

# 2022. 7. 13. 보도 자료

공보관실 02)708-3411 / 팩스 02)766-7757



## 제 목 : 7월 변론 안내(7. 14.)

- 헌법재판소는 오는 7. 14(목) 14:00 대심판정에서 아래 사건에 대한 변론을 열 예정이오니, 참고하시기 바랍니다.

연 번	사건번호 및 사건명	청구인 (대리인)	이해관계인 (대리인)	비고
1	2019헌바59 형법 제41조 제1호 등 위헌소원	윤○○ (법무법인 덕수 외 5) ※보조참가인: 정□□ (이상혁 외 1)	법무부장관 (정부법무공단)	

붙임 : 관련사건 보도자료 1부. 끝

# 보도자료

## 사형제 사건

[2019헌바59 형법 제41조 제1호 등 위헌소원]

### [ 공개 변론 ]

헌법재판소는 2022년 7월 14일 대심판정에서 2019헌바59 형법 제41조 제1호 등 위헌소원 사건(2019. 2. 12. 접수)에 대하여 변론을 열 예정이다.

이 사건은 사형을 형벌로 규정한 형법 제41조 제1호, 존속살해죄에 대하여 사형을 선고할 수 있도록 한 형법 제250조 제2항 중 ‘사형’ 부분 등의 위헌 여부를 심판대상으로 하여, 심판청구의 적법 여부, 사형제가 인간으로서의 존엄과 가치에 반하는지 여부 및 생명권을 침해하는지 여부 등이 쟁점인 사건이다.

헌법재판소는 청구인의 대리인, 이해관계기관 및 참고인의 진술을 들은 뒤 위 조항들의 위헌 여부를 판단할 계획이다.



2022. 7. 13.

헌법재판소 공보관실

## □ 사건개요 및 심판대상

### ● 사건개요

- 청구인은 존속살해, 강제추행 및 공중밀집장소추행의 공소사실로 공소제기되어 제1심 법원에서 무기징역형 등을 선고받았다[인천지방법원 부천지원 2018. 12. 28. 선고 2018고합158, 159(병합), 200(병합), 2018전고8(병합) 판결].
- 청구인의 변호인은 제1심 재판 계속 중 형법 제41조 제1호, 제250조 제2항 중 ‘사형’ 부분 등에 대하여 위헌법률심판제청 신청을 하였다가 제1심 법원으로부터 기각 등의 결정을 받게 되자(2018초기659), 2019. 2. 12. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.
- 청구인은 제1심 판결에 대하여 상소하였으나, 항소기각 판결(서울고등법원 2019. 5. 16. 선고 2019노203 판결) 및 상고기각 판결(대법원 2019. 8. 14. 선고 2019도7463 판결)로 그 판결이 확정되었다.
- 보조참가인은 살인, 살인미수, 절도죄로 사형을 선고받고 2000. 7. 28. 그 형이 확정되어 수용 중인 사람이다. 보조참가인은 2021. 3. 30. 이 사건 심판청구에 보조참가를 신청하였다.

### ● 심판대상

이 사건 심판대상은 ① 형법 제41조 제1호, ② 형법 제250조 제2항 중 ‘사형’ 부분 등이 헌법에 위반되는지 여부이다.

#### [심판대상조항]

형법 (1953. 9. 18. 법률 제293호로 제정된 것)

제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다.

#### 1. 사형

형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정된 것)

제250조(살인, 존속살해) ②자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

## □ 청구인의 주장 요지

- 헌법은 사형을 허용하고 있지 않다. 헌법 제110조 제4항은 사형이 헌법상 명문의 근거 없이 법률에 의해 도입되어 운영되고 있던 현실에서 그 운용과정에서 비롯된 문제점을 보완하기 위한 목적에서 만들어진 것이지, 헌법개정·개정권력의 진지한 고민이나 국민적 합의를 거쳐 신설된 조항이 아니다. 헌법 제110조 제4항은 비상계엄 하의 군사법원이 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 사형을 근거지울 수 있을 뿐이다.
- 생명은 절대적 가치라서 법적 평가를 통하여 반가치판단을 하거나 박탈할 수 있는 성질의 것이 아니다. 또한 생명권은 인간의 존엄과 더불어 보호영역과 본질적 내용이 일치하는 기본권으로, 생명 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해한다.
- 설령 생명권 제한에 관하여 헌법 제37조 제2항의 비례성원칙이 적용되더라도, 사형제는 비례성원칙에 위반된다. 사형제가 목적하는 응보는 근대적인 의미의 응보라고 할 수 없고, 또한 사형은 형벌의 목적 중 하나인 특별예방을 포기한 것이다.
- 사형이 범죄를 억제하는 효과가 있는지 여부에 대한 일치된 과학적 연구결과가 없고, 사형이 집행된 경우 후일 오판임이 판명되어도 시정할 방법이 없다.
- 사형제보다 기본권을 덜 제한하는 절대적 종신형 등에 의해서도 범죄인을 사회로부터 영구히 격리함으로써 사회를 보호한다는 목적을 달성할 수 있다.
- 사형은 당하는 당사자에게는 아무런 의미가 없고 오로지 다른 사람의 범행 방지라는 일반예방이나 사회방위만을 지향하는 형벌이라는 점, 교화를 통해 이성이 일부라도 회복된 안정된 상태의 범죄인에 대해 집행된다는 점에서 인간을 사회방위의 수단으로만 대하고 있다. 사형제도는 인간의 존엄성을 침해한다.
- 잔인한 형벌의 금지는 그저 교수형이나 총살형, 약물집행 등 집행방법의 잔인성을 지적하는 것이 아니라, 사람의 목숨을 끊는 형벌 그 자체가 잔인하므로 금지되어야 한다는 의미이다.
- 대한민국은 2011. 3. 10. ‘범죄인인도에 관한 유럽협약’을 비준하였고, 이에 따라 유럽으로부터 인도받은 범죄자에 대하여는 사형을 선고하더라도 집행될 수 없다. 평등원칙상 유럽 이외 또는 국내에서 체포된 범죄인에 대해서도 사형을 집행할 수 없다.

## □ 이해관계인 법무부장관의 의견 요지

- 유럽 대다수 국가들이 1980년대 이후 사형제를 폐지한 것은, 1993년 출범한 유럽연합(EU)이 사형제 폐지를 회원국의 자격으로 못 박고 있기 때문이다. 사형제를 유지하고 있는 국가들 중에는 미국, 일본과 같은 선진국이 포함되어 있는바, 사형제를 존치하는 것만으로 그 나라가 후진적이거나 야만적이라고 볼 수는 없다. 사형제 폐지는 헌법제정권력인 국민과 입법자의 결정에 의하여야 한다.
- 우리나라 헌법은 적어도 문언의 해석상 사형제를 간접적으로 인정하고 있다. 헌법 제110조 제4항이 사형을 반드시 존치하여야 한다는 것으로 해석하기는 어렵더라도, 거꾸로 헌법이 사형을 금지하여야 한다는 결정을 내리고 있지는 않은 것으로 해석할 수 있다.
- 사형은 국민 일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익적 목적이 있다. 또한, 형벌의 본질인 응보라는 측면에서 사형은 생명을 잔혹한 방법으로 해하는 등 인륜에 반하고 공공에 심각한 위협을 끼치는 범죄를 저지른 자에 대하여 그 잘못에 따른 죄값을 치르도록 하는 정의의 발로이다.
- 사형제는 인간의 죽음에 대한 공포본능을 고려한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로 범죄예방기능이 크다. 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포를 고려하면, 가석방 없는 종신형은 사형을 대체할 수 없다. 또한, 무고한 국민의 생명 보호는 결코 양보하거나 포기할 수 있는 성질의 것이 아니고, 종신형은 극악한 범죄로 인한 위와 같은 법익의 침해의 정도 또는 범죄자의 책임에 미치지 못하는 형벌이다.
- 실제 사형이 법정형으로 규정된 범죄는 흉악범죄에 한정되어 있고, 사형선고 또한 엄격한 요건하에서 이루어지고 있다.
- 오판가능성은 사법제도가 가지는 숙명적 한계이지 사형제라는 형벌제도 자체의 문제로 보기는 어렵다.
- 형법 제250조 제2항이 처벌하는 존속살해죄는 인간의 생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 자기 또는 배우자의 직계존속이라는 특수한 신분관계에서 생명을 침해하는 범죄라는 점에서 패륜성이 더욱 크다.

- 사형제에 따른 생명의 박탈을 극악무도한 범죄행위로 인하여 무고하게 살해당하였거나 살해당할 위험이 있는 일반 국민의 생명권 박탈이나 그 위험과 같게 볼 수 없고, 두 생명권이 충돌하게 되면 범죄행위로 인한 무고한 일반 국민의 생명권 박탈의 방지가 우선시되어야 한다.

## □ 주요 쟁점

- 헌법 제110조 제4항이 사형의 헌법상 근거가 되는지
- 사형제가 생명권의 본질적인 내용을 침해하거나, 헌법 제37조 제2항의 비례의 원칙에 위반되는지
- 사형제가 헌법 제10조의 ‘인간으로서의 존엄과 가치’에 위반되는지

## □ 청구인 및 이해관계인

- 청구인: 윤○○

대리인 법무법인 덕수(담당변호사 김형태, 박수진, 박은하), 법무법인 한맥(담당변호사 좌세준), 변호사 남승한, 문현웅, 김현재, 심현주

- 보조참가인: 정□□

대리인 변호사 이상혁, 법무법인 정솔(담당변호사 문형찬, 전인규)

- 이해관계인: 법무부장관

대리인 정부법무공단(담당변호사 서규영, 류태경, 김상찬, 강정아, 김완기)

- 참고인: 전남대학교 법학전문대학원 교수 허완중(청구인측)

고려대학교 법학전문대학원 교수 장영수(이해관계인측)

서울대학교 법학전문대학원 교수 고희수(헌법재판소 직권)

## □ 참고인 의견 요지

- 전남대학교 법학전문대학원 교수 허완중(청구인측)

- 사형제도 존치론의 가장 강력한 근거로 법감정이 제시되고 있으나, 사형제도에 관한 문제는 이성적으로 다루어져야 한다.
- 국가가 개인의 생명을 박탈하여 그 존재 자체를 부정하는 것은 국가의 본질에

- 반하므로, 국가형벌권에는 생명박탈권이 포함될 수 없다.
- 국민 합의의 산물인 현행 헌법질서의 기본이념과 충돌하는 국민 일반의 법감정은 법해석의 기준이 될 수 없고, 확인되지 않거나 확인할 수 없는 국민의 법감정은 사형제도를 정당화할 근거가 될 수 없다.
  - 자신이 사형을 당한다면, 그리고 자신이 사형을 구형하고 선고하고 집행하여야 한다면 사형제도가 지속되어야 한다고 생각하는 사람이 얼마나 있을지 의심스럽다. 흉악범을 사형에 처하는 것에 찬성하는가라는 심판자적 의견이 아니라 자신이 그러한 행위를 했을 때 사형을 감수할 것인가라는 당사자적 의견을 물어야 올바른 여론조사이다.
  - 헌법 제110조 제4항만으로 헌법이 사형을 ‘일반적으로’ 인정하거나 허용한다고 볼 수 없고, 사형제도를 두어야 할 의무를 부과하지도 않는다. 이 규정은 이미 사형이 법률상 존재하던 상황에서 1987년 현행 헌법에 처음으로 도입되었는데, 사형을 선고할 때 신중한 고려를 요구하는 내용으로 사형제도에 관한 부정적 의사를 표현하고 있는 것이다. 헌법 제110조 제4항의 실제적 의미는 사형제도의 도입 가능성을 허용하는 데 불과하다.
  - 사형은 사형수에게는 아무런 의미가 없고, 오로지 다른 사람의 범행 방지라는 일반예방이나 사회방위만을 지향하는 형벌에 불과하다. 사형제도는 사형수를 자기 목적이 아니라 오로지 국가의 형사정책적 수단으로 전락시키는 것으로 인간의 존엄성을 침해한다.
  - 생명권의 제한과 관련해서는 법익형량이 이루어질 수 없다. 생명이 생명 또는 그에 버금가는 중대한 공공이익과 충돌할 경우에도 이들 사이에서는 형량을 할 수 없고, 다만 그 중 하나의 법익을 선택한 것에 대해서는 법적으로 부정적 평가를 할 수 없을 뿐이다.
  - 형벌의 질서유지적 기능에는 일반예방과 특별예방이 있을 뿐이고, 응보는 원시시대 탈리오 사상에 근거한 것으로서 감정적·보복적·위하적 반작용을 본질로 하며, 절대 이성적·합리적·합목적적 법작용이 될 수 없다.
  - 사형제가 일반예방적 효과를 달성할 수 있는지도 의문이다. 사형이 일반예방적 효과가 있다면, 그 선고부터 집행까지 전부 공개되어야 한다. 하지만 대부분의 국가는 사형 집행을 공개하지 않는데, 이러한 현실은 사형이 일반예방을 위해서 이루어진다는 주장과 상치된다.

- 사형은 범죄자의 생명을 박탈함으로써 범죄자에 대한 개선 가능성을 포기한 형벌이다. 특별예방은 형벌의 목적에서 포기될 수 없는 것이므로, 이를 추구하지 않는 형벌은 정당성을 인정받을 수 없다.
- 사형제도를 존치하고, 형법, 군형법 등에 광범위하게 사형을 법정형으로 규정하는 것은 국가가 생명보호의무를 제대로 이행하는 것이라고 보기 어렵다.

○ 고려대학교 법학전문대학원 교수 장영수(이해관계인측)

- 사형제도에 대한 찬반의 문제와 사형제도의 합헌성 여부에 대한 판단은 결이 다른 것으로 구분되어야 하고, 전자는 입법론의 관점에서, 후자는 해석론의 관점에서 접근해야 한다.
- 응보적 정의관은 사형을 정당화시키는 가장 뿌리 깊은 논거라 할 수 있다. 근대 형사법체계에서는 형사처벌의 목적이 보복이 아닌 교화에 있는 것으로 널리 인정되고 있지만, 현대의 형사사법에서 응보의 요소를 완전히 배제할 수 있다고 하기 어렵고, 대한민국 국민들의 법감정은 여전히 응보적 정의를 요청하고 있다는 점을 무시하기도 어렵다.
- 생명권의 절대적 보호를 이유로 사형을 위헌으로 판단할 경우, 태아의 생명권을 박탈하는 낙태의 허용범위를 확대하는 헌법재판소의 결정과 모순된다는 비판을 피하기 어렵다.
- 헌법 제110조 제4항은 사형의 존재 자체를 인정하고 있다. 비록 사형을 제도적으로 반드시 인정해야 한다는 것은 아니지만, 사형이 가능하다는 점을 간접적으로 인정하고 있는 것이 위 조항에서 확인될 수 있는 헌법개정자의 분명한 의사이다.
- 사형의 효력을 대체할 수 있는 종신형의 도입을 조건으로 하는 사형제도의 폐지는, 헌법해석의 범위를 벗어난 입법론으로 헌법재판소의 역할이 아니라 입법자의 과제라고 보아야 한다.
- 사형제는 구조적으로 특별예방을 추구할 수 없으나, 그것이 사형제의 목적의 정당성을 부인할 근거는 되지 못한다. 사형제의 목적은 일반예방뿐만 아니라 응보적 정의의 실현에도 있다.
- 사형제의 일반예방적 효과에 대한 논란은 계속되고 있는데, 이는 각국의 사회적·문화적 배경에 따라 사형제의 일반예방적 효과에 차이가 있다는 점 때문이다.



다. 지금까지의 비교연구는 대부분 사형제 폐지 이전과 이후, 또는 사형제 존치 여부를 달리하는 인접한 두 주 사이의 비교를 통하여 이루어졌지만, 국내에서는 이를 제대로 확인할 수 없다.

- 응보의 측면에서 절대적 종신형이 사형에 못지않다고 보기는 어렵다.
- 생명의 불가침성을 강조하고, 국가에 의한 생명권의 박탈이 어떠한 이유로도 정당화될 수 없다는 주장은, 생명과 생명이 충돌하는 상황에서는 관철되기 어렵고, 전시 상황 등에서의 생명 박탈이 허용되면서 평상시에는 그보다 더욱 중대한 범죄를 저지른 경우에 사형이 허용될 수 없다는 것이어서 설득력을 갖기 어렵다.
- 생명권이 가장 중요한 기본권 중에 하나라는 점은 부인할 수 없지만, 생명권을 불가침의 절대적 기본권으로 볼 수 있는 것은 아니다.

#### ○ 서울대학교 법학전문대학원 교수 고훈수(헌법재판소 직권 선정)

- 사형제의 존재 자체가 살인범죄를 억지한다고 볼 수 없다는 셀린(T. Sellin)의 1961년 연구는, 범죄율의 추세에 영향을 미칠 수 있는 다른 잠재적 변수들을 고려하거나 통제하지 않았다는 점에서 중대한 결함이 있는 것으로 지적된다.
- 사형집행이 살인범죄 억제에 긍정적 영향을 끼친다는 얼리크(I. Ehrlich)의 1975년 연구에 대하여도, 왜 살인죄로 기소된 사건 대비 사형집행의 비율이라는 특정한 설명변수에 집중하여 분석하였는지에 관한 구체적인 이유를 제시하지 않고 있고, 각 주별 데이터를 구분하여 분석하지 않고 미국 전역의 자료를 이용하여 세밀함이 떨어지며, 분석기간을 달리하여 유사한 분석을 할 경우 억지력을 관찰하기 어렵다는 등의 비판이 있다.
- 미국 국가연구평의회 국립과학원의 1978년 보고서는 통계에 기초할 때 형벌의 강도와 범죄율 사이에 전반적으로 반비례 관계가 관찰되기는 하지만, 다른 변수들로부터 영향을 받을 가능성을 배제하기 어려우므로, 형벌과 억지력의 일반적 관계에 대해 단정하기 어렵고, 특히 사형제도와 범죄억지력의 관계에 대해 명확한 정책적 결론을 내리기는 곤란하다고 하고 있다.
- 국립과학원의 보고서가 발표된 이후 2010년대까지 사형제의 범죄억지력에 관한 많은 후속연구들이 이루어졌다. 그러나 이러한 연구들에 대해서도 사형집행이 어떤 경로를 통해 개별적인 범죄자들의 의사결정에 영향을 미치는지에 관

한 실증적 기초연구나 이론이 결여된 상태에서 시계열적 상관관계로부터 무리하게 결론을 도출한다거나, 구체적인 데이터나 변수의 구성에 따라 결론이 크게 바뀔 수 있다는 등의 비판이 있다.

- 미국 국가연구평의회 2012년 보고서는, ① 사형제를 비롯한 특정 형벌의 억지력에 관한 분석은 대안이 되는 다른 형벌과 비교하여 얼마나 더 억지력이 있는지에 관한 한계적 분석이 되어야 함에도 그러한 분석이 거의 이루어지지 않았다는 점, ② 사형제가 잠재적 범죄자의 인식에 구체적으로 어떠한 경로로 어떻게 영향을 끼치는지에 관한 기초연구가 부족하다는 점, ③ 기존의 연구들이 검증 자체가 어려운 전제에 의존하고 있는 경우가 적지 않다는 점 등을 근거로, 관련 연구들이 아직은 충분히 만족스럽지 않은 수준에 머물러 있다고 결론 짓고, 그러한 연구들로부터의 결과를 사형제도에 관한 정책적인 판단의 논거로 활용하지 않도록 권고하였다. 국가연구평의회 연구와 권고는, 아직 충분히 성숙되지 않은 실증적 연구가 정책적 또는 사법적 결정에 선불리 인용될 경우에 발생할 수 있는 학계의 우려를 반영한 것으로 볼 수 있다.
- 사형제의 억지력에 관한 기존의 연구들이 어려움을 겪는 근본적인 이유는 억지력의 관찰 및 측정이 매우 어려운 과제라는 점에 있다. 특히 잠재적 범죄의사가 있음에도 형벌을 두려워하여 범죄를 단념한 집단에 관한 데이터를 확보하는 것은 불가능에 가깝다. 한편, 실제의 잠재적 범죄자들이 어떤 경로로 범죄행위에 이르게 되는지, 어떤 경로로 처벌의 가능성과 형벌의 강도를 이해하고 인식하게 되는 것인지에 대해 체계적으로 파악하는 것이 중요하다.
- 과거 사형이 집행된 전후의 상세한 범죄 현황 시계열 데이터가 존재하지 않는 한, 국내에서는 사형의 집행에 관한 시계열 분석 방법론을 이용한 실증적 분석이 쉽지 않다.