

교정복지의 관점에서 본 사형제도의 비판적 고찰

안 봉 근

(청주대학교)

남 기 민

(청주대학교)

[요 약]

사형은 단순히 하나의 경과적 형벌로 끝나는 것이 아니라 한 사람의 존재를 영원히 지워버리는 것으로서 실존주의적 휴머니즘에 반할뿐 아니라 사회통합이라는 사회복지 목표에 정면으로 배치되는 제도이다. 이에 본 연구는 교정복지의 가치와 철학을 중심으로 사형에 대한 다각도의 비판적 고찰을 함으로써 그 문제성을 지적하고 나아가 사형제도 폐지의 당위성을 이끌어 내고자 하였다. 요컨대, 사형은 생명권이라는 불가침적인 기본권과 시공을 초월한 인간의 생존본성을 부정할 때만 가능한 것이다. '인간행동의 근거'를 문화와 사회라는 사회체계 속에서 찾으려는 거시적 관점을 부인할 수 없는 한, 사형제도는 사회연대와 인간존엄성과 같은 가치를 바탕으로 사회구성원들이 자기실현을 할 수 있도록 사회 전체가 책임을 진다는 복지철학에 반하며, 범죄인에 대한 교정과 재활 등 적극적으로 특별예방을 지향하는 교정복지의 목표와도 상치되는 것으로서 마땅히 폐지되어야 한다.

주제어 : 사형제도, 생명권, 인간존엄성, 사회정의, 교정복지, 사회연대

1. 서론

1) 문제제기 및 연구목적

인간적이고 정의로운 삶의 조건이 눈에 보이지 않고 가슴으로 느껴지지 않아서 일까? 우리나라 국민의 자살자수는 하루 평균 36명으로 자살율이 OECD 국가들 중에서 최고로 높다고 한다. 특히 노인 층의 자살률이 늘어나고 있다고 한다.¹⁾ 그런 한편 불특정 다수를 노리고 연쇄살인을 저지른 범인들은 우리사회의 부조리와 비정함을 공격 대상으로 했노라고 말한다. 둘 다 자신들의 파산적 현실이 냉혹한 사회환경과 무관하지 않다면 세상을 원망한다는 사실에 주목할 필요가 있다. 변화무쌍한 인생 여정 속에서 고단한 삶의 무게에 짓눌린 사람들에게 죽음은 항상 위협적이거나 경악스러운 것으로만 파악되지 않는다. 이 같은 현상은 인간다운 생활을 할 권리를 보장해 주고자 하는 국가복지체계의 소외된 그늘이기도 하다.

마찬가지로, 죄와 죄인을 다루는 형벌제도는 그 사회의 가치와 문명정도에 대한 하나의 척도가 된다고 할 때, 복지국가를 지향하고 있는 우리나라에서 사형(死刑)은 사회통합과 인간존엄성 실현 등을 궁극적 목표로 하는 사회복지 이념과 가치에 배치되는 것이다.²⁾ 물론, 사형이 고대 ‘동해보복(同害報復)’³⁾의 형벌관으로부터 오늘에 남아있는 형벌의 하나로서, 그것이 갖는 의미를 부정적으로만 단정할 수 없지만 아무리 가혹한 형벌이 있다해도 범 죄는 끊임없이 발생해 왔고 그것이 범죄억지력으로 작용했다는 실증보다는 범행을 모방하도록 한 측면이 강조되기도 한다.⁴⁾ 또 사형을 공동체가 개인과 인종을 통제하고 배척하는 수단으로 악용하였던 인류역사를 돌이켜 볼 때 그에 대한 평가가 오늘날 사회적 연대성이라는 사회복지의 가치에 따라 해명될 수 있어야 할 것이다.

혹자는 사형제도가 문명에 의해 억압되어 숨어 있으나 여전히 제거되어 있지 않은 원시적인 야만의 요소가 사형에 의해 발산될 수 있다거나, 제의적 희생(sacrifice ritual)같은 폭력성으로(김진식, 박무호 역, 1995) 이른바 카타르시스적 기능을 갖는다고 평가하기도 하지만, Friedman(1975)은 형벌적

1) KBS 프로그램 ‘주부 세상을 말한다’ 2006. 8 방송내용임.

자살문제와 관련하여 일찍이, Durkheim은 자살이 연대의식과 같은 사회적인 조건에 의해 좌우되는 사회적인 현상이라고 보았고(민문홍, 2002) 또 인간의 파괴성과도 무관하다고 하는 연구결과가 있다(김병익 역 2001: 17).

2) 사회복지의 이념이란, 복지이데올로기 유형에 따라 다르게 정의될 수 있지만, 우리나라에서는 일반적으로 인간존엄성, 평등, 생존권의 보장, 자기결정권, 사회적 연대의식과 같은 가치를 바탕으로(남기민, 2005) 모든 사회구성원들이 자기실현을 할 수 있도록 사회전체가 공동으로 책임을 진다는 사회통합적 철학을 기본으로 한다.

3) 고조선 기자 8조금법에 ‘상살자 이사상(相殺子 以死傷)’이라는 규범이나, 모세율법에 ‘생명은 생명으로, 눈은 눈으로, 이는 이로 갚아야 한다’는 이른바 탈리오(Lex Talio)법칙이 대표적이다.

4) ‘모방이론’을 전개한 프랑스 Tarde는 “범죄행위는 모방을 통해 학습된다”라고 하여 범죄를 발생사적으로 연구하였다. 모방은 사회적 지위가 우월한 자 중심으로 이루어진다고 주장함(국가 또는 제도 → 민심으로, 도시 → 농촌으로 등)(정영석·신양균, 1996: 40-41 재인용).

통제가 공격본능을 누그러뜨리기보다는 도리어 규범의 제시를 통하여 그것을 도발시킬 수도 있다고 말한다(양건, 1990 재인용). 이러한 문제점을 지적한 예로, 영국의 Bentham은 말하기를 “18세기 영국 형법에서는 양을 훔치는 죄에 사형이 내려지는데 그렇다고 하면 양을 훔치러 가서 양치기에게 발견되어 잡히면 사형에 처해지게 되므로 절도범으로서의 양치기를 죽이지 않을 수 없게 된다. 결국 사형을 인정하는 것은 범죄 방지가 목적인데도 오히려 범죄를 조장하는 결과가 된다”(박노경, 2002)는 것이다. 제도의 역기능으로서 이와 같은 인간의 심리는 오늘날에도 증거인멸의 완전범죄를 노리고 분의는 아니지만 사람을 죽이는 결과를 초래하는 경우가 많이 발생한다. 이렇게 국민은 제도적 명분으로 개인을 죽이는 공동체의 행태를 보며, 인간의 조칙이 특별한 경우 사람의 생명을 다스릴 수 있는 권력⁵⁾이 있다는 판단 하에 인간의 존귀함에 대한 감정을 지속적으로 손상시킴으로써 생명경시풍조를 더할 수 있는 것이다.

우리나라는 사형제도를 법으로 인정하고 있다. 형법과 국가보안법, 군형법, 기타 특별법이 형의 종류 가운데 하나로 규정하고 있다. 해석상 논란이 있지만 헌법에서도 사형인정의 문언(헌법 제110조 제4항)이 보인다.⁶⁾

사형은 생명권과 인간의 존재 그 자체와 직접 관련되는 문제이므로 이는 비단 법학이나 형사정책적인 문제로만 볼 수 없고 윤리·종교·철학·정치학 등 각계에서 다루어지고 있으며, 궁극적으로 인간존엄성을 실현코자 하는 사회복지분야에서도 다루어야 할 문제이다. 특히, 사회복지의 상호부조와 개인의 사회화 기능뿐만 아니라 타 사회제도의 기능을 강화시켜주는 통합적 역할을 하는 사회제도로 파악된다(남기민, 2005). 이에 본 연구에서는 국가공동체의 유지라는 목적의 정당성과 그 목적의 수단으로서 국가 형벌권의 필요성을 인정하지만, 목적과 수단방법이 혼돈된 상황에서 이루어지는 사형제도의 모순과 부정의를 극복하고자 하는 논지 하에 교정복지의 관점에서 사형제도를 비판적으로 고찰해 보고자 한다. 즉, 인간의 존엄성과 사회통합의 목표에 배치되어 존재하고 있는 사형제도를 사회복지의 한 분야인 교정복지의 관점에서 비판적으로 고찰함으로써 사형제도의 문제점을 지적하고 사형제도 폐지의 당위성을 이끌어 내려는데 본 연구의 목적이 있다.

2) 연구논의의 접근방법

사형제도의 존재문제가 인간존엄성의 기초인 생명권을 대상으로 하는 것인 만큼, 이에 대한 올바른

5) Foucault의 권력개념에 의하면, 인간은 고유한 의지와 능력을 가진 주체적 존재라기보다는 주어진 시대에 적절한 방식으로 지식과 권력관계에 의해서 그 존재와 내용이 결정되는 수동적인 존재로 파악된다(Sophie, 2000; 양운덕, 2004).

6) 헌법 제110조 제4항 단서에서 규정한 사형문언이 사형제도를 무제한 허용하는 것으로 해석될 때, 이는 생명권이란 천부적인 것이고 자유와 권리의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 법률로써도 침해할 수 없다고 규정한 헌법 제10조 및 동법 제37조 제2항 단서(법률 유보 제한)의 규정과 서로 충돌하는 것으로 풀이된다. 그렇지 않다면, 국가 ‘비상사태’ 하에서만 사형이 허용된다고 해석될 수 있는데, 이럴 경우 형법 등 다른 법률에서의 사형규정은 군사재판에서만 선택적으로 적용될 수 있는 것이 된다고 하겠다.

고 시대에 부합하는 결정을 얻기 위해서는 현재의 법리적 판단에만 의존할 수 없고 또 그런 성질의 것도 아니라는 점을 먼저 부각시키고자 하였다.

그래서 2장에서는 헌법상 기본인권 보장을 확인하고 헌법재판소의 사형제도 합헌 결정 논거를 예시하면서 그에 대한 반론을 제기하였다. 재판관들조차 다수의견과 소수의견으로 나뉘면서 이제는 사형존폐의 논란도 시대변화에 조용해가고 있음을 볼 수 있게 하였고 또 사형관련 문언에 대한 현재의 헌법해석에 의문을 가지고 연구한 바, 그에 대한 사건을 피력해 보았다.

3장에서는 사형제도는 정의로운 것인가? 라는 질문에 법철학적 관점의 대답을 먼저 해 놓고 그에 대한 객관적인 논증을 위해 Rawls의 『정의론』을 원용해 보았다. 즉 사회계약론적 정의의 원리로서 절차적 공정성을 강조하고 있는 Rawls의 정의관을 통해 우리 사형제도의 허구성과 입법과정상의 문제점을 지적해 보려고 하였다.

그리고 4장에서는 앞에서 논한 사형법률의 허구성과 법 해석·적용상의 문제점 등 ‘법률적 불법’으로서의 사실적 힘에 대응하여, 사형제도 극복을 위한 교정복지적 접근을 시도 하였는 바, ‘인간의 가변성’을 전제로 하는 교정복지의 특별예방적 관점에서 범죄에 대한 사회적 책임을 강조하고, 클라이언트의 생존권적 권리라는 우월적 복지권을 주장함으로써 사형제도가 교정복지의 가치실현 원리와 양립될 수 없음을 밝히고자 하였다. 아울러 기왕의 사형존폐론의 대강을 살피면서 사형제도가 응보감과 위하력을 준다는 존치론의 논거에 대하여 이를 반박함으로써 사형폐지의 당위성을 피력하고자 하였다.

5장에서는 결론적으로 사형제도는 인간에 대한 편견의 산물로서 우리 사회체제에서는 부조리하게 존재하는 것이고, 범죄인의 교정과 재활이라는 교정복지의 목표와도 배치되므로 조속히 폐지되어야 함을 주장하였다. 그리고 복지적 함의를 갖는 대체형벌과 회복적 사법이 현실화 될 필요가 있다는 대안을 제시하였다.

2. 사형제도의 헌법적 의미와 적용제한

1) 사형의 인간 존엄성 침해

인간의 존엄이란, 인간이 인격자임을 의미하며 개개의 인간이 각각 근원적인 가치를 갖는 것이기 때문에 이른바 자기목적적(自己目的的)인 것이며 그 외 단순한 수단으로 취급되어서는 안된다는 것이다(유지영, 1995 재인용). 다시 말해 헌법상 인간의 존엄이란, 국가 공동체 내에서 타인의 인격 가치의 실현과 공동체의 연대성을 실현해 나가는 인간에 대한 헌법적 가치평가라고 할 것이다(이재명, 1991). 따라서 인간의 존엄성은 헌법을 포함한 모든 규범에 있어서 추구해야 할 궁극의 목표이다. 형벌도 개별 인격을 최대한 존중하는 입장에서 인간존엄성의 구체적 실현을 목적으로 운영되어야 한다.7) 이러한 관점에서 본다면, 사형제도가 건재하고 있는 우리 현실은 분명 인간의 존엄성을 최고의

가치로 승인한 헌법정신과 상반된다. 인간이기 때문에 지니는 인간의 존엄성은 법과 국가가 인간에게 그의 도덕적 자기발전을 위한 자유와 그의 도덕적인 자유보존을 위한 길을 보장해 주어야만 한다. 인간의 생명은 이러한 도덕적 자기발전과 자기보존의 실존적 기초이다(김일수, 1992: 422). 국가가 법의 이름으로 개인의 생명을 박탈하는 것은 바로 이러한 실존적 기초를 파괴하는 일이며, 그것은 법과 국가의 존재이유가 되고 있는 인간의 존엄성 보장에 정면으로 배치되는 일이다.

우리 헌법 제37조 2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법이 정의(正義), 합목적성(合目的性), 법적 안정성(法的安定性)이 충돌하는 경우에 이의 조화적인 조정을 원칙으로 하면서 궁극적으로는 정의의 원칙인 인간의 자유와 권리의 본질적 우선(優先, priority)을 규정하고 있다고 할 것이다(김철수, 1983: 80).

따라서, 사형은 자연법 원리에 근거한 천부인권으로서의 생명권을 파괴함으로써, 헌법을 포함한 모든 규범이 추구해야 할 궁극적 목표이며 최고의 가치인 인간존엄성을 침해하는 것이다.

2) 현재 판결의 논거와 쟁점

헌법재판소는 1996년 11월 28일 사형제도가 합헌이라는 결정을 내린바 있다(헌재 1996. 11. 28, 96헌바 1). 재판관 9인 중에서 7인이 사형제도가 합헌이라는 의견을 개진하였고, 2인(김진우, 조승형)이 이에 반대하여 위헌이라는 의견을 개진하였다. 재판관들은 ‘생명권’이 헌법상 보장되는 ‘기본권’이라는 점에 대해서는 모두 인식을 같이 했으나 ‘생명권’이 헌법 제37조 2항에 의한 일반적 법률 유보의 대상이 되는지 여부에 대하여 의견이 갈라졌다.

다수의견은 위 헌법조항에 의거 ‘타인의 생명 또는 이에 상당하는 중대한 공익을 침해할 경우 생명권도 일반적 법률유보의 대상이 된다’는 것이다. 그 주장 논거를 살펴보면, “...사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 위 헌법조항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다 할 것이다. ...결국 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지않은 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”라는 이유이다.

이에 반하여 소수의견인 조승형 재판관은,

7) 김일수교수는 형벌의 목적은 인간의 사회화와 자기화에 있다고 보고 사회화를 사회적 교화과정으로의 인도와 촉진을 위한 도움이라 하고, 자기화를 행위자가 자기조종과 자기책임에 의해 적극적으로 규범합치적 행위(規範合致的 行爲)를 할 수 있도록 자기의 인격성에 대하여 자기결정 및 자기발전의 동기를 제공하거나 돕는 것이라고 하며, 이러한 자기화는 결국 인간존엄의 가치실현에 봉사한다고 한다(김일수, 1992: 366-373).

“헌법 제37조 2항 본문은 국민의 기본권을 법률로써 제한함에 있어서는 입법목적의 정당성, 입법수단의 필요성(적정성, 피해의 최소성, 법익균형성) 등 원칙적인 제한의 한계를 규정한 것이고, 동조문의 단서규정은 위와 같이 상대적 한계규정을 준수하더라도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없다고 하는 절대적 기본권 제한의 한계규정이므로 다수의견은 위 내용을 혼동하였거나, 생명권의 본질적 내용을 오해한 것이다”라고 주장한다. 또 김진우 재판관은, “인간의 생명권은 사람의 생존본능과 존재목적 그리고 고유한 존재가치에 바탕을 두고 있으므로 이는 선형적이고 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”라는 의견을 개진하였는 바, 이와 같이 소수의견의 논거가 앞서 살펴본 ‘생명권의 본질적 우선’에 관한 김철수 교수의 법철학적 해석과도 일치되는 것을 알 수 있다. 뿐만아니라, 현재의 위급한 충돌 상태가 아닌 한 생명의 가치는 양과 질로써 비교형량 될 수 없다는 점에서 다수의견은 모순을 보인다고 하겠는 바, 형벌로서의 사형은 정당방위가 아니기 때문이다.

그리고 김진우 재판관은 다수의견이 헌법 제110조 제4항을 놓고 “비상계엄하의 군사재판은 …단심으로 할 수 있다. 다만 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다. 라고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보인다고 한 주장에 반대하면서, 위 헌법조항 단서는 사형제도가 법률차원에서 하나의 형벌제도로 인정되고 있다는 법적 상황을 전제로, 사형의 선고가 갖는 기본권 침해의 심각성에 비추어 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 설정하고 있는 것에 불과하다고 하면서 나아가 이것을 헌법 제10조의 규정과 등가치적인 것으로 해석하는 경우 이념적으로 법리적 모순을 낳게 한다”라고 주장하고 있다. 여기서의 쟁점은, 다수의견은 헌법 제110조 제4항 단서규정에 사형제도의 헌법적 근거가 있다고 보는데 반해, 소수의견은 동법조항 단서는 비상계엄하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 설정하고 있는 것에 불과하다고 한다. 때문에 법률차원에서 사형제도가 폐지되는 경우 이 규정은 사문화될 정도의 의미에 불과하므로 이 규정을 사형에 관한 실정 헌법적 근거로 보는 것은 의문이 생긴다고 주장하고 있는 것이다.

3) 사형제도의 적용제한

헌법재판소 재판관들의 사형제도에 관한 의견 및 헌법적 근거 유무에 대한 다툼을 검토한 바, 사건으로는 먼저 헌법의 근본정신 내지 근본규범이라고 볼 수 있는 헌법 제10조 및 제37조 제2항 규정과 헌법 제110조 제4항 단서(사형선고 허용 문구) 규정을 이념적으로 모순되게 해석할 수 없다는 관점에서 다수의견은 근본적인 문제를 안고 있다고 보이며, 그리고 헌법 제110조 제4항 단서에서 규정하고 있는 사형 문언을 그 본문에서 특히 목적인대로 비상계엄 하에서만 인정되는 것으로 해석할 때 헌법상 사형선고 허용 문구로서의 명시적 성격자체를 무시할 수도 없으므로 소수의견 역시 논리의 비약이

있다고 사료된다. 즉, 서론(주)에서 언급했듯이 헌법 제110조 제4항 단서의 사형문언은 본문에서 규정한 비상계엄하의 군사재판이 단심제로 이루어지는 것에 대한 예외를 인정한 것일 뿐만 아니라 비상계엄 하에서는 군사재판을 통해 사형이 허용될 수 있음을 전제로 하는 '사형선고의 상황과 목적에 대한 한계'규정으로서의 의미를 내포(강조)하는 것으로 이해된다. 그렇게 해석될 때, 헌법 제37조 제2항 단서에서 규정한 "...제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"라는 예외조차 국가비상사태 하에서만 적용되지 않고 결국 국가안보와 질서유지 등을 위하여 생명권 침해도 가능해진다는 통일성 있는 해석이 이루어진다. 왜냐하면, 국가비상사태 함은 국가존립이라는 법익이 위협당하고 있는 상태이므로 이런 경우에는 국가가 '정당방위'라는 대립적인 입장에서 개인의 생명권까지도 부정할 수 있는 것이기 때문이다. 따라서 헌법 제110조(군사재판)에서의 사형문언은 그것의 의미와 적용범위를 이념 대립적이거나 목적범위 밖으로 왜곡·확대해석 할 것이 아니라, 전이나 비상시에 국가존립 및 질서안정 차원에서만 허용되는 헌법상 '사형선고 제한'규정으로서의 성격을 갖는 것으로 해석하여야 한다. 그래야만 '자유와 권리의 본질적 내용 침해금지(생명권보호)'를 내용으로 하는 헌법 제 37조 제 2항 단서 및 인간존엄성과 불가침의 기본인권을 보장한 헌법 제 10조와도 이념적으로 일치되고 각 조문간 합목적적인 해석이 되어 법적 안정성 그리고 정의의 요청에도 부합하게 된다고 하겠다.⁸⁾

요컨대, 하나의 법조문에서 단서규정은 그 본문의 내용을 제약하는 것으로만 표현되는 것이 일반적이고 또한 이념적으로 반가치성을 띤 사형문언을 견강부회하여 확대해석해서는 안된다는 기본권 보호 및 법률유보의 순기능적 관점을 전제할 때, 헌법 제110조(군사재판) 제4항(비상계엄시에 단심제) 단서(사형은 단심제 금지)의 내재적 의미는 사형선고는 단심으로 할 수 없을 뿐만 아니라 사형선고가 허용되는 것은 비상계엄이라는 특별한 상황에서 군사법원을 통해서 이루어지는 범죄만으로 제한한다는 의미를 갖는 것이며, 현재의 다수의견처럼 그것을 평상시 일반범죄에 대한 사형 허용 규정으로까지 확대 해석해서는 안된다는 점을 분명히 할 필요가 있다 하겠다.

그럴 경우, 형법 등 다른 법률에서의 사형규정은 그것이 군사재판의 관할 사항이 아닌 한 효력이 없는 것이며, 위헌적으로 존재하는 것이라 할 것이다. 따라서 우리의 사형제도는 그 자체로서 위헌이라고 할 수는 없지만 군사재판 이외의 경우로까지 그 적용이 오·남용되고 있다는 점에서 부분적인 위헌상태에 있다고 판단된다. 법철학자 Stammer(1992)가 정의하듯 정당한 법이란, 개별의욕을 가진 다수 개인의 공동체가 지향하는 순수이념에 의해서 규정되는 '변화하는 내용을 가진 자연법'을 말하는 것이라고 할 때(황산덕, 1995: 218 재인용), 아직도 사형제도를 허용하고 있는 우리 실정법의 시대적 낙후성은 극복되어야 할 것이다.

8) '법률유보(法律留保)'는 그것이 이념적으로 '기본권 제한의 한계'라는 의미를 갖는 것이지 절대로 '기본권 제한의 수권적(授權的)'인 의미를 갖는 것은 아니다. 이는 법률유보이론이 정립된 사상적 기초의 면에서 보더라도 법률유보는 그것을 기본권 보호라는 순기능(順機能)적인 것으로 이해하지 않으면 안된다(허영, 1993: 280-281; 이창희·장승화, 2003: 35). 따라서 현재(다수의견)의 헌법 제 37조 2항(법률유보)과 제 110조(사형문언)에 대한 해석은 역기능적이고 이념모순적으로 해석되었는 바, 그에 기한 사형제도의 합헌결정은 재고되어야 할 것이다. 이에 대한 법조계의 반응을 기대해 마지않는다.

한편, 헌법상 사형문언을 놓고 전시(비상계엄하)와 평화시로 구분하여 허용여부를 따지는 것조차도 생명의 절대가치를 이념적인 전제로 하는 경우에는 역시 모순일 수밖에 없다는 지적이 가능할 수 있다. 하지만 논리적으로 보더라도 비상사태라 함은 인질범행의 경우처럼 국가존립위기나 급박한 사회적 위험상태가 계속되고 있는 상황을 말하는 것이므로 형법상 ‘정당방위’ 법리가 적용될 수 있을 것이기 때문에 그런 경우만은 사형이 허용된다고 하는 해석에 무리가 없다고 본다.

다른 나라들을 살펴보더라도, 평상시 일반범죄에 대한 사형은 인정하지 않고, 전시 등 비상사태와 같은 특별한 상황에서만 사형을 인정하는 나라가 많이 있다. 예컨대, 엘살바도르공화국, 브라질, 멕시코, 아르헨티나, 페루, 캐나다, 덴마크, 이탈리아, 네덜란드, 스위스, 뉴질랜드, 스페인 등 국가에서는 통상의 범죄에 대하여 사형을 폐지하였다(정영석·신양균, 1996; 박노경, 2002).

3. 사회정의와 사형제도

1) 사형제도는 정의로운 것인가 ?

“법은 정의에 지배되기를 갈망한다”는 법인과 같이, 아테네의 철학자 Socrates의 죽음은 악법과 정의에 관한 문제에 Socrates 나름의 해결을 한 것으로 인정되고 있다. 그는 무고한 죄목에 의하여 사형 선고를 받았을 때 친구나 제자들이 탈주할 것을 권했으나, 선량한 시민이 악법에 복종하는 것은 나쁜 시민이 좋은 법에 위반하는 것을 막기 위하여 필요하다는 교육자적 견지에서 독배를 들었던 것이다. Socrates의 이 죽음은 실정법을 초월하는 정의의 객관성에 대한 확신과 실정법에 내재하는 질서의 안정성에 대한 존중간의 모순을 드러낸다. Socrates는 실정법의 우위를 인정한 것이 아니고 정의의 편에서 소극적, 피동적인 저항권은 인정했던 것이다(김철수, 1983: 87-88).

‘사회정의’는 오늘날에도 복지사회를 지향하는 국가가 추구해야 할 핵심원칙으로 간주된다(Wakefield, 1988; 심연수, 1998). 복지국가는 자본주의 체계에서 나타나는 혼돈과 무질서를 극복해 나가는 윤리적 행위자로 규정될 수 있다(심연수, 1998: 268).

자본주의는 단지 하나의 우월한 경제체제라는 성격이 강하다. 경제적 효율성을 앞세우다 보면 사회는 불평등의 문제로 정의롭지 못한 상황이 야기되므로 적절한 수준의 정치적 개입에 의한 개선이 필요하게 된다. 시장원리가 효율적이라는 점은 생산성 측면만을 부각한 것이지 삶의 질 이라든가 투자요소 도산위험에 따른 낭비요소 등을 따지면 불합리한 요소가 많다. 자본주의 사회가 ‘범죄의 온상’)으로 지적받는 것도 자본주의 체제의 이윤 추구적 속성과 구조화된 불평등성에서 연유한 것이라고 볼 수 있다(‘비판범죄론’의 입장).

그렇다고 보면, 현대 자본주의 사회에서 사회복지의 ‘자본주의가 붕괴되어 무정부 상태가 될 것이

9) 이것은 프랑스 Lacassugue의 표현으로, 그는 “사회환경은 범죄의 배양토이고 범죄자는 그 미생물에 해당한다”, “벌해야 할 것은 사회이지 범죄자가 아니다”라고 주장하여 범죄원인으로서 사회환경을 강조하였다(정영석·신양균, 1996: 40 재인용).

라는 예견을 부정하고 그 수명을 연장할 수 있는 주요한 동인'이 되며(김형식·박순우 역, 2000: 155; 최경구, 1996) 사회복지의 기능은 사회정의 실현과 인간의 사회에의 부적응 문제를 해결하기 위한 조직적 노력으로, 그 방법은 미시적인 개인의 변화와 거시적인 사회의 변화 양자를 포함하여 그것이 상호 보완적으로 역할하도록 하는 것이다(남기민, 2004). 따라서 사형제도는 사회복지의 기능면이나 체계론적으로 볼 때 국가의 임무와는 달리 모든 책임을 오직 범죄인에게 떠넘기는 것이라는 점에서 사회정의에 반하는 제도라고 하겠다.

절대주의와 정치적 정당성에 관한 초월적 인식을 극복한 현대사회에서 국가 권력의 기원은 주권에 있으며 주권은 국민에게 있다는 이념적 인식은 거부할 수 없다(헌법 제 1조 2항). 왜냐하면 자유와 권리란 인간다운 삶의 조건과 인간 존재를 전제로 하는 것이며 존재 그 자체를 거부한 후에는 행·불행을 말할 수 있는 기반이 없어지기 때문에 사형제도 합의와 같이 스스로의 생존을 포기할 수 있는 권리는 주권에 포함될 수 없는 것이다. 이와 같이 자기 존재의 주장은 살아있는 모든 피조물의 최고의 법칙이다(심윤중 역, 1981: 43).

2) Rawls의 정의관

Rawls는 공정한 절차의 합의가 실질적 결과의 공정성을 보장할 수 있다고 한다. “정의가 사회제도의 제1덕목인 것은 진리가 사상체계의 제1덕목인 것과 같다. 이론이 아무리 정교하고 간명한 것일지라도 그것이 진리가 아니면 수정되고 배척되어야 하듯이 법이나 제도가 아무리 효율적이고 정연할지라도 그것이 정의롭지 못하면 개혁되고 철폐되어야 한다”(Rawls, 1971)라고 주장한다. 이러한 Rawls의 주장은 정의의 우선성과 그것이 사회의 기본구조에 관련된 것이라는 두개의 주장으로 분석될 수 있다.

먼저 정의의 우선성은 개인적 존중과 인간사회의 다원성에 바탕을 두고 있다. 이것은 공리주의적 윤리설에 대한 비판에서 나오는 도덕적 당위로서의 우선성이다. Rawls에 의하면 “각 개인은 사회 전체의 복리(福利)도 유린할 수 없는 정의에 입각한 불가침성을 갖는다. 이러한 이유로 해서 정의는 몇 사람의 자유의 상실이나 타인이 공유할 보다 큰 선(善)에 의해 정당화됨을 거부한다. 그것은 많은 사람들이 누리게 될 보다 큰 이득의 총량을 위해 소수에게 강요되는 희생을 허용하지 않는다. 따라서 정의로운 사회에서는 평등한 시민의 자유가 확보된 것으로 간주된다. 정의에 의해 보장된 권리는 정치적 흥정이나 사회적 이익의 계산거리가 될 수 없는 것이다”(황경식, 1996: 168)라고 말한다.

그리고 Rawls는 계약론적 정의관의 요체는 사회의 기본구조가 정의의 일차적 주제(primary subject)라고 한다(Rawls, 1971: 101). 왜냐하면, 사회의 기본구조는 그 속에서 개인의 성격이 형성되고 욕구의 형태까지도 결정되는 심대한 영향력을 갖고 있기 때문이다. 또 우리의 능력이나 재능도 고정된 자연적 혜택으로만 볼 수 없으며 상당한 정도로 사회적 여건을 반영하고 있다고 생각할 때 사회의 기본구조(헌법, 경제체계, 소유제도 등)는 보다 심각하게 다루어야 할 주제가 된다고 Rawls는 말한다(황경식, 1996 ; 김만권, 2004). Rawls의 주장은 이른바 보상평등주의(補償平等主義)로서 개인이 타고난 불리(不利)를 보상해 주는 제도적 장치를 마련해야 한다는 것이다(추유식, 1991).

3) 우리나라 사형제도의 허구성

여기서는 앞서 살펴본 Rawls의 정의론을 원용하면서 우리 사형법률의 허구적요소와 사회계약으로서의 절차적 정의에 대한 흠결을 지적해 보고자 한다. 먼저 Rawls는 사회계약의 공정성을 담보하기 위해서는 계약 당사자들이 정의의 여건상태인 ‘원초적 입장’에서 의사결정을 할 수 있어야 한다고 말한다. 요컨대, 계약 당사자들의 자격요건을 충족시키는 원초적 입장이란, 당사자들의 인지상(認知上)의 조건으로 ‘무지의 베일’이라는 조건과 동기상(動機上)의 조건으로서 ‘상호무관심한 합리성’이라는 조건이 갖추어져야 한다는 것이다(김항규, 2004; 지승원, 1991)¹⁰⁾.

일반적으로 계약이란 서로의 의사가 합쳐져서 하나의 공통된 약속을 이루는 경우에 성립한다. 그런데 사형제도의 합의에 있어서는 자기보호적 생명현상이 작용하는 고로, 국민 개개인의 법적 의사표시가 불합리한 한계에 직면하게 된다. 말하자면, 사람의 내심적 의사 속에는 자기 생명을 보호받고자 하는 욕구만이 있을 뿐 미래의 어떤 경우에 자기도 범죄를 저지르고 사형수가 될 수 있다는 의식은 도외시되어 있는 것이다. 이렇게 예상할 수 있는 최악의 경우를 마음속으로 부인하면서 계약에 임하는 것은 Rawls가 말하는 정의의 여건으로서 ‘무지의 베일’ 상태가 되어 있지 못하기 때문이다.

특히 국회의원의 경우 정치적 대의기관으로서 제한된 권능을 부여받고 “국가이익을 우선시해야 한다”¹¹⁾는 점들이 개별의식이 중시되는 사형제도 합의에 있어 공정한 당사자로서의 자격을 의심받지 않을 수 없게 하는 것이다. 이처럼 사형법률의 계약 당사자들은 법적 구속력으로서 최악의 경우를 예상하고 그것을 피하려는 합리적 판단을 하는 인간의 모습이 아니라, 현실적 조건하에서 자신의 예단과 이해관계가 반영된 이기적 인간의 모습으로 계약에 임하기 때문에 그 계약의 합의내용은 정의롭지 못한 것이 된다는 점이다. 이와 같은 사형제도 계약 주체들의 ‘심리유보’상태를 두고, Rousseau는 그의 『사회계약설』에서 “우리가 살인을 했을 때 사형을 받는데 동의하는 것은 우리가 그와 같은 살인자에 의하여 희생당하지 않도록 하기 위해서인 것이다. 이 계약을 체결할 때 우리는 자기의 생명을 처분하고 있는 것이라고 생각하기는커녕 자기 생명의 안전을 보증하고 있는 것이라고만 생각한다. 그래서 계약 당사자들은 그 누구도 제 자신이 사형을 당하리라고는 생각하지 않는 것이다”라고 간파하고 있다(이태일 역, 1986). 따라서 Rawls의 『정의론』에 비추어보면 우리의 사형제도는 일면 심리유보에 기한 계약상의 흠결 때문에 무효한 제도로 의심할 수 있다고 하겠고(민법 제107조 제1항 단서),

10) 여기서 ‘무지의 베일’이란, 계약에 임하는 당사자들이 자신과 소속된 사회의 특수한 사정에 무지해야 한다는 조건이다. 즉, 어떤 합의된 원칙이 정의로운 것으로 되기 위해서는 그 합의에 참여하는 사람들이 각자가 타고난 특정한 사회적·자연적 여건 등의 우연적 요인들을 알게 됨으로써 자기에게 유리한 합의를 이끌어 내려는 유혹이 없게 해야 한다는 것이다(Rawls, 1971: 136-142; 김만권, 2001; 황경식, 2003). 또 ‘상호 무관심한 합리성’이란, 계약 당시는 상대방의 이해에는 관심을 갖지 않고 자기이익의 극대화에만 신경을 쓰며, 시기심에 좌우되지 않는 사람들로 가정한다는 것이다(김항규, 2004; 지승원, 1991).

11) 헌법 제46조 제2항 및 국회법 제24조에 의하면 국회의원은 정당이나 개인, 가족 등의 이익보다 국익을 우선시하여 직무를 수행하도록 명시하고 있다.

아울러 이러한 심리적 경향으로부터 사형제도가 일반 국민에게 위하력(접주는 효과)을 준다는 논리 역시 부정된다고 하겠다.

다음으로 국회의 표결방식인 ‘다수결의 원칙’에 의해서 사형제도가 입법된 것이라면, 그 절차적 타당성은 더욱 설득력이 없게 된다.¹²⁾ 절대적 가치로서의 생명권이 수량적 비교논리로 유린될 수 있음을 전제로 하고 있기 때문이다.

유효하자면, Rawls는 인간의 기본적 자유는 사회의 총체적 복지라는 명목으로도 유린될 수 없는 불가침성을 지니고 있다고 말한다(Rawls, 1971: 34; 황경식, 1996: 168; 김기덕, 2005). 이러한 축차적 순서¹³⁾의 의미를 갖는 Rawls의 ‘자유 우선성의 원칙’에 입각해보면, 판례 “...공공복리를 위해서 불가피한 경우에는 예외적으로 자유의 본질적 내용도 침해될 수 있다”¹⁴⁾라는 논리(대판, 1990. 4. 24. 선고, 90도 319 판결 및 헌재결정 1996. 11. 29.) 역시 힘을 잃게 된다.

위 판례와 같이 개인의 생명권보다 공공복리가 우월시 되어야 한다는 논거는, Rawls가 비판하는 공리주의적 윤리관에 다를 바 없는 것이라는 점에서 자유우선성의 원칙에 정면으로 배치되는 것이다. 즉, 공리주의가 개인의 자유의 상실을 타인이 향유할 보다 큰 선에 의해 정당화함으로써 인권유린의 가능성을 지니고 있는데 비해, Rawls는 각인은 사회전체의 복지라는 명목 하에서도 유린될 수 없는 기본권을 지니고 있다고 하는 신념을 강력히 표출하고 있기 때문이다.

요컨대, 공익이란, 내일의 좀 더 큰 이익(나의 이익을 포함한 집단의 이익)을 위해서 오늘의 나의 이익을 포기하라는 설득이며 포기되는 단기의 이익이 어떻게 장기의 이익을 가져다주는가를 연결시키는 것이 다름 아닌 공익의 ‘정당화 논리’(김향규, 2004: 412-413)이다. 과거 나치즘이나 파시즘, 군국주의 국가들이 스스로의 의지를 가진 유기체적 공동체 개념을 갖고 개인보다 전체성을 강조하면서 인권유린의 명분으로 내세웠던 것과는 달리, 오늘날 공동체 개념은 자유로운 개인의 집합으로서의 공동체를 상정하고 이 공동체가 보람 있는 사회생활을 위한 터전이 될 수 있게끔 시민들이 노력하여 구축해 나가야 함을 강조하고 있다(정정길, 2003: 269-271). 또 과거 성직자들이 하나님의 뜻을 강조하면서 내세운 공동선(共同善)이란 개념 역시 개인이익을 무시하고 전체이익을 강조한데 비해서 공익은

12) Rawls의 정의원칙에 의하면, 사형제도와 같은 기본적 자유에 관한 계약은 정의와 이익이 결코 분리될 수 없는 성질의 것이므로 합리적 당사자들이라면 가능한 모든 위험을 피하고 ‘최소극대화(maximin)의 원칙’과 같은 보수적인 태도가 채택될 것이기 때문에 만장일치의 어떤 결정이 나와야 한다는 것이다(김만권, 2004 재인용). 여기서 합리적 선택의 문제는 『정의론』에서 가장 논란이 되고 있는 바, 프리만(Freeman, 2003)이 그의 저서 『조화와 정의의 선』에서 제시한 합리성의 개념은, 목적을 위해 가장 가능하고 효과적인 수단을 취하는 것, 목적에 순차적 우선성을 매기는 것, 목적을 일관되게 지속하는 것, 다수의 목적을 실현할 수 있는 행위 방식을 선택하는 것 등을 말하고 있다.

13) Rawls의 정의의 원칙들은 축차적 순서로 구성되어 있다. 정의의 제 2원칙(사회적·경제적 불평등 규제)은 어떠한 경우에도 제 1원칙(평등한 자유의 원칙)에 우선시 될 수 없다. 왜냐하면 경제적·사회적 가치의 한계효용은 체감하는 반면에, 자유의 한계 가치는 점증한다고 이해되기 때문이다(황경식, 2003: 551).

14) 여기서 자유의 본질적 내용의 침해라 함은, “그 침해로 말미암아 당해 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어버리는 정도의 침해를 말한다” 할 것이므로 당연히 생명권의 침해는 금지된다고 이해될 것이다(권영성, 1995: 324).

개인이익을 떠나서 전체이익은 존재할 수 없다는 자유주의적 정치이념을 내포한 개념으로 이해되고 있다(정정길, 2003).

이렇게 볼 때 궁극적 차원에서 공익의 추구란 결국 그것을 통해 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다(김항규, 2004: 426). 따라서 전시 등 비상사태가 아닌 한 '사회 공공의 안녕과 질서' 또는 '공공복리'를 위한다는 명분으로 개인의 생명권을 박탈할 수 없다는 것을 알 수 있는 바 이는 우리 헌법에서 규정한 자유민주적 기본질서와 인간존엄성 보장 등 체제와 이념성에 비추어 보아도 명백하다고 하겠다.

그런가하면, 사형제도에 대한 우리 국민의 법 감정은 어떠한가? 사형집행에 관여하고 이를 목격하는 사람들은 하나같이 심한 분노와 모멸감으로 몸서리쳐지고 보편적 인간성에 상흔을 남긴다고 한다. 그래서 불합리한 국가제도의 도구가 된 자신이 싫어 직장을 떠나기도 하고 정신과적 치료를 받는 경우도 생긴다고 한다(조갑제, 1989). 그뿐인가? 사형수의 가족은 사회를 의심하며 오명 속에 살게 되므로 이는 사회보호체제에도 어긋나는 결과를 낳는다(김종민, 1989: 67)¹⁵. 이러한 결과들을 통해 보면, 사형제도가 결코 국민의 통합적 가치에 기초한 정당한 것으로 볼 수 없다.

우리 헌법상 생명권은 모든 기본권의 논리적 기초를 이루고 양도와 침해가 가능하지 않은 권리로 승인되어 있다. 그럼에도 불구하고 그것의 포기까지를 내용으로 하는 사형법률이 대의기구인 국회를 통해 만들어졌다는 것은 국민주권의 위임한계를 넘는 계약내용 및 당사자적격의 흠결이 아닐 수 없다. 만약, 각자가 위임 양보한 자유와 권리에 생명처분의 자유가 포함된다고 한다면 이 논리와 자살을 금지하는 논리를 어떻게 조화시킬 것인가라는 문제도 생긴다. 왜냐하면 인간에게 스스로를 죽일 권리(자살할 권리)를 위법한 것으로 합의했다면¹⁶ 그 권리를 타인에게 양도할 수도 없을 것이기 때문이다.

더구나 차세대 국민의 경우 그것이 태어날 때부터 이미 존재하는 강제규범이라는 면에서 생명에 관한 천부적 권리성과도 배치되는 모순이 생긴다. 그렇다면 계약 당사자의 의지에 상관없이 존재하는 사형법률은 하나의 허구일 수밖에 없으며, 사형규범을 위반한 개인에 대하여는 그것이 자기의 책임으로 지탄 받기에 앞서 성장환경이나 교육 등 사회화의 기능을 제대로 수행하지 못한 국가, 사회의 책임이 먼저 논의되지 않으면 안되는 것이다. 생명존중의식은 윤리규범을 통해 강화되어야 하는 이유가 여기에 있다.

이처럼 우리나라 사형제도는 입법과정의 흠결은 물론 제도에 대한 국민적 찬반론 또 현재의 법리적 다툼 등 여러 요인을 종합해 볼 때 '국민적 총의'로 볼 수 없는 정의롭지 못한 구시대적 표상이 되고 있다. 무엇보다 "사형수에게도 삶을 신뢰했던 지성이 죽음은 조금도 생각하지 않았던 영혼이 있다

15) 예컨대, 사형수의 아내는 인위적으로 과부가 되어야 하고, 사형수의 자녀들은 결혼 가정에서 살도록 강요당하게 되는 것이다. 이와 같은 상황에서 사형수의 가족들은 사회전체에 대하여 거부반응을 가지게 되며, 따라서 사형은 사회적 제재가 가지고 있는 규범의 사회화 기능에 역행하는 결과를 가져온다.

16) "자살은 권리로 인정될 수 없다." 그렇지만 "자살을 벌하지 못한다" 했을 때 그것은 자살이 형법상 구성요건 해당성이 없기 때문이지 보호법익이 없거나 위법성이 없기 때문은 아니다. 따라서 자살은 위법한 것이고 자살관여죄(교사, 방조, 위계 등)는 당연히 처벌된다(김철수, 1992; 이재상, 1992).

는 사실을 알고 있는가?”(한택수 역, 2004) 사형집행에 항거하여 몸부림치는 사형수의 태도는, “내가 언제 사형제도에 동의했느냐?” 바로 그것이다.

4) 인간관에 따른 사형제도의 의미

정의사회는 정의로운 인간상을 요구한다고 할 것이다. Rawls는 정의론이 바람직한 것으로 될 수 있기 위해서는 그것이 ‘사회의 공공도덕의 기초’로서의 역할을 수행할 수 있어야 한다(Rawls, 1971: 182; 황경식 역, 2003: 268)고 강조한다. 이런 주장은 Rawls의 정의관이 Kant가 정언명법¹⁷⁾으로 전제하는 도덕적, 자율적 주체로서의 인간상을 토대로 하고 있다는 점을 말해 준다.

한편, Rawls의 이러한 주체적 인간관과는 달리 Foucault는 비록 의견상으로 자율적인 주체로 보이는 인간이 실상은 특정한 시대의 지식과 권력의 산물로서 본질적으로 타율적인 존재임을 주장한다. Foucault의 논리에 따르면, 자율적인 주체가 스스로 선택한 보편적인 정의의 원칙도 권력과 지식이 일반 주체들로 하여금 마치 스스로 자신들이 선택한 것처럼 주체화시켜낸 미시권력의 작동과정에 다름 아니라는 것이다(양운덕, 2004 재인용).

그러면 이와 같은 인간본질 논의가 함축하는 바 사형제도가 갖는 의미는 무엇일까? Rawls의 관점으로는 사형제도가 옹호적 성격을 띠는 것으로 또 Foucault의 관점에서는 사형제도가 사회통제적 속성을 갖는 것으로 파악될 수 있을 것이다. 그렇지만 생명이란 시공(時空)을 초월한 자연적 존재요소이고 인격은 그것이 자율적이든 타율적이든 본질적으로 그 시대의 사회체계 속에서 형성되는 것이라고 볼 때, 본질에 앞서 주어진 생명의 선형적 가치를 인격체에 대한 자유 제재적 수단으로 설정하였다는 것은 사형제도가 지닌 자체모순이 아닐까? 그러므로 인간 본질 논의의 관점에서 사형은 이미 형벌의 목적범위로부터 이탈된 방식의 옹호논리이며 사회통제수단에 불과한 것으로 파악된다. 그러나, Sartre의 존재론적 인간관에서 보면 사형제도는 단지 사람의 실존적 요소인 생명을 박탈하는 것으로 살인행위에 불과하다. 왜냐하면 자아의 주체성에 대한 근원적 자유마저 빼앗고 마는 사형제도는 이미 인간의 본질 논의의 규범적 한계를 넘는 것이기 때문이다. 본질은 과거적이고 실존은 현재적이다. 그러므로 자유의 요구인 주체는 본질적 자아라기보다는 실존적 자아인 것이다. Sartre에 의하면, 의식적 인간존재는 본질규명이 불가능한 존재이며 자유로운 존재인 것이다. 즉, 인간은 스스로가 만들어져 가는 것이므로 사형제도와 같은 절대평가의 대상이 될 수 없다는 것이다(방곤 역, 1999). 요컨대, “실존이 본질에 앞선다”라는 Sartre의 존재론적 명제가 의미하는 바, 본질주의를 배격하고 존재가치의 평가나 시간성을 초월한 실존주의적 인간관이 사회복지의 휴머니즘에 부합한다고 말할 수 있을 것이다. 휴머니즘이란, 인간을 다른 무엇보다 우선으로 삼는 사상이며, 또한 ‘타인을 나와 동일시’ 하는 것을 말한다. 다시 말하여 인간을 수단이 아니라 목적으로 삼는 사회의 실현이야말로 참된 휴머니즘의 기

17) Rawls는 Kant의 정언명법을 하나의 절차로 해석하고 있다(황경식, 1996: 427). Kant의 命法은 “너의 행위의 격율이 너의 의지에 의하여, 마치 보편적 자연법칙이 될 수 있듯이 행위하라”, “너는 너의 인격 및 모든 타인의 인격에 있어서의 인간성을 항상 동시에 목적으로 사용하고, 결코 단지 수단으로서만 사용하지 않도록 행위하라”로 표현된다(김병규, 1988).

초가 된다고 할 수 있다. 따라서 사형제도는 인간을 목적적 존재로 파악하기 보다는 막연히 형벌적 위하의 수단으로 작용하게 한다는 점에서 비인도주의의 표본인 것이다.

4. 교정복지의 관점에서 사형폐지주장

1) 교정복지의 관점과 인간존재의 가변성

(1) 교정복지의 관점

교정복지란, 사회복지학의 한 분야론으로서 범법행위를 한 사람과 그 가족을 대상으로 하여 사회복지의 철학과 가치관을 근간으로 사회복지 정책과 실천기술을 활용하여 거시적으로는 국가정책과 제도의 마련에 관여하고 미시적으로는 개인·가정 및 지역사회 단위의 전문 프로그램을 이끌어 내어 활용토록 함으로써 범죄인의 교정, 교화는 물론 그들의 건강한 재사회화와 그들이 속한 가정의 안정과 문제해결을 지원하는 총체적활동으로 정의할 수 있다(홍봉선, 2004). 따라서 거시적 접근방법으로 보자면, 교정복지는 범죄인이라는 클라이언트의 인간적 존엄성과 생존권적 기본권에 대한 가치를 확인하는 것에 강한 초점을 두면서, 범죄문제를 해당 범죄인의 책임으로 보기보다는 해당 지역사회와 국가의 책임으로 보아 그런 왜곡된 사회구조의 시정과 범죄를 유발시킨 환경요인을 개선코자 하는 사회재통합적인 관점을 갖는 것으로 파악된다. 이런 교정복지의 관점은 범죄인이 사회적 가해자인 동시에 피해자이기도 하다는 명제에 가까이 동의한다는 것을 뜻하며, 사법적 낙인이 범죄인의 사회복지와 재통합을 어렵게 하는 가장 큰 장애요인이라는 사실적 입증에 연유한 것이다(홍봉선, 2004:23). 비교컨대, 교정학과 형사정책이 궁극적으로 사회보호를 목표로, 능률성과 법적 안정성을 중시한다면, 교정복지는 모든 정책과 프로그램에서 사회보호에 앞서 범죄인의 복지증진에 초점을 두고 생산성과 사회적 형평성을 중요시한다(천정환, 2005:21)는 점에서 복지 원리로서의 접근을 그 본질로 하고 있다.

그렇다면 오늘날 복지사회를 지향하고 있는 법체계(헌법 전문 및 제 10조, 제34조 그리고 사회복지관련법 등)와 휴머니즘에 그 뿌리를 두고 있는 교정복지의 관점에서 볼때 사형제도는 인간 존엄성과 사회재통합이라는 목표에 정면으로 배치되고 있다. 따라서 사형법률이라는 사실상 힘과 인권보호라는 모순된 문제를 놓고 사형제도와 교정복지는 중대한 접점을 이룰 수 밖에 없는 것이다.

앞장에서 보았듯이 우리 헌법 제 10조 및 제 37조 제 2항 단서에서는 생명권이 인간의 자유와 권리의 본질적 내용을 이루는 것으로서 침해될 수 없고 ‘인간존엄성’의 논리적 기초를 이루는 선행적 가치로서 인정되어 있다. 또 헌법 제12조에서는 생명권이 신체의 완전성을 보장하는 ‘신체의 자유’의 당연한 전제로서 역시 침해될 수 없음을 나타내고 있다(허영, 1993). 뿐만아니라 1999년 신설된 행형법 제1조의 3(기본적 인권의 존중 등)은 “이 법을 집행함에 있어서 수형자 또는 미결 수용자의 기본적 인권은 최대한 존중되어야 하며 국적, 종교 또는 사회적 신분 등에 의한 수용자의 차별은 금지된다”

라고 규정하고 있다. 그렇지만 사형수의 경우 사형의 집행은 기본적 인권 즉, '생명권'의 침해로 바로 이어진다. 이처럼 법률적 불법으로서 엄존하는 사형제도는 정의롭지 못한 우리 사회구조의 일면을 보여주고 있는 것이다.

요컨대, 사회정의란 사회적으로 구성되고 통념화된 개념으로서 사회의 변화발전에 따라 수정될 수 있음을 의미한다고 이해할 때, 정의사회 구현의 방법과 수단은 그 사회의 이념과 가치로부터 출발된다고 할 것이다. 따라서 복지사회를 추구하고 있는 우리현실에서 전근대적 잔재인 사형법률이 엄존하고 있는 한, 그것이 사회의 평화로운 공존질서를 확보해 주기는커녕 도리어 거시적으로는 사회질서와 윤리를 내부로부터 붕괴시키는 생명경시 풍조의 역작용을 하게 된다고 본다. 뿐만아니라 법적용과 법집행에서 형평과 정의가 깨어질 때 '억울하다는 한마디 말로써' 표현되는 그들의 양심의 저항은 사회화를 포기한 채 사회통제의 부당함만을 곱씹으면서 또 다시 반사회화 될 수밖에 없도록 만드는 것이다.

이와 같이 엄연한 사회구조의 부조리와 연결시켜보면 클라이언트에 대한 교정개념은 퇴화하게 되고 재사회화의 동기는 딜레마에 빠진다. 왜냐하면 사회구성원에 대한 사회적 위협이나 요보호 상태로 부더의 사회적 보호가 사회복지의 기능이듯이, 범죄인의 생존권적 기본권이 부조리한 사회제도로 인해 보호되지 못할 때 그런 사회제도를 개선코자 함은 교정복지의 관점에서 무엇보다 우선해야 할 과제가 되기 때문이다. 다시말하여, 사회복지가 인간의 존엄성 향상과 사회적 자원의 공평배분이라는 가치를 토대로 사회적 통합에 기여하고자 하는 궁극적 목표를 가지고 실천하는 것이라고 한다면, 오늘날 우리사회의 교정복지는 클라이언트의 존엄성 확보가 매우 취약하여 범죄인은 사회적 통합의 대상에서 제외될 개연성이 큰 것이 사실이므로 참된 인간 존엄성 실현을 위해서는 교정복지의 인권론적, 정책론적 관점이 강조되지 않으면 안 될 것이라고 본다.

(2) 인간존재의 가변성

교정복지에서는 인간의 가능성에 대한 신뢰와 '환경속의 인간'이라는 관점을 지향하여 범죄는 환경의 산물이라는 환경결정론적 입장을 취한다. 옛날부터 인간의 양면적 성향에 대한 언급은 끊이지 않았다. 즉, "누구나 사람이면 동물의 수심과 하늘의 천심을 다 갖추고 있다"는 옛말이 전해져 오다가 하면, "인성은 마치 소용돌이치는 물과 같아서 동쪽으로 트면 동쪽으로 서쪽으로 트면 서쪽으로 흘러 사람의 본성에는 선함과 악함의 구별이 없다"¹⁸⁾라는 얘기가 문헌을 통해 전해지고 있다. 또한 17세기 Bacon이 "인간의 정신이란 순수한 빛과 같은 것이 아니라 의욕이나 감정의 영향을 받게 마련이다"라고 갈파하면서 그 유명한 이상론¹⁹⁾을 주장했고, 오늘날에 와서 Freud에 의해 부각된 바, "인간의 비합리적 성향이 때로는 인간 이성보다 더 심대한 영향력을 가진다"는 사실은 인간이 자연계의 일부로서 생물학적 바탕을 가지고 있다는 면을 강조한 것이라 할 것이다. 그런가하면, Erikson은 인간의 행

18) 이런 고자의 주장에 대하여, 맹자는 물이 동서의 구분은 없지만, 상하로 흐르는 자연현상이 본성이라고 하면서 인성은 본래 선한 것이라고 하였다(홍인표 역, 1992: 354-355).

19) 베이컨이 말하는 이상(종족의 이상, 동굴의 이상, 시장의 이상, 극장의 이상)은 미신 및 편견과 같은 것으로 사람의 올바른 인식을 저해한다는 것이다(박재환, 1992: 357).

동은 생물학적 성숙에 의해서만 결정되는 것이 아니라 개인의 심리적 요인과 사회·문화적 영향의 상호작용에 의해 결정된다고 보았다. 즉, 에릭슨은 인간의 심리·사회적 정체감은 개인의 생활사(life history)가 사회의 역사와 일정하게 관련되어 있기 때문에 개인의 사회적 지지와 사회제도로부터 소외될 경우 자아 정체감의 혼란이 야기된다고 한다(최순남, 1996; 권중돈·김동배, 2004). 중요한 것은 인간본성이나 생물학적 요인이 사회적 환경의 영향에 의해 다양한 방식으로 변형될 수 있다는 점이다. “우리는 어떤 유전적인 잠재력과 제약점들을 타고 난다. 환경은 이러한 잠재력을 얼마만큼 실현하는가의 정도를 결정해 주는 것이다”(Babbie, 1977). 말하자면, 인간존재는 타인과 그리고 사회적 상황과의 끊임없는 상호작용에 의해 정립 된다고 할 수 있다.

이와 같이 인간의 가변적 존재성을 전제할 때, 사형제도는 범죄 행위를 벌하기보다 행위자를 벌하는 것이라는 점에서 법의 목적인 행위자의 존엄성과 가능성조차 형벌의 제재적 수단으로 전락시키고 마는 가치전도를 보이는 것이라 하겠다. 왜냐하면, 인간은 시간의 흐름에 따라 전혀 다른 성격의 인간으로 변화될 수 있다는 시각에서, 사형집행을 통하여 생명을 상실한 사람은 ‘범행당시의 그 사람’이 아니라 낫우치고 교화되어 새로운 모습으로 변화된 ‘오늘의 사람’이기 때문이다. 인간이 발전의 주체가 될 수 있는 근거는 인간이 스스로의 존재양식을 스스로 형성할 수 있다는 점에 있다고 볼 때, 사형은 인간의 이러한 본질적 가능성을 부정할 때에만 가능한 것이며, 따라서 사형은 인간의 존재양식에 정면으로 충돌되는 제도살인의 속성을 벗어날 수 없는 것이다.

오늘날 교정복지가 대상으로 하는 인간은 언제나 일면적이거나 고정되어 있는 편견속의 인간 모습이 아니라, 그들은 끊임없이 공존하는 타인과 만남으로써 자신을 새롭게 형성하고 그러는 가운데 진정한 자기 자신을 만들어 가는 발전적, 창조적 존재이기 때문에 복지사회를 지향하는 헌법체계를 갖는 국가는 무엇보다도 이러한 사람들의 인간존엄성 보장과 인격의 자유로운 발전가능성을 존중해야 할 의무를 갖는다. 따라서 국가는 범죄인이라고 하여 사회에서 고립시키거나 죽음으로써 배척할 것이 아니라 오히려 인간적인 연대성을 높이고 확고히 하는 것을 목표로 해야 한다.

2) 사형제도 폐지주장

(1) 사형제도 존폐론

사형제도는 비단 우리나라뿐만 아니라 전 세계에서 아득한 옛날부터 시행되어 왔고 당연히 해 왔다. 2004년 11월 23일 현재 전 세계에서 총 95개 국가가 사형을 폐지하고 10년간 사형집행이 없는 ‘사실상 폐지국’은 23개국으로 사형폐지가 국제조류임을 알 수 있다. 그러나 아직도 78개 국가가 사형제도를 존치시키고 있다(천정환, 2005 재인용). 사형제도 폐지가 공공연히 논의된 것은 1714년 러시아제국의 엘리자베스여황제가 사형제도의 부당성을 지적하고 사형집행을 중지토록 선언한 것을 효시로 하여, 특히 1763년 이탈리아의 형법학자 Beccaria가 저술한 『범죄와 형벌』에서 잔인한 형벌인 사형의 폐지를 주장하면서부터라고 대체로 알려져 있다. 그 후, 1977년 12월 국제사면위원회는 “사형은 극도로 가혹하고 비인도적이며 모욕적인 형벌인 동시에 생명권을 침해하는 제도이므로 사형제도는 무조

건 반대한다”는 ‘스톡홀름 선언’을 발표하였으며, 1989년을 ‘사형폐지의 해’로 정하여 그 해 12월에 사형폐지를 위한 모든 조치를 강구하도록 하는 ‘국제인권규약’을 채택하였다. 우리나라에서는 대략 이때부터 사형폐지 운동이 시작된 것으로 보며, 1998년 2월 이후 지금까지 사형집행이 한 건도 없었던 점은 사실상 또 입법적으로 사형폐지국이 될 가능성을 높게 하는 것이라고 할 수 있다.

이에 기왕의 우리나라 사형존폐론의 대강을 살펴보면 (허주옥, 1987: 423)

① 사형존치론의 주요 논거는,

첫째, 사람을 살해한 자는 자기의 생명을 박탈당할 수도 있다는 것은 아직까지 일반국민이 가지고 있는 법적 확신이다(옹보적 관점).

둘째, 흉악범 등 중대 범죄에 대해서는 이를 위하(威嚇)하지 않으면 법의보호의 목적을 달성할 수 없으므로 사형은 일종의 ‘필요악’이다(일반 예방적 관점).

셋째, 사회방위를 위해서는 극히 유해한 범죄인을 사회로부터 완전히 격리시킬 필요가 있다(사회방위론적 관점).

넷째, 사형존폐의 문제는 이론적 문제라기보다는 정세, 시대, 사회환경에 관계있는 사회 문제이다(시기상조론의 입장).²⁰⁾

② 사형폐지론의 일반적 논거는,

첫째, 사형은 잔혹한 형벌로 인도주의적 견지에서 허용될 수 없다(천부적 인권, 생명의 불가침성).²¹⁾

둘째, 사형제도는 피해자를 대신한 응보 이외의 아무것도 아니다.

셋째, 오판의 가능성이 있는 한 사형의 선고는 적법절차의 정의에 반한다.²²⁾

넷째, 사형은 일반 사회인이 기대하는 것처럼 위하적 효과를 가지지 못한다.

다섯째, 사형은 그 자체가 위헌이다라는 것이다.

20) ‘시기상조론’은 사형의 부당성을 인정하면서도 그 폐지를 유보하는 입장으로 마치 공동체의 선이 개인의 권리에 우선하기 때문에 정세나 사회상황 등으로 보아 아직은 사형을 존치시켜야 한다는 주장인 바, 이는 왜곡된 공익논리에 다름 아니라고 할 것이다. 더구나 교정복지의 관점에서 볼 때 수형자에 대한 재사회화 목표는 그것의 달성을 통해 자연스럽게 사회도 보호하겠다는 이데올로기를 내포하므로 사형존폐의 문제는 이를 이론적인 문제와 사회적인 문제로 나누어 취급할 수 없다고 하겠다.

21) 고수형은 고통이 가장 적은 사형방법으로 비인도적이지 않다고 말하는 사람이 있는가 하면, 시체부검을 해보면 사장의 흔적이 발견된다는 이유로 황홀경속에서 죽어간다고 하는 견해도 있으나, 이는 오해이다. 사장은 두려움과 절망감의 등골이 오싹하는 전율 속에서 처형 직전에 이미 생길 수 있는 생체현상이다(경험담론에 의거함).

22) 사형제도는 오판으로부터의 회복이 어렵고, 정치적으로 악용될 수 있다(조광조, 남이를 비롯한 조선시대 당쟁으로 인한 희생, 광복 후의 이념과 정치적 혼란으로 인한 희생, 6.25때 한강폭과 혐의로 처형된 최창식, 그리고 조봉암의 처형이나 소위 인혁당사건 등등).

(2) 사형제도 폐지의 당위성(존치논거 비판)

여기서 연구자는 논의의 범위를 정하고, 주장을 구체화하기 위해 먼저 현재의 사형제도 합헌 결정 논거를 일부 인용해 보고자 한다.

“...사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 ‘필요악(必要惡)’으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다.” 예시된 논거에서 현재는 사형이 응보의 필요성과 죽음에 대한 공포심, 즉 위하력을 주는 데 있어 제 기능을 하므로 정당하다는 주장이다. 그러나 이러한 주장은 다음과 같이 반박된다.

① 우선 응보의 필요성 주장에 대하여

인간은 누구나 변화될 수 있는 가능성을 가지고 있음을 인정한다면, 응보욕구는 악을 악으로 되갚음 하여 충족하려 하기 보다는 적극적으로 선이 악을 이김으로써 충족되도록 해야 한다. 동시에 정의에 호소하는 사회복지적 개입으로 사회구조의 불합리한 요소를 제거해야 한다. 그리하여 범죄인을 재사회화하고 연대감을 갖도록 하는 실질적 노력만이 모두를 악순환으로부터 벗어나게 할 것이다. 범죄는 지역사회차원(가족, 학교, 고용기회 등)의 해체나 개인의 사회에 대한 유대가 약해졌거나 끊어졌을 때 발생하게 되는 경향이 있기 때문이다(Schoen, 1978). 누구나 하나의 가능성 유전인자를 가지고 태어난 인간은 환경과 조건이 어떠하냐에 따라 선하게도 악하게도 될 수 있다고 할 것이다. 그럴 경우 인격체로서의 개인이란 사회환경과 분리된 실체로 파악될 수 없다. 때문에 범죄자는 사회의 병폐를 일깨워 줄 뿐이다.

여기서 범죄의 환경적 요인 하나를 짚어 본다면, 지족(知足)의 철학이 없는 물질중심의 사회상을 지적할 수 있겠다. 복지사회를 지향함에 따르는 적절한 정치철학을 가르치거나 체계화하는 노력은 아직도 뒷전인 가운데,²³⁾ 우리는 시장주의의 끊임없는 확산속에서 살고 있다. 돈 있는 사람이라면 무엇이든지 욕망하는 것을 쉽게 얻을 수 있고, 공격재화가 치부의 수단으로 활용되는 곳이 우리 사회이다(박윤영, 1997; 송호근, 1997). 주택과 교육 같은 공공재화가 상품화되어 있고 보건의료의 수요와 같은 인간의 기본욕구가 시장이라는 자유의 원리 하에서 차별화 되고 있다. “시장기제에 맞지 않는 의료와 교육을 경쟁원리에 내맡기는 것은 효율적일 수 없고 복지 또한 덜 창출되게 하는 것이다”(Baldock, 1999).

23) 예컨대, Mill은 생산과 분배문제를 구분하여, 분배는 전적으로 인간이 만든 제도의 문제로 보았다. 왜냐하면 분배는 재화의 용도나 그 사회의 관습과 법에 의해 결정되는 것이기 때문이다. 따라서 밀은 사람의 기본생활에 필요한 물질이 보장된다면 물질의 분배가 반드시 노력이나 재능에 비례하지 않아도 무방한 사회를 이상적인 것으로 생각했다(서병훈, 1995: 199-200 재인용). 또 Walzer는 인간적인 가치가 무시되지 않기 위해서는 상품과 돈의 영역을 재정의 해야 한다고 말한다(정원섭 외 역, 1999). 그는 단일한 분배정의를 배격하고, 다양한 사회적 가치의 존재에 따라 영역별 기준에 의한 다원주의적 분배방식을 주장한다.

우리 사회의 부정부패와 끔찍한 살인의 동기도 대부분 물질(돈)을 목적시하여 그것을 얻기 위해 수단방법을 가리지 않는 데서 비롯된다. 공익과 배치되는 사적소유(私的所有)는 인간의 감각과 성질의 자연적 완전성을 병들게 하는 것이지만 우리사회는 소유욕을 경제활동 외에 그 존재원리로까지 확대하고 있기 때문이다. ‘유전무죄’, ‘무전유죄’를 목숨 바쳐 외쳤던 탈옥수 지강헌은 비리 없는 세상에서라면 거지와 같은 삶이라도 행복하게 살 수 있으리라는 말을 세상에 던져 주었다(박삼중, 1993). 우리는 조바심하여 많이 소유하려는 것이 아니라 풍요롭게 존재하는 것을 목표로 해야 할 것이다(차경아 역, 1996). “올바르게 존재하는 것에서 의의를 찾으려는 삶의 양식에서 살아가는 사회는 인간을 중심으로 하는 사회이다. 부(富)나 권력 등을 소유하려는 소유양식이 널리 보편화되고 있는 사회는 결코 올바른 사회라고 볼 수는 없을 것이다” (이극찬, 1985: 192).

그럼, 소유양식과 관련된 우리사회의 생명경시 분위기를 살펴보자. 연 백만 건에 달하는 낙태가 공공연히 이루어지고 있지만 의사나 낙태자 누구도 거의 처벌 받지 않는다. 또 돈을 얻기 위해 어린이를 유기·살인하고, 불량식품이 제조·유통되는가 하면, 가상공간(cyber space)에서의 엄청난 살인은 청소년들에게 현실감각을 둔하게 하고 그들로 하여금 잠재적으로 살인 행위를 감행 할 소지를 키워주고 있는 것이다. 그런가하면, 보험금(재분배 기능이 없는 보험)을 타내기 위해 반인륜적 범죄를 저지르는 것은 예방목적보다는 물질 보상적 치유에 중점을 둔 제도의 성격 때문이며 나아가 사람의 고유하고 절대적인 생명의 가치를 돈으로 계산될 수 있도록 객체화하는 보험원리의 불합리한 한계 때문이다.²⁴⁾ 이와 같이 황금만능주의가 존재원리로까지 팽배되어 있는 사회에서 생존경쟁으로부터 뒤쳐진 능력 없고 가난한 사람들은 상대적 박탈감에 죄의식 없이 범행을 결의하게 되고, 연대감을 갖기 어려운 비인간적이고 부조리한 사회를 향하여 엇기적인 범죄도 일으킬 수 있다는 점을 우리는 생각할 수 있어야 한다.

이처럼 연대의식이 약화되어 있는 사회상황 속에서 개인에게 어떤 책임을 깨닫기 위해서는 ‘진정한 기회의 평등’이 먼저 요구된다고 하겠고²⁵⁾, 무엇보다 ‘인간 행동의 근거’에 대한 해답을 문화와 사회라는 사회체계 속에서 찾으려는 거시적 관점을 부정할 수 없다면²⁶⁾ 어떤 개인이 저지른 범죄에 대한 책임은 그 당사자에게만 있는 것이 아니라 동시에 그 개인이 반드시 소속되어 있는 그 사회도 일정부분 책임이 있다는 것을 우리는 인정하지 않을 수 없다. 그러므로 사회가 범죄의 원인적 요소를 공유하면서 그 결과적 표상에 불과한 범 죄인을 오로지 처벌하는 것은 온당한 응보의 논리가 될 수 없는

24) 보험의 효용은 삶의 과정에서 오는 악운의 결과를 예방하는 것이 아니라 그 정도를 완화하는 것일 뿐이며, 공리주의적 계산으로는 중요성이 있을지 몰라도 평등한 배려를 위해서는 중요한 작용이 없다. 왜냐하면, 평등은 자원의 분배가 여건에 둔감할 것을 요구하기 때문이다(염수균 역, 2005).

25) 왜냐하면 개인의 잠재력을 향상시킬 수 있는 교육, 일자리 등을 제공하지 못하는 사회는 종종 폭력이나 범죄발생률을 높이는 데 이는 사람들이 지위향상의 대안으로 비합법적인 수단을 택하게 되기 때문이다. 이렇게 기회의 부족은 사회적 병리를 일으키는 근본적인 이유가 된다고 할 수 있다 (Titmuss, 1974; 김영화·박태정 역, 2003).

26) Parsons와 같은 거시적 기능주의자들은 전체체계인 사회를 가장 중요한 초점으로 보고 전체체계의 욕구와 목표들이 정하는 방향으로 개인의 행동은 변화되어 가는 것으로 본다. 뿐만 아니라 Bandura를 위시한 최근의 많은 성격심리학자들의 입장은 유전적 요인과 환경적 요인 그리고 그 사람의 행동자체가 모두 상호작용 되어 그 사람의 행동이 이루어진다고 봄으로써 역시 인간행동의 근거로서 사회환경적 요인을 중시하고 있다(최순남, 1996: 465).

것이다.

② 사형이 위하력을 갖는다는 주장에 대하여

“형벌의 제지효과는 그 가혹성보다는 확실성에 의존한다”(양건, 1990: 234)는 연구결과에 따르면, 범죄의 예방을 위해서는 형벌의 가혹성을 증대시킬 것이 아니라 그 확실성을 증대시키는 정책적 조치가 필요하다. 그러므로 엄벌주의 보다는 범죄수사의 기술향상을 위한 투자가 범죄 예방책으로서 보다 생산적이라고 할 수 있다.

Beccaria 역시 말하기를 “인간의 정신에 가장 큰 효과를 주는 것은 형벌의 강도가 아니고 그 지속성이다. 이는 우리의 감성이 격한 일시적인 충동보다는 약하고 지속적인 인상에 의해서 훨씬 영향을 받기 때문이다”(김봉수 역, 1995)라고 지적한다.

요컨대, 우리가 흔히 청취할 수 있는 범죄에 대한 일반의 반응과 입법자의 태도는 범죄에 대한 무거운 처벌을 과하면 범죄발생이나 증가의 비율이 안정되고 낮아질 거라는 기대를 하는 경향이 있다. 그러나 사실은 그렇지 않다. 오히려 공개처형을 목격한 사람들은 고발된 자에 대한 동정과 연대감을 불러일으켜 권력에 도전하고 불복종하는 행동을 야기할 수도 있다고 한다(김기덕, 2004 재인용).

통찰해 보면, 사형이란, 형을 선고받고 집행날짜를 기다리며 복역중인 사형수에게 엄습하는 공포의 대상이 될지언정 일반 국민들에 대한 위하력으로까지 작용한다고 선뜻 말할 수는 없다. 실제로도 대개의 범죄행위는 매우 감정적이고 다이내믹하게 전개되므로 누구도 합리적인 심리상태를 가진다고 보기 어렵고, 또 계획적인 범죄는 완전범죄를 노리므로 역시 형벌의 예고가 주는 범죄 억지력은 크다고 할 수 없다.

아무튼, 그간의 통계학적 조사 결과는 말해준다. 일찍이 사형을 폐지한 스웨덴(1921년), 노르웨이, 네덜란드(1870년) 등 국가에서 사형에 해당하는 범죄가 증가하지 않았다는 사실이다(박오경, 2002 재인용). 또 미국은 사형제도가 없는 13개주가 사형제도가 존치되어 있는 37개주보다 살인율이 높지 않다는 것이 판명되었다.

그리고 Shin(1978)에 의하면, 사형존치국인 칠레, 대만, 아일랜드, 일본, 한국, 필리핀, 영국, 미국, 프랑스 등의 살인율이 사형폐지국인 오스트리아, 호주, 벨기에, 덴마크, 핀란드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 스웨덴, 스위스 등의 국가보다 높다는 것이다. 사형존치국들은 사회적으로 인플레이션, 도시화문제, 산업화에 따른 부작용 등 문제를 가지고 있는 나라들이고 이러한 요인들에 의해 높은 살인율을 나타내고 있는 것 같다(홍봉선, 2004: 100 재인용)라고 보고하고 있다. 또한 오늘날 세계화의 여파는 노동시장 유연화를 재촉했으며, 국민적 연대를 허물어뜨리고, 보상의 불평등을 정당화함으로써 사회적 약자에 대한 보호체제를 약화시키고 있다(이혁구·박시중 역, 2002).

우리나라 역시 불평등은 환경적·제도적 맥락에서 창출되고 영속화 되고 있다는 성격이 짙다. 복지제도가 ‘빈곤의 함정(trap of poverty)’에 적절히 대응되지 못할 때 다시 말하여, 인간과 사회적 자원에 대한 투자를 확장하지 못하고 공동체 구성원 모두가 더불어 누려야 할 ‘사회가치’를 보편주의적 기준으로 제공하지 못하는 사회에서는 정의롭고 인간다운 삶을 기대하기가 어렵게 된다. 그러므로 구조

적 모순을 안고 있는 우리사회에서 삶의 조건을 개선함이 없이 형벌의 가혹한 제재만으로 범죄를 억제할 수 있다고 생각하는 것은 비과학적인 발상이며, 원인적인 문제해결 모색이 될 수 없는 것이다²⁷⁾.

범죄자는 사회의 약자이지 결코 사회적 강자가 아니다. 비록 흥기로 몇 사람을 살상한 끔찍한 살인범이라 할지라도 그는 정상적인 자아형성이 파괴되어 있어서 개선되고 치료되고 교육되어야 할 불쌍한 사회적 약자라는 사실을 우리는 명심해야 하겠다. 복지의 원리는 공리주의적 원리에서 파생할 수 없다. 그 의무는 다수가 원하는 것을 충족시키는 것이 아니라 소수가 필요로 하는 욕구를 충족시키는 것이며(Marshall, 1981), 비인간적이고 소외적인 요소를 제거하여 사회를 통합하는 것이다(Boulding, 1967).

교정복지의 관점에서 보면, 사형은 사회통합과 인간존엄성 실현에 반하는 제도이며, 오직 응보를 목적으로 하는 전근대적 사회통제의 수단이다. 무엇보다 범죄인을 수단화하여 일반인의 범죄예방을 도모하겠다는 것이므로 그 위하적 효과의 여부에 불구하고 비인도적이며, 정의롭지 못한 사회제도라는 점에서 마땅히 극복되어야 할 것이다.

5. 결 론

오늘날 모든 문제의 원인이 사회적인 데에 있다고 해도 좋을 만큼 그 원인의 근저에는 사회의 모순이 있다. 그에 따라 사회복지 실천은 '환경속의 인간'이라는 관점을 지향하여 인간이 사회에 적응하지 못하는 문제에 대하여 인간과 사회 양면의 변화를 통한 문제의 해결을 도모하고 있다.

하지만 이런 복지의 관점은 사회에 적응하지 못하는 인간을 일방적으로 억압하던 시대, 그리고 사회변화는 구하지 않고 인간만의 책임을 묻던 시대를 거쳐서 오늘에 이른 것이다(박광준, 2004). 사형제도는 바로 사회책임은 묻지 않고 개인의 책임만을 물어 그에게 모든 죄를 떠넘기고 국가는 깨끗하다고 손 터는 행위이다(중앙일보, 2006). 따라서 복지사회를 지향하는 국가에서는 더 이상 존치될 수 없는 정의롭지 못한 사회제도이다. 특히 사회적 책임을 공유하면서 적극적으로 범죄인의 인권을 확인하고 그들과 그들 가족들의 사회적응과 재활을 목적으로 하는 교정복지의 관점에서 사형제도는 용인될 수 없는 것이다.

우리는 작든 크든 상호영향을 주고받는 생명공동체의 한 일원으로 이 세상을 함께 살고 있다. 그리고 어떤 인간이 그가 소속되어 있는 사회에 대하여 연대적인 책임의식을 가지고 있건, 가지고 있지 않건 간에 그는 공존하는 사회구성원의 일원으로 대접받을 권리와 욕구를 가지게 된다. 그러므로 사회적 연대성은 한편으로는 인간으로서 누구나 수행해야 할 책임이며 다른 한편으로 동시에 이를 향유

27) Titmuss는 현대 사회복지의 사회구조적인 원인이나 사회변동의 결과로써 발생하는 바람직하지 않은 문제들에 대한 보상(補償)이라는 성격을 가지므로 클라이언트에 대해서 도덕적 평가를 한다든지 스티그마를 부여한다든지 하는 것은 부당하다고 말한다(Alan, 1997). 그러므로 범죄를 원인적으로 예방하기 위해서는 사회복지차원에서 사회보장을 확충하고 사회의 구조적인 결함을 개혁하고자 하는 노력이 경주되어야 할 것이다(최일섭·최성재, 1996).

할 수 있는 권리이기도 하다(진교훈, 2001). 아무리 극악무도한 살인범도 우리사회의 구성원이다. 따라서 그들에게도 연대성이 적용되어야 하는 것은 물론이다.

사회연대를 고양하고 인간존엄의 자기실현에 다가서는 길은 사회문화의 차원에서 그 실현을 위해 노력하는 일이 반드시 병행되지 않으면 안 될 것이다. 그 노력이란, 편견과 차별이 없는 정의로운 사회를 만들기 위한 노력이 될 것이며, 그 중심적 역할을 사회복지 인력이 담당해야 한다고 생각한다.

따라서 인간에 대한 편견과 교정복지와의 이율배반 속에서 존속하는 사형제도를 조속히 폐지함으로써 국가가 먼저 생명존중사상의 실천적 본보기가 되어야 할 것이다. 그렇게 하는 것이 결국은 사회복지의 핵심가치인 사회정의와 개별 인간의 존엄성보장을 위한 길이고 범죄를 안정시킬 수 있는 우선 순위가 된다고 하겠다.

그러면 우리나라에서 사형이 폐지될 경우, 대안적 형벌은 무엇이고, 복지적 과제는 무엇인가?

우리나라도 사형폐지를 위한 입법적 활동이 있었다. 2004년 국회의원 175명의 이름으로 사형제도 폐지 특별법안을 발의 하였는데, 그 내용은 사형대체형으로 가석방 없는 무기징역 즉 종신형 제도를 도입하고자 하는 것이다(동양일보, 2007). 그렇지만 이는 교정복지적 이념에 충실하지 못한 아쉬움을 안고 있다. 왜냐하면 종신자유형은 그의 본질상 개선 목적이라기보다는 범죄인의 사회격리 내지는 오로지 책임응보 수단으로 전략함을 뜻하기 때문이다. 교정복지의 사회복지 목표와 합치하려면 일정한 형벌기간이 경과 후 다시 석방될 수 있는 조건과 가능성이 수형자에게 주어져야 한다.²⁸⁾ Dante는 희망없는 삶이 바로 지옥이라고, Kierkegaard는 절망은 죽음에 이르는 병이라고 서술했듯이, 수형자가 그의 자유회복을 위한 일체의 기대와 소망을 억지로 포기해야만 한다면 그것이야말로 인간존엄성을 침해하는 일이 될 것이다. 영화 ‘빠삐용’은 이를 웅변으로 보여주었다. 그런 까닭에 인간존엄성 실현을 위한 교정복지의 관점에서 ‘가석방’은 대안적 형벌의 조건이 되어야 할 것이다. 현행 형법상 무기수의 가석방은 10년 이상의 수형생활을 하고 개선의 정이 현저하면 가능한 데 물론 ‘인간 존재의 가변성’을 부정하지 않는다면 강산도 변한다는 10년의 세월은 응보욕구를 가라앉히고 또 범죄인의 악질성을 교정함에 있어 짧은 형기가 아닐 것이다. 다만, 가석방제도가 죄질에 관계없이 일률적으로 적용될 수 있고 또 문제의 소지가 있는 행정처분의 형식으로 이루어진다는 점 등을 고려할 때 그 보완책으로 무기형을 선고할 때는 경우에 따라 가석방이 되기 위한 최저한의 수형기간을 병과하여 판결할 수 있도록 하면 좋을 것이다. 그리고 복역중에는 수형자가 생산적인 노동²⁹⁾과 자기계발에 임하도록 함으로써 그들이 삶의 의미를 잃지 않도록 해야 할 것이다.

동시에 ‘회복적 정의(restorative justice)’의 관점에서 범죄를 바라보는 철학이 필요하다. 즉, 범죄를 국가에 대한 위법행위로만 이해하는 것이 아니라 개인이 다른 개인에게 해를 끼친 범법행위라는 인간

28) 포르투갈, 스페인, 노르웨이, 브라질, 콜롬비아 등 남미의 여러 국가에서는 종신형 자체가 헌법으로 금지되어 있다(천정환, 2005, 재인용).

29) 예컨대, 네델란드의 교정시설처럼 죄수들로 하여금 노동습관을 길러 익숙해지도록 하고 결국에는 땅을 경작하는 일이 은혜롭게 생각될 수 있게끔 하는 것이다. “밭의 경작이 고취하는 매력에 의해 인간으로 하여금 토지를 비옥하게하고 생업의 결실을 얻도록 유도하는 자연적 본능에 의해 정신의 미망(迷妄)에 균형을 잡아주는 것이 노동이기 때문이다”(이규현 역, 2006).

과의 관계위반으로 개념화 하는 것이다(배임호, 2001). 이럴 경우 위법행위가 윤리·사회·경제·정치적 맥락에서 이해되고 범죄에 대하여 응보가 아닌 '문제해결 중심'으로의 접근이 용이하게 된다. 그에 따라 범죄피해자, 범죄인 그리고 지역사회가 범죄로 인한 상처를 치유하고 화해할 수 있는 해결책이 강구될 수 있고 노동을 통한 보상, 사회봉사, 상호협력 등의 관계개선 노력이 실천됨으로써 사회통합을 촉진할 수 있으며 범죄자의 재활 및 궁극적으로 범죄예방에 기여할 수 있도록 하는 것이다(Wright and Galaway, 1989).

아울러 이와 같은 교정 패러다임의 변화에 따라 사회복지의 관계망(network)형성 등 사회복지사의 역할과 투입에 관한 문제가 새로운 과제가 될 수 있다고 하겠는 바, 우리사회에서 가장 열악한 클라이언트라고 할 수 있는 범죄인과 그들의 가족을 지원하는 교정복지는 비록 어떤 어려움이 있다 하더라도 정의와 수형자 인권의 버팀목 역할을 망기하지 말아야 할 것이다.

참고문헌

- 권영성. 1995. 『헌법학 원론』. 서울 : 법문사.
- 권중돈·김동배. 2004. 『인간행동이론과 사회복지실천』. 서울 : 학지사.
- 김기덕. 2004. "푸코와 사회복지". 『사회복지 연구』 24: 64.
- _____. 2005. "롤즈의 정의론에 관한 철학적 고찰" 『사회복지 연구』 26:73-80.
- 김만권. 2001. 『자유주의에 관한 짧은 에세이들』. 서울 : 동명사.
- _____. 2004. 『불평등의 패러독스』. 서울 : 개마고원.
- 김병규. 1988. 『법철학의 근본문제』. 서울 : 법문사.
- 김병익 역. 2001. 건전한 사회. E. Fromm. 1995. The Sane society. 서울 : 범우사.
- 김봉수 역. 1995. 범죄와 형벌. C. Beccaria. 1764. Dei Delitti e Delle Pene. 서울 : 박문각.
- 김영화·박태정 역. 2003. 복지와 경제의 상생적 사회개발: 사회복지의 개발적 전망. Midgley, J. 1995. Social Development : the Developmental Perspective in Social Welfare. Sage Publications. 서울 : 양서원
- 김일수. 1992. 『법, 인간, 인권』. 서울 : 박영사.
- 김종민. 1989. "사형제도에 관한 학제간적 고찰". 국제사면위원회 한국연락위원회 편. 『사형제도의 이론과 실제』. 서울 : 까치.
- 김진식·박무호 역. 1995. 폭력과 성스러움. R. Girard. 1972. La vilence et le sacre. 서울 : 민음사
- 김철수. 1983. 『법과 사회정의』. 서울대학교 출판부.
- 김철수. 1992. 『헌법학 개론』. 서울 : 박영사.
- 김향규. 2004. 『행정철학』. 서울 : 대영문화사.
- 김형식·박순우 역. 2000. 사회이론과 사회정책. R. Pinker. 1971. Social Theory and Social Policy. 서울 : 인간과 복지.
- 남기민. 2004. 『사회복지정책론』. 서울 : 학지사.
- _____. 2005. 『현대사회복지학』. 파주 : 양서원.

- 동양일보. 2007. 2. 9 논설 (유명선).
- 민문홍. 2002. 『에밀 뒤르케임의 사회학』. 서울 : 아카넷
- 박광준. 2004. 『사회복지의 사상과 역사』. 서울 : 양서원.
- 박노경. 2002. “사형폐지에 관한 연구”. 호남대학교 대학원 박사학위 논문.(미간행)
- 박삼중. 1993. 『가난이 죄는 아닐진대 나에겐 죄가 되어서 죽습니다』. 서울 : 태일.
- 박윤영. 1997. “주택보호와 불평등”. 중앙사회복지연구회편. 『한국사회복지와 불평등』. 서울 : 일조각.
- 박재환. 1992. 『사회갈등과 이데올로기』. 서울 : 나남.
- 배임호. 2001. “21세기를 향한 새로운 도전: 회복적 정의”. 사단법인 대한갱생보호회 부설 교정연구지원센터 편. 『교정복지학의 이해』. 서울 : 홍익재.
- 방곤 역. 1999. 실존주의는 휴머니즘이다. J. P. Sartre. 1946. L' Existentialisme est un Humanisme. 서울 : 문예출판사.
- 서병훈. 1995. 『자유와 본질과 유토피아』. 서울 : 사회비평사.
역. 2005. 자유론. J. S. Mill. 1982. On Liberty. 서울 : 책세상.
- 송호근. 1997. 『시장과 복지정치 : 시민주의 스웨덴연구』. 서울 : 사회비평사.
- 심윤중 역. 1981. 권리를 위한 투쟁. V. Ihering. 1921. Der Kampf ums Recht. 서울 : 범우사.
- 심연수. 1998. 『복지국가와 정의』. 고양 : 인간사랑.
- 양 건. 1990. 『법사회학』. 서울 : 민음사.
- 양운덕. 2004. 『미셀푸코』. 서울 : 살림.
- 염수균 역. 2005. 자유주의적 평등. R. Dworkin. 2005. Sovereign Virtue. 파주 : 한길사.
- 유지영. 1995. “사형폐지에 관한 연구”. 중앙대학교 대학원 박사학위 논문.
- 이규현 역. 2006. 광기의 역사. M. Foucault. 1972. Histoire de La Folie a Lage Classique. 파주 : 나남출판.
- 이극찬. 1985. 『프롬의 자유사상』. 연세대학교 출판부.
- 이재명. 1991. “인간존엄의 헌법적 접근”. 중앙대학교 대학원 박사학위 논문.
- 이재상. 1992. 『형법각론』. 서울 : 박영사.
- 이태일 역. 1986. 사회계약론. J. J. Rosseau. 1915. Du Contract Social. 서울 : 범우사.
- 이창희 · 장승화. 2003. 『절차적 정의와 법의 지배』. 서울:박영사.
- 이혁구 · 박시중 역. 2002. 세계화와 복지국가의 위기 : 지구적 사회정책을 향하여.
R. Mishra. 1999. Globalization and The Welfare State. 성균관대학교 출판부.
- 정영석 · 신양균. 1996. 『형사정책』. 서울 : 법문사.
- 정정길. 2003. 『행정학의 새로운 이해』. 서울 : 대명출판사.
- 정원섭 · 김석수 · 박찬구 · 선유현 · 유석성 · 유호정 · 이해정 · 임종식 · 홍윤기 역. 1999. 정의와 다원적 평등. M. Walzer. 1983. Spheres of Justice : A Defense of Pluralism and Equality. 서울 : 철학과 현실사.
- 조갑제. 1989. “사형집행의 실제와 억울하다”는 유언”. 국제사면위원회 한국연락위원회 편. 『사형제도의 이론과 실제』. 서울 : 까치.
- 중앙일보. 2006. 10. 4. 12면 (김성만).
- 지승원. 1991. “법과 인간에 대한 법신학적 이해”. 『법철학과 사회철학』 <창간호>. 서울 : 교육과학사.
- 진교훈. 2001. “사형제도에 대한 인간학적 고찰”. 새한철학회. 『가을학술발표회 논문집』.
- 천정환. 2005. 『교정복지학』. 서울 : 대왕사

- 최경구. 1996. "세계화와 복지국가의 변동". 『사회복지정책』 3.
- 최순남. 1996. 『인간행동과 사회환경』. 한신대학교 출판부.
- 최일섭·최성재. 1996. 『사회문제와 사회복지』. 서울 : 나남출판.
- 차경아 역. 1996. 소유냐 존재냐. E. Fromm. 1983. *Haben oder Sein*, 서울 : 까치.
- 추유식. 1991. "사회복지와 사회정의에 관한 연구". 동국대학교 행정대학원 석사학위논문.
- 황경식. 1996. 『사회정의의 철학적 기초』. 서울 : 문학과지성사.
- 황경식 역. 2003. 『사회정의론』. J. Rawls. 1971. *A Theory of Justice*. 서울 : 서광사.
- 한택수 역. 2004. 사형수 최후의 날. V. Hugo. 1829. *Le Dernier Jour d'un Condamne*. 과주 : 궁리.
- 홍인표 역. 1992. 『맹자』. 서울대학교 출판부.
- 황산덕. 1995. 『법철학 강의』. 서울 : 방문사.
- 홍봉선. 2004. 『교정복지론』. 과주 : 현학사.
- 허 영. 1993. 『한국헌법론』. 서울 : 박영사.
- 허주욱. 1987. 『행형학』. 서울 : 일조각.
- Alan, P. 1997. "Universalism or Selectivism? The Provision of Services in the Mordern Welfare State". pp. 196-213 in M . Lavalette. and A. Pratt.
Social Policy : A Conceptual and Theoretical Introduction . London : Sage.
- Baldock, J. 1999. *Economics and Social Policy*. Oxford : Oxford University Press.
- Babbie, E. 1977. *Society by Agreement*. Belmont, CA : Wadsworth.
- Boulding, k. E. 1967. "The Boundaries of Social Policy". *Social Work* 12(1).
- Freeman, S. 2003. *Congruence and the Good of Justice*. Cambridge, Uk : Cambridge University Press.
- Marshall, T. H. 1981. *The Right to Welfare and Other Essays*. NY : The Free Press.
- Rawls, J. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA : Harvard University Press.
- Schoen, K. 1978. "The Community Corrections Act". *Crime and Delinquency* . 24 October 458-464
- Sophie, W. 2000. "Foucault and Study of Social Policy."PP. 66-77 in G. Lewis. S. Gewirtz. and J . Clarke. (eds). *Rethinking Social Policy* . London : Sage. Chp. 4: 66-77.
- Titmuss, R. M. 1974. *Social Policy : An Introduction*. London : Allen and Unwin.
- Wakefield, J. 1988. "Psychotheraphy, Distributive Justice and Social Work Revisited". *Smith College Studies in Social Work* 69: 25-27.
- Wright, M. and B. Galaway. 1989. *Mediation and Criminal Justice : Victims, Offenders, and Community*. Newbury Park, CA : Sage.

A Critical Study on Capital Punishment System in Perspective of Correctional Welfare

An, Bong-Keun
(Cheongju University)
Nam, Ki-Min
(Cheongju University)

Capital punishment is a system which is not finished simply as one of interim penalty but does away with one person's existence eternally. It is not only opposite to the existential humanism but also contrary to social welfare's goal like social integration. Therefore, this study tries to find out the issues related to capital punishment and further tries to draw out the rightness of capital punishment abolition by critically reviewing the capital punishment system on the basis of the value and philosophy of correctional welfare. In brief, capital punishment is possible only when we negate the inviolable fundamental right which is called life right, and deny the human life existence which surpasses space and time.

As long as we can not deny the macroscopic viewpoint to search out the basis of human behavior in the social system which is called culture and society, capital punishment system is contrary to the philosophy of welfare that total society is responsible for guiding members of society to pursue self realization on the basis of value like social solidarity and human dignity. Also, it is against the objective of correctional welfare to head toward special prevention by positive correction and rehabilitation. Capital punishment system ought to be abolished properly.

Key words : capital punishment system, life right, human dignity, social justice, correctional welfare, social solidarity