

허일태. 2021. “인간존엄과 법치국가원칙” 『인권연구』 4(2): 271-305.

Hoh, Il Tae. 2021. “Human dignity and the rule of law” *Journal of Human Rights Studies* 4(2): 271-305.

DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2021.4.2.271>

[초대논단]

인간존엄과 법치국가원칙

허 일 태*

한글초록

인간의 존엄이란 “인격을 가진 인간의 자기존재와 인간의 고유가치로서 모든 인간 자신을 위하고 동시에 그 자신을 목적으로 하는 존재가치”를 의미할 때, 인간 존엄의 근거는 다음과 같다. ① 인간은 자기 자신의 자유와 안위를 위해서 타인과 상호 연대하고 협력하여 경제와 문화 및 사회질서를 형성하였고, 그렇게 형성된 인간사회는 그 구성원인 개개인의 자유와 평화 그리고 정의로운 삶의 유지에 존립기반을 이루었다. 인간의 이러한 능력은 “인간 자신에 대해 다른 생명체와는 근본적으로 구별되는 우월한 능력을 인정하고, 인간 자신을 존경받을 만한 가치가 있는 주체”로 인정될 수 있도록 구조화되어 왔다. ② 인간은 그가 속한 사회의 발전을 위해 봉사하고 헌신한 주체이다. 우리 인간이 다른 인간의 봉사와 희생으로 인간다운 삶을 누릴만한 인간사회를 형성하였다면, 그 사회는 그런 인간을 위해 그에 합당한 존엄한 대상으로서 섬겨야 할 책무를 진다. ③ 성숙한 인간이라면 자신의 올바른 행위지침을 자신의 통찰력으로써 파악하여 건강하고 평화로운 사회를 형성해 나가야 할 책무를 지닌 주체이다. 인간사회에 대한 인간의 이러한 책무 부담에 대한 보담으로 사회나 국가는 인간을 존엄의 대상으로 삼아야 한다.

인간은 이처럼 국가나 사회로부터 존엄한 존재라면, 한편으로 국민의 자유스럽고 민주적인 정치참여를 통하여 인류사회의 기본가치를 보장할 수 있는 통치형태를 전제하는 사회여야 하고, 다른 한편으로 인간의 자기결정권과 행복추구권을 충분히 누릴 수 있는 법치국가원칙이 담보될 수 있어야 한다. 이 법치국가원칙이란 사회공동체 내에서 인간의 존엄과 가치가 충분히 실현될 수 있도록 행동규범을 마련

* 동아대학교 법학전문대학원 명예교수

하고, 이를 관철시키는 국가원칙을 의미할 때, 법치국가원칙의 실현을 위해서는 국가권력의 조직을 ‘견제와 균형의 원리’에 의해서 행해질 것을 포함하여 다음과 같은 실천적 원리가 충실히 작동되어야 한다.

① 법치국가원칙은 국민의 자유·평화·정의의 실현에 두고 있다는 점에서 국가작용은 명확성, 특정성, 계산가능성과 예측가능성, 객관성, 안전성 등의 절차적·형식적 요건을 지켜야 한다. ② 법치국가원칙은 입법의 형성과 행정작용에 관해 과잉금지 내지 비례성의 원칙에 입각해야 한다. 비례성의 원칙을 판단할 때 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성은 중요한 평가기준으로 인정되어야 한다. ③ 죄형법정주의를 비롯하여 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙은 철저히 준수될 수 있어야 한다. 따라서 법관에 의한 사법적극주의는 용납될 수 없어야 한다. ④ 법치국가원칙은 헌법상 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없어야 한다. 특히 생명과 신체의 자유와 평등권 및 사적 자치에 관한 본질적 침해가 없어야 된다. 예컨대 생명은 인간의 존엄을 구성하는 중추이기에 생명의 박탈은 어떠한 경우에도 허용될 수 없으므로, 형벌제도로써 사형제는 우리 헌법과 실정법에서 결코 용납될 수 없는 제도이다.

주제어: 인간존엄, 법치국가원칙, 인권, 본질적 침해금지, 죄형법정주의

목 차

- I. 인간의 존엄과 인권
- II. 인간 존엄의 보장원리로서 법치국가원칙의 의미와 내용
- III. 법치국가원칙에 입각한 형벌권의 발생근거와 내용 및 한계
- IV. 결론

I. 인간의 존엄과 인권

1. 인권의 의미와 인간의 존엄성

(1) 인권과 인간의 존엄성에 대한 의미

헌법 제10조에 따르면 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 천명하고 있다. 헌법은 모든 국민이 가지는 인간의 존엄과 가치를 위해 개별적 인권을 제11조 이하에서 보장하고 있다.

무릇 인권¹⁾이란 “인간 자신의 인간다운 삶을 영위하기 위해 불가피하게 전제되는 기본적 권리”라고 할 수 있다. 즉 인간은 누구나 타인의 권리와 사회공동체의 공공복리를 해치지 않는 한, 자신의 능력을 마음껏 꽃피울 수 있는 기본적 권리를 가진 것으로 여겨진다는 것이다.

이러한 의미의 인권은 인간에 대한 존엄성²⁾을 전제로 하고 있다. 인간으로서의 존엄과 가치가 존재해야만 비로소 인간에게 기본적 인

1) 현대사회에서 인권의 개념의 형성과 한계에 관해서는 이상돈, *인권법*, 세창출판사 2005, 3쪽 이하 참조.

2) 헌법이론적 관점에서 ‘인간의 존엄성’에 관한 자세한 연구로는 김병곤, “인간의 존엄”, *교육과학사* 1996, 3쪽 이하 참조.

권을 부여될 수 있기 때문이다. 그런데 많은 사람들은 인간의 존엄에 관해 자주 언급하지만, 인간이 존엄해야 할 이유에 관해서는 별로 설명이 없다. 다만 인간의 존엄이 무엇인가에 관해서는 적지 않은 언급을 찾아볼 수 있다. 지금껏 주장된 인간존엄의 내용을 살펴보면, “인격을 가진 인간의 자기존재와 인간의 고유가치로서 모든 인간 자신을 위하고 동시에 그 자신을 목적으로 하는 존재가치로 이해한다.”³⁾

이러한 의미를 가진 인간 존엄성에 근거하여 모든 인간은 한편으로 출신, 성별, 연령, 성적 지향(性的 志向)이나 신분에 상관없이 평등한 존재이자 양도할 수 없는 불가침적 권리를 향유하는 주체이고, 다른 한편으로 인간 자신을 다른 생명체나 어떤 사물보다 절대적 우선권을 갖는 존재가치로 인정한다. 이를 위해서는 개인의 자기결정권을 포함한 개인적 행복추구권이 담보되는 사회적 평화유지와 정의사회가 구현될 수 있는 국가여야 한다.

이 때문에 세계인권선언문⁴⁾도 인간의 존엄은 ‘자유와 평화 그리고 정의’⁵⁾를 누릴 수 있는 국가나 사회를 전제하고 있다. 즉 ‘자유와 평화 그리고 정의의 실현이 널리 꽃피울 수 있는 사회야말로 기본적인 권리가 보장되어 있고, 그래서 인간적 삶을 제대로 영위할 수 있는 이상적인 사회’⁶⁾라고 생각했다. 이런 이유로 세계인권선언문은 기본적인 권리가 무시될 수 있는 사회, 예컨대 인간에 대한 차별과 인간의 양심을 모독하고, 언론과 신앙의 자유를 압박하며, 자기결정권을 충실히 실현될 수 없는 사회나 국가는 인간의 존엄성을 실현할 수 없다고 선언하였다.

3) 예컨대 김병곤, 앞의 책, 3쪽 이하 참조.

4) 1948년 12월 10일 유엔총회의결 제217호 A(III)에 의해 선포됨.

5) 이 점은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 전문에서도 명시되어 있다. 이에 관해서는 동 국제규약(1966년. 3. 23일 발효, 한국에서의 적용은 1990. 7. 10일).

6) 세계인권선언의 前文 참조.

(2) 인간이 존엄한 이유

인간은 그 자체 존엄성을 갖는 존재라면, 왜 기본적인 인권을 누려야 할 주체에 해당되는지와 또한 존엄한 가치의 대상으로서 인정받을 수 있을까? 이러한 물음에 대한 올바른 해명이 있어야 인권의 핵심내용과 그 한계에 관하여 제대로 대답할 수 있을 것이다.

인간의 존엄성에 관련하여 오래전부터 다양한 입장이 난무하고 있다. 역사상 현자에 속했던 아리스토텔레스는 “인간이 동물 중에서 가장 훌륭하고 인간은 유일한 이성적 동물이기 때문에 인간은 존귀하다.”고 보았다.⁷⁾ 로마 시대의 세네카에 따르면, “인간은 인간이기 때문에 존엄하다(homo sacra res homini)⁸⁾.”고 평하였다. 그런가 하면 동양의 순자(荀子)는 “인간은 기(氣: 활동하는 힘)가 있으며 생명이 있고, 지각(知覺)과 의(義: 옳음)가 있어서 동물과 자연과는 본질상 차이가 있으므로 천하에서 인간이 가장 존엄하다.”고 보았다.⁹⁾ 인간의 존엄성에 관한 이러한 생각은 근대의 시민혁명에 의해 종교적 관점을 극복한 이후에도 내용적으로 크게 달라지지 아니했다. 예컨대 칸트에 따르면, “인간이 정신적 윤리적 존재로서 자기의식과 자기행위에 관하여 가치가 결정하고 주위와 세계에 대하여 자기가 발휘하는 소질을 갖고 있다.”¹⁰⁾는 점에 주목한다. 정신적 존재로서 인간은 이성을 갖고 있다는 점에서 칸트는 “인간의 정신작용인 도덕적 자율성(sittliche Autonomie)이 모든 이성적 존재의 존엄의 근거가 된다.”¹¹⁾고 보았다.

인간의 존엄성에 관해 언급한 이들 입장의 핵심은 인간이란 다른 동물과 달리 이성이 깃든 존재이고, 이성을 통하여 타인에 대한 배려

7) 최명관 역, 니코마스윤리학, 서광사 1990, 305쪽.

8) “Man is a sacred thing for man.”

9) 조성을 옮김, 중국고대사상사, 까치 1990, 150쪽 이하 참조.

10) Hamann/Lenz, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar 3. Aufl., Neuwied/Berlin 1970, S. 128.

11) Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, von Wilhelm Weischedel, in: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Darmstadt 1983, S. 140.

와 연대하고 이와 함께 건강한 공동체의 형성을 위한 윤리적 책무를 부담하는 특별한 존재라는 점에서 인간은 존엄하다는 결론이다.

그러나 이러한 생각은 지나치게 인간 본위적이지 편협하고 단편적인 입장으로 보인다. 왜냐하면 인간의 이성이 구체적으로 무엇이며 어떠한 능력을 갖고서 어떠한 역할을 수행하고 있는지에 관해 충분히 해명되지 않았고, 또한 이성이 갖든 동물 모두는 존엄해야 되며, 이성이 멈춘 인간은 존엄할 수 없다는 독단론에 빠질 수 있기 때문이다.

이런 점에서 볼 때 인간이 존엄한 이유는 이성이 갖든 존재라는 1차원적 관점이 아닌, 다원적 관점에서 파악해야 된다. 즉 인간은 다른 동물과 달리 존엄할 수밖에 없는 논리적인 정당한 근거를 다원적으로 제시할 필요성이 요구된다. 필자는 다음과 같은 세 가지 관점에서 인간이 존엄한 것으로 간주하고 싶다.

첫째로 언어를 구사하고 상상의 나래를 펼 수 있었던 인간¹²⁾은 인간 자신의 자유 확보와 안위를 위해서 타인과 상호 연대하고 협력하여 경제와 문화 및 사회질서를 형성하였다. 그렇게 형성된 인간사회는 그 구성원인 개개인의 자유와 평화 그리고 정의로운 삶의 유지에 존립 기반을 이루었다. 인간의 이러한 능력은 다른 생물들에 대한 가치적 우위를 확고히 하고 객관적 설득력을 갖기 위하여, “인간 자신에 대해 다른 생명체와는 근본적으로 구별되는 우월한 능력을 인정하고, 인간 자신을 존경받을만한 가치가 있는 주체”로 인정될 수 있도록 구조화되어 왔다. 인간사회 자체는 이러한 인간 존엄을 위한 수단이다. 수단은 목적에 봉사해야 하므로, 인간사회는 그 구성원에게 인간의 존엄을 제대로 누릴 수 있도록 제도를 구비하고, 실행해야 할 책무를 진다.

둘째로 인간은 그가 속한 사회의 발전을 위해 봉사하고 헌신한 주

12) 인간의 유전자구조에 내포된 FOXP2라는 유전자돌연변이가 인간에게 말할 수 있는 특별한 능력을 주었다. 인간이 말을 함으로써 다양한 의사전달이 가능함에 따라, 인간은 타인에 대한 뒷담화를 할 수 있었고 이와 함께 갖가지 상상력의 발휘로 신화와 사회질서를 형성할 수 있었다.

체이다. 즉 사회의 융성을 위해 여태껏 헌신적 봉사를 실행한 자는 인간이지, 다른 그 어떤 생물일 수 없다. 인간의 봉사와 희생으로 인간다운 삶을 누릴만한 인간사회를 형성하였다면, 그 사회는 그런 인간을 위해 그에 합당한 봉사의 책무를 져야 한다. 즉 사회발전을 위해 헌신한 인간에 대해 사회는 인간을 존엄의 대상으로 삼아야 할 책무를 진다.

셋째로 성숙한 인간이라면 자신의 올바른 행위지침을 자신의 통찰력으로써 파악하여 그에 따른 행위방향을 설정할 수 있다. 그러기에 인간은 자신의 설정된 행위준칙에 근거하여 평화로운 사회를 형성해 나가야 할 책무를 지닌 주체이다. 즉 인간은 다른 생물과 달리 자신의 행위를 사회 속에서 적절히 조종해 나가면서 사회적 갈등을 회피해야 하며, 건전한 사회발전을 위해 자신의 능력에 어울리는 행동을 해야 할 책무가 있는 인격체이다. 인간사회에 대한 이러한 책무의 부담은 인간을 존엄의 대상으로 삼아야 할 이유이다.

2. 인권의 한계

(1) 인권의 제한가능성

인간은 정신적 윤리적 존재로서 자기의식과 자기행위에 관하여 자율권을 갖고 있으며, 이러한 정신적 자율권은 인간의 생명과 육체를 전제로 한다. 따라서 인간의 자율적 의사에 대한 본질적 침해행위뿐만 아니라, 인간의 생명이나 육체에 대한 본질적 침해 역시 인간의 존엄을 해치는 반인권적 행위가 된다.

그러나 기본권의 주체로서 인간은 생존의 역사성과 사회성에서 결코 유리될 수 없다. 그러므로 사회 속에 살고 있는 인간은 지나치게 자기중심적이고 개인주의적 일 수 없으며, 공동생활을 책임 있게 형성해 나갈 사명을 간직한 사회적 관계에서 형성된 인격체이다. 기본권 주체인 개개인의 사회 관련성은 사회구조의 조화를 위해 기본권의 일정한 한계를 인정할 수밖에 없다. 그러므로 인간 개개인의 기본권은

타인의 권리를 침해하지 않은 한에서만 유효한 것이다. 왜냐하면 나의 인권이 소중한 만큼 남의 인권도 소중하므로 나의 인권을 존중받기 위해서는 다른 사람의 인권도 존중해주어야 되기 때문이다. 같은 맥락에서 독일 헌법 제2조 제1항은 다음과 같이 천명하고 있다. “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 꽃피울 권리를 갖는다.”

이런 이유로 우리 헌법 제37조 제2항은 기본권의 제한 가능성을 열어두고 있다. 즉 “국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있다”고 하였다. 다만 제한한 경우라도 ‘기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없음’을 명백히 하고 있다. 따라서 예컨대 형벌은 인권의 본질적 침해를 해하지 않은 한, 허용되어야 한다. 왜냐하면 형법은 인권의 침해를 불가피하게 수반하는 형벌이란 제재(制裁)를 통하여 범죄행위에 대한 사회적 질책을 체험하게 하여 모든 잠재적 범법행위를 예방할 수 있도록 함으로써 사회평화의 달성과 함께 그 속에서 개인의 인간적 삶을 누리게 하는데 있기 때문이다.

(2) 인권의 본질적 침해금지

인간은 정신적 윤리적 존재로서 자의의식과 자기행위에 관하여 자율권을 갖고 있는 인간은 자신의 생명과 육체를 전제로 한다. 따라서 정신적 윤리적 존재로서의 인간성의 자격을 상실케 하는 인간의 자율적 의사에 대한 본질적 침해행위뿐만 아니라, 인간의 생명이나 육체에 대한 본질적 침해 역시 인간의 존엄을 해치는 반인권적 행위가 된다.

모든 본질적 침해금지의 문제는 자기결정권을 본질적으로 제한하거나 침해하는 경우에 야기한다. 인간은 타인에 대해서 뿐만 아니라 공공복리에 대한 본질적 침해를 하지 않는 한, 자신의 자유를 만끽할 수 있는 자기결정권을 갖고 있기 때문이다. 특히 타인에 대한 어떠한 법의침해도 없고 공공복리에 대한 본질적 침해조차도 없는 자기결정권에 근거한 행위라면 형법상 금지될 수 없으며, 금지된다면 이는 본

질적 침해금지 위반에 해당된다고 해야 한다.

또한 인간의 육체와 생명에 대한 본질적 침해를 전제로 하는 형벌은 헌법상 용납될 수 없다. 사람의 신체를 절단하는 형벌이거나 생명을 박탈하는 사형제 역시 사람의 생명이나 육체에 대한 본질적 침해라는 점에서 허용될 수 없는 것이다. 이런 점에서 예컨대 경범죄처벌법에서 명시하고 있는 행위유형은 사회평화나 개인적 인권에 대한 중대한 침해로 간주할 수 없다는 점에서 중대한 법익침해의 예방과 처벌을 목적으로 하는 형벌을 부과해서는 아니 되고, 행정벌의 일종인 과태료의 처벌대상으로 삼아야 한다.

II. 인간 존엄의 보장원리로서 법치국가원칙의 의미와 내용

1. 법치국가원칙의 의미

법치국가원칙¹³⁾이란 “법우선의 원칙에 따라 인간의 존엄과 가치의 보장을 위한 불가결한 기초가 되는 자유·평화·정의를 실현하기 위해 국가공동생활에서 지켜야 할 행동지침을 마련하고, 국가 활동을 이에 입각해서 형성·조절하려는 국가의 구조적 원리”이다. 즉 법치국가원칙은 사회공동체 내에서 인간의 존엄과 가치가 충분히 실현될 수 있도록 행동규범을 마련하고, 이를 관철시키는 국가원칙을 말한다.¹⁴⁾

2. 법치국가원칙의 실천적 원리

① 법치국가원칙은 인간의 존엄과 가치를 확보하기 위해 국민의 자유·평화·정의를 국가의 조직형태를 통해서 실현시키려는 구조적 원리

13) 법치국가원칙에 관한 자세한 연구는 Hermann Heller 외(김효전 역), 법치국가의 원리, 법원사 1996, 5쪽 이하 참조.

14) 허영, 헌법이론과 헌법(신정 5판), 박영사 2000, 253쪽 이하 참조.

이다. 그러기에 국민의 기본권보장뿐만 아니라 권력집중에서 올 수 있는 권력남용의 위험성을 사전에 제도적으로 방지하기 위하여 국가의 조직을 ‘견제와 균형의 원리’에 의해서 행해질 것을 요구한다. 따라서 법치국가원칙은 인간의 기본권보장을 위한 보루역할을 담당한다.¹⁵⁾

② 법치국가원칙은 국민의 자유·평화·정의의 실현에 두고 있다는 점에서 국가작용은 명확성, 특정성, 계산가능성과 예측가능성, 객관성, 안전성 등의 절차적·형식적 요건을 지켜야 한다. 이런 점에서 법치국가원칙에 근거한 국가작용은 이와 같은 절차적·형식적 요건을 폭넓게 준수되어야 한다. 다만 국가작용의 모든 부분은 빠짐없이 세밀하게 법제화할 수 없다는 측면에서 사법적 심사의 대상이 되는 기속재량의 여지를 인정할 수밖에 없음을 인정해야 한다.¹⁶⁾ 특히 입법작용의 헌법에의 귀속, 법치행정, 효과적인 권리구제의 경우가 그렇다. 다만 형사법의 경우 소급효금지 원칙은 죄형법정주의원칙과 맞물려 다른 어떤 국가작용보다 더욱 철저히 준수되어야 함은 물론이다.

③ 법치국가원칙은 과잉금지 내지 비례성의 원칙에 입각해야 한다. 헌법재판소도 과잉금지원칙에 따라 법률의 위헌심판을 하고 있으며, 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등을 중요한 판단기준으로 삼고 있다.

3. 죄형법정주의

(1) 죄형법정주의의 사상적 배경과 내용

법치국가원칙의 실천적 원리로서 죄형법정주의¹⁷⁾가 근대헌법의 대

15) 법치국가원칙과 기본권 보장에 관해 읽어볼 만한 문헌으로는 김상겸, “법치국가에 있어서 기본권 보장에 관한 연구”, 인권법연구 제1호, 인권법연구소 가톨릭대학교 법학부 2005년, 182쪽 이하를 참조.

16) 이에 관해서는 허영, 앞의 책, 268쪽 참조.

17) 죄형법정주의의 연혁과 그 사상적 배경에 관해 읽어볼 만한 문헌으로는 허일태, “죄형법정주의의 연혁과 그 사상적 배경”, 법학논고, 경북대학교출판

원칙으로 등장하게 된 것은 17~18세기에 이르러서이다. 이 시기에 진입하면서부터 비로소 시민계급이 주축이 되어 근대자유민주주의 국가가 성립될 수 있었다. 왜냐하면 국민 위에 군림하고 있었던 절대왕정은 형벌권을 자의적으로 행사할 수 있어서, 죄형법정주의 원칙의 실현은 사실상 불가능했기 때문이다.

이런 점에서 역사상 최초의 법전으로 인정받고 있는 함무라비법전이나 고대 중국의 법전(法典)과 로마시대의 법률에서도 근대적 죄형법정주의가 정착될 수 있는 충분한 토양이 원리적으로 형성될 수 없었다. 왜냐하면 근대적 의미의 죄형법정주의는 종래 국민의, 국왕에 대한 종속관계를 극복하여 시민계급에 의한 왕권감시 내지 억제가 가능한 상황에서 태동한 사상이기 때문이다. 그러므로 실질적 의미의 죄형법정주의의 실현은 시민이 국왕과의 종속관계에서 해방되어 공권력을 감시할 수 있는 대등관계로 발전하였다는 징표이며, 국왕의 형벌권에 대한 시민계급에 의한 통제와 감시가 형법에 반영된 것임을 의미한다.

따라서 권위주의적 왕권에 의해 시민에 대한 국가의 지배관계가 견고하게 지속되고 있을 때에는 비록 뛰어난 사상가나 현명한 국왕의 개인적 사상과 판단에 의해 간헐적으로 죄형법정주의가 반짝거릴 수 있었을 뿐이다. 이러한 모습은 중국 진나라의 상앙과 전한시대의 한비자에서도 찾아볼 수 있고, 로마의 공화정 후기인 기원 전 67년에 제정된 Cornelia법에서도 역시 엿볼 수 있다. 그렇지만 이런 사상가나 법률에 근거하여 죄형법정주의 사상이 근대로 이어진 것이 아니었다. 왜냐하면 일회성으로 그쳤기 때문이다. 이에 반해 1215년 대헌장에 나타난 죄형법정주의의 사상은 비록 현대적 의미의 죄형법정주의와 동일하지 않지만, 현대 죄형법정주의를 형성하게 하였던 사상적 배경이었음을 부인할 수 없다. 왜냐하면 국왕과 귀족계급은 경제적 차원에서 서로 간에 힘의 균형을 이루어 대립관계로 발전한 상태에 있었고, 그 결과 신하들은 국왕의 통치권에 대한 일종의 정치 내지 사법감시자로서 역할이 가능했기 때문이다. 이런 배경에서 1215년의 대헌장에

근거하여 국왕의 신하인 귀족계급은 종래 국왕과의 무조건적인 종속 관계에서 벗어날 수 있었다.

이런 점에서 현대적 의미의 죄형법정주의는 국가권력에 대한 적법 절차의 준수를 강요하는 시민사회 운동의 결과이자, 국가공권력에 대한 시민의 핵심적 보호막이다. 따라서 국가 자체의 불법행위나 시민에 대한 부당한 인권침해행위에 대해 국가 스스로 죄형법정주의를 책임의 면제 근거로 활용할 수는 없다고 새겨야 한다.¹⁸⁾

이러한 죄형법정주의는 첫째로 법률이 없으면 범죄가 없고, 둘째로 사전에 제정된 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니하며, 셋째로 죄가 없으면 형벌도 없다는 것을 내용으로 삼고 있다. 이의 실효성을 담보하기 위해 ① 성문형벌요구와 관습형벌금지, ② 소급효력의 금지, ③ 유추해석의 금지와 ④ 절대적 부정기형이라는 파생원칙이 요구된다.

(2) 국가폭력과 공소시효에 관한 죄형법정주의의 한계

일제치하의 식민지 국민으로서 엄청난 고통을 이겨내고 자유·민주주의의 토대 위에 대한민국을 세운 우리 국민은 불행하게도 이승만, 박정희와 전두환 시대의 권위주의적 체제 아래에서 국가폭력을 적지 않게 당하였다. 요즘조차도 그런 국가폭력을 정당시 하려는 분들이 적지 않다는 사실은 세상이란 참 공정하지 않다는 생각을 들게 한다. 국가폭력에 대한 대응은 법치국가원칙이 허울어진 상황에서는 현실적으로 불가능하기 마련이다. 왜냐하면 이승만과 박정희 그리고 전두환 처럼 당대의 권위주의적 대통령 체제 아래서는 사법적 통제가 현실적으로 불가능하였고, 그렇다고 권위주의적 체제(體制)를 극복하여 국가폭력의 주도자를 처벌할 수 있는 환경이 마련될 무렵에는 공소시효에 근거하여 형사법적으로 처벌하기 어려운 구조로 되어있기 때문이다.

18) 허일태, “권위주의 시대의 반인륜적 범죄행위와 소급효금지 원칙”, 동아법학 제31호, 동아대학교출판부 2002년.

대한민국이라는 국가는 인간존엄을 보장하고 실천해야 할 의무주체¹⁹⁾임에도 도리어 국민의 본질적 기본권을 유린할 때, 이를 사전에 예방하고 합당한 책임을 물을 수 있도록 하는 것이 정의의 이념에 부합하고 국민정서에도 합당할 것이다. 왜냐하면 죄형법정주의는 개인이 국가권력에 투쟁하여 쟁취한 것이기 때문이다.

그러므로 국가폭력으로 국민을 유린한 국가가 도리어 죄형법정주의를 원용하여 국가폭력을 면피하는 것이 정당한 것인지 의문스럽다. 이런 점에서 국가폭력의 경우 국가폭력 주체의 공소시효를 법률로서 무효로 규정하더라도 죄형법정주의에 어긋난 것이라고 보기 어렵다. 즉 주권자의 의사에 부합하는 민주국가가 국가폭력을 행사하는 폭력국가를 어떠한 경우에도 처벌할 수 있도록 하는 것이 현대적 의미의 실질적 법치국가원칙에 부합한다고 믿는다.

4. 유죄확정시까지의 무죄추정원칙(헌법 제27조 제4항)

(1) 의의

법원의 유죄 확정판결이 있기 전까지 누구도 범인으로 추정되어서는 안 된다는 무죄추정의 원칙은 법치국가원칙상 당연한 논리적 귀결이다. 인간의 존엄성을 보장하는 것이 헌법질서의 근본이념이라면, 유죄의 확정판결이 있기도 전에 유죄로 취급하여 부당한 대접을 받게 하는 것을 허용할 경우, 인간의 존엄성보장은 실질적으로 공허해지기 때문이다. 따라서 무죄의 입증책임을 피고인에게 전가한다든지, 의심스런 경우에도 피고인에게 불리하게 처분한다는 것은 무죄추정의 원칙에 반한다. 이러한 무죄추정의 원칙을 근거로 의심스런 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo) 판결을 해야만 하고, 유죄를 선고할 때는 합리적인 의심이 없을 정도로 유죄의 심증을 가질 경우에만 가능한 것이다.²⁰⁾

19) 헌법 제10조와 제37조 제2항 후단 참조.

(2) 무죄추정 원칙의 제도적 표현

무죄추정의 원칙은 헌법적 원리이다. 여기에는 시민의 자유 보장이 라는 헌법사적 의미가 담겨있다. 제아무리 범죄를 범했던 자라 하더라도 유죄의 확정판결을 받기 전까지는 자유로운 자유인으로 대접받게 하는 것이 시민적 자유권 보장이라는 헌법적 기본권에 충실한 태도이기 때문이다.

① 무죄추정의 원칙은 형사피의자나 형사피고인에 대한 구속 자체의 제한원리로 나타난다. 즉 현행법상 인신구속에 대한 엄격한 요건(형사소송법 제70조 및 제201조)을 요구하고, 이러한 요건을 충족하였는지에 대한 실질적 영장심사제도(형사소송법 제201조의2)의 도입과 구속이 필요한 경우를 필요한 최소한으로 제한하는 것(형사소송법 제199조 제1항)은 무죄추정의 원칙에서 파생된 원리이다. 이러한 원리에 근거해서 범죄자라도 구속을 당해야 할 불가피한 사정이 없으면, 그는 인신에 대한 구속으로부터 자유로워야 한다. 이는 수사 과정에서뿐만 아니라 재판과정에서도 역시 유효하게 작용한다. 즉 피의자나 피고인이 제아무리 범죄를 범했다 하더라도, 단지 수사나 재판의 편의를 위해서 임의적으로 이들을 구속할 수 있는 것은 아니므로(형사소송법 제199조 참조), 이들에 대해 원칙적으로 불구속의 상태에서 수사나 재판을 받도록 요청한다.

② 무죄추정의 원칙은 부득이 구속된 경우에도 가급적 석방되어 시민적 자유를 향유할 것을 요청한다.²⁰⁾ 이러한 의미에서 구속적부심사제도(형사소송법 제214조의2)와 필요적 보석제도(형사소송법 제95조) 및 재구속의 제한(형사소송법 제208조 및 제214조의3)제도 역시 무죄추정의 원칙에 그 뿌리를 두고 있다.

③ 무죄추정의 원칙은 구속 중인 범죄혐의자라 할지라도 구속으로

20) 대판 2017. 7. 11. 2016도10447 판결; 대판 2016. 11. 25. 2014도14166 판결.

21) 백형구, 형사소공법강의, 신정 2판(1996), 22쪽.

야기된 제약을 제외하고는 기본적으로 자유인과 같은 대우를 받아야 한다는 요청을 의미하기도 한다. 이런 점에서 피구속자는 접견교통권을 가지며(형사소송법 제34조, 제89조, 제91조 참조), 구치소와 미결수용실은 참관할 수 없게 하고(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제80조), 미결수용자의 이발도 특히 필요한 경우가 아니면 그의 의사에 반하게 짧게 깎을 수 없도록 하고 있다(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제83조). 이를 위반한 조치는 위헌으로 보인다.

④ 피의자는 헌법상 무죄로 추정되므로 범죄혐의자가 유죄일 가능성을 확신할 수 있을 경우에만 검사가 그에 대해 공소할 수 있고, 혐의가능성이 일부 존재한다고 해서 공소를 무조건 제기할 수 없다고 해야 한다. 그러므로 검사가 수사과정에서 피의자의 범행혐의에 대한 입증가능성이 처음부터 불충분한 경우라면 공소를 제기하지 않는 것이 무죄추정의 원칙에 상응한 일이다.

⑤ 피고인도 역시 무죄로 추정되므로, 검사가 유죄를 입증하지 못하면 그 피고인은 유죄로 인정될 수 없다. 따라서 공소범죄사실의 존재에 관해서는 검사가 증거책임을 부담한다. 이러한 전제 아래 법관이 모든 증거조사를 통해서도 합리적인 의심이 없을 정도의 확신으로 피고인의 유죄를 확신하지 못하면, 무죄를 선고해야 함은 물론이다.²²⁾ 검사도 피고인이 사실심리를 거치면서 무죄임이 분명하게 드러나면, 그에 대한 공소를 취소해야 한다. 피고인이 무죄임이 분명한 경우인데도 불구하고, 공소취소가 가능함에도 검사가 공소취소를 하지 않는다는 것은 무죄추정의 원칙에 벗어난다. 또한 우리의 형사소송법은 고

22) “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로 판단해야 한다.”라는 법리는 대법원판례의 확립된 견해이다. 대법원은 다음과 같이 천명하고 있다. “형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하고, 이러한 정도의 심증을 형성하는 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다”(대판 2017. 7. 11. 2016도10447 판결; 대판 2016. 11. 25. 2014도14166 판결; 대판 1993. 3. 23, 92도3327; 대판 1992. 9. 1, 92도1405 참조).

문·협박·기망 등에 의한 자백의 증거능력을 부정한다(형사소송법 제 309조).

⑥ 그밖에도 형법 제126조는 검찰 등 범죄수사에 관한 직무를 행하는 자가 그 직무를 행함에 당하여 지득한 피의사실을 공판청구 전에 공표한 때에는 처벌하도록 함으로써 무죄추정의 한 측면을 보장해주고 있다.

5. 적법절차²³⁾

(1) 헌법상 근거

헌법 제12조 제1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”고 함으로써 처벌과 보안처분 또는 강제노역에 관한 적법절차를 명시하고 있고, 동조 제3항에서는 “체포·압수·구속 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 명시함으로써 영장발부에 관한 적법절차를 재차 규정하고 있다.

이들 두 조항을 통일적으로 해석하여 보면, 범죄혐의에 대한 합리적 의심을 가지는 자일지라도 적법한 절차에 의해서만 그를 체포·구속·압수·수색을 할 수 있고, 형벌을 포함한 보안처분 및 강제노역에 처할 수 있다는 것이다. 따라서 적법절차에 의하지 아니하고는 체포 등을 할 수 없을 뿐만 아니라, 처벌 등도 불가능하며, 비밀영장제도는 허용될 수 없고, 보안처분도 적법절차에 따라 법관의 합리적 판단을 통한 선고에 의해서만 가능한 것이다.

헌법상의 적법절차의 핵심조항은 헌법 제12조 제1항 제2문이다. 헌

23) 허일태, “형사절차에서 적법절차의 원리”, 동아법학 제28호, 동아대학교 출판부 2000년.

법은 누구도 적법절차에 의하지 아니하고는 형벌과 보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다고 명시함으로써, 무엇이 형벌과 보안처분 그리고 강제노역이고, 어떠한 경우에 그러한 처분을 할 수 있는가에 관해 적법절차의 구체적 내용을 명시하지 않고, 이를 입법자와 사법적 판단자에게 실질적 법치국가의 이념에 걸맞게 보충할 수 있도록 추상적으로 규율하고 있다.

이런 점에서 적법절차에 관한 헌법상 규정은 적법절차의 일반적 원리로서 구체적 사안에 따라 형사절차에 관한 지도이념으로 기능해야 한다. 이런 이유에서 헌법재판소는 구 사회보호법 제5조 제1항에서 보호대상자가 일정한 요건에 해당되면 법관은 재량의 여지가 전혀 없이 무조건 그에 대한 “필요적 보호감호처분”을 하도록 명시한 것은 법관의 합리적 판단 재량을 박탈하고 있기에 적법절차의 원리에 위배되는 위헌적인 조문이라는 결정을 내린 바 있다²⁴⁾.

그러므로 헌법상의 적법절차는 인신에 관한 형사상의 절차적 적법성뿐만 아니라, 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에도 광범위하게 적용되는 독자적인 헌법 원리이다. 이에 따라 적법절차원리는 법률의 내용에 대해 합헌성과 정당성을 갖춘 적절한 것이어야 함을 요구한다.²⁵⁾

(2) 적법절차의 구체적 내용

① 사전영장주의²⁶⁾

24) 헌재결 1989. 7. 14, 88헌가5·8 ; 89헌가44.

25) 헌재결 1997. 11. 27, 92헌바28 참조.

26) 헌법은 인신의 체포·구속·압수·수색과 주거에 대한 압수 및 수색을 할 때에는 법관이 발부한 영장의 제시하에(헌법 제12조 제3항과 제16조) 함으로써 사전영장주의를 규정하고 있다. 즉 법관이 발부한 영장의 제시가 없으면 누구든지 체포 등을 할 수 없다. 영장을 발부받기 위해서는 검사가 법관에게 체포나 수색 등의 영장발부를 청구하여야 되고, 법관은 피의자가 범죄를 범했다고 볼 수 있는 상당한 이유의 제시 등 영장발부에 불가피한 요건을 충족

사전영장주의의 헌법상 의의는 (넓은 의미의) 사법적 지위를 갖는 검사를 청구권자로 인정하고, 사법권독립에 의해서 그 신분이 보장되는 법관을 인신의 자유를 제한하는 수사과정에 참여시킴으로써 인신 보호에 만전을 기하려는 데 있다고 할 것이다.

② 자백의 증거능력 제한(헌법 제12조 제7항)

우리 헌법은 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망, 기타의 방법을 동원하여 받아낸 ‘임의성 없는 자백’과 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거인 경우 이를 뒷받침해 주는 다른 보강증거가 없는 한 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없게 하고 있다. 이러한 ‘자백의 증거능력 제한’이 없으면, ‘고문을 받지 아니할 권리’와 ‘불리한 진술거부권’도 규범적 효력을 쉽게 잃게 된다. 이런 점에서 ‘자백의 증거능력 제한’은 인신보호를 위한 사법절차적 기본권으로서 ‘고문을 받지 아니할 권리’ 및 ‘불리한 진술거부권’과 상호 불가분의 관계에 있다.²⁷⁾

③ 고문을 받지 아니할 권리

헌법은 고문을 받지 아니할 권리(헌법 제12조 제2항 전단) 및 불리한 진술거부권(형법 제12조)을 인정함으로써 형사피의자에 대한 일체의 심리적·육체적 폭력행사를 금지하고, 이의 실효성을 담보하기 위하여 자백의 증거능력을 제한하고 있다. 뿐만 아니라 고문을 가한 공무원에 대해 직권남용죄에 의한 처벌을 규정하고(형법 제125조), 고문을 당한 자에 대해서는 공무원의 직무상 불법행위를 이유로 국가배상청구권(헌법 제29조)을 인정하고 있다.

한 경우에 영장을 발부한다.

27) 이러한 ‘자백의 증거능력 제한’은 한편으로 자백강요를 위해 야기되는 인신의 침해를 막을 수 있고, 다른 한편으로 실제적 진실을 촉진시켜 사법정의 실현하게 된다.

④ 불리한 진술거부권

헌법은 고문의 금지를 실효적으로 뒷받침하기 위해 불리한 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단)을 인정하고, 피고인의 자백이 고문 등의 방법으로 임의로 진술한 것이 아니라고 의심할만한 사유가 있는 때에는 이를 유죄의 증거로 사용할 수 없도록 형사소송법 제309조는 규정하고 있다. 여기서 불리한 진술거부권을 행사할 수 있는 자는 형사피의자나 형사피고인에 국한되지 않고, 증인이나 감정인도 유죄여부의 기초가 되는 사실과 양형의 기초가 되는 사실에 대해서도 역시 거부할 수 있는 것이다.

이러한 진술거부권은 역사적으로 17세기 말엽 영국에서 종교재판소의 청교도에 대한 가혹한 강제심문절차에 대한 반동으로 보통재판소에 의해서 확립된 것이었다. 그리고 미국의 수정헌법 제5조가 그러한 특권을 명문으로 규정한 이후 근대 형사소송법의 기본원칙으로 확립되었다. 이러한 진술거부권은 다른 한편 무죄추정의 원칙을 실현하는 제도로서 기능하기 때문에, 오늘날에 와서는 무죄추정의 원칙으로 인해 피의자나 피고인의 진술거부권이 강화되는 방향으로 나아가고 있다. 수사기관이 피의자에 대해 진술거부권을 행사할 수 있음을 고지해야 하는 이른바 미란다원칙은 이러한 경향의 하나의 사례라고 할 수 있다.

Ⅲ. 법치국가원칙에 입각한 형벌권의 발생근거와 내용 및 한계

1. 형벌부과의 근거

국가가 형성되기 이전에는 가해자의 침해에 대한 피해자의 복수(復讐)는 개인의 사적 감정에 기초한 것으로서 피해자 스스로를 보호할 수 있는 유일한 수단이었다. 그러므로 ‘복수’라는 의미는 ‘피해를 당한 자의 가해자에 대한 앙갚음’이라고 정의할 수 있다. 복수의 절차와 방식은 정해진 바가 없으므로, 언제 어떤 방식으로 어디에서 실현할

것인가에 대한 예견가능성이 없을 뿐더러, 양값음의 내용과 정도도 정해진 규칙이 없었다.

복수는 필연적으로 또 다른 복수를 낳게 하였고, 복수에 의한 피의 보복을 끊이지 않게 하여 사회혼란을 지속적으로 야기하는 악순환의 연결고리 역할을 충실히 수행했다. 그러므로 복수가 지속되는 한, 극심한 사회적 혼란은 영속될 수밖에 없으며, 그 결과 복수사회(復讐社會)는 안전과 평화를 희구하며 각 개인의 능력을 꽃피울 수 있는 여건 마련을 불가능하게 하였다. 게다가 복수를 통하여 얻게 되는 가족이나 집단의 위안과 평화는 복수할 상대를 제압할 수 있을 만큼 충분한 능력이나 무력을 갖고 있을 경우에만 가능하였다는 점에서 지극히 한시적일 수밖에 없었다. 왜냐하면 복수를 했던 자가 늙고 병이 들면 언제든지 다시금 복수를 당할 가능성에 노출될 수밖에 없게 되었기 때문이다.

이에 따라 복수로 인하여 야기되는 문제점을 올바르게 인식하고, 사회평화와 그 유지를 위해서 복수의 대안이 무엇인지에 관해 인간 이성의 눈으로 냉정하게 파악할 필요성이 대두되었다. 이러한 인식으로부터 사적 복수를 대신할 국가의 강력한 공권력인 형벌의 필요성이 정당화될 수 있게 되었다.

형벌은 복수의 대안으로서 손색이 없을 정도로 범죄행위의 억제를 위한 강력한 위하력(威嚇力)을 발휘하는 수단이어야 한다. 형벌은 복수와는 달리 처벌내용의 정당성과 처벌 절차의 합법성을 가져야 한다. 왜냐하면 형벌이 사적 복수를 미연에 방지할 정도로 충분한 실효성을 갖지 못하거나, 형벌 부과절차의 적법성이 제대로 준수되지 않을 경우 범죄피해자는 언제나 다시금 복수를 할 수밖에 없는 사정으로 내몰릴 수 있기 때문이다. 그러므로 형벌은 민사상 손해배상이나 행정법상 과태료 정도의 제재로는 범죄의 억제를 할 수 없는 경우로 국한되어야 하고(형벌의 최후수단성), 형벌의 내용이나 정도는 그 누구도 참기 어려울만한 고통을 내용으로 해야 한다(형벌의 정도와 한계). 또한 형벌 부과 절차는 사적(私的)인 복수와 질적으로 달라야 한다. 즉 책임주의

와 적법절차 원칙의 실현 등 법치국가원리가 제대로 작동하는 형사사법의 시스템 내에서 부과되는 형벌만이 사적 복수의 반복적인 연결고리를 끊을 수 있게 된다.

2. 형벌의 근거에서 유래된 원칙

① 국가 형벌권은 엄정한 사전경고를 통하여 복수를 야기할 만한 범법행위의 실행을 미연에 방지하려는 데에 일차적 목적을 가져야 한다(형벌목적의 범죄예방 관철).

② 그럼에도 불구하고 범법행위가 발생하면, 국가는 범법자에 대해 복수와 차원이 다른 죄형법정주의와 적법절차 등 형사사법의 근본원칙에 따라 수사과 재판을 적정하게 운용해야 하고, 또한 책임에 상응한 처벌이 부과되도록 해야 한다(적법절차와 책임주의).

③ 국가는 범죄로 야기된 침해에 대해 복수에 버금갈 정도의 충분한 보상을 범죄피해자에게 제공해야만 한다(중대한 범죄로 야기된 피해자의 손해에 대한 국가의 보상책임원칙). 다만 국가가 범죄피해자에게 지급하는 범죄피해보상금은 피해의 원인 야기자 부담의 원칙에 따라 가해자에 대한 구상권(求償權)의 행사와 범죄로 인하여 발생한 수익의 몰수 등을 통하여 조달되어야 한다.

④ 죄를 범하는 자에 대해 국가공권력의 도움을 즉시 받을 수 없는 긴급상황에 처한 범죄피해자에게 정당방위나 긴급피난 또는 자력구제와 같은 사적 긴급형벌권(긴급성과 대응내용의 상당성을 요건으로 하는 복수의 성격)의 행사를 지나치게 제한해서는 아니 된다(이른바 위법성조각사유의 윤리적 제한금지). 왜냐하면 국가만이 형벌권을 행사할 수 있는 유일한 주체이지만, 급박한 범의의 침해나 위난의 현장에 즉시 달려가서 피해자를 도와줄 수 있는 시간적 제약이 발생할 수 있고, 그럼에도 국가만이 범죄에 대한 퇴치권(退治權)을 행사할 수 있다면, 피해자는 돌이킬 수 없는 피해의 위험에 직면할 수 있기 때문이다. 즉 이와 같은 한계상황이라면 국가는 범죄피해자에게 복수에 버금

가는 개인적 자력구제인 정당방위나 긴급피난 또는 자구행위를 충분히 행사할 수 있도록 허용해 주어야 한다. 이처럼 각 개인은 위난이나 범죄에 직면한 자신의 긴급 상황에서는 국가를 대신하여 이들 위험을 회피할 수 있도록 개인에게 부여된 긴급피난이나 정당방위 등의 권한은 천부적인 자연권으로 보아야 한다. 따라서 국가는 개인에게 부여한 정당방위나 긴급피난과 같은 권한을 축소하거나 제한하는 것을 삼가야 한다. 그럼에도 불구하고 일부 학자들은 정당방위나 긴급피난을 행사하는 데에 윤리적인 제한을 두어야 한다는 일부 독일학자 견해를 무작정 따라서 주장하고 있으나,²⁸⁾ 이는 올바른 태도가 아니다.

3. 공권력으로서 형벌권 행사의 정당성

(1) 형벌의 정당성과 합법성

형벌은 복수의 대안으로서 범죄자를 처벌함으로써 잠재적 범죄를 사전에 예방할 수 있어야 한다. 그러기 위해서 형벌의 본질은 복수의 대안이므로 단순히 범죄행위에 대한 응보로서 복수일 수 없으며, 복수와 달리 행위자의 행위책임에 어울리는 형사제재라야 한다. 즉 형벌은 무엇보다 죄형법정주의에 근거하여 부과되어야 하고, 범죄의 불법성과 책임에 상응하도록 처벌의 정도에 비례해야 한다. 더구나 형벌은 인권의 본질적 내용인 인간성을 말살해버리는 정도의 가혹한 성격을 가져서는 안 된다. 헌법 제37조 제2항 단서의 본질적 침해금지에 해당될 수 있기 때문이다. 더욱이 형벌은 복수 자체일 수 없기에 부당한 형벌은 복수와 본질적 차이가 없다는 점에서 부당한 형벌의 부과는 결코 허용될 수 없으며, 부당한 처벌 역시 범죄로 인식되어야 한다.

형벌은 손해배상이나 행정벌로서도 사회를 방위할 수 없는 최후수단인 점에서, 형벌의 성격은 인간이 참기 힘든 고통의 성격을 가지게

28) 예컨대 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론(제10판), 박영사, 2004, 296쪽과 298쪽; 이재상, 형법총론(제5판 보정판), 박영사, 2005, §17/19 참조.

된다. 그리고 범죄로 인해 처벌된 자는 전과자라는 이름으로 사회적 낙인의 대상이 된다. 전과자라는 사회적 낙인은 사회생활을 정상적으로 영위해 나가는 데에 치명적인 부작용을 수반한다. 그러므로 수형자에 대해 현재뿐만 아니라 미래에도 치명적일 수밖에 없는 형벌은 사회적으로 명백한 해악을 끼치는 악행에 대해서만 부과해야 된다는 결론은 자명하다.

(2) 형벌권의 남용과 사법왜곡

권력의 행사는 남용의 성질을 가지며, 형벌권을 행사하는 자 역시 그것을 남용하려는 경향을 갖는다. 수사기관은 범죄피의자에 대해 범행 여부를 철저하게 추궁하며, 혐의점이 발견되면 형벌권의 실행을 위해 최선을 다하게 된다. 수사는 검찰과 경찰에게, 소추는 검사의 고유한 권한이지만, 이들이 그런 권한을 행사하는 데에서 철저한 정의감으로 충만해 있질 않다. 수사기관은 정치적으로 민감한 사안에서는 임용권자의 입맛에 길들여 왔음을 각국의 현대사뿐만 아니라 세계역사에서도 쉽게 찾을 수 있다. 게다가 정치권이 끊임없이 검찰권에 관한 다양한 방식의 압력을 행사하는 모습을 우리나라에서도 수없이 목격하고 있지 않았는가?

수사기관보다 독립적인 법관이라고 해서 예외일 수 없다. 지난날 권위주의적 정권하에서 적지 않는 사법살인이 이루어졌음을 오늘날 재심을 통하여 확인할 수 있다. 심지어 권위주의적 시대가 청산되었다고 할 수 있는 근자에도 대법원에 의한 유죄 여부가 확정되기도 전에 헌법재판소는 유죄를 추정하여 이른바 통합진보당을 해산한 바 있다.²⁹⁾ 최근에도 사법왜곡의 경우가 재현되고 있음을 볼 수 있다. 예컨대 형법 제130조의 제3자 뇌물공여죄에 해당될 수 있는 사안임에도 불구하고 특검 측에서 해당 조문의 ‘부정한 청탁’에 대한 입증에 자신이 없기에 형법 제129조 제1항의 뇌물수수죄로 공소를 제기하였다.

29) 헌재 2014. 12. 19. 2013헌다1, 판례집 26-2하, 1 [인용(해산)]

대법원 전원합의체 다수의견은 뇌물수수죄의 공동정범으로 유죄 판결하였다.³⁰⁾ 대법원의 이런 행태는 전형적인 사법왜곡에 해당될 수 있다. 독일은 이와 같은 사법왜곡을 처벌하고 있다.³¹⁾ 검찰이나 법관의 사법왜곡³²⁾은 적지 않은 문제점을 야기한다.

(3) 사법왜곡의 내용

① 사실관계나 적용될 법률의 왜곡에 의하여 무고한 자를 처벌하는 것은 죄형법정주의에 반할 뿐만 아니라 사법정의에도 반한다.

② 헌법상 무죄추정원칙에 반한다.

③ 형벌은 인간이 참기 힘든 고통인데 그런 고통을 무고한 피고인에게 덮어씌우는 것은 악질적인 고문이자 부당한 형벌이다.

④ 악행을 범하는 모든 범죄가 적발되는 것이 아니며, 범죄의 암수는 범죄통계에 잡히는 범죄보다 언제나 훨씬 많아서 검거된 자만이 특별한 고통을 받게 된다. 이는 형평성에 어긋날 수 있다.

이처럼 형벌의 고통과 국가형벌권의 남용가능성으로 인해 단순한 범죄혐의자에 대한 일방적인 형벌부과는 되도록 삼가야 한다. 의심스러울 때에는 피의자나 피고인의 이익으로 판단해야 하고, 확정판결 전이라면 범죄의 수사뿐만 아니라, 재판의 절차에서도 무죄추정의 원칙이 고수되어야 한다.

(4) 과잉금지원칙과 그 한계

형사법상 법률은 ① 정당한 목적을 가져야 되고(목적의 정당성), ②

30) 대판 2019. 8. 29. 2018도2738 전원합의체 판결.

31) 독일형법 제339조: “법관, 기타 공무원 또는 중재인이 법률사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방에게 유리 또는 불리하게 법률을 왜곡한 경우에는 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.”

32) 허일태, “법관의 법왜곡행위에 대한 대책”, 박양빈 교수 화갑기념논문집, 1996년; 허일태, “검찰의 법왜곡행위와 이에 대한 대책”, 형사법연구 제 11호, 한국형사법학회 1999.

목적달성을 위해 상당성을 담보해야 하며(수단의 상당성), ③ 다른 수단으로 해결할 수 없어야 하고(당해 수단의 최후성), ④ 피해가 최소한에 그쳐야 하며(피해의 최소성), ⑤ 다른 법익침해와의 관계에서 법익보호의 우월성을 인정할 수 있어야 한다(법익의 균형성). 그러나 이러한 과잉금지원칙을 원용하는 배경사상은 공리주의적 사고방식이 깃게 깔려 있다. 개별적인 이익보다 전체의 이익 내지 복리가 크다면 개별적 이익의 본질적 침해 여부와 관계없이 복리주의를 관철할 수 있는 명분을 얻을 수 있는 바, 이는 어떤 공익이라도 개인의 기본적인 권의 본질을 침해할 수 없다는 헌법상 원칙에 반할 수 있는 함정을 품고 있다. 그러므로 과잉금지원칙의 기준에는 합헌성의 기준을 추가하는 것이 바람직해 보인다. 즉 ⑥ 헌법정신과 헌법규정에 반하지 않아야 된다(법률의 합헌성).

이런 점에서 과잉금지원칙은 사익보다는 공익이 클 때에는 언제든지 관철될 수 있다고 할지라도, 그러나 이 원칙은 개별적 인간이 가지고 있는 기본권의 본질적 침해를 훼손할 수 없다는 선에서 그쳐야 한다.

(5) 인권의 본질적 침해금지 원칙과 사형제도의 위헌성

헌법 제37조 제2항에 의하면 제한 경우 기본권을 제한할 수 있다. 다만 그 기본권의 본질적 침해를 금지하고 있음도 분명하다. 헌법상에 명시된 본질적 침해금지조항은 해석론에 의해 좌우될 수 없는 헌법정신이자 헌법의 근본규범에 속해야 한다. 어떠한 기본권도 그 본질적 침해금지가 허용된다면 그것은 허울 좋은 기본권에 불과하기 때문이다.

인간의 모든 기본권 중에서 생명과 신체의 자유만큼 본질적이고 중요한 자유권은 없을 것이다. 그런데도 불구하고 헌법학자들 상당수가 사형제도를 찬성하고 있고, 검사들도 예외가 아니다. 현직 검사들 중에서 어느 누구도 사형제도가 위헌이라는 입장을 관철하려는 사례를 찾아볼 수 없다. 이런 사고방식을 가진 분들이 진정한 법학자들이고

법률전문가인지 심히 의심스럽다. 그 이유는 다음과 같다.

① **헌법 재판소에 따르면** “헌법 제110조 제4항은 법률에 의하여 사형이 형벌로서 규정되고 그 형벌조항의 적용으로 사형이 선고될 수 있음을 전제로 하여, 사형을 선고한 경우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없고 사법절차를 통한 불복이 보장되어야 한다는 취지의 규정으로, 우리 헌법은 문언의 해석상 사형제도를 간접적으로나마 인정하고 있다.”³³⁾고 실시한다.

헌법재판소의 이러한 입장은 법률의 존재근거와 해석법칙에 어긋난다. 우리는 Hans Kelsen의 규범의 단계적 지위를 인정하는데 동의하고, 헌법재판소를 포함하여 법학자 역시 그러한 규범론에 따르고 있다. 이에 의하면 하위법은 상위법에 근거해야 하며 또한 그것에 저촉되지 않은 범위 내에서 불가피한 사회적 질서를 규율해야 한다는 것이다. 그렇다면 상위법은 하위법에 근거하거나 전제해서는 아니 되는 것이고 삼가야 한다.

헌법 제110조 제4항 단서 규정의 존재근거는 하위법인 형법 제41조가 형벌로서 사형제도를 두고 있음을 전제로 하고 있다. 이 헌법 규정은 형법 제41조에서 사형이라는 형벌을 두고 있지 않거나 사형제도가 폐지되거나 또는 비상사태 하의 군사재판에서 사형이라는 형벌을 선고할 사안이 없으면 무용지물이 되기 때문이다. 이것이 의미하는 바는 하위법인 형법이 상위법인 헌법규정의 존립 근거가 됨을 보여준다.

하위법인 형법 제41조는 법정형으로서 사형을 규정하고 있고, 비상계엄하의 군사재판에서 사형의 선고를 신중히 하기 위해 우리 헌법은 제110조 제4항의 단서규정을 두었다. 이 단서규정을 근거로 헌법재판소는 사형제도의 합헌성을 인정하고 있는 바, 이러한 논리는 하위법인 형법에 근거하여 상위법인 헌법의 사형제도 합법성을 위한 전제가 됨을 인정하고 있다. 헌법재판소는 한편에서는 상위법인 헌법은 하위법인 형법에 대한 형성권의 범위와 내용을 결정할 수 있다고 정면에서

33) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23 참조.

강조하고 있으면서, 뒤에서는 헌법은 하위법인 형법에 의해 사형제도에 관한 합헌성을 부여받는 것을 용인하는 것을 보여준다. 이는 논리적 정당성이 없을뿐더러 근본규범인 헌법과 형법의 관계에 관해서도 잘못 이해하고 있는 것이다.

그렇다면 헌법재판소의 하위법인 형법에서 사형제도는 상위법인 헌법에 근거하여 합헌성을 갖는다고 할 수 없다. 오히려 하위법인 형법의 사형제도가 현실적으로 존재하고 있고, 비상계엄하의 군사재판에서 사형을 선고할 경우, 그러한 사형의 선고는 위헌이 아니라 합헌이라는 자가당착적 논리에 빠지는 것이다.

② 헌법 제37조 제2항 단서는 “(기본적 인권을) 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 명시하고 있다. 여기서 기본적 인권의 본질적 내용은 생명이며, 이는 부인할 수 없는 사실이다. 예컨대 손발에 대한 절단형이 신체자유에 대한 본질적 침해이기 때문에 용납할 수 없다면, 인간의 생명은 손발의 범위를 넘어선 신체의 전부에 대한 침해이므로 용납될 수 없다고 하는 것이 논리적이다. 신체의 자유의 본질적 내용은 인간의 육체에 깃들인 생명의 결합으로 생긴 생명권의 자유인 것이다. 즉 신체의 자유 중에서 인간의 생명인 정신을 제거하면 인간의 육체만 남게 되는데, 생명이 없는 육체는 시체에 불과할 뿐이다. 생명을 전제로 하는 신체만이 신체의 본질적 자유를 갖는다.

③ 현대국가는 동일한 형식의 복수로서의 형벌제도를 두고 있지 않다. 반인륜적 살인범에게조차도 마찬가지다. 복수는 복수를 낳고, 사회불안을 가중시킨다. 복수로서의 형벌은 이미 극복된 구시대의 사상이다.

④ 바로 이런 이유로 2019년 현재 세계 198개국 중에서 사형제를 법률적으로 완전 폐지한 국가는 106개국이며, 통상의 범죄에 대한 사형제 폐지국가는 8개국이고, 실질적으로 폐지한 국가가 28개국에 이른다. 사형제 폐지 국가는 지속적으로 늘어나는 추세다. 2020년 현재 56개국만 사형존치국가에 속한다.³⁴⁾ 아시아에서는 캄보디아, 몽고, 우

즈베키스탄, 네팔, 부탄, 투르크메니스탄, 필리핀, 터키, 아제르바이잔, 키르기스스탄이 법률로서 사형제를 이미 폐지했고, 2021년 1월 현재 우리나라는 23번째 사형을 집행하지 않는 실질적 사형제 폐지국가이다. 이에 반해 중국³⁵⁾이나 일본³⁶⁾은 아직도 사형을 집행하고 있다.

⑤ 국가는 개인과 같은 감정적 존재가 아닌, 윤리적이고 이성적 존재다. 국민을 상대로 거짓말을 해서도 안 되고 감정적으로 대응해서도 안 된다. 국가가 국민에게 절도하지 말라고 명령하면서, 다른 한편으로 국민의 재산을 절취하는 것은 용납될 수 없는 일이다. 그러므로 국가가 국민에게 사람을 죽이지 말라고 명령하면서, 국가 스스로 사람을 살인하는 사형제를 유지하는 건 모순의 극치다.

⑥ 모든 인권 국가에서는 반인륜적 흉악범에 대해 손발을 절단하는 등의 신체 절단의 형벌을 부과하지 않는다. 이런 형벌은 잔인하고 비인도적이기 때문이다. 손발을 절단하는 것이 잔인해 용납할 수 없는 형벌이라면, 사람을 죽이는 사형제는 더욱 잔인한 형벌이니 결코 허용하지 말아야 하지 않을까.

⑦ 우리나라는 유럽연합(EU)과 EU에서 인도된 범인에 대해서는 사형을 집행할 수 없도록 하는 등의 내용을 담은 범죄인인도조약을 2009년 체결했고, 2011년 국회가 이를 비준했다. 이 때문에 EU에서 우리나라로 인도된 범인이 흉악범죄를 범했어도 사형을 집행할 수 없다. 이런 상황에서 한국에서 범죄를 저지르거나 일본 혹은 미국 등에서 인도된 반인륜적 흉악범에 대해 사형집행을 하는 것은 ‘법 앞의

34) <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty/>

35) 국제앰네스티에 따르면 중국은 매년 1000명 이상의 사형집행을 하고 있는 것으로 예상하고 있다.

36) 일본 최고재판소는 사형제의 유지로 발생하는 위하력으로 인해 파생되는 범죄 예방 가능성이 폐지에 따른 개인 생명권 존중 등의 이익보다 크다는 이론에 따라 공공복리 차원에서 ‘합헌’이라는 입장을 1948년 3월 12일 ‘쇼와 22년 제119호 사건’의 판결 선고를 통하여 밝힌 이후, 70여 년이 지난 2020년 현재까지도 위 판례를 변경하여야 할 타당한 이유가 없다면서 일관되게 유지하고 있다.

평등권'을 천명한 헌법에 반한다.

⑧ 우리나라에서는 인혁당재건위 사건³⁷⁾ 피해자³⁸⁾를 비롯한 적지 않은 분들이 사법살인을 당했다. 이런 사법살인이 일어났던 것은 사형제가 존재하고 있었기 때문이다. 사법살인을 피하기 위한 최선의 방법은 사형제 폐지에 있음은 분명하다. 재판에 의한 사형을 방지하기 위해서도 사형제의 폐지가 불가피하다.

⑨ 사형제는 살인 범죄를 비롯한 반인륜적 범죄에 대한 실질적 예방효과가 없다. 유엔인권이사회는 1988년과 2002년 두 차례에 걸쳐 사형제 존치가 살인사건을 실질적으로 예방할 수 있는가에 관한 광범위한 조사를 실시했으며, 그 결과 예방 효과가 있음을 입증할 수 없다고 밝혔다.

⑩ 사형제는 사형을 당한 자만 고통스럽게 하지 않는다. 사형을 집행해야 하는 교도관과 사형당한 자의 가족에게도 너무나 큰 고통을 안긴다.

⑪ 사형제는 세계인권선언 제2조³⁹⁾와 제5조⁴⁰⁾ 및 그 외 국제인권법⁴¹⁾과 기준에서 명시한 생명권과 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인

37) 인혁당재건위 사건은 중앙정보부의 조작에 의해 도예중 등이 기소되어 무려 대법원의 선고 18시간 만에 사형이 집행된 날조 사건이다. 1964년의 제1차 사건에서는 반공법, 1974년의 제2차 사건에서는 국가보안법·대통령 긴급조치 4호 위반 등에 따라 기소되었다. 1975년 4월 8일에 대법원이 사형을 선고한 후, 불과 18시간 만에 사형이 집행되었다. 인혁당재건위 사건은 국가가 법을 이용해 무고한 국민을 살해한 사법살인 사건이자 박정희 정권 시기에 일어난 대표적 인권 탄압의 사례이다.

38) 1975년 4월 8일 도예중 등 8명에 대한 사형이 집행됨.

39) 모든 사람은 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 기타의 지위 등에 따른 어떠한 종류의 차별도 없이 이 선언에 제시된 모든 권리와 자유를 누릴 자격이 있다.

40) 어느 누구도 고문 또는 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다.

41) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조 제1항: '모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 의하여 보호된다. 어느 누구도 자의

처우나 처벌을 받지 않을 권리를 침해하는 제도다. 특히 어떠한 고문도 인간에게 너무 잔인하고 사실을 왜곡하기 때문에 세계인권선언이나 국제인권법에서 금하고 있음을 볼 때 그런 고문보다 근본적으로 더 잔인한 사형제는 더욱 금지해야 하는 것이 논리적으로 타당하다.

⑫ 따라서 유엔총회는 2007년 이후 2020년까지 사형제도를 폐지할 목적으로 사형집행의 중단을 요구하는 총 8번째의 결의안을 채택했다. 유엔총회에서 채택된 결의안은 상당한 도덕적·정치적 무게를 지니며, 사형집행 모라토리움 결의안 채택을 통해 국제사회는 사형제도의 인권 문제를 우선순위로 두고 면밀한 조사를 진행할 수 있었다. 한국 정부는 2020년 12월 16일에 개최된 유엔총회의 제8차 사형집행 모라토리움 결의안의 동의에 처음으로 동참하였고, 이 결의안은 유엔총회에서 찬성 126개국의 동의로 최종 승인되었다.

⑬ 이 모든 이유와 더불어 사형제를 폐지해야 하는 마지막 이유는, 사형제가 품고 있는 위와 같은 문제점을 해소할 수 있고, 사형제와 동일한 정도로 반인륜적 흉악범의 재범 소지를 영원히 차단할 수 있는 ‘가석방 없는 절대적 종신형’을 대안으로 삼을 수 있기 때문이다. 특히 사람을 반복적으로 여러 번 살해하고, 그 방법이 잔인하여 반인륜적이며, 재범의 개연성을 지닌 자에 국한하여 가석방이 영원히 금지되는 절대적 종신형을 부과할 수 있도록 함으로써 절대적 종신형의 헌법상 위헌성을 피할 수 있다.

IV. 결론

인간의 존엄이란 “인격을 가진 인간의 자기 존재와 인간의 고유가치로서 모든 인간 자신을 위하고 동시에 그 자신을 목적으로 하는 존

적으로 자신의 생명을 박탈당하지 아니한다.’ 동 규약 제7조: ‘어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.’

재가치”를 의미할 때, 인간 존엄의 근거는 다음과 같다. ① 인간은 자기 자신의 자유와 안위를 위해서 타인과 상호 연대하고 협력하여 경제와 문화 및 사회질서를 형성하였고, 그렇게 형성된 인간사회는 그 구성원인 개개인의 자유와 평화 그리고 정의로운 삶의 유지에 존립기반을 이루었다. 인간의 이러한 능력은 “인간 자신에 대해 다른 생명체와는 근본적으로 구별되는 우월한 능력을 인정하고, 인간 자신을 존경받을만한 가치가 있는 주체”로 인정될 수 있도록 구조화되어 왔다. ② 인간은 그가 속한 사회의 발전을 위해 봉사하고 헌신한 주체이다. 우리 인간이 다른 인간의 봉사와 희생으로 인간다운 삶을 누릴만한 인간사회를 형성하였다면, 그 사회는 그런 인간을 위해 그에 합당한 존엄한 대상으로서 섬겨야 할 책무를 진다. ③ 성숙한 인간이라면 자신의 올바른 행위지침을 자신의 통찰력으로써 파악하여 건강하고 평화로운 사회를 형성해 나가야 할 책무를 다해야 한다. 인간사회에 대한 인간의 이러한 책무 부담에 대한 보답으로 사회나 국가는 인간을 존엄의 대상으로 삼아야 한다.

인간이 이처럼 국가나 사회로부터 존엄한 존재라면, 사회는 국민의 자유스럽고 민주적인 정치참여를 통하여 인류사회의 기본가치를 보장할 수 있는 통치 형태를 전제해야 하고, 다른 한편으로는 인간이 자기결정권과 행복추구권을 충분히 누릴 수 있는 법치국가원칙을 담보하여야 한다. 이 법치국가원칙이란 사회공동체 내에서 인간의 존엄과 가치가 충분히 실현될 수 있도록 행동규범을 마련하고, 이를 관철시키는 국가원칙을 의미한다. 또한 법치국가원칙의 실현을 위해서는 국가권력의 조직을 ‘견제와 균형의 원리’에 의해서 행하며 다음과 같은 실천적 원리를 충실히 반영해야 한다.

① 법치국가원칙은 국민의 자유·평화·정의의 실현에 두고 있다는 점에서 국가작용은 명확성, 특정성, 계산가능성과 예측 가능성, 객관성, 안전성 등의 절차적·형식적 요건을 지켜야 한다. ② 법치국가원칙은 입법의 형성과 행정작용에 관해 과잉금지 내지 비례성의 원칙에 입각해야 한다. 비례성의 원칙을 판단할 때 목적의 정당성, 수단의 적

합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성은 중요한 평가 기준으로 인정되어야 한다. ③ 죄형법정주의를 비롯하여 무죄추정의 원칙과 적법절차의 원칙은 철저히 준수될 수 있어야 한다. 따라서 법관에 의한 사법적극주의는 용납될 수 없다. ④ 법치국가원칙은 헌법상 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다. 특히 생명과 신체의 자유와 평등권 및 사회적 자치에 관한 본질적 침해가 없어야 한다. 예컨대 생명은 인간의 존엄을 구성하는 중추이기에 생명의 박탈은 어떠한 경우에도 허용될 수 없고, 따라서 형벌제도로써 사형제는 우리 헌법과 실정법에서 결코 용납될 수 없는 제도다.

그럼에도 적지 않은 법조인들은 인간 존엄의 핵심적 내용에 제한을 가할 수 있다는 점을 찬성하는데 주저하지 않는다. 상당수의 법조인들은 인간의 존엄의 본질적 내용에 해당하는 인간의 생명권을 박탈하는 사형제를 적극적으로 주장하기도 한다. 심지어 인간의 존엄성과 기본적인 인권의 보장을 위해 누구보다 기여했던 칸트조차 사형수에 대한 생명의 박탈을 찬성하였다. 그는 어떤 섬나라 사람들이 그 나라를 해체하기로 결정한다면 사람을 죽인 사형수에 대해 그 섬나라의 해체 이전에 사형시키는 것이 정당하다고 주장한다. 칸트의 입장에서 사람을 죽인 자를 사형시키는 것은 악행에 대한 정언명령이자, 정의에 해당하는 것이기 때문이다. 법학계나 법조인들 중 일부는 칸트의 이러한 입장을 대단한 진리인 것처럼 반복적으로 인용하거나, 사형제도의 존치 근거로 사용하기도 한다.

그러나 칸트의 이와 같은 사고방식은 적지 않은 논리모순을 품고 있다. 왜냐하면 칸트는 인간은 결코 수단이 아니며 목적 그 자체라고 줄곧 주장했기 때문이다. 사형수에 대한 사형집행이 사회정의를 위해 불가피한 정언명령을 실현하는 것이라 주장한 칸트의 말은 곧 인간은 그 자체로 목적이 아니며 사회정의를 실현시키려는 수단이라는 것을 자인한 셈이다.

<Abstract>

Human dignity and the rule of law

Hoh, Il Hae*

When human dignity means “the self-existence of a human being with a personality and the value of existence for all human beings themselves and for their own purposes at the same time”, the basis for human dignity is as follows. Humans formed the economy, culture, and social order in solidarity and cooperation with others for their own freedom and safety, and the human society thus formed the basis for the maintenance of individual freedom, peace, and just life. This ability of humans has been structured to “recognize the superior ability to be fundamentally distinguished from other living things about themselves and to be recognized as a subject worthy of respect for themselves.” Human beings are subjects who have served and devoted to the development of the society to which they belong. If we have formed a human society that deserves human life through the service and sacrifice of other humans, the society is responsible for serving such humans as a decent object. If you are a mature human being, you are the subject who is responsible for forming a healthy and peaceful society by grasping your correct behavioral guidelines as your own insight. As a burden on humans' responsibility for human society, society or the state should make humans the object of dignity.

If humans are so dignified from the state or society, they must

* Dong-a University Law School.

be a society that presupposes a form of governance that can guarantee the basic values of human society through free and democratic political participation, and on the other hand, the rule of law can be guaranteed to fully enjoy human self-determination and happiness. When this rule of law means a code of conduct so that human dignity and value can be sufficiently lost within a social community, the following practical principles must be faithfully operated, including the organization of state power ‘the principle of checks and balances’.

Since the rule of law places the realization of freedom, peace, and justice of the people, the state action must comply with procedural and formal requirements such as clarity, specificity, computability and predictability, objectivity, and safety. The rule of law should be based on the principle of excessive prohibition or proportionality regarding the formation and administrative action of legislation. When judging the principle of proportionality, the legitimacy of the purpose, the suitability of the means, the minimum damage, and the balance of legal interests should be recognized as important evaluation criteria. The principle of presumption of innocence and the principle of due process, including the principle of legality, must be thoroughly observed. Therefore, judicial activism by judges should be unacceptable. The rule of law should not infringe on the essential content of basic rights under the constitution. In particular, there should be no inherent infringement on life and body freedom, equal rights, and private autonomy. For example, since life is the backbone of human dignity, deprivation of life cannot be allowed in any case, so the death penalty as a punishment system is never acceptable in our constitution and actual law.

Keywords: Human dignity, rule of law, human rights, Prohibition of Intrinsic Infringement, *nullum crimen nulla poena sine lege*