

## 헌법상 생명권과 사형제도

### The right to life and Capital punishment

이철호

남부대학교 경찰행정학과 교수

Lee cheol-ho

Nambu Univ.

#### 요약

사형은 역사상 가장 오래된 형벌이다. 사형의 기원은 인류의 역사 초기로까지 거슬러 올라간다. 가장 오래된 실정법인 기원전 18세기의 함무라비 법전은 눈에는 눈, 이에는 이라는 동해보복(同害報復) 사상에 입각한 형벌을 제시하였고, 사형이 부과되는 범죄 30여 개가 규정되어 있었다.

근대 형법학의 아버지라고 불리는 이탈리아의 베카리아는 그의 저서 '범죄와 형벌'에서 최초로 사형제 폐지를 주장했고, 그 후 서구 사회에서 치열한 논쟁을 거치게 된다.

경기 서남부 부녀자 연쇄살해 혐의로 구속 기소된 강호순에게 2009년 4월 8일 사형이 구형된 가운데 사형제 존폐 논란이 다시 일고 있다. 현재 국내에는 59명의 사형 미결수가 있지만 지난 11년 동안 사형을 집행하지 않아 우리나라는 '사실상 사형폐지(abolitionist in practice)' 국가로 분류되고 있다. 본고에서는 사형제도의 존폐론을 기초로 하여 헌법재판소와 대법원의 판례를 중심으로 사형제도를 論究해보고자 한다.

#### Abstract

The Capital punishment is a sentence which imposes the defendant to be put to death for his crime, thus depriving him/her of life and it's the heaviest punishment of all. It is a very sensitive issue in the sense that it denies a person's life and dignity. It is also an on-going issue which continues to cause political and ethical controversies.

Although there is no direct stipulation acknowledging capital punishment in the constitution, there is controversy on the existence of indirect basis. The Art. 12, I, can not be regarded as an indirect provision if it is interpreted to have criminal punishments stipulated by written law.

As the supreme Court and the Constitution Court are supporting the capital punishment which seems unconstitutional, legislative examination is inevitable. Considering the fact that the Constitution is neither for nor against the death penalty positively, it is possible to abolish it by enactment of a law and thus, constitutional amendment would not be needed.

## I. 머리말

경기 서남부 부녀자 연쇄살해 혐의로 구속 기소된 강호순에게 2009년 4월 8일 사형이 구형된 가운데 사형제 존폐 논란이 또 불거지고 있다.[1] 수원지검 안산지청 한승헌 검사는 이날 수원지법 안산지원에서 열린 결심공판에서 강호순에게 '살인 및 성폭력범죄처벌법' 위반죄 등을 적용해 사형을 구형했다.

전국의 형사법 전공 교수 132명이 최근 사형제 폐지를 주장하는 성명서를 발표해 귀추가 주목된다. 이들은 "사형은 야만적이고 비정상적인 형벌"이라며 "사형집행

움직임은 전 세계적인 사형폐지 추세에 역행하는 것이고 인권후진국으로 전락 하는 것을 의미한다"고 주장했다.

대한민국은 사형 제도를 채택하고 있으며, 집행 방법으로는 일반 형법은 교수형을, 軍刑法은 총살형을 채택하고 있다. 같은 범죄를 저지르고 같이 사형을 언도받을 경우라도 사형수의 신분이 현역 군인일 경우에는 형 집행일이 민간인보다 2개월 정도 빨리 집행된다. 범죄자의 나이가 만 18세 미만이면 사형은 선고되지 않고 15년의 유기징역에 처한다. 다만 1997년 12월 30일에 23명에게 사형이 집행된 이래 더 이상 사형 집행이 이

루어지지 않고 있으며, 2007년 6월 15일 춘천 부녀자 납치살해사건의 범인 2명 김종빈(40세)과 조정민(30세)이 사형 확정 판결을 받아 대한민국의 사형 대기 기결수가 모두 66명까지 증가하였으나 현재는 모두 59명이다.

2007년 10월 10일, "세계 사형폐지의 날"을 맞아 한국의 일부 단체들이 "사형폐지 국가 선포식"을 가졌으며, 12월 30일에 10년 동안 사형을 집행하지 않게 됨으로써 국제엠네스티의 규정에 의하여 "실질적 사형 폐지국"이 되었다. 천주교와 대한 성공회 등 기독교계 일부와 국제엠네스티 한국지도부에서도 사형 제도를 폐지할 것을 요청하고 있는데, 기독교계 중 사형 폐지를 주장하는 천주교, 대한 성공회 등에서는 인간이 다른 인간의 생명을 함부로 빼앗을 수 없다는 점과 흉악한 범죄를 저지른 사형수라 할지라도 회개할 기회를 주어야 한다는 점을 근거로 들고 있으며, 예수도 십자가형으로 죽은 사형수라는 점을 주장한다. 국제엠네스티 한국지도부에서도 사형 집행 과정에서의 사형수에 대한 인권침해를 지적하면서 반대하고 있다. 대한민국에서는 심신장애인이나 임산부의 경우 회복 또는 출산 후에 사형을 집행하도록 규정되어 있다.

현재 국내에는 59명의 사형 미결수가 있지만 지난 11년 동안 사형을 집행하지 않아 우리나라는 '사실상 사형폐지(abolitionist in practice)' 국가로 분류되고 있다.

본고에서는 사형제도의 존폐론을 기초로 하여 헌법재판소와 대법원의 판례를 중심으로 사형제도를 전반적으로 논구해보고자 한다.

## II. 헌법상 생명권의 의의와 내용

### 1. 生命權의 意義와 根據

#### 1.1 生命權의 意義

생명은 순수한 자연적 개념이다. 따라서 생명이란 비생명적인 것 또는 죽음에 대칭되는 인간의 인격적·육체적 존재형식, 즉 생존을 의미한다. 생명은 자연과학적으로 판단하여야 하므로 생명에 관한 사회적·법적 평가는 원칙적으로 불가능하지만 타인의 생명을 부정하거나 둘 이상의 생명이 양립할 수 없는 경우에만 예외적으로 사회적·법적 평가가 허용될 수 있다고 하겠다.

### 1.2 生命權의 憲法的 根據

현행헌법은 독일기본법(제2조 제2항)·일본헌법과 달리 명문규정은 없지만 학설과 판례는 생명권을 헌법상의 기본권으로 인정하고 있다. 생명권의 헌법적 근거를 어디서 찾을 것인가에 관하여는 견해의 대립이 있다.

i) 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾는 견해(김철수, 헌법학개론, 372면), ii) 헌법 제10조, 제12조 제1항, 제37조 제1항에서 구하는 견해(권영성, 헌법학원론, 387면), iii) 생명권은 인간의 존엄성과 신체의 자유의 전제라는 견해(허영, 한국헌법론, 335면) 등이 있다.

살아있는 사람의 생명에의 권리는 인간의 본질적 가치에 해당하며 생명을 박탈하는 것은 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이므로 생명권의 헌법적 근거는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에서 찾는 것이 타당하다고 본다.[2]

## 2. 생명권의 주체

생명권은 성질상 인간의 권리이므로 내외국인을 불문하고 자연인에게만 인정된다. 따라서 법인은 어떠한 경우에도 생명권의 주체가 되지 못한다.

생명권의 주체라고 하더라도 자신의 생명을 마음대로 처분할 수 없을 뿐만 아니라, 자신의 생명처분권을 타인에게 위임할 수도 없다. 따라서 자살할 권리는 인정되지 아니하며 자살방조는 허용되지 아니한다.

자연인의 경우 생명의 시기(始期)와 관련하여 태아가 생명권의 주체가 될 수 있는지가 문제되는데 인간의 생명은 출생으로부터 시작되는 것이 아니라 수정과 착상의 과정의 과정을 거치면서 시작되고, 형성중인 생명도 생명이라는 점에서 태아도 생명권의 주체가 된다고 보아야 한다(정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2006, 365면).

## 3. 生命權의 內容

생명권은 국가의 침해에 대한 배제를 요구할 수 있는 자유권적 내용(소극적 생명권)과 국가에 대하여 사회적·경제적 여건을 마련하여 보호해 줄 것을 요구할 수 있는 생존권적 내용(적극적 생명권)을 갖는다. 따라서 우생학적 단종기술이나 안락사·낙태는 원칙적으로 금지되며, 생명을 위협하는 전염병 또는 위급한 상황에 처

한 개인이나 집단을 고의로 방치하는 것은 용납되지 아니한다. 특히 사형제도가 문제되나, 사형제도는 다른 생명을 부정하는 불법행위에 대해서만 예외적으로 허용하여야 한다고 본다. 사형제도에 관하여 대법원·헌법재판소(95헌바1)와 다수설은 합헌으로 보나 위헌이라 보는 견해(김철수, 헌법학개론, 373면)도 있다.

#### 4. 生命權의 效力

생명권은 모든 국가권력을 직접 구속하는 효력을 가지므로 입법·행정·사법은 이에 구속된다. 생명권에 대한 국가의 보호 의무는 포괄적이므로 생명에 대한 국가의 직접적인 침해가 금지될 뿐만 아니라, 국가로 하여금 생명을 보호하고 육성해야 할 의무를 진다. 국가는 사인에 의한 불법적인 침해로부터 생명권을 보호할 책임도 진다. 또한 사인상호간에도 생명권은 존중되어야 한다.

#### 5. 生命權의 限界와 制限

생명권도 헌법 제37조 제2항에 따라 제한될 수 있으나 그 본질적 내용은 어떠한 경우에도 침해될 수 없다. 따라서 법률에 의한 생명권의 침해는 언제나 다른 생명을 보호하기 위한 불가피한 경우에 과잉금지의 원리에 따라 최소침해의 원칙이 존중되어야 할 뿐 아니라 그 침해방법과 절차의 면에서도 인간의 존엄성을 존중하는 길을 택해야 할 것이다(허영, 한국헌법론, 337면).

생명권의 한계에 관한 문제는 대체로 정당한 이유 없이 타인의 생명을 부정하거나 둘 이상의 생명이 충돌할 경우에 제기된다. 특히 생명권의 박탈과 사형제도·태아의 생명권과 인공임신중절[3]·안락사·전투·정당방위 등에 의한 살인·생명의 포기=죽을 권리 등에서 한계문제가 논의되고 있다.

특별한 임무를 수행하여야 하는 군인·경찰관 등에게 타인의 생명을 구하기 위하여 생명의 희생을 감수하도록 강요할 수 있는지 문제된다. 이러한 강요는 생명의 위협을 무릅쓰고 업무수행에 최선을 다할 국가적 의무(국민의 생명권 보호)에서 유래하는 것이다. 그러나 생명권을 존중하는 한 직무명령을 어긴 공무원에 대한 국가의 형벌권은 인정될 수 없다는 견해(허영, 한국헌법론, 337면)도 있다.

### III. 사형제도와 사형제도 존폐론

#### 1. 사형제도의 의의와 기원

##### 1.1 사형제도의 의의

사형(死刑; Todesstrafe)은 범죄자 혹은 범죄자라고 주장되는 사람의 생명을 박탈하여 사회에서 영원히 격리시키는 형벌로, 생명형(生命刑), 또는 극형(極刑)이라고도 한다. 현재 많은 나라에서 폐지되어 무기징역 또는 종신형으로 대체되었다.

일반적으로 사형이란 살인이나 일정 정도 이상의 상해를 가한 자에게 내려지는 형벌이라고 볼 수 있다. 세계적으로 이를 폐지하는 국가가 늘고 있으며, 사형 폐지론이 불거진 계기는 인권에 대한 인식의 전환과 민주화라고 인식하는 경우도 많다.

현행 한국 형법은 형벌의 종류로서 사형을 규정하고 있다(형법 제41조). 형법각칙이 법정형으로 사형을 규정하고 있는 범죄는 내란죄(제87조), 외환유치죄(외患誘致罪)(제92조), 與敵罪(제93조), 살인죄(제250조), 강도살인·치사죄(제338조) 등 16종이 있다. 또한 특별 형법에도 많은 사형규정을 두고 있다. 예를 들어, 국가보안법의 경우 45개, 특정범죄가중처벌법의 경우 378개, 군형법의 경우 70개 항목에서 사형을 규정하고 있다.

사형은 교도소 내에서 교수(絞首)하여 집행하며(형법 제66조), 집행시기는 법무부장관의 집행명령일로부터 5일 이내이다(형사소송법 제466조). 법무부장관은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 집행의 명령을 하여야 한다(제465조). 임신장아인 및 임부(妊婦)에 대하여는 법무부장관의 명령으로 사형집행을 정지하고, 회복 또는 출산 후에 집행한다(제469조). 18세 미만인 소년에 대하여는 사형을 과하지 않는다(소년법 제59조).

##### 1.2 사형제도의 기원

사형의 기원은 인류의 역사 초기로까지 거슬러 올라간다. 가장 오래된 실정법인 기원전 18세기의 함무라비 법전은 눈에 눈, 이에는 이라는 동해보복(同害報復)사상에 입각한 형벌을 제시하였고, 사형이 부과되는 범죄 30여 개가 규정되어 있었다. 사형은 역사상 가장 오래된 형벌이다. 일례로 구약성경에서 알 수 있는 당시

율법은 대부분 사형으로 범죄를 응징하고 있다. 한편, 고조선 8조법에도 "사람을 살해한 자는 죽음으로 갚는다."는 조항이 있어 사형이 집행됐음을 알 수 있다.[4]

영국에서는 1500~1550년 7만 명 이상이 사형으로 목숨을 잃었다. 화형이나 시체 훼손 등 현재보다 잔인한 형벌을 실시하였다. 이후 18세기 서구 계몽주의 사상이 '인간 존엄성'을 강조하면서 사형은 점차 줄어들기 시작했다.

근대 형법학의 아버지라고 불리는 이탈리아의 베카리아는 그의 저서 '범죄와 형벌'에서 최초로 사형제 폐지를 주장했고 그 후 서구 사회에서 치열한 논쟁을 거치게 된다. 인간은 오류 없는 존재일 수 없으므로 사형을 내릴 만큼 충분한 확실성이 결코 보장될 수 없다. 사형은 국민에 대한 국가의 전쟁이요, 법을 빙자한 살인"이라는 게 그의 신념이었다. 이러한 믿음은 서구에서 점차적으로 확산되기에 이르렀다.

사형의 역사가 이토록 오래되었으나 사형 폐지가 세계적으로 이목을 끌게 된 것은 상당히 최근의 일이다. 1961년 국제앰네스티가 출범하였고 77년 12월 국제사면위원회(國際赦免委員會, Amnesty International)가 사형에 무조건 반대한다는 '스톡홀름 선언' [5]을 발표하면서 처음으로 16개국 이 사안에 서명하게 된다. 30여년이 지난 지금 120여 개 국이 사형제 완전 폐지 혹은 법률상 실질적으로 폐지한 국가가 되었다[6].

## 2. 사형제도 존폐론

### 2.1 사형 존치론

사형제도를 찬성하는 사형존치론(死刑存置論)은 가해자의 응징, 위하력(威嚇力), 범죄자의 격리, 국민의 법감정(法感情), 여러 가지 사회상황 등을 논거로 들고 있다.

사형제도의 존치론은 ① 형벌의 목적을 우선적으로 '응보(Retribution)'에 둬으로써 가해자에 대한 가장 강력한 응징이나 보복으로서 정당화 될 수 있다. ② 위하력(威嚇力)은 범죄에 대한 형벌을 규정함으로써 일반인에게 범죄를 저지르지 못하도록 위협하고 겁주는 효과를 말하는데, 인간이 본질적으로 가장 애착을 가지는 것이 생명이므로 이를 박탈하는 형벌의 예고는 범죄행위에 대한 가장 강력한 위하가 될 것이라고 보는 견해로서 사형존치 논거의 기초로 삼고 있다. ③ 사형제도

는 극악한 범죄자를 사회로부터 영원히 격리함으로써 선량한 시민을 보호하는 효과가 있다고 보는 견해이다.

④ 사형은 존치되어야 한다는 것은 일반국민이 갖고 있는 법적 확신에 기초하고 있다고 보는 논거이다.[7] 살인죄에 대한 형벌로서의 사형은 사회질서를 유지하기 위하여 극악무도한 살인범을 배제하려는 국민적 정의관념의 발로이므로 현재의 조건으로 사형은 존치시켜야 한다고 보는 이론이다.[8] ⑤ 폐지론자들이 사형대신 제시하는 종신형제도는 경제적인 부담도 크거니와 오히려 비인간적일 수도 있다. ⑥ 사형제도의 폐지는 현실적인 정치적·사회적 여러 가지 사정을 고려할 때 아직 '시기상조'라는 논거를 들고 있다.

### 2.2 사형 폐지론

사형폐지론을 최초로 주장한 사람은 베카리아(Beccaria)이다. 베카리아는 그의 저서 <범죄와 형벌>[9]에서 사형은 법률적 관점뿐만 아니라 형벌의 효과에 비추어 보더라도 불필요하다는 점을 강조하고 있다. 사형제도를 반대하는 사형폐지론(死刑廢止論)은 인도주의, 오판의 위험, 사형제도의 위하력 없음, 사형제도의 정치적 악용 가능성 등을 논거로 들고 있다.[10]

① 인도주의(人道主義)는 종교적 입장[11]에서 출발한 논거로 사형은 인간을 향하여 행하는 행위 중에서 가장 가혹한 행위이므로 당연히 폐지되어야 한다고 보는 논거이다. 사형은 종교적 견지에서도 허용될 수 없다. 인간의 생명은 신만이 허용한 것이며, 생명을 줄 수 없는 인간이 형벌이라는 미명으로 생명을 박탈 할 권리가 없다. ② 사형제도의 존치를 주장하는 입장에서는 사형제도의 위하력(威嚇力)을 절대적으로 신뢰하지만, 사형폐지입장에서는 위하력을 인정하지 않는다. 사형제도는 생각하는 만큼의 위하력을 갖고 있지 않으며, 위하력에 대한 객관적인 증거가 불가능하다. 또한 사형집행을 행한 다음 날에도 살인이 발생한다는 점이다. ③ 재판은 신(神)이 아닌 인간인 법관에 의하여 행하여지는 것이므로 법관의 '오판(誤判)가능성'을 배제할 수 없다는 점에서 사형제도에 반대하는 가장 강력한 논거이다. 사형존치론자들은 오늘날의 형사재판은 철저한 증거재판주의에 입각해 있기 때문에 오판의 가능성은 없다고 말하지만, 검사와 판사도 전지전능한 신이 아니며 불완전하기 짝이 없는 인간일 뿐이다. 단 한 번의 오판(誤判)[12]은 생명을 박탈당한 사람의 생명회복이 불가능하

다는 점이다. ④ 사형제도 만큼 '정치적으로 악용(惡用)' 될 가능성이 많은 제도도 없다는 점에서 사형제도의 폐지 논거로 주장된다.[13] 사형은 권력자나 독재자가 자기의 정적(政敵)이나 반대자를 단숨에 침묵시키고 제거할 수 있는 효율적 수단으로 악용되어온 대표적인 형벌이므로 폐지해야한다. 인류역사가 보여주는 엄연한 사실이다. ⑤ 형벌의 본질은 죄를 범한 범죄인을 교육하고 교화하여 건전한 사회인으로 복귀시키는 것이다. 따라서 교육과 교화를 근원적으로 포기하는 사형은 형벌의 본질에 반하는 제도이므로 허용될 수 없다. ⑥ 사형은 인간이 생명을 누리고 살아갈 수 있는 '생명권'을 근본적으로 부정하는 것이므로 헌법에 위반된다고 본다. 또한 사형은 불공평한 제도이므로 폐지해야 한다. 같은 살인을 하였어도 강자보다는 약자가 사형에 의하여 희생된다. 이것은 정의도, 공평도 아닌 엄연한 차별인 것이다.

#### IV. 사형제도에 대한 대법원과 헌법재판소의 견해

##### 1. 대법원

대법원은 사형제도에 대하여, “인도적 또는 종교적 견지에서 존귀한 생명을 빼앗아가는 사형제도는 모름지기 피해야 할 일이겠지만 한편으로는 범죄로 인하여 침해되는 또 다른 귀중한 생명을 외면할 수 없고 社會公共의 安寧과 秩序를 위하여 국가의 형사정책상 死刑制度를 존치하는 것도 정당하게 공인 할 수밖에 없는 것이므로 형법 제338조가 그 法定刑으로 사형을 규정하였다 하더라도 이를 헌법에 위반되는 조문이라고 할 수 없다.” (1987.9.8. 대판 87도1458)고 판결하였고, “사형은 인간의 생명 그 자체를 영원히 박탈하는 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, 범행 후의 정황 등 제반 사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반예방의 견지에서도 극형이 불가피한 경우 한정되어야 한다” (1987.10.13. 대판87도1240)며 사형선고 자제론의 입장을 보이고 있

다. 대법원은 이후 사형제도를 기본적으로 인정하면서 특별한 경우에 한하여 제한적으로 허용해야 한다는 입장을 견지하고 있다고 판단된다(1994.3.22. 대판93도3612; 1998.6.9. 대판98도980; 2001.3.9. 대판2000도5590 판결 참조).

##### 2. 헌법재판소

헌법재판소는 생명권과 사형제도에 관한 헌법소원에서, “(가) 生命權 역시 憲法 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 生命權에 대한 제한은 곧 生命權의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 死刑이 比例의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 刑罰이라 하더라도 憲法 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다. (나) 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 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 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 것으로 판단되지 아니한다.

刑法 제250조 제1항이 규정하고 있는 殺人の罪는 인간생명을 부정하는 犯罪행위의 전형이고, 이러한 犯罪에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 反人倫的 犯罪라고 규정 지워질 수 있는 極惡한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 死刑을 刑罰의 한 종류로서 合憲이라고 보는 한 그와 같이 他人의 生命을 부정하는 犯罪行為에 대하여 행위자의 生命을 부정하는 死刑을 그 불법효과의 하나로서 규

정한 것은 행위자의 生命과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 生命을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 比例의 원칙에 반한다고 할 수 없어 憲法에 위반되는 것이 아니다.”(1996. 11. 28. 95헌바1)라며 대법원의 입장을 답습하는 합헌결정을 내렸다. 그러나 사형제도에 관한 합헌결정에도 불구하고 일부 소수의견은 사형제도에 관한 학계의 비판과 국제적 경향을 수용하고 있다는 점에서 의미가 있다고 판단된다.[14]

## V. 사형제도의 헌법적 검토

### 1. 합헌론

死刑이 헌법상 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 사형제도가 비록 범죄자의 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 또한 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 헌법 질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다(헌재, 95헌바1).

### 2. 위헌론

헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용하므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 나아가 사형제도는 법규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 한다.

### 3. 결어

사형제도는 헌법상 생명권의 본질적 내용을 침해하는 생명권의 제한이므로 헌법 제37조 제2항 단서에 위반이

라고 본다. 헌법 제37조 제2항 단서상의 생명권의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 형벌의 목적은 응보범죄의 일반예방·범죄인의 교화 개선에 있음에도 불구하고 형벌로서의 사형은 이와 같은 목적 달성에 필요한 정도를 넘어 생명권을 제한하는 목적의 정당성, 그 수단으로서의 적정성, 피해의 최소성 등의 원칙에 반한다고 판단됨으로 사형제도는 위헌이라고 본다.

## ■ 참고 문헌 ■

- [1] 네티즌들은 "억울하게 죽은 사람들을 생각해 강호순의 사형은 집행돼야 한다"는 반응이다. 필명 '모순이'는 다음 아고라에 "시간 끌지 말고 빨리 사형시켜야 한다"며 "인권을 말하며 사형에 반대하는 사람들은 자신의 가족이 똑같이 당했다고 생각해보면 절대 그런 말 못한다"고 주장했다. '홀릭홀릭'이라는 필명을 사용하는 네티즌도 "일반적으로 구형보다 법원이 최종적으로 내리는 선고·확정이 가벼운 것이 사실이니 기다려 봐야 알 것"이라며 "대한민국 국민의 한 사람으로서 검사의 구형대로 형이 확정된다면 좋겠다"고 피력했다. 이어 "이번을 계기로 사형제도가 부활하기를 바란다"고 덧붙였다. 반면 한 네티즌은 "흉악범이라는 이유만으로 사형을 한다면 결국 흉악범과 뭐가 다르냐"며 "하루빨리 사형제를 폐지해야 할 것"이라고 강조했다(머니투데이, 2009.4.9일자 참조).
- [2] 판례(대법원, 헌재) : i) 생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 한 사람의 생명은 전 지구보다 무겁고 또 귀중하고 엄숙한 것이며, 존엄한 인간존재의 근원인 것이다(1967.9.19. 대판 67도 988). ii) 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다(1996.11.28. 95헌바1).

- [3] 미국 연방대법원은 Roe v. Wade, 410 U. S. 113(1973)사건에서 태아의 생명권보다 임신여성의 프라이버시권을 우월하게 보아 임신 초기 3월 이내의 낙태는 주정부가 개입할 수 없고 오로지 임신여성과 의사의 자율에 맡겨져 있으며, 두 번째 3개월에도 원칙적인 낙태를 인정하지만, 임신여성의 건강을 위한 경우처럼 정당한 이익이 있는 경우에는 태아의 생명을 보호하기 위한 주의 이익이 임신여성의 프라이버시(privacy)권보다 우월하다고 판시하였다. 그러나 이후 연방대법원은 Planned Parenthood Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791(1992)사건에서 여성의 선택권에 중대한 부담을 주지 않는 한 주정부가 낙태를 규제할 수 있다고 하여 Roe판결의 견해를 사실상 변경한 것으로 평가된다.
- [4] 사형제도의 기원과 역사에 대해서는 카를 브루노 레더·이상혁 옮김, 『사형』, 하서(2003) 참조.
- [5] 스톡홀름 선언은 1972년 스톡홀름에서 개최한 'UN 인간 환경 회의'에서 결의 채택된 'UN 인간 환경 선언'의 통칭이다.
- [6] 국제앰네스티의 2007년 조사결과에 따르면 133개 국가에서는 사형 제도가 없거나 10년 동안 집행한 바 없으며, 64개 국가에서는 사형 제도를 유지하고 있다. 그리고 2006년 한 해 동안 25개국에서 적어도 1591명에게 사형이 집행되었으며, 55개국에서 적어도 3861명이 사형을 언도 받았다. 독일은 1949년에, 프랑스는 1982년에 사형제를 폐지했다. 리히텐슈타인은 1984년부터 사형제를 실시하지 않는다. 중화인민공화국은 본토에서는 사형제를 채택하고 있지만, 특이하게도 특별행정구인 홍콩과 마카오는 반환 후에도 사형 제도를 채택하지 않았다. 2007년에 사형을 폐지한 국가는 알바니아와 르완다, 키르기스스탄이다.
- [7] 국가인권위원회가 2003년 12월부터 12월까지 3개월 동안 실시한 여론조사에 의하면, 일반국민의 경우 전체국민의 65.9%가 사형존치에 찬성하였고, 사형 폐지에 찬성한 국민은 34.1%로 나타났다.
- [8] 齊藤靜敬, 『死刑再考論』, 成文堂(1980), 125면 이하 참조.
- [9] 체차레 벅카리아 지음, 이수성 외 옮김, 『범죄와 형벌』, 길안사(1998); 베카리아 지음, 김봉도 옮김, 『범죄와 형벌』, 박문각 (1992).
- [10] 사형폐지에 대한 일본학자의 저술로는 團藤重光(단도 시케미츠)(김희진 옮김), 『사형폐지론』, 한국사형폐지운동협의회 발간(2001) 참조.
- [11] 종교적 입장에서 사형제도 폐지를 다룬 책으로는 김정우, 『사형과 인간의 존엄성』, 대구효성가톨릭대학교(1996) 참조.
- [12] 誤判의 原因에 대해서는 日本弁護士連合人權擁護委員會, 『誤判原因の實證的研究』, 現代人文社(1998) 참조. 또한 誤判의 防止와 救済에 대해서는 小田, 『誤判救済と刑事司法の課題』, 日本評論社(2000); 井戸田つよい 『誤判の防止と救済』, 大學圖書(1998) 참조.
- [13] 사형제도가 정치적으로 악용된 대표적 사건으로는 1961년 '민족일보' 조용수 사장 사건'과 '인혁당 재건위 조작사건' (1975년 4월 9일 사형집행)을 들 수 있다. 2007년 1월 법원은 '인혁당 재건위 조작 사건'으로 기소돼 유죄판결을 받고 사형당했던 8명에게 재심무죄판결을 하였고, 동년 8월에는 숨진 8명의 희생자 유족들에게 국가가 손해배상금을 지급해야 한다는 판결을 했다. 2008년 1월 16일 서울중앙지방법원은故 조용수 민족일보 사장에 대한 재심에서 무죄를 선고했다.
- [14] 사형제도에 관한 재판관 김진우의 반대의견 : 憲法 제10조에 규정된 인간의 尊嚴性에 대한 존중과 보호의 요청은 刑事立法, 刑事法の 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 刑事法の 영역에서 立法者가 인간의 尊嚴性을 유린하는 惡法の 제정을 통하여 국민의 生命과 自由를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 刑罰제도를 채택하는 것은 憲法 제10조에 반한다. 死刑제도는 나아가 良心에 반하여 법규정에 의하여 死刑을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 良心에 반하여 직무상 어쩔수 없이 死刑의 집행에 관여하는 자들의 良心의 自由와 인간으로서의 尊嚴과 가치를 침해하는 비인간적인 刑罰제도이기도 하다(헌법판례집 제8권 2집, 539면).
- 재판관 조승형의 반대의견 : 死刑제도는 生命權의 본질적 내용을 침해하는 生命權의 제한이므로 憲法 제37조 제2항 단서에 위반된다. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 生命權의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 刑罰의 목적은

應報·犯罪의 일반예방·犯罪人의 개선에 있음에도 불구하고 刑罰로서의 死刑은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 生命權을 제한하는 것으로 目的의 正當性, 그 수단으로서의 適正性·피해의 最小性 등 제원칙에 반한다.