

사형제도의 존폐를 둘러싼 법적 쟁점

김민우*

〈국문초록〉

사형제도는 오랜 역사만큼이나 존폐 문제도 법적인 측면 이외의 다양한 관점에서 논의되어 왔다. 오늘날 전세계적으로 사형제도는 폐지되어 가고 있는 만큼, 사형을 집행하는 것이 과연 타당한가에 대한 의문이 제기되고 있는 것이 사실이다. 우리나라는 1997년 12월, 23명의 사형수에 대한 집행을 마지막으로 현재까지 25년간 사형집행을 정지하여 국제사회로부터 실질적 사형폐지국가로 분류되어 오고 있다. 그러나 흉악범죄가 발생할 때마다 국민감정과 여론은 정치권을 향해 사형집행의 재개를 촉구하고 이에 따라 사형집행이 검토되었던 것이 사실이다. 지난해 국내 여론조사에서는 응답자의 77.3%가 사형제 존치를 택했다는 것은 이를 뒷받침하고 있다. 사형제도의 위헌 여부에 관하여 지난 1996년과 2010년에 이어서 세 번째 헌법재판소의 심판대에 올라 있는 상황이다. 우리 사회의 오랜 논쟁거리인 사형제가 12년 만에 헌법재판소 공개 법정에 다시 올라선 것이다.

이 논문은 기존의 논의를 바탕으로 헌법재판소의 공개 변론의 내용을 보충하여 사형제도의 문제점에 관한 근본적인 재검토가 필요하다는 전제에서 출발하였다. 그리고 사형제도의 폐지에 관한 찬반론을 살펴본 후, 사형제도의 문제점과 개선방안을 모색하고자 한다. 특히 사형제도가 폐지될 경우 종래 사형선고의 대상이 되었던 범죄자에 대하여 어떠한 형벌을 부과하는 것이 적절한지 논의해보고자 한다.

주제어 : 사형제도, 국제사면위원회, 실질적 사형폐지국, 대체형벌, 절대적 종신형

• 투고일 : 2022.07.10. / 심사일 : 2022.07.26. / 게재확정일 : 2022.07.26.

I. 서론

사형은 범죄자의 생명을 박탈하여 사회로부터 영원히 격리시키는 가장 무거운 형벌이다. 사형제도는 오랜 역사만큼이나 사형제도의 존폐 문제도 법적인 측면 이외의 윤리관, 가치관, 종교관 등 다양한 관점에서 논의되어 왔다. 오늘날 전세계적으로 사형제도는 폐지의 수순을 밟고 있는 만큼, 사형을 집행하는

* 충북대학교 행정학과 BK21 사업팀 박사후연구원, 법학박사

것이 과연 타당한가에 대한 의문이 제기되고 있는 것이 사실이다. 이처럼 전제적으로 사형을 폐지하고 있다는 것은 사형을 형벌의 하나로 인정하기 어렵다는 것을 나타내고 있는 것이다. 재판과정에서도 우리나라는 1998년부터 지금까지 형사사건에서 사형선고는 하되 사형을 집행하지 않아 실질적인 사형폐지국으로 분류하고 있다. 이에 따라 재판단계에서 사형선고의 건수가 줄어들고 있는 경향을 보이고 있다.

헌법재판소는 지난 1996년 살인죄의 법정형으로 사형을 규정한 형법 제250조에 대한 헌법소원심판에서 재판관 7대2 의견으로 합헌 결정을 내렸고, 이어서 2010년에는 형법 제41조 제1호와 관련해 5(합헌)대 4(위헌)의 의견으로 합헌 결정을 하였다. 현재는 사형제도가 세 번째 헌법재판소의 심판대에 올라 있는 상황으로, 헌법재판소는 7월 14일 형법 제41조 제1호와 형법 제250조 제2항의 위헌 여부에 관한 공개 변론을 개최하였다.¹⁾ 우리 사회의 오랜 논쟁거리인 사형제가 12년 만에 헌법재판소 공개 법정에 다시 올라선 것이다.

사형제도를 찬성하는 입장에서는 국민의 공분을 사는 흉악범죄가 터질 때마다 사형제도의 집행을 주장하고 있다. 흉악범죄를 저지른 가해자에 대하여 형벌의 최고형인 사형을 집행해야 한다는 논의는 이전부터 꾸준히 주장되어 왔는데, 미국의 트럼프 대통령도 임기종료 나흘 앞두고 사형집행을 단행하였다.²⁾ 지난해 국내 여론조사에서는 응답자의 77.3%가 사형제 존치를 택했다. 공개 변론 당시 이종석 재판관은 “여론조사를 통해 나타난 사형제도에 대한 의사는 압도적으로 존치를 찬성하는 쪽”이라며 “국민이 법 전문가는 아니더라도 형벌제도, 응보, 범죄예방 정도의 개념은 충분히 이해하고 내린 이성적인 판단일 수 있다는 것을 신중히 판단해야 한다”고 말했다.

이 논문은 기존의 논의를 바탕으로 헌법재판소의 공개 변론의 내용을 보충하여 사형제도의 문제점에 관한 근본적인 재검토가 필요하다는 전제에서 출발한다. 사형제도의 폐지에 관한 찬반론을 살펴본 후, 사형제도의 문제점과 개선 방안을 모색하고자 한다. 특히 사형제도가 폐지될 경우 종래 사형선고의 대상이 되었던 범죄자에 대하여 어떠한 형벌을 부과하는 것이 적절한지 논의해보고자 한다.

1) 세 번째 위헌 심판대 오른 ‘사형제’... 생명권 침해 여부 등 쟁점, 세계일보 2022. 7. 15 기사 (<https://www.segye.com/newsView/20220714524726?OutUrl=naver> / 접속일자 : 2022.7. 20)

2) ‘트럼프 행정부, 임기 종료 나흘 앞두고 마지막 사형 집행’, 연합뉴스 2021. 1. 16 기사 (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20210116053100009?input=1195m> / 접속일자 : 2022. 5. 19)

II. 사형제도의 현황

1. 사형제도의 법적 근거

(1) 헌법

우리 헌법은 사형제도에 대하여 명시적으로 인정하거나 또는 부정하는 규정을 두고 있지 않다. 다만, 헌법 제110조 제4항³⁾의 규정이 사형제도를 간접적으로 인정하고 있는지 의문이 든다.⁴⁾ 이 조항의 경우 문언상 ‘사형’을 명문으로 언급하고 있지만, 이것만으로 곧바로 사형제도의 헌법적 근거가 된다고 보기는 어렵다. 이 조항의 입법 배경과 다른 조항과의 유기적인 해석 가운데 다른 결론을 얻을 수도 있다는 것을 전제로 하는 것이 타당하다.⁵⁾

헌법 제110조 제4항에 대한 기존의 해석은 교수들마다 그 견해를 달리하고 있는데, 우선 명문으로 사형을 직접 언급하고 있는 점을 근거로 헌법이 사형제도를 형벌의 하나로 수용하고 있다는 견해⁶⁾와, 헌법상 명문의 규정은 헌법 스스로 사형을 시사하는 것으로 사형제도 자체를 곧 위헌으로 볼 수 없다는 것이다.⁷⁾ 이와는 달리 헌법 제110조 제4항은 사형제도가 법률 차원에서 하나의 형벌제도로 인정되고 있는 만큼 사형선고가 갖는 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 나타내는 것으로 보는 견해도 있다.⁸⁾

(2) 형법 및 특별형법

형법 제41조에는 형벌의 종류 중 하나로 사형을 규정하고 있으며, 형벌 가운데 가장 무거운 형벌이라는 의미에서 극형이라고도 한다.⁹⁾ 사형은 현존하는 가장 무거운 형벌로서 형법뿐만 아니라 특별법에도 사형에 관한 규정을 두고

3) “대한민국헌법 제110조 ④ 비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”

4) 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점 - 사형의 위헌성과 대체형벌-”, 『고려법학』 제44호, 고려대학교 법학연구원, 2005, 147면.

5) 김선택, 앞의 논문, 147-148면.

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

7) 장영수, 『기본권론』, 홍문사, 2003, 269면.

8) 김선택, 『헌법사례연습』, 법문사, 2005, 428면; 헌법 제110조 제4항의 제한적 해석론에 관한 상세한 설명은 김선택, 앞의 논문, 149-150면.

9) 남선모, “死刑不執行에 따른 問題點 考察”, 『법학연구』 제43권, 한국법학회, 2011. 8, 176면.

있다.¹⁰⁾ 사형의 집행에 관하여 법무부장관은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 집행의 명령을 하여야 하고(형사소송법 제465조), 집행명령일로부터 5일 이내에 집행한다(형사소송법 제466조). 사형집행은 교정시설 안에서 교수(絞首)하여 집행한다(형법 제66조). 형사소송법 제465조의 규정이 강행규정이냐 임의규정이냐에 관해서는 의견이 엇갈리고 있다.¹¹⁾

사형은 단지 위하적이고 상징적인 형벌이 아니라, 실제로 지금도 법정에서 사형을 선고¹²⁾하고 있으며, 현실적으로 전혀 집행될 가능성이 없는 것은 아니다. 실제로 1997년 이후부터 사형집행이 중단되고 있음에도 불구하고, 법원에서는 여전히 흉악범죄를 저지른 자에게 사형을 선고하고 있다. 만약 다시 사형집행이 문제 된다면 자의적 판단이나 단순한 정치적 목적 등은 배제하는 것이 타당하다.¹³⁾

2. 사형집행의 현황

1948년 대한민국 정부가 수립된 이래, 지금까지 총 920명의 사형이 집행되었다.¹⁴⁾ 김영삼 정부 말기인 1997년 12월 30일 23명의 사형수에 대하여 사형

10) “형법전은 내란죄(제87조 제1호와 제2호), 내란목적살인죄(제88조), 외환유치죄(제92조), 여적죄(제93조), 모병이적죄(제94조), 시설제공이적죄(제95조), 시설파괴이적죄(제96조), 간첩죄(제98조), 폭발물사용죄(제119조), 현주건조물방화치사죄(제164조 제2항), 살인죄(제250조), 위계 등에 의한 촉탁살인죄(제253조), 강간등살인죄(제301조의2), 인질살해죄(제324조의4), 강도살인죄(제338조), 해상강도살인·치사·강간죄(제340조 제3항)에 관해서 법정형으로 사형을 규정하고 있다. 이중 여적죄는 법정형으로 사형만을 규정하고 있다. 특별형법 중 대표적인 것을 살펴보면, 국가보안법, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 특별범죄 가중처벌 등에 관한 법률 그리고 군형법이 법정형으로 사형을 규정하고 있다.” 형법과 이러한 특별형법을 합치면 전체 사형규정은 103개에 달한다.

11) 한영수, “사형의 대체형벌로서 종신형의 도입에 관한 연구”, 『刑事政策』 제33권 제3호, 한국형사정책학회, 2021. 10, 106면.

12) 최근 아파트 방화살인범인 안인득에게 1심 재판부는 사형은 선고하였으나, 항소심에서 무기징역으로 감형되었다. 우리나라는 사실상 사형폐지 국가로 분류되면서 이제 두세 사람 정도 살인을 해도 법원은 사형 선고를 하지 않는다. 가장 최근에 사형이 확정된 것은 2015년 8월 자신의 딸과 헤어질 것을 요구하는 여자친구의 부모를 살해하고 여자친구를 강간한 남성에게 대법원이 사형을 확정하여 2년 7개월 만에 사형 선고가 나왔다. 또한 군 내부에서 발생한 사건으로 2011년 강화군 해병대 동료 총격 사건의 김 상병과 2016년 2월 19일 제22보병사단 총기난사 사건의 임 병장에게 다시 사형이 선고되었다. 이후 확정 사례는 없다. 이처럼 마지막 사형 확정판결 이후 이영학, 안인득 등이 1심에서 사형을 선고받았으나 해당 인물들이 모두 항소심에서 무기징역으로 감형되었다.

13) 손미숙, “사형제도에 대한 법철학적 고찰”, 『비교형사법연구』 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011. 12, 42면.

14) 죄목별로 보면 살인, 강도살인, 존속살해 등 타인의 목숨을 빼앗은 경우가 562명으로 절

이 집행된 이래, 현재까지 20년이 넘는 기간 동안 사형이 집행되지 않아 2007년 국제사면위원회(Amnesty International)는 우리나라를 ‘실질적 사형폐지국(Abolitionist in practice)’으로 분류하였다.¹⁵⁾ 20년이 넘는 기간 동안 사형이 집행되지 않아 이제 실제로 사형집행이 어렵다는 판단에서 형벌로서의 사형은 존재하지만 사실상 폐지된 것과 같다는 의미로 해석할 수 있을 것이다. 그러나 사형집행은 잠시 보류되고 있는 것이지 형벌제도로서 완전히 폐지된 것은 아니다.¹⁶⁾ 이런 상황에서 다수의 법학자, 정치단체, 종교단체, 인권단체 등은 완전한 사형폐지를 주장하고 있으며, 지난 15대 국회부터 사형제도는 이미 사문화된 조항이라며 의원발의 형태로 사형폐지법안이 제출되고 있지만 통과되지는 않았다.¹⁷⁾ 하지만 흉악범죄가 꾸준히 발생하면서 사형제도의 완전한 폐지에 반대하는 국민 정서를 거슬러서 사형폐지법안을 관철시키기 어려운 것이 현실이다.¹⁸⁾

3. 외국의 사형제도 현황

세계적인 흐름을 보면 사형제도는 여전히 일부 국가에서만 운용되고 있다.¹⁹⁾ 사형제를 실질적으로 시행하고 있는 나라는 대부분 중동과 아시아에 집중되어 있으며, 그 중에서도 중동에서 전면 폐지국은 터키 뿐이며, 실질적으로 사형제를 실시하고 있는 나라가 많다.

반대로 유럽은 벨라루스를 제외하면 전부 사형제를 전면 폐지하였다. 아메리카는 미국을 제외하면 사형제를 전면 폐지한 나라와 사실상의 사형 폐지국

반 이상을 차지했다. 남북 분단과 좌·우 이념 대결의 굴곡진 역사를 반영하듯 국가보안법, 반공법, 긴급조치 위반 등으로 사형을 당한 사상·정치범 또한 254명으로 큰 비중을 차지했다.

15) “우리 정부는 2009년 유럽평의회(Council of Europe) 회원국 및 기타 국가 간의 형사사법공조협약 및 범죄인 인도협약에 가입한 바 있어, 본 협약에 가입한 유럽연합(EU) 회원국 전체를 비롯한 47개의 유럽국가 및 이스라엘, 남아프리카공화국 등의 국가로부터 인도된 범죄인에 대해서는 대한민국 법원이 사형을 선고하더라도 그 형을 집행할 수 없게 되었다.”

16) 하태훈, “한국에서의 사형집행제도에 관한 논의”, 『비교형사법연구』 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 697면.

17) 제15대 국회에서 ‘사형제 폐지에 관한 특별법안’이 처음 발의된 이래 총 9차례 사형제 폐지법안이 발의되었으나, 8건이 국회의 임기만료로 폐기되었고 현재 1건이 상임위에 계류 중이다.

18) 권오걸, “사형제도 현황과 형법의 규범적 성격에 기초한 사형제도의 타당성 연구”, 『법학연구』 제17권 제4호, 한국법학회, 2017, 308면.

19) 사형/국가별 현황(<https://namu.wiki/w/%EC%82%AC%ED%98%95/%EA%B5%AD%EA%B%80%EB%B3%84%20%ED%98%84%ED%99%A9> / 접속일자 : 2022. 5. 25)

으로 분류된 나라가 비슷한 비율로 분포되어 있으며, 아프리카는 절반에 가까운 나라가 사실상의 사형 폐지국으로 분류되어 있다. 이러한 추세는 세계적으로 사형으로부터 멀어지고 있는 것임을 보여주고 있다.

OECD 국가 중에서 사형제를 실시하는 나라는 미국과 일본 밖에 없다.

(1) 미국

1972년 *Furman v. Georgia* 사건²⁰⁾에서 배심원들에게 사형선고에 관한 광범위한 결정권한을 주고 있는 조지아 주의 사형제도를 자의적으로 판단하고, 사형은 미국 수정헌법 제8조 및 제14조에 근거하여 보면, “잔인하고, 이상한 형벌(Cruel and Usual)”이라는 점을 인정하여 위헌이라고 판시하였다.²¹⁾ 그러나 1976년 *Gregg v. Georgia* 사건²²⁾에서 연방대법원은 7:2의 다수의견으로 “조지아 주의 개정된 사형관련 법령이 사형 판단의 재량권을 축소하여 객관적 기준을 제공하는 동시에 피고인의 개별적 사정도 참작하도록 허용하고 있다면서 위헌이 아니다”라고 판시하면서 4년 만에 합헌으로 입장을 선회하였다.

이후 미국도 사형 집행은 시간이 지날수록 점점 줄어드는 추세에 있으나 트럼프 대통령 임기종료 나흘 앞두고 사형집행을 단행하여 많은 비판을 받았다. 바이든 대통령은 사형에 부정적이며 연방 정부 차원의 사형을 폐지하고, 주정부 차원의 사형도 가능한 막겠다는 입장을 보이고 있다.

(2) 일본

일본 최고재판소는 사형제에 관하여 극형이 유지됨에 따라 발생하는 위하력으로 인해 파생되는 범죄예방 가능성이, 폐지에 따른 개인의 생명권 존중 등의 이익보다 더 크다는 이론에 따라 공공복리 차원에서 ‘합헌’이라는 입장을 1948년 3월 12일 ‘쇼와22년 제119호 사건’의 판결선고를 통하여 밝힌 이후, 70여년이 지난 현재까지도 위 판례를 변경하여야 할 타당한 이유가 없다면서 일관되게 유지하고 있다.

최근 일본은 14년 전 도쿄 도심에서 7명을 무차별 살해한 남성에 대하여 사형을 집행하였다. 지난해 10월 출범한 기시다 후미오 정부에서 사형 집행은 지

20) 408, U. S. 238(1972).

21) 이후 1976년 *Gregg v. Georgia* 사건, *Robert v. Louisiana* 사건, *Proffitt v. Florida* 사건에서는 사형자제는 위헌이 아니라고 번복하였다. 이에 대한 자세한 내용은 허일태, “사형제도의 세계적 추세와 위헌성”, 『동아법학』 제45호, 동아대학교 법학연구소, 2009, 270-272면.

22) 428, U.S. 153 (1976).

난해 12월에 이어 두 번째다. 후루카와 요시히사 일본 법무상은 이날 기자회견에서 “피해자는 물론 유가족들에게도 매우 억울한 사건”이라며 “담당 장관으로서 신중히 검토한 뒤 집행을 명령했다”고 말했다. 일본에서도 사형제 존폐 논쟁이 있기는 하지만 정부는 여전히 사형 제도를 유지하고 있으며 집행하고 있다. 2018년에는 1995년 도쿄 지하철역 사린가스 테러를 일으킨 신흥종교 단체 오진리교 아사하라 쇼코 교주를 비롯한 관련자 13명의 사형을 집행한 바 있다.²³⁾

Ⅲ. 사형제도의 폐지에 관한 논쟁

1. 사형제도의 찬반론

(1) 존치론

사형제도에 대해서는 오랫동안 존치론과 폐지론이 팽팽하게 대립해 왔다. 두 견해 모두 일면의 타당성을 가지고 있으므로 결국 사형제도를 채택할 것인가 하는 문제는 그 나라의 정책 결단에 따라 해결하는 것이 타당하다.²⁴⁾ 먼저 존치론자들의 주장은 다음과 같다.²⁵⁾

첫째, 사형이 위하력 효과를 가지는 것을 부정할 수 없다. 둘째, 형벌의 본질이 응보에 있는 이상, 흉악한 범죄인에게는 사형을 선고하지 않을 수 없다. 셋째, 사형의 폐지가 이상적으로 바람직하다고 할지라도 사회의 법의식이 이를 요구할 때에는 사형은 적정하고 필요한 형벌이 된다. 흉악범죄에 대하여 사형을 과하는 것은 적절하고 필요한 형벌이며 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이 아니다. 따라서 사형제도는 폐지가 이론적으로 바람직하다고 할지라도 사회의 법의식이 이를 요구할 때에는 사형은 적정하고 반드시 필요한 형벌이다.²⁶⁾ 단적으로 1997년 사형집행이 중단된 이후 살인범이 증가하였다. 1994년부터 1997년까지 4년간 연평균 607명이 살인죄로 기소되었지만, 사형집행이 중단된

23) 日, 14년만에 사형 집행...도쿄서 7명 살해한 ‘문지마 살인범’, 동아일보 2022. 7. 26 기사 (<https://www.donga.com/news/article/all/20220726/114666938/1> / 접속일자 : 2022. 7. 27)

24) 조균석, “사형확정자의 수용과 사형집행”, 『법학논집』 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 52면.

25) 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2008, 561-562면.

26) 권오걸, 앞의 논문, 315면.

이후인 1998년부터 2007년까지 10년 동안 연평균 800명이 살인죄로 기소되어 살인범이 32% 증가하였다.²⁷⁾ 넷째, 사형은 법치국가를 지향하는 현실에서 민주주의 국가에서는 남용의 가능성이 거의 없으며, 사회공동체의 정의를 실현하는데 필요불가결한 요소이므로 사형대상 범죄의 축소와 오판시정을 위한 형사 절차의 제도를 보완하는 것이 더 타당할 것이다. 우리 사회는 재판과정에서 그동안 오판의 가능성 때문에 생명을 박탈하면 이후의 진실규명에 대해 꾸준히 문제 제기를 해왔다. 그러나 지금은 과학수사 위주로 수사환경이 많이 변화되었기 때문에 오판의 위험이나 가능성은 거의 없다고 생각한다.²⁸⁾

생각건대, 범죄 가해자의 인권도 중요하지만 현실에서 피해자 가족들이 트라우마에 시달리고 초토화되는 모습을 보고 나면 사형제 존치를 넘어 사형 집행도 필요하다고 생각한다.

(2) 폐지론

사형제도 폐지론자들의 주장은 다음과 같다.²⁹⁾ 첫째, 사형은 야만적이고 잔혹한 형벌이고, 인간의 존엄과 가치의 전제가 되는 생명권을 침해하는 것이므로 헌법에 반하는 형벌로 허용될 수 없다. 둘째, 사형은 무고한 국민에 대하여 집행된 경우에는 생명을 회복할 수 없는 형벌이다. 셋째, 사형은 객관적이고 과학적인 위하력의 효과를 입증할 수 없다. 넷째, 형벌의 목적이 교화와 재사회화에 있다고 할 때 사형은 이러한 목적을 전혀 달성할 수 없는 원시적이고 무의미한 형벌에 지나지 않는다. 형벌의 과정은 범죄자를 격리해 사회를 보호하고, 교정과 교화를 통해 범죄자를 사회에 복귀하기 위한 과정이어야 한다. 그러나 사형은 오용되고 남용될 수 있으며, 결정적으로 언제나 오판의 가능성이 있는 형벌이기 때문에 폐지하는 것이 타당하다. 다섯째, 국민의 생명을 절대적으로 보호해야 할 국가가 사형이라는 제도적 살인행위를 정당하다고 여기는 것은 극명한 논리모순에 해당된다. 국민의 기본권을 보호해야 할 국가가 기본권인 생명권을 박탈하는 것은 타당하지 않다. 여섯째, 세계적인 추세도 사형

27) 12년째 사형집행 않는 한국... 살인범은 32% 늘어, 조선일보 2009. 2. 2 기사(https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2009/02/02/2009020200004.html / 접속일자 : 2022. 6. 20)

28) 흉악범 근절을 위한 대책의 하나로 재범 위험성이 높은 흉악범들이 DNA 신원 확인 정보를 따로 관리하여 범인의 조속한 검거에 활용하는 '디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률'이 제정되어 시행하고 있다. 이 법에서 DNA 시료가 채취될 수 있는 수형인 등은 범죄로 형의 선고 등을 받은 사람으로 한정한다(동법 제5조 제1항). 이 법으로 인하여 화성연쇄살인의 진범을 밝혀낼 수 있는 계기가 되었다.

29) 이재상, 앞의 책, 560-561면.

은 폐지되고 있으며, 결코 용납할 수 없는 흉악범들에 대해서는 절대적 종신형³⁰⁾을 통하여 사회와의 격리가 가능하다. 또한 사형을 집행하는 교도관들의 인권이 침해될 가능성이 크기 때문에 사형제도는 폐지되는 것이 바람직하다는 것이다.

(3) 소결

사형제도의 찬반론은 흉악범죄에 대한 위하력이 과연 존재하는지 학자들마다 견해 차이가 있다. 위하력 유무를 과학적으로 입증하기 어려운 만큼 사형제도는 사람들마다 가치관의 차이를 좁히기는 어렵다.

이처럼 양쪽의 주장을 정리하면, 사형제 폐지론의 경우 1997년 이후에 집행되지 않았던 사형집행이 다시 재개되면 인권국가로서의 이미지를 스스로 파괴하여 국제적 비난을 받을 수 있다. 따라서 흉악범들에 대하여 절대적 종신형을 통해 충분히 국가형벌권을 실현할 수 있다는 입장이다.³¹⁾ 흉악범들에 대한 절대적 종신형은 전 생애를 사회와 격리되어 지내야 하므로 어떤 의미에서는 사형보다도 더 가혹한 형벌이 될 수 있다. 그에 반해, 사형제 존치론의 경우 사형제도는 흉악범죄를 예방할 수 있는 가장 효율적인 수단임을 강조하며, 국민들의 공감대 형성과 국민정서는 여전히 사형제를 지지하고 있다는 입장이다. 또한 절대적 종신형으로 인한 사회적 비용이 사형보다 훨씬 더 클 것이라는 경제적 문제를 무시할 수 없다는 점과 헌법적 가치질서를 파괴한 자를 위해 재원을 부담하는 것은 오히려 국민정서에 반한다는 점을 들어 사형존치론을 주장하고 있다.³²⁾

범죄피해자의 생명의 가치를 고려하지 않은 채 사형자체가 인간의 존엄과

30) 절대적 종신형이란 일반적으로 종신형 선고를 받은 자에 대하여 가석방, 감형, 복권, 사면 등을 절대적으로 할 수 없는 형벌을 말한다.

31) “절대적 종신형은 사형과 무기징역의 간극을 어느 정도 해소한다는 점, 우리나라에서 유기징역의 상한선 폐지가 현실적으로 어렵다는 것, 국민감정상 사형폐지의 대안으로 가장 적절하다는 점, 사형집행이 실제로 이루어지지 않는 가운데 흉악범죄 등의 증가로 여론의 사형집행 재개에 대한 요구가 있을 때마다 사형집행이 이루어질지 모른다는 불안감 속에서 범죄인이 하루하루 생활하는 것을 막을 수 있다는 점 등을 그 주된 이유로 사형폐지론자들이 대안으로 주장하고 있다(박관길, “사형제도의 합리적 대안에 관한 연구”, 『법학논총』 제29권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2012, 15면); 절대적 종신형을 반대하는 사형폐지론자들은 상대적 종신형 도입을 주장하고 있다. 상대적 종신형은 종신형 선고를 받은 자에 대하여 일정한 경우 가석방, 사면, 감형, 복권 등을 허용할 수 있게 하는 형벌로서, 처음에는 종신형을 선고 받았지만 이후에 여러 가지 상황을 고려하여 사회복귀가 가능하다는 점에서 절대적 종신형과 차이가 있다(윤영철, 한영수)”.

32) 김상겸, 앞의 논문, 255면.

가치를 침해하는 형벌이라고 단정하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.³³⁾ 사형제도의 폐지에 대하여 사전에 국민적 공감대 형성과 사회적 합의 없이 무리하게 사형제도를 폐지하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

2. 정부의 입장

정부 내에서도 국가인권위원회와 법무부가 서로 상반된 주장을 하고 있다. 먼저 국가인권위원회는 사형제도에 관한 헌법소원 사건에서 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이라는 이유로 사형을 폐지하고 종신형이나 감형 혹은 가석방이 없는 무기형을 도입하자는 취지의 의견을 헌법재판소에 제출하였다.³⁴⁾ 이러한 의견은 사형제도를 유지하고 사형을 집행하여도 흉악범죄에 대한 억제 효과가 없으므로 사형제도를 폐지하고 흉악범죄 예방과 국민의 안전 보장을 위해 과학적 수사 and 철저한 치안체계의 확립 등 대안을 마련하여야 한다는 입장이다.

이에 반해, 사형을 집행하는 법무부의 입장은 정권에 따라 각각 다른 입장을 보였다. 2005년 당시 김승규 법무부장관은 국무회의에서 “범인의 생명도 소중하지만 피해자의 생명도 소중하다. 생명을 빼앗았으면 생명으로 대가를 치르는 것, 이런 정의감이 국민 마음 속에 있다”며 사형제 존치를 주장하였다.³⁵⁾ 이후 법무부도 절대적 종신형 도입의 타당성을 분석하는 등 사형제도를 개선하여 친인권적 형사사법 체계를 구축하겠다는 내용의 중장기 로드맵을 발표하였다.³⁶⁾ 최근 법무부는 사형제도의 폐지에 관해서 사형의 형사정책적 기능, 국민 여론과 법 감정, 국내·외 상황 등을 종합하여 신중히 검토해 나갈 예정이라고 밝혔다.³⁷⁾

최근 헌법재판소 공개 변론에서 법무부는 “사형은 국민 일반에 대한 심리적 위하(위협)를 통해 범죄의 발생을 예방하고, 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거해 사회를 방어한다는 공익적 목적이 있다”며 “생명을 잔혹한 방법으로 해하는 등 인류에 반하고 공공에 심각한 위협을 끼치는 범죄자에게 짓밟을 치르도록 하는 정의의 발로”라고 주장하고 있다. 나아가 “사형제에 따른 생명의

33) 남선모, 앞의 논문, 187면.

34) 국가인권위원회 2021. 2. 3.자 보도자료 참조.

35) ‘살인마’ 유영철 사형 최종확정, 연합뉴스 2005. 6. 9 기사(https://news.naver.com/ain_read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0001023162 / 접속일자 : 2022. 6. 10)

36) 법무부, 「법무부 변화전략계획 희망을 여는 약속」, 2006. 2, 119면 이하.

37) 법무부 2020. 11. 18.자 보도자료 참조.

박탈을, 극악무도한 범죄로 무고하게 살해당했거나 살해당할 위험이 있는 일반 국민의 생명권 박탈과 같게 볼 수 없다”며 “두 생명권이 충돌하면 무고한 일반 국민의 생명권 박탈 방지가 우선”이라는 입장을 나타내었다. 또한 ‘오판의 가능성’은 사법제도 자체의 숙명적 한계이지 사형제만의 문제는 아니라는 의견도 함께 제시하였다.³⁸⁾

3. 판례의 태도

(1) 대법원

대법원은 사형을 선고하면서 사형선고가 허용되기 위한 요건 및 사형선택 여부를 결정 방법 등에 대하여 구체적으로 판시한 바 있다.³⁹⁾ 다만 생명을 빼앗는 지극히 예외적인 형벌의 선고를 위해서는 “범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 특별한 사정이 있는 경우에만 사형이 허용될 수 있다”고 판시하였다.⁴⁰⁾ 이처럼 대법원은 사형제도의 위헌 여부와 관련하여 헌법 제12조 제1항에 의하여 형사처벌에 관한 규정이 법률에 위임되어 있을 뿐 그 처벌의 종류를 제한하지 않고 있으며, 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정함으로써 사형제도의 합헌성을 인정하고 있다.

(2) 헌법재판소

지금까지 헌법재판소는 사형제도에 대하여 2번의 위헌 심사를 하여 모두 합헌 결정을 내린 바 있다.⁴¹⁾ 헌법재판소는 사형을 합헌이라고 결정을 내렸지만, 비례의 원칙에 따라 아주 예외적으로 선고되어야만 합헌이라는 단서를 달았다. 헌법재판소는 “생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대

38) 12년 만에 심판대 오른 ‘사형제’..오늘 존치·폐지 공개 변론, SBSBiz 2022. 7. 14 기사 (https://news.v.daum.net/v/20220714070600829?x_trkm=t / 접속일자 : 2022. 7. 15)

39) 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867판결.

40) 대법원은 사형선고를 위해서는 “피고인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 범행준비정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 모든 양형조건을 참작하여 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝혀야 한다”고 판시하고 있다(대법원 2000. 7. 6. 선고 2000도1507판결).

41) 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1결정; 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23결정.

상이 되고, 생명권에 대한 제한은 완전한 박탈을 의미하므로 사형이 비례의 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되거나, 비례의 원칙에 반하지 아니한다”고 결정하였다.⁴²⁾ 헌법재판소는 이른바 시기상조론 내지 단계적 폐지론을 천명하면서 사형이 흉악범죄 예방의 효과가 있다는 것을 인정하고 있다.⁴³⁾

헌법재판소의 합헌 결정에도 불구하고 이후에도 사형제도에 관한 위헌심판 제청이 청구되었다. 2009년 6월 9일, 이 사건에 대한 헌재의 공개 변론이 시작되었고 국가인권위원회는 사형제도 폐지의 의견을 헌법재판소에 제출하였다. 그러나 헌법재판소는 2010년 2월 25일 헌법재판관 5대4(합헌 5인, 위헌 4인)의 의견으로 사형제도가 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.⁴⁴⁾ 이 결정에서 “형법 제41조 제1호 규정의 사형제도는 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이고, 생명권 제한에 있어서 헌법 제37조 제2항에 의한 한계를 일탈하였다고 할 수 없으며, 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조에 위배된다고 볼 수 없다.”고 판시하였다. 또한 사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 궁극적인 형벌이지만, 이성적인 사법제도로서 비례의 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되고, 정당화될 수 있는 객관적인 사정이 분명히 존재하는 경우에만 허용되기 때문에 공공의 이익의 측면에서 사형을 존치하더라도 전혀 문제가 되지 않는다는 것이다.⁴⁵⁾

헌법재판소의 합헌 결정으로 사형제도는 일단 그 효력을 계속 유지하게 되었지만 사형제도와 관련된 생명권의 위헌성 여부는 헌법논리상 사형이 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것인지 여부에 대하여 명쾌한 해답을 제시하지 못하였기 때문에 계속 논란의 여지를 남겨두었다.⁴⁶⁾ 2019년 2월 26일 헌법재판소는 사형제도에 관한 위헌소원 사건을 심판에 회부하여 사형제도의 위헌 여부에 관하여 헌법재판이 진행되고 있다.⁴⁷⁾

42) 이 사건에서 헌법재판관 9인 가운데 7:2(합헌 7인, 위헌 2인)로 합헌을 선언하였다.

43) 이덕인, “사형제도의 정당성에 대한 비판적 검토”, 『刑事政策』 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6, 290면.

44) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23결정.

45) 김준성, “공리주의적 형벌사상에 입각한 사형존치의 타당성론”, 『법학연구』 제19권 제1호, 한국법학회, 2019, 394-395면.

46) 김수갑, 『기본권론』, 법문사, 2021, 194면.

IV. 사형제도의 문제점과 개선방안

1. 사형제도의 한계

사형제도는 형벌 자체의 정당성 여부를 떠나 다양한 요소들과 결합된 문제점으로 나타난다. 실제로 사형제도를 유지하고 있는 대부분의 국가들은 대체로 응보주의 관점 및 일반예방 차원의 형벌 목적과 사회문화적 특수성을 내세우면서 그 제도적 정당성을 주장하고 있지만 실제로는 정치적인 목적에 따라 사회통제를 위한 수단으로 사형제를 존치하면서 유용하고 있는 것이다.⁴⁸⁾ 따라서 사형이 인간 실존의 토대인 생명 자체를 제거하는 극형이라는 점에서 과연 합리적인 형벌이 될 수 있는지 의문시된다. 오늘날 전세계적으로 사형제도를 폐지하고 있다는 것은 사형을 형벌의 하나로 인정하기 어렵다는 것을 반증하는 이유가 된다.

사형제도는 형벌의 목적 중의 하나인 범죄인의 교화, 개선을 포기하는 형벌로서 형벌의 목적에 부합하지 않는다. 이미 사형이 집행된 경우에는 후일 오판임이 판명되어도 시정할 방법이 없다는 점에서도 효과적인 수단이라고 보기 어렵다.⁴⁹⁾ 2017년 4월 20일 미국 아칸소주에서 사형이 집행된 흑인 남성 레딜리가 무죄를 나타내는 새로운 증거가 형 집행 후 4년 만에 발견되었다. 그는 죽기 직전까지 결백을 주장했으나, 사형이 집행된 지금 이를 되돌릴 방법이 없다.⁵⁰⁾ 이처럼 생명은 다른 법익과 달리 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없는 절대적 가치를 가지고 있으므로 오판의 가능성이 있는 상황에서 사형을 집행하는 것은 올바른 방안이 아니다.⁵¹⁾

사형수가 사형집행의 두려움이나 무죄를 주장하면서 자살하는 경우가 있는데,⁵²⁾ 이러한 측면에서 종국적으로 사형폐지를 주장하기도 한다. 하지만 다소 유보적인 입장에서 국민들의 여론과 국민주권주의를 존중하여 사형존폐의 결

47) 사건번호 2019헌바59(형법 제41조 제1호 등 위헌소원).

48) 이덕인, 앞의 논문, 277면.

49) 김선태, 앞의 논문, 157면.

50) 살인 혐의로 사형당한 美 흑인, 뒤늦게 무죄 증거 발견, YTN 2021. 5. 25 뉴스 (https://www.ytn.co.kr/_ln/0134_202105251345020283 / 접속일자 : 2022. 6. 25)

51) 한영수, 앞의 논문, 109-110면.

52) 최대 살인마 정남규도 자살...사형수 자살 시도 끊임없어, MBN 2015. 10. 29 뉴스 (<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=tvh&oid=057&aid=0000813590> / 접속일자 : 2022. 6. 20)

정은 결국 국민의 몫이므로 법원은 사형선고를 최소화하고, 집행을 최대한 회피 내지 축소하는 조건부 사형존치론이 주장되기도 한다.⁵³⁾

2. 현행법상 문제

앞에서 언급했듯이, 형사소송법 제465조 제1항에서는 “사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다”고 명시되어 있다. 또한 형사소송법 제466조에서는 “법무부장관이 사형의 집행을 명한 때에는 5일 이내에 집행하여야 한다”라고 명시하고 있지만 실제로 사형이 집행되지 않아서 법규정상 위반이 될 수 있다. 이 규정이 강행규정이나 임의규정이나에 관해서는 의견이 엇갈리고 있는데, 이처럼 사형을 집행하지 않는 것은 형사소송법상 규정 위반의 문제점이 발생할 수 있다. 따라서 사형이 형벌의 한 종류로서 규정되어 있는 형법의 규정과 현실 간의 괴리가 상당기간 지속되고 있는 가운데, 국회는 사형폐지와 관련된 법률을 지속적으로 발의하여 왔다.⁵⁴⁾ 현행법상 사형제도가 유지되고 있는 이상, 대통령이나 법무부장관이 누구냐에 따라 사형집행을 재개할 가능성이 있다. 법원은 강력·흉악 범죄자에 대하여 사형선고를 하지만 정부는 사형을 집행하지 아니하여 사형수만 존재하는 지금의 상황은 법적 측면에서도 상당히 문제가 많다.

형법 제77조 이하는 ‘형의 시효 제도’를 규정하고 있는데, 이 규정에 따르면 형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 집행이 면제되고, 사형의 경우 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 30년이 지나면 시효가 완성된다. 이러한 해석은 사형선고의 재판이 확정된 후, 사형 집행을 30년이 경과해도 집행을 하지 않으면 국가의 사형 집행권이 소멸되는 것으로 보인다. 이처럼 우리 형법은 형의 시효 제도를 두고 있지만, 사형제도의 폐지에 관해서는 절대적 종신형을 그 대안으로 제시하고 있어 형의 시효 제도는 그다지 주목을 받지 못하고 있다.⁵⁵⁾ 또한 2015년 사형에 해당하는 범죄에 대해서는 공소시효를 적용하지 않도록 형사소송법을 개정하였다.⁵⁶⁾ 시효제도의 일반적 원칙으로

53) 강석구, “사형대상 범죄의 합리적 축소방안”, 『형사정책연구』 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006. 6, 65면 이하; 조준현, “사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망 - 이념 논쟁과 국민정서-”, 『형사정책연구』 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006. 6, 33-34면.

54) 박찬걸, 앞의 논문, 5-6면 이하의 내용 참조.

55) 문창위·류병관, “사형의 장기 미집행에 따른 ‘형의 시효 제도’ 개선방안에 관한 연구”, 『형사법연구』 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021, 37면.

56) 형사소송법 제253조의2(공소시효의 적용 배제) 사람을 살해한 범죄(중범은 제외한다)로

형의 시효가 공소시효보다 길어야 함에도 불구하고, 우리 형법은 여전히 사형에 대한 형의 시효를 30년을 고수하고 있어 법체계상의 문제가 여전히 남아있다.⁵⁷⁾

3. 생명권의 본질적 내용 침해

2010년 헌법재판소의 다수견해에 따르면, “우리 헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, … 어느 개인의 생명권에 대한 보호가 곧바로 다른 개인의 생명권에 대한 제한이 될 수밖에 없거나 특정한 인간에 대한 생명권의 제한이 일반국민의 생명 보호나 이에 준하는 매우 중대한 공익을 지키기 위하여 불가피한 경우에는 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있으므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다.” 또한 “생명권 제한이 정당화될 수 있는 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없다.”고 하였다.⁵⁸⁾

이러한 헌법재판소의 견해에 대하여, “헌법의 가치질서는 인간존엄성의 실천방안으로 추구되는 공익과 사회정의의 원리로서 때로는 공익을 위하여 사익이 침해를 감수할 수 있다. 그러나 생명권은 인간의 존엄과 가치의 가장 본질적인 것으로 형벌의 수단으로서 사형제도는 공익의 보호를 위해서 개인의 생명권을 침해하는 것은 헌법상 허용될 수 없다”는 반대의 견해도 있다.⁵⁹⁾

생각건대, 생명의 박탈은 생명권의 본질적 내용을 침해할 수 있지만, 헌법재판소가 판시한 바와 같이 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위하여 불가피한 측면이 있다. 따라서 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하였다고 하여도 위헌이라고 판단하기는 어렵다.⁶⁰⁾ 다만, 사형은 다른 형벌과 달리 개인의 자유와 권리의 본질적인 요소가 되는 생명권을 박탈하는 형벌로서 법원의 사형선고에는 특별히 신중해야 할 필요성과 타당성이 존재한다.

사형에 해당하는 범죄에 대하여는 제249조부터 제253조까지에 규정된 공소시효를 적용하지 아니한다.

57) 문창위·류병관, 앞의 논문, 40면.

58) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23결정.

59) 김종세, “생명권과 사형제도”, 『한양법학』 제17집, 한양법학회, 2005. 6, 6-8면.

60) 성낙인, 『헌법학』 제22판, 법문사, 2022, 1218-1219면.

4. 사형제도의 대안과 향후 과제

(1) 사형대상 범죄의 축소

현행법상 사형대상 범죄는 형법과 군형법을 비롯하여 국가보안법 등의 특별형법에서 103개(형법 19개, 특별형법 84개)의 조항에 산재되어 있다. 사형대상 범죄 중 생명의 침해로 요건으로 하는 범죄는 약 26개 정도이고, 그 중에서 고의살인범의 형태로 규정되어 있는 경우는 12개 정도에 불과하다.⁶¹⁾ 따라서 약 65개 정도의 사형대상 범죄는 생명침해와는 직·간접적인 관련이 없다고 할 것이다.⁶²⁾ 이렇게 폭넓게 규정하고 있는 것은 사형제도가 남용되거나 악용될 수 있는 근본적인 원인을 제공할 수 있다.⁶³⁾ 따라서 사형대상 범죄를 한정하여 줄이는 작업이야말로 남용과 악용의 폐해를 줄일 수 있는 지름길이다. 그러므로 사형을 규정하고 있는 개별 형벌조항들을 전면적으로 재검토하여 그 범위를 대폭 축소하여야 하며, 이를 위해서는 먼저 사형을 부과할 수 있는 범죄군을 별도로 정립하는 것이 필요하다.⁶⁴⁾

(2) 정치적 탄압에 의한 남용과 악용 억제

사형제도는 권력자의 권력유지를 위한 정치적 목적으로 사형이 집행되어 왔음을 부인할 수 없다. 왜냐하면, 이들 중 상당수는 법원의 재심을 통해 무죄를 선고받는 등 뒤늦게나마 결백을 입증받기도 하였다. 2010년 9월 30일, 서울중앙지방법원은 이른바 민청학련 사건⁶⁵⁾에 연루되었던 긴급조치 위반자들이 제기한 재심에서 내란음모와 국가보안법 위반 혐의 등에 대해 무죄를 선고하였다. 또한 긴급조치위반 혐의에 대해서는 유신헌법이 1980년 폐지된 사실에 근거하여 면소를 선고하였다.⁶⁶⁾ 1958년 국가보안법상 간첩 혐의로 기소되어 사

61) 강석구, 앞의 논문, 87면.

62) 윤영철, 사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고, 『중앙법학』 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010. 9, 273면.

63) 윤영철, 앞의 논문, 272면.

64) 박찬걸, 앞의 논문, 8-9면.

65) “민청학련 사건은 1974년 유신헌법에 반대하는 민주화 운동이 일어나면서 전국민주청년학생총연맹 명의로 관련 유인물이 배포되자 학생, 지식인 등을 주동자로 몰아 긴급조치위반 혐의 등으로 180여명을 구속기소하고 8명에게 사형을 선고한 사건이다”. 2005년 국가정보원 과거사건 진실규명을 통한 발전위원회는 제조사를 통해 “민청학련 사건은 반정부 시위를 ‘공산주의자들의 배후 조종을 받는 인민혁명 시도’로 왜곡한 학생운동 탄압사건”이라고 발표한 바 있다.

66) 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986판결.

형선고를 받은 후 1959년 7월 사형이 집행된 조봉암에 대해서도 대법원의 재심절차가 개시되어, 2011년 1월 21일 사형집행 52년만에 무죄가 선고되었다.⁶⁷⁾ 이처럼 정치적으로 악용될 수 있는 범죄에 해당하는 사상범이나 정치범에 대한 사형규정은 곧바로 폐지되어야 한다.⁶⁸⁾

(3) 실체적·절차적 고려사항

사형폐지에 따른 입법적 문제와 관련하여 첫째 법률로 사형제도를 폐지할 수 있는지 여부, 둘째 사형의 대체형벌로 거론되는 절대적 종신형은 기본권(특히 신체의 자유) 제한의 한계 내에 있는지, 따라서 헌법적으로 정당화될 수 있는지 전제되어야 한다.⁶⁹⁾ 셋째 헌법재판소가 사형제도에 관하여 위헌 결정을 내린다면 사형수에 대한 구금이 가능한지 여부를 고려하여야 한다. 지난 공개 변론에서도 헌재가 사형제도에 대하여 위헌 결정을 한다면, 현재로서는 재심이 가능한 사형수에 대하여 구금할 법적 근거가 없어질 수 있다는 지적이 있었다. 이선애 재판관은 “사형 확정자가 재심을 청구하면 석방돼 사회에 나와야 하는가. 대체 형벌이 제정되기까지 그들을 계속 구금할 수 있는 법적인 근거가 있는가”라는 질문을 던졌다. 하지만 재심이 시작돼도 법원의 판단에 따라 구금이 가능하고 해당 사형수에게는 곧 무기징역 판결이 내려질 것이므로 이런 법무부의 입장이 ‘기우’라는 반론도 있었다.⁷⁰⁾

사형을 선고하기 위한 절차적 요건의 하나로서 대법원 전원합의체에서 대법관 2/3 이상의 찬성⁷¹⁾ 또는 대법관 전원의 찬성⁷²⁾ 등을 요구하는 것도 사형판결의 오남용을 줄일 수 있는 방안이 될 수 있다.

(4) 절대적 종신형의 도입

사형제도를 보완하기 위해서는 사형을 대체할 수 있는 형벌로서의 성격을 가져야 한다. 이와 관련하여 가장 많이 주장되고 있는 것이 가석방 없는 절대적 종신형이다.⁷³⁾ 절대적 종신형은 가석방 및 사면이 허용되지 않는 것으로

67) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008제도11판결.

68) 윤영철, 앞의 논문, 273면.

69) 김선택, 앞의 논문, 160-161면.

70) 사형제 12년 만에 다시 시험대... '위헌' 시 사형수들 운명은?, 서울경제 2022. 7. 17 기사 (<https://www.sedaily.com/NewsView/268K378PU7> / 접속일자 : 2022. 7. 25)

71) 전지연, “대한민국에서의 사형제도”, 『비교형사법연구』 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004. 7, 54면.

72) 윤영철, 앞의 논문, 274면.

73) 이와 관련하여 절대적 종신형은 사형과 비교하여도 그 인권침해의 경중을 따지기 어려운

대부분의 사형폐지론자들이 사형제도의 대안으로 주장하고 있다. 나아가 사형 폐지법률의 제정하여 사형을 종신형으로 대체하고, ‘사형확정자’를 ‘종신 수형자’로 개념을 변경하는 보다 적극적인 제안도 있다.⁷⁴⁾ 성숙한 법치국가의 일반적 경향이라고 본다면, 입법 정책적으로도 사형폐지가 바람직할 것이다.

한편, 차진아 교수는 “만약 가석방 없는 종신형 제도가 마련되지 않은 상태에서 헌법재판소가 선부르게 위헌 결정을 내릴 경우 국민의 정의 관념에 맞지 않고, 피해자 유족이 납득하기 어려운 결과를 나타낼 수 있다”고 보았다.⁷⁵⁾

5. 검토

사형은 역사적으로 가장 오래되고 무거운 형벌로서 그 존폐론이 오랫동안 해묵은 논쟁이 되어 왔다. 사형제도의 존폐 여부에 대한 이러한 주장은 이 주제에 대한 법적이고 법철학적인 문제점을 완전히 고려하지 않고, 또한 특정한 결론을 위해 필요한 사고의 확실성을 보장하는 것과는 다소 떨어져 있기 때문에 충분하지 못하다.⁷⁶⁾ 사형제도에 대한 논의의 특징은 단순히 법적 분쟁이 아니라 정치적, 역사적 관점의 논의로서 확대되며 또 법적 논의와 정치적 논의는 상당한 연관성을 가지고 있다. 그 이유는 사형이 생명을 인위적으로 제거하는 형벌이기 때문에 단순히 법적 논리만으로는 설명이 부족하여 그 논의는 언제나 정치적 이슈와 함께 등장하기 때문이다.⁷⁷⁾

사형은 잔인하고 비인간적인 형벌제도로서 헌법 제10조의 인간의 존엄성에 반한다는 의견⁷⁸⁾과 형벌의 목적은 응보·범죄의 일반예방·범죄인의 개선에 있음에도 불구하고 사형은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 생명권을 제한하는 것으로 비례의 원칙에 반한다는 의견⁷⁹⁾이 제시되었다는 점에서 사형제도가 명백히 합헌의 영역이 아니라 합헌과 위헌의 경계선상에 놓여있는 형벌제도임을 알 수 있다.⁸⁰⁾ 그러나 피해자 가족의 법익이라는 관점에서 살펴

형벌로서 위헌의 소지가 있기 때문에 짧게는 30년, 길게는 50년 동안 복역한 후 가석방을 허용하는 상대적 종신형을 주장하기도 한다(윤영철, 한영수).

74) 한영수, 앞의 논문, 117면.

75) 전문가 의견 팽팽..헌재 '사형제 폐지' 전망에 무게[사형제 존폐]④, 이데일리 2022. 7. 14 기사(<https://news.v.daum.net/v/20220714060139144> / 접속일자 : 2022. 7. 15)

76) 손미숙, 앞의 논문, 46면.

77) 권오걸, 앞의 논문, 312면.

78) 사건번호 2019헌바59(형법 제41조 제1호 등 위헌소원), 청구인측 의견 요지, 허완중 교수

79) 신옥주, “사형제 폐지를 위한 비교법적 고찰”, 한국헌법학회·헌법재판소 헌법재판연구원 공동학술대회 발표문, 2022. 7. 1, 13면.

본다면, 가족의 범죄 피해에 대한 트라우마가 크고 그에 따른 심리적·정신적 고통은 지속될 것이다. 따라서 사형제도를 존치하는 것은 범죄피해자의 가족들과 사회구성원들의 법익이 최대한 보호될 수 있다면 형벌로서 사형존치의 의미는 그 상징적 가치가 극대화될 수 있다.

V. 결론

1764년 베카리아(Cesare Beccaria)는 그의 저서 <범죄와 형벌>에서 사형제도의 폐지를 주장한 이래, 인류는 사형제도의 폐지에 대한 격렬한 논쟁을 해왔다. 사형제도는 현행법상 여전히 존치하고 있으며, 법정에서 사형선고도 계속되고 있다. 사형은 인간의 생명을 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 누구라도 그것이 정당하다고 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만 허용되어야 한다.⁸¹⁾ 왜냐하면, 사형은 사람의 생명을 빼앗는 극형이고 일단 집행하면 돌이킬 수 없기 때문에 집행에 있어서 특히 신중을 기하여야 한다.

앞에서 언급한 것처럼, 사형제도의 존치론과 폐지론은 각기 수긍할 만한 근거가 있는 것은 당연하다. 따라서 사형제도를 대체할 대안으로서 절대적 종신형을 도입하여 사형선고를 줄이는 방안⁸²⁾과 사형선고는 하되 일정기간 집행을 유예한 후에 사형 확정 후의 사정을 고려하여 집행여부를 다시 결정하게 함으로써 집행에 신중을 기하는 사형집행유예 제도⁸³⁾를 도입하는 방안이 거론되고 있다.⁸⁴⁾ 하지만 사법부의 사형선고 중단이나 행정부의 사형집행유예는 법이

80) 하태훈, 앞의 논문, 699면.

81) 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결.

82) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 『형사정책연구』 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 41면 이하의 내용 참조.

83) 사형집행유예제도에 대해서는 실제로 1992년 형법개정 논의시 도입여부 논의가 있었는데, 형법상 가장 중한 형벌인 사형에 대해서만 보류제도를 두는 것은 다른 종류의 형벌과 균형이 맞지 않으며, 재판의 집행을 검사의 권한으로 하고 집행법원을 두지 않고 있는 현재의 체제로서는 사형의 집행 여부를 어디서 어떻게 결정해야 할 것인가는 물론 사형을 무기징역 또는 무기금고로 변경할 것인가의 여부에 대한 기준이 명확하지 않다는 이유로 이를 채택하지 못하였다. 다만 “사형의 선고는 특히 신중히 하여야 한다”는 규정(개정안 제44조 제4항)을 신설하였으나 형법개정에는 반영되지 못하였다.

84) 조균석, 앞의 논문, 64면.

정한 바를 형식적으로 따르지 않는다는 점에서 올바른 해결방식은 아니다. 이렇듯 실질적 사형폐지국의 지위를 행정부나 사법부에 맡기는 것보다는 입법적으로 해결하는 것이 성숙한 법치국가의 관점에서 볼 때 바람직한 방향이다.⁸⁵⁾ 이러한 사형폐지의 대안으로서 각각의 견해는 설득력을 가지고 있지만, 사형에 버금가는 정도의 형벌로서 공동체의 이익을 위하여 충분하게 제 역할을 할 수 있을지에 대하여는 여전히 미지수이다.⁸⁶⁾

우리나라는 1997년 12월, 23명의 사형수에 대한 집행을 마지막으로 현재까지 25년간 사형집행을 정지하여 국제사회로부터 사실상 사형폐지국가로 분류되어 오고 있다. 그러나 흉악범죄가 발생할 때마다 국민감정과 여론은 정치권을 향해 사형집행의 재개를 촉구하고 이에 따라 일련의 조치가 검토되었던 것이 사실이다. 사형제도에 대하여 정치적 악용은 사형의 본질적 위헌성의 여부는 논외로 하고, 국민의 여론에 편승하여 자신의 권력적 투쟁의 장에서 승리하기 위한 도구로 사용될 위험이 있다.⁸⁷⁾ 사형제도의 옳고 그름의 문제를 떠나 대통령이나 법무부장관의 정치적 판단에 따라 사형집행이 결정되어서는 안 된다. 따라서 사형제도의 정당성을 확보하려면 사형판결에 대한 구체적인 검증과 논의가 전제되어야 한다. 또한 과거 정치적으로 악용되었던 사법살인의 형태로 저질러진 사례를 밝혀내고 그에 따른 청산이 순조롭게 진행되어야 할 것이다.⁸⁸⁾ 사형제도는 사람을 죽인다는 단순한 행위에 있는 것이 아니라 왜 그러한 과정에 이르렀느냐에 관심의 초점이 맞춰져야 한다. 현행 법률이 사형제도를 존속시켜야 할 핵심적 이유가 바로 여기에 있다. 결국 사형제도의 필요성은 국민의 안전과 생명을 보호하는데 있기 때문이다.

85) 한영수, 앞의 논문, 112면.

86) 김준성, 앞의 논문, 390면.

87) 여론 자체를 국민 법감정으로 간주하는 것은 문제가 있다는 지적도 있다. 특히 여론조사를 할 때, 사형 이외에 가석방 없는 중신형을 추가하여 선택범위를 넓히면 대부분 중신형을 선택한다고 한다. 이것은 국민 모두에게 사형제도의 합헌성을 판단하는데 필요한 정보가 완벽하게 제공되지 않은 상황에서 긍정적 견해가 국민 사이에서 형성된 것이기 때문에 일반 국민의 법감정으로 승화하거나 정당화할 수 없다는 것이다(허완중, “사형제도의 위헌성”, 『법학논총』 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018. 2, 115-116면).

88) 이덕인, 앞의 논문, 295면.

[참고문헌]

1. 단행본

- 김선택, 「헌법사례연습」, 법문사, 2005.
 김수갑, 「기본권론」, 법문사, 2021.
 성낙인, 「헌법학」 제22판, 법문사, 2022.
 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2008.
 장영수, 「기본권론」, 홍문사, 2003.

2. 국내논문

- 강석구, “사형대상 범죄의 합리적 축소방안”, 「형사정책연구」 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006. 6.
 권오걸, “사형제도 현황과 형법의 규범적 성격에 기초한 사형제도의 타당성 연구”, 「법학연구」 제17권 제4호, 한국법학회, 2017.
 김상겸, “생명권과 사형제도”, 「헌법학연구」 제10권 제2호, 한국헌법학회, 2004. 6.
 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점 - 사형의 위헌성과 대체형벌-”, 「고려법학」 제44호, 고려대학교 법학연구원, 2005.
 김중세, “생명권과 사형제도”, 「한양법학」 제17집, 한양법학회, 2005. 6.
 김준성, “공리주의적 형벌사상에 입각한 사형존치의 타당성론”, 「법학연구」 제19권 제1호, 한국법학회, 2019.
 남선모, “死刑不執行에 따른 問題點 考察”, 「법학연구」 제43권, 한국법학회, 2011. 8.
 문창위·류병관, “사형의 장기 미집행에 따른 ‘형의 시효 제도’ 개선방안에 관한 연구”, 「형사법연구」 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021.
 박찬걸, “사형제도의 합리적 대안에 관한 연구”, 「법학논총」 제29권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2012.
 손미숙, “사형제도에 대한 법철학적 고찰”, 「비교형사법연구」 제13권 제2호, 한국비교형사법학회, 2011. 12.
 윤영철, 사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고, 「중앙법학」 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010. 9.
 이덕인, “사형제도의 정당성에 대한 비판적 검토”, 「刑事政策」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6.
 전지연, “대한민국에서의 사형제도”, 「비교형사법연구」 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004. 7.

- 조균석, “사형확정자의 수용과 사형집행”, 『법학논집』 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 조준현, “사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망 - 이념 논쟁과 국민정서-”, 『형사정책 연구』 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006. 6.
- 하태훈, “한국에서의 사형집행제도에 관한 논의”, 『비교형사법연구』 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 한영수, “사형의 대체형벌로서 종신형의 도입에 관한 연구”, 『刑事政策』 제33권 제3호, 한국형사정책학회, 2021. 10.
- 허완중, “사형제도의 위헌성”, 『법학논총』 제38권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2018. 2.
- 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 『형사정책연구』 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006.
- , 제도의 세계적 추세와 위헌성”, 『동아법학』 제45호, 동아대학교 법학연구소, 2009.

3. 기타자료

- 국가인권위원회 2021. 2. 3.자 보도자료.
- 법무부 2020. 11. 18.자 보도자료.
- 법무부, 『법무부 변화전략계획 희망을 여는 약속』, 2006. 2.
- 한국헌법학회 · 헌법재판소 헌법재판연구원 공동학술대회 발표문, 2022. 7. 1.

4. 판례

- 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000도1507판결.
- 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867판결.
- 대법원 2010. 12. 16. 선고 2010도5986판결.
- 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008제도11판결.
- 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결.
- 사건번호 2019헌바59(형법 제41조 제1호 등 위헌소원).
- 헌법재판소 1996. 11. 28. 선고 95헌바1결정.
- 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23결정.

408, U. S. 238(1972).

428, U.S. 153 (1976).

[Abstract]

Legal Issues surrounding the Existence of the Death Penalty

Kim, Min-Woo*

As with the long history of capital punishment, the issue of existence and abolition has been discussed from various perspectives other than legal aspects. As the death penalty is being abolished around the world today, it is true that questions are being raised as to whether it is appropriate to execute it. Korea has been classified as a de facto abolition of the death penalty by the international community after suspending the execution of 23 death row prisoners in December 1997 for 25 years until now. However, it is true that whenever a violent crime occurred, public sentiment and public opinion urged the political community to resume executions and the execution was considered accordingly. The fact that 77.3 percent of respondents chose to maintain the death penalty in last year's domestic poll supports this. It is the third time for the Constitutional Court to judge whether the death penalty is unconstitutional, following 1996 and 2010. The death penalty, a long controversial issue in our society, has been brought back to the open court of the Constitutional Court for the first time in 12 years.

This paper started from the premise that it is necessary to fundamentally review the problems of the death penalty by supplementing the contents of the open defense of the Constitutional Court based on the existing discussion. In addition, after examining the pros and cons of the abolition of the death penalty, I would like to explore the problems of the death penalty and ways to improve it. In particular, if the death penalty is abolished, I would like to discuss what punishment is appropriate to impose on criminals who were previously subject to death sentences.

* Chungbuk National University Department of Public Administration, BK21 Team, Postdoctoral Researcher. Ph. D. in Law.

Keywords : The Death Penalty, Amnesty International, Abolitionist in practice,
Alternative Punishment, Absolute Life Imprisonment