

상관살해·상관살해미수·살인·살인미수·군용물절도·군용물손괴·군무

이탈[고성 군부대 총기난사 사건]

[대법원 2016. 2. 19. 2015도12980]



【판시사항】

군인인 피고인이 소속 부대의 간부나 동료 병사들의 피고인에 대한 태도를 따돌림 내지 괴롭힘이라고 생각하던 중 초소 순찰일지에서 자신의 외모를 희화화하고 모욕하는 표현이 들어 있는 그림과 낙서를 보고 충격을 받아 소초원들을 모두 살해할 의도로 수류탄을 폭발시키거나 소총을 발사하고 도주함으로써 상관 및 동료 병사들을 살해하고 중상을 가하였으며, 군용물손괴·군용물절도·군무이탈 행위를 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 유지한 원심의 조치를 수긍한 사례

【판결요지】

[다수의견] 군인인 피고인이 소속 부대의 간부나 동료 병사들의 피고인에 대한 태도를 따돌림 내지 괴롭힘이라고 생각하던 중 초소 순찰일지에서 자신의 외모를 희화화하고 모욕하는 표현이 들어 있는 그림과 낙서를 보고 충격을 받아 소초원들을 모두 살해할 의도로 수류탄을 폭발시키거나 소총을 발사하고 도주함으로써 상관 및 동료 병사 5명을 살해하고 7명에게 중상을 가하였으며, 군용물손괴·군용물절도·군무이탈 행위를 하였다는 내용으로 기소된 사안에서, 범행 동기와 경위, 범행 계획의 내용과 대상, 범행의 준비 정도와 수단, 범행의 잔혹성, 피고인이 내보인 극단적인 인명 경시 태도, 피해자들과의 관계, 피해자의 수와 피해결과의 중대함, 전방에서 생사고락을 함께하던 부하 혹은 동료 병사였던 피해자들과 유족 및 가족들이 입은 고통과 슬픔, 국토를 방위하고 국민의 생명과 재산을 보호함을 사명으로 하는 군대에서 발생한 범행으로 성실하게 병역의무를 수행하고 있는 장병들과 가족들, 일반 국민이 입은 불안과 충격 등을 종합적으로 고려하면, 비록 피고인에게 일부 참작할 정상이 있고 예외적이고도 신중하게 사형 선고가 이루어져야 한다는 전제에서 보더라도, 범행에 상응하는 책임의 정도, 범죄와 형벌 사이의 균형, 유사한 유형의 범죄 발생을 예방하여 잠재적 피해자를 보호하고 사회를 방위할 필요성 등 제반 견지에서 법정 최고형의 선고가 불가피하므로 피고인에 대한 사형 선고가 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다는 이유로, 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 유지한 원심의 조치를 수긍한 사례.

[대법관 이상훈, 대법관 조희대, 대법관 이기택의 반대의견] 위 사안에서, 범행 수단과 방법의 잔인함과 포악함이 피고인 본성의 발현이라고 여겨질 정도로 범행 동기에 참작할 사정이 없음이 명백하다고 볼 수 없고, 생명을 박탈하여 피고인을 사회에서 영원히 격리시키는 것만이 유일한 선택임을 누구라도 납득할 수 있을 정도로 피고인에 대한 사형 선고를 긍정하는 요건의 존재가 합리적 의심의 여지 없이 증명되지 않았으며, 범행 결과가 매우 중하다 하여 사회적 파장과 형벌의 일반예방적 목적 등을 내세워 피고인에게 사형을 선고하는 것이 정당하다고 할 수 없고, 범행의 책임을 오로지 피고인에게 돌려 사형 선고를 통하여 피고인의 생명을 영원히 박탈하는 것이 합당한지 의문이므로, 원심이 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 유지한 것은 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 해당한다고 한 사례.

[대법관 김창석의 반대의견] 위 사안에서, 피고인의 범행으로 5명의 군인이 사망하고 7명의 군인이 부상을 당하는 등 결과가 너무도 중대하다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없으나, 피고인에 대하여 사형이라는 극형을 선택할 수

밖에 없는 예외적이고도 특별한 사정이 있는지 여부, 즉 피고인의 생명권을 박탈하는 결과를 감수하면서까지도 막아야 하는 일반 국민의 생명 보호나 이에 준하는 매우 중대한 공익에 대한 현재의 급박하고도 실질적인 위협이 있는지, 중대한 결과의 발생을 피고인만의 책임으로 돌릴 수 있는지 등에 대해서 심리하지 아니한 채 사형을 선고한 제1심을 유지한 원심판결에는, 사형의 양정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 한 사례.

【참조조문】

헌법 제10조, 제37조 제2항, 제103조, 제110조 제4항, 형법 제41조, 제51조, 제250조 제1항, 제254조, 제329조, 군형법 제30조 제1항 제3호, 제53조 제1항, 제63조, 제69조, 제75조 제1항 제1호

【전문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 법무법인 열린사람들 담당변호사 김정민

【원심판결】 고등군사법원 2015. 8. 17. 선고 2015노84 판결

【주문】

】

상고를 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 사형은 인간의 생명을 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 누구라도 그것이 정당하다고 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 허용되어야 한다.

따라서 사형의 선고 여부를 결정함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 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 심리하여야 하고, 그러한 심리를 거쳐 사형의 선고가 정당화될 수 있는 사정이 있음이 밝혀진 경우에 한하여 비로소 사형을 선고할 수 있다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2006도354 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도8980 판결 등 참조).

우리 헌법은 제110조 제4항에서 법률에 의하여 사형이 형벌로서 선고될 수 있음을 전제로 하여 사형제도를 인정하고 있고 현행 법제상 다수의 범죄에 관하여 사형이 법정형으로 규정되어 있기는 하지만, 법관이 사형을 선고함에 있어서는 앞서 든 사항 등 고려할 수 있는 모든 양형의 조건들을 엄격하고도 철저히 심리하여 의문의 여지가 없을 정도로 사형의 선고가 정당화될 수 있을 때에만 비로소 그 사형의 선고가 허용된다는 것이 대법원의 확고한 입장임은 누차 확인된 바 있다.

2. 원심이 유지한 제1심이 적법하게 인정한 이 사건 범죄사실의 요지는 다음과 같다.

가. 피고인은 학창 시절 동급생으로부터 괴롭힘을 당하면서 자신을 괴롭힌 학생을 살해하는 등의 상상을 해 온 바 있고, 군 입대 후 실수를 하거나 임무를 제대로 수행하지 못하여 간부나 선임들의 지적을 받거나 이들이 자신의 별명을 부르는 것에 대해서 자신을 괴롭히거나 무시하는 행동이라고 생각해 왔으며, 후임들이 자신에게 경례를 하지 아니하는 등 무시한다고 생각해 오던 중 2014. 6. 21. 16:00경 강원 고성군 현내면 마달리에 있는 GOP ○○-△ 초소에 놓인 순찰일지에 자신의 외모를 희화화하고 모욕하는 표현이 들어 있는 그림과 글을 보고 충격을 받아 학창 시절부터 그때까지의 괴롭힘과 무시를 떠올리며 분노하다가 소초원들을 모두 살해하기로 결심하였다.

나. 피고인은 자신이 근무하여 온 ○○ 소초의 소초원들 근무형태 등을 볼 때 실제 총격상황이 발생하더라도 신속한 대응이 어려울 것이라고 판단하고 교통통제소에 모인 무장한 병력만 살해한다면 자신의 범행 목적을 달성할 수 있을 것이라고 생각한 후, 그날 20:10경 GOP ○○-□ 초소 근처의 교통통제소에서 무장한 채 대기하고 있던 상관 및 동료 병사 등 7명을 우선적으로 살해하고자 수류탄을 던져 폭발시켰으나 이들이 상해를 입었을 뿐 사망하지는 아니하자, K-2 소총에 공포탄을 제거하고 탄창을 결합한 다음 교통통제소에서 막사 방향으로 도주하던 피해자들을 향해 실탄을 발사하여 상관인 하사 공소외 1의 우측 복부를 맞춰 그 자리에서 총창으로 사망하게 하였고, 연이어 가지고 있던 탄창으로 교체한 후 마침 동료들의 구조 요청을 듣고 오던 상병 공소외 2, 일병 공소외 3에게 실탄을 발사하여 이들의 우측 견갑부를 맞춰 총창으로 사망하게 하였고, 그 후 소초 막사로 들어가 그 복도에 서 있던 상병 공소외 4를 향하여 실탄을 발사하여 우측 견갑부를 맞춰 그 자리에서 총창으로 사망하게 하고, 다시 탄창을 교체한 후 교통통제소 인근에 이르러 그곳에서 이전 수류탄 폭발로 쓰러져 있던 일병 공소외 5가 피고인을 발견하고 소리치자 실탄을 발사하여 위 공소외 5의 우측 가슴을 맞춰 그 자리에서 관통 총창으로 사망하게 하였다.

더불어 피고인은 위 범행의 과정에서 수류탄 폭발 및 소총 발사로 피해자 7명을 살해하려 하였으나 미치지 못하고 중상을 가하였고, 군용물손괴, 군용물절도 및 군무이탈 행위를 하였다.

3. 피고인에 대한 양형과 관련된 사정은 아래와 같다.

가. 우선 피고인에게는 유리하게 고려할 여지가 있는 다음과 같은 사정이 있다.

- (1) 피고인은 (생년월일 생략)생으로 이 사건 범행 당시 만 21세 7개월 나이의 군인이었고, 가족으로는 부모와 형이 있으며, 부모의 보살핌 속에 별다른 비행 없이 성장해 왔고, 이 사건 범행 외에 형사처벌을 받은 전력은 없다.
- (2) 피고인은 내성적인 성격으로 학창 시절 친구들과 잘 어울리지 못하였고, 발음이 부정확하다는 등의 이유로 같은 반 학생들로부터 괴롭힘을 당해 왔으며, 이로 인해 중학교 3학년 무렵부터 자신을 괴롭히는 학생을 살해하는 등의 상상을 하면서 분노를 해소해 오다가, 고등학교 3학년 때 자퇴를 하여 검정고시를 통해 고등학교 졸업 자격을 취득한 다음 대학교에 다니다가 입대를 하였다.
- (3) 피고인은 일부 후임병사들로부터 병장 대우를 제대로 받지 못하였고, 간부 및 동료 병사들이 피고인이 듣기 싫어하는 별명을 부르며 놀리기도 하였으며, 이 사건 범행 당일에는 피고인이 늦잠을 자고 청소를 하지 아니한다는 이유로 하사 공소외 1로부터 질책을 받은 바 있다.
- (4) 피고인은 입대 후에 부대 간부, 선임, 동기 및 후임들의 피고인에 대한 태도를 피고인에 대한 따돌림 내지 괴롭힘이라고 생각하던 중 초소 근무를 서다가 순찰일지에 피고인의 동기나 후임들이 쓰거나 그린 자신의 외모를 희화화하고 자신을 모욕하는 표현이 들어 있는 그림과 낙서를 보게 되었다.

피고인은 이를 보고 동료 소초원들이 자신을 무시한다고 생각하여 충격을 받았고, 이에 과거 학창 시절 동급생들의 따돌림, 군 입대 이후 당해왔다고 생각했던 괴롭힘과 무시를 떠올리다가 피고인과 같이 생활하는 소초원들을 모두 살해하기로 결심하게 되었다.

- (5) 피고인은 이 사건 범행 무렵 학창 시절에 경험한 지속적인 괴롭힘 등으로 인하여 특정 불능의 인격장애를 겪고 있었고, 이러한 피고인의 인격장애와 군 생활의 스트레스가 결합하여 피고인이 소초원들을 모두 살해할 결심을 한 것으로 보인다.
- (6) 피고인은 군 입대 이후 우울증세 등으로 A급 관심사병으로 분류되어 있었는데, 인성검사 결과 등을 종합하여 B급 관심사병으로 분류가 조정되면서 전방 GOP에 근무하게 되었다.
- (7) 피고인은 수사기관 이래 범행을 자백하였고, 자신의 잘못을 반성하는 취지의 진술을 하고 있다.

나. 한편 피고인에 대한 비난 가능성이 높아서 엄벌이 불가피하다고 볼 수 있는 다음과 같은 사정이 있다.

- (1) 피고인은 평균 수준의 지적 능력을 가지고 있고, 이 사건 범행 당시 약 1년 6개월간 군복무를 하여 전역을 약 3개월 앞두고 있는 병장이었다.
- (2) 피고인에 대한 정신감정 결과에 의하면, 이 사건 범행 당시 피고인은 특정 불능의 인격장애 증상이 있었으나 그 인격장애로 심신상실이나 심신미약 상태에 이르지 않는었으며, 특히 범행 당시 사물을 변별할 능력과 의사를 결정할 능력은 정상범주 내에 있었다.
- (3) 피고인은 자신을 희화화하고 모욕하는 그림과 낙서를 보고, 과거의 괴롭힘 등을 떠올리면서 이 사건 범행을 결심하게 되었는데, 그 그림과 낙서의 표현이 극심한 분노를 불러일으킬 정도로 피고인을 비하하는 내용으로 보이지 아니하고, 피고인 이외에 다수의 다른 소초원에 대하여도 유사한 내용의 그림이 그려졌으며, 피고인은 이 사건 범행 이전에 이미 자신을 희화화하는 내용의 일부 그림을 보고 확인한 적도 있다.

또한 피고인을 희화화하는 그림의 절반 이상을 그린 후임병사는 상병 공소외 6인데, 피고인은 그를 상대로 손가락으로 머리를 톡톡 치면서 20회 이상 관등성명을 말하도록 시키거나 관물대 정리가 되어 있지 아니하다며 관물대에서 옷 등 물건을 꺼내어 바닥에 내팽개치기도 하는 등의 행위를 한 바 있고, 이에 공소외 6은 그러한 피고인의 부당한 처우에 불만을 품고 피고인을 무시하는 태도를 취해 오던 중 위와 같은 그림을 그리게 된 것이다.

- (4) 한편 피고인은 자신을 괴롭히거나 따돌렸다고 지목한 소초원들을 살해의 대상으로 삼은 것이 아니라 자신을 친밀하게 따르던 후임병을 비롯하여 소초원 전원을 가리지 않고 살해할 의도로 이 사건 범행을 시작하였다.

더불어 범행 과정에서 피고인의 후임병임에도 피고인을 선임병으로 제대로 대우하지 아니하고 무시하는 태도를 주로 보였다는 상병 공소외 6, 공소외 7에 대하여는 살상 시도를 하지 아니하였고 오히려 피고인과 친하게 지냈던 후임병으로서, 동료를 구하러 오던 상병 공소외 2와 일병 공소외 3 및 수류탄 파편을 맞고 쓰러져 있던 일병 공소외 5에게 소총을 발사하여 이들을 살해하였다.

- (5) 피고인은 범행 당일 16:00경 위 낙서와 그림을 보고 소초원 전원을 살해하겠다는 결심을 한 다음 그 목적 달성을 위해 일몰 후 어둠으로 사물의 식별이 제대로 이루어지지 않는 20:00경까지 기다렸다가, 우선 무장한 소초원들이 모여 있는 교통통제소에 수류탄을 터트려 그들을 다치게 한 다음 무장하지 않은 소초원들이 있는 막사로 이동하면서 무방비의 소초원들에 대하여 눈에 띄는 대로 소총을 발사함으로써 죽거나 다치게 하였고, 반복하여 탄창을 2회 교환해 가면서 살상행위를 하여 약 10분간 사망자 5명, 부상자 7명이 발생하였다.

피고인은 자신을 무시한다고 생각해오던 상병 공소외 7이 교통통제소 인근 ○○-□ 초소에서 실탄을 소지한 채 근무하고 있었으나 대응을 제대로 하지 못할 것으로 생각하고 무장한 피해자들만 우선적으로 제압하면 된다고 판단하여 범행을 시작하였고, 소초원들의 눈에 띄지 않는 흙길로 이동을 하며 범행을 실행하는 등 마치 전투에 임하는 것과 같이 소초원들을 효과적으로 제압하고 많이 살해할 수 있는 순서, 방법 등을 계획한 다음 지능적이고 냉혹하게 그 계획에 따라 범행을 저지른 것으로 보인다.

(6) 피고인이 최초로 교통통제소에 수류탄을 던졌을 때 일부 소초원들이 수류탄을 발견하여 피신하였고, 수류탄이 지면에서 폭발하는 바람에 피고인이 예상했던 것보다 수류탄의 살상력이 크지 않아 사망자가 발생하지 않았으며, 그 이후 사태를 파악한 하사 공소외 8 등이 뒤늦게나마 피고인을 향해 사격을 하는 등 대응을 하였기 때문에 사망자 5명, 부상자 7명에 그쳤을 뿐, 만약 피고인이 계획했던 대로 모든 범행을 수행하였다면 더 많은 사상자가 발생하였을 것임이 분명하다.

(7) 피고인에 의해 무참히 살해된 피해자들은 만 19세 내지 23세의 젊은 나이이고, 부상을 당한 피해자들도 20대 초반의 나이일 뿐만 아니라, 살해된 피해자 5명 중에는 평소 피고인을 '형'이라고 부르는 등 친하게 지내거나 호의적인 태도를 보인 후임병들도 다수 포함되어 있으며, 피고인을 희화화하는 그림 및 낙서의 작성과는 무관한 소초원들이 다수이다.

(8) 피고인은 범행 이후 도주 과정에서도 6번 정도 수색대를 마주치면서 제56연대 초병이라고 둘러대고 오히려 무슨 훈련을 하느냐고 반문하는가 하면 간부 지시로 피아식별띠를 가지러 간다고 대답을 하면서 이들을 따돌려 체포를 모면하였고, 수색대와 대치하게 되자 부모님과 통화를 하고 싶다며 휴대전화를 건네받아 자신과 관련된 기사를 검색하고 선고형을 예상하는 기사를 읽는 등의 태도를 보이다가 본인이 생각해도 최소한 무기징역형을 선고받을 것이라는 판단이 들자 투항 권유를 뿌리치고 자살 시도를 한 바 있다.

또한 피고인은 수사 및 재판과정에서 자신의 잘못을 반성하고 사망자들과 유가족에게 죄송하다는 말을 하면서도, 한편으로는 국방부와 군대의 구조적인 불합리와 모순으로 이 사건이 발생되었으며 자신은 불합리한 제도의 희생자라는 취지로 주장을 하고 소초원들의 괴롭힘과 따돌림이 이 사건의 핵심적인 원인이라는 취지의 주장을 반복하면서 억울함을 토로하는 등 책임을 전가하는 태도를 보이고 있다.

(9) 이 사건으로 사망하거나 부상당한 피해자들과 유족들은 피고인이 반성과 사죄는커녕 사망하거나 상처와 고통을 안고 살아가는 전우들에게 범행의 책임을 덮어씌우려 한다면 피고인에 대한 엄벌을 탄원하고 있다.

피고인이 피해자들 및 유족들에 대하여 피해회복이나 사죄를 위한 진지한 노력을 한 사정도 전혀 나타나 있지 아니하다.

4. 위와 같은 양형의 조건이 되는 사정들을 종합해 보면, 이 사건에서는 피고인에 대한 사형의 선고가 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 할 것이다.

그 이유는 다음과 같다.

가. 피고인이 학창 시절에 따돌림을 당한 경험이 있거나 특정 불능의 인격장애 증상을 가지고 있는 등 개인적 취약성이 존재하는 사정, 피고인은 성년에 이른 지 얼마 되지 아니한 젊은 나이인데다가 상당한 스트레스가 상존하는 GOP 환경에서 병역의무를 수행 중이었던 사정 및 피고인은 애초에 A급 관심사병으로 분류되어 있어 GOP에 투입될 수 없는 인원이었음에도 B급 관심사병 등급으로 조정됨으로써 GOP에 투입되어 위험성이 높은 살상무기를 손에 쥐게 된 사정이 이 사건의 원인 중 하나로 작용하였음은 앞에서 본 바와 같다.

그러나 인격장애는 질병이나 뇌손상 기타 정신과적 장애가 없이 소아기나 청년기부터 시작되어 성인이 될 때까지 지속되면서 인격의 비정상적 성장으로 성격이 변이·일탈되어 발생하는 장애로서, 이러한 인격장애로 스트레스에 대하여 융통성이 없는 병적 적응 형태의 반응이 나타날 수도 있으나 이를 생물학적 의미에서 정신장애나 질환으로 볼 수는 없다.

이와 같이 인격장애 혹은 기타 성격적 결함에 기하여 자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특별한 사정이 없는 한 이와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고 할 수 없다(대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결 등 참조). 따라서 자신에게 가해지는 비난이나 부담을 지나치게 무겁거나 민감하게 받아들이는 인격장애 등 피고인의 개인적 취약성이 이 사건 범행에 이른 심리적 요인 중 하나가 되었다고 하더라도 범행의 경위와 계획성, 수단과 방법 등 제반 사정을 볼 때 이 사건 범행 당시 피고인의 사리판단능력에 어긋난 결함이 있었다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 기록을 살펴보아도 피고인에 대한 조직적인 따돌림이나 폭행, 가혹 행위 등 감내하기 어려울 정도의 정신적, 신체적인 괴롭힘이 존재했다고 보기 어려운 이 사건에서 위와 같은 인격장애 등이 소초원 전원을 살해하기로 계획을 세우고 실행에 옮긴 피고인에 대한 비난 가능성을 경감할 만한 사정으로 고려되기는 어렵다.

나. 오히려 피고인은 자신을 괴롭힌다고 생각되는 사람들을 살해하는 상상을 종종 해 온 것으로 보이고, 이병 및 일병 시절까지는 비교적 적극적으로 복무를 하였으나 상병에 이른 이후부터 맡겨진 일을 제대로 하지 아니하고 특히 GOP에 투입된 이후에는 열외의식이 강해지고 늦게까지 사이버지식정보방에서 컴퓨터를 하다가 늦잠을 자거나 판타지 소설 등을 읽으며 시간을 보내는 등 선임병으로서 주어진 역할에 충실하지 아니한 모습을 보여 동료 병사나 간부들로부터 호의적인 대우를 받지 못하는 여건을 스스로 만들어 왔고, 그러다 보니 피고인 스스로가 자괴감에 빠지거나 더 외톨이와 같은 생활을 하는 악순환으로 이어진 사정이 엿보인다.

이와 같이 피고인이 자초하여 빠져든 것으로 볼 소지가 다분한 악순환 상태에 관하여 피고인은 이를 다른 소초원들이 자신을 무시하고 비하하며 심리적 좌절감을 주는 등 따돌림과 괴롭힘을 가하는 것이라고 받아들인 것으로 보인다.

이 사건 재판과정에서도 대부분의 소초원들은 큰 문제 없이 GOP에서 지내오며 전역도 얼마 남지 않았던 고참병인 피고인이 갑자기 왜 이렇듯 잔혹한 범행을 저질렀는지에 대하여 의아해하고 있으며, 피고인 스스로가 원심 공판기일에 일부 인원만이 자신을 따돌렸고 나머지는 그런 분위기에 휩쓸리거나 동정하였을 뿐 소초원들의 집단적인 따돌림은 없었다고 인정하고 있는 점을 보아도 피고인의 이 사건에 대한 변명과 책임 전가의 주장을 그대로 받아들일 수는 없다.

다.

한편 관심사병으로 분류된 피고인이 심리적으로 더욱 부담이 되는 GOP 환경에 놓이게 되면서 상당히 스트레스가 증가하였고, 이러한 사정은 사병관리 체계나 병영생활의 특수성에 기인한 것으로 볼 여지가 없지 아니하며, 피고인에게 총기 등 살상무기가 지급되어 있었던 것이 이 사건 발생의 한 요인임을 부정할 수는 없을 것이다.

하지만 남북이 분단되어 군사적으로 대치되고 있는 우리나라의 현실적 안보 상황에서 국민의 생명과 안전을 보호하고 국가를 수호하는 중책을 짊어진 장병들에게 맡기면서 부득이 이들을 근무 조건이 혹독하고 긴장의 끈을 놓을 수 없는 GOP 등 최전방에 근무하도록 하고 생명과 신체에 위해를 초래할 수 있는 총기 등 무기를 지급하는 것은 국가

공동체의 보존을 위한 불가피한 선택이라는 점을 고려하지 않을 수 없다.

나아가 병역의무의 이행을 위하여 20세 안팎의 젊은 나이에 입대하였다가 부하 혹은 동료 병사인 피고인의 이 사건 범행으로 인해 아무런 잘못 없이 잔혹하게 살해된 피해자들의 충격과 고통을 헤아려 보면, 위와 같은 피고인의 개인적 취약성이나 최전방 군복무의 현실 등을 감안하더라도 무고한 동료 병사 등을 무차별적으로 살해한 이 사건과 같이 잔혹하게 다중 살상행위를 저지른 피고인에 대하여 형사적 비난 가능성을 경감하는 것은 책임주의와 정의 관념에도 부합하지 아니한다.

라. 앞에서 본 바와 같은 이 사건 범행의 동기와 경위, 범행 계획의 내용과 대상, 범행의 준비 정도와 그 수단, 범행의 잔혹성, 피고인이 내보인 극단적인 인명 경시의 태도, 피해자들과의 관계, 피해자의 수와 피해결과의 중대함, 전방에서 생사고락을 함께하던 부하 혹은 동료 병사였던 피고인에 의해 살상된 피해자들과 그 유족 및 가족들이 입은 고통과 슬픔, 국토를 방위하고 국민의 생명과 재산을 보호함을 사명으로 하는 군대에서 발생한 이 사건 범행으로 성실하게 병역의무를 수행하고 있는 장병들과 그 가족들, 일반 국민이 입은 불안과 충격 등을 종합적으로 고려하여 볼 때, 비록 피고인에게 일부 참작할 정상이 있고 예외적이고도 신중하게 사형의 선고가 이루어져야 한다는 전제에서 보더라도, 피고인의 이 사건 범행에 상응하는 책임의 정도, 범죄와 형벌 사이의 균형, 유사한 유형의 범죄 발생을 예방하여 잠재적 피해자를 보호하고 사회를 방위할 필요성 등 제반 견지에서 피고인에 대한 법정 최고형의 선고가 불가피하다고 보는 것이 타당하다.

5. 사형제도에 관하여는, 국가가 생명의 절대적 가치를 전제로 하는 이상 국가에 의하여 인간의 생명이 박탈되는 것을 제도적으로 허용하여서는 안 된다거나 사형의 범죄예방효과가 크지 않고 오판의 가능성을 배제할 수 없다는 등의 이유로 이를 폐지하여야 한다는 논의가 계속되어 왔고, 우리나라에서는 1998년 이래 지금까지 사형집행이 이루어지지 않고 있어(군인에게 사형이 선고된 경우도 마찬가지이다) 사형 선고의 실효성 자체에 대해서도 의문이 제기되고 있으며, 최근에 사형제도를 폐지하는 내용의 법안이 국회에 발의된 바 있기도 하다.

그러나 사형제도 폐지에 관한 국민과 입법자의 결단이 아직 이루어지지 아니하고 있고, 헌법재판소 또한 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 결정 등에서 사형제도가 헌법에 위반되지 아니한다고 선고한 바 있다.

비록 법관이 인명의 존중과 인권의 보호를 그 중요한 사명으로 하고 있다고 하더라도, 현행 법제상 사형제도가 존치되어 있고 그것이 합헌으로 받아들여지고 있는 이상 법정 최고형으로 사형이 규정되어 있는 범죄에 대하여 최고형으로 처벌함이 마땅하다고 판단되는 사건에서는 사형을 선고하는 것이 법관으로서의 책무에 부합한다.

6. 원심은 이 사건 범행 전후의 사정에 대하여 광범위하고 상세한 증거조사를 통해 양형의 전제사실을 철저히 심리하였고, 피고인에 대한 치료감호소의 정신감정에 따른 법정신의학 전문가의 견해를 신중히 검토하였으며, 피해자 유족들의 진술도 청취하고, 피고인과 변호인이 양형의 전제사실과 양형조건에 관하여 변론할 기회도 충분히 부여한 다음, 변론에 나타난 모든 사정들을 종합하여 사형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 것으로 보인다.

이와 같은 원심의 조치에 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있다거나 양형의 전제사실에 관한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

7. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

이 판결에는 대법관 이상훈, 대법관 조희대, 대법관 이기택의 반대의견과 대법관 김창석의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였다.

8. 대법관 이상훈, 대법관 조희대, 대법관 이기택의 반대의견은 다음과 같다.

다수의견은 요컨대 피고인에게 사형을 선고하는 것이 타당하다는 것이나, 다음과 같은 이유로 찬성하기 어렵다.

가. 피고인은 신성한 국방의무를 다하고 있는 동료 병사와 상관에게 수류탄을 터뜨리고 총격을 가함으로써 5명의 무고한 생명을 빼앗고 7명의 신체에 상해를 가한 후 총기와 실탄을 소지하고 도주하였다.

그리하여 피해자와 유족, 나아가 최전방 소초의 어려운 근무 여건에서도 고락을 함께하며 경계 임무에 매진하던 동료 장병에게 평생 지울 수 없는 충격과 고통 그리고 커다란 슬픔을 안겨 주었고, 국가안보에 중대한 공백을 초래하면서 군에 대한 국민의 신뢰와 군의 사기를 매우 저하시켰다.

이러한 범행의 결과만을 두고 본다면 피고인에게 사형을 선고하는 것이 이해되는 측면이 없는 것은 아니다.

그러나 그렇다고 하여 이 사건에서 피고인에게 사형을 선고하는 것이 타당하다고 볼 수는 없다.

사형이 갖는 뜻이 너무도 무겁고, 피고인에게서 생명을 빼앗는 형벌을 가하여야 할 만큼 피고인에게 극한의 책임을 묻기에는 수긍할 수 없는 대목이 뚜렷이 있기 때문이다.

나. 사형 선고는 국가가 마땅히 보호할 책무를 지는 최고 가치인 인간의 귀중한 생명을 국가가 오히려 빼앗는 극단적인 조치를 통하여 형벌의 목적을 달성하고자 하는 것이다.

따라서 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화되는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 객관적 사정이 분명히 밝혀질 때 비로소 허용되어야 한다.

범행의 결과가 매우 중할 뿐만 아니라 범행 수단과 방법의 잔인함과 포악함이 피고인의 본성의 발현이라고 여겨질 정도로 그 범행 동기에 참작할 사정이 없음이 명백하고, 그에 따라 피고인의 생명을 박탈하여 피고인을 사회에서 영원히 격리시키는 것 외에 다른 방책이 없음을 누구라도 납득할 수 있을 경우에 한하여 사형을 선고하는 것이 문명 국가의 이성적인 사법제도의 당연한 요청이다.

대법원판결이 누누이 판시하고 다수의견도 똑같이 밝히고 있는 것처럼, 사형을 선고하기 위하여는 양형의 조건이 되는 모든 사항에 비추어 볼 때 사형 선고를 긍정하는 위와 같은 요건의 존재가 합리적 의심의 여지 없이 증명되어야 하는 것이다.

이러한 요건의 존재에 관하여 의심이 가는 상황에서 범행의 결과가 매우 중하다고 하여 사회적 파장과 형벌의 일반예방적 목적 등을 내세워 사형을 선고한다면 이는 인간의 생명을 너무 가볍이 여기는 것이다.

다.

무엇보다도 먼저 피고인이 왜 이 사건 범행을 저질렀는지 깊이 살펴보아야 한다.

(1) 기록에 의하면 피고인의 이 사건 범행 동기와 관련하여 다음 사정을 알 수 있다.

(가) 피고인의 평소 군 복무태도와 관련하여 대부분의 소초원들은 피고인이 조용하고 주로 사이버지식정보방을 이용하면서 혼자 지냈고 작업이나 행사에 열외하려고 하였으며 평소 밤늦게까지 사이버지식정보방을 이용하느라 늦잠 자기 일쑤라고 평가하였다.

소초장은 '피고인은 우울증세로 B급 관심사병으로 관리되었고 조용한 성격으로 몸집이 왜소하며 말투가 약간 어눌하여 동기생들로부터 무시당하는 경향이 있었으며 청소나 운동 시 열외하여 잠을 자거나 TV나 책을 보는 등 혼자 있기를 좋아하였다'고 평가하였다.

피고인의 중대(FEBA) 근무시절 2013년 8월경부터 2014년 4월경까지 분대장 직책을 맡았던 장병은 '피고인이 중대에 있을 때 조용하고 착하였고 성격이 소심하여 후임병들에게 뭐라고 얘기하지 못하고 화도 못 내 부담감이 심했던 것

같다.

○○ 소초에 올라와서는 인력 부족으로 힘은 들었지만 활기찬 모습을 보여 중대에 있을 때보다 나아 보였으나 후임병들로부터는 잘 못하는 선임으로 인식되는 면이 있었던 것 같다'고 평가하였다.

(나) 수사와 공판 과정에서 피고인과 같이 근무하였던 장병들이나 ○○ 소초 소초원들(많은 사람이 진술하였으나, 여기서 그 이름을 일일이 드는 것은 적절치 아니한 것으로 생각된다)도 피고인이 분대원이나 후임병으로부터 무시당하는 등 선임병으로서 제대로 대우받지 못하였다는 취지로 진술하였다.

(다) 소초원들은 피고인을 '슬라임', '할배', '이무도비누스', '라면전사', '노인' 따위의 별명으로 부르기도 하였고, ○○-△ 초소 등의 순찰일지에 그려진 그림에서 왜소하고 탈모로 머리숱이 적으며 평소 라면을 좋아하던 피고인을 묘사하면서, 머리숱이 없는 것으로 형상화하거나, 왜소한 것을 빗대어 갈비뼈가 드러나도록 그리거나, 늦잠을 자는 모습을 그리거나, 머리숱이 없고 가슴 부분에 갈비뼈가 드러나며 배가 볼록 튀어나온 모습을 형상화하고는 그림 옆에 '라면전사', '라면뱃살'이라고 기재하기도 하였다.

피고인의 특징이 반영되어 있는 위와 같은 그림 대부분은 바로 밑의 후임 등 피고인의 후임병들에 의하여 작성되었다.

이러한 그림 옆에 누군가 '잘생김'이라고 기재하자 그 옆에 '누구인지 못생김'이라고 기재하기도 하였고, 그 외에도 피고인을 희화화한 그림 옆에 '일로와 맞장 뜨자', '6. 10. 말 놓는 날'(피고인의 후임이자 이 사건 범행으로 사망한 병사가 쓴 것으로 보인다), '병신', 'ㅂㅅ'(병신을 의미하는 것으로 보인다), 'ㅂㅅㅇㄱ'(병신오탁구를 의미하는 것으로 보인다) 등의 기재가 있었다.

(라) 피고인은 '○○ 소초에 배치되기 전에 이루어진 이른바 신인성검사 결과 자살 등의 사고를 일으킬 위험이 있어 GOP 근무를 할 수 없는 A급 관심사병으로 분류되었으나 다시 검사를 하면서 문항들에 대하여 긍정적인 답변을 하여 B급 관심사병으로 재분류되어 GOP 근무를 할 수 있게 되었다'고 진술하였다.

전 소초장, 전 1분대장, 소초장도 GOP에 투입할 병력이 부족하여 당초에 A급 관심사병으로 분류되었던 피고인을 B급 관심사병으로 조정하였다는 취지로 진술하였다.

(마) 수사과정에서의 피고인에 대한 심리학적 평가보고서에는 "피고인은 자신에게 부당하게 대우한 대상들에 대한 분노를 경험하고 있는 것으로 여겨진다.

피고인이 경험하고 있는 부정적인 정서는 이 사건 범행 이전부터 대인관계에서 적절히 대처하지 못하고 부정적인 관계를 경험하면서 지속되어 왔을 것으로 보인다.

이러한 적응상의 문제는 대인관계에 필요한 내적 자원이 부족하고 관습적인 부분을 정확하게 지각하지 못하는 점과 더불어 자신의 정서를 적절히 표현하지 못하는 인지적 취약성을 유발 또는 유지하고 심화시키는 데 영향을 주었을 것으로 보인다.

이와 같은 인지적 취약성이 피고인이 이 사건 범행을 저지르는 데 영향을 주는 내적 요인이었을 것으로 여겨진다. "고 기재되어 있다.

(바) 공판과정에서의 피고인에 대한 정신감정 결과는 다음과 같다.

"피고인은 자신을 괴롭히고 놀리고 비웃은 사람들에게 대한 피해의식이 있다.

정신병적 사고는 없으나 현 상황에 대한 분노가 있다.

피고인이 다른 사람들에게 무시나 모욕 또는 멸시를 받았다고 느낄 때 이와 관련된 분노와 적대감을 갖지만, 평소 자신의 감정을 적절히 표현하지 못한 채 지나치게 억압하고 있다가 격심한 스트레스를 계기로 분노와 적대감을 통제하지 못하고 공격적 행동을 폭발적으로 표출하였을 가능성이 높다.

피고인은 특정불능의 인격장애 즉 어떤 특정 인격장애 진단기준에 맞지 아니한 인격장애로서 그 진단기준을 완전히 충족시키지는 못하지만, 하나 이상의 특정 인격장애의 특징을 나타내면서 이러한 특징이 임상적으로 심각한 고통이나 한 가지 이상의 주요한 영역(예를 들어 사회적 영역이나 직업적 영역)에서의 기능 장애를 일으키는 경우에 해당한다.

학창 시절 집단 따돌림 등으로 형성된 피고인의 인격 성향이 병영 생활 스트레스로 인하여 이 사건 범행으로 발전된 것으로 추정된다.

피고인이 과거 경험으로 피해의식을 조장하거나 객관적 상황을 과장하여 인식하는 경향이 있다고 보이지 아니한다.

"

- (2) 이와 같은 사정들과 더불어 다수의견이 지적한 피고인의 입대 전 성장과정에 비추어 볼 때, 피고인에게서는 청소년기의 지속적인 집단 따돌림 경험으로 인하여 무시나 모욕 또는 멸시를 받았을 때 느끼는 분노와 적대감 등이 적절히 표현되지 못한 채 지나치게 억압되어 있다가 격심한 스트레스를 계기로 갑자기 공격적인 행동으로 폭발적으로 표출되는 성향이 있었던 것으로 보인다.

피고인이 비록 선임병이었지만 다른 소초원들 특히 후임병들로부터 그에 따른 대우를 받지 못하고 무시당하는 등 소초 내에서 집단 따돌림을 당하고 있었다고 볼 여지도 있었다.

그렇다면 피고인이 이 사건 범행 직전 자신을 희화화하고 비하하는 그림과 글들을 보고는 그동안 소초 내에서 집단 따돌림을 당하여 쌓인 억압된 분노와 적대감 등이 갑자기 공격적 행동으로 폭발적으로 표출되어 범행에 이르게 된 것으로 볼 수 있다.

이처럼 피고인의 이 사건 범행은 과거의 성장과정에서 형성된 인격장애의 발로일 가능성을 배제하기 어렵고, 따라서 이 사건 범행이 잔인하고 포악한 피고인의 본성의 발현이라고 여겨질 정도로 그 범행 동기에 참작할 사정이 없음이 명백하다고 단정할 수 없다.

라. 피고인이 무장을 하고 경계근무를 서던 중에 그동안 소초 내의 집단 따돌림으로 쌓인 분노와 적대감에 이성적인 판단력을 잃어 갑자기 범행을 결심하게 됨으로써 소지하고 있던 총기와 수류탄을 그대로 사용하여 이 사건 범행에 이르게 되었다고 볼 수 있으므로, 원심판시와 같이 피고인이 당초 다른 소초원들을 살해하고자 하는 의도를 가지고 미리 모든 상황에 대비하여 치밀하게 계획을 세우고 그 계획하에 범행을 준비·실행하였다고까지 단정할 수는 없다.

원심의 평가는 객관적인 근거가 없다.

나아가 피고인이 자신에 대한 부당한 따돌림이나 괴롭힘 등이 범행의 원인이라고 호소하는 것도 문제 삼을 수 없는 것이므로, 피고인의 이러한 호소를 근거로 수사기관에서의 조사 때부터 원심에 이르기까지 범행을 자백하고 있는 피고인에 대하여 범행을 뉘우치지 아니하고 피해자들과 그 유족들에게 사죄하는 태도를 보이지 아니한다고 부정적 평가를 내릴 수는 없다.

피고인은 체포 직전 자살을 시도하기도 하였다.

이는 피고인이 범행을 후회하거나 자책하고 있다는 징표가 되는 것이다.

피고인의 범행 후의 심정과 태도 등을 사형 선고를 긍정하는 양형요소로 고려해서는 아니 된다.

피고인은 이 사건 범행 당시 겨우 21세였다.

기록에 나타난 피고인의 직업과 경력, 교육 정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무 등에서 사형 선고를 긍정할 만한 양형요소는 없다.

재범의 위험성을 긍정할 분명한 사유도 없는 이상, 단지 공판과정에서의 피고인에 대한 정신감정에서 이 사건 범행의 계기가 된 것으로 추정되는 피고인의 인격성향에 대하여 치료 기법에 특이한 것이 없고 정신과적 전문치료 등으로 큰 치료 효과를 기대할 수 없다는 결과가 나왔다는 점을 들어 함부로 재범의 위험성을 긍정해서도 아니 된다.

마. 이와 같이 범행 수단과 방법의 잔인함과 포악함이 피고인의 본성의 발현이라고 여겨질 정도로 그 범행 동기에 참작할 사정이 없음이 명백하다고 볼 수 없다.

피고인의 생명을 박탈하여 피고인을 사회에서 영원히 격리시키는 것만이 유일한 선택임을 누구라도 납득할 수 있을 정도로 피고인에 대한 사형 선고를 긍정하는 요건의 존재가 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보이지 아니한다.

이 사건 범행의 결과가 매우 중하다 하여 사회적 파장과 형벌의 일반예방적 목적 등을 내세워 피고인에게 사형을 선고하는 것이 정당하다고 할 수 없다.

피고인은 당초부터 총기와 수류탄 등으로 무장한 채 심한 긴장감하에서 이루어지는 최전방 소초의 경계근무 수행에 적합하지 아니하였던 사람으로 보인다.

장병들 사이의 엄격한 규율과 질서하에 이루어지는 최전방 소초의 경계근무에 피고인을 투입한다면 다른 장병들의 생활뿐만 아니라 피고인 본인의 생활에도 어려움이 초래되어 종국에는 어떠한 사고가 발생할 수 있으리라는 것을 충분히 예상할 수 있었다.

피고인은 최전방 소초 투입 전에 이루어진 심리검사 결과 자살 등 사고 발생 위험으로 최전방 소초 근무에 적합하지 아니한 A급 관심사병으로 분류되었음에도 인위적인 재검사를 통한 조정으로 B급 관심사병으로 재분류되어 최전방 소초에 투입되었고, 급기야 병장으로 제대를 앞두고 있었음에도 그동안의 집단 따돌림으로 쌓인 억압된 분노와 적대감이 갑자기 공격적 행동으로 폭발적으로 표출되어 예상되었던 우려가 현실화되었음을 부정하기 어렵다.

그리고 이 사건 범행에 이르기까지 피고인의 인격장애로 인하여 초래될 사고를 방지하기 위한 어떠한 조치도 없었던 것으로 보이는 등 병영 내에서의 병사들 생활에 대한 관리 소홀의 잘못도 이 사건 범행의 한 원인이 되었다고 평가할 수 있다.

따라서 이 사건 범행의 책임을 오로지 피고인에게 돌려 사형 선고를 통하여 피고인의 생명을 영원히 박탈하는 것이 과연 합당한지 의문이다.

원심이 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 것은 그 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에 해당한다고 보아야 한다.

이상과 같이 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

9. 대법관 김창석의 반대의견은 다음과 같다.

가. 형법 제41조는 형의 종류로서 사형, 징역, 금고 등을 정하고 있고, 형법 제51조는 형을 정함에 있어서 '범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황' 등의 사항을 참작하여야 한다고 규정하고 있다.

종래 대법원은 사형이 인간의 생명을 박탈하는 극형이라는 점을 고려하여, 사형을 선고하려면 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 한 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 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 심리할 것을 요구하여 왔다(대법원 2010. 6. 10. 선고 2010도4347 판결 등 참조).

다수의견은 이러한 법리에 기초하여, 피고인에게 유리한 정상과 불리한 정상을 비교한 다음 이 사건의 경우에는 피고인에 대한 극형의 선고가 정당화될 수 있는 사정이 있다고 보았다.

그러나 다음과 같은 이유에서, 피고인에게 사형을 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치가 정당하다고 본 다수의견의 입장에는 찬성할 수 없다.

나. 헌법 제103조가 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

"고 규정함으로써 재판권 행사가 언제나 헌법정신에 합치되도록 이루어져야 한다는 원칙을 천명하고 있는바, 이는 형법 제51조의 적용과 해석에서도 당연히 적용된다 할 것이다.

그런데 형법 제41조가 규정한 형의 종류 중 사형은 징역형 등 다른 형과는 달리 헌법이 규정한 기본권 조항과 쉽사리 조화를 이룰 수 없다는 점에서 헌법적 문제를 제기하며, 이에 따라 법관이 법정형 중 사형을 선택하고자 할 경우에는 이 같은 헌법적 문제를 직시하여야 한다.

사형의 선택은 아래와 같은 이유에서 극히 예외적인 경우가 아닌 한 위헌적인 결과를 초래하게 된다는 점을 깊이 유의하여야 한다.

이는 우리 헌법이 제110조 제4항을 통해 사형제도가 부정되지 않음을 표명하고 있다는 관점이나 다수의 형벌조항에서 사형을 법정형의 하나로 규정하고 있다는 사정과 모순되는 것이 아니며, 법관이 개별 사건의 양형 심리 과정에서 헌법적 기준을 직접적으로 고려하여야 한다는 것을 의미한다.

(1) 생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없고 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 귀중하고도 엄숙한 것이며 존엄한 인간존재의 근원이다.

이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다(헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정 참조). 또한 모든 기본권의 중국적 목적이자 기본이념이라고 할 수 있는 헌법 제10조의 '인간으로서의 존엄과 가치'도 위와 같은 생명권과 분리하여서는 생각할 수 없다.

그러므로 헌법 제10조에 의하여 '개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무'가 있는 국가가 사형이라는 궁극의 형벌을 선택하여 개인의 생명권을 박탈하는 것은 원칙적으로 헌법에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

(2) 또한 생명권은 본질적인 부분과 그렇지 않은 부분으로 구분될 수 있는 것이 아니고, 생명권에 대한 제한은 생명의 박탈, 즉 본질적인 침해가 될 수밖에 없다.

따라서 헌법 제37조 제2항이 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 하면서 아울러 그러한 제한의 경우에도 본질적인 내용은 침해할 수 없다고 규정하고 있는 이상, 생명권은 법률에 근거하여 일반적으로 제한될 수 있는 성질의 기본권은 아니라고 할 것이다.

(3) 이처럼 원칙적으로 국가에 의한 생명의 박탈은 어느 모로 보나 허용될 수 없다고 보아야 하지만, 생명권이라 하더라도 다른 보다 중대한 헌법적 가치를 수호하기 위한 긴급하고도 불가피한 사정이 있는 경우에는 그 제한이 필요한 경우가 있을 수 있다.

일반 국민의 생명을 위협하는 현재적이고 급박한 외적의 침입에 대한 방어를 위하여 군인에게 목숨을 건 전투행위를 수행하도록 하는 경우 등이 이에 해당할 수 있을 것이다.

그런데 사형은 범행이 이미 종료된 이후 수사 및 재판까지 받은 개인에 대한 의도적이고 계획적인 생명의 박탈이다.

살인자를 사형시킨다고 하여 피해자의 생명이 되살아나지 않는다.

사형을 통해 일반 국민의 생명이나 이에 준하는 매우 중대한 공익에 대한 급박한 침해가 방위될 수 있다고 보기도 어렵다.

즉 위와 같이 생명권에 대한 제한이 가능한 예외적인 경우가 있을 수 있다고 하더라도, 범죄인에 대하여 사형이라는 형을 선택하는 것이 그러한 경우에 해당한다고 일반적으로 볼 수는 없다.

(4) 한편 형벌의 기능이 응보와 일반예방 및 특별예방이라고 할 때, 사형이 그러한 기능을 다한다고 보기도 어렵다.

우선 사형은 생명을 박탈하는 것으로서 범죄인의 개선과 교화라는 측면에서의 특별예방에는 아무런 기여도 할 수 없다.

또한 극악한 범죄의 발생을 예방하기 위하여, 즉 잠재적인 피해자의 생명권을 보호하기 위하여 범죄인에 대한 사형의 부과가 필요하다는 입장이 있을 수 있으나, 사형제도가 죽음에 대한 공포를 통하여 중대 범죄의 일반예방에 기여한다는 점에 대해서는 명백하게 밝혀진 것이 없다.

오히려 중대 범죄의 예방이라는 그 효과가 실증되지 않은 추상적인 공익 목적을 위하여 국가가 개인의 생명을 도구로 삼는 것은 허용될 수 없다고 보아야 한다.

결국 사형은 극악한 범죄에 대한 응보로서의 기능 및 당해 범죄인을 사회로부터 영구히 격리하는 기능 정도가 있다고 볼 수 있을 뿐이다.

그런데 오늘날 형벌을 통한 응보가 동해보복(同害報復)을 의미한다고 볼 수 없음은 자명하므로, 타인의 생명 또는 그에 준하는 중대한 법익 침해에 대한 응보로서 반드시 그 침해자의 생명을 박탈하여야 한다는 논리는 성립할 수 없다.

또한 재범의 위험성이 있는 범죄인을 사회에서 영구히 격리하는 것은 사형 외에 다른 형을 통해서도 그 목적을 달성할 수 있다.

(5) 설령 사형제도가 그 위하력에 의한 일반예방의 기능을 어느 정도 갖는다고 하더라도, 그러한 효과를 거두기 위해서는 형벌로서의 실효성을 갖추어야 한다.

그런데 형사소송법 제463조, 제465조 제1항 및 제466조에서 사형 선고가 확정된 후 6월 이내에 법무부장관이 사형집행을 명하여야 하고 그 집행명령이 발령된 후 5일 이내에 집행하도록 명시하고 있음에도 불구하고(군인의 경우에도 군사법원법 제506조, 제508조 제1항 및 제509조에서 집행명령을 국방부장관이 하도록 하고 있는 외에는 동일하게

규정하고 있다), 우리나라에서 사형의 집행은 1997. 12. 30. 이후로는 이루어진 적이 없고, 국제사면위원회 등 국제 인권단체로부터는 사실상 사형폐지국으로 분류되고 있다.

즉 우리나라에서 사형제도는 사실상 그 실효성을 상실하여 더 이상 그 입법 목적 달성을 위한 적절한 수단이라고 할 수 없을 정도에 이르렀다고 보인다.

(6) 형벌은 책임에 기초하고 책임에 비례하여야 한다.

사형은 이러한 책임주의 원칙에도 반하는 측면이 있다.

즉 사형이 고려될 만한 극악한 범죄의 원인에는 범죄인 개인의 악성뿐만 아니라 국가·사회의 환경적 요인도 작용하고 있는 경우가 적지 않을 것인데, 그러한 범죄의 결과에 대하여 아무런 책임이 없다고 할 수 없는 국가가 범죄인 개인에게 궁극의 형벌인 사형으로써 책임을 묻는 것은 범죄인에게 모든 책임을 전가하는 것으로서 온당한 처사라고 보기 어렵다.

다.

따라서 법관이 선택 가능한 법정형 중 사형을 선택함에 있어서는, 무엇보다도 위와 같은 위헌적인 결과가 초래될 수 있다는 점을 유념하여, 과연 일반 국민의 생명 보호나 이에 준하는 매우 중대한 공익을 지키기 위하여 사형을 선택할 수밖에 없는 현재의 급박하고도 불가피한 사정이 있는지 여부, 설령 그 범행이 극악하고 결과가 중대하다고 하더라도 이를 온전히 범죄인 개인의 책임으로 돌릴 수 있는 것인지 여부 등을 면밀히 심리해 보아야 한다.

라. 이 사건에서 살펴보면, 우선 피고인의 이 사건 범행으로 인하여 무려 5명의 군인이 사망하고 7명의 군인이 부상을 당하는 등 그 결과가 너무도 중대하다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다.

그러나 앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 원심으로서도 그러한 사정에만 주목할 것이 아니라 이 사건에서 과연 피고인에 대하여 사형이라는 극형을 선택할 수밖에 없는 예외적이고도 특별한 사정이 있는지 여부, 즉 피고인의 생명권을 박탈하는 결과를 감수하면서까지도 막아야 하는 일반 국민의 생명 보호나 이에 준하는 매우 중대한 공익에 대한 현재의 급박하고도 실질적인 위협이 있는지, 위와 같은 중대한 결과의 발생을 피고인만의 책임으로 돌릴 수 있는 것인지 등에 대해서 마땅히 심리를 해 보았어야 한다.

그럼에도 원심은 그 양형이유에서, 피고인이 주장하는 소초원들의 괴롭힘이나 따돌림이 범행의 동기로서 참작될 만한 정도라고는 보이지 않는다는 점, 이 사건 범행의 실행과정이 냉혹하고 무자비하였다는 점, 치밀한 도주 행각을 벌이는 등 범행 후의 태도도 불량하였다는 점, 피고인이 진심으로 반성하고 있는지 상당한 의심이 든다는 점 등의 사정만을 종합하여, 이 사건 공소사실에 대하여 사형을 선고한 제1심을 그대로 유지하고 말았다.

이러한 원심판결에는 사형의 양정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 하지 않을 수 없으므로, 원심판결은 파기되어야 한다.

이상과 같은 이유로, 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

대법원장 양승태(재판장) 이인복 이상훈 김용덕 박보영 고영한 김창석 김신 김소영 조희대 권순일 박상옥(주심) 이기택