

2011年 8月
碩士學位論文

死刑制度에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 昌 鎬

死刑制度에 關한 研究
A Study on the Capital Punishment

2011 年 8 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 昌 鎬

死刑制度에 관한 研究

指導教授 金 鍾 九

이 論文을 碩士學位 申請論文으로 提出함

2011 年 4 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

申 昌 鎬

申昌鎬의 碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 김명식 印

委員 朝鮮大學校 教授 강혁신 印

委員 朝鮮大學校 教授 김종구 印

2011 年 5 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

ABSTRACT

제1장 서론	1
1. 연구의 목적 및 필요성	1
2. 연구의 내용 및 범위	2
3. 연구의 방법 및 절차	3
제2장 형벌의 목적과 사형제도	4
제1절 응보로서의 형벌	5
제2절 예방으로서의 형벌	6
1. 일반예방효과	7
2. 특별예방효과	8
제3절 소 결	9
제3장 사형제도의 국내현황과 국외동향	11
제1절 한국의 사형제도 현황	11
제2절 사형폐지를 위한 국제적 협력	13
1. 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약	13
2. 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약에 대한 제2선택의정서	15

3. 범죄인 인도와 사형폐지의 문제	16
4. 최근의 현황	17
제4장 사형제도의 위헌성에 관한 국내 및 외국의 판례	19
제1절 대법원과 헌법재판소의 판례	19
1. 대법원 판례	19
2. 헌법재판소 판례	22
제2절 외국의 판례와 경향	32
제5장 사형 존치론과 폐지론의 내용	34
제1절 사형 존치론의 논거와 비판	34
1. 일반예방의 관점을 근거로 하는 견해	34
2. 응보의 관점을 근거로 하는 견해	35
3. 국민의 법감정과 법적확신의 관점을 근거로 하는 견해	36
4. 검토	37
제2절 사형 폐지론의 전개와 논거	38
1. 사형폐지론의 근거	38
2. 국내의 사형폐지론의 전개	44
3. 검토	47
제6장 사형폐지론의 동향과 사형의 대체수단	49
제1절 사실상의 사형폐지와 사형폐지의 정당성	49

제2절 사형의 대체수단과 대체형벌	51
1. 사형의 폐지와 사형의 대체수단의 필요성	51
2. 사형의 대체수단의 유형	52
3. 검토	55
 제7장 결 론	 56
 參 考 文 獻	 58

ABSTRACT

A Study on the Capital Punishment

Shin, Chang Ho

Advisor : Kim, Jong Goo

Department of Law

Graduate School of Chosun University

Capital punishment has a long history in the criminal system, so that one might say the history of criminal punishment is identical to the history of capital punishment. Ever since Baccaria advocated its abolition in his book "Dei delillie delle pene" published in 1766, there have been controversies raised all over the world in regard to the propriety of capital punishment.

The death penalty was seriously abused in South Korea during the Korean War and by the authoritarian military regime which governed the country for many years thereafter. Even after political democratization, it has been retained for the ostensible purpose of deterrence of crime despite strong calls for its abolition by civic and religious organizations throughout the nation. public sentiment also appears to support the death penalty. The constitutionality of the death penalty was confirmed by the Korean Constitutional Court in 1996. However, many of Korean scholars recommend that capital punishment be abolished.

Since capital punishment is one of the penalties, it is required from the beginning to examine whether it is in accord with the goal of the criminal

penalty. By and large, the main focus of the criminal penalty is on the deterrence rather than on the retribution, with emphasis on special deterrence function more than on the general deterrence function. Yet, the capital punishment has nothing to do with special deterrence purpose and this is the solid ground that makes its abolition proper.

Thus the author of this dissertation argues that the capital punishment should be abolished as it does not fit the nature of the penalty as such.

제1장 서론

1. 연구의 목적 및 필요성

어느 시대를 불문하고 사회에는 범죄가 존재하였고, 이에 대한 다양한 형태의 형벌도 존재하게 되며, 그 형벌 중 사형은 가장 오랜 역사를 지닌 형벌이다. 사형은 범죄인의 생명을 박탈하여 그의 존재를 국가사회로부터 영구히 제거하여 그에 따른 장래의 위험성으로부터 국가사회를 방위하려는 것이 그 목적의 하나이다. 사형은 그 본질이 생명박탈에 있으므로, 생명형이라고 하며, 형벌 중에서 가장 가혹하다는 의미에서 극형이라고 불리고 있다.¹⁾ 고대와 중세에는 사형이 주된 형벌의 하나였고 그 집행 방법도 극히 잔혹하였다.

일찍이 많은 계몽주의 사상가들이 인도적인 형벌을 주장하였고, 사형과 같은 잔인한 형벌은 폐지하여야 한다는 주장을 하였다.²⁾ 특히 베카리아는 범죄와 형벌³⁾에서 사형폐지를 주장하였으며 이 글은 많은 반향을 불러 일으켰다. 그 후 여러 나라에서 사형제도의 폐지 문제가 끊임없이 논란이 되고 있으며, 최근에는 사형폐지에 동참하고 있는 국가가 늘어가고 있다.⁴⁾ 사형제도에 대하여 국가가 형벌권을 발동하여 개인의 생명을 박탈할 권한이 있느냐는 근본적인 질문을 둘러싼 문제가 끊임없이 제기되고 있는 것이다.

사형은 중대범죄행위에 대하여는 생명을 박탈하는 형태의 가장 중한 형사책임을 물을 수 있다는 사실을 범죄자뿐만 아니라 일반인에게도 알림으로써 이들 중대범죄

1) 배종대, 형법총론(8전정판), 홍문사, 2005, 806면.

2) 소설가 빅토르 위고는 자신의 소설에서 사형의 폐지를 우회적으로 주장한 바 있다. 빅토르 위고 저/한택수 역, 사형수 최후의 날, 지만지, 2009 참조.

3) 체자레 베카리아 저/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 지산, 2002, 88면 이하 참조.

4) 사형을 폐지한 국가는 2009년 8월 현재 94개국에 이르며, 일반범죄에 대해서는 사형을 선고하지 않고 있지만 균형법 등에 의해 사형을 선고할 수 있는 국가가 10여 개국이 있다.

의 발생을 미연에 방지하는 일반예방적 효과뿐 아니라, 범죄인을 국가사회로부터 영구히 격리시킴으로써 그 잠재적 위험성에 대하여 국가사회를 방위하려는 특별예방적 목적도 가지고 있다. 또한 일반인에 대한 응보적 감정을 만족시키고 중대범죄에 대하여 사회적 공분을 무마하며 그 예방적 효과로서 사회적 질서의 유지에 기여할 수 있다는 사회적 의미를 지니고 있다.

하지만, 최근의 어떠한 과학적 연구도 사형제도가 다른 형벌에 비해 더 효과적인 범죄예방책이 될 수 있다는 것을 입증하지 못했으며, 통계에 따르면 사형제도가 폐지된 국가에서 범죄율이 증가한 바도 없다. 오히려 오늘날에는 사형은 무의미하여 인간의 생명은 가장 존귀한 것으로 어떠한 일이 있더라도 생명은 침해되어서는 안 된다는 여론이 조성되고 있는 상황이며, 우리나라에서도 종교단체를 중심으로 사형제도 폐지 움직임이 활발하게 알고 있고, 사형폐지를 위한 다양한 법안이 국회에 제출되기도 하였다. 따라서 본 논문에서는 사형제도가 형벌의 이념이나 목적에 비추어 타당한지 검토한 후, 사형제도의 국내외적 실태를 고찰하고, 사형제도의 대체수단에 대해서 살펴보면서 형벌로서의 사형제도는 과연 존치해야 하는가의 문제에 대하여 고찰하고자 한다.

2. 연구의 내용 및 범위

이 논문은 사형존폐론에 관하여 연구함에 있어, 사형폐지의 입장에 서서 서술하였다. 이에 1장에서는 서론을 2장에서는 형벌의 목적과 사형제도의 존폐 문제를 살펴 보았고, 3장에서는 국내외의 사형제도의 현황에 대하여 고찰하였다. 제4장에서는 사형제도의 위헌성에 관한 국내외의 판례를 살펴 보았고, 제5장에서는 사형존치론자들의 논거와 사형폐지론자들의 사형폐지의 논거를 비교·검토해 보았다. 제6장에서는 사형의 대체수단 내지 대체형벌에 대하여 고찰하였고, 제7장에서 결론을 도출하였다.

3. 연구의 방법 및 절차

본 논문의 연구방법은 문헌고찰 방법을 위주로 하며, 대법원과 헌법재판소의 판례를 중심으로 사례 분석을 함께 하였으며, 비교법적 측면에서 연구방법도 함께 사용하였다. 따라서 논문과 관련한 서적과 선행논문을 수집·연구하였고, 각종 간행물과 신문자료를 수집하여 보충자료로 활용하였다.

제2장 형벌의 목적과 사형제도

형벌이란 광의로는 보안처분까지 포함하지만 협의(형식적 의의)로는 국가가 형벌권(Strafgewalt)에 기하여 범죄에 대한 법률상의 효과로서 범죄자에게 과하는 법익의 박탈을 의미한다.⁵⁾

형벌은 박탈되는 법익의 종류에 따라 생명형, 자유형, 명예형 및 재산형의 4유형으로 구분된다. 형법 제41조는 형벌의 종류로서 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료 및 몰수의 9종을 인정하고 있는데 이들을 위의 유형에 따라 구분해 보면 사형은 생명형이고 징역, 금고 및 구류는 자유형이며 자격상실, 자격정지는 명예형이고 벌금, 과료 및 몰수는 재산형이다.⁶⁾

생명형(Lebensstrafe) 또는 사형(Todesstrafe, capital punishment)은 수형자의 생명을 박탈하는 형벌로서 극형이라고도 불리어진다. 형벌사상 가장 오랜 역사를 지닌 사형은 근세 초에 이르기까지는 형벌 중 가장 중요한 위치를 차지하였다. 그 후 계몽사상, 프랑스혁명 등의 영향으로 민주주의가 발전되면서 각국 형법은 사형의 적용범위를 제한하고 그 집행방법에 있어서도 잔혹성을 줄였으며 점차 사형을 폐지하는 방향으로 나아가게 되었다.

사형은 형벌의 일종이므로 형벌의 목적과 관련하여 사형제도의 의미를 고찰할 필요가 있다. 이하에서는 형벌의 목적인 응보 및 예방과 관련하여 사형제도의 의미를 고찰한다.

5) 이형국 형법총론(제4판), 법문사, 2007, 385면.

6) 이형국, 앞의 책, 387면; 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009, 502면.

제1절 응보로서의 형벌

전통적으로 형벌은 응보의 의미에 파악되었다. 응보형론(Vergeltungsstraftheorie) 또는 절대적 형벌이론(absolute Straf-theorien)은 형벌의 본질을 오직 응보의 관점에서 이해하여 형벌을 도의적 응보로 보거나(Kant), 법률의 부정인 범죄를 다시 부정함으로써 필연적으로 법을 회복한다는 의미의 절대적·동가적 응보형(Hegel)으로 보았다. 그리고 응보형론은 이에서 더 나아가 형벌은 범인을 속죄하게 하는 것이라는 속죄형으로 표현되기도 하였다.⁷⁾

칸트(Immanuel Kant)는 형벌은 범죄에 대한 응보로서만 의미를 갖는다고 보는 절대적 형벌론 동해보복론을 주장하였다. 그의 동해보복론은 원시적 동해보복론인 '탈리오의 법'(Lex Talionis)과는 달리 철학적 근거 위에서 주장되고 있는 것이다. 그는 형벌의 근거를 실천이성의 지상명령에서 구하고 있다. 헤겔(Friedrich Hegel)은 변증법적 관점에서 범죄는 '법의 부정'이므로 형벌은 다시 그에 대한 부정으로서의 의미를 갖는다고 보았다. 즉 그는 국가지상주의의 입장에서 국가제도로서의 법의 권위를 훼손하는 범죄행위를 행한 사람을 형벌로 보복함으로써 법, 나아가서 국가의 권위를 되찾아야 한다고 주장하였다. 또한 그는 형벌의 내용에 관해서는 이른바 동가치응보론을 제시하였다. 즉 형벌의 정당성은 단순한 동해보복이 아니라 범죄와 형벌의 동가치성에서 찾을 수 있다고 보았다. 응보로서의 형벌의 내용은 범죄인이 피해자에게 입힌 해악과 동일한 것이어야 한다고 한 동해보복론과는 달리, 그의 동가치응보론에서는 형벌이 범죄인에 대해서 갖는 의미나 가치가 범죄인이 피해자에게 입힌 해악과 같으면 된다고 보고 있는 점에서 동해보복론에 비해 발전된 이론이라고 할 수 있다. 또한 헤겔은 범죄와 형벌의 동가치성은 현실사회의 상황에 따라 그 의미를 달리하여 적용되는 것으로 이해하여 형벌제도의 융통성을 강조하였다. 하지만 형벌의 응보로서의 기본성격은 절대적인 것이기 때문에 형벌에 위하나 개선 등의 다른 목적을 부여하는 것은 몽둥이로

7) 이러한 내용에 대해서는 이형국 앞의 책, 386면 참조.

개를 다루는 것이나 다름없는 비이성적 만행이라고 비판하였다. 이런 이유로 헤겔의 이론은 철학적·이성적 응보형주의로 불리 운다.⁸⁾

응보란 형벌이 범죄에 상응하는 대가로서 범인에게 부과되어야 함을 의미하며, 살인 자에게 사형을 과하는 것은 범죄에 대하여 상응한 해악을 과하는 것이다. 따라서 경한 범죄에 대해서는 이에 상응한 경한 형벌을, 중대범죄에 대해서는 이에 상응하는 사형과 같은 중형을 부과해야 한다는 것이 형벌을 응보로 보는 입장에서의 설명이다.

제2절 예방으로서의 형벌

목적형주의는 절대설과는 달리 형벌을 그 자체가 목적이 아닌 다른 목적을 위한 수단으로서 이해한다. 형벌은 범죄를 방지하고 사회를 보호하고자 하는 목적을 달성하고자 부과되는 것이라고 한다. 목적형주의는 범죄가 존재하더라도 형벌의 목적이 실현되지 않는 곳에서는 형벌이 배제될 수 있음을 인정한다는 점에서 상대설(relative Theorien)이라고도 한다. 상대설의 관점에서 볼 때 절대설의 견해는 "인간 없는 정의"에 지나지 않는다. 법규범과 법효과는 인간의 공동체생활을 떠나서는 사회적으로든 법적으로든 의미가 없음은 분명하다. 절대적 도덕성의 실현의 국가가 책무가 아니다. 현대 사회에서 극히 일부의 행위만이 최소한 법적인 평가의 대상이 될 뿐이며 인간에 의해 자행되는 대부분의 불법은 버젓이 처벌되지 않은 채 남아있다. 정의가 침해되는 곳이라면 어디에서든 기계적으로 형벌이 주어지는 것이 아니라 사회보호를 위해서 필수적인 곳에만 형벌이 주어진다. 즉 형벌은 법적 강제를 통해 평화롭고 안전한 인간의 공동체 생활의 기초를 유지한다는 특정한 목적을 염두에 두고 부과되어야 한다는 것이다.⁹⁾

8) 칸트와 헤겔의 이론에 대해서는 정영일, 형법총론(제3판), 박영사, 2010, 21-22면을 참조하였음.

9) 이러한 설명에 대해서는 성낙현, 형법총론(제2판), 동방문화사, 2011, 28-29면 참조.

목적형주의는 형벌의 본질의 문제에 있어서 형벌은 범죄로부터 사회를 방위·보호하려는 목적을 실현하기 위한 수단이라고 보는 입장이며, 예방형주의로도 불리운다. 형벌의 내용은 범죄인의 반사회적 성격에 대한 개선·교육이어야 한다고 보며, 범죄인의 개선·교육을 통하여 범죄로부터 사회를 방위한다고 한다. 목적형주의는 일반예방주의와 특별예방주의로 나누어진다.¹⁰⁾

1. 일반예방효과

일반예방주의는 형벌의 사회적 작용에 중점을 두어 형벌의 목적은 범죄인의 처벌을 통하여 사회일반인을 위하하여 그들로 하여금 장차 범죄에 빠지는 것을 예방함에 있다고 보는 입장이다. 근대 이전에는 잔혹한 형벌의 공개적 집행에 의해 일반예방의 목적을 달성하고자 하였으나, 근대에 들어서서는 입법에 의하여 법률에 형벌을 예고하여 사회일반인을 위하함으로써 일반예방의 목적을 추구한다. 이와 같이 전통적인 일반예방주의는 범죄의 발생을 방지한다는 소극적일반예방의 취지를 갖고 있다. 일반예방주의적 형벌관은 일찍이 고대 그리스의 프로타고라스(Protagoras), 아리스토텔레스(Aristoteles) 등과 근대의 그로티우스(Hugo Grotius), 홉스(Hobbes)등에 의해서도 주장되었다. 특히 베카리아(Cesare Beccaria)는 18세기 계몽주의 형벌이론을 전개한 구파의 선구자로서 자신의 저서 '범죄와 형벌'(dei delitti edelle pene, 1764)에서 일반예방주의, 사형폐지론, 죄형균형론 등을 제창하였다. 포이어바흐는 형벌은 단순한 응보를 넘어서 형벌의 위하를 통한 일반예방을 목적으로 삼고 있다고 보아, 심리강제설과 죄형법정주의를 주장하였다. 포이어바흐는 범죄에의 충동은 신체적 강제가 아닌 형벌의 위하에 의한 심리강제를 통해서만 억제될 수 있다고 보았다. 즉 형벌의 위하는 정과 부정에 관한 일반인의 판단에 기준이 되고 그들로 하여금 법을 준수하도록 하는 점에 있어서 일반예방적 효과를 갖는 것이다.¹¹⁾

10) 정영일, 앞의 책, 22면.

형벌의 일반예방 효과란 결국 대사회적 관계에서 일반인들에게 형벌로서 경고를 주어 감히 범죄로 나아가지 못하게 하려는 효과를 의미한다. 그러나, 형벌의 일반예방효과에 따르면 타인의 범죄의 예방을 위하여 당해 범죄의 범죄인이 수단으로 사용된다는 점에서 비판을 받을 수 있다. 즉 한 인간이 다른 인간의 수단으로 이용되는 문제점이 있는 것이다.¹²⁾

2. 특별예방효과

특별예방주의는 범죄인에 대한 형벌의 작용에 중점을 두고, 범죄인을 개선·교육하여 '범죄인'이 다시는 범죄를 저지르지 않도록 예방하려는 것을 형벌의 목적으로 삼는 신과의 형벌관이라 할 수 있다. 따라서 형벌은 범죄인의 '재사회화' 내지 '사회복귀'에 기여하고자 하는 임무를 지닌다. 일반예방주의와는 달리 범죄예방효과의 대상을 범죄인 개인에게 두고 있다는 점에서 범죄인의 반사회성에 따른 '분류'가 중요하고 또 그 분류에 대응하여 '처우'의 방법도 달리하게 된다. 여기에서 '형벌의 개별화'가 요청된다. 이와 같이 범죄인에 따라 개별적으로 사회복귀수단을 강구해야 한다면, 범죄인에게 형을 선고 또는 집행하기보다는 이를 유예하거나 자유형의 집행중이라도 조기에 석방하는 것이 더욱 효과적일 수도 있으므로, 형의 선고유예제도, 형의 집행유예제도, 가석방제도 등이 필요하게 된다. 형벌의 분량도 범죄인의 개선효과와 사회복귀에 대한 전망 등에 의하여 결정될 것이고, 범죄행위와 결과라는 객관적 사실의 경중에 의하여 결정될 것은 아니다. 예컨대 우발범인에 대해서는 형벌을 경하게 하거나 전술한 유예 제도를 활용하여 사회복귀를 촉진할 것이고, 위험한 상습누범에 대하여는 중한 형벌을 과하거나 보안처분에 의해 사회적리를 달성하고자 할 것이다.¹³⁾

11) 이러한 설명에 대해서는 정영일, 앞의 책, 23-24면 참조.

12) 송광섭, 형사정책, 대왕사, 1996, 292면.

특별예방의 형벌목적은 범죄자의 재범방지에 있는 것으로 보게 되고, 만약, 범죄인의 재사회화가 불가능하고 사회로부터 영구 격리시켜야 한다고 판단되는 경우 사형을 정당화하게 된다. 곧 살인범을 처벌하는 것은 특별예방의 수단으로서 사형을 과함으로써 살인자의 재범을 막기 위한 것이다. 그러나 사형이 과해지면 살인자는 개선, 교화의 기회를 가질 수 없고, 형벌의 특별예방의 효과도 달성할 수 없기 때문에 사형은 정당한 형벌로서 기능할 수 없게 되는 문제점이 있다.¹⁴⁾ 형벌의 중점은 응보보다는 예방의 목적에 놓여 있다고 보아야 하며, 일반예방과 함께, 범인의 개선, 교화 및 재사회하라는 특별예방도 유의해야 한다.¹⁵⁾ 그렇다면, 사형은 범죄자에 대한 특별예방의 효과를 기할 수 없다는 점에서도 정당화되기 어려운 것으로 보인다.

제3절 소 결

응보형주의는 형벌과 책임의 균형을 기하여 책임주의를 구현할 수 있다는 점에 그 가장 큰 장점이 있다. 하지만 형벌이 사회적 제도·장치로서 갖는 사회개선기능을 망각하고 있다는 점을 부인하기는 어렵다. 실제의 행형에 있어서도 많은 경우 오히려 역효과를 빚는 문제점을 안고 있다. 일반예방주의는 사회의 수많은 잠재적 범죄인의 범죄에의 충동을 억제할 수 있다는 일면의 장점을 갖고는 있으나, 범죄인을 사회일반인을 위한 수단으로 취급하고 있다는 점에 근본적인 맹점이 있다. 아울러 범죄인의 재사회화를 위한 대책을 결하고 있으며, 책임주의 원칙과 어긋나는 문제점을 갖고 있다. 특별예방주의는 범죄인의 사회복귀라는 형사정책적 측면에서는 큰 장점을 갖고 있다. 그러나 근본적으로 책임주의의 몰각이라는 위험성을 갖고 있다. 또한 범죄인과 병자를 동일시한 구 소련형법의 경우를 보더라도 쉽게 알 수 있듯이 이

13) 이러한 내용에 대해서는 임웅 형법총론(개정판2보정), 법문사, 2009, 46면 참조.

14) 배종대, 앞의 책, 37면.

15) 이형국, 앞의 책, 440-441면.

이론에 철저하게 되면 자칫 형법이 정치적·사상적 탄압의 명분으로 악용될 여지가 매우 크다고 할 수 있다.¹⁶⁾

응보형주의와 목적형주의, 그리고 일반예방주의와 특별예방주의는 각각 형벌의 본질과 목적을 밝힘에 있어서 어느 일면만을 강조한 단점이 있으므로, 오늘날에는 두 학파의 대립을 지양하고 그 장점을 결합하는 입장이 지배적이다. 정당한 형벌이라는 관점에서 행위책임(응보형주의)을 형벌의 상한으로 하고, 효과적인 형벌이라는 관점에서 일반예방목적과 특별예방을 형벌의 하한으로 활용한다는 것이 된다. 이러한 절충적 입장을 결합설이라고 하여, 현재 다수의 학자가 지지하고 있다.¹⁷⁾

이상 형벌의 목적을 응보와 예방의 관점에서 살펴보았는데, 형벌을 응보로 보는 관념을 더 이상 지지를 얻지 못하고 있으며, 일반예방과 특별예방을 결합한 관점이 다수의 입장이다. 하지만, 일반예방주의는 범죄자를 수단시 한다는 점에서 타당하다고 할 수 없으며, 특별예방효과를 달성하기 위해서는 범죄자를 개선, 교화하여 사회에 복귀시켜야 한다는 점에서 보면, 형벌로서 사형제도는 형벌의 목적이라는 관점에서 볼 때 정당화하기 어려운 것으로 생각된다.

16) 이러한 설명에 대해서는 정영일, 앞의 책, 26면 참조.

17) 이러한 설명에 대해서는 임웅 앞의 책, 48-49면 참조.

제3장 사형제도의 국내현황과 국외동향

제1절 한국의 사형제도 현황

사형선고 현황을 보면, 우리나라에 전반적인 민주화가 이루어지면서 사형선고는 과거 권위주의 정권시절보다 현저하게 줄어들고 있다. 이것은 사법의 민주화와 관련되는 문제라고 할 수 있다. 예컨대 2003년 제1심에서 사형선고가 이루어진 것은 살인죄 4건, 강도죄 1건으로 5건 밖에 되지 않는다. 과거에 많았던 국가보안법 등 특별형법에 의한 사형선고는 1건도 없었다. 종래에는 1심판결을 기준으로 할 때, 매년 평균 27명 정도가 사형선고를 받았으며, 국가보안법, 반공법 등의 정치형법에 의한 사형선고가 전체의 20%를 웃돌고 있었다. 특히 2003년의 경우 상고심에서 사형선고가 단 1건도 없었던 것은 매우 주목할 만한 일이라고 할 수 있다.¹⁸⁾

김영삼 정부가 들어선 1993년부터 2007년까지의 사형관련 통계를 보면 다음 표와 같다. 통계를 보면 매년 대략 13.7명에게 사형이 선고되었고, 1997년 12월 30일 이후 비공식적인 사형집행정지상태가 계속되고 있으며, 현재 58명의 사형수가 있다. 2007년까지 64명의 사형수가 있었지만 2007년 말 노무현 대통령의 마지막 특별사면 때 6명이 무기징역으로 감형된 바 있었다.¹⁹⁾

18) 배종대, 앞의 책, 808면.

19) 이러한 사형제도의 통계와 현황에 대해서는 조국, “사형폐지소론”, 형사정책, 제20권 제1호, 2008, 303면 이하 참조.

김영삼 정부 이후 사형관련 통계²⁰⁾

연 도	검찰의 살인사건 처리인원	1심 사형선고자	사형 확정자	사형 집행자	사형 미집행자
1993	960	21	10	0	54
1994	720	35	5	15	44
1995	763	19	19	19	44
1996	841	23	9	0	53
1997	886	10	8	23	38
1998	1014	14	4	0	40
1999	1080	20	4	0	39
2000	990	20	9	0	46
2001	1109	12	8	0	54
2002	1031	7	2	0	52
2003	1021	5	5	0	57
2004	974	8	2	0	59
2005	980	6	3	0	62
2006	959	6	2	0	63
2007	N/A	0	3	0	64

우리 법체계하에서 법정형으로 사형을 규정한 범죄는 형법상 내란, 외환유치, 살인죄 등 16종과 특별형법인 국가보안법은 45개, 특정범죄가중처벌법, 특정경제가중처벌법 등은 378개, 군형법은 70개 항목이 존재한다. 하지만, 사형이 실제 부과되는 경우는 살인이 발생한 사건에 국한되어 있으며, 1993년 이후 매년 사형이 확정되는 인원은 10인 이하이다. 이러한 점에 대해서는 현재 대법원이 사형제도 자체는 지지하면서도 민주화 이 후 사형부과의 요건을 엄격히 설정하고 있다는 점과 관련이 있

20) 검찰의 살인사건 처리인원에 대한 통계는 법무연수원, 『범죄백서』 (1994-2007)의 통계를 종합한 것이다. 이 통계자료는 조국, 앞의 논문, 303면에서 인용한 것임.

는 것으로 보는 견해가 있다.²¹⁾

한국에서 현재 남아있는 58명의 사형수는 모두 남성이고 살인죄 또는 살인을 포함한 중범죄를 유죄 선고를 받았다. 사형수 58명의 평균 수감시간은 대략 9년이며, 현재 평균 나이는 44세이다. 범행 당시 연령으로 보면 20대가 14명, 30대 25명, 40대 17명, 50대 이상 2명으로 평균 34였다. 사형수 58명 중 재범 이상 전과자는 73%에 이르는 41명이었으며, 초범은 17명이며, 전과 11범 이상은 4명, 평균 전과는 4범이다. 범행 동기로는 이욕이 30명으로 47.6%, 보복이 19명으로 30.2%, 성욕은 6명으로 9.5%, 우발적인 살인과 가정불화, 현실 불만이 각각 4.8%, 4.7%, 3.33%였다. 사형수의 가정환경을 보면 편모 가정에서 성장한 사람이 8명, 편부가정은 4명, 계모와 양부모 밑에서 자란 사형수가 각각 3명씩이었으며, 고아로 성장한 사형수가 9명이었다.²²⁾

원칙적으로 사형수를 포함한 모든 죄수들은 독방에서 복역해야 하지만, 필요하다면 혼거 구급도 가능하다. 현실에서는 공간의 부족으로 인해 대부분의 죄수가 혼거 구급되고 있다. 그러므로 사형수들도 자주 비사형수들과 같이 수감되기도 한다. 감방에서는 항상 조명이 켜져 있고, 수감자들은 항상 지속적인 감시 하에 있다. 2006년 2월(국민일보)가 당시 63명의 사형수를 대상으로 조사한 통계에 따르면 사형수들의 변호인은 대부분 국선변호인이며, 3심에 걸친 형사 절차에서 최소한 한 번 이상 사선변호인을 선임했던 사형수들은 모두 18명에 불과하였다.²³⁾

제2절 사형폐지를 위한 국제적 협력

1. 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약

21) 조국, 앞의 논문, 304면.

22) 이러한 통계내용에 대해서는 조국, 앞의 논문, 307면 참조.

23) 조국, 앞의 논문, 307면 참조.

1948년 12월 10일 제3회 국제연합(UN)총회에서 채택된 ‘세계인권선언’은 전문에 인권의 존중에 있어서 ‘모든 인민과 국가가 달성해야 할 공통의 기준’이라고 선언하였다. 세계인권선언은 국제연합(UN)의 탄생 이후 인권에 대한 국제사회의 관심을 표하는 첫 번째 문서라고 할 수 있는바, 이는 인권에 관한 보통의 선언이고 인류사회 모든 구성원의 불가침, 불가양의 제권리를 주장한 국제문서이다. 동3조에는 “모든 인간은 생명권 및 신체의 자유와 안전을 누릴 권리를 가진다”고 하여 생명권의 보장을 규정하고 있으며 동5조에는 “아무도 고문 또는 가혹하고 비인도적이거나 모욕적인 처우 또는 처벌을 받지 아니 한다”고 규정하고 있다.²⁴⁾

1966년 국제연합 총회는 ‘시민적·정치적 권리에 대한 국제규약’(International Convention on Civil and Political Rights)을 채택하였다. 이 헌장은 사형제도와 관련하여 좀 더 구체적인 요건을 규정하고 있다. 동 헌장 제6조 1항은 “모든 인간은 천부적(inherent)인 생명권을 가진다.”라고 규정하고 있으며, 제6조 2항은 “사형제도를 폐지하지 않은 국가에 있어서는, 사형의 선고는 범죄시에 효력이 있는 법률에 따라, 오직 가장 심각한 범죄(most serious crimes)에 대해서만 선고되어야 한다.”고 규정하고 있다. 동 조항은 어떤 범죄가 가장 심각한 범죄를 구성하는지는 명시하지 않고 있으므로, ‘가장 심각한 범죄’라는 문구는 각 사회의 문화적, 종교적, 정치적 가치관에 따라 다르게 해석될 수 있다. ‘자유권규약위원회’(Human Rights Committee)는 ‘일반 의견’(General Comment)에서 제6조의 ‘가장 심각한 범죄’라는 표현은 사형이 상당히 예외적인 수단이라는 것을 의미한다고 엄격하게 해석되어야 한다.” 라는 의견을 표명하였고, 그 문구는 “오직 고의살인(intentional killing)나 살인미수, 그리고 고의에 의한 심각한 신체상해만”을 의미하는 것으로 해석하였다. 1984년에는 국제연합 경제사회위원회는 ‘사형에 직면한 사람들의 권리 보호를 보장하기 위한 안전조치’에서 이러한 제한에 대하여 해석하면서, 사형은 고의에 의한 범죄에 대해서만 부과되어야 한다고 선언하였다. 사법외적·약식·자의적 처형에 대한 국제연

24) 박영신, “사형존폐론에 관한 연구”, 인천대학교교육대학원 석사학위논문, 2000, 43면 이하 참조.

합 특별보고자는 '고의적'(intentional)라는 용어의 의미는 "예모(premeditation)와 같으며, 살인의 계획적인 의도(deliberate intention)로 이해되어야 한다."고 했다. 이와 동시에 ICCPR 제6조 제6항은 "이 조의 어떠한 부분도, 이 헌장의 당사자인 국가가 사형 폐지를 늦추거나 막기 위하여 원용되어서는 안 된다."고 선언하고 있다. 또한 1992년에 '자유권규약위원회'가 채택한 ICCPR 제6조에 대한 '일반 의견'은 당사자 국가가 사형을 시행할 때에는 "가능한 육체적 정신적 고통을 가장 적게 할 수 있는 방법으로 집행되어야 한다."고 규정하였다.²⁵⁾

2. 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약에 대한 제2선택의정서

한편 1989년 12월, 국제연합 총회는 '시민적·정치적 권리에 대한 국제규약'에 대한 제2선택 의정서를 채택하였다(이하 '제2선택 의정서'). 이 의정서는 사형 폐지 운동에 대한 국제적인 규약을 강화하는 것을 목적으로 하고 있다. 이 의정서에서는 사형제도의 폐지를 규정하고, 당사자 국가가 비준이나 동의시에 그러한 효과에 대해서 유보를 행한 경우에 한하여, "전시에 있어서, 군사적인 본질을 지닌 가장 심각한 범죄가 전쟁기간 중 범해진 경우 이와 관련하여서만" 사형제도를 유지할 수 있도록 하고 있다. '시민적·정치적 권리에 대한 국제규약'이 허용하고 있던 '가장 심각한 범죄' 예외는 삭제되었다. 제2선택 의정서의 '전시 예외'는 훨씬 더 제한적인 예외인데, 평화시에는 "가장 심각한 범죄"에 대해서도 사형이 금지되기 때문이다. 46개 국가가 제2선택 의정서를 비준했고, 8개 국가가 서명했다. 1998년 4월에는 '유엔인권이사회'(U.N. Human Rights Commission)에서 사형제도에 반대하는 결의를 채택했으며, 이 결의에서는 국가들에 대해서 "사형 집행을 중지하고, 장기적으로는 완전히 사형을 폐지할 것"을 요청하였다. 반기문이 유엔 사무총장으로 선출된 이후인 2007년 12월에는 유엔총회에서 '사형 폐지를 위한 글로벌 집행유예 결의안'이 채택된 바 있다.²⁶⁾

25) 이러한 내용에 대해서는 조국, 앞의 논문, 308면 참조.

3. 범죄인 인도와 사형폐지의 문제

사형이 존치되고 있는 국가가 범죄인의 인도를 요구하고 당해 범죄인이 그 나라에 인도되었을 때 사형을 선고받을 가능성이 높은 경우 범인인도를 거절할 것인가의 문제가 있다. 사형을 폐지한 국가가 사형을 존치하고 있는 국가에 대해 사형에 해당하는 범죄를 저지른 범죄인의 인도에 대해 어떠한 태도를 취하는 가는 각 나라마다 그 헌법 및 법률 해석에 따라 다르다. 예를 들어, 1964년 6월30일 서독연방헌법재판소의 판결은 사형폐지를 규정한 기본법 102조는 범죄인 인도에는 적용되지 않는다고 판시하였는데, 반면 1975년 6월 15일 이태리 헌법재판소는 사형범죄의 도망범죄인을 사형존치국에 인도하는 것은 헌법위반이라고 판결한 바 있다.²⁷⁾

사형문제는 범죄인 인도에 있어서 사형존치국과 사형폐지국과의 사이에 범죄인 인도에 관한 조약을 체결하는 데 커다란 장애가 되기도 하고 조약에 근거하지 않은 범죄인 인도에 있어서도 인도거절의 사유가 되기도 하는 등 국제적인 문제가 되고 있다.²⁸⁾ 1995년 4월에 사형폐지국인 필리핀의 한 여인이 싱가포르의 가정부로 취업해 일하던 중 주인집 아들의 살해 등의 혐의로 기소되어 사형선고를 받은 사건이 있었다. 이에 필리핀 정부가 싱가포르에 인도요구를 했음에도 불구하고, 엄벌주의로 널리 알려진 싱가포르는 곧 사형집행을 해버렸다. 결국 이 사건은 양국간의 국제적인 문제로까지 비화되게 되었다. 이러한 경우는 보통의 범죄인 인도의 문제와는 다르지만 어쨌든 양국간의 사형제도의 유무의 차이 때문에 생긴 국제적인 문제라고 할 수 있다. 보통의 흔한 문제는, 예를 들어 사형존치국인 중국 등에서 사형에 해당하는 범죄를 저지른 범인이 미국의 사형폐지 주나 혹은 사형폐지국인 필리핀 등으로 망명한 경우에, 사형존치국인 본국의 인도 요청에 사형폐지국인 범죄인체재국이

26) 이러한 내용에 대해서는 조국, 앞의 논문, 309면 이하 참조.

27) 이원경, “사형제도 연구”, 이화여자대학교 석사학위논문, 1995, 112-113면 참조.

28) 박영신, 앞의 논문, 52면.

응하느냐 아니면 사형문제를 이유로 거절하느냐 하는 문제이다.²⁹⁾ 이처럼 사형제도와 관련하여 범죄인의 인도 문제는 결코 단순한 것이 아니며, 이것은 여러 가지 문제를 발생시키고 있는 것이다.³⁰⁾

이러한 문제에 대해서는 청구국이 범인을 보호하고 있는 나라의 법률에 따르면 사형이 적용되지 않는 때는, 사형보다도 가벼운 다음 단계의 형을 인도된 자에게 적용할 것을 약속하도록 하는 방법을 강구해 볼 수 있을 것이다. 그리고 유럽 범죄인 인도조약 11조에서도 청구국이 피청구국에 의해 충분하다고 인정되는 보증을 하지 않는 한 인도를 인정할 수 없다고 하고 있다. 1973년 1월 18일의 인도조약 8조(사형)와 1983년 10월 13일에 로마에서 체결된 미국-이태리 인도조약 9조(사형)도 같은 취지로 이 두 개의 조항은 사형존치국과 폐지국과의 사이의 인도조약에 있어서의 사형문제 관한 전형적인 규정이라고 할 수 있다고 한다.³¹⁾

우리나라의 경우도 범죄인인도법과 국제형사사법공조법을 시행하고 있는데, 사형 폐지국가로부터 범죄인인도를 요청하거나, 우리가 사형폐지국가가 된 경우 존치국으로 범죄인인도를 요구받은 경우 이러한 측면을 고려하여 문제를 해결해 가야 할 것이다.

4. 최근의 현황

모든 범죄에 대해 사형제도를 폐지국가는 2009년 8월 현재 94개국에 이른다. 일반 범죄에 대해서는 사형을 선고하지 않고 있지만, 군형법 등에 의해 사형을 선고할 수 있는 국가로는 Kazakstan과 Kyrgyzstan을 포함한 10개국이다. 그리고 사실상 사형제도의 폐지국가로 인정된 것도 적지 않다. 이들 국가는 최후의 사형집행 후 10년

29) 이러한 내용에 대해서는 박영신, 앞의 논문, 52-53면.

30) 최현묵, “사형제도에 관한 헌법학적 고찰”, 울산대학교 석사학위논문, 2000, 25면.

31) 이러한 내용에 대해서는 이만희, “범죄인인도와 사형폐지”, 법조, 1994, 22-24면; 박영신, 앞의 논문, 53면 참조.

이상 사형을 집행하지 않아 국제엠네스티로부터 사실상 폐지국가로 분류된 국가들로서 우리나라를 포함하여 35개국에 이른다.³²⁾

2008년 12월 유엔총회는 압도적 다수로 사형제도 폐지를 촉구하는 결의안을 채택하였다. 아프리카의 '인간과 시민의 권리보호위원회'도 사형제도를 유지하고 있는 아프리카 국가들에 대해 사형제도 폐지를 위한 유예 제도를 권장하였다. 중앙아시아에서도 사형폐지국가가 나타났으며, 바로 우즈베키스탄이 모든 범죄에 대해 사형제도를 폐지하였다.³³⁾ 우리나라는 2007년 12월 30일로 10년 동안 사형을 집행하지 않은 국가로 인정되어, 국제 엠네스티로부터 '사실상 사형폐지국가'라는 자랑스러운 지위를 얻었다. 그럼에도 우리나라는 아직까지 사형제도와 깊은 연관성을 갖고 있는 국제인권협약에 미가입한 상태에 있다. 우리나라도 조속히 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서"와 "고문 및 그 밖의 잔혹하고, 비인간적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서"에 가입하도록 해야 할 것이다.³⁴⁾

32) 이러한 내용에 대해서는 허일태, "사형제도의 세계적 추이와 위헌성", 동아법학 제45호, 266면.

33) 허일태, 앞의 논문, 267면.

34) 이러한 내용에 대한 자세한 것은 허일태, 앞의 논문, 268면 참조.

제4장 사형제도의 위헌성에 관한 국내 및 외국의 판례

제1절 대법원과 헌법재판소의 판례

1. 대법원 판례

(1) 대법원 1991년 2월 26일 선고, 90도 2906 판결

이 판결에서 대법원은 "헌법 제12조 제1항에 의하면 형사처벌에 관한 규정이 법률에 위임되어 있을 뿐 그 처벌의 종류를 제한하지 않고 있으며 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사정책으로 질서유지와 공공복리를 위하여 형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여 이것이 헌법에 위반된다고 할 수 없다."고 하여 사형제도가 합헌이라 판단하였다.

(2) 대법원 1987년 10월 13일 선고, 87도 1240의 판결

대법원은 이 판결에서 "사형은 인간의 생명자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택할 경우에는 범행의 동기, 태양, 범행의 수단, 잔학성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황 등 제반 사정을 참작하여 죄질이 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 한 한다"라고 판시하고 있다.

(3) 대법원 1987년 6월 12일 선고, 87도 1458의 판결

이 판결에서 대법원은 "인도적·종교적 견지에서 존귀한 생명을 빼앗아 가는 사형 제도는 모름지기 피해야 할 일이지만 한편으로는 범죄로 인하여 침해되는 귀중한 생명의 침해를 외면할 수 없고 사회공공의 안녕과 질서를 위하여 국가의 형사정책 상 사형제도를 존치하는 것은 정당하게 인정될 수밖에 없는 것이므로 형법 제338조가 법정형으로 사형을 규정하였다 하더라도 이는 헌법에 위반된 조문이라 할 수 없다" 라고 판시하고 있다.

(4) 대법원 1985.6.11. 선고 85도926 판결

사형은 인간존재의 근원이 되는 생명자체를 영원히 박탈해버리는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 살해의 수단, 방법의 집요성, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육정도 등 제반사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다고 보아야 할 것이다.

(5) 대법원 1992.8.14. 선고 92도1086 판결

사형은 인간의 생명자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이 한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로, 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 범행의 수단, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육 및 생육 과정 등 여러 사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반

예방적 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 한하여 허용될 수 있는 것이다.

(6) 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결

사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육 정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 할 것이고, 이를 위하여는 법원으로서 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고, 피고인이 범행을 결의하고 준비하며 실행할 당시를 전후한 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여서도 정신의학이나 심리학 등 관련 분야의 전문적인 의견을 들어 보는 등 깊이 있는 심리를 하여 본 다음에 그 결과를 종합하여 양형에 나아가야 할 것이다.

(7) 검토

대법원은 이와 같이 사형제도가 허용되는 것으로 보면서도 하급심의 사형선고가 이상의 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 하급심 판결을 파기하고 있다.³⁵⁾ 이러한

대법원의 엄격한 요건을 적용하는 판례는 타당한 것으로 판단되며, 사형제도가 현실적으로 조속한 시일내에 폐지되기 어렵다면 그 적용요건을 엄격히 해석하여 사형선고의 제한될 수 있도록 해야 할 것이다.

2. 헌법재판소 판례³⁶⁾

(1) 다수의견의 내용

가. 형법 제41조 제1호는 형의 종류의 하나로서 사형을 규정하고 있고, 사형은 인간존재의 바탕인 생명을 빼앗아 사람의 사회적 존재를 말살하는 형벌이므로 생명의 소멸을 가져온다는 의미에서 생명형이자, 성질상 모든 형벌 중에서 가장 무거운 형벌이라는 의미에서 극형인 궁극의 형벌이다.

사형은 국가형사정책적인 측면과 인도적인 측면에서 비판이 되어 오기도 하였으나 인류 역사상 가장 오랜 역사를 가진 형벌의 하나로서 범죄에 대한 근원적인 응보방법이며 또한 가장 효과적인 일반예방방법으로 인식되어 왔고, 우리나라에서는 고대의 소위 기자 8조금법(箕子 八條禁法)에 "상살자 이사상(相殺者 以死償)"이라고 규정된 이래 현행의 형법 및 특별형법에 이르기까지 계속하여 하나의 형벌로 인정되어 오고 있다.

나. 우리 헌법은 개별적인 인간존재의 근원인 생명을 빼앗는 사형에 대하여 정면으로 이를 허용하거나 부정하는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제12조 제1항이 "모든 국민은 ... 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 "비상계

35) 예컨대, 대법원(1985.6.11 선고 85도926 판결), 대법원(1992.8.14 선고 92도1086 판결), 대법원(1995. 1.13 선고 94도2662 판결), 대법원(2003.6.13 선고 2003도924 판결) 등

36) 헌재 1996.11.28, 95헌바1.

엄하의 군사재판은 … 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보인다.

다. 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다. 따라서 사형은 이러한 생명권에 대한 박탈을 의미하므로, 만약 그것이 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이상한 형벌이라고 평가되거나, 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 평가된다면 앞서 본 헌법 제12조 제1항 및 제110조 제4항의 문언에도 불구하고 우리 헌법의 해석상 허용될 수 없는 위헌적인 형벌이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안 될 것이지만, 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조영되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남아 있어야 하는 것이라고 볼 수는 없다. 다시 말하면 한 생명의 가치만을 놓고 본다면 인간존엄성의 활력적인 기초를 의미하는 생명권은 절대적 기본권으로 보아야 함이 당연하고, 따라서 인간존엄성의 존중과 생명권의 보장이란 헌법정신에 비추어 볼 때 생명권에 대한 법률유보를 인정한다는 것은 이념적으로는 법리상 모순이라고 할 수도 있다. 그러나 현실적인 측면에서 볼 때 정당한 이유 없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지않은 중대한 공공이익을 침해한 경우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공의 이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없게 되고, 이러한 경우에는 비록 생명이 이념적으로 절대적

가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다 할 것이다.

이에 대하여 청구인은 사형이란 헌법에 의하여 국민에게 보장된 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 되어 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다는 취지로 주장한다. 그러나 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

사형은, 이를 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 국민일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌이다. 청구인은 사형이라고 하여 무기징역형(또는 무기금고형)보다 반드시 위하력이 강하여 범죄발생에 대한 억제효과가 높다고 보아야 할 아무런 합리적 근거를 발견할 수 없고, 사회로부터 범죄인을 영구히 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역형 사이에 별다른 차이도 없으므로, 국가가 사형제도를 통하여 달성하려는 위 두 가지 목적은 사형이 아닌 무기징역의 형을 통하여도 충분히 달성될 수 있을 것이고, 따라서 형벌로서의 사형은 언제나 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 생명권의 제한수단이라고 주장한다.

그러나 사형은 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 그 위하력이 강한 만큼 이를 통한 일반적 범죄예방효과도 더 클 것이라고 추정되고 또 그렇게 기대하는 것이 논리적으로나 소박한 국민일반의 법감정에 비추어 볼 때 결코 부당하다고 할 수 없으며 사형의 범죄억제효과가 무기징역형의 그것보

다 명백히 그리고 현저히 높다고 하는데 대한 합리적·실증적 근거가 박약하다고는 하나 반대로 무기징역형이 사형과 대등한 혹은 오히려 더 높은 범죄억제의 효과를 가지므로 무기징역형만으로도 사형의 일반예방적 효과를 대체할 수 있다는 주장 역시 마찬가지로 현재로서는 가설의 수준을 넘지 못한다고 할 것이어서 위 주장을 받아들이지 아니한다.

라. 결국 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지않은 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것이라고는 판단되지 아니한다.

마. 그러나 우리는 형벌로서의 사형이 우리의 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 지금 곧 이를 완전히 무효화시키는 것이 타당하지 아니하므로 아직은 우리의 현행 헌법질서에 위반되지 아니한다고 판단하는 바이지만, 사형이란 형벌이 무엇보다도 고귀한 인간의 생명을 국가가 법의 이름으로 빼앗는 일종의 "제도살인(制度殺人)"의 속성을 벗어날 수 없는 점에 비추어 우리의 형사관계법령에 폭넓게 사형을 법정형으로 규정하고 있는 이들 법률조항들(반대의견의 참조, 모두 89개조항임)이 과연 행위의 불법과의 간에 적정한 비례관계를 유지하고 있는지를 개별적으로 따져야 할 것임은 물론 나아가 비록 법정형으로서의 사형이 적정한 것이라 하더라도 이를 선

고함에 있어서는 특히 신중을 기하여야 한다는 생각이다.

또한 우리는 위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이고, 한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다거나 국민의 범감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며, 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는 의견이다.

바. 비록 형벌로서의 사형이 위와 같이 그 자체로서 위헌이라고는 할 수 없다고 하더라도 형법 제250조 제1항이 살인이라는 구체적인 범죄구성요건에 대한 불법효과의 하나로서 사형을 규정하고 있는 것이 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃음으로써 비례의 원칙에 반한다고 평가된다면 형법 제250조 제1항은 사형제도 자체의 위헌여부와는 관계없이 위헌임을 면하지 못할 것이다. 형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정 지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.

(2) 재판관 김진우의 반대의견

나는 사형제도가 합헌이라는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대의견을 개진한다.

가. (1) 헌법은 제10조에서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하여 모든 국민이 이 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는 존재임을 명확히 확인하고 있다. 헌법 제10조에서 이와 같이 확인된 인간의 존엄과 가치는 헌법 개정에도 의해서도 삭제되거나 제한되어서는 아니 되는 것이고, 헌법의 다른 규정들에 의하여도 제한되어서는 아니 되는 헌법의 최고의 가치이며, 위와 같은 확인은 가장 중요한 가치결단인 것이다. 다른 기본권들은 이와 같이 최고의 의미를 갖는 인간의 존엄과 가치를 각 생활영역에서 구체화하고 있는 것이며, 따라서 인간의 존엄과 가치는 다른 기본권규정들에 대한 해석의 지침인 동시에 다른 기본권의 제한에 있어서의 절대적 한계를 이룬다. 뿐만 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 기본권보장규범들 이외의 다른 규정들에 대한 해석의 지침으로 작용한다.

(2) 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 이는, 극악한 범죄를 범함으로써 스스로 인간임을 포기한 자라도 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 있는 인간존재인 한, 그에 대하여도 피해자 내지 그 가족 또는 사회의 보복감정을 충족시키기 위해서 또는 유사범죄의 일반적 예방이라는 목적의 달성을 위해서 비인간적인 형벌을 적용해서는 아니 된다는 것을 의미한다. 그런데 형벌로서의 사형은 자유형과는 달리 사형선고를 받은 자에게 개과천선할 수 있는 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 형벌제도로써

개인을 전적으로 국가 또는 사회 전체의 이익을 위한 단순한 수단 내지 대상으로 삼는 것으로서 사형수의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 사형제도는 나아가 양심에 반하여 법 규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔 수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다.

나. (1) 그런데 다수의견은 헌법 제12조 제1항이 "모든 국민은 …… 법률과 적법 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다."고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 "비상계엄하의 군사재판은…… 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보면서, 이를 사형제도의 합헌성을 뒷받침하는 주요한 논거들 중의 하나로 제시하고 있다.

(2) 그러나 먼저 헌법 제12조 제1항에서 말하는 적법절차의 원칙이란 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 원칙이다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 등 참조). 그러므로 법률이 정한 처벌도 적법절차에 합치하려면 그 법률에 정한 형벌의 내용이 정당성과 합리성이 있어야 함은 물론이다.

(가) 그런데 아무리 훌륭한 법관이라 하더라도 인간이 하는 재판인 한 오관이 있을 수 있고 그 경우 집행을 마친 후에 있어서는 어떠한 방법으로도 원상회복이 절대적으로 불가능한 사형제도에 의하여 달성하려는 목적인 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 무기징역에 의하여도 달성될 수 있는 것인데도 국민의 기본권 중에서 가장 기본적인 의미를 갖는 기본권인 생명권(인간의 생명은 그 개개

인에 있어서는 하나의 우주이고, 지구보다 무거운 것이다)을 완전히 최종적으로 박탈하는 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 피해의 최소성원칙에 반하여 기본권 제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되고, 위와 같은 가장 중요한 기본권인 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 반할 뿐만 아니라), 위 가.에서 이미 살펴본 바와 같이, 헌법 제10조에서 보장된 인간의 존엄과 가치도 침해하는 것이다. 따라서 형벌제도로서의 사형제도는 아무런 정당성도 합리성도 없는 것이어서 사형제도 및 이를 규정한 법률규정은 적법절차에 반하는 형벌 및 법률 규정이라고 할 것이다. 따라서 헌법 제12조 제1항이 사형제도의 합헌론의 근거가 된다고 볼 수는 없다.

(나) 또한 다수의견은 헌법 제110조 제4항 단서에 사형제도의 헌법적 근거가 있다고 보고 있으나 이러한 입장에는 찬성할 수 없다.

① 헌법 제110조 제4항 단서는 사형제도가 법률 차원에서 하나의 형벌제도로 인정되고 있다는 법적 상황을 전제로 사형의 선고가 갖는 기본권침해의 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 설정하고 있는 것에 불과하다. 그리고 법률차원에서 사형제도가 폐지되는 경우 동 단서조항은 사문화되어 버릴 정도로 동 단서조항의 실제적 의미는 법률차원에서 사형제도가 계속 존속하느냐에 달려 있다. 그러므로 이 규정을 사형제도에 관한 실정 헌법적 근거로 보는 데는 의문이 있다.

② 그러나 설사 다수의견과 같이 위 헌법조항에서 사형제도의 헌법적 근거를 간접적으로 발견할 수 있다고 하더라도 나는 위 헌법조항은, 사형제도가 위헌인 한, 헌법에 위반되는 위헌적인 규정이기 때문에 사형제도를 합헌이라고 보는 다수의견에 찬성할 수 없다.

㉠ 물론 헌법에 반하는 헌법조항을 인정할 수 있는지에 관하여 의문이 있을 수 있다. 그러나 오늘날 모든 헌법규범들이 등가치적인 것은 아니며, 헌법규범들 상호 간에 어느 정도의 가치서열이 있다는 것이 헌법이론적으로도 광범위하게 인정되고 있다. 또한 자유민주적인 헌법제정이나 헌법개정을 통하여 헌법의 근본규범 내지 근본가치에 위반되는 헌법규범이 생성되는 경우는 거의 없다고 볼 수 있으나 그러한 가능성을 전적으로 배제할 수는 없다. 특히 헌법의 근본가치를 부인하거나 제한하는 규범이 헌법제정시나 헌법의 개정시에 헌법의 각 조항들의 의미에 관하여 충분한 검토를 거치지 못한 채 헌법에 수용될 수 있는 가능성은 줄속으로 헌법제정 및 헌법개정의 작업이 진행되었던 우리의 헌정사에 비추어 볼 때 결코 없다고 할 수는 없다.

㉡ 이론적으로 위와 같이 헌법 규범들 상호 간에 위계가 있고, 따라서 헌법에 반하는 헌법규범이 있을 수 있다고 하더라도 헌법재판소가 위헌적 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지, 더구나 국민투표에 의하여 확정된 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지에 관하여는 의문이 있을 수 있다. 물론 이 사건에서 헌법 제110조 제4항 단서는 심판대상이 아니어서 이와 같은 문제에 대하여 여기서 판단할 필요는 없다. 그러나 헌법재판소에게 그러한 규범을 제거할 수 있는 권한이 제도적으로 주어지지 않다고 하더라도 어떤 헌법규정이 근본적인 의미를 갖는 헌법규범에 반한다고 판단되는 경우에는 그 규정에 적극적으로 의미를 부여하는 것을 삼가 함으로써 헌법의 근본가치를 실현하는 것이 헌법재판소가 선택하여야 할 방향이라고 본다.

㉢ 그러므로 헌법 제110조 제4항 단서가 비록 헌법적 지위를 갖는 법규범이라 하더라도, 동 규정이 국가가 사형제도를 통하여 인간의 생명을 제도적으로 박탈함으로써 사형수는 물론 사형집행에 관련된 자들의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 용인하는 한, 그 규정 중 사형제도의 인정은 헌법의 근본가치를 규정하고 있는 상위의 헌법규범인 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 보아야 한다. 따라

서 헌법재판소로서는 헌법 제110조 제4항 단서 중 사형제도를 인정하는 부분은 적극적인 의미를 부여할 만한 가치를 갖고 있지 아니하는 것으로 보아 이 사건에 관한 법리구성을 하여야 하며, 다수의견과 같이, 이 규정에 적극적인 의미를 부여하면서 사형제도의 합헌성을 뒷받침하는 논거로 원용하는 것은 타당하지 아니하다고 본다.

(3) 검토

최근 새롭게 제기되고 있는 주장에 따르면, 사형폐지가 이론적 당위성을 가질 뿐만 아니라 현행 헌법해석상 위헌이라고 한다.³⁷⁾ 국가공권력이 아무리 훌륭한 목적을 수행하기 위한 것이라도 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용까지 침해하면서 행사될 수 없는 것이고, 여기서 본질적 내용의 침해는 그 침해로 인하여 관련된 국민의 자유의 권리의 행사가 영구히 회복이 불가능한 경우에 인정되는데, 생명의 침해는 한 번의 영구히 회복이 불가능하기 때문에 국가 공권력에 의한 생명의 침해는 항상 헌법 제37조 2항 후단에 반하게 된다는 것이다.³⁸⁾ 특히 이 문제는 생명권을 헌법상 기본권으로 이해하는 헌법재판소와 국가인권위원회가 그 구체적 의미에 대해서는 서로 다른 시각을 보임으로써 헌법학계에서도 논란의 대상이 되고 있다.³⁹⁾

37) 한인섭, “역사적 유물로서의 사형-그 법이론적, 정치적 검토”, 사목 제246집, 70면 이하.

38) 이정원, 형법총론(제3판), 2004, 524-525면.

39) 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 626면.

제2절 외국의 판례와 경향

미국은 수정헌법 제14(1868년 채택)을 통하여 국가가 '어떤 사람의 생명, 자유 또는 재산을 적법절차 없이 박탈하지' 못하도록 하고 있기 때문에 사람의 생명도 적법절차에 따르면 박탈할 수 있는 헌법적 근거가 명문으로 존재한다. 따라서 미국헌법은 그 자체가 사형제도 폐지의 최대의 걸림돌로 작용할 수 있음은 눈여겨 볼만하다. 또한 미국 수정헌법 제8조가 잔인하고 비정상적인 처벌(cruel and unusual punishment)만을 금지하고 있다. 그러므로 사형을 잔인하지 않는 방식으로 집행하거나 비인간적이고 비열한 방식으로 집행하지 않는다면, 미국 헌법재판소나 일본 최고재판소는 헌법상 사형제도는 위헌적인 제도가 아니라는 논리를 전개하여 왔다. 1976년에 미국 연방대법원은 Gregg v. Georgia 사건⁴⁰⁾에서 종래 위헌판결 이후 제정된 조지아 주의 법률이 사형선고 양형을 담당하는 배심원들에게 사형선고가 가능한 10여개의 가중 사유를 규정한 것이 '분명하고 객관적 기준'에 부합된다고 인정하고, 이러한 기준에 의한 사형선고는 미국 수정헌법 제8조 및 제14조에 위반되지 않는다고 판시하였다.⁴¹⁾ 그러나 미국에서 사형제도가 모든 주에서 허용되고 있는 것도 아니고, 사형제도의 폐지를 위한 노력도 게을리 하고 있지도 않다. 일본도 최근 들어 사형제도 존폐문제에 열띤 토론이 벌어지고 있으며, 국민 대중의 정서와는 달리 적지 않은 법조인을 비롯한 지성인들이 사형제도 폐지운동을 벌이고 있다.⁴²⁾

반면, 우리나라는 헌법 제37조 제2항 단서에서 기본권의 본질적 침해를 금지하고 있어, 사형제도가 헌법상 이 규정에 위반할 수 있다. 한국과 유사한 규정을 두고 있는 독일의 경우 독일헌법재판소는 (사형은 물론이고) 절대적 종신형의 수형자가 재범우려가 없을 때에 가석방이 불가능하다는 것은 헌법에 저촉된다고 판시하여, 절대

40) 428. U. S. 153(1976).

41) 허일태, 앞의 논문, 270면 참조.

42) 이러한 내용에 대해서는 허일태, 앞의 논문, 269면 참조.

적 종신행조차도 인간존엄의 본질을 침해할 수 있는 것으로 보았다. 또한 유럽각국은 제2차 세계대전 이후 사형제도를 폐지하기 시작하여 지금은 서유럽의 모든 국가가 사형제도를 폐지하였다. 아울러 동유럽 국가들도 유럽통합에 가담하면서 적극적으로 사형제도를 폐지하여 왔다.⁴³⁾

43) 여기에 대해서는 허일태, 앞의 논문, 270면 이하 참조.

제5장 사형 존치론과 폐지론의 내용

제1절 사형 존치론의 논거와 비판

1. 일반예방의 관점을 근거로 하는 견해

이 관점은 인간의 생명을 보호하기 위하여 살인과 같은 행위에 대해 무거운 형벌 즉, 사형을 과한다는 것을 미리 예고함으로써 살인행위를 방지하지 않으면 안 된다고 하는 것이 일반적인 견해로서 사회의 안전을 위해 사형은 필요하다는 것이다. 인간은 본능적으로 생명에 대하여 가장 애착을 가지는 것이므로 이를 박탈하는 형벌의 예고는 범죄자에게 최대의 경고가 될 것은 자명한 사실이어서 범죄에 대한 강력한 억지력을 가지지 않을 수가 없다. 따라서 인간의 생명을 보호하기 위하여 살인과 같은 행위에 대해 무거운 형벌 즉, 사형을 과한다는 것을 미리 예고함으로써 살인행위를 방지하지 않으면 안 된다고 하는 것이 일반적인 견해로서 사회의 안전을 위해 사형은 필요하다는 것이다.⁴⁴⁾

사형제도의 존치가 범죄억지력을 가진다는 논거는 첫째, 생명박탈의 불회복성 및 치욕적인 죽음이 자기보전을 위한 본능에 호소하여 특별한 위하력을 발휘한다는 것이다. 둘째, 사형의 영구적인 존재가 국민의 윤리 감정에 침투하여 위하력을 계속 갖거나 또는 형벌의 가혹성에 의해 심어진 공포심이 습성적으로 억지력을 갖는다는 점이다. 셋째, 사형으로 박탈된 생명은 영원히 회복될 수 없다는 점이다.⁴⁵⁾

하지만, 조사에 의하면 사형은 그 잔혹성에 비하여 일반인이 기대하는 것과 같은

44) 배기연, "사형제도에 관한 고찰", 조선대학교대학원 석사학위논문, 1999, 39-40면.

45) 정아영, "사형폐지론에 관한 연구", 인하대학교대학원 석사학위논문, 1991, 23면.

범죄예방의 효과, 즉 범죄억지력이 없다고 한다. 사형존치론의 가장 유력한 논거가 되는 예방의 효과에 대하여 여러 실증적 연구결과는 위하력에 의한 일반 예방적 효과가 다른 형벌에 비하여 큰 차이가 없다는 것이다. 예를 들어, 정치범에 관하여는 혁명을 행한 자는 온몸을 사회에 바침으로써 목적을 달성하게 되므로 혁명자에게는 사형은 위하가 아니라 오히려 순교자의 영광이라 할 수 있다.⁴⁶⁾ 특히 사형폐지국과 존치국 사이의 살인사건 발생율을 비교한 연구의 결과 사형의 일반예방적 효력이 없다는 점이 증명되었다고 한다.

2. 응보의 관점을 근거로 하는 견해

사형의 본질을 응보로 하고 흉악한 범죄인에게는 사형을 선고해야 한다고 하는 것이다. 즉 사형은 특히 공격적인 범죄에 대한 사회의 도덕적 분노의 표현이며, 이러한 기능은 법에 의하여 지배되는 사회의 안정성을 증진함에 있어서 본질적이고 중요한 역할을 수행한다고 한다. 사형에 의하여 대응하지 않을 수 없는 흉악한 범죄에 대하여 사형을 과하는 것은 적절하고 필요한 형벌이다. 따라서 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이라 할 수 없고 응보의 이념에 바탕을 둔 형벌은 인간을 다른 목적을 위한 도구로 취급한 것이 아니라는 의미에서 인간의 존엄과 가치를 인정하는 형벌로 보는 것이다.⁴⁷⁾ 이 응보를 이유로 사형의 존치를 주장하는 것은 비열한 동기, 방법으로 타인의 생존을 말살한 자는 사형으로 응분의 대가를 받아야 마땅하다는 것으로, 사형을 일반국민의 응보관념과 정의 관념에 부합된다고 보고 있는 것이다.⁴⁸⁾

하지만, 형벌은 형벌 그 자체로 끝나서는 안 되고 범죄로부터 사회를 방위하기 위한 목적에 기여할 때에 비로소 그 실천적 의의가 있는 것이므로, 행위책임을 한도라고 해서 이번에는 일반예방과 특별예방이라는 신과의 형벌목적과 접목되어야 한다. 입

46) 김동환, “사형제도에 관한 고찰”, 경남대학교 대학원 석사학위논문, 1984, 35면.

47) 정아영, 앞의 논문, 26면.

48) 배종대, 앞의 책, 644면.

법자나 법관·검사·교도관과 같은 범집행자는 일반인의 범죄예방과 범죄인의 교정을 위하여 무엇이 가장 효과적인 형벌수단인가 하는 합목적성의 검토에 항상 고심해야 할 것이다. 따라서 응보의 관점에서 사형제도의 존치를 주장하는 것은 타당하다고 보기 어렵다.⁴⁹⁾

3. 국민의 법감정과 법적확신의 관점을 근거로 하는 견해

사형존치론을 주장하는 견해는 아직은 국민적 법률관념이 사형을 요구하고 있다는 주장을 하고 있다. 사람을 죽인 자는 그 생명을 박탈해야 한다는 것이 이것은 국민일반이 가지고 있는 법적 확신이라고 보는 것이다. 그러므로 살인죄에 대한 형벌로서 사형은 당연한 시대적 요청이며, 현재의 조건으로 사형은 존치해야 한다는 이론이다. 즉 이 생각은 민족적 법률관념이며 국민의 법적 확신을 근거로 하는 것이다. 여기서 민족적 법률관념은 시대적 여러 가지 사정에 따라 결정되고 영향을 받는 것이므로, 민족문화의 심화된 분위기에 따라 스스로 느껴지게 되는 것이라고 한다. 따라서 사형폐지는 민족적 관념이 사형이 필요가 없게 되었음을 확신할 때에 실행이 가능하다고 전제할 때 사형의 존폐에 대한 사실상의 결정은 국민일반이 가지고 있는 응보관념 또는 확신에 달려있는 것이다. 결국 이 논거는 사형은 흉악하고 위험한 범죄인으로부터 국가 사회를 방위하기 위한 가장 효과적인 대응방안이라고 주장하고 있는 것이다.⁵⁰⁾

이와 같이 국민적 감정에 기인한 사형에의 집착은 국민들이 형벌적 의의를 이해하고 형성된 합리적인 신념이 아니라, 복수와 응보라는 전근대적 관념에 기인되는 것이다. 이런 전근대적 관념에 기인한 사형제도는 문화, 교육, 경제적 면에서 문화국가를 지향하는 오늘날에 있어서 필요악적인 존재가 아니라 할 수 없다. 그러나 우리나라의 경우, 북한과의 긴장관계 속에서 국가의 존립이 위협받는 상황 하에 있으며,

49) 임웅, 앞의 책, 49면.

50) 배기연, 앞의 논문, 38-39면.

권위주의적인 정치문화의 전통이 강하게 작용하는 현실에 있다. 따라서 전 국민적 의분을 유발케 한 범죄인에 대하여 사형이 인정되어야 한다는 국민적 요청이 특히 강할 것으로 판단된다.⁵¹⁾

하지만, 국민의 법적확신, 즉 민족적 법률관념은 시대적 사조의 영향에 따라 변화한다. 사형존치론자들은 국민의 의식이나 법적 확신이 사형폐지에 이르지 못하고 있어 시기상조라고 하나 민중의 법의식이나 법률적 관념은 항상 고정되어 있는 것이 아니라 변화되고 있는 것이다. 예컨대 흉악범죄가 언론매체를 통하여 보도되면, 민중은 흥분하고 분개하여 사형집행을 요구 하게 되지만 시간이 지남에 따라 민중은 차츰 동정심이 우러나 사형판결에 대한 사형집행이 전개되게 된다. 따라서 사형존치론자들이 민족적 법률관념을 이유로 사형의 존치를 요구 하는 것은 시대관념에 뒤떨어진 사고이며 현대의 문화국가 이념의 형벌에서는 용납될 수 없다고 봐야 한다.⁵²⁾

4. 검토

종래 우리나라에서 사형의 존치를 주장하는 견해들은 대개 아직 사형폐지는 시기상조라고 한다.⁵³⁾ 사형제도는 궁극적으로 폐지되어야 한다고 보지만 사회구성원의 보편적 승인 내지 내면적 동의에 터 잡지 않은 형벌론은 생명력이 없으므로 국민의 법의식이 여전히 사형을 자명하고 필연적인 형벌로 받아들이고 있는 이상 아직 사형을 폐지할 때가 아니라는 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 관점에서 시대상황이 현저히 변화되어 사형이 지닌 위하력이 범죄예방효과가 없음이 입증되거나 국민 다수의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 될 때에 비로써 사형제도는 폐지될 수 있을 것이라

51) 박영신, 앞의 논문, 20면.

52) 박영신, 앞의 논문, 31면.

53) 이러한 내용에 대해서는 신양균, 앞의 논문, 620면 이하 참조.

54) 김기춘, 형법개정시론, 1984.21면. 같은 취지로는, 김영옥, “우리나라의 사형현황과 개선방안” 인문사회과학연구(호남대학교 인문사회과학연구소) 제4집, 1997, 332면; 오선주/이병희, “사형존폐론에 관한 비판적 고찰”, 법학논집(청주대 법학연구소) 제15호, 1999, 56면.

고 주장하기도 한다.⁵⁵⁾

반면 적극적으로 사형의 존치를 주장하는 입장도 있다. 즉 사회보호의 측면, 사법정의의 실현, 형사사법비용의 절감이라는 측면에서 사형이 현실적으로 필요하다고 보는 것이다. 이러한 입장에서는 사형제도는 인위적으로 폐지시키려는 노력보다는 자연적으로 그 수명이 다하기를 기다리는 옳으며, 사형에 해당하는 범죄자가 더 이상 나타나지 않을 때 사형제도는 그 수명을 다하여 폐지될 것이라 한다. 하지만 그러한 현상이 선행되기 전에 사형을 먼저 폐지시킨다는 것은 적의 침략을 목전에 두고 무기를 버리는 병사의 태도와 다를 바 없다고 본다고 하여 사형제도의 필요성을 주장하기도 한다.⁵⁶⁾

하지만, 일반예방이나 특별예방의 관점 그리고 국민의 법감정이나 응보의 관점에서 사형의 존치를 주장하는 견해들의 비판점을 보면 사형은 단계적 폐지의 과정을 밟기보다는 조속한 시일 내에 폐지되는 것이 이론적으로 정당성이 있는 것이라 판단된다.

제2절 사형 폐지론의 전개와 논거

1. 사형폐지론의 근거

(1) 형벌의 목적에 근거하는 폐지론

형벌의 목적은 단순한 응보일 수는 없다. 범인을 교화하여 재사회화하는 것도 형벌의 본질의 중요한 내용이다. 그렇다면 사형은 형벌의 본질에 반하는 것이며 폐지

55) 김종덕, “사형제도의 개선방안”, 법학연구 제20집, 2005, 43면

56) 김진혁, “사형제도에 관한 연구”, 교정연구 제21호, 2003, 214면.

되어야 할 성격의 것이라 할 수 있다. 오히려 범죄의 예방과 억제, 범죄인의 교정과 교육, 피해자의 분노 등 모든 과제를 달성 할 수 있는 사형에 대체할 수 있는 중신형 등을 과하는 것이 나올 수 있다는 것이다.

(2) 오판을 근거로 하는 폐지론

사형폐지론의 가장 큰 근거 중 하나는 법원의 판단에는 오류가 있을 수 있는데 사형의 선고되는 경우 오류가 시정될 수가 없다는 것이다. 과거에 실제 오판에 의하여 형장의 이슬로 살아져간 억울한 죽음들이 있었다. 이들 사례들을 간략히 고찰한다.⁵⁷⁾

가. 오희웅 사건

오희웅은 1974년 8월 30일 심야에 불륜관계에 있던 유부녀의 교사를 받아 그녀의 남편과 두 아들을 목 졸라 죽였다는 혐의로 기소되어 1976년 2월24일 대법원에서 사형이 확정되었고 1979년 9월 13일 서울구치소에서 처형되었다.⁵⁸⁾ 그는 재판정에서 일관하게 범죄사실을 부인하였다. 오희웅은 법정에서 수사기관의 고문에 의해 범행을 자백한 것이라고 주장하였고, 지문 등 사건에 관련된 물증은 전혀 확보되지 아니하였다. 그러나 공범관계인 두 모 여인의 증언이 가장 큰 영향을 주었는데, 두씨는 1심 재판 도중 교도소에서 돌연 자살하고 말았다. 실체적 진실을 규명하기 위한 것이 형사절차의 중요한 이념이라고 한다면 유력한 증거의 상실은 피고인에게 이익이 되는 방향으로 재판을 종결하는 것이 되어야 한다. 그러나 1심, 항소심과 상고심 모두 오희웅의 유죄를 인정하고 세 차례의 재심 신청은 모두 기각되었다. 오희웅은 마지막으로 “저는 절대로 죽이지 않았습니다. 저의 유언을 가족에게 꼭 전하여 제가 죽은 뒤에라도 누명을 벗도록 해 주십시오. 여기 검사, 판사도 나와 있지만 정신 바짝 차려서 저와 같이 억울하게 죽는 이가 없도록 해 주십시오 이런 엉터리 재판 집

57) 이들 사례에서 대해서는 이덕인, “사형폐지의 정당성-사범살인과 오판에 의한 사형-”, 중앙법학 제12집 제2호, 2010, 130면 이하를 참조하였다.

58) 이하 오희웅 사건에 대해서는 이덕인, 앞의 논문, 130면.

어치십시오!”라고 유언을 남기고 교수대의 이슬로 사라졌다.⁵⁹⁾

나. 김인제 사건

여자 친구를 살해한 혐의로 친구 대신 사형수가 되어 9년간을 사형수로 복역한 이 사건은 오판에 의해 사형이 선고된 전형적인 사례라고 할 수 있다.⁶⁰⁾ 김인제는 가난한 집안에서 태어나 중학교 때 아버지를 여의고, 주경야독으로 공고를 졸업한 청년이었다. 졸업 후 출판사에서 착실하게 직장생활을 하며 자신의 미래를 성실하게 준비하고 있었고, 부유한 집안의 여자 친구와 약혼까지 하게 되었으나, 조건의 차이 등을 들어 일방적으로 파혼을 당한다. 모욕감과 절망으로 시간을 보낸 후 마지막으로 약혼녀를 만나는 자리에서 다툼이 있었고 함께 있던 그의 친구가 우발적으로 약혼녀를 살해하게 된 것이다. 그러나 그녀를 살해할 마음도 살해하지도 않은 그는 모든 죄를 뒤집어쓰고 1994년 10월, 사형을 선고 받았다. 그녀를 실제로 살해한 친구는 무기수가 되어 지금도 복역 중에 있는데, 그가 김인제에게 보낸 속죄의 편지가 우연히 김인제의 담당 교화위원에게 전달되어, 2002년 12월 무기징역으로 감형이 되는 하였으나 여전히 그는 수형자의 신분으로 교정시설에 감금되어 있다.

나. 최은수 사건

최은수는 1980년 8월 11일 새벽 3시 30분쯤 경기도의 한 농협 사무실로 들어가 숙직중인 2명의 직원을 카빈소총으로 사살하고 금고를 털려다가 달아난 혐의로 기소되어 재판을 받았으며, 1981년9월 22일 상고 기각으로 사형이 확정되었고, 1985년 10월31일 서울구치로에서 사형이 집행되었다.⁶¹⁾ 그는 경찰과 검찰에서는 범행을 할 수 없이 시인했으나 재판장 앞에서는 바른 말을 하겠다고 결심하고 1심부터 일관되

59) 조갑제, 사형수 오희웅 이야기, 한길사, 1986. 251면 참조.

60) 김인제 사건에 대해서는 이덕인, 앞의 논문, 131면 참조.

61) 최은수 사건에 대해서는 이덕인, 앞의 논문, 130면 이하 참조.

게 범행을 부인하였으며, 형 확정 뒤에도 재심청구를 되풀이 하였다.

이 사건은 목격자도 없는 상황이었고, 따라서 범죄 사실은 객관적으로 판단하기 어려운 처지에 놓여 있었다. 검찰은 모범 경찰관이었던 그가 노름빚을 갚기 위해 범행을 저질렀다고 주장하였다. 그러나 검찰이 내세운 증거인 ‘열쇠 꾸러미’는 끝끝내 나타나지 않았고, 노름빚을 졌다는 사람 또한 삼청교육대에 들어가 있어 증언을 받을 수 없었다. 후에 피고인을 면회 온 노름빚을 졌다는 그 사람은 “그런 사실이 없다”고 증언하였으나, 상고는 기각되었다. 그는 당시 진범이 따로 있다며 재심신청을 하였고, 이를 정밀 검토한 서울지방변호사회는 법률구조사업으로 그의 무죄에 대한 재심청구를 맡고 나섰으나, 구명운동 중 처형되어버렸다. 최은수 역시 사형장에서 “오관한 판·검사와 위증한 자의 죄를 용서 하소서”라는 기도를 남기고 처형되었다.⁶²⁾

(3) 정치적인 악용을 근거로 하는 폐지론

사형폐지의 또 하나의 가장 유력한 근거 중 하나가 사형제도가 종래 정치적 반대파를 제거하기 위한 수단으로 악용되어 왔다는 점이다. 사형제도는 국내외를 막론하고 역사적으로 정권유지와 강화를 위한 사법살인 또는 사법학살의 수단으로도 악용된 바 있다. 이러한 예 중 대표적인 것이 조봉암사건과 조용수 사건이다.

가. 조봉암 사건

조봉암 사건 역시 사형이 정적을 제거하기 위한 수단으로 이용된 대표적인 사례이다.⁶³⁾ 민간인에 대한 수사권이 없는 군의 정보기관을 통해 불법한 인신구속이 자행되었고, 보강증거에 의해 보충되지 아니한 자백에 기초하여 사형이 선고되었다. 정권에 위협이 되는 인물을 법의 이름으로 살인하기 위해 형사소송법상 증거재판주의의 일반 원칙은 휴지조각이 되었다. 사건의 1심 법원은 공소사실을 입증한 증거가 불충분하여 국가변란과 간첩혐의를 인정하지 않았으나, 이승만은 스스로 민주주의를 신봉

62) 이덕인, 앞의 논문, 131면.

63) 여기에 대해서는 이덕인, 앞의 논문, 125-126면 참조.

한다고 말하면서 삼권분립의 원칙에 어긋난 게 법원의 판결에 개입하는 지시를 내렸다. 이 사건은 사법 살인의 결과가 그러하듯 항소심을 거쳐 대법원에서 사형이 확정된 후 재심청구의 기회조차 기각한 채 서둘러서 집행되어 버렸다. 이승만 정권의 사법살인은 정치적 영향력을 지닌 사람뿐 아니라 일반인에 대해서도 자행되었다. 대북 공작원으로 북과 된 후 이중간첩교육을 받고 남하하여 자수한 사람에 대해 수사권 없는 기관이 불법한 장기구금상태에서 불법수사를 하고 군검찰에 송치한 후 군법회의에 기소하면서 의도적으로 증거서류를 조작하여 사형판결을 내리기도 하였다.

일제 강점기 잔재에 대한 청산에 실패한 이승만 정권은 정부수립을 전후 한 시기에 좌익과 우익 간의 대립이 격화되자 독재정권의 강화를 위해 사회질서를 유지한다는 명분 아래 강력한 반공정책을 국시로 삼아야 했다. 이러한 정권의 성격상 정권에 반대하는 세력은 용공 내지 친북세력으로 규정하여 처벌하려 하였다. 한국전쟁이 발발하나 후 과거 자신에게 반대하던 인사가 피난하지 못하고 서울에 남아 동조장을 피하고 평화적으로 전쟁을 종식시키려 노력하였던 행위를 편향적으로 해석하여 객관적인 사실관계를 왜곡하고 설치 근거와 법관 자격이 없는 군사법원에 의해 사법살인을 저지르게 된 것이다.⁶⁴⁾

나. 조용수 사건

민족일보 조용수사건도 사형이 반대세력을 제거하기 위하여 정치적으로 악용된 사례의 하나이며, 소급입법인 ‘특수범죄처벌에 관한 특별법’을 적용하여 사회적 반대세력을 제거하는 군사정권의 계획의 일환이었다.⁶⁵⁾ 군인의 신분으로 불법하게 권력을 찬탈한 박정희정권은 자신들이 정체성을 도전하는 세력을 제압하기 위해 희생양을 필요로 하게 되었다. 그러나 이 사건은 처벌의 법적 근거가 형벌불소급의 원칙에 위배되는 것은 물론이고, 소급입법을 시대적 상황에 비추어 허용하더라도 무리한 법

64) 이덕인, 앞의 논문, 125면.

65) 여기에 대해서는 이덕인, 앞의 논문, 126면 이하 참조.

해석을 가하여 사실관계를 왜곡하고 증거에 의한 재판은 철저하게 배제되었다.

이 시기 형사사건 관여자들은 피고인 진술과 최후진술, 변호인 신문권, 변호권의 박탈과 심한 제한, 상소심에서의 사실심리 생략 등, 공판심리절차에 있어 중대한 하자가 있었다는 점을 알고 있었고, 고의적이거나 적어도 미필의 고의가 있는 상황 아래 전격적인 사법살인이 단행되었다.⁶⁶⁾ 이 시기 사법살인의 대표적인 사례로 거론되는 인혁당 사건은 2005년 12월 27일 법원의 재심결정 후 2007년 1월 23일 서울지방법원 형사합의 23부에 의해 무죄가 선고되었다.⁶⁷⁾

(4) 불평등을 근거로 하는 폐지론

이는 사형제도가 불공평한 제도이므로 폐지해야 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 사형을 선고받는 사형수에 대한 연구와 분석에 의하면 사형수는 대부분이 약'이다. 즉 부자보다는 가난한 자, 지위가 있는 자 보다는 없거나 낮은 자, 교육을 받은 자 보다는 못 받거나 덜 받은 자, 백인보다는 흑인이나 유색인종이 더 많다. 따라서 같은 살인을 하였어도 강자보다는 약자가 사형에 의해 희생됨으로써, 이는 정의도, 공평도 아닌 엄연한 차별이라는 것이다. 이외에도 사형은 정치적 반대세력, 소수민족, 종족, 종교 및 소외집단에 대한 탄압도구로 빈번히 악용되어 왔기 때문에 폐지되어야 함이 마땅하다. 또한 사형은 국가의 폭력으로서 또 다른 폭력을 불러올 수 있고, 범죄라는 것이 개인적 원인과 사회적 원인의 결합으로 발생한다는 것이 오늘날의 지배적 견해로 되어 있는데, 사형은 후자에 속하는 범죄원인을 무시하는 불합리한 형벌이므로 폐지되어야 함을 주장하고 있다.⁶⁹⁾

66) 이덕인, 앞의 논문, 127면; 2007년 상반기 조사보고서, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 707-738면; 2008년 하반기 조사보고서, 진실·화해를 위한 과거사정리위원회, 421-456면.

67) 여기에 대해서는 박홍규, “인혁당 재건단체 사건과 법”, 천주교인권위원회(편), 사법살인 1975년 4월의 학살, 학민사, 2000, 229-242면 참조.

68) 박영신, 앞의 논문, 26면 이하 참조.

69) 배종대, 앞의 책, 813면.

2. 국내의 사형 폐지론의 전개

(1) 각 학자들의 견해

가. 배종대 교수의 견해

배종대 교수는 우리나라의 사형제도 관하여 다음과 같이 논평하고 있다. “정치는 왜 사형제도를 놓지 않으려고 하는 것일까. 그것은 사형이 정치하는 데 매우 유용한 수단이 되기 때문이다. 그리고 그 내용은 현실적인 것일 수도 있고 또한 상징적인 것일 수도 있다. 실제로 써먹는 일은 많지 않더라도 든든한 무기를 갖고 있는 사람의 마음은 편안할 수 있다. '만일의 경우'를 생각하면 늘 불안하고 따라서 포기할 수 없게 된다. 그래서 붙들고 있다. 개인이나 정치집단이나 그 심리는 다 비슷한 모양이다. 그러나 정치수단 또는 정치무기로 사용되는 사형이란 분명히 잘못된 결합으로서 이 연결고리를 어떻게 끊을 수 있는가에 우리나라 사형폐지의 운명은 달려 있다고 할 수 있다. 결국 사형을 정치수단으로 삼지 않아도 되는 '좋은 정치상황'이 되었을 때 사형은 폐지될 것으로 기대된다. 두 가지 방법이 가능하리라고 본다. 첫째, 좋은 정치상황이 될 때까지 기다리던가 아니면 둘째, 비록 좋은 정치상황은 아니더라도 정치 스스로 계몽되어 자발적으로 이 연결고리를 끊는 방법이 있다. 전자 보다는 차라리 후자의 방법에 기대를 걸고 싶다. 가장 손쉬운 해결방법은 정치적 결단이며, 특히 우리나라에서는 이러한 경향이 강하다고 할 수 있다. 사형제도를 점차적으로 개혁하는 방법으로는 사형범죄의 축소, 사형선고의 제한, 사형집행의 유보 등이 있다. 이런 방법이 사형폐지의 징검다리 역할을 할 수는 있겠지만 궁극적 대안이 되기는 어렵다.”⁷⁰⁾

70) 배종대, 앞의 책, 813면 참조.

나. 김일수 교수의 견해

사형폐지론자인 김일수 교수는 다음과 같은 견해를 피력하고 있다. “사형제도는 명백히 인간의 존엄성 보장요구에 반할 뿐 아니라, 형사정책적으로도 무의미한 응보 사고의 잔재에 불과하다. 사형으로 범죄 진압을 꾀할 수 있다는 생각은 오늘날의 민주헌법질서의 이념과 일치할 수 없는 독선적 사고일 뿐만 아니라 자유적·합리적·인도적 형사정책의 노력을 선불리 포기하려는 미신적 사고의 잔재라고 할 수 있다. 이런 이유에서 사형은 마땅히 폐지되어야 한다고 생각한다. 그나마 1989년 5월 30일 우리나라에서도 범조인과 종교인들을 주축으로 사형폐지운동협의회가 발족된 것은 참으로 고무적인 일이다. 또한 1996년 11월 28일자 헌법재판소의 사형제도의 위헌 여부에 대한 결정(헌재 1996.11.28, 95 헌바 1)에서 다수의견은 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대해 행위자의 생명을 부정하는 사형을 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라는 취지에서 합헌이라는 입장을 취했다. 그러나 재판관 김진우·조승형의 반대의견은 다같이 사형이 헌법 제10조에서 확인된 인간의 존엄과 가치를 침해할 뿐만 아니라 헌법 제37조 2항 단서의 본질적 내용침해금지에 반하여 위헌이라는 입장을 취했다. 필자가 고무적으로 생각하는 것은 이 결정에서 소수의견이 논증과 설득력에서 다수의견을 압도한다는 점이다. 사형 없는 형법문화와 사형 없는 사회의 지평이 멀지만은 않다는 느낌이다. 사형제도가 존속되는 동안이라도 우선은 브라질·인도네시아·이스라엘 등과 같이 사형범죄의 범위를 축소시키는 방법, 벨기에처럼 명문으로는 사형제도를 규정하되 현실적인 시행은 억제하는 방법, 중국처럼 일정기간 사형의 집행을 유보한 뒤 그 기간이 지나면 무기형으로 전환하는 등 사형집행을 제한하는 방법, 스위스 균형법처럼 사형선고에 법관의 전원일치를 요구하는 등 사형선고를 제한하는 방법 등을 도입하여 사형폐지의 방향으로 개선해 나가야 할 것이다.”⁷¹⁾

71) 김일수, 형법총론(제11판), 박영사, 2006, 732-733면 참조.

다. 오영근 교수의 견해

오영근 교수는 사형제도의 정당성에 대하여 다음과 같이 말한다. “사형폐지국가에서도 국민들이 사형을 폐지하는 데에 찬성한 국가는 없었다. 우리 사회의 정치·경제·사회·교육적 수준을 볼 때, 사형폐지를 시기상조라고 볼 수도 없다. 따라서 사형존치는 거 중 유일하게 설득력이 있는 것은 사형의 범죄예방효과이다. 일반국민들이 사형존치에 찬성하는 가장 중요한 이유도 응보보다는 사형의 범죄예방효과에 대한 믿음이라고 할 수 있다. 그리하여 사형의 일반예방효과를 실증적으로 증명해 보려는 시도도 있었다. 그러나 실증적 연구들도 사형의 범죄예방효과에 대해 일치된 결론을 내지 못하고 있다.⁷²⁾ 사형은 특별예방의 목적을 포기하는 것이고, 응보나 일반예방의 관점에서 인정된다. 그러나 응보는 국가가 지향해야 할 목표라고 보기 어렵다. 사형의 범죄예방효과가 명백히 증명되지 않는다면 일반예방도 사형의 존치근거로서는 부족하다. 사형이 없어지면 잠재적 범죄인들이 살인을 감행할 수도 있다는 추상적 가능성 때문에 구체적·현실적으로 범죄인의 생명을 빼앗는 사형을 인정하는 것은 부당하다. 국가가 사람을 살해하는 행위가 정당성을 인정받을 수 있는 경우는 다른 사람의 생명에 대한 명백하고 현존하는 위협을 제거하는 경우이다. 이는 일반인들에게 살인을 허용하는 경우와 다를 것이 없다. 일반예방효과 혹은 범죄예방효과라는 개념은 생명에 대한 현존하고 명백한 위협으로부터 생명을 보호하는 것이라는 개념에 비해 그 강도가 너무 약하다. 이런 의미에서 사형의 정당성을 인정하기는 어렵다.”⁷³⁾

그리고 오영근교수는 사형범죄를 축소하고 사형제한제도를 도입해야 한다고 주장한다. “모든 사형을 폐지하지 못하는 경우라도 모살 그 중에서도 중대한 모살을 수반하는 범죄에 대해서만 사형을 인정해야 한다. 따라서 이러한 경우 이외에 사형을 인정하는 형법 및 형사특별법상의 규정들은 하루 속히 삭제되어야 한다. 사형을 존치하더라도 사형선고의 만장일치제와 사형의 집행유예제도를 도입해야 한다. 형법개

72) 오영근, 형법총론(보정판), 박영사, 2007, 747면.

73) 오영근, 앞의 책, 748면.

정법률안은 사형의 제한방법 중에서 가장 의미 없는 사형선고의 신중을 촉구하는 규정만을 두었는데 좀 더 적극적이라 할 수 있는 사형선고의 만장일치제와 사형의 집행유예제도 등도 도입해야 한다. 사형선고의 만장일치제는 소수의견이 다수의견을 지배하는 결과가 되어 의문이 있다는 견해가 있으나, 의결권자의 3분의 2이상의 찬성을 요하도록 하는 것은 모두 소수의견이 다수의견을 지배하는 성격을 지니고 있음에도 불구하고 헌법 등 여러 가지 법률에 규정되어 있다. 이것은 신중한 결정을 하도록 요구하는 사항들에 대한 것인데 사형의 심각성을 고려할 때 사형에 반대하는 소수의견이 사형에 찬성하는 다수의견을 지배한다고 하여 전혀 이상할 게 없다.”⁷⁴⁾

3. 검토

우리의 다수의 학자들의 견해는 사형은 폐지되어야 하는 것으로 보고 있다. 형벌의 목적에 비추어 보아도 정당성을 갖기 어려우며, 실증적 연구들도 사형의 범죄예방효과에 대해 확실한 결론을 도출하지 못하고 있다. 사형은 특별예방의 목적을 포기하는 것이고, 응보나 일반예방의 관점에서 인정되지만, 응보는 국가가 지향해야 할 목표라고 보기 어렵다. 사형의 범죄예방효과가 명백히 증명되지 않는다면 일반예방도 사형의 존치근거로서는 부족하다. 실제 사형이 폐지된 국가에서 범죄율이 증가하지 않았다는 통계를 보면 과연 사형의 위하적 효력 또는 범죄예방의 효과가 어느 정도인가에 대하여 의문을 품지 않을 수 없다.

사형이란 분명 인간의 존엄성에 관한 헌법규정에 반하는 것이라 할 수 있고, 범죄예방효과와 관련하여 형사정책적인 측면에서도 큰 의미를 갖기 어려운 것으로 판단된다. 사형을 존치함으로써 그 위하력을 통하여 범죄를 제지하겠다는 생각은 오늘날의 자유주의적·인도주의적 형사정책과는 부합하지 않는다. 일부 사형존치론자들은 국민의 법감정이나 사형의 일반예방효과 내지 피해자의 응보감정 등을 고려할 때 사형 폐지는 아직 시기상조라고 한다. 그러나 지난 10년간 국내에서 사형집행이 이

74) 오영근, 앞의 책, 748면.

루어지지 않은 점을 고려하면 시기상조라는 주장은 큰 설득력이 없는 것으로 판단된다. 국내에서 사형이 집행되지 않은 기간 동안 범죄율의 증가는 없었다는 점도 사형폐지론의 근거로서 의미 있는 지표인 것으로 판단된다. 사형제도는 형벌이론의 관점에서도 정당성을 상실하고 있으며, 실제 통계측면에서 범죄예방효과는 거의 없는 것으로 판단됨으로 조속히 폐지하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

제6장 사형 폐지론의 동향과 사형의 대체수단

제1절 사실상의 사형 폐지와 사형 폐지의 정당성

사형은 오래된 형벌이며 사형의 존속과 폐지를 둘러싼 학계의 논쟁 역시 오랜 역사를 가지고 있다.⁷⁵⁾ 국내의 동향을 보면 다수의 학자들이 사형제도의 폐지에 찬성하고 있다. 일부는 단계적 폐지를 주장하기도 한다. 폐지론의 입장을 보면, 사형은 국가 이전의 인간의 천부적 권리이자 헌법상 모든 기본권의 본질적 부분인 생명권을 박탈하는 것이고, 사회방위라는 국가목적을 위하여 인간을 수단으로 사용하며, 형벌목적 달성을 위한 수단의 적합성, 피해의 최소성 등 원칙을 충족시키지 못하고, 형벌의 교육적 기능을 포기한 것이라는 점 등을 근거로 한다.⁷⁶⁾

1996년 헌법재판소 결정⁷⁷⁾에서 반대 견해에도 사형폐지에 관한 이러한 견해는 개진된 바 있다. 즉, “헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 이는, 극악한 범죄를 범함으로써 스스로 인간임을 포기한 자라도 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 있는 인간존재인 한, 그 에 대하여도 피해자 내지 그 가족 또는 사회의 보복감정을 충족시키기 위해서 또는 유사 범죄의 일반적 예방이라는 목적의 달성을 위해서 비인간적인 형벌을 적용해서는 아니 된다는 것을 의미한다. 그런데 형벌로서의 사형은 자유형과는 달리

75) 사형폐지론에 대한 자세한 것은 단도 시케미즈 저/김희진 역, 사형폐지론, 한국사형폐지운동협의회, 2001 참조.

76) 조국, 앞의 논문, 313면 참조.

77) 헌재 1996.11.28, 95헌바1.

사형선고를 받은 자에게 개과천선할 수 있는 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 형벌제도로써 개인을 전적으로 국가 또는 사회전체의 이익을 위한 단순한 수단 내지 대상으로 삼는 것으로서 사형수의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 사형 제도는 나아가 양심에 반하여 법 규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔 수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다.”⁷⁸⁾

현재의 국내에서 다수의 학자들의 견해와 소수의 헌법재판관들의 견해는 사형제도는 위헌이며 폐지해야 한다는 것이다. 그러나 이러한 사형폐지의 견해를 입법에까지 이르지 못하고 있으며, 우리 헌법재판소도 아직은 사형이 합헌이라고 한다. 그러나 1997년 12월 30일 이후 한국에서는 10년 이상 사형집행이 유예되어, 한국은 ‘사실상의 사형폐지국’이 되었다. 그런데 사형집행이 이루어지지 않은 10년간 살인사건이 급증하는 현상은 나타나지 않았으며, 오히려 2002년 이후부터는 살인사건이 줄어들고 있음을 확인할 수 있으며, 사형의 존재 또는 사형집행이 살인을 억지한다는 가설은 근거가 약하다는 점을 확인할 수 있다.⁷⁹⁾

우리 헌법재판소는 1996년 결정에서 사형의 위헌이 아니라고 판단했다. 헌법재판소의 판단과 별개로 국민적 합의에 바탕하여 입법부에 의하여 사형폐지가 이루어질 수 있다. 헌법재판소의 다수의견도 한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 거의 없게 된다거나 국민의 법 감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야”한다는 입장을 밝힌 바 있다.⁸⁰⁾ 물론 이는 사형폐지가 정당하기는 하나 아직 시기상조라는 시기상조론의 반복이라 할 수 있다. 하지만, 사형폐지가 시기상조라는 견해는 이미 오래된 것이다. 실제 사형을 폐지한 여러 선진국이 폐지시기에 헌법재판소의 다수의견이 요구하는 요건을 갖추고 사형을 폐지한 것은 아니며, 아무리 극악한 범죄인이라고 하더라도 그의 생

78) 현재 1996.11.28, 95헌바1 김진우 헌법재판관의 반대견해.

79) 이러한 내용에 대해서는 조국, 앞의 논문, 314면 참조.

80) 현재 1996.11.28, 95헌바1.

명권 박탈을 허용할 수 없다는 가치적 결단으로 사형을 폐지한 것이다.⁸¹⁾

이러한 관점에서 보면, 국내의 사형폐지에 관한 견해의 동향은 다수의 학자들은 조속히 사형이 폐지되어야 한다고 보나, 일부 학자들과 헌법재판소의 입장은 사형폐지는 궁극적으로 정당하나 아직은 시기상조라고 보는 입장이다. 그러나 사형의 시기상조론은 동의하기 어려우며, 사형은 조속한 시일 내에 폐지되는 것이 타당하리라 생각된다.

제2절 사형의 대체수단과 대체형벌⁸²⁾

1. 사형의 폐지와 사형의 대체수단의 필요성

국내에서는 최근 사형폐지가 이론적 당위성을 가질 뿐만 아니라 현행 헌법해석상 위헌이라고 한다.⁸³⁾ 국가공권력이 아무리 훌륭한 목적을 수행하기 위한 것이라도 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용까지 침해하면서 행사될 수 없는 것이고, 여기서 본질적 내용의 침해는 그 침해로 인하여 관련된 국민의 자유의 권리의 행사가 영구히 회복이 불가능한 경우에 인정되는데, 생명의 침해는 한 번의 영구히 회복이 불가능하기 때문에 국가 공권력에 의한 생명의 침해는 항상 헌법 제37조 2항 후단에 반하게 된다는 것이다.⁸⁴⁾

하지만, 사형폐지론 가운데에도, 흉악범죄의 피해자와 그 가족들이 범인을 사형에 처할 것을 강력히 요구하는 경우가 많으므로, 인간의 존엄성에 반하는 잔인한 극형

81) 여기에 대해서는 조국, 앞의 논문, 315면 참조.

82) 신양균, 앞의 논문, 631면 이하.

83) 한인섭, “역사적 유물로서의 사형-그 법이론적, 정치적 검토”, 사목 제246집, 70면 이하.

84) 이러한 내용에 대해서는 신양균, 앞의 논문, 625면 참조.

인 사형을 폐지하려면 그러한 국민정서를 고려하여 피해자의 응보감정을 어느 정도 해소할 수 있는 대안이 필요하다는 견해가 유력하다.⁸⁵⁾ 즉 사형폐지의 대체수단을 전제로 사형폐지를 주장하기도 하는 것이다. 예를 들어, 절대적 종신형을 사형의 대체수단으로 주장하는 입장에서는 현재 한국의 무기형은 사형을 대체할 만한 필요·충분한 형벌로서의 조건을 갖추어 못하고 있다고 하면서,⁸⁶⁾ 남북 간의 특수한 사정과 국민의 응보감정 내지 범감정에 주로 호소하는 사형제도 존치론자들이 득실대는 한국에서 사형제도의 폐지는 사실상 어렵게 보인다고 하면서 절대적 종신형을 그 대안으로 제시하기도 한다.⁸⁷⁾ 사형폐지의 타당성에도 불구하고 현행법상 사형을 대체할 만한 제도가 없다는 점이 지적된다. 예를 들어, 사형제도를 폐지하게 되면 강력범죄에 대한 국민적 불안감과 응보감정을 현행법상 차상의 중형인 무기형만으로는 해소할 수 없기 때문에 국민의 대다수가 사형제도의 폐지에 반대하고 있다고 주장하기도 한다.⁸⁸⁾

이러한 측면에서 사형폐지론의 전제로서 사형의 대체수단이 거론되는 것이다. 이하에서는 사형의 대체수단에 관한 논의를 정리해서 살펴보기로 한다.⁸⁹⁾

2. 사형의 대체수단의 유형

(1) 종신형

종신형이라는 말은 life imprisonment라는 영어를 번역한 것으로서 문자 그대로

85) 신양균, 앞의 논문, 626면.

86) 허일태, 앞의 논문, 56면.

87) 허일태, 앞의 논문, 40면.

88) 허일태, 앞의 논문, 42면.

89) 이러한 내용은 신양균, 앞의 논문, 630면 이하; 조국, 앞의 논문, 316면 이하를 참조한 것임.

보면 ‘평생을 교도소 안에서 보낸다’는 의미를 가지고 있으므로 석방의 기회가 박탈된 자유형이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 그러나 각국의 입법례를 보면 종신형은 매우 다의적이다. 일반적으로 종신형은 절대적 종신형(absolute life imprisonment)과 상대적 종신형(relative life imprisonment)으로 구분할 수 있다. 전자는 「가석방 없는」(without parole) 자유형을, 후자는 「가석방을 수반하는」(with parole)자유형을 가리킨다. 미국의 경우 사형을 폐지한 12개 주와 콜롬비아 특별구 가운데 2/3는 가석방 없는 절대적 종신형을 취하고 있으며, 노스다코다, 위스컨신, 인디애나 그리고 매릴랜드 등 3개주는 종신형을 채택하지 않았다. 현행 무기형도 - 원칙적으로 형기가 정해지지 않고 평생을 교도소에 복역한다는 의미에서 - 상대적 종신형과 유사하지만⁹¹⁾ 무기형이 일정한 기간과 요건 하에 가석방을 전제로 한 형벌임에 비하여, 종신형은 일정 기간 동안 가석방을 허용하지 않는데 중점을 둔 제도라는 점에서 차이를 일정할 수 있을 것이다.

사형폐지를 주장하면서 그 대안으로 절대적 종신형 도입을 주장하고 있는 입장에서는 “절대적 종신형은 한편으로 사형제도로부터 야기되는 온갖 문제를 최대한 극복할 수 있으면서, 다른 한편으로 살인 등 강력범죄에 대한 국민의 불안감과 응보감정을 상당 부분 잠재울 수 있다”고 주장한다.⁹²⁾ 여기에 대해서는 사형폐지는 미래사회를 위한 정치적 결단의 문제이지 타협의 대상이 될 수 없다는 점에서 이론적 정당성의 문제를 안고 있는 대안의 도입을 사형폐지의 수단으로 삼는 것은 바람직하지 않다는 견해가 있다.⁹³⁾

(2) 가산형 유기형

가산형 유기형은 유기형을 사건 수나 피해자 수를 고려하여 가산하는 것을 말한

90) 이하 종신형에 대한 설명은 신양균, 앞의 논문, 631면 참조.

91) 허일태, 앞의 논문, 55면.

92) 허일태, 앞의 논문, 43면.

93) 신양균, 앞의 논문, 646면.

다.⁹⁴⁾ 형법 제42조 2문에 따르면 유기는 1월 이상 15년 이하로 하지만, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다. 따라서 유기형의 경우는 어떤 경우라도 25년을 넘을 수 없게 되는데, 특히 형을 가중하는 경우에 대해서는 그 상한을 폐지하는 방안을 말한다. 예컨대 여러 차례 살인과 방화를 저지른 경우나 여러 사람을 살해한 경우에 그 형을 합산하여 경우에 따라서는 100년 혹은 200년을 선고하는 것을 말한다. 장기형의 선고로 가석방이 매우 어렵고 특히 흉악범의 재범가능성은 판결을 통해 고려가 가능하다는 특징이 있지만, 법정형의 범위 내에서 법관이 재량으로 형벌을 결정하는 현행법체계와 조화시키기 어렵고 형기의 비현실성으로 인해 수형자 관리에도 어려움이 있을 수 있다.

(3) 중무기형

중무기형은 현행 무기형 제도는 그대로 둔 채 무기형보다도 가석방 요건을 강화한 무기형을 의미한다,⁹⁵⁾ 예컨대 15년 내지 20년간 가석방을 허가하지 않는 별개의 형벌을 정하는 것을 말한다. 프랑스가 이러한 제도를 도입하고 있고, 경우에 따라서는 무기수형자의 연령으로 고려하여 남은 평균수명의 2/3를 경과하지 않으면 가석방을 허가하지 않는 경우도 있으며, 가석방 허가결정에 있어서 사회감정이 가석방을 승인하는 것을 필요조건으로 해야 한다는 견해도 이 있다. 종신형에 비하면 가석방 가능성이 높아 수형자가 수형생활을 통해 개선의 노력을 기울일 여지가 크지만, 가석방에 의한 재범가능성이 높고, 이런 정도의 가중으로 피해자 등의 응보감정을 완화시킬 수 있는지에 대해 의문을 제기하기도 한다.

(4) 절대유기형

절대유기형이란 사형뿐만 아니라 무기형도 폐지하는 대신 일정한 유기형에 대해

94) 가산형 유기형에 대해서는 신양균, 앞의 논문, 632면 참조.

95) 중무기형에 대해서는 신양균, 앞의 논문, 632-633면 참조.

서는 가석방을 인정하지 않는 것을 말한다.⁹⁶⁾ 통상 20년 내지 30년 이상의 유기형에 대해 적용하며, 사면 등에 의한 감형도 인정하지 않는 것이 일반적이다. 실질적으로 중무기형과 유사한 제도라고 생각되며, 복역기간을 끝내면 석방이 가능하므로 사회 복귀에는 기여하지만, 복역태도와 관계없이 기간 만료 여부에 따라 석방이 결정되므로 수형자 관리에 어려움이 있고 시설 내 사고의 위험도 안고 있다고 한다.

3. 검토

사형을 폐지한 많은 국가들은 사형의 대체수단으로 종신형제도를 취하고 있다. 미국의 경우 사형을 대체하는 수단으로 종신형제도가 널리 인정되고 있다. 사형의 대체수단으로서 특히 가석방 없는 종신형을 주장하는 견해는 사형폐지에 관한 탄력성 있는 안을 제시하고 있는 것으로 평가되기도 한다. 하지만, 대체수단을 강조하는 입장은 시기상조론과 동일한 것으로 보인다. 또한 지난 10년간 사형집행을 하지 않은 경험을 가진 우리나라가 이제 새롭게 단계적 폐지의 과정을 밟아야 하는지에 대해서도 의문을 제기하는 견해도 있다. 지난 10년간의 사형 미집행에도 불구하고 사형대상범죄의 증가현상이 나타나지 않는 현실은 사형폐지가 시기상조라는 주장이 문제가 있음을 보여주는 것으로 보인다.⁹⁷⁾ 이러한 관점에서 사형폐지로 나아가는 길을 지나치게 세분화하고 보완장치를 마련하는 것이 국민의 범감정을 변화시키기보다 오히려 고착시키고 마지막 남은 응보형으로서 사형의 정당성을 유지시키는데 기여할 수도 있음을 간과해서는 안 될 것이라는 지적은 의미 있는 것으로 판단된다.⁹⁸⁾

96) 여기에 대해서는 신양균, 앞의 논문, 633면 참조.

97) 신양균, 앞의 논문, 623면; 조국, 앞의 논문, 314면.

98) 신양균, 앞의 논문, 624면 참조.

제7장 결 론

사형은 오래된 형벌이며 사형의 존속과 폐지를 둘러싼 학계의 논쟁 역시 오랜 역사를 가지고 있다. 종래 우리나라에서 사형의 존치를 주장하는 견해들은 대개 아직 사형폐지는 시기상조라고 한다. 사형제도는 궁극적으로 폐지되어야 한다고 보지만 사회구성원의 보편적 승인 내지 내면적 동의에 터 잡지 않은 형벌론은 생명력이 없으므로 국민의 법의식이 여전히 사형을 자명하고 필연적인 형벌로 받아들이고 있는 이상 아직 사형을 폐지할 때가 아니라는 것이다. 최근의 국내의 동향을 보면 일부는 단계적 폐지를 주장하기도 하지만, 다수의 학자들이 사형제도의 폐지에 찬성하고 있다. 사형은 형벌의 목적에 비추어 보아도 정당성을 갖기 어려우며, 실증적 연구들도 사형의 범죄예방효과에 대해 확실한 결론을 도출하지 못하고 있다는 것이다. 사형은 특별예방의 목적을 포기하는 것이고, 응보나 일반예방의 관점에서 인정되지만, 응보는 국가가 지향해야 할 목표라고 보기 어렵다. 사형의 범죄예방효과가 명백히 증명되지 않는다면 일반예방도 사형의 존치근거로서는 부족하다. 실제 사형이 폐지된 국가에서 범죄율이 증가하지 않았다는 통계를 보면 과연 사형의 위하적 효력 또는 범죄예방의 효과가 어느 정도인가에 대하여 의문을 품지 않을 수 없다.

사형이란 분명 인간의 존엄성에 관한 헌법규정에 반하는 것이라 할 수 있고, 범죄 예방효과와 관련하여 형사정책적인 측면에서도 큰 의미를 갖기 어려운 것으로 판단된다. 사형을 존치함으로써 그 위하력을 통하여 범죄를 제지하겠다는 생각은 오늘날의 자유주의적·인도주의적 형사정책과는 부합하지 않는다. 일부 사형존치론자들은 국민의 법감정이나 사형의 일반예방효과 내지 피해자의 응보감정 등을 고려할 때 사형 폐지는 아직 시기상조라고 한다. 그러나 지난 10년간 국내에서 사형집행이 이루어지지 않은 점을 고려하면 시기상조라는 주장은 큰 설득력이 없는 것으로 판단된다. 국내에서 사형이 집행되지 않은 기간 동안 범죄율의 증가는 없었다는 점도 사형폐지론의 근거로서 의미 있는 지표인 것으로 판단된다. 사형제도는 형벌이론의 고

관점에서도 정당성을 상실하고 있으며, 실제 통계측면에서 범죄예방효과는 거의 없는 것으로 판단됨으로 조속히 폐지하는 것이 타당할 것으로 판단된다.

사형을 폐지한 많은 국가들은 사형의 대체수단으로 종신형제도를 취하고 있다. 미국의 경우 사형을 대체하는 수단으로 종신형제도가 널리 인정되고 있다. 사형의 대체수단으로서 특히 가석방 없는 종신형을 주장하는 견해는 사형폐지에 관한 탄력성 있는 안을 제시하고 있는 것으로 평가되기도 한다. 하지만, 대체수단을 강조하는 입장은 시기상조론과 동일한 것으로 보인다. 또한 지난 10년간 사형집행을 하지 않은 경험을 가진 우리나라가 이제 새롭게 단계적 폐지의 과정을 밟아야 하는지에 대해서도 의문을 제기하는 견해에 타당성이 있는 것으로 판단된다. 지난 10년간의 사형 미집행에도 불구하고 사형대상범죄의 증가현상이 나타나지 않는 현실은 사형폐지가 시기상조라는 주장이 문제가 있음을 보여주는 것으로 보인다. 결론적으로 일반예방이나 특별예방의 관점 그리고 국민의 법감정이나 응보의 관점에서 사형의 존치를 주장하는 견해들의 비판점을 보면 사형은 단계적 폐지의 과정을 밟기보다는 조속한 시일 내에 폐지되는 것이 이론적으로 정당성이 있는 것이라 판단된다.

參 考 文 獻

1. 단행본

- 김일수, 형법총론(제11판), 박영사, 2006
박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009
배종대, 형법총론(8진정판), 홍문사, 2005
오영근, 형법총론(보정판), 박영사, 2007
이정원, 형법총론(제3판), 2004
이형국, 형법총론(제4판), 법문사, 2007
임 응, 형법총론(개정판2보정), 법문사, 2009
성낙현, 형법총론(제2판), 동방문화사, 2011
정영일, 형법총론(제3판), 박영사, 2010
송광섭, 형사정책, 대왕사, 1996
박홍규, “인혁당 재건단체 사건과 법”, 천주교인권위원회(편), 사법살인 1975년 4월의
학살, 학민사, 2000
빅토르 위고 저/한택수 역, 사형수 최후의 날, 지만지, 2009
조갑제, 사형수 오회용 이야기, 한길사, 1986
체자레 베카리아 저/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 지산, 2002
단도 시케미즈 저/김희진 역, 사형폐지론, 한국사형폐지운동협의회, 2001

2. 논 문

- 김영옥, “우리나라의 사형현황과개선방안” 인문사회과학연구(호남대학교 인문사회과
학연구소) 제4집, 1997

- 김재윤, “사형구제제도의 현황과 완비”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007
- 김종덕, “사형제도의 개선방안”, 법학연구 제20집, 2005
- 김진혁, “사형제도에 관한 연구”, 교정연구 제21호, 2003
- 김형만, “형사절차상의 오판원인”, 비교형사법연구제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007
- 신양균, “절대적 중신형을 통한 사형폐지”, 비교형사법연구 제9권 제2호
- 이덕인, “사형폐지의 정당성-사법살인과 오판에 의한 사형-”, 중앙법학 제12집 제2호, 2010
- 이만희, “범죄인인도와 사형폐지”, 법조, 1994
- 이승준, “사형폐지와 ‘새로운’ 상대적 중신형의 채택”, 『법학연구』 제17권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2007
- 이원경, “사형제도 연구”, 이화여자대학교 석사학위논문, 1995
- 오선주/이병희, “사형존폐론에 관한 비판적 고찰”, 법학논집(청주대 법학연구소) 제15호, 1999
- 조 국, “사형폐지소론”, 형사정책, 제20권 제1호, 2008
- 한인섭, “역사적 유물로서의 사형-그 법이론적, 정치적 검토”, 사목 제246집
- 허일태, “사형제도의 세계적 추이와 위헌성”, 동아법학 제45호
- 김동환, “사형제도에 관한 고찰”, 경남대학교 대학원 석사학위논문, 1984
- 박영신, “사형존폐론에 관한 연구”, 인천대학교교육대학원 석사학위논문, 2000
- 배기연, “사형제도에 관한 고찰”, 조선대학교대학원 석사학위논문, 1999
- 정아영, “사형폐지론에 관한 연구”, 인하대학교대학원 석사학위논문, 1991
- 최현묵, “사형제도에 관한 헌법학적 고찰”, 울산대학교 석사학위논문, 2000

저작물 이용 허락서

학 과	법학과	학 번	20097259	과 정	석사
성 명	한글: 신창호 한문 :申昌鎬 영문 : Shin, Chang Ho				
주 소	광주광역시 동구 서석동 375 조선대학교 법과대학				
연락처	010-9636-9666				
논문제목	한글 : 사형제도에 관한 연구 영문 : A Study on the Capital Punishment				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사 표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의(0) 조건부 동의() 반대()

2011 년 8 월 일

저작자: 신창호 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하