'20회 세계 사형폐지의 날 기념'

2022 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

중형주의 형사정책의 범죄억지효과

2022년 9월 26일 (월)

오후 2:00 - 4:30

국회의원회관 9간담회실 (2층)

유튜브 중계 :
CBCK 한국천주교주교회의

좌 장 **김형태**
변호사, 한국천주교주교회의 정의평화위원회
사형제도폐지소위원회 총무

발 제 **김한균**
선임연구위원, 한국형사·법무정책연구원

토론1 **주현경**
교수, 충남대학교 법학전문대학원

토론2 **장지웅**
판사, 대전고등법원 청주재판부

토론3 **장태형**
검사, 법무부 형사법제과

토론4 **서정기**
대표, 회복적정의 평화배움연구소 에듀피스

토론5 **서채완**
변호사, 민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터

공동주최 | 더불어민주당 이상민 국회의원, 더불어민주당 권칠승 국회의원

CBCK 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 한국형사·법무정책연구원

목 차

1부 축사 및 인사말

개회사 | 김선태 한국천주교주교회의 정의평화위원장, 전주교구장
축 사 | 박홍근 더불어민주당 원내대표
인사말 | 하태훈 한국형사·법무정책연구원장
인사말 | 이상민 국회의원
인사말 | 권칠승 국회의원

2부 <중형주의 형사정책의 범죄억지효과>

좌장 | 김형태 변호사,
한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 총무
발제 | 김한균 선임연구위원, 한국형사·법무정책연구원
토론1 | 주현경 교수, 충남대 법학전문대학원
토론2 | 장지웅 판사, 대전고등법원 청주재판부
토론3 | 장태형 검사, 법무부 형사법제과
토론4 | 서정기 대표, 회복적정의 평화배움연구소 에듀피스
토론5 | 서채완 변호사, 민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터

* 세미나 종료후, 자료집을 새로 편집, 제작하여 공동주최, 발제, 토론 및 각 국회의원실에 배포 할 예정입니다.

개 회 사

김선태 한국천주교주교회의 정의평화위원장, 전주교구장

평화를 빕니다. 한국 천주교 주교회의 정의평화위원장 김선태 주교입니다. 지금 이 자리에 계신 분들과 유튜브 생중계로 함께하시는 모든 분에게 진심으로 환영의 인사를 드립니다.

한국천주교주교회의는 2001년 정의평화위원회 산하에 사형제도폐지소위원회를 설립하고, 이웃 종교들을 비롯한 인권·사회단체들과 연대하며 사형제도의 완전한 폐지를 위해 많은 노력을 기울여 왔습니다.

프란치스코 교황은 기회가 있을 때마다, 아무리 참혹한 범죄를 저지른 죄인이라 해도 그 사람의 존엄성은 상실되지 않는다고 말씀하면서, '사형제도의 폐지'를 가톨릭교회의 기본 입장으로 천명하였습니다. 그리고 이 세미나가 열리는 바로 이 9월의 기도지향을 '전 세계적인 사형제도 폐지'로 정하고, 인간의 존엄성을 침해하는 사형이 모든 나라에서 영구히 법적으로 폐지되도록 기도하자고 제안하였습니다.

지난 7월에는 13년 만에 사형제도의 위헌 여부를 논하는 헌법재판소의 공개변론이 열렸습니다. 공개 변론에 즈음하여 기독교, 불교, 원불교, 천도교, 유교, 민족종교 그리고 천주교의 대표 성직자들이 공동으로 사형제도 위헌 결정 호소 의견서를 헌법재판소에 공식 전달하였고, 그보다 앞서 한국천주교 주교단, 국가인권위원장, 주한EU대표부, 국제앰네스티 등에서도 사형제도의 위헌 결정을 촉구하는 의견서를 제출하였습니다. 그 어느 때보다 사형제도에 대한 관심이 높은 시기에 이 세미나가 열리어, 그 의미가 더욱 소중하게 느껴집니다.

오늘 이 세미나를 공동주최 해 주시고 귀중한 발제를 협조해 주신 한국형사·법무정책연구원 하태훈 원장님과 '사형폐지에 관한 특별법'을 20대 국회에 이어, 21대 국회에서도 대표 발의해 주신 이상민 국회의원님, '사형폐지에 관한 특별법'을 다루게 될

국회 법제사법위원회 위원이신 권칠승 국회의원님 모두 진심으로 감사드립니다. 특히, 바쁘신 국회 일정 중에도 이 세미나 축사를 위해 자리해 주신 더불어민주당 박홍근 원내대표님께 각별한 고마움을 전합니다.

무엇보다 사형제도를 비롯하여 점점 강화되고 있는 형벌이 과연 우리 사회를 범죄로부터 안전하게 지킬 수 있는 길인가에 대해 깊게 연구하시어 소중한 의견을 발제하실 한국형사·법무정책연구원 김한균 선임연구위원님의 노고에 감사드립니다. 또, 토론을 맡아주신 충남대학교 법학전문대학원 주현경 교수님과 회복적정의 평화배움연구소 에듀피스 서정기 대표님, 민주사회를위한변호사모임 공익인권법률센터 서채완 변호사님께서 함께해 주셔서 이 자리가 더욱 소중한 자리가 되었습니다.

특히 어려울 수 있는 자리를 마다하지 않으시고 함께해 주신, 대전고등법원 장지웅 판사님과 법무부 장태형 검사님도 반갑습니다. 실제 법을 집행하시고 판결을 내리시는 두 분의 귀한 토론이 있어서 오늘 세미나가 더 내실 있고 각별한 의미를 지니게 되었습니다. 더불어 이 세미나를 준비하느라 애쓰신 한국천주교주교회의 사형제도폐지소위원회 위원님들과 수녀님의 노고에도 박수를 보냅니다.

‘참혹한’ 범죄를 ‘참혹한’ 형벌로 응징하는 일은 그 자체로 ‘참혹한’ 일입니다. 반복되는 폭력의 악순환을 멈출 수 있는 이는 바로 국가이고, 정부이고, 국회일 것입니다. 사형제도 폐지를 염원하는 이웃 종교들을 비롯하여 많은 국민들의 마음을 대신하여 21대 국회에 당부드립니다. ‘1999년 15대 국회에서 사형폐지 특별법이 처음으로 발의되었으니, 사회적 합의를 위한 신중한 시간이 벌써 23년이나 지났습니다. 충분한 논의의 시간을 가졌으니 이제는 결단을 내려야 할 때입니다.’

우리 국회가 사형을 폐지하여 대한민국이 완전한 사형폐지국가가 된다면, 아시아 국가들의 사형집행 중단과 사형제도 폐지를 이끌어 나가는데 중요한 역할을 하게 될 것이고, 마침내 전 세계의 인권 옹호 활동을 이끌어 갈 명실상부한 인권선진국이 될 것입니다. 완전한 사형제도의 폐지를 통해 국민의 생명을 존중하는 인권국가로 거듭나기를 기원합니다. 고맙습니다.

축 사

박홍근 더불어민주당 원내대표

안녕하십니까? 더불어민주당 원내대표 박홍근입니다.

「중형주의 형사정책의 범죄억지효과」세미나 개최를 축하드립니다. 뜻깊은 자리를 마련해주신 이상민 의원님, 권칠승 의원님 감사합니다. 세미나를 함께 준비해주신 한국 천주교 주교회의 정의평화위원회 사형폐지소위원회 및 한국형사·법무정책연구원 관계자 여러분께도 감사의 마음을 전합니다

오늘 세미나는 '세계 사형폐지의 날'이 생긴 지 20년째를 기념하는 자리이기도 합니다. 특히 올해는 우리나라에서 사형 집행을 중단한 지 25년이 되는 해이기도 하며, 지난 7월에는 사형제도에 대한 헌법재판소의 공개변론을 13년 만에 진행하기도 했습니다.

사형제 폐지법안은 15대 국회에서 처음 발의한 이후 매 회기마다 발의되었으나 결론을 내지 못한 채 임기만료로 폐기됐습니다. 중범죄에 대해서는 엄중한 처벌을 해야 함이 마땅합니다. 그러나 사형을 통해 범죄자를 응징하고 중범죄를 억지하겠다고 주장하기보단 생명에 대한 존중과 구성원에 대한 따뜻한 관심이 우리 사회를 지탱하는 근간이 되어야 합니다.

사형제 폐지에 선뜻 동의하지 못하는 분들의 마음을 충분히 헤아리고, 피해자에 대한 보호와 지원을 확대하는 내용 또한 다룸으로써 사형제 폐지의 공감대를 이끌어내는 것이 중요합니다. 오늘의 세미나는 생명존중의 문화를 앞장서서 이끌고 계신 여러분들의 헌신으로 마련된 자리입니다. 대한민국이 생명, 상생, 인권의 길로 나아가기 위한 지혜를 나눠주시길 부탁드립니다.

다시 한번「중형주의 형사정책의 범죄억지효과」세미나 개최를 축하드리며, 참석하신 여러분의 건승과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

인 사 말

하태훈 한국형사·법무정책연구원 원장

안녕하십니까?
한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

올해도 2021년에 이어 한국천주교 주교회의 정의평화위원회와 공동으로 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나를 개최하게 되었습니다. 작년 5월 세미나 때와 달라진 것이라면, 우리 연구원이 한국형사·법무정책연구원으로 개칭된 변화입니다.

이제 한국형사·법무정책연구원은 그 명칭과 연구사업 분야 변경으로 새로운 시작을 맞이하고 있습니다. 특히 법무 정책에 대한 연구수요가 급증하는 정책환경 변화에 맞추어 민사법무, 상사 법무, 국제 법무, 통일 법무, 출입국법무, 인권 법무, 국가 송무, 법조 인력정책, 법 교육 등 법무 정책 전반에 대한 연구기능을 강화해 나가면서, 명실상부, 형사·법무정책의 통합적 Think-tank로 더욱 발전해 나갈 것입니다.
저 역시 한국형사·법무정책연구원장으로서 시민의 인권과 자유, 안전을 함께 추구하는 형사정책 연구에 더해 공정경제와 민생, 사회적 약자에 힘이 되고 공존과 정의를 추구하는 법무 정책 연구의 중요성을 강조하고 있습니다.

무엇보다 사형폐지의 날을 기념하는 오늘 세미나의 주제인 “중형주의 형사정책의 범죄효과”와 관련하여 우리 연구원은 이미 “중형주의 형사제재의 실효성에 관한 평가연구”(2020~2022), “사형제도의 합리적 축소 정비방안” (2007), “사형확정자의 생활 실태와 특성”(2020), “사형폐지에 따른 법령 정비 및 대체 형벌에 관한 연구 (2021)” 등 연구성과를 제시해 왔습니다. 이야말로 인권과 자유, 안전에 이바지하는 의미 있는 형사정책 연구성과라 하겠습니다.

특별히 오늘 세미나는 2021년 「사형폐지에 관한 특별법안」을 대표 발의하신 더불어민주당 이상민 의원님과 함께 주최하게 되어 더욱 뜻깊은 자리입니다. 20대에 이어 21대 국회에서도 사형제도를 완전히 폐지하고 진정한 인권 국가로의 도약을 위한 의정활동에 매진하고 계신 이상민 의원께 깊이 감사드립니다. 사형폐지 운동에 변함없이 헌신해 온 한국천주교 주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원

회, 그리고 김형태 변호사님께도 깊은 존경과 감사의 마음을 전하지 않을 수 없습니다. 또한 발제와 토론자, 그리고 유튜브를 통해 참석해 주신 분들께 감사의 말씀 드립니다.

이제 사실상 사형제 폐지국가에서 법적으로 실질적인 사형제 폐지국가로의 전환을 결단함으로써 인간의 존엄성과 생명의 절대적 가치를 실현하는 사회로 한 걸음 더 나아가야 할 때입니다. 몇 해 전 세계사형폐지의 날 기념식에 참석하여 드렸던 축사를 인용해 보겠습니다. “이제 사형제도의 수명이 다했음을 선언해야 할 때입니다. 정작 사형이 선고되고 집행되어야 할 대상은 바로 사형제도입니다. 형장의 이슬로 사라져야 합니다.”
모쪼록 오늘 사형제도 폐지를 위한 세미나를 통해 바람직한 정책기획과 의미 있는 실천방안을 공유할 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.

인 사 말

이상민 국회의원

안녕하십니까? 국회의원 이상민입니다.

2022년 사형제도폐지 연례 세미나 ‘중형주의 형사정책의 범죄억지 효과’에 참석해 주신 모든 분들을 환영합니다.

오늘 세미나를 함께 공동주최해주신 권칠승 의원님과 한국형사정책연구원과 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 관계자 분들께 감사인사 드립니다.

최근에 일어나는 흉악범죄들로 인해 국민들의 사형 집행에 대한 목소리가 높아지고 있습니다. 엄중한 형벌 사형으로 범죄를 막고 흉악범죄의 피해자 가족들의 고통을 생각하여 억울함을 풀어줄 합당한 대가를 치르게 해야한다는 주장도 있습니다. 사형폐지대체법안은 흉악범에 대해 반문명적인 사형 대신 유효적절한 가석방 없는 종신형을 도입하자는 것으로 양형이 가벼워지는 것은 아닙니다. 사형을 한다고 해서 흉악범죄를 막을 수 있다는 증거는 없고, 사법제도의 오판으로 사형이 집행된 이후 피해가 회복되지 못한다는 큰 문제점이 있습니다.

지금 생각해봐야하는 시사점은 사형이 범죄방지의 효과가 있다고 해도, 사형제도가 필요하거나 정당하다고 할 수 있을 것인가에 대한 고민도 해 볼 수 있을 것입니다. 인권위는 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하므로 폐지해야한다는 의견을 헌법에 제출하기도 했습니다. 생명은 이 세상 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적인 것이며 존엄한 인간 존재의 근원으로 국가는 박탈할 권한이 없다는 것입니다.

지금까지 계속 한국교회는 주교회의정의평화위원회 산하에 사형제도폐지소위원회를 만들어 사형폐지를 위해 힘써왔습니다. 지금까지 사형관련하여 국회에 9건의 법안이 발의되었지만 제대로 논의되지 못했습니다. 계속 관심을 가지고 국회에서 연례세미나를 통해 관심을 모아주셨
 기에 점점 사형제 폐지에 대한 국민들의 여론도 달라지고 있다고 생각합니다.

오늘 세미나의 좌장을 맡아주신 김형태 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 총무님을 비롯해 발제를 맡아주신 김한균 한국형사법무정책연구원 선임연구위원님께도 감사드립니다. 토론에 나서주신 주현경 충남대학교 법학전문대학원 교수님, 장지웅 대전고등법원 청주재판부 판사님, 장태형 법무부 형사법제과 검사님, 서정기 회복적정의 평화배움연구소 에듀피스 대표님, 서채완 민주사회를 위한 변호사모임 공익인권법률센터 변호사님 모든 분들 바쁜 시간에도 사형제폐지 연례 세미나에 와주셔서 감사합니다.

모쪼록 내년에는 사형대체법안의 통과 소식과 함께 연례세미나가 개최되길 바라며, 우리나라의 인권 수준이 한 단계 더 발전하길 기대합니다.

인 사 말

권칠승 국회의원

안녕하십니까. 국회의원 권칠승입니다.

귀한 자리를 함께하게 된 것을 뜻깊게 생각합니다. 특히 우리 공동체에 생명 존중의 문화를 안착시키기 위해 오랜 세월 애써주고 계신 한국천주교주교회의 정의평화위원회 김선태 주교님과 관계자 여러분들께 존경을 표합니다.

아직 갈 길이 멀지만, 분명 우리 사회는 상생과 공존, 생명과 인권 존중의 공동체로 나아가고 있습니다. 우리나라는 1997년 12월을 마지막으로 단 한 차례의 사형을 집행하지 않아, '사실상의 사형폐지 국가'로 분류되고 있습니다. 아울러 '완전한 사형폐지 국가'를 향해 15대 국회부터 21대 국회까지 사형제 폐지를 위한 입법 노력이 끊이지 않고 있습니다. '세계 사형폐지의 날' 제정이 올해로 20년을 맞았습니다. 그동안 어렵게 지켜왔던 생명 존중과 인권 보호의 가치가 보다 큰 결실을 맺길 소망합니다.

세상을 떠들썩하게 하는 잔인한 범죄가 발생하면, 형벌을 강화하자는 주장이 전가의 보도처럼 등장합니다. 과연 중형이 중대한 범죄를 예방하는 결정적 증거가 있는지, 중형으로 죄를 다스리는 것이 과연 정의로운 것인지, 오늘 세미나 참석자들께서 허심탄회한 논의를 진행해주시기 바랍니다.

아울러, 앞으로 우리의 논의 가운데에는 중대범죄의 피해자와 가족들에 대한 더 많은 관심과 대책을 기울여야 한다는 점을 꼭 강조하고 싶습니다. 그리고 사형제 폐지 반대 등 중형주의에 대한 확고한 신념을 갖고 있는 분들에 대한 마음도 충분히 헤아리는 노력이 수반될 때 더디 가더라도 우리의 목표를 달성하는 길임을 잊지 않았으면 합니다.

귀한 시간을 내주신 여러분 모두에게 깊이 감사드립니다. 대한민국이 생명, 상생, 공존의 공동체로 나아가는데 끝까지 함께 해주실 것을 부탁드립니다. 감사합니다.

발제

사형제 폐지 논의에서 중형주의 정책의 범죄억지 효과성 문제

김한균 (한국형사·법무정책연구원 선임연구위원)

엄중한 형벌을 법에 정하고 형을 선고하고 집행함으로써 범죄를 억지하고자 하는 정책이 실제로 범죄를 막는데 효과가 있는가 라고 묻는다면 답은 다음과 같다. 즉 중형주의 형사정책은 억지하고자 하는 범죄나 범죄자 유형에 따라, 형사사법자원이 실질적으로 중형의 실현을 뒷받침하는지에 따라, 그리고 사회적 지지를 받는지에 따라 효과가 인정될 수도 의심스러울 수도 있다.
사형제도가 중형주의 형사정책의 내용일 때, 범죄방지 효과가 있는가 묻는다 해도 답은 마찬가지다. 여기에 더해 반문이 뒤따른다. 범죄방지 효과가 입증된다면 사형제도가 필요하거나 정당하다 할 것인가?

Ⅰ. 중형주의 형사정책이란 무엇인가

형벌의 경중은 입법단계와 구형 및 양형단계, 그리고 형집행단계에 걸쳐 판단한다. 책임원칙과 비례성원칙(과잉금지원칙)에 반하는 형의 상하한 또는 필요적 형벌의 법정은 과도한 처벌이거나 과소한 처벌이기 때문에 위헌이다. 개별 사안에서 법정형 상하한과 양형기준 권고형량 범위내라면 중형도 관대한 형도 모두 적법한 형의 구체적으로 가능한 양 측면일 따름이다.
적법한 형벌의 경중 정도는 형벌의 종류(형법 제41조)와 (구금형의 경우)기간 또는 (벌금형의 경우)금액에 따라, 그리고 죄질과 범정(犯情)을 고려하여 정해지며, (형법 제50조) 양형의 조건(형법 제51조)에 따라 구체화된다. 형집행단계에서는 가석방적격심사 기준(형집행법 제121조 제2항)에 따라, 또는 재범방지 목적의 사회내 관리감독처분(보호관찰과 위치추적전자장치부착, 신상정보공개, 취업제한과 같은 사실상의 징벌적 처분) 확대와 적용여부에 따라서도 중형이 구체화될 수 있다. 적정한 형벌이란 특정 지점에 있다기 보다는 법정형의 높고 낮음과 양형의 무겁고 가벼움의 범위안에서 펼쳐진 일정한 상태를 가리킨다고 할 수 있다.

중형이라 하면 형벌의 형식이면서 동시에 내용을 표상하는데, 과잉형벌이나 과소형벌이라면 분명히 부당한 형벌이라는 가치평가를 담고 있다. ‘적정한’ 또는 합당한 내용과 형식으

로 정해진 정도에 부합되지 않기 때문이다. 과잉형벌, 과소형벌은 부당한 형벌의 쌍을 이룬다. 반면 중형은 적정한 형벌 형식에서 벗어나지는 않지만, 그 필요성이나 효과성에 대해 판단이 필요한 정책이 된다. 다만 과잉형벌로서 부당한 형벌과 적정한 형벌로서 중형의 현실적 차이는 분명치 않다.[1] 예컨대 잔인하고 비정상적 (cruel and unusual) 형벌이라는 평가는 사형제 폐지 기준이 되기도 하지만[2], 사형제를 존치하는 국가에서는 엄중하지만 정상적인 형벌정책의 일부일 수 있다.[3]

중형주의의 형식은 입법정책 단계에서 법정형 상한 또는 하한을 상향하거나, 집행유예 대상에서 배제되도록 하한을 상향하거나, 구금형과 벌금형 병과규정을 구금형 대상으로 개정하는 경우를 뜻한다. 검찰단계에서는 구형 상향을 뜻한다. 양형 단계에서는 형종으로 구금형 선택을 늘리고, 구금형과 벌금형 형량범위를 상향하며, 집행유예를 축소하는 경우를 가리킨다.[4]
중형주의의 내용은 적법하면서 중한 형이 정책적 방침에 따라 특정 범죄 또는 범죄자에 대해 집중되도록 함으로써 정책적 불합리성 검토문제가 되는 경우와, 일련의 정책적 의도에 따라 부당하게 중한 형의 입법과 선고가 동원됨으로써 정책적 부당성을 넘어 위헌성까지 검토할 문제가 되는 경우로 구분해 볼 수 있다. 전자의 경우는 양면성이 있다. 국민의 '법감정'이나 사회적 여론 형태의 국민의사를 민주적으로 반영하는 측면과 함께 형사사법자원의 낭비와 형사사법체계 정당성에 대한 신뢰가 오히려 저하되는 측면도 나타날 수 있다. 후자의 경우는 오직 형사사법질서의 정당성과 효과성에 공히 위기를 가져올 위험이 크다. 중형주의 현실과 문제를 논할 때 이 두 가지 경우는 종종 뒤섞기기 마련이어서 분석과 판단이 어려울 수 있다.

최근 한국 사회현실에서 볼 때 중형주의 형사정책의 문제적 특징은 중형주의 입법경향과 중형 입법과 '관대한' 선고형 사이의 격차(divide)라는 두 가지로 규정해 볼 수 있다. 특히 입법적으로 형벌 강도를 높여도 정작 실현되지 않는 적용·집행단계에 대한 국민 불신은 중형 입법과 양형 수준 사이의 격차를 향하는데, 이는 대중영합적 엄벌주의(punitive populism)가 스며드는 틈이기도 하고, 거듭되는 중형입법 악순환의 고리를 만들어낸다는 점에서 문제의 심각성을 더한다.

---

1) 김한균, **고강도형벌정책과 적정한 양형**, 형사정책 31(3) 2019, 77-78면.
2) 유럽연합(EU)에서 사형폐지 원칙적 근거중 하나는 잔인하고 비정상적인 형벌금지 (prohibition against cruel and inhuman punishment)다.(Christian Behrmann & Jon Yorke, **The European Union and the Abolition of the Death Penalty**, 4 Pace Int'l L. Rev. Online Companion (2013) 4면.)
3) Rudolph v. Alabama, 375 U.S. 889 (1963); Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)
4) 김한균, 고강도형벌정책과 적정한 양형, 78면.

Ⅱ. 왜 중형주의 형사정책인가

중형주의 형사정책은 강력범죄 발생과 범죄피해 심각성이 사회문제가 될 때 중요한 대책이 된다. 한국의 형사법체계는 형사특별법의 과잉이 특징이라 지적되는데, 그 형사특별법의 대표적 특징이 중형주의다.[5] 중형주의 형사정책이 지속되는 동안 강력범죄 범죄율이 감소하거나 낮은 수준을 유지한다면 부분적으로 그 효과성을 주장할 수 있을 것이다. 반면 강력범죄와 그 피해가 여전하다면 형사사법제도와 정책에 대한 국민의 신뢰는 더 떨어지게 될 것이다.

최근 10년간 주요범죄 발생추이(2011-2020년)를 살펴보면 폭력성 강력범죄와 살인, 강도, 강간 등 흉악성 강력범죄 모두 일정 수준에서 거의 변화 없다.[6] 살인죄에 한정해 볼 때 살인 기수범죄의 발생비는 2011년 0.8건으로 이후 지속적으로 감소하다 2020년 소폭 증가하여 0.7건 수준에 머물고 있다.[7]

흉악성 강력범죄 중 살인, 강도, 방화범죄의 발생비는 감소한 반면 성폭력범죄의 발생비는 약 1.3배 증가하였다. 다만 성폭력범죄 증가현상은 강간 또는 강간상해와 같은 중범죄보다는 추행범죄와 불법촬영물죄의 증가 때문이다.[8] 또한 실제 성폭력범죄 발생건수가 증가했다기보다는, 사회적으로 성폭력에 대한 경각심과 감수성이 높아졌으며, 성폭력범죄 처벌과 범죄피해 보호 제도에 대한 신뢰가 일정정도 형성되면서 적극적으로 신고한 덕분에 범죄증가 현상으로 나타났다고 볼 수 있다.

문제는 강력범죄 범죄율이 상당기간 낮은 수준에 머물러 있는데도 중형주의 형사정책이 지

5) 박기석, **형사특별법의 구성요건 및 법정형의 문제점과 정비방안**, 법조 제578호, 2004,148, 151면.

그림 3 주요 형법범죄 유형별 발생비 추이(2011년~2020년)

6) 대검찰청, **범죄분석 2021,** 2022 8면.
7) 같은 자료, 10면.
8) 같은 자료, 15면.

속되는 경우와, 특정한 강력범죄와 피해에 대해 중형주의 형사정책이 집중되는 경우다. 어느 경우든 중형 필요성과 효과성에 대한 충분한 검토없이 형사사법자원을 낭비한다는 비판, 그럼에도 동원한다면 범죄방지 효과 이외의 정치적 의도에 중형이 남용된다는 비판, 정의실현에도 범죄방지에도 효과성 없는 정책이 법질서에 대한 국민의 불신을 낳는다는 비판을 받을 수 밖에 없다.

물론 사회문제로서 특정 범죄현상에 대해서는 중형주의 정책적 필요성 내지 사회적 요구가 일정하게 제기될 측면이 있다. 종래 형벌정책의 범죄방지 효과가 신뢰를 잃게 되면서 강도 높은 형벌 투입을 정책대응의 최우선 순위에 놓이는 경우다. 하지만 대부분 종래 제도와 정책의 실패문제에 대한 충분한 검토 없이, 또는 검토여지 없이 서둘러 결정되기 때문에 실행된다해도 기대한 만큼, 기대가 지속되는 기간만큼 동안 효과를 거두기 쉽지 않다. 이같은 유형의 중형주의 정책은 범죄방지 효과는 의문이되 부작용은 확실하다는 점에서 정책전문가들에게는 불신의 대상이다. 역설적으로 중형 효과에 대해서는 시민들이 전문가 보다 더 신뢰하고 있는 셈이다. 형벌을 통해 범죄와 범죄피해를 막을 수 있다는 신뢰가 여전히 있기 때문에 충분히 강력한 처벌을 바라는 것이다. 그래서 중형주의 정책의 부실 내지 실패는 국민이 종래 형사사법을 신뢰하지 못하기 때문에 나오게 된 결과이기도 하고, 여전히 국민이 신뢰하지 못하게 되는 원인이 되기도 한다.[9)]

그렇다면 부실하고 신뢰받지 못하는 정책은 대체로 포기하거나 수정해야 하기 마땅할 것이다. 문제는 중형주의 형사정책이 범죄방지에 실패하였거나 오히려 부작용이 크기 때문에 '재고'할 것을 요구해도 현실적으로는 거꾸로 중형 '제고'라는 결과에 이를 수도 있다는데 있다. 충분히 중한 형벌이 투입되지 못했기 때문이라는 반론도 가능하기 때문이다. 결국 중형주의 정책 실패와 부작용을 덮기 위해 더 중하게, 더 우선적으로 형벌을 투입하는 정책

그림 8 성폭력범죄 주요 유형별 구성비 추이(2011년~2020년)

9) 김한균, 고강도형벌정책과 적정한 양형,73면.

방향을 고집하게 된다. 실패한 중형주의 형사정책이 형벌의 인플레이션(inflation)을 가져오는 이유다.
즉 특정 대상 범죄에 일단 투입된 중형은 여타 범죄에 대해서도 형벌 강도를 높이는 방향으로 작용하기 쉽다. 형벌은 하방경직적이어서 강도를 낮추기도 쉽지 않다. 중형주의가 고비용-저효율 정책이라 비판해도 포기가 쉽지 않다. 국민적 요구나 '범정부 대책'의 명분을 앞세우면, 비용-편익 대비 평가의 상식도 종종 벗어나기 때문이다. 중형주의 형사정책에 소요되는 비용과 자원은 범죄방지나 감소의 실익 이전에 범죄에 대한 강력한 사회적 의지와 정책적 결단을 과시하기 위해서도 지출 가능해진다. 이 때 '중형주의'는 사회적 요구나 정책 의지의 강력한 표현으로서 범죄방지 효과성을 따져볼 차원을 넘어선다. [10]
이제까지 언급한 중형주의 형사정책을 '사형'으로 바꾸어 읽어보면, 사형존폐 정책논의의 복잡다단한 난제들을 미루어 파악해 볼 수 있다.

Ⅲ. 사형제도 변화와 함께 중형주의 형사정책은 어떻게 실행되는가

사형은 중형 중에서도 가장 무거운 중형, 즉 극형(極刑)이다. 한국 사회에서는 여전히 법정최고형이지만, 선고가 매우 드물고 - 사형선고에 대한 여론의 관심이 집중된 범죄 사안에서는 오히려 사형이 선고되지 않고 - 20년 넘도록 집행되지 않는 '사실상의 사형폐지' 상태에서 법적으로 위협(위하)되지만 현실적 위협은 아닌 일종의 가상의 형벌이라는 기이한 위치에 놓이게 되었다.
즉 입법부는 사형을 폐지하거나 중지하는 입법적 결단을 하지 아니하면서 사형 규정 입법은 중단하지 않고 있고, 헌법재판소는 사형의 합헌성을 여전히 인정하고 있으며[11], 사법부는 사형선고를 매우 신중히 하고 있으나 여전히 선고를 하고 있다. 이러한 상황에서 집행을 담당한 행정부의 결정으로 집행이 정지되었다가 재개를 위한 결정은 하지 않고 있다. 그러면서도 제3차 국가인권정책기본계획 과제로서 사형제도 폐지는 신중한 검토대상이다. 사형제도 폐지 여부는 국가 형벌권의 근본과 관련되는 중대한 문제로 사형의 형사정책적 기능, 국민여론과 법감정, 국내외 상황 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다는 것이다.[12] 2017년 제3차 UPR 대한민국 정부보고서에서도 제도로서 사형제를 폐지할지 여부에 대해서는 국민여론과 법감정, 사회현실, 사형의 형사정책적 기능, 현재 사형을

10) 김한균, 고강도형벌정책과 적정한 양형,79면.
11) 사형제도에 의하여 달성되는 범죄예방을 통한 무고한 일반국민의 생명 보호 등 중대한 공익의 보호와 정의의 실현 및 사회방위라는 공익은 사형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 다수의 인명을 잔혹하게 살해하는 등의 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없다. (1996. 11. 28.95헌바1, 2010. 2. 25. 2008헌가23)
12) 대한민국 정부, 제3차 국가인권정책기본계획, 2018, 15면.

최고형으로 하여 규정되어 있는 형벌 체계 전체에 관한 재검토가 필요하므로 이를 종합적으로 고려하여 신중히 검토하고 있으며, 사형제 폐지에 관한 자유권규약 선택의정서 비준도 사형제 폐지 여부 또는 모라토리엄을 공식적으로 선언할지 여부에 따라 검토할 계획이라고만 밝히고 있을 뿐이다.[13)]

법정 최고형으로서 사형의 법적 지위와 효과는 구형과 선고를 통해 일부만 실현되는 불명확한 상태에 놓여있다. 그렇기 때문에 사실상의 사형폐지라는 현상은 확립된 관행으로 사회적으로 수용되고 법문화의 일부가 되었다기 보다는, 오히려 범죄와 형벌에 대한 시민들의 규범의식 혼란과 법질서에 대한 불신을 가져올 수도 있다.[14)]

사형집행이 중단된 1998년부터 사실상 사형폐지에 이른 2007년을 기점으로 2021년 현재까지 사형 법정형관련 신규입법 현황을 정리해 보면 다음과 같다. 1998년부터 2006년까지 사형규정이 신설된 예는 없다. 2007년 이후 사실상 사형폐지 상황에서 일부 사형규정 폐지는 개별 규정이 형벌 체계의 정당성에 반한다는 위헌판단[15)]이나 법체계 정비에 따른 것일 뿐이다. 오히려 새로운 사형규정 입법은 중단되지 않고 있다.

년도	신설	폐지
1998~2006		
2007	국제형사범죄법 제8조(집단살해죄) ① 제9조(인도에 반한 죄) ① 제10조(사람에 대한 전쟁범죄) ①	
2008~2009		
2010		성폭력처벌법 제3조(특수강도강간 등)② 제9조(강간 등 살인·치사) ①
2011		
2012	청소년성보호법 제10조(강간 등 살인·치사)	
2013	형법 제291조(약취, 유인, 매매, 이송 등 살인·치사)①	
2014~2015		
2016	테러방지법 제17조(테러단체 구성죄 등) ①	특정범죄가중처벌법 제5조의4(상습 강도 가중처벌) ③상습강도 제5조의6 (특수강도강간등) ①,② 제5조의8(단체 등의 조직) 1호.
2017~2020		
2021	아동학대처벌법 제4조(아동학대살해·치사)①	

1998년부터 2007년까지 제1심 기준 사형비율은 현저히 감소되었고, 이와 함께 구금형 비율도 지속적으로 감소했다. 2008년부터 2020년까지 13년간 사형선고는 모두 28건에 불과한데, 구금형 비율은 2013년부터 줄곧 증가추세로 돌아서고 있다.[16)]

13) 제3차 국가별 정례인권검토(UPR) 대한민국 정부 보고서, 2017, 6면.
14) 김한균, **사형의 양형기준**, 형사법의 신동향 54호, 2017, 253면.
15) 2015. 2. 26. 2014헌가14, 2014헌가19, 2014헌가23
16) 법원행정처, 사법연감 2002~2021 형사사건추이 통계자료를 기초로 재구성.

[표] 제1심 형사공판사건 사형 및 구금형 선고 (1998-2020)

	합계 건(구성비)	사형	구금형

적어도 사형제도는 중형주의 형사정책의 내용에 포함되지 않으며, 사형의 무기형 대체를 통해 중형주의 형사정책 내용이 변화했는지, 또는 2013년부터 구금형 증가를 통해 중형주의 형사정책이 추진되었는지는 구금형의 중한 정도(형기)를 비교해 살펴봐야 한다.

1997년 12월 마지막 사형 이전시기 5년간 사형과 무기형 각각의 증감추세나, 사형과 무기형의 상호관계(사형선고가 감소 또는 증가하면 이를 대체해 무기형선고가 증가 또는 감소)는 찾아볼 수 없다. 1998년부터 2006년까지 사형집행이 중지된 기간중 사형선고는 뚜렷하게 감소하였는데, 이를 대체해 무기형선고가 증가하기 보다는 함께 감소하였다. 2007년 사실상 사형폐지 이후 2020년까지 동반감소 추세가 지속되었다. 다만 사형선고가 전무한

1998	201,581	14	148,066 (73.5)
1999	195,585	20	143,145 (73.2)
2000	192,410	20	138,423 (72.0)
2001	200,501	12	138,230 (68.9)
2002	209,891	7	136,239 (64.9)
2003	213,351	5	132,199 (62.0)
2004	237,070	8	132,927 (56.1)
2005	226,518	6	114,289 (50.5)
2006	212,791	6	102,256 (48.1)
2007	241,486	-	119,529 (49.5)
2008	268,572	3	127,552 (47.5%)
2009	281,495	6	130,962 (46.5%)
2010	277,400	5	114,528 (41.3%)
2011	278,169	1	104,575 (37.6%)
2012	287,883	2	102,513 (35.6%)
2013	260,155	2	108,519 (41.7%)
2014	267,077	1	125,448 (47%)
2015	257,984	-	133,153 (51.6%)
2016	268,510	-	148,194 (55.2%)
2017	266,433	-	149,995 (56.3%)
2018	237,699	5	139,905 (58.9)
2019	235,887	3	144,696 (61.3)
2020	244,988	-	148,932 (60.8)

2015~16년, 2020년은 전년도에 비해 무기형선고가 증가한 것을 볼 때 사형의 대체형으로 무기형이 선고된 것으로 판단된다.[17]

17) 법원행정처, 사법연감 2002~2021 형사사건추이 통계자료를 기초로 재구성.

[표] 사형집행중지 전후 사형과 무기형 선고

	사형	무기
1993	21	109
1994	35	76
1995	19	82
1996	23	113
1997	10	105
1998	14	93
1999	20	133
2000	20	117
2001	15	105
2002	7	118
2003	5	102
2004	8	79
2005	6	94
2006	6	56
2007	-	96
2008	3	58
2009	6	70
2010	5	70
2011	1	32
2012	2	23
2013	2	27
2014	1	31
2015	-	42
2016	-	43
2017	-	32
2018	5	29
2019	3	16
2020	-	37

1998년부터 2007년까지 제1심 기준 구금형의 기간중 선고된 구금형의 형기는 각각 그 비율에 거의 변화가 없다. 사형과 무기형의 감소에도 불구하고 대체형으로 장기형이 뚜렷하게 증가하지 않았다. 이에 비해 2008년 이후 구금형 기간 추세를 보면, 10년 이상 장기형 비율은 다시 증가하다가 감소추세로 돌아 왔으며, 그 이하의 구금형 비율은 증가추세가 보인다.[18)]

18) 법원행정처, 사법연감 2002~2021 형사사건추이 통계자료를 기초로 재구성.

[표] 제1심 형사공판사건 구금형 선고 (1998-2020)

	구금형합계	무기	10년 이상	5년 이상	3년 이상	1년 이상
1998	148,066	93	551 (0.4%)	2,048 (1.4%)	5,483 (3.7%)	22,360 (15.1%)
1999	143,145	133	512 (0.4%)	1,980 (1.4%)	5,388 (3.8%)	23,098 (16.1%)
2000	138,423	117	552 (0.4%)	1,642 (1.2%)	4,330 (3.1%)	20,521 (14.8%)
2001	138,230	105	602 (0.4%)	1,730 (1.3%)	4,282 (3.1%)	20,755 (15.0%)
2002	136,239	118	558 (0.4%)	1,673 (1.2%)	4,365 (3.2%)	21,748 (16.0%)
2003	132,199	102	486 (0.4%)	1,568 (1.2%)	4,279 (3.2%)	20,283 (15.3%)
2004	132,927	79	537 (0.4%)	1,520 (1.1%)	4,042 (3.0%)	19,523 (14.7%)
2005	114,289	94	485 (0.4%)	1,369 (1.2%)	3,550 (3.1%)	16,859 (14.8%)
2006	102,256	56	418 (0.4%)	1,191 (1.2%)	3,315 (3.2%)	15,270 (14.9%)
2007	119,529	96	474 (0.4%)	1,373 (1.1%)	3,816 (3.1%)	16,990 (14.2%)
2008	127,552	58	508 (0.4%)	1.439 (1.1%)	4,063 (3.2%)	16,967 (13.3%)
2009	130,962	70	554 (0.4%)	1,774 (1.4%)	4,473 (3.4%)	18,749 (14.3%)
2010	114,528	70	518 (0.5%)	1,710 (1.5%)	4,674 (4%)	18,784 (15.5%)
2011	104,575	32	526 (0.5%)	1,902 (1.8%)	4,376 (4.2%)	17,538 (16.8%)
2012	102,513	23	535 (0.5%)	2,067 (2%)	4,554 (4.4%)	17,637 (17.3%)
2013	108,519	27	506 (0.5%)	1,983 (1.8%)	5,266 (4.8%)	19,487 (18%)
2014	125,448	31	599 (0.5%)	2,119 (1.7%)	6,048 (4.8%)	22,937 (18.3%)
2015	133,153	42	427 (0.3%)	1,987 (1.5%)	5,513 (4.1%)	25,364 (19.1%)
2016	148,194	43	505 (0.3%)	2,272 (1.5%)	5,742 (3.9%)	27,416 (18.5%)
2017	149,995	32	466 (0.3%)	2,247 (1.5%)	5,721 (3.8%)	26,627 (17.8%)
2018	139,905	29	506 (0.4)	2,227 (1.6)	5,324 (3.8)	27,493 (19.7)

따라서 사형과 무기형의 선고는 현저히 감소하고, 강력범죄 범죄율의 안정적 추세에 따라 중형으로서의 구금형도 일정 수준을 유지하면서 전반적으로 구금형 선고형량이 높아졌다고 보기 어렵고, 중형주의 형사정책의 실체는 적어도 통계상으로 확인할 수 없다.

Ⅳ. 사형은 중형주의 형사정책으로서 범죄방지를 위해 유지되는가

사실상의 사형폐지 이전까지 우리 법원은 사형 선택에서 범죄의 일반적 예방의 측면을 고려하였다.[19] 중형으로서 사형제도의 범죄방지 효과를 인정하였다는 의미다. 사실상의 사형폐지 이후에는 중형주의 형사정책 일부로서 사형을 적극적으로 선택하지는 않는다. 다만 법원이 사형선고에 대한 신중한 정책적 입장을 정교하고 견고하게 확립해 왔는지, 또는 사실상의 사형폐지 상태에서, 즉 집행이 기대되지 아니하는 상황임에도 사형을 드물게나마 선택하면서 사형제도의 새로운 형사정책적 의미를 정립하고 있는지는 불분명하다.[20]

한편으로는 사실상의 사형폐지가 개별 법관의 사형 선택에 긍정적으로도 부정적으로도 작용할 수 있기도 하다. 사형이 사실상 폐지되었다 전제하고 형종선택에서 배제하고 무기징역형이나 장기징역형을 대신 선택할 수도 있고, 실제 집행이 되지 않으니 장기격리효과는 마찬가지라면 선언적 의미에서 (최고수준의 비난이라는 의미에서) 사형 선고를 고수할 수도 있기 때문이다. 물론 사형이 법적으로 존치되어 있는 상황에서 법률에 구속되는 법원의 사형정책(사실상의 사형폐지정책)은 양형심리와 선고의 엄격함과 신중함 이상의 단계로 더

2019	144,696	16	487 (0.3)	148 (1.5)	5,834 (4.0)	30,671 (21.2)
2020	148,932	37	476 (0.4)	2,583 (1.7)	6,863 (4.6)	34,414 (23.1)

19) 사형은 인간존재의 근원이 되는 생명자체를 영원히 박탈해 버리는 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용돼야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 살해의 수단, 방법의 집요성, 잔악성, 결과의 중요성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 년령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육정도등 제반사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다고 보아야 할 것이다. (대법원 1985. 6. 11., 선고, 85도926, 판결)

20) 예를 들어, 2012년 10월 서울고등법원은 오원춘 사건에서 1심의 사형 선고와 판단을 달리하여 무기징역형을 선고했다. 2012년 10월 창원지방법원은 초등학생을 성폭행하려다가 목 졸라 살해하고 시체를 유기한 김○○ 사건에서 무기징역을 선고했다. 2010년 10월 수원지방법원은 전국을 돌며 자녀가 보는 앞에서 부녀자를 성폭행하는 등 24차례에 걸쳐 가정주부를 성폭행하거나 금품을 빼앗은 강도강간범 사건에서는 사형을 선고했다. 살인범죄가 아닌 사안에서 사형을 선고한 이례적 경우다.
반대로 2022년 8월 춘천지방법원은 “피해자를 살해한 수법과 내용이 잔인해 죄질이 극히 나쁘고 비난가능성이 매우 크고, 사건 이전에도 2번의 살인 행위로 처벌받은 전력이 있고, 처벌종료 때와 재범 사이의 간격이 짧기 때문에형벌로 인한 예방적 효과가 거의 없어, 우리 사회 구성원이 생명을 침해당하는 피해를 보지 않도록 사회로부터 영구히 격리해 수감할 필요가 있다”고 판단하면서 무기징역을 선고했다.

나아가기 어려울 것이다. 사형선고의 '적극적' 회피를 통한 사실상 폐지의 정책적 확립은 현실적으로 기대하기 어렵다.[21]

사형을 선택하는 법관의 언어는 매우 신중하다. "사형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있다고 볼 수 없다."[22] 사형을 선택하지 않기로 판단한 법관 역시 대단히 신중하다. "사형을 선택하지 아니하면 아니될 불가피한 경우라고 잘라 말하기는 어렵다 할 것이다."[23] 반면 단호한 판단의 언어가 쓰이기도 한다. "사형을 선고한 조치는 정당한 것으로 받아들일 수 밖에 없고, 그 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유를 찾아볼 수 없다."[24]

다만 신중하면서도 명확한 판단을 요하는 사형판결에서 사형선택 요건에 대한 판례태도에는 변화가 있다. 대법원이 제시하는 사형선고의 허용요건은 기본적으로 형법 제51조상의 양형조건에 근거를 두고 있다. 그리고 1990년대 중반까지는 범행의 동기, 태양, 죄질, 범행의 수단, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행후 정황 등 제반사정을 참작하여 사형선택여부를 판단하였으나, 각 요건의 의미내용을 구체적으로 제시하지는 않았다. 2000년대 이후부터는 범인의 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과 유무, 피해자와의 관계, 사전계획의 유무, 수단과 방법, 범행후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 재범의 우려 등 모든 양형조건을 참작하도록 한다.[25]
이러한 변화를 살펴보면, 사형 양형조건 판단에서 피해자 및 객관적 피해 결과에 중점을 두는 판단은 사회질서 유지와 국민의 법감정에 대한 고려를 통해 사형선택에 긍정적 요소로 작용하며, 피고인의 인권에 대한 고려는 신중한 판단의 요소로 작용하는 것으로 보인다. 현행 판례상 정립된 사형 선택의 요건[26]은 다음과 같다. 첫째, 범행책임의 정도와 형벌 목

---

21) 김한균, 사형의 양형기준, 257면.
22) 대법원 1993.6.8. 선고93도1021판결
23) 대법원 1985.6.11. 선고 85도926판결
24) 대법원 2009.9.26. 선고2008도9867판결
25) 사형의 선고 여부를 결정함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여야 하고, 그러한 심리를 거쳐 사형의 선고가 정당화될 수 있는 사정이 있음이 밝혀진 경우에 한하여 비로소 사형을 선고할 수 있다. … 법관이 사형을 선고함에 있어서는 앞서 든 사항 등 고려할 수 있는 모든 양형의 조건들을 엄격하고도 철저히 심리하여 의문의 여지가 없을 정도로 사형의 선고가 정당화될 수 있을 때에만 비로소 그 사형의 선고가 허용된다는 것이 대법원의 확고한 입장임은 누차 확인된 바 있다. (대법원 2016. 02. 19. 전원합의체 판결 2015도12980)
26) ①사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고,
② 따라서 사형을 선고함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 한 범인의 연령, 직업과 경력, 성행,

적에 비추어 정당화될 수 있는 특별한 사정의 객관적 인정가능성이 있어야 한다. 둘째, 그러한 특별한 사정 관련 양형조건을 모두 심리하여 명확하게 밝혀야 한다. 셋째, 개관적 양형자료를 통해 양형조건을 입체적으로 평가해야 한다. 넷째, 피고인 정신상태에 대해 전문적 심리를 해야 한다.

V. 사형제도의 범죄억지 효과가 인정되는가

사형의 범죄억지 효과에 대해서는 '미신(myth)'이라는 비판이 있다. 즉 사형제도가 폭력범죄를 방지함으로써 사회안전을 증진시킨다는 경험적 증거는 없다. 2004년 미국 사형존치주 살인범죄율은 5.71건인데 비해 사형폐지주 살인범죄율은 4.02건이다. 2003년 캐나다의 살인범죄율율은 1976년 사형폐지 이전 살인범죄율 3건에서 폐지 이후 2003년에는 1.85건으로 감소하였다. 오히려 사형은 사회안전 효과보다는 폭력의 악순환 효과를 가져온다는 것이다. 27)

하지만 사형존지치주와 폐지주의 살인율 통계는 사형존치나 폐지의 결과값이 아니라, 사형존치나 폐지를 가능케 하는 원인일 수 있다. 사형폐지와 이후 살인율 감소의 인과관계 역시 어느 한 방향으로 해석하기 어렵다. 사형을 폐지해도 대안을 통해 범죄율을 낮출 수 있다는 주장을 뒷받침해 줄 수는 있겠지만, 사형집행이 사회의 폭력 악순환을 불러오기 때문에 사형폐지가 오히려 범죄율 저하효과를 가져온다는 지적 또한 일반화되기 어려운 주장이다.

2018년 사형제도 폐지 11개국의 살인범죄율 변화 비교조사 결과28)에 따르면, 사형폐지 이후 10년간 살인범죄율은 평균 6건 감소하였다. 사형폐지가 살인범죄 감소의 효과를 가져온다고 해석할 수는 없지만, 최소한 사형폐지 이후 살인범죄가 증가하지 않는다는 사실은 분명한 만큼 사형의 살인범죄 방지효과는 인정되기 어렵다는 증거로 받아들일 수는 있다. 반

지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무, 피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 할 것이고,

③ 이를 위하여 법원으로서는 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고,

④ 피고인이 범행을 결의하고 준비하며 실행할 당시를 전후한 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여서도 정신의학이나 심리학 등 관련 분야의 전문적인 의견을 들어 보는 등 깊이 있는 심리를 하여 본 다음에 그 결과를 종합하여 양형에 나아가야 한다.(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결; 대법원 2009.2.26. 선고2008도9867 판결)

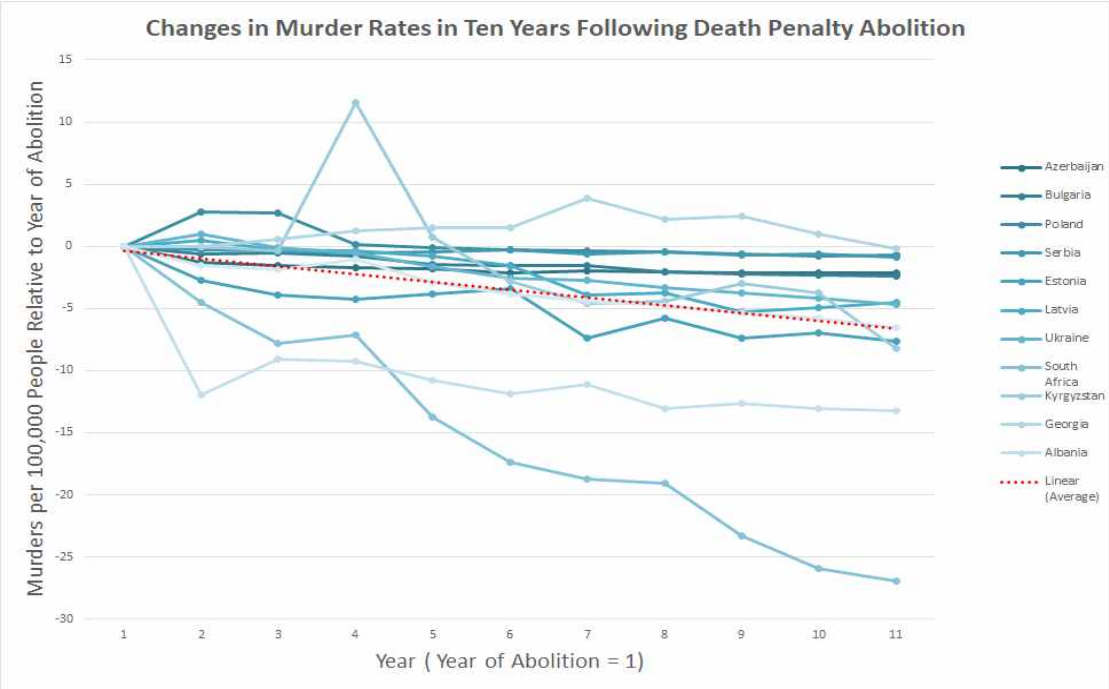
27) Amnesty International, **Dose the Death Penalty Deter Crime?** ACT/015/2008; John Lanperti, **Does Capital Punishment Deter Murder?** 2010

28) Abdorrahman Boroumand Center, **What Happens to Murder Rates when the Death Penalty in Scrapped?**, 2018

면 영국은 1966년 사형폐지 이후 20년간 살인범죄율이 오히려 증가한 예인데, 사형적용 대상이 아닌 폭력범죄율 역시 증가하였다. 29)

이처럼 살인죄에 관하여 사형제도의 범죄억지효과를 긍정하는 조사결과도, 부정하는 조사결과도 있다.30) 물론 사형제도가 살인과 같은 강력범죄 방지나 감소에 일부 효과가 인정될 수도 있다. 문제는 사형제도에 대체불가능한 특별한 범죄방지효과 (net effect)를 인정할 수 있는지에 대한 판단이다. 일반예방이나 특정 범죄 방지효과에 있어서 사형제도의 무용성을 입증할 수는 없지만, 다른 한편으로 사형을 다른 형벌로 대체했을 때의 범죄방지 효과, 사형제도를 유지함으로써 결과되는 부작용과 비용을 함께 고려했을 때 사형의 특별한 특정범죄 방지효과는 입증되지 않는다. 31)

생각건대 강력한 형벌로서 사형의 강력한 범죄억지 효과여부는 실증적 입증자료만으로 판가름되기 어렵다. 여전히 "우리 앞에 놓은 막대한 증거에 비추어 볼 때 범죄방지 효과로는 사형을 정당화할 수 없다는 결론에 이를 수 밖에 없다"32)는 견해와 "일부 사회이론가들 견해와 달리, 사형이 특정범죄에 대해 범죄방지효과가 있을 수 있다고 확신한다"33)는 견해가 대립한다. 무엇보다 중형의 범죄방지효과, 특히 사형제도가 특정 범죄방지에 특별한 범



29) John Lanperti, Does Capital Punishment Deter Murder?, 2010
30) Daniel S. Nagin & John V.Pepper, **Deterrence and the Death Penalty,** Committee of Deterrence and the Death Penalty, National Research Council, 2012, 122면.
31) John Lanperti, Does Capital Punishment Deter Murder?, 2010
32) Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)
33) 1973년 3월 10일 닉슨 대통령은 범죄와의 전쟁 차원에서 유괴, 항공기납치, 정치인과 교도관 살해, 폭발물 범죄, 반역죄에 대한 사형제도를 재도입을 공표했다.

죄방지효과가 있다는 정책적 직관은 통계수치만으로 부인되기 어렵다.[34] 사형의 범죄방지 효과를 인정하는 입장에서는 그 범죄방지효과를 실증적으로 부인하는 연구결과의 결함을 비판하면서, 새로운 입증자료를 제시하기 보다는 법감정 내지 상식의 근거를 원용한다.[35] 정책적 관점에서 볼 때 상식의 현실적 힘은 미신이라 쉽사리 배척하기 어렵다.

Ⅵ. 범죄방지효과가 아니라면 사형제도 존폐의 판단기준은 무엇이 되어야 할 것인가

사형제도 존치국가와 폐지국가 사이의 범죄율 비교, 사형제도 폐지 전후의 범죄율 비교를 근거로 한 사형제도의 일반예방 효과나 특정 범죄 방지효과 논증은 사형존폐의 설득력 있는 판단기준이 되기 어렵다. 범죄방지에 있어서 사형의 효과성이 입증되지 못한다고 해서 사형제도 필요성이 당연히 부인되지 않는 것처럼, 사형의 범죄방지 효과성이 실증된다고 한들 사형제도의 정당성을 인정할 수는 없기 때문이다. 사형제도의 사회적 제도적 비용과 부작용을 범죄방지효과와 비교교량하고, 사형제도 범죄방지효과의 대안형벌(가석방 없는 종신형)을 통한 충족가능성을 제시하는 논증에 초점을 맞춘다 해도, 다시 중형주의 형사정책의 효과성 논의 차원을 옮겨오게 될 따름이다.

정부는 사형제도의 제도적 정당성과 대체하기 어려운 범죄방지 효과를 다음과 같이 제시한다. 첫째, 형벌이 범죄에 대한 응보로서의 본질을 가지는 이상 생명을 침해하거나 그에 준할 정도의 법익침해에 대하여 사형을 부과하는 것은 형벌의 본질에 부합한다. 둘째, 사형의 일반예방적 효과가 없다고 속단할 수 없고 그것을 대체할 수 있는 강한 위하력을 가진 다른 마땅한 수단이 존재하지 않으며 사회방위를 위한 적절한 수단이다. 셋째, 입법자는 법정형에 사형이 포함되어 있는 사형대상범죄를 축소하는 방향으로 나아가고 있다. 넷째, 사법부가 사형선고의 요건을 제한적으로 해석·적용하고 있어 사형제도가 신중하게 운영되고 있다. 다섯째, 2003년부터 2007년까지의 연간 살인사건은 1,000건 이상, 강간사건은 10,000건 이상이 발생하는 등 강력범죄의 수가 과거에 비해 큰 폭으로 줄지는 아니하였다. 여섯째, 사형제도 존치에 관한 국민 여론이 폐지 여론보다 2배 이상 높다. [36]

그렇다면 사형제도의 범죄방지효과 여부와 관계없이, 사실상 사형폐지 상태와 가상형벌로서 사형존치 상태가 뒤섞인 현재 한국 사회 현실에서 마땅한 제도 존폐의 판단기준은 무엇이 되어야 할지 검토해 본다.

---

34) John Lanperti, Does Capital Punishment Deter Murder?, 2010

35) Ernest Van Den Hagg, **On Deterrence and the Death Penalty**, Journal of Criminal Law and Criminology, 1969, 141면.

36) 헌법재판소 사형제 위헌심판 법무부 의견 (2010. 2. 25. 2008헌가23)

첫째, 여론과 법감정도 적절한 판단기준은 못된다.
사형존폐 논의를 법이성 ↔ 복수감정 = 비이성 혹은 사형폐지 = 인도적 ↔ 사형존치 = 후진적 구도로 단순화하는 것은 국민의 건전한 상식을 일방적으로 무시하는 태도로서 설득력이 부족하다. 자의적(恣意的)이고 정치적으로 악용하는 권력의 비이성이 문제될 뿐, 흉악한 범죄현실에 대해 국민이 느끼는 복수감정은 정의감정의 중요한 일부이며, 또한 정의감정이야 말로 사법체계에 대한 국민신뢰의 중요한 부분이기 때문이다. 제2차 국가인권정책기본계획 이행 경과 보고서는 2015년 7월 한국갤럽 실시 여론조사에서 사형제 존속 비율이 더 높다(존속 63%, 폐지 27%)는 내용을 포함한 바 있다. 가장 최근인 2019년 3월 조사[37]에 따르면 사형제도 자체유지 찬성 70.2%, 반대 14.5%; 사형제도 집행 찬성 65%, 반대 12.9%로 나타난다. 2021년 9월 조사[38]에 따르면 사형제도를 유지해야 한다는 답변이 77.3%에 달한다.
일본의 경우(1953년-1999년 34건의 정부여론조사에서 사형지지율은 모두 과반이다)와 마찬가지로 한국의 강력범죄발생율은 성폭력범죄를 제외하고 감소추세 또는 매우 낮은 상태로 변화가 거의 없는데도 불구하고, 사형제 찬성비율이 일관되게 높게 유지되는 것은 범죄율 증감과 무관하게 일정한 법의식이 뒷받침된 제도라 볼 수 있는 부분이다.

둘째, 이른바 국제기준도 적절한 판단기준이 못된다.
2021년 현재 전 세계국가 3분 2 이상인 144개국이 법적으로 또는 사실상 사형폐지국가라고 한다. [39] 그러나 대부분의 이슬람국가를 비롯하여 미국, 중국, 일본, 인도, 인도네시아 등 56개국이 사형존치국이다.[40] 전 세계 인구의 다수를 차지하는 이슬람국가와 중국, 인도가 존치국이며, 이른바 한국 주변 4강도 사형존치국(러시아는 1996년 이후 모라토리움)인데 사형존폐가 국가 수만으로 기준이 되기는 어렵다.
물론 사형폐지는 국제인권규범의 일부다. 다만 세계인권선언 제3조에 따르면 모든 사람은 생명과 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 제5조에 따르면 어느 누구도 고문, 또는 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 형벌을 받지 아니한다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 따르면 모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 어느 누구도 자의적으로 생명을 박탈당하지 아니한다. (1항) 사형존치국가에서는 사형은 법률에 의하여 가장 중대한 범죄에 대해서만 선고될 수 있다. 사형은 권한 있는 법원 판결에 의해서만 집행될 수 있다. (2항) 사형은 18세 미만의 자에 대해 선고 되서는 안되며, 임산부에 대해서는 집행되어서는 아니 된다. (5항) 즉 현행 국제인권기준은 사형제도 자체의 존폐보다는

37) 두잇서베이. 4138명 대상. 표본오차 95%신뢰수준 ±1.52% (https://doooit.tistory.com/583)
38) 한국갤럽. 1007명 대상. 표본오차 95% 신뢰수준에서 ±3.1%p (https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2021091513225493871)
39) Amnesty International, Death sentences and executions 2021
40) Amnesty International, Death sentences and executions 2021

사형제도의 남용을 제한하는 기준이다. 사형폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서 또한 사형폐지의 경우 기준이지, 보편적인 사형폐지를 내용으로 하는 국제기준은 아직 존재한다고 볼 수 없다.

분명한 사실은 첫째, 사형은 잔혹하고(cruel) 정상적인 사회제도 일부로 인정할 수 없는(unusal) 신체형이라는 점이다. 1689년 영국 권리장전(English Bill of Rights) 이래 미국 수정헌법 제8조를 비롯한 대부분의 헌법하에서 정상적인 문명사회라면 고문과 신체형은 합법적 제도로 용납될 수 없다. 교수형은 신체의 일부인 목뼈를 부러뜨리는 완화된 참수형이다. 전기의자형은 신체 내부장기를 태우는 완화된 화형이다. 총살형은 신체 일부를 훼손하는 절단형이고 독물주사도 신체 내부장기를 파괴하는 절단형이다. 현대 사회에서의 사형집행이 비공개 은폐되어 있기 때문에 생명만 박탈하는 문명화된 방식의 형벌이란 기이한 집단 착시현상에 빠져있다.

둘째, 또 하나의 분명한 사실은 한국 사회에서 사형제도는 1958년 조봉암 사건, 1974년 인혁당 사건과 같은 오판과 돌이킬 수 없는 희생으로 오염되어 있다는 점이다.[41] 한국 사회에서 사형제도 존폐는 과거사 청산 차원의 문제로서 특징이 있다. 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법은 반인권적 행위에 의한 인권유린과 폭력·학살·의문사 사건의 진실을 밝혀냄으로써 미래로 나아가기 위한 국민통합에 목적이 있다.(제1조) 과거사의 진실은 사형제도가 정치적으로 잔혹하게 남용되었다는 점이고, 그렇기 때문에 미래의 국민통합을 위해서는 과거사로서 사형을 우리 사회제도와 법제도로부터 청산해야 마땅하다.

41) 허일태, **한국의 사형제도의 위헌성**, 저스티스 제31권제2호, 한국법학원, 1998, 32면.;이동명, **정보화 사회에 있어서 사형제도 폐지의 당위성-오판사례를 중심**, Journal of The Korea Society of Computer and Information 19(7), 2014, 154-156면.

토론 1

주현경 (교수, 충남대학교 법학전문대학원)

이번 사형제 폐지 연례 세미나는 '중형주의 형사정책의 범죄억지 효과'라는 제목으로 진행되고 있다. 즉, 사형제 폐지 논의에서 사형이라는 중한 형이 가지는 범죄억지효과의 실효성 논의, 그리고 더 나아가 그 실효성 논의를 넘어서는 이론적 논의가 가능할 것이다.

실증의 문제: 범죄억지효과로서의 사형제도 검토

중형인 사형의 존폐에 관련하여서는 중형이 가지는 범죄억지효과, 즉 "사형은 범죄억제 효과를 가지는가? "라는 논의를 필연적으로 이어갈 수 밖에 없다.

이 고전적인 질문에 대한 답은 여전히 명확하지 않은 것으로 보인다. 발제에서도 사형제도가 폭력범죄를 방지하여 사회안전을 증진시킨다는 경험적 입증은 없다고 한다. 그러나 반대로 사형제도가 폐지된다고 하여 범죄율이 줄어든다는 입증 또한 쉽지 않다. 그리고 사형제에 대한 효과가 긍정된다 하더라도, 대체형벌제도를 통해 동일·유사한 효과가 나타날지에 대해서도 경험적 입증은 어렵다. 결국 사형의 범죄억제 효과가 '미신(myth)'라는 표현은 효과의 유효성 또는 무효성을 입증하는 양 측면에서 모두 여전히 유효해 보인다.

적절한 중형으로서의 '사형'제도 검토

발제문에서 지적되었듯, 중형이라는 것은 "형벌의 형식이면서 동시에 내용"이며, 중형주의 형사정책은 부당한 형벌이 아닌 적정한 형벌일 것, 즉 과잉형벌과 과소형벌이 아닌 형벌이 부과됨을 전제로 하는 것이어야 한다. 따라서 중형주의에서의 '중형'은 적절한 수준의 내의 형벌이어야 한다.

그러나 이러한 중형주의 논의의 시작에서부터 '실효성'이라는 법경제학적 관점과 '당위'라는 이론의 관점이 충돌하게 된다. 왜냐하면 중형으로서의 '사형'이라는 형태가 형벌의 종류로서 적절한 것일 수 있는가라는 문제는 중형주의의 논의를 시작하기 전단계에서 논해야 하는 것으로, 형벌의 성질에 대한 본질적 문제이기 때문이다.

우리나라 사형확정자의 상황

실질적 사형폐지국인 우리나라에서 사형확정자는 어떠한 상황에 처해 있는가? 2022년 현재 일반교도소 및 구치소에 수용된 사형확정자는 55명, 군 교도소 수용

사형확정자가 4명으로, 총 59명이다. 사형확정자가 처해 있는 상황을 보여주는 최근의 연구에 따르면, 우리나라의 마지막 사형집행인 1997년 이후 사망한 사형확정자가 12명이고, 그 중 질병으로 인한 사망이 7명, 자살로 인한 사망이 5명이다.[42] 2020. 10. 31. 기준 사형확정자들의 평균 수용기간은 19년 4개월이고, 수용시설 바깥과 연락하는 사람이 전혀 없는 사형확정자가 4명(7%), 가족·친인척과 연락하지 않는 사형확정자가 12명(21%)이라고 한다.[43]

우리는 사형확정자의 사망의 원인, 그리고 가족·친인척 등과의 연락이 두절되어 살아가고 있는 현실을 좀 더 살펴보아야 한다. 사형확정자는 모두 종교를 가지고 있다는 것도 이러한 현실과 관련되는 의미있는 통계이다.[44]

현재 사형확정자에게 당면한 과제는 재사회화 문제이다. 지금도 사형확정자들은 제한적으로 출역 등을 할 수 있지만, 기타 교도소의 재사회화 프로그램이나 교육 등에 참여하기 어려운 사정이다. 국가가 한 사람을 20여 년 이상의 세월동안 가두어두면서, 그에게 미래에 대한 어떠한 희망도 제시하지 못한다면, 그 제도에서 국가의 역할은 무엇인지를 물어야 할 때이다.

적절한 유기징역형을 통한 사형 대체

적절한 형량의 유기징역형을 통해 사형을 대체하여야 한다. 사형의 대체형으로 논의될 때 등장하는 '감형·가석방 없는 종신형'은 사실 우리나라에서는 현재 상황의 사형제도의 실행과 다른 점이 없다. 심지어 어떤 측면에서는 사형선고보다도 사형확정자에게 불리하기까지하다. 사형확정자 역시 감형을 받을 수 있는데, 만약 가석방 없는 종신형이 사형을 대체한다면 궁극적으로 감형 가능성이 사라지는 것이기 때문이다. 현실적 측면에서는 사형확정자에게 존재할 수 있는 희망을 더 빼앗아가는 형태의 형벌이 된다.

우리나라의 유기징역의 상한은 30년이며, 최대 50년까지 선고될 수 있다. 2010년 이전에는 유기징역의 상한이 15년이었고, 가중도 최대 25년까지만 가능하였던 것과 비교해 볼 때, 이미 충분한 상한을 정하고 있다고 생각된다.

법감정의 문제, 어떻게 해소할 것인가?

사형이 존치되어야 한다는 가장 큰 논거는 이른바 '법감정'이다. 국민의 법감정은 사회의 안전에 대한 시민의 신뢰도를 보여주는 것으로 무시할 수 없으며, 또한 이는 결국 범죄에 대한 형벌의 본질적 의미인 '응보'와도 맞닿아있다. 사형을 법정형으로 규정하는 범죄는 그동안 많이 정제되어 왔으므로, 현 시기에 사형이 선고

42) 박형민·김대근, 사형확정자의 생활 실태와 특성, 2019, 16면.
43) 김대근, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 2020, 38면, 40면.
44) 앞의 글, 42면.

된다는 것은 그 행위에 걸맞는 수준의 형벌이라는 주장도 있을 것이다.
그렇다면, 앞서 살펴본 것처럼 사형제도는 적절한 형벌의 제도로서의 합리성을 갖추지 못한 제도임을 증명하고, 또한 사형제도를 활용하는 중형주의 형사정책을 취하지 않더라도 우리 사회가 달라지지 않는다는 것을 보여주는 데에서 출발하는 수밖에 없을 것이다. 그리고 그것이 바로 오늘의 '중형주의 형사정책의 범죄억지 효과'라는 논의가 가지는 유의미성이기도 하다. 사형확정자들의 인터뷰를 살펴보면, 그들이 사건 당시 사형제도를 몰라 그러한 범죄를 하였다고는 볼 수 없다. 범행 당시에 사형에 대한 두려움 등은 범죄 실행의 조건이 되지 않았다.[45]

결어

이미 유럽의 다수국가는 사형을 폐지하였다. 사형폐지의 실험은 이미 시작되어 있는 것이다. 우리나라 역시 사형제도 자체는 존재하고, 사형이 선고되기도 하지만 사형이 집행되지는 않으므로 실질적 사형폐지국으로서 이미 사형폐지의 실험 상태, 적어도 석방기회 없는 종신형 제도의 실현에는 접어들었다고 볼 수 있다. 이제는 사형이라는 형식적 제도를 걷어내고, 실질적으로 수형자들의 시간을 그들이 새롭게 사회 내에서 함께 살아가기 위한 희망의 내용으로 채워넣을 수 있도록 해야 할 때이다.

45) 박형민·김대근, 사형확정자의 생활 실태와 특성, 2019, 90-91면; "'사형'이 아니라 잡히는 게 두려웠다, '33명 사형수 인터뷰' 김대근 박사", 한겨레21 1422호, 2022. 7. 15., https://h21.hani.co.kr/arti/society/society_general/52290.html (최종접속일: 2022. 9. 23.).

토론 2

장지웅 (판사, 대전고등법원 청주재판부)

중형주의 형사정책에 관한 논의를 토대로 다양한 측면에서 사형제도의 필요성이나 정당성 여부를 고찰하여 주신 발표자께 깊이 감사드립니다. 이하에서는 발표문을 읽으며 들었던 생각과 질문을 몇 가지 말씀드리며 발표에 대한 토론에 갈음하고자 합니다.

1. 발표자께서는 “사형제도의 사회적 제도적 비용과 부작용을 범죄방지효과와 비교교량하고, 사형제도 범죄방지효과의 대안형벌(가석방 없는 종신형)을 통한 충족가능성을 제시하는 논증에 초점을 맞춘다 해도, 다시 중형주의 형사정책의 효과성 논의 차원을 옮겨오게 될 따름이다.”라고 하여, 중형주의 형사정책의 실효성에 관한 논의가 사형제도에 관하여도 동일하게 적용될 수 있다고 보시는 듯합니다.

   발표자께서 설명하신 바에 따르면, 중형주의 형사정책의 실효성은 ‘경한 형벌’보다 ‘중한 형벌’을 적용하여 형사사법자원을 보다 많이 투입하는 것이 실제로 범죄억지·예방효과를 가져올 수 있는지 여부로 귀결되는 것으로 이해됩니다. 한편, 사형제도의 실효성은 사형의 대체형벌, 예컨대 발표자께서 언급하신 ‘가석방 없는 종신형’이 아닌 사형을 택함으로써 범죄억지·예방효과를 가져올 수 있는지 여부의 문제입니다.

   그런데 우선, ① 가석방 없는 종신형과 같은 대체형벌은 ‘경한 형벌’이 아니라 오히려 매우 중한 형벌에 해당함은 분명하고, 이를 ‘생매장’에 비유하는 학자들이 있을 정도로 그 법익침해의 정도가 막대합니다. 따라서 사형과 대체형벌의 주된 차이는, 형의 경중보다는 형의 내용, 즉 생명형과 자유형의 차이에 있다고 보아야 하지 않을까 합니다. 또한 ② 일반적으로 중형이 더 많은 형사사법자원을 소모한다는 것은 주로 수감기간 및 수감자의 증가에 따른 직·간접적 비용을 염두에 둔 것으로 보이는데, 이 점에서는 사형보다 오히려 종신형 등 대체형벌이 수감기간 및 수감자의 증가를 초래하여 더 많은 형사사법자원을 소모한다고 볼 여지가 많습니다.

   이와 같은 점들을 고려하면, 사형제도의 실효성에 관한 논의는 중형주의 형사

정책의 실효성에 관한 논의와는 궤를 달리하는 것으로서 같은 맥락에서 검토되기 어려운 측면이 있다고 생각됩니다. 이에 관한 발표자의 고견을 여쭙고 싶습니다.

2. 발표자께서 적절하게 정리하여 주신 것처럼, “사형제도의 범죄억지효과를 긍정하는 조사결과도, 부정하는 조사결과도 있”으며, “사형의 범죄억지 효과여부는 실증적 입증자료만으로 판가름되기 어렵”고, “특히 사형제도가 특정 범죄방지에 특별한 범죄방지효과가 있다는 정책적 직관은 통계수치만으로 부인되기 어렵”습니다. 요컨대, 사형제도의 실효성 유무는 객관적·실증적으로 확인되지 않았고, 확인되기도 어렵다고 보입니다.

   한편, 형벌이 무거울수록, 즉 형벌 부과에 의한 범죄자의 법익침해 정도가 커질수록 범죄를 실행하려는 자의 입장에서는 범죄를 통하여 얻을 수 있는 이익에 비하여 범죄로 인하여 부과될 수 있는 불이익이 보다 커지게 됨으로써 그 범죄행위를 포기하게 될 가능성이 커진다고 볼 수 있습니다(헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 전원재판부 결정 다수의견 참조). 동서고금을 막론하고, 죄질이 무겁고 법익침해가 큰 범죄일수록 무거운 형벌을 정하는데, 이는 위와 같은 추론이 ‘미신(myth)‘이 아니라 일반적이고 보편적으로 통용되는 상식임을 방증합니다.

   사형제도의 실효성에 관하여도 위와 같은 ‘상식’을 전제하지 않을 이유는 없습니다. 그렇다면, ‘위와 같은 상식에 부합하는 객관적·실증적 자료가 없으므로, 위와 같은 상식에도 불구하고 사형제도의 실효성을 인정할 수 없다’고 보는 것보다는, ‘위와 같은 상식에도 불구하고 사형제도의 실효성을 부인할 만한 객관적·실증적 자료가 없으므로, 위와 같은 상식에 따라 사형제도의 실효성을 인정할 수 있다’고 보는 것이 일반적인 입증책임의 논리에 부합하여 보다 합리적이지 않을까요? 이에 관한 발표자의 고견을 여쭙고 싶습니다.

3. 발표자께서는 ‘흉악한 범죄현실에 대해 국민이 느끼는 복수감정은 정의감정의 중요한 일부이며, 정의감정이야말로 사법체계에 대한 국민신뢰의 중요한 부분’이라고 하시면서 ‘이러한 복수감정을 비이성적이거나 후진적이라고 단순화하는 것은 국민의 건전한 상식을 일방적으로 무시하는 태도로서 설득력이 부족하다’

고 하셨습니다. 이러한 발표자의 견해에 전적으로 동감합니다. 그런데 발표자께서는 그럼에도 불구하고 정작 여론과 법감정이 사형제도 존폐의 적절한 판단기준이 될 수는 없다고 하셨는데, 그 이유를 알기 어렵습니다.

형벌의 본질 내지 목적으로는 범죄예방 내지 사회방위, 범죄자에 대한 교화 등이 있겠으나, 그 못지않게 중요한 것이 범죄에 대한 응보 내지 죄형의 균형이라고 생각합니다. 형벌은 기본적으로 죄를 저지른 것에 대한 '마땅한 대가(just deserts)'라는 측면을 가지고 있습니다. 이러한 견지에서, 범죄에 상응하는 형벌을 부과하는 것은 다른 목적을 위한 수단이기 전에 그 자체로 형벌의 목적을 실현하고 정의를 실현하는 것이라고 보아야 합니다. 그리고 사인의 사적인 복수를 금지하고 국가가 형벌권을 독점하는 이상, 범죄에 대하여는 그에 상응하는 죄값을 치를 수 있는 형벌을 선고하는 것이 범죄 피해자는 물론 잠재적 피해자인 국민에 대한 국가의 책무이기도 합니다(서울고등법원 2009. 7. 23. 선고 2009노1112 판결 참조). 그렇다면, 잔혹한 방법으로 다수의 인명을 살해한 연쇄살인 등 극악한 범죄에 대하여는 그로 인한 법익침해의 정도 및 범죄자의 책임을 고려할 때 사형을 선고하는 것이 범죄와 형벌의 균형을 확보하고 정의를 구현하며 국가의 책무를 다하는 것이라고 보아야 하지 않을까요? 발표자께서 말씀하신 국민의 복수감정, 정의감정은 바로 이러한 정당한 응보와 죄형의 균형에 관한 요청으로서, 극악무도한 범죄가 발생하는 한 사형제도가 유지될 수밖에 없다고 볼 가장 강력하고도 본질적인 근거라고 생각됩니다. 이에 관한 발표자의 고견을 구합니다.

4. 신체형은 신체의 일부를 절단하거나 손상하는 것을 내용으로 하는 형벌로서, 극도의 육체적·정신적 고통을 수반하므로 인도주의적 관점에서 허용되지 않는 것으로 이해됩니다. 한편 사형은 생명의 박탈을 내용으로 하는 형벌로서, 기본적으로는 신체형이 아닌 생명형으로 분류됩니다. 발표자께서는 사형의 집행 과정에서 신체의 손상이 수반될 수밖에 없음을 들어 사형도 '신체형'에 해당한다고 하셨고, 이는 사형의 집행 과정에서 신체에 고통이 가하여지므로 인도적 관점에서 허용될 수 없다는 취지로 보입니다.

그런데 신체적 고통이 수반되는 형벌은 비단 사형뿐만이 아니고, 자유형의 경우에도 마찬가지입니다. 특히, 발표자께서 대체형벌로 언급하신 가석방 없는 종

신형의 경우, 수형자는 사망에 이를 때까지 감금으로 인한 육체적·정신적 고통을 기약 없이 견뎌내야만 합니다. 반면, 적어도 우리나라를 비롯한 대부분의 나라에서는 사형제도의 집행이 죽음의 고통을 최소화하는 방향으로 이루어지고 있습니다(헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2008헌가23 전원재판부 결정 소수의견 참조). 요컨대, 신체적 고통의 측면에서는, 대체형벌이 사형보다 현저히 장기간의 고통을 수반하여 더욱 가혹하다고 볼 여지도 있으므로, 사형이 더 비인도적인 형벌이라고 단정하기 어렵습니다. 이에 관한 발표자의 고견을 여쭙고자 합니다.

5. 과거 권위주의 정권 하에서 사형제도가 정치적으로 남용되었고, 부당한 사형선고에 의하여 무고한 생명이 침해되는 돌이킬 수 없는 결과가 초래되었던 것은 분명한 사실입니다. 하지만, 권위주의 독재가 청산되고 정치적 민주화가 이루어진 후 30년 이상이 흘렀습니다. 법치주의와 민주주의가 공고하게 자리잡은 오늘날, 적어도 우리나라에서 과거와 같이 정치권력에 의하여 사형제도가 남용될 우려는 없다고 보아도 무방합니다(민주화 이후 정치적 사형선고 및 집행이 이루어지지 않았다는 것은 사형폐지론의 입장에서도 동의하고 있는 사실입니다).
한편, 의도하지 않은 오판에 의하여 회복할 수 없는 희생이 발생하게 된다는 것은 사형제도의 가장 큰 문제점 중 하나로 지적되어 왔습니다. 그런데 우선, 오판으로 인한 회복할 수 없는 손해의 발생은 (비록 그 손해의 정도 및 내용에 차이는 있을지언정) 자유형, 특히 사형의 대체형인 종신형의 경우에도 마찬가지입니다. 유죄판결 및 그에 따른 구금은 구금기간은 물론 그 이후의 삶까지도 송두리째 무너뜨리는 경우가 많고, 무엇보다도 잃어버린 시간은 결코 회복할 수 없기 때문입니다. 그럼에도 불구하고 오판의 가능성을 이유로 자유형을 폐지하자는 논의는 없으며, 단지 오판의 가능성을 최소화하기 위한 노력이 지속될 뿐입니다. 그러한 노력이 유의미하고도 실효적으로 이루어지는 한, 오판의 가능성에도 불구하고 형벌제도는 정당성을 가질 수 있습니다. 따라서 사형의 경우에도 오판의 가능성만을 이유로 곧바로 그 정당성을 부정할 것은 아닙니다.
그런데 우리 법원은 오래 전부터 “사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 한다”고 밝

히면서, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝혀야 하고, 피고인의 주관적인 양형요소에 관한 객관적인 자료를 확보하여 심사하여야 함은 물론, 피고인의 정신상태나 심리상태의 변화 등에 대하여서도 전문적인 의견을 들어보는 등 깊이 있는 심리를 하고 그를 종합하여 양형에 나아가여야 한다는 태도를 확립하여 왔습니다(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결 등). 이에 따라, 우리 법원에서 사형이 확정된 사건은 모두 타인을 살해한 생명침해 범죄로서[46], 공통적으로 피고인이 범행의 전부 또는 대부분을 자백하고 있을 뿐만 아니라, 생존 피해자의 진술[47], 현장에 동석하였거나 범행을 목격한 사람의 진술[48], 살인도구나 CCTV등 명백한 물증의 존재[49] 등으로 인하여 피고인의 유죄가 의심의 여지없이 인정되는 사건들이었습니다. 이에 비추어 보면, 이론적으

---

46) 발표자께서 발제문 각주20에서 언급하신 2010. 10. 수원지방법원의 사형 선고 사례는 수원지방법원 여주지원 2010고합25 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수강도강간등) 등 사건을 지칭하는 것으로 보입니다. 그런데 위 사건의 제1심법원이 2010. 10. 7. 사형을 선고하였으나, 항소심은 이를 파기하고 무기징역을 선고하였고(서울고등법원 2010노2914), 이에 대한 상고가 기각되어 2011. 4. 14. 무기징역형이 확정되었습니다.

47) 대표적으로, 결별을 요구한 여자친구를 폭행하고 이에 항의한 여자친구의 부모를 살해 후 그 사체가 있는 집에서 여자친구를 강간한 대구지방법원 서부지원 2014고합73 사건, GOP초소의 부대원들에게 수류탄을 던지고 실탄을 발사하여 5명을 살해하고 7명에게 중상을 입힌 대법원 2015도12980 사건(군사법원 사건), 처조카, 의붓딸을 강간살인하고 아내를 살해하고 다른 처조카 및 친딸을 강간한 광주지방법원 목포지원 2009고합82 사건, 고시원에 방화한 후 칼로 무차별 난자하여 6명을 살해하고 10명에게 중상을 입힌 서울중앙지방법원 2008고합1388 사건, 여성 3명에 대하여 강도살인 또는 강도강간살인을 저지르고 그 밖에도 납치강도 및 강제추행, 주거침입강간 등을 저지른 전주지방법원 2006고합137 사건, 남자아이 2명을 납치하여 유사강간 후 살해하고 귀가하는 여성들을 연쇄살인하는 등 총 13명에 대한 살인 및 20명에 대한 살인미수 등을 저지른 서울남부지방법원 2006고합180 사건, 연쇄적으로 가정집에 침입해 노인 등을 살해하거나 출장성매매 여성들을 살해하여 총 20명을 살해한 서울중앙지방법원 2004고합972 사건 등.

48) 대표적으로, 살인 등으로 무기징역을 선고받아 복역 중 고향 선배의 도움으로 감형·가석방을 받아 출소하게 되었음에도 위 선배에게 지속적으로 돈을 요구하다가 이에 응하지 않자 술자리에서 칼로 찔러 살해하고, 도주 중 금품 강취 목적에서 택시기사를 살해하려 하였으나 미수에 그친 창원지방법원 2004고합259 사건 등.

49) 대표적으로, 보험금을 편취하기 위하여 집에 방화하여 아내와 장모를 살해하고, 이후 노래방도우미 등 여성들을 연쇄적으로 강간살인한 수원지방법원 안산지원 2009고합44 사건, 관광객들을 배에 태운 후 여성에 대한 추행을 시도하고 이에 저항하는 피해자들을 바다에 빠뜨려 익사하게 하여 총 4명을 살해한 광주지방법원 순천지원 2007고합143 사건, 아내 명의로 보험에 가입 후 아내와 두 아들을 청산가리로 독살하고 다른 한 아들은 목졸라 살해한 대전고등법원 2006노52 사건 등.

로 형사재판에서 오판의 가능성이 존재한다고 하더라도, 중대한 오판에 의하여 사형이 선고될 가능성은 극히 희박하다고 보아도 무방할 것입니다.
그렇다면, 남용 또는 오판의 가능성을 이유로 사형제도를 폐지하여야 한다는 것은 오늘날 우리의 현실에 부합하지 않는 것으로 보입니다. 이에 관한 발표자의 고견을 부탁드립니다.

토론 3

장태형 (검사, 법무부 형사법제과)

토론 4

서정기(대표, 회복적정의 평화배움연구소 에듀피스)

한국사회의 중형주의에 가지는 미신과도 같은 신념이 자리잡고 있다. 중형주의는 우리 안에 뿌리 깊은 문화, 즉 사람들의 생각과 신념, 가치체계가 되어 강력하게 영향을 주고 있다. 이것이 중형주의 형상정책이 만들어낸 결과인지, 이러한 사회적 인식과 요구가 중형주의라는 결과를 촉진했는지 그 인과와 상관이 명확하지 않지만, 분명한 것은 현상적으로 국민들의 '법 감정'은 보다 응보적이고 엄벌주의에 기울어져 있고 이것이 중형주의 형상정책과 맞물려 서로에게 상승작용을 일으키고 있다.

중형주의에 대한 억지효과에 대한 결과가 일관되게 존재하지 않는다. 발제자가 제시하고 있는 것처럼 충분한 검토 없이 성급하게 이루어진 중형주의 정책의 범죄억지 효과는 명확하지 않다. 그렇다고 형벌 자체가 범죄에 대한 사회적 불안을 해소하는데도 효과를 가지지 못한다. 그럼에도 오늘날 중형주의의 도입이 다양한 영역에서 적극적으로 논의되고 있는 것은 중형주의의 한계와 정책적 실패의 책임을 범죄자 개인에게 돌리고 범죄에 대한 시민들의 불안을 키우면서 더욱 강력한 처벌에 대한 요구를 불러일으키고 있기 때문이다. 중형주의의 실패가 대중들에게 중형주의에 대한 반성이나 한계에 대한 이해를 높이기보다는 막연한 불안과 두려움, 공포감을 심화시키고 결과적으로 범죄에 더욱 강력한 처벌을 요구하는 악순환을 만들고 있을 뿐이다.

이러한 현상은 입법과 선고의 간격의 차이, 성급한 정책적 도입에 따른 중형주의의 실패에 따른 결과일 수도 있지만, 동시에 중형주의 정책의 도입 그 자체가 처벌에 대한 요구, 사형과 같은 중형에 대한 목소리를 높이게 하고 있다. 형사정책에 맞춰 사람들의 태도와 가치관이 변하고 있기 때문이다. 사회 구성원들에게 우리 사회 자체가 중형이 필요한 상황이라는 인식을 촉진해 범죄에 대한 불안을 조성하고, 범죄를 관리 또는 해결하지 못한다는 집단적 의식을 강화해 사회에 대한 불신을 높인다. 이에 더해 가정과 학교의 생활세계 안에서 우리가 체험한 응보주의 안에서 적절한 형벌이 곧 정의의 성취라는 태도와 가치관은 범죄에 대한 불안과 사회에 대한 불신하고 맞물려 강력한 처벌 욕구를 불러일으킨다. 하지만 범죄자가 적절한 처벌을 받지 않았을 때 사람들은 정의가 성취되지 못했다는 생각에

깊은 분노와 절망감, 재발에 대한 두려움을 가지게 되는데 이는 이들에 대한 비난과 공격을 정당화한다. 나아가 선과 악이라는 도식 속에서 이들 선한 공동체에 해악을 남긴 이들을 비인간화하고 악마화한다. 이제 중형은 필연적인 것이 되며 때로는 정의를 위해서는 사적 보복도 불사한다. 범죄자를 타자화하고 비인간화하면서 사형과 같은 형벌의 잔인성은 중요하지 않게 된다. 발제자가 지적하고 있듯이 사형이 잔인한 신체형임에도 불구하고 사람들은 실제보다는 자신의 필요에 집중하면서 이것이 문명화된 방식으로 우리를 안전하게 해주는 형벌일 뿐인라는 '집단적 착시' 현상에서 더욱 벗어나지 못하게 된다.

이에 더해 중형주의 정책이 사람들에게 효과적인 해결책이라고 받아들여지지 않는 것은 범죄의 결과로서 해악이 해소되지 못한 채 지속적으로 부정적 영향 안에 머물기 때문이다. 이는 아무리 강력한 형벌이 이루어져도 범죄로부터 해악을 경험하고 있는 개인과 공동체가 회복을 위한 필요를 채우지 못한 채 살아가고 있다는 것이다. 이에 일반 대중은 더욱 강력한 형벌이 정의의 성취를 위한 필수적인 것이라고 생각하고 요구하지만, 중형이 이루어져도 해악이 해소되지 못하는 현실 안에서 불안을 느끼며 살아가게 될 것이다. 피해를 당한 개인과 공동체는 피해의 영향 속에서 필연적으로 범죄자가 나와 내 가족, 공동체로부터 강력하게 격리되는 것, 더는 어떠한 위협도 되지 않는 완전한 해결을 갈망한다. 이는 그 존재의 완전한 제거를 통해 이루어질 수 있는 것인데 이러한 욕구의 가장 이상적인 성취가 사형일 것이다. 중형에 대한 요구는 표면적으로 '범죄를 억지하기에 처벌이 충분하지 않다'라는 이해의 결과처럼 보이지만 인간의 기본적인 욕구와 연결해서 살펴본다면 '안전을 경험할 수 없다는 것', 나아가 '개인과 사회에 남겨진 해악이 해결되지 못해 피해가 회복되지 못했다는 것'을 말하고 있다. 그리고 이처럼 범죄로 인한 해악이 해소되지 않은 상태에서 법 감정은 지속적으로 악화된다. 실제 십수 년이 지난 후에도 범죄 피해에 대한 미투 폭로가 나오고, 인터넷 등을 통해 고통 속에 있는 피해자의 목소리가 드러나면서 사람들은 범죄의 해악을 매 순간 생생하게 겪기에 과거보다 더욱 중형주의에 대한 요구, 사형에 대한 동의가 높아지는 것은 당연한 결과일지 모른다.

청소년들의 폭력, 비행 및 범죄와 관련되어 회복적정의을 실천하고 활동하는 한 사람으로서 소년법은 이러한 중형주의가 강력하게 요구되는 영역이라 생각한다. 실제 우리 사회에서 이루어져 온 소년법과 관련된 논의는 중형주의 신화에 대한 사람들의 단단해진 믿음을 잘 보여준다. 소년법 폐지 논의는 범죄 소년들의 교정이나 사회통합, 피해 당사자와 공동체의 회복보다는 처벌강화에 초점이 맞춰져 있

다. 무엇보다 정말 많은 대중은 중형주의의 실현이 소년범죄를 비롯한 모든 문제를 해결하는 마술지팡이라도 되는 것처럼 믿고 있다. 단순한 믿음을 넘어 신앙처럼 자리 잡았다 해도 과언이 아닐 것이다. 법무부뿐 아니라 교육부 또한 중형주의 정책을 내놓고 있다. 예를 들어 교육부는 '4차 학교폭력 예방 및 대책 기본계획(2020-2024)'에서 학교폭력문제의 해결책으로 범죄소년 연령을 만 13세로 낮추는 것을 추진한다고 명시했다. 2017년도에 국회에서 발의된 '특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법' 개정안은 만14세에서 18세 소년도 사형과 무기징역에 처할 수 있게 하자는 내용을 담고 있으며 같은 해 소년법 개정안 중에는 만 12세부터 이론적으로 사형선고가 가능하도록 하는 법이 발의되기도 했다. 법이 제정되거나 개정의 여부와 상관없이 정치인이나 교육전문가들이 문제해결의 손쉬운 방법으로 사형을 도입하겠다는 하는 것은 중형이 문제를 해결한다는 생각을 당연한 것으로 받아들이고 있음을 보여준다는 것에서 문제의 심각성이 있다.

사형제 폐지를 위해서는 이러한 중형주의에 대한 믿음을 해체하는 것이 중요한 출발점이 될 것이다. 하지만, 그렇다고 중형주의에 대한 비합리적 신념을 깨는 것으로 사형제 폐지 대한 국민적 동의를 얻을 수 없을 것이다. 또한 발제자의 주장처럼 사형제도가 정상적인 사회제도로 인정할 수 없을 정도로 잔혹한 신체형이라는 사실과 한국 사회에서 사형제도가 오판과 돌이킬 수 없는 희생으로 오염되었다는 것, 그리고 미래의 국민통합을 위해 과거사로서 사형을 우리 사회제도와 법제도부터 청산해야 마땅하다는 것이라는 주장만으로 사형제 폐지에 대한 국민적 동의를 끌어내는 데는 한계가 있을 것이다. 이러한 논의를 포함해 지금까지 국민적 동의를 얻기 위한 노력은 지속적으로 이루어져야 하지만 이제는 중형주의의 한계를 내세우거나 사형제 폐지의 사회적 당위성을 주장하는 것을 넘어 범죄로 인한 피해를 회복하고 안전한 공동체를 만들어가는 것으로 확장되어야 한다. 이를 가능하게 하는 실천이 회복적정의다.

범죄로부터의 불안을 극복하고 사회적 불신을 해결하기 위해서는 피해회복이 전제되어야 한다. 범죄 피해가 회복되고, 범죄자의 사회통합이 촉진되어 재범이 줄어들며 공동체 구성원들의 안전에 대해 연대와 협력이 일어날 때, 나아가 사회가 범죄에 대응할 수 있는 효능감이 높아질 때 우리는 중형주의에 대한 맹신에서 벗어나 새로운 가능성을 탐색할 수 있을 것이다. 우리 사회가 가진 처벌이 곧 문제해결의 근원이라는 신념을 해체하지 못한다면 사형제 폐지를 향한 사회적 동의를 얻기는 더욱 어렵고 불가능해질 것이다. 소년법의 화해권고제도에서 시작한 우리나라의 회복적정의의 실천이 지금은 전국의 시도교육청과 학교와 경찰에서 여러 형태로

실천되고 있다. 현장에서 회복적정의의 실천 프로그램을 통해 범죄로 인한 피해와 해악을 직접 해결한 당사자들과 공동체 구성원들은 처벌로 채워질 수 있는 진정한 변화를 경험하며 사법에 대한 불신과 범죄로부터의 불안에서 벗어나 일상을 회복하고 있었다. 회복적정의 프로그램에 대한 만족도도 높았다. 발제 자료가 보여주듯 2019년 3월에 있었던 사형제에 관한 국민 여론조사에서 70.2%가 사형제 존치를 원한다고 응답했으며 이는 지속적으로 그 비율이 높아져 왔다. 범죄로부터의 피해와 해악을 회복하는 것을 목표로 하는 사법적 실천의 현장은 제한적이지만 영향을 받은 모든 당사자들이 직접 참여해 자신의 문제를 해결하고 범죄에 대한 개인과 공동체의 효능감을 키우는 것이 사형제 폐지의 토대를 닦아가는 출발점이 될 수 있을 것이다.

토론 5

서채완(변호사, 민주사회를위한변호사모임 공익인권변론센터)

들어가며

중형주의 정책의 개념, 통계 등에 기반한 사형제도와 범죄억지력에 관한 각종 논의, 사형제도 폐지에 관한 상반된 입장들을 체계적으로 정리해주신 발제자분께 감사합니다. 특히 사형제도의 “대체불가능한 특별한 범죄 방지효과”가 판가름 나기 어려운 상황에서 사형제도의 존폐에 “판단기준”이 무엇이 되어야 하는지에 대한 발제자분의 고민과 제언을 통해서 많은 가르침을 받을 수 있었습니다. 감사합니다.

발제자께서는 여론과 법감정, 국제기준이 적절한 판단기준이 되지 못한다고 지적하시고, 대신에 사형이 잔혹하고 정상적인 사회제도 일부로 인정할 수 없는 신체형이라는 점, 과거사 청산의 문제로서의 특징이 있다는 점을 폐지의 논거로 제시하셨습니다. 발제자께서 제언해주신 두 가지 논거에 전적으로 동의하면서, 아래와 같이 국제인권기준에 관한 부분을 일부 보충하는 것으로 제 토론을 갈음합니다.

국제인권기준과 사형제도

발제자께서는 사형폐지가 “국제인권규범의 일부”라고 하시면서도 “보편적인 사형폐지를 내용으로 하는 국제기준”은 아직 존재한다고 볼 수 없다고 지적하셨습니다. 발제자께서 지적하신 대로 구속력을 가진 국제인권기준인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘자유권규약’이라 합니다) 또는 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(이하 ‘고문방지협약’이라 합니다)이 명문으로 사형제를 폐지할 것을 규정하지 않고 있습니다.

그러나 위 자유권규약 등 국제인권기준이 사형제도를 폐지할 것을 명문으로 규정하지는 않았더라도, 근래까지 이루어지고 있는 유엔 총회, 조약기구 등의 공식적인 해석과 입장표명에 비추어보면 사형이 그 자체로서 국제인권기준에 위배된다는 점이 명확해지고 있습니다. 가령 유엔 자유권규약위원회는 2019년 생명권에 대한 기존의 일반논평 제14호(1984)을 대체하는 일반논평 제36호(2019)를 발표하였습니다. 자유권규약위원회는 위 일반논평을 통해 자유권규약이 제정 당시 사형 그 자체를 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 처벌로 간주하지 않았지만, 오늘날 사형

은 어떤 상황에서도 자유권규약 제7조[50]에 궁극적으로 위배된다는 입장을 명확하게 밝혔습니다.[51]

> 51. 제6조 2항에서 사형 적용 조건에 대한 언급을 보면, 동 규약 작성 시, 당사국은 보편적으로 사형을 그 자체로 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 처벌로 간주하지 않았다는 점을 알 수 있음에도 불구하고, 당사국들에 의한 추후의 합의 또는 그러한 합의를 확정하는 추후의 관행으로 미뤄보아, 사형은 어떤 상황에서도 동 규약 제7조에 궁극적으로 위배된다는 결론으로 이어진다. 사형폐지를 목적으로 하는 제2선택의정서 당사국 수의 증가, 사형선고 및 집행을 금지하는 다른 국제 조약의 등장, 사형폐지국가가 아니더라도 사실상 사형집행을 중단한 국가 수의 증가를 통해, 사형을 잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적 처벌로 간주하는 당사국 간 의견 일치에 상당한 진전이 있었음을 알 수 있다. 이러한 법적 발전은 특히 제6조 제6항으로 대표되는 동 규약과 제2선택의정서의 친사형폐지주의 정신과 부합한다.

아시다시피 자유권규약 등 국제인권기준은 그 해석의 변화까지도 충분히 고려하여 이해될 필요가 있습니다.[52] 이러한 입장에서, 토론자는 자유권규약 제정 당시 미진했던 사형의 완전한 폐지가 유엔 조약기구 등의 해석을 통해 규범의 내용이 되었고, 따라서 자유권규약은 오늘날 보편적인 사형폐찌를 내용으로 하는 국제기준에 이르렀다고 생각합니다.

더불어 '사형이 자유권규약 제7조에 위배된다'는 자유권규약위원회의 위 입장은 결국 '사형제도가 사회에서 용인되기 어려운 잔혹한 처벌'로서 허용될 수 없다고 제언하신 발제자분의 입장을 뒷받침하는 국제기준이 될 것입니다.

사형제도의 완전한 폐지를 실현해야 할 국가의 의무

한편 사형의 엄격한 통제를 촉구하는 자유권규약 제6조[53] 제1항 내지 제5항을 사

---

50) **시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (B규약)** 제7조 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.

51) UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 36, Article 6 (Right to Life), 3 September 2019, CCPR/C/GC/35, available at: https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html, para. 51.

52) 가령 자유권규약위원회는 1993년 일반논평 제22호를 통해 규약이 명시적으로 규정하지 않고 있던 양심적 병역거부권을 자유권규약 제18조로부터 도출되는 권리임을 인정했고, 오늘날 양심적 병역거부권은 자유권규약으로부터 도출되는 확고한 권리로서의 지위를 가지고 있습니다(자세한 내용은 OHCHR, OHCHR and conscientious objection to military service, https://www.ohchr.org/en/conscientious-objection2022. 9. 22. 최종방문 참조).

53) **시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (B규약)** 제6조 1. 모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 의하여 보호된다. 어느 누구도 자의적으로 자신의 생명을 박탈당하지 아니한다.

형제도의 존속을 정당화하는 근거로 원용하는 것은 자유권규약에 위배됩니다. 자유권규약 제6조 제1항 내지 제5항은 자유권규약 제정 당시 최소한의 기준을 명시한 것일 뿐, 사형제도를 예외적으로 허용하기 위한 조항이 아니기 때문입니다. 자유권규약의 위와 같은 입장은 자유권규약 제6조 제6항의 해석을 통해 확인됩니다.

자유권규약 제6조 제6항은 “이 규약의 어떠한 규정도 이 규약의 당사국에 의하여 사형의 폐지를 지연시키거나 또는 방해하기 위하여 원용되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있습니다. 즉 사형의 폐지가 자유권규약의 기본적인 입장임을 명시적으로 밝힌 것이자, 궁극적으로는 사형을 폐지하는 것이 국가의 의무라는 점을 확인한 것입니다. 자유권규약위원회도 위 규약 제6조 제6항의 의미가 비준한 국가들에게 장래에 사실상, 그리고 법적으로 완전하고도 회귀할 수 없는 사형의 폐지로 나아가야 할 법적 의무를 부과하는 조항으로 해석하고 있습니다.[54]

자유권규약 제2조에 따라 국가는 권리 실현을 위한 소극적 의무 뿐만 아니라 적극적 의무를 부담합니다. 자유권규약에 따라 국가가 이행해야할 적극적 의무는 입법, 행정, 사법 영역을 모두를 구속하는 의무입니다. 즉 대한민국은 자유권규약 제6조 제6항에 따라 사형제도의 완전한 폐지를 실현해야 할 의무를 부담하고, 이러한 의무가 장기간 이행되지 않고 있는 것은 부작위에 의한 인권침해로서 자유권규약에 위배됩니다.

참고로 자유권규약위원회, 고문방지위원회는 최종견해(Concluding Observation)를 통해 대한민국에게 사형제도의 폐지를 지속적으로 권고하고 있는데,[55] 이는 결국

---

2. 사형을 폐지하지 아니하고 있는 국가에 있어서 사형은 범죄 당시의 현행법에 따라서 또한 이 규약의 규정과 집단살해죄의 방지 및 처벌에 관한 협약에 저촉되지 아니하는 법률에 의하여 가장 중한 범죄에 대해서만 선고될 수 있다. 이 형벌은 권한있는 법원이 내린 최종판결에 의하여서만 집행될 수 있다.
3. 생명의 박탈이 집단살해죄를 구성하는 경우에는 이 조의 어떠한 규정도 이 규약의 당사국이 집단살해죄의 방지 및 처벌에 관한 협약의 규정에 따라 지고 있는 의무를 어떠한 방법으로도 위반하는 것을 허용하는 것은 아니라고 이해한다.
4. 사형을 선고받은 사람은 누구나 사면 또는 감형을 청구할 권리를 가진다. 사형선고에 대한 일반사면, 특별사면 또는 감형은 모든 경우에 부여될 수 있다.
5. 사형선고는 18세미만의 자가 범한 범죄에 대하여 과하여져서는 아니되며, 또한 임산부에 대하여 집행되어서는 아니된다.
6. 이 규약의 어떠한 규정도 이 규약의 당사국에 의하여 사형의 폐지를 지연시키거나 또는 방해하기 위하여 원용되어서는 아니된다.

54) UN Human Rights Committee, General comment no. 36, Article 6 (Right to Life), 3 September 2019, CCPR/C/GC/35, https://www.refworld.org/docid/5e5e75e04.html, para. 52.

55) UN Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, 3 December 2015, CCPR/C/KOR/CO/4, para. 22-23.; Committee

국가가 사형제도의 완전한 폐지를 이행하지 않는 것이 자유권규약 또는 고문방지협약에 위배된다는 것을 의미합니다.

심각한 인권침해 피해자의 권리와 사형제도의 폐지

한국 사회에서 사형제도의 존폐가 과거사 청산 차원의 문제로서 특징이 있다는 발제자분의 의견에 동의합니다. 다만, 과거사 청산으로서 사형제도를 폐지하는 것은 발제자분께서 서술해주셨듯이 미래의 국민통합을 위한다는 목적도 있지만, 더불어 국제인권기준에 따른 피해자의 인권 보장이라는 목적도 있다는 점을 보충합니다.

국제인권기준은 이른바 '전환기 정의'(Transitional Justice)의 실현을 국가의 의무로 보고 있습니다. '전환기 정의'란 과거의 인권침해 및 남용에 대한 책임인정을 보장하고, 정의를 도출하며, 화해를 실현하기 위한 사회의 시도와 관련된 법적 대응을 의미합니다.[56] 전환기 정의의 실현은 과거의 중대한 인권침해 등 심각한 불의에 대응하여 정의를 달성하는 것을 의미합니다.[57] 그리고 전환기 정의는 그 근거가 되는 인권침해 피해자의 '실효성 있는 구제의 권리'를 인정하고, 국가가 해당 권리에 따른 요청을 법적 의무로 이행함으로써 실현될 수 있습니다.[58]

세계인권선언 제8조, 자유권규약 제2조 제2항, 고문방지협약 제14조, 아동권리협약 제39조 등은 인권을 침해당한 피해자에게 실효성 있는 구제를 받을 권리가 보장된다는 점을 명시하고 있습니다. 그리고 유엔은 2005년 총회결의로써 위 국제인권조약들이 명시한 '실효성 있는 구제를 받을 권리'의 구체적 내용을 정한 '국제인권법의 중대한 위반 행위와 국제인도법의 심각한 위반 행위로 인한 피해자들을 위한 구제 조치 및 배상에 대한 기본 원칙과 가이드라인'[59](이하 '피해자 가이드라인'이라 합니다)을 채택했습니다.

---

against Torture, Concluding observations on the combined third to fifth periodic reports of the Republic of Korea, CAT/C/KOR/CO/3-5, para. 29-30.

56) United Nations Security Council, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies, S/2004/616, 23 August 24, para. 8.

57) 전은주, 「반인권적 국가범죄의 개념과 소멸시효 적용에 관한 헌법적 검토」, 헌법재판연구원, 2019, 32쪽

58) OHCHR and transitional justice About transitional justice and human rights, https://www.ohchr.org/en/transitional-justice/about-transitional-justice-and-human-rights

59) Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violation of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-and-guidelines-right-remedy-and-reparation

위 가이드라인은 ‘실효성 있는 구제를 받을 권리’를 과거 인권침해의 진실을 확인받을 권리(진실의 권리), 정의를 실현하기 위한 절차의 접근을 보장받을 권리(정의의 권리), 금전배상, 심리지원 등 비금전적 배상, 명예 회복 조치, 사과, 가해자의 책임인정 및 재발방지 대책의 마련 등을 포함하는 배상의 권리로 세부화하고 있는데,[60] ‘사형제의 폐지’와 관련해서는 배상의 권리에 따라 국가가 가지는 의무에 주목할 필요가 있습니다.

피해자 가이드라인은 제15문단부터 제23문단까지 배상의 권리를 보장하기 위한 국가의 의무를 구체적으로 규정하고 있습니다. 그리고 피해자가이드라인 제23문당(h)항은 배상의 권리의 내용이 되는 재발방지의 보장을 위해 필요한 국가의 조치로서 “국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 발생에 기여하거나 그러한 것을 허용하는 법률을 재검토하고 개정하는 것”을 명시하고 있습니다. 이러한 국제인권기준에 비추어보면, 결국 무고한 이들의 희생을 초래한 사형제도를 개정, 폐지하는 것은 단순히 정책적, 정치적 문제가 아니라 국제인권기준과 헌법에 따른 피해자 권리 보장의 문제로 이해할 수 있을 것입니다.

맺으며

최근 헌법재판소의 공개변론을 기점으로 다시 한번 법조계, 학계 등에서 사형제도 존폐에 관한 다양한 논의가 이루어지고 있습니다. 사형제도가 폐지되지 않은 상태가 장기간 지속되고, 위와 같은 사형제도의 정당화 논거들이 제시됨에 따라, 입법부와 사법부가 정작 근본적인 부분을 놓치고 있는 것은 아닌지 고민하게 됩니다.

“범죄방지 효과가 입증된다면 사형제도가 필요하거나 정당하다 할 것인가? ”라는 발제자분의 질문이 결국 핵심이라고 생각합니다. 범죄억지, 여론, 법감정 등이라는 명목 아래 어떤 상황에서도 정당화될 수 없는 ‘잔인한 방법으로 타인의 생명을 앗아가는’, 인간의 존엄성을 훼손하는 사형제도의 본질이 흐려져서는 안 될 것입니다. 부디 헌법재판소와 국회가 여러 논리에 가려진 사형재도로 인한 인권침해의 본질에 집중하여, 사형제도의 완전한 폐지라는 과제가 달성될 수 있기를 기원합니다.

60) 이주영·백범석, 「국제인권법상 피해자의 권리와 피해자 중심적 접근(victim-centered approach)」, 『국제법학회논총』 제63권 제1호, 2018, 186-189쪽.