

## 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도

Death Penalty System in the Sight of Abolition

---

저자 (Authors)	박찬걸 Park, ChanKeol
출처 (Source)	<a href="#">한양법학 30</a> , 2010.5, 349-370(22 pages) <a href="#">Han Yang Law Review 30</a> , 2010.5, 349-370(22 pages)
발행처 (Publisher)	<a href="#">한양법학회</a> Han Yang Law Association
URL	<a href="http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE01664562">http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE01664562</a>
APA Style	박찬걸 (2010). 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도. 한양법학, 30, 349-370
이용정보 (Accessed)	이화여자대학교 203.255.***.68 2020/04/25 15:43 (KST)

---

### 저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

### Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

# 사형폐지론의 입장에서 바라본 사형제도

박 찬 겔\*

## 목 차

- I. 서 설
- II. 헌법적인 측면에서 바라본 사형제도
- III. 현실적인 측면에서 바라본 사형제도
- IV. 관련기관의 입장에서 바라본 사형제도
- V. 국제적인 추세에서 바라본 사형제도
- VI. 결 론

## I. 서 설

사형(Todesstrafe, death penalty)은 피고인의 생명을 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌로써 생명형(Lebensstrafe) 또는 극형(capital punishment)이라고도 불린다.<sup>1)</sup> 사형제도에 대해서 우리나라는 1953년 형법제정 시부터 형벌로 도입한 이래 현재까지 유지해 오고 있다. 하지만 사형제도의 인정과는 달리 1995. 11. 2. 19명, 1997. 12. 30. 23명에 대한 사형을 집행한 이래 최근의 약 13년 동안은 사형을 집행하지 않고 있다. 2010. 현재 사형 미집행자수는 57명<sup>2)</sup>이며, 모두 남성이고, 살인죄 또는 살인을 포함한 중범죄

\* 한양대학교 법과대학 강사, 법학박사

- 1) 변종필, “사형폐지의 정당성과 필요성”, 인제논총 제14권 제1호, 인제대학교 법학연구소, 1998. 10, 353면.
- 2) 최근의 사형 확정판결로서 2009. 2. 26. 일명 ‘혜진, 예술양 살해사건’의 피고인 정성현에 대한 사형 판결이 있었고, 2009. 7. 31. 일명 ‘경기도 서남부 지역 연쇄살인사건’의 피고인 강호순이 상고를 포기하여 사형이 확정되었다.

로 유죄선고를 받은 자들로 구성되어 있다.

최근 일명 ‘부산 여중생 강간살해사건(김길태 사건)’과 관련하여 강력범죄에 대한 처벌의 수위를 높여야 한다는 여론과 함께 사형집행의 여부와 관련된 논란이 한창 진행되고 있다. 사형제도와 관련된 논란은 항상 사회적인 이슈로 부각되어 왔는데, 특히 2009년 초에 발생한 일명 ‘경기도 서남부 지역 연쇄살인사건’ 당시의 사형집행 재개논란, 형사법학자들에 의한 사상 초유의 사형제도 반대 공식선언, 2009년 말에 수감 중인 2명의 사형수가 자살한 사건,<sup>3)</sup> 전라도 70대 어부 살인사건에 대한 광주고등법원의 위헌제청과 이에 대한 2010. 2. 25. 헌법재판소의 사형제도 합헌결정<sup>4)</sup>, 2010. 3. 16. 이귀남 법무부장관의 청송교도소 내 사형장 설치 검토<sup>5)</sup> 등이 그것이다. 이러한 논란은 아마도 인류가 존재하는 한 계속 이어질 것이다. 사형제도가 존재하고 있으면 사형제도 폐지에 관한 문제가 발생하며, 반대로 사형제도가 폐지된다면 사형제도 부활에 관한 문제가 순환론적으로 무한반복될 것이기 때문이다.

여기서 문제가 되는 것은 사회적 혼란, 예를 들면 흉악범죄의 발생, 사형집행에 대한 국민여론의 증대, 정치인들의 포퓰리즘적 발언 등의 현상이 발생하면 상투적으로 사형을 집행하려고 하는 점에 있다. 실제로 현재 정부와 여당은 사형수에 대한 집행을 요구하고 있는 상황이며, 실무부처라고 할 수 있는 법무부와 검찰은 그 동안 계속해서 사형제도 폐지 반대의견을 분명히 하고 있다.<sup>6)</sup> 특히 2009년 강호순 사건 직후 약 5명 정도의 사형수에 대한 집행을 심도있게 논의한 적이 있었다는 사실과 2010년 김길태 사건 직후 법무부장관에 의한 사형장 설치 논의 등은 사형의 집행이 이성적인 판단에 의한 것이 아니라 감정에 지나치게 치우쳐져서 유동적으로 흐르고 있다는 감을 지을 수가 없게 한다.

한편으로는 현재 형사법 개정작업이 한창 진행되고 있는데, 형사법개정연구회의 논의과정에서는 사형제 존폐 문제에 대하여 폐지 및 축소 의견이 있었으나 사형제 존폐 문제에 대해서는 폐지시 각칙의 대폭 수정이 필요하며 단순히 연구회 차원이 아닌 학회 차원의

3) 2009. 11. 22. 정남규, 2009. 12. 24. 대전교도소의 김모씨 등이 수감 중 자살하였다.

4) 동 헌법재판소의 결정으로 인하여 2010. 3. 25. 광주고등법원은 원심대로 피고인에 대하여 사형을 선고하였다. 또한 광주고등법원은 내연녀 등 3명을 살해하여 목포지원에서 사형을 선고받은 피고인의 항소 역시 기각하였다.

5) 이 장관은 2010. 3. 16. 흉악범들이 수용된 청송교도소를 방문한 자리에서 “청송교도소에도 사형집행시설을 설치해 1심에서라도 사형선고를 받은 흉악범을 수용해 엄격하게 관리하는 방안을 검토하라”고 지시했다. 이 장관은 “이는 실제 사형집행을 염두에 두고 하는 것”이라며 1997년 이후 13년만에 처음으로 사형 집행이 재개될 수 있을 가능성을 내비쳤다 ([http://news.chosun.com/site/data/html\\_dir/2010/03/16/2010031601372.html](http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2010/03/16/2010031601372.html)).

6) 예외적으로 법무부는 2006년도에 법무부변화전략계획을 발표하면서 사형의 범죄억지력 및 사형폐지의 사회적 영향에 대한 연구검토를 하여 장차 사형을 절대적 종신형으로 대체할 것을 검토하기 시작하였다(법무부, 희망을 여는 약속, 2006, 119-120면).

더 많은 논의가 필요하다는 이유로 이를 잠정 유보하기로 결정하였다.<sup>7)</sup>

이렇게 항상 우리사회의 이슈가 되어 온 사형제도에 관하여 본 논문에서는 폐지론의 입장에 서서 그에 관한 논거를 제시하고자 한다. 폐지론의 논거를 크게 ① 헌법적인 측면에서 바라본 사형제도, ② 현실적인 측면에서 바라본 사형제도, ③ 관련기관의 입장에서 바라본 사형제도, ④ 국제적인 추세에서 바라본 사형제도 등의 4가지 범주로 구분하여 살펴보고, 사형제도의 조속한 폐지를 촉구하고자 한다.<sup>8)</sup>

## Ⅱ. 헌법적인 측면에서 바라본 사형제도

### 1. 헌법 제10조 위반

#### 가. 최대한 생명보호의 원칙

사형은 사형수에 대한 헌법 제10조 소정의 인간의 존엄과 가치를 침해한다. 인간의 존엄은 인간행위의 평가에 의한 판단이 아니라 죄인이든 정상인이든 묻지 않고 인간인 이상 예외 없이 모두에게 인정되는 인간으로서의 품위를 말한다. 인간으로서의 존엄과 가치의 본질적 내용이 생명권이기 때문에<sup>9)</sup> 생명이 박탈되면 인간으로서의 존엄과 가치도 박탈되기 때문에 인간의 생명은 최대한으로 보호되어야 한다. 대법원도 ‘생명은 한 번 잃으면 영원히 회복할 수 없고, 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 존엄한 인간 존재의 근원인 것’이라고 밝히고 있다.<sup>10)</sup>

생명권은 절대적 기본권이 아니기 때문에 절대불가침의 영역으로 남는 존재가 아니지만 생명권은 모든 기본권 중에서 가장 우선적으로 보호되어야 하는 ‘최대한’ 보장의 원칙이 적용되는 기본권이다.<sup>11)</sup> 생명권은 절대적 생명보호의 원칙이 적용되기 때문에 제한이 불가능하다는 전제에서 생명권을 제한하는 사형제도가 위헌이라는 것이 아니라 생명권은 최

7) 한국형사정책연구원/법무부/한국형사법학회/한국형사정책학회, 형법개정의 쟁점과 검토 -죄수·형벌론 및 각칙분야-, 2009. 9. 11, 19면.

8) 본 논문에서는 사형폐지의 구체적인 논거에 대해서 주안점을 두고자 한다. 사형존치의 구체적인 논거는 폐지논거를 설명하면서 참고적으로 거론하기로 하며, 사형폐지 이후의 대안에 대해서는 지면 관계상 다음 기회에 논하게 된 점을 양해하기 바란다.

9) 김명식, “사형제도의 위헌성”, 고시계 통권 제638호, 2010. 4, 16면.

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

11) 同旨 장영수, “사형제 합헌판결의 함의 … 사형제폐지는 입법자의 과제인가 헌법재판소의 과제인가? - 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정에 대한 평석-”, 고시계 통권 제638호, 2010. 4, 64면.

대한 생명보호의 원칙이 적용되기 때문에 제한은 가능하나, 그러한 제한 분야는 긴급성이 있는 예외적인 경우로 한정되어야 하며, 긴급성이 없는 사형집행행위는 최대한 생명보호 원칙의 범주를 벗어난다는 점에서 사형제도가 헌법 제10조 위반이라는 것이다.

#### 나. 긴급성의 정당화요소

사형존치론자는 인간의 생명도 경우에 따라서 법적인 평가가 가능하며 제한을 가할 수 있는 성질의 것이라고 한다. 생명권은 절대적인 권리가 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항의 기본권의 법률유보조항으로 제한이 가능하다는 것이다. 이러한 예로 들고 있는 것으로 정당방위상황에서의 살해행위, 기대가능성이 없는 상황에서의 살해행위, 임산부의 건강을 위하여 태아의 생명을 단절하는 행위 내지 자기결정권을 위하여 태아의 생명을 침해하는 낙태행위 등이다. 또한 만약 무조건 생명을 보호해야 한다면 외침으로 전쟁이 발발했을 경우, 국민과 국가의 안전을 위한다고 하여도 살상을 할 수 없다는 결론에 이른다고 한다. 일견 타당해 보이지만, 정당방위상황·기대불가능성상황·전쟁상황에서의 생명침해행위와 사형수에 대한 생명침해행위는 같은 선상에서 바라보아서는 안 되는 중요한 차이점이 있다. 즉 전자는 긴급성이라는 요소가 개입되어 정당화될 수 있지만, 후자는 그렇지 않기 때문에 정당화될 수 없는 것이다.

사형존치론이 말하는 ‘필요악’으로서 불가피한 선택이라 함은 ‘생명박탈이 다른 생명권의 보호’에 기능한다는 논리이다. 이는 형법상 정당방위나 정당행위의 논리와 맥을 같이 하는 바, 자기의 생명에 대한 현재의 급박한 침해를 방위하기 위하여 부득이 그 침해자의 생명을 박탈할 수밖에 없는 불가피한 선택의 경우라면 모르되, 그와 같은 경우가 아닌, 생명박탈범에 대하여 후일에 국가가 형벌로써 그의 생명을 박탈하는 경우(즉 현재의 급박한 침해의 상태가 아닌 경우)에는 생명을 박탈할 수밖에 없는 불가피한 선택의 경우라고 강변할 수 없기 때문에 이 점에서 사형존치론은 납득하기 어렵다.

## 2. 헌법 제37조 제2항 위반

사형제도에 의하여 달성하려는 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 가석방이 불가능한 종신형에 의하여도 충분히 달성될 수 있음에도 국민의 기본권 중 가장 기초적인 의미를 갖는 생명권을 최종적으로 박탈하는 사형제도는 피해의 최소성 원칙에 반하는 것으로서 헌법 제37조 제2항 후단에 위배된다.

사람의 생명은 어떠한 권위로서도 사람이 이를 박탈할 수는 없다. 인간의 생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없는 절대적 가치이며, 인간존엄의 근원이다. 그러므로 이와 같

이 존엄한 인간의 생명을 국가가 참혹하고 야만적이며 잔혹하게 박탈하는 것은 인도주의의 입장에서 볼 때 허용될 수 없는 문화국가의 수치이다. 인간의 생명권은 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조 내지 일반적인 권리보호조항인 헌법 제37조 제1항에 의하여 보장되고, 생명권에 대한 침해는 성질상 생명의 박탈을 의미하므로 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여도 제한할 수 없다.

생명권의 제한은 성질상 생명의 박탈을 의미하며 생명권의 본질은 생명 그 자체이므로, 생명의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해한다. 원칙적으로 사람의 생명에 대하여서는 부정적인 어떠한 사회과학적 평가나 법적인 평가도 허용되어서는 안 된다고 할 것이며, 이와 같은 평가로 세워진 사형제도는 허용될 수 없다고 할 것이다. 한발짝 양보하여 사람의 생명에 대하여도 부정적으로 사회과학적·법적인 평가가 가능하다고 하여, 헌법상 기본권인 인간의 생명권으로서 법률상의 의미를 조영한다고 하더라도, 인간의 생명권은 사람의 생존본능과 존재목적 그리고 고유한 존재가치에 바탕을 두고 있으므로 이는 선택적이고 자연법적인 권리일 수밖에 없다. 또한 이는 모든 기본권이 생명이 있음을 전제로 하여 비로소 의미를 가지는 것으로서 모든 기본권의 근원이 되는 최고의 기본권이기 때문에, 어떠한 법률이나 제도에 의하여서도 박탈될 수 없다고 할 것이다. 생명권은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다. 이에 본질적 내용 침해 금지부분을 논의할 때에는 공공성을 심사하는 것 자체가 모순이 된다. 생명권은 본질적인 내용이므로 비례성의 심사까지 갈 필요도 없는 것이기 때문이다.

형법에서 과실범은 원칙적으로 불가벌이며, 심지어 국가유지를 보호법익으로 하는 유형의 과실범도 불가벌로 하지만, 생명침해와 직접 관련된 과실범은 원칙적으로 처벌하고 있다는 점에서, 생명보호가 국가안전보장 등의 국가유지보다도 법률상에서 더 우선적이라는 것을 보여주고 있다.<sup>12)</sup> 이처럼 생명보호가 국가유지를 포함한 다른 어떤 법익보다도 더 높은 가치를 가진다는 것이 형법상의 근본원리라면 생명보호에 반하는 의식적 사형제도의 존치가 논리적으로 타당할 수 없고, 따라서 개인의 생명보호보다는 국가유지 목적을 위해 개인의 생명을 적극적으로 침해하는 사형제도가 헌법상의 원리라고 보는 것은 설득력이 없다.

### 3. 헌법 제110조 제4항 위반

우리나라 헌법에는 사형을 적극적으로 인정하는 조항은 없다. 다만 비상계엄의 군사재

12) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 『사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집』, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19, 42면.

판을 전제로 하여 사형을 인정하는 표현을 하고 있다. 동 조항<sup>13)</sup>을 이유로 헌법이 적극적으로 사형제도를 수용하고 있다거나<sup>14)</sup> 개헌 없이 사형폐지를 할 수 없다는 주장도 제기된다. 그러나 헌법은 이 단서조항이 예정하는 특수한 경우 이외에는 사형제도를 허용하지 않고 있다고 해석하는 것이 인간의 존엄과 가치의 핵심을 이루는 생명권 중시의 관점에서 옳을 것이다.<sup>15)</sup> 동 조항의 단서규정은 비상계엄하에서의 군사재판에 관한 단심 사물관할을 규정하면서, ‘계엄법에 따라 적용되는 사형의 경우에는 단심으로 끝내서는 아니된다’는 주의적 규정으로 존재하고 있다고 보아야 한다. 동 조항의 단서규정은 비상계엄이라는 특수한 상황을 전제로 법률상 사형규정을 두고 있다는 현실을 고려하여 규정한 것일 뿐이고, 동 조항은 사형선고가 갖는 기본권 침해의 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문규정에 대한 예외를 설정하고 있기 때문에 동 단서조항을 사형제도에 관한 헌법적 근거로 볼 수는 없을 것이다.<sup>16)</sup> 따라서 헌법개정 없이도 특별법 제정 또는 법률 개정을 통하여 사형은 폐지될 수 있다.<sup>17)</sup> 헌법 제110조 제4항은 사형제도로 인한 생명침해의 심각성을 인식하고 사형을 선고할 경우에는 비상계엄하에서도 단심으로 재판해서는 안 된다는 소극적·회피적인 태도를 보여주고 있는 것으로 이해해야지 이를 사형제도가 헌법적으로 허용되고 있다고 해석해서는 안 된다.<sup>18)</sup> 헌법 제110조 제4항이 군사법 분야가 아닌 일반적인 범죄에서 사형을 예정하고 있지 않기 때문이다. 또한 제110조 제4항은 사형의 가능성을 전제하고 있을 뿐이지 사형의 정당성 인정조항은 아니다.<sup>19)</sup> 헌법 제10조는 헌법의 근본규범이지만, 제110조 제4항은 기술적인 규정일 뿐이다.

13) 제110조 제4항은 현행헌법에서 신설된 것인데, 그 이전의 사형 집행은 헌법적 근거도 없이 자행된 것으로 볼 수도 있다.

14) 김상겸, “생명권과 사형제도”, 헌법학연구 제10권 제2호, 2004. 6, 245-246면.

15) 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점 -사형의 위헌성과 대체형벌-”, 고려법학 제44호, 2005, 147-150면.

16) 헌재 1996. 11. 28. 선고, 95헌바1 결정 중 재판관 김진우의 반대 의견.

17) 그러므로 헌법이 사형에 대하여 언급하고 있는 이상, 법률로 사형을 폐지하는 것은 법률로 헌법의 내용을 바꾸는 것으로 헌법의 통일성 원칙에 반하고, 체제정합성에도 맞지 않다는 의견(김상겸, 앞의 논문, 231면. 각주 40)은 타당하지 않다.

18) 김명식, 앞의 논문, 11면.

19) 즉 사형의 가능성을 시사하고 있을 뿐이지, 사형이 반드시 존치되어야 함을 의미하는 것은 아니다. 그렇기 때문에 헌법에서 사형에 관한 문구를 삭제하지 않은 상태에서도 사형제도를 폐지하는 것은 가능할 것이다(장영수, 앞의 논문, 67면).

### Ⅲ. 현실적인 측면에서 바라본 사형제도

#### 1. 오판의 가능성 존재

재판도 하나의 제도로서 인간이 행하는 것이기 때문에 오판의 가능성을 절대적으로 배제할 수 없다.<sup>20)</sup> 중범죄에 대하여 하급심과 상급심의 결론이 달라지는 것과 같이 인간이 하는 재판인 한 오판이 얼마든지 있을 수 있고,<sup>21)</sup> 오판에 의한 사형 판결이 집행된 경우 어떠한 방법으로도 원상회복이 절대적으로 불가능하다.<sup>22)</sup> 오판이 시정되기 이전에 사형이 집행되었을 경우에는 비록 후일에 오판임이 판명되더라도 인간의 생명을 원상으로 복원시킬 수는 없는 것이므로 사형제도는 어떠한 이유로도 그 정당성을 설명할 수는 없다고 할 것이다.

사형판결은 신중을 기하므로 절대로 오판은 있을 수 없다는 주장도 있지만, 만에 하나 죄 없는 한 사람이 사형당한다면 사형은 이미 존속하기 어려운 것이다. 한 사람의 생명은 전 지구와 바꿀 수 없는 소중한 것이기 때문이다.

한편 오판에 의한 자유형의 경우에도 사형의 경우와 마찬가지로 아닌가 하는 반론이 없는 것도 아니지만 오판에 의하여 가해진 자유의 침해가 생명에 대한 침해보다도 훨씬 덜하고 또한 자유의 침해에는 회복의 가능성이 있는데<sup>23)</sup> 반해 빼앗긴 생명은 회복이 절대 불가능하다는 근본적인 차이를 바르게 인식하지 못한 논의라고 볼 수 있다. 인간에 의하여 행하여지는 재판에서는 어떠한 만반의 조치를 강구하더라도 무고한 자에 대한 오판에 의한 사법살인이 전혀 없다고는 누구도 단언할 수 없다.

#### 2. 일반예방효과와의 無關係性

사형은 일반인이 기대하는 바와 같이 위하적 효과가 없다. 사형 범죄의 대부분은 정신이상자, 격정상태에 있는 자, 확신했던 범행 후 자살하거나 인명을 무시하는 자 등에 의하

20) 권오걸, 형법총론(제3판), 형설출판사, 2009, 714면; 유지영, “사형폐지에 관한 소고”, 교정연구 제8호, 한국교정학회, 1998, 237면; 정영일, 형법총론(제3판), 박영사, 2010, 520면(“오판의 가능성이나 형사정책적 효과의 의문성 등을 고려할 때 사형의 선고와 집행은 극히 신중하여야 할 것이고…”).

21) 대표적인 사건으로 1995년 발생한 치과의사모녀살해사건, 6.25당시 한강인도교 폭파사건의 최창식 대령 사건, 故 김대중 대통령 사건 등이 있다.

22) 同旨 한인섭, “사형제도의 문제와 개선방향”, 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990, 41면.

23) 구금에 대한 보상은 구금 청구의 원인이 발생한 연도의 일급 최저 임금액의 5배에 구금일수를 곱한 금액이다. 사형에 대한 보상은 이에 더하여 3천만원 이내의 가산보상금과 재산상의 손실액(형사보상법 제4조 제3항)을 더한다.



여 행하여지는데 이러한 자에 대하여 사형은 전혀 위하력을 가지지 아니한다. 이처럼 사형폐지의 가장 중요한 근거는 사형을 정당화할만한 어떠한 합리적 근거도 존재하지 않는다는 것이다. 즉 사형은 범죄억제에 기여하는 바가 전혀 없다.<sup>24)</sup>

이처럼 사형의 범죄에 대한 일반예방적 효과는 학문적 가설일 뿐 과학적으로 입증된 바가 없고, 형벌의 본질이 응보에서 교육으로 옮겨가고 있는 추세임을 감안할 때 사형을 인정한다는 것은 결국 국가가 범죄인의 사회복귀를 위한 교화와 개선의 노력을 스스로 포기하는 것이다. 결국 사형은 그 자체가 법의 이름으로 자행되는 또 다른 살인행위일 뿐 아니라 국민의 응보적 법감정을 순화시키기보다는 도리어 그것을 황폐화시킬 뿐이며, 국가가 살인행위를 비난하면서도 스스로 사람의 생명을 박탈하는 것은 이를 정당화시키는 모순에 빠진다.

사형이 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 형벌로서 그 위하력을 통한 일반적 범죄예방효과를 거둘 수 있느냐의 문제는 오랫동안 많은 학자들이 실증적인 연구조사를 하여 오고 있다. 그러나 그 결과에 따르면 예방효과를 인정하는 견해는 소수에 불과하고 다수견해는 그 효과를 인정하지 아니하고 있는 실정이다.<sup>25)</sup> 이와 같이 사형이 형벌의 목적의 하나인 범죄의 일반적 예방의 실효를 거두고 있다고는 할 수 없으며, 그 효과면에서 보더라도 무기징역형을 최고의 형벌로 정하는 경우와 비교하여 큰 차이가 있다고 할 수도 없다. 그렇다면 사형제도가 형벌의 한 수단으로서 적정하다거나 필요한 방법이라고는 할 수 없다.

UN은 1988년과 2002년 사형의 범죄예방효과에 대하여 조사하였는데, 그 결론은 ‘사형제도가 살인억제력을 갖는다는 가설을 수용하는 것은 신중하지 못하며, 조사 결과 통계수치는 사형제도를 폐지하더라도 사회에 급작스럽고 심각한 변화가 일어나지 않을 것’이었다.<sup>26)</sup> 즉 사형의 위하력은 실증되기 어렵다. 한 조사에 의하면 헨리 8세때 절도범들의 교수형을 구경하려고 모인 군중 속에서 소매치기들이 날뛰었다는 사실은 위하력이 별로 없었다는 것을 반증하고 있다.<sup>27)</sup>

1997. 12. 30. 마지막 사형집행 후 1998년의 검찰의 살인 사건 처리인원은 오히려 그

24) Heinz Schöch/박학모 역, “피해자학의 관점에서 본 사형”, 형사법의 신동향 제3호, 대검찰청, 2006. 8, 148면.

25) 이에 대하여 사형제도가 갖는 범죄억지력은 검증될 수 없는 논쟁이라고 보는 견해가 있다. 왜냐하면 형벌제도가 범죄억지력을 갖는다는 것은 명백하지만 구체적으로 특정 형벌제도가 어떠한 정도의 범죄억지력을 갖는가를 평가하는 것은 거의 불가능하기 때문이다(박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009, 505면 참조).

26) Roger Hood, The Death Penalty: A Worldwide Perspective, 3d ed(Oxford University Press, 2002) 75-80면.

27) 노용우, “사형폐지론”, 사회과학연구 제10집, 전북대학교 사회과학연구소, 1983, 161면.

전해보다 증가하였고 전체 범죄증가율과 비교해 볼 때 사형집행이 이루어지지 않은 지난 12년간 살인사건이 급증하는 현상은 나타나지 않고 있다. 이는 사형제도가 위하력이 없음을 나타낸다. 또한 외국의 경우 사형을 폐지한 국가에 있어서 사형에 해당하는 범죄가 증가하지 않고 있다는 점에서도 사형이 일반예방효과가 없다는 점이 입증된다.<sup>28)</sup>

### 3. 범죄인에게 모든 책임 전가

범죄의 원인에는 범죄인의 악성과 반사회성뿐만 아니라 국가와 사회환경적 요인도 적지 않은데 국가가 범죄의 모든 책임을 범죄인에게 돌리고 반성의 기회조차 박탈하는 것은 형벌에 있어서 책임의 원칙에 반한다.

사형으로 응징될 만한 범죄의 경우는 그 범인 개개인의 인격이나 성향보다 그와 같은 범죄로 몰고 간 우리 국가사회 전체의 구조적 모순에서 오히려 더 강한 비난의 요소가 있다고 보여 지는 경우가 많을 것임에도 불구하고 범인 개개인의 생명을 박탈하는 극단적인 방법으로 이에 대처하려고 하는 형사정책은 문제의 본질을 왜곡한 임시방편에 불과하다.

국가는 살인과 같은 피해자 측의 인권을 처참하게 침해하는 범죄를 예방하고, 그러한 범죄의 범인에 대해 적절한 형벌을 부과하여야 할 책무를 지고 있는데, 이를 소홀히 한 결과 피해를 야기하여 피해자 측에 정신적·물질적으로 감내할 수 없는 피해를 발생케 하였다면, 이는 국가가 당연히 해결해야 할 책무가 되는 것이다. 이를 위해 피해자 측의 정신적 충격을 극복할 수 있는 대책을 포함하여 가족해체를 극복하고 재산적 손실에 대한 최소한의 대책이 있어야 할 것이다.

지금까지 등장한 제일 잔혹한 연쇄살인범의 불법성보다 1,000배 이상 더 가혹한 범죄를 저지른 자가 등장한다고 가정해 보자. 이는 범죄인 개인의 책임도 물론 있겠지만 국가 및 경찰의 예방정책의 실패에 그 원인이 더 클 것이다. 즉 국가의 수사방법의 문제로 귀결된다. 그러면 이 범인을 살려 주는 것이 정당한가? 범죄자를 처벌하려면 정상인이어야 하는데, 이들은 정상인으로 볼 수 없기에 사형문제 이외의 책임의 문제에 봉착하게 된다.

28) Thorsten Sellin, *The Penalty of Death*, Sage Publications, 1982, pp. 75-80. 그러나 이는 관련 통계의 신뢰도에 따라 달라질 수 있는 논거이며, 조사대상이나 표본추출의 방법에 따라 제각각의 결과를 도출할 수 있으므로 이러한 식의 접근은 오히려 폐지론의 설득력을 반감시킬 것으로 보는 견해도 있다(강석구, “사형대상 범죄의 합리적 축소방안”, 사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19, 67면).

#### 4. 형벌의 목적 위반

사형은 개선적·교육적 기능을 전혀 가지지 못하므로 형벌의 목적에 위배되며, 형벌의 목적 중의 하나인 응보는 사형 이외의 수단에 의하여서도 달성될 수 있다.

사형은 야만적이고 잔혹한 비인도적 형벌이며, 복수심이라는 인간의 본능에 기인한 것이 아닌 인간의 이성에서 기인한 것이 아니므로 비문화적이다. 어떠한 이유에서든지 천부인권인 헌법 이전의 권리인 생명을 박탈할 수는 없다. 영구히 격리해도 사회를 보호할 수 있는데, 굳이 죽일 필요까지는 없다. 이는 순전히 복수일 뿐이다. 사형은 생명권을 제한해서 다른 생명권을 보호하는 것이 결코 아니다. 사형제도는 ‘과거의’ 생명권 침해에 대한 ‘미래의’ 다른 생명권보호라고 하는 일반예방의 목적을 주장하는데 이도 근거가 박약하다. 생명을 보호해야 할 국가가 생명을 빼앗을 수 없기 때문이다.

절도를 예방하기 위한 가장 확실한 방법은 절도범의 손을 자르는 것이고, 강간을 예방하기 위한 가장 확실한 방법은 거세일 것이다. 하지만 이러한 형벌은 결코 우리사회가 용납하지 아니한다. 이는 너무도 비인간적이기 때문이다. 사형은 손목자르기와 거세보다 훨씬 더 신체를 극단적으로 파괴시키는 행위이다. 신체의 일부 마비도 인정되지 않는 사회에서 전부 마비는 인정되는 모순이 존재한다.

사형은 범죄자의 생명을 박탈하는 것이므로 범죄자에 대한 개선의 가능성을 포기하는 형벌일 수밖에 없고 그렇다면 형벌의 목적의 하나인 개선의 목적에 반하여 사형제도의 정당성을 인정할 수 없다. 범죄인에 대한 개선의 목적은 개선이 가능한 범죄인에 대하여서만 이를 수 있을 뿐, 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인에 대하여서는 그 목적을 이룰 가능성은 없다고 할 것이나, 과연 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인이 있을 수 있을 것인가 하는 문제는 지극히 어려운 문제라 할 것이고, 가사 있을 수 있다고 가정하더라도 이를 절대적으로 명확하게 판단한다는 문제는 더욱 어려운 문제로 결국 인간의 판단력으로서 불가능한 문제라 할 것이다. 그렇다면 국가는 모든 범죄인에 대한 개선가능성을 긍정적으로 받아들여야 할 것이며, 범죄의 책임이 범죄인 개인만이 아니라 그가 속하여 있는 사회에도 있다고 보아야 한다면, 범죄인에 대한 개선이라는 형벌의 한 목적을 결코 포기할 수는 없다고 할 것이다. 이와 같은 형벌의 목적달성의 길이 있음에도 불구하고 사형제도를 존치함은 그 길을 포기하는 것으로써 사형제도의 정당성은 인정될 수 없다.

#### 5. 합법적인 살인의 문제

사형은 국가에 의한 합법적인 살인을 의미한다. 이는 국가가 살인을 범죄로서 금지하는 사상과 모순된다. 국가는 국민들에게 살인하지 말라고 하면서 스스로 살인을 허용하는 사

형제를 존치하는 것 자체가 모순적이다. 생명은 인간에게 있어서 가장 중요하고도 본질적인 법익이므로 국가는 범죄인의 생명도 존중하지 않으면 안 되며, 인간에게 생명을 부여할 수 없는 국가가 이러한 생명을 박탈하는 것은 어떠한 이유로든 허용될 수 없다.<sup>29)</sup>

인간에게는 어떠한 경우에도 다른 인간의 생명을 박탈할 수 있는 권리가 없으며, 이러한 인도주의적 견지에서 볼 때 사형은 마땅히 폐지되어야 한다.<sup>30)</sup> 생명이란 모든 인간의 이익 중 최고의 것이므로 그 누구도 스스로 생명을 박탈할 권리가 없을 뿐만 아니라 타인에게 그 생명을 내어 줄 수 없다.<sup>31)</sup>

## 6. 정치적 수단의 악용

지난 반세기 동안 사형의 역사를 보면 사형이 정치적 압박과 수단으로 되었다는 특색을 보이고 있다. 집권세력이 정치적 반대 세력을 분쇄 내지 봉쇄하기 위한 수단으로 공포정치를 단행하거나 집권세력이 정치적 위기에 몰릴 때 그 위기를 돌파하기 위해 속죄양을 찾아내어 이에 정치테러의 수단으로 사용하는 것이 사형이다. 우리나라는 과거 권위주의 체제 아래에서 정치적인 체제반대자에 대한 집행이 많았다. 우리나라의 경우 1962년~1989년 사이에 공안사건으로 연루되어 사형이 집행된 자의 수가 116명에 달한다. 독일의 경우도 1933년~1945년까지 약 16,500명이 사형으로 처형되었다. 사형존치론자들은 이제는 군부독재의 시절이 지나갔다고 하나, 언제 어디서 이러한 현상이 또 다시 나타날지 아무도 모를 일이다.

무엇보다도 중요한 것은 사형의 선고부분이 아니라 사형의 집행부분에서 정치적인 남용의 가능성이 충분하다는 점이다. 사형의 선고와 집행의 문제는 다른 차원의 문제이다. 중국도 10,000명이 사형선고 당할 경우 집행되는 자는 약 100여명에 불과하다. 이것 때문에 정치적 남용의 위험성이 존재한다. 2010년 현재의 정권과 여당의 경우 사형집행에 다소 긍정적인 경향을 나타내고 있다. 이전의 정권(김대중, 노무현)과 지금의 정권의 경향이 다른 것이다. 정권의 색채가 달라졌다고 하더라도 생명권에 대한 색채는 달라질 수 없는 것임에도 불구하고 현실은 그렇지 못하고 있다.

29) 정영일, “사형제도에 대한 형사정책적 음미”, 형사정책 창간호, 한국형사정책학회, 1986, 319면 이하.

30) 허일태, “사형제도의 폐지 필요성”, 동암 이형국 교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1998, 2, 769-776면.

31) 박기석, “사형제도에 관한 연구”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사정책연구원, 2001, 79면.

## IV. 관련기관의 입장에서 바라본 사형제도

### 1. 형사법학계의 입장

강호순 사건이 불거진 2009. 2. 당시 김경한 법무부 장관은 사형 집행을 신중히 검토하고 있다고 밝혔다. 이와 관련해 형사법을 전공하는 법대 교수 132명은 사형 집행에 반대하는 공동 성명(‘우리는 사형집행의 재개를 강력하게 반대합니다’)을 2009. 3. 13. 법무부에 전달했다. 형사법 전공 교수들이 사형제에 대한 공동 의견을 발표한 것은 역사상 처음 있는 일이었다. 사형제도에 관한 최고의 전문가 집단이라고 할 수 있는 형사법 교수들의 이러한 입장표명은 다른 어떠한 단체의 입장보다도 신중히 검토해 볼 필요가 있는 것이다.

### 2. 헌법재판소의 입장

가. 헌법재판소 1996. 11. 28. 95헌바1 결정(제1차 사형제도 결정)

헌법재판소는 제1차 사형제도 결정<sup>32)</sup>에서 중국적으로 합헌결정을 하였지만, 위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이라고 하였다. 형벌로서의 사형이 우리의 문화 수준이나 사회현실에 미루어 보아 지금 곧 이를 완전히 무효화시키는 것이 타당하지 아니하므로 아직은 현행의 법질서에 위반되지 않는다고 판시하면서, 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 두려움성에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 되거나 국민의 법감정이 사형의 필요성이 없다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형을 곧바로 폐지하여야 하며, 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다고도 판시하였다. 즉, 헌법재판소도 1996년 당시에는 사형에 대하여 합헌결정을 하였지만 그 내용을 들여다보면 단계적 사형폐지론을 취하면서 당시로서는 사형제도가 위헌이 아니라는 견해를 취하고 있었던 것이다.

헌법재판소의 다수의견에 의하면 사형폐지가 아직은 시기상조라고 한다.<sup>33)</sup> 하지만 실제 사형을 폐지한 여러 선진국이 폐지시기에 다수의견이 요구하는 요건을 갖추고 사형을

32) 사형제도에 관한 헌법재판소의 최초 판결은 형식적으로 보면 1993년 11월 25일 내려진 89헌마36결정이다. 그런데 이 사건에서 헌법재판소는 헌법소원청구기간 도과를 이유로 각하결정을 내려 분안판단을 하지 않아 사형제도에 대한 명확한 입장을 표명할 수는 없었다.

33) 하지만 우리 사회의 정치, 경제, 교육적 수준을 볼 때, 사형폐지를 시기상조라고 볼 수도 없다(오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2010, §42/11).

폐지한 것은 아니다. 그리고 현재의 한국의 수준이 사형폐지 당시의 선진국의 수준에 미치지 못한다고 말하기도 어렵다. 또한 선진국은 차치하더라도 한국의 문화와 인지 발달 정도가 같은 아시아권에서 사형을 폐지한 부탄, 캄보디아, 네팔, 필리핀의 수준에 이르지 못하였다고는 전혀 볼 수 없을 것이다.<sup>34)</sup>

#### 나. 헌법재판소 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정(제2차 사형제도 결정)

헌법재판소는 제2차 사형제도 결정에서 4(위헌):5(합헌)의 의견으로 합헌결정을 하였는데, 이는 제1차 사형제도 결정 당시에 위헌의견이 7명이 있었던 것과 비교해 볼 때 합헌의견이 크게 증가한 것이다.

하지만 합헌의견 중에서 사형제도의 폐지 또는 유지의 문제는 위헌법률심사를 통하여 해결되는 것보다는 내외의 의견수렴과 토론을 거쳐 국민의 선택과 결단을 통해 입법적으로 개폐하는 것이 바람직하다는 견해<sup>35)</sup>가 있는데, 이는 합헌도 위헌도 아닌 것으로 심판을 유보한 것으로 볼 수 있다. 무엇보다도 중요한 점은 사형제도의 개폐문제는 헌법재판소가 나서서 해결할 문제가 아니라 국회가 적극적으로 결론을 내려야 하는 문제라고 지적한 데 있다.

헌법재판소가 비록 4:5로 합헌결정을 하기는 하였지만, 다수의 의견을 실질적으로 분석해 보면 사형제를 폐지해야 한다는 것임을 알 수 있다. 합헌의견을 표명한 재판관들 중 2명 이상이 ‘현행 헌법의 해석상 사형제가 위헌이라고 선언할 수는 없지만, 헌법개정 또는 국회 입법에 의해 사형제를 폐지해야 한다’는 의견을 명시적으로 밝혔기 때문이다. ‘헌법 해석에 의해 사형제를 곧바로 폐지할 수 있느냐’ 아니면 ‘헌법해석으로는 안 되고 입법에 의해 사형제를 폐지해야 하느냐’는 방법론의 차이가 있을 뿐 9명의 헌법재판관 중 6명 이상의 재판관들이 사형제를 폐지해야 한다는 점에서는 일치된 의견을 보인 것이다.<sup>36)</sup>

### 3. 국회의 입장

제15대 국회(1999. 12. 7. 사형제폐지특별법안), 제16대 국회(2001. 10. 30. 사형폐지

34) 조 국, “사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언”, 한국인권사회복지학회 2008년도 춘계학술대회 발표문, 2008, 167면.

35) 재판관 송두환의 보충의견. 한편 재판관 민형기는 사형제도의 필요성을 지적함과 동시에 위헌론과 입법적 폐지론은 구분되어야 함을 전제로 입법적 개선의 필요성을 강조하였다.

36) 또한 헌법재판소 재판관들의 상당수가 사형의 문제점을 심각하게 느끼고 있다는 점을 확인할 수 있으며, 합헌성을 인정한 다수의 재판관들도 사형제도 자체의 존치필요성보다는 헌법 제110조 제4항의 존재로 인하여 사형의 합헌성을 인정하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다(장영수, 앞의 논문, 69면).

에 관한 특별법안), 제17대 국회(2004. 12. 9. 사형폐지에 관한 특별법안<sup>37)</sup>), 제18대 국회(2008. 9. 12. 사형폐지에 관한 특별법안(가석방없는 종신형 도입)) 등에서 사형폐지에 관한 법률들이 상정되기는 하였으나 모두 국회의 임기 만료로 자동폐기되거나 심사 중에 있다. 이러한 국회의 태도는 사형제에 대한 입장이 다소 미온적이며, 지극히 정치적이고, 기회주의적이라 하지 않을 수 없다.<sup>38)</sup> 특히 그동안 제출된 3건의 법안 모두, 해당 국회 임기만료로 인해 폐기되었다는 것은 이를 사회적 이슈로만 부각시켜 놓고 뒷짐만 지려 한다는 생각을 지워버릴 수 없게 만든다. 국회가 국민의 대의기관임을 감안하면, 해당 법안이 의결되든, 부결되든간에 국회에서 심도있게 다루어 국민 전체적인 의견의 수렴과 조율을 통해 적극적으로 그 해결책을 강구해야 할 것이다. 국회의원은 번덕스러운 여론의 향배에 따를 것이 아니라, 무엇이 인간존엄성을 담보할 수 있는 입법인가를 깊이 고민해야 하기 때문이다.

2009. 2. 18. 국회의사당에서 열린 ‘사형제도 이대로 좋은가’ 정책세미나에서 자유선진당 박선영의원은 ‘이제 와서 치안불안을 이유로 다시 사형을 집행해야 한다는 주장은 그동안 어렵게 쌓아온 생명존중과 인권보호의 가치를 허물어 뜨리고 국제사회의 신뢰를 잃는 일’이라고 했다. 또한 2009. 2. 18. 국가인권위원회에서 서울대학교 공익인권법센터 등의 주최로 열린 ‘사형제 폐지를 위한 긴급토론회’에서 법률전문가들은 최근 연쇄 살인사건으로 사형제 폐지 논란이 재점화된 것과 관련하여 사형제의 범죄예방효과는 전혀 검증되지 않은 허구라며 오히려 논란의 배경에는 강성형사정책을 주도하려는 정권의 음모가 있다고 우려했다.

#### 4. 국가인권위원회의 입장

국가인권위원회에서는 2005. 4. 6. ‘2005년도 제8차 전원위원회’를 개최하여 국내외적으로 그 존폐에 대하여 첨예하게 대립 중인 사형제도에 대하여 검토한 결과 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야 한다는 의견을 표명하였다. 다만 사형폐지 이후의 후속조치로 감형·가석방 없는 종신형제도, 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도·전쟁시 사형제도의 예외적 유지 등의 방안이 검토될 수 있으며, 이들 조치의 채택여부는 국회가 입법과정에서 고려해야 할 것이라고 하였다.<sup>39)</sup> 또한 국가인권위원회

37) 이는 국회의원 과반수 의원의 동의를 얻은 것으로 이 시기에 정치적 결단을 내리지 못한 것은 참으로 아쉽다. 동 법안에 대해서는 이전의 법안과 달리 2006. 4. 국회 법사위에서 공청회도 개최하였었다.

38) 이종갑, “사형제도에 관한 일고”, 인권복지연구 제3호, 2006, 177면.

39) 국가인권위원회, 사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견, 2005. 4. 6.

는 2009. 7. 31. 사형폐지가 헌법과 국제인권규약에 부합한다는 의견서를 헌법재판소에 제출하기도 하였다.

## V. 국제적인 추세에서 바라본 사형제도

### 1. 전반적인 추세

모든 사형폐지론자가 인권국가와 사형제폐지국가를 동일시하지는 아니한다. 사형을 폐지한 국가가 상대적으로 형벌적인 측면에서 사형을 폐지하지 않은 국가보다 인권적이라는 것이지, 사형폐지국은 인권국가이고 사형존치국<sup>40)</sup>은 비인권국가라고 일도양단적으로 주장하지는 않는다. 사형제도의 존재 여부와 인권국가 내지 선진국가와는 아무런 연관이 없다. 일각에서는 사형제도를 폐지한 국가를 문명국가, 사형제도를 폐지하지 않은 국가를 비문명국가로 구분하는 경우도 있지만, 단지 다양한 사회적 제도 중에서 사형제도만을 평가적 잣대로 삼아 문명의 차이를 구분하고 해당 국가의 발달 정도를 가늠하는 것은 무리라고 본다.<sup>41)</sup>

국제사면위원회에 따르면 2007년 10월 현재 UN이 인정하는 197개국 가운데 완전 사형폐지국은 102개국이며, 사실상 사형폐지국은 31개국이고, 사형존치국은 64개국이라고 한다.<sup>42)</sup> 2010. 3. 현재는 6개국이 늘어나 139개국이 사형폐지국가(58개의 사형존치국가)로 분류되고 있다. 이는 매년 2~3개국이 늘어나고 있는 수치이다. 유럽에서는 벨로루시를 제외한 모든 국가가 사형제도를 폐지한 상태이다. 미국에서도 연간 사형선고 횟수가 60%가량 줄었다.<sup>43)</sup> 이러한 점을 보면 사형제도의 폐지가 강력사건을 급격히 증가시킬 정도의 문제를 야기한다고 보이지 않는다.

이미 우리나라는 사회·문화적으로 사형집행에 대한 인식이 1996년의 합헌결정 당시의

40) 일본의 경우 1993년 이후 유보해 온 사형 집행을 최근 재개하고 있다. 2008년 18명의 사형수에 대한 형을 집행한 데 이어 2009. 1. 29. 사형수 4명의 형을 집행했다. 일본 최고재판소에서 우리나라의 헌법재판소와 마찬가지로 사형에 관하여 합헌 판결을 내린 바 있다. 일본은 현재에도 엠네스티 인터내셔널에서 규정한 사형제도 존치국으로 분류되어 있는 실정이다.

41) 이종갑, 앞의 논문, 171면.

42) 구체적인 국가명에 대해서는 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신�형 도입방안”, 사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19, 33-34면 참조.

43) 이에 대한 보다 자세한 논의로는 이제영, “최근 미국의 사형제도 존폐논의 동향 -뉴저지 주의 사형제 폐지 논리에 대한 비판을 중심으로-”, 검찰 제119호, 대검찰청, 2008, 185면 이하 참조.



상황과는 달라졌다고 할 것이고, 이미 전세계적으로 완전 사형폐지국은 103개국이며 실질적 사형폐지국은 36개국에 이르렀고, 위 사형폐지국가들도 사형의 존치 여부 및 대체형벌에 대한 치열한 논의를 통하여 사형을 폐지하였을 것인데, 굳이 우리나라가 사형존치국으로 남아 있을 만큼 문화적, 사회적으로 열악한 위치에 있는 것인지도 의문이다. 사형폐지국가에서도 국민들이 사형을 폐지하는 데에 찬성한 국가는 없었다.

## 2. 사실상 사형제 폐지국가

국제 민간 인권운동단체인 국제사면위원회(Amnesty International)<sup>44)</sup> 등 인권단체에서는 10년 동안 사형을 집행하지 않는 국가는 사실상의 사형폐지국으로 분류하고 있는바, 이러한 분류에 의해 우리나라도 이미 2007. 12. 30.부터 사실상의 사형폐지국으로 분류되었다.

한편 한국은 2006년 세계 각국의 인권상황을 점검·감시하는 유엔 인권이사회의 초대 이사국이 되었다. 그럼에도 불구하고 한국이 사형제도를 유지하고 있고, UN의 제2선택의 정서에 가입하지 않고 있다는 점은 국제인권 관련기구에서 비판받고 있다.

현재와 같이 사형선고를 해놓고도 사형의 집행을 하지 않는 상황에서는 사형수로 하여금 언제 사형이 이루어질지 모르는데 대한 공포를 오랫동안 무한정 맛보게 함으로써 오히려 반인도적인 점이 인정되고 집행을 기다리는 동안에 형사정책적으로 아무런 교정처우도 이루어질 수 없다는 점에서 현행 사형제도의 개선이 요구된다 하겠다.

## Ⅵ. 결 론

사형제도의 폐지에 대해 큰 걸림돌의 하나는 사형을 폐지하게 되면, 야기되는 국민적 불안을 어떻게 불식시킬 수 있느냐에 달려 있다. 우리나라에서는 사형과 무기징역의 간극이 지나치게 크다는 점에 주목할 필요가 있다. 무기징역을 선고받은 자는 20년<sup>45)</sup> 이상의 형집행과 재범의 여지가 없으면 가석방이 가능하며, 사면이 남용되고 있는 한국의 현실에서 무기수도 쉽게 가석방이나 형의 면제 등의 방식으로 자유의 몸이 된다는 것을 보아 왔던 국민들이다. 이런 국민이 현행의 무기징역제도를 그대로 두고 사형제도를 조건 없이

44) 동 위원회는 1977년 사형제도를 무조건 반대한다는 스톡홀름선언을 발표하였다.

45) 2010. 3. 31. 국회 본회의에서 형법 중 일부 조항을 개정하였는데, 무기징역의 경우 가석방 조건대상이 기존 10년 이상 복역에서 20년 이상의 복역으로 개정되었다.

폐지하자는데 동의하기란 강력범죄에 대한 국민의 불안감을 비교할 때 결코 간단한 문제가 아니다. 따라서 반드시 사형의 대안으로서 절대적 종신형 내지 상대적 종신형의 도입이 필요하다. 종신형에 있어서 범죄인에게 생명이 존속할 때까지 참회할 기회를 줄 수 있는 것과 함께 사형과 동일하게 범죄인의 영구적인 사회격리라는 목적을 달성할 수 있고, 일반인들에게 가석방이 허용되지 않는 범죄인의 수형생활을 보면서 인간으로서 자유를 상실하는 것에 대하여 자유의 소중함을 생동감 있게 인식될 수 있도록 함으로써 형벌의 일반예방적 목적을 효과적으로 달성할 수 있을 것이다.

사형이라 하여 무기징역형보다 반드시 위하력이 강하고 범죄발생의 예방효과가 높다고 보아야 할 합리적 근거를 발견할 수 없음은 실증적 연구조사결과로 보아 분명하고, 영구히 사회로부터 범죄를 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역간에 별다른 차이를 인정할 수 없으므로 반드시 사형제도를 통하지 아니하더라도 이를 대체하여 무기징역형제도를 통하여 형벌의 목적을 충분히 달성할 수 있다고 할 것이다. 따라서 인간의 생명박탈이라는 가장 큰 피해를 입혀 생명권을 제한함은 피해의 최소성의 원칙에 반한다고 할 것이다.

헌법재판소가 만약 사형제도를 위헌이라고 한다면 형사사건의 소급효에 따라 이전의 사형집행자에게 손해배상을 해주어야 하는 구제의 문제가 야기된다. 즉 지난 반세기 동안 집행된 사형에 대하여 모두 구제를 해 주어야 한다는 것이다. 과거 인혁당사건과 관련해서도 금전적인 보상이 있었다. 또한 1997년 이전에 사형판결을 선고받은 자 중에서 이미 사형이 집행된 자와 사형이 집행되지 않아 현재까지도 복역 중인 자와 관련해서는 평등권의 문제도 등장할 것이다. 이와 같이 사형제도를 폐지한다고 하더라도 그 이후의 복잡한 문제들은 계속 제기될 것이다. 하지만 이러한 문제들이 두려워 사형제도를 폐지 못한다는 논거는 설득력이 그다지 높지 않다. 그러므로 우리 사회는 하루 빨리 사형제도를 폐지하는 길을 선택해야 한다. 사형제도의 폐지는 헌법재판소의 몫으로 돌릴 것이 아니라 국회의 몫으로 돌려야 한다. 명백한 위헌성이 확인될 경우에만 국가상의 제도를 폐지할 수 있는 헌법재판소가 기존의 사형제도를 위헌으로 결정하는 것보다는 폭넓은 입법형성의 자유가 인정되는 입법자가 법률의 개정을 통하여 사형제도의 폐지 및 대체보완입법의 개정과 같은 조치를 취하는 것이 보다 바람직하기 때문이다. 이것이 자유민주주의 국가에서 대의제도를 채택하고 있는 대한민국의 정도(正道)이다.

#### 【주제어】

사형, 사형제도, 사형집행, 사형폐지론, 사형존치론

366 한양법학 제21권 제2집(통권 제30집) 2010.05

원고접수일: 2010. 04. 15

원고심사일: 2010. 04. 23

게재확정일: 2010. 05. 01

## 【참고문헌】

### 단행본

- 권오길, 형법총론(제3판), 형설출판사, 2009.
- 박상기, 형법총론(제8판), 박영사, 2009.
- 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2010.
- 정영일, 형법총론(제3판), 박영사, 2010.

### 논문

- 강석구, “사형대상 범죄의 합리적 축소방안”, 사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19.
- 강우예, “미국의 사형법에 대한 연구”, 법학논문집 제31집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2007.
- 국가인권위원회, “사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견”, 2005. 4. 6.
- 국회사무처 법제실, 국회법제사법위원회 전문위원 검토보고서, 2001. 11.
- 국회사무처 법제실, 국회법제사법위원회 전문위원 검토보고서, 2005. 2.
- 김명식, “사형제도의 위헌성”, 고시계 통권 제638호, 2010. 4.
- 김상겸, “생명권과 사형제도”, 헌법학연구 제10권 제2호, 2004. 6.
- 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점 -사형의 위헌성과 대체형벌-”, 고려법학 제44호, 2005.
- 노용우, “사형폐지론”, 사회과학연구 제10집, 전북대학교 사회과학연구소, 1983.
- 대한변호사협회, “사형폐지에 관한 특별법안에 대한 대한변협 의견”, 인권과 정의, 대한변호사협회, 2001. 12.
- 박기석, “사형제도에 관한 연구”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사정책연구원, 2001.
- 박영숙, “사형제도에 관한 연구 -사형제도 존치론적 입장에서-”, 교정복지연구 제13호, 2008. 9.
- 박철현, “정치적 민주주의와 사형의 효과: 억제 Vs. 야수화”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사정책연구원, 2009. 봄호.

- 변종필, “사형폐지의 정당성과 필요성”, 인제대학교 인제논총 제14권 제1호, 1998. 10.
- 오기두, “미국의 사형제도”, 저스티스 통권 제82호, 한국법학원, 2004. 12.
- 유지영, “사형폐지에 관한 소고”, 교정연구 제8호, 한국교정학회, 1998.
- 이보영/박봉진, “사형제도의 존폐와 그 현실적 대안 -절대적 종신형제 도입을 촉구하며-”, 법학연구 제25집, 2007. 2.
- 이인영, “연쇄살인범에 대한 사형대체형으로서 종신형 도입에 관한 논의”, 한림법학 FORUM 제15권, 한림대학교 법학연구소, 2004.
- 이제영, “최근 미국의 사형제도 존폐논의 동향 -뉴저지 주의 사형제 폐지 논리에 대한 비판을 중심으로-”, 검찰 제119호, 대검찰청, 2008.
- 이종갑, “사형제도에 관한 일고”, 인권복지연구 제3호, 2006.
- 이헌규, “사형제도의 폐지에 관한 공청회”, 국회 법제사법위원회, 2006. 4.
- 이훈동, “전환기의 한국 형법 -사형제도의 새로운 시각-”, 외법논집 제26집, 2007. 5.
- 장영수, “사형제 합헌판결의 함의 … 사형제폐지는 입법자의 과제인가 헌법재판소의 과제인가? - 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정에 대한 평석-”, 고시계 통권 제638호, 2010. 4.
- 정영일, “사형제도에 대한 형사정책적 음미”, 형사정책 창간호, 한국형사정책학회, 1986.
- 조 국, “사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언”, 한국인권사회복지학회 2008년도 춘계학술대회발표문, 2008.
- Kuk Cho, “Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?”, Asian Journal of Comparative Law. Vol.3 No. 1, 2008.
- 조준현, “사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망 -이념논쟁과 국민정서-”, 사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19.
- 조준현, “사형제도 존폐 논쟁의 현황과 전망”, 형사정책연구 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006 여름.
- 천정환, “조국교수의 사형폐지론에 대한 천정환의 반론 및 사형수에 대한 교정복지론”, 교정복지연구 제12호, 2008.
- Heinz Schöch/박학모 역, “피해자학의 관점에서 본 사형”, 형사법의 신동향 제3호, 대검찰청, 2006. 8.
- 한국형사정책연구원/법무부/한국형사법학회/한국형사정책학회, 형법개정의 쟁점과 검토 -죄수·형벌론 및 각칙분야-, 2009. 9. 11.
- 한인섭, “사형제도의 문제와 개선방향”, 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990.

- 허일태, “사형제도의 폐지 필요성”, 동암 이형국 교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1998. 2.
- 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 사형: 쟁점과 대안, 2006년 춘계 형사정책세미나 자료집, 한국형사정책연구원, 2006. 5. 19.
- Renate Wohlwend, “The Efforts to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe”, *The Death Penalty: Abolition in Europe*, 1999.
- Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 3d ed, Oxford University Press, 2002.
- Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *The International Covenant in Civil and Political Rights*, 2d ed, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Thorsten Sellin, *The Penalty of Death*, Sage Publications, 1982.

【Abstract】

## Death Penalty System in the Sight of Abolition

Park, ChanKeol

Not executing anyone from 1998 to 2010, Korea is close to being considered a country that has abolished death penalty by the international community. However death penalty system is existing legally and the Supreme Court keeps it.

Death Penalty can't have a right purpose as punishment because it can't reach purpose which Penalty can transcend its general definition as revenge. Death Penalty is most often associated retribution. In many public opinion survey in Korea more 40 percent of the population favored the abolition of death penalty. Many people believe that death penalty serves to restrain people from committing murder, thereby sparing the lives of countless potential victims. Now a general deterrence effect to death penalty have insufficient empirical support for the consecutive murder case. The death penalty not only may not be adopted in statutes theoretically but is not efficient in preventing-crimes. The sanctity of human life, which gives each person a right to life, is inconsistent with the practice of putting criminals to death. The practice of death penalty causes trouble by the tragic fact that innocent people are sometimes executed. The officers of death penalty enforcement are deprived their human rights of pursuit of happiness. After enforcement of death penalty, the families of a condemned criminal receive severe agony. On these reasons, death penalty should be abolished.

【Key Words】

Death Penalty, Capital Punishment, Punishment By Death, Death Penalty Abolishment, Human Rights