

한국헌법학회 · 헌법재판소 헌법재판연구원

2022년 7월 공동학술대회

# 사형제도에 관한 헌법정책적 접근

- 일시: 2022년 7월 1일(금) 14:00~16:10
- 장소: 헌법재판연구원 8층 대강의실
- 주최: 한국헌법학회, 헌법재판소 헌법재판연구원



사단  
법인 | 한국헌법학회  
Korean Constitutional Law Association



헌법재판소  
헌법재판연구원



# 목 차

## 【제1주제】

사형제 폐지를 위한 비교법적 고찰 .....	신 옥 주	1
▶ 토론 .....	이 발 래	33
▶ 토론 .....	배 소 연	43

## 【제2주제】

사형제 폐지 — 입법적 결단과 사법적 판단 사이 — .....	강 일 신	55
▶ 토론 .....	최 정 인	71
▶ 토론 .....	이 덕 인	75



【제1주제】

## 사형제 폐지를 위한 비교법적 고찰

신 옥 주\*

- |                                 |
|---------------------------------|
| I. 서론                           |
| II. 사형제의 위헌성과 관련된 쟁점            |
| III. 유럽연합과 독일의 사형제도에 관한 비교법적 고찰 |
| IV. 결론                          |

### I. 서론

현재까지 형법상 형의 한 종류로서 사형이 규정되어 있다. 법원행정처의 사법연감 통계자료에 따르면 1987년 이후 사형선고인원은 꾸준히 감소하여 제1심 공판사건 죄명별 사형인원수 통계를 보면 2002년을 기점으로 한 해 10명 미만으로 줄었고, 2011년부터 5명 이하로 감소하였다. 국가차원의 사형집행중단선언은 없었으나 1997. 12. 이래 현재까지 약 20년 간 사형을 집행하지 않고 있으며 ‘실질적 사형폐지국가’로 분류된다. 이러한 상황에서 UN 등 국제사회에서는 대한민국 정부에 사형제도 폐지를 지속적으로 권고하고 있다. 유엔이 2007.12. 총회에서 사형폐지를 위한 글로벌 집행유예 결의안(A/RES/62/149)가 채택된 후 한국은 4년 주기의 ‘국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review)’에서 우선검토대상국이 되어 2008년부터 평가를 받고 있다.

사형은 사람의 생명을 박탈하는 것으로서 국가권력에 의하여 인간으로서의 존재를 소멸시키는 행위이다. 헌법상 기본권인 생명권은 모든 사람이 인간으로서 가지는 자연권이며, 주관적 공권으로 대 국가적 방어권의 성격을 가질 뿐만 아니라 객관적

---

\* 전북대학교 법학전문대학원 교수

법질서의 성격도 인정된다. 또한 국가는 생명을 보호하면서 촉진해야 하는 생명보호 의무를 진다. 특히 타인이 법률을 위반함으로써 발생하는 생명침해로부터 생명권을 보장하는 국가의 생명보호의무는 생명권침해가 다시 되돌릴 수 없는 성격이어서 매우 중요하다. 현행헌법에서는 절대적 기본권을 인정하고 있지 않기 때문에 생명권에 대한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 비례원칙의 준수 하에서 가능하다. 생명권에 대한 제한은 생명박탈을 의미하므로 기본권의 본질적 침해금지원칙에 반한다는 문제제기가 있으나, 헌법재판소는 두 차례의 결정에서 생명권의 제한이 정당화 될 수 있는 예외적인 경우, 생명권의 박탈이 초래된다고 하여도 곧바로 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라는 입장을 견지하고 있으며, 세 번째 사형제도 위헌성 여부에 대한 결정을 앞두고 있다.

헌법재판소의 결정들은 생명권의 본질적 침해금지원칙과 비례원칙에 반하는지를 중점으로 사형제도의 위헌성을 검토하였다. 그러나 생명은 인간의 존엄을 그 내용으로 포함하고 있으므로 생명권을 침해하는 사형이 생명권의 침해와 함께 인간의 존엄을 침해하는지, 즉 사형이 인간을 객체화하여 인간으로서의 존엄을 해치는 형벌인지 여부를 심도 있게 살펴볼 필요가 있다. 이 글에서는 사형제도의 위헌성을 인간의 존엄성을 침해하는 관점에서 살펴보고자 한다. 비교법적으로 유럽연합과 독일의 논의를 살펴보고 우리나라의 사형제도 폐지와 대체 형벌을 위한 논의를 위하여 시사점을 도출하고자 한다.

## II. 사형제의 위헌성과 관련된 쟁점

### 1. 사형제 현황

형법 제41조 형의 종류로 사형을 규정한다, 그리고 동 법 제6조에서 사형의 방법으로 교수형(군형법은 제3조에서 총살형만 허용)을 규정하고 있다. 현재 형법 19개 특별법 84개의 총 103개 조항에서 사형을 규정<sup>1)</sup>하고 있다. 법원행정처의 사법연감

1) 사형이 삭제된 경우도 존재한다. 부정선거 관련자 처벌법(1960.12.31. 시행, 2008년 12.19. 법률폐지), 전투경찰대 설치법 제9조 ⑤ 근무를 기피할 목적으로 신체를 상해(傷害)한 사람은 3년 이하의 징역에 처한다. 다만, 적전(敵前)인 경우 본문의 죄를 저지른 사람은 사

통계자료에 따르면 1987년 이후 사형선고인원은 꾸준히 감소하여 제1심 공판사건 죄명별 사형인원수 통계를 보면 2002년을 기점으로 한 해 10명 미만으로 줄었고, 2011년부터 5명 이하로 감소하였다.<sup>2)</sup> 국가차원의 사형집행중단선언은 없었으나 1997. 12. 이래 현재까지 약 20년 간 사형을 집행하지 않고 있으며 ‘실질적 사형폐지국가’로 분류된다. 이러한 상황에서 UN 등 국제사회에서는 대한민국 정부에 사형제도 폐지를 지속적으로 권고하고 있다. 유엔이 2007.12. 총회에서 사형폐지를 위한 글로벌 집행유예 결의안(A/RES/62/149)가 채택된 후 한국은 4년 주기의 ‘국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review)’에서 우선검토대상국이 되어 2008년부터 평가를 받고 있다. 2005.4.6. 국가인권위원회는 사형제도가 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야 하며 국회가 대체형벌로 감형·가석방 없는 종신제도와 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도 중 선택 및 전시 사형제도의 예외적 유지 등의 문제에 대하여 결정해야 한다는 입장을 표명하였다.<sup>3)</sup> 국가인권위원회는 사형제도폐지를 위한 추진계획을 수립하였고 이에 따르면 2018년 사형제 폐지를 위한 국제토론회의 개최와 사형제도 실태조사 및 사형폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서 가입 정책검토가 들어 있다.<sup>4)</sup>

국민여론은 사형제폐지에 대하여 부정적이다. 2004년 국가인권위원회가 실시한 사형제도에 대한 국민의식조사결과에 따르면, 언론인종사자, 법관, 변호사, 국회의원 등의 50% ~ 60%, 시민단체상근자와 교정위원의 80% 이상이 사형폐지에 찬성하는 것으로, 그리고 일반국민의 경우 전체국민의 34.1%가 사형폐지에 찬성하고 65.9%는 사형존치에 찬성하고 있는 것으로 나타났다. 존치입장을 보면 사형제도는 법질서의 유지를 위해 존치해야 하나 그 집행에 신중을 기해야 한다는 의견이 57.7%였고, 당장은 아니지만 언젠가는 폐지되어야 한다는 의견도 20.9%로 나타났다. 특히 범죄유형별로는 보면 군사범죄와 공안사범에 대하여 사형을 폐지하여야 한다는 비율이 가장 높게 나타났고 정치범 중 정권탈취목적의반란수괴죄·중요임무종사죄목의 경우

---

형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다는 규정은 2016년 동법이 의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률로 개정된 후 삭제되었다. 또한 국가보안법 제13조, 군령법상 상관모욕죄 사형조항도 삭제되었다.

2) 법원행정처, 사법연감, 2015, 659쪽.

3) 사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견, 2005.4.6. 국가인권위원회, 사형제 폐지를 위한 국가인권위원회 활동보고서, 2018.7. 277쪽 이하.

4) 국가인권위원회, 사형제 폐지를 위한 국가인권위원회 활동보고서, 3-5쪽.

직접 살인과 관련성이 적다는 이유로 사형을 폐지하여야 한다는 응답이 높게 나타났다.<sup>5)</sup> 2017년 한 언론매체가 의뢰한 사형제도폐지 관련 여론조사에서 국민의 79.4%가 사형제도 유지에 찬성(남성 76.9%; 여성 82%)하였다. 사형제 유지 이유로는 정의에 부합 58.3%(복수응답), 응분의 대가 42.7%, 흉악범죄 억제제도 40.4%였다. 사형제 폐지의 대안으로 응답자 77.2%가 ‘가석방 없는 종신형’을 택하였다.<sup>6)</sup> 사형제도를 반대하는 의견중 반대이유로 생명권 침해 불가와 오판 및 오·남용의 문제<sup>7)</sup>가 약 50%정도로 나타났다. 국회에서는 1999.12.7.일 첫 번째 법안발의를 시작으로 하여 19대 국회까지 총 7차례의 사형제를 폐지하기 위한 법률안들이 제출되었으나 모두 임기만료로 자동폐기 되었다.

## 2. 사형제도에 대한 판례의 태도

대법원은 1963년 사형제도가 위헌이 아니라고 판결<sup>8)</sup>한 이래 지금까지 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정을 고려하여 국가의 형사상 정책으로서 질서유지를 위하여 형법이나 군형법 등에서 사형이라는 처벌의 종류를 규정하여도 합헌이라고 하는 입장을 고수<sup>9)</sup>하고 있다. 다만, 사형은 인간존재의 근원이 되는 생명자체를 영원히

5) 보도자료, 인권위, 사형제도에 대한 국민의식조사 실시, 국가인권위원회 2004.3.22. <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=554743>

한국법제연구원, “2015 국민법의식 실태조사”, 2015, 118쪽도 참조. ‘2015 국민 법의식 조사’에서는 사형제 폐지 여부를 묻는 질문에 ‘찬성한다’는 응답은 34.2%, 사형제 폐지에 ‘반대한다’는 의견은 65.2%이다.

6) 세계일보, 국민 80% “사형제도 유지해야... 집행도 이루어져야 한다”, 2017.10.10. <https://www.insight.co.kr/news/122437>

7) 1987년 민주화 이전의 한국에서는 사형수의 약 1/3 이상이 정치범. 정태호, 대한민국의 사형제 현황과 사형대체형에 관한 논의, 국가인권위원회, 사형제 폐지를 위한 국가인권위원회 활동보고서, 98쪽; 이덕인, 사형제도의 실증적 분석과 비판적 검토, 85-86쪽에서는 사형의 정치적 맥락과남용에 대하여 군사독재정부 하에서 뿐만 아니라 문민정부에서도 사형이 정치적으로 활용되었다고 주장하면서 신군부에 의하여 사형선고를 받았던 김대중 전 대통령이 당선된 지 4일만에 사형을 선고받았던 전두환씨를 특별사면하였고, 1997.12.30. 흉악범죄자 23명에 대하여 마지막 사형집행이 종료되게 하였고 밝히고 있다.

8) 대법원 1963. 2. 28. 62도241 판결.

9) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결; 대법원 1992. 8. 14. 92도1086 판결; 대법원 1995. 1. 13. 선고 94도2662 판결; 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000도1507 판결; 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000도5736 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결. 대법원



박탈해버리는 냉엄한 극형으로 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다는 입장이어서 매우 신중하게 적용되어야 하는 예외적인 형벌이라는 견해를 보인다.

헌법재판소의 사형제도에 대한 태도를 살펴보기 위하여 사형제도 관련 일련의 결정들을 살펴보고자 한다.

1996년의 제1차 사형제 결정에서는 생명권도 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보대상이나 생명권에 대한 제한이 생명권의 박탈을 의미하므로 사형이 비례 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 헌법 제37조 제2항의 단서인 본질적 침해금지원칙에 반하지 않는다고 판시하고 있다. 헌법재판소는 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있고 비례원칙에 반하지 않으며 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것이 아니라고 하고 있다.

2002년의 국가보안법 제13조<sup>10)</sup> 위헌제청사건<sup>11)</sup>에서 헌법재판소는 사형제 자체가 위헌이라고 결정하고 있지는 않는다. 그러나 법정형의 종류와 범위에 대한 입법재량의 범위를 넘어 가중의 정도가 통상의 형벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형성을 잃은 것이 명백하다면, 그러한 입법의 정당성은 부인되고, 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 반하여 위헌적인 법률이 된다고 확인하

2016. 2. 19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결

10) 심판대상 국가보안법 제13조(특수가중) 이 법, 균형법 제13조·제15조 또는 형법 제2편 제1장 내란의 죄·제2장 외환의 죄를 범하여 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형의 집행을 종료하지 아니한 자 또는 그 집행을 종료하거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 경과하지 아니한 자가 제3조 제1항 제3호 및 제2항 내지 제5항, 제4조 제1항 제1호 중 형법 제94조 제2항·제97조 및 제99조, 동항 제5호 및 제6호, 제2항 내지 제4항, 제5조, 제6조 제1항 및 제4항 내지 제6항, 제7조 내지 제9조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 대한 법정형의 최고를 사형으로 한다.

11) 헌재 2002.11.28. 2002헌가5 국가보안법 제13조 위헌제청

고 있다. 헌법재판소는 이 사건 심판대상 조항이 단지 반국가적 범죄를 반복하여 저질렀다는 이유만으로 다시 범한 죄가 국가보안법 제7조 제5항, 제1항과 같이 비교적 경미한 범죄라도 사형까지 선고할 수 있도록 한 것은 그 법정형이 형벌체계상의 균형성을 현저히 상실하여 정당성을 잃은 것이고, 이러한 형의 불균형은 반국가적 범죄로부터 국가 및 국민을 보호한다는 입법목적으로도 극복할 수는 없는 것이어서 위헌이라고 결정하고 있다.

2007년 균형법 제53조 제1항<sup>12)</sup> 상관살해죄 위헌제청사건<sup>13)</sup>에서 헌법재판소는 형벌의 종류와 범위에 대한 입법재량을 인정하면서도 형벌은 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성이 지켜져야 한다는 점을 강조하고 있다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항이 군대 내 명령체계유지 및 국가방위라는 이유만으로 가해자와 상관 사이에 명령복종관계가 있는지 여부를 불문하고 전시와 평시를 구분하지 아니한 채 다양한 동기와 행위태양의 범죄를 동일하게 평가하여 사형만을 유일한 법정형으로 규정하고 있어 범죄의 중대성 정도에 비하여 심각하게 불균형적인 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가의 이념에 어긋나고, 형벌체계상 정당성을 상실한 것이어서 위헌이라고 판단하고 있다.

2010년의 제2차 사형제 결정<sup>14)</sup>에서 사형제가 위헌이라는 소수의견이 4명으로 증가하였다. 사형제도가 합헌이라고 본 다수의견은 ① 사형제도가 헌법적 근거를 두고 있다는 점, ② 현재 사형이 인간의 존엄에 어긋나는 잔인하고 이성한 형벌이라고 볼 수 없다는 점, ③ 예외적으로 생명에 대한 법적 평가가 가능하여 일반적 법률유보의 대상이 된다는 점, ④ 사형의 위하력을 통한 범죄예방효과가 추정된다는 점, ⑤ 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 그 불법효과의 하나로서 사형은 불가피한 수단이라는 점 등을 이유로 사형제도가 합헌이라고 판단<sup>15)</sup>하였다. 소수의견으로 사형제도가 위헌이라는 입장은 사형제도는 헌법 제110조 제4항 단서에 해당되는 경우에 적용하면 헌법에 위반된다고 할 수 없지만, 헌법 제110조 제4항 단서에 해당되지 않는 경우에 적용하면 생명권을 침해할 정당한 사유도 없이 생명권의 본질적인

12) 균형법(1962. 1. 20. 법률 제1003호로 제정된 것) 제53조(상관살해와 예비, 음모) ① 상관을 살해한 자는 사형에 처한다.

13) 현재 2007.11.29. 2006헌가13 균형법 제53조 제1항(상관살해죄) 위헌제청

14) 현재 2010.2.25. 2008헌가23 형법 제41조 등 위헌제청 제2차 사형제 결정

15) 성낙인, 헌법학 2020, 1218쪽.

내용을 침해하는 것으로서 헌법 제37조 제2항에 위반되고 인간의 존엄과 가치를 침해한다는 입장이다.

### 3. 사형제의 헌법적 근거에 관한 문제

헌법재판소는 사형제의 헌법적 근거를 “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는 헌법 제110조 제4항으로 보고 있다. 헌법재판소는 1996년에 내린 제1차 사형제결정<sup>16)</sup>에서 헌법 제110조 제4항의 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보인다고 판시하고 있다. 이러한 입장은 2010년 제2차 사형제결정<sup>17)</sup>에서도 유지되어 합헌을 인정한 다수의견은 “헌법 제110조 제4항은 법률에 의하여 사형이 형벌로서 규정되고 그 형벌조항의 적용으로 사형이 선고될 수 있음을 전제로 하여, 사형을 선고한 경우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없고 사법절차를 통한 불복이 보장되어야 한다는 취지의 규정으로, 우리 헌법은 문언의 해석상 사형제도를 간접적으로나마 인정하고 있다.”는 견해를 표명하고 있다.

헌법 제110조 제4항이 일반적인 범죄의 사형제가 아니라 비상계엄 하의 군사재판에서의 사형을 언급하고 있어 일반적인 사형제의 헌법적 근거인지에 대하여서는 의문이 있다.<sup>18)</sup> 헌법의 해석은 문리적, 역사적, 체계적, 목적론적인 해석을 하여야 한다. 헌법상 사형에 대한 표현은 특히 역사적 해석이 중요한 의미를 갖는다. 헌법에서는 사형제를 명시적으로 허용도, 금지도 하고 있지 않다. 헌법재판소가 사형제의 간접적인 헌법상 근거로 이해하는 헌법 제110조 제4항은 비상계엄과 관련된 규정이다. 헌법 제77조 제1항에서는 대통령의 비상계엄선포권을 규정하고 있으며, 비상계엄이 선포된 경우 동조 제3항에 따라 법률이 정하는 바에 의하여 법원의 권한에 대

16) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 형법 제250조 등 위헌소원 제1차 사형제 결정

17) 헌재 2010.2.25. 2008헌가23 형법 제41조 등 위헌제청 제2차 사형제 결정

18) 동지, 박찬걸, 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도, 한양법학 제21권 제2집(통권 제30집), 2010.05. 354쪽; 허완중, 사형제도 위헌성, 전남대학교 법학연구소 법학논총(제38권 제1호) 2018년 2월, 117쪽.

하여 특별한 조치를 할 수 있다. 계엄법 제7조 제1항에 따라 계엄사령관은 비상계엄의 선포와 동시에 계엄지역의 모든 행정사무와 사법사무를 관장한다. 제8조 제1항에서는 계엄지역의 행정기관(정보 및 보안 업무를 관장하는 기관을 포함한다. 이하 같다) 및 사법기관은 지체 없이 계엄사령관의 지휘·감독을 받아야 한다고 규정한다. 헌법 제110조 제4항 본문에서는 비상계엄하 군사재판에서 단심으로 재판이 종결될 수 있는 근거를 마련하고 있고, 단서에서는 “사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 명시하고 있다. 헌법 제110조 제4항 본문은 비상계엄이라는 긴급하고 특수한 예외적 상황에서 특정한 종류의 범죄를 신속하고 효율적으로 처리하기 위하여 1962년 제5차 헌법개정시 도입된 것이다. 그러나 동 조항에 대하여 사형에 따른 인권침해의 심각성과 사후에 오심임이 밝혀지더라도 무고하게 사형집행이 된 사람이 되살릴 수 없다는 문제가 제기되었다. 이에 따라 1987년 헌법개정시 제110조 제4항 단서 삽입하여 예외적인 국가비상상황이라 할지라도 사형선고에 대하여만은 사법절차를 통한 불복을 할 수 있도록 한 것이다. 이러한 관점에서 2010년 제2차 사형제 결정에서 소수의견을 제출한 재판관 김희옥은 “헌법 제110조 제4항 단서의 규정은 그 도입 배경이나 규정의 맥락을 고려할 때, 법률상 존재하는 사형의 선고를 억제하여 최소한의 인권을 존중하기 위하여 규정된 것이므로 간접적으로도 헌법상 사형제도를 인정하는 근거 규정이라고 보기 어렵다”는 입장을 표명하고 있다. 동 결정에서 소수의견을 제출한 조대현 재판관은 사형제의 헌법상 규정이 법률에 의한 사형제의 헌법적 근거로 볼 것이 아니라 보면 비상계엄 하의 군사재판에서 사형을 선고하는 경우를 인정하고 있다고 보고 있다. 즉, 비상계엄 하의 군사재판이라는 특수상황에서 사형을 선고하는 것은 헌법 스스로 예외적으로 허용하였다고 보고 있는 것이다.

#### 4. 사형제도와 생명권 및 인간의 존엄과 가치의 침해문제

헌법에서 생명권을 명시적으로 보장하고 있지 않으나 헌법 제10조, 제12조, 제37조 제1항 등을 근거로 하는 기본권이라는 점에 대하여서는 이견이 없다. 사형제도를 합헌이라고 보는 경우에도 생명과 생명권에 대한 이해는 매우 엄중하다. 헌법재판소는 사형제도가 합헌이라고 판단한 제1차 사형제 결정에서 인간의 생명은 고귀하고 존엄한 인간존재의 근원이라고 하면서 무엇과도 바꿀 수 없다고 보고 있으며, 인간의 생명에 대한 권리는 선형적 자연적인 권리로서 헌법상 규정된 모든 기본권 중의

기본권이라고 실시하고 있다.<sup>19)</sup> 대법원도 인간생명은 절대적 존재이며 존엄한 인간의 근원임을 강조한다.<sup>20)</sup>

### (1) 생명권의 본질적 침해금지원칙 위반문제

헌법 제37조 제2항 후문에서는 기본권의 본질적 내용의 침해금지원칙을 규정한다. 이는 독일 기본법 제19조 제2항에서 비롯된 것으로 기본권제한의 한계를 설정한 것으로 기본권을 비례원칙에 따라 제한하는 경우에도 그 본질적인 내용을 침해하지 말 것을 요청하는 것이다. 통상적으로 본질을 핵심 또는 근본요소라고 이해를 하여도 기본권의 본질적 내용을 어떻게 파악할 것인지에 대하여서는 의견이 일치되어 있지 않다. 학설은 어떠한 경우에도 침해될 수 없는 핵심적 영역을 절대적으로 보호해야 한다는 절대설<sup>21)</sup>, 개명사안에서 이익형량을 통하여 본질적 내용이 구체적으로 확정되고 필요에 따라 제한가능하다는 상대설, 핵심적 내용에 대한 절대적 보호에 대하여 기본적으로 동의하면서도 공동체의 존립을 위하여 필요한 법익의 보호를 위하여 예외적으로 기본권의 핵심적 내용에 대한 침해가 허용될 수 있다는 절충설로 나뉘어 있다.<sup>22)</sup> 헌법재판소의 태도도 일의적이지 않다.<sup>23)</sup> 토지거래허가제에 관한 결정에서는 절대설에 입각하여 토지재산권의 본질적 내용은 토지재산권의 핵이 되는 실질적 요소 내지 근본요소를 뜻하며, 그 본질적 내용이 침해된 경우란 그 침해로 인해 사유재산제도가 형해화되고 헌법상 재산권 보장의 궁극적 목적을 달성할 수 없을 경우라고 하고 있다. 이 경우 본질적 침해금지원칙과 비례원칙 위반 여부에 대하여 별도로 심사하고 있다.<sup>24)</sup> 그러나 다른 한편으로 헌법재판소는 사형제도와 관련된 결정들에서 절충적인 입장을 취하는 것으로 보인다.<sup>25)</sup> 헌법재판소는 사형제도가

19) 헌재 1996.11.28. 95헌바1 형법 제250조 등 위헌소원

20) 대판 1967.9.19. 67도988.

21) 절대설을 취한 경우 구체적인 본질적 내용을 확정하는 방법 등에 따라 인간의 존엄성설과 핵심영역보장설로 나누어진다고 한다. 표명환, 과잉금지의 원칙과 본질적 내용침해 금지, 유럽헌법연구 제17호, 520쪽.

22) 이와 관련된 국내외 논의와 판례는 권건보, 생명권의 보장과 본질적 내용의 침해금지, 법학연구 제54권 제4호 통권 78호, 11-16쪽 참조.

23) 성낙인, 1115쪽; 정태호, 기본권의 본질적 보장에 관한 소고, 저스티스 제31권 제4호(1998, 12쪽).

24) 헌재 1989.12.22. 88헌가13 국토이용관리법 제21조의3 제1항 등 위헌법률심판

25) 상대설에 입장에서 있다는 견해도 있다. 헌법재판소의 비례원칙과 본질적 내용 침해 적용

비례원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공익 보호를 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에 적용되는 한, 생명을 빼앗는 형벌이기는 하나 본질적 침해금지원칙에 위반되는 것으로 볼 수 없다는 입장이며, 비례원칙과 본질적 침해금지원칙 위반여부에 대하여 각 각 심사하지 않고 비례원칙을 기준으로 하여 본질적 침해금지원칙 위반여부를 판단하고 있다.<sup>26)</sup>

비례원칙이 기본권 외적 요소에 의한 법적 평가로 법치국가원칙의 구성요소이고 관련 법익들을 끊임없이 형량하여 조화를 이루어 가는데 중점이 있다면 본질적 내용 침해금지원칙은 기본권 내재적 요소에 대한 평가로서 기본권의 내용자체의 본질성을 보호하기 위한 것이고 다른 법익과의 형량을 통한 조화를 찾는 것이 아니기 때문에<sup>27)</sup> 양자는 독립적인 내용을 갖는 원칙들이라고 할 수 있다. 헌법 제37조 제2항의 문언에서도 비례원칙에 따른 기본권제한과 그러한 경우에도 기본권의 본질적 내용을 침해해서는 안 된다고 함으로써 양자를 구분하고 있다. 본질적 침해금지원칙이 독자적 의의를 갖고 적용되기 위해서는 비례원칙에는 부합하나, 본질적 침해금지원칙에 반하는 경우인데, 이러한 상황은 존재하기 어렵다. 그러나 기본권의 본질적 내용의 침해는 과도한 기본권 제한으로서 비례원칙에 부합하지 못한다고 볼 수 있으므로 본질적 침해금지원칙을 과잉금지원칙에 포섭하여 판단하고 있다.<sup>28)</sup> 본질적 내용을 미리 확정하기는 어렵고 생명권, 재산권 등 개별적 기본권의 특성에 따라 본질적 내용을 정할 필요가 있다.<sup>29)</sup> 생명은 본질적인 것과 비본질적인 것으로 구분하기가 불가능하고 생명에 대한 침해는 본질적인 내용을 침해할 수 밖에 없다. 사형제를 위헌이라고 보는 입장에서는 통상 절대적 본질설에 입각하여 생명권의 제한은 성질상 생명의 박탈을 의미하고, 생명권의 본질은 생명이기 때문에 생명권의 제한은 바로 생명권의 본질적 내용을 침해한다는 입장을 취한다. 그러나 본질적 침해금지원칙을 절대설에 입각하여 판단하기에는 어려움이 있다. 헌법재판소는 낙태죄 위헌결정<sup>30)</sup>에서 태아의 생명권과 국가의 생명보호의무를 인정하면서도 여성이 자기결정권

---

유형 정리는 표명환, 524-527쪽 참조.

26) 헌재 1996.11.28. 95헌바1 형법 제250조 등 위헌소원; 헌재 2010.2.25. 2008헌가23 형법 제41조 등 위헌제청

27) 최두훈, 생명권의 헌법상 제한논리, 김대환, 우리나라 헌법상 과잉금지원칙, 공법학연구 제 6권 제3호,

28) 성낙인, 1116쪽.

29) 정태호, 기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰, 헌법논총 제8집, 314쪽.

을 행사하기에 충분한 시간이 보장되는 시기까지의 낙태에 대해서 국가가 생명보호의 수단 및 정도를 달리 정할 수 있다고 봄으로써 임신중절을 통한 태아의 생명침해가 가능한 것으로 보았다. 또한 정당방위, 적군사살, 테러범사살 등의 경우 생명권을 형해화하는 생명의 박탈을 가져오지만 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명의 보호를 위한 경우, 또는 중대한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우로 보고 생명침해를 받아들여야 하기 때문이다.

## (2) 사형제도와 생명권침해의 문제

사형 존치론은 그 논거로 응보, 위하력, 시민보호, 국민의 법적 확신<sup>31)</sup>, 대체형으로서 종신형제도의 고비용과 비인간적인 측면, 시기상조등을 그 이유로 들고 있다. 헌법재판소의 존치이유도 이와 유사하다. 생명권이 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 없다는 입장<sup>32)</sup>도 존재하나, 다수의 학자들과 제2차 사형제 결정에서 헌법재판소의 다수의견<sup>33)</sup>은 사형제도는 간접적으로나마 헌법적 근거를 갖고 있고, 절대적 기본권을 인정하지 않는 현행 헌법 하에서 생명권은 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있는 기본권이라고 보고 있다. 이러한 도식에 따라 헌법재판소는 사형제도가 비례원칙을 준수하고 있어 헌법적으로 정당화 될 수 있는 예외적인 생명권의 제한인지를 다음과 같이 심사하고 있다. 동 결정에서 다수의견은 사형제도는 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄발생예방, 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통해 정의실현, 당해 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단함으로써 사회방어의 목적을 가지며 이러한 목적은 정당하며 사형은 이러한 입법목적을 달성하기에 적합한 수단임이 인정된다고 보고 있다. 침해최소성에 대한 판단은 다음과 같다. 첫째, 사형은 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있다. 둘째, 극악한 범죄의 경우 자유형인 무기징역형 등은 범죄자의 책임에 상응하지 않고, 일반국민의 정의 관념에 부합하지 못한다. 따라서 입법목적을 달성할 수 있으며 법익침해를 사형보다 덜 하는 다른 형벌이 명백

30) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127, 형법 제269조 제1항 등 위헌소원

31) 구성원의 보편적 승인 없이 형사정책이 성공하기 어렵기 때문에 현실에 맞게 단계적으로 대처가 필요함을 주장한다. 대표적으로 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007, 505쪽.

32) 권형준, 생명권의 보호에 관한 고찰, 법학논집 제5호, 1988, 249쪽.

33) 김철수, 헌법학; 허영, 권영성, 성낙인 등.

히 존재한다고 보기 어려우므로 침해최소성원칙에 반하지 않는다. 오판가능성은 사형제도 자체의 문제가 아니라 사법제도의 한계이며 심급제도, 재심제도 등의 제도적 장치 및 개선을 통해 해결할 문제이다. 또한 범죄예방을 통한 일반국민의 생명보호 등 중대한 공익의 보호와 정의실현 및 사회방위의 공익은 사형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없고 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없으므로 법익의 균형성원칙도 충족한다고 보고 있다.

사형폐지론은 그 논거로 인도주의, 오판위험<sup>34)</sup>, 위하력 없음, 정치적 악용가능성을 들고 있다. 2010년 제4차 사형제결정에서 반대의견에서 사형제도가 위헌이라는 점을 논증하고 있다, 이에 따르면 사형제도는 비례원칙에 반할 뿐만 아니라 본질적 침해금지원칙에도 반한다. 그 이유로 사형제도는 인간존엄과 가치, 생명권을 보장하는 헌법체계에서 입법목적 달성을 위한 적합한 수단으로 볼 수 없다는 점, 사형제도를 통하여 확보하고자 하는 형벌기능을 대체할 수 있는 가석방 없는 무기자유형 등 수단이 존재하므로 침해최소성원칙에 반하는 점, 사형을 통해 보호하려는 타인의 생명이나 중대한 법익은 이미 그 침해가 종료되어 범죄인의 생명을 박탈해야 할 긴급성 또는 불가피성이 없어 공익보다 서인의 생명침해가 훨씬 크므로 법익의 균형성도 인정되지 않는다는 점을 든다. 또한 사형제도는 사람의 생명을 빼앗는 것이므로 생명권의 본질적 내용을 침해한다고 보고 있다. 위헌의견 중 헌법 제37조 제2항은 그 내용이 본질적인 부분과 그렇지 않은 중층적 구조로 구성된 기본권제한에 관한 규정이므로 이러한 중층적 구성을 갖고 있지 않는 생명권에 적용되지 않는다는 견해도 있으나, 생명권을 개념적으로나 실질적으로나 본질적인 부분을 그렇지 않은 부분과 구분하여 상정할 수 없어 헌법상 제한이 불가능한 절대적 기본권으로 보고 생명의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해한다고 본다.

헌법재판소는 제3차 사형제도 위헌성에 대하여 결정을 앞두고 있다. 국가인권위원회는 다음과 같은 이유로 사형제도가 인간의 존엄에 반하는 잔혹한 형벌로, 국가가 형벌의 목적달성을 위해 그 수단으로 삼는 것은 과잉금지원칙에 위반되고 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 폐지되어야 한다는 의견을 헌법재판소에 제출<sup>35)</sup>하

34) 이덕인, 사형제도의 실증적 분석과 비판적 검토, 97-99쪽.

35) 보도자료 210203 “사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하므로 폐지해야”, <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypei>



였다: 첫째, 생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 절대적인 것이며, 존엄한 인간존재의 근원으로, 인간의 생명과 이에 대한 권리는 기본권 중의 기본권으로 국가는 이를 보호, 보장할 의무만 있을 뿐, 이를 박탈할 권한은 없다고 보는 것이 타당하고 둘째, 사형제도 유지 및 집행이 범죄억제의 효과를 발휘하는지의 여부에 관하여는 확실하게 검증된 바가 없으며, 강력범죄 중 사형선고가 가장 많은 살인의 경우 범행 동기가 우발적이거나 미상인 경우가 50% 이상을 차지하고 있고, 범죄의 예방은 범죄억지력이 입증되지 않은 극단적인 형벌을 통해 가능한 것이 아니라, 빈틈없는 검거와 처벌의 노력에서 비롯된다는 점, 셋째, 오관의 가능성은 2007년 재심에서 무죄를 선고받은 ‘인혁당 재건위 사건’의 희생자들과 같이 오관에 의해 사형이 집행되었을 경우 그 생명은 회복할 수 없고, 무고하게 제거된 한 생명의 가치는 아무리 공공의 이익을 강조하더라도 정당화될 수 없다는 점, 넷째, 형벌의 목적 중 하나인 교화의 측면에서 볼 때 사형을 집행함으로써 이미 제거된 생명을 교육시켜 순화할 수 있는 방법이란 원천적으로 불가능하므로 사형은 교육순화의 목적을 달성할 수 없는 유일한 형벌로, 사형을 대체하여 형벌제도가 피하는 정책적인 목적을 달성할 수 있는 여러 가지 대체적인 방안이 마련될 필요가 있다는 점 등이다.

생명권은 모든 기본권의 근간을 이루는 것이기 때문에 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보로 제한 될 수 없다는 견해도 있다. 그러나 절대적 기본권을 두고 있지 않는 현행 헌법 하에서 신앙의 자유나 내심의 양심의 자유와 같이 성질상 제한할 수 없는 기본권도 아니기 때문에 생명권도 일반적 법률유보에 따라 비례원칙을 준수하여 법률로서 제한할 수 있는 기본권으로 보는 것이 합리적이다. 다음과 같은 점에서 사형제도는 비례원칙에 반한다고 생각한다.

목적의 정당성이 인정되기 어렵다.

사형제도에 대하여 합헌으로 유지가 필요하다는 입장에서도 개선이 필요하다는 입장이 존재한다. 처벌로서의 사형을 규정하고 있는 현행 법률들의 개정필요성에 대하여서는 공감을 하고 있다. 즉, 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위하여 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에 사형제도를 용인할 수 밖에 없다는 것이다. 그런데 현행 법률들 103개 조항에서 사형을 규정하고 있는데 이러한 범

죄행위가 모두 예외적으로 사형에 처해 질 수 있는 극악한 범죄에 해당하는 지는 의문이며 외국의 예를 참조하여 적용을 최소화할 수 있도록 개정이 필요하다는 것이다.<sup>36)</sup> 2010년 제2차 사형제 결정에서 보충의견에서도 사형의 오·남용 소지와 그에 따른 폐해를 최대한 불식시키고, 잔혹하고도 비이성적이라거나 목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 형벌이라는 지적을 면할 수 있도록, 그 적용 대상과 범위를 최소화하는 것이 필요한 점을 적시하면서 사형 대상 범죄를 원칙적으로 인간의 생명을 고의적으로 침해하는 범죄나 생명의 침해를 수반할 개연성이 매우 높거나 흉악한 범죄로 인해 치사의 결과에 이른 범죄, 전쟁의 승패나 국가안보와 직접 관련된 범죄 등으로 한정되어야 한다는 의견을 개진하고 있다.

사형제의 위헌론은 다음과 같은 논거를 든다. 사형제를 합헌이라고 본 헌법재판소의 다수의견은 사형제의 목적이 심리적 위하를 통한 범죄발생예방, 정당한 응보를 통한 정의실현, 영구적 재범가능성 차단을 통한 사회방어의 목적을 가지며 이러한 목적은 정당하고 사형은 이러한 입법목적 달성에 적합한 수단이라고 보았다. 그러나 피해자의 생명보호가 불가능한 상태에서 교화와 사회복귀의 기능 없이 응보와 인간의 객체화와 관련이 있는 사회방위, 범죄예방을 사형제도의 정당한 목적이라고 볼 수 있는지 의문이고,<sup>37)</sup> 설령 정당한 목적이라고 하더라도 사형제도가 이러한 목적을 달성하기 적합한 수단이라고 볼 수 없다. 입법자가 형벌의 종류와 대상을 정함에 있어 광범위한 재량을 갖는다고 하여도 채택한 수단이 목적을 달성하기에 명백하게 부적합한 경우 입법재량을 벗어나 위헌이라고 볼 수 있다. 먼저 사형집행이 1998년부터 더 이상 이루어지고 있지 않은 실질적 사형폐지국가에서 사형을 통해 재범가능성을 차단함으로써 사회방어의 목적이 달성될 수 있다고 보기에는 매우 큰 무리가 있다. 또한 사형제가 갖는 위하력을 통해 범죄예방의 목적을 달성할 수 있으므로 적합한 수단이라는 주장은 과학적 근거가 존재하지 않는 가설일 뿐이며, 다수

36) 성낙인, 1219쪽. 저자는 사형제도가 합헌이라고 하면서도 사형의 일반예방적 효과가 증명되지 아니하였으므로 사형은 비례원칙 중 최소침해성원칙에 반하며, 형사정책적 측면에서 특별예방적 효과가 인정될 경우에만 사형을 예외적으로 인정해야 하고 현행헌법상 합헌이지만 법정정책 관점에서 폐지여부를 신중히 고려할 필요가 있다고 밝히고 있다.

37) 목적의 정당성을 부인하는 입장으로는 제2차 사형결정에서 김종대 재판관이 제시한 “국가가 사형을 통해 범인의 생명을 빼앗는 것은 피해자의 생명을 보호하는 것이 이미 불가능해진 상태에서, 범죄에 대한 비난으로서의 응보의 기능만이 있을 뿐이다. 그런데 범죄에 대한 보복으로서 국가가 사람의 생명을 빼앗는 것은 정당화될 수 없다.”는 위헌의견을 들 수 있다. 허완중, 사형제도의 위헌성, 제137쪽에서도 목적의 정당성을 부인한다.

의 학자들의 위하력의 효과에 대하여 인정하고 있지 않다.<sup>38)</sup> 사형이 집행되던 시기인 1989년부터 1997년까지 사형집행자는 96명이고, 그후 1998년부터 2008년까지 사형집행대기자는 58명으로 나타났는데, 사형을 집행하던 시기의 사형대기자가 더 많았다는 것으로 사형집행의 위하력이 크지 않음을 보여준다.<sup>39)</sup> UN은 1988년과 2002년의 사형의 범죄예방효과 조사결과를 발표자료에서 사형제도가 살인억제력을 갖는다는 가설을 수용하는 것은 신중하지 못하고 사형제도가 폐지되더라도 사회에 갑작스럽고 심각한 변화가 일어나지 않을 것으로 따라서 사형이 범죄예방효과에 적합한 수단이라고 보기 어렵다는 견해를 표명<sup>40)</sup>하였다. 사형이 극악한 범죄에 대한 응보의 수단이라는 점은 인정될 수 있다. 그러나 형벌의 본질이 응보에서 교육으로 옮겨가고 있음을 볼 때, 사형은 국가가 범죄인에 대한 교화와 사회복귀를 위한 노력을 포기하는 것이바람직하지 않다고 할 수 있다. 침해의 최소성원칙을 준수하고 있지 못하다. 목적을 달성할 수 있으며 기본권을 가장 적게 침해하는 수단을 선택하여야 하는데 생명권을 박탈하지 않고 목적을 달성할 수 있는 수단이 존재한다. 다른 기본권과 달리 사형을 통한 생명권의 제한은 바로 생명의 박탈을 의미하므로 매우 신중하여야 한다. 대표적으로 가석방, 사면, 감형이 없이 자연사 할 때까지 수감되는 절대적 종신형제도를 들 수 있다. 그러나 절대적 종신형제도는 사회복귀가 불가능한 상황에서 죽음만 기다린다는 점에서 인권 침해적 성격이 강하다. 독일의 경우 30년 이상 가석방 없는 절대적 종신형제도에 대하여 연방헌법재판소가 위헌결정을 함에 따라 형법을 개정하여 제57조a네 따라 15년 이상의 형의 집행과 그 밖의 엄격한 조건을 충족하는 경우에 종신형에 대하여서도 가석방을 할 수 있도록 하였다.<sup>41)</sup> 헌법재판소는 이러한 점 때문에 절대적 종신형제가 목적을 달성할 수 있는 수단으로 보기 어려워 생명권을 침해하는 사형제도의 침해최소성을 인정하고 있다. 그러나 여러 가지 요건을 엄격하게 설정한 가석방이 가능한 상대적 종신형제도 가능하다. 법익의 균형성원칙도 충족하고 있지 못하다. 제37조 제2항에 따라 생명권을 제한하는 경우라고 하여도 생명권 제한과 관련하여서는 법익형량을 할 수 없다는 견해가 있다. 생

38) 박찬걸, 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도, 한양법학 제21권 제2집(통권 제30집), 2010.05. 356쪽.

39) 박성철, 사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고, 형사정책연구 제21권 제4호(통권 제84호, 2010 겨울), 134쪽.

40) 박찬걸, 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도, 각주 26).

41) BVerfGE 45, 187; 박찬걸, 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도, 각주 41)

명이라는 절대적 가치와 충돌하는 다른 생명이나 중대한 공공이익 중 하나를 선택하는 것은 선택 받은 공익이 더 크고 중요한 가치가 있다는 의미가 아니고 중대한 공익 중 하나의 선택을 한 것일 뿐이며, 이에 대하여서는 부정적 평가를 할 수 없기 때문이라는 것이다.<sup>42)</sup> 사형제도를 통해 달성될 수 있는 공익을 위하력을 통한 범죄 예방, 응보, 사회방위는 대체형벌을 통해 충분히 달성될 수 있다. 그러나 한 번 침해된 생명권은 다시 회복할 수 없다.

### (3) 사형제도와 인간의 존엄과 가치침해의 문제

사형제도가 헌법 제10조에서 보장하는 인간의 존엄과 가치를 침해하는지는 사형제가 위헌인지를 결정하는 문제이다. 모든 사람에게 보장되는 인간의 존엄과 가치는 헌법의 핵심이념이며, 헌법의 기본원리이자 모든 기본권의 목적이 되는 기본권이다.

2010년 제2차 사형제 결정에서 다수의견은 사형제도가 헌법 제37조 제2항에 의한 헌법적 한계를 일탈하였다고 볼 수 없는 이상, 범죄자의 생명권 박탈을 내용으로 한다는 이유만으로 곧바로 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위배된다고 할 수 없다고 보았다. 또한 사형제도는 극악한 범죄를 저지른 자에 대하여 그 중한 불법 정도와 책임에 상응하는 형벌을 부과하는 것으로 범죄자의 극악한 범죄행위의 결과이므로 범죄자를 오로지 사회방위라는 공익 추구를 위한 객체로만 취급함으로써 범죄자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한 것으로 볼 수 없다고 보고 있다. 또한 사형을 선고하는 법관이나 집행하는 교도관이 인간적인 자책감을 가질 수 있다는 이유만으로 사형제도가 법관, 교도관 등의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 위헌적 제도라고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 2010년 제2차 사형제 결정의 반대의견은 사형제도는 범죄억제라는 형사정책적 목적을 위해 사람의 생명을 빼앗는 것으로 그 자체로 인간으로서의 존엄과 가치에 반하고, 사형제도를 통해 일반예방의 목적이 달성되는지도 불확실하다고 보고 있다. 그리고 사형은 이성이 일부라도 회복된 안정된 상태의 범죄인에 대하여 생명을 박탈하는 것이므로 인간의 존엄과 가치에 위배되며, 직무상 사형제도의 운영에 관여하여야 하는 사람들로 하여금 그들의 양심과 무관하게 인간의 생명을 계획적으로 박탈하는 과정에 참여하게 함으로써, 그들의 인간으로서 가지는 존엄과 가치 또

42) 허완중, 사형제도의 위헌성, 131쪽.

한 침해한다는 견해를 피력하고 있다.

수형자의 교화·개선등을 통한 도덕성회복의 기회를 부여하는 것이 주된 목적으로 사용되는 자유형과 달리 사형은 죽은 사람에게는 아무런 의미를 주지 못하고 사회 방위, 위하력을 통한 범죄예방을 위하여 의미를 찾을 수 있는 형벌이다. 이처럼 사형은 국가목적을 위하여 인간을 수단화, 객체화하고 있으므로 인간의 존엄에 반한다. 또한 사형은 공포와 고통을 느끼는 인간에게 무방비상태에서 강제로 목숨을 끊게 한다는 점에서 가장 잔인하고 가혹한 형벌이다. 또한 인간의 존엄에 상응하는 사형집행의 절차와 방법은 존재하지 않는다고 할 것이어서 이러한 사형 관련 절차에 참여하는 법관, 사형집행인 등의 인간의 존엄과 가치도 침해한다.<sup>43)</sup>

### III. 유럽연합과 독일의 사형제도에 관한 비교법적 고찰

#### 1. 유럽인권협약

1950년 가결된 유럽인권협약(Europäischen Menschenrechtskonvention : EMRK)<sup>44)</sup>에서는 원래는 생명권을 보호하면서 법에 근거하여 법원의 판결에 따른 사형 이외의 사형을 금지 하고 있었다. 제2조 제1항 1문에서는 모든 사람의 생명에 대한 권리는 법적으로 보호된다고 규정하면서 제2문<sup>45)</sup>에서 “법률에서 사형이 예정된 범죄행위에 대하여 법원에서 사형을 선고하고 사형을 집행하는 것 외에는 어느 누구도

43) 허완중, 사형제도의 위헌성, 123쪽.

44) Die „Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,, die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wurde bereits im Jahr 1950 vom Europarat verabschiedet und ist drei Jahre später, am 3. September 1953, in Kraft getreten. Mit der Europäischen Menschenrechtskonvention wurden erstmals in Europa ein völkerrechtlich verbindlicher Grundrechtsschutz geschaffen, der von Jedermann einklagbar ist. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist damit das wichtigste Menschenrechtsübereinkommen in Europa.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (European Court of Human Rights), EGMR, hat seinen Sitz in Straßburg.

<https://www.menschenrechtskonvention.eu/>

45) Art.2 Abs. 1 2. Satz Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

고의로 죽임을 당해서는 안 된다”고 규정함으로써 사형제도를 규정하고 있었던 것이다. 그러나 1983년 사형제폐지에 대한 EMRK 프로토콜 제6호(Protokoll Nr. 6 über die Abschaffung der Todesstrafe vom 28. April 1983)가 발효됨에 따라 전시의 경우를 제외하고 EMRK 제2조 제1항 2문의 사형제도 규정은 효력을 상실하게 되었다.<sup>46)</sup> EMRK 제15조에 따라 이 프로토콜과 다른 규정을 둘 수 없으며(프로토콜 제6호 제3조), EMRK 제57조에 따라 이 프로토콜은 유보될 수 없다(프로토콜 제6호 제4조). 프로토콜 제6호 제1항은 “사형은 폐지된다. 어느 누구도 사형선고를 받거나 사형에 처해져서는 안 된다.”고 규정함으로써 사형제도를 폐지하고 있다. 제2항은 전시에서의 사형에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다: “각 국가는 그들의 법률에서 전시나 직접적인 전쟁위험의 경우 행해진 행위들에 대하여 사형을 상정할 수 있다. 이 처벌은 법률에서 예정하고 있어야 하며, 이 협약에 상응하여 적용되어야 한다. 유럽평의회(Europarat)<sup>47)</sup> 의장(Generalsekretär)에게 관련 법규를 통지해야 한다.” 그 후 2002.05.03. 사형제 완전폐지에 대한 프로토콜 제13호(Protokoll Nr. 13 über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe vom 3. Mai 2002)가 발효되어 전시관할의 범주에서도 사형제도가 폐지됨으로써 사형제도가 완전히 폐지되었다.

EMRK 제2조 제2항은 a) 법에 반하는 폭력에서부터 어떤 사람을 방어하기 위하여 b) 적법하게 체포하거나 적법하게 자유가 박탈된 어떤 사람이 도주하는 것을 방해하기 위하여 c) 반란이나 내란을 적법하게 진압하기 위하여 반드시 필요한 무력의 사용을 통하여 야기된 사살(Tötung)은 이 조항의 침해로 간주하지 않는다고 명시하고 있다. 동 규정은 EMRK 프로토콜 제6호에 상응하는 것으로 그 효력범위는 유럽연합기본권협약(Charter der Grundrechte der Europäischen Union)<sup>48)</sup> 제52조에서 규

46) 프로토콜 제6호 제6조에서는 EMRK에 대한 관계에 대하여 “모든 체결국들은 이 프로토콜 제1조부터 제5조를 EMRK 부속프로토콜로 간주해야 한다; EMRK의 모든 규정들은 이에 상응하여 적용되어야 한다”고 규정하고 있다.

47) Der Europarat – englisch Council of Europe (CoE), französisch Conseil de l'Europe (CdE) – ist eine am 5. Mai 1949 gegründete europäische internationale Organisation. Dem Europarat gehören seit dem Ausschluss Russlands am 16. März 2022 46 Staaten. Der Sitz des Europarats ist der Europapalast im französischen Straßburg. Am 5. Mai wird alljährlich der Gründungstag des Europarates als Europatag gefeiert.

48) [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_de.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf)

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union gilt für alle Staaten der Europäischen Union außer Polen. Die Charta (oft verkürzt: EU-Grundrechtecharta; häufige Abkürzungen: GRC bzw. GRCh) kodifiziert Grund- und Menschenrechte im Rahmen der

정하는 효력범위와 동일하다.

EMRK 제2조는 가장 근본적인 인권으로서 생명권을 보호하고 사형을 금지하고 있으나 법적 근거하에서 체포, 수형자 탈출저지, 소요나 내란에 대한 적법한 진압의 긴급방위와 긴급방어(Notwehr und Nothilfe)의 범주에서 예외를 둠으로써 목표에 대한 살인이나 국가적 무력사용의 결과에서 발생하는 생명침해를 인정하고 있다. 그러나 EMRK 동 규정에서 회원국들에게 생명침해에 대한 백지수표를 발급해 준 것은 아니고, 동 조항에 따라 회원국들에게는 권력의 작용으로 인하여 사망이 발생한 모든 사건에 대하여 효과적이고 유효하게 조사해야 하는 의무가 부과된다.

회원국들의 이러한 조사의무는 유럽재판소(Europäische Gerichtshof)가 1995년 ‘McCann 대 영국’ 사건<sup>49)</sup>에서 EMRK 제2조로부터 도출해 낸 것이다. 이 사건에서는 사망이 국가의 대표자를 통하여 발생한 것이다. 1988년 영국 관청은 IRA 3인조가 지브랄터(Gibraltar)에서 자동차폭탄을 폭발시키려고 계획하였다는 첩보를 입수하고 테러리스트로 추정되는 사람들이 지브롤터에 입국하도록 허용하고 이들이 지브롤터에 들어와서 자동차를 주차하자 반테러부대 Special Air Service (SAS)로 하여금 체포케 하였는데 체포된 사람 중 하나가 구부리는 동작을 하자 자동차폭탄의 원격조정장치를 누르려는 것으로 보고 사살한 사건이다. 그러나 체포된 사람들은 비무장이었고 자동차에도 폭탄이 없었다는 것이 밝혀졌다. 청구인들은 EMRK 제2조의 생명에 대한 권리가 침해되었다고 주장하였다. 유럽재판소는 EMRK 제2조는 민주주의 사회의 근본가치를 규정하고 있으므로 엄격하게 해석될 필요가 있다고 하고 있다. 동 재판소는 동조는 고의적인 살해의 경우들을 정의하고 있는 것이 아니라 단지 무력이 사용되어 의도하지 않았으나 사망이 발생할 수 있게 되어 허용이 될 수 있는 무력사용에 대하여 규정을 하고 있다고 설명하면서 이 무력의 사용은 EMRK 제2조 제2항 a)-c)의 목적을 달성하기 위하여 반드시 필요한 범위를 벗어나서는 안 되고, 이를 위하여 매우 엄격한 조사기준이 요구된다고 실시하고 있다. 이 사안과

---

Europäischen Union. Mit der Charta sind die Grundrechte in der Europäischen Union erstmals umfassend schriftlich niedergelegt. Sie orientiert sich an der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Sozialcharta, den mitgliedstaatlichen Verfassungen und internationalen Menschenrechtsdokumenten, aber auch an der Rechtsprechung der europäischen Gerichtshöfe.

49) [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT\\_19950927\\_AUSL000\\_000BSW18984\\_910000\\_000/JJT\\_19950927\\_AUSL000\\_000BSW18984\\_9100000\\_000.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_19950927_AUSL000_000BSW18984_910000_000/JJT_19950927_AUSL000_000BSW18984_9100000_000.pdf)

관련하여 동 재판소는 반테러부대의 군인이 자동차에 폭탄이 있고 사살당한 사람이 자동차폭탄의 원격조정장치를 누른다고 볼 만한 충분한 이유를 가지고 주장될 수 있는 설득력(vertretbare Überzeugung)을 가지고 그러한 행위를 한 경우, 이러한 국가조직을 통한 군인의 무력사용은 EMRK 제2조에서 언급한 목적에 복무한다는 점이 정당화된다. 한편, 전체작전의 감당기구는 테러의심자들을 조기에 체포하는 경우 법정에서 증거가 불충분하여 석방할 수 밖에 없고, 그 경우 테러리스트들로 인한 위협이 더욱 커지게 되므로 이들이 지브롤라에 입국하도록 허용했다고 진술하였다. 동 재판소는 IRA에 대한 정보는 첩보기관에 의존할 수 밖에 없어 완전 정확할 수 없다는 점을 인정하면서도 영국 관계당국이 반테러부대에게 내리는 사격명령은 테러의심자가 사망에 이를 때까지 반사적으로 총격을 가할 수 있다는 것을 포함하므로 지브랄터에 자동차를 타고 온 사람들이 테러리스트인지, 자동차 안에 폭탄이 설치되어 있는지 다른 방법은 없는지 등에 대한 조사 없이 사격명령을 내린 것은 받아들일 수 없는 것으로 EMRK 제2조 생명권을 침해한 것으로 판단하였다.

유럽재판소는 1998년 ‘Yasa/Türkei’ 사건<sup>50)</sup>에서 EMRK 제2조로부터 도출되는 조사의무를 국가기관에 의한 사망사건뿐만 아니라 모든 사망사건에까지 확대하였다. 심판청구인은 신문판매대를 운영하고 있던 사람으로 신문판매대로 가는 도중 2명의 모르는 사람으로부터 뒤에서 총을 맞고 중상해를 입었다. 청구인은 총을 쏜 사람들이 경찰들이었다고 조사기관에 진술하였다. 같은 해 청구인의 신문판매대에서 함께 일을 하는 삼촌이 모르는 사람으로부터 총살을 당하였다. 청구당시까지 지속되고 있던 경찰조사에서 청구인은 자신과 삼촌에 대한 공격은 쿠르드족에 대하여 우호적인 발행인 등이 있는 Özgür Gündem이라는 신문의 판매와 관련이 있는 것이라고 진술하였다. 터키 정부는 이 사건과의 관련성을 전면 부인하였다. 청구인은 EMRK 제2조, 제10조(표현의 자유), 제13조(국내 차원에서 실효적인 권리보호), 제14조 차별금지, 제18조 협약상 허용된 제한의 오용에 대한 침해 등을 주장하였으며, 제2조의 침해와 관련하여 유럽재판소는 먼저 청구인과 그 삼촌에 대한 공격이 경찰에 의하여 이루어졌다는 주장은 명확하게 입증되지 못하였다고 결정하였다. 동재판소는 청구인은 경찰조사가 불충분하다는 점을 주장에 대하여 동 재판소는 국가의 생명보호의무는 사망이 국가기관에 의해서 이루어질 때에 한정되지 않으며, 이 사건에서 청구인

<sup>50)</sup> [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_19980902\\_AUSL000\\_000BSW22495\\_9300000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_19980902_AUSL000_000BSW22495_9300000_000)



과 그 삼촌에 대한 살해공격보고에 대하여 국가는 자동적으로 EMRK 제2조에서 도출되는 효과 있는 조사를 실행할 의무를 지게 된다고 실시하였다. 동 재판소는 터키 남동부 상황으로 인해 증거자료를 모으기가 어렵다는 점이 인정되지만 EMRK 제2조에서 도출되는 효과 있는 조사를 실행할 의무는 여전히 존재하는 것이고 이 사건에 대하여 경찰조사가 진행되기는 하였지만 사건 발생 후 5년이 지나도록 어떠한 진전이나, 또는 뚜렷한 결과가 없다고 하면서 터키정부의 EMRK 제2조침해를 인정하였다.

EMRK의 생명권 규정은 유럽연합기본권협약의 생명권보장조항에 영향을 미쳤다. 2000.10.13/14. 유럽연합 참의원과 2000.11.11.14. 유럽연합 의회에서 동의를 얻어 발효중인 유럽연합기본권협약 제2조 제1항에서는 “모든 사람은 생명에 대한 권리를 가진다”고 규정하고, 제2항에서는 “어느 누구도 사형선고를 받거나 사형에 처해지지 않는다.”고 명시하고 있다.

## 2. 독일 기본법의 생명권보장과 사형금지

### (1) 인간의 존엄과 사형·사살

인간존엄에 대한 이해와 해석은 문화에 따라 차이가 크다. 유럽과 유럽연합은 사형제를 폐기하였다. 독일에서 인간존엄은 절대적인 근본가치로서 변할 수 없는 것으로 이해하며 제79조 제3항 영원보장조항에 의하여 헌법개정을 통하여서도 개정이 불가능하다. 독일연방헌법재판소는 테러리스트에 의한 비행기납치의 경우 비행기를 격추하는 것은 비행기에 타고 있는 무고한 사람들의 생명을 앗아가기 때문에 무고한 사람들의 인간존엄을 해치는 것이라고 결정하였다. 반면, 미국에서는 현재 널리 시행되고 있는 사형제도나 테러리스트에 대한 총살 등이 인간의 존엄을 침해한다고 보지 않고 있다. 미국연방대법원은 수정헌법 제8조<sup>51)</sup>가 인간의 존엄성에 부합하지 않는 과도한 형벌, 즉 필요이상으로 합당하지 않는 고통을 주거나 범죄의 불법성에 비례하지 않는 극히 과중한 형벌을 금지한다고 이해하였지만, 사형제 자체는 잔인하고 비정상적인 형벌을 금지하는 형벌에 해당하지 않는다고 판결<sup>52)</sup>하였다. 한편

51) 8. Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten “Es sollen weder übermäßige Kauttionen verlangt, noch übermäßige Bußgelder verhängt, noch grausame und ungewöhnliche Bestrafungen angewendet werden.”

2008.06.25. 미국연방대법원은 만 12세 미만의 아동에 대한 강간범에 대한 형벌로 사형을 규정하고 있는 루이지애나 주법에 따라 사형선고를 받은 8세 된 딸을 강간한 의부가 제기한 상고심에서 12세 미만 아동강간범에 대한 위 루지애나 법률조항이 강간 후 고의로 살해한 경우를 제외하고 수정헌법 제8조에 위배된다고 판결하였다.<sup>53)</sup> 인간존엄에 대한 이해와 그에 따른 사형제에 대한 판단이 나라에 따라 이처럼 상이하기 때문에 학자<sup>54)</sup>에 따라서는 인간존엄을 공허한 개념으로 보기도 한다.

그러나 인간존엄의 원칙과 이와 결부된 기본권들, 특히 생명권은 가장 중요한 의미를 가지며 최소한 정치적 차원에서 국제협약에서 이에 대하여 세속적인 합의를 한 원칙이다. 이 합의는 참혹한 인간의 경험덕분이다. 제2차 세계대전 말에 종족적인 이유로 한 나찌의 인간에 대한 범죄의 정도에 대한 경험을 하였다. 나찌의 이러한 살인행위의 토대는 ① 너는 아무것도 아니다, 너의 민족이 전부이다. ② 아리아족이 특별한 가치가 있고 다른 종족은 저열한 가치를 가진 종족으로서 노예화할 수 있거나 또는 “벌레”처럼 없애버릴 수 있는 것이라고 하는 두 개의 원칙들 하에서 자행되었다. 1948년 유엔의 인권선언은 나찌의 이 두 개의 원칙에 정면으로 대응하여 인간존엄의 원칙을 확립하였다: “모든 인간은 존엄과 권리에 있어 자유롭고 동등하게 태어났다. 모든 인간은 이성과 양심을 부여 받았고 서로 박애의 정신속에서 조우해야 한다.” 이러한 인간존엄의 원칙은 ① 근본적으로 주체상태(Subjektstatus)의 원칙으로서 인간존엄: 민족의 목표에 희생되는 개인이 되어서는 안 된다는 것. ② 평등원칙으로서 인간존엄원칙: 아리아종족이 더 우수하다는 것이 아니라 인간의 존재에 기반하여 모든 사람의 어떤 다른 특성에 관계없이 그 자체로 평등하다는 것을 내용으로 전개되었다. 이러한 관점에서 보면 인간존엄은 다수를 위하여 개인이 희생하여야 한다는 윤리학적 공리주의와도 거리가 있으며, 어떤 사람이 인간의 존엄에 상응하지 못하게 처신을 하는 경우에도 그 사람을 존엄하게 대우하여야 한다는 것을 포함한다.<sup>55)</sup>

<sup>52)</sup> Gregg v. Georgia, 428 U. S. 153 (1976).

<sup>53)</sup> Patrick Kennedy v. Louisiana 554 U. S. 407 (2008).

<sup>54)</sup> Ruth Macklin, Dignity is a useless concept, 2003. MJ 2003; 327 doi, <https://doi.org/10.1136/bmj.327.7429.1419>(Published 18 December 2003), in: <https://www.bmj.com/content/327/7429/1419.long>

<sup>55)</sup> Nikolaus Knoepffler, Menschenwürde als Grundwert – drei Konzeptionen, drei Kulturen, in: Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie, Interkulturalität und Diversity 2017, Georg Ebner und Julia Lechner (Hrsg.), Wien 13/2018, S. 20-24.

인간존엄은 독일 기본법과 국가법에서 도출되는 개념으로서 기본법 제1조 제1항<sup>56)</sup>에서는 인간의 존엄은 불가침이며, 이를 존중하고 보호하는 것이 국가권력의 의무라고 규정한다. 연방헌법재판소는 인간존엄이 자유로운 민주주의에서 최상위의 가치를 갖는 것<sup>57)</sup>이고 기본법을 유지하는 헌법원칙<sup>58)</sup>이라고 보고 있다. 제1조 제3항에서는 이하 규정된 기본권이 직접 효력이 있는 권리로써 입법, 사법, 행정을 기속한다고 규정한다. 기본권 제정자는 존엄에 대한 정확한 정의를 하지 않았다. 인간존엄이 무엇인지에 대한 정의와 보호범위를 정하기는 매우 어렵다. 한 사회의 사회적 문화적인 전체상황에서 인간존엄에 대한 상이한 상정과 발전이 이루어지기 때문이다.

기본법 제1조에 따라 국가는 인간존엄을 존중하고 보호해야 한다. 존중한다는 것은 침해하지 않는다는 것을 의미하며, 보호한다는 것은 존중을 넘어 국가에 대하여 명시적, 적극적 행위를 요구하는 것이다. 따라서 인간존엄의 존중과 보호는 국가권력의 한계설정을 하는 것일 뿐만 아니라 국가권력의 과제이기도 하다. 인간존엄의 보호범위를 정하는 것은 먼저 오늘날 존엄이라는 단어의 사용이 점점 드물어지고 있고, 존엄의 근원을 알기 위하여서는 2천년이 넘는 철학적 근원을 알 필요가 있으며 인간존엄에 대한 요청이 특히 시간과 상황에 따라 판단되고 인간존엄이 다른 기본권들, 특히 생명권과 평등권과의 관계에서 나타나는 점 등의 다양한 관점에서 매우 어려운 일이다. 인간이 관계속에서 스스로 결정하여 형성된 태도를 근거로 그 자신의 존엄을 갖게 된다는 견해도 있으나, 인간의 존엄을 기독교적 자연권 사상에 입각하여 가치, 즉 고유의 가치, 인간의 본성, 본질 자체로 이해하고 이러한 전통적인 사고가 기본법에 동 조항이 삽입되었다고 보는 것이 좀 더 일반적이다. 또 다른 이해는 인간존엄에서 결정적인 것은 정체성의 형성이라고 이해한다. 연방대법원(Bundesgerichtshof : BGH)은 인간존엄을 인간이 특성, 신체적·정신적 상태, 능력이나 사회적 신분에 관계없이 인간으로서 갖게 되는 가치와 존중에 대한 요청으로 이해한다.

인간존엄의 침해에 있어 무엇이 무엇인 인간의 존엄인지를 적극적인 규명하기 보

56) Art. 1. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

57) BVerfGE 5, 85, 204.

58) BVerfGE 6, 32, 36.

다는 개별사건에서 공권력의 행사가 인간의 존엄을 해쳤는지를 소극적으로 묘사하는 방법을 통해 인간의 존엄의 침해여부를 판단하는 것이 연방헌법재판소와 학자들의 태도이다. 이러한 방법에 따라 연방헌법재판소는 인간존엄 침해를 판단하기 위해 먼저 “떨시(Erniedrigung), 낙인(Brandmarkung), 박해(Verfolgung), 경멸(Ächtung), 잔인하거나 가혹한 판결(grausames oder hartes Urteil) 등의 묘사를 사용<sup>59)</sup>한다. 그리고 난 후 객체공식(Objektformel)을 사용하는데, 이에 따르면 국가에서 단순히 객체로 만드는 경우 인간의 존엄을 침해<sup>60)</sup>한다. 연방헌법재판소는 도청판결<sup>61)</sup>에서 객체공식을 더욱 구체화하려는 시도를 하였다. 이 사건에서 동 재판소는 인간의 주체성에 대하여 원칙적으로 문제를 제기하고 있거나, 또는 구체적인 사안에서의 처우가 ‘자의적(willkürlich)’으로 인간의 존엄을 무시하는 경우 인간존엄의 침해가 있다고 판시하면서, 이는 법률을 집행하는 공적 기관들에 의한 인간의 처우가 인간존재 자체가 가지는 가치에 대하여 경멸을 하는 처우라는 ‘표징(Ausdruck)’을 가져야 하는 것이라고 설명한다. 그러나 동 결정에서 소수의견과 몇몇 학자들은 연방헌법재판소의 이러한 인간존엄의 침해 구체화가 성공하지는 못하였다고 평가<sup>62)</sup>하는데, 이들은 자의적이지 않은 인간존엄을 침해하는 처우는 허용되는 것인지, 인간존엄의 침해 표징은 무엇을 의미하는지의 문제가 다시 제기되는 것이어서 선한 의도에서 행해진 것일지라도 인간의 가치를 무시하고 비인간적인 객체로 취급하는 것이 인간의 존엄을 해치는 것으로 보아야 한다는 견해를 피력한다.

인간존엄조항은 어떠한 유보도 없는 절대적 기본권으로 규정되어 있다. 기본법 제 79조에서는 기본법의 개정에 관하여 규정하고 있는데, 제3항은 주들에서 연방편입, 주의 원칙적인 입법공동참여권, 기본법 제1조<sup>63)</sup>와 제20조<sup>64)</sup>를 변경하는 법률은 허

<sup>59)</sup> BVerfGE 1, 332, 347 f.

<sup>60)</sup> BVerfGE 9, 89, 95; 57, 250, 275.

<sup>61)</sup> BVerfGE 30, 1.

<sup>62)</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 7. überarbeitete Auflage, S. 89, Rn. 405.

<sup>63)</sup> der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), „das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit“ (Art. 1 Abs. 2 GG), die Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG),

<sup>64)</sup> das Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), die Staatsform der Republik (republikanisches Prinzip) (Art. 20 Abs. 1 GG), das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), das Prinzip der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG), die Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), die Bindung

용되지 않는다고 하는 소위 ‘영원조항’ 또는 ‘영원보장’(Ewigkeitsklausel oder Ewigkeitsgarantie) 조항이다. 따라서 인간존엄에 대한 침해의 정당화는 제79조 영원조항에서 규정하는 헌법기본원칙들과의 충돌에서만 가능하다고 할 수 있다. 그러나 자유로운 민주주의사회에서 최상의 가치는 인간의 존엄이고 자유로운 민주주의원칙은 인간존엄을 위하여 존재하는 것이므로 인간존엄에 대한 침해를 정당화하기 위한 헌법상 원칙으로 원용될 수 없다.<sup>65)</sup> 인간존엄의 침해는 역사적으로 볼 때 특히, 평등, 인간적 정체성과 온전성, 국가권력적용의 한계, 개인적 및 사회적 생활의 보장이라는 특정 영역에서 나타난다. 인간존엄은 다른 기본권과의 관계에서 그 문제가 발생된다. 체계적으로 볼 때, 인간의 존엄은 특히 생명에 대한 권리와 연결이 된다. 자유권과 평등권과 관련이 있는 개별적인 사안에서 관련 기본권과의 보호범위 구분과 구체화를 해야 하며, 법치국가원칙과 사회국가원칙을 존중하면서 판단하여야 한다.

## (2) 생명권과 사형·사살

연방독일공화국에서는 사형이 선고된 적이 없다. 구 동독에서는 공식적으로 1987년까지 사형제도가 존속되었으며, 1981년에 최종적으로 사형이 집행되었다. 사형은 인간의 존엄을 침해하며 법치국가원칙에 반하며 사형금지헌법 제79조 제3항에 따라 영원한 보장을 받게 되는데, 독일에서 사형제도를 다시 도입하기 위하여서는 유럽 인권협약과 유럽연합협약에서 탈퇴를 하여야 한다.

기본법 제2조 제2항 1문<sup>66)</sup>에서는 모든 사람의 생명권과 신체불훼손권을 보장하며, 이 권리들은 2문에 따라 법률에 의해 제한될 수 있다. 이 조항은 나찌시기(Nationalsozialismus)에 국가적 살해에 대한 경험을 기본법 안으로 투영한 것이다. 연방헌법재판소는 생명권 조항의 의미를 인간존엄의 기반이고 다른 모든 기본권의 전제로 국가는 생명보호의무가 있다고 실시하고 있다.<sup>67)</sup> 이처럼 생명존엄과 생명권

---

der Gesetzgebung an die Verfassung (Art. 20 Abs. 3 Hs. 1 GG), die Bindung der Exekutive (ausführende Gewalt) und Judikative (Rechtsprechung) an die Verfassung und das sonstige Recht (Art. 20 Abs. 3 Hs. 2 GG).

<sup>65)</sup> Pieroth/Schlink, S. 91, Rn. 413.

<sup>66)</sup> Art. 2 (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

<sup>67)</sup> BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975, Az. 1 BvF 1-6/74, BVerfGE 39, 1, 42.

은 유기적으로 연결이 되어 있고 생명권 속에는 인간존엄의 내용이 포함되어 있다고 할 수 있다.

생명권은 생명에 대한 권리로서 출생 이전부터 시작되며 죽음과 더불어 종료된다. 대표적인 생명에 대한 침해에는 나찌시기에 자행되었던 “국가적으로 조직된 살인”인 안락사(Euthanasie)를 들 수 있다. 법에서 치료불가능하고 고통스러운 환자의 의사에 따라 연명치료를 중단하는 것은 윤리적 문제는 차치하고 생명권의 침해라고 보기 어렵다. 생명권의 침해로 상정되는 대표적인 경우는 사형, 경찰의 사살, 연방군의 공법상 근무관계에서의 생명과 건강의 투입의무 등이다.

생명권의 침해에 대한 헌법적 정당화는 먼저 기본법 제2조 제2항 2문에 따른 법률유보원칙을 준수해야 하며 체계적 해석과 역사적 해석이 의미를 갖는다. 기본법 제2조 제2항에서는 생명권을 절대적 기본권으로 규정하고 있지 않아 그 침해를 상정하고 있다. 생명권의 침해는 기본권의 본질적으로 중요한 침해(Wesentlichkeitslehre)를 상정하므로 의회유보(Parlamentsvorbehalt)원칙이 적용되어야 한다. 생명권제한을 정당화하기 위하여서는 특히 매우 섬세하게 비례원칙이 적용되어야 한다. 생명권의 내용에는 기본법 제19조에서 규정하는 본질적 내용(Wesengehalt)으로서 인간의 존엄이 한 내용을 이루고 있다. 따라서 인간의 생명을 침해하는 공권력은 인간의 존엄을 침해하는 것이고 인간존엄은 법률로서도 제한될 수 없다는 것이어서 결국 생명권에 대한 제한도 불가능한 것은 아닌지 하는 문제가 제기된다. 그러나 생명이 동시에 인간존엄 또는 인간의 본질적 내용이라고 볼 수는 없다. 생명으로부터 생명을 박탈하게 되면 아무것도 남지 않게 되기는 하지만, 이러한 생명권의 제한이 항상 인간의 존엄과 가치를 침해라고 기본권의 본질적 내용(Wesensgehalt) 침해를 금지하는 기본법 제19조 제2항<sup>68)</sup> 및 영원조항인 제79조 제3항에 반하는 것은 아니라고 보는 것이 연방헌법재판소와 다수 학자들의 견해이다. 왜냐하면 기본법에서는 이미 생명권의 제한을 상정하고 있고 생명권의 제한은 항상 생명의 박탈을 통하여 이루어지기 때문이라는 것이다. 따라서 예컨대 경찰이 인질범을 목표로 하는 사살행위는 인질범의 생명권침해 문제가 아니라, 이러한 방법을 통하지 아니하면 인질범으로부터 인질들을 구할 수 없는지를 비례원칙에 따라 세밀하게 검토하여야 하는 문제라고 할 것이다. 따라서 각 주의 경찰법에서 규정하고 있는 최후의 구조사격(finale Rettungsschuss)<sup>69)</sup>

<sup>68)</sup> Art. 19 (2) In keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

을 통해 국가권력에 의한 살해가 야기 되지만, 이러한 살해행위는 목적을 위하여 인간을 대상화하고 있는 것이 어니어서 인간의 존엄을 침해하지 않는다고 이해한다. 이를 통한 생명권의 침해는 비례원칙에 충실하게 따라 얼마나 신중하게 기본권을 제한한 것인지를 관점에서 합헌적인 정당화여부가 판단된다.

2006.2.15. 독일연방헌법재판소는 항공안전법 제14조 제3항이 병력투입에 관한 동조항이 연방의 병력투입에 관한 기본법상의 입법관할조항<sup>70)</sup>을 위반한 점을 적시함과 더불어 테러리스트에 의한 비행기납치의 경우 비행기를 격추하도록 함으로써 단지 구조수단을 위한 객체로 비행기에 타고 있는 무고한 사람들의 생명을 사용하여 앗아가기 때문에 그들의 가치를 절하하고 있으므로 사람들의 인간존엄과 결부된 생명권을 침해하는 것이라고 실시하면서 헌법에 합치되지 아니한다고 결정<sup>71)</sup>하였다.

연방헌법재판소에 의하여 위헌무효결정이 된 구 항공안전법 제14조 제3항(이 사건 법률조항)<sup>72)</sup>은 항공기가 사람의 생명에 반하는 무기로써 사용이 되는 경우 병력

69) 독일에서 최후의 구조사격(목표된 총살이라고도 함)이란 긴급구조(Nothilfe)의 의미에서 제3자의 위협을 저지하기 위해 다른 사용할 수 있는 수단이 없는 경우 경찰이 총기를 사용하여 목표를 향해 총살하는 것을 의미한다. 대표적 적용영역은 인질의 경우로 협상도 결렬되고 다른 죽지 않는 수단들의 투입의 현실적인 성공이 불가능할 때 적용된다. CILIP에 따르면, 실무에서는 비상상적 방법이 통상적으로 적용이 되고 최후의 구조사격이 적용되는 경우는 매우 드물다. 1988년부터 1997년의 10년동안 독일에서는 5회의 적용이 있었다. Zeitschrift Bürgerrechte & Polizei/CILIP Paper Nr. 62(1/99), Polizeilicher Schußwaffengebrauch, Eine statistische Übersicht, in: <https://archiv.cilip.de/alt/ausgabe/62/waffen.htm>

70) 기본법 제35조 제2항 2문과 제3항 1문에 따라 연방의 병력과 관련한 입법관할은 자연재해(Naturkatastrophen)와 특히 중대한 불행한 사건들(besonders schweren Unglücksfällen)에 있어 병력을 사용할 수 있는 경우이다. 비행기납치가 자연재해가 아님은 분명하고, 항공기 납치로 인하여 아직 특히 중대한 불행한 사건은 발생하지 않았음에도 병력투입을 하도록 하고 있다.

71) Urteil vom 15. Februar 2006, 1 BvR 357/05, in: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-011.html>

72) Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) § 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis (3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist  
연방헌법재판소 결정 후 개정된 현행 Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG) § 14 Einsatzmaßnahmen, Anordnungsbefugnis

(1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.

에게 무기사용에 대한 권한을 위임하는 조항으로 다음과 같이 규정하고 있었다: “직접적인 무력의 작용은 생명에 반하여 항공기가 투입이 되어야만 하고 현재의 위협을 방어하기 위한 유일한 수단인 상황에서만 허용이 된다.” 동 재판소는 항공안전법 제14조 제3항 규정에 따른 병력의 투입으로 인하여 승객과 승무원이 출구 없는 상황에 놓이게 되어 자기 스스로 자신의 삶의 상태에 대한 결정을 할 수 없게 되고, 이러한 객체화가 범인뿐만 아니라 다른 사람들의 구조작업을 위하여 무고한 생명들을 단지 객체로 취급하는 국가를 통해서도 이루어지고 있다고 판단하였다.

동 사건에서 연방헌법재판소는 기본법 제1조 인간존엄과 제2조의 생명권에 대하여 다음과 같이 상세하게 설시를 하고 있다. 동재판소에 따르면 기본법 제1조 제1항 인간존엄 하에서는 법률상의 위임을 근거로 그 스스로가 가망 없는 상황에 있는 무고한 사람들을 고의로 살해하는 것을 상정할 수 없으며, 승무원이나 승객으로 탑승한 사람들이 만일 탑승한 비행기가 항공분쟁(Luftzwischenfall)에 휘말렸을 경우 추정상 비행기에 대한 저격과 그로 인한 자신의 사망에 대하여 승인을 하였을 것이라는 가정은 삶과 동떨어진 허구에 불과하다. 또한 당사자들이 위의 상황에서 사망할 가능성이 크다는 추정도 위 법률규정상의 조치가 인간존엄에 반한다는 성질을 받아들일 수 있게 만들 수 있는 것도 아니다. 사람의 생명과 존엄은 개인의 물리적 생존기간과 관계없이 헌법적인 보호를 받는 것이기 때문이다. 연방헌법재판소는 국가 공동체가 파괴되는 공격으로부터 국가를 방어하기 위하여 개인은 위급상황에서 국가의 이익을 위하여 생명을 희생하도록 의무가 지워졌다고 하는 사고도 이 사건 조항이 국가 공동체를 없애거나 법치국가·자유로운 질서를 말살하는 공격에 관한 것이 아니기 때문에 이 사건 조항에 대한 동 재판소의 결론과는 다른 결론을 도출하지 못한다고 판단하였다.

한편, 동 재판소에 따르면, 이 사건 법률조항이 어떤 사람의 몸에 폭탄을 설치하여 무기로 사용되고 있어 국가가 생명을 보호해야 한다는 국가의 생명보호의무로부

- 
- (2) Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.
  - (3) Der Bundesminister der Verteidigung kann den Inspekteur der Luftwaffe generell ermächtigen, Maßnahmen nach Absatz 1 anzuordnen.



터 헌법적으로 정당화될 수 없는데, 이러한 일이 아직 발생하지 않았기 때문이다. 연방헌법재판소는 이 사건 법률조항이 사람이 타지 않고 있는 항공기에 대하여 직접적인 무력을 작용시키거나 또는 지상에 있는 사람의 생명을 제거하는 범죄실행무기로서의 항공기를 투입하는 사람을 목적으로 하여 적용되는 경우에는 기본법 제1조 제1항과 결부된 제2조 제2항 1문에 합치한다고 판단하였는데, 이 경우는 공격자가 주체적으로 결정하고 그에 따른 결과에 상응하는 책임을 지는 것으로서 공격자의 주체화에 상응하고 있기 때문이라고 설시하고 있다. 동 재판소는 이 사건 법률항의 생명구조 목적은 기본법상의 생명권에 대한 중대한 침해를 정당화할 수 있어야 하는데, 이러한 중대성은 범인이 그러한 국가의 생명침해 행위를 스스로 야기하였고, 이러한 생명침해는 범인이 자신의 범죄행위로부터 거리를 두면 언제든지 다시 적용되지 않을 수 있는 경우 경감될 수 있다.

기본법 제102조에 따라 사형제도가 폐지되었다. 형법에서도 형벌로서 사형을 예정하고 있지 않다. 유럽차원에서조차 역시 사형제가 폐지되었다. 1946.12.1. 제정된 헤센주 헌법 제21조 제1항에는 “어떤 사람이 처벌 가능한 행위로 인하여 유죄가 되었다면, 형법에 따라 법원의 판결을 통해 자유와 시민적 명예권이 박탈되고 제한될 수 있다. 특별히 중한 범죄에 있어 사형이 선고될 수 있다.”고 규정하고 있어 사형제도가 여전히 존치되어 있다. 그러나 기본법이 연방독일의 헌법으로서 각주의 헌법보다 상위에 있는 것이고 기본법 제31조에 따라 연방법이 주법을 깨뜨리게 되므로 헤센주의 사형제 조항은 의미를 상실한 것이고 헤센주 헌법상 사형제 조항은 기본법보다 먼저 제정된 역사적 성격을 반영하는 것 이외에 다른 의미는 없다고 할 것이다.

사형제도를 다시 도입한다고 할 때의 문제는 단지 사형이 생명을 박탈한다는 점에 있는 것만은 아니다. 먼저 법률을 통하여 기본법 제102조를 삭제하는 기본법개정을 하고난 후, 기본법 제2조 제2항에 따라 사형을 규정한 법률에 따라 생명권을 제한할 수 있게 된다. 따라서 사형제도의 도입을 금지하기 위하여서는 다른 논리가 필요하다. 연방헌법재판소가 생명권의 침해는 인간존엄과 결부되어 이해되어야 하기 때문에 사람의 생명권의 제한함에 있어 생명을 객체화, 수단화하지 아니할 것이 요구된다고 하고 있다는 점을 상기할 필요가 있다. 사형은 다음과 같은 점에서 인간의 존엄을 침해한다. 사형을 선고하고 집행하는 것은 개성을 침해하는 방법으로 신체를 단순히 도구로 만드는 것이며, 또한 인간존엄을 보장하는 사형집행절차는 어떠한 형태로도 존재하지 아니하므로 사형집행은 이 절차에 참여하는 사람들에 대한 존엄이

상실된 태도를 국가적으로 승인한 것이라고 할 수 있다. 다른 한편으로 국가의 기본권보호의무와 사형을 연관하여 사형제 반대의 논리를 전개할 수 있다. 국가의 기본권보호의무는 특히 되돌릴 수 없는 손해에 있어 유효하다. 연방헌법재판소는 국가가 생명을 보호하고 촉진해야 한다고 하면서 국가의 생명보호의무에 대하여 실시하고 있다. 국가는 다른 사람으로부터 행해지는 위법한 생명침해로부터 국민을 보호해야 하는데, 여기에서 발생하는 기본권의 침해는 항상 되돌릴 수 없는 생명손해를 가져오기 때문이다. 피할 수 없는 오판으로 인한 사형도 되돌릴 수 없는 생명침해를 가져오기 때문에 사형제도의 도입에 대하여 국가의 생명보호의무를 가지고 반대할 수 있다고 본다.<sup>73)</sup>

#### IV. 결론

합헌의 입장에서든 혹은 단계적 폐지의 입장에서든 사형제도를 유지하되 개선이 필요하다는 입장이 존재한다. 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위하여 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에 사형제도를 용인할 수 밖에 없다는 이유에서 이다. 이 입장에서든 현행 법률들에서 광범위하게 사형을 규정하고 있는데 모두 예외적으로 사형에 처해 질 수 있는 극악한 범죄에 해당하는 지는 의문이며 사형적용을 최소화할 수 있도록 개정이 필요하다는 것이다. 2010년 제2차 사형제 결정의 보충의견에서도 사형 대상 범죄를 원칙적으로 인간의 생명을 고의적으로 침해하는 범죄나 생명의 침해를 수반할 개연성이 매우 높거나 흉악한 범죄로 인해 치사의 결과에 이른 범죄, 전쟁의 승패나 국가안보와 직접 관련된 범죄 등으로 한정되어야 한다는 의견을 개진하고 있다. 사형제도에 대하여 단계적 폐지론을 주장하는 입장에서든 사형제도의 폐지와 관련된 형벌정책이 실효성을 위하여서는 대국민의 승인 혹은 동의가 필요한데, 현재 폐지에 대한 부정적 여론이 매우 크므로 먼저 사형이 적용되는 범죄를 축소하고 여론을 환기하는 작업이 진행되어야 한다고 주장한다.

생명권을 침해하는 사형제도는 인간의 존엄성과 비례원칙에 반하여 생명권을 침

<sup>73)</sup> Pieroth/Schlink, Rn. 462-467, S. 103-104,

해하고 있어 위헌이며, 어떠한 관점에서든 헌법적으로 정당화되기 어렵기 때문에 폐기되어야 한다. 근대 시민사회의 성립 이래로 국가의 존재 목적이 국민의 기본권을 보호하기 위한 것이란 점에 합의가 있고 이를 위하여 국가가 형벌권을 독점하고 국민이 국가형벌권에 복종하는 것이다. 따라서 국민의 생명권을 보호하기 위하여 극악한 범죄인의 생명권을 박탈한다는 것은 모든 생명은 동등하게 존중되어야만 하기 때문에 성립되기 어려운 명제이다. 또한 공동체 수호 등 더 큰 공공의 이익을 위하여 생명권이 제한된다는 주장도 받아들이기 어렵다. 테러나 전쟁 등의 경우 국가수호를 위하여 군인 등이 지는 의무는 국가에 의한 주관적 공권으로서의 생명권침해의 문제로 볼 수 없다. 비례원칙에 따라 판단하여 볼 때, 사형제도는 하위원칙인 목적의 정당성부터 인정될 수 없다. 목적을 극악한 범죄자를 사형시키는 위하력의 일반예방효과로서 범죄가 억제되고, 극악한 범죄자들을 영구히 사회로부터 격리시켜 사회를 안전하게 방위한다고 하는 측면에서의 공동체보호라는 공공의 이익을 상정하는 경우에는 사형수를 이러한 목적을 위한 도구로만 활용하고 있어 인간의 존엄과 가치에 반하게 되는 것이어서 정당한 목적으로 볼 수 없다. 극악한 범죄에 대한 응보라고 하는 목적의 경우 현대사회에서 형벌의 목적이 응보에서부터 교화와 사회복귀에 강조점이 놓여있다는 점에서 볼 때 교화와 사회복귀가 배제된 채 응보만을 목적으로 하는 것이 과연 정당한 것인지에 대한 의구심이 든다. 또한 수단의 적정성도 인정되기 어렵다. 사형의 위하력에 대한 과학적 증거가 없다. 우리나라의 경우 사형미집행이후 사형대기자의 수가 증가하지 않고 있다는 점은 이러한 추정에 대한 반대의 자료라고 볼 수 있다. 생명권을 침해하지 않고 대신 신체의 자유에 대한 제한을 하는 절대적 종신형제를 통해 목적을 달성할 수 있기 때문에 기본권을 박탈하는 사형제도는 침해의 최소성원칙에 반한다. 법익의 균형성 측면에서 볼 때 사형제도를 통해 이루려는 공익은 불분명하거나 정당하지 않은 반면 침해되는 사익은 생명의 박탈이므로 사익이 훨씬 크다.

유럽에서는 유럽인권협약에서 생명권을 보호한다. 사형제도는 평시, 전시 모두 폐지되었고 다만 a) 법에 반하는 폭력에서부터 어떤 사람을 방어하기 위하여 b) 적법하게 체포하거나 적법하게 자유가 박탈된 어떤 사람이 도주하는 것을 방해하기 위하여 c) 반란이나 내란을 적법하게 진압하기 위하여 반드시 필요한 무력의 사용을 통하여 발생한 사살(Tötung)은 생명권침해의 예외로 규정하고 있다. 유럽연합에서는 기본권협약에서 유럽인권협약과 대동소이한 생명권규정을 두고 있다. 그리고 독일의

경우 기본법에서 사형제도를 폐지하고 있고 절대적 기본권으로 인간의 존엄과 가치를 그리고 법률에 따른 제한을 할 수 있는 기본권으로 생명권을 보장한다. 다수의견은 사형제도가 사형수와 관련인들의 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 보고 사형제도의 재도입은 학문적인 논의의 대상일 뿐 가능하지 않다고 보는 것이 일반적이다.

【토론문】

## “사형제 폐지를 위한 비교법적 고찰”에 대한 토론문

이 발 래\*

발표자는 사형제도의 위헌성 여부를 판단하는데 있어서, 헌법재판소는 생명권의 본질적 침해금지원칙과 비례원칙에 위반되는지 여부에 대하여 중점적으로 검토한 것을 지적하면서, 생명존중은 결국 인간의 존엄을 근간으로 하기 때문에 생명권을 침해하는 사형이 인간존엄을 침해하는 형벌인지 여부에 대한 검토 관점에 공감하면서, 국가인권위원회의 의견 및 권고에 대하여 정부의 국가인권정책기본계획의 수립 및 이행 상황에 대하여 말씀을 드리고자 합니다.

### 1. 국가인권위원회 사형폐지 의견

#### 가. 실태조사

- 2003년, 사형제도에 대한 국민의식조사
- 2018년, 사형제도 폐지 및 대체 형벌 실태조사

#### 나. 사형폐지 의견표명

국가인권위원회는 2005년 4월 국가의 생명권 보장의무, 생명권의 제한 가능 여부, 사형의 법적 근거, 사형 관여자의 양심의 자유, 헌법상 비례원칙 위반 여부, 사형의 범죄억제력과 오판의 가능성, 국민의 법감정, 피해자의 인권 등을 검토한 다음 생명권의 본질적 내용을 침해하는 사형은 폐지되어야 하며, 다만 사형폐지 이후의 후속 조치로서 감형이나 가석방이 허용되지 않는 종신형제도, 일정기간 감형이나 가석방

---

\* 한양대학교 겸임교수

없는 무기형제도 및 전쟁 시 사형제도의 예외적 유지 등의 방안이 검토될 수 있다는 전향적인 의견을 국회의장에게 표명한 바 있다.

#### 다. 사형폐지 의견제출 등

또한 2009년 2월, 사형집행 논란에 대한 우려에 성명을 발표하고, 같은 해 7월, 헌법재판소에 사형제도 폐지의 의견을 제출한 바 있으며, 2010년 3월에는 사형집행에 반대하는 입장을 재확인하는 성명을 발표하였다. 또한 2017년 12월, 국회의장과 국방부장관에게 전시가 아닌 평시에 균형법상 사형집행의 중단을 선언하고 사형을 폐지하는 것이 바람직하다는 의견을 표명했다.

#### 라. 사형폐지 권고

아울러 정부가 추진해야 할 국가 인권정책의 청사진으로 인권과 관련된 법·제도·관행 개선을 위한 범국가적 인권정책 종합 계획인 국가인권정책기본계획(인권NAP)의 수립 이전에 지속적으로 사형제도의 폐지를 국가에 권고하는 의견을 제시해 왔다.

### 2. 사형폐지 의견표명(2005년 4월)의 주요 논거

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.

#### 가. 국가의 생명권 보장 의무

「세계인권선언」 제3조에서는 “모든 사람은 생명권과 신체의 자유와 안전을 누릴 권리가 있다”고 규정하고 있다. 동선언의 생명권은 국제법적 성격으로 인해 국제관습법화된 인권으로 취급됨이 마땅하다. 또한 우리 「헌법」 제10조는 해석상 생명권을

인정하고 있고, 「헌법」 제10조 후문은 국가의 기본권 보장의무가 있기 때문에 생명권 또한 국가가 보장해야 할 의무가 있다.

#### 나. 생명권의 제한 가능 여부

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 위반된다.

#### 다. 비례의 원칙 위반여부

「형법」 제250조 제1항에 살인죄에 대하여 법정형으로 사형으로 처벌할 수 있게 규정한 것은 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이상한 형벌로서 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 비례의 원칙에 위반되는 형벌이다.

#### 라. 사형의 범죄 억제력

사형이 위하력을 가지려면 사형을 폐지한 국가에서 사형범죄가 사형제도를 폐지하기 전이나 사형제도를 가지고 있는 국가에 비하여 더 많이 발생하지 않기 때문에 설득력이 없다.

#### 마. 오판의 가능성

오판에 의하여 사형이 집행되었을 경우 그 생명은 회복할 수 없고, 무고하게 제거된 한 생명의 가치는 아무리 ‘공공의 이익’을 강조하더라도 정당화될 수 없다.

#### 바. 국민의 법감정

국민의 법감정이나 국민여론을 이유로 사형제도를 정당화할 수는 없다.

#### 사. 사형 관여자의 양심의 자유 등

사형 관련 법조인, 사형집행인, 사형집행참관인, 사형집행확인인 등 사형에 참여해야

하는 자들의 양심의 자유와 인간의 존엄과 가치는 물론, 행복추구권을 침해하는 비인간적인 형벌제도이다.

아. 피해자 등의 인권

사형이 피해자의 생명을 되찾아주지 못하고, 그 가족들의 손실을 덜어주지도 못할 뿐만 아니라, 가해자 가족에게도 슬픔과 고통을 야기시킨다.

3. 국가인권정책기본계획을 통한 사형폐지에 대한 검토

국가인권정책기본계획(National Action Plans for the Promotion and Protection of Human Rights; 이하 “인권NAP”라 함)은 향후 5년 동안 추진해야 할 국가 인권 정책의 청사진으로 인권과 관련된 법·제도·관행 개선을 위한 범국가적 인권 정책 종합 계획이다.

□ 제1기 국가인권정책기본계획(제1기 인권NAP) 권고(2007~2011)

- 생명권(사형제도 관련)의 핵심추진 과제
  - 유엔자유권규약 제2선택의정서 가입 및 사형제 폐지 등의 법률 정비

□ 제2기 국가인권정책기본계획(제2기 인권NAP) 권고(2012~2016)

- 생명권(사형제도 관련)의 핵심추진 과제
  - 유엔 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」 가입과 사형제 폐지 및 사형대체형벌 도입과 사형집행의 지속적 중단(재권고)

□ 제3기 국가인권정책기본계획(제3기 인권NAP) 권고(2018~2022)

- 생명권(사형제도 관련)의 핵심추진 과제
  - 유엔 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」 가입과 사형제 폐지 및 사형대체형벌 도입과 사형집행의 지속적 중단(재권고)

2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
제1기 인권NAP					제2기 인권NAP						제3기 인권NAP				



가. 제1기(2007~2011) 국가인권정책기본계획(제1기 인권NAP)

1) 국가인권위원회의 인권NAP 권고

□ 권고내용(핵심 추진과제)

- 유엔자유권규약 제2선택의정서 가입 및 사형제 폐지 등의 법률 정비

2) 정부(법무부)의 인권NAP

□ 수용내용(추진과제 및 이행방안)

가. 사형제도 개선

- 현행범상 사형 규정의 타당성 검토
  - 사형제도의 존폐 논의와 별도로 현행범상 사형 규정이 과다하다는 지적이 있으므로 개별적 타당성 검토
  - 각 규정별로 보호범의과의 균형성, 정치적 남용 가능성, 실제 사형선고 사례 유무 등 존치의 타당성에 대한 실증적 연구
- 2007년 중 사형제도 존치 여부 검토
  - 사형제도가 가지는 범죄억지력 유무 및 사형제 폐지시 사회에 미치는 영향 등을 존폐 여부에 대한 선입견 없이 분석·검토
  - 사형폐지국가의 강력범죄 발생추이 분석 등 폐지의 영향
  - 사형제 부활국가의 사회문화적 배경

3) 이행내용

2007년, 2008년, 2009년, 2009년, 2010년 이행 상황

- 사형제도 개선
  - 국회 법사위, 사형폐지에관한특별법안 심사중

4) 자체평가(법무부)

- 제1차 국가인권정책기본계획 자체평가 종합(2011.12.)
  - 사형제도 개선에 대한 자체 평가 : 정상추진
  - 사형의 형사정책적 기능, 사회현실, 국민여론, 국내외 상황 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 검토

과제분류	제2부	I. 생명권		
추진부서	법무부	검찰국	형사법제과	
주요내용	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 형행법상 사형 규정의 타당성 검토</li> <li>○ 2007년 중 사형제도 존치 여부 검토</li> <li>○ 2007년 중 절대적 종신형 도입의 타당성 분석</li> <li>○ 연구성과를 토대로 향후 법안 심사 준비</li> </ul>			
추진현황	<input type="checkbox"/> 과제완료	<input checked="" type="checkbox"/> 정상추진	<input type="checkbox"/> 추진지연	<input type="checkbox"/> 기타

나. 제2기(2012~2016) 국가인권정책기본계획(제2기 인권NAP)

1) 국가인권위원회의 인권NAP 권고

권고내용(핵심 추진과제)

- 유엔 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」 가입과 사형제의 폐지 및 사형대체형벌의 도입과 사형집행의 지속적 중단(재권고)

2) 정부(법무부)의 인권NAP

수용내용(추진과제 및 이행방안)

가. 사형제도 개선

○ 사형제의 위헌성 검토

- 향후 사형제 폐지에 대한 국민 여론, 정서 및 사회 현실 등을 검토
- 법무부 장관 자문위원회인 형사법개정특별분과위원회에서 사형제 폐지 및 절대적 종신형 등 도입 검토

○ 개별 법정형에 있어 사형의 축소 검토

- 개별 처벌 규정상 법정형으로서 사형을 두고 있는 범죄 유형 파악
- 개별 처벌 규정상 사형이 비례의 원칙 등에 부합하는지 검토하여 무기징역 등으로 법정형 조정 필요성 검토

3) 이행내용

2012년, 2013년, 2014년 이행 상황

- 사형제 존폐에 관한 국민 여론, 사회 현실, 국외 입법 동향 등을 종합 분석

<b>추진상황 (백일)</b>		<input type="checkbox"/> 과제완료 <input checked="" type="checkbox"/> 정상추진 <input type="checkbox"/> 추진지연 <input type="checkbox"/> 기타
<b>분석</b>	<b>추진 성과</b>	○ 사형제 존폐에 관하여 여전히 찬반 양론이 팽팽 ○ 언론사에서 실시한 여론조사에서는 사형제 찬성 비율이 상대적으로 더 높았음 ※ '12. 9. 사형제 존속 69.6%, 폐지 18.5%('리얼미터' 실시)
	<b>장애 요인</b>	○ 사형제에 찬성하는 국민 여론이 적지 않은 현실에서 사형제 존폐 여부는 신중한 접근 필요
<b>향후 추진계획</b>		○ 국민 여론, 해외 입법례 변화 등을 지속적으로 연구하여 사형제 폐지 또는 개선 필요성을 면밀하게 검토할 예정

다. 제3기(2018~2022) 국가인권정책기본계획(제3기 인권NAP)

1) 국가인권위원회의 인권NAP 권고

권고내용(핵심 추진과제)

- 유엔 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」 가입과 사형제의 폐지 및 사형대체형벌의 도입과 사형집행의 지속적 중단(재권고)

2) 정부(법무부)의 인권NAP

수용내용(추진과제 및 이행방안)

① 사형제도 개폐 검토

- 국내외적 요구와 추세를 고려하여 검토
- 사형제도 폐지 여부는 국가 형벌권의 근본과 관련되는 중대한 문제로 사형의 형사정책적 기능, 국민여론과 법감정, 국내외 상황 등을 종합적으로 고려하여 검토할 필요

3) 이행내용

2018년, 2019년, 2020년, 2021년 이행 상황

- 사형제도 개폐 검토는 당초 계획대로 정상 추진되고 있음

## 과제별 이행상황

1	I-1-①	사형제도 개폐 검토			
과 제 개 요	추진부서	부처명	범무부	과·팀명	형사법제과
	과제목표	○ 국내외적 요구와 추세를 고려하여 사형제도 개폐 검토			
	주요내용	○ 사형제도 폐지 여부는 국가 형벌권의 근본과 관련되는 중대한 문제로 사형의 형사정책적 기능, 국민여론과 범감정, 국내의 상황 등을 종합적으로 고려하여 검토			
	관련예산	○ 해당 없음			
	추진상황	( ) 과제완료 ( ✓ ) 정상추진 ( ) 추진지연 ( ) 기타			
	비고				
'18~ '20년 주요 이행 실적	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 사형제도 존재 관련 여론 추이 확인               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 사형제도 존치 관련 한국갤럽 여론조사 결과 : 사형제 유지(69%), 폐지(22%), 모름/응답거절(9%)</li> <li>* 의외처 : 한국갤럽 자체조사, 기간 : '18. 8. 21.-23. 대상 : 전국 만 19세 이상 남녀 1,001명 (출처 : '18. 8. 24. 국민일보)</li> </ul> </li> <li>○ 범경형에 사형이 포함된 범형 분석               <ul style="list-style-type: none"> <li>- '18. 12. 기존 총 24개 범들의 102개 조문</li> <li>- 형범 : 17개, 균형범 : 44개, 특별범 : 41개 각 조문</li> </ul> </li> <li>○ 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사 결과 검토               <ul style="list-style-type: none"> <li>* 18. 12. 국가인권위원회 연구용역결과 발표</li> </ul> </li> <li>○ 사형 폐지 관련 법률 개정안 국회 논의 지원               <ul style="list-style-type: none"> <li>* '19. 10. 이상민 의원, '사형 폐지에 관한 특별법안' 대표 발의</li> </ul> </li> <li>○ '20. 11. 유엔 총회 사형집행 모라토리움 결의안 찬성 표결</li> </ul>				
'21년 이행 실적 (1.1.- 12.31.)	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 사형 폐지 관련 법률 개정안 국회 논의 지원               <ul style="list-style-type: none"> <li>* '21. 10. 이상민 의원, '사형 폐지에 관한 특별법안' 대표 발의</li> </ul> </li> </ul>				
결 과 분 석	추진성과	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 사형제도 존재와 관련한 국민여론과 범감정 지속적 확인</li> <li>○ 사형제도 폐지 범안에 대한 국회 논의 지원</li> </ul>			
	비용사항 또는 장애요인				
향 후 조 치 계획	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 사형제도 존재와 관련한 국민여론과 범감정, 국내의 상황 등을 지속적으로 확인하여 종합적인 검토 지속 예정</li> </ul>				

#### 4. 사형폐지의 실천적 방향

현상황에서 사형폐지를 위한 실천적 기본방향은 ① 사형의 집행금지를 의무화하고, 사형폐지를 위한 필요한 조치를 취할 의무 등 사형폐지를 위한 국제적 약속인 ‘자유권 제2선택의정서’ 가입과 국회 비준을 통해 사형제도 공식적으로 폐지해야 한다. ② 정부가 2020년 제75차 유엔 총회 제3위원회의 「사형집행 모라토리엄 결의안」에 찬성한 만큼, ‘사형집행 모라토리엄’을 공식 선언을 통해 사형집행 중단을 법률적으로 공식화하여야 한다. 그리고 ③ 사형대체형벌에 대한 사회적 논의를 통해 사형제 폐지의 법제화(사형폐지특별법 제정)를 위한 노력을 강화하여야 한다.



【토론문】

## “사형제 폐지를 위한 비교법적 고찰”에 대한 토론문

배 소 연\*

이번 학술대회 주제를 접하며 개인적으로 사형제에 대한 논의를 제일 처음 접했던 시기가 언제였던가를 돌아보았습니다. 사법살인과 사형제의 위험성 문제는 대입 논술 시험 주제로도 자주 다루어졌고, 그 이전 초·중등 의무교육 단계의 여러 교과에서도 사형제도에 대해 배웠던 기억이 있습니다. 그러면서 사형제에 대한 개인적인 관점에 변화가 있는가라는 질문을 스스로에게 해 보았는데, 법학을 학문으로 배웠음에도 불구하고 인간에 대한 관점 혹은 이해에는 큰 차이가 없다는 결론을 내리게 되었습니다.

사형제를 둘러싼 논의는 여전히 현재 진행 중이고, 명쾌한 답이 나오기는 어려울 것으로 보입니다. 사형제 존치나 폐지를 주장하는 입장 중 어느 쪽도 공동체 구성원들을 충분히 설득하기에는 한계가 있다고 보기 때문입니다. 다만, 그렇기 때문에 사형제 논의 자체가 다양한 층위에서 활발하게 이어지는 것이 가장 중요하다고 생각합니다. 그러한 의미에서 사형제의 헌법적 근거의 한계, 사형제와 생명권 및 인간의 존엄성 침해 여부에 관해 상세히 다루고 있는 발표문이 의미 있었고, 이에 대한 토론을 준비하며 많은 공부가 되었습니다.

특히, 인간의 존엄성 침해 여부를 중요하게 검토하고 있는 부분이 인상적이었습니다. 또 유럽연합이나 독일의 사형제도에 관한 비교법적 검토는 향후 사형제 폐지를 위한 논의 과정에서 적극적으로 참고할 수 있는 부분이라고 생각합니다. 사형제 존치 여부에 대한 개인적 의견을 떠나서, 발표문의 사형제의 위험성에 대한 검토 및 논의 전개에는 많은 부분에서 공감합니다. 그러나 동시에 (헌)법의 언어로 규정할 수 있는 ‘인간’의 개념과 범위, 나아가 ‘인간다움’, ‘인간의 존엄성’은 여전히 어려운

---

\* 헌법재판연구원 책임연구원

주제라는 생각을 하였습니다. 토론문은 발표문을 읽으며 들었던 의문점이나 질문, 그리고 보충의견을 중심으로 정리하였습니다.

## 1. 국가 형벌제도의 목적에 관하여

발표문 9-10면에서 국가 형벌제도의 본질을 응보보다는 교육이라는 가치에 두고 있는 것으로 이해하였습니다. 형벌의 목적이 시대 변화에 따라 확장되어 오고 있음은 분명하지만, 여전히 어느 한쪽이 우세하거나 다른 쪽을 대체한다고 보기는 어렵다고 생각합니다.<sup>1)</sup> 특히 교육 내지 교화의 경우 그 당사자의 자발적 의사가 중요한 출발이자 핵심이라고 생각하기에, 응보라는 가치가 결코 교육이라는 가치보다 못하거나 낮은 수준의 목적이라고 생각하지는 않습니다.

일반적으로 형벌은 국가가 구성원의 법익(생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등)을 제한 내지 박탈하는 형태로 나타납니다. 여기서 ‘생명’에 대해서만 특별한 취급을 하여 국가가 침해할 수 있는 법익에서 제외하여야 하는가라고 질문한다면, 생명이 다른 신체나 자유, 재산, 명예와 본질적으로 차이가 있다고 확답할 수 있어야 한다고 생각합니다. 그러나 재산이 또는 명예가 목숨보다 중요하다는 사람도 있는 것을 보면, 형벌을 받는 사람의 입장에서 생명 외 다른 법익인 자유, 재산, 명예가 제한 내지 박탈된 경우에도 생명 박탈에 못지않은 고통을 느낄 수도 있지 않을까라는 생각을 해 봅니다. 그렇다면 이처럼 받아들이는 개인의 주관적 평가를 떠나, 생명에 대해서만 특별한 취급이 통용되어 온 것에는 생명을 신의 영역으로 여겨오며 신성불가침의 대상으로 이해해 온 (종교 등의) 인류 역사가 있지 않을까 합니다.

현실적으로 국가 형벌제도의 목적을 어느 것으로 설정할 것인지의 문제도 결국 국가 공동체 구성원이 합의를 통해 결정할 문제라고 생각합니다. 현행 형법에는 형

1) “형법학이 형벌의 본질을 인정하는 시각은 행위자에 대한 응보에서 교육으로 변천되어 왔으나, 양자는 태일의 대립관계는 아니라 할 것이다. 양자의 관점이병존하는 형벌권을 통하여 국가 공동체의 유지라는 목적이 실현된다고 보아도 될 것이다. 즉 국가에게 형벌권을 부여하는 근본적인 목적은 국가공동체의 유지에 있으며, 이 목적은 결국 공동체의 존립에 위해가 될 행위를 행한 자에 대한 응보 내지 교육으로 실현되는 것이다. 따라서 그러한 형벌권은 결국 응보라는 목적에 의하여 설정되는 적정성이라는 상한선과 교육이라는 목적에 의하여 설정되는 실효성이라는 하한선이 갖는 범위에 포함되는 방식으로 행사되어야 하는 것이다(밑줄 강조는 토론자 추가).” 김천수, 사형제도에 대한 법학적 접근, 철학논총 제26집 제4권(새한철학회 논문집), 2001, 315-316면.



벌을 부과하는 목적이 명시되어 있지 않습니다.)<sup>2)</sup> 제1조가 목적 조항으로 시작되는 다수의 법률과 비교할 때 특별한 이유가 있을까를 고민해 보면서, 어쩌면 이 때문에 형벌의 목적을 필요에 따라 응보 내지 교육 중 하나로 한정하는 것이 불가능하지 않을까라는 생각을 해 봅니다.

## 2. 인간의 존엄성 문제와 관련하여

“사형이 국가목적을 위하여 인간을 수단화, 객체화하고 있다”는 비판에는 동의합니다. 그러나 여기서의 국가목적 또한 인간의 존엄성과 공동체의 유지를 위한 것일 것입니다. 인간의 존엄성을 보장하기 위해 인간의 존엄성을 침해할 수 있는가라는 문제는 질문부터 모순될 수 있다고 생각합니다. 다만, 이것은 ‘인간존엄성’이 가지는 가치의 완전무결함 내지 언어적 완벽함이 가지는 한계라고 생각합니다. 여기에서 사형선고를 받는 자의 인간의 존엄성 외에 피해자, 그리고 남은 공동체 구성원들의 인간의 존엄성은 함께 고려할 수 없을까 하는 의문이 있습니다.

‘인간다움’을 규정하는 것도 결국 인간이라고 생각합니다. 인간은 자신의 출생을 선택할 권리도 가지고 있지 않습니다. 내가 어느 곳에서 태어날지에 관한 선택권이 없는 상태에서 국적에 따라 (물론, 사형선고에 이를 수 있는 정도의 범죄를 저질러야하지만) 생명의 종결에 대해 권한을 가진 제3자(국가)가 존재할 수 있다는 사실이 굉장히 낯설게 다가오기는 합니다.

그러나 법적으로 ‘인간’을 규정하고 인간의 시기(始期)와 종기(終期)를 결정하는 작업은 필요하고, 또 하고 있습니다. 그렇다면 법적으로 언제부터 인간이라고 평가할 수 있는 것처럼, 법적으로 언제부터는 인간이 아니라고 판단하고 대우하는 것도 가능하지 않을까 생각해 봅니다. 존엄사 내지 안락사 등에 대한 논의도 고려해 볼 수도 있겠지만, 여기에서는 사형제에 한해서, 특정한 범죄 행위를 저지른 경우에는 법률을 통해 더 이상 ‘인간으로 취급하지 않겠다고’ 규정하는 것은 아주 불가능할 것인가에 관한 상상입니다.

2) 형법 제1조는 범죄의 성립과 처벌에 대한 대원칙을 규정하고 있을 뿐이다. 제1조 제1항 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 따른다. 제2항 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법(舊法)보다 가벼워진 경우에는 신법(新法)에 따른다. 제3항 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우에는 형의 집행을 면제한다.

이러한 상상을 하게 된 배경에는 감정적 요인도 있으나, 대부분의 사형제 위헌성 논의에서 피해자의 인간존엄성, 남은 공동체 구성원의 인간존엄성에 대한 고려가 거의 생략되어 있다는 의문이 들었기 때문입니다. 인간의 탄생 순간과 과정에서도 ‘법적으로’ 인간으로 대우해 줄 시기를 정할 수 있다면, 인간으로서의 육체와 생명을 가지고 있지만 그 행위에 대한 책임을 물어 ‘법적으로’ 인간으로 대우하지 않겠다고 규정하는 것에 대해서는 어떻게 생각하시는지 궁금합니다.

### 3. 사형확정자에 대한 현행 법률 규정에 관하여

앞의 이야기와도 연결되는 부분이 있고, 현실적으로 사형선고자에 대한 법률 규정에 대해서도 살펴보는 것이 의미 있다고 생각합니다.

현행「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제2조 제1호에 의해 “수용자”란 수형자·미결수용자·사형확정자 등 법률과 적법한 절차에 따라 교도소·구치소 및 그 지소(이하 “교정시설”이라 한다)에 수용된 사람”을 의미하고, 동조 제4호에 따라 “사형확정자”는 사형의 선고를 받아 그 형이 확정되어 교정시설에 수용된 사람을 의미합니다.

동법은 “수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항”을 규정하는 것을 목적으로 합니다(제1조). 사형확정자에게는 생명권이 보장되지 않을 것이 예정되어 있는데, 생명이 박탈되기 전까지 다른 권리를 보호하고 부당한 처우를 예방하고자 하는 모습은 일견 모순적으로 보이기도 합니다.

특히 동법 제4조는 “이 법을 집행하는 때에 수용자의 인권은 최대한으로 존중되어야 한다.”라고 규정하고 있고, 동법 제5조는 차별금지에 대해서도 규정하고 있습니다.<sup>3)</sup> 여기서 사형확정자에게 인권을 최대한 존중하는 것의 의미는 무엇인가라는 딜레마에 빠집니다. 법률에 의해 수용자의 범위에 사형확정자도 포함되므로 사형확정자에게 ‘인권’이 있음은 명문 규정으로 확인됩니다. 한편, 동법 제10장은 보다 구체적으로 사형확정자의 처우에 관해 규정하고 있는데 여기에는 교육과 교화에 관한 조항도 포함되어 있습니다.<sup>4)</sup> 이와 관련하여 동법 시행규칙까지 종합하면,<sup>5)</sup> 사형확정

3) 수용자는 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 병력(病歷), 혼인 여부, 정치적 의견 및 성적(性的) 지향 등을 이유로 차별받지 아니한다.

자에 대한 법률의 태도는 원칙적으로 인간으로서의 권리를 최대한 보장하는 것으로 보입니다. 사형선고를 받은 사형확정자의 인권이 최대한 존중되어야 하지만, 그 인권에서 생명권은 장래 제외될 것이라는 점은 어떻게 해석할 수 있을까요? 이를 단순히 사형집행 전 과정이나 절차에 대한 것으로 한정하여 이해할 수 있을지 의문이 듭니다.

#### 4. 사형제 폐지 이후 대체형벌에 대한 합의가능성 관하여

발표문 10면 등에서 사형제도를 통해 달성될 수 있는 공익(범죄예방, 응보, 사회방위)은 대체형벌을 통해서도 충분히 달성될 수 있다는 입장으로 보입니다. 그러나 현재 사형선고를 받은 사형확정자들의 죄질을 볼 때, 사형제를 제외한 대체형벌에 대해 국민들이 공감할 수 있을까라는 강한 의문이 듭니다.<sup>6)</sup>

또한, 사형제 ‘대체’ 형벌인 만큼, 사형제를 둘러싼 위헌성 논의가 그대로 반복될 여지가 있다고 생각합니다. 대표적인 대체형벌로 제안되고 있는 가석방 없는 무기형의 선고 또한 인간존엄성을 침해하지 않는다고 단정하기는 어려울 것입니다.

4) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제89조(사형확정자의 수용) ①사형확정자는 독거수용한다. 다만, 자살방지, 교육·교화프로그램, 작업, 그 밖의 적절한 처우를 위하여 필요한 경우에는 법무부령으로 정하는 바에 따라 혼거수용할 수 있다. ②사형확정자가 수용된 거실은 참관할 수 없다.

제90조(개인상담 등) ①소장은 사형확정자의 심리적 안정 및 원만한 수용생활을 위하여 교육 또는 교화프로그램을 실시하거나 신청에 따라 작업을 부과할 수 있다. ②사형확정자에 대한 교육·교화프로그램, 작업, 그 밖의 처우에 필요한 사항은 법무부령으로 정한다

제91조(사형의 집행) ①사형은 교정시설의 사형장에서 집행한다. ②공휴일과 토요일에는 사형을 집행하지 아니한다.

5) 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙」 제152조(상담) ① 소장은 사형확정자의 심리적 안정 및 원만한 수용생활을 위하여 소속 교도관으로 하여금 지속적인 상담을 하게 하여야 한다. ② 제1항의 사형확정자에 대한 상담시기, 상담책임자 지정, 상담결과 처리절차 등에 관하여는 제196조를 준용한다.

제154조(교화프로그램) 소장은 사형확정자에 대하여 심리상담, 종교상담, 심리치료 등의 교화프로그램을 실시하는 경우에는 전문가에 의하여 집중적이고 지속적으로 이루어질 수 있도록 계획을 수립·시행하여야 한다.

제155조(전담교정시설 수용) 사형확정자에 대한 교육·교화프로그램, 작업 등의 처우를 위하여 법무부장관이 정하는 전담교정시설에 수용할 수 있다.

제156조(전화통화) 소장은 사형확정자의 심리적 안정과 원만한 수용생활을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 월 3회 이내의 범위에서 전화통화를 허가할 수 있다.

6) 부록 참고.

헌법이라는 질서도 인간이 만들어 낸 산물일 뿐이라고 생각합니다. 논의 범위는 규범적 영역으로 한정되어야겠지만, 현실적으로 인간이 느끼는 감정과 어쩌면 본성으로 볼 수 있는 영역을 아주 제거하는 것도 불가능하다고 생각합니다. 오늘날의 헌법과 입헌주의는 상당히 성공적으로 국가 공동체를 유지하는데 기여하고 있지만, 완벽한 제도라고 생각하지는 않습니다. 헌법의 개방성, 가치추상성이라는 영역으로 열려있는 부분이 이러한 회색지대에 대한 실마리가 아닐까 합니다. 그렇다면 헌법의 최고 가치나 헌법상 원리로도 정제하기 힘든 법 감정이라고 불리는 영역도 고려할 수 있다고 생각합니다.

사형선고를 받은 사형확정자만 고려하여 사형제의 위헌여부를 논하는 것과, 사형확정자와 그에 의한 피해자를 동시에 고려할 때의 논의가 달라질 수 있을지 궁금합니다. 현실적으로 사형선고를 받은 사건들에 모두(비공개를 제외하고) 예외 없이 살인행위가 포함되어 있어 논의가 한정되는 것으로 보입니다. 만약 살인 외 범죄에 대해 사형선고를 하고, 생존한 피해자가 있는 경우라면 사형제의 위헌성 논의의 지형이 달라질 여지가 있을지 궁금합니다.

##### 5. 사형제에 대한 국민여론의 가변성 및 인식의 차이 문제 : 법원의 역할은?

사형제 존폐 논쟁이 유달리 주목받는 시기는 강력범죄 직후로 보입니다. 때문에 사형제 찬·반에 대한 여론조사는 그 시기에 따라서도 결과의 차이를 보이기도 합니다. 그렇다면 국민과 전문가집단, 특히 교정공무원 등 집단별 사형제에 대한 인식 차이는 어디에서 나오는 것인가도 생각해 볼 문제라고 봅니다. 언론의 태도가 영향을 미치는지, 혹은 단순히 전문성의 영역에서 사형제에 대한 정보의 차이가 발생하기 때문인지 혹은 법학적 사고 유무가 만들어내는 차이인지 등을 생각해볼 수 있을 것입니다.

발표문에서 언급된 것처럼, 사형선고가 꾸준히 감소하고 있음은 분명합니다. 그러나 사형 선고 건수가 현저히 감소한 것에 비해 무기형 선고 건수가 유의미하게 증가하지도 않았다는 점도 지적됩니다. 입법자가 유기형의 상한을 높이고, 형사특별법을 매개로 형을 가중시키며 엄벌주의 태도를 보이는 것에 비하면 재판 통계로 드러나는 법원은 역으로 극형을 선고하는 것에는 신중한 자세를 취하고 있는 것으로 평가됩니다. 사형제 무용론 내지 사형제도의 본질적 위헌성을 지적하는 주장이 힘을 얻고, 세계적 추세를 고려하여 현실 법관들이 사형선고에 소극적이라는 해석도 있지

만,7) 이것 또한 시대에 따라 다르고 재판부 성향에 따라 다른 것으로 보입니다.

지난 2022년 6월 23일, 인천지법 형사15부(부장 이규훈)는 선고공판에서 강도 살인과 사체유기 등 혐의로 구속 기소된 권○○에게 사형을 선고하였습니다. 재판부는 “피고인에게 교화 가능성이나 인간성 회복을 기대할 수 없다”며 “사형이 예외적 형벌이라는 점을 고려하더라도 피고인에게 책임을 묻고 재발 방지를 위해 사형을 선고한다”고 이유를 밝혔습니다.<sup>8)</sup>

또 2022년 1월19일, 일가족 3명을 살해한 김○○에 대한 항소심(서울고법 형사6-3부 조은래, 김용하, 정총령) 판결문의 일부에는 다음과 같은 언급이 있습니다.

“사형제도가 형벌로서의 실효성을 상실하였다는 현재의 형벌 시스템 등을 고려하여 무기징역을 선고하는 지금의 상황 하에서, 이 법원으로서도 이렇게라도 가석방과 관련된 의견을 명시적으로 밝힐 필요가 있어 보이고, 또 그것이 이유 없이 비참하게 죽음을 맞이한 세 모녀의 원한을 조금이나마 달랠 수 있는 길이라 사료되기에, 절대적 종신형은 사형과 다를 바 없어 헌법에 위반될 수 있다는 일부 학계의 비판을 무릅쓰고서라도 피고인에 대한 이 사건 선고형은 가석방이 없는 절대적 종신형으로 집행되어야 마땅하다.”<sup>9)</sup>

이처럼 최근 검찰이 사형을 구형한 건에서 재판부가 직접 가석방 없는 절대적 종신형 제도 도입을 촉구하거나, 판결문에서 법무부의 가석방 심사와 판단에 대해 “가석방이 없어야 한다”는 법원의 의견을 밝히는 일들이 이어지고 있는 것은 사형제에 대한 인식 차이를 여과 없이 보여준다고 생각합니다. 한국 사회가 사형제도를 유지할 것인가에 대한 답은 결국 한국 공동체 구성원들의 결단이 필요한 작업일 것입니다. 그 과정에서 헌법적 논의가 논의의 질을 높일 수 있기를 기대하지만, 또 그것이 전부가 되는 것은 경계할 필요가 있다고 생각합니다.

7) 2018. 4. 26., “사형제 폐지 국제적 현황 및 국내 이행을 위한 토론회” 자료집 중 정태호, “대한민국의 사형제 현황과 사형대체형에 관한 논의”, 발표문, 국가인권위원회, 「사형제 폐지를 위한 국가인권위원회 활동보고서」, 2018, 104면.

8) 법률방송뉴스, 2022. 6. 23일자 기사, ‘연쇄살인’ 권재찬, 1심 사형 선고... “인간성 회복 기대하기도 어렵다”, (<http://www.ltn.kr/news/articleView.html?idxno=35578>, 6월 28일 최종 방문).

9) 한겨레21, 2022. 2. 26. 일자 기사, 무기징역이 가해자의 희망이라면 -실효성 없는 사형과 가석방 가능한 무기징역 사이, 피해자를 위한 대체 형벌 입법 필요-, ([https://h21.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/51654.html](https://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/51654.html), 6월 28일 최종 방문.)

## &lt;부록&gt;

## 사형 집행 중단 이후 사형확정자 명단

순	성명	사형확정 연도	범죄 내용
1	원언식	1993	부인이 여호와의 증인 집회에 나가는 것에 불만을 품고, 여호와의 증인 집회장소 '왕국회관'에 불을 질러 15명이 숨지게 하고, 25명 중경상 입힘
2	박한상	1995	도박에 빠진 자신을 나무라는 아버지에게 앙심을 품고, 100억 원대 유산 상속을 받기 위해 자신의 부모를 잔인하게 살해 후 방화
3	성낙주	1995	재산을 가로채기 위해 동거자인 여관 주인과 그 딸을 살해 후 암매장
4	성태수	1995	여아 납치 후 살해, 시체 유기
5	이수일	1995	무단 주거 침입 후 12만원 훔고 2명 살해. 사무실에서 100만원 훔고 종원원 칼로 남자 살해
6	전석재	1995	11살 여자아이를 납치 감금 후 9차례 성폭행, 목졸라 죽인 뒤 장롱에 유기
7	전용재	1995	8살 남자아이를 납치해 소나무에 묶어 질식사시켜 살해, 이후 가족들에게 돈 요구
8	강영성	1996	폭력 조직을 운영하며 다른 조직원을 병원까지 쫓아가 살해, 이후 출동한 경찰관 2명 살해
9	오수현	1996	2명 살해, 3명 중상해, 4명 성폭행, 피해자 남편 살해 후 변태성행위 강요 및 강간
10	이우철	1996	안양AP과 조직원, 청부 폭력 사실을 폭로하려던 동료 조직원과 여자 친구 살해 후 암매장
11	정병근	1996	"
12	정병욱	1996	"
13	임명기	1996	배신한 동거녀로 오인해 길 가던 여성 살해, 임신 의탁하던 사찰 주인과 할머니 칼로 살해
14	김용식	1997	상관의 욕설을 이유로 사병 3명을 사살, 상관 2명 살인미수
15	박광	1997	자신을 모욕한 술집 종업원, 주인과 다른 종업원 등 3명을 살해, 2차례 강도
16	이승수	1997	함께 잠을 자던 동료가 자신의 몸을 더듬는데 격분해 흉기로 살해, 이후 분식점 종업원과 새벽 기도를 가던 60대 여성 살해
17	임동수	1997	인생 비관하여 주거침입 후 4세, 6세 아이와 어머니를 살해
18	최정수	1997	막가과 두목, 귀가하던 단란주점 업주를 납치해 승용차와 900만원을 빼앗은 뒤 소금 창고에 생매장해 살해
19	홍대복	1997	내연녀를 엽기적인 방법으로 살해, 지인의 부인도 살해
20	이원수	1998	6살, 9살 여자아이와 18살 여학생을 성폭행한 뒤 살해

순	성명	사형확정 연도	범죄 내용
21	정근호	1998	남편의 간통현장을 잡아달라고 부탁한 제과점 여주인을 살해하고, 그 남편도 살해
22	고원중	1999	금품을 빼앗기 위해 사채업자와 그 부인 살해, 부녀자를 감금하고 성폭행
23	이동진	1999	빛 독촉을 받자 5촌 아저씨를 비닐로 질식시켜 살해, 이어 그 부인과 딸을 살해하고 금은방 종업원도 살해
24	이재복	1999	지인 살인 미수, 아내와 불륜이 의심되는 남성을 살해한 뒤 방화
25	김종갑	2000	함께 살기를 거부한다는 이유로 이복 형수와 그의 어머니를 살해
26	고홍수	2000	결별을 요구한 동거녀 살해, 채무를 회피하려 내연녀와 7살 아들을 죽이고 공범까지 살해
27	노경락	2000	외사촌 성폭행하며 만나오다 떼어놓으려는 외삼촌 부부도 살해, 외사촌도 살해
28	박경수	2000	모녀를 성폭행한 뒤 살해, 숨어있던 16살 여중생을 성폭행
29	빅진봉	2000	10살 남자아이를 유괴한 후 보모에게 금품을 요구하다 살해, 시신 유기
30	이규상	2000	도박자금을 마련하기 위해 부인이 술집 운영할 때 알게 된 40대 남성을 살해
31	이순철	2000	영웅파의 일원으로 후배의 손을 자르고 복부 찢러 살해, 시체 토막내 암매장
32	정형구	2000	신혼부부가 탄 승용차가 추월했다는 이유로 엽총으로 사살, 이 상황을 목격한 택시 운전사에게 총을 쏘 중상을 입힘
33	황호진	2000	옥탑방에 침입해 여성 1명을 성폭행한 뒤 살해, 나이트클럽에서 만난 여성 성폭행 미수 후 살해, 동거녀 살해한 뒤 방화
34	강영민	2001	내연녀를 위장결혼 시킨 뒤 보험금 타내려 남성을 살해 후 시체 유기, 이후 내연녀 살해
35	김해선	2001	귀가하던 11살 여아를 성폭행한 후 살해, 17살 여고생 성폭행 후 고문 후 살해, 이후 함께 있던 12살 남동생도 살해
36	백기문	2001	금품을 훔치다가 3명 살해, 1명 살인 미수, 2회 강도, 1회 강제추행치상
37	왕리웨이	2001	심야에 혼자 다니는 여성을 골라 돌과 쇠파기 2명을 죽이고 8명을 중상해
38	이명호	2001	계약 성사시켜 주겠다고 속여 친구 누나 부부를 유인해 살해 후 암매장
39	정두영	2001	부산·경남 일원에서 강도 23건을 저지르며 9명 살해, 10명 중경상
40	천병선	2001	시비 끝에 도망가는 사람 쫓아가 흉기로 찢러 살해. 평소 원한관계이던 3명을 차례로 살해
41	김종근	2002	21세 여성을 성폭행한 뒤 살해. 주거침입 후 또 다른 2명 살해
42	조용훈	2002	부녀자 3명 목졸라 살해, 1명은 방화로 시체 훼손

순	성명	사형확정 연도	범죄 내용
43	김종호	2003	재혼녀가 데려온 딸을 상습적으로 성추행하다 재혼녀와 딸, 친 아들 두 명등 4명을 살해
44	도경일	2003	아버지의 이웃이던 노부부와 처형을 살해. 3억원을 훔치고 자신이 죽였던 노부부의 손자도 유인해 살해
45	박종규	2003	빛을 독촉하던 2명을 살해 후 암매장하고 시체 소각
46	정운하	2003	사기행각을 감추려 투자자 부부와 그들의 자녀 2명을 살해
47	허재필	2003	택시 기사로 위장해 여성 5명을 성폭행한 뒤 살해, 1명 시체 암매장
48	김근우	2004	카드 빚 갚아주지 않는다는 이유로 할머니와 어머니를 살해. 형은 살인미수
49	리경옥	2004	영생교 교주의 지시에 따라 이탈한 신도나 반대파 교주 등 6명을 살해
50	유영철	2005	‘희대의 살인마’로 불리며 부유층 노인들과 출장마사지 여성 등 21명을 살해.
51	이종현	2005	금품 갈취를 목적으로 보험 설계사를 성폭행 후 살해 암매장. 공범도 살해
52	전용술	2005	자신이 짝사랑하던 경찰서 직원을 살해, 조기 석방되는데 도움을 준 지인을 살해. 도주하며 택시 기사 살인 미수
53	김용원	2006	친구의 11살짜리 딸을 성폭행 후 살해. 헤어진 여자친구와 호프집 주인을 살해
54	정기수	2006	내연녀와의 관계 복원을 위해 아내와 아들 2명을 청산가리로 살해, 막내는 손으로 질식사, 방화
55	김동민	2007	상관 질책에 수류탄을 투척하고 기관총을 발사하여 8명을 살해하고 4명을 중경상 입힘
56	조경민	2007	차량 강도로 2명 살해 후 유기. 1명 추행, 카페 주인도 잔혹하게 살해
57	강호순	2009	보험금 타내려 부인과 장모 방화 살해. 성적 쾌락을 위해 부녀자 8명을 납치 성폭행 후 살해
58	정상진	2009	고시원에 불을 지른 뒤 사람들에게 흥기를 휘둘러 6명 살해, 7명 중경상
59	정성현	2009	8세, 10세 여아를 성폭행 하려다 살해. 전화방 여성 살해 후 시신 토막 유기
60	이항열	2010	동거녀와 의붓딸, 동거녀의 조카 등 3명을 성폭행 후 살해. 친딸 성폭행
61	오종근	2010	여행 온 남녀 2명을 배에 태우고 여성을 성추행하기 위해 남성을 바다에 빠뜨려 살해, 이후 여성도 살해. 같은 수법으로 20대 여대생 2명도 살해
62	김민찬	2013	해병대에서 총기 난사로 동료 4명을 살해
63	장 **	2015	사귀었던 전 여자친구의 부모를 살해, 전 여자친구를 살해 현장에 장시간 감금



순	성명	사형확정 연도	범죄 내용
64	임 **	2016	동료들을 향해 수류탄을 던진 뒤 총기를 난사해 5명을 살해하고 7명 중경상
65	○○○		정보 비공개
66	○○○		정보 비공개



【제2주제】

## 사형제 폐지

— 입법적 결단과 사법적 판단 사이 —

강 일 신\*

- |  |
|--|
| I. 미완의 과업<br>II. 정치적 결단을 통한 사형제 폐지: 그 조건과 한계<br>III. 사형제에 대한 사법적 판단: 그 논증의 방법과 과제<br>IV. 기로에 선 헌법재판소 |
|--|

### I. 미완의 과업

사형은 인류 역사상 가장 오랜 역사를 가진 형벌의 하나이지만, 인도적인 측면과 형사정책적인 측면에서 끊임없이 비판의 대상이 되어왔다. 우리나라에서 사형제는 1953년 형법 제정시 도입된 이래 오늘날까지 그 명맥이 유지되고 있다. 형법과 특별형법에 다수의 사형 규정이 존재하고, 실제 사형판결이 계속해서 내려지고 있음에도 불구하고, 1997. 12. 30. 23명에 대한 사형 집행 이후 더 이상의 사형 집행은 없는 상황이다. 이 때문에, 국제앰네스티(Amnesty International)는 우리나라를 ‘사실상’(in practice) 사형 폐지국가로 분류하고 있다.<sup>1)</sup> 헌법재판소는 2010년 제2차 사형 결정에서 사형제에 대하여 합헌결정을 내렸지만,<sup>2)</sup> 9명의 재판관 중 4인의 재판관이 위헌의견을 제시함으로써, 그 이후에도 사형제 존폐를 둘러싼 사회적 논란은 지속되고 있다. 한편, 전세계적으로 사형제를 공식적으로 폐지하거나 모라토리움 선언하는

\* 경북대학교 법학전문대학원 조교수

1) 국제앰네스티는 10년 이상 사형을 집행하지 않는 국가를 사실상 사형 폐지국가로 분류하고 있다. 이에 따라, 우리나라도 2007. 12. 30.부터 사실상 사형 폐지국가로 분류되고 있다.

2) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36.

국가가 늘고 있고, 국제사회에서 그 폐지는 이제 거스르기 어려운 하나의 흐름이 되어가고 있다. 이러한 흐름에 부응하여, 우리 정부는 2020년 11월 17일 제75차 유엔 총회에서 ‘사형집행 모라토리움’ 결의안에 찬성하였지다.<sup>3)</sup>

이러한 일련의 사정을 종합해 보면, 우리나라에서 사형제 폐지를 위한 상황이 무르익었다고 볼 수도 있지만, 이른 시일안에 사형제가 폐지되라는 낙관적 전망 또한 쉽지만은 않은 상황이다. 사회적 파장을 일으킨 중대범죄가 발생할 때마다, 어김없이 엄벌주의의 필요성과 함께 유예중인 사형을 집행하여야 한다는 여론이 비등하였다. 이에 따라, 보수정권이 출현할 때마다 사형제 존치와 폐지는 어김없이 논란의 대상이 되었고,<sup>4)</sup> 사형제 존폐를 공론에 붙여 민주적 의사형성 절차를 진행하여야 할 책무를 부담하는 국회 또한 다소간 미온적인 태도를 취해온 것이 사실이다. 1999. 12. 7. 제15대 국회에서 ‘사형제폐지특별법안’이 처음 발의된 이래로 총 9차례 폐지 법안이 발의되었으나, 8건이 국회의 임기만료로 폐기되었고 현재 1건이 상임위에 계류중이다. 나아가, 국민 여론 추이를 살펴보면, 사형제에 찬성하는 여론은 지난 20여년 동안 대체로 그 비중이 증가해왔다.<sup>5)</sup> 이러한 국민 여론이 당분간 반전되리라고 기대하기 어렵고, 정치권의 섣범과 기회주의적인 태도 또한 변화될 가능성이 적다면,<sup>6)</sup> 정치적 결단을 통한 사형제 폐지는 쉽지 않을 전망이다.

3) 유엔 총회 결의는 권고적 효력을 지니므로, 이로 인해 우리 정부가 곧바로 사형제를 폐지하거나 형법 체계를 변경하여야 할 국제법적 책임을 부담하지는 않는다. 찬성 표결이 “우리 정부가 절대적 기본권인 생명권을 보호하려는 국제사회의 노력에 동참하였다”는 의미를 갖는 것임은 분명하다. 법무부 보도자료(2020. 11. 18), “대한민국 정부, 제75차 유엔 총회 “사형집행 모라토리움”결의안 찬성 표결: 사형 제도 폐지 여부는 이번 표결과 무관하게 신중한 검토 예정” 참조.

4) 이명박 정부 출범과 함께 사형집행 재개에 관한 논란이 있었다. 한편, 최근 법무부는 “국민적 바람, 시대적 상황과 분위기를 소박한 법 감정으로 무시할 수는 없다”는 취지에서 사형제 존치의견을 헌법재판소에 제출하였다. 현 정부하에서 정부 주도로 사형제 폐지를 추진할 가능성은 크지 않게 되었다. 동아일보(2022. 6. 29.), “법무부 “사형제 야만적 복수아냐”...존치 의견 현재에 제출” (<https://www.donga.com/news/Politics/article/all/20220629/114209704/2>)

5) 한국갤럽에서 수행한 여론조사 결과, 2003년에는 사형제 유지 52%, 폐지 40%, 2012년에는 유지 79%, 폐지 16%, 2015년에는 유지 63%, 폐지 27%, 2018년에는 유지 69%, 폐지 22%로 각각 나타났다. 여론조사 시기가 부분적으로 흉악범죄로 인한 사회적 논란이 발생한 시기와 중첩된다는 점을 감안하더라도, 사형제 존치 여론은 분명 20년전에 비해 증가했다. 김대근·이덕인·권지혜, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020, 19-20면에서 인용.

6) 사회적 논란이 있는 사형제와 관련하여, 국민의 대의기관으로서 국회는 그것이 헌법개정

낙태, 조력자살 등 인정 여부와 마찬가지로 사형제 존폐는 사회내에 존재하는 ‘근원적인 도덕적 갈등’(fundamental moral conflict)을 반영하는 쟁점이다. 이를 둘러싼 존폐 논란은 옳고 그름의 문제가 아니라 좋고 싫음의 문제이고 보면, 이 문제는 원칙적으로 민주적 공론장에서 숙의되고 중국에는 다수결로 결정되어야 할 사안임이 분명하다. 그러나, 이러한 근원적인 도덕적 충돌 사안에 있어서 국민 여론이 첨예하게 대립하고 대의기관의 정치적 선택마저 작동하는 상황에서는, 민주주의를 통한 사형제 폐지는 요원한 것이 아닌가라는 의구심 또한 갖게 된다. 이 때문에, 사형제 문제는 빈번히 헌법재판소 같은 사법부로 그 논의의 장(場)이 이동할 수밖에 없고, 사법부는 자제적 태도와 적극적 태도 사이에서 선택을 해야하는 상황에 직면하게 된다.<sup>7)</sup> 문제는 헌법재판소가 안고 있는 민주적 정당성의 취약성과 함께 헌법재판 또한 국민 여론으로부터 완전히 자유로울 수 없다는 점에 놓여있다.<sup>8)</sup> 여기에 헌법재판소의 판단이 논란의 종식이 아니라 새로운 논란의 출발점이 되리라는 예측까지 더해지면, 문제는 더욱 복잡한 양상을 띠게 된다.

2010년 제2차 사형결정에서 법정의견은 사형제 폐지는 일차적으로 민주적 대의기관인 국회의 몫이라는 점을 부각하였다.<sup>9)</sup> 전세계적 추이를 살펴보더라도 헌법개정

---

안이든, 법률제정안이든 간에, 그 가·부결 여부와 무관하게 심도있게 다루는 것이 마땅하다. 매 입법기마다 법안만 제안해놓고 임기만으로 폐기시켜온 행태는 다분히 기회주의적인 것이라고 평가할 수밖에 없다.

- 7) 1996년, 2010년에 합헌결정 이후, 3번째로 사형제의 위헌여부를 다루는 사건이 현재 헌법재판소에 계류중이다. 이 사건의 개요에 대해서는, 국제사면위원회, “사형제도 폐지에 대하여 대한민국 헌법재판소에 제출하는 국제앰네스티 의견서”, 2019.12.09., 3-4면 참조.
- 8) 사형제 존폐와 같은 법감정이 중시되는 사안의 경우, 정치적 결단 과정에서뿐만 아니라 사법적 판단 과정에서도 국민 여론은 중요한 역할을 수행한다. 사법과정에서 작용하는 국민 여론(common sentiment) 역할과 한계에 대해서는, Bosko Tripkovic, *The Metaethics of Constitutional Adjudication*, Oxford University Press, 2017, pp. 59-95 참조. 특히, 63-76면에서 미연방대법원, 유럽인권재판소, 캐나다대법원에서 다루어진 사형제 판결에 드러난 국민 여론 논변을 검토하고 있다.
- 9) “사형제도가 위헌인지 여부의 문제는 성문 헌법을 비롯한 헌법의 법원(法源)을 토대로 헌법규범의 내용을 밝혀 사형제도가 그러한 헌법규범에 위반하는지 여부를 판단하는 것으로서 헌법재판소에 최종적인 결정권한이 있는 반면, 사형제도를 법률상 존치시킬 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 사형제도의 존치가 필요하거나 유용한지 또는 바람직한지에 관한 평가를 통하여 민주적 정당성을 가진 입법부가 결정할 입법정책적 문제이지 헌법재판소가 심사할 대상은 아니라 할 것이다. 유럽의 선진 각국을 비롯하여 사형제도를 폐지한 대다수의 국가에서 헌법해석을 통한 헌법재판기관의 위헌결정이 아닌 헌법개정이나 입법을 통하여 사형제도의 폐지가 이루어졌다는 점은 위와 같은 구분과 관련하여 시사하는 바가 크다.” 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 55.

의한, 혹은 대의기관의 의사결정에 의한 사형제 폐지 건수가 압도적이다. 하지만, 지금과 같은 정치적 교착상태 내지 ‘의도적’ 방임상태가 지속되는 경우, 과연 정치적 결단에만 이 문제를 맡겨두는 것이 적합한지는 곰곰이 되짚어볼 대목이다. 이에, 본 발표문에서는 사형제와 민주주의의 관계에 주목하면서 사형제 폐지 전략으로서 사법부의 활용은 어떠한 조건하에서 정당화될 수 있고, 사법부는 이 문제에 대해서 어떠한 태도를 견지해야 하는지를 논의해보고자 한다.<sup>10)</sup>

## II. 정치적 결단을 통한 사형제 폐지: 그 조건과 한계

### 1. 전세계적 동향

18세기 베카리아의 ‘범죄와 형벌’이 출간된 이래, 사형제 존폐는 문명사회에서 지속적인 논쟁거리였다. 이미 19세기부터 사형을 폐지하는 국가들이 등장하였고 20세기에 들어오면서 그 숫자는 늘어났지만, 본격적으로 사형제 폐지가 이루어진 것은 제2차 세계대전이 이후라고 할 수 있다. 국제앰네스티에 따르면, 2018년 기준으로 모든 범죄에 대해 사형제를 폐지한 국가는 106개국, 일반범죄에 대해서만 사형을 폐지한 국가는 8개국, 10년 이상 사형을 집행하지 않아 사실상 사형폐국가로 분류되는 나라는 28개국으로, 사형폐지국가는 총 142개국에 달한다. 반면, 사형을 유지하고 있는 나라는 56개국이다.<sup>11)</sup> 10년전인 2008년 말 기준으로, 각 수치가 92개국, 10개국, 36개국, 59개국이었던데 비하면,<sup>12)</sup> 10년 사이 사형폐지국은 증가했다고 할 수 있다.

10) 종래 국내외를 불문하고 사형제 폐지를 위한 철학적, 규범적, 경험적 논변은 그 수를 헤아리기 어려울 만큼 충분히 축적되어 있다. 이는 헌법학의 측면에서도 마찬가지이다. 새로운 논변의 제시보다는, 설득력있는 논거의 선택만이 유일하게 남아있는 문제라고 해도 과언이 아니다. 본 발표문에서는 민주주의와 사형제의 관계에 중점을 두어 사형제 폐지의 전략 중에서 사법부의 활용이 갖는 의미에 관해서만 검토한다. 민주주의원리가 작동하지 않는 상황에서 헌법재판소라는 사법기관이 어떠한 조건하에서 개입할 수 있고, 어떠한 태도로 이 문제에 접근하여야 하는지 살펴보는 것이 본 발표문의 목적이다.

11) Amnesty International, ABOLITIONIST AND RETENTIONIST COUNTRIES AS OF JULY 2018, 2018. 6.

12) Amnesty International, LIST OF ABOLITIONIST AND RETENTIONIST COUNTRIES (31 December 2008), 2009. 3.

한편, 사형폐지국들에서, ‘사형제 폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제2선택 의정서’(Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty), ‘사형폐지에 관한 유럽인권협약 제6의정서’(Protocol 6 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of Death Penalty), ‘모든 상황에서 사형폐지에 관한 유럽인권협약 제13의정서’(Protocol 13 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on the Abolition of the Death Penalty in All Circumstances), ‘사형폐지를 위한 미주인권협약 의정서’(Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty) 등 구속력있는 국제협약에의 가입 또는 사법부의 판단이 중요한 계기를 제공한 예들이 발견되지만,<sup>13)</sup> 대부분의 국가들은 헌법개정 또는 법률개정의 방식으로 사형제를 폐지했다.<sup>14)</sup>

사형제 폐지와 관련하여 국제적인 흐름에서 벗어나 하나의 예외주의를 형성하고 있는 미국의 예를 살펴보면, 2020년 현재 50개주 중 21개의 주에서 사형제가 폐지되었고, 그 외 29개 주에서는 여전히 사형제가 존치되고 있다. 다만, 오리건 주는 2011년, 펜실베이니아 주는 2015년, 캘리포니아 주는 2019년부터 사형 집행을 잠정 중단한 상태이다. 한편, 대부분의 주들이 입법을 통해 사형제를 폐지한 반면, 델라웨어 주와 워싱턴 주는 각각 2016, 2018년 주 대법원의 판결을 통하여 사형제 위헌이 확인되었다.<sup>15)</sup> 미국의 경우, 그간 사형제 존폐와 관련하여 주차원에서 29차례 주민 투표가 실시되었는데, 그 중 사형제 폐지가 우세했던 사례는 4건에 불과하다고 한다.<sup>16)</sup>

13) 사형제 폐지를 긍정하는 사법부 판단이 있었던 예로는, 헝가리 헌법재판소(1990년), 남아공 헌법재판소(1995년), 리투아니아 헌법재판소(1998년), 우크라이나 헌법재판소(1999년), 알바니아 헌법재판소(1999년), 베냉 헌법재판소(2016년), 과테말라 헌법재판소(2017년), 보스니아헤르체고비나 헌법재판소(2019년) 등이 발견된다. 해당 헌법재판소 결정의 개요에 대해서는, Paolo G. Carozza, “My Friend is a Strange: The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights”, 81 Tex. L. Rev. 1031, 2003; 국제사면위원회, “사형제도 폐지에 대하여 대한민국 헌법재판소에 제출하는 국제앰네스티 의견서”, 2019.12.09. 참조.

14) 유럽국가들은 대체로 헌법개정 방식을 선호하고, 비유럽국가들의 경우에는 헌법개정 방식과 법률개정 방식이 혼재되어 발견되고 있으나 법률개정 방식이 숫적으로 우세한 것으로 보인다.

15) 김대근·이덕인·권지혜, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020, 90-91면에서 인용.

## 2. 정치적 결단의 성공 조건

오늘날 140여개 국가에서 법적으로 혹은 사실상 사형이 폐지되었지만, 그 어느 곳에서도 국민 여론이 우호적인 경우는 없었다고 해도 과언이 아니다. 흉악범죄에 대한 여론의 대응은 증거에 입각한 이성과 신념의 문제라기보다는 직관과 감정의 문제에 가깝기 때문이다.<sup>17)</sup> 따라서, 국민 여론을 활용하여 사형제를 폐지하고자 하는 전략은 성공하기 어렵다. 전세계적으로 사형제 폐지의 동인은 대부분의 경우 대의민주주의 또는 참여민주주의가 아니라 정치적 리더십에서 찾을 수 있다.<sup>18)</sup> 그렇다면, 국민 여론과 반대되는 의사결정임에도 불구하고 어떻게 사형제가 정치적으로 폐지될 수 있었을까? 정치적 결단을 통한 사형제 폐지 전략의 성공조건들로는 다음과 같은 것들이 제시되고 있다.

첫째, 정치엘리트들의 역할이다. 사형제 폐지에 성공했던 국가들의 경우 정치지도자들의 의지는 거의 예외없이 대중 여론과 반대로 움직였다. 독일은 1949년 헌법을 통해 사형제를 폐지했지만, 그 이후에도 대중의 지지를 기반으로 사형제를 재도입하려는 시도들이 있었고, 그 때마다 정치엘리트들은 사형제 부활을 단호히 거부했다. 프랑스의 경우, 1981년 사형제 폐지 당시 사형제에 찬성하는 의견이 60~65%로 여론이 좋지 않았지만, 정치적 리더십을 기초로 사형제 폐지에 성공했다. 뉴저지 주에서 사형제 폐지의 성공조건과 관련한 경험적 연구 또한 이를 뒷받침하고 있다.<sup>19)</sup> 이 연구는 헌신적인 정치엘리트의 존재에 더하여, 의회내 다수와 형성, 사형제를 도덕적으로 비난하기보다는 오판의 사례 등을 제시함으로써 대중 정서에 감정적으로 호소하는 전략 등을 사형제 폐지의 성공조건으로 제시하고 있다.

16) Austin Sarat, *The Death Penalty on the Ballot: American Democracy and the Fate of Capital Punishment*, Cambridge University Press, 2019, p. 6.

17) ‘정보에 입각한’(informed) 판단이 국민 여론 전환의 계기가 되리라는 희망도 한계를 갖는다. 사형제와 같이 근원적인 도덕적 충돌이 문제되고 피해자에 대한 감정이입이 작동하는 사안의 경우, 확증편향에 의해 자신의 입장을 유지하는데 유리한 정보만 선별하여 수용하는 경향이 있다고 한다. Tali Sharot, *The Influential Mind: What the Brain Reveals About Our Power to Change Others*, Henry Holt, 2017. (David T. Johnson, *The Culture of Capital Punishment in Japan*, Palgrave, 2020, p. 105에서 인용.)

18) Franklin E. Zimring, *The Contradictions of American Capital Punishment*, Oxford University Press, 2003, pp. 17-26.

19) Kevin H. Wozniak, “Analyzing Legislative Abolition of the Death Penalty: A Preliminary Case Study of New Jersey”, 2010 참조.



둘째, 국제법의 영향이다. 제2차 세계대전 이후 사형제 폐지를 위한 국제적인 노력이 확장되어 왔고, 그것은 각종 국제협약의 체결로 이어졌다. 사형제 폐지에 성공한 국가들의 경우 국제협약의 비준과 함께, 혹은 그 비준을 위해서 폐지 작업에 착수했음을 알 수 있다. 나아가, 국제협약은 사형제를 재도입하려는 국내적 움직임을 제약하는 역할도 수행한다. 유럽의 경우, 인권협약과 그 의정서의 국내적 수용과 헌법의 개정이 병행되고, 이것이 동시에 연합에의 가입이 된다. 이러한 중층적 법구조는 개별 국가차원에서 사형제의 재도입에 제약이 되기도 한다. 다른 한편, 국제협약은 사법부의 판단에 영향을 미치기도 한다. 1995년 남아공 헌법재판소 결정에는 국제협약을 해석의 도구로 활용할 수 있다는 설시가 드러나고 있고,<sup>20)</sup> 2017년 과테말라 헌법재판소는 미주인권협약 의정서 위반을 이유로 사형제를 규정한 법률에 대하여 위헌결정을 선고한 바 있다.<sup>21)</sup>

셋째, 역사적, 정치사회적 배경이다. 주지하다시피, 바이마르헌법 제정 당시부터 사형제 폐지 논의가 있었지만 실패했고, 이러한 시도는 나치 불법체제를 겪고 1949년 헌법 제정시에 이르러서야 성공을 거두었다. 사형제 폐지에 역사적 경험이 중요하게 작용함을 보여주는 전형적인 예라고 할 수 있다. 사법부 판단과 관련한 것이지만, 1995년 남아공 헌재의 판단에서도 역사적 맥락의 중요성이 언급되고 있다.<sup>22)</sup> 그 밖에 1990년대 사형제 폐지를 사법적으로 결정한 국가들이 대부분 체제전환국가들이며, 아시아와 아프리카에서 사형제 폐지에 성공한 국가들 또한 권위주의정권 붕괴 이후에 형성된 역사적 조건에 힘입었다는 점<sup>23)</sup> 또한 사형제 폐지에 있어서 역사적,

20) 남아공 헌법재판소는 국제법은 구속력 있는 법과 없는 법 모두 해석 도구로 활용될 수 있다고 설시하고 있다. 이러한 설시는 다음과 같은 임시헌법 제35조 제1항(현행 헌법 제39조 제1항)에 근거한 것이다. “이 (권리장전의) 장 조항들을 해석하는 데 있어 법원은 자유와 평등에 기반을 둔 개방적이고 민주적인 사회의 기저를 이루는 가치들을 증진시켜야 하며, 적용이 가능한 경우에는 이 장에 명시된 권리보장에 적용되는 국제법의 내용을 참조하여야 하며, 비교 가능한 외국의 판례를 참조할 수 있다.”

21) 과테말라 헌법재판소는 사형제를 규정한 국내법이 실제로 헌법에 위반되는지 여부에 대해서는 판단하지 않았다. 헌법재판소는 과테말라 다음과 같은 헌법 제46조에 따라 미주인권협약 의정서에 위반하는 국내법의 효력을 부인한 것이다. “인권 문제와 관련한 일반원칙에 대해서는 과테말라가 체결, 비준한 조약과 협약이 국내법에 우선한다.”

22) “남아공은 너무나 많은 잔인함을 경험해 왔다. 국민들이 열망하고 헌법적으로 약속해 온 문명화되고 인도적이며 연민 어린 사회를 비웃음거리로 만드는 악의적인 살인은 중단되어야 한다. 그리고 국가는 최악의 사람이라 하더라도 모든 국민의 생명이 값을 매길 수 없이 소중한 것이라는 점을 입증함으로써 모범을 보여야 한다.”

23) David T. Johnson, *The Culture of Capital Punishment in Japan*, pp. 7-8.

정치사회적 조건의 중요성을 보여주는 것이다.

넷째, 사법부의 역할이다. 앞서 언급한 바와 같이, 사형제 위헌결정들 또한 일정한 역사적, 정치사회적 맥락하에서 내려졌다. 남아공은 오랜 흑백분리정책 이후에, 1990년대 동구권 국가들의 경우 체제전환 이후에, 위헌결정이 선고되었다. 남아공 헌법 재판소의 사법적극주의(judicial activism)는 이러한 정치사회적 배경하에서 형성된 것이고,<sup>24)</sup> 이러한 나라들의 경우, 적어도 그러한 내려진 결정은 정치세력을 압박하여 사형제를 제도적으로 폐지하도록 하는 효과를 갖게 된다. 이와 달리, 미국의 경우, 사법부의 판단이 주 입법에 영향을 미치고, 주 입법이 다시 사법부의 판단에 영향을 미치는 순환구조를 드러내고 있다. 연방대법원의 1972년 *Furman v. Georgia* 판결은 사형과 관련한 주 입법 개선에 영향을 미쳤고, 4년후 있었던 1976년 *Gregg v. Georgia* 판결에서는 주들이 사형제를 채택하고 있음을 이유로 하는 사형제 합헌성 논증방식이 드러나고 있다.<sup>25)</sup> 연방대법원과 주 의회간에 일종의 ‘헌법적 대화’(constitutional dialogue)가 이루어지고 있는 셈이다.<sup>26)</sup>

### 3. 민주주의의 실패, 그리고 사법심사의 조건

사형제를 폐지함에 있어서, 국민투표의 성공가능성은 희박하고, 여론에 민감한 정치세력이 국민정서에 반하여 사형제 폐지를 주도하는 것 또한 쉽사리 기대할 수 없다. 사형제 폐지에 있어서 만큼은 어떤 의미에서 민주주의가 오히려 걸림돌이 된다고도 할 수도 있다. 미국의 경우, 결정적인 전환점들에서 “보다 민주적인” 제도와 문화가 사형제 폐지에 걸림돌이 되어왔다.<sup>27)</sup> 중형주의나 엄벌주의는 대중들에게 더

24) Lucky Mathebe, “The Constitutional Court of South Africa: Thoughts on its 25-Year-Long Legacy of Judicial Activism”, *Journal of Asian and African Studies*, Vol. 56(1), pp.18-22.

25) “국민이 선출한 대표자들에 의해 채택된 법률안은 동시대의 사회상규(standards of decency)를 확인하는 데 중요한 것이다. 해당 기준에 따라 수정헌법 제8조가 사형을 금지하는 것으로 해석해야 한다는 주장이 있지만, *Furman v. Georgia* 판결 이후 4년 동안 연방의회와 적어도 35개 주가 새로운 사형을 규정하는 법률을 제정한 사실에 비추어 보면 그러한 주장은 근거가 빈약한 것이다.”

26) 다만, 연방대법원이 1972년 *Furman v. Georgia* 판결에서 사형제의 위헌성에 대해서 좀 더 강력한 지침을 제공하지 못했기 때문에, 미국에서 사형제가 정치적으로 유지될 수 있었다는 비판은 이러한 헌법적 대화에 있어서 사법부의 역할이 중요하다는 점을 시사하는 것이다.

27) 유럽과 달리 미국에서 사형제 폐지가 쉽사리 달성되지 못하는 이유는 역설적으로 미국이

인기있는 것이고, 정치지도자들 또한 이에 편승해왔다. 1970년대 사형제 폐지가 정치사회적 이슈로 등장했을 때, 연방이나 주 사법부가 더 적극적으로 나아가지 못하도록 하고, 주 의회에서의 논의에 장애물로 작용했던 요인 또한 미국의 민주주의 제도와 문화였다고 한다.<sup>28)</sup> 미국의 역사에 비추어볼 때 사형제가 “민주적으로” 폐지되기 어렵다는 교훈은 자연스럽게 사법부에 대한 기대로 이어진다. 하지만, 민주적 정당성에 있어서 취약한 사법부가 그 폐지를 결정하는데 대한 반대 또한 만만치 않다. 사형제 존폐와 같은 도덕적으로 민감한 문제에 대해서, 사법부가 개입할 수 있는지, 그 개입의 조건과 방식은 어떠해야 하는지에 관한 고민이 필요한 이유이다.

사법심사에 비판적인 견해에 따르면, 사회내에서 무엇이 옳은 것인지가 아니고, 무엇이 좋은 것인지에 관하여 의견이 일치하지 않을 경우, 어떤 것이 더 가치있는 것인지에 관한 이와 같은 불일치는 원칙적으로 선출된 대표들에 의하여 결정되어야 한다.<sup>29)</sup> 그러한 불일치가 대화와 토론을 통해서도 해소되지 않는다면, 다수결이 유일하게 정당한 방법이 된다.<sup>30)</sup> 예를 들어, 낙태의 권리를 옹호하는 진영에서는 그에 반대하는 입장이 여성에 대해 전제적이라고 생각할 것이고, 반대로 낙태 합법화에 반대하는 입장에서는 그에 찬성하는 입장이 태아에게 대해 전제적이라고 생각할 것이다. 이러한 맥락은 사형제에 대해서도 그대로 적용될 수 있는데, 이러한 문제는 옳고 그름의 문제, 즉 정답이 존재하는 문제가 아니기 때문에, 함부로 반대 입장을,

---

“더 민주적”이기 때문이라는 주장이 있다. ‘다수결주의적 민주주의’(majoritarian democracy)에 대한 신봉이 사형제 폐지의 걸림돌이 되고 있다는 것이다. Richard Posner, “Capital Crimes”, *The New Republic*, April 1, 2002, p. 32. 과도한 민주주의적 문화가 사형제 폐지를 가로막고 있다는 비슷한 취지의 주장에 대해서는, David Garland, *Peculiar Institution: America’s Death Penalty in an Age of Abolition*, Harvard University Press, p. 309; Andrew Hammel, *Ending the Death Penalty: The European Experience in Global Perspective*, Palgrave, 2010, Chapter 8 참조.

28) 그러한 예들에 대해서는, Austin Sarat, *The Death Penalty on the Ballot: American Democracy and the Fate of Capital Punishment*, Chapter 4 참조.

29) ‘옳은 것’(the right)과 달리 ‘좋은 것’(the good)에 대해서는 사람들마다 견해 차이가 발생할 수 있다. 따라서, 인간, 권리, 공동체에 대해 어떠한 ‘선관념’(善觀念)을 가지고 있는가에 따라, 사형제에 대한 찬반 여부가 달라지게 된다. 전통적으로 ‘옳은 것’은 발견의 맥락에서 ‘사법’(司法) 영역으로, ‘좋은 것’은 구성 내지 정당화의 맥락에서 정치 또는 입법 영역으로 이해되어왔다. 사회내에서 다양한 선관념이 존재할 수 있고, 그 승인이 민주주의를 지탱하는 다원주의의 전제조건이라는 점을 고려하면, 사형제 존폐 또한 일차적으로 옳고 그름의 문제가 아니라 선호의 문제로서 정치 내지 입법 영역에 그 결정을 맡겨두어야 할 사안이라고 할 수 있다.

30) Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 288-293.

그것이 다수의 의견이라고 할지라도, ‘전제적이라고’ 해서는 안된다고 한다.<sup>31)</sup> 이러한 문제는 사법부에 맡길 것이 아니고, 입법부가 결정하여야 한다는 것이다.

이러한 비판론에는 민주주의를 다수결주의(majoritarianism)로 이해하는 전제가 놓여있다. 드워킨이 지적한 바와 같이, 민주주의는 ‘해석적 개념’(interpretive concept)이다.<sup>32)</sup> 드워킨은 민주주의를 다수결주의로 이해하지 말고, ‘파트너십’(partnership)으로 이해해야 한다고 말한다.<sup>33)</sup> 그에 따르면, 민주주의의 핵심은 다수결이 아닌 인민들이 서로를 파트너로서 인식하고 ‘자치라는 공동프로젝트’(joint enterprise of self-governance)에 참여하는데 놓여있다. 여기서 중요한 것은 정치공동체 구성원 상호간의 ‘평등한 존중과 배려’(equal respect and concern)를 기초로 하는 정치적 평등인데, 이는 모든 개인의 존엄 보장에 다름 아니다. 정치공동체의 구성원들이 서로를 동등한 인격의 소유자로 대하지 않을 경우 모욕(insult)적인 취급을 받는 사람은 정치공동체 안에서 정당한 지위를 박탈당하게 된다. 이렇게 이해할 경우 사법심사는 헌정질서의 정치적 도덕성의 핵심인 개인의 존엄을 보호함으로써 민주주의의 문화와 전제조건을 보존하는 것이고, 그곳에서 사법심사의 합당한 역할을 발견할 수 있다.

### Ⅲ. 사형제에 대한 사법적 판단: 그 논증의 방법과 과제

#### 1. 사법적 논증의 방법

사형제의 위헌성(혹은 합헌성을) 판단함에 있어서 법관들이 선택할 수 있는 전략을 경험적 논변, 절차적 논변, 규범적(혹은 가치적) 논변으로 나누어 고찰하는 연구가 있다.<sup>34)</sup> 이 연구는 결론적으로, 절차적 논변은 본질적인 문제를 우회하는 것이

31) Jeremy Waldron, “The core of the case against judicial review”, 115 Yale Law Journal, 2006, p. 1396. 미국 사법심사 논쟁에 대해서는, 김종서, “민주주의적 관점에서 본 헌법재판제도: 미국의 논의를 중심으로”, 민주법학 제54호, 2014 참조.

32) Ronald Dworkin, Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution, Oxford University Press, 1999, p. 15.

33) Ronald Dworkin, Freedom’s Law, pp. 16-34. 드워킨의 파트너십 민주주의에 대해서는, 함재학, “드워킨의 헌법사상: 헌법적 통합성과 파트너십 민주주의”, 법철학연구 제12권 제1호, 2009 참조.

고<sup>35)</sup> 경험적 논변은 실패할 확률이 크다는 이유로, 규범적, 가치적 논변의 필요성을 옹호하고 있다.

### (1) 경험적 접근

사형제의 헌법적합성과 관련하여 흔히 동원되는 논증 방법중 하나는 경험적 증거에 의존하는 것이다. 여기에는 대중 여론과 사회과학적 증거를 수집, 제시하는 것이 포함된다.

우선, 사법적 논증에서도 대중 여론은 중요한 역할을 수행한다. 1976년 *Gregg v. Georgia* 판결에서 여론의 중요성이 특히 강조되었는데, 여론을 중시하는 논증 방법은 헌법제정자의 의사를 파악하는 이른바 원의주의(originalism)를 거부하고 동시대 사람들의 의사를 헌법해석의 준거로 삼고자 하는 것이다. 이러한 접근법은 동시대 정치적 다수의 의견을 추종함으로써 대개는 사법소극주의로 귀결되게 된다. 이러한 논증 방법은 일견 ‘객관성’을 담보하는 것처럼 보이지만, 두 가지 측면에서 한계를 갖는다. 첫째, 여론이 과연 ‘정보에 입각한’(informed) 합리적 의사결정의 산물인지에 대한 의구심이 제기되고 있다. *Furman v. Georgia* 판결에서, 마샬 대법관은 미국인들의 사형에 대한 정보부족을 지적하면서 올바른 정보를 제공받는다면 다른 의사결정을 할 수 있으리라는 전망을 내놓았다. 하지만, 이른바 ‘마샬 가설’(Marshall Hypothesis)로 알려진 이 주장에 대해서는 경험적 연구를 진행한 결과, 올바른 정보의 제공과 의견의 변경간에 유의미한 상관관계가 없다는 반론이 제기되고 있다.<sup>36)</sup> 둘째, 여론은 헌법재판의 본질 내지 역할에 비추어 볼 때 주변적인 의미만을 갖는다. 여론을 확인하고 평가하는 임무는 본질적으로 사법부의 역할이 아닌 입법부의 역할이고, 사법부는 다수의 결정이 민주주의의 핵심전제를 훼손하는 것을 통제하는 역할을 부여받았기 때문이다.

다음으로, 사회과학적 데이터에 의존하는 접근법이다. 사회과학적 데이터는 주로

34) Miriam Berkman, “Perspectives on the Death Penalty: Judicial Behavior and the Eighth Amendment”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 1, No. 1, 1982. 미연방 수정헌법 제8조 해석론에 관한 것이지만, 헌법을 준거로 하여 사형제의 헌법적합성을 판단할 때 법관들이 보편적으로 직면하는 문제를 다루고 있다는 점에서 참조의 가치가 있다.

35) 사형 부과와 집행 절차의 합헌성에 주목하는 절차적 논변은 본질적 쟁점에 대한 회피의 방법이라고 할 수 있다. 이하에서 이 접근법에 대한 검토는 생략한다.

36) David T. Johnson, *The Culture of Capital Punishment in Japan*, p. 106.

비례심사(proportionality test)에서 활용되는데, 미연방 수정헌법 제8조 해석론에 있어서도 사형이 과연 “잔인하고 이례적인” 형벌인지를 판단함에 있어서 비례적 사고가 동원되고 있다. 무엇보다, 사형의 위하력 내지 범죄억제력에 관한 사회과학적 연구들이 원용되는데, 문제는 이러한 사회과학적 연구들이 편향되어 있거나, 데이터의 양과 데이터의 질, 그리고 취사선택 기준 등에 있어서 그 객관성을 담보하기 어렵다는 점에 있다.<sup>37)</sup> 사형의 범죄억제력에 대한 사회과학적 증거가 불충분할 경우 사법부는 자제적 태도를 견지하거나, 효과성 또는 필요성 없는 수단임을 이유로 이를 위헌으로 선언하는 것 중 선택할 수 있지만, 통상은 전자의 태도를 취하게 된다.<sup>38)</sup> 효과의 불확실성이 인정되는 경우, 이는 증명책임 또는 논증부담(burden of proof) 문제를 제기할 수 있다. 이 경우, 사법부가 논증부담을 입법자에게 되돌리면서 적극적인 판단을 하게 될지, 아니면 사법자제적 태도를 견지할지는 스스로의 역할 규정과 문제되는 사안의 중요도에 달린 문제이다. 여하튼, 사회과학적 논변, 특히 사형의 범죄억제력에 대한 계량경제학적 접근은 대부분의 경우 입법자의 결단을 승인하는 소극적 기능을 수행하게 되리라는 점은 부정하기 어렵다.

## (2) 규범적 접근

‘규범적’(normative) 접근법을 활용하는 법관은 경험적 증거에 의존하기보다는 관련 헌법규범의 근거에 놓인 ‘헌법적 가치’(constitutional value)를 확인함으로써 사형제의 위헌성(혹은 합헌성)을 논증하고자 한다. 이 경우, 법관은 인간존엄, 자유, 평등 같은 헌법적 가치의 수호자로 스스로를 간주하게 되는데, 이러한 접근법은 반드시 그런 것은 아니지만, 적지않은 경우 사법적극주의로 귀결되곤 한다. 전세계적으로 사법부에 의회 활용되고 있는 규범적 접근법 중에 중요한 것이 인간존엄 논변이다.<sup>39)</sup> *Furman v. Georgia* 판결에서, “극도로 가혹한 형벌은 인간의 존엄성을 침해한

37) 위하력에 대한 사회과학적 연구성과들에 대한 상호 검증 프로젝트로는, National Research Council Committee on Deterrence and the Death Penalty, Daniel S. Nagin and John V. Pepper(eds.), *Deterrence and the Death Penalty*, National Academies Press, 2012 참조.

38) “입법자가 이러한 범죄와 형벌의 본질 및 그 관계, 인간의 본성 등을 바탕으로 하여 사형이 무기징역형 등 자유형보다 더 큰 일반적 범죄예방효과를 가지고 있다고 보아 형벌의 한 종류로 규정한 이상, 이러한 입법자의 판단은 존중되어야 할 것이고, 이와 달리 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형이 사형과 동일한 혹은 오히려 더 큰 일반적 범죄예방효과를 가지므로 사형을 대체할 수 있다는 주장은 이를 인정할 만한 명백한 근거가 없는 이상 받아들일 수 없다.” 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36

다. ... (야만적인) 형벌의 진정한 의미는 인류구성원을 인간이 아니라 이용하다 버릴 물건으로 취급하는 데 있다. 따라서 이는 가장 흉악한 범죄자조차도 공통적인 인간의 존엄성을 가진 인간으로서 존재한다는 이 조항의 근본 전제와 모순된다.”고 언급한 바 있다. 사형제의 헌법적합성은 이른바 ‘판단하기 어려운 사안’(hard case)에 해당한다. 이 때문에 사법적 판단에서 종종 헌법 또는 정치공동체의 ‘정치적 도덕성’(political morality) 핵심이 무엇인지에 대한 답은 회피한 채, 객관성을 가장한 경험적 논변이나 헌법해석을 가장한 특정한 가치의 ‘은폐적인’ 옹호가 수행된다. 따라서, 헌법재판에서, 적어도 사형제와 같은 헌정의 핵심가치가 문제되는 사안이라면, 경험적 논변의 객관성이 담보되지 않는 사안에 있어서는 규범적 논변이 중요한 의미를 갖게 된다. 헌법재판은 헌법의 핵심가치가 무엇인지를 밝혀내는 작업이고, 그러한 가치에 기초한 후속 헌법적 대화를 촉발하는 작업이기 때문이다.

## 2. 사법적 논증의 과제

### (1) 해석철학의 드러내기

재판관이 개인적인 이데올로기적 선호를 여과없이 관철하는 것도 허용되지 않지만, 여론이나 불확실한 사회과학적 데이터에 기대어 판단의 객관성을 가장하는 것도 적절한 태도라고 할 수는 없다. 적어도, 사형제와 같은 정치공동체의 핵심가치와 관련된 사안에 있어서는, 재판관은 스스로의 역할에 대한 철학과 그러한 역할을 충실히 구현할 수 있는 해석방법을 구비하고, 그러한 사법철학과 해석방법에 있어서의 내적 일관성(integrity)을 유지하는 한에서, 그러한 철학과 방법을 ‘솔직하게’ 드러내야 한다.<sup>40)</sup>

39) 인도, 남아공, 헝가리, 리투아니아, 알바니아, 캐나다 최고법원의 사형제 관련 판결에 사용된 인간존엄 논거에 대해서는, Paolo G. Carozza, “My Friend is a Strange: The Death Penalty and the Global Ius Commune of Human Rights”, pp. 1044-1077 참조. 미연방대법원의 판결에 나타난 인간존엄 논변의 다양한 양상에 대한 분석으로는, Bharat Malkani, Dignity and the Death Penalty in the United States Supreme Court, 44 Hastings Const. L.Q. 145 (2017) 참조.

40) 사법철학이 나타난 예로는, “시대의 변화를 외면하고 아직도 존치론이나 시기상조론 및 단계적 폐지론을 고집할 수는 없다고 할 것이므로, 우리 헌법재판관은 시대의 변화에 순응하여 과감하게 사형제도가 위헌임을 선언함으로써 사회개혁에 선도적 역할을 다하여야 할 것으로 믿는다. ... 나는 지금까지 사형제도의 존폐에 관하여 오랫동안 좌고우면(左顧右盼)

## (2) 인간존엄, 민주주의, 국제법존중주의에 관한 헌법적 해명

사형제의 헌법적합성 판단과 관련하여 핵심적인 문제는 형량이 아닌, 사형제가 초래할 수 있는 인간의 도구화 내지 객체화, 그리고 그로 인한 민주주의의 핵심전제인 정치적 평등 침해에 놓여있다. 종래 사형제와 관련한, 그것이 합헌론이든 위헌론이든 간에, 법리의 정밀한 가공작업은 이미 충분히 진행되었다. 어떤 의미에서는 그러한 법리들중 취사선택의 문제만이 남아있다고 해도 과언이 아니다. 다만, 인간존엄과 민주주의의 관계, 그것의 사형제와의 관련성에 대한 해명은 핵심문제임에도 불구하고 부차적으로 다루어져 왔다. 이에 대한 추가적인 해명이 필요하다고 하겠다. 아울러, 우리나라가 비준한 조약이나 일반적으로 승인된 국제규범이 아니라고 하더라도 국제규범을 헌법해석이나 헌법재판에서 최소한 해석논거로 활용하는 방안에 대한 고민도 필요하다고 하겠다.<sup>41)</sup>

## IV. 기로에 선 헌법재판소

앞서 검토한 조건들에 비추어 보면, 현 시점에서 사형제 폐지를 정치적으로 달성하기에 적합한 조건은 충족되지 않았다. 사형제 폐지는 권위주의정권 몰락후 확립된 현행 1987년체제 하에서 논의되었어야할 과제였음에도 불구하고 그 시기를 놓쳤다는 점, 구속력있는 국제협약에 가입하고 있지 않을 뿐만 아니라 동아시아에서 유럽이나 미주와 같은 사형폐지를 위한 인권규범과 재판제도가 확립되어 있지 않다는 점, 헌법개정이 어렵고 국민 여론이 좋지 못한 상황에서 정치엘리트들이 자발적으로 사형제 폐지에 나설 가능성 또한 적다는 점에서 그러하다. 남아있는 마지막 계기는 사법부의 결정이라고 할 수 있다.

이러한 상황에서 시선은 헌법재판소를 향해 있다. 여론의 추이를 존중하면서 소극적이고 자제적 태도를 견지할지, 아니면 헌법적 가치의 수호자로서 적극적인 역할을

---

하여 왔으나 이제 이와 같은 태도를 버리고 이 시대에 우리 헌법재판관에게 지워진 소명에 따라 사형제도의 폐지를 주장하면서 다수의견을 반대하기에 이르렀다.” 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 564-565, 재판관 조승형의 반대의견.

41) 국제규범과 국제사회의 동향은 적어도 선례변경의 필요성을 논증하는데 있어서는 고려될 수 있는 요소이다.



수행할지는 이제 헌법재판관들의 선택에 달려 있다. 전자는 무난한 선택이 되겠지만, 전자의 길을 포기하고 ‘가지 않은 길’을 선택하는 경우, 헌법재판소는 적지않은 국민적 저항에 직면할 수도 있다. 어떠한 길을 선택하든 간에, 헌법재판소는 ‘논증적 대의자’ 또는 ‘헌법적 대화의 촉발자’로서 역할에 충실하도록 노력하여야 한다. 법리의 논리적 정합성보다 중요한 것이 바로 헌법적 가치에 대한 해명이라고 할 수 있기 때문이다.



【토론문】

## “사형제 폐지”에 대한 토론문

최 정 인\*

### 역대 국회의 사형제 폐지 논의

사형제 폐지를 내용으로 하는 법안은 제15대 국회인 1999년 처음으로 발의된 후 이후 꾸준히 발의되어 왔다. 제21대 국회에도 이상민의원 대표발의로 사형 폐지에 관한 특별법안(의안번호 2112795)이 제출되어 있는 상황이다. 그러나 다수의 법안이 발의된 것에 비하여 우리 국회가 사형제 폐지에 대하여 진지하고 적극적인 논의를 해왔다고 보기는 어렵다. 역대 국회에서 관련 법안에 대한 심사는 소관 위원회인 법제사법위원회 상정과 법안심사소위원회 회부 단계 정도에 그치고 본격적인 심사가 진행되지는 못하였다.

회의록을 통해 나타난 사형제 폐지 법안에 대한 국회의 입장은 국민 여론을 이유로 상당히 조심스러운 것으로 보인다. ‘국민 공감대’ 확인이 전제되어야 한다고 보면서 위원회 차원의 논의에 앞서 공청회 개최가 필요하다는 의견, 법제사법위원회에서 결정하는 것보다는 의원 전체의 의사를 확인해야 하므로 전원위원회에 회부하여야 한다는 의견 등이 개진되었다. 사형제 유지 또는 폐지에 대한 각각의 입장을 분명히 하고 토론하는 대신에 입장을 유보한 상태에서 논의 자체를 미루었다고 할 수 있다.

아울러, 법안 제출에서 나타나는 사형제 폐지에 관한 입법적 의지도 점차 약해지고 있다고 할 수 있다. 제17대 국회에서 의원 175인의 찬성으로 사형폐지에 관한 특별법안(의안번호 171129)이 발의되고, 제18대 국회에서는 사형폐지에 관한 특별법안이 총 3건(의안번호 1800928, 1806259, 1809976) 발의되었으며, 제19대 국회에서도 의원 172인의 찬성으로 법안이 발의되었으나, 제20대 국회에서는 의원 75인의

---

\* 서원대학교

찬성으로, 제21대 국회에서는 의원 30인의 찬성으로 법안이 발의되었다. 법안 발의 건수나 발의 의원 수가 입법적 관심의 유일하고 절대적인 지표인 것은 아니지만, 사형제 폐지에 대한 국회의 관심이 줄어들고 있는 추세는 확인된다고 볼 수 있다.

이처럼 사형제 폐지에 대한 국회 차원의 논의나 관심이 활발하지 않은 상황에서 국회가 위헌결정과 같은 외부적 충격 없이 스스로 사형제 폐지 입법을 추진하고 결정하는 것은 어려울 것으로 예상된다.

### 엄벌주의 경향 하에서 사형제 폐지의 문제

국회의 사형제 폐지 입법이 어려울 것으로 예상되는 또 하나의 이유는 지속적으로 관찰되고 있는 국회의 대중융합형 입법경향 및 엄벌주의 입법경향이다. 사회적 관심이 집중된 현안이 발생하면 단기간에 유사 내용의 법안이 다수 발의된다. 여론이나 언론의 요구가 강력하다면 상대적으로 짧은 시간에 심의를 마치고 통과까지 진행되기도 한다. 법안 발의는 국회가 가지는 고유한 입법권에 따른 것이고, 국회의원이 여론을 수용하여 입법으로 구체화하는 것은 대의기관의 반응성이나 책임성 제고 차원에서 바람직하다고 할 수 있다. 다만, 입법이 아닌 행정의 적정한 집행이나 사법부의 공정한 재판으로 대응할 수 있는 사안에서도 ‘입법’이라는 조치를 통해 해결하고자 하는 접근은 적절하다고 보기 어려울 것이다.

또한, 엄벌주의 입법 경향도 존재한다. 복잡다기한 사회문제를 형사처벌이라는 수단으로 해결하고자 하는 경향, 그리고 법정형을 상향시켜 처벌을 강화하는 것으로 대처하려고 하는 경향이다. 형사법 영역에서 엄벌주의 입법 경향은 그 때 그 때의 여론의 관심에 대응하는 것으로서 심사과정에서 비례원칙에 따른 숙고가 결여되기 쉽다. 형사처벌이라는 가장 강력한 수단을 동원해야만 할 필요성에 대한 심사나 동종 유사 범죄와의 법정형의 균형에 대한 고려가 면밀히 진행되지 않는 경우가 있다.

입법을 통한 형사처벌의 강화는 사회 문제에 대처하는 저비용 고효율 방식으로 채택되고 있는 것 같다. 복지정책을 수립하고 집행하여 경제적 한계상황을 방지하는 것, 공동체 내에 사회적인 네트워크를 강화하여 고립을 예방하는 것, 교육을 통하여 혐오와 차별의 악화를 막는 것에 비하여, 입법을 통한 처벌 강화는 직접적이고 분명한 효과를 가진 것으로 인식된다. 범죄를 예방하고 억제하는 데에는 형사처벌뿐만 아니라 사회적인 요소가 영향을 미침에도 불구하고 법정형의 강화가 가장 우선적이

고 핵심적인 수단이 되고 있는 것이다.

이와 같은 전반적인 처벌 강화 경향 하에서 사형의 집행이 아니라 사형제의 근본적인 폐지는 여론에 민감한 국회에서 관심을 받기 어려울 것으로 보인다.

### 사형제와 다수결의 문제

국회의 사형제 폐지 논의에 대한 보다 근본적인 쟁점은 권리의 문제를 다수결로 결정할 수 있는가 하는 것이다. 국회는 민주주의 원리에 따라 구성되고 운영되고, 국회라는 회의체의 구성과 의사결정을 좌우하는 민주주의 원리의 핵심은 다수결이다. 국회는 국회의원 다수의 의견에 따라 나아가 국민 다수의 의견에 따라 입법적 의사를 결정하게 된다. 물론 국회 역시 헌법에 기속되며, 헌법이 명시한 기본권을 침해하지 않을 의무, 기본권을 보호할 의무를 지나, 그 입법적 실현에는 광범한 입법재량이 인정되고, 입법재량이 인정되는 영역에서 헌법적 권리는 명령적 지침이 아니라 그 경중을 따져야 할 가치가 된다. 따라서 이러한 구조 하에서는 사형이라는 형벌의 선택도 입법재량의 범위 안에 놓이고, 생명권이라는 기본권의 보장을 위해서, 인간의 존엄과 가치를 사형제를 폐지하여야 한다는 유일한 입법적 명령이 도출된다고 보기는 어렵다. 또한, 사형제 폐지에 부정적인 현재의 여론 지형에서 선출권력으로서 국민 다수의 의사에 민감할 수밖에 없는 국회에 대하여 사형제 폐지라는 입법적 선택을 기대하기도 어려울 것이다. 결국 사형제 폐지는 다수의 의사에 따른 민주주의적 결정이 아니라, 권리의 의미가 무엇인가 그리고 권리는 어디까지 제한될 수 있는가를 규범적으로 천착하는 헌법재판소의 사법적 판단에 따라 가능할 것으로 보인다.



【토론문】

## “사형제 폐지”에 대한 토론문

이 덕 인\*

### I. 발표 내용에 대한 총평

돌아오는 7월 14일, 헌법재판소에서 예정된 사형제도에 대한 헌법소원(2019헌바59)의 공개변론을 앞두고, 오늘 이 소중한 자리를 통하여 발표자께서 주제로 선정한 내용은 적절한 시의성을 가지는 동시에 해당 재판에 관여하는 청구인과 보조참가인 그리고 법무부 등 이해관계인을 비롯하여 그 결정의 주체인 헌법재판소는 물론이고 관련 연구에 종사하는 전문가와 연구자들에게 여러 가지 시사점을 제시해 주고 있습니다.

발표자가 글머리에서 밝히고 있는 것과 같이 사형을 폐지하는 전략으로서 그동안 관련 논의의 주된 흐름이었던 절차적 논변과 경험적 논변을 지양하고, 규범적, 가치적 논변의 필요성에 착안하여 특히 독자적인 사법판단의 주체가 되는 헌법기관으로서 헌법재판소가 어떠한 방향을 견지하면서 관련 재판을 진행해야 할 것인지를 검토하고 있는 발표자의 견해를 접하면서 토론자 사형제도와 관련하여 간과하고 있었던 점들을 반성과 성찰하게 됩니다.

토론자로서는 발표문을 통하여 발표자의 의도를 제대로 이해하고 있는지 염려스러운 부분이 있지만 몇 가지 의문점들을 질의하고, 발표자의 의견에 개인적 사건을 덧붙여 봅니다.

---

\* 부산과학기술대학교 교수

## II. 검토와 질의

### 1. 사형폐지의 방향: 정치적 결단

발표문에서는 ‘사형폐지의 방향이 결국 정치적 결단에 의해 처리되어야 할 것’이라고 판단하면서 대부분의 국가에서 사형폐지를 완성한 배경에 정치적 리더십이 그 동인(動因)으로 작용했다고 평가하고 있습니다.

즉, 정치적 리더십을 통해서만 사형폐지의 전략이 성공할 수 있다는 것으로 정리하여 환언할 수 있는데, 과연 이러한 정치적 리더십을 우리의 현실에서는 어떻게 구현할 수 있는지 묻고 싶습니다.

이와 관련하여 국외의 경우 첫째, 정치엘리트들의 역할이 그 전략적 성공요건이라고 지적하고 있는데, 그렇다면 우리나라의 경우 사형제도에 대한 존폐논의가 본격적으로 시작된 이래로 정치엘리트집단의 역할은 어떠했으며, 현재의 상황에서 정치엘리트들이 사형제도에 대하여 가지고 있는 이념적 성향은 어떠한 지점에 머물러 있는지에 대하여 발표자의 의견을 구하고자 합니다. 아울러 외국의 경우와 달리 일반형사사건의 오관은 거의 알려지지 않았거나 발굴되지 못한 우리 실정에서 사형이 악용되었던 과거의 정치적 사건의 오관사례만을 가지고서 과연 사형폐지를 위한 대중 정서에 얼마나 호소할 수 있는지도 궁금합니다.

발표자는 둘째, 사형제를 금지하거나 폐지하는 국제법의 영향도 사형폐지 작업에 있어 전략적 성공요건이라고 언급하고 계신데, 우리나라의 경우는 비교적 최근예와 서야 소극적인 자세로 국제연합의 사형집행유예 모라토엄에만 동의하고 있는 상황에서 먼저 국내적으로 사형을 폐지하지 않고서 사형제를 폐지하거나 금지하는 조약 등에 가입하는 것은 선후가 뒤바뀐 것으로서 이러한 요건이 우리나라에 있어서 직접적인 사형폐지의 전략적 요건이 될 수 있는지도 의문입니다.

더불어 발표자는 외국의 사형폐지에 있어서 역사적, 정치사회적 배경을 전략적 요건으로 설명하고 있습니다. 즉 인명을 경시하고 인권을 말살하는 학살을 포함한 불법체제에 대한 경험이 사형폐지로 이어지게 되었다고 평가하고 있습니다. 그러나 우리나라의 경우도 정부수립 직전의 사회혼란기부터 한국전쟁을 거쳐 권위주의체제를 거치는 과정에서 외국의 사례와 유사한 정치사회적 배경을 경험한 바 있었으나 그것이 과거사정리 차원의 문제는 논외로 하더라도 사형을 둘러싼 논의에 있어서 단



한번도 핵심(core) 논의의 대상이 되지 못하였습니다. 그 원인에 대해서 발표자의 의견을 구하고자 합니다.

끝으로 사법부 역할의 중요성을 성공전략의 마지막 요건으로 설명하고 있는데, 발표자가 생각하는 일종의 ‘헌법적 대화’가 과연 우리 현실에서 가능할 수 있는지 여부와 만일 가능하다면 그 구체적인 범위와 한계를 어떻게 설정해야 하는지도 궁금합니다.

## 2. 민주주의의 실패, 그리고 사법심사의 조건

또한 사형제도의 정치적 성격을 민주주의와 연결하여 설명하고자 하시는데, 이때의 민주주의의 실패는 아마도 직접 민주주의의 실패를 의미하는 것으로 파악되는데, 만약 그것이 헌법을 통하여 곧바로 사형제도를 폐지하고자 하는 것이라면 합당한 논증이 될 수도 있습니다. 그러나 현재 우리 사회에서 사형제 논의의 국면은 아직 대의기관인 국회를 거치는 단계에도 진입하지 못한 채 정체되어 있습니다.

따라서 사형제도의 폐지에 있어서 민주주의가 걸림돌이 된다는 견해는 한편으로 일용 수증할 수 있는 논구이지만, 다른 한편으로는 지나친 비약으로 비취질 수 있으며, 추후에 사형폐지의 문제를 헌법차원으로 끌어 올려야 할 시점에서 고민해야 할 성질의 문제가 아닐까 생각합니다.

## 3. 사형제에 대한 사법적 판단: 그 논증의 방법과 과제

### 가. 사법적 논증의 방법

발표자는 재판관들이 사형의 존폐에 대한 헌법적합성 여부를 판단할 때 특히 경험적 접근을 지양해야 한다는 점을 명확하게 하고 있습니다. 대중의 여론이라는 불확실하나 무시할 수 없는 문제와 의견상 객관적이고 과학적인 근거가 있는 것처럼 보이지만 정작 그 범죄예방효과가 전혀 과학적으로 검증되지 아니한 사회과학적 데이터에 의존하는 방식 모두 경험적 논증에 해당하는 것이므로 받아들일 수 없다는 지적에 전적으로 동의하는 바입니다.

따라서 유일한 선택지는 규범적 논증이 되어야 한다고 판단하면서 재판관으로 하여금 “관련 헌법규범의 놓인 ‘헌법적 가치’를 확인”할 것을 주문하고 있습니다. 특히 이와 관련하여 인간존엄의 논변을 중요한 것으로 거론하고 있는데, 발표자도 표

현한 바와 같이 사형제의 헌법적합성은 ‘판단하기 어려운 사안’에 해당하기 때문에 ‘정치적 도덕성’의 핵심이 무엇인지에 대한 답을 회피하고 있다고 합니다. 그렇다면 발표자께서는 정치적 도덕성의 핵심에 대한 즉답을 회피하는 본질적인 이유가 어디에 있다고 파악하고 있으며, 단지 규범적 논증만 가지고서도 이를 개선하거나 해소할 수 있다고 판단하는지 궁금합니다.

#### 나. 사법적 논증의 과제

발표자는 재판관 스스로가 자신의 역할에 대한 철학과 그러한 역할을 뒷받침할 수 있는 해석방법을 ‘솔직하게’ 드러내야 한다고 하셨는데, 그것은 발표자께서도 언급한 바와 같이 결국 인간존엄과 민주주의, 국제법존중주의에 관한 헌법적 해명이라고 생각합니다.

이번 헌법소원은 아마도 의견상 드러나는 바와 같이 법리의 가공작업이 주된 관심사이자 쟁점은 아니라는 발표자의 의견에 전적으로 동의합니다. 그렇다면 발표자의 지적과 같이 인간존엄과 민주주의의 관계, 그것의 사형제와의 관련성에 대한 해명이 과연 이번 헌법소원에서 얼마나 그리고 어떻게 이루어질 수 있을 것이라고 판단하고 있는지 그 견해를 듣고 싶습니다.

#### 다. 기로에 선 헌법재판소

마지막으로 현 시점이 사형제 폐지를 정치적으로 달성하기에 적합하지 않은 상황에 있다는 점을 지적하고 계신데, 헌법재판소의 결정에만 기대는 결과가 오히려 사형제 폐지의 걸림돌이 될 수 있다는 점, 그리고 국민의 절대적인 반대여론이 실제로 작용하는 현실에서 재판관들에게 지나친 중압감을 주는 것이 과연 올바른 방법론이 될 수 있는지에 대해서도 의문입니다.

더욱이 법리의 논리적 정합성은 헌법재판관들의 고유한 몫이 될 것이지만, 발표자도 중요하게 생각하고 계시는 헌법적 가치에 대한 해명의 문제에 있어서는 오히려 인간의 존엄과 가치 그리고 기본권에 바탕을 둔 헌법과 형벌의 목적과 기능 그리고 형벌의 정당성에 대한 형벌규범을 연구하고 가르치는 위치에 있는 우리들 학자와 전문가들이 오히려 더 깊이 반성하고 성찰해야 할 숙제가 아닐까라고 생각합니다.

### Ⅲ. 발표자 견해에 덧붙이는 사건

#### 1. 1995년과 2010년 헌법재판의 개관

1988년 9월, 헌법재판소가 헌법기관으로 출범한 이후 우리나라는 두 차례에 걸쳐 사형제도에 대하여 실질적인 헌법재판을 행하였습니다. 1995년의 첫 재판은 헌법소원(95헌바1)의 형태로, 2010년의 두 번째 재판은 위헌심판제청(2008헌가23)의 형태로 진행되었습니다.

각 재판에서는 헌법해석의 논리가 존폐론의 양 방향에서 전개되었으나 합헌으로 일단락되었고, 그 결과만을 축약해 본다면 첫 재판에서 현재는 사형폐지의 시기상조론 내지는 단계적 폐지론에 방점을 두면서 흉악범죄에 대한 예방효과가 있는 것을 인정하였습니다. 두 번째 재판에서는 현재의 단계적 사형폐지론에 의문을 제기한 형사법원이 위헌법률심판을 제청한 것인데, 당시 제청법원은 국민의 의식에 기대어 사형의 필요성을 요구하는 것은 폐기되어야 할 구시대의 허상이라고 지적하였습니다. 그러나 이 재판 첫 번째 재판의 연장선상에서 합헌으로 종결되었습니다. 다만 두 번째 재판이 첫 번째 재판에서 진일보한 의의는 제시된 합헌의견이나 위헌의견 모두 ‘사형’이라는 형벌이 우리 헌법에 그 근거를 가질 수 있는 것인지를 찾는 작업으로부터 논증을 시작하고 있다는 점에서 찾을 수 있습니다.

따라서 2019년에 제기되어 곧 공개변론을 거치게 될 세 번째 재판(2019헌바59)에서는 아마도 첫 재판과 두 번째 재판에서 합헌결정으로 일단락되었으나 여전히 마무리되지 못한 쟁점인 사형의 범죄예방효과와 사형에 대한 헌법적 근거를 찾는 과정이 될 것이라고 판단됩니다.

#### 2. 헌법재판의 한계

그런데 2010년의 헌법재판에서 합헌의견을 제시했던 두 분의 재판관은 그럼에도 불구하고 사형존치론을 지지한 것이 아니었으며, 사형제 폐지의 방법론이 헌법해석에 의한 것이 아니라 입법에 의하여 이뤄져야 할 사안이라는 점을 분명히 하는데 동의한 것이라는 점에서 당시 재판관 9명 가운데 적어도 6명은 사형에 대하여 명시적인 위헌의견에 더하여 자신들의 헌법해석 태도와는 달리 사형제도를 반대하고 있었다고 볼 수 있습니다.

더욱 간명하게 말하자면 사형제도에 개인적인 반대의견을 가졌다고 하더라도 헌법의 해석에 따라서 합헌을 주장할 수밖에 없는 상황이었다는 것입니다. 그런데 이러한 상황이 10여년이 경과한 지금에 와서 변화되었다고 볼 수 있는 근거는 없으며, 그것은 곧 향후의 재판을 낙관할 수만 없게 하는 현실이기도 합니다.

더불어 헌법재판을 통해서 위헌결정을 이끌어내면 곧바로 사형을 폐지할 수 있다는 인식은 하나의 중대한 오류라고 할 수 있습니다. 이에 더하여 세계적으로 사형폐지의 상황과 연혁을 살펴보다라도 헌법재판을 통하여 사형이 그 생명력을 잃은 사례는 극히 일부에 지나지 않으며[예컨대 헝가리(1990.10.24.), 남아프리카공화국(1995.06.06.), 리투아니아(198.12.09), 알바니아(1999.12.10.), 우그라이나(1999.12.29.), 몰도바(2005.09.23.), 과테말라(2017.10.24.) 등], 이 또한 위헌선언을 통하여 그들 나라의 형벌목록에서 사형이 즉각적으로 사라진 것은 아니며, 결국에는 위헌결정에 기속된 입법자들이 헌법을 개정하거나 특별법령을 입법하는 과정이 뒷받침되어 완결된 일입니다.

더욱이 헌법재판은 헌법의 규정을 전제로 하여 하위의 법률이 그 명문규정에 반하거나 법률의 본질에 위배되는 등 명백한 위헌성이 확인될 때 헌법에 위반됨을 선언할 수 있습니다. 그러나 최고규범인 헌법 내의 규범충돌 또는 헌법 자체의 정당성 여부를 판단하는 것은 이론적으로나 가능할 뿐 현실적으로 보면 헌법재판관들의 판단영역을 벗어나는 일입니다. 사형에 대한 문제가 바로 여기에 해당하는 것입니다. 따라서 사형에 대한 헌법적합성 문제는 헌법재판의 범위 안에 있으나 그 본질적 정당성 여부를 따지는 문제는 헌법재판의 한계범위를 벗어나는 결과가 됩니다.

### 3. 입법정책적 결단의 소극성

결국 입법활동을 통하여 사형을 제거하는 작업만이 사형제도를 종국적이면서 불가역적으로 형벌목록에서 걷어낼 수 있는 유일한 방법입니다.

방법론적으로는 헌법을 개정하거나 관련 법률을 제정하는 형태로 가능한 일입니다. 그러나 헌법을 개정해서 사형폐지 조항을 곧바로 헌법화하는 것은 현재의 우리 상황에서 어려움이 따르는 일입니다. 문재인정부는 지난 2018년 3월 26일, 10차 헌법개정(안)을 작성하여 일반에 공개하는 과정에서 헌법에 아직 존재하지 않는 기본권 중의 기본권인 ‘생명권’을 신설하고, 그동안 사형제도의 헌법적 존재 근거로 논

란을 빚어왔던 헌법 제110조 제4항을 전부 폐지하는 방향으로 입장을 정한 바 있었습니다. 그러나 결국 그해 5월 24일, 국회의 의결정족수 미달로 투표 자체가 불발된 사례에서 보듯이 이에 의하는 것은 그리 간단히 성취될 수 없는 방법입니다.

다음으로 특별법률을 제정하는 방식을 취하는 경우는 그간 우리나라에서 15대 국회에서 처음으로 발의된 이래 현재의 21대 국회에 이르기까지 모두 9차례나 사형폐지관련 특별법안의 발의를 되풀이해 오고 있습니다. 그러나 아직 21대 국회의 진행 상황은 알 수 없지만 그 이전까지 여덟 차례 법안 발의가 이루어진 이후 소관 법사위에서 심도 있게 심의를 거친 경우는 전무했으며, 모두 임기만료로 폐기되는 수순을 밟아왔습니다. 2008년의 헌법재판이 합헌으로 종결되었으나 당시 재판관의 과반을 넘는 분들이 간곡하거나 혹은 우회적으로 입법자들의 활동을 독려하였음에도 불구하고 입법자들은 사형제도의 본질을 제대로 들여다보려는 노력 없이 형식적인 공청회를 거친 뒤 아무런 후속조치도 이행하지 아니한 채 스스로의 손으로 법안의 폐기를 거듭해 왔다고 할 것입니다. 결국 폐지법안의 발의 반복은 새로운 국회개원의 형식적 의례화로 변질되어 버렸고, 이를 통하여 사형제도에 대하여 국민여론의 비난을 감수하면서 고양이 목에 방울달기는 스스로 하지 않겠다는 입법자들의 기본인식과 태도를 확인할 수 있습니다.

#### 4. 여론(餘論)으로 남는 과제

사형제를 유지하면서 사회적 분위기와 여론에 편승하여 필요할 때 마다 사형을 집행하고 있는 일본의 경우, 그들의 현행 형법은 1907년에 마련된 것입니다. 그런데 형법을 제정할 당시 제국의회를 중심으로 형법전의 기초과정에서는 사형제도에 대한 논의가 오늘날의 기준에서 보더라도 손색이 없는 수준으로 전개되었습니다. 전제군주주의를 표방하는 메이지헌법체제 아래에서도 사형의 존치의견과 폐지의견이 서로 대결하면서 집단지성의 결과를 도출하기 위하여 솔한 논의과정을 제국의회에서 전개하였다는 사실은 우리에게도 시사하는 바가 크다고 할 수 있습니다.

국가형벌 목록의 최상위에 군림하면서 그 사회적 논의의 수준은 언제나 말석에 자리한 사형제도에 대하여 일반국민들이 모르는 만큼 전문가를 자처하는 학자들은 물론이고 입법자 역시 제한적인 정보만을 취하고 있습니다. 정부 수립 이후의 정확한 사형집행의 통계가 어디에도 존재하지 않는다는 것도 이를 반증하는 중요한 문

제입니다. 아울러 왜 중국적으로 사형폐지를 헌법적 차원에서 해결해야 하는지에 대해서도 깊이 있게 고민하고 우려하는 전문가 역시 소수에 불과한 것이 현실입니다.

우리 사회에서 사형을 유지해야 한다는 주장이나 폐지해야 한다는 주장은 언제나 사회적으로 물의를 빚는 흉악범죄가 기승을 부릴 때나 혹은 헌법재판의 기회 또는 관련 법안이 제안되는 시기에만 논의되고 있습니다. 그것은 그만큼 우리 모두가 사형제도의 근본적인 문제에 대하여 고민하거나 성찰하지 않는다는 것을 의미합니다. 사실 입법자들이 입법정책적 결단의 소극적 태도를 취하는 배경에는 국민여론이 차지하는 부분이 크게 작용하겠지만 제대로 사형을 들여다보지 못하고 있는 우리들 학자에게도 그 책임이 일부가 있습니다.

결국 사형제에 관한 헌법재판은 합헌이든 위헌이든 또다시 양자택일의 결론에 도달하게 될 것이지만 그 결론에 후속되는 절차와 과정에서, 특히 입법정책의 소극성을 바로잡는 과정에서는 사형이라는 형벌을 제대로 대면하고 그 성찰의 결과를 제시해야 하는 것이 오늘 이 자리에 있는 발표자와 토론자 그리고 연구자 모두의 몫이라고 생각하면서 토론을 맺고자 합니다.