다.

국제법상 형벌에 관한 맥락에서 살펴보면, 존엄성은 범죄자에게 석방의 가능성을 주어 사회로 재통합시킬 책임으로 구현되었다. 예를 들어, '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약' 제10조 제1항은 "자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다."라고 규정하고 있으며, 동조 제3항은 교도소 수감제도의 핵심적인 목적이 "재소자들의 교정과 사회복귀"라고 밝혔다.

캐나다가 그 설립에 중요한 역할을 했던 국제형사재판소의 설립규정인 '국제형사재판소에 관한 로마 규정'(이하 '로마 규정')은 캐나다가 2000년 7월에 비준한 국제조약으로 국제사회의 가장 심각한 범죄인 집단학살, 반인도범죄, 전쟁범죄에 대한 재판을 다룬다. 캐나다 의회는 로마 규정을 비준하기 한 달 전에 '전쟁범죄에 관한 법률'을 제정하여 집단학살, 반인도범죄, 전쟁범죄를 국내법하에서 범죄화하였다. 이 법률은 이 세 가지 유형의 범죄에 대해 1급 또는 2급 살인과 동일한 형, 즉 종신형을 부과하였다(동 법률 제4조 제2항). 그러나 가석방에 관해서는 로마 규정과 달리 캐나다 형법과 동일한 가석방 불가 기간을 적용하였다. 로마 규정은 이러한 범죄에 대한 종신형의 경우 형에 대한 심사 메커니즘을 두고 있으며, 25년 후에는 형의 감경을 결정하기

위한 심사가 이루어져야 한다고 규정하고 있어(동 규정 제110조 제3항), 가장 심각한 범죄를 저지른 사람들에게도 사회복귀의 기회를 주고 있다.

국제재판소나 외국 법원의 판결은 캐나다에서 구속력을 갖지 않아 그 중요성은 제한적이지만 유용한 지침을 제공할 수는 있다는 차원에서 살펴보고자 한다.

유럽인권재판소의 대재판부는 여러 사건에서 가석방의 가능성이 없는 종신형이 비인간적이고 모멸적인 처벌을 금지한 유럽인권협약 제3조에 위반된다고 판단한 바 있다.[16]

독일은 프랑스와 이탈리아와 마찬가지로 석방될 가능성이 없는 종신형이 위헌이라는 점이 확립되어 있다.[17] 독일 연방헌법재판소가 종신형 자체는 위헌이 아니지만, 추후 어느 시점에 자유를 다시 얻을 구체적이고 현실적인 기회가 없는 종신형은 인간의 존엄성에 반한다고 판결한 것이 1977년이었다.[18]

반면 미국은 소년범의 경우를 제외하고는[19] 가석방의 가능성이 없는 종신형을 합헌이라고 보고 있다.[20] 그러나 미국은 사형제를 유지하고 있고 잔인하고 비정상적인 처벌의 개념을 좁게 해석하므로 캐나다 법의 접근법과는 다른 접근법을 취하고 있다.[21] 뉴질랜드는 살인범에 대하여 10년 또는 17년의 최소 가석방 불가 기간을 적용하지만 최대 기간은 없다.[22] 잉글랜드 웨일즈[23]는 법원이 종신형을 선고받은 사람에게 15년 이상의 가석방 불가 기간(특정한 경우 30년 이상)을 부과하거나 아예 석방의 가능성을 배제시킬 수도 있다. 그러나 잉글랜드 웨일즈는 국무장관의 석방권(Crime(Sentences) Act

---

16) Vinter v. United Kingdom [GC], Nos. 66069/09 and 2 others, at § 108, July 9, 2013 (HUDOC); Hutchinson v. United Kingdom [GC], No. 57592/08, at § 42 January 17, 2017 (HUDOC); Bodein v. France, No. 40014/10, at § 56, November 13, 2014 (HUDOC); Murray v. Netherlands [GC], No. 10511/10, at § 99, April 26, 2016 (HUDOC). ※종신형 자체가 유럽인권협약 제3조의 위반인 것은 아니라고 보았다.

17) R. Hood and C. Hoyle, The Death Penalty: A Worldwide Perspective (5th ed. 2015), at p. 486.

18) BVerfGE 45, 187.

19) Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010); Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012).

20) Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).

21) Kindler v. Canada (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779 at p. 812.

22) Sentencing Act 2002 (N.Z.), ss. 103 and 104.

23) '잉글랜드 웨일즈(England and Wales)'는 영국의 세 법적관할권 중 하나로 나머지는 스코틀랜드와 북아일랜드이다. 잉글랜드 웨일즈에 적용되는 법을 잉글랜드법(English law)이라고 부른다.

1997 (U.K.), 1997, c. 43 s. 30)이 존재하므로 종신형을 심사하는 실제적 메커니즘이 있다는 관점을 취하고 있다.[24]

4) 가석방 불가 기간의 부과에 대한 법원의 재량권이 해당 조항의 위헌성 여부에 영향을 미치는지 여부(소극)

검사는 형법 제745.51조가 합헌이라는 입장에서 이 조항이 법원에 부여한 권한의 재량적 성격을 강조하였다. 이러한 논증에 따르면 불균형한 형의 부과는 법원의 재량권의 잘못된 행사에서 야기되므로 위헌판결이 아닌 항소의 방식으로 바로잡을 수 있다고 한다.

가석방 불가 기간의 연속적인 부과가 의무가 아니라는 것은 사실이다. 형법 제745.51조는 각 살인죄의 형마다 적용되는 가석방 불가 기간을 연속적으로 적용하도록 법원이 명령*할 수 있다(may)*고 규정하고 있다. 그러나 법원이 이러한 재량권을 행사하기로 선택한 경우, 법원의 의무는 25년 단위의 가석방 불가 기간을 쌓아올리는 것이고(50년, 75년, 100년…), 이것은 형의 선고에 있어 비례성과 개별화의 원칙과 조화시키기 어려운 것이다.

어쨌든 재량권의 존재로는 천성적으로 잔인하고 비정상적인 처벌의 부과를 허용하는 조항을 정당화할 수 없다. 범죄가 얼마나 끔찍하든 간에 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 처벌의 부과를 정당화할 수 없다.

5) 국왕 사면권이 해당조항을 정당화할 수 있는지 여부(소극)

법원의 유죄판결을 받은 그 어떤 사람의 형도 감면해줄 수 있는 절대적인 재량권을 여왕에게 주는 국왕 사면권도 해당 조항을 정당화할 수는 없다. 국왕 사면권은 오직 예외적인 상황에서만 행사되기 때문에 진정한 형벌 심사 메커니즘으로 볼 수 없다. 사면권은 기껏해야 연민과 인도주의적 근거에 기반한 석방 메커니즘에 불과하다. 따라서 적절하게 부과된 형을 정상적으로 살고 있는 개인으로서는 그러한 사면을 받기 어렵다. 따라서 국왕 사면권의

24) R. v. McLoughlin, [2014] EWCA Crim 188, [2014] 1 W.L.R. 3964, at paras. 31-35; Hutchinson, at §§ 70 and 72.

존재가 다른 심사 메커니즘이 없는 종신형을 살고 있는 범죄자에게 현실적인 가석방의 가능성을 만들어준다고 할 수는 없다.

이처럼 형법 제745.51조가 헌장 제12조를 위반하였다는 결론에 비추어볼 때 해당 조항이 헌장 제7조(생명, 자유, 안전에 대한 권리)도 위반하였는지 여부는 판단할 필요가 없을 것이다.[25]

마. 형법 제745.51조의 헌장 제12조 위반이 헌장 제1조에 의해 정당화되는지 여부(소극)

헌장 제12조의 위반은 헌장 제1조에 의해 정당화되지 않는다. 헌장상 권리의 위반을 정당화하기 위해서 주는 해당 법률이 긴절하고 중요한 목적을 위한 것이고 선택된 수단이 그 목적에 비례적(균형적)이라는 것을 입증해야 한다. 이 사건에서는 해당 조항을 정당화하기 위한 어떠한 주장도 제시되지 않았으므로 주는 그 책임을 다하지 않았다. 그러나 어떤 경우라도 본질적으로 잔인하고 비정상적인 처벌이 자유롭고 민주적인 사회에서 어떻게 정당화될 수 있을지는 상상하기 힘들다. 헌장 제12조하에서 '극도로 불균형한' 처벌이 헌장 제1조하에서 '균형적'일 수 있다는 것을 입증하기란 매우 어려울 것이다.

바. 적절한 구제수단

이 사건의 적절한 구제수단은 형법 제745.51조가 1982년 헌법 제52조 제1항에 따라 즉시 무효라고 판결하는 것이다. 1982년 헌법 제52조 제1항에 따르면 헌법 조항에 부합하지 않는 모든 법은 불일치한 범위에서 효력을 상실한다. 이 사건에서 확장해석은 부적절하다. 확장해석 기법은 법원이 법률의

25) R. v. Lloyd, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 38; R. v. Nur, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, at para.110; Boudreault, at para. 95.

범위를 확장시켜 법률에서 부당하게 배제된 부분까지 포함시킬 수 있도록 허용한다. 법원이 이 해석기법을 적용하는 것은, 만일 의회가 해당 조항의 헌법적 결함을 인지하였다면 법원의 개정대로 통과시켰을 것이라는 전제하에 가능한 것이다. 하지만 이 사건에서 25년의 가석방 불가 기간을 연속적으로 부과하는 것은, 해당 조항의 문언과 의회 토론 내용에서 볼 수 있듯이, 형법 제745.51조의 제정 목적에 직접 연결되어 있다. 가석방 불가 기간의 길이에 관하여 형법 제745.51조의 문언을 살펴보건대 법원이 이를 연속적으로 합산할 수 있는 것이 분명하다. 또한 의회 토론은 의회의 의도가 법원으로 하여금 25년 단위로 가석방 불가 기간을 연속적으로 부과할 수 있게 하고자 함이었음을 분명히 보여준다. 실제로 의회는 법원에게 총 가석방 불가 기간을 정할 수 있는 재량권을 주도록 하는 개정안을 분명히 거절하였다. 그러므로 이 사건 제1심 법원이 했던 대로 확장해석 기법을 적용한 결과와 같은 개정안을 의회가 통과시켰을 것이라고 결론짓기는 불가능하다.

모든 사람이 잔인하고 비정상적인 처벌을 받지 않을 권리에 대한 침해가 갖는 심각성을 고려하건대 해당 조항은 즉시 무효가 되어야 한다. 또한 헌장 제12조상의 권리에 대한 침해의 지속적인 성격을 고려하여 해당 조항은 제정시까지 소급적으로 폐지되어야 한다. 따라서 이 상황에서 적용 가능한 법률은 해당 조항의 제정일 이전에 존재하던 법률이다. 그러므로 피상고인이 저지른 6건의 1급 살인에 각각 부과된 25년의 가석방 불가 기간은 동시에 적용되어야 한다. 결과적으로 피상고인은 총 25년의 가석방 불가 기간이 지나기 전까지는 가석방 신청을 할 수 없다. 캐나다 가석방 심사위원회는 가석방 불가기간이 지난 후에 피상고인이 가석방으로 풀려날 수 있을지를 결정하는 최종 결정권자이다.

사. 결론

현실적으로 가석방의 가능성이 없는 종신형은 범죄자들이 사회로 재통합될

가능성을 미리 단정적으로 박탈함으로써 그들의 도덕적 자율성을 부정한다는 점에서 그 모멸적인 성격상 인간의 존엄성과 본질적으로 양립불가능하다. 이러한 형은 사회복귀의 유인책을 남기지 않고 죽음으로써만 수감생활을 끝낼 수 있다는 점에서 범죄자들에게 파괴적인 영향을 가질 수 있다.

의회는 범죄자의 사회복귀의 목적을 미리 그리고 불가역적으로 부정하는 형을 규정해서는 안 된다. 교정학적 목적은 모든 개인이 개선과 사회 재복귀의 능력을 갖고 있다는 신념을 반영한다는 점에서 인간의 존엄성과 밀접하게 연결되어 있다. 이러한 목적이 의미 있으려면, 모든 수감자들이 가석방을 신청할 수 있는 현실적인 가능성을 갖고 있어야 한다.

분명히 해야 할 점은 25년의 가석방 불가 기간의 연속적 부과가 위헌이라는 결론이 무고한 희생자들의 생명을 경시하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 것이다. 이 상고심은 각 생명의 가치에 관한 것이 아니라 범죄자를 처벌하는 국가 권력의 한계에 관한 것으로, 법치주의를 기반으로 하는 사회에서 국가 권력은 헌법에 부합되는 방식으로 행사되어야 한다.

이와 같은 상황에서 우리는 형법 제745.51조를 즉시 무효화할 수밖에 없다. 이 조항은 2011년 제정 당시로 소급되어 폐지되며, 그 제정일 전에 존재하던 규정이 적용된다. 따라서 이 사건의 피상고인은 총 25년의 가석방 불가 기간을 적용받게 된다.

범죄의 참상은 모든 인간이 사회복귀의 능력을 지닌다는 명제를 무효화하지 못한다. 따라서 이러한 인간성을 설명하지 못하는 처벌은 헌장 제12조의 기저를 이루는 원칙에 어긋나는 것이다.

III. 판결의 의의

이 판결이 내려지자마자 캐나다 대법원은 큰 반발을 겪어야 했다. 스티븐 하퍼 캐나다 전 총리는 이 판결이 희생자들의 생명을 경시하는 심각하게 부당한 판결이며, 의회의 조치가 필요하다고 비판하였다.[26] 많은 정치인들이

이 판결을 비판하였고 이 규정을 되살려야 한다고 주장하기도 하였다.[27] 반면 캐나다 연방정부는 더 긴 가석방 불가 기간을 부과할 수 있는 판사의 재량권을 인정하는 방향을 더 지지하긴 하지만, 캐나다 대법원의 판결을 존중한다고 밝혔다.[28]

캐나다 대법원은 형법 제745.51조의 위헌무효가 곧바로 살인범들을 풀어주는 것이 아님을 명확히 하였다. 대법원은 가석방 적격심사를 받을 수 있다는 것이 가석방을 받을 권리를 뜻하는 것은 아니며, 1급 살인의 경우 25년이 지난 후에야 가석방 적격심사를 받을 수 있고, 가석방 심사위원회는 다수의 살인을 저지른 범죄자를 사회에 돌려보내는 중요한 결정을 내리기 전에 신중과 주의를 다해왔다고 강조하였다. 캐나다 대법원은 이 판결이 많은 비판을 받을 것을 예상한 듯 판결문 곳곳에 피해자들에 대한 애도와 존중, 유가족들이 겪는 아픔 등을 수차례 언급하였다. 그리고 이 판결이 희생자들의 생명을 경시하는 것이 아님을 강조하였다. 주목할 만한 점은 이러한 우려에도 불구하고 캐나다 대법원은 모든 인간의 갱생가능성에 대한 믿음과 사회복귀라는 형벌의 목적에 대한 확고한 신념을 바탕으로 전원일치로 해당 조항을 위헌으로 판결하였다는 점이다.

---

26) https://twitter.com/stephenharper/status/1530284665940197376

27) Madeleine Cummings, “Alberta murder victim's parents, MP criticize top court's decision on parole ineligibility”, CBC News, June 28, 2022; Aaron Wherry, “The case for making the notwithstanding clause politically awkward again”, CBC News, June 1, 2022.

28) Peter Zimonjic, “Government disagrees with top court's decision on gunman's parole but will respect it: Lametti”, CBC News, May 27, 2022.