

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인은 1997. 2.경 서울 강남구 논현동 소재 실반 주점에서 피고인과 평소 친분이 있는 서울시장이자 부시장에게 청탁하여 삼풍백화점 붕괴사고 이후 주식회사 삼풍건설산업으로부터 재산관리처분 권한을 위임받아 서울시에서 매각입찰을 추진 중에 있던 제주 서귀포시 소재 여미지 식물원을 주식회사 1에서 수의계약으로 매입할 수 있도록 해 달라는 취지의 부탁과 함께 주식회사 2의사장공소의 2로부터 주식회사1의 대표이사 공소의 1이 제공하는 3,000만원을 교부받아 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다는 것이다.

나. 피고인 진술의 요지

이에 대하여 피고인은 1997. 4. 30. 종전부터 피고인을 후원하고 있던 공소의 2로부터 민주당 대통령선거 후보경선 후원금으로 공소의 2, 공소의 3, 공소의 4가 각 1,000만원씩 낸 3,000만원을 받은 사실이 있을 뿐이고 위 공소사실에서 말하는 청탁과 관련하여 돈을 받은 바가 없다고 변호하고 있다.

다. 원심의 판단

원심은 검사가 작성한 공소의 1, 공소의 2 및 공소의 4에 대한 각 진술조서는 모두 증거능력이 있다고 판단하고 이 증거에 공소의 1과 공소의 2의 제1심법정 진술, 검사 작성의 김희완에 대한 진술조서의 기재 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

라. 대법원의 판단

(1) 검사가 작성한 공소의 1, 공소의 2 및 공소의 4에 대한 각 진술조서의 증거능력에 관하여 본다.

(가) 원심은, 위 사람들은 모두 제1심법정에서 위 각 진술조서에 서명 무인하였음을 인정하고 있고, 이 사건에 관한 검찰수사 과정에서 여러 차례 늦은 시각까지 조사가 이루어진 사정을 엿볼 수 있으나, 이러한 사정만으로 그 진술에 임의성이 없다고 단정할 수는 없다는 이유에서, 검사가 작성한 공소의 1, 공소의 2 및 공소의

4에 대한 각 진술조서는 모두 증거능력이 있다고 판단하였다.

(나) 임의성 없는 진술의 증거능력을 부정하는 취지는, 허위진술을 유발 또는 강요할 위험성이 있는 상태 하에서 행하여진 진술은 그 자체가 실제적 진실에 부합하지 아니하여 오판을 일으킬 소지가 있을 뿐만 아니라 그 진위 여부를 떠나서 진술자의 기본적 인권을 침해하는 위법 부당한 압박이 가하여지는 것을 사전에 막기 위한 것이므로, 그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 입증할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하여야 한다(대법원 1998. 4. 10. 선고 97도3234 판결, 1999. 1. 29. 선고 98도3584 판결 및 등 참조).

(다) 기록에 의하면, 공소의 1, 공소의 2와 공소의 4에 대한 검사의 조사과정에서 관하여 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 공소의 1은 주식회사 1이 위법한 방법으로 한국부동산신탁 주식회사로부터 약 959억 원의 금융지원을 받은 사건과 관련하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 등으로 1998. 6. 10. 구속되고, 공소의 2는 같은 사건과 관련하여 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)죄로 같은 달 23일 구속되었으며, 공소의 4는 같은 사건과 관련하여 같은 죄로 같은 달 24일 구속되어, 각 같은 달 26일 기소되었는데, 1998. 8. 4.부터 이 사건에 관한 참고인으로 검찰에 소환되어 조사를 받았다.

② 검사는 공소의 1에 대한 조사를 같은 해 9. 17.까지 진행하면서 작성한 6회의 진술조서를, 공소의 2에 대한 조사를 같은 해 8. 31.까지 진행하면서 작성한 5회의 진술조서를, 공소의 4에 대한 조사를 같은 해 9. 2.까지 진행하면서 작성한 4회의 진술조서 중 제3회 진술조서와 제4회 진술조서를 각 이 사건의 증거로 제출하였다. 증거로 제출된 공소의 1에 대한 제1회 진술조서는 1998. 8. 11.에, 제2회 진술조서는 8. 12.에, 제3회 진술조서는 8. 17.에, 제4회 진술조서는 8. 18.에, 제5회 진술조서는 9. 5.에, 제6회 진술조서는 9. 17.에 각 작성된 것으로 되어 있고, 공소의 2에 대한 제1회 진술조서는 1998. 8. 4.에, 제2회 진술조서는 8. 8.에, 제3회 진술조서는 8. 12.에,

제4회 진술조서는 8. 17.에, 제5회 진술조서는 8. 31.에 각 작성된 것으로 되어 있으며, 공소외 4))에 대한 제3회 진술조서는 1998. 8. 15.에, 제4회 진술조서는 1998. 9. 2.에 각 작성된 것으로 되어 있다.

③ 공소외 1은 1998. 6. 26. 공소제기된 후공소외 2에 대한 최초의 진술조서가 작성되기 전까지, 1998. 6. 27., 6. 29., 7. 1., 7. 2., 7. 3., 7. 4., 7. 6., 7. 7., 7. 8., 7. 10., 7. 13., 7. 14., 7. 22., 7. 23. 등 27일 동안 합계 14회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았고, 이 사건에 관하여 공소외 2에 대한 최초의 진술조서가 작성된 후 자신에 대한 최초의 진술조서가 작성되기 전까지 1998. 8. 4.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:25), 8. 5.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 02:50), 8. 6.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 03:00), 8. 7.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:30), 8. 8.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 00:15), 8. 10.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 04:05) 등 7일 동안 합계 6회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았으며, 제1회 진술조서가 작성된 날부터 제6회 진술조서가 작성된 때까지 1998. 8. 11.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 07:20), 8. 12.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:35), 8. 13.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:45), 8. 14., 8. 17., 8. 18.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 00:10), 8. 19.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 03:30), 8. 20., 8. 21., 8. 28.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 02:10), 8. 30.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 02:00), 8. 31.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 06:40), 9. 1.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 03:25), 9. 2., 9. 3., 9. 4., 9. 5., 9. 6.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:30), 9. 7.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:45), 9. 8.(구치소로 돌아오지 못하고 바로 다음 날의 조사로 이어졌음), 9. 9.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 06:45), 9. 11.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:00), 9. 12., 9. 13., 9. 14.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 00:10), 9. 15., 9. 16., 9. 17. 등 38일 동안 합계 28회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았다.

이와 같은 소환조사를 비롯하여 검찰은 그 이후에도 피고인에 대한 이 사건 제1심 재판이 진행되는 동안 계속하여 수감중인 공소외 1을 조사 명목으로 소환하였는데 뒤에서 보는 바와 같이 헌법재판소는 2001. 8. 30. 선고한 99헌마496 결정에서 이러한 검찰의 권한 행사가 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서

위헌임을 확인하기까지 하였다.

④ 공소외 2은 1998. 6. 23. 위와 같이 구속된 후 이 사건에 관한 제1회 진술조서가 작성되기 전까지 1998. 6. 25., 7. 30., 7. 31. 등 3회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았고, 제1회 진술조서가 작성된 때부터 제4회 진술조서가 작성된 때까지 1998. 8. 4.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:25), 8. 5.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 02:50), 8. 6.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:10), 8. 7.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:30), 8. 8.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 00:15), 8. 10.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 04:05), 8. 11.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 07:20), 8. 12.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:35), 8. 13.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:45), 8. 14., 8. 17. 등 14일 동안 합계 11회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았으며, 제5회 진술조서는 법원의 보석결정으로 1998. 8. 17. 석방된 후인 같은 해 8. 31.에 작성되었다.

⑤ 공소외 4는 1998. 6. 26. 공소제기된 후 이 사건 수사가 시작되기 전에 1998. 6. 30., 7. 31. 등 2회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았고, 이 사건 수사가 시작된 후 8. 5.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 02:50), 8. 6.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:10), 8. 7.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:30), 8. 8.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 00:15), 8. 10.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 04:05), 8. 11.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 07:20), 8. 12.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:35), 8. 13.(구치소에 돌아온 시각 : 다음 날 01:45), 8. 14. 등 10일 동안 합계 9회에 걸쳐 검찰에 소환되어 조사를 받았으며, 제3회 진술조서는 법원의 보석결정으로 1998. 8. 14. 석방된 다음 날인 1998. 8. 15.에, 제4회 진술조서는 1998. 9. 2.에 각 작성되었다.

⑥ 공소외 2는, 제1심법정에서, “검찰에서 조서를 받은 후에 읽어보라고 하였으나 조사과정도 너무 힘들었고 진실을 이야기해도 받아들여지지 않는 상황에서 읽을 필요가 없다고 생각하여 대충 읽는 시늉만 하고 서명무인하였습니다.”(공판기록 178면)라고 진술하고, “검찰에 소환되어 주로 단독구치감에 구치되어 있었으며, 단독구치감에서 정신착란이 일어날 것 같아 무의식 중에 발버둥을 쳐 3일 정도는 합방구치감에 구치되었으며 조사 받을 때에는 파견 나온 젊은 특수부 형사들이 손바

다므로 증인의 목덜미, 허벅지 등을 수없이 구타하고 방바닥에 집어던져 왼쪽 무릎이 시퍼렇게 멍이 들기도 하였지요?”라는 변호인의 질문에 “예”라고 답변하였으며(공판기록 191면), “증인은 1998. 8. 17. 보석으로 석방된 후 안세병원을 거쳐 순천향병원에 1998. 9. 25.까지 입원, 그 이후 현재까지 통원하며 신경정신과 치료를 받아 오고 있지요?”라는 변호인의 질문에 “예”라고 답변하였고(공판기록 191면), “(1998. 8. 11. 검찰에 소환되어 조사받을 당시)공소의 1은 그 곳에서 증인에게 너무 힘들다, 검찰이 증인의 말은 믿지 않는다, 빨리 매듭짓자, 부인해야 불가능하다, 매나 맞을 것이다라고 말하였지요?”라는 변호인의 질문에 “예, 그렇습니다.”라고 답변하였으며(공판기록 193면), “증인은 1998. 8. 4.부터 그 때(1998. 8. 12. 소환조사시)까지 일요일만 빼고 하루도 거르지 아니하고 검찰에 소환되어 심신이 허약하여 더 버틸 수가 없었지요?”라는 변호인의 질문에 “예, 열흘 가까이 계속해서 소환되었습니다.”라고 답변하였고(공판기록 194면), “증인이 젊은 특수부 형사들이 손바닥으로 증인의 목덜미, 허벅지 등을 수없이 구타하고 방바닥에 집어던져 왼쪽 무릎이 시퍼렇게 멍이 들기도 하였다고 했는데, 사실인가요?”라는 검사의 질문에 “예, 사실입니다.”, “나중에 매일 불러다닐 때 젊은 조사관들이 공소의 4의 말과 증인의 말이 틀리니까 왜 틀리느냐, 진술을 계속 반복하는 것이 거짓말이 아니냐는 등 하면서 그렇게 했습니다.”라고 답변하였으며(공판기록 198면), “본 검사가 증인이 얘기하는 대로 조서에 안 적어준 것이 있나요?”라는 검사의 질문에 “증인이 뭘 요구를 해도 예를 들어 ‘경성 이재학 사장이 누런 봉투에다 1,000만원을 줬나?’ 물어서 증인이 ‘흰 봉투에다 줬다.’고 했는데 증인 얘기는 전연 묵살되었습니다. 증인이 진술을 하려고 하는 걸 받아 준 적이 없습니다. 그 당시 증인이 보석으로 나왔을 때라 굉장히 힘든 상태였는데 그 시점에서 김검사님한테 그렇게 한 번 조사 받은 적이 있습니다.”라고 답변하였다(공판기록 896면).

⑦ 공소의 4는, 제1심법정에서, 제3·4회 진술조서에 대하여 “구속되어 있을 때 진술했던 내용을 그대로 진술했기 때문에 꼭 사실이라고 이야기할 수는 없고 사실대로 진술한 내용도 있고 일부 사실이 아닌 내용도 있는데, 읽어보고 서명무인한 것은 맞습니다.”라고 진술하고, 사실과 다르게 진술한 이유에 관하여, “처음 연행되었을 때 어음 5,000만원건에 대해서 증인은 어음을 전혀 받은 사실도 없고 본 사실

도 없으며 2,000만원을 받은 사실밖에 없다고 누차 진술했는데, 그 때 조사를 담당했던 ... 검사가 ‘5,000만원을 받았든 7,000만원을 받았든 2,000만원을 받은 것은 사실 아니냐, 그렇다면 2,000만원에 대해서만 증인이 책임질 문제이고, 지금 밤도 꼬박 새고 서로 피곤한데 어음을 5,000만원 받았든 현금을 5,000만원 받았든 아무런 관계가 없으니까 아무렇게나 해도 좋다.’고 해서 그대로 진술했고, 그 다음 진술은 처음 진술을 그렇게 한 상태라 뒤집기도 그렇고 해서 앞 진술에 맞추어서 진술한 것입니다. 그리고 8. 15.자도 마찬가지로 ‘그냥 전에 진술한대로 대충 맞추고 들어갑시다. 우리도 노는 날 이게 뭘니까 피곤하게’라고 이야기하고, 그 당시 증인이피고인에게 돈을 전달한 것도 아니고 공소의 2이 어음을 받아서 할인을 했던 증인이 현금을 받았든 아무 관계가 없고 증인은 2,000만원을 받은 것에 대해서만 책임을 지는 것으로 했기 때문에 그대로 진술한 것입니다.”라고 진술하였고, “그 때 기소되지 않은 2,000만원권이 있었는데 검사가 똑바로 하지 않으면 바로 형을 받고 나올 때 쯤에 이것으로 기소하겠다. 너는 협조 안 하면 최하 7년을 살리겠다는 식으로 부담을 준 것은 사실입니다.”라고 진술하였다(공판기록 483면 이하).

(라) 위에서 본 바와 같이 공소의 1, 공소의 2와 공소의 4는 모두 별건으로 구속되어 있는 상태였는데다가 위 인정과 같은 소환의 횟수와 빈도, 조사시간 등으로 보아 과도한 육체적 피로, 수면 부족, 심리적 압박감 속에서 진술을 한 것으로 보여지고, 공소의 2와 공소의 4가 제1심법정에서 위에서 본 바와 같은 수사과정의 물리적, 정신적 강압상태를 진술하고 있는 사정에 비추어 보면, 검사가 작성한 공소의 2와공소의 1에 대한 각 진술조서와 공소의 4에 대한 제3회 진술조서는 모두 그 임의성을 의심할 만한 사정이 있다고 할 것인데 검사가 그 임의성의 의문점을 해소하는 입증을 하지 못하였으므로 증거능력이 없다고 할 것이다.

공소의 4에 대한 제3회 진술조서는 보석으로 석방된 다음날인 1998. 8. 15. 오전 8시경 검찰청에 소환되어 작성된 것으로서 구속되어 조사 받던 당시의 육체적 피로, 수면 부족, 심리적 압박감 및 물리적·정신적 강압상태가 계속된 상태에서 작성된 것으로 의심되고 위 진술조서가 보석으로 석방된 다음 날 작성된 것이라는 사정만으로는 위 진술조서 작성시의 임의성에 대한 의문점이 해소되었다고 볼 수 없으며

로 증거능력이 없다고 할 것이고, 공소의 2의 제5회 진술조서는 공소의 2이 보석으로 석방된 후 작성된 것이지만 구속 수사 중의 심리적 강압상태가 상당기간 유지되었을 것으로 보이고 더욱이 공소의 2가 구속 수사 중의 정신적 압박감의 후유증으로 정신과 치료를 받던 중에 작성된 것이어서 위 진술조서가 보석으로 석방된 후에 작성된 것이라는 사정만으로는 위 진술조서 작성시의 임의성에 대한 의문점이 해소되었다고 볼 수 없으므로 이 진술조서 역시 증거능력이 없다고 할 것이다.

다만, 공소의 4에 대한 제4회 진술조서는 공소의 4가 보석으로 석방된 후 2주 이상이 경과한 후에 작성된 것으로서 공소의 2와 같이 구속수사로 인한 정신적 압박감으로 정신과 치료를 받는 등 임의성을 의심할 만한 특별한 사정이 없으므로 증거능력이 있다고 할 것이다.

(2) 공소의 4에 대한 제4회 진술조서와 나머지 증거만으로 공소사실을 유죄로 인정할 수 있는지에 관하여 본다.

(가) 관계인들의 진술 내용은 다음과 같다.

1) 공소의 1은, 제1심법정의 1차 증인신문(공판기록 440면 이하)에서, ① 1997. 1. 경공소의 2을 통해서 피고인에게 서울시 관계자에게 영향력을 행사하여 서울시가 삼풍으로부터 재산관리처분권한을 위임받아 매각입찰을 추진하고 있던 서귀포 여미지 식물원을 주식회사 경성이 수의계약으로 매입할 수 있도록 청탁해 달라고 부탁한 사실, ② 며칠 뒤 리스본 술집에서 피고인을 직접 만나 피고인에게 서울시장이나 부시장에게 청탁해서 주식회사 1이 여미지 식물원을 좋은 조건으로 수의계약에 의해서 매수하고 그 대금을 서울시 금고에서 대출 받을 수 있도록 도와달라고 부탁한 사실, ③ 그 때 피고인이 공소의 2로부터 그 말을 들어서 알고 있다면서 서울시장과 김희완 부시장을 알고 있고 김희완 부시장에게 말해서 도와주겠다고 한 사실, ④ 공소의 2가 위 청탁과 관련하여 피고인에게 인사를 하여야 한다고 하면서 3,000만원을 달라고 하였으나 곧바로 주지 못하고 1997. 2.경공소의 2에게 5,000만원짜리 약속어음을 주면서 3,000만원은 피고인에게 여미지 식물원 청탁대가로 주고 나머지 2,000만원은 다른 청탁건으로 청와대 사정비서관에게 주라고 한 사실, ⑤ 구속된 뒤

공소의 2로부터 공소의 2가 당시 그 약속어음을 수표로 바꾸어서 그 중 3,000만원은 피고인에게 주고, 2,000만원은 공소의 4에게 주었다는 말을 들은 사실, ⑥ 공소의 2에게 어음을 준 10여일 후에 프라자호텔에서 서울시 정무부시장인 김희완을 만나 여미지 식물원을 수의계약으로 불하받고 그 대금은 서울시 금고에서 대출받을 수 있도록 해 달라고 부탁한 사실, ⑦ 그러자 김희완 부시장이 여미지 식물원의 수의계약은 가능한 것 같은데 대출건은 어렵지 않겠느냐면서 자기가 알아보겠다고 말한 사실, ⑧ 그 후 공소의 2로부터 김희완 부시장에게서 연락이 왔으니 김희완 부시장을 찾아가 보라는 말도 들었지만 자금 사정이 여의치 않아서 여미지 식물원을 당장 매입할 상황이 아니라 이를 계속 추진하지 않았던 사실을 진술하고, 2차 증인신문(공판기록 919면 이하)에서, ① 자신이 공소의 2에게 5,000만원짜리 어음을 준 후 공소의 2로부터 그 돈을 전달하였다는 말을 듣지 못하였고 물어보지도 않았으며, ② 5,000만원짜리 약속어음은 주식회사1 또는 계열회사인 주식회사 3의 명의로 발행된 것으로 회사 장부에 발행사실이 기장되었으며 경리장부는 검찰에 모두 압수되었고, ③ 5,000만원짜리 약속어음을 할인하여 현금화하는 데 필요한 이자는 공소의 2부담하기로 하였다고 진술하였다.

2) 공소의 2는, 제1심법정에서, ① 1996. 12.경 또는 1997. 1.경공소의 1으로부터 서울시에서 여미지 식물원 매각을 어떻게 추진하고 있는지, 수의계약이 가능한지에 관하여 서울시에 아는 사람이 있으면 이야기 해 달라는 부탁을 들었고, ② 리스본 술집에서 공소의 1과 함께 피고인을 만나 여미지 식물원에 관한 얘기를 하자 피고인이 내용은 잘 모르고 부시장인 김희완에게 한 번 연락해 보라고 말하는 것을 들었으며, ③ 공소의 1로부터 5,000만원짜리 약속어음을 받은 것은 1997. 2.경이 아니라 1997. 8.경이고 이를 공소의 4에게 건네 주었고, ④ 1997. 4. 30.경 실반주점에서 당시 민주당 대선후보경선에 출마한 피고인을 도울 목적으로 공소의 4, 공소의 3과 함께 각 1,000만원씩 합계 3,000만원을 각출하여 피고인에게 후원금으로 주었다고 진술하였다.

3) 또한 공소의 4는, ① 제4회 검찰신문에서는 1997. 2.경공소의 2로부터 5,000만원짜리 어음을 받았는데 공소의 2가 3,000만원은 피고인에게 후원금으로 주어

하니까 돌려달라고 하여 공소의 2에게 3,000만원을 주고 2,000만원은 자신이 사용하였다고 진술하였다가, 제1심법정에서는 진술을 번복하여 보원 이재학으로부터 5,000만원짜리 어음을 받은 사실이 없고 수표로 2,000만원을 받은 일이 있다고 진술하였고, ② 제4회 검찰신문에서는 공소의 2에게 공소의 1의 5,000만원짜리 약속어음을 교환하여 3,000만원을 주었는데 공소의 2가 그 3,000만원을 1997. 2.경 실반단란주점에서 피고인에게 주었다는 말을 공소의 2으로부터 들었다고 진술하였다가, 제1심법정에서는 진술을 번복하여 공소의 2가 피고인에게 3,000만원을 준 것은 1997. 2.경이 아니고 1997. 4.경이며 그 돈은 공소의 2, 공소의 3과 본인이 피고인의 민주당 대선후보경선출마를 후원하기 위하여 각 1,000만원씩 각출한 돈이라고 진술하였다.

4) 당시 서울시 부시장이었던 김희완은, 검찰에서는, 피고인으로부터 주식회사 1이 여미지 식물원을 매수하려고 하는데 이야기를 듣고 도와줄 수 있으면 도와주라는 부탁을 받고 규정을 어겨 도와주라는 부탁이 아니었기 때문에 공소의 2와 공소의 1을 프라자호텔 커피숍에서 만나 여미지 식물원 매입의사에 관한 말을 들었다고 진술하였고, 제1심법정에서는, 피고인으로부터 공소의 2와 공소의 1의 연락을 받아 달라는 부탁만 받았고 여미지 식물원을 적시하여 그들을 도와주라는 말을 듣지는 않았다고 진술하였다.

(나) 먼저 공소의 1의 1차 증언의 신빙성에 관하여 본다.

1) 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 공소의 1은 제1심에서 1998. 11. 11. 검찰측 증인으로 채택되어 증인신문이 예정되어 있던 1999. 2. 24. 제4회 공판기일, 1999. 4. 20. 제5회 공판기일, 1999. 6. 2. 제6회 공판기일에 출석하지 않았고, 1999. 6. 30. 제7회 공판기일에 출석하였으나 증언하기 어려울 정도로 어지럽고 머리가 아프므로 다음 기일에 증언하겠다고 하여 증인신문이 연기되었으며, 1999. 7. 20. 제8회 공판기일에는 다시 출석하지 않았고, 1999. 10. 5. 제11회 공판기일에 비로소 첫 증인신문이 이루어졌다.

② 검찰은 앞에서 본 바와 같이 이 사건 수사중에는 물론 이 사건 공판이 진행되고 있던 중에도 거의 매일 조사한다는 명목으로 공소의 1을 검찰청으로 소환하였

다. 즉, 검찰은 위공소의 1이 앞에서 본 사건으로 구속기소된 이후인 1998. 6. 27.부터 위공소의 1이 이 사건의 증인으로 처음 증언한 1999. 10. 5.까지 무려 270회나 수감중인 위 공소의 1을 검찰청에 소환하여 밤 늦은 시각 또는 그 다음날 새벽에 구치소에 돌아가게 하였는바, 그러한 소환 중 몇 번은 증인신문기일과 중복됨으로써 공소의 1이 법정에 출석하지 아니하고 검사실에 머물거나(1999. 6. 2. 제6회 공판), 출석하여도 심경에 혼란을 일으켜 증언할 태도를 정하지 못하고 재판부에 증인신문의 연기를 구하게 되는 결과를 빚었다(1999. 6. 30. 제7회 공판).

③ 공소의 1은 위와 같이 조사 명목으로 검찰청에 소환되어 있는 동안 담당검사의 승낙을 받아 가족 등과 전화통화를 하거나 사업관계로 전화통화를 하기도 하였으며(공판기록 428면), 제10회 공판기일 전날인 1999. 9. 20. 20:00경에는 검찰청에서 전영부에게 전화하여 증인으로 소환되어 있던 윤성기가 다음날의 재판에 나오지 않도록 해 달라고 부탁하기도 하였다(공판기록 937-8면).

④ 이러한 검찰권의 행사에 대하여 피고인이 헌법재판소에 위헌확인을 청구하였던바, 헌법재판소는 위와 같은 검찰의 공소의 1에 대한 소환 중 위공소의 1이 이 사건의 증인으로 채택된 다음날인 1998. 11. 12.부터 피고인이 구한 1999. 7. 20.까지의 145회에 걸친 소환은 위 이재학에 대한 편의를 제공하거나 피고인측 변호인들의 접근을 차단하기 위한 것이라는 이유로 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인하였다. 헌법재판소는 그 결정이유에서, 법원에 의하여 채택된 증인은 검사와 피고인 쌍방이 공평한 기회를 가지고 법관의 면전에서 조사·진술되어야 하는 중요한 증거자료의 하나로서, 비록 검사의 신청에 의하여 채택된 증인이라 하더라도, 그는 검사만을 위하여 증언하는 것이 아니며, 오로지 그가 경험한 사실대로 증언하여야 할 의무가 있는 것이고, 따라서 검사이든 피고인이든 공평하게 증인에 접근할 수 있도록 기회가 보장되지 않으면 안되며, 검사와 피고인 쌍방 중 어느 한편이 증인과의 접촉을 독점하거나 상대방의 접근을 차단하도록 허용한다면, 이는 상대방의 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 된다고 판단하는 한편, 구속된 증인에 대한 편의제공 역시 그것이 일방당사자인 검사에게만 허용된다면 그 증인과 검사와의 부당한 인간관계의 형성이나 회유의 수단 등으로 오용

형사절차에서의 인권보호

될 우려가 있고, 또 거꾸로 그러한 편의의 박탈 가능성이 증인에게 심리적 압박수단으로 작용할 수도 있으므로 접근차단의 경우와 마찬가지로 공정한 재판을 해하는 역할을 할 수 있다고 판시하였다(헌법재판소 2001. 8. 30. 선고 99헌마496 결정참조).

2) 원심은, 공소의 1의 진술을 믿고 채택한 이유에 관하여 그 진술의 동기나 이유 및 그 진술에 이르게 된 경위 등을 고려하면 신빙성이 있다고 판단하였는 바, 위에서 본 바와 같이 공소의 1의 제1심법정에서의 1차 증언은, 검찰측의 헌법위반적인 피고인측의 증인 접근차단과 증인에 대한 편의제공 중에 이루어진 것이므로 원심의 위 판단은 도저히 납득할 수 없는 것이고, 오히려 위와 같은 진술 경위 등에 비추어 보면 그 진술이 진실에 부합하는지에 관하여 강한 의심을 갖기에 충분하다고 할 것이다.

(다) 공소의 1의 1차 증언의 신빙성에 대한 위와 같은 의문을 참작하여 위에서 본 관계인들의 진술을 보건대, 다음과 같은 점에 비추어 보면 위 증거만으로는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하기에 부족하다고 할 것이다.

1) 기록에 의하면, 피고인은 공소의 1과 공소의 2로부터 서울시에서 매각하는 여미지 식물원의 수의계약과 관련하여 서울시에 알아봐 달라는 부탁을 받고 당시 서울시 부시장이던 김희완에게 위 사람들을 소개하는 전화를 한 사실은 있으나 그와 관련하여 누구로부터도 돈을 받은 일은 없고, 다만 1997. 4. 30. 공소의 2로부터 피고인의 민주당 대통령후보경선 출마에 대한 정치후원금으로 공소의 2, 공소의 3, 공소의 4가 각 1,000만원씩 각출한 3,000만원을 받은 사실이 있을 뿐이라고 주장하고 있고, 실제로 피고인은 같은 해 5. 19.에 실시된 민주당의 대통령후보경선에 출마한 사실이 있으며, 공소의 2와 공소의 3, 공소의 4는 모두 전부터 피고인이 잘 알고 있는 사람들인데 1997. 4. 30. 밤 피고인이 공소사실 기재의 실반주점에서 공소의 2등을 만난 사실이 있으며, 공소의 1은 1997. 1. 2.경에는 여미지 식물원의 매입 가능성을 알아보고 있었으나 그 후 주식회사 1의 자금사정이 어려워져 그 매입계획을 더 이상 추진하지 않고 있다가 결국은 이를 스스로 포기하고 만 사실이 인정되므로, 여미지 식물원과 관련한 청탁건으로 돈을 받았다는 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위하여서는 피고인이 공소의 2로부터 3,000만원을 받았다는 사실만으로

는 부족하고 그 받은 시점이 공소사실 기재대로 1997. 2.경임이 입증되어야 한다.

2) 이 점과 관련하여 관련자들의 진술을 보면, 위에서 본 바와 같이 공소의 1의 1차 증언과 공소의 4의 4차 검찰진술이 이에 부합하지는 하나 그 각 내용 중공소의 2가 실제로 피고인에게 1997. 2.경 3,000만원을 주었다는 부분은 모두공소의 2가 피고인에게 3,000만원을 전달하는 것을 직접 목격한 사실을 진술한 것이 아니고 보원 이재학으로부터 들은 말을 진술한 것인데 공소의 2의 법정증언이 위에서 본 바와 같이 이를 부인하고 있으므로 위 각 증언과 진술에서 보원 이재학으로부터 전문한 내용에 관한 부분은 형사소송법 제316조 제2항에 의하여 이를 유죄의 증거로 할 수 없을 뿐만 아니라, 공소의 1의 1차 증언은 위 (나) 기재와 같은 이유로, 공소의 4의 4차 검찰진술은 위에서 본 바와 같이 그의 법정증언에서 이를 번복한 점에 비추어 모두 선불리 믿을 수도 없다.

3) 또한, 공소의 1의 증언과 공소의 4의 검찰진술에 따르면 공소의 2가 피고인에게 주었다는 수표 3,000만원의 출처는 1997. 2.경 공소의 1이 공소의 2에게 교부한 5,000만원권 약속어음 1매에서 나왔다는 것이고, 한편 공소의 1은 2차 증언에서 그 약속어음은 주식회사 1 또는 주식회사 3의 명의로 발행된 것으로 회사장부에 발행사실이 기장되어 있다는 것이므로, 금융자료를 추적하면 공소의 1이 공소의 2에게 과연 1997. 2.경 5,000만원권 약속어음 1매를 교부하였는지(위에서 본 바와 같이 공소의 2은공소의 1로부터 5,000만원권 약속어음을 받은 시점이 1997. 8.경이라고 증언하고 있다), 공소의 2가 이를 어떻게 사용하였는지 등에 관한 결정적인 자료를 얻을 수 있을 것임에도 검찰은 1998. 8.에 이 사건을 수사하면서도 이러한 자료를 전혀 확보하지 못하고 있다. 무릇 거액의 어음이나 수표가 부정하게 오고간 사실이 공소사실로 되어 있는 사건에서 피고인이 이를 부인한다면 금융자료의 추적은 필수적이라 할 것인데도 이를 추적하지 않았다면 추적하지 못할 특별한 사정이 없는한 입증책임을 진 검사의 불이익으로 돌아감이 마땅하다.

4) 그밖에 김희완의 위와 같은 검찰진술만으로는 피고인이 공소의 2로부터 1997. 2.경 위 청탁과 관련하여 3,000만원을 받은 사실을 인정할 증거가 되지 못함은 명백하다.

(3) 그럼에도 불구하고, 원심이 검사가 작성한 공소외 1과 공소외 2에 대한 각 진술조서의 증거능력을 인정하고 그 증거에 공소외 1의 제1심법정에서의 진술과 윤성기의 검찰에서의 진술 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였으므로, 이러한 원심의 판단에는 임의성 없이 작성된 진술조서의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 한편 채증법칙을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

2. 1995. 8.경의 1,000만원 알선수재의 점에 대하여

가. 이 부분 공소사실의 요지

이 부분 공소사실의 요지는, 피고인은 1995. 8.경 서울 중구 장충동 소재 엠버서더 호텔 1층 커피숍에서 공소외 1로부터 주식회사 1이 추진중이던 고양시 탄현동 소재 탄현아파트 2,588세대 신축사업계획과 관련하여 고양시장에게 청탁하여 국토이용계획변경 및 건축기본계획심의와 아파트사업계획승인을 조속히 처리해 주고 편의를 받을 수 있도록 해달라는 부탁과 함께 1,000만원을 교부받아 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다는 것이다.

나. 피고인 진술의 요지

이에 대하여 피고인은, 종전부터 피고인을 후원하고 있던 공소외 2로부터 공소외 1을 소개받은 후 공소외 1을 피고인과 같은 정당 소속인 고양시장에게 소개해 달라는 부탁을 받고, 피고인은 고양시장을 알지 못하므로 같은 정당의 고양시지구당위원장인 공소외 5를 찾아가 부탁해 보라고 말하였을 뿐, 공소사실과 같은 부탁을 받은 사실이 없고 공소외 1로부터 1,000만원을 받은 사실도 없다고 변호하고 있다.

다. 원심의 판단

원심은 검사가 작성한 공소외 1과 공소외 2의 각 진술조서는 모두 증거능력이 있고 이 증거에 공소외 1과 공소외 2의 법정진술 및 신동영의 검찰진술을 종합하면, 이 부분 공소사실을 인정하기에 충분하다고 판단하여 위 공소사실을 유죄로 인정하였다.

라. 상고이유에 대한 판단

(1) 검사가 작성한 공소외 1과 공소외 2에 대한 각 진술조서는 그 진술의 임의성에 의심이 있어 유죄의 증거로 삼을 수 없음은 위에서 살펴본 바와 같다.

(2) 나머지 증거만으로 공소사실을 유죄로 인정할 수 있는지에 관하여 보건대, 공소외 1의 제1심법정에서의 2차 증언, 공소외 2의 제1심법정 진술, 신동영의 검찰에서의 진술과 피고인의 진술 등에 의하면, ① 피고인이 공소외 2의 소개로 1995. 8.경 엠버서더 호텔 커피숍에서 공소외 1을 만나 주식회사 1이 추진중이던 고양시 탄현아파트 건설사업에 관하여 고양시장에 대한 청탁을 부탁받은 사실, ② 피고인이 위 부탁을 받고 공소외 1에게 자기는 고양시장을 직접 알지 못하니 그를 잘 아는 민주당 고양시지구당위원장인 공소외 5를 찾아가 보라고 하면서 피고인이 직접 공소외 5에게 전화하여 공소외 1에게 고양시장을 소개해 줄 것을 부탁한 사실, ③ 그 후 공소외 5가 피고인의 소개로 공소외 1을 만난 후 위 아파트 건설사업과 관련하여 고양시장에게 청탁사항을 전달하는 한편 공소외 1을 고양시장에게 소개하였으며, 고양시장 신동영이 공소외 1로부터 위 아파트 건설사업과 관련한 청탁사항을 듣기도 한 사실, ④ 피고인이 1995. 8.경 엠버서더 호텔 커피숍에서 공소외 1로부터 위 부탁을 들은 직후 공소외 2를 통하여 1,000만원을 받은 사실(공소외 2의 진술에 의하면 그가 봉투에 든 금액을 확인하지 않았다는 것이지만 그 돈이 공소외 1이 준비한 돈이라는 점은 시인하고 있고, 그 돈을 준비한 공소외 1이 봉투에 든 돈의 금액이 1,000만원이라고 진술하고 있으며 그 봉투에 든 돈의 금액이 공소외 1의 진술과 다르다고 볼 아무런 증거가 없는 이상 피고인에게 전달된 돈의 금액을 1,000만원이라고 봄이 상당하다)을 인정할 수 있는 바, 이러한 사실과 피고인, 공소외 5, 고양시장의 각 민주당 내에서의 지위와 경험칙에 비추어 보면, 피고인이 공소외 2를 통하여 받은 돈은 단순히 피고인이 공소외 1에게 공소외 5를 소개한 댓가라거나 공소외 2가 그 명목으로 말해 주었다는 '용돈'이라고 볼 수는 없고, 위 탄현아파트 건설사업과 관련하여 고양시장에게 피고인의 정치적 영향력을 이용한 알선의 대가로 수수된 돈이라고 보아야 할 것이고, 피고인이 공소외 5에게 전화한 구체적 내용, 피고인에게 전달된 돈이 현금인지 수표인지, 전달 당시의 주변상황 등의 구체적 정황

에 관하여 다소 불확실한 점이 있다고 하더라도 달리 볼 수는 없다.

변호인은 상고이유에서, 피고인이 공소의 1과 공소의 2의 부탁을 받고 고양시장을 잘 아는 공소의 5를 소개하였을 뿐이므로 피고인의 행위는 특정범죄가중처벌에 관한법률 제3조 소정의 알선수재죄의 구성요건에 해당하지 않는다고 주장하지만, 피고인의 정당 내에서의 지위와 같은 정당 소속의 고양시지구당위원장인공소의 5및 같은 정당 공천으로 당선된 고양시장에 대한 정치적 영향력을 참작하면 피고인이 단순히 공무원인 고양시장에게 알선을 하여 줄 제3자인 공소의 5를 소개만을 한 것이 아니라 피고인 이공소의 5를 통하여 고양시장에게 알선한 것으로 보아야 할 것이고, 상고이유에서 들고 있는 대법원 2000. 10. 14. 선고 99도3115 판결은 이 사건과 사안을 달리하는 것으로서 이 사건에 원용하기에 적절한 판례가 아니다.

(3) 따라서 원심이 검사 작성의 공소의 1과 공소의 2에 대한 각 진술조서의 증거능력을 인정하고 이를 유죄의 증거로 한 데에는 임의성이 의심되는 진술조서의 증거능력에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 공소의 1의 제1심법정에서의 1차 증언의 신빙성에 관하여도 필요한 주의를 다 기울이지 않은 잘못이 있지만, 나머지 증거만으로도 위 공소사실을 유죄로 인정하기에 충분하므로 결국 원심이 위 공소사실을 유죄로 판단한 결론은 정당하다고 할 것이어서 위 공소사실에 관한 상고이유는 받아들일 수 없다.

3. 그렇다면 원심판결 중 1997. 2.경의 3,000만원 알선수재의 점을 유죄로 인정한 부분에 대한 상고에는 정당한 이유가 있고, 1995. 8.경의 1,000만원 알선수재의 점을 유죄로 인정한 부분에 대한 상고에는 정당한 이유가 없다고 할 것이나, 원심은 이들 각 죄를 유죄로 인정하고 형법 제37조 전단의 경합범에 해당한다고 하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 전부를 파기하고, 이 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

제 4 부

수사 관련 헌법재판소 결정례

변호인의 조력을 받을 권리에 대한 헌법소원

<헌법재판소 전원재판부 1992. 1. 28. 91헌마111 [위헌확인·위헌]>

【개 요】

가. 사건의 배경

이 사건은 신체구속을 당한 사람이 수사관의 개입없이 변호인과 자유롭게 접견할 수 있다는 것을 헌법적으로 확인하면서 미결수용자의 변호인접견에 교도관을 참여하도록 한 행형법의 규정에 대하여 위헌이라고 결정한 사건이다.

종래 우리나라의 수사 및 행형관행과 법령은 피의자·피고인의 변호인의 조력을 받을 권리 등 인신보호를 위한 사법절차적 기본권을 규정한 헌법의 정신을 충분히 인식하지 못하여 왔다. 대법원은 지난 1990년 9월 25일 변호인의 접견교통을 금지한 상태에서 이루어진 피의자신문조서의 증거능력을 부인하는 판결(90도1586)을 내려 수사기관의 불법적인 변호인접견불허관행에 제동을 걸었다. 이에 따라 변호인접견은 허용되었지만 변호인접견방식을 둘러싼 시비는 여전히 끊이지 않았다. 구속피의자와 변호인이 접견하는 자리에서 수사관이 입회하여 대화내용을 기록하고 심지어 사진촬영까지 하는 등 자유로운 접견을 방해하여 재야법조계에서는 지속적으로 그 시정을 요구해 왔지만 제대로 개선되지 않았다.

한편 이러한 변호인접견권 제한의 관행은 일정한 법적 근거를 가지고 있었다. 이 사건에서 문제가 된 행형법(1980. 12. 22. 법률 제3289호로 개정된 것) 제18조 제3항은 수형자의 접견과 서신의 발송은 교도관의 참여 또는 검열을 요하도록 규정하고 동법 제62조는 미결수용자에 대하여 수형자에 관한 규정을 준용하도록 하였으며 이에 따른 교도관집무규칙(1986. 12. 10. 법무부령 제291호) 제51조는 재소자의 접견 참여시 정복교도관이 재소자 및 접견자의 행동·표정·대화내용 등을 엄밀하게 관찰하여야 한다고 규정하였고 피의자유치및호송규칙(1991. 7. 31. 경찰청훈령 제62호) 제34조는 유치인과의 접견에 있어서 유치주무자는 가시거리에서 감시할 경찰관을

지정하도록 하고 있었다.

청구인은 국가보안법 위반 등 피의사건으로 국가안전기획부에 의하여 구속되어 경찰서 유치장에 수감되어 있던 중 1991년 6월 14일 17시부터 그 날 18시 경까지 국가안전기획부 면회실에서 그의 처 및 변호인과의 접견을 하게 되었다. 그 때 국가안전기획부 수사관 5명이 접견에 참여하여 대화내용을 듣고 또 기록하기도 하고 만나고 있는 장면을 사진을 찍기도 하므로 변호인이 이에 항의하면서 변호인과 피의자의 접견은 비밀이 보장되어야 하므로 청구인과 변호인이 따로 만날 수 있도록 해 줄 것과 대화내용의 기록이나 사진촬영을 하지 말 것을 요구하였으나 수사관들은 무슨 말든지 마음놓고 하라면서 변호인의 요구를 거절하였다. 이에 청구인은 국가안전기획부 수사관들의 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제2항이 신체구속을 당한 사람에게 보장하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 변호인의 조력을 받을 권리의 내용을 언급하면서 국가안전기획부 수사관들이 청구인의 변호인 접견시에 참여하는 것은 위헌임을 확인하고 행형법 제62조 중 동법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에 준용하도록 하는 것은 헌법에 위반된다고 결정하였다.

헌법 제12조 제4항이 보장하는 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러 가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것인바, 여기서의 변호인의 조력은 변호인의 충분한 조력을 의미한다.

변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이고 그 접견교통권이 충분히 보장되기 위해서는 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견이 가능해야 하며 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다 할 것이다.

그런데 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의

조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이기 때문에 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니라고 할 것이다.

다만 안전기획부 수사관들의 위헌적인 공권력행사는 이미 종료되었기 때문에 이를 취소하는 대신에 위헌적인 공권력의 행사가 또 다시 반복될 수 있는 위험성을 제거하고 변호인의 조력을 받을 권리의 내용을 명백히 하기 위하여 동 공권력 행사에 대하여 선언적 의미에서 위헌확인을 하고 나아가 그 위헌적인 공권력행사가 위헌법률에 기인한 것임이 인정되므로 헌법재판소법 제75조 제5항에 의거하여 행형법 제62조의 준용규정 중 동법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인접견에도 준용하도록 한 부분에 대하여 위헌이라고 결정한다.

다. 사후경과

헌법재판소는 이 결정에서 자유로운 변호인접견교통권을 변호인의 조력을 받을 권리의 핵심적인 내용으로서 어떠한 이유로도 그 제한이 정당화될 수 없다고 분명히 밝혔기 때문에 앞으로 수사기관의 변호인 접견불허처분이나 변호인 접견개입행위 등은 헌법상 용납될 수 없게 되었다.

이 결정에 대해서는 인신보호를 위한 헌법상의 기속원리에 속하는 무죄추정원칙과 인신보호를 위한 사법절차적 기본권으로서의 불리한 진술거부권 및 변호인의 도움을 받을 권리에 관해서 처음으로 그 직접적 효력과 국가작용에 대한 기속력을 명시적으로 인정한 매우 획기적인 헌법판례로서 우리 인권사에서 하나의 중요한 이정표를 제시하였다는 평가가 있다(허영, 변호인접견제한의 위헌성, 판례월보 1992년 4월호).

이 결정 이후 국회는 1995년 1월 5일 법률 제4936호로 문제된 행형법 규정을 "미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 자를 포함한다)과의 접견에는 교도관이 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다. 다만, 보이는 거리에서 수용자를 감시할 수 있다."고 개정하였다.

【결정요지】

1. 헌법소원의 대상이 된 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별 도움이 안되는 경우라도 그러한 침해행

위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있다.

2. 가. 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리는 무죄추정을 받고 있는 피의자·피고인에 대하여 신체구속의 상황에서 생기는 여러가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 작용하지 않게끔 보장하기 위한 것으로 여기서의 “변호인의 조력”은 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다.

나. 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통권이며 이러한 접견교통권의 충분한 보장은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한·영향·압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능하다.

3. 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다.

4. 청구인의 기본권을 침해한 피청구인의 위헌적인 공권력의 행사는 취소되어야 할 것이나 취소(取消)되어야 할 공권력(公權力)의 행사는 이미 종료되었으므로 이를 취소(取消)하는 대신 위헌적인 공권력의 행사가 또 다시 반복될 수 있는 위헌성(違憲性)을 제거하기 위하여 그리고 변호인의 조력(助力)을 받을 권리(權利)의 내용을 명백히 하기 위하여 피청구인의 공권력(公權力)의 행사(行使)에 대하여 선언적(宣言的) 의미(意味)에서 위헌(違憲)임을 확인(確認)한다고 한 사례(事例)

5. 가. 행형법 제62조가 “미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다.”라고 규정하여 미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 한 것은 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변

호인의 조력을 받을 권리를 침해하는 것이어서 헌법에 위반된다.

나. 피청구인의 위헌적인 공권력행사가 위와 같은 위헌법률에 기인한 것이라고 인정되므로 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 행형법 제62조의 준용규정 중 행형법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분에 대하여 위헌선언을 한 사례

【주 문】

1. 청구인이 1991. 6. 14. 17시부터 그날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서, 그의 변호인과 접견할 때 피청구인 소속직원(수사관)이 참여하여 대화내용을 듣거나 기록한 것은 헌법 제12조 제4항이 규정한 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌임을 확인한다.

2. 행형법(1950.3.2. 법률 제105호, 최후개정 1980.12.22. 법률 제3289호) 제62조는 그 중 행형법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 이 사건 기록에 의하면, 청구인이 1991. 6. 13. 국가보안법 위반 등 피의사건으로 국가안전기획부에 의하여 구속되어 서울 중부경찰서 유치장에 수감되어 있던 중 1991. 6. 14. 17시부터 그날 18시 경까지 국가안전기획부 면회실에서 그의 변호인인 조○환 변호사 및 그의 처 김○자와의 접견을 동시에 하게 되었는데 그 때 국가안전기획부 직원(수사관) 5인이 접견에 참여하여 가까이서 지켜보면서 그들의 대화내용을 듣고 또 이를 기록하기도 하고 만나고 있는 장면을 사진을 찍기도 하므로 변호인이 이에 항의하고 변호인과 피의자의 접견은 비밀이 보장되어야 하니 청구인과 변호인이 따로 만날 수 있도록 해 줄 것과 대화내용의 기록이나 사진촬영을 하지 말 것을 요구하였으나 수사관들은 “무슨 말이든지 마음놓고 하라.”고 말하면서 변호인의 요구를 거절한 사실과 청구인은 국가안전기획부 수사관들의 위와 같은 행위는 헌법 제12조 제2항이 신체구속을 당한 사람에게 보장하고 있는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것이라고 주장하고 1991. 6. 26. 이 사건 헌법소원의 심판청구를 하였음을 알 수 있다.

2. 헌법소원의 심판청구는 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해당한 경우에 할 수 있는 것이나 그러한 경우라도 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없으며, 또한 헌법소원의 심판청구를 할 만한 이익(권리보호의 이익)이 있어야 한다는 것이 원칙이다. 그러므로 이 사건 심판청구가 위와 같은 요건을 갖춘 것인가에 대하여 본다.

가. 형사소송법 제417조는 “검사 또는 사법경찰관의 구금·압수 또는 압수물의 환부에 관한 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할 법원 또는 검사의 소속 검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소 또는 변경을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있으므로 국가안전기획부 소속 수사관이 구속당한 사람의 변호인 접견에 참여하여 대화내용을 듣는 등, 자유로운 접견방해를 하는 것을 사법경찰관의 구금에 관한 처분으로 보아 위 법률조항에 따라 그 처분의 취소 또는 변경을 법원에 청구할 수 있을 것처럼도 보인다.

그러나 가사 그러한 청구를 하더라도 취소·변경 청구의 대상이 되어야 할 접견 방해행위는 계속 중인 것이 아니라, 이미 종료된 사실행위여서 취소·변경할 여지가 없기 때문에 법원으로서 재판할 이익이 없다고 하여 청구를 각하할 수밖에 없을 것이므로 형사소송법 제417조 소정의 불복방법은 이 사건의 경우와 같은 수사기관에 의한 접견방해에 대한 구제방법이 될 수 없고 헌법소원의 심판청구이외에 달리 효과있는 구제방법을 발견할 수 없다.

나. 청구인이 그것에 의하여 권리를 침해당하였다고 주장하는 변호인 접견 방해행위는 이미 끝났기 때문에 이제 이를 취소할 여지가 없고 그럼에도 불구하고 이 사건 헌법소원의 심판청구를 할 만한 이익이 있는 것인가가 문제된다.

헌법소원의 본질은 개인의 주관적 권리구제 뿐 아니라 객관적인 헌법질서의 보장도 하고 있으므로 헌법소원에 있어서의 권리보호이익은 일반법원의 소송사건에서 처럼 주관적 기준으로 엄격하게 해석하여서는 아니된다. 따라서 침해행위가 이미 종료하여서 이를 취소할 여지가 없기 때문에 헌법소원이 주관적 권리구제에는 별도로움이 안되는 경우라도 그러한 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호·유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우에는 심판청구의 이익을 인정하여 이미 종

료한 침해행위가 위헌이었음을 선언적 의미에서 확인할 필요가 있는 것이다. 이 사건의 경우, 신체구속을 당한 피의자나 피고인에게 보장된 변호인 접견권은 적정한 방어권행사를 통한 신체자유를 보장하기 위하여 매우 중요한 권리이고 변호인과의 대화내용에 대하여 비밀이 보장되어야 하는가의 문제는 고도의 기본권에 관한 매우 중요한 헌법 문제임에도 불구하고 신체구속을 당한 사람의 변호인의 조력을 받을 권리를 규정한 헌법 제12조 제4항이나 변호인 접견권을 규정한 형사소송법 제34조에는 그에 관하여 명시적인 언급이 없고 도리어 행형법 제62조는 수형자가 타인과 접견할 경우에 교도관이 참여하도록 규정한 동법 제18조 제3항의 규정을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용할 수 있도록 규정하고 있고 이 규정에 근거하여 법무부는 교도관집무규칙(1986. 12. 10. 법무부령 제291호) 제51조 제1항에 “정복교도관이 재소자의 접견에 참여하는 때에는 재소자 및 접견자의 행동, 표정, 대화내용 등을 엄밀하게 관찰하여야 한다.”라는 규정을 두고 구치소나 교도소에 수감된 피의자나 피고인의 변호인 접견에도 정복교도관이 참여하여 대화내용을 청취하도록 하고 있으며, 경찰청은 피의자유치및호송규칙(1991. 7. 31. 경찰청훈령 제62호) 제34조(변호인과의 접견에 관한 주의) 제1항에 유치인과의 접견에 있어서는 유치주무자가 지정하는 경찰관이 이에 참여하도록 하는 규정을 두어 신체구속을 당한 피의자와 변호인의 접견에는 당연히 경찰관이 참여하여 대화내용을 청취하도록 하고 있기 때문에 앞으로도 신체구속을 당한 피의자, 피고인이 접견할 때에는 구치소·교도소에서는 정복교도관이, 경찰서에서는 경찰관이 계속하여 참여할 것으로 보이므로 이처럼 제도적으로 시행되고 있는 변호인 접견방해의 시정을 위하여, 그리고 헌법상 보장된 변호인 접견권의 내용을 명백히 하기 위하여 비록 헌법소원의 대상이 된 침해행위는 이미 종료되었지만 그것의 위헌 여부를 확인할 필요가 있는 것이다. 따라서 이 사건 헌법소원은 심판청구의 이익이 있고 소원은 적법하다.

3. 그러므로 심판청구의 내용에 대하여 판단한다.

가. 헌법 제27조 제4항은 “형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다.”라고 하여 이른바 무죄추정의 원칙을 선언하였는데 공소가 제기된 형사피고인에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 이상, 아직 공소제기조차 되지 아니한 형사피의자에게 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 너무도 당연한 일이며 이 무죄추정의 원칙은 언제나 불리한 처지에 놓여 인권이 유린되기 쉬운 피의자, 피고인의 지

위를 옹호하여 형사절차에서 그들의 불이익을 필요한 최소한에 그치게 하자는 것으로서 인간의 존엄성 존중을 궁극의 목표로 하고 있는 헌법이념에서 나온 것이다. 이 무죄추정의 원칙으로 인하여 불구속수사, 불구속재판을 원칙으로 하고 예외적으로 피의자 또는 피고인이 도망할 우려가 있으나 증거를 인멸할 우려가 있는 때에 한하여 구속수사 또는 구속재판이 인정될 따름이다.

나. 피의자, 피고인의 구속은 무죄추정을 받고 있는 사람에 대하여 만부득이 인정되고 있는 제도이므로 구속이 도망의 방지나 증거인멸의 방지라는 구속의 목적을 넘어서 수사편의나 재판편의를 위하여 이용되어서는 아니됨에도 불구하고 이것이 수사기관이나 재판기관에 의하여 남용되기 쉬우며 구속된 피의자나 피고인은 그것만으로도 불안, 공포, 절망, 고민, 정신혼란 등 불안정한 상태에 빠지게 되고 수입감소, 수입감소, 사회활동의 억제, 명예의 추락 등 많은 불이익을 입게 되는데 특히 구속된 피의자의 경우는 자칫 자백을 얻어 내기 위한 고문·폭행 등이 자행되기 쉽고, 헌법이 보장하고 있는 진술거부권(헌법 제12조 제2항 후단)도 보장되기 어렵게 되고, 구속이 그 목적을 일탈하여 수사편의나 재판편의로 이용될 때 공소제기가 잘못되거나 재판이 잘못되어 원죄(冤罪)사건이 생기기 쉽다. 이처럼 무죄추정을 받고 있는 피의자, 피고인에 대하여 신체 구속의 상황에서 생기는 여러가지 폐해를 제거하고 구속이 그 목적의 한도를 초과하여 이용되거나 적용하지 않게끔 보장하기 위하여 헌법 제12조 제4항 본문은 “누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하여 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 조력을 받을 권리를 기본권으로 보장하고 있다. 그리고 “변호인의 조력”은 “변호인의 충분한 조력”을 의미한다.

다. 신체구속을 당한 사람에 대하여 변호인의 충분한 조력을 받게 하기 위하여서는 무엇보다도 먼저 신체구속을 당한 사람이 변호인과 충분한 상담을 할 수 있도록 해 주어야만 할 것이므로 변호인의 조력을 받을 권리의 필수적 내용은 신체구속을 당한 사람과 변호인과의 접견교통일 것이다. 변호인은 접견을 통하여 구속된 피의자, 피고인의 상태를 파악하여 그에 따른 적절한 대응책을 강구하고, 피의사실이 공소사실의 의미를 설명해 주고 그에 관한 피의자·피고인의 의견을 듣고 대책을 의논하며, 피의자나 피고인 진술의 방법, 정도, 시기, 내용 등에 대하여 변호인으로서의 의견을 말하고 지도도 하고, 진술거부권이나 서명날인거부권의 중요성과 유

효적절한 행사방법을 가르치고 그것들의 유효적절한 행사에 의하여 억울한 죄를 면할 수 있다는 것을 인식시켜야 하며, 수사기관에 의한 자백강요, 사술(詐術), 유도(誘導), 고문 등이 있을 수 있다는 것을 알려 이에 대한 대응방법을 가르쳐 허위자백을 하지 않도록 권고하고, 피의자로부터 수사관의 부당한 조사(유도, 협박, 이익공여, 폭력 등) 유무를 수시로 확인해야 하며, 피의자나 피고인의 불안, 절망, 고민, 허세 등을 발견하면 그 감정의 동요에 따라 격려하여 용기를 주거나 위문하거나 충고하여야 할 것이다. 그런데 이러한 일은 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견을 통하여서만 가능하고 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능할 것이다. 만약 관계공무원이 가까이서 감시하면서 대화내용을 듣거나 녹취하거나 또는 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성한다면 변호인의 이러한 활동은 방해될 수밖에 없고 이는 변호인의 조력을 받을 권리나 진술거부권을 기본권으로 보장한 헌법정신에 크게 반하는 일이다.

공소제기를 잘못하거나 오판 등에 의한 원죄(冤罪)는 구속된 피의자, 피고인과 변호인의 자유로운 접견교통에 의하여 사전에 예방될 수 있을 것이다.

라. 이상과 같이 변호인과의 자유로운 접견은 신체구속을 당한 사람에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리의 가장 중요한 내용이어서 국가안전보장·질서유지·공공복리 등 어떠한 명분으로도 제한될 수 있는 성질의 것이 아니다. 그리고 구속된 사람을 계호(戒護)함에 있어서도 1988. 12. 9. 제43차 유엔총회에서 채택된 “모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙” 제18조 제4항이 “피구급자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담은 법 집행 공무원의 가시거리(可視距離)내에서 행하여 질 수는 있으나 가청거리(可聽距離)내에서 행하여져서는 아니된다.”라고 적절하게 표현하고 있듯이 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니되며 계호나 그밖의 구실아래 대화장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니될 것이다.

마. 헌법 제12조 제4항이 보장하고 있는 “변호인의 조력을 받을 권리”의 내용이 이상과 같음에도 불구하고, 피청구인은 국가보안법 위반으로 신체구속을 당한 청구

인이 1991. 6. 14. 17시부터 그날 18시경까지 국가안전기획부 면회실에서 그의 변호인과 접견을 하는데 있어 소속직원(수사관)으로 하여금 접견에 참여하게 하고, 가까이서 지켜보면서 대화내용을 듣거나 기록하게 하였으니 이는 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 헌법에 위반되는 일이다. 청구인의 변호인 접견이 그의 처 김○자와의 접견과 동시에 있었고, 대화내용의 비밀이 보장되는 자유로운 접견이라야 한다는 것은 변호인 접견에만 적용되고 변호인이외의 자와의 접견에는 적용되지 않는 것이라 하여 그러한 경우에는 수사관을 참여시켜도 괜찮은 것 아닌가라는 의견이 있을른지도 모르나 구속된 사람과 변호인과의 대화내용에 비밀이 보장되어야 하는 이상, 변호인 이외의 자를 동시에 접견하는 경우라 하여도 변호인과의 대화내용이 청취당해서는 아니되는 것이므로 그 경우 역시 관계공무원의 참여는 허용될 수 없는 것이며, 구속된 자와 변호인 이외의 자와의 접견에 관계공무원의 참여가 꼭 필요한 경우라면 접견을 시키는 수사기관이나 교도소는 변호인 접견과 변호인이외의 자와의 접견을 분리하여 실시하면 되는 것이다. 그럼에도 불구하고 피청구인은 청구인으로 하여금 그의 변호인 및 그의 처와 동시에 접견을 시키면서(더구나 변호인은, 변호인 접견은 비밀이 보장되어야 한다면서 청구인과 따로 만날 수 있게 해 달라고 요구하였다) 소속직원을 접견에 참여시켜 대화내용을 듣거나 기록하게 하였으니 이는 위헌임을 면할 수 없다.

바. 결국 청구인의 기본권(변호인의 조력을 받을 권리)을 침해한 피청구인의 위헌적인 공권력행사는 취소되어야 할 것이나 취소되어야 할 공권력행사는 이미 종료되었으니 이를 취소하는 대신, 위헌적인 공권력행사가 또 다시 반복될 수 있는 위험성을 제거하기 위하여, 그리고 헌법 제12조 제4항에 규정된 변호인의 조력을 받을 권리와 내용(변호인과의 자유로운 접견을 포함한다는 것)을 명백히 하기 위하여 피청구인의 공권력행사가 위헌인 것임을 선언적 의미에서 확인하고, 나아가서 행형법 제18조 제3항에는 “수형자의 접견과 서신수발은 교도관의 참여 또는 검열을 요한다.”라고 규정되어 있는데 같은 법 제62조는 “미결수용자에 대하여 본법 또는 본법의 규정에 의하여 발하는 명령에 특별한 규정이 없는 때에는 수형자에 관한 규정을 준용한다.”라고 규정하여 미결수용자(피의자, 피고인)의 변호인 접견에도 행형법 제18조 제3항에 따라서 교도관이 참여할 수 있게 하였는 바 이는 앞에서 설명한 바와 같이 신체구속을 당한 미결수용자에게 보장된 변호인의 조력을 받을 권리를 침

해하는 것이어서 헌법에 위반되는 법률이고 피청구인의 위헌적인 공권력행사는 바로 위와 같은 위헌법률에 기인한 것이라고 인정되므로 헌법재판소법 제75조 제5항에 의하여 행형법 제62조의 준용규정 중 행형법 제18조 제3항을 미결수용자의 변호인 접견에도 준용하도록 한 부분에 대하여 위헌선언하기로 하여 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 전원의 찬성에 의한 것이다.

형사소송법 제331조 단서규정에 대한 위헌심판

< 법재판소 전원재판부 1992. 12. 24. 92헌가8 [위헌] >

【개요】

가. 사건의 배경

이 사건은 헌법 제12조 제3항의 영장주의와 적법절차원칙에 비추어 볼 때 구속 영장의 효력여부는 독립된 법관의 판단에 맡겨질 문제이지 검사의 의견에 따라 좌우될 수 없다면서 검사의 중형 구형이 있는 경우 무죄 등의 판결을 받아도 구속 영장의 효력이 지속되도록 한 형사소송법 제331조에 대하여 위헌결정한 사건이다.

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호) 제331조는 무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다고 규정하면서도 단서에는 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다고 규정하고 있었다. 따라서 구속된 피고인이 1, 2심의 재판에서 무죄선고를 받았더라도 검사의 구형량이 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고인 경우에는 대법원의 확정판결시까지 석방을 할 수 없었다.

피고인들은 강도상해 및 특수강도의 죄로 구속되어 1992년 3월 20일 제청법원인 서울형사지방법원에 공소제기되어 위 법원의 제1회 공판기일에 위 공소사실을 모두 자백하였고 증거조사 등 공판절차를 거친 후 검사로부터 각 징역 장기 10년, 단기 7년의 형에 해당한다는 취지의 구형을 받았다. 그런데 동법원은 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서 형사소송법 제331조 단서의 규정이 헌법에 위반된다고 보아 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 다음과 같이 구속에 대한 법관의 지위를 확인하면서 형사소송법

제331조 단서의 규정이 헌법에 위반된다고 결정하였다.

모든 국민은 헌법상 신체의 자유가 보장되며(헌법 제12조 제1항 전문) 법률에 따라 구속 등에 의하여 신체의 자유를 제한하는 경우는 적법절차의 원칙(헌법 제12조 제1항 후문, 동조 제3항)이나 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 따라 필요한 최소한에 그쳐야 할 것이기 때문에 법원 또는 법관은 구속영장의 발부 이후에 형사절차에 있어서 이러한 구속의 사유가 본래부터 존재하지 않는 사실이 밝혀지거나 원래 존재하였던 구속사유가 후발적으로 소멸한 것으로 인정되는 경우에는 형사절차의 어느 단계에서나 검사, 피의자, 피고인 또는 변호인 등의 신청에 의하거나 또는 직권으로 구속을 취소하여야 한다.

헌법 제12조 제1항과 제3항에서 규정하고 있는 적법절차의 원칙은 독자적인 헌법원칙으로서의 성격을 가진다 할 것이고 이 원칙과 결부된 헌법 제12조 제3항의 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법관의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 형사소송법 제331조 단서규정과 같이 구속영장의 실효여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.

피고사건이 중대함에도 불구하고 법관의 오판으로 피고인이 석방되면 신병확보가 어려워 국가형벌권의 행사를 할 수 없다는 위 법조항의 입법취지를 앞세워 구속 영장의 효력을 유지시키는 것이 불가피하다는 의견이 있으나 이는 형사소송법 제93조 등의 구속취소와 이에 대한 검사의 즉시항고절차 등을 비교하고 상급심에서도 필요에 따라 재구속할 수 있는 형사소송법상의 관계규정 등을 종합검토하면 위 단서규정은 기본권제한입법의 기본원칙인 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 원칙에도 반하는 것이므로 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 위배된다.

다. 사후경과

이 결정에 대해서는 불합리한 법조항을 바로 잡고 기본권을 한 차원 신장시킨다는 측면에서 의미가 크다(국민일보 1992. 12. 25.)는 평가가 있었다. 이 결정이 내려짐으로써 무죄 또는 집행유예 판결을 받고도 대법원의 최종판결시까지 구금생활을

형사절차에서의 인권보호

계속해야 했던 수많은 수감자들이 혜택을 입게 되었다.

이 결정 이후 국회는 1995년 12월 29일 법률 제5054호로 형사소송법을 개정하여 제331조 중 단서규정을 삭제하였다.

헌법재판소는 이 결정 이후 계속해서 이 결정에서 밝힌 영장주의와 적법절차원칙의 헌법적 의의를 재확인하였다. 즉 형사소송법 제97조 제3항에 대한 위헌제청사건(헌재 1993. 12. 23. 93헌가2)에서 법원의 보석허가결정에 대해 검사의 즉시항고권을 인정한 형사소송법 제97조 제3항은 피고인에 대한 법원의 석방결정에도 불구하고 즉시항고 제기기간인 3일동안 그리고 검사가 즉시항고를 하는 경우에는 그 즉시항고에 대한 항고심재판이 확정될 때까지 그 집행이 무조건 정지되어 피고인은 석방되지 못하고 신체의 자유를 박탈당한 채 계속 구속되어 있어야 하는 효과를 수반하는 규정이다. 이는 결과적으로 피고인에 대한 보석허가결정이 부당하다는 검사의 불복을 그 피고인에 대한 구속집행을 계속할 필요가 없다는 법원의 판단보다 우선시한 것이어서 구속 및 구속계속의 여부에 대한 판단을 독립이 보장된 법원의 결정에만 맡기려는 영장주의에 위반되고 그 내용에 있어 합리성과 정당성이 없으면서 피고인의 신체의 자유를 제한하는 것이므로 적법절차의 원칙에 반하며 기본권제한입법의 한계를 설정한 헌법 제37조 제2항의 과잉금지의 원칙에도 위반된다고 판시하였다.

【결정요지】

가. 헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항(一般條項)에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 구체적 내용도 합리성(合理性)과 정당성(正當性)을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 헌법 제12조 제3항에 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법원의 판단에 의하여 결정되어야 한다는 것을 의미하고, 따라서 형사소송법 제331조 단서 규정과 같이 구속영장의 실효 여부를 검사의 의견에 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.

나. 형사소송법 제93조 등의 구속취소와 이에 대한 검사의 즉시항고절차 등을 비교하거나 상급심에서도 필요에 따라 재구속할 수 있는 형사소송법상의 관계규정 등을 아울러 검토하여 보면 형사소송법 제331조 단서 규정은 기본권제한입법의 기본원칙인 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성(均衡性)의 원칙에도 반하는 것이므로 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 위배된다.

【주 문】

형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호) 제331조 단서의 규정은 헌법에 위반된다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

이 사건 관련사건의 피고인들은 나머지 공동피고인들 2명과 함께 강도상해 및 특수강도의 죄로 구속되어 1992. 3. 20. 제청법원인 서울형사지방법원에 각 공소제기되어 있는 자들인바, 피고인들은 위 법원의 제1회 공판기일에 위 공소사실을 모두 자백하였고 증거조사 등 공판절차를 거친 후 검사로부터 각 징역 장기 10년, 단기 7년의 형의 해당한다는 취지의 의견진술이 있었다.

제청법원은 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서 형사소송법 제331조 단서의 규정이 헌법에 위반되는지 여부가 위 피고인들에 대한 피고사건의 재판의 전제가 되고 나아가 위 규정은 헌법에 위반된다고 보아 직권으로 1992. 5. 30. 헌법재판소에 위 형사소송법 제331조 단서의 위헌여부의 심판을 제청하였다.

나. 심판의 대상

이 사건 심판의 대상은 형사소송법(1954. 9. 23. 제정, 법률 제341호) 제331조 “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다. 단 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.”의 규정 중 단서의 규정이 헌법에 위반되는지 여부이다.

2. 제청법원의 위헌심판제청이유

가. 제청법원이 검사로부터 “사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술”(뒤에서는 “10년 이상의 형의 구형”이라고만 한다)이 있는 관련사건의 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서, 이 사건 심판의 대상인 형사소송법(뒤에서는 “법”이라고 한다) 제331조 단서의 규정이 합헌이라고 한다면 피고인들에 대하여 “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결”(뒤에서는 “무죄 등의 판결”이라고만 한다)을 선고하게 되는 경우에도 구속영장의 효력이 상실되는 것이 아니라는 예외규정이 적용되어 구속영장의 효력을 상실시키는 효과가 있는 중국재판으로서의 무죄 등의 판결을 할 수 없으나, 이와는 달리 위 규정이 위헌이라고 한다면 법 제331조 본문 규정의 적용을 받아 구속영장의 효력을 상실시키는 효과가 있는 중국재판으로서 무죄 등의 판결을 할 수 있게 된다.

이와 같이 해당 법률규정의 위헌여부에 따라 비록 판결주문의 형식적 내용이 달라지는 것은 아니라 하더라도 그 판결의 실질적 효력에 차이가 있게 되는 것이므로, 이 법 제331조 단서 규정의 위헌여부는 제청법원이 관련사건에 대한 재판에 있어서 재판의 전제가 되어 위헌법률심판제청의 적법요건으로서 재판의 전제성이 있다.

나. 헌법과 그 헌법정신을 이어받은 형사소송법의 여러 규정에 의하면 형사소송절차에 있어서 피의자 및 피고인의 인권을 보장하기 위하여 국가의 형벌권과 피고인의 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 인권의 본질을 침해하지 않는 범위내에서만 그 법규의 합리성과 정당성이 인정될 수 있고, 이를 위하여 검사와 피고인이 대등한 위치에서 법원의 재판을 받도록 하고 있음이 명백하다. 그렇다면 법 제331조 단서의 규정은 피고인의 인권보장보다는 국가의 형벌권의 확보에 지나치게 큰 비중을 두고 있을 뿐만 아니라, 검사와 피고인에게 대등한 당사자로서 형사소송을 진행하도록 그 지위를 인정하는 당사자주의의 원칙에 위배되는 것으로서 검사에 대하여 피고인보다 우월적 지위를 인정하고 있는 것이므로, 헌법 제11조의 평등의 원칙과 헌법 제12조 제1항 후단 및 제3항의 적법절차주의 내지 영장주의의 원칙에 위배된다. 나아가 형사소송법상으로 보면 피고인에 대응하는 한쪽 당사자인 검사의 양형에 관한 의견진술에 불과한 검사의 구형에 대하여 지나치게 비중을 두어 피고인의 신체의

구속여부에 관한 법원의 판결의 효력을 제한하는 효과까지를 부여함으로써, 국가의 형벌권과 피고인의 인권보장에 관한 이익교량에 있어서의 법원의 전속적인 판단기능까지도 침해하였다는 점에서 헌법 제101조 제1항에 의하여 법원에 전속하는 사법권을 침해하고 헌법 제103조가 규정하는 사법권의 독립에 위배된다고 해석된다.

3. 법무부장관의 의견

가. 위헌심판제청의 적법성이 없다.

법 제331조 단서의 규정으로 말미암아 제청법원이 이 사건 관련사건에서 재판의 결론인 주문결정에 이르는 데 아무런 영향을 받지 않으므로, 이 사건 위헌심판제청은 재판의 전제성의 요건을 흠결하고 있어 부적법하다.

뿐만이 아니라 우리 형사소송법의 관계규정을 살펴 보면 법 제331조 단서의 규정을 위헌으로 단정하지 않더라도 제청법원은 보석, 구속취소 등의 방법으로 피고인을 석방할 수 있는 제도적 장치가 되어 있으므로, 관련사건의 경우와 같이 피고인에 대한 구속영장의 효력을 상실시킬 필요가 있는 사정이 있을 때에는 적절한 소송법적 해결을 기할 수 있어서 이 사건 위헌심판제청은 심판의 필요성이 없어 부적법하다.

나. 법 제331조 단서규정은 헌법에 위반되지 않는다.

이 법 제331조 단서의 규정은 무죄 등의 판결에 의한 구속영장의 효력상실은 판결확정시에 발생한다는 원칙에 의한 것이고 재판확정시까지 구속상태를 유지하는 것은 법원이 발부한 구속영장의 효력에 의하여 이루어지는 것이며, 더구나 구속을 계속할 필요가 없을 때에는 재판이 확정되기 이전이라도 구속취소 내지 보석제도에 의하여 피고인이 석방될 수 있는 제도가 보장되고 있는 이상, 헌법상 보장된 영장주의나 적법절차의 원칙에 위배되는 규정은 아니다.

그리고 이 법 제331조 단서의 규정은 사건의 중대성을 감안하여 법원의 오판으로 인한 석방을 방지하고 상소제도에 의하여 사회정의를 구현하는 검사에게 공익의 대표자이며 형벌권의 집행자로서 불가피하게 필요한 최소한의 규정일 뿐만 아니라, 법원은 이 법 제331조 단서의 규정에 구애됨이 없이 보석 또는 구속취소 등의 결정으로 피고인을 석방할 수 있는 수단이 소송법에 보장되고 있는 이상 법원에 전속

형사절차에서의 인권보호

된 사법권행사를 침해하는 것이 아니다. 또한 인신구속에 관한 법원의 전속적인 권한에도 합리적인 견제와 균형이 요구되므로 이러한 측면에서 사법권 독립을 보장한 헌법규정에 위배되지 않는다.

더구나 국가의 형벌권을 행사하는 검사의 구형은 형사소송의 한쪽 당사자로서의 의견진술에 불과한 것이 아니라 검사동일체의 원칙상 통일된 국가기관의 대외적 의견이며, 수사의 주재자로서 범죄사실을 직접 조사한 후 공판관여를 통하여 내린 최종결론이고 내부적으로 항소여부를 결정하는 기준이 되는 것이므로 검사의 구형은 사법권 독립에 있어서 견제와 균형으로서의 역할을 담당하고 있음을 명문화한 것이라고 못볼 바 아니어서 헌법상 사법권독립의 보장에 위배되는 것이 아니다.

끝으로 우리나라의 형사소송제도와 같이 검사의 상소제도가 인정되고 있는 이상 상소심을 통하여 제1심 판결의 번복가능성은 항시 존재하는 것이며 중대한 형사사건에서 피고인을 구속상태에서 재판하는 것은 항소심 및 상고심 법원의 재판심리와 집행유예를 보장하는 소송법적 의미도 있으므로, 법 제331조 단서의 규정은 법관의 인신구속에 관한 전속적인 권한을 침해하거나 사법권의 독립을 침해하는 것이 아니고 오히려 실제적 진실발견을 최고의 목표로 하는 형사소송제도하에서 반드시 필요한 최소한의 규정으로서 헌법에 위반되지 않는다는 것이다.

4. 판 단

가. 위헌심판제청의 적법성

(1) 먼저 위헌법률심판제청의 전치요건인 재판의 전제성에 관한 적법성을 살펴본다.

헌법 제107조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다.”고 규정하고 있고, 헌법재판소법 제41조 제1항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 때에는 당해 사건을 담당하는 법원(군사법원을 포함한다. 이하 같다)은 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청한다.”고 규정하고 있으므로 위헌법률심판제청이 적법하기 위하여는 문제된 법률의 위헌여부가 재판의 전제가 되어야 한다는 재판의 전제성이 있어야 하는데, 그 재판의 전제성이란 함은, 첫째 구체적인 사건이 법원에 계속 중이어야 하고, 둘째 위헌여부가 문제

되는 법률이 당해 소송사건의 재판과 관련하여 적용되는 것이어야 하며, 셋째 그 법률이 헌법에 위반되는지의 여부에 따라 당해 사건을 담당할 법원이 다른 내용의 재판을 하게 되는 경우를 말한다. 법률의 위헌여부에 따라 법원이 “다른 내용의” 재판을 하게 되는 경우라 함은 원칙적으로 제청법원이 심리 중인 당해 사건의 재판의 결론이나 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라, 문제된 법률의 위헌여부가 비록 재판의 주문 자체에는 아무런 영향을 주지 않는다고 하더라도 재판의 결론을 이끌어내는 이유를 달리 하는데 관련되어 있거나 또는 재판의 내용과 효력에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에는 재판의 전제성이 있는 것으로 보아야 한다.

따라서 제청법원의 당해 사건 재판 주문에 어떠한 영향을 주는 것 뿐만이 아니라 재판의 이유를 달리하게 되거나, 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미를 달리하는 경우에도 위헌법률심판제청의 전제요건인 적법성을 갖추었다고 할 것이다.

(2) 이 법 제331조 단서의 규정에 대하여 이와 같은 재판의 전제성이 있는지의 여부를 살펴본다.

이 법 제331조 본문의 규정은, “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다.”라고 하고 있어 문면상으로는 종국재판으로서의 무죄 등 판결의 선고가 있으면 이에 따라 피고인의 구속이 해제되는 부수적 재판의 효력이 있음을 규정하고 있어 실질적으로는 법원이 선고하는 무죄 등의 판결에는 동시에 구속취소의 결정이 당연히 포함되어 있는 것으로 되어 있으며, 이는 결과적으로 구속의 취소에 관한 법 제93조의 특례규정으로서의 법적 기속력을 가지고 있는 것이다.

그런데 이 법 제331조 단서는 “단 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.”라고 본문에 대한 예외규정을 두어 법원의 무죄 등의 판결선고에도 불구하고 구속영장의 효력이 상실되지 않는 예외를 설정함으로써 구속취소의 법적 효과를 배제하는 또 다른 이중적 특별규정을 두고 있다. 이러한 경우 법 제331조 단서규정의 위헌여부에 따라 형사판결의 주문 성립과 내용 자체가 직접 달라지는 것은 아니지

만 만약 위 규정이 위헌으로 법적 효력이 상실된다면 이 법 제331조 본문의 규정이 적용되어 제청법원이 무죄 등의 판결을 선고하게 될 경우에 그 판결의 선고와 동시에 구속영장의 효력을 상실시키는 재판의 효력을 가지게 되며, 이와는 달리 이 단서 규정이 합헌으로 선언되면 검사로부터 피고인들에 대하여 징역 장기 10년의 구형이 있는 위 피고사건에 있어서 당해사건을 담당하는 법원의 판결만으로는 구속영장의 효력을 상실시키는 효력을 갖지 못하게 되는 결과로 인하여 그 재판의 효력과 관련하여 전혀 다른 효과를 가져오는 재판이 될 것이다. 따라서 법 제331조 단서규정의 위헌여부는 제청법원이 검사로부터 장기 10년의 징역형 등에 해당한다는 취지의 의견진술이 있느냐 없느냐 여하에 따라 관련사건의 그 재판주문을 결정하고 기판력의 내용을 형성하는 그 자체에 직접 영향을 주는 것은 아니라 할지라도 그 재판의 밀접 불가결한 실질적 효력이 달라지는 구속영장의 효력에 관계되는 것이어서 재판의 내용이나 효력 중에 어느 하나라도 그에 관한 법률적 의미가 전혀 달라지는 경우에 해당하는 것이므로 재판의 전제성이 있다고 할 것이다. 따라서 제청법원의 이 사건에 대한 위헌법률심판제청은 적법하다고 아니할 수 없다.

(3) 다음은 형사소송법상 보석허가 및 구속취소 등의 제도적 장치가 보장되어 있어 위헌심판제청의 필요성과 적법성이 없다고 다두고 있으므로 이에 대하여 살펴본다.

위에서 본 바와 같이 법 제331조 단서 규정의 위헌여부에 따라 제청법원이 전제된 관련 재판사건에 대한 중국재판을 함에 있어서 그 재판의 실질적인 효력에 영향을 준다면 그것으로써 재판의 전제성은 성립된다고 하더라도 이러한 중국재판과는 별도로 제청법원이 보석의 허가, 구속집행정지, 구속취소 등에 관한 형사소송법 규정에 의하여 관련된 전제사건의 피고인들을 석방할 수 있는 제도적 장치가 되어 있어서 법 제331조 단서 규정에도 불구하고 피고인들이 인신구속으로부터 해제될 수 있기 때문에 위헌심판제청의 필요성이 없다고 다두고 있으나, 이는 피고인들에 대한 중국재판의 효력으로서 재판의 전제성 요건에 직접 관계되는 규정들이 아니며 더구나 구속영장의 실효여부를 규정하고 있는 법 제331조 단서규정과는 그 법률적 성질과 정책적인 입법목적이 전혀 다른 차원의 문제이고, 중국재판으로 구속의 효력이 당연 실효되는 구속실효와는 무관한 별도의 중간적 재판절차에 의하여 구속취소나 정지 등으로 보장되는 피고인의 소송법상의 지위와 기본권보장에 관한 별개의

제도이며, 더구나 그 법적 성질과 효력도 보석허가나 구속집행정지의 결정은 구속영장의 효력을 그대로 유지하면서 일시적으로 구속의 집행만을 정지시키는 제도에 불과한 것이어서 구속영장의 효력을 실효시키는 중국재판의 효력과는 전혀 다른 것이므로, 이러한 제도적 장치의 유무는 위헌법률심판제청의 적법성의 요건인 재판의 전제성 유무의 판단에 아무런 장애가 되지 않는다고 할 것이다.

나. 법 제331조 본문과 법률상의 구속사유 및 그 효력

(1) 이 법 제331조 단서의 규정은 본문 규정의 예외를 인정하는 특별규정이기 때문에 이 규정의 입법내용을 이해하기 위하여 먼저 동조 본문의 규정을 살펴 볼 필요가 있다.

법 제331조 본문이, “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다.”라고 규정한 입법취지에 관하여는 일반적으로 무죄 등의 판결을 선고하는 재판이 있는 경우에는 피고인의 형집행에 대한 두려움이 약하고 도망의 염려가 감소되어 형의 집행을 위한 신병확보의 필요가 적기 때문에 그 판결의 최종 확정전이라도 구속영장이 효력을 잃는 것으로 하기 위한 것이라고 설명되고 있다. 이는, 우리와 유사한 입법례를 가지고 있는 일본에서도 마찬가지로의 설명이며, 독일 및 프랑스 등에서도 그 나라 법제의 해석론을 통하여 알 수 있듯이 피고인에 대하여 무죄 등의 판결이 선고된 경우에는 구속취소의 사유가 존재한다는 법률상 추정에서 따라 조치하는 특별규정을 두고 있다는 점에 약간의 차이는 있으나 피고인에 대한 구속의 사유가 없거나 소멸된 경우에 준하여 즉시 석방하여야 한다는 법제를 갖추고 있는 것을 보면 이러한 원칙에서 나온 것임을 충분히 알 수 있고, 미국의 형사재판절차는 우리 나라 등 대륙법계 국가와는 커다란 차이가 있으나 무죄 등의 판결이 선고되는 경우에는 그 선고와 동시에 즉시 석방한다는 것은 더욱 엄격하게 지켜지고 있다. 그것은 법원에 의하여 발부된 구속영장이라 할지라도 그 후에 구속의 사유가 부존재하거나 소멸된 것이 법원의 공판절차를 통하여 확인되어 중국재판으로 무죄 등을 선언하는 법원의 판결선고시에는 구속영장의 효력을 당연히 실효시켜 피고인을 석방하는 것이 구속의 법리에 비추어 자명하다는 것이다.

(2) 형사소송법상 구속의 사유로는 피의자 또는 피고인이 죄를 범하였다고 의심

할 만한 상당한 이유가 있고 일정한 주거가 없거나 증거를 인멸할 염려가 있거나 도망 또는 도망의 염려가 있는 때 등이고(법 제70조, 제201조), 법원 또는 법관은 이와 같은 구속의 사유가 존재함을 인정할 만한 자료가 있고(법 제201조 제2항) 구속함이 상당하다고 인정될 경우(법 제201조 제3항)에 구속영장을 발부하여 피의자 등의 신병을 구속한다고 되어 있다.

그와 아울러 우리 헌법의 기본권 규정을 살펴 보면, 모든 국민은 헌법상 신체의 자유가 보장되며(헌법 제12조 제1항 전문), 법률에 따라 구속 등에 의하여 신체의 자유를 제한하는 경우에도 적법절차의 원칙(헌법 제12조 제1항 후문, 동조 제3항)이나 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항(헌법 제37조 제2항)에 따라 필요한 최소한에 그쳐야 할 것이기 때문에 법원 또는 법관은 구속영장의 발부 이후에 형사절차에 있어서 이러한 구속의 사유가 본래부터 존재하지 않는 사실이 밝혀지거나 원래 존재하였던 구속사유가 후발적으로 소멸한 것으로 인정되는 경우에는, 형사절차의 어느 단계에서나 검사, 피의자, 피고인 또는 변호인 등의 신청에 의하거나 또는 직권으로 구속을 취소하여야 하도록 되어 있다. 그에 따라 형사소송법 제93조(구속의 취소)는 “구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 법원은 직권 또는 검사, 피고인, 변호인과 제30조 제2항에 규정된 자(피고인의 법정대리인 등)의 청구에 의하여 결정으로 구속을 취소해야 한다.”라고 규정하고 같은 법 제209조에서 검사 또는 사법경찰관의 피의자 구속에도 위 제93조를 준용하고 있는 것이다.

그러므로 형사소송법상의 구속사유 중, “죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있다.”는 점은 수사 및 공판절차 등 형사절차가 계속 진행됨에 따라 더욱 더 엄격하게 심사되어야 할 사유에 해당한다고 할 것이고, 나아가 구속영장의 발부 단계의 시점에서는 범죄혐의에 상당한 개연성이 있다고 인정할 충분한 소명자료가 있었다고 하더라도, 검사의 수사과정이나 공소제기 후 공판절차에서의 심리를 통하여 공소기각이나 면소판결의 사유가 있거나 피의자 및 피고인에 대한 위법성저각사유 또는 책임저각사유가 존재하거나, 범죄의 혐의가 없음이 밝혀진 경우에는 반드시 구속이 취소되거나 실효되어야 하는 것이다. 따라서 법원에서 무죄판결, 면소판결, 공소기각의 재판이 선고되는 경우는 공판절차를 통하여 본안판단을 하는 종국판결선고와 동시에 범죄혐의가 없거나 기타 구속사유가 없는 것으로 밝혀진 중요한 사례 중의 하나라고 할 것이므로 그 판결이 선고된 때에는 구속영장이 효력을 잃는

것은 당연하다 할 것이다. 이에 따라서 법원의 무죄판결, 면소판결, 공소기각의 재판은 피고인의 공소사실과 관련하여 제출된 모든 증거자료에 대하여 엄격한 증거조사를 거쳐 판단, 확인된 결과를 토대로 하는 종국재판이라는 점에서 사법권 행사라는 헌법상의 특별한 의미가 부여되어야 하는 것이고, 위 법 제331조 본문 중 무죄, 면소, 공소기각의 판결이 선고된 때에는 구속영장은 효력을 잃는다는 규정은 이러한 취지를 살펴 보아 당연한 원칙적 규정이며, 위 법 제93조의 구속취소사유가 있는 경우에 해당한다고 하여 법 제97조 제2항, 제3항에 의하여 통상의 구속취소의 경우 거쳐야 하는 절차를 거칠 필요 없이 무죄, 면소, 공소기각의 판결이 선고될 때에 구속취소의 결정이 당연히 포함되어 있는 것으로 보아 판결선고와 동시에 구속영장이 실효되는 것으로 해석함이 상당하다고 할 것이다.

그리고 나아가 형사소송법상 “주거부정” 또는 “도망의 염려”와 “증거인멸의 염려” 등도 구속사유에 속하는 것인데 이 중 “주거부정”의 점은 도망의 염려를 판단하는 기준에 불과하다. “판결에서 선고될 형량이 높으면 높을수록 도망의 염려도 그만큼 더 크다.”라는 원칙에 입각하여, 검사로부터 10년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 구형이 있는 경우에는 비록 무죄 등의 판결이 선고되더라도 구속이 취소 또는 실효될 수 없는 것이라고 법무부는 주장하고 있으나, 이는 역으로 판단할 때에 무죄가 선고되거나 그 선고형량이 낮으면 낮을수록 도망의 염려는 그만큼 줄어들 것이라는 결론에 이를 수 있으며 또한 공소사실에 대한 증거조사를 마치거나 범죄사실을 인정할 만한 충분한 증거가 확보되어 있다고 하여 공판절차를 종결하고 검사의 의견진술과 판결의 선고가 있는 경우에는 증거인멸의 염려는 없어진다고 보아야 하므로 증거인멸의 염려만을 기초로 한 구속사유는 아무리 늦어도 공판절차상 사실심의 심리가 종결되고 판결이 선고되면 법률상 소멸된다고 하여야 한다.

그렇다면 법 제331조 본문에서 “무죄, 면소, 형의 면제, 형의 선고유예, 형의 집행유예, 공소기각 또는 벌금이나 과료를 과하는 판결이 선고된 때에는 구속영장은 그 효력을 잃는다.”고 규정한 취지는 원칙적으로 법원이 공소사실에 대하여 심리한 결과 무죄, 면소, 공소기각 또는 유죄의 증거가 충분하고 피고인에 대하여 선고할 형량이 도망의 염려가 없을 것으로 인정되는 정도로 낮을 때에는 구속취소의 사유로서 도망의 염려나 증거인멸의 염려가 없거나 소멸된 경우로 보아 법 제93조 등에 정한 구속의 취소와 같은 별도의 절차없이 판결의 선고에 의하여 곧바로 구속취소

의 효과를 달성하기 위한 것이라고 해석하여야 할 것이다.

(3) 이상과 같은 검토를 종합하여 보면 결국 법 제331조 본문의 규정은 형사소송법의 입법체계상 독일의 경우와는 달리 비록 종국재판으로서의 무죄 등의 판결의 선고에 따라 구속에 미치는 부수적 효과를 규정하는 입법형식을 취하고 있기는 하지만, 실질적으로는 구속의 취소에 관한 법 제93조의 특례규정으로서 판결선고와 동시에 구속취소의 실천적인 효력을 가지는 것이라고 할 것이다. 그것은 국민의 신체의 자유를 보장하는 헌법 제12조 제1항 전문과 구속에 의한 신체의 자유의 제한에 있어서 준수하여야 할 적법절차의 원칙을 규정하는 헌법 제12조 제1항 후문 및 동조 제3항, 과잉입법금지의 원칙에 관한 헌법 제37조 제2항 등에 그 헌법적 근거를 두고 있는 것이며, 법원의 종국재판에서 무죄 등의 판결이 선고되면 이 법 제93조의 실질적 구속취소사유의 하나로 취급되지만 그 절차는 일반적인 구속취소의 절차에 의하도록 하고 있는 독일의 입법례보다 좀 더 진일보하여, 구속취소의 일반적인 절차에 의할 필요도 없이 무죄 등의 판결선고에는 당연히 구속취소의 절차까지 동시에 포함되어 있는 것으로 보아 피고인의 기본권보장을 더욱 충실하게 한 것이라고 할 수 있다. 이에 대하여 검사의 상소를 넓게 인정하고 있는 우리 형사소송법 구조에서는 하급심에서 무죄 등의 판결이 선고되더라도 검사의 상소에 의하여 그 판결의 확정성이 번복될 수 있으므로 구속영장의 효력은 당연히 판결의 확정시까지 계속 미쳐야 한다는 논리를 가지고 구속영장은 구속 당시를 기준으로 하여 발부되는 것이며, 그 이후에 구속사유가 부존재하는 것으로 밝혀지거나 구속 당시 존재하였던 구속사유가 후에 소멸되는 등의 사정변경이 있으면 그 때에 구속취소에 관한 규정에 의하여 구속영장의 효력을 취소하여 상실시켜야 한다는 주장은 이 법 제331조 본문 및 형사소송법상의 구속제도에 관한 실질적인 의미와 국민의 기본권을 보장하는 헌법상의 기본적 법리를 간과한 것이라고 아니할 수 없다. 그러므로 무죄 등의 판결선고가 있을 때에 그 선고와 동시에 피고인이 석방되는 것은 그 판결 당시 확인된 사실관계를 기초로 하는 것이어서 그 후 상소심에서 그와 다른 구속사유가 확인될 경우에는 그 때에 재구속하면 되는 것이므로 위 법 제331조의 본문규정은 검사의 상소제도를 넓게 인정하는 형사소송법 구조와는 전혀 모순되는 것이라고 볼 수 없다.

다. 법 제331조 단서 규정과 적법절차의 원칙

(1) 법 제331조 단서의 규정은 법 제331조 본문의 규정의 예외로서, “단 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고의 형에 해당한다는 취지의 의견 진술이 있는 사건에 대하여는 예외로 한다.”라고 하여 무죄 등의 판결이 선고된 때에도 구속영장의 효력을 잃지 않도록 규정하고 있다.

그 입법취지는 일반적으로, “피고사건의 중대성과 오판의 가능성을 고려하여 검사의 구형에 일정한 소송법적 제동을 가하는 효과를 인정하여 일정한 기준에 따라 구속영장의 효력이 상실될 수 없는 예외를 인정하려는 것”이거나 “하급심의 오판에 의하여 중요한 범죄자가 석방되는 것을 방지함으로써 피고인의 석방을 염려하여 무죄판결 등을 주저할 가능성을 없애기 위한 것”이라고 설명되고 있다. 한편 우리 형사소송법에 의하면 이 법 제331조 단서의 규정에도 불구하고 법원은 별도의 보석허가결정(법 제95조, 제96조)이나 구속집행정지결정(법 제101조)에 의하여 피고인을 석방할 수 있으며 또한 피고인이 소년인 경우에는 법원이 피고사건을 관할 소년부에 송치하는 결정을 할 수도 있고(소년법 제50조) 이 경우에 구속영장의 효력은 소년부판사가 소년법 제18조 제1항의 규정에 의한 소년의 감호에 관한 결정을 한 때에 상실한다(소년법 제52조 제1항 후문)고 되어 있다. 위에서 본 바와 같이 이 법 제331조 단서의 규정은, 원칙에 대한 예외로서 검사로부터 10년 이상의 형의 구형이 있는 경우에 구속영장의 효력이 상실되지 않는다는 특별규정을 두고 있는 것이며 법원의 무죄 등의 판결에도 불구하고 구속영장의 효력을 그대로 유지시켜 피고인의 구속을 계속하게 하려는 것을 입법내용의 골자로 하는 것이고, 이는 특별한 사정이 있는 경우에 피고인의 신체의 자유를 제한하는 예외적 법률에 해당하는 것으로서 특별법 제정의 정책적 고려에 의하여 결정되는 입법재량에 속하는 것이라고 주장하는 견해도 있으므로 이에 대한 헌법예외의 적합성을 살펴볼 필요가 있다.

(2) 헌법 제12조 제1항 전문에서 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다.”라고 규정하여 신체의 자유를 보장하고 있는 것은, 신체의 안정성이 외부로부터의 물리적인 힘이나 정신적인 위협으로부터 침해당하지 아니할 자유와 신체활동을 임의적이고 자율적으로 할 수 있는 자유를 말하는 것이며 이를 보장하기 위하여 구체적으로 여러 가지 헌법규정들을 두고 있는데, 그 중에서도 특히 헌법 제12조 제1항 후문 및 제3항 전문을 보면 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안

처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.” “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 각 규정하여 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 임의로 구속할 수 없도록 제한함으로써 신체의 자유를 보장하기 위한 적법절차의 원칙을 명시하고 있고 또한 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하여 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항과 입법권의 한계를 설정하여 두고 있다.

따라서 법률에 의하여 신체의 자유를 제한하는 구속이 가능하다고 하더라도 이는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등의 목적이 있는 경우에 한하며, 이 때에도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하면 안될 뿐만 아니라 입법권자의 입법재량에 있어서 지켜야 할 비례의 원칙 내지는 과잉입법금지의 원칙에 위배되어서는 안된다는 것을 명시하여 기본권의 제한입법에는 그 한계가 있다는 것을 선언하고 있다. 그러므로 법 제331조 단서규정의 위헌성 여부를 판단하기 위하여는 위 법률조항이 구속에 의한 신체의 자유의 제한에 있어서 헌법상 보장된 적법절차의 원칙이나 신체의 자유의 제한입법이 지켜야 하는 일반적인 한계로서 비례의 원칙 또는 과잉입법금지의 원칙 등에 위배되는지 여부를 다시 심사할 필요가 있다고 할 것이다.

(3) 먼저 신체의 자유의 보장과 관련하여 우리 헌법상의 적법절차의 원칙을 구체적으로 살펴본다.

현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 개정전의 헌법 제11조 제1항의 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금·압수·수색·처벌·보안처분 또는 강제노역을 당하지 아니한다.”라는 규정을 1987.10.29. 제9차 개정헌법에서 처음으로 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보장하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 적법절차의 원칙을 도입하여 헌법에 명문화한 것이며, 이 적법절차의 원칙은 역사적으로 볼 때 영국의 마그나 카르타(대헌장) 제39조, 1355년의 에드워드 3세 제정법률, 1628년 권리청원 제4조를 거쳐 1791년 미국 수정헌법 제5조 제3문과 1868년 미국 수정헌법 제14조에 명문화되어 미국헌법의 기본원리의 하나로 자리잡고 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날에

는 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본제한의 법률유보원리로 정립되게 되었다.

우리 현행 헌법에서는 제12조 제1항의 처벌, 보안처분, 강제노역 등 및 제12조 제3항의 영장주의와 관련하여 각각 적법절차의 원칙을 규정하고 있지만 이는 그 대상을 한정적으로 열거하고 있는 것이 아니라 그 적용대상을 예시한 것에 불과하다고 해석하는 것이 우리의 통설적 견해이다. 다만 현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며 이는 형식적인 절차 뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다(당 헌법재판소 1989.9.8. 선고, 88헌가6 결정; 1990.11.19. 선고, 90헌가48 결정 등 참조), 현행 헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실체적인 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권의 제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행 헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다. 따라서 적법절차의 원칙은 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하여야 할 것이고, 나아가 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. 더구나 형사소송절차에 있어서 신체의 자유를 제한하는 법률과 관련시켜 적용함에 있어서는 법률에 따른 형벌권의 행사라고 할지라도 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 비례의 원

칙이나 과잉입법금지의 원칙에 반하지 아니하는 한도내에서만 그 적정성과 합헌성이 인정될 수 있음을 특히 강조하고 있는 것으로 해석하여야 할 것이다.

그러므로 법 제331조 단서의 규정은 이러한 적법절차의 원칙에 입각한 해석원리에 따라 그 적정성과 위헌여부를 판단하여야 할 것이고 그 다음에는 헌법 제37조 제2항에서 도출되는 비례의 원칙 내지 과잉입법금지의 원칙이 지켜지고 있는지 여부에 관한 문제로 돌아가 함께 판단하여야 된다고 할 것이다.

라. 법 제331조 단서 규정과 과잉입법금지의 원칙

(1) 우리 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 대하여 살펴본다.

국가작용 중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적정성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다. 이를 우리 헌법은 제37조 제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.” 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 선언하여 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있으며 이에 대한 헌법위반여부의 판단은 헌법 제111조와 제107조에 의하여 헌법재판소에서 관장하도록 하고 있다.

(2) 법 제331조 단서규정이 형사소송법상 구속제도와 관련하여 과잉입법금지의 원칙에 위배되는지의 여부를 살펴 본다.

형사소송법상 구속이라 함은 수사절차 또는 공판절차에서 수사기관 또는 법원에

의하여 피의자 또는 피고인을 구인 또는 구금하는 대인적 강제처분의 하나를 말하며, 수사 또는 공판절차에서 피의자 또는 피고인을 구속하는 것은 공판정 등에의 출석을 보장하고, 도망 및 증거인멸로 인한 수사와 심리의 방해를 제거함으로써 실제적 진실발견을 위한 증거의 수집·보전을 가능하게 하며, 공판절차를 통하여 구체적으로 확정된 국가형벌권의 실현이라는 공익상의 목적을 확보하기 위한 불가피한 조치라는데 그 목적의 정당성을 두고 있다. 그러나 구속이라는 대인적 강제처분은 피의자나 피고인의 신체의 자유에 대한 중대한 제한으로서 구인 또는 구금된 피의자 또는 피고인 본인은 물론, 그 가족의 일반 사회생활에도 중대한 영향과 변화를 가져오게 할 뿐 아니라, 일반인에게는 범죄자의 인상을 심어 주어 그들의 명예를 손상하고 피구속자의 가족을 정신적·경제적인 곤궁에 처하게 하며, 공판절차에 있어서도 피고인 또는 피의자의 정당한 자기권리의 주장과 방어의 기회가 제한받게 되어 기본권보장에 상당한 장애가 되고 있다.

구속제도 자체가 국가형벌권의 실현이라는 정당한 목적을 가지고 있다고 하더라도 그에 관한 구체적인 입법권행사는 헌법상 보장된 국민의 기본권 중에 가장 중요한 신체의 자유를 제한하는 내용에 관한 것이므로 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하거나 침해의 정도가 과잉입법금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반되는 것이어서는 아니된다는 합헌적인 범위내에서만 그 정당성을 인정받을 수 있다 할 것이다.

그렇다면 이 법 제331조 단서규정의 입법내용은 법 제331조 본문의 규정과 대비하여 볼 때, 앞서 살펴 본 바와 같이 일정한 조건 아래 피고인의 구속상태를 계속 유지하는 예외규정을 두고 있는 것이므로, 위 법률조항의 위헌성 여부는 결국 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 따라 기본권제한입법의 한계로서 과잉입법금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반되는지 여부에 따라 판단되어야 할 것이다.

형사소송법상 구속의 사유는 범죄의 혐의, 주거부정, 증거인멸의 염려, 도망 또는 도망의 염려 등으로 되어 있고(법 제70조, 제201조), 법원 또는 법관은 이와같은 구속의 사유가 존재함을 인정할 만한 자료가 있고(법 제201조 제2항) 구속이 상당하다고 인정될 경우(법 제201조 제3항)에 구속영장을 발부한다고 되어 있어 구속제도의 본래의 목적이 증거인멸 또는 주거부정 등으로 인한 도망을 예방함으로써 국가형벌권을 적정하게 실현하기 위한 것임을 알 수 있다. 그러므로 구속된 이후에

이러한 구속의 사유가 처음부터 존재하지 않는 사실이 밝혀지거나 그 후 구속의 사유가 소멸한 것으로 인정되는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 형사절차의 어느단계에서나 구속이 취소되어야 함은 당연함에도 불구하고 계속 구속하여 신체의 자유를 제한하는 것은 목적의 정당성이 없다고 볼 것이다.

더구나 법원의 실제적 종국재판에 의하여 무죄 등의 판결이 선고된 경우에는 구속의 사유가 없거나 소멸된 경우에 해당하는 경우임에도 불구하고 법 제331조 단서규정을 두고 있는 것은 구속제도의 본래의 목적에 비추어 합리적인 사유가 없는 한 목적의 정당성이 없는 과잉조치라고 아니할 수 없다.

(3) 그렇다면 법 제331조 단서규정이 헌법적인 근거가 될 수 있는 과잉입법 금지의 원칙 또는 비례의 원칙에 의하여 제시되는 기준에 따라 구속을 계속할 만한 또다른 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 갖추고 있는지 여부에 대하여 살펴 보기로 한다.

법 제331조 단서규정의 입법목적은 앞서 본 바와 같이 피고사건의 중대성과 재판의 가능성 때문에 검사의 구형에 따라 구속영장의 효력이 상실되지 않게 예외규정을 두고 있는 제도인 것으로 요약할 수 있는데, 먼저 그 “피고사건의 중대성”이라는 측면에서 보면 일반적으로 피고사건이 중대하므로 피고인을 구속하여 공판절차를 계속 진행하여야 형사재판을 효과적으로 확정시킬 수 있다는 구속제도의 본래의 목적에 따라 이해하면 이를 수궁할 점도 없지 아니하나, 검사로부터 10년 이상의 구형이 있느냐 없느냐가 피고사건의 중대성을 추정할 수 있는 하나의 기준이 되는 것은 모르되 그것만을 가지고 구속을 계속해야 할 중대한 피고사건이라고 단정하고 입법으로 예외규정을 일률적으로 확정할 수 있는 성질의 것은 아니며 더구나 현대 소송법의 원리와 민주헌법의 기본원리에서 볼 때 결코 정당한 이유가 될 수 없는 것이라고 할 것이다. 검사의 구형은 대개 공소사실에 대한 법정형을 기준으로 하는 것이 상례이므로 그 사건 죄명의 중대성을 인정하는 기준이 될 수는 있지만 피고사건이 중대하므로 계속 구속하는 것이 정당하다고 하기 위하여는 구속의 사유인 범죄의 혐의가 인정되는 공소사실을 토대로 그 범죄사실의 중대성이 있느냐 없느냐가 인정되어야 할 것이므로 그 범죄사실 자체를 인정할 증거가 부족하거나 기타 범행사유나 죄질 등 정상을 참작하여 볼 때 법원의 종국판결에서 중대한 범죄라고 단정되지 아니하는 경우에는 구속을 계속해야 할 중대한 피고사건이라고 할

수 없고, 이 때에는 검사로부터 10년 이상의 구형이 있었다고 하더라도 법률상 피고인을 구속하여 공판절차를 계속 진행하여야 할 “피고사건의 중대성”이 있는 경우라고 할 수 없는 것이다. 더구나 검사가 공익의 대표자로서 국가의 소추기관이라고 할지라도 형사공판절차에 있어서는 대립당사자의 일방이며, 그에 따라 검사의 자의적인 구형이 이루어질 가능성을 전혀 배제할 수 없는데 검사의 구형만을 기준으로 피고사건의 중대성 유무를 인정하여 구속영장의 효력유무를 판가름하는 것은 객관적이고 적절한 소송법적 판단이라고 할 수 없는 것이며, 또 법원이 엄격한 증거조사와 사실심리를 거쳐 무죄 등의 판결을 선고하는 경우에는 피고사건이 중대하지 않다고 판단을 내린 것이라고 보아야 함에도 불구하고 검사의 10년 이상 구형이 있거나 하면 중대한 피고사건으로 간주되어 구속이 계속된다면 권력분립에 의한 사법권의 행사를 통하여 법치주의를 구현하려는 헌법의 기본원칙에 위배되는 것이라 아니할 수 없다.

다음은 중대한 피고사건임에도 불구하고 법원이 재판으로 무죄 등의 판결을 선고함으로써 중범자를 석방하여 도주하게 되면 상소심에서 파기되어 유죄확정이 되었을 때 원심의 재판을 시정 집행할 수 없는 경우가 되므로 국가의 형벌권행사가 불가능해지는 것을 예방하기 위하여 구속의 예외규정을 둔다는 이유에 대하여 살펴 본다.

앞서 본 바와 같이 법률상 피고사건의 중대성 여부는 결국 법원의 실제판단에 의하여 결정되는 것이지 검사의 구형의 높고 낮음에 의하여 결정되는 것이 아니므로, 중대한 피고사건에서의 재판의 가능성을 방지한다는 것은 소송법적인 독자적 의미가 없는 것이며, 법원의 재판에 재판의 가능성이 있다는 것은 장차 상소법원에 의하여 반드시 중대한 사건으로 인정된다는 것을 의미하는 것은 아니고 상소절차를 통하여 최종적인 판단이 어떻게 확정될지는 불확실하지만 장차 중대한 사건으로 확정되고 구속집행을 하지 않으며 안될 중대한 사유가 밝혀질 수 있다는 것인데, 법원에서 무죄 등의 판결을 선고하는 마당에 이러한 불확실한 가능성만을 이유로 피고인의 구속을 계속하는 것은 인신의 자유를 제한하는 구속제도가 헌법상 정당하게 운영되고 있는 경우라고 할 수 없을 것이다. 인신구속은 헌법상 구속 당시의 소명자료에 의하여 법률상 구속의 사유가 있는 경우에 한하여 법원 또는 법관이 발부한 구속영장에 의해서만 이루어지고, 그 후에 구속의 사유가 없거나 소멸된 때에는 형

사절차의 어느 단계에서나 구속을 취소하여야 한다(법 제93조, 제209조). 구속의 사유의 존부에 관한 판단은 상하급심을 막론하고 오직 그 심급법원 또는 법원에 의하여 그때 그때 수집된 증거의 조사에 의하여 결정되어야 하는 것이고, 구속취소사유 존부에 대한 판단 자체도 법원에 의하여 이루어지는 것이므로 검사로부터 10년 이상의 형의 구형이 있기만 하면 아무런 제한없이 판결확정시까지 구속취소의 법률효과를 차단하도록 하여 구속영장의 효력을 법원의 재판이 아닌 검사의 구형에 의하여 좌우되도록 하고 있는 법 제331조 단서의 규정은 비록 하급심의 오판의 가능성을 방지하려는 것이라 할지라도 그 입법목적과 인신구속방법을 비교 형량하여 볼 때 명백히 헌법 제12조 제1항 및 제3항이 규정하고 있는 적법절차의 원칙에 위배된다고 아니할 수 없으며, 헌법 제37조 제2항에서 금지하고 있는 과잉입법으로서 목적의 정당성 뿐 아니라 방법의 적절성, 피해의 최소성 및 법익의 균형성을 잃어 비례의 원칙에 반하는 위헌적인 것이라 아니할 수 없다.

그렇다면 법원의 무죄 등의 판결이 선고된 경우에는 일응 구속사유가 없음이 잠정적으로나마 밝혀진 경우라고 보아 구속영장을 일단 실효시켜 석방하는 것이 당연하고, 그 후에 상소심에서 새로운 구속사유가 존재하는 것으로 밝혀진 경우에는 그 때에 다시 피고인을 재구속하는 것이 구속으로 인한 신체의 자유의 침해를 최소화하고, 기본권 보장의 헌법상의 법익과 구속으로 신체의 자유를 제한함으로써 얻을 수 있는 법익의 균형을 도모하는 길이 될 것이기 때문에 법 제331조 단서규정은 그 입법내용을 어느 면으로 검토하여 보아도 구속으로 인한 피해의 최소성이나 법익의 균형성의 원칙에도 위배되는 것이어서 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반되는 위헌적인 법률규정이라 아니할 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 이 법 제331조 단서규정은

첫째 헌법의 명시된 적법절차의 원칙에 위배된다. 즉 헌법 제12조 제3항 본문에서 “체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”라고 하여 인신구속에 관한 영장주의의 대원칙을 규정하고 있는데, 이는 동조 제1항의 규정과 함께 영미법계에서 발달하여 미국헌법에 명문화된 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사

절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이므로 헌법에 명문으로 규정된 영장주의는 구속의 개시시점에 한하지 않고 구속영장의 효력을 계속 유지할 것인지 아니면 취소 또는 실효시킬 것인지의 여부도 사법권 독립의 원칙에 의하여 신분이 보장되고 있는 법원의 판단에 의하여만 결정되어야 한다는 것을 의미하고 그 밖에 검사나 다른 국가기관의 의견에 의하여 좌우되도록 하는 것은 헌법상의 적법절차의 원칙에 위배된다.

둘째는 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 위배된다. 즉 법원의 판결에서 무죄 등이 선고되면 구속영장의 효력이 실효되는 것이 원칙임에도 불구하고 검사로부터 사형, 무기 또는 10년 이상의 형의 의견진술이 있으면 예외적으로 구속영장의 효력을 그대로 유지시키는 것은, 구속의 개시 또는 종료시점에 있어서의 구속영장의 효력을 법관이 아닌 형사소송의 당사자로서의 지위를 가지는 검사의 양형에 관한 의견진술에 따라 좌우시키는 것이 되므로 위에서 본 바와 같이 적법절차의 원칙에 위배되는데, 그 예외로서 피고사건이 중대함에도 불구하고 법원의 오판으로 피고인이 석방되면 신병확보가 어려워 국가형벌권의 행사를 할 수 없다는 입법취지를 앞세워 구속영장의 효력을 그대로 유지시키는 것이 불가피하다고 하나 이것 또한 형사소송법 제93조 등의 구속취소와 이에 대한 검사의 즉시항고절차 등을 비교하거나 상급심에서도 필요에 따라 재구속할 수 있는 형사소송법상의 관계규정 등을 아울러 검토하여 보면 이 사건 법률조항 단서규정은 기본권제한입법의 기본원칙인 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성의 원칙에도 반하는 것이므로 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 위배된다고 아니할 수 없다.

그러므로 이 법 제331조 단서규정은 헌법 제12조 제1항, 제3항 본문의 영장주의와 적법절차의 원칙에 위배되고 나아가 입법권의 한계를 설정한 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에도 위반되는 것이라고 하여 관여 재판관 전원의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다. 이 결정에는 법 제331조 단서규정에 대한 위헌결정을 선고할 경우의 법규적 효력에 관하여도 다음과 같은 의견을 덧붙여 이를 명백히 하여야 한다는 재판관 한병채, 이시윤, 김문희의 보충의견이 있다.

6. 재판관 한병채, 재판관 이시윤, 재판관 김문희의 보충의견

헌법재판소법 제47조 제2항은 “위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날로부터 효력을 상실한다. 다만 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다.”라고 규정하고 있는데 소급효를 인정하는 단서규정의 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이 무엇을 뜻하는가에 관하여, 좁게 보면 범죄의 성립과 처벌에 관한 실체적 법률 또는 법률조항이라는 의미로 해석할 수도 있고, 넓게 보면 실체적인 형벌법규에 한정하지 않고 형사소송법 등 절차에 관한 법률까지 포함한다고 해석할 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있어서 위헌결정의 효력에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있으나 우리 헌법과 헌법재판소법을 종합하여 검토하여 보면 소급하여 효력을 상실하는 법률은 좁게 해석하는 것이 타당하다고 보아야 한다. 왜냐 하면, 먼저 위 법규정의 문면상 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”이라고 표현하고 있는 것은 형사법 중에서도 범죄구성요건에 관한 실체법규를 지칭하고 있는 것으로 보아야 하며 여기에 형사절차상의 법규를 포함하고 있는 의미로 넓게 보기는 어렵고, 또한 헌법재판소법 제47조 제3항에서 “제2항 단서의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 우리 헌법과 헌법재판소법은 위헌으로 결정된 법률의 효력에 대하여 법적 안정성을 중요시하여 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실하는 장래효를 원칙으로 하고 소급무효는 “형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항”에 한정하여 예외로 인정하고 있는 입법취지를 아울러 고려할 때에 위헌결정의 법규적 효력에 대하여 소급효를 인정하여 재심에 의한 구제를 허용하는 범위는 위헌으로 결정된 실체적인 형벌법규에 의하여 형의 선고를 받았을 때에 한정하여야 하고 위헌으로 결정된 법률이 형사소송절차에 관한 절차법적인 법률인 경우에는 동조항이 적용되지 않는 것으로 가급적 좁게 해석하는 것이 제도적으로도 합당하다 할 것이다.

그렇게 볼 때 이 법 제331조 단서규정은 위헌결정의 소급효가 인정되는 헌법재판소법 제47조 제2항 단서에서 소급효를 인정하는 형벌에 관한 법률조항에는 해당하지 아니한다고 할 것이고, 따라서 위 법률조항에 대한 위헌결정이 선고되더라도 위 결정 이전에 이미 이 법 제331조 단서규정의 적용을 받아 구속영장의 효력이 계속 유지되어 구속된 채로 상소심의 재판을 받아 판결이 확정된 피고사건은 억울하게 구속된 채로 재판을 받았다고 하여 이에 대한 재심이 허용되지는 아니하므로 이

결정으로 인하여 법적 안정에 문제를 야기시키는 별다른 파급효과는 없다고 할 것이다. 다만 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판하여야 하므로 이 사건 위헌결정의 법규적 효력은 이 사건 위헌법률심판을 제청한 법원이 담당하는 당해사건에는 당연히 미치는 것이고, 더 나아가 당해법률이 재판의 전제가 되어 현재 법원에 계속 중인 모든 동종의 피고사건에도 위 당해사건에 준하여 구속영장의 효력이 실효되도록 하는 것이 법적 안정성과 공평성을 유지하고 조화를 이룩하는 것으로서 법치주의의 이념에 부합하는 것이 될 것이다.

그러므로 이 사건을 제청한 제청법원에 계속 중인 당해사건은 이 결정에 따라 재판을 선고하면 될 것이고, 이 사건 결정 선고 당시 이 법 제331조 단서에 해당하는 사건으로서 판결이 선고되고 현재 상소심에 계속 중이거나 기타 아직 확정되지 아니한 동종의 피고사건은 이 사건 결정선고와 동시에 구속영장의 효력이 실효되어 즉시 석방되어야 할 것이다.

형법 제250조(사형제도) 등에 대한 헌법소원

<헌법재판소 전원재판부 1996. 11. 28. 95헌바1 [합헌·각하]>

【개요】

가. 사건의 배경

이 사건은 사형제도가 사형수의 생명을 박탈하는 것이기 때문에 헌법상 보호되는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이고 따라서 기본권의 본질적 내용침해를 금지하고 있는 헌법 제37조 제2항 단서 또는 인간의 존엄을 규정한 헌법 제10조에 위반하는 것이 아닌지가 문제된 사안에 대하여 합헌이라고 결정한 사건이다.

우리 사회는 그동안 사형제도의 존폐를 놓고 팽팽한 의견대립을 보여 왔다. 사형폐지론자들은 사형제도에 따른 범죄예방효과도 아직 입증된 바 없고 오판가능성이나 정치적 악용가능성도 배제할 수 없으며 세계적인 인도주의 추세에도 어긋나는 인간존엄을 말살하는 제도로서 폐지되어야 한다고 주장한다. 반면 사형존치론자들은 흉악범죄가 끊이지 않는 현실에서는 범죄 예방을 위해 강력한 억제력을 가진 사형은 존치되어야 하고 가해자인 범죄인의 생명권보다는 피해자의 생명권이 당연히 중요시되어야 하기 때문에 흉악한 살인자를 사형에 처하지 않는 것은 오히려 공평의 원리와 정의에 어긋나는 것이라고 주장한다. 이러한 논쟁은 헌법재판소의 개소 이전에 이미 대법원에서 사형의 합헌성을 인정하는 판결들(대법원 1969. 9. 19. 선고, 69도988 판결; 대법원 1987. 9. 8. 선고 87도1458 판결 등)이 선고되었음에도 불구하고 계속되었다.

사형제도의 합헌성을 묻는 최초의 헌법소원심판청구는 1989년 2월 28일 제출되었다. 강도살인죄로 기소되어 대법원에서 사형선고가 확정된 청구인 갑이 사형집행을 기다리던 중 헌법재판소가 개소되자 사형판결의 근거가 된 형법 제338조(강도살인, 치사)와 행형법 제57조 제1항(사형집행)이 헌법에 위반된다고 주장하면서 헌법소원심판(89헌마36)을 청구하였다. 또한 강도살인죄로 기소되어 수원지방법원에서

사형선고를 받은 청구인 을이 대법원에 상고중 사형선고의 근거인 형법 제338조 등에 대해 위헌제청신청을 하였으나 대법원에서 기각됨과 동시에 상고도 기각되자 1990년 5월 1일 헌법소원심판(90헌바13)을 청구하였다.

이들 심판청구를 받은 헌법재판소는 사안의 중대성으로 인하여 쉽게 결론을 내리지 못하고 2년이 지난 1992년 5월 12일 첫 변론을 열었다. 이날 변론에서는 재판부가 직권으로 지명한 형법학자 3명과 헌법학자 1명이 참고인으로 나와 참고인진술을 하였는데 여기서도 견해가 갈렸다. 심재우 교수와 김일수 교수는 위헌론을, 김종원 교수는 합헌론을, 이강혁 교수는 사형선고를 일률적으로 위헌으로 볼 수는 없지만 법률이 사형판결에 대한 지침이나 절차에 관해 구체적으로 규정하지 않을 경우 위헌의 소지가 많다는 부분적 위헌론을 피력하였다. 이날 공판에는 사형폐지운동협의회 회원과 사형 확정자의 가족 1백여명이 심판정을 가득 메웠는데 특히 변론 도중 심판정 밖에서는 한 사형확정자의 어머니가 사형폐지를 주장하며 혈서를 쓰기도 하였다.

그러나 헌법재판소는 위 두 헌법소원사건에서는 사형제도의 합헌여부에 관한 본안판단에 들어가지 않았다. 헌법재판소는 갑의 헌법소원심판청구에 대해서 청구기간의 도과를 이유로 각하결정을 내렸고 을의 헌법소원심판청구의 경우에는 심리계속중에 사형집행이 이루어졌기 때문에 청구인의 사망을 이유로 심판절차의 종료를 선언하였다. 이들 두 결정이 내려지자 헌법재판소가 사형집행을 방조하고 있다거나 중요하고 민감한 헌법문제에 대해서는 지나치게 신중할 정도로 정책적 고려에 치중한다는 지적을 받기도 하였다.

그후 1994년 10월 6일 흉악범 15명을 사형집행한 후에도 당시 42명이 사형선고를 받고 집행을 기다리고 있던 중 1995년 1월 3일 또 다시 사형의 위헌성을 묻는 헌법소원심판이 청구되었다. 청구인 병은 살인과 특수강간 등의 혐의로 기소되어 1, 2심에서 사형을 선고받고 대법원에 상고를 함과 동시에 살인죄에 대하여 사형을 규정한 형법 제250조 제1항, 사형을 형의 종류의 하나로서 규정한 동법 제41조 제1호, 사형집행의 방법을 규정한 같은 법 제66조, 사형집행의 장소를 규정한 행형법 제57조 제1항에 대한 위헌법률심판제청을 신청하였으나 대법원이 이를 기각하자 헌법소원심판을 청구하였다.

나. 결정의 주요내용

헌법재판소는 7인 재판관의 다수의견으로 다음과 같이 생명권을 언급하면서 사형을 규정한 형법 제41조 제1호 및 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

생명권은 기본권 중의 기본권이고 절대적 기본권으로서 이념적으로는 법률유보의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이지만 현실적인 측면에서 볼 때 생명권 또한 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 즉 인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안될 것이지만 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조명되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남아 있어야 하는 것은 아니다. 현실적인 측면에서 볼 때 정당한 이유없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지 아니한 중대한 공공이익을 침해한 경우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공의 이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없고 이러한 경우에는 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 된다.

사형에 의한 생명권의 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서가 금지하는 생명권의 본질적 내용을 침해한다고 할 수 없다.

사형제도는 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 그 위하력이 강한 만큼 이를 통한 일반적 범죄예방효과도 클 것으로 추정된다. 일부 견해는 사형의 범죄억제효과가 무기징역형의 그것보다 명백히 그리고 현저히 높다고 하는데 대한 합리적·실증적 근거가 박약하다고는 하나 반대로 무기징역형이 사형과 대등한 혹은 오히려 더 높은 범죄억제의 효과를 가지므로 무기징역형만으로도 사형의 일반예방적 효과를 대체할 수 있다는 주장 역시 마찬가지로 현재로서는 가설의 수준을 넘지 못한다고 할 것이다.

결국 사형제도가 지니는 공익상의 목적과 사회적 기능은 부인할 수 없다고 할 것이고 사형을 현행 헌법 자체가 형벌의 한 종류로서 예정하고 있다는 점(헌법 제110조 제4항)을 고려하면 사형제도는 헌법 제37조 제2항 본문에 반하지 않는다고 할 것이다.

그러나 사형을 형벌로 규정하고 있는 개별 형사법조항이 구성요건행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃어 사형이 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이상한 형벌이라고 평가되거나 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 평가된다면 이는 우리 헌법의 해석상 비례원칙의 위반으로 위헌적인 형벌이라고 하지 않을 수 없다. 그런데 형법 제250조 제1항에 살인죄에 대하여 법정형으로 사형으로 처벌할 수 있게 규정한 것은 개별적으로 판단한 결과 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃었다고 볼 수 없다 할 것이다.

이에 대하여 김진우, 조승형 재판관은 사형제도의 위헌성을 주장하였다. 김진우 재판관은 사형제도는 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청에 반할 뿐만 아니라 양심에 반하여 사형을 언도해야 하는 법관 및 사형을 집행해야 하는 집행관들의 양심의 자유와 인간존엄을 침해하는 비인간적인 형벌제도라는 의견을 제시하였으며, 조승형 재판관은 사형제도의 폐지가 이 시대에 요구되는 당위임을 강조하면서 생명권은 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없고 사형은 생명권의 본질적 내용을 침해한다는 반대의견을 제시하였다.

다. 사후경과

사형제도가 일단 헌법재판소에 의해서 합헌으로 유권적 결정이 내려졌지만 이 문제에 관한 사회적 논쟁이 종결되었다고는 볼 수 없고 오히려 우리 사회가 사형제도의 존재문제를 놓고 좀 더 깊이 성찰하도록 하는 계기를 제공하였다고 할 수 있다. 이 점에 관하여 헌법재판소는 사형제도가 갖고 있는 범죄예방 효과와 국민의 법감정을 그 판단근거로 들면서 국민의 법감정에 비추어 당장 폐지하기에는 시기상조라는 점을 인정하는 가운데 "시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다거나 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는

의견이다.”고 하여 지금의 합헌결정이 시대상황에 따라 변경될 수 있는 잠정적인 것임을 분명히 하였다.

이 결정이 내려지자 한국사형폐지운동협의회는 헌법재판소의 결정에 반박성명을 냈으며 국제사면위원회 한국지부도 성명을 내어 '유엔을 비롯한 국제사회의 폐지 권고에 반하는 것이며 비인권적 처사'라면서 유감을 표시하였고 일부 신문에서 같은 취지의 사설을 싣기도 하였다.

한편 이 사건 헌법소원심판을 청구했던 청구인은 심판의 심리중에 대법원에서 증거부족을 이유로 파기환송돼 사형이 아닌 무기징역을 선고받고 확정되었다. 그리고 이 결정의 선고 직전인 1996년 11월 18일 정부가 확정된 형법개정안 제44조 제3항에는 "사형의 선고는 특히 신중하게 하여야 한다" '사형선고 신중선언'규정이 신설되었으나 1995년 12월 29일 법률 제5057호로 개정된 형법에는 반영되지 못했다.

【결정요지】

1. (가) 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

(나) 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 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. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반

하는 것으로 판단되지 아니한다.

2. 형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수 밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.

【주 문】

1. 형법(1953. 9. 18. 법률 제293호 제정, 1995. 12. 29. 법률 제5057호 최종 개정) 제41조 제1호, 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니한다.

2. 청구인의 이 사건 심판청구 중 형법 제66조, 행형법(1961. 12. 23. 법률 제858호 전문개정, 1995. 1. 5. 법률 제4936호 최종 개정) 제57조 제1항에 대한 부분을 각 하한다.

【이 유】

1. 사건의 개요와 심판의 대상

가. 사건의 개요

청구인은 살인과 특수강간 등의 혐의로 기소되어 제1심 및 항소심에서 사형을 선고받고 대법원에 상고를 함과 동시에 살인죄에 대한 법정형의 하나로서 사형을 규정한 형법 제250조 제1항, 사형을 형의 종류의 하나로서 규정한 같은 법 제41조 제1호, 사형집행의 방법을 규정한 같은 법 제66조, 사형집행의 장소를 규정한 행형법 제57조 제1항에 대한 위헌여부심판의 제청을 하였으나 대법원은 1994. 12. 19. 청구인의 위 신청을 기각하였다.

이에 청구인은 1995. 1. 3. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다.

나. 심판의 대상

그러므로 이 사건 심판의 대상은 형법 제250조 제1항, 제41조 제1호, 제66조 및 행형법 제57조 제1항이다.

위 각 법률조항의 규정내용은 다음과 같다.

형법(1953. 9. 18. 법률 제293호 제정, 1995. 12. 29. 법률 5057호 최종 개정)

제250조 【살인, 존속살해】 ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제41조 【형의 종류】 형의 종류는 다음과 같다.

1. 사형

제66조 【사형】 사형은 형무소내에서 교수하여 집행한다.

행형법(1950. 3. 2. 법률 제105호 제정; 1961. 12. 23. 법률 제858호 전문 개정, 1995. 1. 5. 법률 제4936호 최종 개정)

제57조 【사형의 집행】 ① 사형은 교도소내의 사형장에서 집행한다.

2. 청구인의 주장 및 관계기관의 의견요지

가. 청구인의 주장요지

(1) 인간의 생명권은 인간의 존엄과 가치를 규정한 헌법 제10조 내지 일반적인 권리보호조항인 헌법 제37조 제1항에 의하여 보장되고, 생명권에 대한 침해는 성질상 생명의 박탈을 의미하므로 기본권의 일반유보조항인 헌법 제37조 제2항에 의하여도 제한할 수 없다. 그렇지 않다 하더라도 생명권은 헌법 제12조에 의하여 보장되는 신체의 자유의 본질적인 내용이므로 법률로써도 이를 제한할 수 없는 것이다.

인간의 생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없는 절대적 가치이며, 인간존엄의 근원이다. 그러므로 이와 같이 존엄한 인간의 생명을 국가가 참혹하고 야만적이며 잔학하게 박탈하는 것은 인도주의의 입장에서 볼 때 허용될 수 없는 문화국가의 수치이다.

(2) 재판도 하나의 제도로서 인간이 행하는 것이기 때문에 오판의 가능성을 배

제할 수 없으며 오판에 의한 사형의 집행은 인간의 생명을 박탈함으로써 영원히 구제될 수 없는 결과를 초래한다.

사형의 범죄에 대한 일반예방적 효과는 학문적 가설일 뿐 과학적으로 입증된 바가 없고, 형벌의 본질이 응보에서 교육으로 옮겨가고 있는 추세임을 감안할 때 사형을 인정한다는 것은 결국 국가가 범죄인의 사회복귀를 위한 교화와 개선의 노력을 스스로 포기하는 것이다.

결국 사형은 그 자체가 법의 이름으로 자행되는 또 다른 살인행위일 뿐 아니라 국민의 응보적 범감정을 순화시키기보다는 도리어 그것을 황폐화시킬 뿐이며, 국가가 살인행위를 비난하면서도 스스로 사람의 생명을 박탈하는 것은 이를 정당화시키는 모순에 빠진다.

사형으로 응징될 만한 범죄의 경우는 그 범인 개개인의 인격이나 성향보다 그와 같은 범죄로 물고간 우리 국가사회 전체의 구조적 모순에서 오히려 더 강한 비난의 요소가 있다고 보여지는 경우가 많을 것임에도 불구하고 범인 개개인의 생명을 박탈하는 극단적인 방법으로 이에 대처하려고 하는 형사정책은 문제의 본질을 왜곡한 임시방편에 불과하다.

(3) 그러므로 이 사건 심판대상 각 법률조항들은 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 헌법 제12조의 신체의 자유, 헌법 제37조 제1항의 헌법에 열거되지 아니한 권리 및 동조 제2항의 기본권제한의 한계규정에 각 위배된다.

나. 대법원의 위헌제청신청 기각이유

형법 제250조 제1항, 제41조 제1호 등 사형이라는 형벌을 규정한 형법규정이 헌법위반의 법률이라고 할 수 없고, 따라서 사형의 집행을 인정하는 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항 역시 헌법에 위배되는 것이라고 볼 수 없다.

다. 법무부장관 및 서울지방검찰청 남부지청장의 의견요지

(1) 사형제도의 존폐는 그 나라의 정치적·사회적 조건 및 역사적·문화적 환경과 깊이 결부되어 있는 문제라 할 것이므로 이상적이고도 가치지향적인 결론만을 좇아 사형제도의 폐지를 운위하는 것은 온당치 아니하다. 우리 국민의 범감정도 소위 가정과괴사범, 폐강도 등의 치안문제가 중요시 되는 현 시점에서는 사형이 가

지는 강한 위하력에 의한 범죄방지효과라는 관점에서의 존치론이 압도적이라 여겨진다.

(2) 인간의 존엄성 수호를 최고가치로 하는 우리 헌법의 자유민주적 이념상 인간의 생명에 대한 권리는 그 규정의 흠결에도 불구하고 하나의 자연권적 기본권으로서 부정될 수 없다고는 하겠으나, 생명권이라고 하여 그 자체로서 무한정하게 인정되어야 하는 속성을 가졌다고는 볼 수 없으므로 그 생명권이 다른 생명권을 불법하게 침해할 경우에는 사회규범적 가치판단이 개입하게 되는 제약을 면하지 못한다. 따라서 이러한 관점에서 사형제도는 바로 우리 헌법에서 예상하고 있는 형벌의 한 종류로서 헌법질서에 반하지 아니한다.

3. 판 단

가. 형법 제66조, 행형법 제57조 제1항과 재판의 전제성

위 각 법률조항은 사형이라는 형벌의 집행의 방법과 장소를 정하는 규정에 불과하므로 그 위헌여부에 따라 이 사건 관련소송사건의 재판의 주문이나 내용 및 효력에 관한 법률적 의미가 달라지게 되는 경우라고 할 수 없다. 따라서 청구인의 이 사건 심판청구 중 위 법률조항들에 대한 청구부분은 재판의 전제성이 인정되지 아니하여 부적법하다.

나. 형법 제41조 제1호(사형제도)의 위헌여부

(1) 형법 제41조 제1호는 형의 종류의 하나로서 사형을 규정하고 있고, 사형은 인간존재의 바탕인 생명을 빼앗아 사람의 사회적 존재를 말살하는 형벌이므로 생명의 소멸을 가져온다는 의미에서 생명형이자, 성질상 모든 형벌 중에서 가장 무거운 형벌이라는 의미에서 극형인 궁극의 형벌이다.

사형은 국가형사정책적인 측면과 인도적인 측면에서 비판이 되어 오기도 하였으나 인류 역사상 가장 오랜 역사를 가진 형벌의 하나로서 범죄에 대한 근원적인 응보방법이며 또한 가장 효과적인 일반예방방법으로 인식되어 왔고, 우리나라에서는 고대의 소위 기자 8조금법(箕子 八條禁法)에 “상살자 이사상(相殺者 以死償)”이라고 규정된 이래 현행의 형법 및 특별형법에 이르기까지 계속하여 하나의 형벌로 인정되어 오고 있다.

(2) 우리 헌법은 개별적인 인간존재의 근원인 생명을 빼앗는 사형에 대하여 정면으로 이를 허용하거나 부정하는 명시적인 규정을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제12조 제1항이 “모든 국민은 … 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 … 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보인다.

(3) 인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다. 따라서 사형은 이러한 생명권에 대한 박탈을 의미하므로, 만약 그것이 인간의 존엄에 반하는 잔혹하고 이상한 형벌이라고 평가되거나, 형벌의 목적달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 것으로 평가된다면 앞서 본 헌법 제12조 제1항 및 제110조 제4항의 문언에도 불구하고 우리 헌법의 해석상 허용될 수 없는 위헌적인 형벌이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

(가) 인간의 생명에 대하여는 함부로 사회과학적 혹은 법적인 평가가 행하여져서는 안될 것이지만, 비록 생명에 대한 권리라고 하더라도 그것이 헌법상의 기본권으로서 법률상의 의미가 조영되어야 할 때에는 그 자체로서 모든 규범을 초월하여 영구히 타당한 권리로서 남아 있어야 하는 것이라고 볼 수는 없다.

다시 말하면 한 생명의 가치만을 놓고 본다면 인간존엄성의 활력적인 기초를 의미하는 생명권은 절대적 기본권으로 보아야 함이 당연하고, 따라서 인간존엄성의 존중과 생명권의 보장이란 헌법정신에 비추어 볼 때 생명권에 대한 법률유보를 인정한다는 것은 이념<판례집 8-2, 546면>적으로는 법리상 모순이라고 할 수도 있다. 그러나 현실적인 측면에서 볼 때 정당한 이유없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지 아니한 중대한 공공이익을 침해한 경우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공의 이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없게 되고, 이러한 경우에는 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명

형사절차에서의 인권보호

에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 밖에 없다 할 것이다.

이에 대하여 청구인은 사형이란 헌법에 의하여 국민에게 보장된 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 되어 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다는 취지로 주장한다.

그러나 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

(나) 사형은, 이를 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 국민일반에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하고, 이를 집행함으로써 특수한 사회악의 근원을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌이다.

청구인은 사형이라고 하여 무기징역형(또는 무기금고형)보다 반드시 위하력이 강하여 범죄발생에 대한 억제효과가 높다고 보아야 할 아무런 합리적 근거를 발견할 수 없고, 사회로부터 범죄인을 영구히 격리한다는 기능에 있어서는 사형과 무기징역형 사이에 별다른 차이도 없으므로, 국가가 사형제도를 통하여 달성하려는 위 두가지 목적은 사형이 아닌 무기징역의 형을 통하여도 충분히 달성될 수 있을 것이고, 따라서 형벌로서의 사형은 언제나 그 목적달성에 필요한 정도를 넘는 생명권의 제한수단이라고 주장한다.

그러나 사형은 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 가장 냉엄한 궁극의 형벌로서 그 위하력이 강한 만큼 이를 통한 일반적 범죄예방효과도 더 클 것이라고 추정되고 또 그렇게 기대하는 것이 논리적으로나 소박한 국민일반의 법감정에 비추어 볼 때 결코 부당하다고 할 수 없으며 사형의 범죄억제효과가 무기징역형의 그것보다 명백히 그리고 현저히 높다고 하는데 대한 합리적·실증적 근거가 박약하다고는 하나 반대로 무기징역형이 사형과 대등한 혹은 오히려 더 높은 범죄억제의 효과를 가지므로 무기징역형만으로도 사형의 일반예방적 효과를 대체할 수 있다는 주장 역시 마찬가지로 현재로서는 가설의 수준을 넘지 못한다고 할 것이어서 위 주장을 받

아들이지 아니한다.

(4) 결국 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 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. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것이라고는 판단되지 아니한다.

(5) 그러나 우리는 형벌로서의 사형이 우리의 문화수준이나 사회현실에 미루어 보아 지금 곧 이를 완전히 무효화시키는 것이 타당하지 아니하므로 아직은 우리의 현행 헌법질서에 위반되지 아니한다고 판단하는 바이지만, 사형이란 형벌이 무엇보다도 고귀한 인간의 생명을 국가가 법의 이름으로 빼앗는 일종의 “제도살인(制度殺人)”의 속성을 벗어날 수 없는 점에 비추어 우리의 형사관계법령에 폭넓게 사형을 법정형으로 규정하고 있는 이들 법률조항들(반대의견의 <별지 3> 참조, 모두 89개 조항임)이 과연 행위의 불법과의 간에 적절한 비례관계를 유지하고 있는지를 개별적으로 따져야 할 것임은 물론 나아가 비록 법정형으로서의 사형이 적정한 것이라 하더라도 이를 선고함에 있어서는 특히 신중을 기하여야 한다는 생각이다.

또한 우리는 위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이고, 한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다거나 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 하며, 그럼에도 불구하고 형벌로서 사형이 그대로 남아 있다면 당연히 헌법에도 위반되는 것으로 보아야 한다는 의견이다.

다. 형법 제250조 제1항 위헌여부

비록 형벌로서의 사형이 위와 같이 그 자체로서 위헌이라고는 할 수 없다고 하더라도 형법 제250조 제1항이 살인이라는 구체적인 범죄구성요건에 대한 불법효과의 하나로서 사형을 규정하고 있는 것이 행위의 불법과 행위자의 책임에 비하여 현저히 균형을 잃음으로써 비례의 원칙에 반한다고 평가된다면 형법 제250조 제1항은 사형제도 자체의 위헌여부와는 관계없이 위헌임을 면하지 못할 것이다.

형법 제250조 제1항이 규정하고 있는 살인의 죄는 인간생명을 부정하는 범죄행위의 전형이고, 이러한 범죄에는 그 행위의 태양이나 결과의 중대성으로 미루어 보아 반인륜적 범죄라고 규정지워질 수 있는 극악한 유형의 것들도 포함되어 있을 수 있는 것이다. 따라서 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수 밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다.

4. 결 론

이상과 같은 이유로 청구인의 이 사건 청구 중 형법 제66조 및 행형법 제57조 제1항에 대한 부분은 부적법하고, 형법 제41조 제1호 및 제250조 제1항은 헌법에 위반되지 아니하므로 주문과 같이 결정한다.

이 결정은 재판관 김진우 재판관 조승형의 반대의견이 있는 외에 나머지 재판관들의 의견일치에 따른 것이다.

5. 재판관 김진우의 반대의견

나는 사형제도가 합헌이라는 다수의견에 대하여 다음과 같은 이유로 반대의견을 개진한다.

가. (1) 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 규정하여 모든 국민이 이 세상 무엇보다도 바꿀 수 없는 인간으로서의 존엄과 가치를 갖는 존재임을 명확히 확인하고 있다. 헌법

제10조에서 이와 같이 확인된 인간의 존엄과 가치는 헌법개정에 의해서도 삭제되거나 제한되어서는 아니되는 것이고, 헌법의 다른 규정들에 의하여도 제한되어서는 아니되는 헌법의 최고의 가치이며, 위와 같은 확인은 가장 중요한 가치결단인 것이다. 다른 기본권들은 이와 같이 최고의 의미를 갖는 인간의 존엄과 가치를 각 생활영역에서 구체화하고 있는 것이며, 따라서 인간의 존엄과 가치는 다른 기본권규정들에 대한 해석의 지침인 동시에 다른 기본권의 제한에 있어서의 절대적 한계를 이룬다. 뿐만 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 기본권보장규범들 이외의 다른 규정들에 대한 해석의 지침으로 작용한다.

(2) 헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 이는, 극악한 범죄를 범함으로써 스스로 인간임을 포기한 자라도 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 있는 인간존재인 한, 그에 대하여도 피해자 내지 그 가족 또는 사회의 보복감정을 충족시키기 위해서 또는 유사 범죄의 일반적 예방이라는 목적의 달성을 위해서 비인간적인 형벌을 적용해서는 아니된다는 것을 의미한다. 그런데 형벌로서의 사형은 자유형과는 달리 사형선고를 받은 자에게 개과천선할 수 있는 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 형벌제도로써 개인을 전적으로 국가 또는 사회 전체의 이익을 위한 단순한 수단 내지 대상으로 삼는 것으로서 사형수의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 사형제도는 나아가 양심에 반하여 법규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다.

나. (1) 그런데 다수의견은 헌법 제12조 제1항이 “모든 국민은 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”고 규정하는 한편, 헌법 제110조 제4항이 “비상계엄하의 군사재판은 법률이 정하는 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정함으로써 적어도 문언의 해석상으로는 간접적이거나 법률에 의하여 사형이 형벌로서 정해지고 또 적용될 수 있음을 인정하고 있는 것으로 보면서, 이를 사형

제도의 합헌성을 뒷받침하는 주요한 논거들 중의 하나로 제시하고 있다.

(2) 그러나 먼저 헌법 제12조 제1항에서 말하는 적법절차의 원칙이란 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실체적인 적법성이 있어야 한다는 원칙이다(헌법재판소 1992. 12. 24. 선고, 92헌가8 결정 등 참조). 그러므로 법률이 정한 처벌도 적법절차에 합치하려면 그 법률에 정한 형벌의 내용이 정당성과 합리성이 있어야 함은 물론이다.

(가) 그런데 아무리 훌륭한 법관이라 하더라도 인간이 하는 재판인 한 오판이 있을 수 있고 그 경우 집행을 마친 후에 있어서는 어떠한 방법으로도 원상회복이 절대적으로 불가능한 사형제도에 의하여 달성하려는 목적인 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 무기징역에 의하여도 달성될 수 있는 것인데도 국민의 기본권 중에서 가장 기본적인 의미를 갖는 기본권인 생명권(인간의 생명은 그 개개인에 있어서는 하나의 우주이고, 지구보다 무거운 것이다)을 완전히 최종적으로 박탈하는 사형제도를 규정하고 있는 법률규정은 피해의 최소성원칙에 반하여 기본권제한에 있어서의 과잉금지의 원칙에 위반되고, 위와 같은 가장 중요한 기본권인 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이어서 헌법 제37조 제2항에 반할 뿐만 아니라(이 점에 관해서는 조승형 재판관의 반대의견에서 상세한 설명이 있으므로 여기서는 상세한 설명은 생략한다.), 위 가.에서 이미 살펴본 바와 같이, 헌법 제10조에서 보장된 인간의 존엄과 가치도 침해하는 것이다. 따라서 형벌제도로서의 사형제도는 아무런 정당성도 합리성도 없는 것이어서 사형제도 및 이를 규정한 법률규정은 적법절차에 반하는 형벌 및 법률규정이라고 할 것이다. 따라서 헌법 제12조 제1항이 사형제도의 합헌론의 근거가 된다고 볼 수는 없다.

(나) 또한 다수의견은 헌법 제110조 제4항 단서에 사형제도의 헌법적 근거가 있다고 보고 있으나 이러한 입장에는 찬성할 수 없다.

① 헌법 제110조 제4항 단서는 사형제도가 법률 차원에서 하나의 형벌제도로 인정되고 있다는 법적 상황을 전제로 사형의 선고가 갖는 기본권침해의 심각성에 비추어 비상사태하의 군사재판이 일정한 범죄에 대하여 단심제로 이루어질 수 있도록 한 본문의 규정에 대한 예외를 설정하고 있는 것에 불과하다. 그리고 법률차원에

서 사형제도가 폐지되는 경우 동 단서조항은 사문화되어 버릴 정도로 동 단서조항의 실제적 의미는 법률차원에서 사형제도가 계속 존속하느냐에 달려 있다. 그러므로 이 규정을 사형제도에 관한 실정 헌법적 근거로 보는 데는 의문이 있다.

② 그러나 설사 다수의견과 같이 위 헌법조항에서 사형제도의 헌법적 근거를 간접적으로 발견할 수 있다고 하더라도 나는 위 헌법조항은, 사형제도가 위헌인 한, 헌법에 위반되는 위헌적인 규정이기 때문에 사형제도를 합헌이라고 보는 다수의견에 찬성할 수 없다.

① 물론 헌법에 반하는 헌법조항을 인정할 수 있는지에 관하여 의문이 있을 수 있다. 그러나 오늘날 모든 헌법규범들이 등가치적인 것은 아니며, 헌법규범들 상호간에 어느 정도의 가치서열이 있다는 것이 헌법이론적으로도 광범위하게 인정되고 있다. 또한 자유민주적인 헌법제정이나 헌법개정을 통하여 헌법의 근본규범 내지 근본가치에 위반되는 헌법규범이 생성되는 경우는 거의 없다고 볼 수 있으나 그러한 가능성을 전적으로 배제할 수는 없다. 특히 헌법의 근본가치를 부인하거나 제한하는 규범이 헌법제정시나 헌법의 개정시에 헌법의 각 조항들의 의미에 관하여 충분한 검토를 거치지 못한채 헌법에 수용될 수 있는 가능성은 줄속으로 헌법제정 및 헌법개정의 작업이 진행되었던 우리의 헌정사에 비추어 볼 때 결코 없다고 할 수는 없다.

② 이론적으로 위와 같이 헌법 규범들 상호간에 위계가 있고, 따라서 헌법에 반하는 헌법규범이 있을 수 있다고 하더라도 헌법재판소가 위헌적 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지, 더구나 국민투표에 의하여 확정된 헌법규범을 위헌으로 선언할 수 있는지에 관하여는 의문이 있을 수 있다. 물론 이 사건에서 헌법 제110조 제4항 단서는 심판대상이 아니어서 이와 같은 문제에 대하여 여기서 판단할 필요는 없다. 그러나 헌법재판소에게 그러한 규범을 제거할 수 있는 권한이 제도적으로 주어지지 않다고 하더라도 어떤 헌법규정이 근본적인 의미를 갖는 헌법규범에 반한다고 판단되는 경우에는 그 규정에 적극적으로 의미를 부여하는 것을 삼가함으로써 헌법의 근본가치를 실현하는 것이 헌법재판소가 선택하여야 할 방향이라고 본다.

③ 그러므로 헌법 제110조 제4항 단서가 비록 헌법적 지위를 갖는 법규범이라 하더라도, 동 규정이 국가가 사형제도를 통하여 인간의 생명을 제도적으로 박탈함

으로써 사형수는 물론 사형집행에 관련된 자들의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 용인하는 한, 그 규정 중 사형제도의 인정은 헌법의 근본가치를 규정하고 있는 상위의 헌법규범인 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치에 위반된다고 보아야 한다. 따라서 헌법재판소로서는 헌법 제110조 제4항 단서 중 사형제도를 인정하는 부분은 적극적인 의미를 부여할 만한 가치를 갖고 있지 아니하는 것으로 보아 이 사건에 관한 법리구성을 하여야 하며, 다수의견과 같이, 이 규정에 적극적인 의미를 부여하면서 사형제도의 합헌성을 뒷받침하는 논거로 원용하는 것은 타당하지 아니하다고 본다.

다. 나는 이상과 같은 이유로 사형제도가 합헌이라는 다수의견에 반대하는 것이다.

6. 재판관 조승형의 반대의견

나는 사형제도가 위헌이라는 의견으로 주문 제1항의 다수의견에 대하여 반대한다.

무릇 사형이란 국가권력이 법과 제도라는 이름으로 수형자의 생명을 박탈하여 그 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 형벌 즉 이른바 극형이다. 그렇다면 인간이 구성한 사회·국가권력 다시말하면 인간이 과연 같은 사회 국가의 구성원인 다른 인간의 생명을 박탈할 수 있는 것인가의 이 문제는 동서고금을 통하여 오랫동안 찬반의 논란이 있어 왔고 각인의 가치관과 인생관에 따라 첨예하게 대립되어 왔다.

그러나 시대의 흐름에 따라 전제사회가 민주사회로 변천하고 인권의식이 고양되면서 19세기 중반부터 선진제국이 이 제도를 폐지하기 시작하였으며 현재는 그 수가 무려 60여개 국가에 이르고(별지 1 참조) 있어, 종당에는 세계의 모든 국가가 이 제도를 폐지하게 될 것이라는 전망과 추론을 배제할 수 없으며, 우리나라의 경우에도 1990년대부터 기왕에 사형에 처할 수 있었던 범죄를 점차 줄여가고 있는 실정(별지 2 참조)이며, 특히 1996. 11. 18. 정부에서 형법개정안을 확정하면서, 사형은 특별한 경우에 한하여 신중히 고려해 선고해야 한다는 “사형선고 신중선언” 규정을 신설하고 있는 점을 감안하면, 위와 같은 전망과 추론이 가능하다고 보여진다.

나는 이와 같은 사형제도의 폐지에 대한 긍정적인 측면을 바탕으로 하여 다음과 같은 이유로 사형제도의 폐지는 이 시대에 요구되는 당위라고 생각한다.

가. 사람의 생명은 창조주 이외의 어떠한 권위로서도 사람이 이를 박탈할 수는 없다.

사람은 창조주에 의하여 피조된 신비스러운 존재이며 사람의 생명은 창조주 다음으로 가장 고귀하고 신성한 것이므로, 사람의 생명을 박탈하는 일은 창조주만이 가능할 뿐 창조주가 아닌 사람은, 그 어떠한 권위를 가지고서도, 사람이 만든 어떠한 법과 제도를 통하여서도, 불가능하다고 할 것이다. 만약 이것이 가능하다면 이는 창조주의 권위보다 더 큰 권위를 찬탈하는 것이 되며 창조주의 구원(救援)을 거부하는 것이 되기 때문이다. 따라서 사람의 생명에 대하여서는 부정적인 어떠한 사회과학적 평가나 법적인 평가도 허용되어서는 안된다고 할 것이며, 이와 같은 평가로 세워진 사형제도는 허용될 수 없다고 할 것이다(사형제도의 존치론자 중 혹자들은 성경 창세기 9장 6절, 출애굽기 21장 24-25절의 성구를 인용하고 있으나, 이 성구들은 보복의 관념을 어느 경우라도 정당화한 것이 아니라 신체에 한하여 보복이 가능함을 말하는 보복의 한계를 정한 것이라 보이며 생명에 대한 보복이 가능함을 정한 성구라고는 이해되지 아니하므로 그들의 인용은 일고의 가치도 없다).

나. 인간의 생명권은 선형적이고 자연법적인 권리로서 이를 박탈할 수는 없다.

사람의 생명에 대하여도 부정적으로 사회과학적·법적인 평가가 가능하다고 하여, 헌법상 기본권인 인간의 생명권으로서 법률상의 의미를 조영한다고 하더라도, 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.

다. 우리 헌법의 근본정신은 사형제도를 부인하고 있음이 분명하고 생명권은 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한에 관한 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다.

사형제도는 아직도 사회안전의 유지라는 명분으로 존치되고 있지만 본래 국가의 목적수행에 있어서 유용한 수단으로 인식되고 특히 개인존중의 이념이 무시된 전제군주제나 전체주의국가에서 군주나 독재자가 자신의 권력유지와 권위보전의 수단으로 애용되어 왔다고 보여진다.

우리 헌법은 제1조에서 전체주의적인 성격을 부인하고 있으며, 제10조에서 인간으로서의 존엄과 가치를 즉 인격주의를 선언하고 불가침의 기본권이 있음을 확인하며 그 보장의무가 국가에 있음을 선언하고 있다. 따라서 우리 헌법의 근본정신은 반전체주의적 정신과 인격주의라 할 것이므로 생명박탈의 형벌은 바로 이 정신에 반하는 형벌로써, 우리 헌법이 사형제도를 예정하고 있지 않다고 보는 것이 논리상 합당하다고 할 것이다. 즉 이와 같은 근본정신하에서 사형을 인정한다면 이는 곧 전체주의국가임을 자인하고 인격주의를 부정하는 것이 되어 그 스스로 논리적인 모순을 범하는 것이 되기 때문이다. 또한 국가가 불가침의 기본권이 있음을 확인한다 함은 적어도 기본권 중에서 근원적이며 최고의 기본권인 생명권을 이 불가침의 기본권으로 확인함을 의미하며, 국가가 이를 보장할 의무를 진다 함은 국가가 스스로 이 불가침의 기본권을 침해할 수 없음을 선언한 것이라고 보아야 할 것이므로, 생명권은 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 될 수 없다고 할 것이다(우리 헌법이 사형제도를 예정하고 있다는 다수의견은 납득하기 어렵다).

라. 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 생명권의 제한이므로 헌법 제37조 제2항 단서에 위반된다고 본다.

즉 생명권의 제한은 성질상 생명의 박탈을 의미하며 생명권의 본질은 생명 그 자체이므로 이의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이기 때문이다. 또한 생명권이 헌법에서 보장하고 있는 기본권이냐는 논란을 차치하더라도 헌법 제12조가 신체의 자유권을 보장하고 있는 바, 신체는 본래 생명이 있어야 존재하는 것이므로 생명의 박탈은 곧 신체의 박탈이며 신체가 없는 신체의 자유권은 그 본래의 의미까지 상실하게 되고 결국 신체자유권의 본질적 내용까지도 침해하는 것이 되기 때문이다.

다수의견은 현실적인 측면에서 볼 때에 정당한 이유없이 타인의 생명을 부정하거나 그에 못지 아니한 중대한 공공이익을 침해한 경우에 국법은 그 중에서 타인의 생명이나 공공이익을 우선하여 보호할 것인가의 기준을 제시하지 않을 수 없게 될 것이며, 이러한 경우에는 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 된다고 할 것이며 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 않는 공공이

익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로는 볼 수 없다고 주장하나, 이 주장은 헌법 제37조 제2항 본문에 따라 기본권을 제한함에 있어서 지켜야 할 입법목적의 정당성, 입법수단의 필요성(적정성·피해의 최소성·법익 균형성) 등 기본권 제한의 상대적 한계인 제원칙과 헌법 제37조 제2항 단서의 절대적 한계규정을 혼동하였거나 생명권의 본질적 내용을 오해한 잘못을 범하고 있는 주장에 불과하여 부당하다. 즉 헌법 제37조 제2항 본문은 국민의 기본권을 법률로써 제한함에 있어서는 입법목적의 정당성, 입법수단의 필요성(적정성·피해의 최소성·법익 균형성) 등 제원칙을 지켜야 한다는 제1차적이고 원칙적이며 상대적인 기본권 제한의 한계규정을 정한 것이고, 헌법 제37조 제2항 단서는 위와 같은 상대적인 한계규정을 준수하더라도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 최종적이고 예외적이며 절대적인 기본권 제한의 한계규정을 정한 것일 뿐만 아니라, 가사 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보의 대상이 된다고 가정하더라도, 생명권은 다른 기본권들과는 달리 그 본질적 내용이 생명의 유지이므로 생명의 박탈은 곧 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이며, 위의 절대적 한계를 일탈하는 것이 되므로 생명권이 헌법상 일반적 법률유보의 대상이 된다는 견해는 헌법 제37조 제2항 본문과 단서규정을 오해하였거나 생명권의 본질적 내용을 오해하였음이 분명하기 때문이다.

마. 가사 헌법 제37조 제2항 단서상의 생명권의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 형벌의 목적은 응보·범죄의 일반예방·범죄인의 개선에 있음에도 불구하고 형벌로서의 사형은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어, 생명권을 제한하는 목적의 정당성, 그 수단으로서의 적정성·피해의 최소성 등 제원칙에 반한다.

(1) 사형은 범죄자의 생명을 박탈하는 것이므로 범죄자에 대한 개선의 가능성을 포기하는 형벌일 수 밖에 없고 그렇다면 형벌의 목적의 하나인 개선의 목적에 반하여 사형제도의 정당성을 인정할 수 없다.

범죄인에 대한 개선의 목적은 개선이 가능한 범죄인에 대하여서만 이를 수 있을 뿐, 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인에 대하여서는 그 목적을 이를 가능성은 없다고 할 것이나, 과연 개선이 절대적으로 불가능한 범죄인이 있을 수 있을 것인가