

# 사형 대체형벌의 조건과 전망 세미나

사형확정자 생활실태조사와 비교법 분석을 기반으로

## - 2부 토론문 -

■ 일시 | 2021. 5. 31(월) 14시 - 16시 30분

■ 장소 | 여의도 이룸센터 누리홀

■ 중계 | CBCK한국천주교주교회의 유튜브 채널

### ■ 1부

개회사 | 김선태 주교 (한국천주교주교회의 정의평화위원장)

환영사 | 이상민 더불어민주당 국회의원 (사형대체형벌법안 대표발의 예정)

인사말 | 박병석 국회의장

인사말 | 최영애 국가인권위원장

인사말 | 한인섭 한국형사,법무정책연구원장

### ■ 2부

좌장 | 김형태 변호사 (사형폐지범종교인연합 집행위원장)

발제 | 김대근 한국형사,법무정책연구원 연구위원

토론 | 현대일 신부 (천주교 서울대교구 사회교정사목위원장)

토론 | 이경화 검사 (법무부 형사법제과)

토론 | 이석배 교수 (단국대학교 법학과)

토론 | 이재영 입법조사관 (입법조사처 법제사법팀)

토론 | 김준우 변호사 (민변 공익인권변론센터 수용자인권증진모임)

### ■ 공동주최

더불어민주당 이상민 의원실, 한국형사·법무정책연구원

한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회

## 토론 | 교정시설 출입하는 종교인의 시각으로 본 대체형벌

현대일 신부 (천주교 서울대교구 사회교정사목위원장)

저는 매일 교도소 구치소를 들락거리는 사람이었습니다. 보통 이렇게 문장을 시작하면, ‘하지만, 지금은 회개하여 깨끗한 삶을 살고 있습니다’로 다음 문장이 이어지겠지만, 저의 경우는 ‘하지만 지금은 코로나로 인해서 교정시설을 못 드나들고 있습니다.’가 됩니다. 화요일은 여자, 수요일은 남자, 목요일은 교리지도, 금요일은 사형확정자를 만납니다. 보통의 성직자가 주말에 바쁘는데, 저는 주말, 주일은 쉬고, 월요일에는 행정업무 및 후원회원을 위한 미사 등을 합니다.

김대근 위원님께서 32명의 사형수를 만나시고, 교정봉사자와 교도관까지 면담하셨는데, 그 논문을 읽고 무척이나 인상적이고, 감명을 받았습니다. 그 논문을 기반으로 대체형벌에 대하여 이렇게 명확하게 분석한 오늘 발제 역시 훌륭했습니다. 저는 전공도 법이 아니라 신학이고, 서울구치소 사형확정자 5명만을 만나는데, 이 세미나에 토론자 자격이 되는지조차 잘 모르겠습니다. 다만, 저의 경우는 사형확정자를 만나는 금요일의 경우, 한 명을 아침 10시부터 12시30분, 다른 한 명을 12시 30분부터 3시까지, 약 2시간 30분씩 만나고, 때로는 월요일이나 화요일 오전에 2시간 넘게 만나기도 하였습니다. 그렇게 길다고 하면 길고, 짧다고 하면 짧은 시간 동안 만나온 체험, 그리고 저와 함께 저보다 더 오랫동안 우리 사형수 형제들을 만나오신 봉사자님들과의 대화를 통해 아는 체험을 바탕으로, 그리고 무엇보다 종교인의 관점으로 대체형벌에 관해서 이야기하고자 합니다.

이름만 대면 아는 유명한 무기수가 있습니다. 많은 사람이 사형수라고 생각하는데, 무기수인 이 A는 초등학교 5학년 담임선생님이 “돈 안 가져왔는데, 뭐하러 학교에 와. 빨리 꺼져.” 했다고 합니다. 그때부터 마음속에 악이 커졌다고 합니다. 학교도 자주 빠지게 되고, 결국 중학교 입학 3달 만에 퇴학당하고, 절도하다 경찰이 훈방 조치하자, 아버지는 소년원에 보내달라고 해서, 소년원에 가고, 거기서 범행을 배우고, 계속 범행하게 되죠. 글썄요. 그 선생님이 “야, 기죽지 마. 불편하기는 해도, 괜찮아. 힘내”라고 응원해줬다면, 따뜻하게 품어줬다면, 그런 흉악범이 생기지 않았을 수 있습니다. 꼭 그 담임선생님만의 역할은 아닐 것입니다. 저 같은 종교인이 될 수 있고, 옆집 아저씨일 수 있습니다. 여러분의 무관심이나 폭언이 그렇게 만들 수 있는 것입니다.

더 극단적인 예를 들어보겠습니다.

2000년 5월. 어느 명문대 대학생이 부모를 살해, 유기합니다. B라고 하죠. 당시 뉴스는 인륜이 실종되었다. 패륜아다라고 합니다. 오늘날에도 볼 수 있는 풍경인데, 잔혹한 사건이 일어나면, 우리 사회는 아무 상관없고, 그 잔혹한 사건을 저지른 그 사람

혼자만의 문제로 생각됩니다. 그리고 우리는 분개하죠. 그리고 사형시켜라, 사형시켜라 합니다. 댓글 난리나고, 탄원서 보내고. 그렇습니다. 실재로 이 대학생은 1심에서 사형판결을 받습니다.

그런데, 이 부모를 보니, B가 아주 어릴 때부터 심하게 다투었고, 오래전부터 각방을 썼다고 합니다. 그리고 B는 어릴 때부터 부모에게 혼납니다. 아버지가 해병대 장교출신에 어머니가 명문대 출신으로, 특별히 어머니에게 많이 맞고 컸다고 합니다. 그냥 훈육 수준이 아니라, 학대 수준입니다. 유치원생이 신발끈 못 묶는다고 체벌 가하고, 입안에 밥 가득 집어넣고 화장실 가서 구토하게 하고, 머리카락 잡아 뜯는 식이었다고 합니다. 생일을 한 번도 챙겨준 적 없고, 고등학교 다닐 때, 당시에는 도시락을 싸다니는 시절인데, 도시락도 한 번도 챙겨주지 않았다고 합니다. 친구들의 증언에 의하면, 고등학교 시절에 체육시간 옷을 갈아입을 때, B의 몸은 항상 피멍 투성이었다고 합니다.

학교폭력도 당했습니다. 가정에서의 그 폭력과 학대가 있었어도, 친한 친구가 있었고, 어울릴 수 있었다면, 위안을 받고, 그 관계에서 해소되었을지 모릅니다. 하지만, 학교 친구들도 따돌리고, 무시했다고 합니다. 명문대에 합격합니다. 그러나 부모로부터 서울대가 아니라는 이유로 폭언과 무시를 당합니다. 군대에서도 역시 무시당하였다고 합니다.

사건 열흘 전, 어머니에게 처음으로 반항합니다. 말싸움합니다. 하지만 오히려 어머니는 옛날이야기를 왜 하나? 정신병원에 가라, 못된 자식이라고 돌립니다. 사흘 후 이야기를 들은 아버지도 B를 야단치고, 그는 울면서 모두 쏟아내지만, 아버지 역시 모욕을 줄 뿐이었다고 합니다. 사건이 일어나고, B가 경찰에 진술하면서 “미안하다고 말하기가 그렇게 어려웠나”라고 합니다. 이 친구는 2심과 대법원 판결을 통해 무기징역을 선고받고, 살고 있습니다.

B의 어머니 아버지가 못되고, 불성실하고, 무책임한 것 같지요? 그 어머니도 가정폭력의 희생자, 아버지도 가정폭력의 희생자였다고 합니다. 흉악범 소식을 접하면, 우리는 죽여버려야 한다고 흥분해서 말합니다. 나와는 상관없는 일인냥, 사회와는 상관없는 냥, 그리고 그 사람만 없애면 끝나는냥 생각합니다. 아닙니다. 우리사회의 공동책임입니다. 또한 폭력은 폭력을 낳고 살인은 살인을 낳습니다. 그래서 헌법소원에 대하여 폭력의 악순환을 끊어야 한다, 라고 천주교 주교단이 의견서를 냈던 것입니다.

어떻게 그 폭력의 악순환을 끊을 수 있을까요?

제가 만나는 유명한 사형확정자가 있습니다. 구치소에서도 이 사형수를 보면, 수군거리면서 누구다, 누구다 거린다고 합니다. 그의 문 앞을 지나면서 마치 동물원의 동물

을 보듯이 힐끗거리기도 한다고 합니다. 이 친구가 종교시간에 나온 것은, 자기의 표현대로 그냥 가끔 바람쐐 겸 심심해서 나왔다고 합니다. 사실 이 형제가 천주교에 들어온다고 해서 우리 봉사자들 중에서도 반대하는 사람들도 있었습니다. 봉사자들도 거부감이 있었습니다. 그런데 우리 봉사자들이 더 정성껏 대하자라고 합니다. 이 형제가 무얼 좋아하는지 알아내고, 이 형제를 만날 때면, 새벽 일찍 일어나서 음식을 준비합니다. 교정 관계자가 들으면 싫어하겠는데, 원래는 다과만 가능한데, 우리 봉사자들은 최대한 맛난 음식을 준비해줍니다. 구치소가 동네에 있지 않기에, 음식을 일찍부터 준비합니다. 그게 느껴집니다. 그걸 모를 수가 없지요. 이 형제가 감동을 합니다. 아, 나를 위해서 이렇게 정성을 다 해주는 사람이 있구나. 나는 어떻게 밥값을 할까? 평소에 일어나는 시간보다 더 일찍 일어납니다. 그리고 자기를 위해서 음식을 하는 봉사자를 위해 기도를 한다고 합니다. 어떻게 하는지는 모르지만, 두손 모아서 기도한다고 합니다. 그리고 무슨 내용인지는 모르는데, 성서를 읽는다고 합니다. 뭘 내용인지 몰라서 또 읽고 또 읽고. 와 닿는 내용 있으면 밑줄 치고, 옆의 여백에 와 닿는 구절이나 단어를 적어도 놓습니다.

제가 소년원에도 종종 가는데, 아이들에게 물어봐요. 뭘 제일 먹고 싶냐? 무엇 같아요? 피자? 치킨? 고기? 아이들이 대답해요. 집밥이라고. 집밥. 어머니의 정성이 담긴 집밥.

사형수를 변하게 한 것은 우리 봉사자의 정성과 사랑입니다. 사랑이 변하게 합니다.

사람은 바뀌는가? 사람은 변화하는가?

이에 대해 사람마다 다른 생각이 있을 것입니다. 저는 사람은 변화한다고 생각합니다. 쉽게 바뀌진 않지만, 분명히 변화합니다. 만약 사람이 바뀌지 않는다면 종교, 교육의 의미가 없습니다. 기도라는 것이, 내가 변하여, 내가 달힌 눈을 깨달아, 하느님의 뜻을 알아내게 해달라는 것이지, 나는 가만히 있을테니, 하느님이 내 뜻대로 변화해달라는 것이 기도가 아닙니다. 인간은 변하지 않고, 신만 변하라는 것은 신을 종으로 만드는 것이지요. 교육도 그러합니다. 단순히 지식을 집어넣는 것이 아니라, 사회화의 의미도 있지요. 사람이 변하지 않는데, 무엇 때문에 인성교육과 사회화를 말하겠습니까? 사람이 변한다는 전제로, 우리는 교정을 말합니다. 예전엔 감옥이라고 했습니다. 가두어 놓는 것만을 생각한 것입니다. 가두고 사회로부터의 격리만을 생각한 것입니다. 예전에는 간수(看守)라고 했죠. 갇힌 이들이 탈옥하나, 도망가지는 않나 지켜본다는 의미만을 뜻합니다. 이제는 교도소(矯導所), 바로잡고 이끄는 곳입니다. 교정(矯正) 기관, 교정시설이라고 합니다. 틀어지거나 잘못된 것을 바로잡는 곳이지요. 교도관이라고 합니다. 바로잡고 이끌어주는 사람입니다. 교정, 이빨 교정할 때 똑같은 한자를 씁니다. 이 교정, 쉽지는 않습니다만, 교정됩니다. 우리는 이런 교정행정에 대해서 이야기하고 있습니다. 단순히 가두고, 격리하고, 없애버리는 이야기가 아닙니다.

사형수들이 신부인 내 앞에서만 그럴 수 있습니다. 하지만 그 2시간이 계속되면 4시간이 되고, 24시간이 될 수 있습니다. 교정시설은 그러한 시설이 되어야 합니다. 사람을 바꾸는 시설이 되어야 합니다. 그저 가두고 격리시켜두는 것에 그치는 시설, 통제만 하는 것에 급급한 시설이어서는 안된다고 생각합니다.

대체형벌. 가석방 없는 절대적 종신형이 그 대체형벌로 이야기된 적이 있습니다. 저는 이에 대해 반대합니다. 이는 제 생각만이 아닙니다. 저 개인만의 생각이 아니라, 회개를 이야기하는 그리스도교나, 인간 생명의 존엄성을 이야기하는 불교 역시 동의할 수 없으리라 생각합니다. 몇 평 되지 않는 역시 방에 가두어두고 평생을 살려만 두는 것이 어떻게 생명의 존엄을 존중하는 것이며, 인권을 보호하는 것이 될 수 있겠습니까? 프란치스코 교황님은 감옥은 “삶의 끝이 아니라, 새로운 삶의 시작이어야 한다”라고 하시면서, 처벌은 “재소자가 과거만이 아닌 미래를 보게 해야 하고, 재소자가 희망의 지평을 가지게 해야 한다. 그렇지 않으면 고문도구”라고 말씀하셨습니다. 독방의 경우, 누우면 손가락 몇 뼘밖에 남지 않습니다. 창문은 펜싱마스크처럼 촘촘해서 환기도 잘 안되고, 하루에 한 시간만 해를 쬐 수 있도록 합니다. 그것도 독방 사형수의 경우 몇 평 안됩니다. 거기에 빙글빙글 돌게 합니다. 오가며 수시로 몸수색, 방수색 당합니다. 감시받고, 그렇게 평생 살라고 하는 것입니다. 그게 희망의 지평을 가지게 하는 처벌일까요? 고문일까요?

종교적인 이유만이 아니라, 교정 행정적으로도 마찬가지입니다. “년 죽을 때까지 감옥에 있어야 한다.” 그렇다면 이 수용자는 감옥에서 잘 지낼 이유가 있을까요? 교도관들은 이를 통제할 수 있을까요?

교정기관이 사람을 바꾸는 기관이라면, 사람을 변화시키는 시설이라면, 그 기간을 길게 보고, 그 기간 속에서 체크를 하면 됩니다. 너 변화했는지 살펴보자라는 어느 시점을 두는 것, 그것은 정말 중요하다고 생각합니다. 그 시점이 수용자에게는 희망이 됩니다. 범죄재발 가능성을 정말 엄격하고, 정확하고, 세밀하게 보아야 합니다. 바뀌었는지, 변화했는지 보아야 합니다. 조금이라도 의심이 있으면, 탈락시키고, 몇 십 년 후에 검사를 다시 하면 됩니다. 수용자에게는 변화의 자극이 될 수 있을 것입니다. 갇힌 공간 속에서 늘 교도관과 함께 지내기 때문에, 이 기록들이 모여져서 평가되는 것이지, 검사 하루만, 평가자들 앞에서 가식을 떨어서 되는 것은 절대로 아닐 것입니다.

절대적 종신형이라는 말 때문에, 상대적 종신형이 가벼운 벌처럼 느껴지게 하는 효과가 나타났는데, 결국은 종신형입니다. 그리고 이 역시 엄벌입니다. 하지만, 굳이 가석방의 기회조차 박탈할 필요가 있느냐는 것입니다.

앞서 김대근 연구위원님의 발표에서도 나왔지만, 현재 70살 이상의 사형수가 3명입니다. 이중 최고령자는 83살이십니다. 나이가 많다고 모든 사람을 일반화 시켜서 말할 수 없겠지만, 그분들이 사회에 나가서 과연 다시 흉악범죄를, 살인죄를 지을 수 있는지, 검토는 해봐야 하지 않겠습니까? 최소한 죽음만큼은 가족들과 함께 맞이할 수 있는 기회 정도는 줄 수 있어야 않겠습니까?

사형제 폐지의 이유가 인권존중, 생명존중이라면, 절대적 종신형이 절대로 그 대안이 될 수 없습니다. 이 역시 “평생을 감옥에 가두고”, 희망을 제거한 채 열악한 환경에 두어버리는 것이, 끊임없이 고문하는 것과 무엇이 다르며, 이것이 어떻게 인권존중, 생명존중이 될 수 있는지 잘 모르겠습니다. 가석방 심사를 기간만 지났다고 형식적으로 하는 것이 아니라, 엄격하게 한다면, 종신형으로 충분하다고 생각합니다.

토론 | 이경화 검사 (법무부 형사법제과)

앞서 김대근 박사의 발제에서 나타난 것처럼 사형제도는 여러 국제 인권 규범에서 그 폐지를 권고하고 있다. 반면 우리 헌법재판소는 사형제도를 합헌으로 판단하고 있지만 극히 예외적인 경우에 한하여 인정하는 것이지, 광범위하게 “중대범죄에는 사형”을 인정하는 것은 아니다. 우리나라도 현재 사실상 폐지국가의 범주에 들어 있다.

유럽인권협약은 제2조에서 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.“고 규정하여<sup>1)</sup> 형식적으로는 사형제도의 존재를 인정하고는 있지만, 유럽평의회는 2002년 5월 3일 채택하고 2003년 7월 1일 발효한 제13호 의정서(Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty in all circumstances: Vilnius, 3.V.2002)에서 사형제도를 완전히 폐지하였다.<sup>2)</sup>

사형제도 폐지의 논의는 계몽사상이 나타나는 시기와 동시에 나타났다. 대표적으로 Beccaria는 이미 1766년 자신의 책 『범죄와 형벌』에서 사형제도 폐지를 강력하게 주장한 바 있다. 이 이후 꾸준히 법적·철학적인 논의를 통해 나타난 이론적인 측면에서 사형제도 폐지의 정당성을 굳이 이 자리에서 언급할 필요는 없을 것 같다. 앞서 김대근 박사의 발제로 충분히 보인다. 다만 우리가 미개한 독재국가로 비난하는 북한 보다 더 많은 형법과 특별형법상 규정에서 사형을 법정형으로 규정하고 있다는 점을 지적하는 것으로 대신 하겠다.

만약 사형제도를 폐지한다면 그 대안은 무엇인가? 대체로 절대적 종신형 제도가 사형을 대체하는 형벌로 논의되며, 사형제도 폐지의 대안으로 모색되고 있다. 실제로 많은 사형제도 폐지국가들이 절대적 종신형을 사형의 대체형벌로 도입하였다. 대체형으로서 절대적 종신형을 주장하는 사람들은 절대적 종신형이라는 형벌제도에 대하여 헌법과 형법의 이론적 측면에서 검토하여 과연 사형제도의 대체형으로서 정당성을 부여할 수 있는지 검토하였고, 의미 있는 논의라고 생각한다.

---

1) Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten  
ARTIKEL 2 Recht auf Leben

1. Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, außer durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

2) Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe: Wilna, 3. V. 2002

Die Mitgliedstaaten des Europarats, die dieses Protokoll unterzeichnen -  
.....

entschlossen, den letzten Schritt zu tun, um die Todesstrafe vollständig abzuschaffen -



하지만 종신형제도는 특히 재사회화라는 현대 형벌의 가장 중요한 목적을 전혀 달성하지 못한다. 이 점에서 사형제도나 절대적 종신형제도는 동일하게 “흉악한 범죄자는 우리 사회에서 격리시켜야 한다.”는 슬로건 아래에 있다. 이것이 일반인의 법감정이며, 어쩔 수 없는 필요악으로 우리 사회를 흉악범들로부터 지켜주는 유용한 도구라고 생각한다는 점에서 차이가 없다. 절대적 종신형은 물론 최근 여러 재심재판에서 나타나는 것처럼 이미 사형이 집행된 무고한 “사법살인과 오심의 피해자”가 나타나지 않을 수 있다는 점에서는, 그리고 비례성의 원칙 측면에서 사형제도와 비교해 볼 때에는 아주 조금 나아 보이기는 한다. 하지만 인간의 존엄을 논하며 사형의 폐지를 주장하면서 절대적 종신형을 대체형으로 주장하는 것은 또 다른 방식으로 인간의 존엄을 위태화 하는 것은 아닌지? 이러한 점에서 절대적 종신형제도가 사형제도의 폐지를 위해 적극적으로 받아들일 수 있는 형벌인지에 대하여는 의문이 있다.

무기징역은 유기징역의 상한을 초과하는 형벌의 부과가 필요한 경우 선고하는 형벌이다. 2010년 개정된 현행 형법상 유기징역의 상한은 30년이고, 가중하는 경우에는 50년이다. 우리 형법의 입법자는 처음에 유기징역의 상한을 15년으로 하였었기 때문에, 범죄자의 행위에 대한 불법과 책임이 15년 보다 높게 평가될 수 있는 범죄유형에는 무기징역을 법정형으로 규정하였다. 그런데 2010년 개정형법은 모든 범죄의 유기징역 상한선을 30년으로 하면서, 이러한 부분을 전혀 고려하지 않았다. 예컨대 법정형이 “무기 또는 5년 이상의 징역”처럼 유기징역과 무기징역이 함께 규정된 범죄의 경우에는 과거에 무기징역으로 불법이 평가될 수 있는 경우를 유기징역으로 선고하는 것 이외에는 크게 달라질 것이 없다. 예컨대 형법 제259조 상해치사죄의 경우 법정형은 “3년 이상의 유기징역”이다.<sup>3)</sup>

현행법상 무기징역의 의미는 사형제도 폐지론이 처음 나올 때와 달리 경합범 등으로 가중되는 경우 유기징역은 45년, 누범가중의 경우 50년까지 선고가 가능하다. 이 형량을 넘어서는 경우가 무기징역에 해당한다. 게다가 소년범의 경우는 감경이 이루어지므로, 성인에게 무기징역이 선고되면 대부분의 경우는 종신형에 해당하는 효과가 발생한다. 여기에 절대적이라는 수식어를 붙이는 것은 가석방으로 다시 사회에 복귀하는 것을 막기 위한 것이다. 위에서 언급한 것처럼 이는 오히려 형벌의 중요한 목적에 반하는 결과를 가져온다.

게다가 무기징역의 경우 가석방 가능기간도 20년으로 동시에 개정되어, 무기징역을 선고 받은 경우에는 형집행정지 등 특별한 사유가 없는 한 최소 수형기간은 20년이다. 그리고 가석방이 실제로 이루어지는 경우는 엄격한 요건 아래 극히 예외적이다. 또한 절대적 종신형을 선고하더라도 70세가 되면 형집행정지 신청도 가능하다. 이것도 바꿀 것인가? 범죄로 교도소에서 20년 이상 생활하다가 70세가 넘어서 사회로 나오는 것, 이것으로 부족한가?

3) 몇년전 문제가 되었던 윤일병 사건의 피고인 이병장의 경우 - 살인의 고의가 인정될 수 있는지 여부는 별론으로 하고 - 1심에서 상해치사죄와 강제추행죄 등으로 가중되어 45년의 유기징역이 선고되었다. 이는 2010년 형법개정 이전에는 선고가 불가능한 형량이다.

가석방이나 형집행정지는 법정요건과 절차에 따라 이루어진다. 만약 이 요건이 너무 완화되어 있어서 문제라면, 이 요건을 강화하고 현행법에서 사형제도만을 폐지하는 것은 안 되는 것인지도 함께 논의해 보길 원한다.

## 토론 | 이재영 입법조사관 (입법조사처 법제사법팀)

뜻깊은 이번 세미나에 토론자로 참여하게 되어 영광스럽게 생각합니다. 김대근 연구위원님의 발제문을 통해 사형제에 관한 논의 및 행형 현황, 대체형벌에 관한 국외 사례 및 논의에 관하여 많은 가르침을 받았습니다. 감사합니다.

발제자님께서서는 사형 대체형벌로 가석방이 가능한 종신형을 도입함이 바람직하다는 점과, 그 구체적인 입법내용은 어떠한 방향으로 구성되는 것이 바람직할지에 관한 견해를 설명하여 주셨습니다.

구체적인 내용에 대하여는 다양한 생각거리가 있을 것으로 사료되나, 발제문을 읽으며 갖게 된 의문을 두어 가지 여쭙어 보고자 합니다. 이하의 내용은 어디까지나 저의 개인적인 견해일 뿐이며, 소속기관의 공식적인 견해가 아님을 미리 알려드립니다.

### 1. 사형제도 및 대체형벌에 관한 국민의 인식

2018년 국가인권위원회 연구용역보고서 “사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사”(이하 “보고서”라 합니다)에 소개된 설문조사 결과에 따르면, 아직까지 일반국민들은 사형 유지에 찬성하고,<sup>4)</sup> 그 필요성을 인정<sup>5)</sup>하는 것으로 나타나며, 적정한 대체형벌이 마련되면 사형제도 폐지에 동의할 수 있다는 의견이 다수이나, 대체형벌은 절대적 종신형<sup>6)</sup>에 경제적 부담까지 추가시키는 방안이어야 한다는 의견이 대다수이고,<sup>7)</sup> 상대적 종신형 또는 무기징역으로 하는 것에는 반대하는 의견이 과반<sup>8)</sup>인 것으로 나타나고 있습니다. 이와

4) 위 보고서에 따르면, 설문조사 결과는 ‘제도를 유지하면서 선고 및 집행에 신중’ 의견이 59.8%(2003년 대비 2.2%p 증가), ‘반드시 유지·강화’ 의견이 19.9%(2003년 대비 11.6%p 증가), ‘당장 폐지’ 의견이 4.4%(2003년 대비 8.8%p 감소), ‘당장은 아니지만 언젠가는 폐지’ 의견이 15.9%(2003년 대비 5.0%p 감소)로 나타났다고 합니다(보고서 140-141면).

5) 위 보고서에 따르면 일반국민의 86.1%가 사형제도가 필요하다고 응답하였으며(매우 필요함 31.6%, 대체로 필요함 54.5%), 13.2%가 사형제도가 필요하지 않다고 응답하였다고 합니다(대체로 필요 없음 10.6%, 전혀 필요 없음 2.6%)(보고서 154-156면).

6) 위 보고서는 가석방 가능 여부를 기준으로, 가석방이 허용되지 않는 종신형을 ‘절대적 종신형’으로, 가석방이 허용되는 종신형을 ‘상대적 종신형’으로 나누고 있습니다(보고서 69면)

7) 위 보고서에 따르면 사형제도의 대체형벌로 ‘절대적 종신형’을 마련하는 방안에는 78.9%가 동의(매우 동의 42.5%, 대체로 동의 36.4%), 19.5%가 동의하지 않는다는 의견(대체로 동의하지 않음 13.5%, 전혀 동의하지 않음 6.0%)이었으며, ‘절대적 종신형에 징벌적 손해배상을 부과’하는 방안에는 85.2%가 동의(매우 동의 44.4%, 대체로 동의 40.8%), 13.8%가 동의하지 않는다는 의견(대체로 동의하지 않음 10.4%, 전혀 동의하지 않음 3.4%)으로 나타나고 있습니다(보고서 166-169면).

8) ‘상대적 종신형’에 대하여 일반국민의 60.9%가 동의하지 않고(대체로 동의하지 않음 30.3%, 전혀 동의하지 않음 30.6%), 동의한다는 의견은 38.0%(대체로 동의 26.7%, 매우 동의 11.3%)로 나타났으며(보고서 169-170면), ‘무기징역’에 대하여는 일반국민의 55.5%가 동의하지 않고(대체로 동의하지 않

같은 상황에서 곧바로 사형의 대체형벌로 상대적 종신형의 도입을 추진하는 것은 국민적인 동의를 얻는 것이 현실적으로 어렵지 않을지 우려가 되는데, 이 부분에 대한 발제자님의 의견을 여쭙고 싶습니다.

## 2. 권력분립과의 관계

발제자님께서서는 사형 대체형벌로 종신형을 도입할 경우, 기존 사형 확정판결은 종신형으로 변경되어야 하며, 그 방안으로 ① 특별법으로 사형을 종신형으로 일률 감경하는 방안 및 ② 특별법과 함께 법원의 판결을 통하여 종신형으로 감경하는 방안이 있고 이 경우 형사재심의 것을 준용할 여지가 있는데, 권력분립 존중과 판결의 기속력을 고려하면 후자의 방법을 거치는 것이 바람직할 것이라고 하셨습니다(발제문 37면).

그런데 사면·감형·복권에서 문제되는 것은, 사법부의 판단을 사후적으로 변경하는 것이기에 권력분립 및 법치주의 원리와 충돌할 수 있으며, 자의적인 권한 행사나 정치적인 남용 가능성이 있다는 점이고, 이는 특히 대통령의 특별사면과 관련하여 문제되어 왔습니다.<sup>9)</sup>

입법부가 사형제도의 인권침해적 요소를 시정하기 위한 반성적인 고려 아래 형의 종류를 폐지하는 한편 확정판결로 정하여진 형을 일률적으로 감형하는 경우(위 ①의 경우)는, 자의적인 권한 행사나 정치적인 남용 가능성이 없고, 헌법이 사면 등에 관하여 입법자에게 부여한 폭넓은 입법재량<sup>10)11)</sup> 범위를 넘는 것으로 평가하기는 어렵기에, 권력분립 측면에서 문제가 생길 소지를 찾기 어려워 보입니다.

그런데 ②와 같이 특별법에 더하여 법원의 판결을 거치도록 할 경우, i) 만약 형벌만 다시 종신형으로 정하여 선고하도록 한다면, 이는 당사자와 관계 기관에게 무의한 절차를 거치게 하는 것으로 권력분립에 대한 존중과는 거리가 있는 것이 아닌지 의문이 들고, ii) 재심으로 사건을 다시 판단하도록 한다면, 이는 법원이 이미 확정판

음 32.6%, 전혀 동의하지 않음 22.9%), 동의한다는 의견은 43.9%(매우 동의 12.4%, 대체로 동의 31.5%)로 나타났습니다(보고서 170-172면).

9) 이석민, “사면권의 한계에 대한 헌법적 검토”, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019, 1면

10) **헌법 제79조** ①대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다.

②일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다.

③사면·감형 및 복권에 관한 사항은 법률로 정한다.

11) 헌법재판소는 사면에 관하여 “종류, 대상, 범위, 절차, 효과 등은 범죄의 죄질과 보호법익, 일반국민의 가치관 내지 법감정, 국가이익과 국민화합의 필요성, 권력분립의 원칙과의 관계등 제반사항을 종합하여 입법자가 결정할 사항으로서 입법자에게 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 부여되어 있다”고 판시하였는바(헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 97헌바74 전원재판부 결정 참조), 이는 감형에 있어서도 달리 볼 이유가 없다 할 것입니다.

결을 한 사건을 전면적으로 재검토하기를 요구하는 것이어서 오히려 권력분립 측면에서 문제가 생길 여지가 있고, 법적 안정성을 저해하는 한편, 경한 범죄로 확정판결을 받은 사람들과의 형평 문제도 발생할 것으로 우려되는데, 이 부분에 관련하여 발제자님의 의견을 여쭙고자 합니다.

### 3. 나가며

범죄를 저지른 사람에 대한 대우의 수준은 그 사회의 인권보장 수준을 보여 주므로, 가장 흉악한 범죄를 저지른 사람에 대하여도 기본적인 인권을 보장할 필요가 있을 것입니다.

다만, 기본권 가운데 침해할 수 없는 본질적인 부분은 가급적 넓게 보아 기본권을 두텁게 보장하는 것이 이상적이나, 법규범과 국민의 법감정의 간극이 커진다면 국민이 법질서를 불신하게 되는 원인이 되어 법적 안정성을 저해할 수 있다는 우려도 있습니다.

뜻깊은 이 자리를 통하여 많은 사람들이 인간의 존엄성과 가치, 기본권의 본질적 내용에 대해 숙고함으로써 더욱 깊이 있는 논의와 진전된 성취를 이루기를 바라면서, 부족한 글을 이만 줄이도록 하겠습니다. 감사합니다.

## 들어가며

먼저 사형제 폐지를 둘러싼 이론적 논의와 대체형벌에 관한 논의를 잘 정리해주신 발표자 분에게 감사의 말씀을 드립니다.

본 토론회에서 마지막 토론자인 제가 추가적으로 사형제 폐지의 이론적 정당성등을 논증하는 것보다는 사형제 폐지의 현실적 경로를 해명하는데 조금이나마 보탬이 되었으면 하는 취지에서, 지난 4년간 사형제 폐지 흐름을 되짚어 보고자합니다.

## 문재인 정부 4년, 사형제 폐지에 관한 정책의 변화

이번 정부에서의 사형제 폐지에 관한 논의 또는 활동계획에 대한 평가를 해볼 필요가 있습니다. 문재인 대통령은 2017년 대선 당시 사형제 폐지 소신을 밝혔지만, 그 이후의 행보는 결코 일관되지 않았습니다.

우선 2017년 12월 국가인권위원회의 대통령 특별보고 자리에서 문재인 대통령은 “인권위가 국제인권 규범의 국내 실행을 담당하는 기관인 만큼 국제기준을 적극적으로 반영하는 권고를 많이 해 달라”며 “사형제 폐지나 양심적 병역거부 인정과 같은 사안의 경우 국제 인권원칙에 따른 기준과 대안을 제시하면 좋겠다”고 밝힌 바 있습니다.<sup>12)</sup>

한편 2018년 3월 발의했던 대통령 개헌안에서 사형제 폐지를 명시적으로 담지 않았습니다. 다만 해당 개헌안에는 생명권의 신설<sup>13)</sup> 및 헌법해석상 사형제 폐지에 주요 걸림돌이 되고 있는 현행 헌법 제110조 제4항<sup>14)</sup>의 삭제를 내용으로 하고 있었습니다. 이러한 개헌안을 제출한 것은 적극적인 입법적 결단을 통한 방법보다는 헌법재판소의 해석을 통한 문제해결을 도모하는 선택을 했다고 평가해야 할 것입니다.

다음으로 문재인 정부는 국제사회의 시선과 압력, 응원에도 불구하고, 세계인권선언 제70주년을 맞이하여 2018년에 선언할 것으로 기대되었던 사형집행 모라토리엄 선언을 하지 않았습니다.

12) <https://www1.president.go.kr/articles/1707> 국가인권위원회 오찬 관련 윤영찬 국민소통수석 브리핑 인용

13) 대통령 개헌안 제12조

모든 사람은 생명권을 가지며, 신체와 정신을 훼손당하지 않을 권리를 가진다.

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

다만 국가인권위원회가 2018년 9월 정부에 ‘사형의 폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제2선택의정서’ 가입을 권고하는 결정을 내렸는데, 문재인 정부는 2020년 11월 제75차 유엔총회 제3위원회(인권담당)에서 ‘사형집행 모라토리엄’결의안에 처음으로 찬성표를 던졌습니다. 해당 결의안은 △지속되는 사형 집행에 대한 우려 △사형 집행의 점진적 제한과 아동·임산부·지적장애인에 사형선고 제한 △사형선고 범죄 축소 △투명하고 공정한 사면심사 △자유권 제2선택의정서(사형제 폐지) 가입 고려 △사형제 폐지를 염두에 둔 모라토리엄 선언을 담은 권고적 성격이었습니다.

그러나 2021년 2월 국가인권위가 헌법재판소에 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하므로 폐지해야 한다는 의견서를 제출한 것에 반하여, 같은 달 헌법재판소에 제출된 법무부 의견서에는 “사형제는 과잉금지 원칙에 반해 헌법상 생명권을 침해하지 않으며 엄격하게 입법 및 선고·집행이 이뤄지는 이상 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 볼 수 없다”는 내용이 담기는 등, 합헌의견의 취지가 담겨져 있었습니다. 이러한 입장은 문재인 정부의 사형제에 관하여 급격히 퇴행한 태도라고 평가할 수 있을 것입니다.

결론적으로 문재인 정부는 초기 다소 적극적인 태도를 취하다가 유보적 입장으로 선회한 이후, 결국에는 퇴행적 선택을 하면서 대선공약을 스스로 파기했다고 평가해야 할 것입니다.

문재인 정부가 적어도 남은 임기동안 사형제 폐지를 위하여 최소한의 노력을 다할 의지가 있자면 적어도 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서’에 가입을 해야 할 것입니다.

## 헌법재판소의 결정을 통한 사형제 폐지의 가능성과 한계

사형제도는 헌법적으로 보았을 때 위헌성이 다분한 제도입니다. 헌법상 규정된 인간의 존엄과 가치 내지 생명권 등을 본질적으로 침해하는 것이고, 권리 침해가 된 순간 해당 권리를 영구히 박탈하는 것이기 때문에 헌법 제37조 제2항에 의해 정당화되기도 어렵다고 봅니다. 또 오판가능성의 문제는 현대적 사법제도에서도 충분히 가능하며 이 경우 손해회복 등이 불가능합니다. 사형제도가 갖는 응보 및 예방기능도 반드시 사형이라는 제도를 통해서만 가능하다고 생각하지 않습니다.

다만 토론자(가 소속된 모임의 기본적 입장과는 궤가 다를 수 있지만) 개인적인 소

견으로는 사형제의 전면폐지가 헌법재판소에 의해 온전히 수용되기는 어려운 측면도 배제하지 않습니다. 헌법재판소 재판관의 구성 등에 대한 시사적 분석이라기보다는 헌법 제110조 제4항의 존재 때문에 그렇습니다.

잘 아시다시피 2010년 헌법재판소 결정(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23.) 당시 합헌 의견 5: 위헌의견 4였는데, 이 때 헌법재판소 이강국 소장은 보충의견을 통해서 헌법 제110조 제4항을 근거로 사형제를 우리 헌법이 전제하는 듯한 해석론을 펼쳤는데, 개인적으로 이는 해당조문을 무리하게 특권화하는 접근이라고 생각해서 인정하기 어렵습니다.

그러나 당시 결정에서 위헌취지 입장을 낸 조대현 재판관은 “...헌법 제110조 제4항 단서가 비상계엄 하의 군사재판에서 사형을 선고하는 경우를 인정하고 있으므로, 비상계엄 하의 군사재판이라는 특수상황에서 사형을 선고하는 것은 헌법이 스스로 예외적으로 허용하였다고 보지 않을 수 없다. 헌법 제110조 제4항 단서는 재판청구권 및 사형제도에 관하여 헌법 제37조 제2항의 원칙에 대한 예외를 허용하는 규정이라고 봄이 상당하다.”고 지적하면서 ‘부분위헌’의견을 개진했습니다. 토론자 개인적으로는 조 재판관의 의견을 간과하기 어렵다고 생각하며 오히려 그 때문에 입법론이 아닌 헌법재판을 통한 사형제도의 일괄폐지는 구조적 제약이 있지 않나 싶습니다.

국가인권위가 2018년 4월 국회에 제출한 <「군형법」내 사형제도 폐지에 대한 의견표명 결정문>도 ‘국회의장 및 국방부장관에게 「헌법」과 국제인권규약 등의 정신에 부합하도록 적전, 전시 사변 시 또는 계엄지역인 경우를 제외하고 「군형법」에 의한 사형 집행의 중단을 선언하고, 향후 사형제도를 폐지하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다’고 주문에 적시된 점이나, 앞서 언급한 문재인 대통령이 발의한 개헌안에서 헌법 제110조 제4항을 삭제한 것으로 이러한 해석론을 염두해둔 것이라고 볼 수 있습니다.

또 이러한 점 때문에 사형제 전면폐지를 위해 가장 명확한 길은 입법적 결단을 통한 폐지가 될 것입니다.

## 입법적 결단을 통한 사형제 폐지의 문제

사실 기본적 인권과 관련된 이처럼 주요한 결정을 국회와 정치가 해결하지 못하고, 계속 헌법재판소에 맡겨 두어야 할 일인지 묻지 않을 수 없습니다. 입법적 결단을 통한 사형제 폐지를 위해서는 국회 내에서의 통과가능성에 관한 문제와 국민적 공감대라는 두 가지 요소가 제일 크게 작동합니다. 두 요소는 쉽게 나눌 수 없을 정도로 상호연관되어있기는 합니다.

가. 국민적 공감대와 대체형벌의 문제



국민적 공감대 형성에 관해서는 결국 대체형벌 수준의 문제입니다. 최근 국가인권위 조사에서도 나타났지만 국민여론은 무조건적인 사형제 폐지 반대라기보다는 설문 문항, 조건에 따라서 달라지는 측면이 존재합니다. 결국 사형제를 입법적 결단을 통해서 폐지하기 위해서는 적절한 대체형벌에 관한 논의가 필수불가한 이유입니다.

대체형벌로서 이른바 감형없는 절대적 종신형과 상대적 종신형 사이에서 헌법이론적으로나, 인권적으로나 후자가 설득력을 가질 수밖에 없습니다. 오늘 발표문에서도 어느 정도 나타나있지만 절대적 종신형도 사실은 위헌적이라는 비판에서 벗어나기 힘듭니다. 헌법 제12조에 의해서 보장되는 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하고, 나아가서는 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄성을 침해한다고 볼 가능성이 큽니다. 발제문에도 적시되었지만 독일 연방헌법재판소는 종신형 자체는 합헌이라고 보면서도 종신형을 선고받은 수형자에게 사면 이외 다른 가능성이 남아 있지 않는 가석방 없는 종신형은 인간의 존엄성을 침해하는 위헌적 형벌이라고 판시하였고, 이에 따라 형법 개정을 1981년에 한 바가 있었습니다.

사실 절대적 종신형을 제기하는 분들도 이론적인 측면보다는, 현실적으로 사형제 전면 폐지에 대해 부정적인 여론과 현실에 맞선 절충론적인 태도에서 비롯된 경우가 대부분이라고 생각합니다. 따라서 이는 순수하게 이론적 당위성을 놓고 토론할 대상이라고 보기엔 힘들지 않을까 생각합니다. 오늘 발제문도 그러한 취지에서 잘 정리해주셔서 발표해주신 것으로 보입니다. 결국 종신형의 경우 최소한의 가석방 금지기간을 어느 수준에서 (25년에서 30년 사이) 새롭게 적정히 설정하는 것이 필요하리라 보입니다.

#### 나. 국회 입법환경

다음으로 국회를 둘러싼 입법환경입니다. 다들 아시는 일이지만, 사형제 폐지법안은 15대 국회에서 처음 발의되어 20대 국회까지 총 8번 발의되었습니다. 그래서 지난 20년간 한국 정치에서 주요한 역할을 했던 정치인들은 한 번 이상은 사형제폐지에 관한 의견을 밝혀야 했던 셈입니다. 그래서 이 명단을 주의깊게 다시 살펴볼 필요가 있습니다.

문재인 정부의 총리를 지낸 이낙연 정세균 김부겸은 모두 사형제 폐지법안에 동참한 바가 있습니다. 김부겸 총리의 경우 18대 국회 때 본인이 직접 사형제 폐지법안을 발의하기도 했습니다. 현직 장관만 꼽아도 유은혜 부총리 박범계 법무부장관 전해철 행안부 장관을 비롯하여 이인영 한정애 장관 등 5명의 정치인 출신 장관들은 모두 사형제 폐지 법안에 이름을 올린 적이 있습니다. 전직 장관 중에는 추미애, 박영선 진영,

김현미, 진선미, 김영춘, 이개호 등도 모두 사형제폐지 법안 발의에 동의한 바가 있습니다.

정의화 정세균 문희상 박병석 지난 10년간 국회의장을 지낸 4명의 정치인은 모두 사형제 폐지법안 발의에 이름을 올린 적이 있습니다. 더불어민주당의 경우 송영길 홍영표 우원식 최근 경선을 당권 주자 3인 역시 폐지법안 발의에 함께했다. 더불어민주당으로 당명이 바뀐 2014년 이후 지금까지 10명의 원내대표들은 모두 사형제폐지법안 발의명단에 이름을 올린 적이 있습니다.

역사적으로 보수계열정당은 상대적으로 사형제 폐지에 소극적이었고, 지난 대선 때도 홍준표 의원의 경우 사형제 유지의견을 피력했습니다. 대선 이후에 황교안 대표체제에서도 입법환경이 녹록치는 않았습니다. 그러나 그것도 이제는 좀 더 달라진 환경이라고 할 수 있습니다. 국민의 힘 소속의 나경원, 주호영, 원희룡, 유승민 같은 주요 당권 및 대선주자 정치인들은 모두 사형제 폐지에 찬성한 바가 있습니다. 또 전 비대위원장 김종인, 국민의 당 안철수 대표도 모두 사형제 폐지법안 제안명단에서 발견할 수 있습니다.

오히려 이제는 민주당과 청와대가 사형제 폐지를 의제로 야당과의 초당적협력을 구해야 할 것이 아닌가 싶습니다. 참고로 전병헌, 한병도, 강기정, 최재성, 이철희 까지 문재인 정부의 정무수석 5명은 모두 국회의원 시절 사형제 폐지법안에 찬성했었는데 구체적으로 무슨 활동을 했었는지 묻지 않을 수 없습니다.

## 맺으며

아직 21대 국회에서는 사형제폐지법안이 발의되지 않았지만, 적어도 20대 국회 때보다는 객관적인 조건은 훨씬 나은 상황이라고 할 수 있습니다. 따라서 정부와 여당이 실질적 의지만 갖고 있다면 입법적 결단을 통한 사형제 폐지가 결코 어려운 일은 아닐 것이라고 봅니다.

이번 정부 임기가 1년 정도 남은 상황에서 문재인 정부가 결자해지의 자세로 최소한 UN에서도 찬성표를 던진 '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서에 가입할 수 있도록 사회운동의 마지막 노력이 필요할 것으로 보입니다. 다음으로 민주당이 헌법재판소 결정으로 사안을 회피하거나 미루지 말고, 당론으로 사형제 폐지법안을 조속히 상정하고 추진할 것을 촉구해야 할 것입니다. 그러나 대체형벌로서 가석방없는 절대적 종신형 도입은 현실적으로 사형제 집행을 하지 않는 우리 현실에서 무늬만 사형제 폐지에 그칠 가능성이 있다는 점을 고려하지 않은 입법에 그치지 않도록 최선의 노력을 사회운동과 학계가 경주해야 할 것입니다.